

사형제도의 폐지와 대체형벌에 관한 소고 : 종신형의 도입과 피해자의 의사

박 성 철*

국 | 문 | 요 | 약

사형수들에게 사형이 선고되어 확정된 후 13년 이상을 집행하지 않음으로 인해 우리나라는 실질적 사형폐지국가가 되었다. 물론 인권이 고양됨은 인정할 수 있으나 사형이 확정된 후 6개월 이내에 집행하도록 규정한 형사소송법은 사문화되기에 이르렀다. 사형수들에게는 집행이 장기간 미루어지면서 언제 사회현실이 바뀌어 집행될지도 모른다는 불안감속에 살아야 하고, 피해자에게는 아무런 보상 없이 살아가고 있다. 법적 근거도 없이 사형수들에게 사형 대신 실질적으로는 종신형으로 변하고 있는 사형문제에 대해 분명한 대안을 가져야 한다.

현재의 사형제도를 폐지하고 대체형벌로서 종신형 제도를 도입해야 한다. 중국과 같은 집행유예제도를 고려해 볼 수 있으나 이는 우리나라와 요건과 상황이 다르므로 종신형제도를 도입하는 것이 타당하다. 우선은 절대적 종신형으로 변경한 후 20년 이상을 수감하면서 행형성적과 개전의 정 그리고 재범가능성을 우선 고려한 후, 피해자에게 20년 이상 동안 경제적으로 급부를 제공하고, 피해자가 가석방심사위원회에 가석방이 가능하다는 의사표시가 있는 경우에 이를 바탕으로 가석방이 가능하도록 한다면, 사형수에게는 약 10년 정도의 사회복귀효과를 주게 되고, 피해자에게는 상당금액의 경제적 급부와 함께 화해의 기회를 제공할 수 있을 것이다. 또한 사회에게도 정의가 살아있음을 확인시킬 수 있다. 국민들이 사형폐지에 반대하는 이유는 사형수들이 피해자나 사회에 대하여 전혀 공헌하지 않았다는 사실에 있을 것이다. 만약 충분한 반성의 기회와 함께 피해자에게 사죄한다면 국민들의 인식도 바뀌게 되어 사형제 폐지에 찬성하게 될 것이다. 어떠한 정책도 국민의 동의 없이는 성공할 수 없고, 아무리 법률로 제정한다 하여도 이를 받아들이는 국민이 없을 때에는 효과가 없게 된다. 이전 사형제도에 대하여 균형감 있는 종신형 제도의 채택으로 사형수와 피해자 그리고 국민모두에게 기꺼이 받아들일 수 있도록 해야 한다.

❖ 주제어 : 사형제 폐지, 대체형벌, 피해자 의사, 경제적 급부

I. 들어가는 글

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 왔다. 서양에서는 중세봉건시대부터 근세초기에 사형이 모든 형벌 가운데 가장 많이 집행된 적도 있었다. 최근 흉악범 특히 극악범이라 부를 정도의 반인간적인 사건이 발생할 때마다 국민들은 사형의 필요성을 주창하면서 그 집행을 요구하곤 한다. 그러나 권위주의 체제 아래에서 정치적인 체제 반대자에 대하여 이루어진 사형 집행에 대해서는 사형제도 자체에 대한 비판적 인식을 자리 잡게 된 원인이 되기도 하였다. 우리나라에서도 1997년 12월 30일 23명에 대한 사형이 집행되었을 때까지 사형은 형벌 중의 하나로 자리 잡고 있었다. 그러나 현재까지 사형선고를 받은 사람들에게 대한 집행을 유예하면서 실질적인 사형폐지국가로 분류되게 되었다. 사형제도의 존폐 논란은 계속되고 있지만 그 해법은 특별할 것이 없었다. 존치를 주장하는 사람들은 사형이 존재한다는 것만으로 위하감이 조성되고, 가해자가 피해자를 살해한 경우 그와 상응하는 동가치는 생명 이외 없고, 과거의 권위주의 시대와는 달리 오판의 가능성이 없으며 사형폐지는 시기상조로 여론조사결과 국민들 대다수가 존치를 희망하고 있다는 논리를 펴고 있고, 이를 뒷받침하는 대법원¹⁾과 헌법재판소²⁾의 합헌판결이 있었다.

1) 대법원 2006.3.24. 선고 2006도354 판결: 사형은 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, 따라서 사형을 선고함에 있어서는 형법 제51조가 규정한 사항을 중심으로 한 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 심리하여 위와 같은 특별한 사정이 있음을 명확하게 밝힌 후 비로소 사형의 선택 여부를 결정하여야 한다; 대법원 2003.6.13. 선고 2003도924 판결: 사형의 선고는 범행에 대한 책임의 정도와 형벌의 목적에 비추어 그것이 정당화 될 수 있는 특별한 사정이 있다고

그러나 폐지를 주창하는 입장에서는 사형은 사형수에 대한 인간의 존엄과 가치를 침해하고 법관 등 사형의 선고와 집행에 관여하는 자들의 양심의 자유와 인간의 존엄과 가치를 침해하고, 오판시 원상회복이 불가능한데다 사형제도에 의하여 달성하려는 범인의 영구적 격리나 범죄의 일반예방이라는 공익은 가석방이 불가능한 종신형에 의하여 충분히 달성할 수 있음에도 굳이 사형제도를 유지할 필요가 없으며, 헌법에서 정한 생명권과 인간의 존엄에 반하여 위헌이며 일반예방에 도움이 되지 않으며, 또한 전세계적으로 사형폐지가 대세라고 주장하고 있다.³⁾ 국가인권위원회는 모든 사람에게 살인을 금지하면서 국가가 일정한 공익적인 목적을 달성한다는 명목 아래 법과 정의의 이름으로 살인행위를 한다는 윤리적인 모순이 있다며 사형제의 폐지를 주장하고 있다.⁴⁾ 이들은 사형제를 폐지하지 않는 경우에 대체형벌을 논의하면서 집행유예제도나 혹은 종신형 제도의 도입을 주장하고 있다. 이러한 일련의 주장에 대하여 헌법재판소는 2008헌가23결정에서 종신형제도의 도입문제에 대하여 나름대로의 논리를 제공하면서도 다수의견은 도입에 부정적인 의견을 피력하면서 배척하였다. 95헌바1 결정시에는 전혀 언급되지 않았던 것과 비교되는 대목이다. 이제는 사형집행의 대안에 대하여 심도 깊은 논의를 계속해 볼 필요가 있다고 본다. 그러나 이러한 사형찬반논의에서 가해자와 대비되는 범죄피해자와 그의 권리를 승계하는 법정대리인과 같은 피해자(이하에서는 ‘피해자’라 한다)는 논의의 주체로서 취급받지 못하고, 심지어 감정적인 존재로까

누구라도 인정할 만한 객관적인 사정이 분명히 있는 경우에만 허용되어야 하고, 따라서 사형을 선고함에 있어서는 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 심리하여 위와 같은 특별한 사정이 있음을 명확하게 밝힌 후 비로서 사형의 선택여부를 결정하여야 한다. 사형의 선택여부를 결정하기 위하여는 법원으로서의 마땅히 기록에 나타난 양형조건들을 평면적으로만 참작하는 것에서 더 나아가, 피고인의 주관적인 양형요소인 성행과 환경, 지능, 재범의 위험성, 개선회화 가능성 등을 심사할 수 있는 객관적인 자료를 확보하여 이를 통하여 사형선택 여부를 심사하여야 할 것은 물론이고, 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.

- 2) 헌법재판소 2010.2.25. 선고 2008헌가23결정; 헌법재판소 1996.11.28. 선고 95헌바1
- 3) 헌법재판소 2010.2.25. 선고 2008헌가23결정; 광주고등법원의 위헌제청이유 요지 참조.
- 4) 헌법재판소 2010.2.25. 선고 2008헌가23결정; 국가인권위원회, 사형제도에 대한 국가인권위원회의 의견, 2005, 11면 참조.

