

2023 사형제도 폐지를 위한 연례 세미나

# 사형제도 폐지 없는 '가석방 없는 종신형' 도입 이대로 괜찮은가



**일시** 2023년 11월 14일(화) 10:00 ~ 12:00 (2시간)

**장소** 국회의원회관 8 간담회실 (2층)

**주관** **CBCK**  한국천주교주교회의 정의평화위원회 사형제도폐지소위원회

**공동주최** 더불어민주당 국회의원 이상민, 박용진, 박주민, 이탄희  
사형제도폐지 종교·인권·시민단체연석회의  
한국형사·법무정책연구원





## 프로그램 Program

2023 사형제도 폐지를 위한 연례 세미나

# 사형제도 폐지 없는 '가석방 없는 종신형' 도입 이대로 괜찮은가

### 1부 (10:00~10:30)

진행 : 장예정 한국천주교주교회의 정의평화위원회 사형제도폐지소위원회 위원

#### 개회사

김선태 주교, 한국천주교주교회의 정의평화위원장

#### 인사말

이상민 더불어민주당 국회의원

박용진 더불어민주당 국회의원

박주민 더불어민주당 국회의원

이탄희 더불어민주당 국회의원

하태훈 한국형사·법무정책연구원장

#### 사진촬영

참석자 모두

### 2부 (10:30~12:00)

#### 좌 장

김형태 변호사, 한국천주교주교회의 정의평화위원회 사형제도폐지소위원회 총무

#### 주제발표

입법예고된 가석방없는 무기형 도입의 문제점과 대안

김대근 연구위원 (한국형사·법무정책연구원)

사형제도 폐지 없는 '가석방 없는 종신형' 도입, 이대로 괜찮은가

이덕인 교수 (부산과학기술대학교 경찰행정과)

#### 종합토론

김광현 입법조사관 (국회 입법조사처 법제사법팀)

심광진 사무관 (국가인권위원회 인권정책과)

최세안 변호사 (민주사회를 위한 변호사모임 공익인권변론센터)

#### 질의응답

좌장

#### 마무리

참여자 전원





# 목차 Contents

2023 사형제도 폐지를 위한 연례 세미나

## 사형제도 폐지 없는 '가석방 없는 종신형' 도입 이대로 괜찮은가

### 개회사

김선태 주교, 한국천주교주교회의 정의평화위원장 ..... 2

### 인사말

이상민 더불어민주당 국회의원 ..... 4

박용진 더불어민주당 국회의원 ..... 6

박주민 더불어민주당 국회의원 ..... 8

이탄희 더불어민주당 국회의원 ..... 10

하태훈 한국형사·법무정책연구원장 ..... 12

### 주제발표

입법예고된 가석방없는 무기형 도입의 문제점과 대안 ..... 17

김대근 연구위원 (한국형사·법무정책연구원)

사형제도 폐지 없는 '가석방 없는 종신형' 도입, 이대로 괜찮은가 ..... 39

이덕인 교수 (부산과학기술대학교 경찰행정과)

### 종합토론

김광현 입법조사관 (국회 입법조사처 법제사법팀) ..... 71

심광진 사무관 (국가인권위원회 인권정책과) ..... 75

최세안 변호사 (민주사회를 위한 변호사모임 공익인권변론센터) ..... 78

# 개회사



**김선태**

주교, 한국천주교주교회의 정의평화위원장

평화를 빕니다. 한국천주교주교회의 정의평화위원회 위원장을 맡고 있는 전주교구장 김선태 주교입니다. 지금 이 자리에 계신 분들과 유튜브 생중계로 함께하시는 모든 분들, 귀한 시간 내주셔서 감사합니다.

한국천주교주교회의는 2001년 정의평화위원회 산하에 사형제도폐지소위원회를 설립하고 이웃 종교들을 비롯한 인권·사회단체들과 연대하며 사형제도의 완전한 폐지를 위해 많은 노력을 기울여 왔습니다. 그럼에도 불구하고 아직 이 땅에 사형제도가 남아있는 현실에 무거운 책임감을 느낍니다.

올 한해 유난히도 가슴 아픈 사건들이 많이 있었습니다. 무고한 시민들이 다치고 목숨을 잃었습니다. 시민들은 치안에 대한 극도의 불안감을 호소하였고, 사형제도에 관한 관심도 어느 때보다 높아졌습니다. 한편에서는 법무부가 이러한 이상 동기 범죄의 대책으로 '가석방 없는 종신형'의 도입을 공언하고 입법 절차를 밟고 있습니다.

저희 종교인들을 비롯하여 사형제도 폐지를 촉구해온 많은 단체들은 '가석방 없는 종신형'을 사형제도의 대체제도로 이야기한 적이 있습니다. 그러나 이 또한 많은 우려가 있는 제도로 지적되고 있기에 깊은 논의가 필요합니다. 어쨌든 사형제도의 존치를 전제로 하는 '가석방 없는 종신형' 제도의 도입 예고는 많이 염려스럽습니다.

범죄 발생 자체를 줄이기 위해서 범죄의 근본적 원인을 찾아 줄이는 노력 없이 중형을 부과하는 것만으로는 우리 모두가 바라는 '범죄로부터 안전한 사회'를 만들기 어렵습니다. 무엇보다 눈에 띄게 증가하는 이상 동기 범죄를 풀어갈 실마리는 강성형벌이 아닌 이 사회의 공고한 구조적 불평등에서부터 찾아야 합니다.

오늘 이 세미나를 공동주최 해 주시고 귀중한 발제를 협조해 주신 한국형사법무정책연구원 하태훈 원장님과 ‘사형폐지에 관한 특별법’을 20대 국회에 이어, 21대 국회에서도 대표발의 해 주신 이상민 국회의원님, ‘사형폐지에 관한 특별법’을 다루게 될 국회 법제사법위원회 위원이신 박용진 국회의원님과 박주민 국회의원님, 이탄희 국회의원님 모두 진심으로 감사드립니다. 아울러 사형제도폐지 종교·인권·시민단체연석 회의에 함께 하고 계시는 모든 시민사회단체에도 감사 인사를 드립니다.

무엇보다 사형제도를 비롯하여 가석방 없는 종신형 제도와 같은 강성 형벌이 과연 우리 사회를 범죄로부터 안전하게 지킬 수 있는 실효성 있는 길인가에 대해 연구하시고 발제를 맡아주신 한국형사법무정책연구원 김대근 연구위원님과 부산과학기술대학교 경찰행정과 이덕인 교수님의 애쓰심에 감사드립니다.

또, 어려울 수 있는 자리의 토론을 맡아주신 국회입법조사처 김광현 입법조사관님, 국가인권위원회 심광진 인권정책과 사무관님, 민주사회를 위한 변호사모임 공익인권변론센터 최세안 변호사님께서 함께해 주셔서 더욱 소중한 자리가 되었습니다. 더불어 이 세미나를 준비하느라 애쓰신 한국천주교주교회의 사형제도 폐지소위원회 위원님들과 수녀님의 노고에도 박수를 보냅니다.

21대 국회에는 아홉 번째 ‘사형폐지에 관한 특별법’이 발의되어 있습니다. 15대 국회를 시작으로 이번 국회에 이르기까지 벌써 아홉 번입니다. 그동안 한국 천주교의 주교님, 신부님, 수도자를 비롯한 신자들이 연인원 50여만 명에 이르는 입법청원 서명을 국회에 제출하기도 하였습니다. 이러한 간절한 호소에도 불구하고 ‘사형폐지에 관한 특별법’이 법제사법위원회를 단 한 번도 넘어서지 못하였다는 것은 매우 안타까운 현실입니다.

지난 10월, 스위스 제네바에서는 유엔 회원국들이 각 분야에서 자유권을 보호하고 있는지 심의하는 자리가 열렸습니다. 다수의 국가가 대한민국이 수차례 권고를 받았음에도 불구하고 사형제 폐지에 진척이 없는 상황에 대하여 지적하였습니다. 대한민국의 사형제도 존폐여부는 이제 국제적인 관심사이며 한국 사회 인권상황을 진단하는 척도입니다.

21대 국회와 정부가 협력하여 사형제도를 완전히 폐지하고 대한민국을 국민의 생명과 안전 모두를 존중하는 인권선진국으로 이끌어 가기를 빕니다. 고맙습니다.

2023. 11. 14.

주교, 한국천주교주교회의 정의평화위원장 김 선 태

# 인사말



**이상민**  
더불어민주당 국회의원

안녕하십니까? 국회의원 이상민입니다.

2022년 사형제도폐지 연례 세미나 사형제도 폐지 없는 ‘가석방 없는 종신형’ 도입 이대로 괜찮은가에 참석해 주신 모든 분들을 환영합니다.

오늘 세미나를 함께 주관해주신 한국천주교주교회의 정의평화위원회 사형제도폐지소위원회와 공동주최 해주신 박용진, 박주민, 이탄희 의원님과 한국형사·법무정책연구원, 사형제도폐지종교·인권·시민단체 연석회의 관계자 분들께 감사인사 드립니다.

법무부가 ‘가석방 없는 종신형(절대적 종신형)’ 도입을 예고하면서 사형제 폐지 후 대체 형벌에 대한 논의가 활발해졌습니다. 가석방 없는 무기형을 선고할 수 있도록 하는 형법 개정안이 지난 30일 국무회의를 통과하여 법원이 판결할 때 가석방이 허용되는 무기형과 허용되지 않는 무기형을 구분해 선고할 수 있게 되었습니다.

현행법상 무기징역은 20년 뒤 가석방이 가능하지만, 사형은 불가능하기에 현행법상 가석방·사면의 가능성을 제한하는 절대적 종신형이 도입돼 있지 않으므로 무기징역형이 개인의 생명과 사회 안전 방어라는 점에서 사형을 온전히 대체하기 어렵다고 판시한 사례도 있어 필요성이 제기되기도 합니다. 그러나 사형제도를 존치한 채 가석방 없는 종신형을 도입하는 것은 추가 검토가 필요하며, 가석방 없는 종신형이 사형제에 비해 기본권 침해가 덜하다고 볼 수 없다는 견해도 있다는 지적도 있습니다.



한국천주교주교회의 정의평화위원회 사형제도폐지소위원회가 사형제를 규정한 형법 제41조와 제250조 등에 대한 헌법소원을 제기하였습니다. 헌재는 1996년 재판관 7대2, 2010년 재판관 5대4 의견으로 사형제에 대해 합헌 결정을 내렸고 이제 세 번째 사형제에 대한 판단을 내리려고 하고 있습니다. 이러한 시점에서 사형제도 폐지 없이 가석방없는 종신형 도입에 대해 논의하는 것은 시의적절하다고 할 것입니다.

오늘 세미나의 좌장을 맡아주신 김형태 한국천주교주교회의 정의평화위원회 사형제도폐지소위원회 총무님을 비롯해 발제를 맡아주신 김대근 한국형사·법무정책연구원 연구원님, 이덕인 부산과학기술대학교 경찰행정과 교수님께도 감사드립니다. 토론에 나서주신 김광현 국회 입법조사관, 심광진 국가인권위원회 인권정책과 사무관님, 최새얀 민주사회를 위한 변호사모임 공익인권변론센터 변호사님께 감사드립니다.

다시 한 번 오늘 이 자리를 찾아주신 모든 분들께 감사드리며 갑자기 추워진 날씨에 감기 조심하시고 남은 올 한해 잘 보내시길 바랍니다.

2023. 11. 14.

더불어민주당 국회의원 이상민



# 인사말



**박용진**  
더불어민주당 국회의원

반갑습니다. 더불어민주당 서울 강북을 국회의원 박용진입니다.

‘사형제도 폐지 없는 가석방 없는 종신형 도입, 이대로 괜찮은가’ 세미나의 개최를 환영합니다. 행사 준비를 함께해주신 이상민 의원님, 박주민 의원님과 이탄희 의원님, 한국형사·법무정책연구원, 사형제도폐지 종교·인권·시민 단체연석회의 여러분께 감사의 인사를 전합니다.

이 주제로 세미나를 진행하는 것은 우리 사회의 핵심적인 문제에 대한 논의를 위한 중요한 시간입니다. 이 주제는 우리의 정치적, 사회적, 경제적 관심사에 깊게 뿌리를 둔 문제로, 우리가 향후 어떤 사회를 만들어 나갈 것인지에 대한 결정을 내리는 데 큰 영향을 미칠 것입니다.

가석방 없는 종신형이라는 정책은 범죄에 대한 엄격한 대응을 강조하는 동시에, 우리가 가진 인간성과 인권에 대한 고민을 자극합니다. 가해자에 대한 엄격한 처벌은 범죄 예방에 기여함으로써 사회의 안정성을 높일 수 있습니다. 하지만 동시에 그것이 가해자의 인간다운 삶과 정신적 건강에 미치는 영향은 무시할 수 없는 문제입니다.

이러한 상황에서 우리는 현명한 정책 결정과 균형 있는 사회적 접근이 필요합니다. 우리는 범죄 예방과 교정, 그리고 사회 안전을 높이는 데 초점을 맞추면서도, 가해자의 권리와 존엄성을 보호하고 인간다운 삶의 기회를 주는 방안을 모색해야 합니다.

이 자리를 위해 각계각층의 다양한 전문가 여러분께서 발제와 토론을 준비해주셨습니다. 국회 법사위원회 위원으로서 주시는 말씀 귀담아듣고, 법·제도적 개선을 통해 실제화 할 방안을 마련할 수 있도록 여러분과 함께 고민하겠습니다.

다시 한 번 토론회 개최를 환영하며, 모쪼록 오늘의 논의가 대한민국 미래의 사회에 대한 더 나은 방향을 찾아 나가기에 희망합니다. 감사합니다.

2023. 11. 14.

더불어민주당 국회의원 박용진



# 인사말



**박주민**  
더불어민주당 국회의원

안녕하십니까?

더불어민주당 서울은평갑 국회의원 박주민입니다.

최근 신림역, 서현역, 무차별 흉기 난동 사건 등이 발생하자 법무부는 문지마 범죄에 대한 대책으로 가석방 없는 종신형의 골자로 한 내용의 형법 개정안을 입법예고 했고 최근 국무회의를 통과했습니다.

가석방 없는 종신형은 애초 사형제 폐지에 따른 대체 형벌로 논의 되었습니다. 그러나 우리나라는 여전히 사형제도가 존치하고 있습니다. 법원행정처도 가석방 없는 종신형 도입은 사형제도의 폐지를 전제로 논의되는 것이 바람직하고, 사형제도를 존치 한 채 도입하게 된다면 일반 범죄에까지 가석방 없는 종신형이 확대될 위험에 대한 우려 입장을 밝힌 바 있습니다. 사형제도를 폐지 않은 채, 가석방 없는 종신형이라는 형 도입에 우려의 목소리가 큰 만큼 더 많은 논의와 연구가 필요합니다.

또한 가석방 없는 종신형을 도입하고자 하는 근거에 대한 통계조차 제대로 나와 있지 않은 상태입니다. 가석방 없는 종신형을 선고받을 정도로 중한 범죄를 저지른 사람들의 재범률이 높거나, 추가형벌로 인해 범죄를 억제한다는 뚜렷한 근거도 없습니다. 엄벌을 부과하더라도 중범죄가 감소하지 않는다는 사실들이 여러 통계에서 확인되고 있습니다. 점점 강화되고 있는 형벌이 과연 우리 사회를 범죄로부터 안전하게 지킬 수 있는지에 대해 고민하게 됩니다.

새로운 형벌 제도를 신설하지 않으면서 가석방 절차와 기준·요건 등을 보완하거나 현행 유기형·무기형 제도를 정비하고, 범죄 예방 시스템을 갖추는데 힘을 쏟는 등 다른 방향으로 나아가는 것을 검토할 필요가 있어 보입니다. 그리고 범죄 피해자와 가족들에 대한 보호와 지원이 체계적으로 뒤따라야 합니다. 피해자가 일상으로부터 복귀할 수 있도록 해야 합니다.

오늘 이 자리를 함께 해주신 전문가분들의 지혜가 모여 사형제도 폐지 없는 가석방 없는 종신형 도입을 넘어서는 합리적 범죄 대응 방안이 마련될 수 있기를 소망합니다.

다시 한 번 이 자리에 참석해주신 모든 분들께 감사드립니다.

2023. 11. 14.

더불어민주당 국회의원 박주민



# 인사말



**이탄희**

더불어민주당 국회의원

안녕하십니까.

더불어민주당 용인시 정 국회의원 이탄희입니다.

오늘 「2023 사형제도 폐지를 위한 연례 세미나 - 사형제도 폐지 없는 ‘가석방 없는 종신형’ 도입 이대로 괜찮은가」 개최를 뜻깊게 생각합니다. 먼저, 김선태 주교님을 비롯하여 오늘 행사 준비를 위해 힘써주신 한국천주교주교회의의 관계자 여러분께 감사드립니다. 더불어, 바쁜 일정에도 좌장을 맡아주신 김형태 변호사님과 모든 발제자·토론자께도 감사의 말씀을 전합니다.

올해는 문지마 흉악 범죄, 사형집행 시설 점검, 사형확정자들의 서울구치소 이감 조치 등으로 사형제도에 대한 국민의 관심이 특히 높았습니다. 그렇기에 오랜 기간 사형제도 폐지에 대한 논의를 이어 와주신 한국천주교주교회의의 사형제도폐지소위원회를 비롯하여 우리 사회 전반에서 이 문제에 대해 심도 있는 논의가 시작되어야 합니다.

대한민국 헌법에는 형의 종류로 사형이 규정되어 있으나, 지난 20여 년간 사형이 실제로 집행된 사례는 없습니다. 국가가 인간 기본권의 근간이 되는 생명을 박탈할 수 있는지에 대한 사회적 논쟁이 오랜 기간 이루어졌기 때문입니다. 그러나 이것이 흉악 범죄에 본인의 삶을 송두리째 빼앗긴 피해자를 비롯한 일반 국민의 법 감정과는 차이를 보여왔던 것도 사실입니다.

또한 무기징역형에는 '가석방' 제도가 포함되어 있기 때문에 현행 제도가 사형을 대신하기엔 부족하다는 비판의 목소리도 있습니다. 이에 대안 중 하나로 제시된 것이 '가석방 없는 종신형'입니다. 법무부 또한 범죄예방 효과 증대를 위해 가석방 없는 종신형 도입이 필요하다는 입장을 분명히 하고 있습니다.

이에 대한 가치 판단은 매우 신중하게 결정되어야 할 것입니다. 그렇기에 오늘 세미나 자리가 사형제도 폐지와 가석방 없는 종신형의 도입 등 대한민국 형법 제도 개편에 대한 건설적인 논의의 장이 되길 바랍니다. 저 또한 형법 체계가 공정하면서도 선량한 대다수의 국민들을 보호하는 든든한 울타리가 될 수 있도록 제 자리에서 최선을 다하겠습니다.

다시 한 번 오늘 세미나에 참석해주신 모든 분께 감사의 인사를 드립니다.

2023. 11. 14.

더불어민주당 국회의원 이 탄 희



# 인사말



**하태훈**

한국형사·법무정책연구원장

안녕하십니까?

한국형사·법무정책연구원 원장 하태훈입니다.

2021년과 2022년에 이어 올해에도 한국천주교 주교회의 정의평화위원회와 공동으로 사형제도 폐지를 위한 연례 세미나를 개최하게 되었습니다. 뜻깊은 세미나에 참여할 수 있게 해주셔서 감사드립니다.

한국형사·법무정책연구원은 지난 2021년 5월 명칭 변경과 더불어 새로운 도약의 시기를 보내고 있습니다. 형사법과 범죄, 범죄예방 및 교정정책 등에 관한 연구에 더하여 민사, 상사, 국제, 통일, 출입국, 국가 송무, 법조 인력, 법 교육 등 법무 정책뿐만 아니라 법무의 한 축인 국가의 인권 분야에 관한 연구 기능의 확장을 통하여 형사·법무정책의 통합적 Think-tank로 발전해 나갈 것입니다.

사형제도 폐지와 가석방 없는 중신형은 우리 연구원의 오랜 연구 주제이기도 합니다.

우리 연구원은 이미 ‘사형제도의 합리적 축소 정비 방안’(2007), ‘형사법 개정연구(IV): 보안처분 제도의 정비 방안’(2010), ‘중형주의 형사제재의 실효성에 관한 평가연구’(2020-2022), ‘사형확정자의 생활 실태와 특성’(2020), ‘사형 폐지에 따른 법령 정비 및 대체형벌에 관한 연구’(2021), 등 사형제도에 대한 실증적인 분석과 평가, 사형 폐지에 대한 합리적 대안 도출과 같은 증거 기반 형사정책 연구의 성과를 제시해 왔습니다.



가석방 없는 종신형은 오랜 논의를 거쳐 온 주제입니다.

예를 들어 2003년에 대법원에 설치된 사법개혁위원회에서는 사형을 대체하고, 사형-무기징역 간의 격차를 메워 줄 중간 단계의 처벌로서 '감형 또는 가석방의 여지가 없는 절대적 종신형'의 신설을 검토한 바 있습니다.

최근에는 사형 존폐에 대한 언급이 없이 '가석방 없는 종신형'의 도입을 추진하는 움직임도 있습니다. 오늘 이 자리가 사형제도 존폐의 문제와 '가석방 없는 종신형'의 도입 여부에 대하여 심도 있는 의견 교환의 장이 되기를 기대합니다.

사형 폐지 법률안을 꾸준히 발의하여 주시는 이상민 더불어민주당 의원님과 국회에서 관련 논의를 이끌어 주시는 박용진 의원님, 박주민 의원님, 이탄희 의원님께 감사드립니다. 특히 사형제도 폐지에 관한 세미나를 매년 주최하여 주시는 한국천주교주교회의의 정의평화위원장 김선태 주교님께 감사드립니다.

오늘 연례 세미나의 좌장을 맡아 논의를 이끌어 주시는 김형태 변호사님, 발제를 맡아주신 김대근 연구위원님, 이덕인 교수님, 토론을 해주실 김광현 입법조사관님, 심광진 사무관님, 최새안 변호사님께도 감사의 말씀을 드립니다.

모쪼록 오늘 사형제도 폐지를 위한 세미나를 통하여 사형의 폐지와 바람직한 대안 구축을 위한 의미 있는 실천 방안을 도출하고 공유할 수 있는 자리가 되기를 바랍니다.

감사합니다.

2023. 11. 14.

한국형사·법무정책연구원장 하태훈



2023 사형제도 폐지를 위한 연례 세미나

**사형제도 폐지 없는  
'가석방 없는 종신형' 도입  
이대로 괜찮은가**

**발표 1**

# **입법예고된 가석방없는 무기형 도입의 문제점과 대안**

김대근 연구위원  
(한국형사·법무정책연구원)



## 입법예고된 가석방없는 무기형 도입의 문제점과 대안

김대근 연구위원  
(한국형사·법무정책연구원)

### I. 정부의 입법예고

#### 1. 중형주의 시대

엄벌주의와 중형주의라는 유령이 우리 사회를 짓누르고 있다. 잇따른 범죄에 대해 정부가 형벌 강화를 시작으로 경찰 면책규정을 확대하고 불심검문을 강화하며 사법입원제를 도입하는 등의 대책을 내놓았기 때문이다. 최근 법무장관은 사형 집행 시설을 점검하라는 지시를 내리기도 했다. 음울한 그림자가 드리운 가운데 가석방 없는 무기형, 이른바 절대적 종신형의 도입은 지금 가장 논쟁적인 주제다.

#### 2. 정부 입법예고안

법무부 입법예고와 이를 거의 그대로 발의한 일부 의원의 개정법률안(이하 ‘입법예고 등’으로 부른다)<sup>1)</sup>에 따르면, 현행법상 사형제와 별도로, 「형법」 제42조(징역 또는 금고의 기간 등) 제2항에 가석방 없는 무기형의 근거를 두고, 조문을 신설하여 법관이 무기형 선고 시, 가석방 허용여부를 함께 선고하도록 한다. 사형 미집행으로 인한 공백과 가석방 가능성에 따른 국민 불안을 막겠다는 것이다.<sup>2)</sup> 미국이 적극 도입하고 있다는 명분과 함께,<sup>3)</sup> 범죄를 예방하

1) 가석방 없는 무기징역 또는 무기금고 판결을 선고할 수 있도록 하는 법적 근거를 마련하는 형법 개정법률안으로는 조정훈의원 대표발의 형법 일부개정법률안(23727)과 서영교의원 대표발의 형법 일부개정법률안(23539)이 있다. 이후 발의된 조수진의원 대표발의 형법 일부개정법률안(25265)은 살인, 상해치사, 폭행치사 등 살인죄로 3년 이상의 징역이나 금고의 집행 중에 있는 사람은 가석방할 수 없도록 형법 제72조제1항 단서를 신설한다.

