

사형의 장기미집행과 형의 시효에 관한 규정의 부조화

-사형은 곧 징역 30년?-

Mismatch between Long-term Non Execution of Death Penalty and Prescription of Punishment

-Death Penalty, That is to Say Thirty Years Imprisonment?-

김 영 철*
Kim, Young-Cheol
조 현 우**
Cho, Hyun-Wook

목 차

- | | |
|--------------------------|----------------------------|
| I. 들어가는 말: 문제의 제기 - | III. 사형의 장기미집행과 형의 시효와의 관계 |
| II. 사형제도와 형의 시효제도에 관한 고찰 | IV. 나오는 말 |

본 논문에서는 사형의 장기미집행과 형의 시효와의 관계를 논증하여 형의 시효제도 개선방안을 제시함으로써 사형의 장기미집행과 형의 시효 진행 여부에 대한 논점을 정리해 보았다.

사법부인 법원에 의해 사형이 선고되었음에도 형 집행기관인 행정부가 자의적으로 형을 미집행하는 것은 권력분립주의 위반으로서 위헌이고 따라서 사형을 집행하지 아니하고 법정시한을 넘겨 임의적으로 징역형을 계속 집행하는 사실상의 사형폐지조치에는 적법

투고일 : 2014. 8. 31. / 심사회의일 : 2014. 9. 25. / 게재확정일 : 2014. 10. 13.

* 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사, 변호사(제1저자)

Professor, Konkuk University Law School

** 건국대학교 법학연구소 학술연구교수, 법학박사(교신저자)

Academic Research Professor, The Institute of Legal Studies, Konkuk University

성을 부여할 수 없다.

사형확정자에 대한 교정시설 내 수용이 사형집행을 위한 필수적 전치절차로서가 아니라 사형집행대신 수용하여 실질적으로 징역형을 집행하는 의사에 의한 것이라면, 법원이 선고한 “사형”을 형 집행기관인 행정부가 임의적으로 “자유형”으로 변경하고 사형집행 대신에 자유형을 집행하는 것에 다름이 아니다. 이러한 목적의 수용은 이미 정당성을 상실하여 사형의 시효 진행을 막을 수는 없다. 그러므로 이때에는 사형의 시효가 진행되어야 한다.

법원에 의한 사형선고가 확정되었고 헌법재판소나 대법원이 사형제도를 합헌으로 확인하고 있어 사형집행에 아무런 장애사유가 없음에도 불구하고 사형을 집행하지 않는 것은, 형법 제79조 제1항의 “기타 집행할 수 없는 기간”으로 볼 수 없고 따라서 시효정지 사유가 될 수 없다.

형법 제80조의 체포는 사형집행에 선행되는 필수적 전치절차로서 신병확보를 위한 불가피한 조치이므로 그 자체가 형 집행은 아니며 사형집행과는 다른 별개의 조치이다. 따라서 사형집행 의사는 없이 단순히 체포만 하고자 하는 경우 또는 징역형만을 집행하고자 하는 경우에는 사형의 시효중단사유가 될 수 없다.

사형이 정당한 사유 없이 집행되지 않고 30년이 경과한 경우에는 설사 사형확정자가 교정시설 내에 수용 중이라고 하더라도 시효가 완성되었다고 보아야 한다.

현행법상 사형제도가 엄연히 존치하고 있고, 사형의 시효인 30년이 다 되어가는 현재 시점에서는 시효가 완성되기 전에 이에 대한 명확한 입법정책이 시급히 수립되어야 한다.

본 논문에서의 문제제기로 시효연장 내지 시효규정 자체의 삭제여부에 대한 검토는 물론 현재도 논란이 되고 있는 사형범죄의 시효 배제규정의 신설문제도 본격적으로 다루어 지는 계기가 되기를 기대해 본다.

[주제어] 사형, 사형의 장기 미집행, 사형확정자, 형의 시효, 사형의 시효배제

I. 들어가는 말: 문제의 제기

형사법상 시효에는 형의 시효(형법 제77조 내지 제80조)와 공소시효(형사소송법 제249조 내지 제253조)가 있다.

형을 선고하는 유죄판결이 확정되면 검사는 형집행기관으로서 형벌을 집행하게 된다. 그런데 국가기관이 형벌을 집행하지 아니한 상태로 일정기간이 경과하면 국가는 형벌의 집행권을 상실하게 된다. 이와 같이 일정한 기간의 경과로 인하여 형벌의 집행권이 소멸되는 장치를 형의 시효제도라고 한다.

공소시효에 관해서는 형사소송법학이나 국회에서 비중 있게 다루어지고 있으나,¹⁾

1) 살인죄, 아동학대치사죄 등 강력범죄에 대한 공소시효의 적용을 배제하는 문제를 비롯하여 2014. 8. 현재 국회 법제사법위원회에는 공소시효 개선을 내용으로 하는 6건의 제·개정안이 계류되어 있다.

형의 시효에 관해서는 형법학에서 다소 소홀히 취급되고 있다. 각종 교과서나 참고문헌을 살펴보더라도 거의 다 조문의 인용 정도에 그치고 있음을 알 수 있다. 형의 시효는 형을 선고한 재판이 확정된 후 그 집행을 받음이 없이 일정한 기간을 경과하면 형의 집행권이 소멸되는 제도이므로, 실무적으로는 물론 이론적으로도 중요한 의미를 지니고 있다. 또한 형의 시효는 재판의 확정시기, 형의 집행, 형의 집행정지, 수형자의 체포 등 형사소송법과 밀접한 관련성이 있는 제도이므로 이에 대한 보다 심층적인 분석이 필요하다고 보여진다. 뒤에서 설명하는 바와 같이 우리나라에서는 김영삼 정부 말기인 1997년 12월 30일 23명에 대해 사형을 집행한 이후로는 사형이 집행되지 않고 있으므로 사형확정자 중 상당수는 사형의 형 시효 30년에 이를 기간이 그리 많이 남아 있지 않다고 볼 수 있다.²⁾ 특히 실질적 사형폐지국인 현재의 우리나라 상황에서 형 확정 후 사형의 장기미집행에 따른 시효의 진행 여부가 문제될 소지가 다분하므로, 이에 대한 논의가 시급하고도 중대하게 검토되어야 할 필요성이 존재한다. 그러나 학계와 실무계에서는 이러한 문제에 대해 그다지 필요성 내지 중요성을 느끼지 못하고 있는 것이 현재의 실정이다.³⁾ 사형확정자에 대한 형의 시효진행문제를 본격적으로 연구하지 못한 것은 아마도 일본형법과 같은 명문규정이 있는 것도 아닌데서 그 이유를 찾을 수 있을 것이다.

본 논문의 주제를 놓고 사형존치론과 사형폐지론의 입장에서 언급하거나 비판할 수도 있을 것이다. 그러나 본 논문의 핵심은 사형존치론 및 사형폐지론에 대하여 논하는 것이 아니라, 이와는 별도로 어디까지나 사형을 존치시키고 있는 현행 형법체계를 전제로 사형 미집행에 대한 형의 시효 진행 인정여부와 그 필요성 및 정당성에 대해 살펴보는 것이다.

이하에서는 먼저 사형제도와 형의 시효제도를 살펴보고(Ⅱ), 사형의 미집행과 형의 시효와의 관계(Ⅲ)를 논증하여 형의 시효제도 개선방안을 제시함으로써 사형미집행과 형의 시효 진행 여부에 대한 논점을 정리해 보고자 한다(Ⅳ).

2) 현재 사형확정자 중 최장기 수용자는 1993년도 사형수이다. 조선일보, “‘두 번째 합헌결정’ 숫자로 본 사형제”, <http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2010/02/25/2010022501061.html>, 검색일: 2014.8.25.; 조선일보, “17년간 사형집행·4년간 사형선고 없어… 사형수 58명 중 외국인은 중국인 2명뿐”, <http://premium.chosun.com/site/data/html_dir/2014/08/08/2014080800155.html>, 검색일: 2014.8.25.

3) 이러한 상황에서 발간된 박학모, “형의 시효 및 소멸 제도에 관한 연구”, 연구총서 10-15, 한국형사정책연구원, 2010, 1-112쪽은 선구적이고 매우 중요한 참고문헌이라고 보여진다. 그러나 본 연구와 관련된 주제는 일본 사례를 소개하는 데 그치고 있어 아쉽다.

Ⅱ. 사형제도와 형의 시효제도에 관한 고찰

1. 사형제도에 관한 고찰

1.1 사형제도의 합헌성

사형제도의 존폐여부에 관한 치열한 논쟁⁴⁾이 있었음에도 불구하고⁵⁾ 현재까지 헌법재판소와 대법원은 사형제도가 합헌이라는 입장을 견지하고 있다.

헌법재판소는 “생명권 역시 헌법 제37조 제2항에 의한 일반적 법률유보의 대상이 될 수밖에 없는 것이나, 생명권에 대한 제한은 곧 생명권의 완전한 박탈을 의미한다 할 것이므로, 사형이 비례의 원칙에 따라서 최소한 동등한 가치가 있는 다른 생명 또는 그에 못지아니한 공공의 이익을 보호하기 위한 불가피성이 충족되는 예외적인 경우에만 적용되는 한, 그것이 비록 생명을 빼앗는 형벌이라 하더라도 헌법 제37조 제2항 단서에 위반되는 것으로 볼 수는 없다. 모든 인간의 생명은 자연적 존재로서 동등한 가치를 갖는다고 할 것이나 그 동등한 가치가 서로 충돌하게 되거나 생명의 침해에 못지아니한 중대한 공익을 침해하는 등의 경우에는 국민의 생명·재산 등을 보호할 책임이 있는 국가는 어떠한 생명 또는 법익이 보호되어야 할 것인지 그 기준을 제시할 수 있는 것이다. 인간의 생명을 부정하는 등의 범죄행위에 대한 불법적 효과로서 지극히 한정적인 경우에

-
- 4) 박학모/김유근/허상구, “형사정책과 사법제도에 관한 평가연구(VI) 형법총칙개정에 관한 국제비교·평가연구”, 형사정책연구원 연구총서, 한국형사정책연구원, 2013, 521쪽에서는 사형제도 존폐의 쟁점사항으로 1. 우리나라는 실질적으로 사형폐지 국가로 분류되고 있고, 사형을 실제로 집행하게 될 때 국제사회에서 인권국가로서의 위상이 추락될 위험성이 존재한다. 2. 사회적인 파급효과를 고려하여 존치시키는 것은 국제사회의 기류에 역행하는 것이다. 3. 사형제도가 최고형으로서의 상징형법으로 존치되어야 한다고 하나 실질적으로 집행하고 있지 않은 사형제도를 존치시켜야 할 이유가 없다는 점을 들고 있다.
- 5) 일본에서도 사형의 존폐에 대하여는 존치론과 폐지론이 첨예하게 대립하고 있으며, 일본판례는 “그 죄책이 정말로 중대하고 죄형 균형의 견지로부터도 일반예방의 견지로부터도 극형이 어쩔 수 없다고 인정되는 경우에는 사형의 선택도 허용되는 것이라고 해야만 한다.”고 판시(最判 昭和58.7.8, 刑集37.6.609)하고 있다. 현행 일본법상 사형이 규정되어 있는 범죄는 형법에는 내란, 외환, 살인, 강도치사 등 12종, 특별형법에서는 폭발물단속법칙 제1조위반 등 6종이라고 한다(이덕인, “동북아시아 사형제도의 국제 동향과 미래 예측”, 형사정책 제24권 제3호, 한국형사정책학회, 2012, 276쪽; 일본을 비롯한 아시아국가의 사형제도에 관해서는 이덕인, “사형제도에 대한 연구 : 일본의 현상과 문제점”, 형사정책 제22권 제1호, 한국형사정책학회, 2010, 293-318쪽 참조). 그러나 실제로 사형이 선고되는 것은 살인 및 강도치사(강도살인 포함)에 한정되고 있다. 일본개정형법초안 제48조 제3항에서는 “사형의 적용은 특히 신중하여야만 한다.”고 규정하였으나, 채택되지 않았다.

