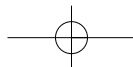
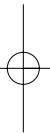
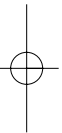
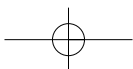
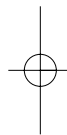
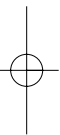
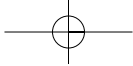


# 폭력범죄 양형기준안 지정토론문 (이동희)





## 폭력범죄 양형기준안 지정토론문

이 동 희 (경찰대학 법학과 교수)

### I 들어가며

양형에 있어서의 지역별 또는 법관 개인별 편차의 문제, 양형을 합리적으로 예측하기 어렵다는 문제, 전관예우 관행의 문제, 소위 유전무죄 무전유죄의 문제 등에 대하여 오랫동안 적지 않은 비판이 제기되어 왔다. 이러한 문제들에 대한 극복방안으로서 논의되었던 양형기준제가 형사사법개혁의 성과의 하나로서 2007년 7월 1일부터 정식으로 도입·시행되었고, 이제 그 시행 만 3년차에 이르고 있다. 양형기준제는 국민들의 건전한 상식이 반영된 공정하고 객관적인 양형의 실현을 목적으로 삼고 있는 만큼 형사재판의 투명성과 국민의 신뢰를 높일 수 있는 큰 기반 하나가 조성되었다고 할 것이다.

주지하다시피 양형기준제는 영미법계의 일부 국가 등에서만 도입·시행되고 있는 터라 우리의 형사사법 환경과 형법체계에 가장 부합하는 독창적인 한국적 양형기준을 설정하는 작업은 무에서 유를 창조하는 것에 버금가는 지난한 작업이었다고 여겨진다. 이러한 어려움 속에서 2007년 4월에 출범한 제1기 양형위원회가 살인, 강도, 성범죄, 뇌물, 횡령·배임, 위증, 무고의 7개 범죄군에 대한 양형기준을 설정한 것을 필두로 이후 2009년 4월에 출범한 제2기 양형위원회에서 추가로 약취·유인, 사기, 절도, 공문서, 사문서, 공무집행방해, 식품·보건, 마약의 8개 범죄군에 대한 양형기준을 설정하였고, 2011년 4월에 출범한 금번 제3기 양형위원회에서 마련한 교통범죄, 증권·금융범죄, 폭력범죄, 지식재산권범죄 등에 대한 양형기준안도 이제 그 성안이 마무리되는 단계에 이르고 있다. 이러한 시점에 개최된 금일 토론회에 참여하게 된 것을 뜻 깊게 생각하며 본 토론자의 소고가 이러한 각고의 노력에 조금이나마 보탬이 되기를 바라는 마음으로 토론에 임하고자 한다.

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

### II 폭력범죄 양형기준에 대하여

본 토론은 ‘폭력범죄 양형기준안’이 그 대상이다. 토론의 범위를 좁게 잡으면, 폭력범죄 양형기준안에서 제시하고 있는 ①대상범죄의 유형분류, ②형량범위, ③양형인자의 3가지 구체적 기준의 적정성 여부에 관한 것이 주된 내용이 될 것이다. 그렇지만 한편으로 보면, 폭력범죄 양형기준안도 전체 양형기준의 일부이므로 현재의 양형기준제 자체에 내재된 근본적인 사항들도 논제에 포함될 수 있을 것이다. 예컨대 ‘양형기준의 방식’과 관련된 문제로서 현행의 개별범죄군별로 독립적인 양형기준을 설정하는 방식과 모든 범죄 또는 대부분의 범죄에 대해 통일적으로 적용되는 종합적인 양형기준제 방식 중 어느 쪽이 타당한 것인지, ‘양형인자의 계량화 방식 및 정도’와 관련된 문제로서 현행의 서술형·비계량화 방식과 미국식 등급조정식 계량화 방식 중 어느 쪽이 타당한 것인지, 현행 범죄군별 범죄유형 및 양형인자의 구분방식의 적정 여부, 법정형과 양형기준 형량의 균형성 여부, 기본영역 형량이나 권고형량 범위의 적정 여부 등의 문제는 물론, 나아가 양형기준의 기속력 부여 여부나 법제화 여부 등의 문제도 포함될 수 있는 것이다.

그러나 후자의 근본적인 사항들과 관련된 점에 대하여는 제도의 설계단계에서부터 시행 이후 현재에 이르기까지 이미 양형위원회의 내부적인 연구와 논의, 그리고 이를 주제로 한 토론회나 공청회에 더하여 여러 학술논문 등을 통해 논의가 이루어지고 있는 상황이다. 또한 이미 다수의 범죄군에 대한 양형기준이 시행 중인 상태에서 여타 범죄의 양형기준에 공통적으로 적용되는 기본적인 방식이나 도식 등에 관해 논의하는 것은 토론회 주최 측의 요구와도 거리가 있다고 본다.

따라서 여기서는 ‘폭력범죄 양형기준안’ 자체의 구체적인 내용에 초점을 맞추되 이와 관련되는 필요범위 내로 한정하여 언급하고자 하며, 아울러 특별한 이견이 없는 부분에 대해서는 논의를 생략하고 주요한 의문점을 중심으로 토론하고자 한다.

### 01 · 대상범죄 유형분류의 적정성 여부에 관하여

폭력범죄 양형기준안(이하 ‘안’이라 약칭)은 폭력범죄를 일반적인 상해, 상습상해·누범상해·특수상해, 폭행범죄, 협박범죄의 4가지의 범지로 나눈 다음 각각의 범죄별로 2개 내지 4개의 유형으로 구분하고 있다. 그리고 일반적인 상해는 다시 그 유형을 기본적으로 ‘범행의 결과’를 기준으로 하여 ①일반상해, ②중상해, ③사망의 결과가 발생한 경

우의 3가지로 구분하고 있다.

예컨대 이 중 ①일반상해의 유형을 보면, 이에 속하는 구성요건에는 기본적인 구성요건의 상해(형법 제257조 제1항) 외에 존속(형법 제257조 제2항), 공동(폭처법 제2조 제2항), 보복목적(특가법 제5조의9 제2항)이라는 가중요건이 있는 구성요건도 포함되어 있다. 각각의 법정형은 상해 7년 이하의 징역, 존속상해 10년 이하의 징역이고, 공동상해는 형법 본조에 정한 형의 2분의 1까지 가중하며, 보복목적 상해는 1년 이상의 유기징역이다.