지 여겨지고 있다는 생각이 든다. 국민여론이나 피해자는 범죄자에 대하여 일정 부분 감정적인 대응이 예상되는 점은 충분히 이해된다. 그러나 최근 논쟁에서 피해자의 권리에 대해서는 심도 깊은 논의가 없지 않았나 하는 생각이 들며, 이들에 대한 적절한 대안을 제기할 필요가 있다고 본다. 피해자의 권리도 헌법에서 정한 인간의 존엄성과 행복추구권의 주체임은 분명하다. 따라서 헌법상의 기본권을 향유할 주체로서 법원이나 형을 집행하는 국가에 일정부분 자신들의 의사를 표시할 수 있다. 2008년 형집행법이 개정되면서 사형수도 노역에 복무할 수 있게 됨에 따라, 사형제도를 폐지하여 절대적 종신형을 도입하되 재소 중에 노역소득을 피해자에게 지급하게 하여 피해자의 피해를 회복케 함과 동시에 사죄를 할 수 있는 기회를 제공하고, 일정 기간이 경과한 후에는 피해자가 절대적종신형 대신 상대적종신형으로 변경해 줄 것을 법원에 요청할 수 있는 기회를 부여하는 것이 타당하다고 생각한다. 이 논문에서는 사형제도의 현황을 우선 살펴보고(Ⅱ), 그에 따르는 사형제도의 존폐론을 알아본 후(Ⅲ), 사형폐지에 따르는 대체형벌로서의 집행유예제도와 절대적종신형의 도입과 함께 피해자의 의사를 존중하는 방향으로의 대안(Ⅳ)을 나름대로 제시하도록 하겠다.

Ⅱ. 사형제도의 현황

헌법은 형벌의 일종으로서 사형을 명시적으로 규정하고 있지 않다. 다만 헌법 제110조4항에서 비상계엄하의 군사재판과 관련하여 사형이 선고된 경우에는 단심으로 할 수 없다고 규정하고 있다. 따라서 직접적인 규정이 아닌 간접적인 근거규정으로 볼 수 있을 정도이다.⁵⁾

5) 헌법재판소 2010.2.25. 선고 2008헌가23결정; 헌법재판소 다수의견으로 간접적인 근거규정으로 보고 있으나(같은 의견으로는 권영성, 헌법학원론(개정판), 법문사, 2004, 409면), 소수의견(재판관 조대현 의견)은 헌법 제110조4항 단서에 해당되는 경우에 적용하면 헌법에 위반되지 않지만, 이 단서에 해당되지 않는 경우에 적용하면 생명권의 본질적 내용을 침해한 것으로 헌법에 위반된다고 주장한다. 따라서 비상계엄 하의 군사재판에서 사형을 선고하는 경우에만 사형을 선고할 수 있다고 주장한다. 그리고 재판관 김희옥은 소수의견에서 사형제도는 형사정책적인 문제가 아닌 헌법정신에 위배되는지 여부가 문제라면서 현행 헌법에 명문의 규정이 없으며, 헌법 조문상의 해석에 있어 통일적 조화적 해석을 위해서는 보다 근본적인 의미를 가지는 헌법규범에 위배되는 않되는데 인간으

현행법상 사형을 선고 할 수 있는 범죄는 형법⁶⁾에서 규정하고 있는 것과 특별법⁷⁾에서 정한 것을 합하여 현재 17개 법률 87개에 달한다. 사형을 폐지하지는 사람들은 1990년대부터 사형에 처할 수 있는 범죄를 줄여가는 추세에 있고, 세계적으로도 사형 폐지가 대세이며,⁸⁾ 경제협력개발기구(OECD) 소속 국가 중 사형제를 보유하고 있는 나라는 미국, 일본, 한국 세 나라 뿐이라고 주장하고 있다.⁹⁾ 2008년 인권이사회는 한국에 대한 인권상황정기검토에서 사형의 집행유예를 유지하면서 사형폐지로 나아가도록 권고한 적도 있었다.¹⁰⁾ 그러나 이에 반대하는 입장에서는 국민 다수가 사형제 존치에 찬성하고 있고, 찬성하는 학자들은 사형이 형벌로서 갖는 응보나 예방의 기능을 포기하기 힘든 것이며, 국민대다수가 사형제의 존치를 바라는 현실에서 무책임하게 사형제를 폐지하는 것은 시기상조라고 주장하고 있다.¹¹⁾ 헌법재판소 판례(95헌바1)는 시대상

로서의 존엄과 가치에 반하는 것이 명백하므로 단서조항의 경우에만 한정적으로 선고할 수 있을 뿐이라고 주장하였다.

- 6) 내란죄(제87조1항, 2항), 여적죄(제93조), 간첩죄(제98조), 현주건조물방화치사죄(제164조), 살인죄(제250조), 해상강도살인죄(제340조3항) 등이 있으며, 최근 법무부에서는 타인의 생명을 빼앗는 것과 거리가 먼 범죄에 대해서는 사형을 선고할 수 없도록 개정을 검토하고 있다. 1995년 형법상 현주건조물등일수치사죄, 음용수혼독치사죄 등에서도 사형이 삭제되었다.
- 7) 특정범죄가중처벌등에관한법률, 특정경제범죄가중처벌등에관한법률, 폭력행위등처벌에관한법률, 국가보안법, 마약류관리에관한법, 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 등이 있다. 1990년 특정범죄가중처벌등에관한법률상의 수뢰액 5천만 원 이상의 뇌물수수, 포탈액 1억원 이상 관세포탈죄, 5억원이상 국고손실의 회계관계직원 횡령·배임 등, 특정경제범죄가중처벌등에관한법률상의 취득액 50억 원 이상의 사기·공갈·횡령·배임, 국외도피액 50억 원 이상의 재산국외도피범 등 재산에 관한 범죄는 폐지되었다.
- 8) 김재윤, 사형 구제제도의 현황과 완비, 비교형사법연구(제9집 제2호), 한국비교형사법학회, 2007, 734면에서 사형제도를 유지하고 있는 나라에서도 사형제도 폐지 내지 적어도 개선이 뚜렷한 흐름이 라는데 이론의 여지가 없다고 주장한다. 이에 대하여 반대의견도 있다. 謝望原, 이성연 역, 사형한계 존재론 -중국의 사형연구의 현황과 발전추세-, 법학논공(제26집), 경북대학교법학연구소, 2007, 96면에서 세계 인구 중 1억 이상인 국가가 완전히 사형을 폐지한 국가는 거의 없으며 사형을 이미 폐지하거나 장기간 사형을 집행하지 않은 국가는 도리어 다시 사형을 복원하거나 사형집행을 복원한 경우도 있다고 주장하고 있다.
- 9) 조국, 사형폐지 소론, 형사정책(제20집 제1호), 한국형사정책학회, 2008, 312면.
- 10) 조국, 앞의 논문, 312면; Human Rights Council, Working Group on the Universal Periodic Review, Second Session (A/HRC/W.G.6/2/L.6)(9 May 2008).
- 11) 박철현, 정치적 민주주의와 사형의 효과: 여제 Vs. 야수화, 형사정책연구(제20권 제1호), 2009봄, 1166면. 박철현의 논문에서는 국민의 88.8%가 찬성한다고 하였으나, 김현수, 중국 사형집행유예제도의 도입가능성 검토, 법과정책(제15집 제2호), 제주대학교법과정책연구소, 2009, 84면을 보면, 법률신문 2008.9.22자 기사를 인용하여 국민의 69.6%, 법무부의 여론조사는 64%, 1994년에는

