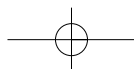
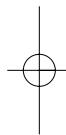
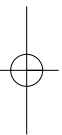
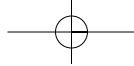


 Sentencing Commission

# 공청회 회의록



(14시 00분 개회)

## ● 운영지원단장

지금부터 지식재산권범죄 및 폭력범죄 양형기준안에 관한 제6차 공청회를 시작하겠습니다. 먼저, 국민의례가 있겠습니다.

모두 전면에 있는 태극기를 향하여 일어서 주시기 바랍니다.

(국민의례)

모두 자리에 앉아주시기 바랍니다.

공청회에 앞서 양형위원회 이기수 위원장님의 간단한 인사말씀이 있겠습니다. 오늘 인사말씀은 이기수 위원장님을 대신하여 양형위원회 임성근 상임위원님께서 낭독해 주시겠습니다.

## ● 상임위원

오늘 당초 양형위원회 이기수 위원장께서 공청회에 직접 오셔서 여러분께 인사말씀을 하시려고 했는데 급하게 다른 일정이 겹치는 바람에 부득이 제가 위원장님의 인사말씀을 대독하게 되었음을 양해하여 주시기 바랍니다.

존경하는 내외 귀빈 여러분, 우리 양형위원회는 오늘 지식재산권범죄 및 폭력범죄의 양형기준안에 관한 공청회를 개최하여 각계 전문가와 일반시민 여러분의 소중한 의견을 듣는 뜻 깊은 자리를 가지게 되었습니다. 먼저, 바쁘신 가운데에도 귀중한 시간을 할애하여 지정토론을 맡아주신 지정토론자 여러분과 우리 위원회의 활동에 애정 어린 관심을 가지고 이 자리에 참석해 주신 방청객 여러분께 감사의 말씀을 드립니다. 또한, 오늘 이곳에서 공청회를 개최할 수 있도록 협조해 주신 한국발명진흥회 김광림 회장님과 조은영 부회장님을 비롯한 한국지식재산센터 관계자 여러분께도 진심으로 감사의 말씀을 드립니다.

우리 양형위원회는 적정한 양형을 통한 사회정의 실현이라는 시대적 요청에 부응하여 법관의 양형을 객관화·제도화하는 양형기준의 수립을 목적으로 2007년 4월 출범하였습니다. 우리 위원회는 출범 이후 현재까지 살인, 성범죄 등 형사사건의 약 43%를 차지하는 범죄에 대한 양형기준을 마련하였으며, 이러한 양형기준이 전국 법원에서 심리하는 다수의 사건에 적용됨에 따라 양형기준제도가 비교적 짧은 시간 내에 정착되어 가고 있습니다. 나아가 우리 양형위원회는 이러한 성과에 힘입어 '지식재산권범죄'와 '폭력범죄'의 새로운 양형기준안을 마련하였으며, 오늘 공청회를 거쳐 다양한 의견을 수렴한 다

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

음 양형기준을 최종 의결할 예정에 있습니다.

오늘 공청회에서 다룬 지식재산권범죄는 최근 저작권침해와 국내기술의 외국 유출 등 사건으로 인해 국민적 관심이 매우 높아지고 있습니다.

특히 고부가가치의 지식재산 관련 산업 전반이 기업 및 국가 전체에 미치는 경제적 영향력의 측면에서 매우 중요하게 부각되고 있는 오늘날, 지식재산권범죄에 대한 이번 공청회는 사회 전체적으로도 매우 의미있는 행사가 될 것입니다.

그리고 이와 함께 오늘 공청회에서 다룬 폭력범죄 역시 일반시민들의 일상생활과 밀접한 관련이 있는 빈발하는 범죄라는 점에서 이에 관한 양형기준을 논의하는 것은 매우 뜻깊은 일이라고 하겠습니다.

아무쪼록 이 자리에 참석해 주신 여러분께서는 우리 위원회가 준비한 양형기준안에 대해 다양한 의견과 건설적인 대안을 적극적으로 제시하여 주시기 바랍니다.

우리 위원회는 이번 공청회를 통하여 이곳에 참석하신 여러분의 다양한 의견을 빠짐없이 경청하고, 그 소중한 의견들이 양형기준 수립과정에 최대한 반영되도록 하겠습니다.

끝으로 오늘 참석하신 여러분과 여러분의 가정에 항상 건강과 행복이 가득하시기를 기원합니다.

감사합니다.

2012. 3. 26. 양형위원회 위원장 이기수 대독.

(일동박수)

### ● 운영지원단장

그러면 본격적으로 공청회를 시작하도록 하겠습니다.

파워포인트를 이용하는 공간상의 제약으로 인하여 사회자 및 토론자분들을 테이블로 모시기 전에 지식재산권범죄에 관한 양형기준안 발표를 먼저 듣도록 하겠습니다.

양형기준안 발표는 양형위원회 수석전문위원이신 구회근 부장판사님이 하시겠습니다.

구회근 부장님께서 연단으로 오셔서 양형기준안을 발표하여 주시기 바랍니다.

### ● 수석전문위원

안녕하십니까? 양형위원회 수석전문위원 구회근 판사입니다.

지식재산권 및 폭력범죄권 양형기준안을 발표하고 각계각층의 다양한 의견을 청취하는 오늘 이 뜻 깊은 자리에 양형위원회 전문위원단을 대표하여 양형기준안에 대해 보고드리게 된 것을 영광스럽게 생각합니다.

법관, 검사, 변호사 및 교수들로 구성된 양형위원회 전문위원단은 제3기 양형위원회 출범 이후 성범죄 양형기준 수정안 및 제3기 양형기준안의 작성 실무를 비롯하여 양형위원회 심의·의결사항에 관한 전문적인 조사 및 연구업무를 수행해 왔습니다.

전문위원 전체회의 및 양형위원회 소위원회 회의의 다각적인 검토와 논의, 양형위원회의 심의·의결을 거쳐 마련된 지식재산권 및 폭력범죄군 양형기준안에 국민의 건전한 상식과 법 감정이 충분히 반영될 수 있도록 좋은 의견을 제시해 주시기 바랍니다.

오늘 공청회에서 나온 소중한 의견들과 현재 진행 중인 법무부, 국회 등 관계기관에 대한 의견수렴절차에서 제시될 의견을 자세히 검토하여 오늘 설명드리는 지식재산권 및 폭력범죄 양형기준안에 적절히 반영함으로써 보다 공정하고 객관적인 양형기준이 설정될 수 있도록 최선의 노력을 기울이겠습니다.

그럼 지금부터 보고를 시작하겠습니다.

보고순서를 말씀드리겠습니다.

지식재산권범죄 양형기준안의 주요 내용을 유형분류, 형량범위와 양형인자표, 집행유예 기준 순으로 소개한 후, 대표적인 양형기준안 적용 사례를 설명해 드리도록 하겠습니다.

폭력범죄 양형기준안은 지식재산권범죄 양형기준안에 대한 공청회가 끝나면 이어서 보고드리겠습니다.

최근 국내기업이 보유한 핵심기술에 대한 국외유출 시도 등 소위 산업스파이 사건이나 삼성과 애플 사이의 특허권 분쟁 등에서 볼 수 있듯이 지식재산권 침해사건에 대한 언론이나 국민의 관심이 대단히 높습니다. 나아가 이제 지식재산권 보호의 문제는 한 개인이나 회사의 차원을 넘어 국가적으로도 대단히 중요한 과제가 되었습니다. 양형위원회에서는 비록 지식재산권 침해범죄가 다른 범죄에 비하여 자주 발생하는 범죄는 아니지만 국민적 관심도와 범죄의 중대성 등을 고려하여 이번에 양형기준을 설정하기로 하였습니다. 양형기준안에서는 지식재산권범죄를 그 행위태양에 따라 세 가지로 분류하였습니다. 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권, 저작권 등의 권리침해행위와 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률, 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률상의 영업비밀침해행위, 마지막으로 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률상의 부정경쟁행위로 대유형을 분류하였습니다.

영업비밀침해행위와 관련하여서는 외국으로 영업비밀을 유출하는 행위는 국내에서 유출하는 행위에 비하여 법정형의 상한이 2배나 높고, 국내 산업을 보호하고 국가경쟁력을 강화한다는 차원에서 엄중한 처벌이 필요하다는 점 등을 고려하여 국외침해를 별도의 세부유형으로 분류하여 대폭 강화된 형량범위를 설정하였습니다. 또한, 침해행위나 부정경

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

쟁행위로 인한 총 매출액이 30억 원 이상인 경우, 저작권 침해로 인한 이득액이 5억 원 이상인 경우, 피해가 그 정도 규모에는 미치지 못하지만 권리자의 사업이 도산위기에 처하거나 심각한 매출감소로 인하여 치명적인 경영상태 악화 등의 결과가 초래된 경우와 같이 권리자나 피해기업 등에게 심각한 피해를 초래한 경우를 특별가중인자로 반영하여 엄중한 처벌이 이루어지도록 하였습니다.

권리침해행위에 대하여 과거 법원에서 선고된 형량을 살펴보면, 대개 징역 6월 내지 1년에 집중되어 있습니다. 이번 양형기준안에는 이러한 법원의 양형 실무를 상당 부분 반영하였습니다. 다만, 사안이 중하거나 죄질이 중한 권리침해행위에 대해서는 엄정한 형이 권고되도록 가중영역의 상한을 상대적으로 높게 설정하였습니다.

다음은 양형인자표에 관하여 설명 드리겠습니다.

잘 아시는 바와 같이 현행 양형기준에서는 양형인자를 특별양형인자와 일반양형인자로 구분하고 있습니다. 여기서 ‘특별양형인자’는 앞서 본 권고 형량범위표상의 기본영역에서 감경 또는 가중영역으로 이동을 가능하게 하는 인자입니다. 이에 반하여 ‘일반양형인자’는 특별양형인자에 의하여 정해진 하나의 영역 내에서 구체적인 선고형량을 결정하는데 고려되는 인자입니다.

원칙적으로 기본영역을 기준으로 하여 형량범위를 정하되, 당해 사건에서 특별가중인자만 있거나 특별가중인자가 특별감경인자보다 더 많으면 가중영역으로 이동하게 되고, 그 반대의 경우에는 감경영역으로 이동하게 됩니다. 따라서 특별양형인자가 구체적인 양형에 미치는 영향력은 일반양형인자에 비하여 막강하다고 볼 수 있습니다. 화면에서 보시는 바와 같이 권리침해행위의 양형인자표를 보시면 ‘계획적·조직적 범행’, ‘소비자에 대한 기망적 수단이 사용된 경우’ 등이 특별가중인자로 반영되어 있습니다. 반면에 ‘실제 피해가 경미한 경우’, ‘침해물품이 전혀 유통되지 아니한 경우’ 등이 특별감경인자로 반영되어 있습니다.

산업기술이나 고부가가치 핵심기술이 국외로 유출될 경우 그로 인한 해당기업의 피해가 막심하고, 경우에 따라서는 국민경제나 국가안보에도 심각한 피해를 미칠 우려가 있습니다. 이러한 점을 고려하여 부정경쟁방지법 등에는 국외침해가 국내침해보다 법정형의 상한이 2배나 높게 설정되어 있으므로 이번 양형기준안에서는 과거 처벌 사례가 없기는 하지만 국외침해행위에 대해서는 국내침해행위에 비하여 규범적으로 형량범위를 대폭 상향하여 엄정한 형량을 권고하도록 하였습니다.

영업비밀침해범죄의 양형인자표에서는 ‘피해기업에 심각한 피해를 초래한 경우’, ‘국가·사회적으로 파급효과가 큰 영업비밀에 관한 범행’을 특별가중인자로 반영하여 엄정한 형이 선고될 수 있게 하였습니다.

반면 ‘실제 피해가 경미한 경우’, ‘영업비밀이 외부로 유출되지 아니하고 회수된 경우’를 특별감경인자로 반영하였습니다.

부정경쟁행위에 관하여 과거 법원에서 선고된 형량을 살펴보면 대개 징역 6월 내지 1년에 집중되어 있습니다. 이번 양형기준안에서는 이러한 법원의 양형 실무를 상당 부분 반영하였습니다.

다만, 사안이 중하거나 죄질이 중한 부정경쟁행위에 대해서는 엄정한 형이 권고되도록 상한을 상대적으로 높게 설정하였습니다.

