형법 총칙 개정 공청회

2010. 8.

법 무 부

공청회 진행일정

개회식 13:30 ~ 13:50

○ 개회선언

○ 인사말씀 / **이귀남** 법무부장관

○ 축사 / **이재상** 형사법개정특별분과위원회 위원장

제1부 13:50 ~ 15:50

사회 : **배종대** 고려대 교수

○ 공범규정의 개정 / **장영민** 이화여대 교수

• 지정토론 / **이승호** 건국대 교수, **최태은** 서울남부지검 검사

○ 실무운영사례를 통하여 본 작량감경규정의 비판적 고찰 및 개선방안 / **노명선** 성균관대 교수

• 지정토론 / **한영수** 아주대 교수, **손철우** 서울고법 판사

• 자유토론 및 질의응답

휴 식 15:50 ~ 16:10

제2부 16:10 ~ 18:10

사회 : **허일태** 동아대 교수

○ 형벌제도의 정비 / **김성돈** 성균관대 교수

• 지정토론 / **천진호** 동아대 교수, **김학자** 대한변협 변호사

○ 보호감호 처분의 재도입 및 보안처분 제도의 형법편입 / **김일수** 고려대 교수

• 지정토론 / **신양균** 전북대 교수, **강동범** 이화여대 교수

• 자유토론 및 질의응답

인·사·말·씀

여러분, 반갑습니다.

오늘 학계와 실무계 등을 대표하는 여러분들을 모시고 '형법 총칙 개정 공청회'를 개최하게 된 것을 매우 기쁘게 생각합니다.

오늘 공청회가 있기까지 물심양면으로 지원해 주신 이재상 위원장님을 비롯한 형사법특위위원 여러분과 이 자리에 참석하신 많은 분들에게 진심으로 감사를 드립니다.

아시다시피 1953년에 형법이 제정된 이래 여러 차례 부분적인 정비작업이 이루어져 왔습니다.

하지만, 형법의 적용범위나 죄의 성립, 형의 종류 등을 규정한 총칙 부분에 대한 개정은 거의 이루어지지 않습니다.

그 결과 상당수 형법 총칙 조항들이 발전된 형법이론을 반영하지 못하거나 국민의 법의식 등과 괴리가 발생하는 경우도 있었습니다.

이에 따라 법무부는 2007년 6월 학계와 실무계 등 각계 권위자들을 망라하여 형사법개정특위를 확대·개편한 후 형법 총칙 등 개정작업을 광범위하게 진행해 왔습니다.

그간 형사법개정특위에서 3년여 동안 수십 차례의 심도 있는 논의를 거쳐 이번 형법 총칙 개정 시안을 마련하였습니다.

그리고 이번 공청회에서 개정시안 중에서도 학계와 실무계는 물론 일반인도 높은 관심을 가질만한 주제들에 대해 논의를 진행합니다.

공범이나 작량감경 규정, 형벌제도의 정비, 보호감호 처분 재도입 문제 등은 하나같이 사회적 관심이 집중된 주제들이라 생각합니다.

오늘 발표자와 토론자들께서 각 주제들에 대해 다양한 견해들을 제시해 주실 것으로 알고 있습니다.

법무부는 오늘 제시된 견해들과 각계 의견을 폭넓게 수렴하여 우리 현실에 가장 적합한 형법 총칙 개정안을 마련하도록 하겠습니다.

아울러 오늘 공청회에 참석해 주신 여러분께서도 좋은 의견이 있으시면 언제든지 법무부에 제출해 주실 것을 부탁드립니다.

여러분의 소중한 의견들은 모두 우리나라 형사법 발전을 위한 귀중한 자산들이 될 것입니다.

오늘 이 자리를 빌려 오랜 동안 개정시안 마련을 위해 노력해 주신 형사법개정특위위원님들께 진심으로 감사를 드립니다.

위원님들의 노고는 우리나라 형사법 분야 발전에 큰 초석이 될 것이라 믿습니다.

앞으로도 형사법 분야 발전을 위해 애써주실 것을 부탁드립니다.

법무부도 필요한 지원을 아끼지 않겠습니다.

마지막으로 오늘 공청회에 참석해 주신 분들께 다시 한 번 감사 인사를 드립니다.

모두 건강하시고, 여러분 가정에 항상 행복이 가득하시기를 빕니다. 감사합니다.

2010. 8. 25.

법무부장관 **이 귀 남**

축 · 사

여러분, 안녕하십니까?

형사법개정 특별분과위원회 위원장 이재상 교수입니다.

오늘 학계와 실무계의 전문가 여러분들을 모시고 '형법 총칙 개정 공청회'를 개최하게 된 것을 매우 뜻 깊게 생각합니다.

우리 형법이 1953년에 제정되어 이제 60년 가까운 세월이 흘렀습니다.

그간 수차 부분적인 개정이 이루어졌지만 변화된 사회환경이나 국민 법의식 등을 반영하여 대대적으로 다시 정비해야 한다는 국민적 요구가 높았던 것도 사실입니다.

이런 요구에 따라 2007년 6월 형사법개정 특위가 확대 · 개편된 이래 저희 특위에서는 시대변화에 발맞춘 형사법 개정안 마련을 위해 심도 있는 논의를 계속 해왔습니다.

그 결과 이번에 우선적으로 형법총칙 개정시안을 마련하여 오늘 공청회를 개최하게 되었습니다.

오늘은 사회적 관심이 집중되어 있는 네 가지 주제들을 집중 논의할 것입니다.

공범과 작량감경 규정, 형벌제도 정비와 보호감호처분 재도입 문제는 학계는 물론이고, 실무계와 일반인에게도 큰 영향을 미칠 수 있는 중요한 주제들이라고 생각합니다.

중대한 주제들인 만큼 발표자와 토론자는 물론이고 참석자들 모두가 다양하고 건설적인 의견들을 제시해 주시기를 기대합니다.

공청회를 통해 제시된 각계의 좋은 의견들은 앞으로 법무부에서 형법총칙 개정안을 확정하는데 큰 도움이 될 것으로 생각합니다.

형사법개정특위 위원들을 대표하여 오늘 공청회에 참석해 주신 여러분 모두에게 깊은 감사의 인사를 드립니다.

모두들 항상 건강하시고, 두루 행복하시기 바랍니다.

감사합니다.

2010. 8. 25.

형사법개정 특별분과위원회 위원장 **이 재 상**

Contents

제 1 부 / 사회 : **배종대** 고려대 교수

주 제 발 표 / **공범규정의 개정**
신동운(서울대 교수) ····· 1

지정토론문 / **이승호**(건국대 교수) ····· 59
최태은(서울남부지검 검사) ····· 73

주 제 발 표 / **실무운영사례를 통하여 본 작량감경규정의 비판적 고찰 및 개선방안**
노명선(성균관대 교수) ····· 81

지정토론문 / **한영수**(아주대 교수) ····· 121
손철우(서울고법 판사) ····· 131

제 2 부 / 사회 : **허일태** 동아대 교수

주 제 발 표 / **형벌제도의 장비**
김성돈(성균관대 교수) ····· 141

지정토론문 / **천진호**(동아대 교수) ····· 185
김학자(대한변협 변호사) ····· 193

주 제 발 표 / **보호감호 처분의 재도입 및 보안처분 제도의 형법편입**
김일수(고려대 교수) ····· 199

지정토론문 / **신양균**(전북대 교수) ····· 231
강동범(이화여대 교수) ····· 239

주제발표

공범규정의 개정

장 영 민

(이화여대 교수)

MINISTRY OF JUSTICE • REPUBLIC OF KOREA

법무부

공범 규정의 개정

장 영 민
이화여자대학교 법학전문대학원

Ⅰ. 서 언

현재 법무부에서 진행중인 형법 개정 작업에서 총칙상 공범의 장에 대한 입안(2010년 형법개정시안)이 일단락 되었다. 주지하는 바와 같이 이 분야에는 검토해야 할 많은 문제가 있으나, 이번 개정에서 주로 논의된 문제는 다음과 같다.

- 정범 규정의 신설
- 간접정범 규정의 재고
- 특수한 교사방조에 대한 형의 가중 규정 삭제
- 공동정범, 교사범, 종범 관련 규정의 재고
- 공모공동정범 규정의 신설
- 책임개별화 원칙규정의 신설
- 공범과 중지 규정의 신설
- 공범과 신분 규정의 재고

본고에서는 이 문제들을 2010년 형법개정시안과 관련하여 검토하였다.

Ⅱ. 정범 규정의 신설

개정시안 : 제31조 (정범) 스스로 죄를 범한 자는 정범으로 처벌한다.

이　　유 : 공범은 정범의 개념을 전제로 성립될 수 있으므로 정범과 간접정범 규정을 신설하되, 공동정범은 '공범과 신분'규정이 적용되는 등 특성이 있고, 중요성이 있으므로 별도로 규정한다.

1. 문제의 제기

현행 형법은 정범을 정의하거나 정범을 규정하는 독자적인 조항을 두고 있지 않다. 이러한 형법의 태도는 근본적으로는, 범죄구성요건을 스스로 실행한 자가 정범이라는 '제한적 정범개념' 위에 서 있는 것으로 생각된다. 즉 각 범죄구성요건은 '범죄의 유형을 기술하는 것'인 동시에 '정범을 규정하는 것'이라고 본다는 것이다.[1] 이렇게 본다면 정범이란 "사람을 살해한 자," "타인의 재물을 절취한 자"와 같이 당해 구성요건을 실행한 자가 된다. 그렇다면 각 개별 구성요건 자체가 이미 범죄의 유형을 규정함과 동시에 정범을 규정하고 있기 때문에, 정범을 정의하는 별도의 규정을 둘 필요는 없게 된다.

현행 형법은 이러한 시각에서 한걸음 더 나아가 타인의 관여 하에 범죄를 실현하는 제 가담형태를 '공범'의 틀 속에서 다루고 있다.[2] 공동정범도 공범의 장 속에서 규정하면서, 정범에 대한 정의 내지 규정 없이 "정범으로 처벌한다"(제30조)고 규정하고, 간접정범에 관하여도 그 행위의 태양을 교사, 방조로 설정하고 그 처벌도 교사, 방조의 예에 의한다고 규정함으로써 공범의 궤도 위에서 규정하고 있다(제34조 제1항).

이러한 형법의 규정과는 달리, 오늘날 다수의 지지를 얻고 있는 정범의 해석론은 대체로 정범을 '직접·단독정범,' '공동정범,' 그리고 '간접정범'으로 분류하고 이들이 각각 정범성을 갖는 것으로 보고 있다. 즉 구성요건을 스스로 실행한 자뿐 아니라, 스스로 실행하지 않은 자도 일정한 표지를 갖추는 경우 정범이 된다는 것이다. 이와 같이 현행 형법상 설정된 '공범'의 범주의 내용(특히 간접정범 규정)은 법률 문언과 해석론 사이에 괴리를 보이고 있다. 그리고 이러한 괴리는 해소될 필요가 있을 것이다.

2. 각 형법개정안의 논의

(1) 형사법개정특별분과위원회 검토의견

형사법개정특별분과위원회 검토의견에 의하면, 정범 규정을 두는 것이 "최근의 입법경향이므로" 정범규정을 두기로 한다고 밝히고 있다. 그리고 정범규정을 두는

1) LK-Roxin, vor §25 문단번호 12.

2) 현행 형법 제2장 제3절의 제목은 '공범'으로 되어 있다.

경우 장명을 '정범과 공범'이라고 한다고 함으로써, 현행 형법이 공범을 중심으로 규정하고 있는 방식을 취하고 있는데 대하여 정범과 공범을 공히 병렬적으로 규정하는 방식을 취한다는 태도를 표명하고 있다.

(2) 1992년 형법개정법률안 제안이유서

제30조(정범) ①스스로 범죄를 실행한 자는 정범으로 처벌한다.
②정범으로 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 이용하여 범죄를 실행한 자도 정범으로 처벌한다.

1992년의 형법개정법률안의 제안이유서에 의하면, 제30조의 표제를 '정범'으로 하여 제1항에서는 직접정범에 관한 규정을, 제2항에서는 간접정범에 관한 규정을 두었다. 본조 제1항은 직접정범에 관한 규정으로 공범은 정범의 개념을 전제로 성립될 수 있는 것이므로 이를 감안하여 개정안에 신설하였는데 독일 형법 제25조 제1항[3], 일본 형법초안 제26조 제1항[4]도 같은 취지로 규정하고 있다.

(3) 2010년 형법개정시안

제31조 제1항: 스스로 죄를 범한 자는 정범으로 처벌한다.
공범은 정범의 개념을 전제로 성립될 수 있으므로 정범과 간접정범 규정을 신설하되, 공동정범은 '공범과 신분'규정이 적용되는 등 특성이 있고, 중요성이 있으므로 별도로 규정한다.

3. 검 토

(1) 개정안에 관한 검토

형사법개정특별분과위원회의 검토의견은, 첫째 현재의 '공범'의 장으로 되어 있는 장명을 '정범과 공범'으로 개정하고, 둘째 단독·직접정범의 규정을 두는 안을 제안하고 있다. 직접정범 규정을 신설하고, 학리상 정범의 성격을 갖는 간접정범과

3) 독일 형법 제25조 제1항: "범죄를 스스로 또는 타인을 통하여 범한 자는 정범으로 처벌한다."
4) 일본 형법초안 제26조 제1항: "스스로 범죄를 실행한 자는 정범으로 한다."

공동정범을 공범이라는 이름의 장에서 규정하는 것은 타당치 않다는데 이유가 있다고 생각된다. 개정이유에서 명시하지는 않고 있으나, 간접정범을 현행 형법과 같이 공범형으로 규정하는 것도 적절하지 않다는 생각도 반영되어 있는 것으로 보인다. 나아가 협소한 제한적 정범개념 위에서 규정된 현행 형법의 공범체계도 정비하여야 한다는 생각이 있는 것으로 보인다. 예컨대 간접정범 조항의 위치가 공범의 다음에 위치해 있다든가, 공범과 신분의 연대 규정이 공동정범에도 적용되게 되어 있다든가 하는 등의 이유에서 장명의 변경과 함께 공범 전체의 규정의 위상을 정비하여야 한다는 것이다. 이러한 이유는 타당하다고 생각된다.

한편 정범 규정을 두는 데 대하여는 이것이 현대의 입법의 일반적인 경향이라는 점을 언급하고 있을 뿐 다른 명백한 이유를 제시하고 있지는 않다. 1992년 개정안에는 공범은 정범의 개념을 전제로 성립할 수 있는 것이므로 이를 감안하여 신설하였다고 언급하면서, 독일 형법 제25조 제1항, 일본형법초안 제26조 제1항을 언급하고 있다. 또 2010년 개정시안도 같은 이유를 들고 있다. 아무튼 이 언급은 직접, 단독정범의 규정을 두는 것에 관한 주장으로 보이고, 정범 규정을 체계완결적으로 규정하려는 시각에서 나온 견해라고 판단된다. 다만 개정 형법이 어떤 '정범관념'을 택할 것인가에 관한 지적은 없는 것으로 생각된다. 따라서 직접단독의 정범규정을 두는 것과 아울러 정범관념에 관한 간단한 검토는 필요하다고 하겠다.

(2) 정범개념에 관한 약간의 고찰

오늘날 정범개념과 관련하여는 단일정범 개념을 취하는 입법례와 그렇지 않은(공범・정범구별론) 입법례가 있다. 우선 개정 형법이 '단일정범개념'을 취할 것인가가 문제된다. 단일정범개념은 다수의 범죄관여자를 전부 정범으로 보는 정범관이다. 따라서 이 정범관념을 취하는 경우에는 정범과 공범의 구별이라는 번거롭고 까다로운 문제는 제기되지 않는다. 이렇게 되면 각 가담자는 자신의 불법과 책임에 따라 처벌되게 된다. 이를 위하여는 그에 상응한 양형규칙을 만들어 개별적 관여자의 형량을 정할 필요가 있다.[5] 오스트리아 형법[6], 독일의

5) 이에 관하여는 Roxin, LK vor §25, 문단번호 5-6. 따라서 단일정범개념은 결국 행위자 형법으로 귀착되어 행위자의 위험성에 입각한 양형을 하게 되는 결과가 되고, 제재의 결정이 법률로부터 법관으로 이행한다는 문제를 야기한다. Roxin, LK vor §25 문단번호 7.

6) 오스트리아 형법 제12조: "직접정범 뿐 아니라 타인에게 가벌적 행위를 실행하게 하거나 그밖에 그 실행에 기여한 모든 자는 가벌적 행위를 행한 것이다."

질서위반법[7]에서 취한 태도이다.

그런데 이러한 정범관은 기본적으로 범죄관여의 질적, 양적 차이를 도외시하며, 행위자가 갖는 특수한 행위반가치가 무의미하게 되어 예컨대 신분범이나 자수범의 경우 이러한 특성이 없는 자도 정범이 될 수 있어 가벌성의 부당한 확대를 초래할 수 있다. 또 공범의 미수가 정범의 미수가 되어 처벌이 확대되는 결과가 된다.[8] 따라서 이러한 입법방식은 권장할 만하지 않다고 하겠다.

확장적 정범개념은 어떠한가? 제한적 정범개념과 확장적 정범개념의 논쟁은 1930년대에 독일 학계에서 행하여 진 것으로서, 이 논쟁은 정범의 지도원리가 무엇인가, 즉 누구를 정범으로 볼 것인가라는 근본문제에 관한 것이었다. 확장적 정범개념은 구성요건상 보호되는 법익의 침해를 한 자가 누구인가에서 정범의 지도원리를 찾았다. 확장적 정범개념에 따르면 구성요건 충족을 한 자뿐 아니라 법익의 침해를 야기한(bewirken)한 자는 모두 정범이라고 본다. 따라서 확장적 정범관념에 의하면 법익침해에 인과적으로 관여한 자는 모두 정범이 된다. 이에 따르면 교사범과 방조범 규정과 같은 공범 규정은 본래는 정범인 이들을 축소하여 처벌하게 하는 형벌축소사유로서, 일정한 가담형식을 정범의 영역으로부터 배제하는 규정이라고 한다.

이러한 확장적 정범관념의 문제로 지적되는 것은, 정범을 법익침해를 (실행한 자가 아니라) 야기한 자로 환원함으로써 구성요건 충족도 그 (행위의) 태양을 문제시하지 않고 순수한 인과적 기여로 환원하고 있다는 점이다.[9] 이 면에서 확장적 정범개념은 앞서 본 단일정범개념에 대해서 제기되는 비판과 동일한 비판을 받게 된다. 그리고 모든 관여자가 원칙적으로 모두 '정범'이라고 한다면, 굳이 관여자들을 차별화하여 형벌을 축소하는 '공범' 규정이 필요한 근거가 무엇인가 하는 문제가 제기된다. 또 공범과 정범의 차이가 인과적 법익침해의 야기라는 객관적인 차원에서는 드러나지 않는다면, 그 차이는 결국 주관적인 측면에서 찾을 수 밖에 없게 된다. 따라서 확장적 정범관념은 공범과 정범의 구별의 문제에서 '주관설'을 취하게 되는데, 독일의 '목욕조 사건'[10]이나 '스타쉰스키 사건'[11]에서

7) 독일의 질서위반법 제14조 제1항: "수인이 질서위반행위에 가담한 때에는 각자가 질서위반행위를 한 것이다. 이는 질서위반제재(Ahndung: Geldbusse) 부과를 가능케 하는 특별한 인적 표지가 가담자의 1인에게 있는 경우에도 같다."

8) Roxin, LK vor §25 문단번호 8.

9) Roxin, LK vor §25 문단번호 11.

10) RGSt 74, 84면

11) BHGSt 18, 87면.

보는 바와 같이 구성요건 실행자를 (정범이 아니라) 공범으로 보는 주관설은 그 자체 불명확성과 모순이 있어 오늘날까지 공범이론에 부담을 주고 있다. 사실 독일의 경우 정범을 형법에 명시하려는 숨은 이유 중의 하나도 이 주관설을 명문의 규정으로 배제한다는 의미도 있다.[12] 공범과 정범 구별문제에서 주관설을 받아 들이지 않는 한은 확장적 정범개념 역시 채택하기는 어려운 입법방식이라고 하겠다.

제한적 정범개념은 구성요건 충족을 기준으로 정범을 본다는 점에서 일단 타당하다고 하겠고, 또 구성요건의 기술이 동시에 정범에 관한 기술이라고 보는 점에서도 타당하다고 할 수 있다. 단독정범의 경우 이 점은 명백하다. 한편 다수자가 관여하는 경우, 종래에는 제한적 정범개념의 원형적 형태라고 할 수 있는 '형식적 객관설'을 취하여 자수적 구성요건 실현자만이 정범이 된다고 보았었다.[13] 그러나 오늘날은 제한적 정범개념을 취하면서도, 직접정범 이외에 타인을 도구로 이용하거나 타인과 분업적으로 범행을 저지르는 경우도 이를 구성요건에 해당하는 행위라고 볼 수 있는 폭을 갖는 학설이 주장되고 있다.[14] 즉 제한적 정범개념을 취하면서도 협소한 형식적 객관설을 취하지 않고 절충적 관점에서 - 오늘날 통설적인 지지를 받고 있는 - 행위지배설의 시각에서 정범을 검토할 수 있다. 따라서 구성요건을 직접 실행하지 않은 간접정범도 일정한 요건 하에서 정범으로 인식할 수 있다. 이렇게 본다면 결국 입법에서 취할 정범관념은 이러한 제한적 정범개념이 타당하다고 하겠다.

이상에서 고찰한 바와 같이, 개정 형법의 정범관념은 제한적 정범개념을 취하는 것이 가장 적절하다고 할 수 있을 것이다. 그런데 제한적 정범개념을 취하는 경우에는 앞서 언급한 바와 같이, 단독·직접정범을 규정하여야 할 불가피성은 크게 인정되지 않는다. 각 개별 범죄구성요건 자체가 이미 직접정범을 규정하고 있기 때문이다. 다만 그럼에도 불구하고 직접정범을 규정한다는 것은 그 논리 필연적인 의미보다는 체계적 의미의 요청에서 나온 요구일 것으로 생각된다.

---

12) 이러한 지적은 Lackner/Kühl, StGB, 23판, §25 문단번호 1; Roxin, TT, 앞의 책, 549면 이하 참조; 범죄론 분야의 쟁범과 개정방향, 한국형사정책연구원, 2007, 623면 참조.

13) Jescheck/Weigend, Strafrecht, AT, 5판, 648면.

14) 이점 Jescheck/Weigend, 앞의 책, 652-653면 참조.

(3) 정범 규정의 규정방법

1) 제 정범규정의 통합?

정범 규정을 둔다고 한다면 이상적으로는 직접정범, 간접정범의 관계를 통합적으로 규정하는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 특히 간접정범의 규정을 직접정범과 병행하여 규정하는 것이 간명한 입법방식이 될 것이다. 그런데 현재 개정안으로 제시된 안들을 보면, 현행법상의 간접정범의 규정의 틀을 대체로 유지하면서 간접정범 규정을 정범의 궤도로 옮겨 놓은 안을 제시하고 있다. 이런 태도를 유지한다면 직접정범과 간접정범의 통합규정을 두기는 어렵다고 생각되고, 결국 항을 나누어 별개의 조문을 두어야 할 것으로 생각된다.

독일 형법의 경우에는 직접정범과 간접정범을 "스스로 또는 타인을 통하여"[15] 라는 문구로 종합적으로 규정하고 있다. 독일 형법은 이와 같은 간명한 대비를 통하여 직접정범과 간접정범을 규정하고 있지만, 간접정범의 경우에 '통하여'의 내용이나 피이용자인 '타인'의 자격에 관한 언급을 하고 있지 않으므로, 특히 교사범의 성립범위와 대비하여 볼 때 넓은 범위의 간접정범 성립이 가능하게 되어 있다. 예컨대 독일에서 간접정범의 한 형태로 논의되는 이른바 '정범배후 정범'의 경우 피이용자에게 '정범'이 성립되는 경우까지 간접정범의 성립범위가 넓혀지는 해석이 가능하다. 독일에서는 이러한 견해가 통설적 지위를 차지하고 있지만,[16] 그러나 형법의 경우에도 이러한 태도를 취하여야 하는가에는 의문의 여지가 있다. 왜냐하면 피이용자가 정범이 되는 경우까지를 간접정범이 포괄한다고 하는 것은 '의사지배'의 폭을 지나치게 넓게 인정하는 것이기 때문이다.

종래 간접정범의 성립범위에 관한 원칙으로 통용되던 원칙은 이른바 '귀책의 원칙'(Verantwortlichkeitsprinzip)으로서,[17] 도구(피이용자)가 고의있는 정범으로서 책임이 있는 경우에는 이용자에 대한 간접정범의 성립은 부정된다는 원칙이다. 즉 이용자와 피이용자의 관계에서 하나의 범죄에는 하나의 행위지배만 가능하므로 피이용자에게 귀책을 시킬 수 있는 때에는 이용자의 행위지배는 인정할 수 없다는 것이다.[18] 그 이유는, 자유와 책임의 개념에 기초하여 사회윤리적으로 제정된

15) 독일 형법 제25조 제1항.

16) Roxin, LK §25 문단번호 83-105; Roxin "Bemerkungen zum Täter hinter dem Täter, Lange-Festschrift, 177면 이하.

17) Gallas, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 99면; 이재상, "정범배후정범이론," 공범론의 제 문제, 2007, 3면 참조.

18) Friedrich Schaffstein, "Täter hinter dem Täter bei vermeidbarem Verbotsirrtum und verminderter

법질서는 한편으로는 직접 행위하는 자를 정범으로서 완전한 책임을 인정함으로써 행위결의의 자유를 인정하면서, 다른 한편으로는 그의 행위가 이용자에 의하여 지배되고 따라서 자유롭지 못하다고 하는 것은 모순이기 때문이라는 것이다.[19] 이러한 논거는 타당하다고 하겠고, 피이용자의 자유로운 행위자가 개입하는 경우에 소급적 귀책을 인정하여 '정범배후 정범'의 가능성까지 열어 놓는 것은 지나치다고 하지 않을 수 없다.

(2) 정범규정과 관련한 문제

현재 제시되어 있는 제 형법 개정안의 경우 정범과 간접정범을 통합하여 규정하려는 시도도 있지만,[20] 대체로는 간접정범의 규정도 현행 규정의 자구를 수정한 정도에 그치고 있다. 결국 양자를 따로 규정하는 방향을 취하고 있는데, 그렇다면 양자를 통합하여 하나의 조문에서 규정하는 것은 무리가 있고, 항을 나누어서 규정하는 것이 적절한 방식이라고 생각된다.

각종 개정안에는 정범의 행위의 태양을 기술하는 용어로서 '죄를 범한 자'와 '범죄를 실행한 자'라는 표현이 제시되고 있다. 그리고 개정시안에는 '죄를 범한 자'라고 표현하고 있는데, 이 표현이 갖는 포괄성, 추상성 때문에 '범죄를 실행한 자'라는 표현을 고려할만 하다. 이는 구성요건 실현의 행위성을 부각시킨다는 점에서 그러한 행위성이 덜 부각되는 '죄를 범한 자'라는 표현보다는 의미있는 표현이라고 생각된다. 그리고 이는 후술할 공모공동정범의 인정여부와 관련하여 구성요건적 행위의 실행성을 부각시킨다는 의미에서도 '죄를 범한 자'라는 표현보다는 나은 것으로 생각된다.

(3) 비 판

그런데 직접정범 규정을 이렇게 성안하는데 대하여는 비판도 제기되고 있다. 첫째 정범 규정을 두는 실익이 무엇인가이다. 정범 규정을 두고 있는 나라는 주요국 가운데 독일 형법이 유일하다. 제한적 정범관념을 택하는 경우 굳이 직접·단독정범에 관한 규정을 두지 않더라도 별다른 문제가 제기되지는 않는다. 그리고 앞서 언급한 바와 같이 우리나라의 경우 독일 형법해석론과 같이 공범/

Schuldfähigkeit des Tatmittlers," NStZ 1989, 156.

19) Gallas, Beiträge zur Verbrechenslehre, 앞의 책, 같은 면.

20) 손동권, "형법 제34조(간접정범)에 대한 입법론적 검토, 형사법연구 제22호(2004 겨울) 특집호, 269면.

정범 구별의 문제에서 주관설의 폐해도 심각하지는 않다. 따라서 비판론에 의하면 정범 규정을 두는 것은 체계완결적인 의미 이외에 특별히 형법해석학적 의미는 희박하다고 지적한다.[21]

둘째 정범을 '스스로 범죄를 실행한' 자라고 규정하는 경우, 구성요건의 일부의 수행만으로 정범으로 인정해야 할 경우가 있는가 하면, 스스로 구성요건적 행위를 한 경우에도 정범이 되지 않는 경우도 있어서 오히려 해석상 문제를 야기할 수 있으며, 이런 식의 문언의 구성이 공동정범 규정과 중복되는 면도 있고, 간접정범도 스스로 죄를 범하는 것이라고도 할 수 있다는 점에서 이 문구가 좋은 문구라고 하기는 어렵다는 것이다.[22]

사실 정범 규정을 두는 실익은 정범을 단독·직접정범, 공동정범, 간접정범의 틀 속에서 체계적으로 일목요연하게 규정하는 체계적 의미밖에는 없다는 주장도 설득력이 없지 않다. 직접·단독정범을 두는 입법례가 많지 않다는 점에서 더욱 그러하다. 나아가 제한적 정범개념을 택하는 경우 정범은 구성요건상 행위유형의 기술에서 이미 정해져 있기 때문에 정범을 다시 규정할 필요성은 크지 않다. 그러나 공범의 논리적 전제로서의 정범 규정의 필요성은 없지 않고 특히 후술할 간접정범과의 체계상의 대비의 필요상 직접·단독정범을 규정하는데 큰 무리는 없으리라고 판단된다.

(4) 비교법적 고찰

비교법적으로 볼 때 주요국 중에 단독정범 규정을 둔 나라로는 앞서 언급한 바와 같이 독일을 들 수 있고, 그밖의 나라에서는 단독정범에 관한 규정은 두고 있지 않다. 독일의 경우 1962년 정부안 제29조와 학계에서 제출한 대안 제27조에서 직접정범 규정을 제안한 바 있고, 이는 1975년의 형법개정시 도입되었다. 이 당시 직접정범 규정의 도입을 긍정했던 주된 이유의 하나는 판례가 공범·정범 구별에 있어서 주관설을 취함으로써 정범으로 인정되어야 할 자가 공범이 되는 문제를 차단하기 위해서 였다고 한다.[23]

일본은 공동정범에 관한 규정(일본 형법 제60조)만을 두고 있을 뿐이며, 직접정범에 관한 규정과 간접정범에 관한 규정을 두고 있지 않다.[24] 대만 역시 공동

---

21) 범죄론 분야의 쟁점과 개정방향, 앞의 책, 626면 참조.

22) 범죄론 분야의 쟁점과 개정방안, 앞의 책, 627면.

23) 이 점 앞의 주 15) 참조.

24) 일본개정형법초안 제26조 제1항은 "스스로 범죄를 실행한 자는 정범으로 한다." 제2항: "정범이 아닌

정범에 관한 규정(제28조)은 두고 있으나 단독정범이나 간접정범에 관한 규정은 두고 있지 않다.

유럽 국가의 경우 독일은 앞서 언급한 바와 같이 단독정범에 관한 규정을 두고 있다. 이에 비하여 오스트리아는 단일정범개념을 취하고 있어서 정범과 공범의 구별을 하지 않고 있지만, 정범, 공범 등의 용어를 사용하고 있고 학설도 이를 구별하고 있다.[25] 스위스 형법은 정범 규정을 두고 있지 않다. 따라서 공동정범 규정도 없으며 이는 판례상 인정되고 있으며[26] 단독정범 규정도 존재하지 않는다.

4. 결 어

제한정범개념을 취하는 경우 범죄구성요건은 범죄의 유형을 기술하는 것임과 동시에 정범이 누구인가를 규정하는 것이기도 하다. 따라서 이러한 정범개념 하에서 정범규정을 두는 것에는 불가결의 의미는 없다고 할 수 있다. 그러나 정범의 체계적 정서(整序)를 위하여 규정하는 경우에는 "스스로 범죄를 실행한 자는 정범으로 처벌한다"는 식의 규정을 둘 수 있을 것이다. 이렇게 규정하는 경우 구성요건에 대한 실행성이 없는 자에 대하여 정범을 인정하는 주관설의 문제점도 피할 수 있다.

다만 단독·직접정범이 가장 전형적인 범죄유형이라는 점을 강조하는 것이 실질적 의미는 크지 않더라도 총칙에 그에 관한 규정을 두는 것이 형법의 체계성에 부합하는 것이라는 점은 유념할 필요가 있겠다. 1991년의 형사법학회 개정시안이나 1992년의 형법개정법률안은 이러한 입장에 서있으며, 2010년 개정시안도 그러한 입장을 취하였다.

Ⅲ. 간접정범 규정의 재고

개정시안 : 제31조 제2항 어느 행위로 인하여 처벌되지 않는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 이용하여 범죄를 실행한 자도 정범으로 처벌한다.

타인을 이용하여 범죄를 실행한 자도 정범이다"라는 규정을 두었으나, 이는 해석상 인정되는 것이어서 규정을 두지 않는다고 하여 죄형법정주의에 위반되는 것은 아니라는 반론이 있었다. 大谷實, 刑法總論, 165면 참조.

25) Foregger/Serini, StGB, 5판, §12, 60-64면.

26) Nigli/Wiprächtiger/Forster, Basler Kommentar Strafrecht, Vor Art. 24, 문단번호 7 참조.

이　　유 : 현행 형법 제34조 ‘교사 또는 방조하여’ 부분은 교사범 또는 방조범의 그것과 다르므로 ‘이용하여’로 변경하고, 정범성 명시를 위하여 ‘정범으로 처벌한다’로 후단 변경.

1. 문제의 제기

현행 형법상의 공범의 장에 속하는 규정 가운데 해석상 가장 논란이 많았던 분야가 바로 간접정범 규정이다. 학계에서는 (이론은 있지만) 대체로 간접정범을 정범으로 관념하여 왔는데 비하여, 현행 형법의 간접정범 규정은 문언상 공범의 궤도위에서 규정되어 있기 때문이다. 앞서 언급한 바와 같이, 형법이 이러한 규정 방식을 취하게 된 것은 제한적 정범개념 중에서도 ‘협소한 제한적 정범개념’ 위에서 입법된 데서 기인한 것이라고 할 수 있다. 그리고 이를 문언에 충실하게 공범의 궤도 위에서 합리적으로 해석하기 위하여 매우 기교적인 해석론이 제시되어 있는 것도 주지의 사실이다.[27] 형법총칙의 공범의 장에 대한 개정 논의에서 가장 중요한 주제는 바로 이 간접정범 규정에 대한 개정일 것으로 생각된다.

2. 각 형법개정안의 논의

(1) 형사법개정특별분과위원회 검토의견

1) 제34조 제1항은 “입법은 타협”이라는 관점에서는 일리가 있으나 너무 입법기술에 치우친 감이 있으므로 좀 더 단순화 한다.
2) “교사・방조하여” 대신에 “이용하여”로, “교사・방조의 예에 의한다”라고 하는 부분을 “정범의 예에 의하여 처벌한다”로 고치자는 의견이 제시되었다.
3) 이에 대해 “이용하여”로 고치는 것은 무엇을 이용하는 것인지 불분명하고, 간접정범을 정범화 시키느냐 공범화 시키느냐의 선택에서 정범화하는 데에는 애매하고 불확실한 점이 많으므로 오히려 공범화 시키는 태도를 찬성한다는 의견이 개진되었다. 간접정범을 공범으로 취급하는 것이 처벌에 있어서도 상당히 균형이 맞고, 실행의 착수에서도 (그 시기를 정범행위에서 구함으로써) 행위자에게 오히려 유리한 방향으로 해석할 수 있다.

27) 오영근, 형법총론, 2판, 625면 이하의 해석이 대표적인 견해이다(이하 국내 각 저자의 ‘형법총론’은 저서의 명칭을 생략한다).

간접정범을 정범의 궤도 위에서 정비하여야 한다는 의견이 있는 데 비하여 이를 현행 형법과 같이 공범의 궤도에서 보자는 의견도 제시되고 있다. 공범으로 보는 견해에도 경청할 만한 점이 있으나, 형법을 개정하는 경우 보다 학리적으로 여기서 제기되는 문제는 달리 해결하는 것이 바람직하다고 판단된다.

(2) 1992년 형법개정법률안 제안이유서

제30조(정범) ②정범으로 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 이용하여 범죄를 실행한 자도 정범으로 처벌한다.

형법 제30조 제2항은 간접정범에 관한 규정으로서, 간접정범에 관하여 독일 형법 제25조 제1항은 '타인을 통하여'라는 표현을 씀으로써 교사범과의 관계에서 너무 넓은 것 같고, 일본 형법 초안 제26조 제2항은 '정범이 아닌 타인을 이용하여'라는 표현을 쓰기 때문에 과실범에서도 정범을 생각할 수 있으므로 너무 좁을 것 같아서 일단은 현행 형법(1995년 개정 전 형법)조항을 가능한 한 살려서 "어느 행위로 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 이용하여 범죄를 실행한 자도 정범으로 처벌한다"라고 성안하였다. 또한 현행 조항의 교사는 교사범 규정에서의 교사보다 광의로 해석해야 하는 난점이 있고, 또 정범으로 처벌할 바에는 굳이 관여태양을 두 가지로 나누어서 규정할 필요가 없기 때문에 "교사 또는 방조하여"를 "이용하여"로 고쳐 표현하였다. 그리고 "어느 행위로 처벌되지 아니하는 자"에도 문제가 생길 여지가 있는 바 이 부분을 "정범으로 처벌되지 아니하는 자"로 고쳤다.

이 안은 간접정범을 정범으로 보면서도, 현행 형법의 규정을 가능한 한 살려서 입안한 점에 특색이 있다. 즉 피이용자의 성질과 자격을 적시하는 형태로 입안하였다. 따라서 정범으로 처벌되지 아니하는 자와 과실범으로 처벌되는 자를 이용하는 것을 간접정범으로 포착하였다.

(3) 2010년 개정시안

제31조 제2항 : 어느 행위로 인하여 처벌되지 않는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 이용하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자도 정범으로 처벌한다.

현행 형법 제34조 “교사 또는 방조하여” 부분은 교사범 또는 방조범의 그것과 다르므로 ‘이용하여’로 변경하고, 정범성 명시를 위해 ’정범으로 처벌한다‘로 후단 변경

3. 비교법적 고찰

일본 형법은 간접정범에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않으나, 오래 전(1890년대 말)부터 그 성립가능성을 인정하고 있었다.[28] 1940년의 일본 개정형법가안은 제29조에 간접정범을 규정한 바 있었다: “전4조(공동정범, 교사범, 종범, 공범과 신분 - 필자 주)의 규정은 자기의 행위에 대하여 처벌되지 않는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자의 행위에 가공한 경우에도 적용한다.“ 1961년 개정형법준비초안 제25조와 1974년 개정형법초안 제26조 제2항도 간접정범을 규정하였다: “정범이 아닌 타인을 이용하여 범죄를 실행한 자도 정범으로 한다”[29]. 대만 형법은 간접정범에 관한 규정은 두고 있지 않다.

독일은 이미 언급한 바와 같이 “타인을 통하여 범죄를 행한 자는 정범으로 처벌된다”(제25조 제1항)고 규정하고 있다. 오스트리아 형법은 단일정범체계를 취하고 있어서 모든 범죄가담자를 정범으로 다루고 있다.[30] 스위스 형법은 정범 유형에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않다.[31]

4. 검 토

(1) 간접정범은 정범인가 공범인가?

1) 정범으로서의 간접정범

간접정범의 본질을 어떻게 이해할 것인가에 관하여는 전통적으로 정범설과 공범설이 대립되어 왔다.[32] 간접정범을 정범으로 이해하는 전통적 시각은 이른바

---

28) 莊子邦雄, 刑法總論, 제3판, 1996, 457면 이하 참조.

29) 大谷實, 刑法總論, 2004, 165면 참조.

30) 그렇지만 학문적으로는 다양한 형태의 정범을 구분하여 다루고 있다 이에 관하여는 Otto Triffterer, Österreichisches Strafrecht, AT, 2판, 395면 이하 참조.

31) 이에 관한 상세는 Noll, Schweizerisches Strafrecht AT I, 1981, 157면.

32) 김태명, “간접정범의 본질과 간접정범 규정의 해석,” 앞의 글, 201면 이하.

‘도구설’이었다. 이는 간접정범에서의 피이용자의 성격을 (물적 도구와 같은) 도구로 보는 견해이다. 물적 도구를 이용하여 죄를 범하는 경우 물적 도구 자체가 아니라 이용자가 정범이 되는 것과 같이, 사람을 피이용자로 하는 경우에도 이용자가 정범이 된다는 것이다. 그런데 이 설은 이용되는 것이 사물이 아니라 사람이라는데 문제가 있다. 자유의사를 갖는 사람을 이용한 경우를 물적 도구를 이용한 경우와 동일시하는 근거가 분명하지 않기 때문이다. 특히 ‘고의있는’ 도구를 이용하는 경우 도구 스스로가 반대동기를 형성할 수 있는 자유로운 상태에서 행위하기 때문에 이의 도구성을 인정하기는 어렵다는 문제가 있다.

도구설에 비하여 보다 확고한 방법론적 인식을 가지고 출발한 이론이 인과관계론이다. 이 이론은 이용자와 피이용자간의 인과관계를 통해서 간접정범과 공범을 구별하려는 견해이다. 인과관계론에는 조건설을 위시한 다양한 고찰방법이 제안되어 있으며, 이에 따라 간접정범과 공범의 구별에 관하여도 이 학설은 각기 다른 결론을 제시하고 있다.

조건설은 결과발생 내지 법익침해에 조건으로 기여한 것은 모두 동등한 가치를 갖는다고 보므로(등가설), 관여자들을 인과관계를 기준으로 정범과 공범으로 구별하는 것은 불가능하게 된다. 이 관점에서는 정범관에 관하여 단일정범개념 또는 확장적 정범개념으로 귀착하게 된다.

원인설은 결과발생에 기여한 모든 조건들 중 그 결과에 대하여 중요한 관계가 있는 조건만을 원인이라고 하고 결과에 대하여 단순한 조건에 불과한 것에는 원인성을 인정하지 않는다. 간접정범은 결과발생에 단순한 조건이 된 자가 아니라 원인이 된 자로서 정범이 된다. 이 설의 문제는 무엇을 단순한 조건이 아니라 원인으로 볼 것인가이다. 인과관계에서 양이나 정도의 차이를 측정할 수는 없기 때문이다.

제한적 정범개념은 정범의 개념을 구성요건론을 중심으로 파악하려는 견해이다. 즉 구성요건적 실행행위를 한 자만이 정범이고 그 이외의 행위로 가담한 자는 공범으로 본다. 이 정범개념에 의하면 구성요건적 실행행위를 하지 않은 자는 원칙적으로 처벌하지 않고 따라서 공범은 불가벌이지만, 공범이 처벌되는 것은 형법총칙상의 공범규정에 의하여 구성요건이 수정되어 가벌성이 확장되었기 때문이라고 한다. 이러한 관점에 서는 경우 간접정범은 직접 구성요건을 실현하지 않았다는 점에서 ‘공범’이라고 보게 된다. 그리고 확장적 ‘공범’개념은 이 방향으로 한 걸음 더 진전된 이론이었다. 그렇지만 구성요건 이론을 제창한 벨링(Ernst

Beling)은 일상적 관념상 간접정범을 정범으로 관념하였다.[33]

이에 비하여 확장적 정범개념은 관여자 모두를 정범으로 보므로, 간접정범도 정범으로 보게 된다. 이러한 확장적 정범개념은 간접정범을 정범개념 속에 자리잡게 하는 데에는 기여하였다고 할 수 있으나, 구성요건적 결과의 실현에 (인과적 관점에서) 조건을 부여한 자를 모두 정범으로 이해한 것은 문제이다. 즉 이 사고방식은 구성요건은 단순히 법익침해의 야기만을 문제삼는 것이 아니라 법익침해의 태양도 문제 삼는다는 점을 도외시하고 있으며, 형법 제31조는 교사범을 정범과 동일하게 처벌하고 있어, 이 설의 주장과 같이 공범(교사범)이 반드시 형벌축소 사유라고만 볼 수도 없다는 문제도 있다.

오늘날 지배적인 견해는 행위지배설이다. 이 설은 제한적 정범개념에 입각하면서, 그 범행에 주도적인 지위를 갖는 자를 정범으로 인정한다. 따라서 간접정범의 경우에는 직접 구성요건적 행위를 실행하지 않았다고 하더라도 피이용자에 대한 의사지배를 기반으로 구성요건을 실현한 자는 정범이라는 것이다. 이러한 시각에서는 간접정범은 정범으로 보게 된다. 학설사를 개관해 볼 때, 간접정범은 후술할 예외적인 경우를 제외하고는 대체로 정범으로 관념해 왔다고 할 수 있다.

2) 공범으로서의 간접정범

19세기 중엽 독일에서 간접정범과 교사범이 구분되기 시작하던 시기에 주도적인 경향은, 간접정범이란 타인을 의사없는 도구 또는 자유없는 도구로 이용하는 정범으로 파악하였다(도구설).[34] 이 도구설은 벨링이 구성요건론을 창시한 이후에는 간접정범의 구성요건 실행행위의 측면에서 검토되어, 정범이란 구성요건적 실행행위를 한 자라고 설명하면서도 - 따라서 간접정범을 정범으로 보기는 어려웠음에도 불구하고 - 벨링은 이를 일상용어례에 비추어 볼 때 정범이라고 하였다는 점은 이미 언급하였다.[35]

간접정범을 논리적 근거없이 정범으로 보려는 태도에 반성을 가하여 방법적 토대 위에서 정범을 인정하려는 시도를 하는 경향이 나타난 바 있는데, 이것이 앞서 언급한 확장적 정범개념이다. 이에 의하면, (법익침해적) 결과의 야기자는 직접정범이든 간접정범이든 모두 정범개념에 포섭된다는 것이다. 이는 브란트

33) Beling, Methodik der Gesetzgebung, 1922, 95면. 김태명, "간접정범의 본질과 간접정범 규정의 해석," 앞의 글, 204면에서 재인용.

34) 김태명, 앞의 글, 204면.

35) 앞의 주 32) 참조.

(Brandt)에서 구상되어 에버하트 슈미트(E. Schmidt)에 의하여 본격적으로 전개되었다.[36] 슈미트는 정범인가의 여부는 법익침해를 야기하는 행위의 태양에 의하여 결정되어서는 안되고, 법익침해를 야기하였는가의 여부에 의하여 정하여야 한다고 주장하였다.

이러한 확장적 정범개념에 반기를 들고 나타난 것이 제한적 정범개념으로서, 대표적인 학자는 침멀(Zimmerl)을 들 수 있다. 구성요건 실현의 원인이 된(=인과적으로 기여한) 모든 행위를 구성요건 실행행위로 보는 견해는, 처벌의 범위를 부당하게 확장하여 법적 안정성을 해하고, 형법전상의 공범까지도 정범으로 보게 되므로 구성요건은 제한적으로 해석해야 한다고 그는 주장하였다.[37] 그는 고의없는 자 또는 책임무능력자를 교사 또는 방조한 자(간접정범)를 무리하게 '정범'에 포섭할 것이 아니라 공범으로 보고, 공범종속성을 극단적 종속형식에서 제한적 종속형식으로 완화함으로써 간접정범을 공범으로 해소하는 것이 입법론적으로 바람직하다고 주장하였다.[38]

이러한 공범설은 1920년대말부터 1930년대 초까지 단기간 주장되어 '엄격한' 제한적 정범개념('확장적 공범개념')으로 불리웠으며, 이것이 오늘날 우리나라 현행 형법의 이론적 근거가 되었다.[39] 이와 같은 학설사적 근거를 갖는 간접정범 공범관은 오늘날 형법에 그 영향을 남김으로써 우리나라 형법 해석의 한 경향을 형성하고 있다.

3) 현행법상의 간접정범의 해석

이와 같이 간접정범은 대체로 정범으로 관념되어 왔으나, 오늘날 공범설이 주장되는 것은 형법상의 규정형식에 터잡고 있다. 공범설은 현행 형법의 규정형식을 토대로 하여 간접정범의 공범성을 인정하려는 견해이다. 예컨대 간접정범을 '도구형' 간접정범과 '공범형' 간접정범으로 구별하는 견해[40], 그리고 실행행위자(=피이용자)에게 고의가 없는 경우 간접정범은 정범의 테두리 안에 속하는 것으로 보아, 간접정범을 '정범으로서의 간접정범'과 '공범으로서의 간접정범'(형법 제34조의 간접정범)으로 구별하는 견해도 주장되고 있다.[41]

---

36) Brandt, Grenzen der mittelbaren Täterschaft im geltenden und küunftigen Strafrecht, 1916, 9면 이하; Eberhart Schmidt, Die mittelbare Täterschaft, Frank-Festgabe, 1930, Bd 2, 106면 이하; 김태명, 앞의 글, 206면.

37) Zimmerl, Grundsätzliches zur Teilnahmelehre, ZStW Bd 49, 40면 이하; 김태명, 앞의 글, 207면.

38) Zimmerl, Aufbau des Strafrechtssystems, 1930, 148면 이하 참조; 김태명, 앞의 글, 207면.

39) 김태명, 앞의 글, 210면.

40) 오영근, 625면 이하 참조.

41) 이창섭, "형법상 간접정범의 본질에 관한 새로운 관점의 제안", 형사법연구 제25호, 2006 여름, 163면.

4) 간접정범 규정의 구상

간접정범을 정범형으로 규정할 것인가 공범형으로 규정할 것인가는 어느 것이 선험적으로 우수하다고 말하기 어려운 것으로서, 궁극적으로는 입법자의 선택에 따르지 않을 수 없을 것이라고 생각된다. 그러나 그러한 선택은 자의에 의한 것이어서는 안되고 오늘날의 이 분야의 인식과 가장 정합성을 갖는 모델이어야 할 것이다. 그런데 이러한 전제에서 출발할 때 간접정범의 규정은 다음과 같은 몇 가지 점에서 정범형으로 규정하는 것이 타당하다고 생각된다.

첫째 간접정범이라는 귀책유형의 핵심은 타인을 물적 수단 내지 도구와 같이 이용하였다는데 있다.[42] 따라서 간접정범에서 피이용자의 행위는 이용자의 의사실현에 지나지 않으며, 간접정범은 실행행위자에 대한 '의사지배'로 인하여 정범성을 갖는다고 보아야 한다.

둘째 정범개념의 우위라는 형법 해석학상의 원칙에 유념한다면 (간접)정범의 성립가능성을 먼저 검토하고 나서 공범의 성립가능성을 검토하는 것이 논리적인 순서일 것이다. 종래와 같이 공범 성립가능성을 먼저 검토하고 나서 공범이 성립하지 않는 경우 간접정범의 성립을 검토하는 것은 본말이 전도된 것이라고 하지 않을 수 없다.

셋째 공범의 종속성의 문제도 제한종속형식을 취하는 것으로 보는 것이 타당하다. (물론 이 문제는 이를 입법적으로 확인할 필요가 있는가와는 별개의 문제이다.) 왜냐하면 책임의 개별화원칙은 입법이 되었는가의 여부에 관계없이 근대형법의 해석론에 핵을 이루고 있는 원칙이기 때문이다. 따라서 정범의 책임에까지 공범이 종속한다는 것은 이와 같은 원칙을 깨뜨리는 사고방식이라고 하겠다. 그리고 극단적 종속형식을 취하는 경우 간접정범과 같은 개념으로 메꾸어야 할 불필요한 처벌의 흠결이 생기게 된다.

따라서 간접정범 규정을 개정한다면 그것은 공범의 궤도에서 정범의 궤도로 궤도수정하는 방식이어야 할 것이다. 즉 우선 간접정범의 효과로서 교사, 방조의 예에 의한다는 규정을 정범으로 한다는 식으로 개정해야 할 것이고, 그 행위의 태양도 교사, 방조가 아니라 협의의 공범과는 구별되는 형태로 (예컨대 이용과 같은 식으로) 바뀌어야 할 것이다.

그리고 '정범개념의 우위성' 원칙에 따를 때, 다수의 자가 범행에 관여하고 있는 경우 정범이 우선적으로 정해져야 할 필요가 있다. 정범성의 표지에 관한 오늘날의

42) 同旨 이재상, 형법총론, 438면.

통설적 입장은 행위지배설이다. 이에 따르면 간접정범은 피이용자에 대한 의적(意的), 지적(知的)인 면에서의 우월적 지배로 인하여 범행을 장악함으로써 정범성의 표지를 충족시키는 자이다.[43]

간접정범을 '정범'으로 파악하는 경우 '방조의 예'에 의하게 되어 있는 현행법상의 형의 '필요적 감경'을 포기하고 정범으로 처벌하여야 한다는 문제가 지적되기도 한다. 그러나 간접'정범'에 대하여 "방조의 예에 의하여" 감경 처벌한다는 것 역시 타당치 않다. 입법론의 차원에서는 더욱 그러하다. 형법상의 귀책은 정의의 요청에 입각하여야 하며 경한 처벌만이 합리적인 귀책이라고 할 수는 없다.

제한종속성설을 취하더라도 구성요건에 해당하고 위법하지만 책임이 없는 자를 '의사지배'를 통하여 이용한 때에는 간접정범의 성립을 인정할 수 있으므로,[44] 제34조 제1항의 규정에서 필연적으로 공범종속성의 정도가 결정되는 것은 아니다. 이러한 점들을 종합적으로 고려한다면 공범의 궤도 위에서 규정된 현행 간접정범의 규정은 '정범'의 궤도 위로 궤도수정을 할 필요가 있다고 할 것이다.[45]

5) 간접정범을 정범형으로 재구성한 경우 고찰해야 할 문제점

가. 피이용자의 자격을 설정한 현행법의 문제

현행 형법은 간접정범을 규정하면서 피이용자의 자격을 설정하는 방식을 취하고 있다. 즉 그 자격을 '어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자'로 규정하고 있다. 이 규정은 극단종속성설의 잔재가 남아 있는 규정방식으로서, 간접정범의 피이용자에 대한 영향관계를 중심으로 규정하지 않고 있다는 점에서 적절한 규정방식이라고 하기는 어렵다. 오늘날의 통설적인 해석의 경향에 따른 입법으로서는 정범의 피이용자에 대한 (의사)지배를 그 내용으로 담는 방식의 문언이 필요할 것이다.

그런데 이러한 의사지배를 중심으로 하는 문언을 구성하는 것 자체가 반드시 용이하지 않고, 독일 형법의 경우에도 이를 규정하려고 시도하였으나 문언의 외연이 지나치게 넓게 규정되어 있다는 점에서 이러한 방식이 반드시 적절한지는 의문이다. 사실 피이용자의 자격을 설정하고 있는 현행 형법의 간접정범 규정은

43) 손동권, "형법 제34조(간접정범)에 대한 입법론적 검토", 앞의 글, 256면.
44) 다만 그 한계가 불명확할 수 있다는 점은 인정하여야 할 것이다.
45) 손동권, "형법 제34조(간접정범)에 대한 입법론적 검토", 앞의 글, 258면.

전형적인 간접정범의 피이용자의 유형과 대체로 일치하므로 별다른 문제가 제기되지는 않는다. 다만 신분없는 고의있는 도구의 경우나 목적없는 고의있는 도구의 경우에 문제가 있다. 그리고 오늘날 학계에서 일부 학자들이 주장하는 이른바 '정범배후 정범'의 경우도 문제가 된다. 정범으로 처벌되는 자는 어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자의 범위에 포섭될 수 없기 때문이다.

(가) 진정신분범에서 '신분 없는 고의 있는 도구'의 문제

신분없는 고의있는 도구를 이용한 경우 그 도구 자신은 신분요소가 없어서 정범적격이 없으므로 처벌되지 않는다. 그런데 이 비신분자에 대하여 형법 제33조가 적용되는 경우에는, 정범인 간접정범의 신분이 피이용자에게 연대되어 비신분자에게 신분범의 공범이 성립한다고 볼 수 있다. 이렇게 피이용자에게 공범이 성립되는 경우에는 현행법상의 간접정범의 요건인 '처벌되지 아니하는 자'에 해당되지 않게 되므로, 간접정범으로 처벌할 수 없는 문제가 제기된다.

이 문제에 대하여 일설은 이 경우에는 제33조의 신분연대 규정의 적용을 배제하고, 처벌되지 않는 자를 이용한 것으로서 간접정범이 성립된다고 한다.[46] 그러나 피이용자가 고의를 가지고 개입한 경우에도 신분 규정을 배제하여 방조범의 성립도 인정하지 않고 불가벌이라고 하는 것은 타당하다고 하기 어렵다. 제2설은 이용자는 교사범, 피이용자는 방조범이 성립한다고 본다.[47] 그러나 이 견해 역시 수긍하기 어렵다. 이 견해는 정범이 없는 교사범을 인정하고 있는 셈인데 이는 공범의 종속성 원리에 반하기 때문이다. 제3설은 이용자와 피이용자를 공동정범이라고 본다.[48] 그러나 이 견해 역시 실행행위는 피이용자에게 있을 뿐인데 양자에게 공동정범을 인정하는 것은 타당하지 않으며, 결국 '공모공동정범'을 인정하는 것과 유사한 문제가 제기된다. 이와 같이 신분없는 고의있는 도구를 이용하는 경우 현행 규정과 같은 내용을 유지하는 한 이 경우를 간접정범으로 포섭하기 어려운 문제가 발생한다.

한편 행위(의사)지배설을 취하는 경우에도, 신분없는 고의있는 도구는 이용자의 피이용자에 대한 의사지배가 약화되어 있다는 점에서 이용자의 전면적인 행위지배를 인정하기가 어렵다. 따라서 의사지배를 간접정범의 핵심 표지로 보는 한 이용자를 간접정범으로 보기 어렵게 된다. 이 때문에 의사지배설을 주장하는 학자들은, 그

46) 이재상, 440면.

47) 임웅, 434면.

48) 손동권, "형법 제34조(간접정범)에 대한 입법론적 검토", 앞의 글, 263면.

학설의 원형을 다소 수정하여 이의 간접정범성을 인정하려고 시도하고 있다. 이른바 '규범적·심리적' 행위지배가 그것이다. 이 경우의 행위지배는 - 사실적으로가 아니라 - '규범적'으로 근거지워질 수 있을 뿐이라고 한다. 즉 이용자의 관여가 없이 피이용자의 행위만으로는 당해 범죄는 범할 수 없는 것이고, 나아가 이러한 형태의 범죄를 처벌하지 않고 방치하는 것은 정의의 요청에 반한다는 점에서, 이용자가 '법적으로' (간접정범의 성립에) 필요한 영향을 미쳤고, 아울러 이용자가 피이용자의 행위를 사주·결정했다는 '심리적' 영향도 존재하므로 이를 종합하면 이용자의 행위지배는 이른바 '규범적·심리적 행위지배'라고 할 수 있다고 한다.[49] 그러나 이러한 수정설에 대하여는 "행위자의 사실적 행위지배를 간과함으로써 행위지배설의 본질적 기준을 무시한 모순된 해석"이라는 비판이 가해지고 있다.[50] 그리고 이 문제를 해결하기 위하여 록신은 정범의 형태를 지배범과 의무범으로 구별하고, 의무범의 경우에는 정범성을 인정하기 위하여는 의무위반이 중요하고 행위(의사)지배는 중요하지 않다는 식으로 설명을 시도하고 있음은 주지하는 바와 같다.[51] 결국 '신분없는 고의있는 도구'를 이용한 경우는 간접정범을 인정하는데 있어서 어떤 방식을 취하든 간에 이론상의 난점이 존재한다.

(나) '목적 없는 고의 있는 도구'를 이용한 경우

목적범에서 목적을 가진 자가 목적 없는 고의 있는 도구를 이용한 경우에 간접정범이 성립될 수 있는가도 문제된다. 목적범에서 목적은 초과주관적 불법요소이므로 행위자가 이를 갖추지 못한 경우에는 불법이 형성되지 않아 처벌할 수 없게 되어, 현행 형법의 해석론으로는 처벌되지 않는 피이용자를 이용하는 경우이므로 이용자에게 간접정범이 성립한다고 볼 수 있다.

한편 의사지배설을 취하는 경우 피이용자에게 고의가 있는 때에는 이를 순수한 도구라고 보기 어렵고 이용자의 지배적 지위도 인정할 수 없기 때문에, 간접정범의 성립을 인정하는 데 문제가 있다. 따라서 이 경우에 관하여 간접정범을 인정하지 않고 교사범을 인정한다든가[52], 직접정범 또는 공범의 성립을 인정한다든가,[53]

49) Jescheck/Weigend, Strafrecht. AT, 5판, 670면.
50) G. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht AT I, 문단번호 796.
51) Roxin, TT, 360면 이하 참조.
52) Roxin, TT, 346면 참조.
53) 김일수·서보학, 578, 580면; 박상기, 414면.

간접정범이 성립한다는 견해 등이 대립하고 있다.[54] 행위자의 인식을 분석해보면 고의있는 목적없는 도구는 현실적으로 생각할 수 없다는 견해[55]도 있으나, 고의가 있으나 목적이 없는 경우를 생각할 수 있고, 이 경우 목적없는 고의있는 도구는 불가벌이라고 보는 것이 타당하다고 생각된다.

(다) 정범 배후의 정범이론

오늘날 학계에서는 고의범의 구성요건에 해당하고 위법 및 유책하게 행위한 자를 이용한 배후자에게 간접정범을 인정할 수 있다는 주장이 활발하게 주장되고 있다.[56] 제한적인 예외적 상황에서는 이른바 '정범 배후 정범'이 인정되어, 완전히 유책하게 행위한 고의의 정범도 이용자에 의해 지배될 수 있다는 것이다. 강요지배, 착오지배, 조직지배가 그 전형적인 형태이다.[57]

현행 형법의 해석론으로서는 제34조 제1항이 간접정범의 피이용자의 범위를 '어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자'로 제한하고 있어서, 배후자에게 사실상의 행위지배가 인정되는 경우라도 고의범을 이용하는 형태의 간접정범은 성립될 수 없다. 입법론으로도 정범 배후 정범은 앞서 언급한 귀책원칙에 배치되는 면이 있어, 학계에서는 이를 인정하는 입장과 부정하는 입장이 대립되어 있다. 따라서 이에 관한 논의는 좀 더 심화될 때까지 지켜보는 것이 타당하다고 하겠다.

6) 새로운 간접정범 규정의 모색

가. 간결한 독일식 규정

현재 간접정범의 개정안으로 제안되어 논의되는 안에는 대체로 두 가지의 방향이 있다. 그 하나는 독일식의 간결한 규정을 두는 안으로서, "타인을 통하여 죄를 범한 자"와 같은 방식이고,[58] 다른 하나는 현행 형법의 규정을 가능한 한 살리면서 수정을 가하여, "어느 행위로 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자" 또는 "정범으로 처벌되지 않는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를

54) 배종대, 527면; 이재상, 441면.

55) 이점 박상기, 415면; 한정환, 앞의 글, 면 참조.

56) 손동권, "형법 제34조(간접정범)에 대한 입법론적 검토", 앞의 글, 264-265면; 오영근, 633면; 박상기, 419면 참조.

57) Roxin, TT, 142면, 170면, 242면 이하 참조.

58) 손동권, "형법 제34조(간접정범)에 대한 입법론적 검토", 앞의 글, 269면 참조.

이용하여 죄를 범한 자"라는 식의 규정을 두는 안이다.

독일식의 간결한 규정을 두자는 견해의 근거로서는, 정범 개념의 우위의 원칙에서 볼 때 피이용자의 자격을 통해서 간접정범의 성립여부가 판단된다는 것은 적절하지 않으며, 타인을 (도구로) 이용하여 범죄를 저지르는 경우를 간접정범이 성립할 수 있도록 단순하게 법문을 구성하고 그 구체적인 요건과 성립범위는 학설에 맡기자는 것이다. 이렇게 되면 간접정범의 많은 문제가 해석의 영역으로 넘어가게 되는 데, 입법이 학설의 발달을 제약해서는 안된다는 데서 그 이유를 찾고 있다. 그 숨은 의도로서는 정범배후 정범에 관한 논의를 배제하지 않는다는 점도 작용하였다.[59]

나. 부분수정론

이에 비하여 부분 수정론의 근거는 피이용자의 범위를 제한하지 않는 경우에는 간접정범의 성립범위가 지나치게 확대될 수 있고, 간접정범의 성립이 의문시되었던 '신분없는 또는 목적없는 고의있는 도구'의 경우에 이들이 공범으로 처벌되는 경우에도 간접'정범'이 성립될 수 있으며, 학계 일각에서 주장되는 '정범배후 정범'의 인정 여부에 관하여는 논란의 여지가 있어서 입법적으로 결단을 내릴 단계는 아니며, 나아가 이를 인정하는 경우에는 교사범, 공동정범, 간접정범의 한계가 불명확해 지는 부작용도 예상할 수 있다는 점에서 이러한 방향으로의 개정에는 신중할 필요가 있다는 것이다.

생각건대 부분수정론이 타당한 것으로 판단된다. 간접정범의 최소한의 요건만을 설정하여 규정하는 경우 타 공범과의 한계설정에 문제가 있으며, 정범 배후 정범을 인정하는 문제 역시 앞으로 더욱 심도있는 논의를 필요로 하는 주제이다.[60] 이러한 시각에서 간접정범 규정의 개정안을 구성해 본다면 "정범으로 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 이용하여 범죄를 실행한 자는 정범으로 처벌한다"는 식의 규정이 될 것이다.

여기서 '정범으로 처벌되지 아니하는 자'라는 문언은 신분없는 고의있는 도구인 피이용자가 신분의 연대에 의하여 공범으로 성격규정되는 경우가 생길 수 있으므로,

---

59) 이 점 범죄론분야의 쟁점과 개정방향, 앞의 책, 644면.

60) 간접정범 규정을 두는 것 자체에 대하여 과잉입법이라는 지적은 Schild, Täterschaft als Tatherrschaft, 1994, 24면 이하 참조.

이를 포섭하기 위한 방안이다.

그리고 '범죄의 실행'이라는 문언과 관련하여는, 간접정범은 '범죄를 실행한 자'라고 할 수 없지 않은가, 따라서 보다 추상적으로 '죄를 범한 자'라고 하는 것이 타당하지 않은가라는 문제가 제기될 수 있으나, 간접정범은 피이용자에 대한 의사지배를 통해서 그 범죄의 주도적 지위를 차지한다는 점에서 그 특유의 실행성을 갖는다고 할 수 있고, 따라서 실행이라는 면에서 다른 정범 규정과의 통일성을 확보할 수 있다고 할 수 있다.

5. 소 결

간접정범 규정은 정범형으로 규정하는 것이 타당하다고 생각된다. 간접정범을 규정함에 있어서 그 행위태양을 '이용한다'는 식으로 간결하게 표현하는 경우 교사범과의 한계설정의 면에서 그리고 학계에서 논의가 진행중인 정범배후정범을 인정하는 결과를 가져 온다는 면에서 문제가 없지 않다. 따라서 현행 규정에 대하여 최소한의 개정을 가하는 방식을 취하는 것도 대안이 될 수 있을 것이다. 간접정범의 성립범위를 대체로 포괄하고 있는 피이용자의 자격을 규정하는 현행의 방식을 취하는 것도 무방할 것이다. 다만 2010년 개정시안과 같이, '어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자'와 같은 표현은, 간접정범에 대한 현행 제33조의 적용가능성을 배제하지 않는 경우, 피이용자의 고의에 의한 가담의 경우를 처벌할 수 없다는 문제가 야기되기 때문에 수정을 할 필요가 있다. 이 경우에 관하여는 견해의 대립이 있으나, 피이용자를 공범(방조범)으로 처벌할 가능성을 열어 놓을 필요가 있다는 점에서 '어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자'라는 표현은 적절하지 않다고 하겠다. 따라서 공범 성립가능성을 전제할 때, "'정범으로 처벌되지 아니하는 자' 또는 과실범으로 처벌되는 자를 이용하여 범죄를 실행한 자는 정범으로 처벌한다"는 식으로 규정할 수 있겠다.

Ⅳ. 특수교사·방조 형 가중규정(형법 제34조 제2항) 폐지 문제

개정시안 : 폐지하기로 함

1. 문제의 제기

형법 제34조 제2항은 “자기의 지휘·감독을 받는 자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자는 교사인 때에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하고 방조인 때에는 정범의 형으로 처벌한다”고 규정하고 있다. 이 규정의 취지는 자기의 지시·감독을 받는 자를 이용하여 죄를 범하게 하는 경우는 통상의 교사와 방조에 비하여 불법 비난의 정도가 크고 이에 대한 형법의 적극적 대응이 요구된다고 보아 입법된 것이라고 할 수 있다.[61],[62] 가중처벌의 근거에 관하여는 불법의 가중인가 책임의 가중인가와 관련하여 이론이 있으나, 이 규정에 관하여는 그 규정형식이 지나치게 형법이론과 부합하지 않고, 이 규정의 목적은 양형의 단계에서 실현할 수 있으며, 이 규정에 대하여 공모공동정범을 인정하지 않는 경우 보완적 형사정책적 효과를 기대하기도 하지만 실제로는 별다른 의미가 없기 때문에 많은 비판이 제기되어 온 바 있었다.

2. 종전의 논의

⑴ 형사법개정특별분과위원회 검토의견

1) 교사자를 정범자 보다 1/2 가중하는 것은 이론상 타당하지 않으므로 삭제한다.
2) 이 규정은 간접정범으로 들어가는 것도 있고, 특수 교사로 들어가는 것도 있어 제34조 제2항에 연결되는 것인지 앞의 제31조 교사와 연결되는 것인지 애매모호하다.
3) 이에 대해 이를 특수간접정범이라 해서 간접정범이 지휘·감독을 받는 사람을 도구로 이용해서 하는 경우 선언적 개념이 필요하므로 그대로 두어야 한다는 의견도 제시되었다.

---

61) 이 규정의 원형이 된 형법제정안은 “자기의 행위에 대하여 처벌되지 않는 자, 과실범으로 처벌될 자 또는 자기의 지휘감독에 복종하는 자의 행위를 교사 또는 방조한 자는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액의 2분의 1을 가중한다”고 하고 있다. 제정형법은 이 안을 정리하여 간접정범 규정과 특수교사방조 규정으로 분리하여 입법하였다.

62) 이 규정의 가중근거로 불법비난의 증대를 강조하는 견해와 책임의 비난가능성의 제고를 강조하는 견해가 있다. 손동권, “형법 제34조(간접정범)에 대한 입법론적 검토”, 앞의 글, 268면은 불법이 증대된다고 본다. 이에 비하여 이재상, 452면은 비난가능성이 증대된다는 점을 강조한다.

(2) 1992년 형법개정법률안 제안이유서

현행 형법 제34조 제2항(특수한 교사·방조에 대한 형의 가중)은 이론상 혼란만 초래하고 실무상 적용 예도 거의 없을 뿐 아니라 지위를 이용하였다고 하여 형을 가중하는 것은 그 근거가 희박하므로 삭제하였다.