황이 바뀌어 생명을 빼앗는 사형이 가진 위하에 의한 범죄예방의 필요성이 거의 없게 된다거나 국민의 법감정이 그렇다고 인식하는 시기에 이르게 되면 사형은 곧바로 폐지되어야 한다고 판시하였다. 사형제의 헌법상의 문제점에 대하여 일부 인정하면서도 사회환경의 변화가 선행되고 일반예방효과가 없다는 확증이 있는 경우에는 폐지할 수 있다는 논리를 펴고 있어 신중한 입장을 견지하고 있다. 현행법상 사형에 해당하는 범죄는 많지만, 사형이 확정된 범죄는 대부분 살인, 방화치사 등 사람의 생명을 빼앗는 범죄에 한정하고 있고, 그것도 다수의 인명을 살해하는 경우에 한정하고 있다.¹²⁾ 박철현 교수는 정치범에 대한 사형이 주를 이룰 때, 이들에 대한 사형집행은 범죄를 유발할 것이며, 정치적 민주주의가 성숙하여 흉악범에 대한 사형이 주를 이룰 때 이들에 대한 사형집행은 범죄를 억제할 것이라고 예측하기도 한다.¹³⁾ 그러나 사형의 일반예방효과에 대하여 찬반이 많고 특별히 한 견해를 뒷받침할 만한 유력한 통계자료도 나오지 않은 상태이다. 사형제도 자체의 위헌여부도 논란이지만 기 사형선고를 받은 사람들에게 대하여 12년 이상 동안 사형집행을 미루고 있다는데 문제가 있다고 본다. 따라서 실질적으로는 집행유예를 채택하고 있다고 볼 수 있으므로 사형을 규정하고 있는 법률의 문제보다는 집행에 대한 논의가 더욱 필요하다고 본다. 사형의 집행에 대한 근거규정은 형사소송법 제463조이다. 사형집행은 법원의 판결로부터 6개월 이내에 법무부장관의 명령에 의하여 검사가 집행하도록 되어 있지만, 이 규정은 지켜지지 않고 있다. 이유는 6개월의 기간은 혼시기간¹⁴⁾이라는 이유이다. 그러나 혼시기간이라 하여도 12년 이상을 미루어도 가능할 정도로 해석하는 것은 법률 해석의 적용 범위를 넘은 위법한 해석이다. 2002년 12월 1일 신계륜 의원을 비롯한 국회의원 33명이 형사소송법 제465

70% 등이 존치에 찬성하는 것으로 나타났다 허나 갈수록 사형제도 폐지론이 힘을 얻고 있으나 국민다수가 존치를 원하고 있는 것으로 나타났다.

- 12) 박상식, 교정과 피해자관점에서 본 사형제도에 관한 고찰, 한양법학 제25집, 한양법학회, 2009, 336면 참조; 생명과 관련 없는 공안사범으로 사형이 집행된 것은 1996년 국가보안법상 간첩죄로 3명이 집행된 것이 마지막이었다. 참고로 경찰의 통계를 보면 2007년에 살인범죄는 1,111건이 발생하였고, 2008년에는 1,109건이 발생하여 0.2% 감소한 것으로 나타났다(2009 경찰백서, 경찰청, 2009, 95면).
- 13) 박철현, 앞의 논문, 1165면.
- 14) 김재중, 형벌제도 개선방안, 한국학술정보주식회사, 2008, 110-114면에서 사형부집행에 대하여 법무부장관의 직무유기가 성립하고 범죄피해자에게는 국가배상청구권을 행사할 수 있다고 주장하며, 혼시기간이 아니라는 의견도 있다.

조에 대한 개정법안을 제출했다. 이 법안은 6개월의 기간을 10년으로 연장하는 내용이었으나 통과되지 못한 적이 있다.¹⁵⁾ 그러나 집행을 미루는 이유는 오판에 대한 구제와 같은 현실적 문제와 집행시 반인권 장관이라는 불명예를 포함한 정치적 이유 등을 생각해 볼 수 있을 것이다. 사형집행은 사법부에서 내리는 선고와는 달리 행정부(법무부장관)의 정치적 선택이라는 점이다. 이러한 이유로 무작정 사형집행을 미룬다면 집행을 규정한 법률의 법적안정성을 해칠 우려가 있다.¹⁶⁾ 또한 법률적 문제뿐 아니라 사형집행을 장기간 미루면서 피해자에게는 응보적이거나 심정적 보상도 없었고 경제적 보상도 없이 상당기간 동안 방치되고 있다. 수형인의 입장에서도 흉악범죄가 발생한 경우 국민의 사형제 집행을 요구하는 여론이 비등한 경우에는 언제 사형집행이 이루어질지 모른다는 불안감 속에서 살아가고 있다. 따라서 사형집행을 유예하는 법률이나 아니면 절대적종신형 등과 같은 제도를 도입하여 사문화되어 가는 사형집행에 대한 대안을 마련하고 피해자와 수형인을 모두 고려한 제도를 마련할 필요가 있다.

Ⅲ. 사형제도의 존·폐론

사형제도의 존폐의 문제는 사형제도 자체의 위헌 해당 여부의 문제와 형사정책적인 차원에서의 법률상 존치할 것인지 또는 폐지할 것인지의 문제는 서로 구분되어야 한다. 사형제도의 위헌여부에 대한 판단은 헌법재판소의 권한 사항이지만, 사형제도를 법률상 존치할 것인지의 문제는 입법부에서 결정할 입법정책적 문제에 해당한다고 보아야 한다.¹⁷⁾ 오늘날 사형제도에 대한 비판은 사형이 정치적 반대자를 탄압하기 위한 수단으로 이용되어 왔다는 점, 오판에 대한 회복불가능성 그리고 집행의 잔인성 등으로 정리할 수 있다.¹⁸⁾ 존치와 폐지를 주장하는 사람들 모두는 일반예방효

15) 조국, 앞의 논문, 306면; ‘형사소송법중 개정법률안’(의안번호 1931; 신계륜 의원 대표발의, 2002.11.1)

16) 김현수, 앞의 논문, 87-88면.

17) 95헌바1 결정과는 달리 2008헌가23결정시에 헌법재판소가 밝힌 내용이다. 저자는 들어가는 글에서도 밝혔다 시피 현재 우리나라에서 논의의 대상이 되는 점은 사형제도의 위헌여부보다는 집행에 대한 논의가 주를 이룬다고 보므로 헌법재판소 결정에 찬성한다.

18) 박상기, 형법총론(제7판), 박영사, 2007, 503면.

과에 대하여 상이한 판단을 하고 있다. 이에 대하여 검증은 쉽지 않고 오히려 불가능하다고 볼 수 있다. 사형론자들도 실질적으로는 폐지를 궁극적인 목적으로 하는 폐지론자로 볼 여지가 많다.¹⁹⁾ 우리나라 형법의 운용상 사형제도가 초래하는 심각한 문제점을 제거하는 방안을 중심으로 논해야 할 필요가 있다. 여기에서는 2010년 2월 25일 선고(2008헌가23 결정)된 헌법재판소 판례를 중심으로 사형의 대체제도로 논의되고 있는 집행유예제도와 절대적중신형을 중심으로 논의해 보도록 하겠다.

1. 사형제도의 존치론

계몽주의 사상가 중에서도 사형의 필요성을 역설한 사람은 많다. 존 로크, 임마누엘 칸트, 비르크마이어 등이 대표적이다.²⁰⁾ 사형제도는 잔혹한 방법으로 수많은 인명을 살해한 연쇄살인범이나 테러범, 대량학살을 하는 자 등 극악범 중 극히 예외적으로 허용된다면 사형제도 자체는 위헌은 아니라고 보고 있다. 대법원이나 헌법재판소의 판례도 선고에 있어 제반 양형사유 뿐 만 아니라 가중된 조건을 충족하고 예외적으로 적용되며 선고시 신중을 기한다면 합헌이라 판시하고 있다.²¹⁾ 사형제도에 대해 인간은 본능적으로 자기 생명에 대한 애착을 갖고 있기 때문에 인간의 죽음에 대한 공포본능을 이용한 형벌인 사형은 범죄에 대한 최대의 억지력 즉, 일반예방 효과가 있다고 본다. 사형으로 인해 침해되는 범죄자의 생명과 범죄자의 극악한 범행으로 인해 무고하게 침해되는 일반국민의 생명을 동일시하기 어렵고, 두 생명권이 서로 충돌하게 될 경우 범죄행위로 인한 무고한 일반국민의 생명권 박탈의 방지가 우선시 되어야 한다고 주장한다.²²⁾ 따라서 형벌이 무거울수록, 형벌부과에 의한

19) 박상기, 앞의 책, 505면.

20) 조현욱, 사형폐지에 관한 소고, 사회과학연구(제16집), 한남대학교사회과학연구소, 2008, 36면.