부정경쟁행위의 양형인자표에서는 ‘피해기업에 심각한 피해를 초래한 경우’, ‘소비자에 대한 기망적 수단이 사용된 경우’를 특별가중인자로 반영하였습니다.

반면 ‘실제 피해가 경미한 경우’, ‘범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우’를 특별감경인자로 반영하였습니다.

집행유예 기준 일반원칙에 따라 부정적 주요참작사유만 2개 이상 존재하거나 긍정적 주요참작사유보다 2개 이상 많이 존재할 경우에는 실형이 권고되고, 그 반대의 경우에는 집행유예가 권고됩니다.

만약 위 요건에 해당되지 않을 경우에는 주요참작사유와 일반참작사유를 종합해서 실형이나 집행유예 여부를 결정하도록 되어 있습니다.

지식재산권범죄의 집행유예 기준은 화면에서 보시는 바와 같이 양형인자표의 특별양형인자를 대부분 주요참작사유로 반영하였습니다.

다음은 양형기준안의 구체적인 적용사례를 말씀드리겠습니다.

피고인이 인터넷 검색엔진 최적화 서비스 기술(S-SEO)을 피해자 회사로부터 전수받고 팀장으로 근무하다가 경쟁 회사를 설립하기로 결심하고 피해자 회사를 퇴직한 후 바로 다른 회사를 설립하여 피해자 회사의 직원들을 영입하고 피해자 회사의 영업비밀인 위 서비스 기술(S-SEO)을 이용하여 다른 회사들과 서비스 제공계약을 체결한 사안에서, 종전에 실제 선고된 형은 징역 8월에 집행유예 2년이었습니다.

여기에 이번 양형기준안을 적용할 경우, 피고인의 행위는 영업비밀침해행위 중 제1유형인 ‘국내침해’에 해당하고, ‘계획적·조직적 범행’이라는 특별가중인자가 있으므로 가중영역에 해당하여 권고 형량범위는 징역 1년 내지 2년 6월이 됩니다. 결국, 영업비밀 침해행위에 대해서는 종래보다 엄정한 형이 선고될 수 있게 설정되어 있습니다.

이상으로 지식재산권범죄 양형기준안의 발표를 마치겠습니다.

경청해 주셔서 감사합니다.

(일동박수)



## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

### ● 운영지원단장

이상으로 지식재산권범죄에 관한 양형기준안 발표를 마치고 토론으로 들어가겠습니다. 사회자 및 발표자, 지식재산권범죄 토론자분들께서는 지정된 좌석에 앉아주시기 바랍니다.

시작에 앞서 오늘 공청회에 참석해 주신 사회자, 발표자 및 토론자분들을 소개해 드리겠습니다.

먼저, 사회자를 소개하겠습니다.

오늘 토론의 사회는 양형위원회 상임위원을 맡고 계신 임성근 고등법원 부장판사님께서 맡아주시겠습니다. 임성근 상임위원님은 서울대학교 법학과를 졸업하신 뒤 부산대학교 법과대학원을 수료하셨으며, 제27회 사법시험에 합격하셨습니다. 부산지방법원 판사와 창원지방법원 거창지원장, 대법원 재판연구관, 대구고등법원 부장판사를 거쳐 현재 양형위원회 상임위원으로 근무하고 계십니다.

#### (일동박수)

다음은 조금 전 지식재산권범죄에 관한 양형기준안을 발표해 주신 양형위원회 수석전문위원 구회근 부장판사님을 소개하겠습니다.

구회근 부장판사님은 연세대학교 법학과를 졸업하신 뒤 숭실대학교 대학원에서 법학석사학위를 받으셨고, 동 대학원에서 박사과정을 수료하셨습니다. 제32회 사법시험에 합격하신 다음 수원지방법원 판사, 대전고등법원 판사, 사법연수원 교수, 광주지방법원 장흥지원장을 거쳐 현재 서울중앙지방법원 부장판사로 재직하고 계십니다.

#### (일동박수)

다음은 바쁘신 업무 중에도 지식재산권범죄의 양형기준안에 관한 토론자로 참석해 주신 네 분의 토론자를 소개해 드리겠습니다.

먼저, 도중진 교수님을 소개하겠습니다.

도중진 교수님은 충남대학교 법학과를 졸업하시고, 충남대학교 대학원에서 법학석사학위를, 일본 도호쿠대학교 대학원에서 법학박사학위를 받으셨습니다.

한국형사정책연구원의 연구위원을 역임하셨으며, 현재 충남대학교 법과대학 교수로 활발하게 활동하고 계십니다.

#### (일동박수)

다음은 박성준 국장님을 소개하겠습니다.

박성준 국장님은 고려대학교 법학과를 졸업하시고, 미국 아이오와대학교 대학원에서 법학석사 및 박사학위를 받으셨습니다. 제35회 행정고등고시에 합격하신 다음 특허청



상표디자인심사국 상표심사정책과장 등을 거쳐 현재 국가지식재산위원회 지식재산진흥관 겸 세계지식재산기구 상표법위원회 의장으로 활발하게 활동하고 계십니다.

(일동박수)

다음은 이명규 변호사님을 소개해 드리겠습니다.

이명규 변호사님은 서울대학교 사법학과를 졸업하시고, 제28회 사법시험에 합격하셨습니다. 대구지방법원 경주지원 판사와 특허법원 판사, 대법원 재판연구관, 인천지방법원 부장판사 등으로 근무하신 다음 현재 법무법인 다래 소속 변호사로 활발하게 활동하고 계십니다.

(일동박수)

다음은 이해완 교수님을 소개해 드리겠습니다.

이해완 교수님은 서울대학교 법학과를 졸업하시고, 제27회 사법시험에 합격하셨습니다. 인천지방법원 판사와 사법연수원 교수, 서울고등법원 판사 등으로 근무하신 다음 현재 성균관대학교 법학전문대학원 교수 및 한국저작권법학회 이사로 활발하게 활동하고 계십니다.

(일동박수)

바쁘신 중에도 귀중한 시간을 내어 토론에 참여해 주신 네 분의 토론자를 위하여 다시 한 번 힘찬 박수를 부탁드립니다.

(일동박수)

마지막으로 지정토론에 대한 답변을 함께 맡아주실 홍준호 부장판사님을 소개해 드리겠습니다.

홍준호 부장판사님은 서울대학교 공법학과를 졸업하시고, 미국 하버드법학대학원에서 석사학위를 받으셨습니다. 제33회 사법시험에 합격하신 다음 서울지방법원 판사, 서울고등법원 판사, 광주지방법원 순천지원 부장판사 등을 거쳐 현재 수원지방법원 성남지원 부장판사로 근무하고 계십니다.

(일동박수)

이상으로 사회자, 발표자 및 토론자 등 소개를 마치고 사회자이신 임성근 상임위원님께서 마이크를 넘겨서 지식재산권범죄 양형기준안에 대한 본격적인 토론을 시작하도록 하겠습니다.

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

### ● 사회자

안녕하십니까? 방금 소개받은 양형위원회 상임위원 임성근입니다.

오늘 바쁘신 가운데에도 이렇게 저희 양형위원회 공청회에 많이 참석해 주신 여러분께 진심으로 감사의 말씀을 드립니다.

오늘 핵안보정상회의가 같이 개최되어서 아마 여러분들께서 오시는데 상당한 불편이 있지 않았을까 생각합니다. 그런데도 불구하고 이렇게 공청회장을 가득 채워주신 여러분께 감사의 말씀을 드리고, 바쁘신 가운데에도 지정토론문을 작성해 주시고 지정토론을 해 주시는 지정토론자 네 분께도 진심으로 감사의 말씀을 드립니다.

오늘, 이 공청회 장소는 한국지식재산센터로서 바로 이곳이 우리나라 지식재산권 산업의 메카가 아닌가 하는 생각이 듭니다. 이런 장소에서 지식재산권범죄에 관한 양형기준안 공청회를 개최하는 것은 상당히 뜻 깊은 일이라고 생각합니다.

본격적인 토론에 앞서서 토론의 진행순서를 간단하게 여러분께 알려드리도록 하겠습니다.

우선 조금 전에 구회근 서울중앙지방법원 부장판사님으로부터 지식재산권범죄에 관한 양형기준안의 특징과 주요 내용에 관한 설명을 들었습니다.

이에 관해서 각 토론자께서는 약 10분 내외로 준비하신 지정토론을 해 주시면 감사하겠습니다.

네 분의 지정토론이 끝나면 그 이후에 일괄해서 양형위원회 전문위원이신 홍준호 부장판사님으로부터 그에 관한 답변을 듣도록 하겠습니다.

지정토론과 답변이 다 끝나게 되면 방청석에 앉아 계신 분들에게 마이크를 넘겨서 여러분의 목소리를 기탄없이 듣는 자리를 마련하도록 하겠습니다.

귀중한 연구 발표에 대해서 시간을 제한하는 것이 대단히 송구스럽습니다만, 오늘, 이 공청회가 끝나면 16시부터 폭력범죄에 관한 공청회가 예정되어 있기 때문에 부득이 시간 제한을 두게 되었음을 여러분께서 양해해 주시기 바랍니다.

지정토론 순서는, 네 분이 계시는데, 가나다순으로 하겠습니다.

그러면 먼저 도종진 충남대학교 법학전문대학원 교수님의 지정토론을 박수로 청해 듣겠습니다.

(일동박수)

### ● 도종진 교수

안녕하십니까?

조금 전에 소개받은 충남대학교의 도중진입니다.

투명하고 예측 가능한 양형기준의 설정을 통해서 국민의 건전한 상식이 반영된 공정하고 객관적인 양형을 실현하고, 이를 통해서 더욱 신뢰할 수 있는 형사재판제도를 구현한다는 목표 아래 대법원 양형위원회가 설치되어서 각종 범죄 유형에 대한 양형기준안이 제시되고 있는 현실은 우리나라 형사재판제도의 선진화라고, 또 일부 진전된 모습을 보이는 부분이라서 대단히 반갑고 감사하게 생각을 하고 있습니다.

더욱이 지식재산범죄 유형과 관련해서 연구를 해 온 경험이 있는 제 입장에서도 지식재산권 분야에서 다양한 양형기준안이 하루빨리 마련되기를 실무계에서는 학수고대해 오던 차에 오늘 지식재산권범죄 양형기준안이 제시가 되고, 이에 대해서 지정토론을 맡게 된 것을 대단히 영광스럽게 생각합니다.

시간이 없는 관계로 간단하게 몇 가지 점에 대해서 양형기준안에 대한 제 감상을 말씀드리겠습니다.

먼저, 대상범죄 선정기준의 문제점과 관련해서 전반적으로 타당한 가운데에서 대상범죄가 선정된 것이 아닌가 라는 생각을 해 봅니다.

다만, 양형기준안은 징역형 선고비율을 대상범죄 선정의 기준으로 고려한 것처럼 보이는데, 양형기초자료 및 연구보고에 따르게 되면 지식재산권범죄에 대해서는 집행유예의 선고비율이나 벌금형의 선고비율이 압도적으로 높은 현실을 고려해 보면 결국은 영업비밀침해행위의 제2유형과 같은 국외침해범죄와 관련된 양형기준 기본형량을 지나치게 하향화시키는 결과를 초래한 것이 아닌가 하는 생각이 듭니다.

왜냐하면, 대상범죄 자체가 지식재산권범죄와 관련된 형사사건을 살펴보게 되면 80% 이상이 집행유예를 선고받은 사건으로 되어 있기 때문에 그런 결과를 가져온 것이 아닌가 하는 생각을 해 보게 되고요.

구체적으로 양형기준안 중 양형인자의 문제점을 보면 첫째는 특별양형인자 속에 '범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우' 라고 하는 감경인자가 존재를 하는데 이 '범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우' 의 구체적인 예로 '범행을 단순 공모하였을 뿐 범행을 주도하지 아니하고 실행행위를 분담하지도 않은 경우' 라고 하는 예가 포함돼 있습니다.

이 부분과 관련해서는 이 자리에서 구체적으로 말씀드릴 수 있는 사안은 아닙니다만, 법원과 학계가 약간 견해의 대립이 있을 수 있는 부분이고, 또 행위자의 입장에서는 감경인자 자체가 법률상 감경사유로 돼 있는 방조범에 그칠 수 있는 사항도 있을 수 있기 때문에 이러한 인자에 대해서는 양형인자의 투명화라는 관점에서 조금 구체화 시킬 필요가 있다고 봅니다.

