

---

# 死刑制度에 관한 刑事政策的 考察

— 死刑 存廢論을 中心으로 —

金 光 澤

## 目 次

- 一. 序 文
- 二. 刑罰로서의 死刑의 刑事政策的 意義
- 三. 死刑制度의 沿革과 機能
- 四. 死刑存廢論의 論點
- 五. 死刑廢止의 趨勢
- 六. 死刑廢止의 社会的 背景과 條件
- 七. 私 見
- 八. 結 論

## 一. 序 文

淺學非才한 筆者가 이 尙大하고 深刻한 問題에 挑戰한다는 것은 너무나 輕妄하고 無謀하다고 생각하면서도 敢히 여기에 挑戰한 것은, 現今의 우리大韓民國이 經濟 社會 文化的으로 急激한 發展을 가져왔고, 이제 待望의 1980年代를 맞게 됨에 즈음하여 先進國의 隊列에 끼이게 되었음을

勸案할 때, 우리의 刑事政策의 側面에서도 이러한 先進國들의 立法例에 準하여 死刑制度의 當爲性 與否를 檢討해 보고, 制度上으로 果然 現在의 死刑制度를 踏襲시켜야 할 것인가 하는 것을 考察해 보고, 萬一 우리 나라에서 死刑制度가 廢止되어야 할 경우 刑事政策面에서 어떠한 結果가 惹起될 것인가 하는 것도 아울러 考察해 보려고 하는 意慾에서 挑戰해 본 것이다.

또한 現在까지 우리 나라에서는 이 問題에 對해서 正面으로 挑戰해 보려는 斯界의 動向도 매우 消極的이기 때문에, 이 拙稿가 尨大한 이 問題 解決의 導火線이 되어졌으면 하는 바램이고, 나아가서 앞으로 立法過程에서 조금이나마 參考資料가 되었으면 하는 一念이 있을 뿐이다.

本稿에서는 死刑制度의 意義와 沿革 및 機能을 살핀 후 死刑存置論과 死刑廢止論의 論點을 考察하고, 오늘날 世界各國에 있어서의 死刑廢止의 趨勢와 그 社會的 背景 및 條件을 言及하여, 死刑制度의 存廢에 관한 筆者의 私見을 玆에 順序로 理論을 展開하기로 한다.

## 二. 刑罰로서의 死刑의 刑事政策的 意義

오늘날 刑事政策上 犯罪對策으로서 가장 重要한 地位를 차지하고 있는 것이 刑罰이다. 따라서 刑事政策의 前提로서 그 重要한 手段인 刑罰이 어떻게 施行되고 어떠한 效果를 犯罪人의 主觀에 미치고 있는가, 換言해서 刑罰의 犯罪對策으로서의 價値를 檢討 批判하는 것이 必要하다. 그래서 이러한 檢討를 위하여, ① 刑罰은 어떠한 本質的인 內容과 目的을 가지고 있는가? ② 刑罰은 어떠한 效果와 作用을 가지고 있는가? ③ 刑罰的 評價對象은 어디에 (犯罪者의 客觀的 事實이나, 犯罪者라는 主觀的인 行爲者의 反社會的 性格이나) 重點을 두어야 하겠는가 등을 研究해야 할 것이나, 이러한 것은 法哲學的인 問題이고, 本稿에서는 刑罰中에서도 死刑이 刑事政策的으로 合目的의이나 아니냐에 對한 論理的 考察을 함에 限定지워 論述해야 겠다.

死刑의 本質은 犯罪人의 生命을 剝奪하는데에 있으나, 生命剝奪의 法律的 내지 刑事政策的 意義는 그것이 刑事責任으로서 가장 重하다는 것을 受刑者 뿐만 아니라 社會 一般人에게도 알리는 同時에 犯罪人을 永久히 國家社會로부터 隔離시킴으로써 그 將來의 危險性에 對하여 國家社會를 防衛하려는 데에 있다고 한다.

그러나, 死刑은 이러한 刑事政策的 實益이 있는 것일까, 특히 死刑의 威嚇力의 有無를 中心으로 하여 從來 많은 學者들 사이에 死刑 存廢論이 展開되었었다.

死刑은 古來로 刑罰의 中心이었다. 刑法과 死刑은 그 歷史를 같이 하고 있고, 刑罰史는 死刑의 歷史라고 할 만큼 重要한 地位를 차지 하고 있으며, 그 執行方法에 있어서도 殘虐한 것이 많고 死刑을 公斷하는 國家도 많았었다. 그러나, 오늘날에 와서는 死刑을 廢止하는 國家가 漸增하여 歐

美先進國家에 있어서는 廢止國의 數가 存置國보다는 많다.<sup>1)</sup>

現代의 文化水準은 刑罰로서의 死刑의 存在意義에 根本的으로 疑問을 낳게 하고 있는 것이다. 특히 中世封建時代부터 近世初期의 이른바 威嚇時代에 있어서는 刑罰中 死刑이 首位를 차지하고 있었다. 그러나 仏蘭西革命 以後 近世國家의 刑法은 漸次로 死刑의 適用範圍를 制限 내지 廢止하고 있고 또 그 執行方法도 殘虐性을 除去하고 密行하게 되었다.<sup>2)</sup>

現行 우리 나라의 刑法(1953年 3月 19日 法律第 293号)에서는 法定刑으로서 死刑을 規定하고 있으나, 少年法에서는 犯罪行爲時 16歲未滿의 少年에 對해서는 死刑을 認定하지 아니 한다(少年法第 53條)고 하였다. 또 刑法에서도 絶對的 法定刑으로 死刑을 科할 수 있는 罪는 與敵罪(刑法第 93條)뿐이고 그 以外의 경우는 相對的 法定刑으로서 法官의 裁量에 의해서 自由刑을 選擇的으로 科할 것으로 하고 있다. 그래서 絶對的 法定刑인 與敵罪에 있어서도 刑法 第 53條에 의하여 酌量減輕의 余地는 認定된다고 할 수 있기 때문에 死刑을 科하지 아니할 수도 있다.

現行 刑法上 死刑을 科할 수 있는 犯罪로서는 上記 ① 與敵罪外에 ② 內亂罪(刑 87, 88條) ③ 外患罪(92~98條) ④ 爆發物使用罪(119條) ⑤ 放火致死罪(164條) ⑥ 溢水致死罪(117條) ⑦ 交通妨害致死罪(188條) ⑧ 飲用水混毒致死罪(194條) ⑨ 殺人罪(250條) ⑩ 強盜殺人·致死罪(338條) ⑪ 海上強盜殺人·致死·強姦罪(340條) 등의 11種이며 特別法으로서는 國家保安法 第 1條, 第 2條 및 第 3條의 罪와 反共法 第 6條 第 3項의 罪등에 死刑을 認定하고 있다.