(3) 2010년 형법개정시안

지위를 이용하여 교사, 방조한 경우를 정범보다 가중처벌하는 것은 합당한 이유가 없으므로 삭제한다.

3. 검 토

이 규정에 관하여는 특수'간접정범'으로 해석하는 시각[63]이 있고, 특수'공범'으로 보는 시각[64], 양 성격을 공히 가지고 있다고 보는 시각[65]이 있으나, 어느 경우에도 그 효과로서 형량을 1/2 가중하는 것은 타당하다고 하기 어렵다는 문제가 있다. 이를 특수 간접정범으로 보는 경우에는 지휘·감독을 받는 자를 이용하는 정범이 되므로 '정범'의 형으로 벌하는 것이 타당하고, 특수 공범으로 보는 경우에도 공범의 틀 안에서 정범의 형과 대비하여 같은 형으로 처벌하거나(교사범), 감경하는(종범) 것이 형법의 기본적인 원칙에 부합한다고 하겠다. 특히 이 규정을 특수 공범으로 보는 경우 공범을 정범 보다 가중하여 처벌한다는 문제가 있다. 나아가 지휘·감독을 받는 경우 예컨대 내란죄의 수괴, 범죄단체조직죄의 두목에 대하여는 형법각칙이나 기타 형사특별법에 중형주의적 규정을 두고 있어 그 적절한 처단형을 확보하는데 문제는 없다고 생각된다.

또 이 규정에 관하여는 지휘·감독자의 범위가 명확하지 않은 점도 문제로 지적되고 있다. 법령에 의한 지휘·감독관계에 국한되는 것인지, 계약이나 조리 등에 의해서 형성된 지휘·감독관계에도 적용되는가가 명확하지 않다.[66] 독일 형법의 경우에도 이와 유사한 상황에서 '정범 배후 정범'을 인정하여 처벌하지만 이

63) 김성천·김형준, 527면; 김일수·서보학, 590면.
64) 이건호, 196면; 황산덕, 262면.
65) 이재상, 453면; 박상기, 430면.
66) 이재상, 453면; 박상기, 431면은 사실상의 지휘·감독도 포함된다고 본다.

경우에도 정범으로서 (정범과 동일하게) 처벌할 뿐이다.

그리고 공모공동정범을 인정하지 않는 경우의 대비책으로 이 규정을 원용할 필요가 있기 때문에 이 규정이 의미가 있다고 보는 견해도 있지만,[67] 그 설득력은 크지 않다. 공모공동정범에서 인정되는 것은 실행행위에 가담하지 않은 공모자에 대하여 (공동)정범으로 처벌하는 것인데, 이 역시 정범의 형으로 처벌하는 것일 뿐 정범의 형을 가중하는 것은 아니다. 공모공동정범 불인정에 대한 보완책으로 이 규정을 활용한다는 것은 이 규정에 대한 해석론으로서의 제안에 지나지 않고, 입법론으로서는 타당하다고 하기 어렵다.

그리고 이 규정은 거의 적용된 사례가 없는 것으로 보고되고 있다.[68] 따라서 이 규정을 폐지한다고 해서 형사정책상의 결함이 나타난다고 할 수는 없다고 하겠다. 결국 이 규정은 폐지하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 개정시안도 폐지하는 방향으로 결정하였다.

Ⅴ. 공동정범 · 교사범 · 종범 관련규정 재고

1. 문제의 제기

공동정범 규정과 관련하여 문제로 거론되어 온 것은, 실무상 활용도가 높은 공모공동정범을 명문의 규정을 두어 인정할 것인가인데, 이 문제는 장을 바꾸어 다루기로 한다(후술 6. 참조). 이와 같은 실질적인 문제 이외에 문구의 정비 차원에서 몇 가지 문제가 제기된다. 공동정범의 행위태양을 어떻게 기술할 것인가, 즉 '죄를 범한'과 '범죄를 실행한'이라는 표현 가운에 어느 것을 택할 것인가? 그리고 '그 죄'의 정범으로 처벌한다고 할 때의 '그 죄'를 존치시킬 것인가도 문제로 제기된 바 있다.

67) 박상기, 431면 참조.

68) 하급심을 포함하여 이 규정이 적용된 사례는 찾을 수 없었다. 법무부, 형법개정법률안제안이유서, 1992. 10, 42면도 같은 지적을 하고 있다.

(1) 공동정범 규정의 개정

개정시안 : 제32조 (공동정범) 2인 이상 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 정범으로 처벌한다.

종래 공동정범의 행위태양으로서는 '죄를 범한'이라는 표현을 사용했었다. '죄를 범한'이라는 표현은 '범죄를 실행한'이라는 표현 보다는 더 포괄적이고 추상적인 표현이다. 이에 비하여 '범죄를 실행한'이라는 표현은 보다 그 실행행위성을 강조하는 어감을 갖기 때문에, 공동정범의 행위태양을 범죄를 실행한 자로 변경하는 경우, 판례가 인정하는 공모공동정범에 대하여 이러한 변경은 의미가 있는 것으로 판단된다. 즉 '범죄를 실행한'이라는 표현을 사용함으로써 구성요건적 행위의 실행이라는 점이 부각되어 실행성이 강조됨으로써 공모공동정범의 성립을 제한하는 의미가 있을 것으로 생각된다. 그러나 개정시안은 '죄를 범한'이라는 표현을 유지하고 있다.

'그 죄의' 정범으로 처벌한다는 표현과 관련하여는 가담자의 고의가 다른 경우에는 어느 범위에서 이 경우 공동성을 인정할 것인가가 문제될 수 있고, '그 죄의'라는 표현이 공동하여 행위한 부분에 국한한다는 의미가 아니라 범죄공동설을 표현한 것으로 해석될 가능성이 있고, 견해가 대립하고 있는 학설을 입법을 통해서 법률문언에 담는 것은 가급적 피해야 한다는 점에서 이 문구를 두는 것은 바람직하다고는 생각되지 않는다. 개정시안은 이를 삭제하였다.

과실범의 공동정범의 인정문제와 관련하여는 이에 관한 학계의 견해의 대립이 있고, 판례는 확고히 이를 인정하고 있으므로 명문의 규정으로 그 성립가능성을 봉쇄하는 것은 타당하지 않다고 생각된다.[69]

(2) 교사범 규정의 개선

교사범과 관련하여 논의되는 문제는 교사의 교사, 방조의 교사와 같은 문제가 있으나 이는 항을 바꾸어서 살펴보기로 한다. 공범의 일반이론으로서 공범종속형식의 명문화 필요성을 제기하는 견해도 있으나, 이는 후술하는 바와 같이 해석에 맡기는 것이 타당하다고 생각되고, 이는 책임개별화 규정을 명정하는 것과 같은 맥락의 문제이다.

---

69) 同旨, 범죄론분야의 쟁점과 개정방향, 앞의 책, 628면.

(3) 종범 규정의 개선

개정시안 : 제34조 (방조범) 타인의 범죄를 방조한 자는 정범의 형보다 감경하여 처벌한다.

이　　유 : 종범에서 방조범으로 명칭변경

종범이라는 용어와 관련하여 이의 대응되는 개념은 주범(主犯) 또는 수범(首犯)이라고 할 수 있는 바, 이러한 용어는 형법에서 사용되고 있지 않다. 그리고 종범이라는 말은 일상언어에서도 활용빈도가 낮다. 이 용어에 대한 대안으로서는 방조라는 용어가 현재에도 널리 활용되고 있고, 현행 형법에도 종범의 행위태양으로 명시되어 있으므로 개정시안은 이를 활용하여 명칭을 방조범으로 변경하였다.

2. 종전의 논의

(1) 형사법개정특별분과위원회 검토의견

1) 공동정범규정에서의 "죄를 범한 때"와 교사범 규정에서의 "죄를 범하게 한 자"라는 표현과 관련하여 정범규정을 둔다는 것을 생각하여 죄를 범한 자보다는 죄를 실행한 자로 바꾸는 것이 좋겠다.
2) 교사의 교사, 방조의 교사에 관한 규정을 둔다.
3) 방조라는 표현은 일반적으로 쓰이지 않으므로 국민이 알 수 있는 표현으로 바꾼다.
4) 종범이라는 표현과 관련하여 종범이란 것은 '주범'에 대해서 종범인데, 교사범과 같은 열에서 파트너로 보아야 하므로 내용에 알맞은 표현으로 고치는 것이 좋겠다.

(2) 1992년 형법개정법률안 제안이유서

1) 공동정범

제31조(공동정범) 2인 이상 공동하여 범죄를 실행한 때에는 각자를 정범으로 처벌한다.

현행형법 제30조와 같은 취지이며 새로운 정범표현방식에 따라 죄를 범한 때를 “범죄를 실행한 때”로 고치고 “그 죄의”를 삭제하였다.

2) 교사범

제32조(교사범) ①타인을 교사하여 범죄를 실행하게 한 자는 정범과 동일한 형으로 처벌한다.

②교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행에 착수하지 아니한 때에는 교사자와 피교사자를 예비 또는 음모에 준하여 처벌한다.

③교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하지 아니한 때에도 교사자에 대하여는 제2항과 같이 처벌한다.

현행 형법 제31조와 같은 취지이며 새로운 정범표현방식에 따라 제1항에서 죄를 범하게 한 자를 “범죄를 실행하게 한 자”로, 범죄를 실행한 자를 “정범”으로 고쳤다.

3) 종 범

제33조(방조범) 타인의 범죄를 방조한 자는 정범의 형보다 감경하여 처벌한다.

현행 형법 제32조와 같은 취지이며 현행 형법이 제1항과 제2항으로 나누어 규정한 것을 1개조로 통합하여 규정하였고 교사범과의 명명방식의 동일성을 기할 수 있을 뿐 아니라 주범이라는 대응개념을 쓰지 아니하면서 종범이란 표현을 쓰는 것을 적절하지 않다는 이유로 표제를 종범에서 “방조범”으로 표현하였다.

제34조(방조범) 타인의 범죄를 방조한 자는 정범의 형보다 감경하여 처벌한다.

정범개념의 도입에 따라 표제를 ‘방조범’으로 변경하고, 별개의 항을 하나의 조문으로 통합한다.

3. 쟁 점

(1) 교사의 교사, 방조의 교사 규정의 신설여부

현행 형법에는 교사의 교사, 방조의 교사에 관한 명문의 규정이 없다. 그러나 판례[70]와 다수설[71]은 교사의 교사도 교사범으로 인정하고 있으며, 연쇄교사 역시 교사범으로 인정하고 있다. 한편 방조의 교사도 결국 정범에 대한 방조이므로 방조범이 성립된다고 본다.[72]

일본 형법은 제61조 제2항, 제62조 제2항에서 교사의 교사, 방조의 교사에 관한 명문의 규정을 두고 있다. 즉 교사범을 교사한 자는 교사범으로 처벌하며, 방조범을 교사한 자는 방조범으로 처벌한다.

교사를 정범에 대한 교사로 그리고 방조를 정범에 대한 방조로 엄격하게 해석하는 경우에는, 교사의 교사나 방조의 교사는 현행 형법 제31조 제1항의 문언에 포섭되지 않는다고 해석할 수 있고 이 때문에 이에 관한 명문의 규정을 둘 필요가 있다는 견해도 있다.[73] 그러나 이를 긍정하는 해석론이 있는 바와 같이, 현행법은 교사의 구체적인 방법을 적시하지 않고 있기 때문에 이와 같이 해석할 여지가 전혀 없는 바는 아니라고 할 것이고, 교사의 교사를 규정한 일본 형법의 경우에도 다시 재교사와 관련하여 학설의 대립이 있다[74]는 점에서 이는 현재와 같이 학설에 일임하는 것이 타당하다고 하겠다.

(2) 교사의 미수와 관련한 문제

교사자가 교사를 하였는데 피교사자가 거절하였다든가, 승낙을 하고서 실행의 착수가 없는 경우를 현행 형법은 이를 예비·음모에 준하여 처벌한다고 규정하고 있다. 그런데 형법 개정 제안 가운데는 이를 '교사의 미수'로 처벌하자는 주장도 제기되고 있다.[75] 형법이 이 경우에 대하여 공범독립성설과 공범종속성설의 중간 지점에서 절충을 하고 있는 데 비하여, 이 제안은 공범독립성설의 입장에서 규정할

70) 대법원 1974. 1. 29. 73도 3104.
71) 김일수·서보학, 643면; 배종대, 548면; 이형국(II), 629면; 이재상, 490면.
72) Roxin, LK § 문단번호 61; 이재상, 501면.
73) 범죄론분야의 쟁점과 개선방안, 앞의 책, 646면.
74) 大塚仁, 刑法入門, 2006, 137면.
75) 범죄론분야의 쟁점과 개선방안, 앞의 책, 557면.

것을 제안하고 있다. 그러나 이러한 제안을 함에 있어서는 신중할 필요가 있다고 하겠다. 입법은 타협이라고 하지만 예비·음모의 처벌규정이 드물다는 점에서 처벌의 흠결이 생길 것을 우려하여 예비·음모의 처벌을 미수의 처벌로 한다는 것은 타당하지 않다. 왜냐하면 공범종속성설을 취한다는 것 자체가 이미 이러한 형태의 가담은 처벌하지 않는다는 것이 전제되어 있는 것이고, 예비·음모로의 처벌은 오히려 처벌을 확대하는 방향으로 공범독립성설을 가미한 것이라고 할 수 있다. 또 독일의 미수범 처벌방식(자유형의 하한이 1년 이상인 중죄(Verbrechen)는 모두 미수범을 처벌한다)과 우리나라의 미수범 처벌방식은 다르며, 이를 미수범으로 본다는 것은 공범독립성설의 입장에서 주장할 수 있는 것으로서, 형법의 공범에 관한 전반적 규정체계와 현저히 부합하지 않는 면이 있음을 지적하지 않을 수 없다. 독일 형법이 이러한 체제를 택하고 있지만, 이를 무비판적으로 도입한다는 것은 타당하다고 할 수 없을 것이다.

Ⅵ. 공모공동정범규정의 신설

개정시안 : 신설하지 않기로 함

1. 문제의 제기

공범에 관한 형법개정작업 가운데 주목할 만한 주제는 공모공동정범 규정 신설에 관한 논의라고 할 수 있다. 주지하는 바와 같이 공모공동정범은 법원에서 일관되게 인정하여 왔고,[76] 학계에서는 예외는 있지만[77] 대체로 부정적인 입장을 보여 왔다.[78]

공모공동정범은 집단범죄의 주역으로 활동하는 배후자에 대하여 '정범'으로서의 처벌을 위하여 구성된 법리라고 할 수 있다. 즉 공모공동정범이란 2인 이상의 자가 공모하고 공모자 가운데 일부가 그 공모한 범죄를 실행하였을 때 실행행위를

76) 대법원 1983. 3. 8. 82도3248; 1988. 4. 12. 87도2368.

77) 이재상, 475면.

78) 김일수·서보학, 603면; 박상기 393면; 배종대 582면; 신동운, 575면; 오영근, 644?면; 임웅, 415면; 정성근·박광민, 551면.

담당하지 않은 공모자에게도 공동정범이 성립한다는 법리이다. 이 법리는 일본의 판례를 통하여 형성·발전되었으며, 우리나라에도 영향을 미쳐 오늘날 대법원 판례의 입장으로 수용되고 있다.[79]

공모공동정범의 정범성을 정당화 하는 이론은 다양하게 제시되어 왔다.[80] 특히 대법원 판례는 종래 공동의사주체설의 입장에서 판단해 왔으나, 1988년 이후로는 간접정범유사설에 입각한 판례도 상당수 내놓고 있다.

2. 종전의 논의

종전의 논의는 대체로 공모공동정범 규정의 신설에 대하여 소극적인 의견이 대세를 이루고 있다. 규정 신설에 적극적인 의견은 이론적인 순수성을 고집하는 나머지 실무의 현실을 도외시하는 것은 소모적인 논의에 불과하며, 오히려 이러한 실무에 대하여 이론적인 근거를 모색하여 처벌의 정당화 근거를 마련하는 것이 타당하다는 주장이다.

(1) 형사법개정특별분과위원회 검토의견

1) 공동의사설 뿐 아니라 근자에는 기능적 행위지배설 이론 등도 유력하고, 결국 이것은 이론상 공동정범의 범위를 넓히는 학설이다. 공동정범의 규정을 두고 그 다음에 또 공모공동정범규정을 따로 둔다는 것은 공동정범의 개념을 혼란케 하므로 그런 의미에서 공모공동정범규정을 따로 두지 않는 것이 좋다.
2) 공모공동정범의 개념을 아예 부정하는 학자들의 입장에서 볼 때에도 이를 신설하지 않는 것이 타당하다.
3) 반대의견으로서 판례는 공모공동정범을 인정하고 있는 바, 지배적인 학설은 공모공동정범은 공동정범이 아니라는 견해인데, [학교에서] 배워봐야 [실무에 임하여는] 전부 잊어야 할 이론이 바로 이 이론이라고 한다면 이에 관해서 법적 근거를 마련해 줄 필요가 있지 않겠는가.
4) 이를 입법하게 되면 공동정범과 교사범, 종범의 한계가 무너지게 된다. 공모

79) 박상기, "공모공동정범론", 고시계 1994.3, 56면.

80) 다양한 이론이 제시되어 왔으나 여기서는 판례에서 나타난 이론을 중심으로 고찰하기로 한다. 이에 관한 상세는 이재상, "공모공동정범," 공범론의 제문제, 45-63; 천진호, "공모공동정범 소고", 정성근교수 화갑기념논문집, 1997, 63면 이하 참조.

했다는 것만 가지고 공동정범이라고 한다면 교사범과 어떻게 구분할지 나아가 공범과의 관계 뿐 아니라 실행행위조차 인정할 수 없는 것을 공동정범이라고 하면 공동정범의 개념정의가 달라져야 한다.

5) 규정을 둔다고 하면 추상적 표현이 될 것인데, 어차피 판례에 맡기고 학설에 맡기는 선언적 의미밖에 없을 바에는 법으로 규정하는 것보다는 그대로 두는 것도 한 방편이다.

(2) 1992년 형법개정법률안 제안이유서

공모공동정범을 입법화할 것인가도 검토하였으나 이론상 기능적 행위지배설 등으로 공동정범의 범위를 넓혀가는 추세에 있고 판례도 일관하여 이를 인정하는 태도를 보이고 있으므로 이를 규정함으로써 오히려 공모공동정범과 공범과의 관계에 혼란을 초래하고 공동정범의 범위를 좁게 해석해야 할 우려도 있어 입법화하지 않기로 하였다.

3. 검 토

학계에서는 대체로 공모공동정범의 법리를 부정하고 있다.[81] 이 경우 실행의 분담이 없는 공모자는 공범(경우에 따라 교사범 또는 종범)이 된다고 한다. 그 이유는 첫째 공동정범은 "2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때"(형법 제30조)에 성립하는 것이므로, 그 성립요건상 공동실행 즉 범죄의 실행행위를 분담하여야 하며, 둘째 형식적 객관설에 입각할 때에는 공동정범으로 볼 수 없는 범위의 범행기여자를 기능적 행위지배설에 입각하여 공동정범의 성립요건을 검토하면 공동정범으로 포섭하게 되어 별도로 공모공동정범의 법리를 인정하지 않더라도 정범으로 처벌할 수 있다. 셋째 공모공동정범을 인정함으로써 발생하는 문제로서 실무상 대다수의 사안이 공동정범으로 처벌되고 공범규정이 유명무실해지는 문제가 있고 결국 지나치게 처벌이 확대된다는 문제가 있다.

결국 공모공동정범에 관한 규정은 별도로 신설하지 않는 것이 타당하다고 하겠다. 그런데 1974년의 일본 형법 초안에는 공모공동정범에 관한 입법안이 포함되어 있다. 따라서 공모공동정범에 관한 규정을 두는 경우 이 안은 본 논의에 참고가 된다.[82]

81) 김일수・서보학, 603면; 박상기, 398면; 오영근, 580면; 신동운, 575면; 임웅, 415면; 정성근/박광민, 551면 등.
82) 이에 관한 상세는 김종원, "공모공동정범에 관련하여", 고시계 1988.6, 26면.

동 초안 제27조(공동정범) 제1항은, “2인 이상 공동하여 범죄를 실행한 자는 모두 정범으로 한다”고 규정하면서, 제2항에서 “2인 이상이 범죄의 실행을 모의하고, 공모자 가운데 어떤 자가 공동의 의사에 기하여 이를 실행한 때에는 다른 공모자도 정범으로 한다”고 규정하고 있다.

이 안은 공모공동정범의 성립요건으로서, 우선 ‘모의’를 적시하면서, 모의자 가운데 일부의 자가 공동의 의사에 기하여 범죄를 실행한 경우를 공모공동정범으로 인정하고 있다. 이 안은 그간 인정되어 오던 공모공동정범의 법리의 핵심 내용을 담고 있는 것이라고 하겠다. 이 점에서 이 안은 앞서 검토한 공모공동정범의 문제점 역시 그대로 가지고 있다. 여기서는 모의 내지 공모가 있었는가가 통상의 공동정범과 공모공동정범을 구별하는 기준이 되고, 통상의 공동정범은 모의 내지 공모가 없는 경우로 그 성립범위가 대폭 축소되게 된다. 그리고 (사전적) 공모는 교사범이나 종범의 경우에도 있을 수 있으므로, 결국 협의의 공범은 형해화되고 대부분의 가담형식이 ‘공모’공동정범에 의하여 처벌되는 결과가 될 것이다. 이러한 식의 개정은 그간 학계에서 지적되어 온 공모공동정범의 문제점을 입법으로 고착시키는 결과가 되어 결코 바람직하지 않다고 하겠다.

한편 현재 학계에서는 학설과 판례가 평행선을 유지하는 것이 바람직하지 않다는 인식하에 공동정범의 성립범위를 다소 넓히는 방향으로 학설을 전개하려는 시도도 행하여지고 있다. 예컨대 기능적 행위지배설의 입장에서 ‘공동실행’을 다소 넓게 해석함으로써,[83] 공동정범의 규정 이외에 따로 ‘공모’공동정범의 규정을 두지 않더라도 기능적 행위지배설에서 인정하는 ‘확장된’ 범위의 가담자를 공동정범으로 처벌할 수 있게 한다는 것이다.[84]

4. 소 결

이상에서 공모공동정범과 관련한 그간의 논의를 살펴 보았다. 공모공동정범에 대한 정당화 이론들은 다양한 시각에서 공모공동정범의 정범성을 인정하기 위한 시도를 하고 있지만 형법의 기본원칙을 깨뜨리면서까지 무리한 해석을 통해서 공모공동정범을 인정하고 있다는 점에서 받아들이기 어려운 주장이라고 하겠다. 공동정범의 정범표지는 공동실행의 의사와 공동실행의 사실로 이루어져 있는데,

83) 이재상, “공모공동정범,” 앞의 책, 60면 이하.

84) 이재상, “공모공동정범,” 앞의 책, 64면.

공동실행의 사실이 없는 공동정범을 인정하기는 어렵다. 공모공동정범은 공동실행의 사실을 보완하는 요소로서 '공모'를 부각시키는데, 여기서 이 공모가 정범표지에 해당하는가가 문제되는 바, 모의 자체에 대하여 정범표지로서의 기능적 행위지배를 인정하기는 어려울 것이다.

결국 공모공동정범을 처벌하기 위하여 별도의 '공모공동정범' 규정을 두는 것은 형법이론에 부합하지 않는 것으로서 바람직하지 않다고 하겠다. 공동정범의 해석을 통해서 이에 포착되는 범위를 다소 넓힐 수 있고, 그렇지 않은 경우에는 교사범 내지 방조범으로 처벌가능하다. 아무도 실행에 나아가지 않은 경우에는 예비·음모죄의 처벌규정이 있다는 것을 전제로 예비·음모죄로 처벌할 수 있을 것이다. 따라서 공모공동정범에 관한 명문의 규정을 두지 않는다고 하여 형사정책적 문제를 야기할 가능성은 크지 않다고 하겠다.

Ⅶ. 책임개별화원칙 규정 신설

개정시안 : 규정하지 않기로 함

1. 문제의 제기

현행 형법이 원칙적으로 공범종속성설을 택하고 있다는 점에 대하여는 별다른 이론이 없다.[85] 이에 비하여 공범종속성의 '정도'에 관하여는 견해의 대립이 있다. 즉 제한종속성설과 극단종속성설이 대립하고 있다.[86] 여기서 책임개별화 원칙에 관한 규정을 둠으로써 공범의 종속형식을 명백히 하자는 주장이 개정론으로 제기되고 있다.[87] 공범의 종속성에 관하여 '책임개별화원칙'에 대한 명문의 규정을 둔다는 것은 논리적으로 '제한종속형식'을 명시적으로 취한다는 것을 의미한다.

공범의 종속형식이 해석상 도출될 수 있도록 문언상 명시하고 있는 독일 형법의 경우에는 이미 공범 규정(교사범 제26조; 방조범 제27조) 자체에서 '정범'의 행위를

85) 박상기, 374면; 배종대, 554면; 이재상, 430면; 임 웅, 391면. 김일수·서보학, 632면, 오영근, 652면은 종속성설과 독립성설의 절충이 필요하다고 지적한다.

86) 극단적 종속설을 주장하는 견해는 신동운, 614면; 오영근, 658면; 정영석, 235면 참조.

87) S/S/Cramer/Heine § 28 문단번호 4, Herzberg, ZStW 88, 73면. 이에 반대하는 견해는 SK/Hoyer, § 29 문단번호 6 참조.

'위법한 행위'라고 규정함으로써 제한종속형식을 취하고 있음을 명백히 하고 있다. 그런데 독일 형법은 이와 아울러 제29조에서 또다시 책임개별화원칙을 규정하고 있다. 이 점에서 공범의 종속성과 관련하여 이 책임개별화 원칙 규정의 존재의의는 크지 않다고 할 수 있다.[88]

책임개별화원칙 규정을 둔 나라로는 독일,[89] 오스트리아[90]가 있고, 일본 대만, 스위스 형법은 이에 관한 규정을 두고 있지 않다.

2. 종전의 논의

(1) 형사법개정특별분과위원회 검토의견

1) 이론상 책임은 개별적으로라는 말은 일반적으로 쓰고 있으니 두는 것도 일리가 있지만 입법적으로 극단종속형태를 주장하지 못하게 되는 부작용이 있으므로 이론에 맡기는 것이 좋겠다고 하여 두지 말자는 의견.
2) 이에 대해 조문을 신설해야 하느냐, 안해야 하느냐 하는 것은 책임의 개별화 원칙을 선언함으로써 형사적인 파급효과나 공동정범의 규율에 있어 어떤 실익이 있을 수 있을 것인가를 고려해서 결정하여야 할 것인 바, 결과에 있어서 극단종속형식을 부정하게 된다 하더라도 그것과 별개로 책임개별화의 규정을 신설하는 것이 좋겠다는 의견.
3) 종속형식에 대해 어떤 태도를 취함으로써 자동적으로 해결할 수 있는데 굳이 입법에서 어떤 종속형식을 명백히 할 필요가 없다고 보이므로 굳이 신설할 필요 없다는 의견 등이 개진되었다.

3. 검　토

종속형식에 관한 명문의 규정을 둘 것인가? 이는 어느 종속형식이 타당한가,

---

88) 독일 형법 제29조의 입법사적 의의는 극단종속형식'에서 '제한종속형식'으로의 변화를 가져온 데 있다고 하겠다. 그런데 제29조가 독일 형법에 도입된 이후에 교사범(제26조), 방조범(제27조) 규정이 입법됨으로써 제29조 자체의 의의는 퇴색되었다. Lackner/Kühl, StGB, 23판, 29 문단번호 1참조. Tröndle/Fischer, StGB, 53판, 29 문단번호 1-2 참조; 범죄론분야의 쟁점과 개정방향, 앞의 책, 662면 참조.

89) 관여자의 가벌성의 독자성: 각 관여자는 타인의 책임과 관계없이 자신의 책임에 따라 처벌된다.

90) 가담자의 독자적 가벌성: 제13조: "수인이 범죄에 가담한 때에는 그 각자는 각자의 책임에 따라 처벌한다."

가장 합리적인가 그리고 어느 종속형식이 현행법의 해석상 가장 정합한가, 그리고 종속형식의 규정이 어떤 실익을 가져 올 것인가와 관련하여 논의되어야 할 것이다. 그런데 앞에서 본 각종 형법개정안에서는 견해가 귀일되고 있지 않다. 현재 학계에서는 제한종속성설이 다수를 점하고 있지만,[91] 극단종속성설도 주장되고 있으며,[92] 현행 형법상의 규정도 극단종속형식을 뒷받침하는 것으로 보이는 규정도 있어, 어떤 종속형식이 타당한가에 관하여는 이론이 분분하다.

간접정범의 규정을 통해서 반사적으로 공범의 종속형식이 정해질 수 있다는 면에서 간접정범 규정의 해석을 보면, 제한종속설을 취하는 입장에서도 피이용자의 행위가 위법성만을 갖추면 공범이 성립한다고 하는 것이 아니라, 생명있는 도구로서의 의사지배의 성격을 검토하여 간접정범의 성부를 논한다는 점에서, 간접정범의 규정과 종속형식을 직접 관련시킬 필연성은 없다고 할 것이다. 그런데 앞서 살핀 바와 같이 간접정범에 관하여는 현행 규정에 대하여 최소한의 수정을 가하여 피이용자의 자격을 규정하는 방식으로 구상하였다. 따라서 간접정범의 규정을 통해서 종속형식을 입법적으로 정해 놓은 것은 아니다. 그리고 공범과 신분의 경우에도 후술하는 바와 같이 현행의 진정신분범, 부진정신분범 구분방식을 유지한다면, 책임개별화의 규정은 입법적으로 명시되지 않는 것이 된다.

현행 형법은 공범 규정(교사범, 방조범)에서 정범의 행위에 관하여 '타인의 (범)죄'라고 언급하고 있어 공범종속성설을 취한 것은 분명하나 종속성의 정도에 대하여는 제한종속형식을 취하는가 극단종속형식을 취하는가를 명시하지 않고 있다. 또 형법 제33조의 문언상으로도 불법신분・책임신분의 구분에 입각한 규정방식을 취하지 않고, 진정신분범・부진정신분범의 구별방법에 입각한 규정방식을 취하고 있다. 그리고 공범 규정(교사범, 방조범)에서 정범의 책임에까지 종속한다고 보는 극단적 종속형식을 취하는 학자도 존재한다.[93]

생각건대 공범에 있어서 책임에의 비종속은 형법의 해석원칙으로 인정되는 것이고, 형법상 책임원칙이 명문의 규정이 없음에도 불구하고 해석상 적용되고 있는 것과 마찬가지로 책임의 개별화원칙도 책임원칙의 하나의 내용으로서 효력을 갖는다고 할 수 있다. 따라서 책임개별화의 원칙은 명문의 규정을 두는가와 관계없이 해석원칙으로서 통용되는 것으로 이해할 수 있다.[94]

---

91) 김일수・서보학, 633면; 박상기 375면; 배종대 555면; 이형국, 312면; 임웅, 393면; 정성근・박광민, 502면.
92) 신동운, 614면; 오영근, 658면; 정영석, 235면.
93) 앞의 주 참조.
94) 김성돈, 674면; 이에 관하여는 범죄론분야의 쟁점과 개정방향, 앞의 책, 600면 이하 참조. 그리고 법

한편 형법해석학적으로도 책임개별화 규정을 두는 경우 그 반사적 효과로서 현행 형법 제33조의 규정이 불법신분에 관한 규정으로 국한되는 문제도 나타날 수 있다.[95] 따라서 책임의 개별화 원칙은 불문의 해석원칙으로서 인정되는 것으로서, 이에 관하여 명문의 규정을 둠으로써 다른 제도의 해석에 혼란을 야기할 필요는 없으리라고 생각된다. 형법의 개정에 있어서 책임개별화의 규정을 둘 필요는 없을 것으로 사료된다.

Ⅷ. 공범에서의 중지 규정 신설 문제

개정시안 : 규정하지 않기로 함.

1. 문제의 제기

다수인이 범행에 가담한 경우에 중지한 일부의 자에게도 형법 제26조의 중지미수 규정이 적용될 수 있는가가 문제된다. 형법 제26조는 규정 체계와 조문의 위상에 비추어 볼 때 단독범에 관한 규정으로 보이기 때문이다.

2. 종전의 논의

형사법개정특별분과위원회 검토의견에 의하면, 독일 형법은 이에 대해 자세하게 규정하고 있으나, 우리나라에서는 예비의 중지와 마찬가지로 학설·판례에 일임한다고 하여 공범과 중지 규정을 신설하지 아니한다고 하였다. 개정시안에서도 같다.

3. 쟁 점

다수인이 범행에 가담하여 실행의 착수의 단계에 진입한 후 중지한 자에게 중지미수를 인정할 수 있는가[96]에 관하여 대법원은 일정한 요건 하에서 '중지미수'를

이론적인 면에서의 원리(principle)와 규칙(rule)에 관한 구별은 R. Dworkin, Taking Rights Seriouly, 1978 참조.

95) 범죄론 분야의 쟁점과 개정방향, 앞의 책, 662면.

인정한다는 취지의 판결을 하고 있다.[97] 학계에서도 다수자가 관여한 경우에 중지미수를 인정할 수 있다는 점에 대하여는 이의가 없는 것으로 보인다.[98] 문제는 다수자의 범행가담의 경우 중지미수가 단독범의 중지미수와 동일한 요건 하에서 인정될 것인가이다.

통설은 다수인의 범행가담의 경우에도 중지미수를 인정하고 있지만, 그 요건은 단독범의 경우보다 강화하여 설정하고 있다. 즉 공범 중 한 사람이 자의로 실행을 중지하는 경우에는 중지미수를 인정할 수 없고, 가담자 전체에 대하여 범행을 중지하게 하거나 궁극적으로 '결과발생 방지'에 이르러야 중지미수가 성립한다는 것이다.[99] 따라서 공동정범의 경우에는 다른 공범자 전원을 중지시키거나 결과발생의 방지를 해야 하고, 간접정범의 경우에는 피이용자의 실행행위를 중지시키거나 결과발생의 방지를 해야하며, 협의의 공범(교사, 방조)의 경우에는 정범의 실행행위를 중지하게 하거나 결과발생을 방지해야 한다고 한다.[100]

이와 같이 요건을 강화하여 타 관여자의 행위를 중지시키거나 결과발생의 방지를 요구하는 이유는, 첫째 다수인이 가담한 행위가 갖는 '위험성' 때문에 개별적인 행위가담의 포기만으로는 중지미수 인정에 충분하지 않으며, 둘째 범죄가 기수에 달하면 중지미수는 생각할 여지가 없는 것이어서, 타 행위자로 하여금 죄를 범하게 한 자는 적극적으로 범죄의 완성을 방지해야 한다는 데 있다고 한다.[101]

이에 비하여 소수설은 행위자가 범행의 완수 이전에 범죄의 실행을 자의로 중지하고 범행방지를 위한 진지한 노력을 하였다면 설사 타 공범자에 의해 결과가 야기되었다고 하더라도 중지미수를 인정하여야 한다고 한다.[102] 다만 그 발생한 결과가 전체 범행 중의 행위자의 역할과 불가분적으로 관련을 가진 경우에는 행위자에게 결과발생 방지의무가 있어서 범죄가 기수에 이른 때에는 중지미수가 성립되지 않는다고 보아야 한다고 주장한다.[103]

---

96) 이에 관한 상세는 최준혁, "다수인의 범행가담과 중지미수", 형사법연구 제19권 제2호 (2007 여름·통권 제31호), 111면 이하 참조.

97) 대법원 1969.2.25. 68 도 1676: "공범자의 한 사람이 후에 범의를 철회하였다 하더라도 다른 공범자의 범죄실행을 중지케 하지 아니하면 중지미수가 될 수 없다." 따라서 다른 공범자의 범죄실행을 중지케 하는 경우에는 중지미수가 성립할 수 있다고 본 것이다. 또 후술하는 1986.3.11.선고 85도 2831 판결도 참조.

98) 이재상, 391면.

99) 이재상, 392면; 김일수·서보학, 545면; 임웅, 364면.

100) 이재상, 393면 참조.

101) 이재상, 같은 면.

102) 오영근, 523면.

103) 신양균, "판례에 나타난 중지미수", 고시연구 1998.5, 72면 이하; 이정원·류석준, "중지미수에서의 착수

대법원은 통설과 같은 입장을 취하고 있다. 즉 공범에 있어서는 공범자의 1인이 범의를 중지함으로써 족한 것이 아니고 공범자의 범죄실행을 중지하게 하여야 한다고 한다.[104),105)]

4. 비교법적 고찰

주요 국가의 입법례를 보면 일본과 현행 형법을 제외하면, 대만, 독일, 오스트리아, 스위스와 같은 나라들은 공범의 중지에 관한 규정을 두고 있다. 독일 형법 제24조[106)]는, 다수인이 가담한 경우에 자의로 그 기수(=결과발생)를 방지한 경우에는 벌하지 아니하며, 자기의 추가적 관여가 없이는 기수가 되지 않는 경우에도 기수를 방지하기 위한 진지한 노력이 있는 경우에는 벌하지 아니하며, 설사 결과가 발생했다 하더라도 그 결과의 발생이 그 자신의 이전의 범죄에 대한 기여와는 무관하고, 기수를 방지하기 위한 진지한 노력이 있는 경우에는 벌하지 아니한다고 규정한다.[107)] 오스트리아 형법은 제16조 제1항에서 자의로 실행행위를 방지하거나 자의로 결과를 방지한 경우 벌하지 않는다고 하고, 제2항에서는 행위의 수행이나 결과의 발생이 자신의 추가적 행위 없이는 불가능함에도 불구하고 이를 알지 못하고 자의로 진지하게 행위수행의 방지나 결과발생의 방지를 위해 노력한 경우에는 벌하지 않는다고 규정한다.[108)] 스위스 형법은 제23조에서 중지미수를 규정하면서, 동조 제2항에서 하나의 범행에 다수의 정범 또는 공범이 참여한 경우 자의로 범행의 기수를 방지한 자에 대하여는 형을 감경 또는 면제할 수 있다고 규정하고, 동조 제3항과 제4항에서 그 범행이 중지자의 행위기여와 무관하게 범하여진 경우에도 자의로 범행의 기수를 막기 위하여 진지하게 노력한 경우에는 그 형을 감경 또는

미수와 실행미수", 경남법학 제18집(2003), 188면.

104) 대법원 1954.1.30. 선고 4286형상103 판결. 대법원 1969.2.25. 선고 68도1676 판결, 대법원 1998.11.27. 선고 98도3186 판결, 대법원 1999.9.17. 선고 99도2817 판결, 대법원 2005.2.25. 선고 2004도 8259판결 및 서울고법 1969.3.3. 선고 68노459 판결도 이를 따르고 있다.

105) 대법원이 중지미수를 인정한 판결의 사안은, 자신의 범행전력 등을 생각하여 가책을 느낀 나머지 스스로 결의를 바꾸어 가게주인에게 공동피고인의 침입사실을 알려 그와 함께 공동피고인을 체포한 사안이다(대법원1986. 3. 11.선고 85도 2831 판결).

106) 독일 형법 제24조 제2항: "수인이 범죄에 가공한 경우에 자의로 그 기수를 방지한 자는 미수로 벌하지 아니한다. 다만 범죄가 그의 추가적 관여 없이는 기수가 되지 아니하거나 범죄가 그의 그 이전에 범죄기여와는 무관하게 행하여지는 때에는 범죄의 기수를 방지할 자의적이고 진지한 노력이 있으면 벌하지 아니한다."

107) Jescheck/Weigend, 550면.

108) Foregger/Serini, StGB, 5판, 74-75면.

면제할 수 있다고 규정한다. 대만 형법은 제27조에서 정범 또는 공범 중 1인 또는 수인이 자의로 범죄의 결과발생을 방지하거나 결과의 불발생이 방지행위로 인한 것이 아니라도 결과발생의 방지를 위해 진지하게 행위한 자는 그 형을 감경 또는 면제한다(필요적 감경)고 규정한다.

5. 검 토

단독범의 중지미수의 경우에는 실행행위를 중지하거나 결과발생을 방지하는 것이 곧 자신이 행한 행위 그 자체를 무해화(無害化)하는 것이어서, 기수의 방지 내지 결과발생의 방지와 동일한 의미를 갖는다. 이에 비하여 다수인이 범행에 가담한 경우에는 각인의 행위는 범행 전체가 아니라 그 일부에 지나지 않기 때문에, 자신이 한 행위에 대한 무해화가 기수의 방지 또는 범행의 결과발생의 방지와 동일하지 않다. 따라서 행위자 한 사람 또는 일부가 중지를 하거나 결과발생을 방지하기 위한 진지한 노력을 하였다 하더라도 타 행위자에 의하여 결과가 발생한 경우에는 중지'미수'가 될 수는 없다고 하겠다. 그렇다면 결국 다수자가 가담한 경우 중지미수가 성립되기 위하여는 모든 타 공범자를 중지시키거나 궁극적으로 결과발생을 방지하여야만 한다.

그런데 형법 제26조는 중지미수를 "자의로 실행에 착수한 행위를 중지하거나 그 행위로 인한 결과의 발생을 방지한" 행위로 규정하고 있다. 이 규정은 단독범뿐 아니라 다수자의 범행가담의 경우에도 적용되어 동일한 요건 하에서 중지미수가 인정될 수 있는가? 이에 관하여는 견해가 갈린다. 다수설은 형법 제26조는 그 규정의 맥락과 취지상 단독범에만 적용되는 규정으로 보아야 한다고 한다.[109] 다수설에 의하면 다수 가담에 대하여는 중지미수의 규정은 존재하지 않으며 그의 해결은 해석에 일임되어 있다고 한다. 나아가 다수설은 다수가담의 경우 중지의 해석으로서는 가중적인 요건이 필요하다고 한다. 즉 착수중지에 그쳐서는 중지미수의 효과를 누릴 수 없으며, 전 가담자를 중지시켜서 궁극적으로 결과를 방지해야 한다고 주장한다.[110]

이에 비하여 소수설은 형법 제26조는 단독범에 대해서는 물론 다수 가담의 경우에도 적용된다고 주장한다. 따라서 다수 가담의 경우 요건을 가중하여 전

109) 이재상, 391면; 김일수/서보학, 553면 참조.

110) 이재상, 392-393면.

가담자를 중지시켜야만 중지미수를 인정하는 통설은 문언에 반하는 해석을 통해서 중지미수의 가능성을 제한한다고 비판한다.[111]

형법 제26조의 적용이라는 측면에 볼 때, 양 설의 차이는 일부의 자가 중지한 경우를 어떻게 볼 것인가에 관한 차이에 귀착된다. 소수설의 견해는 형법 제26조의 규정을 단독범 뿐 아니라 공범에도 적용되는 것으로 보아 이 경우에도 중지미수의 규정이 적용된다는 것이다. 그러나 이러한 해석은 타당하다고 하기 어렵다. 왜냐하면 형법 제26조의 규정은 중지'미수'의 규정으로서 그 요건으로서 결과의 불발생을 전제하고 있기 때문이다. 따라서 제26조를 공범에 적용함에 있어서 중지했는가만을 묻고 결과발생 여부를 묻지 않는 것은 공범에 대하여 중지미수의 성립범위를 크게 확대하는 해석이 된다. 이는 피고인에게 유리한 해석이기 때문에 일단 허용되는 해석의 범위에 속한다고 할 수 있겠으나, 그 확대의 합리성의 면에서 문제가 있다고 하지 않을 수 없다. 왜냐하면 이러한 해석은 중지미수의 효과인 필요적 감면의 혜택의 취지를 몰각한 해석이기 때문이다. 중지미수를 가볍게 처벌하는 이유에 관하여는 여러 학설이 제시되고 있지만, 가장 결정적인 이유는 법익침해가 소멸 또는 약화되기 때문이라고 하여야 할 것이다.[112] 따라서 이 법익침해의 소멸이나 약화를 형사정책적 측면에서 파악하든(형사정책설) 법적 측면에서 파악하든(법률설), 이러한 단계에 이르지 못한 중지는 중지미수의 혜택이 돌아 갈 수 없는 것이다. 따라서 이미 결과가 발생한 경우에는 가담자의 중지는 양형의 단계에서 고려될 수는 있지만, 중지미수의 틀 속에서 필요적 감면의 특혜를 받을 수는 없다고 하여야 옳을 것으로 생각된다.[113]

그렇다면 다수 가담의 경우를 위하여 형법 제26조와 병행하여 별개의 규정을 두어야 할 것인가? 전술한 바와 같이 공범의 중지의 경우 강화된 요건이란 전체 관여자의 중지를 가져오거나 결과를 발생시키지 않아야 한다는 것이다. 결론부터 말하자면 공범의 중지미수가 단독범의 중지미수와 성립요건이 다르기는 하나, 이를 위하여 독일 형법과 같이 별도의 규정을 두지 않더라도 해석상 타당한 결과를 얻을 수 있다고 생각된다.

우선 공범 중 1인 또는 일부가 그 자신의 추가행위 없이는 결과발생이 불가능한 상태에서 자의로 중지하여 자신의 추가행위를 포기한 경우에는 형법 제26조의

111) 오영근, 523면.

112) 同旨 오영근, 509면; 최준혁, 앞의 글, 119-120면.

113) 최준혁, 앞의 글, 119면.

취지대로 중지미수가 될 수 있다. 둘째 공범 중 1인 또는 일부가 자의로 결과발생을 방지한 경우에도 마찬가지로 현행 규정의 취지에 따라 중지미수가 될 수 있다. 셋째 공범 중 1인 또는 일부가 중지하였으나 타 공범은 장애미수에 그친 경우는, 첫째, 둘째 범주와 중복되는 유형으로서 중지자에게 중지미수가 될 수 있다. 넷째 자의로 중지한 경우, 다른 공범의 행위를 하지 못하게 하려고 진지하게 노력했거나 결과발생을 방지하기 위하여 진지하게 노력했으나 결과가 발생한 경우가 문제된다. 이 경우 중지를 장려하지 못하는 형사정책적 결함을 나타낼 수 있다는 면은 인정되지만, 일단 결과가 발생한 경우에 대하여 중지미수를 인정할 수는 없다고 하겠다.

따라서 형법 제26조는 단독범의 중지미수를 규정하고 있는 것으로 해석할 수 있지만, 공범의 경우에도 대체적인 유형은 제26조의 규정 취지대로 해석되며, 그렇지 않은 유형을 해결하기 위하여 별도의 규정을 둘 필요는 없을 것으로 판단된다. 즉 결과가 발생하지 않은 경우는 형법 제26조에 따라 해석되기 때문에 특별히 규정을 둘 필요는 없고, 진지한 노력을 하였으나 결과가 발생한 경우에 관하여는, 일단 결과가 발생하여 기수에 도달한 때에는 이미 중지'미수'의 범주에 속하지 않으므로 중지미수의 필요적 감면의 혜택을 줄 수 없다고 본다(통설).[114]

이에 대하여 소수설은 본인의 노력과는 무관하게 타 공범들에 의하여 결과가 발생한 경우에는 중지미수의 혜택을 부여하여야 한다고 주장한다.[115] 이러한 관점에서 소수설은 다음과 같은 개정안을 제안하고 있다.[116] 즉 현행 형법 제26조를 제1항으로 하고, 형법 제26조 제2항에 다음과 같은 조문을 추가한다는 것이다: "범행이 자신의 추가적인 행위없이 기수에 이르지 못하거나 자신의 사전범행기여와는 무관하게 기수에 이른 경우, 자의로 결과의 발생을 방지하기 위하여 진지하게 노력한 자(정범 또는 공범)에게는 제1항을 준용한다."

그러나 타 공범의 중지를 착오로 알지 못한 경우와 같은 지엽적인 경우를 조문화한다는 것 역시 지나치게 복잡하여 굳이 입법을 한다면, "범죄가 기수에 이른 경우에도 범죄의 실행을 중지하고 결과의 발생을 방지하기 위하여 진지하게 노력한 자에 대하여는 그 형을 감경(또는 면제)할 수 있다"는 식으로 규정하는 것으로 정리할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 안은 결과의 발생(기수)의 경우에도 중지미수를 인정한다는 점에서 설득력은 크지 않다고 하겠다.

---

114) 이재상, 392면.

115) 김성룡, 착수미수의 실패한 중지범, 형사법연구, 제19호(2003), 200면 이하; 이용식, 중지미수와 관련한 몇가지 논점, 형사법연구 제26호(2006), 73면 이하 참조.

116) 범죄론분야의 쟁점과 개정방향, 앞의 책, 667면.

6. 소 결

형법 제26조는 조문의 체계와 위치상 원칙적으로 단독정범에 적용되는 규정이고, 공범의 경우에는 해당 규정이 존재하지 않는다고 보아야 할 것이다.[117] 따라서 공범의 중지미수에 대하여는 형법 제26조의 입법취지를 공범의 경우에 대하여 유추하는 것이 될 것이다. 그리고 이는 피고인에게 유리한 해석이므로 이를 유추금지의 원칙에 저촉된다고 볼 수는 없다고 하겠다. 이렇게 검토한 결과 공범의 중지미수의 사안도 제26조의 해석의 테두리 내에서 해결할 수 있다는 것을 인식하게 되었다. 따라서 형사법개정특별분과위원회의 검토의견처럼 공범의 중지미수를 위하여 별도의 규정을 신설할 필요는 없으며, 문제되는 사안은 해석론에 맡김으로써 학설과 판례의 발전에 개방적인 태도를 취하는 것이 좋을 것이다. 개정시안도 같은 태도를 취하였다.

Ⅸ. 공범과 신분 규정의 개정

개정시안 : 제35조(공범과 신분) ①신분에 의하여 구성되는 범죄에 신분없는 자가 가담한 때에는 제32조부터 제34조까지의 규정을 적용한다. 다만 신분없는 자의 형은 감경할 수 있다.

②신분에 의하여 형의 경중이 있는 경우에 신분없는 자는 통상의 죄에 정한 형으로 처벌한다.

이　　유 : 해석을 명확히 하기 위하여 진정 신분범과 부진정 신분범 관련 규정을 제1항, 제2항으로 나누고, 진정 신분범에 가담한 공범에 대한 임의적 감경규정을 신설하였다.

1. 문제의 제기

공범과 신분에 관한 규정에 대하여는 그간 많은 문제가 제기되어 왔고 이에

117) 同旨 이재상, 391면.

따라 개정논의도 활발하게 이루어져 왔다. 그 가운데 주로 논의되었던 문제는 첫째 형법 제33조 규정에 대응한 신분의 분류와 그에 따른 본문과 단서의 관계, 둘째 동조 단서의 "중한 형으로 벌하지 아니한다"는 규정의 의미와 적절성에 관한 것이었다. 특히 첫째 문제에는 공범종속성을 유지하여 비신분자에게 신분이 연대되는 기준과 범위와 종속성을 완화하여 신분이 연대되지 않는 기준과 범위의 문제가 논의 되었다. 이외에도 신분에 관한 정의가 없다거나, 공동정범에도 신분을 연대하는 것이 적절한가의 문제, 그리고 범죄성립을 조각하거나 처벌을 조각하는 신분에 관한 규정이 명시되어 있지 않다는 점도 지적되어 왔다.

2. 검 토

(1) 제33조의 신분 및 본문과 단서의 관계

형법 제33조의 신분의 성질과 분류에 관하여는 견해차이가 있다. 통설은 제33조의 규정형식에 따라 신분을 구성적 신분과 가감적 신분, 그리고 소극적 신분으로 구별하고 있다. 이에 비하여 '불법의 연대성과 책임의 개별성'이라는 법리에 충실하게 신분을 '위법신분'과 '책임신분'으로 구별하는 견해도 있다.[118] 통설의 분류방식에 대하여는 구성적 신분인가 가감적 신분인가에 따라 공범간에 신분이 연대 또는 개별화하는 근거가 분명하지 않다는 점을 지적할 수 있다. 예컨대 체포감금죄(제124조)에서의 공무원과 수뢰죄(제129조)의 공무원은 성격상 동일한 신분임에도 불구하고 이러한 분류에 따르면 각기 다른 신분이 된다.[119] 이에 비하여 실질적 분류방식은 논리적으로는 명확한 구분이기는 하나, 위법신분과 책임신분의 구별이 실제로는 반드시 용이하지 않고, 가감적 위법신분에 가담한 신분없는 자에게 불법의 연대성을 인정하여 신분범의 가중된 형으로 처벌한다는 것은 제33조 단서에 배치된다는 문제가 있다.[120]

다음으로 형법 제33조의 본문과 단서의 관계에 관하여 간단히 살핀다. 이에 관하여 다수설은 제33조 본문은 진정신분범에 대한 비신분자의 가담의 경우를, 동조 단서는 부진정신분범에 대한 신분자 또는 비신분자의 가담의 경우를 규정한 것이라고 본다. 즉 제33조 본문은 진정신분범에 가담한 비신분자에 대한 신분의

118) 정성근/박광민, 594면; 박양빈, 공범과 신분, 고시연구(1991.6.), 48면.
119) 천진호, '공범과 신분' 규정에 대한 입법론적 검토, 298면.
120) 이재상, 505면; 배종대, 576면.

종속성・연대성을, 동조 단서는 부진정신분범에 가담한 신분자 또는 비신분자에 대한 신분의 종속성 이완・개별화를 규정하고 있다고 해석한다.

이에 비하여 소수설은 제33조 본문은 진정신분범만이 아니라 부진정신분범의 경우에도 신분의 종속성・연대성을 규정함으로써 신분범의 공범 성립의 근거를 규정한 것이고, 단서는 부진정신분범의 '과형'만을 규정한 것이라고 해석한다.[121] 즉 제33조 본문은 진정신분범이든 부진정신분범이든 가리지 않고 신분범 일반에 대하여 신분의 연대를 인정하여 공범의 '성립'을 규정한 것이고, 단서는 부진정신분범에 관하여 '과형'(의 개별화)을 규정한 것으로서, 본문은 단서의 적용에 전제가 된다고 본다.

이 이외에도 제33조 본문은 '구성적 불법신분'의 공범성립과 그 법정형에 대한 규정으로, 단서는 '가감적 불법신분'의 개별화를 선언한 규정으로서 가감적 불법신분에서 공범의 성립과 과형에 관한 규정으로 보는 견해[122]도 있다. 판례는 소수설과 같은 취지의 태도를 취하고 있다.[123]

이러한 견해의 대립은 대체로 현행 형법 제33조에 대한 문언 중심의 해석론과 공범에 관한 원칙 내지 이론과의 합치를 이루려는 해석론에서 비롯된 대립이라고 할 수 있다. 통설은 제33조의 문언에 충실하여, '신분관계로 인하여 성립하는 범죄'와 '형의 경중'이 있는 경우로 나누어 양자를 다르게 취급한다. 양자를 달리 취급하는 근거는, 문언상 신분을 진정신분범과 부진정신분범으로 구별하고 있고, 진정신분범의 경우 신분은 불법신분으로서 공범종속성 원칙에 따라 공범의 불법이 정범의 불법에 종속, 연대한다는 것이다. 이에 비하여 부진정신분범의 경우에는 그러한 종속성이 완화되어, 정범의 불법이 공범의 불법에 영향을 미치지 않고 처벌이 개별화된다는 것이다. 그 이유는 부진정신분범의 신분은 책임신분이라거나, 이

---

121) 정영석, 270면, 각주24); 진계호, 621면; 신동운, "공범과 신분", 고시계(1991.12), 45면 이하.

122) 한상훈, "신분범과 공범 - 형법 제33조의 시론적 해석론 -", 형사법연구 제19호(한국형사법학회, 2003), 290면.

123) 대법원 1997.12.26. 선고 97도2609 판결. "상호신용금고의 임원 아닌 자가 신분관계 있는 임원과 공모하여 상호신용금고법위반죄를 범한 사안에서, 상호신용금고법 제39조 제1항 제2호 위반죄는 상호신용금고의 발기인・임원・관리인・청산인・지배인 기타 상호신용금고의 영업에 관한 어느 종류 또는 특정한 사항의 위임을 받은 사용인이 그 업무에 위배하여 배임행위를 한 때에 성립하는 것으로서, 이는 위와 같은 지위에 있는 자의 배임행위에 대한 형법상의 배임 내지 업무상배임죄의 가중규정이고, 따라서 형법 제355조 제2항의 배임죄와의 관계에서는 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우라고 할 것이다. 그리고 위와 같은 신분관계가 없는 자가 그러한 신분관계에 있는 자와 공모하여 위 상호신용금고법위반죄를 저질렀다면, 그러한 신분관계가 없는 자에 대하여는 형법 제33조 단서에 의하여 형법 제355조 제2항에 따라 처단하여야 할 것인 바, 그러한 경우에는 신분관계가 없는 자에게도 일단 업무상배임으로 인한 상호신용금고법 제39조 제1항 제2호 위반죄가 성립한 다음 형법 제33조 단서에 의하여 중한 형이 아닌 형법 제355조 제2항에 정한 형으로 처벌되는 것이다."

규정 자체가 책임의 개별화를 위한 규정이라고 해석한다.[124] 그러나 부진정신분범의 신분이 반드시 책임신분이라고 단정할 수 없고, 또 이 규정이 반드시 책임의 개별화 규정이라고 단정하기도 어렵다. 예컨대 간수자도주죄(형법 제148조)에서의 간수자나 업무상횡령죄(형법 제356조)에서의 업무자는 불법신분인가 책임신분인가가 명확하지 않다.

이러한 면에서 다수설은 '불법의 연대, 책임의 개별화'라는 이론적 구분에 정확하게 일치하지 않는 진정신분범과 부진정신분범의 구별을 기준으로 하여 신분의 연대와 개별화를 규정함으로써 간명한 방법으로 택하고 있다. 이에 대하여는 진정신분범에는 연대되는 동일한 성질의 신분이 부진정신분범의 경우에는 개별화되는 근거가 박약하다는 점, 그리고 그러한 방식으로 규정하는 경우에 본문과 단서로 나누어 규정하는 방식은 원칙, 예외의 관계이지 별개의 범주로 평가되는 진정신분범과 부진정신분범의 관계로 보기에는 문제가 있다는 점이 지적되고 있다.

소수설 및 판례와 같이 제33조 본문을 부진정신분범에 대해서도 적용하는 경우에는, 제33조 본문을 신분연대에 대한 창설적 효력을 갖는 규정으로 본다는 해석이 전제되어 있다. 그러나 신분의 연대는 제33조에 의하여 비로소 창설되는 것이 아니라 공범종속성 원칙에 의하여 - 경우에 따라서는 명문의 규정이 없이도[125] - 형성되는 것이고, 따라서 문언에 반하는 것을 무릅쓰고 이에 대하여 형법 제33조 본문을 일단 적용한다는 것은 타당하지 않다고 하겠다. 그리고 이 설에 대하여도 여전히 문제로 제기되는 것은 왜 부진정신분범의 경우에는 처벌이 개별화되는가이다.

한편 신분을 실질적으로 분류하여 불법신분과 책임신분으로 나누는 견해는 형법이론에 충실한 해석을 시도하고 있지만, 이 구별 자체가 반드시 용이하지 않아서 법적 안정성을 깨뜨릴 가능성이 있다. 이 구별이 선행되지 않으면 공범과 신분 규정은 적용하기가 어렵기 때문이다. 이 설에서는 이 규정을 불법신분인가 책임신분인가와 무관하게, 부진정신분범의 처벌을 개별화하는 규정으로 해석한다. 형법이 불법의 연대, 책임의 개별화 원칙에 입각하지 않고, 독자적인 방법으로 이 문제를 해결하고 있다고 보기 때문이다.[126] 신분을 진정신분범과 부진정신분범

---

124) 김일수, 형법 제33조, 고시계, 1990/7, 138면; 손동권, 478면은 33조 단서는 가감적 '위법신분'과 책임신분의 개별적 작용을 규정한 것이라고 한다.

125) 독일 형법이 그러하다. 독일 형법 제28조 참조.

126) 이에 관하여는 한상훈, 앞의 글, 287면 이하 참조.

으로 구분하고, 진정신분범의 경우 신분 없는 가담자에 대하여는 공범의 종속성의 원칙을 확인함으로써(제33조 본문), 비신분자에 대한 신분의 종속을 인정하면서, 부진정신분범에 대하여는 종속을 완화하여(제33조 단서) 가담자 각자가 자신의 신분에 따라 처벌한다는 것이다.

아무튼 이 규정에 관하여는 이와 같은 다양한 해석이 가능하다는 점에서 개정입법으로 이 가운데 어느 선택지를 택할 것인가가 문제된다. 개정시안을 포함하여 기왕에 제시된 개정안들은 현행의 규정의 큰 틀은 그대로 두고 구체적인 내용을 명확화하려는 시도를 하고 있다. 즉 불법신분, 책임신분의 구별과 같은 이론적 철저성은 유지하나 그 해석적 실천이 용이하지 않은 방식을 택하자는 주장은 특별히 보이지 않는다. 종래와 같이 진정신분범, 부진정신분범을 구별기준으로 하여 현행 규정의 틀을 유지하는 경우, 본문・단서의 형태는 원칙과 예외라는 관계를 시사하고 있고, 진정신분범, 부진정신분범의 관계는 원칙과 예외의 관계로 설정할 수는 없기 때문에, 개정시안은 현행법의 본문・단서의 규정방식을 지양하고, 항으로 나누어 각각 독자적인 규제영역을 갖는 것으로 규정하고 있다. 그리고 단서의 '형의 경중이 있는 경우'라는 문언에 대하여도 적절하게 '형의 경중이 있는 범죄'(죄)라는 규정하고 있다. 결국 진정신분범과 부진정신분범으로 구분하고 전자는 신분의 종속성의 유지를 통한 신분의 연대, 확장을, 후자는 종속성의 완화를 통한 신분, 처벌의 개별화를 구현하고 있다.

(2) 비신분자가 진정신분범에 가담한 경우 감경

비신분자가 진정신분범에 가담한 경우 그 형을 감경하는 규정을 둘 것인가도 문제된다. 현행 형법은 이 경우에 관하여 공범의 종속성을 엄격히 유지함으로써 비신분자에 대한 신분범의 성립을 인정하면서 그 형을 감경하지 않고 있다. 이에 비하여 독일 형법은 진정신분범에 비신분자가 가담한 경우, 종속성을 완화함으로써 비신분자의 형을 감경하는 규정을 두고 있다(독일 형법 제28조). 종속성을 완화하는 근거는 진정신분범에서의 신분은 '불법'요소이므로 이를 갖추지 않은 공범은 공범종속성의 법리에 의하여 진정신분범의 공범은 성립하지만, 불법요소로서의 신분을 갖추지 않았다는 점에서 그 형(공범의 형)을 감경한다는 것이다.

진정신분범에서의 신분, 즉 구성적 신분은 범죄의 불법의 내용을 정하는 불법표지이며, 비신분자는 가담을 통해서도 이 불법표지를 완전하게 충족시킬 수는

없다는 점에서, 비신분자에 대하여 종속성을 완화할 필요가 있다고 하겠다. 종속성을 완화하는 방법은 비신분자에게 진정신분범의 공범이 일단 성립하되 그 공범의 형을 감경하는 것이다. 이 경우 비신분자에게 불법표지는 존재하지 않으므로 감경은 '필요적' 감경이 되어야 한다고 생각할 수 있으나,[127] 범행의 가담의 태양이 다양할 수 있어 경우에 따라서는 비신분자의 불법이 정범의 그것에 상응할 수도 있으므로, 독일 형법 제28조 제1항(필요적 감경)과는 달리 '임의적' 감경으로 하는 것이 타당하다고 하겠다. 독일 형법의 필요적 감경제도는 형법과는 그 감경의 폭과 방법이 다르므로 독일의 규정을 그대로 답습하는 것은 적절하지 않다고 하겠다.[128] 개정시안도 같은 태도를 취하고 있다.

(3) 소극적 신분범에 가담한 비신분자에 관한 규정

형법 제33조는 구성적 신분과 가감적 신분에 대해서만 규정하고, 범죄의 성립을 조각하거나 처벌을 조각하는 소극적 신분에 대해서는 규정하지 않고 있다. 소극적 진정신분범에 가담한 비신분자에 관하여는 해석에 일임하고 있다.[129]

우선 소극적 신분 가운데 불구성적 신분에 관하여 살펴보면, 불구성적 신분을 가진 자의 행위에 비신분자가 가공한 때에는 신분자에게 범죄가 성립하지 않으므로 비신분자에게도 범죄가 성립하지 않는다. 이에 비하여 역으로 신분자가 비신분자에게 가공한 경우는 비신분자에 대하여는 신분관계로 인하여 성립하는 범죄이므로 신분자에 대하여 공범이 성립한다(예컨대 의사가 무면허자에게 의료행위를 교사한 경우).

다음으로 책임조각적 또는 처벌조각적 신분에 관하여 살펴보면, 이 경우 신분자는 책임이 조각되거나 처벌이 조각되어 처벌받지 않지만, 비신분자에 대하여는 공범이 성립할 수 있다. 다만 책임조각적 신분자에 대하여 비신분자가 의사지배가 있는 때에는 비신분자에게 간접정범이 성립될 수 있다. 역으로 신분자가 비신분자에 가공한 경우에는 신분자는 책임이 조각되거나 처벌되지 않는데 비하여, 비신분자는 그 죄의 정범으로 처벌되게 된다.

---

127) 천진호, '공범과 신분' 규정에 대한 입법론적 검토, 앞의 글, 314면.

128) 同旨 범죄론분야의 쟁점과 개정방향, 앞의 책, 660면.

129) 이에 대해 제33조는 진정신분범, 부진정신분범이라는 용어를 쓰지 않고 '신분관계로 인하여 성립될 범죄', '신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우'라고 하고 있기 때문에 소극적 신분에도 적용될 수 있다는 견해도 있다. 오영근, 664면 참조.

이를 종합해 보면 책임조각적 신분 및 처벌조각적 신분있는 자는 그 신분에 따라 책임이 조각되거나 처벌되지 않게 된다. 이는 명문의 규정을 두지 않더라도 해석으로 충분히 해결할 수 있는 것으로서 규정을 두지 않는 것도 무방하다고 생각된다. 규정을 두는 경우에는 이를 제33조 단서에 반영하여 “신분에 의하여 형이 가중·감경 또는 조각되는 범죄에 신분없는 자가 가담한 때에는 신분없는 자에 대하여는 통상의 죄에 정한 형으로 처벌한다”고 개정할 필요가 있다고 하겠다. 개정시안은 ‘형의 경중이 있는 경우’라고만 규정하고, 조각되는 경우는 해석에 맡기고 있다.

(4) 제33조 본문의 공동정범 적용 여부

진정신분범에 가담한 비신분자는 정범적격을 결하고

으로 공동정범이 될 수 있도록 한 특별규정으로 해석한다는 것은 형사정책적 고려를 앞세워 근거없이 처벌을 확장한다는 것이다. 신분없는 자가 신분있는 자와 함께 진정신분범을 공동실행 하였다 하더라도 신분없는 자에게는 진정신분범의 공동정범이 성립될 수 없으며, 따라서 형법 제33조 본문의 "전 3조를 적용한다"는 규정은 타당하지 않다는 것이다.[134]

현행 형법의 해석론으로서는 이러한 소수설의 주장은 현행법의 명문의 규정에 반한다는 점에서 문제가 없지 않다. 다만 입법론으로서는 경청할 만한 주장이다. 형법이론적으로도 그렇다. 정범적격이 없는 자에 대하여 정범을 인정한다는 것은 이론적 일관성의 면에서 타당하지 않으며, 정범에 종속성이 인정되는 것과 같은 식의 해석은 형법이론적으로 받아 들이기 어렵기 때문이다.[135]

그렇지만 이론적 철저성과는 별개로 이 경우 '평가모순'이 존재한다는 점은 간과하기 어렵다. 즉 신분없는 자가 공범으로 가공한 단계를 넘어 공동정범적으로 가공한 경우에 이를 신분이 없어 공동정범으로 처벌하지 않고 공범으로 처벌한다는 것은 정의의 요청에 부합한다고 보기 어렵기 때문이다. 따라서 이 경우 (공동)정범의 성립은 일단 인정하고 그 형을 감경할 수 있게(임의적 감경) 하는 것이 타당하다고 하겠다.[136] 그 근거는 이 경우 정범이 공범적 개입의 밀도 이상의 것을 갖추고 있으므로 이를 고려하여 특별규정을 두어 제33조 본문의 적용대상으로 삼는 것은 정의의 요청에 반한다고는 할 수 없을 것이기 때문이다. 개정시안도 같은 태도를 취하고 있다.

(5) '중한 형으로 벌하지 아니한다'는 문언

제33조 단서의 "중한 형으로 벌하지 아니한다"는 문언의 의미가 무엇인가에 대하여도 견해가 대립된다. 문언상으로는 이 단서는 두 개의 비교군이 있을 때 '반드시 경한 형으로 벌한다'는 어감을 주고 있다. 제33조 단서는 동조 본문에서 엄격하게 인정한 공범종속성을 완화함으로써, 부진정신분범에 가담한 신분없는 자에 대하여는 형을 개별화하여 "중한 형으로 벌하지 아니한다"고 규정하고 있다.

---

134) 천진호, 앞의 논문, 315면.

135) 따라서 이 경우 신분이 없는 자에 대하여는 공범이 성립할 뿐이라고 하게 된다. S/S/Cramer/Heine § 25 문단번호 81. Wessels/Beulke, Strafrecht, AT, 36판, 188면.

136) 진정신분범의 경우에 신분없는 가담자에 대하여 형의 임의적 감경을 인정하였기 때문에 공동정범의 경우에도 동일한 논리가 적용되어 신분없는 자에 대하여는 임의적 감경의 효과가 미치게 될 것이다. 이에 비하여 부진정신분범의 경우에는 각각의 신분에 따라서 처벌하게 될 것이다.

이 경우 신분없는 자가 가중적 부진정신분범에 가담한 경우에는 제33조 단서에 의하여 신분없는 자는 경하게 처벌됨으로써 규정취지에 따라 해결된다. 반면에 신분없는 자가 감경적 부진정신분범에 가담한 경우에는, 제33조 단서의 문언상 중한 형으로 벌하지 않아야 하기 때문에 신분없는 자도 감경적 신분이 있는 것처럼 의제되어 경한 형으로 처벌되게 된다. 그런데 이러한 결론은 이 규정의 존재이유를 '종속성의 완화'라고 보는 한, 그 취지에 위배되는 자기모순적 결론이 된다. 즉 이러한 해석은 '일부의 종속성의 완화, 일부의 종속성 유지'라는 결과가 되기 때문이다. 이에 관하여 일본 형법 제65조 제2항은 "통상의 형으로 벌한다"고 규정하고, 독일 형법 제29조는 "각 관여자는 타인의 책임과 관계없이 자기의 책임에 따라 벌한다"고 규정하고 있다.

