

碩士學位論文

우리나라 死刑制度의 違憲性 與否와
死刑執行現況에 관한 研究

順天大學校 大學院

法 學 科

韓 龍 淳

2001年 2月

碩士學位論文

우리나라 死刑制度의 違憲性 與否와
死刑執行現況에 관한 研究

(A study on the Historical Background of the Korean Capital Punishment
System and Its Controversy over the Violation of Constitution)

順天大學校 大學院

法 學 科

韓 龍 淳

2001年 2月

우리나라 死刑制度의 違憲性 與否와
死刑執行現況에 관한 研究

指導教授 金 仁 善

이 論文을 法學碩士學位 論文으로 提出함.

2001年 2月

順天大學校大學院

法學科

韓 龍 淳

韓龍淳의 法學碩士學位 論文을 認准함.

審査委員長 印

委 員 印

委 員 印

2001年 2月

順天大學校大學院

目 次

* Abstract

I. 序 論

1. 研究의 目的
2. 研究의 範圍와 方法

II. 우리나라 死刑制度의 歷史的 考察

1. 古代社會
2. 三國時代
3. 高麗時代
4. 朝鮮時代
5. 日帝時代와 大韓民國臨時政府 以後

III. 死刑制度存廢에 관한 一般的 理論

1. 刑罰의 理念的·時代的 側面에서의 死刑制度
2. 死刑制度의 存廢論
 - 1) 死刑制度의 存置論
 - (1) 死刑制度의 存置論者
 - (2) 死刑制度 存置論의 論據
 - 2) 死刑制度의 廢止論
 - (1) 死刑制度의 廢止論者
 - (2) 死刑制度 廢止論의 論據
 - 3) 結語

IV. 우리나라 死刑制度의 違憲性 與否

1. 死刑制度自體의 違憲性
 - 1) 生命權의 憲法上 根據
 - 2) 死刑制度의 違憲性 與否에 관한 學說
 - (1) 合憲說
 - (2) 違憲說

- 3) 憲法裁判所 見解
- 4) 大法院 見解
- 5) 結語
2. 死刑制度 施行上の 違憲性 與否
 - 1) 死刑과 比例의 原則
 - 2) 死刑과 平等의 原則
 - 3) 死刑의 恣意性
 - 4) 絶對的 死刑(命令的 死刑)의 問題
 - 5) 死刑執行方法의 違憲性 與否
- V. 우리나라 死刑執行 現況
 1. 年度別 死刑執行 現況
 2. 發生事件 및 死刑執行 現況
 3. 罪名別 現況
 4. 犯罪動機別 現況
 5. 犯罪者 學歷別 現況
 6. 職業別 現況
 7. 罪名別, 年齡別 現況
 8. 地域(本籍)別 現況
 9. 血液型別 現況
 10. 宗教別 現況
 11. 結語
- VI. 우리나라 死刑制度의 改善方向
 1. 死刑廢止에로의 指向
 - 1) 時機尙早論의 立場
 - 2) 廢止에로의 指向
 2. 死刑의 漸進的 廢止
 - 1) 死刑犯罪의 縮小
 - 2) 思想犯 · 政治犯에 대한 死刑의 廢止
 - 3) 死刑의 試驗的 廢止의 고려
 3. 死刑制度의 改善方案
 - 1) 諸般 刑事制度의 改善

2) 死刑執行猶豫制度

3) 死刑廢止國에 있어서의 代替刑制度

VII. 結 論

*參考文獻

*表의 目次

- 표1. 年度別 死刑執行 現況
- 표2. 發生事件 및 死刑執行 現況
- 표3. 罪名別 現況
- 표4. 犯罪動機別 現況
- 표5. 犯罪者 學歷別 現況
- 표6. 職業別 現況
- 표7. 罪名別, 年齡別 現況
- 표8. 地域(本籍)別 現況
- 표9. 血液型別 現況
- 표10. 宗教別 現況

〈국문초록〉

刑罰의 역사는 死刑의 歷史라고 말할 수 있다. 이것은 死刑이 인류의 역사와 함께 존재하였다는 의미이며 刑罰 중에서 가장 중요하고 엄숙한 것이라는 것을 의미한다. 死刑은 犯罪人의 생명을 박탈함으로써 그 사회적 존재를 영구히 말살하는 것을 내용으로 하는 刑罰이다. 또한 死刑은 刑罰 중에서도 생명을 박탈한다는 점에서 生命刑이라고 하며, 성질상 가장 중한 刑罰이란 점에서 極刑이라고도 한다. 일반적으로 刑罰의 目的은 應報, 一般豫防 내지 犯罪抑止 및 特別豫防 내지 改善이라고 말한다. 따라서 死刑도 刑罰의 본질상으로는 犯罪人의 생명을 박탈함으로써 일반인들의 極刑에 해당되는 犯罪行爲를 抑止하여 극악한 犯罪로부터 국가·사회를 防衛하려는 것이다. 그러나 死刑은 死刑의 極刑性·最後性·原狀回復不可能性으로 인하여 人間性에 대한 尊嚴과 價値, 人權意識의 高揚 및 人道主義情神과 더불어 刑事政策的 차원에서 刑罰制度의 存廢問題 및 그 違憲性 與否가 끊임없이 제기되어 왔다.

死刑을 刑罰로서 규정하고 있는 우리나라도 역시 死刑制度의 違憲性 與否가 중요한 憲法的 爭點이 되고 있다. 死刑制度의 違憲性 與否의 問題는 국가권력에 의한 개인의 基本權 制限의 範圍, 刑罰의 目的, 死刑代替刑罰可能性, 死刑의 犯罪抑止效果, 誤判의 危險性, 憲法規範과 관련하여 논의되고 있다. 따라서 本 研究의 目的은 우리나라의 死刑制度를 歷史的 視點에서 고찰하여 보고, 死刑制度自體의 違憲性 與否에 관하여 生命權의 憲法上 根據를 개관한 후, 憲法 제10조와 제37조 제2항과의 관계를 學說과 憲法裁判所 및 大法院의 判例를 통해 조명해 보며, 나아가 死刑制度自體가 合憲이라고 하여도 死刑制度 施行上의 違憲性 與否를 美聯邦大法院의 判例를 중심으로 하여 우리 憲法上 人間의 尊嚴性에 관한 제10조와 適法節次를 규정한 제12조 1항 및 基本權制限에 관한 제37조 제2항과 관련하여 살펴보기로 한다.

본 논문은 I 章에서는 序論을, II 章에서는 우리나라 死刑制度의 歷史的 考察을, III 章에서는 死刑制度 存廢에 관한 一般的 理論을, IV 章에서는 우리나라 死刑制度의 違憲性 與否를, V 章에서는 우리나라의 死刑執行現況을 분석하고, VI 章에서는 우리나라 死刑制度의 改善方向을 제시하고, VII 章에서 結論을 맺고자 한다. 이러한 우리나라의 死刑制度 자체에 대한 연구가 앞에서 언급한 바와 같이 여러 가지 圖表나 計量的인 分析 및 일반적인 死刑

存置論의 論據와 우리나라 死刑制度의 憲法上의 違憲與否를 憲法實體의 측면에서 比較·分析함으로써 科學的이고 實證的인 分析방법으로 本 論文을 전개시키고자 한다.

ABSTRACT

A study on the Historical Background of the Korean Capital Punishment System and Its Controversy over the Violation of Constitution.

Han, Yong-Soon

Department of Law

The Graduate School

Sunchon National University

Advisor : Professor. Kim, In Seon

It is no wonder that the history of penalty is to be called as that of the capital punishment, which means that the capital punishment is originated with history of mankind and is the most important thing of all penalties. The capital punishment as the deprivation of criminal's life is sure to erase eternally the social status of a criminal.

So the capital punishment has been called to be the life penalty or the maximum penalty. Generally the central aim of punishment can be said as retribution or general prevention or restraint of crime or judicious guidance.

As the death penalty is in essence to result in to deprive a man's life, its aim should be prevent general citizens from committing murder and to depend social community from any crimes. But because of characteristic of

the death penalty such as an extreme measure, the last measure and the restitution impossibility, the question of abolition or criticism on the unconstitutionality of the capital punishment system has been incessantly raised according to the dignity of a man, the humanitarianism and the exaltation of human rights under the criminal policy.

Also in our country which admits the capital punishment system as a criminal penalty, the question of unconstitutionality of the capital punishment system has been an important issue under the constitution. Such issues have been argued as the restriction scope of basic human rights by the government regulations, the aim of penalty, the possibility of substitute execution of the capital punishment, a possibility of danger of mistrial with the relation of the norms of constitution.

Accordingly this study is aimed to survey the historical background of the capital punishment system of Korea and the question on the unconstitutionality of the capital punishment under the constitutional context with the legal status of life and then to illuminate the connotation of the article 10 and the article 37-(2) of constitution with theories related and the cases of the Constitution Court and furthermore to research the question on unconstitutionality to the execution of capital punishment, if the capital punishment itself is constitutional, according to the article 10 of constitution related with the man's dignity and the article 12-(1) related with the lawful process and the article 37-(2) related with the restriction of basic rights according to the cases of Federal Supreme Court of America.

As mentioned above through the various diagrams as well as statistical inference, I would unfold my opinion on the reason of for being of the capital punishment system and the question on the unconstitutionality of the capital punishment system under the constitution of Korea in the attaching primary importance to the constitution by means of scientific and comparison and analysis.

I. 序論

1. 研究의 目的

刑罰의 역사는 死刑의 歷史라고 말할 수 있다. 이것은 死刑이 인류의 역사와 함께 존재하였다는 의미이며 刑罰 중에서 가장 중요하고 엄숙한 것이라는 것을 의미한다. 나아가 死刑은 가장 오랜 역사를 가진 刑罰로서 犯罪에 대한 간단하고 근원적인 응보 방법이며, 효과적인 일반예방방법이라고 강조되어 왔다.

死刑은 犯罪人의 생명을 박탈함으로써 그 사회적 존재를 영구히 말살하는 것을 내용으로 하는 刑罰이다. 또한 死刑은 刑罰 중에서도 생명을 박탈한다는 점에서 生命刑이라고 하며, 성질상 가장 중한 刑罰이란 점에서 極刑이라고도 한다.

일반적으로 刑罰의 目的은 應報, 一般豫防 내지 犯罪 抑止 및 特別豫防 내지 改善이라고 말한다. 따라서 死刑도 刑罰의 본질상으로는 犯罪人의 생명을 박탈함으로써 일반인들의 極刑에 해당되는 犯罪行爲를 抑止하여 극악한 犯罪로부터 국가·사회를 防衛하려는 것이다.

그러나 死刑은 死刑의 極刑性·最後性·原狀回復不可能性으로 인하여 人間性에 대한 尊嚴과 價値, 人權意識의 高揚 및 人道主義情神과 더불어 刑事政策的 차원에서 刑罰制度의 存廢問題 및 그 違憲性 與否가 끊임없이 제기되어 왔다.

세계 각국의 死刑制度에 관한 立法例를 보면, 독일처럼 死刑制度를 廢止한다거나, 死刑制度가 존속하는 동안이라도 브라질·인도네시아·이스라엘 등과 같이 死刑制度의 範圍를 축소시키는 방법, 벨기에처럼 明文으로 死刑制度를 규정하되 현실적인 시행은 억제하는 방법, 중국처럼 일정기간 死刑의 執行을 留保한 뒤 그 기간이 지나면 無期刑으로 전환하는 등 死刑執行을 제한하는 방법, 스위스 軍刑法처럼 死刑宣告에 법관의 전원일치를 요구하는 등 死刑宣告를 제한하거나 폐지하는 경향으로 나아가고 있다.

이와 같이 세계 각국의 입법사례는 死刑을 폐지한 국가가 106개국으로 死刑을 존치시키고 있는 89개 국가보다 약간 우세한 편이다. 死刑을 刑罰로서 규정하고 있는 우리나라도 역시 死刑制度의 違憲性 與否가 중요한 憲法的 爭點이 되고 있다. 死刑制度의 違憲性 與否의 問題는 국가권력에 의한 개인의 基本權 制限의 範圍, 刑罰의 目的, 死刑

代替刑罰可能性, 死刑의 犯罪抑止效果, 誤判의 危險性, 憲法規範과 관련하여 논의되고 있다.

따라서 本 研究의 目的은 우리나라의 死刑制度를 歷史的 視點에서 고찰하여 보고, 死刑制度自體의 違憲性 與否에 關於하여 生命權의 憲法上 根據를 開關한 後, 憲法 第10조와 第37조 第2항과의 關係를 學說과 憲法裁判所 及 大法院의 判例를 통해 조명해 보며, 나아가 死刑制度自體가 合憲이라고 하여도 死刑制度 施行上의 違憲性 與否를 美聯邦大法院의 判例를 중심으로 하여 우리 憲法上 人間의 尊嚴性에 關한 第10조와 適法節次를 규정한 第12조 1항 及 基本權制限에 關한 第37조 第2항과 關聯하여 살펴보고 또한 最近 10년간의 우리나라의 死刑執行現況을 分析·考察하여 보고 나아가 우리나라 死刑制度의 改善方向을 제시함으로써 生命絶對保護思想과 人道主義 見地에서 死刑制度 廢止의 公論化에 조금이라도 기여코자 하는데 本 論文의 目的이 있다.

2. 研究의 範圍 및 方法

死刑은 受刑者의 生命을 박탈하여 그 사회적 존재를 영구적으로 말살함을 目的으로 하는 刑罰이다. 그 本質이 生命의 박탈에 있으므로 生命刑이라고 하여 刑罰중에서 가장 중한 刑罰이란 점에서 極刑이라고 한다. 그러나 이러한 死刑制度가 이제까지 科學的인 연구나 實證的인 分析이 없이 刑罰의 本質을 應報로 보고 단순히 死刑을 存置해 왔던 것이 사실이다. 따라서 本 논문은 I 章에서는 序論을, II 章에서는 우리나라 死刑制度의 歷史的 考察을, III 章에서는 死刑制度 存廢에 關한 一般的 理論을, IV 章에서는 우리나라 死刑制度의 違憲性 與否를, V 章에서는 우리나라의 死刑執行現況을 분석하고, VI 章에서는 우리나라 死刑制度의 改善方向을 제시하고, VII 章에서 結論을 맺고자 한다.

이러한 우리나라의 死刑制度 자체에 對한 연구가 앞에서 언급한 바와 같이 여러 가지 圖表나 計量的인 分析 及 일반적인 死刑存置論의 論據와 우리나라 死刑制度의 憲法上의 違憲與否를 憲法實體의 측면에서 比較·分析함으로써 科學的이고 實證的인 분석 方法으로 本 論文을 전개시키고자 한다.

II. 우리나라 死刑制度의 歷史的 考察

1. 古代社會

우리나라의 고대법은 사료가 많지 않아 정확히 알 수는 없지만, 고대 고조선시대부터 삼한시대까지 형사법제로는 고조선 8조금법이 있는데, 이중 현존하는 3개 조문에는 [相殺以當時償殺, 相傷以穀償, 相盜者男沒入爲其家奴, 女子爲婢, 欲自贖者, 人五拾萬]라고 명규되어 있어 殺人者는 死刑에 처하도록 규정하고 있다. 이는 죽음에 대하여 죽음으로 갚는다는 고대사회공통의 Talio 사상을 엿볼 수 있다.¹⁾

夫餘의 형사제도는 고조선과 비슷하여 殺人者는 死刑에 처하고, 그 가족을 노비로 삼았으며, 남녀간음자와 질투를 한 부인은 모두 死刑에 처하였다. 또한 東濊의 형사제도도 고구려 초기의 刑罰에 영향을 받아 殺人者에 대해서는 死刑에 처하였다. 그밖에도 삼한시대의 경우에는 상고시대의 공통된 法俗에 의하여 그 사회의 질서를 유지하는 통치수단으로 삼았으며, 특별히 성문화된 법규는 없었던 것으로 보인다.²⁾

이와 같이 우리나라 고대사회에서는 형법전이 따로 존재하였던 것이 아니고, 法俗이나 不文律으로써 그 사회의 질서를 유지하였고, 신앙적 禁忌가 법이라는 의식을 가져 이를 위반한 자는 응보로써 참혹한 보복을 받게 되거나 극형으로 다스려 통치의 수단으로 이용하였다.³⁾

따라서 고대의 형사제도는 불완전하지만 공刑罰이었으며, 死刑에 해당하는 犯罪는 기록상 살인·간통·투기 등이었으며, 同害報復思想(Talio 思想)에 입각하여 刑罰을 과한, 일반적으로 엄격한 刑罰제도였다고 볼 수 있다.

2. 三國時代

삼국은 대체로 唐律의 영향을 받아 모방된 형사제도로 사회질서를 유지하면서 백성

1) 李基白, 「韓國史新論」, 一潮閣, 1972, p.29; 鄭鳳輝, “韓國刑罰制度의 史的考察”, 成大論文集 제7집, 1962, p.166.
2) 李基白, 前掲書, p.39; 吳道基, “韓國刑法史”, 「刑事法講座 I」, 博英社, 1981, p.21.
3) 吳道基, 前掲書, p.38.

을 통치했던 시대라 할 수 있으며, 이 시대에는 私刑罰權이 국가적 公刑罰權으로 흡수됨에 따라 재판도 민중재판으로부터 국가가 관장하게 되었다. 따라서 삼국은 공히 부족국가의 형태에서 고대국가의 체제를 형성하여 형사제도에도 상당히 발전된 시대이다.

1) 高句麗

高句麗가 고대국가의 체제를 갖추게 된 것은 제6대 太祖王 시대로 형법 역시 준엄하여 犯罪도 적었음을 알 수 있다.⁴⁾

구당서동이전 고구려조에 의하며, [其刑法謀反者, 則集衆持火炬競灼之, 爛備體, 然後斬首]라고 하여 모반자에 대해서는 일반예방을 위하여 육형과 死刑을 병과하였음을 알 수 있다. 이처럼 엄격한 법률체도가 시행되어 死刑에 해당하는 犯罪로는 모반자뿐만 아니라 반역자, 군형법으로 성을 지키다가 적에게 항복하고, 戰陣에 임하여 패배한 자는 참형에 처하는 守成降敵·臨陣敗北罪가 있었으며, 살인·강도·강간 犯罪자 등에도 死刑을科하였다.⁵⁾

刑罰로는 火刑, 戈屍刑, 族刑, 奴婢刑, 賠償刑 등이 있었다. 이와 같이 고구려 형법은 준엄하였음을 알 수 있다.

2) 百濟

百濟의 형사제도는 당률의 영향을 받아 고구려와 비슷했다. 백제의 형률을 보면 周書異代傳과 北史에 [百濟刑法, 反叛退軍及殺人者斬]이라 하여 모반, 퇴군 및 살인자는 참형에 처하였으며, 赦免制度가 있었던 것으로 보인다.⁶⁾

그리고, 백제의 刑罰로는 斬刑, 流刑, 財産刑, 族兄, 奴婢刑, 終身禁錮刑 등이 있었다.

3) 新羅

新羅의 형사제도는 법흥왕 7년(520년)에 율령을 반포하고 근대적 법률의 형태를 갖추었으나, 신라초기에는 刑罰의 내용으로 보아 고대국가의 특색을 면치 못하였다.

眞德王 5년(651년)에는 左理方府라는 사법기관을 설치하여 율령에 관한 업무를 관

4) 吳道基, 前揭書, p.23; 李熙鳳, “韓國法制史”, 『韓國文化史大系』, 고려대학교 민족문화연구원, 1979, p.196; 吳道基, 前揭書, p.38.

5) 李熙鳳, 前揭書, p.196.

6) 李熙鳳, 前揭書, p.197; 變太燮, 『韓國史要論』, 三英社, 1973, p.81.

장하게 하였다. 增補文獻備考에 의하면, 제13대 味鄒王 5년(266년)의 훈령에 [尊毆卑, 非鬪也, 減死論]이라는 규정이 있다. 이것은 살인죄에 관한 예외규정으로서 존속이 직계비속을 구타하는 것은 싸움으로 볼 수 없으니, 그 죄를 감하여 死刑에 처하지 말라고 한 것으로 보아 그 당시 살인죄로 死刑에 처하고 있었음을 알 수 있으며, 사면제도와 감면제도가 있었던 것으로 보인다.⁷⁾

刑罰로는 삼족을 멸하는 族刑, 車裂刑, 四支解刑, 棄市刑, 사망한 후에 그 시체를 절단하는 戮屍刑, 斬刑, 자결을 명령하는 自盡刑, 流刑, 徒刑, 杖刑, 笞刑 등이 있었다.

삼국시대의 死刑을 평가한다면, 종래의 死刑벌에서 공刑罰로 진화하면서 국가의 사법제도가 체계화되어 갔으나, 고대 서구刑罰법이 그러하듯이 당시의 刑罰은 국가적인 사법확립에 너무나도 편중하였기 때문에 그 刑罰은 여전히 威嚇的·專斷的이었으며, 그 행형도 死刑·體刑을 주로 한 잔혹무비한 것이었다. 특히 이러한 점은 국가에 대한 모반과 군법위반 등에서는 현저하였다.⁸⁾

3. 高麗時代

高麗王朝는 唐의 영향을 받아 諸제도의 분야에서 唐制를 계수하여 14세기에 관료제도를 확립한 중앙집권적 전제왕조이며, 가부장적 계급사회였다. 따라서 고려의 형틀인 고려율은 당율을 채택하여 고려조의 실정에 맞도록 성안되고, 그 후 시대의 변화에 따라 왕조의 判旨와 教旨가 첨가되어 시행되었다.

그런데 고려율은 제13장 72개조로 되어 있고, 刑罰제도는 당율의 오형을 계수하여 고려율의 각예조에는 笞·杖·徒·流·死의 오형이 있었다. 死刑의 방법으로는 絞와 斬의 두 가지가 법정형으로 고정되어 있었으며, 모두 贖銅 1백근으로 대신할 수 있었다.⁹⁾

고려시대의 死刑에 해당하는 犯罪로는 왕실의 권위 및 국가질서를 침해하는 행위와 가부장적 가족질서를 침해하는 행위가 대종을 이루고 있다. 그리하여 모반·대역의 죄를 범한 자는 모두 참하고 犯罪자의 부 및 16세 이상의 자는 모두 교수형에 처하였다.

7) 吳道基, 前掲書, p.24; 李熙鳳, 前掲書, p.198; 權仁鎬, 『行刑史』, 國民書館, 1973, p.304.

8) 鄭鳳輝, 前掲書, p.171.

9) 李熙鳳, 前掲書, pp.200~201; 鄭鳳輝, 前掲書, p.171.

또한 가부장제에 배치되는 悖倫行爲에 대하여 엄벌을 가하였으며, 패륜범은 당율에 준하여 大惡¹⁰⁾이라 해서 사면도 하지 않았다.

이외에도 공갈로 사람의 재물을 20필 이상 취한 수괴는 역시 死刑에 처하였으며, 고의로 방화한 자는 일정한 조건하에서 死刑을 과하였다. 그밖에는 奸非라 하여 도덕적 청결을 침해하는 경우에도 엄격하게 처벌하여 死刑에 처하는 경우가 많았다.

이와 같이 고려시대에는 많은 犯罪에 대하여 死刑을 규정하고 있기는 하지만, 고려의 형제는 비교적 합리적인 균형을 지켜왔고, 민권에 대한 최소한의 보장이 왕권에 의해 취해졌다는 점에 특색이 있다고 하겠다. 그 이유는 고려왕조의 통치이념이 불교에 입각한 인도주의적 입장과 선진전제왕국인 당율을 계수하여 시행하였던 점에서 찾아볼 수 있다.¹¹⁾

신중을 기하였다. 또한 사면제도가 있어 死刑수가 사면을 받을 경우 참죄는 무인도로, 교죄는 유인도에 유배되었으며, 여기에 脊林刑이 병가되는 것이 보통이었다.¹²⁾

그러므로 고려시대 형률은 삼국시대에 비하여 죄종은 물론 그 형량 내지 처벌방법에 있어서 훨씬 정비되었음을 알 수 있다.¹³⁾

그러나 고려시대 형률은 전제왕권을 확보하기 위하여 백성을 威嚇하고 통치권을 행사하기 위한 목적이었기에 死刑제대에 대한 근원적인 고찰은 없었으며, 형률의 성격도 단순히 應報나 威嚇의 차원이었고, 또한 死刑제도도 전제왕국 내지 왕권보호의 목적하에 운용되었다는 점에서 서구 중세법의 특징을 벗어날 수 없었다고 본다.

4. 朝鮮時代

朝鮮王朝가 봉건왕국으로 왕국이 전제적 입법권을 가지고 있었으며, 계급적 신분제도와 가부장중심의 유교적 倫序關係를 기초하여 왕조초기에는 중국의 대명률과 원율 및 우리 고유형법을 조선왕조 실정에 맞게 수정 또는 보완하여 백성을 통치하고 질서를 유지하는 도구나 수단으로 법을 적용하였다.¹⁴⁾

10) 大惡이란 周親이 되는 尊長外祖父母, 夫婦의 父母, 伯父母, 外祖父母, 堂刑, 兄의 妻 및 夫의 弟妹, 夫로서 妻를 殺害하거나 傷에 이르게 하는 것을 말한다.

11) 吳道基, 前揭書, p.25.

12) 辛虎雄, “高麗刑法史研究”, 東國大學校 博士學位論文, 1986, p.237.

13) 鄭鳳輝, 前揭書, p.178.

그리하여 조선시대는 중국의 대명률을 모방한 經國大典(1471년)과 大典會通(1865년)을 제정하여 명률은 조선형법의 보통법으로서, 그리고 조선의 형법은 특별법의 지위에 있었다고 할 수 있다. 따라서 대명률은 조선왕조의 전기를 통하여 기본적인 형사법의 역할을 하였다.

사법기관으로 중앙에 法司(刑曹, 司憲府, 義禁府, 漢城府, 掌隸府)가 재판을 관장하였고, 지방에서는 관찰사와 수령이 각각 그 관할구역 내에서 일정한 犯罪에 대해 사법권을 행사하였다. 그밖에 獄囚管掌을 전담하는 典獄署가 있었다. 위의 사법 중 순수한 사법기관은 형조·의금부이고, 타관부는 각기 고유한 직무에 관계있는 범위 내에서 사법권을 겸유하였다.¹⁵⁾

死刑이 과해지는 犯罪유형을 살펴보면, 먼저 왕권·왕실권위에 대한 침해와 가부장적 가족질서를 파괴하는 행위를 들 수 있다. 이는 조선왕조가 왕을 중심으로 한 관료적 중앙집권국가이며, 유교사상에 입각한 가부장적 가족제도를 기반으로 한 계급사회였기 때문이었다. 따라서 왕권·왕실에 대한 침해 내지 도전행위는 예외없이 死刑로 처형되었으며, 주범과 종범을 불문하고 陵遲處斬하였을 뿐만 아니라 삼족을 멸할 정도로 그 처벌에 관한 범위의 폭은 광범위하였다. 관리의 犯罪에 대해서는 비교적 관대한 것이 봉건시대의 형률이지만, 臣民을 보호한다는 의미에서 관리가 私怨으로 무지한 사람을 囚禁하여 致死케 한 경우에는 絞刑에 처했고, 그 외에 관리에 대한 犯罪는 致傷의 정도에 이르면 각각 참형 또는 교형에 처했다. 또한 강간의 경우나 일정신분에 있는 양처와의 간음, 婢夫의 상전에 대한 간음, 사족에 속하는 여인에 대한 간음미수와 관녀의 간통 등도 모두 극형에 처하고, 부모·조부모에 대한 罵詈, 노비의 가장에 대한 매리 등도 역시 극형에 처하여 신분형의 특색을 잘 보여주고 있다.

