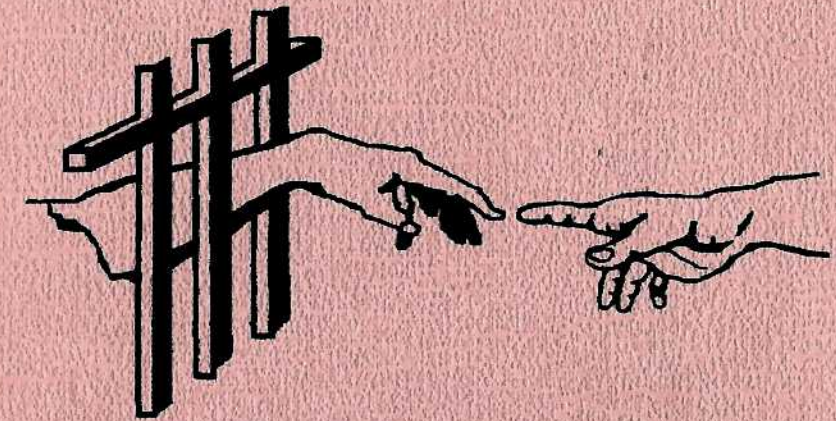


사형제도 폐지를 위한 세미나

- 중국의 사형집행유예제도 -



- * 제 1 주제 : 再論刑罰的目的(형벌의 목적)
 - 宋慶德 (中國 政法大學 教授)
- * 제 2 주제 : 略論中國的死緩制度(중국의 사형집행유예제도)
 - 薛瑞麟 (中國 政法大學 教授)
- * 토론 : 차형근 (변호사)
 - 박병식 (용인대학교 교수)

- ◇ 사회 : 이백철 (경기대학교 교수)
- ◇ 통역 : 허홍호 (아태지역연구센터 책임연구원)
남궁양석 (고려대학교 강사)

일시 : 1999년 12월 18일(토) 오후 2시 ~ 4시

장소 : 가톨릭회관 3층 대강의실

천주교 서울대교구 사회교정사목위원회
경기대학교 대외협력처

사형제도 폐지를 위한 세미나

- 중국의 사형집행유예제도 -

<세미나 순서>

- 14:00~14:10 개회사
: 이영우 신부 (천주교 사회교정사목위원회 위원장)
- 14:10~14:20 축사
- 14:20~14:50 주제 1 : 再論刑罰的目的(형벌의 목적)
- 宋慶德 (中國 政法大學 教授)
- 14:50~15:20 주제 2 : 略論中國的死緩制度(중국의 사형집행유예제도)
- 薛瑞麟 (中國 政法大學 教授)
- 15:20~15:30 휴식
- 15:30~16:00 토론
: 차형근 (변호사), 박병식 (용인대학교 교수)

◇ 사회 : 이백철 (경기대학교 교수)

◇ 통역 : 허홍호 (아대지역연구센터 책임연구원)

남궁양석 (고려대학교 강사)

형벌의 목적을 재론함

宋慶德

형벌의 목적은 국가가 형벌을 제정하고 범죄자에 대해서 형벌이 추구하려고 하는 결과에 적용하게 하는 것을 가리킨다. 형벌의 목적은 형(刑) 이론 중의 근본성의 문제이고, 그것은 형사 입법, 형사 사법 및 형벌의 집행에 대해서 지도 의미를 가지고 있다. 각국의 형벌 체계와 형벌 제도의 차이는 각 나라의 역사, 문화, 사회, 정치, 경제 상황이 다른 것 외에 아주 커다란 정도에서 입법적 지도 사상 즉 형벌 목적관의 제약을 받는다. 형벌의 목적은 역사적으로 형법 이론상 쟁론이 그치지 않는 문제이다. 서방 국가 형벌 이론의 발전의 역사 중 보응형(報應刑)과 교육형 두가지 형벌 이론이 형성되었다. 보응형 이론은 범죄는 나쁜 결과를 가져오는 원인이고, 형벌은 나쁜 결말이고(나쁜 일을 하면 나쁜 결과가 따르기 마련이다), 범죄자에 대해서 형벌을 적용하는 것은 인과응보이고 벌을 받아 마땅하다고 생각한다는 것이다. 형벌의 목적은 징벌이고 이것은 인류 정의의 이념에 부합한다. 범죄자에 대해서 형벌을 적용하는 근거는 범죄자가 행한 범죄행위 및 그것이 만드는 위해에 의한다. 그리고 교육형론은 형벌 적용의 대상은 범죄행위자이고 범죄행위가 아니다. 범죄행위자에 대해서 형벌을 적용하는 목적은 범죄자에 대한 징벌이 아니고 범죄자가 죄를 뉘우치고 새 출발 하도록 교육하여 교정을 얻도록 하여 규율을 지키고 법을 준수하는 국민이 되게 하여 사회로 복귀하게 하는 것이다. 범죄자에 대해서 형벌을 적용하는 근거는 사후의 범죄가 아니라 미연의 범죄, 즉 범죄자의 인신 위험성이다. 형벌 목적에 대한 보응형론의 관점은 객관주의적 형법이론이고 이 이론의 지도하에 형을 제정하고 형을 이용하여 형벌의 공정성을 강조하는 것이다. 형벌 목적에 관한 교육형론의 관점은 주관주의적 형법이론이고 이 이론의 지도하에서 형을 제정하고 형을 이용하여 형벌의 공리성(공공의 이익)을 강조하는 것이다. 형벌목적에 관한 형법학계의 각종 다른 관점과 견해는 상당한 정도에서 보응형론이나 교육형론의 영향을 받는데, 혹은 전자의 경향이 있고 혹은 후자의 경향이 있다. 보응형론과 교육형론은 서방 형벌 이론중의 두가지 기본 학설이고, 중국의 형벌학 연구에 대해서 아주 영향이 크다. 사회의 진보와 발전에 따라 사법 실천의 검증에 근거한 보응형론과 교육형론의 각자의 이해와 득실은 이미 사람들 앞에 드러나고 있다. 보응형론은 단순히 범죄자에 대한 징벌을 강조하고 범죄에 대한 일반적인 예방을 중시한다. 그리고 형벌 특수 예방의 기능을 소홀히 하고, 어떤 때는 중형화(重刑化)의 경향을 초래하는 가능성도 있다. 그리고 교