만 부과되는 사형은 죽음에 대한 인간의 본능적 공포심과 범죄에 대한 응보욕구가 서로 맞물려 고안된 “필요악”으로서 불가피하게 선택된 것이며 지금도 여전히 제 기능을 하고 있다는 점에서 정당화될 수 있다. 따라서 사형은 이러한 측면에서 헌법상의 비례의 원칙에 반하지 아니한다 할 것이고, 적어도 우리의 현행 헌법이 스스로 예상하고 있는 형벌의 한 종류이기도 하므로 아직은 우리의 헌법질서에 반하는 것으로 판단되지 아니한다.”⁶⁾고 하거나 “사형제도가 위헌인지 여부의 문제는 성문 헌법을 비롯한 헌법의 법원을 토대로 헌법규범의 내용을 밝혀 사형제도가 그러한 헌법규범에 위반하는지 여부를 판단하는 것으로서 헌법재판소에 최종적인 결정권이 있는 반면, 사형제도를 법률상 존치시킬 것인지 또는 폐지할 것인지의 문제는 사형제도의 존치가 필요하거나 유용한지 또는 바람직한지에 관한 평가를 통하여 민주적 정당성을 가진 입법부가 결정할 입법정책적 문제이지 헌법재판소가 심사할 대상은 아니다. 그리고 극악한 범죄 중 극히 일부에 대하여서라도 헌법질서 내에서 사형이 허용될 수 있다고 한다면 사형제도 자체를 위헌이라고 할 수는 없고, 사형제도 자체의 합헌성을 전제로 사형이 허용되는 범죄유형을 어느 범위까지 인정할 것인가가 문제될 뿐이며, 이는 개별 형벌조항의 위헌성 여부의 판단을 통하여 해결할 문제이다.”⁷⁾라는 입장에서 합헌으로 판단하고 있다.

대법원도 사형은 헌법에 반하는 것이 아니라는 입장이다.⁸⁾ 그러나 사형은 인간의 생명을 박탈하는 최후의 형벌이기 때문에 신중을 거듭하여 판단하여야 하고,⁹⁾ 이에 대해 우리 대법원도 사형선고의 요건을 엄격하고 신중하게 해석하고 있다.¹⁰⁾

6) 헌법재판소 1996. 11. 28. 자 95헌바1 전원재판부결정.

7) 헌법재판소 2010. 2. 25. 자 2008헌가23 전원재판부결정.

8) 대법원 1963. 2. 28. 선고, 62도241 판결; 대법원 1967. 9. 19. 선고, 67도988 판결; 대법원 1991. 2. 26. 선고, 90도2906 판결(사형제도의 위헌 여부 = 소극 : 헌법 제12조 제1항에 의하면 형사처벌에 관한 규정이 법률에 위임되어 있을 뿐 그 처벌의 종류를 제한하지 않고 있으며, 현재 우리나라의 실정과 국민의 도덕적 감정 등을 고려하여 국가의 형사정책으로 질서유지와 공공복리를 위하여 형법 등에 사형이라는 처벌의 종류를 규정하였다 하여 이것이 헌법에 위반된다고 할 수 없다).

9) 1992년의 형법개정법률안에서는 사형의 선고를 신중히 하도록 하기 위하여 양형에 관한 규정 제44조(양형의 기준) 제3항에 “사형의 선고는 특히 신중히 하여야 한다”는 규정을 신설하였다. 법무부, “형사법개정자료(XIV) 형법개정법률안 제안이유서”, 법무부, 1992, 50쪽 및 57-58쪽.

10) 대법원 1995. 1. 13. 선고, 94도2662 판결; 대법원 2002. 2. 8. 선고, 2001도6425 판결; 대법원 2003. 6. 13. 선고, 2003도924 판결(사형의 선고가 허용되기 위한 요건 : 사형은 인간의 생명 자체를 영원히 박탈하는 냉엄한 궁극의 형벌로서 문명국가의 이성적인 사법제도가 상정할 수 있는 극히 예외적인 형벌이라는 점을 감안할 때, 사형의 선고는 범행에 대한 책임의 정도와 형벌의 목적에 비추어 그것이 정당화될 수 있는 특별한 사정이 있다고 누구라도 인정할 만한 객관적인 사정이 분명히 있는 경우에만 허용되어야 하고, 따라서 사형을 선고함에 있어서는 범인의 연령, 직업과 경력, 성행, 지능, 교육 정도, 성장과정,

1.2 사형 선고와 집행 현황

2013년에는 57개국에서 최소 1,925명이 사형을 선고 받은 것으로 알려졌다. 이는 58개국 최소 1,722명이었던 2012년 통계보다 증가한 수치다. 아프가니스탄, 방글라데시, 나이지리아, 소말리아에서는 2012년에 비해 알려진 사형선고 건수가 상당히 증가했다.

2013년에 전 세계적으로 최소 22개국에서 778건의 사형이 집행된 것으로 알려졌으며, 2012년에 비해 96건이 증가했다. 그러나 시리아와 같이 분쟁 중인 국가들의 경우에는 사형집행 여부를 확인할 수 없었고, 또한 중국에서 이루어졌을 것으로 추정되는 수천여 건의 사형집행이 포함되지 않았기 때문에 정확한 숫자는 아니다. 2012년에는 21개국에서 사형이 선고됐다. 이와 같이 사형이 여전히 선고·집행되고 있음에도 불구하고, 지난 20년간 사형집행 건수는 상당히 감소하고 있다. 1994년에 사형을 집행한 국가는 37개국, 2004년에는 25개국이었다.¹¹⁾

2013년 말 현재 전 세계 사형수는 최소 23,392명이다.¹²⁾

가족관계, 전과의 유무, 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).

- 11) 국제앰네스티 한국지부(역), Amnesty International, 연례 사형현황 보고서 2013년 사형선고와 사형집행, 2014.3.27, 7쪽에 따르면 2013년에 보고된 사형집행 건수는 아프가니스탄 (2), 방글라데시(2), 보츠와나 (1), 중국 (+), 인도 (1), 인도네시아 (5), 이란 (369+), 이라크 (169+), 일본 (8), 쿠웨이트 (5), 말레이시아 (2+), 나이지리아 (4), 북한 (+), 팔레스타인 자치정부2 (3+, 가자지구 하마스 정부, 사우디아라비아 (79+), 소말리아 (34+; 연방정부 15+, 푼틀랜드 19+), 남수단 (4+), 수단 (21+), 타이완 (6), 미국 (39), 베트남(7+), 예멘 (13+)이다.
- 12) 국제앰네스티 한국지부(역), Amnesty International, 연례 사형현황 보고서 2013년 사형선고와 사형집행, 2014.3.27, 8쪽에 따르면 2013년에 보고된 사형선고 건수는 아프가니스탄 (174), 알제리 (40+), 바하마 (2), 방글라데시 (220+), 바베이도스 (2), 벨라루스 (4+), 부르키나파소 (1+), 중국 (+), 콩고민주공화국 (26+), 이집트 (109+), 에티오피아 (8+), 감비아 (4), 가나 (14), 가이아나 (6+), 인도 (72+), 인도네시아 (16+), 이란 (91+), 이라크 (35+), 일본 (5), 요르단 (7+), 케냐 (11+), 쿠웨이트 (6+), 라오스 (3+), 레바논 (7+), 레소토 (1+), 라이베리아 (1), 리비아 (18+), 몰디브 (13), 말레이시아 (76+), 말리 (7+), 모리타니아 (2+), 모로코/서사하라 (10), 니제르 (12), 나이지리아 (141+), 북한(+), 파키스탄 (226+), 팔레스타인 자치정부 (14+: 가자지구 하마스 정부 13+; 서안지구자치정부 1+), 카타르 (6), 사우디아라비아 (6+), 시에라리온 (1), 싱가포르 (1+), 소말리아 (117+: 연방정부 8+; 푼틀랜드 81+; 소말리랜드 28+), 한국 (2), 남수단 (16+), 스리랑카(13+), 수단 (29+), 타이완 (7), 탄자니아 (7+), 태국 (50+), 트리니다드토바고 (5+), 튀니지 (5+), UAE (16+), 미국 (80), 베트남 (148+), 예멘 (3+), 잠비아 (9+), 짐바브웨 (16)이다.

우리나라도 현재까지 사형제도를 채택하고 있으며, 거의 매년 사형이 선고되고 있는 실정이다.

우리나라에서 정부 수립 후 첫 사형집행은 1949년 7월 14일에 이루어졌으며, 1997년까지 920명이 형장의 이슬로 사라졌다.¹³⁾ 김영삼 정부 말기인 1997년 12월 30일 23명에 대해 사형을 집행한 이후로는 사형이 집행되지 않고 있다. 2014년 8월 7일 법무부가 밝힌 내용에 따르면 현재 58명의 사형확정자¹⁴⁾가 사형미집행상태로 교도소 또는 구치소에 수용¹⁵⁾ 중이다.¹⁶⁾

사형은 계속 선고되고 있으나 집행되지 않고 있는 실정법적 이유는 우리나라가 2011년 12월 29일에 가입하고 국회가 비준한 ‘유럽평의회 범죄인인도협약 및 형사사법공조협약’에서 기인한다. 동 협약 제11조는 “인도청구 된 범죄가 청구국의 법상 사형으로 처벌할 수 있으나, 피청구국의 법상으로는 사형이 규정되어 있지 아니하거나 보통 집행되지 않는 경우, 피청구국은 사형이 집행되지 않을 것이라는 청구국의 충분한 보증이 없으면 인도를 거절할 수 있다”고 규정하고 있다. 이 규정에 따를 경우 사형이 예정되는 도주자들을 이들 국가로부터 인도받으면 사형집행을 할 수 없게 되고, 만일 사형집행을 면제하기로 하고 인도를 받은 후 사형을 집행하게 되면 국제사회로부터 거센 비난을 받을 수밖에 없기 때문이다. 또한 대한민국 영역 내 또는 사형존치국가로 도주한 동일한

13) 일부 자료에 따르면 정부가 수립된 1948년부터 1997년까지 1,476명에 대해 사형이 집행되었다고 되어 있지만, 한국전쟁 등 격변기가 있었던 점에 비추어 정확한 숫자인지에 대하여 의문이 있을 수 있다. 조균석, “사형확정자의 수용과 사형집행”, 이화여자대학교 법학논집 제13권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009, 63쪽 각주43) 재인용; 조선일보, 2010.2.25.자 기사 “‘두 번째 합헌결정’ 숫자로 본 사형제”에 따르면 1997년까지 920명에 대한 사형집행이 이루어졌다고 한다.

14) 사형확정자란 사형의 선고를 받아 그 형이 확정된 사람을 말한다(형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제2조 제3호).

15) 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제11조(구분수용) ① 수용자는 다음 각 호에 따라 구분하여 수용한다.

4. 사형확정자: 교도소 또는 구치소. 이 경우 구체적인 구분 기준은 법무부령으로 정한다.

형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제89조(사형확정자의 수용) ① 사형확정자는 독거수용한다. 다만, 자살방지, 교육·교화프로그램, 작업, 그 밖의 적절한 처우를 위하여 필요한 경우에는 법무부령으로 정하는 바에 따라 혼거수용할 수 있다. ② 사형확정자가 수용된 거실은 참관할 수 없다.

16) 1993년부터 2006년까지 통계는 조국, “사형폐지 소론”, 형사정책 제20권 제1호, 한국형사정책학회, 2008, 303-304쪽 참조; 2009년까지 58명이었다가, 2009.2.26. 혜진·예슬양 살해범에 대해 대법원에서 사형이 확정되어 59명이 되었다. 조균석, 앞의 논문, 63쪽 각주44) 재인용; 서울 서남부 일대에서 13명을 연쇄 살인해 사형이 확정된 정남규가 2009년 11월 “덧없이 왔다가 떠나는 인생은 구름 같은 것”이라는 메모를 남기고 자살하여 현재 사형확정자는 58명이다. 조선일보, 2014.8.8.자 기사 “17년간 사형집행·4년간 사형선고 없어… 사형수 58명 중 외국인인 중국인 2명뿐” 참조.