이와 관련해서는 무엇보다 대상범죄의 유형분류를 다소 과도하게 단순화한 것이 아닌 가라는 의문이 든다. 특히 공동상해나 보복목적 상해는 상해·존속상해와는 법정형에 있어서 차이에서 확인되는 바와 같이 불법의 정도가 확연히 구별되는 가중적 구성요건에 해당한다. 나아가 보복목적 상해의 경우에는 제2유형의 ②중상해의 법정형(1년 이상 10년 이하)보다도 중하다. 물론 ‘안’에서도 공동, 보복목적 등은 특별양형인자의 가중요소로서 고려되지만, 입법자가 법률로서 설정한 입법취지를 무색하게 만든다는 점은 부인하기 어렵다고 본다.

폭력범죄 양형기준 설명자료(이하 ‘설명자료’라 약칭)에서는 이러한 유형분류의 이유 내지 근거로서 양형실무의 통계적 자료를 제시하고 있다. 상해와 공동상해·보복목적 상해의 실제 형량의 차이가 그다지 크지 않아 특별양형인자로 조정가능한 범위라는 것이다. 그러나 양형실무의 과거 통계는 양형기준의 중요한 고려요소임은 분명하지만, 통계라는 것에 숨겨질 수 있는 일반적 오류도 간과해서는 안 된다고 본다. 예컨대 설명자료에서 인용한 통계의 대상기간 동안 입법자가 예정한 실로 중형을 선고해야 할 보복목적 상해사건이 발생하지 않았을 수도 있는 것이다. 또한 기존의 양형실무가 지나치게 관대한 형량을 선고해왔기 때문에 입법에 의한 양형을 통해 이를 바로잡고자 한 경우라면 기존의 양형통계는 그 기준으로 삼기에 부적절한 것이 된다.

생각건대 이러한 점을 감안하면, 불법가중의 구성요건이 특히 법정형의 현저한 차이를 수반하는 경우라면 대상범죄의 유형의 하나로서 세분하여 분류하는 것이 원칙이라고 본다. 설사 유형의 세분화가 다소 복잡하고 중복적으로 보일지라도 세분화된 유형별로 권고형량을 설정하는 것이 구체적이고 특수한 사례에 있어도 양형기준의 타당성을 확보하는 길이며, 입법권에 기초한 법정형을 사법실무상의 양형기준에 의해 찬탈된다는 오해도 줄일 수 있을 것이다.

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

### 02 · 형량범위에 관하여

언급한 바와 같이 법정형과 양형기준 형량의 균형성 여부와 관련하여 입법과 양형기준이 상호 부합하고 있는지, 또한 양형기준에서 설정한 기본영역 형량이나 권고 형량범위의 기준치가 적절하게 설정되었는지 여부 등에 관해서는 이미 일반론적인 관점에서 여러 문제제기가 있었던 것으로 보인다. 이 문제는 특히 최근 유기징역 상한을 상향한 형법개정으로 (그 정당성을 지지하는 입장은 아니지만) 양형기준의 형량과의 격차가 더욱 커짐에 따라 양자를 조화시키는 것이 주요한 과제로 되어 있다. 여기서는 이에 대한 논의는 생략하고, ‘안’에서 제시된 구체적인 형량과 관련하여 의문을 제기하고자 한다.

우선 ‘안’에서 폭행범죄의 제1유형인 일반폭행은 기본형량 2월-10월, 가중형량 4월-1년, 감경형량 8월 이하로 구분하고 있고, 협박범죄의 제1유형도 이와 유사하게 구분되어 있다. 그리고 일반폭행 및 일반협박에는 형법상 기본구성요건인 폭행(제260조 제1항) 및 협박(제283조 제1항)이 포함되어 있다. 한편 폭행 및 협박은 그 법정형이 각각 2년 이하의 징역과 3년 이하의 징역이지만, 선택형으로 500만 원 이하의 벌금은 물론 구류, 과료도 규정하고 있다.

‘안’에서는 폭행과 협박의 경우에도 일률적으로 징역으로 형량을 설정하고 있는바, 경미한 단순폭행이나 단순협박의 경우에도 그 적용이 타당한지가 의문이다. 단순폭행이나 단순협박의 경우 형사실무는 물론 일반시민의 인식에서도 자유형이 예상되는 경우는 극히 예외적이라 생각된다. 안에서의 집행유예 기준의 긍정적 요소로서 피해의 경미나 범죄태양의 경미가 포함되어 있지만, 일률적으로 자유형의 형량을 기준으로 제시하고 있다는 점에서 실무상 관련 양형이 상승될 우려는 없는지, 양형 실무에서 구체적인 타당성이냐 규범의 준수가 확보될 수 있는지 묻고자 한다.

나아가 이 점은 현행 양형기준이 징역형과 집행유예의 기준은 제시하는 반면, 어떠한 경우에 벌금형을 선택할 수 있는지에 관한 기준을 제시하지 않고 있다는 문제점과도 결부된다. 물론 현행 양형기준에서는 벌금형의 기준을 제시하지 않고 있기 때문에 재판부가 벌금형을 선택하는 경우에는 양형기준이 적용되지 않는다고 볼 것이므로 양형기준의 ‘미준수’ 문제는 발생하지 않는다고 말할 수도 있을 것이다.

이 점은 본 폭력범죄 양형기준안에 한정되는 문제가 아니기에 논의를 확장하지 않겠지

만, 폭행이나 협박은 한국사회의 일상에서 매우 빈번히 발생하는 범죄유형이라는 점(일선 경찰서의 야간에 접수되는 범죄 신고사건의 태반이 이에 해당하는 것이 현실이기도 하다.), 벌금형의 선택 가능성이 매우 높다는 점, 징역형과 벌금형의 선택기준을 제시하지 못하는 양형기준은 기준으로서 그 결함이 크다는 점 등을 감안하면 폭력범죄에 대해 효시적으로 그 기준을 설정해보는 것은 어떤지 묻고 싶다.

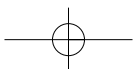
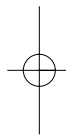
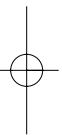
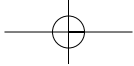
### 03 · 양형인자

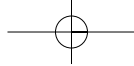
폭행범죄 및 협박범죄의 경우, 제4유형으로 상습폭행 및 상습협박이 분류되어 있으면서 아울러 특별양형인자의 가중요소에 '상습성을 가지고, 불특정 또는 다수의 피해자를 대상으로 하거나 상당한 기간에 걸쳐 반복적으로 범행한 경우'가 포함되어 있다. 특별양형인자에서 말하는 상습성 관련 가중요소와 제4유형을 상습을 기준으로 분류하는 것은 소위 이중평가금지원칙에 위배되는 점은 없는 것인지 묻고자 한다.

