

한국인권사회복지학회 2008년도 춘계학술대회

## 사형제 폐지, 어떻게 볼 것인가?

■ 일시: 2008년 5월 30일 (금) 15:00

■ 장소: 국회의원회관 소회의실

■ 주최: 한국인권사회복지학회 · 국회의원 최병국

사형제 폐지 어떻게 볼 것인가?

2008.5

국회의원 최병국 주최 한국인권사회복지학회 주관

한국인권사회복지학회 2008년도 춘계학술대회

**사형제 폐지,  
어떻게 볼 것인가?**

▣ 일시: 2008년 5월 30일 (금) 15:00

▣ 장소: 국회의원회관 소회의실

▣ 주최: 한국인권사회복지학회 · 국회의원 최병국

# 목 차

## ▣ 제1주제

### <발제문>

- 사형폐지를 위한 단계적 실천방안 제언 ..... 조 국 ■ 1

### <토론문>

- 사형제도는 한국민주주의의 기초 ..... 천정환 ■ 15
- 사형제 존폐에 관한 토론문 ..... 김상경 ■ 19

## ▣ 제2주제

### <발제문>

- 사형제도의 정당성 ..... 박영숙 ■ 23

### <토론문>

- “사형제도의 정당성”에 대한 반대의견 ..... 고명석 ■ 37
- “사형제도의 정당성”에 대한 토론문 ..... 정승환 ■ 43

## ▣ 종합토론

- “사형제 폐지, 어떻게 볼 것인가”공청회에 대한 종합토론문 ..... 배성범 ■ 47
- 학회추천 기고문: 사형제도 존치론에 대한 평가 ..... 문영희 ■ 51

## 인사말씀

신록의 파릇함이 눈부시어 가슴을 울렁거리게 하는 즙입니다. 주위에 활짝 핀 꽃들의 은은한 향기는 우리에게 활력으로 다가오는 듯 합니다.

안녕하십니까?

사람이 사람답게 생활할 수 있는 환경과, 풍요롭게 조성하고자 하는 저희 '한국인권사회복지학회'의 학술대회를 빛내 주신 귀빈 여러분과 학회 임원 및 회원여러분께 진정어린 감사와 경의를 드립니다.

우리나라는 지난 '97년 이후 10년간 사형을 집행하지 않음으로써 엠네스티 즉, 국제사면위원회는 한국을 사실상의 사형제폐지국가로 판정했습니다. 법적 구속력이 없는 민간단체의 임의적 결정이지만 사실상의 사형제도가 없는 국가로 갈음될 개연성을 담고 있습니다. 헌법과 관련 형법 등 관련 법률이 엄연히 존재하는데도 그러한 조치는 사회적 이슈와 논란을 제기하고 있습니다.

그동안 사형제도와 관련한 논박은 끊임없이 제기되고 논의되었습니다. 범죄발생과 연관된 피해자와 그 가족, 가해자의 생명, 국가 구성원으로써의 국민의 진정한 인권의 근원이 어디에 있는지 등에 대한 당위와 절박성이 절절하게 제기되었습니다. 지금도 그러한 노력이 계속되고 있습니다.

각 논리마다의 당위성과 부당성은 충분한 설득력을 지니고 있다고 할 것입니다. 오늘 진행될 우리학회의 '사형제 폐지! 어떻게 볼 것인가'라는 주제의 토론회는 각양의 논리를 다시금 진단하고 새로운 담론형성의 기초를 닦고자 하는 것입니다. 다만, 지금까지 제기되고 강조된 정형화된 논리의 틀을 바꿔 보다 학문적인 접근으로 반추해 보고자 하는 시도에 의미를 두고 싶습니다.

고독한 발제문 집필 등 학술대회의 품격을 높여주신 발제자와 토론자 여러분께 존경과 찬사를 보냅니다. 여러분들의 격려와 사랑을 저희 학회의 성장 발자취에 고귀하게 간직하고 보존하도록 진력 할 것임을 약속합니다. 모쪼록, 치열한 찬반의 갑론을박을 통해 새로운 결론을 도출 할 수 있는 계기를 만들고, 더욱 다져진 사회적 공감대 형성에 자양분이 되었으면 하는 바램과 희망을 회원합니다. 감사합니다.

2008. 5. 30.

한국인권사회복지학회 회장  
정 승 재

## 축사

안녕하십니까.  
최병국 의원입니다.

사형제도 존폐 문제를 연구하기 위해 개최한 이번 학술대회에 참석해 자리를 빛내 주신 내외귀빈 여러분께 감사 드립니다.

사계의 전문가이신 조국 서울대 교수님, 박영숙 한국교정복지학회 회장님, 천정환 한국인권사회복지학회 이사님, 김상겸 동국대 교수님, 정승환 고려대 교수님, 고명석 명지대 교수님, 배상범 상주지청장님 등을 모시고 그 고견을 듣게 된 것은 매우 뜻깊은 일이라고 생각합니다.



천부의 권리인 인간의 존엄과 가치를 기반으로 하는 현대적 의미의 형법이 제정되면서부터 사형제는 그 존폐가 끈임 없는 논란의 대상이 되어왔고, 급기야 유럽의회는 2003년 7월, 45개 회원국에서 전시상황에서도 사형제를 전면 금지하는 의정서를 발효시키기에 이르렀습니다.

우리나라에서도 1989년 한국사형제도폐지운동협의회가 발족되어 사형제도의 존폐문제가 본격적으로 논의되고 있습니다.

사형제도는 스스로 인간이기를 거부하는 반 인륜, 반 국가, 반 사회적인 흉악범에 대한 사회방위수단으로서의 기능을 하고 있다는 긍정적인 측면과, 정치, 사상, 양심범에게 악용될 수 있다는 부정적인 측면을 함께 가지고 있는 것으로 평가되고 있습니다.

그래서 선진국에서도 사형제도의 존폐논란이 계속되고 있습니다.

아이러니컬하게도 사형제도를 존치 하고 있는 미국, 일본에서는 사형제 폐지를 끈임 없이 주장하는가 하면, 사형제도를 폐지한 영국과 같은 나라에서는 사형제 부활론이 강력히 대두되고 있는 것으로 알고 있습니다.

결국 사형존폐문제는 그 나라 문화와 사회 현실에 따라 국민의 총의를 모아서 결정할 문제라고 생각합니다.

우리사회가 나아갈 방향을 제시해야 할 전문 지성인들은 조변석개하는 여론의 향배만을 바라보며 숨죽이고 있어서는 안될 것입니다.

모든 국민이 객관적으로 공정하게 판단할 수 있도록 모든 지식과 충분한 자료를 제공해야 합니다.

사형제 존폐의 최종적인 결정은 바로 국민의 몫이기 때문입니다.

아무쪼록 오늘 이 토론회가 국민의 권익보호와 사회방위, 그리고 인권보호를 위해, 국민들이 어떤 길을 택해야 할지 객관적이고 유용한 지식을 제공하는 장이 되어 주시길 기대합니다.

감사합니다.

2008. 5. 30.

국회의원 최 병 국

## 사형폐지를 위한 단계적 실천방안 제언\*

조 국

(서울대학교 법과대학 교수)

### I. 들어가는 말

1987년 6월 항쟁을 전환점으로 하여 한국은 민주주의 국가의 길을 걸어왔다. 이 속에서 사형제도 자체에 대한 비판적 인식도 사회 전체에 확산되었다. 그 원인 중의 하나는 권위주의 체제 아래에서 정치적인 체제반대자에 대하여 이루어진 사형집행이었다.<sup>1)</sup> 민주화 이후 체제반대자에 대한 사형집행은 사라졌고 사형구형도 최소화됐다.<sup>2)</sup>

그런데 한국 사회에서 사형폐지 운동은 권위주의 통치기간은 물론 권위주의 통치 이후에도 미약했다. 1980년대 말까지는 소수의 민주화 운동가, 종교인들의 사형폐지운동이 있었을 뿐 사형폐지의 문제는 대중적 쟁점으로 부각되지 못하였다. ‘문민정부’를 자부하면서 출범한 김영삼 정부도 사형 폐지를 위한 진지한 노력을 행한 바 없었다. 오히려 사형을 “범죄와의 투쟁”에 대한 의지를 나타내기 위한 도구로서 활용했다. 1997년 12월 30일, 김영삼 정부는 23명의 사형수(남성 18인과 여성 5인)에 대하여 사형을 집행하면서 그 임기를 마무리하였다.

1998년 2월 자신의 사형수였던 김대중 대통령이 취임하면서 상황은 변화한다. 김대중, 노무현 두 정부를 거치면서 한국에서는 10년 이상 사형이 집행되지 않았고, 2007년 12월 30일 한국은 “사실상 사형폐지국”이 되었다. 이러한 배경에는 1989년 조직된 ‘사형폐지운동협의회’의 활동, 2001년 천주교, 불교 조계종, 원불교, 천도교, 유교(성균관), 한국민족종교협의회 등 6개 종교단체가 결성한 ‘사형제도 폐지를 위한 범종교 연합’의 활동이 주요한 역할을 하였다.

그런데 2008년 2월 이명박 정부가 출범하면서 분위기는 변화하고 있다. 지난 대선 후보 중 이명박 후보는 유일한 사형존치론자였다. 그는 후보 시절 “사형제도는 범죄 예방이라는 국가적 의무를 감안할 때 유지돼야 한다.”는 입장을 견지하면서, 다만 “사형제를 선고할 수 있는 죄목이 지나치게 많은 점은 형법 개정을 통해 고쳐야”하고, “극형 선고는 인명 살상이나 반인륜적 범죄 등으로 제한할 필요가 있다.”는 입장을 표명하였다.<sup>3)</sup> 정부 출범 이후 안양 초등학교 납치 살인 등 흉악한 범죄가 발생하자 법무부는 법개정을 통하여 사형을 규정한 법정 항목을 축소하면서 사형집행을 개시하겠다는 정책변화를 추진하고 있다.<sup>4)</sup> 그리고 김문수 경기도지사는 “죄 없는 아녀자들을 연쇄 토막살인한 사람은 반드시 사형을 집행해야

1) 민주화 이후 조직된 각종의 과거사정리위원회가 공식적으로 확인한 것만 보더라도, 제주4.3사태 당시 군사법원에 의해 무고한 320명이 사형에 처해졌음이 밝혀졌고, 진보당 당수 조봉암의 사형, 민족일보 사장 조용수의 사형, 인민혁명당 재건위 사건 관련자 8명의 사형 등도 법률적 문제는 물론 사실판단에도 문제가 있음이 밝혀졌다.

2) 그러나 북한에 비판적인 사회주의노선을 견지하던 사노맹의 지도자 박노해와 백태웅 두 사람에게 사형이 구형되었다는 점에서 알 수 있듯이 사형은 체제반대자에 대한 위협수단목록에서 사라진 것은 아니다.

3) <한겨레 21> 제681호(2007.10.18).

4) <뉴시스>(2008.3.21).

한다," "짐승들도 새끼들을 토막 내 죽이지 않는데 인간이라고 말할 수 없는 자들을 종교와 인권의 이름으로 두둔한다면 세상이 어떻게 되겠냐"고 비판하며 사형집행 재개를 촉구한 바 있다.<sup>5)</sup>

이러한 상황에서 이 글은 한국 사형제도의 현황을 개괄하고, 사형폐지를 요청하는 국제인권규범의 내용과 민주화 이후 강화되는 국내의 사형폐지 흐름을 살펴보고 사형폐지론의 정당성을 확인한다. 이를 기초로 하여 이명박 정부와 제18대 국회가 어떠한 단계를 밟으며 전면적 사형폐지로 나아갈 것인가에 대한 계획을 제시한다. 이 글은 사형의 위헌성 여부 등의 법학적 쟁점이나 사형의 범죄억지력 여부 등의 범죄학적 쟁점에 대한 검토는 연구범위 밖에 두고 있음을 밝힌다.

## II. 한국의 사형제도 현황 개괄

이하의 표가 보여주듯이 김영삼 정부가 들어선 1993년부터 2007년까지에 걸쳐 공판 단계에서 매년 대략 17명에게 사형이 선고되었다. 1997년 12월 30일 이후 비공식적인 사형집행 정지상태가 계속되고 있으며, 현재 58명의 사형수가 있다. 2007년까지 64명의 사형수가 있었지만 2007년 말 노무현 대통령의 마지막 특별사면 때 6명이 무기징역으로 감형되었다.<sup>6)</sup>

연도	사형선고자 수	사형확정자 수	사형집행자 수
1993	21	2	0
1994	35	2	15
1995	19	7	19
1996	23	7	0
1997	10	8	23
1998	14	3	0
1999	20	4	0
2000	20	9	0
2001	12	8	0
2002	7	2	0
2003	5	5	0
2004	8	2	0
2005	6	3	0
2006	6	2	0
2007	*	*	0
합계	206+*	58	57

현재 한국 법률이 법정형으로 사형을 규정한 범죄는 형법상 내란, 외환유치, 살인죄 등 16종과 특별형법인 국가보안법은 45개, 특정범죄가중처벌법, 특정경제가중처벌법 등은 378개, 군형법은 70개 항목이 존재한다. 그렇지만 사형이 실제 부과되는 경우는 살인이 발생한 사건에 국한되어 있다. 그리고 1993년 이후 매년 사형이 확정되는 인원은 10인 이하이다.

이러한 점은 현재 대법원이 사형제도 자체는 지지하면서도<sup>7)</sup> 민주화 이후 사형부과의 요

5) <연합뉴스>(2008.4.4).

6) 이 통계는 검찰연감(검찰청, 1994-2007)에서 참조한 것이다.

건을 엄격히 설정하고 있다는 점과 관련이 있다. 즉,

“사형은 ... 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 범인의 연령, 직업과 경력, 성행, 지능, 교육 정도, 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.

사형의 선택 여부를 결정하기 위하여는 법원으로서도 마땅히 기록에 나타난 양형조건들을 평면적으로만 참작하는 것에서 더 나아가, 피고인의 주관적인 양형요소인 성행과 환경, 지능, 재범의 위험성, 개선교화 가능성 등을 심사할 수 있는 객관적인 자료를 확보하여 이를 통하여 사형선택 여부를 심사하여야 할 것은 물론이고, 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.”<sup>8)</sup>

대법원은 하급심의 사형선고가 이상의 요건을 충족하지 못하였다는 이유로 하급심 판결을 파기하였다.<sup>9)</sup> 이러한 대법원의 엄격한 요건을 계속 견지되어야 함은 물론이다.

대한민국 헌법에는 “잔인하고 이상한 처벌”(cruel and unusual punishment)을 금지하는 미국 헌법 제8 수정조항과 같은 조항도 없으며, 사형을 적극적으로 인정하는 조항도 없다. 다만 헌법 제100조 제4항 단서 조항은 비상계엄의 군사재판을 전제로 하여 사형을 인정하는 표현을 사용하고 있다.

1996년 헌법재판소는 9대2의 의견으로 사형을 합헌이라고 결정했다.<sup>10)</sup> 다수의견의 결정요지는 다음과 같다.

“1. 생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수밖에 없는 것 ... 사형이 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지 아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 형벌이라 하더라도 헌법 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수는 없다.

7) 대법원 1963.2.28. 선고 62도241 판결.

8) 대법원 2003.6.13. 선고 2003도924 판결.

9) 예컨대, 대법원 1985.6.11. 선고 85도926 판결; 대법원 1992.8.14. 선고 92도1086 판결; 대법원 1995.1.13. 선고 94도2662 판결; 대법원 2003.6.13. 선고 2003도924 판결 등.

10) 헌법재판소 1996.11.28. 선고 95헌바1 결정. 이 결정에 대한 비판으로는 김선택, “사형제도의 헌법적 문제점-사형의 위헌성과 대체형벌-,” 『고려법학』 제44호(2005); 김일수, “사형제도의 위헌여부,” 『법조』 제46권 제1호(1997.1); 변종필, “사형폐지의 정당성과 필요성,” 『인제논총』 제14권 제1호(1998.10); 하태영, “사형제도의 폐지,” 『경남법학』 제13집(1997.12); 한인섭, “역사적 유물로서의 사형-그 법이론적·정책적 검토-,” 『사목』 (1997.7); 허일태, “한국의 사형제도의 위헌성,” 『저스티스』 제31권 제2호(1998.6) 등을 참조하라.

... 인간의 생명을 부정하는 등의 범죄행위에 대한 불법적 효과로서 지극히 한정적인 경우에만 부과되는 사형은 죽음에 대한 인간의 본능적 공포심과 범죄에 대한 응보욕구가 서로 맞물려 고안된 "필요악"으로서 불가피하게 선택된 것이며 지금도 여전히 제 기능을 하고 있다는 점에서 정당화될 수 있다. 따라서 사형은 이러한 측면에서 헌법상의 비례의 원칙에 반하지 아니한다 할 것이고, 적어도 우리의 현행 헌법이 스스로 예상하고 있는 형벌의 한 종류이기도 하므로 아직은 우리의 헌법질서에 반하는 것으로 판단되지 아니한다.

2. ... 사형을 형벌의 한 종류로서 합헌이라고 보는 한 그와 같이 타인의 생명을 부정하는 범죄행위에 대하여 행위자의 생명을 부정하는 사형을 그 불법효과의 하나로서 규정한 것은 행위자의 생명과 그 가치가 동일한 하나의 혹은 다수의 생명을 보호하기 위한 불가피한 수단의 선택이라고 볼 수밖에 없으므로 이를 가리켜 비례의 원칙에 반한다고 할 수 없어 헌법에 위반되는 것이 아니다."

현재 남아있는 58명의 사형수는 모두 남성이고 살인죄 또는 살인을 포함한 중범죄로 유죄 선고를 받았다. 2006년 국민일보가 당시 63명의 사형수를 대상으로 조사한 통계를 보면, 사형수들은 4.2회의 전과가 있었고, 그들의 평균 연령은 42.3세였으며, 그들이 사형수로서 구금된 평균 기간은 7년 6개월이었다.<sup>11)</sup> 원칙적으로 사형수를 포함한 모든 죄수들은 독방에서 복역해야 하지만, 필요하다면 혼거 구금도 가능하다.<sup>12)</sup> 현실에서는 공간의 부족으로 인해 대부분의 죄수가 혼거 구금되고 있다. 그러므로 사형수들도 자주 비사형수들과 같이 수감되기도 한다. 감방에는 항상 조명이 켜져 있고, 수감자들은 항상 지속적인 감시 하에 있다. 사형수들의 변호인은 대부분 국선변호인이며, 3심에 걸친 형사 절차에서 최소한 한 번 이상 사선변호인을 선임했던 사형수들은 모두 18명에 불과하였다.<sup>13)</sup>

한편 형사소송법 제465조는 사형은 법무부 장관의 명령에 의하여 집행한다고 규정하고 있으며, "사형집행의 명령은 판결이 확정된 날로부터 6월 이내에 하여야 한다." (강조는 인용자)라고 규정하고 있다. 상소권회복의 청구, 재심의 청구 또는 비상상고의 신청이 있는 때에는 위 6월의 기간은 정지되지만(동조 제2항), 이 경우 이외에도 제465조 1항의 6개월 요건은 실무에서 전혀 지켜지지 않고 있다. 특히 1997년 12월 30일 이래 사형이 집행정지상태에 있기 때문에 제465조 1항은 사실상 사문화되었다. 권위주의 정권 하에서도 몇몇 법무부 장관은 사형제도에 반대하는 개인적인 신념 때문에 이 기간을 지키지 않았기도 했다. 이 6개월 기간을 지키지 않는 것은 기술적으로는 위법이지만, 이러한 위법에 대한 공식적인 이유제시가 이루어진 적은 없고, 법집행기관에서 이의를 제기하지도 않았다. 2002년 12월 1일, 신계륜 의원을 비롯한 국회의원 33명이 형사소송법 제465조에 대한 개정법안을 제출했다.<sup>14)</sup> 이 법안은 동조의 판결 확정 후 6개월의 기간을 10년으로 연장하는 내용이었으나, 통과되지 않았다.

사형은 교수하여 집행하도록 하고 있으나, 군형법에 의해 사형이 선고된 경우에는 총살로 집행한다. 미국과 달리, 한국에서는 다른 사형집행 방법에 대한 비판적 접근은 이루어지지 않고 있다.<sup>15)</sup> 사형은 법무부 장관의 집행명령 후 5일 내에 집행되어야 한다. 만일 사형선고

를 받은 사람이 심신의 장애로 의사능력이 없는 상태에 있거나 임신 중에 있는 여자인 경우에는 법무부 장관이 집행을 정지할 수 있다. 사형 집행은 교도소 내에서 이루어지며, 국경일, 일요일 기타 공휴일에는 집행하지 않는다.

