

# 중국 사형집행유예제도의 도입가능성 검토

## A Study on Introducing possibility in Korea of China's Probation system of Death penalty

김 현 수\*  
Kim, Hyeon-Soo

### 목 차

- I. 서론
- II. 우리나라에서의 사형제도 존재 논의 현황
- III. 중국의 사형집행유예 제도
- IV. 사형집행유예 제도의 도입 가능성
- V. 결론

### 국문초록

최근 사형수에 대한 사형 집행 주장이 제기되어 논란이 있었다. 사형 제도는 그간 존재론이 첨예하게 맞서왔다. 사형 존재 문제를 잠정적으로나마 해결한 대안은 없는가? 국민의 법감정과 여론을 고려할 수밖에 없는 현실에서 사형 폐지가 현실적으로 가능한가? 라는 문제와 관련하여 중국의 사형집행유예제도의 특징을 살펴보고 그 제도의 우리나라에서의 도입가능성을 검토해볼 필요가 있다. 중국에서는 실제 사형을 선고 하면서 집행유예를 붙인 대다수의 범죄자에게 개전의 정이 나타나서 유예기간의 만료 후 무기징역 혹은 유기징역으로 감형되고 있다. 이 제도를 앞으로도 계속 둘 것인지 여부에 대하여는 중국 법학계에서도 활발한 논쟁이 이루어지고 있는데 존속설이 유력하다. 사형 폐지론의 가장 유력한 대안은 절대적 종신형제의 도입인데, 이 경우 사형을

논문접수일 : 2009. 6. 9.

심사완료일 : 2009. 7. 23.

게재확정일 : 2009. 7. 23.

\* 변호사·제주대학교 법학전문대학원 교수

완전히 폐지하여 형벌의 하나를 없애는 결과, 사형제도의 폐지는 그 간의 수많은 사형제 폐지 운동에 불구하고 한국적 현실에서 이 방안이 실재화 되기는 어렵다. 사형은 각국이 자기만의 정치·사회·문화·역사적 환경을 고려하여 존폐나 개선을 심도 있게 고려하여야 하는 것이다. 그러므로 우리나라의 실정에 맞는 제도를 확립하여야 하는데 현 시점에서 실현가능한 대안을 제시하여 제도화하여야 한다. 그 방법으로 중국의 사형집행유예 제도를 도입할 필요가 있다. 이러한 제도는 비록 우리와는 정치·경제적 체제가 다르더라도 중국의 그것을 참고할 수 있다. 도입할 가능성이 충분하고 우리 법제에 맞게 순화시킬 수 있다. 사형 제도는 그 범죄자뿐만 아니라 그로 인한 피해자와 유족들도 결부된 문제이다. 우선은 국가와 사회단체의 피해자에 대한 경제적, 정서적 지원 등 사회안전망 구축이 전제되고, 범인이 회개하고 종교적 삶을 살 수 있을 때 비로소 전면적인 폐지를 고려하는 방향으로 제도 변형을 모색할 때이다.

주제어 : 사형, 사형제도, 사형 존폐론, 중국 사형집행유예 제도, 도입 가능성

## 1. 서론

형벌의 본질에 관한 다양한 논의에도 불구하고 그것이 정치적 이념 지향성과 국가 권력 실현성을 갖는다는 것은 역사가 보여주는 바와 같다. 형벌이라는 제재가 달성하고자 하는 효과가 단지 범인의 재사회화나 공공의 안녕과 질서의 유지에 그치지 않고 사회 구성원으로서의 한 사람의 개인을 그 사회에서 영원히 배제하는 것까지 포괄한다면 그것은 필연적으로 국가를 넘어선 '인류'적 관점에서 찬반 논의가 진행될 수밖에 없다. 형벌의 역사는 사형의 역사인 셈이다.<sup>1)</sup> 1764년 이탈리아의 범죄학자인 벡카리아(C. Beccaria)가 "사형은 한 사람의 시민에 대한 국가의 전쟁이다. 그 국가가 한 시민의 존재의 파괴를 유용하거나 필요하다고 판단한 경우에 벌이는 전쟁인 것이다"라고 설파하면서<sup>2)</sup> 사형의 폐지와 종신 노역형으로 대체를 주장한 이래<sup>3)</sup> 아직까지도 논쟁은 그치지 않고 있다. 또한 사형은 광범위하고, 전 세계적인 역사성을 가지며, 인류 문

1) 송광섭, 「범죄학과 형사정책」, 유스티니아누스, 2003, 385면.

2) 체사레 벡카리아, 한입섭 신역, 「범죄와 형벌」, 박영사, 2006, 112면.

3) 벡카리아 이전에도 사형의 폐지를 강력히 주장한 사람이 있었다. 그가 토마스 모어(Thomas More, 1478-1535)이다. 모어는 「유토피아」(1516)에서 "하느님은 사람을 죽이지 말라고 말씀하셨다"라고 하면서 사형폐지의 사상적 기초를 제공하였다. 자세한 것은 圓藤重光(단도 시게미츠), 김희진 역, 「사형폐지론」, 한국사형폐지운동협의회, 2001, 214-220면 참조.

명의 초기까지 거슬러 올라가는 것으로 19세기 중엽 그 폐지 운동이 전개된 이후로도 별다른 진전 없이 100년 이상 지나온 것이 사실이다.<sup>4)</sup> 필자 역시 사형 존폐의 문제는 실로 해결하기 어려운 문제일 뿐만 아니라 영원히 미해결의 난제로 남을 것이라는 견해<sup>5)</sup>에 동의한다. 문명국 중 대표적으로 아직도 일부 사형 제도를 가지고 있는 미국에서도 사형에 대한 국민 여론이 매우 민감하게 반응하는데, 여론조사 결과에 따르면 1994년에는 80%에서 10년 후인 2004년에는 66%로 사형 찬성률이 감소하였고, 구체적으로 살인자에 대하여 사형과 종신형 어느 쪽을 지지하는가에 대하여는 그 비율이 50:46%로 나타났다고 한다.<sup>6)</sup> 극형을 의미하는 사형에 대하여 그 제재의 최후 수단성, 최소 침해성, 과잉금지 원칙이 당연시됨에도 사형 제도를 유지하여야 한다는 견해는 주로 반인륜적 흉악범에 한하여 이 제도의 감정적 효용성이 있다는 주장이 다소 설득력이 있기 때문일 것이다. 현대 사회의 범죄가 이미 질적으로 흉포화, 조직화되고 있고 흉악범이 결과의 중대성, 수법의 잔인성, 국민에 대한 해악성으로 말미암아 사회적 이목을 끌 수밖에 없다면 국가가 이에 대응할 수단으로서의 사형은 매우 정치적인 제재 수단임에 틀림이 없다. 뿐만 아니라 사형은 다른 형벌과 달리 이데올로기적 성격을 강하게 내포한다.<sup>7)</sup> 최근 정치권에서도 이미 사형 판결이 확정된 수형자를 대상으로 사형을 집행하자는 주장이 제기되는 것도 이와 무관하지가 않다. 그러나 과연 사형의 선고 및 그 집행으로 특히 흉악 범죄의 억지라는 형사정책적 효과를 달성할 수 있을 것인가? 현재 팽팽한 사형 존폐 문제를 잠정적으로나마 해결한 대안은 없는가? 국민의 법감정과 여론을 고려할 수밖에 없는 현실에서 사형 폐지가 현실적으로 가능한가?의 문제는 여전히 남는다. 그러므로 우리 법제에 없을 뿐더러 세계에서 유일무이한 중국의 사형집행유예제도의 특징을 살펴보고 그 제도의 우리나라에서의 도입가능성을 검토해볼 필요가 있다.<sup>8)</sup> 물론 그 전에 우리나라에서의 현재의 사형제도 존폐 논쟁을 재검토할 필요도 있을 것이다. 다만, 사실 그간 형사법학자이거나 사형 제도에 관심이 많은 분들이 관련 논문을 수 없이 발표한 터라 본고에서는 사형 존폐 논쟁과 그 근거에 대한 찬반론을 상세히 다루지는 않을 것이다.

4) Victor L. Streib, Death Penalty, Tomson West, 2005, p. 269.

5) 차용석, 「형벌권 남용으로부터의 자유」, 교육과학사, 1993, 47면.

6) Streib, 앞의 책, p. 289.