육형론은 형벌 목적은 범죄자를 교정하는 것이고, 형벌 특수 예방의 기능을 강조하는데 중
 중 형벌이 더욱 효과적으로 일반 예방적 기능을 발휘한다는 것을 소홀히 한다. 이것은 경
 형화(輕刑化)의 이론 근거이다. 서방 국가의 몇몇 학자들은 이 두가지 형벌이론은 각각 일
 단이 있는데 모두 일방성을 가지고 있다. 정확한 이론은 이 두가지 이론의 종합이고, 장점
 을 취하여 단점을 보충하여야 하고, 형벌의 목적은 정의의 신장과 범죄인을 교정하는 것이
 되어야 하고, 형벌의 공정성과 형벌의 공리성을 결합하여야 한다. 이것은 사람들이 그것을
 칭하기를 절충주의적 형벌이론이라 한다. 어떤 학자들은 교육형론이 더욱 과학적이고 더욱
 사회 발전과 범죄 예방의 수요에 부합한다고 하는데, 이러한 견해는 일방성을 가지고 있다.
 형벌의 목적은 형벌의 정의성과 공리성의 통일이어야 한다. 그리고 인류 정의의 이념에 부
 합해야만 더욱 효과적으로 형벌의 교육, 교정 작용을 발휘할 수 있다. 이것은 바로 서방 국
 가 교육형론이 성하고 쇠한 원인이다. 신중국 건국 이래 특별히 1979년 중국의 첫 번째 형
 법전(刑法典)이 반포 실시 후에 중국의 형법학계는 형벌이론에 대해서 광범하고 깊이있는
 연구를 진행하였는데, 형벌 목적의 이 기본적인 문제에서 기본적으로 중국 형벌의 목적은
 범죄 예방이라는 공통된 인식을 얻었다. 그러나 연구 과정 중에 이 중요한 형벌 이론의 어
 떤 면의 이해에 대한 것과 형벌 목적과 관련이 있는 약간의 문제에 대한 견해에 있어서는
 여전히 쟁론이 있다. 특수 예방과 일반 예방의 관계, 중형화와 경형화, 형벌의 적시성, 준엄
 성 및 정확성 등과 같은 것이다. 여기에서 필자는 단지 형벌 목적과 관련이 있는 약간의
 문제에 대해서만 자신의 견해를 이야기하려고 한다. 여러분의 질정을 바란다.

중국 형벌의 목적은 범죄를 예방하는 것이다. 범죄 예방은 일반적으로 예방과 특수 예방
 의 통일이다. 소위 일반적으로 예방은 범죄자에 대해서 형벌을 적용하여 사회에서 그들 범
 죄 가능성이 있는 불안정 분자들에게 일벌백계의 위협작용을 일으키게 한다. 특수 예방은 범
 죄자에게 형벌을 적용하고 그 징벌과 교육 개조를 통하여 자기의 잘못을 후회하고 깨우치
 게 하여 죄를 인정하고 법에 복종하게 하고, 낡은 것을 버리고 새로운 것을 도모하게 하여
 규율을 지키고 법을 준수하는 국민이 되게 하는 것이다. 형사 고전과 창시자 貝卡利(貝卡利)는
 지적하기를, “우리는 형벌의 목적은 확대하려고 하는 것도 아니고 이미 범한 죄행을 소멸
 하려고 하는 것도 아니다. 형벌의 목적은 범죄하고 다시 국민을 침해하는 것을 저지하고,
 다른 사람이 전철을 밟지 않도록 경계하게 하는 것이다.”라고 하였다. 이상의 논술은 이미
 특수 예방과 일반 예방을 서로 결합한 것을 포함하고 범죄의 생각을 예방하는 것이다. 어
 떤 사람은 범죄자의 형벌 적용에 대하여 특수 예방적 작용을 일으킬 수 있다고 생각한다.
 사회의 범죄 가능성이 있는 사람에 이르러서는 일반 예방 작용은 과장되어서는 안된다. 왜냐
 하면 범죄 산생의 근원에서 범죄는 하나의 매우 복잡한 사회현상이고, 범죄의 산생은 사회
 적, 경제적, 문화적, 심리적인 면의 다방면의 원인이기 때문이다. 형벌은 범죄 산생의 복잡
 한 사회 근원을 근절할 수 없고, 자연적으로 유효하게 범죄의 산생을 멈출 수도 없다. 그리

고 심리학의 관점에서 어떤 범죄자나 ● 사회 위험성, 혹은 자신의 행위가 범죄인지를 모
 른다. 형벌은 이러한 사람들에 대해서 어떻게 위협을 할 수 있는가? 범죄 심리학의 연구는,
 범죄 심리는 일종의 투기심리이고 요행심리라고 한다. 사법 실천 중에는 또 죄가 있다고
 필히 벌할 수는 없고, 범죄자가 치외법권에 있으면 일반적으로 예방적 작용도 감소되게 된
 다. 그리고 형벌의 일반 예방 작용은 사람에 따라 다르고 형벌은 완고하고 변하지 않는 범
 죄자들에 대해서는 효과가 나타나기 어렵다. 범죄 유형에서 보면, 형벌은 큰 범죄에 대해서
 위협력이 약해지는 이익을 얻을 수 있고, 시간, 장소 등의 요인에서 보면 형벌은 일반 예방
 의 작용이 시간 장소 때문에 다르다. 사회질서 가 혼란하고, 범죄가 창궐할 때 형벌의 위협
 력은 상대적으로 약화된다. 그리고 일반 예방은 형벌의 목적이 되고, 죄형에 상당하는 원칙
 을 위반하게 되어 형법이 공평하고 정의 목표의 실현 등등에 불리하다. 필자는 범죄예방에
 대해 말하자면, 형벌은 일반 예방적 기능이 중요한 작용을 발휘하고, 형벌의 일반 예방이
 형벌목적의 중요 내용이라는 관점은 부정확한 것이라고 생각한다. 물론 범죄의 이러한 사
 회현상은 인류 사회 존재와 발전의 필연적인 산물이고, 범죄의 산생은 심각한 사회 원인을
 가지고 있고, 사회 정치 경제 도덕 심리 등 여러 가지 요인이 결정하는 것이다. 오로지 형
 벌에만 의지하면 당연히 근본적으로 범죄를 그치게 할 수는 없다. 그러나 범죄 예방으로
 말하자면 형벌은 일종의 필수 불가결한 수단이다. 그것은 범죄자의 범죄 능력과 조건을 박
 탈하고 계속 사회를 위해하는 것을 방지 할 수 있다. 그것은 그들 법제 관념이 약하고 범
 죄 가능성이 있는 사람들에게 진작 작용을 일으킬 수 있고, 위협에 직면하여 정신을 차리
 게 하여 범죄의 심연에 빠지지 않게 한다. 형벌이 사람에 대한 심리 영향은 큰 것이고, 이
 이익을 따르고 해를 피하는 것은 인류의 공동심리이고, 일종의 생존적 본능이다. 프랑스 형법
 학자 非爾正哈의 심리 강제설은 그 합리적인 요소를 가지고 있다. 범죄자는 요행심리를 가
 지고 있고 모험심리를 가지고 있고 심지어는 ● 그러나 이들 현상은 결국 범죄자 가운데의
 일부분이고, 일부로 전체를 평가할 수는 없고 범죄자의 복잡한 심리를 간단화 할 수 없다.
 더욱이 모든 범죄자 모두 이러한 심리를 가지고 있다고는 할 수 없다. 범죄자의 심리로 말
 하자면 요행의 모험적인 일면을 가지고 있고, 법률을 무서워하고 법망에 빠질까 두려워하
 는 일면이 있다. 그리고 이 두가지 면에서 이것을 취소하고 저것을 취하면 범죄자의 행위
 를 제약하게 된다. 모든 범죄자가 모두 대담하게 제멋대로 행동하고, 하늘도 땅도 두려워
 하지 않는 방자하고 오만한 무리로 간주하는 것은 실제에 맞지 않는다. 형벌의 일반적 예
 방 작용은 사람마다 다르고, 형벌이 다른 사람에 대해서 심리적으로 생기는 영향은 강약이
 다르다. 그러나 절대 다수의 범죄에 대해서 형벌은 위협적인 힘을 가지고 있다. 어떤 범죄,
 예를 들면 걱정 범죄는 형벌의 작용이 명확하지 않은 것 같다. 그러나 돌발성의 걱정 범죄
 는 결국 범죄중의 작은 부분이다. 그리고 정상적인 상황하에서 사람의 심리 활동은 복잡한
 결정이다. 정감(情感)은 단지 이 심리 결정중의 하나의 요소이다. 정감은 사람의 행위에 영