### III. 사형폐지를 요구하는 국제인권규범<sup>16)</sup>

#### 1. 세계인권선언과 시민적·정치적 권리에 대한 국제규약

국제인권규범 차원에서 사형폐지는 대세가 되고 있다. 국제연합은 총회(United Nations General Assembly, 이하 UNGA)가 1948년에 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights, 이하 UDHR)을 채택한 이래,<sup>17)</sup> 인간의 존엄성을 증진시키기 위하여 사형제도를 폐지하는 것이 바람직하다고 강력하게 권고해오고 있다. 세계인권선언문은 개인의 생명권을 확립하고,<sup>18)</sup> 누구도 잔인하고 비인간적이고 모욕적인 형벌에 처해져서는 안된다고 선언하고 있다.<sup>19)</sup>

1966년 국제연합 총회는 '시민적·정치적 권리에 대한 국제규약'(International Convention on Civil and Political Rights, 이하 ICCPR)을 채택하였다.<sup>20)</sup> 이 헌장은 사형제도와 관련하여 좀 더 구체적인 요건을 규정하고 있다. 동 헌장 제6조 1항은 "모든 인간은 천부적(inherent)인 생명권을 가진다."<sup>21)</sup>라고 규정하고 있으며, 제6조 2항은 "사형제도를 폐지하지 않은 국가에 있어서는, 사형의 선고는 범죄시에 효력이 있는 법률에 따라, 오직 가장 심각한 범죄에 대해서만 선고되어야 한다."<sup>22)</sup>고 규정하고 있다.<sup>23)</sup>

동 조항은 어떤 범죄가 가장 심각한 범죄를 구성하는지는 명시하지 않고 있으므로, "가장 심각한 범죄"라는 문구는 각 사회의 문화적, 종교적, 정치적 가치관에 따라 다르게 해석될 수 있다. '국제연합 인권위원회'(United Nations Human Rights Committee)는 '일반 의견'(General Comment)에서 제6조의 "'가장 심각한 범죄'라는 표현은 사형이 상당히 예외적인 수단이라는 것을 의미한다고 엄격하게 해석되어야 한다."<sup>23)</sup>라는 의견을 표명하였고, 그 문구는 "오직 고의에 의한 살해나 미수, 그리고 아마도 고의에 의한 심각한 신체 상해만"을 의미하는 것으로 해석하였다.<sup>24)</sup> 1984년에는 국제연합 경제사회위원회는 '사형에 직면한 사람들의 권리 보호를 보장하기 위한 안전조치'에서 이러한 제한에 대하여 해석하면서, 사형

것인 바 이는 말할 필요도 없이 폭력적이고 침탈적이며 의도적으로 모욕을 주고 비인간화를 초래한다"라고 비판한 바 있다[Cambell v. Wood, 18 F 3d 626, at 701(9th Cir. 1994)].

16) Kuk Cho, "Death Penalty in Korea: From Unofficial Moratorium to Abolition?", Asian Journal of Comparative Law. Vol.3 No. 1(2008), 2-5.

17) GA Res 217A(III), UN GAOR, 3rd Sess, Supp No 13, UN Doc A/810(1948) 71.

18) *Ibid*, art 3.

19) *Ibid*, art 5.

20) GA Res 2200A, UN GAOR, 21st Sess, Supp No 16, UN Doc A/6316(1966) 52.

21) *Ibid*, art 6(1).

22) *Ibid*, art 6(2) (강조는 인용자).

23) The Human Rights Committee, *Report of the Human Rights Committee*, UN GAOR, 37th Sess, Supp No 40 UN Doc/A/37/40 (1982) 94.

24) Sarah Joseph, Jenny Schultz & Melissa Castan, *The International Covenant in Civil and Political Rights*, 2d ed (Oxford : Oxford University Press, 2004) at 167.

11) "63인 사형수 심층리포트", <국민일보> (2006년 2월 16일).

12) 행정법 제11조 1항.

13) "63인 사형수 심층리포트", <국민일보> (2006년 2월 16일).

14) '형사소송법중 개정법률안'(의안번호 1931; 신계륜 의원 대표발의, 2002.11.1).

15) 교수형의 사형집행방법으로 채택하고 있는 미국 워싱턴주에서 교수형의 위헌성이 문제되었을 때 소수의견을 제시한 스테판 라인하르트 대법관은, 교수형은 "잔인하고 거칠고 방자한 절차로, 그 목적은 처추를 조카내는



은 고의에 의한 범죄에 대해서만 부과되어야 한다고 선언하였다.<sup>25)</sup> 법정 밖의(extrajudicial), 약식의 혹은 중재(arbitrary)에 의한 처형에 대한 국제연합 특별보고자는 "고의"라는 용어를 "예모(premeditation)와 같으며, 살해하려는 계획적인 의도로 이해되어야 한다"고 했다.<sup>26)</sup>

이와 동시에 ICCPR 제6조 제6항은 "이 조의 어떠한 부분도, 이 헌장의 당사자인 국가가 사형 폐지를 늦추거나 막기 위하여 원용되어서는 안된다"고 선언하고 있다.<sup>27)</sup> 또한 1992년에 국제연합 인권위원회가 채택한 ICCPR 제6조에 대한 일반 의견은 수용가능한 사형 집행 방법에 대해서, "당사자 국가가 사형을 시행할 때에는, ...가능한 육체적 정신적 고통을 가장 적게 할 수 있는 방법으로 집행되어야 한다"고 규정하였다.<sup>28)</sup>

## 2. 시민적·정치적 권리에 대한 국제규약에 대한 제2선택의정서

한편 1989년 12월, 국제연합 총회는 ICCPR에 대한 제2 선택 의정서를 채택하였다 (이하 제2 선택 의정서)<sup>29)</sup>. 이 의정서는 사형 폐지 운동에 대한 국제적인 규약을 강화하는 것을 목적으로 하고 있다. 이 의정서에서는 사형제도의 폐지를 규정하고,<sup>30)</sup> 당사자 국가가 비준시나 동의시에 그러한 효과에 대해서 유보를 행한 경우에 한하여, "전시에 있어서, 군사적인 본질을 지닌 가장 심각한 범죄가 전쟁기간 중 범해진 경우 이와 관련하여서만" 사형제도를 유지할 수 있도록 하고 있다.<sup>31)</sup> ICCPR의 "가장 심각한 범죄" 예외는 삭제되었다. 제2 선택 의정서의 "전시" 예외는 훨씬 더 제한적인 예외인데, 평화시에는 "가장 심각한 범죄"에 대해서도 사형이 금지되기 때문이다. 46개 국가가 제2 선택 의정서를 비준했고, 8개 국가가 서명했다.<sup>32)</sup>

1998년 4월에는 국제연합 인권위원회에서 사형제도에 반대하는 결의를 채택했으며, 이 결의에서는 국가들에 대해서 "사형 집행을 중지하고, 장기적으로는 완전히 사형을 폐지할 것"을 요청하였다.<sup>33)</sup>

## 3. 지역 국제협약

몇몇 지역적인 국제협약은 국제적인 사형 폐지 추세를 강화하고 있다. 1982년 12월, 유럽 의회(Council of Europe)에서 '인권과 기본적 자유의 보호에 대한 유럽 협약'(European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)에 대한 제6 의정서를 채택했다.<sup>34)</sup> 제6 의정서에서는 사형의 폐지를 규정하고 있으며,<sup>35)</sup> 당사자 국가에

25) ESC Res 1984/50, UN Doc E/1984/84.

26) UN Econ & Soc Council, Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary, or Arbitrary Executions, Mr Bacre Waly Ndiaye, submitted pursuant to Comm Res 1997/61 21, UN Doc, E/CN 4/1998/68/ Add2 (22 January 1998).

27) *Ibid*, art 6(6).

28) *Supra* n 15.

29) GA Res 44/128, UN GAOR, 44th Sess, Supp No 49, UN Doc A/44/49(1989) 207.

30) *Ibid*, art 1.

31) *Ibid*, art 2(1).

32) Amnesty International, *Ratification of International Treaties* (last updated: 25 July 2007), online: Amnesty International website <<http://web.amnesty.org/pages/deathpenalty-treaties-eng>>(last visited 21 September 2007)[Amnesty International].

33) Office of the human Rights Commissioner for human Rights, Res 1998/8 (3 April 1998).

34) Eur TS No 114.

대해서 "전시에 범해진 행위나 전쟁에 임박한 위험과 관련한" 범죄에 대해서만 사형제도를 유지할 수 있도록 하고 있다.<sup>36)</sup> 1994년에는 유럽 회의가 본 회의에 가입하려는 국가들이 즉시 사형에 대한 집행 중지를 실시하고 제6 의정서에 서명하고 비준하는 것을 전제조건으로 했다.<sup>37)</sup> 46개 국가가 제6 의정서를 비준했고, 러시아 연방이 서명한 상태이다.<sup>38)</sup>

1990년에는 미주 기구(Organization of American States)의 총회(General Assembly)에서 사형제도 폐지를 위한 미주 인권 협약에 대한 의정서를 채택했다.<sup>39)</sup> 이 의정서에서는 사형제도의 폐지를 요구하고,<sup>40)</sup> "전시에 국제법의 범위 안에서, 군사적인 본질을 지닌 극도로 심각한 범죄"에 대해서만 사형을 선고할 권리를 유보하였다.<sup>41)</sup> 8개의 미주 국가들이 비준했고, 다른 두 개 국가도 서명했다.<sup>42)</sup>

2002년에는 유럽 의회가 인권과 기본적 자유의 보호에 대한 유럽 협약(European Convention for the Protection of human Rights and Fundamental Freedoms)에 대한 제13 의정서를 채택했다.<sup>43)</sup> 이 의정서에서는 모든 상황에서의 전적인 사형제도 폐지를 규정하고 있다.<sup>44)</sup> "전시" 예외 조항(제2 선택 의정서와 제6 의정서, 미주 협약에 대한 의정서의 규정과 유사한)도 삭제되었다. 39개 국가가 지금까지 제13 의정서를 비준했고, 6개 국가가 서명했다.<sup>45)</sup>

## 4. 소 결

이러한 사형제도 폐지에 대한 국제규범들은 서명하고 비준하지 않은 국가들에 대해서는 조약으로서의 구속력을 가지지 않는다. 이러한 측면에서 이 규범들은 제한적이다. 그러나 이러한 규범들은, 사형제도의 폐지가 인권의 발전에 기여한다는 데 대한 국제적인 믿음이 강화되고 있다는 점을 잘 보여주고 있다.

이러한 국제인권규범을 비준한 나라들에서는 흉악한 살인범죄가 없었을까. 이 나라의 형사사법체제는 물리 터져서 또는 범죄인의 인권만을 생각해서 사형을 폐지했을까. 그렇지 않다. 이들 나라는 아무리 극악한 범죄인의 생명이라도 국가가 이를 박탈하는 것은 허용될 수 없다는 도덕적·철학적 원칙을 지키고자 한 것이다.

'국제사면기구'(Amnesty International)에 따르면, 3분의 2에 해당하는 국가들이 법적으로나 사실상으로도 사형제도를 폐지했다. 사형은 미국을 제외한 모든 서구 민주주의 국가에서 폐지되었으며, 지난 10년 동안 평균적으로 매년 3개 이상의 국가들이 법적으로 사형을 폐지했거나, 통상적인 범죄에 대해서 사형을 폐지했거나, 모든 범죄에 대해서 사형을 폐지했다.<sup>46)</sup>

35) *Ibid*, art 1.

36) *Ibid*, art 2.

37) Renate Wohlwend, "The Efforts to the Parliamentary Assembly of the Council of Europe" in *The Death Penalty: Abolition in Europe* (1999) at 57.

38) Amnesty International(각주 32).

39) OASTS No 73 (1990), adopted 8 June 1990.

40) *Ibid*, art 1.

41) *Ibid*, art 2(1).

42) Amnesty International(각주 32).

43) Eur TS No 187.

44) *Ibid*, art 1 and preamble.

45) Amnesty International(각주 32).

2006년 한국은 세계 각국의 '인권상황을 점점·감시하는 유엔 인권이사회'의 초대 이사국이 되었다. 그럼에도 불구하고 한국이 사형제도를 유지하고 있고, 제2 선택 의정서에 가입하지 않고 있다는 점은 유엔 등 국제인권관련기구에서 항상적으로 비판받고 있다.

## IV. 사형폐지론의 동향 검토

### 1. 사형폐지론의 성장과 “사실상 사형폐지”

사형존폐론을 둘러싼 학계의 논쟁은 오랜 역사를 가지고 있다. 법철학, 헌법, 형법과 형사정책 등의 여러 분야에서 이 논쟁의 거의 모든 쟁점은 검토된 바 있다. 적어도 형법학계에서는 사형폐지론이 절대다수를 차지하고 있다. 그 입장을 요약하면, 사형은 헌법상 보장된 인간의 존엄과 가치와 생명권을 박탈한다, 사형은 사회방위라는 국가목적에 위하여 인간을 수단으로 사용한다, 사형은 형벌목적 달성을 위한 수단의 적합성, 피해의 최소성 등 원칙을 충족시키지 못한다, 사형은 예모범, 격정범, 확산범 모두에게 위하력을 갖지 못한다, 사형은 형벌의 개선적·교육적 기능을 포기한 것이다 등이다.<sup>47)</sup>

이러한 입장은 1996년 헌법재판소 결정에서 김진우, 조승형 두 재판관의 소수의견에도 집약적으로 반영되었다. 이 중 김진우 재판관의 소수의견의 의견을 소개한다.

“헌법 제10조에 규정된 인간의 존엄성에 대한 존중과 보호의 요청은 형사입법, 형사법의 적용과 집행의 모든 영역에서 지도적 원리로서 작용한다. 그러므로 형사법의 영역에서 입법자가 인간의 존엄성을 유린하는 악법의 제정을 통하여 국민의 생명과 자유를 박탈 내지 제한하는 것이나 잔인하고 비인간적인 형벌제도를 채택하는 것은 헌법 제10조에 반한다. 이는, 극악한 범죄를 범함으로써 스스로 인간임을 포기한 자라도 여전히 인간으로서의 존엄과 가치를 갖고 있는 인간존재인 한, 그에 대하여도 피해자 내지 그 가족 또는 사회의 보복감정을 충족시키기 위해서 또는 유사 범죄의 일반적 예방이라는 목적의 달성을 위해서 비인간적인 형벌을 적용해서는 아니된다는 것을 의미한다. 그런데 형벌로서의 사형은 자유형과는 달리 사형선고를 받은 자에게 개과천선할 수 있는 도덕적 자유조차 남겨주지 아니하는 형벌제도로써 개인을 전적으로 국가 또는 사회 전체의 이익을 위한 단순한 수단 내지 대상으로 삼

는 것으로서 사형수의 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것이다. 사형제도는 나아가 양심에 반하여 법규정에 의하여 사형을 언도해야 하는 법관은 물론, 또 그 양심에 반하여 직무상 어쩔 수 없이 사형의 집행에 관여하는 자들의 양심의 자유와 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하는 비인간적인 형벌제도이기도 하다.”

1996년 헌법재판소에 의하여 사형은 위헌이 아니라는 판단이 내려졌지만, 이와 별도로 입법부는 사형폐지의 결단을 내릴 수 있다. 동결정의 다수의견도 “위헌·합헌의 논의를 떠나 사형을 형벌로서 계속 존치시키는 것이 반드시 필요하고 바람직한 것인가에 대한 진지한 찬반의 논의도 계속되어야 할 것”이며, “한 나라의 문화가 고도로 발전하고 인지가 발달하여 평화롭고 안정된 사회가 실현되는 등 시대상황이 바뀌어 생명을 빼앗는 사형이 가진 위하에 의한 범죄예방의 필요성이 거의 없게 된다면 국민의 법감정이 그렇다고 인식하는 시기에 이르게 되면 사형은 곧바로 폐지되어야” 한다는 입장을 표명하였다.

문제는 이러한 다수의견이 예정하는 사형폐지의 시기는 까마득히 멀다는 것이며, 이 점에서 다수의견은 사형폐지의 문제를 진정성을 가지고 접근하고 있지 않다. 실제 사형을 폐지한 여러 ‘선진국’이 폐지시기에 다수의견이 요구하는 요건을 갖추고 사형을 폐지한 것은 아니다. 그리고 현재의 한국의 수준이 사형폐지 당시의 ‘선진국’의 수준에 미치지 못한다고 말하기도 어렵다. 또한 ‘선진국’은 차치하더라도 한국의 문화와 인지 발달 정도가 같은 아시아권에서 사형을 폐지한 부탄, 캄보디아, 네팔, 티모르, 필리핀의 수준에 이르지 못하였다고는 전혀 볼 수 없을 것이다.

1997년 12월 30일 이후 한국에서는 10년 이상 사형집행이 유예되었다. 이는 사형의 범죄 예방효과나 위하력과 관련하여 중요한 사회적 실험이다.<sup>48)</sup> 그러데 이하의 통계에서 알 수 있듯이,<sup>49)</sup> 1997년 검찰의 살인사건 처리인원은 886명이었고 23명의 사형수가 전격적으로 처형되었는데, 1998년 검찰의 살인사건 처리인원은 오히려 1,014명으로 증가하였다. 그리고 전체 범죄 증가율과 비교해볼 때 사형집행이 이루어지지 않은 10년 간 살인사건이 급증하는 현상은 나타나지 않았으며, 2002년 이후부터는 살인사건이 줄어들고 있다. 이상의 점에서 사형의 존재 또는 사형집행이 살인을 억지한다는 가설은 근거가 약하다는 점을 확인할 수 있다.

46) Amnesty International, *Facts and Figures on the Death Penalty* (last updated: 19 September 2007), online: Amnesty International website <<http://web.amnesty.org/pages/deathpenalty-facts-eng>>(last visited 21 September 2007); *Amnesty International, Abolitionist and Retentionist Countries* (last updated: 19 September 2007), online: Amnesty International website <<http://web.amnesty.org/pages/deathpenalty-countries-eng>>(last visited 21 September 2007).

47) 각주 10에 인용된 문헌 외에 김성돈, 『형법총론』(2008), 749-780면; 김인선, “한국의 사형집행 현황과 사형제도 개선방향에 대한 재고,” 『비교형사법연구』 제6권 제1호(2004), 187면; 김일수, 『새로 쓴 형법총론』(제11판, 2006), 733면; 강구진, “사형폐지의 이론과 실제,” 『고시계』 1980년 4-5월호, 90면; 배종대, 『형법총론』(제8전정판, 2005), 812-813면; 심재우, “사형은 형사정책적으로 의미 있는 형벌인가,” 『형사정책연구소식』 통권 제29호(1995년 5-6월호), 3면; 오영근, 『형법총론』(2005), 747-748면; 이수성, “사형폐지소고,” 『서울대학교 법학』 제13권 제2호(1972), 76면; 이정원, 『형법총론』(중보판, 2001), 518-519면; 이형국, 『형법총론』(1997), 443-444면; 임웅, 『형법총론』(개정판, 2002), 587-588면; 정봉휘, “사형존폐론의 이론사적 계보,” 『동산 손해목 박사 화갑기념논문집: 형사법학의 현대적 과제』(1993), 506-508면; 한인섭, “사형제도의 문제와 개선방안,” 『형사정책』 제5호(1990), 41면 등을 참조하라.

48) 유엔은 1988년과 2002년 사형의 범죄예방효과에 대하여 조사하였는데, 그 결론은 “사형제도가 살인억제력을 갖는다는 가설을 수용하는 것은 신중하지 못하며, 조사 결과 통계수치는 사형제도를 폐지하더라도 사회에 급작스럽고 심각한 변화가 일어나지 않을 것”이었다[Roger Hood, *The Death Penalty: A Worldwide Perspective*, 3d ed (Oxford: Oxford University Press, 2002) at 75-80].

49) 법무연수원, 『범죄백서』(1996-2007)의 통계를 종합한 것이다.

연도	사형집행자수	검찰의 살인사건 처리인원
1996	0	841
1997	23	886
1998	0	1014
1999	0	1080
2000	0	990
2001	0	1109
2002	0	1031
2003	0	1021
2004	0	974
2005	0	980
2006	0	959
2007	0	*

## 2. 사형폐지를 위한 입법적 노력과 대체형벌

한편 지난 15대부터 17대 국회까지 된 상태에서 사형 자체를 폐지하려는 입법적 노력은 계속된다. 먼저 1999년 유재건 의원을 비롯한 91명의 의원이 제출한 '사형폐지특별법안'(의안번호: 152463)은 형법과 형사소송법의 사형 규정을 삭제하고 형법 및 특별형법 등에서 형벌로서 사형을 규정하고 있는 부분은 효력을 상실하는 것을 내용을 하고 있었다. 2001년에는 정대철 의원을 비롯한 92명이 발의한 '사형폐지에 관한 특별법안'(의안번호: 161085)은 사형을 형벌의 종류로 명기하고 있는 형법과 그밖에 모든 법률에서 법정형으로 규정하고 있는 사형을 일체 폐지하는 한편, 법원이 무기징역 또는 무기금고를 선고할 경우에 그 범죄의 종류, 죄질, 정상여하에 따라 판결이 확정되고 그 복역을 개시한 후 15년이 경과하지 아니하면 형법에 의한 가석방이나 사면법에 의한 일반사면·특별사면 또는 감형을 할 수 없다는 취지의 선고를 함께 할 수 있는 내용을 담고 있었다. 특히 2005년 17대 국회에서는 유인태 의원이 대표발의한 '사형폐지에 관한 특별법안'(의안번호: 171129)은 형법 및 그 밖의 법률에서 규정하고 있는 형벌 중 사형을 폐지하고 이를 종신형으로 대체할 것을 규정하였는데, 이 법안에는 전체 의원의 과반수가 넘는 175명의 의원이 서명동의 했다. 물론 이 다수의 의원들이 17개 국회에서 진정 사형폐지를 위하여 실질적 노력을 행하였던가에 대해서는 비판이 필요하다. 그렇지만 비록 이상의 법안이 국회를 통과하지는 못하였지만 입법부 내에서 사형폐지를 위한 움직임이 계속되고 있다는 것은 주목할 만 한 일이다.

같은 맥락에서 2005년 국가인권위원회는 사형폐지를 권고하는 결정을 내리고, 사형폐지 이후의 후속조치로 감형·가석방 없는 종신형제도, 일정 기간 감형·가석방 없는 무기형 제도, 전쟁시 사형제도의 예외적 유지 등의 세 가지를 채택하라는 의견을 표명하였다.<sup>50)</sup>

사형의 대체형벌로 1996년 헌법재판소 결정에서 조승형 재판관은 현행법상의 무기징역을 제시한 바 있다. 그러나 무기징역은 사형의 대체형벌일 수는 없다고 판단한다. 현행법상 무기징역의 가석방요건은 10년의 집행기간이 경과해야 한다는 점에서 유기징역의 가석방요건과 동일하다. 이 10년의 기간은 피해자와 일반 국민의 법감정을 고려할 때 매우 짧으며, 사형이 선고되는 범죄의 불법성을 반영하지 못할 수 있다. 그리고 현행법상 무기징역은 감경 사유가 있을 경우 7년 이상의 유기형으로 별하게 된다는 점도 문제가 된다.<sup>51)</sup>

50) 국가인권위원회, "사형제도에 대한 국가인권위원회의 의견"(2005.4.6).

