

# 死刑制度의 存廢에 관한 小考

金 秀 吉\*

## 目 次

- |                           |                   |
|---------------------------|-------------------|
| I. 序 論                    | 2. 死刑宣告와 執行의 現況   |
| II. 死刑制度의 史的 考察           | 3. 死刑存廢의 世界的 傾向   |
| 1. 外國의 死刑制度의 歷史           | V. 死刑制度의 改善方案     |
| 2. 우리나라의 死刑制度의 歷史         | 1. 序 說            |
| III. 死刑存廢의 理論的 根據         | 2. 死刑對象犯罪의 縮小     |
| 1. 死刑存置論의 根據              | 3. 死刑適用의 慎重       |
| 2. 死刑廢止論의 根據              | 4. 死刑執行猶豫制度의 導入   |
| 3. 判例의 立場                 | 5. 死刑의 試驗的 廢止의 考慮 |
| 4. 死刑存廢에 대한 批判            | 6. 死刑에 代替하는 刑罰    |
| IV. 現行法上 韓國의 死刑制度와 世界的 傾向 | VI. 結 論           |
| 1. 現行法上 死刑對象犯罪            |                   |

## I. 序 論

人類歷史와 더불어 실행되어온 死刑制度는 단순한 法律問題에 그치지 않고 동시에 刑事政策 및 政治問題로 나아가서 世界觀의 문제이다. 死刑은 犯罪人의 生命을 박탈하여 그 社會的 存在를 영구적으로 抹殺하는 것을 目的으로 하는 刑罰로서 刑罰史에 있어서 중요한 地位를 차지하여 왔다. 그것은 犯罪에 대한 가장 간단하고 根源的인 應報手段이며 效果的인 一般豫防이라 여겨져서 近世 以前까지는 어느 國家에서나 보편적으로 인정되었고 그 執行方法도 잔인한 것이 보통이었다. 따

\* 法政大學 法學科

라서 그 당시에는 死刑은 犯罪에 대한 주요한 刑罰手段으로 인식되었던 것이다. 그러나 人類文化가 進展됨에 따라 死刑의 적용범위는 제한되어 왔고 그 執行方法도 人道的인 方法으로 변천되어 왔다.

死刑의 本質은 犯罪人の 生命을 박탈함에 있지만 그것이 刑事責任으로서 가장 重하다는 것을 受刑者뿐만 아니라 社會一般人에게 알리는 동시에 犯罪人을 영구히 國家社會로부터 격리시킴으로서 그 장래적 危險性에 대하여 國家社會를 防衛하려는 데에 그 刑罰로서의 存在價値가 있다고 한다.<sup>1)</sup> 그러나 死刑이 刑罰로서 價値와 效能이 있겠는가. 과연 國家의 刑罰權으로서 個人의 生命을 처분할 權限이 國家에 있는나 하는 등의 근본적인 의문을 둘러싼 문제가 제기되었다. 특히 人間의 尊嚴과 價値問題와 관련하여 1764년 벡카리아(C. B. Beccaria)가 그의 저서 「犯罪과 刑罰」(Dei delitti e delle pene)에서 死刑廢止를 주장한 이래 死刑制度의 필요성과 정당성에 관한 批判과 理論的 論議가 오늘날에 이르기까지 끊이지 않고 있다. 이와 때를 같이하여 各國의 立法例에 있어서는 死刑制度를 憲法上 또는 法律로서 廢止하거나, 明文規定은 存在하지만 사실상 廢止하거나 아니면 死刑을 存置하더라도 그것이 필요한 최소한의 범위내에서만 행사되고 있는 것이 일반적이다.

그런데 우리의 경우는 몇몇 중요한 계기가 있을 때에만 死刑存廢 여부에 관하여 일부의 學者들에 의해서 論議되는 정도에 그치고 있어서 아직까지 이에 관한 理論的 實證的 研究가 충분하게 行해지고 있지 못한 실정이다. 특히 現行 刑法의 제정과정에서도 死刑存廢의 문제가 전혀 거론되지 않았고, 오히려 刑法이 제정된 이래 여러 차례에 걸친 政治的 變革을 치를 때마다 死刑의 威嚇力에 比重을 둔 法律이 제정되거나 혹은 기왕의 條文에까지 死刑에 처할 수 있도록 刑罰을 加重하는 法律이 量産되어 왔다. 최근 法務部가 刑法改正作業을 추진하면서 死刑問題에 대한 여러 가지 보완책이 논의되고 있지만 거기에는 死刑의 축소방향으로만 조정되고 있을 뿐 死刑廢止를 위한 포괄적이고 구체적인 접근방법에 대한 논의는 별반 이루어지고 있는 것 같지 않다.

사실 死刑의 問題는 國家權力에 의한 個人의 基本權 제한의 범위, 刑罰의 目的, 社會의 安全과 個人의 生命에 대한 價値評價, 다른 刑罰에 의한 代替可能性, 死刑의 刑事政策上의 效果 등과 관련하여 매우 어려운 문제를 내포하고 있기 때문에<sup>2)</sup> 이에 대한 보다 더 많은 관심과 논의가 이루어져야 한다. 이같은 사실을 고려할때 死刑廢止를 위한 여러 가지 方法을 모색해 보는 것도 매우 의미가 있다고 생각된다.

따라서 本稿에서는 死刑制度의 本質論과 관련하여 死刑制度의 沿革과 死刑存廢에 관한 理論的 根據를 記述·批判하면서 死刑廢止의 必然性和 當爲性을 考察해 보고자 하였다. 그리고 우리 나라의 死刑制度의 現實과 이를 토대로 하여 死刑廢止를 전제로 한 그 改善方案은 무엇인가를 제시하려고 한다.

1) Kilman Shin, *Death Penalty and Crime*, George Muson University, 1978, pp.3~5.

2) 金文顯, "死刑制度의 違憲性 여부에 관한 小考", 「社會科學論叢」, 第七輯, 全南大學校 社會科學研究所, 1982, p.12.

## II. 死刑制度의 史的 考察

### 1. 外國의 死刑制度의 歷史

刑罰史는 死刑의 歷史라고 할만큼 가장 오랜 歷史를 가지고 있지만 死刑制度가 歷史적으로 어느 때부터 시작되었는지는 확실히 알 길이 없다. 그러나 여러 學者들의 견해로는 대체적으로 國家權力에 의한 死刑은 그 起源을 部族社會가 形成되면서 시작되던 것으로 보고 있다. 원래 古代에 있어서의 刑罰形態는 被害者의 個人的 復讐下에 死刑罰이 濫用되는 면이 많았고 그 당시에는 특유한 行刑制度가 없었다. 그후 刑罰權이 國家觀念으로 전환되면서 부터 Talionis의 思考에 死刑制度의 淵源을 두고 있는 것 같다.

舊約聖經 레위記에 의하면 엄격한 反坐의 原則을 밝혀 「그 隣人에 損害를 加하는 것은 그 자신에 돌아오는 것으로 毀傷은 毀傷으로, 눈은 눈으로, 이는 이로」라고 되어 있다. 이 같은 反坐의 原則은 「Hammurabi 法典」, 「Róme 12銅板法」 「German 法典」에도 그 例가 나타나고 있다.<sup>3)</sup> 특히 Hammurabi 法典은 인류사상 가장 오랜 成文法의 하나로서 비교적 體系的이며 詳細하여 이후 南半球의 刑法典의 母體가 되었는데<sup>4)</sup>, 同法典에는 約 37個條에 달하는 犯罪에 死刑을 科하고 있다.<sup>5)</sup> 그 執行方法은 火刑, 水葬, 手足切斷刑을 行함으로써 一般人에게 威嚇의 으로 王權의 權威를 세우려는 古代共通의 범주에서 벗어나지 못하고 있었다.<sup>6)</sup>

中世封建時代에서도 初期에는 古代와 別로 다를 바 없이 死刑은 중요한 刑罰로서의 機能이 설정되어 있어서 威嚇力을 증시한 나머지 보통 犯罪에 대해서도 死刑이 科해져서<sup>7)</sup> 死刑으로 處刑되는 숫자가 엄청났으며<sup>8)</sup> 그 執行方法도 공개리에 火刑, 水葬, 窒息死(Suffocation), 車裂

3) 李壽成, “死刑廢止小考”, 「法學」第13卷 2號 서울大學校 法學研究所, 1972, p.61.

4) Hammurabi 法典은 加害者에 대한 復讐의 한계를 두어 同刑復讐에 한정하고 있고 또한 책임의 범위에 대해서 단체책임의 殘滓가 남아 있다는데 특징이 있다. G. R. Driver and John C. Miles, *The Babylonian Laws*, Oxford at the Clarendon Press, 1955, pp.77~79 참조.

5) Richard R. Korn & Lody W. Mc Corkle, *Criminology and Penology*, Appleton-Century Crofts, Inc., 1965, p.375.

6) Hammurabi 法典에 規定하고 있는 死刑에 해당하는 罪目으로서 대표적인 것은 同法典 第3條의 僞證, 第9條 竊盜, 第17條 年少者의 拉致, 第15條 王宮의 奴隸를 脫出케 한 경우, 第21條 家宅侵入者, 第22條 強盜, 第25條 放火, 第26條 王命不服從, 第33條 및 36條의 王命妨害, 第129條 姦通, 第132條 姦通에 대한 誣告 등인데 이들 犯罪에 대하여 각각 死刑에 처하도록 되어 있어서 완전한 反坐法을 규정하고 있다. G.R. Driver and John C. Milse, op.cit., p.62.

7) 李壽成, 前掲論文, p.62.

8) Richard R. Korn & Lody W. McCorkle, op. cit., p.315.

9) 死刑의 역사에 비추어 볼 때, 殺人에 의하여 被殺된 사람보다 法官에 의하여 殺害된 사람의 數가 많다고 할 수 있다. 16세기의 독일 뉴넬베르그의 死刑執行人 「프란츠 스미트」는 그 자신이 1501년

(breaking on the wheel), 生埋葬(burying alive), 磔殺(crucification) 등이 활용되었다. 이 時代의 특질의 하나로는 死刑의 對象犯罪이 많아 財産犯에 대해서도 死刑이 광범위하게 科해진 점을 들 수 있겠다. 이는 身分上 명예를 상실한 당시의 狀況이 財産을 唯一最高의 價値로 보게 한 때문이라고 볼 수 있다.<sup>10)</sup> 전체적으로 보아 中世時代에는 인류역사상 死刑의 全盛期라고 할만큼 많은 死刑이 행해졌고 그 方法도 殘忍의 極을 달하였다고 하겠다.

이러한 死刑의 濫用과 殘酷性이 가능하였던 것은 당시 專斷政治體制下에서 市民階級을 완전히 歸屬化하여 體制挑戰行爲에 대한 封鎖를 할 수 있었기 때문이었다. 그러나 中世의 封建社會가 지나고 産業革命 이후 政治的 經濟的 覺醒과 階級的 自意識이 싹트기 시작한 近世에 이르러 市民階級이 형성되면서 이에 따라 專制王權을 제한하려는 시도가 있었고 啓蒙思想의 대두로 個人의 自由를 존중하는 것으로서의 刑罰思想이 대두되었다. 즉 絕對主義 權力的 점차적인 붕괴와 法治主義를 근간으로 한 個人主義, 自由主義 발전은 死刑의 모순 및 부당성에 대한 死刑存廢의 문제가 본격적인 論議를 불러 일으키는 계기가 되었다.

이 時代의 刑罰觀은 國家社會의 防衛에 필요한 최소한의 범위내에서 적용되어야 한다고 생각하였다. 이에 선구적 역할을 한 學者는 벡카리아(C.B. Beccaria)를 필두로 한 啓蒙思想家와 功利主義者들이다. 이들은 당시 封建的 刑罰制度의 타파와 人道主義的 刑罰의 도입을 주장하여 死刑廢止 내지 制限을 위한 적극적인 노력을 하였다. 물론 그 이전에 있어서는 오히려 死刑制度는 存置할만하다는 것이 일반적인 견해였고 이에 대하여 별반 異議提起가 없었던 것이다. 오히려 토마스 아퀴나스(St. Thomas Aquinas), 마르틴 루터(Martin Luther) 같은 神學者와 宗教家의 다수는 이에 적극 찬동하여 왔고 그리고 몽테스키외(Montesquieu), 루소(Jean Jacques Rousseau)<sup>11)</sup>, 칸트(Immanuel Kant), 헤겔(G.W.F. Hegel) 같은 社會思想家, 哲學者 등도 이에 찬동하는 意思를 나타내었다.<sup>12)</sup>

에서 1525년 사이에 1,159명을 死刑執行한 사실을 보고하였고, 「베네딕트 카루프츠」(독일)는 그의 裁判官 在職時 1620~1660년까지 40年間에 20,000名에게 死刑을 宣告하였다고 한다. 또한 영국에서 1509~1547년의 헨리8세 治下에서 72,000명의 死刑執行 例가 있었으며, 에리자베스女王治下(1558~1603)에서는 89,000명이 死刑을 당하였다는 기록이 있다. 慎鎮揆, 「死刑」, 「刑事法講座Ⅱ」, 博英社, 1984, p.817; 오영근, 「사형존폐 논쟁의 역사적 고찰」, 사형제도의이론과 실제, 국제사연위원회 한국연락위원회편, 도서출판 가치, 1989, p.37 李壽成, 前揭論文, p.64~65; 李在祥, 「刑法總論」, 博英社, 1991, p.558 참조.

10) 李壽成, 前揭論文, p.65.

11) 루소는 그의 社會契約論에서 사람은 자신의 殺害당하는 것에 동의하는 것이 아니라 다만 자신이 殺人行爲에 희생되지 않기 위해서, 자신이 殺人者로 되는 경우에도 死刑에 처해지는 것에 동의하는 것이라고 말하고, 이 契約은 자기의 生命을 處分하는 것이 아니고 자기의 生命을 保全하는 것 이라면서, 市民은 國家에게 生殺與奪의 權利를 양도하였기에 國家는 市民을 死刑에 處할 權利가 있다고 하였다. 또한 그는 「犯罪人을 死刑에 處할 때에는 市民으로서가 아니고 敵으로서 이다」라고 하였으나 無制限 死刑의 執行을 是認하지는 않았다. J.J. Rousseau, Du Contract Social (1762), 李佳炯譯, 「社會契約論」, 世界思想教養全集, 乙酉文化社, 1975, pp.42~44.

12) 慎鎮揆, 前揭論文, pp.817~818.