2) 정부안인 형법 일부개정법률안(25236)의 제안이유 및 주요내용은 다음과 같다. “우리나라는 1997년 12월 이후 사형을 집행하지 않고 있고, 무기(無期)의 징역 또는 금고를 선고받은 범죄자도 20년이 지나면 가석방될 수 있어 국민적 불안이 가중되고 있는바, 앞으로는 「형법」에 따른 무기형을 가석방이 허용되는 무기형과 가석방이 허용되지 아니하는 무기형으로 구분하여 무기형의 유형에 절대적 종신형을 추가하고 무기형을 선고하는 경우에는 가석방이 허용되는지 여부를 함께 선고하도록 하여 살인 등 중대한 범죄를 저지른 사람을 사회로부터 영구히 격리시킬 수 있도록 하려는 것임.”

고 흉악범을 사회로부터 영구히 격리할 수 있다는 믿음이 여기에 깊이 자리잡고 있다.<sup>4)</sup>

## II. 사형과 동시에 존재하는 가석방없는 무기형

그동안 가석방 없는 무기형은 사형 폐지 이후 대체형벌의 하나로서 논의되어 왔다는 점을 고려한다면, 이처럼 사형과 함께 가석방 없는 무기형을 두는 제안은 꽤나 낯설다. 원칙적으로 사형이 폐지되지 않은 상태에서의 대체형벌의 논의는 사형폐지의 단계조치로서도 전제되거나 이해되기 때문이다.<sup>5)</sup>

너무나도 급속하게 입법예고가 이루어졌기 때문일까. 입법예고 등에서 제시한 조문상의 체계와 형식도 이례적이다. 조문의 위치가 형벌의 종류를 규정한 「형법」 제41조가 아니라, 징역 또는 금고의 기간을 규정한 제42조에 항을 신설하여, 무기징역 또는 무기금고는 가석방이 허용되는 무기형과 가석방이 허용되지 않는 무기형으로 하고(제2항 신설), 무기형을 선고하는 경우에는 가석방이 허용되는지 여부를 함께 선고해야 한다는 것이다(제3항 신설).

사형 폐지의 대안이 아닌, 사형과 함께 절대적 종신형을 함께 두는 태도를 애써 짐작해보자면, 행위에 따른 적절한 형벌을 가해야 하는데 상대적 무기형만으로는 이에 못 미칠 수 있다는 사고와 법관의 양형재량이 존중되어야 한다는 사고에서 비롯된 것으로 추론해 볼 여지는 있을 것이다. 그러나 이러한 입법형식은, 가석방 없는 무기형 자체의 문제점은 차치하고라도, 후술하는 바와 같은 많은 문제점이 있다.

### 1. 형벌인 듯 형벌 아닌 형벌같은?

일단 입법예고 등에 따른 가석방 없는 무기형은 형벌의 신설도 아니다. 형벌의 종류를 규

3) 법무부 보도자료(“가석방을 허용하지 않는 무기형 신설”, 2023.8.11.)에 따르면 “가석방이 허용되지 않는 무기형(절대적 종신형)은 사형제와 함께 우리사회에서 장기간 논의, 검토되어 온 방안으로 미국을 비롯한 여러 선진국에서도 도입하고 있습니다.”라고 밝히고 있다. 미국이 형사사법체계의 모범국가인지 의문일 뿐만 아니라, 대부분의 여러 선진국에서는 가석방이 허용되는 종신형을 운용하고 있다. 이에 대한 자세한 연구로는 김대근·이덕인·권지혜, 사형 폐지에 따른 법령정비 및 대체형벌에 관한 연구, 한국형사법무정책연구원, 2021, 제2부(“미국의 사형제 현황 및 대체형벌 분석”)와 제3부(“유럽평의회의 사형제 현황 및 대체형벌 분석”) 참조

4) 법무부 보도자료(“가석방을 허용하지 않는 무기형 신설”, 2023.8.11.)의 ‘향후계획’에 따르면, “법무부장관은 “가석방이 허용되지 않는 무기형이 도입되면, 흉악범을 사회로부터 영구히 격리하는 실질적인 제도로 운영될 수 있을 것”이라고 밝혔습니다.”라고 한다.

5) 김대근·이덕인·권지혜, 사형 폐지에 따른 법령정비 및 대체형벌에 관한 연구, 한국형사법무정책연구원, 2021, 359쪽.

정하는 「형법」 제41조를 우회해서는, 선고할 때 법관에게 가석방 여부를 판단하게 하는 방식으로 형벌‘처림’ 운용하겠다는 것이다. 그러기 위해서 먼저 ‘가석방이 허용되지 아니하는 무기형’의 법적 근거를 마련한다(안 제42조 제2항). 또한 무기형을 ‘선고’할 때, ‘가석방이 허용되는지 여부를 함께 선고’하게 함으로서 법관에게 판단의 부담을 떠넘기는 동시에, 법관에게 법해석이 아닌 입법행위(법형성)를 부여하고 있다. 이러한 입법형식은 죄형법정주의와 충돌할 뿐만 아니라, 국회에게 입법권을 부여하고 있는 헌법 및 권력분립원칙에도 반한다. 형사사법체계 안에서 가석방 제도의 취지와도 부합하지 않는다는 점도 문제다.

## 2. 죄형법정주의와의 충돌

주지하다시피 입법예고 등은 사형을 유지하면서 가석방 없는 무기형을 제안한다. 그렇다면 어느 범죄가 사형과 가석방 없는 무기형을 받게 될까. 죄형법정주의 이념에 따라 범죄와 형벌은 국회의 고유한 권한이며 행위 시에 미리 정해져야 한다. 법정형으로 사형과 무기징역을 규정하고 있는 범죄 구성요건을 일일이 검토해서, 어느 범죄를 사형, 가석방 가능 무기형, 가석방 없는 무기형으로 처벌할 지를 미리 명확하게 규정해야 하는 것이다. 그렇지 않으면 법치국가적 예측가능성을 확보하지 못하고 결국 죄형법정주의에 반하게 된다.

## 3. 권력분립 원칙과의 충돌

「헌법」에 따라 입법권은 국회에 속하고(제40조), 사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다(제101조 제1항). 입법과 사법을 서로 상이한 국가기관에게 귀속시키는 것은 국가권력의 집중을 방지하여 권력의 오남용을 방지하고자 하는 것이고, 궁극적으로는 국민의 자유와 권리를 보장하기 위함이다. 특히 사법(司法)이 “구체적인 법적 분쟁이 발생한 경우 독립적 지위를 가진 중립적 기관이 무엇이 법인가를 인식하고 선언함으로써 법질서의 유지와 법적 평화에 기여하는 국가작용”<sup>6)</sup>이라는 점, 때문에 사법은- 법형성이 아닌- 법 분쟁절차에서 법질서 유지를 통한 법적 평화의 실현이라는 기능<sup>7)</sup>에 머물러야 한다.

물론 입법예고 등은 ‘가석방이 허용되지 아니하는 무기형’의 법적 근거를 마련했다(안 제

6) 한수웅, 헌법학, 법문사, 2022, 1363쪽.

7) 한수웅, 헌법학, 법문사, 2022, 1364쪽.

42조제2항)는 점에서 전적으로 법관에게 법형성 권한을 부여한 것은 아니다. 그러나 형벌의 종류가 아닌 것을 법관에게 형벌로서 선고하게 하는 것은 법관으로 하여금 형벌(법)을 형성해야 하는 부담인 동시에, 법률의 본질적인 내용인 가벌성의 문제를 입법자로부터 박탈한다는 점에서 입법형성권을 침해하고, 권력의 견제와 기능의 분리 원칙에 부합하지 않는다. 실상, 앞에서 언급한 죄형법정주의의 문제가 권력분립의 한 내용이라는 점에서 죄형법정주의와의 충돌에서 이미 권력분립원칙과의 충돌이 내재한 것이기도 하다.

#### 4. 가석방 제도의 취지와 충돌

「형법」은 징역이나 금고의 집행 중에 있는 사람이 행상(行狀)이 양호하여 누우침이 뚜렷한 때에는 무기형은 20년, 유기형은 형기의 3분의 1이 지난 후 행정처분으로 가석방을 할 수 있다고 규정한다(제72조 제1항). 가석방 제도는 수형자의 사회복귀를 용이하게 함으로써 수형자로 하여금 사회복귀를 위한 자발적이고 적극적인 노력을 촉진하는 측면(특별예방목적)과 함께, 정기형 제도의 결함을 보충하여 수용자의 개선가능성을 고려하고 형집행의 구체적 타당성을 확보하려는 데 있다.<sup>8)</sup> 때문에 가석방 판단의 대상은 '징역이나 금고의 집행 중에 있는 사람' 즉, 기결수에 대한 것이어야 하지 판결 당시, 즉 미결상태의 사람에 대한 것이 아니다.

또한 '행상(行狀)이 양호하여 누우침이 뚜렷한' 경우 남은 수형 생활이 불필요하고, 수용자에게 재범의 위험성이 없어서 남은 형기를 집행하지 않는 것이 바람직하다는 판단이 있어야 한다. 그러한 판단은 당연하게도 형 집행의 과정에서 교정 당국에 의한 면밀한 검토를 통해서 이루어져야 하지, 판결 당시 법관에 의해서 미리 판단할 수 있는 것이 아니다. 법관에 의해 가석방이 이루어진다면 사실상 집행유예와의 차별성도 없어지게 되어 형사사법절차의 혼란이 가중될 수 있다. 요컨대 '행상(行狀)이 양호하여 누우침이 뚜렷한' 지에 대한 판단은 특별예방적 관점에서 가장 중요한 고려사항이므로, "범죄의 경중을 고려사항으로 삼아 중대한 범죄라는 이유로 가석방을 불허할 수도 없다"<sup>9)</sup>는 결론으로 귀결된다.

이처럼 가석방에 대한 판단은 판결 당시 범죄의 경중에 의해서 판단되어서는 안되고, 징역이나 금고의 집행 중에 있는 사람에 대해서 행상이 양호하여 누우침이 뚜렷한 경우 및 재범가능성 등을 고려해서 이루어져야 한다.

8) 김성돈, 형법총론, 성균관대학교 출판부, 2015, 832쪽.

9) 김성돈, 형법총론, 성균관대학교 출판부, 2015, 834쪽.



### III. 사형 대체형벌의 논의 지평

#### 1. 서설

사형의 대체형벌 내지 사형대체조치에 대한 명확한 정의는 없으나, 사형은 가장 엄중한 범죄에 적용하는 처벌이라는 점을 고려하면 사형의 대체조치는 가장 엄중한 범죄에 대한 사형을 폐지한 후 사형을 대체하는 처벌방법을 말한다.<sup>10)</sup>

사람의 생명을 박탈하는 것이 아니라면, 그 다음으로 무거운 것은 자유를 박탈하는 형태일 것이다. 여기서 자유박탈의 정도에 따라 절대적 종신형과 상대적 종신형, 그리고 무기형, 더러는 (기간의 상한이 정해진)자유형까지, 사형의 대체형벌로서 논의된다.

#### 2. 종신형과 무기형, 특히 상대적 종신형과 무기형의 차이

종신형은 ‘절대적 종신형’과 ‘상대적 종신형’으로 나눌 수 있는데, 절대적 종신형은 살아있는 동안 형집행이 면제되어 다시 자유의 몸이 될 가능성이 없는 경우를, 상대적 종신형은 형을 집행하더라도 가석방 등을 통해 사회로 돌아올 가능성을 열어둔 경우를 말한다.<sup>11)</sup> 문제는 상대적 종신형과 무기형의 차이이다. 상대적 종신형은 가석방이 가능하다는 점에서 현행 무기징역과 병렬적으로 소개되기도 한다. 현재 우리나라의 현재 무기징역도 형기의 정함 없이 형을 집행한다는 점에서 종신형과 유사할 뿐만 아니라, 일정기간 후에 가석방이 허용되고 있으므로(「형법」 제72조) 포괄적으로는 무기징역도 상대적 종신형에 해당된다고 할 수 있다.<sup>12)</sup>

다만 양자를 다음과 같이 구별하는 논의가 있다. 현행 무기징역은 원칙적으로 형기의 정함 없이 평생을 교도소에서 복역한다는 의미에서 상대적 종신형과 유사하지만, 무기형은 일정한 기간과 요건 하에 가석방을 전제한 것임에 비하여 종신형은 일정 기간 동안 가석방을 허용하지 않는다는 점에서 차이가 있다는 것이다(①).<sup>13)</sup> 또한 상대적 종신형은 원칙적으로 일생을 교도소에서 복역하되 예외적으로 가석방이 허용될 수 있는 것이고, 무기징역은 일정기간

10) 리씨웨이(한상돈 역), “사형의 대체조치 -중국형법의 입법을 기점으로-”, 비교형사법연구 제9권 제2호, 한국비교형사법학회, 2007, 648-649쪽.

11) 주현경, “절대적 종신형 도입에 대한 비판적 검토”, 고려법학 제68호, 고려대학교 법학연구원, 2013, 390쪽.

12) 이원경, “사형의 대체방안으로서 종신형제도에 관한 제 문제”, 교정연구 제69호, 한국교정학회, 2015, 270쪽.

13) 신양균, “절대적 종신형을 통한 사형폐지?”, 비교형사법연구 제9권 제2호, 한국비교형사법학회, 2007, 632쪽.

과 조건을 전제로 가석방을 허용한다는 점에서<sup>14)</sup> 구별될 수도 있다는 주장도 있다(②). 전자(①)의 경우 최저 복역기간의 관점에서, 후자(②)는 가석방의 예외성이라는 관점에서 무기징역과 구별을 시도하는 것이다. 일견 유사해 보이는 두 개의 주장을 통해, 상대적 종신형은 무기징역에 비교하여 장기간의 최저 복역기간과 예외적으로 가석방이 허용된다는 점을 특징으로 도출할 수 있을 것이다.

### 3. 절대적 종신형의 의의

#### 가. 의의

절대적 종신형은 범죄자의 가석방 가능성을 배제함으로써 영구히 사회로부터 격리하여 교도소에 가두어 두는 형벌이다.<sup>15)</sup> 절대적 종신형의 도입 주장은 사형제도 폐지의 정당화 근거에 의존하고 있고, 비판 의견에도 불구하고 사형폐지를 위한 과도기적 과정에서 필요한 제도로 여겨지기도 한다.<sup>16)</sup> 예컨대 나치의 불법국가를 경험한 독일은 1949년 기본법을 제정하면서 사형을 폐지할 때 절대적 종신형만 두었고, 1931년 사형을 폐지한 미국의 미시간주 역시 사형의 대체형으로서 절대적 종신형을 두었다.<sup>17)</sup> 절대적 종신형이 사형보다는 가볍고 무기형보다는 무거운 형벌이라는 점에서 절대적 종신형은 사형과 무기형 사이의 간극을 매워줄 수 있는 형벌로 이해되기도 한다.<sup>18)</sup>

절대적 종신형을 지지하는 입장에서는 자유와 권리를 절대적으로 침해한다는 비판에 대해서는 사면제도를 통하여 해결할 수 있다거나, 만일 상대적 종신형을 도입하게 되면 가석방이 허용되는 기간을 길게 설정하는 것 이외에는 무기징역과 다르지 않기 때문에 국민과 피해자의 감정, 위하력 등 수용하기 어렵다는 점, 그리고 최근 형벌이 기존에 생물적 생존을 박탈했던 방식에서 사회적 생존을 박탈하는 형태로 발전되고 있다는 주장을 제기한다.<sup>19)</sup>

14) 한영수 외, 사형제도 폐지 및 대체형벌 실태조사, 국가인권위원회 연구용역보고서, 2018, 67쪽.

15) 허일태, “사형의 대안으로서 절대적 종신형 도입방안”, 형사정책연구 제17권 제2호, 한국형사정책연구원, 2006, 41쪽.

16) 주현경, “절대적 종신형 도입에 대한 비판적 검토”, 고려법학 제68호, 고려대학교 법학연구원, 2013, 387-388쪽.

17) 허일태, “사형의 대안으로서 절대적 종신형 도입방안”, 형사정책연구 제17권 제2호, 한국형사정책연구원, 2006, 53-54쪽 참조.

18) 허일태, “사형의 대안으로서 절대적 종신형 도입방안”, 형사정책연구 제17권 제2호, 한국형사정책연구원, 2006, 42쪽.

19) 한영수 외, 사형제도 폐지 및 대체형벌 실태조사, 국가인권위원회 연구용역보고서, 2018, 69쪽 참조.

## 나. 절대적 종신형의 부과 유형

절대적 종신형을 부과하는 유형은 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 첫째, 특정 범죄에 절대적 종신형이 선고 가능한 형벌로서 규정되어 있는 경우로 해당범죄에 대한 유죄판결이 내려지면 선고형으로 선택형을 찾을 수 없이 절대적 종신형이 자동적으로 부과되는 유형이고, 둘째, 특정 범죄에 대해 선고 가능한 형벌로서 사형 등 선택형이 있어 법원의 재량으로 개별사정들을 참작하여 종신형을 결정하는 유형이다.<sup>20)</sup> 지금 논의되고 있는 입법예고 등이 바로 후자의 방식을 취하고 있다.

전자의 경우 사형이 존재하지 않는다면 법관의 합리적인 양형 재량권을 침해할 소지가 있으나 종신형이 자동적으로 선고되는 범죄유형을 아주 협소하게 설정한다면 사형의 대체로서, 그리고 수형자의 사회 복귀에 일부 상응하는 면이 있다고 할 수 있다. 후자의 경우 선고 가능한 선택형에 사형이 있다면 사형 선고를 일부 대체할 수 있는 형벌로 평가할 수 있을 것이고, 가석방이 가능한 종신형이나 유기 자유형도 선택이 가능하다면 사형의 축소와 폐지에 긍정적일 수 있는 가능성이 있을 것이다. 물론 후자의 방식은 제도 운용상 집행유예와 차별성이 없을 뿐만 아니라, 가석방 제도의 취지를 형해화할 수 있다는 점에서 타당하지 않다.

## 다. 문제점

절대적 종신형의 반대근거로는 단점으로는 우선 생명을 유지시킨다는 점에서 사형보다는 인도적이라고 할 수 있지만 수형자들을 사회적·심리적으로 황폐화 시킬 수 있고, 수형자를 사회 공동체에서 영원히 단절시킨다는 점에서 인간으로서의 존엄과 가치를 침해한다는 비판을 면하기 어렵다는 점이 제기된다.<sup>21)</sup> 또한 절대적 종신형은 신체의 자유에 대한 본질적인 내용을 침해하는 것<sup>22)</sup>이기에 비례의 원칙에 따르더라도 허용이 어렵고, 형벌의 목적인 특별예방과 이에 따른 범죄자의 재사회화를 고려할 수 없다는 비판도 거론된다.<sup>23)</sup>

본질적으로 절대적 종신형은 죽음의 시기만을 미룬다는 의미 외에 형사정책적 의미는 없

20) 이인영, “연쇄살인범에 대한 사형대체형으로서 종신형 도입에 관한 논의”, 한림법학 제15권, 한림대학교 법학연구소, 2004, 231쪽.

21) 2010. 2. 25. 2008헌가23 참조

22) 헌법 제37조 ②국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.

23) 신양균, “절대적 종신형을 통한 사형폐지?”, 비교형사법연구 제9권 제2호, 한국비교형사법학회, 2007, 637-638쪽.

고 단지 사형제도를 폐지했다는 상징적인 점 외에는 큰 의미는 없다는 견해가 설득력을 갖는 지점이다.<sup>24)</sup>

우리나라의 경우, 법률에 절대적 종신형에 대한 명문 규정이 없음에도 불구하고, 사형을 선고한 후 집행하지 않고 있는 현실은 절대적 종신형의 성격을 가진다고 할 수 있다.<sup>25)</sup> 이때, 집행되지 않는 사형은 법률상 무기 또는 20년 이상 50년 이하의 징역 또는 금고로 감형이 가능하므로(「형법」 제55조 제1항 제1호) 사회에 복귀할 수 있는 가능성이 있지만 절대적 종신형은 그 개념상 가석방의 가능성이 배제되어 있으므로 현실적으로는 절대적 종신형이 사형보다 더 중한 형벌이 될 수도 있다.

헌법재판소는 절대적 종신형을 도입하더라도 사면에 의한 석방이나 감형의 가능성이 열려 있다고 보지만<sup>26)</sup>, 헌법상 보장된 대통령의 사면권을 제한할 수 있는지의 문제와<sup>27)</sup> 우리의 형현실을 고려할 때 수용질서의 문란 및 교정사고, 교정시설과 행형예산의 부담 증대를 가져올 수 있다는 비판도 대두된다.<sup>28)</sup>

#### 4. 상대적 종신형의 의의

##### 가. 의의

상대적 종신형은 가석방 등을 통해 수형자가 사회에 복귀할 가능성이 있는 경우를 말한다.<sup>29)</sup> 형 선고시에 형기를 정하지는 않았으나 최저 복역기관이 경과하거나 예외적인 경우 가석방이 가능한 종신형이다. 현행 무기징역형의 가석방은 20년 이상을 복역하면 가석방의 대상이 되는데 상대적 종신형의 개념상 가석방이 가능한 최저 복역기간을 20년 이상으로 설정

24) 박성철, “사형제도의 폐지와 대체형벌에 관한 소고 -종신형의 도입과 피해자의 의사-”, 형사정책연구 제21권 제4호, 한국형사정책연구원, 2010, 140쪽.

25) 박성철, “사형제도의 폐지와 대체형벌에 관한 소고 -종신형의 도입과 피해자의 의사-”, 형사정책연구 제21권 제4호, 한국형사정책연구원, 2010, 140쪽.

26) 2010. 2. 25. 2008헌가23. “...절대적 종신형제도를 도입한다고 하더라도 여전히 사면에 의한 석방이나 감형의 가능성이 열려 있는 이상, 현재의 무기형에 대하여 가석방이 가능한 것을 문제삼는 것은 적절하지 아니한 측면이 있다.”

27) 이보영 외, “사형제도의 존폐와 그 현실적 대안 -절대적 종신형제 도입을 촉구하며-”, 법학연구 제25집, 한국법학회, 2007, 363쪽.

28) 한영수 외, 사형제도 폐지 및 대체형벌 실태조사, 국가인권위원회 연구용역보고서, 2018, 71쪽 참조.

29) 주현경, “절대적 종신형 도입에 대한 비판적 검토”, 고려법학 제68호, 고려대학교 법학연구원, 2013, 390쪽.

하게 된다면 상대적 종신형은 현행 무기징역형과 절대적 종신형의 중간에 위치하게 된다. 이 경우, 상대적 종신형은, 현행 무기징역형이 사형의 대체형으로서 미흡하다는 비판과 절대적 종신형이 인간존엄성을 침해하고 형벌목적에 반한다는 비판을 어느 정도 진정시킬 수 있는 대안으로 여겨진다.<sup>30)</sup>

## 나. 상대적 종신형과 무기형이 동시존재할 때, 이를 차별화하는 방안

### 1) 상대적 종신형에서 가석방의 형태

사형을 폐지하고 상대적 종신형만을 도입한다고 전제할 때 상대적 종신형과 무기징역형의 차이는 존재해야 한다는 주장이 있을 수 있다. 가석방에 있어서 상대적 종신형의 차별화 방안에 대하여는 첫째, 상대적 종신형과 현행 무기형에 차이를 두지 않는 방안, 둘째, 양자의 가석방 기간은 동일하게 하되, 전자의 가석방 요건을 현행 무기형의 가석방요건에 재범가능성이 없을 것을 추가하는 방안, 셋째, 전자의 가석방 기간과 요건을 현행 무기형보다 엄격하게 하는 방안이 있다.<sup>31)</sup>

필자는 상대적 종신형과 무기형을 애써 구별할 실무상의 필요성은 크지 않다고 생각한다. 그럼에도 불구하고, 양자를 구별해야 한다면, 상대적 종신형의 가석방 기간은 현행 무기형의 가석방 요건을 보다 명확하고 엄격하게 규정하고, 상대적 종신형에서의 가석방 결정은 감형 여부의 결정과 마찬가지로 법원의 결정에 의하도록 하는 것이 타당하다고 생각한다.<sup>32)</sup>

한편, 상대적 종신형에서 사면과 감형을 인정하지 않되 「형법」상 가석방 규정을 통해서만 가능하게 한다면, 가석방을 행정처분이 아닌 수형자의 권리로 적극적으로 인정할 필요가 있을 것이다.<sup>33)</sup>

30) 윤영철, “사형제도에 대한 헌법재판소 결정(2010. 2. 25, 2008헌가23)의 문제점과 사형제도 폐지에 관한 소고”, 중앙법학 제12집 제3호, 중앙법학회, 2010, 278쪽.

