

[일반논문]

## 사형 폐지 이후 대체형벌의 지평과 전망\*

김 대 근\*\*

한글초록

최근 형벌국가 내지 처벌사회라는 흐름 속에서 가석방 없는 무기형, 이른바 절대적 종신형의 도입이 뜨거운 쟁점이다. 통상 절대적 종신형은 사형 폐지 이후의 조치로서 논의되지만, 최근 법무부가 입법 예고한 가석방 없는 무기형은 사형과 동시에 존재한다. 더 나아가 입법예고된 가석방 없는 무기형은, 형법에서 형의 종류(제41조)로서가 아니라, 징역 또는 금고의 기간(제42조)에서 규정함으로써 법관에게 판단의 부담을 떠넘기는 동시에 법관에게 법해석이 아닌 입법행위(법형성)를 부여한다. 죄형법정주의 및 권력분립원칙과 충돌하는 것 외에도 심지어 현행 가석방 제도의 취지를 몰각할 수 있다는 점에서 문제가 크다.

이 지점에서 사형의 대체형벌에 대한 이론적 전망을 살필 필요가 있다. 생명을 박탈하는 것이 아닌 형벌로는 자유박탈의 정도에 따라 절대적 종신형과 상대적 종신형, 그리고 무기형, (기간의 상한이 정해진)자유형을 들 수 있다. 여기서 종신형은 ‘절대적 종신형’과 ‘상대적 종신형’으로 나뉘며, 이 때 상대적 종신형과 무기형의 구별이 문제되기도 한다. 상대적 종신형은 무기형에 비해 장기간의 최저 복역기간과 예외적으로 가석방이 허용되는 특징이 있지만, 현행 무기형은 가

\* 이 글은 <2023 사형제도를 폐지를 위한 연례세미나>에서 필자의 발표문 “입법예고된 가석방 없는 무기형 도입의 문제점과 대안” 및 김대근·이덕인·권지혜, 『사형 폐지에 따른 법령정비 및 대체형벌에 관한 연구』, 한국형사·법무정책연구원, 2021에서 필자의 집필 부분 일부를 수정하여 재구성한 것입니다.

\*\* 한국형사·법무정책연구원, 연구위원

석방이 예외적이라는 점에서 운용상 상대적 종신형과 차이가 거의 없다.

가석방 없는 무기형은 독일연방헌법재판소와 유럽인권재판소, 최근 캐나다 연방대법원에서 실시한 바와 같이 인간존엄성과 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해한다. 범죄예방의 효과성을 검증할 수 없을 뿐더러 교정관리 상 심각한 어려움이 발생할 수 있다. 무엇보다 현행 제도 하에서도 가석방 없는 무기형으로의 운용이 가능하다는 점에서 굳이 입법화할 실익은 없다.

그렇다면 사형을 대체할 수 있는 합리적이고 체계정합적인 형벌은 어떤 형태여야 할까. 국민의 법감정을 고려하여 기간의 상한이 정해진 자유형을 제외하면, 크게 현행 우리 법률 상의 무기징역형 내지, 최저복역 기간을 두고 가석방 가능성을 심사하게 하는 무기징역형을 제안할 수 있다. 더러는 현행 무기징역형을 원칙으로 하면서 (기존 사형확정자에 대한)상대적 종신형을 절충하는 방안도 고려할 수 있을 것이다.

주제어: 형벌국가, 처벌사회, 사형 폐지, 대체형벌, 가석방, 가석방 없는 종신형, 가석방 가능 종신형, 무기징역, 자유형, 사형의 범죄 억제 효과, 최저 복역기간

---

— 목 차 —

- I. 정부의 입법예고
- II. 사형과 동시에 존재하는 가석방 없는 무기형
- III. 사형 대체형벌의 논의 지평
- V. 대안의 구체화

“아무도 그날의 신음 소리를 듣지 못했다  
모두 병들었는데 아무도 아프지 않았다”  
- 이성복, “그날”, <뒹구는 돌은 언제 잠 깨는가>  
(문학과 지성사, 1980)

## I. 정부의 입법예고

### 1. 중형주의 시대

엄벌주의와 중형주의라는 유령이 우리 사회를 짓누르고 있다. 구조화된 신자유주의에서 엄벌주의 또는 중형주의는 동시대의 사회적 보편성을 지닌다는 점에서 이론적 의미가 크다. 특히 비판범죄학에서 주로 논의되는 로익 바캉의 ‘Penal State’와 푸코의 ‘Punitive Society’는 엄벌주의 내지 중형주의를 분석하는 적절한 개념이다. 바캉의 ‘Penal State’(형벌국가)는 ‘엄벌주의 국가’ 내지 ‘중형주의 국가’로 이해되며,<sup>1)</sup> 이 개념은 형벌 자체가 무거운 점, 특히 빈자들에게 가혹한 형벌의 문제점을 오늘날 ‘신자유주의’라는 맥락에서 강조한다.<sup>2)</sup> 반면, 푸코의 ‘Punitive Society’(처벌사회)는 ‘새로운 자유주의의

1) 로익 바캉(류재화 역), 『가난을 엄벌하다』, 시사IN북, 2010 참조.

2) 이에 대한 상세한 논의로는 Markus D. Dubber, *The Dual Penal State: The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective*, Oxford University Press, 2018 참조.

통치술'로서 안전(sécurité)장치의 다원화라는 측면이 강조되며<sup>3)</sup>, 오늘날 다원화된 제재를 분석하는데 유용하다. 형벌과 보안처분의 엄격한 이원론에도 불구하고 법정형을 비롯한 형벌이 무거워지면서 동시에 다양한 보안처분이 입법화되고, 심지어 전자감독과 같은(보안처분적 성격의) 제도가 확정판결을 받은 자 뿐만 아니라 수사, 재판 중인 피의자 및 피고인에게 선제적으로 도입<sup>4)</sup>되는 최근 우리 사회의 모습이 전형적인 처벌사회라고 할 수 있다.<sup>5)</sup> 더 나아가 강력범죄에

---

3) Michel Foucault(Bernard E. Harcourt, et), *The Punitive Society: Lectures at the Collège de France, 1972-1973 (Michel Foucault Lectures at the Collège de France, 2)*, Picador, 2018. 푸코의 '처벌사회' 개념은 새로운 자유주의 하에서 '역사적 특수성'을 지니기도 한다. 특히 시장이 자연질서적이라는 환상을 통해 국가 개입을 최소화하고자 하지만, 실상 국가 형벌을 통해 유지되었다는 점을 계보학적으로 분석하는 글로는 Bernard E. Harcourt, *The Illusion of Free Markets: Punishment and the Myth of Natural Order*, Harvard University Press, 2011 참조.

4) 스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률[법률 제19518호, 2023. 7. 11., 일부개정] 제9조 ① 법원은 스토킹범죄의 원활한 조사·심리 또는 피해자 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 결정으로 스토킹행위자에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치(이하 "잠정조치"라 한다)를 할 수 있다.