#### III 글을 맺으며

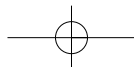
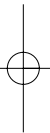
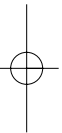
이상에서 폭력범죄 양형기준안에 대해 개인적인 의견을 간략히 표하였다. 서두에서 언급한 바와 같이 양형기준제의 도입, 시행은 사법의 투명성과 국민의 신뢰 제고에 중요한 토대가 된다고 본다. 그 시작이 우리나라의 형사사법의 독특한 문제점에 대한 비판에 기인했던 점도 없지 않지만, 사법의 선진화라는 큰 흐름의 선상에서 평가될 것이며, 이미 선두적인 시행국가로서 비교법적 관심 또한 커지고 있다고 느껴진다.

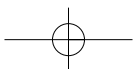
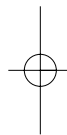
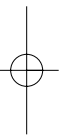
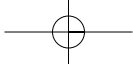
모쪼록 우리나라 형사사법의 환경이나 형사 실무에 부합하고 최근의 사법개혁의 방향성과 조화되는 제도로써 양형기준제가 더욱 다듬어져 가기를 기대한다.





# 폭력범죄 양형기준안 지정토론문 (최호진)





## 폭력범죄 양형기준안 지정토론문

최 호 진 (단국대학교 법학과 교수)

### I 양형기준 설정에 대한 이론적·현실적 중요성

- ◆ 형사재판에서 실체진실 발견에 따른 피고인의 유·무죄를 판단하는 것도 중요하지만, 현실적으로는 피고인의 유·무죄를 다투는 경우보다 자신에게 부과되는 형종이 무엇인지, 형량이 얼마나 될 것인가라는 문제가 더 중요한 것 같다. 사법연감에 따르면 2009년 제1심 총 접수사건 287,465건 중 무죄가 선고된 것은 6,240건이며, 2008년 제1심 총 접수사건 268,572건 중 무죄가 선고된 것은 4,025건에 불과하다. 이와 같이 우리나라의 형사재판에서 무죄선고를 받는 비율은 0.5%를 넘지 못하고, 99%의 사건이 유죄인 상황에서는 양형의 판단이 더욱 중요하다.
- ◆ 종전에는 양형요소에 비추어 볼 때 유사한 사례임에도 불구하고 법원별·재판부별로 상당한 양형편차가 존재하여 왔다. 형종 결정 또는 징역형의 집행여부를 결정함에 있어서 법관의 인생관 또는 가치관의 차이 등으로 합리적인 재량범위 내라고 보기 어려운 불합리한 양형편차가 존재하였다. 특히 일부 특권층이라고 볼 수 있는 사건에 대해서는 법원의 양형이 지나치게 관대하여 국민의 상식에 부합되지 않는 양형이 이루어지고 있다는 비판이 제기되어 왔다.
- ◆ 이러한 문제인식을 기반으로 하여 대법원은 오래전부터 법관연수, 양형데이터베이스 구축 및 활용, 양형실무위원회 등 종전의 노력을 해왔으며, 2007. 4. 제1기 양형위원회가 출범함으로써 본격적으로 양형기준을 마련하기 시작했다. 2008. 11. 제1차 공청회를 통해 살인범죄, 성범죄, 뇌물범죄에 대한 양형기준안을 발표한 이후로 2012. 3. 제6차 공청회에 이르게 되었다.
- ◆ 상해죄, 폭행죄, 협박죄와 같은 폭력범죄는 범죄의 발생빈도나 징역형 선고비율 등을 고려할 때 양형기준 설정이 시급한 범죄 중에 하나였는데, 이제라도 양형기준이 설정된 것은 다행이라고 생각된다. 오랜 기간동안 각계의 전문가들이 논의를 거쳐 설정된 기준이며, 충분한 검토를 거친 기준이기에 큰 의문점이 드는 것은 아니지만, 토론자로

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

서 기본적인 역할수행을 위해 아래 몇 가지 점에 대해서만 언급을 하고자 한다.

### II 토론에 들어가며

#### 01 · 양형기준이 설정되지 않는 폭력범죄와의 형평성 문제

- ▶ 폭력범죄에 대한 양형기준을 살펴보면서 한 가지 드는 생각은 현재 형사사건 처리절차에 따를 때 약식명령에 의해 처리되는 폭력범죄와 같이 양형기준의 적용대상이 되지 않는 폭력범죄와 기준적용 대상이 되는 폭력범죄 상호간의 형평성문제이다. 유사한 사안임에도 불구하고 하나의 사건은 약식명령으로, 또 다른 사건은 공판으로 처리되는 것 또한 문제라고 생각된다. 현재 이에 대한 내부지침이 있는지는 모르지만, 폭력범죄에 대한 구약식과 구공판의 기준 설정 또한 시급하다고 생각된다. 약식명령사건에 대하여 양형기준 적용여부에 대한 의견을 묻고 싶다.

#### 02 · 폭력범죄 중 제1유형(일반폭행·일반상해)에 대하여

- ▶ 양형기준은 동일한 범죄군에 속하는 범죄들을 일정한 기준에 따라 범죄유형으로 분류하고 동일한 범죄유형에 대하여 같은 형량범위를 권고하는 방식을 취하고 있다. 살인범죄의 경우 범행의 동기에 따라, 뇌물범죄의 경우 뇌물액을 기준으로 하고 있으며, 특히 성범죄의 경우에는 범죄행위의 특성이 유사하거나 권고 형량범위가 비슷한 여러 구성요건을 묶는 방식으로 유형을 구분하고 있다. 이와 같이 모든 범죄군에 일률적으로 적용되는 범죄유형의 분류원칙이나 기준은 존재하지 않는다.
- ▶ 폭행범죄의 유형에 있어서 제1유형은 일반폭행, 제2유형은 상해의 결과가 발생한 경우, 제3유형은 사망의 결과가 발생한 경우, 제4유형은 상습·누범·특수폭행으로 나누고 있다. 제1유형은 다시 폭행, 존속폭행, 공동폭행·공동존속폭행, 보복목적폭행, 운전자폭행으로 세분화하고 있다. 이에 해당할 경우 기본형량범위는 2월-10월, 감경구간은 8월이하, 가중구간은 4월-1년에 해당한다.
- ▶ 이러한 유형분류는 여러 형사특별법을 통하여 가중처벌하도록 한 범죄유형을 형법상 일반범죄와 동일한 범죄유형으로 분류하는 것으로 형사특별법의 입법취지를 무색하

게 만드는 것이 아닌가라는 생각이 든다. 왜냐하면 기본영역은 가중인자 또는 감경인자가 전혀 없거나, 서로 비슷한 비중을 차지하고 있는 경우로서, 해당범죄의 대표적인 형량범위라고 할 수 있는데, 기본영역의 형량범위의 대표성을 고려해볼 때 기본영역의 형량범위에 법정형보다 낮은 형량범위를 포함시키는 것은 적절해 보이지 않기 때문이다. 결국 양형기준은 특별법을 통한 형의 가중을 하고자 하는 입법자의 의도를 배제하거나 충실히 반영하지 못한 것이 아닌가라는 생각이 들며, 이러한 양형기준은 비록 권고적 효력만이 있다고 하지만, 양형기준이 새로운 법정형을 만든 것이 아닌가라는 생각이 든다.

