

세계인권선언 70주년 • 파리원칙 25주년 기념

# 사형제 폐지

국제적 현황 및 국내 이행을 위한 토론회

International Seminar on the Death Penalty  
-International Trends and Domestic Implementation

일시 2018. 4. 26.(목) 오후 2:00~

장소 국회의원회관 제1소회의실

주최



국회의원 금태섭

70

세계인권선언

#STANDUP4HUMANRIGHTS



국가인권위원회

National Human Rights Commission of Korea



국제사형제반대위원회(ICDP)

사형제 폐지 종교 · 인권 · 시민단체 연석회의







세계인권선언 70주년 · 파리원칙 25주년 기념

# 사형제 폐지

국제적 현황 및  
국내 이행을 위한 토론회

International Seminar on the Death Penalty  
-International Trends and Domestic Implementation

일시 2018. 4. 26.(목) 오후 2:00~

장소 국회의원회관 제1소회의실

## 프로그램

	내 용	시 간
개회	등록 및 접수	13:30~14:00
사회자 : <b>박성남</b> (국가인권위원회 국제인권과장)		
개회사	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 이성호 위원장 (국가인권위원회)</li> <li>• 금태섭 국회의원 (더불어민주당)</li> </ul>	14:00~14:10
축사	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 김희중 대주교 (한국천주교주교회의 의장)</li> </ul>	14:10~14:35
* 사진촬영 & 단상 책상 배치		14:35~14:40
기조발제	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 사형제의 국제적 동향</li> <li>이반 시모노비치 (국제사형제반대위원회 위원)</li> <li>(前 유엔 인권사무차장보, 前 크로아티아 법무부 장관)</li> </ul>	14:40~15:00
주제발표	<p style="text-align: center;">사회(발표) : <b>조영선</b> 사무총장 (국가인권위원회)</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 사형제의 폐지와 그 대안에 관한 논쟁 미하엘 라이터러 (주한유럽연합대표부 대사)</li> <li>2. 사형제를 폐지한 국가, 호주의 경험 사례발표 줄리언 맥마흔 (Reprieve Australia 대표)</li> <li>3. 한국의 사형제 현황 및 대체형벌제 검토 정태호 교수 (경희대학교 법학전문대학원)</li> </ol>	15:00~16:00
휴 식		16:00~16:15
토론	<p style="text-align: center;">사회(토론) : <b>김형태</b> 집행위원장 (사형폐지 범종교인연합)</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 사형제 폐지 종교·인권·시민단체 연석회의 키이라 산지오르시오 (국제엠네스티 사형폐지팀 고문)</li> <li>2. 국제사형제반대위원회 사무국 라지브 나라얀 (국제사형제반대위원회 정책과장)</li> <li>3. 김준우 변호사 (민주사회를 위한 변호사 모임)</li> <li>4. 김상겸 교수 (동국대학교 법과대학)</li> <li>5. 신희영 검사 (법무부 형사법제과)</li> <li>6. 정연결 행정사무관 (국가인권위원회)</li> </ol>	16:15~17:00
	종합토론 및 질의응답	17:00~17:30
폐 회		17:30

## Program



	Content	time
Opening	Registration	13:30~14:00
Announcer : Park Sung-Nam (Director, International Human Rights Division, NHRCK)		
Opening Remarks	<b>Lee Sung-Ho</b> (Chairperson, NHRCK) <b>Keum Tae-Sup</b> (Congressperson)	14:00~14:10
Congratulatory Remarks	<b>Kim Hee-joong</b> (Chairman of the Catholic Bishops' Conference of Korea)	14:10~14:35
* Photo session & Floor Setting		14:35~14:40
Keynote Speech	<b>International Trend on Death Penalty</b> - <b>Ivan Simonovic</b> (Commissioner, the International Commission against the Death Penalty, former UN Assistant-Secretary-General, former Minister of Justice of Croatia)	14:40~15:00
Presentation	Moderator: <b>Cho Young-Sun</b> (Secretary General, NHRCK) <b>1. Controversy over abolition of death penalty and alternative — measures</b> - <b>Michael Reiterer</b> (Ambassador of the EU Representative to the Republic of Korea) <b>2. Cases of countries abolished the death penalty : Australia</b> - <b>Julian McMahon AC SC</b> (President of Reprieve Australia) <b>3. Review on death penalty in Korea and alternative punishment</b> - <b>Chung Tae Ho</b> (Professor of Kyung Hee University)	15:00~16:00
Coffee break		16:00~16:15
Discussion	Moderator: <b>Kim Hyeong-Tae</b> (Chair, Inter-religion Association for Abolition of Death Penalty) <b>1. Chiara Sangiorgio</b> (Advisor, International Amnesty) <b>2. Rajiv Narayan</b> (Director of Policy, the International Commission against the Death Penalty) <b>3. Kim Joon-woo</b> , Lawyer for a Democratic Society <b>4. Kim Sang-kyum</b> , Professor of Dongguk University <b>5. Shin Hee Young</b> , Prosecutor of Ministry of Justice <b>6. Jung Yun Kul</b> , Deputy Director of NHRCK	16:15~17:00
General Discussion and Q&A		17:00~17:30
Closing		17:30

## 목 차

### 개회사 및 축사

이성호 위원장 (국가인권위원회) .....	8
금태섭 국회의원 (더불어민주당) .....	14
정세균 국회의장 .....	16
추미애 더불어민주당 대표 .....	18
김희중 대주교 (한국천주교주교회의 의장) .....	20

### 기조발제

- 사형제의 국제적 동향 .....
- 이반 시모노비치 (국제사형제반대위원회 위원)  
(前 유엔 인권사무차장보, 前 크로아티아 법무부 장관) 25

### 주제발표

1. 사형제의 폐지와 그 대안에 관한 논쟁 .....	43
미하엘 라이터러 (주한유럽연합대표부 대사)	
2. 사형제를 폐지한 국가, 호주의 경험 사례발표 .....	71
줄리언 맥마흔 (Reprieve Australia 대표)	
3. 한국의 사형제 현황 및 대체형벌제 검토 .....	75
정태호 교수 (경희대학교 법학전문대학원)	

### 토론

- 토론문 .....
- 1. 사형제 폐지 종교·인권·시민단체 연석회의  
    키이라 산지오르지오 (국제엠네스티 사형폐지팀 고문)
- 2. 국제사형제반대위원회 사무국  
    라지브 나라얀 (국제사형제반대위원회 정책과장)
- 3. 김준우 변호사 (민주사회를 위한 변호사 모임)
- 4. 김상겸 교수 (동국대학교 법과대학)
- 5. 신희영 검사 (법무부 형사법제과)
- 6. 정연걸 행정사무관 (국가인권위원회)



## Opening Remarks

<b>Lee Sung-Ho</b> (Chairperson, NHRCK) .....	11
<b>Keum Tae-Sup</b> (Congressperson) .....	14
<b>CHUNG SYEKYUN</b> (Speaker of the National Assembly) .....	16
<b>CHOO MIAE</b> (Leader of the Democratic Party) .....	18
<b>Kim Hee-joong</b> (Chairman of the Catholic Bishops' Conference of Korea) .....	21

## Keynote Speech

<b>International Trend on Death Penalty</b> .....	33
– <b>Ivan Simonovic</b> (Commissioner, the International Commission against the Death Penalty)	

## Presentation

<b>1. Controversy over abolition of death penalty and alternative —measures</b> .....	57
– <b>Michael Reiterer</b> (Ambassador of the EU Representative to the Republic of Korea)	
<b>2. Cases of countries abolished the death penalty : Australia</b> .....	71
– <b>Julian McMahon AC SC</b> (President of Reprieve Australia)	
<b>3. Review on death penalty in Korea and alternative punishment</b> .....	111
– <b>Chung Tae Ho</b> (Professor of Kyung Hee University)	

## Discussion

Discussion .....	149
<b>1. Chiara Sangiorgio</b> (Advisor, International Amnesty)	
<b>2. Rajiv Narayan</b> (Director of Policy, the International Commission against the Death Penalty)	
<b>3. Kim Joon-woo</b> , Lawyer for a Democratic Society	
<b>4. Kim Sang-kyum</b> , Professor of Dongguk University	
<b>5. Shin Hee Young</b> , Prosecutor of Ministry of Justice	
<b>6. Jung Yun Kul</b> , Deputy Director of NHRCK	

## 발표 및 토론 연사 소개



Ivan Simonovic

이반 시모노비치

Commissioner,  
International Commission against the Death  
Penalty

국제사형제반대위원회 위원



Michael Reiterer

미하엘 라이터러

Ambassador,  
EU Representative to the Republic of Korea

주한유럽연합대표부 대사



Julian McMahon AC SC

줄리언 맥마흔

President,  
Reprive Australia

리프리브 오스트레일리아 대표



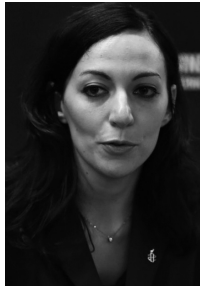
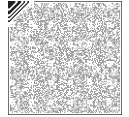
Chung, Tae Ho

정태호

Professor,  
Kyung Hee University Law School

경희대학교 법학전문대학원 교수





Chiara Sangiorgio

키아라 산지오르시오

Advisor,  
International Amnesty

국제엠네스티 사형폐지팀 고문



Rajiv Narayan

라지브 나라얀

Director of Policy,  
International Commission against the Death  
Penalty

국제사형제반대위원회 정책과장



Kim, Joon-Woo

김준우

Lawyer,  
MINBYUN-Laywers for a Democratic Society

민주사회를 위한 변호사모임 사무차장



Kim, Sang-kyum

김상겸

Professor,  
Dongguk University College of Law

경희대학교 법학전문대학원 교수

# 개 회 사

국가인권위원회 위원장  
**이성호**



안녕하십니까?

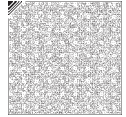
국가인권위원회 위원장 이성호입니다.

먼저 국가인권위원회와 국제사형제반대위원회, 사형제 폐지 종교·인권·시민단체 연석회의가 공동으로 개최하는 사형제 폐지에 관한 토론회에 참석해주신 여러분께 감사의 인사를 드립니다.

특히, 이번 토론회를 함께 주최해 주신 국회 법제사법위원회 금태섭 의원님께 감사드리며, 바쁜 국회 일정 중에도 귀한 시간을 내어 참석해주신 의원님들께 감사드립니다.

오늘 토론회에서 기조발제를 해주실 국제사형제반대위원회 이반 시모노비치 위원님과 발표를 맡아 주신 주한유럽연합대표부 미하엘 라이터러 대사님, 리프리트 오스트레일리아(Reprieve Australia) 단체 대표 줄리언 맥마흔 변호사님, 경희대학교 정태호 교수님께 감사드리며, 또한 토론을 해주실 국제 엠네스티 등 시민사회단체 및 학계 전문가를 비롯하여, 이 토론회의 진행을 맡은 사형폐지범종교인연합 집행위원장인 김형태 변호사님, 그리고 이 자리에 참석해 주신 모든 분들께 깊이 감사드립니다.

여러분 모두 잘 아시는 바와 같이, 사형은 한 인간의 생명을 완전히 빼앗는 형벌로, 「세계인권선언」제3조와 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」제6조에서 보호하고 있는 생명권을 박탈하는 것이며, 사형을 집행하는 과정에 있는 사람들의 양심의 자유도 침해하는 제도입니다.



그런데 우리 사회에 강력 범죄가 발생할 때마다 이를 엄단하고 사형집행이 필요하다는 의견이 더 강화되었으며, 사형제를 폐지할 경우 강력 범죄가 더 늘어날 것이라는 불안과 우려도 확산되곤 했습니다. 다른 한편에서는 생명의 절대성, 오판 가능성 등의 이유로 현행 사형제에 대한 폐지 여론도 끊임없이 있어 왔습니다.

우리나라는 1997년 12월 30일 이후로 20여 년간 사형을 집행하지 않은 사실상의 사형 폐지국가입니다. 그러나 사형 집행에 관한 공식적인 집행유예, 이른바 모라토리엄이 선언된 적은 없습니다. 사형제도 폐지 관련 법안이 1999년 15대 국회에서 처음 발의된 이후 매 회기마다 발의되었습니다. 그러나 안타깝게도 입법으로 실현되지는 않았습니다. 현재 우리나라에는 군인 4명을 포함하여 총 61명이 사형 확정 판결을 받고 수감되어 있습니다.

그러나 사형제의 폐지는 인권적 관점에서 볼 때, 거스를 수 없는 세계적 흐름인 것 같습니다. 사형제 폐지를 주요 내용으로 하고 있는 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제2선택의정서는 이미 1989년에 국제인권규범으로 채택된 바 있습니다. 또한 국제엠네스티의 집계를 보면, 유엔 198개 회원국 중에서 142개국이 사형제를 폐지하였습니다.

우리 위원회는 2017년 12월 7일에 대통령께 인권상황 개선 대책의 하나로 사형제 폐지 또는 공식적인 사형 집행유예가 필요한 시점이라고 제시하였으며, 이에 대통령은 우리 위원회의 의견에 공감하고 적극 지지하면서 “사형제 폐지의 경우에 국제인권기준에 맞는 원칙과 함께 구체적인 대안도 함께 제시해 주면 좋을 것 같다”라는 의견을 주셨습니다.

이렇듯 사형제 폐지를 둘러싼 국제적 및 국내적 변화의 흐름 속에서, 오늘 우리는 사형제의 국제적 동향을 파악하고 사형제를 폐지한 국가의 경험을 공유하고자 합니다. 특히, 사형제의 폐지가 가입 전제조건인 유럽연합의 사례와 함께 사형제 폐지를 적극적으로 지지하는 호주의 사례는 많은 시사점이 있을 것 같습니다. 이러한 논의의 장은 그간 논란이 되어온 사형제 존치와 폐지에 관한 쟁점을 검토하면서, 실질적으로 사형제 폐지를 향한 걸음 더 나아갈 수 있는 중요한 계기가 될 수 있다고 생각합니다.

존경하는 내외 귀빈 여러분,

우리 위원회는 2005년에 사형제가 인권의 핵심적 권리인 생명권을 침해하는 것이므로 폐지해야 한다는 취지로 국회에 의견표명, 2009년에 헌법재판소에 사형제 폐지 의견제출, 그리고 2017년에 전시가 아닌 평시에 균형법상 사형집행의 중단을 선언하고 사형제를 폐지하는 것이 바람직하다는 취지로 국회 및 국방부에 의견표명을 하는 등 사형제 폐지가 국제인권규범에 부합한다는 일관된 목소리를 지속적으로 표명해 왔습니다.

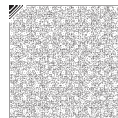
이런 취지에 부응하여, 올해에는 사형제도의 폐지 및 대체 형벌 마련에 관한 실태조사를 추진하고 있으며, 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2선택의정서」에 정부가 가입하도록 권고하는 방안도 검토하고 있습니다.

이와 같은 우리의 노력을 통해 정부가 사형제에 대한 공식적인 모라토리엄을 선언하길 바라며, 법률적으로도 사형제를 폐지하는 결단을 내리도록 지원 및 촉구해 나갈 것입니다.

오늘 국제토론회가 개최될 수 있도록 협조하여 주신 모든 분들께 다시 한 번 감사드리며, 앞으로도 여러분의 관심과 성원을 부탁드립니다.

여러분 모두의 건강과 행복을 기원합니다.  
감사합니다.

2018. 4. 26.  
국가인권위원회 위원장 이 성 호



# Opening Remarks

Lee Sung-Ho  
Chairperson  
National Human Rights Commission of Korea

Good afternoon, ladies and gentlemen,

I'm Chairperson Lee Sung-Ho of National Human Rights Commission of Korea.

First of all, I would like to express my gratitude to all participants for joining us today at this international seminar co-hosted by NHRCK, International Commission against the Death Penalty and Joint Meeting of Religion, Human Rights and Civil Organizations on Abolition of the Death Penalty.

I also wish to thank Congressman Keum Tae-Sup of the Legislation and Judiciary Committee of the National Assembly for co-hosting the seminar, and Congressperson for attending today's seminar despite their busy schedules.

My special thanks go to today's keynote speaker Ivan Simonovic, Commissioner of the International Commission against the Death Penalty, and speakers including Ambassador Michael Reiterer of the EU Representative to the Republic of Korea, Julian McMahon AC SC, President of Reprieve Australia, and Professor Chung Tae-ho of Kyung Hee University. I also would like to thank Chair Kim Hyeong-Tae of Inter-religion Association for Abolition of the Death Penalty for moderating today's event and all the panelists from civil society organizations including Amnesty International and experts from academia for joining us today.

As you already know, death penalty is a punishment that completely takes away one's life and violates the right to life protected under Article 3 of the Universal Declaration of Human Rights and Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights. It also violates the freedom of conscientious of those executing the death penalty.

However, whenever there occurs a violent crime, voices calling for strict punishment and execution of the death penalty increase. In addition, people fear and concern that

abolition of the death penalty might lead to increased number of violent crimes. On the other hand, voices calling for abolition of the death penalty for the absolute value of life and possibility of misjudgement continued to exist.

Korea is a de facto abolitionist of the death penalty as there has been no execution for the last 20 years since December 30, 1997. However, official moratorium on execution of the death penalty has not yet declared. Since a legislation on abolition of the death penalty was first proposed to the 15th National Assembly in 1999, similar legislations were proposed to every session of the National Assembly. However unfortunately, none of them led to enactment. As of now, 61 people including 4 soldiers are sentenced to death and imprisoned as a prisoner on trial.

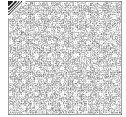
However, abolition of the death penalty is an unreversible international trend from the perspective of human rights. The Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights which is mainly about abolition of the death penalty was adopted as a international human rights instrument already in 1989. In addition, according to statistics of the Amnesty International, 142 countries among 198 UN members abolished the death penalty.

During the special report to the President on December 7, 2017, my Commission proposed that now is the time to declare official abolition or moratorium of the death penalty, and President Moon agreed with and supported the idea and suggested that it would be good for NHRCK to propose alternative measures along with the international standards for abolition of the death penalty.

At today's seminar, taking into account such international and domestic changes, we would like to identify international trend and share experiences of countries that already abolished the death penalty. I believe cases of the European Union where every number state has to abolish the death penalty and Australia, an active supporter of abolition of the death penalty would be full of suggestions. I firmly believe that today's event would serve as an opportunity to review issues regarding retention and abolition of the death penalty and move one step towards abolition of the death penalty.

Ladies and gentlemen,

Starting with its opinion expressed to the National Assembly to abolish the death



penalty as it violates the right to life, a fundamental essence of human rights, NHRCK continued to consistently state that abolition of the death penalty conforms to international human rights instrument including 2009 opinion expressed on abolition of the death penalty to the Constitutional Court of the Republic of Korea and 2017 opinion expressed to the National Assembly and Ministry of Justice to suspend execution of the death penalty under the Military Criminal Act during peace time and abolish the death penalty.

In this regard, NHRCK is currently carrying out a fact-finding research on abolition of the death penalty and alternative punishment, and plans to make recommendation to the government to join the Second Optional Protocol to the ICCPR.

I hope such efforts lead to official moratorium on the death penalty, and we will continue to support and call for de jure abolition of the death penalty.

I would like to once again express my sincere gratitude to everyone for making today's event possible, and ask for your continued attention and support.

Thank you.

2018. 4. 26.  
Lee Sung-Ho  
Chairperson  
National Human Rights Commission of Korea

# 개 회 사



더불어민주당 국회의원  
**금태섭**

안녕하십니까?

법제사법위원회 더불어민주당 간사 국회의원 금태섭입니다.

오늘 국가인권위원회, 국제사형제반대위원회, 사형제 폐지 종교·인권·시민단체 연석 회의와 함께 『사형제 폐지 국제적 현황 및 국내 이행을 위한 토론회』라는 주제로 토론회를 개최하게 되어 기쁘게 생각합니다.

저는 작년 국정감사 시기 법원으로부터 우리나라 사형수 전원의 판결문을 받아 검토한 적이 있습니다. 1997년 12월 30일 마지막 사형 집행 후 총 71명에 대한 사형 선고가 있었으며, 이 중 10명이 병사나 자살로 사망하여 현재 61명 사형수가 교도소에 수감되어 있습니다. 과거 법원은 조직폭력배나 금품을 노린 살인자에 대해 “인명경시와 황금만능주의에 대한 경종”을 울리기 위해 사형을 선고했으나, 2000년에는 사이코패스와 같은 “반사회성 인격장애 및 경계선 인격장애 성격의 소유자”에게 사형을 선고했습니다.

우리나라는 국제엠네스티가 인정하는 ‘사실상 사형폐지 국가’로 사형을 집행하지 않은 지 올해로 벌써 20년이 넘었습니다. 그러나 여전히 사형제를 찬성하는 의견도 있고 최근 까지 사형이 선고되기도 했습니다.

국가는 사형이라는 제도로 흉악범의 생명권 박탈을 정당화하고 있으나, 사형 집행은 피해자 가족의 아픔을 치유해주지 못하며 사회 구조적 모순을 해결해 주지 않습니다. 그





리고 “어떤 경우에도 생명은 박탈할 수 없는 기본권이며, 아무리 정교한 형법 체계 안에서도 오판 가능성이 존재”합니다. 1975년 사법살인으로 불리는 인혁당 재건위 사건에서 8명의 사형수에 대해 사형 선고 19시간 만에 형이 집행되었습니다. 비록 32년 이후 무죄 판결이 선고되었지만 그 분들의 생명을 다시 살려낼 순 없습니다. 이러한 문제는 우리나라만의 일이 아닙니다. 미국에서도 작년 8월 한 사형수가 19년 만에 무죄 증거가 새로 발견되어 집행 4시간을 앞두고 극적으로 형을 면한 일이 있었습니다.

국회에서는 1999년 처음으로 유재건 의원이 「사형폐지특별법안」이후 6번의 사형제 폐지 법안이 발의되었지만 제대로 심의되지 못한 채 국회 임기 만료로 매년 폐기되었습니다. 20대 국회에서는 아직 법안이 아직 발의되지 않은 상황입니다.

오늘 토론회는 사형제 폐지에 관한 국제적 동향을 확인하고 사형제를 대체할 수 있는 구체적인 방법이 논의되는 자리입니다. 멀리서 다양한 분들이 귀한 시간을 내서 와 주신 만큼 국내 사형제 폐지를 위해 여러분 모두가 목소리를 내주시길 희망합니다. 저도 오늘 토론의 결과가 입법적 결실을 맺도록 함께 노력하겠습니다.

다시 한 번 이 자리에 참석해주신 모든 분들께 감사드립니다.

2018년 4월 26일  
국회의원 금 태 섭

# 축 사

국회의장  
정세균



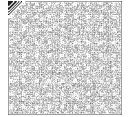
안녕하십니까. 국회의장 정세균입니다.

참으로 의미 있는 날입니다. 《사형제 폐지 관련 국제적 현황 및 국내 이행을 위한 토론회》 개최를 진심으로 환영합니다. 바쁜 의정활동 속에서도 뜻 깊은 토론회를 위해 많은 애를 써주신 금태섭 의원님을 비롯하여 사형제 폐지 종교·인권·시민단체 연석회의, 국제사형제반대위원회, 국가인권위원회 관계자 여러분의 노고에 깊은 감사의 말씀 전합니다.

최근 연이어 발생하고 있는 잔혹한 범죄들로 인하여 응징의 수단으로써 사형제도가 필요하다는 목소리가 끊임없이 제기되고 있습니다. 그러나 법에 의하여 범죄자의 생명을 빼앗는 사형제도는 생명의 존엄성에 대한 가치를 부정한다는 점에서 여러 가지 부작용을 야기하기도 합니다.

또한 실제로 사형제도가 범죄율의 감소로 이어진다는 연구 결과도 명확하지 않으며, 오히려 범죄자 교화의 가능성과 피해자에 대한 진심어린 반성의 기회를 없앤다는 점에서 그 실효성에 대한 의문이 제기됩니다. 이에 범죄자의 처벌을 단순히 보복의 개념으로 접근하기보다 피해자의 가족이 입은 상처가 씻기고 사회적으로 회복될 수 있는 보다 근본적인 방안 마련에 대한 논의가 필요합니다.

이에 사형제 폐지에 대한 국제적인 현황을 살펴보고 이를 이행하기 위한 논의가 펼쳐



지는 오늘 이 자리가 매우 의미 있다 하겠습니다. 오늘 모이신 전문가 분들의 지혜가 모여 사형제도에 대한 합리적인 해결책과 사형 제도를 보완할 수 있는 적절한 해법이 마련 될 수 있기를 소망합니다.

대한민국은 1997년 12월 30일 마지막 사형이 집행된 이후로 20년이 넘는 해 동안 사형이 집행되지 않고 있는 ‘사실상 사형폐지국가’에 속합니다. 인간의 존엄성을 지키기 위해 지속되고 있는 값진 시간들이 헛되지 않을 수 있는 안전하고 건강한 대한민국의 내일을 진심으로 바랍니다.

다시 한 번 토론회의 개최를 축하드리며, 함께하신 모든 분들의 건승을 기원합니다. 감사합니다.

2018년 4월 26일  
국회의장 정세균

## 축 사

더불어민주당 대표  
**추미애**



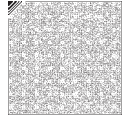
반갑습니다. 더불어민주당 대표 추미애입니다.

「사형제 폐지 관련 국제적 현황 및 국내이행을 위한 토론회」 개최를 진심으로 축하드립니다. 생명과 인권 존중의 문화를 안착시키고자 뜻 깊은 자리를 마련해주신 법제사법위원회 금태섭 간사님과 국가인권위원회를 비롯한 관계자 여러분의 열정에 깊은 감사를 드립니다. 더불어 바쁜 일정에도 불구하고 사형제 폐지를 위한 고견을 들려주기 위해 참석하신 발제자 및 토론자 여러분께 감사인사를 전합니다.

우리나라는 20년 가까이 사형이 집행되지 않은 사실상 사형 폐지국입니다. 15대 국회부터 사형폐지법안을 꾸준히 발의해왔지만 단 한 번도 법제사법위원회의 문턱을 넘지 못했습니다. 실질적으로 사형제가 폐지되었다고 하더라도 제도가 남아있는 한 언제든지 피해자가 나올 수 있기 때문에 더불어민주당은 제도폐지에 앞장서왔습니다.

사형제도 존폐에 대한 사회적 합의를 모아야 합니다. 사형제도가 중대한 범죄를 예방한다는 결정적 증거가 없습니다. 사형을 통해 질서를 유지하기 보다는 공동체 구성원간의 존중과 따뜻한 관심과 사회안전망 확충이 사회를 지탱하는 근간이 되어야 합니다. 사형집행은 결코 범죄자의 교정과 피해자 가족의 고통 그리고 공동체의 병폐를 근본적으로 해결하지 못합니다.

국민의 뜻과 힘으로 새로운 대한민국의 여정을 시작한 문재인 정부와 더불어민주당은



열 번째 개헌안에 사람중심의 보편적 가치를 담았습니다. 사형제 합헌의 근거인 현행 헌법 제110조 4항을 삭제했고 생명권도 명시했습니다. 우리 당은 정부를 도와 생명존중 국가이념을 확립하는데 앞장서겠습니다. 소중한 시간을 내어 이 자리에 참석해주신 여러분께 다시 한 번 감사인사를 전합니다.

2018. 4. 24.  
더불어민주당 대표 추미애

## 축 사



대주교  
김희중

지난해, 프란치스코 교황께서는 한국의 사형 집행 중단 20년을 맞이하여 한국천주교주교회의 정의평화위원회에 보낸 강복 메시지에서 “모든 생명은 신성한 것이고, 모든 인간은 양도할 수 없는 존엄을 부여받았으며, 범죄자들의 교화만이 사회에 유익할 수 있으므로, 이 방법이 최선의 길”임을 강조하셨습니다.

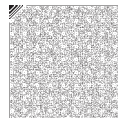
참혹한 범죄를 저질렀다고 해서 똑같이 참혹한 형벌로 응징하는 폭력의 악순환을 이제는 끊어내야 합니다. 범죄가 발생하는 근본적인 원인을 분석하고 구조적인 모순을 찾아내어 범죄가 일어나지 않도록 예방하는 사회적, 정서적 안전망을 구축하는 일에 더 많은 노력을 기울여야 합니다.

범죄로 고통받는 피해자와 가족들이 다시 우리 사회의 구성원으로서 함께 살아갈 수 있도록 우리 모두 머리를 맞대어야 합니다. 사형제도의 완전한 폐지는 무거운 약속입니다. 안전한 사회, 행복한 나라를 만들기 위하여 국가와 사회가 더 크고 무거운 책임을 지겠다는 약속입니다.

2007년에 사형 집행 중단 10년을 맞아 국제 사회는 대한민국을 실질적 사형 폐지국으로 분류하였습니다. 그러나 그후 10년이 흐른 지금도 사형제도는 여전히 남아 있습니다.

아무쪼록 이번 토론회가 우리 사회를 죽음의 문화에서 생명의 문화로 바꾸는 생명 존중의 길을 함께 모색하는 뜻깊은 자리가 되기를 바랍니다. ‘사형의 완전한 폐지’라는 전 세계적 흐름에 대한민국이 동참하는 그날을 위해 우리 모두의 마음을 모을 수 있기를 희망합니다.

2018년 4월 26일  
한국천주교주교회의 의장  
김희중 대주교



## Congratulatory Remarks

Last year, to mark the 20th anniversary of South Korea's moratorium on execution of the death penalty, Pope Francis sent a message of encouragement to the Committee for Justice and Peace of the Catholic Bishops' Conference of Korea that all lives are sacred and all human beings have their own dignity that cannot be taken away. He also emphasized that reforming criminals is the best policy as it benefits society.

The vicious circle of violence that punishes the perpetrators of cruel crimes with equally terrible punishment must be halted. Further efforts should be made to establish a social and emotional safety net that analyzes the root causes of crime and identifies structural contradictions to prevent crime.

We have to gather our wisdom to ensure that victims and their families suffering from crime can return to their normal lives and once again live together as members of our society. The complete abolition of the death penalty is a grave promise. It is a promise that the nation and society will take on a greater and heavier responsibility to create a safe society and a happy country.

With the 10th anniversary of the moratorium on executions of the death penalty in 2007, the international community classified Republic of Korea as a de facto abolitionist country. Ten years have passed, but the death penalty still exists.

I wish that this seminar will be a meaningful place to find a way to respect the life that transforms our society from a culture of death to a culture of life. I hope that we will gather all of our hearts together for the day when Korea joins the global movement of 'the complete abolition of the death penalty'.

April 26, 2018

Chairman of the Catholic Bishops' Conference of Korea  
Archbishop Kim Hee-joong





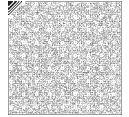


기조발제

# 사형제의 국제적 동향

**이반 시모노비치** (국제사형제반대위원회 위원)  
(前 유엔 인권사무차장보, 前 크로아티아 법무부 장관)





친애하는 이성호 위원장님, 금태섭 의원님, 미하엘 라이터리 대사님, 동료 여러분,

안녕하세요!

우선 국가인권위원회 이성호 위원장님을 비롯 금번 사형제 폐지에 대한 국회 국제세미나를 ICDP와 공동 주관해 주신 국가인권위원회 여러분들께 감사 말씀 드립니다. 금번 세미나는 대한민국이 사형제 폐지를 위한 추가적 진전에 박차를 가할 수 있는 상황 속에 열렸기에 매우 시의 적절합니다. 즉, 대한민국에서 마지막 사형은 20년 전에 집행되었고, 식민지 시대와 독재 시대에 반식민지, 반독재를 주장하던, 수천 명은 아니더라도 수백 명의 무고한 생명을 앗아갔던 시대적 잔재이자 시대착오적 유물입니다. 그리고 인권 변호사 출신인 문재인 대통령이 집권하고 있으며 제 친구이자 동료인 전 유엔 인권 부 인권최고대표인 강정화 외교부 장관이 또한 능숙하게 문대통령을 보좌하고 있습니다. 높은 인식을 갖춘 이러한 리더십을 통해 국제 사회는 대한민국이 기본적인 인간 권리의 존중과 보호 개선에 있어 행동을 보여줄 것을 기대하고 있습니다.

저는 문재인 대통령께서 국가인권위원회 이성호 위원장님과 만난 자리에서 위원회에 사형제의 대안에 대해 조언해 달라고 요청했다는 것을 듣고 매우 기쁩니다. 저희 국제사형제반대위원회에는 국가적으로나 국제적으로 사형제에 관한 문제를 담당할 여러 법률 전문가를 보유하고 있습니다. 예를 들어 나비 필레이(Navi Pillay) 유엔 인권 최고 대표와, 유엔 인권사무차장보인 제가 유엔 내에서 사형제 폐지의 주류화를 지원하고 있습니다. 저희는 여러분도 잘 아시는, 한국인이자 최초로 사형제 폐지를 지지한 사무총장인 반기문 전 사무 총장과도 긴밀히 협업하였습니다. 동료 위원이자, 사형제도 폐지를 위한 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제 규약 제 2 선택 의정서(Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights)의 작성자인 마크 보수이트(Marc Bossuyt)도 저희와 함께하고 있습니다.

연설 후반부에서 사형제를 폐지한 몇몇 국가들의 사례를 소개하도록 하겠습니다.

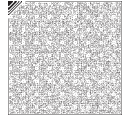
과거 유고슬라비아 출신 학생으로서 저는 사형 문제에 대해 글을 쓴 바 있습니다. 2012년 유엔 인권사무차장보로서 저는 뉴욕에서 열린 유엔의 사형제 토론에도 기여할 수 있었습니다. 제가 좌장을 맡았던 "사형제의 폐지"에 관한 토론의 패널은 회원국, 전문

가, 시민 사회 활동가, 부당한 판결의 희생자로 이루어졌습니다. 토론자들은 부당한 유죄 판결의 가능성, 범죄 억지력 또는 억지력의 부족, 소외 그룹에 대한 차별을 회원국들이 사형제를 폐지한 3가지 주요 이유로 밝혔습니다. 이후 유엔인권최고대표사무소는 회원국, 비정부 기구, 학계를 동참시켜 이 세 가지 쟁점에 대한 토론을 조직했습니다. 또한 사형 집행 및 사형, 마약, 테러리즘에 대한 유예와 함께 국가들의 경험에 대한 추가 패널을 구성했습니다

국제사형제반대위원회는 2010년 10월 마드리드에서 설립되었으며, 현재 저를 포함 21명의 위원이 있으며 전 세계적으로 19개 회원국과 3개 옵저버 국가의 지원을 받고 있습니다. 위원회는 전 유엔 인권최고대표인 나비 필레이(Navi Pillay) 재판관이 위원장으로 이끌고 있습니다.

저희의 경험에 따르면, 국가마다 사형제 폐지까지 여러 가지 다른 길을 택했습니다. 예를 들어 작년 말 임기가 끝날 때까지 몽골을 이끌었던 엘베그도르지 (Elbegdorj) 대통령은 사형 선고를 체계적으로 축소하고 2010년 1월 사형 집행을 유예한다고 발표했습니다. 몽골은 2012년 3월 사형제도 폐지를 위한 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제 규약 제2 선택 의정서에 서명함으로써 사형제 폐지에 대한 국제적 약속 이행에 착수했습니다. 몽골에서는 2008년에 마지막으로 사형이 집행되었습니다. 2015년 12월 3일 몽골 의회는 범죄에 대한 사형을 전면 폐지한 새로운 형법안에 투표하고 이를 채택했습니다. 새로운 형법은 2017년 7월 1일에 발효되었으며 사형에 대한 언급은 모두 삭제되었습니다. 이처럼 몽골에서는 대통령이 사형 폐지를 주도했습니다. 흥미롭게도, 그는 몽골이 국제 조약의 서명국이 되는 국제 공약을 먼저 했습니다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제 규약 제2 선택 의정서가 바로 그 국제 조약이었습니다. 그 후 의회가 의정서 가입에 대해 투표한 후, 사형제 폐지를 위한 새로운 형법안을 표결에 붙이고 마침내 채택했습니다. 엘베그도르지 대통령은 최근 ICDP의 위원으로 합류하게 되었음을 기쁜 마음으로 알려드립니다. 또한 몽골은 ICDP의 지원 그룹의 창립 멤버이기도 합니다.

남아프리카 공화국은 1995년에 일반 범죄에 대한 사형을 폐지했고 1995년 헌법 재판소가 사형을 위헌으로 판정한 후 1997년 모든 범죄에 대해 사형을 전면 폐지했습니다. 마지막으로 사형이 집행된 것은 1991년입니다. 사형 집행을 당할 수도 있었으나 국제적 압력으로 인해 사형을 면한 체, 20년 이상 수감생활을 한 상징적인 지도자인 벨슨 만델



라(Nelson Mandela)의 석방 직후였다는 것을 감안할 때 시기가 중요했습니다. 남아프리카 공화국은 ICDP의 지원 그룹의 창립 멤버입니다.

미국의 뉴멕시코 주를 예로 들어 보겠습니다. 2009년 3월 18일 뉴멕시코 주지사이자 ICDP 위원인 빌 리차드슨(제 좋은 친구)이 사형제를 폐지하고 이를 가석방 없는 종신형으로 대체하는 사형 폐지 법안에 서명함으로써 뉴멕시코는 미국의 15번째 사형제 폐지 주가 되었습니다. 이 법은 사형 선고 받은 수감자에게 소급 적용되지 않았습니다. 빌 리처드슨 주지사는 취임 당시 사형을 지지했습니다. 그러나 오심의 가능성이 사형 폐지 결정에 있어 주요 고려 사항이었습니다.

수리남의 경우 2015년 4월 13일 새로운 형법이 발효되어 사형이 완전히 폐지되었습니다. 수리남에서의 사형이 마지막으로 집행된 것은 1982년이었습니다. ICDP는 2013년 10월 10일 제네바에서 국제 의회 총회와 공동으로 사형 집행 국가의 의원들과의 컨퍼런스를 개최하였습니다. 당시 수리남 국회의원인 루스 위즈덴보쉬(Ruth Wijdenbosch) 여사는 ICDP의 기술 지원을 요청했습니다. 의원의 요청에 따라, 2014년에 ICDP 위원인 스위스의 루스 드라이푸스(Ruth Dreifuss) 전 대통령과 영국 의회 의원이 수리남에서 임무를 수행하고 고위 정부 공무원, 국회의원, 시민 사회 단체 및 국제 사회와의 회의를 가졌습니다. 그 후 후속 조치로써, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 제 2 선택 의정서의 작성자인 마크 베이론 보수위트(Marc Baron Bossuyt)교수는 수리남을 방문하여 국회의원들과 다른 주요 이해 관계자들과 만났습니다. 그는 사형 폐지 법안 초안을 받아 보았습니다. 그가 방문한지 두 달 후, 수리남은 사형을 폐지했습니다. 데시 바우테르(Desiré Delano Bouterse) 대통령이 법안에 서명했습니다. 따라서 수리남에서는 수리남 국회의원의 개입과, 국제 사회의 전략적 개입으로 사형이 폐지되었습니다.

프랑스: 1981년 법적으로 모든 범죄에 대한 사형을 전면 폐지했습니다. 긴 공개 토론, 대통령의 사면, 초당적 연구 그룹, 법원에서의 법적 조치와 프랑스 미테랑 대통령과 동료 ICDP 위원인 호베르 바뎡데흐 (Robert Badinter) 법무부 장관의 결단력 있는 행동으로 폐지가 이루어졌습니다. 사형 지지율이 70%에 육박하는 등 여론의 반대에도 불구하고 프랑스에서 사형 폐지를 이끌었습니다. 그 이후로 프랑스는 헌법에서 사형제도를 폐지했을 뿐 아니라 전세계적 사형 폐지 운동의 핵심 국가 중 하나가 되었습니다. 프랑스는 ICDP의 지원 그룹의 회원국입니다.

크로아티아: 저의 모국 크로아티아는 유고슬라비아 사회주의 연방국 당시인 1990년 사형제도를 폐지했습니다. 독립을 목표로 했던 국가에서 새로운 헌법을 통해 사형제도를 폐지했습니다. 우리의 메시지는, 우리는 보다 인간적인 크로아티아를 원하고 시민들의 인권을 보다 존중하기를 원한다는 것이었습니다. 크로아티아는 1991년 독립했습니다. 독립 선언 이후에 공격이 시작되었고 수많은 극악 범죄가 저질러졌지만 그럼에도 불구하고 사형의 재도입은 결코 논의된 적이 없습니다.

전세계적으로, 우리의 노력이 결실을 보는 시기입니다. 이번 달 초에 발표된 국제 엠네스티의 최근 보고서에 따르면 사형을 여전히 집행하는 국가의 수는 줄고 있지 않지만, 사형 집행 자체는 줄어들었다는 보고들이 나오고 있습니다. 대략 23개 국가에서 아직 사형을 집행하고 있습니다. 그러나 1990년 중반 40개 국가에서 매년 사형을 집행했다는 것을 기억한다면 이는 매우 고무적이라고 생각합니다. 당시 이후로 그 수가 절반 가량으로 감소했습니다. 여기 한국과 관련해서 말씀 드리자면, 한국에서 사형이 마지막으로 집행된 것은 20년 전인 1997년 12월이었습니다. 그 이후로 사형 집행이 없었기 때문에 사실상 한국은 사형제 폐지국가라고 간주 할 수 있습니다. 그러나 한국이 사회, 경제, 기술 분야에서 보여준 인상적인 진전을 인권 분야에도 반영하기를 바랍니다.

20여년 동안 사형을 집행하지 않았다는 현재 관행을 볼 때, 한국은 사형 유예를 촉구하는 유엔 총회 결의안에 기권이 아닌 찬성을 투표함으로써 해당 결의안에 참여하는 첫 걸음을 내디딜 수 있습니다. 이 결의안은 2018년 말에 표결될 예정입니다. 2007년 유엔 총회에서 사형 선고 유예 결의안이 처음 채택되었을 때, 104개 국가가 찬성했습니다. 가장 최근의 2016년 투표에서는 117개 국가의 지지를 받았습니다.

그러나 주의가 필요합니다. 예를 들어 필리핀의 경우 현 정부가 사형을 다시 도입하고 사형제도 재개를 위한 법안이 하원을 통과했습니다. 그러나 필리핀 상원의 대다수가 사형 폐지를 지지했으므로 필리핀은 여전히 사형제 폐지국가라 할 수 있습니다. 따라서 입법부는 사형제도 폐지를 유지하는 데 중요한 역할을 할 수 있습니다. 필리핀 상원의 결정은 시민 사회 단체, 종교 지도자, 국가 인권기구 및 국제 사회의 노력에 기인합니다.

터키나 몽골과 같은 다른 사형 폐지 국가에도 우려가 존재합니다. 이들 국가에서는 국가 지도부가 사형 집행에 대한 복귀 가능성을 언급했습니다. 그러나 국가 입법부, 법원,



시민 사회 단체, 언론, 국제 사회 모두가 열심히 활동하고 있으며 현재, 이들 국가는 사형제를 재도입하지 않고 폐지국가로 남아 있습니다

이것이 의미하는 바는 인권 분야에서 당연한 것으로 받아들여야 하는 것은 없다는 것입니다. 매 새로운 세대마다 인권을 위해 싸워야 합니다. 특히 사형에도 동일한 논리가 적용됩니다.

제가 강조한 세계 각국의 각기 다른 사례와 사형 폐지를 위한 다양한 접근법을 채택한 국가들의 사례에 여러분의 관심을 바라면서 저의 기조 연설을 갈음하고자 합니다. 문 대통령님이 사형제 폐지를 고려함에 있어 국가인권위가 조언을 제공할 때 이 내용이 도움이 되기를 바랍니다.

세계는 한국이 사형을 폐지하고 생명의 기본권을 존중하고 보호할 길을 모색하길 주시하고 있습니다. 이는 내일 열릴 남북한 평화 정상회담 시기에 강력한 인권 메시지를 보낼 것이며, 정상회담에서 성공적인 후속 조치가 논의되기를 기원하는 바입니다. 사형 폐지를 위해 조치를 취하겠다는 결정에는 국회의 정치적 의지와 정치적 리더십이 필요하기 때문에 이번 세미나가 국회에서 개최된 것을 기쁘게 생각합니다. 오늘 이 자리에 많은 의원들이 참석해 주신 것은 큰 의미가 있습니다. 문 대통령의 정치적 지원과 리더십 또한 필요합니다. 이는 점점 인권 중심으로 발전하는 한국의 성장을 촉진하기 위한 문대통령님의 역사적 유산으로 남을 것입니다.

감사합니다.

## 약력



---

### 성명

이반 시모노비치 (Ivan Simonovic)

---

### 국적

크로아티아

---

### 학력

- 자그레브대학 (석사/박사) - 행정학·정치학, 교수 역임
  - 그라츠대학 및 예일대학 객원연구원
  - 현 콜롬비아대학교 객원연구원, 퀸즈랜드대학 명예교수
- 

### 주요경력

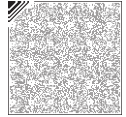
- 2016. 10. 1. 보호책임에 관한 유엔사무총장 특보
  - 2010-2016 인권담당 유엔 사무차장보(뉴욕사무소장)
  - 2008-2010 크로아티아 법무부장관  
크로아티아 외교부 차관  
크로아티아 뉴욕대표부 대사
- 

### 특기사항

2013년 UN에서 사형폐지관련 국제회의(Moving away from the penalty - lessons from national experience) 등 활동

---





Keynote  
speech

# International Trend on Death Penalty

**Ivan Simonovic**

(Commissioner, the International Commission against the Death Penalty,  
former UN Assistant-Secretary-General, former Minister of Justice of Croatia)





Dear Chairperson Lee Sung-Ho, dear Congressperson Keum Tae-Sup, dear Ambassador Michael Reiterer, dear friends,

Anyonghaseyo!

I would like to begin my speech to you by thanking Chairperson Sung-ho Lee and his staff of the National Human Rights Commission of Korea for co-organizing with ICDP the International Seminar at the National Assembly on the issue of the Death Penalty. It's timely because there is a momentum for the Republic of Korea (Korea) to take further step in moving away from the death penalty, because the last executions in the Republic of Korea were carried out 20 years ago, because the death penalty is a remnant, an outdated relic of colonial rule, of authoritarian rule in Korea and it has taken the lives of hundreds, if not thousands, of persons who were anti-colonial and anti-authoritarian and because Korea has President Moon Jae-in, who is a human rights lawyer and he is assisted ably by my friend and former colleague the current Foreign Minister Kang Kyung-wha who was the former UN Deputy High Commissioner for Human Rights. They provide a leadership who is well aware and who the international community expects to act in improving the respect and protection of the fundamental human right to life have.

So, I am very happy to hear that President Moon Jae-in met with Chairperson Lee of the NHRCK and requested him and the NHRCK to advise him on alternatives to the death penalty. At ICDP, we have several legal experts who have played a role on the issue of the death penalty either in their countries or internationally. For instance, we have our President Navi Pillay who as UN High Commissioner of Human Rights and I as UN Assistant Secretary General for human rights helped mainstream abolition of the death penalty within the UN. We worked closely with the former Secretary General Ban Ki Moon, who is well known to you as a Korean national, was the first Secretary General to be openly abolitionist. We have Marc Bossuyt as a fellow Commissioner who is the author of

the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights.

I will be presenting a few cases of countries that have taken steps to abolish the death penalty later in my speech.

As a student in the former Yugoslavia, I wrote about the issue of the death penalty. In 2012, as United Nations Assistant Secretary-General for Human Rights, I was able to contribute to a discussion on the death penalty at the United Nations in New York. The panel discussion on “moving away from the death penalty” that I moderated included a distinguished group of representatives from member States, experts, civil society activists and a victim of wrongful conviction. The panel identified three main reasons for member states’ decisions on the death penalty: the possibility of wrongful convictions, crime deterrence or the lack thereof, and discrimination against marginalized groups in its implementation. The Office of the High Commissioner for Human Rights then organized debates on each of these three issues, involving member states, non-governmental organizations and academia. We also continued organizing additional panels on national experiences with a moratorium on executions, and on the death penalty, drugs and terrorism.

On the International Commission against the Death Penalty, the Commission was established in October 2010 in Madrid and now has 21 Commissioners like me and is supported by 19 Member States and three Observer States from all parts of the world. The Commission is led by President Judge Navi Pillay, the former UN High Commissioner for Human Rights.

In our experience, States have taken many different paths to abolish the death penalty. For instance, Mongolia: President Elbegdorj, who led his country until the end of his term last year, systematically commuted death sentences and announced a moratorium on executions in January 2010. Mongolia undertook an international commitment to abolish the death penalty by its March 2012



accession to the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights. The last execution was carried out in 2008. On 3 December 2015, the Mongolian Parliament voted and adopted a new Criminal Code which abolished the death penalty for all crimes. The new Criminal Code entered into force on 1st July 2017 and eliminated all reference to the capital punishment. So in Mongolia, the President led the move to abolition of the death penalty. Interestingly, he first made an international commitment of his country becoming a State signatory to an international treaty: the Second Optional Protocol to the ICCPR. And then after its Parliament voted to accede to the Protocol, then it voted and adopted a new Criminal Code to abolish capital punishment. I am happy to add that President Elbegdorj has recently joined ICDP as our Commissioner. Moreover, Mongolia is a founding member of ICDP's Support Group.

South Africa abolished the death penalty in law for ordinary crimes in 1995, and for all crimes in 1997, after the Constitutional Court found the death penalty to be unconstitutional in 1995. The last execution took place in 1991. The time was important as it was shortly after the release of the iconic leader Nelson Mandela after more than two decades in prison for crimes that would have carried the death sentence but which was not imposed apparently because of international pressure. South Africa is a founding member of ICDP's Support Group.

Let me take the instance of the state of New Mexico, USA. On 18 March 2009, New Mexico became the USA's fifteenth abolitionist state when the state governor and ICDP Commissioner (my good friend) Bill Richardson signed into law a bill abolishing the death penalty, replacing it with life imprisonment without the possibility of parole. The law did not apply retroactively to the two prisoners on death row. Governor Bill Richardson used to support the death penalty when he assumed office but but the possibility of miscarriage of justice was a key consideration in his decision to abolish capital punishment in his state.

In Suriname's case, On 13 April 2015, Suriname's new Penal Code came into full effect, with which the death penalty was fully abolished in the country. The last execution in Suriname took place in 1982. ICDP had co-organized a conference of parliamentarians from death penalty retentionist countries with International Parliamentary Union in Geneva on 10 October 2013 where the then Surinamese parliamentarian Madame Ruth Wijdenbosch requested help from ICDP for technical assistance. ICDP followed her request and in 2014, ICDP Commissioner and former President of Switzerland Ruth Dreifuss and a British parliamentarian conducted a mission to Suriname and held meetings with senior Government officials, with parliamentarians, with civil society organizations, with international community in the country. Later as a follow up, the author of the Second Optional Protocol to ICCPR Prof Marc Baron Bossuyt visited Suriname and met with lawyers, with parliamentarians, with other key stakeholders. He was presented a draft bill to abolish the death penalty. A couple of months after his visit, the country had abolished capital punishment. President Desiré Delano Bouterse signed the bill. So in Suriname, the death penalty was abolished following interventions by its Parliamentarians, with strategic interventions by the international community.