3의2. 「전자장치 부착 등에 관한 법률」 제2조제4호의 위치추적 전자장치(이하 "전자장치"라 한다)의 부착

5) 이에 대한 분석으로는 김대근, 「스토킹행위자에 대한 전자감독제도 도입에 따른 법리적 쟁점과 개선방안」, 입법학연구 제21집 제1호, 2024, 70쪽. "스토킹처벌법상 잠정조치로서의 전자감독은 보안처분이 아니고 영장주의의 대상인 강제처분도 아니다. 별도의 의무를 강제하기 위한 수단도 아니기 때문에 의무이행의 강제로서의 성격을 지니지 않는다. 동법상 다른 잠정조치의 경우, 그 유형과 기본권 제한의 정도가 다르다는 점에서 단순 비교를 통해 전자장치 부착의 성격을 규명할 수도 없다. 그렇다고 법원의 확정판결을 전제로 하지 않는다는 점, 우리 형법 제41조에 규정된 것이 아니라는 점에서 형벌은 더욱 아니다. 때문에 스토킹 처벌법상 전자감독은 피해자 보호를 위한 새로운 유형의 (준사법적)처분이라고 보아야 할 것이다. 특히, 잠정조치로서 전자장치 부착은 항고

대한 정부의 잇단 대책도 처벌사회의 모습을 보여준다. 정부가 형벌 강화를 시작으로 경찰 면책규정을 확대하고 불심검문을 강화하며 사법입원제를 도입하는 등의 대책을 내놓은 것이 대표적이다. 최근 법무부 장관은 사형 집행 시설을 점검하라는 지시를 내리기도 했다. 음울한 그림자가 드리운 가운데 가석방 없는 무기형, 이른바 절대적 종신형의 도입은 지금, 또 언제나 그랬듯이, 가장 논쟁적인 주제다.

## 2. 정부 입법예고안

법무부 입법예고와 이를 거의 그대로 발의한 일부 의원의 개정법률안(이하 ‘입법예고 등’으로 부른다)<sup>6)</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>7)</sup> 미국

---

의 대상(제9조 제6항)이라는 점에서는 행정처분의 하나로 볼 여지가 크다고 할 것이다...(중략)...‘법원의 결정’을 헌법상 영장주의에 따르는 형사사법적 허가장으로 해석될 수 있고, 잠정조치로서 전자장치 부착의 절차가 강제처분 법정주의와 법원의 영장에 의해 사법적 통제를 받는다고 할 수 있다는 점에서 수사상 강제처분의 새로운 유형으로 볼 여지가 있다.”

- 6) 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.
- 7) 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 가석방

이 적극 도입하고 있다는 명분과 함께<sup>8)</sup>, 범죄를 예방하고 흉악범을 사회로부터 영구히 격리할 수 있다는 믿음이 여기에 깊이 자리 잡고 있다.<sup>9)</sup>

## II. 사형과 동시에 존재하는 가석방 없는 무기형

“우리가 누군가를 기억하려고 애쓸 때,  
이 우주는 조금이라도 바뀔 수 있을까?”

- 김연수, 「다만 한 사람을 기억하네」, (문학동네, 2014년 겨울호)

그동안 가석방 없는 무기형은 사형 폐지 이후 대체형벌의 하나로 서 논의되어 왔다는 점을 고려하면, 이처럼 사형과 함께 가석방 없는

---

될 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.”

- 8) 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 선진국에서 도입하고 있습니다.”라고 밝히고 있다. 미국이 형사사법 체계의 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.
- 9) 법무부 보도자료(“가석방을 허용하지 않는 무기형 신설”, 2023.8.11.)의 ‘향후계획’에 따르면, “법무부장관은 “가석방이 허용되지 않는 무기형이 도입되면, 흉악범을 사회로부터 영구히 격리하는 실효적인 제도로 운영 될 수 있을 것”이라고 밝혔습니다.”라고 한다.

무기형을 두는 제안은 꽤나 낮설다. 원칙적으로 사형이 폐지되지 않은 상태에서 대체형벌의 논의는 사형폐지의 단계조치로서 전제되거나 이해되기 때문이다.<sup>10)</sup>

급속하게 입법예고가 이루어졌기 때문인지 입법예고 등에서 제시한 조문상의 체계와 형식도 이례적이다. 조문 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). 이러한 입법형식은 상대적 무기형만으로는 적정한 형벌이 될 수 없다는 우려 및 법관의 양형재량에 대한 존중에서 비롯한 것으로 애써 짐작해 볼 수는 있겠다. 그러나 입법예고 등은, 가석방 없는 무기형 자체의 문제점은 차치하고라도, 후술하는 바와 같은 많은 문제가 있다.

## 1. 형벌인 듯 형벌 아닌 형벌 같은

일단 입법예고 등에 따른 가석방 없는 무기형은 형벌의 신설도 아니다. 형벌의 종류를 규정하는 「형법」 제41조를 우회해서는, 선고할 때 법관에게 가석방 여부를 판단하게 하는 방식으로 형벌‘처럼’ 운용하겠다는 것이다. 그러기 위해서 입법예고 등은 먼저 ‘가석방이 허용되지 아니하는 무기형’의 법적 근거를 마련한다(안 제42조제2항). 또한 무기형을 ‘선고’할 때, ‘가석방이 허용되는지 여부를 함께 선고’하게 함으로서 법관에게 판단의 부담을 떠넘기고, 법관에게 범해석이 아닌 입법행위(법형성)의 가능성을 부여한다. 이러한 입법형식은 죄형법정주의와 충돌할 뿐 아니라, 국회에게 입법권을 부여하고 있는 헌법 조문 및 그 이념인 권력분립원칙과도 반한다. 무엇보다 우리 가

<sup>10)</sup> 김대근·이덕인·권지혜, 『사형 폐지에 따른 법령정비 및 대체형벌에 관한 연구』, 한국형사·법무정책연구원, 2021, 359쪽.

석방 제도의 취지와 부합하지 않는 점이 가장 큰 문제다.

## 2. 죄형법정주의와의 충돌

주지하다시피 입법예고 등은 사형을 유지하면서 가석방 없는 무기형을 제안한다. 그렇다면 어느 범죄가 사형과 가석방 없는 무기형을 받게 될까. 죄형법정주의에 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 처벌할지를 어느정도 미리 명확하게 규정해야 하는 것이다. 요컨대, 입법예고 등은 죄형법정주의의 명확성 요청에 부합하지 않을 수 있다. 법치국가 원칙의 형사법적 요청이 죄형법정주의라는 점에서, 제안된 입법예고 등은 법치국가적 예측가능성을 확보하지 못해서 결국 죄형법정주의에 반한다는 평가가 가능하다.<sup>11)</sup>

## 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 오·남용을 방지하고, 궁극적으로는 국민의 자유와 권리를 보장하

---

11) 이에 대해서 익명의 심사자께서 제안해주신 바, 가석방 없는 무기형을 기존 무기형을 구체화하는 것으로 보면 이것이 죄형법정주의와 충돌한다고 보기 어렵다는 지적 또한 설득력이 있다. 설사 입법예고 등이 기존 무기형을 가중하는 것으로 보더라도 그 근거를 형법에 마련한다면 죄형법정주의에 부합한다고 볼 여지도 있기 때문이다. 또한 같은 맥락에서 형법은 단일형이 아니라 형벌의 종류와 범위를 규정하는 것이 일반적이라는 점에서 무기형을 가석방 가능한 것과 불가능한 것으로 나눈다고 하여 이를 죄형법정주의와 충돌한다고 보기 어렵다는 지적을 하기도 했다.

기 위해서다. 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>12)</sup>이기에 사법은- 범형성이 아닌- 법 분쟁절차에서 법질서 유지를 통한 법적 평화의 실현이라는 기능<sup>13)</sup>에 머물러야 한다.