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

또 양형기준안은 ‘과실범’, ‘예비음모’의 경우를 영업비밀침해행위의 특별양형인자 중 감경인자로 분류하고 있습니다.

또 유일하게 영업비밀침해행위 유형범주 속에 과실범을 처벌하고 있는 산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률 제36조 제3항의 벌칙조항에 따른 제14조 제4호의 구성요건을 보게 되면 제1호 또는 제2호의 규정에 해당하는 행위가 개입된 사실을 중대한 과실로 알지 못하고 그 산업기술을 취득·사용 및 공개하거나 산업기술을 취득한 후에 그 산업기술에 대해서 제1호 또는 제2호의 규정에 해당하는 행위가 개입된 사실을 중대한 과실로 알지 못하고 그 산업기술을 사용하거나 공개하는 행위를 처벌한다고 규정을 하고 있습니다. 그런데 지식재산권범죄 양형기준안이 제시하고 있는 영업비밀침해행위의 감경인자로서의 과실범이 어떠한 과실범을 의미하는지 명확하지 않다고 하는 문제점이 있습니다. 물론 그 과실범은 중과실범을 의미할 것이라고 당연히 생각을 합니다. 그럼에도, 이미 입법자가 형법이나 그 외 형사특별법을 제정할 당시에 범죄의 성질이나 불법의 질에 따라서 고의범과 과실범을 별도로 구분해서 처벌하는 것으로 두고 있고, 또 고의범을 원칙으로 처벌하는 가운데 예외적으로 과실범을 처벌하는 것이 원칙으로 되어 있기 때문에 고의범에 비해서 과실범은 이미 법률적으로 감경되어 있던 상태가 아니냐는 생각입니다. 그러한 가운데서 영업비밀침해행위의 제1유형 속에 성질이 다른 6가지의 범죄유형들이 존재하게 되는데, 그 속에서 법정형도 5년, 3년, 2년으로 각기 다른 6개 범죄유형이 존재하는데 그 6가지의 범죄유형에 대해서 획일적으로 기본영역을 1년 6월까지 설정해 놓고 인자에 따라 감경하고, 가중시킨다고 한다면 과실범으로 처벌돼야 하는 기본형량이라고 하는 것을 조금 무시하는 결론을 도출할 수 있다고 봅니다. 따라서 영업비밀침해행위의 제1유형과 관련해서는 법정형에 따라 조금 더 범죄유형을 세분화해서 그에 맞는 기본영역과 감경영역, 그리고 가중영역을 설정하는 것이 더욱 세밀한 양형기준안이 되지 않을까라는 생각을 합니다.

시간 관계상 나머지 부분은 토론문에 적시하여 있는 부분을 참고해 주시기 바랍니다.

대충 이상의 정도에서 제 생각을 마무리해서 말씀드렸고요, 다음 토론자에게 좀 더 좋은 토론을 기대하면서 제 토론은 이에 갈음하고자 합니다.

감사합니다.

(일동박수)

### ● 사회자

감사합니다.

지식재산권범죄의 대상범죄 선정에 있어서 범죄의 발생빈도뿐만 아니라 국민적 관심을 고려해서 대상범죄를 잘 선택해야 되는 것 아니냐, 특히 국외침해범죄의 양형기준은 너무 가벼운 것이 아니냐는 문제제기를 하신 것 같습니다. 그리고 지식재산권범죄에 있어서 과실범에 관한 감경인자가 지나치게 포괄적으로 규정되어 있기 때문에 범죄유형, 특히 제1유형을 좀 더 세분화해서 규정할 필요가 있지 않느냐는 소중한 의견을 주신 것 같습니다.

다시 한 번 귀중한 의견을 주신 도중진 교수님께 큰 박수를 부탁드립니다.

(일동박수)

감사합니다.

다음으로, 박성준 국가지식재산위원회 지식재산진흥관님의 지정토론을 박수로 청해 듣겠습니다.

(일동박수)

## ● 박성준 지식재산진흥관

감사합니다.

제 지정토론문은 자료집 139페이지부터 있는 내용을 읽어보시면 참조가 되실 겁니다. 저는 사실 형법에 대한 전문가의 입장이라기보다 지식재산정책을 담당하고 있어 지식재산정책 관점에서 말씀을 드리고자 합니다.

먼저, 지식재산침해사범에 대해서 왜 형사처벌을 해야 되느냐를 생각할 때 많은 사람은 강경한 처벌에 대해서 부정적인 생각을 많이 가지신 경우가 있습니다. 그 이유는 지식의 생산자와 소비자 중에 우리 대부분은 지식의 소비자입니다. 그런데 지식재산권법이 보호하는 법익은 생산자의 법익을 보호하는 겁니다. 그러다 보니까 다수결로 해서 처벌하자고 하면 대부분은 처벌하지 말자고 할 것입니다. 그런데 왜 지식재산 침해자에 대한 처벌을 강화해야 되느냐, 대한민국은 그동안 지식의 소비자로서 선진국의 기술을 도입하고 저작물을 활용하여 경제발전을 이루어 왔습니다. 그런데 이제 우리나라는 지식의 소비자로서보다는 생산자로서의 지위가 훨씬 더 커지고 있습니다. 특허의 출원건수가 세계에서 네 번째로 많고, 또 GDP 대비로 해서 R&D 투자비율이 세계에서 역시 네 번째로 많은 나라입니다. 그만큼 지식에 대한 투자가 많고 생산도 많이 하고 있고, 그런 관점이 있기 때문에 이제는 우리가 지식에 대한 사용자 입장보다는 생산자로, 남들이 우리 지식을 베껴가는 과정이기 때문에 지식재산권 침해사범에 대한 관점도 달라져야 될 시기가 된 것이 아닌가 하는 생각이 듭니다.

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

앞 부분은 조금 건너뛰고, 143페이지 이하의 개별적 검토 의견만 말씀드리겠습니다.

첫 번째로 지식재산권 침해 형량에 대해서 형량을 강화하는 일반규정을 양형기준에 명시하면 좋겠다는 생각이 듭니다.

그동안에 지재권 침해사범에 대한 통계적인 분석에 근거해서 양형기준이 제시된 것으로 보이고, 또 그렇다 하더라도 종전의 양형기준보다는 조금 강화된 것으로 보이기는 합니다만, 현재 우리나라 기업가들의 71.9%가 처벌강화를 요구하고 있습니다.

그래서 이것이 양형기준으로 제시되었을 때는 이런 일반적인 지재권에 대한 처벌을 정책적으로 강화한다는 명시적 규정이 없다면 지재권에 대한 일반적인 소비자의 인식으로 판결하게 될 것이고 과거의 형량기준과 크게 달라지지 않고 다시 반복될 우려가 있습니다. 그래서 그런 일반규정을 두는 게 어떤가 하는 생각이 듭니다.

두 번째는 벌금형과 징역형에 대한 기준을 명시할 필요가 있다는 생각이 듭니다.

물론 이 양형기준은 벌금액수에 대한 양형기준은 마련하는 취지가 아니라는 것을 알고 있습니다만, 많은 사건이 벌금형으로 끝나고 있습니다.

그런데 벌금형이라는 것은 피해자에 대한 경제적 보상효과도 없고 형벌 효과도 없습니다. 보통 상한액이 5,000만 원, 1억 원 하는데, 침해로 인해서 수억 원 이상의 경제적 이득을 얻은 사람에게 벌금으로 5,000만 원을 해박야 범죄 억지력이 없습니다.

그렇다면, 지재권 침해사범에 대해서 벌금형을 선고해야 하는 경우도 있을 것입니다. 그 기준을 명확하게 하자는 이야기입니다.

그래서 될 수 있으면 징역형을 권고하고 벌금형을 부과할 수 있는 요건을 양형기준에 명시하는 것이 타당하다는 생각입니다.

세 번째는 특허권이나 실용신안권의 침해에 대해서는 엄단이 필요합니다. 특허권의 성격은 상표권과 다릅니다. 상표권은 일반 대중의 이해관계와 관련되어 있지만 특허권은 그 권리자와 피해자 두 사람 사이에 재산적 이해관계의 문제가 더 큼니다. 그래서 외국의 경우에는 특허권에 대해서 형사처벌을 아예 하지 않는 나라들도 많이 있습니다.

우리나라에서도 실제로 특허권 침해에 대한 형사처벌은 좀 더 제한적으로 운용되고 있고, 또 그것이 특허권의 성격상 적절하다고 생각합니다.

하지만, 특허권침해에 있어서도 엄단할 필요가 있는 경우들이 있습니다. 그 전형적인 경우로 하도급 관계에 있는 대기업과 중소기업 관계에 있어서 제품을 납품하다 보면 대기업이 제품만 납품받는 게 아니라 그 특허기술까지 탈취를 해 버리는 경우가 매우 많습니다. 그렇게 되면 이 중소기업은 몇 번의 제품납품을 해서 자기의 가장 소중한 기술까지 탈취를 당합니다. 그래서 하도급법에서는 최근에 기술탈취의 경우에는 3배의 손해배상



까지 하고 형사적으로도 엄단할 수 있는 근거규정을 마련했습니다.

그런데 여기에 약간 흠결이 있는 게 이 법은 하도급계약 관계가 성립된 경우에만 적용됩니다. 그래서 하도급을 위해서 특허기술을 설명해 주고 제품설명까지 했는데 하도급관계를, 계약설정을 못 하고 돌아섰는데 그 특허기술만 탈취당한 경우, 이런 경우에는 하도급법이 적용되지 않아 굉장히 악의적인 침해인 경우임에도 가중처벌이 안됩니다.

그래서 특허권 침해에 관한 일반 형사처벌 규정에서 하도급관계가 아님에도 대기업, 중소기업 관계에서 기술을 탈취한 경우에는 가중처벌을 할 수 있도록 해야 되지 않을까 하는 생각이 듭니다.

네 번째로는, 지금 국내 특허법이나 상표법 등 대부분의 지재산 침해사범에 대한 최고형량이 7년으로 되어 있습니다. 그런데 지금 현재 제시된 양형기준에 의하면 제가 제대로 이해한 건지 모르겠습니다만, 기본형량과 가중요인을 합쳐도 기본형량이 6월에서 1년 이고, 가중하더라도 2년 6월이 되어 있으니까 합쳐도 4년이 안 되는데, 이렇게 될 경우에는 실질적으로 양형기준에 의해서 법정 최고형량이 수정되는 결과가 되지 않을까 하는 생각이 듭니다. 물론 제가 양형기준을 자세히 보니까 다수의 침해행위가 반복 발생한 경우에는 가중요인에 있는 것보다 더 높게 처벌할 수 있다고 되어 있습니다만, 다수의 침해행위가 아니라 하나의 침해행위라 하더라도 가중인자가 여러 개인 경우, 아주 조직적이고 악의적이어서 엄단할 필요가 있는 경우에는 법정 최고형량을 선고할 수 있어야 되지 않을까 라는 생각이 듭니다. 그리고 제가 이런 말씀을 드리는 이유는, 우리나라의 양형기준 법정최고형이 외국에 비해서 그렇게 높은 것이 아닙니다. 외국도 보통 5~10년 정도를 부과하고 있습니다. 7년이라는 것이 그렇게 터무니없이 높은 형량이 아니라면 그것을 양형기준에 의해서 실질적으로 바뀌서는 안 된다는 생각을 하고 있습니다. 다음은 '실제 피해가 경미한 경우'가 감경인자로 되어 있는데, '실제 피해가 경미한 경우'의 의미 중의 하나가 그 특허권이 실제로 사용되지 않고 있는 경우로 보고 있습니다. 그래서 형량을 감경한다는 것인데, 사실 요즘 중소기업이나 개인 발명가의 경우에는 실제로 특허를 가지고 제품을 생산하기가 어렵습니다. 그렇기 때문에 그 기술을 매매해서 수익을 올리는데, 사용하고 있지 않다는 이유로, 제품생산에 사용되고 있지 않다는 이유로 그 권리를 침해당했을 때 양형기준이 내려간다고 하면 중소기업이나 개인의 권리 보호에 소홀할 우려가 있습니다. 물론 최근에 기술을 실시하지 않고 특허기술만 거래하는 NPE나 특허괴물에 대한 우려가 있습니다만, 사실 그러한 부분은 외국의 특허괴물만 NPE가 아닙니다. 최근에는 우리 정부 내에서도 NPE를 만들고 있습니다. 인텔렉트 디스커버리 등등해서 특허기술만 거래하는 회사들을 정부에서도 적극적으로 지원하고 육성하고 있습니다. 그렇기 때문에 NPE만을 고려해서 감경요소로 하기에는 재고해야 될 여지가 있습니다. 시간관

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

계상 나머지는 짧게 하겠습니다.