31) 윤영철, “사형제도에 대한 헌법재판소 결정(2010. 2. 25, 2008헌가23)의 문제점과 사형제도 폐지에 관한 소고”, 중앙법학 제12집 제3호, 중앙법학회, 2010, 278쪽.

32) 같은 견해로 윤영철, “사형제도에 대한 헌법재판소 결정(2010. 2. 25, 2008헌가23)의 문제점과 사형제도 폐지에 관한 소고”, 중앙법학 제12집 제3호, 중앙법학회, 2010, 278쪽.

33) 한영수 외, 사형제도 폐지 및 대체형벌 실태조사, 국가인권위원회 연구용역보고서, 2018, 70-71쪽 참조.

## 2) 최저 복역기간의 형태

상대적 종신형의 도입은 가석방이 가능한 최저 복역기간과 관련해서도 의의가 있다. 상대적 종신형에서 최저 복역기간 지나치게 길다면 이는 절대적 종신형이 신체의 자유에서 본질적 내용을 침해한다는 비판을 그대로 받을 수 있으므로<sup>34)</sup> 그 기간설정은 중요하다. 가석방, 사면, 감형 또는 복권 등을 허용하는 조건으로서 수감시설에서의 복역한 기간에 대하여 범죄에 대한 응보와 예방이라는 형벌목적에 부합되도록 15년, 20년, 20년 이상, 25년, 인구학적 측면에서의 평균수명을 기준으로 잔여수명이 3분의 2 이상이 경과된 후 등 다양한 의견이 제시되고 있다.<sup>35)</sup>

참고로 현행 무기징역형의 가석방이 가능한 최저 복역기간은 20년인데, 2010.4.15. 개정되기 이전의 형법 제72조 제1항은 무기징역형의 선고받은 자가 가석방 될 수 있는 최저 복역기간은 10년임을 규정하고 있었다.

## 다. 문제점

상대적 종신형은 형기가 정해져 있지 않지만 보통 일정기간을 석방한 후 가석방이 가능하기 때문에 기존의 가장 중한 유기 자유형과 차이가 없다는 비판이 있을 수 있다. 또한 응보의 측면에서 사형보다 못하다는 비판과 함께, 가석방에 따른 출소자의 재범 위험성 등이 거론되기도 한다.

## 5. 무기형의 의의

현행 무기징역형은 상대적 종신형과 유사하지만, 이보다는 가벼운 형벌로서 소개된다. 때문에 사형의 대체형벌이라는 맥락에서는 무기형을 보다 강화하거나 엄격하게 운용하려는 논의가 제기된다. 먼저, '특별무기자유형제도'는 가석방의 조건으로서 20년을 가석방 기산일로, 사회감정 및 개전의 정을 그 조건으로 하고, 형벌과 처분을 집행·지휘할 수 있는 입·퇴소 제도를 운용해야 하며 현행 무기징역형을 병과할 수 있는 형태를 말한다.<sup>36)</sup> 한편, '중(重)무기

34) 이원경, "사형의 대체방안으로서 종신형제도에 관한 제 문제", 교정연구 제69호, 한국교정학회, 2015, 277쪽.

35) 한영수 외, 사형제도 폐지 및 대체형벌 실태조사, 국가인권위원회 연구용역보고서, 2018, 70-71쪽 참조.

36) 이훈동, "전환기의 한국 형법 -사형제도의 새로운 시각-", 외법논집 제26집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2007, 440-443쪽.

형'은 현행 무기형 제도는 그대로 두고 이보다 가석방 요건을 강화한 무기형을 말하는데 종신형에 비해 가석방 가능성이 높아 수형자가 수형생활에서 개선의 노력을 기울일 가능성이 크지만 가석방 후 재범의 위험성과 피해자의 응보감정을 완화시킬 수 있는지에 대한 의문이 제기되기도 한다.<sup>37)</sup>

이 형벌들은 비록 그 명칭이 '무기형'이지만 가석방이 가능한 최저 복역기간을 설정하는 등의 가석방 요건을 기존의 무기징역형보다 엄격하게 설정하였다는 점에서 상대적 '종신형'과 큰 차이가 나지 않는다. 때문에 개념상 상대적 종신형을 우리 법체계상의 무기징역형과 같은 것으로 보아도 무방해 보인다.

## 6. 유기형의 의의

상대적 종신형의 도입에 있어 「형법」의 규정을 들어 구체적인 예시를 든 견해로는 2010년 「형법」 개정으로 유기자유형의 상한이 30년으로 최장 50년까지 상향되었고(제42조) 현행의 법률상 무기징역의 집행 중에 있는 자는 20년이 지나야 가석방이 가능하다는 점에서(제72조), 가석방 실무운용을 평균적으로 대비한다면 무기징역을 선고받고 가석방 될 수 있는 최저 복역기간을 약 30년으로 추정되는데 이는 상대적 종신형과 큰 차이가 나지 않는다고 한다.<sup>38)</sup> 이 견해는 절대적 종신형도, 상대적 종신형도 아닌 기존의 유기자유형으로 사형을 대체할 수 있는 가능성을 시사한다. 유기자유형의 상한이 상향되었고 무기징역 수형자의 가석방 가능 최저 복역기간과 큰 차이가 나지 않을 가능성이 있기 때문이다. 즉 기존 유기자유형에 관한 규정을 개정하거나 실무상의 운용을 달리하여 상대적 종신형과 유사한 효과를 내어 사형을 대체할 수 있는 가능성이 열려있다고 할 수 있다.

## 7. 대안의 전망

### 가. 서설

대체형벌에 대한 논의에서 국내 논의는 절대적 종신형, 다시 말해 가석방 불가능 무기형과

37) 신양균, “절대적 종신형을 통한 사형폐지?”, 비교형사법연구 제9권 제2호, 한국비교형사법학회, 2007, 633쪽.

38) 이경렬, “終劇 사법살인: 사형법제의 폐지를 위한 補論”, 비교형사법연구 제17권 제4호, 한국비교형사법학회, 2015, 163-164쪽.

상대적 종신형, 즉 가석방 가능 무기형으로 압축된다. 미국과 유럽의 비교법적 논의에서도 두 개의 가능성이 논의되지만, 대략의 추세는 가석방 가능 무기형인 상대적 종신형이 보다 설득력 있는 대안으로 모아지고 있는 듯하다. 특히 절대적 종신형이 인간의 존엄성을 침해하기 때문에 헌법에 반한다는 독일 연방헌법재판소의 결정<sup>39)</sup>이나 유럽 인권재판소의 결정<sup>40)</sup>에서 확인할 수 있는 것처럼, 절대적 종신형은 오늘날 사형 못지않은 잔인하고 가혹한 형벌이라는 점에서 상당 부분 합의가 모아지는 실정이다.

그 점에서 일단, 법무부의 입법예고한 가석방 없는 무기형은 사형의 폐지는 전제하지 않았다는 점에서 또 형벌의 형식을 갖추지 못했다는 점에서 근본적으로 한계가 있다. 그러나 정작 가석방 없는 무기형 자체에 많은 문제가 있다.

#### 나. 가석방 없는 무기형의 문제 1 - 인간의 존엄성, 그리고 자유와 권리의 본질적인 내용 침해

가석방 없는 무기형은 인간의 자유를 영구적이고 절대적으로 박탈한다는 점에서 자유와 권리의 본질적 내용 침해를 금지하는 우리 헌법 제37조 제2항과 충돌한다. 우리 헌법재판소(2008헌가23) 또한 가석방 없는 무기형이 “자연사할 때까지 수용자를 구금한다는 점에서 사형에 못지 않은 형벌이고, 수형자와 공동체의 연대성을 영원히 단절시킨다”는 점을 지적한 바 있다. 가석방 기회가 부여되지 않는 종신형은 교화 및 개선가능성을 원천적으로 봉쇄한다는 점에서 인간의 존엄성을 침해하고 수형자의 사회복귀라는 교정 이념에 반한다.

#### 다. 가석방 없는 무기형의 문제 2 - 효과성

##### 1) 사형의 경우

가석방 없는 무기형의 가장 큰 문제는 효과성 부분이다. 위에서 언급한 문제점을 상쇄할 만큼의 (범죄예방)효과가 가석방 없는 무기형에 있을까. 이를 위해 가석방 없는 무기형에 비해 무거운 형벌이라고 할 수 있는 사형의 효과성을 검토해보자.

기본적으로는 사형의 효과성을 경험적으로 검증할 수 없다는 것이 국내외 학계의 통설이다.<sup>41)</sup> 범죄의 요인은 너무나도 다양하기에 형벌을 변수로 범죄예방의 효과를 실험할 수 없기

39) BVerfGE 45, 187 - Lebenslange Freiheitsstrafe Bundesverfassungsgericht, 제5부 제2장 참조

40) CASE OF HUTCHINSON v. THE UNITED KINGDOM(Application no. 57592/08), 제5부 제3장 및 제4장 참조



때문이다. 심지어 많은 지표가 사형과 범죄의 관계를 설명해내지 못한다. 그럼에도 불구하고 일부 경제학 논문에서는 사형의 효과성을 긍정하기도 한 바 있다. 1972년 Isaac Ehrlich는 사형집행으로 인하여 8건의 살인이 억제되었다는 주장을 한다.<sup>42)</sup> 그러나 이 연구는 통계학적 비약이 있는 것으로 드러난다.<sup>43)</sup> 가장 설득력있는 비판을 제시한 John Donohue와 Justin Wolfers의 연구에서는 “억제의 증거는 놀랍도록 취약하다”는 결론을 내렸다. 미국에서 사형 제도는 기껏해야 미미한 효과를 가진다. 그리고 이 효과가 긍정적인 것인지, 부정적인 것인지도 분명치 않다. 혹은 “실존하는 데이터가 이 불확실성을 해결할 수 있을” 가능성도 없다고 주장한다.<sup>44)</sup>

우리나라의 경우에도 대개의 살인범죄자들이 범행 시에 이미 사형이라는 형벌의 존재를 알고 있음에도 범행으로 나아갔다는 점을 어떻게 설명할 수 있을까,<sup>45)</sup> 또한 우리나라가 1997년 이후 사형 미집행에도 불구하고 최근 살인사건이 10년 전에 비해 거의 절반가까이 감소했다는 점(2022년 대검찰청 「범죄분석」)<sup>46)</sup>을 어떻게 설명할 수 있을까.

## 2) 억제 곡선(Deterrence Curve)의 문제

범죄예방의 중요한 요소로 거론되는 무거운 형벌과 확실한 형벌 중에 후자의 효과성은 많은 연구들에서 입증된 바 있다.<sup>47)</sup> 그리고 무거운 형벌의 효과성에 대해서는 회의적인 연구가

41) 최근에는 오히려 사형의 효과가 없다는 연구가 더 지지를 얻는다. 예컨대, Scott W. Decker and Carol W. Kohfeld, “The Deterrent Effect of Capital Punishment in the Five Most Active Execution States: A Time Series Analysis,” *Criminal Justice Review* 15:173 (1990).

42) Isaac Ehrlich, “The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement,” *J. Legal Studies* 1:

43) John J. Donohue III, “Empirical Evaluation of Law: The Dream and the Nightmare,” *American Law Econ. Rev.* 17, issue2(Fall 2015), first published online May 25, 2015, doi:10.1093/aler/ahvo07. Ehrlich is definitely part of the nightmare.

44) John J. Donohue and Justin Wolfers, “Uses and Abuses of Empirical Evidence in the Death Penalty Debate,” *Stanford Law Review* 58:791, 794 (2005).

45) 박형민·김대근, 사형확정자의 생활 실태와 특성, 한국형사법무정책연구원, 2020, 6쪽. “사건 당시 사형을 당할 것에 대한 두려움이나 생각, 또는 사건으로 인해 받을 처벌에 대한 생각을 한 적이 있는지에 대해서, 거의 대부분의 사형확정자들은 사건 당시 처벌에 대해서는 생각하지 않았다고 대답하였다. 그들은 술에 취했거나 화가나서 정신이 없었거나, 잡힐 생각을 하지 않아서 처벌은 생각도 하지 않았다고 응답하였다. 처벌에 대한 생각이 있었다고 대답한 사형확정자도 사건 당시가 아니라, 사건이 끝나고 난 뒤에 처벌에 대한 생각이 들었다고 진술하였다.”

46) 살인사건은 2012년 1,022건에서 2021년 692건으로 크게 감소하는 추세다.

47) Gary Becker, “Crime and Punishment: An Economic Approach,” 1. *Political Economy* 76:169, 179 (1968) 참조. 한편 Becker의 기본적인 가정은 “기대 효용이 시간과, 기타 활동에서 자원을 사용함으로써 얻을 수 있는 비용을 초과하면 범죄를 저지른다”는 것이다. 이는 누구라도 범죄자가 된다는 것을 의미한다. “그들의 기본적인 동기가 다른 사람들과 다르기 때문이 아니라 그들의 이익과 비용이 다르기 때문이다.” p.176.

오히려 많다. 특히 중한 범죄일수록 형벌의 효과가 크지 않다는 Lawrence M. Friedman의 이론을 소개해본다.<sup>48)</sup> 만약 절도에 징역 5년형을 선고하다가 10년으로 형을 늘리면 어떻게 될까. 일정한 효과가 있을 것이다. 그러나 두 배의 선고가 두 배의 효과를 갖는 것은 아니어서 범죄율이 절반으로 낮아지는 것은 아니다. 불법 주차의 과태료가 1달러고, 10명중 두 명의 불법주차자가 적발된다면 대개의 사람들은 벌금을 감수할 것이다. 1달러가 크지 않고, 주차공간은 부족하기 때문이다. 이제 과태료가 100달러로 올랐다고 하자(검거율은 동일하다). 이제 대부분의 운전자들은 주차에 신중할 수 있다. 아주 적은, 절박하거나 혹은 다른 사람들만이 여전히 주차할 것이다. 이제 벌금을 200달러로 올린다. 이는 약간의 효과를 보이겠지만, 불법주차자가 반으로 줄지는 않는다. 이것은 작은 효과는 있겠지만, 큰 효과를 기대하기 어렵다. 이미 대부분의 사람들은 억제되었기 때문이다. 억제 곡선은 평평해진다.<sup>49)</sup>

억제 곡선은 중범죄에서 특히 평평해진다. Kenneth D. Tunnell은 절도나 강도를 저지른 수형자들을 인터뷰했다.<sup>50)</sup> 그는 범죄자들이 단순히 위험을 크게 고려하지 않는다는 것을 발견했다. 그들 중의 한 명은 “난 지금까지 잡힐 거라고 전혀 생각하지 않았는데, 이런, 감옥에 있네.” Tunnell은 그의 인터뷰에 기반해서, 가혹한 처벌이 갖는 효과에 대해 회의적인 태도를 보인다.<sup>51)</sup> 다른 말로, 이 범죄들의 곡선이 평평해졌다는 것이다.<sup>52)</sup>

이는 살인과 같은 강력범죄에서 형벌이(억제 및 예방에) 미치는 효과가 크지 않음을 시사한다. 심지어 대개의 범죄자들은 위험 선호적(risk-preference)인 측면이 있어서 체포와 처벌의 위험성을 낮게 평가하는 경향이 있다.

### 3) 그렇다면?

그보다 가벼운 가석방 없는 무기형은 어떨까. 범죄자들이 자신의 범죄가 가석방이 불가능한 무기형을 받을지 또는 가석방이 가능한 무기형을 받을지 알고 행위로 나아갈까. 이 또한 효과를 검증할 수 없거나 특별한 효과는 없다고 봐야하지 않을까.

48) Lawrence M. Friedman, *Impact: How Law Affects Behavior*, Harvard University Press (September 19, 2016), p.105-107

49) Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective* (1975), p.76.

50) Kenneth D. Tunnell, "Choosing Crime: Close Your Eyes and Take Your Chances," in Barry W. Hancock and Paul M. Sharp, *Criminal Justice in America: Theory Practice, and Policy*, 2d ed. (2000), p. 38.

51) *Ibid.*, pp. 43, 48.

52) 이는 경제학에서 한계비용(체감)으로 설명되기도 한다.

### 라. 가석방 없는 무기형의 문제 3 - 비교법적 검토 및 미국사례의 한계

같은 맥락에서 1977년 독일연방헌법재판소(BVerfGE 45)는 “중신형의 수형자도 다시금 자유를 부분적으로 향유할 수 있는 기회를 제공받는 것이 인간의 존엄에 어울리는 행형의 전제조건”이라는 점을, 2013년 유럽인권재판소(Vinter 사건)는 “감형이 금지되는 영국의 중신형이 유럽인권보호협약 제3조를 위반하여 수형자의 인권을 침해”하는 점을 들어 가석방 없는 무기형을 비판한다. 우리 헌법재판소(2008헌가23) 또한 가석방 없는 무기형이 “자연사할 때까지 수용자를 구금한다는 점에서 사형에 못지 않은 형벌이고, 수형자와 공동체의 연대성을 영원히 단절시킨다”는 점을 지적한 바 있다. 실제 ‘인류를 대상으로 하는 대체형벌의 거대한 실험장’인 유럽에서는 사형을 전면적으로 폐지한 결과 고작 4개국만이 가석방 없는 무기형을 대체형벌로 규정하고 대부분의 국가에서 가석방이 가능한 무기형을 운용한다. 심지어 무기형이 아닌 유기징역을 최고형으로 두는 나라가 9개국이다.

하필 법무부가 예시로 든 미국은 다른 나라에서는 찾기 힘든 엄벌주의와 중형주의로 일관된 형사사법체계를 운용하고 있다(아니다, 중국과 북한도 빈번한 사형 등으로 중형주의를 고수한다). 그럼에도 불구하고 미국에서 강력범죄는 끊이지 않으며 매우 심각한 사회문제라는 사실을 간과해서는 안된다. 때문에 미국에서도 가석방 없는 무기형이 소송절차상의 권리 보장에 취약하고, 살인범죄 외에도 적용되며, 의무적으로 선고되기도 하면서 잔혹하다는 비판과 함께, 특히 형벌의 비례성과 응보이념이 제대로 작동되지 않는다는 문제가 지속적으로 제기된다.

### 마. 가석방 없는 무기형의 문제 4 - 교정관리의 문제점

희망이 없고 더 이상의 최고형이 존재하지 않은 교정시설에서 수형자가 규칙을 준수하고 바르게 생활할 동기가 있을까. 교정관리가 어렵다는 점에서 교도관들은 가석방 없는 무기형의 도입을 심각하게 우려한다.

사실, 가석방 자체가 갖는 형사정책적 의의는 중신형의 경우에 더 크다고 할 수 있다. 2019년 『사형확정자의 생활실태와 특성』 연구에서도 확인할 수 있지만, 사형확정자에게는 물론 교도관들에게도 가석방이 갖는 의미는 각별하다.<sup>53)</sup> 사형확정자의 지위가 감형을 통해 무기

53) 박형민, 김대근, 사형확정자의 생활실태와 특성, 한국형사정책연구원, 2020, 121쪽. “이와 같이 사형확정자들이 교정시설 내에서 자신의 삶에 책임을 질 수 있게끔 제도를 마련하는 것이 필요하다. 이를 위해서는 동료 수용자들

징역형으로 바뀌게 되면 그에 따라 지위와 처우가 바뀌게 되며, 이 경우 「형법」 제72조 제1항과 「소년법」 제65조에 따라 20년(다만, 소년의 경우에는 5년)을 경과하면 가석방의 대상이 되는 것이다. 가석방의 대상이 되기 위해서는, 법의 요건에 따라 “행장이 양호하여 누우침이 뚜렷”해야 할 뿐만 아니라, 교정시설 내에서 자신의 삶에 책임을 져야 하는 상황이기 때문에 교정행정에 있어서도 적지 않은 변화를 기대할 수 있다. 물론 여기에 기존 무기징역형과 차별화될 수 있는 최저 복역기간을 법정하는 것도 가능하다.

다만, 기존 사형확정자가 무기징역형으로 감형되는 경우 외국의 입법례에 따라 가석방의 허용 여부가 상이할 뿐만 아니라, 그 요건 또한 각각 다르다는 점을 검토할 필요가 있다.

## 바. 가석방 없는 무기형의 문제 5 - 불필요성

물론 어느 수형자(무기수)가 교화불가능하고 재범의 위험성이 높다면 사회로부터 영구적인 격리가 필요할 수 있다. 이 경우 가석방을 불허하면 된다. 형법은 무기형은 20년이 지난 후 행정처분으로 가석방을 ‘할 수 있다’(제72조 제1항)고 규정하고 있기 때문이다. 기한이 된 모든 무기수형자에게 가석방을 허가해야 하는 것도 아니고 무기수형자들에게 가석방신청권을 부여한 것도 아니라는 점에서 “현행 무기징역형제도의 형집행 실무는 사실상 절대적 종신형을 본위로 운용되고 있다”는 것이 앞서 언급한 헌법재판소의 지적이다.<sup>54)</sup> 요컨대 흉악하고 위험한 범죄자를 사회로부터 격리하는 일은 현행 법체계 안에서도 충분히 가능하기에 입법예고 등과 같은 가석방 없는 무기형은 불필요하다.

과의 생활 및 교정관과의 관계에 대한 중장기적인 계획을 수립할 필요가 있다. 이러한 관점에서 사형확정자들에게 교정 및 교화, 직업훈련 등의 프로그램을 도모할 필요가 있다. 더 나아가 올바른 교정생활을 통해 급수를 달리 해서 처우한다면, 보다 자신의 삶에 책임을 지게 되고 교정생활에 임할 것이기 때문에 교정관리의 측면에서도 바람직한 측면이 있다고 할 것이다. 더 나아가 감형이나 가석방과 같은 가능성을 염두에 둔다면, 보다 높은 급수와 처우를 받기 위해 보다 노력할 계기를 준다는 점에서도 기결수로서의 마땅한 처우를 제공할 필요는 있어 보인다.”

54) 2010. 2. 25. 2008헌가23, “우리 형법이 가석방이 가능한 무기형, 즉 상대적 종신형만을 규정하고 있는 것으로 본다고 하더라도 현행 무기징역형제도의 형집행 실무는 사실상 절대적 종신형을 본위로 운용되고 있다고 할 것이다. 형법은 무기수형자의 경우 10년이 지난 후에 가석방이 가능하도록 규정하고 있을 뿐 기한이 된 모든 무기수형자에게 가석방을 허가하여야 하는 것도 아니고 무기수형자들에게 가석방신청권을 부여한 것도 아니다. 따라서 무기징역형이 ‘무기’라는 표현에 걸맞지 않게 운용되고 있는 부분이 일부 있다고 하더라도 그것은 형집행 실무상의 문제라고 볼 것이고, 한편으로는 무기수형자에 대한 현재의 가석방요건을 보완하는 방법으로 해결할 수 있는 것이다. 또한 절대적 종신형제도를 도입한다고 하더라도 여전히 사면에 의한 석방이나 감형의 가능성이 열려 있는 이상, 현재의 무기형에 대하여 가석방이 가능한 것을 문제삼는 것은 적절하지 아니한 측면이 있다.”