이러한 점에서 사형의 대체형벌은 감형·가석방 없는 절대적 종신형제도이나 일정 기간 감형·가석방 없는 상대적 종신형 제도이어야 한다고 본다. 상대적 종신형 제도를 택할 경우 2001년 정대철 의원 발의 법안의 15년은 너무 짧다. 현행법상 유기징역의 최고형이 15년이기 때문이다. 이 점에서 프랑스의 예에 따라 최소 20년의 법집행 경과 후에 또는 미국 사형폐지주의 예에 따라 25년 법집행경과 후에 가석방이 가능하도록 하는 방안을 채택할 필요가 있다. 필자는 사형폐지의 대안은 이러한 상대적 종신형이라고 보지만,<sup>52)</sup> 사형폐지에 대한 국민정서를 고려할 때 절대적 종신형을 과도기적으로 채택하는 것도 고려할 방안이라고 본다.<sup>53)</sup> 독일은 1949년 사형을 폐지하고 30년 간 가석방 없는 종신형을 시행하다가 1978년 연방헌법재판소의 결정<sup>54)</sup>을 계기로 15년 법집행 이후 가석방이 가능하도록 법률을 개정하였음을 참조할 필요가 있다.

상술하였듯이 헌법 제100조 제4항 단서 조항은 비상계엄의 군사재판을 전제로 하여 사형을 인정하고 있다. 그런데 이 단서 조항을 이유로 헌법이 사형제도를 적극적으로 수용하고 있다거나<sup>55)</sup> 개헌 없이 사형폐지 없다는 주장이 제기될 수 있다. 그러나 헌법은 이 단서조항이 예정하는 특수한 경우 이외에는 사형제도를 허용하지 않고 있다고 해석하는 것이 인간의 존엄과 가치의 핵심을 이루는 생명권 중시의 관점에서 옳을 것이다.<sup>56)</sup> 이 점에서 동조 단서의 취지는 '제2선택의정서'의 취지가 같다고 볼 수 있으므로, 헌법 개정 없이도 특별법 제정 또는 법률 개정을 통하여 사형은 폐지될 수 있다.

## VI. 제언—결론에 대신하여

사형폐지에 대한 여론조사는 국민의 다수는 사형존치 쪽에 서 있음을 보여준다. 흉악범죄가 발생한 직후 이루어지는 여론조사는 특히 그러하다. 범죄에 대한 국민 다수의 공포와 흉악범죄인에 대한 국민들의 증오는 충분히 이해가능한 현상이다. 그러나 사형제도 존치 여부에 대한 판단은 이러한 국민여론에 기초하여 결정될 사안이 아니다.

사건으로는 2005년 제17대 국회에서 과반수 의원의 동의를 얻는 사형폐지법안이 제출되고, 국가인권위원회 역시 이에 동조하는 의견을 제출하였던 시기가 사형폐지를 위한 정치적 결단을 내리기에 좋은 시기였다. 그러나 당시의 정치적 사정은 이를 허용하지 않았다.

10년간의 '진보적' 정부도 결단하지 못한 사형폐지를 '보수적' 이명박 정부가 추진할 것으로는 예상되지 않는다. 지난 총선 이후 입법부 구성도 보수화되었다는 점을 고려하자면 제 18대 국회가 사형폐지의 결단을 내릴 것 같지도 않다. 오히려 이명박 정부가 과거 김대중, 노무현 정부의 10년간 사형이 집행되지 않은 것도 "잃어버린 10년"으로 간주하여 사형집행을 개시하고 그 결과 한국이 "사실상 사형폐지국"의 목록에서 빠지는 사태가 벌어질 수도 있다.

51) 허일태, "사형의 대체형벌로서 절대적 종신형의 검토," 『형사정책』 제12권 제2호(2000), 229-230면.

52) 김선택(각주 10), 167면; 김인선(각주 47), 197면; 이훈동, "전환기의 한국 형법, 사형제도의 새로운 시각," 『외법논집』 제26집(2007.5), 442면.

53) 허일태(각주 51), 232면.

54) BVerfGE 45, 187.

55) 장영수, 『기본권론』(2003), 269면; 김상겸, "생명권과 사형제도," 『헌법학연구』 제10권 제2호(2004.6), 245-246면.

56) 김선택(각주 10), 147-150면; 허일태(각주 51), 15면.

필자는 사형폐지의 문제는 단지 정치적 보수 대 진보의 대립과 관련은 있지만, 이러한 정치적 대립으로 환원될 문제는 아니라고 생각한다. '진보적' 정부 집권 동안 유지된 "사실상의 사형폐지" 상태를 '보수적' 정부가 법적으로 확정하는 것도 의미 있는 일이다. 이러한 점에서 사형폐지론자인 필자는 이명박 정부와 제18대 국회에 이하의 점을 제안하고자 한다.

1. 정부는 "사실상 사형폐지국" 지위를 유지해야 한다. 이 대통령은 대중의 표를 의식하며 대중의 복수감정을 부추기는 정치인의 의도나 사형을 통하여 법과 질서의 권위를 세우려하는 관련 법집행기관의 의도에 휘말려 들어간 안 된다. 사형집행을 재개할 경우 국제적 비난을 자초하여 지금까지 유지해온 인권국가로서의 이미지를 스스로 파괴할 수 있다. 이와 별도로 국내에서도 인권단체 등의 거센 반발이 예견된다.

2-1. 이와 동시에 정부와 국회는 이미 사문화된 형사소송법 제465조 문제를 해결해야 한다. 2002년 신계륜 의원이 대표발의한 형사소송법 개정안의 예에 따라 동조를 "사형집행의 명령은 판결이 확정된 날로부터 10년 이후에 하여야 한다."로 개정할 필요가 있다. 이러한 개정이 있으면 일차적으로 동법 제465조의 규범력을 살릴 수 있고, 또한 판결 확정 이후 적어도 10년간의 사형집행이 연기되므로 그 기간 동안 무죄를 입증하는 새로운 증거가 발견되는 기회를 주어 오판의 가능성을 줄일 수 있다.

2-2. 형사소송법 제465조를 개정할 때 중국 형법이 채택하고 있는 '사형집행유예제도'를 도입하는 것을 고려해야 한다.<sup>57)</sup> 중국 형법은 사형선고시 2년간의 집행을 유예하고 유예기간 중 개선의 정을 관찰하여 재판에 의하여 15년 이상 20년 이하의 유기징역으로 형을 감경하는 제도를 두고 있다. 2002년 법안의 취지에 따라 집행유예기간을 10년을 잡은 후, 10년 이후 새로운 재판으로 통하여 형을 감경하는 것이 타당할 것이다.

2-3. 또한 대법원이 사형판결을 하기 위해서는 전원재판부에서 대법관 2/3 이상의 찬성 또는 만장일치가 있어야만 하도록 하는 법개정도 동시추진될 가치가 있다.<sup>58)</sup>

3. 정부와 국회는 사형을 법정형으로 두고 있는 범죄의 수를 대폭 줄이는 작업에는 착수해야 한다. 특히 형법상의 여적죄(제83조) 등 절대적 사형조항은 폐지되어야 하며, 경제사범이나 사상범, 정치범에 대한 사형 조항은 전면 폐지되어야 한다.<sup>59)</sup> 상술하였듯이 ICCPR이 사형을 허용하는 "가장 심각한 범죄"는 살인, 특히 '모살'(謀殺)이라는 점을 유념하며 이 범죄 이외의 범죄에 사형이 부과되지 않도록 입법적 조치를 취해야 한다. 현재 법무부에서 운영하고 있는 형법개정위원회가 이 작업을 전담하는 것이 좋을 것이다.

이명박 정부와 제18대 국회가 사형의 즉각적 폐지에 반대한다고 하더라도 이상의 점 정도는 추진할 수 있고, 또 해야 한다고 본다. 이와 별도로 사형폐지를 당론으로 하고 있는 야당과 시민·인권단체는 사형을 폐지하고 감형·가석방 없는 종신형제도 또는 일정 기간 감

형·가석방 없는 무기형 제도를 도입하는 법안을 다시 제출하고 그 취지를 대중적으로 확산하는 노력을 기울일 것을 촉구한다. 그리하여 궁극적으로 정부가 '제2선택의정서'에 가입하여 한국이 명실상부한 사형폐지국이 되는 날이 빨리 도래하기를 희망한다.

\* 주제어: 사형, 사형폐지, 사형집행유예, 종신형

57) 김인선(각주 47), 195면; 손동권, 『형법총론』(개정판, 2004), 534면; 오영근(각주 47), 748면; 이수성(각주 47), 76면; 이훈동(각주 55), 433-435면; 임용(각주 47), 588면; 정성근·박광민, 『형법총론』(2001), 645면.  
58) 오영근(각주 47), 748면; 한인섭(각주 47), 44면.  
59) 한인섭(각주 47), 42-43면.

“사형폐지를 위한 단계적 실천방안 제언”에 대한 반대 토론문

사형제도는 한국민주주의의 기초

천정환

(범죄학자, 한국인권사회복지학회)

1. 발표자의 요지

발표자는 사형 폐지의 입장에 서있는 바, 그 근거로서 한국의 현 수준이 사형을 폐지한 여러 선진국의 수준에 미치지 못한다고 볼 수 없다는 점과 나아가 “선진국”은 차치하더라도 이미 사형을 폐지한 캄보디아 등의 수준에 이르지 못했다고는 볼 수 없다는 비교사회문화적 접근을 들고 있다.

또한 1997년에 23명의 사형수가 국내에서 처형되었지만 1998년에는 살인범죄건수가 966건으로 증가하였다는 통계를 들어서 사형의 위하력이 약하다고 하고 나아가 여러 국제 인권규범을 나열하면서 사형폐지의 정당성을 내세우고 있다.

사형폐지를 위한 실천방안으로서 정부는 “사실상 사형폐지국”의 입장을 유지해야 하며 동시에 형소법 제465조를 “사형집행의 명령은 판결 확정일부터 10년 이후에 하여야 한다.”라고 개정할 것을 제안하였으며 중국 형법이 채택하는 사형집행유예제도를 원용하여 사형 선고시 10년간의 집행유예기간을 두고 10년 이후 새로운 재판을 통하여 형을 감경하는 방안이 타당하다고 주장하였다.

또한 사형의 대안으로 가석방없는 절대적 종신제나 일정기간 가석방이 없는 상대적 종신형을 제시하였다.

2. 발표자의 주장에 대한 반론

발표자가 발표문에서 밝혔듯이 사형의 범죄억지력 등의 쟁점에 대하여는 폐지론자의 입장에서 있다고 한 바, 발표자를 폐지론자로 간주하여 반론하고자 한다.

1) 논리적 측면에서의 반론

발표자의 주장에는 사형제도는 인권국가와는 양립할 수 없다는 관점이 전제된 바(이는 모

든 사형폐지론자들의 입장까지 일치한다.), 이러한 논리는 시원적(始原的) 오류로 사형제도의 존재여부와 인권국가를 연관시킴은 잘못이며, 그것은 사형제가 있어도 운용방식에 따라 인권적일 수도 있으며 사형제가 없어도 형벌제도가 잔인한 경우(가령, 수단은 사형을 폐지하였지만 신체 절단형을 시행함) 비인권국가이기 때문이다.

또한 발표자는 대부분의 선진국이 폐지한 점과 사형폐지를 권고한 유엔 등의 예로서 폐지의 정당성을 주장하나 이는 논리학에서 말하는 다수에의 오류나 권위에 의존하는 논증오류 및 베이컨이 지적한 극장의 우상(편견)이라는 오류가 아닌가 하고 생각되는 바, 그것은 대다수의 선진국이 폐지하였다고 해서 그것이 참은 아니기 때문이며, 유엔같은 권위기구의 권고에 무조건 절대적 가치를 부여함은 잘못이기 때문이다. 가령 엠네스티 등 국제인권단체들은 신체형을 채택하는 싱가포르를 야만국이라고 비난하였지만 정작 태형을 당한 고객(범죄인)과 국민의 90% 이상이 태형을 지지하고 있다. 이러한 사실은 유엔 등의 유명기구의 의견에 절대적으로 가치를 부여하는 일이 얼마나 위험한가를 보여주고 있으며 가치의 영역에서 이런 극장의 우상을 항상 경계해야 한다.

폐지론자들이 항상 들고 있는 “유엔이 폐지를 권고했다.”라는 정당화 논리는 민주주의에 정면으로 위배되는 측면이 있다. 그것은 각국이 형벌의 종류를 정하는 것은 가치선택의 문제이며 다양한 사회적 배경을 가진 국가들에게 그러한 다양성을 무시하고 획일적으로 유엔이 사형폐지라는 가치선택을 강요한다면 그것이야 말로 민주주의 원리에 위배되며 그것은 사실의 영역과 달리 가치의 영역에선 만장일치란 민주주의의 최대의 적이기 때문이다.

이외에도 보통 폐지론자들이 범하는 오류들에는 입증책임전가의 오류(사형의 위하력이 있다는 증거가 없으니 폐지가 옳다는 논리) 인과적오류(폐지한 나라에서 오히려 범죄가 감소했다는 주장) 무지의 오류(위하력의 문제는 순수과학의 검증 대상이 아님에도 이를 엄격한 순수 과학적 검증의 대상으로 여겨 결국 논의를 위한 논의가 되는 것)등이 있으며 이런 오류들은 사형론자들도 많이 범하는 오류임은 물론이다.

## 2) 내용적 오류

발표자의 주장(이는 모든 폐지론자들도 마찬가지이다.)에는 대중독재적 시각 또는 소위 베이컨이 말한 종족의 우상(소수 사형수의 입장에서 보지 않고 대중이란 종족의 관점에서 보는 우상)이 전제된 바, 그것은 드물지만 사형집행을 원하는 소수 사형수의 입장이 전혀 고려되지 않았다는 것이다. 종신형을 가진 국가나 주에서 종신형자가 사형집행을 해달라고 소송내어 집행된 일을 상기한다면 적어도 사형집행을 희망하는 사람에겐 집행하는 것이 오히려 인권적이며 그렇지 않고 무조건 시설에서 한 평생 있으라는 것은 인권과 종교의 이름으로 행해지는 또 다른 국가폭력이기 때문이다.

또한 발표자는 사형폐지의 대안으로 절대적 종신제를 주장한 것에 대해 이런 주장은 교정학적 접근이 결여된 것이다. 절대적 종신형을 주장하는 폐지론자들은 사형수도 교화가 필요하고 사형은 형벌의 개선적 기능을 없애므로 종신형을 주장하나 교화란 출소하여 재범 않을 때 의미를 갖는 사회적 개념이며 종신형은 교화가 되어도 감옥에만 있는 비사회적 개념

으로 교화의 의미가 없으므로 교화와 종신형은 양립할 수 없기 때문이다.

발표자는 사형이 97년에 집행되었음에도 98년에 오히려 살인죄가 증가하였다는 논리로 사형의 위하력이 약하다고 주장하나 이는 명백한 오류로 위험한 사고라고 판단된다.

그것은 사형정책은 합리성이 있는 자들을 대상으로 하지 합리성이 결여되거나 부족한 자(격정범, 과실범, 종교사범, 정신범죄자, 사형집행효과가 장기기억에 저장되지 않거나 인출에 실패하는 자, 확신범 등 범죄발생의 형벌 탄력성이 "0"에 가까운 자)를 대상으로 하지 않음에도 통계에는 이런 비합리적인 사람들이 많이 포함되어 있기 때문이다.

또한 위하력 이론의 전제조건은 사형집행의 일관성 및 신속성 그리고 공개성이 필수요건임에도 97년의 집행은 위의 어느 하나의 요건도 갖추지 못하여 위하력 논의의 실익이 없기 때문이다.

그리고 중범죄 발생의 변수에는 범죄이익, 범죄가격(범죄비용, 검거의 두려움, 유죄선고에 대한 두려움, 형벌의 고통 예상) 외에도 개인적 변수, 사회적 변수(사형정책 등), 심리적 변수(둔감화 효과), 문화적 변수 등이 다양하게 역동적으로 작용함에도 발표자가 들고 있는 통계에는 사형집행이라는 하나의 요인만으로 중범죄발생의 증가를 운운함은 도저히 이해가 가지 않는다.

위하력은 적어도 합리성이 강한 사람들, 가령 범죄행위시 잡힐 수도 있고 잡히면 사형당해 죽을 수도 있으며 사형당함으로서 오는 코스트(죽음이라는 손실)가 범죄이익보다 크다고 생각하는 사람들에게 분명히 위하력이 있으며 이는 경험법칙으로 과학적 검증의 대상이 아님에도 폐지론자들은 이를 순수 과학의 영역으로 둔갑시켜 자신들의 주장을 합리화 하고 있다.

## 3. 제 안

### 1) 존폐론의 통합적 시각의 필요성

폐지론과 존치론을 중간지대가 없는 모순의 개념이 아닌 일원론적 개념으로 보아 폐지론자들의 많은 합리적 주장들을 수용하여 대부분의 사형 조항을 삭제하되 분단 상황과 많았던 학살 사건 및 높은 중범죄율을 가진 한국의 특성을 고려하여 광주학살 같은 내란살인죄, 흉악범죄, 전쟁시 국가안보를 위한 최소한의 균형법 조항에서는 사형조항을 존치하는 것이 방어적 민주주의에 맞으며, 동시에 사형제가 있는 중국 등과 사형수 이송협정을 맺어 현재 외국교도소에 수감 중인 한국인 사형수들을 데리고 와서 살릴 수 있도록 하기 위해서라도 사형제의 존치가 필요하며 그것은 헌법의 재외국민보호정신에도 부합한다.

그리고 흉악범에 대해선 일정기간 유예기간을 주어 교화 가능성이 있으면 현재의 무기형

보다 기간과 가석방 요건이 더 엄격한 무기형으로 감형하되 사형수가 진정으로 집행을 희망하거나 범죄 등으로 교화가능성이 없다고 사형집행위원회에서 판단하면 집행할 필요가 있다.

## 2) 폐지론자의 상징폭력에 대한 성숙한 대처

사형제도 여부와 인권국가와는 아무 관련이 없음에도 사형제가 있는 한국은 야만국가라는 왜곡된 상징을 조작하여 종교적 이익 등을 취하면서 정부와 국민에게 상징폭력을 가하는 관련단체 등의 상징협박에 이미 많은 대중들과 지식인들은 상징세뇌 되었다. 그 결과 미시 과시즘적 사고에 젖은 일부 정치인이나 지식인들은 사형에 찬성하면 반인권적으로 몰릴지 모른다는 두려움을 갖게 되었고, 이런 현상은 올바른 형사정책 의제설정에 저해되므로 여론 주도층과 국가는 폐지론자들이 행하는 상징성의 함정에 절대 빠지지 말고 신중하게 대처하고 성숙된 도덕적 리더십을 행사해야 한다.

## 3) 사형수 복지의 필요성

이제는 사형제 존폐라는 양적 논의에서 사형수의 복지를 위한 질적 논의로 이행할 필요가 있다. 이러한 측면에서 사형제를 유지하되, 현재 사형수에게 교도 작업권과 부부만남의 집 이용권을 주지 않는 것과 사형수와 수형자에게 참정권 및 술과 담배 등의 기호품을 인정하지 않는 것은 헌법의 평등권과 존엄권, 행복추구권과 인간다운 생활을 할 권리 및 국민주권주의를 정면으로 침해하는 위헌이라는 점과 동시에 교화의 효율성은 사회 유사화 원칙이 실현될 때 가능하므로 사형 확정된 5년 등 일정기간이 지나고 교화되어가는 사형수에게는 교도작업권 및 참정권, 제한적인 섹스권, 술과 담배 등의 기호품을 인정할 필요성이 있으므로 관련행형법등의 개정을 촉구한다.

# 사형제 존폐에 관한 토론문

김 상 겸

(동국대학교 법과대학 교수)

## I. 문제의 제기

끔찍한 살인사건이 발생할 때마다 우리 사회는 사형제의 존폐논란에 휩싸이게 된다. 살인에 대한 법적 대가로 가해자의 생명을 요구하는 사형제는 인간의 생명을 부정한다는 점에서 그 법적 책임문제를 별론으로 하더라도 사회적 논란의 대상이 될 수밖에 없다. 이러한 사형제에 대해서 올해 예외 없이 안양 어린이유괴 연쇄살인사건으로 인하여 다시 논란의 무대로 올랐다. 더구나 이번 사건에서 가해자는 별다른 죄의식을 느끼지 못하는 것처럼 보여 사람들을 충격과 분노에 휩싸이게 하였다. 이렇게 빈번하게 발생하는 살인사건은 우리 사회에 매년 사형제의 존폐문제를 거론하게 만들고 있다. 그러나 인성을 상실한 잔혹하고 교활한 범죄자에 대하여 사형을 집행해야 한다는 목소리가 높은 반면에, 사형은 국가에 의한 또 다른 제도적 살인이기 때문에 폐지해야 한다는 주장도 여전하다.

우리나라는 1998년 이래 사형집행을 하지 않고 있다. 국회는 이번 제17대 국회까지 세 번에 걸쳐 사형폐지법률안을 제출하였지만 폐기되었다. 국가인권위원회는 이미 정부에 대하여 사형폐지를 권고하였다. 현실적으로 볼 때 우리나라는 10년 이상 사형집행을 하지 않았기 때문에, 비록 형벌로 사형이란 제도가 남아 있지만 국제사회에서는 실질적 사형폐지국으로 분류되고 있다. 이런 상황에서 정부가 새삼스럽게 사형을 집행하기란 쉽지 않을 것이다. 그렇지만 실정법에 사형이 규정되어 있고 사법절차를 거쳐 사형이 선고되었는데도 이를 집행하지 않는 것은 국가의 법집행에 있어서 문제를 야기하는 것이다. 또한 국민의 입장에서 사형이 선고된 후, 형이 집행되지 않고 있다는 점에서 법적 신뢰의 문제가 발생할 수 있다.