그런 가운데서 벵카리아는 1764년 「犯罪과 刑罰」(Dei delitti e delle pene)이라는 책을 저술하여 死刑廢止를 강력히 제기한 것이다. 그는 몽테스키외나 루소 등의 영향을 받아 啓蒙主義의 自然法思想과 社會契約論의 입장에서, 國家의 刑罰權이란 사람들이 相互의 權利와 自由를 획득하고 보유하기 위하여 자기가 가진 自由의 일부를 國家에 제공함으로써 이루어진 것이다. 따라서 國家의 刑罰權은 國民의 幸福을 유지하는데 필요한 최소한의 범위내에서 행사되어야 하며 그 이상의 刑罰은 惡이라고 전제하면서 死刑은 不必要한 刑罰이요 그보다는 차라리 長期의 自由刑이 더 효과적이라고 하였다. 또한 그는 社會契約에 있어 사람의 生命을 斷奪하는 權限을 國家에 委讓한 것이 아님이 분명하다고 주장하였다. 다만 벵카리아도 死刑의 필요성을 두가지 경우에 한하여 인정하고 있다. 그 하나는 그 市民의 存在自體가 國家形態를 위협하게 顛覆하는 등의 革命의 素因이 될 수 있을 정도의 위협이 있는 경우이고, 그 둘째는 그의 죽음이 타인으로 하여금 犯罪行爲를 피하게 할 수 있는 유일하고도 진실한 防止手段일 때이다.<sup>13)</sup> 그러나 이러한 것은 사실상 존재할 수 없기 때문에 이것은 결국 死刑廢止論에 귀착하게 된다.

그 이후로 벵카리아의 영향을 받아 死刑廢止를 주장한 사람으로는 「刑罰의 効果와 필요에 관한 政策的 考察」(1759)를 저술하여 死刑의 實質的 效果를 부정한 나탈레(Tomaso Natale)와 「監獄의 狀態」(1777)를 저술하여 監獄改良과 行刑改善 및 死刑廢止를 主唱한 하워드(John Howard) 그리고 「立法과 教化」(1783)에서 “死刑은 惡德者·犯罪人에게는 價値가 적고, 이 刑의 執行은 오히려 民心을 粗暴하게 만든다”라는 論旨로 死刑廢止를 주장한 페스타로지(John Heinrich Pestalozzi) 등을 들 수 있다.<sup>14)</sup>

이외에도 유고(Victor Hugo), 톨스토이(Ieu Nikoleavich Tolstoi), 도스토예스키(Fyodor Mikhailovich Dostoevski) 등 文인들이 人道主義의 견지에서 死刑廢止를 주장하였다. 그러나 19세기 후반까지는 이에 관한 論議가 별반 활발하지 못하다가, 19세기 후반에서 20세기에 들어오자 實證學派의 勃興과 함께 발전한 新派思想 내지 主觀主義 刑法思潮가 대두되면서 또다시 이 문제는 본격적인 論議의 대상이 되었다. 리프만(Liepmann)은 그의 저서 「死刑論」(Der Todesstraf, 1912)에서 死刑의 威嚇力에 의문을提起하고 實證的 資料를 제시하면서 死刑廢止를 주장하였다.<sup>15)</sup> 또한 英國의 칼버트(Eric Roy Calvert)는 1927년 그의 저서 「20세기에 있어서 死刑」(Capital Punishment in the Twentieth Century)에서 死刑廢止를 주장하였다.<sup>16)</sup>

벵카리아에 의하여 死刑의 부당성이 論理的으로 주장된 이래 현재에 이르기까지 수많은 學者들

13) C.B. Beccaria, Dei delitti e delle pene (1764), 風早八十二·風早二葉 共譯, 「犯罪と刑罰」, 岩波書店, 1983, p.102.

14) 申東旭, “初期死刑廢止論의 系譜”, 「論文集」, 人文社會系 第21輯, 成均館大學校, 1975, p.45 이하 참조.

15) 崔根燦·賈在暢, “死刑廢止論에 관한 研究”, 「論文集」, 第14卷, 忠南大學校 法律行政研究所, 1986, p.47.

16) 齊藤靜敬, 「新版 死刑再考論」, 成文堂, 1980, p.13.

이 死刑의 無用性 나아가서는 有害性을 들어 死刑廢止가 강력히 주장되어 오고 있다. 反面에 반드시 일정하거나 一致하지는 않지만 포이에르바하(Anselm Feuerbach), 롬브로조(Cesare Lombroso), 페리(Enrico Ferri) 등 격지 않는 學者들도 死刑存置를 주장하면서 廢止論者들과 심오한 대립을 해오고 있는 실정이다.

## 2. 우리 나라의 死刑制度의 歷史

우리 나라 古代의 死刑制度는 史料가 뚜렷치 않아 자세하지 않으나 外國의 경우와 같이 Talio思想에 그 淵源을 두고 있는 듯 하다. 古朝鮮 八條禁法에 의하면 “相殺 以當時 償殺, 相傷 以穀償, 相盜 男沒入爲家奴”라고 기록되어 있다. 또한 夫餘의 刑事制度에서는 殺人者는 死刑에 處하고 그 家族은 奴婢로 삼았으며 男女姦淫者와 嫉妬를 한 婦人은 모두 死刑에 處한다<sup>17)</sup>라고 전해지고 있어서 古代社會의 公同적인 Talio思想을 나타내고 있다.

三國時代는 모두 部族國家의 형태에서 古代國家의 體制를 형성하여 刑事制度에도 상당히 발전된 時代로서 私刑罰權이 國家의 公刑罰權으로 흡수가 되면서 裁判도 民衆裁判으로부터 國家機關에 의하여 行하여졌다.<sup>18)</sup> 死刑에 處한 犯罪로는 謀反叛罪, 國相不從罪, 守城降敵, 臨陣敗北罪, 殺人罪 등이 있었으며, 死刑執行方法으로는 三族을 滅하는 族刑, 火刑, 戮屍刑, 斬刑, 車裂刑, 四支解刑, 棄市刑, 自盡刑 등이 있었다. 百濟와 新羅에서는 赦免과 減刑制度가 있었던 것으로 보아<sup>19)</sup> 國家의 司法制度는 體系化되어 갔으나 刑罰은 威嚇的 專斷의이었으며 그 行刑도 死刑·體刑을 위주로 한 殘酷無慈悲한 것이었다.<sup>20)</sup>

高麗時代의 刑事制度는 新羅律令을 보충한 固有法과 唐律을 부분적으로 繼受하여 高麗朝의 사정에 맞도록 시행하였는데 刑律은 犯罪의 종류 및 刑의 종류를 세분하여 刑事法制의 정비가 이루어졌다. 死刑에 處해지는 犯罪로서 대표적인 것은 大惡<sup>21)</sup>인데, 이것은 주로 近親에 대한 暴行, 傷害 및 致死에 해당하는 것이다. 이외에도 故意 放火犯과 竊盜犯에 대하여서도 死刑에 處하는 등 많은 犯罪에 대하여 死刑이 규정되어 있다. 死刑執行方法은 斬과 絞가 원칙이었으나 死刑에 해당하는 犯罪도 贖銅 一百斤에 의한 減刑 및 免除가 허용되고 있어서 死刑이 곧 治國萬能이 아닌 점을 뚜렷히 하고 있었다.<sup>22)</sup> 高麗時代에는 專制王權을 확보하기 위하여 百姓을 위하고 統治權

17) 吳道基, 「韓國刑法史」, 「刑事法講座 I」, 博英社, 1981, pp.21~22; 李正贊 編著, 「韓國行刑史」, 巽民出版社, 1984, p.35; 李炯國, 「刑法總論研究 I」, 法文社, 1984, p.37.

18) 姜求眞, 「死刑廢止의 理論과 實際(上)」, 「考試界」, 通卷 278號, 1980.4, p.44.

19) 明燦植·鄭甲同 共著, 「韓國刑政史」, 圓光大學校 出版局, 1983, p.10이하; 吳道基, 前揭論文, pp.23~35참조.

20) 鄭鳳輝, 韓國刑罰制度의 史的考察, 「論文集」, 第7輯, 成均館大學校, 1962, p.70.

21) 大惡에 해당하는 罪目은 11종류가 있는데, 이에 관한 詳細, 明燦植·鄭甲同 共著, 前揭書, pp.81~87; 李壽成, 前揭論文, p.58참조.

22) 吳道基, 前揭論文, p.26; 李壽成, 前揭論文, 58; 李正贊, 前揭書, pp.76~77.

을 행사하기 위한 刑律 위주의 制度이었으나 三國時代에 비하여 비교적 合理的인 均衡을 지켜왔고 民權에 대한 최소한의 보장이 王權에 의하여 취해진 점에 그 특징이 있다.<sup>23)</sup>

朝鮮時代에는 明律을 개괄적으로 채용하면서 慣習法이나 條例를 成文化하여 經國大典(1469)이라는 統一成文法典을 制定한 것을 비롯하여 續大典(1746), 大典通編(1785), 大典會通(1865) 등을 편찬하여 우리 固有法의 體系를 확립하였다. 그러나 朝鮮時代 初期의 刑罰은 이전의 時代보다 더 엄격하고 殘酷한 것이 특징이다.<sup>24)</sup> 死刑이 부과되는 犯罪로는 王權에 挑戰 내지 侵害, 謀反大逆, 官吏에 대한 致傷, 謀殺, 故殺, 傷害致死, 強姦, 竊盜의 三犯, 國境外에서의 竊盜, 婢夫의 上典에 대한 姦淫, 宮女의 姦通, 父母 및 祖父母에 대한 罵詈, 奴婢의 家長에 대한 罵詈 등 이었다. 그리고 夫權優越의 한 表現으로 妻가 夫를 구타하거나 篤疾이 되게 하거나, 致死한 경우도 死刑에 해당하고, 誣告의 경우에는 反坐法이 적용되어 被誣告人이 死刑에 處斷된 때에는 誣告人 역시 死刑에 處하였다.<sup>25)</sup>

死刑執行方法은 주로 絞首刑과 斬首刑을 들 수 있으나, 이와 전혀 다른 特殊形態의 死刑執行方法으로는 逆賊에 대한 處刑으로서 頭部를 斬하고 양손과 다리를 절단하는 五殺, 大逆罪를 犯한 者를 斬殺하고 그 死體에 대하여 戮屍刑을 加하여 殘骸를 각지에 分散시키는 陵地處死刑, 그리고 소위 連座法에 의한 三族滅殺 등이 行하여졌다.<sup>26)</sup> 그러나 朝鮮王朝 末期의 刑法에서는 開國 503年(1894) 12月 27日 勅令으로 陵遲刑과 斬刑이 廢止되고 法務의 行刑에 있어서는 絞刑, 軍律에는 砲刑으로 정하였던 것이다. 그리고 建陽元年(1896)의 刑律 各則에는 死刑을 絞로 하였고 光武 9年(1905)의 刑法大典에도 第94條에서 死刑은 絞로 한다고 하였다.<sup>27)</sup>

朝鮮時代에 있어서 刑制의 특징은 人命을 존중하고 刑을 細分化한 科學的 合理的인 面을 지녔다고 할 수 있으나 死刑에 해당하는 犯罪가 광범위하고 身分에 따른 身分刑이 많고 王家에 대한 犯罪에 대해서는 엄하게 處罰하였다는 점이다.<sup>28)</sup>

23) 李壽成, 前揭論文, pp.58~60.

24) 金洪春 編著, 「朝鮮時代刑典」, 三英社, 1990, pp.30~38; 金南日, 「死刑制度의 存廢에 관한 考察」, 「矯正」, 通卷 第169號, 1990.5, p.32; 徐壹教, 「朝鮮王朝刑事制度의 研究」, 博英社, 1974, p.21; 吳道基, 前揭論文, pp.27~30; 李正贊, 前揭書, pp.136~143; 鄭盛根, 「刑法總論」, 法志社, 1990, p.14.

25) 金洪春, 前揭書, pp.86~87; 徐壹教, 前揭書, pp.208~252 참조.

26) 權仁鎬, 「行刑史」, 國民書館, 1973, pp.368~370; 金洪春, 前揭書, pp.100~102; 徐壹教, 前揭書, pp.157~159; 李正贊, 前揭書, pp.166~174.

27) 徐壹教, 前揭書, pp.255~260.

28) 李壽成, 前揭論文, p.61.

### Ⅲ. 死刑存廢의 理論的 根據

#### 1. 死刑存置論의 根據

##### 1) 法的 確信

사람을 殺害한 者는 그 生命을 剝奪당해야 한다는 것은 아직까지 國民一般이 가지고 있는 法的 確信이다. 그러므로 殺人罪에 대한 刑罰로서 死刑은 당연한 요청이며 現在의 條件下에서 死刑은 存置해야 한다는 理論이다.<sup>29)</sup> 여기의 法的 確信은 多數者가 願함으로써 정해지는 것이 아니고 어떤 思想일지라도 時代精神에 영향을 받는 것이므로 民族文化의 분위기 속에서 자연히 「그 罪는 死刑에 해당한다」라고 함으로써 死刑에 處하는 것이 刑法의 正義의 요청에 합치한다는 應報觀念 또는 正義的 確信이 팽배할 때에 있게 된다. 따라서 死刑의 근거는 國民一般이 가지고 있는 應報觀念 또는 正義的 確信에 달린 것이라고<sup>30)</sup> 한다.

이러한 論理에 의하면 死刑이 필요없다는 法的 確信이 있을때 死刑은 廢止되는 것이지만, 國民一般의 法的 確信 또는 當該 國家의 獨특의 團體가 「그 罪는 곧 죽음에 해당한다」고 하게 되면 刑法的 正義의 요구에 合致하는 바가 되어 死刑廢止는 실행되지 못하게 될 것이다. 오늘날에 있어서 死刑廢止의 소리는 소리없는 死刑存置論에 압도되고 있다는 말은 이러한 입장을 대표하는 것이라 하겠다. 이에 따르면 凶惡하고 위험한 犯罪로부터 國家社會를 防衛하는 가장 效果的인 方法은 死刑이라고 주장하게 된다.<sup>31)</sup>

##### 2) 威嚇的 機能

死刑의 威嚇力은 다른 刑罰手段에 비교되지 않을 만큼 큰 것이므로 一般豫防의 目的을 달성하는 데는 死刑이 최선의 방법이라는 것이다. 이는 포이에르바하의 心理強制說에서 유래한 것으로 極惡無道한 殺人犯, 家庭破壞犯, 誘拐殺害犯과 같은 凶惡犯은 死刑 없이는 統制할 수 없다는 것이다. 이러한 凶惡犯들에게는 生命과 같은 絕對的 法益을 剝奪하는 死刑으로서 威嚇하지 아니하면 法益保護의 目的을 달성하지 못한다고 한다. 人間에게 가장 소중한 唯一한 生命의 剝奪은 어느 刑罰보다도 가장 威嚇力이 큰 것이라는 점은 社會感情이요 상식이라는 것이다.

死刑의 가능한 威嚇力은 死刑執行으로 인한 一般人에 대한 威嚇와 死刑立法에 의한 잠재적 犯罪人에 대한 威嚇일 것이다. 生命은 人間이 本能的으로 가장 애착을 가지는 것이므로 이를 剝奪

29) 齊藤靜敬, 前掲書, pp.125~126.

30) 陳突鎬, "死刑存廢論의 狀況(上)", 「矯正」, 通卷 183號, 1991.7, p.51.

31) 姜求鎭, 前掲論文, p.50.