죄질의 범죄자에 대해서만 사형을 집행하게 되더라도 헌법 제11조에 명시된 평등원칙을 위반하는 것이 된다.¹⁷⁾

사형집행이 어려운 또 다른 이유는, 국제앰네스티가 사형확정 후 10년 이상 사형을 미집행할 경우 실질적 사형폐지국으로 분류하고 있기 때문이다. 사형은 가장 오래된 형벌이지만, 근대 이후 휴머니즘 사상이 사회를 지배하면서 사형제도에 대한 반발도 만만치 않게 거세져 왔다. 그리하여 오늘날 사형존폐에 관한 문제는 각국에서 연례행사 처럼 때만 되면 거론되는 뜨거운 감자가 되었으며, 이러한 논쟁의 추세에 따라 오늘날에는 사형을 폐지한 국가도 상당한 실정이다.¹⁸⁾ 현재 우리나라는 실질적 사형폐지국의 지위에 있다.

17) 이덕인, 앞의 논문(동북아시아 사형제도), 293쪽.

18) 국제앰네스티 한국지부(역), Amnesty International, 연례 사형현황 보고서 2013년 사형선고와 사형집행, 2014.3.27, 24-25쪽에 따르면 모든 범죄에 대해 사형을 폐지한 나라는 98개국(알바니아, 안도라, 앙골라, 아르헨티나, 아르메니아, 호주, 오스트리아, 아제르바이잔, 벨기에, 부탄, 볼리비아, 보스니아 헤르체고비나, 불가리아, 브룬디, 캄보디아, 캐나다, 카보베르데, 콜롬비아, 쿡 제도, 코스타리카, 코트디부아르, 크로아티아, 키프로스, 체코, 덴마크, 지부티, 도미니카공화국, 에콰도르, 에스토니아, 핀란드, 프랑스, 가봉, 조지아, 독일, 그리스, 기니비사우, 아이티, 바티칸시국, 온두라스, 헝가리, 아이슬란드, 아일랜드, 이탈리아, 키리바시, 키르기스스탄, 라트비아, 리히텐슈타인, 리투아니아, 룩셈부르크, 마케도니아, 몰타, 마셜제도, 모리셔스, 멕시코, 미크로네시아, 몰도바, 모나코, 몬테네그로, 모잠비크, 나미비아, 네팔, 네덜란드, 뉴질랜드, 니카라과, 니우에, 노르웨이, 팔라우, 파나마, 파라과이, 필리핀, 폴란드, 포르투갈, 루마니아, 르완다, 사모아, 산마리노, 상투메프린시페, 세네갈, 세르비아(코소보 포함), 세이셸, 슬로바키아, 슬로베니아, 솔로몬 제도, 남아프리카공화국, 스페인, 스웨덴, 스위스, 동티모르, 토고, 터키, 투르크메니스탄, 투발루, 우크라이나, 영국, 우루과이, 우즈베키스탄, 바누아투, 베네수엘라, 일반 범죄에 대해 사형을 폐지한 나라는 7개국(브라질, 칠레, 엘살바도르, 피지, 이스라엘, 카자흐스탄, 페루), 사실상 사형을 폐지한 나라는 35개국(알제리, 베냉, 브루나이, 부르키나파소, 카메룬, 중앙아프리카공화국, 콩고, 에리트레아, 가나, 그레나다, 케냐, 라오스, 라이베리아, 마다가스카르, 말라위, 몰디브, 말리, 모리타니아, 몽골, 모로코, 미얀마, 나우루, 니제르, 파푸아뉴기니, 러시아, 시에라리온, 한국, 스리랑카, 수리남, 스와질란드, 타지키스탄, 탄자니아, 통가, 튀니지, 잠비아)으로 법적 또는 사실상 사형을 폐지한 나라는 모두 140개국이다. 현재까지 사형이 존치하는 국가는 58개국(아프가니스탄, 앤티가바바다, 바하마, 바레인, 방글라데시, 바베이도스, 벨라루스, 벨리즈, 보츠와나, 차드, 중국, 코모로, 콩고민주공화국, 쿠바, 도미니카, 이집트, 적도기니, 에티오피아, 감비아, 과테말라, 기니, 가이아나, 인도, 인도네시아, 이란, 이라크, 자메이카, 일본, 요르단, 쿠웨이트, 레바논, 레소토, 리비아, 말레이시아, 나이지리아, 북한, 오만, 파키스탄, 팔레스타인 자치정부, 카타르, 세인트키츠네비스, 세인트루시아, 세인트빈센트그레나딘, 사우디아라비아, 싱가포르, 소말리아, 남수단, 수단, 시리아, 타이완, 태국, 트리니다드토바고, 우간다, 아랍에미리트연합, 미국, 베트남, 예멘, 짐바브웨)이다.

2. 형의 시효제도에 관한 고찰

2.1 형의 시효의 의의와 취지

형법체계는 국가형벌권을 시간적으로 제한하는 두 가지 장치를 마련하고 있다. 즉 형법 첫머리의 시간적 효력에 대한 규정과 시효가 그것이다.¹⁹⁾

형의 시효란 형선고의 시간적 효력, 즉 선고된 형을 집행할 수 있는 시간적 범위를 말한다. 형의 선고를 받은 자가 재판이 확정된 후 그 형의 집행을 받지 않고 일정한 기간이 경과한 때에는 형의 집행이 면제되는 것을 말한다.²⁰⁾ 형의 시효와 공소시효는 모두 국가형벌권의 소멸이라는 실체법적 성격을 갖고 있다는 면에서 그 실질은 동일하나,²¹⁾ 형의 시효는 기간의 경과로 인하여 이미 확정된 형벌의 집행권이 소멸되는 제도라는 점에서 미확정의 형벌권인 공소권을 소멸시키는 공소시효와 구별된다.²²⁾ 그리고 공소시효는 공소제기 이전의 문제로서 그 대상자가 피의자임에 대하여, 형의 시효는 확정 판결을 받은 피고인이 그 대상자가 된다.

시효는 형벌권의 시간적인 소멸을 특정함으로써 형벌권 존재범주를 구체적으로 확정한다는 점에 그 의의가 있다.²³⁾ 형의 시효제도는 시간의 경과로 인하여 형의 선고와 집행에 대한 사회일반의 규범의식의 요구가 감소되었고, 즉 형사사건에 대하여 당벌성과 필벌성에 관한 사회적 요구가 현저히 약화되었다는 점과 일정기간 동안 계속된 평온한 생활 상태를 유지·존중²⁴⁾하자는 데에 그 취지²⁵⁾가 있다.²⁶⁾

19) 홍영기, “형사법상 시효의 정당화근거”, 형사법연구 제23권, 한국형사법학회, 2005, 213쪽.

20) 권오걸, 형법총론, 형설출판사, 2005, 752쪽; 김성천 외, 형법총론 제5판, 소진, 2012, 506쪽; 박학모, 앞의 책, 31쪽; 배종대, 제7판 형법총론, 홍문사, 2004, 742쪽; 백형구, “刑의 時效”, 사법행정 1986년 7월호, 한국사법행정학회, 1986, 27쪽; 손동권/김재운, 새로운 형법총론, 율곡출판사, 2011, 741쪽; 신동운, 형법총론, 법문사, 2001, 761-762쪽; 이정원, 공개 제1판 형법총론, 인터넷 공개판, 2008, 604쪽; 임웅, 형법총론 제6정판, 법문사, 2014, 689쪽; 조현욱, 형법총론강의, 진원사, 2007, 469쪽.

21) 헌법재판소 1993. 9. 27. 자 92헌마284 전원재판부결정(공소시효제도의 실질은 국가형벌권의 소멸이라는 점에서 형의 시효와 마찬가지로 실체법적 성격을 갖고 있는 것이다).

22) 조현욱, 앞의 책, 471쪽; 시효를 통합적으로 파악하지 않고 형의 시효와 공소시효를 분리하여 규정하는 방식을 취하고 있는 일본에서의 설명도 거의 동일하다. 大谷實, 刑法講義總論 新版第3版, 成文堂, 2010, 545쪽; 高橋則夫, 刑法總論 第2版, 成文堂, 2013, 544쪽.

23) 홍영기, 앞의 논문, 214쪽.

24) 일본에서도 히라자와(平沢貞通) 사건을 계기로 이에 대한 논의가 진행되었다. 형의 시효의 취지에 관해서는 사형의 미집행 기간 형의 시효가 진행된다는 적극설과 진행되지 않는다는 소극설 모두 사회의 규범감정이 완화하여 현실적으로 형을 집행하여야 한다는 요구가 없어지는 것에 있다고 하고 있으나, 적극설이

2.2 형의 시효의 기간과 효과

2.2.1 형의 시효의 기간

형의 시효는 형을 선고하는 재판이 확정된 후 그 집행을 받음이 없이 해당기간을 경과함으로써 완성되는데, 사형의 시효기간은 30년이다(형법 제78조). 시효의 초일(初日)은 판결이 확정된 날로서 이날부터 시효가 진행되고, 그 말일(末日) 오후 12시에 시효기간이 종료한다. 시효기간의 초일인 판결확정일은 시간을 계산함이 없이 1일로 산정한다(형법 제85조).

2.2.2 형의 시효의 효과

형의 선고를 받은 자는 시효의 완성으로 인하여 그 집행이 면제된다(형법 제77조). 여기서 형의 선고를 받은 자란 형을 선고한 유죄판결이 확정되어 형 집행의 대상이 된 사람을 말한다. 따라서 사형의 경우 사형확정자가 그 대상이 된다.

형의 시효가 완성되더라도 형의 선고 자체가 실효되는 것은 아니며, 그 법적 효과는 형의 집행면제에 그친다. 따라서 형의 선고 자체에 따르는 전과는 그대로 남게 되고,²⁵⁾ 형의 집행이 면제된 전과는 누범가중의 사유(형법 제35조)로 된다. 시효의 완성으로 당연히 형 집행면제의 효과가 발생하며, 별도의 재판은 필요하지 않다.

2.3 시효제도의 비교법적 검토²⁶⁾

일본의 경우는 형사법 개정 이전의 시효제도는 우리 형법과 거의 동일한 구조를 취하

30년간 사형미집행을 통하여 “집행하지 않는 것이 자연스럽다고 하는 사회적 안정성이 형성되었다”고 주장함에 반해, 소극설은 국가의 형벌권이 행사되고 있는 이상 규범감정이 완화된 것이라고는 할 수 없다고 한다. 하지만 논란이 되었던 이 사안의 경우 만약 사형을 집행하였다면 오히려 부당한 집행이라고 생각하는 국민들이 많았다는 점에서는 이미 국민의 규범감정 완화는 충분히 인정될 수 있었다는 평가가 존재하였다. 浅田和茂, “死刑確定裁判後の拘置と死刑の時効の進行等”(最判平成4.7.14), 民商法雑誌 107-6, 有斐閣, 1993, 960쪽 참조.

25) 권오걸, 앞의 책, 753쪽; 배종대, 앞의 책, 742쪽; 백형구, 앞의 논문, 28쪽; 손동권/김재윤, 앞의 책, 742쪽; 이정원, 앞의 책, 604쪽; 임웅, 앞의 책, 689쪽; 大谷實, 앞의 책, 545-546쪽; 高橋則夫, 앞의 책, 543쪽.

26) 형시효제도의 취지, 본질 및 특유성과 관련한 법철학적 관점에서의 논의는 홍영기, 앞의 논문, 199-201쪽 및 214-219쪽 참조.

27) 신동운, 앞의 책, 762쪽.