## II. 생명권과 사형제

사형제에 있어서 논란의 초점은 생명권의 침해여부이다. 생명권은 절대적 가치를 지닌 생명에 대한 기본권이다. 우리 헌법이 생명에 대하여 명문의 규정을 두고 있지 않으나, 인간의 존재의미가 생명으로부터 시작된다는 것은 자명한 이치이기 때문에 헌법상의 기본권으로 생명권을 인정하고 있다. 사형이란 형벌은 사형선고를 받은 자에 대하여 그 생명을 박탈하는 형벌이고 그 존재를 부정하는 것이기 때문에 범죄자의 기본권 침해문제가 발생하게 된다. 즉 살인이라는 극악한 범죄를 저질렀다고 하여도 하나뿐인 생명을 빼앗는 것은 공권력에 의

한 기본권의 침해가 될 수 있다. 또한 적법한 절차에 의하여 사형선고가 내려진다고 하여도, 오판으로 인하여 생명이 억울하게 희생된다면 회복할 수 있는 방법이 없기 때문에 생명형인 사형제는 폐지되어야 한다는 주장도 있다. 물론 이러한 인식의 이면에는 과거 정치범이나 사상범에 대하여 사형제를 남용하였던 문제도 있고, 사범당국에 대한 불신이나 부정적인 인식 때문이기도 하다.

생명이란 누구에게나 오직 하나뿐이기 때문에 소중하다. 그 무엇과도 바꿀 수 없는 생명은 기본적으로 죽음에 반대되는 인간의 육체적 존재형식으로 모든 생존활동에 있어서 기본적인 전제이다. 독일의 연방헌법재판소는 인간에게 있어서 생명이란 살아있다는 현존재를 의미한다고 한다. 이러한 입장은 살아서 숨쉬고 있는 생명의 존재를 생각할 때 일면에서 타당성이 있다. 그러나 인간은 지구상의 다른 동물들과는 다른 존재이다. 인간에게 있어서 생명은 단순히 육체적 존재만을 의미하지 않는다. 정신과 영혼이 깃들지 않은 육체는 무의미한 것이다. 인간은 육체와 정신이 함께 할 때 비로소 인간다운 인간이 되는 것이다. 인간의 존엄과 가치는 생각하는 존재라는 것, 그리고 그것을 실현시키는 존재라는 점에서 그 존재의 가치가 있는 것이다. 우리 헌법 제10조는 인간의 존엄과 가치를 규정하고 있다. 헌법의 이 규정은 인격주의에 기초함으로써 그 의미를 갖게 되는 것이다. 따라서 생명은 단순히 육체적 존재만을 갖고 평가할 수는 없으며 정신이 함께 하는 육체가 진정한 생명이라 할 수 있다.

인간의 생명은 천부적인 것으로 국가법 질서 아래에서 최대한 보장되어야 한다. 그렇지만 헌법재판소가 언급하고 있는 것처럼 절대적인 생명의 가치도 다양한 사람들이 더불어 사는 사회에서는 상대화될 수밖에 없고, 사형제는 타인의 생명을 빼앗은 자에 대하여 예외적으로 적용될 뿐이다. 인간사회는 완벽한 신의 세계도 아니고, 누구에게나 생명의 가치는 동등하다. 누구나 생명의 가치를 가지고 있는 만큼, 자신의 생명이나 타인의 생명은 다 소중하다. 헌법재판소의 이러한 평가는 인간에게 보장된 기본권이 개개인에게 전속된 배타적인 주관적 권리이지만, 다른 한편에서 사회공동체의 구성원으로서 사회적 책임을 져야 하는 인간에게 부여된 객관적 질서라는 것을 의미한다.

우리는 죄를 미워하되 사람을 미워해서는 안 된다고 한다. 인간의 행위에 대하여 그 행위와 행위자를 구분하여 개별화할 수 있다. 왜냐하면 그 행위가 그 행위자의 전부를 대변하는 것은 아니기 때문이다. 죄형법정주의에 기초한 형법은 근대에서 현대로 넘어오면서 범죄행위에 대하여 행위와 행위자를 구분하여 그 책임을 묻는 경향으로 가고 있다. 그렇지만 그 행위는 누구의 행위인가? 행위의 결과에 대하여 책임을 묻는 경우에도 일정한 한계가 있다.

우리는 살인범에게도 수사과정부터 재판을 거쳐 수감에 이르기까지 인간으로서 누려야 할 권리를 보장하고 있다. 그렇지만 범죄행위에 대한 법적 책임은 별개의 문제이다. 오늘날 형벌이 교정·교화에 치중한다고 하여도 법적 책임을 묻는 응보는 기본이다. 인성을 상실하고 반성을 모르는 교활한 살인범에게 교정·교화가 가능하다고 보는 것은 너무나 단순한 발상이고 인간성에 대한 심각한 고려가 부족한 판단이다.

인간이 사회와 국가라는 질서공동체를 형성한 것은 자연상태에 있는 생명에 대한 무자비한 공격으로부터 자신을 보호하기 위한 것이다. 오늘날 국가가 헌법을 정점으로 하는 국가법의 체계를 구축하여 국민의 생명과 재산, 그리고 권리를 보호하고 있는 것은 그 이유 때문이다. 사형제는 사회와 국가의 질서를 파괴한 자에 대한 스스로 약속한 효과적인 방어수

단이다. 물론 사형제가 인명 살상범죄에 어떤 예방의 효과가 있는지 검증된 바는 없다.

그러나 한 가지 분명한 것은 자신의 생명을 소중하게 생각하는 자는 다른 사람의 생명도 존중하고 보호한다는 것이다. 자신의 생명만 소중하다고 주장하는 것은 사회공동체에서 받아들이기 어려운 것이다. 사형집행이 중지된 후 해가 갈수록 살인 사건이 증가하고 있는 것을 보면 사형제를 전적으로 이와 무관하다고 보기는 어려울 것이다. 사형제는 우리가 다 분석할 수 없는 인류의 축적된 경험에 근거하고 있다. 무고한 생명을 끔직한 방법으로 살해하면서 죄의식을 못 느끼는 가해자의 모습에서 사형제가 갖는 최소한의 의미는 존재한다.

국민주권원리 속에서 법질서에 의하여 움직이는 사형제가 국가에 의한 제도적 살인이라고 한다면, 전제로서의 국민은 사형제를 인정하고 있는 법치국가에서 살인범일 수밖에 없고 국가의 구성원인 국민을 폄하하는 것이다. 또한 이러한 논리는 국가의 존재를 선험적 상태에 있는 존재로 보고 평가하는 철학적 논리에 불과하다. 그렇지 않다면 우리는 어쩔 수 없는 상황인 전쟁, 질병, 뇌사 등에 대하여 대처할 방법이 없다. 현실의 문제를 이상의 논리로 해결하려고 한다면 그 결과는 더욱 비현실적이 될 수밖에 없다. 그렇기 때문에 타인의 생명을 참혹하게 빼앗은 자의 행위는 부정의이고 국가는 이런 부정의에 대한 정의의 실현으로서 사형제를 운영하는 것일 뿐이라는 현실을 직시해야 한다.

인류의 역사와 함께 하는 사형제는 각국의 문화, 역사 및 사회환경과 관계가 깊다. 유럽연합이 사형제를 폐지한 것은 과거사에 대한 반성 때문이다. 두 번 다시는 인간의 존재를 경시하지 않겠다는 전쟁과 학살에 대한 반성이다. 그들이 인류사에 자행한 만행은 보면 충분히 수궁할 만한 것이다. 그들의 태도는 오히려 그것만으로도 부족한지 모른다. 한 민족을 말살하기 위하여 저지른 만행에도 대하여 인류의 역사 앞에서 인류의 역사가 끝날 때까지 반성해도 부족할지 모른다. 그렇기 때문에 선진국 운운하면서 이를 언급하는 것은 역사에 대한 인식이 잘못된 것이다. 미국은 현재 38개 주가 사형제를 유지하고 있다. 프랑스에서는 몇 년 전 테러범에 한하여 사형제를 재도입하는 것을 고민하였다. 아프리카와 중동에도 사형제가 없는 나라는 많다는 것은 사형제의 유무가 선진국이나 인권국가를 결정하는 것은 아니라는 것을 보여준다.

### III. 생명의 보호를 위한 사형제

인간사회에서 절대적 가치는 존재한다. 그러나 어떤 절대적 가치도 현실세계로 들어오면 상대화될 수밖에 없다. 우리가 사는 이 사회는 현실이다. 모든 현실의 문제를 이상적 기준만 가지고는 풀 수 없다. 현실의 문제는 현실적 잣대와 평가로 풀어야 한다. 인간사회의 한계를 인정할 때 갈등과 모순이 조화롭게 해결될 수 있다. 이것이 인간 사회의 참 모습이다. 얼마 전 일본은 가해자의 인권을 지나치게 고려하는 사회의 모순과 가면을 풀어야 한다고 하였다. 물론 가해자의 인권을 존중하고 그 행위를 용서할 수 있다. 그렇지만 존중하고 용서하는 것과 법적 책임에 대한 것은 별개의 문제이다. 그 누구도 고통받고 존재를 부정당한 피해자와 그 인권에 대하여 책임을 질 것인가? 이는 그 누구도 해답을 찾을 수 없는 문제이다.

사형제가 있어야 한다는 것은 인간이 사회공동체를 구성하고 생활하면서 생명의 가치를



인정하고 생명을 보호하기 위하여 있어야 한다는 것이다. 사형제가 반문명적이라고 한다면 이는 인간의 본성에 대한 깊은 성찰이 부족한 것이고, 인류사와 인간의 문화에 대한 정확한 인식의 결여라고 생각한다. 사형제는 결코 야만적이지 아니며, 인간의 오랜 역사 속에서 이 사회를 지키기 위한 최후의 수단인 것이다.

우리 사회에서 이제 정치범이나 사상범에 대한 사형선고는 없다. 단순한 살인범에 대해서도 사형은 선고되지 않는다. 그러나 끔찍하고 잔혹한 수법으로 인간을 살해하는 자와 인간의 생명을 몰가치로 몰아넣는 연쇄살인범과 같이 인성을 상실한 자에게 사형제가 적절한 수단이 될 수밖에 없는 현실은 변하지 않는다. 사형제에 대한 판단은 그 시대가 갖는 정신과 국민의 법감정과 법의식에 의하여 판단될 수밖에 없다. 그렇지만 사형제에 대한 논의는 필요하다. 끊임없이 생각하고 성찰하는 가운데 인류사회가 발전하기 때문이다. 그런 점에서 우리는 일단 현실적으로 문제를 풀어가야 한다. 현재 우리 실정법에는 불필요한 사형규정이 너무 많다. 그렇기 때문에 이를 시급히 정리하여 최소한의 규정만으로 규범력을 확보하는 것이 필요하다. 또한 사형집행의 방법에 있어서도 심각한 고려가 있어야 한다. 사회구성원의 생명권의 보장이라는 헌법적 가치질서를 위하여 불가피하고도 예외적인 경우에 한하여 유지되어야 한다.

사형제는 타인의 생명을 부정하고 인류사회의 구성원이길 거부하는 자에 대한 사회공동체의 형벌이다. 스스로 인간이길 부정하는 자에게 인간의 도리나 인간의 존재가치를 논할 수는 없다. 인간의 권리는 인간에게만 부여되는 것이 정의이다.

## 사형제도의 정당성

박 영 속

(성산효대학원대학교 사회복지학과 교수)

### 1. 서론

인간의 범죄는 역사상 어느 시대에서나 존재해 왔으며, 사형은 이러한 범죄를 방어하기 위한 수단으로서 가장 오랜 역사를 지닌 형벌이다. 사형은 인간존재의 바탕인 생명을 빼앗는 생명형으로서 모든 형벌 중에서 가장 무거운 형벌인 극형이다.

사형제도가 사회적 합의에 의해 실시된다고는 하지만 과연 국가가 개인의 존엄한 생명권을 박탈할 권한이 있는가에 대해서는 끊임없이 문제가 제기되고 있다.

특히 1764년 계몽주의 사상가인 베카리아는 사형이란 일반예방에 필요한 한도를 넘어 정당성이 없으며, 유·무죄는 진실성이 아닌 개연성의 문제로 오판의 경우 회복이 불가능한 결정적인 단점을 가지고 있다고 하면서(김봉도 역, 1995) 사형폐지론을 강력히 주장하였다.

최근에는 국제사면위원회(Amnesty International) 등의 국제기구에서 사형제도의 폐지를 권고하는 등 사형폐지운동은 세기를 뛰어넘는 인간적 관심사로 등장하고 있으며 2006년 현재 세계 197개국 중에서 사형제를 완전히 폐지한 나라가 102개국에 이르렀다.

그러나 사형제도 존치론자들은 사형제를 통해 범죄의 잠재력을 가진 자에게 위하력을 조성함으로써 범죄 발생을 예방할 수 있고, 피해자와 국민 다수의 응보적 감정을 충족시킬 수 있어 사회를 보호하고 인류의 질서와 평화를 유지할 수 있다며 사형제도의 필요성을 주장하고 있다.

우리나라에서는 국가인권위원회가 2005년 4월 사형제 폐지를 정부에 공식 권고하면서 사형제 폐지를 공론화하고 있고 진보적인 종교·시민단체들도 사형제의 폐지를 주장하고 있다.

현재 우리나라는 최근 10년동안 단 한 건의 사형도 집행되지 않아 사실상 사형제도가 폐지된 것과 다름없는 상황이다. 이 기회에 사형제도를 폐지해야 한다는 주장이 열기를 더해 갔지만 얼마 전 전직 프로야구 선수의 4모녀 살해사건과 안양 초등학교 납치 살해 사건 등 최근에 흉악범죄가 잇따라 발생하면서 과연 우리나라에서도 사형제도를 폐지해야만 하는지에 대해서 국민들의 의문과 불안이 커지고 있는 상황이다.

사형제도의 폐지가 세계적인 추세이며 선진국·문명국의 척도가 될 수 있는 만큼 비인도적이고 야만적인 사형이 폐지되어야 한다는 주장이 일리는 있으며 또 언젠가 그렇게 되어야만 할 것이다. 그러나 사형제의 존폐를 논하기에 앞서 현재 우리나라의 여러 가지 상황과 여건이 사형제를 폐지할 만큼 충분히 성숙되고 안정되어 있으며, 그에 대한 국민들의 공감대가 형성되어 있는지를 먼저 고려해 봐야 할 것이다. 날로 범죄 건수는 증가하고 있으며 범죄 수법은 더욱 잔인하고 무차별적이고 흉폭화, 지능화되어 가고 있는 현 상황에서 과연 사형제를 폐지해야 할 것인가?

이에 본 고에서는 사형제도의 폐지론을 살펴보고 그에 대한 반론적인 입장에서 사형제도의 정당성을 논하고자 한다.

## II. 우리나라 사형제도의 현황

### 1. 사형 관련 법규정

헌법 제110조 제4항에서 “비상계엄 하의 군사재판은 ...법률이 정한 경우에 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고하는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정되어 있어 사형을 형벌의 한 종류로 예상한 규정 두고 있다.

형법에서는 사형을 형벌의 하나로 규정하고 있고(형법 제41조), 형법<sup>1)</sup>, 군형법, 국가보안법 등 17개 법률 86개의 조항에서 사형을 법정형으로 규정하고 있다. 다만, 국제조약의 정신에 따라 범행 당시 18세 미만인 자에 대해서는 사형을 처할 것인 때에는 15년의 유기징역으로 하도록 되어있다(소년법 제59조).

또한 형법에서 절대적 중신형 규정은 없고, 무기징역형의 경우 가석방(10년 이상 복역시)이 가능하도록 규정하고 있으므로(형법 제72조 제1항) 상대적 중신형을 두고 있다고 할 수 있다.

사형의 집행은 교수의 방법으로 교도소내의 사형장에서 하게 되어있다(형법 제41조·제66조, 형소법 제463조1·제469조). 다만 군형법(제3조)은 총살형으로 집행한다고 규정하고 있다.

사형집행의 명령은 판결이 확정된 날로부터 6개월 이내에 하여야 하며(형소법 제465조 제1항), 사형의 집행은 법무부 장관의 명령이 있을 때로부터 5일 이내에(형소법 제466조), 검사와 검찰청 서기관과 교도소장이나 그 대리자의 입회 하에(형소법 제466조 제1항), 교도소내의 사형장에서 교수하여 집행한다(형법 제66조). 그러나 군형법의 경우에는 소속군 참모총장 또는 군법회의의 관할관이 지정한 장소에서 총살로서 집행한다(군형법 제3조).

사형선고를 받은 자가 심신의 장애로 의사능력이 없는 상태에 있거나 임신 중에 있는 여자일 경우에는 법무부 장관의 명령으로 집행을 정지하며, 심신장애의 회복 또는 출산 후 법무부 장관의 명령에 의하여 형을 집행한다(형소법 제469조). 또한 정식 집행명령이 있다고 할지라도 국가경축일, 일요일, 기타 공휴일에는 사형을 집행하지 아니한다(행형법 제57조).

사형집행조서는 집행에 참여한 검찰청 서기관이 작성하고 검사와 교도소장 또는 구치소장이나 그 대리자와 함께 서명날인 하여야 한다(형소법 제468조).

형이 집행된 후에 사체는 친족 또는 친지의 청구에 의하여 교부하고 인수인이 없을 때에는 교도소에서 매장 또는 화장한다(행형법 제58조·제59조). 사형집행을 지휘한 검사는 법무부장관에게 사형집행 사실을 보고하여야 한다.

### 2. 사형 집행 현황

우리나라는 건국 이래 1948년 처음으로 살인범에 대한 사형이 선고된 이후 마지막으로 사

1) 형법에 총 15종의 범죄에 대하여 사형이 규정되어 있는데, 사형만이 법정형으로 규정된 sruddn는 여적죄(형법 제93) 1개 죄이고, 나머지 14개 죄에 대하여는 사형이 자유형과 선택적으로 규정되어 있다.

형이 집행된 1997년까지 집행된 사형 건수는 모두 923명으로 매년 평균 19명이 사형장의 이슬로 사라졌다.

이들 사형집행자들의 죄목을 살펴보면, 국가보안법과 반공법 위반 등으로 사형이 집행된 자는 모두 340명이며, 살인죄가 320여명, 기타 강도살인죄가 280여명에 달하여 우리나라의 경우에는 소위 양심범 또는 정치범이라고도 하는 공안사범에 대한 살인집행이 다른 죄목보다 더 많다(국가인권위원회, 2004).

1997년 23명에 대해 사형이 집행된 이래 더 이상 사형 집행이 이루어지지 않았는데, 2004년 12월 31일 기준으로 사형수는 모두 60명으로 이들은 모두 인명 침해 사범이며, 그 중 48명인 80%가 2명 이상의 사람을 살해한 흉악범이고(3명이상 살해 21명, 그 중 10명 이상 살해3명), 1명을 살해한 경우는 어린이 유괴 살해 후 사체훼손(토막살인), 막가과 사건 등 반인륜적인 흉악범죄를 저지른 경우이다.

2007년에는 4월 12일 1명이 사형 판결을 받아<sup>2)</sup> 대한민국의 사형 대기 기결수가 모두 64명까지 증가하였다. 그러나 2007년 12월 31일 6명이 무기징역으로 감형되어 2008년 1월 1일 현재 사형대기 기결수는 모두 58명이다.

### 3. 사형제에 대한 국민 의식

국가인권위원회(2003)는 사형제도 대한 다양한 의견을 구하기 위하여 2003년 10월부터 2003년 12월까지 3개월동안 사형제도에 대한 국민의식조사를 실시하였다.

그 결과 일반 국민은 사형존치에 대하여 65.9%의 높은 찬성률을 보이고 있고, 사형제 폐지가 시기상조라고 생각하는 국민도 20.9%에 이르러 현시점에서의 사형제 폐지에 대하여 86.8%가 반대함을 알 수 있다.

또한 직접적인 살인과 관계없는 범죄에 대하여는 사형을 폐지하여야 한다는 응답이 66.4%로 높게 나타났고, 특히 사형을 부과하고 있는 범죄 중 군사범죄(79.4%)와 공안사범(74.3%)에 대한 폐지의견이 높게 나타났다.

사형존치에 대한 근거로는 사회를 유지하기 위한 최후 수단이라는 의견이 77.1%, 범죄 예방 효과가 51.9%, 용보가 49.5%로 나타났고, 폐지시기에 대해서는 74.2%가 우리의 사회 문화 수준이 성숙되었을 때라고 답변하였으며, 폐지시 예상되는 문제점으로 50.6%가 국가 예산 소요 증가를, 46.3%가 범죄율 증가를 우려하였고, 헌법재판소의 합헌 결정에 대해서 75.8%가 동의하는 것으로 나타났다.

한편 한국형사정책연구원(2004)에서 2004년도에 실시한 여론조사에서는 사형제도의 폐지가 11.2%, 사형제도 존치 및 강화가 37.5%, 사형제도 축소가 51.4%로 나타났다.

2) 서울 서남부지역 등에서 부녀자와 어린이 등을 상대로 연쇄살인 행각을 벌였던 정남규(38)씨에 대한 사형이 지난 2007년 4월 12일 확정됐다. 정씨는 2004년 1월부터 지난해 4월까지 모두 24건에 이르는 강도상해와 살인을 저질러 연쇄살인 혐의로 사형을 언도받았다. 이로써 국내 사형 대기 기결수는 총 64명으로 늘어났다(일요시사 2007. 4. 17자).

### III. 사형제도 폐지론

사형제도 폐지론자들의 주장으로는 인도주의적 관점, 오판의 가능성, 범죄 억지력이 없다는 점, 피해보상 차원 등을 들 수 있다.