하는 死刑은 犯罪者에 대한 최대의 威嚇로 犯罪抑止力을 가지고 있는 것이며<sup>32)</sup> 또한 정확한 死刑執行과 一般인이 이 사실을 인식하는가 여부에 威嚇效果가 결정된다고 하면서 확실한 死刑執行은 犯罪抑止力을 증대시킨다고 한다.<sup>33)</sup> 특히 Ehrlich는 1933~1969 사이에 하나의 死刑執行은 7~8件的 殺人을 減少시켰다고 주장하면서 1人的 惡한 犯罪人을 死刑에 處하는 것은 다수의 同種 犯罪가 발생되는 것을 미연에 방지할 수 있다고 하였다.<sup>34)</sup>

死刑의 犯罪抑止力에 관한 論據를 要約하면 첫째, 死刑의 非回復性 즉 死刑은 한번 執行된 이상 다시 回復할 수 없다고 하는 性質이 있으므로 해서 威嚇力을 일층 크게 하고<sup>35)</sup> 둘째, 死刑에 의한 죽음은 恥辱을 수반하고 그 恥辱的인 죽음이 社會에 전하여진다는 聯想은 利己的인 人間的 抑制觀念을 강하게 하는데 효과가 있다는 것 셋째, 死刑의 영구적인 存在가 國民의 倫理感情에 침투하여 威嚇力을 계속 갖거나 또는 刑罰의 可酷性에 의하여 심어진 공포심이 習性的으로 抑止力을 갖는다는 것 넷째, 死刑의 威嚇力에 관한 統計的 結果는 死刑의 抑止力이 統計的으로 증명되지 않았다는 것이지 抑止力이 없다는 것을 의미하지는 않는다는<sup>36)</sup> 것 등이다.

### 3) 應報的 正義의 要求

應報刑論은 刑罰의 本質을 應報라고 하며 犯罪行爲에는 그에 相應하는 刑罰을 加하는 것이 正義의 實現이라고 하여 極惡한 犯罪人에게는 死刑을 宣告하지 않을 수 없다는 것이다. 칸트는 이러한 思想을 기초로 하여 「生命에 대해서는 어떠한 等價物도 存在할 수 없다. 때문에 사람을 殺害한 者는 死刑에 處하지 않으면 안된다」<sup>37)</sup>고 주장한다.

이러한 주장은 소위 舊派理論이라고 부르는 19세기 刑法學의 기초를 이루는 應報刑의 가장 선명한 표현으로 道德律에 위반하는 犯罪에 대해서 論理必然的인 同等報復을 刑罰로서 規定한 것이다. 따라서 死刑은 특히 공격적인 犯罪에 대한 社會의 道德的 憤怒의 표현이며 이러한 機能은 法에 의하여 支配되는 社會의 安定性을 증진함에 있어 본질적인 중요한 역할을 하게 된다. 즉 死刑에 대응하지 않을 수 없는 極惡한 犯罪에 대하여 死刑을 科하는 것은 적절하고 필요한 刑罰이며 人間的 尊嚴과 價値를 侵害하는 것이라 할 수 없다.<sup>38)</sup>고 보는 것이다.

32) 死刑擁護者들은 死刑이라는 刑罰이 잠재적인 殺人者의 마음속에 抑止力으로 작용하는 직접적이고도 중요한 요인을 가지고 있기 때문에 다른 어떤 종류의 刑罰도 가지지 못하거나 또는 가질 수 없는 특별한 犯罪抑止의 효과를 가지고 있다고 주장하고 있다.

33) R. G. Caldwell, *Criminology*, The Donald Press Co., 1965, p.448; K. F. Schuessler, "The Deterrent Influence of the Death Penalty", *The Theories of Punishment*, Stanley E. Grupp, Indiana University Press, 1971, p.182.

34) Isaac Ehrlich, "The Deterren Effect of Capital Punishment; A Question of life and Death", *American Economic Review*, Vol.165, 1975, p.398.

35) 齊藤靜敬, 前掲書, p.127.

36) 車鏞碩, "凶惡犯과 極刑", 「新東亞」, 1980.6, p.122.

37) 陳癸鎬, 前掲論文, p.46.

38) 金南日, 前掲論文, p.37; 李壽成, 前掲論文, p.69.

#### 4) 國民性과 社會的 現實論

死刑의 廢止가 이상적이긴 하지만 國民性이나 社會狀態를 고려할 때에 아직은 時機尚早라는 것이다.<sup>39)</sup> 死刑存廢의 問題는 단순한 理論의 問題가 아니고 當該 國家의 現實的인 政治的 文化的 社會的 環境에 관계되는 社會問題이므로 犯罪發生의 社會的 經濟的 政治的 制度的 缺陷을 除去하지 않은 상태에서 死刑廢止는 不當하다는 주장이다. 이 理論은 現在의 時期와 社會的 與件을 條件으로 限定的으로 死刑을 肯定하는 것으로서 後進國과 같이 經濟的 社會的 文化的으로 뒤 떨어진 國家에서 尤력한 死刑存置論이 되고 있다.<sup>40)</sup>

#### 5) 被害者 및 民衆의 一般感情의 醇化

死刑은 應報의 性格을 갖고 있기 때문에 犯罪被害者側의 復讐感情과 民衆의 一般感情을 醇化시키고 한편으로는 私刑의 防止를 위해서도 필요하다는 것이다. 自己 子女를 極惡無道한 殺人犯의 희생물로 잃은 父母들의 입장에서는 만약 國家가 그 殺人者를 法の 이름으로 死刑에 처하지 않는다면 自力으로 犯人에게 復讐할 것이며 이 같은 復讐는 또다른 復讐를 낳아 결국 社會의 혼란을 야기할 것이라는 점이다. 그러므로 死刑은 殘虐한 反社會的 行爲에 대한 被害者 또는 民衆의 復讐感情을 國家가 대신하여 해소시켜 줌으로써 憤怒로 인한 긴장을 풀어 주고 正義感情을 충족시켜 준다. 그렇게 함으로써 私刑의 企圖 내지 實行으로 인한 社會的 혼란을 防止할 수 있다고 한다.<sup>41)</sup>

## 2. 死刑廢止論의 根據

### 1) 人道主義的 見地

死刑은 野蠻的이고 殘酷한 刑罰이며 人間의 尊嚴과 價値의 전체가 되는 生命權을 侵害함으로써 人道主義的 見地에서 허용될 수 없다고 한다. 死刑은 人間의 理性에 기인한 것이 아니라 復讐와 應報的 感情이라는 本能에 근거하고 있는바, 그 思想的 배후에는 人間의 生命을 부인하고 國家權力의 절대성을 지지하는 權威主義 思想에 입각한 刑罰이므로 人間에게 生命을 부여할 수 없는 人間 또는 國家가 人間의 生命을 剝奪함은 不當하다는 것이다.

個人의 人格性은 어떤 다른 價値를 위한 수단으로 이용될 수가 없는 것인 데도 그 人格이 자기 발전을 가능케 하는 生命權을 剝奪함은 人間의 尊嚴과 價値에 대한 기본적 바탕을 부정하게 된

39) 金洪春, 「刑法改正試論」, 三英社, 1984, p.21; 劉基天, 「刑法學(總論講義)」, 一潮閣, 1980, p.349; 鄭盛根, 前掲書, p.752; 鄭榮錫, 「刑事政策」, 法文社, 1990, p.244; 黃山德, 「刑法總論」, 邦文社, 1982, p.307.

40) 鄭圭萬, “死刑制度에 관한 考察”, 「立法調查月報」, 國會事務處, 1989.9, p.58.

41) 崔根燦·賈在暢, 前掲論文, p.49.

다.<sup>42)</sup> 人間の 尊嚴性和 生命의 절대성은 國家成立 이전부터 존재한 罔연한 自然的 公權이며, 生命의 尊嚴性은 宗教的으로나 人道的으로나 최고의 貴重함이 인정되어 불변의 위치로 固執하고 있다. 따라서 死刑은 人間の 尊嚴과 價値를 인정하는 自由社會에서는 人道的으로 허용할 수 없는 刑罰이라고 한다.<sup>43)</sup>

人道主義의 見地에서 死刑廢止의 論據는 주로 첫째, 人間の 生命은 神聖하고 사람을 殺害하는 것은 惡이라든가 둘째, 人間이 人間을 審判하여 그 生命을 剝奪한 權利가 있겠는가 셋째, 人間에게 生命을 부여할 수 없는 國家가 이러한 生命을 剝奪하는 것이 허용되었는가 넷째, 死刑은 反文化的의 아닌가<sup>44)</sup> 등의 문제에 귀착된다고 하겠다.

## 2) 威嚇力의 僅少性

死刑은 一般人이 기대하는 것처럼 威嚇力 즉 犯罪抑止力이 크지 않다는 것이다. 왜냐하면 知的·感情的 필수조건이 부족하거나 缺如된 者들은 흔히 欲望의 노예가 되기도 하고 순간적인 衝激의 노예가 되기도 하여 刑罰의 威嚇力에 影響을 받지 않은 수가 많기 때문이다.<sup>45)</sup> 대개의 凶惡 犯들에게 있어 激情犯이든 計劃犯이든 犯行時 死刑의 위협에 대하여 전혀 意識하지 않은 가운데 犯行을 하며 설정 意識하더라도 法網에 발각되거나 체포되지 않으리라는 기대아래 犯行을 저지르므로 死刑은 하등의 威嚇力이 없다. 특히 政治的 確信犯<sup>46)</sup>인 경우에는 死刑은 威嚇가 아니라 오히려 政治的 理念을 위하여 자기를 희생시키는 유용한 수단으로 생각하고 犯行을 하기 때문에 犯罪衝動을 자극하는 역할을 할 수 있을 뿐이다. 犯行防止는 死刑에 대한 威嚇보다 철저한 檢舉率과 司法運營에 있다. 犯罪率은 未濟事件의 增減에 正比例한다. 그러므로 死刑을 凶惡犯罪에 대한 威嚇力 때문에 廢止할 수 없다는 주장은 설득력이 없다고 한다.<sup>47)</sup>

死刑의 威嚇力 有無에 관하여는 종래부터 여러 學者들에 의하여 研究가 行하여졌는데, 그 결과 殺人罪의 比率은 그 나라의 刑法典에 殺人을 死刑에 처하도록 규정하고 있느냐의 여부와는 무관하다고 한다. 死刑이 威嚇力을 가졌다면 死刑을 廢止한 國家에서 死刑에 해당하는 重罪가 廢止前 또는 存置하고 있는 國家나 州에 비하여 많이 발생하여야 할 것임에도 불구하고 서독, 스위스, 스웨덴, 네덜란드 및 美國 등 死刑을 廢止한 어떠한 國家에서도 이러한 현상은 보이지 않았다고 한다.<sup>48)</sup>

42) 김일수, 「법·인간·인권」, 박영사, 1990, p.418.

43) Hans Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1978, S.612.

44) 鄭榮錫, 前掲書, p.242.

45) 陳癸鎬, 死刑存廢論의 狀況(下), 「矯正」, 通卷 184號, 1991.8, p.69.

46) 死刑은 政治犯에 대해서 특히 問題가 제기되고 있는데, 독일에서는 1933년부터 1945년까지 死刑判決이 言渡된 者가 16,500명이나 되며 그 대부분은 執行되었다고 한다. 이때에 희생된 者들은 거의 反體制者들이며, 당시 執權者들은 死刑을 政治的 수단으로 이용하였다. K. D. Erdman, Gebhardt Handbuch der Deutschen Geschichte, Bd. 4, 9 Aufl., 1976, S.570.

47) 김일수, 前掲書, pp.410~411.

48) Karl F. Schuessler, op. cit., pp.186~187; Torsten Sellin, *Capital Punishment*, harper & Row Publishers, 1967, pp.135~138.

Schuessler에 의하면 社會文化的 배경이 비슷한 州끼리 死刑存廢州間의 人口 10만명당 殺人事件 發生率을 비교한 결과, 死刑廢止 여부와 관계없이 殺人事件의 發生率에 큰 차이가 없다고 하였다.<sup>49)</sup> Mattick,<sup>50)</sup> Sutherland<sup>51)</sup>, Sellin<sup>52)</sup> 등도 한결같이 殺人率에 있어 死刑의 威嚇力은 實證 될 수 없다는 결론을 내리고 있다. 死刑의 犯罪防止效果가 불분명한데 이같은 불분명한 犯罪防止 效果를 위해 확정적으로 人間の 生命을 박탈할 수 없으므로<sup>53)</sup> 死刑은 廢止되어야 한다고 한다.

### 3) 誤判의 可能性

裁判은 人間에 의하여 行해지는 것이고 또 그것이 하나의 制度이기 때문에 誤判의 위험성은 항상 안고 있다고 한다. 오늘날과 같은 大量犯罪의 時代에 수사과정의 證據未備에도 裁判을 회피할 수 없는 判事의 의무때문에 誤判의 가능성은 높다. 특히 주목할 만한 것은 수사의 不備나 명백하다고 보이는 被告人에게 不利한 모든 證據가 證據提出者나 證人의 惡意 또는 過失에 의하거나, 善意라 하더라도 人間の 기억능력의 한계로 인하여 나타난 僞證인 경우도 허다하여 裁判官도 不知不識 중에 先入感에 의하여 이의 證據만을 근거로 해서 판단하는 경우에는 誤判을 할 수 있다<sup>54)</sup> '는 것이다. 살아 있는 者는 그 無辜를 증명하는 것이 가능하지만 處刑된 者는 자기를 변명하는 것이 불가능하므로 死刑이 執行된 다음에 誤判의 사실이 밝혀진다고 해도 그 過誤를 시정할 수 없게 된다. 그래서 死刑은 다시 그 法益을 回復할 수 없다는 의미에서 挽回不可能刑(an Irrevocable Pealty)이라고 한다.<sup>55)</sup>

역사적으로 볼때 誤判의 대표적인 事例로서는, 알프레드·드레푸스事件(불란서), 부랏트호드事件(영국), 샷코·반젠티事件(미국), 씨텐事件(독일), 小守相介事件(일본) 등이<sup>56)</sup> 있으며, 불란서의 장·칼라스(Jean Calas)事件은 벅카리아가 死刑廢止를 전개하게 된 동기가 되었다.<sup>57)</sup> 또한 영국

49) Karl F. Schuessler, op.cit., pp.186~187.

50) Hans W. Mattic, *The Unexamined Death-Analysis of Capital Punishment*, 1963, p.10.

51) Edwin H. Sutherland and Donald R. Cressey, *Criminology*, J. B. Lippincott Co., 1974, p.331.

52) Sellin은 몇가지 比較研究를 통하여 미국의 死刑存廢州와 廢止州의 殺人率 및 경찰관 殺害率의 비교, 그리고 死刑을 廢止 내지 復活한 地域內에서의 殺人率의 변화 등을 調査한 결과, 全體 州의 殺人事件率은 死刑制度의 存廢 여부와 관계가 없고 따라서 死刑의 抑止效果는 인정할 수 없다고 하였다. Thorsten Sellin, op.cit., p.138.

53) Hugo Adam Bedau (ed), *The Death Penalty in America*, 3rd ed, Oxford University Press, 1982, p.358.