물론 입법예고 등은 ‘가석방이 허용되지 아니하는 무기형’의 법적 근거를 마련했다(안 제42조제2항)는 점에서 전적으로 법관에게 범형성 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, 견제와 기능의 분리 원칙에 부합하지 않는다. 물론 본래 법관이 법정형 범위에서 선고형을 확정한다는 점에 비추어 법관이 무기형을 선고할 때 가석방 여부를 선고한다고 하여 권력분립원칙 위반으로 보기 어렵고, 무엇보다 국회가 형법 개정을 통해서 가석방 없는 무기형을 명확하게 규정하고 이미 무기형이 가능한 범죄가 형법에 명시된다면 권력분립원칙 위반 문제는 생기지 않는다는 견해도 있을 수 있다. 그러나 본질적으로 입법 사항이어야 할 형벌의 종류를 법관이 선고하는 형식을 취한다는 점에서는 입법권을 침해하는 측면이 크다. 앞서 언급한 죄형법정주의의 문제가 권력분립의 한 내용이라는 점에서 죄형법정주의와의 충돌에서 이미 권력분립원칙과의 충돌은 내재되어 있었다.

#### 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(제

12) 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2022, 1363쪽.

13) 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2022, 1364쪽.

72조 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 확보하려는데 있다.<sup>14)</sup> 때문에 가석방 판단의 대상은 ‘징역이나 금고의 집행 중에 있는 사람’ 즉 기결수여야 하고, 판결 당시 즉 미결상태의 사람이 될 수 없다. 헌법재판소도 가석방이 “갱생한 수형자에 대한 무용한 구금을 피하고 수형자의 윤리적 자기형성을 촉진하고자 하는 의미에서 취해지는 형사정책적 행정처분”<sup>15)</sup>이라고 한다는 점에서 가석방은 ‘수형자’에 대한 형사정책적 행정처분이라는 점은 분명하다.<sup>16)</sup>

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 이루어지면 사실상 집행유예와의 차별성도 없어져서 형사사법질차의 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>17)</sup>는 결론으로 귀결된다.

14) 김성돈, 『형법총론』, 박영사, 2024, 1051쪽.

15) 헌재 1995. 3. 23. 선고 93헌마12 전원재판부 결정.

16) 물론 가석방의 본질에 대해서는 다양한 관점이 가능하다. 은사포상설, 행정처분설, 행형제도설, 종합설 등이 그렇다. 이에 대한 설명으로는 김정환, “1개의 판결에서 다수의 범죄사실에 대하여 다수의 형이 확정된 사안에서 가석방의 요건을 정한 형법 제72조 제1항의 해석”, 『교정판례백선』, 박영사, 2024, 403쪽; 정승환, “수형자의 가석방 요구권”, 『교정판례백선』, 박영사, 2024, 418쪽.

17) 김성돈, 『형법총론』, 박영사, 2024, 1052쪽

이처럼 가석방에 대한 판단은 판결 당시 범죄의 경중으로 판단해서는 안되고, 징역이나 금고의 집행 중에 있는 사람에 대해 행상이 양호하여 누우침이 뚜렷한 경우 및 재범가능성 등을 고려해서 이루어져야 한다.

### III. 사형 대체형벌의 논의 지평

“우리의 눈이 태양에 맞추어지지 않는다면,  
태양은 결코 보이지 않을 것이다”  
- 괴테, 「온순한 크세니엔(Zahme Xenien)」

#### 1. 서설

사형의 대체형벌 내지 대체조치에 대한 명확한 정의는 없으나, 사형은 가장 엄중한 범죄에 적용하는 처벌이라는 점을 고려하면 사형의 대체조치는 가장 엄중한 범죄에 대해서, 사형 폐지 후 사형을 대체하는 처벌방식이라고 할 수 있다.<sup>18)</sup>

사람의 생명을 박탈 다음으로 무거운 형벌은 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 있다. 절

---

18) 리씨웨이(한상돈 역), “사형의 대체조치 - 중국형법의 입법을 기점으로 -”, 비교형사법연구 제9권 제2호, 한국비교형사법학회, 2007, 648-649 쪽. 이하 사형 대체형벌의 논의지평에 대해서는 각주11) 44쪽 이하를 요약 정리한 것이다.

대적 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>19)</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>20)</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>21)</sup> 또한 상대적 종신형은 원칙적으로 일생을 교도소에서 복역하되 예외적으로 가석방이 허용될 수 있는 것이고, 무기징역은 일정기간과 조건을 전제로 가석방을 허용한다는 점에서<sup>22)</sup> 구별될 수도 있다는 주장도 있다(②). 전자(①)의 경우 최저 복역기간의 관점에서, 후자(②)는 가석방의 예외성이라는 관점에서 무기징역과 구별을 시도한다. 일견 유사해 보이는 두 개의 주장을 통해, 상대적 종신형은 무기징역에 비교하여 첫째, 장기간의 최저 복역기간과 둘째, 예외적으로 가석방이 허용된다

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

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

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

22) 한영수 외, 『사형제도 폐지 및 대체형벌 실태조사』, 국가인권위원회 연구용역보고서, 2018, 67쪽.

는 점을 특징으로 도출할 수 있을 것이다.

### 3. 절대적 종신형의 의의

#### 가. 의의

절대적 종신형은 범죄자의 가석방 가능성을 배제함으로써 영구히 사회로부터 격리하여 교정시설에 구금하는 형벌이다.<sup>23)</sup> 절대적 종신형의 도입 주장은 사형제도 폐지의 정당화 근거에 의존하고 있고, 비판 의견에도 불구하고 사형폐지를 위한 과도기적 과정에서 필요한 제도로 여겨지기도 한다.<sup>24)</sup> 예컨대 나치의 불법국가를 경험한 독일은 1949년 기본법을 제정하면서 사형을 폐지할 때 절대적 종신형만 두었고,<sup>25)</sup> 1931년 사형을 폐지한 미국의 미시간주 역시 사형의 대체형으로서 절대적 종신형을 두었다.<sup>26)</sup> 이처럼 절대적 종신형은 사형보다는 가볍고 무기형보다는 무거운 형벌이라는 점에서 사형과 무기형 사이의 간극을 좁힐 수 있는 형벌로 이해되기도 한다.<sup>27)</sup>

자유와 권리를 절대적으로 침해한다는 비판에 대해 절대적 종신형을 지지하는 입장에서는 사면제도를 통하여 해결할 수 있다거나, 만

23) 허일태, “사형의 대안으로서 절대적 종신형 도입방안”, 형사정책연구 제 17권 제2호, 한국형사정책연구원, 2006, 41쪽.

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

25) 이후 1977년, 절대적 종신형이 위헌이라는 독일 연방헌법재판소의 결정이 있었다.

26) 허일태, “사형의 대안으로서 절대적 종신형 도입방안”, 형사정책연구 제 17권 제2호, 한국형사정책연구원, 2006, 53-54쪽 참조. 특히 미국의 절대적 종신형에 대한 최근의 논의로는 최대호, “가석방 없는 종신형의 입법과 그 정당성 고찰 - 미국에서의 종신형 관련 최근 동향을 소재로 -”, 경희법학 제58권 제3호, 2023 참조.

27) 허일태, “사형의 대안으로서 절대적 종신형 도입방안”, 형사정책연구 제 17권 제2호, 한국형사정책연구원, 2006, 42쪽.

일 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>28)</sup>

#### 나. 절대적 종신형의 부과 유형

절대적 종신형을 부과하는 유형은 두 가지로 나눌 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>29)</sup> 지금 논의되고 있는 입법예고 등이 바로 후자의 방식이다.