France: abolished the death penalty by law for all crimes in 1981. Abolition followed a long public debate, presidential pardons, a cross-party study group, legal action in courts and decisive action by then French President Mitterand and his Minister of Justice Robert Badinter, who is a fellow ICDP Commissioner. They led the abolition of the death penalty in France even though public opinion was against them as nearly 70 per cent supported the death penalty. Since then, not only has the country incorporated abolition of the death penalty in its Constitution, but France has gone on to become one of the key countries leading the worldwide abolition of capital punishment. France is a Member State of the Support Group of ICDP.



Croatia: My country, Croatia, abolished the death penalty in 1990 while it was still Republic of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia. Death penalty was abolished by the new constitution of the country which aimed towards the independence. The message was: we want more humane Croatia and better respecting human rights of its citizens. Croatia became independent in 1991. Although after proclamation of independence an aggression was launched against it and numerous atrocity crimes have been committed, reintroduction of the death penalty has never been discussed ever since. .

Worldwide, our efforts come at a time when there are reports that there have been less executions carried out though Amnesty International´s recent report, launched earlier this month, states that the number of states that still carry out executions has not reduced... an estimated 23 countries still carry out executions. This is encouraging as I remember that in the mid-1990s, 40 countries were known to carry out executions every year. Since then, this number has halved. Here in with relation to the Republic of Korea, the last executions were carried out 20 years ago in December 1997. Since then, as there have been no executions, one could regard the country as de facto abolitionist. However, I wish that Korea would like to reflect its impressive progress in the socio-economic-technological fields to those in the field of human rights.

In recognition of its current practice of not having carried out an execution for over 20 years, South Korea can take an initial step in the UN General Assembly Resolution that calls for a worldwide moratorium of the death penalty by changing its vote from one of abstention to one of supporting this resolution. This Resolution will be voted at the end of 2018. When in 2007, the death penalty moratorium resolution was first adopted by the United Nations General Assembly, it was supported by 104 states. In the most recent vote, in 2016, it was supported by 117 states.

However, there is need to be cautious. For instance, the Philippines where the

current administration has tried to reinstate the death penalty and the bill to reinstate capital punishment was passed by the Congress. However, the majority of the Philippines' Senate members have supported the abolition of the death penalty and so the Philippines remains abolitionist, but just so! So the legislature can play an important role in maintaining the abolition of capital punishment. This decision by the Senate has been due to efforts by civil society organizations, religious leaders, its National Human Rights Institution and international community.

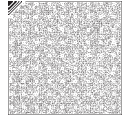
There are also concerns in other death penalty abolitionist States like Turkey, Mongolia where the leadership has stated a possible return to carrying out executions, though here, the national legislature, courts, the civil society organizations, media, international community have all worked hard and currently, these countries have not reinstated capital punishment and remain abolitionist.

What this means is that in human rights area, things should not be taken for granted: every new generation has to fight for human rights. The same applies to to the death penalty in particular.

Let me conclude my keynote speech by drawing your attention to the different examples of countries around the world that I have highlighted and who have adopted different approaches to abolish the death penalty and I hope this will help the National Human Rights Commission of Korea in its advice to President Moon as he considers steps to abolish capital punishment.

The world looks at Korea to take the route to abolish the death penalty, to respect and protect the fundamental right to life. Doing it now would send a powerful human rights message in time of the Peace Summit meeting, that takes place tomorrow, of the leaders of the North and South Korea, which I hope will have a successful follow up. This decision of taking steps towards abolition





of capital punishment needs political will, political leadership from National Assembly and hence I am happy that this Seminar is at the National Assembly and I note that many Representatives are present here. It also needs the political support and leadership of President Moon and this step could be his historical legacy to enhancing the development in Korea which has to be centered increasingly on its human rights.

Thank you... kamsahamnidha!

## Curriculum Vitae

ICDP Commission  
**Ivan Simonovic**

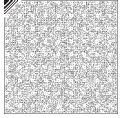


Ivan Simonovic assumed his functions as Assistant-Secretary-General and Special Adviser of the Secretary-General on the Responsibility to Protect on 1 October 2016. From July 2010 to September 2016, Mr. Simonovic headed, as Assistant Secretary-General for Human Rights, the New York office of the Office of the High Commissioner for Human Rights. Before joining the United Nations, from 2008 Mr. Simonovic held the position of Minister of Justice of Croatia.

Previously, Mr. Simonovic was Deputy Minister in the Ministry of Foreign Affairs and Permanent Representative to the United Nations in New York, where he served as Senior Vice-President and President of the Economic and Social Council from 2001 to 2003. A Croatian national, Mr. Simonovic worked as a professor at the Faculty of Law at the University of Zagreb, where he served as Head of the Legal Theory Department, Vice-Dean and Vice-Rector for international cooperation. He has published extensively in the fields of international relations, law, human rights, and development of national institutions.

In an expert capacity, he has been a member of the Council of Europe's Commission for Democracy through Law (i.e. the Venice Commission) and the European Commission against Racism and Intolerance (ECRI), as well as the Agent of the Republic of Croatia before the United Nations International Court of Justice (ICJ).

Mr. Simonovic has a graduate degree in law, a master's degree in public administration and politics, and a Ph.D. from the University of Zagreb and was a visiting scholar Graz and Yale. He is currently a visiting scholar at the University of Columbia, Bok visiting international professor at Penn University and honorary professor at the University of Queensland.



주제발표 1

# 사형제의 폐지와 그 대안에 관한 논쟁

미하엘 라이터러 (주한유럽연합대표부 대사)





## 1. 서론

대한민국은 오랫동안 비서구 사회가 보편적 가치와 인권을 어떻게 보호할 수 있는지를 보여주는 햇불로서 본보기를 보여왔습니다. 사형 폐지를 통해 한국은 이례적인 모습을 없애고 국제사회에서 다수 국가와 동일 선상에 위치할 수 있을 것입니다.

2017년 대한민국에 대한 국가별 인권상황 정기검토(Universal Periodic Review)에서 EU 회원국을 포함한 수많은 국제 파트너 국가들은 20년간 사실 상 사형 집행을 유예한 한국이 사형을 법적으로 폐지하는데 앞장서도록 장려했습니다. 다수의 유엔 회원국은 사형 폐지를 목표로 하는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제 규약의 제 2 선택 의정서에 한국이 서명하도록 독려했습니다.

삶을 바쳐 인권을 수호하겠다는 문대통령의 약속은 우리에게 그의 집권 동안 사형제 폐지가 실현될 것이라는 큰 희망을 안겨줍니다.

사실, 저는 한국의 국가 인권위원회가 문대통령의 직접적인 요청에 따라 국제사형제반대위원회(ICDP)와 공동으로 금번 행사를 조직했음을 알고 있습니다.

민주주의에서 사형제를 폐지하려면헌법 재판소의 사법부와 행정부 뿐 아니라, 여기 계신 국회 의원들의 행동이 있어야 함이 분명합니다.

올해 2 월 한국 정부는 국가별 인권상황 정기검토에 "사형 폐지와 관행은 여론의 포괄적 검토를 요구하는 형법의 본질과 관련되어있어 매우 중요하다..."고 보고했습니다.

따라서 우리는 여론의 문제가 행정부와 국회가 사형 폐지의 길을 이끌어 가려는 의지에 영향을 미치는 요인이라는 것을 알 수 있습니다. 이는 특히 국회가 헌법 개정안에 생명권에 대한 언급을 포함시키는 방안을 검토함에 따라 시사적인 현안이 될 수 있다고 생각합니다.

이러한 맥락에서, 저의 발언과 논문은 사형과 관련된 여론에 대해 일본에서 저와 제 동료들이 수행한 연구 조사의 결론을 공유하기 위한 것입니다. 저희의 연구는 "유권자의 과

반수가 사형 폐지에 반대할 것"이라는 일반적 통념에 의문을 제기합니다.

미국과 함께 일본은 유일하게 사형 집행을 계속하는 OECD 2개국 중 하나입니다..

다른 사형제 유지 정부들과 마찬가지로, 일본 정부는 사형제도가 국민의 80 % 이상의 지지를 받고 있는 사실을 일관되게 언급하고 있습니다

그러나 최근 몇 가지 고무적인 발전 상황이 있었습니다. 유럽연합이 수립 및 홍보에 중요한 역할을 했던 강력한 사형제 폐지 국제 규범은 일본 내에서의 논란에 영향을 주고 있습니다. 가장 최근의 2017년 국제 엠네스티 보고서<sup>1)</sup>에 따르면 2017 년에 23 개국에서 993 건의 사형 집행을 기록하였으며, 이는 2016년 (사형 집행 1,032 건)에서 4 %, 2015 년에서 (사형 집행 1,634 건으로 1989 년 이래 최고치) 39 % 하락한 수치입니다.

일본 변호사 협회(JFBA)는 2016년에 사형 폐지를 처음으로 공약한 새로운 공식 선언문을 발표했습니다. 이 선언은 전세계의 강력한 사형 폐지 규범의 발전 상황에 대해 몇 가지를 언급했습니다.

EU 각료회의가 2012-2015 년도 사형에 대한 시행 계획에 정한 바와 같이, 해당 국가의 인권 NGO들과 긴밀히 협력할 필요가 있습니다. 특히 정책 발의와 인권 대화에 관해 해당 시민 사회와의 협의를 공고히 하고, 지역 인권 실무 그룹을 통해 인권 문제에 대한 실천을 확대하며, 지역에 적합한 인권국가 전략을 지속적으로 개발해야 합니다.

오늘의 행사는 그러한 대화의 일부입니다. 제가 두 명의 동료와 공동으로 저술한 논문을 기반으로 저는 대중이 사형에 찬성한다는 일반적 통념에 이의를 제기하는 연구 결과를 제시하겠습니다. 공동 저자 중 한 명인 폴 베이컨(Paul Bacon)이 사토(Sato)와 함께 기저 연구 프로젝트를 수행했습니다

저는 한국에 대한 어떤 연구도 해본 적이 없습니다만 한국의 여론 조사는 일본의 여론 조사와 매우 유사하다는 사실에 주목했습니다. 대안 여론 조사에서 사용된 과학적 방법

---

1) <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2018/04/death-penalty-facts-and-figures-2017/>



론은 다른 국가에서도 적용될 수 있을 것입니다. 그러나 저는 단지 생각할 여지를 드리고자 하며, 제 연구 결과가 적용 가능한지, 어느 정도나 적용 가능한지, 혹은 유사한 프로젝트가 한국의 상황에 적용될 수 있을지 등의 판단 여부는 한국의 전문가들에게 달려 있을 것입니다. 어떠한 경우이건 이러한 기회를 주신 것에 대하여 한국의 국가인권위원회에 감사드립니다.

세계 전역에서 사형 폐지를 달성하는 것이 EU 외교 정책<sup>2)</sup>의 주요 목표입니다. 사형은 두 가지 필수적인 인권을 위반합니다. 생명권과 고문으로부터 자유롭게 살 권리입니다.

일본에서는 사형에 대한 지지도가 높은 일본 정부가 실시한 5 개년 여론 조사의 타당성에 반대하는 대안적 여론 조사에 EU가 자금을 지원했습니다.

이 프로젝트의 결과는 일본 언론의 관심을 받았으며, 사형 폐지를 촉구하는 일본 변호사 협회의 획기적인 선언에 영향을 미쳤습니다. 협회는 대안 여론 조사 프로젝트의 결과에 대해 긍정적으로 언급했습니다.

## 2. 여론에 대한 정부의 호소

관료들은 일본 국민의 80 % 이상이 사형을 지지한다고 주장하며 유엔 자유권규약 위원회와 고문방지위원회와 같은 유엔 인권 감시 기구와의 대화에서 사형 유지 입장을 정당화하기 위해 이 주장을 사용하고 있습니다. 지지가 높다는 이러한 인식은 사형제 폐지를 위한 정치적 비용을 높이고 사형 집행 지속을 위한 간편한 변명거리로 사용되고 있습니다.

1953년에서 1999년 사이에 실시된 34건의 정부 여론 조사에서 사형에 대한 지지율은 50% 이하로 떨어진 적이 전혀 없었습니다. 2009년 말에 실시된 내각 조사에서 일본인의 85.6 %라는 기록적인 수의 응답자가 사형 유지를 선호했습니다. 사형은 불가피하다고 말한 사람의 비율은 2004년에 실시된 이전 조사에서 보다 4.2 포인트 상승했습니다. 응답자 중 5.7 %만이 모든 범죄에 대해 사형제도가 폐지되어야 한다고 답했습니다.

사형을 지지한 사람들은 사형이 폐지되면 극악무도한 범죄가 증가할 것이고 (51.5 %),

---

2) [https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/33622/eu-strongly-and-unequivocally-opposes-death-penalty\\_en](https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/33622/eu-strongly-and-unequivocally-opposes-death-penalty_en)

희생자들과 유가족들이 좌절하게 될 것이라고 답했습니다. (54 %) 후자는 사형제 폐지 논쟁에서 중요한 요소입니다. 희생자와 유가족의 고통은 강조되어야 하며, 논쟁의 균형을 유지하기 위해 이들은 고통 극복을 위한 지원을 받아야 합니다.

유엔 인권이사회와 자유권규약 위원회는 여론과 상관없이 일본이 사형을 폐지할 것을 권고했습니다. 그러나 일본 정부는 대중의 지지를 인용하며 사형제 유지를 선택했습니다. 이러한 입장은 일본의 유엔 자유권규약 위원회 제 6 차 정기 보고서 제 104 항에 명시되어 있습니다.

우리의 견해는 사형제도 폐지 여부는 대중의 정서, 범죄 실태, 형사 정책, 기타 요인에 따라 재량에 따라 각국이 결정해야 한다는 것이다. 사형제도의 폐지여부는 일본 형법 체계의 중추를 구성하는 중요한 문제이므로 모든 면에서 주의 깊게 검토되어야 한다. 무엇보다도 사회정의 차원에서 대중의 여론에 최대한 주의를 기울여야 한다. 현재, 극도로 악의적이거나 극악한 범죄의 경우 많은 일본 대중은 사형이 불가피하다고 생각하고 있으며 (2009 년 11월에서 12월까지 실시된 최근 여론조사에서 85.6 %가 "사형은 상황에 따라 허용되어야 한다"라고 답함), 일본에서는 극악한 범죄가 종식되지 않고 있다. 이를 비롯 다양한 견해를 고려할 때, 흉악 범죄를 저지르고 범죄 책임이 매우 심각한 가해자에 대해서는 사형 선고는 불가피한 것 같다. 그러므로 사형을 즉시 폐지하는 것은 부적절하다고 사료된다 (일본 정부, 2012년 p.20, 저자 강조 사항)

이 주장은 사형제 유지론자들이 흔히 사용하는 것이며 일본 특유의 것이 아닙니다. 본 맥락에서 일본의 살인 범죄는 1973 년 이후 계속 감소해 왔음을 주지해야 합니다.

### 3. 대안 여론 조사

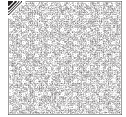
이것이 EU의 인권 전략에 어떠한 시사점을 가질까요?

EU 인권 전략의 한가지 중요한 측면은 여론의 문제에 초점을 두는 것입니다.

2014-15 년에 사토와 베이컨은 현지화라는 아이디어를 운영 가능하도록 하여 대안 여론 조사를 수행했습니다. 이 조사는 사형에 대한 지지도가 높은 5개년 정부 여론 조사의 타당성에 도전하는 것이었습니다.

그들은 또한 조사 결과를 해석할 때 극도의 주의를 요청했습니다.





- 설문 조사에 대한 응답률이 감소해 왔으며 사형제 폐지론자들은 일반적으로 여론 조사에 응답을 잘 하지 않는 경향이 있습니다.
- 청년층과 폐지론자 인구가 높은 특정 그룹은 여론 조사에 응답을 할 가능성이 적고 그러므로 조사 결과에 잘 반영되어 있지 않습니다.
- 가장 중요한 것으로, 설문 조사의 질문은 응답자가 사형 집행 유지를 선호할 가능성이 높은 방식으로 구성되고 구술되어 있다고 합니다.

대안적이고 보다 공정한 조사 방법론이 사용된다면, 응답자의 절반 이상은 (55 %) 실제로 결정을 못 내리거나, 사형에 대해 강한 의견을 갖고 있지 않다는 것을 입증할 수 있습니다

이 조사 결과는 사형에 대한 명백한 대중적 지지라는 '사실'을 주장하는 정부의 핵심 논점을 잠재적으로 저해할 수 있기 때문에 매우 중요합니다

가장 최근의 일본 내각부의 5개년 여론 조사는 2014년 11월에 실시되었으며, 그 결과는 2015년 1월에 발표된 것으로 사형 지지 수준이 80.3 %임을 보여주고 있습니다. 2015년 2월 사토와 베이컨은 정부 조사와 병행하여 여론 조사를 실시했습니다

이번 여론 조사는 정부 여론 조사를 실시했던 동일한 전문 여론 조사 기관에 의뢰하여 이루어졌고 일본 인구의 대표 표본을 대상으로 실시되었습니다. 사토의 초기 연구 결과는 보다 소규모 표본에 근거한 것이었지만, 이번에는 EU 및 기타 유럽 외교부<sup>3)</sup>의 지원을 받아 일본 정부 조사와 비슷한 규모로 진행되었습니다.

#### 조사 질문:

사형에 대한 지지가 일본 정부가 확인한 것보다 현저히 낮고, 이것이 유사한 규모로 실시한 대안 조사에서 나온 결과라면 이는 상당히 유의하고 정책과 관련한 결과일 것이다.

---

3) 유럽 연합 집행위원회, 독일 외무부, 노르웨이 외무부, 영국 외무부

일본 정부는 여론에 근거하여 사형제 유지 정당화를 위한 분명한 전략적 결정을 내렸기 때문에, 다른 사형제 유지 국가의 정부가 하지 않은 방식으로 여론을 모니터링하기 위해 진지한 노력을 기울여 왔습니다.

일본 정부가 의뢰한 2014 년 조사에 따르면 응답자의 80 %가 사형을 '불가피한' 것으로 간주하고 있습니다. 일본 정부는 해당 조사가 여론을 정확하게 반영하고 있으며 그러므로 사형을 유지해야한다고 주장했습니다. 일본 정부는 유엔 자유권규약 위원회에 제출되는 모든 당사국 보고서에서 이 설문 조사 결과를 참조합니다

따라서 사토와 베이컨의 연구 프로젝트의 논리에 따르면, 설문 조사에서 나온 증거에 대한 도전이 제기된다면 사형제 유지 입장과 정당화 전략에 심각한 문제가 발생할 수 있습니다.

그리고 실제로 80 % 라는 사형제 유지 옹호자의 수치는 훨씬 더 복잡한 현실을 은폐하고 있으며 실제로 많은 일본 유권자들은 그토록 강력하게 사형제를 옹호하지 않는다는 것이 밝혀졌습니다.

정부 조사는 실제 3 가지 선택 안을 제공했습니다.

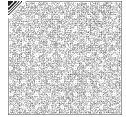
- ✓ 사형제를 폐지한다;
- ✓ 사형제를 유지한다;
- ✓ 모름.

사토와 베이컨 조사는 처음에 정부 조사와 마찬가지로 사형 폐지와 유지에 관한 동일한 질문을 했습니다.

그들의 연구에서, 사형에 대한 지지율은 83.3 %로 정부 조사 수치인 80.3 %보다 약간 높았습니다.

**1 단계:** 따라서 이 첫 번째 단계가 끝난 후 두 설문 조사의 결과는 비슷하며 이 규모의 표본에 대한 오차 범위 내에 있다고 말할 수 있습니다. 사토와 베이컨 조사에서는 최초로 사형을 지지한다고 주장한 일본인 응답자의 80 % 이상을 파악할 수 있었습니다

**2 단계 :** 이러한 성공 덕분에 사토와 베이컨의 조사에서는 이러한 사형 유지 찬성 응답



자들의 견해를 따로 분리해서 보다 자세하게 살펴보고, 보다 구체적인 질문으로 많은 정보를 탐색하는 것이 타당성을 띄게 되었습니다.

사형 유지자라고 주장되는 80% 이상의 대상자를 확인한 후 사토와 베이컨 조사에서는 추가로 유사한 질문을 제시했는데 이번에는 5개 선택지를 제공했습니다. 사형제 지지와 반대 확신의 정도를 추가하였습니다.

- ❖ 사형제를 절대 유지한다;
- ❖ 아마도 사형제를 유지할 것 같다;
- ❖ 아마도 사형제를 폐지할 것 같다;
- ❖ 사형제를 절대 폐지한다;
- ❖ 모름.

명확한 결과가 도출되었으며, 네 가지 주요 조사 결과를 다음과 같이 요약 할 수 있습니다.

#### 결과 1:

이 질문에 대한 답변에서는 응답자의 27%만이 사형제를 절대 유지해야 한다고 주장하였으며 따라서 열성적인 사형제 유지론자로 간주될 수 있었습니다. 따라서 보다 면밀한 조사에서 사형에 대한 대중의 열성도는 그다지 높지 않았습니다.

#### 결과 2:

사토와 베이컨 조사에서 사형제가 불가피하다고 최초로 대답한 응답자 83% 중 71%는 정부가 사형을 폐지하면 정부 정책으로 사형제 폐지를 그냥 수용하겠다고 말했습니다. 처음에 자신을 폐지론자라고 밝혔던 사람들조차도 사형제에 대해 그다지 큰 열의를 보이지 않았습니다.

#### 결과 3:

또한 응답자의 72 %는 사형제의 폐지가 일상 생활에 '전혀(31 %)' 영향을 주지 않는다 또는 어떤 영향을 줄지 '모름'(41 %)이라고 말했습니다. 대중이 사형제 유지에 확고한 의지를 보이거나, 폐지의 결과에 대해 깊이 우려하고 있음은 거의 암시하지 않습니다

#### 결과 4:

사형제의 미래를 누가 결정해야 하는지를 묻는 질문에 응답자의 절반 미만(40 %)이 정

부가 실시한 여론 조사의 결과에 근거해야한다고 답했습니다.

나머지는 '전문가와 국가 기관'에 권한을 위임하기를 원하는 사람들(40%)과 '모름'이라고 답한 사람(20%)으로 나뉩니다.

'전문가와 국가기관' 내에서도 '법과 범죄 전문가'가 21%을 기록하였고, 국가기관은 법원 (12%), 정부(5%), 법무부(2%) 순으로 나뉘었습니다.

달리 말하면, 일본 대중은 사형제에 대한 정부 정책 결정에 가장 중요한 요소는 여론이라는 정부의 견해에 공감하는 것 같지 않았습니다.

사토와 베이컨의 병행 조사에 따르면, 80% 이상이라는 표제 수치를 넘어 보다 깊게 파고 들었을 때 실제로 응답자의 4분의 1이상만이 열성적인 사형제 유지론자들이었습니다.

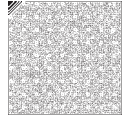
이 병행 조사는 또한 정부가 사형을 폐지하기로 결정하면 사형제 유지론자들의 3분의 2 이상이 폐지를 기꺼이 받아 들일 것임을 강조했습니다.

정부가 사형제도에 대한 입장을 바꿀 경우, 일본 시민들이 이를 따를 것이라는 점을 제시하는 신뢰할 만한 증거가 본 조사에 나타납니다. 이는 다른 국가에서 역시 유효할 가능성이 가장 높은 명제입니다.

대중의 대다수에게 사형은 그들의 일상 생활과 거의 관련이 없는 먼 주제이며, 그들이 시간을 할애하여 깊게 숙고할 대상은 아니라는 것입니다.

대다수의 대중은 일반적으로 질문할 경우 사형에 찬성하지만, 얼마나 강력하게 또는 무조건적으로 사형제도를 유지하기를 원하는가는 다른 문제입니다

조사 결과는 일본 국민이 폐지를 수용할 수 있는 역량과 융통성을 보유하고 있다는 결론으로 귀결되며, 어떤 대가를 치르더라도 사형제도를 엄격하게 적용할 것을 기대하는 사회임을 보여주지는 않습니다.



#### 4. 결론

2014 년 정부 여론 조사와 2015 년 사토와 베이컨의 조사에 대한 응답은 어느 방향으로든 필요에 따른 해석이 가능합니다.

사형 유지론자들은 여전히 상당한 지지자 다수를 언급할 수 있지만 사토와 베이컨 조사가 제시하듯이 면밀한 조사를 거친다면 표제 수치는 의심에 여지가 있다는 주장이 또한 가능합니다.

그들의 연구는 사형에 대한 대중의 지지에 보다 모호한 차원이 있음을 보여줌으로써 여론을 언급하여 사형을 정당화하는 것에 대해 정성적 차원에서 상당한 흠집을 내었습니다.

이 해석에 대해 EU/유럽 자금 지원의 본 연구는 성공적이었고, 일본 정부는 단언컨대 여론에 과도하게 의존하는 전략을 재고해 볼 필요가 있습니다.

여론을 사용한 정당화라는 핵심에 의문이 제기된다면, 대중 외에도 기관과 기타 지역 주체에게 다시 초점을 돌리게 될 것입니다. 변호사, 국회의원, 검찰, 관료와 같은 전문가와 영향력 있는 인사들은 얼마나 적극적이고 성공적으로 (사형 폐지에 있어) 영향력을 발휘해 왔을까요?

국내 영향력있는 그룹 중에 가장 중요한 두 그룹은 **법률 전문가와 국회의원**입니다. 이들 두 그룹에 관해서는 사형 폐지와 형사 사법 절차의 조정에 있어 최근 성공을 거둔 증거가 있습니다.

법률 전문가의 경우, **일본 변호사 협회**는 2016년 10월 사형 폐지를 위해 일할 것이며 최악의 범죄자조차도 재활할 수 있도록 하겠다는 공식 선언문을 채택했습니다. 재심을 통해 1980 년대에 4 명의 사형수가 무죄 판결을 받았고 또 다른 사형수인 아와오 하카마다(Iwao Hakamada)가 재판이 재개되면서 수감 48 년 만에 2014 년 석방된 것을 감안할 때, 이러한 결정은 재판의 오심에 대한 우려를 반영한 것입니다. 변호사 협회는 사형에 대한 대안으로 가석방 없는 종신형을 제안했습니다.

일본 변호사 협회의 사형제 폐지 패널의 유지 오가와라(Yuji Ogawara) 사무총장은 ‘만약 사형 선고가 합당치 않은 무고한 사람이나 범법자가 처형된다면 그것은 돌이킬 수 없는 인권 침해’라고 주장했습니다.

변호사 협회는 유엔 범죄 예방과 범죄 정의 총회가 일본에서 열리는 2020년까지 사형제 폐지를 목표로 하고 있습니다.

경청해 주신 여러분께 감사 드리며, 여러분에게 생각해 볼만한 거리를 좀 제안하고자 합니다. 즉 제시된 사례가 한국 상황에 적용 가능할지 여부, 적용된다면 어떻게 그리고 어느 정도까지 적용 가능할지 고려해 보시기 바랍니다.

유럽연합의 입장은 명확합니다. 사형제도를 폐지합시다!

#### 참조:

Paul Bacon, Michael Reiterer, Dimitri VanOverbeke,

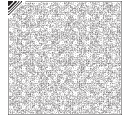
"일본의 사형제도에 대한 최근 전개상황: 여론과 시민 판사 제도를 통한 일본 대중의 역할", 재판관 제도를 통해 수행하는 역할". Wolfgang Benedek, Matthias C. Kettemann, Reinhard Klaushofer, Karin Lukas, Manfred Nowak (eds.) European Yearbook on Human Rights, 2017; pp. 103-118.

#### 저자 이력

미하엘 라이터러(Michael Reiterer)는 대한민국 주재 유럽 연합 대사이다. 브뤼셀의 유럽 외교 안보 서비스 (EEAS) 아시아 태평양 담당 부서의 수석 고문(2012-2016)을 역임하였고 스위스와 리히텐슈타인 공국(2007-2011) 주재 유럽 연합 대사, 일본 EU 대표단 장관/차관 (2002-2006) 및 ASEM 참사관 (1998-2002)을 역임했다.

1998년 유럽 연합에 합류하기 전에 오스트리아 / 유럽 연합 상설 대표부의 보좌관이었으며, GATT에 오스트리아 대표부의 보좌관, 유럽 경제 사회위원회의 보좌관, 무역 및 환경에 관한 OECD공동 전문가 그룹 공동의장, WTO- 패널리스트, 오스트리아 연방 경제 회의소 유럽 통합 및 무역 정책관, 서 아프리카 및 일본의 오스트리아 무역상무관보 등을 역임했다.

인스부르크 대학에서 법학을 전공한 후 2005년 동 대학의 국제 정치학과 (<http://>



[www.uibk.ac.at/politikwissenschaft/team/externe-lehrende/index.html.de](http://www.uibk.ac.at/politikwissenschaft/team/externe-lehrende/index.html.de))

부교수로 임명되었다. 존스 홉킨스 대학 (Johns Hopkins University) / 볼로냐 센터 (Bologna Centre)와 제네바 국제 대학원 (Graduate Institute of International Studies)에서 국제 관계학 학위를 취득했다. ASEM, 안보 정책, 지역 간주의 및 문화 외교를 포함한 EU 외교정책, EU-아시아 관계를 주제로 광범위한 저술활동을 했다.







Presentation

1

# Controversy over abolition of death penalty and alternative – measures

**Michael Reiterer** (Ambassador of the EU Representative to the Republic of Korea)





## 1. Introduction

The Republic of Korea has long shown itself as a beacon of how a non-western society can protect universal values and human rights. The abolition of the death penalty in Korea would remove the major anomaly to this and put the country in line with the majority of states in the international community.

The Universal Periodic Review of the Republic of Korea in 2017 saw numerous international partners, including EU Member States, encourage Korea to move forward in turning the 20 year de-facto moratorium on the implementation of executions into legal abolition of capital punishment. A number of UN Member States encouraged Korea to accede to the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights which aims at abolition of the death penalty.

The commitment of President Moon to defend and promote human rights, something he has dedicated his life to, give us great hope that this is going to happen on his watch.

Indeed, I understand that the National Human Rights Commission of Korea has worked with the ICDP to put this event together as a direct result of a request from President Moon.

It is clear that in a democracy, abolition of the death penalty will require action from the representatives of the people here in the National Assembly as well as the judiciary in the Constitutional Court and the executive.

In February of this year, the Korean government reported to the Universal Periodic Review that the "the abolition and practice of the death penalty are of significant importance as they are associated with the essence of criminal law, requiring comprehensive review of the public opinion.....".

We can see therefore that the issue of public opinion is a factor that affects the willingness of the executive and the National Assembly to lead the way in abolition of the death penalty. This is particularly topical at the moment, as the National Assembly considers options for including reference to the right to life in a revision of the constitution.

In this context, my remarks and paper are intended to share conclusions from research I and academic colleagues conducted in Japan on public opinion related to the death penalty. Our research challenges the conventional wisdom that "a majority of the electorate would oppose abolition of the death penalty".

Along with the US, Japan is one of only two OECD member countries that continues to carry out executions.

Like other retentionist governments, the Japanese government makes consistent reference to the fact that the death penalty is said to enjoy the support of more than 80% of the public.

However, there have been some promising recent developments. The strong abolitionist international norm, which the EU played a significant role in creating and promoting, has had an impact on debates within Japan. In its most recent 2017 report Amnesty International<sup>1)</sup> recorded at least 993 executions in 23 countries in 2017, down by 4% from 2016 (1,032 executions) and 39% from 2015 (when the organization reported 1,634 executions, the highest number since 1989).

The Japan Federation of Bar Associations (JFBA) issued in 2016 a new formal Declaration, indicating that they would for the first time commit to the abolition of the death penalty. This Declaration made several references to the

---

1) <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2018/04/death-penalty-facts-and-figures-2017/>



development of a strong abolitionist norm around the world.

As the EU Council of Ministers laid down in the 2012-2015 Action Plan against Death Penalty, there is a need to work closely with human rights NGOs in host countries; consolidate consultations with local civil society, notably on policy initiatives and dialogues on human rights; expand the practice of working on human rights issues through local human rights working groups; and continue to develop tailored, local human rights country strategies.

Today's event is part of such a dialogue. Based on a paper which I have co-authored with two academic colleagues, I present findings which challenge the conventional wisdom that a large majority of the public is in favour of death penalty. One of the co-authors, Paul Bacon, carried out the underlying research project with Sato.

I have not done any research on Korea, I only note that the reported public opinion here in Korea resembles strongly the one in Japan. The scientific methodology used in the alternative opinion poll allows to hypothesis that it could be applicable also in other countries. However, I am only offering food for thought and it will be up to experts in Korea to research whether or to which degree these findings are applicable or whether a similar project could shed light on the situation in Korea. In any case, I thank the National Human Rights Commission of Korea for this opportunity.

Achieving the abolition of the death penalty world-wide is a **major goal of EU foreign policy**<sup>2)</sup>. The death penalty breaches two essential human rights: the right to life and the right to live free from torture.

In Japan, the EU funded an alternative opinion poll challenging the validity

---

2) [https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/33622/eu-strongly-and-unequivocally-opposes-death-penalty\\_en](https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/33622/eu-strongly-and-unequivocally-opposes-death-penalty_en)

of the five-yearly poll carried out by the Japanese government, which produces high support for the death penalty.

The findings from this project have received media attention in Japan, and have had an impact on the landmark declaration by the Japanese Bar Association calling for abolition of the death penalty which refers approvingly to the findings of this alternative opinion poll research project.

## **2. The government's appeal to public opinion**

Officials claim that more than 80 per cent of the Japanese public support the death penalty, and use this argument to justify their retentionist stance in dialogue with UN human rights monitoring bodies, such as the Human Rights Committee, and the Committee Against Torture. This perception, that support is so high, makes it politically costly to consider abolition, and offers an easy excuse to continue with executions.

In 34 government polls taken between 1953 and 1999, support for the death penalty never dropped below 50 percent. A Cabinet Office survey conducted in late 2009 showed that a record 85.6 percent of Japanese favored maintaining the death penalty. The percentage of those who said the death penalty was unavoidable was up 4.2 points from the previous survey in 2004. Only 5.7 percent of respondents said it should be abolished for all crimes.

Those who supported the death penalty said and heinous crimes would increase if the punishment was abolished (51.5%) and victims and their families would remain frustrated (54%). The latter is an important element in the abolition debate: the suffering of the victims and their families has to be highlighted and they have to be supported in overcoming their pain to keep the debate balanced.

Both the United Nations Human Rights Council and the United Nations



Human Rights Committee recommended that Japan abolish the death penalty regardless of public opinion. The Japanese government instead chooses to maintain the punishment, citing public support, and this position is stated clearly in Paragraph 104 of Japan's Sixth Periodic Report to the UN Human Rights Committee:

In our view, whether to continue or abolish the death penalty should be determined by each country at its discretion **based on public sentiment**, actual conditions of crimes, criminal policies, and other factors. As to whether or not we should continue or abolish the death penalty, it is **a critical issue constituting the backbone of Japan's criminal justice system**, and therefore needs to be carefully examined **in all respects**; among others, in terms of social justice, **with the fullest attention given to the people's opinion**. Presently, **the death penalty is believed to be unavoidable by a large number of Japanese people in cases of extremely malicious or atrocious crimes (affirmed by 85.6 percent in the latest opinion survey conducted from November to December 2009, answering - "The death penalty should be allowed according to circumstance")**, and there is no end to atrocious crimes in Japan. In view of these and other observations, it seems unavoidable inflicting the death penalty on an offender who has committed an atrocious crime and whose criminal responsibility is extremely serious. We therefore consider it inappropriate to immediately abolish the death penalty (Government of Japan, 2012, p.20, author emphasis ).

This line of argument is often used by retentionist and is not peculiar to Japan. To note in this context that homicides in Japan have declined constantly since 1973.

### 3. Alternative opinion poll

What are the implications of this for the EU human rights strategy?

One important aspect of EU human rights strategy is to focus on the issue of public opinion.

In 2014-15 Sato and Bacon operationalized the idea of localization, and conducted an alternative opinion poll, which challenged the validity of the five-yearly government poll, which produces such high support for the death penalty.

They also asked for extreme caution in interpreting the survey results:

- There has been a decline in the response rate for the survey, and abolitionists are generally less likely to reply.
- Particular groups which possess the highest number of abolitionists, such as young men, are less likely to reply and are therefore under-represented in the survey results.
- Most importantly, it is claimed that the questions in the survey are framed and phrased in such a way **that they make it more likely** that respondents will express a preference for retention of the death penalty.

If an alternative and fairer survey methodology is used, it can be demonstrated that over half of respondents (55%) are actually undecided or do not have a strong opinion on the death penalty.

This finding is very important because it potentially undermines the central argument of governments arguing: the 'fact' of unambiguous public support for the death penalty.

The most recent five-yearly Cabinet Office opinion poll was conducted in November 2014, the results of which were released in January 2015, showing an 80.3% level of support for the death penalty. In February 2015 Sato and Bacon conducted a **parallel opinion poll** to the government survey.





The polling was commissioned with the same professional company which carried out the government opinion poll, and a representative sample of the Japanese population was polled. Sato's earlier findings were based on a smaller sample, but on this occasion, with funding from the EU and other European foreign ministries<sup>3)</sup>, the resources were available to conduct a survey on a similar scale to that conducted by the Japanese government.

**Research question:**

***If it could be shown that support for the death penalty is significantly lower than that identified by the Japanese government, and in an alternative survey conducted on a similar scale, then this would be a highly significant and policy-relevant finding.***

Because the Japanese government has made a clear strategic decision to justify its retention of the death penalty based on public opinion, it has made serious efforts to monitor public opinion in ways that governments in other retentionist countries have not.

The 2014 survey commissioned by the Japanese government shows that 80% of respondents consider the death penalty to be '**unavoidable**'. The government claims that the survey accurately reflects public opinion, and that therefore the death penalty should be retained. The Japanese government refers to these survey results in every State Party report submitted to the UN Human Rights Committee.

Therefore, if the evidence that is produced in the survey can be challenged, so the rationale for the Sato and Bacon research project goes, the retentionist stance

---

3) Project funding by the European Commission, by the German Ministry of Foreign Affairs, the Norwegian Ministry of Foreign Affairs, the United Kingdom Foreign and Commonwealth Office.

and justificatory strategy can then be brought into serious question.

And indeed, if it turns out that the 80% retentionist figure masks a significantly **more complex reality**, and that many Japanese voters are not in fact strongly committed to the death penalty.

The government survey effectively offered three options:

- ∨ **Abolish the death penalty;**
- ∨ **Retain the death penalty;**
- ∨ **Don't know.**

The Sato and Bacon survey initially asked the **same question** about abolition and retention of the death penalty as the government survey.

In their study, the support figure for the death penalty was slightly higher, at 83% retentionist, compared to the government survey figure of 80.3%.

**Step 1:** We can therefore say that after this first stage, the results of the two surveys are comparable, and within the margin of error for a sample of this size; the Sato and Bacon survey also managed to identify the 80+ % of Japanese respondents who initially claim to support the death penalty.

**Step 2:** Because of this success, it was legitimate to isolate, and to look in more detail at the views of these retentionist respondents in the Sato and Bacon survey, and probe for more information with **more specific questions**.

Having **identified the 80+% of the public** who are claimed to be retentionists, the Sato and Bacon survey also offered a further, similar question, this time with **five options**, offering additional degrees of conviction in support of or opposition to the death penalty:



- ❖ **Definitely keep the DP;**
- ❖ **Probably keep the DP;**
- ❖ **Probably abolish the DP;**
- ❖ **Definitely abolish the DP;**
- ❖ **Don't know.**

The results were illuminating, and the four key findings from the research can be summarized as follows:

**Finding 1:**

From responses to this question, it emerges that only **27%** of respondents could be considered to be committed retentionists, in that they argue that the death penalty should definitely be kept. On closer inspection, therefore, the depth of public commitment to the DP is not strong.

**Finding 2:**

Of the **83%** of respondents who initially answered that the death penalty was unavoidable in the Sato and Bacon survey, **71%** said that they **would simply accept** abolition as government policy, **if** the Japanese government were to abolish the death penalty. Even those who initially identify themselves as abolitionist are not so seriously committed to the death penalty.

**Finding 3:**

Further, **72%** of respondents argued that abolition of the DP would affect their daily lives 'not at all' (**31%**), or that they 'don't know' (**41%**) how abolition would impact them. This hardly suggests that the public is firmly committed to retention, and deeply concerned about the consequences of abolition.

**Finding 4:**

When asked who should decide the future of the death penalty, less than half

(40%) of the respondents thought the decision should be based on the results of public opinion surveys conducted by the government.

The rest were divided between those who wanted to delegate the responsibility to 'experts and state bodies' (40%) and those who 'didn't know' (20%).

Within 'experts and state bodies', 'experts in law and crime' scored 21%, followed by state bodies: the courts (12%), the government (5%) and the Ministry of Justice (2%).

***Put differently, it appears that the Japanese general public does not share the Japanese government's view that public opinion should be the most important determinant of Japanese government policy on the death penalty.***

The Sato and Bacon parallel survey showed that, when one digs deeper and goes beyond the headline 80%+ figures, in fact **just over one-quarter of respondents were committed retentionists.**

The parallel survey also highlighted the fact that **more than two-thirds of retentionists would be happy to accept abolition** if the government decided to abolish the death penalty.

**If the government were to change its stance on the death penalty, this research suggests that there is reliable evidence to suggest that Japan's citizens would follow suit – a proposition most likely valid in other countries too.**

For the majority of the public the death penalty is a distant topic that has little to do with their everyday lives, and is not something they spend time contemplating.

The majority of the public is in favour of the death penalty if asked in general,



but how strongly or how unconditionally they want to retain it is a different matter.

All the findings point to the conclusion that the Japanese public possesses the capacity and flexibility to embrace abolition. The findings do not describe a society that expects the strict application of the death penalty at any price.

#### 4. Conclusions

The responses to the 2014 government opinion poll and the 2015 Sato and Bacon poll can be cherry-picked in either direction:

**Retentionists** can still point to substantial supportive majorities, but it is also possible to make a case that the headline figures are suspect when put under closer scrutiny, as Sato and Bacon suggest.

Their research has made a qualitative dent in the justification of the death penalty by reference to public opinion, by demonstrating the more equivocal dimension to public support for the death penalty.

On this interpretation, the EU/European-funded research has been a success, and the government might arguably need to rethink its strategy of relying so exclusively on public opinion.

If the centrality of the public opinion justification is called into question, these findings arguably point us back towards a focus on the agency and activities of other local actors besides the general public. How active and successful have experts and domestic influence multipliers, such as lawyers, lawmakers, prosecutors and bureaucrats been?

Two of the most important groups of domestic influence multipliers are **legal experts and lawmakers**. With regard to both of these groups, there is some

evidence of recent success, in pursuit of the abolition of the death penalty, and adjustments to the criminal justice procedure.

In the case of legal experts, the **Japan Federation of Bar Associations** for the first time adopted a formal declaration in October 2016 that they will work for the abolition of capital punishment so that even the worst offenders can be rehabilitated. The decision also reflects concerns over miscarriage of justice, given that four death row inmates were exonerated in the 1980s through retrials and another death row inmate, Iwao Hakamada, was freed in 2014 following 48 years behind bars after a court reopened his case. As an alternative to the death penalty, the federation has proposed whole life sentences without parole.

Yuji Ogawara, Secretary-General of the JFBA panel on the death penalty argued that ‘if an innocent person or an offender who does not deserve to be sentenced to death is executed it is an irrevocable human rights violation’.

The Federation is targeting abolition of the death penalty by 2020, when the U.N. Congress on Crime Prevention and Criminal Justice will be held in Japan.

In thanking you for your attention, I invite you to digest this food for thought and consider whether, how or to what extent the case presented is applicable to the situation here in Korea. The position of the European Union is clear: no to the death penalty!

Based on:

Paul Bacon, Michael Reiterer, Dimitri VanOverbeke.

“Recent developments on the death penalty in Japan: the role the Japanese public plays through public opinion and the lay-judge system”. Wolfgang Benedek, Matthias C. Kettmann, Reinhard Klaushofer, Karin Lukas, Manfred Nowak (eds.) *European Yearbook on Human Rights*, 2017; pp. 103-118.



## CV

**Michael Reiterer** is Ambassador of the European Union to the Republic of Korea. Previously he served as Principal Advisor at the Asia and Pacific Department, European External Action Service (EEAS), Brussels (2012-2016). Earlier he served as EU-Ambassador to Switzerland and the Principality of Liechtenstein (2007-2011), Minister/Deputy Head of the EU-Delegation to Japan (2002-2006) and ASEM Counsellor (1998-2002).

Before joining the EU in 1998 he was Minister-Counsellor at the Austrian Permanent Representation to the EU/Brussels, he was Counsellor at the Permanent Representation of Austria to the GATT, Counsellor at the European Economic and Social Committee, Co-chair of the Joint Experts Group at the OECD on trade and environment, WTO-panellist, Deputy Director General for European Integration and Trade Policy at the Austrian Federal Economic Chamber as well as Austrian Deputy Trade Commissioner to West Africa and Japan.

Having studied law at the University of Innsbruck he was appointed adjunct professor for international politics (<http://www.uibk.ac.at/politikwissenschaft/team/externe-lehrende/index.html.de> ) in 2005. He also holds diplomas in international relations from the Johns Hopkins University/Bologna Center and the Graduate Institute of International Studies in Geneva. He has published extensively on EU foreign policy, EU-Asia relations including ASEM, security policy, inter-regionalism and cultural diplomacy.







Presentation  
2

# Cases of countries abolished the death penalty : Australia

**Julian McMahon AC SC** (President of Reprieve Australia)



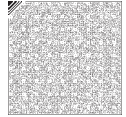


주제발표 3

# 한국의 사형제 현황 및 대체형벌제 검토

정태호 교수 (경희대학교 법학전문대학원)





## I. 문제의 제기

대한민국은 정치범으로 사형언도를 받았던 사람이 대통령으로 당선된 세계적으로 유례를 찾기 어려운 나라이다. 그는 대통령 재직 중 ‘인권대통령’을 자처하며 사형집행을 정지시켰다. 그는 대한민국 15대 대통령 김대중이다. 그의 열정으로 대한민국은 오늘날 사형제가 존속하면서도 사형을 집행하지 않는 실질적 사형폐지국이 되었다.

법치국가의 기틀이 제대로 잡히기 전인 1948년 정부수립 전후는 물론 한국전쟁의 와중에서 정적을 제거하거나, 복수를 위해, 실정에 분노한 국민을 달래기 위해, 또는 공산주의로부터 체제를 지킨다는 명분으로 빈번하게 교수형이나 총살형이 집행되었다. 1987년 민주화 이전의 한국에서는 사형수의 약 1/3 이상이 정치범이었다. 김대중은 민주화 이전의 한국에서 사형제도 정적을 제거하기 위한 수단으로 얼마나 빈번하게 오용되었는지를 알려주는 상징적 인물이다.

그럼에도 대한민국에서 사형제는 아직 유지되고 있다. 그동안 국회는 사형제가 악용되어 온 현실을 직시하고 사형제 폐지나 사형대상범죄 축소를 위해 숙의를 진행하기보다는 흉악범죄가 발생하여 여론이 비등하면 특별형법을 제정하여 사형대상범죄를 늘리는 등 법정형을 제고하여 민심을 위무하기 바빴다.

아시아에는 유럽처럼 사형제 폐지를 국제법적으로 강제하는 메카니즘 내지 강력한 유인책도 없다. 오히려 주변국인 중국은 세계에서 사형을 가장 많이 집행하는 국가이며, 일본도 사형을 폐지하기는커녕 사형집행을 중단조차 하지 않아 국제적 비난을 사고 있는 실정이다. 그렇기 때문에 정치권이 국제법을 지렛대로 사형제 폐지에 부정적인 국내여론을 돌파하여 사형제를 폐기하는 것은 상당기간 현실적인 대안이 아니다. 아마도 그렇기 때문에 헌법해석투쟁에 거는 기대가 더 큰 것 같다. 그렇지만 헌법재판소도 쉽게 돌파하기 어려운 실정헌법적 난관이 있다면, 발길을 국회로 빨리 돌리는 것이 현명할 것이다.

사형제의 존폐를 둘러싼 논쟁의 역사는 장구하다. 그렇기에 그 논거들도 일일이 정리할 필요가 없을 만큼 우리에게 친숙하다. 이에 본 발제문에서는 사형제 찬반 논거들을 정리하는 일은 굳이 하지 않는다.

먼저 한국의 사형제도 및 사형제 운영 현황을 개관하고(II), 이어서 사형제를 합헌으로 선언했던 헌법재판소 결정을 분석·정리함으로써 헌법해석투쟁을 통해 사형제를 폐지하려는 시도가 직면하고 있는 실정헌법상의 난관을 드러냄과 동시에 합헌의견의 취약점을 짚어본 후(III), 사형제 폐지 시 사형을 대체하는 형벌과 사형제 존치 시 그 해악을 완화하기 위한 방안들에 대해 정리한 뒤(IV), 간단한 결론(V)을 맺기로 한다.

## II. 한국의 사형제도와 그 운영의 현황

### 1. 사형 관련 헌법적 규율

한국의 현행 헌법에는 가령 독일의 기본법 제102조처럼 사형을 명시적으로 폐지하거나 이를 명시적으로 허용하는 규정은 없다.

그렇지만 사형제를 간접적으로 인정하는 것으로 해석될 여지가 있는 헌법규정은 있다. “비상계엄하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있다. 다만, 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있는 헌법 제110조 제4항 단서가 그것이다. 실제로 이 규정은 헌법재판소에 의하여 사형제의 합헌논거로 활용되곤 했다.<sup>1)</sup>

### 2. 법률차원의 규율

#### 1) 형법상의 형벌의 종류와 사형

현행 한국 형법은 형벌의 종류로 징역, 금고, 자격상실, 자격정지, 벌금, 구류, 과료, 몰수 이외에도 가장 중한 형으로 사형을 예정하고 있다(제41조). 자유형인 징역과 금고는 다시 형기의 정함 있느냐에 따라 무기징역, 무기금고, 유기금고와 유기징역으로 구분된다. 유기는 1개월 이상 30년 이하로 하되, 유기징역 또는 유기금고의 형을 50년까지 가중할 수 있다(제42조).

형법은 사형의 방법으로 교수형만을 예정하고(제66조), 군형법은 교수형이 아닌 총살형만을 허용하고 있다(제3조).