## IV. 대안의 구체화

### 1. 서설

#### 가. 무기형의 방향성

가석방 없는 무기형은 인간의 존엄성과 양립할 수 없다는 인식이 가석방 가능한 무기형을 유지하는 국가들의 기본적인 형벌철학 안에 흐르고 있다. 특히 유럽 국가들은 대체로 가석방의 기회를 허용하지 않거나 금지하는 것은 개인의 존엄성 상실, 회생권에 대한 부정 등을 수반하고 있음을 강조한다. 또한 자의적이면서 느슨하게 구조화된 사면절차를 넘어 종신형을 선고받은 사람들에게 형벌을 감내할 수 있도록 하는 절차가 필요하다는 사실도 가석방 없는 무기형을 거부하는 가장 강력한 논거로 작용하고 있다. 사형폐지와 동시에 무기형으로 그 자리를 대체한 유럽의 국가들은 최초로 가석방 가능성을 염두에 두고 있었는지 아닌지를 구분하지 않고 현재에는 가석방을 허용하는 방향으로 변화해 가는 추세에 있다.<sup>55)</sup>

우리 헌법재판소도 “절대적 종신형제도가 우리 헌법 하에서 사형제도와는 또 다른 위헌성 문제를 야기할 수 있고, 현행 형사법령 하에서도 가석방제도의 운영 여하에 따라 사회로부터의 영구적 격리가 가능한 절대적 종신형과 상대적 종신형의 각 취지를 살릴 수 있다는 점을 고려하면, 우리 형벌법규체계에 상대적 종신형 외에 무기수형자에게 더 가혹한 절대적 종신형을 따로 두어야 할 절박한 필요성도 없고 그 도입으로 인하여 무기수형자들 사이 또는 무기수형자와 유기수형자 사이의 형평성 문제가 완전히 해결된다고 볼 객관적 자료도 없다. 또한 무기징역이라는 형벌의 특징상 범행의 편차가 커도 수공할 수밖에 없는 측면이 있어, 그 제도를 두어야만 평등원칙 등에 부합되는 것이라 보기도 어렵다.”는 점을 강조한다.<sup>56)</sup>

#### 나. 가능한 두 가지 입법

가석방이 가능한 무기형의 내용을 어떻게 구성할 것인가에 대한 논의의 핵심은 당연히 가석방과 관련한 문제들인데 수형자에게 일정한 조건이 충족된 경우 가석방, 사면, 감형 또는

55) 독일 연방헌법재판소의 결정(BVerfGE 45)과 2013년과 2017년 유럽인권재판소의 두 차례의 결정(VINTER AND OTHERS. v. THE UNITED KINGDOM과 HUTCHINSON v. THE UNITED KINGDOM)은 이러한 흐름을 매우 잘 보여준다고 할 것이다. 자세한 내용은 김대근·이덕인·권지혜, 사형 폐지에 따른 법령정비 및 대체형벌에 관한 연구, 한국형사법무정책연구원, 2021의 제5부 제2장, 제3장 및 제4장 참조

56) 2010. 2. 25. 2008헌가23

복권 등을 허용하는 것으로 수형자가 교정시설에서 복역한 시간적 경과의 정도다.<sup>57)</sup> 이러한 전제에서 사형폐지 이후 대체형벌의 형태는 ① 현행 우리 법률 상의 무기징역형 내지, ② 최저복역 기간을 두고 가석방 가능성을 심사하게 하는 무기징역형, 이 두 가지를 상정할 수 있겠다.

## 2. 최저 복역기간의 구체화

가석방을 허용한다는 전제 아래 무기형을 설계할 경우 가장 중요한 사항은 최저 복역기간을 어떻게 설정할 것인지에 달려 있다. 다시 말해 상대적 무기형을 도입하거나 운용할 때, 최저 복역기간을 설정하는 것이 핵심과제가 된다.

사형 폐지 이후 대체형벌에 대한 인류의 실험장인 유럽의 국가들은 무기형 수형자가 가석방 자격을 갖기 전에 반드시 복역해야 하는 최저 수감기간과 관련된 국가 차원의 다양한 기준을 마련하고 있다. 이들은 무기형 수형자가 석방되기 전에 구금되는 일반적인 최저의 기간을 12년에서 25년 사이로 정하고 있는 것으로 보이지만 이보다 더 장기간을 설정하고 있는 국가들도 있다는 사실에 주의할 필요가 있다. 이 기간의 설정은 무기의 구금을 계속해야 할 필요성이 없어지는 기간을 의미하는 것이다. 그러나 공통적인 기준점이나 과학적인 근거는 없으며 이는 해당 국가의 형사정책과 행형정책에 위임된 문제이다. 분명한 사실은 대다수의 국가에서 무기형 수형자를 사회로부터 영구히 격리한 채 가두어 두어야 할 대상으로 낙인찍지 않고 어떤 시점에는 반드시 사회의 구성원으로 복귀되어야 할 존재로 인식하고 있다는 점일 것이다.

최저 복역기간을 설정하는데 있어서 평균 기대수명과 잔여수명을 고려한 방안<sup>①</sup>과 최저 복역기간을 법정하는 방안<sup>②</sup>이 있을 수 있다. 전자인 평균수명을 기준으로 예컨대, 잔여 수명의 3분의 2 이상이 경과될 것을 가석방요건으로 하자는 제안은 최소한의 교화개선기간에 차별을 두는 것으로 평등의 원칙에 위반될 소지가 있다는 지적이 있다.<sup>58)</sup> 때문에 상대적으로 2001년 발의된 「사형폐지에관한특별법안」(정대철의원 대표발의)<sup>59)</sup>처럼 일정한 기간을 법정하여 최저 복역기간을 법정하는 방안이 논란이 적을 것으로 보인다.

57) 한영수 외, 사형제도 폐지 및 대체형벌 실태조사, 국가인권위원회 연구용역보고서, 2018, 116쪽.

58) 이원경, “사형의 대체방안으로서 종신형제도에 관한 제 문제”, 교정연구 제69호, 한국교정학회, 2015, 283쪽.

59) 정대철안은 가석방, 사면, 감형이 가능한 최저 복역기간으로 15년을 설정하고, 최저 복역기간의 선고도 법원의 재량판단으로 두었다.

구체적으로는 다음과 같은 제안을 한다. 현행 형법(시행 2020. 10. 20. 법률 제17511호)의 제55조 제1항에서는 “사형을 감경할 때에는 20년 이상 50년 이하의 징역 또는 금고로 한다”(1호)와 “무기징역 또는 무기금고를 감경할 때에는 10년 이상 50년 이하의 징역 또는 금고로 한다”(2호)는 규정이 있었고, 제72조(가석방의 요건) 또한 “징역 또는 금고의 집행중에 있는 자가 그 행상이 양호하여 개선의 정이 현저한 때에는 무기에 있어서는 20년, 유기에 있어서는 형기의 3분의 1을 경과한 후 행정처분으로 가석방을 할 수 있다”(제1항)고 하였다. 또한 제78조(시효의 기간)에서는 그대로여서, 시효는 형을 선고하는 재판이 확정된 후 그 집행을 받음이 없이 사형은 30년, 그리고 무기의 징역 또는 금고는 20년을 경과함으로써 인하여 완성된다고 규정하고 있다(1호, 2호).

이러한 사정을 종합적으로 고려하면 가석방, 사면, 감형이 가능한 최저 복역기간을 예컨대, 25년으로 법정하는 것이 일견 타당하다고 생각한다.

### 가. 현행 무기징역형의 가능성

또는 현행 무기징역을 사형폐지 이후 법정 최고형으로 두고 운용하는 방안이다.

### 나. 현행 무기징역형을 원칙으로 하면서 (기존 사형확정자에 대한)상대적 종신형을 절충하는 방안

현행 무기징역을 사형폐지 이후 법정 최고형으로 두면서, 다만 기존 사형확정자들에 대해서는 최저 복역기간을 두고 상대적 종신형으로 운용하는 절충안도 가능할 수 있다.

## 3. 마치면서

가석방 없는 무기형을 비판하는 목소리에 대해 법무장관은 “가해자의 인권보다 피해자와 유족의 인권을 먼저 생각할 때”라고 공박한다. 전형적인 허수아비의 오류다. 가석방 없는 무기형의 폐해와 부작용, 그리고 무용성과 불필요함을 지적하는 주장을, 가해자 인권과 피해자 인권의 대립이라는 프레임을 대체하고, 가해자 인권만 옹호한다는 허수아비를 만들어 공격하는 셈이다. 가석방 없는 무기형을 비판하는 이유는 피해자를 보호하거나 사회를 지켜낼 수 없기 때문이다. 엄벌주의와 중형주의는 모두로부터 비난받기에 가장 취약할 수 밖에 없는 수

형자를 재물삼아 대중의 불안과 공포를 잠재우려고 한다. 법의 보호가 유보되고 권리가 박탈 당하는 지점이 주권의 예외상태고, 누군가는 그 속에서 벌거벗은 생명(bare life)으로 다루어 지면서 권력이 작동하는 것을 확인시켜주는 장치로 전략할 뿐이다.



2023 사형제도 폐지를 위한 연례 세미나

**사형제도 폐지 없는  
'가석방 없는 종신형' 도입  
이대로 관철은가**

**발표 2**

**사형제도 폐지 없는  
'가석방 없는 종신형' 도입,  
이대로 관철은가**

---

**이덕인 교수**

(부산과학기술대학교 경찰행정과)



## 사형제도 폐지 없는 '가석방 없는 종신형' 도입, 이대로 괜찮은가

이덕인 교수  
(부산과학기술대학교 경찰행정과)

### I. 들어가는 글

지금으로부터 약 4개월 전인 2023년 7월 26일, 국회 법제사법위원회 전체회의의 현안질 의에서 한동훈 법무부 장관은 해당 상임위 소속 조정훈 위원으로부터 종신형 도입 필요성(사 형과 무기형의 중간형으로서)에 대한 질의를 받자 “사형제의 위헌 여부 결정이 얼마 남지 않 았고, 우리 사회는 결정 이후 방법을 찾아야 하는 상황”이라며 “그때 유력하게 검토될 수 있 는 의미 있는 방안”이 형법에 ‘가석방 없는 종신형’ 제도를 도입하는 것이라고 답변한 바 있 다.<sup>1)</sup> 그러나 한 장관은 국회에서 밝힌 기존 입장을 불과 보름 만에 번복하고, 이른바 ‘가석방 이 허용되지 않는 무기형’을 신설하도록 하는 형법 개정을 추진하는 방향으로 그 입장을 선회 하였다. 입장 변경의 이유는 표면적으로 빈발하는 일련의 강력범죄에 대한 대응책이라는 점 을 강조하였으나 충분한 설명은 생략된 채 법안은 8월 14일부터 9월 25일까지 입법예고의 기간을 거쳐 10월 30일, 국무회의를 통과하여 국회에 제출되었다.

특히 법무부는 가석방이 허용되지 않는 무기형을 사형제와 함께 장기간 논의·검토돼온 방 안으로 미국 등 여러 선진국에서 도입하고 있다는 사실을 부연하며, 1997년 12월 30일, 사형 을 집행한 이래로 현재까지 사형을 집행하지 않아 국제사면위원회(the Amnesty International) 에서 우리나라가 ‘사실상 사형폐지국’으로 분류되는 등 중대 흉악범죄자에 대한 형 집행의 공백이 발생하고 있다고 한다. 법무부의 제안이유에 따르면 현행법상 무기형을 선고받은 중 대 범죄자의 경우에도 20년이 지나면 가석방될 수 있어 이들에 대한 엄벌을 촉구하는 국민적 요구가 커지고 있어서 형법상 무기형을 가석방이 허용되는 유형과 허용되지 않는 유형으로 구분하고 무기형을 선고할 때 가석방 허용 여부를 함께 선고하도록 하여, 살인 등 중대 범죄 자의 죄질에 따른 단계적 처분이 가능하도록 하고자 한다는 점을 명시하고 있다.

1) 제408회 국회(임시회) 법제사법위원회회의록(임시회의록) 제2호, 2023.07.23., 34~37쪽.

이와는 별도로 범죄에 대한 사회의 불안과 공포심이 나날이 증대되는 최근의 사정 속에서 국민적 여론을 의식한 입법기관 역시 7월 28일(서영교 의원 등 10인이 발의한 형법 일부개정 법률안[2123539])과 8월 9일(조정훈 의원 등 10인이 발의한 형법 일부개정법률안[2123727] 등)에 법무부가 추진하려는 것과 유사한 형태의 무기형 도입을 의원 제안의 형식으로 법제사법위원회에 회부해 두었고, 이들 두 입법안은 8월 23일, 상정되어 있다. 따라서 가석방의 가능성이 전면적으로 차단되는 무기한의 자유형에 대한 세 종류의 법안이 입법기관의 심사와 의결을 기다리고 있는 상태이다.

그런데 당초 가석방을 허용하지 않는 형태의 종신형 내지 무기형의 창설은 그 자체가 다양한 위헌성 논란에 처할 우려가 있음에도 사형폐지를 위해 불가피하게 설계된 측면이 강한 것이라고 할 수 있다. 단지 사형제도가 실효적인 형벌로 작동하지 못하는 현실적 한계와 증폭되는 범죄현상과 적절한 대응책의 부재를 연관지어 검증 없이 인과관계를 인정하고 그 해소를 위한 하나의 대안으로 가석방 불허 무기형을 도입하려는 취지에는 전혀 동의할 수 없다. 대체물(replacement)은 대체물로서의 역할과 기능이 있고, 보충재(supplement) 혹은 보완재(complement)는 그 한도 내에서의 역할과 기능이 있는 것이다. 서로 용도가 다른 것을 혼동하여 사용하면 결과는 언제나 심각한 오용과 남용으로 흐르게 될 수 있다.

불과 몇 개월만에 급발진하다시피 빠르게 진행되고 있는 가석방이 허용되지 않는 무기형에 대한 입법추진의 진행과정에는 근본적으로 여러 가지 문제점이 내재되어 있다. 이와 같은 문제점을 인식하고 해결방안을 모색하지 않고서 관련 입법이 현행화된다면 또 다른 논란과 비판에 직면하게 될 것은 분명해 보인다. 아래에서는 전제되는 문제점들을 진단해 보고 관련된 논의에서 갖추어야 할 점들을 검토해 보고자 한다.

## II. 전제되는 몇 가지 문제점

### 1. 종신형 도입을 위한 입법적 논의의 연혁

#### 가. 사형의 폐지와 대체형벌의 변경

입법기관에 의한 종신형제도의 도입 추진은 주로 사형의 폐지에 수반하는 대체형벌의 수위를 결정하는 문제와 연계되어왔다. 15대에서부터 21대 국회에 이르기까지 모두 9차례 법

정최고형의 수위를 변경하는 입법활동은 사형제도의 폐지와 연동된 것이었으며, 그 형식은 별도의 특별법을 제정하는 형태를 취하고 있었다.

15대와 16대 국회 당시 발의된 법률에서는 사형의 대체형벌에 대하여 별도의 형벌을 창설하지 않았고, 무기징역으로 이를 대신하는 것이었으며, 가석방의 기회가 역시 원천 차단되지는 않았다. 15대 국회에 발의된 법률의 경우는 현행의 무기징역과 같이 가석방 규정이 그대로 적용되는 것이었고, 16대 국회에서는 가석방과 사면, 감형을 15년간 제한하는 방식을 취하고 있었다.

〈표 1〉 사형폐지와 대체형벌의 창설

구분	발의일	발의자	대체형벌
15대	1999.12.07.	유재건 의원 등 91명	무기징역 (가석방 가능)
16대	2001.10.30.	정대철 의원 등 63명	무기징역 (가석방·사면·감형 제한 15년)
17대	2004.12.09.	유인태 의원 등 175명	종신형 (가석방 불가능)
18대	2008.09.12.	박선영 의원 등 39명	종신형 (가석방·사면·감형 불가능)
	2009.10.08.	김부겸 의원 등 53명	종신형 (가석방 불가능)
	2010.11.22.	주성영 의원 등 10명	종신형 (가석방·사면·감형·복권 불가능)
19대	2015.07.06.	유인태 의원 등 172명	종신형 (가석방 불가능)
20대	2019.10.10.	이상민 의원 등 75명	종신형 (가석방 불가능)
21대	2021.10.07.	이상민 의원 등 30명	종신형 (가석방 불가능)

종신형이라는 용어가 처음으로 등장하게 된 것은 17대 국회에 와서 발의된 법안에서였다. 이후 특별법들의 조문 내용에는 절대적이라거나 상대적이라는 수식적 표현 없이 종신형이라는 단어를 쓰고 있으며, 그것은 대체로 가석방만을 불허하는 형태였다. 다만 18대 국회에서 박선영 의원이 발의한 법률에는 가석방 이외에 사면과 감형도 불가능하도록 규정하고, 같은 18대 국회에서 주성영 의원이 발의한 법률에서는 여기에 더하여 복권까지 불가능하도록 하는 규정을 두고 있다. 엄밀하게 판단한다면 18대에 발의된 이 두 개의 법률안이 '절대적'인 형태의 종신형에 해당하는 것으로 볼 수 있다.

## 나. 특정 강력범죄 대응을 위한 가석방 없는 무기형(종신형)의 신설

19대 국회의 김영환 의원과 21대 국회의 김영배 의원, 서용교 의원, 조정훈 의원 등이 대표로 발의한 법안에서도 현행의 무기형보다 강화된 형태의 종신형을 도입하려는 취지가 나타나는데, 이러한 시도들은 사형제도의 존폐와는 무관한 것이다.

19대 국회에서 김영환 의원이 발의한 법안의 당시 제안이유를 보면 아동성범죄 등 반인도적이고 악질적인 범죄에 대하여 무기징역이 선고된다 하더라도 감경 및 가석방 등이 가능하고, 유기징역의 경우에도 형의 가중 시 최고 50년까지만 선고할 수 있어 악질적인 범죄에 상응하는 엄중한 처벌이 이루어지지 못하는 문제점을 지적하고 있다. 아울러 미국의 경우 아동청소년 성범죄 등 흉폭한 범죄에 대해서는 '가석방 없는 종신형'과 함께 '1천년의 징역형'을 선고하고 있는 점을 참고할 때, 우리나라도 악질적이고 흉폭한 범죄에 대하여는 가석방과 감경이 불가능한 절대적 무기징역을 선고할 수 있도록 하고, 유기징역의 상한을 높여 엄중한 처벌이 이루어질 수 있도록 해야 한다는 점을 강조하고 있다. 주요 내용은 '유기징역의 상한을 현행 30년 이하에서 50년 이하로, 형의 가중을 현행 50년에서 100년까지로 각각 조정하고(안 제42조 제1항), 무기징역 또는 무기금고에 대하여 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 형의 감경이나 면제 또는 가석방을 할 수 없도록 하며(안 제42조 제2항), 사형에 대한 감경을 30년 이상 100년 이하로 상향 조정하고 있다(안 제55조 제1항 제1호). 아울러 무기징역 또는 무기금고에 대한 감경을 20년 이상 100년 이하로 상향 조정하고(안 제55조 제1항 제2호), 무기징역의 가석방 요건을 현행 20년에서 30년으로 상향 조정하는 것을 골자로 하였다(안 제72조). 이와 같은 김영환 의원의 법안은 별도의 특별법에 의하지 않고 형법의 일부를 개정하는 형식을 취하고 있다.

〈표 2〉 특정 강력범죄 대응을 위한 종신형의 신설

구분	발의일	발의자	신설형벌
19대	2013.09.03.	김영환 의원 등 14명	가석방 없는 무기형 (가석방·감면 불가능)
21대	2020.08.21.	김영배 의원 등 10명	종신형 (가석방 불가능)
	2023.07.28.	서용교 의원 등 10명	가석방 없는 무기형 (가석방 불가능)
	2023.08.09.	조정훈 의원 등 10명	가석방 없는 무기형 (가석방 불가능)

21대 국회에서 김영배 의원이 대표로 발의한 '13세 미만 미성년자 대상 성폭력범죄의 종신형 선고에 관한 특별법안' 역시 그 제안의 이유에서 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에 따라 19세 미만 아동·청소년을 강간하고 살인한 때, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법에 따라 13세 미만의 사람에 대한 강간 또는 추행을 하고 살해한 때에 사형 또는 무기징역에 처하도록 하고 있으나 우리나라가 '실질적 사형폐지국가'로 분류되고 있어서 실제 죄질이 무거운 아동성범죄자가 무기징역을 선고받더라도 우리나라 형법 체계는 가석방이 불가능한 절대적 무기징역제가 아니라 일정 요건을 충족하면 형 집행 종료 이전 가석방이 가능한 상대적 무기징역제를 채택하고 있어 가석방의 기회가 주어지는 등 국민적 공분을 불러일으킨 극악무도한 아동성범죄를 저지를 사람이라 할지라도 사회로부터 완전한 영구격리 조치가 불가능하다는 사실을 들고 있다. 이에 따라 13세 미만의 미성년자를 강간·추행하고 살해하거나 사망에 이르게 한 경우 및 13세 미만 미성년자를 강간 또는 강제추행한 범죄로 형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 면제된 후 같은 범죄를 범한 경우에는 종신형에 처할 수 있도록 함으로써 아동성범죄자에 대한 영구적 사회격리 근거를 마련하여 강력히 처벌하려는 것이라는 점을 강조하고 있다. 이 법안에서는 '종신형'이란 사망 때까지 교도소 내에 구치하며 가석방을 할 수 없는 종신징역과 종신금고를 말하고(안 제2조), 13세 미만 미성년자를 대상으로 강간 또는 강제추행의 죄를 범한 사람이 다른 사람을 살해하거나 사망에 이르게 한 경우에는 종신형에 처할 수 있으며(안 제3조), 13세 미만 미성년자에 대한 강간 또는 강제추행의 범죄로 형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 면제된 후 같은 범죄를 범한 경우에는 종신형에 처할 수 있도록 하는 규정을 두고 있다(안 제4조).

2023년 7월 28일과 8월 9일, 각 발의된 형법 일부 개정 법률안의 '가석방 없는 무기형' 역시 사형제도의 존폐와는 관련이 없는 것으로 '다수의 무고한 피해자를 사상에 이르게 하거나 아동을 대상으로 한 잔혹한 아동성범죄자(서영교 의원 발의안)' 또는 '다수의 생명·신체를 중대하고 심각하게 침해하거나 여성·아동 등 사회적 약자를 대상으로 한 잔혹한 범죄를 저지르는 범죄자(조정훈 의원 발의안)' 등을 대상으로 이들의 죄질이 흉악하고, 교화·개선의 가능성을 찾기 어려운 경우 사회로부터 영구적인 격리가 필요하다는 사실을 염두에 두고 있다.

## 2. 무기형제도의 실태와 상황 그리고 오해

### 가. 무기형제도의 실태

#### (1) 사회복귀를 전제하는 무기형제도로의 전환

우리나라의 현행 무기형제도는 엄밀하게 보면 사실상의 종신형에 가깝다고 할 수 있다. 왜냐하면 가석방이 전면적으로 거부되지 않는지만, 최저의 구금기간이 별도로 설정되어 있지 않으며, 가석방을 수형자가 적극적으로 주장할 수 있는 권리로 보장하지도 않기 때문이다. 그러나 사형을 전면적으로 폐지한 유럽평의회 국가들은 대부분의 경우 그 대체형벌로 규정한 종신형에 최저의 구금기간을 설정해 두고 있고, 유명무실한 것이 아니라 현실적으로 작동하는 가석방제도를 운영하고 있다. 유럽의 국가들은 흉악범죄자라도 그들이 필연적으로 사회로 되돌아 와야 한다는 것을 전제하면서 인신의 자유를 제한하는 자유형제도를 설계하여 실행하고 있다는 점에서 우리의 경우와는 대조를 이룬다. 그리고 이러한 제도운영의 밑바탕에는 수형자를 제대로 갱생시켜 사회에 복귀할 수 있도록 재사회화하는 것이 무엇보다 중요한 국가의 책무라는 사실이 사회의 저변에 긍정적으로 받아들여지고 있으며, 그것이 이들 국가의 행형 철학에 깔려있기에 가능한 일이다.