또한 강도는 수종을 불문하고 극형에 처했으며, 절도범이 현장에서 물주가 포착하려 할 때 항거하거나 사람을 살해한 경우에도 참형에 처하고, 절도의 삼범과 국경외에서의 절도 등도 교형에 처했다. 그리고 夫權優位의 표현으로 처가 부를 구타한 경우, 篤疾이 되는 경우, 치사케 한 경우에도 死刑에 처했으며, 부가 처를 구타한 경우에는 처의 경우보다 감경하였다. 誣告의 경우는 反座法이 적용되어 피무고인이 死刑로 처형

14) 吳道基, 前揭書, p.35.

15) 徐壹教, 「朝鮮王朝刑事制度의 研究」, 博英社, 1974, p.10.

된 경우 역시 死刑에 처했다.¹⁶⁾

조선시대의 死刑방법은 주로 교수형¹⁷⁾과 참수형¹⁸⁾이었으며, 이와 전혀 다른 死刑의 특수형태인 陵遲處死¹⁹⁾와 梟首²⁰⁾ 및 棄市²¹⁾가 있었고, 왕명으로 독약을 마시게 하여 죽이는 賜死가 있었다.

死刑의 집행에는 待時決行과 不待時決行의 두 가지 종류가 있었다. 즉, 일반사수에 대해서는 추분 이후, 입춘 이전의 때를 기다려서 死刑을 집행하는 대시결행을 원칙으로 하였고, 예외적으로 십악의 죄를 범한 死刑수와 강도범을 死刑할 때에는 때를 기다리지 않고 즉시 死刑을 집행하는 이른바 불대시결행이 있었다.²²⁾

한편, 조선왕조말기의 형법에서는 개국 503년(1894년) 12월 27일 훈령으로 “凡大群之處斬 陵遲等刑律自令廢止 法務行刑 只用絞軍律行刑只用砲”라고 하여, 능지형과 참형을 폐지하고 범무의 행형에 있어서는 絞刑, 軍律에서는 砲刑으로 정했으며, 建陽元年(1896년)의 명률 각례에는 死刑은 絞로 하였고, 光武9년(1905년)에는 형법대전 제94조에서 死刑은 絞로 한다고 규정하였다.²³⁾

조선왕조의 형법은 동일한 犯罪에 대해서도 尊長과 卑幼, 士族과 常民, 奴婢와 性別 등 사회적 계층과 신분에 따라 양형을 달리한 신분형법적 특색을 지니고 있었다. 또한 刑罰에 있어서도 고려시대와는 달리 유교이론에 입각하여 刑罰은 가혹한 엄벌주의였으며,²⁴⁾ 집행방법도 綠坐刑·陵遲刑·梟首刑·棄市刑 등 전근대적·전제주의적·威嚇主義的 요소를 많이 지니고 있었으며, 특히 범외의 拷問이 인정되었다.

이와 같이 조선왕조형법은 인명으로 존중하고 형을 세분화한 과학적·합리적 면을

16) 徐壹教, 前揭書 p.11.

17) 絞首刑이란 목을 졸라매어 숨을 단절시키는 것으로 시체는 분리과열되지 않아 斬刑에 비하여 경한 형으로 취급되었다.

18) 斬首란 칼로 목을 베어 죽이는 刑罰이다.

19) 陵遲處死(陵遲處斬)란 범인의 머리, 양팔, 양다리, 몸체를 찢어 각지로 보내 여러 사람에게 보이거나 신체의 특정된 數個處에 칼질하여 상처를 내고 목을 베는 刑罰로서 주로 謀反大逆罪, 親父母殺人罪와 같은 反道德犯에 적용되었다.

20) 梟首란 참수 후 머리를 竿頭에 매달아 여러 사람에게 보이는 刑罰을 말한다.

21) 棄市란 참형에 처하되 집행장소를 사람이 많이 보이는 시장으로 한 다음 시체를 길거리 에 버리는 刑罰을 말한다.

22) 徐壹教, 前揭書, p.417.

23) 鄭鳳輝, 前揭書, p.191.

24) 吳道基, 前揭書, p.36.

지냈다고 할 수 있으나, 오늘날과 같이 개인의 자유와 권리를 보장하기 위해서가 아니라, 백성을 威嚇하는 무기이고, 통치하는 수단으로써 보호적 기능을 가지고 있었다. 특히 死刑에 해당하는 犯罪가 광범위하고 계급사회의 특색에 따른 신분형이 많고, 봉건 전제국의 전통에 따라 왕가에 대한 犯罪만을 엄하게 처벌한 점도 하나의 특색이라 할 수 있다.

5. 日帝時代와 大韓民國臨時政府 以後

우리나라에 서양형법이 계수된 것은 1910년 한일합방 후 1911년 조선총독부 제령 제11호 [朝鮮刑事令]으로 일본형법을 依用하게 되면서부터이다. 동법은 명치 40년 4월 23일 법률 제45호, 1921년 법률 제77호로 개정·공포·시행된 것으로 총 240조에 이르렀으며, 동시행령 외 23종의 관계법이 일제시대의 형법전의 근간을 이루었다.²⁵⁾

그러나, 이 시대에는 死刑제도가 일제체제를 유지하기 위한 수단으로 死刑이 과하여졌다. 즉, 동법은 천황 등 황족에 대한 犯罪, 내란·외환 등의 정치적 犯罪와 방화 등의 사회적 犯罪, 살인·존속살인·강도살인 등의 개인적 犯罪에 대하여 死刑을 과하는 등 법조문은 16개조에 달하였다. 특히 이 시대의 死刑제도는 일제체제를 유지하기 위한 수단으로 정치범들에게 死刑이 과하여져 수많은 애국지사 내지 독립운동가들이 목숨을 잃었으며, 死刑집행방법은 교수형으로 일원화되었다. 이에 따라 대한민국 임시정부에서는 死刑제도의 악용을 없애기 위해 헌장 제9조에서 死刑폐지를 규정하였다.²⁶⁾

해방후 동법은 미군정령에 의해 계승되었으며, 현행 형법전은 1953년 3월 19일 법률 제293호로서 제정·공포되었으나, 군국주의적 성격이 강하게 작용했던 일본의 개정형법 가안을 무분별하게 답습한 결과 死刑에 관한 규정이 많았다.

외국의 경우 死刑犯罪의 종류와 범위가 계속 축소 내지 폐지되어가는 경향이지만 우리의 경우 형법의 개정·특별법의 제정·공포로 인하여 오히려 死刑犯罪의 종류가 증가되어 오늘에 이르고 있어 인도주의 입장에서 死刑제도의 위헌성 여부가 끊임없이 논의되고 있는 실정이다.

25) 吳道基, 前掲書, p.32.

26) 金榮秀, 「大韓民國臨時政府憲法論」, 博英社, 1980, pp.86~87.

III. 死刑制度存廢에 관한 一般的 理論

1. 刑罰의 理念的·時代的 側面에서의 死刑制度

근대이전 고대 서구사회에서는 Talio 사상, 즉 同害報復思想이 지배적이었으며, 그 결과 死刑이 일반적인 刑罰제도로 이용되었다. 더구나 死刑은 실제에 있어서는 엄격한 Talion의 원칙 위에 본능적인 복수의 감정까지 겹쳐서 시행되었으며, 死刑방법도 잔혹하게 강구되었다.²⁷⁾

이 시대의 대표적인 법전은 함무라비 법전인데, 이 법전에서는 살인, 강도, 절도 등의 犯罪에서 간음에 이르기까지 광범위하게 死刑을 인정하고 있으며, 死刑집행의 방법도 여러 가지의 잔인한 방법들이 다양하게 사용되고 있음을 전하고 있다. 이러한 경향은 그 이후 근대에 이르기까지의 중세에 있어서도 봉건시대의 정치적 영향하에서 사형 집행은 여전히 중요한 형벌로서 자리하고 있었음은 주지의 사실이다.

그리고 근대 이후의 前期古典學派의 시기에 와서야 啓蒙思想과 人道主義思想 경향으로 당시의 가혹한 刑罰제도에 대하여 비판을 가하고 전면적인 刑罰제도의 개선을 요구하게 되었다. 따라서 전기고전학파의 실제적인 死刑의식은 당시의 비합리적이고 가혹한 刑罰제도를 폐지하고 합리적이고 인도적인 刑罰제도를 수립하는 것이었다.

이와 같은 刑罰제도의 개선을 위한 이론적 근거가 된 것은 바로 사회계약설이었다. 본래 사회계약설은 국가·사회성립의 기초가 군주의 절대성 그 자체에 있지 않고, 사회구성원들의 계약에 있다고 함으로써 근대 시민민주주의 성립에 사상적 근거가 된 정치이론이었다. 그 결과 사회계약설은 당시 개혁적 지식인들 사이에서는 새로운 이론으로 풍미되었으며, 전기고전학파의 이론가들도 사회계약설을 근거로 刑罰권의 본질과 刑罰의 내용 및 한계를 재점검하였으며, 나아가 당시의 가혹한 刑罰을 타파하려고 하였었다.²⁸⁾

베카리아는 맨 먼저 사회계약사상을 형사정책과 刑罰이론에 도입하여 刑罰제도를

27) 金仁善, “우리나라 死刑制度의 歷史的 考察과 그 違憲性 與否”, 법무부 교정 제43권, 2000. 3, p.13.

28) 李壽成, “刑罰의 이념적 맥락에서 살펴본 死刑제도”, 「死刑제도의 이론과 실제」, 가치, 1989, pp.11~23 참조.

개혁하려고 하였으며, 그는 刑罰이란 일반예방의 목적을 가지고 가능한 최소한도로 행사되어야 한다고 주장하였다. 그리하여 베카리아는 死刑은 일반예방이라는 刑罰의 목적달성에도 불필요하고 또한 국가의 권리일 수도 없으며, 굳이 의미를 붙이자면 ‘국가가 시민에게 선언하는 하나의 전쟁’에 불과하다 하여 死刑폐지를 주장하였었다.²⁹⁾

그리하여 18세기 후반과 19세기초의 유럽에서는 베카리아에 의해 선도된 死刑폐지론이 다른 추종자들에 의해 보다 더 강화되어 당시의 死刑存置論 내지 死刑合理化論에 일대 타격을 가하는 등 커다란 반향으로 불러 일으켰다.

그러나 당시 유럽사회의 모든 지식인들이 死刑폐지론에 동참한 것은 아니다. 예를 들자면 장 자크 루소는 베카리아와 같이 사회계약설을 주장하면서도 死刑제도에 관해서는 死刑존치론을 견지하였다.

이렇게 보면 사회계약설을 바탕으로 하더라도 사회계약의 범위와 한계를 어떻게 설정하느냐에 따라 死刑제도의 存廢에 대한 견해가 달라지게 되었다.

따라서 전기고전학파가 지배하였던 18세기 후반에서 19세기초의 유럽은 死刑폐지의 주장이 본격적으로 제시되었었고, 그 결과 死刑제도의 存廢에 대한 논의가 시작되었던 시기로 평가할 수 있다.³⁰⁾

근대 이후의 상황은, 後期古典學派 시기의 유럽은 시민민주주의가 정착되면서 절대군주체제와는 절연된 나뉠대로의 체제를 갖추게 되었다. 따라서 이 시기의 과제는 절대군주의 타파가 아니라 새로이 형성된 시민민주주의 체제의 유지와 변영이었다.

이러한 변화된 사상의 영향은 刑罰제도에도 미치게 되었다. 그리하여 전기고전학파가 刑罰의 人道化를 당면과제로 삼은 데 반하여, 후기고전학파는 사회의 질서확보를 당면과제로 삼았으며, 또한 양자는 사상적 출발점도 달랐다. 즉 전기고전학파가 개인주의적 자유주의 사상이 출발점인데 반하여 후기 고전학파는 1840년대의 프러시아 국가주의에서 연원하는 권위적 국가주의와 칸트, 헤겔의 관념론 철학을 바탕으로 깔고 있다.³¹⁾

그 결과 칸트와 헤겔은 刑罰을 응보의 일환으로 파악하고, 칸트는 도의적 刑罰론의

29) 李壽成, 前揭論文, p.13.

30) 李壽成, 前揭論文, p.14.

31) 李壽成, 前揭論文, p.15.

입장에서, 헤겔은 변증법적 논리를 통해 각각 死刑제도의 存廢를 주장하였다.

한편, 빅토르 위고는 휴머니즘의 발로로서 당시의 프랑스의 광범위한 死刑제도가 가혹한 死刑집행방법으로 보고 死刑폐지를 주장하였다. 나아가 위고는 「死刑은 공인된 사회적 犯罪이며, 病的 현상이다」라고 규정하였으며, 톨스토이도 인도주의 입장에서 死刑폐지를 주장하였다.

이렇게 볼 때, 후기고전학파의 이론이 번성하였던 19세기 유럽은 인도주의사상에 기저를 둔 死刑폐지론의 주장이 종전의 刑罰의 응보사상에 입각한 死刑제도 存置에 대하여 강하게 비판한 시기였다고 볼 수 있다.

근대 이후의 상황인 근대학파의 시기인 19세기말 유럽은 산업혁명을 통해 자본주의적 경제구조가 심화되면서 그 부작용으로 인하여 犯罪의 격증을 야기하게 되었다. 따라서 개인의 자유보장에 역점을 두고 형이상학적 차원에서 刑罰이론을 전개하였던 고전학파의 刑罰이론의 무력함이 노출됨에 따라, 당시의 시대상황을 타개하기 위하여 犯罪와 刑罰에 관한 새로운 이론의 필요성이 제기되었었는데, 이것이 바로 형법학상의 近代學派이다.

근대학파가 당시의 문제상황을 타개하기 위해 사용한 방법론의 관점은 실증적 과학주의였다. 즉, 犯罪의 원인을 실증적이고 과학적인 방법으로 탐구하여, 그 원인에 적합한 犯罪대책을 수립하여 궁극적으로 犯罪문제를 해결코자 하였다. 그리하여 도출된 刑罰이론이 바로 矯正主義理論과 社會防衛理論이다.

교정주의이론은 犯罪인 개인의 犯罪적 속성을 제거 내지 치료하여 犯罪인을 재사회화시킴으로서 犯罪인의 재범을 방지하자는 이론이며, 사회방위이론은 그래도 발생하는 犯罪에 대해서는 일반사회의 보호를 위해서 犯罪에 대한 강력한 刑罰을 강구하겠다는 이론이다. 따라서 교정주의를 중시하면 死刑제도의 폐지 내지 완화를 주장하게 되고, 사회방위주의에 의미를 부여하면 死刑제도의 존치를 주장하게 된다.

그리하여 형법이론학상 소위 근대학파의 시기에는 롬프로조, 페리 등 死刑존치론과 리프만, 리스트 등의 死刑폐지론이 똑같이 근대학파의 刑罰이론에 지지된 채 동시에 주장되었다고 볼 수 있지만, 인도주의정신의 입장에서 死刑제도의 폐지 목소리가 더 강하였다고 평가된다. 이하에서는 死刑제도의 일반적인 존폐론에 관하여 살펴보기로 한다.

2. 死刑制度의 存廢論

1) 死刑制度 存置論

(1) 死刑制度 存置論者

① 토마스 아퀴나스 (St. Thomas Aquinas, 1225~1274)

토마스 아퀴나스는 死刑의 存置를 이론적인 면에서 처음으로 주장한 중세의 스콜라 철학자이다.³²⁾ 이탈리아의 중세 카톨릭교회의 최대 신학자였던 그는 당시 강하게 주장되었던 死刑의 반대론에 대하여 아리스토텔레스의 사상체계를 카톨릭 신학에 결부시켜 刑罰에는 응보적 성격이 있다면서 死刑의 타당성을 주장하였다.³³⁾ 그는 「사람을 죽이는 것은 그 자체로 악이긴 하지만, 犯罪인을 죽이는 것은 야수를 죽이는 것과 마찬가지로 선한 것이다. 왜냐하면 犯罪인(악인)은 야수보다 악하고 유해하기 때문이다」³⁴⁾라고 말하였다. 또한 그는 법을 「공동체의 관리를 담당하는 자에 의하여 제정되어지고 공포되어진 것으로 이성에 의한 공동선을 향한 얼마간의 秩序」라고 하며,³⁵⁾ 「公共의 선은 어느 사람의 개인적 선보다 한층 더 선하다. 따라서 개인적 선은 공공의 선을 수호하기 위해 제거되어야 한다. 그런데 흉악한 인간의 생존은 인간사회의 일치라는 공공의 선을 해치므로 이와 같은 인간은 死刑에 의하여 인간사회에서 제거되어야 한다」³⁶⁾고 주장하면서 「국가의 평화가 교란되지 않기 위해서는 국가의 위정자가 흉악한 인간에게 死刑을 집행한다는 것은 정당하며 죄가 아니다. 단 死刑은 국가적 질서의 방위를 위하여 이용된 것이므로 국가의 복지에 대하여 배려할 책임을 갖는 국가의 위정자만이 그 科刑의 권한을 갖는다」³⁷⁾라고 하였다.

이와 같이 토마스 아퀴나스는 犯罪방지의 목적으로 死刑을 합리화하기 위해서 死刑

32) 토마스 아퀴나스는 刑罰로서 육체의 절단을 정당하다면서 그 이론의 근거로서 ①대죄의 경우, 死刑되는 경우가 있다. ②그 정도 무겁지 않은 죄를 범한 경우에는 생명의 전부를 빼앗지 않고 일부만 빼앗는다. ③경죄의 경우에는 자유만이 박탈된다는 것이다 (Summa Theologica, II, qu, 65; ヨバルト/ 金澤文雄, 「法と道德」, 1973, p.116).

33) 大塚仁, 『刑法概説(總論)』, 有斐閣, 1963, p.12.

34) Elorsky, Philosophical Perspectives on Punishment, State University of New York, 1972, p.135; 李壽成, 前掲論文, p.10.

35) 정용우, 「새 법사상사」, 삼진사, 1988, p.89.

36) 三原憲三, 「現代に死刑す必要か」, 第三文化社, 1988, p.40.

37) 金澤文雄, “聖トマス・アキノスの刑罰思想”, 木村博士還曆祝賀「刑事法學の基本問題(上)」, 1958, pp.199~200 이하 참조.

의 이론적 근거를 공공의 복지 내지 국민의 질서 있는 평화추구에 있다고 보았다.

② 마르틴 루터 (Martin Luther, 1879~1962)

마르틴 루터는 중세의 종교적 분위기에 힘입어 신의 이름으로 死刑을 정당화하려고 하였다. 즉, 그는 死刑을 집행하기 위해 칼을 사용하는 것은 신에 대한 봉사라면서 「칼을 휘둘러 살육하는 손은 이미 인간의 손이 아니라 하느님의 손이고, 인간이 아니라 하느님이 교수하고 車裂시키며 참수하고 살육하고, 그리고 싸우는 것이다」라고 말하며 死刑을 긍정하였다.³⁸⁾ 그는 특히 농민전쟁문서에서 포로나 항복한 자의 경우는 死刑을 과할 수 없지만, 「마치 미친 개에 대하는 것처럼 그들을 찢러 죽이고 때려죽이십시오. 그것은 이들 농민들에 의해 파면당한 사람들에게 은혜를 보이며 평화와 안전을 유지하기 위한 것이고, 하느님이 칼과 벌을 부과하는 직을 맡은 주관자에게만 처벌권이 있으나, 폭동의 경우에는 누구든지 자신이 재판관, 死刑집행인이 되어 폭도를 죽여도 정당합니다」라고 하였다.³⁹⁾

③ 루소 (Jean Jacques Rousseau, 1712~1778)

중세에 있어서는 死刑을 지지하는 견해가 지배적이었지만 18세기의 박애주의사상의 영향으로 루소는 1762년 그의 저서 『社會契約論』(Du Contract Social)에서 그의 死刑論을 피력하고 있다. 그는 사회계약설의 입장에 있지만, 로크와 베카리아와는 달리 死刑존치의 입장에 서 있다. 그는 사회계약론에서 「사회계약은 그 계약당사자들의 생명보전을 목적으로 한다. 그런데 이 수단은 위협과 무관할 수 없는 것이고 때로는 죽음까지 따를 수도 있는 것이다. 개인의 희생으로 자기의 생명을 보전하기를 원하는 자는 필요한 경우 자기의 생명을 줄줄 알아야 한다. 犯罪인에게 과해지는 死刑도 이와 같은 관점에서 고찰할 수 있다. 즉 암살자의 희생이 되지 않기 위하여 우리들은 만약 자신이 암살자가 된 경우에는 死刑에 처하게 되는 것을 동의하여야 한다. 따라서 계약당사자의 안전을 목적으로 하는 사회계약은 우리들 자신의 생명을 처분하려 하기보다는 오히려 자신의 생명으로 보전하기 위해서라도 死刑을 긍정해야 한다」고 주장한다.⁴⁰⁾ 또한

38) 木村龜二, 「新憲法と刑事法」, 法文社, 1950, p.166.

39) 장남준 譯, 「世界思想大全集(루터33)」, 大洋書籍, 1972, p.312.

40) Jean Jacques Rousseau, "Du Contract Social ou Principes du Droit Politique", 1762 ; 竹田直平, "立法における死刑", 甲南法學 第1券 1號, 1960, p.46; 최석기 譯, 「社會契約論」(세계사상전집-루소25), 汎韓出版社, 1982, p.189.

루소에 의하면 「사회적 권리를 공격하는 犯罪인은 모두 그 犯罪의 경중에 따라 국가의 반역자나 배반자가 되는 그는 국가의 법률을 침해함에 따라 결국 국가에 대항하여 전쟁행위를 하는 것이 되므로 그 犯罪인과 국가는 양립할 수 없게 된다. 그러므로 국가가 犯罪인을 死刑에 처하는 것은 시민이라기 보다는 오히려 적으로서 처벌하는 것이다. 그리고 그를 재판에 부쳐 판결을 내리는 것은 그가 사회계약을 어겼다는 것, 따라서 이미 국가의 일원이 아니라는 증거요 또한 증언인 것이므로 그는 계약의 위반자로서 추방되든지 혹은 공공의 적으로서 死刑되든지간에 그 어느 쪽에 의하여서도 국가로부터 절단되지 않으면 안된다고 하여 死刑제도의 존치를 주장하였다.⁴¹⁾

이와 같이 루소의 견해는 자기생명을 보전하기 위해서 자기 생명을 희생할 가능성만을 언급하는 것이기 때문에 死刑제도가 사회계약과 모순되는 것이 아니며, 사회계약상 死刑이 가능할 뿐만 아니라 정당한 것이라고 주장한다.⁴²⁾ 그러나 루소는 상호의 생명을 존중해야 한다고 주장하면서 무제한의 死刑집행을 시인하지 않고 제한하였는데 이는 死刑에 의하여 어느 정도 犯罪를 억제할 수 있다는 사회방위사상이 전제되어 있다고 본다.⁴³⁾ 나아가 루소의 死刑긍정론은 영국의 자연법학자 로크(John Locke, 1632~1704)의 一般刑罰權에 대한 이론을 답습한 동시에 발전시킨 것이라고 할 수 있다.⁴⁴⁾

④ 칸트 (Immanuel Kant, 1724~1804)

칸트는 개인주의에 바탕을 둔 형이상학적인 自由意思論을 기초로 하여 절대적 應報刑論의 입장에서 그의 刑罰論을 전개하고 그 귀결로서 死刑을 결정한다.⁴⁵⁾ 칸트에 의하면 自由意思를 가지고 있는 인간은 도덕적 행위가 가능한데, 사회의 규약을 위반하여 개인의 자유를 침해하는 것은 스스로의 自由意志에 기초한 도덕적 결단의 결과이다. 따라서 그에 대해서는 도덕적 차원에서 책임을 부과하는 것이 가능하고도 당연하

41) 최석기 역, 前掲書, p.190.

42) 오영근, “死刑存廢 논쟁의 역사적 고찰”, 『死刑제도의 이론과 실제』, 까치, 1989, p.41.

43) 김영옥, “死刑제도에 관한 연구”, 전주대학교 박사학위논문, 1992, p.33.

44) 로크의 一般刑罰權에 관한 견해는 다음과 같다. 刑罰의 목적은 犯罪인의 개선(만약 가능하다면) 또는 死刑(개선이 불가능하다면)에 의한 사회의 안전을 도모함에 있다. 死刑을 과하는 것은 사자나 호랑이를 죽이는 것과 같다(Von Bar, “History of Continental Law”, 1916, p.409); 江家義男, “死刑論”, 早稻田法學12卷, 1970, p.10.

45) 李壽成, 前掲論文, p.16.

며 이에 기초하여 가하는 것이 刑罰이다. 따라서 순수한 법적 이성의 입장에서 법률 내지 刑罰을 實踐理性이 요구하는 지상명령, 즉 어떤 목적과도 관계없는 정의의 명령이라 하고, 犯罪는 자유의사를 가진 자의 道德律에 반한 행위이기 때문에 이에 대한 刑罰은 필연적인 응보라고 하겠다. 말하자면 刑罰은 犯罪자나 시민사회를 위하여 어떠한 선을 촉진하는 수단으로 과하는 것이 아니고 다만, 犯罪자가 도덕률에 반하여 죄를 범했다고 하는 이유만으로서 균형의 원리에 따라서 과해야 한다는 것이다.⁴⁶⁾

이리하여 개인주의 내지 인격주의를 그 철학적 바탕으로 삼고 인격에 대한 무한한 존경의 표현으로 「생명에 대해서는 어떠한 等價物도 존재할 수 없다. 때문에 사람을 살해한 자는 死刑에 처하지 않으면 안 된다」고 하였다.⁴⁷⁾ 뿐만 아니라 칸트는 정의의 실현을 절대절명의 명제로 보았기 때문에 정의실현의 수단인 刑罰 역시 어떠한 경우에도 반드시 실행되어야 한다고 주장하였다.⁴⁸⁾ 즉 어떠한 경우 심지어는 지구의 종말이 도래하여 국가가 해체되는 경우에도 감옥에 있는 死刑수는 한 사람도 남기지 말고 死刑을 집행하여야 정의가 실현될 수 있고, 이 세상은 의미 있는 것이 된다고 보았다.⁴⁹⁾

이상과 같이 고찰해 볼 때, 칸트의 刑罰론은 한마디로 표현하면 正義的 刑罰論이라 할 수 있으며, 刑罰의 本質 내지 目的은 응보(정의적 응보)이며, 정의의 내용을 탈리오 법칙(同害報復)에서 찾았으며, 따라서 刑罰도 내용의 면에서 同害刑罰을 원칙으로 해야 하며, 이에 기초하여 死刑은 필요하고도 당연한 刑罰로 인정하게 되었다고 본다.⁵⁰⁾

⑤ 헤겔 (Friedrich Hegel, 1724~1831)

헤겔은 사회계약설을 부인하고 국가란 개인의 의사와는 별개로 그 자체로 독자적인 근거 내지 목적을 가지고 있다고 주장하며, 응보형론의 입장에서 死刑을 전면적으로 인정한다.

헤겔은 변증법적인 논리에 따라 法은 正(These), 犯罪는 反(Antithese), 刑罰은 合(Synthese)이라 하고 犯罪는 실제적인 법률에 대한 표면적인 피해이며, 법률의 피해로

46) Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, 1797, Ausgabe der Philosophischen Bibliothek, S.158; Vgl. Hans-Heinrich Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1978, S.54.