### 三 . 死刑制度的 沿革과 機能

現在 우리 나라의 刑法上의 死刑制度的 沿革을 살펴보면 李朝時代(李太祖元年 李成桂가 開國 當時)에 既於 確立되어 있었다.<sup>3)</sup>

이것은 高麗에서는 唐律을 본따 모두 71個條로써 成立된 律이 있었는데, 高麗의 法制가 中國勢力의 消長에 따라서 影響을 받아야 했었고 「元」의 「議刑易覽」과 「大明律」과를 混用했던 事實은 元·明의 兩大勢力이 韓半島에서 相互 混入되었던 時代의 產物이었으리라 보아 진다. 그러나 李成桂(李太祖)가 辛偶 14年(1388年)에 向明·排元의 國策을 樹立 하므로써 明律은 「時王之制」라는 觀念이 支配하게 되었고, 또 一面 明律이 매우 優秀한 法典임을 漸次로 認識함에 이르렀으니, 大勢는 明律을 適用할 수 밖에 없었음을 容易하게 看破할 수 있다.

1) 鄭榮錫, 刑事政策, 서울: 法文社, pp.282~283. 1977年

2) 前掲書, pp.207~208.

3) 大明律直解, 서울: 景仁文化社, p.1, 1974年

大明律에서는 死刑을 絞殺과 斬殺로 大別하여 死刑에 該當되는 犯罪을 十惡이라 하여 다음과같이 이를 規定하고 있다. 卽 一曰 謀反, 二曰 謀大逆, 三曰 謀叛, 四曰 惡逆, 五曰 不道, 六曰 大不敬, 七曰 不孝, 八曰 不睦, 九曰 不義, 十曰 內亂으로 하여 十惡에 該當되는 行爲는 死刑에 處하되 絞殺이나 斬殺이나 하는 것은 國王의 專斷에 의하도록 되어있다 (取自上裁).<sup>4)</sup> 그리고 「其犯十惡者不用此律」이라고 해서 上記 十惡을 犯한 者와 「八議」에 該當되는 犯罪者에 對해서는 選擇刑을 不許한다는 뜻을 法定化한 것이라고 할 수 있다. 그러면 여기서 前記 十惡의 內容을 概觀 分說하고 넘어가야 하겠다.

一曰, 謀反 「謂謀危社稷」이라고 한 것은 「社稷을 危胎롭게 하기 위하여 謀議하는 行爲」이며,

二曰, 謀大逆 「謂毀宗廟, 山陵及宮闕」이라 함은 山陵, 宗廟, 宮闕 등을 毀損키 위하여 謀議하는 行爲」이며,

三曰, 謀叛 「謂謀背本國潛從他國」이라 함은 「外國과 密通하여 本國을 背叛하는 行爲」를 말하며, 以上은 現行刑法의 內亂罪 및 外患罪와 利敵罪에 該當되는 犯罪들로서, 이것은 現行刑法上에서도 死刑에 處한다고 規定되어 있으나, 與敵罪를 除外하고는 現行法으로서는 情況에 따라서 死刑・無期懲役 또는 無期禁錮에 處한다고 規定되어 있으므로 選擇刑으로 緩和되었다고 解釋함이 妥當할 것이다.

다음으로 四曰, 惡逆 「謂毆及謀殺 祖父母, 父母, 夫之祖父母, 父母, 殺 伯・叔 父母, 姑 兄姊, 外祖父母及夫者」라 함은 父母 및 祖父母와 夫의 祖父母, 父母를 殺害할 것을 謀議한 者와 伯父母 및 叔父母와 兄姊 外祖父母, 夫 等 現行刑法 第 250 條 第 2 項의 尊屬殺害規定에 該當되는 것으로서 現行刑法規定에 比較하면 그 尊屬의 範圍가 明文으로 具體化 되어 있음을 알 수 있다.

다만, 이러한 重罪의 경우 處刑이 絞首 또는 斬首중의 하나가 確定되는데 比하여 現行刑法의 規定에서는 死刑 또는 無期懲役に 處한다고 되어 있으므로 이것 역시 犯人의 情況에 따라서 刑罰은 選擇刑으로 되어있다고 解釋함이 妥當할 것이다. 이와같이 大明律은 十惡에 該當되는 犯罪에 對해서는 絞・斬 刑中 어느 刑을 挾하느냐함은 「絞斬取自上裁」<sup>5)</sup> 라고 明記되어 있듯이 君主의 獨斷의 決定에 屬해있는 尊屬權이라고 해야 할 것이다.

이와같은 大明律에 比하여 現行刑法은 法定刑으로서 死刑을 規定하고 있으나 絶對的 法定刑으로서 死刑만을 科할 수 있는 罪는 與敵罪 (第 93 條) 뿐이고 그 以外의 경우는 相對的 法定刑으로서 法官의 裁量에 의하여 死刑과 自由刑을 選擇적으로 科할 것으로 하고 있다. 그러나 死刑이 絶對的 法定刑인 與敵罪에 있어서도 酌量減輕의 여지가 있으므로 死刑에 處하지 아니할 수도 있다.<sup>6)</sup> 다음에 刑罰의 機能에 關하여 살피건대, 刑罰의 本質의 機能을 應報라고 하는 應報刑論과 刑罰

4) 前掲書, P.33.

5) 前掲書, P.3.

6) 鄭榮錫 刑法總論 P.282 刑事政策 P.206 서울: 法文社, 1977年

은 社会防衛 또는 社会保全의 目的을 達成하기 爲한 手段이라고 하는 目的刑 내지 教育刑論과의 對立이 이른바 刑法理論上의 論争中에서 核心的 課題가 되어오곤 했지만 여기에서는 形式的 機能에 對해서만 論하겠다.

形式的 意義에 있어서의 刑罰은 國家가 犯罪에 對한 法律上의 效果로서 犯罪主体(行爲者)에 對하여 科하는 法益의 剝奪이라고 할 수 있다. 그래서 여기의 剝奪되는 法益을 生命·自由·財産 등으로 大別하여 各各 生命을 剝奪하는 刑(死刑)을 生命刑이라 하고 自由를 剝奪하는 刑(懲役 禁錮 및 拘留等)을 自由刑이라 하고「罰金,沒收,科料」等を 財産刑이라고 한다. 그외에 資格喪失 및 資格停止 等은 資格刑인데 이것들은 附加刑이라고 한다.

#### 四. 死刑存廢論의 論點

死刑(Todesstrafe)의 意義는 앞에서 若干 言及했듯이 受刑者의 生命을 剝奪하는 것을 內容으로 하는 生命刑으로서 刑罰中에서 가장 重한 刑罰이므로 極刑이라고도 한다. 卽 死刑은 重罪人에 對하여는 人間이 本能的으로 가장 愛着을 가지는 生命을 剝奪하는 刑罰의 豫告이므로 犯罪者에 最大의 威嚇(Deterrenteffect)이 있나 없나 하는 問題에 對해서 檢討해 보기로 하겠다.