손해배상 가능성이 없는 경우에는 형량도 좀 가중해야 되지 않을까, 실질적으로는 손해배상을 통한 피해자의 경제적 구조가 중요하다고 봅니다.

나머지는, 예방요인에 대해서는 감경인자로 반영했으면 합니다. 저작권에 대해서는 사전에 자산관리사를 고용한다든지, 사용실태조사를 한다든지 여러 활동이 있습니다. 그 다음에 특허권의 경우에는 사내의 직무발명보상제도 등을 적극적으로 활용하고 있는 기업에 대해서는 그 침해사건에 대해서 감경요인으로 고려해야 되지 않나 생각이 됩니다.

그리고 마지막으로 드리고 싶은 말씀은, 현재 국가지식재산위원회에서는 형사적 처벌도 중요하지만, 민사적 구제에 있어서 3배 배상제도, 또는 징벌적 손해배상에 대해서도 검토를 하고 있습니다. 물론 손해배상이라는 것은 1배를 철저하게 보상해 주는 게 가장 중요한 원칙이겠지만, 여러 가지 정책적 요인에 의해서 3배 배상제도도 필요하다는 논란이 많이 제기되고 있습니다.

그 이유는 특허권의 침해라는 것이 그 잠재적 가치, 기회 가치까지 충분히 보상해 줄 수 없기 때문에 그 억제력을 위해서는 영업상의 기회를 박탈한 자에 대해서 그 피해를 보상하도록 하는 것이 필요하다는 주장이 있습니다. 그래서 이런 징벌적 손해배상이 도입된다면 지금 현재 특허권에 대한 형사처벌을 하는 데 있어서 그 형사처벌의 관점을 달리 해야 되지 않을까 하는 생각이 듭니다. 종전에는 형사처벌이 민사구제를 위한 방편으로도 활용됐습니다만, 앞으로는 만약에 이런 징벌적 손해배상이 도입된다면 형사법 차원에서의 특허법에 대한 형사처벌도 관점을 달리하는 것을 한 번 더 검토하는 기회가 있어야 되지 않나 하는 생각입니다.

이상입니다.

### ● 사회자

네, 감사합니다.

‘지식재산권범죄 침해사범에 대해서는 형량 강화라는 사법정책적인 의지를 명시적으로 표시하는 일반규정을 두자.’라는 의견과 함께 ‘징역형과 벌금형을 선택하는 기준이 마련되어야 되는 것이 아니냐’, ‘그리고 중소기업의 특허권, 실용신안권에 대한 기술탈취에 대해서 엄중한 가중처벌이 필요하다.’라는 의견을 주셨습니다.

또 지재권 침해시 최고형량이 법정형 최고형을 하회하는 점에 대한 문제제기를 하시고, 마지막으로 ‘지재권 보호를 위해서는 형사처벌과 함께 민사적인 구제가 적절히 조화되어야 한다.’라는 소중한 의견을 주신 것 같습니다.

다시 한 번 바쁘신 가운데에서도 훌륭한 지정토론을 해 주신 박성준 지식재산진흥관님  
께 큰 박수 부탁드립니다.

(일동박수)

다음으로, 이명규 변호사님의 지정토론을 박수로 청해 듣겠습니다.

(일동박수)

## ● 이명규 변호사

이명규입니다.

저는 일반론에 관해서 간략히 말씀드리고 개별 양형인자에 대한 저의 검토의견을 말씀  
드리겠습니다.

지식재산권범죄는 형법이 아닌 특별법에 처벌규정이 마련되어 있는데, 그 특별법에  
해당하는 특허법이나 상표법 등에는 목적 조항을 두고 있습니다.

특허법의 예를 들면 ‘법의 목적은 발명을 보호·장려하고 그 이용을 도모함으로써 기  
술의 발전을 촉진해서 산업발전에 이바지하는 데에 있다.’ 이렇게 되어 있고, 지식재산  
기본법 제1조에도 ‘지식재산의 창출·보호·활용의 촉진, 그리고 우리 사회에서 지식재  
산의 가치의 최대한 발현’이라는 부분이 기재되어 있습니다. 따라서 양형기준의 설정을  
포함한 처벌규정들의 적용에 있어서는 형사법의 일반원칙과 개별 법률의 특수성을 잘 조  
절해서 그 법의 목적을 효과적으로 달성하려는 노력이 필요하다고 봅니다.

양형위원회가 마련한 이번 지식재산권범죄 양형기준안은 권리침해행위, 영업비밀침해  
행위, 부정경쟁행위로 범죄유형을 분류하고 있고, 그 유형별로 세부적인 양형인자를 결  
정하면서 지식재산권범죄가 지니는 특수성을 반영하고 있다는 점에서 전반적으로 적절  
하다고 봅니다.

저는 양형기준안에서 제시한 인자들 중에서 몇 가지 항목에 대해서 언급을 하고자 합  
니다.

권리침해행위의 특별양형인자로서 감경인자의 하나로 ‘실제 피해가 경미한 경우’를  
들고 있습니다.

양형기준안의 양형인자 정의란에서는 ‘권리자가 당해 권리를 사실상 사용하지 아니하  
고 있었던 경우’를 여기에 해당하는 것으로 들고 있는데, 저는 이러한 기준안의 선정이  
타당하다는 입장입니다.

지식자산을 거래의 객체로서 보호할 필요성도 크다는 관점에는 이견이 있을 수 없지  
만, 특허든, 상표나 디자인이든 해당 지식자산을 실제 영업에 얼마나 활발하게 사용하고

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

있는가 하는 사안은 방금 말씀드린 지식재산에 관한 각 법률이 내세우고 있는 목적을 고려하더라도 그 침해사범에 대한 양형에 적극 반영하는 것이 바람직하다는 의견입니다.

한편, 양형인자의 정의에서는 ‘침해된 권리 없이도 제품을 생산할 수 있거나 손쉬운 다른 대체기술이 있는 경우’를 ‘실제 피해가 경미한 경우’로 들고 있습니다. 그런데 문제가 된 지식재산의 대체가능성과 그 침해로 인한 피해 정도의 상관관계에 관한 심층적인 뒷받침이 있는지, 과연 그러한 뒷받침을 두고 이러한 양형기준안이 마련되어 있는지, 저는 다소 의문이 들었습니다.

다음, 양형인자로서 가중인자의 하나로 ‘계획적·조직적 범행’을 들고 있습니다. 예를 들어 상표위조 기술자나 모조품 제조 전문가 등을 동원해서 공장에서 루이뷔통 가방을 진품과 흡사하게 제조한 다음 대량 유통하는 사례라고 한다면 이는 ‘계획적·조직적 범행’의 전형으로서 악성이 높은 침해행위에 해당한다고 볼 수 있습니다.

그런데 지재권 침해행위는 대부분 조직적 규모를 갖춘 영업활동 과정에서 제품의 제조·판매 또는 서비스 제공을 통해서 이루어지고 있다고 봅니다.

그 과정에서 등록된 지재권을 분석하고, 검토하고, 회피하면서 영업을 진행하는 경우는 영업에 대한 정당한 활동으로 긍정적으로 평가할 여지도 많다고 봅니다. 그런데 나중에 그것이 특정 지재권의 권리범위에 포섭되어서 침해로 인정되는 경우, 이러한 행위에 대해서 가중인자가 적용된다면 대부분 침해사범이 이에 해당할 수 있어서 그 기준을 좀 더 구체화할 필요가 있지 않을까 하는 생각이 들었습니다.

다음, 또 하나의 가중인자로 ‘소비자에 대한 기망적 수단이 사용된 경우’에 관해서 말씀드리겠습니다. 양형인자의 정의에서 언급한 ‘정품’, 그리고 ‘소비자들에 대한 기망’이라는 의미가 특허권, 디자인권, 상표권, 그 밖에 다른 지재권의 구체적인 침해양태에 따라서 그 의미가 다소 해석에 모호함이 따를 수 있다는 생각이 들었습니다. 그리고 정보기술의 발달에 따라서 인터넷 판매 등의 거래활동이 다양하고, 이에 따른 침해행위도 양상이 상당히 다양해진 만큼 양형기준의 설정에 있어서도 이러한 사정을 반영하는 것이 필요하지 않을까라는 생각이 들었습니다.

다음, 또 하나의 가중인자로 ‘권리자에게 심각한 피해를 초래한 경우’를 들고 있는데요. 침해행위로 인한 피해와 관련해서는 지재권범죄의 양형인자에서 여러 가지 인자를 다양하게 두고 있습니다. 특별양형인자의 감경인자로서 ‘실제 피해가 경미한 경우’를 들고 있고, 특별양형인자의 가중인자로서 ‘권리자에게 심각한 피해를 초래한 경우’를 들고 있습니다. 그리고 일반양형인자의 가중인자로서 ‘피해규모가 큰 경우’를 들고 있고, 일반양형인자의 감경인자로서 ‘피해회복을 위해서 노력한 경우’를 들고 있습니다. 이와 같이 피해의 규모는 양형에 있어서 중요한 변수로 작용하고 있습니다. 따라서 지재권범죄

에서 피해를 무엇으로 정의하고 어떻게 구체적인 수량을 산정할 것인가, 혹은 수량이 아니라 어떤 정성적인 평가를 한다면 그 정성적인 강도를 어떻게 특정할 것인가에 관해서는 양형인자의 정의항목에서 정의해 두어야 할 중요한 사안이라고 생각합니다. ‘침해행위로 인한 총 매출액이 30억 원 이상인 경우’ 등과 관련해서 의견을 말씀드리면, 특정제품의 가치가 침해된 권리 하나만으로 구현되는 경우는 사실 매우 드뭅니다. 피고인이 실시 또는 사용한 기술이나 디자인이나 상표 등이 적용된 제품의 매출액은 피고인이 실시 사용한 기술, 디자인, 상표 등에 그 제품에 대한 기여도를 평가하여 산정한 금액과 비례 관계에 있기는 하지만 그 액수는 서로 다른 경우가 보통입니다. 또 범행결과를 양형인자로 삼는 과정에서 침해행위가 초래된 금전적 손실을 수치상으로 엄밀하게 평가해야 되는 것은 아니지만, 침해된 권리가 제품에서 차지하는 비중은 천차만별일 수 있고, 피고인과 권리자의 영업형태, 시장상황 등에 따라서 침해행위로 피고인이 거둔 매출액과 침해행위로 권리자에게 초래된 피해액의 차이가 클 수 있습니다. 따라서 권리자의 피해 정도를 양형인자로 포착한 것이라면 그에 상응하는 하부기준을 마련할 필요가 있지 않을까 하는 생각이 들었습니다. 그리고 권리자 등의 피해를 객관적으로 평가하고자 한다면 피고인이 침해한 권리의 시장가치 하락 또는 피고인의 침해행위와 상당 인과관계에 있는 권리자의 매출손실액을 산정하는 것이 비록 그러한 산정에 어려움이 따른다 하더라도 더 정확한 방안이 아닌가 하는 생각을 해 봤습니다.

주지·저명 상표나 개척발명의 경우를 생각해 보았는데, 상표권 침해행위의 경우는 그 침해된 등록상표가 주지·저명한 정도에 따라서 침해로 인한 식별력의 손상 또는 희석화의 정도가 큰 차이가 있습니다. 침해행위로 인한 등록상표의 양질감 혹은 고객흡인력의 훼손, 또 등록상표권자의 영업상 신용 내지 사회적 평가의 손상 등의 피해는 금전으로 산정하기가 매우 어렵습니다. 하지만, 그러한 피해가 권리자의 영업에 큰 타격을 가한다는 것은 말할 나위가 없다고 할 것입니다. 또한, 같은 맥락에서 특허권 침해의 경우에도 침해된 특허권이 개척발명이나 원천기술에 관한 특허권인지 여부가 비록 피해에 대한 금전적 평가에 그대로 반영되지 않을 수가 있다 하더라도 그 침해행위의 양형에 있어서는 상당히 중요하게 고려해야 될 무형의 가치가 아닌가, 따라서 이러한 사정은 양형에 어떠한 인자로서 유형적으로 반영하는 방안이 필요하지 않을까 하는 생각을 해 보았습니다.