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 있다. 후자의 경우 선고 가능한 선택형에 사형이 있다면 사형 선고를 일부 대체할 수 있는 형벌로 평가할 수 있고, 가석방이 가능한 종신형이나 유기 자유형도 선택이 가능하다면 사형의 축소와 폐지에 긍정적일 수 있는 가능성이 있다. 물론 후자의 방식은 제도 운용상 집행유예와 차별성이 없을 뿐 아니라, 가석방 제도의 취지를 형해화할 수 있다는 점에서 타당하지 않다.

---

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

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

#### 다. 문제점

절대적 종신형을 비판하는 논거로는, 우선 생명을 유지시킨다는 점에서 사형보다는 인도적이라고 할 수 있지만, 수형자들을 사회적·심리적으로 황폐화시킬 수 있고 수형자를 사회 공동체에서 영원히 단절시킨다는 점에서 인간으로서의 존엄과 가치를 침해한다는 점을 들 수 있다.<sup>30)</sup> 또한 절대적 종신형은 신체의 자유에 대한 본질적인 내용을 침해하기에 비례 원칙에 따르더라도 허용될 수 없고, 형벌의 목적인 특별예방과 이에 따른 범죄자의 재사회화를 고려할 수 없다는 비판도 따른다.<sup>31)</sup> 본질적으로 절대적 종신형은 죽음의 시기만을 미룬다는 의미 외에 형사정책적 의미는 없고 단지 사형제도를 폐지했다는 상징적인 점 외에는 큰 의미는 없다는 견해가 설득력을 갖는 지점이다.<sup>32)</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>33)</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 배제되기에 현실적으로는 절대적 종신형이 사형보다 더 중한 형벌이 될 수도 있다.

30) 2010. 2. 25. 2008헌가23 참조.

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

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

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

헌법재판소는 절대적 종신형을 도입하더라도 사면에 의한 석방이나 감형의 가능성이 열려있다고 본다.<sup>34)</sup> 그러나 헌법상 보장된 대통령의 사면권을 제한할 수 있는지는 별개의 문제라는 점<sup>35)</sup> 및 우리의 행형현실을 고려할 때 수용질서의 문란 및 교정사고, 교정시설과 행형예산의 부담 증대를 가져올 수 있다는 비판이 제기된다.<sup>36)</sup>

#### 4. 상대적 종신형의 의의

##### 가. 의의

상대적 종신형은 가석방 등을 통해 수형자가 사회에 복귀할 가능성이 있는 경우를 말한다.<sup>37)</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 설정하면 상대적 종신형은 현행 무기징역형과 절대적 종신형의 중간에 위치하게 된다. 이 경우, 상대적 종신형은, 현행 무기징역형이 사형의 대체형으로서 미흡하다는 비판이 따르지만, 한편으로는 절대적 종신형이 인간존엄성을 침해하고 형벌목적에 반한다는 비판을 어느 정도 진정시킬 수 있는 대안으로 여겨진다.<sup>38)</sup>

---

34) 2010. 2. 25. 2008헌가23. “...절대적 종신형제도를 도입한다고 하더라도 여전히 사면에 의한 석방이나 감형의 가능성이 열려 있는 이상, 현재의 무기형에 대하여 가석방이 가능한 것을 문제 삼는 것은 적절하지 아니한 측면이 있다.”

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

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

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

나. 상대적 종신형과 무기형이 동시 존재할 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>39)</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 감형여부의 결정과 마찬가지로 법원의 결정에 의하도록 하는 것이 타당하다고 생각한다.<sup>40)</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>41)</sup>

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

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

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

41) 한영수 외, 『사형제도 폐지 및 대체형벌 실태조사』, 국가인권위원회 연

## 2) 최저 복역기간의 형태

상대적 종신형의 도입은 가석방이 가능한 최저 복역기간과 관련해서도 의의가 있다. 상대적 종신형에서 최저 복역기간 지나치게 길면 이는 절대적 종신형이 신체의 자유에서 본질적 내용을 침해한다는 비판을 그대로 받을 수 있으므로<sup>42)</sup> 그 기간의 설정은 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 평균 수명을 기준으로 잔여수명이 3분의 2 이상이 경과된 후 등 다양한 의견이 제시된다.<sup>43)</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

---

구용역보고서, 2018, 70-71쪽 참조.

42) 이원경, “사형의 대체방안으로서 종신형제도에 관한 제 문제”, 교정연구 제69호, 한국교정학회, 2015, 277쪽.

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

현행 무기징역형은 상대적 종신형과 유사하지만, 이보다는 가벼운 형벌로서 소개된다. 때문에 사형의 대체형벌이라는 맥락에서는 무기형을 보다 강화하거나 엄격하게 운용하려는 논의가 따른다. 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>44)</sup> 한편, ‘중(重)무기형’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 있는지를 우려한다.<sup>45)</sup>

이 형벌들은 비록 그 명칭이 ‘무기형’이지만 가석방이 가능한 최저 복역기간을 설정하는 등의 가석방 요건을 기존의 무기징역형보다 엄격하게 설정했다는 점에서 상대적 ‘종신형’과 큰 차이가 없다. 이에 개념상 상대적 종신형을 우리 법체계상의 무기징역형과 같은 것으로 보아도 무방하다고 할 수 있겠다.

## 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 추정되며

44) 이훈동, “전환기의 한국 형법 -사형제도의 새로운 시각-”, 외법논집 제 26집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2007, 440-443쪽.

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

이는 상대적 종신형과 큰 차이가 나지 않는다고 한다.<sup>46)</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 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 모아진다고 생각한다. 특히 절대적 종신형이 인간의 존엄성을 침해하기 때문에 헌법에 반한다는 독일 연방헌법재판소의 결정<sup>47)</sup>이나 유럽인권재판소의 결정<sup>48)</sup> 및 가장 최근 캐나다 연방대법원의 결정<sup>49)</sup>에서 확인할 수 있는 것처럼, 절대적 종신형

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

47) BVerfGE 45, 187 - Lebenslange Freiheitsstrafe Bundesverfassungsgericht, 자세한 내용은 김대근·이덕인·권지혜, 『사형 폐지에 따른 법령정비 및 대체형벌에 관한 연구』, 한국형사·법무정책연구원, 2021의 제5부 제2장 참조

48) CASE OF HUTCHINSON v. THE UNITED KINGDOM(Application no. 57592/08), 자세한 내용은 김대근·이덕인·권지혜, 『사형 폐지에 따른 법령정비 및 대체형벌에 관한 연구』, 한국형사·법무정책연구원, 2021의 제5부 제3장 및 제4장 참조

49) R. v. Bissonnette, 2022 SCC 23(2022.5.27. 선고)

이 사형 못지않은 잔인하고 가혹한 형벌이라는 점에는 오늘날 상당 부분 공감을 얻는다.

그 점에서 일단, 법무부의 입법예고한 가석방 없는 무기형은 사형의 폐지는 전제하지 않았고 또 형벌의 형식을 갖추지 못했기에 근본적으로 한계가 있다. 그러나 정작 가석방 없는 무기형 자체에 많은 문제가 있다. 사형 폐지를 주장했던 이유들이 가석방 없는 무기형에도 동일하게 적용되며 따라서 가석방 없는 무기형은 또 다른 사형에 불과하다는 비판이 있는 것이다.<sup>50)</sup>

#### 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 있을지 의문이다. 이를 위해 가석방 없는 무기형에 비해 무거운

<sup>50)</sup> Mugambi Jouet, “The Abolition and Retention of Life Without Parole in Europe: A Comparative and Historical Perspective”, European Convention on Human Rights Law Review 4, 2023, p.4.