死刑의 威嚇力에 對해서는 存置論과 廢止論 兩者가 共通으로 自己의 見解의 論拠로 하고 있다 는 點에 對해서는 정말 興味있는 事實이라고 할 것이다.

卽 死刑이란 法制度가 社会一般에서 흔히 말하는 犯罪를 豫防하는 效果가 있느냐 없느냐, 만약 없다고 한다면 刑法에 死刑을 規定할 根拠가 없다고 해야할 것이다. 그 實은 이 威嚇力의 有無가 옛부터 死刑存廢의 焦點이 되어 왔던 것이다. 일찌기 兩論(存置論과 廢止論)은 統計的 數字를 基礎로 해서 威嚇力의 有無를 論証하려고 試圖해 봤으나 結局 오늘날에 와서는 이 統計에 의해서는 死刑의 威嚇力의 有無는 証明도 否定도 할 수 없는 것이라고 判定됨에 이르렀다. 그 理由로서는 經濟,社会,文化的 構造의 特異性, 年令,男女의 分布狀態 및 人種, 風土, 氣候 等の 特異性에 基礎한 社会的 与件을 比較한다는 것은 매우 困難한 問題이기 때문이다. 그렇다고 해서 이것 만으로써 統計를 否定할 수는 없다. 統計가 眞實을 內包한다는 것은 事實이며 그러므로서 어느 程度의 蓋然性을 가지고서 結論을 導出해 낼 수 있다고 생각하는 것이다. 死刑의 威嚇力의 有無에 對한 証明은 여러가지 觀点에서 試圖되고 있는 것도 事實이다. 켈린(Tsclin)은 同一文化狀態에 있으면서도 死刑制度의 存·廢에 對하여 이를 달리하고 있는 美合衆國의 두개의 구를 比較한 結果 거기에는 實質的으로 「殺人의 比率에는 差異가 없고」 威嚇力도 없다고 하고 있다. 그래서 死刑을 廢止한 경우 從前에 比해서 殺人者(重犯罪者)가 增加되었는가 아닌가 하는 것은 威嚇力의 有無를 알기 위해서 좋은 參考(資料)가 되는 것이다. 外國의 經驗에 따르면 死

刑을 廢止했어도 存置時代와 比較해서 殺人者(重犯罪人)의 增加現象은 나타나지 아니 하였다. 그러므로 殺人者(重犯罪人) 發生 比率에 따라서 그 州의 死刑을 認定하는가 아닌가 하는것은 重要な 問題가 될 수 없고 오히려 各州의 經濟的, 社會的 環境의 差異, 人口의 構成 教育程度 等이 死刑制度의 有無보다는 훨씬 重要的 役割을 맡고 있는 것이다.<sup>7)</sup>

現代 諸國에서 死刑을 科하고 있는 犯罪는 主로 殺人犯과 政治犯 等인데 모두가 犯罪人自身의 問題에 속하는 것이 적지 않다. 이 점에 대해서 木村龜二 教授는 다음과 같이 說明하고 있다.

첫째로 殺人은 瞬間的인 激情으로 因하여 犯行하는 경우와 熟考 끝에 計劃的으로 犯行하는 경우가 있는데 어느 쪽이든 犯人은 刑罰따위를 생각치 않고 實行한다. 激情的인 殺人者는 理性을 喪失한 事理判斷의 餘蘊도 없이 決行하게 되는 것이고, 또한 計劃的인 殺人者는 이미 一切를 諦念해서 決行하는 것이므로 死刑은 何等的인 威嚇力을 갖지 못한다.

둘째 政治犯에 대해서는 革命을 하려는 者는 身命을 社會에 받침으로써 目的을 達成한다. 革命者에게는 死刑이 威嚇이 아니라 오히려 殉教者로서 光榮이 된다는 것으로 確信하고 있다.

세째로 殺人犯中에는 精神病者가 많다. 現行刑法에서는 第10條에서 「心身障者로 因하여 事物을 判別 할 能力이 없거나 意思를 決定할 能力이 없는 者의 行爲는 罰하지 아니 한다」고 規定되어 있으므로 이것은 心身障者에게는 責任能力이 없는 것이므로 刑罰을 科하지 않는다는 것이다. 따라서 刑罰의 一種인 死刑은 科할 수 없으므로 賦科하지 않은 刑罰規定은 有名無實한 것이 된다.

네째로 殺人行爲者는 大概의 경우 殺人行爲의 直後에 自殺을 企圖하거나 自殺을 하는 경우가 많다. 이와같이 他人의 生命이든 自己의 生命이든 生命輕視의 不倫生活習性에 混濁된 者가 殺人行爲를 한다는 事實은 그들에게 「殺人者는 死刑에 處한다」고 해보아도 牛耳統經이 될 뿐이고 何等的인 威嚇이 되지 않는다. 그러므로 오늘날 死刑은 威嚇力이 否定된다고 主唱하고 있다.<sup>8)</sup>

前述한 바와 같이 死刑制度의 本旨가 重罪人의 生命을 剝奪하므로써 法律的인 내지 刑事政策의 意義는 社會一般人에게 刑事責任이 가장 重하다는 것을 알리는 同時에 犯罪人을 永久히 國家社會로 부터 隔離시킴으로써 國家社會를 防衛하려는 데 있다고 한다. 그런데 이러한 本旨와는 달리 死刑自体에 威嚇力이 否定되는 現代에 와서는 果然 이 制度를 存続시켜야 할 것인가 하는데 대해서는 問題점이 있는 것이다. 이를 現代 各國의 狀況을 살펴 볼때 死刑制度에 대해서는 다음 세 가지 形態로 区分할 수 있을 것 같다.

① 法律上 廢止하고 있는 國家 ② 存置하고는 있으나 事實上 廢止되어 있는 國家 ③ 거이 完全 廢止에 가까운 國家 등인데 이에 관한 正確한 data를 把握하기는 困難하다. 通常 廢止國이라고 할 수 있는 國家는 Austria, Australia, Denmark, Deutschland, Finland, Italia,

7) 大塚仁, 宮沢浩一, 演習刑事政策 pp.223,224 東京青林書院 昭和52年

8) 前掲書, pp.224,225.

Iland, America (Michigan, Rodiland, Wisconsing, Mein, Kansas, Minesota 等 14 個州) Mexlco, Brazil, Belgium 等이다. 이들 國家들은 前記 세계의 形態에 包含된다.

死刑廢止論의 嚮矢는 베크리아 (C. Beccaria) 의 「犯罪와 刑罰」(1764年)에서 었다고 말 해지고 있으나 法律上 最初로 廢止한 것은 美國의 Michigan 州(1846年)라고 한다.