#### 1. 인도주의적 관점

인간의 생존권은 불가침의 것으로 국가가 인간의 귀중한 생명을 박탈할 수는 없다는 관점이다.

이러한 인도주의적 사형폐지론은 생명의 신성존엄과 생명의 박탈은 오직 신만이 가능하다는 종교사상적 근거에서 출발한다(전요한, 1986).

즉, 생명은 그 자체가 절대적 가치를 가지는 목적으로 사형은 그 존재의 기초를 말살하고 그의 모든 이익을 박탈하는 것이므로 비록 국가의 형이상학적인 존엄의 유지나 법질서의 회복이라는 생각에 의해서도 기초 지울 수 없고, 인간의 존엄과 가치를 인정하는 인도주의 사회에서는 허용될 수 없는 형벌이다(진계호, 1983).

사형은 인간이 인간을 향해서 행하는 행위 가운데 가장 야만적이고 잔혹하기 때문에 인도주의적 견지에서 허용될 수 없으며, 법의 이름으로 하는 사법살인이고, 살인이 허락되지 않는 것처럼 사형도 허용되지 않는다(김영욱, 1993).

사형제도는 국가가 법률로서 살인을 금하고 스스로 살인을 행하는 이율배반적 제도이며(김종민, 1989), 사람의 생명에 대한 진실한 보호는 생명을 존중함으로써 확립되어야 하는데, 사형은 야만시대의 잔재로서 인도(人道)상 허용될 수 없는 형벌이므로 폐지되어야 한다는 것이다.

#### 2. 오판의 가능성

일찍이 공리주의 철학의 대표자인 벤담은 사형은 회복불가능이라는 형벌의 다른 요청에 반해, 오판에 의해 일단 집행이 되어 버리면 이것을 회복하는 것은 불가능하다고 논하고 있다. 또한 베카리아도 프랑스의 유명한 오판사건에 큰 충격을 받고 형사사법 상태에 비판을 가하기 위해 1764년에 '범죄와 형벌'을 집필하고 사형폐지를 원칙적으로 인정해서는 안된다고 주장하였다.

재판은 신이 아닌 인간에 의해 만들어진 제도에 의거하여 행하여지기 때문에 그 어떤 만반의 조치를 강구하더라도 절대로 무고한 자에 대한 오판, 즉 공인된 사법살인이 전혀 있을 수 없다고는 그 누구도 단언할 수 없다. 실제에 있어서 살아있는 사람은 자기의 무고함을 증명하는 것이 가능하지만, 이에 처형된 사람은 자기의 무고를 증명하는 것이 불가능하므로 한번 오판에 의해 처형이 이루어진 경우에는 진짜 범인이 확실하게 밝혀지지 않으면 오판이라고 단정할 수 없다. 더군다나 후일 그것이 오판이었음이 발견되어도 희생자는 이미 사망한 후이므로 원상회복이 절대 불가능하다(강구진, 1980).

즉, 사형은 인간의 생명을 박탈하는 것으로서 회복불가능하기 때문에 오판의 가능성이 만에 하나라도 있다면 사형은 인정될 수 없다. 즉, 인간의 생명은 매우 존엄한 것이며 이렇게 존귀한 생명이 오판에 의하여 무고하게 박탈당할 수는 없다는 것이다. 재판은 인간이 행하

는 것으로서 오판의 가능성을 완전하게 없애는 것은 불가능하며 따라서 사형은 폐지되어야 한다는 주장이다.

#### 3. 범죄 억지력이 없다는 점

사형은 극형이고 무거운 형벌이다. 따라서 사형에 처하여진다는 공포심이 발생하고 이로써 범죄 억지력이 있다고 믿고 있을 뿐이지 사실상 범죄 억지력이 있느냐 하는 점은 의문점이 많은 것이고 확실한 증거도 없는 것이다.

오히려 유럽에 있어서 공개적으로 사형이 집행되고 있는 한 현장에서도 남의 지갑을 훔치는 범죄가 횡행한 사례에서 보듯이 범죄 억지력이 없으며 또한 사형의 주된 대상이 되는 흉악범이나 정치적 확실범에는 무기력한 억지효과를 보인다(前野育三, 1988).

또한 미국의 경우 사형제도를 폐지한 주와 그렇지 않은 주의 살인 발생률에 크게 차이가 없으며, 범죄자들은 죽음을 불사하고 범죄를 저지르는 경우가 많고 실제 흉악한 범죄가 발생하는 순간에는 사형제도가 범죄 억지 효과를 가지 못한다고 지적하고 있다.

즉, 사형은 그 잔혹성에 비하여 일반인이 생각하는 것과 같은 위하력 즉 범죄 억지력이 없다. 뿐만 아니라 사형은 국가가 국민에게 살인의 시범을 보이고 이를 모방케 할 우려가 있고, 범죄인 또는 일반인의 반항심을 도발할 우려가 있다. 사형은 극히 투쟁적 성격의 형벌이므로 그 집행의 공개는 일반인을 죽음의 공포에 무감각하게 하며 국민일반의 도덕성을 파괴한다고 한다.

이 점에 관해서는 일찍이 베카리아가 '범죄와 형벌'에서 사형은 수많은 사람들에게 하나의 구경거리에 불과하고 법률이 고취하고자 하는 신성한 공포의 감정은 분노적인 동정에 압도당해 버리고 말며, 인간의 정신에 가장 큰 효과를 끼치는 것은 형벌의 '내포(강도)'가 아니라 '외연(길이)'이라고 하여, 강렬하지만 일시적인 사형보다는 지속적인 인상을 주는 무기자유형이 위하력에 있어 훨씬 더 효과적이라고 하였다. 따라서 사형은 "사적모살(私的謀殺)을 예방하기 위해 공적모살(公的謀殺)을 규정하는 어리석은 짓"이라고 하였다.

만약 사형이 최소한의 범죄 억지력이라도 가진다면 형벌사상 그토록 남용된 사형집행에 의해 중범죄가 어느 정도 근절되어 있어야 하지 않는가. 또한 대개의 범죄인들은 어떤 범행 방법도 지나치다거나 악하지 않다는 등의 비합리적 동기가 개입되지 않는 경우는 별로 없다는 것이다(장경주 역, 1981).

#### 4. 피해보상 차원

가장 현실적이고 구체적인 근거로서 국가의 가해자에 대한 사형집행이 피해자 가족에게 응보적인 감정적 만족을 줄지는 모르지만, 피해자와 가해자 양측의 가족 모두를 경제적 궁핍과 결손 가정에 빠지게 하여 범죄 원인을 양성케 하는 두 가지 악한 결과를 초래하게 된다는 것이다.

즉 사형제도는 범죄인의 생명박탈에만 몰두하고 피해자 구제는 전혀 고려치 않고 있다는 것이다. 따라서 이 두 가지 문제를 해결하지 않고서는 사형은 국가의 궁핍자만 생산해 낼 뿐 참다운 범죄억지 내지 예방의 효과를 발휘할 수 없다.

따라서 국가는 피해자의 유족을 경제적 곤궁으로부터 구제할 필요가 있고 부조·보상제도를 마련하지 않으면 안된다. 국가가 사형제도를 유지하는 이상, 이 문제를 해결하여야 하고

만약 이 문제를 해결하지 못하는 한에 있어서는 무기형으로 대신하여 가해자로 하여금 피해자의 가족을 구제하는 방법을 취하여야 한다는 것이다(조항록, 1977).

### IV. 사형제도의 정당성

사형제도 폐지론자들의 주장인 인도주의적 관점, 오판의 가능성, 위하력이 없다는 점, 피해보상 차원 등을 중심으로 그에 대한 반론을 제기해 보고 이외에 사회계약설, 일반 국민의 법적 확신, 사회현실적인 이유 그리고 사형과 관련한 헌법소원과 판례 등을 중심으로 사형제도의 정당성을 주장해 보고자 한다.

#### 1. 인도주의적 관점에서

인간의 인권은 존중되어야 한다. 물론 범죄자의 인권존중도 중요하다. 그러나 사회보호 및 선량한 일반시민의 생명과 인권도 중요하다. 사형제도의 필요성은 바로 선량한 시민의 생명과 안전을 보호하는데 있다. 사형없이 선량한 피해자들을 어떻게 보호할 것이며, 살인자에게 사형이 선고되지 않는다면 다른 사람의 최고의 가치를 빼앗은 살인자의 책임을 어떻게 상쇄시킬 수 있을 것인지 의문이다.

인간의 존엄성이라는 것은 생명을 존중하고 생명의 가치를 받아들이는 사람에게 가치있는 것인데 타인의 생명을 박탈한 사람을 더 보호한다는 것은 문제이다.

사형이 잔인하고 비인도적이라는 주장은 사형폐지운동이 일어난 역사적 배경과 연관해서 볼 필요가 있다. 영국에서 사형폐지운동이 가장 먼저 일어난 이유는 18세기 말까지 소매치기 등 사소한 죄를 포함한 230가지의 죄를 사형으로 다스렸기 때문이다. 8-11세 소년이 구두 한 켤레 훔친 죄로, 9세 소년이 한 가게에서 그림물감 한 세트를 훔친 죄로 사형을 당했으며, 헨리 8세의 통치 36년간 72,000명이 처형을 당했다고 한다. 이렇게 사형이 남용되고 인간생명이 경시되던 1800년대 상황에서 사형폐지 운동은 시작되었다(조선일보 1999. 12. 14 일자).

종래에는 범해진 범행보다 훨씬 과도한 형벌이 부과되었다는 점에서 사형폐지운동이 당위성 내지 정당성이 인정될 수 있었다. 그러나 지금의 우리 상황은 다르다고 할 수 있다. 즉 범죄행위로 인해서 침해된 법익과 형벌에 의해서 범죄자에 대해 가해지는 침해의 정도는 단순히 동일할 것을 요구하는 것이 아니라 범죄의 정도에 비하여 형벌의 정도가 다소 가벼울 것을 요구하고 있기 때문이다. 따라서 단순살인행위에 대해서 무조건적으로 사형을 부과하는 것이 아니라 다수를 잔혹하게 살해한 경우 등 특수한 경우에만 사형을 선고한다면 이 문제는 해결될 수 있다(김종덕, 2005).<sup>3)</sup>

인간의 생명권은 매우 존귀하며 전 인류에게 있어서 가장 신중하게 다루어져야 할 것이다. 이러한 차원에서 범죄자의 생명도 인도주의적인 차원에서 존중되어야 하지만 범죄로부터 무고하게 생명을 박탈당한 피해자의 생명도 존중되어야 한다는 차원에서 사형제도의 정

당성은 인정된다. 장래에 일어날 수 있는 잠재적인 범죄에 대해서 다수의 생명이 사형제도를 통해서 안전하게 보호받을 수 있는 것이다. 사형제도는 범죄자의 생명권을 박탈하는 제도가 아니라 박탈되는 생명권을 보호하기 위한 사회 방어적인 수단인 것이다.

사형제에 찬성하는 사람이든 반대하는 사람이든 사람의 생명을 존귀하게 여기고, 인도주의를 숭상하며, 인권에 투철한 의식을 가지고 있다는 점에서 아무런 차이가 없다. 다만 이를 실현하는 방법에서 차이를 보일 뿐이다. 사형 폐지론과 존치론의 차이를 단적으로 말하면, 사형 폐지론자는 사형을 폐지해도 흉악범죄가 증가하지 않으므로 비인도적인 사형제를 폐지하자는 것이고, 사형존치론자들은 사형을 폐지하면 흉악범죄가 증가하여 무고한 사람의 생명이 위협을 받게 되므로 부득이 하게 사형제를 유지하자는 것이다(이재교, 2006).

인간의 생명권은 그 누구도 침해할 수 없는 존귀하다. 사형제도는 바로 그 생명권을 보호하기 위한 제도로 더 많은 생명을 보호하기 위한 필요악으로서 받아들여야 할 것이다.

#### 2. 오판의 가능성에 대해서

인간사회에 있어서 어떠한 판단도 그것이 부정확할 가능성은 항상 내포하고 있다. 따라서 인간의 생명권이라는 중요 법익을 심대하게 침해하는 범죄행위에 대해 그 생명을 박탈하는 사형제도가 우리 사회에 기여하는 바가 크다면 오판의 가능성을 절대적으로 줄이는 방법을 강구한다는 점을 전제로 존치시킬 필요가 있다.

미국의 경우, 배심제와 철저한 양형기준이 확립, 적용되고 법률전문가가 아니라 배심원들이 중범죄자에 대하여 유죄의 평결을 하여 법원은 양형 기준에 의해서 어쩔 수 없이 사형을 선고하여야 하므로 오판에 의한 중형이 선고될 위험이 있었고 따라서 그러한 나라를 중심으로 사형제도 폐지운동이 일어났다. 그러나 최근 과학적인 수사로 오판의 가능성은 상당히 줄었다.

오판의 위험은 사형제도 뿐만 아니라 다른 형벌의 선고될 때도 항상 있을 수 있다. 그러나 특히 사형의 경우에는 보다 신중할 수밖에 없다. 전문적인 법원에 의한 증거조사과 판단, 양형 등으로 재판이 이루어지고 모든 중죄인의 경우 더 엄격하게 증거가치를 판단하며 재판관이 신중에 또 신중을 기할 것이므로 오판의 가능성은 상당히 희박하다.

오히려 그러한 희박한 오판의 우려 때문에 사형제도를 폐지한다면 범죄방지 대책상 너무나 큰 희생을 요구하는 것이 된다.

사형의 경우 후일 오판임이 밝혀졌을 때 회복불가능하다고 하지만 이러한 오판을 전제로 한다면 사형뿐 아니라 무기징역 등의 장기 자유형도 회복불가능하기는 마찬가지이다. 오판으로 인해서 오랫동안 교도소 생활을 해 오던 범죄자가 후일 그것이 오판임이 밝혀졌을 경우 그 오랜 세월을 어떻게 보상할 수 있는 것인지 그리고 경제적 보상을 통해서 진정 보상될 수 있는 것인지 의문이다.

#### 3. 위 하 력

생명은 인간이 본능적으로 가장 애착을 가지는 것이므로 이를 박탈하는 방법은 최대의 위하력을 갖게 되는 것이며, 인간이 생명을 버리지 않는 한 사형제도의 위하력으로 인해 범죄가 억지될 수 있다.

“한 사람의 생명은 전 지구보다 더 무겁다.”라는 말은 개인의 생명 욕구의 표현인 것이며

3) 2004년 현재 우리나라에서 사형판결을 선고받고 대기중인 사형 수 총 57명 중 80% 이상이 2명 이상의 사람을 살해한 경우이며, 1명을 살해한 경우는 어린이를 유괴하여 토막살인을 하거나 막과사건 등 반인륜적 범죄를 저지른 흉악범이라는 점이 이를 반증하고 있다(박준선, 찬반토론, 사형제도 폐지, 법률신문 2004. 12. 9)

삶에의 욕구가 인간존재의 본질에서 근원하는 것이라면 이를 부정하는 사형이 가지는 범죄 억지력은 실로 크고 부정할 수 없는 사실이다. 따라서 인간의 본능 그것에 관련되는 형벌효과는 절대적이라고 하겠다. 인간의 생명은 한 번 잃으면 재생한다는 것은 불가능하며, 여기에 생명의 보호를 위해서 처음부터 타인의 생명을 빼앗는 행위는 무거운 형벌인 사형에 처함으로써 위하하고 이를 통해 범죄를 예방하여야 한다. 따라서 사회의 안전을 위하여 사형은 필요한 것이며 특히 잠재적인 범죄자에게는 사형을 가지고 위하하여야 한다(정봉휘, 1993).

형벌이 위하력이 있는지 그 여부는 사람이 죽음을 두려워하는지의 문제와 관련되어 있다. 그런데 형벌을 받았던 범죄자 집단을 보면, 죽음을 두려워하는 범죄자들이 죽음을 두려워하지 않는 범죄자들보다 많다. 즉 죽음의 형벌인 사형은 위하력이 분명 존재하는 것이다.

사형폐지론자들은 사형을 폐지해도 범죄가 증가하지 않는다고 한다. 그러나 사형폐지후 범죄가 증가한 예도 있을 뿐 아니라<sup>4)</sup> 사형 집행 부활 후 범죄율이 감소한 예<sup>5)</sup>도 있다. 범죄 증가의 원인은 매우 다양하므로 단지 범죄가 증가했다고 해서 단지 사형이 위하력이 없다고는 할 수 없다.

또한 사형 폐지론자들은 위하력이 없으며 흉악범들이 죽음을 각오하고 범행을 저지르는 경향이 있다고 하는데 문제는 범행을 저지르려다가 포기한 사람들을 알 수 없다는 것이다. 사람을 죽이려고 했다가 사형될까봐 두려워서 범행을 포기한 사람들은 범죄인이 되지 않았는데 도대체 이들의 숫자가 얼마나 되는지 알 수 없다. 단지 죽음을 불사하고 범행을 저지르는 사람들만 알 수 있고 위하력으로 인하여 범죄가 억지된 경우는 알 수 없는데 이를 근거로 하여 사형이 억지력이 없다고 결론을 내기에는 중대한 오류가 있다.

#### 4. 피해보상 차원

사형 폐지론자들은 가해자로 하여금 피해자 가족을 구제하도록 하는 차원에서 사형제도 폐지를 주장하고 있다. 그러나 과연 그것이 얼마나 도움이 될지 의문이며 경제적 보상이 아닌 감정적 보상은 어떻게 할지도 의문이다. 경제적 보상 문제보다도 감정적 보상 문제가 피해자 가족들에게는 더욱 큰 고통이며, 이를 해결하지 않는다면 피해자들과 사회구성원들은 복수심에 가득차게 되고 사회질서가 혼란스러워질 우려가 있다.

복수심은 단순히 개인의 감정차원의 문제가 아니다. 인류가 진화과정을 통하여 획득한 정 의관념이 범죄와 부딪칠 때 나타나는 반응이다. 이 복수심을 그대로 두어서는 사회질서를

4) 영국은 1966년 사형제를 폐지하였는데, 그 후 20년(1966-1985) 동안 살인죄가 그 이전 20년(1946-1965)에 비하여 60%나 증가하였다.

또한 Kenneth A. Wolpin이 1929-1968년 동안 잉글랜드와 웨일즈의 살인사건에 대하여 시계열분석을 해본 결과, 살인범 1명을 처형함으로써 4.08명의 잠재적 피해자를 감소시키는 효과가 있다는 결론을 얻었다. 더욱이 그는 잉글랜드와 웨일즈에서 1965년 사형제를 폐지한 이후에 謀殺(계획적 살인)의 비율이 종전의 28%에서 사형폐지 후 41%로 증가한 사실을 발견하였다(이재교, 2006). 미국에서는 Isaac Ehrlich가 1935-1969년까지 미국의 살인율과 처형율의 관계를 시계열분석의 기법으로 처리해본 결과, 1건의 처형이 평균 7-8건의 살인을 감소시키는 효과를 보인다는 결론을 얻었다. 그리고 1960-1967년 기간동안 미국에서 거의 사형집행을 하지 않았는데, 그 기간에 살인 사건이 약 25% 증가되었다는 사실도 발견되었다(이재교, 2006).

5) 1981년 텍사스 휴스턴이 701명의 살인사건이 발생하여 살인율이 가장 높았다. 이에 텍사스는 1982년 사형집행을 부활했다. 휴스턴 헤리스 카운티는 다른 어떠한 도시나 주보다 많은 살인범을 사형 집행한 이래 살인범 죄가 가장 격감하여 1981년에 701건이던 살인사건이 1996년에 261건에 이르러 63%나 감소하였다(서석구, 2003).

유지할 수 없기에 국가가 피해자를 대신하여 범죄자에게 해악을 가함으로써 피해자의 복수심을 순화시켜 사회질서를 유지하는 시스템이 형벌제도이다. 복수심은 사회질서의 근본과 관련된 문제이지 개인적인 감정에 불과한 것이 아니다.

형벌이 복수심 순화의 역할을 하지 못할 경우 사회구성원은 정의가 손상되었다고 느끼게 되어 분개한다. 소위 말하여 “피가 끓는” 현상이 발생하게 된다. 이렇게 되면 구성원이 복수심을 만족시키기 위하여 범죄자에게 보복하려고 나서게 된다. ‘불구대천(不俱戴天)의 원수와 같은 하늘 아래에서 살 수는 없다’고 나서면 작은 문제가 아니다. 사실 자기 집에 침입하여 아내와 자식들을 처참하게 죽인 범인이 ‘국영호텔’에서 잘 먹고 잘 살다가 10년이나 15년 후 쫓겨나오는 것을 보고 그 범인을 죽이겠다고 나서지 않을 사람이 과연 몇 명이나 될지 의문이다.

이런 상황이라면 사회질서가 유지되기 어려운 것은 물론이다. 형벌의 주된 기능은 사회질서의 유지에 있는데, 형벌이 그 역할을 다하지 못하니 사회가 안정될 수 없음은 정한 이치이다(이재교, 2006).

따라서 피해보상 차원에서 본다면 감정적 보상 차원에서 사형제도를 존치하고 경제적 보상에 대해서는 국가가 치안질서 유지의무의 위반으로 인한 국가·사회의 책임으로서 적정한 범죄피해자구조금 등을 지급해야 할 것이다.

우리나라는 전체 사형선고 및 집행건수가 많지 않고 종신형의 비용에 비해 비용이 적게 들므로 배상으로 인한 국가의 경제적 부담은 문제가 되지 않는다(김중덕, 2005).

#### 5. 사회계약설

인간은 본래 이기적이고 자의적인 행동을 하는 경향이 있기 때문에 타인으로부터 불가침의 담보방법이 제출되지 않는 한 누구도 개인의 생명과 자유, 행복의 안전을 확보할 수 없다. 타인으로부터 불가침의 약속을 받으려면 먼저 본인이 타인의 생명이나 자유와 행복을 존중하고 침해하지 않는다는 약속과 이 약속을 유효하게 담보하는 방법을 제공해야 하는데 이것이 입법자로서의 국민의 상호 간의 입장인 것이다.

