
폭력범죄 양형기준 설명자료

2012. 3. 26. 공청회 준비자료

전문위원 홍준호

1. 양형기준 설정대상

가. 양형기준안

폭력범죄의 양형기준은 상해(형법 제257조 제1항), 존속상해(형법 제257조 제2항), 중상해(형법 제258조 제1, 2항), 중존속상해(형법 제258조 제3항), 상해치사(형법 제259조 제1항), 존속상해치사(형법 제259조 제2항), 폭행(형법 제260조 제1항), 존속폭행(형법 제260조 제2항), 특수폭행·특수존속폭행(형법 제261조), 폭행치상·특수폭행치상·존속폭행치상(형법 제262조), 폭행치사·특수폭행치사·존속폭행치사(형법 제262조), 상습상해·상습존속상해·상습중상해·상습중존속상해·상습폭행·상습존속폭행·상습특수폭행(형법 제264조), 협박(형법 제283조 제1항), 존속협박(형법 제283조 제2항), 특수협박·특수존속협박(형법 제284조), 상습협박·상습존속협박·상습특수협박(형법 제285조), 상습협박·상습폭행(폭처법 제2조 제1항 제1호), 상습존속폭행·상습존속협박(폭처법 제2조 제1항 제2호), 상습상해·상습존속상해(폭처법 제2조 제1항 제3호), 공동상해·공동존속상해·공동폭행·공동존속폭행·공동협박·공동존속협박(폭처법 제2조 제2항), 누범상해·누범존속상해·누범폭행·누범존속폭행·누범협박·누범존속협박(폭처법 제2조

제3항), 특수상해·특수존속상해·특수폭행·특수존속폭행·특수협박·특수존속협박(폭처법 제3조 제1항), 상습특수폭행·상습특수협박(폭처법 제3조 제3항 제1호), 상습특수존속폭행·상습특수존속협박(폭처법 제3조 제3항 제2호), 상습특수상해·상습특수존속상해(폭처법 제3조 제3항 제3호), 누범특수상해·누범특수존속상해·누범특수폭행·누범특수존속폭행·누범특수협박·누범특수존속협박(폭처법 제3조 제4항), 보복목적 상해·보복목적 폭행·보복목적 협박(특가법 제5조의9 제2항), 운전자 폭행·운전자 협박(특가법 제5조의 10 제1항), 운전자 폭행치상·운전자 폭행치사·운전자 협박치상·운전자 협박치사(특가법 제5조의 10 제2항)의 죄를 저지른 성인(19세 이상) 피고인에 대하여 적용한다.

나. 상해범죄 중 양형기준 설정대상 선정

1) 보호법익

- 상해죄는 사람 신체의 불가침성 또는 완전성을 보호법익으로 하는 범죄임

2) 구성요건과 법정형

구 성 요 건	적 용 법 조	법정형
상해, (특수)폭행치상	형법 257조 1항, 262조	7년 이하
존속상해, (특수)존속폭행치상	형법 257조 2항, 262조	10년 이하
형법 257조 1, 2항의 미수범	형법 257조 3항	
중상해, (특수)폭행치상	형법 258조 1, 2항, 262조	1년 이상 10년 이하
중존속상해, (특수)존속폭행치상	형법 258조 3항, 262조	2년 이상

구 성 요 건	적 용 법 조	법정형
상해치사, (특수)폭행치사	형법 259조 1항, 262조	3년 이상
존속상해치사, (특수)존속폭행치사	형법 259조 2항, 262조	무기, 5년 이상
상습(존속)상해	형법 264조	1/2까지 가중
상습(존속)상해	폭처법 2조 1항 3호	3년 이상
공동(존속)상해	폭처법 2조 2항	1/2까지 가중
누범(존속)상해	폭처법 2조 3항	3년 이상
특수(존속)상해	폭처법 3조 1항	3년 이상
상습특수(존속)상해	폭처법 3조 3항 3호	5년 이상
누범특수(존속)상해	폭처법 3조 4항	5년 이상

3) 양형기준 설정대상 기준

- 양형기준의 목적, 국민적 관심, 범죄의 발생빈도, 징역형 선고비율, 사물관할 및 법정형, 사법정책적 필요성 등을 고려

4) 상해죄 일반

- 일반인 및 전문가에 대한 설문조사 결과 폭력범죄가 양형기준 설정이 시급한 범죄 순위에서 4번째를 차지하였는데, 상해죄는 폭력범죄 중 가장 큰 비중을 차지하고 있음.
- 빈도수를 고려한 양형기준 설정 대상 범죄에서 다음과 같은 순위를 나타내고 있어 범죄의 발생빈도가 높다고 할 수 있음.
 - 합의부 사건¹⁾

1) 형사합의 처리사건 51,080건 중 1,319건(2.58%).

순번	죄명	합계	2004년	2005년	2006년	평균
26	상해치사	514	186	188	140	171
28	폭처법위반(야간·공동상해)	462	215	171	76	154
36	폭행치사	343	145	111	87	114

· 단독 사건²⁾

순번	죄명	합계	2004	2005	2006	평균
5	폭처법위반(야간·공동상해)	18,840	8,755	7,444	2,641	6,280
10	폭처법위반(야간집단·흉기등상해)	7,409	3,375	2,978	1,056	2,470
13	상해	6,126	1,815	1,317	2,994	2,042
17	폭처법위반(집단·흉기등상해)	4,951	1,289	1,069	2,593	1,650

- 상해죄는 개인적 법익 가운데 생명 다음으로 중요한 사람의 신체 불가침성 또는 완전성을 침해하는 범죄이고, 국민참여재판의 진행사건 유형에 속하며, 형법 위반사범 중 가장 많은 인원이 기소되고(2006년 50,428명, 2007년 57,985명), 기소율 또한 살인죄, 뇌물죄 다음으로 높으므로 양형기준 설정의 필요성이 있음.³⁾

5) 폭행치사상죄(형법 262조)

- 법정형이 형법 257조(상해, 존속상해), 258조(중상해, 중존속상해), 259조(상해치사, 존속상해치사)의 예에 의하도록 되어 있으므로, 양형기준을 설정하는 것이 적정
- 다만, 다음과 같은 이유에서 상해범죄군이 아닌 폭행범죄군에 포함하여 설정하였음

2) 형사단독 처리사건 385,204건 중 37,326건(9.68%).

3) 2009. 7. 7.자 제2기 양형기준 설정 대상범죄 선정원칙 및 대상범죄 자료 참조.

- (1) 기존의 양형기준에서 결과적 가중범은 기본범죄의 범죄군에 포함하여 양형기준을 설정하였음 (강도범죄 양형기준에서 강도치상죄·강도치사죄를 설정대상에 포함하면서 범죄유형 분류를 ‘일반적 기준 - 상해의 결과가 발생한 경우 - 사망의 결과가 발생한 경우 - 상습·누범강도’로 하였고, 약취·유인범죄 양형기준에서 인질치상죄·인질치사죄를 설정대상에 포함하면서 범죄유형 분류에서 제2유형으로 ‘약취·유인 후 피해자의 신체를 침해한 경우’를, 제4유형으로 ‘약취·유인 후 사망의 결과가 발생한 경우’를 설정하였고, 공무집행방해범죄 양형기준에서는 제3유형으로 특수공무집행방해치사상죄의 양형기준을 설정하였음)
- (2) 양형기준의 소비자인 법률실무가와 피고인 등 관계자의 처지에서는 폭행치상죄·폭행치사죄를 폭행범죄군에서 규율하는 것이 그 양형기준을 쉽게 찾아볼 수 있을 것임

6) (존속)상해미수죄(형법 257조 3항)

- 제1기 양형기준 설정 대상범죄 중 살인범죄를 제외한 나머지 범죄군에 대하여 미수범의 양형기준은 설정되어 있지 아니한 상태
- 상해죄, 존속상해죄의 미수범은 실무상 거의 찾아보기 어려워 양형기준 설정을 위한 양형자료를 확보하기가 곤란
- 상해죄, 존속상해죄에 대한 미수범은 대상에서 제외함

7) 보복범죄 가중처벌 조항 포함여부

- 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 5조의 9 2항은 “자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출에 대한 보복의 목적으로 형법 257조 1항·260조 1항·276조 1항 또는 283조 1항의 죄를 범한 사람은 1년 이상의 유기징역에 처한다.”고 규정

- ① 범행목적만 한정하였을 뿐 행위 자체는 일반 상해죄, 폭행죄, 협박죄와 동일하고, ② 특가법 5조의9 1항(특가법상 보복살인)은 살인범죄 양형기준에 포함되어 있음
- 그러므로 특가법상 보복 목적 상해, 폭행, 협박도 폭력범죄의 양형기준에 포함하는 것이 적절함

다. 폭행범죄 중 양형기준 설정대상 선정

1) 보호법익

- 폭행죄는 사람 신체의 불가침성 또는 완전성을 보호법익으로 하는 범죄

2) 구성요건 및 법정형

구 성 요 건	적 용 법 조	법정형
폭행	형법 260조 1항	2년 이하
존속폭행	형법 260조 2항	5년 이하
특수(존속)폭행	형법 261조	5년 이하
상습(존속)(특수)폭행	형법 264조	1/2까지 가중
상습폭행	폭처법 2조 1항 1호	1년 이상
상습존속폭행	폭처법 2조 1항 2호	2년 이상
공동(존속)폭행	폭처법 2조 2항	1/2까지 가중
누범폭행	폭처법 2조 3항	1년 이상
누범존속폭행	폭처법 2조 3항	2년 이상

구 성 요 건	적 용 범 조	법정형
특수폭행	폭처법 3조 1항	1년 이상
특수존속폭행	폭처법 3조 1항	2년 이상
상습특수폭행	폭처법 3조 3항 1호	2년 이상
상습특수존속폭행	폭처법 3조 3항 2호	3년 이상
누범특수폭행	폭처법 3조 4항	2년 이상
누범특수존속폭행	폭처법 3조 4항	3년 이상

3) 양형기준 설정범위

- 폭행범죄의 경우 국민적 관심이 높은 폭력범죄 중의 하나로서 일상생활에서 가장 쉽게 일어날 수 있어 국민적 관심이 높기는 하나, 폭행범죄 중 폭행치사상죄를 제외한 나머지 부분이 차지하는 비중은 그다지 크지 않음.
- 빈도수를 고려한 양형기준 설정 대상 범죄에서 다음과 같은 순위를 나타내고 있어 범죄의 발생빈도가 높다고 할 수 없음.

- 합의부 사건⁴⁾

순번	죄명	합계	2004년	2005년	2006년	평균
121	폭처법위반(야간·공동폭행)	51	22	26	3	17
168	폭처법위반(집단·흉기등폭행)	28	16	3	9	9
195	폭처법위반(야간집단·흉기등폭행)	18	10	8	0	6
223	폭행	13	2	1	10	4

4) 형사합의 처리사건 51,080건 중 118건(0.23%).

순번	죄명	합계	2004년	2005년	2006년	평균
364	폭처법위반(상습폭행)	4	0	0	4	1
458	특수폭행	2	0	1	1	1
573	존속폭행	1	0	0	1	0
640	폭처법위반(공동폭행)	1	0	0	1	0

- 단독 사건⁵⁾

순번	죄명	합계	2004	2005	2006	평균
64	폭처법위반(야간·공동폭행)	775	343	273	159	258
115	폭행	328	116	55	157	109
122	폭처법위반(집단·흥기등폭행)	315	114	63	138	105
124	폭처법위반(야간집단·흥기등폭행)	303	185	103	15	101
203	특수폭행	74	2	53	19	25
246	존속폭행	43	20	16	7	14
257	폭처법위반(상습폭행)	40	13	12	15	13
283	폭처법위반(공동폭행)	30	0	0	30	10
452	상습존속폭행	8	4	2	2	3
588	특수존속폭행	3	2	1	0	1
643	폭행	2	2	0	0	1
732	폭처법위반(상습집단·흥기등폭행)	2	2	0	0	1
733	폭처법위반(집단·흥기등존속폭행)	2	0	0	2	1

- 그러나 폭행죄는 개인적 법익 가운데 생명 다음으로 중요한 사람의 신체 불가침성 또는 완전성을 침해하는 범죄로서 기본적으로 중요한

5) 형사단독 처리사건 385,204건 중 1,925건(0.49%).