54) 刑事裁判에 있어서 誤判의 중요한 원인으로 지적되고 있는 것으로는 ① 搜查의 不備 또는 違法에 기인하고, ② 證據를 찾는 문제로서 自白의 편중, 共犯者 또는 共同被告人의 供術의 信用性, 僞證, 目擊證人의 오인, 鑑定의 內容 또는 評價 및 證據法의 不備 등을 들 수 있고, ③ 當事者主義와의 관련해서 辯護活動의 不充分, 檢察官의 證據 公開의 거부 등이 있으며, ④ 裁判官에 관한 문제로서 경험부족 또는 事件에 대한 先부른 판단, 소송지휘에 있는 사람의 自由心證의 誤判 등을 들 수 있다. 田官裕, 刑事裁判と誤判, *ツユノフスト*, 660號, p.97.

55) J. L. Gillin, *Criminology and Penology*, Appleton-Crofts, Inc., 1945, p.254.

56) 金聖培, 「刑事政策學」, 博英社, 1962, pp.199~204 참조.

57) 李炳國, "벅카리아의 刑罰思想에 관한 小考", 權文澤教授 華甲記念論文集, 1983, p.172.

에서 死刑廢止후 死刑復活論이 4차례나 대두되었으나 영국 議會에서 이를 받아 들이지 않은 중요한 이유 중에는 誤判의 문제가 직접적 동기를 이루었다고<sup>58)</sup> 한다. 우리 나라에서도 이찬영判事가 誤判때문에 佛家에 歸依한 事例를 비롯하여 6·25 당시 漢江爆破事件으로 死刑執行된 崔昌植大領이 14년이 지난후에 再審에 의하여 無罪가 宣告된 일이 있다. 그러나 오늘날은 司法救濟節次가 몇번에 걸쳐 보장되어 있고 신증을 기하여 宣告하고 있으므로 誤判의 위험성은 없다고 하지만<sup>59)</sup> 誤判의 가능성은 항상 存在하며 사실상 허용될 수 없는 事例에 死刑을 執行한 경우에는 그 잘못을 영원히 회복할 길이 없다고 하여<sup>60)</sup> 死刑은 이에 유지될 수 없는 것이라고 한다.

#### 4) 意思決定論

人間의 行爲는 주로 그의 過去나 現在의 全經驗에 의하여 결정되고 이러한 感覺 내지 經驗의 集積으로 그의 人格 또는 性格이라는 複合的인 構造體가 形成되며 또 그로 인하여 行爲가 제한되므로 그의 犯罪行爲의 要因도 教育·經驗·環境 등 일체의 사정으로부터 유래하는 것인 바, 이러한 여러 사실을 의면하고 犯罪者의 犯罪行爲에 대하여 死刑으로서 그를 殺害함을 理論上 容납되지 않는다는 것이다.<sup>61)</sup> 특히 刑罰의 目的을 社會保全을 기하면서 犯罪人을 改善·教育시켜 社會로 復歸하는데 있다고 볼 때, 生命剝奪을 통하여 犯罪人을 영구적으로 격리시키려는 死刑은 同害的인 應報일뿐 刑罰의 改善의 機能 및 教育的 機能을 전혀 달성할 수 없는 원시적이고 무의미한 刑罰에 불과하다고 하면서 死刑은 廢止가 되어야 한다고 한다. 이는 教育刑論者의 死刑廢止論의 입장이기도 하다.

#### 5) 被害者救濟의 未洽

死刑制度는 犯人의 生命을 박탈하는 것에만 중점이 있고 被害者의 救濟方法에 대해서는 고려하지 않고 있다는 것이다. 死刑의 執行은 被害者와 遺族의 側에서 볼때 應報의 滿足은 일시적으로 얻을 수 있을 지언정 被害者에 대한 損害賠償 내지 救濟에는 전혀 도움이 되지 못할 뿐만 아니라 오히려 가정의 기둥을 잃고 그 생활은 궁핍해져 犯罪原因이 될 수가 있다. 또한 死刑은 被害者와 遺族에게 도움을 주지 못하면서 受刑者의 遺族을 곤궁으로 몰아 넣는 결과만을 초래하고<sup>62)</sup> 加害者의 教化·改善의 길도 차단한다.

이처럼 死刑은 被害者나 加害者 兩側의 家族 모두를 經濟的 窮乏과 缺損家庭의 비극적 상황에 빠뜨려 憲法에 보장된 生存權 保障에도 모순이 될뿐, 犯罪防止 내지 防遏의 효과를 나타내지 못

58) 週刊朝鮮, “英議會의 死刑復活論爭”, 通卷 754號, 1983.8.7, pp.30~34.

59) 死刑存廢論에서는 지금까지의 死刑判決 중 誤判의 例는 극소하며 그러한 극소한 誤判의 우려 때문에 死刑制度를 폐지함은 犯罪防止政策上 너무 큰 희생을 요구하며 현재의 3審制는 誤判을 방지하기에 충분하다고 한다.

60) Hans Heinrich Jescheck, a.a.O., S.684.

61) 愼鎮揆, 前掲論文, p.821; 崔根燮·賈在暢, 前掲論文, pp.51~52.

62) 姜求真, 前掲論文, p.88; 李炯國, 「刑法總論研究Ⅱ」, 法文社, 1986, p.753.

한다. 그러므로 國民의 生存權 保障을 理念으로 하고 있는 오늘날 文明國家들은 한낱 死刑에만 주력하지 말고 그 영향을 생각하여 死刑을 廢止하고 加害者로 하여금 조금이라도 贖罪할 수 있는 길을 제공하는 것이 타당하다고 주장한다. 예컨대 國家가 刑事被害補償保險制度를 운용한다거나 刑事被害補償基金을 설치하여 被害者의 家族을 구제하고<sup>63)</sup> 受刑者가 受刑期間 동안의 勞役에서 얻어지는 果實로서 基金을 充당하거나 保險金을 支給하는 한편 加害者의 家族들의 經濟難을 해소시켜 줄 수 있는 方案을 마련하는 것도 刑事政策上 意義가 크다는 것이다.<sup>64)</sup>

#### 6) 國家에 의한 合法的 殺人

死刑은 國家가 生命의 尊嚴性을 부인할 뿐만 아니라 國民에게 合法的 殺人을 보이므로 이를 廢止해야 한다는 것이다. 國家가 法律로서 殺人을 금지하면서도 한편으로는 國家 자신이 사람의 生命을 바탈하는 것은 應報 이외에는 아무것도 아니고 國家가 職業的 屠殺吏를 인정하는 非人道的 非倫理的 制度이다. 그러므로 生命의 尊嚴性을 존중하는 國家는 殺人者에 대하여도 再生의 길을 열어 주어야 한다고 한다.<sup>65)</sup>

### 3. 判例의 立場

死刑에 관한 우리 나라의 判例는 시종일관하여 死刑이 정당하고 違憲이 아님을 주장하고 있다. 그 주된 이유로는 현재 우리 나라의 現實과 國民의 道德的 判斷, 社會公共의 安寧秩序 및 被害者와 관련된 諸般要素를 고려할 때 刑法, 軍刑法 등에 死刑이라는 것을 규정하였다 하여도 이는 정당하고 憲法에 위반된 條文이 아니라고 한다. 判例의 구체적 내용을 보면 다음과 같다.

#### 1) 1963년 2월 28일 대판, 62조 241의 판결

1962년 10월 19일 육군고등군법회의가 上官 殺害者인 被告人에게 死刑을 宣告하였을 때, 同行 爲를 규정하고 있는 軍刑法 제53조의 規定은 憲法에 위배됨을 이유로 해서 上告한 辯護人의 주장에 대하여, 大法院은 「... 한 사람의 生命은 전 지구보다 무겁고 또 귀중하고 엄숙한 것이며 尊嚴한 人間存在의 근원인 것이다. 이와 같은 존귀한 生命을 잃게 하는 死刑은 刑罰 중에서 냉혹한 刑罰임에 틀림이 없다. ...그러므로 死刑制度는 항상 國家의 刑事政策面과 人道上的 문제로서 심

63) 日本의 경우는 犯罪被害者 등 “給付金支給法”의 제정을 결정하여 1978년부터 施行함으로써 이 문제의 論議가 구체화되었다. 同法은 被害補償의 價値를 증시하여 殺人·傷害 등의 暴力行爲로 殺害 및 重傷인 경우에 國家가 遺族과 被害者에게 일시금으로 지급하는 제도이다. 三原憲三, 「現代に死刑は必要力」, 第三文化社, 1980, p.108 참조.

64) 이에 대하여 반대하는 견해로서는, 被害者 遺族이 殺人犯의 刑務作業으로 인한 賠償金을 직접 받는다면 感情上 불쾌하고, 死刑囚의 수요가 적으므로 國庫에 귀속된 후에 支給된다 하여도 이 金額은 미약함으로 고려의 가치가 없다고 한다. 植松 正, 「再訂 刑法概說」, 勳草書房, 1980, p.350.

65) 廉政哲, “死刑에 관한 問題點”, 「考試界」, 1963.5, p.146; 李炯國, 「刑法總論研究Ⅱ」, p.752.

각하게 고려되고 판단될 문제이기는 하나, 이것은 國家의 발전과 道德的 感情의 변천에 따라 그 制度의 立法的 存廢가 문제될 것이므로 소론과 같은 금후의 立法에 있어서 언제나 좋은 고려의 양식이 되리라고 믿는 바이다. 現行憲法 第9條(現行憲法으로는 第12條)에는 “모든 國民은 身體의 自由를 가진다. 法律에 의하지 아니하고는 逮捕·拘束·押收·搜索·審問·處罰과 強制勞役을 받지 아니한다”라고 규정함으로써 處罰에 관한 규정은 法律에 위임하였을 뿐, 그 處罰의 종류를 制定한바 없을 뿐 아니라, 憲法 第28條 第2項(現行憲法에서는 第37條 第2項)은 “國民의 모든 自由와 權利는 秩序를 유지하고 公共福利를 위하여 필요한 경우에 한하여 法律로써 自由와 權利를 제한할 수 있음”을 憲法이 허용하였는바, 현재 우리 나라의 실정과 國民의 道德的 感情 등을 고려하여 國家의 刑事上 政策으로 秩序維持와 公共福利를 위하여 刑法, 軍刑法 등에 死刑이라는 刑罰의 종류를 규정하였다 하더라도 이것은 憲法에 위반된 條文이라 할 수 없으므로 소론은 現行 實定法의 견지에서는 이유없다고 아니할 수 없다”라고 判示하여 死刑 자체는 合憲이라고 보았다.<sup>66)</sup>

## 2) 1987년 6월 12일 대판, 87도 1458의 판결

「人道的 宗教的 견지에서 尊貴한 生命을 빼앗아 가는 死刑制度는 모름지기 피해야 할 일이지만 한편으로는 犯罪로 인하여 침해되는 귀중한 生命의 침해를 외면할 수 없고 社會公共의 安寧과 秩序를 위하여 國家의 刑事政策上 死刑制度를 存置하는 것은 정당하게 肯認될 수 밖에 없는 것이므로 刑法 第338條가 法定刑으로 死刑을 규정하였다 하더라도 이는 憲法에 위반된 條文이라 할 수 없다」라고 判示하고 있다. 1983년 3월 8일 大判 82도 3248의 판결도 내용이 거의 같다.<sup>67)</sup>

日本 最高裁判所도 死刑의 違憲性 여부에 관한 입장은 일관하여 合憲이라고 判示하고 있다. 1948년 3월 12일 最高裁判所의 判例에 의하면, 「死刑은 확실히 모든 刑罰 중에서 가장 냉혹한 刑罰이며 증지해야 할 것이다. …公共의 福祉라는 기본적 원칙에 반하는 경우에는 生命에 대한 國民의 權利라 할지라도 立法上 제한 내지 박탈될 수 있는 것은 당연히 예상되는 것이라 할 수 있다. …憲法 第36條의 잔학한 刑罰은 절대로 금한다라는 것과 관련하여 死刑 그 자체는 직접 同條의 잔학한 刑罰에 해당한다고 생각되지 않는다. …만약 死刑에 관하여…火刑 등과 같은 잔악한 執行方法을 정한 法律이 제정되었다면 이것은 확실히 憲法 第36條에 위반한다고 해야 할 것이다. …死刑 그 자체를 잔악한 刑罰로 해석하여 刑法의 死刑規定을 憲法違反이라고 주장하는 辯護人의

66) 1967년 9월 19일 대판, 67도 988의 판결도 1963년 2월 28일 판결과 同旨.

67) 同 判例는 死刑의 一般豫防效果에 대해서도 간접적으로 인정하고 있으며, 死刑宣告를 하기 위해서는 罪責의 중대성, 罪刑의 均衡性, 一般豫防의 차원에서의 불가피성 등의 요건이 충족되어야 한다고 본다. 즉 「死刑은 人間의 生命 자체를 영원히 박탈하는 냉엄한 極刑으로서 그 生命을 存置시킬 수 없는 부득이한 경우에 한하여 적용되어야 할 궁극의 刑罰이므로 死刑을 선택할 경우는 犯行의 動機, 樣態, 犯行의 수단, 殘惡性, 結果의 중대성, 被害者의 數, 被害感情, 犯人의 연령, 前科 犯行 속의 情況 등 제반사정을 참작하여 罪責이 심이 중대하고 罪刑의 均衡이나 犯罪의 一般의 豫防의 견지에서도 極刑이 불가피하다고 인정되는 경우에 한한다고 보아야 할 것이다」라 하여 일본 判例와 비슷한 견해를 보였다.

論旨은 이유없다」라고 判示하여 死刑의 合憲을 인정하였다.<sup>68)</sup> 또한 1949년 8월 18일 最高裁判所 第1小法廷判決과 1953년 11월 19일 最高裁判所 第1小法廷判決 및 1958년 6월 17일 最高裁判所 第2小法廷判決 등에서도 이러한 태도를 그대로 유지하고 있다.<sup>69)</sup>

美國에서도 憲法이 제정된 이래 일관하여 死刑의 合憲性이 인정되어 왔다. 그러다가 1972년 Furman V. Georgia 408 U.S. 238(1972) 事件에서 최초로 死刑이 잔혹하고 이상한 刑罰로서 修正憲法 第8條에 위배된다고 判示하였다.<sup>70)</sup> 그리고 1976년 woodson V. North Carolina, 428 U.S. 280 事件과 Roberts V. Louisiana, 428 U.S. 325 事件에서 死刑을 絶對的 法定刑으로 하는 것은 違憲이라고 하였다.<sup>71)</sup> 同年 Gregg V. Georgia, 428 U.S. 153(1976) 事件과 Proffitt V. Florida, 428 U.S. 242(1976) 事件에서는 謀殺罪에 대한 死刑을 違憲이 아니라 하였고, 그후 1977년에 Coker V. Georgia 433 U.S. 584(1977) 事件에서는 強姦犯에 대한 死刑宣告는 刑罰의 均衡을 상실하였다는 이유로 違憲이라고 判示하였다.<sup>72)</sup> 이상의 判決<sup>73)</sup>에서 聯邦大法院은 死刑 그 자체는 違憲이 아니지만 死刑을 科하는 節次上的 이유 내지 一定犯罪에 대한 死刑은 不均衡이라 하여 違憲이라는 태도를 취하고 있어서 아직도 死刑이 合憲·違憲性의 問題가 未決로 남아 있다고 볼 수 있겠다.

