

## 일본의 사형제도 운영현황과 전망\*

김 용 세\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

일본에서는 이미 20세기 초부터 소수의 계몽주의자들이 사형폐지 운동을 전개하였지만, 한 세기가 경과한 현재까지도 사형은 폐지되지 않았다. 오히려 최근 10년간 사형선고가 급증하고 있는 추세이다. 1980년대 이후 사형폐지가 국제사회의 대세로 자리 잡았으며 미국과 일본을 제외한 서구 선진국 대부분이 사형을 폐지하였음에도 불구하고, 일본정부는 국민 대다수가 사형 제도의 존치를 원하므로 아직 사형을 폐지하기는 이르다는 주장을 굽히지 않고 있다.

우리나라는 1998년 이래 사형을 집행하지 않음으로써 사실상의 사형폐지국으로 분류되고 있다. 그렇지만 최근 대중의 공분을 일으킨 연쇄 살인사건이 거듭 발생함에 따라 흉악범에 대한 사형 집행을 요구하는 여론이 높아졌다. 2009년2월 보수성향의 이명박 정부와 여당 일각에서 사형집행을 재개하려는 움직임을 보이자 같은 해 2월18일 서울대학교 공익인권법센터, 천주교인 권위원회 및 사형폐지운동협의회가 「사형제 폐지를 위한 긴급토론회」를 개최하고 3월13일에는 전국의 형사법 교수 132명이 연명하여 사형집행 반대 성명을 발표하는 등, 사형집행을 둘러싼 논란이 새로운 국면을 맞이하였으며, 2007년 형사소송법 개정에 이어 본격 추진되고 있는 형사실체법 정비 작업에서도 사형의 입법적 폐지 여부가 주요 쟁점으로 취급되고 있다.

이러한 상황에서, ‘세계에서 가장 안전한 나라 중 하나’ 라고 자부하면서도 극형의 선고와 집행을 포기하지 않는 일본의 현상을 그 정치 사회적 특성에 견주어 분석하는 것은 우리나라 형사사법 정책의 바람직한 방향을 모색하고 사형제도 존폐를 둘러싼 논란에 관하여 합리적인 결론을 추구함에 있어서 매우 중대한 의미를 지닐 수 있을 것이다. 이 글에서는 일본의 사형제도 운영현황, 사형폐지에 관한 일본정부의 공식입장, 사형존폐론의 전개과정 및 장구한 논쟁의 득실 등을 한국의 현실과 견주어 분석하였다.

❖ 주제어 : 일본의 사형제도, 사형폐지론, 사형존폐논쟁, 사형에 관한 국제 동향

\* 이 글은 2009년8월19일 한국프레스센터에서 개최된 「사형제도의 위헌성과 세계적 추이」에 관한 세미나 발표문을 전면적으로 수정 가필한 것이다.

\*\* 대전대학교 법학과 교수, 법학박사

## I. 시작하는 말

일본에서는 이미 20세기 초부터 소수의 계몽주의자들이 사형폐지 운동을 전개하였지만, 한 세기가 경과한 현재까지도 사형은 폐지되지 않았다. 오히려 최근 10년간 사형 선고가 급증하고 있는 추세이다. 1980년대 이후 사형폐지가 국제사회의 대세로 자리 잡았으며 미국과 일본을 제외한 서구 선진국 대부분이 사형을 폐지하였음에도 불구하고, 일본정부는 국민 대다수가 사형제도의 존치를 원하므로 아직 사형을 폐지하기는 이르다는 주장을 굽히지 않고 있다.<sup>1)</sup>

아무리 흉악한 살인범죄지라도 그 생명만은 박탈할 수 없다면, 무고한 피해자의 생명과 공동체 정의가 흉악범죄자의 생명보다 가볍게 취급된다는 뜻인지 반문하는 존치론자의 주장은 논리적으로 극복하기 어려운 정서적 호소력을 지니고 있다. 법규범의 실효성을 확보하기 위해서는 그와 같은 공동체 법감정을 고려할 필요도 있다. 그렇지만, 악행에 대하여 악으로 대응하는 것이 과연 정의로운 것인지 의문이고, 살인자를 살해하더라도 피해자가 살아날 수는 없다는 의미에서 사형은 분명 감정적인 범죄 대응방식이다. 오판가능성에 대한 우려 및 인도주의적 형벌사상에 기초한 사형폐지의 논거는 적어도 21세기의 국제사회에서 그 보편적 가치를 승인받았다고 할 수 있으며, UN과 유럽의회가 거듭 사형폐지를 권고하고 있기도 하다.<sup>2)</sup>

우리나라는 1998년 이래 사형을 집행하지 않음으로써 사실상의 사형폐지국으로 분류되고 있다. 그렇지만 최근 대중의 공분을 일으킨 연쇄살인사건이 거듭 발생함에 따라 흉악범에 대한 사형 집행을 요구하는 여론이 높아졌다. 2009년 2월 보수성향의 이명박 정부와 여당 일각에서 사형집행을 재개하려는 움직임을 보이자<sup>3)</sup> 같은 해 2월 18일 서울

1) 앰네스티 인터내셔널의 보고에 따르면 2008년 현재 전세계 197개 국가 중 139개국이 법률상 또는 사실상 사형을 폐지하였다. 사형존치국으로 분류되는 58개국 중에도 2008년에 실제로 사형이 집행된 나라는 25개국뿐이며, 전체 집행건수의 93%가 중국, 이란, 사우디아라비아, 파키스탄 그리고 미국 등 5개국에서 집행되었으므로 실질적인 사형존치국은 극소수에 불과한 셈이다 (<http://www.amnesty.org/en/death-penalty/numbers>).

2) 2008년 12월 18일 UN총회는, 모든 회원국에 대하여 사형집행의 유예(moratorium)를 촉구했던 2007년 12월 18일의 결의안 62/149호를 재확인하고 사형폐지의 세계적 확산을 거듭 촉구하는 내용의 결의안 63/168호를 채택하였다(UN, Resolution adopted by the General Assembly [A/RES/63/168] : Moratorium on the use of the death penalty).

3) 한겨레신문 2009.2.13. 1면; 2009.2.14. 6면 등 참조.

대학교 공익인권법센터, 천주교인권위원회 및 사형폐지운동협의회가 「사형제 폐지를 위한 긴급토론회」를 개최하고 3월13일에는 전국의 형사법 교수 132명이 연명하여 사형집행 반대 성명을 발표하는 등, 사형집행을 둘러싼 논란이 새로운 국면을 맞이하였으며, 2007년 형사소송법 개정에 이어 본격 추진되고 있는 형사실체법 정비 작업에서도 사형의 입법적 폐지 여부가 주요 쟁점으로 취급되고 있다.<sup>4)</sup>

이러한 상황에서, ‘세계에서 가장 안전한 나라 중 하나’라고 자부하면서도 극형의 선고와 집행을 포기하지 않는 일본의 현상을 그 정치 사회적 특성에 견주어 분석하는 것은 우리나라 형사사법 정책의 바람직한 방향을 모색하고 사형제도 존폐를 둘러싼 논란에 관하여 합리적인 결론을 추구함에 있어서 매우 중대한 의미를 지닐 수 있다. 이 글에서는 일본의 사형제도 운용현황, 사형존폐론의 전개과정 및 장구한 논쟁의 득실을 우리의 현실과 견주어 분석하고자 한다.

## II. 일본의 사형제도

### 1. 사형부과규정

일본의 현행법상 법정형으로 사형이 규정되어 있는 범죄는 다음과 같다: ①형법 제77조 내란(内乱首謀) ②형법 제81조 외환유치(外患誘致) ③형법 제82조 외환원조(外患援助) ④형법 제108조 현주건조물 등 방화(現住建造物等放火) ⑤형법 제117조 폭발물 과열(激発物破裂) ⑥형법 제119조 일수에 의한 건조물 등 침해(現住建造物等浸害) ⑦형법 제126조 기차전복 등 치사(汽車転覆等及び同致死) ⑧형법 제127조 왕래위험에 의한 기차전복 등 치사(往来危険による汽車転覆等致死) ⑨형법 제146조 수도 독물 등 혼입치사(水道毒物等混入及び同致死) ⑩형법 제199조 살인 ⑪형법 제240조 강도치사·살인 ⑫형법 제241조 강도강간치사 ⑬폭발물단속벌칙(爆発物取締罰則) 제1조 폭발물사용 ⑭결투에 관한 건(決闘=関スル件) 제3조 결투살인 ⑮형

4) 형법개정의 쟁점과 검토, 2009년 공동학술회의 발표논문집, 한국형사정책연구원·법무부·한국형사법학회·한국형사정책학회, 2009.9.11. p.12.

공위험을 야기하는 행위 등 처벌에 관한 법률(航空の危険を生じさせる行為等の処罰に関する法律) 제2조 항공기추락치사 ⑯항공기 강취 등 처벌에 관한 법률(航空機の強取等の処罰に関する法律) 제2조 항공기 강취 등 치사 ⑰인질강요 등 처벌에 관한 법률(人質による強要行為等の処罰に関する法律) 제4조 인질살인 ⑱조직범죄의 처벌 및 범죄수익 규제 등에 관한 법률(組織的な犯罪の処罰および犯罪収益の規制等に関する法律) 제3조 조직적 살인.