---

1) 현재 1996. 11. 28. 95헌바1, 판례집 8-2, 537, 544-545; 현재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 56 참조



## 2) 사형대상범죄와 그 특징

### (1) 사형대상범죄를 예정하고 있는 법률

사형을 법정형으로 정하고 있는 범죄, 즉 사형대상범죄는 형법,<sup>2)</sup> 군형법을 비롯하여 국가보안법, ‘국민보호와 공공안전을 위한 테러방지법’, ‘마약류 관리에 관한 법률’, ‘마약류 불법거래 방지에 관한 특례법’, ‘문화재보호법’, ‘매장문화재 보호 및 조사에 관한 법률’, ‘보건범죄의 단속에 관한 특별조치법’, ‘부정선거 관련자 처벌법’, ‘선박 및 해상구조물에 대한 위해행위 처벌 등에 관한 법률’, ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’, ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’, 원자력법, ‘원자력 시설 등의 방호 및 방사능 방재대책법’, ‘방사성폐기물 관리법’, ‘장기 등 이식에 관한 법률’, ‘의무경찰대 설치 및 운영에 관한 법률’, ‘지뢰 등 특정 재래식 무기 사용 및 이전의 규제에 관한 법률’, ‘특정범죄 가중처벌에 관한 법률’, ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’, ‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’, 한국조폐공사법, 항공법, 항공보안법, ‘화학무기·생물무기의 금지와 특정화학물질·생물작용제 등의 제조·수출입 규제 등에 관한 법률’, ‘국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률’ 등 20개 이상의 현행 법률에서 확인되고 있다.

사형규정은 총 149개, 그 중에 법정형으로 사형만을 예정하고 있는 절대적 사형규정도 16개에 달한다.<sup>3)</sup>

### (2) 사형대상범죄 규율의 특징과 문제점<sup>4)</sup>

사형은 범죄자의 생명을 박탈하는 것이므로 응보사상에 충실하자만 타인의 생명을 박탈한 범죄에 한해서만 사형이 부과되어야 하지만 ‘고의로 타인의 생명을 침탈하는 행위’를 구성요건으로 하는 사형대상범죄<sup>5)</sup>보다 그것을 요건으로 하지 않는 사형대상범죄가

2) 내란죄(제87조 제1호와 제2호), 내란목적살인죄(제88조), 외환유치죄(제92조), 여적죄(제93조), 모병이적죄(제94조), 시설제공이적죄(제95조), 시설파괴이적죄(제96조), 간첩죄(제98조), 폭발물사용죄(제119조), 현주건조물방화치사죄(제164조 제2항), 살인죄(제250조), 위계 등에 의한 축탄살인죄(제253조), 강간등살인죄(제301조의2), 인질살해죄(제324조의4), 강도살인죄(제338조), 해상강도살인·치사·강간죄(제340조 제3항)의 법정형으로 사형이 명시되어 있다. 이 중 여적죄 규정은 법정형으로 사형만을 예정하고 있다.

3) 배종대, 형법총론, 2017, 570-571면.

4) 이에 대해 자세한 것은 강석군/김한균, 사형제도의 합리적 축소정비방안, 형사정책연구원 연구총서 05-31, 2005, 150 이하; 박상기, 사형제도 개선방안에 관한 연구, 2006, 68면 이하 참조.

5) 가령 형법 제250조(살인, 존속살해), ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률’ 제10조 제1항(강간 등 살인), ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제5조의2 제2항 제2호(약취·유인죄의 가중처벌) 등.

훨씬 많다.

또 사형대상범죄의 대부분이 미수범의 경우에도 사형을 법정형으로 규정하고 있다. 심지어는 예비·음모까지도 사형을 선고할 수 있도록 한 범죄도 있다.<sup>6)</sup>

‘특정범죄 가중처벌에 관한 법률’, ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’,<sup>7)</sup> ‘특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법’ 등 일반형법의 법정형에 비하여 형을 심대하게 가중하는 특별형법 규정들이 다수 제정되고 있다.<sup>8)</sup>

고의에 의한 부작위로 생명을 침해하는 결과를 초래한 것이 아닌 결과적 가중범의 법정형으로 사형을 명시하고 있는 규정도 적지 않다.<sup>9)</sup>

한편, 균형법<sup>10)</sup>에는 전시와 평시를 불문하고 사형만을 법정형으로 명시하고 있는 규정들이 다수 존재한다.<sup>11)</sup> 균기를 엄하게 세워야 한다는 명분에 입각하고 있는 이 규정들도 책임주의의 관점에서 그 합헌성에 적잖은 의문이 제기되고 있다. 그 중 절대적 사형죄인 상관살해죄 규정은 위헌으로 선언된 바 있다.<sup>12)</sup>

국가보안법<sup>13)</sup> 등 국가 내지 체제 보호를 목적으로 하는 법은 살인을 요건으로 하지 않는 공안범죄의 법정형을 사형으로 하는 경우가 적지 않다. 남북으로 분단된 상황에서 잔

6) ‘부정선거 관련자 처벌법’ 제5조 제1항.

7) ‘폭력행위 등 처벌에 관한 법률’은 모두 19개의 항목에서 사형을 법정형으로 두고 있다.

8) 마약의 단순매수를 영리매수와, 마약의 단순판매목적소지를 영리범·상습범과 동일한 법정형으로 처벌할 뿐 아니라 단순매수나 단순판매목적소지의 마약사범에 대하여도 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 하는 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 상의 규정이 책임과 형벌 간의 비례성원칙에 위반되어 위헌으로 선언하고 있는 현재 2003. 11. 27. 2002헌바24, 판례집 15-2하, 242; 국내통화를 위조 또는 변조하거나 이를 행사하는 등의 행위를 처벌하는 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’상의 규정에 대하여 형벌체계상의 균형을 잃어 평등원칙에 위반되는 것으로 본 현재 2014. 11. 27. 2014헌바224 등, 판례집 26-2상, 703; “특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 형법 제337조의 죄 또는 그 미수죄를 범하여 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제5조의5에 의하여 가중처벌되는 때”라는 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법상의 규정을 책임원칙 및 평등원칙을 침해하여 위헌으로 선언하고 있는 현재 2008. 12. 26. 2007헌가10 등, 판례집 20-2하, 523.

9) 가령 형법 제164조 제2항(현주건조물 등에의 방화치사), 균형법 제52조 제1항(상관에 대한 폭행치사), ‘장기 등 이식에 관한 법률’ 제39조 제2항(장기 등 불법적출·이식치사), ‘원자력시설 등의 방호 및 방사능 방재대책법’ 제47조 제4항 후단(핵물질 불법이전치사) ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제5조의3 제2항 제1호(도주차량 운전자의 가중처벌) 등을 들 수 있다.

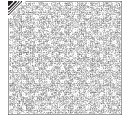
10) 균형법은 96개 항목에서 사형을 법정형으로 규정하고 있다.

11) 균형법 제5조 제1호(반란수괴죄), 제6조(반란목적의 군용물탈취죄), 제13조(간첩죄), 제23조(술대도피죄), 제24조 제1호(적전 직무유기죄), 제27조 제1호(지휘관의 수소이탈죄), 제51조 제1호 전단(상관에 대한 집단특수폭행·협박 수괴죄), 전시간강죄(제84조 제1항) 등.

12) 현재 2007. 11. 29. 2006헌가13, 판례집 19-2, 535.

13) 국가보안법만 하더라도 23개 항목에서 사형을 법정형으로 명시하고 있다.





혹한 전쟁까지 경험을 했다는 점을 감안하더라도 불법 및 책임에 비례하지 않음이 명백한 경우까지도 국가수호를 명분으로 사형을 법정형으로 명시하여 위헌으로 선언된 규정도 있었다.<sup>14)</sup>

### (3) 사형선고의 제한

만 14세 미만의 자는 한국 형법상 형사미성년자로서 형사책임을 지지 않는다(형법 제9조). 형사미성년자인지 여부는 범행시를 기준으로 판단한다.<sup>15)</sup> 범행 당시 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없었던 자의 경우도 마찬가지이다(형법 제10조).<sup>16)</sup> 이는 법정형으로 사형이 예정되어 있는 경우에도 적용됨은 물론이다.

한국형법은 사형 선고가 갖는 중대한 법적 효과에 비추어 일반형사사건에 비하여 사형 선고에 신중을 기하도록 제도화하고 있다.

첫째, 형사미성년자가 아닌 자로서 범행 당시 만 19세 미만의 자(소년법 제2조)에게는 사형을 선고할 수 없다(소년법 제59조).<sup>17)</sup> 죄를 범할 때에 만 14세 이상 19세 미만인 소년에 대하여 사형으로 처할 것인 때에는 15년의 유기징역으로 하여야 한다.

둘째, 사형이 법정형인 사건에서는 피고인이 스스로 변호인을 선임하지 못한 경우에는 법원은 직권으로 변호인을 선임하여야 하며, 판결만을 선고할 경우를 제외하고는 변호인 없이 개정하지 못한다(형사소송법 제282조, 33조 제1항 제4호). 다만 군사재판의 경우 이러한 제한이 없다.

셋째, 사형을 선고하는 경우에는 비상계엄 등 어떠한 경우에도 단심으로 할 수 없다(헌법 제110조 제4항 단서).

넷째, 사형이 선고된 판결에 대하여는 피고인이나 상소권의 대리행사자는 상소를 포기

14) 반국가적 범죄를 반복하여 저지른 자에 대한 법정형의 최고를 사형으로 하도록 규정한 국가보안법 제13조 중 다시 범한 죄가 찬양·고무등죄인 경우에도 법정형의 최고를 사형으로 하도록 규정한 부분을 비례의 원칙에 반해 위헌으로 선언한 헌재 2002. 11. 28. 2002헌가5, 판례집 14-2, 600 참조.

15) 대판 1991. 12. 10. 선고 91도2478.

16) 참고로 미국 연방대법원은 *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002)에서 지적 장애가 있는 사람에 대한 사형집행은 잔인하고 비정상적인 형벌을 금지하고 있는 미국 연방헌법 수정 제8조에 위반되지만 누가 그와 같은 지적 장애를 가진 자인지를 추가 정의할 수 있다고 보았다. 미국 연방대법원은 12년 후 *Hall v. Florida*, 572 U.S. - (2014) 사건에서 사형 선고의 대상이 될 수 없는 지적 장애인을 정의할 수 있는 주의 입법재량권을 축소하였다.

17) 참고로 미국 연방대법원은 *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005)에서 대법관 5:4의 의견으로 18세 미만의 자에게 사형을 선고할 수 있도록 하는 21개 주의 법률 규정을 위헌으로 선언함으로써 16세 이상의 자에게 사형을 선고할 수 있도록 하는 주의 법률규정을 합헌으로 본 *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989)을 파기하였다.

할 수 없다(형사소송법 제349조, 군사법원법 제406조).

다섯째, 사형이 선고된 사건에서 중대한 사실의 오인이 있어 판결에 영향을 미친 때 또는 형의 양정이 심히 부당하다고 인정할 현저한 사유가 있는 때에는 피고인은<sup>18)</sup> 이를 원심판결에 대한 상고이유로 할 수 있다(형사소송법 제383조 제4호, 군사법원법 제442조 제7호).

### 3. 사형선고 및 집행의 현황

#### 1) 사형선고의 기준에 관한 대법원 판례

통상재판 영역에서의 최고법원인 대법원은 1963년 사형제도가 위헌이 아니라고 판시한 이래<sup>19)</sup> 현재까지 그 입장을 고수하고 있다. 그렇지만 대법원이 그 판례를 통해 극형이 불가피한 경우에만 사형의 선택이 허용된다고 하여 사형은 최후의 수단임을 분명히 하고 있다. 그 판례에 의하면 “사형은 인간존재의 근원이 되는 생명자체를 영원히 박탈해버리는 냉엄한 극형으로서 그 생명을 존치시킬 수 없는 부득이한 경우에 한하여 적용돼야 할 궁극의 형벌이므로 사형을 선택함에 있어서는 범행의 동기, 태양, 죄질, 살해의 수단, 방법의 집요성, 잔악성, 결과의 중대성, 피해자의 수, 피해감정, 범인의 연령, 전과, 범행후의 정황, 범인의 환경, 교육정도 등 제반사정을 참작하여 죄책이 심히 중대하고 죄형의 균형이나 범죄의 일반적 예방의 견지에서도 극형이 불가피하다고 인정되는 경우에 사형의 선택도 허용된다고 보아야 할 것”<sup>20)</sup>이라고 한다.

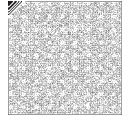
#### 2) 사형선고 현황

1987년 민주화 이후 한국에서 사형선고 인원은 꾸준히 감소해 왔다. 특히 제1심 공판 사건 죄명별 사형인원수에 관한 통계를 보면 2002년을 기점으로 한 해 사형선고인원은 10명 미만으로 줄더니 2011년부터는 다시 5명 미만으로 떨어졌고, 최근에는 균형법사건

18) 대판 1968.6.20. 68도449; 1982.1.19., 81도2898에 따르면 검사는 이를 상고사유로 할 수 없다.

19) 대판 1963. 2. 28. 62도241.

20) 대법원 1987. 10. 13. 선고 87도1240 판결; 대법원 1992. 8. 14. 92도1086 판결; 대법원 1995. 1. 13. 선고 94도2662 판결; 대법원 2000. 7. 6. 선고 2000도1507 판결; 대법원 2001. 3. 9. 선고 2000도5736 판결; 대법원 2003. 6. 13. 선고 2003도924 판결. 최근의 대법원 2016. 2. 19. 선고 2015도12980 전원합의체 판결도 참조.



을 제외하면 사형선고가 아예 내려지지 않는 해도 있다. 민주화 이후 국가보안법 위반 등 공안사건으로 사형이 선고된 경우가 전무하다는 것도 주목해야 할 사실이다.

이처럼 사형선고 건수가 현저하게 감소했지만, 그렇다고 무기형 선고 건수가 늘고 있는 것도 아니다. 입법자가 유기형의 상한을 높이고, 형사특별법들을 통해 형을 점점 가중해 오면서 엄벌주의로 기울고 있는 반면, 재판통계에 투영된 법원은 오히려 극형을 내리는 데 더욱 신중한 자세를 견지하고 있다. 사형제의 해악 내지 위헌성을 지적하는 소리가 점점 높아지고 있는 현실에서 법관들이 사형선고에 대한 소극적 태도는 점점 뚜렷해지고 있다는 해석도 가능하다고 본다.

제1심 형사공판사건 죄명별 사형인원수 년별비교<sup>21)</sup>

연도 \ 죄명	합계	방화	살인	절도·강도의 죄	국가보안법	성폭력범죄의 처벌및피해자 보호등에관한 특별법	특정범죄가중 처벌등에관한 법률	기타
1991	35	-	22	7	-	-	6	-
1992	24	-	17	3	-	-	4	-
1993	21	-	13	6	-	-	2	-
1994	35	-	20	14	-	-	1	-
1995	19	-	17	1	-	-	1	-
1996	23	-	7	15	-	1	-	-
1997	10	-	7	2	-	1	-	-
1998	14	-	6	8	-	-	-	-
1999	20	-	12	5	-	-	3	-
2000	20	1	11	8	-	-	-	-
2001	12	-	11	-	-	-	1	-
2002	7	-	3	3	-	1	-	-
2003	5	-	4	1	-	-	-	-
2004	8	-	7	-	-	1	-	-
2005	6	-	2	3	-	1	-	-

21) 법원행정처, 사법연감, 2015, 659면; 사법연감, 2017, 691면. 균형법에 의한 사형 판결 선고는 통계에서 제외된 것으로 보임.

제1십 형사공판사건 죄명별 무기형(징역·금고)인원수 년별비교<sup>22)</sup>

죄명 연도	합계	방화 · 실화	살인	상해, 폭행	강간, 추행	절도, 강도	국가 보안법	성폭력범 죄의처벌 및피해자 보호등에 관한 특 별법	특정범죄 가중처벌 등에관한 법률	폭력행위 등처벌에 관한법률	기타
2007	96	2	24	-	4	30	-	26	2	1	7
2008	58	1	20	1	2	17	-	6	-	2	9
2009	70	-	17	-	5	24	-	12	3	2	7
2010	70	1	27	-	-	28	-	4	-	1	9
2011	32	-	9	-	1	15	-	2	-	-	5
2012	23	-	6	-	1	8	-	2	-	-	6
2013	27	-	9	-	1	3	-	1	2	2	9
2014	31	1	12	-	-	9	-	-	1	1	7
2015	42	2	18	2	-	4	-	1	1	-	14
2016	43	1	20	-	-	13	-	-	-	-	9

3) 정부수립 이후 사형집행 현황<sup>23)</sup> 및 사형집행의 중단

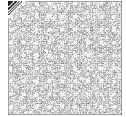
정부수립 이후의 사형집행인원은 법무부가 국회에 제출한 자료에 의하면 923명이라고 한다.<sup>24)</sup> 그러나 1990년 법무연감에 수록되어 있는 1950년부터 1989년까지의 사형집행인원은 1,221명이며, 그 후 1990-1997년까지의 사형집행인원 89명을 더하면 1950년 이후의 사형집행인원은 1,310명이 된다. 법무연감에 기초한 통계는 군사법원에 의해 사형판결을 받고 사형집행된 자가 제외되어 있는 등 사형집행에 관한 정확한 정보를 제공하지 못하고 있다.

한편, 1945-1997년까지 민간법원과 군사법원에 의해 사형을 선고받은 자의 사형집행인원을 포함한 것으로 보이는 또 다른 통계는 미군정기 집행인원(732명)을 제외하더라도

22) 법원행정처, 사법연감, 2017. 692면.

23) 이에 대하여 상세한 것은 이덕인, “사형제도의 어제와 오늘, 그리고 미래 전망”, 「입법과 정책」 제7권 제2호, 2015, 261면 이하 참조.

24) 국회입법조사처, 2009 국정감사 정책자료, 13면.



훨씬 많은 사형집행인원을 보여주고 있다.<sup>25)</sup>

미군정기의 사형집행인원 중 공안사범의 비율은 알려져 있지 않으나 그 절대다수는 정치범이며, 사법처리주체는 민간법원이 아닌 군법회의였다. 이후 공안사범의 비율은 이승만 정권 67.1%,<sup>26)</sup> 박정희 정권 34.0%, 전두환 정권 15.7%을 거치며 줄어들다가 노태우 정권부터는 공안사범에 대한 사형집행이 사라진다. 사형제도가 국가안보를 빌미로 정치적 반대자를 제거하기 위해 얼마나 심각하게 악용되어 왔는지를 보여준다.

대한민국의 사형집행인원(1945-1997)<sup>27)</sup>

연도	정권별	집행인원(명)	연평균		
			인구 1백만명당*	집행비율	공안사범비율
1945-1948	미군정	732	244	13	N/A
1948-1961	이승만정권	1,105	81.9	3.5	67.1
1962-1969	박정희정권	136	17	0.6	34
1970-1979		189	18.9	0.5	29.6
1980-1987	전두환정권	70	8.8	0.2	15.7
1988-1992	노태우정권	39	7.8	0.2	0
1993-1997	김영삼정권	57	11.4	0.3	0
합계		2,328			

\* 인구 1만명당 연간집행비율이란 해당기간의 중간지점에서의 국가 인구를 기반으로 인구 1백만명당 (per million population) 사형집행의 연간 수치를 표시한 것

한국은 1998년 사형의 집행이 중단된 이래 지금까지 이 기조가 유지되고 있어 ‘실질적 사형폐지국’으로 분류되고 있다. 국가차원에서 공식적인 사형집행중단 선언은 없었지만 향후에도 이와 같은 기조는 유지될 것으로 전망되고 있다.

한국 출신의 반기문 유엔 사무총장이 주도로 2007년 12월 총회에서 ‘사형폐지를 위

25) 이덕인, 앞의 논문, 262면은 이처럼 통계 간의 편차가 큰 이유를 무엇보다도 한국전쟁 초반 민간법원과 군법회의가 사형선고를 남발한 후 집단처형의 과정에서 제대로 보고가 이루어지지 않았기 때문일 것으로 추정하고 있다.

26) 이승만 정권 하에서 한국전쟁 중의 부역자에 대한 불법적 특별형법과 사법절차에 의한 무고한 민간에 대해 이루어진 처형에 대해서는 이덕인, 한국전쟁과 사형제도, 법학, 제55권 제1호, 2014, 409면 이하 참조.

27) D. T. Johnson & F. E. Zimring, The next frontier: National development, political change, and the death penalty in asia, New York, Oxford University Press, 2008, 160(이덕인, 앞의 논문, 263면에서 재인용).

한 글로벌 집행유예 결의안(A/RES/62/149)'이 채택된 이래 강화된 4년 주기의 '국가별 인권상황 정기검토(Universal Periodic Review)'에서 한국은 우선검토대상국이 되어 2008년부터 그 평가를 받아오고 있다.

한국은 2008년 9월 유럽평의회와 '범죄인인도에 관한 유럽협약'에 가입 협상을 하면서 가입시 사형의 비적용(non-appliance)을 선언하겠다고 유럽평의회에 약속한 바 있고, 동 협약이 발효함에 따라 사형집행을 재개하는 것이 어렵게 되었다.

#### 4. 사형제도에 관한 국민여론

2017년 실시된 사형제 폐지에 관한 한 여론조사에 따르면<sup>28)</sup> 아직도 국민의 약 80%가 사형제 폐지에 반대하는 것으로 나타났다. 사형제를 유지해야 하는 이유와 관련해서는 '흉악범에 대한 사형은 정의에 부합'이 58.3%(복수응답)로 가장 많았고, '응분의 대가'가 42.7%, '흉악범죄 억제에 유효한 제도'가 40.4% 등이 그 뒤를 이었다. 반면, 사형제도를 폐지해야 한다는 응답은 20.6%였으며, 그 이유로는 '생명은 박탈할 수 없는 기본권'이 51.9%, '오판 가능성'이 50.5%의 순으로 나타났다. 만약 사형제가 폐지될 경우 대안으로는 응답자의 77.2%가 '가석방 없는 종신형'을 택한 것으로 조사됐다.

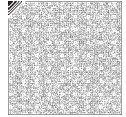
한국법제연구원이 발표한 '2015 국민 법의식 조사'에서는 사형제 폐지 여부를 묻는 질문에 '찬성한다'는 응답은 34.2%에 그친 반면, 사형제 폐지에 '반대한다'는 의견은 65.2%로 폐지 찬성 의견과는 두 배 가까이 차이가 났다. 한편, 지난 2008년 실시됐던 '2008 국민 법의식 조사'에서는 '사형제 폐지에 찬성한다'는 의견이 30.4%이었다.<sup>29)</sup>

여론조사 방식이나 시기에 차이가 있어 사형폐지 찬성율에 차이는 있지만, 아직까지도 폐지를 반대하는 국민의 비율이 훨씬 높은 것은 부인할 수 없는 사실이라고 본다.

한편, 국제앰네스티 한국지부, 민주사회를 위한 변호사모임, 천주교인권위원회 등 15개 단체로 구성된 '사형제 폐지 종교·인권·시민단체 연석회의'가 구성되어 사형폐지 운동을 주도하고 있다.

28) 국민 80% "사형 제도 유지해야...집행도 이뤄져야 한다", 세계일보 2017-10-10 08:41:03(<http://www.insight.co.kr/news/122437>).

29) 법제연구원, "2015 국민법의식 실태조사", 2015, 118면 이하 참조.



## 5. 국회에서의 사형제폐지 시도

국회에서는 1999년 12월 7일 유재건 의원을 비롯한 90명의 국회의원이 한국 최초로 사형을 무기형으로 대체하는 것을 내용으로 하는 사형폐지법안을 제출한 이래 지금까지 19대 국회까지 총 7차례 사형폐지법안이 제출되었으나 사형제 폐지에 부정적인 국민여론을 의식해서인지 제대로 된 심의도 진행되지 못한 채 모두 자동 폐기되고 말았다.<sup>30)</sup>

국회에 제출된 사형제폐지법안과 처리결과

의안번호	의안명	제안자구분	제안일자	의결일자	의결결과
1915958	사형폐지에 관한 특별법안 (유인태의원 등 172인)	의원입법	2015-07-06	2016-05-29	임기만료폐기
1809976	사형폐지에 관한 특별법안 (주성영의원등 10인)	"	2010-11-22	2016-05-29	"
1806259	사형폐지에 관한 특별법안 (김부겸의원등 53인)	"	2009-10-08	2012-05-29	"
1800928	사형폐지에 관한 특별법안 (박선영의원등 39인)	"	2008-09-12	2012-05-29	"
171129	사형폐지에관한특별법안 (유인태의원등 175인)	"	2004-12-09	2008-05-29	"
161085	사형폐지에관한특별법안 (정대철의원등 92인)	"	2001-10-30	2004-05-29	"
152463	사형폐지특별법안 (유재건의의원 외 90인)	"	1999-12-07	2000-05-29	"

## 6. 국가인권위원회의 사형폐지 권고

국가인권위원회는 2005년 4월 6일 전원위원회를 개최하여 “사형제도는 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것이므로 폐지되어야” 하며, 사형을 대체하는 형벌로 “감형·가석방 없는 종신형제도, 일정기간 감형·가석방 없는 무기형제도” 중 어떤 것을 택할 것인지, 전쟁 시 사형제도의 예외적 유지 등은 국회가 결정할 문제라는 입장을 재적위원 출석위원 9명 중 8명의 다수의견으로 표명하였다.

30) [152463] 사형폐지특별법안(유재건의의원 외 90인), 1999-12-07.



### III. 사형제의 위헌여부를 둘러싼 논쟁의 개관

헌법재판소는 1996년 살인죄의 법정형으로 사형을 규정하고 있는 형법 제250조에 대한 위헌소원심판에서 사형제에 대하여 재판관 7대2로 그 합헌성을 확인한 데 이어 2010년 형법상의 형벌의 하나로 사형을 명시하고 있는 형법 제41조 제1호에 대한 위헌 심판절차에서 5대4의 다수의견으로 그 합헌성을 확인하였다.<sup>31)</sup> 한국 헌법상 헌법재판소가 법률에 대하여 위헌결정을 하려면 재판관 9인 중 6인의 찬성이 필요함을 고려하면(제 113조 제1항) 한 표가 아닌 두 표 차로 위헌선언에 미치지 못했지만 사형폐지운동에는 고무적인 결과가 아닐 수 없다. 한국에서 사형제가 헌법해석투쟁을 통해서도 사라질 수도 있다는 기대를 품게 하고 있기 때문이다.

형법 제41조 제1호가 합헌이라고 해서 사형을 법정형으로 하는 모든 법률규정의 합헌성까지 확인된 것이 아님은 물론이다. 그 합헌여부는 사형이라는 법정형이 무엇보다 법치주의원리의 한 요소인 책임주의 등에 부합하는지를 개별적으로 살펴 판단되어야 하기 때문이다. 형법 제41조 제1호에 대한 헌법재판소의 합헌결정은 현행 헌법이 사형제를 모든 경우에 금지하는 것은 아니라는 점만을 분명히 하고 있을 뿐이다.

형법 제41조 제1호의 위헌여부에 대한 헌법재판소의 결정에는 사형제의 합헌론과 위헌론의 주요 논거들이 집약되어 있다. 그러므로 여기서는 헌법재판소의 제2차 결정의 내용을 중심으로 한국에서의 사형제 합헌론과 위헌론의 주요 논거를 정리하여 제시하기로 한다.

#### 1. 한국헌법이 사형제를 간접적으로 인정하고 있는지 여부

상술한 것처럼 현행 한국 헌법은 사형제를 명시적으로 금지하지도 허용하지 않고 있다. 그러나 간접적으로 사형제를 인정하고 있는 것으로 해석될 여지가 있는 헌법규정은 존재한다. 헌법 제110조 제4항이 그것이다.

현행 헌법에 따르면 대통령은 전시·사변 또는 이에 준하는 국가비상사태에 있어서 병력으로써 군사상의 필요에 응하거나 공공의 안녕질서를 유지할 필요가 있을 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 계엄을 선포할 수 있고(헌법 제77조 제1항), 계엄 중 비상계엄이 선포된 때에는 법률이 정하는 바에 의하여 법원의 권한에 관하여 특별한 조치를 할 수 있

31) 현재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36. 이 결정 이전에도 헌법재판소는 사형을 법정형으로 명시하고 있는 형법 각칙상의 규정이나 특별형법의 규정들의 위헌여부를 종종 심사하여 왔고, 일부 규정들에 대해서는 위헌임을 선언하기도 하였음은 물론이다.





는바(헌법 제77조 제3항), 비상계엄 하의 군사재판은 군인·군무원의 범죄나 군사에 관한 간첩죄의 경우와 초병·초소·유독음식물공급·포로에 관한 죄 중 법률이 정한 경우에 한하여 단심으로 할 수 있도록 하였다(헌법 제110조 제4항 본문). 헌법 제110조 제4항 본문은 1962년 제5차 개정 헌법에서 도입된 것으로서 비상계엄이라는 긴급하고 특수한 예외적 상황에서 위와 같은 특정한 종류의 범죄를 신속하고 효율적으로 처리하기 위하여 마련되었다. 그런데 1987년 현행 헌법으로 개정되면서 사형에 따른 인권침해의 심각성과 사후에 오심임이 밝혀지더라도 무고하게 사형집행된 자를 되살릴 수 없다는 사정을 고려하여 긴박하고 예외적인 국가비상상황이라 할지라도 사형선고에 대하여만은 사법절차를 통한 불복이 가능하도록 하기 위하여 위 조항 단서, 즉 “다만 사형을 선고한 경우에는 그러하지 아니하다.”를 채택한 것이다.

### 1) 합헌론

헌법재판소는 헌법 제110조 제4항 단서를 현행 헌법이 사형제 자체를 간접적으로 인정하고 있는 것으로 해석한다.<sup>32)</sup> 즉 “이는 법률에 의하여 사형이 형벌로서 규정되고, 그 형벌조항의 적용으로 사형이 선고될 수 있음을 전제로 하여, 사형을 선고한 경우에는 비상계엄하의 군사재판이라도 단심으로 할 수 없고, 사법절차를 통한 불복이 보장되어야 한다는 취지의 규정”이라는 것이다. 물론 헌법재판소가 이 규정만으로 형법 제41조 제1호의 사형제 자체가 합헌이라는 결론을 내리고 있는 것은 아니며, 사형제를 통한 생명권에 대한 제한이 헌법적으로 정당화될 수 있는지를 추가적으로 심사하고 있다.<sup>33)</sup>

이강국 당시 헌법재판소장은 합헌의견에 대한 보충의견에서<sup>34)</sup> 헌법 제110조 제4항에 대하여 좀 더 적극적인 의미를 부여한다. 즉 그는 인간의 존엄과 가치를 명시하고 있는 헌법 제10조, 생명권, 헌법 제111조 제4항 단서를 통일적으로 그리고 서로 조화시켜 해석해야 한다면서 “현행헌법이 사형제에 관하여 그 허용 여부를 정면으로 규정하고 있지는

32) 헌재 1996. 11. 28. 95헌바1, 판례집 8-2, 537, 544-545; 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 56. 학계에서는 권영성, 헌법학원론, 2010, 412면; 김경제, “사형형벌 합헌결정을 통하여 본 헌법재판의 논증방법”, 「공법학연구」 제11권 제2호, 2010, 72-74면; 김상겸, “생명권과 사형제도”, 「헌법학연구」 제10권 제2호, 2004, 245-246면; 양 건, 헌법강의, 2016, 368-369면; 장영수, “사형제 합헌판결의 함의… 사형제폐지는 입법자의 과제인가 헌법재판소의 과제인가?”, 「고시계」 제55권 제4호(통권 제638호), 2010, 66면; 정주백, “사형제의 위헌 여부에 대한 본질침해금지원칙의 적용”, 「헌법재판연구」 제3권 제1호, 2016, 230-232면.

33) 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 56 이하 참조. 이는 미국 연방헌법

34) 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 67 이하.

않지만 헌법 제110조 제4항 단서가 비상계엄하의 군사재판에서 피고인의 불복 상소권을 보장하는 방법으로 ‘사형을 선고한 경우’에 관하여 규정하고 있는 이상, 사형제는 헌법 자체가 이를 긍정적인 것이어서 헌법에 위반되지 아니한다”고 본다. 그에 의하면 헌법 제110조 제4항 단서에 의하여 사형제 자체는 헌법에 위반되지 아니하며, 다만 개별적인 경우 과잉금지원칙에 반하는 사형은 위헌성을 떨 수 있다는 것이다.

## 2) 위헌론

헌법재판소의 합헌결정에 대한 반대의견을 낸 재판관들은 헌법 제110조 제4항 단서를 사형제의 합헌성 근거로 해석하지 않는다.

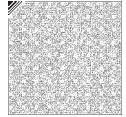
오히려 헌법 제110조 제4항 단서의 채택 배경이나 규정의 맥락을 고려할 때 법률상 존재하는 사형의 선고를 억제하여 최소한의 인권을 존중하기 위하여 규정된 것이지 이를 사형제도의 헌법적 근거로 볼 수는 없으며, 만일 이를 사형제도의 헌법적 근거로 본다면 이는 헌법의 최고가치인 인간의 존엄성을 보장하고 있는 헌법 제10조의 의의를 축소하는 것으로 부당하다고 한다.<sup>35)</sup>

한편, 헌법 제110조 제4항 단서를 비상계엄 하의 군사재판이라는 특수상황에서 사형을 선고하는 것만을 허용하는 것으로 보아야 한다는 의견도 있었다.<sup>36)</sup> 그러나 이러한 해석은 헌법 제110조 제4항 단서가 사형이 선고될 수 있는 상황과 관련 범죄를 한정하는 것이 아니라 사형이 선고되는 절차에 관하여 규정하고 있을 뿐이라는 점에서 설득력이 박약하다.<sup>37)</sup>

35) 김희옥 재판관의 위헌의견, 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 78-80; 목영준 재판관의 위헌의견, 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 92-93. 유사한 취지의 해석으로는 헌재 1996. 11. 28. 95헌바1, 판례집 8-2, 537, 553-555 재판관 김진우의 반대의견. 학계에서는 권건보, “생명권의 보장과 본질적 내용의 침해 금지”, 「부산대 법학연구」 제54권 제4호, 2013, 19면; 김선택, “사형제도의 헌법적 문제점”, 「고려법학」 제44호, 2005, 149면; 윤영철, “사형제도에 대한 헌법재판소 결정(2010. 2. 25. 2008헌가23)의 문제점과 사형제도 폐지에 관한 소고”, 「중앙법학」 제12집 제3호, 2010, 256면; 주호노, “사형제도의 폐지와 그 대안에 관한 소고”, 「경희법학」 제47권 제4호, 2012, 600면; 허완중, 사형제의 위헌성, 「법학논총」 제38권 제1호, 2018, 117-118.

36) 조대현 재판관의 부분위헌의견, 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 78.

37) 이강국 재판관의 합헌의견에 대한 보충의견, 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 67-69; 정주백, “사형제의 위헌 여부에 대한 본질침해금지원칙의 적용”, 「헌법재판연구」 제3권 제1호, 2016, 230-231면 참조.



### 3) 평가

헌법 제110조 제4항 단서를 사형제 자체의 합헌성을 뒷받침하는 적극적 근거로 볼 수는 없다고 본다. 이 규정은 비상계엄 하의 군사재판을 통한 사형선고의 오남용의 위험성과 법적 효과의 중대성을 고려하여 사형선고에 신중을 기하도록 하려는 절차적 대책을 담고 있는 것에 불과할 뿐 사형제에 대한 긍정적 평가가 담겨 있다고 볼 수는 없기 때문이다. 미국 연방헌법은 수정 제5조 제1문에서 “누구라도 대배심에 의한 고발 또는 기소가 있지 아니하는 한 사형에 해당하는 죄 또는 파렴치 범죄에 관하여 심리를 받지 아니한다.”고 명시하고 있다. 그러나 미국 연방대법원은 이 규정이 사형의 가능성을 언급하고 있다는 이유로 사형제도 자체가 잔인하고 이상한 형벌을 금지하고 있는 수정헌법 제8조나 적법한 절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유, 재산을 박탈할 수 없도록 하고 있는 수정 제14조를 침해하지 않아 합헌이라는 편의주의적 논증을 하고 있지는 않다.<sup>38)</sup> 헌법재판소의 법정의견이 헌법 제110조 제4항 단서에서 사형제도의 간접적 근거를 찾을 수 있다고 하면서도 사형제가 합헌임을 다른 논거들에 의하여 적극적으로 논증한 것도 이 때문이라고 본다.

## 2. 인간의 존엄성 침해여부

한국 헌법은 제10조에서 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.”고 명시하고 있다. 사형제 위헌론은 인간의 존엄성을 보장하는 헌법 제10조 제1문 전단을 유력한 헌법적 근거로 제시하고 있다.

### 1) 합헌론

헌법재판소는 인간의 존엄과 가치 조항은 ‘헌법이념의 핵심’으로 국가는 헌법에 규정된 개별적 기본권을 비롯하여 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리까지도 이를 보장하여야 하고, 이를 통하여 개별 국민이 가지는 인간으로서의 존엄과 가치를 존중하고 확보하여야 한다는 헌법의 기본원리를 선언한 것으로 해석하면서도<sup>39)</sup> “사형제도가 범죄자의 생

38) 사형제도가 수정 제8, 14조에 위반되어 위헌이라고 판단하였던 *Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238 (1972); 사형제도의 합헌성을 확인하였던 *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976) 참조.

39) 헌재 2001. 7. 19. 2000헌마546, 판례집 13-2, 103, 111-111, 헌재 2004. 10. 28. 2002헌마328,

명권 박탈을 내용으로 한다는 이유만으로 곧바로 인간의 존엄과 가치를 규정한 일반조항인 헌법 제10조에 위배되어 위헌이라고 할 수는 없”고, “사형제도는 공익의 달성을 위하여 무고한 국민의 생명을 그 수단으로 삼는 것이 아니라, 형벌의 경고기능을 무시하고 극악한 범죄를 저지른 자에 대하여 그 중한 불법 정도와 책임에 상응하는 형벌을 부과하는 것으로서 이는 당해 범죄자가 스스로 선택한 잔악무도한 범죄행위의 결과라 할 것인바, 이러한 형벌제도를 두고 범죄자를 오로지 사회방위라는 공익 추구를 위한 객체로만 취급함으로써 범죄자의 인간으로서의 존엄과 가치를 침해한 것으로 보아 위헌이라고 할 수는 없다.”고 판시하였다.<sup>40)</sup>

또한 사형을 선고하는 법관이나 이를 집행하여야 하는 교도관 등은 인간의 생명을 박탈하는 사형을 선고하거나 집행하는 과정에서 인간으로서의 자책감을 가지게 될 여지가 있다는 이유만으로 사형제도가 법관 및 교도관 등을 공익 달성을 위한 도구로서만 취급하여 그들의 인간으로서의 존엄과 가치를 침해하는 형벌제도라고 할 수도 없다고 한다.<sup>41)</sup>

## 2) 위헌론

반면, 위헌의견은 인간존엄성을 극악무도한 범죄자에 대한 형사처벌의 필요성 이전에 존재하는 상위의 헌법가치로 평가하는 한편, 그 보호내용을 객체공식에 의거하여 정의하면서 사형제도는 범죄인을 도덕적 반성과 개선을 할 수 있는 인간으로 보지 않고 사회방위의 수단으로만 취급하기 때문에 사형수의 인간의 존엄성을 침해한다고 본다.<sup>42)</sup> 나아가 위헌의견은 사형제도 운영관계자의 정체성을 위협하여 그들의 인간으로서의 존엄성도 침해한다고 본다.<sup>43)</sup>

---

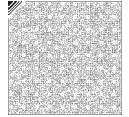
공보 98, 1187, 1193-1194; 현재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 61-62.

40) 현재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 61-62.

41) 현재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 62-63.

42) 김희옥 재판관의 위헌의견, 현재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 85. 그밖에도 유사한 취지의 목영준 재판관의 위헌의견 현재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 97; 그밖에도 김진우 재판관의 위헌취지의 반대의견, 현재 1996. 11. 28. 95헌바1, 판례집 8-2, 537, 551. 학계에서는 김선택, 앞의 논문, 「고려법학」 제44호, 2005, 152-153면; 심재우, “인간의 존엄과 사형폐지론”, 「고려대법학논집」 제34집, 1998, 460-461면; 허완중, 앞의 논문, 「법학논총」 제38권 제1호, 2018, 122-123면 등 참조.

43) 김희옥 재판관의 위헌의견, 현재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 8. 그밖에도 유사한 취지의 목영준 재판관의 위헌의견 현재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 97.



### 3) 평가

합헌론과 위헌론은 모두 헌법 제10조의 인간존엄성이 형벌의 종류, 강도 등을 규정한다고 보는 점에서는 견해를 같이 하고 있으나, 그 법적 효과나 형벌의 본질에 대해서는 견해를 달리하였다.

헌법재판소의 인간존엄성 관련 논증에서는 심각한 논리적 비약도 나타난다. 헌법재판소는 사형제를 인정하고 있는 헌법 제110조 제4항 단서를 헌법 제10조의 인간존엄성규정과 긴장관계에 있다고 보고 양자의 조화를 위해 후자를 부분적으로나마 후퇴시키는 해석을 공식적으로 하지는 않았다.<sup>44)</sup> 오히려 객체공식을 근거로 사형제가 인간존엄성을 침해한다고 논증하고 있는 위헌취지의 반대의견처럼 그 공식을 수용하고 있다. 그렇다면 헌법재판소는 객체공식에 따르더라도 사형제가 범인을 주체가 아닌 사회방위를 위한 수단으로만 다루는 것이 아님을 구체적으로 보여야 했다. 객체공식의 철학적 배경이 된 인간을 수단이 아닌 목적으로 대하라는 정언명령의 제시자인 칸트는 사형제를 적극 지지하였다.<sup>45)</sup> 더구나 인간의 존엄성 개념에는 장구한 철학사가 배어 있고, 그 때문에 그 개념에 대해서도 다양한 학설이 존재한다.<sup>46)</sup> 그에 따라 어떤 설을 취하느냐에 따라 사형제와 인간존엄성의 관계에 대하여는 다른 결론이 나올 수도 있다. 그렇지만 헌법재판소는 만연히 형벌의 경고적 기능이 발휘될 여지가 없는 잔악무도한 범죄행위를 한 자에게 한하여 적용되는 한 범인을 일반예방의 수단으로만 대하는 것이 아니며, 따라서 인간의 존엄성을 침해하지 않는다고 단정하고 있을 뿐이다.

헌법재판소의 결정은 사형제가 잔인하고 비정상적인 형벌을 금지하는 미국 연방헌법 제8조에 위반되지 않는다는 미국 연방대법원의 판결을 연상시킨다. 미국 연방대법원은 수정헌법 제8조를 인간의 존엄성(the dignity of man)에 부합하지 않는 과도한

44) 통일적 해석, 실제적 조화의 해석 원칙에 따라 그러한 시도를 공개적으로 한 것은 이강국 당시 소장의 보충의견이었다. 현재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 69-70.

45) I. Kant 저/백종현 역, 윤리형이상학, 2012, 293-295.

46) 인간을 인간답게 하는 것, 즉 이성적 능력, 의사 내지 결정의 자유를 존엄성의 근거로 보는 천품설, (Mitgiftstheorie), 자신의 정체성을 스스로 형성하고 자기를 표현할 수 있는 능력을 존엄성의 근거로 보는 능력설(Leistungstheorie), 자유롭고 평등한 존재로서 상호 권리와 의무를 주고받으며 상호승인 속에서 승인과 연대의 공동체인 국가공동체로 편입될 수 있는 인간의 소통능력에서 존엄성의 근거를 찾는 승인설(Anerkennungstheorie) 등이 주목을 받고 있다. 천품설의 관점에서 인간의 존엄성을 정의하고 있는 것으로는 무엇보다도 Seelmann, in: Brudermüller/Seelmann, Menschenwürde, 2008, S. 76 ff. 객체공식은 천품설과 밀접한 관련을 맺고 있다. N. Luhmann, Grundrechte als Institution, 1965, S. 53 ff. 능력설을 주창하고 있다. 승인설을 주장하고 있는 대표적인 학자로는 H. Hoffmann, AöR 1993, 353, 364 ff.



(excessive) 형벌의 금지로, 즉 필요 이상의 합당하지 아니한 고통(unnecessary and wanton infliction of pain)을 가하거나 범죄의 불법성에 비하여 극히 과중한(grossly out of proportion to the severity of the crime) 형벌을 금지하는 것으로 이해하면서 사형제 자체는 그러한 형벌에 해당하지 않고 있다는 결론을 내리고 있는데,<sup>47)</sup> 헌법재판소도 유사한 결론에 도달하고 있는 것이다.

### 3. 생명권의 침해여부

한국 헌법에는 생명권을 명시적으로 보장하는 규정은 없다. 그렇지만 헌법재판소는 한국 헌법이 생명권을 기본권의 하나로 보장하고 있다는 판례를 다음과 같은 논리에 입각해 형성해 왔다. “인간의 생명은 고귀하고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 존엄한 인간존재의 근원이다. 이러한 생명에 대한 권리는 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 권리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이라 할 것이다.”<sup>48)</sup> 다만, 이처럼 생명권의 근본적 권리성을 강조하면서도 어떤 헌법규정이 생명권의 실정헌법적 근거가 될 수 있는지에 대해서는 언급이 없다. 학설은 생명권의 실정 헌법적 근거를 제 10조의 인간존엄성조항, 제12조의 신체의 자유, 열거되지 아니한 자유와 권리의 경시를 금지하고 있는 제37조 제1항의 어느 하나 또는 둘 또는 셋의 결합에서 찾고 있다.<sup>49)</sup> 어쨌든 생명권이 우리 헌법에 의해 보장되는 기본권의 하나라는 데는 이견이 없다.

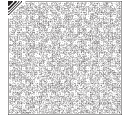
한편, 한국헌법은 제37조 제2항에서 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지·공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 수 없다.”고 하여 기본권을 제한할 때 준수해야 하는 요건 및 한계를 제시하고 있다. 사형제가 그 중 본질적 내용침해금지과 과잉금지의 원칙에 반하는지 여부가 핵심쟁점이었다.

---

47) Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976) 참조.

48) 헌재 1996. 11. 28. 95헌바1, 판례집 8-2, 537, 545; 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 54 등 참조.

49) 이 문제에 대한 학설의 현황에 대해서는 허완중, 앞의 논문, 「법학논총」 제38권 제1호, 2018, 216면 이하 참조.



## 1) 기본권의 본질적 내용 침해를 금지하는 헌법 제37조 제2항 후단에 반하는지 여부

### (1) 합헌론

헌법재판소는 사형제가 생명권의 본질적 내용을 침해하지 않는다고 본다. 즉 “생명권 역시 그 제한을 정당화할 수 있는 예외적 상황 하에서는 헌법상 그 제한이 허용되는 기본권인 점 및 생명권 제한구조의 특수성을 고려한다면, 생명권 제한이 정당화될 수 있는 예외적인 경우에는 생명권의 박탈이 초래된다 하더라도 곧바로 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라 볼 수는 없다. 따라서 사형이 비례의 원칙에 따라 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용됨으로써 생명권의 제한이 정당화될 수 있는 경우에는, 그것이 비록 생명권의 박탈을 초래하는 형벌이라 하더라도 이를 두고 곧바로 생명권이라는 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라 볼 수는 없다.”<sup>50)</sup>

헌법재판소는 기본권의 본질적 내용보장의 대상(객관적 제도로서의 기본권인가, 아니면 개인의 주관적 권리도 그 대상이 되는가), 그 보호의 정도(기본권의 핵심영역에 대한 절대적 보장인가, 아니면 구체적인 상황에서 비례에 반하는 기본권제한의 금지인가)<sup>51)</sup>에 대하여 상세한 논증을 하지 않고 있다. 그렇지만 위에 인용된 논증방식에 비추어 보면 헌법재판소는 기본권의 본질적 내용에 대한 보장의 정도와 관련하여 기본권의 핵심영역을 절대적으로 보장하는 절대설이 아닌 상대설, 즉 기본권의 본질적 내용은 구체적인 경우 상호 경합되는 이익과 가치의 형량을 통하여 확정되며 기본권의 본질적 내용을 그때그때의 필요에 따라 보다 넓게 또는 보다 좁게 이해할 수 있다고 보는 설을 취한 것으로 추정된다.<sup>52)</sup>

사형제가 위헌이라고 보면서도 기본권의 본질적 내용보장의 정도에 관해 절대설의 입장에서 출발하면서도 생명권의 규범적 특수성을 이유로 기본권의 본질적 내용침해금지 요건은 생명권 제한의 한계로 적용되지 않는다고 보는 견해도 있다. 즉 “삶과 죽음 사이

50) 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 57-58.

51) 이 문제에 대하여 상세한 것은 정태호, “기본권의 본질적 내용보장에 관한 고찰”, 「헌법논총」제8집, 1997, 279면 이하; 정태호, “기본권의 본질적 내용보장에 관한 소고”, 「저스티스」 31권 4호, 1998.12, 7면 이하; 김대환, “본질적 내용 침해금지 원칙의 이론과 실제”, 「헌법학연구」 제19권 제4호, 2013, 참조.

52) 헌법재판소는 일부 결정(1990. 9. 3. 89헌가95, 판례집 2, 245, 256-257; 1991. 11. 25. 91헌가6, 판례집 4, 11; 1993. 9. 27. 92헌가5, 판례집 5-2, 253; 1997. 8. 21. 94헌바19 등)에서는 절대설 중 핵심영역보장설을 취한 바 있다. 기본권의 본질적 내용보장에 관한 헌법재판소의 판례는 전체적으로 매우 불안정하며 일관성을 찾아보기 어렵다.

의 중간 영역은 존재하지 않는다. 생명은 제한되는 순간 사라지므로 생명을 제한하는 것은 곧 생명을 박탈하는 것이다. 따라서 생명권은 그 내용이 본질적 내용과 그렇지 않은 내용으로 구별될 수 없는 단층구조를 취하고 있으므로 생명권에 대한 제한은 언제나 생명권의 본질적인 내용에 대한 침해로 연결된다.”<sup>53)</sup> 그런데 헌법 제37조 제2항 전단이 생명권을 비롯한 모든 자유와 권리가 법률에 의해 제한될 수 있다고 하고 있다. 이와 같은 규범적 충돌을 해소하려면 “헌법 제37조 제2항 후단은 그 내용이 본질적인 부분과 그렇지 않은 부분의 중층적 구조로 구성된 일반적 기본권의 제한에 관한 규정으로 보아야 하고, 성질상 본질적인 부분과 그렇지 않은 부분이 구별되지 않는 생명권과 같은 경우에는 동항 후단의 적용은 없다고 해석해야 한다”는 것이다.<sup>54)</sup>

## (2) 위헌론

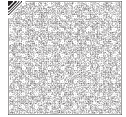
위헌취지의 소수의견을 낸 나머지 3인의 재판관들은 모두 사형제 자체가 생명권의 본질적 내용을 침해한다고 본다.<sup>55)</sup> 그렇지만 그들의 소수의견에서도 기본권의 본질적 내용 보장의 정도에 대해서는 상세한 설시는 없다. 이 쟁점에 대하여 비교적 상세한 논증을 하고 있는 김희옥 재판관은 다음과 같이 설시하고 있을 뿐이다. 즉 “생명권에 대한 제한은 곧 생명의 박탈을 의미하며, 그것이 생명권의 본질적 내용을 침해하는지 여부는 생명권과 생명권 또는 이에 준하는 중대한 공익이 현재적으로 충돌하여 부득이하게 생명에 대한 법적인 평가가 허용될 수밖에 없는 긴급성과 불가피성이 인정되는 예외적인 상황에 따른 것인지 여부로 판단하여야 할 것이다. 그런데 ... 사형제도는 이미 중대 범죄가 종료 되어 상당 기간이 지난 후 체포되어 수감 중인, 한 인간의 생명을 일정한 절차에 따라 빼앗는 것을 전제로 하므로, 이는 그가 저지른 중대 범죄로 인하여 침해된 타인의 생명이나 이에 준하는 공익에 대한 급박한 위협이 있어 생명에 대한 법적 평가가 필요한 예외적인 경우라고 볼 수 없다. 따라서 이러한 경우 국가가 인간의 생명의 가치에 대한 법적인 평가를 통하여 그 생명을 박탈하는 사형제도는 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것이므로

53) 김종대 재판관의 위헌의견, 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 86.