21) 금동홍, 헌법강의, 글맥서원, 2007, 551면; 정종섭, 헌법학원론, 법문사, 2007, 409면: 사형제도에서 생명권에 대한 침해시 헌법 제37조제2항 중 본질적 내용 침해 금지 규정은 적용이 제외된다고 주장하고 있다. 그러나 과잉금지원칙과 같은 기본권 제한의 한계에 관한 다른 원칙들은 엄격히 준수되어야 한다고 주장하고 있다.

22) 이와 같은 의견으로는 김진혁, 사형제도에 관한 연구, 교정연구(제21호), 2003, 203면; 정종섭, 앞의 책, 409면에서 생명권에 대한 제한은 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 상당하는 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 극히 예외적인 경우에만 생명권에 대한 제한이 허용된다고 보고 있다.

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 있다. 그러므로 사형은 잠재적 범죄자를 포함하는 모든 국민에게 무기징역이나 가석방이 불가능한 종신형보다 더 큰 위하력을 발휘하여 강력한 범죄억지력을 가지고 있다고 주장한다.²³⁾ 만약 극악한 범죄자에게 무기징역형이나 절대적 종신형을 선고하는 경우 형벌로 인한 범죄자의 법익침해 정도가 당해 범죄로 인한 법익침해의 정도 및 범죄자의 책임에 미치지 못하게 되어 범죄와 형벌사이의 균형성을 잃게 될 뿐만 아니라 이로 인하여 피해자들의 가족 및 일반국민의 정의 관념에도 부합하지 못한다는 점을 들 수 있다. 그리고 범죄자를 사회와 격리하여 재범의 가능성을 막아야 할 필요가 있음을 주장하고 있다. 따라서 사회구성원의 보편적 승인 내지 내면적 동의에 기반한 사형제도는 존치해야 한다²⁴⁾고 주장한다.

2. 사형제도의 폐지론

사형폐지론은 체자레 베카리아의 저서 범죄와 형벌에서 사형은 무용하고 불필요하며, 위하효과를 거둘 수도 없으며, 사람들에게 야만성의 사례를 보여주는 까닭에 유해한 것²⁵⁾이라고 말한 이후 하워드, 리프만, 서터랜드, 몽테스키외 등 많은 학자들이 이에 찬성하고 있다. 우리나라에서는 정치적 탄압을 위한 사형선고와 집행²⁶⁾

23) 김현수, 앞의 논문, 86면에서 같은 의견을 제시하고 있다. 그러나 일반인에 대한 위하력에 대한 검증이 불가능하다고 주장하고 있다.

24) 박상기, 앞의 책, 505면; 정성근/박광민, 형법총론(제3판), 2006, 647면 : 박상기 교수는 형사정책은 현실을 근거로 하여야 하므로 사회구성원의 보편적 승인 내지 내면적 동의에 터 잡지 않은 형벌은 생명력이 없다면서 현실에 맞게 단계적으로 대처해야 한다고 주장한다. 현 단계에서 중요한 것은 오판가능성과 정치적 탄압의 도구로 악용할 가능성을 제거하는 것이 중요하므로 사형규정의 대폭 축소와 과실범이나 결과적 가중범 및 정치적 반대자에 대한 탄압의 소지가 있는 국가적·사회적 범죄에 대한 사형규정을 폐지해야 한다고 주장하고 있다.

25) 체자레 베카리아/이수성·한인섭 역, 범죄와 형벌, 도서출판 지산, 2003, 88면 및 95면.

26) 노두진, 사형폐지의 정당성과 대안에 관한 연구, 청주대학교대학원 박사학위논문, 2009, 36-41면에서 진보당 조봉암사건과 인혁당 사건을 사형남용사례의 표본으로 삼아 사형폐지의 정당성을 주장하고 있다.

이 이루어지면서 사형제도의 문제점²⁷⁾을 인식하게 되었고, 최근에는 극악범에 의한 흉악사건이 일어날 때 마다 사형제에 대한 논의가 범국민적으로 일어나곤 하였다. 심재우 교수는 사형은 사형의 일반예방적 효과는 현실적으로 범행을 결의한 자에게는 아무런 위협도 되지 않으며, 오직 응보의 기능밖에 없는 형사정책적으로 무의미한 형벌이라면서 사형의 위하력을 강력하게 부정하고 있다.²⁸⁾ 우리나라의 경우 1989년부터 1997년까지 사형집행자는 96명이고, 1998년부터 2008년까지 사형집행 대기자는 58명으로 사형을 집행하던 때가 오히려 대기자가 많음을 알 수 있다. 이는 사형 집행의 위하력이 크게 영향을 미치지 않음을 나타내는 것으로 볼 수 있다.²⁹⁾

이번 2008헌가23결정에서 조대현 재판관은 위헌의견에서 생명권은 헌법상의 기본권으로 국가가 이를 제한하는 사유는 인간의 생명을 보호하거나 구원하기 위한 것에 한정되는 것으로, 범죄에 대한 형벌로서 범죄자를 사형시키는 것은 이미 이루어진 범익침해에 대한 응보에 불과하고, 살인자를 사형시킨다고 하여 피살자의 생명이 보호되거나 구원되지 않는다. 또한 중대범죄자를 사형시킴으로서 일반예방효과가 있음을 실증되지도 않았으므로 무기징역형이나 종신형으로 대체할 수 있음을 주장하면서 현행 사형제도는 헌법 제37조 제2항에 위배되어 위헌임을 밝히고 있다. 재판관 김희옥은 위헌의견에서 사형제도는 형사정책적인 고려나 인권향상을 위한 형사법제도의 개선이라는 입장이 아닌 헌법의 규정과 헌법정신에 위배되는지 여부의 문제라고 밝힌 뒤, 헌법 제110조제4항은 사형제도의 헌법적 근거가 될 수 없다고 하였다. 중대범죄를 저지른 사람의 생명을 빼앗는 형벌로서의 사형제도는 헌법 제37조제2항이 정하는 비례의 원칙 및 기본권의 본질적 내용 침해 금지의 원칙에 반하여 범죄자의 생명권을 침해하여 위헌이라고 주장하였다. 재판관 김종대의 위헌의견에서 특히 주목되는 것은 사형제도가 위헌인 제도로서 가석방이나 사면이 제한되는 무기징역형의 도입을 주장하였다. 재판관 목영준은 위헌의견에서 생명권이 헌

27) 헌법재판소 2010.2.25. 선고 2008헌가23결정; 재판관 민형기의 합헌 보충의견에서 정치적 반대자를 제거하거나 탄압하기 위한 수단으로 사형제가 악용된 점을 인정하면서 사형제의 오남용의 폐해를 최대한 불식시키기 위하여 적용대상과 범위를 최소화할 필요가 있다고 주장하고 있다.

28) 심재우, 사형은 형사정책적으로 의미있는 형벌인가?, 형사정책연구소식(통권 제29호), 한국형사정책연구원, 1995, 3면. 같은 의견으로는 조현욱, 앞의 논문, 38면; 박상식, 앞의 논문, 339면.

29) 박상식, 앞의 논문, 340면.

법 제37조제2항에 의해 제한이 가능하여도 사형제도는 과잉금지원칙에 위배되는 것으로 헌법 제10조가 선언하고 있는 인간의 존엄과 가치를 침해한다고 하면서 절대적종신형의 도입을 주장하였다.

결국 소수 위헌의견을 제시한 재판관들은 사형제도가 헌법이 정한 생명권을 침해하고, 설령 헌법 제37조제2항에 의해 제한할 수 있다 하여도 그 본질적인 침해에 해당된다면서 사형제도의 대안으로 절대적종신형을 제시하고 있음을 알 수 있다.