고 있었다. 그러나 2010년 4월 27일 형법 및 형사소송법 개정으로 사형에는 형의 시효가 적용되지 않게 되었으며,²⁹⁾ 사형범죄에 대해서는 공소시효도 배제³⁰⁾되었다.³¹⁾

중국의 경우 그 처벌이 사형인 때에는 사형집행유예제도³²⁾를 두고 있는 점이 특이하다. 또한 제87조에서 시효가 완성되면 형의 집행면제가 아니라, 소추하지 아니한다고 규정하고 있는 점이 특징이다.³³⁾ 나아가 제88조 전문에서도 형사사건을 수리한 이후에 수사 또는 재판을 피해 도주한 자에 대하여는 소추기한의 제한을 받지 아니한다는 규정을 두고 있다.³⁴⁾

독일의 경우 1949년 독일기본법 제102조에서 사형을 폐지하였다. 이 후 사형 대신 30년 동안의 가석방 없는 종신형을 시행하다가, 1978년 연방헌법재판소의 결정³⁵⁾으로

28) 현재 사형제도를 유지하고 있는 국가 중 일본을 제외하고는 이러한 형시효문제가 발생하지 않고 있으며, 사형폐지국과의 직접적인 비교는 어렵다. 따라서 본 논문에서는 각국의 시효체계만을 소개함에 그치고 이와 관련된 자세한 내용은 후속논문을 통해 제공해 드리고자 한다.

29) 개정 일본 형법 제31조(형의 시효) 형(사형을 제외한다)의 언도(선고)를 받은 자는 시효로 인하여 그 집행이 면제된다.

(刑の時効) 第三十一条 刑(死刑を除く。)の言渡しを受けた者は、時効によりその執行の免除を得る
일본 형법 제32조(시효의 기간) 시효는 형의 선고가 확정 된 후 다음 기간 그 집행을 받지 않음으로써 완성된다.

제1호 무기의 징역 또는 금고에 대해서는 30년간

(時効の期間) 第三十二条 時効は、刑の言渡しが確定した後、次の期間その執行を受けないことによって完成する。

一 無期の懲役又は禁錮については三十年

30) 일본 형사소송법 제250조 시효는 사람을 사망시킨 죄로 금고 이상의 형에 해당하는 것(사형에 해당하는 것을 제외한다)에 대하여는 다음의 기간을 경과함으로써 완성된다.

第二百五十条 時効は、人を死亡させた罪であつて禁錮以上の刑に当たるもの(死刑に当たるものを除く。)については、次に掲げる期間を経過することによつて完成する。

31) 最終改正(平成二二年四月二七日法律第二六号); 이상/윤남근(편집대표 박재운), 주석형법 제2판 [형법총칙(2)] §25-§86, 한국사법행정학회, 2011, 745쪽.

32) 중국 형법 제50조(사형) 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, 조사결과 사실로 밝혀진 자에 대하여는 최고인민법원이 심사, 비준하여 사형을 집행한다.

33) 중국 형법 제87조(시효) 범죄가 다음에 열거한 기간을 경과하면 소추하지 아니한다.

(4) 법정최고형이 무기징역, 사형인 경우에는 20년이 경과한 때. 만약 20년 이후 반드시 소추해야 한다고 인정하는 경우에는 최고인민검찰원에 보고하여 그 심사비준을 얻어야 한다.

34) 중국 형법 제88조(시효) 인민검찰원, 공안기관, 국가안전기관이 입건수사하거나 인민법원이 사건을 수리한 이후에 수사 또는 재판을 피해 도주한 자에 대하여는 소추기한의 제한을 받지 아니한다. 피해자가 소추기한 내에 고소하고, 인민법원, 인민검찰원, 공안기관이 입건하였어야 할 것을 입건하지 않았을 경우에는 소추기한의 제한을 받지 아니한다.

종신형도 15년 복역 후 가석방이 가능하도록 개정되었다. 무기자유형을 법정형으로 규정하고 있는 모살의 범죄에 대해서는 공소시효의 적용을 배제하고 있으며,³⁶⁾ 무기자유형의 집행에 관하여는 형의 시효도 적용하고 있지 않다.³⁷⁾

오스트리아의 경우 형법 제6장 제57조 이하에서 시효(공소시효 및 형의 시효)를 규정하고 있다.³⁸⁾

스위스 형법 제97조에서는 공소시효의 기간,³⁹⁾ 제98조에서는 공소시효의 기산점⁴⁰⁾을 규정해 놓고 있다. 제99조에서는 형의 집행시효의 기간,⁴¹⁾ 제100조에서는 형 집행시효의

35) BVerfGE 45, 187.

36) 독일 형법 제78조(시효기간) ② 제211조(모살)의 범죄에 대하여는 공소시효의 적용을 배제한다.

37) 독일 형법 제79조(시효기간) ② 무기 자유형의 집행에 관하여는 형의 시효가 적용되지 아니한다.

38) 오스트리아 형법 제57조(공소시효) ① 무기자유형으로 처벌되는 범죄이거나 10년 이상 20년 이하의 자유형 또는 무기자유형으로 처벌되는 범죄에 관한 공소시효는 없다. 그러나 20년이 경과한 후에는 무기자유형이 아니라 10년 이상 20년 이하의 자유형으로 처벌한다. 시효에 관해서는 제2항과 제58조를 준용한다.
② 다른 범죄에 대하여는 공소시효가 적용된다. 시효는 처벌되는 행위를 종료하거나 포기한 때로부터 기산한다.
③ 시효기간은

법정형이 무기자유형은 아니나 10년 이상의 자유형인 때에는 20년,

법정형이 그 행위에 5년 이상의 10년 이하의 자유형인 때에는 10년,

법정형이 1년 이상 5년 이하의 자유형인 때에는 5년,

법정형이 6월 이상 1년 이하의 자유형인 때에는 3년,

법정형이 6월 이하의 자유형 또는 벌금형인 때에는 1년으로 한다.

④ 공소시효가 완성된 때에는 범죄수익의 몰수, 박탈 및 보안처분도 허용되지 않는다.

오스트리아 형법 제59조(형의 시효) ① 무기자유형, 10년 이상 20년 이상의 자유형과 정신이상자 또는 위험한 누범에 대한 시설수용에 대한 집행은 시효로 소멸하지 않는다.

② 그 외의 형벌 및 범죄수익몰수, 박탈, 보안처분의 집행은 시효로 소멸한다. 시효기간은 형벌, 범죄수익몰수, 박탈, 보안처분을 선고하는 재판의 확정시로부터 진행한다.

③ 그 기간은 1년 이상 10년 이하의 자유형이 선고된 때에는 15년, 3월 이상 1년 이하의 자유형 또는 3월 이상의 대체자유형을 정한 벌금형이 선고된 때에는 10년, 그 외의 경우에는 5년으로 한다.

④ 동시에 수개의 형 또는 보안처분이 선고된 때에는 모든 형 또는 보안처분의 집행시효는 최장기의 시효기간이 규정된 형 또는 보안처분에 따라 정한다. 자유형과 벌금형이 동시에 선고된 때에는 대체자유형을 자유형에 산입하여 시효기간을 계산한다. 동일한 행위자에 대해 형과 범죄수익박탈이 동시에 선고된 때에는 범죄수익박탈의 집행시효는 형집행의 시효에 후순한다.

39) 스위스 형법 제97조(공소시효) 기간 1. 형사소추는 어느 행위에 대해 규정된 최고형에 처해질 때 그 시효가 완성한다.

40) 스위스 형법 제98조(기산) 공소시효는

a. 행위자가 가벌적인 행위를 실행한 날

b. 행위자가 가벌적인 행위를 상이한 시간에 실행한 경우에는 마지막 행위를 실행한 날

c. 가벌적인 행위가 계속되는 경우에는 이 행위를 종료한 날로부터 기산한다.

41) 스위스 형법 제99조(집행시효) 기간 1. 형벌은

a. 무기자유형이 선고된 경우에는 30년이 경과함으로 인하여 그 시효가 완성된다.

기산점,⁴²⁾ 제101조에서는 국제형사재판소 관할범죄 등에 대한 시효배제⁴³⁾를 규정해 놓고 있다.

로마조약에 따른 국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률에서 집단살해죄 등에 대하여는 형의 시효와 공소시효를 적용하지 아니한다고 규정하고 있다.⁴⁴⁾

살펴본 바에 따르면 독일, 오스트리아 그리고 스위스의 경우 공소시효와 형의 시효를 모두 형법에 규정하고 있다는 점에서, 형의 시효는 형법에 공소시효는 형사소송법에 규정하고 있는 우리나라, 중국 그리고 일본의 시효제도와 차이가 있다.

Ⅲ. 사형의 장기미집행과 형의 시효와의 관계

1. 문제의 소재

사형의 장기미집행으로 인하여 사형확정자를 징역형으로만 집행하게 되면 헌법상 문제가 발생하여, 현행법상 규정과 충돌할 가능성이 농후하다.

형 선고의 판결이 확정되면 실체적 확정력이 발생하므로 재심 또는 비상상고에 의해서 확정판결의 내용이 변경되지 않는 한 확정판결의 내용대로 형이 집행되어야 한다.⁴⁵⁾ 여기서 재판의 확정이라 함은 재판이 항소, 상고 등 통상의 불복신청의 방법으로 다룰 수 없게 되고 그 재판의 내용을 변경할 수 없게 된 상태에 이른 것을 말한다. 형선고의

42) 스위스 형법 제100조(기산) 시효는 판결이 적법하게 집행된 날부터 기산한다. 조건부 형벌 또는 어떤 조치의 선행적 형집행인 경우에는 형집행이 명령된 날로부터 기산한다.

43) 스위스 형법 제101조 3. (시효가 진행되지 아니하는 경우)

1 a. 집단살해죄

b. 인도에 반한 죄

c. 전쟁범죄

d. 재앙발생 또는 인질의 발생을 통한 대량살상의 명분아래 다수 사람들의 신체와 생명을 위험에 빠뜨리거나 빠뜨릴 것을 협박하거나 강요하는 죄

e. 제187조 제1호에 규정된 어린이에 대한 6가지 성적 행위, 성적 강요, 강간, 판단능력을 결여한 자 또는 항거불능자와의 동침행위, 시설피보호자·수형자·피의자와의 성적 행위, 긴급상황의 남용을 통한 성적 행위 등을 12세 미만의 어린이에게 행한 경우.

44) 국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률 제6조 (시효의 적용 배제) 집단살해죄 등에 대하여는 형사소송법 제249조부터 제253조까지 및 군사법원법 제291조 부터 제295조까지의 규정에 따른 공소시효와 형법 제77조부터 제80조까지의 규정에 따른 형의 시효에 관한 규정을 적용하지 아니한다.

45) 김대휘/임웅(편집대표 박재운), 주석형법 제2판 [형법총칙(1)] §1-§24, 한국사법행정학회, 2011, 101쪽.

판결은 상소기간의 경과, 상소의 포기·취하, 상소기각재판의 확정에 의해서 확정된다. 그런데 사법기관인 법원이 사형을 선고했음에도 집행기관인 행정부가 자의적으로 사형을 집행하지 않고 징역형으로 집행하는 것은 헌법상 권력분립주의에 위반되어 위헌이 될 소지가 다분한 것이다.

2. 재판의 즉시집행의 원칙과 사형의 집행

2.1 재판의 즉시집행의 원칙

재판은 특별한 규정이 없으면 확정 후에 즉시 집행하는 것이 원칙이다(형사소송법 제459조). 이를 즉시집행의 원칙이라고 한다. 형선고의 재판에 대해 형의 집행에 착수하지 않으면 형의 시효가 진행되고, 시효가 완성되면 집행면제의 효과가 발생한다(형법 제77조).

즉시집행원칙의 예외로 확정전의 재판집행과 확정 후 일정기간 경과 후의 집행이 있으나, 사형미집행의 경우에는 사형의 선고를 받은 자가 심신의 장애로 의사능력이 없는 상태에 있거나 잉태 중에 있는 여자인 경우를 제외하고는 일반적으로 이러한 예외 사항에 해당되지 않는다.