향을 줄 수 있지만 감정에 의해서 일을 처리하는 사람은 아주 많지는 않다. 정감 이외에 사람의 심리 활동은 또 의식과 의지의 지배를 받는다. 일을 탐하는 범죄에 대해 형벌은 마찬가지로 일반 예방적 작용을 발휘할 수 있다. 왜냐하면 사람의 심리 과정을 지배하는 것은 단지 경제 이익상의 만족 뿐만이 아니라 기타의 수요도 있는데 생존은 더욱 큰 수요이다. 범죄자가 범죄를 행하는 까닭은 요행의 심리 소치이므로 형벌의 일반 예방 작용도 크게 유효성을 발휘하는 견해도 상세히 토론할 가치가 있다. 많은 범죄자가 범죄를 할 때 마음에 요행이 있고 법률의 제재를 받지 않을 것이라고 생각한다. 이러한 심리는 확실히 몇몇 범죄자에게 존재하고 있다. 만약 범죄를 예방하려고 하면 더욱 충분히 형벌의 작용을 발휘하여야 한다. 진정으로 “하늘의 법망이 관대한 듯 하나 죄인은 반드시 벌을 면치 못한다”이다. 결국 형벌의 일반 예방적 작용은 객관적으로 소홀히 할 수 없다. 형사범죄 활동이 창궐하는 때일수록 형벌의 일반 예방적 작용은 미약하다는 이러한 견해도 연구할만한 가치가 있다. 논리에 합하는 결론은 형사 범죄 활동이 창궐할수록 형벌의 타격 힘을 더해야 비로써 악인이 날뛰고 기세를 부리는 것을 두려워 떨게 할 수 있다. 만약 형벌이 약세를 보이고 무력하면 당연히 일반 예방적 작용도 크게 약화된다. 貝卡利匪가 지적한 것처럼 “범죄가 공공 이익에 대한 위해가 클수록 사람들의 범죄에 대한 힘도 강해지도록 촉진하고, 사람들의 범죄를 제지하는 수단도 강제력을 가져야 한다.”는 것과 같다.

고인들은 이야기 하길, “난세를 다스리려면, 엄격한 법률이나 제도를 이용해야 한다.”라고 하였는데 이것은 일리가 있다. 형벌의 일반 예방적 기능은 사회 치안 형세의 영향을 받을 뿐만이 아니고 형벌 타격 역량의 영향을 받는데, 이것을 없애면 저것이 자라는 것은 객관 사물의 발전 규율이다. 형벌의 일반 예방적 기능이 죄형 상당 원칙을 위배하는 것이라고 강조하는 것은, 형벌의 공정, 정의 목표의 실현을 잃는 것이다. 이것은 확실히 중시할 가치가 있는 문제이다. 현실 생활 가운데는 확실히 이러한 경향, 즉 범죄를 그치게 하려면 형벌이 중할수록 좋다는 이러한 견해는 일방적이고 잘못이라는 생각이 있다.

범죄의 예방은 일반 예방과 특수 예방의 통일이고, 어느것이라도 소홀히 하거나 일방적으로 강조한다면 해롭고, 형벌 목적의 실현에 이롭지 못하다. 그렇다면 어떻게 양자를 함께 통일시킬 수 있는가? 양자 통일의 관건은 형벌 상당의 원칙을 견지하는 것이다. 심판중에 이러한 원칙만을 견지해야 사법 공정을 구현할 수 있다. 형벌의 정도를 정할 때는 죄형 상당의 원칙만을 구현해야 형벌의 최상의 효과를 발휘할 수 있다. 일반 예방으로 말하자면 그들 법제 관념이 박약하여 범죄 가능성이 있는 사람들이 보게 하여 범죄를 저지르면 법망을 피하기가 어렵다는 것을 보게 하는 것이다. 중죄는 중한 심판을 받고, 경죄는 약한 심판을 받는 형벌의 경중은 범죄의 엄중 정도가 전이 될 수 있어 범죄를 저지르지 않거나 중죄의 선택을 범하지 않게 촉진한다. 특수 예방의 관점에서 보면 범죄자는 자신이 받은 징벌이 자업자득이고, 벌을 받아 마땅하고 벌률은 공정하다고 생각한다. 따라서 범죄의 사회 위

해는 더욱 심각하게 죄악을 인식하고 죄를 저지른 것을 후회하고 자신을 새롭게 하는 길을 가게 된다. 만약 형벌의 정도를 정할 때 죄형 상당의 원칙을 견지하지 않아 중죄를 약하게 심판하면 많은 범죄자의 요행 심리를 도울 수 있고, 계속 범죄를 저지르게 되고, 가벼운 죄를 중하게 심판하면 범죄자는 법률이 공정을 잃었다고 느낄 것이고 정서에 저촉되게 되고, 심지어는 계속 범죄 심리를 강하게 한다. 이로서 알 수 있듯이 범죄의 일반 예방 위에 특수 예방의 통일이어야 하고 법률상의 구현은 죄형 상당의 원칙이고, 사법중의 구현은 사법 공정을 견지하는 것이다. 소위 죄형 상당의 원칙은 형벌의 경중을 가리키는 것이고 응당 범죄자가 행한 범죄와 서로 형사 책임과 맞아야 한다. 《중화인민공화국형법 제5조》에서 말하는 “죄”는 광의의 이해이어야 한다. 즉 범죄자가 이미 범한 죄와 미래 범죄의 가능성도 포함한다. 그러나 주로 전자를 가리킨다. 범죄자가 이미 행한 죄과는 죄에 대한 형량을 구형하는 주요 근거이고, 장래 범죄의 가능성 역시 죄에 대한 형량을 구형할 때 고려해야 하는 중요 요소이다. 장래 범죄의 가능성의 판단에 대해서는 주로 범죄자가 범죄후의 표현 및 죄를 인정하는 태도이다.