7) 박상기, “한국에서의 사형제도, 이상과 현실”, 「형사법연구」, 제16호, 한국형사법학회, 2001, 12, 69면.

8) 중국의 사형제도, 특히 사형 집행유예 제도에 관한 내용과 분석은 그간 중국 측 연구자들의 소개와 더불어 우리나라에서도 검사 등 실무가와 교수 몇몇 분들에 의하여 활발히 이루어져 상당수의 논문이 있다. 이훈동 교수의 “사형제도에 대한 새로운 시각”, 「교정연구」, 제16호, 한국교정학회, 2002와 역시 같은 교수의 “사형의 집행유예 제도와 형사정책적 의의”, 같은 책자, 제20호, 2003이 대표적이다.

## II. 우리나라에서의 사형제도 존폐 논의 현황

### 1. 최근의 사형 집행 논쟁

최근 다소 엉뚱하게도 집권 여당이 10년 이상 중단된<sup>9)</sup> 사형 집행을 재개할 것인지를 논의한다고 하자 전국의 형사법 교수 132명이 사형 집행을 반대하는 성명서를 발표하기까지 이르렀다.<sup>10)</sup> 이 성명서는 일각의 사형 집행 논의 움직임은 최근 발생한 흉악범에 대한 대응방안으로 나온 여론 물이식 문제 제기라고 비판하면서 국민의 법감정에 호소하고 심지어 과거의 좌파 정부가 사형을 집행하지 않아 사회 기강 확립에 문제가 있다는 취지의 사형 집행 필요성 제기는 문제가 많다고 지적하고 사형 제도의 문제는 우리 사회의 인권과 정의 실현 정도의 척도인데, 사형 집행 재개는 사형 폐지라는 시대적, 세계적 흐름에 역행하는 처사로 인권 후진국으로의 전략이라는 의미가 있다고 주장하였다. 한편 법무부가 전국 3,000명의 시민들을 대상으로 사형 폐지와 집행에 관한 여론조사를 한 결과 64% 이상의 국민이 사형 폐지에 대하여는 반대의, 사형 집행에 대하여는 찬성의 입장을 밝혔다.<sup>11)</sup> 이는 사형의 위헌성과 사형이 형사정책적 관점에서 아무런 효율성이 없다는 매우 유력한 주장에 대한 아주 강력한 반대의 논거이다. 헌법재판소는 사형을 국민의 정서나 법감정에 비추어 사회 및 형사정책적 필요성에 있어서도 형벌이 균형을 잃은 것은 아니라는 취지로 합헌이라고 하면서 다만, “위헌·합헌의 논의를 떠나 사형을 형벌로서 존치시키는 것이 반드시 필요하고 바람직

9) 우리나라에서는 1997. 12. 30. 당시 사형수 23명에 대한 일괄 사형 집행이 있을 후 11년간 사형집행이 이루어지지 않아 사실상 사형폐지국이 되었다. 2007. 12. 31.은 마지막으로 사형이 집행된 지 꼭 10년이 된 날인데, 이 날 국회의사당 본관 앞마당에서는 종교·인권·시민단체 관계자 등 100여 명이 '사형폐지국 기념식'을 열었다. 대한변호사협회, 「2007 인권보고서」, 대한변호사협회, 2008. 13면. 그런데 최근 안양 초등학교 학생 2명을 납치 유괴 살인하는 등 연쇄살인한 정00에게 사형이 확정되어 현재 우리나라에서의 사형수는 59명이다. 법률신문, 2009. 3. 2.자 8면. 여기에는 실제 사형 판결이 확정되었으나 자연사한 경우 등은 포함되지 않았다.

10) 대한변협신문 2009. 3. 23.자 2면. 법학 교수들이 공동으로 사형제 관련 성명을 낸 것은 이번이 처음이라고 한다.

11) 이러한 여론 조사는 조사자나 조사대상자에 따라 별다른 차이를 보이지 않는 것 같다. 한국법제연구원의 2008년 국민법의식조사 결과에 따르면 우리나라 국민들의 69.6%는 사형제도가 존치되어야 한다고 응답하였다. 법률신문 2008. 9. 22.자. 그러나 한편으로 보면 1990년대 초 갤럽조사연구소에 조사한 바에 의하면 국민의 약 77%가 사형 제도를 찬성하였다고 하므로(허일태, 「형법연구Ⅱ」, 동아대학교출판부, 2004. 499면. 1994년에는 국민의 70% 가량이 찬성.) 갈수록 사형제도 폐지론이 힘을 얻고 있는 추세인 것으로 보인다. 그러나 아직도 외국의 여론 조사 결과와 비교해보면 우리나라에서는 아직도 찬성 비율이 높다. 법률신문, 2009. 2. 26.자 2면.

한 것인가에 대한 진지한 찬반의 논의도 계속되어야 할 것이다”라고 실시하여<sup>12)</sup> 이 문제가 헌법재판관들에게도 매우 부담을 주는 논쟁임을 인정하고 있다. 어떠한 여론조사 결과로 보자면 우리나라의 일반 국민은 인권을 저버린 흉악범에 대하여는 최소한 모든 수단을 동원하여 근절시켜야 한다는 입장을 가지고 있음을 알 수 있다. 이는 응보적 사고의 소산일 수도 있고 또 이것이 최소한의 정의라는 신념이 표출된 것으로 볼 수도 있다. 그리고 형벌로서의 사형이 범인을 집단으로부터 배제함으로써 집단을 공고히 하는 것이다. 그러나 한편으로는 사형의 폐지를 강력히 주장하는 여러 법조 일각이나 종교계, 시민단체 등의 사형 폐지 운동 등의 전개와 그 밖의 여러 활동과 더불어 국회에 사형 폐지 법안이 여러 차례 발의된 것이라든가 행정부는 공식적으로 사형 폐지 법안에 대한 반대 의견을 표명하고 있는 점, 또 다른 정부 공식 기구인 국가인권위원회에서는 찬성 의견을 제시하는 점 등 그 백가쟁명식 논쟁은 이미 귀착점을 짐작할 수 없게 한다.<sup>13)</sup>

## 2. 사형 존폐론 현황

사형은 범죄인의 생명을 박탈하여 그를 영구히 사회로부터 격리하는 형벌로 그야말로 극형이다. 우리나라도 살인 등 일반 형사범 및 가중 처벌 또는 별도의 처벌 법규에 규정된 특별법과 공안사범, 군사범죄 등 89개의 죄목에 대하여 사형을 법정형으로 규정하고 있다.<sup>14)</sup> 사형이 비교적 광범위하게 법정형으로 규정됨으로써 그간 정치적, 역사적으로 또는 인도적 관점에서 보더라도 그 남용 등 커다란 문제가 있었음을 부인할 수는 없다. 실제로 2007. 1. 24. 법원은 1974-5년에 있었던 인민혁명당 재건위원회 및 전국민주청년학생총연맹 사건에 대하여 무죄를 선고하였다.<sup>15)</sup> 아무리 시대가 변화하고 정치적 동기가 다양하다고 하지만 이와 같은 경우 사형은 그 자체로도 매우 ‘야만적’

12) 헌재1996. 11. 28. 선고 95헌바1 결정.

13) 사형 제도에 관한 국내의 동향에 관하여는 이현규, “헌법과 사형제 존폐론”, 『형사법과 헌법이념』, 제1권, 박영사, 2006, 353-357면 참조. 또 한편 우리나라에서 이와 같은 사형 범죄의 다량 현상은 우리나라 형법이 처음 사회방위를 강조한 주관주의 형법이론의 일본형법을 의용하여 제정하였고, 해방 후의 혼란과 6·25를 거치면서 제정된 사대적 상황이 크게 작용되어 사형의 존폐 문제에 대하여 진지한 검토를 해 볼 여유 없이 제정되었기 때문이라고 하는 견해가 있다. 송광섭, 앞의 책, 389면.

14) 형법상의 국가적 범익에 관한 죄나 폭발물사용죄(제119조), 해상강도강간죄(제340조 제3항) 등은 살인이 아님에도 사형을 선택적 법정형으로 하고 있고, 워낙 특별 형법이 많은 이유에서인지 사형을 법정형으로 규정하는 죄명은 너무 많다는 점이 사형에 대한 반감으로 작용하기도 한다.