47) Kant, *Metaphysik der Sitten*, S.163ff.

48) 李壽成, 前揭論文, p.16.

49) G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 4. Aufl., 1950, s.263.

50) 李壽成, 前揭論文, p.16.

서의 犯罪은 법률의 부정이며, 그 스스로는 공허한 것이기 때문에, 표면적 존재에 지나지 않는 법률의 부정을 다시 부정함으로써 그 실재인 법을 회복하는 것이 刑罰의 목적이라고 한다.⁵¹⁾ 즉 刑罰은 습價値의 도출을 위해 犯罪을 재차 부정하는 것이다.

그러므로 犯罪의 부정을 가능하게 해주는 것은 당연히 刑罰의 내용이 될 수 있는데, 死刑은 때로는 습價値의 도출을 완벽하게 해주는 수단이라고 한다.⁵²⁾

또한 헤겔은 국가가 가장 보편적인 자유를 획득하는 인륜적 공동체이므로 가족과 시민사회에서 결여되어 있는 인륜은 국가를 통해서 비로소 가장 완전하게 구체적으로 발현되는 것이라면서,⁵³⁾ 「犯罪인에게 가하여지는 침해(刑罰)는 그 자체가 정당할 뿐만 아니라 그것은 범인 자신에 존재하는 의지, 즉 그의 자유의 실현, 그의 법이고, 또한 犯罪인 스스로에게도 하나의 권리인 것이다」라고 하여 犯罪자를 자유로운 이성적 존재로서 취급하는 한 刑罰의 감수는 犯罪자의 권리라는 것이다.⁵⁴⁾

나아가 헤겔은 국가刑罰권이란 사회계약의 내용과는 상관없이 국가는 개인과 개별로 존재하고 그 상위에 있다고 하는 전체주의 국가관의 입장에서 국가의 질서유지를 위하여 행사될 수 있으며, 이런 차원에서 死刑은 인정될 수 있다고 한다. 또한 刑罰의 목적 및 그 정당성은 犯罪자가 자기의 권리로서 보통적인 법률 속에서 자기자신을 포섭시킨다는 점에서 찾을 수 있다고 하면서, 최대다수의 최대행복을 위해 일반예방이나 특별예방에서 刑罰의 목적 및 그 정당성을 찾으려고 하는 공리주의 입장에서 반대하고 있다.⁵⁵⁾

⑥ 포이에르 바하 (Anselm Feuerbach, 1775~1883)

법치주의 사상에 입각한 근대형법학의 開祖라고 할 수 있는 포이에르 바하도 사회계약설에서 출발하여 국가의 목적은 개인의 자유를 보장하는데 있다면서, 법과 도덕을 구별하여 犯罪은 도덕위반이 아닌 법위반이라고 하여 犯罪을 권리침해로 파악하면서 死刑제도 존치의 입장을 취하였다. 즉, 국가가 국민에 대하여 그 생명을 지배하는 권리를 부여할 수 없다면 같은 논리로 자유도 빼앗을 수 없는 것이 아니냐고 말하면서 死刑

51) F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821 §97 Zusatz, §101.

52) 李壽成, 前揭論文, p.17.

53) F. Hegel, *Grundlinien*, §33, §157, §257ff.

54) Verlag von Felix Meiner on Hamburg, 4 Aufl., 1955, s.95.

55) 오영근, 前揭論文, p.43.

이 불가하다면 자유형도 불가하다는 것이 아니냐고 반문하면서, 「死刑이 합법이나 아니냐의 문제는 感傷的인 사람들로부터는 야만인이라 불리우게 되고 반대론자들로부터는 바보취급을 받을 것을 각오하지 않으면 안 된다. 그러나 신중하고 생각이 깊은 사람들은 死刑을 찬성하는 근거에 확신을 가지고 지지한다」라고 하였다. 다만 범인이 죽음을 앞두고 보여주는 공포의 비참함을 일반인에게 보여준다는 것은 방관자의 심정도 아니고 犯罪인에 대한 문책의 심정도 아니며, 오히려 악인의 고민에 동정하는 경향이 더 강하다고 슬회함으로써 死刑의 공개집행만은 피하자는 입장을 취하였다.⁵⁶⁾

⑦ 롬브로조 (Cesare Lombroso, 1836~1909)

19세기말에 등장한 이탈리아학파의 창시자인 롬브로조는 인간의 자유의사를 부정하는 결정론의 입장에서 사회예방을 위한 犯罪인의 사회격리를 강조하면서 死刑存置論을 주장하였다. 그는 의학상의 실증적 방법을 형법에 응용하여 犯罪인을 생물학적·인류학적으로 연구하던 차, 당시에 흉악한 강도로 이탈리아 전역에 파문을 일으켰던 빌레라(Vilella) 犯罪인의 해부를 계기로 犯罪인의 생물학적 특질에 관심을 갖게 되고, 그 결과 평생을 犯罪人類學의 연구에 매진한다. 그리하여 연구결과 그 유명한 犯罪人論을 발간하게 된다.

그는 여기서 특정한 犯罪인은 일정한 신체적·정신적 특질을 갖고 있기 때문에 사회적·개인적 주변 조건과는 관계없이 선천적으로 犯罪인이 될 숙명을 가졌다는 生來的 犯罪人論을 주장하였다. 따라서 生來的 犯罪人에게는 刑罰이 아니라 犯罪적 특질을 제거하는 일종의 치료가 요구되며, 치료 내지 개선이 전혀 불가능한 犯罪人에게는 사회방위를 위해 初犯이라도 무기징역 또는 死刑에 의해 사회격리를 주장하였다.⁵⁷⁾ 즉 「死刑은 좋은 刑罰로서 폐지되어야 할 것이 아니다. 우리가 현재와 같은 행복한 사회에서 같이 살아나갈 수 있는 것은 전세기에 많이 死刑을 행하여서 유해한 자의 종을 절멸했기 때문이다」라고 하여 死刑은 개선이 불가능한 생래 犯罪인의 배제방법으로 가장 완전하다는 것을 솔직히 인정하여 死刑존치론을 주장하고 있다.⁵⁸⁾

56) 鄭鳳輝, “Johann Paul Anselm Feuerbach에 대한 연구”, 『성균관대 논문집』 제4집, 1969, p.127.

57) Don C. Gibbons, *Society, Crime and Criminal Careers*, 1968, p.127; 陳癸鎬, 前揭論文, p.48.

58) 노형우, “死刑存廢론”, 『전북대학교 사회과학연구』 제10권, p.162.

⑧ 페리 (Enrico Ferri, 1856~1929)

롬브로조의 제자로서 소위 이탈리아 학파(犯罪人類學派)를 이끈 페리는 犯罪의 원인을 규명하는 데에 사회적 원인을 강조하여 롬브로조와 견해를 달리하지만, 死刑제도 는 역시 긍정적으로 받아들인다.

그는 그의 저서인 『犯罪社會學』을 통해 犯罪원인을 인류학적·사회학적·자연적 원인으로 구별하지만 가장 주요한 원인은 사회적 원인이라고 한다.

그에 의하면 犯罪는 사회에 수반되는 필연적 산물로서 일정량의 원인적 요소가 존재하는 사회에서는 이에 대응하는 犯罪가 발생한다는 犯罪飽和의 法則을 제창하여 자유의사를 전제로 하는 道義的 責任論을 부정하였다. 특히 환경과 소질에 의하여 결정되는 犯罪인을 연구대상으로 하여 犯罪인을 生來的 犯罪者·精神病 犯罪者·常習性 犯罪者·偶發性·激情性 犯罪者로 분류하여 개인적인 원인에 적용한 처리를 주장하면서,⁵⁹⁾ 한 인간의 사망이란 그것이 절대적으로 필요한 경우에는 전적으로 옳은 것이라고 하고, 이러한 사회현상의 예로서 正當防衛를 든다. 나아가 페리는 각종 생물의 생존 경쟁과 열등한 자의 부단한 도태가 우주를 이끌어 온 범칙인 것처럼, 인간사회에도 생존에 부적당한 유해자의 死刑처단은 인위적 도태로 보아 자연의 법칙과 일치한다고 보았다.⁶⁰⁾

(2) 死刑制度 存置論의 論據

死刑존치론의 논거는 반드시 일정하지 않고, 또 시대의 변화와 더불어 그 논거도 다소의 변천이 있었지만 한 가지 분명한 것은 어느 시대에서건 死刑존치론의 주장은 國家體制維持라는 실천목표와 刑罰권 강화라는 결과에 연결되었다.⁶¹⁾ 즉, 공공의 복지 내지 국민의 질서 있는 평화추구, 평화와 안전의 유지, 사회계약의 입장, 정의의 명령, 일반예방, 사회방위의 차원 등에서 주장되어 왔다.

死刑존치론의 주장은 死刑폐지론에 비해 목소리는 높지 않지만, 주로 ‘現實主義者’들이 내세우는 주장으로서, 오늘날 일반적으로 주장되고 있는 死刑존치론의 논거는 다음과 같다.

59) E. Ferri, *Criminal Sociology, Modern-Criminal Science*, Series, No.9, p.209.

60) 平野龍一, “死刑” 『法學論叢』 第20卷 1號, 1928, 23쪽; 陳癸鎬, 前揭論文, p.50.

61) 李壽成, 前揭論文, p.21.

① 一般國民의 法律的 確信 (國民의 一般的 · 法律的 確信)

死刑존치는 일반국민이 갖고 있는 법률적 확신이라고 한다.

刑罰의 가장 현실적인 目的은 應報이다. 비열한 동기 · 방법으로 타인의 생존을 말살한 살인범 등 극악의 犯罪인을 사회로부터 영구히 격리하고 피해자의 응보감정을 충족시켜주는 것은 국민의 일반적 · 법적 확신이라는 것이다.⁶²⁾ 따라서 死刑은 국가사회의 질서유지를 위한 刑罰의 제도이며 일반국민의 응보관념과 정의관념에 부합되므로 존치되어야 한다고 한다.⁶³⁾

그러므로 어떤 犯罪행위가 있을 때 일반국민이 「그러한 犯罪행위는 死刑에 해당한다」라는 법적 확신은 다수자가 원한다고 하여 정해지는 것이 아니고, 국민의 범문화적 분위기 속에서 자연스럽게 死刑에 처하는 것이 형법적 정의의 요청인 응보관념 또는 정의적 확신이 팽배할 때에 생성된다⁶⁴⁾고 한다. 즉 死刑은 언젠가는 폐지해야 할 刑罰이지만, 그것은 국민의 법적 확신이 死刑을 필요로 하지 않게 될 때에 폐지된다. 단, 문제는 현재의 사회상태에 있어서 死刑을 폐지하는 것이 국민의 법적 확신과 일치하는가 여부이다.

나아가 死刑은 일단 인도적인 견지에서 극복되어야 한다고 할 지라도 공동생활상의 치안유지를 위해서 절대적으로 필요한 제도이며, 시대문화인 민족의 법적 확신으로서 死刑이 부도덕하다고 할 수 없다. 따라서 死刑을 존치하지 않으면 국가사회의 질서유지는 극악한 범인에 대해 충분하지 못하다. 그러므로 국가가 死刑을 제외한 다른 刑罰로서 국가사회의 치안질서를 유지할 수 없는 한 그 존재를 긍정하지 않을 수 없다고 한다.⁶⁵⁾

이와 같이 死刑존치의 논거는 오늘날에도 세계각국의 여러 민족의식에 있어서 이른바 자연법적인 것으로 받아들여지고 있다. 적어도 살인죄에 대한 刑罰로서의 死刑은 인도적으로 보아 현대의 사회관념상 당연한 요청이며, 민족적 법률감정의 유지라는 관념하에서도 극악 犯罪인 등에 대해서 死刑은 오히려 국민의 정의관념에 합치한다.⁶⁶⁾

62) 신진규, “死刑”, 『형사법강좌II』, 박영사, 1984, p.822.

63) 齊藤靜敬, “死刑”, 『刑事政策講座I』, 成文堂, 1972, pp.96-97.

64) 陳癸鎬, 前揭論文, p.51; 김영옥, 前揭論文, p.37.

65) 安平政吉, 『新刑事政策』, 酒井書店, 1953, p.333.

66) 김영옥, 前揭論文, p.37.

따라서 死刑폐지는 민족적 확신이 死刑을 필요로 하지 않게 되었을 때에 비로소 실행될 수 있지만, 국민일반의 법적 확신 또는 당해 국가의 독특한 國體가 「그 죄는 곧 죽음에 해당한다」고 하게 되면 형법적 정의의 요구에 합치되므로 死刑폐지는 실행되지 못하게 된다.⁶⁷⁾ 그러므로 死刑은 흉악하고 위험한 犯罪자로부터 우리 국가사회의 질서를 유지하는 가장 합리적으로 유효적인 유일한 수단이라고 보게 된다.⁶⁸⁾

② 威嚇的 效果가 크다.

범인의 대부분은 극히 이기적이기 때문에 생명은 인간이 본능적으로 가장 애착을 갖게 된다. 따라서 凶惡犯罪 행위자에 대해 생명을 박탈한다는 刑罰의 예고는 犯罪행위자에 대하여 최대의 威嚇이 될 것이라고 하여 刑罰(死刑)의 威嚇效果를 死刑존치의 논거로 한다.⁶⁹⁾

즉, 「한 사람의 생명은 전 지구보다도 무겁고 더 중요하다」라는 말도 인간의 생명욕의 안타까움에서 발생한 것이고 생애의 욕구가 인간존재의 본질에서 유래한 것인 한 그것을 부정하는 死刑이 갖는 犯罪抑止力이 크다는 것을 부정할 수는 없다.

그러므로 생명의 보호를 위하여 타인의 생명을 박탈하는 犯罪행위자에 대하여 刑罰 즉 死刑을 과한다는 刑罰예고와 정확한 死刑집행은 인간의 본능, 즉 정신적·심리적 威嚇效果를 충분히 기대할 수 있으므로 극악한 犯罪행위를 억지할 수 있다고 한다.⁷⁰⁾

死刑제도 存廢문제의 이론적 핵심은 死刑에 특별한 犯罪抑止力이 있는가 없는가이다. 이에 대하여 대표적인 死刑存置論者의 한 사람인 일본의 植松 正 교수는 다음과 같이 말하고 있다.⁷¹⁾

즉 「死刑에 犯罪억지력이 없다면 死刑을 존치할 이유가 없는 것이 명확한데, 그 억지력을 부인하는 것은 탁상공론에 지나지 않는다. 예외적인 현상을 받아들여서 死刑의 犯罪억지력을 부정하는 것은 허락되지 않는다. 死刑폐지론이 주장하는 犯罪통계에 있어서 死刑을 폐지해도 犯罪는 증가하지 않는다는 사실이 인정되어도 아직 死刑의 犯罪억지력 부정의 실증은 되지 않는다. 왜냐하면, 첫째로는 死刑예지후 흉악범 증가의 예

67) 강구진, “死刑폐지의 이론과 실제(上)”, 고시계, 1980.4. p.50; 陳癸鎬, 前掲論文, p.52.

68) 齊藤靜敬, 「新版死刑再考論」, 成文堂, 1980, p.127.

69) 이형국, 「형법총론」, 법문사, 1987, p.754; 배종대, 「형법총론」, 홍문사, 1999, p.644.

70) R. G. Caldwell, *Criminology*, The Donald Press Co., 1965, p.448.

71) 植松正, 「刑法總論」, 伸松堂, 1979, p.316.

도 있을 뿐만 아니라, 둘째로 犯罪의 증가가 死刑을 유일 또는 주요원인으로 하는 것이 아니기 때문이다. 바꾸어 말하면 일반적으로 死刑을 폐지할 때는 국가의 치안상태가 양호한 때이고, 치안상태가 악화되었을 때에는 死刑에 해당하는 犯罪가 증대하는 예도 있기 때문에 死刑의 犯罪억지력을 부정하는 것은 타당치 못하다」고 한다.

③ 社會契約說

루소와 自然法學者들은 절대적 정의와 근대법적 평등이념에 입각하여 대등한 인격자 사이에 스스로 결정한 사회계약에 死刑존치의 근거가 있다고 주장한다.⁷²⁾

루소의 死刑에 관한 입장을 보면 다음과 같다.

「모든 인간은 자신의 생명을 보전하기 위하여 모험을 할 수 있는 권리를 가지고 있다. 불을 피하기 위해 창문으로 몸을 던지는 사람을 두고 自殺未遂犯으로 비난하는 사람이 있을까? 또, 폭풍의 위험을 알면서도 배를 탄 사람이 그 폭풍으로 죽었다고 하여 그를 자살범으로 몰던 예가 있었을까? 사회계약은 그 계약당사자들의 생명보전을 목적으로 한다. 그런데 이 수단은 위험과 무관할 수 없는 것이고, 때로는 죽음까지 따를 수도 있는 것이다. 개인의 희생으로 자기의 생명으로 보전하기 원하는 사람은 필요한 경우 자기의 생명을 줄 줄 알아야 한다. … 犯罪인에게 가해지는 死刑도 이와 마찬가지로 관점에서 고찰할 수 있다. 우리가 살인을 했을 때 死刑대에 오르는 데에 동의하는 것은 그와 같은 살인자에게 희생당하지 않기 위해서이다. 이 계약을 맺을 때 우리는 자기의 목숨을 처분하는 것이라고 전혀 생각하지 않고, 도리어 자기 생명의 안전을 도모하는 있는 것이니 만큼, 이 계약당사자들은 아무도 자기 자신이 絞殺 당하리라는 것은 생각하지 않는 것이다」.⁷³⁾

따라서 루소는 계약의 내용을 자기가 죽는데 동의한다는 의미가 아니라 자기 생명을 보전하기 위하여 자기 생명을 희생할 가능성만을委任한다는 차원으로 파악하면, 死刑제도는 사회계약설과 모순되는 것이 아니며 오히려 사회계약의 중요한 내용이 되며, 나아가 정당한 것이라고 주장한다.

그런데 社會契約說을 死刑存廢의 理論的 根據로 삼으면서도 사회계약의 범위와 한

72) 陳癸鎬, 前揭論文, p.54.

73) 박옥출 역, “루소의 사회계약론”, 『세계의 대사상』, 휘문출판사, 1972, p.386; 오영근, 前揭論文, p.40; 李壽成, 前揭論文, p.14.

계를 어떻게 설정하느냐에 따라 死刑제도가 때로는 부정되기도 하고, 때로는 긍정되기도 한다. 즉, 베카리아는 부정의 방향으로 키를 잡았지만, 루소는 긍정의 쪽으로 방향타를 돌렸으며, 똑같은 社會契約論者이면서도 로크가 死刑을 부정한 반면 홉스와 몽테스키외는 死刑을 긍정하였다.⁷⁴⁾

이와 같이 사회계약설은 死刑存廢의 어느 경우이든 이론적 근거로 사용될 수 있다. 게다가 사회계약자체는 「종교개혁에 응집된 민중의 에너지를 다시 집약함에 따라 절대주의를 극복하기 위해 고안된 것이며, 모든 권리의 기초에 양심의 자유를 두고 모든 권리를 인간이 인간이라는 자격으로 요구할 수 있는 인권으로 전화시킨 것이다. … 그것을 기초로 死刑存廢를 논한 것에 한계가 있음을 인정하지 않을 수 없는 것이다」라고 하여 현대사회에서는 이미 취할 수 없는 이론이라고 비판하고 있다.⁷⁵⁾

④ 國民性과 社會現實的인 理由

死刑의 廢止가 이상적이지만 국민성이나 현재의 사회여건은 그 존치를 불가피하게 하는 시기상조의 상태에 있다는 것이다. 이것은 死刑제도의 근본적 可否問題를 떠나서, 우선 그 존치가 불가피하다는 現實論에 의거한다.⁷⁶⁾

그리하여 死刑제도가 오늘날까지 그 명맥을 유지하고 있는 근본적인 이유는 그 제도가 어떤 도덕적인 타당성을 가지고 있고 또 살인의 경우 특히 그 행위자가 아주 잔인한 경우에는 死刑만이 그에게 적합한 유일한 刑罰이라고 많은 사람들이 굳게 믿고 있다고 한다.⁷⁷⁾

따라서 死刑제도가 교정주의 내지 인도주의 입장에서 역지로 되는 것은 아니다. 死刑存廢의 문제는 어디까지나 당해 국가의 현실적인 정치적·사회적·문화적 여건의 성숙과 더불어 점진적으로 논의되어야 한다. 더욱이 정치·경제·사회·문화 등 諸面에 있어서 아직도 후진성을 면치 못하고 있을 뿐만 아니라, 가정파괴범 등 각종 흉악범이 기승하고 있고, 남북대치상황이 종식되지 않는 한 우리나라와 같은 상황에서 만약 死刑폐지의 입장을 하게 된다면, 이는 흉악화 또는 정치범이라도 그 생명만은 절대적

74) 李壽成, 前揭論文, p.14.

75) 辻本義男, “死刑論爭へのアプローチ”, 『法の理論6』, 1985, pp.170-171; 김영옥, 前揭論文, p.50.

76) 신진규, 前揭論文, p.822.

77) 정영일, “死刑제도에 대한 형사정책적 음미”, 『형사정책』 창간호, p.313.

으로 보장한다는 법률을 공포하는 결과로 되기 때문에 현재로서는 死刑폐지가 시기상조라고 한다.⁷⁸⁾

時機尙早論의 입장을 취하면서 死刑제도의 개선 내지 폐지를 주장하는 국내학자들의 견해를 보면, 영국에서 실시한 死刑의 시험적 폐지와 중국의 死刑집행유예제도를 고려하자는 견해,⁷⁹⁾ 폐지를 위한 여건조성과 가능한 빠른 시일 내에 死刑이 폐지될 수 있도록 노력해야 한다고 하며,⁸⁰⁾ 死刑제도는 사회문화적·경제적·정치적·역사적인 현실에 기초를 둔 중요한 제도이므로 과도기적인 개혁방안의 검토가 필요하다고 한다.⁸¹⁾ 또한 金日秀 교수는 “死刑은 마땅히 폐지되어야 하지만, 우리의 법의식이 아직 여기에 이르지 못하고 있으므로 死刑제도가 존속되는 동안이라도 우선은 브라질, 인도네시아, 이스라엘 등과 같이 死刑犯罪의 범위를 축소시키는 방법, 벨기에처럼 명문으로는 死刑제도를 규정하되 현실적인 시행은 억제하는 방법, 중국처럼 일정시간 死刑의 집행을 유보한 뒤 그 기간이 지나면 무기형으로 전환하는 등 死刑집행을 제한하는 방법, 스위스 균형법처럼 死刑선고에 법관의 전원일치를 요구하는 등 死刑선고를 제한하는 방법 등을 도입하여 死刑폐지의 방향으로 개선해 나가야 한다”라고 주장한다.⁸²⁾

그러나 死刑제도의 존치는 문화국민으로서의 위상과 맞지 않고 死刑제도를 폐지하려는 입법자의 의지가 국민의 법감정에 바탕을 둔 時機尙早論을 극복하는 중요한 관건이 된다는 점을 잊어서는 안된다.⁸³⁾

2) 死刑制度의 廢止論

(1) 死刑制度의 廢止論者

① 베카리아 (Cesare Bonesana Marchese di Beccaria, 1738~1794)

근대 이후 死刑存廢의 논쟁의 출발점은 근대형법학의 始祖라고 불리는 1764년 베카리아의 『犯罪와 刑罰』이 출판되면서부터라고 할 수 있다. 베카리아는 중세에 있었던 야만적 刑罰을 개선하기 위해 功利主義 입장에서 그의 死刑論을 전개하였으며, 몽테스키외의 영향하에서 刑罰의 과학성, 개별성, 비례성에 관한 이론을 펼치고 사회계약의

78) 정영석, 「형사정책」, 법문사, 1987, p.244; 김기두, “死刑제도”, 「법경」, 1962.10, p.25.

79) 정성근, 「형법총론」, 법지사, 1987, p.654.

80) 이형국, 「형법총론」, 법문사, 1987, p.444.

81) 차용석, “흉악범과 극형”, 「신동아」, 1987.7, p.127.

82) 金日秀, 「한국형법II(총론 下)」, 박영사, 1992, p.677.

83) 정영석·신양균, 「형사정책」, 법문사, 1994, p.310.

원리하에서 刑罰권을 사회복지를 위한 개개인의 의무로 이해하였다.⁸⁴⁾

또한 그는 死刑은 법률적인 견지에서나 刑罰의 효과면에서도 정당하지도 필요하지도 않다고 주장하고, 刑罰제도를 사회계약설에서 구한 결과 판례와 같은 것은 애초에 사회계약설의 본래의 취지에 위반된다고 주장하였다. 그는 「死刑은 하나의 권리도 아니고, 또 권리일 수도 없다. 死刑은 국가가 국민에 대하여 국민의 생명을 파멸시키는 일을 필요로 하고 유익하다고 판단하는 경우에 포고하는 宣戰이다. 그러나 내가 만약 死刑이 유용하지도 않고 필요하지도 않다는 논증을 한다면 나는 인도의 싸움에서 승리하는 것이 될 것이다」라고 하면서 사회계약설을 기초로 하여 死刑을 부정하였다.⁸⁵⁾

또한 그는 刑은 그 무거움에 따른 것보다도 오히려 그 길이에 따라 위혁적 효과를 발휘하는데, 死刑의 威嚇力은 無期自由刑(終身自由刑)에도 뒤진다고 하면서, 국가가 死刑을 행하는 것은 일반 국민에게 참혹한 행위의 본모기를 보이는 것이며, 사회적으로는 한층 더 유해하다고 하였다. 나아가 그는 형사정책상의 이유에서도 死刑폐지를 논했다. 즉 死刑은 사람의 자유 전부를 빼앗는 것이며, 犯罪와 刑罰과의 균형을 취할 수 없고, 또 그 印象이 일반적인 것에 지나지 않으므로 강함에 비하여 빨리 소멸하기 때문에 타인에 대한 威嚇效果는 약하다고 한다.⁸⁶⁾

이러한 刑罰이론에 입각하여 베카리아는 그의 저서 「犯罪와 刑罰」에서 다음과 같은 死刑폐지론을 전개하였다.⁸⁷⁾

그에 의하면 첫째, 死刑은 위법한 것이다. 왜냐 하면, 사회계약 속에 死刑이 포함될 수 없기 때문이다. 둘째, 死刑은 불필요한 것이다. 무기징역도 死刑만큼 사회방위 목적을 잘 수행할 수 있고, 威嚇의 목적은 死刑보다 더 잘 수행할 수 있기 때문이다. 셋째, 死刑은 부당한 것이다. 잔인하기 때문이다. 넷째, 死刑은 해로운 것이다. 왜냐 하면 死刑은 야만적인 영향을 미치고 「살인하지 말라」라는 금지에 대한 주의를 감소시키기 때문이다.

그러나 베카리아는 다음 두 가지 경우에 있어서는 예외로 死刑의 필요성을 인정하

84) 오영근, 前揭論文, p.47.

85) Beccaria, *Dei delitti e delle pene*(1764). 風早八十二 / 風早二業 共譯, 「犯罪의 刑罰」, 1983, p.102; 陳癸鎬, 前揭論文, p.63.

86) 瀧川辛辰, 「刑法講話」, 有斐閣, 1952, p.14; 木村, 「新憲法と刑事法」, 法文社, 1950, pp.166-167.