따라서 종신형의 도입은 사형폐지를 동반하는 것이어야 하고 종신형의 실제 도입이 인간성을 파괴하거나 오히려 사회복귀를 어렵게 만드는 비인간적 처우가 아니라고 하는 인식의 변화가 먼저 전제되어야 한다. 그렇다면 종신형의 창설을 성급히 서두르기 전에 현행의 무기형제도에 대한 근본적인 성찰과 심도 있는 논의를 토대로 제기되는 다양한 비판점을 사회적 공론의 장에서 충분히 수렴하면서 그 결과가 요청하는 바를 먼저 수정하고 개선하는 작업이 선행되어야 한다는 것은 너무나 당연한 일이다.

#### (2) 무기형의 실태 파악과 정확한 정보의 공개

우리나라의 무기형은 가석방되는 비율이 현저히 낮으며, 대부분의 무기형 수형자들은 석방의 가능성이 희박한 사정 아래 수형생활을 지속하고 있다. 이러한 실정 아래에서라면 사회복귀를 위한 처우는 제대로 이루어질 수 없으며, 무기형 자체가 절망의 형벌이 되는 것은 당연한 귀결이다. 이렇듯 무기형의 강화 내지 종신형화 추세가 이어지고 있으나 현실은 사형확정자의 경우만큼이나 무기형 수형자에 대하여 정확한 정보를 확인하고 검토할 수 없는 실정



에 있다. 무기형 수형자와 이들의 처우에 관한 투명한 정보의 공개를 토대로 현상을 반영하여 정확히 논구되는 내용을 중심으로 형벌의 엄중한 강화가 이뤄져야 한다. 따라서 무기형 전반에 대한 면밀한 조사와 연구를 거쳐야 하고, 그 전제가 되는 관련 정보에 대하여 제한 없는 접근이 보장되어야 할 것이다.

### (3) 현행 가석방제도의 재검토

현행의 가석방제도가 자의적으로 운용되고 있다는 비판은 유기형과 무기형이 별반 다르지 않다. 대다수의 유럽국가들은 수형자가 교정시설 내에서 사고 없이 복역하고 있는 것으로 판단될 경우 일정 기간의 형기를 자동적으로 삭감하는 이른바 '모범수형자에 대한 형기 자기단축제도(Good Time System)'를 채택하고 있다. 그러나 우리의 경우는 이와 같은 제도가 불비된 상태에 있으며, 그에 대한 진지한 고려 역시 제대로 진행되지 않고 있다.<sup>2)</sup> 아울러 가석방을 법무 당국의 행정적 판단의 영역에 두고 평가하고 허가하는 것은 국제적인 행형의 추세와 비교해 보더라도 바람직하지 않다. 일정한 조건을 충족하는 수형자에게는 명시적인 법률의 규정을 두고 이에 따라 가석방을 반드시 허용할 수 있도록 하는 관련 입법의 정비가 필요하다.

무기형제도에 대한 실태와 상황, 나아가 가석방제도가 드러내는 현상적인 문제점을 더욱 신중하고 면밀하게 검토한 후 개선책을 마련하여 시행하게 된다면 무기형이 종신행화되는 문제를 해결할 수 있으며, 사형의 대체형벌을 설계하는 과정에서도 이를 충분히 활용할 수 있을 것이다.

#### 나. 무기형제도의 가석방에 대한 오해

일반 시민들은 현재 시행되고 있는 무기형제도의 가석방에 대해 몇 가지 오해를 하고 있는 것으로 판단된다. 첫째, 대다수의 일반인들은 무기형 수형자가 일정 기간의 복역을 마치면 모두 가석방 심사의 대상이 되는 것으로 오인하고 있다. 그러나 현행 법률에는 무기수로 복역하고 있는 사람이 그 행상이 양호하고 뉘우침이 뚜렷한 때 20년이 지난 후 행정처분으로 가석방 '할 수 있다'는 규정을 두고 있을 뿐이다(형법 제72조 제1항). '할 수 있다는 것(can be)'이

2) 관련된 국내 연구로는 윤해성·강우예·주성빈, 모범수형자에 대한 형기자기단축제도에 관한 연구, 한국형사·법무연구원, 2021, 245쪽 이하 참조.

‘반드시 해야만 하는 것(must be)’을 의미하지는 않는다. 할 수 있다는 것은 단지 가능성을 말하는 것이며, 무기형 수형자가 법률이 규정한 일정 자격요건을 갖추었다면 반드시 가석방 심사의 대상에 포함되어야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 외국의 경우는 대체로 해당 국가의 법률이 정한 최소 복역기간을 충족한 무기수형자는 하나의 권리로서 법무 당국에 자신의 가석방 심사를 적극적으로 요청할 수 있지만 우리나라는 그렇지 않다. 교정실무에서 무기수형자의 경우 최소 30년이 경과한 이후라야 가석방 심사의 대상자 명단에 이름을 올릴 수 있을 뿐이다. 따라서 일정 기간을 복역하면 무기수형자가 자동적으로 가석방 심사의 대상이 될 수 있다는 것은 사실이 아니다.

둘째, 무기형 수형자가 많이 가석방된다는 정보 역시 사실과는 틀린 것이다. 매년 가석방이 되는 인원 가운데 무기형에 해당하는 사람이 차지하는 비중은 연간 전체 가석방 인원의 0.2%에 불과하다. 지난해인 2022년을 기준으로 전체 가석방 인원 10,310명 가운데 무기형 수형자는 단지 16명이었으며,<sup>3)</sup> 전국 교도소에 분산 수용되어 있는 1,313명의 무기형 수형자 가운데 이 인원은 1.2%에 해당한다. 따라서 98.8%의 무기형 수형자들은 여전히 엄중한 통제와 감독 아래 무기한의 구금상태에 있으므로 현재의 무기형제도가 결코 허술하게 운영되는 것도 아니다.

셋째, 무기형 수형자가 가석방된 후 재범할 가능성이 크다는 우려 또한 사실과는 다른 측면이 있다. 별도로 이들만을 대상으로 삼아 가석방 이후의 재범 가능성이나 실제 재범의 사례가 면밀하게 조사된 자료는 없다. 다만 법무부의 2022년 법무연감 자료에 따르면 2017년을 기준으로 전체 가석방된 인원 8,275명 가운데 살인을 저지른 445명이 가석방된 뒤 다시 살인을 저질러 재복역한 경우는 9명(2.0%)이었고, 강도를 저지른 164명이 가석방된 뒤 다시 강도를 저질러 재복역하게 된 자는 13명(7.9%)이었다. 그런데 성폭력을 저지른 범 죄자 가운데 가석방된 4명은 전원이 다시 성폭력범죄로 재복역을 하게 되었다고 한다.<sup>4)</sup> 이와 같은 통계를 근거로 살펴보면 가석방된 이후 다시 재범할 가능성은 있지만 그렇다고 해서 재범의 가능성이 심각한 수준으로 높다고 보는 것은 무리라고 할 수 있다.

3) 법률신문 2023년 10월 10일자(<https://www.lawtimes.co.kr/news/191942>).

4) 2021 법무연감, 법무부, 2022, 706~710쪽 참조.

### 3. 논의되는 대상은 무엇인가?

#### 가. 절대적 종신형?

국내에서 종신형을 절대적인 것과 상대적인 것으로 구분하려는 태도는 2000년대 초반에 시작되었다. 먼저 사형의 대체형별로 불가피하게 제안되어야 하는 것이 절대적 종신형이라는 주장이 제기되자,<sup>5)</sup> 이를 받아 비판하며 절대적 종신형은 불가하다는 의견에 따라,<sup>6)</sup> 등장하게 된 것이 상대적 종신형이다.<sup>7)</sup> 그런데 절대적(absolute), 상대적(relative)이라는 형용사가 종신형에 부착되어 의미하게 된 것은 가석방의 허용 여부였으며, 이를 불허하는 경우를 절대적 종신형, 반대로 허용하는 경우를 상대적 종신형이라고 구분 짓게 되었다.

형벌론의 영역에서는 절대적이라는 요소가 자주 나타나지 않으나 대표적으로 거론할 수 있는 것은 국가적 법익과 관련된 범죄구성요건 가운데 '외환의 죄'에 규정되어 있는 여적죄(형법 제93조)를 생각할 수 있다. 이 규정에는 적국과 합세하여 대한민국에 항적행위를 한 것이 명백하게 판명된 자에게 처해야 하는 형벌을 유일하게 사형 하나만을 두고 있으며, 이를 형법상 유일무이한 절대적 사형구성요건이라고 말한다. 이렇듯 법관에게 어떠한 양형상의 고려도 할 수 없도록 오로지 하나의 형벌만을 선고하도록 법정해 둔 것이 절대적 범죄구성요건이다. 그렇다면 절대적 종신형 역시 다른 선택의 여지를 남기지 않고 유일하게 종신형만을 선고하게끔 규정해 둔 경우만으로 이해하는 것이 형법해석의 체계상 논리적이다.

단지 가석방 허용 여부를 기준으로 종신형을 절대적·상대적이라고 구분하는 것은 바람직하지 않으며 오히려 종신형의 본질과 성격을 이해하는데 있어서 혼란을 초래할 소지가 크다. 국제적으로도 종신형에 절대적이라는 표현이 붙는 경우는 가석방 허용 여부가 기준이 되는 것이 아니라 다른 선택지 없이 무조건 의무적(mandatory)으로 종신형을 선고해야 하는 경우를 의미하는 것으로 이해되고 있다는 사실에 비추어보더라도 그렇다.<sup>8)</sup>

5) 허일태, “사형의 대체형벌로서 절대적 종신형의 검토”, 형사정책 제12권 제2호, 한국형사정책학회, 2000, 223쪽 이하; 허일태, “사형의 대안으로서 절대적 종신형 도입방안”, 형사정책연구 제66권, 한국형사정책연구원, 2006, 37쪽 이하 각 참조.

6) 신양균, “절대적 종신형을 통한 사형폐지?”, 비교형사법연구 제9권 제2호, 한국비교형사법학회, 2007, 617쪽 이하; 특히 신양균 교수는 절대적 종신형이 기본권의 본질적 침해금지에 해당한다는 입장을 취하며 반대하고, 사형의 대체형벌은 무기형의 개선을 통해서도 충분하다는 입장이다.

7) 이승준, “사형폐지와 새로운 상대적 종신형의 채택”, 법학연구 제17권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2007, 123쪽 이하.

8) 국내 학자들 간의 관련 견해를 정리한 내용으로는 이덕인, “사형의 대체형벌 재도에 대한 논의와 도입 가능성의 검토”, 사형제도 폐지 및 대체 형벌 마련을 위한 토론회 자료집, 2018. 10.10., 60-66쪽.

## 나. 표현의 혼동과 부정확한 용어의 사용

새롭게 도입이 계획되고 있는 사형과 무기형의 중간형에 대해 언론매체들은 '가석방 없는 종신형', '절대적 종신형'이나 '가석방 없는 무기형' 혹은 '절대적 무기형'이라는 표현을 제각각으로 사용하고 있다. 이와 같은 혼란은 정부와 입법기관의 부정확한 형법개정안이 가져온 결과라고 할 수 있다. 정부가 입법 예고한 형법개정안은 제안이유에서 '절대적 종신형'이라는 표현을 쓰면서, 개정 법률안의 대상 조문(현행 형법 제42조를 개정하여 신설하는 제2항)에는 '가석방이 허용되지 아니하는 무기형'이라는 표현을 사용하고 있다. 조정훈 의원 발의법안과 서영교 의원 발의법안의 경우는 모두 제42조의2의 표제와 내용에 '가석방 없는 무기징역 또는 무기금고'라는 용어를 쓰고 있다.

형벌의 종류(형종)에 대해서부터 개정 법률안들은 공통의 오류를 범하고 있다. 도대체 어떤 종류의 형벌을 새롭게 창설하는 것인지에 대해 각각의 형법개정안은 혼란스러워 보인다. 앞서서도 언급한 것처럼 '절대적'이라는 것은 가석방은 물론이고 사면과 감형을 모두 불허하는 형태를 의미하는 것이며, '가석방이 없다'는 것은 가석방만을 허용하지 않을 뿐 사면과 감형의 기회를 박탈하지 않는 형태를 뜻한다. 아울러 무기형이라는 용어를 사용하는 것은 그 자체가 형기의 무기한을 의미하는 것이지만 우리 형벌체계에서 무기형은 일정한 조건 아래 가석방이 허용된다는 사실을 그 형벌의 본질적 성격 안에 내포하는 것이기에 가석방이 허용되지 않거나 가석방 없는 무기형 내지 무기징역과 무기금고는 모순된 내용을 동시에 담고 있는 것이 된다. 정부의 입법 예고안이든 두 종류의 의원입법안이든 모두 사면과 감형을 배제하지 않는 것이라는 점은 분명해 보인다. 따라서 가석방만 허용하지 않는다는 점이 세 종류의 법안에 공통된 것이다.

무기형이든 무기징역과 무기금고이든 기존의 형명을 그대로 사용할 경우 가석방을 허용하지 않는 형벌은 될 수 없다. 그렇다면 기존의 형종과는 다른 형명의 창설은 불가피해 보인다. 그것은 곧 '종신형'이 될 것이다. 그러나 개정안들의 조문에서는 '종신형'이라는 표현을 피하고 있다. 그 까닭은 어디에 있을까?<sup>9)</sup>

9) 무기형과 구별되는 종신형의 명칭 사용과 관련하여 사형을 대체하기 위해 도입되는 국가 최고형벌은 '종신형'으로 정하는 것이 바람직하다는 견해로는 한영수, "사형의 대체형벌로서 종신형의 도입에 관한 연구", 형사정책 제33권 제3호, 한국형사정책학회, 2021, 115쪽.

#### 다. 가석방 없는 종신형의 위헌성?

21대 국회가 개원한 직후 이미 가석방 없는 종신형에 대한 입법 논의가 있었고, 해당 법안은 아직 이렇다 할 진행 상황 없이 법제사법위원회에 계류되어 있다. 지난 2020년 8월 21일, 발의된 '[2103140] 13세 미만 미성년자 대상 성폭력범죄의 종신형 선고에 관한 특별법안'은 8월 24일, 법제사법위원회에 상정되어 그해 9월 21일, 제382회 국회(정기회) 제3차 전체회의를 거쳐 9월 23일, 법사위 법안심사 제1소위에 넘겨진 채로 현재까지 3년 이상이나 방치되어 있다.

이 법안을 대표 발의한 의원은 실제 죄질이 무거운 아동성범죄자가 무기징역을 선고받더라도 우리 형법 체계는 가석방이 불가능한 절대적 무기징역제가 아니라 일정 요건을 충족하면 형 집행 종료 이전 가석방이 가능한 상대적 무기징역제를 채택하고 있어 가석방의 기회가 주어지는 등 국민적 공분을 불러일으킨 극악무도한 아동성범죄를 저지를 사람이라 할지라도 사회로부터 완전한 영구격리 조치가 불가능한 실정임을 지적하고 있다. 이에 따라 13세 미만의 미성년자를 강간·추행하고 살해하거나 사망에 이르게 한 경우 그리고 13세 미만 미성년자를 강간 또는 강제추행한 범죄로 형을 선고받고 그 집행이 끝나거나 면제된 후 같은 범죄를 범한 경우에는 종신형에 처할 수 있도록 함으로써 아동성범죄자에 대한 영구적 사회격리 근거를 마련하여 강력히 처벌하려는 것이라는 점을 제안이유에서 밝히고 있다. 이 법안에서는 '종신형'을 사망 때까지 교도소 내에 구치하며 가석방을 할 수 없는 종신징역과 종신금고를 말한다고 정의하고 있다(안 제2조).

그러나 당시 법무부는 법원행정처와 함께 이에 대해 반대의견을 표명하였고, 해당 소위의 소속 위원 가운데서는 이 법을 규정하는 순간, 위헌이 된다는 사실(명시적인 위헌의 근거는 제시하지 않았으나)을 언급한 바 있다.<sup>10)</sup>

이와 같은 전례가 있었던 탓에 아마도 법무부와 두 종류의 의원 발의안에서는 모두 '종신형'이라는 용어의 사용을 피하고, '가석방이 허용되지 않는' 무기형 혹은 무기징역 또는 무기금고라는 명칭을 쓰고 있는 것으로 판단된다.

10) 제382회 국회(정기회) 법제사법위원회회의록(법안심사제1소위원회) 제2호, 2020.09.23., 13쪽.

#### 4. 충분한 논의와 의견수렴의 과정을 거쳐서 진행되는 것인가?

##### 가. 장기간의 논의와 검토를 거쳤다?

법무부에 따르면 사형제도와 함께 가석방이 허용되지 않는 무기형을 장기간에 걸쳐 검토해 왔다고 한다. 그러나 그와 같은 발표를 뒷받침할 수 있는 내용은 아직 공식적으로 제시하지 않고 있다. 부실한 제안이유는 추진하려는 입법활동에 근본적인 의문을 더하게 된다. 가석방이 허용되지 않는 무기형을 도입하면, 흉악범을 사회로부터 영구히 격리하는 실효적인 제도로 운영될 수 있을 것이라는 사실을 입법예고 그리고 국무회의 통과 직후의 각 보도자료를 통해 일관되게 강조하고 있으나 그 정당성을 떠받쳐줄 만한 근거는 제대로 제시하지 못하고 있다.

가석방을 허용하지 않는 무기형의 신설은 새로운 형의 종류를 창설하는 것으로 형법총칙의 변경을 가져오는 매우 중대한 사안이다. 형법각칙의 특정 범죄구성요건을 변경하거나 신설하는 경우에도 각계각층의 의견을 묻고 그 논의의 결과를 반영하는 것이 바람직한 일인데 하물며 총칙규정에 변경을 가하는 입법에 있어서는 더욱 면밀한 검토와 논의가 있어야 한다. 따라서 학계의 전문가를 포함하여 검찰실무의 관련 당사자들이 사전에 깊은 논의와 연구를 진행했어야 하고, 이를 통하여 도출되는 결과를 토대로 청문회를 개최하는 등 최소한으로 이뤄져야 할 적절한 절차를 거쳐야 한다. 이렇듯 '장기간 논의·검토돼온 방안'이라고 하지만 구체적으로 어떠한 논의와 검토과정을 거쳐 왔으며 그 과정에서 생산된 결과가 무엇인지에 대해서는 전혀 공개된 내용이 없다.

##### 나. 법무부가 관여했던 논의의 결과

직접적인 것은 아니지만 그나마 법무부의 이름이 포함된 논의 사례는 지난 2005년과 2009년, 두 차례 있었다. 2005년, 법무부 소속의 형사실체법정비전문위원회에서는 가석방이 허용되지 않는 절대적 종신형의 도입을 논의했던 결과에 따르면 신중론이 다수의견을 차지했고, 위원회 구성원 전원의 찬성의견으로 사형을 존치하는 전제 아래에서 절대적 종신형을 신설하지 않기로 하였다. 사형과 무기형의 간극을 좁히는 종신형 도입에 위원회 구성원 전체가 반대를 표명한 것이다.<sup>11)</sup>

11) 형사법개정연구(IV), 형법총칙 개정안: 죄수, 형벌분야, 한국형사정책연구원, 2009, 77쪽.

이명박 대통령의 재임 시기였던 2009년, 법무부가 발간한 형사법 개정 연구 자료집에서도 감형 또는 가석방 없는 종신형의 문제점이라는 항목으로 사형보다 더 비인도적인 형벌에 해당하는 절대적 종신형 도입의 반대 입장이 제시되었다.<sup>12)</sup>

이 두 차례의 연구를 제외하면 이후로 15년이라는 장기간 동안 관련 논의와 검토는 중단되어 왔다고 할 수 있다. 더불어 그 두 차례의 검토 결과에서도 일관되게 가석방이 허용되지 아니하는 종신형의 창설에 대하여 부정적인 결론을 내고 있다는 점을 주목해야 할 것이다.

## 5. 입법 논의에 있어서 중대한 흠결

### 가. '형의 종류'에 대한 개정의 누락

앞서 언급했듯이 '가석방이 허용되지 않는' 무기형은 현행 형벌제도에 새로운 종류의 형벌을 추가하는 것을 의미한다. 따라서 정부입법이든 의원입법이든 형종에 대한 검토를 먼저하고 개별 조문의 신설을 고려하는 방식을 취해야 했다. 그러나 이들 법안은 이에 대한 개정을 포함하지 않고 있다. 범죄에 대응하는 처벌의 종류로 사형, 징역, 금고, 자격상실, 자격정지, 벌금, 구류, 과료, 몰수 등 모두 9가지의 형벌만을 규정하고 있는 현행 형벌체계(형법 제41조)에서 자유형으로서 징역과 금고는 그것이 유기이든 무기이든 가석방을 허용하기 때문에 동일한 형의 종류로 볼 수 있으나 가석방이 허용되지 않는 형태의 구금형은 전혀 별개의 형벌이라는 점에서 만일 이를 도입하려 한다면 형법 제41조의 개정은 불가피하다.<sup>13)</sup>

그런데 세 종류의 법안은 모두 형법 제41조에 대한 개정을 규정함 없이 곧바로 형법 제42조 제2항의 신설과 형법 제42조의2의 신설을 내용으로 담고 있다. 이미 지적한 위헌성의 문제를 회피하기 위한 입법기술에 해당하는 것인지는 모르겠으나 오히려 이와 같은 방식을 취하게 되면 위헌성의 문제에 정면으로 맞부딪힐 수 있다.

### 나. 무기형제도 전반에 대한 몰이해

법무부의 개정안에는 “피고사건에 대하여 무기형을 선고하는 경우에는 가석방이 허용되는지 여부를 함께 선고하여야 한다.”는 규정을 ‘무기형의 선고와 가석방’이라는 표제 아래 신설

12) 법무부, 형사법개정 연구자료집, 2009, 444쪽.

13) 가석방 없는 무기징역 도입 관련 <형법일부개정법률안>에 대한 한국형사법학회 의견서, 2023.08., 7쪽.

하려 하고 있다(개정안 형법 제72조). 아울러 원칙적으로는 무기형의 가석방이 허용되지만 그것은 단서를 두어 허용되는 무기형에 한정한다(개정안 형법 제72조의2)는 사실 또한 법정 하려 한다.

서용교 의원과 조정훈 의원의 개정안에는 무기징역 또는 무기금고의 판결을 선고하는 경우에는 형법 제51조 각 호의 양형의 조건을 참작하여 가석방 없는 무기징역 또는 무기금고의 판결을 선고할 수 있다(개정안 제42조의2)는 규정을 두고 있다.

형의 종류로서 징역과 금고는 형기의 유, 무를 막론하고 가석방을 허용하는 자유형을 의미한다. 별도로 가석방을 허용하지 않는 방식을 취하지 아니한 채 가석방이 허용되는 무기형과 가석방이 허용되지 않는 무기형으로 이원화하는 방식은 형벌론에서 존재하는 무기형의 의미를 올바르게 이해하지 못한 데에서 시작된 오류라고 생각된다. 원천적으로 가석방이 허용될 수 있는 여지를 두고 설계된 형벌을 가석방을 허용하지 않겠다는 것은 논리적 모순이 된다. 이웃 나라 일본의 경우 과거 우리와 동일하게 징역과 금고의 형태로 자유형의 체계를 이원화하여 유지했던 시기, 새롭게 창설하려 했던 형벌이 중무기형이었고, 자유형을 하나로 일원화한 현재 사형의 대체형벌로 고려되고 있는 형벌 역시 종신구금형이라는 점은 이러한 사실을 반영한 것이라고 할 수 있다.<sup>14)</sup>

현 행	법무부 개정안	서용교 의원 개정안	조정훈 의원 개정안
제42조(징역 또는 금고의 기간) 징역 또는 금고는 무기 또는 유기로 하고 유기는 1개월 이상 30년 이하로 한다. 단, 유기징역 또는 유기금고에 대하여 형을 가중하는 때에는 50년까지로 한다.  (신설)	제42조(징역 또는 금고의 기간 등) ① 징역 또는 금고는 무기 또는 유기로 하고 유기는 1개월 이상 30년 이하로 한다. 단, 유기징역 또는 유기금고에 대하여 형을 가중하는 때에는 50년까지로 한다.  ② 무기징역 또는 무기금고는 가석방이 허용되는 무기형과 가석방이 허용되지 아니하는 무기형으로 한다.		