범행 당시 18세 미만이었던 자에 대하여는 사형을 선고할 수 없다(소년법 제51조). 사형의 집행은 법무대신의 명령에 의하며, 그 명령은 판결확정일로부터 6개월 이내에 이루어지는 것을 원칙으로 한다(형소법 제475조). 법무대신이 사형 집행을 명한 때에는 5일 이내에 집행하여야 한다(동법 제476조). 판결확정 후 6개월 이내에 집행명령을 받도록 제한한 이유는, 잔학한 형벌을 금지한 헌법 제36조의 정신에 기초하여 수형자가 부당하게 장기간동안 사형 집행의 공포에 노출되는 것을 방지하려는 것이다. 그러나 실제로는 사형 확정 후 집행까지의 평균기간은 약 7년 내지 7년 반 정도라고 한다.<sup>5)</sup>

## 2. 사형의 합헌성

일본 최고재판소는 일관하여 사형의 실제적 및 절차적 합헌성을 인정하고 있다. 1948년(昭和23)3월12일 최고재판소 대법정판결(刑集2·3·191)은 현행헌법 하에서 사형의 합헌성을 인정한 선도적 판례이다. 이 후 1955년(昭和30)4월6일 최고재판소 대법정판결(刑集9·4·663)을 비롯한 모든 판례가 거의 유사한 취지로 사형의 합헌성을 인정하고 있다. 그 요지는 크게 다음과 같이 요약할 수 있다.

첫째, 국가는 공공의 복지를 위해서 개인의 생명을 박탈할 수 있다. 헌법 제13조는 공공의 복지에 반하는 경우에는 생명에 관한 권리라 할지라도 입법상 제한 내지 박탈될 수 있음을 전제하고 있다.<sup>6)</sup> 제31조도 국민 개개인의 생명이 비록 존귀하지만, 법률이

5) 川本哲郎, 死刑存廢論を巡る最近の動向, 産大法学, 京都産業大学法学会, 42-3, 145(2008.11), p.365 ; 鳩山邦夫, 法務大臣の私がマスコミの批判に抗して死刑執行に署名した確たる理由, 日本の論点(2009年版), 文芸春秋編, p.668.

6) 일본국헌법 제13조(개인의 존중·행복추구권·공공의 복지) 모든 국민은 개인으로서 존중된다. 생명, 자유 및 행복추구에 관한 국민의 권리는 공공의 복지에 반하지 않는 한 입법 기타 국정 수행에 있어서 최대한 존중되어야 한다.

정한 적정한 절차에 의하여 생명을 박탈하는 형벌이 과해질 수도 있음을 분명히 하고 있다.<sup>7)</sup> 둘째, 사형은 극단적인 형벌이지만 그 자체가 헌법 제36조의 ‘잔학한 형벌’에 포함되는 것은 아니다. 현재 세계 각국의 사형집행 방법은 교살·참살·총살·전기살 또는 가스살 등이 있는데, 이것들에 비하여 일본의 교수형 집행방식이 특별히 잔학하다고 할 수는 없다.<sup>8)</sup>

### 3. 사형선고의 기준

1983년(昭和58)7월8일 최고재판소 제2소법정판결(刑集37·6·609)은 피고사건의 죄질, 동기, 수단방법의 집요성·잔학성, 결과의 중대성(특히 살해된 피해자의 수), 유족의 피해감정, 사회적 영향, 범인의 연령, 전과, 범행후의 정상 등, 제반 요소를 두루 고려할 때, 그 죄책이 실로 중대하여 죄형 균형이라는 관점에서 모든 일반예방의 관점에서 모든 극형이 불가피하다고 인정되는 경우에는 사형을 선고하는 것도 허용된다고 선언하였다.

이 판결은 이른바 연쇄총기살인마(連続射殺魔)사건에 관한 것으로, ‘나가야마판결(永山判決)’이라고도 불린다. 사건은 당시 19세의 소년이던 피고인이 미군기지에서 절취한 권총으로 1968년10월11일 도쿄(東京)에서 호텔 경비원을 사살, 3일 후, 교토(京都)의 신사(神社)에서 경비원을 사살, 같은 달 26일 홋카이도 하코다테(北海道函館)에서 택시운전수를 사살하고 7천엔을 강탈(강도살인), 동년 11월5일 나고야(名古屋)에서도 택시운전수를 사살하고 7천엔을 강탈하였으며(강도살인), 이듬해 4월에는 도쿄(東京)의 한 학교에 침입하여 금품을 물색하던 중 경비원에게 발각되자 권총을 난사한(강도살인미수) 것이다. 법원은, 피고인이 발각될 것을 우려하여 또는 금품을 강취하기 위하여 잔학하고 집요하면서도 냉혹한 방법으로 무고한 피해자 4명을 차례로

7) 일본국헌법 제31조(법정절차의 보장) 어느 누구도 법률이 정한 절차에 의하지 아니하고는 그 생명 또는 자유를 박탈당하거나 기타 형벌을 부과받지 아니한다.

1961년(昭和36)7월19일 최고재판소 대법정판결(형집15·7·1106)에서는 현재의 사형집행 방식을 규정한 1873년(明治6) 태정관포고(太政官布告) 65호 「絞罪器械図式」은 현재 법률과 동일한 효력이 인정되며, 현재의 사형집행 방식은 위 포고에 정한 기본적 방법에 위배되지 아니하므로, 현행 사형제도는 적법절차 보장의 원리에 반하지 않는다고 판시하고 있다.

8) 일본국헌법 제36조(고문 및 잔학형의 금지) 공무원에 의한 고문 및 잔학한 형벌은 절대 금지된다.

살해하였고 유족의 피해감정도 심각하기 때문에, 범행 당시의 연령, 불우한 생육력, 범행 후의 옥중 결혼, 피해의 일부 배상 등 유리한 정상을 고려하더라도, 피고인을 무기징역에 처한 원심판결(東京高判 昭56·8·21)은 형의 양정을 심하게 그르친 것으로서 파기를 면할 수 없다고 판시하였다. 파기환송심은 피고인에 대하여 사형을 선고하였다(東京高判 昭62·3·18).

이 사건은 피고인이 범행당시 19세의 미성년자였으며, 만일 이 사건에 관하여 사형을 선고하지 않는다면 향후 사형을 선고할만큼 죄질이 나쁜 사건은 거의 없어져서 사실상의 사형폐지로 이어질 수도 있다는 이유로 주목 받았는데, 최고재판소가 무기징역을 선고한 원심을 파기함으로써 ‘사실상의 사형폐지’를 거부한 것으로 받아들여지고 있다.<sup>9)</sup>

이 판결은 특히 사형을 선택하기 위한 일반적 양형기준을 구체적으로 제시한 선도적 판례로서 주목받았는데, “범행의 죄질, 동기 ... 범행후의 정상 등” 양형에서 고려하여야 할 제반의 사정, 즉 ‘양형사정’을 죄형 균형과 일반예방의 견지에서 평가하여야 한다는 것이다. 이후 일본에서 사형 선고의 여부가 문제된 거의 모든 경우에, 이 판결에서 거론된 양형사정을 피고인에게 유리한 사정 및 불리한 사정으로 나누어 열거하고 그것들을 종합적으로 판단함으로써 선고형을 결정하는 순서로 양형판단이 이루어져 왔다.<sup>10)</sup>

그렇지만, ‘나가야마 판결’ 이후 사형과 무기징역형 중 어느 것을 선택할 것인지가 문제되었던 여러 판례들을 분석해 보면 제1심, 항소심 그리고 상고심 모두에서 특정한 결론이 일관성 있게 유지된 경우가 오히려 드물다. 특히 사회적으로 이목이 집중된 사건일수록 심급에 따라 사형과 무기징역의 판단이 엇갈리는 경우가 많았다. 나가야마 판결에서 제시된 개개의 양형사정이 모두 똑같은 비중을 지니는 것은 아니므로 그 경중을 여하히 판단하여야 할지, 특정한 양형사정이 형벌가중적으로 작용하는 것인지 또는 감경적으로 작용하는 것인지는 반드시 명확하지 않기 때문이다.<sup>11)</sup> 요컨대, 이 판결이 다양한 양형요소(평가대상)를 제시하고 있긴 하지만, 그에 대한 평가의 척도로 제시된 ‘죄형균형 또는 일반예방의 관점’이란 여전히 극히 추상적인 개념이기 때문에 사형선고를 위한 실질적 기준이 명확히 드러난 것은 아니다.

9) 板倉 宏, 刑法總論, 勁草書房, 1994, p.401.

10) 城下裕次, 最近の判例における死刑と無期懲役の限界, *ジュリスト* 2000.4.15(No.1176), p.67.

11) 城下裕次, 앞의 글, p.71.

#### 4. 사형 선고와 집행 현황

1945년부터 2009년7월까지의 사형확정 인원은 모두 837명, 사형집행 건수는 667명이다. 1989년부터 1993년까지 3년4개월 동안은 사형이 한건도 집행되지 않았지만, 1993년3월26일 재개된 이후 매년 사형이 집행되고 있다<표1>.