最近의 世界的 傾向으로서는 死刑의 執行數의 減少와 死刑廢止 立法의 堅實한 움직임이 있음을 엿 볼 수 있다. 英國이 1965年에 5年間의 試驗的 廢止에 멈추었다가 이어서 1969年 12月에 永久廢止 法案을 成立시켰다는 事實은 周知의 일이거나 美國의 狀況도 注目할만 하다. 即 美國 에서는 1967年 6月以後 死刑執行이 行해지지 않은 狀態가 繼續되어 오던 次에 1972年 2月에는 Kaliponia 州 最高裁判所가 死刑은 州憲法에 違反임을 判決했고 나아가 同年 6月에 聯邦最高 裁判所에서는 5對 4의 僅少 차이기는 했으나 現行의 死刑은 聯邦憲法 修正第 8條의 「殘酷하고 異常한 刑罰」에 該當된다고 判示 死刑 違憲判決을 했던 것이다.<sup>9)</sup> 이러한 것은 死刑이 確定된 3名의 殺人·強姦致死犯이 共同으로 請求 同年 1月 17日부터 死刑의 違憲如否에 관한 審査가 시작된 以來 5個餘月을 끈 끝에 나온 最終 結論이었다.

이러한 聯邦最高裁判所의 判決로 美國內 33 個州에서 刑執行만을 기다리고 있던 6百餘名의 死刑囚가 목숨을 진지게 되었는데, 이 가운데에는 「로버트·케네디」 上院議員을 暗殺한 「저한두 저한」과 「사로테이프」양을 殺害한 히피두목 「찰스·맨슨」도 包含되어 있다.

「워렌·버저」 美大法院長은 이 判決에서 州議會들이 死刑制度에 관한 새로운 見解를 表示할 可能性을 認定했다. 美國의 50 個州 가운데 16 個州은 이미 獨自의으로 死刑制度를 廢止했으며 나머지 34 個州은 이번의 大法院判示를 기다려 이미 지난 5年間 死刑執行을 유예해 왔다. 美國 에서 마지막으로 死刑이 執行된 것은 지난 1967年 6月 이었다.

1971年 6月까지 美國內의 120名의 死刑囚가 이 条文(聯邦憲法修正第 8條)을 들어 大法院의 最高審査를 請求했다. 이 중 이번 判決의 model case가 된 3黑人 死刑囚와 弁論을 맡은 黑人地位向上協會·弁論教育基金(Maacpildf) 소속 弁護士들이 美國內 全死刑囚의 6割이 黑人이란 事實을 指摘하여 死刑이 貧者와 黑人 등 「버림받은 弱者들」에게만 편파적으로 適用되고 있다고 주장 政治的 人種的 問題로 물고 나가 이번 贊·反 兩論의 論爭의 계기가 되었다.

그동안 美大法院은 法律學者 檢·警 幹部 民權運動家 등 各分野의 人士들이 總動員된 公聽會를 여는 등 最大限의 意見을 모으려 努力했다.

判決文은 「本件 被告人들에 대한 死刑宣告나 그 執行이 違憲」이라고만 밝히고 있으며 判事自身들도 이번 判決이 미칠 最終的인 영향등에는 意見이 엇갈리고 있다. 「워렌·버저」 大法院長은 「基本的인 憲法問題에 最終的이고 明確한 答弁을 주었다기 보다는 各州 立法機關이나 議會에 不

9) 全石宰, 世界各國憲法集, pp.39,90 서울豐園學院 1955, 聯邦憲法修正 8條後段「殘酷하고 異常한 刑罰을科해서는 아니된다」

分明한 法改正을 要求하는 것과 마찬가지로」이며 死刑廢止에 例外規定을 들 수 있는 余地를 남기고 있는 것」이라고 이번 判決을 解釋했다.

「투스·포엘」 判事는 이번 判決로 「美国 내에서 死刑이 確定된 既決囚들에게 이미 賦科된 死刑宣告는 自動적으로 無効화된 것」이라고 말했다.

死刑이 違憲이라는 이번 美国 聯邦大法院의 判決은 美国 憲法修正 第8条와 第14条를 根拠로 하고 있다.

美国 憲法修正 第8条는 「殘酷하고 非正常的인 刑罰」을 禁止하고 있으며 第14条는 「法律에 의한 平等的한 保護」를 規定하고 있는데 死刑은 이 두 条項의 精神에 違背되므로 廢止해야 한다는 것이다.

美国 聯邦大法院은 憲法の 最終的인 解釋權을 갖고 있으며 모든 下級法院은 結局 最高法院의 解釋에 따르지 않을 수 없는 것이므로 이로써 美国의 死刑制度는 一段 폐기 될 段階에 있는 것이다. 그러나 美国의 法院制度는 法律自体에 대한 違憲判決權은 最高法院에 賦与하고 있지 않으며 違憲判決이라 해도 事件에 따라 「케이스 바이 케이스」로 결정하게 되어 있다. 따라서 殺人事件과 強姦事件의 判決과정에서 나온 이번 死刑의 違憲判決로 모든 死刑이 完全히 廢止되었다고 斷定하기에는 이른 感도 없지 않다. 더구나 이번 判決이 5對4라는 僅少한 差로 이루어졌다는 점까지 감안 한다면 아직까지는 「不安한 死刑廢止」라고 할수 있을 것 같다.

死刑廢止에 대해서는 이미 全世界的으로 贊·反 兩論이 날카롭게 對立해 오고 있다. 어쨌든 이번 判決로써 死刑宣告를 받고 그 執行만을 기다리고 있던 死刑囚들은 일단 再生의 希望을 갖게 되지만 모든 死刑이 全部 廢止될 수 있을 것이냐 하는 問題는 最高法院의 構成이 이번 判決에 反對한 「닉슨」계 保守派가 4名 그리고 進歩派가 4名이며 中道派가 1名이란 것을 고려할때 短期的으로는 「케스팅·보트」를 쥐고 있는 이 中道派의 向背에 달려있다고 볼 수 있다.

그러나 漸進적으로 死刑制度를 廢止해 가는 것이 世界的 趨勢인 것을 考慮한다면 美国의 死刑制度도 廢止할 것이며, 이런 점에서 이번 判決은 死刑 廢止에 있어 重要的 里程碑라 할 수 있다.<sup>10)</sup>

## 五. 死刑廢止의 趨勢

死刑은 犯罪人으로 하여금 自覺과 懺悔의 機會를 주지 않고 文化制度로서의 刑罰의 意義自体를 否定하는 것이다. 그러므로 死刑制度는 마땅히 폐지 되어야 한다.

前述한 美聯邦大法院의 判決을 契機로 美国社会에서 注目을 끌고 있는 死刑廢止는 알고 보면 지난 世紀에 걸쳐 各國에서 일어난 한결같은 「흐름」의 延長에 不遇하다. 勿論 行刑制度는 各

10) 養錫福, 弁護士 4号 “死刑의 違憲性” pp.111 ~ 114. 서울第一弁護士會, 1973.4年



국이 지닌 政治的 狀況과 經濟 社会的 安定度와 密接한 關係를 맺고 있어 한마디로 규정하기는 어려운 일이다. 그러나 現代의 刑事法思潮는 応報刑主義에서 教育刑主義로 더욱 強化되어 가고 있는 것 만은 뚜렷한 事實이다.