15) 특히 인혁당 사건에서는 사형판결이 확정된 그 다음날 새벽 7명에 대하여 곧바로 사형 집행이 이루어졌는데 20여 년이 흐른 뒤 무죄판결이 선고됨으로써 결국 오판으로 인한 생명 침해임이 사법적으로 확인된 셈이다. 이 판결은 다시금 사형제의 폐지논란을 불러일으켰다.

인 것이고 허용 자체가 악용일 수밖에 없다. 정치범이 아니라 하더라도 비슷한 형태의 사형 선고와 집행 또한 다를 바는 없다. 사형을 '제도적 살인'이라고 명명하는 것도 바로 이 때문이라고 할 수 있다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 특히 흉악범에 대처하는 유용한 수단으로서의 사형 존치는 국민 다수의 법감정이라는 이유로 실제 그 간 사형 폐지에 관한 특별법(안)이 수차례 발의되었으나 발의와 폐기의 악순환을 거쳐 실효를 거두지 못하고 있다.<sup>16)</sup> 우리 헌법재판소 또한 "사형은 죽음에 대한 인간의 본능적인 공포심과 범죄에 대한 응보욕구가 서로 맞물려 고안된 필요악"이라고 밝히듯이 사형은 '추방되어야 할 악이로되 그럼에도 필요한 제도'인 점을 부인할 수 없다. 이렇듯 사형 논쟁이 첨예하게 대립되는 이유는 그나마 사형이 형사정책적으로 효과가 있다는 주장 즉, 위하에 의한 범죄 억지력이 있다는 주장이 설득력을 얻기 때문이다. 대체로 사형제도의 존치와 폐지 논쟁은 크게 헌법적 관점, 법철학적 관점, 형사정책적 관점에서 다루어진다. 구별하지 않고 정리하면, 찬성론은 ① 정의 관념에 부합한다. ② 특별한 위하력과 범죄 억지력이 있음을 부정할 수 없다.<sup>17)</sup> ③ 국민의 법감정에 부합한다. ④ 피해자의 생명 가치를 고려하여야 한다(피해 감정 회복). ⑤ 범인을 격리할 필요성이 있다. ⑥ 행형 비용이 절감된다 등을, 반대론은 ① 생명권은 불가침의 권리로서 생명을 박탈하는 것은 인간의 존엄과 가치에 반한다(명백한 위헌론), ② 위하 효과가 없다.<sup>18)</sup> ③ 오판과 남용의 위험이 있다.<sup>19)</sup> ④ 사회적 책임을 은폐할 가능성이 있다. ⑤ 응보적 감정에 불과한 것이다. ⑥ 피해자에게 무슨 도움이 되는가? 등을 각 논거로 한다.<sup>20)</sup> 사

16) 15대 국회 때인 1999. 11. 제출된 사형폐지법안은 법사위에서조차도 심의하지 못하고 임기만으로 폐기되었고, 16대 국회 때인 2001. 10. 30. 제출된 사형폐지법안 역시 같은 경과로 실효를 거두지 못하였으며, 심지어 17대 국회 때인 2004. 12. 9.에도 제적 국회의원 과반수이상인 175명이 서명한 절대적 종신형제로 사형을 대체하는 내용의 법안이 제출되었으나 임기만으로 또 폐기되었다.

17) 실제로 사형이 특히 살인이라는 범죄를 억제하는가에 대하여는 사형폐지론자나 찬성론자들이 각 나름대로의 논거로 부정론과 긍정론을 편다. 그런데 양자의 논거는 모두 확실하지 않다. 즉, '그러한 검증 결과나 근거가 없다'는 정도이다. 그것도 그럴 것이 사형의 범죄 억제(deterrence) 효과를 검증하려면 어느 정도 사형 선고와 집행이 필요적으로 이루어지고 이로 인한 효과를 분석해야 할 것인데, 오늘날 어떤 국가라도 데이터가 확보될 사형 선고, 집행을 시행하지는 않을 것이므로 사실상 검증이 불가능할 수도 있다는 생각이다.

18) 그러나 사형폐지론자들도 한편으로 사형이 범죄예방에 있어서 전혀 위하력이 없는 것은 아니라고 한다. 물론 사형 선고나 집행이 가져다주는 위하력은 지극히 한정된다고 하면서 그 예로 계획적 중범죄를 든다. 허일태, 「형벌과 인간의 존엄」, 동아대학교 출판부, 2001. 29면.

19) 아마도 사형 폐지 근거 중 현실적으로 또는 경험적으로 설득력을 갖는 것은 이러한 오판의 위험을 최소화하는 것 같다. 인간이 신이 아닌 바이고 법관 또한 인간이므로 인간이 실수를 하는 것은 어찌 면 당연하다고 할 수 있는데, 이러한 실수는 다른 것과 달라 불가역적(不可逆的)인 것이다. 즉 한 번 없어진 생명은 돌이킬 수 없어 치명적이라는 것이다. 이 점은 과거 국회에 제출된 사형 폐지 특별법안이 "생명은 한 번 잃으면 회복될 수 없고, 이 세상에서 무엇과도 바꿀 수 없는 절대적인 것으로 한 사람의 생명은 지구보다 무겁고 귀중하며 엄숙한 것"이라고 하는 바와 같다.

정이 이와 같다 보니 사형의 완전폐지론<sup>21)</sup>보다는 오히려 이른 바 점진적 사형폐지론이 우세한 것으로 보인다. 물론 다른 나라에서도 마찬가지로일 터이지만 한국에서도 사형을 무조건 존치시켜야 한다고 주장하는 사람은 없는 것 같다. 점진적 사형 폐지론은 사형 폐지의 여건이 성숙되지 아니한 이상 우선, 대체 수단을 먼저 시행하여 보고 전면적 사형 폐지를 검토하자는 입장인데, 대체 수단으로는 ① 특히 흉악범을 제외하고는 국가보안법 등에서 사형을 법정형으로 규정하는 범죄의 종류와 수를 대폭적으로 감축하고,<sup>22)</sup> ② 인이하게 하는 사형 구형과 선고를 억제하며,<sup>23)</sup> ③ 재심을 널리 인정하고,<sup>24)</sup> ④ 집행에 신중을 기하여 정세의 변화나 진범의 체포, 재심에 의한 번복을 기다려야 한다는 것 등을 든다. 또한 사형의 대체수단으로 가석방 없는 절대적 종신형을 도입하자는 의견도 마찬가지로이다.<sup>25)</sup>

### 3. 사형의 집행 문제

사형을 집행할지 여부는 사형 선고와는 또 다른 형태의 논쟁거리이다. 사형수에 대한 형의 집행은 국민의 이름으로 하는 제도적 살인행위라는 신랄한 비판은<sup>26)</sup> 현행법상 사형을 선고하더라도 그 해악에 비추어 집행만은 유보하자는 것을 논거로 한다. 사형은 법무부장관의 명령에 의하여 집행한다(형사소송법 제463조). 법무부장관은 판결이 확정된 날로부터 6월 이내에 사형집행 명령을 하여야 한다(같은 법 제465조 제1항). 이 6개월의 기간 규정은 반대 견해가<sup>27)</sup> 없지는 아니하나 훈시규정이라고 해석되므로 집행유보가 얼마든지 또는 언제까지나 가능하기도 하지만 무엇보다도 인간의 생명은 단 1회에 그치므로 사형을 선고하고 집행한 이후 후 오판으로 인한 것이 밝혀질 때 회복하기 어렵다는 현실적 문제가 발생할 수 있으며<sup>28)</sup> 그 밖의 정치적 이유 등 여

20) 사형제도의 존폐론과 우리 대법원과 헌법재판소의 견해는 허태영, 「형사철학과 형사정책」, 법문사, 2007, 131-184면 참조.

21) 완전폐지론을 주장하는 경우 그 방법으로 특별법안의 통과와 헌법재판소의 위헌심판결정 두 가지를 든다.

22) 즉흥적이고 단기처방적 대처방안인 증형주의는 형사정책적으로도 문제점이 적지 않고 오히려 증벌에 대한 면역반응과 무감각성, 법질성의 안정을 저해하고 있다. 송광섭, 앞의 책, 389면.

23) 예컨대, 초범자에게 사형 선고를 금지하는 등 사형 선고 기준이 구체적으로 명시되어야 한다. 박상기, 「형법총론」, 박영사, 2007, 506면.

24) 박상기, 앞의 논문, 75면.

25) 이와 관련한 대표적인 주장으로는 허일태, 앞의 책, 49-67면.