이 규정에 근거하여 학설상 비신분자는 언제나 경한 죄에 정한 형으로 벌해야 한다는 소수설[137]과, 종속성의 완화로 인하여 감경사유는 신분자에게만 인정되고 비신분자인 공범에는 미치지 않는다고 보는 다수견해가 대립되고 있다.[138]

형법의 해석론으로는 이와 같은 견해의 대립이 있고 소수설과 같은 견해도 허용되는 해석으로서 주장될 수 있으나, 입법론으로서는 이 규정의 존재의의인 종속성의 완화의 취지를 살려서, 감경사유는 신분자에게만 인정하는 것이 타당하다고 하겠다. 이렇게 본다면 제33조 단서는 신분있는 자에게만 적용된다는 뜻을 명확히 할 필요가 있다. 신분이 있는 자에 대하여는 신분에 따라 그 형을 개별화한다는 취지를 현행 조문에 반영한다면, 결국 개정시안과 같이 '통상의 죄에 정한 형으로 처벌한다'로 개정할 필요가 있다.[139] 개정시안도 같은 태도를 취하고 있다. 여기서 '통상의 형'이 아니라 통상의 '죄에 정한' 형이라고 한 것은, '통상의 형'이라는 말은 구체적인 죄명과 관련하지 않을 수 있어 문언상 오해의 소지가 있고, '형의 경중이 있는 경우'와 대응하여 '통상의 형'이란 결국 통상의 구성요건에 정한 형이라는 의미이고, 앞의 문구를 '형의 경중이 있는 경우'가 아니라, '형의 경중이 있는 범죄'라고 하는 경우에는 '통상의 범죄'라고 하여야 제3의 중간적 범죄의 법정형을 명확하게 지칭할 수 있을 것이다.

137) 오영근, 662면.

138) 김일수/서보학, 661면; 박상기, 470면; 배종대, 656면; 이재상, 510면; 임웅, 477면 등 참조.

139) 천진호, "'공범과 신분' 규정에 관한 입법론적 검토", 앞의 논문, 315면.

6. 신분에 관한 정의 규정을 둘 것인가?

현행 형법은 신분에 관한 정의규정을 두고 있지 않다. 입법례에 따라서는 이에 관한 규정을 두고 있는 나라도 있다.[140] 형법은 명문의 정의 규정을 두고 있지는 않지만, 학설과 판례를 통해서, 신분이란 "남녀의 성별, 내외국민의 구별, 친족관계 또는 공무원의 자격과 같은 관계뿐 아니라 널리 일정한 범죄행위에 대한 범인의 인적 관계인 특수한 지위나 상태를 가리키"[141]는 것으로 통용되고 있다.

독일 형법은 신분이라는 표현을 쓰지 않고, '특수한 인적표지'라는 말을 쓰고 있다. 그 내용은 특수한 인적 성질, 관계 또는 상태(독일 형법 제14조 제1항)로 이루어져 있다.[142] 여기서 특수한 인적 성질이란 성별, 연령, 친족관계와 같은 인간의 정신적, 육체적, 법적 요소를 말하며, 특수한 인적 관계란 공무원 또는 의사와 같이 사람의 사회에서의 지위를 말하며, 특수한 인적 상태란 영업성, 상습성과 같은 상태를 말한다고 해석되고 있다.[143] 따라서 독일 형법의 해석상 인적 상태란 계속성을 요구하지 않으므로, 특수한 인적 표지가 계속성을 가질 필요는 없다.

이와 같은 독일 형법의 특수한 인적 표지를 형법의 신분에 관한 정의로 그대로 이식하는 경우, 우리말의 '신분'과 그 내포와 외연이 같은가에는 의문의 여지가 있다. 따라서 독일 형법과 같은 내용을 신분의 정의로 규정하는 것은 '신분'이라는 말을 사용하는 한 문제의 소지가 있다. 신분은 그 의미상 '행위'관련적 요소가 아니라 '행위자'관련적 요소라고 할 것이므로, 고의, 목적 등은 주관적 불법요소로서 행위요소이므로 신분에는 포함되지 않는다고 보아야 할 것이다.

결국 신분에 관하여는 학설과 판례에 의하여 비교적 안정화된 정의가 존재하고, 모해위증죄와 관련하여 논란이 있는 것[144]을 볼 때, 오히려 이러한 독일식 규정이

---

140) 독일 형법 제28조, 14조 오스트리아 형법 제14조, 스위스 형법 제26조 등.

141) 통설적인 견해이다. 이재상, 502-503면, 박상기, 462면. 임웅, 467면 등. 판례는 대법원 1994. 12. 23. 93 도 1002.

142) SK/Hoyer § 28 문단번호 16; S/S/Cramer/Heine § 28 문단번호 11 이하 참조.

143) LK/Roxin § 28 문단번호 59; S/S/Cramer/Heine § 28 문단번호 14.

144) 형법 제33조 소정의 이른바 신분관계라 함은 남녀의 성별, 내 외국인의 구별, 친족관계, 공무원인 자격과 같은 관계뿐만 아니라 널리 일정한 범죄행위에 관련된 범인의 인적관계인 특수한 지위 또는 상태를 지칭하는 것인 바, 형법 제152조 제1항은 '법률에 의하여 선서한 증인이 허위의 공술을 한 때에는 5년 이하의 징역 또는 2만 5천원 이하의 벌금에 처한다'고 규정하고, 같은 법조 제2항은 '형사사건 또는 징계사건에 관하여 피고인, 피의자 또는 징계혐의자를 모해할 목적으로 전항의 죄를 범한 때에는 10년 이하의 징역에 처한다'고 규정함으로써 위증을 한 범인이 형사사건의 피고인 등을 '모해할 목적'을 가지고 있었는가 아니면 그러한 목적이 없었는가 하는 범인의 특수 한 상태의 차이에 따라 범인에게 과할 형의 경중을 구별하고 있으므로, 이는 바로 형법 제33조 단서 소정의"신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우"에 해당한다고 봄이 상당하다. 대법원 1994.12.23. 선고 93도1002 판결.

가져올 혼란도 예상할 수 있어서,[145] 신분에 관한 정의 규정을 둘 필요는 없다고 판단되고, 이에 관하여는 학설과 판례의 발전에 개방적인 태도를 취하는 것이 타당하다고 생각된다. 각종의 형법 개정안에도 신분에 관한 정의를 두는 안은 제시되고 있지 않다. 2010년 개정시안도 같은 입장을 취하고 있다.

Ⅹ. 결 론

법무부의 형법개정 시안을 검토한 결과 다음과 결론을 도출하였다.

1. 단독·직접정범 규정 신설

정범 규정을 신설하는 것이 불가피한 개정의 필요성이 있는 것은 아니나, 최근의 각종 형법개정안의 제안에 따라 정범 규정을 신설하는 경우 "스스로 범죄를 실행한 자는 정범으로 처벌한다"는 식으로 규정하는 것이 타당하다. 그리고 이렇게 개정하는 경우 장명은 "정범과 공범"으로 바꿔야 할 것이다.

2. 간접정범 규정의 개정

개정시안은 현행 규정을 최대한 살린다는 의미에서 "어느 행위로 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 이용하여 범죄를 실행한 자도 정범으로 처벌한다"고 규정하고 있다. 이렇게 규정하는 경우 문제는 피이용자가 신분없는 고의있는 도구인 경우 방조범이 성립할 수 있게 할 필요가 있다는 점에서 '어느 행위로 처벌되지 아니하는 자' 대신에 '정범으로 처벌되지 아니하는 자'로 규정하는 것이 타당하다.

현행 규정과는 달리 '정범으로' 처벌되지 아니하는 자를 명시하는 것은, 간접정범의 성립범위를 정범으로 처벌되는 자를 이용하는 경우까지 크게 확대하지 않고, 정범배후 정범의 성립가능성을 인정하지 않는다는 점에서 의미가 있고, 공범으로 처벌되는 자를 이용한 경우에도 간접정범의 성립을 인정함으로써 '신분없는 고의

145) 앞서 언급한 바과 같이 독일의 신분 정의 규정은 계속성을 요건으로 하지 않는다.

있는' 도구를 이용한 경우를 해결할 수 있게 하였다.

3. 공모공동정범 규정

공모공동정범 규정은 실무상 활발하게 활용되고 있고, 이에 동조하는 학설도 등장하고 있지만. 형법이론적으로 여러 가지 문제를 안고 있으므로 이를 입법적으로 인정하는 것은 문제가 있다. 따라서 이 규정을 신설하지 않은 개정시안의 태도에 찬성한다. 공모공동정범은 공동정범의 요건에 포섭되는 한에서 처벌하는 것이 타당하며, 공동정범의 요건에 부합하지 않는 경우에는 공범으로 처벌하여야 한다. 개정시안도 이러한 태도를 취하고 있다.

4. 특수교사방조 규정의 폐지

형법 제34조 제2항의 특수교사방조의 규정은 공범을 정범의 형보다 가중하는 이론상의 문제점, 적용예가 거의 없다는 현실적인 무의미성, 이 규정이 아니더라도 각칙 및 특별형법상 충분한 형량을 확보할 수 있다는 점에서 형사정책적으로도 별다른 문제가 없다는 점에서 폐지하는 것이 타당하다고 판단된다. 개정시안도 이를 폐지하고 있다.

5. 공범의 중지미수 규정 신설여부

공범의 중지미수에 관하여 현재의 판례와 통설은 가담자 중 일부가 중지한 경우에 대하여 중지미수를 인정하지 않고 있다. 이에 대하여 소수설은 이러한 해석이 제26조의 문언에 반하는 해석이라고 비판한다. 제26조의 문언은 단독범에 대하여 적용되는 규정이고, 공범에 대하여는 명문의 규정이 없다고 보아야 할 것이다. 이 경우 공범에 관한 중지미수 규정을 새로이 둘 것인가에 관하여는 제26조의 규정을 유추함으로써 해석을 통한 해결이 가능하다고 보아 별도의 규정을 두지 않는 것이 타당하다고 판단하였다. 이 경우 유추는 피고인에게 유리한 유추로서 허용되는 범위에 있다고 판단된다. 개정시안도 같은 태도를 취하고 있다.

6. 공범과 신분 관련 규정

개정시안은 현행의 체계를 대체로 유지하되, 진정신분범·부진정신분범의 구별을 더욱 명확히 한다는 의미에서, 본문과 단서의 체제로 되어 있는 현행 규정을 별항으로 나누어 규정하고, 진정신분범에 가담한 비신분자의 형은 감경(임의적) 하고, 부진정신분범의 경우는 형을 개별화하되, 각자의 신분은 신분있는 자에게만 작용하는 것으로 규정하였다. 규정형식으로서는 현행 규정의 '중한 형으로 벌하지 아니한다'는 규정은 형의 개별화의 전제와 조화하지 않기 때문에, 감경적 신분에 가담한 비신분자의 경우에는 그 신분의 연대효과를 인정하지 않는 것이 타당하므로, 결국 '통상의 죄에 정한 형으로 처벌한다'는 식으로 규정하여 양자 사이에 제3의 중간적 비교군을 설정하는 형태의 입법을 하였다.

7. 책임개별화규정의 규정 여부

개정시안은 책임개별화 규정을 신설하지 않고 있다. 그렇지만 책임개별화 규정은 형법상 명문의 규정이 없음에도 불구하고 해석원칙으로 통용되고 있는 책임원칙과, 공범종속성의 원칙의 내용으로서 불법의 연대, 책임의 개별화를 통해서 해석에 활용할 수 있다. 명문의 규정이 없는 경우에도 해석의 원리 내지 해석의 지도원리로서 작용하는 요청이 있을 수 있으므로, 이를 굳이 규정하지 않은 것은 타당하다고 하겠다. 이를 규정하는 경우 극단적 종속형식은 해석상 배제되며, 공범과 신분 규정에도 해석상 일정한 영향을 미치게 되는데 이러한 명문의 규정을 통한 제약은 학설의 발전에 오히려 장애가 될 수 있다.

8. 공범규정의 개선

재교사, 간접교사, 연쇄교사, 방조의 교사의 규정 여부에 관하여는 개정시안은 이를 규정하지 않는 방향을 취하고 있다. 이러한 태도는 타당하다고 판단된다. 이는 이미 학설상 인정되고 있으며, 명문의 규정을 두는 경우에도 다양한 학설의 대립이 나타날 수 있다는 점에서 이에 관한 규정은 두지 않고 해석에 일임하는 것이 타당하다고 판단하였다. 그리고 종범이라는 용어 대신에 방조범이라는 용어를 사용하기로 한 것도 찬성한다.

지정토론문

공범규정의 개정에 대한 토론

이 승 호

(건국대 교수)

MINISTRY OF JUSTICE • REPUBLIC OF KOREA

법무부

공범규정의 개정에 관한 토론

이 승 호
건국대 법학전문대학원

Ⅰ. 상위표제

형법은 제1편 총칙의 제3절에서 '공범'이라는 표제 하에 다수인의 범죄참가 형식에 관하여 규정하고 있다. 이에 대하여 개정시안은 제3절의 표제를 '정범과 공범'으로 변경하고 있는 바, 이는 적절한 것으로 평가된다. 제3절은 본래적 의미의 공범에 해당하는 교사범과 방조범의 규정 뿐 아니라 정범의 유형인 공동정범과 간접정범에 관한 규정까지 포함하고 있기 때문이다. 아울러 개정시안은 그에 덧붙여서 소위 단독·직접정범에 해당하는 규정을 신설하고 있으므로 결국 제3절에는 공범 뿐 아니라 정범의 모든 유형이 망라되어 규정되어 있는 셈이고 따라서 상위표제를 ''정범과 공범'으로 수정하자는 제안은 충분한 설득력을 갖는다.

Ⅱ. 정 범

1. 단독 · 직접정범 규정

형법은 총칙에서 단독·직접정범에 관한 규정을 따로 두지 않으나, 개정시안은 제31조 1항에 「스스로 죄를 범한 자는 정범으로 처벌한다.」라는 조항을 신설함으로써 단독·직접정범의 근거규정을 마련하고 있다. 그리고 이에 대하여 발표문은 첫째, 그래야 할 불가피성이 인정되지는 않지만 체계적 의미의 요청으로 신설할 수는 있다고 하면서도 둘째, 개정시안의 '죄를 범한 자'라는 표현보다 '범죄를 실행한 자'라는 표현이 더 바람직하다고 주장한다. 이에 대하여 평가하면 다음과 같다.

첫째, 신설여부와 관련하여 단독·직접정범의 규정이 형법총칙에 꼭 있어야 하는 것은 아니라는 발표문의 설명은 전적으로 수긍된다. 단독·직접정범은 형법각칙의 각 범죄 구성요건에 명정된 행위주체(대표적으로 '자')에서 당연히 도출되는 범죄유형이므로 형법총칙의 규정이 없더라도 개별범죄를 '스스로' 실행한 자의 정범취급에 법적 흠결이 초래되지 않기 때문이다. 다만 신설할 경우 체계완결성의 의미를 가질 수는 있을 것이므로 이 글 역시 발표문의 논조대로 신설에 '굳'이 반대하지는 않는다.

둘째, 문구에 관해서는 '죄를 범한 자'라는 개정시안의 표현이 발표문이 제시하는 '범죄를 실행한 자'라는 표현보다 더 적합하다고 이 글은 생각하는데, 그 이유는 예비단계의 범죄까지를 포괄하기 위해서는 '실행하다'라는 용어가 한계를 가질 수 있을 것이기 때문이다. 이에 대해서는 공동정범의 문구 표현을 설명하는 부분에서 자세히 정리하기로 한다.

2. 공동정범 규정

(1) 편 제

개정시안은 제31조의 표제를 '정범'으로 설정한 후 제1항에 단독·직접정범 제2항에 간접정범을 규정하면서도 공동정범의 규정은 제32조로 따로 떼어 놓고 있는 바, 그 이유로는 공동정범의 경우 '공범과 신분' 규정이 적용되는 특성이 있고 중요성이 있다는 점을 제시한다. 하지만 이 글은 단독·직접정범에 관한 규정을 신설하고 간접정범 규정을 그와 함께 묶어서 배치시킨다면 공동정범 규정 역시 별도로 두는 것보다 같은 조문에 위치시키는 것이 체계상 더 자연스럽다고 생각한다. 즉, '정범'이라는 표제의 규정에 단독·직접정범과 간접정범 그리고 공동정범에 관한 조항을 모두 포함시키는 것인데, 이럼으로써 간접정범 및 공동정범을 교사범 및 방조범과 체계상 구별하는 효과도 있지 않을까 사료된다.

(2) 문 구

개정시안은 공동정범의 규정을 「2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 정범으로 처벌한다.」라고 표현함으로써 현행 규정의 문구를 그대로 쓰면서 다만 처벌부분에서 '그 죄의'라는 표현만을 삭제하고 있다. 그리고 이에 대하여 발표문은

범죄부분의 표현까지 '죄를 범한 때' 보다 '범죄를 실행한 때'라는 문구로 수정할 것을 제안한다. 하지만 이 글은 단독·직접정범에서도 지적한 바 있듯이 '죄를 범한 때'라는 개정시안의 표현에 찬성하는 바, 이유를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 우선 '죄'를 '범죄'로 바꾸는 것이 바람직한지 판단하기 위해서는 형법이 '죄'라는 표현과 '범죄'라는 표현을 혼용하고 있다는 점을 염두에 둘 필요가 있다.[1] 공범에 관한 제30조 내지 제34조의 규정에서만 확인하더라도 '죄'와 '범죄'가 의미상 구별 없이 사용되고 있다. 다만 대체적인 경향은 술어를 '범하다'라고 할 때에는 대상을 '죄로 표현하고(형법 제2조, 제3조 등, 제30조, 제31조 제1항), 술어를 '실행하다'라고 할 때에는 대상을 '범죄'로 표현하는(형법 제25조 제1항, 제31조 제2항, 제31조 제3항) 특징이 발견된다.[2] 그렇다면 '죄'와 '범죄' 중에서 어떤 표현을 사용할 것인지는 술어를 '범하다'로 할 것인지('범죄를 범하다'는 '범'이 두 번 들어가므로 어색한 표현임) '실행하다'로 할 것인지에 따라 결정하면 되는 과제라는 것이 이 글의 인식이다.

둘째, '범하다'라는 표현과 '실행하다'라는 표현 중에서 어느 것이 적절한지 판단하기 위해서는 먼저 양 표현의 의미를 확인해 보아야 하는데, '실행하다'라는 표현은 '구성요건적 행위의 실행'이라는 의미를 내포하고 있는 반면, '범하다'는 그보다 넓은 개념으로서 죄에 관여하여 유죄의 판단을 받게 될 일체 행위의 수행을 의미하는 것으로 이해된다. 따라서 ① 정범 및 공범의 유형을 고려할 때, '실행하다'는 정범의 범죄를 설명하는 서술어로 적당하고, '범하다'는 정범 뿐 아니라 공범까지도 모두 포함하는 일체의 범죄를 설명하는 서술어로 사용될 수 있으며, ② 범죄수행의 시간적 단계를 고려할 때, '실행하다'는 실행착수 이후의 행위 즉 기수와 미수의 범죄를 설명하는 서술어로 적당하고, '범하다'는 예비까지 포함하는 일체의 범죄를 설명하는 서술어로 사용될 수 있다고 생각된다. 이렇게 보면 공동정범의 수행을 표현하는 서술어로서 ①의 점과 관련해서는 '실행하다'는 표현이 적절하고, ②의 점과 관련해서는 '범하다'라는 표현이 적절할 것으로 판단된다.[3] 결국 의미의 적절성이 ①과 ②의 사항에서 상충되는 것인데, 그렇다면 보다 넓은 개념의 서술어인 '범하다'를 선택하는 것이 바람직하다는 것이다.[4]

---

1) 특히 제1편의 제2장은 표제 자체가 '죄'이다.

2) 하지만 형법 제31조 1항은 '죄를 범하게 한자'라는 표현과 '죄를 실행한 자'라는 표현을 모두 사용하고 있다.

3) 예비죄의 공동정범이 인정되기 때문이다.

4) 왜냐하면, '실행하다'라는 표현은 그에 포섭되지 못하는 범죄유형을 단정적으로 제외시키기 때문에 해석상 확대하는 것이 불가능하지만, '범하다'와 같은 포괄적 개념은 축소해석이 가능하기 때문이다.

(3) 과실범의 공동정범과 공모공동정범

주지하는 바와 같이 공동정범의 성립범위와 관련하여 판례는 통상적인 공동정범 이외에 과실범의 공동정범과 공모공동정범이라는 확대된 공동정범 유형을 인정하고 있다. 여기서 이러한 판례의 태도를 적극적(긍정적) 혹은 소극적(부정적)으로 입법에 반영할 것인지 문제되는 바, 개정시안은 이를 입법화하지 않고 있으며 발표문 역시 이에 동의한다. 이 글도 입법적 해결은 그러한 공동정범 유형을 일관되게 인정하는 판례의 태도와 그에 대하여 부정적인 다수 학설의 입장을 고려할 때 현명하지 못한 일이라고 판단한다.

3. 간접정범 규정

(1) 편 제

형법은 간접정범의 규정을 절의 마지막에 두고 있음에 반하여, 개정시안은 앞부분인 제31조의 정범 규정 내에 배치시킴과 동시에 단독·직접정범의 조항과는 구별하여 따로 두고 있다. 즉, 본래적 의미의 공범과 구별하여 정범유형의 위치에 놓으면서도 단독·직접정범과는 집을 달리 하고 있는 것인데, 이러한 개정시안의 편제는 발표문에서도 긍정적으로 수용된다. 이 글 역시 간접정범의 규정을 앞부분으로 이동시켜 정범의 한 유형으로 입법하는 것에 찬성하며, 나아가 단독·직접정범과의 관계에서도 독립적으로 규정하는 것이 바람직하다고 생각한다. 그 이유는 간접정범의 본질을 정범으로 파악하는 것이 타당할 뿐 아니라 별도규정이 단독·직접정범과의 통합규정보다 간접정범의 성립범위를 제한 할 수 있기 때문인데, 이 두 가지 점에 대한 설명은 후술한다(전자는 '본질', 후자는 '피이용자의 자격'에서 설명함).

(2) 본 질

주지하는 바와 같이 현행의 간접정범 규정을 해석함에 있어서는 과연 해당규정이 지칭하는 범죄유형의 본질을 정범으로 볼 것인지 공범으로 볼 것인지에 관해 견해가 대립되고 있는 바,[5] 개정시안은 공범적인 표현의 문구를 정범적인 표현

즉, '범하다'라는 표현을 쓰면서 ①의 점과 관련해서는 정범을 전제한 개념으로 이해하고 ②의 점과 관련해서는 예비를 포함하는 개념으로 이해하면 된다.

으로 수정함으로써 입법적인 해결을 시도하고 있다. 즉, 현행 규정의 '교사 또는 방조'라는 문구를 '이용'으로 바꾸고 처벌 부분에서도 정범으로 처벌됨을 명시하고 있는 것이다. 그리하여 개정시안은 간접정범의 규정을 「어느 행위로 인하여 처벌되지 않는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 이용하여 범죄를 실행한 자도 정범으로 처벌한다.」라고 표현하며, 이러한 입법적 시도는 발표문에서도 긍정적으로 수용된다. 이 글 역시 차제에 간접정범을 명실상부하게 정범의 한 유형으로 입법화하는 것이 바람직하다고 판단하며, 그 이유로는 다른 어떤 사항보다 "간접정범에서 피이용자의 행위는 이용자의 의사실현에 지나지 않으며, 간접정범은 실행행위자에 대한 '의사지배'로 인하여 정범성을 갖는다"라는 발표문의 지적이 가장 의미 있는 논거라고 생각한다. 따라서 이를 위해서는 간접정범을 표현하는 문구도 '이용'이라는 용어로 수정하는 것이 적절하며,[6] 처벌 역시 정범을 교사 또는 방조의 예에 따르도록 하는 것은 불합리하므로 정범으로 처벌하도록 입법화하는 것이 바람직하다. 덧붙여서 이렇게 간접정범을 정범의 한 유형으로 입법화한다면 규정의 편제 역시 정범규정 내에 두는 것이 자연스러운 일이다.

(3) 피이용자의 자격

개정시안은 간접정범에서 피이용자의 자격을 「어느 행위로 인하여 처벌되지 않는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자」로 규정하는 바, 이는 현행규정의 내용을 그대로 받아들이면서 단지 '처벌되지 아니하는'을 '처벌되지 않는'으로 교정한 것에 불과하다. 하지만 종래 일부 학설은 피이용자를 「타인」으로 규정함으로써 자격에 제한을 두지 말 것을 제안하였으며, 반면 발표문은 그 중간 단계에서 피이용자의 자격을 설정하여「정범으로 처벌되지 않는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자」라는 표현을 사용하도록 추천한다. 결국 개정시안의 입장을 축소설 일부 학설을 확대설이라고 한다면 발표문은 절충설을 제시하는 셈인데, 이에 대한 이 글의 평가를 정리하면 다음과 같다.

---

5) 정범설은 첫째, 표제가 간접'정범'이라는 점 둘째, 범죄성의 본질이 의사지배라는 정범성의 표지를 갖추고 있다는 점 등을 논거로 제시한다. 반면 공범설은 첫째, 조문의 체계상 공범 뒤에 있다는 점, 둘째, 문구가 교사 또는 방조라는 표현을 쓰고 있는 점, 셋째, 해석상으로도 형법이 극단적 종속형식을 따를 때 공범처벌의 불비를 해결하기 위한 방책이 필요하며 이 조항은 그것을 위한 것이라는 점 등을 주장한다.

6) 현행 규정 하에서도 교사와 방조는 교사범 및 방조범의 그것과 같지 않고 사주 또는 원조의 뜻으로 이해하는 것이 일반적인 견해인 바, 이렇게 다른 의미로 쓰면서 계속 교사와 방조의 용어를 사용하는 것은 혼동의 우려가 있다.

첫째, 어떤 형태로든지 피이용자의 자격을 제한하는 것은 필요하다고 생각한다. 확대설의 주장처럼 피이용자를 그저 '타인'으로만 규정하면 간접정범의 성립범위가 부당하게 확대될 가능성이 있기 때문이다. 피이용자의 논책유형은 (ⅰ)처벌되지 않는 자, (ii)공범으로 처벌되는 자, (iii)정범으로 처벌되는 자로 분류될 수 있는데, 확대설은 3가지 유형을 모두 간접정범의 피이용자에 포함시키게 되므로 대책 없는 확대라는 비판을 면하기 어렵다.

둘째, 피이용자의 자격을 제한하는 문구로는 발표문의 추천(절충설)이 더 설득력을 지니는 것으로 판단된다. 이는 개정시안(축소설)처럼 그저 '처벌되지 않는 자'라고 하면 진정신분범에서 신분자가 고의 있는 비신분자를 이용하는 경우에 이용자를 간접정범으로 처벌하는 논리가 궁색해지기 때문이다. 이 경우 비신분자는 공범으로 처벌될 가능성이 생기는데 그렇더라도 이용자를 간접정범으로 처벌할 수 있어야 한다는 것이 일반의 인식이고, 따라서 이 문제를 해결하기 위해서는 (ⅰ)처벌되지 않는 자 뿐 아니라 (ii)공범으로 처벌되는 자까지는 피이용자에 포함시키는 발표문의 제안(절충설)이 타당하다는 것이다.

※ 특수한 사례들의 해결

발표문의 제안처럼 피이용자의 자격을 「정범으로 처벌되지 않는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자」로 제한하는 경우 종래 학계에서 논란되어 온 특수 사례들이 어떻게 해결되는지 정리하면 다음과 같다.

① 진정목적범에 있어서 목적 있는 자가 목적 없는 자를 이용하여 범행하는 경우(행사의 목적을 지니고 있는 자가 그 목적이 없는 인쇄기술자에게 기념용이라고 이야기하며 위조지폐를 인쇄하도록 한 경우) 피이용자는 불벌이고 이용자는 간접정범이 될 것이다.

② 진정신분범에 있어서 신분자가 비신분자를 이용하여 범행하는 경우(공무원이 비신분자를 이용하여 뇌물을 받은 경우) 피이용자는 방조범이 되고 신분자는 간접정범이 될 것이다.

③ 소위 '정범 배후의 정범'의 사례들은 일괄하여 간접정범으로 처리할 것이 아니라 교사범 내지 공모공동정범(판례의 입장을 따른다고 할 때)의 요건을 기준으로 가벌성 여부가 검토될 것이다.[7]

---

7) 고의범으로 처벌되는 자를 배후에서 이용한 경우에도 피이용자의 범행에 대한 간접정범이 인정될 수 있겠는지 문제되는 바, 이것이 소위 '정범 배후의 정범' 사례이다. 즉, 피이용자가 당해 고의범죄의 직접정범이 되고 배후의 이용자가 당해 고의범죄의 간접정범이 되는 구도인데, 강력한 명령복종체계를 갖춘

※ 미진하게 남는 문제

목적이 범죄구성적 요소로서가 아니라 형벌가중적 요소로 작용하는 부진정 목적범의 경우에는 목적 있는 자가 목적 없는 자를 이용하여 범행하였을 때 피이용자의 죄책이 목적 없는 범죄의 정범으로 된다. 즉, 내란목적 살인죄에 있어서 이용자로부터 시킴을 받고 내란 목적 없이 살인한 피이용자는 살인죄 정범의 죄책을 지게 되는 것이다. 이때 발표문의 제안(절충설)을 따를 때 이용자를 내란목적살인죄의 간접정범으로 논책할 수 있는지, 논책하려면 어떤 이론이 제시될 수 있는지 등은 해결해야 할 과제이다. 덧붙여서, 현주건조물을 일반건조물로 속이고 방화시켜서 피이용자에게 일반건조물 방화죄가 성립하는 경우에도 이용자를 현주건조물방화죄의 간접정범으로 논책하려면 동일한 해결과제가 요구된다.

(4) 이용자를 표현하는 문구

현행규정은 간접정범의 이용자를 「범죄행위의 결과를 발생하게 한 자」로 표현하고 있음에 반하여 발표문은 「범죄를 실행한 자」를 추천하고 있다. 양자를 비교하면 후자가 타당한 것으로 판단되는 바, 왜냐하면 결과가 발생하지 않은 때에도 간접정범의 미수가 성립할 수 있어야 하기 때문이다. 하지만 이 글은 「범죄를 실행한 자」보다 「죄를 범한 자」라는 표현이 더 적절하다고 생각한다. 그래야 예비까지 포함할 수 있기 때문인데, 이에 대해서는 공동정범의 문구를 설명하면서 정리한 바 있다.

조직에서 상관이 부하에게 명령을 내려 범행을 시킨 경우가 대표적인 사례로 거론된다. 하지만 동 사안에서 상관은 교사범으로 처벌하여도 충분하고 더욱이 우리나라 판례체계에서는 공모공동정범으로 처리될 가능성도 생겨난다. 또한 명령의 구속력이 너무 강해서 부하에게 적법행위에 대한 기대가능성을 인정할 수 없는 경우에는 부하의 행위가 처벌되지 않으므로 상관에게는 간접정범의 죄책이 주어지지만, 이는 정범 배후의 정범과 다른 경우이다. 따라서 굳이 정범 배후의 정범을 인정하지 않아도 배후 이용자의 처벌에 공백이 발생되지 않을 것으로 판단된다.

Ⅲ. 공 범

1. 교사범 규정

(1) 처벌에 관한 문구

현행형법은 교사범의 처벌을 「죄를 실행한 자와 동일한 형」으로 하고 있으나, 개정시안은 이를「정범과 동일한 형」이라는 표현으로 수정하고 있다. 내용은 동일하고 단지 표현의 문제인데, 정범에 관한 규정을 망라하여 둔다는 점을 전제하면 개정시안의 표현이 훨씬 세련될 것으로 판단된다.

(2) 기도된 교사의 처리

현행형법은 기도된 교사를 예비 또는 음모에 준하여 처벌한다. 이에 대하여 교사의 미수로 처벌하자는 주장이 일각에서 제기되지만, 개정시안은 현행규정의 입장을 그대로 견지하고 있다. 평가하건대, 개정의 주장이 판례와 학설에서 확립된 해석의 입법적 반영이라 보기 어렵고 개정하지 않으면 해석상 중대한 문제를 발생시키거나 법공동체에 불이익을 초래하는 사안이 아니라는 점을 감안할 때 개정시안의 입장이 타당한 것으로 판단된다. 아울러 문구표현에 있어서도 「음모와 예비에 준하여」라는 현행규정을 순서를 바꾸어 「예비 또는 음모에 준하여」로 수정하고 있는 바, 역시 개정시안의 어순이 자연스럽다고 생각한다. 덧붙여서 이왕 문구를 수정하는 마당이라면 「실행의 착수에 이르지 아니한 때」라는 현행규정의 표현도 「실행에 착수하지 않은 때」로 고치는 것이 우리식의 어법에 보다 적합할 것으로 생각된다.

(3) 교사의 교사

주지하는 바와 같이 판례와 다수설은 교사의 교사, 즉 간접교사도 교사범으로 인정한다. 이에 대하여 현행형법의 문언을 엄격하게 제한하여 해석하면 교사의 교사는 적용범위에 포함되지 않는다는 주장이 제기되고, 이를 바탕으로 교사의 교사에 관한 규정의 신설이 제안되기도 한다. 하지만 개정시안은 그러한 제안을

받아들이지 않고 있는 바, 타당하다는 것이 이 글의 판단이다. 현행규정이 교사의 구체적인 방법을 제한하고 있지 않기 때문에 해석에 있어서 간접교사를 인정할 여지가 충분히 있다는 발표문의 설명도 충분히 수긍된다.

2. 방조범 규정

(1) 명칭과 조항의 수

개정시안은 '종범'이라는 현행규정의 명칭을 '방조범'으로 바꿈과 동시에 2개 항으로 분리되어 있는 현행규정을 하나의 조문으로 통합하고 있다. 즉, 형법 제34조의 표제를 '방조범'으로 수정하면서 그 내용을 「타인의 범죄를 방조한 자는 정범의 형보다 감경하여 처벌한다. 」라고 규정하는 것이다. 방조범이라는 표현이 종범이라는 표현보다는 일반인에게 익숙하다는 점, 다른 범죄유형(교사범, 공동정범, 간접정범)은 하나의 항 또는 조문으로 규정하면서 방조범만 성립과 처벌을 분리하여 규정할 필요가 없다는 점 등을 고려하면 개정시안의 수정이 적절한 것으로 판단된다.

(2) 방조의 교사

교사의 교사와 마찬가지로 방조의 교사에 대해서도 일부에서는 규정의 신설을 주장하나, 개정시안은 이를 받아들이지 않고 있다. 이 문제 역시 방조의 방법에 제한이 없기 때문에 현행 규정의 해석으로도 방조의 교사를 방조범으로 처리하는 것이 불가능하지 않다는 발표문의 인식에 동의한다.

3. 특수교사와 특수방조

개정시안은 특수교사와 특수방조에 관한 규정인 현행형법 제34조 2항을 폐지하고 있다. 즉, 대상자가 지휘 내지 감독받는 자라면 교사범의 형을 정범보다 2분지 1 가중하고 방조범은 정범의 예에 따라 처벌하는 규정을 폐지함으로써 일반적인 교사범 내지 방조범으로 처리하는데, 타당한 폐지라고 판단한다. 발표문에 적시된 바와 같이, 그러한 가중처벌의 이론적 근거가 박약할 뿐 아니라 실무상의 필요도 거의 없는 것으로 확인되기 때문이다.

Ⅳ. 공범과 신분

1. 조항 분리와 진정신분범을 표현하는 문구

현행형법의 공범과 신분에 관한 규정은 하나의 조문이지만, 개정시안은 이를 2개의 항으로 분리하고 있다. 즉, 1항에서 진정신분범에 가담한 비신분자, 2항에서 부진정신분범에 가담한 비신분자의 처벌을 규정하는데, 그럼으로써 종래 본문과 단서의 관계에 관한 해석의 혼란을 입법적으로 해결하고 있는 것이다. 발표문의 설명대로 본문과 단서의 형태는 원칙과 예외의 이미를 가짐에 반하여 진정신분범과 부진정신분범의 관계는 원칙과 예외로 설정할 수 없기 때문에 항으로 나누어 분리하는 것이 타당하다고 판단한다.

2. 진정신분범 규정

⑴ 공동정범에의 적용여부

진정신분범에서 비신분자가 신분자의 범행에 가공한 경우 비신분자를 공동정범으로 처벌하는 것이 타당한지에 관해서는 종래 많은 논란이 있어 왔다. 하지만 현행형법은 이를 명문으로 인정하고 있고, 개정시안 역시 이를 그대로 고수한다. 발표문도 비신분자가 공범으로 가공한 단계를 넘어 공동정범으로 가공한 경우에는 공동정범으로 처벌하는 것이 정의의 요청에 부합하며, 이때 야기되는 비신분자와 신분자 간의 형평은 형의 임의적 감경을 통해 맞출 수 있다고 설명한다.

하지만 이 글은 비신분자의 공동정범 처벌이 진정신분범의 본질을 훼손하는 일이라고 생각한다. 진정신분범은 행위주체의 신분성과 행위의 불법성이 결합될 것을 필수적 요건으로 하는 범죄이다. 따라서 전자(신분성)를 갖추지 못한 비신분자는 진정신분범의 정범이 될 수 없는 것이고, 단지 정범인 신분자의 범행에 가공한 경우 공범으로 처리될 수 있을 뿐이다. 이러한 이론적 정합성을 무시하고 비신분자의 공동정범 처벌 가능성을 열어둔 현행형법의 규정은 다수관여자의 범죄실행에 강력히 대처하려는 정책적인 결단이 반영된 것으로 추측되는데, 그러한 정책적 요청은 교사범의 형이 정범과 동일하다는 점을 감안할 때 교사범 처벌만으로도 충분히 해결될 수 있다는 것이 이 글의 판단이다. 비신분자가 교사범의 요건을

구비하지 못한 경우가 문제될 수 있는데, 그런 경우라면 가벌성의 정도도 공동정범으로 처리되어야 할 만큼 큰 것이 아니라고 이 글은 생각한다.

(2) 임의적 감경 여부

개정시안은 현행형법과 달리 비신분자가 진정신분범에 가담한 경우 「신분 없는 자의 형을 감경할 수 있다.」라고 하여 형의 임의적 감경 규정을 두고 있으며, 발표문은 이를 비신분자에 대한 종속성 완화의 방법이라고 설명한다. 앞에서 설명한 바대로 진정신분범은 본래 신분 없는 자의 행위에 대해서는 성립하지 않는 범죄이다. 다만 비신분자가 신분자의 범행에 가담한 경우 처벌범위를 확장하자는 것인데, 그렇더라도 해당범죄가 진정신분범임을 고려하면 비신분자에게 형의 임의적 감경을 허용하자는 개정시안의 입장은 충분히 수긍될 수 있다.

(3) 진정신분범을 표현하는 문구

현행형법은 「신분관계로 인하여 성립될 범죄」라는 표현을 사용함에 반하여 개정시안은 진정신분범을 「신분에 의하여 구성되는 범죄」로 표현하고 있다. 후자가 보다 명확한 문구일 뿐 아니라 이렇게 표현문구를 바꾸는 것이 부진정신분범의 포함여부에 대해 종래 제기되어 온 혼란을 확실하게 피할 수 있다는 점에서 개정시안의 문구가 적절한 것으로 생각된다.

3. 부진정신분범 규정

(1) 처 리

현행규정은 부진정신분범에 가공한 비신분자를 「중한 형으로 벌하지 아니한다.」고 규정함에 반하여 개정시안은 「통상의 죄에 정한 형으로 처벌한다.」라고 수정하는 바, 발표문은 이를 감경적 부진정신분범에 가담한 비신분자에게도 '종속성의 완화'를 명시적으로 인정하는 취지라고 설명한다. 적어도 입법적으로 판단할 때 감경적 부진정신분범의 경우에는 비신분자가 신분으로 인한 형감경의 혜택을 받아야 할 이유가 없다는 점을 감안하면 개정시안처럼 수정하는 것이 해석의 혼란을 피할 수 있는 길이라고 생각한다.

(2) 부진정신분범을 표현하는 문구

현행형법은 부진정신분범을 「신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우」라고 표현함에 반하여 개정시안은 「신분에 의하여 형의 경중이 있는 경우」라고 보다 간명하게 표현하고 있다. 굳이 관계라는 단어를 신분에 덧붙일 필요가 없을 것이기 때문에 후자가 더 세련된 표현으로 받아들여진다.

지정토론문

공범규정의 개정에 대한 토론

최 태 은

(서울남부지검 검사)

MINISTRY OF JUSTICE • REPUBLIC OF KOREA
법무부

‘공범 규정의 개정’에 대한 토론

최 태 은
서울남부지방검찰청 검사

1. 서 론

현행 형법은 1953년에 제정되어 지금까지 9차례의 일부개정만을 거쳤는바, 그 개정연혁을 살펴보면 1995. 12. 29. 일부개정(법률 제5057호)을 제외하고는 개별 조항을 수정하는 수준에 그쳤음을 알 수 있습니다. 제정 형법은 해방 후의 혼란기에 입법이 시작되어 6. 25.의 전란을 겪으면서 통과된 것이어서, 외국의 입법례를 심층적으로 분석하여 우리 고유의 법체계로 소화할 만한 충분한 여유가 없었음은 주지의 사실입니다. 더군다나, 그로부터 57년의 세월이 흐르는 동안 국민의 윤리의식과 법감정은 급격한 변화를 겪었고, 제정 형법이 가정할 수 없었던 전혀 새로운 범죄현상들이 출현하였으며, 무엇보다도 형법이론이 눈부신 발전을 이루었습니다. 따라서 현행 형법을 현대적 감각에 부합하고, 현실과의 괴리를 좁히며, 발전된 법 이론을 충분히 반영하도록 전면적으로 손질할 필요성이 있음은 당위의 문제라 할 것입니다.

특히 공범규정은 1953년 형법제정 이후 현재까지 단 한 번의 개정도 없이 유지되어 왔기 때문에 지난 57년 동안 여러 쟁점에 대한 심도 깊은 이론적 논의가 축적되었고, 이제는 개별 쟁점 하나하나가 그 자체로 큰 논문의 주제가 되고 있습니다. 괄목할 경제성장과 산업화의 그늘 속에서 범죄가 조직화되고 복잡화된 것도 공범 이론 발전의 계기이자 촉매가 되었을 것입니다.

2. 공범 규정의 제한적 개정

그럼에도 불구하고 의외로 공범과 관련된 개정시안이 ‘표제를 바꾸고, 조문의

위치를 조정하고, 표현을 일부 수정하는' 정도에 그친 것은, 역설적이게도 공범에 대한 이론적 연구가 매우 광범위하고 심도 깊게 이루어졌기 때문으로 보입니다.

개정시안이나 발표문을 살펴보면, 공범 규정과 관련된 많은 쟁점들을 입법을 통해 적극적으로 해결하기 보다는 학설의 논의에 맡기는 경향이 두드러집니다. 예컨대, ① '교사의 교사, 방조의 교사'는 다수설과 판례가 교사의 교사나 연쇄교사를 인정하고 있음에도 불구하고 학설에 일임하였고, ② '공모공동정범'도 판례에 의해 일관되게 인정되고 있음에도 불구하고 공동정범과의 관계에 대한 해석 문제를 이유로 입법화하지 않고 학설의 영역으로 남겨두었으며, ③ '책임개별화 규정'이 불문의 해석원칙임은 인정하면서도 다른 제도의 해석에 혼란을 야기할 필요는 없다는 이유로 규정화하지 않았고, ④ '공범의 중지' 규정 또한 해석론에 맡김으로써 학설과 판례의 발전에 개방적인 태도를 취하는 쪽으로 결론 내리고 있습니다.

물론 '정범규정'이 신설되었지만, '정범규정' 도입 문제는 개정 논의가 그리 활발하지 않았기 때문에 그 도입을 '입법적 결단'이라고 평가하기는 역부족이고, 향후 공범과 관련된 논의나 실무에 실질적인 영향을 미치기도 어려워 보입니다. 또 '특수한 교사·방조의 가중처벌 규정'이 삭제되었지만, 이는 실무상 활용이 거의 없는 사문화된 조항에 불과하였고 그로 인한 형사정책적 결함도 없을 것이어서 큰 의미를 부여하기 어렵습니다. 예외적으로 '공범과 신분' 규정의 개정은 본문과 단서의 관계에 대한 학설 대립을 입법적으로 해결했다고 평가할 수 있겠지만, 이를 제외한 나머지 규정은 자구 수정의 수준에 그치고 있습니다.

3. 개정시안 및 발표문에 대한 사견

형법총칙 상의 공범 규정에 대한 체계적 해석은 소위 '공범이론' 전반에 대한 이해에서 시작됩니다. 예컨대, 정범과 공범을 구별할 것인지, 구별한다면 어떤 기준으로 구별할 것인지, 공범의 종속성을 인정할 것인지, 인정한다면 어느 정도로 인정할 것인지 등의 근본적인 질문에 대한 치열한 논의가 공범이론의 큰 줄기를 형성하고 있고, 나아가 개별적인 공범 유형에 고유한 쟁점과 관련된 연구도 활발합니다. 이러한 공범이론 중 어떤 입장을 취하는가에 따라, 작게는 공범 관련 규정의 구체적인 표현이 달라지고 크게는 해당 규정 자체의 필요성에 대한 판단이 달라

집니다. 그리고 그 반대의 측면에서, 공범 관련 조문의 표현이 달라지거나 새로운 조문이 추가될 경우 기존의 학설들은 저마다의 입지가 달라질 수밖에 없습니다.

물론 개정 형법의 명문 규정을 통해 일부 이론의 성립가능성 자체를 봉쇄하는 것은 '법학'이라는 학문의 발전을 저해할 수 있다는 점에서 매우 조심스러울 필요가 있을 것입니다. 그러나 혼란기에 제정된 현행 형법의 공범 규정이 적어도 '완벽'하지는 않고 그래서 그에 대한 개정 필요성이 인정된다면, 그 과정에서 불가피하게 기존의 어떤 학설이 채택되고 다른 학설이 사실상 배제되는 현상은 이를 감수해야 한다고 생각합니다. 예컨대, 통설이나 확고한 판례의 입장을 입법화하는 과정에서 일부 소수설에 입각한 해석의 여지가 차단되더라도, 그러한 소수설은 개정법에 대한 비판론이나 입법론으로서 여전히 의미를 가질 수 있습니다. 또한 법의 개정은 개정 법률을 어떻게 올바르게 적용해 나갈 것인가, 또는 구체적인 적용 과정에서 생겨나는 새로운 현상을 어떻게 해석할 것인가 등에 대한 새로운 논의의 계기를 제공할 수도 있습니다. 이러한 측면을 고려한다면, 입법적 결단에 의해 학문적 논의의 폭이 좁아진다고 단정하기도 어렵다고 할 것입니다.

공범에 대한 많은 개정논의가 학설에 일임되는 실질적인 이유는, 굳이 법을 개정하지 않더라도 현행법에 따른 판례와 해석론을 통해 심각한 형사정책적 결함 없이 공범 제도를 유지해 나갈 수 있기 때문일 것입니다. 그러나 죄형법정주의라는 형법의 대원칙에 의하면, 형벌법규는 '법률'로 '명확하게' 규정되어 국민의 예측가능성을 담보할 수 있어야 합니다. 그런데 학설이나 판례는 '법률'이 아닙니다. 그리고 공범 규정은 구성요건 자체를 규정하고 있지는 않지만, 어떠한 가담 형태가 처벌 대상이 되는가를 규율하고 있다는 점에서 구성요건에 준하는 명확성이 요구된다고 생각합니다. 물론 공범에 대한 총칙 규정이 개개의 구성요건을 규정한 각칙 규정만큼의 명확성을 갖추는 것은 불가능하겠지만, 적어도 국민이 법률에 의하여 금지되는 '가담 형태'가 무엇인가를 알 수 있을 만큼 가능한 한 명확하게 규정하기 위한 노력은 필요할 것입니다. 이러한 측면에서 공범 해석의 많은 부분을 학설이나 판례에 일임하는 것은 바람직하지 못하며, 법률 개정으로 인한 학설의 제한을 지나치게 경계하는 것은, 특히 형벌법규에 있어서는 주객전도로 비춰질 수 있다고 생각합니다.

57년 만에 이루어지는 '공범 규정의 개정'은 그 동안의 수사 실무, 판례, 학문적

견해 대립 등을 종합적으로 검토하여 우리 형법상 공범 제도의 기본 틀을 정비하는 기회가 되었으면 하는 바람입니다. 그런 점에서 이번 개정논의가 지금까지의 쟁점과 치열한 견해대립을 재확인하고 넘어가는데 그치지는 않을까, 필요하다면 일부 해석론을 배제하게 되더라도 좀 더 적극적인 방향으로 개정이 이루어져야 하는 것은 아닌가하는 우려와 아쉬움이 남습니다.

4. 개별 논점에 대한 질문사항

(1) 정범 규정의 신설 관련

발표자께서는 "개정시안이 단독정범 규정을 두는 것은 정범 규정을 체계완결적으로 규정하려는 시각에서 나온 견해라고 판단"하면서도, "개정 형법이 어떤 '정범 관념'을 택할 것인가에 대한 지적은 없는 것으로 생각된다[1]"며 정범개념에 대해 서술하셨습니다. 그러나 개정시안이 실질적으로 제한적 정범개념을 택하였다고 해석할 수는 없는지 의문입니다.

우선 현행 형법이 공범 속에 공동정범, 교사범 및 종범을 구별하여 규정하고 있는 것은 명백히 '정범·공범구별론'을 취한 것으로 보아야 하므로, 정범과 공범을 구별하지 않는 '단일정범 개념'을 무리하게 형법에 도입할 여지는 없다고 생각합니다. 나아가, ① '확장적 정범개념론'에 의하면 교사범과 종범도 당연히 정범으로 처벌하여야 하므로, 형법이 굳이 교사범을 정범과 같은 형으로 처벌한다는 규정을 두거나 종범의 형을 정범의 형보다 감경할 이유가 없는 점, ② 진정신분범에 있어서 신분 없는 자는 정범은 될 수 없지만 공범은 될 수 있는바, 이러한 경우의 공범은 처벌확장사유라고 볼 수밖에 없어 공범을 처벌축소사유로 보는 '확장적 정범개념론'의 태도에 반하는 점 등을 고려한다면, '확장적 정범개념론'도 현행 형법의 태도와는 일치할 수 없을 것입니다. 결국 현행 형법의 정범에 대한 인식을 논리적·체계적으로 설명할 수 있는 것은 '제한적 정범개념론[2]'이라고 판단됩니다.

이러한 '제한적 정범개념론'이 현행 형법을 가장 합리적으로 해석할 수 있다는

1) 발표문 제3쪽 하단.

2) 발표문 제5쪽에서 언급한 '협소한 형식적 객관설을 취하지 않고 행위지배설의 시각에서 검토한' 제한적 정범개념론을 의미함.

이유로 우리 형법이 애초에 위 이론을 택하였다고 주장하는 것은 논리적 비약이겠습니다. 그러나 개정시안은 정범개념에 대한 위와 같은 논의가 무르익은 상태에서 '정범과 공범'이라는 표제 하에 '정범규정'을 도입하고, 나아가 현행 형법이 공범의 궤도 위에서 규정하여 '정범성'에 대한 논의의 여지를 남겼던 공동정범과 간접정범 또한 정범의 범주에 명시적으로 포함시켰습니다. 그렇다면, 개정시안은 실질적으로 '제한적 정범개념론'을 채택하였고, 다른 정범이론은 비판론 내지 입법론으로서 위치하게 되었다고 해석할 수는 없는 것인지요.

(2) 정범의 행위태양 표현 방식

정범규정이 도입되고 관련 조문의 자구도 그에 따라 수정되었습니다. 예컨대, 교사범 규정의 경우 종전의 "죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다"는 표현이 "정범과 동일한 형으로 처벌한다"로 바뀌었습니다. 그리고 공범으로 해석될 여지가 있었던 공동정범과 간접정범도 정범의 범주에 포함되었습니다. 그 과정에서 정범의 행위태양을 "죄를 범한다"로 규정할 것인지, "범죄를 실행한다"고 규정할 것인지에 대한 고려가 있었던 것으로 보입니다. 이는 특히 공동정범 규정과 관련하여, '범죄를 실행한'이라는 표현을 사용할 경우 '구성요건적 행위의 실행'이라는 점이 부각되어 공모공동정범의 성립을 제한하는 의미가 있을 것이라는 맥락에서 논의되기도 하였습니다[3].

현행 형법을 살펴보면, 공범 관련 규정뿐만 아니라 형법 전반에 걸쳐 양자의 표현이 혼용되고 있습니다. 이들 규정을 구체적으로 살펴보면 '죄'라는 용어는 '범하다'는 술어와, '범죄'라는 용어는 '실행하다'라는 술어와 각각 조합되는 경향이 있는 듯하지만, 예컨대 현행 교사범 규정이 "타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다"고 규정하고 있어 꼭 그렇다고 보기도 어렵습니다. 결국 양자의 의미에 차이가 있다는 인식 하에 체계적으로 조문을 배열한 것은 아닌 것으로 판단되며, 해석의 여지를 남기기 위한 고려가 있는 것 같지도 않습니다.

문리적 해석에 의하더라도 '죄를 범하다'와 '범죄를 실행하다'는 의미에 차이가

3) 발표문 제21쪽 하단.

있다고 생각하는바, 이는 '죄'와 '범죄'의 차이가 아니라 '범하다'와 '실행하다'라는 술어의 차이에 기인한다고 볼 것입니다. '실행하다'는 표현은 구성요건적 행위의 실행이라는 의미를 내포하는 반면, '범하다'는 그보다 넓은 개념으로서 죄에 관여하여 유죄의 판단을 받게 될 일체의 행위를 의미하는 것으로 이해됩니다. 또한, '실행하다'는 일단 실행에 착수한 이후의 기수 또는 미수를 대상으로 하기에 적절한 반면, '범하다'는 그 이전 단계인 가벌성 있는 예비·음모까지 포섭할 수 있을 것입니다. 따라서 양자의 표현은 정범과 공범, 정범과 예비 등의 구별을 위하여 차별적으로 사용할 여지가 있습니다.

발표자께서는 발표문에서 정범규정에는 '범죄를 실행하다'라는 표현이 적합하며, 다만 공동정범과 관련해서는 공모공동정범과의 관련성을 고려하여 '죄를 범하다'는 표현이 나을 것이라고 언급하셨습니다. 토론자도 개인적으로는 개정시안이 채택한 '죄를 범하다'는 표현보다는 '범죄를 실행하다'는 표현이 적절하고, 판례가 일관되게 인정하고 있는 '공모공동정범' 개념을 법문으로 제한하는 것은 부적절하므로 공동정범 규정에는 '죄를 범한 자'라는 표현을 쓰는 것이 바람직하다는 의견입니다(물론 적극적으로 공모공동정범 규정을 현행법에 도입하는 입장을 더욱 선호합니다).

여기서 논의를 좀 더 진전시켜, 작게는 공범 관련 규정 크게는 형법 전반에 걸쳐 이와 관련된 표현을 정비할 필요성은 없는지 의문입니다. 예컨대, 개정시안의 교사범 규정이 1항에서는 "타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는"이라고 규정하면서도 2항에서는 "교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는"이라고 규정하고 있는바, 양자의 의미를 엄격히 구별한다면 1항도 "타인을 교사하여 범죄를 실행하게 한 자는"이라고 표현하는 것이 공범의 종속성에도 부합하는 적절한 표현일 것입니다. 즉, 양자를 구별하여 사용하되 해석의 여지를 남길 필요가 있는 부분은 '죄를 범하다'라는 표현을 쓰는 방향으로 자구를 수정하는 작업도 나름대로 의미가 있지 않을까 생각합니다.

주제발표

실무운영사례를 통하여 본 작량감경규정의 비판적 고찰 및 개선방안

노 명 선

(성균관대 교수)

MINISTRY OF JUSTICE • REPUBLIC OF KOREA

법무부

실무운영을 통하여 본 작량감경 규정의 비판적 고찰 및 개선방안

노 명 선
성균관대학교 법학전문대학원

Ⅰ. 들어가며

우리 형법상 형의 감경은 법률상 감경과 재판상 감경으로 나누어져 있다. 법률상 감경은 필요적 감경과 임의적 감경으로 구별[1]되고 재판상 감경으로는 작량감경 규정을 두고 있다. 형법 제53조는 「범죄의 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 작량하여 그 형을 감경할 수 있다」고 하는 작량감경 규정을 두어 법률상 감경 사유가 없는 경우에도 법원이 정상을 참작하여 사유가 있다고 판단한 경우에는 형을 감경할 수 있도록 하고 있다. 법률상 감경이 있으면 거기에다 작량감경까지 법정형 하한의 1/4까지 감경할 수 있다.

실무상 작량감경사례를 보면 1)거의 모두 - 사실상 전부라고 할 수 있을 정도이지만 - 법정형의 하한을 낮추어 선고하기 위해서 작량감경 규정을 이용하고 있고, 2)작량감경하는 사유가 명확히 기재되지 않고 「아래 양형이유 중 피고인에게 유리한 정상참작」이라고만 기재하여 양형의 조건[2]과 구별이 되지 않고, 3)형법 제56조에

1) 형법상 필요적 감면, 임의적 감면 규정은 다음과 같다.

필요적	감경 또는 감면	제26조(중지미수), 제90조・제101조・제111조・제120조・제175조・제213조(내란죄・외환죄・외국에 대한 사전죄・폭발물사용죄・방화죄・통화위조죄의 실행에 이르기 전에 자수한 때), 제153조・제154조・제157조(위증죄・허위감정통역번역죄・무고죄를 범한 자가 그 사건의 재판 또는 징계처분이 확정되기 전에 자백・자수한때)
	감 경	제10조 제2항(심신미약), 제11조 (농아자), 제32조 제2항(종범)
임의적	감경 또는 감면	제7조(외국에서 받은 형의 집행), 제21조 제2항(과잉방위), 제22조 제3항(과잉피난), 제23조 제2항(과잉자구행위), 제27조 단서(불능미수), 제52조 제1항(자수 또는 자복)
	감 경	제25조 제2항(장애미수), 제53조(작량감경), 제114조 제1항(범죄단체의 조직), 제295조의2(피약취・유인・매매・이송된자의 석방), 제324조의 6(인질의 석방)

2) 형법 제45조는 양형의 조건보다는 양형의 기준에 관한 내용을 규정하는 것으로 양형의 기준으로 표제

의해 맨 나중에 작량감경을 하다보니 먼저 가중한 누범이나 경합범 가중 등 법률상 가중요소는 사실상 양형에 그다지 영향력이 없이 운영되고 있는 실정이다. 심지어는 법률상 임의적 감경 사유도 이를 적용하지 않고 정상자료와 함께 작량감경의 형태로 감경을 하고 있는 바, 판례도「법률상 감경사유가 있을 때에는 작량감경보다 우선하여 하여야 할 것이고, 작량감경은 이와 같은 법률상 감경을 다하고도 그 처단형의 범위를 완화하여 그 보다 낮은 형을 선고하고자 할 때에 하는 것이 옳다고 할 것이나, 피고인은 제1심이나 원심법정에서 자수사실을 주장한 바 없고, 자수는 임의적 감경 사유에 지나지 아니하므로 원심이 자수감경을 하지 아니하고 작량감경을 하고, 자수사실을 판단하지 아니하였다고 하여 여전히 위법이라고 할 수 없다」는 입장이다[3].

문제는 이러한 작량감경 규정이 법관에게 부여된 자유재량권이라고 해석[4]하고 있고, 그 사유를 판결이유에 적시하지 않아도 위법이 아니라는 데[5] 있다. 다만 작량감경 규정의 운영에 있어서 하나의 사건에 대해서[6] 징역형과 벌금형을 병과하면서 징역형에 대해서만 작량감경하고 벌금형에 대하여는 작량감경을 하지 않은 것은 작량감경에 관한 법리를 오해한 위법이 있다거나[7] 작량감경사유가 수 개 있는 경우일 지라도 거듭 감경할 수 없다[8]는 판례상 제한을 하고 있을 뿐이다. 그러다 보니 작량감경의 기준이나 방법에 관한 어떠한 제한도 없고, 이에 대해서는 피고인이든 검찰이든 양형부당이외에는 다툴 방법이 없다는 맹점이 있다.

작량감경규정을 두고 있는 취지는, 법원이 처단형을 정함에 있어서 구체적인 상황에 비추어 과중한 경우 선고형의 적정성을 기함에 있다고 보이고, 이하 통계에서 보는 바와 같이 '책임에 상응한 형벌'의 실현이라는 점에서 나름대로 역할을 다해 왔음을 부인할 수는 없다. 특히 최근의 엄단주의 경향 특히 성폭력사범이나

및 자구를 수정함이 상당하다.

3) 대판 1991. 6. 11. 선고 91도985[공1991.8.1.(901),1970]); 대판 1984. 11. 13. 선고 84도1897 등

4) 대판 1985. 2. 26 선고 84도2732 84감도429

5) 대판 1958. 9. 12. 선고 4291형상389 등

6) 다만 경합범의 경우 징역형과 벌금형을 병과하는 경우에는 각 형에 대한 범죄의 정상에 차이가 있을 수 있으므로 징역형에만 작량감경을 하고 벌금형에는 작량감경을 하지 아니하였다고 하여 이를 위법하다고 할 수 없다(대판 2006.3.23. 선고 2006도1076 [공2006.5.1.(249),755])

7) 대판 2009. 2. 12. 선고 2008도6551

8) 대법원 1964. 4. 7. 선고 63도410 판결(형법 제53조의 작량감경은 범죄의 모든 정상을 종합적으로 관찰하여 형을 감경함이 상당하다고 인정될 때에 1회에 한하여 적용되는 것이고 정상 하나하나에 거듭 작량감경 할 수 있음을 규정한 취지가 아닐 뿐 아니라 형법 제55조 제2항의 법률상 감경사유가 수개 있는 때라 함은 심신미약, 미수 등 법률상 감경사유가 경합되었을 경우에 거듭감경 할 수 있음을 규정한 것이고 정상 하나하나에 거듭 작량감경 할 수 있음을 규정한 것이 아니다.)

뇌물사안 등의 경우 법정형의 하한이 대체로 상향 조정되면서 구체적 사안에 따라 그에 합당한 합리적인 양형을 위해서 필요한 규정이라고 평가해왔다.

그러나 앞서 지적한 바대로 현행 형법 제53조가 너무 포괄적이고 추상적이어서 '과도한 법정형, 과소한 선고형'의 원인이 되고 있다는 지적이 끊임없이 제기되고 있다. 실무상 법관이 직관적으로 피고인에게 선고할 적당한 형량을 정하고 나서 그 형량이 법률상 가중, 감경한 형벌보다 가벼운 경우 이를 낮추는 수단으로 운영되고 있다는 자조적인 발언도 나오고 있다. 일단 법률상 가중, 감경 사유를 감안하고, 처단형의 최종적인 단계에서 작량감경을 할 것인지 안 할 것인지 오로지 법관의 자유재량에 맡긴다면 양형에 대해서만큼은 법관은 가히 제왕적 지위에 있다고 할 수 있을 것이다.[9]

최근 대법원 산하의 양형위원회에서는 양형기준을 마련하고 있다. 이하에서는 이러한 양형기준의 문제는 일단 배제하고 형법전의 개정을 통한 양형의 합리화라는 차원에서, 작량감경에 관한 실제 사례를 분석해 보고, 외국의 입법례를 감안하여 작량감경 규정의 개정방향에 대해 언급하고자 한다.

Ⅱ. 법원의 구체적인 적용사례

1. 자료수집과 분석방법

2010. 8. 7.자 기준 현재 대법원 법률종합정보 사이트에서 적용법조 '형법 제53조 작량감경'을 입력하여 검색된 735건 중 사실관계나 작량감경에 이른 경위, 선고형이 판결문상 기재되어 있지 않은 대법원 판결과 일부 항소심 판결을 제외하고 총 671건에 대한 분석을 실시하였다.

분석방법은 판결전문을 보고 1)작량감경이 적용된 피고인에 대해서(1건중 작량감경 피고인이 여럿인 경우에는 대표 피고인 1인), 2)주문을 보고 실형과 집행유예를 구분한 다음, 3)죄명, 적용법조, 누범, 경합범 가중 여부 등을 감안하여 처단형의 범위를 산정하고, 4)주문의 형과 작량감경 하기 이전의 처단형을 비교해 보았다.

9) 허일태 교수는 이러한 작량감경제도의 연원을 일본 천황의 대리인으로서 법관의 시혜적 조치라고 설명하고 있다(허일태, "현행법상 작량감경 제도의 문제점과 개선방안", 형사법연구 제22권제2호(2010.여름 통권 제43호).

다만 5)작량감경 사유를 분석하는 것은 시간적으로 무리이어서 몇 가지 사례만을 예로 적시해 보았고, 지면상 개괄적인 분석에 그치고 상세한 분석은 차회로 미루기로 한다.

작량감경 사유가 대다수 「양형이유 중 피고인에게 유리한 사정」이라고만 기재하고 양형 이유란에 형법 제51조의 양형조건 사항을 나열하는 정도에 불과하여 양형이유와 작량감경 사유를 사실상 구분할 수 없었던 점, 종합정보란에 기재된 판결만을 중심으로 분석한 것이므로 일부 편중된 결과가 나올 소지가 있고, 일부는 원심과 상소심간 동일한 사례가 분석자료로 중복 활용될 수 있다는 점에서는 일정한 한계가 있음을 미리 알린다.

2. 운영현황 분석

⑴ 통계현황

이하에서 분석자료로 삼은 것은 금년 2010. 8. 7. 대법원 법률종합정보 사이트에 공개된 하급심 판례로서 1961년부터 2010년 4경까지 사이에 선고된 사건 중 위에서 지적한 기준에 의해 일부를 제외한 총 639건을 분석한 결과이다.

총 639건의 작량감경 사례를 처단형과 선고형을 기준으로 분류해보면, 사형을 무기징역형으로(1건), 무기징역을 유기징역으로 작량감경한 사례(17건), 유기징역을 감경하여 실형을 선고하거나(310건, 전체 58.3%) 집행유예를 선고한 사례(197건, 전체 37.0%), 유기징역을 선고유예한 사례(7건)으로 나누어 볼 수 있다.

〈표 1〉 작량감경한 유형

(단위는 건수, 이하 같다)

총	사형⇒무기	무기⇒유기	유기⇒실형	유기⇒집유	유기⇒선고유예	기타[10]
639	1	17	310	197	7	107

※ 671건 중 선고형이 기재되지 않은 32건 제외 함

이를 죄명별로 분류해보면 다음과 같다(동종 유형은 가능한 한 통합해서 분류)

10) 기타는 법정형과 작량감경 후 형이 같거나 벌금형·부정기형이 선고되거나 법률상감경이 중복된 경우 등이다.

〈표 2〉 죄명별 건수 및 점유율

구분	죄 명	건수	점유율
1	특수강도, 강도상해등	74	11.0%
2	성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반등	56	8.3%
3	특정범죄가중처벌등에관한법률위반(절도・강도등)	52	7.7%
4	폭력행위등처벌에관한법률	48	7.2%
5	보건범죄단속에관한특별조치법위반	42	6.3%
6	특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)	42	6.3%
7	특정범죄가중처벌등에관한법률위반(관세등)	42	6.3%
8	특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)	38	5.7%
9	특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)	31	4.6%
10	특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세)	30	4.5%
11	살인등	25	3.7%
12	특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)	24	3.6%
13	특정범죄가중처벌등에관한법률위반(도주차량)	18	2.7%
14	공문서위・변조등	17	2.5%
15	국가보안법위반	16	2.4%
16	습관성의약품관리법위반	13	1.9%
17	현주건조물방화등	8	1.2%
18	특수공무집행방해등	7	1.0%
19	부정수표단속법위반	6	0.9%
21	강도강간등	4	0.6%
22	뇌물수수등	4	0.6%
23	상해치사	4	0.6%
24	특정범죄가중처벌등에관한법률위반(영리약취・유인등)	4	0.6%
25	강도살인	3	0.4%
26	공직선거법위반	3	0.4%
27	병역법위반	3	0.4%
29	청소년의성보호에관한법률위반(청소년강간)	3	0.4%
30	특수절도	3	0.4%
31	특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(재산국외도피)	3	0.4%
32	폭행치사	3	0.4%

작량감경 규정이 가장 많이 적용된 죄명은 역시 특수강도, 강도상해 등 법정형이 중한 사건으로 전체 671건 중 74건으로 11.0%를 차지하고, 성폭력범죄 56건(8.3%), 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(절도・강도)사건 52건(7.7%) 순이고, 이어서 폭력행위등처벌에관한 법률위반 48건(7.2%), 보건범죄단속에관한특별조치법위반 42건(6.3%), 특경법위반(사기) 42건(6.3%) 등 순이다.

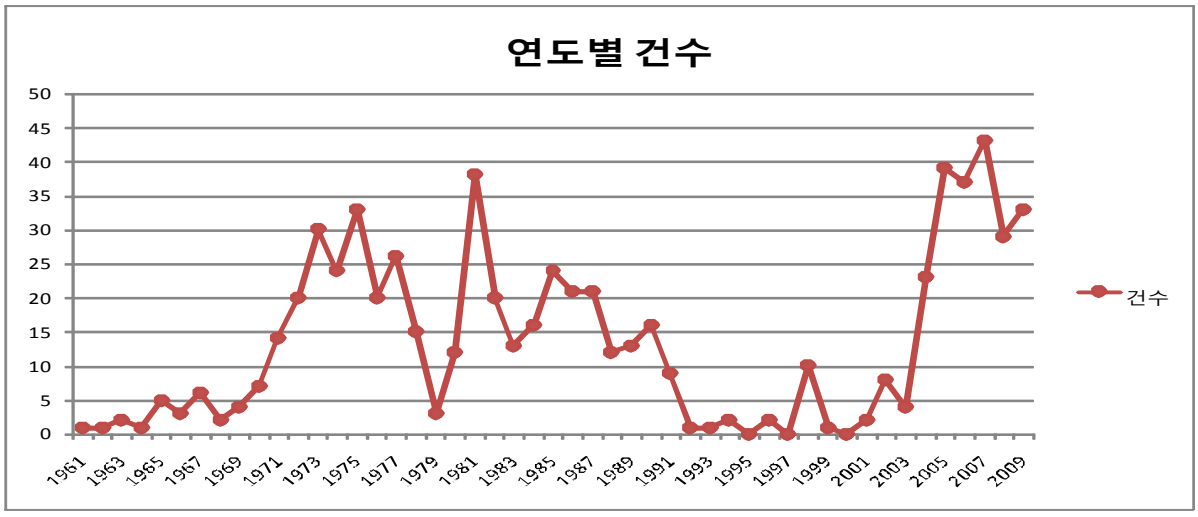
이를 연도별로 보면 다음 표와 같다.

〈표 3〉 연도별 적용사례

연도	건수	연도	건수	연도	건수	연도	건수	연도	건수
1961	1	1971	14	1981	38	1991	9	2001	2
1962	1	1972	20	1982	20	1992	1	2002	8
1963	2	1973	30	1983	13	1993	1	2003	4
1964	1	1974	24	1984	16	1994	2	2004	23
1965	5	1975	33	1985	24	1995	0	2005	39
1966	3	1976	20	1986	21	1996	2	2006	37
1967	6	1977	26	1987	21	1997	0	2007	43
1968	2	1978	15	1988	12	1998	10	2008	29
1969	4	1979	3	1989	13	1999	1	2009	33
1970	7	1980	12	1990	16	2000	0	2010	4
								총합	671

작량감경 건수의 연도별 통계는 단순히 법률정보센타 사이트에 등재되어 있는 사건의 연도별 분포를 나타내는 것이고, 판결의 공개여부에 관한 기준이 명확하지 않은 상태라는 점을 고려한다면 그다지 중요한 의미를 가진다고 할 수는 없다. 그러나 아래에서 표에서 보는 바와 같이 매년 변동폭을 보면 1975년, 1977년, 1981년, 1986년, 2005년부터 2009년 사이에 특히 적용사례가 많다. 반면 1961년부터 1973년까지, 1991년부터 2003년 까지는 적용사례가 거의 없어 보인다.