#### 4. 死刑存廢에 대한 批判

死刑存廢의 問題에 관하여 理論上 여러 견해가 있지만 그 중에서도 가장 핵심적인 것은 死刑의 威嚇力 여부와 國民의 應報的 法感情에 있다고 보아진다. 死刑存置論은 生命剝奪의 非回復性 및 恥辱的인 죽음이 人間本能에 작용하여 특별한 威嚇力을 발휘한다고 한다. 따라서 死刑存置가 國民의 倫理感情에 침투하여 威嚇力을 계속 갖거나 또는 刑罰의 苛酷性에 의해 심어진 공포심이 짝

68) 日本 憲法 第36條는 公務員에 의한 拷問 및 잔악한 刑罰은 絶대로 이를 금한다라고 규정하고 있다.

69) 이들 判例 소개에 관해서는, 內藤 謙, 「殘虐な刑罰」, 憲法の爭點(增補), しにりと, 1980, pp.112~113.

70) Hugo Adam Bedau, op. cit., pp.253~270; 金哲洙, 「判例教材 憲法」, 法文社, 1977, pp.121~122; 文鴻柱, 「基本的人權研究」, 成均館大學校出版部, 1976, p.483이하 참조.

71) J. F. Buncher ed., *Crime and Punishment in America*, Facts on File, Inc., 1978, pp.208~238; S. Gillers "Deciding who Dies", *University of Pennsylvania law Review* Vol.129, 1980, pp.120~121.

72) J. F. Buncher, op. cit., p.208.

73) 死刑에 관한 美聯邦大法院의 判決에 대하여 상세히 소개된 國內 論文으로서는, 金文顯, 「死刑制度의 違憲性與否」, 「月刊考試」, 1985.5, p.82 이하; 金培元, 「美國의 死刑制度—Furman事件判決 이후의 立法動向 및 判例를 中心으로—」, 「法學研究」, 30卷 1號 釜山大學校, 1988, p.335이하; 金哲洙, 前掲書, p.121이하; 文鴻柱, 前掲書, p.483이하; 박홍규, 「사형제도폐지의 법학적 논리」, 「사형제도의 이론과 실제」, 국제사면위원회 한국연락위원회편, 도서출판 가치, 1989, pp.121~123; 吳英根, 「美國의 死刑制度」, 「法學」, 第24卷 2·3號(通卷 54·55號), 서울大學校 法學研究所, 1983.9, p.296이하.

性的으로 抑止力을 가진다는 것이다.

이상의 論據와 같이 死刑이 威嚇의 작용에 의하여 중대한 犯罪을 抑制·豫防하기 위한 效率의 인 手段이 될 수 있는가? 死刑制度의 存置가 최소한의 抑止力을 가진다면 刑罰思想 그토록 남용되었던 死刑執行에 의해 重犯罪(凶惡犯罪)은 어느정도 根絶되어야만 하지 않겠는가?의 문제가 제기될 수 밖에 없다. 그러나 現實은 그렇치가 못한 실정에 놓여 있다. 대부분의 凶惡犯들은 자신의 죽음을 의미하는 死刑따위를 고려할만한 理性이 마비되었거나 혹은 體驗하거나 혹은 犯行이 발각될리 없다는 確信들을 가지는 것이 보통이므로 이들에게 있어 死刑의 存在는 하등의 威嚇가 되지 않는다 하겠다. 오히려 이들에게 있어서는 威嚇의 작용에 의한 一般豫防의 效果를 거두기 보다는 반대로 한번 檢擧되면 다른 길이 없다는 생각에서 犯罪을 은폐하기 위하여 더욱 殘忍하고 凶惡한 犯罪을 犯할 傾向이 있기 때문에 死刑의 威嚇力은 그다지 크지 않으며 기껏해야 無에 가깝다고 할 수 있다.

오늘날 各國에서의 연구결과도 死刑의 犯罪抑止 效果를 부인하고 있고 또한 統計의으로도 實證되지 않고 있다.<sup>74)</sup> 凶惡犯이나 重大犯罪(確信犯)의 增減은 死刑의 威嚇力보다는 不公正한 經濟, 政治體制 및 社會構造나 무관심에 기인하는 경우가 더 많다고 할 수 있으므로<sup>75)</sup> 法律上으로나 실제로 死刑制度의 存在與否는 殺人率에 아무런 영향을 미치지 않는다고 하겠다.<sup>76)</sup> 그러므로 在來의 威嚇作用에 의한 一般豫防이 가능하다는 짧은 생각에서 極刑으로 社會의 病理現狀을 대처하려고 할 것이 아니라 社會의 犯罪現象의 근원을 밝히고 그 原因을 해소시키는 刑事政策의 추진과 檢擧率의 향상으로서 모든 大小의 犯罪은 반드시 處罰되고 만다는 國民意識을 갖게하여 犯罪을 저지르지 않도록 해야 한다. 凶惡犯罪 등에 死刑爲主의 重한 刑罰에 처하는 것이 社會의 感情의 분위기에 맞을는지 모르나 刑事政策面이나 特別豫防의 면에서 볼 때 死刑存置論의 근거는 아무런 의미가 없다고 하겠다.

國民의 應報의 法感情 문제에 대해서도 死刑存置論에서는 사람을 殺害한 者는 그 生命을 박탈 당해야 된다는 것이 國民一般이 가지고 있는 法的 確信이라고 한다. 따라서 死刑廢止는 一般國民의 法的 確信이 死刑의 필요가 없게 되었음을 느낄때 실행하게 되며, 死刑의 사실적 근거는 國民一般이 가지고 있는 應報의 觀念 또는 正義의 確信에 있는 것이라고 한다. 그러나 이러한 國民의 感情에 기인한 死刑의 집착은 復讐와 應報라는 前近代의 感情에 기인한 그 實體가 막연한 觀念의 이고 抽象的인 것으로 이를 고집하여 死刑存置만이 國民의 法的 確信이라고 하는 것은 큰 오류이다. 왜냐하면 國民의 法的 確信 혹은 國民感情은 항상 유동적인 것으로 理性的인 法的 價值判斷에 기초로 하기 보다는 잘못된 先入見과 感情的 卽興의인 判斷에 의존하는 경우가 많기 때문이다.

74) Hugo Adam Bedau, *op.cit.*, pp.96~97; Hans W. Mattic, *op.cit.*, p.10; Edwin H Sutherland and Donald R. Cressey, *op.cit.*, p.331.

75) Karl F. Schuessler, *op.cit.*, pp.186~187.

76) Torsten Sellin, *op.cit.*, p.138.

死刑存廢에 관한 우리 學界와 法曹界의 一般의 견해는 死刑廢止論의 주장에 기본적으로 찬성하면서도 現實 社會의 狀況下에서는 일거에 死刑制度를 廢止하는 것은 바람직하지 않으며 차라리 死刑適用의 대상 犯罪를 점진적으로 축소하고 그 執行方法을 改善함으로써 死刑制度가 가지고 있는 문제점을 줄이는데 노력하여야 한다는 時機尚早論을 취하고 있다.<sup>77)</sup> 大法院 判例 역시 「…우리 나라의 現實과 國民의 道德的 感情을 고려할 때…」라고 하여 現實의 狀況을 이유로 하는 時機尚早論이라고 보아 진다. 물론 死刑存廢의 여부는 그 時代 그 社會의 現實的인 與件에 비추어 판단하여 결정해야 한다는 점을 전혀 배제할 수는 없지만, 그러나 단순히 그 같은 論理에 의하여 死刑存置를 주장하는 것은 우리 社會와 文化는 현재까지도 未成熟 狀態에 머물러 있음을 스스로 증명하는 것이라 하겠다.

各國의 死刑制度를 비교·검토해 볼때 一般的으로 政治 經濟事情이 안정되고 평화스러운 社會 情勢에서 死刑廢止를 결정한다고 할 수 있으나, 반드시 안정된 平和時의 社會的 條件을 갖추었다고는 말할 수 없다. 오히려 서독, 이태리, 필리핀 등의 경우에는 政治的 社會的으로 완전히 안정된 국면에 들어서기 이전에 政治的 결단에 의해 死刑이 廢止되었다고 말할 수 있다.<sup>78)</sup> 死刑廢止는 기존제도에 대한 개혁이 분명한 것이므로 死刑廢止 여부는 해당 國家의 民主化 人間化를 위한 意志를 반영하는 척도로서 어떤 客觀的 狀況보다는 立法者와 國家의 意志에 좌우된다고 할 수 있다.<sup>79)</sup>

실제로 死刑은 본질적으로 人間의 尊嚴性에 反하는 制度이며, 刑罰의 目的이 改善·教育에 있다고 본다면 死刑은 그 目的에 위배되고 社會學的인 면에서도 凶惡犯 등에 별로 威嚇力을 가지지 못하였음이 實證되었다. 또한 誤判<sup>80)</sup>의 경우에도 돌이킬 수 없는 결과를 초래하게 된 사실을 고

77) 死刑廢止에 대하여 時機尚早論을 취하는 國內 學者들로서는, 金南日, 前揭論文, p.40; 金奉兌, 「刑法改正의 基本方向」, 「刑法改正의 基本方向」, 세미나結果報告書, 刑事法改正資料(Ⅱ), 刑事法改正特別審議委員會, 1985.11.22, p.21; 金鍾源, 「刑法改正의 基本方向」, 세미나結果報告書, 刑事法改正資料(Ⅱ), 刑事法改正特別審議委員會, 1985.11.22, p.12; 南興祐, 「刑法總論」, 博英社, 1982, p.272; 朴貞根, 「死刑의 史的傾向과 그 將來」, 「法政論叢」, 中央大學校, 1959, pp.68~69; 朴東熙, 「刑法學總論」, 法文社, 1977, p.269; 孫海陸, 「死刑制度論(下)」, 「考試研究」, 1983.11, pp.43~44; 慎鎮揆, 前揭論文, p.828; 劉基天, 「刑法學(總論講義)」, 一潮閣, 1987, p.90; 李在祥, 前揭書, p.513; 李正贊 編著, 「矯正保護論」, 選民出版社, 1983, p.60; 정주영, 「사형의 형사정책적 고찰」, 「檢察」, 大檢察廳, 1965.5, p.101; 李炯國, 「刑法總論研究Ⅱ」, p.287; 車鏞碩, 前揭論文, p.127; 崔根熾·賈在勳, 前揭論文, p.56.

78) 독일은 戰後 매우 긴박한 政治的 社會的 혼란기인 1949년에 基本法 第102條에서 死刑廢止를 규정하였고, 이태리는 파시즘하에 死刑이 남용되었으나 1944년 憲法을 통하여 戰時軍法을 제외하고 死刑廢止를 규정하였다. 또한 필리핀은 民主化로의 이행이 시작된 1987년에 死刑을 廢止하고 있다. 한인섭, 「사형제도의 문제와 개선방안」, 「刑事政策」, 제5호, 韓國刑事政學會, 1990, p.28 참조.

79) 上揭論文, p.41.

80) 法制度와 上告制에 대한 고도의 발달이나 證據의 고도의 수준이 갖추어진 선진국에서도 誤判은 여전히 생기고 있는데, 예컨대 미국에서는 1900~85년 사이에 349명이 無嫌疑者로 死刑宣告를 받았고 그 중 29명이 處刑되었으며, 318명이 重刑을 받았다고 밝히고 있다. 金三雄, 「死刑制度의 反文明性」, 「政友」, 1987.7, p.103; 박홍규, 전계논문, p.120 참조.

려할 때 死刑은 당연히 廢止되어야 한다.<sup>81)</sup> 現在 다수의 國家가 死刑의 縮小에서 더 나아가 死刑의 궁극적인 廢止를 향한 단계로 들어서고 있고 또한 法制化가 되고 있으며 한편 死刑廢止를 위한 國際的 노력도 시도되고 있는 실정이다. 그러므로 死刑을 必要惡으로 간주하는 死刑存置論이나 단계적 廢止論의 입장에서 지금 現狀況에서 死刑廢止 主張을 時機尚早라고 보는 입장은 아직도 우리의 法文化的 未開性을 조성하는 것 이외에 아무것도 아니므로<sup>82)</sup> 死刑은 지체없이 廢止되어야 한다.

## IV. 現行法上 韓國의 死刑制度와 世界的 傾向

### 1. 現行法上 死刑對象犯罪

現行 法制上 死刑犯罪은 一般法인 刑法과 各種 特別法에 散在해 있는데 이를 살펴보면 다음과 같다.

#### 1) 刑法上的 死刑犯罪

現行 刑法이 法定刑으로 死刑을 규정을 규정하고 있는 罪目은 國事法과 殺人 및 重大犯罪 實行 중의 致死事件에 한하고 있다. 여기에는 ① 內亂罪(第87條), ② 內亂目的殺人罪(第88條), ③ 外患誘致罪(第92條), ④ 與敵罪(第93條), ⑤ 募兵利敵罪(第94條), ⑥ 施設提供利敵罪(第95條), ⑦ 施設利敵破壞罪(第96條) ⑧ 間諜罪(第98條), ⑨ 爆發物使用罪(第119條), ⑩ 現住建造物等 放火致死傷罪(第164條), ⑪ 現住建造物等 溢水致死傷罪(第177條), ⑫ 交通妨害致死傷罪(第188條), ⑬ 飲用水混毒致死傷罪(第194條), ⑭ 殺人罪(第250條 第1項) ⑮ 尊屬殺人罪(第250條 第2項), ⑯ 強盜殺人·致死罪(第338條), ⑰ 海上強盜殺人·致死·強姦罪(第340條) 등 17個 條文에 死刑에 관한 규정을 두고 있다. 이러한 死刑犯罪 중 絕對的 法定刑으로 死刑을 科할 수 있는 犯罪은 與敵罪뿐이며, 그 이외의 경우는 相對的 法定刑으로 되어 있기 때문에 法官의 裁量에 따라 死刑과 自由刑을 선택하여 부과할 수 있다.

81) 死刑廢止를 적극적으로 주장하는 國內 學者들로서는, 姜錫福, "死刑復活論과 우리의 刑事法改正問題", 「判例月報」, 第194號, 1986.11, p.10; 金三雄, 前掲論文, p.103; 김일수, 전계서, p.414; 김종민, "사형제도에 관한 학계간 고찰", 「사형제도의 이론과 실제」, 국제사면위원회 한국연락위원회편, 도서출판 가치, 1989, p.73. 金哲洙, 「憲法學概論」, 博英社, 1988, p.320; 박용규, 전계논문, p.127; 이상혁, "사형폐지운동협의회의 결성과 그 의의", 「사형제도의 이론과 실제」, 국제사면위원회 한국연락위원회편, 도서출판 가치, 1989, p.360이하; 李鍾湜, "死刑論", 「論文集」, 全北大學校, 1966, p.156; 한인섭, 전계논문, p.41.

82) 김일수, 전계서, p.415.