범죄이며, 상해죄와 함께 일관적으로 양형기준을 설정하는 것이 적정

라. 협박범죄 중 양형기준 설정대상 선정

1) 보호법익

- 협박죄는 정신적 의사의 자유, 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 범죄임

2) 구성요건 및 법정형

구 성 요 건	적 용 법 조	법정형
협박	형법 283조 1항	3년 이하
존속협박	형법 283조 2항	5년 이하
특수(존속)협박	형법 284조	7년 이하
상습(존속)(특수)협박	형법 285조	1/2까지 가중
형법 283조, 284조, 285조의 미수범	형법 286조	
상습협박	폭처법 2조 1항 1호	1년 이상
상습존속협박	폭처법 2조 1항 2호	2년 이상
공동(존속)협박	폭처법 2조 2항	1/2까지 가중
누범협박	폭처법 2조 3항	1년 이상
누범존속협박	폭처법 2조 3항	2년 이상
특수협박	폭처법 3조 1항	1년 이상
특수존속협박	폭처법 3조 1항	2년 이상
상습특수협박	폭처법 3조 3항 1호	2년 이상
상습특수존속협박	폭처법 3조 3항 2호	3년 이상
누범특수협박	폭처법 3조 4항	2년 이상
누범특수존속협박	폭처법 3조 4항	3년 이상

3) 양형기준 설정범위

- 빈도수를 고려한 양형기준 설정 대상 범죄에서 다음과 같은 순위를 나타내고 있어 범죄발생의 빈도가 높다고는 할 수 없음

- 합의부 사건⁶⁾

순번	죄명	합계	2004년	2005년	2006년	평균
171	폭처법위반(야간·공동협박)	27	17	7	3	9
198	폭처법위반(야간집단·흥기등협박)	17	16	1	0	6
203	특수협박	17	0	13	4	6
218	폭처법위반(집단·흥기등협박)	14	6	2	6	5
348	협박	4	3	0	1	1
394	폭처법위반(상습협박)	3	3	0	0	1
418	폭처법위반(상습집단·흥기등협박)	3	1	1	1	1
495	폭처법위반(공동협박)	2	0	0	2	1

- 단독 사건⁷⁾

순번	죄명	합계	2004	2005	2006	평균
73	폭처법위반(집단·흥기등협박)	585	223	65	297	195
82	폭처법위반(야간집단·흥기등협박)	454	357	88	9	151
101	폭처법위반(야간·공동협박)	372	195	138	39	124
108	특수협박	343	4	225	114	114
185	협박	107	35	32	40	36
236	폭처법위반(상습협박)	50	19	17	14	17
392	폭처법위반(공동협박)	12	0	0	12	4
399	특수존속협박	11	4	3	4	4
511	존속협박	5	2	2	1	2
634	폭처법위반(상습집단·흥기등협박)	3	1	1	1	1
886	상습특수존속협박	1	0	1	0	0

6) 형사합의 처리사건 51,080건 중 87건(0.17%).

7) 형사단독 처리사건 385,204건 중 1,943건(0.50%).

- 그러나 협박죄는 개인의 자유로운 활동의 전제가 되는 정신적 의사의 자유, 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 범죄로서 기본적으로 중요한 범죄이므로, 상해, 폭행 등과 같은 폭력범죄의 하나로서 체계적인 양형기준을 마련함이 적정

2. 유형분류

가. 상해범죄

1) 범죄유형 분류의 필요성 및 원칙

- 양형기준은 동일한 범죄유형에 대하여 같은 형량범위를 권고하는 방식을 취하고 있음
- 본질적으로 유사한 범죄들은 동일하게, 유사하지 않은 범죄들은 다르게 취급함으로써 양형기준의 단순성을 추구하면서도 개별 범죄의 특성을 양형기준에 반영하여야 함
- 유사한 속성을 가지거나 유사한 형사책임을 지우는 것이 합당한 범죄들을 하나의 유형 내에 포함시킬 필요가 있음

2) 상해범죄군의 구성요건적 특성

- 범행의 대상(존속)
- 범행의 결과(중상해)
- 결과적가중범(사망)
- 범행의 수단과 방법(집단·흉기·휴대)
- 상습성·전과(상습, 누범)

3) 유형분류 방안

■ 상해의 결과(부위 및 정도) 및 결과적가중범에 의한 분류

- 상해의 결과는 치료기간, 상해의 부위, 생명에 지장을 초래할 가능성, 후유장애의 여부 등을 동시에 반영하여야 함을 전제로 함.
- 형법은 상해(7년 이하), 중상해(1년 이상 10년 이하), 상해치사(3년 이상) 등 상해의 결과 및 결과적가중범에 따라 법정형을 달리 규정하고 있음.
- 강도범죄, 성범죄, 공무집행방해범죄의 양형기준에서는 상해 및 사망의 결과가 발생한 경우를 별도의 범죄유형으로 분류한 바 있음.
- 신체의 불가침성 또는 완전성이라는 상해의 보호법익에 비추어 볼 때 상해는 그 결과가 상당히 중요한 인자임

■ 범행의 수단과 방법에 의한 분류

- 형법과 폭처법은 상해(7년 이하), 특수상해(3년 이상) 등 집단·흥기휴대 여부에 따라 법정형을 달리 규정하고 있음.
- 강도범죄, 성범죄, 공무집행방해범죄의 양형기준에서는 특수(집단 또는 흥기휴대)범행을 별도의 범죄유형으로 분류한 바 있음.
- 집단 또는 흥기휴대의 수단과 방법에 의할 경우 신체의 불가침성 또는 완전성이라는 상해의 보호법익을 침해할 위험이 크게 증가하므로, 양형의 중요한 인자라고 할 것임

■ 범행의 동기와 계획성에 의한 분류

- 재판실무상 폭력범죄에서 범행의 동기는 매우 중요한 양형인자로 평가되고 있음
- 다만 범행동기는 매우 다양한 양상을 보이고 있어 통일된 기준을 설정하기가 곤란하다는 점을 고려해야 함
- 살인범죄의 양형기준에서는 범행의 동기에 따라 범죄유형을 분류하

고 있으나, 범행의 결과가 사망 하나뿐인 살인범죄와 달리 상해범죄는 범행의 결과가 다양한 형태로 나타나고 있음

■ 범행의 대상에 의한 분류

- 형법은 존속상해(10년 이하), 상해(7년 이하), 중존속상해(2년 이상), 중상해(1년 이상 10년 이하), 존속상해치사(무기 또는 5년 이상), 상해치사(3년 이상) 등 피해자의 존속 여부에 따라 법정형을 달리 규정하고 있음
- 살인범죄의 양형기준에서는 범행의 대상이 존속인 경우를 특별가중 요소로 분류한 바 있음

■ 상습성·누범에 의한 분류

- 폭처법은 상해(7년 이하), 상습·누범상해(3년 이상) 등 상습성 및 누범 전과 여부에 따라 법정형을 달리 규정하고 있음
- 강도범죄, 절도범죄의 양형기준에서는 상습·누범범행을 별도의 범죄 유형으로 분류한 바 있음

■ 결론

- 범행의 결과가 객관적이고 명확한 요소이며 재판실무상 가장 중요한 양형요소로 취급되고 있으므로 기본적으로는 범행의 결과를 기준으로 유형을 분류

4) 유형분류의 구체적 방식

● 상습상해, 누범상해, 특수상해의 유형분류

- [제1안] : 상습범, 누범을 특수상해와 함께 제4유형으로 분류하는 방안

유 형	구 분	감경	기본	가중
--------	--------	----	----	----

유형	구 분	감경	기본	가중
1	일반상해	2월 - 1년	4월 - 1년6월	6월 - 2년
2	중상해	6월 - 1년6월	8월 - 2년	10월 - 3년
3	사망의 결과가 발생한 경우	1년6월 - 3년	2년 - 4년	3년 - 6년
4	상습·누범·특수상해	1년 - 2년	1년6월 - 3년	2년 - 4년

- [제2안] : 상습상해, 누범상해, 특수상해를 일반적인 상해와 분리하여, 별도의 유형표로 분리하는 방안

01. 일반적인 상해의 경우

유형	구 분	감경	기본	가중
1	일반상해	2월 - 1년	4월 - 1년6월	6월 - 2년
2	중상해	6월 - 1년6월	8월 - 2년	10월 - 3년
3	사망의 결과가 발생한 경우	1년6월 - 3년	2년 - 4년	3년 - 6년

02. 상습범·누범·특수상해의 경우

유형	구 분	감경	기본	가중
1	상습상해·누범상해·특수상해	1년 - 2년	1년6월 - 3년	2년 - 4년
2	상습특수상해·누범특수상해	1년6월 - 3년	2년 - 4년	3년 - 5년

- [제3안] : 제4유형을 특수상해로, 제5유형을 상습상해·누범상해로 설정하고, 제5유형의 형량범위를 제4유형보다 무겁게 설정하는 방안

유형	구 분	감경	기본	가중
1	일반상해	2월 - 1년	4월 - 1년6월	6월 - 2년
2	중상해	6월 - 1년6월	8월 - 2년	10월 - 3년
3	사망의 결과가 발생한 경우	1년6월 - 3년	2년 - 4년	3년 - 6년
4	특수상해	1년 - 2년	1년6월 - 3년	2년 - 4년
5	상습상해·누범상해	1년4월 - 2년6월	2년 - 3년6월	2년6월 - 5년

■ [제2안]에 대한 검토

- 상습특수상해, 누범특수상해는 법정형이 높은데(5년 이상), 상습상해와 누범상해에서 특수상해를 양형인자로만 반영하는 [제1안]이나 [제3안]보다는 더 법정형에 부합하는 형량을 설정할 수 있다는 장점이 있음
- 상습상해·누범상해는 행위자요소에 의한 가중처벌이고, 특수상해는 범행수단·방법에 의한 가중처벌이므로 그 가중의 취지가 다르지만, (1) 일반적인 상해와 구별되는 특별한 가중적 구성요건이라는 점에서는 공통성이 있고, (2) 실제 선고 형량범위를 살펴보다도, 상습상해와 특수상해 사이에 형량의 차이는 거의 없음.⁸⁾ 즉, 징역 18월이 상습상해는 67.3%, 특수상해는 76.8%로 대부분을 차지하고 있고, 징역 18월을 초과하여 선고된 형은 상습상해는 11%, 특수상해는 12.7%에 불과함. 따라서 상습상해·누범상해를 특수상해와 구별하지 않고 같은 유형에 분류한 것은 적절함

8) 양형위원회 운영지원단, '3기 양형자료조사 분석결과' 38면. 상습상해의 경우 선고 평균형량이 징역 17.6월이고, 특수상해의 경우 선고 평균형량이 징역 18.3월이어서 형량의 차이가 거의 없음

단위 : 명, %

세부죄명		징역형량(월)																												전체
		2	3	4	5	6	7	8	9	10	12	14	15	16	18	20	21	24	30	36	42	48	60	72	84	96	108	120		
폭력행위등처벌 에관한법률위반 (상습상해)	수	0	0	0	0	0	0	0	3	10	9	0	0	0	68	1	0	5	0	5	0	0	0	0	0	0	0	0	101	
	비율	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	3.0	9.9	8.9	0.0	0.0	0.0	67.3	1.0	0.0	5.0	0.0	5.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	100.0	
폭력행위등처벌 에관한법률위반 (집단·흉기등상해)	수	0	0	0	0	2	0	1	4	44	39	2	0	0	676	3	1	85	6	14	0	3	0	0	0	0	0	0	880	
	비율	0.0	0.0	0.0	0.0	0.2	0.0	0.1	0.5	5.0	4.4	0.2	0.0	0.0	76.8	0.3	0.1	9.7	0.7	1.6	0.0	0.3	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	100.0	

- 상습상해·누범상해와 구분하여 상습특수상해·누범특수상해를 별도의 가중적 유형으로 구분할 필요성이 있는지를 살펴보면, 실제 선고형량을 보면⁹⁾ 상습상해의 형량이 징역 18개월이 대부분이고 이를 중심으로 아래 위로 분포하고 있는데 반하여, 상습특수상해는 징역 18월 미만은 전혀 없고 징역 18월도 26.3%에 불과하며 징역 24월~36월이 47.5%를 차지하고 있어 그 형량에 명확한 차이를 보여주고 있으며, 그 차이가 약 1년~1년6월에 이르고 있음.¹⁰⁾ 따라서 상습상해·누범상해와 구분하여 상습특수상해·누범특수상해를 별도의 가중적 유형으로 구분할 필요성은 있다고 판단됨

단위 : 명, %

세부죄명		징역형량(월)																										전체	
		2	3	4	5	6	7	8	9	10	12	14	15	16	18	20	21	24	30	36	42	48	60	72	84	96	108		120
폭력행위등처벌 에관한법률위반 (상습상해)	수	0	0	0	0	0	0	0	3	10	9	0	0	0	68	1	0	5	0	5	0	0	0	0	0	0	0	0	101
	비율	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	3.0	9.9	8.9	0.0	0.0	0.0	67.3	1.0	0.0	5.0	0.0	5.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	100.0
폭력행위등처벌 에관한법률위반 (상습집단·흉기등 상해)	수	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	5	0	0	1	4	4	1	2	1	0	1	0	0	0	19
	비율	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	26.3	0.0	0.0	5.3	21.1	21.1	5.3	10.5	5.3	0.0	5.3	0.0	0.0	0.0	100.0