이와 같은 상호 간의 입장을 이성적으로 인식하고 각 인간에게 가능한 최대의 자유나 평화공존의 조건을 확보하여 주기 위해 체결된 상호 불가침의 약속이 사회계약설이다. 이 계약은 생명을 처분하는 것이 아니고 보존하는 것이며, 시민은 국가에게 생명의 권리를 양도하였기에 국가는 시민을 사형할 권리가 있다고 한다(장구진, 1980).

즉, 절대적 정의와 근대법적 평등 이념에 입각하여 동등한 차원에서 결정한 사회계약에 의거하여 사형이 정당하다는 것이다.

투스소는 ‘사회계약론’에서 우리는 살인자의 희생이 될 수 없기 때문에 자신이 살인자로 되는 경우에는 우리들은 죽어져도 좋다는 것에 동의한 것이라고 말하고, 이 계약은 생명을 처분하는 것이 아니고, 생명을 보존하는 것이란면서 시민은 국가에게 생명박탈의 권리를 양도하였기에 국가는 시민을 사형에 처할 권리가 있다고 한다.

또한 칸트는 법의 기초인 절대적 정의의 견지에서 볼 때 사형은 고의의 살인범에 대한 가장 올바른 형벌이라고 했다. 만약 사형폐지론자의 주장에 따라 사형에 폐지되었을 경우 이기적이고 자의적인 살인범의 생명이 희생된 피해자의 생명보다 그 가치가 높게 평가되고 보호된다고 볼 수 있으며 모든 인간의 생명과 인권의 평등을 이념으로 하는 근대법의 정신과 모순된다고 하였다. 따라서 절대적 정의와 근대 법적인 평등이념에 입각하여 대등한 인격자

로서 스스로 결정한 계약의 이행을 담보로 하는 수단으로서 사형의 가치를 긍정하게 된다 (강구진, 1980).

개인의 희생으로 자신의 생명을 보전하기를 원하는 사람은 필요한 경우 자기의 생명을 희생할 줄 알아야 한다. 우리가 살인을 했을 때 사형대에 오르는 데에 동의하는 것은 그와 같은 살인자에게 희생당하지 않기 위해서이다. 이 계약을 맺을 때 우리는 자기의 목숨을 처분하는 것이라고 전혀 생각하지 않고, 도리어 자기 생명의 안전을 도모하는 것이니 만큼 이 계약당사자들은 아무도 자기 자신이 교살당하리라는 것은 생각하지 않는 것이다(오영근, 1989).

이처럼 인간은 자신의 안전과 생명을 보호받기 위해서 사회계약에 의해 국가를 구성하였다. 따라서 사회구성원들의 안전과 생명을 보호하기 위한 것이라면, 불가피하게 국가가 범죄를 저지른 자의 생명권을 박탈하는 것이 허용된 것이고, 자신도 마찬가지로 범죄를 저질렀다면 그 생명 박탈권을 국가에 양도한 것으로 보는 것이 타당하다.

## 6. 일반 국민의 법적 확신

사형제도는 일반국민이 가지고 있는 법률적 확신이다.

형벌의 가장 현실적인 목적은 응보이다. 비열한 동기, 방법으로 타인의 생존을 말살한 살인범 등 극악의 범죄인을 사회로부터 영구히 격리하고 피해자의 응보감정을 충족시켜주는 것이 국민의 일반적·법적 확신이다(신진규, 1984). 따라서 사형은 국가사회의 질서유지를 위한 형벌의 제도이며 일반국민의 응보관념과 정의관념에 부합되므로 존치되어야 한다.

법적 확신은 국민의 대다수가 원한다고 정해지는 것은 아니며 국민의 범문화적 분위기 속에서 자연스럽게 사형이 형법적 정의의 요청은 응보관념 또는 정의적 확신이 확산될 때 생성된다. 그리고 이러한 국민의 법적 확신이 사형을 필요로 하지 않게 되었을 때 폐지할 수 있다. 사형은 공동생활의 질서유지를 위해서 꼭 필요한 제도이며 국민의 법적 확신으로서 사형은 부도덕하다고 할 수 없는 것이다.

따라서 사형폐지는 민족적 확신이 사형을 필요로 하지 않게 되었을 때에 비로소 설명될 수 있지만, 국민일반의 법적 확신 또는 당해 국가의 독특한 국체가 '그 죄는 곧 죽음에 해당한다.'고 하게 되면 형법적 정의의 요구에 합치되므로 사형의 폐지는 실행되지 못하게 된다 (강구진, 1980). 사형은 국가의 질서를 유지하는 가장 합리적이고 유일한 수단인 것이다.

## 7. 사회현실적인 이유

사형의 폐지가 세계적인 추세이며, 또한 사형이 없는 것이 이상적이기는 하지만 사회현실적인 이유로 아직은 시기상조이다.

사형존폐의 문제는 어디까지나 당해 국가의 현실적인 정치적·사회적·문화적 여건의 성숙과 더불어 점진적으로 논의되어야 하는데 우리나라는 정치·경제·사회·문화 등 제반사정을 고려할 때 아직도 후진성을 면치 못하고 있을 뿐만 아니라, 가정파괴범 등 각종 흉악범이 기승하고 있고, 남북대치상황이 종식되지 않는 상황에서 만약 사형폐지의 입법을 하게 된다면 이는 흉악범 또는 정치범이라도 그 생명만은 절대적으로 보장된다는 법률을 공포하는 결과로 되기 때문에 현재로서는 사형폐지가 시기상조인 것이다(김기두, 1962).

최근 안양초등학교 납치 살인사건과 전직 야구선수의 4모녀 살인사건 등 흉악범죄가 날로

증가하고 있는 상황에서 사형제도의 폐지는 보다 신중하게 검토되어야 한다.

사형제도를 폐지하여 사형수의 인권을 절대 보장해야 한다는 다수의 사람들의 공감대가 자연스럽게 형성되었을 때 사형폐지에 대한 논의가 이루어져야 할 것이다. 요즘처럼 흉악범죄가 발생하고 있고 사회 분위기가 흉흉할 때 사형폐지의 주장이 과연 시기적으로 적절한지 의문이다.

## 8. 사형과 관련한 헌법소원과 판례

사형제도가 우리 사회에서 필요한지 그리고 인간의 존엄과 가치를 보장하는 헌법규정에 합치하는지에 대해서 우리 판례의 태도는 몇 십년간 변함이 없다. 지난 반세기 동안 법원은 사형에 대해 합헌론으로 시종해왔다.

헌법재판소는 그보다 나아갔지만 역시 합헌론이 다수를 차지하고 있다. 1996. 11. 28. 95헌바1 (형법 제250조 등 위헌소원) 사건에서 헌법재판관들은 7인의 다수의견으로 사형의 합헌을 선언하였으며, 2인이 위헌의견을 소수의견으로 남겼다.

사형에 관한 대법원 판례를 살펴보면 다음과 같다.

대법원은 "우리나라의 실정과 국민의 도덕적 감정 등을 고려하여 국가의 형사상 정책으로서 질서유지와 공공복리를 위하여 형법, 군형법 등에 사형이라는 처벌의 종류를 규정하였고 하역도 이를 헌법에 위반된 조문이라고 할 수 없다"고 판시하였고(대법원 1963. 2. 28. 선고, 62도 241 판결), 이후 같은 태도를 견지하고 있다.<sup>6)</sup>

또한 "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 사형을 선고함에 있어서는 범인의 연령, 직업과 경력, 성행, 지능, 교육 정도, 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 사항을 철저히 심리하여 이와 같은 특별한 사정이 있음을 명확하게 밝힌 후 비로소 사형의 선택 여부를 결정하여야 한다."고 판시하여(대법원 2003. 6. 13. 선고 2003도924 판결), 사형 선고 기준을 매우 엄격하게 해석하고 있다.

또한 형법 제42조 제1호(사형제도)의 위헌 여부에 대한 헌법재판소 결정례에서 나타난 합헌의견을 보면 다음과 같다(헌재 전원재판부 1996. 11. 28. 96헌바1 사건).

"생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수밖에 없는 것이나, 생명권에 대한 제한은 곧 생명권의 완전한 박탈을 의미한다 할 것이므로, 사형이 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지않은 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 형벌이라 하더라도 헌법 제37조 제2항 단서가 금지하는 생명권의 본질적 내용을 침

6) 대법원 1967. 9. 19. 선고 67도988, 1983. 3. 8. 선고 823도3248, 1987. 6. 12. 선고 87도1458판결 등

해한다고 할 수 없다.”

“모든 인간의 생명은 자연적 존재로서 동등한 가치를 갖는다고 할 것이나 그 동등한 가치가 서로 충돌하게 되거나 생명의 침해에 못지 아니한 중대한 공익을 침해하는 등의 경우에는 국민의 생명, 재산 등을 보호할 책임이 있는 국가는 어떠한 생명 또는 법익이 보호되어야 할 것인지 그 기준을 제시할 수 있는 것이다. 인간의 생명을 부정하는 등의 범죄행위에 대한 불법적 효과로서 지극히 한정적인 경우에만 부과되는 사형은 죽음에 대한 인간의 본능적 공포심과 범죄에 대한 응보욕구가 서로 맞물려 고안된 ‘필요악’으로서 불가피하게 선택된 것이며 지금도 여전히 제 기능을 하고 있다는 점에서 정당화 될 수 있다. 따라서 사형은 이러한 측면에서 헌법 상의 비례의 원칙에 반하지 아니한다 할 것이고, 적어도 우리의 현행 헌법이 스스로 예상하고 있는 형벌의 한 종류이기도 하므로 아직은 우리의 헌법질서에 반하는 것으로 판단되지 아니한다.”고 판시하여 사형제도에 대하여 합헌으로 결정하였다.

### V. 결론

사형제도는 인류의 질서와 평화를 유지 시켜주는 인류 역사와 함께해 온 불가피한 제도이다. 사형제도가 범죄인의 생명권을 박탈한다는 차원에서 문제제기가 되고는 있지만 억울하게 희생되고 있는 피해자들의 보호차원에서 생명권 방어 수단이 되고 있다. 범죄인의 생명권도 중요하지만 누구의 생명권을 우선 보호해야 하는지를 먼저 생각해야하지 않은가?

범죄자의 인권은 물론 중요하다. 그러나 피해자의 인권은 더 중요하다. 무고한 피해자의 인권을 위해서도 사형제도는 존치되어야 한다.

17명의 고귀한 생명을 무참하게 살해한 김대두나 20여명을 살해한 유영철<sup>7)</sup>에 대한 사형을 잔인하고 비인도적이고 할 수 있을 것인가? 그리고 다른 한편 흉악범의 인권은 중요하고 흉악범에 대하여 쓰러져간 피해자의 생명의 존엄성과 그 유가족의 인권과 그 정신적 고통은 무엇으로 보상받을 것인가? 수 십명의 무고한 생명을 살해한 흉악범이 자신의 생명만은 피해자 등으로부터 어떠한 위협도 받지않고 국가로부터 안전하고 안락한 숙식을 제공받으면서 정신적으로 안정된 상태에서 천수를 누리도록 하는 것이 과연 타당한가?(박준선, 찬반토론, 사형제도폐지, 법률신문 2004. 12. 9일자)

사형제도의 존폐 여부를 논함에 있어서 인도주의적인 이상론만 고집할 수는 없으며 반드시 각 나라마다의 사회적·문화적·정치적 상황과 국민들의 감정을 충분히 고려하여 결정하여야 한다. 그 나라의 현실적인 상황과 국민들의 감정을 외면한 채 존폐여부를 결정하게 되면 그 존립기반이 흔들릴 것이기 때문이다. 따라서 살인이나 흉악범죄가 일어나지 않아 사형이라는 형벌자체가 필요없다든지, 국민 모두가 사형제도가 필요없다고 느낄 때까지 사형제도는 존치되어야 한다. 살인 등의 흉악범죄가 일어나지 않으면 사형은 없겠지만 사형제도가 없어진다고 해서 살인 등의 흉악범죄가 일어나지 않을 수는 없는 것이다.

우리나라는 해마다 범죄의 수가 증가하고 있는 추세에 있으며 범죄의 양상도 더욱 지능화되고 잔인하며 무차별적으로 동원되고 있다. 또한 국민의 80% 이상이 사형제도의 폐지를

7) 유영철은 검거되지 않았으면 100명도 더 살해했을 것이라고 진술하고, 시체 4구의 장기 일부를 먹었다고 한다. 또한 사전에 범행을 철저히 계획하고 흉기를 준비하였다고 한다. 이러한 유영철은 자신의 가정적, 경제적 환경 때문에 좌절감을 느꼈고, 그런 감정이 부유층에 대한 적개심으로 변질되었으며, 나중에는 사귀는 여성의 변절에 대한 복수심에서 연쇄살인을 하게 되었다고 한다(조선일보 2004. 8. 14일자).

반대하고 있는 것<sup>8)</sup>으로 나타났다. 이러한 현실적인 상황과 국민의 법감정을 무시하고 사형제도를 폐지하는 것은 아직은 시기상조라고 본다. 이러한 상황에서 사형제도를 폐지한다면 그 어떠한 흉악범도, 예를 들어 수 십명, 수 백명의 선량한 목숨을 박탈한 경우에도 그 흉악범의 생명만은 절대적으로 보장하는 것이 된다.

언젠가 사형제도가 폐지되어야 하겠지만 지금은 아니다. 사형제도를 폐지해도 좋을만큼 우리나라의 제반 상황이 성숙·안정되고 제반 여건들이 잘 갖추어지고 그리고 국민 다수가 사형제도가 폐지되어야 한다는 자연스러운 공감대가 형성되게 되면 그 때 폐지하면 된다.

8) 2003년 국가인권위원회의 사형제도에 대한 국민의식조사에서 사형제 찬성 65.9%, 사형제 폐지의 시기상조 20.9%로 86.8%가 사형제 폐지를 반대하고 있는 것으로 나타났다.

## 참고 문헌

- 강구진, "사형제도의 이론과 실제", 고시계, 1980.  
 김기두, "사형제도", 법경, 1962.  
 김봉도 역, 범죄와 형벌, 박문각, 1995.  
 김영옥, 형사정책적 관점에서 본 사형제도, 형사법학의 현대적 과제, 1993.  
 김종덕, 사형제도 폐지해야 하는가, 계명법학 제9집, 계명대학교사회과학연구소, 2005.  
 김종민, 사형제도의 이론과 실제, 국가사면위원회 편, 1989.  
 국가인권위원회, 사형제도에 대한 국민의식조사, 2003.  
 국가인권위원회, 사형제도 개선을 위한 청문회 자료집, 2004.  
 박준선, 찬반토론, 사형제도 폐지, 법률신문 2004. 12. 9.  
 서석구, 나는 왜 사형존치자가 되었다. 월간조선사. 2003.  
 신진규, "사형", 형사법강좌II, 박영사, 1984.  
 오영근, "사형존폐 논쟁의 역사적 고찰", 사형제도의 이론과 실제, 까치, 1989.  
 이재교, 사형제도의 폐지에 관한 공청회 자료, 국회법제사법위원회, 2006.  
 일요시사 2007. 4. 17.  
 장경주역, 범죄심리학, 박영사, 1981.  
 前野育三, 刑事政策論, 法律文化史, 1988.  
 전요한, 사형제도와 기독교적 윤리, 현대종교, 1986.  
 정봉휘, 사형존폐론의 이론사적 계보, 손해목 교수회갑기념논문집, 1993.  
 조선일보 1999. 12. 14.  
 조선일보 2004. 8. 14.  
 조향록, "반성되어야 할 응보적 사고", 사법행정, 1977년 6월호  
 진계호, "형벌의 변천에 관한 고찰", 형사법학의 제문제, 1983.  
 한국형사정책연구원, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안, 2004.

## "사형제도의 정당성"에 대한 반대의견

고 명 석

(명지대학교 사회교육원 교수)

## 0. 들어가며

인권이란 사람의 기본권입니다. 다시 말하면 인권은 '사람이 사람답게 살 수 있는 권리'라고 할 수 있습니다. 이러한 입장에서 볼 때 사형제도는 현재 인류역사 가운데 형성되어온 수많은 제도 중 인간이 인간을 사회로부터 제거시키는 합법적인 가장 무서운 유일한 제도라고 할 수 있다. 즉 인권의 개념과는 전혀 다르게 '사람이 사람을 합법적으로 죽일 수 있는 제도'가 인권의 중요성이 더욱 강조되는 이 시대에 함께 존재하고 있는 것이다. 이러한 사형제도에 대해서 전 세계적으로 찬성과 반대가 팽팽히 맞서고 있는 시점에서 '사형제도 찬성'에 대한 발표자의 입장에 필자는 사형제도 반대 입장에 대해 재조명해 보려고 한다.

## 1. 사형제도 찬성론자들의 의견

- 1) 가장 유력한 논거로 흉악범(凶惡犯)에 대한 범죄 예방 효과가 있다.
- 2) 피해자에 대한 보상차원이다.
- 3) 형벌의 본질적인 응보(應報)의 관념에 따른 반사회적(反社會的)인 행위(行爲)에 대한 징벌(懲罰)로서 사회안정(社會安定)에 기여한다.
- 4) 오판(誤判)의 가능성을 수용하여야 한다.
- 5) 인간의 존엄과 가치를 보호하는 효과, 즉 일반인의 정의 관념에 부합한다.

## 2. 사형제도 폐지론자들의 의견

- 1) 인간의 존엄과 가치의 근원인 생명권을 박탈하는 비인도적인 행위이다.
- 2) 응보의 관념에만 치중한 분노의 표출일 뿐, 범죄인의 교화와 피해자의 구제에는 아무 도움이 되지 않는다.
- 3) 국가는 인간생명을 박탈할 권한이 없다. 일종의 합법적 살인 행위이다.
- 4) 법원이 잘못 내린 사형 판결은 회복할 방법이 없다.
- 5) 일반인의 기대처럼 범죄 예방의 효과가 크지 않다. 사형 제도를 폐지한 국가에서 폐지 전보다 흉악 범죄가 크게 증가하고 있지 않다는 사실이 통계적으로 확인 되고 있다.
- 6) 흉악범죄는 범인의 악성(惡性)외에 사회 환경적 요인도 무시할 수 없다. 그러나 사형은 모든 범죄의 책임을 범인에게만 전가 시키는 처사이다.



### 3. 사형제도 정당성에 대한 반대의견

#### 1) 사형제도가 범죄 예방에 효과가 있는가?

사형제도가 다른 형벌에 비해 보다 많은 범죄 예방 효과가 있다는 사실을 입증하기 위한 과학적 연구는 계속해서 실패를 거듭하고 있다. 사형제도와 살인율의 상관관계에 관한 가장 최근의 조사는 1988년과 1966년 두 차례 유엔에 의해 실시되었는데, 그 결론은 다음과 같다.

"사형집행이 중신형보다 더욱 뛰어난 예방효과를 가진다는 것을 과학적으로 입증하는데 실패하였다. 이는 앞으로도 마찬가지일 것이다."

사형제도 폐지가 결코 범죄를 불러오는 것은 아니며 범죄 억제 효과 있다는 주장에는 근거가 없다고 할 수 있다. 특히, 유명철, 조승희 사건에서처럼 연쇄살인과 같은 극악한 범죄의 경우엔 사회에 대한 열등과 증오가 뒤섞인 감정 상태에서 범행을 발생하기 때문에 범죄자 스스로 사형제를 떠올리며 살인을 자제할 여력이 없으며 우발적인 살인 사건도 마찬가지이다.

#### 2) 피해자의 보상이 가능한가?

최근 에이피(AP) 뉴스의 보도에 따르면, 사형수 한 명을 집행하기까지 드는 비용은 1백만불에서 3백만불이다. 중신형에 드는 비용을 훨씬 넘어서는 수치다. 사형수들은 사형선고와 집행을 막기 위해 소송을 최대한 장기화하는 경향이 있다. 이에 따라 정부의 소송관련 비용도 늘어난다. 집행 전까지 사형수를 가두어 두는 특수시설 자체도 별도의 비용을 요구한다. 뉴저지주의 사형제도 폐지에는 윤리적 고려뿐 아니라 산술적 판단도 크게 작용했다.

사형제도를 폐지하는 것만으로도 연간 146만불의 소송비용을 절감할 수 있다는 연구결과가 나왔기 때문이다. 다른 주에서도 비슷한 연구결과를 얻었다.

인간의 생명이야 말로 모든 권리의 최상위인데 비용을 운운하는 것은 말이 안 되는 것이다.

만약 그런 이유로 사형이 인정된다면 돈 때문에 사람을 살인한 것도 인정하는 것이 된다. 또한 그들에게 일을 시킨다면 그 정도 비용은 충분히 충당할 수 있을 것이다.

#### 3) 피해자의 인권이 보장되는가?

우리 사회는 범죄 피해자에게 너무 무관심하다. 범죄 피해자는 사건이 발생한 때에 잠깐 등장하고는 뒷전으로 사라지는 투명인간에 불과하다. 사형 집행으로 역할을 끝내는 국가, 필요할 때만 피해자 감정 운운하는 존치론자, 사건을 충격적으로 보도하며 피해자의 프라이버시를 해치는 언론. 이런 무책임한 현상이 피해자들에게 더욱 깊은 상처를 주고 있다.

강력 범죄를 저지른 자를 국가가 살해한다고 해서 피해자의 인권이 보호되는 것은 아니다.

사형의 판정은 거의 전부가 살인과 맞닿아 있고, 따라서 범죄자의 죽음이 이미 발생한 범죄의 피해자의 인권을 회복시키지는 못한다. 피해자의 친지나 생존해 있는 피해자에게 정신적 위안은 될 수 있을지 모른다.