3. 소 결

사형제도의 찬반에 대한 논란은 계속 이어가고 있지만, 사형은 생명권을 침해하고, 잔혹하고 비인도적이면서 인간존엄을 말살시키는 형벌이라는 점에 대해서는 대체적으로 인식을 같이하고 있는 것 같다. 2009년 8월 12일 현재 국제 엠네스티의 보고에 따르면, 사형제도를 법률상 내지 사실상 폐지한 국가는 전세계 197개 국가 중 139개 국가에 달하고, 존치국가는 58개 국가에 불과하다. 이는 1982년에는 사형제도를 폐지한 국가가 25개 국가에 불과하였었고, 1996년에는 63개 국가가 사형제도를 법률상 내지 사실상 폐지하였다.³⁰⁾ 현재 사형제도를 존치하고 있는 국가들도 인구가 1억 명(중국, 인도, 인도네시아, 미국, 일본 등)을 넘거나 회교문화권(인도네시아, 이란, 이라크, 요르단, 쿠웨이트, 파키스탄), 유교문화권(중국, 대만, 말레이시아, 태국, 싱가포르) 또는 권위주의 국가체제(북한, 쿠바)에 해당하는 국가들 중에 하나 또는 둘 이상에 포함된 국가가 대부분이다.³¹⁾ 이러한 추세를 보면 사형제도는 가까운 시일 내에 지극히 소수의 국가만이 유지하는 형태가 될 것이다. 사형은 국가 이전의 인간의 천부적 권리이자 헌법상 모든 기본권의 본질인 생명권을 박탈한다. 판례와 일부 유지를 주장하는 학자들은 극악범에 대해서만 예외적으로 적용되고, 생명권도 동가치의 생명이나 사회공공의 이익과의 충돌이 있을 경우에는 제한이 가능한 상대적 권리이며, 더욱 중요한 것은 국민과 피해자들의 법감정을 제시하며 합헌이라고 주장하지만, 사형집행이 일반예방효과가 있다는 검증이 없고, 생명권을 침

30) 허일태, 사형제도의 세계적 추세와 위헌성, 동아법학(제45호), 동아대학교법학연구소, 2009, 264-265면.

31) 허일태, 앞의 논문, 266면.

해하는데 그 제한 정도가 본질적인 사항을 침해하는 것으로 위헌으로 판단된다. 그러나 사회구성원의 보편적 승인 내지 내면적 동의에 터 잡지 않은 형벌론은 생명력이 없다는 박상기 교수의 지적처럼 현 시점에서 대안없는 사형제도의 폐지는 반대한다. 국민들과 피해자의 법감정에 변화를 줄 수 있는 제도적 대안을 모색하는데 역점을 두어야 한다. 대법원 판례에서도 사회환경의 변화와 함께 국민들이 사형폐지를 수긍할 수 있는 상태를 만들도록 해야 한다는 점을 지적한 바 있다. 사실 피해자의 응보감정도 변할 수 있는 것이며, 특히 피해자들이 원하는 것은 사형집행을 요구하는 것이 아니라는 점에 유의할 필요가 있다. 대부분의 형사 피해자는 가해자로부터 진정한 사과와 피해회복 등을 요구하는 것으로 나타났다.³²⁾ 국민들의 여론 조사에 나타난 법 감정도 사실은 흉악범에 의해 저질러진 사건이 있는 후에 조사되고 있으며, 범죄피해자에 대하여 가해자가 일정부분 피해회복을 위한 제도적 조치가 마련된 이후에는 어떤 반응을 나타낼지는 미지수다. 하지만 절대적 종신형을 선고 받은 후 노역을 통해 피해자에게 금전적 피해회복을 줌과 동시에 사죄의 기회를 제공하고, 피해자의 의사를 감안하여 상대적종신형으로 변경할 수 있는 제도적 틀을 마련한다면 지금처럼 감정적이며 소박한 의견만을 제시하지 않을 것은 분명하다.

IV. 사형 폐지론과 대체형벌

사형선고를 받은 극악범의 생명이 존중되는 것 이상으로 일반 국민의 생명권은 존중되어야 한다. 국가는 극악범으로부터 사회를 방위하기 위하여 노력해야 할 의무가 있다. 그러나 범죄는 늘고 있고 지금도 사형선고는 계속되고 있다. 국가의 이러한 의무 해태의 원인을 극악범에게만 돌려서는 않된다. 즉, 사형선고와 함께 사형을 집행하여 이 사회로부터 영원히 격리하고, 소박한 국민들의 정서에 부합하는 것 만으로는 책무를 다했다고 볼 수 없다. 2008년 4월 현재 사형수 58명 중 재범 이상의 전과자

32) 박성철, 회복적사법에 관한 연구, 충남대학교대학원 박사학위 논문, 2006; 박상식, 앞의 논문, 349면 : 통상 회복적 사법은 소년사범이나 경미한 범죄 혹은 재산범죄에 대하여 적용되고 있으나 독일이나 오스트리아의 경우에는 강력범에도 적용하고 있다. 우리나라의 경우에도 사형범에 대해서도 적용해 볼 소지가 있다고 본다.

가 73%에 이르는 41명이다. 이는 교정실패라 할 수 있다.³³⁾ 사형제 폐지를 논하기 위해서는 이번 헌법재판소의 2008헌가 23 판례를 비판적으로 검토할 필요가 있다.

생명권에 대하여, 국가는 사인의 범죄행위로 인해 일반국민의 생명권이 박탈되는 것을 방지할 수 있는 입법 등을 함으로써 일반국민의 생명권을 최대한 보호할 의무가 있음을 밝히고 있다. 또한 생명권도 헌법 제37조제2항에 의하여 제한이 가능한 상대적 기본권이므로 사형제도를 극악한 범죄에 한정하여 적용하고, 생명권에 대한 일부의 박탈은 상정할 수 없기에 완전한 박탈을 의미할 수 밖에 없다며 합헌이라고 판시하였다.

그러나 국가가 일반국민의 생명권을 최대한 보호할 의무가 있음은 분명히 맞는 지적이다. 그러나 헌법 제10조에서 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가진다고 규정하고 있고, 제12조에서도 극악범이라도 일반인과 동일하게 기본권을 보장하여야 함을 명백히 하고 있다. 그런데 헌법재판소는 헌법 제37조제2항을 들면서 제한가능하다고 보고 있다. 그러나 생명은 여타의 제한과는 구분해야 한다. 일부에 대한 제한은 생각할 수 없음으로 결국 본질적인 침해가 된다는 점이다. 또한 헌법재판소는 생명에 대한 제한할 경우로 형법 제21조제1항의 정당방위 상황이나 모체의 생명에 대한 상실될 우려가 있어 태아의 생명권을 제한하여야 하는 경우, 국민 전체의 생명에 대하여 위협이 되는 현재적이고 급박한 외적의 침입에 대한 방어를 위하여 부득이하게 국가가 전쟁을 수행하는 경우와 함께 공공의 이익을 침해하는 극악한 범죄의 발생을 예방하기 위하여 극형의 부과가 불가피한 경우를 동등하게 보고 있다. 이는 아주 잘못된 판단이다. 정당방위 등의 예시된 상황은 침해가 현재적이고 급박하여 현장에서 타인의 생명을 침해하는 것이 충분히 예상할 수 있는 상황이다. 그러나 극악한 범죄는 이미 범죄가 완료된 후 재판 과정과 같은 상황은 현재적이거나 급박한 상황이라 볼 수 는 없다. 또한 예시된 상황은 현행법으로도 위법성조각사유로 처벌할 수도 없다. 생명권 침해에 대한 헌법적 한계는 법률에 의한 생명권의 침해의 경우 언제나 다른 생명을 보호하기 위한 경우에 국한되어야 하고, 그것도 과잉금지 원칙에 따라 비례의 원칙, 최소침해의 원칙이 존중되는 선에서 그쳐야 된다.³⁴⁾ 이번 헌법재판소에서 들은 사례 중 모체의 생명권을 구하기 위하여 태아의 생명권을 제한하는 경

33) 박상식, 앞의 논문, 349면.

34) 허영, 한국헌법론(전정6판), 박영사, 2010, 358면.