9) 양형위원회 운영지원단, '3기 양형자료조사 분석결과' 38면

10) 상습상해의 경우 선고 평균형량이 징역 17.6월이나, 상습특수상해의 경우 선고 평균형량이 징역 34.7월로서 약 17.1월의 차이가 있음

■ [제3안]에 대한 검토

- 상습특수상해(폭처법 3조 3항 3호), 누범특수상해(폭처법 3조 4항)를 제4유형과 제5유형 중 어디에 포함시킬 것인지가 불분명한데, 만일 제5유형에 포함시키고 특수상해를 특별가중요소로 설정한다면 제4유형의 분류기준이 된 양형요소를 제5유형에서는 양형인자로 설정하는 것이 되어 혼란스럽다는 단점이 있음
- [제1안]은 상해범죄의 경우 그 결과가 가장 중요하다고 보고 1, 2, 3 유형으로 분류하면서도, 특별법 규정으로 인하여 법정형에 상당한 차이가 있어 동일 유형 내에서 특별양형인자를 통한 형량조정으로는 포섭이 어려워 보이는 상습·누범·특수상해만을 예외적으로 4유형으로 분리해서 설정한 것에 지나지 않는데,¹¹⁾ 이에 비하여 [제3안]은 1, 2, 3유형은 상해의 결과에 따라 분류하고, 제4유형은 법행수법에 의하여, 제5유형은 행위자인자를 기초로 분류하는 것이 되어, 분류기준의 복잡성을 그대로 드러내는 것이 되어 적절하지 않음
- 상습·누범의 경우 장래 위험성이 크거나 행위자가 오랜 기간 자발적으로 형성해 온 인격형성이라는 측면에서의 인격책임론을 가중처벌의 이유로 들고 있지만, 규범적으로는 특수상해보다 가중처벌할 이유가 없음
- 입법자의 결정으로 법정형이 동일한 경우 권고 형량범위를 같거나 비슷하게 설정하여야 함. 특히 폭처법상의 상습·누범·특수상해의 경우 그 법정형이 너무 높다는 비판이 있어서 실무에서는 대부분의 경우 감경을 하여 선고형량을 정하고 있어 상습·누범상해와 특수상해간에 형량범위에 차이를 두는 것이 적정한지도 의문임

11) 기존의 양형기준 중 절도범죄의 경우도 대유형 분류 01.유형(일반재산 절도), 02.유형(특별재산 절도)는 범행 목적물에 따른 분류를 하면서도, 03.(상습·누범절도)은 행위자 요소에 의한 예외적 유형분류를 하고 있음. 강도범죄도 대유형 분류에서 01.(일반적 기준), 02.(상해의 결과가 발생한 경우), 03.(사망의 결과가 발생한 경우)는 범행의 결과에 따른 분류를 하면서도 04.(상습·누범강도)는 행위자 요소에 의한 예외적 유형분류를 하고 있음

■ 결론

- 강도범죄와 절도범죄는 대유형분류 자체가 여러 개(2~3개)로 나누어지고 그에 추가하여 상습·누범이 설정된 것이므로, 상해범죄에서 유형분류가 3개로 나누어지고 그에 추가하여 상습·누범을 규정한 것은 그것과 체계상으로는 아무런 차이가 없으므로 [제1안]도 무난함. 다만 (1) 기존의 양형기준은 제1유형에서 제4유형으로 내려가면서 권고형량범위가 가중되는 모습으로 설정되어 있으므로 그러한 형태와 일관성을 갖출 필요가 있으며, (2) 상습상해·누범상해·특수상해는 일반적인 상해와 달리 가중적인 구성요건으로 설정된 것이어서 일반적 상해와 분리하여 별도로 형량범위표를 작성하는 것이 자연스러움.
- 한편 상습·누범상해에 대한 가중처벌 필요성은 인정되지만, 법정형이 같고 실제 선고형량도 별다른 차이가 없는 특수상해와 분리하여 별도로 유형으로 규정할 수 있는 규범적인 근거와 양형실무상 근거가 미약하므로, 상습·누범상해와 특수상해는 같은 유형 내에서 설정하는 것이 적절하다는 판단임
- 상습특수상해·누범특수상해는 양형실무상 상습·누범상해와 상당한 형량차이를 보이고 있고, 법정형에서도 상당한 차이가 있으므로(상한 2년), 특별양형인자로 설정하여 가중영역에서 포섭하는 것으로는 부족함. 따라서 상습특수상해·누범특수상해를 상습상해·누범상해와 별도로 분리하여 가중적인 유형으로 구분하는 것이 적절함
- 그러므로 [제2안]에 따라 양형기준안을 마련하였음

● 공동상해를 별도의 가중적 유형으로 분류하는 방안 검토

- 공동상해·공동존속상해(폭처법 제2조)의 형량의 범위가 지나치게 넓은 점, 폭처법 제2조에 명시된 법정형(형법 본조의 1/2까지 가중)이 중하다는 점을 고려하여, 공동상해·공동존속상해를 별도의 유형으로 구분하는 것을 검토하였음

■ 검토

- 실제 양형실무를 살펴보면,¹²⁾ 상해의 경우 징역 4월(19.6%), 6월(43.5%), 8월(19.9%)를 중심으로 상하 분포되어 있는 반면, 공동상해의 경우 징역 4월(13.1%), 6월(39.7%), 8월(21.1%), 10월(11.0%), 12월(8.9%)를 중심으로 약간 무거운 쪽으로 분포되어 있는바, 이 정도의 편차라면 별도로 유형분류를 할 필요성은 없고, 특별양형인자 설정을 통하여 포섭할 수 있다고 판단됨¹³⁾

단위 : 명, %

세부죄명		징역형량(월)																												전체
		2	3	4	5	6	7	8	9	10	12	14	15	16	18	20	21	24	30	36	42	48	60	72	84	96	108	120		
상해	수	4	6	88	13	195	0	89	1	31	15	0	0	0	3	0	0	3	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	448	
	비율	0.9	1.3	19.6	2.9	43.5	0.0	19.9	0.2	6.9	3.3	0.0	0.0	0.0	0.7	0.0	0.0	0.7	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	100.0	
폭력행위등처 벌에관한법률 위반 (공동상해)	수	0	0	31	4	94	2	50	0	26	21	0	0	0	9	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	237	
	비율	0.0	0.0	13.1	1.7	39.7	0.8	21.1	0.0	11.0	8.9	0.0	0.0	0.0	3.8	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	100.0	

- 그러므로 공동상해를 별도의 가중적 유형으로 분류하지 않는 것이 적절함

● 보복목적 상해를 별도의 가중적 유형으로 분류하는 방안 검토

- 보복목적 상해는 일반상해나 존속상해와는 달리 법정형의 최하한이 “1년 이상 징역”으로 상향되어 있고 그 최상한이 법정되어 있지 않다는 점에서 제3유형에 속하는 중상해의 법정형(1년 이상 10년 이하) 보다 더 중함
- 보복목적 상해는 상해의 결과 보다는 범행 동기가 중요한 양형인자로 고려되고, 살인죄의 양형기준에서는 보복목적 살인을 보통살인과

12) 양형위원회 운영지원단, ‘3기 양형자료조사 분석결과’ 38면

13) 상해의 경우 선고 평균형량이 징역 6.6월이고, 공동상해의 경우 선고 평균형량이 징역 7.6월이어서, 양형실무상으로는 ‘2인 이상이 공동하여 범행한 경우’를 특별양형인자로 설정할 필요성이 높아보이지는 않으나, 법정형에 차이가 있으므로 특별양형인자로 설정하기로 함

구별하고 있으므로, 보복목적 상해를 별도의 가중유형으로 분류하는 방안을 검토하였음

■ 논의 과정에서 제시된 의견

- 보복목적 상해를 별도의 가중적인 유형으로 분리하자는 의견 있음
- 일반상해에 비해 법정형이 높으므로, 양형인자를 두 번 중복 평가하는 등의 방식으로 형량범위를 조절할 필요가 있다는 의견
- 보복목적 상해를 제1유형에서 분리하면 ‘상해의 결과’ 라는 유형분류 기준 이외에 또 하나의 예외적 유형분류 기준을 두는 것이어서 너무 복잡하고 일관되지 못하며, 보복목적이라는 기준이 모호하기도 하므로, ‘보복목적’ 은 양형인자에 반영하고 별도 유형으로 분리하지 말자는 의견
- 보복목적 상해를 제1유형에 포섭하되, 형량범위를 일정 비율로 가중하는 서술식 기준으로 규정하는 것을 검토해보자는 의견

■ 검토

- 판결문 검색을 통해 보복목적 상해범죄 35건을 분석한 결과

단위 : 명, %

단위: %, 명

세부죄명		징역형량(월)																								전체			
		2	3	4	5	6	7	8	9	10	12	14	15	16	18	20	21	24	30	36	42	48	60	72	84		96	108	120
특정범죄가중처벌등에관한법률위반(보복범죄등)	수	0	0	1	0	3	0	16	0	6	7	1	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	35
	비율	0.0	0.0	2.9	0.0	8.6	0.0	45.7	0.0	17.1	20.0	2.9	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	2.9	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	100.0

- 위에서 본 바와 같이 상해의 경우 징역 4월(19.6%), 6월(43.5%), 8월(19.9%)를 중심으로 상하 분포되어 있어, 징역 8월(45.7%), 10월(17.1%), 1년(20.0%)를 중심으로 상하 분포되어 있는 보복목적 상해와는 형량 차이가 명확히 존재하기는 하지만, 그 기간은 4개월 정도의 차이밖에는 안되며, 상해의 경우 평균 선고형량이 징역 6.6월이고 보

복목적 상해의 경우 평균 선고형량이 징역 9.5월이어서 큰 차이가 없음. 따라서 상해와 보복목적 상해는 법정형에서는 상당한 차이를 보이지만(7년 이하 vs 1년 이상), 실제 선고형량은 특별양형인자로 조정가능한 범위 내에 포섭될 정도의 차이밖에는 없음

- 이에 대해서는, 이 때의 보복은 단순보복이 아니라 “자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출에 대한 보복의 목적”으로 행하는 범죄이므로 단순상해에 비하여 직관적으로 4개월 이상의 형량차이를 두는 것이 타당하다는 의견이 있음¹⁴⁾
- 살피건대 보복목적이라는 가중요소는 법정형을 상당히 높일 뿐 아니라(7년이하→1년이상), 그 자체로도 매우 중한 가중적 양형요소임은 틀림없으나, 실제 판결이 선고된 사안을 들여다보면 ‘동네 사람들끼리 다툼에서 고소한 사람이나 법정에서 증언한 사람과 술먹고 시비가 벌어져 상해를 가한 경우’가 대부분이고, 계획적으로 보복범죄를 가한 경우는 소수이었기 때문에, 이러한 사정이 양형에 반영된 것으로 판단됨

■ 결론

- 보복목적 상해를 제1유형에서 분리하면, 범행의 결과에 따라 분류한 유형에 또 하나의 예외적인 기준을 추가하는 것이 되어 일관성을 잃게 될 우려가 있는 점을 고려할 때, 이를 제1유형에 포함하고 보복목적을 특별양형인자로 설정하는 것으로 충분함
- 실제 형량을 살펴보면 보복목적이라는 양형인자가 형량을 일정비율(예컨대 1.5배)로 가중할 만큼의 가중적 요소로는 작용하지 않고 있으므로, 형량범위를 일정하게 가중하는 방안은 적절치 않음
- 또한, 상해와 보복목적상해의 형량차이가 약 징역 4개월 정도 되어

14) 2011. 10. 17. 전문위원 전체회의에서 제시된 의견임

기본영역과 가중영역의 형량차이 정도와 유사하므로, 보복목적을 특별가중인자로 설정하는 것으로 충분하며 이에 가중치를 두거나 중복적으로 가중할 필요는 없다고 보임

나. 폭행범죄

1) 구성요건적 특성

- 폭행범죄의 경우에는 범행의 대상(존속), 범행의 수단과 방법(집단·흥기휴대), 상습성·전과(상습, 누범) 등에 따라 구성요건을 다양하게 세분화하고 있음

2) 유형분류 방안

- 범행의 수단과 방법에 의한 분류
 - 폭행은 사람의 신체에 대한 직·간접적인 유형력 행사를 의미하는데, 집단 또는 흥기휴대의 수단과 방법에 의할 경우 신체의 불가침성 또는 완전성이라는 폭행의 보호법익을 침해할 위험이 크게 증가하므로, 범행의 수단과 방법은 중요한 양형요소임
 - 형법과 폭처법은 폭행(2년 이하), 특수폭행(1년 이상) 등 집단·흥기휴대 여부에 따라 법정형을 달리 규정하고 있음.
 - 강도범죄, 성범죄, 공무집행방해범죄의 양형기준에서는 특수(집단 또는 흥기휴대)범행을 별도의 범죄유형으로 분류한 바 있음.
 - 다만, 유형력 행사의 태양이 매우 다양하고 복잡하여 폭행의 수단과 방법으로 통일된 기준을 설정하기가 쉽지 않다는 점이 있음
- 범행의 동기에 의한 분류
 - 재판실무상 폭력범죄에서 범행의 동기는 중요 양형인자로 다루어지고 있음