〈표 4〉 연도별 작량감경 적용변동 추이표



이러한 연도별 통계를 토대로, 작량감경 규정을 많이 적용한 구간을 3개로 나누어 죄명별로 분석해본 결과 다음 표와 같다.

〈표 5〉 시대별 작량감경 적용건수 비교

① 죄명별 통계(1972 - 1978)

죄 명	건수
특수강도등	29
특정범죄가중처벌등에관한법률위반(관세)	16
폭력행위등처벌에관한법률	14
보건범죄단속에관한특별조치법위반	12
강간치상등	11
살인등	9
특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)	9
공문서위조등	8
국가보안법위반	8
습관성의약품관리법위반	6
특정범죄가중처벌등에관한법률위반(도주차량)	5
특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세)	5
관세법위반	3
기타	33

먼저 1960년대에는 국가보안법위반 사건이 대부분을 차지하고 있었다. 특히 1961년 7월 民族日報 사건, 1961년 9월 민주통일전국학생연맹에 대한 統一學聯사건, 1962년 7월 혁명정부 전복·요인암살등의 혐의가 적용된 民主黨·二主黨 反革命 사건(피고인 40명)과 1967년 6월 유럽간첩단 사건으로 유명했던 동백림사건(피고인 34명) 등이 있었다. 이에 대해서는 작량감경 규정이 예외적으로만 운영된 것으로 보인다. 1961년부터 집단적 또는 상습적인 폭력행위가 빈발하여 이에 적극적으로 대처함으로서 치안질서 유지를 강조하기 위하여 폭력행위등처벌에관한법률(제625호 1961. 6. 20)이 제정·시행되게 되었고 특히 1970년 초반에 들어 이를 적용한 사례가 많았고[11], 특수강도, 강도치상등 사건, 살인 등 강력사건과 강간치상 등 성폭력사건이 많아지면서 상대적으로 이러한 죄명에 대한 작량감경 적용사례가 늘어났음을 알 수 있다. 특히 1969년에 부정식품 및 첨가물, 부정의약품 및 화장품, 부정유독물의 제조나 무면허 의료행위 등의 범죄에 대하여 가중처벌 등을 하기 위해 제정된 보건범죄단속에 관한 특별조치법(1969.8.4 법률 제2137호)위반 사건에 대해서도 적용사례[12]가 많았다.

② 죄명별 통계(1981 - 1987)

죄 명	건수
특정범죄가중처벌등에관한법률위반(절도·강도)	35
특수강도등	25
특정범죄가중처벌등에관한법률위반(관세)	9
강간치상등	8
특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세)	7
보건범죄단속에관한특별조치법위반	6
특정범죄가중처벌등에관한법률위반(도주차량)	6
부정수표단속법위반	5
폭력행위등처벌에관한법률	5

11) 1968년 1972년 10월 14일 서울 시경은 조직 폭력배 일제단속을 벌여 11개파 2백45명을 적발하고 63명을 구속하였다(1972. 10. 14. 경향신문 참조). 1969년 4월 14일 전국경찰은 조직폭력배 일제 검거에 나서 하루동안 천여명을 검거하였다(1969. 4. 15. 동아일보 참조). 계엄사령부의 강력한 지시에 따라 일제단속에 나선 군·검·경 합동단속반은 1972년 10월 23일 서울 부산 조직폭력조직 4개파 273명을 적발하고 43명을 구속하는 등 조직폭력사범에 대한 대대적인 단속이 있었다(경향신문 1972. 10. 24. 경향신문 참조).

12) 1969년 11월 15일 피고인 한OO씨는 62년 3월 자기이름과 같은 의사인 한OO씨가 사망한 것을 알고 한씨의 의사면허증을 입수 무면허 의료행위를 하다가 처음으로 보건범죄단속에 관한 특별조치법에 의해 적발되었다(1969. 11. 15. 경향신문 참조), 1969년 12월 탁주에 물과 살충제를 섞어판 자, 1972년 2월 환만식초에 공업용방부제를 넣어 판자, 1972년 3월 폐유로 튀긴과자를 시판한 자등 다양한 적발이 있었다.

죄　　명	건수
공문서위변조등	4
특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)	4
특수공무집행방해등	3
현주건조물방화등	3
특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)	2
특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)	2
특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)	2
기타	27

1980. 12. 18. 상습적이고 조직적인 강・절도범이나 누범자에 대한 처벌규정을 대폭 강화하는 취지의 특정범죄가중처벌등에관한법률(제03280호 일부개정)의 개정과 더불어 동 법률위반 사범에 대한 적발사례가 늘어나고 상대적으로 이에 대한 작량감경사례가 급격히 늘어나고 있다.

③ 죄명별 통계(2004 - 2009)

죄　　명	건수
특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)	35
특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물)	21
특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(배임)	20
폭력행위등처벌에관한법률위반	19
성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반	18
특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(횡령)	15
특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세)	13
특정범죄가중처벌등에관한법률위반(절도・강도)	9
강도상해등	8
보건범죄단속에관한특별조치법위반	4
공직선거법위반	3
인질강도	3
청소년의성보호에관한법률위반(청소년강간)	3
특수절도	3
특정범죄가중처벌등에관한법률위반(강도상해등재범)	3
특정범죄가중처벌등에관한법률위반(영리약취・유인등)	3

죄　　명	건수
강제추행등	2
국가보안법위반	2
살인	2
조세범처벌법위반(벌금)*	2
증권거래법위반	2
특정범죄가중처벌등에관한법률위반(도주차량)	2
기타	12

1990년도에 들어서는 경제의 급속한 발전에 편승하여 늘어난 조세, 관세 사범에 대한 특별형법으로서 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(조세, 관세) 사건에 대한 적용사례가 많았다. 또한 2000년도에 들어서 대검찰청에 공적자금수사본부가 설치되고, 기업범죄에 대한 강력한 수사가 이루어져 대규모의 횡령, 배임, 사기 사범에 대한 적발과 공소제기 건수가 늘어나면서 동 법률위반사건에 대한 적용사례가 많아지고, 검찰의 부정부패 단속의 일환으로 공무원의 뇌물사건 인지 건수가 증가함에 따라 이에 대한 작량감경 규정의 적용사례도 많아졌음을 알 수 있다.

2003년 이후 성폭력 범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률의 개정을 통해 13세 미만의 사람에 대한 유사강간행위의 처벌규정을 신설하고, 친고죄의 범위 축소 등으로 처벌을 강화 한 이후 성폭력 범죄에 대한 작량감경 사례가 점차 눈에 띄게 늘어나고 있다.

결국 형사정책적인 입장에서 처벌규정을 강화하면서 법정형의 하한을 상향한 범죄에 대해 상대적으로 법정형의 하한보다 감경한 형을 선고하기 위해 작량감경 규정을 활용해 온 것임을 알 수 있다.

한편 이하 <표 6>에서는 법정형 대비 선고형의 감경정도를 비교분석해 보았다. 유기징역형을 감경하여 실형을 선고하거나 집행유예선고한 총 511건 중 작량감경 사유가 불명확한 4건을 제외하고 나머지 507건을 비교한 결과이다.

〈표 6〉 법정형대비 선고형의 감경정도 비교

구분		감경형	건수	점유율	비고
법정형 하한을 감경한 경우	실형선고 (310건, 60.7%)	6월미만	25	8.1%	

구분		감경형	건수	점유율	비고
법정형 하한을 감경한 경우	실형선고 (310건, 60.7%)	6월이상-1년미만	19	6.1%	
		1년이상-1년6월미만	58	18.7%	포함(111건)
		1년6월	53	17.1%	
		2년	42	13.5%	
		2년6월	35	11.3%	
		3년	21	6.8%	
		3년6월	25	8.1%	
		4년미만	4	1.3%	
		4년이상	28	9.0%	
		합계	310	100%	
	집행유예선고 (197건, 38.6%)	2월	11	5.6%	
		4월	13	6.6%	
		6월	16	8.1%	
		1년	36	18.3%	
		1년6월	31	15.7%	
		2년	35	17.8%	포함(90건)
		2년6월	55	27.9%	
		합계	197	100%	
기타			4		-양형이유와 구분하지 않음
총합계			511		

이 표에서 보는 바와 같이 작량감경 규정을 적용하여 법정형의 하한을 감경하면서 실형을 선고한 경우가 310건(60.7%), 집행유예 선고가 197건(38.6%)이었고, 그 가운데 실형을 선고하면서 법정형보다 1년 이상 1년6월을 감형한 사안이 111건으로 제일 많은 35.8%를 차지하고 있고, 집행유예를 선고하는 경우에는 2년에서 2년6월을 감경하여 선고하는 경우가 90건으로 제일 많은 45.7%를 차지하고 있다. 따라서 실형을 선고하는 경우에는 대체로 감형을 적게 하고 있는 반면 집행유예를 선고하는 경우에는 유기징역형을 많이 감경하여 집행유예를 선고하고 있음을 알 수 있다.

다만 집행유예를 선고한 총 197건 중에는 집행유예가 원초적으로 불가능한 (법정형이 5년 이상의 징역에 해당하는) 사건이 90건(45.7%) 포함되어 있어서

법정형을 2년이상 낮추어 집행유예를 선고한 것임을 알 수 있다.

이중 집행유예 선고사건 총 197건에 대한 죄명별 감형의 폭과 집행유예 선고율을 정리해 보면 다음과 같다.

〈표 7〉 주요 죄명별 감경의 정도 비교

죄 명	합 계	실 형		집행유예
		1/2 감형	1/2미만 감형	
특경법(사기)	42	10	19	13(31.0%)
특수강도상해등	40	23	14	3(7.5%)
보건범죄단속법위반	39	10	2	27(69.2%)
특가(뇌물)	37	18	6	13(35.1%)
특경법(절도,강도등)	36	15	18	3(8.3%)
특경법(관세)	35	8	9	18(51.4%)
특경법(배임)	29	3	9	17(58.6%)
폭력행위등	27	11	7	9(33.3%)
특경법(조세)	25	1	4	20(80.0%)
특경법(횡령)	23	3	8	12(52.2%)
강간치상등	21	4	7	10(47.6%)
특가(도주)	15	7	6	2(13.3%)
성폭력범죄등	13	4	3	6(46.2%)
살인등	12	3	4	5(41.7%)
공문서변조등	11	5	3	3(27.3%)
국가보안법위반등	10	3	5	2(20%)
향정신의약품관리법위반	7	4	3	0(0%)
특수공무집행방해치상등	7	1	2	4(57.1%)
강제추행등	3	2	1	0(0%)
현주건조물방화등	3	0	2	1(33.3%)

위 표에서 보는 바와 같이 보건범죄단속에관한특별조치법위반 사안이 작량감경되어 집행유예를 선고하는 건수가 가장 많았는데, 작량감경한 사건 총 39건 중 27건으로 작량감경 건수 대비 약 69.2%가 집행유예되고 있다. 다음으로 특가법위반(조세)가 25건 중 20건으로 선고율 80.0%로 집행유예 선고율면에서는 가장 높았다.

특경법위반(관세), 특경법위반(배임), 특경법위반(횡령) 등이 다음 순으로 집행유예 선고가 많았다. 반면 실형을 선고하는 경우 1/2의 감경과 1/2 미만의 감경을 비교해 보면 특경법위반(배임) 3:9, 특가법(조세) 1:4, 특경법위반(횡령) 3:8로서 1/2미만 감경이 많고 이는 상대적으로 중형을 선고하고 있다는 것을 가르킨다. 따라서 경제사범에 대해서만큼은 집행유예율이 높은 대신 실형을 선고하는 경우

에는 감경율을 줄여 중형을 선고하고 있다는 대조적인 모습을 보이고 있다.[13] 이는 2000년 이후 대량으로 적발된 대기업에 대한 처벌과 관련이 있는 것으로 보인다.

성폭력범죄에 대해서는 13건 중 집행유예 6건, 1/2 감경이 4건, 1/2미만 감경이 3건으로 상대적으로 감형율이 높은 것으로 보인다.

또한 특가법위반중 뇌물사건에 대해서도 37건 중 13건을 집행유예로, 실형을 하더라도 18건을 1/2감경하고 있어서 법정형을 많이 감경하는 죄명으로 분류할 수 있다. 반면 특가법(절도, 강도), 특수강도상해 등에 대해서는 법정형에 가까운 중형을 선고하고 있다.

끝으로 경합범 가중사안, 누범가중 사안, 그리고 경합범 가중과 누범가중이 중복된 경우와 가중사유가 없는 경우로 나누어 감형율을 비교해 보았다. 먼저, 경합범이나 누범가중이 있는 경우에도 작량감경이 빈번히 이루어지고 있다. 아래 표에서 보는 바와 같이 실형을 선고하는 경우 경합범 가중이 있는 경우에 경합범이 아닌 경우와 비교하여 오히려 1/2감경하는 사례가 많고, 다만 누범인 경우에는 집행유예를 선고하는 경우가 없었음은 매우 다행스러운 일이다. 다만 집행유예 선고 사건 197건 중 경합범인 경우가 103건(52.3%)을 차지하고 있는 것으로 보아 경합범 가중이 있더라도 작량감경을 자제하거나 형을 정함에 있어서 그다지 영향력이 없었음을 알 수 있다.

13) 이하에서는 2001- 2005년 공적자금 수사본부에서 적발하여 기소한 사건의 제1심 선고형량을 나름대로 표로 만들어 보았다.

지위분류	무죄	선고유예	벌금형	징역형		총합계	집행유예율
				집행유예	실형		
최고관리자(A)	3	2	12	42	28	87	60.0%
	3.5%	2.3%	13.8%	48.3%	32.2%	100.0%	
중간관리자(B)	11	4	56	127	140	338	47.6%
	3.3%	1.2%	16.6%	37.6%	41.4%	100.0%	
종업원(C)	0	0	11	9	17	37	34.6%
	0.0%	0.0%	29.7%	24.3%	46.0%	100.0%	
총합	14	6	79	178	185	462	49.0%
	3.0%	1.3%	17.1%	38.5%	40.0%	100.0%	

〈표 8〉 경합범가중이나 누범가중 시 작량감경 적용사례

형(총 507건)		가 중 사 유	작량감경 건수	비율(%)
실 형 (310건)	1/2 (149건)	경합범	77	51.7
		누범	12	8.1
		경합범/누범	10	6.7
		없음	50	33.6
	1/2미만 (161건)	경합범	98	60.9
		누범	18	11.2
		경합범/누범	16	9.9
		없음	29	18.0
집행유예(197건)		경합범	103	52.3
		누범	0	0
		경합범/누범	0	0
		없음	94	47.7

반면 경합범의 일부가 사후경합범에 해당하거나 일부 무죄를 선고하는 경우에는 법정형의 조정이라는 측면에서 작량감경하는 사례가 자주 눈에 띈다. 특히 이종 범죄에 대한 일부 무죄를 이유로 작량감경하는 사례도 있었다.

(2) 현황 분석

이상과 같이 1961년부터 2010년 4월까지의 1, 2심 선고사건 중 작량감경을 적용한 사례 총 671건 중 작량감경에 이른 경위나 선고형에 대한 기재가 없는 항소심의 판결을 제외한 나머지 500여건의 통계를 분석한 결과는 다음과 같다.

1) 먼저, 작량감경은 거의 대다수가 법정형의 하한보다 낮은 실형을 선고하거나 집행유예를 선고하기 위해 활용되고 있다. 벌금형의 경우에도 마찬가지이다. 사형을 선택하고 작량감경하여 무기징역으로(1건), 무기징역을 선택하고 유기징역(17건)으로 작량감경한 사례가 있다. 이외 극히 예외적으로 법정형 내에서 형의 양정을 하면서 작량감경을 하는 사례(4건)가 - 작량감경 사유를 양형이유와 구분하지도 않은 채 - 있으나 형의 양정과 혼동하여 적용한 것으로 보인다.

특히 원래의 법정형으로는 불가능한 경우에 작량감경 하여 집행유예를 선고하는 사례가 있고, 이 중에는 술에 취한 경우 심신미약을 이유로, 종범감경이나 미수감경, 소년감경 등 법률상 감경을 하고 재차 작량감경을 하여 집행유예를 선고하는 사례도 많았다.

2) 작량감경을 최종적으로 적용하다보니 경합범 가중, 누범가중의 영향력이 감소되고, 특히 경합범 가중은 거의 무시되고 가중이전의 기본형의 최하한에서 2분의 1까지 감경하는 사례가 많았다.

무기징역을 유기징역으로 감형하는 경우에도 감형의 폭이 너무 넓고[14], 소년감경의 적용여부, 사후경합범의 조정[15], 이전의 범죄사실에 대한 집행유예 취소의 경우를 고려한 감경 등 많은 점에서 적용 기준 또한 불명하였다. 자세한 내용은 이하 4. 작량감경사유에 관한 개괄적 분석 부분을 참조

3) 작량감경에 이른 경우에 대한 이유설시 부분이 「아래 양형의 이유에서 피고인에게 유리한 정상 참작(예시 1.)」이라고 하고 있거나 「작량감경하여 형을 정한다(예시 2)」고 하여 양형이유와 사실상 구분하지 않고 명시하고 있다.

[예시 1.]

2. 작량감경
형법 제53조, 제55조 제1항 제3호, 제6호(아래 양형이유 중 유리한 정상 참작)
(출처 : 의정부지방법원 고양지원 2007.8.24. 선고 2007고합74 판결)

[예시 2.]

판시 강취피해품이 피해자에게 회복되고 피고인이 범행 후 그 잘못을 깊이 뉘우치고 있는 등 정상에 참작할 만한 사유가 있으므로 형법 제53조, 제55조 제1항 제3호에 의하여 작량감경을 한 형기범위 내에서 피고인을 징역 2년에 처한다.
(출처 : 서울고법 1991.9.27. 선고 91노2018,91감노136 판결)

14) 무기징역으로 감형한 경우 유기징역의 폭은 5년에서-15년이지만 그에 대한 자세한 설명이 없어 작량감경 기준은 물론 선고형의 양정기준도 모호하다.

15) 서울고법 1998. 8. 12. 선고 98노988 판결

특히 집행유예나 선고유예를 선고하는 경우 작량감경사유와 집행유예, 선고유예 사유의 구분도 명확하지 않다.

[예시 3.]

> 2. 작량감경
> 피고인이 금고 이상의 형을 선고받은 사실이 없는 점 등 그 정상에 참작할 만한 사유가 있으므로 형법 제53조 , 제55조 제1항 제3호, 제6호에 의하여 작량감경함.
> 3. 선고형의 결정
> 피고인을 징역 1년 6월에 처함.
> 4. 미결구금일수 산입
> 형법 제57조
> 5. 집행유예
> 피고인이 자신의 행위를 반성하고 있는 점 등 그 정상에 참작할 만한 사유가 있으므로 형법 제62조 제1항에 의하여 위 징역형의 집행을 2년간 유예함.
> 6. 선고유예
> 피고인에게 벌금 310,000,000원을 병과하고, 피고인이 위 벌금을 납입하지 않는 경우 형법 제70조 , 제69조 제2항에 의하여 금 5,000,000원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치할 것이나, 앞서 본 작량감경, 집행유예 사유 등을 참작하고, 또한 개전의 정상이 현저하므로 형법 제59조 제1항에 의하여 위 벌금형의 선고를 유예함.
> (출처 : 서울지법 북부지원 1996. 6. 21. 선고 96고합14 판결)[하집1996-1, 673])

4) 위에서 살펴본대로 법정형이 특히 높은 특가법, 특경법, 성폭력범죄 등 사례에서 작량감경을 적용하는 사례가 많았고 그러한 경우 감경의 폭도 큰 것으로 보인다. 특히 연도별 작량감경 적용건수 변동추이표에서 보듯이 시대별로 처벌범위와 처벌수위가 대폭 상향된 경우 높아진 법정형을 하향조정하는 차원에서 작량감경이 많이 이용되었다.

3. 작량감경사유에 관한 개괄적 분석

서두에 분명히 하였듯이 671건 사례 전부를 분석하는 것은 사실상 불가능하므로 논의의 편의를 위해 몇 가지 사례만을 지적해보면 다음과 같다. 작량감경에 이른 구체적인 사유로는 대다수 초범이거나 피해자와 합의한 점, 동기에 참작할 바 있다는 등 주로 양형조건을 나열하고 있는 정도에 그치고 있다. 이하에서 소개하는

판결은 판결에 언급된 작량감경 사유 중 극히 한, 두 개 사유에 불과한 경우도 있고, 구체적 사안에 대해 잘 알지 못하는 상태에서 작성된 것이어서 작량감경 전체나 판결 전체에 대한 비판이 아님을 먼저 밝혀 둔다.

(1) 증권거래법위반 사건에서 피고인이, 실질적인 사주로서 경영권을 모두 장악하고 있던 공소외인의 지시에 의하여 그 범행에 이르게 된 점[16] ➡ 「상사의 지시에 의한 범죄」로 분류되어 범죄에 이르게 된 경위를 작량감경의 한 요소로 삼을 수도 있다.

(2) 사실상 1인 회사로 운영하면서 개인회계와 법인회계를 구별하지 아니하고 사용함으로써 이 사건 횡령 범행에 이르게 된 점, 출산한지 얼마 되지 않은 산모인 점[17] ➡ 1인회사의 일반적인 폐해를 「관행」으로 인정하는 잘못된 판례이고 출산한 것이 작량감경의 사유가 될 수 없고, 양형이유로도 작용할 수 없다.

(3) 투자한 돈을 회수하려다가 위와 같은 범죄에 이르게 되어 그 범행경위를 참작[18] ➡ 범행에 이른「동기」를 참작한 것으로 보인다.

(4) 정부가 취업이 어려운 시각장애인의 복지를 지나치게 의식한 나머지 안마사의 업무범위와 그 위반행위 단속에 대하여 분명한 입장을 취하지 아니한 것이 이 사건 범행의 원인이 되었던 것으로 보이는 점[19] ➡「입법정책적인 판단」으로 판사의 개인적 소신이 반영된 잘못된 적용사례로 보인다.

(5) 이 사건 범행이 누범기간 중에 이루어진 것이어서 징역형의 집행을 유예할 수도 없는 점을 감안하거나[20] 집행유예 기간 중에 실형이 선고되면 종전 집행유예가 실효된다는 점을 작량감경사유로 한 사례[21] ➡ 누범기간 중이

16) 서울고등법원 2007.12.27. 선고 2007노1818
17) 서울중앙지판 2006.10.26. 선고 2006고합709,2006고합842(병합)
18) 서울중앙지방법원 2006.10.27. 선고 2006고합871,2006초기2788
19) 대구지판 2010.4.1. 선고 2009고단5167 [각공2010상,802])
20) 서울동부지방법원 2010.1.22. 선고 2009노1230
21) 의정부지방법원 고양지원 2007.8.24. 선고 2007고합74

라는 이유로 집행유예는 할 수 없지만 법정형이 너무 높아 작량감경 한다거나 집행유예 기간 중 범죄로서 실효되면 전의 형도 같이 집행된다는 이유가 작량감경 사유가 될 수 없음은 당연하다. 이는 「입법정책에 정면으로 배치」되는 적용사례이다. 다만 가중하거나 집행유예 취소에 의하여 전의 형사처벌을 함께 집행함으로써 행위불법을 훨씬 초월하는 경우 경우에는 예외적으로 형의 조정의 측면에서 작량감경은 가능하겠다.

(6) 뇌물사건에서 수사기관이 교사에 관여하였다고 볼 수 없는 '사인에 의한 함정교사'를 이유로 한 작량감경[22] ➡ 중요한 양형요소는 될 수 있을 지언정 작량감경 사유로는 될 수 없다.

(7) 경합범의 기본형과 다른 범죄의 일부가 무죄로 인정되는 경우[23] ➡ 동종 범죄의 일부에 대한 무죄는 양형사유가 될 수 있지만 본건과 같이 형이 가장 무거운 특정경제범죄가중처벌등에관한법률위반(사기)죄에 정한 기본형과 다른 배임죄의 일부에 대해서 무죄선고 하면서 양형사유나 작량감경 사유로 고려하여 기본형의 법정형 하한을 선고하고 있는 바 이는 부당하다. 만약 기본형인 특가법(사기)만 있는 경우에도 과연 작량감경 할 수 있었을지 의문이 있다.

(8) 1997년 9세여아를 성폭행하려다 미수에 그친 죄로 부산지법이 징역 5년을 선고 했으나 항소심에서 징역 3년을 선고 받았고, 출소한달 후 2001년 30대 여성을 10일간이나 끌고 다니며 성폭행한 죄로 1심에서 징역 12년이 선고되었지만 항소심에서 징역 8년형을 선고받은 사안으로, 첫 번째 사건에서는 '반성을 하고 있으며 동종 전과가 없다'라는 이유로 작량감경을, 두 번째 사건의 재판에서는 '죄질은 나쁘지만 성폭행을 제외하면 피해자의 신체에 직접적인 위해를 가하지 않은 점 등'을 이유로 작량감경 규정의 적용[24] ➡ 「신체에 직접적인 위해가 없다」고 하는 의미 불분명

---

22) 광주고등법원 2007.11.29. 선고 2007노234

23) 서울고등법원 2007.10.26. 선고 2007노1530,2007노1720

24) 2010년 3월 8일 경향신문 참조.
http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=201003081813555&code=940202

(9) 2009년 5월 72세의 피고인이 서울의 한 백화점에서 먹을 것이 모자란다는 이유로 참기름과 요구르트를 훔치다 붙잡힌 사건으로 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률위반(절도)에 대해 사안의 경미를 이유로 작량감경 적용[25] ➡ 「법정형이 행위불법을 훨씬 초월」하는 경우에 최하한 이하의 형의 선고가 필요한 경우이다.

(10) 병원장으로서 상피고인의 무면허 진료행위에 의해 양벌규정에 의하여 처벌되는 경우[26], 살구씨, 율무 등의 가루와 달걀흰자 등을 혼합하여 동인의 얼굴에 바르고 맛사지하는 방법으로 기미 제거시술을 한 것에 불과하고, 달리 부작용이 거의 없는 점 등을 감안하여 작량감경한 사안[27] ➡ 「양벌규정」에 의하여 거의 무과실 책임을 묻는 경우에 특히 정상을 참작할 바 있고, 사람의 신체나 건강에 해악성이 없는 행정법규 위반의 점에 대해서는 「행위불법의 감소」를 이유로 가능할 것이다.

(11) 청소년인 피고인 5명이 18세 피해자를 하룻밤 사이에 7차례 강간을 하고 상해를 입히고 미합의 사건임에도 '반성하고 있고, 부모들도 향후 피고인들의 선도를 다짐'하고 있다는 이유로 소년감경과 작량감경을 하여 집행유예선고[28] ➡ 행위불법이 중함에도 집행유예를 선고하기 위해서 소년감경을 하고, 부모들의 선도를 이유로 작량감경 함으로써 결국 '소년'이라는 사유가 「이중의 감경사유로 작용」한 것이고, 이는 다른 소년사범과의 「형평성의 시비」를 불러올 수 있다.

(12) 강도강간사건에서 '2005. 2. 9. 출소한 이후 본건범행 이전인 2008. 7. 22.경까지는 달리 처벌받은 전력이 없는 점'등을 참작하여 작량감경[29] ➡ 최근 3년간 전과가 없다는 것은 누범에 해당하지 않은 사유는 될 수 있을지언정 작량감경 사유가 될 수는 없다.

---

25) 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의4 제1항(상습으로 형법 제329조 내지 제331조의 죄 또는 그 미수죄를 범한 자는 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.)

26) 광주고법 1982.3.12. 선고 81노985 판결

27) 광주고법 1991.11.22. 선고 90노867판결[하집1991(3),390]

28) 부산지방법원 2009. 1. 23. 선고 2008고합792

29) 대구지방법원 2009. 2. 13. 선고 2008고합666

(13) 누범기간중 동종의 성폭력사범이고, 미합의된 요치 2주간의 다발성 상해를 가한 강간상해 사건에서 '피고인이 자신의 잘못을 뉘우치고 있는 점, 피해자가 입은 상해의 정도가 비교적 가벼운 점'을 참작하여 작량감경[30] ➡ 외상이 중하지 않다는 점을 작량감경 사유로 들고 있으나 합의되지 않은 사건의 강간 피해자가 느끼는 「정신적인 피해를 감안하지 않은 것」으로 보임

(14) 피고인이 특수 강도강간등으로 가출소 후 누범 기간에 상습절도, 흉기휴대 강도강간 재범으로 기소된 사안에서 '범행을 모두 시인하고 반성하고 있는 점' 이외에 특별한 사유 기재 없이 작량감경[31] ➡ 범행의「자백」을 작량감경 사유로 고려할 수 있을 것이다.

(15) 피고인이 11세에 불과한 사촌동생을 3회에 걸쳐 강간하여 임신, 출산을 하게한 사안에서 '나이어린 15세이고 피해자와 합의한 점'을 고려하여 작량감경[32] ➡「소년」을 이유로 법률상 감경하지 않고「소년」,「합의」를 이유로 작량감경 하고 있다.

(16) 피고인은 학교 후배를 모텔로 유인하여 강간한 사안에서 '피고인에게 아무런 전과가 없는 점, 피고인이 아직 비교적 나이가 어리고 대학생인 점'을 참작하여 작량감경하고 있다[33] ➡ 성인인 피고인이 비교적 나이가 어리다는 것은 누구와 비교하는 것인지 불명하고, 이 경우 피고인의「장래에 영향력을 고려」하고, 갱생의 차원에서 작량감경한다고 함이 상당하다.

(17) 성폭력(주거침입 및 흉기휴대 강간죄) 사건에서'피해자를 만나기 전까지는 별다른 범죄전력이 없었는데, 피해자를 만나 상당한 경제적인 도움을 주었음에도 피해자가 자신을 배신하였다는 생각에 일련의 범행을 저지르게 된 점'을 참작하여 작량감경[34] ➡ 전력이 없거나 단순히 자신을 배신하였다는 동기만으로는 부족하고 피해자가 자초한 경우이거나 배신감에 극도로 흥분하는

30) 의정부지방법원 2009. 2. 13. 선고 2008고합323
31) 부산지방법원 2009. 1. 7. 선고 2008고합855
32) 부산지방법원 2009. 8. 14. 선고 2009고합385
33) 대구지방법원 2007. 12. 18. 선고 2007고합398
34) 수원지방법원 2009. 8. 19. 선고 2009고합153

등 「면책사유」에 해당할 만한 심정적 흥분, 심한 정신적 부담에 해당하는 예외적인 경우(스위스 형법 제48조 c 참조)에 한해 작량감경함이 상당하다.

(18) 친언니 딸인 조카(당시 13세)를 양육하면서 6년간 남편의 강간행위에 가담하고, 남편친구와 2➡2로 강간하는 등 친족관계인 피해자를 강간 행위에 대해서, 남편의 반강제적인 지시를 받아 이건 범행에 가담한 경위와 피해자의 고소취하와 초범인 점' 등을 이유로 작량감경[35] ➡ 남편의 지시가 「심한 압박감이나 심한 협박」을 받은 정도인지 분명하지는 않지만 이 정도의 행위만으로는 작량감경해서는 안된다고 생각된다.

Ⅲ. 작량감경 규정에 대한 논의와 입법례

1. 외국의 입법례

이러한 견지에서 작량감경에 대한 외국의 입법례를 찾아보고 우리에게 시사하는 바가 무엇인지 살펴보는 것도 의미가 있겠다.

현행 대륙법계와 영미법계 국가 중 재판부의 재량에 의한 작량감경 조항을 형법에 두고 있는 나라는 일본과 우리나라 뿐인 것 같다. 다만 대다수 국가는 법률상 명시된 일정한 요건을 충족되는 경우에 한하여 형의 감경제도를 마련하고 있는데 특히 독일, 오스트리아, 스위스 형법은 형의 양정을 할 때, 책임주의를 기초로 함을 명확히 천명하면서 법률상 명시된 일정한 요건을 충족되는 경우에 한하여 법원은 법정형의 최하한보다 더 낮은 형을 선고할 수 있도록 명문화 하고 있다.

먼저, 독일 형법은, 양형의 원칙으로서 행위자 책임원칙을 선언함과 동시에 형벌의 특별예방기능을 충분히 감안할 것을 명시하고 있다. 즉, 형법제46조는 [양형원칙]이라는 제호 하에「① 형의 양정은 행위자의 책임에 기초한다. 형을 통해 행위자의 장래 사회 내 생활에 관해 기대될 수 있는 효과는 고려되어야 한다. ②형을 정함에 있어 법원은 행위자에게 유리한 사정과 불리한 사정을 상호 비교 형량한다. 이 경우 특히 다음 사항을 고려한다 : 행위자의 범행동기 및 목적, 범행을

35) 서울북부지방법원 2009. 10. 12. 선고 2009고합198

통하여 표출된 성향과 범행의지, 의무위반의 정도, 실행행위의 유형과 범죄의 유책한 결과, 행위자의 전력, 개인적·경제적 사정, 범행 후 행위자의 태도, 특히 손해배상을 위한 노력, 범죄피해자와의 화해를 위한 행위자의 노력 ③ 이미 법적 구성요건 요소에 해당되는 상황은 고려되어서는 아니 된다」고 하여 양형에 있어서 책임주의 원칙을 천명하고, 피해자와의 화해나 손해의 원상회복을 사유로 법률상 감경과 같은 효과를 가진 형의 감경이 가능함을 제46a조[36]에서 명시하는 등 법률상 감경 사유를 규정하고, 그 방법은 형법 제49조[37]에서 규율하고 있다.

또한 형법각칙상의 특수한 감경은 다음과 같다.

제23조 【미수의 가벌성】	③ 행위자가 범죄 실행의 대상이나 수단의 성질상 기수로 될 수 없음을 현저한 무지로 인하여 오인한 경우, 법원은 형을 면제하거나 작량하여 감경할 수 있다.
제83조a 【능동적 후회】	① 법원은 제81조 및 제82조의 경우에 행위자가 자의로 범행의 계속적 실행을 포기하고 나아가 그가 인식하고 있는 타인이 계속하여 그 범죄를 실행할 것이라는 위험을 방지하거나 이를 본질적으로 감소시킨 경우 또는 그 범죄의 완성을 방지한 경우에는 해당 조항에 의한 형을 작량하여 감경하거나 면제할 수 있다.
제84조 【위헌정당유지】	④ 법원은 제1항 제2문, 제2항 및 제3항 제1문의 경우 그 책임이 경미하고 가담정도가 종속적 의미에 불과한 단순관여자에 대하여는 해당 조항에 의한 형을 작량하여 감경하거나 면제할 수 있다. ⑤ 법원은 제1항 내지 제3항 제1문의 경우 행위자가 정당의 존속을 저지하기 위하여 자의로 진지하게 노력한 경우에는 해당 조항에 의한 형을 작량하여 감경하거나 면제할 수 있다.

36) 제46a조【행위자와 피해자간의 화해, 손해의 원상회복】 행위자가 다음 각 호의 1에 해당하는 경우에는 법원은 제49조 제1항에 의해 형을 감경하거나 또는 1년 이하의 자유형 또는 360일수 이하의 벌금형을 초과하지 않은 형은 면제할 수 있다.
1. 행위자가 피해자와 화해하기 위한 노력(행위자와 피해자간의 화해)으로 그 범행의 전부 또는 주요부분을 원상회복했거나 또는 원상회복을 위하여 진지하게 노력한 경우
2. 손해의 원상회복이 행위자의 상당한 개인적 급부 또는 개인적 권리포기를 요하는 경우에서 행위자가 피해자에게 피해의 전부 또는 주요부분에 대한 배상을 한 경우

37) 제49조【특별한 법률상의 감경사유】 ① 이 조항에 의한 형의 감경을 규정하거나 허용한 경우에 그 감경은 다음과 같다.
1. 무기 자유형은 3년 이상의 자유형
2. 유기자유형의 경우는 법률에 정한 상한의 최고 4분의 3까지 선고해야만 된다. 벌금형의 경우에도 벌금일수의 상한에 동일하게 적용된다.
3. 가중된 자유형의 하한은 다음과 같이 감경된다.
하한이 10년 또는 5년 이상인 경우에는 2년,
하한이 3년 또는 2년 이상인 경우에는 6월,
하한이 1년 이상인 경우에는 3월,
기타의 경우에는 법정 하한
② 이 조항을 원용하는 법률에 의해 법원이 작량하여 감경하는 것이 허용되는 경우에 법원은 법정형의 법정 하한 이하로 감경하거나 또는 자유형 대신 벌금형을 선고할 수 있다.

제90조 【연방대통령모독】	② 법원은 제1항의 행위가 중하지 아니한 경우로서 제187조a의 조건이 충족되지 아니하였을 경우에는 그 형을 작량하여 감경할 수 있다.
제98조 【간첩목적의 활동】	② 법원은 행위자가 자의로 그 행위를 포기하거나 그가 알고 있는 사실을 관청에 진술한 경우에는 동조에 의한 형을 작량하여 감경하거나 면제할 수 있다.
제113조 【공무집행공무원에 대한 저항】	④ 법원은 행위자가 행위 당시 직무행위가 적법하지 아니한 것으로 오인하였고 그러한 착오가 회피할 수 있었던 경우에는 동조에 의한 형을 작량하여 감경하거나, 책임이 경한 경우에 그 형을 면제할 수 있다. 행위자가 그 착오를 회피할 수 없었고 그가 인식한 정황에 비추어 이의신청을 통하여 추정상의 위법한 직무행위로부터 보호받을 수 있을 것으로 기대할 수도 없었던 경우에는 동조에 따라 처벌할 수 없다. 이를 기대할 수 있었던 경우에는 법원은 동조에 의한 형을 작량하여 감경하거나 면제할 수 있다.
제129조 【범죄단체조직】	⑥ 법원은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 동조에 의한 형을 작량하여 감경하거나 면제할 수 있다. 1. 행위자가 자의로 단체의 존속 또는 그 목적에 속하는 범죄의 실행을 방지하기 위하여 진지하게 노력한 경우 2. 행위자가 자의로 계획을 알고 있는 그 범행이 제지될 수 있을 만큼 적시에 자신이 알고 있는 사실을 관청에 진술한 경우
제129조a 【테러단체조직】	⑥ 법원은 제1항, 제2항, 제3항 및 제5항의 경우에 그 책임이 경미하고 가담정도가 종속적 의미에 불과한 단순 관여자에 대하여 형을 작량하여 감경할 수 있다.
제157조 【긴급피난으로서의 허위진술】	① 법원은 증인이나 감정인이 위증 또는 선서 없는 허위진술을 한 경우로서 행위자가 친족 또는 자기가 처벌받거나 자유박탈보안처분을 받을 위험을 면하기 위하여 허위의 사실을 진술한 경우에는 형을 작량하여 감경하고, 선서 없는 허위 진술의 경우에는 그 형을 면제할 수 있다. ② 법원은 선서능력 없는 자가 선서 없는 허위진술을 한 경우에는 형을 작량하여 감경하거나 면제할 수 있다.
제158조 【허위진술의 정정】	① 법원은 행위자가 허위진술을 적시에 정정한 경우에는 위증, 선서에 갈음한 허위보증, 선서 없는 허위진술에 대한 형을 작량하여 감경하거나 면제할 수 있다.
236조 【아동거래】	⑤ 제1항 및 제3항의 경우에 아동 또는 중계된 자의 신체적·정신적 행복을 고려할 때, 관여자와 제2항 및 제3항의 경우에 있어 공범의 책임이 경미하다면 법원은 그 정도에 따라 형을 작량하여 감경하거나 또는 제1항 내지 제3항에 따라 형을 면제할 수 있다.
제306조e 【능동적 후회】	① 법원은 제306조, 제306조a 및 제306조b의 경우에 현저한 손실이 일어나기 전에 행위자가 자의로 화재를 진화한 경우에는 해당 규정에 의한 형을 작량하여 감경하거나 면제할 수 있다.
제314조a 【능동적 후회】	① 법원은 행위자가 자의로 범죄의 계속적 실행을 포기하거나 기타 그 위험을 방지한 경우에는 제307조 제1항 및 제309조 제2항에 의한 형을 작량하여 감경할 수 있다. ② 법원은 행위자가 다음 각호의 1에

제314조a 【능동적 후회】	해당하는 경우에는 해당 규정에 의한 형을 작량하여 감경하거나 면제할 수 있다. 1. 제309조 제1항 또는 제314조 제1항의 경우 자의로 범죄의 계속적인 실행을 포기하거나 기타 위험을 방지한 경우 2. 다음의 경우에서 현저한 손해가 나타나기 전에 자의로 위험을 방지한 경우 a) 제307조 제2항 b) 제308조 제1항 및 제5항 c) 제309조 제6항 d) 제311조 제1항 e) 제312조 제1항 및 제6항 제1호 f) 제313조 및 제308조 제5항과 연계된 제313조
제320조 【능동적 후회】	① 법원은 행위자가 자의로 계속적인 실행을 포기하거나 또는 기타 결과를 방지한 경우에 제316조c 제1항의 형을 작량하여 감경할 수 있다. ② 법원은 행위자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우 현저한 손해가 나타나기 이전에 자의로 위험을 방지한 경우에는 해당 규정에 의한 형을 작량하여 감경하거나 면제할 수 있다. 1. 제315조 제1항, 제3항 제1호 또는 제5항 2. 제315조b 제1항, 제3항 또는 제4항, 제315조 제3항 제1호와 관련하여 적용되는 제3항 3. 제318조 제1항 또는 제6항 제1호 4. 제319조 제1항 내지 제3항
제330조b 【능동적 후회】	① 법원은 제325조a 제2항, 제326조 제1항 내지 제3항, 제328조 제1항 내지 제3항, 제330조a 제1항, 제3항 및 제4항의 경우에 행위자가 현저한 손해가 발생하기 이전에 자의로 위험을 방지하거나 그에 의하여 야기된 상태를 제거한 경우에는 해당 조항에 의한 형을 작량하여 감경하거나 면제할 수 있다.

둘째, 스위스 형법은 제48조에서 정상에 참작할 만한 일반적 요소를 법률에 명시하고, 이에 근거하여 형을 감경할 때에는 제48조a[38]에 의해 형을 법정형 최하한 이하로 감경 할 수 있도록 하면서, a. 행위자가 1) 참작할 만한 동기로, 2) 심한 압박감에서, 3) 심한 협박을 받고서, 4) 복종의무에 따라야 할 상사의 지시로 실행한 때, b. 피해자의 강력한 범죄유발에 의한 범행, c. 면책될 만한 격한 심정적 흥분이나 심한 정신적 부담을 갖는 정황에서의 범행, d. 진지한 후회, 즉 배상해야 될 손해를 보전한 자, e. 범행 이래 상당한 시간적 경과로 처벌필요성의

38) Art. 48a
1. Mildert das Gericht die Strafe, so ist es nicht an die angedrohte Mindeststrafe gebunden.
2. Das Gericht kann auf eine andere als die angedrohte Strafart erkennen, ist aber an das gesetzliche Höchst- und Mindestmass der Strafart gebunden.

명백한 경감과 그 기간 동안 정상적인 활동을 한 자로 제한하고 있다.

셋째, 오스트리아 형법은, 형법 제33조에서 양형 가중사유로 7가지를 규정하고 있으며 제34조에서 양형감경사유로 19가지를 규정한 다음 제41조에 제1항에서 감경사유가 가중사유보다 분명히 우세하며, 법정의 하한보다 낮은 자유형을 선고한 경우에도 행위자가 새로 범행을 저지르지 않으리라는 전망이 자료에 의해 뒷받침되는 경우에 한해 선고할 수 있다고 하여 그 기준을 명확히 하고 있다.

넷째, 프랑스는, 1994년 신형법전 시행부터 법정형의 하한 규정을 폐지하면서 작량감경사유규정을 폐지하였다. 즉, 구 형법 제463조는 공통규정으로서, 「① 유죄로 인정된 중죄피고인에 대하여 법률이 정한 형은 피고인의 이익을 위하여 감경정상이 선고된 때에는 제7조 제8조 제18조 및 제19조에 정한 형의 정도에 따라 그 중죄가 사형에 해당하는 경우에는 3년의 구금까지 무기형에 해당하는 경우에는 2년의 구금까지 기타의 경우에는 1년의 구금까지 이를 감경할 수 있다. ② 구금형을 과하는 경우에는 100,000프랑의 범위 안에서 벌금을 병과할 수 있다. 그 외에도 범인에 대하여는 그 형의 집행의 종료된 날로부터 5년 이상 10년 이하의 기간 공민권을 박탈하고 제44조에 규정된 바에 따라 그 주거를 제한 할 수 있다. ③ 법률이 정한 형이 구금 또는 벌금인 경우에 감경정상이 존재한다고 인정하는 때에는 명백한 반대규정이 없는 한 輕罪法院은 누범의 경우에도 구금과 벌금을 각 2월 및 2,000프랑 이하로 감경할 수 있다. ④ 제3항의 경우에는 輕罪法院은 구금과 벌금 중 1만을 선고하고 구금형에 갈음하여 벌금형을 선고할 수 있다. 다만 어떠한 경우에도 위경죄의 형 이하로 감경하지 못한다. ⑤ 구금형에 갈음하여 벌금형을 선고하는 경우에, 적용조문에 규정된 형이 구금형뿐인 때에는 벌금의 최고액은 30,000프랑으로 한다.」을 두고 있었다. 비록 폐지된 조항이지만 구체적인 감경 기준까지 법에서 정해주고 있었다.

한편 일본은, 우리와 같이 법률상 감경과 재판상 감경을 두고, 재판상 감경의 경우에는 법률상 감경과 달리 비정형적 사유를 가지고 전적으로 재판관의 판단에 일임하고 있다. 즉, 형법 제66조는, 「범죄의 정상에 의해 작량하여야 할 때는 그 형을 감경 할 수 있다」고 하고, 제71조에서는 「작량감경을 하는 경우에도 제68조[39] 및 전조[40]의 예에 의한다」고 하여 작량감경의 방법을 규정하고 있다.

39) 第68條　法律上刑を減輕すべき１個又は２個以上の事由があるときは、次の例による。
1. 死刑を減輕するときは、無期の懲役若しくは禁錮又は10年以上の懲役若しくは禁錮とする。
2. 無期の懲役又は禁錮を減輕するときは、７年以上の有期の懲役又は禁錮とする。
3. 有期の懲役又は禁錮を減輕するときは、その長期及び短期の２分の１を減ずる。
4. 罰金を減輕するときは、その多額及び寡額の２分の１を減ずる。

그리고 제72조에 가중감경의 순서를 규정하여 재범가중, 법률상 감경, 병합죄 가중을 하고 난 뒤에 작량감경을 하도록 하고 있다.[41]

"범죄의 정상"이라는 것은 범죄행위 자체에 직접관련이 있는 사정에 한정되지 않고 범인의 연령, 성격, 행상, 전과, 환경, 범죄의 죄질, 동기, 방법, 결과, 사회적 영향, 범죄후에 있어서 범인의 태도 등 다양한 정상을 의미한다[42]고 한다. 이러한 정상 사정이 있어서 '작량하여야 할 때'라는 것은 범죄의 구체적 정상에 비추어서 법정형 또는 법률상 가중 감경을 한 후 처단형의 최하한을 정하였지만 여전히 중하여 그 최하한 보다도 낮은 형을 부과하는 것이 상당하다고 인정되는 경우라고 해석하고 있다.[43]

일본에 있어서도 역시 우리와 같이 작량감경을 할 것인지 여부는 사실심 재판소의 재량에 의하고 있다. 같은 규정을 두고 있는 우리나라와 일본 간의 작량감경규정의 운영 실무에 대해서 비교해 볼 방법은 없다. 다만 아래는 법률상 감경이나 작량감경을 하지 않고서는 집행유예를 선고 할 수 없는 살인죄의 1심 형사재판 선고 현황(2008년)을 비교하여 보았다. 일본에 비하여 한국이 약간 집행유예의 선고가 많다는 점에서만 보면 우리가 작량감경을 더 하고 있다는 점을 엿볼 수 있다.

〈표 9〉 한국과 일본의 살인죄 1심 형사재판 선고 현황(2008년)

	총수(A)	유 죄					무죄(D)	무죄율 D/A(%)	기타
		사형	징역 · 금고						
			무기	유기(B)	집 행 유예(C)	집행유예율 C/B(%)			
일본	590	3	16	561	106	18.9%	4	0.7	6
한국	785	1	20	717	154	21.5%	9	1.1	38

특히 일본은 재량판단에 있어서 재판관의 주관적 자의를 허용하는 것은 아니고 객관적 정의 및 합목적성에 따라서 결정되어야 한다[44]는 것이 판례의 확실한 태도

---

5. 拘留を減輕するときは、その長期の２分の１を減ずる。
6. 科料を減輕するときは、その多額の２分の１を減ずる。

40) 第70條　懲役、禁錮又は拘留を減輕することにより１日に滿たない端數が生じたときは、これを切り捨てる。

41) 일본법의 입법경위, 우리법의 계수 경위 등에 대해서는 허일태, 전게논문 참조.

42) 最判 昭 23・2・6 刑集 2卷 2号 23頁.

43) 最判 昭 40・11・2 刑集 19卷 8号 797頁.

44) 最判 昭 23・2・6 刑集 2卷 2号 23頁.

이다. 그러한 점에서 작량감경은 일본이 더 예외적으로 운영되고 있는 것 같다.

2. 우리에게 시사점

작량감경 규정의 불명확한 요건은 전관예우 논란 등에 빌미를 제공하고, 국민의 사법부에 대한 불신을 초래하는 원인으로 작용하는 등 부작용을 야기하고 있다. 형법이 경합범에 대해 영미법계와 달리 병과주의가 아닌 가중주의를 취하고 있으므로 작량감경을 하여 형량을 낮추어야만 할 정도로 처단형이 지나치게 높아질 염려는 그리 많지 않다. 이미 살펴본 바와 같이 양형실무상 경합범 가중이 있다고 하더라도 경합범 가중사유가 작량감경을 자제하거나 형의 양정에 있어서 그다지 실질적인 영향을 미치지 못하고 있다는 점을 알 수 있었다. 나아가 상습범과 누범의 폐지, 존속에 대한 가중처벌 규정 등을 폐지하면 법정형 과중 문제는 어느 정도 해결될 수 있을 것이다.

지나치게 높은 법정형의 경우에는 개별적인 사안에서 재판부의 재량에 의한 감경을 통해 해결할 수는 있다. 그러나 궁극적으로 입법적으로 해결함으로써 국민들에게 예측가능성을 높여 주는 것이 맞다. 작량감경이 예외적으로 필요한 경우에는 법률상 감경규정으로 명확히 하면서 법정형의 범위 내지 요건을 축소, 제한하고 있는 독일, 스위스 등과 같은 입법례는 우리에게 시사하는 바가 크다고 할 수 있다.

Ⅴ. 작량감경 규정의 개선방안

1. 입법적 보완의 필요성

이상과 같이 우리 형법 제53조는 법관의 재량에 의한 형벌감경만을 규율하고, 동 제54조(선택형과 작량감경), 제56조에서 작량 감경하는 경우 가중경감의 순서에서 최종적으로 할 수 있다고 하고 있을 뿐, 그 구체적 기준이나 방법에 대해서는 전혀 규정하고 있지 않다. 양형부당을 이유로 상소절차를 통한 불복 방법이외에는 사전, 사후 이를 견제할만한 장치가 충분하지 못하다보니 이에 대한 남용의 여지를

지적하는 목소리가 높다.[45]

오영근 교수는 「형법이 경합범에 대해 병과주의가 아닌 가중주의를 취하고 있으므로 처단형이 너무 높아질 염려는 그리 많지 않고, 과도한 법정형으로 인한 문제점은 입법에 의해 시정해야 할 사항이고 작량감경에 의해 시정할 사항이 아니다. 작량감경은 법관이 피고인에게 은혜를 베푼다고 하는 권위주의사고가 반영된 것이라고 할 수 있고, 작량감경에는 구체적 요건이 필요하지 않는 광범위한 재량을 인정하는 것으로서 남용의 우려가 있다」고 적절히 지적하고 계신다. 다만 「실무현실을 보더라도 법관들이 작량감경을 지나치게 널리 적용하여 선고형이 법정형의 하한에 집중되어 있다고 할 수 있다」[46]는 부분은 일반적으로 작량감경 규정이 양형의 관대화의 원인이 되고 있음을 지적하는 것으로 이해되며, 위에서 본 바와 같이 실무 운영은 대다수 법정형의 최하한 보다 낮추어 선고하기 위한 것으로 작량감경 규정이 이용되고 있다.

이미 지적한대로 특정 사범에 대해서 강력한 대처의 필요성에서 특별 형사법을 규정하고, 엄단위주의 형사정책에 따라 법정형이 상향되는 경향이 있음을 부정할 수 없다. 그렇다고 실제 선고형이 작량감경규정을 근거로 법정형의 하한을 용이하게 넘나들게 해서는 않된다.

이는 대형 경제사범이나 강력범죄, 성폭력범죄에 대해 지나치게 온정적인 양형관행의 원인이 되고 있으며[47] 들쑥날쑥한 법관의 양형 판단은 국민으로 하여금 선고형에 대한 예측가능성을 저감시키고 전관예우 등 부정적인 측면으로 작용하여 사법부 불신의 온상이 될 수 있기 때문이다.

작량감경 규정은 위에서 본 바와 같이 기본적으로 국민의 대표인 국회에서 제정한 형벌의 하한선을 변경하는 것이어서 새로운 법 창조를 의미한다. 비록 개개 사안에서 구체적 타당성을 구한다고 하지만 법률상 아무런 기준이 없이 법관의 자유재량에 의하도록 방치하는 것은 옳은 입법태도가 아니다.

구체적 사안에서 법정형이 너무 높아 과중한 책임을 부과하는 것은 형벌의 적정성에 반할 수 있다. 상향된 법정형[48]으로 인하여 피고인이 행한 불법을 초과

45) 오영근, 형법총론, 박영사(2006), 775면; 동, "법정형상의 징역형기 조정방안", 형사법연구 제22호, 한국형사법학회(2004), 416면; 이천현, "감경제도의 문제점과 개선방안", 형사정책연구 제17권 제4호, 한국형사정책연구원(2006), 762면.

46) 오영근, 전게서, 775면.

47) 허일태, 전게논문, 299면.

48) 오영근 교수는 「'과도한 법정형, 과소한 선고형'의 문제를 해결하고, 기타 작량감경제도로 인해 생겨나는 문제점을 해결하기 위해서는 작량감경제도를 폐지해야 한다. 그러나 작량감경제도를 폐지하게 되면

하는 처벌이 가해지는 경우 이를 회피할 수 있는 창구가 필요하고 그런 점에서 작량규정이 어느 정도 역할을 다해 온 것은 부인할 수 없다. 그렇다고 하더라도 죄형법정주의에 의거하여 규정된 형벌의 범위가 법관의 광범위한 자유재량에 의해 좌우되고, 이러한 법관의 재량판단이 상소심에서 걸러 질 수 없다면 큰 문제이다. 그러한 판단에 이른 과정이 판결문에 적시되지 않으면 사후 검증하기도 어렵기 때문이다.

비록 높은 법정형이라도 입법자가 형량을 높게 규정한 목적에 맞추어 높게 적용하여야 하고[49], 다만 당해 법정형의 하한을 적용하더라도 행위자가 저지른 불법에 비하여 그 형량이 너무 높다고 판단되는 경우 재판상 감경할 수 있도록 일정한 기준을 세워 나가는 것이 바람직하다고 생각한다. 그러한 점에서 현재의 비정형적이고 예측가능성이 없게 운영되고 있는 양형실무에 대한 통제원리를 만들어 가기 위한 첫걸음으로 이에 대한 입법적 정비가 필요하다고 생각한다.

2. 논의 방안

현재 진행되고 잇는 형법개정특별위원회의 논의상황은 대체적으로 작량감경 규정을 존치하되 이에 대한 기준과 방법에 관하여 어떠한 통제장치를 마련할 것인가라는 점에 대해서는 몇 가지 방안이 제시되고 있다. 지금까지 발표된 방안에 대해서 개괄적으로 정리하면 다음과 같다.

⑴ 【제1안】

제53조(정상감경) ① 범죄의 정상에 참작할 만한 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 때에는 그 형을 감경할 수 있다. 다만 다음 각 호의 사유가 수개 있더라도 거듭 감경할 수 없다.

1. 범행의 동기에 참작할 만한 사유가 있는 경우

법정형이 무거워지는 효과가 생기게 되므로, 현행 법정형을 완화하는 작업이 병행되어야 할 것이다. 이에는 현행법상의 법정형을 전반적으로 완화하거나, 가벼운 형벌이 과해질 수 있는 감경적 구성요건을 신설하는 방안을 검토해 보아야 할 것이다.」라고 주장하고 있다. 오영근, 전게논문, 417면 참조.

49) 따라서 작량감경의 문제는 궁극적으로 법정형을 범죄의 불법에 따라 세분화하고 특히 국민의 사회적·규범적 합의와 법관의 양형실무 감각을 반영하여 법정형의 상한을 하향조정함으로써 법정형의 폭을 좁혀서 실질적으로 불법에 상응하도록 적절히 조정하는 것에 의해 해결되어야 할 것이다. 김영환/최석윤, "양형의 형벌이론적 기초 및 개별적 양형단계에 관한 고찰", 한국형사정책연구원(1996), 174면.

2. 피해자가 처벌을 원하지 않는 경우
3. 피고인의 노력에 의하여 피해자의 피해의 전부 또는 상당 부분이 회복된 경우
4. 피고인이 자백한 경우
5. 피해자가 범죄를 유발한 경우
6. 형에 비추어 범행이 특히 경미한 경우

⑵【제2안】

제53조(정상감경) ① 범죄의 정상에 참작할 만한 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 때에는 그 형을 감경할 수 있다. 다만 다음 각 호의 사유가 수개 있더라도 거듭 감경할 수 없다.
1. 피해자가 처벌을 원하지 않는 경우
2. 피고인의 노력에 의하여 피해자의 피해의 전부 또는 상당 부분이 회복된 경우[50]
3. 피고인이 자백[51][52]한 경우
4. 기타 이에 준하는 범행의 동기, 방법에 있어 특히 참작할 만한 사유가 있는 경우

② 제55조 제1항의 감경 규정은 정상 감경에 이를 준용한다.

⑶【제3안】[53]

제53조(작량감경) ① 형의 하한이 정상에 비추어 중하다고 인정되는 때에는 작량하여 형을 감경할 수 있다.

② 법률상 형을 가중하거나 감경하는 경우에도 작량감경을 할 수 있다.

---

50) 오히려 형사피해자에 대한 직접적 원상회복은 형사법상 새롭게 조명되어야 할 새로운 의미가 있는 연구영역으로서 기존의 정상감경 사유와는 별도로 독립된 제2항으로 규정하거나 정상 감경 조문과는 별개의 독립된 조문으로 규정하여 새롭게 법률상 감면사유로 규정함이 상당하다.

51) 피고인의 자백은 자기 범행에 대한 일종의 자성으로 파악할 수도 있고 한편으로는 전적으로 수사기관에 협조하는 자수와 달리 사법기관 전체에 대하여 협조하는 것으로 이해될 수도 있으며 피고인의 자백과 자성만큼 형사법제의 성공적인 출발점은 없다는 측면에서 자백을 정상감경사유에서 제외할 이유가 없다.

52) 반면 이를 근거로 피고인에게 자백을 강요하도록 유도할 수도 있고, 수사기관에서의 자수와 달리 공판중 행한 자백을 정상감경사유로 존치할 이유가 없다는 주장도 가능하다.

53) 이천현/김혜정, 양형관련규정의 정비방안, 한국형사정책연구원 2006. 78면.

3. 개선안에 대한 검토

제1안과 제2안은 모두 기존의 작량감경 규정을 개정하여 일반인들이 쉽게 이해할 수 있도록 '정상감경'으로 표제를 바꾸고, 정상감경 사유를 좀 더 세분화하여 법관의 선고재량을 통제하자는 방향성에서는 동일하다. 다만 포괄적 규정의 존치 여부에 대해서는 두 안이 크게 차이를 보이고 있다.

제1안은 감경사유를 6개 유형으로 세분화하고 포괄적인 규정을 삭제함으로서 법관의 재량을 통제하자는 것이고, 제2안은 법률로서 감경 사유를 전부 구체화하는 것은 입법기술상 불가능할 뿐 아니라 향후 다양한 형태의 특별형법의 규정의 신설을 염두에 둔다면 바람직하지도 않다는 것이다. 따라서 '특히 참작할만한 사유가 있는 경우'라는 포괄적 규정을 둘 수 밖에 없다는 입장이다. 그러면서도 가능한 한 행위유형을 세분하여 기재하되, '기타 이에 준하는 범행의 동기, 방법에 있어서' 특히 참작할만한 사유가 있는 경우로 기술한다면 나름대로 입법취지를 살릴 수 있다는 생각이다.

제1안과 제2안 모두 기존의 작량감경 규정에 대한 폐지에 대해서는 언급이 없고, 제56조의 가중경감의 순서에 대해서도 언급이 없다. 제2안은 감경의 방법에 대해서 법률상 감경규정에 따르도록 하고 있을 뿐이다. 따라서 기본적으로 법률상 감경조항이 아닌 종래의 작량감경 규정의 존치를 예정 하고 있다는 점에서 일정한 한계가 있을 수밖에 없다. 기존의 작량감경을 정상감경으로 표제를 바꾸고 감경사유를 세분화한다고 하더라도 유죄이유에서 이를 명시하지 않는다면 사후 검증할 방법이 없고, 따라서 형사소송법 제323조 제2항에 의하여「법령위반」을 이유로 통제할 수도 없기 때문이다.[54]

또한 가중경감 순서에 있어서도 작량감경을 최종적인 단계에서 하게 되므로 선행된 누범가중이나 경합범 가중을 무색하게 할 수도 있다. 이미 살펴 본 바와 같이 누범과 경합범 등 법률상 가중을 한 경우에도 작량감경을 이유로 법정형의 하한 미만으로 온정적인 선고를 하는 결정적인 원인이 되고 있다.

따라서 포괄적인 규정을 두고, 종래 작량감경과 같이 최종적인 단계에서 작량감경 하도록하는 규정을 그대로 두는 한 현실적으로 현행 작량감경 규정과 동일하게 되어 법원의 법정형 선고 재량을 제한하고자 하는 의미가 퇴색될 수 밖에 없다.

---

54) 대판 2009.6.25. 선고 2009도3505[공2009하,1265]

한편 제3안은 작량감경 규정이 법정형의 하한을 낮추어 선고하는 양형실무를 그대로 반영하면서 개별적인 사안에서 행위불법에 상응한 양형의 적정성을 기한다는 작량감경의 원래의 취지를 명확히 함으로써 법관의 양형을 통제할 수 있다는 장점이 있다.

그러나 작량감경을 존치하는 한 기존의 양형실무를 크게 바꾸지는 못할 것이어서 그 자체 한계가 있다고 생각한다. 주장자인 이천현/김혜정 교수는 '우리 형법은 외국에 비해 법정형이 높게 규정되어 있는 범죄가 많기 때문에 작량감경을 특히 인정할 여지가 있다'고 주장하고 있으나 법정형이 높게 규정되어 있는 것은 입법적으로 해결할 것이지 법관의 작량감경에 의해 해결에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없다.

Ⅳ. 작량감경의 개선방향

외국의 경우 독일, 프랑스 등 해외 입법례를 검토해 볼 때, 법률상 감경사유로 피해자와의 화해, 원상회복을 위한 진지한 노력, 피해배상, 재범 방지노력 정도이며, 이미 우리 법에는 이를 반영하고 있다고 생각된다.

따라서 기본적으로 작량감경 규정을 폐지함이 상당하고 필요하다면 법률상 감경에 관한 총칙규정을 두거나 편장별로 개별 규정을 두는 형식이 바람직하다. 2009. 12. 14. 박민식 의원이 아동성폭력범죄에 대해 초범, 합의, 피해회복, 자백의 경우에 1회에 한하여 작량감경을 할 수 있도록 하는 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」개정안도 이를 반영한 것으로 보인다.

1. 법률상 감경사유로 전환[55)]

기존의 작량감경을 정상감경으로 표제를 바꾸고 감경사유를 세분화한다고 하더라도 유죄이유에서 이에 이른 경위를 명시하지 않으면 사후 검증을 할 수 없고, 형사소송법 제323조 제2항에 의하여 법령위반을 이유로 통제할 수도 없다[56)].

---

55) 작량감경이 남용되는 가장 중요한 이유는 법관이 피고인에게 작량감경을 적용하는 경우 작량감경을 한 사유에 대하여 구체적으로 판시를 할 필요가 없기 때문에[1)] 법관은 일반인들의 상식에서 벗어나는 작량감경 규정의 적용에 대하여 아무런 제한을 받지 않고 할 수 있는 것이라고 생각된다. 따라서 법관이 작량감경을 하는 경우에 작량감경을 한 사유를 구체적으로 판시하도록 하는 것이 작략감경 규정의 남용을 막기 위하여 가장 타당한 방안이라 생각된다.[1)]

56) 대판 2009.6.25. 선고 2009도3505[공2009하,1265]

또한 가중경감 순서에 있어서도 작량감경의 경우와 같이 최종적으로 고려한다면 누범가중이나 경합범 가중을 무색하게 할 수도 있다. 작량감경을 처단형의 최종적인 단계에서 하도록 하는 규정에 의해 먼저 누범과 경합범 등 법률상 가중을 한 다음에 작량감경하여 법정형의 하한을 감경하다 보니 자연스럽게 기본형의 하한 미만의 온정적인 판결을 하는 사례가 많았다.

따라서 작량감경 규정을 삭제하고 법률상 감경으로 전환하는 것이 맞다. 즉, 법률상 감경으로 하게 되면 1)피고인으로부터 감경주장에 대한 진술이 있는 때에는 법원은 의무적으로 이에 대한 판단을 명시하도록 함으로써 사후 불복이 가능하게 되고, 2)법률상 감경 사유로서 우선적으로 먼저 고려하고 다음에 경합범 가중을 하게 되므로 현재의 양형실무와는 달리 경합범 가중규정의 취지를 십분 발휘할 수 있고, 3)나아가 처단형 범위 내에서 양형 이유를 고려하여 최종 선고형을 결정하도록 함으로써 법률상 감경과 형의 양정을 분리하여 양형의 합리화에도 기여할 수 있다.

2. 법률상 감경사유의 구체적 열거

법정형이 무거운 특별형법 모두를 형법에 편입시키는 것이 어렵고, 앞으로도 시대적 상황이나 국민의 여론에 따라 특별법은 계속 늘어날 것이다. 이러한 경우 사안에 따라서는 법원이 죄형법정주의에 충실하면서도 형의 감경사유가 월등하여 형의 감경이 불가피한 경우 이러한 사정에 비추어 지나치게 높은 법정형의 하한 아래로 낮추어 적정한 양형을 기할 수 있도록 하는 것이 바람직하다[57]. 이러한 법률상 감경사유를 정함에 있어서는 형벌의 「책임과 예방」이라는 기본원칙에 따라 다음과 같이 2가지만을 규정함이 상당하다고 생각된다.

제1호. 피고인의 행위불법에 비해 법정형이 훨씬 중한 경우

피고인이 저지른 범죄의 법정형이나 이를 법률상 감경한 형을 피고인에게 그대로 적용한다면 불합리하고 상당히 과중한 처벌을 한다고 판단되는 경우에는 감경이 필요할 것이다. 현대사회는 상당히 복잡하고 다양하기 때문에 수 많은 사건 중에서 위에서 열거한 조건에 해당하지 않음에도 감경을 하여 주어야 할 필요성이 있는 경우가 발생 할 수 있을 것이다. 따라서 이러한 경우에도 감경을 인정하는

57) 허일태, 전게논문, 300면.

것이 피고인이 행한 불법에 비하여 강한 처벌 규정이 적용되는 경우를 방지할 수 있는 방안이라 생각된다. 피고인의 범행이 극히 경미하거나 범행 전후 정황으로 보아 피고인이 행한 범죄의 동기에 참작한 만한 사유가 있는 경우, 피고인이 범행에 나아가도록 피해자가 이를 유발한 경우 등도 이에 포함시킬 수 있다. 범행의 동기가 사회통념상 비추어 비난을 받는 정도가 적다면 이는 행위 불법의 정도가 비교적 낮다고 보아 감경의 여지를 주는 것이다.

피해자가 자초한 경우이거나 배신감에 극도로 흥분하는 등 면책할만한 심정적 흥분, 심한 정신적 부담에 해당하는 예외적인 경우(스위스 형법 제48조 c 참조)도 고려할 수 있다. 이러한 열거된 조건들 이외에도 범행의 방법·수단·결과에 있어 특히 참작할 만한 사유가 있는 경우에는 감경의 여지를 주는 것이 타당하다.

위의 사례에서 ③, ⑨, ⑩, ⑱사례의 경우가 이에 해당한다고 할 수 있다.

반면 취중에 우발적인 동기에 의하여 저질러진 범죄 특히 성범죄와 관련하여[58] 작량감경 규정을 적용한 사례[59]가 있으나 취중의 우발적 동기에 대해서 감경하는 바람직하지 않다고 생각된다. 취중에 우발적으로 하였다고 하여 사회통념상 비난의 정도가 약해진다고 볼 수 없기 때문이다.

향후 이에 명확한 기준을 만들어 가기 위해서는 판례의 축적이 필요하다.

제2호. 피고인의 갱생과 장래 사회생활에 영향을 고려하여 특히 감경할 필요가 있는 경우.

피고인의 장래 사회생활의 복귀를 위하여 필요하다면 단기간의 구속이나 집행유예를 이유로 석방할 필요가 있다. 종래 제51조 제4호의 「범행후의 정황」과도 일맥상통하지만 피해자, 피고인 모두를 위한 회복적 사법의 실현을 위하여 피고인이 나이어린 소년이거나 진지하게 반성하면서 피해회복을 위해 노력을 다했다면

58) 2010년 4월 15일 제정된 성폭력범죄의 처벌등에 관한 특례법 제19조는 「음주 또는 약물로 인한 심신장애 상태에서 제3조부터 제11조까지의 죄를 범한 때에는 형법 제10조 제1항·제2항 및 제11조를 적용하지 아니할 수 있다」고 규정하고 있으며, 아동·청소년 성보호에 관한 법률은 2010년 4월 15일 개정을 통하여 제7조의2에「음주 또는 약물로 인한 심신장애 상태에서 아동·청소년에 대하여 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제3조부터 제11조까지의 죄를 범한 때에는 형법 제10조제1항·제2항 및 제11조를 적용하지 아니할 수 있다」고 하여 음주 또는 약물로 인한 심신장애 상태에서 범한 성폭력 범죄에 대하여 감경규정을 적용하지 아니 할 수 있도록 하였다.