26) 허일태, 앞의 책, 50-51면.

27) 김재중, 「형벌제도 개선방안」, 한국학술정보주식회사, 2008, 114면.

28) 미국 미주리 주에서 강도살인죄로 사형선고를 받은 피고인에 대하여 19년 만에 사형이 집행되었다.

러 가지 이유로 사형집행이 유보되고 있다. 물론 사형을 선고하고 그 집행을 계속 유보하는 것도 문제가 없지는 않다.<sup>29)</sup> 어차피 사형이 법정형으로 규정된 이상 그 선택은 법관의 양형선택의 문제이고 집행되지 않는 사형을 위한 선고가 명목적일 뿐이라면 그것은 법적 안정성에 반한다. 그러나 형벌은 범죄에 대한 평가로서 선고는 가능하되, 오관의 오류 시정 등을 이유로 현실적으로는 집행하지 않는 것이 문제는 되지 않을 것이다. 문제는 사형 집행은 사법부가 내리는 선고와는 달리 행정부(법무부장관)의 정치적 선택이라는 점이다. 행정부 또는 집권여당이 어떤 이유로든 선택할 수 있는 것이고 야당은 또 반대할 수 있을 것이다. 우주적이고 인간과 사회의 시작과 종착점이라고 할 생명<sup>30)</sup> 정치적 파당에 의하여 좌우되는 셈이다. 사형을 집행하는 경우 그 집행관의 인권을 말하기도 한다. 즉, 그들은 비록 공무집행의 일환이긴 하지만 어떻게 '사람을 죽이는' 것이므로 그들로 하여금 사형을 집행하게 하는 것은 인권을 확인하고 보장하는 국가가 오히려 그들의 인간으로서의 존엄성이나 행복추구권을 침해하는 결과를 초래한다는 점에서 바람직하지 않다. 누가 자의로 사형 집행에 나설 것인가?

### III. 중국의 사형집행유예 제도

#### 1. 개요

역사적, 문화적으로 인접하여 비교 분석이 가능한 동북아 3국 즉, 중국, 일본, 우리나라는 모두 사형 제도를 존치시키고 있으나 중국은 무엇보다도 사형에 대하여 그 집행을 유예하는 특유의 형벌 제도를 가지고 있다.<sup>31)</sup> 물론 중국은 2004년만 하더라도 3,400

변호사는 19년간의 사형미집행은 제도의 남용이고, 지금의 사형집행은 이중처벌이라고 주장하였다. 사형은 3번의 주사로 집행되었는데 마취, 진정제-호흡정지제-심장정지제 순이었다. 그런데 이 사형수는 "미주리주와 당국자들은 무고한 사람을 죽였다. 그들은 이것을 단지 자신들 업무의 일부로 여길 뿐이다. 나는 내가 유죄판결을 받도록 거짓말 한 사람을 용서하지 않겠다"고 판사와 증인들을 증오하는 내용의 최후 진술을 하였다. 법률신문, 2001. 11. 17.자

29) 이러한 사형부집행에 대하여 법치국가에서 과연 용인될 수 있는가?라고 하면서 법무부장관에게 직무유기죄가 성립하고 범죄피해자에게는 국가배상청구권을 행사할 수 있다는 비판이 있다. 김재중, 앞의 책, 100-113면.

30) 앞서 본 전국 형사법 교수들 성명에는 "하나의 생명이 전지구보다 무겁다"고도 하고, "국가는 인간의 생명가치를 고양시키는 방법으로 행동하여야 한다"고도 한다.

31) 사형과 관련하여 중국 제도의 또 다른 특유한 점은 사형재심사절차제도이다. 사형재심사절차는 인민법원이 사형을 선고한 사건에 대하여 심사·비준을 필수적으로 거치도록 하는 특별심판절차인데, 최고인민법원이 판결한 사형을 제외하고는 사형은 최고인민법원이 심사·비준한다(중국 형사소송법 제199



명을 사형 집행함으로써 전 세계를 통틀어 가장 많은 사형을 집행하였다.<sup>32)</sup> 사형 집행을 유예하는 제도를 가지면서도 실제로 전 세계 사형 집행의 90%를 차지하는 이유는 무엇인가? 그것은 우선, 중국에서 사형을 법정최고형으로 하는 형법 조문이 증가한 것<sup>33)</sup>도 원인이지만 무엇보다도 중국의 사회주의 정치제도와 이에 따른 사법제도의 영향일 것이다.<sup>34)</sup> 물론 혁명 시기 공산당 정권이 국민당 정권과 치열한 투쟁을 거치는 과정에서 불가피하게 형성된 현상<sup>35)</sup>일수도 있다. 현재 중국의 형벌은 주형과 부가형<sup>36)</sup>으로 구분되고 이 중 주형으로는 우리 법의 보호관찰과 유사한 관제(管制), 6개월 이하의 단기자유형인 구역(拘役), 6개월 이상의 유기징역, 무기징역<sup>37)</sup>, 사형이 있는데(중국형법 제33조, 이하에서 언급하는 중국 형법은 1997. 3. 14. 제8기 전국인민대표대회 제5차 회의에서 통과되고 1997. 10. 1.부터 시행되는 신형법을 말한다). 그 중 사형은 “죄행이 극악한 범죄자에 대하여만 적용한다. 사형선고를 받은 범죄자에 대하여 반드시 집행해야 하는 경우가 아니면 사형선고를 함과 동시에 집행유예 2년을 선고할 수 있다”(제48조). 또한 중국 형법은 “사형집행유예를 선고받은 자가 집행유예기간 중에 만약 고의범죄가 없으면 2년 만기 후 무기징역으로 감형하고, 만약 중대한 공적이 확실히 있으면 2년 만기 후 15년 이상 20년 이하 유기징역으로 감형하고, 만약 고의범죄가 있고 조사 결과 사실로 밝혀진 자에 대하여는 최고인민법원이 심사, 비준하여 사형

조), 사형집행유예 선고 사건도 같다(제201조). 이러한 사형재심사절차는 사형 판결의 남발을 억제하고, 국민의 생명권 침해를 방지하고 사형시켜서는 안 될 죄를 저지른 사람을 잘못 사형시키는 오판을 방지하는 제도라는 점에 중요한 의의가 있다. 강효백, 「중국법통론」, 경희대학교 출판국, 2005. 235면. 그런데 중국은 2007. 1.부터 최고법원이 고급인민법원의 심사·비준권을 회수하여 사형 절차를 더욱 공정하게 하여 중국과 미국, 중국과 EU와의 인권대화 또는 국제사법제도 협약을 이행하기 위한 실제적 행동에 착수하였다고 한다. 동신의, 「중국 형사사법제도의 최근 발전동향」, 「법학교수·검찰 실무연구회 발표자료집(Ⅱ)」, 대검찰청, 2009. 1191면.

- 32) 이현규, 앞의 논문, 364면. 이러한 이유로 국제엠네스티는 2007. 8. 성명을 발표하고 중국 정부에 사형 제도개선 등 인권침해 증단을 위한 긴급조치를 발동할 것을 촉구하기도 하였다. 앞의 인권보고서, 35면.
- 33) 법무부, 「중국법연구(Ⅱ)」, 법무부, 1992. 8면.
- 34) “법이 있으면 그것에 의거하여야 하고, 법률의 집행은 엄격히 하여야 한다(有法必依 執法必嚴)”는 중국 사회주의법제의 두개의 기본요구라고 한다. 법무부, 「중국법연구(Ⅵ)」, 법무부, 1993. 21면.
- 35) 한상돈, “중국 경제범죄의 형사입법과 청산방해죄”, 「비교형사법연구」, 제4권 제2호, 한국비교형사법학회, 2002. 12. 708면.
- 36) 부가형은 벌금, 정치권리박탈, 재산몰수가 있는데, 부가형도 독립하여 적용할 수 있다고 한다(중국 형법 제34조). 부가형 중 특이한 것은 국외추방이다. 같은 법 제35조는 “죄를 범한 외국인에 대하여는 독립적으로 또는 부가적으로 국외 추방시킬 수 있다”고 규정하고 있다. 즉 중국에서는 특히 중국 영토 내에서 죄를 범한 외국인(무국적자를 포함한다)에 대하여 국외추방을 형벌의 하나로 한다. 이때 국외추방은 부가형의 성질을 가진다. 한대원 외 14, 「현대중국법개론」, 박영사, 2002. 526. 530면.
- 37) 그러나 중국의 형벌 집행 실재에 있어서 무기징역은 대다수가 유기징역으로 감형되거나 특별사면 조건에 부합하면 석방될 수 있어 무기징역형의 진정한 집행은 극소수에 불과하다고 한다. 강효백, 앞의 책, 200면. 한대원 외, 앞의 책, 528면.