최근 20년간의 사형 확정 및 집행 추이를 보면, 1995년을 제외하고는, 대체로 제1심 법원의 사형선고 건수가 한 자리 수를 유지하였지만 2000년 이후 두자리 수로 증가하였다. 그 결과, 2004년부터는 사형 확정자 수도 크게 늘었고, 2007년 이후에는 집행건수도 급증하고 있다. 2007년 법무대신에 취임한 하토야마 구니오(鳩山邦夫)가 이듬해까지 13건의 집행명령서에 서명하는 등<sup>12)</sup> 2007년부터 2009년 상반기까지 약 2년 반 사이에 총 31명에 대한 사형이 집행되었다. 이것은 1997년부터 2006년까지 10년 동안의 사형집행 건수(30건)를 상회하는 수치이다<표1>.

표1. 최근 20년 사형선고 및 집행 추이 (1989~2008 및 2009상반기)

년 도	제1심 사형선고	제2심 사형선고	최고재 사형선고	사형확정	사형집행	비 고
1989	2	5	5	5	1	
1990	2	2	7	6	0	
1991	3	4	4	5	0	
1992	1	4	4	5	0	
1993	4	1	5	7	7	
1994	8	4	2	3	2	
1995	11	4	3	3	6	
1996	1	3	4	3	6	
1997	3	2	4	4	4	
1998	7	7	5	7	6	
1999	8	4	4	4	5	자살 1명
2000	14	6	3	6	3	
2001	10	16	4	5	2	
2002	18	4	2	3	2	
2003	13	17	0	2	1	病死 2명

12) 鳩山邦夫, 앞의 글, p.668.

년 도	제1심 사형선고	제2심 사형선고	최고재 사형선고	사형확정	사형집행	비 고
2004	14	15	13	15	2	病死 1명
2005	13	15	10	11	1	
2006	13	16	16	20	4	
2007	14	14	18	23	9	病死 1명
2008	5	14	8	10	15	病死 2명
2009	7	4	10	12	7	病死 2명 (7.28 현재)

※ 출처: 개인 웹사이트 漂泊旦那の漂流世界(<http://www.geocities.jp/hyohuhakudanna/number.html>). 일본 「犯罪白書(2008)」에 게재된 제1심 재판 사형선고 인원 등 공식통계와 비교한 결과 대체로 정확한 통계치를 제시한 것으로 판단되어 발췌 인용함.

### Ⅲ. 사형폐지론과 일본정부의 공식입장

#### 1. 일본의 사형폐지운동

- ① 메이지 유신 이후 일본에도 서구의 사형폐지론이 소개되었고, 우에키 에모리(植木枝盛), 오가와 시게지로(小河滋次郎), 하나이 타쿠조(花井卓藏)와 같은 계몽주의자들이 사형폐지를 주장하였다. 1901(明治34)년, 1902(明治35)년 그리고 1907(明治40)년 세 차례에 걸쳐 각각 사형폐지법안이 의회에 상정되기도 하였지만 모두 부결 또는 폐기되었다. 이후 군국주의가 대두함으로써 사형폐지론은 자취를 감추었고 반란사건 등과 관련한 사형 집행은 오히려 증가하였다.
- ② 전후 1950년대 들어서 마사키 아키라(正木亮), 기무라 가메지(木村龜二), 나카지마 겐조(中島健藏), 하세가와 노제칸(長谷川如是閑), 류 신타로(笠信太郎) 등을 중심으로 사형폐지운동이 재개되었다. 이 시기 사형폐지운동은 저명한 법률가였던 마사키 아키라(正木亮)에 의하여 주도되었다. 마사키는 일본의 사형존치론은 기만적 형법이론에 기초하고 있다고 주장하면서 1955년 「형벌과 사회개혁의 모임」을 설립하여, 사형폐지운동을 교정공무원, 형사법학자, 언론인과 문화계 인사 등이 널리 참여하는 사회운동으로 조직화하였고, 이러한 활동은 1956년 사

형폐지법안의 제출로 결실을 맺었다.

1956년 제24회 국회(참의원)에 다카다 나호코(高田なほ子), 하니 고로(羽仁五郎), 이치카와 후사에(市川房枝) 등 46명의 의원들이 발의한 사형폐지법안이 상정되었지만 제28회 국회에서 ‘심의 미종료’를 이유로 자동 폐기되었다.

- ③ 1971년 마사키의 사망 이후 사형폐지운동은 동력을 상실한 채 소멸되었다가, 1980년대부터 일부 시민단체와 미집행 사형수 등을 중심으로 다시 시작되었다. 1983년5월17일 전국에 약 200여명의 회원을 가진 「사형 폐지를 위한 여성모임」이 “사형은 국가에 의한 살인이므로 모든 살인을 부인하는 의미에서 사형제도를 폐지하여야 한다”는 취지의 청원을 중의원과 참의원 의장에게 제출하였다. 같은 해 8월에는 「범죄와 비행에 관한 전국협의회」와 「사형폐지를 위한 여성모임」이 연명하여, 중의원과 참의원 의원 전원에게 사형폐지법안을 제출해 달라고 요구하는 서한을 발송하였다.<sup>13)</sup>
- ④ 1989년12월 국제연합에서 「사형폐지조약」이 채택된 것을 계기로 1990년에 「앰네스티 인터내셔널 일본 지부」를 포함한 NGO와 종교지도자, 변호사, 의원 등이 참여하여 사형폐지 국제조약의 비준을 촉구하는 「사형폐지 포럼 90」이 결성되어 이후 일본의 사형폐지운동을 선도하는 역할을 수행하여 왔다.
- ⑤ 1993년3월26일, 1989년 11월10일 이후 3년4개월 동안 정지되었던 사형집행이 재개되었다. 집행인원은 오사카(大阪)구치소에서 2명, 센다이(仙台)구치소에서 1명, 합계 3명이었다. 1993년9월에는 사형집행 재개에 대한 반발로서 단도 시게미츠(団藤重光), 사에키 치히로(佐伯千仞), 히라바 야스하루(平場安治)를 대표로 279명의 형사법연구자가 참여한 「사형폐지를 추구하는 형사법연구자의 호소」가 발표되었다. 그렇지만 법무성은 사형집행의 의지를 굽히지 않고, 같은 해 11월26일 오사카(大阪)구치소에서 2명, 도쿄(東京)구치소에서 1명 그리고 삿포로(札幌)구치소에서 1명, 합계 4명에 대한 사형을 추가로 집행하였다.
- ⑥ 1994년 초당파 국회의원 113명이 「사형폐지를 추구하는 의원연맹」을 결성하였다. 사형폐지 의원연맹은, 후술하는 바와 같이, 2003년 「중무기형(重無期刑) 창설

13) 三原憲三, 死刑廃止論の系譜(第6版), 成文堂, 2008, p.133.

및 사형제도 조사회 설치 등에 관한 법률안」을 작성하였지만 의회에 상정되지는 않았다.

## 2. 국제사회의 압박

### (1) UN 자유권규약

#### 가. 국제인권 B규약(자유권규약)

1966년12월26일 제21회 UN총회에서 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(‘국제인권 B규약’ 또는 ‘자유권규약’)이 채택되어 1976년3월23일 발효되었으며, 2009년 5월 현재 한국과 일본을 포함한 164개국이 비준한 상태이다.<sup>14)</sup>

이 규약은 1948년 「세계인권선언」에 규정된 기본적 권리 중에서 생명권, 신체의 자유, 사상·양심·종교의 자유, 표현의 자유, 집회·결사의 자유 등 가장 기초적인 자유권적 기본권의 보장을 보다 구체화한 것이다. 규약 제6조 제1항은 모든 인간의 생명권 보장을 선언하고 있으며, 제2항에서는 사형은 극히 중대한 범죄에 대해서만 제한적으로 허용되어야 하며, 행위시에 유효한 정당한 법률에 근거하여 권한 있는 법원이 선고한 확정판결에 의하여 집행되어야 한다고 규정하고 있다.

#### 나. 자유권규약 제2선택의정서 (사형폐지조약)

1989년12월15일 제44회 UN 총회에서 「사형폐지를 목표로 하는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2선택의정서(‘자유권규약 제2선택의정서’ 또는 ‘사형폐지조약’)가 채택되어 1991년7월11일 발효되었다.<sup>15)</sup> 일본은 “사형폐지는 각국이 그 국민 감정, 범죄태양 등을 고려하여 신중하게 결정할 문제”라며 반대하였고 2009년5월 현재

14) International Covenant on Civil and Political Rights, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entry into force 23 March 1976.

15) Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty, Adopted and proclaimed by General Assembly resolution 44/128 of 15 December 1989

비준하지 아니한 상태이다.

## (2) 자유권규약 인권위원회 권고

자유권규약의 실천과 적용을 감시할 독립적인 전문가그룹으로서 「자유권규약 인권위원회(Human Rights Committee, CCPR)」가 설치되어 있다(자유권규약 제28조 이하). 위원회는 체약국의 지명을 받아 체약국회의에서 선출된 18명의 위원으로 구성된다. 위원회는 매년 3차례의 정기회의를 개최하며, 규약의 이행에 관한 체약국 정부의 보고서를 심사하고 시정이 필요한 사항을 권고할 수 있다(동규약 제40조).