54) 김종대 재판관의 위헌의견, 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 88. 유사한 논증으로는 김경제, 앞의 논문, 「공법학연구」 제11권 제2호, 2010, 78면; 기본권 보장내용의 단층성을 본질적 내용 침해금지의 적용배제 근거로 보는 것에 대해서 비판적인 정주백, 앞의 논문, 「헌법재판연구」 제3권 제1호, 2016, 243-244면.

55) 조대현 재판관의 일부위헌의견, 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 78; 김희옥 재판관의 위헌의견, 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 84; 목영준 재판관의 위헌의견, 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 94.





헌법 제37조 제2항에 위반된다.”<sup>56)</sup>

위의 설시에서 본질적 내용 침해여부의 논증은 사실상 비례의 원칙에 의거하고 있는 것처럼 보인다.<sup>57)</sup> 이는 생명권의 보호내용과 그 본질적 내용이 일치하는 생명권의 특성에서 기인하는 것이라 생각한다.<sup>58)</sup> 그의 의견은, 국가에 의한 생명권에 대한 제한, 즉 생명의 박탈은 상호 충돌하는 생명권을 모두 보호하는 것이 불가능하여 불가피하게 하나의 생명권을 포기할 수밖에 없는 상황에서만 가능하다는 전제 위에 서있는 것으로 보인다. 그와 같은 전제 위에서는 충돌하는 모든 생명권에 대한 국가의 보호가 불가능한 상황에서 하나를 선택하는 것은 생명권에 대한 제한, 따라서 생명권의 본질적 내용에 대한 침해가 아니게 된다. 생명권에 대한 제한은 제한을 하지 않을 수 있는 가능성의 존재를 전제하지만 그와 같은 충돌상황에서는 그러한 가능성이 존재하지 않기 때문이다.<sup>59)</sup>

## 2) 사형제가 생명권에 대한 과잉제한인지 여부

### (1) 목적의 정당성 여부: 형벌의 본질

#### ① 합헌론

헌법재판소는 “사형은, 이를 형벌의 한 종류로 규정함으로써, 일반국민에 대한 심리적 위하를 통하여 범죄의 발생을 예방하며, 이를 집행함으로써 극악한 범죄에 대한 정당한 응보를 통하여 정의를 실현하고, 당해 범죄인 자신에 의한 재범의 가능성을 영구히 차단함으로써 사회를 방어한다는 공익상의 목적을 가진 형벌인바, 이러한 사형제도의 입법목적은 정당하다”고 평가하고 있다.<sup>60)</sup>

#### ② 위헌론

반면, 위헌의견을 제시한 김종대 재판관은 “국가가 사형을 통해 범인의 생명을 빼앗는 것은 피해자의 생명을 보호하는 것이 이미 불가능해진 상태에서, 범죄에 대한 비난으

56) 김희옥재판관의 위헌의견, 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 84; 같은 취지의 글로는 권건보, 앞의 논문, 「부산대 법학연구」 제54권 제4호, 2013, 21-22면.

57) 이에 대해 비판적으로 정주백, 앞의 논문, 「헌법재판연구」 제3권 제1호, 2016, 244면 이하 참조.

58) 정태호, 앞의 논문, 「헌법논총」 제8집, 1997, 317면 참조.

59) 허완중, 앞의 논문, 「법학논총」 제38권 제1호, 2018, 131-132, 147-148면 참조.

60) 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 58. 위헌의견을 낸 재판관 중 김희옥(헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 81-82), 목영준 재판관(헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 94)도 사형제의 목적의 정당성을 인정하고 있다.

로서의 응보의 기능만이 있을 뿐이다. 그런데 범죄에 대한 보복으로서 국가가 사람의 생명을 빼앗는 것은 정당화될 수 없다.”는 이유로 사형제의 목적의 정당성을 부정하고 있다.<sup>61)</sup>

### ③ 평가

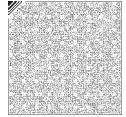
사형은 적극적 특별예방 기능, 즉 범죄인을 교화·개선하여 사회 복귀시키는 기능을 수행할 수 없다.<sup>62)</sup> 그럼에도 헌법재판소는 사형제의 목적이 헌법적으로 문제가 없다고 본다. 이로써 헌법재판소는 형벌의 핵심적 기능을 범인의 교화, 범죄에 대한 속죄라기보다는 응보와 사회방위로 보아야 한다고 고백하는 한편,<sup>63)</sup> 범인을 일반예방의 수단으로만 다루는 형벌도 인간의 존엄성을 비롯한 어떤 헌법적 가치에 위배되지 않는다고 선언하고 있는 것이다. 우리 헌법이 사형제를 간접적으로 인정하고 있다는 보는 헌법재판소의 입장에서는 불가피한 결론일지도 모른다.

이에 비하여 독일 연방헌법재판소는 중신형의 위헌여부가 문제된 사건에서 범죄

61) 현재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 89; 허완중, 앞의 논문, 「법학논총」 제38권 제1호, 2018, 137면 이하, 특히 141면은 응보와 일반예방은 사형제도의 정당한 입법목적이 될 수 있을 뿐 아니라 사형제도도 특별예방이라는 형벌목적은 포기하므로 사형제도에서 목적의 정당성은 인정될 수 없다고 본다.

62) 김성돈, 형법총론, 2017, 787면; 허일태, “한국에서 사형제의 존치에 대한 정당성 문제”, 법철학의 기본문제, 1998, 372면; 허완중, 앞의 논문, 「법학논총」 제38권 제1호, 2018, 141면 등 참조.

63) 형벌의 목적 내지 기능과 관련해서도 실로 다양한 견해들이 존재한다(이에 대해서는 독일의 논쟁을 일목요연하게 개관하고 있는 Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie, IVR (Hrsg.) Artikel Straftheorien bearbeitet von Tatjana Hörnle; 영미권에서의 형벌의 본질에 관한 도덕주의와 결과주의의 대립을 자유주의적 관점에서 통합하는 Hugo Adam Bedau and Erin Kelly, “Punishment”, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entries/punishment/>>; 영미권에서의 형벌의 본질에 관한 법철학적 논의를 개관하고 있는 Antony Duff and Zachary Hoskins, “Legal Punishment”, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/legal-punishment/>> 등 참조). 형벌의 본질에 관한 학설은 크게 형벌의 대사회적 효과와 무관하게 범인에 대한 책임의 추궁과 정의의 회복을 위한 수단으로 형벌을 보는 절대설, 장래의 범죄의 예방에 초점을 맞추는 상대설, 절대설과 상대설을 통합하는 결합설로 분류할 수 있다. 절대설로 분류되는 학설들은 다시 범죄자의 행위로 발생한 불법에 대한 제재를 통해 침해된 법질서를 회복하는 것을 형벌의 본질로 보는 응보설(Vergeltungstheorie), 속죄를 하도록 함으로써 법질서와 화해하도록 하는 것을 형벌의 본질로 보는 속죄설(Sühnentheorie)로 나뉜다. 상대설로 분류되는 학설에는 법질서의 관철에 대한 법공동체구성원의 신뢰를 유지·강화하거나(적극적 일반예방) 일반인에 대한 위하를 통해 범죄를 예방함으로써(소극적 일반예방) 사회를 보호하는 것을 형벌의 본질적 기능으로 이해하는 일반예방설과 범인을 교화·개선하여 사회에 복귀시키거나(적극적 특별예방), 잠재적 범인에 대하여 사회를 보호하는 것(소극적 특별예방)을 형벌의 본질적 기능으로 이해하는 특별예방설이 있다. 결합설로 볼 수 있는 설도 응보, 속죄, 특별예방, 일반예방의 요소 중 어떤 요소를 중시하느냐에 따라 갈라진다.



자의 책임의 이행(Schuldausgleich), 일반예방, 사회복귀(적극적 특별예방), 행해진 불법에 대한 속죄, 응보를 모두 적절한 형벌의 기능이라고 평가함으로써 결합설(Vereinigungstheorie)을 취하는 한편, 종신형이 사회복귀의 가능성을 열어 놓을 때에만 인간존엄성에 부합한다고 판시한 바 있다.<sup>64)</sup>

(2) 수단의 적합성: 사형의 일반예방효과의 존부

① 합헌의견

교화기능이 없는 사형제 자체의 목적의 정당성을 인정하고 있는 헌법재판소는 인간의 죽음에 대한 공포본능을 이용한 사형에 일반적 범죄예방효과, 응보를 통한 정의실현의 효과가 없다고 볼 수 없다고 하여 수단의 적합성요건은 충족되었다고 본다.<sup>65)</sup>

② 위헌의견

위헌의견은 “국가가 법률로써 국민의 기본권을 제한함에 있어 그 제한되는 기본권이 우리 헌법상의 인간의 존엄과 가치, 생명권 보장의 측면에서 보다 중요한 의미를 가지는 것이라면, 그 제한 수단이 입법목적에 기여한다는 점이 명백한 경우에만 수단의 적합성을 인정할 수 있다.”고 하면서,<sup>66)</sup> 사형제의 일반예방적 효과가 명백히 입증되었다고 볼 수 없다거나 사형제의 본질상 적극적 특별예방기능이 배제된다는 등의 이유로 수단의 적합성을 부정하고 있다.<sup>67)</sup>

위헌론은 사형의 일반예방적 효과가 없다는 것을 다양한 방식으로 논증하고 있다.<sup>68)</sup> 즉 한국이 1998년부터 지금까지 단 한 건도 사형을 집행하지 않았지만, 그로 인해 사형을 집행하던 때보다 개인과 사회가 범죄로부터 더 심각한 위협을 받게 되었다고는 볼 수 없고, 이 사회는 사형제가 시행되던 때에 못지않게 안정적인 국법질서가 유지되고 있음이 실증되고 있다거나,<sup>69)</sup> 사형제도의 존치가 여전히 중범죄를 억지하는 기능을 하고 있다거

64) BVerfGE 45, 187, Leitsatz 3 그리고 같은 곳, Randziffer 212 ff.

65) 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 58.

66) 김희옥 재판관의 위헌의견, 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 83.

67) 김희옥 재판관의 위헌의견, 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 82-83; 김종대 재판관의 위헌의견, 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 90.

68) 사형의 일반예방적 효과의 부재를 계량적으로 입증하려는 각종 연구의 방법이나 모델의 문제점에 대해서는 홍문기, “사형제도의 위하력 효과에 대한 연구의 최근 동향: 미국에서 발표된 선행연구를 중심으로”, 「형사정책연구」 제28권 제1호, 2017, 205면 이하 참조.

69) 김종대 재판관의 위헌의견, 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 90.

나 사형을 폐지한 후에 중범죄의 발생율이 높아졌다고 단정할 수는 없다거나, 또는 사형 집행이 장기간 정지됨으로써 그 실효성이 없어졌기 때문에 그 적합성은 인정될 수 없다고 한다.<sup>70)</sup>

심지어는 사형제가 응보기능마저도 온전히 실현하지 못한다고 한다.<sup>71)</sup> 점점 더 많은 한국의 학자들도 사형제의 일반예방효과에 대해서 회의적 태도를 취하고 있다.<sup>72)</sup>

### (3) 최소침해성: 사형 대체 형벌의 일반예방적 효과와의 비교

#### ① 합헌론

헌법재판소는 적극적·소극적 일반예방효과, 불법에 대한 응보효과, 범죄인이 저야 할 책임의 실현의 면에서 사형이 무기징역형 등 자유형보다 우월하다는 이유로 최소침해요건이 충족되었다고 본다.<sup>73)</sup> 즉 사형이 무기징역형이나 가석방이 불가능한 종신형보다도 범죄자에 대한 법익침해의 정도가 큰 형벌로서, 인간의 생존본능과 죽음에 대한 근원적인 공포까지 고려하면, 무기징역형 등 자유형보다 더 큰 위하력을 발휘함으로써 가장 강력한 범죄억지력을 가지고 있다고 보아야 하고, 극악한 범죄의 경우에는 무기징역형 등 자유형의 선고만으로는 범죄자의 책임에 미치지 못하게 될 뿐만 아니라 피해자들의 가족 및 일반국민의 정의관념에도 부합하지 못하며, 입법목적의 달성에 있어서 사형과 동일한 효과를 나타내면서도 사형보다 범죄자에 대한 법익침해 정도가 작은 다른 형벌이 명백히 존재한다고 보기 어려우므로 사형제도가 침해최소성원칙에 어긋난다고 할 수 없다는 것이다.

70) 목영준 재판관의 위헌의견, 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 95.

71) 김희옥 재판관의 위헌의견, 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 83. 그러나 사형이 응보기능을 수행하지 못한다는 그의 주장은 사형이 극악무도한 범죄에 내포된 불법과 책임에 비례하지 않는 과도한 형벌 내지 보복이라는 의미이므로 최소침해요건 내지 법익균형성 요건에 관한 논증이다.

72) 가령 김경찬, “중국의 사형제도에 관한 연구”, 고려대학교 박사학위논문, 2010, 175면; 김성돈, 형법총론, 2017, 787면; 김영옥, “사형제도에 관한 연구”, 전주대학교 박사학위논문, 1992, 158-175면; 박상기, 형법총론, 2012, 533면; 배종대, 형사정책, 2017, 443면; 오영근, 형법총론, 2014, 509면; 윤진숙, “사형제도의 유효성에 대한 법사회학적 고찰”, 「법조」 제63권 제5호, 2014, 106-114면; 이덕인, “사형의 형벌적 특성에 관한 비판적 연구”, 「형사법연구」 제22권 제3호, 2010, 185-190면; 조준현, “사형제도 존폐논쟁의 현황과 전망”, 「형사정책연구」 제66호, 2006, 24-25면; 주호노, “사형제도의 폐지와 그 대안에 관한 소고”, 「경희법학」 제47권 제4호, 2012, 603-604면; 한인섭, “사형제도의 문제와 개선방안”, 「형사정책」 제5호, 1991, 30-33면; 허완중, 앞의 논문, 「법학논총」 제38권 제1호, 2018, 138-140면 등 참조.

73) 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 58-60.



한편, 사형제의 약점인 오판시 원상회복의 불가능성과 관련해서는 사법제도의 숙명적 한계이지 사형이라는 형벌제도 자체의 문제로 볼 수 없으며 심급제도, 재심제도 등의 제도적 장치 및 그에 대한 개선을 통하여 해결할 문제이지, 오판가능성을 이유로 사형이라는 형벌의 부과 자체가 위헌이라고 할 수는 없다고 본다.

## ② 위헌론

반면, 위헌의견은 오판시 피해의 회복이 불가능한 사형제의 취약점을 보완할 수 있을 뿐 아니라 사형제도를 통하여 확보하고자 하는 형벌로서의 기능을 대체할 만한 가석방 없는 무기자유형 등의 수단을 고려할 수 있으므로 피해의 최소성 원칙에도 어긋난다고 주장하고 있다.<sup>74)</sup>

### (4) 법익균형성(협의의 비례성)

#### ① 합헌론

헌법재판소는 사형제도에 의하여 달성되는 범죄예방을 통한 무고한 일반국민의 생명 보호 등 중대한 공익의 보호와 극악무도한 범죄를 자행한 자에 대한 응보를 통한 정의의 실현 및 그의 생명 박탈을 통한 사회방위라는 공익은 사형제도로 발생하는 극악한 범죄를 저지른 자의 생명권이라는 사익보다 결코 작다고 볼 수 없다는 등의 이유로, 사형제도는 법익균형성원칙에 위배되지 않는다고 본다.<sup>75)</sup>

#### ② 위헌론

반면, 위헌의견은 사형을 통하여 침해되는 이익은 개인의 생명 및 신체의 박탈로서 이는 범죄인에게는 절대적이고 근원적인 기본권의 상실을 의미하는 반면에 이를 통하여 달성하고자 하는 공익인 사회방위와 범죄예방의 효과는 불명확하다는 등의 이유로 법익균형요건도 충족하지 못한다고 본다.<sup>76)</sup>

74) 김희옥의 위헌의견, 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 83-84; 김종대의 위헌의견, 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 89. 물론 그는 적합성심사에서 최소침해요건 심사를 하는 법리적 오류를 범하고 있다; 목영준의 위헌의견, 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 96. 학계에서는 무엇보다도 허완중, 앞의 논문, 「법학논총」 제38권 제1호, 2018, 142-143면

75) 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 60-61.

76) 김희옥의 위헌의견, 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 84; 김종대의 위헌의견, 헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 90: “일반예방을 위해 사형제도를 두는 것은 그 존재와 정도를 파악하거나 측정할 수도 없는 막연하고 불확실한 이익을 위해 사람의



(5) 종합평가

과잉금지원칙의 하부요건들, 즉 적합성, 최소침해성, 법익균형성 요건의 충족여부를 심사할 때 헌법재판소는 각 요건과 관련된 사실의 확인, 예측, 평가나 충돌하는 법익 사이의 형량에 관해서 입법자에게 우선권을 부여하고 있는 반면, 위헌의견은 생명권의 중대성, 그에 대한 제한의 심각성을 이유로 각 요건의 충족여부의 판단에 대한 입법자의 우선권을 사실상 거의 인정하지 않으려 한다. 사람의 생명은 효과가 불확실한 정책적 실험의 대상이 되어서는 안 된다는 전제 위에서 사형제가 과잉금지원칙을 충족하고 있다는 것의 입증책임은 입법자에게 있다고 보고 있는 것이다.

이에 비하여 헌법재판소는 사형제가 헌법에 간접적 근거가 있는데다가 사형제 폐지를 반대하는 국민이 압도적으로 많은 현실에서 사형제의 과잉금지의 요건들에 대한 위배가 명백하지 않는 한 사형제의 존폐는 국민의 대표기관인 입법부의 정치적 결정에 맡겨야 할 문제라는 전제 위에서 관련 심사를 진행하였다고 분석된다.<sup>77)</sup> “어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가하는 문제 즉 법정형의 종류와 범위의 결정은, 그 범죄의 죄질과 보호법익의 성격에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정, 그리고 그 범죄의 실태와 예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서, 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야”라는 것이 헌법재판소의 확립된 판례이다.<sup>78)</sup>

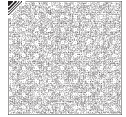
다만, 헌법재판소가 이 사건에서 위헌심사의 기준 내지 강도를 낮춘 이유를 미국 연방 대법원처럼<sup>79)</sup> 결정문에 공개적으로 드러내지 않음으로써 논증의 설득력 약화를 자초하

생명을 수단으로 이용하는 것으로서 정당화될 수 없다.”; 목영준의 위헌의견, 현재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 96. 그러나 그는 최소침해요건의 문제와 법익균형성요건의 문제를 혼동하고 있다.

77) 사형제 존폐의 문제는 기본으로 입법정책의 문제이고, 사형제가 없는 나라의 대부분이 위헌결정이 아니라 법개정을 통해 사형제를 폐지하였다는 점을 지적하고 있는 민형기 재판관의 보충의견, 현재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 73.

78) 현재 1995. 4. 20. 91헌바11, 판례집 7-1, 478, 487 1995. 4. 20. 93헌바40, 판례집 7-1, 539, 547 1995. 10. 26. 92헌바45, 판례집 7-2, 397, 404 1995. 11. 30. 94헌가3, 판례집 7-2, 550, 556 1997. 8. 21. 93헌바60, 판례집 9-2, 200, 207-208 1997. 8. 21. 96헌바9, 판례집 9-2, 272, 282 1998. 11. 26. 97헌바31, 판례집 10-2, 650, 662-663 1998. 11. 26. 97헌바67, 판례집 10-2, 701, 711-712 현재 2011. 11. 24. 2010헌바120, 판례집 23-2하, 312, 321 현재 2011. 11. 24. 2010헌바472, 판례집 23-2하, 401, 406 등 참조.

79) Gregg v. Georgia, 428 U.S. 174-175 (1976): “사법심사는, 그 개념상 종종 헌법이 의미하거나 요구하는 것에 대한 사법부의 판단과 입법부의 판단 사이의 갈등과 관련된다. 이러한 관점에서



고 있다. 미국 연방대법원은 “민주주의 사회에서는 법원이 아닌 입법부가 국민의 의지에 대하여 또 그에 따라 국민의 도덕적 가치에 반응하도록 조직되어 있다.”는 것을 고백하면서 잔인하고 비정상적인 형벌조항을 방패삼아 형사책임의 표준들에 대한 최종적 결정권자가 되는 것을 피하고 있다.<sup>80)</sup>

#### IV. 사형제도 폐지 내지 적용범위 축소를 위한 입법론

위헌론이 법리적으로 합헌론에 비하여 설득력이 있더라도 사형제 자체가 위헌으로 선언되지 않는 한 입법자가 사형제를 폐지하거나 사형대상범죄를 최소화하는 방향으로 형법을 개정하도록 할 수밖에 없다. 또한 사형제를 존치시킨다고 하더라도 그 오남용을 막고 오판으로 인한 무고한 인명의 희생을 예방할 수 있는 절차적 대책을 마련하는 것도 필수적이다.

현행 사형제 자체는 헌법에 위반되지 않는다고 확인해 왔던 헌법재판소도 “사형이란 형벌이 무엇보다 고귀한 인간의 생명을 박탈하는 극형임에 비추어, 우리의 형사관계법령에 사형을 법정형으로 규정하고 있는 법률조항들이 과연 행위의 불법과 형벌 사이에 적정한 비례관계를 유지하고 있는지를 개별적으로 따져 보아야 할 것임은 물론 나아가 비록 법정형으로서의 사형이 적정한 것이라 하더라도 이를 선고함에 있어서는 특히 신중을

---

수정 제8조 관련 사건들이 당 법원에 제기되는 양상도 다르지 않다. 수정 제8조는 형벌의 합헌성을 판단하여야 하는 사법법에게 어느 정도의 의무를 부과하고 있다는 것과 수정 제8조가 입법부가 인정하는지 여부와 무관하게 금지하는 형벌도 있다는 것이 모두에게 인정되고 있다고 생각한다.」(Furman v. Georgia, 408 U.S. at 408 U. S. 313-314 (WHITE, J., 별개의견). 또한 408 U. S. 433 (POWELL, J., 반대의견)도 보라.) 그러나 우리가 헌법적 한계를 넘지 않았다는 것을 보증하여야 할 의무를 지는 반면 법관인 우리는 입법자처럼 행동해서는 안 된다. 「법원은 대의기관이 아니다. 법원은 민주적 사회를 잘 반영하는 기구로 설계되지 않았다. 법원의 판단은 비좁은 범위 안에서는 가장 확실한 정보를 토대로 내려지는 것이며, 따라서 가장 신뢰할 만한 것이다. 법원의 필수적 자질은 독립성을 토대로 거리를 두는 자세이다. 역사는 법원이 시대의 열정에 휘말려서 경쟁하는 정치적, 경제적 사회적 압력들을 선택하는 문제에 대하여 일차적 책임을 떠맡게 될 때 사법부의 독립이 위협받는다는 것을 알려주고 있다.」(Dennis v. United States, 341 U. S. 494, 341 U. S. 525 (1951) (Frankfurter, J., 보충의견). 그러므로 민주적으로 선출된 입법부가 선택한 형벌을 헌법적 잣대로 평가할 때 우리는 입법자의 선택이 유효하다고 추정한다. 우리는 입법부가 선택한 그 형벌이 잔혹할 정도로 비인간적이거나 관련 범죄에 비하여 과도하지 않는 한 입법부로 하여금 가능한 한 최대한 경한 형벌을 선택하도록 요구해서는 안 된다. 그리고 무거운 입증의 부담은 국민의 대표자들의 판단을 공격하는 사람들에게 있는 것이다. 위헌심사가 현재의 표준들에 대한 평가와 얽혀 있고 또 그러한 표준들을 확인하는 것과 관련해서는 입법부의 판단이 우선하기 때문에도 그러하다.“

80) Gregg v. Georgia, 428 U.S. 175-176 (1976) 참조.

기”할 것을 촉구하고 있다.<sup>81)</sup>

## 1. 입법정책적 차원의 제안들

### 1) 사형대상범죄 축소론

사형제 자체가 위헌은 아니더라도 현행 형사법에서 사형대상범죄가 필요 이상으로 많아 축소·정비가 필요하다는 데 이견이 없어 보인다. 다만, 사형대상범죄의 축소범위에 대해서는 견해가 일치하지는 않지만 대체로 고의에 의한 생명침해범죄가 정향점이 되고 있다.

입법자가 선택한 사형제도가 제도살인으로서의 속성에도 불구하고 그 적정성과 필요성을 인정받을 수 있는 유일한 논거는 역설적으로 또 다른 인간의 생명권의 보호일 뿐이므로, 사형이 선택될 수 있는 범죄의 종류는 반인륜적으로 타인의 생명을 해치는 극악범죄의 경우로 한정되어야 한다. 따라서 그에 해당하지 않는 경우, 사형대상범죄의 미수범의 경우, 및 사회적, 국가적 법익에만 관련된 각종 범죄의 경우 등에는 법정형에서 사형이 삭제되어야 한다고 본다.<sup>82)</sup>

### 2) 사형선고에 대한 절차적 통제강화<sup>83)</sup>

형사소송법 제349조 제1항 단서에 의하면 사형이 선고된 판결에 대해서는 상소를 포기할 수 없다. 그러나 피고인이 상소하지 않으면 사형판결이 확정된다. 그러므로 오판을 방지하기 위해서는 사형선고의 경우 상소포기금지만으로는 충분하지 않고 피고인의 의사와 무관하게 자동적으로 상소가 되도록 할 필요가 있다.

81) 현재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 63.

82) 송두환 재판관의 보충의견, 현재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 75; 박상기, 사형제도 개선방안에 관한 연구, 2006, 68면 이하. 보다 상세하고 체계적으로 축소방향을 제시하고 있는 민형기 재판관의 보충의견(현재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 71-73)은 고의적 생명침해 범죄 이외에도 비록 고의적인 살인범은 아니지만 생명의 침해를 수반할 개연성이 매우 높거나 흉악한 범죄로 인하여 치사의 결과에 이른 범죄, 또는 개인의 생명·신체에 대한 침하나 폭행 등 적극적 침해행위는 없으나, 전쟁의 승패나 국가안보와 직접 관련된 범죄를 “적전(敵前)”이나 그에 준하는 국가적 위기 및 비상사태가 발생한 시기에 범한 범죄에 대하여는 법정형으로서 사형이 허용될 수 있다고 본다; 유사한 견해를 피력하고 있는 강석구/김한균, 사형제도의 합리적 축소정비방안, 171면 이하 등 참조.

83) 이에 대해서는 허완중, 앞의 논문, 「법학논총」 제38권 제1호, 2018, 153-154면 참조.





또한 스위스 균형법처럼 합의부 법관이 모두 찬성하는 경우에만 사형선고를 내릴 수 있도록 하는 것도 오판의 위험성을 줄일 수 있는 길이다.

사형집행의 불가역성에 비추어 사형확정판결에 대한 재심사유만이라도 완화하는 방안을 검토할 필요가 있다. 즉 사형판결에서 채택된 증거가 허위증거일 가능성이 있거나 새로 제시된 증거가 사형판단에 영향을 미칠 수 있을 정도인 경우에는 재심의 기회를 주도록 재심사유를 확대해야 한다.

### 3) 전면폐지론과 사형대체형벌

사형제 자체가 위헌이라면 사형제는 전면적으로 폐지되어야 한다. 물론 그 위헌여부와 무관하게 입법자가 사형제를 폐지할 수 있다. 이 경우 최고형이었던 사형제도가 수행해 왔던 적극적·소극적 일방예방 기능, 응보기능 등을 대신 떠맡게 되는 대체형벌로는 무엇보다도 절대적 종신형, 상대적 종신형이 제시되고 있다.

#### (1) 무기형의 사형 대체가능성?

현행 형법상의 무기형이 사형을 대체할 수 있을 것인지에 대한 검토부터 해보는 것이 순서일 것이다. 실제로 제15대 국회에서 유재건 의원이 제15대 국회인 1999년 12월 7일 대표발의한 한국 최초의 사형폐지법안은 사형을 무기형으로 대체하는 것을 내용으로 하고 있으며,<sup>84)</sup> 제16대 국회 시기인 2001년 정대철 의원을 비롯한 92명의 국회의원들이 사형을 무기형으로 대체하되, 법원으로 하여금 무기형 선고시 무기형 확정 후 15년이 지나지 않으면 가석방, 사면, 감형을 할 수 없도록 함께 선고할 수 있도록 하는 법안을 제출한 바 있다.<sup>85)</sup>

한국 형법상의 무기형은 가석방이 없는 한 자연사할 때까지 자유를 박탈한다. 그러나 무기수가 그 행상이 양호하여 개전의 정이 현저할 때 20년 이상의 수형생활을 하면 행정처분으로 가석방될 수 있다(형법 제72조 제1항). 즉 무기수를 가석방할 때, 그의 범죄에 대한 책임의 정도가 형의 계속적 집행을 요구하는지를 검토할 필요도 없이 가석방 조건만 충족되면 가석방할 수 있게 되어 있다. 무기형의 이와 같은 집행은 일반 국민의 형사적 정의감을 해칠 뿐 아니라 책임주의에 배치될 수도 있다. 헌법상 인신의 구속과 석방은

84) [152463] 사형폐지특별법안(유재건의원 외 90인), 1999-12-07.

85) [161085] 사형폐지에관한특별법안(정대철의원등 63인 외 92인), 2001-10-30.

법원이나 법관의 소관사항임에도 무기수 가석방 문제는 행정처분으로 처리되므로 형사 사법적 정의를 외면한 채 행정편의주의나 정치적 목적에 따라 좌우되기 쉽다. 그러므로 현행법의 무기형이 사형을 대체할 수 있다고 보기는 어렵다.<sup>86)</sup>

## (2) 절대적 종신형

절대적 종신형은 가석방의 가능성도 없어 수형자가 자연사할 때까지 자유를 박탈하는 형벌이다. 가석방 가능성의 부재가<sup>87)</sup> 무기형과는 다른 점이다. 또 그 점에서 법정의 엄격한 가석방 요건을 충족할 경우 법원의 판결로 가석방될 수도 있는 상대적 종신형과도 다르다. 수형자를 영구히 사회로부터 격리한다는 점에서는 사형과 다를 바가 없으나, 국가에 의한 제도적 살인을 피하고 사형과는 달리 오심의 불가역성을 피할 수 있다는 점에서는 사형보다 나은 제도로 평가받는다. 다만, 형사정책적 관점에서 보면 수형자의 개선과는 무관하게 그를 자연사할 때까지 수감하므로 사형과는 수형자의 생을 종식시키는 방법과 시기만을 달리할 뿐이다. 이 때문에 사형을 대체하거나<sup>88)</sup> 사형과 병치하여 사형 선고를 줄일 수 있는 형벌로 자주 거론된다.<sup>89)</sup>

그렇지만 절대적 종신형도 위헌이라는 비판에 직면하고 있다. 즉 수형자의 생명이 아닌 신체의 자유를 영구히 박탈함으로써 개과천선을 통한 사회복귀의 문호를 법적으로는 완전히 닫아버리기 때문에 수형자의 주체성을 부정하고 전적으로 사회방위를 위한 수단으로만 다루기 때문에 헌법 제12조에 의해서 보장되는 신체의 자유의 본질적 내용을 침해하고, 나아가서는 헌법 제10조 제1문 전단의 인간의 존엄성을 침해한다는 것이다.<sup>90)</sup> “절대적 종신형 역시 자연사할 때까지 수용자를 구금한다는 점에서 사형에 못지않은 형벌이고, 수형자와 공동체의 연대성을 영원히 단절시<sup>91)</sup>킨다. 수형성적이 좋더라도 형기가 달라지는 것이 아니기 때문에 수형자의 자존감을 붕괴시켜 버리는 등 정신적으로는 사형 이상의 고통을 주는 형벌일 수도 있다. 독일 연방헌법재판소는 종신형 자체는 합헌

86) 허일태, “사형의 대체형벌로서 절대적 종신형의 검토”, 형사정책 제12권 제2호, 2000, 228-230면 참조.

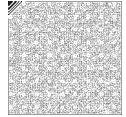
87) 가석방은 물론 사면법에 의한 사면, 감형도 할 수 없도록 하자는 주장도 제기되기도 한다.

88) 무엇보다도 허일태, 앞의 논문, 형사정책 제12권 제2호, 2000, 233-234면 참조.

89) 사형 존치 시에도 채택함으로써 법관에게 사형선고를 피할 수 있는 가능성을 넓혀주는 것이 바람직하다고 주장하고 있는 박상기, 사형제도의 개선방안에 관한 연구, 2006, 76면 참조.

90) 이승준, “사형폐지와 새로운 상대적 종신형의 채택”, 「연세대 법학연구」제17권 제3호, 2007,

91) 현재 2010. 2. 25. 2008헌가23, 판례집 22-1상, 36, 64.



이라고 보면서도 종신형을 선고받은 수형자에게 사면 이외에는 속죄를 다하고 다시 자유를 회복할 가능성이 남아 있지 않는 가석방 없는 종신형은 인간의 존엄성을 침해하는 위헌적 형벌이라고 판시하였다.<sup>92)</sup> 이 판결에 따라 독일은 30년 이상 절대적 종신형을 1981년 상대적 종신형으로 변경하였다(독일 형법 제57a조 참조).

절대적 종신형의 헌법적 문제점을 알고 있으면서도 절대적 종신형의 채택을 주장한다면, 그것은 무엇보다도 사형제 폐지에 부정적인 국민여론을 돌파하기 위한 전략적 고려 때문인 것으로 보인다. 즉 사형폐지를 위한 고육책, 과도기적 해법인 것이다. 일단 절대적 종신형으로 국민의 부정적 정서를 무마해 사형제를 폐지한 뒤 헌법재판소에 의해서 절대적 종신형이 위헌으로 선언되면 그것을 상대적 종신형으로 전환시키면 된다는 것이다.<sup>93)</sup>

그렇지만, 사형제에 대한 헌법재판소의 판례를 고려하면 절대적 종신형에 대한 위헌선언도 상당기간 기대하기 어려운 측면도 있다. 게다가 유럽평의회(Council of Europe) 회원국 중 아이슬란드, 리투아니아, 말타, 네덜란드, 우크라이나가 절대적 종신형을 채택하고 있기도 하다.<sup>94)</sup>

우리나라 국회의원들도 국민정서를 고려하여 가석방 없는 절대적 종신형을 사형의 대안으로 보는 것으로 추정된다. 제18대 국회에서 박선영 의원 등 39명의 국회의원이 2008년 9월,<sup>95)</sup> 제19대 국회에서 주성영 의원을 비롯한 10명의 국회의원이 사형을 가석방은 물론 사면법에 의한 사면, 감형 등을 할 수 없는 종신형으로 대체하는 법안을 제출한 바 있다.<sup>96)</sup> 한편, 제17대 국회에서 유인태 의원 등 175명의 국회의원이,<sup>97)</sup> 18대 국회에서는 김부겸 의원 등 53인의 국회의원이, 19대 국회에서는 유인태 의원 등 172명의 국회의원이<sup>98)</sup> 각각 가석방 없는 종신형으로 사형을 대체하는 법안을 제안하기도 하였다.<sup>99)</sup> 물론 이 법안들은 사형폐지 반대 여론을 의식해서인지 국회에서 제대로 심의도 받지 못

92) BVerfGE 45, 187, 192 ff.

93) 허일태, 앞의 논문, 형사정책 제12권 제2호, 2000, 228-230면 참조. 그에 대한 비판으로는 허완중, 앞의 논문, 「법학논총」 제38권 제1호, 2018, 159면

94) 표제어 “Lebenslange Freiheitsstrafe” ([https://de.wikipedia.org/wiki/Lebenslange\\_Freiheitsstrafe](https://de.wikipedia.org/wiki/Lebenslange_Freiheitsstrafe)) 참조.

95) [1800928] 사형폐지에 관한 특별법안(박선영의원등 39인), 2008-09-12.

96) [1809976] 사형폐지에 관한 특별법안(주성영의원등 10인), 2010-11-22.

97) [171129] 사형폐지에관한특별법안(유인태의원등 175인), 2004-12-09.

98) [1915958] 사형 폐지에 관한 특별법안(유인태의원 등 172인), 2015-07-06.

99) [1806259] 사형폐지에 관한 특별법안(김부겸의원등 53인), 2009-10-08.

한 채 모두 자동 폐기되고 말았다.

(3) 상대적 종신형

절대적 종신형의 위헌소지 때문에 사형을 대체할 수 있는 형벌로는 가석방이 허용되는 종신형이 법리적으로는 가장 이상적이라고 본다.

상술한 바 있는 2001년 정대철 의원 대표발의 사형폐지법안은 현행 형법상의 무기형을 사형 대체형벌로 제시하고, 다만 무기형 확정 후 15년 후에만 가석방을 할 수 있도록 하고 있다는 점에서 독일<sup>100)</sup> 등의 상대적 종신형에 비교적 근사한 모습을 지니고 있었다. 물론 가석방심사를 법원의 재판이 아닌 행정처분으로 할 수 있도록 하고 있다는 점에서 그리고 가석방 결정에 수형자의 행형성적만이 아니라 수형자가 종신형을 받게 된 근거가 된 범죄에 대한 책임의 정도, 일반예방적 관점에서의 수형자의 위험성 등을 필요적으로 고려하도록 하는 법규정이 없다는 점에서 독일형의 상대적 종신형과는 본질적인 차이가 있다.

상대적 종신형에서 가석방의 구체적 조건, 특히 가석방이 가능한 최소복역기간에 대해서는 여러 가지 제안이 대두하고 있다. 최소복역 기간을 20년으로 설정해야 한다거나,<sup>101)</sup>

100) 제57조a【무기자유형의 가석방】① 법원은 다음 각 호의 요건을 모두 충족하는 경우에 보호관찰을 조건으로 무기자유형의 잔형 집행을 유예한다.

- 1. 15년을 복역한 경우
- 2. 형의 선고를 받은 자에게 그 집행을 계속해야 할 특히 중대한 책임이 없는 경우
- 3. 제57조 제1항 제1문 제2호 및 제3호의 조건이 존재하는 경우 제57조 제1항 제2문 및 제6항은 동일하게 적용된다.

② 형의 선고를 받은 자가 그 범죄행위로 인하여 받은 각 자유박탈은 제1항 제1문 제1호의 집행된 형으로 본다.

③ 보호관찰기간은 5년으로 한다. 제56조a 제2항 제1문 및 제56조b 내지 제56조g, 제57조 제3항 제2문 및 제5항 제2문은 동일하게 적용된다.

④ 법원은 그 경과 이전에 형의 선고를 받은 자의 보호관찰부 가석방의 신청을 허용하지 아니하는 기간을 최장 2년으로 정할 수 있다.

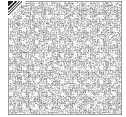
제57조【유기자유형의 가석방】① 법원은 다음 각호의 요건을 모두 충족하는 경우에 보호관찰을 조건으로 유기자유형의 잔형 집행을 유예한다.

- 1. 최소 2월 이상인 선고형의 3분의 2를 경과한 경우
- 2. 일반인의 안전을 고려하여 가석방을 하여도 문제가 없는 경우
- 3. 형의 선고를 받은 자가 동의한 경우

가석방을 결정함에 있어 형의 선고를 받은 자의 인격, 전력, 범죄상황, 재범 시 위협되는 법익의 무게, 행형태도, 생활태도 및 가석방을 통해 기대되는 효과 등을 고려하여야 한다.

(후략)

101) 박기석, “사형제도에 관한 연구”, 『형사정책연구』제47호, 2001, 22-23면; 박성철, 사형제도의 폐지와 대체형벌에 관한 소고: 종신형의 도입과 피해자의 의사, 『형사정책연구』제21권 제4호, 2010, 142면 이하; 윤영철, “사형제도에 대한 헌법재판소 결정(2010. 2. 25, 2008헌가23)의 문제점과 사형제도 폐지에 관한 소고”, 『중앙법학』제12집 제3호, 2010, 275면.



가중된 무기형이 상대적 중신형으로 타당하므로 최소복역 기간을 25년으로 해야 한다거나,<sup>102)</sup> 무기형에서는 20년이 지나야 가석방할 수 있고(형법 제72조 제1항) 유기형이 최고 30년인 점을 감안할 때 최소 30년의 복역기간이 지나야 가석방을 허용할 수 있도록 하는 것이 합당하다는<sup>103)</sup> 등의 견해가 그것이다.

사형제 폐지에 부정적인 국민의 정서, 피해자의 응보감정 등을 고려할 때 상대적 중신형이 국민으로부터 지지를 얻을 수 있으려면 가석방의 조건으로 피해자의 동의와 중신형 수형자가 복역기간 중 20년 이상을 교도작업에 참가하여 받은 작업상여금 중 상당금액을 피해자에게 지급할 것을 가석방의 조건으로 추가해야 한다는 이색적인 제안도 있다.<sup>104)</sup>

한편, 현행 사형대상범죄들은 각기 범죄의 행위태양, 책임의 정도나 사회적 비난가능성의 정도가 다르므로 사형대체형벌을 절대적 중신형과 상대적 중신형의 이원체계로 정비하자는 제안도 있다.<sup>105)</sup>

## 2. 헌법개정을 통한 사형제폐지?

독일처럼 헌법 차원에서 사형제 폐지를 선언할 수만 있다면, 사형제 폐지를 둘러싼 공방을 깔끔하게 끝낼 수 있을 것이다. 최근 개헌논의에서 사형제 폐지 주장이 힘을 얻고 있다. 2017년 2월 발족한 국회 개헌특별위원회 자문위원회는 제1안으로 개헌초안 제11조 제1항에는 생명권을, 같은 조 제2항에서는 사형 폐지를 명시하였다.<sup>106)</sup> 또한 비상계엄 선포 시 일정 범죄에 대해서 사형이 선고된 경우를 제외하고는 군사재판을 단심으로 할 수 있도록 한 현행 헌법 제110조 제4항은 오남용의 위험성을 이유로 삭제할 것을 권고하고 있다.<sup>107)</sup> 대통령이 2018년 3월 26일 발의한 헌법개정안은 생명권을 명시하면서도(개정안 제12조 참조) 사형제 폐지는 직접 언급하지 않았지만, 현행 헌법 제110조 제4항은 삭제됨으로써(개정안 제110조 참조) 개헌안이 통과될 경우 사형제 합헌론의 주요 논거 중의 하나가 사라지게 될 것이다.

102) 주호노, “사형제도의 폐지와 그 대안에 관한 소고”, 『경희법학』 제47권 제4호, 2012, 615면.

103) 허완중, 앞의 논문, 『법학논총』 제38권 제1호, 2018, 159면.

104) 박성철, 앞의 논문, 형사정책연구 제21권 제4호, 2010, 142면 이하.

105) 이덕인, “사형제도의 어제와 오늘, 그리고 미래 전망”, 『입법과 정책』 제7권 제2호, 2015, 272면.

106) 국회헌법개정특위 자문위원회 보고서, 2018, 54면 이하.

107) 국회헌법개정특위 자문위원회 보고서, 2018, 409면 이하 참조.

그러나 국회가 법률개정을 통해 사형을 폐지하지 못하고 있는 상황에서 정치권이 주요 정치세력 간의 합의가 선행되어야 하는 개헌의 방식으로 사형제 폐지를 이루어 낼 수 있을 것인지에 대해서는 낙관적인 전망을 하기는 어렵다.

## V. 결론

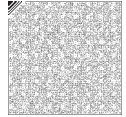
“법은 살인을 방지하는 데 존재가치가 있어야 하는데 오히려 법이 살인을 허락하고 있다. 어떻게 모든 가치의 최고인 생명을 빼앗을 권능을 국가에 양도했다고 할 수 있는가. 국가는 개개인의 욕망을 조용히 누그러뜨리는 조절자 역할을 해야 한다. 이러한 국가에서 사형과 같은 쓸모없는 잔혹성이 어떻게 뿌리내릴 수 있겠는가.”(체사레 베카리아, ‘범죄와 형벌’)

사형은 한국의 현실에서는 실제 적용되는 형벌이 아니라 극악무도한 범죄가 발생했을 때 법질서가 정의의 편이라는 것을 보여주어 대중의 분노를 삭혀줄 뿐인 상징적인 형벌로 변질되고 있다. 사형제 위헌논쟁은 그 상징을 실제로 집행되는 다른 최고형으로 교체하려는 시도일 뿐이다.

이처럼 극형의 상징으로 순화된 사형제의 기능은 종신형으로 대체가능하다. 사형이 확정된 수형자에 대한 사형을 사실상 영구히 집행하지 않음으로써 그로 하여금 내일의 희망도 없이 살아가도록 하는 것보다는 가석방의 희망을 품고 도덕적 개선을 위한 노력을 하도록 유도하는 것이 범죄인을 위해서만이 아니라 사회를 위해 보다 나은 길이라고 본다. 물론 국민을 설득하려면 범죄인의 사회복귀를 위해서 일반예방을 일방적으로 후퇴시키지 않는다는 것을 보증할 수 있도록 종신형을 설계하여야 할 것이다.

사형제 폐지를 위해서는 무엇보다도 논쟁이 아니라 사형제 폐지에 부정적인 대중을 설득력 있는 대안의 제시로 설득하는 한편, 결단을 내리고 돌파하는 용기가 필요하다고 본다.





Presentation  
3

# Review on death penalty in Korea and alternative punishment

**Chung Tae Ho** (Professor of Kyung Hee University)







## I. Problem Statement

The Republic of Korea holds a unique case of political prisoner who was sentenced to death. A political prisoner previously sentenced to death was later elected as the president, who later became a self-proclaimed “Human Rights President.” He then ordered to place moratoria on executions. He is Kim Dae-jung, the fifteenth President of the Republic of Korea. Through his dedicated advocacy against death penalty, the Republic of Korea today practices de facto abolition of death penalty despite its remaining as punishment in the criminal justice system.

Execution practices of hanging and firing squad were rampant before and right after the establishment of government in 1948, more so during the Korean War. At that time, the foundation for a constitutional state were yet to be built, and the executions were frequently practiced for the purposes of revenge, placatory tool to appease enraged public, or protective mechanism against the spread of communism. Prior to the 1987 democratization movement, it was found that more than one-third of death-row convict were political prisoners. Due to this history, the former President Kim Dae-jung became a symbol of frequent abuse of death sentence used as a political tool to remove political rival.

Despite the past experience, death penalty in Korean justice system is yet to be abolished. The National Assembly is yet to face up to the reality of past death penalty abuse, nor move towards abolition of death penalty and deliberation to limit the scope of crimes punishable by death penalty. Instead, whenever heinous crimes have provoked public outcry, the National Assembly only moves to appease the public by enacting special criminal law and amending statutory punishment, which in turn, expanded the scope of crimes punishable by death penalty.

Unlike Europe, Asia does not have mechanism based on international law

to enforce or give incentive to abolish death penalty. In fact, the neighboring countries are currently facing international criticism on this ground. China holds the highest record on the number of execution per annum, and Japan is yet to put execution on hold. Due to the present atmosphere in Asia, leveraging international law to overcome the negative public opinion on abolition of death penalty is not a realistic solution to the political authority at the moment. Perhaps, this is a part of the reason why advocacy struggle for constitutional interpretation holds greater expectation than political solution. Nonetheless, if one realizes that the Constitutional Court is facing difficulties on the ground of positive constitutional law, perhaps it would be a wiser choice to move the issue of death penalty back to the National Assembly.

The discussion on abolition of death penalty holds a long-standing history. Its arguments are all too familiar for all of us that narrating and summarizing pros and cons of death penalty are not necessary in this review.

This review takes a survey of death penalty in the Korean criminal justice system in Chapter II. The Chapter III covers the analysis on the Constitutional Court's ruling on constitutionality of death penalty, illustration of the difficulties of demonstrating positive constitutional law in support of abolishment of death penalty, and the weak argumentative link of the Court's ruling. The Chapter IV discusses alternative sanctions to death penalty and mitigatory tool for death penalty in both cases of abolition or maintenance of death penalty. The Chapter V closes the review with a short conclusion.

## **II. Survey of Death Penalty in Korean Justice System**

### **1. Constitutional regulation related to death penalty**

Unlike the article 102 of the German Constitution, the current Korean Constitution does not hold specific clause which clearly states abolition or



permission to implement death penalty.

However, a spotlight is given to an article which could be interpreted as an indirect agreement to death penalty. The article 110 (4) states that “military trials under an extraordinary martial law may not be appealed in case of crimes of soldiers and employees of the military; military espionage; and crimes as defined by law in regard to sentinels, sentry posts, supply of harmful foods and beverages, and prisoners of war, except in the case of a death sentence.” This clause has been used repeatedly as a constitutional basis for death penalty.

## 2. Regulations based on the legislation

### 1) Types of sanctions and death penalty prescribed in the Criminal Act

The types of sanctions availed by the article 41 of the Korean Criminal Act are prison sentence, imprisonment, disqualification, suspension of qualification, fine, penal detention, civil fine, forfeiture and death penalty. Prison sentence and imprisonment are further categorized by the duration of the sanction. Unlike life sentence or imprisonment, the determinate prison sentence and imprisonment are defined between more than one month and less than thirty years, and could be further prolonged up to fifty years as a recidivist punishment (article 42).

The Criminal Act only permits hanging as a means to implement death sentence (article 66), but the Military Criminal Act only permits death by firing squad (article 3).

### 2) Crimes punishable by death penalty and their characteristics

#### (1) Regulations

Crimes punishable by death penalty as statutory punishment are covered in the Criminal Act and more than 20 other legislations. They are : the Military

Criminal Act; the National Security Act; the Act on Anti-Terrorism for the Protection of Citizens; the Narcotics Control Act; the Act on Special Cases Concerning the Prevention of Illegal Trafficking in Narcotics, etc.; the Cultural Heritage Protection Act; the Act on Protection and Inspection of Buried Cultural Heritage; the Act on Special Measures for the Control of Public Health Crimes; the Act on the Punishment of Persons Engaged in Fraudulent Election ; the Act on Punishment for Damaging Ships and Sea Structures; the Act on Special Cases Concerning the Punishment, etc. of Sexual Crimes; the Act on the Protection of Children and Juveniles against Sexual Abuse; the Nuclear Energy Act; the Act on Measures for the Protection of Nuclear Facilities, etc. and Prevention of Radiation Disasters; the Radioactive Waste Management Act; the Internal Organs, etc. Transplant Act; the Act on the Establishment and Operation of Auxiliary Police Companies; the 'the Act on the Use and Transfer of Certain Conventional Weapons; Act on the Aggravated Punishment, etc. of Specific Crimes; the Punishment of Violences, Etc. Act.; the Act on Special Cases Concerning the Punishment of Specific Violent Crimes; the Korea Minting, Security Printing & ID Card Operating Corporation Act; the Aviation Act; Aviation Security Act; the Act on the Control of the Manufacture, Export and Import, etc. of Specific Chemicals and Chemical Agents for the Prohibition of Chemical and Biological Weapons; the Act on Punishment, etc. of Crimes under Jurisdiction of the International Criminal Court.