우와 정당방위 상황인 경우에는 생명권의 제한은 가능하다. 그러나 재판과정에 있는 극악범죄인 경우에는 급박성이나 정당방위 상황과는 다르다. 따라서 생명권의 제한은 불가능하다. 헌법재판소는 정도와 논리가 다른 경우를 함께 서술하면서 동일하게 본 문제가 있는 것이다. 따라서 재판과정에 있는 극악범죄자의 경우에 위헌적인 사형제를 고집하기 보다는 실질적인 대안을 마련하여 피해자에게도 이익이 되며 수형자의 권익도 함께 고려하는 균형감 있고 성숙된 제도 마련이 필요하다. 특히 사형제도를 논의하면서 피해자에 대한 대책에 대해서는 제대로 논의해본 것도 없다. 특히 범죄피해자보호법이 제정되어 있으나 실질적인 도움은 되지 못하고 있었다. 대다수의 극악범죄는 경제적으로나 사회적으로 약자에 속하거나, 살인피해자와 특별한 친인척관계인 경우도 있어 수혜마저도 보지 못하는 경우도 있다.³⁵⁾

1. 집행유예 제도

형의 집행유예는 형을 선고하면서 그 집행만을 일정기간 유예하기로 하는 법원의 공권적 의사표시이다.³⁶⁾ 집행유예의 요건은 법원이 피고인에게 3년 이하의 징역이나 금고의 형을 선고할 경우에 형법 제51조가 규정한 양형사항을 검토하여 그 정상

35) 범죄피해자 구조금 지급현황(<http://www.spo.go.kr> 대검찰청 2009통계연감 제2장 제5절 참조)

구 분	접 수	지 급
2007년	260건/2,449,000,000원	169건/1,607,000,000원
2008년	237건/2,225,000,000원	152건/1,405,000,000원
증감율	-8.8 / -9.1	-10.1 / -12.6

※ 각 지점에 설치된 심의회를 통하여 법무부 예산으로 유족구조금(1,000만원), 장해구조금(300 ~ 600만원) 지급하고 있다. 사형과 관계된 구조금으로는 유족구조금을 들 수 있지만 최고액이 1,000만원에 불과하여 도움이 되지 못하였다. 범죄피해자보호법이 2010.5.14. 법률 제10283호로 전면개정되면서 구조의 대상이 되는 범죄피해의 범위를 종래 중장해에서 장해 및 중상해까지 확대하고 구조금의 지급요건에서 가해자의 불명 또는 무자력 부분을 삭제하여 범죄피해자 구조의 범위를 확대하며, 범죄피해자와 그 가족에게 신체적·정신적 안정을 제공하고 사회복귀를 돕기 위하여 국가가 일시적 보호시설 및 상담·치료 프로그램을 마련하여 운영하도록 하고, 대통령령에 위임되어 있는 구조금 지급 제한 사유를 법률에서 구체적으로 규정하며, 구조금액을 월금액 · 월실수입액 또는 평균입금을 기준으로 산정하도록 정비하고, 구조금 지급신청의 기한을 민법에서 손해배상청구권의 소멸시효 기간과 같은 기간으로 연장하며, 구조금 지급신청의 기각이나 각하결정에 대하여 불복절차를 마련하고, 형사조정 제도의 법적 근거를 마련하는 등 범죄피해자 보호를 위한 제도를 전반적으로 보완하였다.

36) 신동운, 형법총론(제5판), 법문사, 2010, 800면.

에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간을 정하여 형의 집행을 유예할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 사형을 선고하는 경우에는 집행유예를 선고할 수 없게 된다. 그러나 사형제 존폐논란과 함께 중국에서 이미 실시되고 있는 사형집행유예제도를 검토할 필요가 있다. 사실 사형집행유예 제도는 다음에 서술되는 종신형제도와 연관될 수 있다. 종신형제도는 절대적 종신형과 상대적 종신형으로 나뉘어 있는데 상대적 종신형의 일종으로도 볼 여지가 있다. 우선 중국의 집행유예 제도를 개관한 후 우리나라에도 적용할 수 있는지를 알아보도록 하겠다.

중국 형법 제48조에서 “사형은 죄행이 극악한 범죄자에 대하여만 적용한다. 사형 선고를 받은 범죄자에 대하여 반드시 집행해야 하는 경우가 아니면 사형선고를 함과 동시에 집행유예 2년을 선고할 수 있다”고 규정하면서 사형집행유예 제도를 두고 있다. 또한 제50조에서 “사형집행유예를 선고받은 자가 집행유예기간 중에 만약 고의범죄가 없으면 2년 만기 후 무기징역으로 감형하고, 만약 중대한 공적이 확실히 있으면 2년 만기 후 15년 이상 20년 이하 유기징역으로 감형하고, 만약 고의범죄가 있고 조사 결과 사실로 밝혀진 자에 대하여는 최고인민법원이 심사, 비준하여 사형을 집행한다”고 규정하고 있다.³⁷⁾ 중국에서는 실제 사형을 선고하면서 집행유예를 붙인 대다수의 범죄자에게 개전의 정이 나타나서 유예기간의 만료 후 무기징역 혹은 유기징역으로 감형되고 있다. 중국 사형집행유예제도는 독립된 형벌이 아니다. 따라서 사형이라는 형벌의 집행 방법의 하나이다. 사형의 즉시집행의 필요가 없는 경우에 가능하다. 이를 살펴보면, ① 민중의 공분이 극대하지 않는 것, ② 범죄인이 자수하거나 중대한 정보를 제공하여 수사에 공을 세울 때, ③ 공동범죄 중 여러 명의 주범이 있고, 그 중 수괴급 또는 죄상이 가장 중한 주범이 이미 사형 판결을 받아 즉시 집행되었거나 기타 주범이 가장 엄중한 것이 아닐 것, ④ 범죄인이 지력발육 상태가 불완전하여 유한 책임 능력자에 속한 경우, ⑤ 피해자의 명백한 실수로 인하여 일시적으로 격분한 상태에서 살인범죄를 저지르는 경우, ⑥ 범죄인의 의분 때문에 수명을 살해한 경우, ⑦ 기타 여지가 있는 경우³⁸⁾에 할 수 있다. 요건만을 비교해 보면, 사형선고가 필요이상 광범위하게 이루어지고 있다는 생각마

37) 김현수, 중국 사형집행유예제도의 도입가능성 검토, 2009.8, 법과 정책(제15집 제2호), 89면.

38) 박경춘, 중국의 사법제도 연구-특히 사형 집행유예 제도와 사형 재심사 제도를 중심으로-, 해외연구 검사연구논문집, 법무연수원, 2006, 581-582면.

저 든다. 집행유예제도는 무기징역이나 유기징역을 선고할 사안을 무리하게 사형을 선고한 후 개선의 여지와 함께 수사과 국가 형벌권 작용에 협조하도록 유도하기 위한 제도가 아닌가 하는 생각이 든다. 중국은 2년의 유예기간을 두고 있지만 현재 우리나라는 사형선고 후 13년째 집행을 미루고 있다. 이는 어쩌면 우리나라식 집행유예 제도라고 볼 수 있다. 이런식으로 어정쩡한 상태로 갈 바에는 중국식 제도도 도입을 생각해 볼 수 있다. 유기징역으로 감형 가능한 요건 중 ‘중대한 공적’을 수형생활 중 모범이 되며, 재범가능성이 없고 피해자에 대한 진심어린 경제적 급부와 사죄로 해석한다면 우리나라에도 도입할 수 있다. 그러나 중국은 피해자의 입장에 대한 고려 없이 국가형벌권의 입장에서만 보는 점에서 미흡하다.

2. 절대적종신형과 상대적 종신형

절대적 종신형은 가석방, 사면, 감형이 없이 자연사할 때까지 교도소 안에서 수용되는 것을 말한다. 현재 우리나라의 사형을 선고한 후 집행하지 않고 있는 점에서 어쩌면 하나의 절대적 종신형의 성격도 가진다고 볼 수 있다.³⁹⁾ 절대적 종신형은 죽음의 시기만을 변형시킨다는 의미 외에 형사정책적 의미는 없다. 단지 상징적으로 사형제도를 폐지하였다는 점 외에는 큰 의미는 없다고 본다. 오히려 장기간에 걸친 수용에 따라 국가가 부담하는 형 집행 비용의 증가와 수형자에게는 평생 동안의 극구생활⁴⁰⁾로 인하여 사회복지가 불가능한 상태에서 교도소 내에서 단지 죽음을 기다린다는 점은 사형보다 더 큰 정신적 고통일 수 있다. 절대적 종신형을 선고받은 수형자는 교도소 내에서 교정의 대상이 되기도 어렵게 된다. 자신이 수형성적이 좋더라도 따로 이익이 없기 때문에 이를 기대하기 어렵다. 따라서 피해자에 대한 진심어린 사과나 경제적인 보상에 대해서는 더더욱 기대하기 어렵게 된다. 독일의 경우 30년 이상 가석방없는 절대적 종신형을 채택하였다가 1981년 상대적 종신형으로 변경하였다.⁴¹⁾

39) 우리나라도 사형선고를 받은 수형자 2명이 교도소 내에서 자연사하였다.