59) 창원지방법원 2008. 3. 26. 선고 2007고합270
피고인은 노래연습장 카운터 앞에서 가족과 함께 놀러온 13세 미만의 미성년자인 피해자에게 다가가 양손으로 피해자의 얼굴부위를 잡고 반항하지 못하게 한 후 피해자의 입술에 2회 키스를 하는 등 강제로 추행한 사안에서 법원은 주취 상태에서 우발적으로 범행을 저지른 것으로 보이는 점 등을 참작하여 작량감경을 하였다.

피고인의 장래 사회생활에 대한 영향을 고려하여 감경함이 상당하다.

실무상 피고인이 진지하게 반성하고 있는지 여부를 판단함에 있어서 자백을 하였는지 여부가 중요한 판단요소가 되고 있다. 즉 피고인이 범행사실을 자백을 하거나 피해자와 합의하는 등의 경우에는 대부분 진지하게 반성하고 있다고 평가하여 작량감경을 해 주고 있다. 사례에서 ⑪, ⑮, ⑯ 등에 이에 해당한다고 할 수 있다.

종래 형법 제53조에 의한 작량감경은 법정형의 절반까지도 선고할 수 있도록 함으로써 법정형을 유명무실하게 하고 있다는 지적[60]이 있다. 그러나 법률상 감경으로 인정하는 한 감경방법에 관해 따로 규정 할 필요는 없고, 궁극적으로 형의 적정성을 기한다는 면에서 사안에 따라서는 법정형 하한의 1/2의 감경도 필요할 것이다. 음주 등을 이유로 심신미약 감경을 하는 등 법률상 감경을 거듭 감경하여 집행유예를 선고하는 경우보다는 오히려 낫다.

다만 법률상 감경으로 하는 경우 판례[61]에 의하면 거듭 감경할 여지가 있으므로 정상감경 사유가 수개 있더라도 거듭 감경할 수 없다고 하는 규정을 두는 것이 바람직 하다.[62]

3. 형의 양정과 엄격히 구분 운영

처단형은 법정형에 법률상, 재판상의 가중, 경감을 한 형벌범위를 말한다. 현행법은 작량감경을 최종적인 처단형을 결정하는 재판상의 경감사유로서 인정해 오고 있다. 그러나 실무상은 처단형의 범위 내에서의 구체적인 형의 양정과 구분 없이 운영되고 있고, 따라서 2중적인 감경요소로 작용해 온 것 또한 사실이다.

위와 같이 2가지의 재량적 감경요소를 해석 운영함에 있어서 형법 제51조에 의한 형의 양정요소와는 엄격히 구분하여 이중으로 계산되지 않도록 운영되어야 한다. 그러한 차원에서 법률상 임의적 감경요소를 적용하지 않고 작량감경 규정에 함께 고려하거나 형의 양정시 함께 고려하는 것도 바람직 하지 않으며 이러한 취지의 종래의 판례는 변경되어야 한다.

---

60) 손동권, "양형합리화를 위한 기초로서의 법률상 형가감체계", 형사정책연구 제18권 제3호, 한국형사정책연구원(2007), 405면.

61) 대법원 1964. 10. 28. 64도454 판결(본조에 의한 작량감경에 있어서도 일정한 범위를 정하여 그 범위 내에서만 각 범죄사정에 적합한 양형을 하여야 하고 작량감경의 방법도 본법 제55조 소정 방법에 따라야 한다.) 서울고법 1968.6.4. 68노100(형법 제53조는 작량감경 할 수 있음을 규정하였을 뿐 그 감경의 방법과 범위에 관하여는 이를 규정한 바 없으므로 그 방법과 범위를 한정하여 처단형을 내리면 형법 제55조를 적용하여 소정의 경감방법에 의하여야 한다.)

62) 대법원은 1964. 4. 7. 선고 63도410 판결에서 1회에 한하여 감경할 수 있다고 해석을 하고 있다.

결론적으로 제1항 본문 후단에 “다만, 다음 각 호의 사유가 여러 개 있더라도 거듭 감경할 수 없다”는 규정을 삽입하고, 제2항에 “정상감경을 하는 경우에는 제55조 제1항의 규정을 준용한다”고 규정하여 법률상 감경과 같다는 점을 분명히 할 필요가 있다.

현행 법률	개정안
제53조(작량감경) 범죄의 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 작량하여 그 형을 감경할 수 있다.	제53조(정상감경) ① 범죄의 정상에 참작할 만한 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 때에는 그 형을 감경할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 사유가 여러 개 있더라도 거듭 감경할 수 없다. 1. 피고인의 행위불법에 비해 법정형이 훨씬 중한 경우 2. 피고인의 갱생과 장래 사회생활에 영향을 고려하여 특히 감경할 필요가 있는 경우 ② 정상감경을 하는 경우에는 제55조 제1항의 규정을 준용한다.
제56조(가중경감의 순서)형을 가중감경할 사유가 경합된 때에는 다음 순서에 의한다. 1. 각칙 본조에 의한 가중 2. 제34조제2항의 가중 3. 누범가중 4. 법률상 감경 5. 경합범 가중 6. 작량감경	제56조(가중경감의 순서)----------. 1.-5. (생략) 각칙 본조에 의한 가중 6. (삭제)

4. 법정형에 대한 조정 검토

위 주요죄명별 감경의 정도비교표에서 보았듯이 경제사범에 대해서는 법원이 집행유예를 선고하는 경우가 많은 대신 실형을 선고하는 경우에는 형의 감경을 1/2미만으로 하여 중형을 선고하는 대조적인 모습을 보이고 있다. 이는 최상위층과 중간간부층에 대한 양형상 특이한 배려라고 보인다. 반면 이러한 경제사범을 규율하는 특경법을 포함하여 보건범죄단속에관한특별조치법이나 성폭력범죄, 폭력행위등처벌에관한법률, 특수공무집행방해치사상죄 등에 대한 법정형이 너무 높다는 반증이 되기도 한다. 따라서 이러한 규정에 대한 법정형도 하향조정할 필요가 있다는 점을 지적하는 정도에 그친다.

Ⅴ. 결 론

실무를 아는 사람은 양형의 우연성과 자의성이 심각한 수준이라는 점을 잘 알고 있다. 이러한 자의성이나 우연성에는 다른 어떠한 형벌 원칙에 비해 법관 개인의 개성이 커다란 영향을 미치고 있다. 그 원인이 되고 있는 작량감경규정은 50년 넘게 개정이 이루어 지지 않고 제정 형법의 모습을 그대로 간직한 채 현재에 이르고 있다. 법 규정 자체가 포괄적이고, 명확한 감경 기준이 없어 전적으로 법관의 재량에 맡기다보니 자의적인 운영이 되고 있는 것이다. 양형에 있어 가장 중요한 것은 국민으로 하여금 예측가능성을 주는 것이다. 들쑥날쑥한 형벌로는 국민을 설득하기 어렵다. 우리와 같이 포괄적인 형태의 작량감경 규정을 두고 있는 나라는 법률 선진국 중에서는 일본 밖에 없다. 일본은 천황을 대신하여 시혜를 베푸는 법관에게는 실수가 없다는 사상을 깔고 있는 것 같다.

작량감경 규정의 불명확한 요건은 전관예우 논란의 빌미를 제공하고 종국적으로는 국민의 사법부에 대한 불신을 가져오게 된다. 집행유예를 선고한 사건 중에서 법정형의 하한이 5년 이상에 해당하는 사건이 45.9%에 해당한다. 법정형에 의해 원칙적으로 집행유예가 불가능한 성폭법위반 사건 등에서 특히 작량감경 규정이 위력을 발휘하고 있다. 성폭법 상 친족관계 강간의 경우에도 법원은 그간 작량감경 제도를 활용하여 형량 자체를 낮추어 형을 선고해 왔고, 특히 최근, 청주지방법원에서 지적장애 청소년을 할아버지와 숙부들이 장기간 성폭행해 온 사건에 대하여 집행유예를 선고하였다가 항소심에서 징역 1년 6월과 징역 3년을 선고한 바 있다.

형법이 경합범에 대해 영미와 달리 병과주의가 아닌 가중주의를 취하고 있으므로 작량감경을 하여 형량을 낮추어야만 할 정도로 처단형이 지나치게 높아질 염려는 그리 많지 않다. 현재 논의되고 있는 상습범과 누범 규정이 폐지되면 법정형 과중 문제는 어느 정도 해결될 수 있을 것으로 보인다.

특히 올라갈 대로 올라간 성폭력 범죄의 법정형은 합리적 양형기준이나 입법적으로 시정되어야 할 것이지, 재판부의 개성에 의해, 특히 작량감경으로 해결할 것은 아니다. 이러한 작량감경규정은 과감히 폐지되거나, 법률적인 감경요소로 좀 더 유형화하고 세분화되는 방향으로 개정되어야 한다. 형법 제정 50년 만에 법정형에 대한 대대적인 재조정이 진행 중에 있다. 차제에 불신 덩어리인 작량감경 규정에 대해서도 과감히 손질을 가할 것을 기대해 본다.

· 참 고 문 헌 ·

1. 분석자료

대법원 종합법률정보 사이트 http://glaw.scourt.go.kr/jbsonw/jbson.do
1996 - 2010. 4. 하급심판례 총671건(2010. 8. 7. 기준)

2. 단행본

김성돈, 형법총론, 성균관대학교 출판부(2009)
박광민, 형법총론, 삼지원(2008)
배종대, 형법총론, 홍문사(2008)
북한의 형사법, 법원행정처(2006)
오영근, 형법총론, 박영사(2006)
형사법상 범죄피해자의 원상회복제도 -미국・프랑스를 중심으로-, 법무부(2002)
大塚仁/河上和雄/佐藤文哉/古田佑紀, 大コンメンタ-ル刑法 第5卷, 青林書院(2005)

3. 논 문

김영환/최석윤, “양형의 형벌이론적 기초 및 개별적 양형단계에 관한 고찰”, 한국형사정책연구원(1996)
손동권, “양형합리화를 위한 기초로서의 법률상 형가감체계”, 형사정책연구 제18권 제3호, 한국형사정책연구원(2007)
오영근/최석윤, “양형의 합리와에 관한 연구”, 한국형사정책연구원(1993)
오영근, “법정형상의 징역형기 조정방안”, 형사법연구 제22호, 한국형사법학회(2004).
이천현, “감경제도의 문제점과 개선방안”, 형사정책연구 제17권 제4호, 한국형사정책연구원(2006).
이천현/김혜정, “양형 관련규정의 정비방안”, 연구총서 06-08, 한국형사정책연구원(2006).
허일태, “현행법상 작량감경 제도의 문제점과 개선방안”, 형사법연구 제22권제2호(2010.여름 통권 제43호).
大塚仁, 大コンメンタ-ル刑法 第 2 版 第5卷, 青林書院(2005).

지정토론문

실무운영사례를 통하여 본 작량감경규정의 비판적 고찰 및 개선방안

한 영 수

(아주대 교수)

MINISTRY OF JUSTICE • REPUBLIC OF KOREA

법무부

실무운영사례를 통하여 본 작량감경규정의 비판적 고찰 및 개선방안

한 영 수
아주대학교 법학전문대학원

1. 작량감경 규정 실무운영 현황 분석결과에 대하여

발제자(노명선 교수)는 형법 제53조 작량감경규정을 적용한 판례 671건에 대한 분석을 실시하여 1) 작량감경은 거의 대부분 해당 구성요건의 법정형의 하한을 낮추는 데 활용되고 있으며, 특히 법정형의 하한이 높아 집행유예가 불가능함에도 불구하고 작량감경을 통해 처단형의 하한을 낮춘 다음 집행유예를 선고하는 경우가 많음을 지적하고, 2) 작량감경을 최종적으로 고려하다보니 경합범 가중은 무시되고 경합범가중 이전의 기본형의 하한에서 2분의 1까지 감경하는 사례가 많았으며, 3) 작량감경에 이른 이유설시 부분이 '아래 양형의 이유에서 피고인에게 유리한 정상참작' 또는 '작량감경하여 형을 정한다'는 식으로 되어 명시되어 있어 양형이유와 사실상 구분되지 않고 있으며, 특히 집행유예나 선고유예의 경우 작량감경사유와 집행유예사유 또는 선고유예사유의 구분도 명확하지 않고, 4) 작량감경이 주로 법정형이 높은 특가법 또는 특경법 위반사범, 성폭력사범 등에게 적용되고 있고, 연도별 작량감경 적용 추세의 변동을 통해 시대별로 처벌범위와 처벌수위가 대폭 상향된 경우 높아진 법정형을 하향조정하기 위해 작량감경이 이용되었다는 결론을 내렸다.

작량감경규정을 적용한 실무현황을 과학적으로 분석한 결과가 처음으로 나왔다는 점에서 이 발제문은 매우 의미가 있다고 생각한다(물론 통계학적 유의미한 결과에 대한 사회조사방법론에 기초한 세밀한 분석이 아쉬운 점이 없지는 않다). 지금까지 작량감경규정에 대한 비판이 구체적인 실무운영 현황에 대한 과학적 분석 없이, 단지 추정적·심정적으로 이루어져 왔기 때문에 더욱 그러하다. 1), 2), 3)의 분석결과는 그동안 지적되어 왔던 작량감경규정의 문제점을 뒷받침해주

고 있다면, 4)의 분석결과는 특별형법에 의하여 지나치게 높아진 법정형의 하한을 법관의 작량감경을 통해 완화시켜 구체적으로 타당한 양형을 할 수밖에 없다는 현실론을 받쳐주는 논거로 작용될 수 있을 것 같다.

각각의 분석결과를 조금 더 살펴보면,

(1) 법정형의 하한을 낮추어 집행유예의 선고가 가능하게 함

법정형에 하한이 설정되어 있는 범죄란 상당히 중한 범죄에 속한다. 반면, 집행유예의 선고는 3년 이하의 징역이나 금고에 해당하는 범죄, 즉 비교적 중하지 않은 범죄에 한하여 가능하도록 되어 있다. 예컨대 '무기징역 또는 5년 이상의 유기징역'에 처하도록 되어 있는 범죄의 경우 특별한 법률상의 감경 없이는 집행유예가 불가능하다. 그럼에도 불구하고 법관이 작량감경을 통해 법정형의 하한인 '5년의 징역'형을 '2년 6월의 징역'형으로 2분의 1로 감경한 다음 '3년의 징역, 5년의 집행유예'를 선고하는 예가 흔히 발생하고 있음을 보여주고 있다. 즉, 법관의 작량감경권한이 특정 피고인에 대하여 집행유예의 선고를 가능하게 하기 위하여 - 입법자가 정한 - 법정형의 하한을 대폭 낮추는 기능을 하고 있다는 사실이다. 작량감경규정이 집행유예의 선고가 가능한 형량인 '3년 이하의 징역'형을 선고할 수 있도록 하기 위한 법정형을 낮추는 양형도구가 된 것이다. 문제는 이러한 작량감경의 혜택이 동일한 범죄를 저지른 모든 피고인에게 적용되지 않는다는 점이다. 같은 유형의 범죄를 저질렀음에도 불구하고 5년 이상의 중형이 선고되는 피고인이 있는 반면, 법관의 작량감경을 통하여 실형이 아닌, 집행유예가 선고되는 피고인이 발생하게 된다. 더욱이 작량감경을 법관의 자유재량으로 본다면, 법관의 개인적 성향이나 주관적 판단에 따라 극과 극의 판결이 이루어질 수밖에 없는 구조다. 즉, 작량감경의 요건이 구체적이지 않은 상황에서 법관의 자유재량에 따라 특정 피고인에게 지나치게 유리한 양형이 이루어지는 것은 법치주의의 근간을 해칠 수 있다고 생각한다. 이러한 실무현황을 놓고 볼 때 "작량감경 규정의 불명확한 요건은 전관예우 논란 등을 제공하고 있고, 국민의 사법부에 대한 불신을 초래하는 원인으로 작용하는 등 부작용을 야기하고 있다"는 발제자의 지적은 매우 설득력이 있어 보인다.

(2) 작량감경으로 경합범가중이 무의미하게 됨

경합범가중이 된 피고인에 대하여 작량감경을 실시하는 경우가 빈번한 실무현황을 놓고 볼 때 작량감경규정의 문제점은 더욱 커진다고 생각한다. 우리나라 경합범처벌은 누범가중의 원리와 달리 기본적으로 '형벌할인'의 성격이 있다.[1] 우리나라 경합범처벌은 - 동종의 형을 선택할 때 - 중한 죄의 장기, 즉 법정형의 상한을 그 2분의 1만큼 상향할 뿐, 법정형의 하한은 그대로 놔두게 되어 있다. 따라서 아무리 많은 죄의 경합범이라 하더라도 작량감경을 하고 처단형의 하한에 맞추어 형을 선고한다면, 경합범가중은 무의미해지고 작량감경만 남을 뿐이다. 실제로 모 그룹회장의 업무상 횡령과 배임 사건에 대한 재판[2]이 그 예가 될 수 있다. 피고인은 총 11가지의 죄(각각은 모두 실체적 경합)를 범했으며, 범죄사실 중 법정형이 "무기 또는 5년 이상의 유기징역"에 해당하는 특경법 제3조 1항 1호 위반이 7개, 법정형이 "3년 이상의 유기징역"에 해당하는 특경법 제3조 1항 2호 위반이 2개, 법정형이 "10년 이하의 징역"에 해당하는 형법 제356조 위반이 2개였다. 이에 대하여 재판부는 11가지의 범죄에 대하여 모두 유기징역을 선택한 다음 경합범가중을 하고, 작량감경을 실시하여 집행유예를 선고하였다. 법정형의 하한이 "5년 이상의 유기징역"의 죄를 7개나 범했음에도 불구하고, 결과적으로는 작량감경에 따른 "3년의 징역, 5년의 집행유예"의 선고가 이루어진 것이다. 이와 같이 '경합범가중(필자는 이를 경합범'감경'으로 봄)과 작량감경의 결합에 의한 집행유예의 선고'라는 극단적인 양형의 예를 보면, "처단형의 최종적인 단계에서 작량감경을 할 것인지 안 할 것인지 오로지 법관의 자유재량에 맡긴다면 양형에 대해서만큼은 법관은 가히 제왕적 지위에 있다"는 발제자의 비판은 타당한 지적이라고 생각한다.

(3) 작량감경사유가 불명확하고, 집행유예사유 등과 큰 차이 없음

작량감경사유가 구체적이지 못하고 불명확하다는 것은 작량감경이 법관의 개인적 성향과 주관적 판단에 좌우되고 있음을 보여준다. 이러한 실무현실은 기본적으로 입법자가 작량감경(형법 제53조)사유를 "범죄의 정상에 참작할 만한 사유"로

---

1) 현행 경합범처벌규정의 문제점과 이와 결합된 작량감경의 문제점에 대한 상세한 내용은 한영수, 재벌그룹 회장에 대한 집행유예의 선고 - 경합범가중처벌규정의 문제점을 포함하여 사회봉사명령의 개념에 대한 해석론, 형사판례연구 17(2009), 141-148면 참조.

2) 2007도8373판결

막연하고 추상적으로 규정한데 그 원인이 크다. 이러한 작량감경사유는 형법 제62조의 집행유예사유, 즉 “제51조의 사항을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유”와 동일하다. 정상참작사유가 작량감경사유이면서도 집행유예사유인 것이다. 따라서 추상적인 ‘정상참작사유’를 한편으로는 작량감경사유로 보아 법정형의 하한을 2분의 1로 감경하여 처단형의 범위를 감축하는데 사용하고, 다른 한편으로는 집행유예사유로 사용하는 실무가 자연스럽게 형성되어 왔다. 작량감경을 하기 위해서 구체적으로 어떠한 ‘정상참작사유’가 있어야 하는지 객관적인 기준이 존재하지 않기 때문에 법관은 판결이유에 단지 피고인에게 유리한 양형이유가 있다는 정도의 간단한 언급만 하고 구체적으로 어떠한 정상참작사유가 작량감경사유가 되었는지 밝히지 않아도 되었다. 사실관계가 복잡한 사례에서는 피고인에게 다수의 불리한 양형인자와 다수의 유리한 양형인자를 동시에 나열한 다음, 작량감경과 집행유예를 하는 경우도 있다. 이때 구체적으로 어떠한 정상참작사유가 작량감경의 사유가 되었는지, 집행유예의 사유가 되었는지 알 수 없다. 또한 피고인에게 불리한 양형이유와 유리한 양형이유의 관계에 대해서도 아무런 언급이 없는 경우가 있다. 이와 같이 막연한 작량감경사유는 법관의 주관적 판단에 따른 작량감경의 자의적 행사와 남용가능성을 열어놓는다는 데 문제점이 있다. 이러한 관점에서 “현재의 비정형적이고 예측가능성이 없게 운영되고 있는 양형실무”를 비판하고, 이를 통제하기 위한 “입법적 보완이 필요하다”는 발제자의 주장은 타당성이 있다고 생각한다.

(4) 특별형법상의 지나친 엄벌정책을 해소하기 위한 방편으로 작량감경 활용

작량감경규정이 적용된 판결의 대다수가 특경법, 특가법, 폭처법, 성폭력특별법 등의 특별형법 위반사건이라는 분석결과는 작량감경이 특별형법상의 지나친 형벌가중의 불합리성을 완충시키는 긍정적인 효과도 적지 않다는 사실도 있음을 말해주고 있다. 특히 일정가액을 가중처벌의 기준으로 삼아 형법상의 특정범죄의 법정형의 하한을 일률적으로 높이고 있는 특별형법상의 형벌가중규정은 그 단순성과 비합리성으로 인하여 양형의 구체적인 타당성과 합리성을 잃게 만들 우려가 있어 왔다. 그러나 이 문제는 발제자가 적절하게 지적하고 있듯이 비정형적인 작량감경으로 해결할 문제는 아니라고 생각한다. 일정한 객관적 기준 없이 법관의 주관적 판단에 따라 실시되고 있는 작량감경으로는 개별사안에 있어서의 구체적인 타당성과

합리성을 기할 수 없기 때문이다. 이로 인해 오히려 재판의 형평성과 공정성에 틈새가 발생하기 쉽고, 이 틈새 속에 전관예우의 위험성이 도사리고 있다. 특별형법상의 과도한 법정형의 문제는 입법론적으로 해결할 문제이지, 양형단계에서 법관이 임의적으로 작량감경을 실시하여 시정할 문제는 아니라고 생각한다.

2. 작량감경규정의 개선방안에 대하여

발제자는 형사법개정특위에서 논의되었던 '제1안'과 '제2안' 및 한국형사정책연구원의 보고서상의 양형관련규정의 정비방안인 '제3안'의 장단점을 지적하고, 기존의 작량감경규정을 폐지하는 대신에 법률상의 감경사유로 "제1호. 피고인의 행위불법에 비해 법정형이 훨씬 중한 경우"와 "제2호. 피고인의 갱생과 장래 사회생활에 영향을 고려하여 특히 감경할 필요가 있는 경우"를 신설하는 방안을 제시하고 있다. 재판상의 감경사유를 법률상의 감경사유로 전환함으로써 유죄이유에 이른 경위를 명시하도록 하여 형사소송법 제323조 제2항에 의하여 법령위반을 이유로 통제할 수 있게 하자는 취지이다. 또한 가중경감 순서에 있어서도 누범가중과 경합범가중을 위의 법률상의 감경 이후에 하도록 함으로써 누범가중이나 경합범가중이 무의미해지는 결과를 방지하자는 주장을 하고 있다.

기존의 작량감경사유를 폐지하는 대신 이른바 법률상의 감경사유를 새로 만들어 상소심에서 이를 다툴 수 있게 하자는 주장은 타당성이 있다고 생각한다. 그러나 개선방안으로 제시된 두 가지 감경사유 모두 다분히 추상적이라서 여전히 법관의 주관적 판단에 따라 자의적으로 행사될 가능성이 크다고 생각한다. "피고인의 행위불법"의 경중에 대한 판단은 재판의 가장 중요한 부분 중의 하나이기는 하지만, 그것에 비하여 "법정형이 훨씬 중한 경우"가 과연 구체적으로 어떤 것인지 불분명하기 때문이다. 법정형의 하한이 지나치게 높은 특별형법을 염두에 두고 이러한 형법총칙상의 감경규정을 신설하자는 제안을 하고 있는 것 같은데, 피고인의 행위불법에 비하여 과중한 특별형법상의 법정형의 문제는 입법론적으로 해결하여야 할 과제라는 비판이 동일하게 과해질 수 있다. 또한 "피고인의 갱생과 장래 사회생활에 영향을 고려하여 특히 감경할 필요가 있는 경우"는 기존의 "범죄의 정상에 참작할 만한 사유"와 큰 차이가 없어 보인다. 현행 작량감경규정의 가장 큰 문제점의 하나는 그 기준이 너무 추상적이라는 데 있고, 이로 인해 법관의 주관적 판단에

따른 자의적 행사, 즉 남용가능성에 비판의 초점이 모여 있다고 생각한다.

제2안의 제53조 1항 제4호 “기타 이에 준하는 범행의 동기, 방법에 있어서 특히 참작할 만한 사유가 있는 경우”도 현행 작량감경사유인 ‘정상참작사유’와 비교하여 그 추상성과 포괄성이라는 측면에 있어서 큰 차이가 없다고 생각한다. 이러한 포괄적인 일반조항의 존치는 기존의 작량감경규정에 가해졌던 비판을 없애주지 못한다. 개별사안에 따라 구체적인 타당성을 살려 합리적인 양형이 가능하도록 하기 위해서 재판상의 감경사유를 삭제할 수 없다면, 그 감경사유는 불가피한 범위 내에서 구체적이고 명확한 것으로 한정되어야 한다. 법관의 주관적 판단에 따른 자의적 감경의 가능성을 최소화할 수 있는 입법이 필요하다. 이런 관점에서 보면, 감경사유를 보다 세분화하고 있는 제1안이 상대적으로 더 낫다고 생각한다. 다만, 제4호의 “피고인이 자백한 경우”는 형의 감경사유로 부적합하다고 생각한다. 법정에서의 피고인의 자백이 처단형의 범위를 변경할 만큼 피고인의 책임과 불법을 감소시켜주는 것은 결코 아니기 때문이다. 오히려 이를 기화로 피고인의 자백을 강요하거나 유도하는 수사와 재판이 진행될 가능성이 높아질 수 있다고 생각한다.

형의 가중·감경의 순서를 변경하여 최종단계에서 경합범가중을 하자는 발제자의 제안은 경합범가중의 의미를 어느 정도 살릴 수 있다는 점에서 일면 의의가 있다고 생각한다. 경합범가중과 작량감경의 결합의 문제점은 이미 지적한 바 있듯이 경합범가중이 - 동종의 형종을 선택했을 때 - 법정형의 상한만 가중할 뿐, 그 하한도 높여주는 것은 아니기 때문에 작량감경을 하여 법정형의 하한을 낮추고 그 하한 부근에서 형을 선고하여 경합범가중의 의미를 상쇄시켜주는 데 있다. 그런데 실체적 경합관계에 있는 개별범죄의 처단형의 범위를 정함에 있어서 정상감경(작량감경)을 개별적으로 먼저 실시하고, 그 후 경합범가중을 한다면 작량감경이 되지 않은 다른 범죄의 처단형의 하한이 더 높아질 수 있다. 예를 들어 법정형이 5년 이하의 징역에 해당하는 A범죄와 3년 이하의 징역에 해당하는 B범죄가 경합관계에 있는 경우, 피고인이 A범죄의 피해자에게 피해의 상당부분을 변상해주어 정상감경(작량감경)을 실시하여 5년의 징역형인 법정형의 하한을 2년 6월의 징역형으로 낮추더라도 경합범가중을 하게 되면 법정형의 하한이 3년의 징역형으로 되어 있는 B범죄로 처벌되기 때문에 최소한 3년 이상의 징역에 처해야 한다는 결론에 이른다. 즉, 경합범가중의 의미가 살아남게 되는 것이다. 그러나 발제자가 제안한

데로 막연히 “피고인의 갱생과 장래 사회생활에 영향을 고려하여” 감경할 수 있게 한다면, 피고인의 갱생을 고려하여 A범죄나 B범죄 모두 감경할 수밖에 없을 것이다. 그렇다면 경합범가중을 먼저 하나 후에 하나 아무런 의미가 없어질 수 있다.

발제자는 “법관이 작량감경을 하는 경우에 작량감경을 한 사유를 구체적으로 판시하도록 하는 것이 작량감경 규정의 남용을 막기 위하여 가장 타당한 방안”(발표자료 각주 53)이라고 말하고 있는데, 제1안으로 개정하더라도 형의 감경사유를 구체적으로 판시하도록 할 수 있는 방법은 없는지 묻고 싶다. 재판상의 감경사유를 법률상의 감경사유로 전환하여 상소심에 의한 사후 검증이 가능하도록 하자는 발제자의 방안이 제1안에도 적용될 수 없는지 궁금하다. 형법 제55조 제1항의 규정을 준용한다는 내용의 규정을 형법 제53조 제2항으로 삽입하는 것으로만 형사소송법 제323조 제2항에 의한 통제장치가 마련된다는 것인지 여부도 보완설명이 필요하다.

이른바 ‘고무줄 형량’이라고 비판받는 양형실무를 개선하기 위하여 범죄유형별로 양형기준을 만드는 지난한 작업이 이미 한창 진행되고 있다. 그런데 객관적 기준 없이 전적으로 법관의 주관적 판단과 개인적 성향에 따라 이루어지는 작량감경은 일순간에 이러한 노력들을 무위로 만들 위험성을 내재하고 있다. 양형의 공정성과 형평성을 높이기 위해서 차제에 작량감경규정은 폐지하는 것이 바람직하다고 생각한다. 외국의 입법례를 살펴보더라도 우리와 같은 대륙법계 국가에서 이러한 작량감경규정을 둔 나라는 찾아볼 수 없다. (발표자료의 독일형법 번역문에서 형을 “작량하여” 감경할 수 있다는 표현이 반복되고 있는데, 독일형법 원문상의 어느 부분에서도 “작량하여”란 표현은 없다. 오역으로 보인다.) 그리고 피해회복노력 등과 같이 구체적이고 명확한 사유에 의한 법률상의 감경을 다수 신설하여 개별 사안에 있어서의 양형의 구체적인 타당성과 합리성을 높일 방안을 강구하는 것이 바람직하다.

지정토론문

실무운영사례를 통하여 본 작량감경규정의 비판적 고찰 및 개선방안

손 철 우

(서울고법 판사)

MINISTRY OF JUSTICE • REPUBLIC OF KOREA
법무부

작량감경 규정 개선방안에 관한 지정토론문

손 철 우
서울고등법원 판사

Ⅰ. 들어가면서

1. 토론자는 제1기 양형위원회 전문위원으로서 부족하나마 최초의 양형기준이 만들어지는 과정에 참여한 경험이 있다. 최초의 양형기준에 대하여는 다양한 찬반 견해가 있는 것으로 알고 있으나, 사실 양형기준의 설정 과정은 결코 쉽지 않았다. 대륙법계 국가에서는 아직까지 양형기준이 만들어지지 않은 사실이 반증하듯이 우리 형사실체법이 양형기준을 전제로 하고 있다고 보기 어렵다. 또 우리의 형사소송절차 역시 유무죄를 정하는 단계와 양형을 정하는 단계가 구분되어 있지 않다 보니 양형기준의 올바른 적용을 위하여 반드시 필요하다고 할 충분한 양형심리는 어떻게 확보할 수 있을지 고민되지 않을 수 없었다.

무엇보다도, 최초의 양형기준이 설정된 범죄, 특히 그중 성범죄, 뇌물범죄, 횡령·배임 범죄의 양형기준을 만들 때에는, 특별법의 빈번한 제·개정을 통하여 다른 범죄와 조화를 이루기 어려울 정도로 지나치게 법정형의 하한이 높게 정해진 범죄가 다수 포함되어 있어서 양형기준 설정 작업이 더욱 어려웠다. 당시 일부에서는, 입법자가 정한 법정형 하한을 그대로 반영하여 양형기준상 기본 영역의 하한[1]을 당해 범죄의 법정형 하한과 일치시켜야 한다는 주장도 있었다. 그러나, 형사실체법이 체계적이고 합리적으로 정비되지 않은 상황에서 법정형을 여과 없이 그대로 양형기준에 반영하는 경우 오히려 '책임에 비례한 양형의 실현'이라는 양형의 대원칙을 훼손할 수 있고, 그동안의 양형실무와도 지나치게 괴리가 있어 법적 안정성을 해칠

1) 우리나라 양형기준은 범죄를 유형 구분한 후 유형별로 감경영역, 기본영역, 가중영역의 3단계 형량범위를 권고하고 있다. 예를 들어 살인범죄의 양형기준에서는 제2유형의 살인범죄에 대하여, 감경영역에 해당하면 6년~9년, 기본영역에 해당하면 8년~11년, 가중영역에 해당하면 10~13년을 권고한다.

수 있다는 공감대가 형성되어 법정형의 하한이 당해 영역에서 권고하는 형량범위에 포섭되도록 반영[2]함으로써 입법자의 의사를 존중하면서도 책임주의가 실현될 수 있도록 하였다. 이러한 양형기준 설정 과정에서의 논의 내용 및 결과는 오늘 토론 주제인 작량감경 규정의 개선방안을 논의하는 데에도 상당한 시사점이 있지 않나 생각한다.

2. 공정하고 합리적인 양형의 필요성과 중요성에 대하여는 토론자 역시 전적으로 공감한다. 또한 현행 작량감경제도의 개선 필요성에 대하여도 수긍되는 점이 있다. 그러나 이를 위하여 발표자께서 주장하시는 것처럼 작량감경 규정을 폐지하고 이에 갈음하여 2가지 정도의 법률상 감경사유를 신설하는 방안을 채택할 것인가에 대하여는 대단히 신중한 검토가 필요하고, 우려되는 측면이 있다.

이하에서는, 작량감경제도의 필요성 및 발표자의 개선안에 대한 의견을 말씀드리면서 필요한 부분에서 발표자에게 간단한 질문을 드리고자 한다.

Ⅱ. 작량감경제도의 필요성

1. 작량감경을 통한 합리적인 처단형 도출

통상적으로 양형은 입법자와 법관의 공동 작업이라고 설명된다.[3] 작량감경 규정은 바로 이러한 맥락에서 최종적으로 처단형을 조정함으로써 공정하고 합리적인 양형이 도출될 수 있도록 한다.

---

2) 예를 들어 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물수수)죄의 경우 수뢰액이 3000만 원 이상 5,000만 원 미만인 경우 법정형은 5년 이상의 유기징역이지만 양형기준은 기본영역의 형량범위를 '징역 3년 - 5년'으로, 수뢰액이 5000만 원 이상 1억 원 미만인 경우 법정형은 7년 이상의 유기징역이지만 양형기준은 기본영역의 형량범위를 '징역 5년 - 7년'으로 정하였다. 그러나 양형기준에서 법령에 따른 처단형과 다르게 권고할 수는 없으므로, 기본영역에 해당하는 범죄를 저지른 피고인에게 아무런 감경 사유가 없다면 법정형 하한이 그대로 선고될 수밖에 없다.

3) 헌법재판소에서도, 양형은 입법자와 법관의 협력을 요하는 분야로 입법자는 구성요건에 정형화된 불법의 경중을 법정형으로 규정하고, 법관은 이에 따라 해당 행위에 대한 형을 양정하게 되고(헌법재판소 2004. 6. 24.자 2003헌바53 결정), 법정형은 법관으로 하여금 구체적 사건의 정상에 따라 그에 알맞는 적정한 선고형을 이끌어 낼 수 있게끔 되도록 그 폭을 넓게 규정하는 것이 재판의 적정을 위하여 바람직하다(헌재 2007. 3. 29. 전원재판부 결정 2003헌바15)고 판시한 바 있다.

주지하는 것처럼 우리나라의 경우 법정형 자체가 높은 범죄가 종종 있고, 특히 법정형 하한이 규정된 범죄가 많다(그 하한 역시 매우 높은 경우가 많다). 반면 범죄구성요건은 미국, 독일과 비교하여 죄질과 범정에 따라 다양화하지 못하고 있다. 예를 들어, 우리나라 형법은 살인죄에 대하여 "사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다."고 규정하는데 그치고 있는 반면, 미국 연방의 경우 대체로 '범행의 계획성'을 기준으로 하여 살인범죄를, ① 1급 모살, ② 2급 모살, ③ 자발적 고살, ④ 비자발적 고살로 구분하고, 독일의 경우 '범행의 동기'를 기준으로 ① 모살과 ② 고살로 구분한 후 고살을 다시 ① 특히 중한 고살과 ② 경한 고살로 나누고 있다.

작량감경은 바로 과도한 법정형(특히 법정형의 하한)을 조정하고, 또 단순화된 구성요건을 책임에 부합하게 세분화함으로써 적절한 양형을 도출하는 기능을 담당한다.

발표자께서는 법률 선진국에서는 일본을 제외하면 작량감경 규정을 찾아 보기 어렵고 일본의 경우 천황을 대신하여 시혜를 베푸는 법관에게는 실수가 없다는 사상을 깔고 있는 것 같다고 말씀하신다. 일본 작량감경제도의 존재 이유가 과연 발표자의 주장과 같은 것인지에 대한 논의는 차지하고서라도, 프랑스의 경우 법정형의 하한이 없으므로 우리나라와 같은 작량감경이 처음부터 필요 없다. 또 우리나라에서 작량감경을 통하여 달성할 수 있는 책임에 부합하는 양형을 미국이나 독일은 구성요건의 세분화 또는 다양한 법률상 감경사유 규정[4]을 통하여 해결하고 있으므로 작량감경 규정이 없는 선진국과 우리나라를 단순 비교하는 것은 적절하지 않다고 생각한다.

[질의사항]

① 작량감경제도를 폐지하려면 법정형 하한의 폐지, 죄질과 범정에 따른 구성요건의 세분화, 법정형의 합리적 정비 등이 선행 또는 병행되어야 한다고 생각하는데, 이에 대한 발표자의 견해는 어떠하신지?

② 현재 형사법개정특별분과위원회의 논의가, 작량감경제도의 폐지와 함께 위 ① 항과 같은 요건을 바로 실현할 수 있는 단계에 이른 것인지?

4) 독일의 경우에는 개별 범죄구성요건 중 독일 형법 제49조의 특별한 법률상의 감경사유를 적용할 수 있는 규정이 많다. 나아가 감경사유 존재를 이유로 법정형의 하한 이하로 감경할 수 있을 뿐 아니라 자유형 대신 벌금형을 선고할 수 있는 등(독일 형법 제49조 제2항) 형 감경에 있어서 법관의 재량이 더 폭넓게 인정되고 있다.

2. 작량감경을 통한 법률상 감경제도의 보완

입법기술 및 입법정책적으로 법률상 감경사유를 규정함에는 일정한 한계가 따를 수밖에 없고, 개별 사건마다 존재하는 다양한 양형요소를 법률에 모두 규정하는 것은 사실상 불가능하다. 작량감경은 바로 이러한 법률상 감경의 한계를 보완하는 기능도 수행한다.

구성요건이 예상한 것보다 훨씬 경미한 피해, 피해의 완전한 회복, 피해자의 강한 유발 등과 같이 비유형적인 양형사정은 단순한 양형참작사유를 넘어 법률상 감경사유에 필적할 만한 것임에도 작량감경제도를 두지 않는다면 다른 나라의 입법례와 같이 이를 처단형을 정함에 있어 적절히 반영할 수 있는 방법이 없게 된다.

예를 들어, 형법 제337조에서는 강도상해죄를 범한 자를 무기 또는 7년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있다. 그런데, 상해 발생을 부정할 수는 없으나 1-2주 정도의 경미한 상해가 발생하였고, 피해자와 완전한 합의가 된 반면 법률상 감경사유가 전혀 존재하지 않는 사안을 상정하여 보자. 개별 구성요건에 대한 독일식 법률상 감경사유가 존재하지 않는 우리의 현행법 하에서는, 위 사안의 경우 최소 징역 7년을 선고하여야 하는데, 살인죄를 범한 자에 대하여도 징역 5년의 선고가 가능한 현행법 체계에서 과연 위와 같은 형벌이 책임에 비례하는 적정한 형인지 의문이 든다. 우리 현행법 체계에서는 위와 같은 사례에서 당해 범죄에 나타난 중요한 감경인자를 양형에 적절하게 반영함으로써 법률상 감경제도를 보완하는 제도가 바로 작량감경제도인 것이다.

Ⅲ. 발표자의 개선안에 대한 의견

1. 법률상 감경으로 포섭이 타당한지

우리 형법상 양형은 아래와 같은 과정을 거쳐 이루어진다.

> 법정형 → 형종 선택 → 법률상 필요적 가중·감경 → 법률상 임의적 감경 → 경합범 가중 → 작량감경 → 처단형의 범위 결정 → 선고형 결정

발표자께서는 가중감경의 순서에 있어서 작량감경을 양형의 최종적인 단계에서 하고 있어 선행된 누범 가중이나 경합범 가중을 무색하게 할 수 있다고 비판하면서 법률상 감경으로 포섭할 것을 주장하고 있다. 그러나 이는 작량감경의 특성이 제대로 고려되지 않은 것으로 쉽게 받아들이기 어렵다.

작량감경은 개별 범죄의 고유한 감경인자 이외에도 형법 제51조에 규정하고 있는 양형의 조건, 즉 범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계 등 전인격적인 양형인자를 함께 고려하여 이루어진다. 발표자는 “피고인의 갱생과 장래 사회생활에 영향을 고려하여 특히 감경할 필요가 있는 경우”를 법률상 감경사유로 신설할 것을 주장하고 있는바, 발표자 역시 피고인의 전인격적 양형인자가 양형의 과정에서 고려되어야 함을 부정하고 있는 것은 아니라고 보인다. 결국 작량감경은 법률상 가중 및 감경을 거쳐 정하여진 처단형에 대하여 개별 범죄의 양형인자를 종합하고, 나아가 피고인의 전인격적 양형인자까지 고려하여 최종적으로 처단형을 조정하는 특수한 기능을 담당하는 것이다.

그런데 작량감경적인 요소를 법률상 감경의 사유 중 하나로 규정하게 되면, 처단형을 정함에 있어서 위와 같이 양형인자에 대한 종합적 판단이 이루어지는데 한계가 있다. 즉, 다수 범죄를 저지른 피고인에 대하여 법률상 가중, 감경 여부는 결국 개별 범죄를 중심으로 그 범죄 관련 양형인자만을 고려하여 이루어질 수 밖에 없어 개별 범죄의 양형인자와 피고인의 전인격적 양형인자를 종합적으로 고려하기 어렵다.

또한 발표자가 주장하는 방안은 감경이 필요한 경우에도 감경을 제한하는 요소로 작용할 수 있다. 예를 들어, 피고인인 A, B, C, D 범죄를 저질렀는데, A범죄의 a감경인자, B범죄의 b감경인자, C범죄의 c감경인자, D범죄의 d감경인자가 그 각각은 법정형을 1/2로 줄일 정도의 감경요소로 작용하기는 어렵다고 하더라도 a, b, c, d를 함께 고려한다면 감경이 필요하다고 판단되는 경우, 발표자가 주장하는 방안으로는 형을 적절하게 감경하기 어렵다.

결국 발표자가 주장하는 방안은 종전의 작량감경 사유를 법률상 감경사유로서 포섭시켜 합리적인 양형을 도출하도록 하는 것이 아니라, 오히려 법관의 양형재량을 제한한다는 명목하에 작량감경제도를 폐지하고 그 순기능조차 상실시킴으로써 적정한 양형 도출을 저해할 수도 있다고 생각한다.

[질의사항]

발표자께서는 작량감경 사유를 법률상 감경사유로 포섭하는 경우 범죄별로 존재하는 다양한 감경인자에 대한 종합적 판단은 어떤 방식으로 양형에 반영될 수 있다고 생각하시는지?

2. 신설되는 법률상 감경사유가 적정한지

발표자께서는 작량감경 사유를 법률상 감경사유로 포섭하면서 ① 피고인의 행위불법에 비해 법정형이 훨씬 중한 경우와 ② 피고인의 갱생과 장래 사회생활에 영향을 고려하여 특히 감경할 필요가 있는 경우를 법률상 감경사유로 새로 규정하고자 주장한다.

그런데, 우선 위 2가지 개념은 너무나도 포괄적이고 모호하여(예를 들어 '훨씬 중한 경우'와 '중한 경우'는 어떻게 구별되는지, '특히 감경할 필요'와 '감경할 필요'는 어떻게 다른 것인지) 과연 이를 통하여 발표자께서 주장하시는 양형의 예측 가능성 제고에 어느 정도 도움이 될 수 있을지 의문이 든다. 물론, 피고인이 위 2가지 사유에 해당한다고 주장하는 사안에 대한 판례가 계속 축적되면 그 개념이 단계적으로나마 정립될 수 있을 것으로 예상되지만 현행 법령상 규정된 "범죄의 정상에 참작할만한 사유"와 비교하여 크게 차별화되었다고 보기는 어렵다고 생각된다.

또한 "훨씬" 또는 "특히"라는 제한적 문구가 과연 합리적 양형도출에 도움이 되는지도 의문이다. 그 개념의 모호성은 차지하고, 예를 들어 어떤 사안에서 피고인의 행위불법에 비해 법정형이 "훨씬" 중하다고까지 단정하기는 어렵지만 상당히 중하거나 또는 중하다고 판단되는 경우, 위와 같은 사유가 존재하는 사안과 그러한 사유가 전혀 존재하지 않는 사안은 서로 다르게 선고형을 정할 수 있어야만 구체적 사안에 가장 적합한 합리적인 양형을 이룰 수 있다. 그런데 위 신설 감경사유 규정은, 피고인의 행위불법에 비해 법정형이 상당히 중하거나 또는 중한 사안과 위와 같은 감경요인이 전혀 존재하지 않는 사안을 동일선상에서 평가하도록 하고 있어 책임원칙에 부합하지 않는 양형이 이루어지는 사례가 발생할 수 있다. 오히려 피고인의 행위불법에 비하여 법정형이 중하다면 그 정도가 어느 정도인지에 관계 없이 작량감경을 통해 처단형을 낮추고, 그 처단형의 범위에서 구체적 형량을 선택하도록 하는 것이 책임원칙에 부합하는 적정한 양형을 구현하는 길이 될 것이다.

한편, 문언 자체의 모호함도 지적하지 않을 수 없다. “피고인의 행위불법에 비하여 법정형이 훨씬 중한 경우”라는 의미가 말 그대로 법률에 규정된 법정형 자체가 중한 것을 의미하는 것인지, 아니면 법률상 가중과 발표자가 주장하는 정상감경 이외의 나머지 법률상 감경을 거친 직후의 처단형이 중한 것을 의미하는 것인지 분명하지 않다.

3. 대안의 제시

작량감경 사유를 모두 입법화하는 것은 분명한 한계가 존재한다. 이러한 이유로 현행 형법에서는 “범죄의 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때”라는 다소 포괄적인 용어를 사용하여 작량감경 사유를 규정하고 있다.[5] 그동안 하급심의 작량감경에 대하여는 상급심의 양형심사를 통하여 일정한 통제가 이루어졌으나, 공정하고 합리적인 양형을 위한 양형제도의 개선 차원에서 위와 같이 다소 포괄적인 작량감경 사유를 보다 구체화하는 것은 필요하다고 생각한다.

참고로, 양형위원회가 발표한 양형기준에서는 법률에 규정되지 않은 다양한 가중인자와 감경인자를 구체적인 양형인자로 분류하여 이를 양형의 과정에서 반드시 고려하도록 권고하고 있는데, 이러한 방안은 작량감경 제도의 개선을 추구함에 있어서도 참고할 수 있다고 생각한다.

토론자는 현행 작량감경제도를 존치하면서도, 발표자가 소개하고 있는 제1안 또는 제2안과 같이 대표적이고 전형적인 작량감경 사유를 형법에 규정하고, 다만 입법의 한계상 모든 범죄의 다양하고 개별적인 양형인자를 모두 규정할 수는 없으므로, “기타 이에 준하는 사유가 있는 경우”를 규정하게 되면 작량감경 사유를 보다 구체화하면서도 양형의 적정성을 담보할 수 있어서 더욱 합리적인 방안이 될 것이라고 생각한다.

Ⅳ. 마치면서

모든 제도에는 순기능과 역기능이 있고, 작량감경제도 역시 마찬가지라고 생각한다.

5) 이는 마치 가석방 사유를 모두 입법화할 수 없으므로 “그 행상이 양호하여 개전의 정이 현저한 때”라는 포괄적 규정을 두고 있는 것과 유사하다.

그런데 작량감경제도의 역기능에만 주목하여 법정형의 합리적 정비 등 선행 또는 병행되어야 할 작업이 충분한 진척을 이루지 못한 상황에서 성급하게 작량감경제도를 폐지한다면 자칫 양형제도의 개선에 역행할 수도 있어 우려된다.

토론자가 대안으로 언급한 것처럼 작량감경사유를 보다 구체화하는 입법이 이루어진다면, 2009. 7. 1.부터 시행되고 있는 양형기준제와 함께 공정하고 합리적인 양형에 적지 않은 도움이 될 것으로 기대한다.

주제발표

형벌제도의 정비

김 성 돈

(성균관대 교수)

MINISTRY OF JUSTICE • REPUBLIC OF KOREA

법무부

형벌제도의 정비와 형사정책적 기본방향

김 성 돈
성균관대학교 법학전문대학원

Ⅰ. 들어가는 말

형법은 그 사회의 문화와 정치·경제적 수준, 그리고 사회구성원들의 가치관이나 윤리의식을 반영한다. 이 점에 관해서 헤겔은 일찍이 그의 법철학강요에서 '형벌법규는 특히 그 시대와 그 시대의 사회상태의 일부'라고 하였고, 독일의 형법학자 야콥스는 이 점을 더욱 간결하게 표현하여 '형법은 그 사회의 명함'이라고 하였다. 이와 같이 형법이 그 사회의 정체성을 표현하는 명함이라면 정확하게 말해 1953년에 제정된 이래 57여년간 유지되어 온 우리 형법은 바뀌어도 몇 차례나 바뀌어야 마땅했다. 하지만 그 동안의 우리 사회의 급격한 변화에도 아랑곳하지 않고, 형법이라는 명함은 그 동안 부분수정만 몇 번 이루어졌을 뿐 기본골격과 내용은 변함없이 그대로다. 전시체제하에서 형법이 주로 감당해야 했던 임무와 투쟁대상으로 삼았던 주된 적대자들이 오늘날에도 그대로 타당하다고 말하기는 어렵게 되었다. 농경사회에서 산업사회를 거쳐 정보화 사회를 맞이하면서 근대사회의 근본적 가치들이 현대사회에서 발생되는 새로운 사회현상들에 대해 그대로 유지될 수 있는지도 의문이다.

이와 같은 문제점과 의문은 1984년부터 약 8년간 법무부의 형사법개정특별심의위원회가 준비한 형법의 전면개정안(이하 '1992년 형법개정안'이라 한다)이 국회에서 통과되지 못한 이래 더욱 증폭되고 있다. 그로부터 10년 뒤 지난 2002년 사법개혁이라는 대의하에 사법개혁위원회에서 건의한 '형벌체계의 합리적 재정립'이라는 요구에 부응하기 위해 형사실체법정비과제를 위임받은 형사실체법정비위원회에서 형사제재의 운용과 관련한 불합리한 실무를 제거하는 것을 내용으로 하는 개정안을 준비했다. 하지만 그 역시 형사소송법전면개정이라는 현안에 밀려 다시

뒷전으로 밀리고 말았다.

2007년 6월 법무부는 더 이상 미룰 수 없는 형법의 전면개정이라는 시대적 요청에 부응하기 위해 몇 가지 목표[1]를 설정하여 형사법개정특별분과위원회(이하 '형사법개정특위'라 한다)를 출범시켰다. 3개 소위원회(형법총칙, 각칙, 특별법 등 주제별 소위원회)를 구성한 형사법개정특위는 형법개정의 기본방향에 관한 한차례의 공청회를 개최한 것을 위시하여 2여년간 수십 차례의 분과별 소위원회 및 전체회의에서 격론을 벌이면서 개정작업을 추진하여 왔다. 총칙분야의 개정작업은 법무부의 형사법개정특위의 제1분과소위원회(이하 '제1소위'라 한다)에서 담당하여 그 동안 23차례에 걸쳐 회의를 하였고, 그 가운데 생기는 중요한 쟁점과 과제를 전체회의에서 재론하여 결정하는 방식으로 진행시켜 2010년 8월 - 전체회의에서 여전히 논의 중인 몇가지 조항이 있지만 - 마침내 총칙편 개정시안(이하 '개정시안'이라 한다)을 - 의 마련하였다.

그동안 급속하게 그리고 근본적으로 변화된 사회의 모습과 사회구성원들의 가치관과 윤리의식의 변화의 정도에 상응하는 형법개정작업이 지체된 탓 때문에 개정시안은 전면개정의 형식을 취하지 않을 수 없다는 점에 공감대가 형성되었다.[2] 이에 개정시안에서는 죄형법정주의원칙을 모두에 선언하는 것을 위시하여 가벌성의 전제조건인 범죄성립요건에 관한 규정들을 체계적으로 가다듬고, 학설과 판례에 의해 제기되었던 해석상의 문제점들을 해결하기 위해 필요한 부분에서 결단을 내렸다. 하지만 총칙의 개정시안 가운데 더 많은 변화를 가져온 부분은 형벌제도에 관한 규정들이다. 형법은 형벌의 부과를 통해 범죄행위에 의해 저해된 사회질서의 회복과 안정화라는 포괄적인 과제를 수행하는 바, 형벌제도가 차지하는 비중이 상대적으로 더 높기 때문이다. 이하에서는 형법총칙의 개정내용 가운데 형벌제도의 변화를 조감하기 위해 개정시안의 중요내용과 개정이유를 소개하고, 여기에 나타난 형사정책적 기본방향에 대해 간략한 평가를 내려보기로 한다.

---

1) 법무부는 다음과 같은 여섯 가지의 정비목표를 가지고 형법 및 형사특별법 전반을 정비대상으로 삼아 형법개정을 추진하였다. 1. 기본권 보장에 관한 헌법정신의 구현, 2. 형법이론 발전에 따른 범죄론 재정비, 3. 사회변화로 인한 범죄화 및 비범죄화 현상 반영, 4. 형사정책적 고려에 의한 형벌제도 및 법정형 조정, 5. 각종 형사특별법의 형법으로 흡수·통합, 6. 평이한 법률용어로 개선.

2) 전면개정의 필요성에 관해서는 신동운, 형법제정 연혁에 비추어 본 전면개정의 필요성 - 일본 개정형법가안과의 관련성을 중심으로 -, 형법 개정 및 양벌규정 개선 공청회, 2008.6.20, 3면 이하 참조.

Ⅱ. 형사제재체계의 변화와 형벌제도의 개정작업의 경과

제1소위가 형벌제도 부분을 정비하면서 심의의 출발점으로 삼은 것은 우리나라의 현행법상의 형벌에 관한 규정들과 형사실무의 태도이다. 뿐만 아니라 제1소위는 1992년의 형법개정안에 천명된 형법개정의 기본방향[3]과의 연속성을 유지하는 동시에 2004년 사법개혁위원회가 건의한 형벌체계의 합리적 재정립을 위한 형벌제도의 정비안[4]을 구체화 하는 일에도 역점을 두었다. 이 외에도 제1소위는 그동안 전세계적으로나 우리나라에서 보여지고 있는 형사정책적 기본방향의 변화를 감지하고 미래지향적인 형법총칙개정안을 마련하기 위해 주요국의 입법례를 참조하였고, 최근 학계에서 형법개정연구회를 구성하여 그 논의결과를 내놓은 개정시안도 염두에 두었다.[5]

그런데 형법총칙의 개정작업이 거의 막바지에 접어들고 있을 무렵 2010년 3월 31일 국회는 유기징역의 상한을 기존의 15년에서 30년, 가중시 최고 상한을 25년에서 50년으로 각각 상향조정하는 내용을 형법 일부개정안을 돌발적으로 통과시켰다. 이와 같은 전격적인 형법의 일부개정은 최근 우리 사회에서 연이어 발생한 흉악한 아동성폭력범죄사건들에 대한 대중매체의 현실진단과 이에 영향을 받아 강력한 처벌요구를 표출시키고 있는 국민감정을 반영한 것이라고 할 수 있다. 하지만 위험에 노출된 시민생활의 안전을 지향하는 중형주의적 형사정책은 그동안 형사법개정특위가 준비해온 형사정책적 기본노선과 상당부분 어긋난 방향성을 보였다. 이 때문에 형사법개정특위는 그 기본방향을 전면 재점검해야 할 상황에 봉착하였다.

당시 이미 제1소위는 2008년 6월 제8차 회의에서 유기징역형의 상한을 상향조정할 경우 각칙상 모든 범죄에 대한 법정형을 가중하는 결과를 초래하여 '중형주의에로의 회귀'라는 비판이 제기될 수 있어 현행 규정을 유지하기로 결정해 두었고, 전체회의에서도 그 동안 행위책임원칙에 반한다는 비판을 받아온 누범

---

3) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1992.10, 9면. 1. 헌법정신을 반영한다. 2. 형법이론에 비추어 범죄론 규정을 재검토한다. 3. 가치관·윤리관의 변화에 따른 비범죄화를 고려한다. 4. 사회정세의 변화에 따른 범죄화를 고려한다. 5. 형사정책적 요청에 따라 형벌제도를 개선한다. 6. 형법과 특별법의 관계를 재조정한다. 7. 형법체계와 용어를 개선·정비한다.

4) 형벌의 종류별 정비라는 제목하에, 1. 벌금형제도의 정비, 2. 집행유예제도의 정비, 3. 선고유예제도의 정비, 4. 징역형제도의 정비, 5. 명예형 폐지여부 검토 등의 소목차를 두고 구체적인 항목을 열거하고 있다.

5) 2009년 2월부터 한국형사정책학회에서 위촉된 10명의 형법학자들이 형법개정연구회를 구성하여 6개월여 동안 8차의 회의를 거쳐 내놓은 죄수·형벌분야에 대한 개정시안 및 그 논의내용에 관해서는 형법개정연구회 편, 형사법개정연구(Ⅳ), 형법총칙 개정안: 죄수·형벌분야, 한국형사정책연구원 2009.12. 참조. 형법개정연구회의 형벌제도와 관련한 구체적인 개정시안에 관해서는 이글 말미의 자료 참조.

가중규정과 상습범 가중규정을 삭제하는데 원칙적인 합의를 해 둔 상태였다. 이에 따라 제1소위에서는 위험한 범죄자의 장래의 재범의 위험성 내지 사회방 방법으로서가 아니라 형벌을 보충하는 자유박탈적 보안처분(보호감호방 가통해 달성하려는 이른바 이원주의적 제재모델 가설계는 자유박탈종래의 보호감호제도가 가장래의 었던 문제칙적인획기적으로 개선는 자유한 구체적인 작업적인진행하고 있었다.[6] 반면에 법정형의 상한을 상향조정한 국회의 입법적 결단은 그 자체가 이원주의적 제재모델이 아니라 형벌을 통해 행위책임 뿐 아니라 장래의 위험성 내지 사회방위라는 목표까지 달성하려는 구상으로서 이른바 일원주의적 제재모델 내지 보안형벌제도를 표방한 것이었다고 평가할 수 있다.

이러한 국회의 형법 일부개정안은 형사법개정특위가 설계해 온 형벌은 책임주의에 따라 합리적으로 결정하고 보안목적을 위해서는 보호감호로 하여금 별도로 감당하게 하려는 이원주의적 제재모델과 충돌되었다. 이러한 충돌상황을 조정하기 위해 형사법개정특위는 전체회의를 개최하여 논의를 재개하였다. 전체회의에서는 특히 국회의 형법 일부개정안 자체에 대한 수정도 개정대상에 포함시켜 개정작업을 추진하자는 의견과 유기징역형의 상향조정을 전제로 하여 개별적으로 형법각칙상의 범죄의 법정형을 조정하자는 의견이 맞섰다. 하지만 아직 시행조차 되지 않은 국회의 개정안을 다시 법무부가 개정대상에 포함시키는 것은 입법부로서의 국회의 역할과 권한을 무시하는 것으로 비춰질 수 있다는 이유로 후자의 의견이 다수의견으로 결정되었다. 국회의 일부개정안을 개정작업의 골격으로 유지하는 전제하에서도 누범 및 상습범 가중규정의 폐지 및 이를 전제로 한 보호감호제도의 도입과 관련해서 다시 팽팽한 견해차가 생겼다. 하지만 앞의 쟁점과는 달리 이 쟁점과 관련해서는 보호감호의 (재)도입을 포기하고 누범 및 상습범가중처벌규정도 그대로 존치시키며 형벌의 의의를 보안형벌로 파악하는 일원주의적 제재모델을 유지하여야 한다는 의견 보다는 책임주의의 관철과 형벌제도의 합리적 개선이라는 최초의 설계방식 대로 누범 및 상습범가중처벌규정을 삭제하고 그 빈자리에 보호감호라는 자유박탈적 보안처분을 도입하여야 한다는 의견이 다수를 이루었다. 이와 같은 막바지의 우여곡절을 거치면서 마련된 총칙분야의 개정시안 가운데 형벌분야에 관한 규정의 중요내용은 다음과 같다.

---

6) 형법개정연구회가 마련한 개정시안에 따르면 누범 및 상습범가중처벌규정을 삭제하고 있지만 유기징역의 상한을 20년(가중시 30년)으로 상향조정하는 대신 보호감호제도는 도입하지 않고 있다(이에 관해서는 형법개정연구회 편, 형사법개정연구(Ⅳ) 형법총칙 개정안: 죄수・형벌분야, 한국형사정책연구원 2009.12. 참조).

Ⅲ. 개정시안 중 형벌제도와 관련한 주요내용

1. 형벌의 종류의 정비

현행법	개정시안	비고
제41조(형의 종류) 형의 종류는 다음과 같다. 1. 사형 2. 징역 3. 금고 4. 자격상실 5. 자격정지 6. 벌금 7. 구류 8. 과료 9. 몰수	제36조(형의 종류) 형의 종류는 다음과 같다. 1. 사형 2. 징역 3. (삭제) 4. (삭제) 5. (삭제) 6. 벌금 7. 구류 8. (삭제) 9. (삭제)	○ 징역과 금고를 징역으로 단일화 ○ 자격상실과 자격정지를 형의 종류에서 삭제 ○ 구류형 삭제시 경미한 범죄가 형사범화 될 수 있다는 점을 고려하여 구류형은 존치 ○ 실무상 과료가 활용되지 않고 형벌의 효과도 없으며, 경범죄는 벌금형으로 전환이 가능하므로 과료를 형의 종류에서 삭제 ○ 몰수는 보안처분으로서의 성격도 가지고 있어 형의 종류에서 삭제하고 기타 형사제재로서 별도로 규정

(1) 사형제도의 존치

학문적으로나 정치적으로나 사형제도의 존폐에 관한 이성적 논의는 더 이상 새로운 논거가 나올 수 없을 만큼 진척이 되었다. 우리나라는 현재 실질적 사형폐지국가로 분류되고 있지만, 우리나라에서 법률상으로도 사형제도를 폐지할지 여부는 총칙분야에서 사회적 관심정도가 가장 높은 쟁점에 해당한다. 제1소위에서는 존치의견이 다수였지만, 그 사안의 중요성을 감안하여 전체회의에 상정하여 재논의를 한 바, 전체회의에서도 여전히 존치의견이 다수를 이루어 결국 개정시안에서는 형벌의 종류로서 최고형에 해당하는 사형을 그대로 존치시켰다. 이러한 개정시안의 태도는 사형제도의 존치가 국민감정에 미치고 있는 영향력과 사형제도가 폐지될 경우 미치게 될 파장의 크기를 반영한 결과라고 할 수 있다. 형법

각칙에서 사형을 법정형으로 하는 구성요건이 줄어들 것으로 예상되고, 사형을 실제로 집행하게 될 때 국제사회에서 인권국가로서의 위상이 추락될 위험성을 고려하지 않을 수 없음을 감안할 때, 법률상 존치된 사형제도가 실질적으로 형벌로서 실효성을 가질 수는 없을 것으로 보인다. 하지만 최고형으로서의 사형이 상징형법의 한 요소로 기능할 것이라는 점에 대해서는 사형폐지론자들도 부인하기 어려운 사실이다.

1992년 형법개정안에서와 같이 사형선고에 대한 신중규정을 신설할 것인지에 대해서도 논의가 있었지만, 사형에 대해서만 신중규정을 둘 경우 다른 범죄와의 형평성시비를 불러일으킬 소지가 있고, 주의규정을 가급적 두지 않는 것이 상당하여 사형신중규정을 신설하지 않기로 결정하였다. 사형제도 폐지를 전제로 절대적 종신형 제도를 도입할 것인지의 여부에 대해서도 논의한 결과 사형제도를 존치시키는 이상 절대적 종신형제도를 두지 않기로 하기로 결정하였다.

(2) 자유형의 단일화

1) 징역과 금고의 단일화

징역과 금고의 단일화는 일찍이 1992년 형법개정안을 만드는 과정에서도 논의되었지만 관철되지는 못했다. 그에 따르면 금고형은 과실범이나 정치범에게 유리한 형벌이고, 형벌의 다양화의 취지에 부합한다는 이유로 징역형과 금고형을 구별하는 현행형법의 태도를 유지하자는 의견이 채택되었다. 하지만 형사실체법정비위원회의 단일화 결정에 이어 형사법개정특위에서도 징역과 금고의 단일화에 합의를 이루었다. 단일화 논거로는 실무상 금고가 선고되는 경우가 드물고, 금고형을 선고받은 경우에도 수형자 대부분이 신청에 의하여 정역에 복무하고 있어서 금고를 둘 실익이 없고, 교도소내의 노동이 징벌이 아니라 교정수단이라는 인식의 전환이 이루어졌으며, 세계적으로도 징역형으로 단일화되고 있는 추세라는 점이 제시되었다.

단일화된 자유형의 명칭과 관련해서는 독일 등의 예와 같이 자유형으로 명칭을 단일화하자는 의견이 제시되었으나, 자유형은 자유를 박탈하는 형벌임에도 불구하고 자유를 부과하는 것으로 오해될 수 있다는 어감상의 문제점이 있다는 의견에 따라 징역형으로 명칭을 단일화하기로 결정하였다.

2) 징역과 구류의 단일화 검토

현행법상 자유형의 한 종류로 인정되고 있는 구류까지 폐지하여 자유형을 완전 단일화 할 것인지 여부에 대해 제1소위에서는 단기자유형의 폐해를 시정하기 위해 구류를 폐지하되 독일과 같이 1월 이상의 자유형으로 단일화 하기로 하는 의견이 다수였다. 하지만 전체회의 결과 구류가 짧지만 날카롭고 위협적이라는 3S(short, but sharp and shock)적 형사정책적 효과를 거두면서도 전과기록에 남지 않고 집행유예결격사유에도 해당하지 않고 공무원 자격상실 등의 부수효과도 없는 점에서 피고인에게 여전히 유리하다는 점을 고려하여 결국 형벌의 종류로 존치시키기로 결정하였다. 구류제도가 이러한 실효성을 갖출 수 있을 것인지의 여부는 형법각칙 규정상 구류(및 과료)가 법정형으로 되어 있는 범죄구성요건[7]이 어떻게 변모될 것인지에 달려있다. 예컨대 폭행죄의 구성요건에서 구류(및 과료)가 법정형의 선택형에서 제외되는 방향으로 개정이 이루어지면, 결국 폭행은 중한 경우에만 징역형 또는 벌금형으로 처벌되는 반면, 사소한 폭행사건은 경범죄처벌법상의 즉결심판의 대상으로만 처리되게 된다(실질적 비범죄화).

3) 징역과 구류의 집행방법

현행법	개정시안	비고
제67조(징역) 징역은 형무소 내에 구치하여 정역에 복무하게 한다.	제68조(징역) ① 징역은 교정시설에 수용하여 필요한 경우 교정처우를 행한다. ② 구류는 교정시설에 수용하여 집행한다.	○ 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률상 용어를 반영한 자구수정 ○ 징역과 금고를 단일화함에 따른 정역부과를 자리매김함 ○ 교정처우에는 정역도 포함되는 점을 감안한 자구수정

자유형을 징역형으로 단일화 하면서도 구류제도를 존치시킴에 따라 징역형의 집행방법에 관한 형법규정을 수정하지 않으면, 종래 금고형 부과대상자에게도 정역이 당연히 부과될 수 있게 되는 문제점이 생기게 된다. 따라서 징역형을 선고받게 될 수형자에 대한 정역부과를 탄력적으로 자리매김하기 위해 징역의 집행에 관한 규정을 "징역은 교정시설에 수용하여 필요한 경우 교정처우를 행한다"로

7) 구류가 형법각칙에 법정형으로 규정되어 있는 구성요건은 공연음란죄, 폭행죄, 과실치상죄, 협박죄, 자동차 등불법사용죄, 편의시설부정이용죄 등 6개이다.

수정하고, 구류의 집행과 관련해서는 “구류는 교정시설 등에 수용하여 집행한다”로 규정하기로 하였다.

4) 유기징역의 기간 조정

현행법	개정시안	비고
제42조(징역 또는 금고의 기간) 징역 또는 금고는 무기 또는 유기로 하고 유기는 1월 이상 15년 이하로 한다. 단, 유기징역 또는 유기금고에 대하여 형을 가중하는 때에는 25년까지로 한다.	제41조(징역의 기간) ① 징역은 무기 또는 유기로 하고 유기는 1월 이상 30년 이하로 한다. ② 유기징역에 대해 형을 가중하는 경우에 그 장기는 50년으로 한다.	※ 2010.4.15. 공포된 개정형법 (시행일 2010.10.16) 제41조(징역 또는 금고의 기간) 징역 또는 금고는 무기 또는 유기로 하고 유기는 1개월 이상 30년 이하로 한다. 단 유기징역 또는 유기금고에 대하여 형을 가중하는 때에는 50년까지로 한다.

유기징역형의 상한조정은 이미 1992년 개정안을 마련하는 과정에서 논의되어 개정시안에 대한 의견조회 과정에서 대법원으로부터 한국인의 평균수명이 현저히 연장되었을 뿐 아니라 무기형과 유기형과의 간격을 축소하여 무기형선고를 줄이는 대신 장기유기형을 선고할 수 있는 가능성을 주어 타당성이 있는 양형이 가능하도록 하기 위해서는 상한 25년(가중시 상한 35년)으로 연장하자는 의견이 제시된 적이 있다. 하지만 당시 법무부의 개정특위에서는 상한의 상향조정이 중벌주의에로 회귀하는 비판을 받게 될 우려가 있고, 무기수형자의 평균 수형기간이 16년 정도임을 고려하여 현행형법의 태도를 유지하기로 결정한 바 있다. 이에 법무부 제1소위에서도 유기징역형의 상한을 상향조정할 경우 각칙상 모든 범죄에 대한 법정형을 가중하는 결과를 초래하여 ‘중형주의에로의 회귀’라는 비판이 제기될 수 있어 현행 규정을 유지하기로 결정하였으며, 다만 무기징역형을 선고받은 자가 가석방될 경우 평균 18년 이상 복역하고 있는 행형실무를 반영하여 무기징역형을 감경할 때에는 상한이 15년으로 너무 짧아 그 경우에 한하여 상한을 25년까지 상향조정하기로 하였다. 법무부 형사실체법 정비위원회의 시안도 이와 동일하였지만, 2009년 6월 형사정책학회 등이 마련한 학회형법개정안에서는 무기형과의 간격을 좁혀 법관에게 양형의 타당성을 도모할 수 있게 하고 누범과 상습범을 폐지하는 전제하에서 유기자유형의 상한을 20년(가중시 30년)으로 높이는 태도를 보였다.[8]

8) 형법개정연구회, 형사법개정연구(Ⅳ), 91면.