재판집행의 지휘감독은 공익의 대표자인 검사의 직무에 속하며(검찰청법 제4조 제4호), 재판의 집행은 그 재판을 한 법원에 대응한 검찰청 검사가 지휘하는 것이 원칙이다(형사소송법 제460조 제1항 본문).

2.2 사형의 집행⁴⁶⁾

사형은 법무부장관의 명령에 의하여 집행한다(형사소송법 제463조). 사형을 선고한 판결이 확정된 때에는 검사는 지체 없이 소송기록을 법무부장관에게 제출하여야 한다(형사소송법 제464조). 사형집행의 명령은 판결이 확정된 날로부터 6월 이내에 하여야 한다(형사소송법 제465조 제1항). 6월이라는 기간규정의 성격을 두고 훈시규정이라는 견해⁴⁷⁾와 훈시규정으로 볼 수 없다는 견해⁴⁸⁾가 대립하고 있다.

46) 사형집행절차에 관한 자세한 설명은 조균석, 앞의 논문, 51-67쪽 참조.

47) 신동운, 간추린 신형사소송법 제6판, 법문사, 2014, 613쪽; 법무부도 이 규정이 꼭 그대로 지켜야 하는

생각건대 법문의 규정형식으로 볼 때 이는 임의규정이나 훈시규정이 아니고 강제규정에 해당한다. 따라서 사형확정일로부터 6개월이 지나도록 사형집행명령을 내리지 않은 법무부장관에 대해 직무유기의 책임을 물을 수 있는 근거가 될 수도 있으나,⁴⁹⁾ 사형집행명령을 하지 않아도 이를 처벌할 규정은 없다. 사형선고는 있으나, 사형집행은 하지 않는 현재의 상황이 위 규정과 배치되는 점이 없지 않으나 이를 무조건 지키기 또한 녹록치 않은 현실이다. 무조건 준수보다는 이번 기회를 통해 현실에 부응하는 형사소송법의 개정이 필요하다고 보여진다.

사형의 실제 집행은 교정시설의 사형장에서 이루어진다.⁵⁰⁾

상소권회복의 청구, 재심의 청구 또는 비상상고의 신청이 있는 때에는 그 절차가 종료할 때까지의 기간은 이 기간에 산입하지 아니 한다(형사소송법 제465조 제2항).

사형확정자는 교도소 또는 구치소에 수용하며, 이 경우 구체적인 구분 기준은 법무부령으로 정한다.⁵¹⁾

법무부장관은 사형의 집행을 명한 때에는 5일 이내에 집행하여야 한다(형사소송법 제466조).

현행법은 형무소⁵²⁾에서의 교수형(형법 제66조)⁵³⁾과 지정장소에서의 총살형(군형법 제3조)⁵⁴⁾을 사형 집행방법으로 규정하고 있다.⁵⁵⁾

강행규정은 아니라는 입장이다.

48) 명확한 근거를 제시하고 있지 않으나, 형사소송법이라는 강행규정에 규정되어 있으므로 어쨌든 훈시규정으로 볼 수 없다는 견해로 남선모, “死刑不執行에 따른 問題點 考察”, 법학연구 제43집, 한국법학회, 2011, 177쪽.

49) “형벌로서의 사형”, 광주매일신문, <<http://kjdaily.com/read.php3?aid=1234796400139468s28>>, 검색일: 2014.8.25.

50) 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제91조(사형의 집행) ① 사형은 교정시설의 사형장에서 집행한다.

51) 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제11조 제4호.

52) 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제91조 제1항은 사형은 교정시설의 사형장에서 집행한다고 규정하고 있으나, 앞으로는 교도소 이외의 구치소나 기타 교정시설에도 사형장이 설치될 것으로 예상되므로 형법 제66조에 규정된 형무소도 ‘교정시설’로 그 명칭을 개정하는 것이 타당하리라 판단된다. 나아가 형법 제67조(징역)와 제68조(금고와 구류)도 마찬가지로 형무소에서 교정시설로의 개정을 요한다. 법무부, “형사법개정자료”, 82-83쪽.

53) 형법 제66조(사형) 사형은 형무소 내에서 교수하여 집행한다.

54) 군형법 제3조(사형 집행) 사형은 소속 군 참모총장 또는 군사법원의 관할관이 지정한 장소에서 총살로써 집행한다.[전문개정 2009.11.2] [시행일 2010.2.3]

55) 교수형을 사형집행방법으로 채택하고 있는 미국 워싱턴 주에서 교수형의 위헌성이 문제되었을 때 소수의견을 제시한 스테판 라인하르트 대법관은 “교수형은 잔인하고 거칠고 방자한 절차로 그 목적은 척추를 조각내는 것인바 이는 말할 필요도 없이 폭력적이고 침탈적이며 의도적으로 모욕을 주고 비인간화를

3. 사형의 장기미집행과 형의 시효 진행 여부

형의 시효 기간은 형선고의 재판이 확정된 날로부터 진행을 개시한다.⁵⁶⁾

사형확정자가 장기간 미집행상태로 교도소 등의 교정시설에 수용 중인 경우⁵⁷⁾ 형의 시효가 진행되는지 여부를 살펴볼 필요가 있다.

3.1 형의 시효가 진행되지 않는다는 견해(소극설)

사형의 선고를 받은 자가 관련법 규정에 의하여 교도소나 구치소 등의 교정시설에 수용되어 있는 경우에는 장기간 사형미집행상태에 있더라도 시효는 진행되지 않는다는 입장이다.

3.1.1 사형집행절차의 일환으로서의 교정시설 내 수용

사형이 확정되면 사형의 집행은 교도소 내에서 집행하도록 되어 있고, 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률(이하 ‘형집행법’이라 한다) 제1조 제1항 제4호와 제89조에 의하여 사형확정자는 교도소 또는 구치소에 수용(구금)⁵⁸⁾하도록 규정하고 있는데, 이 경우 그 수용은 당해 사형확정에 기초한 신체의 구속이고, 사형을 선고한 확정재판의 집행의 내용에는 사형의 집행인 교수뿐만 아니라 그 수용도 포함되는 것으로 해석할 수 있고, 따라서 수용조치가 행해지는 이상 이것은 사형의 집행을 하는 것으로 볼 수 있으므로 시효가 진행될 여지가 없다.

설사 사형확정자에 대한 수용이 사형집행 그 자체는 아닐지라도, 사형집행행위에 필연적으로 부수하는 전치절차이다. 따라서 사형을 선고한 재판 자체의 효력으로서 수

초래한다”라고 비판한 바 있다(Cambell vs. Wood, 18 F 3d 626 at 701, 9th Cir. 1994). 그러나 우리나라에서는 아직까지 사형집행방법과 관련한 논의는 전무한 실정이다. 조국, 앞의 논문(사형폐지 단계적 실천방안), 4쪽 및 각주15).

56) 장규원/강동욱, 연구총서 06-1 형법총칙 비교법 자료집, 한국형사정책연구원, 2006, 470쪽.

57) 현재 우리나라에서는 1993년 이래 교정시설에 수용 중인 장기사형수가 있다. 국제앰네스티 한국지부 홈페이지 <<http://amnesty.or.kr/8610/>>에서 확인한 바에 따르면 일본에서는 1968년 이래 45년간 교정 시설에 수용되었다가 최근 재심이 받아들여져 보석 중인 하카마다 이와오라는 장기사형수가 있다.

58) 일본형법에서는 구치라는 표현을 사용하고 있으나, 우리 형법에는 이와 같은 규정이 없으므로 이에 상응하는 구금이란 용어로 대체하여 사용할 수도 있을 것이다. 그러나 이 또한 형법규정에 없는 것이므로 본 논문에서는 형집행법 규정을 고려하여 수용이란 용어를 사용하기로 한다.

용이 집행되어진다는 점을 고려하면, 교정시설 내 수용은 넓은 의미에서 사형집행절차의 일환이 되므로 시효가 진행되지 않는다.

3.1.2 법조문의 ‘집행’을 ‘형을 선고한 재판의 집행’으로 해석 가능

우리 형법 제78조의 ‘그 집행을 받음이 없이’란 형이 확정된 자의 도주 또는 탈출 등으로 적법한 형의 집행이 불가능한 상태를 말한다. 교정시설에서의 적법한 집행이나 집행을 위한 대기상태로 경과한 시간은 여기에 해당하지 않는다. 따라서 사형확정자가 30년 이상 교도시설에 수용되어 있더라도 형의 시효는 완성되지 않는다는 것이다.⁵⁹⁾

일본의 소극설도 ‘형을 선고한 재판의 집행’이라고 해석하여 최고재판소판례의 입장에 동조하고 있다.⁶⁰⁾

3.1.3 일본 최고재판소판례의 소극설 논거

1948년 1월에 발생한 제국은행 강도살인사건의 사형수 히라자와(平沢貞通)와 관련하여 사형의 시효를 둘러싼 논란이 발생하였다. 지금까지 사형의 미집행에 따른 형 시효의 완성문제와 관련된 유일한 사안이므로 상세하게 소개하기로 한다.

손해배상청구사건의 원고(항소인·상고인) 히라자와는 소위 “히라자와 제국은행사건”의 범인으로 사형의 유죄판결을 받고, 그 판결은 1955년 5월 7일 확정되었다. 그 후 원한범죄인 점 등을 호소하면서 재심청구 및 사면 신청을 반복하였고, 그동안 감옥에 구치된 채 1985년 5월 7일 구치 30년이 경과하였다. 개정 전 일본 형법 제32조는 ‘시효는 형선고확정 후 다음의 기간 내 그 집행을 받음에 의해 완성한다. 1. 사형은 30년’이라고 규정하고 있었다. 원고 히라자와는 이 규정에 근거한 시효완성을 이유로 우선 인신보호청구에 근거한 석방을 청구하였으나, 제1심인 동경지방법원은 결정⁶¹⁾으로 청구를 기각하였으며 그에 대한 특별항고도 최고재판소 결정⁶²⁾으로 기각되었다. 그래서 시효완성일 다음날부터의 신병구속은 위법이라고 하면서 국가배상법에 근거하여 석방에 이르기까지 하루당 7,200엔의 손해배상을 국가에 청구하였다. 손해배상청구사건의 제1심과 제2심은 원고의 청구를 기각하였으며, 원고 히라자와가 상고하였으나 1987년 5월 옥중에서 사망하였다. 상고심도 재판관 전원 일치 의견으로 원고의 상고를 기각하였다.⁶³⁾

59) 김일수/서보학, 제11판 새로 쓴 형법총론, 박영사, 2006, 799쪽.

60) 大谷實, 앞의 책, 546쪽.

61) 東京地決 昭60・75・730 判時1152号 26쪽.

62) 最高裁決 昭60・77・719 判時1158号 28쪽.

3.1.3.1 제1심의 논지

히라자와 사건의 제1심은 사형의 시효가 진행되지 않는다는 입장을 취하면서 다음과 같은 논거를 제시하고 있다.

첫째, 개정 전 일본 형법 제32조의 ‘그 집행’이란 ‘형선고의 집행’ 즉 ‘형을 선고한 재판의 집행’을 의미하고, 원고의 신병구치는 형법 제11조 제2항에 근거하여 사형을 선고한 확정재판의 효력으로서 집행되는 것이므로, 구치가 계속되고 있는 한 시효는 진행하지 않는다.

둘째, 이 경우에 시효의 진행·완성을 인정함은 시효의 경과에 따라 형성된 사회적 사실관계·사실 상태를 하나의 질서로 보아 이를 존중하고 뒤엎지 않는 것이 사회적 안정에 이바지한다고 하는 시효제도의 취지에 합치하지 않는다.

셋째, 일본 형법 제33조의 시효정지 규정은 정지사유가 없으면 안 되는 경우도 시효가 진행한다고까지 선언한 것은 아니다.