을 집행한다”라고 규정한다(제50조). 아울러 “사형집행유예 기간은 판결 확정일로부터 기산한다. 사형집행유예에서 유기징역으로 감형된 경우의 형기는 집행유예기간 만기일부터 기산한다”라고 하여(제51조) 사형집행유예에 관하여 자세히 규정하고 있다.<sup>38)</sup> 이러한 사형집행유예의 집행에 관하여는 “공안기관이 법에 따라 그 죄인을 감옥으로 보내 형을 집행한다.”고 규정한다(중국 형사소송법 제213조, 이하에서 언급하는 중국 형사소송법은 1996. 3. 17. 제8기 전국인민대표대회 제4차 회의에서 통과되고 1997. 1. 1.부터 시행되는 형사소송법을 말한다). 사형즉시집행이라는 제도를 가지면서도 별도로 사형의 즉시 집행이 불필요한 경우에 사형을 선고함과 동시에 2년의 집행유예를 선고함으로써 미리 감형을 예정한 사형 제도를 두되, 다만 이 감형은 무기징역 또는 15년 이상 20년 이하의 유기징역에 한한다는 것이 중국 사형 제도의 특성이다. 이러한 사형집행유예제도는 과거 태악구(太岳區)에 있던 ‘사형보류’제도에서 비롯되어 발전한 형태의 것인데<sup>39)</sup>, 사형 제도를 폐지하여야 한다는 주장이 많은 경제범죄에도 적용되고 있다.<sup>40)</sup>

## 2. 현황

중국에서는 실제 사형을 선고하면서 집행유예를 붙인 대다수의 범죄자에게 개선의 경이 나타나서 유예기간의 만료 후 무기징역 혹은 유기징역으로 감형되고 있다. 집행유예 후 사형에 처한 예는 극히 드물다. 사형의 집행유예를 사원(死緩)이라고도 하는 바, 이 제도를 앞으로도 계속 둘 것인지 여부에 대하여는 중국 법학계에서도 활발한 논쟁이 이루어지고 있는데 존속설이 유력하다고 한다.<sup>41)</sup> 그 근거로는 이 제도가 ① 가능한 한 사람을 죽이지 않는다는 사회주의적 인도정신에 합치하는 중국인민법제의 창조물로서 그 효용이 있다. ② 언젠가 있을 사형 폐지를 창출할 전제로서 존속하여야 한다. ③ 재판의 오류로 인하여 사형에 처해지는 것을 방지한다. ④ 범죄를 징벌하는데도 효과적일 뿐만 아니라 범인으로 하여금 자기 스스로 개조할 기회를 주는 것인데, 거의 모든 범인을 사상 개조시켜 국가건설에도 유용한 역할을 하였다. ⑤ 앞으로 법률

38) 법무부, 「중국형사법」, 법무부, 2008, 20-21면.

39) 사형보류는 마땅히 사형에 처하여야 하나 개선할 가능성이 보이는 자에게 1년에서 5년까지 사형 집행 보류를 하는 것을 말한다. 한상돈, 앞의 논문, 708-709면.

40) 타인의 생명을 침해하지 않는 범죄에까지 사형을 규정함은 아무리 재고해도 범죄와 형벌 사이의 균형성을 찾기 어렵다. 그러나 이것이 중국 형법법규의 특징이다. 이는 우리나라에서 사형 적용 범죄를 축소하여야 한다는 주장, 특히 경제범죄에 대하여는 사형이 과해져서 안 된다는 주장(김재중, 앞의 책, 97면)과 대비된다 하겠다.

41) 박경춘, “중국의 사법제도 연구-특히 사형 집행유예 제도와 사형 재심사 제도를 중심으로-”, 「해외연수검사연구논문집」, 21(2), 법무연수원, 2006, 578-580면.

이 완비되고 재판이 정상화되면 사형의 적용범위도 크게 축소되어 사원제도는 불필요하게 된다. 등을 든다.<sup>42)</sup>

### 3. 사형 집행유예의 요건

중국법상 사형 집행유예는 독립된 형벌이 아니다. 형법 각칙에 사형 집행유예에 관한 규정이 없다는 것이다. 사형이라는 형벌의 집행 방법의 하나이다. 사형집행 유예 판결이 선고되기 위하여는 물론 법정형에 사형이 규정되어 있어야 한다. 다음, 사형 즉시 집행이 필요한 경우가 아니어야 한다. 사형 즉시 집행이라는 별도의 판결이 없지만 즉시 집행이 필요하다면 사형 집행유예의 선고는 불필요할 것이다. 여기서 '즉시 집행이 필요한 경우가 아닌 경우'란 실제 운용을 통하여 확립되는 것인데, 다소 추상적 또는 어떤 경우는 매우 단편적이기는 하나 분류하자면, ① 민중의 공분이 극대하지 않는 것, ② 범죄인이 자수하거나 중대한 정보를 제공하여 수사에 공을 세울 때, ③ 공동범죄 중 여러 명의 주범이 있고, 그 중 수괴급 또는 죄상이 가장 중한 주범이 이미 사형 판결을 받아 즉시 집행되었거나 기타 주범은 가장 엄중한 것이 아닐 것, ④ 범죄인의 지력발육 상태가 불완전하여 유한 책임 능력자에 속한 경우, ⑤ 피해자의 명백한 실수로 인하여 일시적으로 격분한 상태에서 살인범죄를 저지르는 경우, ⑥ 범죄인의 의분 때문에 수명을 살해한 경우, ⑦ 기타 여지가 있는 경우 등이 이에 해당한다.<sup>43)</sup> 또한 사형 집행유예는 상급법원의 심사·비준을 받아야 하는 바, 중국 인민법원조직법 제13조는 "사형은 법에 의하여 최고인민법원이 판결한 경우 이외에는 모두 최고인민법원에 보고하여 심사·비준을 받아야 한다."고 규정하고 있다. 이는 심판조직에 있어서 사형의 정확한 적용을 위하여 사건처리의 질을 높이며 중요한 보증을 하기 위한 것이다.<sup>44)</sup>

### 4. 사형 집행유예의 집행절차

중국 형사소송법 제213조 제1항, 제2항, 감옥법 제5조, 제16조의 규정에 의하면, 사형 집행유예 2년을 선고받은 죄인에 대하여 집행에 회부한 인민법원은 집행통지서, 판결서등을 해당 죄인을 구금하고 있는 공안기관에 송달해야 한다. 공안기관은 위 법률 문서를 받은 날로부터 1개월 이내에 해당죄인을 감옥에 보내 형을 집행해야 한다. 죄인

42) 법무부, 「중국법연구II」, 법무부, 1992, 200-201면.

43) 박경춘, 앞의 논문, 581-582면.

44) 위의 논문, 582면.

에 대한 형을 집행할 때에는 집행에 회부한 인민법원은 인민검찰원의 기소장부분, 인민법원의 판결서, 집행통지서, 사건종결등기표등을 동시에 감옥에 송달해야 한다. 감옥은 위 문건을 송달받지 않은 경우에는 죄인을 수감할 수 없다. 또한 사형집행유예 2년을 선고받았으나 법에 따른 감형을 거쳐 유기징역으로 판결이 변경된 죄인은 집행기간이 만료되면 감옥은 날짜에 맞춰 석방하고 석방증명서를 발급해야 한다. 공안기관은 석방증명서에 근거하여 석방된 사람의 호적등기를 처리하고, 현지의 인민정부는 안착하여 생활할 수 있도록 도와주어야 한다. 사형집행유예 2년을 선고받은 죄인이 사형집행유예기간 중에 만약 고의의 범죄가 없이 사형집행유예기간이 만료된 경우에는 감형하여야 하며, 집행기관이 서면으로 의견을 제출하여 고급인민법원에 재정을 요청한다. 고의의 범죄가 조사결과 사실임이 입증되면 사형을 집행하여야 하며, 고급인민법원이 최고인민법원에 비준을 요청한다.(제210조 제2항). 사형집행유예 2년을 선고받은 죄인이 2년의 기한이 만료된 후 아직 감형재정을 하기 이전에 고의로 죄를 범하였다면 사형집행유예기간의 범죄로 볼 수 없다. 이러한 죄인에 대하여는 법에 따라 감형한 후 다시 새로 범한 죄에 대하여 별도로 기소하고 심판한다. 고급인민법원은 집행기관의 감형의견서를 받은 후 심사한 후 감형재정을 내려야 한다. 감형재정서는 죄인에게 발급하여 감옥에 교부하여야 하고 또 그 부분을 원심판결을 한 인민법원과 해당 감옥에 대하여 감독을 하는 인민검찰원에 송달해야 한다. 인민검찰원은 감형재정이 부당하다고 인정하면 법에 따라 서면의 시정의견을 제출할 수 있다.