자유권규약 인권위원회는 1997년부터 매년 사형존치국에 대하여 사형의 집행을 정지하고 장기적으로 폐지를 추진하라는 권고를 발하고 있는데, 일본정부에 대하여도 1993년 이래 여러 차례에 걸쳐 사형폐지를 위한 조치 및 사형이 확정된 수형자에 대한 처우 개선을 권고해 왔다.

### 가. 1998년 권고

자유권규약 인권위원회는 1998년 일본정부의 제4회 정기보고에 대한 심사 결과로서 (a)일본정부는 사형폐지 방안을 강구하고, 사형을 완전히 폐지할 때까지는 자유권규약 제6조제2항에 따라 극히 중대한 범죄에 한하여 제한적으로만 사형을 적용할 것(제20항). (b)사형이 확정된 수형자의 구금상태를 규약 제7조 및 제10조제1항의 인도적 기준에 적합하도록 할 것(제21항) 등을 권고하였다.<sup>16)</sup>

그러나 일본정부는 위와 같은 권고를 전혀 이행하지 않았다. 오히려 지난 10년 동안 사형 선고와 집행이 크게 증가하여 2008년도에는 과거 30년 사이에 가장 많은 수인 15건의 사형이 집행되었다(<표1>).

### 나. 2008년 권고

2008년12월18일 「일본정부의 제5회 정기보고에 대한 최종 심사의견」은 가장 최근

16) 海渡雄一・田鎖麻衣子, 国際人權(自由権)規約委員会は日本政府に何を求めたのかー第5回日本政府報告書審査総括所見を受けてー, 自由と正義, 60卷4号(2009.04), p.30.

에 공개된 위원회의 공식의견이다.<sup>17)</sup> 일본정부는 종래 국민의 다수가 사형 폐지에 반대하고 있고, 흉악범죄에 대한 사형부과는 불가피한 측면이 있으며, 특히 일본의 형사재판에서 사형의 선고는 극히 신중하게 이루어지고 있다는 주장으로 일관하여 왔다.

이에 대하여 위원회는 다음과 같이 권고하고 있다.

- ① 사형폐지 반대여론에 대한 대처 : 일본정부는 여론조사 결과에 구애받지 말고 사형폐지를 전향적으로 고려하여야 하며 필요하다면 사형폐지가 바람직하다는 사실을 국민에게 적극 홍보하여야 한다(의견서 16항). 이미 사형을 폐지한 국가에서도 당초에는 사형폐지에 반대하는 여론이 다수였지만, 오직 국민 여론에만 의거한다면 사형 폐지는 불가능하므로, 거꾸로 여론을 바람직한 방향으로 선도하기 위하여 적극 노력할 필요가 있다는 것이다.
- ② 사형수에 대한 처우개선 : 위원회는 일본의 사형수가 일반적으로 장기간 독방에 수용되며, 집행 당일까지 사전 고지가 이루어지지 않는 현실, 고령자 또는 정신장애자임에도 불구하고 사형이 집행된 사례, 사면·감형·형집행 면제가 실시되지 않고 관련 구제 절차의 투명성이 결여되어 있는 현실에 대하여 우려를 표명하면서, 일본정부에 대하여 사형수의 처우 및 고령자와 정신장애자에 대한 사형집행에 관하여 보다 인도적으로 대처할 것을 요구하였다. 즉, 일본정부는 사형수가 형집행에 대비할 기회를 부여받지 못하여 겪을 수 있는 정신적 고통을 경감하기 위하여 사형수 본인과 그 가족에게 집행예정 일시를 통지하고, 사면·감형 및 형집행 면제 등이 실질적으로 이용될 수 있도록 보장하여야 한다는 것이다(의견서 제16항).
- ③ 사형수에 대한 절차적 보장 : 위원회는 사형을 선고받은 피고인이 상소권을 행사하지 않은 채 사형선고가 확정되는 사례가 증가하는 현상, 법원이 재심개시를 결정하기 전까지는 재심청구 담당 변호사와 사형수의 면회에 교도관이 입회하여 감시하는 현실, 그리고 재심 또는 사면 등의 청구가 있는 때에도 사형 집행이 정지되지 아니하는 점에 대하여 우려를 표명하였다.

이러한 문제점을 해소하기 위하여, 사형 선고사건에 관하여 의무적인 재심사제도

---

17) Consideration of Reports Submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant: Concluding Observations of the Human Rights Committee (CCPR/C/JPN/CO/5) 18 December 2008.

(필요적 상소제도)를 채택하고, 사형 사건의 재심 또는 사면 청구가 집행정지의 효력을 가지도록 하며, 사형수와 재심청구 변호사의 비밀 접견을 보장하여야 한다고 권고하였다(의견서 제17항). 접견비밀의 보장을 요구한 것은, 일본의 현행법상 재심에 관한 변호사와 수형자의 접견에 교도관 등의 입회는 허용되지 아니함에도 불구하고, 실무에서는 법원이 재심개시를 결정하기 전까지는 변호사와 사형수의 면회에 교도관이 입회하여 감시하고 있다는 NGO의 지적에 따른 것이다.

- ④ 사형수 격리수용 원칙의 재검토 : 일본의 「형사피수용자처우법」에 의하면, 사형수는 독거실에 수용되어 상호 접촉하지 못하도록 하는 것이 원칙이다. 독방에 장기간 구금하는 것은 수형자의 심신에 심각한 악영향을 미치기 때문에, 보통의 자유형 수형자에 대하여는 특정한 경우에 예외적으로만 독방감금이 허용되지만, 사형수는 모두 격리하여 독방에 수용하도록 규정하고 있는 것이다. 위원회는 이러한 현실에 관하여 우려를 표시하고, 사형수를 독방에 격리 구금하는 원칙을 완화하여 일정기간에 한하여 예외적으로만 허용하여야 한다고 권고하였다(의견서 제21항).

### (3) 유럽평의회(Council of Europe) 결의

일본은 미국과 함께 유럽평의회의 옵서버 멤버이다. 유럽평의회는 2001년6월 양국이 사형의 폐지를 위한 노력을 행하지 않으면 그 자격을 재검토하겠다고 통보하였다. 또한 2002년5월에는 일본에서 사형폐지 의원연맹과 공동개최로 「사법인권세미나」를 개최하였으며,<sup>18)</sup> 2003년10월에는 사형폐지를 위한 사전단계로서 사형 집행의 유예(moratorium)을 요구하는 결의를 채택하였다.<sup>19)</sup>

## 3. 일본정부의 공식입장과 여론

일본정부는 자유권규약 인권위원회의 권고가 나올 때마다 그 직후에 사형을 집행하

18) 日本弁護士連合会, 第47回人権擁護大会シンポジウム第3分科実行委員会, 21世紀日本に死刑は必要か(基調報告書), 2004. 10.07. pp.11~13.

19) 石塚伸一, 終身刑導入と刑罰政策の変容, 現代思想, 第32卷第3号, 2004.vol.32-3, p.170

는 등 사형폐지에 대한 부정적 입장을 분명히 하였는데, 그 논거는 다음과 같다, “사형 폐지에 관하여 구속력 있는 국제적 합의는 존재하지 않는다. 따라서 사형을 폐지할 것 인가의 여부는 각국이 국내사정을 고려하여 독자적으로 결정할 문제이다. 그런데 일본의 경우에는 국민 대다수의 여론이 사형존치를 지지하고 있다.”<sup>20)</sup>

실제로, 일본 내각부(内閣府, 旧総理府)가 1956년부터 2005년 사이에 실시한 8차례의 여론조사 결과에 따르면 일본 국민의 압도적 다수가 사형폐지에 반대하고 있다 (<표2>). 1970년대 이후 여러 시민사회단체가 사형폐지운동을 전개하였음에도 불구하고 사형폐지에 반대하는 여론이 오히려 확산되어 온 것을 알 수 있다.

<표2> 사형에 관한 여론조사결과

	사형존치	사형폐지
1956	65%	18%
1967	70,5%	16,0%
1975	56,9%	20,7%
1980	62,3%	14,3%
1989	66,5%	15,7%
1994	73,8%	13,6%
1999	79,3%	8,8%
2005	81,4%	6,0%

※ 출처: 土本武司, 死刑をめぐる諸問題, 法曹時報, 第59卷第3号(2007.3) p.7 에서 재인용.

한편, 「앰네스티 인터내셔널 일본」의 「사형폐지 네트워크 도쿄」가 2007년10월 동경 시내에서 실시한 가두 설문조사에서는 총 485명의 응답자 중 사형존치 의견 182명 (37.5%), 폐지의견 109명(22.5%) 그리고 종신형제도가 있다면 폐지해도 무방하다는 의견이 194명(40.0%) 으로 조사되었다고 한다.<sup>21)</sup>

일반국민을 대상으로 한 여론조사는 이처럼 조사의 시기와 방법 또는 표본의 범위와 표본선정 방식 등에 따라 결과가 크게 달라질 수 있는 것이 사실이지만, 아무튼 일본에

20) 川本哲郎, 死刑存廢論を巡る最近の動向, 産大法学, 京都産業大学法学会, 42-3, 145[2008.11], p.362.