넷째, 도주자와의 불균형은 형의 시효제도로부터 불가피하게 발생하는 것으로서 감수할 수밖에 없다.

다섯째, 30년이 경과한 후에 사형이 집행되더라도 (일본)헌법 제36조의 잔혹한 형벌에는 해당하지 않고, 또 구치는 법정되어 있으므로 죄형법정주의에도 반하지 않는다.⁶⁴⁾

3.1.3.2 제2심의 논지

제2심에서는 제1심의 5가지 논거에 동조하면서 아래와 같은 3가지 논거를 더 제시하고 있다.

첫째, 구치는 시효중단사유인 체포보다도 사형집행과 한층 밀접한 관계에 있고 시효의 진행과는 상반되는 사실 상태이다.

둘째, 검찰관이 형사소송법 제442조 단서에 의한 형의 집행정지 조치를 채택하지 않았다고 해서 구치가 허용되지 않게 되는 것은 아니다.

셋째, 30년간 사형을 집행하지 않았다고 해서 국가가 사형집행의 권리를 잃는 것은 아니다.⁶⁵⁾

63) 平成4年7月14日最高裁第3小法廷判決(昭和62年(オ)第311号 損害賠償請求事件).

64) 浅田和茂, 앞의 논문, 958-961쪽.

65) 浅田和茂, 위의 논문, 959쪽.

3.1.3.3 상고심의 논지

상고심도 제1심과 제2심의 판단을 그대로 받아들이고 있다.

사형 확정 재판을 받은 자가 개정 전 일본형법 제11조 제2항에 따라 감옥에 계속 구치되어 있는 경우에는 사형의 시효는 진행하지 않는 것으로 해석하는 것이 상당하다는 것이다.⁶⁶⁾

형의 시효는 형의 선고가 확정된 후 일정 기간 그 집행을 받지 않음으로써 완성되지만,⁶⁷⁾ 개정 전 일본형법 제11조 제2항 소정의 구치는 사형의 집행행위에 필연적으로 수반되는 전치절차이기 때문에 사형 확정 재판을 받은 자가 위 규정에 따라 구치되어 있는 동안은 확정 재판의 집행이 진행 중인 상태에 있는 것으로 사형의 시효는 진행하지 않는 것으로 해석되는 것이라고 판시하였다.

개정 전 일본형법 제32조에서 말하는 그 집행은 형의 언도의 집행 즉, “형을 선고한 재판의 집행”의 의미로 해석해야 한다. 사형 확정 재판을 받은 자가 위 규정에 따라 구치되어 있는 경우에는 시효제도의 취지대로 해석하는 것은 타당하지 않는 것으로 생각되기 때문이다.

시효 정지 제도⁶⁸⁾가 존재하기 때문에 또한 개정 전 일본형법 제11조 제2항 소정의 구치가 시효의 중단 사유⁶⁹⁾로 규정되어 있지 않기 때문에 사형 확정 재판을 받은 자가 구금되어 있는 동안에도 시효가 진행한다고 주장하지만, 개정 전 일본형법 제33조는 확정 재판의 집행이 법령에 의해 유예되거나 정지된 기간 내에는 시효가 진행하지 않는 것을 밝힌 것이라고 할 것이고 또한 형법 11조 2항 소정의 구치를 시효의 중단 사유로 규정해야 한다는 것은 이유 없다. 이 시효의 중단 사유로 규정되어 있지 않은 것은 아무런 위와 같은 해석에 아무런 방해가 되는 것이 아니다.

개정 전 일본형법 제11조 제2항의 규정에 따라 구치된 자의 형의 시효 완성을 인정할 수 없다고 하는 것은 도망한 자에게 형의 시효가 인정되는 것과 대비하여 균형을 상실한

66) 最高裁昭和六〇年(ク)第二五六号同年七月一九日第一小法廷決定・裁判集民事一四五号二七一頁.

67) 개정 전 일본형법 제32조(시효의 기간) 시효는 형의 선고가 확정된 후 다음의 기간 그 집행을 받지 아니함으로써 인하여 완성된다.

1. 사형에 대하여는 30년

68) 일본형법 제33조(시효의 정지) 시효는 법령에 의하여 집행을 유예하거나 또는 정지한 기간 내에는 진행되지 아니한다.

69) 일본형법 제34조(시효의 중단) ① 사형, 징역, 금고 및 구류의 시효는 형의 선고를 받은 자를 그 집행을 위하여 구속함으로써 중단된다.

② 벌금, 과료 및 몰수의 시효는 집행행위를 함으로써 중단된다.

것이라는 관점에서 말한 것에 불과하다. 따라서 상고인에 대해서는 개정 전 일본형법 제32조 규정이 적용되어야 함을 말하는 것이다.

개정 전 일본형법 제11조 제2항 소정의 구치는 사형의 집행 행위에 필연적으로 수반되는 전치 절차로서 사형 집행에 이르기까지 계속해야 것으로서 법정되어 있는 것이다. 따라서 구치 후에 사형을 집행하는 것은 헌법 제36조에서 말하는 잔인한 형벌에 해당하지 않는 것이 분명하다.⁷⁰⁾ 또한 원심이 확정한 사실 관계에 의하면 상고인은 사형 판결 확정 후, 원심 구두 변론 종결 시까지 열일곱 번의 재심 청구 및 다섯 번의 사면 출원을 하였는데, 이와 같은 위 재심 청구 및 사면 출원의 결과로 인하여 그 절차가 진행되는 기간을 제외하면 위 사형 판결 확정 후 기간은 불과 82일만에 불과했다는 것이기 때문에 위와 같은 사실 관계 아래에서는 상고인에 대한 구치가 상당히 장기간에 미친 것에도 부득이한 사정이 있는 것으로 보아야 한다.

상고인에 대한 형의 집행이 불법이 되어야 할 이유가 없다. 위 형의 집행이 위법임을 전제로 하는 위헌 주장은 그 전제를 결하였으므로 논지는 채용할 수 없다고 최종판단하였다.⁷¹⁾

3.2 형의 시효가 진행된다는 견해(적극설)

사형의 선고 받은 자가 관련법 규정에 의하여 교도소나 구치소에 수용되는 경우에도 사형의 시효는 진행된다는 입장이다. 일본에서는 적극설의 입장이 일부 발견되나, 우리나라에서는 적극설의 입장을 찾아보기 어렵다. 따라서 필자들은 우리 형법의 해석을 통해 다음과 같은 적극설의 논거를 제시하였다.

3.2.1 시효제도의 취지에 기초한 법조문해석으로 석방 가능

사형의 미집행으로 인한 장기간에 걸친 구치의 주된 원인은 오판·원죄의 염려가 불식될 수 없음으로 인해 ‘신중을 기한 탓’이다. 이에 대해서는 재심이나 사면과 같은 구제책도 방법이었던지만, 히라자와 사안에서는 시효완성을 이유로 한 석방이 해석으로서 가능하였기 때문에 그것을 활용해야 했을 것이라고 한다.⁷²⁾

70) 前掲 最高裁昭和六〇年七月一九日第一小法廷決定.

71) 最高裁昭和六〇年(ク)第二五六号同年七月一九日第一小法廷決定・裁判集民事一四五号二七一頁.

72) 浅田和茂, 앞의 논문, 961쪽.

사형수를 30년간 교도소에 구치한다고 하는 것 자체가 법이 예상하고 있지 않았던 사태이며, 헌법의 개인 존중의 사상에 비추어 법조문의 해석으로 가능한 이상 사형의 시효완성을 근거로 석방했어야 한다고 본다.⁷³⁾ 특히 지배적인 견해에 기초한 시효제도의 취지와 관련하여, 소극설이나 판례가 일정기간의 경과와 더불어 형성된 사회적 사실 관계, 장기간 계속된 사실 상태를 하나의 질서로 보아 그 질서를 존중하여 이를 뒤집지 않는 것이 오히려 사회적 안정에 이바지한다고 하는 것을 시효제도에 공통된 이념이라고 하며, 사형판결을 받은 자가 구치되어 있는 경우에 ‘범인은 사형을 선고한 확정재판의 집행으로서 사형집행의 절차의 일환으로 구금되어 있는 것이며, 확실히 사형집행을 받아야 할 자로서 일관되게 다루어지고, 일반사회로부터 격리되어 있는 것’이며, 따라서 시효는 진행하지 않는다고 하는데, 실은 이러한 시효제도의 취지가 피구치자에게 시효의 진행을 인정하지 않는 결론과는 조화되지 않는다고 한다.

사실상태, 즉 사실상 질서는 국가법의 입장에서 본 규범적 질서, 당위 질서와는 다르기 때문이다. 피구치자는 당위질서에 있어 ‘사형집행을 받아야 하는 자’로서 다루어지지만, 그럼에도 불구하고 사실로서 사형집행을 받은 일이 없었다고 하는 사실상태가 계속되었기 때문에 이 사실상태가 30년간 계속된 경우에는 ‘사형집행을 받아야 하는 자’로 보는 규범적 질서, 당위질서를 소멸시키는 것이 사실상의 질서의 존중, 시효의 완성을 인정하는 취지라고 해야 한다는 것이다.⁷⁴⁾

또한 시민 일반의 “규범감정완화”라는 측면에서 도주한 사형수와 비교해 볼 때, 오늘날과 같이 매스미디어가 발달한 상황에서 재판의 공정성을 확신하는 경우 도주사형수에 대한 일반의 분노는 완화되거나 망각되기보다는 기억될 것이며, 특히 시효완성이 임박한 경우 매스미디어의 영향 등으로 더욱 선명해질 것이다.

반면에 언제 사형이 집행될 것인가 매일 죽음의 공포에 직면하면서 30년의 구속을 감당해 온 자에 대하여는 측은지심을 가질 수 있을 것이다. 즉 사회일반에 있어서 중요한 것도 도주범이나 구치된 사형수이냐에 달린 것이 아니라 사형집행을 받지 않고 30년을 보냈다는 사실의 중요도라는 것이다.⁷⁵⁾

시간의 흐름 그 자체만이 시효의 요건이며, 시효의 완성을 위하여 규범감정완화와

73) 佐藤昭夫, “30年間の拘置と死刑の時効 - 平沢貞通氏の人身保護請求事件、東京地裁昭和60年5月30日決定に関連して-”, 早稲田法学 61-2, 1986, 2쪽; 같은 취지의 상세한 판례평석으로 島倉隆, 刑事判例研究(3) 法学新報 第93卷 第6・7・8號, 中央大学刑事判例研究会, 1987, 191쪽 이하 참조.

74) 佐藤昭夫, 앞의 논문, 7쪽.

75) 佐藤昭夫, 위의 논문, 9쪽.

같은 이른바 “시간의 흐름+ α (알파)”의 공식을 세우는 것은 잘못이다. 또 사형의 시효완성과 관련하여서 마치 도주자와 구치자 두 종류가 있다는 식의 사고방식을 갖고 형을 집행할 수 없는 경우와 집행을 하지 않는 것을 구분하는 것은 옳지 않은 방법이다. 시효의 요건은 단적으로 ‘형을 집행할 수 없는 것이 아니라 집행하지 않는 것’이다. 그리고 사형의 시효와 관련하여 도주자만 염두에 두었다가 예상치 못한 ‘시효완성기간을 넘는 30년 구치자’ 사안에 직면하여 구치를 사형집행과 동일시하고 시간의 흐름과 결부된 사실상태가 두 가지가 있는 것 같은 논리로 이 문제를 돌파하려 하였으나 악순환논법에 빠지고 있다는 점을 지적하고 있다.⁷⁶⁾

3.2.2 법조문의 ‘집행을 받음이 없이’는 ‘형의 집행을 받음이 없이’로 해석 가능

우리 형법 제78조의 ‘집행을 받음이 없이’라 함은 형이 확정된 자의 도주 또는 탈출 등으로 적법한 형의 집행이 불가능한 상태를 말하며,⁷⁷⁾ ‘시효기간 중에 시효의 중단 또는 정지가 없었던 것’을 의미한다는 견해⁷⁸⁾도 있으나, ‘형의 집행을 받음이 없이’라고 해석하는 견해⁷⁹⁾가 타당하다.