87) 오영근, 前揭論文, p.47.

었다. 즉, 「그 시민의 존재 자체가 국가형태를 위협하게 전복하는 경우(革命·無秩序로 인한 混亂)」와 「오직 그 시민의 죽음만이 타 시민이 犯罪를 방지할 수 있는 유일하고도 진실한 방지수단인 경우」이다. 그러나 이러한 경우는 사실상 존재할 수 없기 때문에 이것은 결국 死刑폐지론에 귀착하게 된다.

이러한 베카리아의 사상은 1786년 오스트리아와 투스카니의 형법개정에 영향을 미쳐 일시적이지만 死刑폐지에 이르게 하였으며, 그 이후 수많은 死刑폐지의 논쟁의 발단이 된 논거가 되었다.

② 토마소 나탈레 (Tomaso Natale, 1733~1819)

베카리아와 동시대의 나탈레도 프랑스의 계몽철학의 영향을 받아 그의 저서 『刑罰의 효과와 필요에 관한 政策的 研究』에서 전제재판에 반항하여 死刑과 고문에 반격을 가하여 人道主義刑法이 취할 자세를 논하고 있다.⁸⁸⁾ 즉, 그는 그의 저서에서 법률과 刑罰의 기원을 설명하고 이에 대응하는 刑罰을 명문으로 규정하여야 한다고 주장하면서 베카리아와 같이 사회계약설의 기초 위에서가 아니라 死刑은 犯罪抑止의 能力을 갖고 있지 않다는 실질적 이유에서 死刑제도를 反對한다.⁸⁹⁾

즉, 나탈레에 의하면 「死刑은 犯罪를 방지하고, 犯罪를 조절하며, 犯罪를 그만두게 해야 할 사람들에게 공포심을 일으키기에 불충분하다는 실질상의 이유에 의하여 반대하는데 지나지 않는다. 死刑은 타인에게 있어서는 마치 연극과 같아서 공포나 비통함을 느끼게 하기보다는 호기심을 돋구어 쾌락감을 자극하는데 지나지 않는다. 동정심 깊은 사람은 그 순간에 일시적 충동을 받을 수도 있으나, 이러한 충동의 대부분은 수형자의 친족·친구·지인 사이에 보여지는 현상에 불과하다. 비록 한 발 양보하여 死刑에 威嚇力이 있다고 해도 이것은 단지 눈앞의 인상을 선명하게 하는데 불과하며 장래에 범할 수도 있을 악행을 방지하는 데는 부족하다」라고 한다.⁹⁰⁾

③ 존 하워드 (John Haward, 1726~1790)

18세기 말엽 베카리아의 死刑폐지론은 전 유럽에 걸쳐 인도주의운동으로 발전하였는데, 영국의 監獄改良運動의 선구자인 존 하워드도 베카리아의 영향을 받아 그의 저

88) 瀧川辛辰, 「刑法史の斷層面」, 政經書院, 1933, pp.181.

89) 신동욱, “초기死刑폐지론의 계보”, 『성대논문집』 제21집, 1975, p.49; 陳癸鎬, 前揭論文, p.64.

90) 瀧川, 前掲書, pp.222; 김영옥, 前掲論文, p.56.

서 『監獄狀態論』에서 死刑制度를 비판하였다.

존 하워드는 博愛主義에 토대를 두고 인도적이고 합리적인 감옥개혁을 주장하면서 그의 저서를 통해 당시 영국의 비참한 감옥상태를 비판하고 감옥개선을 위해서는 감옥이 차마 死刑을 시키지 못하여 마지못해 하는 死刑의 擬裝이 되어서는 안되며, 또한 감옥이 불건전한 곳이 되어서도 안되므로 老朽化된 많은 영국의 감옥은 새로이 개조되어야 한다고 주장하고,⁹¹⁾ 監獄拘禁보다 일반예방효과가 없다고 하면서 불필요한 고통을 부과하는 刑罰을 비판함으로써 死刑·債務者拘禁·長期의 未決拘禁 등에 반대하였다.⁹²⁾ 특히, 死刑에 대해서는 死刑은 刑罰이 아니고 사회안전상 용납할 수 없는 자의 제거를 위한 것으로 보면서 「우리들의 최후적인 우울한 방법(merely our last melancholy resource)」이라고 설명한다.⁹³⁾

④ 벤담 (Jeremy Bentham, 1748~1832)

功利主義의 대표적 사상가인 벤담은 베카리아로부터 큰 영향을 받았으며 「최대다수의 최대행복」이라는 말도 베카리아에게서 빌어온 것이라고 한다.

벤담은 犯罪행위에 있어서 인간 내면에 있는 犯罪동기를 중요시하였고, 犯罪의 사회적 원인을 지적하였으며, 犯罪와 刑罰의 균형을 주장하고, 刑罰을 필요악으로 보았으며, 예방을 목적으로 할 때에만 刑罰이 정당화된다고 하여 예방목적의 형법을 강조하고 刑罰을 계량화할 것을 주장하였다.⁹⁴⁾

또한 벤담은 刑罰의 犯罪예방기능을 인정했지만 극단적인 刑罰제도, 즉 성냄·반감 및 복수의 행위를 채택하는 결함을 파헤쳐서 死刑폐지를 주장하였다.⁹⁵⁾

또한 벤담은 사회계약설에 논거하지 않고 死刑폐지론을 전개하였으며, 인공적인 계약으로서의 刑罰은 보다 큰 해악을 방지하는 한에서만 정당화된다는 관점에서 犯罪와 刑罰과의 균형, 刑罰이 가져야 할 성질에 대해서 언급하고, 특히 死刑문제에 대해서는 그 부정적인 면과 긍정적인 면을 비교·검토하고 있다.⁹⁶⁾

91) 민건식 편저, 『형사학의 선구자(12인의 생애와 사상)』, 홍문관, 1983, p.24.

92) 신동욱, 前掲論文, p.52.

93) 신진규, 『犯罪학개형사정책』, 법문사, 1987, p.579.

94) 한인섭, “감옥개혁론과 사회통제”, 『판례월보』, 1989.4, p.16; 배중대, 『형사정책』, 홍문사, 1999, p.24.

95) 大谷實, 『刑事責任論の展望』, 成文堂, 1983, p.196.

96) Jeremy Bentham, The Rational of punishment, London: Robert Howard, 1830, pp.196;

그는 다음의 내용을 死刑의 부정적인 면으로 들고 있다.

①死刑은 犯罪인의 勞役刑에 의한 피해자에게의 배상을 불가능하게 한다. ②死刑은 사회전체의 富 및 힘의 손실이다. ③극악犯罪인의 대부분은 자신의 생명을 보통사람만큼 귀중한 것으로 간주하고 있지 않다. ④死刑은 회복불가능하다. 즉, 誤判이 현실로 발생하고 있을 뿐만 아니라, 제도적 개선에 의해 그것을 소멸시킬 수도 없다.

반면, 裨답의 死刑의 긍정적인 내용을 보면 다음과 같다.

㉠死刑은 犯罪자로부터 犯罪를 행할 힘을 빼앗는다. ㉡살인죄의 경우 死刑은 犯罪와 유사하다. ㉢살인죄에 대한 死刑은 사람들의 지지를 받는다. ㉣死刑은 懲戒로서 가장 효과적이다.

이와 같이 裨답은 死刑의 부정적인 면과 긍정적인 면을 비교·검토하여 死刑의 廢止를 주장한다.

⑤ 빅토르 위고 (Victor-Marie Hugo, 1802~1885)

19세기에 있어서 死刑廢止論은 인도주의 입장에서 많은 문인들에 의해서 주장되었는데, 그 가운데 빅토르 위고는 당시 프랑스의 광범위한 死刑適用과 가혹한 死刑執行 방법을 보고 휴머니즘의 견지에서 死刑廢止를 주장하였다.

위고는 그의 저서 『死刑囚 最後의 날』에서 死刑은 司法殺人으로서의 공인된 사회적 犯罪이며, 병적 현상이라고 규정하고, 死刑존치론자들이 死刑은 犯罪자에 대한 복수의 징벌로서 정당하다는 주장에 대해서 복수는 개인적 감정의 소산이고, 징벌은 신의 권한에 속하는 것인 바, 사회는 그 중간에 위치할 뿐이므로 처벌권이 없다고 주장하면서 死刑존치론은 부당하다고 한다. 또한 위고는 死刑이 犯罪를 억제한다는 주장에 대해서는 오히려 死刑은 법의 이름으로 사람을 죽임으로써 인간으로서 넘어서는 안되는 限界를 공공연히 무너뜨려 그 결과 심한 윤리적 타락의 원천이 된다고 역공을 펼치고, 따라서 死刑 대신 무기형으로 대치되어야 한다면서 먼저 사회학적·경제학적인 측면에서 死刑囚의 가족에 대한 대책을 지적하면서 死刑제도 폐지를 주장하였다.⁹⁷⁾

또한 도스토예프스키(Dostoevski, 1821-1881)는 그의 문학서인 『白痴』에서 주인공

大谷實, “永山事件最高裁判と判例制度”, 法學セミナー 第27卷 10號, p.25; 김영옥, 前掲論文, p.57.

97) Victor-Marie Hugo, *Le Dernier jour d'un condamne*, 김봉구 역, 『死刑수 최후의 날』, 서문당, 1979, pp.5.

인 무이쉬킨 공작을 통해 ‘사람을 죽이라는 법은 없습니다’라고 쓰여 있어요 ‘사람이 사람을 죽였다고 해서 그 사람까지 죽이라는 법은 없습니다.’라고 주장하여 인도주의 입장과 死刑의 잔혹성이 死刑의 균형을 초과한다는 점에서 死刑제도의 폐지를 주장하였다.⁹⁸⁾

톨스토이(Tolstoi, 1828-1910)는 문명의 도시인 파리를 여행하던 중 기요틴을 사용한 死刑집행 광경을 목격하고는 「문명의 도시 파리에서 어떻게 이런 일이 있을 수 있느냐」고 反問하면서 死刑제도는 문명과 배치된다고 주장하였고, 그의 문학서인 「나는 침묵할 수 없다」에서 성서에 기초하여 死刑당한 기사를 보고서 「죽어야만 하는 이유가 어디 있단 말인가? 사회 자체가 죄를 만들고 그리고서 죽인다. ‘너는 살인하지 말라’라고 성서에 쓰여 있지 않는가?」라면서 역시 死刑폐지를 주장하였다.⁹⁹⁾

㉞ 길핀

길핀은 1868년 영국의회 연설에서 부적절하고, 불필요하며, 그 입법의 목적을 달성할 수 없고, 그 원리에서 부당하다고 死刑폐지를 주장하면서 다음과 같은 그 이유를 제시하였다.¹⁰⁰⁾ 첫째, 死刑은 본질적으로 불공정하고, 이것은 법 자체가 명백하고 犯罪인에게 刑罰을 과하는 재판관이 이 법을 정당하게 집행하는 경우도 마찬가지다.

길핀은 이와 같은 예로서 Charlotte Harris 事件과 Alice Holt 事件을 들었는데, 두 사람은 모두 犯罪嫌疑를 받고 체포되었을 때 임신중이었다. 그런데 Charlotte Harris는 死刑선고를 받았으나, 출산시까지 死刑執行이 연기되었고, 출산 이후에는 여론의 압력으로 死刑집행이 면제되었다. 반면 이 사건 직후 Alice Holt가 체포되었는데, 이에 내무성(Home Office)은 그녀의 출산시까지 재판에 회부하지 않다가 출산후 재판에 회부하여 死刑판결을 받게 하고 死刑을 집행하였다. 길핀은 이 두 사건은 死刑이 얼마든지 불공정하게 집행될 수 있다는 것을 의미한다고 주장한다.

둘째, 死刑폐지 논거는 사회의 이익을 근거로 한다. 즉 배심원들은 무죄한 사람을 死刑에 처할 가능성을 꺼리기 때문에, 長期懲役刑이나 無期懲役に 처하기에 족한 증거라고 할 지라도, 死刑에 대해 유죄로 판결하는 데에는 부족하게 여겨지기 때문에 배심

98) 이동현 역, 「백치」, 정음사, 1974, pp.21.

99) 三元原三, 「現代に必要か」, 第三文化社, 1980, p.88; 李壽成, 前掲論文, p.18; 陳癸鎬, 前掲論文, p.67.

100) 오영근, 前掲論文, p.49.

원들이 유죄로 판결하기를 꺼린다고 한다.

셋째, 오판의 가능성을 배제할 수 없다.

넷째, 死刑이 長期懲役보다 더 효과적으로 犯罪를 방지한다는 증거가 없으며, 死刑을 존치하고 있는 현행법하에서 많은 살인사건이 발생하고 있기 때문에 새로운 입법이 필요하다고 한다.

길핀은 이와 같이 死刑폐지의 논거를 제시하면서 다음과 같이 결론을 맺는다.

「死刑의 완전한 廢止와 刑法典에서 복수의 원리를 제거함으로써 人間生命의 尊嚴性이 이제까지보다 더 존중되고 그 존엄성의 인식이 사회에 충만하여 살인죄의 현저한 감소와 그에 따른 국민의 보다 증진된 안전을 가져올 새시대를 기념하게 될 것이라는 확신하에 개정안을 제안합니다」.¹⁰¹⁾

⑦ 블랙

블랙은 그의 저서 『死刑制度 - 변덕과 실수의 불가피성』을 통해 미국에 있어서의 死刑의 문제점을 절차적인 면에서 접근하여 死刑폐지론을 주장한다.¹⁰²⁾ 그는 Stoa 철학자들은 어떨지 모르나 우리의 문화적 배경을 이루고 있는 사상은 死刑이 어떤 형태의 자유형보다 무거운 刑罰이라는 것을 전제한다. 나아가 그는 현재 우리의 제도와 우리가 생각할 수 있는 어떤 제도하에서도 死刑을 과하는 것이 명확한 기준 없이 실수로 과해질 수 있다면, 應報의 문제, 抑止의 문제 및 刑罰의 殘忍性 문제는 새로운 양상을 띄게 되어 再考의 필요성이 있다고 주장한다.

블랙은 옹보를 이유로 死刑을 인정하는 견해에 대해서는, 현재의 우리의 이성과 제도에 한계가 있기 때문에 死刑을 부과할 때에는 반드시 상당한 정도의 실수가 있기 마련이므로 이 견해는 부정되어야 한다고 주장한다. 또한 死刑의 犯罪抑止效果가 다른 刑罰보다 큰가의 문제에 대하여, 어차피 비교대상이 없으므로 死刑의 억지력을 이유로 死刑존치를 주장하는 견해는 결국 상식에 의존하거나 이것을 입증책임의 문제로 돌리게 되므로 이것들이 死刑존치의 근거가 될 수 없다고 비판한다.

블랙은 이와 같은 一般性에 입각하여 起訴段階부터 plea-bargaining, 배심원의 심리, 評決 및 Sentence-Choice, 宣告 후의 上訴, 赦免 등의 문제, 법률적용의 실수 및

101) 오영근, 前揭論文, p.50.

102) 오영근, 前揭論文, p.51.

不明確性의 문제, 인종이나 빈부의 격차에 의한 문제점을 분석한다.¹⁰³⁾

그에 의하면 첫째, 起訴節次에서의 그 기소가 어떤 명백한 기준 위에서 행사되는 것이 아니라 증거의 어려움, 집행자들이 너무 가혹한 것으로 여기는 것을 면하려는 등의 분명치 못한 요인들을 고려하여 임의적으로 행사되기 때문에 死刑이 평등하게 과해지지 못할 가능성이 있다. 둘째, plea-bargaining 절차와 관련하여, 많은 犯罪들이 plea-bargaining 절차에 의해 다루어지는데, 同節次에서도 이미 제출된 起訴事件의 勝訴可能性, 그 洲의 소송재원, 피고의 이전의 명성, 정치적 압력 등의 문제를 고려하여 이루어지므로 어떤 명확한 기준이 아닌 임의적으로 행사된다. 셋째, 배심원들의 有·無罪 評決 및 어느 犯罪에 해당하는가의 評決過程에는 문외한인 배심원들이 법률문제를 판정해야 되고, 또 여러 가지 감정문제가 뒤따르기 때문에 임의적으로 그 절차가 진행될 가능성이 많다. 넷째, Sentenc-Choice 과정에서도 역시 무분별한 재량이 존재한다. 다섯째, 事實問題와 마찬가지로 法律問題에서도 실수가 발생할 가능성이 있고, 또 실제로 발생하고 있다. 여섯째, 변호사를 선임할 수 있는가, 또 어떤 변호사를 선임하는가에 따라 소송의 결과가 달라질 수 있는데, 貧者들은 최상의 변호사를 선임할 수 없다. 특히 plea-bargaining에서는 매우 숙련된 변호사가 필요하다. 그런데 국가가 被告人에게 최상의 防衛權을 보장해 주지 않으면서 최상의 刑인 死刑을 과하는 것은 합당치 못하다.

이와 같이 블랙은 모든 공소절차에서의 실수와 임의가 불가피하기 때문에 死刑이 불평등하게 적용되고 또한 이러한 잘못이 발견될 때에는 이미 늦어서 原狀回復이 불가능하다는 不當性의 근거를 들어 死刑廢止를 주장하고 있다.¹⁰⁴⁾

⑧ 新派思想 내지 主觀主義 刑法思潮 (Liszt, Moritz Liepmann 등)

이 밖에도 新派思想 내지 主觀主義 刑法思潮가 대두된 19세기말 이후에 있어서는 死刑폐지론도 여러 가지 논거에서 주장하게 되었는데, 리스트(Liszt)는 개선불가능에 대해 충분한 과학적 판단이 불가능한 것이라면, 무엇보다도 고귀한 人間生命에 대한 시행착오는 불가하다고 하면서 死刑 대신 隔離를 주장한다.¹⁰⁵⁾ 리프만(Moritz

103) 오영근, 前揭論文, p.51.

104) 오영근, 前揭論文, p.52.

105) 리스트는 장기적인 拘禁 정도만으로도 사회방위는 충분히 달성된다고 주장한다(前揭論文, p.53).

Liepmann, 1869-1928)은 犯罪인에 대한 개선이 전적으로 가능하다는 신념을 갖고서 1912년 제31회 독일 법조회의에서 死刑은 威嚇作用이 없고, 死刑이 폐지되어도 사회질서가 악화되지 않는다는 死刑폐지국가의 통계를 제시하고, 특히 法院에 의해 死刑에 처해진 경우에는 冤상회복이 불가능하다는 이유를 들어 死刑폐지를 주장하였다.¹⁰⁶⁾

⑨ 켈버트 (Eric Roy Calvert, 1898~1933)

영국의 켈버트는 현대에 있어서 死刑폐지론을 실천적으로 전개한 사람이었다. 그는 1925년 영국에 「死刑廢止全國協議會」가 설립되자, 그 서기장에 취임한 후 1927년 그의 저서 「Capital punishment in the twentieth century」에서 19세기에 있어서 영국의 死刑제도가 社會防衛라는 미명하에 經한 犯罪에 이르기까지 死刑을 적용한 점을 지적하면서 다음과 같은 이유를 들어 死刑폐지를 주장하였다.¹⁰⁷⁾ 첫째, 死刑은 다수 국가에서 폐지되었으나 실증적으로 死刑폐지국가의 死刑現況을 통계적으로 검토한 결과 殺人罪가 증가된 사례가 없다. 둘째, 死刑은 그 執行官에게도 타락적인 영향을 미친다. 셋째, 死刑囚의 무고한 가족에게 과중한 고통을 안겨준다. 넷째, 誤判의 경우 冤상회복이 불가능하다. 다섯째, 死刑은 인간존엄성에 대한 우리의 확신을 파괴하므로 도덕적 비난의 대상이 될 수 있다. 여섯째, 死刑의 代替刑罰로 주장되는 長期自由刑은 비록 이상적인 것은 아니지만 死刑제도 개선의 일부분으로 받아들여져야 한다.

이상과 같은 켈버트의 死刑폐지론에 대하여 마침내 영국의회는 5년간의 死刑執行停止案을 인정하였다.

그밖에 William Barclay는 刑罰은 국가를 위해서만 존재하는 것이 아니라 죄인을 위해서도 존재한다는 기독교적 관점에서 刑罰은 항상 구제 및 치료, 개선을 목표로 하기 때문에 이것을 부인하는 死刑은 허용되어서는 안 된다고 하며,¹⁰⁸⁾ 미국의 썬더랜드(Sutherland), 일본의 正木亮亮 등에 의하여 死刑廢止論이 끊임없이 주장되고 있다.

(2) 死刑制度 廢止論의 論據

死刑이 과연 正當한 刑罰이냐는 것은 종교상의 문제로서 이미 16세기이래 논쟁이

106) 노용우, 前揭論文, p.159.

107) Calvert, Capital punishment in the twentieth Century, 4th ed., London Putnam, 1930; 竹田直平 譯, 「二十世紀於にける死刑」, 立命館出版社, 1934, pp.48, 108, 147; 오영근, 前揭論文, pp.53-54; 陳癸鎬, 前揭論文, p.68.

108) 오영근, 前揭論文, p.54.

되어 왔으나, 개인주의·계몽주의의 입장에서 死刑의 폐지가 하나의 법률적·사회적 문제로서 법사상가들에 의해 논의된 것은 18세기 중반 무렵부터이다.

이러한 死刑폐지론의 주장에 선구적 역할을 한 사람이 이탈리아의 형법학자 베카리아였는데, 그는 그의 저서 『犯罪와 刑罰』에서 社會契約說에 근거하여 死刑廢止論을 주장하였는데, 그 이후 오늘에 이르기까지 많은 학자들에 의하여 끊임없이 주장되고 있다.

그런데, 死刑폐지론의 논거도 학자에 따라서 法哲學的·自然法的 측면에서, 教育的·宗教的·人道的 측면에서, 實證的·文化的 측면에서 주장되고 있는데 오늘날의 일반적인 논거는 다음과 같다.¹⁰⁹⁾

① 人道主義에 反한다는 理由

死刑은 인간이 인간을 향해서 행하는 행위 가운데 가장 야만적이고 잔혹하기 때문에 인도주의적 견지에서 허용될 수 없다고 한다. 그리하여 18세기 후반이래 인도주의 사상을 근거로 死刑은 법의 이름으로 하는 司法殺人이며, 살인이 허락되지 않는 것처럼 死刑도 허용되지 않는다는 死刑폐지론이 강력히 대두되었다.¹¹⁰⁾

즉, 이와 같은 死刑폐지론의 사상의 기저는 기독교 사상인데, 이는 인간에게 생명을 부여할 수 없는 인간 또는 국가가 인간의 생명을 끊는다는 것은 그것이 악인인 犯罪인의 생명이라 할 지라도 결코 허용될 수 없으며, 신의 이름으로 인간이 인간을 죽여도 죄악이라는 생각에서 死刑을 부정한다.¹¹¹⁾

이와 같은 사상은 일찍이 빅토르 위고, 도스토예프스키, 톨스토이 등의 대문호에 의해 주장되었지만, 그 바탕은 인간의 생명에 대한 지고의 가치를 인정하려는 종교적인 측면에서 인간의 생명은 무한대의 가치를 가진 것이므로 생명의 박탈은 오직 신만이 가능하고 인간의 집단이 국가가 이를 행하는 것은 부당하다는 것이다.¹¹²⁾

톨스토이와 도스토예프스키의 死刑反對思想은 그 후 Boris Sapir에 의해 법률적으로 설명되었으며,¹¹³⁾ 1786년경에 미국에 있어서 벤자민 프랭클린 루슈 및 벤포우드가

109) 강구진, “死刑폐지의 이론과 실제(하)”, 고시계, 1980, p.78.

110) 正木亮亮, “死刑”, 日本評論社, 1975, p.583; 김영옥, 前掲論文, p.60.

111) 正木亮, 前掲論文, p.582.

112) 陳癸鎬, 前掲論文, p.73.

113) 正木亮, 前掲書, p.585.

종교상 전쟁과 死刑은 신의 뜻에 어긋난 것이라고 강력히 주장하였고,¹¹⁴⁾ 오늘날에 있어서도 여러 측면에서 전개되고 있다. 즉, 死刑은 야만적이고 잔혹한 刑罰이며, 인간의 존엄과 가치의 전제가 되는 생명권을 침해하는 것이므로 死刑을 폐지하는 일이야말로 야만으로부터 벗어나는 중요한 이정표라고 하며,¹¹⁵⁾ 피에 굶주린 犯罪인을 벌하는 데도 자기 손을 더럽히는 일 없는 무의미함을 생각하는 것이고, 살인의 악순환을 먼저 국가측의 손으로 없애야 한다. 그리고 사람을 죽이는 것은 비록 국가의 형이상학적인 존엄의 유지나 법질서의 회복이라는 생각에 의해서도 기초 지울 수 없다¹¹⁶⁾라는 주장도 마찬가지이다.

② 威嚇力이 없다는 理由

死刑의 犯罪抑止力(威嚇力)의 인정여부 문제는 死刑의 誤判可能性의 문제와 더불어 死刑제도 存廢론의 中核的 爭點으로 논의되고 있다.

死刑론자들은 死刑론자의 근거를 인간의 同害報復心理와 犯罪에 대한 威嚇力에서 주로 찾는다. 그리하여 死刑을 폐지하면 흉악한 犯罪가 제멋대로 날뛰게 되므로 死刑제도를 두어 일반예방을 해야 한다고 주장한다.

실제에 있어서 死刑은 犯罪예방에 威嚇力이 전혀 없는 것은 아니다. 다소의 威嚇力이 있음은 死刑을 집행한 직후 반인륜적 犯罪가 상당수 줄어든다는 것은 경험적 조사를 통해서 확인되고 있다.

그러나 死刑은 일반인이 생각하는 것처럼 그렇게 犯罪자들에 대한 犯罪防止의 效果(威嚇效果)가 크지 않다고 한다. 즉 死刑宣告나 死刑執行이 가져다 주는 威嚇力은 제한적인 경우에 국한된다는 데에 문제점이 있다.¹¹⁷⁾

현행법상 死刑이란 有罪判決을 가능케 한 犯罪사건은 주로 살인사건 등 반인륜적 犯罪가 대부분인데, 이들 犯罪의 대부분은 계획적으로 일어난 것이 아니라는 점이다.¹¹⁸⁾ 즉 지적·감정적 필수조건이 부족하거나 결여된 자들은 흔히 욕망의 노예가 되기도 하고 순간적인 충동의 노예가 되어 刑罰의 威嚇力에 영향을 받지 않고 흉악한 犯

114) 正木亮, 前掲書, pp.582-585 참조.

115) 陳癸鎬, 前掲論文, p.73.

116) 宮澤浩一, 「死刑廢止論の試稿」, 矯正論集, 1968, p.281.

117) 許一泰, “한국의 死刑제도의 위헌성”, 「저스티스」, 한국법학원, 1998, p.14.

118) 前掲論文, p.14.

