

- ① 미완성 에세이.
- ② 본론의 내용을 사실과 개념에 기초한 근거들을 사용하여 보완 및 강화할 필요성이 있음.
- ③ 참고하거나 인용한 내용에 대한 각주와 참고문헌이 정리되어 있지 않음.
- ④ 교재 5장을 참고하여 각주 및 참고문헌 정리할 것.
- ⑤ 면담에서 추가적인 논의를 해봅시다.

제목: ??? 사형제도에 관한 법 감정과 법 원리의 틈을 어떻게 메울 것인가?

이름: ???

## 1. 서론

사형제도

## 2. 본론

### 1. 뫼비우스의 띠

[새로운 문단은 두 칸 들여쓰기] 사형제도의 존치와 폐지, 이 문제는 확실히 오래된 주제이다. 하지만 여전히 학계와 실무에서 끊임없이 제기되는 문제이다. 왜냐하면 어느 쪽이든 설득력을 가지는 반면, 다른 쪽의 견해 또한 결코 무시할 수 없는 설득력을 가지고 있는 주제이기 때문이다. 마치 뫼비우스의 띠처럼 사형제도의 존치와 폐지의 그 경계는 불분명하다. 범죄에 대한 법률효과로서 형벌을 부과하는 것은 형법이 가지는 고유한 권한(1)임과 동시에 형법에게 주어진 양심이며, 정의를 실현하는 타당한 방법이다. 그래서 형법은 범죄에 비례하여 형벌을 정당하게 부과하는 것이고, 범죄예방을 위하여 형벌의 목적을 실현하는 것을 의미한다.

이러한 관점에서 형벌의 목적은 예방목적으로서 사회구성원들에게 법률의 규정을 통해서만 실현이 가능하며, "최대다수의 최대 행복"(2)이라는 명분을 기초로 하여 형벌의 정당성을 바탕으로 한다. 또한 형법에서 보장적 기능 못지 않게 중시되는 보호적 기능의 측면에서 볼 때 형벌의 목적은 사회기능체계의 안정화를 위하여 궁극적으로 범죄예방을 목표로 하는 것이다(3). 이는 곧 '최대다수의 최대 행복'을 실현하고자 했던 벤담의 공리주의에 도달하게 된다.

### 2. 공리주의

#### 2-1. 공리주의의 개념과 원리

'최대 다수의 최대 행복'이라는 말이 공리주의를 대표하는 명언으로 잘 알려져 있다. 벤담이 제시하는 행복은 '보편적 쾌락주의'를 뜻한다. 행복한 상태가 지속되는 사회는 정의로운 사회이고, 인간답게 살아가는 사회를 의미한다. 일반적으로 구성원 모두가 행복한 사회를 추구하지만, 그것은 현실적으로 불가능하다. 그렇다면 구성원 모두가 행복할 수는 없지만, 구성원의 최대다수가 최대행복하게 살 수 있는 사회의 실현은 가능하다. 그러한 사회의 지속가능성을 위하여 구성원들은 사익보다는 공익을 우선적으로 실천하는 의무를 가져야 한다. 물론 여기서 의무는 보편성을 충족하는 정도로서의 도덕적 의무까지도 포함되어야 할 것이다.

그러나 벤담이 추구하는 공리주의는 앞서 언급한 바와 약간의 차이가 있다. 벤담은 기존의 의무처럼 타인의 이익을 위하여 나의 이익을 무조건 희생하는 것이 아니라, 나의 이익을 추구하는 것은 결과론적으로 타인과 공동체의 이익이 된다는 전제로 한다는 것이다. 개인은 그 자신의 최대 행복을 추구하는 것을 목적으로 하여 쾌락의 합이 최대화 되는 행위가 올바른 행위라는 것이다. 즉 벤담은 구성원들 각자의 이익을 위하여 고통이 아닌 쾌락을 추구하

는 것이며, 개인은 그 자신의 최대행복을 추구하는 것을 목적으로 하여 쾌락의 합이 최대화 되는 행위가 올바른 행위라는 것이다(9). 결국 개인의 이익추구는 결과적으로 공동체의 이익추구와 결부되어 있다는 전제로 행복을 가지게 되는 것이다. 그 자체가 바로 공리이며 공리성이 된다. 공리성에서 말하는 행복은 그 당사자가 일반 공동체라면 그 공동체의 행복이 되는 것이고, 그 당사자가 특정 개인이라면 그 개인의 행복이 되는 것을 말한다(10).