- ◆ 물론 폭력범죄의 유형을 비교적 심플하게 설정하였기 때문에 해당사건 관계인들이 쉽게 찾아볼 수 있다는 장점은 있지만, ‘공동존속폭행·상해’, ‘보복목적폭행·상해’, ‘운전자폭행·상해’와 같은 범죄유형은 별도의 유형으로 본 뒤 구간설정을 하는 것이 좋지 않은가라는 생각이 든다. 이러한 점에 대해서 위원회 내부에서도 많은 논의가 있었던 것으로 알고 있지만, 개인적으로는 ‘공동존속폭행’과 ‘단순폭행’을 같이 취급하는 것은 적절하지 않다고 본다. ‘공동으로’ 범행을 했다는 점에서는 행위수단과 방법의 위험성이 높으며, 공격객체가 ‘존속’이라는 점에서 책임비난의 정도가 더 중하다고 생각되기 때문이다. 또한 ‘운전자폭행’의 경우에도 단순히 운전자개인에 대한 폭행이라기 보다는 ‘차량에 동승하고 있는 승객의 안전’에 대한 위협발생이라고 볼 수 있기 때문에 별도의 유형으로 설정하는 것이 적절하다고 생각한다. 이러한 점에 대하여 양형기준 설정시 논의가 있었는지, 있었다면 어떤 논의를 통해 현재와 같은 기준을 설정하였는지 그 과정을 소개해 주었으면 한다.

### 03. 보복 목적 폭행·상해에 대하여

- ◆ 양형기준 유형에 대하여 본 자료집 폭력범죄 양형기준 설명자료 93~95면에서 소개하고 있듯이 내부적 논의가 있었던 것으로 안다. 보복 목적이라는 가중요소는 법정형을 상당히 높이며, 매우 중한 가중적 요소임이 틀림없지만, 실제 선고된 사안들이 비교적 사소한 것이며, 계획적으로 보복범죄를 가한 경우가 소수이기에 이러한 사정을 반영하여 양형에 반영하였다고 밝히고 있다.
- ◆ 실제 형량이 그러하다는 점을 고려한 것이라고 하지만, 입법에서는 조직폭력과 같이 조직적·계획적으로 보복 목적 폭행·상해가 이루어진 것을 염두에 두고 입법을 한 만큼 이러한 입법자의 의도를 양형기준에도 반영하는 것이 타당하지 않은가라는 생각

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

이 든다. 특히 성범죄자가 자신을 고소한 것에 대하여 성폭력 피해자 또는 가족을 찾아가 폭행·협박을 하는 경우나 고소를 취소시키기 위하여 피해자의 직장이나 학교를 찾아가 폭행·협박하는 사례 등에 대하여 가중처벌을 하기 위한 특가법 제5조의9(보복범죄의 가중처벌)의 입법취지를 고려한다면 보복 목적의 경우를 일반유형으로 분류한 것은 적절하지 않은 것으로 생각된다.

- ◆ 과거 양형통계자료를 기반으로 작성하였다는 것은 방법론적으로 다소 문제가 있을 수 있다. 양형실무에 대한 통계분석을 기초로 종전의 양형실무를 70-80%를 반영하여 형량범위를 설정하는 것을 원칙으로 하고 있지만, 종전 양형실무에 대한 광범위하고 풍부한 사건을 조사했을 경우에는 정확한 통계자료를 얻을 수 있을지 모르나, 충분한 양형조사가 이루어지지 않은 상태에서 형량범위를 설정하는 것은 다소 문제가 있을 수 있다고 생각한다. 이런 경우에는 규범적 접근방법을 적극적으로 활용하여야 되지 않느냐 생각한다.
- ◆ 보복 목적 폭행·상해를 별도의 유형으로 설정한 후, 실제 양형사례와 같이 친구·이웃과 같은 근린관계나 우발적인 다툼으로 인한 보복폭행·상해를 감경요소로 하고, 조직적·계획적으로 보복폭행·상해를 한 경우에는 가중요소로 하는 방안은 어떤지 이에 대한 의견을 묻고 싶다.

## 04 · 일반상해와 폭행치상의 구별문제

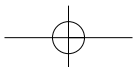
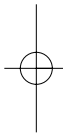
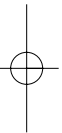
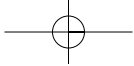
- ◆ 실무상 상해의 고의로 상해의 결과를 발생시킨 경우와 폭행의 고의로 상해의 결과를 발생시킨 경우를 명확히 구별할 수 있는지 의문이다. 법이론상 상해죄와 폭행죄가 구별된다고 하더라도 상해가 대부분 폭행에 의하여 이루어진다는 것을 부정할 수는 없다. 양죄의 차이는 결국 행위자의 고의가 상해인지 폭행인지에 따라 구별되는데, 고의 개념의 특성상 이러한 점을 분명히 구별하기 어렵다고 생각한다.
- ◆ 폭력범죄의 양형기준에서 일반상해의 기본구간은 4월-1년 6월임에 반하여, 폭행치상의 기본구간은 4월-2년으로 양자간에 미세한 차이를 두고 있다. 이러한 차이점은 위와 같은 사정을 고려한 것인지, 그렇지 않다면 어떤 점을 염두에 두고 설정한 것인지 궁금하다.

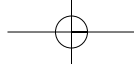
## 05 · 동기와 계획성에 의한 분류

- ◆ 실무상 폭력범죄에 있어서 범행동기는 매우 중요한 양형인자로 평가하고 있다. 살인죄의 경우에도 제1유형: 참작동기살인, 제2유형: 보통동기살인, 제3유형: 비난동기살인 등으로 구별하고 있다. 특히 별다른 이유 없는 무작위 살인, 불특정 다수를 향한 무차별(무작위) 살인 동기를 제3유형: 비난동기살인으로 가중하고 있다.
- ◆ 그러나 폭력범죄의 양형기준에서 범행동기는 매우 다양한 양상을 보이고 있어 통일된 기준을 설정하기 곤란하다는 점을 고려하여 유형분류를 하고 있지 않다. 그렇다면 살인죄의 예와 같은 별다른 이유나 뚜렷한 동기가 없는 이른바 ‘묻지마’ 폭력범죄의 경우에는 어떤 양형이 가능할지 궁금하다.
- ◆ 또한 상해죄에 있어서 ‘비난할만한 범행 동기’, ‘보복 목적의 범행’은 특별양형인자로 평가함에 반하여, ‘계획적인 범행’은 일반양형인자로 평가하고 있는데, 양자의 차이가 어떤 것이 있는지 궁금하다.