21) 川本哲郎, 앞의 글, p.363에서 재인용.

서는 사형폐지의 여론보다는 사형을 존치하여야 한다는 여론이 압도적으로 높은 것은 분명해 보인다. 이와 같은 여론의 향배와 일본정부의 -여론을 앞세운- 강경한 태도는 1980년대부터 진행되어 온 엄벌화의 경향과도 관련되어 있는 것으로 보인다.

#### 4. 엄벌화 경향과 사형제도

1980년대 영국과 미국을 포함한 서구 선진국에서는 1960~70년대의 진보적 자유주의와 뚜렷하게 대비되는 보수적 경향이 점점 강력해지고 있었다. 형사사법에 관하여도 이전에 강조되었던 인권보장적 형벌시스템, 사회내 처우, 갇생보호제도 등이 범죄를 감소시키거나 누범을 방지하지 못하였다는 사실에 근거하여 인도적 행형의 효과에 의문을 제기하고 엄격한 징벌적 형사제도로 회귀할 것을 촉구하였다.<sup>22)</sup>

일본의 형사사법은 제2차 세계대전 이후 오랫동안 관형주의(寬刑主義)를 유지하였다고 한다. 그렇지만 1980년대 이후에는 서구의 영향 아래 서서히 엄벌화의 경향을 띠기 시작하였는데, 특히 1995년3월20일 도쿄에서 발생한 사린가스 테러사건을 계기로 일본의 형사정책은 급속하게 엄벌주의로 전환되었다. 이 사건 후, 일본에서는 조직범죄 대책 강화, 성범죄에 대한 처벌 강화, 소년사건의 범죄화 등 일련의 중벌화 정책이 실현되었다. 2004년12월 형사법 개정에서는 유기자유형의 장기가 15년에서 20년으로(형법 제12조제12항 및 제13조제1항) 상향조정되고, 가중처벌하는 경우의 자유형 상한도 30년으로(동법 제14조) 연장되었다. 그 밖에 생명, 성적 자유 및 신체의 완전성에 대한 범죄의 처벌이 강화되고 공소시효도 연장되었다.<sup>23)</sup>

2007년 말 현재 일본 전역의 행형시설에 1,670명의 무기형 수형자가 복역 중이다. 이는 전후 가장 많은 숫자이다.<sup>24)</sup> 최근 10년간 사형선고도 급증하였는데(<표1>), 1심 판결 선고 후 상고심이 확정되기까지 상당히 긴 시간이 소요되는 일본의 현실을 고려하면 사형확정 및 집행건수도 지속적으로 증가할 것으로 예상된다. 이처럼 사형선고도 급증하는 현상은 1998년 이래 사형을 집행하지 않고 있는 한국을 포함하여, 1990년대

22) 김용세, 피해자학(제3판), 형설출판사, 2009, [9]5.

23) 石塚伸一, 日本における死刑--国際社会における良心の呵責, 龍谷法学, 龍谷大学法学会, 39-3 (2006.12) 418

24) 桐山桂一, 進む"終身刑化", 世界, 2008.9, pp.169-170.

들어서 사형폐지 국가가 급속하게 증가하고 있는 세계 형사사법 동향과는 반대되는 것이어서 주목된다.

특히 주목되는 점은, 최근 일본의 사형선고 건수 증가는 범죄의 흉포화 또는 범죄발생률의 증가를 반영한 것이 아니라는 사실이다. 일본 범죄백서(2008년판)에 따르면 최근의 살인 사건 인지건수 변화추세는 대체로 옆걸음질 하는 모습을 보이는데, 2004년 이후로는 4년 연속 소폭 감소하고 있어서, 2007년에는 전년대비 110건(8.4%) 감소한 1,199건이었으며 검거율은 95%이상으로 매우 높은 수준을 유지하고 있다. 그럼에도 불구하고 제1심 사형선고건수는 2000년 이후 계속 두 자리 수를 기록하고 있다. 사형확정자 수도 급증하여 1999년부터 2003년까지 5년간 연평균 사형확정자 수는 4명이었지만, 2004년부터 2008년까지 5년 동안은 평균 15.8명으로 4배가까이 증가하였다<표 1>. 즉 살인사건 발생건수는 지난 20년 동안 거의 변화하지 않았거나 감소하는 추세에 있는데, 사형 선고는 크게 증가한 것이다.<sup>25)</sup> 반대로, 최근 10년간 사형선고 및 집행 건수의 증가에 발맞추어 흉악범죄사건이 감소한 것도 아니다. 오래 전부터 많은 연구자들이 사형제도와 흉악범죄사이의 상관관계를 밝혀줄 통계적 규칙성을 찾아내고자 노력하였지만, 폐지론자도 존치론자도 상대방을 압도할 명백한 실증적 증거를 제시하지는 못한 상태이다.

## IV 사형존폐론의 한계와 대체형 도입논의

### 1. 존폐논쟁의 한계

베카리아(Cesare Beccaria)가 자신의 저서 「범죄와 형벌(1767)」 제16장에서 사형폐지를 주장한 이래 250년 가까운 세월이 흘렀다. 사형폐지를 둘러싼 장구한 논쟁 속에서, 폐지론이든 존치론이든, 생각해 낼 수 있는 논리적 근거는 모두 제시되었고, 사형 존치 또는 폐지의 당위성에 관하여 이전에 어느 누구도 생각하지 못한 기발한 논거가 개발될 가능성은 더 이상 없다. 심지어, 사형폐지의 당위성을 설파하기 위하여 제시된 논거

25) 桐山桂一, 앞의 글, p.171 참조.

중 상당수가 사형 집행을 정당화하기 위한 논거로 활용될 수도 있다.

### (1) 사형의 정당성

폐지론자는 살인은 용납할 수 없는 범죄이지만, 사형을 집행하는 것도 국가 권력에 의한 살인이므로 허용되지 않는다고 주장한다. 이에 대하여 존치론자는 무고한 사람을 살해한 극악한 범죄자에 대하여는 공동체가 그 생명을 박탈하는 것을 허용하여야 한다고 본다. 즉, 타인의 생명을 침해하는 극악한 행위를 한 자는 자신도 역시 생명으로 보상해야 한다는 공동체 규범을 실천하기 위한 제도가 사형이라는 것이다.<sup>26)</sup> 그렇지만, 극악무도한 살인자는 반드시 사형에 처하는 것만이 공동체 규범 또는 정의를 실현하는 길인지에 관하여는 또 다시 의문이 제기될 수 있다.

### (2) 사형의 위하력

폐지론자들은 사형의 위하력에 대해서도 의문을 제기한다. 범죄자를 사형에 처한다는 것은 개선이나 사회복귀는 고려하지 않는다는 의미이고, 일반예방의 효과에도 의문이 있으므로 사형은 결국 불법행위에 대한 국가적 보복에 불과하다고 주장한다. 반면, 존치론자는 형사제재 일반이 크든 작든 일정한 범죄억지 효과를 발휘한다는 사실을 전적으로 부인하는 학자는 없음에도 불구하고 가장 강력한 형사제재인 사형의 억지력을 부인한다는 것은 논리적으로 납득하기 어렵다고 주장한다.<sup>27)</sup>

사형의 범죄억지 효과에 대한 실증적 연구의 결과도 일정하지 않다. 예컨대, 미국에서 문화 또는 산업발달의 정도가 유사하지만 사형을 폐지한 주와 존치하고 있는 주의 살인 사건 발생비율을 조사한 결과 양자 사이에 차이가 없었다는 연구가 있는가 하면, 한편의 사형집행은 연간 7~8건의 살인사건을 억제하는 효과가 있다고 주장하는 학자도 있다.<sup>28)</sup> 범죄발생에 영향을 미치는 제반 변수들을 모두 고려하면서 사형의 범죄억지효과를 실증적으로 증명한다는 것은 매우 어려운 일이다. 하물며, 사형이 일정한 범죄억지효과를

26) 椎橋隆幸, 日本の死刑制度について (特集 死刑制度の現状と展望), 現代刑事法, 現代法律出版, 3-5(25), 2001.05, p.19.

27) 椎橋隆幸, 앞의 글, p.17.

28) 板倉 宏, 앞의 책, pp.395-396.

지닌다 할지라도, 그것이 다른 형사제재수단 예컨대, 종신형과 같은 대체형벌에 비하여 명백히 우수한 억지력을 발휘하는지의 여부를 증명한다는 것은 거의 불가능하다.

### (3) 피해자 감정

피해자에 대한 배려는 사형존치의 가장 강력한 논거 중 하나이다. 무고한 시민을 아무리 많이 또는 아무리 잔인한 수법으로 살해한 자라 할지라도 그의 생명만은 박탈할 수 없다고 한다면, 흉악한 살인범의 생명보다 무고한 피해자의 생명을 경시하는 셈이라거나, 무고하게 가족을 잃은 유족의 피해감정을 무시하는 처사라는 주장이 그것이다.<sup>29)</sup> 서두에서 언급한 것처럼, 이 주장에는 쉽사리 극복하기 어려운 정서적 설득력이 내포되어 있다.