형벌이라고 할 수 있는 사형의 효과성을 검토해 보자.

기본적으로는 사형의 효과성을 경험적으로 검증할 수 없다는 것이 국내외 학계의 통설이다.<sup>51)</sup> 범죄의 요인은 너무나도 다양하기에 형벌을 변수로 범죄예방의 효과를 실험할 수 없기 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>52)</sup> 그러나 이 연구는 통계학적 비약이 있는 것으로 드러난다.<sup>53)</sup> 가장 설득력있는 비판을 제시한 John Donohue와 Justin Wolfers의 연구에서는 “억제의 증거는 놀랍도록 취약하다”는 결론을 내렸다. 미국에서 사형제도는 기껏해야 미미한 효과를 가지며, 심지어 이 효과가 긍정적인 것인지, 부정적인 것인지도 분명치 않다는 것이다. “실존하는 데이터가 이 불확실성을 해결할 수 있을” 가능성 또한 없다고 주장한다.<sup>54)</sup>

대개의 살인범죄자들이 범행 시에 이미 사형이라는 형벌의 존재를 알고 있음에도 범행으로 나아갔다는 점은 사형의 고유한 효과에 의문을 던진다.<sup>55)</sup> 또한 우리나라가 1997년 이후 사형 미집행에도 불구하고

---

51) 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).

52) Isaac Ehrlich, “The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement,” *The Journal of Legal Studies* Vol 1, No. 2, (1972)

53) John J. Donohue III, “Empirical Evaluation of Law: The Dream and the Nightmare”, *American Law and Economics Review* Vol. 17, No. 2 (Fall 2015)

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

55) 박형민·김대근, 『사형확정자의 생활 실태와 특성』, 한국형사·법무정책연

하고 최근 살인사건이 10년 전에 비해 거의 절반 가까이 감소했다는 점<sup>56)</sup>을 고려해 볼 때 사형이 범죄 예방과 억제에 효과적이라 보기 어려운 측면이 있다.

## 2) 억제 곡선(Deterrence Curve)의 문제

범죄예방의 중요한 요소로 거론되는 무거운 형벌과 확실한 형벌 중에 후자의 효과성은 많은 연구들에서 입증된 바 있다.<sup>57)</sup> 그리고 무거운 형벌의 효과성에 대해서는 회의적인 연구가 오히려 많다. 특히 중한 범죄일수록 형벌의 효과가 크지 않다는 Lawrence M. Friedman의 이론을 소개해 본다.<sup>58)</sup> 만약 절도에 징역 5년형을 선고하다가 10

---

구원, 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, 잠깐 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.”

56) 대검찰청, 『범죄분석』, 2022. 살인사건은 2012년 1,022건에서 2021년 692건으로 크게 감소하는 추세다.

57) Gary Becker, “Crime and Punishment: An Economic Approach,” *Journal of Political Economy*, Vol. 76, No. 2 (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; Daniel S. Nagin 또한 “가혹성 보다 확실성이 더 효과적인 억제수단이라는 결론은 구체적으로는, 체포에 따른 법적 결과로서의 가혹성이 아니라 체포의 확실성이 더 효과적인 억제제라는 의미다”고 설명한다. Daniel S. Nagin, “Deterrence in the Twenty-First Century”, The University of Chicago Press, 2013, p.4.

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

년으로 형을 늘리면 일정한 효과가 있을 것이다. 그러나 두 배의 선고가 두 배의 효과를 갖지는 않아서 범죄율이 절반으로 낮아지지 않는다. 불법 주차의 과태료가 1달러고, 10명중 두 명의 불법주차가 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, 불법주차가 반으로 줄지는 않는다. 큰 효과를 기대하기 어려운 이유는 이미 대부분의 사람들은 억제되었기 때문이다. 억제 곡선은 평평해진다.<sup>59)</sup>

억제 곡선은 중범죄<sup>60)</sup>에서 특히 평평해진다. Kenneth D. Tunnell은 절도나 강도를 저지른 수형자들을 인터뷰하면서, 범죄자들이 단순히 위험을 크게 고려하지 않는다는 것을 발견한다.<sup>61)</sup> 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>62)</sup> 다른 말로, 이 범죄들의 곡선이 평평해졌다는 것이다.<sup>63)</sup>

<sup>59)</sup> Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation (1975), p.76.

<sup>60)</sup> 중범죄자의 개념에 대해서는 김대근, “중(重)범죄자의 시설 내 처우 현황과 문제점-중범죄자 개념의 한계와 교정의 실천성-”, 보호관찰 제21권 제2호, 한국보호관찰학회, 2021 참조

<sup>61)</sup> Kenneth D. Tunnell, “Choosing Crime: Close Your Eyes and Take Your Chances,” in *Criminal Justice in America: Theory, Practice, and Policy*(edited by Barry W. Hancock, Paul M. Sharp). 2d ed. (2000), p. 38.

<sup>62)</sup> Kenneth D. Tunnell, “Choosing Crime: Close Your Eyes and Take Your Chances,” in *Criminal Justice in America: Theory, Practice, and Policy*(edited by Barry W. Hancock, Paul M. Sharp). 2d ed. (2000), pp. 43-48.

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) 소결

그보다 가벼워 보이는 가석방 없는 무기형의 범죄 억제 및 예방 효과를 고려한다면, 범죄자들이 자신의 범죄가 가석방이 불가능한 무기형을 받을지 또는 가석방이 가능한 무기형을 받을지 알고 행위로 나아간다고 보기는 어렵다. 가석방 없는 무기형의 범죄 억제 및 예방 효과 또한 검증할 수 없거나 특별한 효과는 없다고 보아야 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 인간 존엄에 어울리는 행형의 전제조건”이라는 점을, 2013년 유럽인권재판소(Vinter 사건)는 “감형이 금지되는 영국의 중신형이 유럽인권보호협약 제3조를 위반하여 수형자 인권을 침해”하는 점을 들어 가석방 없는 무기형을 비판한다. 최근인 2022년 캐나다 연방대법원(R. v. Bissonnette, 2022 SCC 23)은 1급 살인에 대해서 가석방이 불가능한 기간인 25년을 연달아 부과하도록 하는 캐나다 형법 제745.51조가 인간의 존엄성과 양립할 수 없으며, 형벌의 혹독함만 확인할 수 있을 뿐이고 주목적 중 하나인 교화를 전혀 이끌어 낼 수 없다는 점을 지적하며 위헌결정을 했다.<sup>64)</sup> 우리 헌법재판소 또

63) 이는 경제학에서 한계비용(체감)으로 설명되기도 한다.

64) 더 나아가 이 결정에서는 과도한 형벌이 사법행정에 대한 불신과 형사 사법체계의 합리성과 공정성에 대한 신뢰 약화 및 중한 형벌을 일반적

한 가석방 없는 무기형이 “자연사할 때까지 수용자를 구금한다는 점에서 사형에 못지 않은 형벌이고, 수형자와 공동체의 연대성을 영원히 단절시킨다”는 점을 지적한 바 있다.<sup>65)</sup> 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. 더 나아가 무기형이 아닌 유기징역을 최고형으로 두는 나라가 9개국이다.

하필 법무부가 예시로 든 미국은 다른 나라에서는 찾기 힘든 엄벌주의와 중형주의로 일관된 형사사법체계를 운용하고 있다(이 외에 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.