The death penalty statutes reached a total of 149, out of which, absolute death penalty statutes are 16.

## (2) Characteristics of crimes punishable by death penalty and related issues

As death penalty deprives the life of criminal, it is centered on the idea of retribution. The penalty should be imposed on crimes that deprived life of others; however, the current death penalty statutes cover a greater scope of crimes which do not intentionally deprive life of others.



Moreover, most of the death penalty statutes cover attempted crime under its punishment clause. Few statutes even includes preparatory stage and conspiracy of crime as acts that could be sentenced to death.

A number of special criminal acts that imposes heavier sanction than the Criminal Act exists, which are : the Act on the Aggravated Punishment, etc. of Specific Crimes; the Punishment of Violences, etc. Act.; and the Act on Special Cases Concerning the Punishment of Specific Violent Crimes.

A great number of death penalty statutes also impose death penalty to graver crimes which did not intentionally deprived life of others.

On the other hand, the Military Criminal Act holds a great number of clause that states capital punishment as statutory penalty in times of war and peace. Justifying the gravity of penalty on the ground of preservation of military discipline, these clauses are based on the principle of liability and are under scrutiny for their constitutionality. One of which, the crime of murdering higher officer, was ruled as unconstitutional in the past,

The National Security Act and a number of other legislations that are related to security of state permits death penalty to public safety offenses which do not entail homicide. However, even with the consideration to the state of Korean peninsula, divided into North and South, and the recent experience of war, one of statutory death penalties has been ruled as unconstitutional on the ground that the value of national security cannot withhold a life when the gravity of illegality and liability of an act does not respond to death sentence.

### (3) Limitation to sentence of death penalty

The act of a person under fourteen years of age is not to be punished (article 9, Criminal Act). The age of minor is to be determined by the time when the act was committed. The act of a person who, because of mental disorder, is unable

to make discriminations or to control one's will, is also not be punished (article 10, CA). These condition are also to be applied to cases where statutory death penalty was predetermined.

The Korean Criminal Act acknowledges the gravity of legal effect held by death penalty, and in turn, systematized the process of sentencing of death penalty in order to promote serious discretion in announcement.

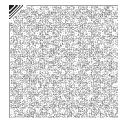
Firstly, a juvenile who was under 19 years old (article 2, Juvenile Act) when the crime was committed cannot be sentenced to death (article 59, JA). A Death penalty or life sentence to a juvenile who was more than 14 years old but less than 19 years old shall be reduced to 15 years of imprisonment.

Secondly, if no defense counsel is available and the criminal defendant is indicated for a case punishable with death penalty, the court shall appoint a defense counsel ex officio, and the court may not sit without defense counsel unless when only a judgement is pronounced (article 282, article 33 (1), Criminal Procedure Act). These limitation is not applied to military criminal court.

Thirdly, no trial cannot be appealed in case of a death sentence even in the case of extraordinary martial law (article 110 (4), Constitution).

Fourthly, the criminal defendant or a prosecutor cannot waive or withdraw an appeal where he/she is pronounced with death penalty (article 349, CPA and article 406, Military Court Act).

Fifthly, regarding those cases for which death penalty has been declared, a final appeal may be lodged against a judgment of the lower court, for the ground that the judgement attached was affected by erroneous determination of facts or the punishment is extremely inappropriate(article 383 (4), CPA and article 422 (7), MCA).



### 3. Declaration of death penalty and its execution

#### 1) Supreme Court cases related to criteria of death sentence

The Supreme Court, as the highest regular court, has ruled that death penalty system is not unconstitutional in 1963 and still maintains the position. However, the Supreme Court also clearly defined that the death penalty is the last resort for punishment that the death sentence is only permitted when sentencing of capital punishment is inevitable for a crime. According to the prejudication, “the death penalty is a harsh punishment that deprives a life which is the source of human existence. Thus, it should only be sentenced when retaining life is unavoidable for punishment. A various matters- such as the motive, appearance and nature of crime, the means of murder, the persistence of criminal method, the brutality and severity of crime, the number of victims, the level of emotional distress inflicted, the age and previous criminal record of perpetrator, the circumstance after crime, the perpetrator’s surrounding environment and level of education- should be considered. Choosing death penalty is only permissible when the liability for a crime is extremely severe, and the equivalence of crime and the preventive cause makes the sentencing of capital punishment inevitable.”

#### 2) Current state of judgement on death penalty

After 1987 democratization movement, the number of criminal sentenced to death has been continuously decreasing in Korea. The decreasing trend is especially conspicuous for the statistics of first trial. Starting from 2002, the number of case sentenced to death remained under 10 cases, and the number further dropped to 5 cases from 2011. Lately, there has been a year without declaration of death penalty if military trial result are not to be counted. It should also be noted that death penalty has not been sentenced to the crime against public safety or violation National Security Act since the democratization movement.

Even with the notable decrease in the number of declared death penalty, the number of life sentence has not increased. The legislators are increasingly moving towards a severe punishment policy by increasing the ceiling for years of imprisonment and enacting special criminal law to raise penalty. On the other hand, the Court, as illustrated by the statistics of trial result, is increasingly taking more discretion for capital punishment. It is possible to analyze the judges' increasingly passive attitude for death penalty as the effects of the reality where a greater number of opinions are noting the ill effects of death penalty system and its unconstitutionality.

The Number of Criminals Sentenced to Death  
in First Criminal Trial Cases as per Offense Type

Crime Year	Total	Arson	Homicide	Theft/ Robbery	Violation of National Security Act	Violation of Act on Special Cases Concerning Sexual Crimes and Protection of Victims	Violation of Act on Aggravated Punishment, etc. of Specific Crimes	Other
1991	35	-	22	7	-	-	6	-
1992	24	-	17	3	-	-	4	-
1993	21	-	13	6	-	-	2	-
1994	35	-	20	14	-	-	1	-
1995	19	-	17	1	-	-	1	-
1996	23	-	7	15	-	1	-	-
1997	10	-	7	2	-	1	-	-
1998	14	-	6	8	-	-	-	-
1999	20	-	12	5	-	-	3	-
2000	20	1	11	8	-	-	-	-
2001	12	-	11	-	-	-	1	-
2002	7	-	3	3	-	1	-	-
2003	5	-	4	1	-	-	-	-





2004	8	-	7	-	-	1	-	-
2005	6	-	2	3	-	1	-	-

**The Number of Criminals Sentenced for Life  
in First Criminal Trial Cases as per Offense Type**

Crime Year	Total	Arson	Homicide	Injury/ Assault	Sexual Assault/ Molestation	Theft/ Robbery	Violation of National Security Act	Violation of Act on Special Cases Concerning Sexual Crimes and Protection of Victims	Violation of Act on Aggravated Punishment, etc. of Specific Crimes	Violation of Punishment of Violences, Etc. Act.	Other
2007	96	2	24	-	4	30	-	26	2	1	7
2008	58	1	20	1	2	17	-	6	-	2	9
2009	70	-	17	-	5	24	-	12	3	2	7
2010	70	1	27	-	-	28	-	4	-	1	9
2011	32	-	9	-	1	15	-	2	-	-	5
2012	23	-	6	-	1	8	-	2	-	-	6
2013	27	-	9	-	1	3	-	1	2	2	9
2014	31	1	12	-	-	9	-	-	1	1	7
2015	42	2	18	2	-	4	-	1	1	-	14
2016	43	1	20	-	-	13	-	-	-	-	9

2) State of death penalty execution and its suspension after the establishment of the Korean Government

According to the record submitted by the Department of Justice to the National Assembly, the cases of death penalty executed after the establishment of the Government were 923. However, the 1990 Annual Report of the Ministry of Justice records that the number of cases executed between 1950 and 1989 was 1,221. If 89 cases that occurred between 1990 and 1997 are added, the number of cases after 1950 reached a total of 1,310. Nonetheless, the statistics of the Annual Report do not offer the full picture as the data on the number of death penalty

executed through the Military Court is missing from its record.

On the other hand, another statistical data that seems to record the number of criminals sentenced to death in civil and military court during 1945-1997 showed a greater number even after excluding the death penalty cases sentenced during the American Military Administration (732 cases).

The ratio of public safety offender out of the death penalty sentenced during the American Military Administration cannot be determined, but the majority of them were known as political prisoner who were subjected to the Military Court. The following administrations showed decreasing trend in the number of executed public safety offender (Rhee Syngman administration 67.1%, Park Chung-hee administration 34.0%, Chung Doo-hwan administration 15.7%, Roh Tae-woo and following administration had 0 case). However, the trend also illustrates the level of death penalty system abuse for the removal of political rivals on the ground of national security.

The Number of Executed Person in the Republic of Korea in 1945-1997

Year	Administration	Number of Executed Person	Annual Statistics		
			Per 100 mil. population*	Execution Ratio	Ratio of Public Safety Offender
1945-1948	American Military Government	732	244	13	N/A
1948-1961	Rhee Syngman	1,105	81.9	3.5	67.1
1962-1969	Park Chung-hee	136	17	0.6	34
1970-1979		189	18.9	0.5	29.6
1980-1987	Chun Doo-hwan	70	8.8	0.2	15.7



1988-1992	Roh Tae-woo	39	7.8	0.2	0
1993-1997	Kim Young-sam	57	11.4	0.3	0
Total		2,328			

\* The annual ratio of execution per ten thousands is based on the number of population at the mid-point of respective year.

After the moratoria on execution in 1998, the none-practice of death penalty has continued, which in turn, classified the death penalty in Korea as de facto abolished. There was no official government announcement of moratoria, but the trend of none-practice is expected to continue in the future.

Sphere headed by the former UN Secretary General Ban Ki-moon, the 2007 (Dec.) General Assembly has adopted the resolution of global moratorium for the abolition of death penalty (A/RES/62/149). The Universal Periodic Review followed by the resolution has reinforced its monitoring mechanism, and Korea has been subjected to its monitoring since 2008.

During negotiation on membership to the European Convention on Extradition on September 2008, the Korean government has made a commitment to the Council of Europe that it will declare non-appliance to death penalty as its condition to membership. As the Convention has come into effect, resuming execution in Korea has become much more difficult.

#### 4. Public opinion on death penalty system

According to the 2017 survey on the abolishment of death penalty system, about 80% of the population is against the abolishment. The supporting reasons for opposition were 'death penalty for heinous criminal is suited for realization of justice' (58.3% (plural response)), 'death penalty is a due treatment' (42.7%),

'death penalty is an effective mechanism to suppress heinous crime' (40.4%) and others. On the other hand, opinion that agreed the abolishment of death penalty was 20.6%, with supporting reasons that 'the right to life is a fundamental right that cannot be deprived' (51.9%), and 'possibility of erroneous judgement' (50.5%). In case of the possible scenario where death penalty system is abolished, 77.2% of the survey respondents answered that the alternative sanction should be 'life imprisonment without possibility of parole'.

According to the 2015 research on Korean people's legal consciousness conducted by the Korea Legislation Research Institute, only 34.2% of the respondents agreed on the abolishment of death penalty while 65.2% were against it. The result of the same research conducted in 2008 showed 30.4% of the respondents agreed on the abolishment of death penalty.

The rate of opinions agreeing on the abolishment of death penalty differs due to the different research methodology used and research period, but the presence of high percentage of public opinion which disagrees with the abolishment is a fact that cannot be denied.

Despite the present trend in public opinion, A joint meeting of religious, human rights and civil organizations- composed of 15 organizations including the Korea Office of Amnesty International, the MINBYUN-Lawyers for a Democratic Society, and the Catholic Human Rights Committee- is leading the advocacy for the abolishment of death penalty.

##### 5. National Assembly's attempt to abolish death penalty

Since the first issuance of a bill to replace death penalty by life imprisonment in 7 December 1999 (bill sponsored by Yoo Jay-Kun and 89 members of the National Assembly) until the 19th Session of the National Assembly, total of 7 bills were submitted, but was not able to get proper deliberation before their automated



disposal due to negative public opinion.

#### The State of Submitted Bills on Abolishment of Death Penalty

Bill No.	Title of Bill	Bill Sponsor	Proposed Date	Deliberation Date	Deliberation Result
1915958	Special bill on abolishment of death penalty (Yoo Ihn Tae and 171 NA members)	Member of NA	7/6/2015	5/29/2016	Expired
1809976	Special bill on abolishment of death penalty (Joo Sung Young and 9 NA members)	"	11/22/2010	5/29/2016	"
1806259	Special bill on abolishment of death penalty (Kim Boo Kyum and 52 NA members)	"	10/8/2009	5/29/2012	"
1800928	Special bill on abolishment of death penalty (Park Sun-young and 38 NA members)	"	9/12/2008	5/29/2012	"
171129	Special bill on abolishment of death penalty (Yoo Ihn Tae and 174 NA members)	"	12/9/2004	5/29/2008	"
161085	Special bill on abolishment of death penalty (Chyung Dai-chul and 91 NA members)	"	10/30/2001	5/29/2004	"
152463	Special bill on abolishment of death penalty (Yoo Jay-Kun and 89 NA members)	"	12/7/1999	5/29/2000	"

#### 6. Recommendation to abolish death penalty by the National Human Rights Commission of Korea

On 6 April 2005, the plenary committee of the National Human Rights Commission of Korea (NHRCK) has expressed its position that “the death penalty is a violation of the right to life, and should be abolished.” On the issue of the alternative sanction, the NHRCK further delivered the majority position,

agreed by 8 out of 9 Commissioners, that the National Assembly should decide on the choice between the life imprisonment without option of parole and the imprisonment for life with mandatory sentence during which parole cannot be considered, and the choice to abolish death penalty but maintain in special circumstance such as times of war.

### **III. Overview of controversy on the unconstitutionality of death penalty system**

In 1996, the Constitutional Court has delivered on a constitutional complaint on the article 250 of Criminal Act which defines death penalty as a statutory penalty for homicide. The court ruled in a 7-2 decision that the article is constitutional. In 2010, the article 41 (1) of Criminal Act, which defines death penalty as one of the punishment, also went under constitutionality review by the court, and was ruled as constitutional in a 5-4 decision. Considering that the Korean Constitution dictates 6 out of 9 Constitutional Judges' ruling in order to announce unconstitutionality (article 113 (1)), this prejudication is an encouraging sign to the advocates of death penalty abolition despite 2 votes that were unavailable for the declaration of unconstitutionality. The prejudication has given a hope that death penalty abolition may be able to be carried out through constitutional review.

Even though the article 41 (1) of Criminal Act was declared as constitutional, it does not mean all other statutory penalty that prescribes death penalty have been ruled as constitutional. The constitutionality of these statutory penalties should be individually examined under one of the principles of constitutionalism, principle of liability. The ruling of the Constitutional Court on the article 41 (1) of Criminal Act should only be noted as an affirmation that the present constitution does not prohibit death penalty to all conditions.

The ruling on article 41 (1) of Criminal Act covers major argument of views which agree or disagree on constitutional violation of death penalty. In this



regards, this review shall examine the second ruling of the Constitutional Court in order to summarize different views of the debate on death penalty in Korea.

### 1. Whether Korean Constitution indirectly affirms death penalty

As narrated in previous section, the current Korean Constitution did not affirm or prohibit death penalty in clear statement. However, a clause, article 110 (4), that may be interpreted as indirect affirmation of death penalty exists.

According to the current Korean Constitution, the President may proclaim martial law under the conditions as prescribed by law when it is required to cope with a military necessity or to maintain the public safety and order by mobilization of the military forces in time of war, armed conflict or similar national emergency (article 77 (1)); and when under extraordinary martial law, special measures may be taken with respect to the Judiciary under the conditions as prescribed by the law (article 77 (3)); and military trials under an extraordinary martial law may not be appealed in case of crimes of soldiers and employees of the military; military espionage; and crimes as defined by the law in regard to sentinels, sentry posts, supply of harmful foods and beverages, and prisoners of war, except in the case of a death sentence (article 110 (4)). The article 110 (4) of Constitution was adopted from the Fifth Amendment (1962) in order to incorporate effective measures to counter special crimes under urgent and special situation like martial law. However, with the 1987 Amendment, the current Constitution has acknowledged the gravity of human rights abuse through death penalty and the irreversibility of the death sentence in the case of erroneous judgement, thus, the condition ‘except in the case of a death sentence’ even in the times of martial law was inserted in the clause.

#### 1) View point: death penalty as constitutional

The Constitutional Court interprets the article 110 (4) as the indirect

recognition of death penalty by the Constitution. In other words, the article was formulated under the legal reasoning that “the legislation defines death penalty as a statutory penalty, and the application of statutory penalty is sentencing of death penalty, thus, the case of death penalty can be appealed to military court even during the martial law guaranteeing proper judicial process.” Of course, the Constitutional Court cannot declare the article 41 (1) of Criminal Act as constitutional only on the grounds on the article 110 (4) of Constitution. In this regards, the court also examined the constitutionality of the death penalty with consideration to the deprivation of right to life.

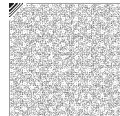
The former Chief Justice Lee Kang-Kuk offered supplementary opinion that bestowed active significance to the article 110 (4). He stated that interpretation should be made unificatively and harmoniously with considerations to the article 10 of Constitution which elucidate the dignity and value of human being, the right to life, and the article 111 (4) of Constitution, as “the current Constitution does not clearly state the permission to use death penalty, but the death penalty cannot be perceived as unconstitutional based on the article 110 (4) which has affirmed the situation of sentencing death penalty under martial law by guaranteeing right to appeal.” According to the former Chief Justice, the death penalty system is not unconstitutional based on the article 110 (4), but individual death sentence which went against the principle of excess prohibition could be ruled as unconstitutional.

## 2) View point: death penalty as unconstitutional

The Constitutional Justices whose voted against the said ruling did not consider the article 110 (4) as the basis for constitutionality of death penalty.

On the contrary, the context and background behind the adoption of article 110 (4) would interpret that the article was adopted to suppress the declaration of death penalty in order to protect human rights despite its presence as statutory





penalty, and that it cannot be considered as the ground for constitutionality. If the article is seen as the ground for death penalty's constitutionality, then it unjustifiably reduce the highest value of the Constitution which is stated in the article 10, the preservation of human dignity.

On the other hand, there is a perspective that dictates the interpretation of the article 110 (4) as only giving permission to death penalty in case of special circumstance, military trial under martial law. However, this type of interpretation is weak in its persuasion as the argument places limitation on the process and circumstance where death penalty could be declared.

### 3) Assessment

The article 110 (4) could not be seen as an active ground for the constitutionality of death penalty. The article was formulated as a supplementary means to mitigate the danger of abusive declaration of death penalty through military court during martial law, and to encourage cautionary practice through procedural countermeasure. The article itself does not contain positive spirit towards death penalty system. The first clause of the Fifth Amendment to U. S. Federal Constitution states that "no person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime unless on a presentment or indictment of a Grand Jury." The U. S. Supreme Court has not used the first clause's reference to capital punishment expediently. It has not ruled the constitutionality of death penalty on the ground that the first clause is not violating the eighth clause, which prohibits cruel and unusual punishment, and fourteenth clause, which prohibits deprivation of life, liberty or property without due process of law. This background is the probable reason for the Constitutional Court's review to provide supplementary opinion despite the Court's reasoning on the article 110 (4).

## 2. Whether the death penalty system violates human dignity

The article 10 of the Korean Constitution states that “all citizens shall be assured of human worth and dignity and have the right to pursue happiness.” For those who views the death penalty system as unconstitutional, the first clause of the article 10 is provided as constitutional legal basis.

### 1) View point: death penalty as constitutional

The Constitutional Court ruled that the clause on human dignity and value is the core principle of the Constitutional spirit, thus, the State should guarantee the rights stated in the Constitution and other rights on liberty through which the dignity and value of people could be realized. However, the Court’s ruling further expounded that “the death penalty system cannot be declared unconstitutional on the ground that its nature of depriving criminal’s life is the violation of the article 10,” and that “the death penalty is not used as a method to realize public good by depriving a life of innocent, but it is imposed on atrocious criminal who has ignored the cautionary function of sanctions based on the severity and liability of crime, thus, the resulting death sentence is seen as a result of a choice made by criminal who committed atrocious crime.” Thus, the court views that the death penalty could not be considered as unconstitutional because the system of punishment is treating criminal as an individual unit in its defense for public good.

Additionally, the death penalty system cannot be considered unconstitutional on the ground that it provokes guilt among judges, who pronounce capital punishment, and prison officers, who implement it.

### 2) View point: death penalty as unconstitutional

On the other note, the view on unconstitutionality of death penalty perceives



human dignity as a higher constitutional value that is set before the need to punish atrocious criminals. Moreover, it argues that the death penalty in criminal judicial system sees criminals as non-reformable individuals whose removal is seen as a mean to preserve public safety, which violates criminal's dignity as human being. The view further expounds that the death penalty as punishment is a threat to the identity of people who need to implement its execution, and therefore, it also violates the implementer's human dignity.

### 3) Assessment

Both views both agree that the human dignity clause, article 10 of Constitution, defines the types and degrees of punishment, but disagree on the legal effect and the essence of punishment.

Serious leap of logic was also observed in the arguments of the Constitutional Court. The Court saw that tension exist between the article 110 (4), which recognizes death penalty, and the human dignity clause of article 10, and thus, did not formally move to make interpretation in order to partly regress the value of former. The Court even recognized the argument that the death penalty violates human dignity. In that case, the Court should have specified on how the death penalty is not only viewing the criminal as a mean to preserve public safety. The Categorical Imperative which provided argumentative ground that the human should be treated as an end rather than a mean, was proposed by Kant who was also an avid supporter of death penalty. Moreover, the concept of human dignity holds a profound history of philosophy which resulted in a number of related theories. Due to this background, based on the theories one accepts, resulting end will be various opinions on the relation between death penalty system and human dignity. However, without understanding this, the Constitutional Court only stated that criminals are not being treated as preventative means as long as death penalty is only used to atrocious criminals who did not respond to warning mechanism of penalty, and therefore, there is

no violation of human dignity.

The above decision of Constitutional Court reminds the decision of U. S. Supreme Court where it announced that the death penalty does not violate the article 8 of Federal Constitution, which prohibits cruel and unusual punishment. The U. S. Supreme Court interpreted the article 8 in a way that excessive punishment, which goes against the dignity of man by inflicting unnecessary and wanton pain, or punishment that is grossly out of proportion to the severity of the crime, is prohibited. At the same time, the court interpreted that the death penalty system does not qualify under excessive punishment, in which the Korean Constitutional Court came into similar decision.

### 3. Whether death penalty violates right to life

In the Korean Constitution, there is no clearly statement which guarantees the right to life. However, the Constitutional Court has been building on prejudication based on the following legal reasoning. “The life of man is precious, a source of human existence that cannot be traded. Although the right to life is not stipulated in the Constitution, it is a transcendental and natural right based on man’s survival instinct and purpose of existence, thus, considered as precondition to all basic rights prescribed by the Constitution.” Despite the Court’s statement that emphasize the right to life as basic right, it does not elaborate which article of the Constitution function as a ground as a positive Constitutional law. The current theory explores a ground of positive Constitutional law through one or combination of two or three articles, which are : article 10 on right to life; article 12 on personal liberty; article 37 (1) on other rights and protection of rights. There is no dispute that the right to life is one of the basic rights guaranteed by the Constitution.

On the other hand, the article 37 (2) of Korean Constitution states that “the freedoms and rights of citizens may be restricted by law only when necessary for



national security, the maintenance of law and order or for public welfare. Even when such restriction is imposed, no essential aspect of the freedom or right shall be violated,” which in turn, provides condition and limitation to the restriction of rights. Whether the death penalty system violates the principles of protection and excessive restriction is a main point of the current debate.

1) Whether death penalty violates essential aspect of the freedom or rights as guaranteed by the article 37 (2) of Constitution

(1) View point: death penalty as constitutional

The Constitutional Court does not view that the death penalty violates essential aspect of the freedom or right. In other words, the court views that “the right to life is one of basic rights that could be restricted under justifiable special circumstance in accordance with the Constitution. Given the special circumstance where restriction on right to life occurs, the deprivation of life cannot be directly translated to restriction of essential right if the deprivation occurred under justifiable circumstance. In short, death penalty is justified only when it is executed in order to protect equivalent life or public good in accordance with the proportionality of death penalty.”

The Constitutional Court does not further elaborate on the essential aspect of right that need to be protected from restriction (whether it is objective basic right or subjective individual right), and the degree of protection from restriction (whether it is absolute protection to the core basic right, or proportional protection in specific situation). Regardless, if one reflects back on the legal reasoning used above, the Constitutional Court seems to take on the proportional protection instead of absolute protection. This presumed position perceives the essential aspect of basic right is defined based on the interest and value measured through sentencing, and that the essential aspect could be understood extensively or narrowly depending on case at the time.

Some view takes position that the death penalty is unconstitutional and the essential aspect of basic right should be protected absolutely, but the essential aspect protection clause does not apply to the restriction on right to life due to the special normative circumstance of right to life. In other words, “there is no area between life and death. As life disappears at point which it is restricted, restricting life means depriving life. Therefore, the composition of right to life is simple in a way. It is composed as single-layered structure, composed by the essential aspect and the other; therefore, restriction on the right to life is always equivalent to the restriction on essential aspect of right.” Despite this reasoning, the article 37 (2) states that all freedom and rights of citizens may be restricted by law. In order to resolve this type of normative conflict, “the article 37 (2) should be interpreted as holding multi-level structure. The structure should be viewed as a regulation on general restriction on right, which is composed by the essential aspect and the other aspect, and that this regulation is not applicable to the right to life which in whole cannot separate its essential aspect from the other.”

(2) View point: death penalty as unconstitutional

The three Constitutional Justices who supported the unconstitutionality have pointed out that death penalty violates the right to life. However, even their review does not cover the degree of protection that needs to be given to the essential aspect of the right. A relatively detailed demonstration is the legal instruction found in the review of Constitutional Justice Kim Hee-Ok. It stated that “the restriction on right to life mean deprivation on life, and whether that in itself violates the essential aspect of right to life should be considered in line with the conflict between the right to life and the other’s right to life or equivalently important public good, and whether the conflict between the rights or public good leading to legal assessment on life was unavoidable due to its urgency and inevitability. Even so, as the death penalty is imposed on criminal who is arrested after some time from the point a crime has been committed, one cannot view that the circumstance requires legal assessment on life based on an urgent intimidation possessed by grave crime in regards to the right or public



good, because their rights have been already violated. In this case, death penalty, which allows the State to make legal assessment on the life of man to deprive life, violates the essential aspect of right, and in turn violates the article 37 (2).”

The demonstration conducted on essential aspect of right in above legal instruction seem to be based on de facto principle of proportionality. It is probably because of the unique characteristic of right to life, the concurrence of the protection and the essential aspect of right to life. The opinion of Constitutional Justice seems to be founded on the reasoning that the restriction of life by the State, deprivation of life, can only occur when protecting all right to life deemed impossible when the rights to life are conflicting with each other to the extent that one’s right need to be given up. Under this condition, an act of choosing a right to life among all conflicting right to life, that cannot be fully protected, is the restriction on right to life. This is not seen as a violation to right to life, because the above conflicting situation does not cover the premise which restriction on right to life could not occur.

## 2) Whether death penalty is excessive restriction on the right to life

### (1) Legitimacy of purpose : nature of punishment

#### ① View point: death penalty as constitutional

The Constitutional Court assessed that “the purpose of legislation on death penalty is legitimate, as the death penalty was defined as a type of punishment to work as a psychological intimidation to prevent crimes; to work as justifiable retribution to heinous crime and realize justice; and to work as defensive mechanism to protect society by permanently blocking off repetition of crime by same criminal.”

#### ② View point: death penalty as unconstitutional

On the other hand, the Constitutional Justice Kim Jong-Dae, whose decision

agreed on the unconstitutionality of death penalty, disagreed on the legitimacy of death penalty's legislative purpose. He stated that "the State's action to deprive a life of criminal when protecting a life of victim has become impossible could only be functioned as retribution and reproach on crime. Deprivation of life by the State solely as a retribution is not justifiable."

③ Assessment

Death penalty cannot function as special proactive preventive mechanism. It cannot reform, improve criminal and carry out rehabilitation to the society. Regardless of this fact, the Constitutional Court views that the purpose of death penalty does not collide with the Constitution. Based on this perspective, the Constitutional Court is declaring that the core value of punishment is retribution and defense of society rather than possible reform and repentance of criminal, and that punishment which regards criminal as a prevention tool is not conflicting with any Constitutional values. This is perhaps an inevitable conclusion on the part of the Constitutional Court views that the Constitution is indirectly acknowledging death penalty.

As compared to above, the Federal Constitutional Court of Germany assessed that the criminal's responsibility fulfillment, general prevention, rehabilitation to the society (proactive special preventive measure), repentance on crime committed, and retribution are all suitable function of punishment in its review on the constitutionality complaint on a case of life sentence. The court has taken connectionism (Vereinigungstheorie) position, and ruled that life sentence does not violate human dignity only when it holds a possibility for rehabilitation to the society.

(2) Suitability of means : existence of death penalty's general preventive function

① View point: death penalty as constitutional





The Constitutional Court acknowledges legitimacy of the purpose of death penalty, without the reformative function, as it prevents general crime based on fear and realizes justice through retribution.

② View point: death penalty as unconstitutional

The view that supports unconstitutionality of death penalty states that “if the State consider that the restriction of citizen’s basic right through law is more important than the preservation of dignity and value of man and the right to life as prescribed in the Constitution, then the means of restriction is only justifiable when it is clear that the mean fulfill the purpose of law. However, general crime prevention function of the death penalty system is yet to be indisputably proven, nor the special proactive preventive function is innately exclusive to the death penalty system.” Thus, the view repudiates the legality of means argued for death penalty.

Using a number of approach, this view demonstrated the non-effectiveness of death penalty for general crime prevention. Even without execution since 1998, it is hard to say that today’s Korean society and individuals are threatened with greater risk of crime. The Korean society has been proven its stability as compared to the past where executions were implemented. It is also difficult to prove that the death penalty system is currently suppressing serious criminal offense, nor that the number of serious criminal offense decreased after the abolition of death penalty. Moreover, with the long-term moratoria placed on death penalty execution, the effect of death penalty has been nullified, so it could not be used as an evidence of its function.

At times, the death penalty system does not fully fulfill the role of retribution. Increasing number of Korean scholars are moving on to take skeptic view of the preventative effect of death penalty.

(3) Minimal infringement : crime prevention effect of alternative sanctions to

## death penalty

### ① View point: death penalty as constitutional

The Constitutional Court perceives that death penalty fulfilled minimal infringement condition based on its view that death penalty is superior to life-sentence based on the following ground : proactive and passive crime prevention effect; retribution on illegal activities; and fulfillment of liability by criminal. In other words, based on the level of infringement of benefit and protection of the law, death penalty is much graver punishment than the life imprisonment or life-sentence without possibility of parole. Considering the man's survival instinct and fear for life, death penalty would possess greater influence on the suppression of crime than life-sentence. For the case of atrocious crime, the declaration of life-sentence does not sufficiently fulfill the liability of criminal nor reach the citizen and family of victim's expectation of justice. Death penalty does not conflict with the principle of minimal infringement, because it is difficult to say that there are other punishments, of which, infringement of protection and benefit of law is clearly less than death penalty, while life-sentence fulfills about same level of the purpose of legislation.

The death penalty's irreversibility is seen as the innate limitation of justice system rather than the problem of death penalty as punishment, and such limitation should be improved by building institutional mechanism such as retrial. Death penalty as punishment cannot be considered as unconstitutional due to the possibility of erroneous judgement.

### ② View point: death penalty as unconstitutional

The opposition argues that the death penalty as a punishment can be replaced by life-sentence without possibility of parole, which can supplement the death penalty's weak point, therefore, violates the principle of minimal infringement.



#### (4) Balance of legal interests (proportionality of interest)

##### ① View point: death penalty as constitutional

The Constitutional Court is of the opinion that the degree of public interest preserved through implementation of death penalty which prevents crime, and in turn, protects important public interest and realize justice through retribution of heinous crime, could not be valued no less than criminal's right to life as private interest. Thereby, the death penalty system does not violate the principle of balance of legal interest.

##### ② View point: death penalty as unconstitutional

The opposition argues that the principle of balance of legal interest is violated through death penalty. While the infringed private interest is individual's life or liberty, which is an absolute deprivation of basic and fundamental right of individual, while the fulfillment of public interest is not clear whether it reached its goal of defending public safety and preventing crime.

#### (5) Final Assessment

When assessing the requirements of principle of proportion- suitability, minimal infringement, and balance of legal interest, the Constitutional Court gave priority of assessment to the legislator in examining the validity of claim, predictability, and degree of punishment based on conflicting legal interest. On the other hand, the view on unconstitutionality of death penalty recognizes the importance of right to life and the gravity of its restriction, and in turn, practically denies the priority given to the Legislative. With the pretext that man's life should not be subjected to uncertain policy experiments, the view places the responsibility of proving that death penalty is fulfilling the principle of proportion on the shoulders of the Legislative.

On the contrary, the Constitutional Court has considered the indirect

affirmation of death penalty in justice system by the Constitution and the current atmosphere where majority of citizens disagrees with abolition of death penalty. In this regards, unless the death penalty's violation of minimal infringement principle is evident, the Court seem to have assessed the agenda on a pretext that the abolition of death penalty should be a political decision made by the hands of Legislative, which works as the representative of citizens. The Constitutional Court's established prejudication views that the issue of allocating types of punishment to specific crimes, statutory punishment, is a legislative decision that should be made by the Legislative after comprehensively review a number of factors- the nature of crime, characteristics of benefit and protection of law, country's history and culture, the context during the lawmaking, public value and law's emotion, state of crime, criminal policy for prevention and others.

However, the Constitutional Court brought down the credential of its legal reasoning by not specifying the reason behind the lowering of the constitutionality review standard in its written decision, just as the U. S. Supreme Court did not specify in similar case. The U. S. Supreme Court is avoiding being at the end stick of final decision making on standards of criminal liability, which is evident in its statement, "in democratic society, the legislative, not judiciary, is organized to respond to citizen's will and moral values."

#### **IV. Theory of legislation on abolition and reduced application scope of death penalty**

Regardless of the legal persuasiveness of view on unconstitutionality, abolition of death penalty or amendment of Criminal Act to minimize its scope could only be conducted by legislators unless death penalty is declared unconstitutional. In case where death penalty is maintained in justice system, building procedural resolution to prevent abuse of capital punishment and waste of life due to erroneous judgement is absolutely necessary.



The Constitutional Court, which affirmed that the death penalty does not violate the Constitution, promotes extra caution for the pronouncement of death penalty as “death penalty is a capital punishment which deprives life of a person, and that all legislations related to Criminal Act which stipulates death penalty as punishment should be individually examined to determine whether appropriate proportion exist between the illegality of action and the prescribed punishment.”

## 1. Proposal on legislative policy

### 1) Limiting the scope of death penalty application

While the death penalty in justice system is not unconstitutional, it is agreed that more than necessary stipulation of death penalty exist in the current criminal legislations, which are in need of realignment by limiting the scope of death penalty application. There is no consensus on the adequate scope of crime punishable by death penalty, but violation of life is a generally accepted standard.

While the nature of death penalty is a policy-based killing chosen by legislators, its justification and necessity is only acknowledged when it protect the right to life. Thus, the scope of crime where death penalty is applicable could only be defined as heinous crime or crime against humanity, such as violation of other’s life. Death penalty should be removed from the statutory penalty of the crime that does not fall under this category, the attempted or unconsummated crime which is punishable by death penalty if carried out, and other crime violating social and national legal interest.

### 2) Strengthening of procedural control on death sentence

According to the article 349 (1) of Criminal Procedure Act, an appeal cannot be waived or withdrawn if the criminal defendant is pronounced with death penalty. As the pronouncement is finalized without an appeal, prohibition on withdrawal

of appeal is not enough to avoid misjudgment. Automated appeal mechanism needs to be in-placed regardless of the intent of the defendant on appeal.

To decrease the change of misjudgment, the case of Swiss Criminal Code, which requires an agreement of the full bench for pronouncement of death penalty, could be also be benchmarked.

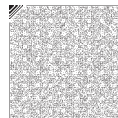
Reflecting back on the irreversibility of execution, there is a need to relax the grounds for retrial against the ruling on death sentence. In other words, the grounds for retrial need to be expanded to accommodate the possibility of false evidence or emergence of new evidence that could have an effect on the pronouncement.

### 3) Overall abolition of and alternative sanction to death penalty

If death penalty is unconstitutional, death penalty in justice system should undergo overall abolition. Of course, legislators could move to abolish death penalty regardless of its constitutionality. In case of the abolition of death penalty, absolute and relative life imprisonments as alternative sanctions that should take on the function of death penalty- active and passive prevention and retribution function- as maximum sentence are being discussed.

#### (1) Possibility of the imprisonment for life to replace death penalty

The first step would be analyzing whether the imprisonment for life in the current Criminal Act could replace death penalty. In fact, the death penalty abolition bill proposed by Yoo Jay-Kun at the fifteenth National Assembly on 7 December 1999 is supporting imprisonment for life in lieu of death penalty. In the sixteenth National Assembly (2001), Chyung Dai-chul and other 91 members have sponsored a bill which proposed the replacement of death penalty by imprisonment for life where request for parole or commutation of punishment is only possible after serving minimum of fifteen years of imprisonment.



The term of imprisonment for life defined in the Korean Criminal Act deprives liberty until natural death unless parole is granted. However, a person under execution of imprisonment who has behaved oneself well and has shown sincere repentance may be provisionally released by an act of the administrative authorities when 20 years of a life sentence has been served (article 72 (1), CA). Under this provision, as long as provision for the parole is met, parole is granted without review on whether the liability of criminal requires criminal to continue serving one's sentence. The suspension of life sentence may negatively affect citizen's sense of justice and trigger conflict against principle of liability. Under the Constitution, imprisonment and discharge of criminal is under the jurisdiction of the court or judge, but the suspension of sentence is classified as administrative measure which may easily cause a problem when administrative opportunism or political agenda interferes with the realization of criminal justice. In this regards, replacing death penalty with the life imprisonment under current legislation would not be an appropriate task.

## (2) Absolute life imprisonment

The absolute life imprisonment is a punishment that deprives liberty without possibility of parole. Criminals sentenced to life imprisonment are deprived of liberty until their natural death. As compared to the imprisonment for life, the life imprisonment does not allow opportunity of parole, and that is a difference from relative life imprisonment which allows consideration of parole through rigid review of prerequisites by the court. While life imprisonment is similar to death penalty in a way that prisoner is permanently isolated from the society, the life imprisonment is acknowledged as a better policy as it allows avoidance of the State sponsored policy-based killing and irreversibility of erroneous judgement. Nonetheless, from the point of criminal policy, life imprisonment does not have reformative function just as death penalty. The only difference between the two is the means of ending the life of criminal and the time of death, and that is a part of a reason why life imprisonment is discussed as an alternative sanction to death

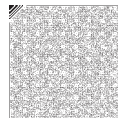
penalty.

However, the absolute life imprisonment is starting to face criticism that it is also unconstitutional. By permanently depriving criminal's liberty in lieu of life, life imprisonment closes off all reformatory opportunity, denies the independence of criminal, and uses it as a tool to defend society, thus, it is viewed as a violation of the personal liberty and the human dignity guaranteed in the article 12 and article 10 of Constitution, respectively.

“The absolute life imprisonment is no less punishment than death penalty as the imprisonment lasts until natural death and permanently disconnects one's solidarity to community.” There is no room to change the term of sentence regardless of one's good conduct while in prison, which further wash away one's self-esteem and inflict psychological pain as much as, or more so than, death penalty. The German Federal Constitutional Court viewed that the life imprisonment is constitutional, but the absolute life imprisonment without a possibility of parole, as there is no chance of recovering freedom after proper repentance, is a punishment that violates dignity of man. Based on this prejudication, the German Government has amended its legislation on the standards on absolute life imprisonment beyond 30 years sentence to the relative life imprisonment in 1981 (57a, German CA).

If one argues for the adoption of absolute life imprisonment while being aware of its constitutionality issue, it would probably be made under strategic intention to make a breakthrough on negative public opinion. In short, it was a choice made as a desperate countermeasure, a solution with transition period in mind, to abolish death penalty. After taking a first step of appeasing the negative public opinion by replacing death penalty with absolute life imprisonment, the Constitutional Court could declare absolute life sentence as unconstitutional, which will eventually be followed by transition to relative life sentence.





Considering the Constitutional Court's past prejudication, its declaration on the unconstitutionality of absolute life sentence is expected to take a long time despite the above strategy. Moreover, it should be noted that, out of the member states of the Council of Europe, Iceland, Lithuania Malta, Netherlands and Ukraine also have adopted absolute life imprisonment.

The members of Korean National Assembly are presumed to be taking the stand on absolute life imprisonment without parole as an alternative punishment with considerations to the general public opinion. Park Sun-young and 38 others have sponsored a bill during the session of eighteenth National Assembly, while Joo Sung young and 9 others have sponsored a bill during the session of nineteenth National Assembly. The bills have proposed replacement sanction to death penalty- the life imprisonment without possibility of parole, and amnesty or commutation under the Amnesty Act. On another note, Yoo Ihn Tae and 174 others have sponsored a bill in seventeenth National Assembly, followed by eighteenth National Assembly where Kim Boo Kyum and 52 others sponsored a bill. In nineteenth National Assembly, Yoo Ihn Tae and 171 others have sponsored a bill, proposing a life imprisonment without parole as the replacement to death penalty. These bills were not able to go under proper deliberation before reaching their automatic expiration, probably due to the negative public sentiments.

### (3) Relative life imprisonment

Life imprisonment with possibility of parole is considered as a most ideal alternative punishment as the absolute life imprisonment is still threatened with possible unconstitutionality dispute.

As mentioned above, a bill sponsored by Chyung Dae-chul in 2001 proposed life imprisonment of the current Criminal Act as the alternative sanction. It differed from the other bills based on the possibility of parole, which is only possible after fifteen years of sentence was served. This is a model similar to the

German Government's relative life imprisonment although there are differences between the bill and the German model. Firstly, the proposed bill allowed the review of parole to be processed as administrative measure rather than a separate trial by the court. Secondly, the decision to grant parole reviewed only the conduct of criminal who served sentence, but there is no legislation that required review of other factors of German model such as the liability of the criminal and the dangerousness of criminal from the general crime prevention point of view.

Several on-going discussions are available for the relative life imprisonment. Specifically, several opinions are being made on the minimum number of years to be served before considered for parole. The opinion ranges from 20 years, 25 years (for the reason that heavier term should be served for life imprisonment), to 30 years (considering that the maximum number of years sentenced for definite period imprisonment).

There also was an unusual opinion that recognized the negative public opinion on abolition of death penalty and the victim's need for retribution. It considered transferring of the majority of criminal's labor reward acquired through at least 20 years of age to the victim, and the victim's agreement to parole as a prerequisite to parole.

Another opinion recognized that the nature of crime, the extent of criminal's liability, and the degree of social stigmatization differs from one crime to another. Based on this argument, this opinion offered a dual alternative sanction system, whereas absolute life imprisonment and relative life imprisonment are used as an alternative sanction on case basis.

## 2. Possibility of abolition of death penalty through constitutional amendment

The debated surrounding the abolition of death penalty could be easily terminated, if the Constitution could have declare abolition just as the German



Government's case. In recent debate on constitutional amendment, the assertion on the abolition of death penalty is increasingly getting stronger. The advisory committee to the special committee on constitutional amendment launched by the National Assembly on February 2017 has offered two proposal on this regards. In the first proposal, the right to life was defined under the article 11 (1) of Constitution Amendment draft, and the abolition of death penalty was specified in the article 11 (2), It also recommended the removal of the article 110 (4) of current Constitution as there is a chance that mentioned clause could be abused through military court during martial law. The draft of Constitutional Amendment proposed by the President on 26 March 2018, specified the right to life (article 12, draft Constitutional Amendment), but did not state the abolition of death penalty while removed the article 110 (4) of current Constitution (article 110, draft Constitutional Amendment). If the Constitutional Amendment is pushed through, then one of the major argument of constitutionality of death penalty will be eliminated.

Regardless, it is difficult to maintain optimistic prospect on the possible consensus among major political interests for abolition of death penalty, when the past experience showed the difficulties in carrying out law revision at the National Assembly.

## V. Conclusion

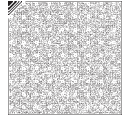
“... the laws, which are intended to moderate the ferocity of mankind, should not increase it by examples of barbarity, the more horrible as this punishment is usually attended with formal pageantry. Is it not absurd, that the laws, which detest and punish homicide, should, in order to prevent murder, publicly commit murder themselves?” (Cesare Beccaria, Crimes and Punishments)

Death penalty in Korea is not used as an actual punishment, but is beingperverted into a symbolic punishment used to appease an enraged public in

time of heinous and atrocious crime. The debate on unconstitutionality of death penalty is an attempt to replace that symbol to another maximum penalty which will be applicable.

As the function of death penalty has been sublimated into a symbol, the function itself could be replaced by life imprisonment. Instead of disallowing condemned criminals the hope for the tomorrow while permanently not practicing execution, it would be better for the criminal and society to promote improvement of morality by inducing hope for possible parole. Of course, persuading general public would require detailed planning to guarantee the equivalent level of general crime prevention function of the punishment, which is not to be traded just for the criminal's opportunity to be rehabilitated to the society.

In the end, in order to realize the abolition of death penalty, the review is of position that a strong persuasive alternative, instead of any debate, should be catered to the public, while resolute determination should take on courage to break through the negative public opinion.



## 토론문

### 1. 사형제 폐지 종교·인권·시민단체 연석회의

키이라 산지오르시오 (국제엠네스티 사형폐지팀 고문)

### 2. 국제사형제반대위원회 사무국

라지브 나라얀 (국제사형제반대위원회 정책과장)

### 3. 김준우 변호사 (민주사회를 위한 변호사 모임)

### 4. 김상겸 교수 (동국대학교 법과대학)

### 5. 신희영 검사 (법무부 형사법제과)

### 6. 정연걸 행정사무관 (국가인권위원회)

### 1. Chiara Sangiorgio (Advisor, International Amnesty)

### 2. Rajiv Narayan (Director of Policy, the International Commission against the Death Penalty)

### 3. Kim Joon-woo, Lawyer for a Democratic Society

### 4. Kim Sang-kyum, Professor of Dongguk University

### 5. Shin Hee Young, Prosecutor of Ministry of Justice

### 6. Jung Yun Kul, Deputy Director of NHRCK





## 한국의 사형제 폐지에 관한 국제적 관점 (The case for abolition of the death penalty in South Korea: an international perspective)

키아라 산지오르시오(국제엠네스티 사형폐지팀 고문)

2007년 12월 30일 국제 엠네스티는 한국을 실질적인 사형제 폐지국가로 분류했습니다. 그 이후로 18건의 사형이 선고되었고 2010년 헌법 재판소는 5대4로 사형제가 합헌이라는 결정을 내렸습니다.<sup>1)</sup> 한편, 전세계적으로 15개 국가에서 사형제를 전면 폐지했고 추가로 2개 국가는 살인과 같은 일반 범죄에 대한 사형을 폐지했습니다.<sup>2)</sup>

현재 61명의 사형수가 수감 중이고 올해 1월 21일 또 따른 사형 선고가 내려졌지만, 2016년과 2017년에 사형 선고가 전혀 없었다는 점은 분명 놀라운 것입니다. 또한 2017년 4월, 국제 엠네스티는 유보 없이 사형제 폐지를 목표로 한 자유권 규약 제 2선택 의정서 비준을 위해 노력하겠다는 문재인 대통령의 약속을 환영했습니다.<sup>3)</sup> 마지막 사형 집행이 있는 지 20년이 지난 지금, 한국의 사형제 폐지의 근거는 이 보다 더 강력할 수는 없습니다.

본 발표에서 국제 엠네스티는 한국의 사형제 폐지건에 대한 국제적인 시각을 제시하고자 합니다. 특히 다음 4 가지 주요 측면을 살펴 보겠습니다. 사형에 관한 국제 동향, 국제법에 따른 폐지와 대체 형벌의 문제, 사형에 관한 공개 토론, 사형제도의 역지력에 대한 잘못된 통념입니다. 그리고 한국 정부에 사형의 전면 폐지를 위한 조속한 첫 단계로 사형 집행에 대한 공식 유예 기간을 설정하도록 권고하는 내용으로 마무리하겠습니다.

1) Amnesty International, South Korea death penalty abolition set back by Constitutional Court ruling, 25 February 2010, [www.amnesty.org/en/latest/news/2010/02/south-korea-death-penalty-abolition-set-back-constitutional-court-ruling/](http://www.amnesty.org/en/latest/news/2010/02/south-korea-death-penalty-abolition-set-back-constitutional-court-ruling/)

2) Amnesty International, Abolitionist and retentionist countries as of March 2018 (ACT 50/6665/2017), March 2018, <https://www.amnesty.org/en/documents/act50/6665/2017/en/>

3) Amnesty International, 5 Presidential Candidates Respond to Amnesty International's 8-point human rights agenda (Press release, 20 April 2017) (in Korean). See also: Amnesty International, 8-point human rights agenda for presidential candidates (Index: ASA 25/5785/2017), 6 April 2017, <https://www.amnesty.org/en/documents/asa25/5785/2017/en/>

## 1. 국제 동향

국제 앰네스티는 지난 4월 12일에 발표된 보고서를 통해 2017년 전세계적으로 사형 사용 빈도가 줄었으며 전세계가 궁극적으로 잔인하고 비인간적이며 굴욕적인 형벌을 폐지하는데 그 어느 때보다도 가까워졌다고 묘사했습니다.<sup>4)</sup>

국제 앰네스티가 기록한 사형 집행과 사형 선고 건수는 2015, 2016년의 최고치에 비교해서 각각 39%와 17% 감소된 것으로 보고되었습니다. 해당 보고서에 따르면 고립된 소수의 국가들에서 여전히 사형이 집행되고 있습니다. 전세계의 12%에 해당하는 23개국에서 사형 집행이 보고되었습니다. 이들 국가 중에 단지 11개 국가 혹은 6%만이 지난 5년 동안 매년 사형 집행이 이루어졌음을 의미하는 “상시” 사형 집행 국가입니다. 사형 수치를 국가 기밀로 분류하고 있는 중국은 사형 집행 선도국가이며 수천 건의 사형을 집행하는 것으로 추정되고 있습니다. 총 사형 집행 집계 건수의 84%가 4개 국가 - 이란, 이라크, 파키스탄, 사우디 아라비아 -에 집중되었다는 것은 유의할 만한 사실입니다. 단일 국가로 이란은 집계된 사형 집행의 절반 이상을 차지하고 있습니다.