가중인자의 하나로서 ‘권리자의 침해중단 요구 후 범행지속’이라는 항목을 들고 있습니다. 여기에 관한 실무를 살펴보면 권리자는 사실 고소를 제기하기에 앞서 혹은 고소까지 하지 않더라도 내용증명우편 등으로 특허권의 존재와 침해사실을 통고하는 것이 일반적입니다. 그런데 무효사유를 품고 있는 등록 지재권이 상당수 존재하는 것이 현실이고, 그러한 권리에 비해서 권리자의 침해중단요구가 비밀비재한 것이 또한 현실인데, 영업자



## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

가 권리자의 침해중단요구를 받는 것만으로 그 특허와 관련된 기술을 사용하는 영업을 일시에 접는 결단을 내리기는 사실상 쉽지가 않습니다.

이러한 여건 아래에서 나중에 침해로 밝혀졌을 때 이를 특별양형인자의 가중인자에 삼는다면 피고인에게 다소 가혹할 수 있지 않을까 하는 생각이 들었습니다.

따라서 권리자의 침해중단 요구 후에 침해가 객관적으로 명백함에도 범행을 지속하는 경우 등과 같이 침해의 개연성을 구체적으로 한정함으로써 그 적용요건을 좀 더 엄격해야 할 필요가 있지 않을까 하는 생각을 해 보았습니다.

일반양형인자와 관련해서는 ‘피해규모가 큰 경우’를 가중인자로 삼고 있는데 이것은 앞서 말씀드린 것과 같은 맥락이라서 구체적인 언급은 생략하겠고요.

‘외국권리 침해상품 제작 후 수출의 경우’를 가중인자로 삼고 있습니다.

여기에서는 ‘외국권리’의 의미가 무엇인지 좀 더 분명하게 정의할 필요가 있지 않을까 하는 생각을 해 보았습니다.

다음은 영업비밀침해행위 유형에 있어서도 ‘비밀유지에 대한 특별 의무가 있는 자’라는 특별가중인자를 두고 있는데, 여기에 해당하지 아니한 경우와 해당하는 경우를 과연 특별양형인자로 구분할 만한 실익이 있는 건지 다소 의문이 들었고요.

그 밖에 일반양형인자로서 가중인자로 삼고 있는 ‘누설된 영업비밀이 제3자에게 유출되었거나 유출되었을 가능성이 높은 경우’는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률 제18조 제1항, 제2항에서 규정한 구성요건의 태양과 관련해서 의미를 분명히 할 필요가 있지 않을까, ‘양형인자의 정의’란에서 좀 더 상세한 설명이 필요하지 않을까 하는 생각이 들었습니다.

‘범행으로 인한 대가를 수수한 경우’라는, 일반양형인자의 가중인자에 대해서도 같은 생각이 들었고요.

제 발표를 마무리하자면 저는 양형인자 자체가 이 양형인자를 적용하면 구체적인 양형의 숫자가 도입할 정도로, 기계적인 양형이 가능할 정도의 구체적인 안이 제시되어야 된다는 입장은 아닙니다. 양형인자는 어느 정도의 추상성을 지니는 것이 반드시 필요하다고 생각합니다.

하지만, 그러한 추상성의 정도는 적어도 양형인자로 언급한 용어의 의미가 그 양형인자를 적용하는 입장에서나 적용받는 입장에서 오해의 소지나 이견이 없을 정도로 가능한 한 구체적으로 제시되는 것이 필요하지 않을까 라는 그러한 생각을 했고, 제가 앞서 말씀드린 그러한 언급은 제 입장에서 말씀드렸습니다.

그리고 이러한 양형기준안의 적정한 설정도 중요하지만 무엇보다도 기술발전, 정보화 등에 따라서 급변하는 사회에 유연하게 대응할 수 있는 역량을 포함해서 재판의 과정에



있어서의 전문성 확보가 중요하다고 생각합니다.

그리고 이러한 양형에 관한 제도뿐만 아니라 지재권에 관한 출원등록제도, 민사상 구제수단에 관한 제도, 그리고 지재권에 대한 사회 국민의 전반적인 인식수준, 이런 것도 크게 영향을 미칠 수 있는 변수인 만큼 이런 것들이 조화를 이루어서 이번 양형기준안이 값진 결실을 보기를 기대합니다.

이상입니다.

(일동박수)

## ● 사회자

감사합니다.

양형인자 중에 특히 여러 가지 양형인자를 분석하시고 그 문제점을 잘 지적해 주신 것 같습니다. ‘실제 피해가 경미한 경우’의 권리자가 당해 권리를 사실상 사용하지 않고 있었던 경우를 포함하는 것이 좋느냐에 대해서 이명규 변호사님은 박성준 국장님과 다소 반대되는 견해를 가지고 계신 듯합니다. 그 밖에 지식재산권범죄에 대한 형사처벌 이외에도 지식재산권의 출원등록제도와 민사사법의 구제제도 등의 적절한 운영이 필요하다는 소중한 의견을 마지막 맺음말로 주신 것 같습니다.

다시 한 번 소중한 의견을 주신 이명규 변호사님께 박수를 부탁드립니다.

(일동박수)

그러면 지정토론자 중 마지막으로, 이해완 성균관대학교 법학전문대학원 교수님으로부터 지정토론을 박수로 청해 듣겠습니다.

(일동박수)

## ● 이해완 교수

안녕하십니까? 저는 주로 저작권 쪽으로 현장에서 얘기가 있는 편이어서 아무래도 저작권법과 관련된 부분에 초점을 많이 맞추어서 전체적인 양형기준안에 대한 제 의견을 말씀드리겠습니다.

먼저, 첫 번째로는 양형기준의 유형구분이 과연 타당한가에 대한 의문을 한 번 제기해 봅니다. 양형기준안에서는 권리침해행위를 전체적으로 하나로 묶고 영업비밀침해와 부정경쟁행위만 별도 유형으로 해서 세 가지의 대유형 분류를 하고 있습니다. 그런데 설명 자료에 의하면 이러한 분류에 대해서는 처음부터 고정되어 있었던 것은 아니고 제1안,

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

제2안, 제3안까지 서로 다른 안이 있었는데 그 중에 제3안의 경우에는 창작계열 권리침해와 신용계열 권리침해로 나누고, 또 각각 등록형과 비등록형으로 나누는 유형론을 제안했던 바가 있었던 것 같습니다. 결과적으로 권리침해행위를 전체적으로 뭉뚱그려서 함께 다루는 제1안이 채택된 것으로 되어 있는데, 실제 제1안에 의하면 결국 저작권침해와 산업재산권침해가 한 묶음으로 들어가게 되는데, 저작권침해의 경우에는 실제 산업재산권과는 굉장히 다른 상황을 많이 발견하고 있습니다. 특히 오늘날에는 저작물의 이용이, 과거 특수한 상업적인 이용자가 해적판을 제조하는 공장이 필요했다면, 지금은 일반 청소년도 쉽게 범죄자가 될 수 있는, 저작물의 이용환경이 대중화되었다, 매우 많은 사람이 저작권침해와 관련된 형사문제에 얽혀 들어가고 있는 면에서 좀 다른 점도 있고요. 법정형 자체도 다르고, 등록을 전제로 하지 않는 권리발생이라는 면에서도 근본적인 중요한 차이가 있고, 그런 면에서 이 두 가지를 나누는 것이 더 바람직한 것은 아니었는가, 물론 박성준 국장님께서 말씀하신 대로 산업재산권이라 하더라도 상표권과 특허권은 굉장히 다르다는 말씀을 해 주셨는데, 그 말씀도 일리가 있기 때문에 사실은 상표권과 특허권, 저작권, 물론 특허권 쪽에 몇 가지 더 다른 산업재산권이 들어갈 부분이 있으리라고 생각됩니다. 그런 정도의 구분을 하는 것이 더 바람직하지 않았을까 하는 생각이 드는데, 실제 설명자료에 보면 제1안의 단점으로 바로 그러한 저작권과 산업재산권을 같이 취급하고 있는 것이 하나의 단점이라고 지적하고 있는 부분이 있었습니다. 그럼에도, 왜 제1안이 채택되었을까, 그 부분이 좀 궁금합니다. 그래서 그 부분 설명을 나중에 해 주시면 좋을 것 같고요.

아마 같이 묶은 가장 큰 이유는 기존의 판결들을 쭉 검토해 봤을 때 저작권침해, 특허권침해, 상표권침해가 형량에서 큰 차이가 없는 것 같다, ‘징역 6월에 집행유예 1년’, 이런 것들이 많고, 그런 것들을 쭉 분석해 본 다음에 결론적으로 같이 묶어도 괜찮겠다. 이런 구체적인 사례를 통한 귀납적인 방식으로 결론을 내린 것 같은데, 그러한 부분이 앞으로 계속 유지될 것인가 하는 의문이 있습니다. 그래서 기존에 그랬다는 것만으로 이렇게 기본적으로 같은 기준으로 하기보다는 설사 현재로서는 이것저것 따져봤을 때 비슷한 양형기준을 만든다 하더라도 체계적인 면에서는 일단 구분해 두고 이후에 여러 가지 상황을 봐서 조금씩 다르게 할 필요가 있는 면도 있고요.

실제로 지금 양형인자를 구체적으로 나열한 것을 보면 크게는 ‘저작권에만 특화된 양형인자다’ 이런 것이 있습니다. 그러한 부분을 함께 섞어놓기보다는 구분해 놓는 것이 더 바람직한 것은 아닌가, 이러한 면을 생각해 볼 필요가 있을 것 같고요.

저작권법상의 권리침해에 대한 그야말로 특수한 감경인자 중의 하나로 저작권법 제136조 제2항에 해당하는 부분이 들어가 있습니다. 사실은 제136조 제1항과 제2항은 ‘저

작권법 위반죄’라고 하는 중요한 죄 중에서 두 가지 유형이라고 할 수 있는데요. 제1항은 저작권침해를 포함한 저작권법상의 대부분의 재산적 권리침해행위에 대한 처벌 규정입니다. 그런데 제2항은 ‘저작인격권과 실연자의 인격권, 그리고 데이터베이스 제작자의 권리침해, 이러한 부분들 권리침해로 엄격하게 따진다면 거기까지 해당될 수 있고, 거기에 같이 포함되어 있는 것이 기술적 보호조치와 관련된 부분 등이 같이 포함되어 있습니다.

그런데 원래 제1항의 죄와 제2항의 죄는 법정형이 달라져 있는 별도의 죄이고, 사실 성격도 다른 것인데, 제1항의 죄를 기본으로 하면서 제2항을 하나의 감경인자로 보고 있는 것이 체계적·논리적인 면에서 과연 타당할 것인가, 그런데 이렇게 따지다 보면 너무 세분화되는 것이 아닌가, 양형기준의 지나친 세분화를 아마 꺼리시는 취지여서 전체적으로 편의적으로 가신 게 아닌가 싶기는 합니다. 이렇게 하다 보면, 양형기준이라는 것이 원래 법을 보면서 법정형 들고 해 가면서 따지는 것보다 오히려 뭔가 더 예민하지 않게, 더 세밀하지 않게 바라보는 면이 있을 수 있다 라는 면을 생각해 볼 필요가 있지 않은가 생각이 들었고요.

구체적인 권고 형량기준으로 들어가면, 제가 처음에는 당연히 저작권침해는 벌금형이 매우 많으니까 벌금형이 나올 줄 알았습니다. 그런데 벌금형에 대한 이야기는, 물론 이하로 되어 있기 때문에 벌금형까지 포함한 것인지는 모르지만 기본적으로 자유형을 기준으로 양형기준이 만들어져 있는데, 그 검토 자료에 의하면 지식재산권범죄가 수적으로 많지 않다는 언급이 있습니다. 아마 이 숫자는 주로 구공판된 사건에 대한 것만을 쭉 한 번 스크린을 해 본 것이 아닌가 싶은 생각이 들고요. 실제 검찰단계에서 형사사건으로 제기된 사건들을 따지면 매우 많은 것이죠.