- 다만, 동기가 범죄의 특성상 매우 다양하므로 통일된 기준을 설정하기가 곤란하다는 점이 있음
- 범행의 대상에 의한 분류
 - 형법과 폭처법은 존속폭행(5년 이하), 폭행(2년 이하), 특수존속폭행(2년 이상), 특수폭행(1년 이상) 등 피해자의 존속 여부에 따라 법정형을 달리 규정하고 있음
 - 살인범죄의 양형기준에서는 범행의 대상이 존속인 경우를 특별가중요소로 분류한 바 있음
- 상습성·누범에 의한 분류
 - 폭처법은 폭행(2년 이하), 상습·누범폭행(1년 이상) 등 상습성 및 누범전과 여부에 따라 법정형을 달리 규정하고 있음
 - 강도범죄, 절도범죄의 양형기준에서는 상습·누범범행을 별도의 범죄유형으로 분류한 바 있음

3) 결론

- 범행의 결과가 객관적이고 명확한 요소이며 재판실무상 가장 중요한 양형요소로 취급되고 있으므로 기본적으로는 범행의 결과를 기준으로 유형을 분류
- 폭행 범죄로 인하여 상해와 사망의 결과가 발생한 결과적 가중범(폭행치상, 폭행치사 등)을 폭행범죄에서 규율하기로 정하였는데, 그 법정형이 폭행죄와 큰 차이를 보이고 있으므로, 상해·사망의 결과가 발생한 경우를 별도 유형으로 설정
- 또한, 중한 법정형이 규정되어 있는 상습범, 누범, 특수폭행의 경우는 별도로 유형을 설정하되, 상해범죄에서는 상습상해·특수상해와 상습특수상해·누범특수상해 사이의 실제 선고형량 차이가 크지만 폭행범

죄에서는 상습폭행·특수폭행과 상습특수폭행·누범특수폭행 사이의 실제 선고형량 차이가 크지 않아 이를 하나의 유형으로 설정하면서 후자를 특별양형인자로 설정하여 권고형량을 가중하는 것으로 함

다. 협박범죄

1) 구성요건적 특성

- 범행의 대상(존속)
- 범행의 수단과 방법(집단·흥기휴대)
- 상습성·전과(상습, 누범)

2) 유형분류방안

- 범행의 수단과 방법에 의한 분류
 - 협박은 해악을 고지하여 상대방에게 공포심을 일으키는 것을 의미하므로 범행의 수단과 방법은 중요한 양형요소임
 - 형법과 폭처법은 협박(3년 이하), 특수협박(1년 이상) 등 집단·흥기휴대 여부에 따라 법정형을 달리 규정하고 있음.
 - 강도범죄, 성범죄, 공무집행방해범죄의 양형기준에서 특수(집단 또는 흥기휴대)범행을 범죄유형인자로 처리한 바 있음.
 - 집단 또는 흥기휴대의 수단과 방법에 의할 경우 정신적 의사의 자유, 의사결정의 자유라는 협박의 보호법익을 침해할 위험이 크게 증가함
 - 다만, 해악 고지의 태양이 매우 다양하고 복잡하여 협박의 수단과 방법으로는 통일된 기준을 설정하기가 곤란하다는 점이 있음
- 범행의 동기에 의한 분류
 - 재판실무상 협박범죄에서 범행의 동기는 중요한 양형요소로 다루어지고 있음

- 다만, 동기는 협박범죄의 특성상 다양하므로 통일된 기준을 설정하기가 곤란하다는 점이 있음
- 범행의 대상에 의한 분류
 - 형법과 폭처법은 존속협박(5년 이하), 협박(3년 이하), 특수존속협박(2년 이상), 특수협박(1년 이상) 등 피해자의 존속 여부에 따라 법정형을 달리 규정하고 있음
 - 살인범죄의 양형기준에서는 범행의 대상이 존속인 경우를 특별가중요소로 분류한 바 있음.
- 해악의 내용에 의한 분류
 - 재판실무상 어떠한 해악을 고지하였는지는 중요한 양형요소로 다루어지고 있음
 - 다만, 해악의 내용이 생명, 신체, 자유, 명예, 재산, 정조, 업무, 신용 등으로 매우 다양하고, 구체적 경우에 따라 생명에 대한 해악의 고지보다 업무에 대한 해악의 고지가 더 공포심을 일으킬 수 있는 등 그 경중 구분이 명확하지 않다는 점이 있음
- 상습성·누범에 의한 분류
 - 폭처법은 협박(3년 이하), 상습·누범협박(1년 이상) 등 상습성 및 누범전과 여부에 따라 법정형을 달리 규정하고 있음
 - 강도범죄, 절도범죄의 양형기준에서는 상습·누범범행을 별도의 범죄유형으로 분류한 바 있음

3) 결론

- 법정형에 따라 일반적인 경우/ 상습범, 누범, 특수협박의 2단계로만 유형분류

3. 권고형량범위 및 양형인자표

가. 상해범죄

01. 일반적인 상해의 경우

유형	구 분	감경	기본	가중
1	일반상해	2월 - 1년	4월 - 1년6월	6월 - 2년
2	중상해	6월 - 1년6월	8월 - 2년	10월 - 3년
3	사망의 결과가 발생한 경우	1년6월 - 3년	2년 - 4년	3년 - 6년

구분		감경요소	가중요소
특별 양형 인자	행위	<ul style="list-style-type: none"> ○미필적 고의로 상해행위를 저지른 경우 ○피해가 경미한 경우(1유형) ○범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우¹⁵⁾¹⁶⁾ ○피해자에게도 범행의 발생 또는 피해의 확대에 상당한 책임이 있는 경우¹⁷⁾ ○사망의 결과가 피고인의 직접적인 행위로 인하지 않은 경우(3유형)¹⁸⁾ 	<ul style="list-style-type: none"> ○2인 이상이 공동하여 범행하였거나, 단체 또는 다중의 위력으로 범행하였거나, 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 범행한 경우 ○피해가 중한 경우(1유형) ○존속인 피해자 ○피지휘자에 대한 교사 ○비난할만한 범행 동기¹⁹⁾ ○공무집행방해의 경우²⁰⁾ ○보복 목적의 범행²¹⁾ ○잔혹한 범행수법²²⁾²³⁾ ○범행에 취약한 피해자²⁴⁾²⁵⁾
	행위 자 /기타	<ul style="list-style-type: none"> ○농아자 ○심신미약(본인 책임 없음) ○자수 또는 내부고발 ○처벌불원(피해회복을 위한 진지한 노력 포함)²⁶⁾ 또는 상당 부 	<ul style="list-style-type: none"> ○동종 누범

		분 피해회복된 경우	
일반 양형 인자	행위 27)	○소극 가담 ²⁸⁾	○범행을 주도적으로 실행하거나 지휘한 경우 ○계획적인 범행 ²⁹⁾
	행위 자 /기타	○심신미약(본인 책임 있음) ○진지한 반성 ○형사처벌 전력 없음	○이종 누범, 누범에 해당하지 않 는 동종 실행전과(집행종료 후 10년 미만)

- 15) 기존 양형기준의 강도범죄 등에서 규정하고 있는 용례와 일관성을 유지하기 위해, 기존안의 '사실상 압력 등에 의한 소극적 범행 가담'을 '범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우'로 표현 변경하고, 기존안의 일반감경인자 '단순 가담'을 '소극가담'으로 표현 변경
- 16) “다음 요소 중 하나 이상에 해당하는 경우를 의미한다.
-타인의 강압이나 위협 등에 의하여 강요된 상태에서 범행에 가담한 경우(형법 제12조에 해당하는 경우는 제외)
- 범행을 단순 공모하였을 뿐 범행을 주도하지 아니하고, 실행행위를 분담하지도 아니한 경우“
- 17) “피해자가 장기간에 걸쳐 피고인 등에게 가정폭력을 저지른 것이 피고인의 범행 동기가 되었거나, 피고인이 피해자로부터 먼저 범행 또는 부당한 대우를 당하여 이에 대항하여 폭력범죄를 저지르는 등 피해자의 상당한 정도의 귀책사유가 범행 발생의 한 원인이 된 경우, 피고인이 폭력범죄를 저지르는 과정에서 또는 저지른 후에 피해자에게 책임 있는 사유로 그 피해가 상당히 확대된 경우 등을 의미한다.”
- 18) “피고인이 예상치 못한 원인이 개입되어 피해자가 사망에 이르게 되어, 피고인의 직접적인 행위로 사망의 결과가 발생하였다고 보기 어려운 경우를 의미한다.”
- 19) “다음 요소 중 하나 이상에 해당하는 경우를 의미한다.
-피해자에 대한 보복·원한, 증오감에서 범행을 저지른 경우
-범행 자체를 즐겨서 저지른 경우
-그 밖에 이에 준하는 경우“
- 20) 공무집행방해 범죄에 설정된 '상해가 발생한 경우' 라는 가중인자를 그대로 유지하고, 상해범죄에는 '공무집행방해한 경우'를 특별가중인자로 설정함
- 21) 상해범죄에 이 양형인자를 특별가중인자로 설정하고, 폭행범죄와 협박범죄에도 특별가중인자로 설정
- 22) 특별양형인자로 설정하되 양형인자의 정의는 살인범죄와 달리 상해범죄의 특수성에 맞게 구성하였음. 형평상 폭행범죄와 협박범죄에도 특별가중인자로 설정
- 23) “고통의 강도와 시간적 계속성 등의 측면에서 볼 때 통상의 정도를 넘어서는 극심한 육체적 또는 정신적 고통을 가하여 피해자에게 해를 가한 경우를 의미한다.”
- 상해범죄에서 '잔혹한 범행수법'의 정의를 규정함에 있어서는 현행 양형기준에 설정된 두 개의 사례(아래 살인범죄와 성범죄의 경우)를 참고하기로 하되, 다만 구체적인 예시는 명기하지 않았는데 그 이유는, ①상해범죄의 실제 판결례를 보면 살인범죄나 성범죄처럼 다양한 행위태양이 나타나지 않으며, ②잔혹한 범행수법에 해당될 것으로 보이는 주된 사례가 대부

02. 상습범·누범·특수상해의 경우

유형	구 분	감경	기본	가중
1	상습상해·누범상해 · 특수상해	1년 - 2년	1년6월 - 3년	2년 - 4년

분 칼을 이용한 범행이고 그 외에도 성냥 등 화기(火器)를 사용한 것이어서 ‘흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 범행한 경우’라는 특별가중인자와 그 표현 자체로 중복되는 모습이 될 수 있기 때문에, 개념적인 정의만 규정해 두고 이에 해당하는지 여부를 재판부로 하여금 판단하게 하여도 문제가 없을 것으로 보이기 때문임

※살인범죄에서 ‘잔혹한 범행수법’ 양형인자의 정의 : “고통의 강도와 시간적 계속성 등의 측면에서 볼 때 통상의 정도를 넘어서는 극심한 육체적 또는 정신적 고통을 가하여 피해자를 살해한 것으로서, 다음 요소 중 하나 이상에 해당하는 경우를 의미한다. -방화로 사람을 살해한 경우 -폭발물을 이용하여 사람을 살해한 경우 -살해 전 피해자의 신체 일부분을 고의로 손상한 경우 -칼이나 둔기 등 흉기를 사용하여 신체의 급소 등을 수십 차례 찌르거나 가격한 경우 -그 밖에 이에 준하는 경우”

※성범죄에서 ‘가학적·변태적 침해행위’ 양형인자의 정의 : 다음 요소 중 하나 이상에 해당하고 그 침해 정도가 심한 경우를 의미한다. -결박 기타 수단으로 피해자를 장기간 움직이지 못하도록 만든 행위 -담뱃불, 바늘, 몽둥이 그 밖의 도구를 사용하여 피해자의 신체에 침해를 가하는 행위 -성기 속에 이물질을 삽입하는 행위 -그 밖에 이에 준하는 행위“

24) 상해범죄에 특별가중인자로 설정하고, 형평상 폭행범죄와 협박범죄에도 특별가중인자로 설정함

25) “범행 당시 피해자가 신체 또는 정신 장애, 연령 등으로 인하여 범행에 취약하였고, 피고인이 이러한 사정을 알았거나 알 수 있었던 경우를 의미한다.”

26) “피고인이 자신의 범행에 대하여 뉘우치고, 피해자 또는 유족이 이를 받아들여 피고인의 처벌을 원하지 않는 경우를 의미한다. 피해 회복을 위한 진지한 노력 끝에 피해자 또는 유족과의 합의에 준할 정도의 상당한 금액을 공탁한 경우도 포함한다.”

27) 상해범죄는 우발적인 범죄가 대부분이므로, 일반감경인자로 설정되어 있던 ‘우발적인 범행’은 삭제함

28) “피고인이 수동적으로 참여하거나 범행 수행에 소극적인 역할만 담당한 경우를 의미한다. 다만, 실질적으로 범행을 주도하여 다른 사람으로 하여금 범행을 실행하게 한 경우는 제외한다.”

29) 다음 요소 중 하나 이상에 해당하는 경우를 의미한다.