구체적으로 미국에서는 2020년 기준 55,000명이 가석방 없는 무기형을 살고 있고 이는 2003년에 비해 66% 증가한 수치로<sup>66)</sup> 이 중 다수가 폭력을 수반하지 않는 마약이나 재산 관련 범죄로 형을 살고 있다.<sup>67)</sup> 일각에서는 가석방 없는 무기형을 선고가 시민들의 법 감정

---

인 것으로 만들어서 형벌 인플레이션을 가져올 수 있다고 지적한다.

65) 헌법재판소 2010.2.25. 2008헌가23.

66) Ashley Nellis, “Nothing but Time: Elderly Americans Serving Life Without Parole”, The Sentencing Project, 2022.06.23. <https://www.sentencingproject.org/reports/nothing-but-time-elderly-americans-serving-life-without-parole/> (마지막 검색: 2023.09.26.) 자세한 미국의 가석방 없는 무기형 관련 통계는 The Sentencing Project, “No End in Sight-America’s Enduring Reliance on Life Imprisonment“, 2021. 보고서 참조.

67) Judith Lichtenberg, “Against Life without Parole”, Georgetown Law Faculty Publications and Other Works No. 2064, 2018, p.41.

에 부합하지 않으며 오히려 형법에 대한 공동체의 도덕적 신뢰를 훼손시킨다고 비판한다.<sup>68)</sup> 또한 중년이 되면 재범률이 급격하게 감소하기 때문에 범죄 예방을 이유로 가석방 없는 무기형을 선고 하는 것은 매우 비효율적이라는 연구 결과가 있다.<sup>69)</sup> 실상 가석방 없는 무기형의 존속을 주장하는 유일한 실질적 이유는 응보의 목적이겠지 만, 설사 응보적 관점을 취하더라도 곧바로 가석방 없는 무기형을 찬성하는 것으로 귀결될 수는 없다는 것이다. 응보적 관점은 다른 모든 사정을 고려하지 않은 채 범죄와 비례하여 형벌을 부과할 것을 요구 하지도 않으며 상당한 기간 형을 산 사람이 여전히 사회에 위협이 될 가능성이 있다는 이유로 가석방을 금지하는 것은 지나치게 엄격 할 뿐만 아니라<sup>70)</sup> 가석방을 금지함으로써 지불해야 하는 경제적, 사회적 비용이 매우 크다는 점도 든다.<sup>71)</sup> 가석방 없는 무기형을 선고 받은 수용자들이 고령화되며 그들을 위한 질병 관리 등 많은 예산이 소요되는 만큼 해당 제도는 현재 미국 행형 시스템에 큰 짐을 지우고 있는 제도로 평가되며<sup>72)</sup> 해당 제도가 재소자의 가족에게 끼치는 영향 등의 사회적 비용도 간과할 수 없다.<sup>73)</sup> 이처럼 미국에서도 가석

68) Paul H. Robinson, “Life without Parole under Modern Theories of Punishment”, University of Penn Law School, Public Law Research Paper No. 10-34, 2012, p.157-158. 그는 시민들을 대상으로 특정 범죄자가 얼마만큼의 징역을 살아야 할 것 같은지를 물어보고 인터뷰의 결과를 실제 법원의 판결과 비교한다.

69) National Research Council, *The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences*, 2014, p.155-156.

70) 완벽하게 재범 가능성을 예상하는 것은 불가능하며 이 논리라면 범죄를 저지르지 않았지만 사회에 위협이 될 수 있다는 이유로 일반 시민에게도 엄격한 통제를 해야 한다.

71) Judith Lichtenberg, “Against Life without Parole”, Georgetown Law Faculty Publications and Other Works No. 2064, 2018, p.22.

72) The Sentencing Project, “No End in Sight-America’s Enduring Reliance on Life Imprisonment”, 2021.p.5.

방 없는 종신형에 대한 폐지 요구가 적지 않다는 점을 주목할 필요가 있다.

#### 마. 가석방 없는 무기형의 문제 4- 교정관리의 문제점

유럽인권재판소는, 유럽인권조약의 제3조(‘어느 누구도 고문, 비인도적인 또는 굴욕적인 취급이나 형벌을 받지 아니한다’)가 ‘희망할 권리’를 포함하며 이 때 희망은 인간을 구성하는 중요한 요소로 “수용자들도 자기가 저지른 죄가 속죄될 수 있는 것이라는 희망을 가질 권리가 있다”고 판시한 바 있다.<sup>74)</sup> 희망이 없고 더 이상의 최고형이 존재하지 않는 교정시설에서 수형자가 규칙을 준수하고 바르게 생활할 동기를 갖기는 어려울 것이다. 교정관리가 어렵다는 점에서 교도관들은 가석방 없는 무기형의 도입을 심각하게 우려한다.<sup>75)</sup>

사실, 가석방 자체가 갖는 형사정책적 의의는 종신형의 경우에 더 크다고 할 수 있다. 2019년 『사형확정자의 생활실태와 특성』 연구에서도 확인할 수 있지만, 사형확정자에게는 물론 교도관들에게도 가

---

73) Judith Lichtenberg, “Against Life without Parole”, Georgetown Law Faculty Publications and Other Works No. 2064, 2018, p.22.

74) Adriano Martufi, “The paths of offender rehabilitation and the European dimension of punishment: New challenges for an old ideal?”, Maastricht Journal of European and Comparative Law Vol. 25(6), 2018, p.676-677.; 유럽인권재판소, “Vinter and others v. United Kingdom”, 2013.06.09. 판결. Power-Forde 판사의 보충의견. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-122664%22%5D%7D>

75) 국민들의 알 권리를 이유로 가석방 폐지를 주장한 미국의 ‘Truth in Sentencing(선고의 진실)’ 운동에서 조차 재소자들이 형기의 100% 대신 85%를 채울 것을 주장했는데 이는 나머지 15%를 사회에서 보낼 수 있다는 희망이 더 나은 교도소 환경을 만들 것이라고 생각했기 때문이다. Paul H. Robinson, “Life without Parole under Modern Theories of Punishment”, University of Penn Law School, Public Law Research Paper No. 10-34, 2012, p.157-158.

석방이 갖는 의미는 각별하다.<sup>76)</sup> 사형확정자의 지위가 감형을 통해 무기징역형으로 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 “행상이 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 차별화되도록, 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 수용자(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 규정하기 때문이다. 기한이 된 모

76) 박형민, 김대근, 『사형확정자의 생활실태와 특성』, 한국형사·법무정책연구원, 2020, 121쪽. “이와 같이 사형확정자들이 교정시설 내에서 자신의 삶에 책임을 질 수 있게끔 제도를 마련하는 것이 필요하다. 이를 위해서는 동료 수용자들과의 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 달리해서 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.”

든 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>77)</sup> 요컨대 흉악하고 위험한 범죄자를 사회로부터 격리하는 일은 현행 법체계 안에서 충분히 가능하기에 입법예고 등과 같은 가석방 없는 무기형은 불필요하다.

## V. 대안의 구체화

“아무리 끔찍한 얼굴이라도 그 얼굴과 대면하자는 것이고,  
튼튼한 기억과 강인한 힘으로 인간의 삶을 회복하자는 것”  
- 황현산, ‘기억 없는 삶의 비극’(한국일보, 2014.10.15.)

### 1. 서설

#### 가. 무기형의 방향성

가석방 없는 무기형은 인간의 존엄성과 양립할 수 없다는 인식이

---

<sup>77)</sup> 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.”