저작권침해와 그 다음으로 많은 것이 상표법위반이 아닐까 싶은데, 특히 저작권침해와 관련해서 제가 꼭 말씀을 드리고 싶은 것은 지금까지 아마 많은 저작권침해 사건이 일단 고소가 굉장히 많이 제기가 되었고, 고소가 제기된 다음에는 그것은 그때 보면 합의금을 받아내기 위한 목적으로 제기된 고소였기 때문에 결국 합의가 되고 나면 다 검찰단계에서 ‘공소권 없음’으로 끝나거나 아니면 법원에 가서 합의가 되면 ‘공소기각 판결’을 받거나 이렇게 되었었던 부분이 많았습니다. 그런데 한미 FTA 이행을 위한 2011. 12. 2.자 개정 저작권법이 금년 3. 15.에 시행되게 되었는데, 그 법에 의하면 친고죄의 범위가 많이 축소되는 내용이 있습니다.

종래에는 2006년 개정법에서부터 친고죄를 제한하는 방향으로 해서 처음 만들어졌던 규정은 ‘영리를 위하여 상습적으로 권리침해를 한 경우에는 친고죄의 예외’로 하는 것이었습니다.

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

‘영리를 위하여’와 ‘상습적으로’가 AND 조건으로, 그 두 가지 조건을 동시에 갖출 경우에 한해서 친고죄의 예외이기 때문에, 나중에 고소취하가 되거나 했을 때 결국 영리목적과 상습성이 동시에 인정되는 경우가 아니라면 다 친고죄가 될 수 있었는데, 이제 2012. 3. 15. 이후부터는 ‘영리를 목적으로 또는 상습적으로’ 이렇게 규정이 바뀌었기 때문에 영리를 목적으로 한 경우라면 무조건 친고죄가 아니게 되고, 또 영리를 수수할 목적으로 하지 않은 경우에도 그 행위의 습벽이 있다고, 예를 들어 청소년이라도 자주 한 경우에는 영리목적이 전혀 없었다 하더라도 ‘상습적으로’라는 부분에 해당되어서 비친고죄로 가게 되어서 결국은 최종적으로 국가형벌권이 행사되어 처벌받게 되는 범위가 굉장히 많이 늘어난 상황인데요. 이러한 상황에서 현재 우리 저작권법은 형사 처벌에 관한 아무런 문턱을 두고 있지 않습니다. 그 부분은 많은 다른 나라의 예들과 비교해 보면 우리나라가 지나치게 형사처벌의 문턱을 안 두고 있는데, 그런데 또 한편으로는 저작권법과 관련해서 실제로 문화체육관광부에서도 매우 큰 문제라고 느끼는 것은 저작권 보호가 잘 안 되고 있다는 문제만이 아니라 사실은 저작물 이용을 활성화할 수 있는 제도적인 시스템 부분을 빨리 만들어야 되는데 그것이 잘 안 되어서 저작물을 이용하는데 여러 가지, 예를 들어 참고서를 펴낸다고 하면 반드시 교과서의 내용을 이용해서 문제를 만들고 할 수밖에 없습니다. 그런데 참고서를 만드는 시점에 그 교과서에 나오는 수없이 많은 저작물, 그 중에는 삽화 같은 것도 있고 여러 가지 다양한 저작물들이 있는데 그 저작물들의 저작자를 정확하게 확인하고 사전적으로 협상해서 허락을 받을 수 있는 길이 사실상 막혀있는 상황에서 참고서를 내긴 해야 되고요. 혹은 또 e-learning 사업을 하면서 e-learning 콘텐츠를 만드는데, 예를 들어 그냥 교과서를 가지고 강의만 해도 그것이 e-learning 콘텐츠로 만들어져서 사람들에게 전송되게 되면 그것이 저작권침해가 될 가능성이 상당히 큰데, 그러한 위험을 사전에 완전하게 회피할 수 있는 방법이 사실상 없는 상황입니다. 그래서 사업을 하려면 형사적 위험이 있고, 형사적 위험을 완전히 피하려면 사업을 안 해야 되는 부분들이 사실상 현장에서 많이 느껴지고 있습니다. 그러한 부분도 이제는 고소가 됐다고 하면, 이 부분은 친고죄도 아니게 되고, 사실 양형기준안에 의하면 예를 들어 참고서를 출판했다고 하면 계획적·조직적, 거기에다가 아마 또 사전 통보까지 받았는데 출판한 것을 당장 다 폐기할 수 없다고 하면 통보에도 계속 그것을 배포한 사람이 되어서 굉장히 중한 처벌을 받을 가능성도 있는데 그러한 부분에 대한 배려가 필요한 상황이다, 이것은 제가 악의적인 저작권침해사범에 대해서 엄벌을 해야 된다는 그 필요성을 부정하는 것이 아니라 다른 이면에 있는, 아직까지 제도적으로 완벽히 안 되어 있는 상태에서 갑자기 강한 쪽으로 너무 갔을 때, 그것이 또 양형기준의 적용에 유연하면 좋겠습니다만, 물론 유연한 면도 있고 어느 정도 너무 유연해서는 안 되는 면도 있겠는

데, 너무 유연해서는 안 되는 면에서 이런 부분의 배려가 없다 보면 결과적으로 경직된 중벌주의에 의해서 정말 억울한 민생 사범들이 굉장히 많이 생길 수 있다, 이런 부분에 대해서 좀 우려가 됩니다.

그래서 양형인자의 면에서 그런 면을 참작할 수 있는 양형인자가 있어야 되지 않겠나 싶은데, 실제 '범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우'라는 항목이 있는데 그 부분은 주로 다른 주범한테 끌려서 하는 경우를 말하는 것이고, 자기 스스로 범행 동기를 주장할 수 있는 양형인자는 전혀 안 들어가 있는 것 같아요. 그래서 그 부분이 필요하지 않는가. 범행의 동기라는 부분이 있고, 그 동기가 저작권법으로 치면 공정이용이라는 부분이 있는데, 사실은 공정이용 사유라는 것은 굉장히 한계적인 판단, 어려운 판단을 요구합니다. 아까 말씀드린 개정법에서 제35조의3이 신설되면서 공정이용에 관한 일반조항이 만들어졌는데, 그 일반조항은 네 가지의 굉장히 추상적인 고려요소를 통합해서 최종적으로 판단하도록 하고 있기 때문에, 예를 들어서 '교육목적이다, 학술목적이다, 보도목적이다, 혹은 장애인을 위한 비영리사업을 위한 목적이다.' 이런 것이라고 하더라도 이용의 양이나 또 그것이 잠재적인 시장에 미치는 영향이나, 이런 모든 것을 종합해서 최종적으로 판단하게 되어 있기 때문에 이것이 혹시 괜찮지 않을까라고 사업을 한 사람이 생각해도 최종적으로는 '공정이용'이 아니라고 판단되게 될 가능성이 있습니다. 그리고 최종적으로 그게 아니라고만 판단되면 자기가 '공정이용'이라고 볼 수 있었던 많은 사유가 양형인자에 전혀 고려가 되지 않는다고 하면 결국 '공정이용'이 굉장히 위축될 수밖에 없고, 공정이용을 하다 보면 결국에는 이것은 전부되거나 아니면 아무것도 안되게 되는데, 전혀 그것이 최종적으로 인정이 안 되게 되면 아무런 양형에도 참작됨이 없이 계획적·조직적이라면 징역 2년 6월이 나올 수 있다, 이렇게 되어 버리면 '공정이용'을 굉장히 위축시킬 수 있기 때문에 '공정이용'에 일정한 요소들이 있는지 여부를 형사 양형에서 조금 고려해 줄 필요가 있지 않은가, 그런 부분들을 제가 좀 생각해 보았습니다.

자세한 내용은 생략하고 마치겠습니다.

## ● 사회자

감사합니다.

우선 산업재산권 침해범죄와 저작권 침해범죄 유형을 따로 구분할 필요가 있다는 의견과 함께 저작권침해죄에 있어서도 벌금형 기준을 마련할 필요가 있지 않으나, 이런 말씀을 해 주신 것 같습니다.

그리고 저작권법 제136조 제1항과 제2항의 권리침해죄를 제1, 2유형으로 따로 구분해야 되는 것이 아닌가 하는 말씀을 해 주셨고, 또 형량 설정에 있어서도 지나치게 엄격하



## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

고 경직된 문제로 나가는 것은 좀 바람직하지 않다는 말씀도 해 주신 것 같습니다.

지금까지 네 분의 지정토론자께서 지정토론을 해 주셨는데, 일부 공통되는 의견도 있는 반면에 약간 의견을 달리하신 부분도 있는 것 같습니다.

우선 지정토론자께서 나중에 좀 더 상호 간에 토론할 기회를 드리도록 하되, 우선 지정토론자분들께서 제기하신 문제점에 대해서 양형위원회 전문위원으로서 이 양형기준을 만드는데 주무위원 역할을 해 주신 홍준호 부장판사님으로부터 일괄적으로 의견발표에 대한 답변을 들어보는 시간을 갖도록 하겠습니다.

### ● 홍준호 전문위원

안녕하십니까? 홍준호 부장판사입니다.

저희 전문위원들은 양형위원회의 양형위원님들께서 논의를 충분히 하실 수 있도록 기초적인 연구 작업을 하는 역할을 담당하고 있습니다.

오늘 제가 지식재산권범죄의 양형기준안 초안 작성과정에 깊이 관여한 전문위원으로서 제 개인적인 견해를 이 자리에서 말씀드리는 것은 아니고요, 전문위원단에서 그동안 검토하고 연구했던 내용을 지정토론 해 주신 부분에 관해서 설명을 해 드리는 그런 역할을 담당하게 되었습니다.

지금 지식재산권 분야의 깊이 있는 연구를 하신 네 분의 견해를 듣고 있으니까 이분들을 모시고 밤새서 토론을 하면 더 정치하고 정교한 양형기준을 만들 수 있지 않을까 이런 생각이 듭니다만, 이 네 분께서 워낙 바쁘신 관계로 지정토론 발표해 주신 내용을 토대로, 전문위원단에서 앞으로 다시 회의를 해서 심도 있게 깊이 검토하는 시간을 가져야 할 것 같습니다.

다만, 이 자리에서는 각 지정토론해 주신 분들의 의견 중에서 두 가지나 세 가지 정도만 전문위원단에서 그동안 검토했던 내용을 말씀드리도록 하겠습니다.

먼저, 가지고 계신 책자를 기준으로 말씀드리는 것이 보시기 편할 것 같아서요. 먼저, 도중진 교수님의 의견에 관해서 말씀을 드리도록 하겠습니다.

133페이지 중간 밑에 보시면, 넷째에 집약되어 있는 문단에 ‘이중평가금지’에 관해서 지적을 해 주셨습니다.

이러한 도 교수님과 같은 견해를 가지고 있는 의견도 물론 있습니다.

특별양형인자가 하는 역할이라고 하는 것은 권고 형량범위를 결정하는 역할을 하고 있는데요, 그 이후에 권고 형량범위 내에서 구체적으로 형을 정할 때 특별양형인자가 다시 한 번 역할을 하게 됩니다.

이렇게 역할을 하지 않도록 하자는 의견도 물론 있습니다만, 다수의 의견은 구체적으



로 형량범위 내에서 최종적인 형을 선고할 때에는 모든 요소가 참작되어야 된다, 재판부가 참작할 수 있는 모든 요소, 그것은 이미 권고 형량범위를 결정하는데 사용이 된 것이라 할지라도 특별양형인자부터 시작해서 일반양형인자까지 모두 검토를 하고, 더구나 양형기준에서는 일반양형인자에 적시되어 있지 않은 내용, 개개 사건별로 특유한 양형요소들까지 모두 참조할 수 있도록 구체적인 선고형을 결정할 때는 그렇게 하고 있기 때문에 특별양형인자와 같이 강력한 양형인자를 거기에서 제외하는 것은 타당하지 않다는 의견이 좀 더 많아서 지금 교수님과 같은 의견이 있었음에도 최종선고형을 결정할 때는 모든 양형인자를 전부 고려하는 것으로 양형기준이 설정되어 있다는 말씀을 드리겠습니다.