罪인 살인죄를 범한다.¹¹⁹⁾ 그리하여 살인을 일시적인 사정 하에서 범한 경우에는 자신의 행위에 몰입해 있기 때문에 刑罰의 威嚇力 등을 생각할 여유가 없으며, 계획적으로 범한 경우에는 범행 당시에는 일체의 각오를 하고 있기 때문에 위의 어느 경우에도 死刑은 威嚇力을 갖지 못한다고 한다.¹²⁰⁾

한편 死刑의 犯罪抑止力인 豫防效果에 대한 초기연구자료는 T. Sellin과 I. Ehrlich가 있다. 셀린은 死刑의 犯罪억지효과가 長期懲役보다 크다고 말할 수 없으면, 실제로 死刑제도의 존재여부는 殺人率에 아무런 영향을 미치지 않는다고 주장한다. 한편 에어리히는 1933-1969년에 걸쳐 한 건의 死刑執行은 7-8건의 살인을 감소시켰다고 하였다.¹²¹⁾

최근의 조사에서는 死刑제도가 犯罪예방에 미치는 효과는 거의 없는 것으로 드러나고 있다.¹²²⁾ 캐나다에서는 살인에 대해 死刑을 폐지하기 이전인 1975년에 인구 십만명당 3.09건의 殺人事件이 발생하여 최고치를 기록하였으나, 1980년에는 2.41건으로 떨어졌고 死刑을 폐지한 지 17년이 지난 1993년에는 그 비율이 2.19건으로 오히려 감소하는 추세를 보이고 있다. 1988년 유엔조사에서는 「死刑제도의 사용을 줄인 국가에서 犯罪곡선의 심각한 변화나 갑작스런 증가와 같은 충분히 설득력 있는 연역적 증거는 전혀 나타나지 않는다」고 단언하고 있다.¹²³⁾

死刑제도의 폐지론자들은 이와 같이 법리와 死刑에 해당하는 犯罪의 발생율을 비교·분석·검토한 결과 死刑의 犯罪抑止力은 크지 않다고 말하면서 死刑제도의 폐지를 주장한다.

③ 誤判時 原狀回復이 不可能하다는 理由

死刑폐지론자들은 死刑은 死刑집행후 오관으로 판정이 났을 때 이를 회복할 방법이 없기 때문에 死刑제도를 폐지하여야 한다고 한다.

일찍이 공리주의 철학의 대표자인 벤담도 死刑은 회복불가능이라는 刑罰의 다른 요청에 반해, 오관에 의해 일단 집행이 되어 버리면 이것을 회복하는 것은 불가능하다고

119) 陳癸鎬, “일반예방론의 재평가”, 『고시계』, 1981, p.94.

120) 三原憲三, “現代に死刑す必要か”, 第三文化社, 1980, p.119; 陳癸鎬, 前掲論文, p.70.

121) 오영근, “미국의 死刑제도”, 『서울대 법학』 제24권 2·3호, 1983, p.904.

122) 배종대, 前掲書, p.312.

123) 배종대, 前掲書, p.312.

논하고 있다. 또한 베카리아도 프랑스의 유명한 오판사건인 Jean Calas 사건에 큰 충격을 받고 당시의 刑事司法 상태에 비판을 가하기 위해 1764년에 『犯罪와 刑罰』을 집필하고 死刑폐지를 원칙적으로 인정해서는 안된다고 주장하였다.¹²⁴⁾

재판은 신이 아닌 인간에 의해 만들어진 제도에 의거하여 행하여지기 때문에 그 어떤 만반의 조치를 강구하더라도 절대로 무고한 자에 대한 誤判, 즉 공인된 司法殺人이 전혀 있을 수 없다고는 그 누구도 단언할 수 없다. 실제에 있어서 살아있는 사람은 자기의 無辜함을 증명하는 것이 가능하지만, 이에 처형된 사람은 자기의 무고를 증명하는 것이 불가능하므로 한번 오판에 의해 처형이 이루어진 경우에는 진짜 범인이 확실하게 밝혀지지 않으면 오판이라고 단정할 수 없다. 더군다나 후일 그것이 오판이었음이 발견되어도 희생자는 이미 사망한 후이므로 原狀回復이 절대 불가능하다. 그러므로 死刑은 一回 不可能刑이라 칭해진다.¹²⁵⁾

실로 재판도 三審制度를 채용하지만 인류의 역사를 돌이켜 보면 오판으로 인하여 무고한 생명이 죽어간 예는 너무도 많을 뿐만 아니라 오늘날에도 계속되고 있다고 말할 수 있다.¹²⁶⁾ 우리나라의 경우를 보면 6·25 때 한강인도교를 폭파한 혐의로 死刑이 집행된 당시의 육군공병감은 그 후 1964년 10월 23일 육군본부 보통군법회의 재심에서 무죄가 선고된 바 있으며, 일본의 경우도 1983년 7월 15일에 이른바 面前事件이 재심에서 무죄가 됨으로써 死刑執行을 기다리고 있던 死刑囚가 석방된 적이 있다.¹²⁷⁾

死刑에 관한 판결은 헌법과 법률 및 증거 그리고 법과의 양심 등 적법절차에 따라 신중하게 선고되기 때문에 절대로 오판이 없다고 하지만, 만에 하나라도 무고한 사람에게 死刑이 선고되어 집행된다면 死刑은 이미 유지할 수 없다고 하지 않을 수 없다.¹²⁸⁾ 그러므로 死刑폐지론자들은 인간이 자신의 판단에 오류가 없다고 실증될 때까지는 死刑을 폐지하여야 한다고 주장한다.

124) J. L. Gillin, *Criminology and Penology*, 1935, p.254.

125) *Ibid.*, p.254.

126) 역사적으로 유명한 오판사건으로는 「장 칼라스(Jean Calas) 사건」 이외에도 19세기 영국의 「부랴트·포드 살해사건」, 1884년 프랑스의 「드레폭즈 사건」, 1920년 「샷코·반젯치 사건」, 1917년 일본의 「少守相介 사건」과 1950년 영국의 「티모지·존 에반스 사건」, 1791년 미국의 「미라 사건」 등이 誤判으로 밝혀졌다.

127) 구모영, “법철학과 형법학의 기본문제”, 도서출판 책읽는사람, 1993, p.261.

128) 齊藤靜敬, “死刑存廢の理論と系譜”, 法律時報 第42卷 6號, 1970, p.23.

④ 刑罰의 目的上의 理由

刑罰은 犯罪인의 犯罪행위에 대해 응보로서의 해악만 있는 것이 아니라 犯罪인을 敎化·改善시켜 재범을 방지하며 재사회화시키고, 일반인에 대해서도 犯罪예방을 하는 데에 그 목적이 있다. 따라서 어떤 犯罪에 대해서도 犯罪인에 대한 재사회화에 관심 없이 오직 응보적 관점이나 일반예방적 관점에서만 刑罰을 부과해서는 안된다. 왜냐하면 刑罰의 목적에서 요구하는 책임刑罰, 일반예방刑罰 및 재사회화를 위한 刑罰이라는 3요소는 刑罰을 과하는 데에 있어서 불가피하게 참작되어야 하기 때문이다.¹²⁹⁾

더욱이 犯罪인의 犯罪행위를 야기하게 된 원인을 犯罪인의 개인적 원인으로만 고찰하기보다는 일정량의 사회적 원인이 있다고 볼 때에 刑罰에 있어서 犯罪인의 재사회화 관점은 불가결한 원리이다. 그런데 死刑제도는 死刑수를 사회의 犯罪예방을 위한 위하로서의 ‘시범케이스’가 되고 있으며, 그가 저지른 犯罪의 양보다 훨씬 큰 짐을 지우게 한다. 즉 死刑수는 사회의 犯罪에 대하여 그들이 死刑을 집행담함으로써 犯罪를 완화할 수 있다는 점에서 보면 死刑수는 사회전체의 犯罪에 대한 책임을 지는 자로 인정하게 된다.¹³⁰⁾

따라서 刑罰의 목적을 犯罪인을 敎化·개선시켜 재사회화 시킨다는 관점에서 볼 때 생명박탈을 통하여 犯罪인을 영구적으로 격리시키려는 死刑이야말로 원시적이고 무의미한 刑罰에 지나지 않는다고 한다.

⑤ 犯罪被害者에 賠償

死刑廢止論者들은 死刑制度는 刑罰의 目的上 應報的 觀點에서 犯罪人の 生命을 박탈할 뿐 犯罪被害者의 救濟方法에 대해서는 전혀 고려하고 있지 않기 때문에 死刑制度는 폐지되어야 한다고 주장한다.

加害者에게 死刑을 집행하는 것은 被害者 감정의 應報的 만족을 얻을 수는 있겠지만, 加害者의 生命을 단절시킴으로써 국가는 두가지의 나쁜 결과를 떠 맡게 된다. 그 하나는 加害者가 死刑집행을 당함으로써 그 유족은 기둥을 잃고 생활이 궁핍해져 마침내는 그로 인해서 犯罪원인이 만들어지고, 그 둘째는 피해자 및 그 유족은 감정적으로는 구제되지만 이것 또한 家長을 잃게 되어 결국 생활이 궁핍하게 되어 이 역시 犯罪원

129) 許一泰, 前揭論文, p.20.

130) 구모영, 前揭書, p.262.

인이 양성하게 된다.

따라서 이러한 문제를 국가가 해결하지 못하면 결국 死刑은 국가사회에 궁핍자를 낳을 뿐, 犯罪의 豫防 내지 抑止에 참다운 효과를 나타내지 못한다. 국가가 死刑을 유지하는 이상, 이 문제를 해결하여야 하고, 만일 이것을 해결하지 못하면, 死刑을 無期徒刑으로 대신하여 加害者로 하여금 被害者의 가족을 구제시키는 방법을 취해야 한다고 주장한다.¹³¹⁾

⑥ 死刑執行官의 人格上 理由

死刑廢止論 根據의 하나로 死刑執行官의 人格도 고려해야 한다고 주장한다.¹³²⁾ 즉, 국가가 給料을 주면서 일종의 正當行爲로서 사람을 殺害토록 하는 현대의 死刑制度는 비문화적이고 야만적이며, 死刑執行官은 公務上의 適法行爲이지만, 현대판 「망나니가 되지 않을 수가 없다」고 한다.¹³³⁾

따라서 이러한 死刑執行官의 인격과 정신적 충격을 완화시키기 위한 제도로서, 미국의 경우에 있어서 전기의자살의 경우에는 약 7~8개의 버튼을 준비하고 집행관들이 신호에 따라 일제히 누르게 하고 있으며, 일본의 경우에는 絞首刑에 있어서 2~3인이 동시에 버튼을 누르는 방법으로 死刑을 집행하고 있다.

그러나 이러한 제도는 死刑執行官의 정신적 충격과 인격에 대하여 임시방편에 불과할 뿐 근본적인 제도개선은 되지 않기 때문에 死刑은 廢止되어야 한다고 한다.¹³⁴⁾

⑦ 人間의 憲法上 保障된 權利에 反한다는 理由

死刑制度는 인간의 헌법상 보장된 권리를 침해한다고 한다. 따라서 국가는 사람의 생명을 박탈하는 권리를 가질 수 없다. 또한 實定法的으로는 헌법 제10조 인간존엄에 反한다. 왜냐 하면 국가는 개인의 생명과 신체 그리고 재산 등을 보호하기 위해 성립된 유기체이기 때문에 국가주의가 아닌 個人의 自由확보가 더욱 1차적인 것이 되어야 하기 때문이다.¹³⁵⁾ 더군다나 우리 헌법의 근본정신은 人間尊嚴性의 확보를 중시하고 그것의 본질적 가치를 침해할 수 없으며, 따라서 존엄성의 주체인 人間의 生命은 다른

131) 正木亮, 前掲書, p.584; 김영옥, 前掲論文, p.85; 陳癸鎬, 前掲論文, p.77.

132) 구모영, 前掲書, p.261.

133) 구모영, 前掲書, p.262.

134) 구모영, 前掲書, p.262.

135) 許一泰, 前掲論文, p.18.

무엇보다 높은 가치에 두고 있다는 점을 분명히 하고 있기 때문이다.¹³⁶⁾

그러므로 犯罪로 인해 침해되는 또 다른 귀중한 생명을 외면할 수 없고, 사회공공의 안녕과 질서를 위하여 국가의 형사정책상 死刑制度를 存置시키는 것은 정당하며,¹³⁷⁾ 현재 우리나라의 실정과 국민의 도덕적 감정 등을 고려하여 국가의 刑事政策으로 질서 유지와 공공복리를 위하여 刑法 등에 死刑이라는 刑罰을 규정하였는데, 이것은 헌법상 명시된 개인의 基本權 保障을 위해 死刑制度가 불가피하다고 주장하는 것은¹³⁸⁾ 인간의 존엄을 천명한 우리 憲法精神에 위배된다¹³⁹⁾고 한다.

그밖에 死刑廢止論者들의 死刑폐지 논거를 보면, 死刑은 사람이 사람을 죽임으로써 인간생명의 절대성을 부정하는 시범을 국가가 보이는 것으로서, 生命輕視風潮를 조장하며, 死刑은 다른 自由刑처럼 정도의 차이를 나타낼 수 없기 때문에 犯罪에 대한 刑罰의 均衡을 유지하기 어렵다고 한다.¹⁴⁰⁾

3) 結語

지금까지 死刑制度에 관하여 時代史的·理念的 측면에서 概觀해 보았고, 또한 死刑存廢論者들의 死刑制度에 대한 死刑存廢의 論據를 고찰해 보았다.

死刑存廢論者들의 死刑制度 存廢에 관한 論據는 각기 나름대로 타당한 이유와 근거를 가지고 있다고 볼 수 있다. 따라서 死刑制度의 存廢에 대한 論爭은 끊임없이 이어질 것으로 보인다.

그러나 한가지 분명한 것은 어느 시대이든 死刑存置論者들의 주장은 國家·社會體制의 維持라는 實踐目標과 刑罰權 強化라는 결과에 연결되었으며, 死刑廢止論者들은 당시의 상황에서 人道主義의 목소리를 대변하였다는 것이다.¹⁴¹⁾

그런데 死刑은 人間의 尊嚴성과 生命權의 문제와 직결된다. 즉 死刑은 단순히 하나의 경과적 刑罰로서 끝나는 것이 아니라 한 사람의 존재를 영원히 지워버리기 때문에 인간의 존엄과 가치 및 그 존재자체와 직접 관련되는 人道主義上的 문제이다.

136) 許一泰, 前揭論文, p.15.

137) 대판, 1897.9.8, 87도1458.

138) 대판 1991.2.26, 90도2906; 대판 1992.8.14, 92도1086; 대판 1994.12.19, 94초123.

139) 金哲洙, 前揭書, pp.319-320; 許一泰, 前揭論文, p.18.

140) 배중대, 前揭書, p.312.

141) 李壽成, 前揭論文, p.21.

따라서 死刑制度의 存廢에 관한 문제에 있어서도 자신의 입장을 人道主義 입장에 들 것인가, 아니면 그렇지 않을 것인가에 따라 死刑制度의 存廢에 대한 견해가 결정되리라 본다.

생각건대, 刑罰의 본질을 應報 보다는 教育 내지 矯正이라고 볼 때 死刑만은 피하는 制度의 改善, 즉 死刑執行猶豫制度, 死刑代替刑(無期徒刑·長期刑·終身刑) 등을 취하는 것이 바람직하다고 생각한다.

IV. 우리나라 死刑制度의 違憲性 與否

1. 死刑制度 自體의 違憲性

刑罰의 역사는 死刑의 역사라고 말할 수 있다. 이것은 死刑이 人類의 역사와 함께 존재하였다는 의미이며 刑罰 중에서 가장 중요하고 엄숙한 것이라는 것을 의미한다. 나아가 死刑은 가장 오랜 역사를 가진 刑罰로서 犯罪에 대한 간단하고 근원적인 應報方法이며, 효과적인 一般豫防法이라는 것을 의미한다.

死刑은 犯罪人の 生命을 박탈함으로써 그 사회적 존재를 영구히 말살하는 것을 내용으로 하는 刑罰이다. 또한 死刑은 刑罰 중에서도 生命을 박탈한다는 점에서 生命刑이라고 하며, 성질상 가장 重한 刑罰이란 점에서 極刑이라고도 한다.

일반적으로 刑罰의 目的은 應報, 一般豫防 내지 犯罪抑止 및 特別豫防 내지 改善이라고 말한다. 따라서 死刑도 刑罰의 본질상으로는 犯罪人の 生命을 박탈함으로써 일반인들이 極刑에 해당되는 犯罪行爲를 抑止하여 극악한 犯罪로부터 국가·사회를 防衛하려는 것이다.

그러나 死刑은 死刑의 極刑性·最後性·原狀回復不可能性으로 인하여 人間性에 대한 尊嚴과 價値, 人權意識의 高揚과 人道主義情神과 더불어 刑事政策的 次元에서 死刑制度의 存廢問題 및 그 違憲性 與否가 끊임없이 제기되어 왔었다.

우리 憲法 제10조는 人間의 尊嚴과 價値(生命權)를 규정하고 있으며, 또한 憲法 제37조 제2항은 모든 國民의 自由와 權利는 國家安全保障·秩序維持 또는 公共福利를 위하여 필요한 경우에 한하여 法律로서 制限할 수 있으며, 制限하는 경우에도 自由와 權利의 本質的인 內容을 침해할 수 없다고 규정하고 있다.

그런데 여기서 基本權의 本質的 內容이라 함은 ‘當該 基本權의 核이 되는 實體’ 또는 그 ‘基本權의 根本要素’를 말하며, 本質的 內容의 侵害라 함은 그 침해로 말미암아 당해 基本權이 유명무실한 것이 되어 버릴 정도의 侵害를 말한다.¹⁴²⁾

그런데 生命權의 本質的 內容, 즉 生命權의 核이 되는 實體는 ‘生命’ 그 자체라고 할 수 있다.

따라서 人間の 生命權도 法律에 의해 制限의 對象이 될 수 있는지가 死刑制度의 違憲性 與否의 핵심적인 논점이 되고 있다. 以下에서는 死刑制度自體의 違憲性 與否에 대한 生命權의 憲法上 根據를 중심으로 살펴보고, 憲法 제10조와 제37조 제2항과의 관계를 學說과 憲法裁判所 및 大法院의 判例를 통해 조명해보고 나아가 死刑制度自體가 合憲이라고 하여도 死刑制度施行上의 違憲性 與否를 美聯邦大法院의 判例를 참조하면서 憲法 제10조와 제12조 및 제37조 제2항과 관련하여 고찰해 보기로 한다.

1) 生命權의 憲法上 根據

生命權에 있어서의 ‘生命’은 순수한 자연적 개념이다. 따라서 生命이란 Drig가 말하듯이 ‘아직도 생존하지 않은 것’ 과 ‘死’에 반대되는 인간의 육체적 存在形式이다. 그런데 이러한 生命權은 국가가 개인의 생명을 침해하는 경우, 이를 배제할 것을 요구할 수 있는 自然權의 內容(消極的 生命權)과 국가에 대하여 생존할 수 있도록 사회적·경제적 여건을 마련하여 줄 것을 요구할 수 있는 生存權의 內容(積極的 生命權)을 갖는다.¹⁴³⁾

이러한 生命權에 대하여 우리 憲法은 美國(1776년 독립선언에서 헌법상 최초로 생명권을 규정함), 獨逸(독일기본법 제2조 제2항), 日本(일본헌법 제13조)과는 달리 우리 憲法上 明文으로 규정하고 있지 않기 때문에 生命權이 憲法上 보장되는가에 대한 의문점이 남게 된다. 그러나 대부분의 학자들은 生命權을 憲法上の 權利로 인정하고 있으나, 그 根據에 대해서는 見解가 나뉘어져 있다.

즉, 먼저 인간의 尊嚴과 價値의 최대보장을 규정한 憲法 제10조 및 국민의 자유와 권리를 포괄적으로 규정한 제37조 제1항에서 근거를 구하는 견해¹⁴⁴⁾와 인간의 尊嚴性

142) 權寧星, 「신판 憲法學原論」, 法文社, 1995, p.301.

143) 金哲洙, 「憲法學概論」, 博英社, 1998, p.363.

144) 丘秉朔, 「新憲法原論」, 博英社, 1996, p.363.

尊重을 규정한 제10조 및 신체의 자유를 규정한 제12조 제1항에서 구하는 견해,¹⁴⁵⁾ 그리고 人間의 尊嚴과 價値를 규정한 憲法 제10조에서 구하는 견해¹⁴⁶⁾ 등이 있다.

生者の 生命에 대한 權利는 人間의 本質的 價値에 해당하고, 生命을 박탈하는 것은 人間의 尊嚴과 價値를 침해하기 때문에 人間의 尊嚴과 價値를 규정하고 있는 憲法 제10조에서 그 근거를 구하는 견해가 타당하다고 본다.

2) 死刑制度의 違憲性 與否에 관한 學說

(1) 合憲說

死刑制度의 合憲說의 견해를 보면 다음과 같다. 먼저 憲法에 있어서 基本權의 本質的 內容의 絶對的 不可侵을 인정하지 않고, 價値體系로서의 基本權의 內在的 制限에 의하여 또는 國家안보나 공공의 이익과 같은 基本權에 의하여 보장되는 개인적 이익에 上位하는 利益의 比較較量에 의하여, 基本權의 本質的 內容의 侵害가 가능하다고 하면서, 刑法에 있어서 死刑과 無期懲役과 같은 刑의 規定은 확실히 身體의 自由에 대한 基本權의 本質的 內容의 侵害를 의미하며, 이는 또한 合憲性을 인정하는 것이다.¹⁴⁷⁾ 基本權의 本質的 內容의 侵害與否는 比例的 概念으로서 필요의 정도와 制限의 정도가 比例를 維持하고 있는 한 本質的 內容의 侵害라고 할 수 없다. 예를 들면, 連續 殺人犯을 死刑에 처하는 것은 死刑이 모든 基本權의 기반을 이루는 生命權을 박탈하는 것이라도 이 경우에는 社會秩序의 維持를 위한 必要와 比例를 잃지 않기 때문에 自由와 權利의 本質的 內容의 侵害가 되지 아니한다.¹⁴⁸⁾ 生命權을 憲法上의 權利로 인정하면서 死刑制度도 生命을 부정하는 不法行爲에 대해서만 예외적으로 허용하고, 특히 政治犯 등에 대해서는 폐지하여야 한다.¹⁴⁹⁾

國家權力이 法律에 의해서 生命權을 침해하는 것은 다른 人間의 生命을 구하기 위한 불가피한 경우에 比例의 原則과 最小侵害의 原則을 존중하는 선에서 행해져야 한다. 따라서 死刑制度는 生命保護의 威脅效果 때문에 일응 그 正當性이 인정된다고 할지라도 死刑囚의 生命을 희생시키는 것이 얼마만한 生命保護의 效果가 있는 것인지 그 因

145) 權寧星, 前揭書, p.329; 許營, 「韓國憲法論」, 博英社, 1993, p.332.

146) 金哲洙, 前揭書, p.362.

147) 韓泰淵, 「憲法學」, 法文社, 1985, pp.908-909.

148) 朴一慶, 「新憲法」, 法經出版社, 1990, p.215.

149) 權寧星, 前揭書, pp.329-330.

果關係를 경험적으로 立證하는 것이 불가능할 뿐만 아니라, 死刑制度의 廢止論者들이 주장하는 것처럼 '死刑이란 특정한 生命의 희생 위에 이루어지는 刑事政策的 實驗'에 불과할 수도 있기 때문에 死刑宣告는 生命權의 관점에서 매우 신중한 검토 후에 지극히 例外的으로만 행해져야 한다는 견해¹⁵⁰⁾ 등이 있다.

(2) 違憲說

우리나라는 美國(1776년 독립선언에서 헌법상 최초로 생명권을 규정함), 獨逸(독일 기본법 제2조 제2항)이나 日本(일본 헌법 제13조)과는 달리 憲法上 生命權保障에 관한 明文規定이 없는데, 이는 生命權의 保障은 인간의 경우에 자연적이고 당연한 것이므로 굳이 實定法에서 明文化할 필요성이 없기 때문이다. 따라서 우리나라의 通說과 判例는 生命權을 憲法上的 權利로 인정하고 있다.

그리하여 死刑制度의 違憲說을 보면 「生命權도 憲法 제37조 제2항에 의하여 제한할 수 있지만, 死刑制度는 死刑 당하는 受刑者의 生命權의 本質的인 內容을 침해할 뿐만 아니라, 死刑執行人·死刑宣告人·死刑執行確認人 등의 人間의 尊嚴性을 侵害하므로 違憲」이라고 주장¹⁵¹⁾하거나, 人間의 生命은 인간의 實在 그 자체이고 모든 基本權의 論理적 전제이며, 본질적 內容을 이루고 있다. 궁극적으로 인간의 모든 것인 生命을 박탈하지 않고서도 終身刑으로 國家의 安全保障·秩序維持·公共福利를 유지하는 데는 하등 지장이 없을 것이므로 死刑制度는 違憲이라고 주장한다.¹⁵²⁾

3) 憲法裁判所 見解

(1) 憲法裁判所 判決要旨(憲法裁判所 1996.11.28 결정, 95헌바1)

① 生命權 역시 憲法 제37조 제2항에 의한 一般的 法律留保의 대상이 될 수밖에 없는 것이나, 生命權에 대한 制限은 곧 生命權의 完전한 박탈을 의미한다 할 것이므로, 死刑이 比例의 原則에 따라서 최소한 同等의 價値가 있는 다른 生命 또는 그에 못지 아니한 公共의 利益을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 生命을 빼앗는 刑罰이라 하더라도 憲法 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수 없다.

150) 許營, 前揭書, p.340.

151) 金哲洙, 前揭書, pp.325-326.

152) 丘秉朔, 前揭書, p.414.

② 모든 인간의 生命은 自然的 存在로서 동등한 가치를 갖는다고 할 것이나 그 동등한 가치가 서로 충돌하게 되거나 生命의 침해에 못지 아니한 중대한 공익을 침해하는 등의 경우에는 국민의 생명·재산 등을 보호할 책임이 있는 국가는 어떠한 生命 또는 法益이 보호되어야 할 것인지 그 規準을 제시할 수 있다. 인간의 生命을 부정하는 등의 犯罪行爲에 대한 不法的 效果로서 지극히 한정적인 경우에만 부과되는 死刑은 죽음에 대한 인간의 본능적 공포심과 犯罪에 대한 應報 欲求가 서로 맞물려 고안된 '必要惡' 으로서 불가피하게 선택된 것이며, 지금도 여전히 諸 機能을 하고 있다는 점에서 정당화될 수 있다. 따라서 死刑은 이러한 측면에서 憲法上 比例의 原則에 反하지 아니한다 할 것이고, 적어도 現行 憲法이 스스로 예상하고 있는 刑罰의 한 種類이기도 하므로 아직은 우리의 憲法秩序에 反하는 것으로 판단되지 아니한다.

(2) <반대의견 : 소수의견>

① 憲法 제10조에 규정된 人間의 尊嚴性에 대한 尊重과 保護의 要請은 刑事立法, 刑事法의 適用과 執行의 모든 영역에서 指導的 原理로서 작용한다. 그러므로 刑事法의 영역에서 立法者가 人間의 尊嚴性을 蹂躪하는 惡法의 制定을 통하여 국민의 생명과 자유를 박탈 내지 제한하는 것이나, 잔인하고 비인간적인 刑罰制度를 채택하는 것은 憲法 제10조에 反한다. 死刑制度는 나아가 良心에 反하여 法規定에 의하여 死刑을 언도해야 하는 法官은 물론, 또 그 良心에 反하여 직무상 어쩔 수 없이 死刑의 執行에 관여하는 자들의 良心의 自由와 人間으로서의 尊嚴과 價値를 침해하는 非人間的인 刑罰制度이다.