사형제도, 이것은 피해자 유족의 보복 심리기도 하고, 극악한 범행을 바라본 제3자의 분노 표출이기도 하다. 그러나 보복으로 피해자 유족의 상실감이 메워지는 건 아니다.

2004년 3월 국가인권위원회의 조사에선 피해자 유족의 90%가 사형을 통해서도 원한이 풀리지 않는다고 응답했다. 그러므로 사형 제도를 단순히 피해자 가족에 대한 보상차원에 서만 다룬다면 폭력의 악순환이 벌어질 것이며, 사형제는 피해자의 보상 심리도 채워주지 못한 채 복수의 도구로 전락할 것이다.

#### 4) 오판에 대한 회복이 가능한가?

다른 형벌의 경우 오심으로 억울한 사람이 징역을 살고 있는 경우라도 그 사람이 살아 있는 한 새로운 증거에 의해 무죄를 선고하거나 보상을 받을 수 있다. 그러나 오판에 의하여 일단 사형이 집행되면, 그 이후에 무죄라는 증거가 밝혀져도 되돌릴 수 없다. 실제로 외국에서 사형제도가 폐지되는 직접적인 계기가 된 것도 바로 이 오판에 의해 무죄인 사람에 대해 사형이 집행되었다는 사실이 밝혀졌기 때문이다.

#### 5) 재범 가능성이 있는가?

사형제가 폐지되면 가석방이 되지 않는 중신형이 들어오게 되므로 흉악범이 사회로 복귀하는 경우가 없다고 한다. 또한 살인자들은 다른 어떤 범죄 집단보다도 재범의 가능성이 낮다고 한다. 경험적 연구들의 압도적으로 많은 사례에서 석방된 살인범이 재범할 가능성은 거의 없다고 밝히고 있다. 오히려 그들은 보통의 준법 시민이 되었다. 대표적으로 미국의 예를 들면, 1938년에서 1972년 사이 가석방되었던 432명의 살인범 중 다시 살인을 저지른 사람은 단 한 사람도 없었다.

#### 6) '눈에는 눈'의 처벌인가?

억제가설(deterrence hypothesis), 즉 '한 사람의 목숨을 빼앗음으로써 다른 사람이 목숨을 빼앗는 것을 막는다'는 논리는 '한 일에 대해서만 처벌한다.'는 법 정신과 동떨어진 '본보기 처벌'이라는 비난을 피하기 어렵다. 이것은 '사람을 도구로 써서는 안 된다'는 기본윤리에도 위배된다. 사형폐지론자들이 주장하는 '눈에는 눈'의 논리를 계속하다 보면, 결국에는 전 세계의 눈이 멀어지게 될 것이다.

#### 7) 보편적 정의 관념에 부합하는가?

사형제도를 유지해야 한다는 사람들은 '눈에는 눈'이라는 원시적 복수관념을 고상한 말로 포장하기 위해 보편적 정의 관념에 부합한다는 말을 하고 있다. 하지만 그 정의관념이라는 것은 200년전의 정의 관념이라면 몰라도 지구상의 과반수의 국가들이 사형제도를 폐지한 현재는 더 이상은 보편적 정의 관념에 부합한다고 할 수 없는 것이 현실이다. 실제로 유럽연합에 가입하려면 사형제도를 폐지해야 한다. 발제자의 발표 내용에서와 같이 세계적으로도 사형제도를 폐지한 나라와 수년간 집행하지 않음으로써 사실상 폐지한 나라들을 합치면 이미 세계 모든 나라 중 과반수가 사형제도를 폐지한 상태이다. 중국이나 북한같은 나

라들을 제외하면, OECD국가들처럼 경제적 안정을 어느 정도 충족한 나라들의 대부분은 사형제도를 폐지하고 있다.

#### 4. 사형제도 폐지의 방법에 대한 의견

##### 1) 사형을 일시에, 전부 폐지하는 완전폐지론의 의견이다.

첫째, 사형폐지법안의 제출 통과이다.

모든 형벌 법규상의 사형을 폐지하는 것을 내용으로 하는 사형폐지 법안을 국회에 청원하여 처리, 통과시키는 것이다

둘째, 위헌의 제소, 또는 헌법 소원의 제기이다.

이것은 형벌 법규에 규정된 사형이 헌법이 선언하고 있는 인간의 존엄성과 가치, 기본권으로서의 신체의 자유, 생명권에 대한 책임을 들어 대법원에 제소 또는 헌법재판소에 소원을 제기하는 방식이다.

##### 2) 사형을 일거에 폐지하는 것이 쉽지 않다는 사실을 전제하고, 단계적으로 사형을 축소, 억제해 나감으로써 궁극적으로는 완전폐지에 이르도록 하는 의견이다.

첫째, 사형 범죄의 종류와 수를 줄인다.

둘째, 사형의 구형과 선고를 억제 한다.

셋째, 사형수의 재심의 길을 폭넓게 열어 준다.

넷째, 사형의 집행을 신중히 한다.

다섯째, 재심의 신청이나 개시가 없더라도 사형 확정 후 상당기간 집행을 유예 또는 연기하여 개과천선의 여부를 살펴 본 후 집행여부를 결정하도록 한다.

여섯째, 사형을 대신할만한 중신형 등으로 대체하는 형벌이 제도화 되어야 한다.

### 참 고 문 헌

김구진, "사형제도의 이론과 실제, 고시계, 1980.

김종민, 사형제도의 이론과 실제, 국가사면위원회 편, 1989.

국가인권위원회, 사형제도에 대한 국민의식조사, 2003.

국가인권위원회, 사형제도 개선을 위한 청문회 자료집, 2004.

박준선, 찬반토론, 사형제도 폐지, 법률신문 2004. 12.9

이재교, 사형제도의 폐지에 관한 공청회 자료, 국회법제사법위원회, 2006.

한국형사정책연구원, 21세기 형사사법개혁의 방향과 대국민 법률서비스 개선방안, 2004.

## “사형제도의 정당성”에 대한 토론문

정 승 환

(고려대학교 법과대학 교수)

### 1. 사형은 ‘생명권을 보호하기 위한 사회방어적 수단’인가?

발제문에서는 “범죄자의 생명도 인도주의적인 차원에서 존중되어야 하지만 범죄로부터 무고하게 생명을 박탈당한 피해자의 생명도 존중되어야 한다는 차원에서 사형제도의 정당성은 인정된다. 장래에 일어날 수 있는 잠재적인 범죄에 대해서 다수의 생명이 사형제도를 통해서 안전하게 보호받을 수 있는 것이다. 사형제도는 범죄자의 생명권을 박탈하는 제도가 아니라 박탈되는 생명권을 보호하기 위한 사회 방어적인 수단인 것이다.”라고 주장하고 있으나, 이는 사형이 잠재적 범죄, 그 중에서도 살인범죄를 방지한다는 경험적 증거가 있을 때 성립할 수 있는 주장이다. 그러나 사형제도를 폐지한 국가보다 사형제도를 유지하는 국가에서 살인범죄가 더 감소되었다는 통계적 증거는 어디에도 없다. 발제문에서 제시한 미국과 영국에서의 사례는 일시적, 일부적 현상이라 할 수 있다. 특히 미국의 사례는 사형제를 유지하는 국가 내에서의 사례이므로 사형제를 폐지한 국가들과의 비교가 전제되지 않는 한 보편적 타당성을 얻을 수 없다. 오늘날 전체적 관점에서 대표적 사형제 존치국가인 미국은 사형을 폐지한 유럽의 국가들보다 살인범죄의 문제가 더 심각하다. 따라서 사형이 잠재적 피해자의 생명권을 보호하는 수단이라는 주장은 타당성을 얻기 어렵다.

### 2. 사형의 위하력에 대하여

사형이 범죄에 대해 위하력이 있다는 주장도 마찬가지로 경험적 근거가 없다. 특히 계획된 범죄가 아닌 우발적, 격정적 범죄에 대해서는 그 어떤 형벌도 위하력을 갖지 못한다. 또한 잠재적 범죄자는 생명의 박탈이 두려운 것이 아니라 처벌 그 자체가 두려운 것이므로 반드시 사형만이 더 큰 위하력을 가진다고 할 수 없다. 이미 적발되고 체포된 범죄자에 대해 사형이라는 손쉬운 방법으로 잠재적 범죄자를 위하하기 보다는 모든 범죄자에 대한 철저한 추적과 확실한 처벌이라는 근본적인 방법으로 잠재적 범죄자를 위하하여야 할 것이다.

### 3. 사형과 피해자 보상의 문제에 대하여

발제문에서는 사형이 피해자 가족에 대한 감정적 보상이 되며, 피해자 가족의 감정적 보상의 문제를 해결하지 않는다면 피해자들과 사회구성원들은 복수심에 가득차게 되고 사회질서가 혼란스러워질 우려가 있다고 한다. 그러나 이는 오히려 위험한 발상이다. “국가가 피해

자를 대신하여 범죄자에게 해악을 가함으로써 피해자의 복수심을 순화시켜 사회질서를 유지하는 시스템이 형벌제도”라고 발제문에서는 정의하고 있지만, 국가가 형벌권을 독점한 것은 피해자의 복수를 대신하기 위한 것이라기보다는 피해자의 무분별한 복수심을 합리적으로 통제하기 위한 것이라고 보는 다른 시각도 있다. 사형제도를 수단으로 국가가 피해자의 복수를 대신한다는 것은 피해자의 복수심을 순화하는 것이 아니라 오히려 사회전체적으로 무분별한 복수감정을 부추길 수 있다. 베카리아는 인간의 행동을 순화시켜야 할 법률이 잔혹한 본모기를 증폭시켜서는 안된다고 지적하였다. 법률이 복수감정을 부추기는 수단이 되어서는 안된다. 복수심이 개인적인 감정에 불과한 것이 아니라 사회질서의 근본과 관련된 문제라는 주장 또한 현대국가의 기본적 체제에 대한 설명으로 적당한 것인지 의문이다. 복수심을 해소하지 못해 혼란에 빠지는 피해자 가족과 사회도 있을 수 있겠지만 가해자를 용서함으로써 혼란을 극복하는 피해자 가족의 사례도 있으므로 사형이 피해자 가족에 대한 보상이 된다는 주장은 보편적 타당성을 얻기 어렵다.

#### 4. 사형과 사회계약론에 대하여

발제문에서는 초기 사회계약이론을 근거로 사형의 정당성을 주장하고 있다. 그러나 로크, 루소, 칸트 등의 사상가들이 사형을 긍정적으로 평가한 것은 모두 사형폐지론이 활발하게 일어나기 이전에 있었던 견해들로서 현대적 의미에서의 사형존치론으로 규정하기는 어렵다. 근대 국가의 형사정책에 가장 큰 영향을 미친 베카리아는 “법은 각 사람의 개인적 자유 중 최소한의 몫을 모은 것 이외의 어떤 것도 아니다. 그런데 자신의 생명을 빼앗을 권능을 타인에게 기꺼이 양도할 자가 세상에 있겠는가? 각 인의 자유 가운데 최소한의 몫의 희생 속에 어떻게 모든 가치 중 최대한의 것인 생명 그 자체가 포함된다고 해석할 수 있을까? 자살을 금지하는 사회에서 자신을 죽일 권리를 타인에게 양도하는 것은 허용된다고 할 수 있을까?”라고 하면서 사회계약이론에 대한 근대적 재해석을 시도하였고, 이는 오늘날 보편적 타당성을 얻고 있다. 사회계약에 참가한 개인들이 그 계약에 의해 자신이 죽을 수도 있다는 것을 안다면 그러한 계약에 응할 리 없다는 것이다. 그러므로 사회계약론을 근거로 사형을 정당화하는 것은 근대 이전의 사회계약이론에서나 가능하다 할 것이다.

#### 5. 국민의 법적확신, 사회현실, 시기상조 등의 주장에 대하여

사형제의 폐지 또는 존치에 대한 이론적 논의에서 폐지가 타당하다고 하면서도 현실 때문에 어렵다는 주장은 사형폐지를 가로막은 가장 빈번한 장애물이었다. 발제문에서도 사형은 언젠가 폐지되어야 한다고 한다. 그렇다면 이론적으로는 사형폐지론이 타당하다는 것인지 궁금하다. 문제는 국민감정, 사회현실, 시기상조 등의 장애물인데, 이러한 장애물들은 객관적 입증이 불가능한 내용들이다. 해석하는 사람에 따라 달리 볼 수 있다. 17대 국회에서 국회의 원 재적수의 과반에 해당하는 의원들이 사형폐지법률안을 제출했던 사실은 민의를 대변하는 대의기구의 다수가 사형폐지에 찬성한 것을 나타내므로 결국 국민의 의사는 사형폐지에 찬성하는 것이라고 해석할 수 있을까? 사형폐지에 대한 찬반여론조사는 왜 언제나 흉악한 범죄가 발생한 직후에 행해지는 것일까? 그것이 합리적인 국민여론을 반영한다 할 수 있을까? 왜 많은 국가정책은 국민의 다수가 반대해도 ‘필요하니까’ 집행하면서 유독 사형은 국민

이 반대하기 때문에 폐지하지 못하는 것일까? 사형은 폐지해야 하지만 시기상조이기 때문에 사형을 폐지하지 못한다면 사형은 영원히 폐지하지 못한다. 범죄문제가 국민이 안심할 정도로 안정되더라도 사형을 폐지하면 범죄가 급증할 것인데 도대체 언제가 사형폐지를 위한 적기(適期)가 되는 것일까? 사형을 폐지한 국가들에서 국민이 찬성해서 폐지한 경우는 오히려 드물다. 유럽에서 가장 늦게 사형을 폐지한 프랑스는 국민의 70%가 반대하는 데도 사형을 폐지하였다. 그 후 프랑스에서 사회구성원들의 복수심이 해소되지 않고 범죄가 급격히 증가한 것 때문에 극심한 혼란이 야기되었다는 소식은 듣지 못했다.

#### 6. 결론에 갈음하여

사형의 폐지 여부는 이제 토론으로 결정될 문제가 아닐 것이다. 이미 충분한 토론이 있었다. 문제는 정책적 결단이다. 현재의 정치적 상황은 사형폐지에 유리하지 않다. 다만 바라는 것은 지금까지 어렵게 조금씩 전진해 온 사형폐지를 향한 전체적 걸음이 뒤로 물러서거나 급격히 돌아서지 않았으면 하는 것이다.

## “사형제 폐지, 어떻게 볼 것인가” 공청회에 대한 종합토론문

배성범

(대구지검 상주지청장)

### 1. 머리말

조국 교수님은 사형제도에 관한 국제 인권규범과 사형 폐지의 입법적 노력을 고찰하고 절대적 종신형의 도입 등 대안 제시를 통한 단계적 폐지 방안을 모색하였습니다. 반면, 박영숙 교수님은 사형폐지론의 여러 논거를 검토하여 문제점을 지적하고 우리 사회의 범죄 현실과 피해자 인권, 국민의 법 감정을 근거로 현 상황에서 사형 존치의 필요성을 말씀하였습니다. 두 분 교수님의 발제는 종래 사형제 존폐 논의가 법철학적, 종교적 담론에 치중했던 것에 비하여 보다 정책적, 실증적인 관점에서 접근하고 있어 앞으로 사형제 논의에 많은 참고가 될 것으로 생각합니다.

근래 사형제를 둘러싼 주요 쟁점은 인권적, 법철학적 관점에서의 논의를 별론으로 하면, ① 국제인권규범과 사형폐지를 둘러싼 국제적 동향의 측면 ② 사형과 관련한 국민의 범의식을 둘러싼 논의 ③ 사형의 위하효과, 즉 범죄 억지력에 대한 논의 ④ 과도한 사형 규정 정비나 재심청구 사유의 확대 등 입법적 개선방안 논의 ⑤ 절대적 종신형제 도입을 전제로 한 사형제의 단계적 폐지방안에 관한 논의로 요약할 수 있다고 생각합니다.

덧붙여 사형 선고의 요판 방지 문제, 사형수에 대한 감형 기회의 확대, 중국의 사형 집행유예 제도의 도입 문제 등도 아울러 거론되고 있지만, 이 자리에서는 앞서 본 쟁점들을 위주로 간략히 말씀드리고자 합니다.

우선 국제인권규범과 국제 동향의 관점에서 보면 조국 교수님의 지적처럼 사형폐지를 위한 ‘시민적, 정치적 권리에 관한 국제규약에 대한 제2선택의정서’ 채택 이래 사형 폐지에 대한 국제적 움직임이 강화되고 있는 것은 사실입니다. 그러나 한편으로는, 미국, 일본 등 일부 국가에서 사형제가 계속 유지되고, 사형 집행도 계속 시행되고 있습니다. 특히, 일본의 경우 이른바 ‘母子 성폭행 살인사건’에서 유족의 끈질긴 호소로 범행 당시 소년이었던 범인에 대해 사형이 불가피하다는 취지로 파기환송심 판결이 선고되고, 작년 9월 이후 10명에 대해 사형이 집행되는 등 사형제가 한층 강화되는 추세에 있습니다.<sup>1)</sup>

국민의 사형제에 대한 법의식과 관련하여서는, 지난 1999년 국정홍보처 여론조사 이후 시행된 여론조사에서 일관하여 다수 국민들이 사형제 존치에 찬성하는 것으로 파악되고 있습니다. 다만, 지난 2006년 한국형사정책연구원 여론조사에서는 다수가 사형제 존치에 찬성하면서도 절대적 종신형을 대안으로 할 경우 사형제 폐지 지지비율이 더 높은 것으로 조사되어 합리적 대안의 제시 여부에 따라 여론이 영향을 받을 수 있음을 시사하고 있습니다.

그러나, 근래 유영철 사건, 수도권 서남부 연쇄살인사건 등 사이코패스에 의한 무차별 연쇄살인 범행이 연이어 발생하여 국민의 공분을 사고 있고, 그러한 흉악범죄에 대한 사전 예방이 여의치 않은 상황에서 사형 존치 여론은 한층 높아진 것으로 생각됩니다.

시대 상황에 맞지 않는 사형조항의 축소 정비 문제는 현재 법무부에서 개선안을 추진 중에 있어 조만간 입법안이 가시화될 것으로 예상하고 있습니다. 학계에서 생명에 대한 침해가 아닌 범죄는 사형 대상에서 제외하여야 한다는 주장이 계속 제기되고 있고, 현재 사형 기결수의 범죄나 사형 선고 대상은 모두 생명침해 범죄인 사범현실을 고려하여 적절한 방안이 도출될 것으로 생각됩니다.

사형의 범죄 억지력 유무와 관련하여서는, 미국에서 사형폐지 주와 사형존치주의 살인범죄율을 비교하거나, 우리 나라에서 사형집행이 되지 않은 1998년 이후 살인범죄율 등을 이유로 범죄억지력이 입증되지 않았다는 비판이 있습니다. 그러나 이에 대하여는 살인범죄율에 영향을 미치는 여러 사회적 요인들이 충분히 반영되었다고 보기는 어렵고, 정반대의 연구결과도 제시되고 있는 실정입니다.

우리나라의 경우 사형이 마지막으로 집행된 1997년 이후 2003년까지 살인사건이 상당수 증가하였던 점이 거론되고 있으며, 충동적 범행이 아닌 계획적 살인이나 그러한 범행의 포기를 포함하여 흉악범죄에 대한 사형의 위하효과는 현실적으로 실증되기는 어렵다는 점이 고려되어야 할 것입니다.

사형제의 단계적 폐지방안은 대부분 절대적 종신형제의 채택을 대안으로 제시하고 있습니다. 이에 대하여는 절대적 종신형 또한 범죄자의 인권에 대한 본질적 침해로서 적절한 대안이 될 수 있는지 여부와 이로 인한 교정공무원과 국민의 부담가중을 이유로 한 반론이 제기되고 있습니다. 사형 규정을 유지하더라도 절대적 종신형을 선택적으로 규정하여 사형 선고를 줄일 필요가 있다는 주장도 제기되고 있는데, 사형제의 단계적 폐지 또한 사형제 폐지론과 마찬가지로 우리 법 현실에 대한 충분한 연구와 사회적 합의가 전제되어야 할 것이라고 생각합니다.

마지막으로, 사형제 폐지 여부는 제도적 안정성과 범죄피해자의 인권, 그리고 범죄율 추이를 고려한 범죄예방적 관점에서 검토될 필요가 있습니다.

미국의 경우 1972년 배심원에게 사형선고권을 인정한 주법에 대해 연방대법원이 위헌 판

결을 하였으나(이른바 Furman v. Georgia 사건), 그 후 판례 변경으로 연방법원과 대다수 주에서 사형제가 유지되고 있습니다. 필리핀 등 몇몇 나라에서는 사형제를 폐지한 이후 이를 다시 부활시킨 사례도 있습니다. 결국 사형제를 둘러싼 논의는 제도적 안정성을 유지하기 위해서라도 충분한 논의와 국민들의 법의식을 전제하여야 한다고 봅니다.

최근 형사소송법 개정에서 범죄피해자의 권리가 상당히 강화되었으나, 아직도 중대범죄에서 범죄 피해자의 인권이 제대로 고려되지 못하고 있다는 사회적 비판이 계속 제기되고 있고, 강력범죄에 대한 범인 검거율도 계속 하락하고 있으며<sup>2)</sup>, 근래 연이어 발생한 연쇄살인 범행에 대한 사전 예방이 어려운 점도 충분히 고려되어야 합니다.

이러한 여러 법적 현실을 고려할 때 사형제 폐지는 시간을 두고 깊이 성찰될 문제이자, 충분한 사회적 합의가 도출되지 않는 이상 극히 신중히 검토되어야 할 문제라고 생각합니다.

2) 2006. 6. 경찰청 발표자료에 의하면 살인 등 5대 범죄의 검거율은 2004년 79.7%에서 2006년 72.6%로 하락하였고, 이는 8년만에 가장 낮은 검거율 수치라고 한다.