- 범행도구의 사전 준비 및 소지
- 사전 공모
- 피해자 유인
- 증거인멸의 준비
- 도주계획의 사전 수립
- 그 밖에 이에 준하는 경우

유형	구 분	감경	기본	가중
2	상습특수상해·누범특수상해	1년6월 - 3년	2년 - 4년	3년 - 5년

구분		감경요소	가중요소
특별 양형 인자	행위	<ul style="list-style-type: none"> ○미필적 고의로 상해행위를 저지른 경우 ○피해가 경미한 경우 ○범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우 ○피해자에게도 범행의 발생 또는 피해의 확대에 상당한 책임이 있는 경우 	<ul style="list-style-type: none"> ○2인 이상이 공동하여 범행하였거나, 단체 또는 다중의 위력으로 범행하였거나, 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 범행한 경우(단, 폭처법 3조의 경우는 제외) ○불특정 또는 다수의 피해자를 대상으로 하거나 상당한 기간에 걸쳐 반복적으로 범행한 경우 ○피해가 중한 경우 ○존속인 피해자 ○피지휘자에 대한 교사 ○비난할만한 범행 동기 ○공무집행방해의 경우 ○보복 목적의 범행 ○잔혹한 범행수법 ○범행에 취약한 피해자
	행위자 /기타	<ul style="list-style-type: none"> ○농아자 ○심신미약(본인 책임 없음) ○자수 또는 내부고발 ○처벌불원(피해회복을 위한 진지한 노력 포함) 또는 상당 부분 피해회복된 경우 	
일반 양형 인자	행위	○소극 가담	<ul style="list-style-type: none"> ○범행을 주도적으로 실행하거나 지휘한 경우 ○계획적인 범행
	행위자 /기타	<ul style="list-style-type: none"> ○심신미약(본인 책임 있음) ○진지한 반성 ○형사처벌 전력 없음 	○단순 동종 누범, 이종 누범, 누범에 해당하지 않는 동종 실행 전과(집행종료 후 10년 미만)

[유형의 분류]

대유형	소유형	구성요건	적용법조	법정형
01. 일반적인 상해	제1유형 일반상해	상해	형법 257조 1항	7년 이하
		존속상해	형법 257조 2항	10년 이하
		공동상해 · 공동존속상해	폭처법 2조 2항	1/2까지 가중
		보복목적 상해	특가법 5조의9 2항	1년 이상
	제2유형 중상해	중상해	형법 258조 1, 2항	1년 이상 10년 이하
		중존속상해	형법 258조 3항	2년 이상
	제3유형 사망의 결과가 발생한 경우	상해치사	형법 259조 1항	3년 이상
		존속상해치사	형법 259조 2항	무기, 5년 이상
02.상습 상해·누 범상해· 특수상해	제1유형 상습 · 누 범 · 특수 상해	상습상해 · 상습존속상 해 · 상습중상해 · 상습중 존속상해	형법 264조	1/2까지 가중
		상습상해 · 상습존속상해	폭처법 2조 1항 3호	3년 이상
		누범상해 · 누범존속상해	폭처법 2조 3항	3년 이상
		특수상해 · 특수존속상해	폭처법 3조 1항	3년 이상
	제2유형 상습특수 · 누범특 수상해	상습특수상해 · 상습특수 존속상해	폭처법 3조 3항 3호	5년 이상
		누범특수상해 · 누범특수 존속상해	폭처법 3조 4항	5년 이상

● 상해치사의 형량범위 검토

■ 제시된 의견

- 상해치사와 상습·누범상해의 법정형은 비록 같다 하더라도, 피해자가 사망하였다는 결과반가치를 고려할 때 ‘사망의 결과가 발생한 경우’를 ‘상습·누범·특수상해’보다 가중하여 처벌하도록 형량을 상

향조정하여야 한다는 의견

- 이에 대하여, 법정형은 입법자의 결단이므로 특별한 사정이 없으면 법정형이 같을 때에는 권고 형량범위를 같거나 비슷하게 설정하는 것이 바람직하다는 반대의견

■ 검토

- 실제 선고형량을 살펴보면,³⁰⁾ 상해치사의 형량은 징역 24월(15.3%), 36월(25.1%), 48월(12.3%), 60월(14.8%)을 중심으로 넓게 분포하고 있는 반면, 상습상해의 형량은 징역 18월이 대부분이고 이를 중심으로 상대적으로 좁게 상하 분포하고 있음. 또한, 상습상해의 경우 평균 선고형량이 징역 17.6월이나, 상해치사의 경우 평균 선고형량이 징역 42.7월로서 약 25.1월의 차이가 있음.

단위 : 명, %

세부죄명		징역형량(월)																								전체			
		2	3	4	5	6	7	8	9	10	12	14	15	16	18	20	21	24	30	36	42	48	60	72	84		96	108	120
상해치사	수	0	0	0	0	0	0	0	0	0	4	0	1	0	12	0	0	31	18	51	8	25	30	8	11	1	2	1	203
	비율	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	2.0	0.0	0.5	0.0	5.9	0.0	0.0	15.3	8.9	25.1	3.9	12.3	14.8	3.9	5.4	0.5	1.0	0.5	100.0
폭력행위등처벌 에관한법률위반 (상습상해)	수	0	0	0	0	0	0	0	3	10	9	0	0	0	68	1	0	5	0	5	0	0	0	0	0	0	0	0	101
	비율	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	3.0	9.9	8.9	0.0	0.0	0.0	67.3	1.0	0.0	5.0	0.0	5.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	100.0

- 이러한 양형실무를 반영하고, 또한 피해자의 사망이라는 결과반가치를 양형에 반영할 필요 있음
- 상해치사죄와 법정형(3년 이상)이 동일한 범죄의 기존 양형기준상 권고형량범위는 아래와 같음

구 분	감경	기본	가중
일반강도	1년6월-3년	2년-4년	3년-6년

30) 양형위원회 운영지원단, '3기 양형자료조사 분석결과' 38면

구 분	감경	기본	가중
특수공무방해치상	1년6월-3년	2년-4년	3년-6년
일반강간	1년6월-3년	2년6월-5년	4년-7년
상해치사(중전)	1년 - 2년	1년6월 - 3년	2년 - 4년

■ 결론

- 상해치사 형량범위를 다음과 같이 정함

감경	기본	가중
1년6월 - 3년	2년 - 4년	3년 - 6년

● 일반상해, 중상해의 형량범위 검토

- 실제 판결 사례를 보면,³¹⁾ 상해의 경우 징역 4월(19.6%), 6월(43.5%), 8월(19.9%)를 중심으로 상하 분포되어 있고, 중상해의 경우 징역 10월(12.1%), 12월(28.0%), 18월(20.3%), 24월(15.9%), 30월(8.2%)를 중심으로 상하 분포하고 있음³²⁾³³⁾

단위 : 명, %

세부죄명		징역형량(월)																								전체			
		2	3	4	5	6	7	8	9	10	12	14	15	16	18	20	21	24	30	36	42	48	60	72	84		96	108	120
상해	수	4	6	88	13	195	0	89	1	31	15	0	0	0	3	0	0	3	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	448
	비율	0.9	1.3	19.6	2.9	43.5	0.0	19.9	0.2	6.9	3.3	0.0	0.0	0.0	0.7	0.0	0.0	0.7	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	100.0
중상해	수	0	0	0	0	4	0	4	0	22	51	1	0	0	37	0	0	29	15	13	1	2	2	0	1	0	0	0	182
	비율	0.0	0.0	0.0	0.0	2.2	0.0	2.2	0.0	12.1	28.0	0.5	0.0	0.0	20.3	0.0	0.0	15.9	8.2	7.1	0.5	1.1	1.1	0.0	0.5	0.0	0.0	0.0	100.0

31) 양형위원회 운영지원단, '3기 양형자료조사 분석결과' 38면

32) 상해의 경우 선고 평균형량이 징역 6.6월이나, 중상해의 경우 선고 평균형량이 징역 19.4월로서 약 12.8월의 차이가 있음

33) 선고 평균형량을 정리하면, 상해 징역 6.6월, 공동상해 징역 7.6월, 보복 목적 상해 징역 9.5월, 중상해 징역 19.4월, 상해치사 징역 42.7월, 상습상해 징역 17.6월, 특수상해 징역 18.3월, 상습특수상해 징역 34.7월임

- 상해의 선고형량 중 대부분을 차지하고 있는 형량이 각 영역의 형량 범위의 중간보다 약간 낮은 부분에 위치하고 있고(징역 4월은 감경 영역의, 6월은 기본영역의, 8월은 가중영역의 각 중간보다 약간 낮은 지점임), 중상해의 선고형량 중 대부분을 차지하고 있는 형량은 각 영역의 중간 정도에 위치하고 있음(징역 12월은 감경영역, 18월은 기본영역의, 24월은 가중영역의 각 중간 정도에 위치하고 있음)
- 이러한 양형실무를 감안하면, 아래와 같이 권고형량범위를 설정한 것은 적절하다고 판단됨.

구 분	감경	기본	가중
일반상해	2월 - 1년	4월 - 1년6월	6월 - 2년
중상해	6월 - 1년6월	8월 - 2년	10월 - 3년

● 공무집행방해죄와 관계

- 법률적인 취급

- 공무집행방해죄와 상해(또는 폭행치상, 중상해)죄를 동시에 범한 피고인의 경우 상상적 경합 관계가 되어 법정형이 중한 상해(또는 폭행치상, 중상해)죄에 정한 형으로 처벌함.
- 이러한 점을 반영하여, 제2기 양형기준으로 설정된 공무집행방해 양형기준에서는, 상해가 발생한 경우를 가중인자로 설정하여(중한 상해는 특별가중요소, 중하지 않은 상해는 일반가중요소), 상상적경합 관계에 있는 범죄에 관하여 양형기준을 설정한 첫 사례가 되었음
- 그런데, 공무집행방해 범죄군과 상해 범죄군 사이의 관계가 반드시 상상적경합이 되는 것은 아니며, 상상적경합이 되더라도 반드시 상해 범죄군의 법정형이 중한 것도 아님

	공무집행방해	상해	죄수	처벌
1	공무집행방해, 직무강요(형법 136조 1, 2항, 징역 5년 이하, 벌금 1,000만 원 이하)	상해(형법 257조 1항, 징역 7년 이하, 자격정지 10년 이하, 벌금 1,000만 원 이하), 존속상해(형법 257조 2항), 중상해(형법 258조 1·2항), 중존속상해(형법 258조 3항), 상습상해·상습존속상해·상습중상해·상습존속중상해(형법 264조), 상습상해·상습존속상해(폭처법 2조 1항 3호), 공동상해·공동존속상해(폭처법 2조 2항), 누범상해·누범존속상해(폭처법 2조 3항), 보복목적 상해(특가법 5조의9 2항)	상상적 경합	상해
		상해치사(형법 259조 1항), 존속상해치사(형법 259조 2항)	상상적 경합	상해
2	공용(서류, 물건, 전자 기록 등)(손상, 은닉, 무효)(형법 141조 1항, 징역 7년 이하, 벌금 1,000만 원 이하)	상해(형법 257조 1항, 징역 7년 이하, 자격정지 10년 이하, 벌금 1,000만 원 이하)	상상적 경합	공집방
		존속상해(형법 257조 2항, 징역 10년 이하, 벌금 1,500만 원 이하), 중상해(형법 258조 1·2항), 중존속상해(형법 258조 3항), 상습상해·상습존속상해·상습중상해·상습존속중상해(형법 264조), 상습상해·상습존속상해(폭처법 2조 1항 3호), 공동상해·공동존속상해(폭처법 2조 2항), 누범상해·누범존속상해(폭처법 2조 3항), 보복목적 상해(특가법 5조의9 2항)	상상적 경합	상해
3	공용(건조물, 선박, 기차, 항공기)파괴(형법 141조 2항, 징역 1년 이상 10년 이하)	상해(형법 257조 1항), 존속상해(형법 257조 2항, 징역 10년 이하, 벌금 1,500만 원 이하)	상상적 경합	공집방
		중상해(형법 258조 1·2항, 징역 1년 이상 10년 이하)	상상적 경합	상해 또는 공집방
		중존속상해(형법 258조 3항, 징역 2년 이상), 상습상해·상습존속상해·상습중상해·상습존속중상해(형법 264조), 상습상해·상습존속상해(폭처법 2조 1항 3호), 공동상해·공동존속상해(폭처법 2조 2항), 누범상해·누범존속상해(폭처법 2조 3항), 보복목적 상해(특가법 5조의9 2항)	상상적 경합	상해
		상해치사(형법 259조 1항), 존속상해치사(형법 259조 2항)	상상적 경합	상해
4	특수공무집행	보복목적 상해(특가법 5조의9 2항), 특수상	법조경	공집

	공무집행방해	상해	죄수	처벌
	방해치사(형법 144조 2항, 징역 3년 이상)	해·특수존속상해(폭처법 3조 1항, 징역 3년 이상)	합	방
		상습특수상해·상습특수존속상해(폭처법 3조 3항 3호, 징역 5년 이상), 누범특수상해·누범특수존속상해(폭처법 3조 4항)	상상적 경합	상해
5	특수공무집행 방해치사(형법 144조 2항, 징역 5년 이상, 무기)	상해치사(형법 259조 1항), 존속상해치사(형법 259조 2항, 징역 5년 이상, 무기)	법조경합	공집방