2) 特別法上の死刑犯罪<sup>83)</sup>

(1) 特定犯罪加重處罰 等に 관한 法律

① 殺害目的의 未成年者 略取誘引罪(第5條의 2 第1項 2號), ② 略取·誘引한 未成年者殺害罪(第5條의 2 第2項 2號), ③ 略取·誘引한 未成年者에 대한 暴行等致死罪(第5條의 2 第2項 4號), ④ 逃走車輛運轉者의 加重處罰(第5條의 3 第2項 1號), ⑤ 常習強盜(第5條의 4 第3項), ⑥ 強盜·傷害 등 再犯者(第5條의 5), ⑦ 特殊強盜強姦等(第5條의 6 第1項), ⑧ 特殊強盜強姦等(第5條의 6 第2項), ⑨ 竊盜目的의 犯罪團體組織의 首魁(第5條의 8 1號), ⑩ 報復犯罪의 加重處罰等(第5條의 9 第1項), ⑪ 關稅法違反行爲加重處罰等(第6條 第7項), ⑫ 通貨偽造의 加重處罰(第10條), ⑬ 麻藥事犯의 加重處罰(第11條 第1項), ⑭ 價額 500萬원 이상인 麻藥所持罪等(第11條 第2項 1號) 등 14個 條文에서 死刑을 규정하고 있다.

(2) 保健犯罪團束에 관한 特別措置法

① 無許可食品製造 등 行爲로 사람을 死傷에 이르게 한 경우(第2條 第1項 3號), ② 無許可醫藥品製造 등 行爲로 사람을 死傷에 이르게 한 경우(第3條 第1項 3號), ③ 再犯罪者의 特殊加重(第3條의 2) 등 3個 條文에 死刑이 규정되어 있다.

(3) 暴力行爲 等 處罰에 관한 法律

本法規定 犯罪目的團體의 首魁(第4條 1號)

(4) 麻藥法

目的 또는 常習으로 第60條 第1項의 罪를 犯한 者(第60條 第2項)

(5) 國家保安法

① 反國家團體의 構成의 首魁(第3條 第1項 1號), ② 反國家團體의 幹部 기타 指導者(第3條 第1項 2號), ③ 目的遂行(第4條 第1項 1號), ④ 目的遂行(第4條 第1項 2號), ⑤ 目的遂行(第4條 第1項 3號), ⑥ 目的遂行(第4條 第1項 4號), ⑦ 自進支援 金品收受(第5條 第1項), ⑧ 潛入·脫出(第6條 第2項), ⑨ 特殊加重(第13條) 등 9個 條文에 死刑規定을 두고 있다.

(6) 軍刑法

軍刑法에서 死刑에 科할 수 있는 犯罪로는 叛亂罪(第5條)를 비롯하여 45種이며 그 罪目은 71個

83) 特定經濟犯罪加重處罰 等に 관한 法律의 경우에는 3個 條項에 死刑規定을 두었으나 1990.12.31. 法律 제4,292호에 의하여 死刑處罰 條項이 削除되었다. 그것은 ① 利得額 50億원 이상인 詐欺·恐喝·橫領·背任(第3條 第1項 1號), ② 逃避額 50億 이상인 財産國外 逃避(第4條 第2項 1號), ③ 收受額 2,000萬원 이상인 金融機關 任職員의 직무관련 金品收受(第5條 第4項 1號) 등이다.

이다. 그 중에서 20個 罪目이 死刑을 絶對的 法定刑으로 규정하고 있다.

이상에서 본바와 같이 우리 刑事法 체계에서 90여개에 달하는 死刑 부과 犯罪가 있는데, 이를 外國의 경우와 비교해 볼 때 死刑犯罪 범위가 지극히 넓고 犯罪에 대한 편리한 統制樣式으로 널리 활용되고 있다. 특히 軍刑法은 死刑을 기본으로 한다고 해도 과언이 아닐 정도로 死刑條項이 남용되고 있는 실정이다. 대부분의 民主主義 國家가 死刑을 廢止하고 있으며 死刑을 인정하는 경우에도 극히 제한된 犯罪만을 인정하고 있음과 비교하면 우리의 경우는 死刑犯罪가 지나치게 과다하다.

일본의 경우 死刑罪目은 刑法에 13個條, 特別法の 4個條 등 17個條에 불과하며, 中國은 反革命罪, 放火, 爆破, 殺人, 國家 公務員에 의한 公共財產 竊盜 등 5개 罪目에만 死刑이 인정되고 있다. 또한 이스라엘에서는 一般犯罪에 대한 死刑은 廢止되었고 間諜罪, 나치犯罪, 集團大虐殺에 대해서만 死刑을 인정하고 있을 뿐이다.<sup>84)</sup> 이러한 비대화된 死刑規定은 많은 부작용을 야기시킬 소지가 있으므로 現段階에서 死刑을 완전히 廢止 못할 사정 있다면 차선책으로 死刑의 罪種을 대폭 축소시켜야 한다.

## 2. 死刑宣告와 執行의 現況

〈表1〉은 第1審刑事公判事件에 있어서 死刑宣告 人員數를 나타낸 表이다. 〈表1〉에 의하면 우리나라는 1년에 平均 24.8명 정도가 第1審에서 死刑宣告를 받고 있다. 이같은 결과는 우리 나라의 특수한 歷史的, 政治的, 社會的, 經濟的인 사정을 반영하는 것이라 하겠지만 무엇보다도 現行法上 死刑犯罪數가 많고 또한 法院도 重罰主義 위주로 엄격하게 死刑을 적용한 탓이라고 보아야 할 것이다.

1962~1990년까지 死刑執行現況을 〈表2〉에서 보면, 29년동안 死刑執行件數는 414件으로 年平均 14.3件을 기록하고 있다. 死刑存置國 89個國의 年間 平均 死刑執行 人員數 6명에 비하면 매우 높은 比率인데, 이러한 수치는 세계 100위권 이하에 속하는 것으로 나타난다.<sup>85)</sup>

## 3. 死刑存廢의 世界的 傾向

1764년에 벡카리아가 「犯罪와 刑罰」에서 法律論的 및 刑罰의 效果상 死刑은 불필요하다고 주장한 이래, 그 후 各國에서 同調者를 얻어 死刑廢止에 관한 論議가 활발한 진전을 보였었다. 그리고 1847년 미국의 미시간州에서 反逆罪를 제외한 全罪目에서 死刑을 廢止함으로써 世界最初의 死刑廢止國이 되었고 이어서 많은 國家에서 死刑이 廢止 되어지고 있는 추세에 있으며, 存置시키는

84) 박홍규, 전계논문, pp.89~101; 한인섭, 전계논문, pp.33~38 참조.

85) 박홍규, 전계논문, p.106; 한인섭, 전계논문, pp.28~29 참조.

1審 死刑宣告 人員數

〈表1〉

年 度	人 員	年 度	人 員	年 度	人 員	年 度	人 員
1962	7	1970	37	1978	17	1986	23
1963	20	1971	45	1979	18	1987	18
1964	24	1972	39	1980	32	1988	15
1965	21	1973	24	1981	33	1989	17
1966	13	1974	27	1982	35	1990	36
1967	27	1975	33	1983	19	計	722
1968	25	1976	32	1984	18		
1969	28	1977	14	1985	25	年平均	24.8

〈資料 : 법원행정처, 법원통계연보, 1964~1974; 法院行政處, 司法年鑑, 1976~1991〉

年度別 死刑執行 人員數

〈表2〉

年 度	人 員	年 度	人 員	年 度	人 員	年 度	人 員
1962	20	1970	14	1978	0	1986	13
1963	14	1971	9	1979	10	1987	5
1964	2	1972	34	1980	9	1988	0
1965	11	1973	7	1981	0	1989	7
1966	33	1974	58	1982	23	1990	14
1967	3	1975	0	1983	9	計	414
1968	20	1976	27	1984	0		
1969	33	1977	28	1985	11	年平均	14.3

〈資料 : 법원행정처, 법원통계연보, 1964~1974; 法院行政處, 司法年鑑, 1976~1991〉

경우에도 그 범위를 축소시키는 경향에 있다. 그 중에는 일단 全面 廢止하였다가 部分的으로 다시 復活시키고, 그 후 다시 廢止하는<sup>86)</sup> 등의 예가 포함된다.

오늘날 死刑에 대한 各國의 動向을 보면 ① 死刑을 전면적으로 廢止한 國家, ② 一般犯罪에 死刑을 廢止한 國家, ③ 法律上 死刑을 규정하고 있지만 사실상 死刑을 宣告않거나 執行하지 않는 國家, ④ 法律上 死刑을 存置하고 있는 國家 등 크게 4부류로 나누어 볼 수 있다. 엠네스티

86) 브라질과 아르헨티나는 1882년과 1921년에 각각 死刑을 廢止했다가 軍事政權의 등장으로 1969년과 1976년에 다시 死刑制度를 復活시켰으나 브라질은 1979년에, 아르헨티나는 1984년에 또 다시 死刑制度를 廢止하였다.

(Amnesty International) 統計에 의하면<sup>87)</sup> 1989년 1월 1일 현재 세계의 40%이상의 國家에서 死刑이 法的 또는 실질적으로 廢止되고 있다고 한다. 35個國은 모든 犯罪에 대한 死刑을 廢止했고, 18個國은 軍刑法이나 戰時와 같은 예외적인 情況에만 死刑을 허용하고 있으며 또한 死刑規定을 두고 있지만 지난 10년이상 死刑을 執行하지 않아서 사실상 廢止國으로 볼 수 있는 國家는 27個國에 이르고 있다. 이상에서 보면 法律上 혹은 사실상 死刑을 廢止하고 있는 國家는 80餘個國에 달하고 있다.

1976년이래로 死刑을 廢止한 國家로는 포르투갈(1976), 캐나다(1976), 덴마크(1978), 스페인(1978), 룩셈부르크(1979), 니카라과(1979), 노르웨이(1979), 브라질(1979), 피지(1979), 페루(1979), 프랑스(1980), 네덜란드(1982), 키프러스(1983), 아르헨티나(1984), 호주(1984), 필리핀(1987), 아이티(1987), 리히텐슈타인(1989), 동독(1989) 등이다. 死刑制度를 廢止한 西歐 여러 나라와 브라질, 아르헨티나, 필리핀 등을 보면 死刑制度는 그 나라의 民主化의 향방과 상당한 關係를 갖고 있음을 알 수 있다.

一般犯罪에 死刑을 宣告하고 執行하는 存置國家로서는 한국, 미국,<sup>88)</sup> 일본, 소련, 東歐諸國 등을 포함하여 100餘國<sup>89)</sup>에 이른다. 死刑存置國 가운데는 社會主義國家 또는 제3세계의 後進국의 다수가 포함되어 있는데<sup>90)</sup> 이들 國家에서는 反國家事犯을 비롯한 犯罪에 대해 死刑을 중요한 犯罪統制樣式 중의 하나로 채택하고 있다. 獨裁國家나 權威主義 國家에서는 死刑이 一般犯罪은 물론 政治的·體制維持의 目的으로 남용되는 傾向이 많다고 하겠다.

各國의 法制를 보면 20세기에 들어서면서 相當수의 國家에서 死刑을 廢止하는 方向으로 나아가고 있으며, 現行法上 死刑을 存置하고 있는 國家에서도 死刑宣告와 執行이 감소하고 있고, 또한 死刑廢止의 努力이 계속되고 있다. 이러한 努力은 최근에 와서 國家的 차원을 넘어서 國際的 協力を 통하여 활발히 전개되고 있는 추세에 있다. 그 대표적인 것으로는 UN이 1966년의 「International Covenant on Civil and Political Rights」에서 제한된 범위내에서의 死刑採擇을 규정하였고, 1971년 UN총회결의 XXVI은 모든 國家에서의 死刑廢止가 바람직하다는 견지에서 死刑處罰犯罪의 數를 점진적으로 제한할 것을 결의한 바가 있다. 그리고 국제사면위원회는 1989년에 “死刑 없는 世界를 향하여”라는 구호를 내걸고 死刑廢止 촉구 캠페인을 전세계적으로 벌이기도 하였다. 우리 나라에서도 엠네스티 한국그룹뿐만 아니라 1989년 5월 30일 “人間이 만든 制度로 하나뿐인 人間の 生命을 꿈울 수 없다”라는 취지에서 法曹人, 宗敎人, 學者, 言論人 등 각계인사

87) 국제사면위원 한국연락위원회편, 「사형제도의 이론과 실제」, 도서출판 까치, 1989, pp.309~314 참조.

88) 미국은 현재 50個州 중 37個州가 死刑制度를 存置시키고 있으며 美聯邦 大法院의 判例도 浮動하고 있다.

89) 아시아에는 필리핀이 유일한 死刑廢止國이고 홍콩이 사실상의 廢止國일 뿐이고 그 이외에는 전부 存置國이다.

90) 국제사면위원회 한국연락위원회편, 전거서, p.312 참조.

300여명이 참여한 가운데 “死刑廢止運動協議會”<sup>91)</sup>가 발족하여 본격적인 死刑廢止運動에 나서고 있다. 이는 우리 나라 역사상 死刑制度의 廢止를 목적으로 하는 최초의 기구이다. 이러한 動向은 우리 나라에 있어서도 死刑의 축소에서 나아가 死刑의 궁극적인 廢止를 위한 목적을 달성하는데 커다란 의의가 있다고 하겠다.

## V. 死刑制度의 改善方案

### 1. 序 說

死刑은 回復할 수 없는 害惡效果를 부과하는 것이고 분명히 殘忍하고 비정상적인 刑罰이므로 人道的인 견지에서 당연히 廢止되어야 한다. 그러나 우리 나라에 있어서 여러 가지 與件의 不備와 國民感情 등을 근거로 한 時機尚早論을 주장하는 死刑存置論이 다소 우세한 실정을 감안할 때 당장 全面的 死刑廢止는 곤란하다고 보아진다. 그러므로 이하에서는 이 같은 현실에 대응하여 그 次善策으로 現行法上 死刑制度가 갖고 있는 問題點 등을 改善하면서 점진적인 死刑廢止를 위한 合理的인 방안을 제시하려고 한다.

### 2. 死刑對象犯罪의 縮小

이는 死刑을 法定刑으로 하는 犯罪를 어느 범위까지 인정할 것인가에 관한 문제이다. Rousseau가 「死刑의 남용은 政府의 虛弱 또는 怠慢의 징조이다」<sup>92)</sup>라고 지적했듯이 死刑存廢에 대해 어떤 입장을 취하든 간에 死刑犯罪의 범위가 대폭 縮小하는 방향으로 나아가야 한다. 오늘날 우리 社會에서는 실패된 刑事政策을 호도하기 위해 重刑을 남발하여 重刑인플레를 초래했으며 여기에 그때마다 死刑을 威嚇手段으로 등장하여 死刑規定의 불필요한 확대를 낳았다고 할 수 있다.<sup>93)</sup>

現行 刑法이 法定刑으로 死刑을 규정하고 있는 犯罪로는 內亂罪를 비롯하여 殺人 및 重大犯罪 실행 중 致死事件에 대하여 인정하고 있다. 刑法이외에도 國家保安法, 軍刑法, 特定犯罪加重處罰 등에 관한 法律 등 特別法上 많은 死刑規定을 두고 있는데 심지어는 經濟事犯과 保健犯罪 등에도 死刑을 규정하고 있어 死刑犯罪의 대상범위가 지나치게 확대되어 있다. 따라서 死刑의 필요

91) 死刑廢止運動協議會는 각 지역별로 지부를 결성하여 대대적인 會員 확대캠페인을 벌여 나가는 한편 死刑廢止法案 國會建議, 死刑囚들에 대한 再審請求 및 救命運動, 講演會, 刑行物을 통한 대 國民弘報 등의 활동을 적극적으로 펼칠 계획으로 결성하였다. 이에 관한 詳細는, 이상혁, 전제논문, pp.260~271 참조.