일본에서도 일본형법 제32조의 ‘그 집행’의 문리해석과 관련하여 적극설은 이를 ‘사형, 즉 교수형의 집행’이라고 해석하고 있다.⁸⁰⁾ 적극설의 입장은 형법상 다른 용어사용례와 비교해 보더라도 집행은 형의 집행을 의미하며 재판에 대하여 사용되지 않음을 지적하며 그것이 “형을 선고한 재판의 집행”이라는 이유로 “형의 집행”과 내용적으로 별개라고 하는 것은 부자연스러운 견강부회라고 단정한다. 형의 시효는 형의 집행을 받지 않음에 의해 완성된다고 해석하는 것이 타당하지 않느냐는 것이다.⁸¹⁾

3.2.3 특수한 별개의 구금행위로서의 교정시설 내 수용

생명형인 사형을 집행한다는 것은 교도소에서 교수하여 생명을 단절시키는 처분을 의미하는 것이고, 그 전단계인 수용처분까지도 사형집행행위의 내용을 구성한다고 할 수는 없다. 사형확정자의 교정시설 내 수용은 고유한 의미의 형벌이 아닐 뿐만 아니라

76) 島倉隆, 앞의 논문, 191쪽 이하 참조.

77) 김일수/서보학, 앞의 책, 799쪽.

78) 신동욱 외 7인 공저, 형법총론, 한국사법행정학회, 1978, 545쪽.

79) 백형구, 앞의 논문, 33쪽.

80) 大谷實, 앞의 책, 546쪽.

81) 佐藤昭夫, 앞의 논문, 5쪽 이하 참조.

수사나 재판절차가 아직 종결되지 아니한 상태의 미결구금이라고도 볼 수 없고⁸²⁾ 사형 집행행위에 필수적으로 부수되는 전치절차로서 형법이 형벌의 내용으로 정한 일종의 독특한 구금행위일 뿐이다.⁸³⁾ 즉 이러한 수용은 사형집행행위와 단절된 별개의 구금행위이고, 기타 시효의 중단사유나 시효정지사유에 해당하지도 않으므로 사형의 시효는 진행되어야만 한다고 해석하는 것이 옳다.

이를 상론하면 첫째, 사형확정자에 대한 교정시설 내 수용이 사형집행을 위한 필수적 전치절차로서가 아니라 사실상 사형폐지정책으로 인하여 사형집행대신 교정시설 내에 수용함에 그쳐 실질적으로 징역형을 집행하려는 의사에 의한 것이라면, 이러한 수용은 사형집행행위와 단절된 별개의 구금행위로서 사형의 시효는 진행되어야만 한다. 즉, 사법기관인 법원이 선고한 “사형”을 형 집행기관인 행정부가 임의적으로 “자유형(징역이나 금고)”으로 형을 변경하고, 그 집행도 사형 대신에 자유형으로 대체하는 것에 다름이 아니다. 이는 우리 헌법이 채택한 권력분립주의에 위배되어 위헌이라 아니할 수 없고, 그러한 목적의 수용은 이미 정당성을 상실하였다 아니할 수 없다. 따라서 이러한 부당한 수용으로써 사형의 시효 진행을 막을 수는 없다고 할 것이므로 이런 경우에는 사형의 시효가 진행되어야 한다.

둘째, 도주한 사형수의 경우와 비교해 보더라도 교정시설 내에 수용되어 있는 사형확정자에게 시효가 진행되지 않는다고 해석하는 것은 정당한 이유 없이 특별하게 불리한 축소해석을 하는 것에 다름 아니므로 죄형법정주의에도 위반될 소지가 다분하다 할 것이다.

3.2.4 사형미집행의 시효정지사유 및 시효중단사유 미해당

우리 형법 제79조 제1항은 시효정지사유로서 “시효는 형의 집행유예나 정지 또는 가석방 기타 집행할 수 없는 기간은 진행되지 아니 한다”고 규정하고 있다. 기타 집행할 수 없는 기간이란 천재지변 등의 불가항력적 사유로 인하여 형을 집행할 수 없는 기간을 말하며, 형의 선고를 받은 자의 도주 또는 소재불명의 기간은 이에 해당하지 않는다.⁸⁴⁾ 시효의 정지는 정지사유가 소멸하면 잔여시효기간이 진행한다는 점에 특색이 있다. 법원에 의한 사형선고가 확정되었고, 헌법재판소나 대법원이 사형제도를 합헌으로 확인하

82) 미결구금상태로 파악하는 견해로 김일수/서보학, 앞의 책, 799면.

83) 이러한 주장은 사실 위 일본 히라자와 사건의 피고인이었던 인신보호 청구자측에서 제기하였던 것이다. 島倉隆, 앞의 논문, 180-181쪽.

84) 임웅, 앞의 책, 690쪽.

고 있어 사형집행에 아무런 장애사유가 없음에도 불구하고 사형을 집행하지 않는 것은 형법 제79조 제1항의 “기타 집행할 수 없는 기간”으로 볼 수 없고 따라서 시효정지 사유가 될 수 없다.⁸⁵⁾

우리 형법 제80조는 시효중단사유로서 “시효는 사형, 징역, 금고와 구류에 있어서는 수형자를 체포함으로, 벌금, 과료, 몰수와 추징에 있어서는 강제처분을 개시함으로 인하여 중단된다.”고 규정하고 있다. 시효가 중단되면 이미 경과한 시효의 효과가 시효개시시로 소급하여 상실된다는 점에 시효중단의 특색이 있다. 따라서 시효중단의 사유가 소멸되면 새로이 시효의 전 기간이 경과되어야 시효가 완성된다. 형법 제80조 규정에 따라 사형의 경우 수형자를 체포함으로써 시효는 중단된다.

체포라 함은 사형 또는 자유형의 집행을 위하여 수형자의 신체를 구속하는 것을 말한다.⁸⁶⁾ 검사가 발부한 형집행장에 의하여 수형자를 구인한 경우(형사소송법 제473조 제2항, 제3항)는 물론, 검사의 소환에 응해서 임의로 출석한 수형자를 검사의 형집행지휘에 의하여 수감한 경우도 본조의 체포에 해당한다.⁸⁷⁾ 형의 집행 중 도주한 수형자를 교도관이 도주 후 72시간 이내에 체포한 경우(형집행법 제103조)도 형의 시효가 중단된다.

“체포”의 문언 상 의미는 아직 신체구금에 이르지 아니한 자에 대하여 체포영장, 형집행장, 구속영장 등에 의하여 시설에 일시 구금하는 것으로서 위 조문은 사형수가 도망한 것을 전제로 하여 그 적용을 예정한 것이라 볼 것이다. 따라서 사형확정자가 신체구금상태에서 재판을 받고 형 확정시에도 그 구금을 유지한 상태라면, 형법 제80조의 시효중단 규정을 적용할 여지가 없다. 설사 도주한 사형확정자의 경우에도 사형의 집행을 전제로 하지 아니한 체포는 제80조의 문언에도 불구하고 그 규범성을 상실하여 사형시효의

85) 여기서 잠깐 일본에서의 논의를 살펴보기로 한다. 개정 전 일본형법 제33조의 시효정지와 관련하여 사형의 미집행 기간 형의 시효가 진행된다는 적극설은 “정지조치가 없는 이상 시효는 진행하지 않는다.”고 함에 반하여, 사형의 미집행 기간 형의 시효가 진행되지 않는다는 소극설은 이 규정은 “정지하면 진행하지 않는다.”는 규정일 뿐이고 시효가 처음부터 진행하지 않은 이상 정지의 문제는 생기지 않는다고 한다. 적극설의 입장에서 특히 일본형사소송법 제442조의 재심청구의 경우에 있어서의 ‘형의 집행정지’와 관련하여 사형사건의 재심청구단계에서는 석방을 의미하는 구치의 정지는 일반적으로 고려되지 않는다는 점에 주목한다. 즉 검찰관이 재심청구의 경우에 집행정지(교수의 정지)의 조치를 취하는 경우 시효를 정지하는 것이 가능하나 그 조치를 취하지 않는 이상 시효는 진행하는 것으로 생각하는 것이 합리적이라고 본다. 반면 소극설 입장에서 이 사건의 제1심이나 최고재판소는 사형의 경우에는 교수의 정지 외에 구치의 정지를 포함한다고 보고 있다.

86) 이상/윤남근, 앞의 책, 755쪽; 1992년의 형법개정법률안 제83조 제1항에서 ‘체포’를 ‘구속’으로 수정하였다(법무부, 형사법개정자료, 91쪽).

87) 백형구, 앞의 논문, 32쪽.

중단사유로 볼 수 없을 것이다.⁸⁸⁾

3.3 소결

지금까지 사형의 미집행기간 중에도 형의 시효가 진행되는지 여부에 대해 살펴보았다.

사형의 시효에 관한 규정이 실제로 거의 발생할 가능성이 없는 “판결확정 후의 도주자”를 염두에 둔 규정이었으며, 일본의 히라자와 사건처럼 사형판결 확정 후 30년간 수감된 자의 문제는 입법자가 예상하지 않은 사태였다는 점이다.

한편 일본의 히라자와 사건에서는 시효의 문제와 별개로 일본형법 제36조의 ‘잔혹한 형벌’⁸⁹⁾에 대한 문제제기도 이루어졌는데, 이는 사형 그 자체 또는 사형의 집행방법과 관련된 ‘원론적 의미’의 사형의 잔혹성 문제가 아니라 ‘30년이란 장기간의 구치 후의 사형집행의 잔혹성’⁹⁰⁾ 문제였는데 판례는 이에 대한 실질적 판단을 하지 않았다.⁹¹⁾ 그러나 이 문제 역시 시효와 전혀 무관한 문제라고 할 수는 없는데, 왜냐하면 시효의 완성을 인정할 경우 사형집행을 촉진하는 결과를 초래할 수 있다는 우려를 완전히 배제할 수는 없기 때문이다.

적극설이나 소극설 모두 사형미집행상태에서의 교정시설 내 수용을 사형집행을 위한 전치절차로 파악한다는 점에서는 동일하다. 소극설이 사형미집행에 대해 형의 시효가 진행되지 않는다고 내세우는 논거 자체도 형법조문의 해석에 의하고 있다. 그러나 우리 형법 제77조에서 사형도 다른 형벌과 동일하게 그 시효기간을 정해놓고 있으므로, 사형

88) 개정 전 일본형법은 제34조의 시효중단과 관련하여, 적극설은 사형을 위한 구치는 ‘체포’에는 해당하지 않으므로 시효는 중단되어 있지 않다고 함에 반하여, 소극설은 구치는 체포 이상으로 사형집행과 밀접한 관계에 있고 시효의 진행과는 상반되는 사실 상태라고 한다. 적극설의 입장에서 이러한 소극설의 해석은 피처분자에게 불이익을 주는 규정인 시효중단규정에 관한 유추해석이라고 비판한다.

89) 우리나라 헌법에는 잔인하고 이상한 처벌(cruel and unusual punishment)을 금지하는 미국 헌법 제8 수정조항과 같은 조항도 없으며, 사형을 적극적으로 인정하는 조항도 없다. 다만 헌법 제100조 제4항 단서 조항은 비상사태의 군사재판을 전제로 하여 사형을 인정하는 표현을 사용하고 있다. 조국, 앞의 논문(사형폐지 단계적 실천방안), 3쪽에서 재인용.