- 관계설정 방안

- 공무집행방해죄와 상해죄가 상상적 경합 관계에 있는 경우, 법정형이 상해죄가 더 높고 실제로 처벌도 상해죄에 정한 형으로 처벌하고 있음. 이런 점을 감안하면, 상해죄 양형기준에서 규율하고(양형인자에 “공무집행을 방해하면서 범행을 한 경우”를 설정하는 등), 공무집행방해죄 양형기준은 개정하여 상해가 발생한 경우를 양형인자에서 삭제하는 방안을 생각해 볼 수 있음
- 그런데 실상은 공무집행방해라는 기본범죄를 저지르는 과정에서 상해죄를 범한 것이므로, 일반 상해죄에서 고려되는 양형인자보다 공무집행방해죄에서 고려되는 양형인자가 더 중요한 것이 재판실무임. 이런 점을 감안한다면, 공무집행방해죄 양형기준에서 규율하고 있는 현행 기준을 유지하면서 상해죄 양형기준에서는 공무집행방해죄와 상상적 경합인 경우에는 적용을 배제한다고 규정하는 방안도 생각할 수 있음
- 또한, 이번 기회에 상상적경합에 관한 공통적 처리기준을 새로이 설립하는 방안도 고려할 수 있음
- 이러한 방안을 표로 정리하면 아래와 같음

방안	구체적 처리방법
----	----------

[제1안] 상상적 경합의 공통 처리기준 설정 ³⁴⁾	[1-1안]	공집방 : ‘상해가 발생한 경우’ 가중인자 <u>유지</u> ³⁵⁾ 상해 : ‘공무집행방해의 경우’를 가중인자로 <u>설정</u>
	[1-2안]	공집방 : ‘상해가 발생한 경우’ 가중인자 <u>삭제</u> 상해 : ‘공무집행방해의 경우’를 가중인자로 <u>반영</u> ×
[제2안] 상상적 경합의 공통 처리기준 설정 안함	[2-1안]	공집방 : ‘상해가 발생한 경우’ 가중인자 <u>삭제</u> 상해 : ‘공무집행방해의 경우’를 가중인자로 <u>설정</u> ※두 범죄가 상·경인 경우, <u>상해 양형기준만</u> 적용
	[2-2안]	공집방 : ‘상해가 발생한 경우’ 가중인자 <u>유지</u> 상해 : ‘공무집행방해의 경우’를 가중인자로 <u>반영</u> ×
	[2-3안]	공집방 : ‘상해가 발생한 경우’ 가중인자 <u>유지</u> 상해 : ‘공무집행방해한 경우’를 가중인자로 <u>설정</u> ※두 범죄가 상·경인 경우, <u>중한 죄의 양형기준만</u> 적용
	[2-4안]	공집방 : ‘상해가 발생한 경우’ 가중인자 <u>유지</u> 상해 : ‘공무집행방해한 경우’를 가중인자로 <u>설정</u> ※각 양형기준 적용하여 도출된 형량범위 중 <u>높은 하한</u> <u>을 권고 형량범위 하한으로</u> 참조 ³⁶⁾
	[2-5안]	공집방 : ‘상해가 발생한 경우’ 가중인자 <u>삭제</u> 상해 : ‘공무집행방해한 경우’를 가중인자로 <u>반영</u> ×

- 검토

■ 제1안에 대한 검토

- 공무집행방해죄와 상해죄 사이의 문제를 처리함에 그치지 않고 상상적경합 관계에 있는 범죄에 대하여 양형기준의 통일적인 처리를 도모할 수 있다는 장점이 있음

34) 예컨대, “상상적경합의 경우에는 각 양형기준을 적용하여 산출된 형량범위에서 기본범죄의 형량 상한에 경합범죄의 형량 상한의 1/3을 가중하고, 3개 이상의 다수범에 있어서는 그에 더하여 세 번째 범죄의 형량 상한의 1/5를 가중한다.”는 방안. (기존 양형기준은, 실체적경합범의 다수범죄에서는 상한의 1/2를, 세 번째 범죄 상한의 1/3을 합산하고 있다.)

35) 특별가중요소에 ‘중한 상해가 발생한 경우’가, 일반가중요소에 ‘중하지 않은 상해가 발생한 경우’가 규정되어 있다.

36) 양형위원회, ‘2011 양형기준’ 284면의 “양형기준 해설” 중 상상적 경합범에 관한 기술에 따르는 것임

- 상상적경합에 관하여 형법상으로는 중한 죄에 정한 형으로 처벌한다고 규정하고 있을 뿐 중한 죄에 정한 양형인자만 고려하라는 것은 아니므로, 공무집행방해와 상해의 양 범죄에서 각자 양형인자를 고려한 권고형량범위를 도출해 낸 뒤 이를 실체적경합과 유사하게 상한을 일정하게 가중하는 것은 형법의 취지에 어긋나는 것이 아님
- 상상적경합 관계에 있는 범죄들 사이의 양형실무상 취급이 제각각이어서 공통 처리기준을 두는 것이 부적절하다는 지적도 있지만, 사실상 실체적경합 관계에서도 이와 유사한 문제점이 있음에도 일정한 원칙을 정해두고 예외적인 경우에는 범죄유형을 구분한다든지,³⁷⁾ 가중양형인자로 분류하는 방안³⁸⁾으로 구체적 타당성을 도모하여 왔으므로, 상상적경합도 이러한 방법으로 해결하면 될 것임
- 그러나, 상상적경합에 관한 일반적인 공통원칙을 두는 방안은 간명하고 명쾌한 것처럼 보이지만, 실제로 상상적경합 관계에 있는 범죄들 사이의 양형실무상 취급은 제각각이어서³⁹⁾ 이를 일률적인 원칙으로 규율하기가 매우 어렵고도 부적절함
- 또한, 상상적경합에 관하여 상한의 1/3, 1/5를 가중하는 방식으로 통일적 처리기준을 정하게 되면 형법에서는 규정하지 않는 양형방식을 창안해 내는데다가 그 내용도 복잡해서 간명한 업무처리를 저해할 우려가 있음
- 결론 : 전문위원 전체회의(2011. 9. 5.) 논의결과, 제1안의 경우 다양한 형태의 상상적경합범에 공통되는 처리방법을 도출해 내기가 현실

37) 횡령, 배임, 사기죄의 경우는, 동종의 실체적경합범에 대하여 액수를 합산하여 유형을 달리 하는 방식을 취하고 있음

38) 살인범죄의 경우 실체적경합범인 사체유기, 사체손괴를 양형인자로만 취급하고, 실체적경합범에 관한 다수범죄 처리기준의 적용을 배제함

39) 예를 들어, 음주운전과 무면허운전의 상상적경합의 경우에는 두 죄에 부과할 형량을 단순 합산하는 것이 양형의 실제이고, 회사 직원이 영업비밀을 누설한 경우 적용되는 업무상배임과 부정경쟁방지및영업비밀보호에관한법률위반죄의 상상적경합의 경우는 단순히 부정경쟁방지법위반만으로 기소된 경우와 형량차이가 거의 없는 것이 양형의 실제이다.

적으로 매우 어려우므로, 제2안을 중심으로 논의를 진행하기로 의견을 모음

■ [2-1안]에 대한 검토

- 형법총칙이 상상적 경합의 경우 중한 죄에 정한 형으로 처벌하도록 규정하고 있으므로 중한 죄인 상해죄에 공무집행방해 관련 양형인자를 반영하는 것이 타당함. 특별한 사정이 없는 한, 형법의 죄수 규정과 독립된 새로운 기준을 양형위원회가 만드는 것은 부적절함
- 양형기준의 수요자가 양형기준을 적용할 때, 통상적으로 상상적 경합범의 중한 죄인 상해죄의 양형기준 부분을 찾아 볼 것이므로 상해죄에서 공무집행방해의 양형인자를 규율하는 것이 바람직함
- 다만, 재판실무상 공무집행방해와 상해죄가 상상적경합인 피고인에 대해서는 공무집행방해의 양형요소(폭행·협박의 태양, 공무집행의 적절성·과도여부, 공무방해의 정도, 반복적 범행인지 여부)가 양형에 중요한 영향을 끼치고 있으므로, 상해죄에서만 규율하게 되면 이러한 양형요소를 제대로 반영하기 어려움. 즉, 양형기준을 제정한 취지에 비추어 볼 때 양 범죄의 양형기준에 설정된 양형인자가 충분히 반영된 결과가 실제 양형에 적용될 필요가 있는데, 주로 한쪽의 양형인자만 반영된 결과를 놓고 양형을 하게 되는 모습이 되어 부적절하다는 것임
- 또한, 위의 표에서 살펴본 것처럼, 공무집행방해 범죄군과 상해 범죄군 사이의 관계가 상상적경합 뿐만 아니라 법조경합인 경우도 있고, 상상적경합인 경우에도 공무집행방해죄의 형이 중한 경우도 있으므로, 일률적으로 상해죄 양형기준만 적용된다고 규정하면 오히려 형법의 취지에 반하는 결과가 될 수 있음

■ [2-2안]에 대한 검토

- 공무집행방해와 상해가 상상적경합 관계에 있어 주로 형이 중한 상

해죄에 정한 형으로 처벌되기는 하나, 공무집행방해 범죄가 형이 중한 경우도 있으며, 실제 재판실무에서 공무집행방해를 주된 범죄로, 상해를 공무집행방해 과정에서 부수적으로 발생한 종된 범죄로 보는 경향이 있으므로 이런 실무적 경향에 부합하는 방안임

- 다만, 상상적경합의 경우 주로 상해죄가 중한 죄에 해당되므로, 상상적경합은 법정형이 더 높은 범죄에서 정한 형으로 처벌하도록 되어 있는 형법 규정과 잘 들어맞지 않음(기존 공무집행방해 양형기준에서 상해가 발생한 경우까지 규정하고 있으나, 이는 상해죄 양형기준이 설정될 때 재정비하기로 하고 임시적으로 규율한 것임)
- 또한, 재판실무상 공무집행방해와 상해죄가 상상적경합인 피고인에 대해서는 상해의 양형요소(상해의 결과, 상해의 수단과 태양, 피해회복 여부)도 양형에 상당한 영향을 끼치고 있으므로, 공무집행방해죄에서만 규율하게 되면 이러한 양형요소를 제대로 반영하기 어려움

■ [2-3안]에 대한 검토

- 공무집행방해 범죄와 상해 범죄가 동시에 발생한 경우, 상상적경합일 수도 있고, 법조경합일 수도 있으며, 상상적경합인 경우에도 공무집행방해 범죄가 중한 죄일 수도 있고 상해 범죄가 중한 죄일 수도 있는바, 법조경합의 경우에는 단순일죄이므로 적용되는 범죄의 양형기준을 적용하면 되고, 상상적경합의 경우에는 중한 죄의 양형기준을 적용하는 것으로 해결하려는 방안으로서, 구체적인 타당성을 도모할 수 있는 장점이 있음
- 다만, 일반적으로 상상적경합의 경우 양형기준 책자의 해설 부분에서 기술하는 바에 따라 양 범죄의 권고형량범위를 도출한 뒤, 중한 하한을 상상적경합범의 하한으로 참조하는 방식에 따르는데, 유독 공무집행방해와 상해의 상상적경합의 경우만 특별히 취급하는 조항을 둘 필요성이 있는지 의문임

- 또한, 양형기준을 제정한 취지에 비추어 볼 때 양 범죄의 양형기준에 설정된 양형인자가 충분히 반영된 결과가 실제 양형에 적용될 필요가 있는데, 중한 죄의 양형기준만 적용하게 되면 주로 한쪽의 양형인자만 반영된 결과를 놓고 양형을 하게 되는 모습이 되어 부적절함

■ [2-4안]에 대한 검토

- 상상적경합범의 경우 양쪽의 양형기준을 적용하여 도출된 권고형량 범위 중 하한을 참조하도록 하는 현행의 처리방식(양형기준 책자의 해설 부분에서 기술)을 그대로 유지하는 것이므로 혼란을 최소화할 수 있음
- 상해 관련 양형인자를 공무집행방해 양형기준에, 공무집행방해 관련 양형인자를 상해 양형기준에 모두 설정해 두어야 하는 이유는, 서로 상상적 경합관계에 있는 범죄가 실제로는 중요한 양형인자로 작용하고 있음에도 양 범죄의 양형인자표에서 모두 배제할 경우 적정하지 않은 권고 형량범위를 제시하는 결과가 발생하게 되어 부당하기 때문이며, 따라서 앞으로 상상적 경합 관계에 있는 여러 범죄의 양형기준을 설정할 때, 상호 교차적으로 양형에 중요한 요소로 작용한다면 이를 양쪽에 모두 양형인자로 반영하여야 함
- 다만, 실체적경합범의 경우 다수범죄 처리기준에 따라 상한을 가중하고, 높은 하한을 최종 권고형량의 하한으로 정하고 있는바, 그 하한은 실체적경합관계에 있는 다른 범죄를 양형인자로 고려하지 아니한 상태에서 제시된 것인데, [2-4안]에 의할 경우에는 상상적경합 관계에 있는 양쪽의 양형기준에서 다른쪽의 범죄를 특별양형인자로 반영하여 가중된 하한 중 높은 하한을 최종 권고형량의 하한으로 참조하는 결과가 되므로, 실체적 경합범의 경우보다 그 하한이 더 가중되어 적용되는 것이 되어 불합리함⁴⁰⁾ (다만, 이에 대해서는, 장기적으로