## IV. 사형집행유예 제도의 도입 가능성

### 1. 논의의 필요성

사형 제도의 개선 방안으로는 앞서 언급한 바와 같이 사형제를 존속시키면서 사형 범죄 대상 범위를 대폭 축소하고, 또한 여적죄(형법 제93조) 등 절대적 사형규정은 폐지하는 등 여러 가지 대안이 제시되고 있다. 여기에 특별법에 의한 사형 규정을 형법에 편입시킨다든가 사형 판결에 대하여 대법원 전원재판부에서 대법관 3분의 2이상의 찬성을 요하여야 한다는 등 법체계 정비 또는 적용상의 기술적 문제를 지적하기도 한다.<sup>45)</sup> 가장 유력한 대안은 사형제를 폐지하되, 국민의 법감정이라든가 흉악범에 대처

45) 김재중, 앞의 책, 98-99면.

하는 대안으로서의 절대적 종신형제의 도입이라고 할 것이다. 절대적 종신형은 수형자가 사망할 때까지 교도소 내에 구치하며 가석방을 할 수 없는 종신징역형과 종신금고형을 의미한다. 이에 반하여 상대적 종신형은 가석방 허용으로 사망 전 사회복귀를 가능하게 하는 형이다. 물론 가석방의 방식과 요건에 따라 무기형과 종신형은 다르다. 우리나라에서는 독일 등과 달리 무기수를 가석방할 때, 그의 책임에 관계없이 오직 그 수형자가 행상이 양호하여 개전의 정이 현저한 때에는 10년 이상의 수형생활을 받으면 행정처분으로 가석방될 수 있다. 어쨌든 비록 절대적 종신형제가 도입·시행되더라도 그것이 사형폐지의 전 단계라고는 하지만 어쨌든 사형을 완전히 폐지하여 형벌의 하나를 없애는 결과가 초래된 결과 상징성으로서의 사형 자체가 사라지는 결론에 이른다. 그러나 그간의 수많은 사형제 폐지 운동에 불구하고 그것이 실현되지 아니하는 한국적 현실에서 이 방안이 실제로 입법화<sup>46)</sup>될 것인지에 대하여는 장담할 수 없다. 이는 피해자들이나 그 가족들의 감정은 물론 선량한 집단으로서의 전체 국민의 의사를 과연 충족시킬 수 있을 지 의문이고, 과거 30년 이상동안 가석방 없는 절대적 종신형만을 두었다가 1981년에 이마저도 상대적 종신형으로 변경한 독일의 예<sup>47)</sup>에서 보듯이 이 제도 역시 완전하지는 않으며, 구체적으로 어떠한 범죄에 대하여 절대적 종신형을 선고할 것인지 여부가 불분명하고, 수형자 입장에서 보더라도 평생 동안의 구금생활<sup>48)</sup>에 대한 정신적 고통이라든가 사회복귀 불가능에 대한 극심한 스트레스의 문제가 따르며 더구나 평생 구금에 따른 국가 형 집행비용의 증가를 어떻게 해결할 것인가와 비록 사형과 절대적 종신형과의 사이에 삶과 죽음의 차이가 있다고 할 수는 있지만 궁극적으로 보면 죽음의 시기가 다를 뿐 근본적인 차이가 과연 있을 것인가? 등을 고려해 볼 때 선택의 여지는 없지 아니하나 필수불가결한 선택이라고 보기 어렵다. 양심의 가책 등으로, 아니면 신념으로 차라리 당장 사형을 선고하고 집행하여 달라는 수형자의 요구를 배제하는 것이 꼭 타당한 것인가? 구치소 내에서 자연사할 것을 원한다는 근거는 어디 있는가? 그렇다면 제도적으로 사형은 선고하되 집행하지 아니하는 방안은 어떠한가의 문제가 검토되어야 한다.

46) 그러나 현재 우리나라의 사형제 운영의 실체는 '선고는 하되 집행하지 않는' 사실상 절대적 종신형제 임은 의문의 여지가 없다. 입법화와 무관하게 운용되고 있는 것이다.

47) 독일에서는 1978년 연방헌법재판소가 종신형 자체는 합헌이나 비록 종신형이라도 이를 집행하는 것은 헌법상의 본질적 기본권(인간의 존엄성)을 침해하는 것이라고 판결하여 독일 기본법의 원칙을 천명함에 따라 1981년 형법개정을 통하여 15년 이상의 형의 집행과 그 밖의 엄격한 조건을 충족할 경우에만 종신형에 대해서도 가석방을 할 수 있게 하였다(독일 형법 제57조 a).

48) 사형판결이 확정된 수형자는 법률적으로 가석방 대상자가 아니다.

## 2. 외국의 경우

현재 유럽 대부분의 선진국들이 사형폐지법을 제정하여 이를 시행하고 있으나 미국, 일본에서는 4-5년 전에도 사형을 집행한 바 있다. 심지어 미국 일부 주에서는 사형을 폐지하였다가 다시 부활한 사례도 보인다. 네팔 같은 나라도 같다. 특히 일본에서는 사형제도 존폐에 관한 국민 여론 조사 결과 오히려 존치론이 더 우세한 것으로 나타났다.<sup>49)</sup> 물론 일본이나 미국에서도 사형 폐지를 전제로 상당한 기간 사형 집행을 유보하는 법률안이 국회를 통과하거나 제출된 상태인데,<sup>50)</sup> 우리나라와 마찬가지로 현실화되고 있지는 않다. 또한 일본에서도 사형 제도를 존치한다 할지라도 사형의 선고까지는 좋아도 최소한도에 있어서 사형의 집행만은 인정할 수 없다고 하면서 사형의 집행유예 내지 집행연기의 제도화를 주장되거나 사형집행정지 운동이 일어나고 있다고 한다. 대표적 사형폐지론자인 단도 교수조차도 사형의 즉시 폐지만이 유일한 길은 아니라는 것을 인정하면서도 그렇다고 하여 사형의 대체 방안으로 가석방 없는 완전한 종신형을 도입하는 것에는 찬성하지 않는다고 한다. 단도 교수는 그 이유로 범인 본인에게 전혀 희망을 잃게 하는 것은 인격 형성의 무한한 가능성을 인정하는 자신의 철학에 부합하지 않는다고 한다.<sup>51)</sup> 일본에서도 중국의 사형 집행유예 제도의 도입이 논의된 적이 있는데, 사형선고가 신중히 이루어지는 현실에서 굳이 제도 도입을 할 필요가 없다는 점과 집행 연기나 기간 경과 후 감형 여부의 기준이 확실치 않으며 장래 운용의 전망이 서지 않은 것을 이유로 하는 반대론에 의하여 채택되지는 않았다고 한다.<sup>52)</sup> 그러므로 이러한 반대론에 대한 검토가 충분히 이루어져 그 역기능을 순화할 수 있다면 제도 도입이 무리는 아닐 수 있다. 한편 1989. 12. 15. 유엔총회에서 채택된 사형폐지조약<sup>53)</sup> 제1조 제1항은 “아무도 이 선택의정서의 체결국의 관할 안에 있는 사람은 사형이 집행되지 않는다.”고 규정하고 있다.<sup>54)</sup> 그렇다면 우선은 사형 제도에 관한 세계적

49) 이현규, 앞의 논문, 363면.

50) 차형근, “사형제도의 존폐와 대안”, 『형사법연구』, 제22호, 한국형사법학회, 2004, 406면.

51) 위 단동증광, 사형폐지론, 262면.