② 死刑制度는 生命權의 본질적 내용을 침해하는 生命權의 制限이므로 憲法 제37조 제2항 단서에 위반된다. 설령 憲法 제37조 제2항 단서상의 生命權의 본질적 내용이 침해된 것으로 볼 수 없다고 가정하더라도, 刑罰의 目的은 應報·犯罪의 一般豫防·犯罪人의 教化와 改善에 있음에도 불구하고 刑罰로서의 死刑은 이와 같은 목적달성에 필요한 정도를 넘어 生命權을 지나치게 제한하는 것으로 目的의 正當性, 그 수단으로서의 適正性·被害의 最小性 등 諸原則에 反한다.

4) 大法院 見解

대법원은 1963.2.28. 死刑制度에 대하여 처음으로 判示한 바 있다. 대법원도 死刑制度의 正當性에 대해 이론적으로는 留保의 態度를 취하면서도 현실적으로는 아직 불가

피하다는 태도를 보이고 있다. 즉, 인간의 生命에 대한 絶對的 尊嚴은 인정하면서 死刑制度는 언제나 국가의 刑事政策面과 人道主義情神上의 문제로서 심각하게 고려되고 비판될 문제이지만, 우리나라의 실정과 도덕적 감정·法文에 나타난 표현 등을 고찰해 볼 때 死刑制度의 廢止는 아직도 시기상조라는 입장에 있다.

憲法 제9조(現行憲法 제10조)에는 「모든 國民은 身體의 自由를 가진다. 法律에 의하지 아니하고는 逮捕, 拘禁, 搜索, 審問, 處罰과 強制勞役을 받지 아니한다」라고 규정함으로써 처벌에 관한 규정을 法律에 委任하였을 뿐 그 處罰의 種類를 제한한 바 없을 뿐만 아니라, 憲法 제28조(現行憲法 제37조 제2항)는 國民의 모든 자유와 권리는 질서를 유지하고, 공공복리를 위해서는 법으로서 자유와 권리를 제한할 수 있음을 헌법이 허용 하였는 바, 현재 우리나라의 실정과 國民의 도덕적 감정 등을 고려하여 국가의 刑事上 또는 刑事政策으로서 秩序維持와 公共福利를 위하여 刑法, 軍刑法 등에 死刑이라는 처벌의 종류를 규정하였다 하여도 이것을 憲法에 위반된 조문이라고 할 수 없다고 判示하여 死刑制度는 違憲이 아니라고 하였다.¹⁵³⁾

나아가 大法院은 殺人을 한 者에 대하여 死刑을 규정하고 있는 刑法 제250조 제1항, 刑罰의 種類로서 死刑制度를 규정한 刑法 제41조, 死刑의 執行方法을 明示한 刑法 제66조와 行刑法 제57조 제1항은 憲法에 違背된 것으로 볼 수 없다고 한다.¹⁵⁴⁾

또한 대법원은 그 이후 판결에서도 死刑制度는 憲法에 違背되지 않는다고 判示하고 있다.¹⁵⁵⁾

5) 結語

생각건대 生命權의 實體가 되는 核의 본질적 요소는 ‘正當한 理由 없이 生命을 박탈당하지 않는 것’으로 볼 수 있다. 그런데 憲法은 모든 國民의 生命權을 保障하고 있다. 따라서 모든 人間의 生命은 자연적 존재로서 동등한 가치를 갖는다고 할 것이나, 그 동등한 가치가 서로 충돌하게 되거나 生命의 侵害에 못지 않는 중대한 公益을 侵害하는 등의 경우에는 國民의 生命과 財產을 보호할 책임이 있는 國家는 어떠한 生命 또는

153) 大判 1963.2.28, 62도241.

154) 憲裁 決定 1996.11.28, 95헌마1.

155) 大判1983.3.8, 82도3248; 大判1985.6.11, 85도926; 大判1990.4.24, 90도319; 大判1991.2.26, 90도2906; 大判1992.8.14, 92도1086.

法益이 보호되어야 할 것인지 그 規準을 제시하여야 한다.

그러므로 生命權과 生命權이 충돌하는 경우에 더 많은 生命을 보호하기 위해서는 인간의 生命을 부정하는 등의 犯罪行爲에 대해서는 비록 生命이 이념적으로 절대적 가치를 지닌 것이라고 하더라도 生命에 대한 法的 評價가 예외적으로 허용될 수 있다고 봄으로 지극히 制限的인 경우에만 부과되는 死刑은 비록 국가가 고귀한 인간의 生命을 法的 이름으로 빼앗는 일종의 ‘制度殺人’이지만 ‘必要惡’으로서 불가피하게 선택된 것이므로 憲法秩序에 반하지 않는다고 볼 수 있으며, 生命權도 憲法 제37조 제2항의 法律留保의 對象이 된다고 볼 수 있겠다. 따라서 死刑制度는 憲法 제12조 제1항, 제37조 제2항 및 제110조 제4항에 의거하여 비록 憲法 제10조와 相衝한다 하더라도 合憲성이 인정된다고 본다.

2. 死刑制度 施行上의 違憲性 與否

前述한 바와 같이 死刑制度의 違憲性 與否의 관점은 死刑自體를 人間의 尊嚴성과 價値(生命權 保障)와 死刑의 특성에 기초하여 死刑을 違憲이라고 보는 방법에 의해서가 아니라 死刑의 施行過程에서의 死刑의 過度性, 不平等性, 恣意性 등의 측면에서 접근하는 分析的 接近方法이 보다 더 타당할 것이다.¹⁵⁶⁾

以下에서는 死刑制度 自體가 合憲이라고 하여도 死刑制度 施行上의 違憲性 與否의 문제점을 美聯邦大法院의 判例를 참조하면서 憲法 제10조와 제12조 및 제37조 제1항과 관련하여 살펴보기로 한다.

1) 死刑과 比例의 原則

刑罰은 犯罪가 될 수 없는 것에 부과되어서도 아니 되며, 또한 그 목적을 초과한 필요 이상의 것이어도 아니 된다. 따라서 경미한 犯罪에 대하여 死刑을 科하는 것은 과도한 刑罰이므로 比例의 原則에 반하여 違憲으로 보아야 한다.

死刑이 과도한 刑罰로서 憲法 제37조 제2항이 규정하는 基本權制限에 있어서 比例의 原則을 위배하면 두 가지 측면에서 문제될 수 있다. 우선 첫째, 死刑 自體의 過度性으로 인한 比例의 原則 違反의 問題이다. 이것은 어떤 犯罪行爲에 대하여 死刑 대신에

156) 金文顯, “死刑制度의 違憲性 與否”, 『월간고서』, 1989.5, p.87.

그 死刑을 부과하는 목적을 달성하는 데 적합한 보다 경미한 刑罰, 즉 無期懲役 내지 終身刑 등이 있는 경우 그 死刑은 불필요하고 과도하며 나아가 違憲일 수 있다는 것이다.¹⁵⁷⁾

이 점에 관하여 미국의 경우 Furman 사건에서 死刑自體의 過度性을 인정하여 修正憲法 제8조 위반으로 본 Marshall 미연방대법관의 견해도 死刑의 違憲性 問題에 대한 規範的 接近方法에 의한 것이다.¹⁵⁸⁾

Marshall 대법관은 종래 死刑이 인정되는 이유로서는 應報, 犯罪抑止, 再犯防止, 有罪自白의 장려, 優生學的, 經濟的 理由를 들 수 있겠으나, 死刑이 다른 刑罰에 비하여 이들 목적에 더 효율적으로 봉사할 수 있다고 볼 수 없으므로 死刑은 과도한 刑罰이라 하였다. 그는 특히 應報가 刑事處罰의 유일한 목적이 될 수 없으며 犯罪發生의 抑止나 사회에 크게 공헌하는 바도 없는, 정도에 지나친 刑罰로서 修正憲法 제8조에 위배된다고 하였다.¹⁵⁹⁾

또 Goldberg & Dershowitz도 終身刑에 의하여 犯罪豫防, 犯罪人의 孤立, 應報 등의 목적을 충분히 달성할 수 있으므로 死刑은 과도한 刑罰이라 하였다.¹⁶⁰⁾

이에 대하여 Furman 사건에서 Burger 대법원장과 Powell, Rehnquist 대법관은 刑罰의 목적 중의 하나가 應報임을 부정할 수는 없고, 違憲論者들이 死刑은 終身懲役刑보다 犯罪豫防의 효과가 없다고 주장하나, 이는 아직도 입증되지 아니한 것이기 때문에 이론의 근거로서 들 수는 없다고 하면서 이러한 刑事政策的 問題는 立法府나 所管 行政機關에서 판단할 사항이라고 주장하였다.

한편, 우리 憲法の 解釋에 있어서도 인간의 모든 궁극적인 생명을 박탈하지 않고서도 終身刑으로 국가안보·질서유지·공공복리를 유지하는 데에 하등 지장이 없을 것으로 보이기 때문에 死刑制度는 違憲이라는 견해가 있다.¹⁶¹⁾

둘째, 死刑이 犯罪의 중요성에 비하여 부적합하게 무겁다는 문제점이다. 이것은 경

157) A. T. Goldberg & A. M. Dershowitz, op. cit., p.1794

158) Daniel D. Polsby, "The Death of Capital Punishment? Furman v. Georgia", The Supreme Court Review, 1972, p.11

159) Furman v. Georgia, 408 U.S. pp.342-359

160) A.T. Goldberg & A.M Dershowitz, op. cit., pp.1794-1798. A.T. Goldberg & A.M Dershowitz, op. cit., pp.1794-1798

161) 丘秉朔, 前掲書, p.414.

미한 犯罪에 대하여 死刑을 과하는 것은 比例의 原則에 반하여 違憲으로 보아야 한다. 미국의 판례를 보면, Coker v. Georgia 사건¹⁶²⁾에서 성년부인에 대한 強姦罪에 대한 死刑은 加重事由가 있다 하더라도 과도한 刑罰로서 修正憲法 제8조 위반이라고 하였으며, 이와 관련하여 Gregg 사건에서 입법부는 과도한 刑罰을 부과해서는 아니 되나 그렇다고 가능한 가장 경미한 처벌을 과해야 되는 것은 아니라고 하였다.¹⁶³⁾

이외에도 16세 소년이 경관을 살해하여 一級殺人罪로 死刑을 言渡받은 데 대하여 犯人の 성장과정과 정서적인 장애를 고려하지 않은 것은 修正憲法 제14조의 위반이라고 하였으며,¹⁶⁴⁾ Enmund v. Florida 사건에서는 殺人強盜를 밖에서 傍助한 罪의 死刑은 과도하다는 判例와 본인이 직접 殺人하거나 殺害할 의사 없이 殺人을 傍助하고 教唆한 사람에게 死刑宣告는 修正憲法 제8조에 위반한 것이라고 하였다.¹⁶⁵⁾

그러나 Gregg v. Georgia 사건에서는 謀殺(muder)에 대하여 死刑을 과하는 것은 어느 상황에서나 修正憲法 제8조와 제14조를 위배한 것이 아니라고 하였으며,¹⁶⁶⁾ Tison v. Arizona 사건(1987)에서는 重犯 實行中 의도하지 않은 殺人을 한 자라도 인간의 생명에 개의치 않는 자에 대한 死刑은 合憲으로 보았다.

생각하건대, 死刑의 過度性 問題는 刑罰의 目的, 死刑이 갖는 犯罪豫防效果 등에 대한 관점에 따라 달라질 수 있는 문제이다. 그러나 應報도 刑罰의 目的 중 하나이고, 犯罪의 종류에 따라 刑量을 달리해야 하기 때문에 일률적으로 死刑이 과도한 刑罰로서 比例의 原則에 反한다고 보기는 곤란하며, 또한 死刑이 갖고 있는 刑事政策의 效果의 問題는 立法의 판단에 속하는 문제이기 때문에 이러한 證明되지 아니한 사실로서 違憲 與否를 판단할 수는 없다고 생각된다.

오히려 보다 더 큰 문제는 犯罪의 重要도에 비추어 보아 지나치게 過重하게 死刑을 규정하는 경우이다. 個別犯罪에 대한 法定刑 問題는 1차적으로는 國會의 소관사항이지만, 그 法定刑이 犯罪의 重要도에 비추어 지나치게 과도할 때는 憲法 제37조 제2항의 比例의 原則과 제12조 제1항의 適法節次違反이기 때문에 違憲으로 보아야 한다. 이런

162) Coker v. Georgia, 433 U.S. 584(1927)

163) Gergg v. Georgia, 428 U.S. pp.175

164) Edding v. Oklahoma, 455 U.S. 104(1982)

165) Cabana v. Bullock, 474 U.S. 376(1986)

166) Gregg v. Georgia, op. cit., pp.168~187

점에서 우리 實定法이 상당히 광범위하게 死刑을 규정하기 때문에, 특히 人間의 尊嚴性 이외의 다른 立法目的을 위해 死刑을 규정하는 경우가 많아 그 違憲성이 문제될 소지가 있다고 본다.

2) 死刑과 平等의 原則

‘萬人은 法 앞에 平等하다’하는 法 格言처럼 「法앞의 平等」은 法體系의 논리전제이다. 따라서 犯罪行爲者에 부과되는 刑罰은 犯罪者의 사회적 신분, 학벌, 재산정도, 종교, 인종, 연령 등의 이유로 차별적으로 불평등하게 과해져서는 안 된다. 그러므로 貧困者, 무식한 자, 病者, 힘없는 자, 미움을 받는 자들이기 때문에 死刑을 宣告받았다면 이는 法 앞의 平等에 反하기 때문에 違憲이라고 할 수 있다.

미국의 경우 Furman 사건에서 Douglas 대법관은 死刑이 정치적 배경이 없는 貧困者나 소외된 소수집단의 구성원들에 대하여 차별적으로 적용된다면 이는 이상한 刑罰로서 法の 平等保護라는 관념과 양립될 수 없으며, 실제 미국에서 死刑宣告를 받은 자의 대부분이 가난하거나 흑인이었기 때문에 死刑이 貧者나 黑人에 대한 차별적 의미를 가지고 있다는 것을 통계를 통해 밝히고 있다.¹⁶⁷⁾

이에 대하여 死刑이 재산, 인종, 권력 등에 의하여 차별적으로 적용된다는 확실한 근거가 없고, 만일 그것이 사실이라 할지라도 懲役刑에 있어서도 死刑을 違憲이라고 볼 이유는 되지 못한다고 하였으며,¹⁶⁸⁾ McCleskey v. Kemp 사건(1987)에서는 당해 被告人에 대한 死刑이 차별적이라는 證據없이 단순히 통계자료만으로 차별적이어서 死刑이 違憲이라는 주장은 옳지 않다고 보았다.

그러나 최근의 통계에 의하면 (카톨릭 신문 2000.2.20) 미국의 경우 美聯邦大法院에서 死刑宣告를 받은 犯罪者 21명 중 적어도 15명이 소수민족 출신이라고 한다. 그리하여 일리노이주에서는 無罪한 사람이 死刑 執行될 우려를 고려해 일리노이주에서 死刑의 執行을 猶豫하기로 하였으며, 미연방정부도 死刑執行을 잠정 중지할 것으로 알려지고 있다.

우리나라의 경우는 미국의 경우처럼 白人優越思想을 근간으로 하여 여러 種의 다민족과 다양한 문화로 혼성된 국가체제가 아니기 때문에 이와 같은 문제가 발생할 소지

167) Furman v. Georgia, 409 U.S. pp.310-314

168) Ibid, 前掲書, pp.414-465

는 거의 없지만, 예컨대 군인과 같은 특정신분을 가진 자에 대한 刑의 加重으로 인하여 死刑이 목적범위를 초과하는 경우에는 違憲으로 보아야 한다.

3) 死刑의 恣意性

현대사회는 死刑을 廢止하거나, 그 執行을 留保하거나 그 적용범위를 제한해 가는 경향이며, 法定刑으로 死刑을 규정하는 犯罪에 있어서도 실제로 死刑을 과하는 것은 흔하지 않고 지극히 예외적인 경우에만 불가피하게 과하고 있다. 따라서 통상적으로 宣告되지 않는 死刑을 과하기 위해서는 이를 정당화하기 위한 충분한 근거가 있어야 함에도 불구하고, 法律이 死刑에 대하여 아무런 기준 없이 法官에게 재량권을 부여하고 이에 따라 恣意的으로 死刑을 과하는 것은 이상한 刑罰이라고 본 것이 Furman 판결이었으며, 또한 死刑의 恣意性 問題는 미국의 경우 Furman 사건에서 美聯邦大法院이 死刑의 違憲性 判斷에 있어서 중요한 근거가 되었다.

예컨대, Stewart 대법관은 특히 死刑을 絕對的 法定刑이 아닌 選擇的 法定刑으로 규정하고 있으며, 死刑이 잘 선고되지 않는 昨今에 있어 死刑의 宣告는 우연적이며 변덕스럽고 恣意的이라 하였으며, White 대법관도 死刑이 선고된 사건과 그렇지 않은 사건들 사이에 의미 있는 구별이 없을 뿐만 아니라 死刑이 너무나 드물게 부과되는 상황하에서는 死刑의 賦課가 ‘어떤 사회적 또는 공공의 목적에 별다른 공헌도 하지 못한 채 의미 없고 필요 없는 生命의 切斷’에 불과한 이상한 刑罰로서 違憲이라 하였다.

한편 이러한 견해에 대하여 死刑은 지금까지 오랫동안 合憲으로 인정되어 왔었고, 또한 殺人이나 強姦 등에 死刑을 과하는 것이 극히 드물다 하여 死刑의 存在價値를 부인할 수 없다. 왜냐 하면 犯人の 성격, 범행동기, 범행방법 등에 따라 死刑宣告與否를 가려야 하기 때문이다. 따라서 死刑은 이상한 刑罰이 아니며 違憲이 아니라고 한다. 또한 역사적 경험상, 그리고 현재의 認知의 限界에 비추어 死刑事件에서 陪審員에게 死刑宣告與否에 관한 자유재량의 부여가 違憲으로 볼 수 없다고 한다.¹⁶⁹⁾ 그리고 Gregg v. Georgia 사건에서도 宣告機關의 裁量行使에 대하여 적절한 정보와 지침이 주어지도록 法律로서 정한 경우에는 恣意는 배제되므로 이러한 法制度下의 死刑은 合憲이며 訴追機關의 自由裁量이나 行政機關의 赦免權 행사에 있어서의 裁量도 違憲이 아니라고

169) Ibid, 前掲書, pp.414-465

한다.¹⁷⁰⁾

이러한 문제는 우리 헌법해석상으로는 제12조 제1항이 適法節次條項과 제37조 제2항의 基本權 制限法律의 明確性和 관련하여 문제된다 할 것이다. 특히 아직까지 死刑 宣告에 있어서는 문제되지 않았지만, 同種의 犯罪行爲에 대하여 死刑 이외의 刑罰(특히 自由刑)을 과하는데 있어 각급 법원간에 있어서 刑量의 차가 너무 커 大法院에서는 1999년 8월 1일부터 [量刑實務指針]을 마련하여 각급 법원에서 量刑의 基準으로 참고하도록 하고 있다. 이런 실정에 비추어 볼 때 死刑判決이 犯罪者의 性格, 犯行動機, 犯行方法, 情況 등을 고려하여 지극히 예외적으로 死刑이 선고되었다고 하여 일률적으로 違憲이라고 할 수는 없지만, 法律이 死刑判決에 대한 指針이나 節次에 관해 구체적 규정을 두지 않아 法官의 恣意性이 개입할 소지가 있다고 본다.

4) 絕對的 死刑(命令的 死刑)의 問題

미국의 경우 死刑의 恣意性이 문제되자, 各州는 이러한 法官의 恣意性을 막기 위하여 法官에게 전혀 裁量을 인정치 않는 絕對的 死刑(命令的 死刑 : mandatory death penalty)의 규정을 두어 이 문제를 해결하려 하였다. 그러나 絕對的 死刑은 Woodson et al v. north Carolina 사건(1976)과 Locket v. Ohio 사건(1978) 이래 美聯邦大法院에서 違憲判決을 받았는데 그 이유는 다음과 같다. 즉, 개인적 사정을 고려치 않고, 모든 사람에게 획일적으로 死刑을 과하는 것은 개인을 개별적 특성을 가진 인간이 아니라 맹목적으로 死刑을 부과 받는 개성도 없고 개별화되지 않은 집단의 일원으로만 보는 것이며, 死刑에 있어서 개인의 특성을 適正程度 고려하는 것은 다른 刑罰의 경우보다 훨씬 중요하며 宣告機關에 대해 被告人의 성격이나, 경력, 범행당시의 情況 등을 고려치 못하도록 함으로써 이런 사항을 고려하였다면 보다 가벼운 처벌을 받았을 被告人에게 死刑에 처하도록 하는 法律은 修正憲法 제8조 제14조 위반이라 하였다.

우리나라의 경우 刑事法律 중에 이러한 絕對的 死刑을 규정하고 있는 것은 없기 때문에 이러한 문제는 없다 할 것이다. 그러나 刑法上의 利敵罪¹⁷¹⁾와 絕對的 死刑을 규정한 軍刑法上의 多數規定은 이런 문제의 소지가 있다고 본다.

5) 死刑執行方法의 違憲性 與否

170) Gregg v. Georgia, 428 U.S. pp.188-195.

171) 利敵罪도 酌量減輕할 수 있으므로 死刑을 과하지 않을 수도 있다.

역사적으로 볼 때 지금까지 시행된 死刑執行方法은 매우 다양하다. 死刑이 應報의 의미를 지녔던 시대에는 일반적으로 死刑은 아주 잔인한 非人間的·非人道的인 방법으로 집행되었었다. 그러나 人權意識이 함양된 이후의 死刑執行은 死刑囚에게 대체로 고통을 적게 하고 죽음의 시간을 단축시키는 방법을 취하고 있다.

따라서 死刑 自體는 合憲이라 하더라도 死刑執行方法이 非人道的이고, 非合理的이며, 잔인한 경우에는 人間の 尊嚴性을 侵害하므로 違憲으로 보아야 한다.

미국의 경우 *Wilkerson v. Utah* 사건(1878)과 *Inre Kemmler* 사건(1890)에서 銃殺이나 電氣殺은 상대적으로 신속하고 고통 없이 집행되므로 修正憲法 제8조에 위반되지 않는다고 하였다.¹⁷²⁾ 또한 日本의 경우도 1955년 4월 6일 最高裁判所 判決에서 絞首刑은 잔학한 刑罰이 아니라고 하였다.

이외에 기계의 고장으로 인하여 死刑執行이 실패한 경우에 다시 死刑을 집행하는 것은 二重危險禁止條項이나 잔혹하고 이상한 刑罰禁止條項에 위배되는 것이 아니라는 판결이 있다.¹⁷³⁾

우리나라의 경우는 刑法 제66조에 死刑執行方法으로 絞首刑을, 軍刑法 제3조에서는 銃殺刑을 규정하고 있다. 이러한 死刑執行方法은 그에 따르는 정신적 공포나 육체적 고통은 死刑 自體에 수반되고 그 집행방법에 특히 부수되는 것은 아니므로 그 방법 자체를 違憲으로 보기는 어렵다고 본다. 이러한 관점에서 현재의 絞首刑과 마찬가지로 身體의 外觀을 毀損시키지 않고 단지 객관적으로 보다 더 신속하게 집행되는 가스殺이나 電氣殺의 도입도 생각해 볼 수 있다고 본다.

172) *Wilkerson v. Utah*, 99 U.S. 130(1878); *Inre Kemmer*, 136 U.S. 436(1890)

173) *Louisiana ex rel Francis v. Resweber*, 329 U.S. 459(1947)

V. 우리나라의 死刑執行 現況

이하에서는 1988년부터 1998년까지의 우리나라의 사형집행현황을 年度別, 犯罪發生事件 및 死刑執行現況, 罪名別 現況, 犯罪動機別 現況, 犯罪者 學歷別 現況, 職業別 現況, 年齡別 現況, 地域別 現況, 血液型別 現況, 宗教別 現況別로 분석·고찰하여 본다.

1. 年度別 死刑執行 現況

<表 - 1> 연도별 死刑집행 현황

일제시대		해방이후		50년이후		80년이후	
연도	집행	연도	집행	연도	집행	연도	집행
1911	94	1946	-	1950	419	1980	9
1912	73	1947	33	1951	33	1981	-
1913	54	1948	7	1952	67	1982	23
1914	54	1949	159	1953	23	1983	9
1915	49			1954	110	1984	-
1916	53			1955	67	1985	11
1917	39			1956	91	1986	13
1918	47			1957	16	1987	5
1919	11			1958	12	1988	-
1920	36			1959	48	1989	7
1921	45			1960	18	1990	14
1922	39			1961	42	1991	9
1923	27			1962	20	1992	9
1924	11			1963	14	1993	-
1925	18			1964	2	1994	15
1926	16			1965	11	1995	19
1927	25			1966	33	1996	-
1928	24			1967	3	1997	23
1929	27			1968	20		
1930	11			1969	33		
1931	13			1970	14		
1932	18			1971	9		
1933	22			1972	34		
1934	16			1973	7		
1935	14			1974	58		
1936	33			1975	-		
1937	22			1976	27		
1938	29			1977	28		
1939	23			1978	-		
1940	11			1979	10		
1941	9						
1942	30						
1943	10						
1944	-						
1945	-						
소계	1,003	소계	1999	소계	1,269	소계	166
						총계	1,435

表1.(연도별 死刑집행 현황)은 일제시대(1911년)부터 1990년대 후반(1997년)까지의 연도별 死刑집행 현황을 나타내고 있는 바, 이에 의하면 1911년부터 1997년까지의 총 97년간 死刑이 집행된 인원수는 총 1435명으로, 이는 연평균 14.79명임을 알 수 있다. 특이할 점은 비교적 현대인 1962년 이후의 36년간 死刑執行數는 총489명으로 이전과 대비해 볼 때 약34.07%로 연간 13.58명인데, 이것은 死刑存置國家의 연간 死刑執行率을 상회하는 수치로 우리나라가 세계적으로 死刑執行人員이 많다는 것을 여실히 보여주는 통계수치라 할 수 있으며, 이는 또한 국가·사회의 정치, 경제 등 제영역에 있어서 기본정서가 안정되지 못하고 불안정하였으며, 그만큼 국민들의 생명이 범죄의 위협에 노출되어 있었다고 볼 수 있다.

2. 發生事件 및 死刑執行 現況

<표 - 2> 犯罪발생사건 및 死刑집행현황

연도 구분	88	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	계
전체 발생 건수	968,965	1,073,997	1,171,380	1,230,118	1,241,102	1,356,914	1,373,407	1,399,085	1,494,846	1,588,613	1,852,792	
인구 비	2,308	2,534	2,737	2,843	2,842	3,080	3,090	3,119	3,304	3,454		
死刑 집행	5	7	14	9(2)	9	0	15	19	23(4)	0	0	101(6)

* ()은 여자

* 인구비는 인구 100,000명당 발생 건수임.

表 2.(犯罪 발생사건 및 死刑집행현황)는 1987년부터 1998년까지의 犯罪발생사건 및

死刑집행현황을 나타내 주는 지표로서, 이에 의하면 1988년부터 1998년까지의 11년간 犯罪의 전체발생건수는 총 14,751,219건으로서, 인구증가를 감안하더라도 犯罪의 전체 발생건수가 꾸준히 늘어났음을 알 수 있다. 그런데 총 犯罪발생건수 14,751,219건중 死刑이 집행된 건수는 107건으로 犯罪발생건수 대비 死刑집행건수는 약 0.000725363%로 나타났다. 특이한 점은 1993년도에 사형집행이 1건도 없었으며, 1997년 이후부터 오늘에 이르기까지 사형집행이 보류되고 있다는 점이다. 사형제도의 존폐에 관한 세계 각국의 입법태도는 폐지쪽으로 기울고 있는 점과 관련하여 볼 때 상당히 의미있는 현상이라고 볼 수 있겠다.