92) J. J. Rousseau, Contract Social, 李佳炯譯, 前掲書, p.42.

93) 金日秀, “刑法改正과 制裁制度의 改善方向”, 「刑事政策」, 第5號, 韓國刑事政策學會, 1990, p.16.

성 유효성이 적은 경우까지도 死刑을 科할 수 있도록 規정한 現行 刑事法體系內에 있는 死刑犯罪을 가능한 한도까지 축소시키는 문제가 구체화 되어야 한다.

死刑犯罪의 범위에 대한 축소는 첫째, 反逆罪를 제외한 國家的·社會的 法益에 대한 罪, 結果的加重犯, 過失犯 및 財産犯罪에 대하여는 死刑規定<sup>94)</sup>을 廢止해야 한다.<sup>95)</sup> 이에 관련하여 特別法에 의한 死刑의 적용도 극히 제한되어야 할 것이다. 特定犯罪加重處罰法과 같은 경우는 條文의 대부분이 死刑을 규정하고 있고 기타 死刑을 규정한 特別法이 최근까지 계속 증가하여 왔다. 특히 他人의 生命侵害를 야기하지 않는 經濟事犯 혹은 行政目的 달성을 위해 處罰하는 犯罪에 대해서는 死刑이 科해져서는 안된다. 이들 犯罪에 대한 死刑規定은 완전히 便宜主義的인 刑罰觀에 입각해 있는 것으로, 정당화될 수 없으며 실제로 死刑을 적용하지도 않아 그 實效性 또한 의심스럽다. 特別法을 자주 制定 또는 改正하여 死刑範圍를 확대하게 되면 기존의 法體系에 혼란을 야기시켜 犯罪間의 刑量에 均衡을 깨뜨릴 염려가 있다.

둘째, 刑法上의 與敵罪 및 軍刑法上의 다수규정은 死刑을 絕對的 法定刑으로 규정되어 있다. 특히 軍刑法上 絕對的 法定刑으로 死刑을 科할 수 있는 罪는 叛亂罪를 비롯하여 10種이며 關係條文數는 20個條文<sup>96)</sup>에 이르고 있다. 死刑에 해당하는 罪目 중에서 絕對的 法定刑으로 규정되어 있는 條文에서 死刑을 選擇刑으로 규정하는 것이 타당하다. 이러한 규정은 순전히 事前威脅과 事後應報에 치중한 것으로서, 개개인의 性向과 情況을 전혀 고려하지 아니하고, 法官의 裁量權을 박탈하는 처사이기 때문에 絕對的 死刑制度는 廢止되어야 한다.

셋째, 思想犯과 政治犯에 대한 死刑條項은 당장 廢止되어야 한다. 刑法上의 國家的 法益에 관한 罪와 國家保安法上의 死刑條項이 여기에 해당된다. 대개 思想犯이나 政治犯을 이유로 하는 死刑은 어느 國家에서나 政權의 爭取나 維持를 위한 도구로 남용되는 例가 많았다. 政治的 安定的 基盤이 약하며 國家發展을 위한 國論의 統一과 內部的 安定的 필요성이 緊切한 우리 나라의 政治的 構造下에서 政治的 격동기마다 死刑이 政治的 反對者를 제거하기 위한 合法的 수단으로 자주 惡用되는 事例가 많았고 앞으로는 惡用될 가능성이 높다고 하겠다. 이들 犯罪에 대한 死刑은 憲法上의 自由, 良心의 自由에 背馳가 되며, 國民的 정당성의 기반이 없는 獨裁國家나 全體主義 國家에서나 통용될 수 있는 부적합한 규정이라 하겠다. 어떠한 명분으로든지 時代的 政治的 變化에

94) 刑事法改正 特別審議委員會에서 제시한 「死刑對象犯罪의 範圍制限基準」에 의하면, 內亂罪 등 國家存立을 위태롭게 하는 犯罪, 人命殺傷 등 凶惡犯罪 및 특히 處罰하여야 할 필요성이 있는 犯罪에 限하여 死刑規定을 인정하도록 하고 있다.

95) 日本의 改正刑法草案에서는 現行法에서 死刑에 해당하는 것으로 되어 있는 罪 중에서 放火(第177條), 出水에 의한 浸害(第186條), 汽車等顛覆致死(第197條), 水道毒物混入致死(第209條), 強盜致死(第327條) 등에 대해서는 死刑을 규정하지 않기로 했다. 刑事法改正特別審議委員會, 「日本刑法改正 作業經過와 內容」, 刑事法改正資料(Ⅸ), 1988, p.123 참조.

96) ① 叛亂罪(第5條~6條), ② 利敵罪(第11條~13條), ③ 指揮權濫用罪(第18條~19條), ④ 指揮官의 降服과 逃避罪(第22條~24條), ⑤ 守所離脫罪(第27條), ⑥ 軍務離脫罪(第33條), ⑦ 集團抗命罪(第45條), ⑧ 上官에 대한 特殊暴行罪(第51條 1號), ⑨ 殺人罪(第53條), ⑩ 戰地強姦罪(第84條) 등이다.

따라 그 評價가 크게 좌우되는 이데올로기적 犯罪에 대해서는 死刑을 廢止해야 한다. 대신 後日 歷史와 國民의 심판대 앞에서 評價를 받을 수 있는 여지를 확보해 두는 조치가 강구되도록 해야 할 것이다.<sup>97)</sup>

### 3. 死刑適用의 慎重

死刑制度가 갖고 있는 결함을 最小化하고 경솔히 적용하는 사태를 防止하기 위해서 訴訟節次上 몇가지 制度的 장치들 고려할 수 있다. 現行 刑事訴訟上 死刑判決을 신중하게 하기 위하여 死刑을 포함한 중대한 事件에 대하여 必要的 辯護制度를 인정하고 있고(刑事訴訟法 第282條-283條), 死刑이 宣告된 判決에 대해서는 上訴포기를 할 수 없다고 하여 自動上訴制를 규정하고 있다(刑事訴訟法 第349條). 그러나 이 정도로는 미흡하다는 것이 중론인 듯하다. 현재 立法論的으로 論議되고 있는 案이 여러 가지 있지만 현실적으로 검토되어야 할 것으로는 다음과 같다.

#### 1) 死刑判決의 慎重性 提高

死刑判決을 내리는 경우 合議에 있어서 다른 刑罰과는 달리 法官의 全員一致 혹은 3분의 2 내지 5분의 4의 合議를 요구하는 方法을 고려해 볼 수 있다. 그러나 여기에서 法官全員 一致制의 方法은 단 1인이라도 死刑에 반대할 경우 死刑이 인정되지 않게 되어 극소수 의견이 다수 의견을 지배하는 결과를 낳기 때문에 다수결의 法原理에 어긋나고 또한 실제로 死刑制度를 死文化 시킬 우려가 있으므로 찬동하기 어렵다.<sup>98)</sup> 그러므로 大法院에서 死刑判決을 내리기 위해서는 적어도 大法官 3분의 2이상의 찬성을 요건으로 하는 것이 현실적인 方案이 될 것이다. 이 方案은 死刑判決의 신중과 誤判의 防止를 다소 충족시킬 수 있는 필요한 制度이다.

이에 관련하여 死刑判決의 적용을 신중하게 하기 위하여 「死刑判決의 적용은 특히 신중히 하지 않으면 안된다」는 식의 訓示規定을 刑法에도 포함시키자는 주장도 있다.<sup>99)</sup> 그러나 이러한 明文規定이 없더라도 경솔히 적용하는 사태가 발생하는 것은 아니기 때문에 그것은 별 의미가 없다.

#### 2) 判決前 調查制度의 活用

判決前 調查制度(Presentence investigation)란 有無罪認否節次에서 有罪가 인정된 者에 대하여

97) 김일수, 전거서, pp.468~475; 崔根燦·賈在暢, 前掲論文, p.60; 한인섭, 전거논문, pp.43~44.

98) 日本의 改正刑法草案 과정에서 死刑의 言渡에는 裁判官 全員一致로 결정할 것을 요한다로 改正하자는 提案(總會修正 12)도 있었지만, 그러나 이에 대하여 裁判官 中에는 死刑에 반대하는 者가 한 사람이라도 있으면 死刑의 言渡가 될 수 없어 裁判部 구성이라는 우연한 사정에 따라 死刑與否가 결정되는 것은 公正하지 못하다는 것, 實體法上的 문제로서가 아닌 節次上의 문제로서 따로 검토되어야 한다는 등이 지적되어 채택되지 못하였다. 刑事法改正特別審議委員會, 刑事法改正資料 (IX), p.146.

99) 金奉兌, 前掲論文, p.22, 日本의 改正刑法草案 第48條 3項은 「死刑의 적용은 특히 신중히 하지 않으면 안된다」라고 明示的으로 선언하고 있다.

그 者에게 적합한 處遇를 선택하도록 法院의 便益에 도움을 주기 위하여 判決前에 被告人에 대하여 그 性格과 環境에 관한 狀況을 科學的으로 調査하고 이를 刑量定의 기초로 이용하게 하는 제도이다. 이 制度는 執行猶豫를 하는 경우에 保護觀察에 붙일 것인가의 여부를 결정하는데 이용되었던 것이나, 死刑判決의 경우에도 이 制度를 채택하여 誤判可能性을 극소화 하여야 할 것이다. 다만 判決前에 그러한 調査를 行하게 되면 오히려 死刑判決을 예측케 하는 弊害를 가져오게 되므로, 이 制度를 채택하는 경우에는 死刑을 法定刑으로 하는 모든 犯罪에 대하여 필요적으로 이러한 調査를 하게 함으로써 判決의 慎重과 事前豫測의 회피를 도모할 필요가 있다.<sup>100)</sup>

### 3) 必要的 再審制度의 導入

必要的으로 死刑判決에 再審過程이 가능하도록 再審의 요건을 死刑判決이 확정된 사람에게 완화시킬 수 있는 제도적 장치가 강구되어야 한다. 현재까지 再審申請이 받아들여져 死刑囚가 살아난 예는 단 한건도 없다고 한다. 拷問의 立證, 僞證의 立證이 현실적으로 불가능한 韓國的 상황에서 또 誤判의 가능성이 많은 풍토에서 再審制度의 까다로운 운영은 무고한 死刑囚가 누명을 벗는 길을 제도적으로 봉쇄하고 있다. 「억울한 死刑」의 개연성은 항상 우리 주변의 도처에 散在해 있으므로<sup>101)</sup> 현재의 너무나 엄격한 再審制度를 탄력성 있게 해석해야 한다.<sup>102)</sup>

## 4. 死刑執行猶豫制度의 導入

現行法上 赦免制度和 함께 死刑執行을 제한하기 위한 제도로서 死刑執行猶豫制度의 채용이 요청된다. 이는 死刑判決에 있어서 犯罪의 情狀과 犯人의 改悛 및 改善可能性을 고려하여 死刑執行을 일정한 기간동안 보류할 것을 言渡하고 그 보류기간 동안 일정한 刑事施設에 拘置하여 矯正에 필요한 處遇를 하고 執行期間의 경과 후에 行刑成績에 따라 다시 裁判을 하여 無期懲役 無期禁錮 등으로 減刑하는 제도이다.<sup>103)</sup> 이 제도는 현재 中國刑法(1980년 시행)에서 채택되고 있다. 中國刑法 第43條 第1項에 따르면 死刑言渡후 2년간 그 執行을 猶豫하고 그 기간동안 勞動改造를 실시하게 하여 그 行狀을 관찰한 후 死刑을 執行하든가 또는 無期懲役이나 15년이상 20년이하의 有期懲役으로 減刑할 수 있도록 하고 있다.<sup>104)</sup>

100) 鄭榮錫, 前掲書, p.252.

101) 趙甲濟, "사형집행의 실재와 「억울하다」는 유언", 「刑事政策」, 창간호, 韓國刑事政策學會, 1986, pp.364~374.

102) 최근 日本에서는 확정된 死刑囚가 再審請求하여 無罪釋放된 일이 잇따라 일어나고 있는데, 死刑이 확정된 후 5~6차의 再審請求로 28년, 29년, 34년만에 無罪가 되어 석방된 예가 있다. 이 밖에도 再審請求를 내어 놓고 있는 死刑囚가 20여명이 된다고 한다. 이는 人間生命의 존엄성을 裁判部의 위신보다 더욱 중시하는 경향이라고 할 수 있다. 姜錫福, 前掲論文, p.10.

103) 齋藤靜敬, 前掲書, pp.79~81 참조.

104) 中共刑法 第43條 ①...死刑의 判決을 내려할 犯罪者에 대하여 반드시 즉시 執行하지 않아도 되는 때에는 死刑의 判決과 同時에 刑의 執行猶豫 2년을 宣告하고 勞動改造를 실시하여 그 태도를 관

中國의 이러한 제도는 처음에는 輕한 反革命犯에 적용되었다가 점차 그 적용범위가 확대되어 一般的으로 채택하고 있다고 한다. 그러나 이 제도를 인정하게 되면 ① 死刑言渡를 어렵지 않게 생각할 우려가 있고, ② 死刑廢止를 保留시키는 구실을 하며, ③ 全體主義思想을 남용하고 있다는 것,<sup>105)</sup> ④ 이 제도가 악용될 경우에는 오히려 死刑存置보다도 문제점이 많다는 것,<sup>106)</sup> ⑤ 이 제도를 채택하는 경우에는 사실상 모든 死刑執行이 연기되게 되고 기간이 만료되면 모든 死刑이 無期刑으로 변경 운용되어 사실상의 死刑廢止와 다름없게 되어서 死刑存置의 外觀만 있을 뿐 國民을 欺罔한다는 비난을 면할 수 없다는 점<sup>107)</sup> 등의 비판이 있다. 그러나 死刑이 앞으로 廢止되어야 할 刑罰이라는 관점에서 본다면 死刑廢止에의 過渡의 中間的 措置로 死刑執行猶豫制度를 채택할 필요가 있다고 하겠다.<sup>108)</sup> 이는 극악한 犯罪人이라도 處刑되기 전 人間으로서 가장 善한 상태에 있는 犯罪人을 處刑해야 한다는 모순에 빠지는 것을 防止할 수 있을 뿐만 아니라 誤判에 의한 死刑執行을 防止할 수가 있기 때문이다. 또한 政治的 政略的 목적으로 死刑을 남용하는 경향에 대해서도 확실한 견제장치가 될 수가 있으므로 이 제도의 채택은 필요하다고 본다.