벤담의 공리주의는 사회구성원들이 도덕적 행위의 실행을 통하여 최대다수의 최대행복을 실현할 수 있다는 것이다. 이러한 도덕적 행위는 결국 도덕적 의무를 바탕으로 하는 것이기 때문에 결과적으로 최대다수의 최대행복을 실현하는 수단이 되는 것이다. 공리주의는 구성원 각자가 자기의 이익을 추구하더라도 그것이 도덕적 행위에 해당하게 되면, 결과적으로 구성원 전체의 이익을 추구하는 것이 되어 효용성과 행복을 증진시키게 되어 결국 최대다수의 최대 행복을 실현하게 된다는 것이다. 따라서 공리주의는 사회구성원 각자가 도덕적 행위로서 자기의 이익(행복)에 대하여 최대를 구할 때, 그 총계로서 사회 전체의 이익(행복)도 최대가 된다는 것을 의미한다. 이러한 공리주의의 개념은 최대다수의 최대 행복을 위하여 사회구성원들을 규율하는 형벌사상으로서 형벌에 대입할 충분한 가치가 있다.

## 2-2. 형법과 공리주의적 형벌사상

형법은 범죄예방을 실현하고자 형벌을 수단으로 한다. 현대법에서는 복수 자체를 법으로 인정하지 않는다. 다만 형벌의 효과 중 위력력이 있는 건 맞지만, 이는 피해자의 복수를 국가가 해 준다는 개념이 아니라 가해자 또는 잠재적 동종범죄자들에게 그 범죄를 저지르면 안 되겠구나 하는 인식을 심어주는 효과를 말하는 것이다. 유죄의 확정판결을 받은 피고인에게 국가는 피고인에게 형벌권을 행사할 수 있기 때문에 형법은 국가의 형벌권을 규율하는 것이다. 형법은 사회구성원의 법익을 보호하는 기능을 수행하며, 국민의 자유와 권리를 보장하는 기능도 함께 수행한다. 즉 형법은 범죄행위를 예방하고 규제하여 사회질서를 보호한다. 범죄자에 대한 적절한 처벌은 사회구성원의 법익을 보호하는 것이다. 그래서 형법의 주된 임무는 법치국가의 법익 보호이다(21).

범죄예방은 형법의 존재 가치이며 형벌의 주된 기능이다. 범죄예방을 위한 실효적인 방법은 사회구성원의 법익을 보호하는 것이다. 이러한 이유로 형법은 사회구성원들의 법익보호와 사회윤리적 행위가치를 보호하는 측면에서 구성원들의 최대행복을 추구하는 공리주의 사상과 그 방향이 같다고 볼 수 있다.

공리주의가 추구하는 형벌관은 '최대다수의 최대행복'이라고 볼 수 있다. 즉 공리주의는 최대행복을 위하여 범죄자에게 형벌을 부과하고자 한다. 공리주의에서 형벌부과의 취지는 사회구성원들에게 형벌 그 자체보다 장래의 범죄예방을 위한 수단으로써 의미를 갖는다(23). 물론 응분의 대가로서 범죄자에게 그 만큼의 합당한 처벌을 요구하는 응보형주의는 형벌의 목적보다 형벌의 본질에 관심을 가지는 형벌이론이다. 그러나 공리주의적 형벌사상은 형벌의 가치가 사회구성원 각자 모두에게 합당하게 실현될 것을 목적으로 하는 형벌이론이다. 법치국가의 입장에서 합리적인 형벌사상은 형벌의 보호적 기능을 우선적으로 충족시킬 수 있는 형벌사상을 의미한다. 왜냐하면 법치국가는 사회기능체계의 안정화를 우선적으로 추구하기 때문이다. 그렇다면 공리주의는 최대다수의 최대행복을 추구하는 형벌사상에 입각할 수 있으며, 그러한 입장에서 사회계약에 의하여 사회구성원들의 각각의 행복의 총합으로서 구성원 전체가 만족할 만하다 형벌을 부과하여야 한다. 즉 법관은 피고인에게 구성원 전체가 납득할 수 있는 형벌을 부과하여야 한다. 물론 검사는 법관에게 사회구성원 전체의 기대치를 충족시킬 수 있도록 최대한 납득할 수 있는 형량을 구형하여야 하고, 진지하게 고민후 선고 하여야 한다.

이러한 입장에서 볼 때 공리주의적 관점에서 법관이 형벌을 선고하는 것은 사회구성원 모두가 용인할 수 있는 계량적 판단의 기준으로서 적절한 형량의 선고가 된다. 왜냐하면 법관은 사회적 비난의 강도가 매우 높은 흉악범죄(25) 등의 재판이라면 피고인의 형량을 선고할 수도 있기 때문이다. 무엇보다 공리주의적 형벌사상은 공리사상으로서 사회적 계약에 의한 구성원간의 사회적 합의를 전제로 하는 최대다수의 최대행복을 위한 공약수로서 피고인에게 적절한 형벌을 선고하는 것이며, 사회적 합의에 합당한 판결이라고 볼 수 있기 때문에 사형이 존치하여도 무방하다.