3. 罪名別 現況

<表 - 3> 죄명별 현황

죄명별 연도별	살인	강도살인	존속살해	유괴살인	간첩등	기타	계
1987	1	2	1	1			5
1988							
1989	3	3		1			7
1990	6	7	1				14
1991	6(1)	2		1(1)			9(2)
1992	4	3	1	1			9
1993							
1994	3	7	1	3		1	15
1995	5	7	2	2		3	19
1996							
1997	15(3)	4(1)	1			3	23(4)
1998							
계	43(4)	35(1)	7	9(1)	0	7	101(6)

表 3.(죄명별 현황)은 1987년부터 1998년까지의 죄명별 死刑집행자의 분포현황을 나타낸 것으로서, 특이한 점은 죄명별 현황에서 살인죄가 가장 많은 비율(43.9%)을 차지하고 있고, 다음으로는 강도살인, 유괴살인, 존속살해 순으로 나타났으며, 간첩죄에 있어서는 1987년이래 1건도 사형집행이 이루어지지 않았다는 점이다. 이는 최근 11년간 死刑집행된 전체107명중 살인과 강도살인 등 강력범죄가 각각 47명과 36명으로 83명을 차지해 死刑執行者 전체의 77.6%를 점하고 있음을 보여주고 있다. 그리고 여자의 경우, 死刑집행된 107명중 6명(5.6%)으로 나타나 남자에 비해 비교적 적은 수치로 나타났으나, 여자는 남자에 비하여 정치적, 경제적, 생물학적, 신체적, 심리적 측면 등 제영

역에서 수동적, 소극적, 방어적 특성과 비교해 볼 때 결코 적은 수치는 아니라고 본다.

4. 犯罪動機別 現況

<표 - 4> 犯罪동기별 현황

()은 여자

연도 동기	87	88	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	계
계	5	0	7	14	9 (2)	9	0	15	19	0	23 (4)	0	101 (6)
이욕 (금전,허영, 생활비)	2		1	9	1	3		4	6		7 (1)		33 (1)
원한,양심, 격분	1			3	2	1		2	2		3		14
취중													
여자관계	2		3		2	1		4	3		8 (3)		23 (3)
유괴,납치			1	1	2 (1)	1		3	1				9 (1)
우연				1		2							3
이권다툼 (조직폭력)			2						6				8
기타					2 (1)	1		2	1		5		11 (1)

表 4.(犯罪동기별 현황)는 死刑자의 犯罪동기별 현황을 나타내는 수치로서, 분포건수는 이욕(금전, 허영, 생활비)과 여자관계, 원한의 순으로 나타났다. 구체적으로 死刑執行된 전체107건중 이욕과 여자관계가 60건(56.07%)을 차지하여 死刑 집행된 자의 상당수가 이욕과 여자관계의 문제 때문에 犯罪를 일으킨 것으로 나타나고 있다.

5. 犯罪者 學歷別 現況

<표 - 5> 학력별 현황

()은 여자

년도 동기	87	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	계
	계	5	7	14	9 (2)	9		15	19		23 (4)	
무학			1				1			4 (2)		6 (2)
국졸	3	1	3	2	5		7	9		10 (2)		40 (2)
중졸	1	3	4	3	1		3	7		8		30
고졸	1	3	6	4 (2)	3		4	3		1		25 (2)
대졸												

表 5.(학력별 현황)는 1987년부터 1997년까지 死刑집행된 자의 학력별 분포현황을 나타내 주는 것으로서, 위 통계표와 같이 死刑집행된 전체 107명중 국졸이 42명(39.25%)으로 가장 많고, 그 다음으로 중졸(30명, 28.03%), 고졸(27명, 25.23%), 무학(7명, 6.54%)의 순으로 나타났다. 여기에서 특이할 만한 점은 사형집행된 총 107명중 대졸은 보이지 않는다는 점이다. 따라서 사형집행된 사람의 학력별 현황은 저학력자일수록 고학력자보다 死刑執行된 자가 많다는 것을 알 수 있다.

6. 職業別 現況

<표 - 6> 직업별 현황

()은 여자

연도 직업	87	88	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	계
계	5	0	7	14	9(2)	9	0	15	19	0	23(4)	0	101 (6)
농업	2				1			1			1		5
상업					2(1)			2					4(1)
노동				2	1	1			1		2		7
운전사				1	1	1			1		1		5
회사원 (공무원포함)	1			1							1		3
학생			2										2
종업원								1					1
공원											1(1)		1(1)
미장공				1							1		2
선원			1										1
목수				1									1
보일공 (배관공포함)				1							1		2
신문배달원					1								1
대리석시공업								1					1
미싱공								1					1
일용잡부									1				1
무직	2		4	7	3(1)	7		9	16		15(3)		63(4)

表 6.(직업별 현황)을 보면 1987년부터 1998년까지의 死刑집행된 자의 직업별 현황을 나타내 주는 도표로서, 특이할 만한 것은 전체 107명중 무직이 67명으로 死刑집행자 대비 약62.6%에 해당되는 수치로서 무직이 死刑집행자의 대부분을 차지하고 있다는 사실이다. 이를 통해 유추해 보건대 사형의 범죄발생원인을 경제적 측면, 즉 실업율이 犯罪에 상당 부분 영향을 미친다는 사실을 이 통계표를 통해 알 수 있는 바이다. 이것은 表 4.의 犯罪동기별 현황에서 利慾, 즉 경제적 동기가 전체 犯罪중 비교적 큰 비중을 차지하는 것과 마찬가지로 많은 犯罪가 경제적 원인에서 초래됨을 알 수 있다. 구체적으로 전체적인 비율은 얼마 안될지 몰라도 死刑집행자 총 107명중 무직 67명(62.62%)을 제외하면, 노동, 농업, 상업, 운전기사가 각 7, 5, 5, 5명을 차지하고 있어 아무래도

White Color보다는 Blue Color계층에서 死刑이 집행될 정도의 중대 犯罪자가 많음을 알 수 있다 하겠다.

7. 罪名別, 年齡別 現況

<表 - 7> 죄명별, 연령별 현황 ()은 여자

년령별 죄명별	19세이하	20-25	26-30	31-40	41-50	51-60	60세이상	계
살인		2	9	22 (2)	7 (2)	2	1	43 (4)
강도살인		10	11	9	4	1 (1)		35 (1)
유괴살인		1 (1)	5	3				9 (1)
존속살해				7				7
기타			6			1		7
계		13 (1)	31	41 (2)	11 (2)	4 (1)	1	101 (6)

表 7.(죄명별, 연령별 현황)은 1987년부터 1998년까지의 死刑 집행된 자의 연령별 현황을 보여주고 있는 수치로서, 死刑집행 총107명중 31-40세가 43명으로 死刑집행자 대비 약 40.19%로 높게 나타나나, 26-30세가 31명으로 死刑집행총수 중 약 28.97%를 나타내 같은 기준을 적용했을 때 가장 높은 수치를 나타낸다고 할 수 있다. 전체적으로 다시 보면 20-30세가 107명중 45명으로 약 42%으로 가장 높고, 그 다음으로 31-40세가 107명중 43명으로 약40%, 41-50세가 총107명중 13명으로 12%을 차지하고 있어 죄명별 · 연령별 현황에서는 20-30세, 31-40세, 41-50세 순으로 나타나고 있음을 알 수 있다.

8. 地域(本籍)別 現況

<표-8> 地域(本籍)別 現況

()은 여자

지역 \ 연도	87	88	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	계
계	5	0	7	14	9 (2)	9	0	15	19	0	23 (4)		101 (6)
서울	1		1	1	1	0		1	4		2		11
부산	0		0	1	0	0		1	1		0		3
경기(인천)					2 (1)	4		5	0		1		12 (1)
강원	0		0	2	1	0		2	0		1 (1)		6 (1)
충남(대전)	0		1	2	1	1		1	0		4		10
충북	0		1	2	0	1		0	0		3 (1)		7 (1)
경북(대구)	2		1	1	0	1		1	2		2		10
경남(울산)	0		1	1	0	1		1	0		6 (2)		10 (2)
전북	0		0	1	0	0		2	3		0		6
전남(광주)	1		2	2	4 (1)	0		0	7		3		19 (1)
제주	1		0	1	0	0		0	1		0		3
기타 (확인불능)	0		0		0	1		1	1		1		4

表 8.(지역[본적]별 現況)은 死刑수의 지역별 現況을 보여주고 있는 바, 총107명의 死刑 집행자중 전남(광주)이 20명(18.69%)으로 가장 많고, 다음으로 경기(인천)가 13명(12.15%), 경남(울산)이 12명(11.22%), 서울 11명(10.28%) 순으로 나타나, 전남(광주)이 死刑집행자 중 약 18.7%로 나타나 가장 死刑수가 많은 지역임을 알 수 있다. 이는 전남(광주)지역이 농·어촌이 많고 역사적으로 상대적인 문화소외지역임을 생각할 때 이러

한 요인이 犯罪에 영향을 끼쳤지 않았나 생각되어진다.

9. 血液型別 現況

<表 - 9> 혈액형별 현황

()은 여자

연도 혈액형별	87	88	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	계
계	5		7	14	9 (2)	9		15	19		23 (4)		101 (6)
O	2			6	3	4		6	8		10 (2)		39 (2)
A	2		5	3	1	2		6	6		7 (2)		32 (2)
B	1		1	3	5 (2)	1		2	1		6		20 (2)
AB			1	2		2		1	4				10

表 9.(혈액형별)는 1987년부터1998년까지 死刑 집행된 자의 혈액형별 분포를 나타내고 있는 도표로서, 死刑집행인원 총수 107명중 O형이 가장 많은 41명으로 38%을 차지하고 있고, 다음으로 A형이 34명(31%), B형이 22명(20%), AB형이 10명(10%)으로 나타났다. 사형집행인원중 O형이 가장 많은 비율을 차지하고 있는 것은 O형의 특성, 즉 그 생명적·충돌적 기질과 목적 직진성 기질에 기인한다고 볼 수 있겠다.

10. 宗教別 現況

<표 - 10> 종교별 현황

()은 여자

종교별	연도												
	87	88	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	계
계	5		7	14	9 (2)	9		15	19		23 (4)		101 (6)
기독교	1			4	4 (1)	5		7	11		9 (2)		41 (3)
불교	2		4	2		2		4	3		6 (2)		23 (2)
힌두교													
기타	2		3	8	5 (1)	2		4	5		8		37 (1)

表 10.(종교별 현황)은 死刑 집행된 자들의 종교별 현황을 나타낸 것으로서, 이에 의하면 기독교(카톨릭)가 44명(41.12%)으로 가장 높게 나타났고, 기타 38명(35.5%), 불교 25명(23.4%)순임을 알 수 있다. 그런데 이 결과 수치는 각 종교인의 숫자를 따져볼 때 그다지 의미 있는 결과는 아니라고 할 수 있겠으나 종교규범도 사회규범의 일종으로 국민의 준법정신 함양과 인도주의 견지에서 생명의 소중함을 국민일반보다 더 자각하고 있다는 점을 고려해 볼 때 시사하는 바가 크다고 볼 수 있다.

11. 結語

이상에서 연도별 死刑집행 현황과 死刑 집행된 자들의 죄명, 犯罪동기별, 학력별등 諸관점에서 死刑집행수의 대략적인 현황을 살펴보았다. 이를 종합적으로 특이할만한 사실을 살펴보건대, 우리나라의 死刑집행인원은 일제시대부터 1990년 후반까지 나타

난 통계수치로 볼 때 연간 14.79명 꼴로서, 이것은 死刑存置國의 연간 死刑執行率을 상회하는 수치로 死刑廢止論이 설득을 얻고 있는 세계적인 추세에 발맞추지 못함을 알 수 있다. 死刑執行者들의 죄명별 현황을 보면 세계적으로 공통적인 살인죄가 가장 많음을 알 수 있듯이 이러한 犯罪를 저지른 동기로는 利慾과 여자관계가 가장 큰 원인으로 나타났으며, 전체 死刑집행자인 107명중 67명(62.6%)이 무직인 점으로 미루어 보아 경제적 요인 또한 死刑에 이르는 犯罪를 저지르는 이유가 됨을 알 수 있다. 그밖에 연령별, 지역별, 혈액형별, 종교별로 사형집행 현황을 살펴보았는데, 범죄의 원인이 어느 한 원인이 되어 발생하는 것이 아니고 복합적인 요인이 상호작용하여 발생한다는 현실에 비추어 볼 때 보다 더 인간의 존엄성과 가치를 존중하는 절대생명보호원칙과 인도주의 견지에서 국가의 형사정책이 입법화되고 시행되어야 한다고 본다.

VI. 우리나라 死刑制度의 改善方向

1. 死刑廢止에로의 指向

1) 時機尙早論의 立場

死刑의 存廢에 관한 우리 學界의 一般的 견해는 적어도 理論上으로는 死刑廢止에 論旨가 모아지고 있으나 대부분의 學者들이 現實의인 理由를 들어 아직 死刑을 廢止할 단계가 아니라고 하는 立場을 취하고 있음은 앞서서도 살펴본 바와 같다. 또한 判例의 立場도 「國家의 發展과 道德的 感情의 變遷에 따라 立法的으로 고려될 문제이며 우리나라의 實情과 國民의 道德的 感情을 고려할 때..」.라고 하여 역시 現實의인 理由를 바탕으로 하고 있다. 그리고 우리나라의 國民輿論도 存置論의 절반정도가 國民性과 社會狀態를 이유로 하고 있는 점 등으로 보아 우리나라에 있어 一般的인 見解는 現實的 社會狀態를 이유로 한 時機尙早論이라고 보여진다. 그런데 이러한 종래의 立場은 死刑은 廢止되어야 한다는 것을 前提로 하면서 現在에 있어서는 死刑을 廢止할 단계가 아니라고 할 뿐, 그 廢止를 향한 具體的 接近方法이나 社會的 與件造成 等を 모색하는데 있어서는 너무 소극적이었다고 생각된다. 實際로 死刑廢止의 議決權(制定 또는 改定)을 가지는 國會에 死刑廢止의 問題가 提案된 경우는 1990년 이전까지는 한번도

없었으며 오히려 1983년에는 50억 이상의 横領이나 海外財産盜避의 경우를 死刑에 處할 수 있도록 定한 特定經濟加重處罰法案을 通過시킴으로서 死刑이 擴大適用되게 되었다는 事實¹⁷⁴⁾은 이것을 잘 말해준다. 따라서 現實이 死刑廢止를 할만한 狀況이 아니라고 해서 死刑廢止가 가능한 時代가 오기를 앉아서 기다릴 수는 없는 것이며 死刑廢止를 위한 勞力과 모두의 관심이 필요하며 또한 死刑廢止를 위한 社會的 狀態를 造成하기 위한 勞力이 必要한 것이다.

2) 廢止에로의 指向

死刑은 本質的으로 人間의 尊嚴性에 反하는 制度이며, 死刑을 存置한다고 해서 犯罪을 豫防할 수 있는 威嚇力이란 극히 미미한 것이고 또 그것은 오히려 死刑政策을 改善하여 犯罪을 豫防하는 편이 더 效率的인 것이고, 특히 誤判의 경우에는 지극히 不合理한 制度이기 때문에 現代文化國家에 있어서는 마땅히 廢止되어야 한다. 死刑은 한마디로 必要惡의 存在이고 언젠가는 廢止되어야 할 것이며 人類가 理想國家로 나아가는데 있어 반드시 거쳐야할 단계인 것이다. 그러므로 現在 多數의 先進諸國에서는 그 廢止가 法制化되었으며 死刑廢止를 위한 國際的 勞力도 시도되고 있는 실정이다.

死刑의 廢止라는 우리의 理想과 急進的인 死刑廢止를 受容할 形편에 이르지 못한 우리의 現實을 적절히 調和하면서, 漸進的으로 死刑의 廢止에로 접근해 나가는 方法의 모색이 우리나라 死刑政策의 先進化를 위해 우리가 勞力해야할 일이라고 생각된다. 이러한 漸進的인 死刑의 廢止를 위해서는 死刑에 該當하는 罪目을 制限하거나 줄이고, 思想犯이나 政治犯에 대한 死刑을 廢止할 것과 몇 년간의 死刑의 試驗的 廢止나 事實上으로 死刑執行을 하지 않는 등의 方法을 시도할 필요가 있다고 생각된다. 그리고 그와 동시에 現行의 死刑制度를 改善하기 위해 諸般 刑事制度의 補完과 함께 死刑의 執行猶豫制度나 絶對的인 終身刑 制度(假釋放없는 無期刑)를 檢討해 볼 것이 要請된다.

2. 死刑의 漸進的 廢止

1) 死刑犯罪의 縮小

174) 崔根嫻·賈在暢, 死刑廢止論에 관한 研究, 충남대학교논문집 제14권, 충남대학교 법률행정연구원 편, 1986. 12, p.57.

現行刑法은 16種에 걸쳐 死刑을 規定하고 있고 그 외에도 기타의 特別法에서도 매우 廣範圍하게 死刑을 認定하고 있다.¹⁷⁵⁾ 즉, 刑法과 特別刑法을 합치면 전체 사형규정은 169개이고, 그 중에 絶對的 死刑은 15개에 달하고 있다. 그러나 우리가 死刑을 廢止하는 方向으로 나아감에 있어 이러한 規定들이 모두 死刑을 許容할 妥當한 範圍內的 것들인가는 檢討해 볼 여지가 있다고 생각된다.

刑法에 있어서 死刑에 該當하는 罪目(死刑犯罪)들 중에서 그 範圍를 提案하거나 縮小할 필요가 있다고 생각되는 規定을 具體的으로 살펴보면, 첫째, 內亂罪(제 87,88 條)는 國土를 僭竊하거나 國憲을 紊亂할 目的으로 暴動하거나(87條) 사람을 殺害함으로써(88條) 成立하는 犯罪인데 이는 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 必要性이 절실한 우리나라에 있어서는 어떠한 名分으로도 그러한 法破壞行爲는 용납할 수 없다는 國民的 決意를 나타낸 것으로 이를 最高刑으로 다스리게 한 것으로 보인다. 그러나 本罪는 「成功하면 忠臣, 실패하면 逆賊」이라는 表現으로 알 수 있듯이 그 妥當성에 疑問이 개입될 수 있는 政治的 性格이 강한 만큼 法院은 司法權獨立의 原則의 本旨를 살려 최대한 엄격한 解釋과 慎重한 判斷으로서 本條의 適用을 억제하고 此後에 國民의 審判을 받을 여지가 있는 政治的 事件에 연루된 者를 死刑에 處해버리는 事例는 삼가해야 한다고 생각된다.

둘째, 外患罪(92-96條, 98條)는 우리의 生存과 安全을 直接的으로 威脅하는 犯罪로서, 死刑을 廢止하는 國家에서 조차 反逆罪, 軍刑法上의 罪, 戰時의 경우 等에는 例外的으로 死刑을 허용하고 있는 예가 많다는 사실에 비추어 보더라도 外患罪에 死刑을 規定하고 있는 點은 납득할만한 것이라 생각된다. 그러나 93條의 與敵罪와 같은 경우는 絶對的 死刑을 規定하고 있는데, 이것은 刑罰의 目的이 改善과 教育에 있으며, 아무

175) 學者에 따라서는 광범위한 死刑의 規定은 다음과 같은 단점이 있다고 한다.

첫째, 死刑이 허용되는 犯罪의 重大性에 대한 일반국민의 인식이 흐려지고, 死刑執行의 공포에 무감각해 짐으로써 死刑存置之 중요한 理由의 하나인 一般豫防의 效果, 즉 死刑의 威嚇力이 크게 약화되어 死刑存置之 意義도 그만큼 감소된다.

둘째, 어떤 犯罪에 대하여 死刑까지 科할수 있도록 規定한 法定刑이 그 罪質과 近來의 動向등에 비추어 볼 때 지나치게 무거운 것이라면 실제의 裁判節次에서 死刑을 선택하지 아니하게 될 것이므로 이는 결과적으로 死刑을 規定한 것이 死文化된다.

셋째, 死刑을 허용하는 特別法規를 너무 많이 制定한다면 기존의 法體系에 혼란을 야기시켜 犯罪間의 刑量에 均衡을 깨뜨릴 염려도 있다.(崔根燦·賈在暢, 前揭論文, pp.24-25)

리 극악한 犯罪者라 하더라도 死刑에 處하는 것이 能事가 아니며, 死刑이 宣告와 執行은 必要한 최소한의 範圍로 制限되어야 한다는 見地에서 妥當치 않으며 死刑을 選擇적으로 科할 수 있도록 해야 한다고 생각한다.¹⁷⁶⁾

셋째, 放火致死傷罪(第164條 第2項), 溢水致死傷罪(第177條 第2項), 交通妨害致死傷罪(第188條)의 경우를 보면, 刑法은 이들 犯罪를 社會公共의 秩序, 平穩, 및 安全을 保護하기 위하여 一般的으로 重刑에 處하고 있다. 그런데 이들 犯罪는 重한 結果發生에 대한 過失만으로서도 成立하는 것이고, 더구나 사람이 死亡한 경우뿐만 아니라 傷害의 結果가 發生한 때에도 同一하게 適用된다는 點을 고려할 때, 死刑까지도 科할 수 있도록 한 것은 너무 무겁다고 생각된다. 이 경우에 있어 死刑은 死亡의 結果를 發生시킨 경우에는 그 上限을 無期自由刑으로 낮추는 것이 옳다고 본다.¹⁷⁷⁾

넷째, 海上強盜殺人致死·強姦罪(340條 3項)의 경우를 보면, 340條의 海上強盜는 本質上 334條 2項의 特殊強盜의 일종이지만 이를 더 무겁게 처벌하고 있는데 이것은 이 行爲가 所謂 海賊行爲¹⁷⁸⁾로서 「그 危險性이 현저히 增大되어 違法性이 加重된다고 보기 때문」이라고 한다.¹⁷⁹⁾ 이와 같은 理由에서 339條가 強盜強姦에 대하여 최고 無期懲役까지만 科할 수 있도록 規定한 것에 대하여 340條 3項의 海上強盜強姦은 死刑까지를 規定한 것이라 보여진다. 그러나 現在의 高度로 發達한 交通·通信體制下에서는 過去의 恐怖의 대상이 되었던 海賊行爲의 의미도 전혀 달라져 있다고 판단되고 따라서 340조 3항의 死刑은 殺人致死의 경우에만 적용하고 強姦의 경우에는 339조(強盜強姦)와 동일하게 無期懲役까지만 처벌하도록 함이 타당하다고 생각된다.

以上の 刑法典의 규정들 외에도 우리나라는 特別法에 의해 광범위한 死刑의 적용을 인정하고 있다. 특히 特定犯罪加重處罰法과 같은 경우는 條文의 대부분이 死刑을 규정

176) 軍刑法의 15개 條項의 絶對的 死刑犯罪도 역시 死刑을 선택적으로 科할 수 있도록 함이 타당하다.

177) 金淇春, 刑法改定에 관한 研究, 서울대학교 博士學位論文, 1983. p.356.

178) 여기서 海賊行爲라 함은 公海上에서 i)內國인이 범한 海賊行爲(刑法 제3조), ii)內國船舶上에서 外國인이 범한 海賊行爲(刑法 제4조), iii)外國船舶上에서 外國인이 內國인에 대하여 범한 海賊行爲(刑法 제6조) 등은 포함하나 公海上의 外國船舶上에서 外國인이 外國인에 대해서 범한 海賊行爲(이른바 國際法上的 海賊行爲)는 刑法 제340조의 規定에 의해 처벌할 수는 없다. (鄭盛根 刑法各論(上), 法志社, 1986, p.387.)

179) 劉基天, 刑法各論講義(上), 一潮閣, 1985, p.217.

하고 있고¹⁸⁰⁾ 기타 死刑을 규정한 特別法이 최근까지 계속하여 증가하여 왔다. 우리나라에서 死刑宣告를 받는 罪目的 대부분은 殺人 및 強盜殺人·致死이며 실제로 이러한 特別法에 의해 처벌되는 경우는 드물다. 그런데도 特別法을 자주 制定하여 死刑의 範圍를 확대하게 된다면 이것은 기존 刑法體系에 혼란을 가져올 뿐만 아니라, 지나치게 死刑規定을 많이 둔다면 死刑의 一般豫防效果, 즉 威嚇力에 있어서도 오히려 줄어들게 될 것이다. 따라서 特別法에 의한 死刑의 적용은 제한되어야 하며 이러한 特別法의 남발은 점진적 死刑廢止를 위해서도 시정되어야 한다고 생각한다.

2) 思想犯·政治犯에 대한 死刑의 廢止

思想犯이나 政治犯과 같은 犯罪는 시대적·사회적 상황에 따라 그 違法性 여부도 다르게 평가되는 성질을 갖는다고 보여진다. 즉 현재에 있어서는 애국투사라고 평가받는 사람이 일제시대에는 思想犯으로 탄압의 대상이 되었던 것과 같은 경우이다. 대개 思想犯이나 政治犯을 이유로 하는 死刑은 정권의 쟁취나 유지를 위한 도구로 사용되는 예가 많은데, 1933년부터 1945년 사이에 獨逸에서는 16500명이 死刑判決을 받고 그 대부분이 반체제인사들 이었다는 사실은¹⁸¹⁾ 이러한 점을 잘 설명해 준다. 이러한 이유에서 오스트리아나 프랑스 등과 같은 국가에서는 死刑의 全面廢止 以前에 이미 思想犯이나 政治犯에 대한 死刑을 廢止하고 있었으며 西獨과 같은 경우는 2차대전이 끝나자 아예 憲法에서 死刑의 廢止를 규정하기도 했던 것이다. 생각건대 우리나라와 같이 아직 정치윤리가 정착되지 않고, 사회적 특수사정을 이유로 독재정권이 계속되어 왔던 우리의 정치구조를 고려할 때 死刑이 정치적 반대자를 제압하는 수단으로 이용될 가능성은 매우 높다고 보여진다. 따라서 思想犯 내지 政治犯을 이유로 하는 死刑은¹⁸²⁾ 그 한도를 無期懲役으로 낮추어 後日 國民의 진정한 심판을 받을 수 있는 여지를 남겨두어야 한다고 생각된다.¹⁸³⁾

180) 이 법에서는 다수의 經濟事犯에 대해서 까지도 死刑을 인정하고 있다.

181) 孫海陸, 前揭論文, p.156참조.

182) 우리나라에서 이러한 犯罪에 대해 주로 適用되는 법은 國家保安法이라고 생각된다. 그런데 이 법에 의하면 북한공산집단도 반국가단체로 포함되는데 이러한 집단에 대해서는 따로 死刑規定을 존속시켜 국가안녕을 보장하는 것이 옳을 것 같으며 우리나라 國民의 대부분은 이러한 의견에는 異意가 없을 것 같다.