형벌 목적과 관련이 있는 다른 문제는 중형화와 경형화의 쟁론이다. 경형화는 현대 서방 형법 발전의 하나의 조류이고, 그 구체적인 표현은 사형 폐지와 광범하게는 벌금과 집행 유예를 적용하는 것이고, 행형 제도의 사회화와 개방성의 행형 제도를 실시하는 것이다. 형벌의 정의와 공정 이념에서 출발하여 범죄자 인권의 보호에 대해 중요시하는 것을 강조하는 것인데 이것은 일종의 사회 발전 진보의 표현이라는 것을 의심할 바 없지만 만약 각국 사회의 실제 상황에서 출발하지 않으면 일방적으로 경형화를 강조하여 범죄 예방의 양호한 효과를 거둘 수 없다. 경형화는 일정한 조건을 구비하여야 하는데 사회 경제 발전 수준이 비교적 높고, 사회 질서가 안정적이라면 형사 범죄는 심각하지 않고, 사람들의 법제 관념은 비교적 강하다. 반대로 만약 한 국가가 사회 발전의 패도 수정 시기라면 형사 범죄는 ●, 사회 치안 형세는 엄하고 안정적인 사회 환경을 보전하기 위하여 간단하게 일방적으로 형벌의 경형화를 강조해서는 안되고 형벌로 형사 범죄를 격퇴시키는 힘을 더해야 비로소 범죄자의 날뛰는 기세를 제압할 수 있고 사회의 안정과 경제적으로 건강한 발전을 지속할 수 있다. 당연히 이것이 우리가 중형화를 주장하는 것을 의미하는 것은 아니다. 엄한 형벌과 혹독한 처벌은 봉건 전제 사회의 법률 특징이다. 중형화의 사상 근원은 미신 형벌의 위협 기능이고, 형벌이 범죄자에 대한 교육 개조 기능을 소홀히 하였다. 결국 중형화와 경형화는 고르게 취할 수가 없어서 모두 죄형 상당의 원칙에 부합하지 않는다.

형벌의 기제에서 보면 만약 충분히 형벌이 범죄를 예방하는 효과를 발휘할 수 있다면 형벌의 엄격성과 확정성 적시성의 통일을 견지해야 한다. 형벌의 엄격성은 형벌 자체의 고유한 속성이고, 형벌은 국가의 일종의 가장 엄격한 강제 방법이다. 그것은 민사상 행정상 규율상의 강제와는 다르고 범죄자의 징벌에 대해서 가장 깊고 박탈이 가장 광범위하다. 소위

형벌의 확정성은 사법 실천 중에 죄가 있으면 반드시 처벌하는 것을 말하고, 어떠한 범죄자도 치외법권일 수 없다는 것을 말한다. 적시성은 범죄 안전에 대한 심리는 신속해야 하고 덮어놓고 미루어서는 안되고 형벌로 하여금 사람들의 심리상 영향이 약하게 되어서는 안된다. 형벌의 “三性”은 통일이다. 이 삼자의 관계는 어떤 사람은 이야기하길: 형벌의 확정성은 가장 중요하고, 범죄를 저지르면 처벌을 받아야 하고 “하늘의 법망이 관대한 듯 하나 죄인은 반드시 처벌을 면치 못한다”라고 하여 범죄를 저지르면 법망을 벗어나기가 어렵다고 한다. 이렇게 되면 범죄자가 범죄를 하였을 때는 이익과 득실을 신중하게 한다. 반대로 만일 범죄를 하였지만 추궁을 받지 않았으면, 그렇다면 다시 범죄의 의식이 강화될 수 있고, 만약 여러차례 범죄를 하였지만 여전히 치외법권에 있으면 범죄하게 된다. 이러한 관점은 일리가 있지만 형벌의 엄격성과 적시성을 소홀히 할 수 없다. 형벌의 엄격성으로 말하자면 이것은 형벌 고유의 속성이다. 만약 형벌이 엄격하지 않고 무력하다면 징벌은 피상적이고 형벌이 범죄자 심리에 대한 영향도 미약할 것이고, 그렇다면 범죄자는 여전히 두려워 하는 것이 없어서 계속 죄를 저지를 것이다. 형벌의 엄격성 확정성 적시성 삼자의 관계는 마땅히 엄격성이 전제가 되어야 하고 확정성은 중심이 되어야 한다. 적시성은 조건이고 형벌의 엄격성, 확정성, 적시성의 유기적인 결합과 통일이어야 비로소 형벌이 범죄 예방의 가장 효과가 있을 것이다.

형벌의 목적은 범죄를 예방하는 것이지만 이러한 범죄를 예방하는 수단의 작용은 결국은 제한적이다. 그것은 단지 삼림을 치료하는 것이고 근본을 치료하는 것이 아니다. 왜냐하면 범죄의 산생은 심각하고 다방면의 사회 원인이 있기 때문이다. 범죄 산생의 근원을 해결하지 않으면 유효하게 범죄를 예방할 수 없다. 그러므로 우리의 방침은 “예방을 하고 방어가 주가 되어야 하며, 삼림과 근본을 겸하여 치료해야 한다”는 것이다. 이러한 정확한 방침은 아주 잘 범죄를 격퇴하고 범죄를 예방하는 관계를 해결하였다. 사회치안 문제를 해결하는 근본적인 첩경은 종합적으로 다스리는 것이고 형벌 수단을 이용하여 엄격하게 범죄자에게 타격을 가하는 것이다. 이것이 종합적인 치료의 중요한 내용이다. 범죄자가 포악한 짓을 하고 날뛰고 기세 부리는 것을 격퇴하지 않으면 대중들에게 하는 종합 치료중의 일을 고무시킬 수 없다. 그러므로 엄격하게 형사 범죄자를 격퇴하는 것은 종합 치료 중의 중요한 부분이다. 그러나 만일 엄격하게만 하고 사회 치료중의 각개 방면의 일을 성실히 하지 않으면 사회 치안 형세는 근본적으로 호전될 수 없다. 어떤 사람은 엄격하게 하는 것이 우리 사회 치안 형세가 여전히 가혹하고 형사 범죄의 발안률이 여전히 높다는 것인데 이것은 엄격히 하는 것이 명확한 효과를 얻지 못한다는 것을 설명하는 것이라고 생각한다. 당연히 어떤 때, 어떤 지역은 범죄자에 대해서 처벌이 관대하고 엄격함이 도를 넘는 문제가 있다. 그러나 주요한 것은 당연히 종합 치료의 각항의 조치가 적절하지 못하면 효과도 명확하지 못하다. 이러한 의미에서 말하자면 마찬가지로 형벌을 범죄 예방중의 작용에 확대할 수는 없다.

사회 치안의 형세는 적절해야하고 엄격하게 형사 범죄 활동의 보이지 않는 유효한 결론을 얻을 수 있다. 심각한 사회 위해의 형사 범죄자는 엄한 타격을 가하지 않으면 어떠한 국면이 출현하겠는가? 우리가 여기서 이야기하는 형사 범죄를 엄히 처벌한다는 것은 전체에서 말하는 것이다. 그 전체는 법률에 의거하여 안전을 처리하는 것이고 죄형 상당의 원칙을 견지하는 것이다. 심히 사회의 위해가 되는 형사 범죄 활동은 필히 엄벌에 처해야 한다. 기타 일반적인 형사 범죄는 여전히 가벼운 것은 가볍게 처벌은 죄에 맞게 해야한다.