그러나 흉악범죄자를 사형에 처하지 않는 것과 그가 살해한 피해자의 생명을 존중하는 것 사이에는 여하한 논리적 관계도 존재하지 않는다. 비록 흉악한 살인범이라 할지라도 법의 이름으로 그를 살해하는 것은 허용되지 않는다고 주장하는 이유가 살인범의 생명권을 특별히 존중하기 때문은 아니다. 또한 피해자 유족의 감정이 반드시 동해보복을 통해서만 치유될 수 있는 것도 아니다. 20세기 후반 선진 각국에서 행해진 실증적 조사연구는 전혀 다른 결론을 제시하고 있다. 피해자 유족의 상당수가 동해 보복을 가하는 것보다 가해자의 진심어린 사죄와 적절한 보상을 더 선호한다는 것이다.<sup>30)</sup>

### (4) 오판의 우려

사형폐지의 가장 강력한 논거는 아마도, 사형이 집행되고 나면 오판을 회복할 수 없다는 점일 것이다.

1950년3월9일 영국에서 티모시 에반스(Timothy Evans)라는 남자가 자신의 딸을 살해한 혐의로 교수형에 처해졌다. 외견상 자발적으로 보이는 자백도 있었으므로, 당시 이 사건은 단순한 가정 내 살인사건으로 받아들여졌다. 그러나 그로부터 2년 후, 에반스가 거주하던 집에서 다른 여성들의 사체가 발견되고 집 주인이며 에반스 사건의 증인이

29) 椎橋隆幸, 앞의 글, p.17.

30) 김용세, 앞의 책, [16]10.

었던 존 할러데이 크리스티(John Halliday Christie)가 범인으로 밝혀졌다. 이 사건을 계기로 무고한 에반스가 억울하게 사형당한 것은 아닌지 심각한 의혹이 제기되었고, 결국 영국의 사형제도 폐지에도 적지 않은 영향을 미쳤다.<sup>31)</sup> 일본에서도 멘다(免田)사건, 자이타가와(財田川)사건, 마츠야마(松山)사건 및 시마다(島田)사건 등 사형이 확정되었다가 재심에서 무죄가 선고된 사건들이 오판의 위험성을 경계하는 사례로 거론되곤 한다.<sup>32)</sup>

존치론자들은 오판의 일반적 가능성은 부인할 수 없지만, 그렇다고 하여 합리적이며 충분한 증거와 피고인의 자백에 의하여 유죄가 확인되어 오판의 우려가 전혀 없는 사건에 대하여도 모두 사형을 금지할 필요는 없다고 주장한다. 일본에서는 공판 과정에서 오판 가능성이 쟁점으로 부각되는 사례가 거의 없고, 사형 선고 및 집행은 극도로 신중하게 이루어지므로 오판가능성을 최대한 낮출 수 있는 제도적 장치를 강구하면 오판으로 인한 문제는 거의 해소될 수 있다는 것이다.<sup>33)</sup>

## 2. 사형집행정지와 대체형 도입

### (1) 사형집행의 유예(moratorium)

1993년(平成5) 9월21일 최고재판소 제3소법정판결(裁判集刑事262·421)의 보충 의견에서 오오노 마사오(大野正夫) 판사는 “현시점에서 사형을 위헌이라고 단정할 수는 없다”고 전제한 뒤, 그럼에도 불구하고 전세계적으로 사형폐지국이 계속 증가하고 있는 바, “많은 문명국가에서 사형은 인간의 존엄에 반하는 제도라고 평가되고 있으며, 오판가능성에 대한 우려 또한 기우로 치부해 버릴 수 없는 것이 현실이므로, 사형은 헌법이 금지하는 잔학한 형벌이라고 평가될 여지가 현저히 증가하였다”면서, 국민여론은 여전히 사형 존치 의견이 압도적 다수를 차지하지만 사형폐지의 국제적 동향을 고려하여 사형집행을 일정기간 유예한(moratorium) 상태에서 (사형이 집행되지 않으면) 휴

31) 영국의 사형제도 폐지의 경위와 오판사례 등에 관한 보다 자세한 정보는 The abolition of hanging in Britain, at: Capital Punishment U.K., at: <http://www.capitalpunishmentuk.org/abolish.html>.

32) 板倉 宏, 앞의 책, p.395.

33) 椎橋隆幸, 앞의 글, p.18.

악범죄가 증가하는지의 여부를 확인할 필요가 있다고 주장하였다. 일본변호사연합회도 2002년에 일정기간 사형 집행을 정지하는 법률을 제정하자고 제안한 바 있다.<sup>34)</sup>

## (2) 무기형과 종신형 도입의 의미

일본의 현행법상 사형 다음으로 중한 형벌은 무기형인데, 무기형 수형자는 10년을 경과한 후 행정관청의 처분에 의하여 가석방될 수 있다(형법 28조). 그렇지만, 실제로 10년 후에 가석방되는 무기형 수형자는 거의 없다. 무기형을 선고받은 후 가석방된 사람의 평균 재소기간이 1998년에는 20년10개월이었지만, 2007년에는 31년10개월로 늘었다. 즉, 무기형 수형자는 평균적으로 31년이상 복역해야 가석방되는 것이다.<sup>35)</sup>

한편, 2004년 형법개정을 통하여 유기형의 상한이 30년으로 연장되었으므로(형법 제14조제2항) 일본의 형벌제도는 최장 30년의 유기징역형과 평균적으로 31년이 경과해야만 가석방될 수 있는 무기징역형, 그리고 사형을 근간으로 구성되어 있는 셈이다. 그렇다면, 무기형 수형자는 10년만에 가석방될 수 있어서, 사형과 무기징역 사이의 간극이 너무 크기 때문에 그 사이에 종신형을 신설하여야 한다는 주장은 자유형 집행의 현실을 충분히 반영하지 못한 것이라고 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 사형의 대체수단으로, 또는 대범죄투쟁의 보다 강력한 수단으로 종신형을 도입할 필요가 있다는 주장이 끊이지 않고 있다. 2000년9월 자민당, 공명당, 보수당(보수신당)은 종신형 도입을 위한 형법개정의 타당성을 검토할 프로젝트를 설치하기로 합의하였다고 발표하였다. 이와 같은 의원입법의 움직임은 의회 내부의 거듭된 논의를 거쳐 2003년에 보다 구체적인 법률안의 형태로 결실을 맺는다. 즉 초당파적 차원에서 결성된 사형폐지의원연맹이 2003년 「중무기형의 창설 및 사형제도조사회 설치 등에 관한 법률안」을 성안한 것이다.<sup>36)</sup> 이 법률안은 결국 국회에 제출되지 못하였지

34) 川本哲郎, 앞의 글, p.371.

35) 桐山桂一, 앞의 글, p.171.

36) 石塚伸一, 앞의 글, p.170. 사형폐지론자는 대부분 종신형 도입을 사형폐지의 대안으로 인식하곤 하지만, 정과의 입장에 따라서는 전혀 다른 의미로 받아들여지기도 한다. 예컨대, 자민당은 “이즈음 흉악한 소년범죄가 연이어 발생하고 있는데, 행위자가 18세 미만의 소년인 경우에는 무기징역형을 선고받은 후 단기간에 가석방되는 경우도 있다는 점을 문제시하는 의견이 없지 않다.” 이러한 관점에서 “사형과 무기징역형 사이에 종신형을 신설하면 범죄억지효과가 높아질 것으로 판단”되어 종신형을 도입하기로 했다는 것이다(三原憲三, 앞의 책, p.136).

만 주요 내용은 다음과 같다. (a)사형과 무기징역 사이에 가석방 없는 종신형(중무기형)을 창설한다. (b)사형제도에 관한 조사를 위하여 중·참 양원에 「사형제도조사회」를 설치한다. 조사회는 3년 이내에 관련 조사 결과를 양원 의장에게 제출한다. (c)사형제도 조사회의 조사기간 3년, 그 결론에 따라 입법적 조치를 완료하는 기간 1년, 합계 4년의 기간 동안 사형집행을 정지한다. (d)사형, 중무기형 및 무기형 선고가 확정된 자에게 사면청구를 허용한다.<sup>37)</sup>

2008년4월 사형폐지의원연맹은 -2009년5월 재판원제도의 시행에 대비하여- 재판원 6명과 재판관 3명의 의견이 모두 일치하는 때에만 사형을 선고할 수 있도록 하는 「특별법안」과, 가석방 없는 종신형을 창설하는 「사형신중화법안」을 제출하기로 결정하였다고 발표하였으며 2008년5월에는 사형폐지연맹 소속 의원뿐만 아니라, 사형 존치를 지지하는 의원들도 함께 참여하여 가석방 없는 종신형제도를 신설하기로 합의하였다는 발표도 있었다.<sup>38)</sup>

생각건대, 무기징역이 실질적으로 종신형처럼 기능하고 있으며 무기징역 선고사건도 급증하고 있는 일본의 현실에서 또 다시 종신형을 도입한다면 형벌의 총량과 집행 비용이 증가될 뿐이다.<sup>39)</sup> 또한 가석방 없는 종신형, 이른바 ‘절대적 종신형’이란 수형자의 사회복귀 가능성을 완전히 부인하는 것이어서 목적형사상이라는 근대 형사학의 지배적 이념에 반하는 것으로 위헌논란을 피할 수 없을 것이다. 그럼에도 불구하고 대안 없는 사형폐지에 대하여 불안을 느끼는 일반 대중과 보수적 정치인들을 설득하기 위한 방안으로서 무기형에 비하여 가석방조건을 강화한 새로운 형벌제도로써 종신형을 신설하는 것은 고려할만 하다.