두 번째는 132페이지 맨 윗부분 ‘둘째’로 시작되는 문단에서 지적을 해 주신 부분인데요. 법률상의 감경사유를 양형기준에서 어떻게 다룰 것이냐, 이 부분도 역시 양형기준을 처음에 설정할 때 상당히 논의가 되어 있었던 부분입니다. 그런데 지금 양형기준의 전체적인 체계를 잡는 데 있어서 양형기준은 처단형을 세분화하는 작업은 아니라고 하는 것입니다. 적절한 형을 찾아나가기 위해서 형량구간을 정하고, 그 구간 내에서 구체적인 형을 선고할 때는 이러이러한 양형요소를 참조하라는 기준을 제시하는 것이지, 양형기준에서 다루고 있는 범죄의 법정형이 처단형으로, 각종 가중·감경을 거치면 처단형이 되는 것인데 그 처단형을 단순 세분화하는 작업을 양형기준이라고 하지는 않습니다. 그래서 법률상 감경사유가 매우 중요한 양형인자여서 그 양형인자를 양형기준에서 다시 한 번 참조토록 해야 적절한 형을 찾아나가는 양형기준으로서 역할을 할 수 있다고 하는 것이 양형기준 초창기에 저희가 체계를 잡았던 부분이고, 그에 따라서 지식재산권범죄도 같은 내용으로 저희가 설정을 해 놓고 있는 것입니다.

다음으로, 박성준 국장님께서 말씀하신 사항들 중에서 몇 가지 말씀을 드리겠습니다. 먼저, 143페이지에 나와 있는 맨 밑 부분에 벌금형과 징역형의 선택기준을 마련할 필요가 있다는 지적에 대해서 말씀을 드리면, 양형기준에 벌금형에 관한 기준이 왜 없느냐고 이해완 교수님께서 말씀하셨습니다만, 그리고 또는 징역형과 벌금형을 나누는 기준은 최소한 있어야 되지 않느냐는 의견들이 있습니다. 양형위원회 내에서도 이런 의견이 있습니다만, 이것은 정책적인 문제라고 보시면 될 것 같습니다. 국가형벌권의 적절한 행사를 위한 기준으로 지금 양형기준을 만들고 있는데요, 현 단계에서 벌금형에 관한 기준까지 설정할 필요성이 있느냐, 그 부분입니다. 왜냐하면, 양형기준이 초창기에 만들어진 것은 양형의, 그러니까 재판부별로 형량을 결정하는 데 있어서 편차가 존재한다, 또는 양형기준이 국민의 법 감정과 달리 너무 낮은 형이 선고되고 있다는 문제점에서 처음에 양형기준이 도입된 것인데, 사실 벌금형과 관련해서는 두 가지 지적이 본격적으로 법원에 제기된 적은 거의 없거든요. 벌금형이 재판부마다 너무 다르다든지, 아니면 벌금형이 너무 낮

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

아서 안 된다, 이런 기준이 제시된 적은 없기 때문에 현재까지는 벌금형에 관한 양형기준까지 만들 필요는 없지 않느냐는 것이 양형위원회의 입장인 것 같습니다. 그에 따라서 지식재산권범죄에 대해서도 징역형을 선고하는 경우, 그러니까 판사가 선택이 되어 있는 형종 선택을 할 수 있는 경우에는 벌금형이 아니라 징역형을 선택한 경우에 참고하는 기준으로 양형기준을 만들었고, 그와 같이 보시면 될 것 같습니다.

한 가지만 더 첨언을 하자면, 양형기준을 만들면서 벌금형과 징역형을 나누는 기준을 만들자고 하는 의견의 기저에는 벌금형이 징역형보다 가볍다는 기본적인 생각이 있습니다. 물론 맞습니다. 형법의 형종을 나누면서 벌금형보다 무거운 것이 금고형, 그 위가 징역형으로 되어 있습니다. 그러나 양형 실무를 실제적으로 들어가 보면, 특히 자력이 없는 피고인들 같은 경우에는 벌금형보다는 단기 징역형에 집행유예를 오히려 더 가볍게 생각하는 경우도 있습니다. 자기가 당장 벌금을 낼 돈이 없게 되는데 벌금형을 선고받게 되면 환형유치, 노역장 유치에 따라서 5만 원당 1일로 환산해서 감금이 되게 됩니다. 그러나 단기 징역형에 집행유예를 받게 되면 물론 법률상으로 더 무거운 형이지만 그 기간만 다른 범죄 저지르지 않고 잘 지나가면 징역형을 선고받은 것이 효력이 없게 되기 때문에, 그런 아주 실무적인 문제점까지도 저희가 고려를 해서 양형기준이라는 것을 설정해야 된다는 의견도 있어서 벌금형과 징역형 사이의 양형기준을 만드는 문제는 쉽게 결정이 안 되고 있다는 부분입니다.

그래서 양형기준, 저희가 살인죄부터 시작해서 2009년에 양형기준을 시행하기 시작해서 상당한 기간이 지났습니다마는, 전체적인 범죄에 관해서 체계를 잡는 문제, 기본적인 사항에 관한 문제라는 말씀을 아울러 드리고 싶습니다.

다음으로, 박성준 국장님께서 말씀하신 부분 중에 145페이지 맨 윗부분 4항이라고 되어 있는 부분에 대해서 말씀을 드리겠습니다.

양형기준안에 나와 있는 가중영역의 상한이 법정형의 상한에 못 미치죠. 못 미치는 것은 사실입니다. 그러나 그렇다고 해서 법정형의 상한에 해당하는 형을 선고할 수 없는 것은 아닙니다. 그러니까 특별가중인자가 특별감경인자보다 2개 이상 많은 경우에는 특별조정이라고 해서 양형기준에서 가중영역의 상한에 다시 1/2 또 가중할 수 있도록 되어 있습니다.

그리고 그것이 다수범죄 처리기준, 여러 개의 실체적 경합범에 해당되는 경우에는 기본범죄에 경합하는, 쉽게 말하면 약한 범죄의 형량의 1/2을 그 위에 얹을 수 있고요. 또 하나 더 있으면 1/3을 더 얹을 수 있도록 되어 있습니다.

그래서 이렇게 가중영역의 상한이 계속 올라갈 수 있는 길이 있기 때문에 상한을 넘어서 선고될 수 있는 길도 있죠.

지금 저희가 설정한 양형기준에서도 그렇게 되지 않는 경우도 있습니다. 그러나 기본적으로 양형기준이라고 하는 것은 제가 아까 말씀드린 것처럼 적정한 형을 찾아나가는 과정에서 이와 같은 범죄유형에는 이와 같은 권고 형량범위 내에서 선고를 하도록 권고하는, 권고적인 효력을 가진 기준을 말하는 것입니다.

따라서 양형기준을 저희가 설정해서 재판부에 양형기준을 존중하도록 권고할 때는 이와 같은 전형적인 사건들 위주로 양형기준을 설정할 수밖에 없는 것이고요. 그와 같은 전형적인 타입을 벗어나는, 죄질이 몹시 나쁘다든지, 아니면 상정할 수 없었던 다른 양형인자가 그 사건에 있는 경우에는 양형기준을 이탈해서 법정형의 상한까지도 선고할 수 있는 길이 지금 열려있는 셈입니다.

따라서 양형기준에서 법정형의 상한에 해당되는 정도의 사항까지 모두 포섭한다고 하는 것이 원래 양형기준의 설정목적이 아니었다는 점을 말씀드리고 싶습니다.

다음으로, 146페이지 밑에 부분에 있는 6항입니다.

‘손해배상 가능성이 없는 경우’, 이 부분인데요. 타당하신 지적입니다. 그런데 ‘민사적 손해배상 가능성이 없는 경우’ 이런 양형인자의 의미를 명확하게 규정할 수 있을 것인지는 앞으로 전문위원단 회의에서 검토를 여러 가지로 해 봐야 될 것 같습니다. 적절하신 지적이고요. 만약에 사기범죄에는 이런 양형인자가 있습니다. ‘범죄수익을 은닉한 경우’, 그래서 수익을 은닉한 경우에 가중인자로 삼고 있는데, 국장님 말씀하신 의도와 유사한 것 같습니다. 이와 비슷하게 수익을 은닉하거나 민사상 구제가 어렵게 만드는 경우를 가중인자로 추가할 것이냐, 필요성은 있는 것 같습니다만 구체적으로 저희가 표현을 어떻게 할 것이냐부터 시작해서 적절하냐, 이 문제까지 전문위원단에서 구체적으로 논의해야 될 것 같습니다.

다음으로, 이명규 변호사님께서 말씀해 주신 견해들 중에서 먼저 157페이지에 나와 있는 맨 밑 부분입니다.

‘침해행위로 인해서 총매출액이 30억 원 이상인 경우’, 이 부분에 대해서는 형사사건에서 민사사건처럼 손해배상액을 정교하게 계산한다고 하는 것이, 물론 하면 좋겠습니다만 현실적으로 어려운 상황인 것 같습니다. 민사사건에서는 1원까지 계산해서 손해배상을 명해야 되는 재판이기 때문에 그렇습니다만 기본적으로 이와 같이 양형요소를 둔 것, 그러니까 ‘침해행위로 인해서 총매출액이 30억 원 이상인 경우’를 죄질이 나쁜 것으로 보는 이유는 권리침해행위와 관련된 매출액 규모가 30억 원 이상이 될 정도라면 이미 권리의 침해 자체가 중대한 것으로 볼 수 있기 때문이라고 하는 것입니다. 그런데 지금 지적을 적절히 해 주신 것처럼 상품 규모는 큰데 거기에 비해서 침해행위와 관련된 특허, 실용신안, 디자인이 아주 조금만 반영이 되어 있는 경우 즉, 규모에 비해서 아주

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

작은 권리침해가 있는 경우에는 상당인과관계를 고려하지 않고 총매출액만 기준으로 하는 것이 부당한 측면이 있는 것이 사실입니다. 그래서 지금 적절하게 지적해 주신 사항을 저희가 전문위원단에서 검토를 해 봐서 어떻게 표현을 바꾸거나 어떻게 요건을 다시 재정비를 해야 형사소송에서 심리할 수 있으면서도 적절하게 권리침해의 규모나 매출액 사이의 관계를 다룰 수 있을 것인지는 다시 한 번 저희가 구체적으로 검토를 해 봐야 될 것 같습니다.

다음 변호사님이 말씀해 주신 것 중 159페이지 맨 밑 부분에 있는 ‘권리자의 침해중단 요구 후 범행 지속’, 이 부분은 저희 전문위원단에서 검토를 못 했던 부분입니다. 적절하신 지적 같고요. 저희가 권리자가 침해중단을 요구하고, 또 그것이 침해행위에 해당되는 것이 명백한 경우에도 중단하지 않고 계속 진행한 경우, 이렇게 요건을 재정비하면 아마 변호사님이 말씀하신 취지와 부합하지 않을까 싶은데요. 이 구체적인 표현에 대해서는 전문위원단에서 다시 연구를 해서 양형위원회에 보고를 올리도록 하겠습니다.

다음으로, 161페이지 ‘유출’ 부분인데요. 이 부분은 변호사님께서 지적을 적절하게 잘 해 주신 부분이고요. 사실은 양형기준안을 마련해서 저희가 공청회를 합니다, 하고 지정토론하신 분들에게 모두 보낸 후에 저희가 자체 검토를 하다가 발견한 부분입니다. 그래서 공청회 끝나고 다시 한 번 회의를 할 때 다듬으려고 했었던 부분이고요. 영업비밀침해라고 하는 것이 행위태양이 취득, 사용, 누설, 이 세 가지가 되어 있는데 이미 누설이 됐다고 하면 제3자에게 유출되었거나 되었을 가능성이 큰 것이죠. 그래서 양형위원회 회의에서도 양형위원님께서 한 번 지적을 해 주신 부분입니다만, 이 부분은 저희가 다시 표현별로 나누어서, 예컨대 ‘취득한 영업비밀이 제3자에게 유출되었을 경우’로 하든지, 아니면 누설이 이미 행위태양으로 있기 때문에 이미 제3자의 사용을 전제로 하고 있는 것이 라면 이 규정을 삭제하든지, 그것은 다시 자세히 검토해서 형량과 조정이 잘 맞는지를 다시 한 번 검토해 봐야 될 것 같습니다.