立法論으로서 이 제도를 도입할 경우 그 猶豫期間은 誤判의 위험에 대한 진상규명, 犯罪者의 궁극적인 性向의 확인, 社會輿論과 法的 判斷의 변화가능성, 政治的 남용을 봉쇄할 수 있는 기간을 두루 고려해 본다면 5년 내지 7년 정도로 하는 것이 적당하지 않은가 생각된다.<sup>109)</sup>

## 5. 死刑의 試驗的 廢止의 考慮

우리 나라에서도 영국과 같이 과도기적 단계로서 死刑의 試驗的 廢止期間을 설정하고 그 기간이 종료한 뒤, 거기에서 나타나는 부작용이 어떠한 것인가를 세밀히 분석하여 死刑廢止 時期를 앞당기는 方案을 고려해 볼 필요가 있다. 현재와 같이 死刑對象犯罪이 많고 執行 또한 많이 하는

찰할 수 있다. 第46條 ① 死刑의 執行猶豫 判決을 받은 자가 死刑의 執行猶豫期間 중에 改悛의 情이 현저하고 이에 더하여 功績을 세운 경우에는 2年の 기간이 만료된 후 15년 이상 20년 이하의 有期懲役으로 減刑된다. ② 改造를 拒否하는 情狀이 惡質이며 이 사실이 명확한 때에는 最高人民法院이 裁定 또는 認可를 하여 死刑을 執行한다. (中共法令 및 規約集, 사단법인 國際問題研究所, 1985, p.124)

105) 團藤重光, 「刑法綱要總論」, 創文社, 1986, p.457.

106) 孫海陸, 死刑制度論(下), p.44.

107) 金奉兌, 前掲論文, p.22.

108) 日本에서는 이미 이 제도가 刑法改正草案의 준비과정에서 제안되었다. 法院이 死刑判決을 宣告하더라도 執行에 있어서는 情狀에 따라 5년간 연기한 후에 法院이 死刑執行審査委員會의 의견을 들어 執行의 필요가 있다고 인정되는 경우를 제외하고는 원칙적으로 無期刑으로 減刑하고 20년이 경과되지 않으면 假釋放을 할 수 없게 한다는 것이었다. 그러나 5년후 死刑을 執行하게 되면 오히려 苛酷한 人權上의 문제를 야기시키고 5년동안의 정신적 불안과 處遇에 문제가 있고, 또한 5년 猶豫 후에 이를 無期刑으로 변경하는 등의 여부의 기준이 확실치 않고 장래의 운용을 미리 예견할 수 없다고 하는 강력한 비판으로 채택되지 아니하였다. 刑事法改正特別審議委員會, 刑事法改正資料(IX), p.124참조.

109) 한인섭, 전계논문, p.45.

現時點에서는 일정한 기간을 정하여 死刑을 廢止하거나 死刑執行을 정지하는 立法措置를 취하도록 한 뒤 그 성과를 측정해 보고 그 보완책을 강구해 보는 방법이다. 死刑廢止는 하나의 결단의 문제로<sup>110)</sup> 社會的 條件이 완전히 성숙해야 死刑廢止를 할 수 있는 것은 아니지만 신증을 기한다는 의미에서 5년 내지 7년 정도의 試驗的 廢止후에 死刑廢止의 적절한 시기를 결정하는 것이다.

이와 함께 死刑의 궁극적 廢止를 위한 단계로서 벨기에나 룩셈부르크 경우와 같이 死刑制度를 法的으로 인정하면서 실제에 있어서는 死刑의 執行을 하지 않는<sup>111)</sup> 방법도 고려해 볼만 하다. 이는 死刑의 사실상 廢止로 被告人의 生命을 보전하고 誤判의 防止에도 크게 기여할 것이다.

## 6. 死刑에 代替하는 刑罰

死刑廢止國에서의 一般的인 代替刑은 假釋放을 수반한 無期徒刑과 假釋放을 수반하지 않는 絶對的 無期徒刑 내지 終身刑<sup>112)</sup>이 있다. 우리 나라에서 死刑을 立法論적으로 廢止할 경우 이에 代替해야 할 刑罰로서는 여러 가지 案이 제시될 수 있는데, 예컨대 懲役刑을 100년까지 크게 높이는 방법, 假釋放이 인정되지 않는 終身無期徒刑을 科하는 方法, 無期徒刑을 廢止하고 現行 有期懲役의 상한선 25년을 더 長期가 되도록 높이는 방법이다. 그러나 실질적인 면에서 死刑에 代替해야 할 刑罰은 死刑과 同一한 機能을 발휘할 수 있는 假釋放을 동반한 소위 重無期徒刑을 채택하는 것이 바람직하다. 現行 刑法 第72條에는 無期自由刑에 處한 者라도 服役後 10년이 경과되면 假釋放이가 가능케 규정되어 있다. 이를 고려하여 立法試論적으로 重無期徒刑者에 대하여는 15년 拘禁한 후에 改換의 상태가 현저할 때 被害者 遺族의 동의를 전제로 假釋放을 認許하자는 것이다. 여기에서 15년이라는 刑期는 絶對적인 것이며 赦免의 적용범위 外로 한다. 이러한 重無期徒刑은 15년의 경과후에 假釋放의 恩典을 베풀 수 있는 가능성을 남겨 놓고 있는 것이다.

假釋放을 함에는 被害者가 용서할 수 있는 心情과 本人의 更生의 設정이 明確하는 등 신증을 기하기 위하여 裁判官, 檢察官, 辯護士, 心理學者, 精神醫學者, 被害者代表 및 世論代表 등으로 구성된 假釋放審査委員會에서 결정하도록 한다. 受刑者는 死刑 대신에 重無期徒刑으로 特殊矯導所인 專門矯導所에 送致하여 刑務作業에 종사케 하여 生活費 및 被害者에게 損害賠償 등을 補償키로 해야 할 것이다.

스위스나 오스트리아는 15년간 強制勞動의 服役 후에 假釋放을 인정하고 있고, 아르헨티나는 20년 服役 후에 假釋放을 인정하고 있다.<sup>113)</sup> 포르투갈, 도미니카共和國, 우루과이 등에서는 20년

110) 三原憲三, 前掲書, p.132.

111) 벨기에와 룩셈부르크는 死刑宣告를 받으면 被告人은 자동적으로 感刑시키고 있는데, 특히 벨기에는 1863년이래 현재까지 死刑執行件數가 단 1件도 없다고 한다. 慎鑽探, 「犯罪學 兼 刑事政策」, 法文社, 1989, p.565; 鄭榮錫, 前掲書, p.245.

112) 假釋放을 수반한 無期徒刑의 必要的 服役期間은 15~25년의 대부분이며 假釋放을 수반하지 않는 無期徒刑 내지 終身刑은 赦免에 의한 경우 이외에는 假釋放이 전혀 인정되지 않는다.

113) 齊藤靜敬, 前掲書, p.286 참조.

이상 24년이하의 拘禁刑이며 西獨에서는 刑法 20차 改正法律이 1982년 5월 1일부터 發效된 §57a에서 終身自由刑도 원칙상 15년이 경과하면 假釋放할 수 있도록 終身刑 단축이 이루어졌다. 한편 日本에서도 일부 學者들에 의하여 法官의 判決과 함께 15년이 경과된 후에 假釋放 자격이 인정된다는 취지를 宣告하는 案과 15년이 경과된 후에 앞으로 몇년 더 경과한 후에 假釋放 이 허가될 수 있는가를 法院이 그 때에 가서 결정하는 案<sup>114)</sup>이 제시되기도 하였다. 일부의 學者는 100년 刑이나 200년 刑을 死刑에 갈음하여 減刑해 나가는 방법도 좋다고 보지만,<sup>115)</sup> 이는 바람직하지 못하다. 특히 假釋放 이 부인되는 絶對的 無期刑은 人道主義 觀點에서는 물론이고 刑事政策의 목적에서 보더라도 의문시 됨으로 즉 受刑者의 教化, 改善, 社會復歸의 가능성을 전혀 인정할 수 없기 때문에 타당하지 않다.

이같은 重無期刑이 인정되는 경우 再犯·累犯의 우려가 있다는 反論이 제기될 수 있지만, 여러 나라의 犯罪統計에 의하더라도 釋放된 殺人犯이 다시 殺人을 저지르는 경우는 거의 보기 힘들다. 예컨대, 미국의 미시간州에서 1938년에서 1972년까지 432명의 殺人犯이 釋放된 후 再犯者는 없는 것으로 報告되고 있다.<sup>116)</sup> 이상의 여러 狀況을 감안해 볼 때 死刑은 당연히 廢止되어야 한다.

## VI. 結 論

死刑存廢의 문제는 그 時代·國家의 政治, 經濟, 文化의 모든 면과 國民의 法意識 그리고 死刑의 刑事政策上的의 效果 등 여러 면에서 밀접하게 결부되어 있기 때문에 그 해결이 간단하지 않다. 그러나 死刑은 極端性·最終性·回復不可能性을 지닌 非人道的 刑罰이고 또한 刑罰의 本質이 犯罪人의 再社會化를 위한 教化·改善에 있다는 점을 감안할 때 死刑은 無意味하며 無價値한 것이라 하겠다.

오늘날 死刑制度에 관한 各國의 立法傾向은 死刑을 廢止하거나 그 적용범위를 극도로 제한함으로써 民主主義 기본인 人權을 최대한 존중하고 있다. 그리고 死刑廢止를 위한 國際的 노력도 시도되고 있는 실정이다. 그러나 우리 나라의 現實은 어떠한가? 우리의 現行法은 너무나 威嚇主義的 重罰主義에 치우쳐 있다고 하겠다. 우리 나라의 爲政者들은 體制統制的 차원에서 그 정당성을 확보하기 위한 편법의 하나로 기획있을 때마다 特別法을 制定 또는 改正하여 犯罪를 추가하고 刑罰을 加重하여 死刑對象犯罪를 확대 적용함으로써 현재 死刑犯罪의 條文數가 90여개에 달하는 過多現象을 露呈시켜 왔다고 하겠다. 또한 死刑執行 人員數도 年平均 14.3명으로 外國에 비하여 월등히 높다는 것이 통계상의 수치이다. 이같은 重罰主義的 刑罰은 報復的이고 威嚇的인 思考에 바탕을 둔 前近代的인 思想의 產物에 불과한 不合理한 제도로서 文化國家의 존속에는 불필요한 것

114) 森下 忠, 「刑事政策大綱 I」, 成文堂, 1985, p.43 참조.

115) 이상혁, "사형제도 폐지되어야 하는가", 시사저널, 통권 제44호, 1990.8.30, p.39.

116) 박흥규, 견계논문, p.118.

이다. 現代의 刑事政策은 再社會化·自由化·人間尊重·合理性을 추구하고 있다. 이를 외면한 死刑制度는 마땅히 廢止되어야 한다. 死刑은 한 나라의 刑事司法과 法文化의 수준을 가늠해 주는 바로미터가 되고 있다.<sup>117)</sup>

死刑存廢에 관한 우리 學界와 法曹界는 死刑은 廢止되어야 하나 현실적인 상황때문에 아직 廢止할 時期가 아니라고 하는 時機尙早論을 주장하는 견해가 적지 않고 또한 死刑執行의 확대를 강조하는 여론 등을 감안할 때 일시에 전면적으로 死刑을 廢止하기에는 곤란하다고 보아진다. 그러나 死刑廢止는 立法者나 國家의 意志에 의하여 현실적으로 制度化할 수 있는 것이므로 立法의인 차원에서 死刑廢止를 위한 과감한 決斷이 내려져야 할 것이다. 現狀下에서 전면적인 死刑廢止가 어렵다면 그 차선책으로 現行의 死刑制度를 改善하고 死刑廢止를 전제로 한 合理的인 代替刑罰을 마련하도록 하는 方案이 적극적으로 강구되어야 한다.

死刑의 制度的 改善策으로서는 먼저 死刑犯罪 범위를 대폭 축소하고 思想犯과 政治犯에 대한 死刑條項을 전면 廢止하여야 하며, 刑法上的 與敵罪 및 軍刑法上的 絕對的 死刑規定을 相對的 死刑規定으로 改正해서 가능한 死刑을 피하고 自由刑을 선택하도록 해야 한다. 그리고 死刑判決의 慎重과 誤判의 防止를 위하여 刑事訴訟法上 大法院에서 死刑判決을 함에 있어서 大法官 3분의 2 이상의 찬성을 요건으로 하는 合意定足數의 중대와 必要的 再審制度의 도입이 요청된다. 그와 동시에 死刑廢止에의 과도적 중간적 조치로 死刑執行猶豫制度의 채택과 함께 5년 내지 7년 정도의 기간을 정하여 死刑을 廢止하거나 死刑執行을 정지하는 死刑의 試驗的 廢止를 위한 立法措置가 이루어져야 할 것이다. 이는 사실상 死刑廢止를 의미하는 것으로서 被告人의 生命을 보전하고 誤判의 防止에도 크게 기여하게 된다. 끝으로 死刑廢止를 전제로 한 代替刑罰은 死刑과 동일한 機能을 발휘할 수 있는 假釋放을 수반한 소위 重無期刑制度를 채택하여 이를 合理的으로 운영하는 방법이 강구되어야 한다.

이의 모든 것은 死刑의 緩和 내지 점진적인 廢止에서 全面的 廢止에로 나아가는 하나의 과도기적인 方案이 되는 것이다.

117) 김일수, 전계서, p.415.

Summary

## A Study on the Maintenance and Abolition of Capital Punishment

*Kim Soo-gil*

Capital punishment, which has been carried out since the beginning of human history, is not only a legal matter, but also matters of criminal policy, political science and philosophy.

As a legal penalty that deprives the criminals of their lives, capital punishment has been given much weight in the penalty history. Before the recent times, capital punishment was admitted in every nation and the execution generally committed cruelties, that is, capital punishment was considered a major method of penalty.

Becaria advocated abolition of capital punishment in his "Dei delitti e delle pene" (Crimes and Penalties) in 1764, and since that time the necessity and indispensability of capital punishment has been discussed and criticized with no break.

According to these tendencies, it became general to abolish capital punishment or to restrict it to a maximal extent in advanced nations. In Korea, only a little discussion has been held on the abolition of capital punishment, and a theoretical, verified study has not been made on it so far. On the contrary, since the establishment of the Criminal Law of Korea in 1953, many laws have been enacted with the intimidation of capital punishment, and 14.3 persons on the average are put to death per year.

Considering the present situation, it is significant to explore ways toward the abolition of capital punishment. This thesis, therefore, aims to suggest a method to improve capital punishment and the substitute penalties for it by studying the history and nature of capital punishment, describing and criticizing the theories on its maintenance and abolition, and considering the necessity and indispensability of its abolition.

The method to improve the existing capital punishment and the substitute penalties are as follows :

(1) Articles for Capital offences must be reduced extensively and a sentence of death should not be passed on political and thought offenders.

(2) Approbation of two thirds of the justices of the Supreme Court or more must be

needed to pass a sentence of death in the Supreme Court.

(3) Tentative abolition of capital punishment.

(4) Introduction of the reprieve system operating in China and of the conditioned retrial.

(5) As substitute penalties, strict penal servitude for life accompanying parole must be introduced and operated rationally.

The above is a method in a transitional stage toward loosening capital punishment or from gradual to general abolition of capital punishment.