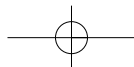
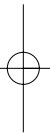
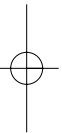
### III 양형기준 토론을 마치며

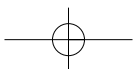
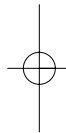
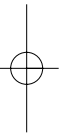
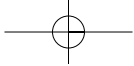
- ◆ 폭력범죄의 발생유형은 범행동기나 수단·방법 등 다양한 유형이 발생한다는 점에서 일률적이고 통일적인 양형기준을 설정하는 것이 상당히 어려운 작업이라고 생각을 한다. 또한 양형위원회가 설정한 양형기준을 보면 많은 부분에 ‘종전 양형통계’를 많이 반영하였다는 생각이 든다.
- ◆ 양형기준에서 기준형량범위를 설정하는 방식에 기존의 양형실무에 대한 자료조사를 토대로 한 기술적·경험적 방식은 법적 안정성을 유지하고, 법관의 순응도가 높다는 장점이 있지만, 과거의 적절하지 못한 양형실무를 정당화시켜줄 수 있으며, 양형상의 문제점을 개선하는 것에 한계가 있다는 단점이 있다고 생각한다. 이런 점에서 각 범죄의 죄질과 위험성, 형사정책적 고려, 입법자의 입법목적, 양형철학에 근거한 규범적 평가를 통하여 기준형량을 조정하는 ‘규범적 접근방식’이 중요하다고 생각한다. 이번 폭력범죄에 대한 양형위원회의 양형기준에서는 통계에 의한 경험적 방식도 중요하지만, 형사특별법에 대한 입법목적이나 양형철학과 같은 규범적 접근방식이 보다 중요시되었으면 하는 바람이 있다.





# 폭력범죄 양형기준안 지정토론문 (한상훈)





## 폭력범죄 양형기준안 지정토론문

한 상 훈 (연세대학교 법학전문대학원 교수)

### I 들어가는 말

- ◆ 일반적으로 폭행, 상해, 협박 등은 잡범으로 분류되는 것 같습니다. 뇌물죄나 횡령·배임죄와 같이 고위공직자나 재벌들이 관여되는 경우가 적어 사회적 관심도 낮은 편입니다. 그러나, 최근 학교폭력이나 조직폭력과 관련하여 이들 범죄에 대한 새로운 주의가 필요하다고 생각됩니다.
- ◆ 이번 양형기준안은 전체적으로 잘 짜여져 있습니다. 하지만, 최근 문제되고 있는 학교폭력, 집단폭력, 보복폭행 등 학교를 주변으로 발생하는 폭력, 또는 조직폭력에 대한 대응방안이 충분히 고려되지 않은 것 같다는 느낌입니다.

### II 보목 목적 폭행, 상해, 협박의 양형기준

- ◆ 다음은 언론에 보도된 사례임.
  - 지난 3월 40대 여성 이모씨를 성폭행한 혐의로 수감된 40대 박모씨.  
지난달 출소하자마자 또다시 피해자 이모씨를 찾아갔습니다.  
박씨는 ‘너 때문에 내가 구속됐었다’며 이씨를 협박해 불러냈고, 지난 19일부터 3일 동안 서울 왕십리의 한 모텔에 감금한 채 성폭행했습니다.  
 KBS, 2011. 11. 28.
  - 학교폭력 근절 목소리가 높은 가운데 4개월간 진행된 여중생 성폭행 사건과 폭행 사실을 신고한 중학생에 대한 보복폭행 사건 등 학교폭력 사건이 잇따르고 있다.  
 A양의 삼촌 C씨는 또 “일부 가해 학생들은 A양을 성폭행한 것은 물론 B군에게 아버지가 행상으로 번 돈을 훔치게 하고 버스정류장 등에서 앵벌이도 시켰다”며 “성폭행 사실을 숙모에게 알리자 얼굴 등을 때리면서 보복폭행도 했다”고 주장했다.

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

또 울산 모 중학교 학부모 D씨는 10일 이 학교 2학년생인 자신의 아들 E(15)군이 같은 반 일부 학생들에게 지난 8개월여 동안 상습적으로 폭행과 괴롭힘을 당했으며, 지난해 10월에는 E군이 폭행 사실을 학교에 신고했다는 이유로 또다시 보복폭행을 당했다고 밝혔다.

문화일보, 2012. 1. 10.

- 지난해 9월 26일 오후 경기도 여주군의 여주공설운동장 옆 야산에서 모 중학생 수십 명이 모였다. 이 중학교 3학년 김모(15)군 등 ‘일진’ 학생들이 1, 2학년 학생 10여 명을 불러 모은 것이다. 김군 등은 일진 중 한명의 여자 친구를 비하했다는 이유로 후배들을 집합시켰다. 후배들이 일렬로 서자 김군 등은 담배를 문 채 욕설을 쏟아내며 공포 분위기를 조성했다.

이들은 “감히 선배 욕을 하느냐. 용서 못한다”며 위협감에 움츠러든 후배들에게 차례로 주먹을 내질렀다. 공포감이 극에 달한 상태에서 주먹과 발길질이 날아들자 후배들은 비명소리조차 지를 수 없었다. 이들의 폭행에 후배들이 몸을 웅크리며 고통스러워하자 오히려 폭행 수위는 더 높아졌다. 후배들이 맞을 때마다 배를 움켜지고 주저앉으며 신음소리를 내자 김군 등은 후배들의 입에 옷을 물리기까지 했다.

이후 집단폭행은 더 잔혹해졌다. 김군 등은 주먹과 발로 후배들의 온몸을 샌드백 치듯 구타했다. 심지어 무릎으로 얼굴을 가격하기까지 했다. 이들은 후배들이 쓰러지거나 주저앉으면 일으켜 세워 주먹을 내질렀다. 이들은 후배들에게 달려들어 이종격투기 동작을 연상케 하는 폭력을 행사했지만 피해학생들은 학교와 가족에게 호소조차 할 수 없었다. 이들의 폭행으로 피해학생들 몸 곳곳에는 참혹한 멍자국이 남았다. 피해학생들은 멍자국을 보고 가족이 물어봐도 보복이 두려워 “계단에서 넘어졌다” “장난치다 다쳤다”고 둘러댔 수밖에 없었다.