40) 예를 들어 공무집행방해죄와 상해죄가 실체적 경합범의 관계에 있고 각각의 양형기준이 기본영역의 형량범위를 제시하는 경우에 비해, 상상적 경합범의 관계에 있고 각각의 양형기준

실체적 경합범의 경우도 형량범위 하한을 가중하는 방식으로 개선해 나가면, 상상적 경합범과의 불균형 문제는 해결될 것이라는 반론이 있음)

- 따라서 [2-4안]을 택하는 경우에는 양쪽의 양형기준에서 다른쪽의 범죄를 권고형량범위 설정에 영향이 없도록 일반양형인자로만 설정해야 할 것인데, 일반양형인자는 한정적 열거가 아니고 예시적 열거이므로 어차피 일반양형인자로 설정되지 아니하여도 상해와 공무집행방해의 양 범죄를 모두 일반양형인자로 고려하여 양형을 할 것이어서 다른 쪽의 범죄를 일반양형인자로 설정하는 것이 별다른 의미는 없음
- 또한, 상습·누범상해, 상해치사와의 상상적 경합 등 수많은 형태의 상상적 경합을 공무집행방해범죄의 양형인자표에 반영하는 것은 불가능하며, 공무집행방해죄의 다양한 양형요소(폭행·협박의 태양, 공무집행의 적절성·과도여부, 공무방해의 정도, 반복적 범행인지 여부)를 상해죄의 양형인자표에 반영하는 것도 불가능하므로, 양형에 참고가 되는 다른쪽의 요소를 제대로 반영하는 것은 어차피 어려운 문제임

■ [2-5안]에 대한 검토

- 공무집행방해와 살인죄, 공무집행방해와 준강도상해, 2인 이상의 상해와 같은 동종 상상적 경합 등 수많은 형태의 상상적 경합이 존재할 수 있는데, 그 모든 상상적 경합의 경우를 양형인자표에 반영하는 것은 거의 불가능하고 현행 양형기준에서도 반영하지 않고 있고, 공무집행방해와 일반상해 상호간에서만 특별히 상상적 경합범죄의 양형인자를 반영하여 형량범위를 정하는 것은 기존 양형기준 체계 및 형법 체계에 맞지 않아 일관성이 결여됨

이 가중영역의 형량범위를 제시하게 될 경우의 최종 권고하는 하한이 더 높아질 가능성이 있음

- 현행 양형기준은 일정 범위의 형량구간 형태로 권고 형량을 제시하고, 양형인자표에 열거되지 않은 양형요소도 일반양형인자로 고려할 수 있으므로 상상적 경합의 적정 형량을 선택하는 데 큰 문제가 없음
- 다만, 양쪽의 양형기준에서 도출한 권고형량범위가 다른쪽의 양형요소를 반영하지 않은 것이어서 그 하한이 단일범인 경우와 동일하다는 문제점이 있음

■ 결론

- 양형실무상 다양한 형태로 나타나는 상상적경합 관계를 일률적인 하나의 처리기준에 맡긴다는 것이 적절치 않다는 점, 현재 양형기준 책자의 해설 부분에서 기술하고 있는 ‘높은 하한 참조’의 기준보다 더 구체적인 통일적 처리기준으로는 실체적경합범 처리방식에 따르되 그 정도를 약화하는 방식⁴¹⁾ 이외에는 상정이 어려운데 그러한 방식을 도입하는 것은 뚜렷한 논리적인 근거 없는 수치를 적용하는 것이 되어 적절치 않다는 점 등을 고려하면, [제1안]은 채택하기 어려움
- [제2안] 중에서는, 양형기준의 제정 취지상 상상적경합 관계에 있는 상해 범죄와 공무집행방해 범죄 중 어느 하나를 선택하여 적용하는 방안[2-1, 2-2, 2-3안]은 양쪽의 양형인자가 충분히 반영된 권고형량범위를 활용할 수 없다는 점과 다른 상상적경합범과 달리 이 경우에만 적용되는 특칙을 둘 필요성이 있는지 의문이 든다는 점을 고려하면 적절치 않다고 판단되며, [2-5안]보다는 [2-4안]이 현재 형사사건 처리실무에 가까우므로 [2-4안]에 따르기로 함

41) 위에서 본 것처럼, 높은 하한을 적용하고, 상한은 기본범죄에 1/3, 1/5를 가중해 나가는 방식

나. 폭행범죄

[형종 및 형량의 기준]

유형	구 분	감경	기본	가중
1	일반폭행	8월 이하	2월 - 10월	4월 - 1년
2	폭행치상	2월 - 1년6월	4월 - 2년	6월 - 3년
3	사망의 결과가 발생한 경우	1년 - 2년	1년6월 - 3년	2년 - 4년
4	상습·누범·특수폭행	4월 - 1년2월	6월 - 1년10월	8월 - 2년4월

[유형의 분류]

	구 성 요 건	적 용 법 조	법정형
제1유형 일반폭행	폭행	형법 260조 1항	2년 이하
	존속폭행	형법 260조 2항	5년 이하
	공동폭행·공동존속폭행	폭처법 2조 2항	1/2까지 가중
	보복목적 폭행	특가법 5조의9 2항	1년 이상
	운전자 폭행	특가법 5조의 10 1항	5년 이하
제2유형 상해의 결과가 발생한 경우	폭행치상·특수폭행치상	형법 제262조	7년 이하
	폭행치상·특수폭행치상(중상해)	형법 제262조	1 ~ 10년
	존속폭행치상	형법 262조	10년 이하
	존속폭행치상(중상해)	형법 262조	2년 이상
	운전자 폭행치상	특가법 5조의 10 2항	3년 이상
제3유형 사망의 결과가	폭행치사·특수폭행치사	형법 262조	3년 이상
	존속폭행치사	형법 262조	5년 이상, 무기

	구 성 요 건	적 용 법 조	법정형
발생한 경우	운전자 폭행치사	특가법 5조의 10 2항	5년 이상, 무기
제4유형 상습·누범· 특수폭행	상습폭행·상습존속폭행·상습특수폭행	형법 264조	1/2까지 가중
	상습폭행	폭처법 2조 1항 1호	1년 이상
	상습존속폭행	폭처법 2조 1항 2호	2년 이상
	누범폭행	폭처법 2조 3항	1년 이상
	누범존속폭행	폭처법 2조 3항	2년 이상
	특수폭행·특수존속폭행	형법 261조	5년 이하
	특수폭행	폭처법 3조 1항	1년 이상
	특수존속폭행	폭처법 3조 1항	2년 이상
	상습특수폭행	폭처법 3조 3항 1호	2년 이상
	상습특수존속폭행	폭처법 3조 3항 2호	3년 이상
	누범특수폭행	폭처법 3조 4항	2년 이상
	누범특수존속폭행	폭처법 3조 4항	3년 이상

[양형인자표]

구분		감경요소	가중요소
특별 양형 인자	행위	<ul style="list-style-type: none"> ○미필적 고의로 폭행행위를 저지른 경우 ○범행태양이 경미한 경우(제1, 4유형) ○피해가 경미한 경우(제2유형)⁴²⁾ ○범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우 ○피해자에게도 범행의 발생 또는 피해의 확대에 상당한 책임이 있는 경우 ○사망의 결과가 피고인의 직접적인 행위로 인하지 않은 경우(제3유형) 	<ul style="list-style-type: none"> ○범행을 주도적으로 실행하거나 지휘한 경우 ○상습성을 가지고, 불특정 또는 다수의 피해자를 대상으로 하거나 상당한 기간에 걸쳐 반복적으로 범행한 경우 ○범행태양이 중한 경우(제1, 4유형) ○피해가 중한 경우(제2유형) ○존속인 피해자 ○피지휘자에 대한 교사 ○운행 중인 자동차의 운전자를 폭행한 경우

			○비난할만한 범행 동기 ○보복 목적의 범행 ○잔혹한 범행수법 ○범행에 취약한 피해자
	행위 자 /기타	○농아자 ○심신미약(본인 책임 없음) ○자수 또는 내부고발 ○처벌불원(피해회복을 위한 진지한 노력 포함) 또는 상당 부분 피해 회복된 경우	○동종 누범
일반 양형 인자	행위	○소극 가담	○계획적인 범행
	행위 자 /기타	○심신미약(본인 책임 있음) ○진지한 반성 ○형사처벌 전력 없음	○이종 누범, 누범에 해당하지 않는 동종 실행전과(집행종료 후 10년 미만)

● 상습·누범·특수폭행의 형량범위

- 폭처법상 상습·누범·특수폭행의 법정형은 1년 이상, 상습·누범·특수 존속폭행의 법정형은 2년 이상, 상습특수폭행, 누범특수폭행의 법정형은 2년 이상, 상습특수존속폭행, 누범특수존속폭행의 법정형은 3년 이상임
- 실제 양형실무를 살펴보면,⁴³⁾ 상습·특수폭행의 경우 아래와 같이 징역 6월(56%, 48.1%), 8월(16%, 26%), 12월(16%, 14.4%)을 중심으로 상하 분포되어 있고 선고 평균형량은 징역 7.8월이며, 상습존속폭행은 징역 12월을 선고한 사건이 1건, 징역 24월을 선고한 사건이 1건, 특수존속폭행은 징역 12월을 선고한 사건이 5건, 징역 24월을 선고한

42) 폭행범죄의 경우에도 상해의 결과가 발생한 경우에는 그 피해의 경중을 특별양형인자로 반영하는 것이 적절함

43) 양형위원회 운영지원단, '3기 양형자료조사 분석결과' 41면

사건이 1건임

단위 : 명, %

세부죄명		징역형량(월)																			전체
		2	3	4	5	6	7	8	9	10	12	14	15	16	18	20	21	24	30	36	
폭력행위등처벌 에관한법률위반 (상습폭행)	수	0	1	0	0	14	0	4	0	1	4	0	0	0	1	1	0	0	0	0	25
	비율	0.0	4.0	0.0	0.0	56.0	0.0	16.0	0.0	4.0	16.0	0.0	0.0	0.0	4.0	4.0	0.0	0.0	0.0	0.0	100.0
폭력행위등처벌 에관한법률위반 (집단·흉기등폭행)	수	0	0	5	1	100	0	54	0	14	30	0	0	0	4	0	0	0	0	0	208
	비율	0.0	0.0	2.4	0.5	48.1	0.0	26.0	0.0	6.7	14.4	0.0	0.0	0.0	1.9	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	100.0

■ 법정형이 같은 범죄의 양형기준

- 상습·누범·특수폭행 유형 중 기본범죄라 할 수 있는 상습·누범·특수폭행의 경우 법정형이 1년 이상이고, 법정형이 1년 이상인 범죄 중 양형기준이 이미 설정되거나 현재 설정 중인 범죄들에 대한 형량 범위는 아래와 같음

구 분	감경	기본	가중
청소년 강제추행(수정안) (1년 이상)	- 1년	1년 - 2년3월	2년3월 - 4년6월
위험운전치사(안) (1년 이상)	4월 - 10월	8월 - 1년6월	1년 - 3년
치상 후 도주(안) (1년 이상)	6월 - 10월	8월 - 1년6월	1년 - 3년
중상해(안) (1년 이상 10년 이하)	6월 - 1년6월	8월 - 2년	10월 - 3년

- 위와 같은 범죄들, 특히 폭행범죄와 범죄의 성격이 가장 유사하다고 볼 수 있는 중상해를 중심으로 비교해 보면, 중상해의 경우 피해자가 입은 상해의 정도가 생명에 대한 위험 또는 불구, 불치나 난치의 질병에 이를 정도로 매우 중한 반면, 상습·누범·특수폭행의 경우 재범의 위험성, 범행도구의 위험성이라는 측면에서는 피고인을 엄벌에

처할 필요성이 있으나 실제 기소되는 사건은 피고인이 위험한 물건을 가진 채 단순히 위협하거나 피해자를 폭행하였어도 상해의 결과가 발생하지 아니한 비교적 경미한 사건의 경우가 대부분을 차지함.