1) 선우정, 사형에 관한 일본의 관점(2008. 4. 27. 조선일보 칼럼) 참조

# 사형제도 존치론에 대한 평가

문영희

(서울기독교대학교 사회복지학과 교수)

## 1. 사형제도는 왜 필요한가?

첫째, 사람이 가장 애착을 가진 것은 생명임으로 사형이 존재한다는 것만으로 위하감(공포심)을 조성하여 범죄를 예방할 수 있으며,

둘째, 가해자가 피해자를 살해한 경우 그와 상응하는 동가치는 생명이외에는 없으며,

셋째, 사형제도가 없을 경우에 가해자가 "나는 어차피 평생 교도소에서 살면 되니까 저놈은 꼭 죽이고 교도소가자"라고 할 경우에 그를 제지할 제도적 방법이 전혀 없고,

넷째, 인간이기에 오판을 할 수도 있다는 것은 인정하나, 법관이 증거를 수집하여 사형이라는 선고형을 결정하기까지 실제진실의 발견과 적정절차의 원리(due process the Law), 신속한 재판의 원칙에 입각하여 재판을 진행한 것임으로 오판의 가능성은 매우 적으며, 또한 검사는 형의 집행에 대해 신증을 기하며, 형법 제78조 제1호의 규정에 의해 30년 동안 형을 집행하지 않으면 형집행 기간의 시효가 완성이 되어 실질적으로 종신형과 같은 기능을 할 수 있는 제도적 장치도 마련되어 있기 때문이며,

다섯째, 과거 이승만, 박정희정권 때는 인권이 좋지 않아서 실제로 정치적으로 사형제도가 악용된 경우도 많았으나, 오늘날에는 인권이 향상되고, 언론의 자유가 보장되어 권력층을 견제, 감시하는 사회제도적 장치가 되어 있음으로 사형제도가 존재한다고 하여도 큰 문제가 되지 않고

마지막으로, 사형존폐문제는 정치, 문화 사회의 여러상황을 다각적으로 고려하여 종합적 상대적으로 논의되어야 할 문제임으로, 현재 우리의 상황에서 사형제도의 폐지는 아직 "시기상조다"라는 것이 현 법학계의 다수설이고, 판례도 우리나라의 실정과 국민의 도덕적 감정을 고려하여 사형을 합헌이라고 인정하였습니다.(대법원판결 1991년 2월 26일, 헌법재판소판결 1983년 3월 8일)

## 2. 사형제도 존치론에 대한 정당성

중세의 스콜라 철학자인 Thomas Aquinas는 전체 육체의 치료를 위하여 부분지체를 절단하는 것처럼 인간사회의 통합이라는 공동선을 해치는 흉악한 인간은 사회에서 제거되어야 한다고 주장하였다. 그 후 Martin Luther는 사형은 더 큰 악을 제거하기 위한 작은 악으로서 사형을 집행하기 위하여 검을 사용하는 것은 신성한 것이라고 보았다. 그리고 Hugo Grotius는 국가에 의한 자력구제(自力救濟)로서 사형의 적법성을 긍정하였다. Montesquieu는 Talio적 복수사상을 형법에서 추방하고 형벌의 목적은 교정(矯正)에 있으며 지나치게 가혹한 형벌은 그 집행을 방해한다고 보았다. 그는 시민의 생명을 빼앗거나 빼앗으려고 했을 정도로 안전을 침해했을 경우 사형을 과하는 것을 긍정하였으나 어디까지나 형벌을 과하는

것보다는 좋은 풍속을 고취하고 범죄를 예방하는데 중점을 두어야 한다고 주장하였다. J. J. Rousseau는 사회적 원리를 침해하는 악인은 자신의 범죄로 인하여 조국에의 반역자, 배신자가 되는 것이므로 추방에 의하여 격리되거나 공중의 적으로서 죽음에 의해 격리되어야 한다고 보면서도 무제한적 사형집행을 시인하지는 않았다. I. Kant는 범죄는 자유의사를 가진 자의 도덕율에 반한 행위이기 때문에 이에 대한 형벌은 필연적인 응보로서 정의의 명령이라고 보면서, 지구의 종말이 도래하여 국가가 해체되는 경우에도 감옥에 남아있는 사형수는 한 사람도 남김 없이 집행되어야 정의가 실현될 수 있고 이 세상은 의미있는 것이 된다고 하였다. 임마누엘 칸트는 인류 보편적 정의는 범죄자에게 범행에 상응하는 형벌을 가함으로써 균형적 정의가 회복될 수 있다고 본 것이다.

Hegel은 국가를 가장 보편적인 자유를 획득하는 윤리적 공동체로 보고 법은 正(These), 범죄는 反(Antithese), 형벌은 合(Synthese)이라 하고 절대적·등가적 형벌이론을 주장하면서 사형을 긍정하였다. 19세기 말의 범죄인류학파인 Lombroso는 생래적 범죄인은 개인적 소질에 의하여 지배되기 때문에 형벌에 의하여 개선불가능하고 사형에 의하여 사회로부터 격리할 것을 주장하였다.

미연방대법원도 *Furmann v. Georgia*, 408 U.S. 238(1972)에서 사형은 잔혹하고 과도한 형벌을 금지하는 미국헌법 수정 제8조에 위반된다고 하였으나, 그후 *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153(1976)에서 사형은 헌법에 반하지 않는다고 종래의 입장을 바꾸었다.

### 3. 사형제도 존치론의 근거

#### 1) 위하력

사형제도를 존치함으로써 중대한 범죄나 잔인하고 포악한 범죄에 대처할 수 있으며, 국가적 질서유지와 인륜적 문화 유지가 가능하다는 것이다. 이는 인간생명의 존중과 그 보호를 목적으로 범죄인이라는 개개인의 생명보다는 전체 국민의 생명 및 재산의 가치가 더 중요하다는 것으로서 社會防禦에 중점을 두며 그를 위해서 사형을 존치해야 한다고 주장하는 것이다. 사형 존치론자들이 드는 통계로는, 서독이 있는데, 1949년 서독 헌법에서 사형을 폐지한 후 택시강도 살인 사건이 급증하여 “사형부활론”이 대두되었던 적이 있다. 또한, 미국의 경우에도 사형을 폐지하였다가, 강력범죄가 급증하여 4년만에 사형을 부활, 현재 38개주에서 시행하고 있다.

사회 통계조사의 경우 그 사회의 문화적 배경이나 범죄율 추이에 따라 너무나도 유동적으로 변하기에 실제 증거자료로 채택되기는 힘든 것이 사실이다. 하지만, 가장 최고형인 사형이 범죄 억제력이 없다면 오히려 사형보다 가벼운 다른 모든 형벌도 범죄에 대한 억제력이 없기 때문에 모든 형벌은 폐지되어야 마땅할 것이다. 이렇게 볼 때 사형은 생명을 박탈하는 극형으로 일반인에게 겁을 주어 범죄억제 효과가 크다는 것이다. 그리고, 사형제도를 존치함으로써 중대한 범죄나 잔인하고 포악한 범죄에 대처할 수 있으며, 국가적 질서유지와 인륜적 문화 유지가 가능하다는 것이다. 이는 인간생명의 존중과 그 보호를 목적으로 범죄인이라는 개개인의 생명보다는 전체 국민의 생명 및 재산의 가치가 더 중요하다는 것으로서 그를 위해서 사형을 존치해야 한다고 주장하는 것이다.

#### 2) 사회계약

인간은 사회적 동물로서 자유롭고 평화로운 공동생활을 영위하기 위하여 자신의 자유와 권리를 유보하여 법규범과 국가를 형성하였으며, 계약 당사자는 대등한 인격자로서 사회계약에 참여하게 되었다는 것이다. 이는 사형폐지론자의 주장에 따라 사형이 폐지되었을 경우, 이기적이고 자의적인 살인범의 생명이 희생된 피해자의 생명보다 그 가치가 높게 평가되고 보호된다고 할 수 있으며, 모든 인간의 생명과 인권의 평등을 이념으로 하는 근대법의 정신에 모순된다는 것을 근거로 하고 있다. 따라서 절대적 정의와 근대법적인 평등이념에 입각하여 평등한 인격자로서 스스로 한 계약의 이행을 담보하는 수단으로써 사형제도를 찬성한다는 주장으로 이는 자연법학자들이 주장하는 내용이다.

#### 3) 時期尙早(시기상조)

사형은 당연히 폐지되어야 하나 현실의 단계와 여건하에서는 국민정서와 사회적 발전단계로 보아 폐지가 곤란하므로 존치시켜야 하고, 사회상태가 호전된다면 점진적 제한적으로 폐지하자는 주장이다. 이는 즉 사형제도의 존폐문제는 해당 국가의 현실적인 정치적, 사회적, 경제적, 문화적 제기반과 결부시켜 상대적으로 논의되어야 한다는 점이다. 우리나라의 경우 모든 면에서 후진성을 보이고 있고 흉악범이 날로 증가하는 현재의 상황하에서 만약 사형제도를 폐지한다는 입법을 한다면 이는 흉악범 또는 정치범이라도 그 생명만은 보장된다는 결과가 되므로 현재에 있어서 사형제도의 폐지는 시기상조라는 주장이다. 시기상조론의 논거를 정리하면 다음과 같이 나뉘 볼 수 있다.

먼저 범죄발생의 사회적, 경제적, 정치적 제도의 결함을 제거하지 않고 사형을 폐지함은 부당하다는 것이고, 둘째로는 사형 존폐의 문제는 순연한 이론의 문제는 아니고, 정세, 시대, 사회, 환경에 관계있는 사회문제라는 것과, 셋째로 일반 공중이 문화적으로 성숙하여 사형을 폐지할 심리적 준비가 될 때에는 그 유용성이 감소한다는 것이다. 많은 학자들이나 사람들이 외국의 자료나 통계를 그대로 가져와 사형폐지를 주장하는 것은 우리의 현실에 맞지 않는다. 중국과 같은 경우는 99년 한해 1077명에 달하는 범죄자를 사형에 처하는 등 사형을 가장 엄격하게 적용하고 있는데 이것이 중국의 범죄억제의 효과에 기여하고 있다. 범죄 억제 효과를 바라다면 더욱 확실한 사형선고와 집행이 우선되어야 한다.

#### 4) 국민정서

사람을 살해한 자는 그 생명을 박탈하지 않으면 안된다는 것이 국민 일반이 가지는 법적 확신이다. 사형을 폐지한 유럽이나 미국의 일부주의 여론조사도 사형 폐지보다 그 필요성에 더 많은 지지를 나타내고 있다. 우리나라는 사형제도 찬성입장의 지지자가 반대 입장에 비해 대략 2배정도 많은 수치를 기록했다. 이는 우리나라의 특수한 상황에 기인한 것으로 보여진다. 우리나라는 대북한과의 긴장관계 속에서 국가의 존립이 위협받는 상황 하에 있으며, 권위주의적 정치 문화의 전통이 강하게 작용하는 현실에 있다. 따라서 내란죄, 외환죄, 이적죄 등으로 전 국민적 의분을 유발케 한 범죄인에 대하여 사형이 인정되어야 한다는 민족적 요청이 특히 강한 것으로 보인다.

이러한 우리나라의 국민의 정서에 맞는 사건에는 유영철씨의 사건이 있다. 유영철씨 사형을 옹호하는 반응은 여론 조사도 드러났었다. '다음'이 제 기사에 마련한 '뉴스 Poll(여론조



사)에 따르면, 조사에 참여한 총 2948명 중 83.6%(2465명)가 사형제도에 찬성했다. 반면 사형을 폐지해야 한다는 의견은 14.6%(431명)에 그쳤다. 1.8%(52명)는 판단을 유보했다.

CBS 라디오 <시사자키 오늘과 내일>이 여론조사 전문기관 '리얼미터'에 의뢰해 조사한 결과에 따르면, 조사 대상이 된 447명 중 45.1%가 '사형제도는 존속돼야 한다', 33.8%가 '폐지해야 한다'고 답했다. 지난해 2월에도 존치론 46.1%, 폐지론 38%으로 사형제 찬성쪽이 많았다. "유씨 사건은 오판의 여지가 전혀 없다."고 주장 하고있다.

사형 폐지론자들의 논거 중 하나는 '오심 가능성'이다. 그런데 사형 찬성론자들은 유씨에 대해서 만큼은 오심 가능성을 일축했습니다. "유씨처럼 흉악범이 확실하면 사형시켜야 한다"는 지적이다.

피해 유가족의 입장이 무엇보다 중요하다는 견해도 제시됐습니다. "살인범이 감옥에서 활개치고 다니는 것만으로도 유가족에겐 큰 상처"라면서 "사형으로서 유가족을 위로하는 게 사회가 해야 할 최소한의 위로"라고 지적했다. 단, "유가족이 사형을 반대하면 폐지해도 좋다"는 조건을 달았다.

#### 5) 사회적 비용 측면

범죄로 인한 피해와 이에 대한 복구비용, 사법기관을 운영하기 위하여 사용되는 비용은 우리가 생각하는 것보다 상당히 많으며, 이러한 모든 비용을 잠재적 혹은 간접적 피해자인 시민들이 납부하는 혈세로 채워진다는 것을 생각한다면 이러한 논의는 필수적인 것이다. 오랜 기간 동안 무기징역을 선고 받은 죄수의 의식주는 물론 교도소 탈주나 교도소에서의 범죄를 억제하는 등의 죄수에 대한 특별관리비용 들어가는 비용은 상당한 것이고 그 일부는 피해자의 유족들도 공동으로 부담해야 한다는 것을 생각할 때 받아들이기 어려운 것이다. 또한 그러한 막대한 비용을 다른 유용한 사회복지에 사용할 수 있고 그로 인해 많은 생명을 구할 수 있는데 그 비용을 격리되어야 마땅할 사람에게 사용하는 것은 크나큰 손실인 것이다.

### 4. 사형선고 사례를 통한 사형제도 존치론에 대한 시사점

#### ◇ 사형수 57명 중 과거 살인경험자 5명

우리 사회에 흉악범죄는 하루 이들의 일이 아닌 오랜 기간에 걸쳐 부단하게 발생하고 있다. 그중 사람의 인육을 먹는 잔인함으로 사형이 언도된 '지존파 사건'과 부녀자와 노인을 대상으로 잔인한 연쇄살인을 벌인 유영철 사건 및 아이를 유괴·토막 살해한 안양어린이 실종·살해 사건 등은 사회적 지탄과 사형제 논란을 점화시키는 연결점이 됐다 해도 과언이 아니다. 더욱이 일본의 모녀 살인사건의 피해자는 9년여에 걸쳐 일본 전역에 '범죄피해자 가족 모임'을 만들어 가며 "법이 피해자의 고통은 외면한 채 가해자의 인권만을 위해 존재한다"고 절규한 것으로 알려졌다. 때문에 익명을 요구한 A대학 사회학과 교수는 "전과기록이 파악된 사형수 57명 가운데 전과가 있는 경우는 43명으로 75.4%에 이르며, 살인죄로 징역을 살고 출소한 뒤 다시 사람을 해친 사형수도 5명이나 된다"며 "흉악범죄자라고 해서 무조건 사형을 해야 한다는 것도 옳지 않지만 흉악 범죄로부터 억울하게 죽어가는 선량한 사람을 위한 최소한의 생명권 방어수단인 사형제를 무조건 폐지하는 것도 마땅한 대안은 아니다"고 말했다.

한편, 범죄 심리학을 연구하는 한 전문가는 "아무리 잔혹한 범죄를 저질러도 극형을 처벌받지 않는다는 확신을 심어주는 것은 대단히 위험한 발상"이라며 타인을 위협하고 헤쳐도 본인의 목숨은 보존할 수 있다는 것은 범죄심리학적으론 사회적으로 매우 위험적인 태도라고 우려했다.

서석구 변호사는 "사형폐지론자들이 주장하는 사형이 범죄의 억제력에 아무런 영향이 없다는 것과 관련, 이는 징역형이나 금고형 역시 범죄 억제력이 없다는 것을 반증하는 논리적 비약에 지나지 않는다"며 어떠한 경우에도 무고한 피해자를 희생시켜서는 안된다고 덧붙였다.

#### 1) 지존파 살인사건

현실사회에 대해 일찍부터 불만을 품어 온 김기환은 1993년 4월경 학교 후배 강동은, 교도소 동기 문상록 등과 함께 전라남도 함평군 대동면에서 대학입시 부정사건에 대해 의견을 나누다가 부유층에 대한 증오를 행동으로 나타내자는 데에 뜻을 같이하였다. 지존파라는 이름의 범죄집단을 조직하고 1,200여 명에 달하는 백화점 고객명단을 입수하여 범행대상으로 삼았다.

그 해 7월 일당 6명은 충청남도 논산에서 최미자를 성폭행한 후 연습 삼아 살해 암매장하고, 8월 같은 조직원이던 송봉은을 역시 살해 암매장했다. 그들은 전라남도 영광군 불갑면 금계리 지하실 아지트에 창살감옥과 사체를 은닉하기 위한 사체 소각시설을 갖추었다.

이어서 1994년 9월 이종원-이모, 소운오-박미자 부부를 납치 감금하였다가 가까스로 탈출한 이모 여인을 제외한 3명을 모두 살해하고 사체를 토막내어 소각하는 등 9월 15일까지 4차례에 걸쳐 엽기적인 연쇄 살인행각을 벌였다.

이 사건은 납치되었다가 탈출한 이모 여인의 제보로 범인들이 모두 체포됨으로써 일단락 되었다. 재판 결과 검거되기 이틀 전에 조직에 가담한 이경숙을 제외한 두목 김기환을 비롯하여 강동은, 김현양, 문상록, 강문섭, 백병옥 등 지존파 전원이 강도살인죄로 사형을 선고받고, 항소심과 대법원의 최종판결에서도 1심의 형량이 확정되어 11월 2일 교수형이 집행되었다.

#### 2) 김동민 일병 사건

경기 연천 최전방 GP에서 총기를 난사, 장교와 동료 8명을 숨지게 한 혐의(상관살해 등)로 구속기소된 김동민 일병(22)에게 사형이 구형됐다.

육군 제3군사령부 보통검찰은 8일 보통군사법원에서 열린 김일병에 대한 결심공판에서 "피고인은 근무여건이 험한 최전방 GP에서 하루하루 열심히 복무하던 꽃다운 젊은이들의 목숨을 단 몇분 만에 앗아가는 중대한 범죄를 저질렀다"며 "범행 1주일 전부터 치밀하게 범행계획을 세우는 등 죄질이 매우 나쁘다"고 중형 구형이유를 밝혔다.

#### 3) 유영철 연쇄 살인사건

무고한 시민 21명을 상대로 한 희대의 살인 마 유영철의 엽기적인 살인 행각은 부유층과 여성에 대한 증오심을 제외하곤 별다른 동기나 목적이 없었다는 점에서 더욱 충격적이었다.

특히 무참히 살해된 피해자 대부분은 그저 평범한 주변 사람들이었다. 힘없는 노인들, 결혼을 하루 앞둔 예비신부, 출장 마사지 일을 하던 윤락여성 등. 피해자들은 유씨와 아무런 원한이나 연고가 없어 희생자 유족들의 상처는 더욱 깊었다. 재판부는 유씨에게 법정최고형인 사형을 선고했다.

그러나 이런 법의 심판으로 제2, 제3의 유영철이 등장하지 않는다고 누구도 장담할 수 없다. 이 사건이 불러온 사회적 파장이 쉽사리 사라지지 않는 이유다. 전문가들은 이 사건을 계기로 불특정 다수를 상대로 하는 소위 '무동기', '묻지마'식 살인에 대한 범사회적인 대책 마련이 시급하다고 한결 같이 입을 모았다.

## 5. 종합의견

인간생명의 가치는 그 무엇과도 바꿀 수 없는 귀하고 존엄한 것이다. 그 존엄한 생명을 극악무도한 범죄에 의해서 잃고 범죄자가 받는 처벌에 대한 사회적 인식이 가벼워질 때, 또 다른 충동적이고 잔인한 범죄의 재발을 가져올 수 있다는 것은 상식이다. 범죄는 계획적이고 의도된 범죄와 극히 비자발적이고 충동적인 범죄가 있을 수 있다.

이런 범죄의 유형에 따른 형적처벌은 재판의 심리과정에서 충분히 가려지어 정상이 참작되어지기 때문에 계획적이고 자의적이며 의도된 범죄가 아닌 극히 비자발적인 충동성 범죄가 심리부실로 극형에 처해지는 경우는 거의 없다 해도 과언이 아니다.

또한 오심으로 인한 본의 아닌 존엄한 생명의 억울한 희생도 마찬가지이다. 더구나 법치 민주사회가 대단히 성숙되어 있고 사법부의 독립이 확고한 이 시점에서 과거의 군사독재 시절에나 있었던 계획된 정치적 살인은 꿈도 꿀 수 없는 시대가 되었다. 그렇다면 형벌이란 범죄를 예방하여 국민생활의 안녕을 도모하는데 그 목적이 있는 한 여기에 충실할 필요가 있다. 범행이 날이 갈수록 수법이 교묘하고 고도로 지능화되면서 잔악무도화 되는 이 시점에는 더욱 그러하다. 범죄자가 자기가 저질른 범행에 대하여 이에 상응하는 처벌을 사회로부터 반드시 받게 될 것이란 사실을 충분히 인지하였을 때, 계획적이든 비계획적이든 범행에 대한 충동을 이성적으로 더 억제할 수 있을 것이다. 그리고 사형으로 밖에 다스릴 수 없는 반인륜적인 범죄는 더욱 그러하리라고 생각된다.

따라서 범죄를 예방하여 국민생활의 안녕을 도모한다는 목적이 퇴색되지 않도록 사형제폐지에 대한 신중하고 면밀한 검토가 있어야 한다. 최근 국민여론조사 결과 60% 이상이 사형제폐지에 반대하고 있음을 주목해야 한다.