52) 이훈동, 앞의 “사형제도에 대한 새로운 시각”, 168면. 여기서는 일본 법무성의 안의 내용을 소개하는데, 요약해보면 사형을 선고할 수밖에 없는 사안에 있어서 범피의 정상이나 범인의 개전 및 개선 가능성의 정도에서 보아 사형의 집행을 유보하는 것이 상당하다고 판단하는 경우에 사형 판결시 그 집행을 5년간 유예하는 선고를 하고, 집행연기의 선고를 받은 자는 형사시설에 구치하며 교정에 필요한 처우를 행하고 5년의 연기 기간이 경과한 후에는 판결 확정 후의 사정을 고려해서도 여전히 사형을 집행할 필요가 있다고 인정되는 경우를 제외하고는 법원에 의하여 사형을 무기징역으로 변경함과 동시에 이 경우 판결 확정 후 20년을 경과하지 않으면 가석방을 할 수 없게 한다는 것이다.

53) 정식명칭은 Second Optional Protocol To The International Covenant On Civil And Political Rights Aiming At The Abolition Of The Death Penalty.

추세는 사형의 선고 폐지가 아니라 집행 폐지로 보인다. 따라서 사형 폐지를 위한 전 단계로서의 사형 집행유예는 하나의 단초를 제공할 수 있다.

### 3. 사형집행유예의 단점

물론 사형의 집행유예 제도는 중국에 특유한 것으로 그 나라의 역사적, 정치적 상황에서 규정된 것이다. 따라서 중국적 제도를 다른 나라에서 도입하는 것은 매우 신중하여야 한다. 더욱이 중국에서도 그 효용성 문제와 관련하여 폐지론이 등장하고 있는 형편이다. 폐지론은 ① 이 제도는 중국 공산당의 공산 혁명 초기 반혁명 운동 진압 과정에서 고안된 것으로 현재 사회주의 개조가 완성되었으므로 이러한 상황 변화를 고려하여야 한다. ② 무기징역이나 장기징역으로 대체할 수 있다. 실제로 결과적으로는 이러한 징역형이 집행된다. ③ 무원칙적으로 인도주의를 증시하거나 관대하다. 그러므로 실제상 사형을 폐지시키는 결과를 가져온다. ④ 사형 집행유예 판결을 받은 수형자의 입장에서는 그 2년의 집행유예기간 중 받을 정신적 고통(생사 여부 불안정)이 커 도리어 인도주의 원칙에 반한다. ⑤ 2년 기간 중 사상 개조가 된 경우에도 감형기준을 정립하기 어렵거나 다시 재판하여야 하는 부담이 있다. 등을 논거로 한다.<sup>54)</sup> 이 중 가장 유력한 논거는 '감형가능성'을 열어 놓아 오히려 사형 판결이 손쉽게 이루어질 수 있고, 정략적으로 이용될 수 있다는 점이다. 그러나 인도주의적인 것이니 관대하다니 하는 것은 오히려 문명국 수준에 걸 맞는 형사대책이고, 감형이니 재 재판이니 하는 것은 가장 신중할 '사형 선고와 집행'에 있어서 아무런 문제가 되지 않는다고 보면 폐지론이 앞서 본 존속론에 밀리는 이유를 짐작할 수 있고, 폐지론의 논거 또한 우리 실정에는 맞지 않는다고 본다.

### 4. 기타 문제점과 비판

사형이 존치한다고 하여 꼭 형사사법이 후진성을 갖고 있다거나 야만국이라고 단죄하는 것은 적절치 않다. 물론 사형 제도가 불가결한 제도는 아니다. 후자는 사라져야 할 역사적 유물이라고 하기도 하고 모든 제도가 시대와 환경의 변화에 따라 가변적이라면 사형제도 역시 폐지하는 것이 불가능한 것도 아니다. 실제로 사형 제도가 인류

54) 위 단등중광. 사형폐지론. 272-273면.

55) 박경춘. 앞의 논문. 578-579면.

역사와 같다고 하더라도 사형제도는 폐지 또는 축소되어 온 것이 역사적 현상이고 언젠가는 지구상에서 종말을 맞이할지 모른다. 그러나 사형은 보편이 아니라 특수한 문제로서 각국이 자기만의 정치·사회·문화·역사적 환경을 고려하여 존재나 개선을 심도 있게 고려하여야 하는 것이다. 그러므로 문제는 우리나라의 실정에 맞는 제도를 어떻게 확립하느냐에 있다. '실정에 맞다'라는 것은 어느 정도 국민의 법의식, 법감정에 부합하여야 한다는 것과 다름 아니다. 이제는 사형의 존치 여부를 논쟁거리로만 삼을 수가 없고 결론을 내려야 한다. 사형을 존치시킬 것인가 아니면 폐지할 것인가라는 원론적 논쟁 단계를 넘어서 현 시점에서 실현가능한 대안을 제시하여 제도화하여야 한다. 그 방법으로 사형집행유예 제도를 도입하는 주장이 무리가 아니라는 것이다. 사형제도 악용의 위험성을 고려하고 또한 오관의 위험성을 수증하면서 이에 대한 대안으로서의 일시 집행 유보를 제한적으로 허용할 필요가 있다. 집행유보로 인하여 범죄예방이라는 위하효과를 거둘 수도 있다. 사형집행의 일시적 정지가 수형자의 정신적 불안을 가중하여 오히려 비인간적이라는 주장에 대하여는 현행 사형 제도도 그와 같으므로 오히려 제도를 법적으로 확립하면 문제 해결이 가능할 것이다.

## 5. 현실적 필요성

2009. 4. 22. 수원지방법원안산지원은 연쇄살인범 강호순 피고인에 대한 살인 등 사건의 제1심에서 사형판결을 선고하였다. 재판부는 그 이유로 "피고인이 살인 자체를 즐기고 범행 이후 태연히 생업에 종사하는 등 재범이 위험성이 매우 높은 점, 피해자와 유족들의 육체적, 정신적 고통, 반인륜적이고 혐기적인 범행으로 인한 사회의 충격과 경악, 범죄와 형벌 사이의 균형"을 들었다.<sup>56)</sup> 사형 제도가 존치하여야 한다는 가장 강력한 논거가 바로 이러한 반인륜적 흉악범에 대하여는 사형이라는 형벌 선고가 필요하다는 것인데,<sup>57)</sup> 만약 사형을 전면적으로 폐지한다면 현행법상으로는 무기징역형을 선고할 수밖에 없는 바, 실제로 무기징역형을 선고받은 수형자는 통상 20년 정도 복역하면 가석방으로 출소하는 경우가 상당수에 이르므로 피해자는 물론 일반 국민이 선뜻 납득하기 어렵다는 지적이 많은 것이 사실이다. 그렇다면 사형이라는 상징

56) 조선일보, 2009. 4. 23.자. A10면.

57) 이와 같은 논거로 매 해마다 인권보고서를 내고 있는 대한변호사협회는 "극악무도한 인면수심의 생명 침해범죄에 대해서는 최소한의 범위 내에서 사형제도의 존치는 피해자의 인권보호 측면에서도 균형감 있게 고려되어야 한다. 이를 위하여는 무엇보다도 우리 사회를 구성하는 구성원들의 인권보장을 위한 의식이 전고하게 사회적 합의의 도출로 이어져야 한다"고 주장한다. 앞의 인권보고서, 57면.



적 형벌을 유지하면서 일정 기간 사형의 집행을 유보하고 일정한 기간 개선 및 교화의 가능 또는 인격의 회복을 주시한다면 무기징역 또는 사형의 유력한 대안으로서의 절대적 중신형을 선고하는 것보다 훨씬 합리적인 형사정책적 대응이 될 것이다. 이는 여론에 밀려 사형을 선고하고 후 그것이 일사천리로 확정되며 재심의 기회 없이 무고한 생명을 앗아가는 사형 집행을 미연에 방지하고 결과적으로 오판의 위험을 우선 제거하는 방안이 될 것이다. 또한 그 사이 국민의 법감정과 여론 변화 가능성을 기대할 수도 있고, 정치지형의 변화를 기다려 정치적으로 남용되는 것을 방지하는 기능도 할 것이다.