가석방 가능한 무기형을 유지하는 국가들의 기본적인 형벌이념 안에 흐르고 있다. 특히 유럽 국가들은 대체로 가석방의 기회를 허용하지 않거나 금지하며 가석방 없는 무기형은 개인의 존엄성 상실, 희생권에 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 논거다. 사형폐지와 동시에 무기형으로 그 자리를 대체한 유럽 국가들은 최초로 가석방 가능성을 염두에 두고 있었는지 아닌지를 구분하지 않고 현재에는 가석방을 허용하는 방향으로 변화해 가는 추세라고 할 수 있다.<sup>78)</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 점 등을 고려하면, 우리 형벌 법규체계에 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 수감할 수밖에 없는 측면이 있어, 그 제도를 두어야만 평등원칙 등에 부합되는 것이라 보기도 어렵다”는 점을 강조한다.<sup>79)</sup>

78) 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』, 한국형사·법무정책연구원, 2021의 제5부 제2장, 제3장 및 제4장 참조.

79) 2010. 2. 25. 2008헌가23.

### 나. 가능한 두가지 입법

가석방이 가능한 무기형의 내용을 어떻게 구성할 것인가에 대한 논의에서 핵심은 당연히 가석방과 관련한 문제들이다. 구체적으로는 수용자에게 일정한 조건이 충족된 경우 가석방, 사면, 감형 또는 복권 등을 허용하는 것으로 수용자가 교정시설에서 복역한 시간적 경과의 정도가 쟁점이다.<sup>80)</sup> 이러한 전제에서 사형폐지 이후 대체형벌의 형태는 ① 현행 우리 법률 상의 무기징역형 내지, ② 최저복역 기간을 두고 가석방 가능성을 심사하게 하는 무기징역형, 이 두가지를 상정할 수 있겠다.

먼저 현행 무기징역형을 사형의 대체형벌 즉 우리 법체계의 법정 최고형으로 두는 방안의 경우 사형의 효과성 없음을 가장 전향적으로 고려하는 방향일 뿐 아니라, 교화 및 사회복귀라는 교정 이념에 가장 충실하다. 가석방의 기한이 충족되면 심사를 통해 가석방 여부를 판단할 수 있어서 수용자에 대한 구체적 타당성을 피할 수 있다는 점에서 유연한 제도 운용이 가능하다. 현행 형사법에서 최저 복역 기간을 두는 방안보다 법률개정이 용이하다는 장점도 있다. 그러나 그동안의 범감정을 고려하면 사형을 대체할 만한 중형(重刑)이 아니라는 비판을 설득해야 하는 난관이 따른다.

한편, 최저 복역기간을 두고 가석방을 심사하는 무기징역형은 무기형을 유지하면서 가석방 제도의 실질화와 정당성 확보를 위한 제도적 보완<sup>81)</sup>이라는 측면이 있다. 일단 최적 복역기간에는 가석방이 일체 불가능하다는 점에서 현행 무기징역형보다 중형이고 범감정에도 부합한다. 일정기간 사회로부터 확실한 격리를 할 수 있는 점에서 시민을 안심시키는 측면도 있다. 그러나 가석방 요건(형법 제72조)과의 차이를 두어야 하는 등 입법기술적으로 고려해야 할 점이 많고,

80) 한영수 외, 『사형제도 폐지 및 대체형벌 실태조사』, 국가인권위원회 연구용역보고서, 2018, 116쪽.

81) 박용숙, “절대적 종신형에 대한 비판적 고찰”, 입법과 혁신 제4호, 2023, 45쪽.

무엇보다 최저복역기간을 과도하게 장기화하는 입법<sup>82)</sup>은 결과적으로는 가석방이 불가능해져서 교정이념에 반하고 교정실무에 어려움을 가져올 수 있다.

## 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 구금기간과 관련된 국가 차원의 다양한 기준을 마련하고 있다. 이들은 무기형 수형자가 석방되기 전에 구금되는 일반적인 최저 기간을 12년에서 25년 사이로 정하고 있는 것으로 보이지만 이보다 더 장기기간을 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 문제다. 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

82) 관련하여 2024년 한국형사법학회 형법전면개정위원회는 학회 내부의 의견 수렴 결과 사형존치의견과 사형폐지의견의 수가 같아서, 사형존치를 1안으로 채택하면서도 최저 복역기간 50년을 둔 상대적 종신형을 사형 대체형벌로 제안한 바 있다. 한국형사법학회, 『형사법 개정방안 연구: 형법총칙』, 한국형사·법무정책연구원, 2025(근간), 제4장 제1절 사형 및 종신형 부분 참조.

고려한 방안①과 최저 복역기간을 법정하는 방안②이 있을 수 있다. 전자인 평균수명을 기준으로 예컨대, 잔여 수명의 3분의 2 이상이 경과될 것을 가석방요건으로 하자는 제안은 최소한의 교화개선기간에 차별을 두는 것으로 평등 원칙에 위반될 소지가 있다는 지적이 있다.<sup>83)</sup> 때문에 2001년 발의된 「사형폐지에관한특별법안」(정대철의원 대표발의)<sup>84)</sup>처럼 일정한 기간을 법정하여 최저 복역기간을 법정하는 방안이 상대적으로 논란이 적을 것으로 보인다.

필자는 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 한다. 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 규정한다(1호, 2호). 이러한 사정을 종합적으로 고려하면 가석방, 사면, 감형이 가능한 최저 복역기간을 예컨대, 25년으로 법정하는 것이 타당해 보인다.

### 가. 현행 무기징역형의 가능성

또는 현행 무기징역을 사형폐지 이후 법정 최고형으로 두고 운용하는 방안이다.

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

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

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

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

### 3. 마치면서

가석방 없는 무기형을 비판하는 목소리에 대해 법무부 장관은 “가해자의 인권보다 피해자와 유족의 인권을 먼저 생각할 때”라고 공박한다.<sup>85)</sup> 전형적인 허수아비의 오류다. 가석방 없는 무기형의 폐해와 부작용, 그리고 무용성과 불필요함을 지적하는 주장을, 가해자 인권과 피해자 인권의 대립이라는 프레임으로 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 수형자를 재물삼아 대중의 불안과 공포를 잠재우려고 한다. 법의 보호가 유보되고 권리가 박탈당하는 지점이 주권의 예외상태고, 누군가는 그 속에서 별거벗은 생명(bare life)으로 다루어지면서 권력이 작동하는 것을 확인시켜주는 장치로 전락할 뿐이다.

(논문접수일: 2024. 11. 15, 논문심사일: 2024. 12. 06, 게재확정일: 2024. 12. 20)

---

85) 연합뉴스, “한동훈, ‘가석방없는 무기형’ 인권 우려에 “피해자 인권이 먼저””, 2023.08.23.(<https://www.yna.co.kr/view/AKR20230823138700001>)