이러한 世界的 趨勢를 代表하고 있는 것이 「유럽」各国 그 중 특히 西欧国家들이다. 現在 西欧에서 死刑制度가 남아있는 나라는 「프랑코」총통이 政敵에 대한 報復手段으로 惡用하고 있는 「스페인」과 「프랑스」 두 나라 뿐이다. 8百年동안 絞首刑을 維持해 오던 英国은 1966年 労働黨執權 당시 大部分의 犯罪에 對해서는 死刑을 廢止하고 그 대신 戰時犯罪나 間諜 등에 限해 이를 許容하고 있다.

死刑制度廢止에 앞장을 섰던 「핀란드」(1820年)와 「덴마크」(1892年) 등 「스칸디나비아」国家 들은 여기에서 한발 앞서 終身刑 조차 廢止하고 刑量을 30年刑으로 限定하고 있다.

한편, 「이탈리아」에서는 刑法 중 戰後 事實上 死文化된 死刑에 관한 条項마저 削除하려는 움직임이 議會에서 提起되기도 했다.

西独에서도 戰後 1949年 新憲法制定時 死刑条項을 削除하였다. 이것은 「나치」政權이 反動이라는 理由로 死刑을 濫用하여 大量虐殺했던 惡夢이 西独人들의 가슴속에 강열하게 作用했기 때문인 것이다. 그러나 지난 20年동안 連鎖殺人事件 등 強力犯이 發生할 때 마다 死刑復活論이 抬頭되었으나 制度的으로 復活에 이르기까지는 못했다.

美国과 이웃한 「캐나다」에서는 지난 1826年 以來 5年間の 試驗期間을 定해두고 勤務中인 警察官이나 矯導官에 대한 殺人犯을 除外하고는 어떠한 犯罪에도 死刑을 禁止하는 措置를 取하고 있다.<sup>11)</sup>

現在 死刑制度를 廢止한 国家는 다음과 같다.

<表 1> 死刑廢止国과 年度

핀란드	1826年	네덜란드	1860年	루마니아	1864年
포르투갈	1867年	스위스	1874年	브라질	1891年
에콰도르	1895年	노르웨이	1905年	콜롬비아	1919年
스웨덴	1921年	아르헨티나	1922年	濠洲	1922年
이스라엘	1947年	西独	1949年	이탈리아	1949年
英國	1966年	美國	1972年		

11) 前掲書, pp.115,117.

<表1>과 같은 西歐의 自由民主主義 國家들의 死刑廢止를 向한 大勢와는 反對로 蘇聯·中共 및 中東 「아랍國」에서는 오히려 死刑이 增加되는 傾向을 보이고 있다. 蘇聯에서는 所謂 「반역」 및 「스파이」 行爲, 殺人·強姦·收賄·文書偽造에 이르기까지 死刑을 適用하는 範圍가 넓다.

大部分의 東歐 國家나 北韓이 그렇듯이 殺人 等 強力犯보다 經濟事犯이 많은 蘇聯社會에서는 西歐 國家에서 罰金 程度를 賦科하는 經濟事犯까지도 死刑에 處하는 경우가 많다.

「헝가리」「폴란드」등 共產國家에서는 生産物의 浪費 또는 不正管理나 國家財産의 不法取得 등 經濟犯을 死刑 기타 重罪로 다스리고 있다. 「불가리아」같은 나라는 1971年 한해 동안 60名이 死刑執行이 되어 人口比로 보아 世界 一位를 기록하고 있다. 그러나 이 數字 역시 社會가 점차 安定됨에 따라 大幅 減少된 結果로 나타난 것이다.

宗敎的 律法에 따라 死刑이 널리 認定되고 있는 곳으로 「아랍」 回敎國家들이 있다. 「이라크」「사우디 아라비아」등 政治的 불안이 그치지 않은 나라에서는 社會的 犯罪나 「스파이」 行爲를 反유대인 感情과 結付시켜 國家에 대한 반역으로 公開處刑하는 事態가 늘어나고 있다. 따라서 이들 「아랍」 國家에서 死刑制度 廢止 같은 움직임은 論議조차 不可能한 形편이다.

그러나 前述한 바와 같이 自由民主主義 國家群에서는 死刑禁止의 趨勢에 있다.

死刑制度 廢止論者들은 刑法上 世界의 모든나라가 殺人을 禁하고 있는데도 死刑制度를 存続케 하는 것은 二律背反的으로 모순을 저지르고 있다고 지적한다.

死刑에 處할만한 重犯罪를 저지르는 者는 激情犯 내지 非正常的 狀態에 있는 사람인 만큼 이런 部類의 사람에게 死刑制度가 事實上 큰 威嚇을 주지 못하고 있음은 明白한 事實이라고 한다.

「人間이 人間을 다스림에 있어 있을 수 있는 誤判에 의한 死刑은 回復할 方法이 없다」는 것이 이들의 주장이다. 이들은 또 極刑은 報復일 뿐 豫防目的에는 實効가 없기 때문에 刑事政策의 合目的性이라는 觀念에서 死刑制度 自体는 百害無益한 것이므로 廢止되어야 마땅하다고 지적하고 있다.<sup>12)</sup>

## 六. 死刑廢止의 社會的 背景과 條件

死刑廢止의 社會的 條件은 무엇인가? 이것에 對한 解答은 우선 어떠한 社會的 背景(어떠한 社會的 事情下)에서 死刑의 廢止가 이루어 졌는가를 알아야 하는 일이다. 그러한 意味에서 西獨, 이탈리아 및 英國에 對해서 簡略하게 살펴보는 것은 社會的 條件을 論하는에 있어서 크게 參考가 될 것으로 생각 된다.

먼저 西獨의 경우인베 獨逸刑法은 1871年 5月부터 施行되었으나, 이것은 프랑스 刑法의

12) 前編書, pp. 115~117.

影響을 받아서 생긴 것이다.

死刑의 維持·廢止에 대해서는 이미 18世紀末 以來로 論争되어 오던 것이다. 1945年 5月 5日의 幹部委員會의 第四院會에서 死刑은 多數에 의해서 廢止가 可決되었고 翌日인 5月 6日의 本會議의 第2院會에서는 日可日否 激論 끝에 圧倒的 多數로서 死刑廢止가 可決되었다.

即 西獨憲法은 그 第102條에서 「死刑은 이를 廢止한다」는 規定이 誕生하여 드디어 悲願의 達成 榮光의 死刑廢止가 實現되었다. 그런데 當時의 獨逸에서의 社會事情은 戰後의 經濟的 混亂의 最惡期였으며, 1947年 後半에는 「런던」에서 四大國外相會議가 失敗로 끝나고 1948年 6月에는 美·英·仏의 西獨의 占領地帶에서 單獨通貨改革에 對抗하는 措置로써 「베르린」이 封鎖되었고, 1949年에는 各國의 左翼陣營의 反對에도 不拘하고 北大西洋條約에 關한 것과 같이 政治情勢는 매우 緊迫化되어 있는 時期였다. 西獨의 死刑廢止는 이와같이 戰爭後의 混亂期에서 成立되었던 것이다.