## 6. 한국형 사형 집행유예 제도

우리나라에서 사형집행유예 제도를 도입하더라도 중국의 그것과 같을 필요는 없다. 어차피 사문화된 사형 즉시 집행을 사실상 폐지하고, 여러 정상을 참작하더라도 도무지 무기형을 선고하기에 구체적으로도 타당성이 없고, 법감정으로도 용인될 수 없는 극악무도한 생명 침해 범죄에 대하여는 사형을 선고하되, 그 판결이 확정되더라도 일정 기간 그 집행을 유보하거나 사실상 집행하지 아니하면 굳이 사형집행유예를 입법화할 필요도 없다. 그러나 앞서 언급한 바와 같이 당장 전면적으로 사형을 폐지하지 아니하고, 사형 집행유예를 입법화하지 않는다면 정치적 이유든 또는 다른 이유든 언제든 사형 집행이 가능하기 때문에 이를 방지하기 위한 방안으로 사형 집행유예를 명문화함이 상당하다. 더군다나 자유형에도 집행유예가 보편화되어 있고 벌금형에도 집행유예 제도를 도입하자는 견해가 유력한 상황에 사형이라고 집행유예를 하지 못할 이유는 없다. 다만, ① 어떠한 경우 가능할 것인가는 법관의 양형 결정권의 문제이므로 따로 정할 것은 아니고, ② 집행유예의 기간은 중국의 그것과 달리 자유형의 집행유예 기간보다 길어야 할 것이다. 그러므로 5년 이상으로 하되 7년 또는 10년까지도 가능하다고 본다. ③ 감형 심사는 대법원에서만 하도록 하고, ④ 하급심에서 사형 판결이 확정된 경우에도 그 집행유예 기간 내에 언제든지 대법원의 심사를 받을 권리를 보장하여 피고인에게 재심의 기회를 부여할 필요도 있다. 유예 기간의 경과 중에 피고인에게 개선 가능성이 엿보이면 무기징역형이나 장기징역형으로의 감형을 검토할 수 있다. 이 경우 피해자 유족 등에게 참여 및 진술의 기회를 보장하고 의학, 심리학, 종교학 등 관련 전문가의 자문을 구하는 제도적 장치의 마련도 요구된다.

## V. 결 론

한국과 중국은 1992년 외교관계를 수립한 이후 현재 어느 외국과 비교해보더라도 가장 많은 인적, 물적 교류를 행하고 있다. 우리나라는 중국 내 해외자본 투자 1위국이기도 하다. 한국인이 여행 등으로 가장 많이 가는 나라가 중국이고 중국 방문객 수가 가장 많은 나라도 한국이다. 또한 현재 중국에서 장기간 체류하는 한국인은 약 50만 명 이상으로 추정된다. 이에 따라 중국 내에서 한국인의 범죄도 많이 발생한다. 중국은 앞서 언급한 바와 같이 세계에서 사형 선고와 집행유예를 가장 많이 하는 나라이고, 마약 사범 등 우리나라에서 범죄를 저질렀으면 자유형으로 그칠 사안도 사형 선고까지 하는 과잉형벌 국가이기도 하다. 실제로 중국에서 집행유예부 사형을 선고받아 당국에 수감 중인 한국인도 상당수에 이른다. 이 점에서 볼 때 중국의 법제에 대한 이해는 우리 국민들이 당하는 부당한 인권침해를 미연에 방지할 수 있게 할 것이다. 다행히 최근 중국법에 대한 이해와 관심이 증가하고 있다. 이 점에서 중국의 사형 제도를 살펴본 것으로도 의의가 있다고 하겠다. 한편으로 후자는 '사형'이라는 용어는 듣기만 하여도 끔찍한 반인륜적 처사라고 한다. 합법적이건 불법적이건 사형은 또 다른 이름의 살인이 아닌가? 그러나 이는 이상적인 것으로, 문제는 이상이 아닌 현실이다. 사형은 각 나라의 정치, 역사, 사회, 문화 어느 쪽에서는 정답이 없는 고유한 것으로 보편적인 것은 아니다. 결국 국가 구성원인 국민의 총의에 의하여 채택될 문제인데 설령 조만간 국민의 법감정이 바뀌더라도 그 시점에서 사형 존치에서 폐지로 바로 이행하기는 어렵다. 그렇다면 중간 단계로서 사형의 집행유예 제도를 둘 필요성이 있다. 이러한 제도는 비록 우리와는 정치·경제적 체제가 다르더라도 중국의 그것을 참고할 수 있다. 도입할 가능성이 충분하고 우리 법제에 맞게 순화시킬 수 있다. 사형 제도는 그 범죄자뿐만 아니라 그로 인한 피해자와 유족들도 결부된 문제이다. 우선은 국가와 사회단체의 피해자에 대한 경제적, 정서적 지원 등 사회안전망 구축이 전제되고, 범인이 회개하고 종교적 삶을 살 수 있을 때 비로소 전면적인 폐지를 고려하는 방향으로 제도 변형을 모색할 때이다.

## 참고문헌

- 강효백, 「중국법통론」, 경희대학교 출판국, 2005.  
 김재중, 「형벌제도 개선방안」, 한국학술정보주식회사, 2008.

- 團藤重光(단도 시게미츠), 김희진 역, 「사형폐지론」, 한국사형폐지운동협의회, 2001.
- 대한변호사협회, 「2007 인권보고서」, 대한변호사협회, 2008.
- 동신의, “중국 형사사법제도의 최근 발전동향”, 「법학교수·검찰 실무연구회 발표자료집 (Ⅱ)」, 대검찰청, 2009.
- 박경춘, “중국의 사형제도 연구-특히 사형 집행유예 제도와 사형 재심사 제도를 중심으로-” 「해외연수검사 연구논문집」, 법무연수원, 2005.
- 박상기, 「형법총론」, 박영사, 2007.
- \_\_\_\_\_, “한국에서의 사형제도, 이상과 현실”, 「형사법연구」, 제16호, 한국형사법학회, 2001. 12.
- 법무부, 「중국법연구(Ⅱ)」, 법무부, 1992.
- \_\_\_\_\_, 「중국법연구(VI)」, 법무부, 1993.
- \_\_\_\_\_, 「중국형사법」, 법무부, 2008.
- 송광섭, 「범죄학과 형사정책」, 유스티나아누스, 2003.
- 이현규, “헌법과 사형제 존폐론”, 「형사법과 헌법이념」, 제1권, 박영사, 2006.
- 차용석, 「형벌권 남용으로부터의 자유」, 교육과학사, 1993.
- 차형근, “사형제도의 존폐와 대안”, 「형사법연구」, 제22호, 한국형사법학회, 2004.
- 체사레 백카리아, 한인섭 역, 「범죄와 형벌」, 박영사, 2006.
- 하태영, 「형사철학과 형사정책」, 법문사, 2007.
- 한대원 외 14, 「현대중국법개론」, 박영사, 2002.
- 한상돈, “중국 경제범죄의 형사입법과 청산방해죄”, 「비교형사법연구」, 제4권 제2호, 한국비교형사법학회, 2002. 12.
- 허일태, 「형벌과 인간의 존엄」, 동아대학교 출판부, 2001.
- \_\_\_\_\_, 「형법연구Ⅱ」, 동아대학교출판부, 2004.
- Victor L. Streib, Death Penalty, Tomson West, 2005.

[Abstract]

## A Study on Introducing possibility in Korea of China's Probation system of Death penalty

Kim, Hyeon-Soo  
*Professor, Law School, Jeju National Univ.*

Recently, in Korea, there was a hot dispute about executing death penalty or not. The issue of whether to continue or stop death penalty(Capital punishment) has consistently debated for a long time. But, the problem has not resolved. Is there any alternative to solve the problem? In relation to this, it is effective way that review the probation system of death penalty in China which is only in the world. In China, many cases, even if sentencing death penalty to the crime, postpone the executing for two years. Of course, some Chinese scholars argued that death penalty should be done away with. But, the probation system of death penalty is very useful for correction furious felons, and for preventing harmful consequences of death penalty. Now, we can't deny reality that don't agree with abolishing death penalty in Korea. Therefore, we need to consider introducing possibility of China's Probation system of death penalty step by step on the other hand. All the more, the problem of abolishing the death penalty is to be observed the point of view of victims. It is necessary to be explained about economical and emotional support to victims, constructing social safety. With this matter, I wish that discussed widely to introduce probation system of death penalty.

**Key words** : Death penalty, Death penalty system, Continue or stop about Death penalty, China's Probation system of Death penalty, Introducing possibility