중국의 사형유예 제도에 관한 소고

나
비
薛瑞麟
의

《중화인민공화국 형법전》 제 48조와 제 50조에는 “사형에 처해야 할 범죄자에 대하여 즉시 집행할 필요가 없을 경우 사형 판결과 동시에 유예집행 2년을 선고할 수 있다.” “사형유예 판결자는 유예기간동안 고의적 범죄가 없을 경우 2년 만기 후 무기형으로 감형하고, 확실한 공적을 세운 경우는 2년 만기 후 15년 이상 20년 이하의 유기형으로 감형한다. 그러나 고의적 범죄자는 사실여부를 조사하여 최고인민법원의 허가를 얻어 사형을 집행한다.”로 되어 있다. 이상은 사형유예 규정에 관한 입법이며, 우리나라 사형의 중요 구성부분이다.

사형은 受刑人의 생명을 박탈하는 형벌일 뿐만 아니라 가장 혹독한 형벌이다. 사형의 존재는 논쟁을 일으키고 있는 문제이다. 비록 세계의 일부국가에서는 법으로 사형을 폐지하고 있지만, 우리나라는 사회의 실제적 입장에서 볼 때, 현재 사형폐지의 조건을 아직 갖추고 있지 못하다. 따라서 우리나라는 사형제도를 가지고 있으며 사법실천 중에도 사형을 실시하고 있다. 한편 우리는 사형에 있어서 엄격한 제한을 주장하고 있다. 즉 사형을 줄이기 위해 사형 실시중 사형유예 제도를 만들어 사형판결을 받은 자에게 즉각적인 집행을 최소로 하고 있다.

우리나라에서 최초로 사형유예제도가 제기된 것은 1951년이다. 새로 탄생한 혁명정권을 유지하는 과정에서 모순과 사형실시를 줄이기 위해 우리는 일부 사형죄를 저지른 적대분자 중 임시 사형 미집행자에 대하여 2년 집행유예를 실시하고 강제적인 노동개조(노동교화) 방법으로 최후의 회개기회를 제공할 것을 제기하였다. 毛澤東주석은 “피로 맺힌 원한이 아닌 것과 백성의 분개가 크지 않은 것 그리고 비록 국가의 이익에 영향을 주고 있기는 하지만 정도가 심각하지 않은 것은 마땅히 사형을 처해야 하지만 2년간의 집행유예를 주고 강제노동시키는 정책”을 제안한 적이 있다.¹⁾ 이러한 정책은 당시에 주로 단행 형법규정의 반혁명죄에 적용되었으며 1952년부터는 부정부패죄에도 적용하였으며 이후에는 그범위를 점

1) 《毛澤東選集》第5卷, p.40.

차 확대하였다. 우리나라의 제 1부 형법전의 역대 초안 중에는 거의 사형유예제도에 관한 규범이 있었으며 사형유예는 문제가 심각한 범죄처벌에 있어서 긍정적인 역할을 하였다. 이것은 사회생활 실천 중 추출된 중국특색이 농후한 법률제도이다.

80년대 중반이전 우리나라 형법학계 대부분은 사형유예제도가 우리나라가 처음으로 만들어낸 특유의 형법제도라고 여겼다. 그러나 80년대 중반에 들어서 일부학자들이 이러한 견해에 의문을 제기하였다. 그들은 우리나라의 고대에 예컨대 명청시대의 ‘監候’ 秋審제도 등의 사형유예제도가 있었으며, 외국의 경우 영국과 프랑스에서도 사형유예제도가 있었다고 말하고 따라서 역사적이나 혹은 외국의 경우도 있었기 때문에 ‘처음 만들’과 ‘특유’라는 말은 부적합하다고 여겼다. 우리는 사형유예가 우리나라가 최초로 만들어낸 특유의 형법제도라고 인정하지만 결코 역사적으로 혹은 외국에서 유사한 제도가 실시되었다는 것을 완전히 배척하지는 않는다. 반대로 모든 형법제도의 제안은 개인의 주관적 판단의 산물일 수 없다. 법률제도의 형성과 그것의 발전은 본질적으로 하나의 사회과정이며 또한 여러 가지 요소의 영향을 받고 있다. 그러나 우리는 역사적인 것과 외국의 사형유예 제도를 심도 깊게 연구한다면 그것이 우리나라에서 실행하는 사형유예제도와 많은 차이가 있다는 것을 쉽게 발견할 것이다. 이것은 우리가 오늘날 이처럼 완전한 법률제도를 가지고 있다는 것이 아니라 단지 실제적인 행위를 가지고 있다는 것이다.

우리나라의 역사에서 明·清 두 왕조 시기의 사형 판결은 ‘立決’과 ‘監候’가 있다. ‘立決’은 오늘날의 ‘사형판결 후 즉시 집행’에 해당한다. 절차상 ‘立決’은 특별안건으로 처리하여 단독으로 보고하여 속전으로 의결되고, 보고되고, 결재되기 때문에 또한 ‘立不待時’라고도 한다. ‘監候’는 사형수를 감금한 후 秋審(혹은 朝審)의 방법으로 재심하는 것으로서 사형집행을 잠시 유예하는 것이다. 과정상 監候범에 대하여 ‘類奏’형식을 채택하여 종합보고를 하고 있다. 《明史·刑法志》 해석에 의하면 “類奏는 늦춘다”라는 의미를 가지고 있다. ‘監候’제도는 明朝(1459년)에 생성되어 발전하였으며 淸朝에 완성되었다. 명조 법률에 의하면 “모든 형옥의 중범중 대역죄와 대도죄는 즉결처리하고 그밖에는 감후처분한다”라고 되어 있다. 청조의 淸世祖에는 “順治초에 법률을 정하여 각조의 내용을 분명하게 정해놓고 감후라고 언급되지 않은 것에 대하여는 모두 ‘立決’처리하며 ‘立決’이 아닌자는 모두 감후처리한다.”로 되어 있다. 여기서 ‘감후’의 대상은 ‘입결범’과 비교하여 한등급 낮은 사형범이다. 감후범에 대하여는 ‘秋審’(혹은 朝審)의 재심을 하고 있다.

秋審과 朝審은 明清의 최고위급 會審機關(刑部, 大理寺 그리고 御史臺등으로 조직)이 ‘監候’ 死刑案에 대하여 재심을 진행하는 절차이다. 그중 지방의 監候案을 재심하는 것을 ‘秋審’이라고 하고, 京師의 監候案을 재심하는 것을 ‘朝審’이라고 한다. 모든 監候案은 秋(朝)審을 거친후 상황에 따라 4가지 종류로 나누어 판결한다. 첫째는 ‘情實’이다. 情實의 범인을 黃冊에 기록하여 황제에게 올려 허가를 얻은 후 사형을 집행한다. 둘째, ‘緩決’이다. 완결에

는 두가지 처리방식이 있다. 하나는 誤殺과 도적에 대하여 流罪로 감형하는 것이고, 또 하나는 '緩決' 1년을 판결하고 1년 후 秋(朝)審으로 재심한다. 셋째는 '可矜'이다. 가금은 형죄를 감할 수 있다. 넷째는 '留養承祀'이다. 범인의 부모가 연로하고 또 형제가 없는 경우 태장을 실시한 후 석방 귀가시킬 수 있다.