하지만 그 이후 발생한 일련의 아동성폭력범죄가 우리 사회의 중벌주의적 법감정을 촉발하자, 국회가 2010.3.31. 유기징역형의 상한을 30년(가중시 50년)으로 상향조정하는 형법개정안을 전격 통과시켰다. 이에 따라 법무부 개정특위의 전체 회의에서는 그동안 누범 및 상습범 가중규정을 폐지하는 대신 그 빈공간을 메우기 위해 위험한 범죄자에 대한 보호감호제도를 도입할 것을 내용으로 하는 형법개정 작업에 대한 방향전환의 필요성여부를 검토하는 논의가 있었다.[9] 그 결과 최근 국회를 통과한 개정안이 시행되기도 전에 다시 무위로 돌리는 일이 입법부인 국회와의 관계상 부담이 있는 일이므로 개정안의 상향조정을 받아들이되, 개정이 필요한 사정이 발생할 경우 각칙의 법정형에서 개별적으로 상한을 제한하는 등으로 합리적인 조정을 하여 가는 것이 바람직하다는 견해가 다수로 되어 결국 개정시안에서도 유기징역형의 상한을 상향조정하는 것을 내용으로 하는 개정안을 수용하기로 하였다.

(3) 명예형의 폐지와 관련 규정 정비

현행법	개정시안	비고
제43조(형의 선고와 자격상실, 자격정지) ① 사형, 무기정역 또는 무기금고의 판결을 받은 자는 다음에 기재한 자격을 상실한다. 1. 공무원이 되는 자격 2. 공법상의 선거권과 피선거권 3. 법률로 요건을 정한 공법상의 업무에 관한 자격 4. 법인의 이사, 감사 또는 지배인 기타 법인의 업무에 관한 검사역이나 재산관리인이 되는 자격 ② 유기징역 또는 유기금고의 판결을 받은 자는 그 형의 집행이 종료하거나 면제될 때까지 전항 제1호 내지 제3호의 기재된 자격이 정지된다.	제42조(형의 선고와 자격상실, 자격정지) ① 사형, 무기징역의 판결을 받은 자는 다음에 기재한 자격을 상실한다. 1. 공무원이 되는 자격 2. 공법상의 선거권과 피선거권 3. 법률로 요건을 정한 공법상의 업무에 관한 자격 4. 법인의 이사, 감사 또는 지배인 기타 법인의 업무에 관한 검사인이나 재산관리인이 되는 자격 ② 유기징역의 판결을 받은 자는 그 형의 집행을 종료하거나 면제될 때까지 전항 제1호 내지 제3호의 기재된 자격이 정지된다.	○ 자구수정

9) 유기징역의 상한이 최장 50년까지 확대된 개정법률 아래에서 형법에 보호감호제도를 도입하는 것에 대해서는 과도한 책임을 부과하는 것이라는 비판이 제기될 우려가 크고, 개정형법에 의하더라도 누범가중을 하지 않는 이상 50년 형을 선고할 경우는 없어 누범조항이 필연적으로 존치되어야 하기 때문에 누범 및 상습범 조항 폐지를 전제로 한 보호감호제도 도입의 목적과도 상충한다는 점이 논의의 핵심이었다.

현행법	개정시안	비고
제44조(자격정지) ① 전조에 기재한 자격의 전부 또는 일부에 대한 정지는 1년 이상 15년 이하로 한다. ② 유기징역 또는 유기금고에 자격정지를 병과한 때에는 징역 또는 금고의 집행을 종료하거나 면제한 날로부터 정지기간을 기산한다.	제44조 (삭제)	○ 선고에 의한 자격정지 형이 형의 종류에서 제외됨에 따라 삭제

자격상실은 형의 부수효과에 불과하다는 이유로 이미 1992년 법무부개정안에서 형의 종류에서 삭제하기로 의견일치된 사항이었다. 하지만 자격정지까지 형의 종류에서 삭제할 것인지에 관해서는 제1소위에서는 선고정지의 경우에 비추어 형의 종류로서 존치시킬 필요가 있다는 견해와 선거법이나 국가공무원법 등 개별법률에서 관련 자격제한규정을 두는 것으로 충분하다는 이유로 총칙상의 선고정지 규정 뿐 아니라 각칙상의 자격정지 규정도 모두 삭제하는 것이 합리적이라는 견해가 대립하여 전체회의에서 재론하였다. 전체회의에서는 자격정지와 관련해서도 실무상 선고에 의한 자격정지가 활용되지 않고 있으므로 형의 종류에서 삭제하는 것이 타당하다는 견해가 채택되어 자격정지도 형의 종류에서 삭제하기로 하였다.

이로써 명예형은 개정시안의 형의 종류에서 완전히 삭제되었지만, 형의 부수효과로서의 자격상실과 자격정지에 관한 규정 그 자체는 일정한 형의 선고와 함께 자격이 상실되거나 정지된다는 사실과 그 범위를 총칙규정에 분명히 해 둘 필요가 있기 때문에 이에 관한 규정은 손질하여 존치시키기로 하였다.

(4) 과료제도의 폐지

재산형의 일종인 과료폐지여부는 종래 형사정책적 논의에서 비범죄화 내지 비형벌화의 대상으로 파악되어 오다가, 최근 형벌제도의 합리화라는 차원에서 이루어진 사개위의 건의가 있은 후 형사실체법정비위원회에서 그 논의가 본격화되었다. 형사실체법정비위원회에서는 과료는 벌금형과 금액의 다과(2천원 이상 5만원 미만)에서만 차이가 날 뿐 재산의 박탈이라는 실체면에서는 물론 납입기간, 집행, 미납시의 환형유치, 가납 등 절차면에서도 아무런 차이가 없으므로 범죄를 중죄, 경죄로 구분하지 않는 현행법 체제하에서는 존치할 이유가 없고, 그 대상 범죄의 경중에 따라 벌금형이나 과태료(비범죄화)로 변경하면 충분하다는 것이 일치된 견해였다.

과료도 구류의 경우와 마찬가지로 전과기록에 들어가지 아니하므로 벌금과 구별하여 부과하면 전과자를 양산하지 않는 장점이 있으므로 과료를 존치하여야 한다는 신중론도 없지 않지만, 개정시안은 현실적으로 과료가 선고되는 경우가 극히 드물고,[10] 벌금은 물론 과태료와 비교하더라도 그 형벌효과가 극히 미미하며, 폐지하더라도 경범죄처벌법 등에서 중한 경우에는 벌금형으로 전환하면 된다는 이유로 과료제도를 폐지하였다.

과료는 형사정책적으로 구류와 같은 정도의 형벌적 효과를 거둘 수가 없기 때문에 존치에서 오는 장점이 폐지에서 오는 장점에 비해 상대적으로 없다. 따라서 과료가 형벌의 종류에서 삭제되어 재산형의 단일화가 이루어지면 종래 형법전에서 과료가 선택형으로 되어 있는 구성요건에서도 과료가 자동적으로 전부 삭제될 것으로 예상된다.[11] 이러한 구성요건에서 과료가 삭제되면 행위자에게 실질적 비범죄화의 가능성을 주는 유리함(예컨대 전과기록에 남지 않음)이 없어진다는 우려가 있을 수 있다. 하지만 본질상 형벌적 내용을 가지지 않은 법효과를 굳이 형벌로 존치시켜 형식적으로 형사처벌을 받게 하는 것 보다는 종래 과료에 처할 정도의 경미한 위반사례에 대해서는 애당초 형벌권이 발동하지 않게 하는 것이 진정한 비범죄화의 전략이자 형법상 범죄의 형식과 형벌의 실질을 일치시키는 태도라고 할 수 있다. 실무상으로도 과료대상 범죄의 경우 기소유예처분에 그치고 과료형에 처하는 경우는 없다고 한다. 더 나아가 형벌효과를 가지지 않은 수단을 형벌로 유지하는 것은 형법의 과대포장 아니면 명칭사기에 지나지 않는다. 그럼에도 불구하고 과료를 유지하려는 태도는 형법으로 사회통제를 해야 한다는 생각을 포기하지 않으면서 실제로는 형벌이 아닌 형벌을 가케무사로 활용하려는 생각과 다를 바 없다.

---

10) 형법전에 과료가 법정형으로 되어 있는 범죄구성요건은 모두 9개로서 구류가 법정형으로 되어 있는 구성요건외에 도박죄, 복표취득죄, 점유이탈물횡령죄를 더하여 9개이다.

11) 과료가 형벌의 종류로 삭제되면 종래 과료가 예상되는 사소한 시비(폭행 협박), 도박에 이르지 않는 오락행위 등은 애초부터 형법의 적용대상이 되지 않고 형사처벌의 범위에서 배제되고, 굳이 이러한 행위를 단속할 필요성이 있으면, 구류도 동시에 법정형으로 있었던 구성요건(6개)의 경우에는 구류로, 구류가 처음부터 없는 구성요건(3개)는 과료삭제후 벌금형으로 처벌되거나 경범죄처벌법상 구류로 처벌될 수 있다. 더 나아가 과료존폐논의가 현실적으로 의미있는 영역은 실제로 과료선고가 이루어지는 범죄(주로 경범죄처벌법, 도로교통법 위반)인 바, 이 범주에 속하는 과료대상 범죄 역시 대부분 과태료로 전환할 수 있는 사안이고, 과태료전환과 함께 집행의 실효성을 확보하는 방안마련을 위해 질서위반규제법 등의 개정을 동반할 필요가 있다.

(5) 몰수제도의 정비

현행법	개정시안	비고
제48조(몰수의 대상과 추징) ① 범인이외의 자의 소유에 속하지 아니하거나 범죄 후 범인 이외의 자가 정을 알면서 취득한 다음 기재의 물건은 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다. 1. 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건 2. 범죄행위로 인하여 생하였거나 이로 인하여 취득한 물건 3. 전2호의 대가로 취득한 물건	제79조(몰수의 대상) ① 범인의 소유하는 다음의 물건, 금품 기타 그 밖의 재산은 그 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다. 1. 범죄행위에 제공하였거나 제공하려고 한 물건, 금품 또는 기타 그 밖의 재산 2. 범죄행위로 생겼거나 이로 인하여 취득한 물건, 금품 또는 기타 그 밖의 재산 3. 제2호의 대가로 취득한 물건. 금품 또는 기타 그 밖의 재산 4. 범죄행위의 대가 또는 보수로 취득한 물건, 금품 또는 기타 그 밖의 재산 ② 범죄 후 범인 이외의 자가 그 정을 알면서 취득한 제1항에 기재한 물건, 금품 또는 기타 그 밖의 재산도 그 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다.	○ 범인의 소유에 속하는 물건등의 몰수와 범인의 소유에 속하지 아니하는 물건등의 몰수의 성격이 다른 점을 감안하여 항을 분리 ○ 범죄행위에 제공하였거나 제공하고자 한 물건의 대가로 취득한 물건은 범죄수단에 대한 대가로서 몰수하는 것이 부적절하므로 몰수대상에서 제외
제48조(몰수의 대상과 추징) ① 전항에 기재한 물건을 몰수하기 불능한 때에는 그 가액을 추징한다. ② 문서, 도화, 전자기록 등 특수매체기록 또는 유가증권의 일부가 몰수에 해당하는 때에는 그 부분을 폐기한다.	제80조(추징과 폐기) ① 제79조에 기재한 물건, 금품 기타 그 밖의 재산을 몰수하기 불가능한 때에는 그 가액을 추징한다. ② 문서, 도화, 전자기록 등 특수매체기록 또는 유가증권의 일부가 몰수에 해당하는 때에는 그 부분을 폐기한다.	○ 자구수정
제49조(몰수의 부가성) 몰수는 타형에 부가하여 과한다. 단, 행위자에게 유죄의 재판을 아니할 때에도 몰수의 요건이 있는 때에는 몰수만을 선고할 수 있다.	제81조(몰수 등의 특례) 몰수, 추징 또는 폐기는 행위자에게 유죄의 재판을 하지 않거나 공소를 제기하지 아니하는 경우에도 그 요건이 있는 때에는 이를 선고할 수 있다.	○ 공소를 제기하지 아니하는 경우에도 법원의 선고로 몰수를 허용

현행법	개정시안	비고
	제82조(몰수의 효과) 몰수의 재판이 확정된 물건, 금품 기타 그 밖의 재산은 국고에 귀속한다.	○ 국고귀속 조항 신설 여부는 현재 논의 중
	제83조(추징의 시효) ① 추징을 선고한 재판이 확정된 후 집행을 받지 아니하고 5년이 경과하면 시효가 완성되어 그 집행이 면제된다. ② 제77조의 벌금에 대한 시효중단 규정은 제1항의 경우에 준용한다.	○ 추징 징수율을 제고하기 위해 추징시효 기간을 5년으로 규정

몰수제도는 오늘날 범죄수익의 원천을 차단하는 등 조직범죄에 대한 효과적인 대응수단으로서 그 중요성이 커져가고 있지만, 현행형법에 규정된 몰수의 법적 성격이 무엇인지에 대해 해석상 통일된 견해가 없을 뿐 아니라 각종 특별법상의 몰수제도[12]와의 관계를 파악하기 어려운 점 등이 있어 제도정비가 시급한 과제로 되어 있다. 이와 관련하여 특별법상의 몰수제도를 형법전으로 편입할 필요성이 있는지, 몰수나 추징의 범위를 어디까지 설정해야 하는지, 그리고 합리적인 형사제재로 자리매김 하기 위해서 몰수와 추징이 어떤 법적 성격을 가지도록 설계해야 할 것인지에 대해 제1소위의 논의를 거쳐 전체회의에서도 거듭 논의를 전개한 결과 다음과 같은 결론이 내려졌다.

1) 몰수의 법적 성격

몰수를 형법상 형의 종류로 존치시킬 것인지와 관련하여 제1소위에서는 형법상 몰수가 형벌로서의 성격을 거의 가지지 않고 보안처분적 성격을 강하게 가진다는 이유로 형의 종류에서 몰수를 삭제함이 상당하다는 견해와 몰수가 범죄에 대한 제재로서 형벌과 보안처분의 성격을 모두 보유하고 있기 때문에 보안처분을 형법총칙에 도입하지 않는 한 몰수를 형의 종류로 그대로 존치시킴이 상당하다는

12) 대표적으로 1995년 제정된 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법과 공무원범죄에 관한 몰수 특례법, 그리고 2001년에 제정된 범죄수익 은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률 및 2008년에 제정된 부패재산의 몰수 및 회복에 관한 특례법 등이 있다.

견해가 대립하다가, 보안처분을 형법총칙에 도입하는 방안이 채택되어 몰수를 형의 종류에서 삭제하고, 독립된 절에서 규정하기로 하였다.

2) 몰수규정의 형식

몰수규정의 형식으로는 1992년 법무부 개정안과 같이 범인의 소유에 속하는 대상과 범인의 소유에 속하지 아니하는 대상에 대한 몰수는 그 성격이 다른 점을 감안하여 항을 분리시켰다.

특별법상 다양한 몰수규정을 형법상의 몰수로 일원적으로 규정하는 것이 바람직하다는 의견이 제시되었으나, 다양한 특별법상의 몰수규정을 일원적으로 형법상의 몰수로 통일적으로 규정하는 것은 현실적으로 쉽지 않아 형법상의 몰수규정과 특별법상의 몰수규정을 별도로 유지하는 것이 타당하고, '투자수익' 등과 같은 범죄수익은 부패자산 등과 관련된 예외적인 수익으로서 특수한 재산상의 이익 등에 관한 몰수는 특별법에서 별도로 규정하는 것이 타당하다는 의견에 따라 현행대로 유지하기로 결정하였다.

3) 몰수대상의 확대 및 정비

종래 몰수의 대상을 물건에 한정하고 있는 형법의 해석상 몰수 대상으로서 추상적 권리인 재산상의 이익이나 재산 자체는 몰수의 대상이 될 수 있는지에 대하여 해석론상 상반된 견해가 있었으나, 개정시안은 몰수 대상으로 물건 이외에 불법수익까지 확대하는 방향이 이미 국제적으로도 공감대가 형성되어 있는 상황이기 때문에 특별법에 의한 범죄수익 몰수는 별론으로 하더라도 형법전에도 재산상 수익까지도 몰수가 가능하도록 하기 위해 물건 이외에 재산[13]도 몰수(또는 추징)대상이 될 수 있도록 규정을 정비하였다.

뿐만 아니라 범죄행위의 대가로 받은 물건 등에 관하여도 몰수가 가능하다는 것을 명백히 하기 위해 '범죄행위의 대가 또는 보수로 취득한 물건'을 몰수대상으로 추가하였다. 반면에 범죄행위에 제공하였거나 제공하고자 한 물건의 대가로 취득한 물건(예컨대 음주운전에 제공된 차량을 판매한 금원)은 범죄수단에 대한 대가로서 몰수하는 것이 부적절하므로 몰수대상에서 제외시켰다.

---

13) 애초에는 물건 이외의 '재산상의 이익'이라는 용어를 사용하였으나, 각종 특별법상의 몰수추징규정에 '재산상의 이익'이라는 용어가 아닌 '재산'이라는 용어가 사용되고 있어서 이와 통일성을 기하기 위하여 '재산'으로 변경하였다.

4) 독립적 몰수 규정의 존치

더 나아가 개정시안은 정신장애자, 미성년자라는 이유로 무죄가 선고되거나 공소를 제기하지 아니하는 경우에도 법원의 선고로 몰수를 허용할 수 있는 것으로 규정하였다. 하지만 미국의 민사몰수의 경우와 같은 입증의 정도를 완화하는 규정을 형법에 도입하는 데에는 부정적인 의견이 지배적이어서 채택하지 않았다.

5) 국고귀속과 보상규정에 관한 검토

몰수가 확정된 때에는 그 대상이 국고에 귀속됨을 명문의 규정으로 신설하기로 결정하였으나 몰수재산으로 등기등록을 요하는 재산의 경우 어떻게 등기부에 기재되어 있는 물건을 어떻게 국고에 귀속시킬 것인가, 소유권의 이전 시기는 언제인가, 또 각종 금품의 경우에 있어서 그러한 이익에 대해 어떻게 몰수형을 집행할 것인가, 또한 그런 경우에 국가에 그것이 귀속되고 소유권이 박탈되는 시점은 어떻게 할 것인가 하는 것은 구체적인 사안마다 많이 다를 수 있기 때문에 일률적으로 몰수의 국고귀속 규정을 신설하는 것은 신중하게 검토하는 것이 타당하다는 견해가 제시되어 현재 논의가 진행 중이다. 몰수보상규정의 도입여부에 대해서는 이를 도입하게 되면 제3자에 대한 몰수의 절대적 효력이 있음을 전제하게 되어 판결없이 제3자에 대한 물건을 몰수할 수도 있게 된다는 이유로 그리고 형법에 보상규정까지 두는 것은 부적절하다는 이유로 도입하지 않기로 하였다.

6) 추징금 시효규정의 신설

추징금의 미납은 벌금의 경우와 달리 환형유치가 인정되지 않고, 실무상 추징금에 대한 집행율이 극히 저조한 점을 감안하여 적절한 선에서 시효기간을 정할 필요성에 부응하기 위해 10년설(민사상 판결이 확정된 채권의 소멸시효기간 참조), 7년설, 5년설 등을 두고 다양하게 검토한 결과 제2항에서 시효중단 사유를 준용하고 있고 보안처분적 성격을 가지고 있는 추징의 시효기간을 지나치게 장기로 정하면 법적 안정성을 저해할 수도 있음을 감안하여 5년으로 결정하였다.

2. 벌금형제도의 정비

⑴ 일수벌금형제도의 도입포기 등

현행의 총액벌금형제도의 문제점을 극복하기 위해 일수벌금형제도를 도입할 것인지가 논의되었다. 총액벌금형제도하에서는 벌금총액의 산정에 범죄인의 빈부차이를 고려할 수 없어서 결국 벌금납부능력이 없는 자에게는 노역장 유치를 통한 대체자유형의 집행이 강제되는 문제점이 있고, 부자에게는 형벌의 목적을 달성하기가 어려우며, 범죄의 불법과 책임을 정확하게 액수로 산정할 수 없다는 문제점이 있기 때문이었다. 일수벌금형제도의 도입여부는 법무부의 1992년 형법개정안을 마련하기 위한 논의에서는 물론이고, 사개위의 건의사항을 구체화하기 위한 형사실체법정비위원회에서도 논의가 되었지만 우리의 사회적 여건 등 현실적인 이유에서 채택되지 못하였고, 개정시안에서도 재산상태에 관한 충분한 기초조사가 이루어지기 곤란한 현실정에서 일수벌금형제도를 도입할 경우 오히려 사법부에 대한 불신을 가중시키고 형평성 시비를 불러일으킬 우려를 감안하여 도입하지 않았다. 그 대신에 개정시안은 재산상태에 따라 벌금형의 형벌효과가 달라지는 폐해를 줄이기 위해 양형의 고려사항으로서 범인의 재산상태를 의무적으로 고려하도록 하는 규정을 신설하였다(양형의 원칙과 고려사항 참조).

⑵ 벌금형의 연납·분납제도의 명문화여부 검토

벌금형을 납부할 경제적 여건이 곤란한 피고인을 위해 벌금형의 연납 및 분납제도를 도입하면 피고인의 부담을 완화시켜주고, 벌금형의 납부율을 향상시키고, 특히 벌금미납자에 대한 노역장 유치에 내재된 문제점을 최소화시킬 수 있다는 측면이 있어서 형사정책으로 합리성을 기할 수 있는 측면이 있다. 하지만 이와 관련하여 제1소위에서는 피고인의 재산상태를 모르는 상황에서 판결선고로 분납여부를 결정하는 것은 곤란하고, 형의 집행을 법원에서 관여하는 것은 맞지 않으며, 검찰사무규칙으로 규정되어 실무상 무리없이 운용되고 있는 점을 감안하여 벌금분납 및 연납제도를 형법에 명문화할 필요는 없는 것으로 결정하였다.

(3) 벌금형의 집행유예제도의 도입

현행법	개정시안	비고
제62조(집행유예의 요건) ① 3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형을 집행을 유예할 수 있다. 다만, 금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우에는 그러하지 아니하다.	제57조(집행유예의 요건) ① 3년 이하의 징역 또는 벌금형을 선고할 경우에 제45조 제2항의 사항을 고려하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 집행을 유예할 수 있다. 다만, 징역 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년 동안 고의로 범한 죄에 대해 형을 선고하는 경우에는 그렇지 않다.	○ 벌금형의 집행유예제도 신설

벌금형에 비하여 중한 형벌인 자유형에 대해서는 집행유예제도를 두고 있으면서도 상대적으로 경한 형벌인 벌금형에 대해서는 선고유예는 가능하지만 집행유예가 불가능한 것은 합리적인 형벌제도가 아니라는 이유에서 벌금형의 집행유예를 도입하기로 하였다. 벌금형의 집행유예제도는 이미 1992년 형법개정안에도 도입되어 있었고 실체법정비위원회에서도 그러한 태도가 바람직한 것임을 확인한 바 있다.

개정시안은 벌금형의 집행유예기간에 대해서도 자유형과 동일하게 유지하였고, 자유형의 경우와 마찬가지로 집행유예의 조건으로서 보호관찰, 사회봉사명령, 수강명령, 치료명령, 피해회복명령도 부과할 수 있도록 하였다(집행유예의 조건에 관한 규정 참조).

하지만 벌금형의 집행유예 도입에 따른 벌금형의 위하력 저하가 우려될 우려가 있기 때문에 벌금형의 선고유예요건으로 일정액수(300만원 또는 500만원이하)로 제한하는 규정을 두고(선고유예의 요건에 관한 규정 참조), 벌금형의 집행유예 요건에는 선고유예의 경우와 같은 금액의 상한선을 규정하지 않았고 벌금형 집행유예 남발에 따른 우려를 불식시키기 위해 자유형의 집행유예 취소의 경우와 마찬가지로 임의적으로 취소하거나 조건이나 명령을 추가변경할 수 있도록 하였다(집행유예의 취소제도의 정비 참조).

(4) 벌금미납시 사회봉사명령 부과방안 검토

단기자유형의 폐해를 시정하고, 도농간 개인간 경제적 여건의 차이로 인한 불평등을 시정하기 위해 벌금미납시 사회봉사명령부과제도를 도입할 것인지가 논의되었다. 이와 관련하여 벌금미납시에 사회봉사명령을 부과할 수 있도록 하게 되면 벌금형의 위하력을 저하시킬 우려가 있다는 의견이 제시되었지만, 단기자유형의 폐지 등 노역장유치제도가 가지는 문제점을 해소하기 위해 사회봉사명령을 부과하는 방안을 도입하기로 결정하면서 벌금형의 형벌선고효과를 저하시키거나 사회봉사명령을 부과하는 것이 부적절한 경우 등에는 부과하지 않도록 하는 선택적 제도의 모습으로 이를 도입하는 동시에, 피고인의 신청 또는 법원의 직권으로 벌금형 선고와 동시에 하고, 검사에게도 의견진술의 기회를 부여하기로 결정하였다. 하지만 그 이후 300만원 이하의 벌금미납시 사회봉사명령을 부과할 수 있도록 하는 제도가 '벌금 미납자의 사회봉사 집행에 관한 특례법'(2009.3.25.제정)을 통해 도입된 상황을 반영하여 형법전에의 도입여부를 재론한 뒤 벌금형의 위하력을 약화시키지 않기 위해 300만원을 넘는 벌금형의 미납시 노역장유치를 사회봉사명령으로 대체하는 것을 허용하지 않기로 하였다.

(5) 노역장 유치기간의 재고

노역장 유치기간을 하향조정하게 될 경우 사법부에 대해 지나치게 온정주의적이라는 국민의 불신을 초래할 우려가 있고, 실무적으로도 노역장 유치기간 환산의 계산상 어려움이 있다는 이유로 노역장 유치기간을 하향조정하지 않고 현행대로 유치하기로 결정하였다.

3. 선고유예와 집행유예제도의 정비

선고유예와 집행유예제도는 자유박탈을 통한 자유에의 교육이 그 자체 문제가 있다는 인식하에 자유하에서의 자유에의 교육을 모토로 삼은 사회내 처우제도의 일환으로 보호관찰제도와 결합되어 현대 형사정책의 희망으로 불리우는 제도이다. 최후수단으로서의 형벌, 그 가운데 자유형의 집행상의 문제점을 해소하기 위해 자유형의 집행은 그것이 불가피한 경우에 한하여 집행하는 것을 원칙으로 하고 그 선고나 집행을 유예하여, 유예기간 내에 자유한 새로´자밪죄를 범하거나 조건

또는 준수사항을 위반할 경우 유예된 형겂을 해하거나 집행할 것을 예고함으로써 형벌의 위하력과 재사회화 목표를 동시에 달성할 수 있다는 장점이 실무상 확인되어 그 적용범위가 확대일로에 있고, 앞에서 설명하였듯이 벌금형에 대해서도 집행유예를 인정하는 방향이 바람직한 방향으로 평가되고 있다.

⑴ 선고유예제도의 재고

1) 요건의 정비

현행법	개정시안	비고
제59조(선고유예의 요건) ① 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 개전의 정상이 현저한 때에는 그 선고를 유예할 수 있다. 단, 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자에 대하여는 예외로 한다.	제54조(선고유예의 요건) ① 1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금형을 선고하는 경우에 제46조 제2항의 사항을 고려하여 뉘우치는 정상이 뚜렷한 때에는 그 선고를 유예할 수 있다. 다만, 징역이상의 형을 받은 전과가 있는 자에 대해서는 그러하지 않다.	○ 자구수정 ○ 벌금형에 대한 집행유예 제도를 신설하는 대신 벌금형의 위하효과를 강화하는 측면에서 벌금형의 선고유예 상한선을 제한

선고유예의 요건 중 '개전의 정상이 현저한'이라는 부분을 용어의 부적절성을 이유로 '장래 재범하지 아니할 것으로 기대되는 때' 내지 '피고인이 다시 범행을 저지르지 않으리라는 사정이 현저하게 기대되는 때'(형사실체법정비위원회 안)로 바꾸려는 견해가 개진되기 다했으나, 재범가능성의 문제는 장래의 위험성에 대한 예방적 제재수단인 보안처분과 결부된 요건이므로 타당하지 않음을 이유로 '뉘우치는 정상이 뚜렷한 때'(1992년 법무부개정안)로 변경하기로 하였다.

제1소위에서는 애초에 벌금형의 선고유예시 특별법에 의하여 다액의 벌금이 규정되어 있는 경우에도 선고유예를 할 필요성이 상존하다는 이유로 벌금액의 상한을 제한하지 않는 현행법의 태도를 유지하기로 하였다. 하지만 논의과정 중에 벌금형의 집행유예 도입에 따라 벌금형의 형벌 위하력이 저하될 우려가 있다는 점을 고려하여 개정시안에서는 벌금형의 선고유예 요건에 일정액수로 제한하는 규정을 두기로 하여 1년 이하의 징역에 상응하는 벌금액(300만원)의 선고를 선고유예의 요건으로 수정하여 규정하였다.

2) 결격사유의 정비

현행법	개정시안	비고
제59조(선고유예의 요건) ① ~ 그 선고를 유예할 수 있다. 단, 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자에 대하여는 예외로 한다.	제54조(선고유예의 요건) ① ~ 그 선고를 유예할 수 있다. 다만, 징역이상의 형을 받은 전과가 있는 자에 대해서는 그러하지 않다.	

선고유예의 결격사유로서 '자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자'라는 요건은 일사부재리의 원칙이나 진술거부권 혹은 검사의 거증책임원칙 등에 어긋난다는 이유로 이를 삭제하거나(1992년 법무부개정안), 결격기간을 5년으로 완화하는 것(형사실체법정비위원회 안)이 타당하다는 의견이 제안되기도 하였다. 하지만 개정시안은 선고유예제도가 초범에 한하여 특별예방적 차원에서 인정하고 있는 우리나라 특유의 제도이기 때문에 그 전과사실을 결격사유로 삭제하거나 5년으로 완화하는 것은 집행유예제도와의 차이를 간과한 것으로 결국 공무원의 신분유지를 위해 완화하려는 의미밖에 없다는 점을 감안하여 현행 그대로 유지하되, 결격사유로서 자격정지 부분은 너무 가혹한 측면이 있으므로 징역형으로 상향조정하였다. 뿐만 아니라 선고유예가 피고인에게 가장 가벼운 처분이라는 점을 고려하여 선고유예기간과 보호관찰 기간은 세분화하지 않기로 결정하였다.

3) 조건의 추가

현행법	개정시안	비고
제59조의2(보호관찰) ① 형의 선고를 유예하는 경우에 재범방지를 위하여 지도 및 원호가 필요한 때에는 보호관찰을 받을 것을 명할 수 있다. ② 제1항의 규정에 의한 보호관찰의 기간은 1년으로 한다.	제55조(선고유예의 조건) ① 형의 선고를 유예하는 경우에 재범방지를 위하여 지도와 원호가 필요한 때에는 보호관찰, 사회봉사 또는 수강을 명할 수 있다. ② 제1항의 규정에 의한 보호관찰의 기간은 1년으로 한다. ③ 사회봉사명령 또는 수강명령은 선고유예기간내에 이를 집행한다.	○ 선고유예시 사회봉사명령, 수강명령을 부과 ○ 표제변경, 자구수정

사회내 처우의 확대를 추구하는 형사정책적 방향성을 추구하기 위해 선고유예시 보호관찰 외에도 사회봉사명령, 수강명령도 부과할 수 있는 가능성을 인정하였다. 하지만 집행유예의 경우와는 요건 및 제도인정의 취지도 다르므로 집행유예의 조건으로 개정시안에서 추가한 치료명령이나 피해회복명령까지 인정하지는 않았다.

4) 실효사유의 정비

현행법	개정시안	비고
제57조(선고유예의 실효) ① 형의 선고유예를 받은 자가 유예기간중 자격정지 이상의 형에 처한 판결이 확정되거나 자격정지 이상의 형에 처한 전과가 발견된 때에는 유예한 형을 선고한다. ② 제59조의 2의 규정에 의하여 보호관찰을 명한 선고유예를 받은 자가 보호관찰기간 중에 준수사항을 위반하고 그 정도가 무거운 때에는 유예한 형을 선고할 수 있다.	제57조(선고유예의 실효) ① 형의 선고유예를 받은 자가 유예기간 중 고의로 범한 죄로 징역 이상의 형을 선고받아 그 판결이 확정된 때에는 유예한 형을 선고한다. ② 제55조의 규정에 의해 선고유예의 조건을 부과받은 자가 준수사항이나 명령을 위반하고 그 정도가 무건운 때에는 유예한 형을 선고할 수 있다.	○ 자격정지이상의 형에 처한 전과가 발견 때를 삭제 ○ 선고유예 실효사유를 유예기간중에 고의로 죄를 범한 경우로 제한 ○ 선고유예 실효사유에 보호관찰 준수사항 위반 이외에 사회봉사명령, 수강명령을 위반한 경우도 포함하도록 수정

‘자격정지 이상의 형에 처한 전과가 발견된 때’라는 실효사유는 이러한 사유를 사후에 발각한 때에도 피고인에게 불리하게 실효사유로 인정하는 것은 국가기관의 잘못을 행위자에게 전가하는 것임을 이유로 이를 삭제하기로 하였다.

뿐만 아니라 사회내 처우의 확대를 추구하는 형사정책적 방향성을 추구하기 위해 선고유예 실효사유를 제한하여 ‘유예기간을 경과하기까지의 기간에 고의로 죄를 범한 경우 징역 이상의 형(집행유예를 포함한다)을 선고받아 확정된 때’로 제한하였다.

더 나아가 선고유예의 조건으로 수강명령, 사회봉사명령을 부과할 수 있게 됨에 따라 선고유예 실효사유에 보호관찰 준수사항 위반 이외에 이들 명령을 위반한 경우도 포함될 수 있도록 정비하였다.

5) 백업제재의 필요성검토

조건위반이나 준수사항 위반의 경우 그 정도가 무거운 때에는 무조건 유예된 형을 선고하는 것 보다는 조건이나 준수사항 위반의 경우 조건이나 준수사항의 변경 등 - 집행유예의 경우와 마찬가지로 - 선고유예의 실효성을 확보할 수 있는 다른 제재수단을 다양하게 마련할 필요가 있다는 의견이 제시되었지만, 선고유예 제도는 집행유예의 경우와 죄질이 다른 범죄에 대한 것으로서 집행유예와 균형을 맞출 필요가 없고, 한번 위반한 자에게 또 다시 조건이나 준수사항을 지킬 것을 명하는 것은 실효성이 없으며, 위반의 정도가 심할 경우 유예한 형을 선고하고 심하지 않을 경우 그대로 둠이 상당하다는 이유로 조건이나 준수사항 위반에 대한 차별적 제재수단을 도입하지 않고 현행대로 유지하기로 결정하였다.

(2) 집행유예제도의 재고

1) 요건의 확대와 결격사유의 제한

현행법	개정시안	비고
제62조(집행유예의 요건) ① 3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 집행을 유예할 수 있다. 다만, 금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행이 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우에는 그러하지 아니하다. ② 형을 병과할 경우에는 그 형의 일부에 대하여 집행을 유예할 수 있다.	제58조(집행유예의 요건) ① 3년 이하의 징역 또는 벌금형을 선고할 경우에 제46조 제2항의 사항을 고려하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 집행을 유예할 수 있다. 다만, 징역 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년 동안 고의로 범한 죄에 대해 형을 선고하는 경우에는 그렇지 않다. ② 형의 집행유예를 받은 자에게 유예기간 중에 범한 죄로 1년 이하의 징역형을 선고하는 경우에 특히 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1회에 한하여 다시 형의 집행을 유예할 수 있다. ③ 형을 병과할 경우에는 형의 일부에 대하여 집행을 유예할 수 있다.	○ 집행유예 결격사유를 '고의로 죄를 범한 때'로 제한 ○ 피고인의 사회복귀를 촉진하기 위해 1년 이하의 징역형 선고시에 집행유예 기간 중에 집행유예를 가능하게 하는 규정 신설

집행유예제도의 확대를 위해 벌금형에 대해서도 집행유예제도를 인정한 것은 앞서 살펴본 바와 같다. 뿐만 아니라 사회내 처우의 확대를 위해 집행유예기간 중에 범한 죄로 1년 이하의 징역형을 선고할 경우 1회에 한하여 집행유예를 예외적으로 허용하기로 결정함으로써 집행유예기간중의 집행유예의 가능성을 인정하였다.

뿐만 아니라 집행유예의 가능성을 확대하기 위해 집행유예 결격사유를 '(금고 이상의 형을 선고한) 판결이 확정된 때로부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 모든 죄에 대해 형을 선고하는 경우'를 '징역이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년 동안 고의로 범한 죄에 대해 형을 선고하는 경우'로 제한하였다.

2) 집행유예 조건의 다양화

현행법	개정시안	비고
제62조의 2(보호관찰, 사회봉사·수강명령) ① 형의 집행을 유예하는 경우에는 보호관찰을 받을 것을 명하거나 사회봉사 또는 수강을 명할 수 있다.	제59조(집행유예의 조건) ① 형의 집행을 유예하는 경우에는 보호관찰, 사회봉사, 수강, 치료 또는 피해회복을 명할 수 있다.	○ 집행유예 부과시, 처우를 다양화하기 위해 기존의 조건 외에 치료명령과 피해회복명령을 추가

집행유예시 처우의 다양화를 위해 보호관찰명령과 사회봉사명령, 수강명령 외에 현실적으로 도입이 가능한 조건들을 두고 논의를 거듭하였다. 피해회복명령의 도입과 관련하여 현행법하에서도 이미 소송촉진 등에 관한 특례법상 배상명령 제도나 민사소송법상 간이구제 제도 등이 인정되고 있어 실효성이 크지 않고, 민사·형사의 준별원칙에 위배될 소지가 있으며, 판사가 피고인의 재력상태를 구체적으로 심리하기 곤란하다는 이유로 부정적인 의견도 있었다. 하지만 피해회복명령은 금전적 배상만이 아니라 정신적 위로 등 정신적 원상회복도 포함하는 개념으로 부작용이 없을 뿐 아니라 피해회복명령으로 하여금 피해자 보호에 간접적으로 기여할 수 있도록 결과적 정의실현에 기회를 부여할 필요가 있고, 회복적 사법이라는 전세계적 형사정책적 동향에도 발맞추어갈 필요가 있다는 의견이 다수를 이루어 피해회복명령을 형사제재의 일환으로 도입하기로 결정하였다. 이 외에도 치료감호를 선고받을 정도에 이르지 않은 알코올중독자나 마약투여자에 대해

외래통근 치료의 수단으로 재활을 돕도록 하는 치료명령제도 도입을 결정하여 처우의 다양화를 도모하였다. 가택구금명령과 외출제한명령은 특별한 경우 전자감시제도와 결합시 구금형의 폐해를 극복하고 피고인의 사회복귀에 도움을 줄 수 있어 도입할 필요가 있다는 의견이 제시되기도 하였으나, 성범죄자나 정신이상자 등을 제외하고 모든 사건에 가택구금명령 등을 확대적용하게 할 경우 개인의 기본권을 과도하게 제한하는 경우가 있어 형법상 일반화된 수단으로 도입하기에 부적절하다는 이유로 이를 도입하지 않기로 하였다. 전자감시도 대상 범죄를 제한하지 않는 한 부과할 수 없도록 함으로써 특별법의 규율대상으로 삼았다.

3) 취소사유의 정비와 실효성 확보방안 마련

현행법	개정시안	비고
제64조(집행유예의 취소) ① 집행유예의 선고를 받은 제62조 단행의 사유가 발각된 때에는 집행유예의 선고를 취소한다. ② 제62조의 2의 규정에 의하여 보호관찰이나 사회봉사 또는 수강을 명한 집행유예를 받은 자가 준수사항이나 명령을 위반하고 그 정도가 무거운 때에는 집행유예의 선고를 취소할 수 있다.	제61조(집행유예의 취소와 조건의 추가·변경) 제59조의 규정에 의하여 집행유예의 조건을 부과받은 자가 준수사항이나 명령을 위반한 경우에 그 정도가 무거운 때에는 집행유예를 취소하거나 그 조건을 추가 또는 변경할 수 있다.	○ 형벌권 존부와 범위에 관하여는 검사에게 거증책임을 인정하고 있으므로 집행유예 취소사유 중 '선고 후 집행유예 결격 사유가 발각된 경우'를 제외 ○ 집행유예 조건 위반시 집행유예의 전부 취소 전의 중간단계로서 집행유예 조건의 추가, 변경 등 다양한 제재수단 도입

형벌권 존부와 범위에 관하여는 검사에게 거증책임을 인정하고 있으므로 집행유예의 선고를 받은 후 '집행유예 결격 사유가 사후에 발각된 경우'를 - 선고유예의 (실효사유의) 경우와 마찬가지로 - 집행유예 취소사유에서 삭제하기로 결정하였다. 이러한 전제하에서는 집행유예의 필요적 취소제도는 인정되지 않게 되고, 따라서 집행유예 실효사유에 해당하지 않는 유예기간 중의 범행은 개정시안에 따르면 임의적 취소사유로 처리되게 된다.

뿐만 아니라 현행형법에는 '준수사항이나 명령을 위반하고 그 정도가 무거운 때'를 집행유예의 임의적 취소사유로 규정하는데 그치고 있으나, 집행유예제도의 실효성을 확보하는 방안으로서 조건위반시 집행유예 전부 취소 전에 중간단계로서 집행유예

조건의 추가, 변경 등 백업제재를 부과할 수 있는 가능성을 열어두었다.

4) 형의 일부집행유예제도의 도입검토

법정형의 하한이 높은 범죄의 경우 실형과 집행유예 사이의 간극이 지나치게 크다는 이유로 형의 일부에 대한 집행유예제도를 도입할 필요성이 학계에서 제기되고 있는 데에 대해 형의 일부에 대한 집행유예제도는 법적 안정성을 저해할 우려가 있고, 종전의 단기 자유형의 폐해가 그대로 남아 있으며, 실형과 집행유예의 양형상 간극은 개별 조항의 법정형 조정을 통해 해결 가능하다는 이유로 일부 집행유예를 허용하지 않기로 결정하였다.

4. 양형원칙으로서의 책임주의 선언 등

현행법	개정시안	비고
제51조(양형의 조건) 형을 정함에 있어서는 다음 사항을 참작하여야 한다. 1. 범인의 연령, 성행, 지능과 환경 2. 피해자에 대한 관계 3. 범행의 동기, 수단과 결과 4. 범행후의 정황	제46조(양형의 원칙과 고려사항) ① 형을 정할 때에는 범인의 책임을 기초로 한다. ② 형을 정할 때에는 다음의 사항을 고려하여야 한다. 1. ..... 2. ..... 3. ..... 4. ..... 5. ..... ③ 벌금액을 정할 때에는 범인의 경제적 사정을 고려하여야 한다.	

최근 법관의 양형편차로 인해 자리잡은 사법부에 대한 신뢰 제고 차원에서 양형의 객관성과 투명성 및 신뢰성을 높이기 위한 형사사법기관들의 노력이 경주되고 있음을 반영하여 종래 양형의 조건에 관한 규정을 정비하였다. 먼저 양형의 원칙으로 책임주의 선언규정을 신설하여 책임의 정도를 넘는 형벌을 차단할 수 있는 근거를 마련하였다. 다음으로 판사가 책임범위이론에 따라 실무상 구체적인 양형을

할 때 예방목적을 고려할 수 있도록 양형의 원칙과는 다른 항에서 양형고려사항을 구분·재정비하기로 하였는바, 각 호의 구체적인 고려사항을 어떻게 확정할 것인지에 관해서는 전체회의에서 의견이 분분하여 현재 논의 중에 있다. 더 나아가 총액벌금형 제도를 채택하기로 한 이상, 벌금액을 정함에 있어서 부자와 빈자에 대한 재산상태를 고려할 필요가 있어 재산상태 고려의무를 신설하기로 하되, 범인의 재산상태라는 표현 대신에 경제적 사정이라는 표현을 사용하였다.

다른 한편 개정시안은 작량감경규정으로 인해 법관의 재량의 여지가 과도하게 행사될 수 있음을 방지하기 위해 감경사유를 객관적으로 보다 구체화하였다(이에 관해서는 본 공청회에서 별도의 독립된 주제로 다루기로 하였음).

5. 자복규정의 보완

현행법	개정시안	비고
제52조(자수, 자복) ① 죄를 범한 후 수사책임이 있는 관서에 자수한 때에는 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다. ② 피해자의 명시한 의사에 반하여 처벌할 수 없는 죄에 있어서 피해자에게 자복한 때에도 전항과 같다.	제47조(자수, 자복) ① 죄를 범한 후 수사기관에 자수한 때에는 형을 감경 또는 면제할 수 있다. ② 고소 또는 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있는 범죄와 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없는 범죄의 경우에 고소권자, 고발권자 또는 피해자에게 자복한 때에도 제1항과 같다.	○ 수사기관이 아닌 자에게 범죄를 고백한다는 점에서 반의사불벌죄 외에 친고죄 추가 ○ 자구수정

친고죄가 반의사불벌죄와 같은 구조인 점을 고려하여 친고죄에 대하여도 자복 규정을 두었다.

피해자에게 자신의 범죄를 알리고 용서를 구함으로써 피해자와의 과거의 범죄를 뉘우치는 정상이나 스스로 책임을 인정하는 경우에 형의 임의적 감면효과를 부여하는 규정의 취지를 최근 형사정책적으로 논의되는 원상회복이나 피해자-가해자-조정제도의 맥락속에 넣어 피해자에 대한 피해회복 또는 피해자-가해자-조정이 성공한 경우를 법률상 감면사유로 인정하자는 의견도 있었으나, 양형의 고려사유에서 해결가능하므로 도입하지 않기로 하였다.

6. 법률상 감경제도 보완

현행법	개정시안	비고
제55조(법률상의 감경) ① 법률상의 감경은 다음과 같다. 1. 사형을 감경할 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역 또는 금고로 한다. 2. 무기징역 또는 무기금고를 감경할 때에는 7년 이상의 징역 또는 금고로 한다. 3. 유기징역 또는 유기금고를 감경할 때에는 그 형기의 2분의 1로 한다. 4. 자격상실을 감경할 때에는 7년 이상의 자격정지로 한다. 5. 자격정지를 감경할 때에는 그 형기의 2분의 1로 한다. 6. 벌금을 감경할 때에는 그 다액의 2분의 1로 한다. 7. 구류를 감경할 때에는 그 장기의 2분의 1로 한다. 8. 과료를 감경할 때에는 그 다액의 2분의 1로 한다.	제48조(법률상의 감경)① 법률상의 감경은 다음과 같다. 1. 사형을 감경할 때에는 무기 또는 20년 이상 50년 이하의 징역으로 한다. 2. 무기징역을 감경할 때에는 10년 이상 50년 이하의 징역으로 한다. 3. 유기징역을 감경할 때에는 그 형기의 2분의 1로 한다. 4. (삭제) 5. (삭제) 4. 벌금을 감경할 때에는 그 금액의 2분의 1로 한다. 5. 구류를 감경할 때에는 그 장기의 2분의 1로 한다.	※ 2010.4.15. 공포된 형법일부개정안 제55조(법률상의 감경) ① 법률상의 감경은 다음과 같다. 1. 사형을 감경할 때에는 무기 또는 20년 이상 50년 이하의 징역 또는 금고로 한다. 2. 무기징역 또는 무기금고를 감경할 때에는 10년 이상 50년 이하의 징역 또는 금고로 한다. 3. 유기징역 또는 유기금고를 감경할 때에는 그 형기의 2분의 1로 한다. 4. 자격상실을 감경할 때에는 7년 이상의 자격정지로 한다. 5. 자격정지를 감경할 때에는 그 형기의 2분의 1로 한다. 6. 벌금을 감경할 때에는 그 다액의 2분의 1로 한다. 7. 구류를 감경할 때에는 그 장기의 2분의 1로 한다. (시행일 2010.10.16) ○ 형의 종류에서 자격상실과 자격정지, 그리고 과료를 삭제한데 따른 조정만 하였음

현행 형법은 유기징역형의 상한을 15년(가중시 25년)으로 하는 전제하에서 법률상의 감경이 규정되어 있으나, 2010.3.31. 국회를 통과한 개정안이 유기징역의 상한을 30년(가중시 50년)으로 함에 따라 법률상의 감경규정이 변경된 것을 개정시안에서도 그대로 수용하는 것을 원칙으로 하였다.

다만 종래 벌금형의 경우는 그 상한 액수를 기준으로 법률상의 감경을 하였으나, 개정시안은 벌금형 하한에 대하여도 법률상 감경이 가능하도록 '다액'을 '금액'으로 변경하였다.

7. 누범규정의 삭제

현행법	개정시안	비고
제35조(누범) ① 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년내에 금고이상에 해당하는 죄를 범한 자는 누범으로 처벌한다. ② 누범의 형은 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중한다.	삭제	○ 누범가중규정 폐지
제36조(판결선고 후의 누범발각) 판결선고후 누범인 것이 발각된 때에는 그 선고한 형을 통산하여 다시 형을 정할 수 있다. 단, 선고한 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 후에는 예외로 한다.	삭제	○ 누범가중규정삭제에 따라 삭제

일정한 요건만 충족되는 전과사실을 이유로 장기의 2배까지 가중하고 있는 누범가중규정에 대해서 이미 학계에서는 행위책임원칙에 반한다는 이유로 폐지견해가 다수를 이루었다. 2004년 사개위의 건의안에 따라 형사실체법정비위원회에서 논의가 본격화되었다. 이와 관련해서는 이미 형을 받은 자가 전판결에 의해 부여된 재범의 경고를 무시하고 보다 강화된 범죄에너지에 의하여 재범을 하였다는 점에서 책임이 가중되는 양형상의 가중사유로서 무조건 2배까지 가중하는 것은 책임원칙에 부합하지 않지만 전면적으로 폐지하기 보다는 요건적으젤한하여 후범을 고의범으로 젤한하고 가중은 2분의 자까지중하는이 적절하다는 의견도 있었으나, 실무상 적용사례가 거의 없고, 누범가중이 범죄억제력이 있는지도 의문이며, 교도소의 교정·재사회화 실패를 행위자에게만 돌리는 것은 부당하며, 무엇보다도 과거에 죄를 범하였다는 이유만으로 가중하는 것은 행위책임원칙에 정면으로 반하는 것이기 때문에 폐지하는 것이 타당하다는 의견이 다수를 이루었다. 제1소위 헐기 보유사한 이와 유사한 견해대립이 있었으나 이론적으로 책임주의원칙에 반한다는 의견이 우세하였고 상습범 및 누범가중규정 폐지를의 경로 관련에 보호감호제도를의도입하기중하는 것은 책누범가중화된 을 삭제하기중하하였지만 사뿞의 중요성필였다뿞하여 전체회의 것상정이 다수 전체회의 서는 누범(상습범) 제하기중위하력이 있기 때문에 무조건적인 폐지에 반 정는 의견이 제시되었지만,

보호감호제도의 도입을 전제로 하는 폐지론의 우세에 따라 누범가중규정을 폐지하는 결정을 내렸다. 그러므로 누범가중 규정 폐지 문제는 보호감호제도가 형법에 도입되는지 여부에 따라 결정될 것이다.

판결선고 후의 누범 발각시 다시 형을 정할 수 있도록 한 제36조의 규정은 이미 92년 형법개정안에서도 일사부재리원칙에 반할 뿐 아니라 형벌권존부와 범위에 관하여는 검사에게 거증책임을 인정하고 피고인에게 진술거부권을 보장하고 있는 것과 충돌된다는 이유로 삭제된 바, 제1소위에서도 같은 이유에서 삭제하는 것으로 결정하였다.

8. 가중감경의 순서 정비

현행법	개정시안	비고
제56조(가중감경의 순서) 형을 가중감경할 사유가 경합된 때에는 다음 순서에 의한다. 1. 각칙본조에 의한 가중 2. 제34조 제2항의 가중 3. 누범가중 4. 법률상감경 5. 경합범가중 6. 작량감경	제51조(가중감경의 순서) 형을 가중감경할 사유가 경합하는 때에는 다음 순서에 의한다. 1. 각칙본조에 의한 가중 2. (삭제) 3. (삭제) 4. 법률상 감경 5. 경합범가중 6. 정상감경	○ 누범가중 조항 삭제에 따른 정비 ○ 작량감경의 표제를 정상감경으로 변경한 데 따른 자구수정

9. 미결구금일수의 통산규정 정비

현행법	개정시안	비고
제57조(판결선고전구금일수의 통산) ① 판결선고전의 구금일수는 전부 또는 일부를 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다. ② 전항의 경우에는 구금일수의 1일은 징역, 금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류의 기간의 1일로 계산한다.	제52조(미결구금일수의 통산) ① 미결구금일수는 유기징역, 벌금에 관한 유치 또는 구류에 산입한다. ② 제1항의 경우에 구금일수의 1일은 징역, 벌금에 관한 유지 또는 구류의 기간의 1일로 계산한다.	○ 판결선고전 구금일수를 미결구금일수로 변경 ○ 일부산입은 적법절차원칙에 반한다는 헌재결정 취지에 따라 미결구금일수 일부 산입규정 폐지

미결구금기간의 '전부 또는 일부를 … 산입한다'로 함으로써 법관으로 하여금 미결구금일수의 형기산입의 범위를 재량에 의하여 결정하도록 하고 있는 현행 형법의 태도가 헌법상 무죄추정 및 적법절차원칙을 위배하여 합리성과 정당성 없이 신체의 자유를 지나치게 제한함으로써 헌법에 위반된다는 헌법재판소의 결정(2009.의 25, 선고 2007헌바25)게 제라 미결구금일수가 전부산입되도록 규정을 손질하였다.

10. 형의 실효제도 정비

현행법	개정시안	비고
제81조(형의 실효) 징역 또는 금고의 집행을 종료하거나 집행이 면제된 자가 피해자의 손해를 보상하고 자격정지 이상의 형을 받음이 없이 7년을 경과한 때에는 본인 또는 검사의 신청에 의하여 그 재판의 실효를 선고할 수 있다.	제78조(형의 실효) ① 형의 선고는 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 날로부터 징역 이상의 형을 받지 않고 다음의 기간을 경과하면 그 효력을 잃는다. 1. 3년을 넘는 징역은 10년 2. 3년 이하의 징역은 5년 3. 벌금은 2년 4. 구류는 1년 ② 제1항 제1호 또는 제2호의 경우에 그 기간의 2분의 1이 경과하고 피해배상 기타 정상에 참작할 만한 사유가 있고, 사회복귀에 필요하다고 인정하는 때에는 본인 또는 검사의 신청에 의해 형 선고의 효력을 잃게 할 수 있다.	○ 형의 실효 증에 관한 법률상 당연실효제도를 형법에 편입 ○ 재판상실효제도를 존치시키기로 하되, 실효에 필요한 기간을 현행 7년에서 당연실효 기간의 2분의 1 이상으로 변경

형법은 재판상 실효에 관한 규정만 두고 있고, 당연실효는 형의 실효 등에 관한 법률에 규정되어 있다. 동일한 효과를 발생시키는 제도를 두 개의 법률에 나누어 규정하는 것이 바람직하지 않다는 판단하에 형의 실효 등에 관한 법률상의 당연실효제도를 형법에 편입시키기로 결정하였다. 그리고 형법상의 재판상 실효제도를 존치시키기로 하되, 1992년 개정안과 같이 재판상 실효에 필요한 기간을 현행 7년에서 당연실효기간의 1/2이상으로 변경하였다.

11. 형벌제도 관련 규정의 편제 정비

형법총칙의 전면개정에 따라 총칙규정을 내용적·논리적으로 체계화하기 위해

조문을 추가하거나 삭제한 경우도 있고, 위치를 이동한 경우도 있고, 특히 보안처분에 관한 형법총칙의 규정들이 25개 조항이나 신설되었다. 형벌제도와 관련한 규정들의 편제상 주요 변화를 스케치하면 다음과 같다.

먼저 제1절 형의 종류와 경중에서 몰수는 순수한 형벌이 아니라 형벌적 성격을 가진 몰수와 보안처분적 성격을 가진 몰수를 모두 포함하므로 별개의 절(제8절 형의 소멸 → 제9조 몰수)을 만들어 규정하였다.

다음으로 제2절인 형의 양정에서는 책임주의를 양형의 원칙으로 선언하는 규정을 신설해 넣었고, 정상감경(현행 작량감경)할 수 있는 정도를 법률상의 감경의 예에 의하도록 법률상의 감경 뒤에 규정하고, 그 뒤에 선택형과 가중·감경, 가중·감경의 순서 규정을 위치시켰다.

제3절인 누범에 관한 규정은 책임주의를 철저히 하기 위해 삭제하였고, 제4절인 경합범에 관한 절은 범죄의 성립에 관한 규정이 아니라 범죄가 성립한 이후의 처벌, 즉 형에 관한 규정임을 고려하여 '죄'에 장에서 '형'의 장으로 이전하는 방향으로 논의하였으나, 죄와 형의 중간단계에 걸쳐 있는 성격을 감안하여 '죄'의 장과 '형'의 장 사이에 두기로 하였다.

Ⅳ. 형벌제도에 관한 개정시안에 나타난 형사정책적 기본방향

형법의 본래적인 과제로서의 법익보호와 법질서보호를 위해서는 가벌성의 요건에 관한 정밀한 도그마틱과 효과적인 형사제재체계가 필요하다. 이 가운데 효과적인 형사제재체계의 구축이 형법총칙개정작업의 중핵을 이룬다는 점은 주지의 사실이다. 효과적인 형사제재체계를 통해 법위반자가 다시 합법의 궤도 위를 걸을 수 있게 되고 이로써 형법의 예방적 법익보호와 법질서의 보호라는 과제가 효과적으로 수행될 수 있기 때문이다.

형사제재체계, 그 가운데 특히 형벌체계 분야에서는 - 가벌성의 요건 분야에서의 중핵적 요소가 평등원칙이나 법적안정성의 실현인 점과는 달리 - 형사정책적 합목적성, 실효성, 기능효율성 등의 가치가 개념형성과 체계형성에 중요한 변수로 작용한다. 하지만 이러한 가치들이 아무리 강조되더라도 형법은 사회통제수단의 일부분으로 최후수단이어야 하고 형법이 사용하는 형벌이라는 수단이 규범수범자의

법익을 침해하는 속성을 가지기 때문에 일정한 기본원칙에 의해 제한을 받지 않으면 안된다. 이 때문에 형벌제도의 개선과 관련한 형사정책적 방향설정에 있어서 출발점으로 삼아야 하는 몇 가지 기본원칙은 아무리 강조해도 지나치지 않는다. 가장 먼저 형법의 속성상 도출되는 최후수단원칙 내지 보충성원칙은 법익침해가 없거나 경미한 사회적 손해를 끼치는 행위는 비범죄화의 대상으로서 형벌이 투입되지 못하도록 한다. 다음으로 형벌의 투입의 근거와 투입되는 형벌의 정도를 제한하는 원칙으로서 책임주의 원칙을 들 수 있다. 이러한 의미의 책임주의는 헌법상의 지위를 누리고 있고, 행위자의 행위책임을 넘어서는 예방목적 내지 사회방위목적을 위한 형벌을 단호하게 거부하는 기능을 수행하고 있다. 계몽주의 이래 세계 각국의 형사정책이 지향점으로 삼아온 형법의 인도주의(인간화)도 기능합리성을 지향하는 형법과 형벌을 후퇴시키고 완화시키는 일에 결정적인 기본원칙으로 작용하고 있다. 특히 이러한 형법의 인도주의는 반인도주의적 형벌을 폐지하는 근거가 되었을 뿐 아니라 적극적 특별예방사상을 전면에 내세우면서 자유박탈적 제재 대신에 사회내 처우의 긍정적인 효과를 인식시키는데 단초로 작용하였다.

하지만 사회의 환경변화는 형벌체계로 하여금 이러한 형법의 후퇴와 형벌의 완화를 지향하는 형사정책적 방향성을 일관되게 운용하도록 내버려두지는 않는다. 오늘날 흉악범죄의 빈발 및 이에 대한 대중매체의 보도수준을 보면 강력한 억압적 형벌 이외에 어떤 다른 해결책도 무색케 할 정도의 위기감이 조성되고 있다. 경제범죄가 조장하고 있는 높은 사회적 유해성도 중벌주의를 호소하는 목소리에 힘을 실어주고 있다. 이 때문에 오늘날 우리사회는 책임주의의 테두리 속에서 형벌을 최소화시켜야 할 재사회적 형사정책과 위험한 범죄자들에 대한 위하적 예방목적을 최대화시키는 보안(예방)적 형사정책이라는 두 가지 방향 가운데 무엇을 지향점으로 삼아야 할 것인지를 중차대한 당면과제로 삼고 있다.

또한 여기에서 간과해서는 안되는 점은 최근 조성된 위기감에 의해 강조되고 있는 중벌주의가 지향점으로 삼고 있는 보안적 형사정책이 겨냥하고 있는 대상범죄(자)는 형사사법의 일상업무가 다루고 있는 전체 범죄의 일부에 불과하다는 점이다. 더 나아가 오늘날 한 국가의 형사정책적 기본방향을 설정함에 있어서는 국제사회의 그것과 조화를 이루지 않을 수 없는 바, 2차대전 이후 유럽과 미국 등 다른 국가들이 범죄에 대한 대응수단으로서 인도주의적 형법의 색깔을 만들어가기 위해 수많은 노력을 경주해 왔다는 사실을 눈여겨 보아야 한다. 그리고 이러한 맥락에서 보면 계몽주의 이래 인간화, 형벌완화, 형법의 후퇴가 일반적인

형사정책적 방향임에 반해, 일정한 범죄, 즉 고도의 사회유해적인 범죄들 특히 새롭게 대두되는 범죄들 및 사회의 위기감을 조장하는 성폭력범죄 등에 대해서는 보다 엄격한 형법적 개입을 요구하고 있는 이른바 다원화된 형사정책적 방향을 모색하는 것이 최선의 방편이라는 점을 인정하지 않으면 안된다. 이러한 관점에서 개정시안에 나타난 형사정책적 방향을 평가해 보면 다음과 같다.

먼저, 개정시안에서 입법부로서의 국회의 역할과 위상을 존중하는 태도에서 불가피하게 수용한 유기징역의 상향조정안은 다원적인 형사정책이라는 기본방향을 저버리고 중형주의 노선을 일반화시켜 이를 전면에 부각시킬 우려가 있다는 점에서 그 자체 문제점을 가지고 있다. 일원주의적 보안형벌제도가 일쌈게 될 '형벌사칭'의 폐해는 종래의 이원주의하에서 보호감호가 자행한 '명칭사기'의 폐해보다 더 암암리에 그리고 폭넓게(형법전반에 걸쳐) 퍼지게 될 우려가 있다. 책임과 무관한 예방적 고려를 중핵으로 삼아 형벌을 상향조정하다 보면 상향조정된 형벌의 양 가운데 일정부분은 분명히 행위책임을 넘어선 형벌 아닌 형벌로 채워지게 될 수 있기 때문이다. 그럼에도 불구하고 개정시안은 다른 한편 형벌제도를 목적합리적으로 정비하면서도 기본바탕에 깔고 있는 책임원칙의 중요성을 저버리지 않고 있기 때문에 일종의 타협책을 구사하고 있는 것이 눈에 두드러진다. 개정시안에는 책임주의가 가지는 형법의 위상을 간과하지 않고, 이를 양형의 기본원칙으로 내세우고 있을 뿐 아니라 종래 행위책임원칙에 반한다는 비판을 받아 온 누범 및 상습범 가중처벌규정을 삭제하는 동시에 형법전에 보호감호제도를 (재)도입하는 이원주의적 제재모델을 채택하고 있기 때문이다. 이러한 태도가 책임주의의 헌법적 지위를 적극적으로 인정하는 실무의 태도와도 미래지향적으로 조화를 이룰 수 있다는 점은 재언을 요하지 않는다.

뿐만 아니라 개정시안은 형벌을 사회통제수단으로 사용함에 있어 소극성을 견지하는 자세를 유지하여 자유박탈적 제재가 최후수단이어야 한다는 법치국가적 형법의 요청을 관철시키려는 노력을 곳곳에서 보여주었다. 자유박탈적 제재의 해악적인 효과를 가능한 한 피하기 위해 사회내 제재수단의 요건을 확대하였고, 제재체계에서 벌금형의 상승세를 고려하여 벌금형의 집행유예제도까지 도입한 것을 그 예로 들 수 있다.

특히 개정시안은 최근의 국내외적인 형사정책적 동향을 충분히 수용하여 피해자에 대한 원상회복이 있을 경우 이를 형벌의 독자적 감면사유로 인정하는 정책적 결단까지는 보여주지 못하였지만, 피해회복을 집행유예의 조건의 하나로 인정함

으로써 형사제재체계 속에서 범죄피해자의 이익을 고려하여야 한다는 피해자 우호적 형사정책적 방향성도 최초로 개정시안에 도입하였다. 뿐만 아니라 개정시안은 사회봉사명령이나 피해회복명령 등을 독자적 제재수단으로 형법전에 편입시키는 데에도 소극적인 자세를 보이고 있지만, 또한 보다 많은 사회내 제재수단들을 도입하여 처우의 다양화를 이루지는 못하고 있지만, 치료명령이나 피해회복명령 등을 새롭게 도입하고 이러한 수단들을 유예제도와 결부시킴으로써 비독자적인 형사제재로 인정함으로써 사회내처우의 확대를 추구하고 있다는 점에서 진전을 보여주고 있다. 더 나아가 개정시안은 구류제도는 존치시킴으로써 완전한 자유형의 단일화는 이루지 못했지만, 금고형을 폐지하여 징역형으로 통일시킴으로써 수형자의 재사회화를 위한 작업의 교정수단성을 정면으로 인정하였고, 과료를 폐지함으로써 불법의 양이 경미한 많은 행위태양들을 비범죄화시킬 수 있는 가능성을 열어주고 있다.

개정시안이 도모하고 있는 형벌제도의 합리화와 관련한 긍정적인 측면이 보다 폭넓게 그리고 극대화되게 나타나게 하려면 형법각칙의 범죄구성요건의 변화를 수반하여야 한다. 법정형의 수위를 합리적으로 조정해야 하고, 선택형으로서 벌금형의 인정폭을 넓혀야 하며, 상향된 유기징역의 상한이 일반적인 중형주의로 흘러가지 않도록 하기 위해 특별한 고위험군에 해당하는 범죄를 제외하고는 법정형의 상한을 조절하여 하한과 상한의 폭을 좁히는 방편을 사용하지 않으면 안 될 것이다. 개정시안이 지향하고 있는 형사정책적 기본방향을 가늠하려면 형벌제도 뿐 아니라 형법총칙의 다른 분야, 더 나아가 형법각칙 분야의 법정형과 범죄구성요건의 변화상까지도 모두 확정된 연후에야 가능할 것이다.

Ⅴ. 나오는 말

개정시안이 보여주고 있는 형법이라는 명함이 우리사회의 모든 변화를 정확하고도 빈틈없이 반영하고 있는지는 미지수이다. 하지만 우리의 입법자가 사회의 변화에 따라 제때에 그 명함을 바꾸는 기회를 실기하였기 때문에 개정시안이 한꺼번에 너무 많은 것을 담아야 할 정도로 과도한 부담을 주고 있는 것은 분명하다. 이 때문에 50여년만에 시도된 전면적인 개정을 단번에 그리고 성공적으로 이루어

내려는 시도는 지금까지 흔들려온 형사정책적 진동추나 변화된 형벌이데올로기를 제대로 포착하는데 애초부터 한계를 가지고 있다고 해도 과언이 아니다.

개정시안에서 나타나고 있는 여러 가지 형사정책적 방향 가운데 가장 두드러진 한가지를 꼽으라면 형벌제도의 합리화이다. 개정시안에는 다원주의적 형사정책을 기조로 삼아 통일적인 형사실무를 위한 전제조건을 충족시키는 동시에 실용성과 합리성을 추구하려는 노력들이 표현되어 있다. 특히 개정시안에는 그동안 불신되어 온 형사사법의 신뢰성을 회복하기 위해 구체적인 제재를 확정할 때 구체적인 타당성을 확보하기 위해 법관의 재량을 넓히기 보다는 처벌수위의 예측가능성과 통일성을 확보하려는 노력의 흔적들이 있다. 무엇 보다 개별조항으로 구체화되지는 못했지만 특정한 조문의 추가 또는 삭제, 개별 요소들의 생성·제거 또는 변형들은 영원히 평행선을 달릴 것 같은 날선 대립적 입장들을 절묘하게 타협한 결과물들이라고 할 수 있다. 이러한 배경적 사실들을 모두 안다면 개정시안은 많은 조항들은 형법의 최소화를 요구하는 '폐지주의'와 형법에서 보다 엄중한 처벌을 요구하는 '억압주의'의 사이에서 벌어지고 있는 절묘한 줄타기를 보여준 것이라고 할 수 있다. 이번 공청회를 통해 외부에 공개된 개정시안이 그동안 미루어두었던 논의를 본격적으로 시작할 확고한 출발점으로 제공되는 동시에 더 많은 착안점과 개선점을 공급받아 더욱 훌륭한 형법개정안으로 거듭나기를 기대한다.