- 따라서 범죄의 경중, 실제 피해의 정도 등을 고려할 때 상습·누범·특수폭행에 대한 형량범위를 중상해와 동일하거나 중상해보다 가중하여 설정하는 것은 불합리한 결과가 됨

■ 결론

- 상습폭행, 특수폭행의 죄질과 범행 태양이 중한 점, 위에서 본 바와 같은 다른 범죄와의 균형과 형평성 등을 고려하여, 기존의 양형실무보다 형량범위를 다소 상향설정하여 상한을 2개월 내지 4개월 상향조정함

다. 협박범죄

[형종 및 형량의 기준]

유형	구 분	감경	기본	가중
1	일반협박	8월 이하	2월 - 1년	4월 - 1년6월
2	운전자 협박치상	8월 - 1년6월	1년 - 2년	1년6월 - 3년
3	운전자 협박치사	1년 - 2년	1년6월 - 3년	2년 - 4년
4	상습·누범·특수협박	4월 - 1년	6월 - 1년6월	8월 - 2년

[유형의 분류]

	구 성 요 건	적 용 법 조	법정형
제1유형 일반협박	협박	형법 283조 1항	3년 이하
	존속협박	형법 283조 2항	5년 이하
	공동협박·공동존속협박	폭처법 2조 2항	1/2까지 가중
	보복목적 협박	특가법 5조의9 2항	1년 이상
	운전자 협박	특가법 5조의 10 1항	5년 이하
제2유형 운전자 협박치상	운전자 협박치상	특가법 5조의 10 2항	3년 이상
제3유형 운전자 협박치사	운전자 협박치사	특가법 5조의 10 2항	5년 이상, 무기
제4유형 상습·누범· 특수협박	상습협박·상습존속협박·상습 특수협박	형법 285조	1/2까지 가중
	상습협박	폭처법 2조 1항 1호	1년 이상

	구 성 요 건	적 용 범 조	법정형
	상습존속협박	폭처법 2조 1항 2호	2년 이상
	누범협박	폭처법 2조 3항	1년 이상
	누범존속협박	폭처법 2조 3항	2년 이상
	특수협박 · 특수존속협박	형법 284조	7년 이하
	특수협박	폭처법 3조 1항	1년 이상
	특수존속협박	폭처법 3조 1항	2년 이상
	상습특수협박	폭처법 3조 3항 1호	2년 이상
	상습특수존속협박	폭처법 3조 3항 2호	3년 이상
	누범특수협박	폭처법 3조 4항	2년 이상
	누범특수존속협박	폭처법 3조 4항	3년 이상

[양형인자표]

구분		감경요소	가중요소
특별 양형 인자	행위	<ul style="list-style-type: none"> ○미필적 고의로 협박행위를 저지른 경우 ○범행태양이 경미한 경우(제1, 4 유형) ○범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우 ○피해자에게도 범행의 발생 또는 피해의 확대에 상당한 책임이 있는 경우 ○사망의 결과가 피고인의 직접적인 행위로 인하지 않은 경우(제3 유형) 	<ul style="list-style-type: none"> ○범행을 주도적으로 실행하거나 지휘한 경우 ○상습성을 가지고, 불특정 또는 다수의 피해자를 대상으로 하거나 상당한 기간에 걸쳐 반복적으로 범행한 경우 ○범행태양이 중한 경우(제1, 4 유형) ○존속인 피해자 ○피지휘자에 대한 교사 ○운행 중인 자동차의 운전자를 협박한 경우 ○비난할만한 범행 동기 ○보복 목적의 범행 ○잔혹한 범행수법 ○범행에 취약한 피해자
	행위	○농아자	

	자 /기타	○심신미약(본인 책임 없음) ○자수 또는 내부고발 ○처벌불원(피해회복을 위한 진지 한 노력 포함) 또는 상당 부분 피해회복된 경우	
일반 양형 인자	행위	○소극 가담	○계획적인 범행
	행위 자 /기타	○심신미약(본인 책임 있음) ○진지한 반성 ○형사처벌 전력 없음	○단순 동종 누범, 이종 누범, 누범 에 해당하지 않는 동종 실행전과 (집행종료 후 10년 미만)

4. 집행유예기준⁴⁴⁾

구 분	부정적	긍정적
주요 참작 사유	<ul style="list-style-type: none"> ○ 단체 또는 다중의 위력으로 범행 하였거나, 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 범행한 경우⁴⁵⁾ ○ 존속인 피해자⁴⁶⁾ ○ 비난할만한 범행 동기⁴⁷⁾ ○ 잔혹한 범행수법⁴⁸⁾ 또는 사망 또는 중한 상해의 결과가 발생한 경우⁴⁹⁾ ○ 동종 전과(5년 이내의, 집행유예 이상 또는 3회 이상 벌금)⁵⁰⁾ ○ 공무집행방해의 경우⁵¹⁾ ○ 보복 목적의 범행 ○ 범행에 취약한 피해자 ○ 상당한 기간에 걸쳐 반복적으로 범행한 경우⁵²⁾ 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 미필적 고의로 범죄를 저지른 경우⁵³⁾ ○ 피해가 경미한 경우 ○ 범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우 ○ 피해자에게도 범행의 발생 또는 피해의 확대에 상당한 책임이 있는 경우⁵⁴⁾ ○ 범행 태양이 경미한 경우⁵⁵⁾ ○ 공범의 범행수행을 저지하거나 곤란하게 한 경우⁵⁶⁾ ○ 사망 또는 중한 상해의 결과가 피고인의 직접적인 행위로 인하지 않은 경우⁵⁷⁾ ○ 형사처벌 전력 없음⁵⁸⁾ ○ 처벌불원(피해 회복을 위한 진지한 노력 포함)⁵⁹⁾
일반 참작 사유	<ul style="list-style-type: none"> ○ 2회 이상 집행유예 이상 전과⁶⁰⁾ ○ 사회적 유대관계 결여 ○ 약물중독 또는 알코올중독 ○ 진지한 반성 없음 ○ 계획적인 범행 ○ 운행 중인 자동차의 운전자가 피해자인 경우⁶¹⁾ ○ 불특정 피해자를 대상으로 한 범행⁶²⁾ 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 사회적 유대관계 분명 ○ 우발적인 범행⁶³⁾ ○ 자수 또는 내부고발⁶⁴⁾ ○ 진지한 반성 ○ 상당 금액 공탁⁶⁵⁾ ○ 집행유예 이상의 전과가 없음 ○ 피고인이 고령 ○ 피고인의 건강상태가 매우 좋지 않음

44) 상해, 폭행, 협박의 각 범죄에서 공통적인 양형인자를 집행유예 참작사유로 추출할 수 있다고 판단되어, 집행유예 기준표를 하나로 설정함

구 분	부정적	긍정적
	<ul style="list-style-type: none"> ○ 공범으로서 주도적 역할 ○ 범행 후 증거은폐 또는 은폐 시도 ○ 피해 회복 노력 없음 	<ul style="list-style-type: none"> ○ 공범으로서 소극 가담 ○ 범행 후 구호 후송⁶⁶⁾ ○ 피고인의 구금이 부양가족에게 과도한 곤경을 수반

- 45) 상해범죄의 특별가중사유로 규정되어 있음(폭행, 협박범죄에서는 별도의 유형으로 분류되어 있어 양형에 반영되어 있으므로 추가적으로 특별가중사유로 규정되지 않음) 다만, 여기에서 “2인 이상이 공동하여 범행하였거나” 부분은 제외하였는데 그 이유는 “단체 또는 다중의 위력으로 범행하였거나, 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 범행한 경우”와 비교할 때 범행태양이 무겁지 아니하며 그 법정형도 큰 차이를 보이고 있기(1/2 가중 vs 3년 이상 등) 때문이다. 실제 판결례를 보더라도 폭처법 2조 2항으로 처벌되는 피고인의 상당수는 공범으로서 역할이 크지 않거나 단순가담에 그쳐 단독범행과 그 죄질의 차이가 거의 나지 않으므로, 2인 이상 공동범행에 해당한다는 것만으로 집행유예 기준의 참작사유로 삼는 것은 적절치 않음
- 46) 상해, 폭행, 협박범죄 모두 법정형 가중조항이 있으며 특별가중사유로 규정되어 있음
- 47) 살인미수범죄에서는 주요 부정적참작사유로, 횡령·배임, 사기범죄에서는 일반 부정적참작사유로 각 규정하고 있음
- 48) 특별가중인자로 규정되어 있음
- 49) 상해, 폭행, 협박범죄에 가중사유로 규정되어 있지 아니하고 유형분류 기준으로 반영되어 있는 양형인자임. 공무집행방해범죄, 살인미수, 성범죄, 강도, 약취·유인범죄에서 각 부정적 주요참작사유로 규정하고 있음
- 50) 동종전과를 집행유예 기준에 반영하는 방식은 범죄별로 다른데, 사기범죄, 절도범죄, 공무집행방해범죄의 집행유예 기준은 “동종전과(5년 이내의, 집행유예 이상 또는 3회 이상 벌금)”으로 정하고 있는바, 이와 동일하게 규정하는 것이 적절함
- 51) 공무집행방해죄와 상상적경합 등의 관계에 있는 경우 특별가중인자로 배치한 것과 궤를 같이 하기 위해 부정적 주요참작사유로 설정함
- 52) 재범의 위험성과 관련성이 높다고 판단하여 주요 부정적 참작사유로 규정
- 53) 미필적 고의, 피해경미, 소극가담, 피해자 과실의 네 가지는 각 범죄의 특별감경사유로 규정된 것임
- 54) 살인미수범죄에서 피해자 유발(강함)을, 공무집행방해범죄에서 공무원의 공무집행이 과도하거나 부적절한 경우를 각 긍정적 주요참작사유로 규정한 바 있음
- 55) 폭행범죄, 협박범죄의 특별감경사유로 규정된 것이고, 상해범죄는 범행의 결과가 중요한 양형요라고 판단하여 유형분류의 기준으로 삼으면서, 범행태양과 관련된 특수상해를 상습·누범상해와 묶어서 제2유형으로 분류하였고 그 외에 별도로 범행태양은 특별양형인자로 삼지 않았으나, 집행유예 기준에서는 폭행, 협박범죄와 마찬가지로 단일하게 범행태양과 관련된 특별감경인자를 긍정적 주요참작사유에 배치하는 것이 적절함
- 56) 살인미수, 성범죄, 강도, 약취·유인, 절도, 공무집행방해범죄에서 주요 긍정적참작사유로 규정하고 있음. 폭력범죄의 공모공동정범 또는 폭처법의 ‘2인 이상이 공동하여’ 범행한 것으로 기소되어 유죄판결을 받는 피고인 중에는 일부 범행에 가담한 것은 인정되지만 범행을 말리거나 저지하는 행동도 한 경우가 있으므로(예컨대, 처음에는 패싸움을 말리다가 몇 대 맞은 뒤에는 흥분하여 공동폭행한 경우 또는 처음엔 범행을 같이 하다가 나중에 그만 두자고 말린 경우 등 범행태양이 다양하게 나타남), 이러한 피고인은 긍정적인 사유로 참작하는 것이 적

절합

- 57) 형량범위표의 양형인자와 달리 집행유예 기준은 단 두 개의 결정 중에서 선택하는 것이므로, 사망 또는 중한 상해의 결과가 발생한 경우는 기본적으로 실형권고 방향으로 한 요소를 부여하되, 그러한 결과가 피고인의 직접적인 행위로 인한 것이 아닐 때에는 반대 방향으로 한 요소를 부여하여 결국 그러한 결과 자체로는 실형 또는 집행유예 결정에 영향을 미치지 않도록 하고, 다른 요소들로 하여금 결정하게 하려는 것임
 - 58) 기존의 대부분 양형기준의 집행유예 기준에서 주요참작사유로 설정된 것임
 - 59) 기존의 대부분 양형기준의 집행유예 기준에서 주요참작사유로 설정된 것임
 - 60) 부정적·긍정적 일반참작사유의 대부분은 기존 양형기준의 대부분의 집행유예 기준에서 설정되어 있는 것을 그대로 가져온 것임
 - 61) 운전자 폭행의 경우 법정형이 가중되어 있고 그 위험성이 일반 범죄보다 크다고 보아 가중사유로 설정함
 - 62) 실제 판결례를 보면, 불특정한 피해자를 상대로 범행하는 경우 그 대부분은 이미 부정적 주요참작사유로 설정된 2인 이상 공동 범행, 상습범, 흉기 등 휴대 범행에 해당하므로, 불특정 피해자를 상대로 한 범행이라는 참작사유는 보완적인 의미에서 일반참작사유로 설정하면 충분함
 - 63) 이 양형인자를 일반양형인자에서 제외한 것과는 달리, 집행유예 기준에서는 재범의 위험성 측면에서 긍정적 참작사유로 삼을만한 필요성이 있다고 판단되어 삭제하지 않았음
 - 64) 뇌물수수, 뇌물공여, 위증, 무고, 공문서위조, 사문서위조, 횡령·배임, 사기범죄에서는 주요 긍정적 참작사유로 규정하고 있고, 성범죄, 강도범죄에서 일반 긍정적 참작사유로 규정하고 있음
 - 65) 성범죄, 약취·유인, 횡령·배임, 사기범죄에서 긍정적 일반참작사유로 규정하고 있음
 - 66) 살인미수, 약취·유인범죄에서 일반 긍정적 참작사유로 규정하고 있으며, 폭력범죄에서 긍정적 사유로 정할 필요성도 인정됨
-