이상에서 언급한 내용에 비추어 볼 때, 우리나라가 현재 실시하는 사형유예제도는 비록 앞에서 언급한 규정과 연계 및 유사성이 있지만, 그 성질은 완전히 다르다. 監候 例의 경우, 우선 적용대상이 다르다. 監候 적용의 대상은 '立決犯'보다 한등급 낮은 사형범 혹은 혐의자로 사형유예 대상은 죄로 보아 사형시켜야 마땅하지만 반드시 즉시 집행하는 것은 아니다. 사형유예 판결은 반드시 충분하고 확실한 증거를 필요로 하며, 혐의자는 절대 사형유예를 판결할 수 없다. 둘째로 監候는 실제로 사형 안건을 처리하는 특수한 절차이다. 秋審과 朝審은 반드시 사실을 재조사하여 원래 판정의 '情實'의 부합여부를 확인하여 판결의 진실성이 정확한지를 분명히 해야 한다. 이것은 唐代的 復奏와 현재의 사형 재심절차와 상당히 비슷하다. 사형유예는 일종의 사형 집행방법이다. 소송절차의 문제가 아닐 뿐더러 실제법의 한 제도이다. 셋째로 사형집행의 근거가 다르다. 監候는 범인의 사형집행 여부를 사실의 분명성과 사건의 심각성을 재조사한 근거에 따르고 있다. 4가지 처리상황은 모두 원래의 범죄에 근거하며, 더욱이 留養承祀는 봉건 윤리관념에서 출발하고 있다. 사형유예 제도는 범인이 2년의 유예기간 동안의 행실에 근거하여 사형집행 여부를 결정하는 것으로 원래의 범죄 사실과는 연계를 시키지 않고 있다. 넷째로 사형유예는 범죄인의 노동교화에 대한 성과를 보는 것이다. 監候는 이러한 점을 할 수 없다. 반영하고 있는 단계의 실질성과 규정의 목적이 근본적으로 다르다. 따라서 우리는 우리나라 고대의 어떤 규정이 비록 일시적으로 사형판결을 받은 범인에게 집행을 하지 않고 일정한 절차에 따라 심사하여 관대를 받는다고 하더라도 현재의 사형 유예제도와는 상당한 차이점이 있다고 생각한다.

어떤 학자는 1793년 프랑스 국민회의에서 루이에게 어떤 형벌을 내려야할지 토론할 때 어떤 사람이 사형을 판결하고 유예를 해야한다고 주장한 것을 들어 프랑스가 18세기에 사형유예 제도가 있었다고 여기고 있다. 또한 영국의 법률규정에 살인죄를 마땅히 사형하는 것 외에 모든 중대 범죄자는 사형선고를 내리지 말고 사형등기 판결해야 한다고 되어 있고, 사형등기 판결의 효력은 정식 사형선고와 유예선고가 같기 때문에 영국은 이미 사형유예제도의 확립을 나타내고 있다고 여기고 있다.²⁾

나는 상술한 상황이 사형유예와 결코 같은 것이 아니라고 생각한다. 전자는 단지 사법실천 중의 특수한 상황으로 기타자료 중 유사한 상황을 반영하고 있지 않을 뿐 아니라 법률 제도로 승격되지 못하였다. 영국의 법률규정도 이미 확립된 사형유예제도로 나타나고 있지 못하고 있다. 서방국가의 형의 유예는 두가지 형식이 있다. 즉 刑의 유예선고제와 刑의 유

2) 《江海學刊》, 1983年 第3期

예집행제이며, 영국, 미국, 프랑스등 대다수의 국가들은 전자를 채택하고 있지만 사형유예는 경미한 범죄에 적용하고 있다. 따라서 사형은 유예에 적용되지 못하고 있으며, 사형에 대한 유예가 없기 때문에 사형등기를 규정하고 있다. 이것이 어찌 같은 의미의 반복이 아닌가? 비록 사형등기가 실제로 사형을 제한하는 작용을 하고 있지만 사형유예는 아니다.

일본은 과거 전면적인 형법 개정과정 중 사형 연기집행 제도 또는 '사형유예집행제'라 불리는 것을 제안한 적이 있다. 일본학자들은 이것이 중국의 사형유예 제도와 상당히 비슷하다고 여기고 있다.³⁾ 이 제안의 구체적인 내용은 (1) 법원이 마땅히 사형판결을 해야한다고 여기는 안건은 구체적인 정황과 범죄인의 회개가능 정도를 근거로 즉시 집행하지 않아도 되는 자는 판결시 5년 연기 집행을 선고한다. (2) 이러한 선고를 받은 자는 형사집행기관내에서 필요한 교정처우를 실시한다. (3) 5년 유예기간후 판결후의 상황이 여전히 사형을 집행해야 할 자를 제외하고는 무기징역 혹은 금고로 감형한다. (4) 유예집행에서 무기로 전환 판결자는 반드시 판결 20년 후에야 가석방을 적용할 수 있다.

우라는 이러한 제안이 우리나라의 사형유예 제도와 상당히 흡사하다고 생각한다. 첫째, 적용대상 모두가 마땅히 사형판결을 받아야 하지만 회개 가능성에 근거하여 반드시 즉시 집행하지 않는다. 둘째, 모두 형 집행기관내에서 교화를 실시를 한다. 셋째, 만기후 모두 유예기간의 행실에 따라 사형집행을 결정한다. 이는 우리나라의 사형유예 제도가 이미 상당히 국제적으로 영향을 주고 있음을 나타내는 것이다. 일본의 형사학계는 이것을 상당히 중시하고 있다. 어떤 이는 높은 평가를 내리고 있고, 어떤 이는 이러한 제안을 찬성하지 않아 논쟁 중에 있어 형법 수정 및 개정 초안이 채택되지 못하고 있다. 따라서 이것은 아직 이론설계 혹은 건의 단계에 놓였다고 말할 수 있을 뿐 현실적인 제도라고 말할 수는 없다.

앞의 내용을 종합해 볼 때, 우리는 사형유예 제도가 우리나라가 만들어낸 특유의 법률제도가 아니라는 것은 근거가 부족한 것이라고 생각한다.

二

사형유예는 일종의 사형집행 제도이다. 다시 말해 우리나라는 즉시집행과 유예집행의 2가지 방식의 사형집행이 있다. 사형유예는 사형과 무기형의 중간단계에 있는 하나의 형벌 방법으로 볼 수 없다. 사법실천 중 사형유예는 항상 量刑의 '格'으로 간주되고 있다. 그러나 단지 사형여건을 갖춘 범죄 중 최소 사형의 원칙에 부합시키기 위해 만들어진 진일보적 구분에 불과하다. 혹자는 사형시킬 수 있지만 그렇지 않아도 되는 사람을 사형유예 판결할 수 있다고 여기고 있다. 우리는 이러한 견해에 동의하지 않는다. 사형유예는 일종의 사형집

3) 三原憲三, 《在現代死刑必要嗎?》(日本版)

행 방식이다. 비록 실제로 다수의 사형유예 판결의 죄인이 사형집행되지 않을 수 있지만 사형시킬 수 있지만 그렇지 않아도 되는 사람에 대한 사형유예 판결은 최소 사형원칙에 분명히 모순되고 있다. 따라서 사형유예 판결은 반드시 죄에 따라 사형선고를 받아야 할 범죄인이어야 한다. 만약 사형시킬 수 있지만 그렇게 하지 않아도 되어 반드시 사형시키지 않아 최소 사형의 원칙을 실행시킨다면, 사형유예는 진일보적으로 최소 사형을 관철하게 되어 실제 사형 집행인을 가장 낮은 수준으로 통제할 수 있는 제도이다.