37) 川本哲郎, 앞의 글, p.371.

38) 川本哲郎, 앞의 글, p.371.

39) 石塚伸一, 앞의 글, p.177.

## V. 일본의 사법개혁과 사형에 관한 전망

### 1. 재판원제도

일본에서는 2000년대 초부터 시작된 사법제도 개혁의 일환으로, ‘일본식 참심제’라고 할 수 있는 재판원제도가 도입되었다. 이 제도는 2001년 「사법제도개혁심의회 의견서」 제4장에서 제안되었고 2004년 「재판원이 참가하는 형사재판에 관한 법률」에 의하여 법제화되어, 2009년5월21일부터 시행되고 있다.

대상 사건은 살인, 강도 등의 중대범죄이고, 6인의 재판원과 3인의 법관이 합의에 의하여 평결한다. 유죄평결에는 법관과 재판원 각 1명 이상을 포함한 과반수의 찬성을 요한다.<sup>40)</sup> 일본 최고재판소는 재판원제도 시행에 대비하여 2009년 상반기까지 여론조사와 모의재판을 거듭하였다. 그 과정에서 동일한 사건에 관한 평결과 양형이 지역에 따라 상당한 차이를 보일 수 있는 것으로 확인되었는데, 과연 사형 선고 사건이 최근 몇 년 사이의 증가추세를 뛰어 넘을 것인지가 주목된다. 전술한 바와 같이, 일본 국민 사이에는 사형제도를 지지하는 여론이 반대하는 여론을 압도하고 있기 때문에, 일반시민이 유·무죄 판단과 양형에 모두 참여하는 재판원제도 아래서는 사형판결이 증가할 것이라는 예측이 가능하기 때문이다.<sup>41)</sup>

### 2. 피해자의 형사재판 참가제도

피해자의 형사재판 참가제도는 2007년6월20일 제정된 「범죄피해자 등의 권리 이익의 보호를 위하여 형사소송법 등의 일부를 개정하는 법률」에 의하여 도입되어 2008년 12월1일부터 실시되고 있다.

피해자의 형사재판 참가란 ①살인·상해 등 고의로 사람을 사상한 사건, 강제추행·강간 등의 성범죄, 자동차운전 과실치사상 사건 및 체포·감금·약취유괴사건에 관하

40) 일본 재판원제도에 관하여는 김용세, 일본 재판원제도의 구조와 특성, 형사정책연구 제16권2호 (2005·여름), pp.279-314.

41) 川本哲郎, 앞의 글, 369 참조.

여 ②재판참가를 신청한 피해자 또는 그 유족 등에 대하여 ③공판정예의 출석, 증인신문, 피고인에 대한 질문 및 증거조사 종료 후의 의견 진술(구형에 관한 의견도 포함) 등을 허용하는 제도이다.

이 제도는 ‘국가와 지방공공단체는 범죄피해자 등이 형사절차에 참가할 기회를 확충할 제도를 강구하여야 한다’고 규정한 「범죄피해자 등 기본법」 제18조에 근거하여 도입된 것이지만, 제도 도입을 검토하는 단계부터 찬반 의견이 격렬하게 대립하였다. 예컨대, 일본 변호사연합회와 각 지역 변호사회는 입안단계에서부터 거듭 법무성의 ‘신중한 재검토’를 요구하였다. 즉, (a)기왕에 피해자 의견진술제도가 있으므로 굳이 피해자와 피고인을 신문 또는 구형이라는 형식으로 대치시킬 실익은 적다. (b)범죄결과가 중대하거나 죄질이 나쁠수록 피고인은 정당방위의 성부, 피해자의 실수 또는 과실을 비롯한 주요 쟁점에 관하여 제대로 주장하지 못하는 경우가 많은데, 만일 피해자나 그 유족으로부터 직접 추구를 당한다면 자유로운 진술은 더욱 더 곤란해질 우려가 있다. (c)범죄피해자나 그 유족의 참상이나 엄벌을 요구하는 의견 때문에 증거에 의한 사실인정 및 공정한 양형의 원칙이 훼손될 우려가 없지 않다는 등이다.<sup>42)</sup>

재판원제도는 2004년에 이미 도입이 결정되었으므로, 제도 시행을 위한 사전준비가 비교적 충실하게 이루어진 것으로 평가되지만, 피해자의 형사재판 참가제도는 2007년에 입안되어 재판원제도 실시 이전부터 시행되고 있다. 더구나 이 제도가 재판원제도와 결합되는 경우에는 지난 10여년간 진행되어 온 일본의 엄벌화 경향이 심화될 가능성이 높다. 예컨대 피해자가 엄하게 피고인을 추궁하거나 자신의 가련한 사정을 효과적으로 호소한 경우에는 일반 시민의 한 사람인 재판원이 영향을 받아, 처벌이 무거워질 수 있기 때문이다.

## VI. 맺는 말

법제도는 각국의 역사적 경험과 현실적 필요에 의하여 형성되는 것이다. 따라서 특정한 제도의 당부를 평가할 보편적 가치기준을 구체적으로 제시하는 것은 불가능하다.

42) 日本弁護士連合会, 被害者の参加制度新設に関する会長声明, 2007年(平成19年)6月20日

개인은 각자의 세계관 또는 인간관에 따라 사형을 지지 또는 반대할 뿐이며, 사형 제도를 폐지할 것인지의 여부는 각국 정부와 입법부의 정치적 선택의 문제로 귀결된다.

흉악범죄자에 대한 사형집행은 분명 피해자와 대중의 복수감정에 부합하는 측면이 있다. 흉악범죄로 인하여 치명적인 피해를 당한 사람이나 그 유족 등은 가해자를 가혹하게 응징하고자 할 것이다. 공분의 대상이 된 흉악범죄자라 할지라도 그 생명은 존중되어야 한다는 인도적 주장이 대중의 공감을 얻기도 어렵다. 그렇지만 사형 집행이 언제나 모든 피해자를 만족시키는 것은 아니다. 최근의 피해자학 연구 성과에 따르면 피해자 또는 피해자 유족은 대부분 단순한 보복 보다는 정신적·물질적 피해의 회복을 희망한다.

이와 같은 다양한 변수를 고려하지 않은 채 사형제도에 대한 찬반 의견을 양자택일식으로 질문하는 여론조사 결과는 사형에 대한 직관적 인상이나 소박한 집단감정을 반영할 뿐이다. 그렇지만 이러한 집단감정을 무시해 버릴 수도 없다. 왜냐하면 그 막연한 인상이 바로 국민의 법의식 내지 법감정이기 때문이다. 그러한 국민감정이 정치가와 정책입안자에게 영향을 미치고 입법을 통하여 법규범에 반영되며 법원의 양형을 통하여 현실 속에서 구체화되는 것이다.<sup>43)</sup>

그렇지만 다른 한편, 이미 사형을 폐지한 나라에서도 실은 사형 존치 여론이 압도적으로 우세하였음에도 불구하고 그에 거스르는 정책적 결단에 의하여 사형이 폐지된 것이다. 더구나, 이 결단은 범죄발생률의 긍정적인 변화에 기초한 것도 아니었다.<sup>44)</sup> 이처럼, 국민 여론이나 범죄발생률에 관한 통계가 모두 사형제도의 유지 또는 폐지를 뒷받침할 압도적 근거를 제시하지 못한다면 이 문제는 결국 정치적 결단에 의하여 해결될 수밖에 없는데, 적어도 현재의 국제사회에서는 국가권력에 의한 생명박탈은 허용될 수 없다는 가치관이 우월적 지위를 차지하고 있는 것으로 판단된다. 80년대 이후 대다수 서구선진국이 사형을 폐지하였고, 유럽의회와 UN도 사형반대의 입장을 명확히 하고 있기 때문이다.

이러한 상황에서 일본 정부가 국민 여론을 내세워 사형폐지를 거부하는 것은 설득력이 떨어진다. 자유권규약 인권위원회도 적절히 지적한 바와 같이, 일본정부가 사형폐지

43) 土本武司 死刑をめぐる諸問題 法曹時報 第59卷(2007)第3号 p.8

44) 피터 호킨슨 徳丸陽子 翻訳 死刑:その問題の概観 龍谷法学 39卷3号 p.158 참조.