14) 日本辯護士連合會, 死刑制度の廃止に伴う代替刑の制度設計に関する提言, 2022(최종검색일: 2023.11.7.), <https://www.nichibenren.or.jp/document/opinion/year/2022/221115.html>.





아울러 무기형의 가석방 허용 여부를 사건을 심리하여 판결하는 법원의 판단에 두려고 하는 법무부 개정안의 관련 조문(안 제72조) 역시 문제가 있어 보인다. 가석방이라고 하는 형벌 제도의 보조장치는 자유형의 확정판결을 받은 수형자가 기간의 유무를 가리지 않고 행형시설에서의 개선, 교화과정에서 나타나는 회복된 사정을 토대로 사회복귀를 일정한 제한 아래 사후적으로 허용하는 것인데, 판결을 선고하는 단계에서 이를 법관이 사전에 판단하게 하는 것은 제도의 취지와 목적에 일치하지 않는 꼴이 되어버린다. 아울러 백보를 양보해서 이와 같은 형태의 가석방 허용 여부에 대한 사전판단을 사법기능에 넘기려 한다면 법무당국은 그들이 쥐고 있는 가석방 심사의 행정처분적 권한 역시 사법부에 이관하는 것이 마땅한 일이다. 그러나 가석방 권한은 그대로 행정기관이 유지한 채 법관으로 하여금 가석방 가능성 여부에 대한 판정만을 요구하는 것은 과도한 입법이자 무기형제도, 나아가 자유형제도에 대한 깊은 이해가 전제되지 않은 것에서 비롯된 입법만능의 사고방식이 빚어낸 결과라고 할 수 있다.

## 6. 가석방 불허 무기형 도입과 국제적 권고의 준수

### 가. 일반원칙

특정 국가의 형벌제도는 해당 국가의 내정에 속하는 사항이라는 점에서 전면적으로 국제 사회로부터 비판과 감시의 대상이 될 수는 없다. 그러나 그것이 인간존엄에 대한 최소한의 국제적 기준에 부합하지 아니하는 경우라면 그에 근거한 형벌권의 행사는 정당하지 아니하며 인권에 반하는 것으로 비난의 대상이 될 수 있다. 가석방을 허용하지 않는 무기형의 신설과 관련하여 그것이 정부입법에 의한 것이든 의원입법에 의한 것이든 원칙적으로 벗어나지 않아야 할 국제적 기준이 존재한다. 만약 최소한의 국제적 기준을 충족시키지 못하는 것이면 국내적 비판은 물론이고 국제 사회로부터 비난 역시 면하지 못할 것이다.

국제연합은 특히 18세 미만에 대한 절대적 종신형의 금지를 규정하고(아동의 권리에 관한 협약 제37조), 전쟁범죄, 인류에 반하는 범죄, 집단살해를 제외한 범죄에 대해서도 절대적 종신형의 금지를 법정하고 있다(국제형사법원 로마규약 제110조 제3항). 아울러 1980년 8월, 제6차 유엔 범죄방지 및 범죄자처우회의에서는 종신구금형에 대한 문제를 제기한 이래로 종신형 부과의 가이드라인 역시 제시되어 있다[유엔 범죄예방 및 형사사법위원회(1994)].<sup>15)</sup> 특

15) United Nations Office at Vienna, Crime Prevention and Criminal Justice Branch, Life Imprisonment, Vienna, United Nations, 1994.

히 유럽국가들의 경우는 일반예방을 고려한 가석방 불허용의 금지를 권고한 바 있으며[유럽 이사회의 각료위원회 채택 장기수형자의 처우에 대한 결의안(1976.02)], 수형자를 평생 가두는 범죄예방정책은 수형자 처우에 대한 현대적 원리와 범죄자의 사회로의 재통합과 양립할 수 없음을 권고하고 있다.

우리가 현재 도입하려는 가석방 불허의 무기형에 대하여 이와 같이 국제적 기준의 최소한을 준수하고 있는 것인지를 근본적으로 검토하지 않았으며, 관련 내용이 법안에 포함되지도 않았다.<sup>16)</sup>

## 나. 최소기준

2021년 3월 7일부터 12일까지 일본 교토에서 개최된 제14차 유엔 범죄방지 형사사법회의(14th United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Congress)에서는 회원국의 개별 종신형제도가 참고해야 할 12가지의 기준을 중요한 권고사항으로 제시한 바 있다.<sup>17)</sup>

먼저 가석방 없는 종신형(Life Imprisonment Without Parole: LWOP)의 폐지를 권고하면서 가장 엄격한 형태의 종신형은 결코 기본적 인권기준에 부합하지 않으며, 동시에 가석방 없는 종신형의 폐지는 전반적인 자유형의 이용 전체를 감소시킬 것이라고 전망하고 있다.

가석방이 허용되는 종신형이 선고되더라도 사회를 보호하기 위해 꼭 필요하거나 '가장 심각한 범죄(most serious crimes)'에 대해서만 이를 사용해야 한다는 점을 분명히 하고, 절대적 종신형(Mandatory life sentences)의 폐지를 주문하고 있다. 왜냐하면 절대적 종신형은 그것이 균형 잡힌 형벌인지 법관으로 하여금 검토하게 할 여지를 부정하기 때문이라고 한다. 아울러 종신형이 어떠한 경우에 적절한지, 법관에 의한 판단을 지원하기 위해서 인권에 근거한 지침(guidelines)이 작성되어야 한다는 사실도 권고하고 있다.

또한 종신형 안에서의 비례성을 보장하기 위해서는 형기의 하한이 지나치게 장기여서는 안 되며, 석방이 적절한 시기에 검토될 수 있어야 하고, 아동 최선의 이익원칙에 따라 아동에 대한 종신형은 금지되어야 하며, 여성의 경우는 국제연합의 방콕규칙(Bangkok Rules)<sup>18)</sup>이

16) 이와 관련하여 한영수·이진국·이덕인·김도우, 사형제도 폐지 및 대체형벌 실태조사, 국가인권위원회, 2018, 74~79쪽 참조.

17) penal reform international, Life imprisonment: A policy briefing(최종검색일 2023.11.7.) <<https://www.penalreform.org/resource/life-imprisonment-a-policy-briefing/>>.

18) UN Bangkok Rules on women offenders and prisoners Short guide(최종검색일 2023.11.7.) <<https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2013/07/PRI-Short-Guide-Bangkok-Rules-2013-Web-Final.pdf>>.

종신형을 포함한 모든 형벌의 선고를 검토할 때, 판결선고 기관으로 하여금 여성의 양육 책임이나 여성이 피해자가 될 가능성과 같은 여성 특유의 사정을 고려할 것을 권장하고 있다는 점도 권고의 내용에 들고 있다.

종신형 수형자의 관리체계에 관한 모든 규제는 개별적인 위험조사에 근거해야 하며, 종신형이라는 형벌을 받고 있는 점만을 고려해 실시되어서는 안 되며, 특히 넬슨 만델라 규칙(Nelson Mandela Rules)<sup>19)</sup>의 규칙 56과 규칙 57이 제시하는 바와 같이 종신형 수형자는 관리체계에 대해 불복신청을 할 수 있어야 하고, 이러한 불복신청은 교정 당국에 의해 신속하게 처리되어야 할 것을 강조한다.

더불어 종신형의 악영향은 인식되고 완화되어야 하며, 종신형 수형자에 대해 어떤 부가적 제한도 가해져서는 안 되는 것은 물론이고 석방을 향한 명확한 경로가 제시되어야 할 것을 요청하고 있다. 이에 더하여 교정당국에 의해 충분히 성별을 배려한 적절한 정신건강 관리 등 종신형이 갖는 잠재적인 폐해를 완화하기 위해 필요한 조치가 시행되어야 하는데, 교정기관 직원들에게는 정신건강 문제의 발생이나 악화를 완화하기 위하여 특별히 교육을 받을 것을 기준에 포함하고 있다.

작업이나 교육의 기회를 포함한 갱생프로그램은 종신형 수형자에게도 다른 수형자와 동등한 기준으로 제공되어야 하며, 종신형에는 개별적인 처우 프로그램과 표준화된 교도소 체제, 의미 있는 활동에 대한 접근이 포함되어야 하고, 종신형 수형자의 석방 검토를 위탁받은 기관은 법과 공평한 절차에 근거하여 공정한 결정을 할 수 있도록 독립되어 있어야 한다고 부연한다. 그 결정은 가장 높은 절차기준에 부합해야 하며, 추가적인 인신구속에 있어서는 자유형의 목적에 비추어 상당하고 합리적인지 여부에 따라 판단되어야 할 것을 규정하고 있다.

종신형 수형자에게 석방 시 부과되는 조건은 개별화되고 비례적이며 기간이 한정된 것이어야 하는데, 모든 조건, 특히 석방 시 부과되는 보호관찰은 재범의 위험을 줄이기 위해 종신형 수형자의 사회복귀 과정을 지원하는 데 초점을 맞추어야 하며, 보호관찰은 지속되는 처벌의 형태가 되어서는 안 된다.

끝으로 석방된 종신형 수형자가 부과된 조건을 위반한 경우 사회에 위험을 끼쳤다고 인정되는 때에 한해서만 재수용이 이뤄져야 하는데, 재수용의 권한은 신중하게 행사되어야 하며

19) The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners(the Nelson Mandela Rules) (최종검색일 2023. 11. 7.)([https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-E-ebook.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-E-ebook.pdf)).

적법절차에 따르도록 하고 있다. 석방조건 위반에 대해서는 개별화되고 단계적인 대응이 고려되어야 하고, 추가적인 수용기간은 발생한 위험을 해결하기 위해 요구되는 최소한의 기간이어야 하며 일정한 간격을 두고 심사가 이루어져야 한다는 점을 권고하고 있다.

평생의 구금을 의미하는 형벌을 마련하면서 이와 같은 일반원칙에 대한 기본적인 검토는 물론이고, 최소의 기준으로 논의되는 사항에 대하여 적절한 고려 없이 추진하려고 하는 입법은 결국 불완전한 입법의 현행화를 불러오게 할 것이다.

### III. 미국 그리고 유럽에서의 가석방 없는 종신형에 대한 개관

#### 1. 서언

세계 여러 나라에서 종신형제도를 운영하고 있는 개별 국가의 상황은 일률적으로 판단하기 어렵다.<sup>20)</sup> 다만 해당 국가들에서 형벌제도에 대해 특유하게 나타나는 심리적 효과와 사회 환경적 측면을 동시에 고려하면 크게 사형제도와 절대적 종신형, 상대적 종신형을 모두 시행하고 있는 경우, 사형을 폐지하고 그 대체형벌로 절대적 종신형과 상대적 종신형을 모두 두고 있거나 사형을 폐지하고 두 종류의 종신형 가운데 어느 하나를 운용하는 경우, 사형과 종신형을 전면 폐지하고 유기의 구금형만을 두고 있는 경우로 구분할 수 있다.

국제연합 소속의 193개 회원국 가운데 권역별로 형벌제도의 사정을 파악할 수 있는 115개 국가들이 해당 국가의 최고형벌로 운용하고 있는 내용을 살펴보면 아래와 같다. 특히 아시아 지역의 국가들 가운데에는 사형과 종신형(무기형 포함)을 모두 보유하고 있는 나라들이 많으며, 유럽의 국가들은 사형을 폐지한 뒤 종신형(무기형 포함)을 대체형벌로 창설한 나라들이 많은 편이다. 사형과 종신형을 모두 폐지한 사례는 중미와 남미에 속하는 국가들에서 많이 나타난다.

법무부는 가석방 없는 무기형의 도입을 입법예고하면서 미국 등 여러 선진국에서 이를 도입하고 있다는 사실을 강조한 바 있다. 일반적인 법제의 과정에서는 비교법적 검토가 선호되

20) 법률상의 종신형은 216개의 나라 가운데 183개의 나라나 지역에서 사용되고 있고, 이 가운데 149개 국가나 지역에서 종신형은 가장 엄격한 형벌로 간주되고 있다. 가석방이 허용되는 종신형은 가장 보편적인 형태에 속하는 종신형이며 144개 국가에서 종신형과 함께 석방에 관한 규정을 두고 있다. 그러나 법률상 종신형을 채용하고 있는 국가 가운데 65개의 나라에서는 가석방이 허용되지 않는 형태의 종신형도 채용하고 있다.

penal reform international, Life imprisonment: A policy briefing, p.2(최종검색일 2023.11.7.)(<https://www.penalreform.org/resource/life-imprisonment-a-policy-briefing/>).

고 있으며, 실제로 그와 같은 과정이 포함되어야 한다. 이미 여러 나라에서 시행하고 있으니 우리도 시행해야 한다는 것은 아마도 보편적 타당성을 우회적으로 설득하려는 것일 수 있다. 그러나 이와 같은 방식이 유익한 결과를 가져오는 장점도 있으나 이를 법제정의 근거로 맹신하는 것은 바람직하지 않은 일이다. 다만 미국 등 여러 선진국에서 도입한 것이기에 우리 실정에도 맞을 것이라는 법무부의 언급은 어떤 것인지를 스스로가 밝힌 바 없으므로 미국과 유럽에서 현재 시행 중인 종신형에 대해 간단히 살펴볼 필요가 있을 것이다.<sup>21)</sup>

〈표 3〉 국제사회, 사형폐지와 대체형벌 창설의 경향

구분		사형폐지 후/ 종신형 도입	사형과 종신형 모두 운용	사형과 종신형 모두 폐지
아시아	29개국	6	22	1
유럽	50개국	38	1	11
북미	2개국	1	1	0
중남미	24개국	3	5	16
아프리카	7개국	1	4	2
오세아니아	3개국	3	0	0
합계 115개국		52개국(45.2%)	33개국(28.7%)	30개국(26.1%)

## 2. 미국에서 시행 중인 가석방 없는 종신형의 허와 실

### 가. 미국의 현실

미국은 연방정부와 알래스카주<sup>22)</sup>를 제외한 49개 주정부에서 가석방 없는 종신형제도를 운용하고 있으며,<sup>23)</sup> 2021년을 기준으로 하면 무려 55,945명의 가석방 불허 종신형 수형자가 수감되어 있다. 오늘날 미국의 가석방 없는 종신형제도는 엄벌주의 사법문화의 상징이자 하

21) 이에 대하여 더욱 자세한 내용은 김대근·이덕민·권지혜, 사형폐지에 따른 법령정비 및 대체형벌에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2020, 73쪽 이하 참조.

22) 그러나 알래스카주는 법률상의 종신형은 아니지만 유기형의 최대 상한이 99년으로 되어 있어 사실상의 종신형(실질적인 종신형)제도를 취하고 있다고 할 수 있다.

23) 1841년 메인주를 시초로 하여 1941년 펜실베이니아, 1953년 미시간, 1955년 매사추세츠, 1965년 웨스트버지니아, 1967년 네바다에 이르기까지는 6개 주에 불과했던 가석방 없는 종신형제도의 도입 주가 1970년대와 와서 7개 주로 늘어났고, 1980년대에는 10개의 주가 추가되었으며, 1990년대에는 무려 21개의 주가 그 대열에 합류하였다. 남아있던 6개의 주들도 2000년대에 들어서 동참하게 되었다.

나의 주류적인 형벌제도로 확고히 정착단계에 들어서 있다. 그런데 가석방 없는 종신형은 원래 살인 가운데에서도 모살(제1급)에 해당하는 생명침해범들에게 부과되는 것이 원칙이었으나, 현재에는 그 범위를 지속적으로 확대하여 제2급 살인을 포함한 성범죄, 특수폭행, 강도, 유괴, 마약류 범죄는 물론이고 일부이지만 재산범죄에 대해서까지 적용할 수 실정이다. 특히 마약류 범죄의 경우는 35개 주의 관련 법률에 가석방이 불허되는 종신형이 법정형의 하나로 규정되어 있고, 실제로 마약범죄자에 대하여 이와 같은 종신형이 선고되는 경우가 전체 가석방 불허 종신형의 10%에 달하고 있다.

미국에서는 사형의 존폐와 무관하게 종신형의 수요는 지속적으로 증가하여 현재 전체 구금형 수형자 가운데 11%가량이 가석방이 불허되는 종신형에 해당할 만큼 그 인원은 늘고 있다. 코네티컷주와 같이 가석방이 불가능한 종신형이 사형의 폐지 및 대체형벌에 대한 수요의 증가와 연동되어 그 도입이 실제로 이뤄진 곳도 있다. 그러나 가석방이 불가능한 종신형은 49개 주 가운데 특히 플로리다, 펜실베이니아, 캘리포니아, 루이지애나주에서 적극적으로 활용되고 있는데, 이들 주정부는 사형을 병행하여 유지하고 있는 곳들이다.

따라서 그 도입의 문제가 사형폐지와 그 대체형벌로 인한 것임을 단언할 수는 없으며, 이를 적극적으로 활용하는 주들은 사형을 폐지한 주보다 오히려 사형을 활발히 집행하고 있는 주들이다. 가석방 불허 종신형이 대체형벌의 기능을 일부 담당하기도 하지만, 엄벌주의 형사 사법 문화가 형사정책의 본류를 이루고 있는 미국에서는 사형과 함께 병행되는 엄중한 형벌로 이해되는 경향이 더 일반적이다.

#### 나. 가석방 불허 종신형 증가의 원인

가석방 불허 종신형이 이처럼 증가하게 된 원인 가운데 가장 큰 이유는 1970년대 이후부터 범죄 격증에 따른 사회의 엄벌주의 여론을 들 수 있다. 이 시기 미국에서는 범죄자에 대한 '개선'과 '교화'라는 형사정책의 덕목은 후퇴하고 그들에 대한 '억지'와 '무해화'를 요구하는 시민사회의 강력한 요청이 결국 응보적인 형벌관념과 결합하게 되면서 가석방을 허용하지 않는 종신형은 각광 받는 형벌로 자리매김하게 되었다. 아울러 이와 시기적으로 겹쳐지던 때, 일시적으로 존재했던 연방대법원의 1972년 사형위헌 판결과 다시 이를 번복하는 1976년의 사형합헌 판결이 엇갈리면서 사형을 폐지한 주 정부들이 법정최고형의 자리를 고민하던 과정에서 본격적인 도입이 이루어지게 된 것이다.<sup>24)</sup>

그런데 미국의 가석방 없는 종신형도 사면과 감형을 원칙적으로 봉쇄하는 것은 아니기 때문에 주 정부의 행정책임자인 주지사에 의한 사면과 감형의 가능성은 열려 있었으나 대부분의 주지사들은 수십 년간 가석방 불허 종신형 수형자에 대한 사면과 감형을 쉽게 허용하지 않았다. 시민사회에서 일어나는 범죄에 대한 막연한 불안감과 공포심은 언론매체가 중심이 되어 여론으로 증폭되고 그것이 선거 당락을 좌우하는 결과로 작용하게 되자 선불리 사면이나 감형을 허용하지 않게 된 것이다.<sup>25)</sup>

엄벌을 요구하는 목소리는 더욱더 강화된 형태의 처벌시스템의 도입을 요청하게 되고 이에 따라 가석방 불허 종신형은 꾸준히 적용범위와 적용방식의 확대를 가져오게 되었다.<sup>26)</sup>

#### 다. 가석방 불허 종신형의 위헌성

미국에서 가석방이 불가능한 종신형은 대체형벌로 여러 주정부에서 사형폐지 반대의 여론을 희석시키는 수단으로 활용되기도 하였다. 그러나 이러한 종신형은 인간의 존엄과 가치, 사법오류의 가능성, 경제적 부담 등의 이유로 필연적인 비판에 직면하게 되는데, 특히 사형과 마찬가지로 형벌의 잔혹성으로 인하여 '이상하고 비정상적인 형벌'에 해당한다는 주장과 함께 수정헌법 제8조에 위배된다는 점이 위헌성 논란에서 주된 논거가 되었고, 실제로 미연방 대법원은 미성년자에 대하여 가석방이 불가능한 종신형의 선고가 위헌이라는 판결을 내리기도 하였다.

현재 미국에서 통상의 성인범죄자에 대한 가석방 불허 종신형은 위헌이 아니다. 그러나 사형제도와 마찬가지로 이러한 종신형에 대하여 위헌의 소지가 있다는 지적은 끊이지 않고 있으며, 그것은 결국 이 형벌이 사형의 대체형벌로 기능하는 데에 있어서는 적절하지 않다는 사실을 의미하는 것이다.

24) 이와 관련하여 최근 미국 연방대법원 결정을 근거로 종신형제도가 사형을 대체할 수 있는지에 대하여 논의하고 있는 것으로 유정화·이형석, “미국에서 사형제 폐지의 대안으로 절대적 종신형제도의 최근 동향과 시사점-연방대법원 결정례를 중심으로-”, 법이론실무연구 제10권 제3호, 한국법이론실무학회, 2022, 281쪽 이하 참조.

25) 특히 캘리포니아주의 경우는 1978년 이래로 2,500명에 달하는 가석방 불허 종신형 수형자들에게 단 한 차례의 사면도 허락하지 않았다. 이러한 조치는 선거결과에 의해 진퇴가 결정되는 주 정부의 행정권력이 이를 의식하여 사면과 감형에 소극적인 태도를 취했던 탓 때문이다.

26) 예컨대 1993년, 가석방 불허 종신형을 도입한 워싱턴주는 이와 동시에 이른바 '삼진 아웃제도'를 병행하여 3회 이상의 강도와 강간 등 중범죄를 저지른 상습범과 누범자에 대해 의무적으로 가석방 불허 종신형을 선고하도록 하는 규정을 두게 되었다. 연방정부 역시 1994년 '폭력범죄 통제 및 집행에 관한 법률(The Violent Crime Control and Law Enforcement Act)'에 이와 같은 삼진 아웃제를 규정하게 되었고 이후로 약 30개주들이 이와 같은 추세를 따르는 입법에 등승하게 된 것이다.



## 라. 우리나라에의 시사점

미국 사회에서도 가석방 불허 종신형에 대한 비판은 다양하게 제기되고 있다. 축약하여 정리하면 그것은 수형자가 교정시설에서 남은 일생을 마감하게 되는 잔혹한 형벌로서 인간존엄을 파괴하며 무기력, 절망, 자존감 상실이라는 정신적 말살과 치매, 우울증, 암을 비롯한 육체적 말살을 동시에 가져오게 되어 결국 한 인간에 대한 사회적인 사망의 추정을 불러오는 것과 다르지 않게 된다고 한다.<sup>27)</sup>

우리의 경우도 미국이 이미 겪고 있는 문제들과 완전히 일치하지는 않더라도 많은 부분에서 유사한 문제에 직면할 개연성이 크다. 특히 인간의 존엄을 파괴하고 인권침해를 불러올 것이라는 논증은 사형제도가 폐지되지 않은 상황에서 무기형보다 무겁지만 중간형벌에 해당하는 가석방 없는 구금형을 병행하여 둔다는 것에서 동일하게 재현될 소지가 있다. 그러나 더욱 근본적인 문제점은 분명, 이 형벌을 도입하게 되면 그 후속 조치로서 미국의 삼진 아웃제와 유사한 형태를 띠는 망확대의 문제가 우리에게도 나타날 수 있다는 점에 있다.<sup>28)</sup>

## 3. 유럽연합에서 시행 중인 종신형

### 가. 국가별 상황에 따라 허용되는 종신형의 가석방

법무부 장관은 8월 23일, 국회 법제사법위원회에 출석하여 “유럽 등에서도 가석방 없는 종신형을 인정하는 경우가 굉장히 많다”거나 “유럽은 보통 사형제를 인정하지 않는 나라가 조금 더 많다”는 취지의 발언을 한 바 있다.<sup>29)</sup> 만일 장관의 인식이 아직도 여기에 머물러 있다면 이것은 아주 심각한 문제가 아닐 수 없다.

유럽에 속해 있으면서 유럽평의회 소속 회원국이 아닌 유일한 국가, 벨라루스를 제외한 모든 국가가 사형을 폐지했으며, 일부를 제외한 다수의 국가가 대체형벌로 종신형을 보유하고 있다. 아울러 이들 국가는 대체로 자국의 국내 사정을 감안하여 법률에 따라 종신형 수형자에

27) 가석방 불가 종신형제도의 폭넓은 적용 범위와 형벌의 엄중성과는 달리 사법절차상의 권리보호가 미흡하고 형벌 수단으로서 범죄예방 및 재사회화의 기능 수행에도 의문이 있다는 지적으로는 권지혜, “미국의 가석방 불가 종신형에 관한 비판적 고찰”, 법학논총 제52호, 숭실대학교 법학연구소, 2022, 1쪽 이하.