우리나라 법학계는 일반적으로 사형유예 적용조건은 죄로 봐서는 반드시 사형에 처해야 하지만 반드시 즉시 집행하지 않는 것으로 인식하고 있다. 두가지 조건이 반드시 구비되어야 하며 그중 하나가 결여되어도 안된다. “죄로 봐서는 당연히 사형에 처해야 한다.” 즉 행위자의 범죄행위가 사회에 끼친 피해에 근거하여 형법분칙법의 최고형 사형의 조문에 부합하는 심각한 수준이어야 한다. 이러한 조건의 구비는 곧 사형을 처해야 한다. 무엇이 “반드시 즉시 집행하지 않는 것”인가? 죄로 봐서 사형에 처하는 것은 사형에 처할 수 있지만 그렇지 않아도 되는 것이 아니고 마땅히 사형에 처해야 하는 것이다. 어쩌서 또 반드시 즉시 집행하지 않는 상황이 존재하는가? 우리나라 형법학계는 일반적으로 죄로 봐서는 사형에 처해야 하지만 죄행이 국가와 인민의 이익에 그리 심각하게 해치지 않았을 경우 반드시 즉시 집행의 조건이 아니라고 여기고 있다. 우리는 검토할 필요가 있다. 국가와 인민의 이익을 심각하게 해하지 않는다면 사형판결을 어떻게 할 것인가? 사형은 가장 엄격한 형벌로 단지 중한 범죄에 적용할 수 있으며, 우리는 사형적용에 지금까지 최소 사형원칙으로 엄격하게 통제할 것을 주장하고 있는데 국가와 인민의 이익에 심각하게 해하지 않는 상황에서 어떻게 사형 판결을 내리겠는가? 전술한 설명에서 사형시킬 수 있지만 그렇지 않아도 되는 것 중 사형유예 판결 할 수 있는 것을 을 쉽게 이해할 수 있을 것이다.

우리는 즉시 집행 여부의 연구는 반드시 사형적용의 목적, 특히 사형유예 제도를 규정하는 목적을 이해하는 것에서부터 시작되어야 한다고 생각한다. 현대의 형법이론은 형벌의 주안점을 과거가 아닌 미래에 두고 있다. 범죄와 형벌문제의 해결은 이미 발생한 범죄행위에 대한 보복행위가 아니라 범죄행위에 대한 부정적인 평가를 통해 재범을 방지하는 것이다. 罪와 刑은 연계되어 있는 동시에 또 각자 독립되어 있다. 같은 범죄에 대하여 서로 다른 형벌을 적용하여 같은 효과를 얻을 수 있다면, 비교적 가벼운 형벌을 적용해야 한다. 외국에서는 이것을 ‘형벌절제’의 원칙이라 불린다. 형벌목적은 정확하게 실현하기 위해 우리는 量刑시 어떻게 가장 좋은 행형효과를 실현해야하는지의 고려가 요구된다. 우리는 이것은 죄에 대한 사형판결의 범죄를 즉시 집행과 집행 유예의 출발점에서 분석해야 한다고 생각한다. 같은 죄의 사형판결의 범인에 대하여 이행 가능성을 연구하고 형벌 개별화의 관념으로 범죄인의 서로 다른 상황을 연구하여야만 즉시 집행의 필요성 여부에 대한 만족스런 해석을 얻을 수 있을 것이다. 우리는 사법실천 중 반드시 즉시 집행이 아닌 것에 속하는

것은 다음 몇 가지라고 생각한다.

(1)法定으로 사건의 내용과 경위가 고려된 것이 구비되어야 한다.

사형유예는 독립적인 형벌방법이 아니다. 따라서 사건의 내용과 경위가 법정으로 고려된다면 사형유예 판결을 할 수 있는가? 사형유예 판결은 이미 고려됐다는 것을 표명하는 것인가? 나는 비록 사형유예가 독립된 刑種은 아니지만 그것은 사형을 판결할 수 있는 범죄 중에 진일적인 구분으로 실제로 하나의 量刑의 ‘格’이라고 생각한다. 만약 피고인의 범행이 특별히 악랄하지만 法定으로 사건의 내용과 경위를 고려한다면 일부는 사형유예를 판결받을 수 있을 것이다. 그러나 모든 사건의 내용과 경위를 고려하여 사형유예를 판결할 수는 없다. 대다수는 刑種의 차별을 두어야 한다. 이것은 형법규정에 ‘마땅히’ 고려된 상황을 말하는 것이다. 考慮할 수 있는 것에 관해서는 상황에 근거하여 융통성 있게 처리되어야 한다. 나는 만약에 사건의 내용과 경위가 고려될 수 있다면 재판관은 고려를 통한 재판시 상술한 원칙을 참조해야 한다고 생각한다. 만약 고려하지 않는다면 사형을 판결하고 즉시 집행할 수 있으며, 또한 사형유예 판결을 할 수 있다.

(2) 솔직하게 죄행을 사실대로 고백할 수 있어야 한다.

솔직한 고백은 法定의 사건 내용과 경위의 고려가 아니다. 나는 사건의 내용과 경위는 피고인이 범한 죄적 행위가 국가와 사회 그리고 인민에게 가져오는 피해가 분명하여 이는 근본적으로 회개교육의 기초라고 생각한다. 따라서 量刑시 충분히 고려를 해야만 한다. 만약 죄행이 무거우면 사형유예를 판결할 수 있고 죄행이 일반적이면 사형판결을 내리지 않고 비교적 가벼운 형벌을 판결할 수 있을 것이다.

(3)평소의 품행이 방정하고 범죄동기가 그리 악랄하지 않으나 우연한 이유로 특별히 중한 범죄를 저질렀다면 사형유예 적용을 고려할 수 있다. 이러한 사람은 비교적 회개시키기 쉬워서 일반적으로 사형판결과 즉시 집행을 해서는 안된다.

(4) 피해자의 과실이 일정정도 있고 책임이 완전히 피고자에게 있지 않을 경우는 정상 참작을 할만 하기 때문에 사형유예 적용을 고려할 수 있다.

三

앞에서 언급한 바와 같이 사형유예는 독립된 刑種이 아니라 본질적으로 바뀔 수 있는 요소를 포함하고 있어서 그와 상호작용을 하는 경우를 만났을 시 서로 다른 결과를 나타낼

수 있다. 우리나라 형법 제 50조에 근거하면 사형유예 판결자는 세가지 서로 다른 法定 結果가 있다. 첫째는 사형유예 집행기간에 고의적인 범죄가 없으면 2년 만기 후 무기형으로 감형한다. 둘째는 사형유예집행기간에 중대한 공적을 세우는 경우는⁴⁾ 2년 만기 후 15년 이상 20년 이하의 유기형으로 감형한다. 셋째는 사형유예집행기간에 고의 범죄 사실이 밝혀지면 최고법원의 허가를 거쳐 사형을 집행한다.