40) 김현수, 앞의 논문, 93면. 사형판결이 확정된 수형자는 법률적으로 가석방 대상자가 아니다. 무기형은 10년, 유기형은 형기의 3분의 1을 경과한 후에만 가능하다. 따라서 사형선고를 받은 사람은 대상이 아님은 분명하다.

41) 김현수, 앞의 논문, 93면에서 독일은 1978년 연방헌법재판소가 종신형 자체는 합헌이나 비록 종신

상대적 종신형은 절대적 종신형을 선고받은 사람에게 가석방 요건을 추가하여 사형수의 개전의 정에 따라 가석방이 가능한 형벌이다. 독일의 경우가 이에 해당한다고 볼 수 있다. 대부분의 국가에서는 절대적 종신형에서 상대적 종신형으로 나아가는 추세에 있다. 하지만 이 제도는 피해자의 응보감정과 강력범죄에 대한 국민의 법감정 그리고 살인과 같은 강력범죄의 증가와 같은 문제가 대두 될 수 있다. 형벌의 위하력과 같은 일반예방효과는 경미범죄보다는 살인과 같은 강력범죄의 경우에는 상대적으로 효과가 있을 것이다. 상대적 종신형을 도입하기 위해서는 우선 가석방 요건을 정하고 있는 형법 제72조의 요건을 우선 생각할 수 있다. “행상이 양호하여 개전의 정이 현저한 경우”를 들 수 있다. 상대적 종신형을 도입하는 경우에 예상되는 긍정적 효과로서, 수형자에게는 교정시설 내에서 수형생활의 모범이 될 수 있도록 노력할 것이고, 노역에도 적극적으로 참가할 것이 예상된다. 이런 모범은 곧 수형생활이 끝나 사회복귀까지도 가능하게 될 것이다. 그러나 피해자에게는 상대적으로 반대가 예상된다. 우선 응보감정측면에서 보면 범죄피해자는 이미 사망하였으나 가해자는 살아서 교정시설에서 수형생활을 하는 것이 아니라 석방되어 사회에서 활동한다면 이를 인용할 수 없다는 점은 법이 넘을 수 없는 커다란 장벽이 될 것이다. 그러나 피해자에 대한 일정한 경제적 보상과 함께 상징적 회복을 제공한다면 이러한 응보 감정도 변화가 예상된다. 피해자에 대한 보상 등은 후술하겠다. 국민의 법감정과 지역사회에게는 피해를 입혔으면 이를 보상해야 한다는 정의를 실현하고 범죄가 가해자와 피해자만의 문제가 아닌 사회 전체의 문제로 생각할 수 있는 기회를 제공할 수 있다. 여기에서 제기했던 문제는 이미 상대적 종신형을 도입한 다른 국가에서도 어려움을 겪고 있는 문제로 어느 정도의 기간이 경과한 후에 가석방이 가능할 것인가의 문제와 어떻게 하면 피해자와 국민의 여론을 함께 만족시킬 것인가가 문제된다. 상대적 종신형과 절대적 종신형의 구별기준은 절대적 종신형을 선고한 법원의 판결을 변경할 수 있을 정도의 상황의 변화를 의미한다. 우선 사형제를 폐지하고 절대적 종신형이 원칙적으로 도입된다. 그러나 가해자가 상당기간동안 피해자에게 경제적 보상과 진심어린 사죄를 하여 특히 피해자가 가석방심사위원회

형이라도 이를 집행하는 것은 헌법상의 본질적 기본권을 침해하는 것이라고 판결함에 따라 1981년 형법개정을 통해 15년 이상의 형의 집행과 그 밖의 엄격한 조건을 충족할 경우에만 종신형에 대해서도 가석방을 할 수 있도록 개정하였다.(독일 형법 제57조 a)

에 수형인의 가석방을 해도 좋다는 의사표시를 요건으로 한다.(단 상당기간이 경과하여 사죄와 급부를 행할 피해자가 없는 경우에는 별도의 논의가 필요함) 그리고 복역기간동안 모범적인 수감생활을 통한 반성 그리고 재범가능성 여부 등이 가석방 심사위원회에서 모두 고려하여 상대적 종신형으로 변경되더라도 우리 사회가 인용할 수 있다고 판단되었을 때 상대적 종신형으로 변경된다. 구별기준을 요약하면 수형자의 피해자에 대한 최저 20년 이상의 경제적 급부와 진심어린 사죄 그리고 모범적인 수형생활이라는 요건을 충실히 행하였는가 여부가 주된 기준이라 볼 수 있다. 재범가능성여부는 이와 같은 2가지 요건을 충실히 행한 경우를 모두 고려한다면 충분히 판단할 수 있게 된다.

3. 피해자의 의사를 반영한 상대적 종신형

상대적 종신형을 도입하는 경우 어느 정도의 기간이 경과한 후에 가석방이 가능할지를 생각해 보아야 한다. 현행법 테두리 내에서 살펴보면, 사형을 선고받은 경우는 가석방이 불가능하고, 무기징역인 경우에는 20년을 기한으로 정하고 있다. 독일의 경우는 15년 이상의 형의 집행과 엄격한 요건을 충족하는 경우 가석방이 가능하도록 규정하고 있다.⁴²⁾ 통상 우리나라에서 무기징역형을 선고받은 수형인이 20년이 경과하면 가석방에 의해 석방되는 경우가 상당하며 현재 수감 중인 사형수들의 평균 연령이 44세다.⁴³⁾ 이를 감안하면 최소 20년 이상을 복역한 사형수 중에서 가석방 대상을 선정하는 것이 타당하다고 본다. 이유는 사형수감자가 20년을 복역하고 나면 약 64-65세에 이르게 되는데 이는 우리나라 평균 남성의 수명인 76세 정도를 감안하면 약 10년 정도를 사회에서 생활할 수 있게 된다. 그리고 통상 65세 정도에 이르면 신체적으로도 강력범죄를 범할 가능성이 현격히 낮아지는 것을 알 수 있다.⁴⁴⁾ 그렇다면 20년 이상을 복역한 사람 중에서 어떤 사람을 선별할 것인지를 생각해 보아야 한다. 20년 이상 복역한 수감자 모두에게 가석방이 주어져서는 않된다.

42) 독일 형법 제57조 a

43) 박상식, 앞의 논문, 348면; 시사HN, 제32호, 2008.4.

44) 범죄백서(2009), 법무연수원, 70면에서 2008년 총 발생한 살인사건의 범죄자 989명 중 61세 이상은 70명으로 7.1%에 불과하다.

우선 행형 성적이 우수해야 한다. 복역 중 다른 범죄를 저지른 사실이 없고 타에 모범이 되며 개전의 정이 탁월하고, 재범가능성이 없어야 한다.

덧붙여 피해자에 대한 요소를 고려해보면, 수감자는 가석방을 얻기 위해서는 그가 수감 중이었던 20년 이상을 교도작업에 참가하여 작업상여금으로 받은 금액 중 상당 부분을 피해자에게 지급해야 한다.⁴⁵⁾ 이와 같은 급부를 제공하고, 피해자가 가석방심사위원회에 가석방을 해도 좋다는 취지의 의사표시를 요건으로 한다면 무방할 것으로 보인다. 사형수에게는 피해자에게 자신의 노동력을 제공하여 얻은 돈으로 경제적 급부를 제공하면서 사죄할 기회를 제공하고, 피해자에게는 경제적 보상과 함께 상당기간의 급부를 통해 화해할 수 있는 기회를, 사회에게는 피해를 입혔으면 이에 상응한 보상을 통해 서로 화해 한다는 사실을 인식시킴으로서 정의가 살아 있음을 상기시킬 수 있으리라 사료된다.