## 3. 사형제도 찬반론

### 3-1 사형폐지론

사형폐지론을 최초로 주장한 학자는 베카리아(C. Beccraia) 이다(26). 베카리아는 범죄자에게 형벌의 잔혹성과 엄격성만으로 위하하는 것은 결코 범죄예방을 위한 효과로서 확실하지 않다고 판단하였다. 그래서 범죄억지력을 고려한다면 사형 보다는 무기형이 훨씬 효과가 크다는 입장이다. 물론 오늘날에도 사형폐지론을 주장하는 학자들은 변함없이 사형에 대하여 헌법에 보장된 인간의 존엄과 가치를 침해하는 제도이며, 법정책학의 측면에서도 범죄예방의 효과성을 입증할 수 없다는 점을 들고 있다. 그리고 사형은 결코 무기형을 능가할 수 없으며, 여전히 정치적 수단으로 악용될 소지가 있기에 합리적인 형벌이 될 수 없다고 한다(27). 이러한 사형폐지론의 주장은 오늘날 인도주의적 관점에서 사회적으로 많은 지지를 받고 있다(28). 현실적으로 사형폐지에 대한 대안으로서 무기형에 대하여 가석방이 허용되지 않는 절대적 종신형을 도입하여 적용하는 방안(29)과 가석방이 허용되는 상대적 종신형으로 대체하는 방안(31) 등이 제시되고 있다. 그러나 사형제도에 버금가는 정도의 형벌로서 공동체의 이익을 위하여 충분히 제 역할을 할 수 있을지에 대해서는 여전히 미지수이다. 왜냐하면 현행 형법의 체계는 운용상 상대적 종신형의 적용이 가능하도록 규정되어 있기 때문이다. 따라서 사형폐지의 대안으로서 제시되는 각각의 종신형들의 적용방안은 소모적인 논쟁에 불과하다.

### 3-2 사형존치론

종신형은 설득력이 있다. 하지만 사형을 대체하는 종신형이 사형에 버금가는 형벌로서 국민들의 법감정에 충실할 수 있는가 하는 것이며, 더욱 반인륜적 흉악범죄의 피해자와 그 가족들이 입는 고통, 범죄에 대한 국민들의 두려움과 불안감을 정말로 적정하게 해소할 수 있는가(33)다. 국민들의 법감정을 결코 가볍게 볼 수가 없는 것이 법적용의 현실이다. 물론 인도주의적 관점에서 사형예지가 당연하다고 생각할 수도 있지만, 바로 앞에서 언급한 바와 같이 현재 사회구성원 대다수가 사형을 당장 혹은 향후에 폐지하는 것에 대하여 찬성하지 않는다는 것이다. 그래서 사형폐지에 대하여 사전에 국민들과의 충분한 공감대 형성과 사회적 합의 없이 무리하게 사형을 폐지하는 것은 타당하지 않다. 이러한 측면에서 사형폐지를 주장하지만 국민들의 여론과 국민주권주의를 존중하여 사형존폐의 결정은 결국 국민의 몫이므로 사형선고를 최소화하고, 그 집행을 최대한 회피 내지 축소하는 조건부 사형존치론이 제기되기도 한다. 궁극적으로 사형존치론의 입장에서 사형은 법치국가의 현실에서 민주화된 국가라면 남용의 가능성이 거의 없으며, 사회공동체의 정의를 실현하는데 필요불가결한 요소이므로 사형대상 범죄의 축소와 오판시정을 위한 형사절차의 제도보완의 방법을 제시하는 견해가(38)가 보다 더 타당하다고 볼 수 있다.

반인륜적인 흉악범죄 등의 경우에 피해자와 그 가족 등의 생명보호의 가치와 잠재적 피해자가 될 수 있는 사회구성원들의 보호등을 고려하지 않고, 검증되지 않는 위하의 효과마비와 범죄자의 인권을 중시하여 사형폐지를 주장하는 것은 결코 합당하지 않다. 적어도 형법은 결과만을 놓고 형벌을 부과하지 않도록 규정되어 있다. 특히 법원에서 사형선고의 경우에 형벌부과에 있어서 예외적인 경우에 해당하기 때문에 피고인에게 존재하는 양형사유를 철저하게 심리하여 신중하게 접근하고, 고민하여 사형선고가 정당화될 수 있는 사정이 있음이 밝혀진 경우에 한하여 사형을 선고한다. 그러므로 더 이상 사형폐지론은 설득력을 가지기 어렵다.(41) 따라서 사형제도가 존치함으로써 범죄로부터 잠재적 피해자가 될 수 있는 사회구성원들의 법익이 최대한 보호될 수 있다면 형벌로서 사형존치의 의미와 상징적 가치는 크다. 무엇보다도 사형존치 법치국가의 실현에 장벽이 되는 것이 아니기 때문에 현재까지 사형폐지의 논의는 선부른 주장이며, 사형존폐에 대한 결정은 국민들의 몫으로 남겨두는 것이 타당할 것이다.