《형법》 제 50조를 정확하게 이해하기 위해서는 다음 몇가지를 분명히 해야 한다.

첫째, 《감옥법》 제 31조에 의거 2년의 사형유예 판결을 받은 자는 사형유예기간에 법률규정에 따라 무기형 및 유기형으로 감형이 해당되는 경우는 2년 만기시 감옥은 즉시 감형건의의서를 省, 自治區, 直轄市의 감옥관리기관을 통하여 고급인민법원에 裁定신청을 해야 한다.

둘째, 사형유예집행기간에 사형유예범이 법률규정에 따라 무기 및 유기형으로 감형이 해당되는 경우는 단지 2년 후 무기형 혹은 15년 이상 20년 이하의 유기형으로 감형 할 수 있다. 그렇지 않으면 사형유예범과 무기범 그리고 유기범사이의 量刑의 衡평을 유지할 수 없으며 사형유예범이 감형후 무기형보다 형량이 가벼워지는 불합리한 현상이 발생하게 된다.

셋째, '고의 범죄'는 사형집행의 필요조건이다. 1979년 형법에 비하여 수정된 형법은 '고의 범죄'인 경우 사건의 내용과 경위가 회개시킬 수 없는 경우로 대체하여 사형집행의 필수 조건으로 분명하게 하였다. 동시에 무기형과 유기형 감형조건과 사형집행의 조건간의 불합리한 문제를 없애서 새 형법의 완벽을 갖추었다. 따라서 정확하게 이해해야 한다. 과거의 판결에서 볼 때 사형유예범의 사형집행은 극소수였다. 이러한 극소수는 조직적 탈옥, 탈옥 체포거부, 무장경찰의 총기 탈취, 고의 살인, 고의적인 상해 및 기타 엄중한 범죄자 등이다. 이것은 한번 고의죄를 저지르면 사건의 輕重이나 경위를 묻지 않고 모두 사형을 집행한다는 말은 아니다. 이밖에 고의 범죄는 반드시 2년 유예기간에 발생하여야 한다. 만약 유예집행 2년만기후 아직 감형 裁定전에 또 고의 범죄를 저질렀을 경우 사형유예기간의 고의 범죄로 볼 수 없으며 따라서 사형을 허가할 수 없다. 이러한 범죄는 법에 의해 감형하고 새로운 범죄는 따로 기소, 재판, 판결해야 한다. 다만 새로 저지른 범죄에 대한 사형판결이 나와야만 사형을 집행할 수 있다.

형법 제 50조에 의하면 사형유예기간 고의범죄의 사형집행은 2년 만기 후에야 집행할 수 있도록 제한되어 있다. 2년 만기 이후의 규정에 관한 해당 조항은 감형을 말하는 것이지 사형허가와와는 관계가 없는 것이다. 일부학자들은 만약 2년이 지나지 않은 상황에서 사형집행은 사형유예의 취지에 어긋나는 것으로 보고 고의범죄는 2년 만기 후 다시 사형을 집행해야 합리적이라고 건의하고 있다. 우리는 사형유예제도의 설립취지가 사형의 즉각적 실제 집행 범위를 통제하여 사형유예범들에게 생존의 길을 열어주는 것이라고 생각한다. 그러나

4) 우리나라 형법 제78조에 중대한 공적을 세운데 대한 명확한 규정이 있다.

사형유예 2년은 조건이 있다. 《형법》 제 50조에 사형유예범에게 주어질 수 있는 선택의 길이 분명하게 명시되어 있다. 사형유예기간에 만약 사형유예범이 회개하지 않고 고의 살인이나 조직적 탈옥등 고의범죄를 저지른다면, 사실여부를 조사하여 사형집행을 허가해야 한다. 만약 2년 만기까지 기다렸다가 사형을 재집행한다면 소극적 결과의 입장에서 받아들일 수 없을 뿐 아니라, 《형법》 제 50조의 규정에도 저촉되는 것이다.

《형법》 제 51조 규정에는 "사형유예기간은 판결 확정일부터 계산하고, 사형유예집행의 유기형으로 감형은 사형유예 행기간 만기후부터 계산한다."로 되어 있다. 이는 감형 裁定전의 수감기간은 판결전의 구속기간이 걸친 짧은기간에 관계없이 일률적으로 감해주지 않는다는 것을 말하는 것이다.

四

사형유예를 법률제도로 정하고 있는 것은 우리나라가 처음으로 만든 특색 있는 것이다. 이것은 형사 사법 실천의 과학적 결과로 형법이론의 발전과 범죄자 지도에서 긍정적인 역할을 하였다. 외국의 일부사람들은 사형유예는 범인에게 두려움을 주고 목숨을 내던지게 하는 생활을 하게 하여 인도적이지 못하다는 비판을 하고 있다. 그러나 실천에서 보여주었듯이 사형유예는 일부 사형죄의 범인에게 생존의 길을 열어주었을 뿐 아니라 범죄인의 회개에서도 특유한 경험을 주어 절대다수의 사형유예범이 회개교육을 통해 새로운 생명의 길을 걷게 하고 있다. 우리는 다음 2가지 측면에서 그 의의를 분석할 수 있다.

(1) 사회적 의의: 사형유예 제도는 우리나라의 사형적용에 있어서 반드시 사회영향을 고려한 것이다. 사형유예 적용대상은 모두 어떤상황에서 비록 사형을 판결 받지만 즉시 집행하지 않는 범죄자에 선고된다. 이러한 사람에 대한 사형유예 판결은 양호한 사회효과를 보고 있으며, 형벌의 인도주의 원칙을 실현 하였다. 동시에 사형유예는 많은 노동력을 보유하고 하여 국가의 건설사업에 유리하게 하였다. 만약 이러한 유예집행의 사형범이 모두 즉시 집행된다면 인위적으로 형벌의 엄격성을 증가시킬 뿐 아니라 좋은 사회적 영향과 효과를 얻을 수가 없다.

(2) 법률적 의의: 형법이 사형유예제도를 확립하고 있는 가장 직접적인 목적은 최소한 사형을 하는 것이며, 사형유예 판결을 통해 많은 사형판결 범죄자를 실제로 많은 관대를 받았다. 법률적으로 말해 우리나라 사형적용은 최소 사형의 원칙에 부합하고 있다. 사형의 결과는 돌이킬 수 없고 실제로 오판의 가능성이 있기 때문에 사형유예는 판결의 정확성을 실현하고 있다. 사형유예제도 실시는 형벌의 목적에 도움을 주고 있다. 우리나라의 형벌 목

적은 범죄인의 회개를 강조하고 있다. 변증유물주의의 관점에 근거하여 일반 범죄인은 모두 개조할 수 있다. 따라서 모든 형벌제도의 적용은 가능한 한 많은 범죄자들을 개조하여 사회에 복귀시키는 것이다. 사형유예제도는 범죄자들의 공적을 격려하고 자수를 유도할 수 있어 진일보적인 회개교육을 위해 기초와 조건을 제공한다. 이밖에 사형유예는 사형폐지의 과도형식이 될 수 있다.