V. 나가는 글

사형수들에게 사형이 선고되어 확정된 후 13년 이상을 집행하지 않음으로 인해 우리나라는 실질적 사형폐지국가가 되었다. 물론 인권이 고양됨은 인정할 수 있으나 사형이 확정된 후 6개월 이내에 집행하도록 규정한 형사소송법은 사문화되기에 이르렀다. 사형수들에게는 집행이 장기간 미루어지면서 언제 사회현실이 바뀌어 집행될지도 모른다는 불안감속에 살아야 하고, 피해자에게는 아무런 보상 없이 살아 가고 있다. 법적 근거도 없이 사형수들에게 사형 대신 실질적으로는 종신형으로 변하고 있는 사형문제에 대해 분명한 대안을 가져야 한다.

현재의 사형제도를 폐지하고 대체형벌로서 종신형 제도를 도입해야 한다. 중국과 같은 집행유예제도를 고려해 볼 수 있으나 이는 우리나라와 요건과 상황이 다르므로 종신형제도를 도입하는 것이 타당하다. 우선은 절대적 종신형으로 변경한 후 20

45) 범죄백서(2009), 321면에서 수형자에게 지급하는 작업상여금은 1일 평균 10,800-12,800원이다. 평균한 금액인 11,800원을 기준으로 그 중 60%를 지급한다고 가정할 때 20년간 지급될 수 있는 금액은 상여금 인상율을 고려하지 않은 절대금액은 50,976,000원 정도이다.

년 이상을 수감하면서 행형성적과 개선의 정 그리고 재범가능성을 우선 고려한 후, 피해자에게 20년 이상 동안 경제적으로 급부를 제공하고, 피해자가 가석방심사위원회에 가석방이 가능하다는 의사표시가 있는 경우에 이를 바탕으로 가석방이 가능하도록 한다면, 사형수에게는 약 10년 정도의 사회복귀효과를 주게 되고, 피해자에게는 상당금액의 경제적 급부와 함께 화해의 기회를 제공할 수 있을 것이다. 또한 사회에게도 정의가 살아있음을 확인시킬 수 있다. 국민들이 사형폐지에 반대하는 이유는 사형수들이 피해자나 사회에 대하여 전혀 공헌하지 않았다는 사실에 있을 것이다. 만약 충분한 반성의 기회와 함께 피해자에게 사죄한다면 국민들의 인식도 바뀌게 되어 사형제 폐지에 찬성하게 될 것이다. 어떠한 정책도 국민의 동의 없이는 성공할 수 없고, 아무리 법률로 제정한다 하여도 이를 받아들이는 국민이 없을 때에는 효과가 없게 된다. 이젠 사형제도에 대하여 균형감 있는 종신형 제도의 채택으로 사형수와 피해자 그리고 국민모두에게 기꺼이 받아들일 수 있도록 해야 한다.

참고문헌

- 2009 경찰백서, 경찰청.
- 국가인권위원회, 사형제도에 대한 국가인권위원회의 의견, 2005.
- 권영성, 헌법학원론(개정판), 법문사, 2004.
- 금동흠, 헌법강의, 글맥서원, 2007.
- 김재윤, 사형 구제제도의 현황과 완비, 비교형사법연구(제9집 제2호), 한국비교형사법학회, 2007.
- 김재중, 형벌제도 개선방안, 한국학술정보주식회사, 2008.
- 김진혁, 사형제도에 관한 연구, 교정연구(제21호), 2003.
- 김현수, 중국 사형집행유예제도의 도입가능성 검토, 법과정책(제15집 제2호), 제주대학교 법과정책연구소, 2009.
- 노두진, 사형폐지의 정당성과 대안에 관한 연구, 청주대학교대학원 박사학위논문, 2009.
- 대검찰청 2009통계연감
- 박경춘, 중국의 사법제도 연구-특히 사형 집행유예 제도와 사형 재심사 제도를 중심으로-, 해외연수검사연구논문집, 법무연수원, 2006.
- 박상기, 형법총론(제7판), 박영사, 2007.
- 박상식, 교정과 피해자관점에서 본 사형제도에 관한 고찰, 한양법학 제25집, 한양법학회, 2009.
- 박성철, 회복적사법에 관한 연구, 충남대학교대학원 박사학위 논문, 2006.
- 박철현, 정치적 민주주의와 사형의 효과: 억제 Vs. 야수화, 형사정책연구(제20권 제1호), 2009·봄.
- 범죄백서(2009), 법무연수원.
- 謝望原, 이성연 역, 사형한계존재론 -중국의 사형연구의 현황과 발전추세-, 법학논공(제26집), 경북대학교법학연구소, 2007.
- 시사IN, 제32호, 2008.4.
- 신동운, 형법총론(제5판), 법문사, 2010.
- 심재우, 사형은 형사정책적으로 의미있는 형벌인가?, 형사정책연구소식(통권 제29호), 한

국형사정책연구원, 1995.

정성근/박광민, 형법총론(제3판), 2006.

정종섭, 헌법학원론, 법문사, 2007.

조 국, 사형폐지 소론, 형사정책(제20집 제1호), 한국형사정책학회, 2008.

조현욱, 사형폐지에 관한 소고, 사회과학연구(제16집), 한남대학교사회과학연구소, 2008.

체자레 베카리아/이수성·한인섭 역, 범죄와 형벌, 도서출판 지산, 2003.

허 영, 한국헌법론(전정6판), 박영사, 2010.

허일태, 사형제도의 세계적 추세와 위헌성, 동아법학(제45호), 동아대학교법학연구소, 2009.

Human Rights Council, Working Group on the Universal Periodic Review, Second Session (A/HRC/W.G.6/2/L.6)(9 May 2008).

<http://www.spo.go.kr>

The study of abolition of the death penalty and the alternative penalty

-The introduction of life imprisonment and the victim's intention-

Park, Sung Chul*

Korea substantially becomes a country in which the death penalty does not exist any more, in that the penalty has not been executed to the victims for more than 13 years since the death penalty was finally sentenced. For this reason, it is no wonder that the human right has been enhanced. On the other hand, the criminal procedure code has proved a dead paper which regulates the execution should be enforced within 6 months after the final sentence. However, the long delay of the execution leads to the result that the condemned criminals should live in the fear that the social mood which the penalty should be executed directly can be emerged any time. Furthermore, the victims must live without any compensation.

Therefore, we have to discover an alternative to the death penalty which has been substantially replaced by life imprisonment without any legal basis. We have to introduce the system of life imprisonment for the alternative to the death penalty by abolishing death penalty. First, we can think of the parole system as in China. However, since Korean requirements and conditions are different from those of China, it is more reasonable to introduce a system of life imprisonment. First sentence changed to life in absolute, first consider the possibility of recidivism for sincere repentance and execution mark while limiting more than 20 years for over 20 years the victims, the economic benefits provided, that if the intention is to allow parole review board if the victim based on this, if you allow for parole, and condemned the effectiveness of the rehabilitation of

* Professor, Division of Law Public Administration & Police of Baekseok University, Ph.D. in Law

approximately 10 years and giving, the victim may provide an opportunity for reconciliation with the substantial amount of economic benefit.

Moreover, we can make it sure that the social justice is always exists. The reason that national people oppose to the abolishment of the death penalty lies in the fact that the condemned criminal has not contributed any more to the society and the victims. If the condemned criminal is given an ample opportunity for self-reflection with and offers his sincere apologies to the victims, the national people will be in favor to the abolishment of the death penalty.

Without the people's consent, any policies cannot be succeeded. Furthermore, any good established legally will be ineffective, if the people do not accept it. Now, it is time to adapt the life imprisonment instead of the death penalty with a sense of perspective which the condemned criminal, the victims and the people are ready to accept.

❖ Key words : abolition of the death penalty, alternative penalty, victim's intention, economic benefits