자료 : 1992년 법무부형법개정안과 2009년 형법개정연구회 개정시안

1992년 법무부형법개정안	2009년 형법개정연구회 개정시안
제36조(형의 종류) 형의 종류는 다음과 같다. 1. 사형 2. 징역 3. 금고 4. 자격정지 5. 벌금 6. 구류 7. 과료	제41조(형의 종류) ① 형의 종류는 다음과 같다. 1. 사형 2. 자유형 3-5. 삭제 6. 벌금 7-9. 삭제 ② 자유형을 선고하는 경우 피고인의 재사회화를 위하여 필요하다가 판단될 때에는 작업의무를 부과할 수 있다.
제37조(징역, 금고) 징역 또는 금고는 무기 또는 유기로 하고, 유기는 1월 이상 15년 이하로 한다. 다만 유기징역 또는 유기금고에 대하여 형을 가중하는 때에는 25년까지로 한다.	제42조(자유형) 자유형은 무기 또는 유기로 하고, 유기는 1월 이상 20년 이하로 한다. 다만 자유형을 가중하는 때에는 30년까지로 한다.
제38조(형의선고에 따른 자격상실과 정지) ① 사형, 무기징역 또는 무기금고의 형을 선고받은 자는 다음에 기재한 자격을 상실한다. 1. 공무원이 되는 자격 2. 공법상의 선거인이나 피선거인이 되는 자격 3. 법률로 요건을 정한 공법상의 업무에 관한 자격 4. 법인의 이사, 감사 또는 지배인 기타 법인의 업무에 관한 검사인이나 재산관리인이 되는 자격 ② 유기징역 또는 유기금고의 형을 선고받은 자는 그 형의 집행을 종료하거나 면제받을 때까지 제1항 제1호 내지 제3호에 기재된 자격이 정지된다.	제43조(형의 선고에 따른 자격의 상실과 정지) ① 사형 또는 무기자유형의 판결을 받은 자는 다음에 기재한 자격을 상실한다. 1. 공무원이 되는 자격 2. 공법상의 선거권과 피선거권 3. 법률로 요건을 정한 공법상의 업무에 관한 자격 4. 법인의 이사, 감사 또는 지배인 기타 법인의 업무에 관한 검사역이나 재산관리인이 되는 자격 ② 유기자유형의 판결을 받은 자는 그 형의 집행을 종료하거나 면제될 때까지 전항 제1호 내지 제3호에 기재된 자격이 정지된다.
제44조(양형의 기준) ① 형을 정함에 있어서는 범인의 책임을 기초로 한다. ② 형을 정함에 있어서는 다음의 사항을 고려하여야 한다. 1. 범인의 연령, 지능, 품행, 경력과 환경 2. 피해자에 대한 관계 3. 범행의 동기, 목적, 방법과 결과	제51조(양형의 기준) ① 형을 정함에 있어서는 행위자의 책임을 기초로 하며, 어떠한 경우에도 책임의 한도를 초과할 수 없다. ② 형을 정함에 있어서는 다음의 사항을 고려하여야 한다. 1. 범인의 연령, 지능, 성격, 경력과 환경 2. 피해자에 대한 관계

1992년 법무부형법개정안	2009년 형법개정연구회 개정시안
4. 범행후의 범인의 태도와 정황 ③ 사형의 선고는 특히 신중히 하여야 한다. ④ 벌금액을 정함에 있어서는 범인의 재산상태를 고려하여야 한다.	3. 범행의 동기, 목적, 방법과 결과 4. 범행 후의 정황 5. 범인의 개선과 재사회화 가능성
	제51조의 2(단기자유형의 제한) ① 범죄예방을 위하여 자유형을 과하여야 할 필가피한 경우에 한하여 6월 미만의 자유형을 선고할 수 있다. ② 제1항에 의한 자유형의 선고가 불가피한 경우가 아닌 한 벌금형을 선고하여야 한다.
제45조(자수, 자복) ① 죄를 범한 후 수사기관에 자수한 때에는 형을 감경 또는 면제할 수 있다. ② 고소 또는 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있는 범죄와 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없는 범죄의 경우 고소권자, 고발권자 또는 피해자에게 자복한 때에도 제1항과 같다.	제52조(자수, 자복) ① 죄를 범한 후 수사기관에 자수한 때에는 형을 감경 또는 면제할 수 있다. ② 고소 또는 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있는 범죄와 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없는 범죄의 경우 고소권자, 고발권자 또는 피해자에게 자복한 때에도 제1항과 같다.
제47조(정상감경) ① 범죄의 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 그 형을 감경할 수 있다. ② 법률상의 감경을 하는 경우에도 정상감경을 할 수 있다. ③ 제46조 제1항의 규정은 정상감경에 이를 준용한다.	
제00조(미결구금일수의 통산) ① 미결구금일수는 그 전부 또는 일부를 유기징역, 유기금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류에 산입한다. ② 제1항의 경우에는 구금일수의 1일은 징역, 금고, 벌금이나 과료에 관한 유치 또는 구류의 기간의 1일로 계산한다.	제57조(판결선고전 구금일 수의 통산) ① 판결선고전의 구금일수는 그 전부를 자유형 또는 벌금에 관한 유치에 산입한다. ② 제1항의 경우에 구금일수에 관한 1일은 자유형 또는 일수벌금에 관한 유치의 기간의 1일로 계산한다.
제58조(선고유예의 요건) ① 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우에 제44조 제2항(현행 제51조)의 사항을 고려하여 뉘우치는 정상이 뚜렷한 때에는 그 선고를 유예할 수 있다. 단, 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자에 대하여는 그러하지 아니하다.	제59조(선고유예의 요건) ① 1년 이하의 자유형 또는 180일수 이하의 벌금형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 재범의 위험성이 없다고 인정될 때에는 6월 이상 2년 이하의 기간을 정하여 그 선고를 유예할 수 있다. 다만, 자유형 이상의 형을 선고받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 5년까지의 기간에 고의로 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1992년 법무부형법개정안	2009년 형법개정연구회 개정시안
제59조(보호관찰) ① 형의 선고를 유예하는 경우에 재범방지를 위하여 지도 및 원호가 필요한 때에는 보호관찰을 받을 것을 명할 수 있다. ② 제1항의 규정에 의한 보호관찰의 기간은 1년으로 한다.	제59조의 2(선고유예의 조건) ① 형의 선고를 유예하는 경우에 보호관찰을 받을 것을 명할 수 있으며, 보호관찰을 받을 것을 명하는 때에는 다음 각 호 가운데 하나 또는 수개의 명령을 부과할 수 있다. 다만, 벌금형의 선고유예 시에는 제1호 내지 제5호의 명령만 부과할 수 있고, 자유형의 선고유예 시에 제6호 내지 제7호의 명령을 부과하는 경우에는 피고인의 동의를 받아 전자감독의 실시를 명할 수 있다. 1. 사회봉사명령 2. 수강명령 3. 치료명령 4. 피해회복명령 5. 기금납부명령 6. 가택구금명령 7. 외출제한명령 ② 제1항의 규정에 의한 보호관찰의 기간은 선고를 유예한 기간으로 한다. 다만, 법원은 유예기간의 범위 내에서 보호관찰기간을 정할 수 있다. ③ 사회봉사명령, 수강명령, 치료명령, 피해회복명령, 기금납부명령, 가택구금명령 또는 외출제한명령은 선고유예기간내에 이를 집행한다.
제00조(선고유예의 효과) 형의 선고유예가 실효됨이 없이 2년을 경과한 때에는 면소된 것으로 본다.	제60조(선고유예의 효과) 형의 선고유예를 받은 날로부터 그 선고유예가 실효됨이 없이 유예기간을 경과한 때는 면소된 것으로 본다.
제00조(선고유예의 실효) ① 형의 선고유예를 받은 자가 유예기간 중에 범한 죄로 자격정지 이상의 형을 선고받아 그 판결이 확정된 때에는 유예한 형을 선고한다. ② 제59조의 2의 규정에 의하여 보호관찰을 명한 선고유예를 받은 자가 보호관찰기간 중에 준수사항을 위반하고 그 정도가 무거운 때에는 유예한 형을 선고할 수 있다.	제61조(선고유예의 실효) ① 형의 선고유예를 받은 자가 유예기간 중 고의로 범한 죄로 자유형 이상의 형을 선고받아 그 판결이 확정된 때에는 유예한 형을 선고한다. ② 제59조의 2의 규정에 의하여 보호관찰을 명한 선고유예를 받은 자가 보호관찰기간 중에 준수사항이나 명령을 위반한 경우에 그 위반의 경중에 따라 유예한 형을 선고하거나 선고유예의 조건을 추가 또는 변경할 수 있다.

1992년 법무부형법개정안	2009년 형법개정연구회 개정시안
3. 제1호 또는 제2호의 대가로 취득한 물건 ② 범인이 소유하지 아니하는 제1항에 기재한 물건은 공공에 해가 되거나 범죄행위에 제공될 염려가 있는 때에 한하여 몰수할 수 있다. 다만 범인외의 자가 범죄후 그 정을 알면서 취득한 물건은 이 규정에 불구하고 몰수할 수 있다. 제90조(보상) 범인 이외의 자가 소유하거나 물권을 취득한 물건을 몰수한 때에는 그 손실을 보상하여야 한다. 다만 그 물건이 범죄행위에 제공됨에 있어서 범인 외의 자에게 책임이 있거나 그가 정을 알고서 그 물건, 물권 또는 이익을 취득한 때에는 그러하지 아니하다.	2. 범죄행위로 생긴 물건 또는 재산상의 이익 3. 범죄행위로 인하여 취득한 물건 또는 재산상의 이익 4. 범죄행위의 보수로 받은 물건 또는 재산상의 이익 5. 제1호 내지 제4호의 대가로 취득한 물건 또는 재산상의 이익 6. 제2호 내지 제5호의 물건 또는 재산상의 이익(범죄수익이라 한다)의 과실로서 얻은 재산, 대가로서 얻은 재산, 이들 재산의 대가로서 얻은 재산 기타 범죄수익의 보유, 처분, 변형, 증식에 의하여 얻은 재산(범죄수익에서 유래한 재산이라 한다) 제82조의 3(제3자 소유 재산의 몰수) 범인 이외의 자가 소유하는 다음 기재의 물건 또는 재산상의 이익은 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다. 1. 범죄후 범인 이외의 자가 그 정을 알면서 취득한 제82조의 2 각호의 물건 또는 재산상의 이익 2. 범죄행위로 인하여 범인 이외의 자에게 직접 귀속한 물건 또는 재산상의 이익 3. 제1호 이외의 공공에 해가 되거나 범죄행위에 제공될 염려가 있는 제82죄의 2 각호의 물건 또는 재산상의 이익. 단, 범인 외의 자의 귀책사유를 고려하여 범인 외의 자가 몰수로 인하여 받는 손실의 전부 또는 일부를 보상한다. 제84조의 4(상속, 증여재산 등의 몰수) 몰수할 수 있는 물건 또는 재산상의 이익(불법재산)이 범인 이외 자에게 상속, 증여되거나 현저하게 저가로 귀속된 경우에는 그 재산의 전부 또는 일부를 몰수할 수 있다. 제82조의 5(혼합재산의 몰수) 불법재산이 불법재산 외의 재산과 혼합된 경우에 그 불법재산을 몰수할 때에는 그 혼합에 의하여 생긴 재산(혼합재산) 중 그 불법

1992년 법무부형법개정안	2009년 형법개정연구회 개정시안
	재산(당해 혼합에 관련된 부분에 한한다)의 금액 또는 수량에 상당하는 부분을 몰수할 수 있다.
제88조(몰수 등의 특례) 몰수, 추징 또는 폐기는 행위자에게 유죄의 재판을 하지 아니하거나 공소를 제기하지 아니하는 경우에도 그 요건이 있는 때에는 이를 선고할 수 있다.	제82조의 7(몰수 등의 특례) 몰수, 추징 또는 폐기는 행위자에게 유죄의 재판을 하지 아니하거나 공소를 제기하지 아니하는 경우에도 그 요건이 있는 때에는 이를 선고할 수 있다.
제89조(몰수의 효과) 몰수의 재판이 확정된 물건은 국고에 귀속한다.	제82조의 8(몰수, 추징의 효과) 몰수 또는 추징의 재판이 확정된 물건 또는 재산상의 이익은 국고에 귀속한다.
제91조(추징의 시효) ① 추징을 선고한 재판이 확정된 후 집행을 받지 아니하고 3년이 경과하면 시효가 완성되어 그 집행이 면제된다. ② 제83조 제2항(시효중단)의 규정은 제1항의 규정에 준용한다.	제82조의 10(몰수 및 추징의 시효) ① 몰수, 추징, 폐기를 선고한 재판이 확정된 후 집행을 받지 아니하고 5년이 경과하면 시효가 완성되어 그 집행이 면제된다. ② 몰수와 추징에 있어서 시효는 강제처분을 개시함으로 인하여 중단된다.
제92조(보안처분의 종류) 보안처분의 종류는 다음과 같다. 1. 보호감호 2. 치료감호 3. 보호관찰	제00조(보안처분) ① 보안처분은 과거의 범죄행위, 장래에 예상되는 범죄행위 그리고 그 위험성의 정도와 비례하여야 한다. ② 보안처분의 종류는 다음과 같다. 1. 치료감호 2. 보호관찰 3. 전자감독

지정토론문

형벌제도의 정비

천 진 호

(동아대 교수)

MINISTRY OF JUSTICE • REPUBLIC OF KOREA

법무부

형벌제도의 정비와 형사정책적 기본방향 토론문

천 진 호
동아대학교 법학전문대학원 교수

Ⅰ. 토론의 전제

먼저 지난 3년간 형법 총칙 개정안을 성안하기 위해 수고해 주신 법무부 형사법 개정특별분과위원회의 위원님들께 감사와 존경의 마음을 표합니다. 아시다시피 형법 총칙의 개정 논의는 1984년부터 형사법 교수님들이 참여하여 심도있는 논의를 거쳐 1992년 법무부가 형법개정안을 마련하였으나 1995년 형법 개정과정에서는 선고유예와 집행유예 및 가석방에서 보호처분을 병과하는 정도의 개정에 그침으로써 1953년 제정된 형법 총칙의 내용을 그대로 답습해 오고 있습니다. 이러한 시점에서 법무부 형사법개정특별분과위원회가 그 동안 발전된 학설과 판례 및 선진외국의 입법례 등을 포괄하여 형법 제정 60여년 만에 총칙 개정안(이하 '개정안'이라 한다)을 마련하였다는 것은 앞으로 우리 사회가 지향해야 할 형사입법과 형사정책을 방향을 제시하고 있다는 점에서 참으로 의미있는 작업이라고 할 수 있습니다.

토론자는 2009년 2월 형사정책연구원의 연구용역으로 한국형사정책학회가 위촉하여 구성된 죄수·형벌론 분야 형법개정연구회의 위원장으로 참여하여 형법 제35조 이하 제82조까지의 규정들을 검토·논의하여 죄수·형벌 규정들에 대한 개정시안(이하 '개정시안'이라 한다)을[1] 제시하였으며, 2008년 한국형사법학회 형법개정연구회가 성안한 형법총칙 개정시안과 2009년 형법각칙 개정시안은 현재 한국형사법학회 형법개정검토위원회에서 재검토와 자구수정 등에 대한 논의를 거쳐[2]

1) 개정시안의 내용은 발표문의 자료로 수록되어 있다.

2) 예를 들어 학회 개정시안 제59조의 제1항은 선고유예의 조건으로 형의 선고를 유예하는 경우에 보호관찰을 받을 것을 명할 수 있으며, 보호관찰을 받을 것을 명할 때에는 사회봉사명령, 수강명령, 치료명령, 피해회복명령, 기금납부명령, 가택구금명령, 외출제한명령 가운데 하나 또는 수개의 명령을 부과할 수 있도록 규정하였으나, 형법개정검토위원회의 재검토과정에서 치료명령, 기금납부명령, 가택구금명령, 외출제한명령은 삭제하기로 하였다.

추계국제학술회의에서 한국형사법학회 개정안을 제시할 계획으로 있습니다. 앞으로 법무부 형사법개정특별분과위원회와 한국형사법학회가 성안한 형법총칙 개정안의 내용들에 대해 학계와 실무계의 활발한 논의를 기대하며, 다수가 공감할 수 있는 개정안이 국회에 제출되어 조속히 시행될 수 있기를 바랍니다.

본 토론은 토론자 개인적인 의견보다는 죄수·형벌론 분야 형법개정연구회가 제시한 개정안의 취지와 내용에 따라 발제문에 대한 평가와 함께 앞으로 검토되어야 할 보충적인 내용들을 제시하고자 합니다.

Ⅱ. 법무부 형사법개정특별분과위원회의 형벌론 개정안에 대한 평가

법무부 형사법개정특별분과위원회는 형벌론 분야의 개정과 관련하여 사법개혁추진위원회의 위임과제인 절대적 종신형 제도의 도입, 징역과 금고의 단일화 문제, 유기징역형 상향 조정, 단기자유형 문제, 명예형 규정의 삭제, 일수벌금제도의 도입, 벌금 분납제도 도입 여부, 벌금형에 대한 집행유예 제도 도입 여부, 벌금형에 대한 보호관찰·사회봉사명령·수강명령 부과 여부, 과료제도의 폐지, 벌금 미납시 사회봉사명령 부과 방안 검토 등 11개 과제와, 1992년 법무부 개정안의 내용인 사형제도의 재고, 몰수의 재고, 책임주의와 양형, 자복 규정의 보완, 법률상 감경 제도 보완, 미결구금일수의 통산, 형의 실효 제도 정비, 보안처분의 형법전으로의 이전 등 8개 과제, 사법개혁추진위원회의 위임과제이면서 1992년 법무부 개정안의 내용인 선고유예제도의 재고, 집행유예제도의 재고, 그리고 노역장 유치기간의 재고 등 22개 규정 내용들을 검토한 바 있다.[3)]

3) 개정시안은 상습도박죄를 제외한 각칙상의 상습범 규정의 전면 폐지와 함께 누범 규정의 삭제, 그리고 금고형을 폐지하고 징역형으로 자유형을 단일화하되 정역 부과는 형 선고와 동시에 할 수 있도록 하는 한편, 일수벌금형제도의 도입과 이에 따른 경합범 처리방법의 개정, 그리고 벌금형에 대한 집행유예 도입, 구류 및 과료의 폐지와 몰수형의 전면적 개정 등 형벌 분야에 있어 거의 전면 개정에 가까운 개정안을 마련하였다. 다만 사형제도의 존치 여부에 대해서는 형법개정연구회의 검토 과정에서 3차례의 회의를 거치는 등 다른 쟁점보다도 더욱 심도있게 관련 자료들과 지금까지 제시된 학자들의 견해들을 분석하면서 의견을 나누었으나 결론을 도출하는 것이 쉽지 않았으며, 사형집행에 반대하는 형사법 학자들의 성명서가 나온 상태에서 학회 소속의 형법학자들의 의견을 묻는 설문 조사 등의 방법도 제기되었으나 6개월이라는 연구기간의 제한 등으로 인해 학회 의견을 제시하는 것은 어렵다고 판단하였다. 다만 연구회 내부의 논의과정에서는 근소한 의견차로 존치하기로 정리하였다.

먼저 개정안의 전반적인 개정 방향과 내용들을 살펴보면 형벌론 분야의 개정은 그 동안 우리 사회의 경제성장에 따른 시민생활의 다변화와 가치관의 다양화, 그리고 우리 형법학에 있어 비약적으로 발전된 이론과 더불어 새롭게 제시되고 있는 제도 등의 반영, 나아가 21세기 선진민주국가에 걸 맞는 형벌의 정당성과 함께 형벌 목적의 적정한 실현을 개정의 큰 방향으로 설정하여야 한다는 점에서 의미가 있다. 그러나 개정안은 금고형을 폐지하고 징역형으로 자유형을 단일화한 점, 몰수제도와 형의 실효제도의 정비, 집행유예조건의 추가, 벌금형에 대한 집행유예와 양형원칙으로서의 책임원칙 규정의 신설 등에 그치고 있어 20년 이전의 1992년 법무부 개정안의 내용과 별다른 차이가 없고, 그 동안 학계에서 논의되어 온 형벌론 분야의 개정 내용들 뿐만 아니라 1990년 이후 선진외국의 입법들이 새롭게 도입하거나 보완하고 있는 다양한 형벌 규정들과 관련된 논의들을 포섭하는데 있어서는 미흡하다고 보인다. 발제자가 언급한대로 개정안의 방향이 형벌의 정당성 확보와 우리 사회의 변화를 반영하는 형벌제도의 민주화를 근간으로 형사정책적 기본방향의 변화를 감지하고 미래지향적인 개정안을 마련하기 위한 것이었다면 규정과 제도를 실현함에 있어 현실적인 장애가 예상된다 하더라도 좀 더 적극적인 방향에서 앞으로 지향해야 하는 우리 사회의 정체성을 담아야 할 것이다.

이런 점에서 본다면 개정안이 경범죄에 대한 형사제재인 과료형은 폐지하면서 구류형을 존치하고 있는 것은 단기자유형의 폐해와 더불어 다양한 형사제재를 활용할 수 있다는 점에서 재검토가 필요하다고 본다. 구류형을 폐지한다고 해서 기존의 구류형 처분의 위반행위에 대한 형사제재의 공백이 발생하는 것이 아니라 자유형을 대체하는, 그러면서도 형사제재의 실효성을 확보할 수 있는 제도를 도입하는 것이 바람직할 것이다.

그리고 벌금형의 분남과 연납제도가 법무부령인 검찰사건사무규칙에 규정되어 시행되고 있다 하더라도 죄형법정주의라는 형법의 기본원칙에 충실할 필요가 있다는 점에서 그 근거규정을 형법에 명확하게 규정해야 할 것이다.

개정안은 선고유예의 요건으로 벌금형의 상한을 300만원 이하로 제한하고 있는데, 일수벌금제도가 도입되지 아니한 개정안의 내용상 300만원 이하의 벌금이 1년 이하의 징역과 상응한다고 보기도 어렵다. 또한 개정안은 집행유예의 조건으로 치료명령과 피해회복명령을 추가로 신설하면서 선고유예의 조건에는 사회봉사와 수강명령만을 도입하고 있는데, 이미 충분히 논의되었다고 하더라도 형벌의 다양화와

실효성의 확보라는 점에서 선고유예의 조건으로 피해회복명령의 도입과 함께 집행유예의 조건으로 다양하게 논의되고 있고 외국 입법례들이 시행하고 있는 일정 작업의 금지나 기금납부명령, 가택구금명령, 외출제한명령 등을 도입하는 방안들도 재검토되었으면 한다.

그리고 개정안 제46조는 양형의 기준으로 "형을 정함에 있어서는 범인의 책임을 기초로 한다."라고 하여 1992년 법무부 개정안과 마찬가지로 영형원칙으로서 책임주의 선언 규정을 신설하였는데, 양형이 행위자의 책임을 기초로 하더라도 발제자가 언급한대로 예방을 고려하는 차원에서 책임의 상한과 하한을 넘을 수 있는지에 대해서는 여전히 논란이 있을 수 있다. 따라서 1992년 한국형사법학회 개정안과 2009년 개정시안처럼 형을 정함에 있어서는 행위자의 책임을 기초로 하되 '어떠한 경우에도 책임의 한도를 초과할 수 없다'는 제한 규정을 두는 것에 대해서도 검토가 있었으면 한다.

Ⅲ. 개정안에 대한 건의

개정안은 재산상태에 관한 충분한 기초조사가 이루어지기 곤란한 현 실정에서 일수벌금형제도를 도입할 경우 오히려 사법부에 대한 불신을 가중시키고 형평성 시비를 불러일으킬 우려를 감안하여 일수벌금형제도를 도입하지 않고 대신에 재산상태에 따라 벌금형의 형벌효과가 달라지는 폐해를 줄이기 위해 양형의 고려사항으로서 범인의 재산 상태를 의무적으로 고려하도록 하는 규정을 신설하고 있다. 현행 형법의 벌금형은 일정액을 총액으로 선고하는 총액벌금형제도이다. 총액벌금형제도는 범죄인의 불법과 책임을 정확하게 액수로 산정할 수 없다는 문제점이 있으며, 벌금총액의 산정에 범죄인의 빈부차를 고려할 수 없어 가난한 자에게는 대체자유형의 집행으로 단기자유형으로의 전환을 강제하고, 부자에게는 형벌의 목적을 달성할 수 없다는 비판점이 있다.

이러한 총액벌금형제도의 문제점을 해결하기 위한 방안으로 일수벌금형제도의 도입여부가 꾸준히 논의되고 있는데, 일수벌금형제도란 범행의 경중에 따라 일수를 정하여 행위자의 재력에 따라 일수당 정액을 결정하여, 일수에 일수정액을 곱하여 벌금액을 산정하는 제도로서 독일, 프랑스, 스페인, 스위스와 오스트리아도 이를

도입하여 시행중에 있다. 일수벌금형은 먼저 불법과 책임이 동일한 행위를 일수로 산정하고 일수정액을 평가할 때 행위자의 경제적 능력 등을 고려함으로써, 법관의 양형과정에서 발생되는 자의적 판단을 배제함으로써 양형상의 격차를 최소화할 수 있다는 점에서 합리적 벌금형 산정방법이다. 그리고 경제적 능력에 적합한 벌금형을 부과함으로써 실질적으로 동등한 형벌효과와 목적을 달성할 수 있고 대체자유형의 집행가능성을 감소시킴으로써 단기자유형의 폐해로부터 벌금미납자를 보호할 수 있기 때문에 형사사법제도의 신뢰증진의 측면이 있다. 또한 벌금형 미납시의 환형유치에 대한 기준을 명확하게 제시할 수 있는 장점을 가진 제도이다.

따라서 비록 현실적으로 일수벌금을 산정하는데 지금의 사법제도상 어려움이 있다 하더라도 이번 개정안이 향후 형사입법의 10년 내지 20년의 사회변화를 내다보고 이를 반영하고자 한다면 양형위원회의 설치에 따른 합리적인 양형기준의 설정과 함께 양형조사관의 활용을 통해 앞으로 이러한 문제점을 극복할 수 있을 것으로 본다. 현재 벌금미납률과 미납벌금에 징수방법의 한계 등을 고려한다면 종래의 총액벌금형제도의 결점을 보충하여 행위자의 불법과 벌금형과의 명백한 기준을 제시함으로써 피고인의 자력에 관계없이 동일한 형벌적응력을 갖게 한다는 점에서 정의의 관념과 형벌의 개별화사상에 부합하는 제도로 평가되는 일수벌금형 제도는 반드시 도입되어야 할 것이다.

그리고 발표문에서도 언급된 대로 형벌제도의 개정에서 여전히 가장 첨예하게 논란이 되어 왔고, 형벌의 정당성 확보와 형사사법의 민주화·선진화라는 관점에서 개정 논의의 핵심이라 할 수 있는 사형제도의 폐지와 더불어 이에 대한 대체방안에 대해서도 이번 공청회를 계기로 학계와 실무계의 다양한 의견들이 좀 더 반영되었으면 한다. 이번 개정안이 우리 사회가 지향해야 하는 방향을 설정하는 적극적인 역할을 해야 한다는 점에서, 그리고 형법이 사회의식의 변화에 따른 여론과 더불어 헌법재판소의 위헌결정에 따른 죽어가는 법이 아니라 이른바 '살아있는 법(lebendes recht)'으로서의 기능을 하기 위해서 사형 규정의 존치 여부에 대한 전문가들의 폭넓은 의견 수렴과정이 있었으면 하는 바램이다.

지정토론문

형벌제도의 정비

김 학 자

(대한변협 변호사)

MINISTRY OF JUSTICE • REPUBLIC OF KOREA

법무부

형벌제도의 정비와 형사정책적 기본방향에 대한 토론문

김 학 자
대한변호사협회 변호사

먼저, 우리나라 법체계 중 중요한 근간을 이루는 형법의 정비를 맡아온 법무부나 교수님들, 그리고 이에 참여하신 분들에게 그간의 노력과 성과에 대해서 깊은 경의를 표합니다.

이번 정비된 형벌제도를 보면서, 1953년 이후 현재까지 변화와 제기된 문제점을 많은 고심과 연구를 통해서 내린 결론이라는 것에 대해서는 공감을 하지 않을 수 없었습니다.

그간 실효성에 의문을 제기해왔던 금고형을 징역형과 단일화를 시킨 점이나, 자격상실 및 자격정지에 대한 체계 개편, 특히 행위책임원칙에서 폐지견해를 이루었던 누범제도를 폐지한 것은 획기적이라고 보입니다.

그리고 집행유예를 선고하면서 실질적 정의 실현을 위하여 피해회복명령과 같은 획기적 제도를 도입한 것은 환영받을 만한 것이었습니다. 그밖에도 법제도를 현실 운영에 맞게 정비한 점도 눈에 뜨이는 변화였습니다.

다만, 약간의 견해 차이를 보이는 부분이나, 의문나는 점에 대해서만 간략히 말씀드리고자 합니다.

(1) 먼저, 징역형으로 자유형을 단일화를 하면서, 구류제도를 존치시키는 것은 다소 아쉬움이 남습니다. 왜냐하면 형법상 구류형이 선고된 예를 전혀 볼 수 없었기 때문입니다. 개정안 검토시 지난 10여년간 구류형이 규정된 범죄에 대한 처벌실태를 어떻게 파악하셨는지 궁금하고, 존치시 구류가 짧지만

날카롭고 위협적이라는 형사정책적 효과를 거두기 위해 구체적으로 어떤 사례에서 구류형이 선고되는 것이 바람직한지에 대한 견해를 듣고 싶습니다.

(2) 몰수 등의 특례규정과 관련하여 유죄판결을 하지 아니한 경우나 공소를 제기하지 않은 경우까지도 몰수 등을 판결, 선고할 수 있다는 것은 그간 제기된 현실적 필요성을 입법화시켰다는 점에 대해서 타당하다고 보여집니다. 다만 공소를 제기하지 아니한 경우에도 별도로 선고에 의해 몰수를 허용하고 있는 규정과 관련하여, 검찰에서 불기소처분을 내리면서 하는 압수물 처분과의 관계가 궁금해집니다. 공소를 제기하지 않는 경우에도 몰수를 하려면 판결로써 해야 한다는 것인지, 특히 몰수대상을 범죄수익까지 대상 범위를 확대하였기 때문에 그간 검찰처분이 직접적인 압수물에 대해서만 이루어졌던 것에 비추어보면 범죄수익과 관련하여 검찰 처분의 범위를 넓힐 것인지, 아니면 판결에 의해서만 몰수대상으로 한정할지가 궁금합니다.

또한, 부동산의 경우, 그 부동산과 이해관계에 있는 제3자와, 예를 들면 전세권자와의 관계를 몰수 선고시 어떻게 처리할 것인지에 대한 논의가 있었는지도 알고 싶습니다.

(3) 다음으로, 벌금형의 집행유예 제도의 도입에 대해서입니다. 기존 대한변협의 입장은 벌금형의 집행유예 제도의 도입에 대해 부정적이었습니다.

물론 발표자께서 개정 이유를 벌금형보다 무거운 자유형에는 집행유예를 인정하면서 벌금형에는 이를 인정하지 않는 것이 형평에 어긋난다고 하셨습니다. 하지만 대한변협에서는 현행 형법이 집행유예와 선고유예의 두 가지 제도를 두면서 보다 가벼운 자유형과 벌금형에 대해서는 선고유예를 할 수 있도록 하여 2년이 지나면 면소된 것으로 보도록 하는 입법태도를 취하고 있기 때문에 이러한 입법태도가 형평에 어긋난다고 단정할 수 없고, 더 가벼운 형벌인 구류에 대해서도 집행유예는 인정되지 않고 있다는 이유로 벌금형의 집행유예 제도의 도입을 반대하는 태도를 취했습니다.

특히 개인적 견해로는 벌금형은 징역형 보다 실질적 위하력이 적은 형으로서,

자칫 벌금형의 집행유예 제도가 남용된다면, 가뜩이나 약한 벌금형 자체의 실효성을 약화시킬 수 있고, 벌금형의 집행시 발생할 수 있는 부작용은 이미 집행시 분납 및 연납의 형태로 최소화시키고 있다는 점이 도입의 반대이유가 될 수 있다고 봅니다.

또한 벌금형의 집행유예시, 임의적으로 조건이나 명령을 추가 변경 할 수 있도록 까지 하는 것은 더욱 벌금형의 실효성을 없게 만드는 조치라고 보여지기 때문에 이에 대한 도입도 부정적입니다.

결과적으로 사실상 벌금형의 위하력이 현저히 떨어지게 될 것으로 우려를 낳을 수 밖에 없는 데 이를 최소하기 위해서는 어떤 대책이 있어야 한다고 보는지가 궁금합니다.

(4) 다음으로 선고유예제도에 대해서 말씀드리겠습니다. 개정안은 법 제57조 제1항선고유예의 취소 규정 즉 “전과가 발견된 때” 를 삭제하였습니다. 이유는 국가기관의 잘못을 행위자에게 전가하는 것은 잘못이라는 것입니다.

그러나 우리나라는 3심제를 운영하고 있고, 제1심때 발견 못한 잘못은 항소하여 바로 잡을 수 있도록 제도로 마련되어 있습니다. 더구나 피고인은 자신의 전과를 알고 있기 때문에 이를 이유로 취소한다고 하더라도 특히 불이익을 받는다고 볼 수 없다는 측면도 있습니다. 또한 선고유예 제도 자체가 우리나라의 독특한 제도로서 초범에게만 인정되는 제도라는 점에 비추어 보면 “전과가 발견된 때” 선고유예를 취소토록 되어 있는 것을 삭제하는 것은 지나치게 피고인에게 이익을 주는 것이라고 보이기 때문에 도입에 부정적입니다.

(5) 또한 개정안은 “집행유예기간 중에 범한 죄로 1년 이하의 징역형을 선고할 경우 1회에 한하여 집행유예를 예외적으로 허용할 수 있도록 결정”하였습니다. 결국 종전과 달리 집행유예기간 중의 집행유예의 가능성을 인정한 것입니다. 물론 현실적으로 집행유예기간 중의 범죄로 말미암아 지나치게 과중한 형을 복역할 수 밖에 없는 부작용이 있었던 것은 사실입니다.

그러나 개정안에서는 고의범으로 범위를 제한하였고, 집행유예 자체가 형의 집행을 면제해준다는 면에서 예외적 규정임에도 다시 이와 같이 완화된 예외 규정의 예외 규정을 만드는 것은 부작용을 낳을 우려가 많습니다.

특히 1년 이하의 징역형은 '선고형'을 의미하기 때문에 집행유예 예외적 허용 여부는 전적으로 법관의 재량권 범위내에 있게 됨으로 양형기준으로 재량의 범위를 축소하려는 최근의 경향에도 반하고, 전관예우 등 유죄무죄, 무전유죄의 원망을 다시 들을 우려도 높아 보입니다.

또한, 같은 입장에서 집행유예 취소전에 중간단계로서 집행유예 조건의 추가, 변경 등 백업제재를 부과할 수 있는 가능성을 열어둔 개정안의 경우에도 마찬가지 이유로 부정적 입장입니다. 집행유예의 집행 현실상 보호관찰관이 단 1회의 위반이 아닌 수회의 중대한 위반사실이 발견되는 경우 집행유예 취소신청을 하는 것으로 알고 있습니다. 그런데도 다시 입법적으로 백업체계 부과는 지나친 관용을 의미한다고 보여집니다.

(6) 끝으로 개정안에 포함된 집행유예시 부과되는 피해회복명령에 대해서 말씀드리겠습니다. 일반국민들의 법 감정상 범죄자들이 처벌되는 것도 아니고 집행유예를 선고받았다고 한다면 정의가 실현되었다고 보는 사람은 거의 드물 것입니다. 대부분의 피해자들은 범죄자들을 실질적으로 처벌해 주고 범죄피해를 회복시켜 주기를 원하고 있습니다. 그런 측면에서, 집행유예시 피해회복명령을 통해 피해자의 실질적 손해를 배상토록 하는 것은 실질적 정의를 실현한다는 차원에서 바람직한 태도라고 보여집니다. 향후 운영을 기대합니다.

짧지만 두서없는 견해를 말씀드렸습니다. 향후 더 많은 의견수렴과 국민들과의 공감대를 형성하여 정의로운 형벌체계가 입법화되길 기대합니다.

주제발표

보호감호 처분의 재도입 및 보안처분 제도의 형법편입

김 일 수

(고려대 교수)

MINISTRY OF JUSTICE • REPUBLIC OF KOREA

법무부

「보호감호처분의 재도입 및 보안처분제도의 형법 편입」

김 일 수
고려대학교 법학전문대학원 교수·법학박사

Ⅰ. 서 론

어느 형법교과서나 주석서에도 예외없이 형법의 법효과, 즉 형사제재와 관련하여 이원론(Zweispurenlehre)에 관한 언급이 나온다. 여기에서 이원(Zweispurigkeit)이란 두말할 것도 없이 형사제재의 틀로 형벌과 보안처분을 철로의 두 레일과 같은 시스템으로 작동하게 하는 것을 말한다.

형벌의 역사는 범죄의 역사만큼 오래되었다. 하지만 보안처분의 역사는 근대산업사회의 등장과 함께 나타난 새로운 범죄현상에 대응하기 위한 새로운 형사정책 및 형법개정 노력과 궤를 같이한다. 근대산업사회가 사회구조의 변동과 사회의식의 변화를 가져왔고, 전통사회가 체험하지 못했던 새로운 범죄문제를 야기했다는 점은 오늘날 이미 진부한 상식에 속한다. 농촌에서 도시로 산업인력의 대이동, 도시인구의 집중화와 과밀화, 주거환경의 열악과 게토(Ghetto)화, 우범지대의 확장, 범죄율의 증가, 상습범 내지 누범의 급증 등은 산업사회가 유발하고 떠안게 된 새로운 사회적 위험이었다.

이러한 새로운 사회적 위험에 대처하기 위해 당시 「사회를 돌보는 위생관리자」[1]로 자처한 형사정책가들은 형법과 형사정책의 이원론 구상과 함께 형사제재제도를 형벌과 보안처분 이원으로 구성해야 한다는 논지를 폈다. 형사제재제도 안으로 종래의 형벌 외에 보안처분을 끌어들이는 형법개정을 위해 그들은 국경을 뛰어넘어 지칠 줄 모르는 학문적 공동노력을 경주했다. 이러한 연유로 형사제재제도 안에서 이원론은 근대형법개정운동의 역사와 궤를 같이 했던 것이다.

---

1) 이 말은 Franz von Liszt가 고전학파(구파) 형법학자들과 구별하기 위해 근대학파(신파) 형법학자들을 지칭한 말이다. v. Liszt, AuV. Ⅱ, 80면 참조.

이원론의 입법화는 현실적으로 유럽대륙에서 한 세대를 뛰어넘어 첨예하게 대립했던 고전학파와 근대학파 사이의 절충하기 힘들었던 세계관·인간관의 대립과 순이론적인 학파논쟁에서 벗어나는 계기가 되었다. 형사제재제도의 목적과 현실적인 실현과정에서 일종의 타협을 형성하는 계기를 마련해 준 셈이다.[2)]

널리 알려진 바와 같이 형사제재의 일원론과 이원론을 둘러싼 신·구파의 학파논쟁은 다음과 같은 두 가지 점에서 첨예한 대립을 보였다:

첫째, 형벌과 보안처분은 서로 다른 전제에 기초하고 있다는 관점이었다. 즉 형벌은 범죄행위에, 그리고 보안처분은 위험한 범죄행위자에게서 출발한다는 관점이었다. 형벌은 불법하고 유책한 행위에 기초한 행위책임에 상응하는 사법작용인 반면, 보안처분은 행위자의 장래 유해성에 기초한 위험예방에 상응하는 일종의 행정작용으로서, 일정한 불법행위에 의해 징표된 위험한 행위자로부터 일반인을 보호하고 사회를 방위하는 조치라는 것이다. 따라서 형벌은 전통적인 행위형법의 귀결이요, 보안처분은 행위자형법의 귀결인 셈이다.

둘째, 형벌과 보안처분은 서로 다른 목적을 추구하며, 그 한에서 양자는 본질적으로 상이한 제도라는 관점이었다. 즉 형벌은 책임응보를 본질적 내용으로 하는 반면, 보안처분은 행위자의 개선과 위험한 행위자로부터 사회의 안전을 보호하는 것을 본질적 내용으로 한다는 것이다. 형벌은 이미 저지른 죄값에 상응한 해악을 행위자에게 과하는 응보라는 관점의 응보사상을 고려에 넣는 한 형벌과 보안처분은 이 응보의 관점에서 확연히 구별된다. 보안처분은 과거에 저질러진 죄값을 묻는 것이 아니라, 불법행위로 징표된 행위자의 장래 위험성을 고려한 예방목적을 추구하기 때문이다. 따라서 응보형 사상은 전통적인 자유주의적 법치국가형법의 귀결이요, 보안처분의 위험예방사상은 새로운 사회국가 형법의 귀결인 셈이다.

첫 번째의 상이점은 쉽게 절충이 가능한 대목이었다. 두 레일 시스템의 등장은 이와 같은 절충의 산물이었다. 그러나 두 번째 상이한 관점, 즉 목적과 본질의 차이는 절충이나 가교가 그리 쉽지 않은 대목이었다. 완고한 응보형론자들에게 예방사상 내지 보안처분이란 범죄행위자를 인간존엄성의 주체인 한 인격으로 바라보지 않고, 다른 사회적인 목적을 위해 행위자를 단순한 수단(bloss als Mittel)으로 취급할 위험성으로 비춰졌기 때문이다.[3)]

---

2) R. von Hippel, Reform der Strafrechtsreform, 1976, S.32.

3) Maurach는 그래서 응보형을 '일체의 목적사상과 절연된 장엄성'이라고 칭했다(Maurach, Deutsches Strafrecht, 4.Aufl., 1971, S.77).

이 같은 난점을 극복하기 위해 응보형사상에 입각한 1962년 독일형법 정부초안에 맞서서 v. Liszt의 개혁정신을 답습한 14명의 형법학자들에 의해 제출된 1966년 독일형법 택일안은 뿌리깊은 응보사상을 형벌론에서 폐기하고 일반예방과 특별예방 사상만을 형사제재의 목적으로 순화한 뒤, 특별예방우위의 관점에서 형벌과 보안처분을 형사제재의 이원구조로 채택했다. 이 택일안 입안자들의 관점에 따르면, 형사제재 목적에서 형벌과 보안처분 사이에 본질적인 차이점은 없다. 다만 형벌은 이미 저질러진 범죄행위 내지 그로 인해 야기된 법질서의 동요를 진정시키기 위한 진압작용인 반면, 보안처분은 장래 예상되는 행위자의 재범위험을 막기 위한 예방작용이라는 점에서 관점 방향의 차이가 있을 뿐이다. 그렇기 때문에 그와 더불어 형벌은 전통적인 법치국가 형법의 제약원리인 책임원칙에 의해 제한되는 반면, 보안처분은 행정법의 제약원리인 비례성의 원칙에 의해 제한되는데 불과하다는 것이다.[4] 이들 택일안 입안자들의 생각으로는 형벌론에서 응보사상만 포기하면 결국 형벌과 보안처분은 예방목적에서는 일원이요, 다만 그 제약원리만 이원론에 머문다는 것이다.

프랑스의 신사회방위론(Ancel)은 앞서 본 목적일원론보다 더 근본적인 관점에서 형사제재제도를 아예 형벌 대신 보안처분으로 일원화할 것을 주장하기도 했었다.[5]

우리나라에서 보안처분제도가 본격적으로 시행된 것은 구 사회보호법(1980. 12. 18. 법률 제3268호)의 발효와 때를 같이 한다. 구 사회보호법은 자유박탈적인 보안처분으로 보호감호를, 개선처분으로 치료감호를, 그리고 사회내처우의 일종인 보호관찰, 이 세 가지 종류의 보안처분을 규정했었다. 이 법률은 강벌적인 5공 입법의 상징물 중 하나였지만, 2005년 8월 폐지될 때까지 25년간 형법전의 형벌제도 외에 형사제재제도의 다른 한 축을 형성했던 역사적인 의미를 지닌 법률이었다.

이 법률의 폐지에서 논란의 중심이 된 것은 두말할 것도 없이 보호감호제도였다. 청송감호소를 거쳐 온 피보호감호처분자들은 대부분 보호감호처분이 형벌보다 더 수용하기 어려운 제도라는데 인식을 같이 하고 있었기 때문이다. 이론적인 구별과 보호감호처분에 대한 정당화가 아무리 그럴듯하다 하더라도 현실적인 청송감호소의 수용환경은 형벌보다 더욱 열악했고, 사회적인 냉대와 편견 등 이른바 낙인효과 또한 형벌보다 덜하지 아니했다. 이런 현실적인 이유로 자유박탈적 보호감호처분은 실제 이중형벌이라는 인식을 불러일으켰다. 헌법재판소의 합헌결정과 그 후 일부

4) 이에 관하여는 Roxin, Franz von Liszt und die Kriminalpolitische Konzeption des AE(김일수 역), 고대 법률행정논집 제15집 (1977), 189면 이하 참조.

5) M. Melzer, Die Neue Sozialverteidigung und die deutsche Strafrechtsreformdiskussion, 1970, S.37ff.

위헌결정[6], 대법원 판결[7], 그리고 여러 번의 사회보호법 개정[8]에도 불구하고 문민화 이후 우리사회에서 높아진 인권의식과 함께 불어난 비판에 이 제도가 홀로 버티기에는 힘겨워 보였다.

2003년 6월 청송감호소 수감자 616명의 보호감호제 위헌헌법소원 제기를 계기로 2003년 7월 대한변호사협회는 보호감호제 폐지 의견을 법무부에 제출했다. 2005년 1월 청송감호소 수감자 200여명이 보호감호제 폐지를 요구하는 단식농성에 돌입했고, 2005년 6월 사회보호법 폐지법안이 국회법사위를 통과했다. 그리하여 1980년 12월 제정된 사회보호법은 2005년 8월 폐지되고, 청송감호소도 청송 제3교도소로 개명되었다. 다만 구 사회보호법에 들어있던 보호처분 중 이중처벌의 위험이 없는 치료감호처분과 그에 따른 보호관찰처분은 구 사회보호법 폐지와 동시에 제정된 치료감호법(2005. 8. 4. 법률 제7655호)에 의해 명맥을 그대로 유지할 수 있게 되었다.

법무부 형사법 개정특위가 보호감호처분을 폐지 5년만에 재도입하기로 결정한 데는, 그 동안 사회적 센세이션을 일으킨 흉악범들의 대부분이 동종 또는 유사한 범죄를 저지른 누범이거나 상습범인 점이 드러난 때문이다. 이들에 대한 대책으로 장기에 걸친 자유형을 부과하여 사회로부터 격리효과를 증대시키는 것도 한 방안이 될 수 있을 것이다. 하지만 원래 누범 및 상습범 가중은 전통적인 행위책임의 관점에서 볼 때 문제가 많은 제도일 뿐만 아니라, 장기간의 형벌만으로는 행위자의 개성에 알맞은 맞춤형 교정을 시행하는데 애당초 한계가 있다. 따라서 특별예방적 관점에서 맞춤형 교정처분을 시행하려면 자유형 외에 자유박탈적인 보호감호처분의 재도입이 불가피한 것으로 인식되어왔다. 그리하여 이 보호감호처분의 도입을 전제로 책임형법의 관점에서 볼 때 문제점이 많은 누범 및 상습범 가중규정을 형법에서 삭제하기로 결정하였다.

더 나아가 보호감호처분을 우리 형사제재제도의 일환으로 재도입할 바에는 기존의 치료감호법의 치료감호처분도 형법전으로 편입하는 것이 체계적으로도 합리적이라는 결론에 이르렀다. 이에 상응하여 보호관찰처분도 구 사회보호법의 예에 따라 치료감호 및 보호감호 처분의 집행종료, 유예, 가출소 시의 위험예방 수단으로 널리 적용할 수 있게 하였다. 만약 형사법 개정특위의 안(案)대로 형법이 개정된다면, 우리나라는 형법전의 형사제재제도를 이원화한 서구 여러 나라, 즉

---

6) 헌재 88헌가5, 88헌가44 병합결정; 헌재 89헌가86; 헌재 92헌바28.

7) 대판 83도3161, 89감도524; 대판 90도135, 90감도19; 대판 95도2162.

8) 1987. 12. 4. 법률 제3993호; 1989. 3. 25. 법률 제4089호; 1994. 1. 5. 법률 제4704호; 1995. 1. 5. 법률 제4993호; 1996. 12. 12. 법률 제5179호.

독일, 오스트리아, 스위스, 이태리, 스칸디나비아 여러 나라의 반열에 서게 되는 셈이다. 다만 지난 30여년간 보안처분제도를 특별법형식으로 근 25년간 시행해 오다가, 지난 5년전 인권침해의 소지를 없애려는 취지에서 보호감호처분을 폐지한 경험 때문에, 이를 새로이 부활시켜 형법전에 편입할 경우, 이중처벌이라는 비난으로부터 벗어날 수 있는 조치들을 마련하지 않으면 안될 것이다. 그러한 조치들은 형법전에 수록될 개별적인 규정 속에서 먼저 구현되어야겠지만, 더 나아가 교정행정의 실제에서도 형벌과 차별화된 개선효과들이 나타나게 해야 할 것이다.

Ⅱ. 형법개정시안의 보안처분과 그 준거모델

1. 일반론

이미 언급한 바와 같이 보안처분은 행위 속에 나타난 행위자의 재범위험성으로부터 사회를 보호·방위하고 행위자를 개선하기 위해 과해지는 형벌 이외의 형사제재이다.[9] 형벌은 개별적인 행위책임에 근거하여 진압적으로 과해지는 반면, 보안처분은 책임과 무관하게 행위자에게 예방적으로 과해지는 조치이다. 전통적인 책임원칙은 행위자의 위험성 때문에 책임의 정도를 넘어 형벌을 과하는 것을 금지하고 있다. 그런데 행위자가 책임무능력 상태에서 범행을 저질렀기 때문에 구체적인 재범위험성에도 불구하고 행위자를 무죄방면해야 하는 경우 또는 구체적인 범행자의 재범위험성이 그의 행위책임의 상한선보다 더 심각한 정도에 이른 경우, 종래의 형벌이론체계 하에서는 그 위험성을 사회가 감수할 수밖에 없었다.[10]

하지만 독일의 근대학파, 이태리의 실증학파, 프랑스의 사회방위학파의 예방적 형법사고는 이 같은 위험성이 상존할 경우 사회보호를 위해 추가적인 보안처분으로써 형벌을 보완하거나 아예 신축성있는 보안처분만으로써 그 같은 위험성에 대응하지 않으면 안된다는 입장이었다. 역사적으로 보안처분제도가 형벌 이외의 형사제재제도로 입법화될 수 있었던 것은 수십년간의 학파논쟁이 절충에 이르면서 매듭지어진 결과이다.

형벌은 행위책임에 의존하나 보안처분은 책임과 무관한 행위자의 장래 위험성에

9) 김일수, 「사회보호법의 문제점과 개선방향」, 형사정책연구 제4권 제3호(2003), 5면 이하 참조.
10) 이것은 고전학파의 자유주의적 응보사상의 요체였다.

의존한다. 그러므로 형벌은 책임비난작용과 위해작용을 함께 지니지만, 보안처분은 책임비난작용없이 단지 위해작용만 한다는 특징을 지닌다. 응보사상을 형벌의 목적에서 배제한다면 행위자의 특별예방과 사회적인 일반예방을 목적으로 삼는다는 점에서 형벌과 보안처분의 목적 사이에는 아무런 본질적인 차이가 없다. 다만 형벌은 책임을 기초로 하기 때문에 책임원칙에 의한 제한을 받으나, 보안처분은 비례성의 원칙에 의한 제한을 받는다는 점이 다를 뿐이다. 이 같은 유사성과 차이점 때문에 이원체계 하에서는 형벌과 보안처분의 분리와 집행, 그 밖의 운영 등에 관해서 다양한 양식이 존재할 수 있다.

형법개정시안에 열거된 보안처분의 종류로는 ① 보호감호, ② 치료감호, ③ 보호관찰 세 가지가 있다(안 제81조).[11] 보안처분의 종류는 비교법적으로 고찰할 때 매우 다양한 양태를 띤다. 대체적으로 '대인적 보안처분'과 '대물적 보안처분'으로 양분할 수 있는데, 시안의 보안처분은 모두 대인적 보안처분에 속한다. 대인적 보안처분은 다시 '자유를 박탈하는 보안처분'과 '자유를 제한하는 보안처분'으로 세분된다. 전자에는 치료감호처분, 교정원 또는 금절시설 수용처분, 보호감호처분, 노동시설 수용처분, 사회치료시설 수용처분 등이 있다. 후자에는 보호관찰, 선행보증, 직업금지, 주거제한, 주점출입금지, 전자발찌착용, 운전면허박탈 등이 있다. 시안의 보호감호와 치료감호는 자유를 박탈하는 보안처분이되 양자 사이에는 그 정도의 차이가 있을 수 있다. 시안의 보호관찰은 자유를 제한하는 보안처분에 속한다.

보호감호와 치료감호는 다 같이 자유를 박탈하는 보안처분이면서도 전자가 사회방위를 주목적으로 하는 본래적 의미의 보안처분(Sicherungsmassnahme)인 반면, 후자가 치료를 주목적으로 하는 개선처분(Besserungsmassregel)이라는 점에서 구별된다.

이미 언급한 바와 같이 형벌론에서 아직도 그 영향력이 소멸되지 않은 책임응보의 관점은 책임과 무관한 보안처분의 목적이 될 수 없다. 보안처분의 중심에 자리잡은 목적은 일찍이 C. Stooss, v. Liszt가 주창했듯이 특별예방에 있다.[12] 하지만 개별적인 보안처분의 종류에 따라 특별예방목적도 구체적으로 세분화할 수 있다. 보호감호처분이 특별예방의 카테고리 중 보안목적에 주력하는 반면, 보호관찰처분은 재사회화 목적에 주력하며, 치료감호처분은 이 양 요소를 함께 고려한다.

보안목적 위주의 보호감호처분은 오늘날 대체집행의 원칙과 보안처분에 대한

11) 이것은 구 사회보호법 제3조 및 1992년 법무부 형법개정안 제92조의 내용과 동일하다.

12) C. Stooss, Sichernde Massnahmen, ZStR 33/ 1920, S.135ff.; v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21/22. Aufl., 1919, S.24.

집행유예 내지 가석방원칙의 적용에서 배제되는 경향이 있다. 오늘날 등장한 위험형법 내지 적대형법적 사고에서 보면 더욱 그러하다. 왜냐하면 보호감호처분의 대상이 될 만한 범죄자군은 개선불가능한 상태범 내지 위험범으로서 전통적인 자유주의적 시민형법의 주체인 '시민'이 아니라 오직 격리와 배제를 통해 무해화시켜야 할 대상인 '대적'일 뿐이기 때문이라는 것이다.[13]

두말할 것도 없이 보호감호처분은 피처분자의 장기간 구금과 고립, 형벌 이상으로 피처분자를 사회적 이단자로 낙인찍은 효과가 크기 때문에 일찍이 Kohlrausch는 이를 징역형의 위장술이라는 의미에서 명칭사기(Etikettenschwindel)라고 지칭했는가 하면,[14] 보호감호처분의 형사제재화에 철저한 반대입장을 폈던 H. Mayer도 '사회의 보안 필요성을 위해 자기의 자유를 빼앗기는 자는 타인의 목적을 위한 수단으로 전락된다. 원호·교육의 의미를 갖지 않는 보안처분은 형벌이며, 적법성의 한계를 넘어 과해지는 형벌은 인간의 존엄성 및 기독교적 박애사상과 상치된다'고 하여,[15] 다 같이 보호감호처분의 정당성을 부인했다.

인간의 존엄성이 구체적으로 보호감호제도 자체를 금지하고 있는지는 의문이다. 다만 이 처분이 법치국가적으로 정당화될 수 있는가는 여전히 중요한 문제이다.

보안처분의 정당성에 관하여는 '피처분자의 내적 자유의 결함'(Welzel, Bockelmann), '행위자의 사회적 위험성에 대한 긴급피난'(Sax), '인간의 자유의 사회적 구속성'(Schönke/Schröder), '인간의 자유의 남용에 대한 보호박탈'(Stree), '자유남용에 대한 자유구속과 신체적·정신적으로 결함있는 자에 대한 치료처우'(Jescheck)에서 파악하는 여러 가지 입장이 제시되고 있다.

그러나 인간의 내적 자유의 결함이나 사회적 구속성에서 보안처분의 정당성을 찾을 때에는 보안처분이 실제 행위자의 책임범위를 넘어서까지 자유를 박탈하는 이유를 제시해주지 못한다. 또한 긴급피난의 이론도 구체적인 긴급피난의 성립요건에 미치지 못하는 행위자의 장래의 위험성에 대해서도 보안처분이 과해지는 근거를 해명해주지 못하는 난점을 안고 있다. 신체적·정신적 결함있는 자에 대한 치료처우도 왜 피처분자의 의사에 반하여 강제적으로 과해져야 하는지를 만족스럽게 설명할 수 없다.

---

13) 이에 관하여 Il-Su Kim, Das Liebesstrafrecht hinterm Berge des Feindstrafrechts, 고려법학 제49호, 2007, 1면 이하; Il-Su Kim, Punitivistische Grundtendenzen der gegenwärtigen Kriminalpolitik?, 고려법학 제56호, 2010, 513면 이하 참조.

14) Kohlrausch, ZStW 44(1924), S.33.

15) H. Mayer, Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962, S.36, 380; 또한 Hall, Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe, ZStW 70, 1958, S.55도 같은 입장이다.

보안처분은 오늘날 법익교량사상으로부터 정당성의 근거를 획득한다는 것이 우세한 입장이다.[16] 즉 한사람의 자유가 타인의 자유를 침해할 고도의 개연성이 있고, 타인의 자유보호가 전체적으로 보아 침해자의 자유박탈이나 제약에 비해 훨씬 중요한 의미를 갖는 때에는 침해의 위험 야기자는 그것을 제약하는 보안처분을 감수하지 않으면 안된다는 것이다.[17]

보호감호처분도 법익교량의 원칙에서 출발하여 비례성의 원칙의 한계 안에서 과해진다면 법치국가적으로 정당화될 수 있다. 다만 이 처분의 남용으로부터 개인의 자유를 보호하기 위해서는 제한적이고도 신중한 부과절차가 필요할 뿐만 아니라, 그로부터 벗어나기 위한 완화장치들도 갖추어져야 한다. 최초로 보안처분제도의 형사제재 제도화를 시도한 Stooss도 그 같은 남용의 위험을 최소화하기 위해 개개 보안처분의 시적(時的) 한계설정과 독립된 법관에 의한 부과절차를 염두에 두었다.[18] 그 밖에도 비례성의 원칙과 보안처분의 최후수단성(ultima- ratio-charakter)도 일반적인 제약원리로 명시할 필요가 있다.[19]

형법개정시안은 이와 같은 관점들을 염두에 두고서 보안처분의 종류에 이어 막바로 비례성의 원칙을 명시하였다(안 제82조).[20] 그리고 종전처럼 보호감호기간의 7년 제한(안 제85조 제2항)을 답습하는 외에[21] 보호감호의 집행유예제도(안 제86조)까지 두었다. 문제는 그 피처분자의 자유박탈이 사회의 안전을 위한 최후수단으로서 그리고 제한적이고도 엄밀한 법정조건에서 사려깊은 실무관행에 따라 수행될 수 있느냐하는 점이다. 이 점을 또한 고려하여 개정시안 제1조는 형법전의 모두에 죄형법정원칙을 선언하되 그 적용대상은 죄의 법정주의 뿐만 아니라 형벌법정주의와 보안처분법정주의까지 명시하였다.

---

16) Nowakowski, Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Massnahmen, FS-v. Weber, 1963, S.98ff.; 그 밖에도 Schmidhäuser, Maurach, Zipf, Schultz, Blei, Germann 등이 있다.

17) 심재우, 보안처분에 관한 고찰, 고대 법학논집 제22집, 1984, 156면 이하; 그 밖에도 이재상, 김일수, 서보학, 배종대 등도 이 같은 입장에 서 있다.

18) C. Stooss, Motive zu dem Vorentwurf eines Schweizerischen StGB, AT, 1893, S.35f.

19) P. Albrecht, Die allgemeinen Voraussetzungen zur Anordnung freiheitsentziehender Massnahmen gegenüber erwachsenen Delinquenten, 1981, S.15.

20) "보안처분은 과거의 범죄행위, 장래에 예상되는 범죄행위 및 그 위험성의 정도에 비례하지 않는 경우에 명하여져서는 안된다."

21) 물론 구 사회보호법도 동일한 시적 제한을 둔 바 있었으나, 독일·오스트리아가 장기 10년, 덴마크가 단기 4년, 장기 무제한, 벨기에가 장기 20년으로 한데 비하면 훨씬 자유보장이념에 가깝다.

2. 보호감호

앞서 언급한 바와 같이 개정시안은 누범가중과 상습범가중 규정을 삭제하는 대신 보호감호제도를 다시 도입하기로 하였다. 누범가중과 상습범가중 규정은 형사정책적 관점에서 볼 때 위하적인 일반예방의 관점에서 볼 때 무용하다고 단정할 수 없고, 응보형의 관점에서 볼 때에도 가중된 비난과 무관하다고 단언하기 어려운 측면이 있다. 그러나 공동책임사상과 특별예방 우위의 관점을 견지하는 한, 누범가중과 상습범가중은 바리새적인 강벌적 위하조치로서 합리적인 제재조치라고 보기 어렵다. 오히려 누범성과 상습성을 재범위험의 징표로 간주하여 형벌 외에 특별예방적인 보호감호처분으로 대응하는 것이 합리적인 형사정책의 방도가 되리라는 생각이다.[22]

이 같은 맥락에서 개정시안은 종래 구 사회보호법에 있던 보호감호처분을 부활시켜 형법전에 도입하면서, 종래의 보호감호처분보다 그 요건을 더 명료하고 제한적으로 설시했다. 두말할 것도 없이 보안처분에도 위법행위의 존재가 필요하다. 여기에서 위법행위는 불법을 넘어서 유책한 행위단계까지 이르러야 할 필요는 없다. 하지만 구성요건에 해당하고 위법한 행위가 있어야만 보안처분 발동의 준거점으로서 행위자의 위험성에 대한 법적 징표가 외부적으로 나타나는 셈이다. 보안처분은 당해 피처분자의 위험성이 적어도 이 같은 위법행위의 존재에 의해 외부적으로 확실히 징표된 후에 비로소 부과될 수 있기 때문이다. 물론 형법상 위법행위조차 저지르지 않은 사람에 대하여도 국가적 예방조치가 필요한 경우가 없는 것은 아니지만, 그 경우는 형사법의 과제가 아니라 행정법상 또는 사회복지법상의 과제에 속할 뿐이다.

보안처분의 요건이 되는 준거행위(Anlasstat) 내지 징표행위(Symptomtat)는 객관적으로 보안처분에 의해 예방·개선하고자 하는 위험성을 표시하는 일정한 성질의 행위여야 하며, 또한 행위자에 대한 관계에서 그 위험성의 징표로 볼 수 있는 것이어야 한다. 예컨대 부녀추행의 습벽을 가진 이상행위자가 그런 나쁜 상태 및 성벽과 관계없는 재산범죄를 저질렀다는 이유로 수용처분에 과하여져서는 안된다.[23]

구 사회보호법상 보호감호는 누범 또는 상습범으로서 재범의 위험성이 있다고 판단되는 피감호자(제5조, 제6조)를 보호감호시설에 수용하여 감호·교화하고, 사회

22) 이 같은 입장은 1930년 바이마르공화국 형법초안(라드부르흐 초안)의 기초가 되었고, 그 후 1933. 11. 24. 「위험한 상습범과 보안처분에 관한 법률」로 입법화된 후, 1975년 개정독일형법전에 그대로 승계되었다.

23) 김일수/서보학, 형법총론 제11판, 809면.

복귀에 필요한 직업훈련과 노동(피처분자의 동의가 있는 경우)을 과하는 처분이다(제7조 제1항). 이 법 시행 초기부터, 1989년 7월 헌법재판소가 '재범의 위험있는 경우로 제한해야 한다'는 일부 위헌결정을 내림으로써 1987. 12. 4. 이 법이 개정되기까지 '재범의 위험성'을 요건으로 하지 않은 이른바 필요적 보호감호가 있었으나, 헌법재판소의 일부 위헌결정으로 이것을 폐지한 것은 국가의 전단적 사회방위로부터 개인의 자유 확보를 위해 진작부터 그랬어야 할 일이었다. 보호감호기간은 특정되지 않아서 일종의 부정기 처분인 셈이지만 최대한 수용기간을 7년으로 한정했었다(제7조 제2항). 이 기간 안에 사회보호위원회가 그 집행 개시 매 1년마다 가출소 여부를, 가출소에 대해서는 매 6월마다 집행면제 여부를 심사·결정하도록 되어 있었다(제25조 제1항). 보호감호와 형이 병과된 경우에는 보호감호가 부정기 처분인 속성상 형을 먼저 집행하지만 자격정지는 보호감호와 같이 집행한다(제23조 제1항). 이른바 누적·중복 집행주의를 채택한 셈이다.

3. 치료감호

구 사회보호법상 치료감호는 정신장애자, 마약 및 알코올중독자로서 재범의 위험성이 있다고 판단되는 치료감호자(제8조)를 치료감호시설에 수용하여 이들에게 치료를 위한 조치를 행하는 보안처분이었다(제9조 제1항). 외국의 입법례를 보면 정신장애자에 대한 치료처분과는 별도로 마약·알코올중독자에 대한 금절처분(독일형법 제63조, 제65조 등; 1974. 5. 법제심의회에서 채택된 일본 개정형법초안 제98조, 제101조 등)을 나누어 규정하고 있는데 비해, 구 사회보호법상 치료감호는 이 양자를 통합했기 때문에 이 처분의 집행을 위한 수용시설도 동일한 곳이 될 수밖에 없었다.[24]

치료감호기간은 피치료감호자가 감호의 필요가 없을 정도로 치유되어 사회보호위원회의 치료감호종료결정을 받거나 가종료결정을 받을 때까지로 하고 있어 일종의 절대적 부정기처분인 셈이다(제9조 제2항). 다만 사회보호위원회가 피치료감호자에 대하여 그 집행개시 후 매 6월 종료 또는 가종료 여부를, 가종료 또는 치료위탁된 피치료감호자에 대하여는 가종료 또는 치료위탁 후 매 6월 종료여부를 심사·결정하도록 되어 있었다(제25조 제2항). 또한 집행개시 후 2년이 지난 때

24) 이 같은 시스템은 구 사회보호법 폐지와 동시에 마련된 치료감호법(2005. 8. 4. 법률 제7655호)에서도 그대로 유지되고 있다(제2조).

에는 상당기간을 특정하여 친족에게 치료감호시설에서 치료하도록 위탁할 수 있었다(제28조). 피치료감호자와 그 법정대리인 및 친족은 치료감호의 필요가 없을 정도로 치유되었음을 이유로 사회보호위원회에 그 감호의 종료여부를 심사·결정해 줄 것을 신청할 수 있었다(제35조의2 제1항). 이 신청은 집행개시 후 적어도 6개월이 지난 때라야 하며, 만약 이 신청이 기각되면 그 후 다시 6개월이 지난 때 재신청할 수 있었다(제32조의2 제4항). 치료감호와 형이 병과된 경우에는 치료감호를 먼저 집행하고, 그 집행기간은 형기에 산입케 하였다(제26조 제2항). 이른바 대체집행주의를 채택한 셈이다.

이러한 제도의 틀은 현행 치료감호법에 대부분 그대로 반영되고 있다. 다만 치료감호대상자에 책임무능력자·제한책임능력자와 마약·향정신성의약품·대마·알코올 등 중독자 외에 소아성 기호증, 성적 가학증 등 정신 성적 장애자로서 성폭력범죄를 지은 자까지도 포함시킨 것이 특이하다(2008. 6. 13. 동법 전부개정). 물론 치료감호 청구는 검사가 하고(제4조), 그 부과는 법원의 판결로써 하도록 한 점(제12조) 및 집행지휘(제17조)와 집행순서 및 방법(제17조, 제18조) 등은 종전 구 사회보호법과 같지만, 수용기간을 15년, 2년 등으로 명시한 점(제16조 제2항), 구분수용(제19조), 치료감호심의위원회에 의한 가종료 등의 심사(제22조), 치료위탁(제23조) 등은 명칭 내지 내용상 차이를 드러낸 점이다.

4. 보호관찰

구 사회보호법상 보호관찰은 가출소한 피보호감호자나 피치료감호자를 감호시설 밖에서 지도·감독하는 것을 내용으로 하는 보안처분이었다. 보호감호나 치료감호가 시설내처우인 점에 비추어 보호관찰은 사회내처우로서 현대의 교정행정에서 재사회화이념과 잘 어울리는 제도임에 틀림없다. 우리나라는 보호관찰 등에 관한 법률(1988. 12. 31. 법률 제4059호; 1996. 12. 12. 법률 제5178호 전면개정)에 의해 널리 형법에 의한 보호관찰조건부 선고유예·집행유예를 선고받은 자 또는 보호관찰을 조건으로 형의 집행에서 가석방 또는 가퇴원한 자, 그리고 소년법 제32조 제1항 제2호·제3호의 가처분을 받은 소년 또는 소년원을 가석방·가퇴원한 소년, 그 밖의 다른 법률에 의해 이 법률에 정한 보호관찰을 받도록 규정된 자를 보호관찰대상자로 삼고 있다(동법 제3조 제1항).

보호감호 또는 치료감호와 같은 자유박탈적 보안처분도 시설내처우 상태로부터

일정한 조건하에서 가출소 또는 감호종료 내지 친족위탁 등의 조치로 말미암아 사회로 복귀시킬 때, 사회안전을 위해 사회내처우를 계속 이어가야 할 필요가 있다. 이 같은 맥락에서 구 사회보호법은 ① 피보호감호자가 가출소한 때 또는 병과된 형의 집행 중 가석방된 후 가석방이 취소되거나 실효됨이 없이 잔형기를 경과한 때, ② 치료감호가 종료된 때 또는 치료감호자가 치료감호시설 외에서 치료를 위하여 친족에게 위탁된 때 보호관찰을 실시토록 규정했었다(제10조 제1항).

보호관찰기간은 3년이었다. 다만 친족에게 위탁된 자에 대하여는 계속 보호관찰이 필요하다고 인정되는 경우 사회보호위원회의 결정으로 보호관찰기간을 1차에 한하여 3년간 연장할 수 있었다(제10조 제3항). 이 단서조항은 1996. 12. 12. 사회보호법 개정으로 신설된 것이었다. 그러나 보호관찰기간 만료 전이라도 사회보호위원회의 보호감호집행면제 또는 치료감호이 종결결정이 있거나, 피보호관찰자가 다시 감호의 집행을 받게 되어 시설에 재수용되거나 금고 이상의 형의 집행을 받게 된 때에는 보호관찰이 종료되도록 하였다(제10조 제4항).

구 사회보호법의 폐지 후 이를 어느 정도 대체할 치료감호법이 시행되면서 치료감호시설 밖에서 사회내처우를 위해 보호관찰제도가 이어질 수 있도록 함으로써 이 제도가 그 명맥을 유지할 수 있었다. 즉 ① 피치료감호자에 대한 치료감호가 가종료되었을 때, ② 피치료감호자가 치료감호시설 외에서 치료받도록 법정대리인 등에게 위탁되었을 때, 3년 이내의 기간으로 보호관찰이 시행된다(동법 제32조 제1항, 제2항).

Ⅲ. 구 사회보호법상 보안처분의 문제점

1. 보호감호처분의 문제점

(1) 이중처벌의 문제

보호감호처분에 대한 문제점 중 가장 오랫동안 논란이 되었던 문제점이 이중처벌성이다.[25] 형사제재를 형벌과 보안처분 2원체계로 운용하는 것은 상습범가중

25) 이하의 글은 김일수, 「사회보호법의 문제점과 개선방향」, 형사정책연구 제14권 제3호 (2003), 11-21면을 약간 수정한 것이다.