일요서울, 2012. 1. 10.

- 앞으로 경찰에 학교폭력 사건을 신고하면 경찰서장이 학교 폭력 전담팀과 논의해 곧바로 처벌이나 선도 여부를 결정합니다. 경찰청은 이런 학교폭력 대응 지침을 마련해 내일(6일) 일선 경찰서에 하달한다고 밝혔습니다.

처벌대상 사건은 일진회 등 폭력 조직과 연관된 경우나 성폭행, 보복 폭행 등이며, 특히 상습·보복 폭행 등은 성인 강력사건 수준으로 엄정하게 처리하기로 했습니다.

MBN, 2012. 2. 5.

- ▶ 다음은 본 자료집 폭력범죄 양형기준 설명자료 중 81쪽,

  - “상해의 경우 징역 4월(19.6%), 6월(43.5%), 8월(19.9%)을 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 보복목적 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.”
- ▶ 그런데, 실제 언론에는 위에서 본 것처럼 많은 보복폭행, 상해가 보도되고 있고, 또 피해자들은 보복이 두려워서 쉬쉬하고 있는데 양형사례에는 경미한 사건만 나타나는 이유가 무엇인지 궁금함. 또다른 보복폭행, 상해가 두려워서 가해자와 합의하거나 고소를 취하하는 것은 아닌지 심각하게 우려됨. 범죄신고 등에 대한 보복범죄는 피해자 개인에 대한 범죄일 뿐 아니라 국가형벌권과 법질서에 대한 심각한 도전임. 강력하게 처벌해야 할 것임.
- ▶ 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9 제2항은 “자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련하여 고소·고발 등 수사단서의 제공, 진술, 증언 또는 자료제출에 대한 보복의 목적으로 형법 제257조 제1항·제260조 제1항·제276조 제1항 또는 제283조 제1항의 죄를 범한 사람은 1년 이상의 유기징역에 처한다.”고 규정하여 수사, 재판기관에의 협조에 대한 보복범죄를 가중처벌하고 있음.
- ▶ 그런데, 양형기준에는 특별가중요소로서 ‘보복 목적의 범행’<sup>1)</sup>이라고 추상적으로 설명되어 있을 뿐이며, ‘비난할만한 범행 동기’<sup>2)</sup> 에도 피해자에 대한 보복·원한, 증오감에서 범행을 저지른 경우로 모호하게 규정되어 있을 뿐임.
- ▶ 법정형 자체가 보복목적 상해죄가 중상해보다 장기로 규정되어 있으며, 토론자의 의견도 중상해보다 더 엄하게 처벌해야 하며, 특수상해에 준해서 처벌해야 한다고 봄. 보복목적 폭행, 협박도 마찬가지임.

1) 상해범죄에 이 양형인자를 특별가중인자로 설정하고, 폭행범죄와 협박범죄에도 특별가중인자로 설정

2) “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”

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

### III 집단폭행, 상해에 대한 양형기준

- ◆ 본 자료집 폭력범죄 양형기준 설명자료 중 86쪽 상해죄의 가중요소,
  - “2인 이상이 공동하여 범행하였거나, 단체 또는 다중의 위력으로 범행하였거나, 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 범행한 경우”
- ◆ 2인 이상이 공동으로 행하는 집단폭행, 상해는 피해자가 받는 위협과 심리적 압박이 더 크므로, 가중처벌해야 할 것으로 생각됨. 특별가중요소로서 공동범행, 단체의 위력인 경우와 흉기 기타 위험한 물건의 휴대를 모두 하나의 가중요소로 규정하고 있으나, 법조문과 달리 각각의 요소를 별도로 가중해야 할 것임. 즉, 공동범행이나 단체, 다중의 위력이라는 행위적 요소와 흉기의 휴대나 사용은 동시에 가능하므로 별개의 가중요소로 구별해야 할 것임.
- ◆ 위험한 물건의 사용을 추가하여 휴대뿐 아니라 사용한 경우도 포함되도록 명확히 할 필요가 있음. 위험한 물건을 휴대 또는 사용하여 범행한 경우로 표현하는 방안.

### IV 상습폭행, 상해의 양형기준

- ◆ 본 자료집 폭력범죄 양형기준 설명자료 중 79쪽,
  - “상습·누범의 경우 장래 위험성이 크다거나 행위자가 오랜 기간 자발적으로 형성해 온 인격형성이라는 측면에서의 인격책임론을 가중처벌의 이유로 들고 있지만, 규범적으로는 특수상해보다 가중처벌할 이유가 없음”
- ◆ 그러나, 상습폭행, 상해의 경우, 포괄일죄로서 다수의 범죄가 하나의 상습범으로 기소, 처벌되는 경우가 많으므로 가중처벌의 필요성이 있음. 상습범을 “포괄적 상습범”과 “일회적 상습범”으로 구별하여 양형기준을 달리하는 방법도 가능함. 포괄적 상습범은 사실상 경합범이므로 상응하여 가중처벌할 필요가 있음.<sup>3)</sup>

3) 토론자의 줄고, 형법 및 형사특별법상 재산범죄 가중처벌규정의 문제점과 개선방안 : 상습범, 누범 및 가중적 구성요건을 중심으로, 형사법연구, 26호, 2006, 139면 이하 참조.

## V 공무집행방해죄와의 관계

- ◆ 공무집행방해죄의 양형기준에서 ‘상해가 발생한 경우’의 가중요소는 결과의 발생에 대한 인과관계, 예견가능성 등 결과적 가중범에 준하는 요건이 충족되어야 할 것임. 인과관계나 예견가능성이 부정됨에도 불구하고 단지 상해가 발생하였다는 이유만으로 가중처벌하면 행위책임이 아닌 결과책임에 해당하여 책임주의에 반한다고 보임.
- ◆ ‘상해가 발생한 경우’라 함은, 고의상해, 과실치상 등이 있을 수 있는데 이를 단지 상해죄의 요소와 비교하는 것은 문제가 있음. 고의상해인지 과실치상인지 분명하게 할 필요가 있음.
- ◆ 상해죄에서 공집방은 예외적으로 관련되지만, 공집방에서 상해죄, 과실치상은 상당부분 관련성이 있으므로 공집방에 가중요소로 포함하는 것이 적절하다고 생각됨. 다만, 고의상해죄의 경우에는 상해죄의 법정형이 더 중하므로 상해죄에서 공무집행방해 사실을 감안하여 가중하는 방안이 현실적으로 보임. 단, 이 경우에는 공집방에서는 다시 상해의 발생을 가중사유로 평가해서는 안됨. 왜냐하면 이중평가금지원칙과 책임주의에 반하기 때문임.<sup>4)</sup>