183) 車鏞碩교수는 政治犯問題와 관련하여 “政治犯·確信犯 등에 대해서는 한편으로는 國民感情·法的 確信 및 國家秩序라는 관점과, 한편으로는 다양한 價値體系의 活性化라는 관점에서 신중히 고려되어야 할 것이다.”(車鏞碩, 前揭論文, p.127)라 하고 있으며 李在

3) 死刑의 試驗的 廢止의 考慮

死刑의 완전한 廢止를 위한 과도기적 단계로서 몇 년간에 걸쳐 死刑을 시험적으로 廢止했던 방법은 英國이나 캐나다에서도 이미 시행했던 제도이다. 우리나라에서도 제반여건이 허용된다면 약 5년 정도의 기간을 설정하여 시험적으로 死刑을 廢止해 보고 거기에서 나타나는 문제점들과 개선되어야 할 점등을 검토해서 이를 보완해 나가는 것이 死刑廢止를 앞당기는데 많은 도움이 되리라 생각되며, 死刑廢止의 時期를 결정하는데 있어 좋은 참고자료가 될 것으로 본다.

또 이와는 좀 다르게 死刑廢止를 위한 과도기적 단계로서 고려해 볼만한 제도는 벨기에와 같이 死刑制度를 法律上으로 存置하여 死刑執行의 可能性은 남겨두고서 실제에 있어서는 死刑의 執行을 전혀 하지 않는 방법도 있다. 이러한 제도는 死刑의 威嚇力이라는 면도 고려되므로 存置論에 대해서도 별로 무리가 없는 일종의 절충적인 방법이라고 할 수 있다. 특히 死刑執行件數가 높은 우리나라에서는 이 제도도입의 가치가 높은 것이다.

3. 死刑制度의 改善方案

1) 諸般刑事制度의 改善

이상과 같이 死刑制度의 점진적 廢止를 위해 노력하면서 동시에 현재 運用되고 있는 死刑制度가 보다 합리적이고 인도적인 방향으로 나아가도록 최선을 다해야 한다. 이와 같은 입장에서 현행 우리나라의 刑事制度에 있어 보다 나은 개선이 필요하다고 생각되는 몇 가지 점을 살펴보면,

첫째, 犯罪發生을 최대한으로 防止할 수 있는 사회환경을 조성해야 한다. 犯罪은 사회·경제·문화적 복합요인에 따르는 본연적 현상으로서, 死刑이라는 刑罰 자체의 존재만으로 死刑犯罪을 抑止 한다는 것은 극히 단순한 사고에 지나지 않는 것이며 오히려 이러한 犯罪의 豫防을 위해서는 搜查의 科學化를 통한 犯罪發見의 迅速性, 刑事訴

祥교수는 “死刑이 政治的 反對者를 제거하기 위한 수단으로 남용되어서는 안된다.”고 하면서 反逆罪를 제외한 國家的·社會的 法益에 대한 死刑規定은 廢止되어야 한다고 주장한다.(李在祥, 前揭書, p.514).

追의 확실성 등을 높임으로써 罪를 지으면 반드시 처벌받는다라는 의식을 국민모두가 갖도록 하는 것이 필요한 것이다. 이러한 여건을 조성하기 위해서는¹⁸⁴⁾ 국민모두의 犯罪搜查에 대한 積極的 協力과 犯罪防止를 위한 투철한 시민정신이 필요하며 정부의 犯罪發生 要因의 제거를 위한 노력 및 국민으로부터 신뢰받는 搜查機關의 定立 등이 요구된다.

둘째, 必要的(義務的) 再審制度를 도입해야 한다. 앞에서 우리나라의 死刑制度의 문제점에서 나타났듯이 현재의 再審制度는 再審申請이 받아들여지는 것이 매우 까다로우며, 실제로 再審에 의하여 死刑囚가 減刑된 적은 단 한번도 없다는 사실은 이 제도가 잘 활용되고 있지 못하다는 것을 말해 준다. 따라서 死刑이 확정된 사건에 대해서는 반드시 의무적으로 再審을 하도록 하는 제도적 보완이 필요하다.

셋째, 法院의 判決에 있어 死刑을 宣告하는 경우에는 法官의 全員一致의 合意가 있어야만 하는 방법도 고려해 볼 수 있다. 이는 判決의 신중과 誤判의 방지를 위해서도 꼭 필요한 제도라고 생각된다.

넷째, 現行의 赦免制度를 적극적으로 활용하여 死刑宣告後, 집행여부를 결정함에 있어 宗教·法曹·學界·기타 관련분야의 각계·각층의 인사들로 구성된 심사기구를 두어 死刑囚의 改悛可能性, 死刑執行의 사회적 필요성 등을 충분히 고려하여 死刑囚의 赦免을 赦免權者인 大統領에게 요청할 수 있는 방안도 고려해 볼 수 있다.¹⁸⁵⁾

2) 死刑執行猶豫制度

死刑執行猶豫制度란 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의 執行을 일정기간동안 보류할 것을 宣告하고 그 留保期間동안 일정한 刑事施設에 拘置하여 矯正에 필요한 처우를 하고, 그 기간의 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 제도를 말한다. 앞에서 말한 바와 같이 일본에서는 이미 이 제도가 刑法改正試案으로 國會에 제안되기도

184) 愼鎭揆 교수는 이러한 여건을 조성하기 위해서는, “社會的, 經濟的 不平等要素를 최대한 제거하며, 國民의 法·論理觀點을 보다 고차적인 것이 되게끔 선도하는 학교, 지역사회, 가정에서의 교육체제를 확립하고, 犯罪者가 검거되면 그의 犯罪性 矯正을 조기부터 서두르는 체제를 갖춘다거나, 그리고 犯人의 신속한 검거와 科刑體系의 확립을 기하는 것”이 필요하다고 한다.(愼鎭揆, 前揭書, p.828).

185) 孫海陸, 前揭論文, p.152참조

하였고, 우리나라에서도 일부의 학자들에 의해 이 제도가 소개되고 있다.¹⁸⁶⁾

현재 이 제도를 시행하는 나라는 中華人民共和國인데 1979년 7월 6일에 公布하여 1980년 1월 1일부터 시행된 中華人民共和國刑法典에 의하면 死刑判決과 동시에 2년간의 執行猶豫期間을 宣告할 수 있고 이러한 猶豫期間이 경과한 후에 改悛의 情이 현저하거나 공적을 세운 경우에는 無期懲役이나 15년 이상 20년 이하의 有期懲役으로 減刑할 수 있도록 하고 있다.¹⁸⁷⁾

이러한 死刑執行猶豫制度에 대해서는 贊·反 양론이 제기되고 있는데, 찬성하는 입장에서는 誤判에 의한 死刑執行을 防止할 수 있으며, 死刑廢止를 위한 과도기적 조치로 死刑執行을 제한하려는 시대적 요청에 부합된다는 점을 들고 있고, 반대하는 입장에서는 死刑을 宣告하는 것을 安易하게 생각할 수 있고, 오히려 死刑의 廢止를 보류시킬 가능성이 많다는 점을 들고 있다.¹⁸⁸⁾

생각건대 死刑執行猶豫制度는 漸進的 死刑廢止를 위한 방법으로서 주목할 만한 것이라 생각되며 우리나라에 있어서도 이 제도의 채택여부에 대한 토론과 검토가 필요하

186) 현재 이 제도를 소개하고 있는 국내학자로는, 鄭盛根, 刑法總論, 法志社, 1987, p.654; 車鏞碩, 前掲論文, p.127; 李炯國, 刑法總論研究Ⅱ, 法文社, 1986, p.754; 孫海睦, 前掲論文, p.157.

187) 이에 관련된 中華人民共和國刑法典의 조문을 보면,
제43조 제1항에서는 死刑은 그 죄가 극악한 犯罪者에게만 적용한다. 死刑의 判決을 내려야 할 犯罪者에 대하여 반드시 즉시 집행하지 않아도 되는 때에는 死刑의 判決과 동시에 刑의 執行猶豫2년을 宣告하고 勞動改造를 실시하여 그 태도를 관찰할 수 있다.
제2항에서는 死刑은 法律에 의하여 最高人民法院이 判決을 내리는 이외에는 모두 最高人民法院에 보고하여 認可를 받아야 한다. 死刑의 執行猶豫는 高級人民法院이 判決을 내리거나 認可할 수 있다.
제 46조 제1항은 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 현저한 경우에는 2년의 기간이 만료된 후 無期懲役으로 減刑할 수 있다. 改悛의 情이 현저하고 이에 더하여 功績을 세운 경우에는 2년의 기간이 만료된 후 15년 이상 20년 이하의 有期懲役으로 減刑한다.
제2항은 改造를 거부하는 情狀이 악질이며, 이 사실이 명확한 때에는 最高人民法院이 裁定 또는 認可를 하여 死刑을 執行한다.(中華人民共和國法令 및 規約集, 사단법인 國際問題研究所, 1985, p.124).

188) 岩井宜子, 前掲論文, p.32참조. 여기서 찬성론의 주장자로는 飯田忠雄, “中華人民共和國における 刑罰思想と死刑の執行猶豫制度”, 刑法雜誌 제2, 3, 4號와 “日本國の 死刑の執行猶豫制度の問題性”, 時の法令, 제755號, P.16을 들고 있고, 반대론의 주장자로는 平野龍一, 「刑法改正(改訂版)」, 昭和 49년, p.17과 団藤重光, 「刑法綱要總論(改訂版)」, 昭和 54년, p.457을 들고 있다.

다고 보여진다.

3) 死刑을 廢止한 國家에 있어서의 代替刑

현재 死刑을 廢止한 國家에서 死刑에 代替되고 있는 刑罰은 假釋放이 인정되지 않는 終身無期刑, 10년이나 15년의 服役후에 假釋放의 자격이 인정되는 「所謂 무거운 無期刑」¹⁸⁹⁾, 無期刑을 廢止하고 그 대신에 刑의 期間을 상당히 높이는 長期의 有期刑¹⁹⁰⁾ 등이 있다. 이중에서 우리나라에서 장차 死刑을 廢止할 경우 代替刑으로 채택할 만한 것으로 소위 무거운 無期刑이 주목된다. 원래 無期刑은 10년이 경과하면 假釋放이 가능하므로(刑法 제72조), 有期刑에 있어 刑期の 1/3이 경과하면 假釋放을 할 수 있는 것으로 보아 無期刑은 약 30년의 有期刑에 해당하는 것이라 할 수 있다. 소위 무거운 無期刑이란 이러한 無期刑을 좀더 死刑에 가깝게 하기 위해 假釋放의 要件을 엄격하게 한 것으로 15년이나 20년이 지나야 가석방의 자격이 인정되게 하는 것이다. 이것을 위와 같은 방법으로 有期刑으로 換算하면 45년이나 60년의 有期刑으로 된다고 볼 수 있다. 소위 무거운 無期刑의 구체적 방안으로는 法官이 判決과 함께 20년경과 후, 또는 15년경과 후에 假釋放 資格이 인정된다는 취지를 宣告하는 案과,¹⁹¹⁾ 15년이 경과된 후에 앞으로 몇 년 더 경과한 후에 假釋放이 許可될 수 있는가를 法院이 그때에 가서 결정하는 案¹⁹²⁾이 있다.

VII. 結論

지금까지 우리나라의 死刑制度에 관한 歷史的 考察과 그 違憲性 與否를 人間의 尊嚴性(生命權)에 관한 憲法 제10조, 適法節次를 규정한 제12조, 基本權 制限에 관한 제37조 제2항을 중심으로 한 學說과 憲法裁判所 및 大法院의 입장을 憲法實體的인 측면에서 살펴보았다.

189) 스위스나 오스트리아는 15년간 強制勞動의 服役 후, 아르헨티나는 20년의 服役 후에 假釋放 資格을 인정한다.(齊藤修三, 前掲書, p.286)

190) 1973년의 이태리 刑法改正案(廢案되었다.)은 無期刑을 廢止하고 懲役刑의 長期를 40년으로 하였다. 立法例에 따라서는 長期를 40년보다도 무겁게 정하는 것도 있다. (森下忠, 刑事政策大綱 I, 成文堂, 1985, p.43-44)

191) 日本法制審議會의 刑事法 特別部에 있어서의 提案이었다.(森下忠, 前掲書, p43)

192) 森下忠, 前掲書, p.43.

우리나라의 死刑制度의 歷史的 考察에서 알 수 있는 바와 같이 우리의 경우도 西洋과 마찬가지로 18C 중엽 이전까지는 死刑은 광범위하게 인정되었고, 그 執行方法도 非人間·非人道的·非合理的인 잔인한 方法으로 이루어 졌음에도 불구하고 거의 당연시 되었으며, 死刑制度存廢에 관한 논의도 별로 없었다.

그러나 18C 중엽부터 人權意識의 함양과 人道主義 見地에서 死刑을 非人道的·非理性的·잔혹한 刑罰로 비판하고 나아가 死刑制度의 存廢에 관한 논의가 人道主義와 正義 사이에서 오늘에 이르기까지 끊임없이 提起되었고 이에 관한 연구와 논의도 이루어 지고 있다. 우리나라의 경우 憲法上 死刑에 관한 明文規定이 없기 때문에(다만, 특수한 예외적인 경우로 憲法 제110조 제4항 규정하고 있음) 憲法上 보장된 人間の 生命權이 과연 法律의 유보대상이 될 수 있는가에 관하여 學者들의 논의의 쟁점이 되어 왔었다.

생각건대 憲法實體의 측면에서 考察해 볼 때, 死刑制度는 憲法上 明文으로 직접 규정하고 있지 않지만(특별한 예외적 경우인 헌법 제110조 제4항 제외), 生命權과 生命權이 충돌하는 경우, 즉 他人의 生命을 不法으로 박탈하는 경우에는 비록 生命權이 憲法 제10조에 의해 보장되고 있지만, 더 많은 生命權을 보호하기 위하여 生命權의 本質的 內容의 침해에 대한 예외로서 死刑制度는 헌법 제12조 제1항, 제37조 제2항 및 제110조 제 4항에 依據하여 허용된다고 볼 수 있겠다.

그러나 死刑制度自體는 違憲이 아니라 할 지라도 死刑制度의 施行上의 違憲性 즉, 死刑이 比例의 原則에 반하거나, 死刑의 不平等性·死刑의 恣意性이 인정되는 경우에는 死刑의 違憲性을 인정하여야 한다. 왜냐하면 國民은 누구나 다 生命權이 憲法 제10조에 의해 보장되어 있으며, 제12조 제1항, 제37조 제1항에 依據하여 잔혹하고 이상한 刑罰을 받지 아니할 權利를 갖고 있기 때문이다. 이런 점에서 死刑을 광범위하게 인정하는 우리나라 刑事法律중 死刑制度의 違憲性이 문제되는 規定이 있다고 본다.

生命絕對保護思想과 人道主義立場에 볼 때 犯罪의 대가로 生命을 박탈하는 死刑은 결코 바람직한 것은 아니다. 세계 각국에서 해마다 약 2천여명, 하루에 평균 6명이 처형되고 있음은 인류의 비극이 아닐 수 없다. 우리나라의 경우 사형집행현황에서 고찰한 바와 같이 연 평균 15명 정도가 死刑執行을 당하고 있는 실정이다. 다행히 1997년 이후부터 오늘에 이르기까지 死刑執行이 보류되고 있으며, 최근에는 死刑制度廢止 주장이 公論化되고 있으며, 지난 7월 24일에는 여야 국회의원 공동발의로 死刑을 폐지하

고 刑法 등 각종 법률에 규정된 死刑을 無期懲役刑(終身刑)으로 대체하자는 特別法案이 국회에 제출돼 심의를 기다리고 있는 실정이다.

따라서 死刑制度存置論者들이 주장하는 論據는 나름대로 합리적인 法理的 理由가 있다고 볼 수 있지만, 生命絶對保護思想과 人道主義立場에서 사형을 폐지하고 死刑代替刑을 강구할 시점에 와 있다고 본다. 그리하여 단계적·점진적으로 死刑執行猶豫制度, 특히 假釋放없는 終身刑 制度의 도입여부가 논의되어야 한다고 본다.

參考文獻

I. 국내문헌

1. 단행본

- 具謀榮, 「法哲學과 刑法學의 基本問題」, 도서출판 책읽는사람, 1993.
- _____, 「법과 인간」, 도서출판 전망, 1994.
- 權寧星, 「新版 憲法學原論」, 法文社, 1995.
- 權仁鎬, 「行刑史」, 國民書館, 1973.
- 金淇春, 「朝鮮時代刑典-經國大典刑典을 中心으로-」, 三英社, 1990.
- 金奉道 譯 / 베카리아 著, 「犯罪와 刑罰(Dei delitti e delle pene)」, 博文閣, 1992.
- 金日秀, 「韓國刑法Ⅱ(總論 下)」, 博英社, 1992.
- _____, 「刑法學原論」, 博英社, 1998.
- _____, 「刑法總論」, 博英社, 1990.
- _____, 「법 · 인간 · 인권」, 博英社, 1990.
- _____, 「韓國刑法 I, II」, 博英社, 1992.
- 金鍾源 외, 「註釋刑法總則」(상, 하), 司法行政學會, 1990.
- 金哲洙, 「全訂新版 憲法學概論」, 博英社, 1992.
- _____, 「全訂新版 憲法學概論」, 博英社, 1992.
- 盧龍愚, 「死刑存廢論」, 「全北大學校 社會科學研究」제10집, 1983.
- 文鴻柱, 「基本的 人權研究」, 海巖社, 1991.
- 朴恩正 編譯, 「라드브르흐의 법철학」, 文學과 知省事, 1989.
- 朴貞根, 「刑法總論」, 法文社, 1966.
- _____, 「人格責任의 新理論」, 법문사, 1986.
- 裴鍾大, 「刑法總論」, 弘文社, 1999.
- _____, 「刑法總論(改訂版)」, 弘文社, 1993.
- 孫海睦, 「死刑存廢論」, 「權文澤教授華甲紀念論文集」, 1983.

- 申東旭 외 7인, 「刑法總論」, 韓國司法行政學會, 1987.
- _____, “初期 死刑廢止論의 系譜”, 「成均館大 論文集」 제21집, 1975.
- 愼鎭揆, “死刑”, 「刑事法講座Ⅱ」, 博英社, 1984.
- _____, 「犯罪學 謙 刑事政策(刑事司法政策論)」, 法文社, 1987.
- _____, 「犯罪學 謙 刑事政策(刑事司法政策論)」, 法文社, 1987.
- 오영근, “死刑存廢論의 역사적 고찰”, 「死刑制度의 理論과 實際」, 국제사면위원회 한국연락위원회편, 까치, 1989.
- 李壽成 / 李榮蘭 譯, 「新社會防衛論」, 서울大學校出版部, 1985.
- _____, “刑罰의 이념적 맥락에서 살펴본 死刑제도”, 「死刑제도의 이론과 실제」, 국제사면위원회 한국연락위원회 편, 까치, 1989.
- 李在祥, 「全訂版 刑法總論」, 博英社, 1990.
- _____, 「全訂版 刑事訴訟法」, 博英社, 1991.
- 李炯國, 「刑法總論」, 法文社, 1987.
- _____, 「刑法總論研究」 I · II, 法文社, 1990, 1989.
- _____, 「刑法總論」, 法文社, 1990.
- 鄭盛根, 「刑法總論(改稿增補版)」, 法志社, 1991.
- 鄭榮錫 / 申洋均, 「新稿 刑事政策」 法文社, 1994.
- _____, 「刑法總論(第5全訂版)」, 法文社, 1991.
- _____, 「刑事政策(全訂版)」, 法文社, 1987.
- 陣癸鎬, “死刑存廢論의 狀況(上)”, 「矯正」, 矯正協會, 1991.
- _____, “死刑存廢論의 狀況(下)”, 「矯正」, 矯正協會, 1991.
- _____, 「全訂版 刑法總論」, 大旺社, 1993.
- 崔根嫻 · 賈在暢, “死刑廢止論에 관한 研究”, 「충남대논문집」 제14권, 충남대학교 법률행정연구소, 1986. 12.
- 崔鍾庫, 「西洋法制史」, 博英社, 1986.
- _____, 譯, 「法哲學」, 三英社, 1981.
- _____, 「법과 宗教와 人間」, 三英社, 1981.
- _____, 옮김, 「법의 지혜」, 교육과학사, 1993.
- _____, 「韓國法學史」, 博英社, 1990.
- 韓寅燮, “死刑制度의 問題와 改善方案”, 「刑事政策」 제5호, 1990.

許一泰, “韓國의 死刑制度의 違憲性”, 「저스티스」 제31권 제2호, 1998. 6.

2. 論文

姜求真, “死刑廢止의 理論과 實際(上, 下)”, 考試界 1980. 4 .5.

姜錫福, “家庭破壞犯(精神的 殺害犯)과 死刑”, 判例月報 187號 1986. 4.

_____, “死刑復活論과 우리의 刑事法改正問題”, 判例月報 194號 1986. 11.

_____, “死刑의 違憲性-死刑制 違憲訴願에 즈음하여-”, 判例月報 224號 1989. 5

_____, “絞首刑 事前公開 및 被疑事實 事前公表와 人權”, 人權과 正義 제 158호 1989. 10.

具謀榮, “國家刑罰의 正當性”, 東亞大學校 大學院 論文集 12輯 1987. 7.

權純永, “死刑은 廢止되어야 한다”. 世代, 1965. 3.

권은정 역 / 엠네스티 리포트, “전세계 사형제도 시행현황”, “사형제도의 이론과 실제”, 국제사면위원회 한국연락위원회 편, 까치, 1989.

金光澤, “死刑制度에 관한 刑事政策的 考察-死刑存廢論을 中心으로-”濟州文學 論文集 제11집(人文社會科學 編) 1979.

金南辰, “憲法 第8條의 解釋”, 考試研究 1976. 7.

金文顯, “死刑制度의 違憲性 여부”, 月刊考試 1989. 5.

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 30권 1호, 釜山大學校, 1988. 8.

金永鈺, “刑事政策的 觀點에서 본 死刑制度”, 刑事法學의 現代的 課題(東山 孫海陸 博士華甲紀念), 1993.

金日秀, “國家刑罰의 意味와 論理的 根據”, 月刊考試, 1984. 3.

_____, “刑法上, 責任과 豫防과의 關係”, 法律行政論集 제22집, 高麗大學校 法律行政研究所 1984. 12.

金仁善, “우리나라 死刑制度의 歷史的 考察과 그 違法性 與否에 관한 研究”, 법무부 교정, 2000. 3.

김종민, “국가에도 없어야 할 사람 죽일 권리”, 샘이 깊은 물 1989. 7.

_____, “사형제도에 관한 학제간적 고찰”, 『사형제도의 이론과 실제』, 국제사면위원회 한국연락위원회 편, 까치 1989.

盧龍愚, “死刑存廢論”, 全北大學校 社會科學研究 제10집, 1983.

明燭植, “死刑制度에 관한 小考”, 矯正 1994. 3.

朴文福, “西獨에 擡頭한 死刑復活論”, 法政 제17권 제1호, 1962. 1.

- 박홍규, “사형제도 폐지의 법학적 논리” 『사형제도의 이론과 실제』, 국제사면위원회 한국연락위원회 편, 까치, 1989.
- 孫海睦, “死刑制度論, 刑事法學의 諸問題”, 權文澤教授 華甲紀念論文集, 1983.
- 吳道基, “韓國刑法史”, 『刑事法講座 I』, 博英社, 1981.
- _____, 『大明律과 經國大典 刑典의 實體法的 比較研究』, 螢雪出版社, 1977.
- 오영근, “사형존폐논쟁의 역사적 고찰”, 『사형제도의 이론과 실제』, 국제사면위원회 한국연락위원회 편, 까치, 1989.
- _____, “美國의 死刑制度”, 法學 제24권 2·3호, 서울대학교 法學研究所, 1983.
- 尹亨重, “死刑은 存續되어야 한다”, 世代 1965. 3.
- 李建鎬, “死刑廢止論-死刑의 刑事政策的 價値-”, 思想界 제7권 10호(통권 75호), 1959. 10.
- 李萬熙, “死刑廢止와 國際人權法의 最近動向, 刑事學과 法學의 諸問題”, 凡集 閔建植檢事定年紀念論集 1991.
- 이상욱, “한국 현대사에서 본 사형제도 운용의 실태”, 『사형제도의 이론과 실제』, 국제사면위원회 한국연락위원회 편, 까치 1989.
- 李相赫, “우리나라의 死刑制度에 관한 考察”, 저스티스 제22권, 1989. 12.
- _____, “사형폐지 운동협회의 결성과 그 의의”, 『사형제도의 이론과 실제』, 국제사면위원회 한국연락위원회 편, 까치, 1989.
- 李壽成, “死刑廢止論 小考”, 서울대학교 法學 제13권 제2호, 1972.
- _____, “社會防衛論의 過去와 現在”, 法學, 제24권, 2·3호, 1983. 9.
- _____, “형벌의 이념적 맥락에서 살펴본 사형제도”, 사형제도의 이론과 실제, 까치 1989.
- 李在述, “死刑制度에 대한 考察”, 研究論集, 法務研修院, 1991.
- 李熙鳳, “韓國法制史”, 韓國文化史大系, 高大民族文化研究所, 1979.
- 鄭鳳輝, “Johann Paul Anselm Feurbach에 대한 研究”, 成均館大學校 論文集 제4집, 1969.
- _____, “韓國刑罰制度의 史的 考察”, 成均館大學校 論文集 제7집, 1962.
- _____, “死刑存廢論의 理論史的 考察”, 刑事法學의 現代的 課題, 東山 孫海睦博士 華甲紀念論集, 1993.
- _____, “死刑廢止條約論”, 刑事法學의 課題와 展望, 桂山 成時鐸教授華甲紀念論集, 1993.
- 鄭英一, “死刑制度에 관한 刑事政策的 意味”, 刑事政策 創刊號, 1986.
- _____, “死刑과 應報,” 警察大學 청담, 1987. 12.

II. 일본문헌

- 江家義男, “死刑論”, 早稻田法學 第12卷 1號, 1970.
- 宮澤浩一, “死刑廢止論の一試稿”, 矯正論集, 1968.
- , “死刑廢止論の立場”, 法學研究 第37卷 1號, 1964.
- 金澤文雄, “聖トマス・アキノナスの刑罰思想”, 木村博士還曆祝賀 「刑事法學の基
本問題(上)」, 1958.
- 瀧川辛辰, 「刑法講話」, 有斐閣, 1952.
- 木村龜二, 「死刑論」 弘文堂, 1950.
- , 「新憲法と刑事法」, 法文社, 1990.
- 三原憲三, 「死刑廢止の研究」, 成文堂, 1990.
- , 「現代に死刑は必要か」, 第三文化社, 1980.
- 植松正, 「刑法概説(總論)」, 仲松堂, 1957.
- 正木亮, 「死刑(最後の野蠻)」, 日本評論社, 1975.
- , “死刑”, 「刑事法講座」 第3卷, 有斐閣, 1954.
- 齊藤靜敬, “死刑存廢の理論と系譜“, 法律時報 第42卷 6號, 1970.
- , “新版死刑再考論”, 成文堂, 1980.
- 竹田直平, “立法における死刑”, 甲南法學 第1卷 1號, 1960.
- 平野龍一, “死刑”, 法學論叢 第20卷 1號, 1928. 7.

III. 구미문헌

- Aquinas Thomas, *Summa theologiae, Latin text and English Translation*, 60 B
nde, London and New York.
- Calvert · Eric Roy, *Capital Punishment in the Twentieth Century*, 2nd ed.
London Putnam, 1927.