다음은 伊太利의 경우인데 伊太利에서는 國民感情이 死刑은 中世紀의 遺物이라고해서 이를 排斥하고 있었기 때문에 1831年 以來로 事實上 死刑執行은 行해지지 아니 하였다. 그래서 1889年의 「쓰아날데리刑法典」에서 死刑廢止는 實現되었다. 그런데 1922年 10月 「파시스트黨」의 「뭉소리니」가 政權을 掌握한 後 그에 對한 暗殺未遂事件을 契機로 해서 1926年 11月 國家防衛를 爲한 特別法」이 制定되어 여기에서 死刑이 復活되었다. 後 1930年의 刑法에서는 通常事件에까지 死刑을 規定 하게 된 것인데, 이것이 後 1949年에는 다시 普通犯에게는 死刑이 廢止되었다.

이 當時의 伊太利의 社會情勢를 살펴보면 다음과 같았음을 엿볼 수 있다. 即 1943年 7月 「가사부랑가會談」이 開催되었고 여기서 伊太利進攻作戰이 協議되었다. 그 結果 同年 9月 8日 伊太利는 敗戰 했다. 後 9月 13日에는 獨逸軍에 의해서 「뭉소리니」는 救出되어 15日에는 파시즘共和政府가 樹立함에 이르렀다. 反面 伊太利 本土에서는 獨逸·伊太利聯合軍과의 戰鬪는 繼續되어 있었다. 이러한 狀況下에서 死刑廢止가 成立 되었다.

끝으로 英國의 경우를 살펴보기로 하겠다.

19世紀의 刑法은 極히 輕微한 犯罪에 까지도 死刑을 規定하고 있었기에 이를 別名하여 “殘虐刑法”이라 呼稱하였다. 이 殘虐刑法에 對한 鬪争은 19世紀初 「사무엘로미러」가 死刑廢止를 提唱한 以來 廢止運動은 實로 긴 歷史를 가지고 있다. 1957年 政府로부터 國會에 殺人 法案의 提出이 있었고, 上下兩院은 이를 可決하여 殺人法의 成立을 보게 되었다. 後 議會는 또다시 死刑廢止法案을 提出하여 그 結果 第二次大戰 直後부터 上程될 때 마다 否決이 거듭되는 동안 英國 議會의 長期間 論議의 對象이 되어 왔던 廢止 法案이 議會를 通過해서 1965年 10月 28日 마침내 戰時의 反逆罪 等을 除外하고는 死刑을 廢止하기에 이르렀다. 그러나 이것은 5年間의 時限法이었다. 그러던 것이 그 時効前에 「윌슨內閣」은 1969年 2月 16日 死刑을 存置하지 아니하드려

도 法秩序는 維持할 수 있다」고 해서 死刑永久廢止 法案을 提出하여 可決시켜 여기에 비로소 榮光된 死刑永久廢止法의 終止符를 찍게 한 것이다.

모름지기 西獨·伊太利 等에서는 戰後의 社會的 混亂이 收拾되지 않은 時期임에도 不拘하고 死刑을 廢止했다는데 對해서 英國은 比較的 社會의 平穩한 時期를 찾아서 行하였다는 兩者의 相異點에 興味를 끄는 것이 있다.<sup>13)</sup>

위에서 살핀 바와 같이 死刑廢止의 社會的 條件은 死刑을 廢止한 國家에서는 廢止함에 相當한 社會的 條件을 具備하여 있다고 할 수 있다. 그것은 各己 廢止한 國家마다 獨特한 것이겠으나 이것들은 한마디로 말할 때에는 一般的으로 政治的 經濟的으로 安定되고 平和스런 社會情勢의 時代라고 할 수 있다. 그러나 死刑을 廢止한 國家들 中에는 그 時期가 반드시 安全된 平和스러운 社會情勢였다고는 말할 수 없고 오히려 社會混亂期에 死刑을 廢止한 國家도 있는 것이다.

생각컨대 大概의 경우 政治的 經濟的으로 混亂 또는 不安定한 時期에는 現狀으로부터 脫出하고 싶은 衝動 내지는 死刑의 濫用 等 其他 複雜한 問題들이 重疊되어 國民은 理想을 追求하게 된다. 反面 政治社會가 安全되면 國民은 現在의 社會生活에 滿足하게 됨으로 現狀維持만을 固執하게 되고 現制度의 改革을 願치 않는 保守的인 見解가 支配하게 된다. 그래서 死刑廢止는 既存制度에 對한 改革임이 分明한 것이므로 政治的 經濟的으로 安定된 時期보다도 오히려 混亂期에서 決斷을 내리기가 쉽다는 結果가 된다는 것을 이미 廢止한 國家들의 先例는 立証하고 있다. 그리고 死刑의 廢止는 國會의 議決이 必要(法의 改正이기 때문에 命令으로서는 不可하다)한 것이므로 至今까지 議題로써 提案된 바 없는 우리 나라에서는 國會議員의 多數가 死刑存置를 固執할 것으로 推測이 된다. 또한 우리 나라에서는 現在에 있어서 歐美諸國의 最近의 傾向과는 거꾸로 國民多數가 死刑存続의 意識이 뿌리깊게 밝혀 있는 國民感情을 度外視할 수 없는 것이다. 이르기 때문에 本稿에서 死刑廢止의 當否性을 強力히 主張하고 싶은 筆者를 망서리게 한다.

## 七 . 私 見

以上에서 死刑의 存廢에 對한 贊反의 論點과 이미 廢止한 國家들의 實情(社會的背景 및 社會的 條件) 等을 考察해 보았다. 그러나 이러한 事情들은 前述한 바와 같이 各國의 獨特한 事情과 國民의(文化的) 傳統 위에서 成立된 現象이라고 하겠고, 이러한 것을 우리 大韓民國의 現狀에 對照해 볼 때에는 우리 大韓民國은 우리 나름대로의 特殊한 事情이 存在하기 마련이다.

그렇다면 우리 나라의 現況을 살펴 볼 때에 다음과 같은 分析이 可能할 것이다. 前記의 國民의 感情, 卽 死刑에의 執着은 復讐와 應報라는 前近代의 觀念에 起因되는 것이라고 할 수 있다.