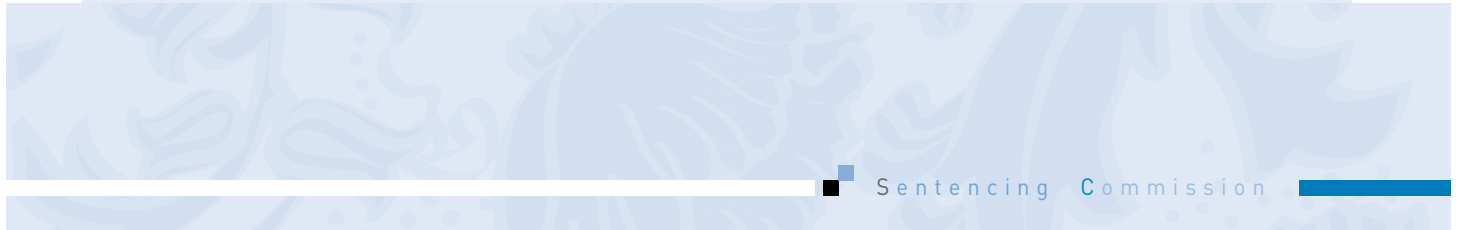
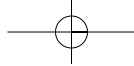
## VI 기타

- ◆ ‘처벌불원(피해 회복을 위한 진지한 노력 포함) 또는 상당 부분 피해 회복된 경우’는 친고죄나 반의사불벌죄에서는 오히려 공소기각의 재판을 해야 할 경우가 있어 보임. 그렇지 않은 경우라도 피해자의 처벌불원이라는 의사 자체보다는 실제적인 피해의 회복, 반성과 후회에 초점을 맞추는 것이 요청됨.
- ◆ 폭행, 상해, 협박의 죄에서 야간이 가중적 구성요건으로는 삭제되고 있지만, 일반적으로 야간은 범행의 목적이나 방지, 구조가 어려운 측면이 있으므로 특별가중사유로는 유지하는 것이 적절하다고 생각됨. 이외에도 범행장소가 구조를 받기 어려운 외진 곳과 같은 경우 가중처벌이 필요하다고 보임.

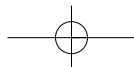
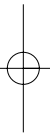
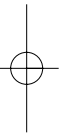
4) 이에 관하여는 토론자의 줄고, 상상적 경합의 명시기능과 이중평가금지의 상충 여부, 비교형사법연구, 9권 1호, 2007, 97면 이하 참조.

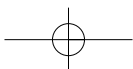
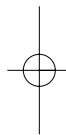
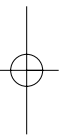
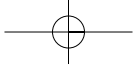
## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

- ◆ 폭행, 상해의 경우, 피해자를 고립, 격리시키고서 범행이 수시간 지속되는 경우 가중적으로 고려할 필요가 있어 보임. 범행수단의 잔혹성과는 약간 구별될 수 있는 문제임.
- ◆ 모처럼 양형위원회의 공청회에 참석하였기에 일반적인 몇 가지 점에 대한 의견을 제시하고자 함.
- ◆ 양형기준(2011년)을 읽어보았으나 대체로 양형기준과 해설내용이 어디에 있는지 찾기가 어렵고, 양형기준의 순서나 해당범죄가 무엇인지 알기 곤란함. 양형기준이 있는 범죄가 늘어날수록 형법이나 특별형법상의 조문과 양형기준을 용이하게 찾을 수 있도록 양형기준의 제목번호나 순서를 재조정하고, 법조문과 양형기준의 참조표 등을 만들 필요가 있어 보임. 미국의 Sentencing Guidelines 참조. 예를 들면, 살인죄의 양형기준을 §101로 한다면, 형법 제250조(살인죄) → 양형기준 §101 와 같은 방식임.
- ◆ 양형기준 해설에 있는 내용 중 일부는 해설이 아니라 기준이 되어야 할 것으로 보임. 그러한 내용은 오히려 양형기준의 충칙을 제정하여 맨 앞부분에 부치는 것이 적절할 것으로 생각됨.
- ◆ 양형인자의 엄밀한 심리와 판단을 위하여 양형보고서를 활성화하고, 유무죄심리와 양형심리를 이분화하는 방안 검토. 또한, 국민참여재판에서 배심원이 양형요소의 존부에 대하여 심리, 결정하고 법관은 이를 반영할 수 있는 양형심리의 충실화 방안 논의가 필요함.



# 폭력범죄 양형기준안 지정토론문 (홍명기)





## 폭력범죄 양형기준안 지정토론문

홍 명 기 (변호사)

### I 서설

일반적인 폭행, 상해 등의 폭력범죄는 우리 사회에서 매우 빈번하게 발생하기 때문에 이들 범죄를 어떻게 처벌할 것인가는 일반 국민에게 큰 영향을 미치는 중요한 문제이다.

범죄 발생의 구체적인 상황에 맞는 양형으로 형벌의 예방효과를 거두어야 할 뿐 아니라 피해자의 감정을 위로하고 반대로 가해자인 피고인에 대하여는 혹시 있을지 모르는 지나치게 가혹한 형벌이 되지 않도록 주의를 기울일 필요가 있다.

### II 폭력범죄의 발생 유형

#### 01 · 일반적인 폭력사건이 발생하는 경위

폭력을 사람의 신체에 대한 유형력의 행사로 정의할 때 일반적인 상해 사건은 거의 대부분 술에 취한 상태에서 우발적으로 일어나는 경우이다.

술에 취하여 우발적으로 일어난 것이 아니라도 일상생활을 영위하면서 먹살을 잡고 혼드는 등 신체에 대한 유형력의 행사가 되어 미필적 고의가 인정되거나 그 피해가 매우 경미한 경우, 범행에 특히 참작할 만한 사유가 있는 경우나 피해자에게 범행의 발생 또는 피해의 확대에 상당한 책임이 있는 경우가 적지 않다.

폭력이 인간의 매우 원초적인 감정의 표현의 한 측면이라고 보았을 때 더욱 그러하다.

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

### 02 · 일반적 폭력범죄의 발생 계층

일반적 폭력범죄는 생활과 밀접하게 관련되어 있어 비교적 사회적 · 경제적으로 취약한 계층에서 자주 발생되는데 아마도 각박한 사회 현실에서 감정적으로 부딪치는 일이 많은 것과 무관하지 않다.