## 참고문헌

- 교정판례연구회·천주교인권위원회, 『교정판례백선』, 박영사, 2024.
- 김대근, “스토킹행위자에 대한 전자감독제도 도입에 따른 법리적 쟁점과 개선방안”, 입법학연구 제21집 제1호, 2024.
- 김대근, “중(重)범죄자의 시설 내 처우 현황과 문제점-중범죄자 개념의 한계와 교정의 실천성-”, 보호관찰 제21권 제2호, 한국보호관찰학회, 2021.
- 김대근·이덕인·권지혜, 『사형 폐지에 따른 법령정비 및 대체형벌에 관한 연구』, 한국형사·법무정책연구원, 2021.
- 김성돈, 『형법총론』, 박영사, 2024.
- 리씨웨이(한상돈 역), “사형의 대체조치 -중국형법의 입법을 기점으로-”, 비교형사법연구 제9권 제2호, 한국비교형사법학회, 2007.
- 로익 바강(류재화 역), 『가난을 엄벌하다』, 시사IN북, 2010.
- 박성철, “사형제도의 폐지와 대체형벌에 관한 소고 -종신형의 도입과 피해자의 의사-”, 형사정책연구 제21권 제4호, 한국형사정책연구원, 2010.
- 박용숙, “절대적 종신형에 대한 비판적 고찰”, 입법과 혁신 제4호, 2023, 45쪽.
- 박형민·김대근, 『사형확정자의 생활 실태와 특성』, 한국형사·법무정책연구원, 2020.
- 신양균, “절대적 종신형을 통한 사형폐지?”, 비교형사법연구 제9권 제2호, 한국비교형사법학회, 2007.
- 윤영철, “사형제도에 대한 헌법재판소 결정(2010. 2. 25, 2008헌가23)의 문제점과 사형제도 폐지에 관한 소고”, 중앙법학 제12집 제3호, 중앙법학회, 2010.
- 이경렬, “終劇 사법살인: 사형법제의 폐지를 위한 補論”, 비교형사법연구 제17권 제4호, 한국비교형사법학회, 2015.
- 이보영 외, “사형제도의 존폐와 그 현실적 대안 -절대적 종신형제 도입을 촉구하며-”, 법학연구 제25집, 한국법학회, 2007.
- 이인영, “연쇄살인범에 대한 사형대체형으로서 종신형 도입에 관한 논의”,

- 한림법학 제15권, 한림대학교 법학연구소, 2004.
- 이원경, “사형의 대체방안으로서 종신형제도에 관한 제 문제”, 교정연구 제 69호, 한국교정학회, 2015.
- 이훈동, “전환기의 한국 형법 -사형제도의 새로운 시각-”, 외법논집 제26집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2007.
- 주현경, “절대적 종신형 도입에 대한 비판적 검토”, 고려법학 제68호, 고려대학교 법학연구원, 2013.
- 최대호, “가석방 없는 종신형의 입법과 그 정당성 고찰- 미국에서의 종신형 관련 최근 동향을 소재로 -”, 경희법학 제58권 제3호, 2023.
- 한국형사법학회, 『형사법 개정방안 연구: 형법총칙』, 한국형사법무정책연구원, 2025(근간).
- 한수웅, 『헌법학』, 법문사, 2022.
- 한영수 외, 『사형제도 폐지 및 대체형벌 실태조사』, 국가인권위원회 연구용역보고서, 2018.
- 허일태, “사형의 대안으로서 절대적 종신형 도입방안”, 형사정책연구 제17권 제2호, 한국형사정책연구원, 2006.

Adriano Martufi, *The paths of offender rehabilitation and the European dimension of punishment: New challenges for an old ideal?*, Maastricht Journal of European and Comparative Law Vol. 25(6), 2018.

Bernard E. Harcourt, *The Illusion of Free Markets: Punishment and the Myth of Natural Order*, Harvard University Press, 2011.

Daniel S. Nagin, *Deterrence in the Twenty-First Century*, The University of Chicago Press, 2013.

Gary Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, Journal of Political Economy Vol. 76, No. 2, 1968.

Isaac Ehrlich, *The Deterrent Effect of Criminal Law Enforcement*, The Journal of Legal Studies Vol 1, No. 2, 1972.

John J. Donohue III, *Empirical Evaluation of Law: The Dream and the Nightmare*, American Law and Economics Review Vol. 17, No. 2, Fall 2015.

- John J. Donohue & Justin Wolfers, *Uses and Abuses of Empirical Evidence in the Death Penalty Debate*, Stanford Law Review 58, 2005.
- Judith Lichtenberg, *Against Life without Parole*, Georgetown Law Faculty Publications and Other Works No. 2064, 2018.
- Kenneth D. Tunnell, *Choosing Crime: Close Your Eyes and Take Your Chances*, Criminal Justice in America: Theory, Practice, and Policy(edited by Barry W. Hancock, Paul M. Sharp). 2d ed., 2000.
- Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, 1975.
- Lawrence M. Friedman, *Impact: How Law Affects Behavior*, Harvard University Press, 2016.
- National Research Council, *The Growth of Incarceration in the United States: Exploring Causes and Consequences*, 2014.
- Markus D. Dubber, *The Dual Penal State: The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective*, Oxford University Press, 2018
- Michel Foucault(Bernard E. Harcourt, et), *The Punitive Society: Lectures at the Collège de France, 1972-1973* (Michel Foucault Lectures at the Collège de France, 2), Picador, 2018.
- Mugambi Jouet, *The Abolition and Retention of Life Without Parole in Europe: A Comparative and Historical Perspective*, European Convention on Human Rights Law Review 4, 2023.
- Paul H. Robinson, *Life without Parole under Modern Theories of Punishment*, University of Penn Law School, Public Law Research Paper No. 10-34, 2012.
- The Sentencing Project, *No End in Sight-America's Enduring Reliance on Life Imprisonment*, 2021.

<Abstract>

## **Horizons and Prospects of Alternative Penalty after Death Penalty Abolition**

Kim, Dae Keun\*

Recently, in the context of a penal state or a punitive society, the introduction of life sentences without parole, so-called absolute life sentences, is a hot issue. Usually, absolute life imprisonment has been discussed as a measure after the abolition of the death penalty, but the life sentence without parole recently announced by the Ministry of Justice exists at the same time as the death penalty. In addition, the life sentence without parole, which has been announced in legislation, is not a type of sentence (Article 41) in the Criminal Law, but rather a burden of judgment on judges by stipulating in the period of imprisonment or imprisonment (Article 42), and at the same time imposes a legislative act (law formation) rather than an interpretation of the law. In addition to conflicting with the principle of legality and separation of powers, there is a big problem in that it can even obscure the purpose of the current parole system.

At this point, we need to look at the theoretical horizons of alternative punishments for the death penalty. Alternatives to punishment that are not depriving lives include absolute and relative life sentences, life imprisonment, and life imprisonment (with an upper limit on the period) depending on the degree of deprivation. Here, life imprisonment is divided into 'absolute life imprisonment' and 'relative life imprisonment', and the distinction

---

\* Korean Institute of Criminology and Justice, Research Fellow

between relative life imprisonment and life imprisonment is sometimes a problem. Relative life sentences are characterized by a long minimum period of service and exceptional parole compared to life sentences. The current life sentence is little different from the relative life sentence in operation in that parole is exceptional.

A life sentence without parole violates the essential content of human dignity and freedom and rights, as established by the Federal Constitutional Court of Germany, the European Court of Human Rights, and the recent Supreme Court of Canada. The effectiveness of crime prevention cannot be verified, and correction management problems can be serious. Above all, there is no practical benefit to legislation in that it is possible to operate a life sentence without parole even under the current system.

Then, what should be the form of a rational and systematic alternative punishment for the death penalty. Excluding freestyle, where the upper limit of the period is set in consideration of the public's legal sentiment, there are mainly life imprisonment sentences under the current Korean law or life imprisonment sentences that allow the possibility of parole to be examined with a minimum period of service. Some may consider compromising the relative life sentence (for existing death sentences) while using the current life sentence as a principle.

Keywords: Penal State, Punitive Society, Abolition of the Death Penalty, Alternative Punishment. Parole, Life Imprisonment without Parole, Life Imprisonment with Parole, Life Imprisonment, Imprisonment, Crime Deterrence Effects of Death Penalty, Minimum Sentence Period