13) 大塚仁, 宮沢浩一 演習刑事政策, pp.225~227. 東京青林書院, 昭和52年

또한 國內의 政治 經濟的 分野에서도 不安定한 狀況이라고 判斷해야 할 것이다. 그것은 자칫하면 議會政治에서 비겨지는 非生産的인 與・野間的 無謀한 對立으로 因한 妥協政治의 不在 現象들은 實로 우리들의 政治的 不安要素가 아닐수 없다. 거기에 겹쳐서 南・北韓間的 統一政策의 至難性은 東西古今의 歷史를 莫論하고 이 보다 더 힘든 試鍊은 存在하지 않은다고 할 것이다. 특히 南・北關係는 지금도 이 땅위에 準戰時狀態인 緊張感을 繼續시키고 있는 것이 우리의 現實情이다. 이러한 實情下에서 北韓 共產集團에 의해서 大韓民國의 存立自体에 대한 危脅이 存続되는 限 우리 刑法上으로 規定되어 있는 內亂罪 外患罪 利敵罪 및 爆發物 等に 의한 殺人罪(全國民的 義憤을 誘發케한 犯罪人) 等에는 宜當 死刑이 認容되어야 하겠다는 民族的 要請은 应当한 것이 라고 하겠다. 그러나 20世紀 末葉인 現在의 大韓民國은 그 文化 教育 經濟 等の 伸長面에서 名實共히 文化國家를 指向하고 있음도 否認하지 못할 것이다. 그리고 前述한바 있거니와 死刑에의 執着은 復讐와 應報라는 前近代的 觀念 以外에 아무 支柱도 가지고 있지 않다. 그래서 이러한 前近代的 觀念을 脫皮할 수 있는 곳에 進정한 文化가 可能하고 文化國家의 實現이 可能하다고 할 수 있을 것이다. 적어도 死刑은 文化國家의 存続에는 不必要한 것이다. 卽 文化國家임을 自處하고 있는 國家에서는 死刑은 하나의 必要惡이라고 해야 할 것이다. 이러한 意味가 理解될 때 비로소 死刑廢止論이 理解될 것이다. 여기에서 前記한 바와 같이 美聯邦大法院이 1972年 6月 29日 死刑制度는 「殘忍하고 非正常的인 刑罰을 禁止한 美憲法 第8條 修正條項에 違反되는 것이다」고 判示함으로써 마침내 美國에서 死刑制度를 廢止시켰다는 事實을 우리가 文化國家의 實現을 促求하고 있는 立場에서 어떻게 받아 들여야 할 것인가 하는 問題가 惹起된다.

勿論 여기에는 美國에서 死刑이 合衆國憲法에 違反되는 것이라고 聯邦大法院이 判示하게 된 社會的 背景과 條件이 우리 나라의 그것 과는 判異하다는 것을 否認할 수는 없다.

그렇다면 現代 死刑存廢의 論點을 中心으로 해서 本稿를 끝 맺어야 하겠다. 그것은 ① 法哲學的 論點 「殺人者의 殺害는 許用되는 것일까」 ② 刑事政策的 論點 「死刑에 一般豫防的 效果가 있는 것일까」 ③ 憲法的 論點 「死刑은 舊憲法精神에서 內包하고 있는 殘虐한 刑罰에 該當하는가」 다시 말해서 美合衆國憲法의 修正8條의 根本精神이 우리의 憲法의 根本精神과 合一性을 認定할 것인가의 如否問題가 惹起된다는 것이다. 여기에서 그 合一性을 肯定한다고 하면 憲法解釈上 우리 憲法上에서도 美國大法院에서의 判示와 同一한 結果가 되어야 하지 않겠는가 하는 結論은 當然히 나와야 한다는 것이다. ④ 適正手続의 論點 「誤判의 경우 도리킬 수 없는 일임을 考慮할 때 生命을 剝奪하는 手段으로서 刑事裁判은 果然 適正手続이라고 할 수 있을까」하는 諸點에 對해서 簡略하게 言及해 봐야 하겠다.

우선 ①의 點인 Beccaria가 主張한 社會契約說에서의 廢止論과 人道的, 宗教的 見地에서의 廢止論까지 包含해서 考慮할 수 있을 것이다. 根源的으로는 「死刑은 刑罰일까」하는 疑問을 새로이 해야 할 것이 아닌가 생각 된다. 卽 「國家刑罰權의 限界」라는 問題가 되겠는데 生命의

絶對的 價值를 前提로하는 現代國家에서는 國家權力의 行使로써 生命을 剝奪하는 것은 到底히 容納되어서는 아니 될 것이다. 死刑과 他의 刑罰과의 사이에는 眞正 건너기 힘든 幽谷이 存在한다는 것을 認定하지 아니하면 안 되겠다.

다음은 ②의 論點은 刑事政策의 經驗的 傾向이 強調됨에 따라 이러한 것이 重要視되고 있으며 通常 死刑에 威嚇力(犯罪抑止力)이 있느냐 없느냐가 論議된다. 存置論者들은 이것을 肯定하는데 對해서 廢止論을 主張하는 者는 統計的數值를 利用해서 反論(否定)하고 있다. 卽 死刑廢止國에서의 殺人事件의 發生率은 廢止를 前後해서 뚜렷한 變化가 없고 또 美國의 死刑廢止州와 存置州를 比較한 경우 廢止州의 殺人罪 發生頻度가 높지 않다는 것(例를 들면 「이리노이」 「存置州」의 1931年~1946年의 殺人發生率은 同期間의 위스콘신廢止州의 四倍나 높고 廢止州 「미네소다」州와 存置州 高로라도州를 比較해서도 前者의 殺人件數는 二倍半이나 적다느 것 등을 들 수 있다. 勿論 平野教授가 指摘하듯이 統計한 一定條件下에서 一定한 事實의 發生을 證明할 수 있어도 그 條件이 달라질 때에는 그 結果가 어떻게 맺을 수 없는 것이기에 威嚇力의 強度에 對해서는 相當한 疑問을 갖게 한다는 것을 否定하지 않는다. 그렇다면 「疑問이 있을 시는 適用하지 않는다」고 하는 態度야 말로 賢明한 것이 되지 않을까 한다.<sup>14)</sup>

이어서 ③의 論點에 對해서는 우리의 大法院은 이미 死刑은 違憲이 아니라고 判示<sup>15)</sup>하고 있기는 하나 「殘虐한 刑罰」의 該當與否에 對해서 또는 執行方法의 面에서 考察한다면 이 大法院 判決은 반드시 妥當하다고는 생각되지 않는다. 역시 死刑自体가 지니고 있는 殘酷함을 直視해야 할 것이다. 그러므로 우리 憲法에 美合衆國憲法의 修正8條와 같은 明文規定이 없다고 하더라도 이 兩者間의 밑바탕에 흐르고 있는 根本精神에는 合一되는 點이 있음을 理解할 수 있는 것으로 兩國의 大法院에서의 最終的 憲法解釋이 相反되어 있다는 것은 相互 모순되어 있음을 露呈한 것이라고 아니할 수 없는 것이다.

끝으로 ④의 誤判問題인데 植村博士에 의하면 誤判은 비단 死刑만이 아니라 裁判制度 내지는 刑罰一般에 亘한 問題이므로 死刑廢止의 論拋가 될 수 없다고 한다. 모름지기 回復不能이라고 하면 自由刑 혹은 罰金까지도 回復不能이라고 아니할 수 없을 것이다. 그러나 死刑의 回復不能性은 他의 刑罰의 경우와는 質的으로 相違한 것이라고 할 것이다. 死刑은 生命自体를 抹殺해버리는 점에 있어서 追後에 補完할래야 할 수 없는 極端의이며 最終의 것이기 때문이다.