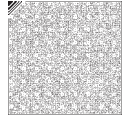
사형 선고를 부과하는 국가의 수는 2016년 55개국에서 2017년 53개국으로 감소했지만, 2591건의 사형 선고 중 50%는 나이지리아, 이집트, 방글라데시, 이 3개 국가에서만 내려졌다는 것은 주목할 만합니다. 특정국가 그룹에서 사형제가 보다 많이 시행되고 있다는 불균형을 시사합니다.

그러나 사형제 지지가 아직 강력한 나라들에서조차도 “벽에 균열”이 생기고 있음을 목격하기 시작했습니다. 이란과 사우디 아라비아, 특히 파키스탄에서 사형 집행이 감소했습니다. 이란과 말레이시아는 작년 마약 관련 사범에 대해 의무적 사형 선고를 내리는 상황을 줄이기 위해 법개정을 단행했습니다. 이러한 조치로 향후 사형 선고와 집행 수치가 현저히 감소될 수 있습니다.

국제법상에서는 사형이 구형될 수 없는 범죄에 대하여 혹은 매우 불공정한 재판을 시행한 후 사형이 부과되는 등, 사형에 대한 충격적인 관행과 사형 사용에 관한 국제적 안

4) Amnesty International, Death sentences and executions in 2017 (ACT 50/7955/2018), April 2017, <https://www.amnesty.org/en/documents/act50/7955/2018/en/>





전 지침을 위반하는 일이 계속되고 있고 이러한 우려 중 상당 부분은 아시아 태평양 지역의 이익에 부합합니다.

집계된 사형 집행은 2016 년에 비해 28 % 감소한 반면, 중국과 베트남과 같은 국가에서 사형 사용을 기밀에 붙임으로써, 국가들의 사형 집행에 대한 실질적 현황 파악이 불가능하게 되었습니다. 방글라데시, 몰디브, 파키스탄에서 18세 미만 청소년을 사형수로 수감하는 것은 국제법상 명백한 금지사항을 위반한 것입니다. 역내 10개 국가는 국제법 및 기준에서 “가장 중대한 범죄”라는 기준에 부합하지 않는 마약 사범들에 대한 사형 선고를 부과 및 집행했습니다.

위에서 강조된 세계적 추세는 지역 차원에서도 반영되었습니다. 사형제도를 존치하고 있는 아태지역 22개국 중 9개 국가(41%)는 사형을 집행했습니다. 아태지역에서 기록적인 사형 집행의 감소가 있었다고 이미 언급한 바 있습니다. 몽골은 과테말라와 기니와 함께 지난해 모든 범죄 또는 대부분의 범죄에 대한 사형을 폐지했습니다. 인도네시아와 대만에서는 작년에 사형 집행이 전혀 없었으며 인도는 2 년 연속 사형 집행을 중단했습니다.

여기서 멀지 않은 태평양 지역에서는 피지와 나우루가 2015년과 2016년에 각각 사형을 전면 폐지하였고, 파푸아 뉴기니와 통가는 사형제를 존치하고 있는 상황입니다. 그러나 파푸아 뉴기니만이 사형수를 수감하고 있으며, 국가법원에서 사형의 사용이 국가 헌법에 명시된 인권 보장을 침해한다는 결정을 내린 후 작년에 사형 집행을 무기한 연기했습니다. 태평양 지역이 사실상 사형 청정지역이라고 말하는 것이 과장은 아닐 것입니다.

올해 2월 감비아 대통령은 사형 집행에 대한 공식 유예를 선언했습니다.<sup>5)</sup> 감비아는 2012년에 마지막으로 사형을 집행하였지만, 작년 9월 20일 새로운 정부의 리더십 아래 자유권규약(ICCPR) 제 2선택 의정서에 서명했습니다. 해당 의정서의 가입으로 감비아는 사형 집행을 금하고 사형제 폐지를 위해 필요한 단계를 밟을 것입니다.

---

5) Reuters, ‘Gambia announces moratorium on death penalty’, 18 February 2018, [www.reuters.com/article/us-gambia-justice/gambia-announces-moratorium-on-death-penalty-idUSKCNIG20V2](http://www.reuters.com/article/us-gambia-justice/gambia-announces-moratorium-on-death-penalty-idUSKCNIG20V2)

## 2. 국제법에 따른 사형 폐지와 대체 형벌의 문제

국제 앰네스티는 사형 제도가 생명권을 침해하며 궁극적으로 잔인하고 비인도적이며 굴욕적인 처벌이라는 믿음을 가지고 이를 위해 국내외적 차원에서 수년간 개발된 법률의 지원을 받고 있습니다. 모든 사형의 집행은 사형을 집행하는 사람들의 인간성을 말살할 뿐 아니라, 사회가 인간의 삶에 부여한 가치를 절하하는 잔인한 행위입니다. 국제 앰네스티는 1977년 스톡홀름 선언에서 "사형 집행은 폭력 행위이며 폭력은 폭력을 부른다.... 사형의 선고 및 집행은 그 모든 과정에 종사하는 사람들을 비인간적으로 만든다."라고 주지하였습니다.<sup>6)</sup> 저희는 경험을 통해 사형이 수감자 가족부터, 교도관, 사형 집행관에 이르기까지 사형 집행 과정에 관련된 모든 사람에게 부정적인 영향을 미친다는 것을 알게 되었습니다. 판사, 검사, 기타 관료들 역시 사형과 관련 자신들에게 요구되는 역할이 자신들의 윤리적 견해 및 신념에 반하는 경우 난감한 도덕적 갈등을 경험할 수 있습니다.

국제 앰네스티는 스톡홀름 선언에서 "관할 구역 내의 생명을 예외 없이 보호하는 것은 국가의 의무"라고 선언했습니다. 생명권은 세계 인권 선언과 여러 국제 및 지역 인권 도구, 국가 헌법 및 법률에서 인정하고 있습니다. 사형 폐지가 바람직하다는 것은 국제법에 명시되어 있습니다. ICCPR 제 6 조는 특정 상황 하에서 사형을 허용하는 반면, 제 6항은 "사형 폐지를 방지 또는 지연"하기 위해 동일한 조항을 사용해서는 안된다고 명시하고 있습니다. ICCPR 제 6 조의 제 6번 일반 논평은, ICCPR이행을 감독하는 전문가 기구인 자유권규약 위원회가 이 조항이 "[사형제의] 폐지가 바람직하다는 것을 강력히 시사하는 측면에서 사형 폐지를 일반적으로 언급하는 것이다. 모든 폐지 조치가 생명권 향유에 있어 진전으로 간주되어야 한다"고 결론 지었다고 명시하고 있습니다.<sup>7)</sup>

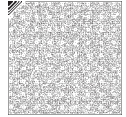
4 개의 국제 및 지역 조약에서 사형제 폐지를 규정하고 있습니다. 사형 폐지를 목표로 한 ICCPR의 제 2 선택 의정서,<sup>8)</sup> 인권과 기본적 자유의 보호를 위한 협약 제 6 및 제 13

---

6) Amnesty International, Declaration of Stockholm, Conference on the Abolition of the Death Penalty (ACT 50/001/1977), 1 January 1977, [www.amnesty.org/en/library/info/ACT50/001/1977/en](http://www.amnesty.org/en/library/info/ACT50/001/1977/en)

7) Human Rights Committee, General Comment No. 6: The Right to Life, UN Doc. HRIW GENW1WRev.1 at 6, 27 July 1982, para. 6.

8) Adopted by the UN General Assembly in 1989.



의정서,<sup>9)</sup> 사형 폐지를 위한 미주인권협약 의정서<sup>10)</sup> 가 바로 그것입니다. 또한 2015년 제 56차 정기총회에서 아프리카 위원회는 사형 폐지에 관한 인권 현장 초안을 채택했고, 현재 아프리카 연합의 심의를 기다리고 있습니다.

국제 사회는 오랫동안 사형을 인권 문제로 인식해 왔으며 사형의 사용을 제한하기 위해 노력하고 유엔 회원국들에게 이를 국가 입법에서 삭제하도록 촉구해 왔습니다. 유엔 경제 사회 이사회, 유엔 자유권규약 위원회, 유엔 고문 방지위원회, 유엔 인권 이사회와 그 전임 위원회는 모두 사형 사용의 점진적인 제한에 기여했으며, 유엔 회원국들에게 폐지를 촉구했습니다. 유엔 경제 사회 이사회는 1984년 5월 25일 1984/50 결의안-사형수의 기본적 권리 보호에 대한 기준-을 채택했습니다. 이는 모든 사형 사건에서 준수되어야 할 가장 기본적인 보장을 명시하고 있으며 이러한 보호 기준은 1984년 유엔총회 합의에 의해 승인되었습니다. 2007년 이래 유엔 총회에서는 전세계 지역을 아우르는 압도적 대다수 국가에 의해서 사형 폐지를 목적으로 사형 집행 유예를 신설하기 위한 6가지 결의안이 채택되었습니다. 한국은 지금까지 그러한 결의안에 대한 표결 시 기권해 왔습니다. 올해 말 유엔 총회에서 2018 결의안 초안이 검토될 때 찬성표를 얻기를 바랍니다.

사형 폐지의 논의에서 사형의 대안 문제는 폭력 범죄 희생자에 대한 정의 실현 요구와의 균형을 유지하는데 있어 중요한 문제입니다. 일부 국가에서는 범죄에 대한 의미있는 책임성을 확립해야 할 필요가 있어 가석방 가능성 여부에 관계 없이 종신형을 도입했습니다.

국제 앰네스티는 폭력 범죄 피해자의 인권을 존중하고 보호해야 할 의무의 일환으로 정부가 가해자들에게 책임을 묻고 공정한 사법 절차를 거쳐 유죄 확정 판결을 받은 후 범죄의 중대성을 반영하는 형벌을 받도록 한다는 점을 인식하고 있습니다. 그럼에도 불구하고 개인이 범한 범죄가 무엇이든간에 국제 앰네스티는 사형이나 기타 잔혹하고 비인도적인 또는 굴욕적인 처벌에는 반대합니다. 한국이 당사국인 ICCPR 제 10 조는 교정 제도의 주요 목적이 수감자의 감화와 사회 복귀임을 명시하고 있습니다. 이 원칙을 염두에

---

9) Adopted by the Council of Europe in 1982 and 2002 respectively.

10) Adopted by the General Assembly of the Organization of American States in 1990.

두고 장기 구금 선고와 관련하여 각기 다른 관할권에서 사용된 접근법을 고려할 때, 국제 사회에 관련된 가장 중대한 범죄(종종 여러 명을 살해한 살인 사건과 관련된 범죄)에 관할권을 가진 국제 형사 재판소의 로마 규정에 주목하는 것이 도움이 될 수 있습니다. 로마 규정에 따르면 국제 형사 재판소에서 부과한 선고는 일정 기간 후에 검토해야 합니다. 국제 형사 재판소는 범죄의 극단적 중대성과 유죄 판결을 받은 사람의 개인적인 상황을 고려하여 정당하다면 종신형을 선고할 수 있는 권한을 가지며 그렇지 않은 경우라면 최대 30년 징역을 부과할 수 있습니다.<sup>11)</sup> 결정된 선고의 3분의 2 혹은 25년을 복역한 후, 재판소는 감형을 정당화할 상황 변화의 제반 요소들을 고려하여 감형 여부를 검토해야 합니다. 만약 재판소가 감형이 적절하지 않다고 판단한다면, 그 이후에 다시 정기적으로 해당 사안을 검토해야 합니다.<sup>12)</sup>

사형이 폐지된 여러 국가에서 이전에 사형으로 처벌되었던 범죄에 대해 장기 구금이 도입되었습니다. 몽골에서는 사형제가 종신형을 포함한 새로운 형법으로 바뀌었고 작년 부터 시행되었습니다. 이와 마찬가지로, 기니와 나우루는 사형을 종신형으로 대체했습니다. 수리남에서는 2015년 형법 개혁으로 사형을 폐지하고 살인과 같은 중범죄에 대한 형량을 15 년에서 20 년으로, 종신형에 대한 최대 기간은 20년에서 30년으로 연장하였습니다.

### 3. 사형에 대한 공개 토론

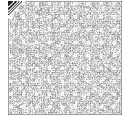
사형제 폐지를 향한 첫 단계로 정부는 사형 집행에 관한 공식 유예를 도입하고, 사형제에 대한 유의미하면서도 정보에 기반한 토론을 지원하고 조성할 수 있습니다. 이러한 토론은 인권교육 프로그램이나, 정보 제공 및 인권 존중 문화 촉진 이니셔티브 등에 포함될 수 있습니다.

국제 앰네스티는 사형제의 발전 상황 모니터링을 통해 정부들이 종종 사형제도에 대한 실제 혹은 인식적 대중의 지지가 사형제 유지 및 사용을 정당화하는 근거로 언급하면서, 사형이 범죄를 억지한다는 인식에 도전을 거의 또는 전혀 하고 있지 않은 점에 주목했습니다

---

11) Rome Statute of the International Criminal Court, Article 77(1).

12) Rome Statute of the International Criminal Court, Article 110.



니다. 여론이 사형을 찬성한다는 증거로 제시되는 여론 조사는 여론의 복잡성을 단순화하는 경향이 있습니다.

지금까지 여론의 일반화가 가능하기에, 사형에 대한 여론은 종종 한 국가의 범죄 상황, 그 원인, 그에 대응하는 수단 등에 대한 완전하고 정확한 이해를 토대로하지 않는 경우가 많았습니다. 여론 조사에 사용된 방법론은 조사 결과와 직접적으로 관련이 있습니다. 일부 국가에서는 '여론'이 시민 사회 또는 종교 단체 회원과 같은 특정 이해 관계자와의 협의를 통해 평가되는 반면, 다른 국가에서는 그러한 평가가 일반 인구 표본의 '여론 조사'를 통해 수행됩니다. 두 경우 모두 사형에 대한 견해는 복잡하며, 데이터가 취합되는 시간과 상황에 영향을 받습니다.<sup>13)</sup>

사형 폐지 문제와 그것이 여론에 주는 영향은 여러 연구의 주제로 다루어졌습니다. 이러한 연구들은 사형제 폐지 후, 사형제 유지에 대한 지지가 점진적으로 떨어진다는 것을 일관되게 보여주었습니다. 영국의 한 여론 조사(British Social Attitude Surveys)에 따르면, 사형에 대한 지지는 1986 년에 74 %에서 1996 년에는 65 %로, 2004 년에는 54 %로 떨어졌고, 독일에서는 사형이 폐지되었던 시점인 1949년에 대다수의 사람들이 사형을 지지했지만, 1992년에는 24%만이 사형을 지지한 것으로 조사되었습니다. 프랑스에서는 1981년에 사형이 폐지되었습니다. 당시 여론 조사에 따르면 대중의 63 %가 사형에 찬성했습니다. 2006년 실시된 조사에서 사형에 대한 지지율이 42 %로 떨어졌습니다. 마찬가지로 2004 년과 2006 년 뉴질랜드와 호주에서 각각 실시된 여론 조사에 따르면 사형 폐지 후 수십 년이 지난 다음 전체 인구의 30 % 미만 정도가 사형을 지지하는 것으로 조사되었습니다.<sup>14)</sup>

사형의 사용에 대한 투명성과 인권 교육은 사형 및 사형의 범죄 예방과 관계에 대한 유의미한 대중 토론을 이루어 내는데 중요합니다. 사형은 인권 문제이며 인권 관점에서 검토되어야 합니다. 2016 년 12 월 19 일 유엔 총회 결의안 71/187에 따라 각국 정부는 사형의 사용에 관한 정보를 제공해야 합니다. 이로써 사형에 대한 정보에 입각한 투명한 국가적 논의에 기여할 수 있습니다.

---

13) For more information, see Roger Hood and Carolyn Hoyle, 'The Death Penalty: A Worldwide Perspective', Oxford, Clarendon Press, Fourth edition, 2008, pp. 350–382.

14) Sources for all: Roger Hood and Carolyn Hoyle, 'The Death Penalty: A Worldwide Perspective', Oxford, Clarendon Press, Fourth edition, 2008, p. 376.

#### 4. 사형의 억지력에 대한 잘못된 통념의 논파

사형 지지자들은 종종 사형이 효과적인 범죄 통제 수단으로서 근거가 빈약함에도 불구하고 그것을 근거로 지적합니다. 사형과 살인률의 관계에 대해 유엔에서 실시한 종합적인 조사의 결과는 다음과 같습니다. "본 연구는 사형 집행이 종신형보다 더 큰 억지력 효과가 있다는 과학적 증거를 제공하지 못했다. 전반적 증거는 (사형의) 억지력 가설에 대해 여전히 긍정적 근거를 제공하지 못한다."<sup>15)</sup>

여러 다른 국가 및 지역의 범죄 동향 및 패턴은 여러 요소 - 때로는 문맥 특정 요인-와 관련이 있습니다. 따라서 모든 국가에게 적용되는 공공 안전 문제에 대한 단일 해결책이란 없습니다. 그러나 유엔에 의해 수행된 여러 연구에 따르면 개개인의 특수한 상황 외에도 빈곤, 불평등, 법을 집행하는 국가의 역량 등의 요소가 대부분의 국가에서 폭력의 수준에 영향을 주는 것으로 밝혀졌습니다.<sup>16)</sup>

여러 요인들 중에서, 유엔 마약 범죄국(UNODC)은 2011년 "살인 사건에 대한 글로벌 연구"를 통해 살인과 인간 및 경제 개발 간의 관계를 규명했습니다.<sup>17)</sup> 연구는 인간 발달 수준이 낮은 국가에서 살인이 가장 많이 발생했다는 것을 발견했습니다. 소득 불평등도가 높은 국가는 보다 평등한 사회보다 살인률이 4배 가까이 높았습니다.<sup>18)</sup> 화기, 알코올의 가용성 또는 마약밀거래 경로에 대한 지리적 근접성과 같은 살인 사건 자체의 성격과 관련된 요인들 또한 살인율에 영향을 줄 수 있습니다.<sup>19)</sup>

15) Roger Hood, 'The question of the death penalty and the new contributions of the criminal sciences to the matter: a report to the United Nations Committee on Crime Prevention and Control', UN doc. E/AC.57/1988/CRP.7, 1988. The survey was last reviewed and published commercially as Roger Hood and Carolyn Hoyle, 'The Death Penalty: A Worldwide Perspective', Oxford, Clarendon Press, Fourth edition, 2015.

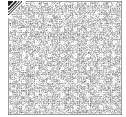
16) UN Office on Drugs and Crime, 'Making them work - handbook on crime prevention guidelines', August 2010.

17) UN Office on Drugs and Crime, 'Global Study on Homicide—Trends, Contexts, Data', 2011.

18) ECOSOC Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, 'World crime trends and emerging issues and responses in the field of crime prevention and criminal justice', UN Document E/CN.15/2012/19, 17 February 2012.

19) Office on Drugs and Crime, 'Global Study on Homicide—Trends, Contexts, Data', 2011, p.10. Office on Drugs and Crime, "Global Study on Homicide—Trends, Contexts, Data", 2013, pp.65–75. For more information, see Amnesty International, Not making us





사형을 폐지한 국가의 통계에 따르면, 사형이 폐지되었다고 해서 이전에 사형에 준했던 범죄가 다시 증가하지는 않았습니다.

- 인구 규모가 유사한 홍콩과 싱가포르의 1973년 이후 35년간의 살인율을 비교한 결과 1990년대 중반 사형제도를 폐지한 홍콩과 높은 사형 집행율을 보유한 싱가포르 사이에 살인율 수준에는 큰 차이가 없었다.<sup>20)</sup>
- 사형 집행 및 선고가 역대 최저치에 이른 미국의 경우에도 지난 20년간 살인률은 감소했다. 1992년 100,000명당 9.3건의 살인 사건에서 2011년에는 4.7건으로 거의 절반(49%) 감소했으며 1963년 이래 가장 낮은 수준으로 떨어졌다. 실제 미국에서는 사형을 사용하는 주의 평균 살인률이 그렇지 않은 주보다 높다.
- 캐나다에서는 2016년의 살인 사건이 사형이 폐지되었던 1976년에 비해 거의 절반 가량으로 떨어졌다. (1976년 인구 십만 명 당 3.0건에 비해 2016년 1.68건)

## 5. 결론 및 권고사항

본 글에 제시된 분석은 전세계적으로나 지역적으로 사형 사용이 확실하게 쇠퇴하고 있다는 것을 보여줍니다. 국제 인권법과 표준은 사형 유지 국가들에게 사형 폐지는 성취해야 할 목표라고 분명히 제시하고 있습니다. 20년 이상 사형 집행을 중단하고 2년 이상 사형 선고를 하지 않은 한국의 기록을 볼 때 한국은 세계적 추세에 맞게, 사형제를 폐지한 대다수의 국가와 어깨를 나란히 하기에 최적의 입장에 있습니다. 인권 분야의 리더십은 인권 차원에서 사형에 대해 정보 기반의 논의를 이끄는 등, 사형 폐지를 추진하는데 있어 중요합니다.

이에 따라, 국제 앰네스티는 대한민국 정부에 다음을 요청합니다.

- 즉각적으로 사형 집행에 대해 공식 유예를 도입할 것;
- 2018년 후반 열리는 제 73차 유엔 총회 세션에서 사형 사용의 유예에 대한 결의안

---

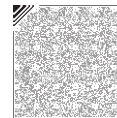
safer: Crime, public safety and the death penalty (ACT 51/002/2013), October 2013, [www.amnesty.org/en/documents/ACT51/002/2013/en/](http://www.amnesty.org/en/documents/ACT51/002/2013/en/)

20) Franklin E. Zimring, Jeffrey Fagan, David T. Johnson, 'Executions, deterrence and homicide: a tale of two cities', 31 August 2009

초안에 대해 찬성 투표할 것;

- 자유권 규약 제 2선택 의정서를 유보 없이 비준할 것;
- 사형을 전면 폐지하고 기존의 모든 사형 선고를 징역형으로 감형할 것.





## The case for abolition of the death penalty in South Korea: an international perspective

Chiara Sangiorgio (Advisor, International Amnesty)

Amnesty International reclassified South Korea as abolitionist in practice on 30 December 2007. Since then, 18 new death sentences were imposed and the Constitutional Court upheld in 2010 the death penalty by a narrow 5-4 majority.<sup>1)</sup> In the meantime, 15 countries around the world abolished the death penalty for all crimes and two more did so for ordinary crimes, such as murder.<sup>2)</sup>

While 61 people remained on death row and one new death sentence was imposed on 21 February this year, it was certainly remarkable that no one was sentenced to death in 2016 and 2017. Furthermore, in April 2017 Amnesty International welcomed the stated commitment by now President Moon Jae-in Work to work towards ratification, without reservations, of the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty.<sup>3)</sup> More than 20 years after South Korea's last execution, the case for abolition could not be more compelling.

In this presentation, Amnesty International offers an international perspective on the case for abolition of the death penalty in South Korea. The presentation looks in particular at four main aspects: international trends on the death

---

1)) Amnesty International, South Korea death penalty abolition set back by Constitutional Court ruling, 25 February 2010, [www.amnesty.org/en/latest/news/2010/02/south-korea-death-penalty-abolition-set-back-constitutional-court-ruling/](http://www.amnesty.org/en/latest/news/2010/02/south-korea-death-penalty-abolition-set-back-constitutional-court-ruling/)

2)) Amnesty International, Abolitionist and retentionist countries as of March 2018 (ACT 50/6665/2017), March 2018, <https://www.amnesty.org/en/documents/act50/6665/2017/en/>

3)) Amnesty International, 5 Presidential Candidates Respond to Amnesty International's 8-point human rights agenda (Press release, 20 April 2017) (in Korean). See also: Amnesty International, 8-point human rights agenda for presidential candidates (Index: ASA 25/5785/2017), 6 April 2017, <https://www.amnesty.org/en/documents/asa25/5785/2017/en/>

penalty; abolition under international law and the question of alternative punishments; public debates on the death penalty; and the myth of deterrence. The presentation concludes with recommendations to the Government of South Korea to, among other points, establish an official moratorium on executions as an immediate first step towards full abolition of the death penalty.

## 1. International trends on the death penalty

The report Amnesty International published on 12 April shows that the global resort to the use of the death penalty in 2017 reduced, depicting a world that is closer than ever to ridding itself of the ultimate cruel, inhuman and degrading punishment.<sup>4)</sup>

The global figures of executions and death sentences as recorded by Amnesty International reported a decrease by 39% and 17%, respectively, on the record-high peaks recorded in 2015 and 2016. The report also shows that it is an isolated minority of countries that still execute people. Executions were reported in 23 countries worldwide, 12% of the world total. Of these executing countries, only 11, or 6%, were “persistent” executioners, meaning that they carried out executions every year in the past five years. While China, where figures on the death penalty remained classified as state secret, remained the lead executioner and was believed to have carried out thousands of executions, it is significant that 84% of all recorded executions were reported in only 4 countries: Iran, Iraq, Pakistan and Saudi Arabia. Iran alone accounted for more than half of all recorded executions.

The total number of countries imposing death sentences also decreased last year, down from 55 in 2016 to 53 in 2017 – but it is significant to notice that 50% of the 2,591 recorded death sentences were imposed in only three countries:

---

4) Amnesty International, Death sentences and executions in 2017 (ACT 50/7955/2018), April 2017, <https://www.amnesty.org/en/documents/act50/7955/2018/en/>



Nigeria, Egypt, Bangladesh. The weight of the death penalty is clearly carried by an isolated group of countries.

However, even in countries where support for the death penalty remains strong we are starting to see some “cracks in the wall”. Executions decreased in Iran, Saudi Arabia and, more significantly, Pakistan. Both Iran and Malaysia amended their laws last year, to reduce the circumstances in which mandatory death sentences for drug-related offences can be imposed – measures which could lead to further significant decreases in the number of death sentences and executions in the future.

Disturbing practices and violations of international safeguards on the use of the death penalty continued, including through the imposition of death sentences after grossly unfair trials or for crimes for which the death penalty may not be imposed under international law and many of these concerns were of interest to the Asia-Pacific region. While known executions reduced by 28% compared to 2016, secrecy in the use of the death penalty in countries such as China and Viet Nam made it impossible to get a sense of the real extent of state resort to executions. People who were below 18 years of age were believed to be on death row in Bangladesh, Maldives and Pakistan, in violation of a clear prohibition under international law. Ten countries in the region imposed and/or implemented death sentence for drug-related offences, which do not meet the threshold of the “most serious crimes” under international law and standards.

The global trends highlighted above were also reflected at regional level. Nine countries in the Asia-Pacific region carried out executions, out of 22 that still retain it in law – 41%. I have already mentioned the reduction in recorded executions in the region. Mongolia was one of the three countries that abolished the death penalty for all or most crimes last year, together with Guatemala and Guinea. Indonesia and Taiwan did not carry out any executions last year, and India continued to observe a hiatus in the implementation of death sentences for

the second year running.

Not too far from here, in the Pacific, only Papua New Guinea and Tonga retain this punishment on their law books, after Fiji and Nauru abolished the death penalty for all crimes in 2015 and 2016, respectively. However, only Papua New Guinea held people on death row and an indefinite stay of executions was put in place last year by the National Court, after it concluded the country's use of the death penalty violated human rights safeguards enshrined in the country's Constitution. It would not be an exaggeration to say that the Pacific is now virtually death penalty free.

This year we have already seen the President of Gambia declaring an official moratorium on executions, in February.<sup>5)</sup> The country carried out its last executions in 2012, but under the leadership of its new administration it signed the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights on 20 September last year. The Protocol commits the country not to carry out executions and take steps to abolish the death penalty.

## 2. Abolition under international law and the question of alternative punishments

Amnesty International believes – and is supported in this by jurisprudence developed at national and international level over the years – that the death penalty violates the right to life and is the ultimate cruel, inhuman and degrading punishment. Every execution is a brutal act that not only dehumanizes those that carry it out but also devalues the worth that society places upon human life. As Amnesty International noted in the Declaration of Stockholm in 1977, “Execution is an act of violence and violence tends to provoke violence...The imposition

---

5)) Reuters, ‘Gambia announces moratorium on death penalty’, 18 February 2018, [www.reuters.com/article/us-gambia-justice/gambia-announces-moratorium-on-death-penalty-idUSKCN1G20V2](http://www.reuters.com/article/us-gambia-justice/gambia-announces-moratorium-on-death-penalty-idUSKCN1G20V2)



and infliction of the death penalty is brutalizing to all who are involved in the process.”<sup>6)</sup> Our experience shows that the death penalty negatively impacts all those involved in the process, from prisoner's family, to the prison guards and to the officials who carry out an execution. Judges, prosecutors and other officials may also experience difficult moral dilemmas if the roles they are required to play in administering the death penalty conflict with their own ethical views and beliefs.

As Amnesty International affirmed in the Declaration of Stockholm, “It is the duty of the state to protect the life of all persons within its jurisdiction, without exception.” The right to life is recognized in the Universal Declaration of Human Rights as well as a number of international and regional human rights instruments, national constitutions and laws. The desirability of the abolition of the death penalty is enshrined in international law. While Article 6 of the ICCPR allows for the use of capital punishment under certain circumstances, paragraph 6 clearly states that the same Article should not be used to “prevent or delay the abolition of the death penalty.” In its General Comment No. 6 on Article 6 of the ICCPR, the Human Rights Committee – the expert body tasked with overseeing the implementation of the ICCPR - has stated that the Article “refers generally to abolition [of the death penalty] in terms which strongly suggest... that abolition is desirable. The Committee concludes that all measures of abolition should be considered as progress in the enjoyment of the right to life...”<sup>7)</sup>

Four international and regional treaties provide for the abolition of the death penalty: the Second Optional Protocol to the ICCPR, aiming at the abolition of the death penalty;<sup>8)</sup> Protocols No. 6 and No. 13 to the Convention for the

---

6) Amnesty International, Declaration of Stockholm, Conference on the Abolition of the Death Penalty (ACT 50/001/1977), 1 January 1977, [www.amnesty.org/en/library/info/ACT50/001/1977/en](http://www.amnesty.org/en/library/info/ACT50/001/1977/en)

7) Human Rights Committee, General Comment No. 6: The Right to Life, UN Doc. HRIW GENW1WRev.1 at 6, 27 July 1982, para. 6.

8) Adopted by the UN General Assembly in 1989.

Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms;<sup>9)</sup> and the Protocol to the American Convention on Human Rights to Abolish the Death Penalty.<sup>10)</sup> In addition, at its 56th Ordinary Session in 2015 the African Commission adopted Draft Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Abolition of the Death Penalty in Africa, which is now awaiting consideration by the African Union.

The international community has long recognized the death penalty as a human rights issue and has worked to limit the use of the death penalty and urged UN Member States to remove it from national legislation. The UN Economic and Social Council, the UN Human Rights Committee, the UN Committee against Torture and the UN Human Rights Council and its predecessor, the UN Commission on Human Rights, have all contributed to the progressive restriction of the use of the death penalty and urged UN member states to move towards its abolition. The UN Economic and Social Council has adopted the Safeguards Guaranteeing Protection of the Rights of Those Facing the Death Penalty (resolution 1984/50 of 25 May 1984), which set out the most basic guarantees to be observed in all death penalty cases; the safeguards were endorsed by the UN General Assembly in 1984 by consensus. Since 2007, the UN General Assembly has adopted, by an overwhelming cross-regional majority of countries, six resolutions calling for the establishment of a moratorium on executions with a view to abolishing the death penalty. South Korea has so far abstained at the voting on all such resolutions, and it is our hope that we will see a vote in favour when the 2018 draft resolution is considered by the UN General Assembly at the end of this year.

When talking about abolition, the question of alternatives to the death penalty is a critical issue in reconciling the demands of victims of violent crime for justice with calls for the abolition of capital punishment. The need to

---

9)) Adopted by the Council of Europe in 1982 and 2002 respectively.

10)) Adopted by the General Assembly of the Organization of American States in 1990.



establish meaningful accountability for crime has, in some countries, led to the introduction of life imprisonment, with or without the possibility of parole.

Amnesty International recognizes that, as part of their obligation to respect and protect the human rights of victims of violent crime, governments seek to ensure that perpetrators are held accountable and that those convicted after a fair judicial process receive penalties which reflect the gravity of their crimes. Nevertheless, whatever the crimes such individuals have committed, Amnesty International opposes the imposition of the death penalty or any other cruel, inhuman or degrading punishment. Article 10 of the ICCPR, to which South Korea is a State Party, states that the primary aim of penitentiary systems should be the reformation and social rehabilitation of prisoners. Bearing this principle in mind, and when considering the approaches used in different jurisdictions with regard to long custodial sentences, it may be helpful to note that the Rome Statute of the International Criminal Court, which has jurisdiction over the most serious crimes of concern to the international community—often involving crimes with multiple homicides—prescribes that all sentences imposed by the Court must be subject to review after a period. The Court has the power to impose a sentence of life imprisonment when justified by the extreme gravity of the crime and the individual circumstances of the convicted person; otherwise the maximum term of imprisonment it can impose is 30 years.<sup>11)</sup> After serving two-thirds of a determinate sentence, or 25 years of a life sentence, the Court must review the sentence to determine whether it should be reduced, taking into account any factors establishing a change of circumstances sufficient to justify reduction of sentence; if at that time the Court determines it is not appropriate to reduce the sentence, it must review the question again regularly thereafter.<sup>12)</sup>

In many countries where the death penalty has been abolished, long custodial

---

11)) Rome Statute of the International Criminal Court, Article 77(1).

12)) Rome Statute of the International Criminal Court, Article 110.

penalties have been introduced for crimes previously punishable by the death penalty. In Mongolia, the death penalty was replaced in the new Criminal Code with life imprisonment, effective from last year. Similarly, Guinea and Nauru, replaced it with life imprisonment. In Suriname, the reformed Penal Code abolished the death penalty in 2015 and increased the sentences for severe crimes, like murder, from 15 to 20 years and the maximum time for life sentences from 20 to 30 years.

### 3. Public debates on the death penalty

As very first steps towards abolition, governments should establish official moratoriums on executions and support and facilitate meaningful and informed debate on the issue of the death penalty, including through human rights education programmes and initiatives that would provide information and promote a rights-respecting culture.

Through its monitoring of death penalty developments globally, Amnesty International has however noted that, often, governments refer to real or perceived public support for the death penalty as a reason to justify its retention and use, making little or no effort to challenge perceptions that the death penalty deters crime.

Opinion polls that appear to give evidence of public support for the death penalty tend to simplify the complexities of public opinion; moreover public opinion about the death penalty – so far as it is possible to generalise about it – is often not based on a full or accurate understanding of the crime situation of the country, its causes and the means available for combating it. The methodology used to survey public opinion invariably bears a direct correlation to the findings: in some countries, for instance, ‘public opinion’ is assessed through consultation with specific stakeholders, such as members of civil society or religious associations, while in others, such assessment is carried out through ‘polls’ of





samples of the general population. In either case, attitudes towards the death penalty are complex and influenced by the time and circumstances in which the data is gathered.<sup>13)</sup>

The issue of abolition of the death penalty and its influence on public opinion has been the subject of several studies, which have consistently shown that support for the retention of the death penalty progressively drops after its abolition. Surveys by the British Social Attitude Surveys showed, for instance, that support for the death penalty dropped from 74% in favour in 1986 to 65% in 1996 and 54% in 2004; in Germany, while a great majority of people supported capital punishment at the time it was abolished in 1949, only 24% were supported it in 1992; in France, the death penalty was abolished in 1981. At the time, opinion polls showed that 63% of the public was in favour of the death penalty. A survey conducted in 2006 found though that support for the death penalty had dropped to 42%. Similarly, polls conducted in 2004 and in 2006 respectively in New Zealand and Australia indicated that, decades after the abolition of capital punishment, less than 30% of the populations supported it.<sup>14)</sup>

Transparency on the use of the death penalty and human rights education are important for a meaningful public debate on capital punishment and its relationship to crime prevention. The death penalty is a human rights issue and should be examined from a human rights perspective. In line with UN General Assembly resolution 71/187 of 19 December 2016, governments should make available relevant information with regard to their use of the death penalty, which can contribute to informed and transparent national debates on this issue.

---

13)) For more information, see Roger Hood and Carolyn Hoyle, 'The Death Penalty: A Worldwide Perspective', Oxford, Clarendon Press, Fourth edition, 2008, pp. 350–382.

14)) Sources for all: Roger Hood and Carolyn Hoyle, 'The Death Penalty: A Worldwide Perspective', Oxford, Clarendon Press, Fourth edition, 2008, p. 376.

## 4. Debunking the myth of deterrence

Supporters of the death penalty often point to the ill-founded assumption that the death penalty is an effective crime control measure. A comprehensive survey of research findings carried out by the UN on the relationship between the death penalty and homicide rates concluded: “[R]esearch has failed to provide scientific proof that executions have a greater deterrent effect than life imprisonment. The evidence as a whole still gives no positive support to the deterrent hypothesis”.<sup>15)</sup>

Crime trends and patterns in different countries and regions are related to a range of different – sometimes context-specific – factors. Consequently, there is no one solution that could address public safety concerns in all countries. However, several studies conducted by the United Nations have identified poverty, inequality, and the capacity of States to enforce the rule of law as factors affecting the level of violence in most countries, in addition to individuals’ particular circumstances.<sup>16)</sup>

Among other factors, the UN Office on Drugs and Crime (UNODC) identified in its 2011 “Global study on Homicide” a relationship between homicide and human and economic development.<sup>17)</sup> The study found that the largest proportion of murders occurred in countries with low levels of human development; and that countries with high levels of income inequality have homicide rates almost four times higher than more equal societies.<sup>18)</sup> Factors

---

15)) Roger Hood, ‘The question of the death penalty and the new contributions of the criminal sciences to the matter: a report to the United Nations Committee on Crime Prevention and Control’, UN doc. E/AC.57/1988/CRP.7, 1988. The survey was last reviewed and published commercially as Roger Hood and Carolyn Hoyle, ‘The Death Penalty: A Worldwide Perspective’, Oxford, Clarendon Press, Fourth edition, 2015.

16)) UN Office on Drugs and Crime, ‘Making them work – handbook on crime prevention guidelines’, August 2010.

17)) UN Office on Drugs and Crime, ‘Global Study on Homicide—Trends, Contexts, Data’, 2011.

18)) ECOSOC Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, ‘World crime trends and



associated with the nature of the homicides themselves, such as availability of firearms, alcohol or geographical proximity to drug-trafficking routes, can also have an impact on homicide rates.<sup>19)</sup>

Statistics from countries that have abolished the death penalty show that the absence of the death penalty has not resulted in an increase in the crimes previously subject to capital punishment.

- A study comparing the murder rates in Hong Kong and Singapore, both of which have a similar size of population, for a 35-year period beginning in 1973 found that the abolition of the death penalty in the former and the high execution rate in the latter in the mid-1990s had little impact on murder levels.<sup>20)</sup>
- In the USA, where executions and death sentences have fallen to historic lows, homicide rates have also been decreasing in the past 20 years and declined by nearly half (49%) from 9.3 homicides per 100,000 people in 1992 to 4.7 in 2011, falling to the lowest level since 1963. Indeed, the average murder rate in the USA for states that use the death penalty is higher than for those that do not.
- In Canada, the homicide rate in 2016 was almost half that in 1976 when the death penalty was abolished there (1.68 per 100,000 people in 2016 compared to 3.0 in 1976).

---

emerging issues and responses in the field of crime prevention and criminal justice', UN Document E/CN.15/2012/19, 17 February 2012.

19)) Office on Drugs and Crime, 'Global Study on Homicide—Trends, Contexts, Data', 2011, p.10. Office on Drugs and Crime, "Global Study on Homicide—Trends, Contexts, Data", 2013, pp.65–75. For more information, see Amnesty International, Not making us safer: Crime, public safety and the death penalty (ACT 51/002/2013), October 2013, [www.amnesty.org/en/documents/ACT51/002/2013/en/](http://www.amnesty.org/en/documents/ACT51/002/2013/en/)

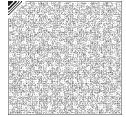
20)) Franklin E. Zimring, Jeffrey Fagan, David T. Johnson, 'Executions, deterrence and homicide: a tale of two cities', 31 August 2009

## 5. Conclusion and recommendations

The analysis presented in this paper shows that the global and regional use of the death penalty is unequivocally on the wane. International human rights law and standards clearly set out abolition of the death penalty as a goal to be achieved in countries that still retain this punishment. South Korea's record of not executing for more than 20 years and not imposing death sentences for over two shows it is in an optimal position to align itself with the global trend and join the majority of countries that have abandoned the death penalty. Human rights leadership is critical in driving the process of abolition, including through informed public debates on the human rights dimensions of the death penalty.

In light of the above, Amnesty International calls on the Government of South Korea to:

- immediately establish an official moratorium on executions;
- vote in favour of the draft resolution on a moratorium on the use of the death penalty, which will be considered at the 73rd session of the UN General Assembly in late 2018;
- ratify without reservations the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights;
- fully abolish the death penalty and commute all existing death sentences to terms of imprisonment.



## 국제사형제반대위원회(ICDP) 연설

라지브 나라얀 박사, 아순타 비보 까바에르  
(DR. RAJIV NARAYAN AND MS. ASUNTA VIVÓ)

친애하는 이성호 위원장님, 금태섭 의원님, 이반 시모노비치 ICDP 위원님, 동료 여러분

안녕하세요!

이렇게 적절한 시기에 가장 적절한 장소에서 사형제 문제에 대한 국제 세미나를 개최하기 위하여 수고해 주신 한국 인권위원회와 금태섭 의원님을 비롯한 주최측 여러분께 감사의 말씀을 드립니다.

국제사형제반대위원회의 경험에 비추어 보았을 때, 사형제 폐지는 민감한 사안이므로 시간이 걸리며 정치적 의지와 정치적 리더십을 요합니다. 몽골의 경우, 위원회 의원이신 이반 시모노비치 교수님께서도 강조하셨듯이 세계 유일의 사형제 폐지 촉구 협약인 사형제도 폐지를 위한 시민적, 정치적 권리에 관한 국제 규약 제 2 선택 의정서(Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights)에 몽골이 서명국이 된 것은 엘베그도르지 (Elbegdorj) 대통령의 리더십과 사형 폐지에 대한 접근 방식 때문이었습니다. 이와 같이 사형제 폐지에 대한 의지를 국제적으로 천명한 후, 몽골은 수년에 걸쳐서 법령에서 사형을 삭제하였고 마침내 작년에 모든 범죄에 대해 사형을 전면 폐지했습니다. 몽고의 사례는 대한민국이 향후 사형제에 대한 정책을 취함에 있어 고려해 볼 수 있는 경로라 하겠습니다.

최근 남아공과 과테말라의 경우 헌법 재판소가 사형제 폐지를 위한 조치를 취하는 데 있어 중요한 역할을 수행했습니다. 한국 헌법 재판소는 매우 존경 받는 기관으로 사형 문제에 관해 두 가지 판단을 내렸습니다. 최근 사형제에 대한 투표에서 5대 4로 사형제 합헌에 대한 찬성 결과가 나왔습니다. 헌법 재판소는 사형제도의 합헌성을 판단할 경우 사형제 문제에 역할을 여전히 수행할 수 있습니다.

수리남에서 사형 폐지 법안은 더 이상의 진전 없이 의회에 계류되어 있었습니다. 단호

한 입법자, 국제 사회, 시민 사회 단체, 장관, 외교관 등이 합심하여 법안을 재발의 하였으며 결국 형법에서 사형제를 폐지하게 되었고 데시 바우테르서 (Desi Bouterse) 대통령이 최종 서명하게 되었습니다.

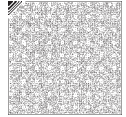
아이티, 캄보디아, 르완다, 동 티모르와 같은 국가의 경우 반인류적 범죄에 이어 재난이 발생하고 정부가 교체된 결과 고통을 종식시켜야 함을 절감한 새로운 행정부가 들어섰습니다. 새로운 정부는 사형제가 설 곳이 없는 새로운 법치 체제로의 이행을 보장해야 했으며 따라서 사형제를 폐지하였습니다.

유럽연합은 1, 2차 세계 대전의 그림자와 기억이 공존하는 동안 설립된 유럽연합 기본권 헌장에 사형제 폐지를 포함시켰습니다. 유럽 연합 국가들은 인명 손실과 인권 침해를 충분히 경험했으므로 삶에 대한 기본권을 존중하고 보호하며 실현하는 인권 중심 접근법을 포함시키기로 결정했습니다

그러나 유럽 연합 국가에서도 사형제 폐지에는 시간이 걸렸습니다. 프랑스에서는 여론의 반대와 사형제 유지 찬성 여론에도 불구하고 현 국제사형제반대위원회 (ICDP) 위원인 호베르 바뎡데흐 (Robert Badinter) 법무부 장관과 미테랑 (Mitterand) 대통령이 사형제 폐지를 위해 움직였습니다. 그들의 용기와 정치적 리더십과 삶에 대한 권리에 대한 신념이 중요한 역할을 했습니다. 이제 프랑스는 사형제 폐지 분야에서 선두 주자입니다. 사형 문제에 대해 정부들은 종종 여론을 인용하곤 합니다. 국민의 의견을 고려하는 것이 중요하지만, 정부는 종종 여론에 의지하지 않고 모든 국민에게 영향을 미치는 문제에 대해 어려운 결정을 내리기도 합니다. 여기에서 공공부문의 지도력이 중요하며, 정치 지도자들은 바뎡데흐 위원이 프랑스의 법무부 장관이었을 때, 그리고 최근에 몽골의 엘베그도르지 대통령과 같이 어려운 결정을 하기 위해 해당 직위에 임명된 것입니다.

유럽연합의 또 다른 국가인 스페인은 1970년대 중반 프랑코 장군의 서거와 전제주의 통치의 종식 이후 민주주의 통치가 시작된 이후에 사형제 폐지 운동을 시작했습니다.

리처드슨 주지사가 뉴 멕시코 주에서 사형을 폐지했던 핵심 이유는 무고한 사람이 사형을 당하게 되는 오심에 대한 우려였습니다. 미국에서 사형에 직면한 160 여명이 무죄로 판명 났기에 리처드슨 주지사의 견해는 타당한 근거에 기반한 것이었습니다. 여기에



도 역시 정치적 지도력이 필요합니다. 리처드슨 위원이 주지사직을 맡을 때는 사형을 지지했지만 그는 견해를 바꾸었고 오늘날 그는 사형제 폐지에 강력한 지지자이며 국제사형제반대위원회의 위원이십니다.

따라서 국가들은 사형제 폐지의 경로가 각기 달랐습니다. 대부분의 경우, 사형제가 억지력이 없으며, 무고한 생명의 목숨을 앗아갈 수 있다는 두려움, 그리고 많은 경우 전체 주의, 잔인한 과거의 유산이자 기억으로써 사형제를 철폐하고자 하는 경우는 국가의 역사적 과거에 기인한 것이었습니다. 주변 아시아 국가인 몽골은 국제적인 약속인, 제 2의 정서라는 경로를 택하여 자국에서 사형제를 폐지한 지도자의 사례가 있습니다.

한국은 이러한 모든 사례와 경로의 가능성을 갖추고 있습니다. 정치권은 인권에 대한 지식과 전문성을 가지고 있으며 인권위는 훌륭한 시민 사회 단체, 종교 단체로서 중요한 조언을 제공할 수 있습니다. 이제 국회가 영감을 얻을 때입니다. 오늘 우리는 국회에서 국회의원들이 주도하여 사형제 폐지 법안을 도입하고 입법 및 사법위원회, 그리고 후속 본회를 통과할 수 있기를 바랍니다. 그렇게 함으로써 대한민국의 사형제도 폐지를 향한 문 대통령과 그의 행정부의 노력에 국회도 함께 할 수 있습니다. 생명에 대한 존중과 보호는 역사적인 유산입니다. 106 개 국가가 모든 범죄에 대한 사형을 폐지했으며 이제 한국이 그들과 함께할 때입니다.

감사합니다.

## SPEECH BY INTERNATIONAL COMMISSION AGAINST THE DEATH PENALTY

DR. RAJIV NARAYAN AND MS. ASUNTA VIVÓ

Dear Chairperson Lee Sung-ho, dear Representative Keum Tae-Sup, dear ICDP Commissioner Professor Ivan Simonovic, dear friends,

Anyonghaseyo!

This is a timely moment and a most appropriate venue to hold this International Seminar on the issue of the Death Penalty and for this, we are grateful to our co-hosts the National Human Rights Commission of Korea, to Congressman Keum, among others.

From the experience of the International Commission against the Death Penalty, the abolition of the death penalty is a sensitive issue and so takes time and political will, political leadership. In the case of Mongolia, as our Commissioner Professor Ivan Simonovic has highlighted, it was the leadership of President Elbegdorj and his approach of initiating the abolition of the death penalty by getting his country to become a State Signatory to the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, the only worldwide treaty calling for abolition of the death penalty. After making this international commitment to abolish capital punishment, Mongolia took some years to remove the death penalty from its legal statutes and last year, it abolished the death penalty for all crimes. It is a route that the Republic of Korea could consider as it takes future steps on the issue of the death penalty.

In the case of South Africa and in the case of Guatemala recently, the Constitutional Court has played an important role in their countries taking steps towards abolition of the death penalty. The South Korean Constitutional





Court is a very respected institution and has made two judgments on the issue of capital punishment; the last vote was 5 to 4 in favour of the death penalty being constitutional. The Court could still play a role on the issue of the death penalty if it were to consider its constitutionality.

In Suriname, the death penalty abolition bill was not moving and stuck in its parliament. It took a combination of determined legislators, the international community, civil society organizations, ministers and diplomats to reactivate the bill and finally, the death penalty was removed from its penal code and signed by its President Desi Bouterse.

In countries like Haiti, Cambodia, Rwanda, Timor Leste, the change of governments following catastrophes, following crimes of humanity resulted in the establishment of new administrations who felt enough suffering had taken place; that they had to ensure a transition towards a new way of rule where the death penalty had no place and so they abolished the death penalty.

The EU has incorporated the abolition of the death penalty as part of EU Charter of Fundamental Rights as it was established while the shadow and memory of the two World Wars was very much existent. The EU countries had seen enough loss of human life and mass violations of human rights and so it decided to include human rights centered approach where there is respect, protection and fulfillment of the fundamental right to life.

Still, EU countries have taken time to abolish the death penalty. In France, the Minister of Justice Robert Badinter, who is an ICDP Commissioner, along with President Mitterand moved to abolish the death penalty despite public opinion being against their decision and for retaining the capital punishment. Their courage and political leadership and belief in the right to life was key. Now France is a leader in the abolitionist world. Public opinion is often cited by Governments on the issue of capital punishment. While it is important to

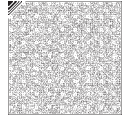
consider the opinion of its nationals, Governments often take difficult decisions on issues that affect all its nationals without taking recourse to public opinion. Public leadership is important here and political leaders have been appointed to their positions to take decisions, difficult decisions such as that taken by Commissioner Badinter when he was Minister of Justice in France and more recently by President Elbegdorj of Mongolia.