## 4. 공리주의 형벌사상과 사형존치의 타당성

형벌의 상징적 가치로서 공동체의 이익과 사회적 정의의 실현을 위하여 존재해야 할 충분한 가치가 있다. 즉 법치국가에서 형벌은 사회구성원 전체를 보호하기 위해서 존재하는 것이다. 따라서 형벌은 형벌의 기능을 수행하는 수단으로써 법치국가에서 유용하고 필요불가결한 요소임을 부정할 수는 없다. 이러한 형벌은 범죄예방의 측면에서 공리주의의 사상과 연결될 수 있으며, 법치국가에서 최대다수의 최대행복을 위하여 정당화 될 수 있다(42). 물론 형벌은 필요악이다. 형벌은 사회구성원들의 법익을 보호하기 위하여 범죄를 선택한 구성원에게 정당한 수단으로써 형벌을 부과하는 것이다. 그러나 중요한 것은 사회구성원에게 부과되는 형벌의 이익이 형벌의 해악보다 더 커야만 형벌부과는 정당화될 수 있다. 이에 따라

서 볼 때 형벌의 이익과 형벌의 해악은 양적평가로 해야하며, 최대다수의 최대행복은 형벌 부과에 대하여 정당화의 기준이 될 수 있다. 이러한 측면에서 사형 존치는 공동체의 이익이 양질의 측면에서 동일하다고 볼 수는 없다. 하지만 역으로 행위결과의 총합에 따라서 범죄 행위가 최대다수의 최대행복을 저해하는 해악(43)이라면 그 해악에 비례하여 형벌을 부과하는 것은 타당하다. 따라서 사형의 폐지는 합당하지 않다. 대법원(44)과 헌법재판소(45)가 적시한 바와 같이 사형은 인간의 생명자체를 영원히 박탈하는 궁극적인 형벌이지만, 이성적인 사법제도로서 비례의 원칙에 따라 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되고, 정당화될 수 있는 객관적인 사정이 분명히 존재하는 경우에만 허용되기 때문에 공공의 이익 측면에서 최대다수의 최대행복을 위한 공리주의적 형벌사상에 입각하여 사형을 존치하여도 문제가 될 것이 없다. 특히 형사소송법 제253조의2의 규정에서 사람을 살해한 범죄로 사형에 해당하는 범죄에 대하여 공소시효의 적용을 배제한다는 취지는 사회적 해악이 큰 반인륜적 범죄에 대하여 반드시 처벌하겠다는 의지가 있고 따라서 사형존치는 타당하다. 무엇보다도 사형제도의 남용가능성이 거의 없는 작금의 상황에서, 사형의 존치는 그 상징적 가치만으로 파생되는 형벌의 이익이 행복의 총합으로서 형벌의 해악 보다 더 크기 때문에 계속 존치하여야 할 충분한 가치가 있다. 따라서 사형제도는 최대다수의 최대행복을 위하여 계속 존치하는 것이 타당하다.

## 결론

사형은 공동체의 이익을 위하여, 사회적 정의를 위하여 존치해야 할 충분한 가치가 있다. 이제 더 이상 사형존폐를 제기하는 것은 타당하지 않다. 현행 형법의 체계에서 사형은 형벌을 대표하는 상징적 가치를 가지며, 반인륜적인 흉악범죄 등에 대하여 피해자와 그 가족들, 그리고 국민들의 분노와 법감정을 잘 추스르고 있다. 이러한 상황에서 사형제도가 폐지된다면 적어도 국민들과 충분한 공감대 형성과 사회적 논란만 야기할 뿐이다. 형법의 의무는 사회기능체계의 안정화를 위하여 공동체의 이익을 보호하는 것이다. 형법은 형벌의 비롯한 형사제제를 통하여 사회기능체계를 유지하고 보호한다. 특별하고 예외적인 경우에만 적용되는 형벌이라 할지라도 그 상징적 가치는 보호적 기능을 수행하는데 필요한 요소가 된다. 특히 사형의 경우는 형벌로서 그 상징적 가치가 있으며, 범죄예방이 객관적으로 검증되지 않았다고 하더라도 존재 자체만으로 가지는 위하력은 결코 특정할 수 없다. 형벌이 존재함으로써 가지는 해악 보다 공동체 이익을 위하여 창출하는 것이 더 크다면 그 형벌은 존치하여야 할 충분한 가치가 있다. 사형제도가 존치함으로써 가지는 사회공동체의 이익으로서 창출되는 행복의 총합이 크다면 존치하는 것이 합당하며, 사형존폐의 결정은 국민들의 몫으로 남겨두는 것이 타당하다.