以上 살핀 바와 같이 私見으로는 法哲學的 刑事政策의 憲法的 適正手続的 觀點에서 死刑制度를 반드시 存置시켜야 할 必然的 理由를 發見키 어렵다고 보며 더구나 우리 나라는 自由 民主主義에

14) 刑事政策 石原 明 黒谷 素 前野青三 共著 東京青林書院 pp.104~106 昭和52年

15) 大法院判例集 大法院行政處 1978年 憲法編(67.9.1967 도88 카 4594 刑刑法 417條)

憲法編 “國民의 基本人權保障·死刑의 違憲法如否, 「刑法等에 死刑이라는 刑罰을 規定하였다 하여 이것을 憲法에 違反된 條文이라고 할 수 없다.”

立脚한 福祉國家로서 人命尊重主義를 絶對的인 命題로 삼고 있음을 勘案할 때 死刑制度는 廢止되어야 마땅하다고 생각한다.

## 八 . 結 論

事實 人間의 生命은 尊嚴한 것인데 人間이 人間을 審判하여 그 生命을 剝奪할 수 있는가, 國家 權力에 의해서 殺人者를 殺害할 수 있을 것인가 하는 문제는 法哲學的인 面에서 理論的 對立이 激突할 餘地가 많은 問題이지만 오늘날 死刑의 廢止는 人類文化의 向上發展에 따르는 當然한 趨勢로서 認識되어지고 있다.

그러나 死刑存置論의 立場에서는 刑事政策的인 面에서 死刑制度가 廢止될 때 어떠한 兇惡犯이라도 그 生命만은 絶對的으로 保障되기 때문에 兇惡犯이 늘어나고 社會秩序가 不安하게 될 것이므로 死刑制度는 必要惡으로서 存続되어야 한다고 주장한다. 이 點에 對하여 筆者는 다음과 같이 달리 생각한다. ① 그것은 歐美諸國에서 死刑制度의 廢止를 前後해서 兇惡犯의 發生率을 比較檢討한 結果 오히려 死刑을 廢止한 그 後가 兇惡犯 發生率이 減少되고 있다는 事實은 이미 前述한 바 있거니와, 그것이 廢止됨으로 해서 社會秩序가 갑자기 混亂된다고는 斷言하지 못할 것으로 思料된다. 그러므로 死刑이 制度的으로 廢止되었다고 해서 兇惡犯들이 激增하리라는 것은 어디까지나 기우에 不遇한 것이 아닐까 한다.

② 死刑에 一般的인 威嚇力이 없다는 것은 既述한 바이다. 그러므로 犯罪를 豫防함에 있어서 「罪를 犯한 者는 重刑에 處한다」는 威嚇보다도 더욱 效果的인 方法은 「犯罪者는 반드시 處罰된다」는 威嚇과 「犯罪人은 반드시 逮捕된다」는 事例를 提示하는 것이다.

犯罪人은 逮捕되기를 願하면서 故意로 犯罪를 敢行하지는 않는다. 犯罪人은 處罰되기를 願하지 않기 때문에 犯罪事實에 대한 刑罰의 輕重보다도 犯罪者로서 發覺되지 않으리라는 期待可能性 即 犯罪事實이 永遠이 隱蔽되리라는 그릇된 確信을 갖지 못하게 하는 方法만이 犯行을 斷念케 하고 犯罪를 豫防할 수 있다고 본다.

即 兇惡犯의 豫防이나 社會秩序의 安定은 死刑制度의 維持라는 威嚇보다도 搜查機關의 強化, 科學的 搜查方法 등에 依한 犯罪檢挙率의 向上으로써 「犯罪는 반드시 處罰된다」는 認識을 누구나 가지게 될 때 兇惡犯은 勿論 모든 犯罪가 그 자취를 감추게 될 것이다.

③ 犯罪人에 對한 行刑過程에서 犯罪의 質과 犯人의 心情(犯行後의 改悛의 情) 등을 參酌해서 懲役刑을 重懲役(精神 및 肉體的으로 深한 苦痛을 加하는 懲役)과 一般的인 平凡한 勞役으로 区分하여 質的으로 兇惡犯인 犯人에 對해서는 重懲役을 科해서 苦痛을 隨伴하는 勞役に 服役토록 하는 것도 힘이 없는 死刑制度를 存続시키는 것 보다는 犯罪豫防을 爲해서는 效果的인 것이 될

것이다.

이와같이 刑事政策的인 観点에서도 死刑制度의 存置 必要性은 絶對的인 것이라 할 수 없기 때문에 우리 나라에서도 將次 死刑을 廢止하는 方向으로 法改正이 이루어 져야 할 것이다. 이러한 것을 保障하기 爲해서는 今般 새로 制定되려는 新憲法속의 基本人權 保障規定內에 美合衆國憲法 修正第8條 또는 第14條와 같은 條文을 明文으로 規定해 두는 것이 바람직한 것이다. 그러므로 前述한 死刑制度의 違憲如否에 관한 論爭은 없어질 것이며, 나아가서 美聯邦 大法院의 判決과 같은 憲法解釋上의 最終的인 有權解釋이 이루어 지게 될 것이며, 死刑廢止는 憲法的次元에서 確立 되어 지리라 생각한다.



— Summary —

A Study on the System of Death Penalty from the Standpoint of Criminal Policy:  
The Problems of the Abolition of the Death Penalty

*Kim, Kwang Taek*

A modern state of the twentieth century is often called a welfare state or a cultural one. It can be said that such a state is based on the thought of respecting human life and dignity. Therefore, a penalty is recognized as a necessary evil in the process of ruling a state according to its own law as a governmental power.

But a death penalty, which entirely deprives a person of his rights of life, brings us to the question that the death sentence can be reasonable in the view of the fact that we are in the pursuit of a welfare or cultural state.

The essential qualities of a penalty are, in theory, a kind of legal effect which is imposed upon a person who offends against a state or a society. In other words, a penalty is thought as a national opinion for preventing criminal behaviors in advance, condemning criminals to the appropriate punishment, and maintaining society order and a national security. It is true that the change of the aim of the penalty from the (absolute) retribution system to the (relative) education system becomes an established fact with the development of the theory of penalty.

It is the current trend of the penalty that violent controversies over the abolition of a death penalty take place especially in the view of the deprivation of one's rights of life and the principle of a educational penalty. And nowadays, many advanced states are gradually showing a tendency to fix the abolition of the death penalty by law.

The author of this thesis thinks our state should make such a kind of legal system in keeping with the international tendency. And providing such a kind of legal system by law will be sure to contribute to our state's developing into a welfare state and a cultural one worthy of the name.