28) 김광현, “가석방 없는 종신형 제도 도입의 전제”, NARS 현안분석 제301호, 국회입법조사처, 2023.10.19., 16~17쪽.

29) 제409회 국회(임시회) 법제사법위원회회의록(임시회의록) 제2호, 2023.08.23., 9쪽, 18쪽.

계 일정한 최소기간을 복역하게 한 후,<sup>30)</sup> 형량을 재검토하여 조정하거나 조건을 부가한 후 석방하는 일정한 사회 내 복귀의 시스템을 동시에 마련하고 있다.

유럽평의회 회원국 가운데 종신형이 존재하지 않는 나라 9개국<sup>31)</sup>을 제외한 나머지 국가들은 다양한 형태의 종신형제도를 운용하고 있다. 특히 23개국<sup>32)</sup>에서는 명시적으로 가석방이 허용되는 형태를 보인다.

다만 가석방을 허용하는 종신형과 별도로 특정한 범죄행위에 있어서는 예외적으로 11개국<sup>33)</sup>에서 가석방을 불허하는 특별 규정을 두고 있는 경우가 있다.<sup>34)</sup> 4개국의 경우는 종신형에 대한 가석방 조항이 전혀 존재하지 않는다.<sup>35)</sup> 그러나 이들 국가에서도 종신형이 '종생(whole life)'의 기간으로 운영되는 것은 아니며, 장관, 대통령 또는 왕실 등 권한 있는 자나 기관의 사면을 통하여 감형이 될 수 있는 여지를 두고 있다.<sup>36)</sup>

## 나. 종신형제도의 다양성

유럽의 종신형에 관한 개념과 기준은 다양하다. 영국, 러시아, 터키, 네덜란드 등과 같이 국가는 종신형이 '평생'을 의미하는 요소를 담고 있으나, 이외 대다수 국가들은 무기한의 감금을 의미하는 형벌을 두고 있음에도 그것이 수형자의 일생을 구금하는 것으로는 이해되지 않는데, 이는 자유형의 기본이 되는 태도가 범죄자의 재활이라는 중대한 목표에 있음을 종신형

30) 이들 국가에서 가석방이 가능한 수감기간은 최대 45년(보스니아와 헤르체고비나)에서부터 최소 16년(아이슬란드)에 이르기까지 다양하다. 이외에 노르웨이의 경우 21년 또는 30년, 포르투갈은 25년, 안도라 25년, 크로아티아에서는 누적범죄의 경우 최대 40년, 몬테네그로 40년의 최저 수감기간을 복역해야 가석방이 가능하다.

31) 안도라, 보스니아 헤르체고비나, 크로아티아, 체코, 몬테네그로, 노르웨이, 포르투갈, 아이슬란드, 산마리노 등.

32) 알바니아(25년), 아르메니아(20년), 아제르바이잔(25년), 벨기에(15년, 재범자의 경우는 19년 또는 23년 연장), 사이프러스(12년), 덴마크(12년), 에스토니아(25년), 핀란드(12년), 조지아(20년), 독일(15년), 라트비아(25년), 리히텐슈타인(15년), 룩셈부르크(15년), 몰도바(30년), 모나코(15년), 폴란드(25년), 루마니아(20년), 러시아(25년), 슬로바키아(25년), 슬로베니아(25년), 스페인(18년에서 22년), 세르비아(27년), 북마케도니아(25년) 등.

33) 프랑스, 영국, 오스트리아, 스위스, 이탈리아, 아일랜드, 스웨덴, 헝가리, 터키, 그리스, 불가리아 등.

34) 그런데 이들 국가에서 최소 복역기간이 법률에 따로 명시적으로 규정되지 아니한 영국과 같은 국가도 있으나 오스트리아(15년), 불가리아(20년), 프랑스(통상적으로는 12년, 그러나 특정 살인의 경우는 30년), 그리스(20년), 헝가리(법원이 달리 명령하지 않는 한 20년), 아일랜드(특정 유형의 살인사건을 제외하고 7년 후 가석방위원회의 최초 심사), 이탈리아(26년), 스웨덴(18년), 헝가리(20~40년), 스위스(15년에서 10년으로 축소), 터키(24년, 가중된 종신형 30년, 가중된 종신형의 가중형 36년) 등의 국가에서는 최저 구금기간을 법정해 두어 가석방을 허용하는 종신형과 가석방이 불허되는 종신형을 동시에 운용하고 있다.

35) 네덜란드, 우크라이나, 리투아니아, 몰타 등.

36) 유럽평의회는 국가별 종신형제도에 대하여 더욱 자세한 내용은 김대근·이덕인·권지혜, 앞의 보고서, 199쪽 이하 참조.

에 있어서도 관철해야 한다는 입장에 근거하는 것이다.

유럽대륙에서 가석방이 불허되는 종신형은 인간의 존엄과 양립할 수 없다는 인식이 기본적인 형벌 철학 안에 내재되어 있으며, 가석방의 기회를 허용하지 않거나 금지하는 것은 개인의 존엄성과 희망의 상실, 회생권에 대한 부정 등을 수반하는 것이라는 인식이 지배적이다. 또한 자의적이면서 느슨하게 구조화된 사면절차를 넘어 종신형을 선고받은 사람들에게 이와 같은 형벌을 감내할 수 있도록 하는 절차가 필요하다는 사실도 가석방의 기회가 부여되지 않는 종신형을 거부하는 강력한 논거로 작용하고 있다.

사형폐지와 동시에 종신형을 대체형벌로 도입한 유럽의 국가들은 국가에 따라 그 출발점이 처음부터 가석방 가능성을 열어두었는지 아니었는지를 구분하지 않고 현재에 있어서는 가석방을 허용하는 방향으로 변모해 가는 과정에 있다.<sup>37)</sup> 이와 함께 이들 국가의 법률에는 종신형 수형자에 대한 조건부 석방의 기준이 명확하게 마련되어 있는데, 그것은 과거로부터 현재에 이르기까지 수형자의 성격과 행동에 대한 평가일 수도 있고, 미래지향적으로 수형자를 사회에 통합시킬 수 있는지에 대한 전망과 그에 따른 법을 준수하는 행동에 제1차적인 관심을 두는 것일 수도 있다. 아울러 대다수 국가는 가석방 이전의 최소 구금기간의 설정과 함께 가석방의 허용 여부에 대한 결정을 행정적 절차가 아니라 사법기관이 판단해야 할 영역에 두고 있다.

현재, 전체 유럽평의회 소속 국가 가운데 38개국이 종신형을 유지하고 있으나 종신형을 두지 않았다가 새롭게 형벌의 목록에 추가하는 국가가 있기도 하고, 종신형을 유지하는 국가에서도 종신형의 의미가 달리 규정되는 경우도 있으므로 유럽의 종신형은 여전히 진화의 단계를 거쳐 가는 과정에 있다.<sup>38)</sup>

37) 특히 유럽국가에서는 형법 등 관련 형사법령의 제정과 개정을 통하여 적법절차와 결합되고 사법적으로 통제되는 방식의 가석방을 허용하는 방향으로 종신형제도의 개선이 추진되어 가고 있다. 유럽의 국가들에서 종신형 수형자가 가석방 자격을 갖기 전에 반드시 복역해야 하는 최저의 수감기간과 관련된 국가 차원의 다양한 기준에 있어서는 국가별로 종신형 수형자가 석방되기 전까지 구금되는 최저의 기간은 일반적으로 12년에서 25년 사이로 정해져 있으나 이보다 더 장기간을 설정하고 있는 국가들도 있기는 하다. 이와 같은 기간은 종신의 구금을 계속해야 할 필요성이 없어지는 기간을 의미하는 것이지만 이에 대해 공통적인 기준점이나 과학적인 근거는 없으며 그것은 해당 국가의 형사정책과 행정정책에 위임된 문제이다.

38) 유럽인권재판소는 관련 판결을 통하여 회원국의 종신형이 하나의 통일된 기준 아래 일관성과 보편성을 지니며 작동하기를 희망하고 있다. 그러나 그간의 사정들을 종합해보면 유럽대륙이 사형제도의 폐지를 이끌어 왔던 과거의 전통에서 지구촌을 이끌어 왔던 것과는 달리 종신형의 문제는 개별 국가의 사회 사정과 범죄정책에 따라 쉽게 하나의 통일된 기준 아래 포섭될 수 없는 상황에 직면해 있다. 다만 유럽에서의 종신형이 역동적인 모습으로 변화해 가고 있지만 점진적으로 변모해 가는 과정에 있다는 점과 사형의 대체형벌로 바람직한 종신형이 그 기준을 잡고 전체 유럽대륙의 형벌규범체계 안에서 이미 연착륙의 단계에 진입해 있다는 점은 명백한 사실이라고 할 수 있다.

## 다. 우리나라에의 시사점

유럽평의회 회원국의 종신형제도를 간명하게 표현한다면 종신형이 문자 그대로 수형자의 전체 생애를 복역해야 하는 경우는 극히 일부 국가에 한정되어 있고, 이들 국가에서도 일정한 변화의 움직임이 포착되고 있다. 대다수의 국가들에 있어서 종신형은 일정한 최저 복역기간을, 그러나 비교적 장기간에 해당하는 법정 기간을 두고, 가석방에 의해 사회복귀를 허용하는 형태를 띠는 일종의 자유형에 가깝다.

종신형의 바람직한 방향에 대해서는 유럽평의회에 의하여 일반적인 기준이 제시되고, 유럽인권재판소는 회원국의 종신형 수형자들이 제기하는 다양한 사건에 일정한 준거의 틀을 제공해 오고 있다. 대체로 개별 국가들은 자국의 종신형에 대한 유럽인권재판소의 판결이 개선을 요청하는 내용을 주문할 경우 이에 저촉되지 않도록 국내 법률을 개정하여 종신형에 내재되어 있는 인권에 반하는 요소들을 제거하기 위한 노력을 기울이고 있다. 그러나 유럽인권재판소의 판결이 전체 회원국을 기속하는 수준에서 종신형에 수반하는 필연적인 문제점들을 일거에 해소하지는 못하고 있다.

가석방이 허용되는 종신형을 유럽평의회 소속 회원국들이 보편적으로 운용하는 종신형의 형태라고 전제할 때, 첫째, 가석방이 허용되기 전 일정한 구금의 기간을 어떠한 수준에서 결정할 것인지의 문제, 둘째, 구금기간이 경과한 뒤의 가석방 심리를 필수적으로 허용할 것인지의 문제, 셋째, 가석방 심리의 주체를 누구로 할 것인지의 문제, 넷째, 사후적인 측면에서 가석방과 함께 부과될 수 있는 보호관찰 등 관련 조건의 수준을 어떻게 설계할 것인지의 문제, 다섯째, 가석방 이후 종신형 수형자가 재범할 경우의 처리 문제 등에 대한 운용 사례들은 우리의 입법과정에서도 유의미하게 참조해야 할 부분이다.

또한 간접적으로는 가석방이 허용되는 종신형과 우리나라의 현행 무기형 제도가 어떠한 차별성을 가지게 될 것인지의 문제 역시 사회 일반의 법감정과 연결되어 검토되어야 할 것이고, 부수적으로는 종신형 수형자의 사회복귀를 원조할 수 있는 교정단계에서의 대책 역시 별도의 논의과정에서 다루어져야 할 현안이다.

이러한 과제들은 이 발제문의 범위에서 모두 다룰 수 없는 영역의 문제이지만 종신형이든 가석방 불허의 무기형이든 우리가 새로운 구금형을 창설하는 과정에서 반드시 고려해야 할 중요한 현안이기에 후속 연구를 통하여 깊은 논의가 진행되어야 할 것이다.

다만 가장 중요하고 시급한 과제 가운데 가석방을 허용한다는 전제 아래 종신형을 설계할

경우 그 핵심은 최저 복역기간을 어떻게 설정할 것인지에 있을 것이다. 유럽평의회 국가들의 경우와 달리 우리나라의 현행 무기형제도는 구금의 최저 기간을 따로 두지 않고 있으며, 유기형의 상한 역시 가중처벌의 경우 최대 50년까지도 가능한 자유형 체제이기에 결코 가벼운 형벌체계라고 볼 수 없다.

따라서 중한 구금의 형태를 의미하는 형벌의 도입을 준비하는 과정에서는 유기형의 상한을 함께 검토하면서 그 하향에 대한 부분 역시 간과하지 않고 심도 있게 논의되어야 할 것이다.

#### IV. 맺음말

한동훈 법무부 장관은 11월 7일, 국회 예산결산특별위원회 비경제부처 심사에서 사형제도 존속에 대한 본인의 확고부동한 의지를 다시 밝히며 이와는 별도로 국민들이 가석방 없는 무기형으로 조금이나마 안심할 수 있다면 (이를) 추진해야 한다는 입장을 피력하였다. 그는 영구히 격리해야 할 범죄자가 있고 연쇄살인을 하고 수감된 상태에서 전혀 반성하지 않는 자들이 10~20년 뒤에 나와서 다시 활보하는 법치국가는 전 세계에 지금 없다고 단언하고 있다. 정치인으로서 그의 판단을 막을 수는 없지만 법률가로서 그의 인식이 이렇다면 그것은 분명 왜곡되거나 오도된 형벌관에 근거한 위험한 발상이라 아니할 수 없다. 왜냐하면 그가 말하는 방식대로 우리의 형벌제도가 그렇게 가볍거나 관대한 방향으로 흘러가고 있는 것은 아니기 때문이다.

절대적 종신형 또는 가석방 불허의 종신형을 비롯하여 가석방을 허용하지 않는 무기형 등 여하한 명칭을 사용하더라도 기간을 설정하지 아니한 채 수형자로 하여금 종생(終生)의 기간, 복역할 것을 강제하는 자유형은 '구금된 상태의 사형(Death by Incarceration)'에 해당한다. 이미 사형을 법정형으로 두고서 이에 비견되는, 아니 그보다 더 엄혹한 형벌을 창설하려는 것은 단숨에 죽이는 방식과 서서히 죽이는 방식을 취하는 '두 종류의 사형'을 두는 것과 다르지 않다. 사형을 폐지하고자 불가피하게 대안으로 마련한 형벌을 이중의 생명형으로 법정하려는 시도는 바람직하지 않은 차원을 벗어나 중국에 심각한 악용의 폐해를 가져올 것이다.

종신형이라고 하는 형벌을 도입하기 위하여 진행되어왔던 입법적 논의의 배경이나 무기형 제도의 실황 그리고 현행의 제도에 대한 오해의 문제들이 제대로 해명되지 않은 상태이고, 입법을 추진하고자 하는 대상에 있어서도 충분한 논의와 의견수렴의 과정이 생략된 것은 물론이고 서둘러 진행하는 입법과정에서 발견되는 중대한 흠결의 문제에 이르기까지 선결해야

할 사안들은 아직 어떠한 해결점을 모색하지 못하고 있다. 비교법적 검토에 있어서도 단순히 어느 한 국가의 종신형이 더욱 합리적이라거나 실효적이라는 결론을 도출하는 것에 그 목적이 있는 것은 아니며, 더욱이 향후 우리의 실정에 적합한 입법에 있어서 그 제도를 아무런 비판 없이 발췌하여 덧붙이는데 조력하기 위한 것도 아니지만 이 역시 충분하다고 볼 수 없다.

지금 우리에게 절실히 필요한 것은 선불리 가석방이 허용되지 않는 무기형의 도입을 서둘러 추진하여 단건의 미봉책이나 약방문을 만들어내는 일이 아니라 현재 시행되고 있는 무기형제도에 대한 전면적인 검토과정을 거쳐 보완책을 강구하는 것이다. 가석방이 허용되지 않는 부정기의 구금형은 결국 사형폐지를 전제로 할 때에만 정당화될 수 있을 것이다. 그러나 그 과정에서도 보편적 기준으로 제시되는 국제적 권고의 내용들이 충분히 참고하고 이를 적극적으로 반영하는 것이 되어야 한다.

정부는 10월 19일과 20일, 양일간에 걸쳐 스위스 제네바에서 개최된 '제5차 자유권규약 국가보고서' 심의에 당사국으로 참석하여 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(자유권규약)의 국내 이행 상황을 설명한 바 있다. 이 자리에서는 지난 2020년 9월 17일, 정부가 당사국 보고서로 제출한 내용 가운데 포함된 사형제도 역시 다루어졌으며,<sup>39)</sup> 보고서에 담긴 내용에 더하여 단장으로 참석한 법무부 인권국장은 대체형벌의 가능성을 추가로 진술하면서 신중한 검토의 필요성을 언급하였다.

이날의 심의에 대하여 국제자유권위원회(Human Rights Committee)는 11월 3일, 우리 정부에 사형제도를 폐지하고자 취해진 조치가 명백히 부족한 점을 유감스럽게 생각하며 몇 가지 권고를 했는데, 그 가운데에는 사형제도를 폐지하고 모든 사형을 '징역형(imprisonment)'으로 감형하도록 하는 것이 포함되어 있다.<sup>40)</sup> 국제사회의 요청은 이처럼 사형을 폐지하고 그 대체형벌을 종신형(life imprisonment)이 아닌 유기의 구금형으로 변경할 것을 권유하고 있는 상황에 있지만, 우리의 현실은 너무나도 다른 방향으로 역행해 가고 있다.

39) “정부는 국가가 국민의 생명을 보호하기 위해 필요한 모든 조치를 취해야 한다는 제2선택의정서의 취지를 존중하여 국제사회에서 사실상의 폐지국가로 인정된 1997년 이후 사형을 집행하지 않고 있다. 다만, 사형은 국가형벌권의 근간과 관련된 중대한 사안인 만큼 사형제도에 대한 국민의 여론과 형사사법적 측면에서의 기능, 해외 동향 및 관련 국제기관의 권고 사항 등을 종합적으로 검토할 계획이다.” United Nations CCPR/C/KOR/5 International Covenant on Civil and Political Rights, 24 August 2021 <[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2FKOR%2F5&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2FKOR%2F5&Lang=en)>, para. 87, p.18. (최종검색일: 2023.11.9.)

40) CCPR/C/KOR/CO/5 Advance unedited version Distr.: General, 3 November 2023, [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2FKOR%2FCO%2F5&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2FKOR%2FCO%2F5&Lang=en), para. 23~24, p.6. (최종검색일: 2023.11.9.)

지금으로부터 115년 전인 1905년 4월 29일, 대한제국의 광무황제(고종)에 의해 반포된 '형법대전(刑法大全)'은 서구식 근대 형법전의 편찬 방식으로 제정되었다. 전문 678개, 부칙 2개 등 모두 680개 조문으로 이루어진 이 형사법령은 사형의 구성요건들로 가득한 '극형의 백과사전'과도 같은 것이었다. 그러나 1908년 7월 23일, 제2차 형법대전의 개정(법률 제19호)에서는 '제3편의 형례(刑例), 제1장 형벌통칙(刑罰通則), 제19절 보방규칙(保放規則)'에서 종신형(終身刑)에는 10년 이상을 경과하여 전개(倣改)하는 상(狀)이 있는 때는 법부대신은 가방(假放: 가석방)을 허락한다는 규정(개정 형법대전 제185조)을 두었고, 종신형 수형자가 가석방된 후 그 가석방이 취소됨 없이 10년이 경과한 때는 집행형(執刑)을 면한다는 규정(같은 법 제187조)을 두었다.

엄형의 관철과 중벌의 부과만으로 강력범죄를 유효하게 사전 예방하거나 사후 차단할 수 있다는 허망한 신기루를 뿌리는 사람들은 각성해야 한다. 극단의 형벌을 동원하여 사회를 통제하고자 했던 근대의 형사법령에서조차 종신형 수형자의 가석방을 허용하려 했던 의도가 무엇을 뜻하는 것인지는 현재를 살아가는 오늘에도 여전히 유효한 질문과 성찰의 과제를 남기고 있음을 상기해야 할 것이다.





2023 사형제도 폐지를 위한 연례 세미나

**사형제도 폐지 없는  
'가석방 없는 종신형' 도입  
이대로 괜찮은가**

**종합토론**

**김광현** 입법조사관

(국회 입법조사처 법제사법팀)

**심광진** 사무관

(국가인권위원회 인권정책과)

**최새안** 변호사

(민주사회를 위한 변호사모임 공익인권변론센터)



토론문

## 사형제도 폐지 없는 가석방 없는 종신형

김광현 입법조사관  
(국회 입법조사처 법제사법팀)

### 1. 발제문을 읽고

감사합니다. 두 분 발제를 읽고 많은 것을 배울 수 있었습니다. 이 자리에 저를 불러주신 천주교 정의평화위원회 사형제도폐지소위원회 분들께도 감사의 말씀을 드리고 싶습니다. 작년에 저희 처에서 이 연례 세미나에 참석했던 것으로 알고 있고, 본래 사형제도 폐지와 관련하여 전문가 견해 청취를 목적으로 삼고 있는 것으로 알고 있습니다. 다만, 올해는 바뀐 사정으로 인해 가석방 없는 종신형<sup>1)</sup> 제도와 연결되어 논의가 이루어지게 된 것으로 보입니다. 제가 이해하기로는 발제자 두 분 공히 사형과 병존하는 형태의 가석방 없는 종신형 제도에 대해 부정적 견해를 갖고 계신 것으로 생각됩니다. 사실 저 또한 대체로 신증론에 가깝습니다만, 이하에서는 토론을 위해 잠시간 악마의 대변인 역할을 하고자 합니다. 다행히 두 분의 견해가 공통된 부분이 있어 몇 가지 견해를 두 분께 함께 여쭙는 것으로 제게 주어진 시간을 채울 수 있을 것 같습니다.

### 2. 국민 법감정, 그리고 응보

엄혹한 형벌 또는 각종 새로운 보안처분에 대한 논의를 살펴보다보면, 통상 법학자들은 신중한 검토를 촉구하는 한편 국민들은 더욱 강력한 조치를 원하는 모습을 볼 수 있습니다. 오늘 의 주제와 관련하여서도 국민들은 조속한 제도 도입을 촉구하고 있는 것으로 보입니다. 8월에 있었던 만 18세 이상 남녀 1,004명을 대상으로 한 서울경제·한국갤럽 여론조사에서는

1) 이덕인 교수님께서 지적해주신 바와 같이 사실 정확한 개념을 지칭하기 위한 용어의 설정에 약간의 고민이 필요한 부분이 있습니다. 다만, 이하에서는 최근 도입이 논의되고 있는 가석방이 허용되지 않는 무기형에 대해 일단 '가석방 없는 종신형'이라는 용어를 사용토록 하겠습니다.

가석방 없는 종신형 도입에 대해 92%라는 절대 다수가 도입에 찬성한다고 응답하였습니다.<sup>2)</sup> 이러한 반응의 이유를 추측하기는 어렵지 않아 보입니다. 이는 연이어 보도되는 각종 흉악범죄에 대한 즉각적 반응이기도 하지만, 천칭의 균형이 맞지 않는 것 같다는 직관적 인식이 있기 때문일 것입니다. 즉, 타인을 잔혹하게 살해하거나 일면식 없는 다수를 살해한 자임에도 그가 받게 되는 처벌은 사형을 배제한다면 무기형으로 국한되고, 무기수에게는 형식적으로 가석방의 가능성이 남아 있기 때문입니다.

범죄로 희생되신 분은 결코 사랑하는 가족들, 친구들의 곁으로 돌아올 수 없습니다. 이는 불가역적입니다. 그러나 실제로는 그 가능성이 매우 미약하다 하더라도, 현행 제도하의 무기수는 적어도 이론적인 자유 회복의 가능성을 갖고 있습니다. 타인의 생명을 앗아 더 이상 어떠한 자유도 누릴 수 없도록 만든 자임에도, 그 스스로는 어찌 되었건 자유 회복의 가능성을 갖고 있다는 것은 이를 바라보는 국민들에게 불공평한 것으로 여겨질 수 있을 것입니다. 유족들의 고통을 헤아려야 한다는 지적도 있습니다. 사실 이 부분은 저도 항상 질문을 받으면 생각에 잠기게 되는 부분이기도 합니다.