처벌에 인박힌 형사사법에서 위험한 상습범에 대해서도 일단 형벌완화의 물꼬를 틀 수 있다는 점, 그리하여 형사제재 전반을 형사정책적인 관점에서 보다 합리적으로 재구성할 수 있다는 점에서 진일보한 제도라고 할 수 있다.[26] 의사책임의 관점에서 상습범에 대한 가중책임의 근거를 찾기는 그리 쉽지 않다. 이 같은 곤궁에서 벗어나기 위해 일찍이 Mezger가 생활영위책임(Lebensführungsschuld), Bockelmann이 생활결정책임(Lebensentscheidungsschuld), Engisch가 성격책임(Charakterschu- ld)을 언급했지만, 곤궁을 제거하는데 성공했다고 보기 어렵다. 형사정책적인 관점에서 상습범에 대한 형사사법 대응으로 가중된 형벌이 효과적인지는 의문이 아닐 수 없다. 가장 최선의 해결책은 못된다하더라도 차선의 해결책으로 보안처분을 끌어 들임으로써 상습범에 대한 형벌근거책임이 갖는 이 같은 난점을 피해갈 수 있는 길이 열린 셈이다.

하지만 이원주의가 갖는 내재적인 모순은 이로써 끝난 것이 아니다. 왜냐하면 형벌과 보호감호처분이 함께 선고된 행위자는 동일한 판결에서 동시적으로 일면 의사자유가 있어 그 죄 값을 치러야 할 사람으로, 타면 의사자유가 없어 보호감호시설에 수용돼야 할 사람으로 다루어져야 하기 때문이다. 한쪽으로는 행위자를 비결정론적 관점에서 의사자유를 지닌 주체로 바라보면서 동시에 다른 한쪽으로는 행위자를 결정론적 관점에서 의사자유를 잃어버린 주체로 바라보는 것은 이론적으로 양자의 대립각만큼 모순의 틈이 깊어 보인다.[27]

이 같은 모순은 법제도와 실무관행에서 형벌에 뒤이어 보안처분을 누적적·연속적으로 집행함으로써 모순 없는 것처럼 위장되고 있다. 하지만 그것은 일시적인 착시효과를 낼 수 있으나 근본적인 해결책이 될 수는 없다. 바로 일순간의 착시효과에서 깨어난 사람마다 보호감호처분은 명칭만 형벌과 다를 뿐, 실질적으로 이중처벌이라는 인식에 도달하게 된다.

이중처벌이라는 인식은 우선 사회보호법 제1조의 목적과 행형법 제1조의 목적을 비교해 보면 그 대동소이함에서 비롯되기 십상이다. 또한 형벌 집행 후 교도소에서 감호소로 옮기어진 피감호자는 교도소와 너무도 유사한 수용시설과 수용규칙에 놀라면서 스스로 제2의 순수한 형벌을 다시 받는다는 의식에 사로잡히게 된다.[28] 그 결과 감호소에서 시작되는 보호감호 처분은 위에서 본 사회보호법상의 아름다운

---

26) Maurach, Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, 1960, S.16.

27) U. Eisenberg, Strafe und freiheitsentziehende Massnahme, 1967, S.7f.

28) 독일에서도 보호감호처분은 동일한 행형시설물 내의 특별하게 구획된 공간에서, 자유시간만 수형자보다 약간 더 넓은 자유를 맛볼 수 있다는 점을 제외하고는, 형벌과 실질적인 차이가 없다.

목적에도 불구하고 초장부터 피감호자들의 재생과 거듭남의 의지를 꺾어, 기대되는 처분성과나 소기의 집행목적에 도달할 수 없게 만든다.

(2) 부정기화의 문제

보호감호처분은 최장기간이 7년이지만 그 한도 안에서 언제 출소할 수 있을는지를 가늠하기 어렵다는 점에서 부정기처분에 속한다. 수용기간의 부정기화는 피처분자에게 또 다른 정신적 고통을 가할 뿐만 아니라 인격을 황폐화시키는 악영향을 가져오기 십상이다. 이러한 나쁜 영향력은 특히 재사회화에 필요불가결한 전제인 자발적인 재사회화노력과 협동노력을 고사시킬 수 있다. 더 나아가 부정기처분은 피처분자들로 하여금 적대감을 갖게 하여 더욱 고치기 힘든 사고뭉치로 전락시킬 위험을 내포한다. 이것은 결과적으로 이미 집행된 형벌의 개선효과까지 무효화시킬 수 있다. 형벌효과까지도 변질시킬 수 있는 이 같은 부정기화는 피처분자에게 감내하기 어려운 가혹한 부담으로 인식되기 십상이다.[29]

(3) 재범위험과 가출소조건 판단의 어려움

보호감호처분의 선택적 부과조건으로 재범의 위험성이 있어야 한다. 이 위험성은 미래적인 사항이기 때문에 실무적으로 예측에 의해 확정될 수밖에 없다. 여기에는 직관적 예측, 통계적 예측, 인상적 예측, 통합적 예측방법 등이 있다.[30] 통계적 예측과 인상적 예측방법을 활용하려면 과학적으로 이를 수행할 수 있는 인력과 장비 같은 자원인프라가 구축되어야 하지만, 우리나라의 사법실무에서 검찰이나 법관의 판단오류를 예방하고 그 판단능력을 보완해 줄 전문적인 연구인력 인프라가 구비되어 있지 못한 실정이다. 결국 판단자들의 직관적인 예측능력에 의존할 수밖에 없다. 천차만별, 백인백태의 직관적 예측능력에 의존하다보면 예측판단은 결국 원님식 재판처럼 자의적인 판단에 흐르기 십상이다. 이처럼 충분한 인프라도 구축하기 전에 보호감호처분제도를 서둘러 도입한 우리나라의 형사사법실무에서 나타난 통계자료를 접하면 이 제도를 활용하고 있는 유럽 여러 나라에 비해

29) 필자는 8년 전 청송 제2보호감호소에 수용되어 있던 이○○씨(41세, 징역 10년에 보호감호 3년 8개월째)와 조○○씨의 진정서를 받은 적이 있었다. 거기에도 '보호감호는 보호감호 이전의 교정을 부정하고 있다'는 주장이 나온다.

30) 배종대, 「보안처분과 비례성원칙」, 법치국가와 형법, 1998, 66면 이하.

우리나라가 너무 손쉽게 보호감호처분을 남발하고 있지 않은가 하는 의구심을 갖게 할 정도이다.[31]

더 나아가 합리적인 형사정책을 일관되게 수행하지 못하고 있는 우리나라의 형사사법에서는 누범·상습범이 발생하는 것이 아니라 불합리한 사법운영으로 인해 양산되는 경향이 있다. 노태우 정권시절에 있었던 범죄와의 전쟁이나, 춘·추계 도범 강조기간 같은 캠페인성 사법작용이 열풍처럼 휩쓸고 지나가면 전과자는 양산되고 만다. 좀도둑으로 소년원을 드나들기 시작한 소년은 성년이 되기도 전에 같은 좀도둑의 누적으로 상습범으로 제조되는 예가 허다하다. 이러한 형사사법풍토 하에서 보호감호처분의 조건인 2회 이상의 누범자나 상습범(제5조, 제6조)의 요건을 충족시키는 것은 어려운 일이 아니었다.[32]

사회보호법에는 가출소의 전제조건에 관한 근거규정이 미비하여(제25조 1항), 사회보호위원회가 집행개시 후 1년간의 수용성적을 바탕으로 재범의 위험성이 약화되었는지, 다시 재범할 위험은 없는지를 심사·결정할 수밖에 없다. 이것 또한 예측 가능한 합리적인 기준의 잣대가 없어 판단자들의 자의가 개재될 소지가 컸다. 대개 위원회는 확실한 판단의 기준 없이 재량으로 보호감호의 목적이 성취되었다고 판단됨으로 가출소한다는 결정을 내리게 된다. 이런 사정 때문에 가출소의 기대가 무산된 수용자들은 수용시설의 관리들이나 법무부관료, 사회보호위원들에 대한 불신으로 가득 차게 되고, 자신을 버려진 2등인간이나 사회적 이단자로 단정한 나머지, 스스로 개과천선하려는 의지의 날개를 접고 만다.

이 같은 상황 하에서 보호감호처분의 목적이 남아 있다면 개선목적은 사실상 제로에 가깝고 순수한 보안목적만 남는다. 실제 피보호감호처분자들은 대부분 비사회적 일탈자군(群)이지 본래 공격적이고 난폭한 살상범죄자나 폭력범 또는 직업적 범죄자군이 아니다. 만약 우리나라도 좀도둑 사례를 경영사법(Betriebjustiz)에 일임하거나 오스트리아 형법처럼 피해원상회복을 조건으로 공소권을 제한하거나 사회봉사명령과 같은 자유형의 대안형을 널리 활용하게 된다면, 보호감호처분의 필요성과 비율은 현저히 낮아질 수 있을 것이다.

---

31) 검찰의 보호감호청구인원은 1981년 2,076명, 1982년 1,723명, 1984년 1,137명, 1985년 883명, 1990년 729명, 1998년 490명, 1999년 620명, 2000년 578명, 2001년 582명, 2002년 655명에 이른다(법무부 보호국 보호과 제공자료). 이미 사양산업에 접어들었다고 일컫는 독일의 보호감호청구인원에 비하면 월등하게 높은 수준이다.

32) 수용된 피보호감호자의 죄명 중 압도적 다수를 차지하는 것이 절도이다. 2002년 현재 총 1,675명의 피보호감호수용자 중 강도 255명, 절도 1,243명, 폭력 99명, 사기 50명, 기타 28명으로 절도가 무려 74.2%를 점한다(법무부 보호국 보호과 제공자료).

(4) 그 밖의 문제점

중요한 논점 중 하나는 상습범의 상습성은 본래 정신의학적·심리학적 치료의 대상이지 형벌의 가중처벌이나 보안처분의 대상인가 하는 점이다. 처벌보다는 치료가 형법의 보충성·최후수단성의 이념에 더 적합한 수단이 되리라는 점은 두말할 필요조차 없다. 이 점에서 사회치료교정원과 같은 보다 인간존중적인 보안처분제도의 도입이 필요하다.[33]

더 나아가 형의 선집행 후 보호감호처분의 후속집행에 들어갈 때, 판결시 함께 선고된 보호감호처분의 필요성이 여전히 남아있는지를 검증하는 중간심사제가 구 사회보호법에는 없었다. 그 밖에도 누적집행방식을 대체집행방식으로 바꾸고, 그 집행방법도 형벌과 보안처분에서 차별화가 드러나게 각각 독자성을 부여하는 문제도 개선되어야 할 과제이다. 처분을 전후하여 행해질 심사·결정의 주체도 심사위원회와 같은 행정기구로 할 것인가, 법관의 사법적 판단을 거치게 해야 할 것인가도 심도 있게 논의해야 할 문제로 보인다. 끝으로 가출소준비를 위한 사회복귀 프로그램의 활성화방안이 미비하다는 점이다. 이를 위해서는 맨투맨의 집중관찰과 집중준비가 반드시 행하여져야 한다.[34]

2. 치료감호처분의 문제점

구 사회보호법상 치료감호처분에서 심각하게 문제되었던 점은 첫째, 절대적 부정기처분이라는 점이다. 언제 끝날지도 모르는 치료기간을 수용기간으로 예정해 놓은 상태에서는 피치료감호처분자가 자신의 확고한 의지로 치유노력을 스스로 경주하기 더욱 어려워진다. 모든 치료의 승패는 치료자와 환자(수용자)의 개인적인 신뢰관계에 달려있다고 해도 지나친 말은 아닐 것이다. 수용자에게 동기부여를 하기 힘든 절대적 부정기처분 하에서 수용시설의 치료 종사자들과 수용자 사이의 교육·개선적인 대화나 정신적인 접촉은 그만큼 더 어려워질 수밖에 없을 것이다. 이 같은 소원한 인간관계가 장기화할수록 수용자들은 자신의 처지를 스스로 치유하여 개선상태로 나아가기보다는 자신을 운명에 내맡긴 채 자포자기상태에 빠질 확률이 높아진다.[35]

---

33) 이에 관하여는 Wiertz, Strafen-Bessern-Heilen?, 1982, S.103, 122, 139.

34) Jescheck, Lehrbuch AT, §9Ⅱ2.

35) U. Eisenberg, Strafe und freiheitsentziehende Massnahme, a.a.O., S.32.

둘째, 치료감호처분과 수용시설의 미분화 문제이다. 구 사회보호법은 치료감호의 대상자로 정신장애자군(제8조 1항 1호)과 마약습벽・중독자군(제8조 1항 2호 전단)과 알코올습벽・중독자군(제8조 1항 2호 후단) 세 부류를 포함하고 있다. 여기에서 정신장애자군에 대한 치료감호처분은 외국 입법례에서도 흔히 있는 일이지만, 마약・알코올중독자에 대해서는 이와 구별되는 금절시설에 수용하는 교정처분이 행해지고 있다.[36] 이러한 제도 자체의 세분은 치료・교정과정의 전문성을 낳고, 그 교정・개선효과를 높일 수 있다. 이 점에서 사회보호법상 보안처분은 더욱 세분화・전문화되어야 할 필요가 있겠다.

더욱이 인격장애 있는 누범자나 성적 충동을 이기지 못하는 범죄성 정신병질자군에 대해서는 사회치료교정처분이 필요하고 그 피처분자들을 치료・개선하기 위한 사회치료교정원 같은 시설기구가 필요한데, 구 사회보호법에는 아직 이 제도가 없었고, 따라서 이를 전담할 전문인력도 준비되어 있지 못한 실정이었다. 이런 사정 하에서 이들 정신병질자범죄군은 불행하게도 누범자군으로 간주되어, 보호감호처분의 멍에를 지고 갈 수밖에 없었다.

현행 치료감호법은 소아성 기호증, 성적 가학증 등 성적 성벽이 있는 정신 성적 장애자를 치료감호의 대상으로 삼고 있는 점에서 진일보한 것이지만, 이들을 치료할 사회치료교정시설과 같은 전문시설에 관하여는 아무런 규정을 두지 않고 단지 구분수용(제19조)에 관해서만 언급하고 있을 뿐이다.

3. 보호관찰처분의 문제점

감호소를 출소하는 자는 모두 가출소자로서 보호관찰처분에 연계된다. 가출소나 위탁개시가 보호관찰처분의 개시를 의미한다(제10조 1항). 3년간의 보호관찰기간 중(제10조 3항) 이들 출소자들은 매월 1회 보호관찰소에 출석신고를 하게 되어 있었다. 장기수용 후 준비 없이 사회로 던져진 이들이 하루 하루 생계유지와 사회적응에도 힘든데 특정일 보호관찰소로 출석하게 하는 일은 이들에게 또 하나의 형벌 못지않은 중압감으로 다가간다. 뿐만 아니라 보호관찰관의 전화접촉이나 지시가 주위사람들에게는 이들을 전과자 군으로 인식시키는 결과를 낳고, 따라서 소외감과 속박감은 사회 속에서도 이들의 가슴을 항시 짓누른다.

36) 독일형법 제63조, 64조, 오스트리아형법 제22조, 스위스형법 제43조, 44조, 덴마크형법 제62조, 65조 등.

결과적으로 보호관찰은 가출소자들에게 3중의 처벌로서의 의미를 지닌다.[37] 차라리 안에 있는 것이 더 낳았으리라는 체념과 반항심이 끓어오르면 그들은 영락없이 재범의 나락으로 빠져들고 만다. 가출소자 중 3년 이내에 재범에 이른 사람은 1989년 41.4%, 1990년 45.7%에서 1991년 37.5%, 1992년 32.8%, 1995년 26.7%로 감소추세를 보이다가 1996년 37.4%, 1997년 41.5%, 1998년 46.1.%, 1999년 47.9%로 다시 상승세를 타고 있다. 이것은 우리나라 보안처분제도가 아직 실질적인 의미에서 범죄예방과 사회방위역할을 제대로 해내지 못하고 있다는 증거일 수 있다.[38]

Ⅳ. 보호감호처분을 둘러싼 형법정책과 그 개선방향

현재 중요한 쟁점은 5년전 폐지되었던 보호감호처분의 재도입 여부에 쏠려 있다. 폐지론을 염두에 둔 사람들은 보호감호처분이 제5공화국 출범 과정에서 야기된 삼청교육대 수용자들을 처리하는 수단으로 급조되었다는 점을 주목한다. 마치 독일의 보호감호처분이 한 세대를 넘는 학파논쟁의 와중에서도 설 자리를 잡지 못하고 유동하다가 나치집권 직후 전격적으로 입법화된 점을 떠올리면서, 보호감호처분과 같이 뜨거운 논쟁거리는 권위주의시대 위로부터의 밀어붙이기식이 아니고는 함부로 법제화되기 어려운 권위주의적인 제도라고 단정한다. 그리고 민주화시대에 인권과 자유라는 근본으로부터 새로운 논의를 거쳐 폐지된 보호감호제도는 인간다운 형사제재제도, 인간존중적인 형사사법문화를 위해 다시 되돌아보지 않는 것이 옳다는 주장에 이른다.

하지만 사회구조의 급격한 변화와 해체, 산업화·도시화의 결과로 범죄의 질과 양이 달라진 우리사회의 오늘 여기에서 빈발하는 누범·상습범의 격증 앞에 책임형법적으로 가중된 형벌제도만으로 효과적인 대처가 될 수 있다고 과신하는 것은 비현실적인 환상일 것이다. 직업적인 누범·상습범의 사회적 위험원에 대한 사회안전망 구축의 일환으로, 그리고 '형사정책의 최후 긴급조치'[39]라는 최후의 보루로

37) 8년 전 필자에게 보낸 청송 제2보호감호소 수용자 조○○의 사회보호법 폐지를 호소하는 진정서에서도 '보호관찰은 3중 형벌'이라는 언급이 있었다.

38) 1984년 25명의 가출소가 시작된 이래 1999년 가출소 인원 457명에 이르기까지 전체 가출소 인원 9,385명 중 3년 이내에 재범인 인원은 3,482명에 달해 평균 37.1%의 높은 재범률을 보여주고 있다(2003년 6월 19일자 법무부 보호국 보호과 제공자료).

39) 이것은 독일형법개정안에 대한 독일 정부의 입장표명 속에 들어 있는 말이다(BT-Drucksache Ⅴ/4094

보호감호처분의 존치는 여전히 유효해 보인다.

형법정책적으로 보호감호처분의 재도입이 진지하게 고려될 시기라면 중요한 과제는 그 개선방향에 있다.

첫째, 보호감호처분은 재범의 위험성이 있는 범인을 격리시켜 사회를 보호하는 것을 본질적 특성으로 하는 만큼, 이것을 교화교정처분으로 얼버무리지 말고, 순수한 안전처분·보안처분으로 순화시켜서 사회적 위험성이 현저하거나 높은 대상범죄자군에 대해서만 적용할 필요가 있다. 그 범위도 명백한 한계를 설정하여 축소시킬 필요가 있다. 여기에서 더 나아가 실제 운용상에 있어서도 최후의 긴급조치로서만 신중하게 발동하게 된다면 이중처벌이라는 일반인의 오해를 불식시킬 수 있을 것이다.

문제는 피보호감호처분자들이 갖는 이중처벌감을 어떻게 불식시킬 수 있겠느냐 하는 점이다. 안전처분 안에서 의식주·여가선용·시설활용·규율·일과·직업훈련·작업·근로임금 등에 교도소와 비교하여 월등히 개선된 처우가 주어질 때 형벌과 보호감호처분의 차별화를 체감할 수 있을 것이다. 이에서 더 나아가 피보호감호처분자들이 자기 죄값 때문에 수용을 강요받고 있는 것이 아니라 자신의 장래 위험성 때문에 그리고 타인과 사회를 위하여 희생적인 짐을 지고 있는 점을 감안하여 그들이 인간으로서의 품위를 지닌 채 인격적인 처우를 받도록 국가가 세심한 배려를 더해야 한다. 국방 의무를 다하기 위해 병영생활을 하는 군인들을 우리가 편견을 가지고 대하지 않듯, 안전의무를 다하기 위해 수용생활을 하는 피감자들을 역시 편견없이 대할 수 있는 제도와 의식변화가 반드시 뒤따라야 한다.

둘째, 부정기처분을 출소가능시기를 가늠할 수 있는 단계적 처분형식으로 바꿀 필요가 있다. 가출소의 기준을 입법적으로 명백히 해 두어야 하고, 비례성의 원칙이 적용될 수 있는 구체적인 준거점도 명문으로 설시해 두는 것이 좋다. 실제 운용상으로는 가출소준비를 위한 대인집중배례제도를 도입하여 사회복귀능력을 향상시켜야 하고, 가출소의 길도 지금보다 훨씬 넓힐 필요가 있다. 신체구속의 장기화는 인격의 성숙에 유해할 뿐만 아니라, 개과천선은 절망에서 나오지 않고 희망과 신뢰에서 생겨나기 때문이다.[40]

셋째, 보호감호처분의 경우 형벌의 선집행은 부득이해 보인다. 하지만 형의 선고시 선고된 보호감호처분을 연속 집행할 필요가 있는지는 그간의 행형효과를 고려해서

S.19).

40) 보호감호처분 기간을 7년 범위 내에서도 단기자유형인 경우 그 이내로, 중·장기자유형인 경우 그 1/2 이내로 축소하여 부과하도록 하는 방안도 고려해 봄직하다.

(행형이 악을 행하는 과정이 아니라 선을 조장하는 과정이라면) 반드시 법원에 의한 중간심사제도를 거치도록 해야 할 필요가 있다. 이른바 중간심사제도의 도입은 시급하다. 오스트리아형법 제24조 2항은 보호감호처분을 형벌과 누적적으로 집행하되(동법 제23조), 수용시설에 넘기기 전, 법원이 직권으로 다시 보안처분 필요성을 검토하도록 하고 있다.

만약 보호감호처분에 이와 같은 중간심사제도가 없다면 누적집행방식(Kumulieren)이 아니라 대체집행방식(Vikariieren)을 고려해야 할 것이다. 구 스위스형법 제42조 5항은 상습범에 대한 보호감호처분에 필요적인 대체집행방식을 적용하고 있다. 형사제재에서 응보관념을 배제하고 일반예방에 대한 특별예방 우위를 고려할 때, 대체집행방식은 사회일반인의 법익보호와 피처분자의 사회복귀를 돕는 형사제재 제도에 가장 적합한 수단으로 보인다. 다만 대체주의가 보안처분의 집행이 형기에 산입되고 남은 나머지 부분에 대하여 형벌의 집행을 고집하거나 형벌이 집행되고 난 뒤에도 남은 보호감호처분의 집행을 굳이 고집한다면 그것은 응보관념의 잔재일 뿐 재사회화를 위한 형사정책에 걸맞지 않다. 대체집행방식을 채택하는 한 원칙적인 일몰제도 함께 고려해야 하는 이유가 여기에 있다.

넷째, 보호감호처분을 행형법(형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률)의 광범위한 준용 하에 두는 것은 좋지 않다. 안전처분으로서의 특성을 살리려면 형벌집행과는 다른 독자적인 집행방법과 그 근거법률을 강구해야 할 필요가 있다. 원칙적으로 강화된 안전조치 아래서 이른바 non-intervention이나 diversion방법을 널리 적용해 보았으면 좋겠다.

Ⅴ. 형법개정시안의 윤곽

1. 일반론

이미 언급한 바와 같이 형법개정시안은 보안처분제도를 형법전에 편입하기로 하고, 2003년 8월 구 사회보호법 폐지와 더불어 폐기된 보호감호처분을 되살리고, 현행 치료감호법에 규정된 치료감호와 보호관찰을 손질하여 형법전으로 편입시키기로 했다. 구 사회보호법에 규정되었던 보안처분의 세 종류를 형벌 이외의

형사제재의 축으로 삼아 이른바 이원주의 형사제재제도를 구축한 셈이다. 이 같은 틀은 1992년 법무부 형법개정안을 그대로 답습한 것이다.

다만 보안처분에 대해서도 죄형법정원칙이 적용되도록 한 점(안 제1조), 보안처분을 비례성의 원칙을 통해 제한하고자 한 점(안 제82조) 등은 진일보한 성과로 보인다. 그 밖에도 보호감호의 집행유예제도의 도입(안 제86조-89조), 치료감호기간을 ① 정신장애자군, ② 마약·주류 중독자군, ③ 정신 성적 장애자군으로 구별하여 ①과 ③은 15년, ②는 2년을 한도로 한 것(안 제91조) 등은 새로운 조치들이다.

2. 보호감호

개정시안은 누범과 상습범에 대한 형벌가중규정을 폐기하고, 일정 범죄의 누범성, 상습성이 인정되는 자들로서 재범의 위험이 있다고 인정되는 자들에게 보호감호를 부과한다(안 제83조).

첫째, 보호감호대상범죄를 살인, 상해, 유괴범죄, 강간 등 주로 강력범죄에 한정한다. 그리고 인권침해의 소지를 최소화하기 위해 구 사회보호법상 '2회 이상 금고 이상의 실형을 받고 형기 합계 3년 이상'이던 요건을 더 강화하여 열거한 각 죄로 '3회 이상 징역 1년 이상을 실형을 선고받고 형기 합계 5년 이상인 자가 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 5년 이내에 다시 열거된 각목의 죄를 고의로 범하여 1년 이상의 징역을 선고받을 때'로 한정한다(안 제83조 제1호). 이 요건은 강력범죄의 누범자들에 초점을 맞춘 규정이다. 강력범죄의 범위를 축소한 대신, 구 사회보호법상 '동종 또는 유사한 죄'라는 요건을 따르지 않고, 누범성의 연계범위를 넓힌 것은 사회안전을 위한 대책을 강화하기 위한 조치로 보인다.

둘째, 제1호 각목에 규정된 죄로 징역 1년 이상의 실형을 선고받은 자가 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 5년 이내에 실형을 받은 죄와 동종 또는 유사한 범죄를 2회 이상 범하여 상습성이 인정될 때에도 보호감호처분이 부과된다(안 제83조 제2호). 구 사회보호법은 '별표에 규정된 죄를 수회 범하여 상습성이 인정될 때'(제5조 제2호)라고 하였던 데 비하여, 시안은 상습성 인정요건을 엄격히 강화했다.

셋째, 보호감호의 선고를 받은 자가 그 감호의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 5년 이내에 보호감호를 받은 죄와 동종 또는 유사한 범죄를 범하여 상습성이 인정된 때에도 보호감호처분이 부과된다(안 제83조 제3호). 구

사회보호법은 기간의 제한을 두지 않았는데(제5조 제3호), 시안은 '5년 이내'의 기간을 설정함으로써 그 요건을 강화했다.

보호감호기간을 7년 이내로 한 것은 구 사회보호법이나 1992년 법무부 형법 개정안이나 현재의 개정시안(안 제85조 제2항)이 동일하다. 독일의 보호감호제도는 ① 판결선고시 위험성을 확신할 수 없을 경우 보호감호명령 유보, ② 보안감호를 선고했더라도 형집행 후 보안감호 집행유예, ③ 판결선고시 보안감호명령을 하지 않았더라도 형집행종료시점에서 사후적 보안감호명령 부과 등의 제도를 내용으로 하고 있으나(§§66a, 66b StGB), 시안은 보호감호의 집행유예를 위한 중간심사 제도를 새로 도입했다. 즉 보호감호가 선고된 경우 징역형의 집행을 종료하기 6개월 전에 뉘우치는 빛, 교정성적 등을 고려하여 보호감호의 집행을 필요로 할 정도의 위험성 여부에 대해 필요적으로 심사하게 하였다(안 제86조 제1항). 만약 보호감호의 필요성이 없는 경우에는 판결로 2년 이상 7년 이하의 기간동안 보호감호의 집행을 유예할 수 있다. 다만 보호감호를 선고받아 그 감호의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제 또는 유예를 받았던 경우에는 제외한다(안 제86조 제2항).

이와 관련하여 보호감호집행유예의 취소(안 제87조), 보호감호집행유예의 실효(안 제88조), 보호감호집행유예기간 경과의 효과(안 제89조) 규정도 새로 마련하였다.

3. 치료감호

현행 치료감호법에 치료감호제도가 그대로 존치되어 있으므로 이것을 형법전으로 이동시키는 문제에 지나지 않는다. 다만 종래 구 사회보호법상의 치료감호의 요건에는 없었으나 치료감호법 전면 개정법률(2008. 6. 13.)에 소아성 기호증, 성적 가학증 등 성적 성벽이 있는 정신 성적 장애자에 대한 치료감호처분이 추가되었으므로, 형법개정시안도 현행 치료감호법상의 치료감호요건을 그대로 수용하였다(안 제90조).

종전 구 사회보호법상 '치료감호시설의 수용은 피치료감호자가 감호의 필요가 없을 정도로 치유되어 사회보호위원회의 치료감호의 종료결정을 받거나 가종료 결정을 받을 때까지로 한다'고 규정하여(제9조) 치료감호기간을 부정기화한 후, 사회보호위원회가 집행개시 후 매 6월마다 종료 또는 가종료 여부를, 가종료 또는 치료위탁의 경우에는 매 6월마다 치료감호의 종료 여부를 심사·결정하도록 했다

(제25조). 그러나 치료감호기간의 부정기화는 인권침해의 소지가 높으므로 2008. 6. 13.자 개정 치료감호법은 15년, 2년의 제한을 두었다(제16조 제2항). 개정시안은 이 기간제한도 그대로 수용하였다(안 제91조 제2항).

치료위탁제도와 관련하여 종래 치료감호부과대상자 중 마약 등 중독자는 그 대상에서 제외했으나, 시안은 구별없이 모든 치료감호 집행 중에 있는 자에 대해, ① 치료감호만을 선고받은 경우에는 그 집행이 시작된 후 1년이 지난 후, ② 치료감호와 형이 병과된 경우에는 형기에 상당하는 치료감호를 집행받은 때, 행정처분으로 의료기관이나 친족 기타의 자에게 치료를 위탁할 수 있게 했다(안 제92조).

4. 보호관찰

구 사회보호법상 보호관찰은 ① 피보호감호자가 가출소한 때 또는 병과된 형의 집행 중 가석방된 후 그 가석방이 취소되거나 실효됨이 없이 잔형기를 경과한 때, ② 치료감호가 가종료된 때 또는 피치료감호자가 치료감호시설 외에서의 치료를 위하여 친족에게 위탁된 때 개시하게 되어 있었다(제10조 제1항). 보호관찰기간은 3년이고, 다만 친족에게 위탁된 자에 대하여는 계속 보호관찰이 필요하다고 인정될 경우 사회보호위원회의 결정으로 보호관찰기간을 1차에 한하여 3년간 연장할 수 있게 했었다(제10조 제3항).

형법개정시안은 보호관찰의 개시를 두 종류로 나누어 법률의 정한 바에 따른 당연개시와 법원의 선고에 의한 개시를 규정하고 있다. 당연개시의 경우는 ① 보호감호의 집행 중에 있는 자가 가출소한 때, ② 가출소 또는 가종료됨이 없이 보호감호 또는 치료감호의 집행이 만료된 때, ③ 보호감호의 집행을 유예할 때, ④ 치료감호의 집행 중에 있는 자가 가종료되거나 치료위탁된 때이다(안 제96조 제1항). 법원의 선고에 의한 보호관찰개시는 보호감호의 개시요건인 특정강력범죄(안 제83조 제1호)를 고의로 범한 사람에게 3년 이상의 유기징역을 선고할 경우, 재범의 위험성 정도를 고려하여 판결로써 징역형 집행종료 이후의 보호관찰을 함께 명할 때 이루어진다(안 제96조 제2항). 보호관찰이 개시되는 경우 판결 또는 행정처분으로 보호관찰기간 범위 내에서 전자장치를 부착하도록 명할 수 있다(안 제96조 제2항).[41]

41) 전자장치부착도 보안처분의 일종인 점을 감안할 때, 이를 행정처분으로도 명할 수 있게 하는 것은 의문의 여지가 있어 보인다.

종래 구 사회보호법을 비롯해(제10조) 현행 치료감호법상(제32조 제2항) 보호관찰기간은 모두 3년이었으나, 시안은 가출소, 가종료 또는 치료위탁으로 인한 보호관찰기간을 5년으로 하고, 다만 재범방지를 위해 필요한 경우 1차에 한하여 5년의 범위 내에서 그 기간을 연장할 수 있도록 규정했다(안 제98조 제1항). 이것은 최근 범죄예방 차원에서 보호관찰기간을 5년으로 연장하는 내용의 치료감호법 개정안이 국회에 계류 중인 사정을 감안한 것이다. 그리고 보호감호 또는 치료감호 집행기간의 만료로 인한 보호관찰 기간을 7년으로 하되, 안 제90조 제1호 또는 제3호의 치료감호 집행기간의 만료 후 보호관찰기간이 만료된 경우, 재범방지를 위해 필요한 경우에 법원의 결정으로 보호관찰기간을 1차에 한하여 5년의 범위에서 연장할 수 있도록 했다(안 제98조 제2항). 더 나아가 보호감호집행유예로 인한 보호관찰기간은 그 집행유예기간으로 한다(안 제98조 제3항). 시안 제96조 제2항 징역형 종료 후의 보호관찰 기간은 1년 이상 5년 이하로 한다(안 제98조 제4항). 다만 앞서 본 시안 제98조 제2항부터 제4항까지의 경우, 보호관찰기간이 1년을 경과한 후에는 행정처분으로 보호관찰의 집행을 면제할 수 있다(안 제98조 제5항).

가출소·가종료·치료위탁으로 인한 보호관찰기간 경과의 효과(안 제99조) 및 보호관찰의 종료(안 제100조)는 구 사회보호법(제27조)과 현행 치료감호법(제32조 제3항)의 규정들을 약간 보완한 정도이다.

5. 기타

감호선고 전 구금일수의 통산에 관하여 구 사회보호법은 감호선고 전의 보호구금일수의 전부 또는 일부를 보호감호시설에의 수용기간에 산입토록 했으나(제20조 제6항), 시안은 형의 선고없이 보호감호 또는 치료감호만을 선고하는 때에는 감호선고 전의 구금일수는 그 전부를 수용기간에 산입하도록 하였다(안 제102조). 감호의 집행순서 및 방법(안 제103조), 감호의 시효(안 제105조) 등은 구 사회보호법과 대동소이하다. 다만 시효의 중단에 관하여 1992년 법무부 형법개정안은 '시효는 보호감호 또는 치료감호의 선고를 받은 자를 그 집행을 위해 구속한 때에 중단된다'(안 제109조 제4항)고 했었으나, 개정시안은 '시효는 감호선고를 받은 자를 그 집행을 위하여 체포한 때에 중단된다'(안 제105조 제4항)고 하여 공권력 발동시점에 맞추어 시효중단의 시점을 정한 것이 특이하다.

Ⅵ. 결 론

형법개정작업 중 가장 중요한 부분은 개개의 죄형법규를 어떻게 손질하느냐에 있다고 하기보다는 형사제재제도를 어떻게 확립하느냐 하는데 있다. 세간의 관심은 온통 간통죄의 존치여부나 낙태죄의 자유화, 동성간·부부간 강간죄의 인정여부에 쏠리는 경향이 있다. 하지만 정작 중요한 것은 형법개정이 형법의 미래를 열어가는 개혁적 작업이냐 아니면 전통적인 형법사고의 숨막히는 공간 속에 아무런 변화없이 머물러 있을 것인가의 선택이다. 그 선택은 바로 형사제재를 둘러싼 형사정책적 방향에 달려 있다. 무엇보다도 형벌 및 보안처분 제도가 바로 형법의 인간상과 국가관 및 사회체계와 직결되기 때문이다.[42]

범죄라는 사회의 그늘만 바라보고 인간을 비관적으로 파악할 때, 우리는 범죄박멸을 위한 과도한 국가작용을 쉽게 용인하는 우에 빠질 수 있다. v. Liszt가 1892년에 행한 '형법의 장래'라는 강연에서 '우리가 이해하는 형사정책은 인간, 즉 개인 및 사회의 개선능력에 대한 신앙에 의해 조건지워져 있다'고 말했던 것처럼, 현대사회의 어둡고 음침한 범죄의 골짜기를 지나면서도 인간의 자기개선과 자기발전 능력에 대한 신뢰를 잃지 않는다면, 범죄인을 박멸하고 사회로부터 배제할 것이 아니라 오히려 수용하고 포섭하여, 보다 유리한 삶의 조건 하에서라면 범죄없이 살아갈 수 있는 잠재력을 가진 사회의 일원으로 인정하는 안목을 놓쳐서는 안될 것이다.[43] 이런 관점에서 Radbruch도 1929년 그의 강연에서 '형법발전의 끝없는 목표는 형벌없는 형법전일 것이다. 그 목표는 형법의 개선이 아니라 형법을 형법보다 더 좋은 어 떤 것에 의해 대체하는 것이다'라고 말했다. 여기에서 그가 상정했던 '더 좋은 어떤 것'이란 보안처분제도, 즉 개선하고 치료하는데 중점이 놓인 보안처분을 암시한 것으로 보인다.[44]

우리나라의 형법개정논의에서 보안처분의 형법전 편입시도는 아직 재사회화형법의 실현가능성에 대한 낮은 기대와 구 사회보호법 제정 당시 5공 악법이라는 선입견 때문에 그 저항이 만만치 않으리라 예상된다. 그러나 보안처분이 v. Liszt 이래 형법개정작업에서 개혁정신의 전통 위에 서 있는 새로운 그 무엇임을 부인해서는 안될 것이다.[45]

---

42) 이에 관한 대표적인 단행논문으로는 Jescheck, Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform, 1957; Maihofer, Menschenbild und Strafrechtsreform, 1964 등을 들 수 있다.

43) 윤재왕, 「포섭/배제 - 새로운 법개념?: 아감벤 읽기 Ⅰ」, 고려법학 제56호(2010), 261면 이하; Il-Su Kim, Das Liebesstrafrecht hinterm Berge des Feindstrafrechts, a.a.O., S.19ff.

44) Wiertz, Strafen-Bessern-Heilen?, a.a.O., S.8.

45) 이에 관하여는 Roxin, 「Franz von Liszt와 독일형법 택일초안의 형사정책적 입장」 (김일수 역), 고대

1970년대 서구, 특히 독일의 형법개정작업은 계몽주의와 근대주의 사상조류를 쫓은 v. Liszt와 Radbruch의 사상에 감화된 택일안 주창자들에 의해 획기적인 개혁 성과를 담을 수 있었다. 택일안의 형사정책적 방향은 형법의 탈신화화, 탈윤리화 그리고 합리화, 자유화와 인간존중의 정신이었고, 그 구체적인 개혁프로그램의 표어는 다음과 같은 것들이었다:

① 응보사상의 배제, ② 일반예방에 대한 특별예방의 우선, ③ 형벌의 정당화 전제로서 보충성과 실효성의 원칙, ④ 형벌을 법익보호의 기능에로 국한시키는 것.[46]

형법개정 논의에서 '학설의 논쟁은 학설에 맡긴다'라든가 '추상성의 구체화는 본질상 판결의 일부에 속한다'라는 속설이 위력을 발휘하는 경우가 많다. 그러나 형법의 개정작업에서 개개 형벌목적의 충돌을 판결의 일부에 속하는 양형작업에 돌린다든가, 건축학적인 균형미를 도외시하고 지엽말단에 매달린 나머지 파편화된 모자이크 입법이 되도록 방치하는 것은 매우 후회스러운 일이 아닐 수 없을 것이다. 변화와 선택을 주저했던 1962년 독일형법개정 정부초안의 보수적인 행보에 대해, 택일안의 공동발의자 중 한 사람이었던 Roxin은 다음과 같이 비판하고 있다:

"입법자의 형사정책적 임무로부터 이와 같은 자진사퇴는 매우 유감스러운 일이다. 왜냐하면 특별예방적 형사사법이 자연히 통일성없는 실무가의 재량에 내맡겨지게 되고, 상이한 법원간의 이질적인 목표설정이 법적 평화와 형벌의 효과에 꼭 알맞은 것일 수도 없고, 무엇보다도 응보가 일반예방이라는 미명 하에 개선장군처럼 법정 안으로 다시금 입성할 가능성도 없지 않기 때문이다."[47]

최근 일부형법개정으로 우리 형법의 이념적 지표는 더욱 애매모호한 지경에 빠져들고 있다. 즉 유기징역·금고형의 상한선을 1월 이상 15년에서 1월 이상 30년으로, 가중하는 경우 25년에서 50년으로 두 배까지 상향한 것이다. 이것은 최근 조두순·김길태 사건으로 악화된 시민의 법적 평온감의 회복을 꾀한 대응입법이긴 하지만, 형사정책적 관점에서 합리성과 실효성을 찾기 어려운 Legal Populism적

법률행정논집 제15집, 1977, 195면 이하 참조.

46) 앞의 글, 205면.

47) 앞의 글, 207면.

강벌정책의 천명으로 보인다. 이 같은 즉흥적 발상들은 바로 형벌이 지니고 있는 사회윤리적 비난성 외에 응보적 대응이라는 신화적 요소에 편승한 것이지 결코 인간의 얼굴을 지닌 그리고 사회통합적 예방이라는 합리적인 형사정책의 일환으로 이해하기 어렵다.

이와 같은 형벌 인플레이션과 과부화를 막기 위해서는 오히려 우리가 5공 악법이라는 낙인을 찍어 장사지내버렸던 보호감호처분을 다시 그의 묘석에서 끌어내어, 새 생명으로 거듭나게 할 뿐만 아니라 이를 형벌 외에 형사제재의 한 축으로 형법전에 당당히 안치시키는 것이 상책이라 사료된다. 형사제재에서 이원체계가 갖는 장점이란 바로 사회안전을 위협하는 현대형 범죄에 응보적 성격의 중형만으로 대응하는 한계를 극복하여 합리적이고 실효성있는 형사정책을 도모할 수 있다는 점이다. 이 점 때문에 나치 폭정 하에서 입법된 상습범에 대한 보안처분법을 v. Liszt와 Radbruch의 개혁정신을 이어받은 1966년 독일 택일안 발의자들도 형법전에 형사제재제도의 일부로 편입·수용하는 입장을 견지했던 것이다.

나쁜 권력이 나쁜 의도로 활용한 바 있는 보안처분은 실제 상습·누범적으로 범죄경력을 쌓아가는 구체적·현실적 인간의 운명적 고리를 형벌과 함께 또는 형벌대용으로 끊고 해결하는데 도움을 주는 인간존중의 정신과 합리성의 산물이라는 점을 간과해서는 안될 것이다. 한국적 현실에서 보안처분, 특히 보호감호처분이 5공 악법의 산물 내지 인권침해제도로 낙인찍힌 데는 정치적 현실과 형법정책 사이를 세분해서 살펴보지 않은 냉소주의가 작용하지 않았을까.

사회가 극악한 범죄인의 범행에 일말의 공동책임을 양심적으로 느낄 수 있다면, 범죄인에게서 정신적·사회적으로 파괴된 것을 그에게 복구해주어야 할 책무가 있다. 그를 영원히 배제하고 격리시키는 것이 아니라, 그를 사회의 일원으로 받아들이고 그에게 잠재해 있는 자기발전과 자기보존의 능력을 북돋우어주어야 할 책무가 있는 것이다. 왜냐하면 인격적 존엄의 주체인 인간이라면 어느 누구나 개선가능성을 갖고 있기 때문이다. 비록 형벌이 개선불가능한 자로 낙인찍은 인간에게도 보안처분은 사회공동체와 범인 자신의 공동이익을 위해 호의있는 온화와 배려깊은 보호를 베풀어야 한다. 그것은 박애주의적 열정이나 신념이 아니라 오히려 냉철한 사회과학적 통찰인 것이다.

이런 맥락에서 보호감호제도조차 인간에 대한 낙관론적 믿음을 담고 있는 보안처분제도라는 인식이 필요한 시점이다. 그것은 위험한 범죄인에게 자기자신과 사회공동체에 대한 새로운 관심을 떠맡을 수 있도록 환기시키는데 목표를 두고

있기 때문이다. 개선불가능한 자를 영원히 격리해야 한다는 정치공학적 사고에 맞서서 오히려 호의와 배려깊은 사랑의 정신으로 포용하는 보안처분의 새 지평을 열어가야 할 때이다.

오늘날 형사소송법상 diversion 프로그램, 형사사법분야에서 ARD 프로그램, 회복적 사법 프로그램의 활성화도 바로 이와 같은 방향으로 걸어가는 인류의 오랜 공동노력의 일환으로 보인다. 한국 형법의 이원체계는 바로 형벌의 무겁고 협소한 방문을 열고, 합리적인 형사정책의 지평을 넓혀가는 과정으로 이해되었으면 좋겠다. 보호감호의 부활문제만 해결되면 실제 치료감호법에 담겨진 치료감호와 보호관찰을 형법전으로 편입시키는 데는 별 어려움이 없어 보인다.

· 참 고 문 헌 ·

1. 국내문헌

김일수, 「사회보호법의 문제점과 개선방향」, 형사정책연구 제4권 제3호(2003).
김일수/서보학, 형법총론 제11판, 2006.
배종대, 「보안처분과 비례성원칙」, 법치국가와 형법, 1998.
심재우, 「보안처분에 관한 고찰」, 고대 법학논집 제22집(1984).
윤재왕, 「포섭/배제 - 새로운 법개념?: 아감벤 읽기 Ⅰ」, 고려법학 제56호(2010).

2. 외국문헌

BT-Drucksache Ⅴ/4094.
C. Stooss, Motive zu dem Voreutwurf eines Schweizerischen StGB, AT, 1893.
C. Stooss, Sichernde Massnahmen, ZStR 33/ 1920.
Hall, Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe, ZStW 70, 1958.
H. Mayer, Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962.
Il-Su Kim, Das Liebesstrafrecht hinterm Berge des Feindstrafrechts, 고려법학 제49호(2007).
Il-Su Kim, Punitivistische Grundtendenzen der gegenwärtigen Kriminalpolitik?, 고려법학 제56호(2010).
Jescheck, Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform, 1957.
Jescheck, Lehrbuch AT, 1988, §9Ⅱ2.
Kohlrausch, ZStW 44, 1924.
Maihofer, Menschenbild und Strafrechtsreform, 1964.
Maurach, Deutsches Strafrecht, 4.Aufl., 1971.
Maurach, Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, 1960.
M. Melzer, Die Neue Sozialverteidigung und die deutsche Strafrechtsreformdiskussion, 1970.
Nowakowski, Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Massnahmen, FS-v. Weber, 1963.
P. Albrecht, Die allgemeinen Voraussetzungen zur Anordnung freiheitsentziehender Massnahmen gegenüber erwachsenen Delinquenten, 1981.

R. von Hippel, Reform der Strafrechtsreform, 1976.
Roxin, Franz von Liszt und die Kriminalpolitische Konzeption des AE(김일수 역), 고대 법률행정논집 제15집 (1977).
U. Eisenberg, Strafe und freiheitsentziehende Massnahme, 1967.
v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge(AuV), Ⅱ, 1905.
v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21/22. Aufl., 1919.
Wiertz, Strafen-Bessern-Heilen?, 1982.

지정토론문

보호감호 처분의 재도입 및 보안처분 제도의 형법편입

신 양 균

(전북대 교수)

MINISTRY OF JUSTICE • REPUBLIC OF KOREA
법무부

보호감호 처분의 재도입 및 보안처분 제도의 형법편입

신 양 균
전북대학교 법학전문대학원

1. 들어가는 말

먼저 법무부에서 형법개정에 앞서 공청회를 통해 다양한 의견을 개진할 수 있는 기회를 주신 점에 대해 감사드립니다. 또한 학계의 원로이시자 우리 형법해석학의 발전을 주도해 오신 김일수교수님의 발제에 대해 어설프게나마 토를 달 수 있는 기회를 가진 것은 개인적으로 큰 영광으로 생각합니다.

굳이 아쉬운 점을 말하자면 법무부가 주관하여 형법개정작업이 이루어지면서 2007년에 출범한 형사법개정특별심의위원회에서 개정안이 논의되는 과정에서 형사법학회에서 공식적으로 그 내용이나 과정을 알지 못하는 상태에서 시안이 마련되었다는 점입니다.

그 결과 한국형사법학회에서는 이미 2008년 독자적인 대안을 제시하기 위해 형법개정연구회를 구성하였고 3년에 걸친 검토 결과 이제 총각론 분야 전반에 걸쳐 개정시안을 만들었고, 이제 최종검토를 거쳐 다음 달이면 그 내용을 학회에 보고하는 단계에 와있습니다.

개인적으로는 학회의 개정논의에 참여하고 있는 일원으로서 보안처분제도에 대해서도 개인의견보다는 학회에서 현재 잠정적으로 정리된 의견을 중심으로 토론에 참여하게 됨을 미리 말씀드리고자 합니다.

2. 보안처분제도 일반에 대하여

먼저 위원회 시안이 보안처분제도를 형법전에 도입하기로 한 것은 형사제재를 형법전의 틀 안에서 규율한다는 점에서 원칙적으로 동의할 만합니다. 그러나 보안처분의 종류가 매우 다양하고 가변적이라는 점을 감안한다면, 보안처분의 종류를

제81조와 같이 명시하는 것이 과연 바람직한 것인지는 검토의 여지가 있을 것으로 봅니다. 예컨대 '화학적 거세'라고 부르는 성충동약물치료가 치료라는 방식을 사용하고 있고 '재범을 방지하고 사회복귀를 촉진하는 것'을 목적으로 하고 있어(성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률 제1조 참조) 치료감호와 유사한 보안처분의 성격을 가지고 있음에도 불구하고 특별법에 의해 규율되고 있고, '전자발찌'를 통한 위치추적도 통상 「집중적 보호관찰」(intensive probation)이라는 보안처분의 일종임에도 「특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률」에서 규율하고 있는 점에서도 잘 드러난다고 생각합니다. 또한 보호감호를 보안처분의 일종으로 규정한 것은 독일, 오스트리아, 스위스 등의 외국의 입법례에 따른 것으로 보이는데, 과연 개선이나 치료의 목적이 사실상 거의 드러나지 않고 격리 내지 보안의 목적이 강조되는 처분을 보안처분의 일종으로 규율하는 것이 타당한지에 대해서는 근본적인 검토가 필요하다고 생각합니다.

아래에서는 주로 보호감호제도의 재도입에 관한 문제를 중심으로 위원회의 시안에 대한 의견을 말씀드리겠습니다.

3. 보호감호제도의 도입 문제

(1) 논의의 방향

잘 아시는 것처럼, 보호감호제도는 이미 폐지된 사회보호법에 의해 1980년에 도입되었다가 2005년 사회보호법의 폐지로 보안처분의 목록에서 사라진 제도입니다. 따라서 보호감호제도의 신설이 아닌 재도입에 관한 논의를 위해서는 보호감호제도에 대한 일반론을 전개하는 것보다는 아래 두 가지 관점에서 검토가 필요할 것으로 봅니다. 첫째로 새로 도입하려는 보호감호제도가 사회보호법상의 그것과 어떻게 다르며, 그러한 차이점을 통해 이론적 정당성이 확보될 수 있는가 하는 점입니다. 둘째로 사회보호법상 보호감호제도가 가지고 있던 문제점이 해소될 수 있는가 하는 점입니다.

(2) 구체적 검토

시안에 따르면, ① 보호감호 대상범죄를 살인, 상해, 유괴범죄, 강간 등 주로 강력범죄에 한정하고(방화죄는 사회적 위험성이 높은 죄질이 중한 범죄로서 포함)

그러한 범죄로 징역 1년 이상의 실형을 3회 이상 선고받고 형기 합계가 5년 이상인 자가 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 5년 이내에 다시 대상범죄를 고의로 범하여 1년 이상의 징역을 선고할 때 등으로 제한하였으며, 보호감호기간을 구 사회보호법과 마찬가지로 7년으로 제한하였으나, ② 징역형 집행후 보호감호 집행 시점에서 재범의 위험성 여부에 대해 다시 법원이 판단할 수 있도록 하였고(소위 중간심사제도의 도입) 보호감호의 필요성이 없는 경우에는 판결로 2년 이상 7년 이하의 기간 동안 보호감호의 집행을 유예할 수 있도록 하고, ③ 보호감호의 가출소 여부에 대해 6개월 단위로 필요적 심사를 하도록 하는 한편 보호감호 가출소 여부에 대한 특별신청권을 인정하고, 그 신청권자로서 본인 이외에도 친족 등을 규정하고 있습니다.

그런데 구 사회보호법 하에서 보호감호처분이 폐지된 배경은 당시 국가인권위원회의 사회보호법 폐지결의안에 잘 나타나 있다. 즉 ① 피보호감호자의 재범 위험성 판단 등에 있어서 전문적 감정 또는 객관적 분석의 제도적 보장이 결여된 채 운영되고 있어 헌법 제12조(신체의 자유, 적법절차)를 침해할 수 있고, ② 누범·상습범에 대한 보안형으로서 형벌가중규정과 보호감호제도를 병존시키고 있는 것은 헌법 제13조(이중처벌 금지)에 반할 수 있으며, ③ 사회보호위원회에 의한 가출소와 보호감호면제 결정의 실태는 헌법 제27조(헌법상 보장된 법관에 의해 재판 받을 권리)를 침해할 수 있고, ④ 피보호감호자에 대한 현실적 처우 등의 실태는 헌법 제10조(인간의 존엄성, 행복추구권)에 반할 수 있다는 점 등이었습니다(2004.1.12.자 국가인권위원회 전원위원회 결정(사회보호법 폐지 및 치료감호 대체법안 마련 권고).

따라서 보호감호제도에 대한 시안이 누범과 상습범에 대한 형의 가중을 폐지하고, 법원에 의한 집행유예제도를 도입하는 한편 가출소에 대한 정기적인 필요적 심사와 신청권 보장 등을 명시함으로써 과거의 제도가 가지고 있던 문제를 부분적으로 해소하려고 한 점은 긍정적으로 평가할 수 있지만, 재범의 위험성 판단에 대한 객관성 보장이나 제도의 취지에 맞는 처우집행 등에 대해서는 여전히 제도적 해결이 되지 못한 것을 알 수 있습니다. 무엇보다 시안이 보호감호의 내용을 구법과 마찬가지로 「보호감호는 보호감호시설에 수용하여 교화하고, 사회복귀에 필요한 직업훈련과 근로를 부과」하는 것으로 규정하고 있는데, 수용시설이 보호감호시설인 점을 제외하면 교정시설과 아무런 차이가 없어 실제 집행상 어떤 차이를 가져올 수 있는지 의심스럽습니다.

바로 이런 이유에서 보호감호가 대상자의 개선보다는 보안 내지 격리에 중점을 두고 있는 처분으로서 범죄인을 개선시킴으로써 사회로 통합시키기보다 보호감호라는 이름 아래 이미 형기를 마친 범죄인을 사회로부터 격리시킬 수 있는 기간을 연장시키는 제도로서 이른바 「상표사기」라는 비판을 받는 것이고, 실제 보호감호 처분의 적용대상자들도 자신의 책임범위를 넘어서는 이러한 처분을 자신이 감수해야 할 대가로 생각하지 않게 되는 것입니다. 특히 지난 4월 15일 형법의 일부 개정으로 인해 유기형의 상한이 30년(가중하는 경우는 50년)으로 2배 증가한 점을 감안한다면, 형의 하한만 정해져 있는 대부분의 중대범죄의 경우 양형에서도 상당한 변화가 예상되므로, 장기간의 구금을 통해 격리와 교화(치료)의 효과를 거둘 수 있다는 점에서 보호감호처분을 병과하는 것이 그 만큼 설득력을 잃게 된다는 점도 고려할 필요가 있을 것입니다.

또한 현재 문제되고 있는 성폭력범죄자나 위험한 중범죄자의 경우 사회규범을 무시하고 공격적인 행태를 보이면서 규범의식이 결여된 이른바 '반사회적 인격장애'에 해당한다는 점을 감안하면, 사후억제가 아니라 조기발견을 통한 사전치료가 보다 효과적이며 이들에 대한 단순한 장기격리는 출소 이후의 재범방지에 도움이 되지 않는다. 따라서 이들에 대해 충분한 사회치료수단이 전제되지 않는 보호감호는 보안처분 본래의 취지를 살릴 수 없다는 점을 염두에 둘 필요가 있습니다.

이러한 집행상의 문제는 사회보호법 폐지 이후 경과규정에 의해 현재 교도소에 복역하고 있는 피보호감호자의 경우 보호감호 집행을 통해서도 간접적으로 드러나 있습니다. 보호감호제도 재도입이 필요하고 적정한 집행을 통해 그 문제점을 해소하려고 한다면, 당장 현재 수용 중인 피보호감호자에 대해서 교화와 치료를 목적으로 한 프로그램을 개발해 시범적으로라도 보호감호의 취지를 살리는 방향으로 적정한 집행이 이루어져야만 할 것입니다. 그렇지만 그 대답은 긍정적이라고 할 수 없습니다. 최근 언론에 보도된 피보호감호자의 집행실태는 과거에 지적되어 온 문제점들이 그대로 드러나 있는 것으로 보여(신동아 2010년 5월호 "'청송'의 마지막 보호감호자들,"이라는 기획기사의 내용 참조.), 과연 보호감호제도가 다시 도입되더라도 종래의 문제점들이 해소될 수 있는지 의심스러운 대목입니다.

(3) 대안의 모색(?)

시안은 보호감호제도의 도입과 함께 상습범 및 누범에 대한 형의 가중을 폐지한다는 입장을 취하고 있습니다. 그렇다면 보호감호제도의 도입에 반대한다면

위험한 상습범 등에 대해서는 중형주의로 갈 수밖에 없는 것인지 하는 점에 대해 말씀드리겠습니다.

학설 가운데에도 위험한 상습누범 등에 대해 형을 가중해야 한다는 견해가 있습니다. 형법도 예외적으로 행위자책임을 인정할 수 있고 상습범 가중이 책임주의에 반하는 것은 아니며 상습범 가중은 상습성으로 말미암아 그 위험성이 가중된다고 본 데 따른 것이므로, 죄형간의 균형을 잃었다거나 형벌이 달성하고자 하는 목적에 반하는 것이라고 보기 어렵고 비례의 원칙이나 과잉금지의 원칙에 반하는 규정이라고 볼 수도 없다고 합니다(헌법재판소 전원재판부, 1989.9.29. 89헌마53결정; 헌법재판소 전원재판부, 1995.3.23. 93헌바59결정). 또한 보호감호의 요건인 재범의 위험성에 대한 판단기준이 모호하고, 대상자에게 이중처벌로 받아들여질 수 있다고 합니다. 다만 상습범을 그대로 두더라도 행위자의 습벽만으로 상습성을 인정해서는 안되고, 동종범행의 반복이라는 객관적 행위요소를 고려해야 하며, 상습범 가중의 근거는 단순한 습벽이 아니라 범죄의 반복에서도 찾아야 하고, 3회 이상 동종범죄의 반복이라는 객관적 요소와 그러한 범행에서 표출된 행위자의 범행에의 습벽이라는 주관적 요소를 모두 고려해야 한다고 한다거나, 상습범 가중은 특별법을 포함하여 형의 3분의 2를 가중하는 것이 적정하며, 상습범과 누범규정을 전과와 범죄빈도(재범속도)를 기준으로 하나의 범죄유형으로 통합하고 법률로써 형식적 요건을 강화하여 소극적으로 운영해야 한다고 보완방안이 제시되기도 합니다.

상습범에 대한 형 가중 없이 현행 형벌체계만으로 위험한 상습범 내지 상습누범에 대처할 수 있는지에 대해서 형사정책의 차원에서 우려의 시선이 적지 않고, 위와 같은 견해는 이러한 점을 고려한 것으로 볼 수 있습니다. 그러나 이러한 우려는 위험한 상습범에 대해 특별법이 지나치게 중형을 규정하고 있는 점을 고려해서 실무에서 양형을 관대하게 하고 있다는 또 다른 측면에서 비롯된 것이므로, 현행법 자체가 위험한 상습범에 대해 양형 단계에서 가중된 형을 확보하는 데 한계가 있다고 보기는 어려운 측면이 있습니다. 따라서 법정형의 폭이 비교적 넓은 우리 형법 하에서 낮은 법정형으로 인해 상습범 가중을 폐지할 수 없다는 주장은 반드시 설득력이 있다고 보기 어렵습니다. 또한 종래의 보호감호처분이 상습누범의 재범방지라는 본래의 기능을 제대로 수행하지 못했기 때문에 폐지되었다는 이유로 이제 상습범 가중을 통해 그 기능을 대체해야 한다는 주장은 지나치게 단선적이고 중형주의의 관성에 빠져있다는 비판을 받을 수 있을 것입니다.

상습범의 상당 부분은 의지가 박약한 정신질환자, 인격장애자, 재사회적 행형이

실패하거나 사회적 원조가 결여된 자입니다. 따라서 형의 가중이 문제해결의 유일한 열쇠라는 생각은 이들에 대한 치료와 지원보다 장기간 격리 내지 무해화라는 방안이 효과적이라는 인식에서 출발한 것이라고 보지 않을 수 없습니다.

따라서 보호감호제도의 거부가 상습범 내지 누범의 형을 가중하는 방향을 선호하는 것으로 오해되어서는 안된다는 점을 분명히 할 필요가 있습니다. 따라서 시안과 마찬가지로 상습범과 누범에 대한 형 가중의 폐지는 보호감호제도의 도입 여부와 관계없이 반드시 실현되어야 할 과제라고 할 수 있습니다.

4. 결 론

성폭력범죄나 강력범죄의 증가는 상당 부분 가정, 학교 및 지역사회의 기능 약화와 사회적 유해환경의 증가 그리고 인격장애 등 개인적 차원의 결함 등이 복합적으로 작용한 결과라고 보아야 합니다. 따라서 사회 자체의 근본적인 문제에 대한 성찰 없이 형법의 근간을 위협하는 제도의 변화를 통해 문제를 해결하려는 시도는 바람직하지 못하다. 이는 제도에 대한 내성(耐性)으로 인해 보다 강도 높은 제도를 도입하거나 범죄통제의 네트워크를 강화하는 방향으로 나아갈 수밖에 없습니다. 어찌 보면 과거 보호감호제도의 도입이 1980년대 이후 우리 사회의 범죄통제 시스템을 새롭게 강화시켰고 결과적으로 또 다른 강화방안을 가져오는 신호탄이 되었는지도 모릅니다. 그 동안 법집행기관이 상습범의 문제를 다루어온 방식에 근본적인 변화가 수반되지 않는 한 형사제재의 종류를 형벌에서 보안처분으로 변경한다거나 형사제재의 수위를 높인다는 현상적인 변화만으로는 결코 문제가 해결될 수 없습니다.

범죄예방을 위한 시스템에 완결된 형태란 존재하지 않는다. 범죄예방을 위해 부심하는 정책입안자들은 꾸준히 새로운 시스템을 개발하거나 과거의 억압적 시스템을 복원하려고 노력할 것입니다. 그러나 현재 발생하고 있는 연쇄살인이나 성폭력이 보호감호제도의 부활이라는 방법으로 억제될 수 있다는 확신이 없다면 그러한 제도의 부활을 통해 희생될 수 있는 소수의 인권이 우선 고려되어야 한다는 것을 결론으로 삼을 수밖에 없고, 이것이 법치국가 원리를 지향하는 우리 헌법의 요청이기도 하기 때문입니다.

감사합니다.

지정토론문

보호감호 처분의 재도입 및 보안처분 제도의 형법편입

강 동 범

(이화여대 교수)

MINISTRY OF JUSTICE • REPUBLIC OF KOREA

법무부

보호감호 재도입과 보안처분 형법전편입

강 동 범
이화여자대학교 교수

1. 발표에 대한 토론자의 이해

(1) 김일수 교수님(발표자)의 입장

○ 김일수 교수님의 발표문을 읽고 보안처분에 대해 많은 것을 배울 수 있었고, 형법개정시안의 보안처분에 관한 내용을 전체적으로 이해할 수 있어 무척 감사드림
○ 보안처분의 정당성의 근거를 법익교량사상(타인의 자유보호가 전체적으로 보아 침해자의 자유박탈이나 제약에 비해 훨씬 중요한 의미를 가질 경우 보안처분 감수해야 함)
○ 보호감호를 안전처분·보안처분으로 순화, 인격적 처우 및 편견불식 제도·의식변화
○ 출소예상가능토록 단계적 처분으로 변경
○ 형벌집행 후 보호감호의 집행 필요성 심사(중간심사제). 그렇지 않으면 대체집행방식
○ 형집행법의 준용방식 아닌 독자적인 집행방법과 근거법률 강구
○ 보안처분제도는 인간에 대한 낙관론적 믿음을 담고 있는 제도로서 개선불가능하게 보이는 범죄자에게도 호의와 배려깊은 사랑의 정신으로 포용하는 형사제재로 구성
○ 국가와 사회는 극악한 범죄인도 인격적 존엄의 주체로서 그를 사회의 일원으로 받아들이고 그에게 잠재해 있는 자기발전과 자기보존의 능력을 북돋우어주어야 할 책무 있음

(2) 형법개정시안의 내용

○ 보안처분의 형법전 편입, 구 사회보호법에 규정되었던 보호감호의 형법 재도입, 치료감호와 보호관찰의 형법전 편입⇒이원주의 형사제재
○ 보호감호의 요건 강화, 상한(7년) 명시, 중간심사 및 집행유예・취소・실효
○ 치료감호법의 치료감호를 약간 보완하여 형법전으로 편입
○ 피보호감호자에 대한 보호관찰을 보완하여 형법전으로 편입

2. 의견 및 질문

(1) 일반론

○ 현대사회의 특징으로 형사입법에 막강한 영향력을 미치고 있는 위험사회에서의 위험원으로 과학기술의 발전에 따른 기계・기술・정보화 등 물적 기반을 주로 언급하였지만, 그러한 물적 기반을 만들어내고 사용하는 "사람" 그 자체가 심각한 위험원이 되었음(낮은 연령 소년범, 상습범, 누범, 정신장애, 묻지마 범죄, 연쇄살인・강간 등)
○ 위험원으로부터의 안전을 확보하기 위한 격리는 유효한 형사정책이 아니라는 점이 확인(국민의 공분을 산 최근의 성범죄자, 재범자의 입소율이 높음)되었으므로, 새로운 형사정책적 수단이 절실해지고 있음
○ 고전학파와 근대학파가 첨예한 대립을 보였던 책임과 예방은 상호 배타적・택일적 관계가 아닌 상호 보완적・병렬적 관계를 형성하여야 함
○ 형벌은 응보(책임상쇄적 응보), 보안처분은 개선(규범준수적 개선): 과학적 합리성, 이론적 정치성(근거・한계), 내용, 집행방법 등을 분명하게 달리할 수 있을 것
○ 목적일원론(형벌・보안처분 모두 행위자의 특별예방과 사회적인 일반예방을 목적)을 취할 경우, 여전히 이중처벌이라는 비판으로부터 자유로울 수 없지 않을까요?
○ 보호감호는 사회방위를 주목적으로 하는 본래적 의미의 보안처분이라고 파악한다면 보호감호 교정행정의 중점이 격리에 놓일 우려가 있지 않을까요?

(2) 보안처분의 형법전편입 및 보호감호의 재도입

○ 보안처분을 형법전에 편입하여 형사제재의 한 축이라는 점을 명백히 하고, 상습범·누범의 가중을 삭제하면서 보호감호를 도입한 것에 찬성
○ 이중처벌이라는 비난에서 벗어날 수 있는 조치들을 마련하여야 한다는 지적은 지극히 타당
○ 이중처벌·명칭사기 등의 비판에서 벗어날 수 있는 내용구성이 중요(이론적 논증이 아닌 실제적 내용으로 답해야 할 때): 개정시안은 전체적으로 바람직함
○ 개정시안(이하 "시안"이라 함) 제97조 제2항(보호관찰의 개시와 전자장치부착의 경우)이 행정처분으로 부칙명령을 할 수 있게 하는 것은 의문의 여지가 있다는 의견에 동의
○ 시안 제98조(보호관찰의 기간)가 일률적으로 5년(제1항), 7년(제2항)으로 하는 것은 피감호자의 다양성을 고려할 때 적절하지 않다고 생각함. 상한기간으로 규정하는 것이 최후수단성·비례성 원칙과 합치되고 사회복귀에 더 유효할 것으로 봄.
○ 시안 제82조(비례성의 원칙)의 문언(보안처분은 과거의 범죄행위, 장래에 예상되는 범죄행위 및 그 위험성의 정도에 비례하지 않는 경우에 명하여져서는 안된다.)이 과연 적절한가요? '보안처분은…비례하지 않는 경우에 명하여져서는 안된다'는 문언은 엄격히 말하면 점(點)처분을 의미(단순화하여 1+1+1→3이 비례한다면, 4는 물론 2도 비례하지 않을 것)하는 것으로 해석될 여지가 있음. 규정의도는 '비례하지 않게 명하여져서는 안된다'일 것이므로, "위험성의 정도를 초과하여"라고 하는 것이 어떨까요?
○ 시안 제83조(요건) 제1호 가목의 죄는 모두 고의범(결과적 가중범 포함)인데 굳이 '고의로'라고 규정한 이유는 무엇인가요? 결과적 가중범 중 진정결과적 가중범을 범한 경우는 제외하려는 의도인가요?
○ 시안 제83조(요건) 제2호와 제3호의 '동종 또는 유사한 죄'는 불명확하지 않을까요? 예컨대 상해죄와 폭행죄, 살인죄와 상해죄, 현주건조물방화치상죄와 폭행죄·강도상해죄, 성범죄와 강도죄, 강도죄와 폭행죄 등은 여기에 해당하는가요? 필요적 보호감호(보호감호를 부과한다)임을 고려하면 명확하게 할 필요가 있음.
○ 시안 제94조(가출소·가종료) 제2항 단서 가출소·가종료의 신청권자 중 '감호자'는 피감호자가 아닌가요?

○ 시안 제96조 제1항 제4호(치료감호의 집행 중에 있는 자가 가종료되거나 치료위탁된 때) 문언도 적절하지 않음. 집행 중에 있는 자가 가종료되는 것이 아니라 집행이 가종료되는 것임.

3. 마치면서

○ '책임이냐 예방이냐의 택일'이 아닌 "책임과 예방"의 조화
○ 보호감호의 중점은 '감호'가 아닌 "보호"에 있어야 함(국가의 국민에 대한 기본권 보호의무에 합치되어야 하며, 범죄자도 국민임은 당연)
○ 보호는 사회(다수국민)의 보호(생명・신체・자유・재산에 대한 위험원 격리)는 물론 인격권의 주체로서 범죄자의 보호(정상사회인으로 생활할 수 있는 능력의 회복)를 의미하여야 함(발표자의 표현을 빌리면, 인격적 존엄의 주체로서 잠재해 있는 자기발전과 자기보존의 능력을 북돋우어주어야 함)
○ 감호시설에서의 집행내용에 대한 체계적・과학적 연구, 구체적인 프로그램의 개발, 전문인력과 물적 자원의 확보 등 이중처벌이 아니라는 것을 확실히 인식할 수 있는 조치가 필요하며, 이것이 뒷받침되지 않으면 구 사회보호법이 처했던 비판에 직면할 것

형법 총칙 개정 공청회

2010년 8월 인 쇄
2010년 8월 발 행

발행 법무부 형사법제과
경기도 과천시 관문로 88 정부과천청사 5동
☎ 02)2110-3307, Fax 02)3480-3119

인쇄 동 광 문 화 사
☎ 02)503-5165
(E-mail: leelee1974@hanmail.net)