를 국제사회의 조류로서 받아들여야 할 변화라고 인정한다면, 국민에 대하여 사형 폐지의 당위성을 적극적으로 설명하고 적절한 대안을 제시하여야 할 것이다. 이러한 맥락에서, 2009년 8월 총선거를 통하여 새로 출범한 민주당 정부의 입장이 주목된다. 54년에 걸친 자민당 지배체제를 종식시키고 새로 집권한 민주당 정부는 자민당 정부에 비하면 명백히 진보적인 경향을 보이고 있으며, ‘새로운 일본(新日本)’ 건설이라는 구호를 내세우며 대개혁을 예고하고 있기 때문이다.

한국은, 모두에서 밝힌 바와 같이, 사실상의 사형폐지국으로 분류되고 있다. 최근, 죄질이 매우 흉악하여 공분을 일으킨 연쇄살인사건이 거듭 발생한 것은 사실이지만, 그와 같은 흉악범죄가 과거에 없었던 새로운 현상은 아니다. 사형집행이 계속되던 시기에 도 극악무도한 살인사건은 존재했던 것이다. 사형집행의 정지(moratorium)와 흉악범죄 발생률 사이에 인과관계를 확인할 수 없음에도 불구하고 대중의 정서적 요구에 영합하여 사형 집행을 재개하는 것은 바람직하지 않다. 형사정책에 관한 세계 조류에 반하는 결정으로서 일본이 감수하고 있는 바와 같은 국제적 비난을 자초할 뿐이다.

## 참고문헌

- 石塚伸一, 日本における死刑--国際社会における良心の呵責, 龍谷法学, 龍谷大学法学会, 39-3[2006.12], 413~421
- 石塚伸一, 終身刑導入と刑罰政策の変容-終身刑は死刑の代替刑となりうるか(特集, 死刑を考える), 現代思想, 青土社, 32-3[2004.3], 170~179
- 井上達夫, 「死刑」を直視し, 国民的欺瞞を克服せよ--忘れられた<法の支配>と民主的立法責任 (特集, 死刑-存置派の欺瞞, 廃止派の怠慢), 論座, 朝日新聞社, 154 [2008.3], 94~103
- 板倉 宏, 刑法総論, 勁草書房, 1994
- 岩井宜子・渡邊一弘, 特別論文 死刑の適用基準--永山判決以降の数量化基準, 現代刑事法, 現代法律出版, 4-3, 35[2002.3], 78~85
- 大木隆裕, 日本の死刑制度の現状について, 桐蔭論叢, 桐蔭横浜大学, 19[2008.12], 169~175
- 小田幸児, 思考停止の最高裁判所-死刑をめぐる憲法判断を回避 (特集, 死刑廃止論-存置と廃止の壁を越えて), 部落解放, 解放出版社, 604[2008.10], 39~46
- 押久保倫夫, 死刑廃止規定と「人間の尊厳」--改正の可能性をめぐる議論の考察, 東亜大学研究論叢, 東亜大学学術研究所, 24-2, 43[2000.03], 1~29
- 海渡雄一・田鎖麻衣子, 刑事司法・刑事拘禁制度の全面的な見直しを求めた総括所見一代用監獄・取調べ・死刑・刑事施設(特集, 国際人権(自由権)規約委員会は日本政府に何を求めたのか-第5回日本政府報告書審査総括所見を受けて), 自由と正義, 日本弁護士連合会, 60-4, 723[2009.4], 24~32
- 加藤久雄, 死刑の代替刑について (特集 死刑制度の現状と展望), 現代刑事法, 現代法律出版, 3-5, 25[2001.5], 48~58
- 亀井静香, 「終身刑」の導入は, 死刑廃止の一里塚, マスコミ市民, マスコミ市民フォーラム, 461[2007.6], 32~37
- 萱野三平, 死刑と暴力 暴力の合法性と非対称性 (特集=死刑を考える), 現代思想, 青土社,

32-3[2004.3], 144~161

川本哲郎, 死刑存廃論を巡る最近の動向, 産大法学, 京都産業大学法学会, 42-3, 145[2008.11], 361~379

桐山桂一, 進む"終身刑化"--無期懲役刑の現実(特集, 死刑制度を問う), 世界, 岩波書店, 782[2008.9], 169~172

佐木隆三, 最高裁も死刑判決「宮崎勤」という存在の重さと罪の冷たさ, 週刊朝日, 朝日新聞出版, 111-4, 4730[2006.2.3], 126~129

柴寄雅子, 死刑論議の諸前提, 国際研究論叢, 大阪国際大学 / 大阪国際大学 編, 22-1[2008.10], 39~53

椎橋隆幸, 日本の死刑制度について (特集 死刑制度の現状と展望), 現代刑事法, 現代法律出版, 3-5, 25[2001.5], 16~20

白取祐司, 終身刑は死刑よりましな刑罰か?(特集, 死刑制度を問う), 世界, 岩波書店, 782[2008.9], 162~168

城下裕二, 最近の判例における死刑と無期懲役の限界, ジュリスト, 有斐閣 / 有斐閣 [編], 1176[2000.04.15], 66~72

對馬直紀, 最高裁判所における最近の死刑判決の動向について (特集 死刑制度の現状と展望), 現代刑事法, 現代法律出版, 3-5, 25[2001.5], 42~47

土本武司, 死刑をめぐる諸問題, 法曹時報, 法曹会, 59-3[2007.3], 771~785

David T. Johnson, アメリカと日本における死刑, NCCD Japan, 全国犯罪非行協議会, 31, 104[2004.8], 40~63

日本弁護士連合会, 第47回人権擁護大会シンポジウム第3分科実行委員会, 21世紀日本に死刑は必要か, 2004.10.07.

浜井浩一, 死刑という「情緒」の前に--データでみる日本社会の実情 (特集 死刑--存置派の欺瞞, 廃止派の怠慢), 論座, 朝日新聞社, 154[2008.3], 111~121

ピーター ホジキンソン・徳丸陽子, 死刑--その問題の概観 (翻訳 [ギーセン・コロキウム] 死刑をめぐる議論--ヨーロッパと日本の立場), 龍谷法学, 龍谷大学法学会, 9-3[2006.12], 441~462

ホ イルテ・宋 台植, 死刑の代替刑罰としての絶対的終身刑の検討, NCCD Japan, 全国

犯罪非行協議会, 20-93[2001.2], 13~35

三原憲三, わが国における死刑の廃止と代替刑をめぐる立法の動向, 朝日法学論集, 朝日  
大学法学会, 30[2004.3], 191~251

三原憲三, 死刑廃止論の系譜(第6版), 成文堂, 2008

渡邊一弘 · 岩井宜子, 近年の死刑判決の量刑基準--数量化による検討, 犯罪学雑誌, 日本  
犯罪学会, 72-6[2006.12], 165~176

八木國之, 死刑廃止に向けての諸問題(その2)死刑廃止の代替制度の検討(平成16年十二  
月四日開催(於 亜細亜大学)JCCDシンポジウム特集号), JCCD, 犯罪と非行に  
関する全国協議会, 96[2005.3], 1~3

八木國之, 死刑廃止に向けての諸問題(その3)私案の死刑執行延期制度と特別無期刑制度,  
JCCD, 犯罪と非行に関する全国協議会, 97[2005.5], 1~4

辻本衣佐, 死刑大国アメリカの現実 Hugo Adam Bedau & Paul G. Cassell, Debating  
the Death Penalty: Should America Have Capital Punishment? The Experts  
on Both Sides Make Their Best Case, Franklin E. Zimring, The  
Contradictions of American Capital Punishment, John D. Bessler, Kiss of  
Death: America's Love Affair with the Death Penalty, アメリカ法, 日米法学  
会, 2005-1[2005.9], 79~85

## Current Status and Prospects of Death penalty in Japan

Kim, Yong-Se\*

The capital sentences have been sharply increased in Japan during the last decade. Although the death penalty has been abolished in almost of the advanced countries except for USA and Japan, Japanese government has insisted that the abolition of the death penalty was premature because the majority of people support to uphold it.

Korea is regarded as an abolitionist country because it has not executed any death penalty since 1998. However, recently public opinion strongly demands execution of death penalties, as atrocious crimes have been continuously happened. Jumping on this drastic bandwagon, the government and ruling party suggested restart the execution early February 2009. This tendency of conservative parties has been caused various kinds of antipathy. On 18th February the urgent seminar for abolition of death penalty had been held by Seoul University and Catholic Priests Association for Justice etc and on 13th March a statement against death penalty had been released by 132 criminal law professors.

In this context, it must be meaningful to examine current status and prospects of death penalty in Japan comparing with its political and social characteristics for seeking appropriate punitive system and bring to reasonable conclusion of this debate. While Japan doesn't give up on sentencing and executing capital punishment even though it conceits itself one of the safest countries in the world. I examined the current status of death penalty, governmental official response to abolition of death penalty, development of the dispute about death penalty comparing with Korean situations and deduce new evolution in the near future of Japanese capital punishment.

---

\* Professor, Department of Law, Daejeon University

❖ Key words : Death Penalty of Japan, Abolition of Death Penalty, Dispute about Death Penalty, International Discussion on Death Penalty

투고일 : 2009. 10. 20 / 심사(수정)일 : 2009. 11. 9 / 게재확정일 : 2009. 11. 26