한편 국민들은 자신들이 살고자 하는 사회에 살 권리가 있습니다. 만약 국민들이 혹형(酷刑)이 존재하는 사회를 선호하고, 그러한 혹형이 헌법의 테두리 밖에 있는지 여부가 명확하지 않다면, 결과적으로 법을 통해 국민 다수가 원하는 사회를 구현하는 것이 민주주의의 기본적인 구조가 아닌가 하는 생각도 듭니다. 물론 그 과정에서 이 자리에 계신 전문가와 같은 분들께서 그 제도가 너무 과한 것이 되지 않도록 다듬어 주실 수 있을 것이고, 헌법에 어긋난다면 그 부분은 헌법재판소가 위헌을 선언할 수도 있을 것입니다. 이러한 조금은 거친 질문들, 즉 '현행의 가석방 가능한 무기형은 경우에 따라 불공평한 것이 될 수도 있다'는 주장, 그리고 '국민들이 엄벌을 원한다면 최대한 그 의사를 존중하는 것이 민주주의에 부합하는 것'이라는 주장을 두 분 발제자께서는 어떻게 생각하시는지 여쭙보고자 합니다.

### 3. 현실적인 측면

법무부는 가석방 없는 종신형 제도의 도입 필요성을 언급하면서, 무기수도 20년이 지나면 가석방이 될 수 있어 국민 불안이 가중된다는 점을 들었습니다.<sup>3)</sup> 일견 이는 쉽게 이해할 수

2) 강동효, 「잇단 '문지마 범죄'에 성난 민심... '가석방 없는 종신형' 92% 찬성 [서울경제·한국갤럽 여론조사]」, 『서울경제』, 2023.8.23., (최종 검색일: 2023.11.6.), (<<https://www.sedaily.com/NewsView/29TIQ0HHW4>>)

없는 부분이 있습니다. 왜냐하면 가석방 여부를 판단하는 주체가 법무부이기 때문입니다. 무기수를 가석방하지 않으면 해결될 문제임에도 현재의 무기수는 가석방이 될 수 있으니 국민 불안이 가중된다고 주장하는 것은 쉽게 납득하기 어려울 수 있습니다. 물론 가석방심사위원회는 여러 위원들로 구성되기는 합니다만, 법무부에 엄격한 심사를 요청하는 정도의 재량조차 없다고 보기는 어려울 것입니다.

다만 저는 가석방 없는 종신형 도입 논의의 이면에는 교정시설 과밀수용의 문제가 존재하는 것이 아닐까 생각합니다. 익히 알고 계시듯, 무기수의 가석방은 우리에게 그다지 익숙한 것은 아니었습니다. 그러나 2015년부터 급증한 교정시설 일평균 수용률은 2016년, 2017년에는 120%를 넘을 정도가 되었습니다. 공교롭게도 이때부터 무기수에 대한 가석방 숫자가 증가하여 2017년부터는 10명을 초과하게 되었고, 2018년에는 40명을 기록하기도 하였습니다. 이와 함께 교정시설 수용률은 감소하기 시작하였습니다.

〈무기수가석방 및 교정시설 수용률〉

연도	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022
무기수	2	4	2	-	2	-	-	1	2	11	40	14	18	17	16
가석방	(0.0)	(0.0)	(0.0)	-	(0.0)	-	-	(0.0)	(0.0)	(0.1)	(0.5)	(0.2)	(0.2)	(0.2)	(0.2)
무기수	1,145	1,180	1,226	1,264	1,268	1,288	1,320	1,337	1,345	1,358	1,343	1,343	1,320	1,322	1,313
수용률	108	111	103	100	99.6	105	108	116	121	120	115	114	111	107	104

주: 괄호 안은 비율, 수용률은 수용정원 대비 1일 평균 수용 인원.

자료: 법무부, 「교정통계연보」, 각 연도.

2016년 12월 헌법재판소는 구치소 내 과밀수용행위가 수형자인 청구인의 인간의 존엄과 가치를 침해한다고 판단하였고 해당 보충의견에서 1인당 수용면적을 적어도 2.58㎡ 이상 확보하라고 권고하였습니다.<sup>4)</sup> 2017년부터는 하급심에서 과밀수용에 대한 국가배상 인용 판결이 나오기 시작했습니다.<sup>5)</sup> 국회 또한 지속적으로 국정감사에서 교정시설 과밀수용을 지적해 왔습니다. 그러나 법무부의 교정시설 수용정원은 2016년 46,600명에서 2022년 48,990명으로 여전히 일평균 수용인원을 따라잡기는 요원한 상황입니다. 이러한 점들을 종합적으로 고려하면 결국 지금의 가석방 없는 종신형 논의의 이면에는 교정시설 과밀수용이 해결되지 않

3) 법무부 2023.10.30.자 보도자료, 「가석방을 허용하지 않는 무기형 신설」, pp.1-3.

4) 헌법재판소 2016. 12. 29. 선고 2013헌마142 결정.

5) 왕성민, 「교정시설 과밀수용에 첫 국가배상판결」, 『법률신문』, 2017.9.1., (최종 검색일: 2023.11.6.), <<https://www.lawtimes.co.kr/news/120722>>.

아 수형자의 인권을 침해할 수밖에 없는 어려움 또한 영향을 미친 것이 아닐까 하는 생각이 듭니다.

만약 사정이 이와 같다면 결국 우리가 상대적 종신형 제도를 유지하면서도 국민불안을 잠재우기 위해서는 교정시설의 확충이 필요할 것입니다. 그러나 법무부장관이 거창구치소 개청식에서 말하였듯 새로운 교정시설을 설치하는 것은 대한민국에서 법무부가 하는 일 중 가장 해내기 어려운 일 중 하나로 보입니다.<sup>6)</sup> 그렇다면 교정시설 수용률은 높고 사형은 집행되지 않고 있는 현실에서, 그나마 차선책으로 법원이 판단하기에 이 자만큼은 가석방이 허용되어서는 안 된다고 판단한 흉악범죄자의 가석방을 제한하기 위해 가석방 없는 종신형 제도가 도입되어야 한다는 주장이 가능할 것으로 보입니다. 이러한 부분에 대한 발제자들의 견해를 여쭙보고자 합니다.

#### 4. 나가며

저희 처 공식입장이 아닌 사견으로, 저는 인간이 오판을 범할 가능성이 있는 이상 사형제도를 유지하는 것은 부적절하다고 생각합니다. 나아가 사형제도를 대체하는 형벌로 가석방 없는 종신형 제도가 적절한지 또한 고민이 있습니다. 가석방 없는 종신형 제도에 관해 지속적으로 여러 비판들이 제기되고 있는 한편으로, 범죄자에 대한 엄벌이 요구되는 경우에도 현행 무기형 제도 하에서 충분히 엄격한 정도의 심사를 거치는 것이 가능하다고 생각되기 때문입니다. 그러나 이를 위해서는 교정시설의 상황 등에 대해서도 저희가 더 많은 관심을 기울일 필요가 있지 않을까 하는 생각이 듭니다. 만약 지금 구상되고 있는 바와 같은 형식으로 가석방 없는 종신형 제도가 도입된다면, 지나친 확장의 우려 등 분명히 곤란한 부분이 있다고 생각되고, 이러한 까닭에 전반적으로 발제자 분들의 견해에 공감하는 부분이 있습니다.

다만, 앞서 정리한 바와 같이 흉악범에 대한 국민 법감정과 같은 원론적인 문제들이 남아 있는 이상 이 주제는 이번 회기가 끝나 제출된 법률안들이 폐기된다 하더라도 그렇게 넘어갈 수 있는 문제가 아닐 것입니다. 가석방 없는 종신형 관련 법안들이 국회에 제출되었으므로, 차제에 국회에서 사형과 흉악범죄자 처우에 관한 종합적인 논의가 진행되길 기대합니다. 덧붙여 어떠한 형식의 대안을 마련하는 경우에도 가급적 사형제도의 폐지를 전제로 논의가 진행되기를 바라면서 글을 맺습니다. 감사합니다.

6) 법무부 2023.10.18. 보도자료, 「거창구치소 개청식 법무부장관 기념사」, p.1.

토론문

## 사형제 폐지 논의와 함께 대체 형벌 검토 필요

심광진 사무관  
(국가인권위원회 인권정책과)

사형제도 폐지를 위한 연례 세미나에서 심도 있는 발표를 해 주신 김대근 연구위원님과 이덕인 교수님에게 깊은 감사의 말씀을 드립니다. 국가인권위원회는 사형제 폐지와 함께 대체 형벌에 대한 논의가 필요하다는 입장을 유지해오고 있습니다. 오늘 발표를 해주신 두 분의 연구자료는 사형제 대안으로 대체 형벌을 모색하는 데 많은 도움이 될 것으로 기대됩니다. 아울러 오늘 귀한 자리에 국가인권위원회를 초청해 주시고 저에게 큰 배움의 기회를 주신 한국천주교주교회의 정의평화위원회와 더불어민주당 이상민 의원님, 박용진 의원님, 박주민 의원님, 이탄희 의원님에게 감사의 말씀을 드립니다.

잘 아시겠지만 국가인권위원회는 지난 10. 11. 제21회 세계 사형폐지의 날을 맞아 발표한 국가인권위원회 위원장 성명을 통해 절대적 종신형 제도는 사형제 폐지 시 그 대체 수단으로 제시된 것으로, 대체형벌을 검토하는 지금이 사형제 폐지를 본격적으로 논의할 적기라는 입장을 밝혔습니다.

오늘 이 자리를 빛내주신 이상민 의원님께서도 2021년 10월 7일 반 인권적이고 비인도적 이자 극단적으로 잔인한 형벌인 사형제를 폐지하고 국민의 인권을 보호하고 존중하는 형벌 체계를 수립하기 위해 사형을 폐지하고 이를 종신형으로 대체하는 사형 폐지에 관한 특별법안을 대표발의 하였습니다.

이러한 측면에서 볼 때 정부가 입법 발의한 형법 일부개정법률안, 즉 무기형을 가석방이 허용되는 무기형과 그렇지 않은 무기형으로 구분하도록 하는 개정안은 사형제의 폐지에 대한 분명한 입장이 없어 아쉬움이 큼니다.

우리나라는 1997년 12월 사형집행 이후 26년여 동안 사형을 집행하지 않아 국제앰네스티는 대한민국을 '사실상 사형폐지국'으로 분류해 오고 있습니다. 우리 정부는 2020년 12월 유

엔총회에서 최초로 사형집행 모라토리엄(유예) 결의안에 찬성한 이래 작년 12월에도 같은 결의안에 찬성 입장을 유지하였습니다. 올해 1월에 실시된 유엔 인권이사회(UN Human Rights Council)의 대한민국에 대한 제4차 국가별 인권상황 정기검토(Universal Periodic Review) 심의에서 많은 나라들이 우리나라에 대하여 사형제 폐지 등을 권고하였고, 유엔 시민적 및 정치적 권리 위원회는 11월 3일 발표한 대한민국의 자유권규약 이행 제5차 국가보고서에 관한 최종견해에서 사형 선고의 지속, 사형제 폐지를 위한 대중 인식 제고를 위한 조치의 부족에 대하여 우려를 표명하면서 사형제의 법적 폐지 및 사형제 폐지에 관한 자유권규약 제2선택의 정서 가입, 사형제 폐지에 관한 대중의 인식 제고를 위한 조치의 시행을 권고하였습니다.

전세계적인 사형제 폐지 흐름과 우리 정부가 국제사회에 한 약속을 이행하고 국제사회의 우려와 권고를 성실히 이행하기 위해 사형제 폐지와 그에 대한 대안을 모색할 때입니다.

사형제도는 모든 기본권의 전제인 생명권을 침해한다는 점에서 인간의 존엄성과 양립할 수 없습니다. 중대범죄와 범죄의 흉포화 현상으로 국민의 불안감이 증가하고 있는 점을 부인하기 어렵지만 인간으로서의 존엄과 가치는 생명권을 전제하고 있고, 기본권의 본질적 권리인 생명권을 결코 침해할 수 없다고 우리 헌법이 천명하고 있는 점을 상기하고 사형제 폐지를 위한 국민의 인식 제고를 위한 노력이 필요합니다. 오늘 이 세미나를 계기로 사형제의 폐지와 대체 형벌의 도입에 관한 사회적 논의가 구체적으로 이루어지길 바라는 마음입니다.

그동안 절대적 종신형은 사형 폐지 이후 대체 형벌의 하나로 제시되곤 하였습니다. 상대적 종신형보다는 절대적 종신형이 사형의 대체 형벌로써 국민 다수의 지지를 받았기 때문입니다. 그러나 절대적 종신형은 두 분의 발제자께서 지적하는 바와 같이 근본적인 인권침해 문제를 가지고 있습니다. 정부의 형법 일부개정법률안 발의를 계기로 사형의 대체 형벌에 관한 논의를 본격적으로 제안하는 이유는 대체 형벌이 지향해야 하는 방향을 그 안에서 찾을 수 있을 것으로 보기 때문입니다.

김대근 연구위원님과 이덕인 교수님께서 지적하신 것처럼 정부가 대체 형벌로 제시한 가석방이 허용되지 아니하는 종신형의 문제점, 종신형의 가석방 불허 기간 및 심사 절차, 대체 형벌 도입 시 선고할 수 있는 객관적 요건(양형기준) 등과 관련하여 앞으로 충분한 사회적 논의가 이루어지길 바랍니다. 더불어 미국과 유럽의 국가들에서 사형제를 폐지하고 대체 형벌 제도를 정착해 가는 과정에 대한 연구, 국제사회의 권고와 기준 등을 참고하여 우리 사회가 국제적 수준에 부합하는 대안을 찾아가기를 희망합니다.



최근 가석방 없는 종신형 입법 발의에 이어 재범 위험이 큰 고위험 성범죄자 출소 시 아동이 많은 학교나 지역 주변에 못살게 하는 일명 한국의 제시카법 입법예고, 보호수용제 도입 주장 등 중대범죄자에 대한 사회적 격리를 주장하는 목소리가 급니다. 이는 최근 연이어 발생한 흉악범죄와 범죄의 흉포화 현상으로 인한 국민의 불안감과 중대범죄자의 재범 우려와 무관하다고 할 수는 없습니다.

사형이 사람의 생물적 생존을 박탈하는 것이라면 위와 같은 제도 도입을 통해 중대범죄자를 사회 공동체로부터 격리하려는 시도는 이들의 사회적 생존을 박탈하는 것으로써 이 역시 우리 헌법이 추구하는 바와도 결코 부합하다고 보기는 어려울 것입니다.

정부가 입법 발의한 형법 일부개정법률안이 계기가 되어 사형의 대체 형벌로써 정부가 제시한 가석방이 허용되지 아니하는 종신형에 대한 논의가 있었습니다. 앞으로 사형의 대체 형벌에 대한 구체적이고 세심한 논의와 대안들이 지속되고 국민적 공감대가 확대되기 기대하며, 오늘 이 자리에 국가인권위원회를 초청한 이유가 앞으로 사형의 대체 형벌에 관한 논의에 더 많은 관심을 기울이라는 취지로 이해하고, 보다 많은 노력과 관심을 기울일 것을 약속드리며 토론을 마치겠습니다. 감사합니다.

토론문

## 사형제도 폐지 없는 '가석방 없는 종신형' 도입 이대로 관철은가

최새안 변호사

(민주사회를 위한 변호사모임 공익인권변론센터)

### 1. 캐나다 '현실적으로 가석방 가능성이 없는 종신형'에 대한 연방대법원의 위헌결정 평석 대상결정: R. v. Bissonnette, 2022 SCC 23(2022.5.27. 선고)<sup>1)</sup>

- 심판대상조항: 캐나다 형법 제745.51조, 1급 살인죄에 대해 종신형 선고시 가석방 불가 기간을 25년으로 법정하고 있었는데, 만약 수죄인 경우 법원은 각 살인죄의 형마다 가석방 불가기간을 연달아 부과하는 것이 가능하였음
- 관련 조항: 헌장 제12조 “모든 사람은 잔인하고 비정상적인 처우 또는 처벌을 받지 않을 권리가 있다”

연방대법원은 제12조의 목적이 “국가가 모욕적이고 비인간적인 처우나 처벌을 통해 육체적 또는 정신적인 고통을 가하지 못하도록 하는 것”이라고 명시한 바 있고, 이는 인간의 존엄성을 보호하고 개인의 내재적 가치를 존중하기 위한 것이라는 취지라고 설명하였다.

이를 토대로 법원은 1급 살인과 관련된 사례에서 25년이 고정단위인 가석방 불가기간을 연달아 부과하도록 하는 심판대상조항은, 모든 범죄자에게 죽기 전까지 가석방 가능성이 영원히 존재하지 않는 종신형을 실질적으로 허용한 것이라고 보아 사실상 우리나라가 도입하고자 하는 '가석방 없는 종신형'에 대하여 판단한 것으로 볼 수 있다.

대법원은 사실상 가석방을 불가하게 하는 것은 모든 범죄자에게 사회로의 재통합 가능성을 박탈하는 것이므로 이는 인간의 존엄성과 양립할 수 없는 것이며, 범죄자에게는 회복하거나 사회로 복귀할 능력이 없다는 것을 확정적이고 불가역적으로 가정한 것이라고 판단하였다.

1) 심현우, 『캐나다 '현실적으로 가석방 가능성이 없는 종신형'에 대한 연방대법원의 위헌결정』, 아주대학교 법학연구소, 2023.

이에 형벌의 취지에 대하여 논하면서, 비난과 억제의 목표에 우선하여 교화가 부차적인 것으로 여겨진다면, 이는 형벌의 흑독함만 확인할 수 있을 뿐이고 주목적 중 하나인 교화를 전혀 이끌어낼 수 없다는 난점이 존재한다고 보았다.

또한 여러 목숨을 앗은 다중 살인을 더 강력하게 비난하기 위해서는 각각 상실된 인생의 가치를 반영한 형벌을 부과하는 것이 중요하다고 강조한 청구인들의 주장에 대하여, 연방대법원은 그러한 형벌은 보복주의적 접근에 기초한 것으로 그 자체로 무제한적인 엄벌을 정당화할 가능성이 있고, “권리와 자유를 존중하는 법체계에서는 ‘눈에는 눈’ 원칙이 적용되지 않는다”고 하면서 받아들이지 않았다.

더하여 대법원은 과도한 형량의 부과는 사법행정에 불신을 가져오고, 형사법 체계의 합리성과 공정성에 대한 대중의 신뢰를 약화시킨다고 시킨다고 판단하였다. 또한 극한의 엄벌 부과는 중한 형을 일반적인 것으로 만들고, 전반적인 양형 판단에 있어 인플레이션적 영향을 끼치는 경향이 있다는 사실을 고려해야 한다고도 지적하였다.

## 2. 우리나라 헌법재판소 결정(헌법재판소 2010.02.25. 선고 2008헌가23 결정)

- 관련 조항: 헌법 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

목적의 정당성 및 수단의 적합성 판단- 사형은 일반국민에 대한 심리적 위하를 통하여 범죄의 발생을 예방하며 극악한 범죄에 대한 정당한 응보를 통하여 정의를 실현하고, 당해 범죄인의 재범 가능성을 영구히 차단함으로써 사회를 방어하려는 것으로 그 입법목적은 정당하고, 가장 무거운 형벌인 사형은 입법목적의 달성을 위한 적합한 수단이다.

침해의 최소성 및 법익의 균형성 판단- 입법목적의 달성에 있어서 사형과 동일한 효과를 나타내면서도 사형보다 범죄자에 대한 법익침해 정도가 작은 다른 형벌이 명백히 존재한다고 보기 어려우므로 사형제도가 침해 최소성 원칙에 어긋난다고 할 수 없다.

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 잔혹하

게 살해하는 등의 극악한 범죄에 대하여 한정적으로 부과되는 사형이 그 범죄의 잔혹함에 비하여 과도한 형벌이라고 볼 수 없으므로 법익균형성 원칙에 반하지 않는다.

인간의 생명을 부정하는 등의 범죄행위에 대한 불법적 효과로서 지극히 한정적인 경우에만 부과되는 사형은 죽음에 대한 인간의 본능적인 공포심과 범죄에 대한 응보욕구가 서로 맞물려 고안된 “필요악”으로서 불가피하게 선택된 것이며 지금도 여전히 제 기능을 하고 있다는 점에서 정당화될 수 있다.

### 3. 두 판결의 요지 비교 및 의견

두 판결의 요지를 이를 도식화해보면

	캐나다 연방대법원	대한민국 헌법재판소
재판 대상 형벌	사실상 가석방 없는 종신형	사형제
응보주의	권리와 자유를 존중하는 법체계에서는 ‘눈에는 눈’ 원칙이 적용되지 않음	죽음에 대한 인간의 본능적인 공포심과 범죄에 대한 응보욕구가 서로 맞물려 고안된 ‘필요악’
법익의 균형성	사회로의 재통합 차단과 인간의 존엄성은 양립될 수 없음	무고한 일반국민의 생명보호 등 중대한 공익이 범죄자의 생명권이라는 사익보다 작다고 볼 수 없음
사회에의 영향력	과도한 형량의 부과는 형사법 체계의 합리성과 공정성에 대한 대중의 신뢰를 약화, 전반적 양형에 인플레이션 효과	정당한 응보를 통하여 정의를 실현하고, 당해 범죄인의 재범 가능성을 영구히 차단

우리나라 판례는 법익의 균형성 측면에서 ‘무고한 국민의 생명보호’와 ‘극악한 범죄를 저지른 자의 생명권’을 비교균으로 상정하고 어떤 권리가 더 우선시되어야 하는지를 관점으로 판단하였다.

그러나 낙태죄의 위헌성 여부에 대하여 ‘태아의 생명권’과 ‘여성의 자기결정권’ 중 우위에 있는 권리를 따지는 것이 바람직하지 않다고 본 현재의 결정과 같이,<sup>2)</sup> 단편적으로 ‘어느 권리가 더 우선시되어야 하는가’라는 관점에서 사형제 및 가석방 없는 종신형의 타당성을 판단할

2) 임신한 여성과 태아 사이의 특별한 관계로 인하여 그 대립관계는 단순하지 않다. 태아는 엄연히 모와는 별개의 생명체이지만, 모의 신체와 밀접하게 결합되어 특별한 유대관계를 맺으면서 생명의 유지와 성장을 전적으로 모에게 의존하고 있다. 임신한 여성과 태아는 서로 독립적이면서도 의존적인 매우 독특한 관계를 형성하고 있다. 임신한 여성은 자녀가 출생하면 입양 등의 특별한 사정이 없는 한 어머니로서 출생한 자녀에 대한 양육책임을 부담한다. 특별한 예외적 사정이 없는 한, 임신한 여성의 안위(安危)가 곧 태아의 안위이며, 이들의 이해관계는 그 방향을 달리하지 않고 일치한다(헌법재판소 2019. 4. 11. 선고 2017헌바127 전원재판부 결정).

수는 없다고 사료된다. 범죄자가 범죄를 저지름으로써 침해되는 국민의 생명권과, 국가가 개인의 생명을 빼앗거나 사회로의 재통합을 가로막는 것은 다양한 층위에서 논의되어야 할 문제라고 본다.

특히 형벌의 경우 ‘범죄자의 생명권’을 보호할 가치가 있는지 여부도 고민해야 하지만, 국가가 개인에게 가하는 기본권 제한의 일환이므로 국가의 공권력과 개인의 권력관계에 대해서 더 심도 깊은 논의가 필요하다. 이러한 면에서, 가석방 없는 종신형이 범죄자의 형식상 생명권을 빼앗지 않는다는 이유로 사형제를 대체하여 도입되어야 한다는 논리는 매우 빈약하다고 볼 수 있다.

오히려 캐나다 연방 대법원의 판결과 같이 교화 및 사회로 재통합 될 수 있는 기회를 완전히 박탈하는 형벌은 인간의 존엄성과 양립하지 않는다는 것을 ‘당연한 전제’로 두고 형벌에 대한 논의를 시작하는 것이 타당하고, 부차적으로 국가 주도의 엄벌주의가 야기하는 사회적 파장과 국민의 인식 변화에 대해서도 고민이 필요한 시기라고 생각한다.