Spain, another country of the EU, began its abolitionist move after the onset of democratic rule following the death and end of authoritarian rule of General Franco in the mid 1970s.

The fear of miscarriage of justice, of an innocent person being executed was the key reason in the case of Governor Richardson when he abolished capital punishment in the US state of New Mexico. His view has legitimate grounds as more than 160 persons facing the death penalty in the USA have been found to be innocent. It also took political leadership as Commissioner Richardson was a supporter of the death penalty when he assumed office as Governor but he changed his views and today he is a very vocal proponent of abolition and he is an ICDP Commissioner.

So, countries, states have taken different routes to abolish the death penalty. In most cases, there has been an acceptance of the capital punishment not having a deterrent effect, that there was the fear of the execution of an innocent life and in many cases, it was a historical legacy... when countries wanted to remove the death penalty as it was a legacy, a memory of an authoritarian, a brutal past. We have in Mongolia, a fellow Asian country, the example of a leader using the route of an international commitment, that of the Second Optional Protocol, to bring about abolition of the death penalty in the country.

Korea has all these examples, routes as examples. Its political leadership has the knowledge and expertise of human rights and it has the NHRCK which



can provide crucial advice as also very good civil society organizations, religious organizations. It is now time for the National Assembly to take inspiration and we are here today at the National Assembly with the hope that its Representatives will take the lead, introduce the death penalty bill in the National Assembly and ensure that it passes the Legislative and Judiciary Committee as also during the subsequent plenary session. By doing so, the National Assembly members can join President Moon and his administration in taking Korea towards abolition of capital punishment. The respect and protection of life is a historical legacy; 106 States have abolished the death penalty for all crimes and it is time Korea joins them.

Kamsahamnidha, Thank you.

## 사형제 폐지에 관한 소고

민주사회를 위한 변호사모임 사무차장 김준우(변호사)

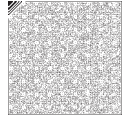
### 1. 들어가며

○ 사형제의 완전폐지는 인권운동의 오래된 숙제였지만 여전히도 성취하기에는 만만치 않은 난제이기도 합니다. 현재 한국이 20년 넘게 사형을 집행하지 않은 실질적 사형폐지 국가라는 점은 한 편으로는 다행스러운 일이지만, 동시에 20년 넘게 사형 미집행에서 몇 걸음 더 나아가지 못한 채 머물러 있다는 사실은 대단히 안타까운 일이기도 합니다. 사실 지난 10여년을 돌아보면 사형제 ‘운동’은 다소 정체되어 있었다고 할 수도 있고, 다른 편으로 사형제 폐지논의 자체가 ‘교착상태’에 있다고도 평가할 수 있을 것 같습니다. 오늘의 토론회가 교착상태에 빠져있는 사형제 폐지‘운동’의 진전에 기여하는 자리가 되길 소망하면서 토론자로서 몇 가지 첨언을 하고자 합니다.

### 2. 한국에서 사형제 폐지운동의 현재

○ 한국에서 사형제 폐지운동은 1989년부터 본격적으로 시작되었다 하며, 1997년 12월 마지막 사형제 집행 이후 지금까지 20년간은 사형이 실질적으로 집행되지 않은 상태라고 하는 점 때문에 실질적인 사형제폐지국가로 평가받습니다. 이와 같은 변화는 사형제 폐지에 관한 운동에 헌신적으로 노력해온 종교계를 비롯한 다양한 인권운동단체들의 노력, 피해자가족모임 등 당사자분들의 활동 등에 힘입은 것이라고 할 수 있습니다. 그 결과를 압축적으로 살펴보면 1998년부터 정부는 사형집행을 하지 않기 시작하였고, 법원은 사형선고에 대해서 예전보다 엄격한 경향을 보이기 시작했으며, 국가인권위원회는 2005년 사형제 폐지의 입장을 담은 권고의견을 발표하기도 하였습니다. 국회의 경우 제 15대 국회부터 제19대 국회까지 사형제 폐지법안이 발의된 바가 있었습니다.

○ 그러나 최근 두 번의 정부에서 사형제 폐지를 위한 움직임을 찾아보기는 어려웠습니



다.<sup>1)</sup> 법무부 등에서는 사형제 폐지에 대해서는 부정적인 입장으로 정책이 전반적으로 선회되었습니다. 2010년 헌법재판소가 사형제에 대하여 합헌 판결(5:4)을 내린 점도 사형제 폐지운동에 위축을 가져왔다고 할 수 있습니다. 그럼에도 불구하고 사형집행이 더 이상 계속되지 않았던 것은 기존 운동의 성과, 1998년 이후 변화된 사회문화적 흐름에 힘입은 바가 컸던 것으로 보입니다. 아울러 우리 정부가 유럽평의회와 ‘범죄인인도협약 및 형사사법공조협약’을 체결하고 2011년 국회에서 비준도 주요한 고리로 작동했다는 점도 부인할 수 없습니다. 결과적으로 사형제는 형식적으로 존치하되 사형의 집행 자체는 실질적으로 봉쇄되는 형세가 된 셈입니다. 이러한 점 때문에 기존 사형제 폐지운동도 정체에 접어든 점이 있습니다.

○ 2017년 새로운 정부가 들어섰지만, 사형제 폐지에 대해서는 다소 유보적인 입장으로 입힙니다. 문재인 대통령은 대선후보 당시 TV토론회에서 사형제 폐지에 원칙적으로 찬성하는 입장을 밝혔고, 2018년 3월 발의한 대통령 개헌안에는 헌법 제110조 제4항 단서를 삭제하고, 생명권을 신설하는 내용을 포함시켰습니다. 그러나 법무부는 2018년 사형제 폐지를 권고한 UPR의 입장에 대하여 실질적인 불수용 입장을 밝힌 상태입니다. 입법환경도 썩 밝지만은 않습니다. 홍준표 자유한국당 대표의 경우 2017년 대선 후보 당시 사형제 존치 입장을 밝힌 바가 있습니다. 그러나 적어도 지난 10여년 보다는 변화가 가능한 지형이 되지는 않았나 싶습니다.

○ 물론 현재 사형제 폐지운동이 겪고 있는 어려움을 일부 정치세력의 정치적 태도에 따른 것이라고 단정할 수는 없습니다. 이 운동이 갖고 있는 가장 어려운 난제는 항상/아직 우리 국민의 여론이 사형제 존치에 손을 들어주고 있다는 점을 인정하지 않을 수 없기 때문입니다.

### 3. 사형제 폐지를 위한 구체적인 과제

#### 가. 총론

○ 한국에서 사형제 폐지를 위한 경로를 설정하는데 있어서는 다양한 견해가 있을 수 있

---

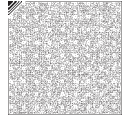
1) 참고로 2007년 대선당시 이명박 후보와 2012년 대선 당시 박근혜 후보는 각 사형제 폐지 반대 입장을 밝힌 바가 있었는데, 이 점도 정부의 입장 선회에 영향을 미쳤다고 보아야 할 것입니다.

습니다. 크게는 국민적 여론에도 불구하고 정치적 결단을 통해서 해결할 수 있다는 입장과 국민적 공감대를 충분히 형성해나가면서 점진적인 축소와 궁극적인 폐지를 해야한다는 입장으로 나뉠 수가 있을 것입니다. 그러나 대개 현실적으로 사형폐지운동론자들도 이 과제가 적지 않은 시간과 노력이 필요하다는 것을 인식하고 있기 때문에, 후자의 입장이 다수라고 판단됩니다. 다만 그 속에서도 이 운동이 공유해야할 현재적 컨센스는 무엇이어야할까?를 다시 한 번 돌아볼 필요성을 느끼게 됩니다. 그래서 구체적인 과제들을 점검해보면서 이에 관한 개인적 의견을 조금 피력하고자 합니다.

○ 사형제 폐지와 관련해서 가장 먼저 마주하게 되는 것은 형사정책 등의 차원에서 사형제가 가지는 유용성이 존재한다고 보는 오래된 견해 등을 이론적·실증적으로 논파해야 하는 과제입니다. 그러나 이에 관해서는 형사정책상 사형제가 범죄예방에 대한 실질적인 위하력을 갖고 있다는 것이 명징하지 않다는 다양한 연구결과를 비롯하여, 형벌의 목적은 응보 뿐 아니라 교화에도 있는데 사형은 이러한 목적달성을 할 수 없다는 점, 피해자의 관점에서도 유용성이 없다는 점 등 고전적인 논거들이 여전히 충분히 설득력을 갖고 있다고 생각합니다. 아울러 사형제도가 갖는 가장 취약한 논거가 오판가능성에 대한 실질적인 치유방안이 없다는 점, 특히 한국의 경우 해방이후 90년대까지 독재정권에서 정치적인 반대파를 제거하기 의도된 오판을 사법부가 행하면서 부당하게 사형이 선고되고 집행된 사례가 적지 않았던 점은 사형제 폐지의견에 힘을 보탬 수 있었습니다. 그 외에 사형집행 교도관의 기본권침해 문제, 피해자들에게 사형제의 존재가 실질적인 유용성이 없다는 점 등 다양한 층위에서 사형제 존치입장에 대하여 근본적인 문제제기를 할 수 있는 여러 이론적 자원이 충분히 존재합니다.

○ 다만 여전히 사형제폐지를 바라는 진영에서도 충분히 숙의되지 못하거나 정리되지 못한 쟁점들은 남아있다고 볼 수 있습니다. 대표적으로 사형제 폐지의 대안으로 제시되는 대체형벌의 적정한 형태와 관련하여서 너른 합의가 아직은 형성되지 못하고 있습니다. 국회에 제출되었던 입법 발의안들도 절대적 종신형과 상대적 종신형 사이에서 동요하고 있었던 것이 사실입니다. 또 해외 사례와 관련해서도 사형제도의 현황과 쟁점, 사형제 폐지운동의 성공적 경험에 대한 더 많은 연구가 필요하다고 여겨집니다.

○ 사실 진짜 딜레마는 이론과 현실의 간극이 아닐까 싶습니다. 솔직히 이론적 논쟁 지형에서의 ‘열세’ 때문에 한국에서의 사형제 폐지가 이뤄지지 못하고 있는 것은 아니라고 봄



니다. 학계에서는 이미 사형제가 궁극적 폐지가 의미있는 다수의 의견으로 형성되어 있는 것으로 알고 있습니다.<sup>2)</sup> 사형제가 법적으로 전면 폐지되지는 않았지만, 사실상 사형 집행이 이뤄지지 않고 있는 것이야말로 사형제 폐지의 입장이 갖는 이론적 우위를 일정하게 반영한 것이라고 볼 수도 있습니다. 전세계적으로 인권지향적 체제를 구축하기 위해 노력하는 국가들은 모두 사형제를 폐지했다는 점에서도 사형제 폐지는 결국은 도래할 미래라고 보아야 할 것입니다. 그러나 이러한 이론적 우위(?)에도 불구하고 여전히 국민 대다수의 인식은 사형제 존치에 동의하고 있다는 현실을 극복하지 못하고 있습니다. 이 점에 비추어 볼 때 사형제폐지운동 역시 시민교육과 대중운동에 기반해야 한다는 사회운동의 원칙을 되새기게 합니다.

#### 나. 헌법의 문제

○ 두 번째 걸림돌은 현행 헌법 및 헌법재판소의 결정 선례가 주는 물질성이 만들어낸 장벽을 제거하는 문제입니다. 주지하다시피 우리 헌법은 제110조 제4항 단서에 ‘사형을 선고한 경우’를 규정하고 있어서, 헌법상 간접적으로나마 사형제가 용인되고 있다는 논거가 비교적 강력한 영향력을 갖고 있습니다. 헌법재판소가 사형제의 위헌성 여부를 심사한 두 번의 결정에서도 - 설득력 있는 위헌의견이 있었음에도 불구하고 - 합헌 의견으로 귀결되는데는 제110조 제4항 단서의 존재가 컸습니다.

○ 이에 관한 가장 손쉬운(?) 해결방안은 물론 ‘개헌’입니다. 다만 한국에서의 사형제폐지운동이 궤도에 오른 1989년 이후 개헌이 현실화되는 국면은 거의 없었기 때문에 이에 관한 운동은 실질적인 검토의 대상은 아니었고, 오히려 헌법해석(헌재결정)을 통한 ‘돌파’를 모색하는 것이 주된 방법론이었습니다. 그런데 현재는 개헌국면이 작게나마 열렸기 때문에 이 국면에서 의미있는 개입을 만들어내야 할 필요가 있습니다. 주지하다시피 현재 대통령이 발의한 개헌안의 경우 ‘생명권의 신설’, ‘제110조 제4항 삭제’까지만 포함하고 있고, 사형제 전면폐지는 대통령 개헌안에 담겨있지 않은 상태라서 아쉬움이 있습니다.<sup>3)</sup> 그럼에도 불구하고 대통령 개헌안에 담긴 ‘생명권의 신설’ 및 ‘제110조 제4항 삭제’

2) 참고로 2009년 전국의 형사법 교수 132명이 ‘우리는 사형집행의 재개를 강력히 반대합니다’라는 제목의 성명을 발표한 바가 있는데, 이는 당시 전국 형사법 교수 약 3/4에 해당하는 숫자였습니다.

3) 민변의 경우 지난 3월에 발표하고 국회에 청원한 민변 자체 개헌안에서 ‘생명권의 신설’, ‘사형제의 폐지 명문화’, ‘현행 헌법 제110조 제4항 삭제’ 모두를 개정내용으로 담았습니다.



가 포함된 개헌만 이뤄지더라도 사형제 전면폐지를 위한 의미있는 변화가 될 것이라는 점은 분명합니다. 이점에서는 인권운동단체들이 이번 개헌국면에서 다소 소극적인 역할에 머무른 것은 아니었나 싶어서 아쉬움이 남습니다.

○ 물론 개헌 없이 사형제 폐지를 위한 길이 전혀 없는 것은 아닙니다. 우선 한 축으로는 해석론을 통한 사형제 의제를 돌파할 가능성이 있을 것입니다. 그러나 개헌없이 사형제에 대한 전면위헌의견이 헌법재판소의 다수를 점할 가능성은 그리 높지는 않습니다. 토론자의 줄견으로는 개헌 없이 해석론에 기대어서 사형제를 폐지축소할 수 있는 최대의 폭은 '제110조 제4항 단서의 경우에만 예외적으로 사형제를 허용'하는 정도가 아닌가 싶습니다.<sup>4)</sup> 사실 UN「시민적 정치적 권리에 대한 국제규약에 대한 제2선택의정서」도 원칙적으로는 사형제도 폐지를 천명하지만 '전시 또는 군사범죄'에 대해서는 일정하게 비준시 유보는 가능하도록 되어 있습니다. 국제인권규범에 준하여 사형제를 폐지하는 경로는 개헌 없이도 가능한 셈입니다. 물론 이 경우도 현재 균형법에 과다하게 많이 규정되어있는 사형조문을 축소할 필요가 있습니다.

#### 다. 입법운동의 문제

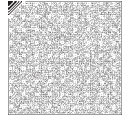
○ 입법을 통해서 적어도 균형법을 제외하고 사형제를 폐지하고, 축소하는 것은 개헌없이도 가능하고, 필요한 일입니다. 헌법재판소가 2010년에 선고한 결정(2008헌가23)에서 합헌입장을 표명했던 재판관들 가운데서도 사형제의 축소에 대한 입법적 보완의 필요성이 제기된바가 있습니다. 대표적으로 송두환 재판관은 비록 합헌의견을 제출했지만 '사형이 선택될 수 있는 범죄의 종류를 반인륜적으로 타인의 생명을 해치는 극악범죄로 한정하고, 사회적, 국가적 법익에만 관련된 각종 범죄의 경우 등에는 법정형에서 사형을 삭제'해야 한다는 보충의견을 제시한 바가 있었습니다.<sup>5)</sup>

○ 그런데 제15대 국회부터 제19대 국회까지 사형제 폐지 특별법이 지속적으로 제출되었지만, 실제로 논의가 이뤄진 적은 없습니다. 특별법을 통한 일거에 이 문제를 해결하는 것은 현재의 형세에서 통과가능성을 낙관하기는 어렵다는 점에서 유일한 경로로 채택해

4) 같은 의견으로 2010년 현재 결정 당시 조대현 재판관의 일부위헌의견이 있었습니다.

5) 당시 민형기 재판관도 합헌의견이었지만 보충의견으로 사형제 대상을 축소해야 할 필요성에 대해서 동의했습니다.





서는 안 될 것입니다. 따라서 일부 개별입법에 대해서도 사형규정을 폐지하는 방식이 병행될 필요가 있다는 것입니다.<sup>6)</sup> 실제로 그동안 대표적으로 과도하게 사형이 규정된 조문을 꼽히던「부정선거관련자처벌법」은 만시지탄이지만 2008년 폐지되었고, 「한국조폐공사법」상의 사형 규정도 2014년 국회에서 법률개정을 통해서 삭제가 되었습니다.<sup>7)</sup> 이러한 개별입법(개정)을 통한 사형제의 축소도 만만치 않은 과제이기는 하지만 필요한 일입니다.

○ 아울러 헌법재판소도 사형으로 처단하기엔 과도한 경우라고 볼 수 있는 경우에는 비례의 원칙 또는 평등원칙에 반한다고 하여 위헌판단을 한 바가 여러 차례 있다는 점도 우리 형법상 사형제도 목록이 너무 많다는 점을 반증합니다.

1) 특정범죄가중처벌등에관한법을 제5조의3 제2항 제1호에서 과실로 사람을 치상하게 한 자가 구호행위를 하지 아니하고 도주하거나 고의로 유기함으로써 치사의 결과에 이르게 한 경우에 살인죄와 비교하여 그 법정형을 더 무겁게 한 것은 형벌체계상의 정당성과 균형을 상실한 것으로서 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장한 국가의 의무와 헌법 제11조의 평등의 원칙 및 헌법 제37조 제2항의 과잉입법금지의 원칙에 반한다고 본 사례(헌법재판소 1992. 4. 28. 선고 90헌바24 전원재판부)

2) 국가보안법 제13조 중 다시 범한 죄가 찬양, 고무 등 죄인경우도 법정형의 최고를 사형으로 하도록 규정한 부분이 비례의 원칙 위반이라고 본 사례(헌재 2002.11.28. 선고, 2002헌가5 전원재판부)

3) 단순매수나 단순판매목적소지의 마약사범에 대하여도 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 하는 규정이 지나치게 과도한 형벌로서 책임과 형벌간의 비례성 원칙에 어긋나며 법관의 양형선택·판단권을 지나치게 제한한다고 본 사례(특정범죄가중법 제11조 제1항)에 대한 위헌결정(헌재 2003.11.27. 선고, 2002헌바24결정)

6) 참고로 사형제 폐지에 대하여 정부가 다소 전향적인 자세를 보여줬던 2006년 당시 박상기 연세대학교수는 대검찰청의 연구용역 과제로 ‘사형제도의 개선방안에 관한 연구’를 제출한 바가 있습니다. 이 연구에서는 사형규정의 대폭 삭제, 사형선고요건의 강화, 재심청구사유 완화, 사형수에 대한 감형제도의 확대적용을 시행하고 이후 사형제도에 대한 근본적인 논의를 할 것을 제안한 바가 있습니다.

7) 개정된 한국조폐공사법 제19조(벌칙) ① 제조를 의뢰한 기관에 넘겨주지 아니한 제11조제1항제1호 및 제2호에 규정된 제품을 폭행이나 협박으로 강취(強取)한 사람은 사형·무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다. 2014년 개정으로 삭제되었습니다. 참고로 해당 법안의 당시 대표발의는 이낙연 의원이었습니다.

4) 상관을 살해한 경우 사형만을 유일한 법정형으로 규정한 군형법 제53조 제1항이 형벌과 책임간의 비례원칙에 위배된다고 본 사례(헌재 2007.11.29. 선고, 2006헌가13 전원재판부)

5) 국내통화를 위조 또는 변조하거나 이를 행사하는 등의 행위를 처벌하는 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제10조 중 형법 제207조 제1항 및 제4항에 관한 부분이 형법 제207조 제1항 및 제4항 부분 (이하 ‘이 사건 형법조항’이라 한다)과의 관계에서 형벌체계상의 균형을 잃어 평등원칙에 위반한다고 본 사례(헌재 2014.11.27. 선고, 2014헌바224, 2014헌가11(병합))

○ 사형제 대상 범죄의 축소와 관련한 기준을 설정하는 것은 쉽지 않겠지만 1) 오심의 가능성이 높은 정치사상범에 대해서는 사형을 전면 폐지할 것 2) 생명침해행위 범죄가 아닌 한 가급적 사형을 법정형으로 규정하지 않을 것(문화재보호법이 대표적)이 일종의 기준이 될 수 있으리 봅니다. 그 외에도 생명침해행위라도 결과적 가중범, 미수범은 제외 하자는 입장도 설득력이 있다고 봅니다. 이와 관련하여 실제로 과잉형벌이 규정되어있는 각종 형법 규정에 대하여 조사하고, 개정작업을 주도하는 것에 있어서 - 인권단체들의 노력도 필요하겠지만- 정부와 국회의 역할과 노력이 새삼 중요하다는 점을 강조하고 싶습니다. 사실 사형제에서 단계적인 실천방안을 모색하자는 입장도 오래된 주문입니다. 그러나 실제로 그러한 실천이 정부와 국회에 의해서 뒷받침되지 못했다는 사실에 대한 성찰과 반성이 필요하지 않을까 싶습니다.

○ 아울러 오랫동안 문제되어왔던 형사소송법 제465조 제1항<sup>8)</sup>의 문제도 해결이 필요합니다. 이미 사실상의 사형폐지국가의 반열에 들어선 우리 현실에서 종종 제기되는 법무부 장관 직무유기 관련한 정치적 공방을 종식시킬 필요가 있습니다. 이에 대해서 대안으로 중국 형법과 같은 사형집행유예제도를 도입하자는 견해도 존재합니다.<sup>9)</sup> 또 사법부의 경우 최근 사형선고에 대해서는 비교적 엄중한 잣대를 적용<sup>10)</sup>하고는 있는데, 보다 엄격

8) 제465조 ①사형집행의 명령은 판결이 확정된 날로부터 6월 이내에 하여야 한다. /현재는 이 조문을 훈시규정으로 해석하고 있습니다만, 논란이 없는 것은 아닙니다.

9) 대표적으로 조국, “사형폐지의 정당성과 19대 국회의 과제”, 19대 국회 사형제도철폐특별법안 마련을 위한 토론회 자료집 기초 강연문, 2014 / 중국은 사형집행에서 2년 유예기간을 두고 있는데, 한 편 조국 교수는 해당 논문에서 사형을 10년 후 집행할 수 있도록 법을 개정하고, 10년이 지난 후 감형도 할 수 있는 방안을 제시하고 있습니다. 이러한 문제의식은 2002년 신계륜 의원이 대표발의했던 형사소송법 개정안에서도 담겨져 있었습니다.

10) 대법원의 태도는 다음과 같습니다 “ 사형을 선고함에 있어서는 형법 제51조가 규정한 사형을 중심으로 한 범인의 연령, 직업과 경력, 성행, 지능, 교육정도, 성장과정, 가족관계, 전과의 유무,



한 사형선고를 위해서 대법원이 사형선고를 하기 위해서는 법적으로 가중요건을 두자는 제안에도 귀 기울일 필요가 있을 것입니다.

#### 4. 나아가며

○ 19대 국회 당시 유인태 의원은 무려 172명의 의원과 함께 사형제폐지법안을 발의하였으나 법사위에서 논의조차 되지 못한 채 폐기된 것은 현재 사형제폐지운동이 처한 상황을 적나라하게 드러낸 것이 아닌가 싶습니다. 2000년대 중반까지 다양하게 펼쳐지던 활동들이 지난 10여년간은 다소 위축되었던 것도 사실입니다. 그러나 새로운 정부에서는 이전 보다는 조금 우호적인 국면이 열렸다고 할 수 있습니다. 여전히 국민여론을 바꾸어 내야 한다는 산이 우리에게 있지만 우공이산의 자세로 이 과제를 함께 전진했으면 좋겠습니다. 사형제의 전면폐지를 원칙으로 하되, 사형제 대상 조문의 축소, 대체형벌의 도입, 그리고 일부 개헌을 통한 경로가 시민교육과 대중운동을 동반하여 이루어지는 것이 아닐까 생각합니다.<sup>11)</sup>

---

피해자와의 관계, 범행의 동기, 사전계획의 유무, 준비의 정도, 수단과 방법, 잔인하고 포악한 정도, 결과의 중대성, 피해자의 수와 피해감정, 범행 후의 심정과 태도, 반성과 가책의 유무, 피해회복의 정도, 재범의 우려 등 양형의 조건이 되는 모든 사항을 철저히 심리하여 위와 같은 특별한 사정이 있음을 명확하게 밝힌 후 비로소 사형의 선택 여부를 결정하여야 한다 ( 법원 2006. 3. 24. 선고 2006도354 판결 등 참조)

11) 물론 피해가족당사자 운동, 사형집행 담당공무원 등 관계 당사자들의 운동/연대의 중요성도 여전히 놓치지 말아야 가치와 방법론입니다.

## View on Abolition of the Death Penalty

Kim, Joon-woo(Attorney)

Assistant Director General of Lawyers for a Democratic Society

### 1. Introduction

The complete abolition of the death penalty was a long-standing mission of the human rights movement, but achieving this is still a difficult challenge. Though it is fortunate that Korea is a de facto abolitionist country that has not carried out the death penalty for more than 20 years, it is very regrettable that the country has moved just several steps away from the suspension of execution for more than 20 years without significant progress. In fact, looking back over the past decade, the abolition "movement" has been somewhat stagnant, and on the other hand, the debate on the abolition of the death penalty itself is in a "deadlock" situation. Hoping that today's seminar will become a place to contribute to the progress of the abolition of the death penalty, I would like to make some comments as a discussant.

### 2. Current Status of Abolitionist Movement in Korea

The abolitionist movement in Korea began in earnest in 1989. Korea is considered as a de facto abolitionist country in that the death penalty has not been carried out for 20 years since last execution in December 1997. These changes are attributed to the efforts of the group of victims' families and various human rights groups including the religious communities, who have devoted themselves to the campaign to abolish the death penalty. As a result, the government began to refrain from executions from 1998, and the court began to show a more stringent tendency toward death sentences. National Human Rights Commission of Korea (NHRCK) announced the opinion of recommendation



on its stance about abolition of the death penalty. In the case of the National Assembly, bills to abolish the death penalty were proposed from the 15th to the 19th National Assembly.

However, it has been difficult to find any move for abolition during the last two administrations.<sup>1)</sup> In the Ministry of Justice for example, its policy was generally reversed toward the negative side of the abolition of the death penalty. The fact that the Constitutional Court in 2010 ruled (5:4) in favor of the death penalty also discouraged the movement to abolish the death penalty. Nevertheless, the fact that the execution has been no longer carried out seems to have been largely driven by the existing movement and the socio-cultural change since 1998. In addition, we can not deny moves like the Korean government concluded ‘Treaty on Extradition’ and ‘Treaty on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters’ with the Council of Europe, which were ratified by the National Assembly in 2011 played a major role as well. As a result, the death penalty remains only perfunctorily while the executions of the death penalty are practically blocked. Because of this, the existing movement for abolition of the death penalty has also become stagnant.

Though the new administration took office in 2017, it is somewhat reserved in its stance concerning the abolition of the death penalty. President Moon Jae-in expressed his position in favor of the abolition of the death penalty principally during the TV debate at the time of the presidential election, and in the President’s constitutional amendment bill initiated in March 2018, the condition in Article 110 (4) of the Constitution is removed and the right to life is newly added. However, the Ministry of Justice has declared actual non-compliance with the UPR’s recommendation to abolish the death penalty in 2018. The legislative environment is not so bright. Hong Joon-pyo, the chief of Liberty Korea Party,

---

1) For the record, 2007 presidential candidate Lee Myung-bak and 2012 presidential candidate Park Geun-hye had expressed opposition to the abolition of the death penalty, which should have affected the turn of government stance.

announced his retentionist position on the death penalty at the time of the 2017 presidential election. But, it seems that the surrounding landscape is likely to allow higher possibility of change compared to the past decade.

Of course, we can not conclude that the current difficulties in the abolitionist movement are due to the political attitudes of some political forces. We cannot help but admit that the public opinion always and still is in favor of maintaining the death penalty, which poses the most difficult obstacle.

### 3. Specific challenges for the abolition of the death penalty

#### I. Overview

There may be various opinions in setting up a path to the abolition of the death penalty in Korea. It can be divided into two; one is that it can be solved through political decision despite public opinion and the other is that it should gradually reduce and ultimately abolish it while fully forming the national consensus. The latter is likely the position of the majority because even activists of the abolitionist movement recognize that the task requires a considerable amount of time and effort in reality. However, against this backdrop there seems a need to revisit what should be the present consensus that this movement should share. So I would like to share my personal opinion on this by examining specific tasks.

The first thing we face in relation to the abolition of the death penalty is that we have to theoretically and empirically debunk the old view that the usefulness of the death penalty exists in terms of criminal policy. However, in relation to this, I believe classical arguments are sufficiently persuasive, such as that the purpose of punishment is not only retaliation but also rehabilitation but the death penalty cannot achieve the purpose and it is no use from the victim's perspective as well as various study results including the one that actual crime deterrence of the punishment is not clearly proved in terms of criminal policy.



In addition, the most vulnerable argument for maintaining the death penalty is that there is no practical remedy for the possibility of miscarriage of justice. In particular, in the case of Korea, the judiciary made a deliberate miscarriage of justice and wrongfully gave the death penalty in a number of cases in order to remove political opposition against the authoritarian regime during the period from the liberation until the 1990s, which can reinforce the argument for the abolition. There are also a sufficient number of theoretical resources that can raise fundamental questions about the death penalty on various levels, including the issue of infringement of the fundamental rights of the execution officers and the fact that the death penalty is not practically useful to victims.

However, there are still some issues that have not been sufficiently elaborated or organized in the camps that wish to abolish the death penalty. One prime example is that no broad consensus has yet been formed regarding the appropriate form of alternative punishment presented as an alternative to the abolition of the death penalty. It is true that the legislative initiatives submitted to the National Assembly also fluctuated between absolute and relative life imprisonment. Also, with regard to overseas cases, more research is needed to study the current status, issues of the death penalty and the successful experience of the abolitionist campaign.

In fact, the real dilemma is the gap between theory and reality. Honestly, I do not think that the abolition of the death penalty in Korea is not happening because of the 'inferiority' in the theoretical debate. In the academic world, it is already known that the ultimate abolition of the death penalty is formed by a number of meaningful opinions.<sup>2)</sup> Although the death penalty has not been completely abolished by law, the fact that the execution of the death penalty has not been carried out is a reflection of the theoretical advantage of the abolition

---

2) For reference, in 2009, 132 criminal law professors across the country issued a statement titled, 'we strongly oppose the reinstatement of the execution and those professors account for 3/4 of the criminal law professions in Korea at that time.

of the death penalty. In that all the countries that are working to establish a human rights-oriented system around the world abolished the death penalty, the abolition of the death penalty should be ultimately seen as a future to come. Despite this theoretical advantage, we are not able to overcome the reality that the majority of the people still agree to maintain the death penalty. In light of this, we are reminded of the principle of social movement that the abolitionist movement as well should be based on civic education and grass root movement

## II. Constitutional issues

The second challenge is to remove the barriers created by the materiality of the current Constitution and the precedents of the Constitutional Court. As we all know, our Constitution stipulates that "in the case of a death sentence" in Paragraph 4, Article 110, has a relatively strong influence on the argument that the death penalty is accepted indirectly through the Constitution. Even in the two decisions taken by the Constitutional Court to examine the unconstitutionality of the death penalty, the condition mentioned in Paragraph 4, Article 110 played a quite a bigger role in leading to constitutionality decision despite the persuasive opinions against it.

The easiest solution to this problem is of course 'constitutional amendment'. However, since 1989, when the movement to abolish the death penalty in South Korea got back on track, there has been almost no situation in which the constitutional amendment became a reality. Therefore, the movement for constitutional amendment was not subject to any substantive examination. Instead, seeking a breakthrough via interpretation of the Constitution (decision of the Constitutional court) was the main methodology. However, since the window of opportunity for amendment is now open though it is small, it is necessary to create meaningful intervention in this phase. As we all know, it is regrettable that the constitutional amendment initiated by the current President includes only the 'new addition of the right to life' and 'deletion of paragraph 4,





Article 110' while the complete abolition of the death penalty is not included.<sup>3)</sup> Nevertheless, it is clear that even if only the amendment that include the 'addition of the right to life' and 'deletion of Article 110 (4)' is achieved, it will be a meaningful change towards the abolition of the death penalty for all crimes. In this regard, it is regrettable that human rights organizations remain somewhat passive in this constitutional amendment phase.

Of course, it doesn't mean that there is absolutely no way to abolish the death penalty without any amendment. First of all, there is a possibility of breaking through the death penalty agenda through interpretation. However, it is unlikely that the majority of the Constitutional court will have unanimous opinion on unconstitutionality of the death penalty without the amendment. In my opinion, the greatest extent of the abolition of the death penalty in anticipation of the interpretation theory without the amendment is the extent to which the death penalty is allowed exceptionally in the case of the condition in Paragraph 4, Article 110.<sup>4)</sup> As a matter of fact, the United Nations' Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights states in principle the abolition of the death penalty but allows state signatories to reserve the right to apply the death penalty during wartime or for military crimes. Abolishing the death penalty in accordance with the international human rights standards is possible without the amendment. Of course, in this case too, it is necessary to reduce the number of provisions on death sentences that are excessively prescribed by the current Military Criminal Act.

---

3) In the case of Lawyers for a Democratic Society, its own amendment bill announced last March and petitioned to the National Assembly includes 'new addition of the right to life', 'stipulation of abolition of the death penalty and 'deletion of paragraph 4, Article 110 in the Constitution.

4) The same opinion can be found in the comment of unconstitutionality by then judge, Cho Dae-hyeon during the decision of the Constitutional court in 2010.

### III. Problems of the legislative movement

With legislation, the reduction and abolition of the death penalty, except for the Military Criminal Act at least, is possible and necessary without amendment. Among the judges who expressed their position of favoring constitutionality on the death penalty in the Constitutional Court's decision in 2010 (Decision No. 2008-Heonga-23), there were judges raising the need to supplement legislation on the reduction of capital punishment. As a prime example, Judge Song Doo-hwan, although submitted a constitutional opinion, presented complementary opinion that we should limit the kinds of crimes for which the death penalty can be imposed on criminal offenses that harm the lives of others in an anti-humanitarian manner, and in cases of various crimes related to social and national legal interests, the death penalty should be removed in legal penalty.<sup>5)</sup>

Although lawmakers from the 15th to the 19th National Assembly consistently submitted special law (bill) to abolish the death penalty, there has never been an actual discussion on it. Solving the issue once and for all through a special law should not be taken as the only route in that it is difficult to be optimistic about the possibility of passing under the current situation. Therefore, there is a need to proceed with individual legislation in parallel to abolish the death penalty.<sup>6)</sup>

In fact, the act on the punishment of parties related to fraudulent election, which is considered to be a representative law of imposing the death penalty excessively, was abolished in 2008, and the death penalty provisions of the Korea Minting and Security Printing Corporation Act were also deleted by the

---

5) At that time, Judge Min Hyeong-gi on constitutional side also agreed on the necessity to reduce the offenses punished with the death penalty as a supplementary opinion.

6) For reference, Professor Park Sang-ki, Yonsei University, in 2006, when the government showed a somewhat proactive stance on the abolition of the death penalty, submitted a study on the improvement plan of the death penalty as a research task commissioned by the Supreme Prosecutors' Office. In this study, he proposed that the death penalty should be largely eliminated, the requirement for death sentences should be strengthened, the reasons of appeal should be relaxed, the remission system should be extended to the death rows, and then a fundamental discussion on the death penalty should be made.



legislative amendment of the National Assembly in 2014.<sup>7)</sup> The reduction of the death penalty through this individual legislation (amendment) is a challenging task, but necessary.

In addition, there were several cases where the Constitutional Court ruled unconstitutional, citing the punishment violates the principle of proportionality or equality since it is excessive punishment for such offences, which demonstrates that there are too many lists of the death penalty in our penal law.

Case 1) In Article 5-3 Paragraph 2, Subparagraph 1 of the Act on Aggravated Punishment, etc. for Specific Crimes, if a person who harms another negligently leads to the result of death by escaping or neglecting deliberately without any relief actions, sentencing it with heavier penal penalty in comparison with homicide is to lose justification and equilibrium on the penal code, which is against the duty of the State to guarantee the dignity and value of the human being in Article 10 of the Constitution, the principle of equality in Article 11 of the Constitution, and the prohibition of excessive legislation in Article 37 (2) of the Constitution. (The Constitutional Court, Apr. 28, 1992, Decision 90-Heonba-24, by full bench of the Constitutional Court)

Case 2) In the case of Article 13 of the National Security Law, even in the case of the repeated offenses such as praise and incite, the death penalty is stipulated as the maximum penalty allowable by law. This provision is seen as a violation of the principle of proportionality. (The Constitutional Court, Nov. 28, 2002. Decision. 2002-Heonga-5 by full bench of the Constitutional court)

---

7) Article 19 of the Korea Minting and Security Printing Corporation Act before revision (penalty) – ① Persons who violently or intimidated took by force the products prescribed in Sub-paragraphs 1 and 2, Paragraph 1 in Article 11, which have not been handed over the organization commissioned for manufacture, shall be sentenced to the death penalty · life imprisonment or imprisonment for not less than five years – was removed after revision in 2014. For reference, Lawmaker Lee Nak-yeon was chief author of the legislation at that time.

Case 3) For the offenders of simple bribing or the sale of drugs for the purpose of simple sale, the sentence of death, life imprisonment or imprisonment of more than 10 years is excessive punishment, because it is against the principle of proportionality between liability and punishment and excessively limits the right of judges to examine and judge the offenses. (Article 11, Paragraph 1 of the Act on Aggravated Punishment, etc. for Specific Crimes) (The Constitutional Court, Nov. 27, 2003, Decision 2002-Heonba-24)

Case 4) In Article 53, Paragraph 1 of the Military Criminal Code, which stipulates that death penalty is the sole statutory form of punishment for murder case when the offender murdered his or her superior. This provision is considered against the principle of proportionality between liability and punishment. (The Constitutional Court, Nov. 29, 2007, Decision 2006-Heonga-13 by full bench of the Constitutional court)

Case 5) Article 10 of the Act on Aggravated Punishment, etc. for Specific Crimes, which punishes acts such as forgery or alteration of domestic currencies or exercises them, is related to Article 207, Paragraphs 1 and 4 of the Criminal Act, (Hereinafter referred to as the "offense of the criminal law"), which violates the principle of equality by losing the equilibrium in the penalty system (The Constitutional Court, Nov. 27, 2014, Decision combined of 2014-Heonba-224 and 2014-Heonga-11)

Although it would be difficult to establish standards for the reduction of crimes against the death penalty, it could be considered to 1) abolish the death penalty for the cases of political prisoners, which has high possibility of miscarriage of justice, 2) not to prescribe death sentences as long as they are not crimes against life (The Cultural Properties Protection Act is a prime example) as an example of standards. In addition to that, I think that it is persuasive to exclude consequently aggravated crime and unconsummated crimes even if it is an act of life infringement. In this regard, I would like to emphasize that the roles and



efforts of the government and the National Assembly are important in studying and reviewing the various criminal laws for which excessive penalties are stipulated and leading the revision work, though efforts of human rights groups are needed as well. In fact, it is a long-standing mission to try to find a step-by-step action plan in the issue of the death penalty. But I think it is necessary to introspect and reflect on the fact that such practice has not been supported by the government and the National Assembly.

In addition, Article 465 (1)<sup>8)</sup> of the Criminal Procedure Act, which has been in question for a long time should be solved. There is a need to end the political battle related to dereliction of duties of the justice minister, which is often raised in our reality of a country that has already become a de facto abolitionist nation. As an alternative to this, there is a view to introduce a death penalty execution moratorium system such as the one in the Chinese Criminal Law.<sup>9)</sup> Moreover, the judiciary has recently applied a relatively rigorous standard for the death sentence<sup>10)</sup>, but it is also necessary to listen to the proposal to place a weighted

---

8) Article 465 (1) An order for the execution of the death penalty shall be made within six months from the date on which the judgment is finalized. / We are currently interpreting this text as a directory provision, but it is not without controversy

9) Representatively, Professor Cho Kuk, "legitimacy of abolition of the death penalty and the mission of 19th National Assembly", keynote lecture in the presentation source book of the forum for the preparation of special legislation on the death penalty of 19th National Assembly in 2014 / As China has two year grace period in execution of the death penalty, Professor Cho Kuk suggested ways to revise the law which allows execution 10 years later and commute the punishment after 10 years. This awareness of the problem was also contained in the amendment proposal of criminal procedure law, co-authored by Lawmaker Sin Gye-ryun in 2002.

10) The attitude of the Supreme Court is as follows: "In the sentence of death penalty, the trial considers every condition for sentencing thoroughly including the criminal's age, occupation and career, sexuality, intelligence, education degree, growth process, family relationship, existence of previous conviction, relation with the victim, motivation behind the crime, presence of premeditated plan, the degree of preparation, the means and the method, the degree of cruelty and atrocity, the seriousness of the results, the number of the victims and the emotion of victimization, the feeling and attitude after the crime, the presence of reflection and remorse, the degree of recovering from the damage, possibility of repeated crimes and identifies whether there is any excuse before sentencing the death penalty. (Court March 24, 2006. Decision 2006-Do-354, Ruling, etc referred to)

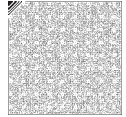
requirement on the law for stricter application of the death sentence by the Supreme Court.

#### 4. Moving forward

Though Lawmaker Yu In-tae initiated the bill to abolish the death penalty along with 172 congressmen during the 19th National Assembly, it was scrapped even without reaching the Legislative and Judiciary Committee for discussion, which plainly demonstrates the situation that the current abolitionist movement faces. The various activities carried out until the mid-2000s have been somewhat discouraged over the past decade. However, the new government has been a little more favorable than before. We still have a mountain of challenge to change public opinion, but I hope we can move forward with this mission in an attitude of the old fool who eventually moved the mountains. I think that complete abolition of the death penalty should be a principle while we should work on reduction of the articles in the laws subject to the death penalty, the introduction of alternative punishment, and the path through partial amendments accompanied by civic education and popular movement.<sup>11)</sup>

---

11) Of course, the importance of exercise / solidarity among related parties such as victims' family movements, officers in charge of executions is still a value and methodology that we should not overlook.



## 사형제도 존폐와 대체형의 문제

김상겸 (동국대 법대 교수)

### I. 논의의 쟁점

사형제도의 존폐문제는 오래된 이슈이지만 생명권 보장의 관점에서, 그리고 국가의 형사정책의 관점에서 계속 제기되고 있는 문제이다. 우리나라는 1997년 12월 말 사형수 23명의 형을 집행한 이후 지금까지 사형을 집행하지 않고 있다. 국제앰네스티(AI)의 기준에 의하면 10년간 사형을 집행하지 않는 경우 '실질적 사형폐지국(Abolitionist in practice)'으로 분류된다. 이 기준에 의하면 우리나라는 사형폐지국으로 더 이상 이 문제로 논란을 벌일 필요가 없다. 그런데도 사형제도의 존폐문제가 거론되는 것은 헌법을 위시한 국가실정법에 사형이 형벌로서 규정되어 있기 때문이다. 또한 형사법에 규정된 사형으로 인하여 법원은 살인죄 등을 지은 자에 대하여 사형을 선고하고 있고, 사형수는 미결수로 구치소에 수감되어 있기 때문이다.

국가실정법에 사형이 하나의 형벌로 규정되어 있고, 법원의 사형선고가 있다고 하여도 국제사회에서 실질적 사형폐지국가로 분류된 우리나라에서 사형집행은 할 수 없을 것이다. 그럼에도 사형제도 폐지문제가 거론되고 있는 것은 실정법에 명문으로 사형이 규정되어 있는 이상 언젠가는 다시 사형집행이 될 지도 모른다는 우려 때문이다. 그리고 여전히 다수의 국민은 사형제도를 존치하자는 것에 찬성하고 있기 때문이다. 물론 사형과 같은 형벌의 존폐문제는 국가의 형사정책적 관점에서 풀어나가야 하고 여론의 동향에만 의지하면 안 된다. 그렇지만 대의제 민주주의에서 국민의 여론에 상관없이 정부가 일방적으로 정책을 추진할 수 없다는 점에서 사형제도의 존폐문제는 보다 많은 고민이 필요한 문제이다.

사형제도의 존폐와 관련하여 존치론과 폐지론에 관한 견해는 그동안 계속되었기 때문에 발제문에서도 언급하고 있지만, 반복하여 거론하는 것은 의미가 없다고 본다. 사형이란 형벌이 국가의 형벌권 행사로 생명권을 박탈하는 인권문제로 본다면 폐지하는 것이 합당하다. 그러나 개인에 의하여 국민의 생명권이 침해된 것에 대하여 국민으로부터 위임받은 형벌권을 행사하는 국가가 생명을 잃은 국민을 대신하여 형벌권을 행사하는 형사정책적인 문제로 본다면 폐지하는 것이 쉽지 않다. 왜냐하면 모든 절대적 가치는 현실 세

계에서 상대화될 수밖에 없고 생명이 절대적이라고 생명권도 절대적 기본권이라고 단정하기는 어렵기 때문이다.

사형제도 존폐의 핵심은 국가에 의한 생명권의 침해문제는 아니라고 본다. 국가의 핵심적인 책무는 국민의 인권보장이기 때문에 살인범을 처벌해야 하는 것은 또 다른 국민의 생명권을 보호하기 위한 것이다. 그러나 다른 한편에서 국가가 형벌권 행사하여 사형을 집행하는 것을 그 대상 개인에 국한한다면 생명권을 박탈하는 것이기 때문에 국가의 행위는 제도적 살인행위라고 볼 수도 있다. 이렇게 생명권의 절대적 가치 여부에 초점을 맞추게 되면 철학적·윤리적·종교적·사회적 측면에서 그 가치를 판단해야 하기 때문에 해결이 더욱 어려워질 것이다. 따라서 사형제도의 존폐문제는 보다 규범현실적 측면에서 국가 형사정책적으로 접근하여 해결하는 것이 필요하다고 본다.

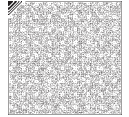
## II. 사형제도의 현 주소

사형은 범죄인의 생명을 박탈하여 그 사회적 존재를 영구히 말살하는 것을 내용으로 하는 형벌이다. 사형은 형벌 중에서 생명을 박탈한다는 점에서 생명형이며, 그 성질상 가장 중한 형벌이란 점에서 극형이라고 할 수 있다. 사형은 가장 오래된 형벌로 고대와 중세에 이르기까지 주된 형벌이었다. 그러나 근대 인본주의의 등장으로 인하여 인간사회는 신중심의 사회에서 다시 인간중심의 사회로 발전하게 되었고, 이어서 나타난 계몽주의는 인간을 자각하게 하여 인간의 존엄성을 일깨워 주면서 사형은 점차 줄어들기 시작하였다.

우리나라 역시 사형은 고조선 때부터 내려오는 형벌제도로, 시대가 바뀌어 서양법제를 받아들인 후에 현행 실정법까지 명문화되어 있다. 사형제도에 대하여 최고규범인 헌법에는 명문으로 규정되어 있지 않고, 다만 헌법 제110조 제4항 단서에 비상계엄 시 군사재판에 있어서 사형을 언급하고 있다. 이 헌법조항을 볼 때 현행 헌법이 사형을 하나의 형벌로 인정하고 있다는 것을 알 수 있다.

먼저 형벌의 종류로서 사형은 형법 제41조에 규정되어 있으며, 이에 따라 형법에는 내란죄, 간첩죄, 살인죄 등 19개 조항에 걸쳐 사형선고가 가능한 규정들이 있다. 이외에 특별법인 특정범죄가중처벌등에관한법률, 폭력행위등처벌에관한법률, 국가보안법 등에도 사형규정이 산재되어 있다. 사형의 집행은 형법 제66조 규정에 의하여 교수하는 방법으로 집행하며, 사형집행의 시기와 절차 등에 관해서는 형사소송법 제466조부터 제469조에 걸쳐 규정되어 있다. 다만 소년법 제59조에 의하여 18세 미만의 소년에 대해서는 사형





을 선고하지 않는다.

사형제도는 제2차 세계대전 이후 전쟁과 인종갈등으로 인하여 발생한 대량학살에 대한 반성으로 폐지론이 본격화되기 시작하였다. 1948년 국제연합(UN)은 세계인권선언에서 생명권을 강조하였고, 1977년 국제사면위원회(Amnesty International)는 사형제도를 무조건 반대한다는 스톡홀름선언을 발표하였다. 특히 국제연합은 1989년을 사형제도 폐지의 해로 정하고 폐지운동을 전개하였다. 1990년대 이후 사형폐지에 대한 논의가 본격적으로 진행되면서 사형폐지국가들이 지속적으로 증가하였다. 미국은 1970년대 사형제도의 존폐에 대하여 연방대법원이 폐지를 결정하였다가 판례를 변경하여 현재 38개 주에서 사형제도를 존치시키고 있다.

우리나라 역시 사형제도에 관해서는 오랜 역사를 갖고 있다. 문헌에서 보면 고조선시대부터 사형제도는 있었고, 근대 사법제도를 받아들인 조선조 말기에도 사형제도는 그대로 존치되었었다. 그 후 일제의 식민지시대를 거쳐 1948년 헌법을 제정하고 현대법체제에 들어와서도 사형제도는 중요한 형벌로 존속되었다. 그러나 권위주의시대에 정치적 목적으로 사형제도가 악용되면서 민주화 운동과 함께 사형제도 폐지운동이 전개되기 시작하였다. 사형제도 폐지운동은 1987년 제9차 개정헌법과 함께 민주화 시대가 전개되면서 본격적인 궤도에 오르기 시작하였다. 1990년대 들어오면서 사형제도의 존폐에 대한 논의가 점차 뜨거워졌고, 1998년 이후 정부는 사형을 집행하지 않고 있다.

### Ⅲ. 사형제도와 생명권의 의미

#### 1. 사형제도의 존치론

사형제도 존치론의 논거는 사회공동체에서 구성원의 생명권 보장의 공동체의 책임과 질서유지에 있는데, 그 논거는 다음과 같다.

사형제도는 흉악범을 공동체로부터 격리하는 중요한 제도로서 국가와 사회의 질서를 보존해 준다. 사형제도가 폐지되면 살인과 같은 흉악범죄가 증가하면서 사회의 질서가 붕괴될 위험이 있다. 또한 흉악범은 타인의 생명을 부당하게 빼앗은 자이므로 그에게 개인적인 책임이 있으며 따라서 이에 상응하는 응보적 형벌(retribution)을 받음으로써 정의가 충족되어야 한다는 것은 칸트(Kant)이래 당연한 명제이다.