90) 국제앰네스티 한국지부 홈페이지 <<http://amnesty.or.kr/8610/>>에서 확인한 바에 따르면 일본에서는 1968년 이래 45년간 교정시설에 수용되었다가 최근 재심이 받아들여져 보석 중인 하카마다 이와오라는 장기사형수가 있다. “하카마다는 45년이 넘도록 매일매일 자신이 언제 처형당할지도 모른 채 끊임없는 죽음의 공포 속에 살아왔다. 이것은 이미 잔인하고 비인간적인 처벌에 정신적인 고문까지 더한 것이다”고 국제앰네스티는 비판하고 있다.

91) 鳥倉隆, 앞의 논문, 195쪽.

을 제외한 다른 형벌의 경우에는 시효가 진행되어 완성된다고 하면서 사형미집행상태에서 수용만을 형의 시효에서 제외하는 것은 수궁하기 어려운 해석이라 할 수 있다. 범죄에 대한 법적 효과는 공형벌, 즉 국가형벌권의 발동이다. 따라서 시효도 유죄선고를 받은 모든 범죄자에게 동일하게 적용되어야 하기 때문이다.

IV. 나오는 말

사형은 폐지되어야 한다는 주장⁹²⁾이 날이 갈수록 그 세가 확산일로에 있음은 부인하기 어렵다. 그러나 현행법상 사형제도가 엄연히 존치하고 있으며 그에 따른 시효규정도 두고 있어, 사형미집행에 따른 여러 가지 문제점들에 대해서는 현재의 법제도 안에서 분명하게 논의되어야 할 것이다.

사형확정자에 대한 교정시설 내 수용이 사형집행을 위한 필수적 전치절차로서가 아니라 사실상 사형폐지정책으로 인하여 사형집행대신 교정시설 내에 수용함에 그쳐 실질적으로 징역형을 집행하려는 의사에 의한 것이라면, 이러한 수용은 사형집행행위와 단절된 별개의 구금행위로서 사형의 시효는 진행되어야만 한다. 즉, 사법기관인 법원이 선고한 “사형”을 형 집행기관인 행정부가 임의적으로 “자유형(징역이나 금고)”으로 형을 변경하고, 그 집행도 사형 대신에 자유형으로 대체하는 것에 다름이 아니다. 이는 우리 헌법이 채택한 권력분립주의에 위배되어 위헌이라 아니할 수 없고, 그러한 목적의 수용은 이미 정당성을 상실하였다 아니할 수 없다. 따라서 이러한 부당한 수용으로써 사형의 시효 진행을 막을 수는 없다고 할 것이므로 이런 경우에는 사형의 시효가 진행되어야 한다.

법원에 의한 사형선고가 확정되었고, 헌법재판소나 대법원이 사형제도를 합헌으로 확인하고 있어 사형집행에 아무런 장애사유가 없음에도 불구하고 사형을 집행하지 않는 것은 형법 제79조 제1항의 “기타 집행할 수 없는 기간”으로 볼 수 없고 따라서 시효정지 사유가 될 수 없다.

형법 제80조의 규정의 체포는 사형집행에 선행되는 필수적 전치절차로서 신병확보를 위한 불가피한 조치이고, 그 자체가 형 집행이 아니므로 사형집행과는 다른 별개의 조치

92) 사형폐지에 관해서는 조현욱, “사형폐지에 관한 소고”, 사회과학연구 제16집, 한남대학교 사회과학연구소, 2008, 35-47쪽 참조.

이다. 체포는 사형집행을 위한 전단계로서의 밀착성과 연관성이 인정되는 범위 내에서만 시효중단사유가 될 수 있다고 해석해야 한다. 그러므로 사형집행 의사는 없이 단순히 체포만 하고자 하는 경우 또는 징역형만을 집행하고자 하는 경우에는 사형의 시효중단사유가 될 수 없다. 따라서 현행법에 의하여 선고된 사형은 정당한 사유 없이 집행되지 않고 30년이 경과한 경우에는 설사 사형확정자가 교정시설 내에 수용 중이라도 시효가 완성되었다고 보아야 한다.

사형이 집행되거나 사형이 폐지된다면 사형의 시효 진행문제도 자연스럽게 정리가 될 것이다.

현재 법무부의 태도는 사형집행을 바라는 국민의 법감정도 사형폐지를 원하는 국민의 법감정도 모두 수용하지 못하는 어정쩡한 자세에서 벗어나지 못한 것으로 보인다.

위에서 논증한 바와 같이 ‘유럽평의회 범죄인인도협약 및 형사사법공조협약’ 제11조라는 실정법적 이유와 사형폐지국의 지위에 있는 현재의 우리나라 상황에서는 사형집행은 상당 기간 매우 어려울 것으로 판단된다. 그러나 현행법상 사형제도가 엄연히 존치하고 있고, 사형의 시효인 30년이 다 되어가는 현재 시점에서는 시효가 완성되기 전에 이에 대한 명확한 입법정책이 시급히 수립되어야 한다. 만약 이에 대한 입법조치 없이 그냥 방치할 경우 헌법과 형사사법질서에 대혼란을 초래할 수도 있을 것이다.

사형의 장기미집행 문제를 두고 여러 가지 백가쟁명식 논쟁이 등장할 수 있으나, 현실적인 해결방안을 모색하는 것이 현재로서는 최선의 방안일 것이다. 본 논문에서의 문제제기로 시효연장 내지 시효규정 자체의 삭제여부에 대한 검토는 물론 현재도 논란이 되고 있는 사형범죄의 시효 배제규정의 신설⁹³⁾문제도 본격적으로 다루어지는 계기가 되기를 바란다.

93) 대안으로 다음과 같은 사형시효배제규정의 신설을 생각해 볼 수 있다. 형법 제77조(시효의 효과) 형의 선고를 받은 자는 시효의 완성으로 인하여 그 집행을 면제된다. 단, 사형은 제외한다. 형법 제78조(시효의 기간) 시효는 형을 선고하는 재판이 확정된 후 그 집행을 받음이 없이 다음의 기간을 경과함으로써 인하여 완성된다. 단, 사형은 시효의 적용을 받지 아니한다.

참고문헌

1. 단행본

- 권오길, 형법총론, 형설출판사, 2005.
- 김대휘/임웅(편집대표 박재운), 주석형법 제2판 [형법총칙(1)] §1-§24, 한국사법행정학회, 2011.
- 김성천 외, 형법총론 제5판, 소진, 2012.
- 김일수/서보학, 제11판 새로 쓴 형법총론, 박영사, 2006.
- 이상/윤남근(편집대표 박재운), 주석형법 제2판 [형법총칙(2)] §25-§86, 한국사법행정학회, 2011.
- 박학모, 형의 시효 및 소멸 제도에 관한 연구, 연구총서 10-15, 한국형사정책연구원, 2010.
- 박학모/김유근/허상구, 형사정책과 사법제도에 관한 평가연구(VI) 형법총칙개정에 관한 국제비교·평가연구, 형사정책연구원 연구총서, 한국형사정책연구원, 2013.1.
- 배종대, 제7판 형법총론, 홍문사, 2004.
- 법무부, 형사법개정자료(XIV) 형법개정법률안 제안이유서, 법무부, 1992.10.
- 손동권/김재운, 새로운 형법총론, 율곡출판사, 2011.
- 신동운, 형법총론, 법문사, 2001.
- _____, 간추린 신형사소송법[제6판], 법문사, 2014.
- 신동욱 외 7인 공저, 형법총론, 한국사법행정학회, 1978.
- 이정원, 공개 제1판 형법총론, 2008.
- 임웅, 형법총론[제6정판], 법문사, 2014.
- 장규원/강동욱, 연구총서 06-1 형법총칙 비교법 자료집, 한국형사정책연구원, 2006.12.
- 조현욱, 형법총론강의, 진원사, 2007.
- 大谷 實, 刑法講義總論 新版第3版, 成文堂, 2010.
- 高橋則夫, 刑法總論 第2版, 成文堂, 2013.

2. 학술지

- 국제앰네스티 한국지부(역), Amnesty International, 연례 사형현황 보고서 2013년 사형선고와 사형집행, 2014.3.27, 1-32쪽.
- 남선모, “死刑不執行에 따른 問題點 考察”, 법학연구 제43집, 한국법학회, 2011, 173-193쪽.
- 백형구, “刑의 時效”, 사법행정 1986년 7월호, 한국사법행정학회, 1986, 27-34쪽.
- 이덕인, “사형제도에 대한 연구 : 일본의 현상과 문제점”, 형사정책 제22권 제1호, 한국형사정책학회, 2010, 293-318쪽.
- _____, “동북아시아 사형제도의 국제 동향과 미래 예측”, 형사정책 제24권 제3호, 한국형사정책학회, 2012, 273-297쪽.
- 조국, “사형 폐지를 위한 단계적 실천방안 제언”, 2008 한국인권사회복지학회 춘계학술논문집, 한국인권사회복지학회, 2008, 1-13쪽.
- _____, “사형폐지 소론”, 형사정책 제20권 제1호, 한국형사정책학회, 2008, 301-323쪽.
- 조균석, “사형확정자의 수용과 사형집행”, 이화여자대학교 법학논집 제13권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009, 51-67쪽.
- 조현욱, “사형폐지에 관한 소고”, 사회과학연구 제16집, 한남대학교 사회과학연구소, 2008, 35-47쪽.
- 홍영기, “형사법상 시효의 정당화근거”, 형사법연구 제23권, 한국형사법학회, 2005, 198-223쪽.
- 島倉隆, “1. 死刑の確定判決を受けた者が刑法11条2項に基づき拘置されている場合における死刑の時効の進行の有無 2. 死刑の確定判決を受けた者につき長期間にわたる拘置を継続したのちに死刑を執行することと憲法36条にいう「残虐な刑罰」(最決昭和60. 7.19),” 刑事判例研究(3) 法学新報 第93卷 第6・7・8號, 中央大学刑事判例研究会, 1987.5, 177-196쪽.
- 浅田和茂, “死刑確定裁判後の拘置と死刑の時効の進行等(最判平成4.7.14)”, 民商法雑誌 107(6), 有斐閣, 1993.3, 958-961쪽.
- 佐藤昭夫, “三〇年間の拘置と死刑の時効—平沢貞通氏の人身保護請求事件、東京地裁昭和六〇年五月三〇日決定に関連して—”, 早稲田法学 61(2), 1986.1.30, 1-18쪽.

3. 신문기사

김종민, “두 번째 합헌결정’ 숫자로 본 사형제”, 뉴시스, 2010. 2. 25.

전수용, “17년간 사형집행·4년간 사형선고 없어… 사형수 58명 중 외국인은 중국인
2명뿐”, 프리미엄 조선일보, 2014. 8. 8.

하승완, “형벌로서의 사형”, 광주매일신문, 2014. 8. 25.

[Abstract]

Mismatch between Long-term Non Execution of Death Penalty and Prescription of Punishment

-Death Penalty, That is to Say Thirty Years Imprisonment?-

Kim, Young-Cheol*

Cho, Hyun-Wook**

This Article goes on the Mismatch between long-term non execution of Death penalty and prescription of punishment.

In Criminal Act Article 77 regulate “A person who has been sentenced guilty shall be relieved of the execution thereof by reason of the completion of the period of prescription”. And period of prescription is completed when judgment of guilt has not been executed for Thirty years period, in the event of death penalty after the judgment has become final.

The right to prosecute is subject to time limit of 30 years if the offence is punishable by death penalty.

There is controversy about the age of the type that has completed 30 years elapsed if the death penalty is not enforced.

The legal scholar has two positions, namely positive and negative theories.

According to our opinion prescription of punishment is completed when the lapse of 30 years without executions.

Because there is also no reason to exclude the completion of prescription of punishment.

We have not heretofore explicit provision for this. So we need a legislative amendment for exclusion or deletion of prescription of punishment.

It is necessary to continue research for this.

* Professor, Konkuk University Law School

** Academic Research Professor, The Institute of Legal Studies, Konkuk University

[Key Words] Death penalty, long-term non execution of Death penalty, prisoners on death row with fixed penalty, prescription of punishment, exclusion of prescription of punishment