### 03 · 일반적 폭력범죄의 양면성

한편 폭력범죄는 일상생활에서 누구나 범할 수 있고, 누구나 타인으로부터 피해를 입을 수 있는 매우 가까운 범죄이기도 하다. ‘범은 멀고 주먹은 가깝다’는 것은 바로 이러한 현실을 정확히 반영하는 말이다.

이러한 관점에서 보았을 때 정책적으로 폭력범죄에 대한 양형을 어떻게 할 것인가는 국민 누구에게나 양날의 칼이 될 수 있다. 즉 자신이나 자신의 가족이 피해자가 되었을 때에는 자신의 피해감정을 위로 받기를 원하는 마음에 무거운 형의 양정을 기대할 것이지만, 자신이나 자신의 가족이 가해자가 되었을 때에는 그 반대이기를 바랄 것이다.

## III 사회적인 분위기에 편승한 법정형 규정

사회적인 분위기에 따라 폭력범죄에 대하여 특별법에 규정을 두면서까지 가중처벌하려는 경향이 있다. 예를 들어 2007년경 운전자에 대한 폭력행위로 인하여 발생할 위험 때문에 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의10 제1항에 새롭게 처벌규정을 신설하는 경우가 그러하다.

일반 국민들에게 어떠한 형태로든지 밀접한 영향을 미칠 수 있는 폭력범죄에 대하여 그때그때의 상황에 따라 가중처벌을 위한 특별법으로 이를 규율함으로써 때로는 사안에 비하여 너무 가혹한 형벌을 피할 수 없는 안타까운 경우가 적지 않음을 종종 보아왔다.

## 01 · 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항(흥기 등 상해)

입법목적을 감안하더라도 대부분의 경우 술집에서 사소한 시비에 감정싸움이 되어 그 자리에서 우발적으로 위험한 물건을 들고 싸움이 일어난 경우가 적지 않다.

그러나 법정형이 3년 이상의 유기징역(폭처법 제3조 제1항, 제2조 제1항 제3호)으로 규정되어 있어 피해가 아무리 경미하고 피해자와 합의가 이루어져 피해자가 처벌을 원하지 않아도 최저 1년 6월 이상의 징역형을 선고할 수밖에 없다.

물론 집행유예 결정자가 아닌 경우에는 집행유예형을 선고받아 실형을 면할 수 있지만 금고 이상의 형을 선고받으면 당연히 퇴직해야 하는 일정한 직업을 가진 자들에게는 피해가 아무리 경미하고 범행에 특히 참작할 만한 사유가 있더라도, 피해자에게 범행의 발생 또는 피해의 확대에 상당한 책임이 있는 경우이더라도, 심지어 피해자와 합의가 이루어져 피해자가 처벌을 원하지 않아도 최저 1년 6월 이상의 징역형을 선고할 수밖에 없는바, 이는 피고인에게 너무 가혹한 형벌이 아닐 수 없다.

한편 위와 같은 참작할 만한 사유가 있는 경우에도 범죄를 저지른 자가 집행유예 기간 중에 있는 경우에는 실형을 선고할 수밖에 없어 결국 한 가정이 파탄에 이르는 경우도 돌아왔다. 현실적으로 이러한 경우 검찰에 공소장 변경을 부탁하는 수밖에 없는 상황이다.

이는 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항에서 규정한 ‘위험한 물건’을 광범위하게 해석한 결과이기도 하지만 보다 근본적으로는 입법자가 법정형을 징역형으로만 규정함으로써 구체적 타당성을 도외시한 결과라고 하지 않을 수 없다.

## 02 · 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9 제2항(보복목적 상해 등)

‘보복’이라는 개념을 너무 광범위하게 보면 가령 예를 들어 사소한 말다툼에 의하여 먹살잡이로 번져 벌금형을 선고받은 가해자와 피해자가 얼마 후 우연히 길거리에서 만나 왜 치사하게 고소를 하였느냐면서 말싸움을 하다가 과도한 욕설과 몸싸움으로 번지는 경우에도 위 법 조항으로 의율될 위험이 있으며, 실제로 그러한 경우도 있다.

사안의 경중으로 보아 약식명령 사건에 불과함에도 위 범죄로 기소되어 합의부에서 재

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

판을 받는 경우가 있다.

입법자가 엄격한 법정형을 둔 규정 취지와 부합하지 않음에도 검찰이 본 죄로 기소하게 되면 법원은 법정형 징역 1년 이상의 유기징역형을 선고하지 않을 수 없다.

### IV 구체적 타당성을 위한 탄력적 법 적용의 필요성 및 피해자 보호 방안

이러한 경우 어떠한 범위의 징역형을 선고하느냐의 문제도 중요하지만 금고 이상의 형을 선고받게 되면 신분상 큰 불이익을 입을 수밖에 없는 국민의 경우에는 징역형의 선고를 피할 수 있는 방안을 강구하는 것도 중요하다.

이를 위하여 기소를 하는 검찰에 공소제기나 공소제기 이후 적용법조를 변경하여 줄 것을 부탁할 수밖에 없는데 이는 검찰의 선의에 기대하는 것이다.

입법론적으로 모든 폭력범죄에는 징역형과 벌금형을 선택형으로 규정할 필요가 있다. 이것이 법관에게 광범위한 재량을 주는 것이라는 비판을 받을 수도 있지만 사실상 법관을 기속하는 합리적인 양형기준을 통하여 통제가 가능하다.

이미 양형기준상으로 2인 이상이 공동하여 범행하였다거나, 단체 또는 다중의 위력으로 범행하였다거나, 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 범행한 경우이거나, 보복목적의 범행인 경우에는 양형인자의 가중요소로 참작하고 있음을 볼 때 더욱 그러하다.

한편 형법이나 특별법상 정당방위 등 위법성 조각사유를 적극적으로 적용하려고 시도한다면 피고인에게 가혹한 형이 선고되는 것을 방지할 수 있다고 여겨진다.

그리고 이러한 피고인에 대한 구체적 타당성 있는 법조항 적용은 피고인이 관대한 형을 선고받기 위하여 피해자와 합의를 시도하고, 합의가 여의치 않을 경우 금전공탁을 하는 등 피해자의 손해를 배상하기 위하여 노력하였을 경우에 고려되어야 한다.

## V 결어

일반적인 폭력범죄의 특성상 폭력범죄의 법정형은 징역형과 벌금형을 선택형으로 규정할 필요가 있으며, 법관에게 구체적 타당성을 위한 재량을 부여하되 합리적 양형기준안 마련을 통해 얼마든지 통제할 수 있을 것으로 사료된다.