살인은 인류가 허용할 수 없는 죄라는 점에서 사형제도를 보아야 하며, 재판을 통한 사

형판결과 집행을 통하여 개인적인 보복의 악순환을 막을 뿐만 아니라 공공의 이익을 보호하는 데 불가피한 조치가 된다. 살인이라는 행위는 피해자 측에게 극도의 고통과 원한을 심어준다. 이를 막기 위하여 국가차원에서 살인범에게 법적 책임을 물어야 하며, 흉악범을 처형하는 것이 범죄를 억제하며(deterrence), 예방하는 효과(prevention)를 가진다.

현대 법치국가에서 사법제도의 완비는 오관의 가능성을 최소화하고 있다. 오관의 문제는 인간사회의 한계를 인정할 때 충분히 수용될 수 있다. 나아가 사형을 반대하는 사람들은 범죄자의 인권과 생명도 중요하다고 말한다. 하지만 타인의 생명을 해친 사람들의 생명까지 법이 무조건 보호하는 것은 아니다. 인간이 존엄하다는 것은 스스로 인간으로서 품위를 유지할 때 가능하다고 보는 인격에 기초하고 있으며, 타인의 생명을 존중할 때 자신의 생명도 존중받는다. 따라서 사형제도는 오히려 타인의 인권을 보호하는 장치이자 법적 정의를 구현하는 수단이다.

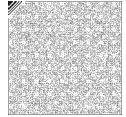
사형제도는 우리가 다 분석할 수 없는 인류의 축적된 경험에 근거하고 있으며 죄와 악이 실재하는 이 세상에서는 불가피한 제도로서 그 필요성을 인정받고 있다. 사형수를 사형 대신 장기적으로 복역시키는 사회적 비용은 사형제도보다 훨씬 더 클 것이므로 경제적 관점에서 계속 시행되어야 한다.

사형제도의 존속 유무가 선진국이나 인권국가를 결정하는 것은 아니다. 사형제도는 각국의 문화, 역사와 관계가 깊다. 유럽연합이 사형제도의 폐지를 강력하게 주장하는 이유는 유대인 학살과 세계대전을 통한 수많은 사람의 목숨을 찬탈한 어두운 과거사에 대한 반성과 종교적 신념이 결합되었기 때문이다. 미국은 현재 38개 주가 사형제도를 유지하고 있다. 우리 헌법재판소는 생명권이란 이념적으로 절대적이지만 현실적으로 법적 평가가 가능한 대상이기 때문에 타인의 생명을 부정하는 자에 대해서는 예외적으로 평가할 수 있다고 했다.

## 2. 사법부와 헌법재판소의 견해

### (1) 사법부의 입장

1963년 처음으로 대법원은 사형제도에 대하여 판결을 내렸다. 대법원은 사형제도에 대하여 인간의 생명은 절대적이며 형사정책적·인도주의적으로 심각하게 고려해야 할 문제이나, 우리나라의 실정과 도덕적 감정, 법문에 나타난 표현 등을 고찰해 볼 때 아직 존치되어야 할 제도라고 그 정당성을 인정하였다(대판 1963. 2. 23. 62도241). 사형제도에



대한 논의는 1960년대 대법원의 합헌판결을 계기로 잠시 소강상태에 들어갔다가, 군사 정권에 대한 민주화 투쟁의 과정에서 공안사범에 대한 사형선고 및 집행을 경험하면서 다시 논의가 일기 시작하였다(대판 1977. 9. 28. 77도1350).

1987년의 대법원은 “사형은 인간의 생명 그 자체를 영원히 박탈하는 극형으로서 그 생명을 존치시킬 수 없는 부득이한 경우에 한하여 적용되어야 할 궁극의 형벌이므로 사형을 선택할 경우에는 범행의 동기, 태양, 범행의 수단, 잔학성, 결과의 중대성, 피해자의 수, 피해감정, 범인의 연령, 범행후의 정황 등 제반 사정을 참작하여 죄책이 심히 중대하고 죄형의 균형이나 범죄의 일반예방의 견지에서도 극형이 불가피한 경우에 한정되어야 한다.”며 사형선고 자제론을 내놓기에 이르렀다(대판 1987. 10. 13. 87도1240). 이 이후 지속적으로 대법원은 사형제도에 대하여 기본적으로 인정하면서 특별한 경우에 한하여 제한적으로 허용해야 한다는 입장을 견지하고 있다(대판 2001. 3. 9. 2000도5590).

## (2) 헌법재판소의 견해

헌법재판소는 사형을 폐지하는 국가의 수가 증가하는 상황에서 1996년 이전의 대법원의 입장과 마찬가지로 합헌결정을 내놓았다(헌재 1996. 11. 28. 95헌바1).

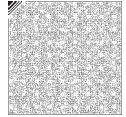
“생명권은 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수밖에 없다. 생명권에 대한 제한은 곧 생명권의 완전한 박탈을 의미한다 할 것이므로, 사형이 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등의 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못하지 아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 형벌이라 하더라도 헌법 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수 없다. 모든 인간의 생명은 자연적 존재로서 동등한 가치를 가지며, 그 동등한 가치가 서로 충돌하게 되거나 생명의 침해에 못하지 아니한 중대한 공익을 침해하는 등의 경우에는 국민의 생명·재산 등을 보호할 책임이 있는 국가는 어떠한 생명 또는 법익이 보호되어야 할 것인지 그 기준을 제시할 수 있다. 인간의 생명을 부정하는 등의 범죄행위에 대한 불법적 효과로서 지극히 한정적인 경우에만 부과되는 사형은 죽음에 대한 인간이 본능적 공포심과 범죄에 대한 응보 욕구가 서로 맞물려 고안된 필요악으로서 불가피하게 선택된 것이며, 지금도 여전히 여러 기능을 하고 있다는 점에서 정당화 될 수 있다. 따라서 사형은 이러한 측면에서 헌법상 비례의 원칙에 반하지 않으며, 적어도 현행 헌법이 스스로 예상하고 있는 형벌의 한 종류이기도 하므로 아직은 우리의 헌법질서에 반하는 것으로 볼 수 없다.”

나아가 헌법재판소는 사형을 형벌의 종류로 규정하고 있는 형법 제41조 등에 대한 위헌법률심판에서 “극악한 범죄 중 극히 일부에 대하여서라도 헌법질서내에서 사형이 허용될 수 있다고 한다면 사형제도 자체를 위헌이라고 할 수는 없고, 사형제도 자체의 합헌성을 전제로 사형이 허용되는 범죄유형을 어느 범위까지 인정할 것인지가 문제될 뿐이며, 이는 개별 형벌조항의 위헌성 여부의 판단을 통하여 해결할 문제이다.”라고 하면서, 생명권 침해 여부와 관련해서는 “헌법은 절대적 기본권을 명문으로 인정하고 있지 아니하며, 헌법 제37조 제2항에서는 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있도록 규정하고 있어, 비록 생명이 이념적으로 절대적 가치를 지닌 것이라 하더라도 생명에 대한 법적 평가가 예외적으로 허용될 수 있다고 할 것이므로, 생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수밖에 없다. 나아가 생명권의 경우, 다른 일반적인 기본권 제한의 구조와는 달리, 생명의 일부 박탈이라는 것을 상정할 수 없기 때문에 생명권에 대한 제한은 필연적으로 생명권의 완전한 박탈을 의미하게 되는바, 위와 같이 생명권의 제한이 정당화될 수 있는 예외적인 경우에는 생명권의 박탈이 초래된다 하더라도 곧바로 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 것이라 볼 수는 없다.”라고 하여 사형제도가 생명권의 본질적 내용의 침해하는 것은 아니라고 하였다(헌재 2010. 2. 25. 2008헌가23).

### 3. 사형제도와 국가의 존재

사형은 인류의 역사와 함께 하면서 가장 오래된 형벌로서 범죄에 대하여 간단하고 근원적인 응보방법이며 효과적인 예방법이다. 그러나 사형은 극형으로 최후의 성격을 가지므로 원상회복이 불가능하고, 생명을 박탈함으로써 생명권의 기본적 내용인 생명을 부정하게 된다. 따라서 인간의 존엄과 가치, 인권의식과 인도주의, 그리고 형사정책적 차원에서 사형제도의 존폐문제가 끊임없이 제기되어 왔으며, 인간의 생명권도 법률에 의하여 제한의 대상이 될 수 있는지가 사형제도의 위헌성 여부의 핵심적인 논점이 되었다.

사형을 국가에 의한 제도적 살인이라고 혹자는 주장하지만, 오늘날의 국가의 기능은 법의 기능이고 국가를 움직이는 주체는 국민이다. 국민주권원리 속에서 법질서에 의하여 움직이는 사형제도가 국가에 의한 살인이라고 한다면, 전체로서의 국민은 사형제도를 인정하고 있는 법치국가에서 살인범일 수밖에 없다. 그러나 이 논리는 국가의 존재를 선택적 상태에 있는 존재로 보고 평가하는 철학적 논리일 뿐이다. 타인의 생명을 무참하게 침해한 자의 행위는 부정의이고 국가는 이런 부정의에 대한 정의의 실현으로서 사형제도를



운영하는 것일 뿐이다. 현대의 법치국가는 정의의 실현을 위하여 작동한다.

#### 4. 헌법질서에서 생명권의 보장한계

##### (1) 생명의 의미

생명은 기본적으로 자연과학적 개념이며, 죽음에 반대되는 인간의 육체적 존재형식으로 모든 생존활동이 성립하기 위한 기본 전제가 된다. 그러나 생명이 단순히 서양에서 말하는 자연적 존재 그 자체라면 생명의 진정한 의미를 오인하는 것이다. 인간은 결코 외형만으로 존재하지 않는다. 육체만 존재하는 인간은 진정한 인간이 아니다. 정신과 영혼이 깃들지 않은 육체는 무의미한 것으로 인류의 역사는 이를 증명하고 있다. 인간에게는 육체라는 존재와 함께 정신이라는 존재가 함께 할 때 비로소 만물의 영장으로서 자리하는 것이다. 우리 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치는 인격주의에 기초하고 있다. 인간다운 인간이란 영육이 함께 하는 인간을 말한다. 따라서 생명은 단순히 육체적 존재만을 갖고 평가할 수는 없다. 정신이 함께 하는 육체가 진정한 생명이라고 볼 수 있다.

##### (2) 생명권의 절대적 기본권성의 여부

생명은 기본적으로 자연과학적 개념이다. 죽음에 반대되는 인간의 육체적 존재형식인 생명은 모든 생존활동이 성립하기 위한 기본 전제가 된다. 그러나 생명이라는 것도 사회와 국가라는 생활공동체 내지 정치공동체 속에 놓이게 될 때, 규범적 사유의 영역으로 진입할 수밖에 없다. 사실 “생명이 중요하다”라고 하는 말에는 이미 규범적 가치평가를 전제로 한 것이며, 인간의 생명은 사회와 국가, 그리고 이들을 유지해주는 질서로서 규범의 영역을 벗어날 때 자연현상의 일부로서 생물체로서의 존재 이상의 의미를 갖지 못하게 된다. 따라서 우리가 생명권을 논하기 위한 전제로 삼는 생명의 개념은 생존본능을 위해 죽이고 죽임을 당하는 자연상태에서의 생명을 탈피하여 질서와 규범을 기초로 형성되는 사회공동체 내지 정치공동체에서의 생명을 말하는 것일 수밖에 없다. 생명권을 논하기 위한 개념요소로서 인간과 생명이라는 것은 질서·규범공동체 속에서만 인식할 수 있는 것이다. 사회적 존재로서 인간은 결코 자연상태의 군집이나 무리를 의미하지 않는다.

그런데 인간이 존재활동의 전제라고 하는 생명을 보호받기 위하여, 나아가 존재활동 속에서 다양하게 전개되는 행위·행태를 보호받기 위해서 자연상태를 탈피해 질서상태의 구성원이 되기 위해서는 우리가 권리라고 부르는 타인의 그것들을 존중하고 부정해서는 안 된다는 질서를 당연한 명제로 받아들여야 한다. 그리고 질서상태를 파괴하는 때에는



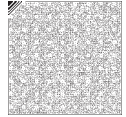
그에 대한 제재를 감수하겠다는, 극단에 가서는 질서상태에서의 추방, 즉 권리개념을 빌린다면 생명에 대한 박탈까지도 감수하겠다는 합의가 전제되어 있는 것이다.

국가라는 정치공동체에서 질서는 바로 국가의 기본법인 헌법으로 나타나는 것이다. 이렇게 볼 때 헌법은 인간이 존재활동의 전제라고 하는 「생명」을 보호받기 위해, 나아가 존재활동 속에서 다양하게 전개되는 행위·행태를 기본권으로서 보장하는 것을 존립목적으로 함은 당연한 것이다. 그러나 이율배반적이지는 않지만, 헌법은 헌법의 존립목적 즉 헌법적 가치질서를 파괴하는 인간의 행위에 대하여 법적 제재를 전제로 할 수밖에 없는 것이며 그 제재 속에는 생명에 대한 제재도 포함될 수 있다는 것을 부정하지 않는다.

그렇다면 생명에 대한 권리(생명의 발생, 유지, 발전, 소멸에 관한 제권리)를 의미하는 생명권이 절대적인 권리인가에 대하여 의문을 제기하지 않을 수 없다. 질서·규범으로서 헌법을 이상과 같이 이해할 때, 만약 생명권이 ‘절대적 권리’라고 한다면, 그 의미하는 바는 바로 여타의 기본권 중 생명권은 생존본능을 보호하기 위한 권리에 비해 가장 기본적인 중요한 권리에 해당한다는 의미로 이해하여야 한다.

도대체 생명권이 절대적 권리어서 헌법 제37조 제2항의 기본권의 법률유보조항으로 제한 불가능한 것이라고 한다면, 또 다른 생명을 위해 적법하게 생명을 침해하는 정당방위 같은 행위, 임산부의 건강을 위해 태아의 생명을 단절하는 행위 내지 자기결정권을 위하여 태아의 생명을 침해하는 낙태를 허용하는 것, 국가의 존립을 위해 생명을 살상하는 전쟁 행위, 나아가 위기에 처한 생명을 국가가 방치하는 행위, 즉 불치 및 난치의 환자에 대한 국가의 보호의무 해태 등의 생명권 침해행위는 어떻게 이해하여야 할 것인지, 이것들은 개념상 생명권의 범주에 들어가지 않는다고 할 것인지, 그런 논리라면 감히 헌법적 가치질서를 파괴하는 자의 생명권 역시 생명권의 개념범주에 들어간다고 어떻게 말할 수 있는지가 문제이다. 오히려 권리라는 이름으로 생명이 침해되는 것을 방지하는 것이, 다양한 위험 앞에 노출되어 있는 생명을 보호하는 것이 생명권 보장의 가장 시급한 과제는 아닌지 생각한다.

결국 생명권이 절대불가침이라는 것은 받아들이기 힘들며, 그것이 가능하다면 헌법적 가치질서를 파괴하는 생명침해행위가 절대 금지된다는 의미로 이해되어야 한다. 헌법적 가치질서 유지 내지 파괴방지를 위한 생명침해(?)는 허용된다고 할 것이다. 우리 헌법질서에서 생명의 절대적 가치성에도 불구하고 하나의 기본권으로서 생명권이 등장하는 경우 사회공동체 내에서 상대적 기본권으로서 입법정책의 대상이 된다고 본다.



### (3) 생명권의 제한논리와 사형제도

사형폐지론에 따르면 생명권이 절대적 권리라는 이유로 제한이 불가능하다고 하거나 사형제도가 생명권의 본질적 내용을 침해하기 때문에 위헌이라고 한다. 그러나 생명권 역시 헌법 제37조 제2항의 법률유보의 대상이 된다는 점을 시인하지 않을 수 없을 뿐만 아니라, 사형제도 자체가 생명권의 본질을 침해하지도 않는다고 본다.

헌법에는 명분으로 다양한 기본권을 보장규정을 두고 있는바, 각 기본권들은 각자 본질적 내용을 가지고 있고 제한 가능한 한계를 가지고 있음을 부인할 수 없다. 여기서 개념적으로 ‘제한’이라는 표현은 ‘제한의 정도조절이 가능하고 다른 권리와 조화를 이룰 수 있다’는 것을 전제로 한다. 그러나 생명권에 있어서의 ‘제한’의 개념은 ‘정도’의 문제로 이해할 수 없다. 생명권의 제한은 곧 생명권의 ‘침해’ 내지 생명권 침해의 ‘방치’를 인정할 것인지 여부, ‘선택’의 문제로 이해될 수밖에 없다. 생명권 이외의 기본권들 간 또는 기본권과 다른 헌법적 가치가 충돌할 경우에도 어느 한쪽을 포기해야 하는 경우가 있다. 생명권의 경우도 그렇다. 그런데, 논자들은 전자에 대하여는 용인하면서도 후자는 위헌이라고 한다. 그러나 생명권에 있어서 제한의 문제는 정도의 문제가 아니라 선택의 문제이라는 점을 생각한다면, 생명권에 대한 제한 내지 침해로써 사형제도는 생명권과 더 큰 또는 다른 헌법적 가치질서를 보호하기 위한 것으로 이해할 수 있는 것이다.

결국 생명권에 있어서 본질적 내용 침해여부의 문제는 그 기본권의 핵심 영역이 무엇인지, 그 제한으로 그것이 무의미해지지 않는지의 문제가 아니라, 생명권과 그 제한이 추구하고자 하는 헌법적 가치질서라는 두 법익 사이의 비례관계의 문제라고 보아야 한다. 따라서 생명권과 관련하여 사형제도를 논함에 있어서는 사형제도 자체의 위헌문제가 아닌 사형제도의 구체화로서 사형을 규정한 개별법령의 형벌규정의 위헌여부의 문제이고 그 판단기준은 바로 과잉금지의 원칙 내지 비례성의 원칙인 것이다. 또한 개별법령의 사형규정의 위헌판단 기준인 과잉금지의 원칙 중 특히 수단의 적합성, 침해의 최소성은 사형을 집행하는 방법의 적합성, 범죄행위에 대한 사형의 불가피성의 문제라고 본다.

## IV. 사형제도의 대체형 문제

앞에서 본 것처럼 사형제도가 생명권을 침해하기 때문에 위헌이라는 주장은 생명권을 절대적 기본권으로 보기 때문이다. 그런데 헌법재판소도 언급하고 있듯이 현행 헌법 체계에서 절대적 기본권은 인정될 수 없다. 그 뿐만 아니라 인간사회에서 절대적이란 용어

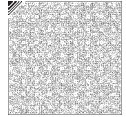
는 그 자체로도 인정되기 어려운 것이다. 그렇지만 국가의 형벌권 행사로 범죄자에 대한 사형은 범죄자의 용서받지 못할 범죄행위와 무관하게 그 범죄자의 하나뿐인 생명을 박탈한다는 점에서 사형제도의 문제를 논할 수 있다.

사형제도의 존치론도 무조건 사형제도를 유지해야 한다고 주장하지 않는다. 사형이란 형벌이 인간의 생명을 박탈한다는 점에서 누구도 이를 기꺼이 수용하지는 않는다고 본다. 인간생명의 존중 입장에서 사형제도를 폐지해야 한다면, 우리나라의 경우 우선 국가실정법상 사형제도를 정리해야 한다. 그리고 헌법 개정과 별개로 형사법상 다양하게 규정된 사형에 관한 규정들 중 사형이란 형벌을 삭제하는 것이 필요하다. 1949년 독일연방공화국이 국가의 헌법으로 기본법을 제정할 때 사형폐지 규정을 만든 것은 그 시대적 상황과 환경이 영향을 미쳤다. 헌법에 사형폐지를 구태여 명문화하지 않아도 법률로 정비가 가능하다고 본다. 그렇지만 사형폐지법률의 제정은 현행 헌법에 사형이란 형벌을 언급하고 있는 이상, 법치국가원리의 한 요소인 헌법우위의 원칙에 위배된다고 본다.

사형이란 형벌을 삭제한 경우, 사형에 대체할 만한 형벌이 있는지 여부와 관련하여 그동안 논의된 것이 절대적 종신형이다. 절대적 종신형은 발제문에서도 나오듯이 수형자가 가석방 없이 사망할 때까지 수감되는 형을 말한다. 그런데 절대적 종신형은 가석방이 없다는 점에서 평생 수감생활을 해야 하는 문제가 있다. 물론 절대적 종신형 제도도 사면에 의한 석방이나 감형의 가능성은 있다. 아무튼 헌법재판소는 절대적 종신형과 관련하여 “사형에 비하면 절대적 종신형이 생명을 유지시킨다는 점에서 인도적이라고 할 수는 있으나, 절대적 종신형 역시 자연사할 때까지 수용자를 구금한다는 점에서 사형에 못지않은 형벌이고, 수형자와 공동체의 연대성을 영원히 단절시킨다는 비판을 면하기 어렵다. 일반적으로 형벌의 종류에 대해서는 입법자의 형성권이 존중되어야 할 것인데 위와 같은 이유가 존재하는 한 입법자가 절대적 종신형을 도입하지 않은 것이 헌법적 정당성을 문제삼을 정도로 잘못된 것이라고 볼 수 없다.”라고 하여 부정적 입장을 견지하고 있다.

사형의 대체형으로 절대적 종신형이 위헌의 논란이 있다면, 차제에 현행 형법에 규정되어 있는 무기형으로 대체하는 문제도 고려할 수 있다. 현행 형법은 가석방이 가능한 무기형인 소위 상대적 종신형을 규정하고 있는데 현행 무기형제도의 형 집행 실무는 사실상 절대적 종신형을 토대로 운용되고 있다. 형법은 무기수형자의 경우 10년이 지난 후에 가석방이 가능하도록 규정하고 있을 뿐 기한이 된 모든 무기수형자에게 가석방을 허가해야 하는 것도 아니고 무기수형자들에게 가석방신청권을 부여한 것도 아니다. 그렇지만





일단 수형기간이 10년 지나면 가석방 여부가 심사에 달려있다는 점에서, 이를 연장하여 최소 20년은 가석방이 없는 무기형제도로 정비·보완하자는 의견이 대두되고 있다. 사형을 폐지하는 대체형으로 20년 동안 가석방이 없는 무기형제도를 운영하는 것은 여러 상황이나 환경을 고려할 때 합리적인 방안이라고 판단된다.

## V. 마무리

사형제도는 오랜 인류의 역사 속에서 만들어진 형벌제도이다. 그러나 생명권이 갖는 본질적 요소에 대한 새로운 인식은 사형제도가 결코 변하지 않는 제도가 아니라는 것을 보여준다. 사형제도의 존폐가 인간이 갖고 있는 본성에 따라 결정된다고 보기는 어렵다. 사형제도가 그동안 응보형으로 그 기능을 했다는 것은 부인할 수 없는 사실이다. 그렇지만 국가의 형벌권으로 비록 흉악 살인범죄자라고 하여도 그 생명을 박탈하는 것은 생명 그 자체로 보았을 때 생명권의 침해라고 할 수 있다. 물론 그 침해의 사유가 정당하다면 위헌이라 보기는 어렵지만, 생명권의 침해라고 보아 사형제도를 폐지해야 한다면 그 대안으로 대체형을 제시해야 한다.

사형제도의 존폐에 대한 논란이 실질적 사형폐지국가가 된 이후에도 계속된다면, 이제 사형제도의 폐지에 관하여 진지하게 검토해야 할 시점이라고 본다. 그렇다면 현행 헌법이 사형을 언급하고 있는 이상 법률로 사형폐지는 어렵고, 형사법에 규정된 형벌로서 사형을 삭제하고, 최소 20년 가석방이 금지되는 무기형제도를 규정하여 책임과 형벌이 적정하게 비례를 유지하는 대체형을 강구해야 한다.

## 사형제 폐지 국제 토론회 (토론문)

정 연 결

(국가인권위원회 국제인권과)

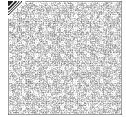
### I. 서론

사형제도는 사람의 생명을 박탈하는 가장 중대한 형벌이다. 이러한 사형제에 대해 이는 인간의 존엄과 가치에 반하고 생명권의 본질적 내용을 침해하므로 이를 제도적으로 폐지하자는 주장이 있는 반면 사형제는 범죄예방과 사회질서를 위해 유지하여야 한다는 주장이 대립하며 국내·외에서 사회적 논란이 되고 있다.

국제 앰네스티(Amnesty International) 보고서에 따르면 2018년 3월 기준 106개 국가는 모든 범죄에 대해 사형을 완전히 폐지한 국가로, 7개 국가는 일반범죄에 대해서만 사형이 폐지된 국가로, 29개 국가는 지난 10년간 사형이 집행되지 않은 실질적으로 사형이 폐지된 국가로, 그리고 56개 국가는 사형을 유지하고 있는 국가로 분류하고 있다.

우리나라는 1948년 정부수립 이후 1997년 마지막 사형집행까지 1,310명에 대해 사형이 집행되었으나, 이후 더 이상 사형집행이 이루어지지 않아, 국제 앰네스티의 기준에 따라 2007년 12월부터 '실질적으로 사형이 폐지된 국가'로 분류되고 있다. 그러나 흉악한 범죄가 발생할 때마나 늘 사형집행의 부활이 논의되어 왔는데, 최근에는 어금니아빠 사건, 조두순사건 등을 계기로 다시 사형집행에 대해 사회적 논란이 대두되고 있다.

한편 정부는 2018년 3월 헌법개정안을 발의하였는데, 현행 헌법상 사형제를 간접적으로 인정하는 근거로 활용되고 있는 조항(제110조 제4항 비상계엄 하에서 단심제에 의한 사형 선고 금지)을 삭제하고 생명권을 명시하였다.



## II. 사형제 폐지 관련 국내적 논의

### 1. 국제적 논의

사형제 폐지에 대한 국제적 논의는 1948년 세계인권선언을 시작으로 본격적으로 논의되기 시작하였다. 즉, 세계인권선언 제3조는 모든 사람의 생명권을 규정하고, 1966년 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약은 제6조에서 생명권과 자의적 사형 금지를 규정하고 있고, 1989년 아동권리협약은 아동에 대한 사형을 금지하고 있으며, 1989년 채택된 사형폐지를 위한 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제2선택의정서는 더 나아가 평시 사형제의 완전한 폐지를 규정하고 있다.

이러한 전 세계적인 사형제 폐지 노력과는 별도로 1983년 유럽인권조약 제6의정서와 1990년도 사형제도 폐지에 관한 미주인권협약 의정서는 평시 사형제도의 폐지를 규정하고 있으며, 2002년 유럽인권협약 제13추가 의정서는 평시에는 물론 전시에서도 완전한 사형제 폐지를 규정하고 있다.

### 2. 국내적 논의

우리나라는 현재 형법, 군형법, 국가보안법 등 총20개 법률에서 사형조항을 두고 있으며, 이러한 현행법에 따라 현재 61명에 대해 사형이 확정되어 사형집행 대기 중에 있는 상태이다.

1996년 헌법소원에 의한 심판청구와 2010년 위헌심판제청에 의한 심판청구에 대해서는 합헌으로 결정하였으며 국회에서는 그 동안 사형제폐지특별법(안)은 모두 일곱 차례 발의되었으나 모두 의원 임기만료로 자동 폐기되었다.

지난 2017년 12월 30일 국내 7대 종단대표들이 국내 사형집행 중단 20주년을 맞아 ‘사형제 폐지 호소 공동성명’을 발표하고 청와대와 국회 등에 전달하는 등 사형제 폐지를 주장하는 한편, 최근 아동대상 성범죄와 비인간적인 강력범죄들이 연속적으로 발생하면서 사형제도의 폐지에 반대하는 국민정서도 높은 편이다.

한편 유엔에서는 2008년 제1기, 2012년 제2기, 2017년 제3기 국가별인권상황 정기

검토(UPR) 최종견해와 2015년 자유권 규약위원회 제4차 국가보고서 최종견해에서 우리나라에 대해 사형제폐지, 자유권규약제2선택의정서 가입 등을 권고하였다.

### Ⅲ. 사형제 폐지 관련 주요 쟁점

#### 1. 국가의 생명권 보장 의무

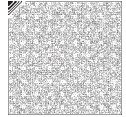
「세계인권선언」 제3조는 모든 사람의 생명권을 보장하고 있으며, 「헌법」에 따르면 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무가 있다. 생명에 대한 권리는 사람이 가지는 가장 중요한 인권이며, 사형은 비인간적 처우를 받지 않을 권리와 인간의 존엄성을 침해하다. 또한 사형을 형벌로 적용하다보면 사형이 일반인에게 심리적으로 이에 익숙하게 되어 인간의 존엄성과 생명을 경시하는 문화를 가져올 수 있다.

#### 2. 사형의 범죄 억제력

UN은 사형이 과연 범죄억제력을 갖는 것인가에 대해 조사하고 연구할 결과, 1967년 노발 모리스 보고서와 1988년 로저 후드보고를 통해 사형의 범죄발생 억제력을 부정하였다. 이와 같은 결과는 우리나라에서도 마찬가지로 2002년도 범죄백서를 보면, 1997년에 살인사건이 789건이나 발생하자 23명의 사형수를 처형하였으나, 그 다음해인 1998년에는 범죄발생건수가 전년도보다 177건이 증가한 966건으로 나타났다.

#### 3. 오판의 가능성

인간에 의한 사법체계는 완벽하지 않으므로 오판의 가능성을 완전히 배제할 수 없다. 오판에 의하여 사형이 집행되었을 경우 그 생명은 회복할 수 없고, 무고하게 제거된 한 생명의 가치는 아무리 '공공의 이익'을 강조하더라도 정당화될 수 없다. 과거 공안사건으로 무고하게 사형을 당한 희생자들의 재심청구에 대해 무죄임이 확정된 사건이 다수 있음은 오판가능성과 사형제도의 한계를 보여준다.



#### 4. 범죄인 인도조약과의 관계

2009년 정부는 ‘범죄인인도에 관한 유럽협약(European Convention on Extradition)’에 가입하면서 국내에 송환되는 범죄인에 대해 사형이 선고되더라도 이를 집행하지 않겠다는 협정을 맺었고 국회는 이를 비준하였다. 범죄 후 유럽으로 도피해 국내로 송환된 범인은 사형집행을 면하고 국내에서 체포된 동종의 범인에게는 사형이 집행된다면 이는 헌법상 평등원칙에 위배된다.

#### 5. 잔혹하고 비인도적인 형벌의 금지

우리나라에서 사형은 교수형이 원칙이나 군인의 경우는 총살형도 가능하다. 사형수는 어떤 경우든 사형집행 대기과정과 사형집행 방식에 있어 육체적 정신적으로 극심한 고통을 가져온다. 「세계인권선언」 제5조 “어느 누구도 고문이나, 잔혹하거나, 비인도적이거나, 모욕적인 취급 또는 형벌을 받지 아니한다”라고 규정하고 있다. 유럽인권재판소는 ‘소어링 사건(Soering Case)’에서 미국의 사형제도는 사형 자체뿐만 아니라 평균 6~8년에 이르는 사형집행 대기시간이 비인도적인 처우라고 판단하여 유럽인권협약이 규정하고 있는 소환금지 사안에 해당한다고 보고 미국으로의 범죄인 인도는 이 협약 위반이라는 결정을 하였다.

#### 6. 국민의 법 감정

지난 해 11월 리얼미터에서 실시한 여론조사에 따르면 사형집행을 찬성하는 의견이 52.8%, 사형집행을 반대하는 의견이 42.2%로 사형집행을 찬성하는 의견이 높은 것으로 나타났다. 그러나 사형제 유지 여부는 여론에 따라 결정할 문제라기보다는 ‘무엇이 옳은 일인가?’라는 측면에서 접근하여야 할 것으로 보인다. 프랑스와 독일 등의 국가에서도 사형제 유지에 대한 국민여론이 우세한 가운데 사형이 폐지되었음을 주목할 필요가 있다.

#### 7. 피해자의 감정과 인권

국민의 법감정과 관련하여 사형을 폐지하면 억울하게 살해당한 피해자 및 피해자 가족 등의 감정과 인권이 침해되므로 ‘피해자의 감정’ 때문에 사형을 존치시켜야 한다는 주장도 제기되고 있으나, 사형이 피해자의 생명을 되찾아주지 못하고, 그 가족들의

손실을 덜어주지도 못할 뿐만 아니라, 가해자가 피해자 가족에게 참회함으로써 피해자 가족의 슬픔과 고통을 덜 수 있는 기회를 원천적으로 박탈한다.

## 8. 사형집행 관여자의 인권

사형제도는 법규정에 따라 사형을 판결해야 하는 법관, 사형을 집행해야 하는 사형집행인, 사형집행에 참관해야 하는 사형집행참관인, 사형집행확인인 등 직접적으로 사형에 참여해야 하는 자들의 양심의 자유와 인간으로서의 존엄과 가치는 물론, 행복추구권까지도 침해하는 비인간적인 형벌제도이다.

## IV. 사형제 폐지를 위한 국가인권위원회의 노력

### 1. 사형제 폐지에 관한 의견표명

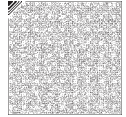
위원회는 2005년부터 사형제의 폐지가 헌법 및 국제인권규범에 부합하다는 입장을 일관되게 견지해왔다. 즉 2005년 4월 국회의장에게 사형제도는 생명권의 본질적 내용을 침해하는 것이므로 이를 폐지해야 한다는 의견을 표명하였고, 2009년 7월에는 헌법재판소에 계류 중인 사형제도에 대해 위헌법률심판제청사건과 관련하여 사형제 폐지 의견을 제출하였으며, 2017년 12월에는 국회의장 및 국방부장관에게 전시가 아닌 평시에는 군형법 상 사형집행의 중단을 선언하고 사형제를 폐지하는 것이 바람직하다는 의견을 표명하였다.

### 2. 국가인권정책기본계획(NAP) 권고와 국가별인권상황정기검토(UPR) 의견제시

위원회는 또한 2016년 7월 제3기(2017~2021) 국가인권정책기본계획(NAP)에서 제1기 및 제2기 NAP에서 권고한 바와 같이 '자유권규약 제2선택의정서'에 가입할 것과 사형제를 폐지할 것을 정부에 권고하였으며, 2017년 4월 유엔인권이사회의 국가별인권상황정기검토(UPR) 심의를 위한 위원회 의견서를 통해 한국 정부가 위 선택의정서 가입 등을 위한 노력을 실질적으로 진행해야 한다는 의견을 제시하였다.

### 3. 사형제 폐지를 위한 홍보활동 및 국내외 협력

2007년 12월 위원회는 종교계 지도자들과 함께 10년간 사형이 집행되지 않은 사실



상의 사형제 폐지국가를 기념하는 행사를 개최한 이후 지속적으로 사형제 폐지에 인식 제고를 위해 노력하고 있으며 특히 지난 해 11월 나바네템 필레이 국제사형제반대위원회 위원장의 위원회 방문을 계기로 사형제 폐지를 위한 국내외 협력을 강화하고 있다.

## V. 향후 사형제 폐지를 위한 방안

### 1. 법률상 모라토리엄

우리나라는 현재 약20년 간 사형을 집행하지 않아 사형제에 대해 사실상의 모라토리엄상태이다. 이러한 사실상의 모라토리엄 상태는 정책결정권자의 의지에 따라 번복이 용이한 것이어서 보다 법적 안정성이 강한 대통령의 공식적인 모라토리엄 선언이나 대통령령에 의한 법률상 모라토리엄이 검토될 수 있다. 법률상 모라토리엄은 단지 사형 폐지를 위한 전 단계로서의 역할을 하는 경우도 있고 사형폐지에 관한 최종 의사결정을 염두에 두고 한시적으로 선언하는 경우도 있다.

### 2. 자유권 규약 제2선택의정서 가입

유엔자유권규약은 제6조에서 생명권과 사형폐지를 규정하였으나 모든 국가에서 사형제의 완전한 폐지는 현실적으로 어렵다고 판단하여 규약과 별도로 제2선택의정서를 마련하였다. 이 선택의정서의 정식 명칭은 '사형의 폐지를 목표로 하는 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 제2선택의정서'로 가입국은 관할 구역 내에서 사형을 집행하지 않을 의무와 사형폐지를 위한 필요한 조치를 취할 의무를 가진다. 다만 전쟁 중 군사적 범죄에 대한 사형에 대해서는 가입시 유보할 수 있다.

### 3. 사형제 폐지에 관한 특별법 제정

사형제 폐지에 관한 법률은 형법과 관련 법률에서 형벌의 하나로 규정하고 있는 사형을 모두 폐지하고 사형에 대한 대체형을 규정하는 것으로 특별법의 입법형식을 취한다. 현재 사형제에 대한 대체형벌로 절대적 종신형을 채택하려는 경향이 있으나 1978년 독일연방헌법재판소가 절대적 종신형에 대해 위헌선언을 하여 1981년 상대적 종신형으로 전환한 사례가 있다. 사형제 폐지에 관한 특별법을 제정하는 경우에도

전시 또는 전쟁의 급박한 위협이 발생할 경우에 예외적으로 사형을 유지할 수 있도록 하는 제도 등이 논의될 수 있다.

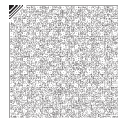
#### 4. 사형제 관련 모든 법안의 개정

사형제에 대한 법률상 폐지는 궁극적으로 사형을 규정한 형법, 군형법, 국가보안법 등 총20개 법률을 개정하여 사형을 폐지하고 대체형벌을 규정함으로써 완성된다고 볼 수 있다. 더 나아가 헌법에 생명권과 사형금지를 규정하여 사형제 폐지를 헌법상 명시하는 사례도 있는데 현재 독일, 이태리, 네덜란드, 스페인, 스웨덴 등 24개국은 헌법으로 사형제를 폐지하고 있다.

#### 참고자료

1. 자유권 규약 제2선택의정서 가입 현황
2. 사형제 폐지 및 유지국 현황
3. 사형제 폐지를 위한 국제사회의 노력
4. UN의 우리나라에 대한 사형제 폐지 관련 권고





# International Seminar on the Death Penalty (Discussion Paper)

**Jung Yun-kul**

(International Human Rights Division,  
National Human Rights Commission of Korea)

## **I. Introduction**

The death penalty is the gravest form of criminal punishment because it deprives a person of life. However, the controversy over the punishment at home and abroad stems from two conflicting arguments. Some argue that the death penalty should be systematically abolished because it goes against human dignity and values and violates the fundamental right to life. On the other hand others argue that the death penalty should remain to prevent heinous crimes and maintain social order.

According to an Amnesty International report, as of March 2018, 106 countries have completely abolished the death penalty for all crimes, 7 countries have abolished it only for ordinary crimes, 29 countries are considered de facto abolitionist countries since they have not held any executions over the past 10 years, and 56 countries maintain it.

From the establishment of the Korean (ROK) government in 1948 to the last execution in 1997, death penalty was carried out on 1,310 people. However, since no executions have been carried out since 1997, South Korea has been classified as a de facto abolitionist country, according to Amnesty International's standards, since December 2007. However, calls for the execution of death penalty have surfaced whenever a heinous crime is committed. Recently, there have been social controversies over the execution of the death penalty due to atrocious crimes such as those committed by the man nicknamed "molar daddy" and the Cho Doo-soon case.

In the meantime, the government initiated the amendment of the Constitution

in March 2018 in which the provision of the Constitution (Paragraph 4, Article 110, Military trials under extraordinary martial law may not be appealed in case of crimes of ....., except in the case of a death sentence.) used as a basis for the indirect acceptance of the death penalty was removed and the right to life was stipulated.

## **II. Domestic Discussion on the Death Penalty**

### **1. International discussion**

The international debate on the abolition of the death penalty began in earnest with the adoption of the Universal Declaration of Human Rights in 1948. Specifically, Article 3 of the Universal Declaration of Human Rights defines the right to life for all, and the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights provides for the prohibition of the arbitrary use of the death penalty in Article 6. The Convention of the Rights of the Child also prohibits the death penalty and the Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights adopted in 1989, aiming at the abolition of the death penalty, further stipulates the complete abolition of the punishment in all circumstances.

Apart from this international effort to abolish the death penalty, the Sixth Protocol to the European Convention on Human Rights from 1983 and the Protocol to ACHR to abolish the death penalty from 1990 both prescribe the abolition of death penalty. Protocol 13 to the European Convention on Human Rights from 2002 also stipulates the complete abolition of the death penalty not just in peace time but also in war time.

### **2. Domestic discussion**

Currently, a total of 20 laws involve the provision of the death penalty including the penal code, military criminal law, and the national security law. The death sentence has been confirmed for 61 people under the current law, so they



are now on death row.

In the case the constitutional complaint on death penalty to the Constitutional Court in 1996 and the case of adjudication on the constitutionality of an Act on death penalty 2010, the Constitutional Court decided the death penalty were constitutional and the Special Bill on the abolition of the death penalty has been proposed seven times at the National Assembly, with each being automatically scrapped as the terms of the lawmakers expired.

On December 30, 2017, representatives of the seven domestic religious groups called for the abolition of the death penalty, releasing the joint statement on the abolition of the death penalty and delivering it to the Presidential Office and the National Assembly on the 20th anniversary of the suspension of executions. On the other hand, as sex crimes against children and inhuman violent crimes are happening continuously these days, national sentiment against the abolition of the death penalty seems high.

Meanwhile, the United Nations has encouraged South Korea to abolish the death penalty including through signing on the Second Optional Protocol to the ICCPR through its Universal Periodic Review, with the first in 2008, second in 2012, third in 2017, and the concluding observation of the fourth periodic review on the ROK by the UN Human Rights Committee in 2015.

### **III. Major Issues related to the Death Penalty**

#### **1. The Nation's duty to protect the right to life**

Article 3 of the Universal Declaration of Human Rights guarantees the right to life of all people and according to the Constitution of the Republic of Korea, all citizens shall be assured of their dignity and value as human beings, and it shall be the duty of the State to confirm and guarantee the fundamental and inviolable human rights of individuals. The right to life is a person's most important human right, and the death penalty infringes on the right not to be subjected to inhuman treatment and human dignity. Also, if the death penalty is applied as a

criminal punishment, it becomes psychologically familiar to the general public, which can lead to a culture that neglects human dignity and life.

## **2. Crime deterrence of the death penalty**

As a result of investigating and studying whether the death penalty has the power to deter crime, the UN denied the crime deterrence of the death penalty through the 1967 Norval Morris report and the 1988 Roger Hood report. This same result has also been found in South Korea. In the case of the criminal white paper in 2002, 23 people on death row were executed when 789 murder cases occurred in 1997. In the following year, 1998, the number of murder cases increased to 966, an increase of 177 compared to the previous year.

## **3. Misjudgment of justice**

The judicial system instituted and operated by human beings is not perfect, so we cannot completely rule out the possibility of the misjudgment of justice. If death penalty is executed after the misjudgment of justice, the lost life cannot be recovered, and such a loss of innocent life cannot be justified even if it emphasizes 'public interest'. The fact that many victims of executions were found to be innocent after reopening past public security violation cases shows the possibility of the misjudgment of justice and the limitations of the death penalty.

## **4. Relation with extradition treaty**

In 2009, the South Korean government signed an agreement to join the European Convention on Extradition, not to enforce the death penalty for those extradited to the country, and the National Assembly ratified it. As such, those who escape to Europe after committing an offense and are later extradited to the country are exempt from execution. If a person arrested in Korea for the same offense is executed, this goes against the principle of equality in the Constitution.



## **5. Prohibition of cruel and inhumane punishment**

Executions in South Korea are in principal carried out by hanging, but those of prisoners convicted of military offenses can be by shooting. In any case, the prisoner on death row suffers extreme pain both physically and mentally in terms of executive process and methodology. Article 5 of the "Universal Declaration of Human Rights" states that "No one shall be subjected to torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment." In the "Soering Case", the European Court of Human Rights judged that the death penalty system in the US is inhumane not only because of the death penalty itself but also due to the average period of 6-8 years of awaiting execution. As a result, the Court ruled that extradition to the United States was a violation of this Convention.

## **6. People's emotions about the law**

According to a survey conducted by Realmeter last November, 52.8 percent of the respondents are in favor of execution, while 42.2 percent are opposed to it. However, whether or not to maintain the death penalty should be approached from the perspective of 'what is right' rather than a matter to be decided by public opinion. It is worth noting that the death penalty was abolished in countries such as France and Germany, while public opinion on maintaining the death penalty prevailed.

## **7. Victims' emotions and human rights**

Concerning peoples emotions about the law, it is argued that the death penalty should be maintained due to the emotions of the victims in that abolishing it would violate the emotional well-being and human rights of the victims and their families, who were wrongly killed and hurt. However, executions will not bring the lives of the victims back nor can they lessen the loss felt by their families. It also deprives them of the opportunity to relieve their grief and pain through

experiencing the sincere penitence of the perpetrators.

In addition to not allowing family members to relieve their loss, in the case of capital punishment, the perpetrator is also deprived of the opportunity to alleviate the sadness and suffering of the victim's family by repenting to them.

#### **8. Human rights of those involved in execution**

The death penalty is an inhumane punishment since it violates the freedom of conscience, dignity, value, and the right to pursue happiness of those who are directly and indirectly involved in carrying out the death penalty, including the judge who must adjudicate the death penalty in accordance with the law, the executioner who must execute the death penalty, the observer of an execution who must observe the death penalty, and the verifier.

### **IV. National Human Rights Commission's Efforts to Abolish the Death Penalty**

#### **1. Expressing its opinion on the death penalty**

Since 2005, the Commission has consistently maintained that the abolition of the death penalty is consistent with the Constitution and international human rights norms and standards. In April 2005, it expressed to the Speaker of the National Assembly that the death penalty should be abolished because it violates the fundamental right to life. In July 2009, concerning the death penalty pending at the Constitutional Court, the Commission's opinion of abolishing the punishment was submitted in relation to the judicial review case. In December 2017, the Commission also expressed its opinion to the Speaker of the National Assembly and the Minister of Defense that it is desirable to declare a moratorium on the execution of the death penalty during peace time, not during war time according to the military criminal law, and to abolish the death penalty.



## **2. Opinion suggested through NAP and UPR**

The Commission also recommended that the government accede to the Second Optional Protocol to ICCPR and abolish the death penalty through the 3rd (2017~2021) NAP (National Action Plan for the Promotion and Protection of Human Rights) in July 2016 as recommended through the 1st and 2nd NAP. In addition, in April 2017, it also suggested its opinion through the observation paper for deliberation of the UPR (Universal Periodic Review) of the UN Human Rights Council that the South Korean government should make substantive efforts such as accession to the Second Optional Protocol.

## **3. Advocacy Activities and Cooperation for the Abolition**

In December 2007, the Commission held a ceremony with religious leaders to celebrate South Korea's status as a de facto abolitionist country, which has not carried out executions for 10 years. Since then, the Commission has been continuously striving to raise awareness for the abolition of the death penalty. In particular, the visit of President Navi Pillay of ICDP (International Commission against the Death Penalty) to the Commission is reinforcing domestic and international cooperation to abolish the death penalty.

## **V. Ways to Move Forward**

### **1. Moratorium de jure**

South Korea is currently under a de facto moratorium on the death penalty as it has not carrying out capital punishment for about 20 years. De facto moratorium status can be easily reversed depending on the will of the policy decision-maker, so an official moratorium declaration by the President with greater legal stability or a moratorium on the law by Presidential Decree can be considered. Such a moratorium in the law may serve only as a preliminary stage

for the abolition of the death penalty, and it can be declared for a limited period of time with the final decision on the abolition of the death penalty in mind.

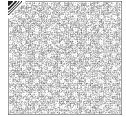
## **2. Accession to the Second Optional Protocol to the ICCPR**

Article 6 of the United Nations Covenant on Human Rights stipulates the right to life and the abolition of the death penalty. However, the Second Optional Protocol was arranged separately since it is considered to be difficult to completely abolish the death penalty in all countries. The formal name of this Optional Protocol is the 'Second Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, aiming at the abolition of the death penalty'. A state signatory to the Protocol has the duty to ban executions within its jurisdiction and to take all necessary measures to abolish the death penalty within its jurisdiction. However, a state signatory reserves the right to apply the death penalty in times of war pursuant to a conviction for a crime of military nature committed during wartime.

## **3. Enactment of the Special Act on the Death Penalty**

The Act on the abolition of the death penalty is a form of special legislation which abolishes the death penalty for all crimes and prescribes an alternative to the death penalty. Currently, there is a tendency to adopt an absolute life sentence as an alternative. However, in 1978, the Federal Constitutional Court of Germany declared that an absolute life sentence is unconstitutional and turned to relative life imprisonment in 1981. When a special law on the abolition of the death penalty is established, there may also be a discussion on a system that allows the death penalty to be maintained in exceptional cases in the event of an imminent threat of war.





#### **4. Revision of all legislation related to the death penalty**

Abolishing the death penalty in law for all crimes can be ultimately completed by revising a total of 20 laws, including the penal code, the military criminal law, and the national security law, which stipulate capital punishment in order to remove the punishment and replacing it with an alternative punishment. In addition, there are cases where the abolition of the death penalty is constitutionally stated by stipulating the right to life and a ban on the death penalty. Currently, 24 countries such as Germany, Italy, the Netherlands, Spain, and Sweden have abolished the death penalty under their constitutions.

A series of horizontal dotted lines for writing, consisting of 24 lines spaced evenly down the page.

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....



A series of horizontal dotted lines spanning the width of the page, intended for writing or drawing.



---

**사형제 폐지 국제적 현황 및  
국내 이행을 위한 토론회**  
**International Seminar on the Death Penalty**  
-International Trends and Domestic Implementation

---

| 인 쇄 | 2018년 4월  
| 발 행 | 2018년 4월  
| 발행인 | **이 성 호** (국가인권위원회 위원장)  
| 발행처 | **국가인권위원회** 국제인권과  
| 주 소 | (04551) 서울특별시 중구 삼일대로 340  
나라키움저동빌딩  
| 전 화 | (02) 2125-9886 | F A X | (02) 2125-0918  
| Homepage | [www.humanrights.go.kr](http://www.humanrights.go.kr)  
| 인쇄처 | 주식회사 춘추커뮤니케이션즈  
| 전 화 | (02) 6332-6007

---

ISBN 978-89-6114-622-7-93360

이 저작물은 국가인권위원회가 저작권을 전부 소유하지 아니한 저작물이므로 자유롭게 이용(무단 변경, 복제·배포, 상업적인 용도 사용 등)하기 위해서는 반드시 저작권자의 허락을 받으셔야 합니다.





세계인권선언 70주년 • 파리원칙 25주년 기념

# 사형제 폐지

국제적 현황 및 국내 이행을 위한 토론회

International Seminar on the Death Penalty  
-International Trends and Domestic Implementation



04551 서울시 중구 삼일대로 340(저동1가) 나라키움 저동빌딩 13층 정책교육국 국제인권과  
TEL. 02-2125-9886 FAX. 02-2125-0918 [www.humanrights.go.kr](http://www.humanrights.go.kr)

ISBN 978-89-6114-622-7-93360