다음으로, 이해완 교수님께서 말씀해 주신 167페이지의 유형구분에 관한 부분입니다. 그 부분은 교수님께서 길게 말씀해 주신 것처럼 사실 전문위원 단계, 또 양형위원님들께서 논의하시는 단계에서 상당히 논의가 많았던 부분입니다. 어떻게 유형분류를 할 것이냐는 부분인데요. 지적하신 것과 같은 문제점이 저희가 알고 있었던 부분이고, 또 오늘 추가로 몇 가지 고려해야 될 점까지 지적을 해 주셔서 다시 한 번 검토를 해서 양형위원회에 보고를 하도록 하겠습니다. 지금 각종 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권을 침해한 행위는 7년 이하의 징역으로 되어 있고, 저작권을 침해한 행위는 5년 이하의 징역으로 되어 있습니다. 그리고 저작인격권은 3년 이하로 되어 있어서 법정형이 다소 차이가 남에도 저희가 다소 무리해 보이는 유형분류, 이 권리침해를 모두 묶어서 하나의 유형

으로 분류를 했던 것은 실제로 이러한 사건들을 담당해서 현재까지 판결을 하고 계신 판사님들의 판단내용이 형량에서 그렇게 차이를 보이지는 않는다는 데 근거를 했던 것입니다. 그래서 저희가 규범적으로 형량구간을 만든다고 하는 것이 보기에는 좋을지 모르지만, 사실은 타상에서 어떤 형량구간을 설정해 놓게 되면 한편으로는 위험하기도 하고, 그것이 현장에 바로 적용되기 때문이에요. 또 한편으로는 맞는지 계속 저희가 마음속으로 의심 가지게 됩니다. 따라서 아무래도 판사님들이 실제 사건을 놓고 판결을 했던 그 판결의 선고형량이 기본적으로는 가장 중요한 기준이 될 수밖에 없습니다. 물론 그것이 적절치 않다고 판단되면 양형위원회에서 규범적으로 상향 또는 하향조정을 할 수는 있겠습니다만 이것이 기본적으로 상당히 유사한 형이 선고되고 있다는 점 때문에 저희가 유형을 같이했습니다. 그러나 개념적으로 분류할 수 있는 범죄들임은 틀림이 없습니다. 지적해주신 부분을 참고해서 면밀하게 다시 검토해서 양형위원회에 보고를 드리는 것으로 하겠습니다.

그리고 마지막으로 171페이지에 ‘범행 동기에 특히 참작할 사유가 있는 경우’, 맨 밑에 부분에 그 말씀을 설명하셨습니다만, 이 부분은 저희가 초기에 검토를 잠깐 했다가 다른 감경사유들과 중첩이 되는 부분들이 많이 있어서 뺐던 경우인데요.

지금 교수님이 지적을 해 주신 것과 같은 FTA라든지 법개정 부분도 있고, 그로 인해서 친고죄의 범위가 축소되었다고 하는 부분, 또 ‘공정이용’과 관련된 조항의 신설과 그에 따른 현실적으로 저작권을 침해하는 경우에 경미한 사범으로 분류될 수 있는 저작권침해 사범에 대한 형을 정함에 있어서의 참작 필요성, 이런 부분에 대해 설명을 해 주신 부분을 잘 들었습니다. 전문위원단에서 자세히 검토를 해서 ‘범행 동기에 특히 참작할 사유가 있는 경우’, 이런 특별감경인자를 설정한 것인지에 대해서 적극적으로 검토를 하도록 하겠습니다.

이상입니다.

## ● 사회자

네, 수고하셨습니다.

(일동박수)

상당히 시간이 경과되었습니다.

우선 방청객 여러분께 마이크를 돌리기 전에 홍준호 부장판사님께서 답변하신 내용, 그리고 또 지정토론자, 네 분께서 발언하신 내용 중에 보게 되면 서로 약간 의견이 다른 부분도 있는 것 같습니다.



## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

예를 들자면 ‘실제 피해가 경미한 경우’의 감경인자를 어떻게 볼 것이냐, 특히 ‘당해 권리자가 사실상 사용하고 있지 않은 경우’를 과연 ‘실제 피해가 경미한 경우’로 볼 것이냐 하는 부분에 대해서는 아까 박성준 국장님과 이명규 변호사님이 다른 의견을 말씀하셨습니다.

지금 홍준호 부장판사님께서 여러 가지 답변을 하셨습니다마는 지정토론자분들께서 그 답변에 대한 반박이라든지, 또 지정토론자 상호 간에 의견 제시할 것이 있으면 말씀해 주시죠.

어떻습니까? ‘권리자가 당해 권리를 사실상 사용하고 있지 않은 경우’를 ‘실제 피해가 경미한 경우’라고 볼 수 없다고 아까 박성준 국장님이 말씀하셨는데, 그 점에 대해서 이명규 변호사님은 다른 의견을 제시하셨습니다. 이 점에 대해서 혹시 박 국장님 하실 말씀이 있으신가요?

### ● 박성준 지식재산진흥관

이 부분은 이명규 변호사님 말씀도 굉장히 중요한 말씀이고, 타당한 말씀이십니다.

‘NPE’라는 게 ‘특허괴물’이라는 표현을 써서 외국 기업들이 국내의 특허권을 매수해서 권리를 행사하고 그래서 엄청난 수익을 올리는 행태를 보이기 때문에 정부에서도 여기에 대해서 굉장히 경계를 하고 대책을 세우려고 노력을 해 왔습니다.

그런데 사실은 ‘특허괴물’이라는 것이, 요즘은 ‘특허괴물’이라는 말을 안 쓰고, ‘NPE’라는 말을 씁니다. ‘Non Practicing Entity’, 생산하지 않고 권리만 행사하는 그런 의미로 쓰이는데, 그 이유가 ‘특허괴물’은 그 본질을 따져보면 남이 하면 괴물이고, 내가 하면 천사입니다. ‘특허괴물’이라고 하는 게 개인이나 중소기업의 자기가 직접 실시하지 못하는 권리들을 매집해서 그 권리를 행사할 수 있는 길을 열어주고 수익을 만들어 내는 형태로 하거든요. 그렇기 때문에 ‘NPE’에 대한 시각이 조금 달라져 가고 있습니다. 그래서 ‘특허괴물’이라는 말을 안 쓰고 ‘NPE’라는 말을 쓰고 있는 것이기 때문에 그런 관점에서 저는 한 번 재검토해 볼 필요가 있지 않나 이런 생각을 했습니다.

### ● 사회자

이명규 변호사님 혹시 보충하실 말씀 있으신가요?

### ● 이명규 변호사

저도 기본적으로 박 국장님께서 말씀하신 취지에 대해서 전적으로 공감을 합니다. 국



장님께서 말씀하신 개인이나 중소기업이 운영하는 그러한 소규모의 발명가 혹은 지식재산 창출자가 갖는 권리를 보호할 필요가 있다는 점, 그리고 기술을 하나의 상품으로서 시장에서 거래를 좀 더 활성화하기 위해서 형사적인 제도 측면에서도 보호할 필요가 있다는 점에 대해서는 전적으로 공감을 합니다.

다만, 그러한 사항 외에도 지식재산권 제도의 기본목적이 그 권리를 실재산업에 활용해서 거래에 이용하고, 그러한 상태를 보호하고, 그로 인한 일반 공중 다수가 더 많이 쓸 수 있도록 장려한다는 것, 이것도 지식재산권법제의 중요한 목적이니만큼 그러한 점도 우리가 양형인자를 산정함에 있어서 고려해야 되지 않을까 하는 생각에서 말씀드렸습니다.

따라서 ‘실제 피해가 경미한 경우’ 외에 ‘침해된 당해 권리를 관리자가 사실상 사용하고 있지 않은 경우’를 독립한 인자로 설치해 둬으로써 국장님이 말씀하신 경우는 실제 권리를 사용하지 않더라도 피해가 경미하지 아니할 수 있기 때문에 충분히 다른 가중인자로서 포섭될 수 있다고 봅니다. 또 한편으로는 당해 권리를 등록만 해 두고 사용하지 않는 경우는 산업에서 활발하게 사용된 경우와 좀 더 다른 차별적 취급을 양형인자에서 고려할 필요가 있지 않을까 하는 생각이 들어서 양립할 수 있는 방안도 있다고 봅니다.

또 하나는 사용되지 않은 권리와 사용된 권리를 양형인자로서 구분되게 취급을 하면 결국 기술거래를 활발히 활성화해서 특정의 생산된 기술을 실제 사용하고자 하는 사람에게 빨리 전달하는 촉진 성과보수로서도 작용하지 않을까 하는 생각이 들었습니다.

이상입니다.

## ● 사회자

감사합니다.

시간이 많이 경과됐기 때문에 사실 지정토론자 여러분이 충분한 말씀을 할 기회를 드리지 못한 점 대단히 송구스럽게 생각합니다.

그러면 오늘 방청석에 많은 분이 와 계신데 방청석으로 마이크를 돌려서 질의, 토론을 해 보겠습니다. 방청석에서 발표자나 지정토론자에 대해서 질의가 있으시면 답변하실 분을 특정해서 말씀해 주시고, 질의가 아니라 의견을 말씀하실 분들은 자유롭게 발언해 주시면 되겠습니다.

방청석에서 자유롭게 질의하실 분이냐 발언하실 분은 손을 들어주시면 제가 발언기회를 드리도록 하겠습니다.

시간이 많이 경과되어서 아마 잠시 휴식이 필요한 것 같습니다.

그러면 지금까지 1시간 40분 동안 지식재산권범죄 양형기준에 관해서 네 분의 지정토

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

론과 또 그에 대한 홍준호 부장판사님 나름의 답변, 또 상호 토론이 있었습니다. 훌륭한 의견을 주시고 심도 있는 토론을 해 주신 지정토론자와 이 자리에 참석해 주신 모든 분들께 다시 한 번 진심으로 감사의 말씀을 드립니다. 여러분께서 주신 소중한 의견은 앞으로 양형위원회 전문위원회의와 양형위원회 전체회의에 반영되도록 노력해 나가겠습니다.

그러면 이상으로 지식재산권범죄에 관한 공청회를 마치도록 하겠습니다.

여러분, 대단히 수고하셨습니다.

감사합니다.

(일동박수)

### ● 운영지원단장

이상으로 지식재산권범죄 양형기준안 공청회를 마치겠습니다.

(15시 40분 휴회)

(16시 00분 속회)

### ● 운영지원단장

계속하여 폭력범죄 양형기준안에 관한 공청회를 시작하겠습니다.

1부에서와 같이 파워포인트를 이용하는 공간상의 제약으로 인하여 사회자 및 토론자를 테이블로 모시기 전에 폭력범죄에 관한 양형기준안 발표를 먼저 듣도록 하겠습니다.

양형기준안 발표는 양형위원회 수석전문위원이신 구회근 부장판사님이 하시겠습니다. 구회근 부장판사님은 연단으로 오셔서 폭력범죄에 관한 양형기준안을 발표해 주시기 바랍니다.

### ● 수석전문위원

지금부터 폭력범죄 양형기준안의 발표를 시작하겠습니다.

보고순서를 말씀드리겠습니다.

폭력범죄 양형기준안의 주요 내용을 유형분류, 형량범위와 양형인자표, 집행유예 기준의 순으로 소개한 후, 대표적인 양형기준안 적용 사례를 설명해 드리도록 하겠습니다.

양형위원회에서는 상해, 폭행, 협박범죄를 묶어서 폭력범죄라는 하나의 범죄군으로 파악하여 양형기준을 설정하기로 하였습니다.

이에 따라 폭력범죄에 관해서는 원칙적으로 상해범죄, 폭행범죄, 협박범죄를 대유형

분류 기준으로 하여 각각 양형기준을 설정하였습니다.

다만, 상해범죄 중 상대적으로 법정형이 높고, 실제 법원의 선고형량도 크게 차이가 나는 상습상해·누범상해·특수상해를 일반적인 상해와 구별하여 별도의 유형으로 분류하였습니다.

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의9에 의하면 자기 또는 타인의 형사사건의 수사 또는 재판과 관련한 진술 또는 증언 등에 대한 보복의 목적으로 상해, 폭행, 협박범죄를 범한 경우 가중처벌 하도록 규정하고 있으나, 실제 사건에서는 ‘상해’와 ‘보복 목적의 상해’ 사이에 죄질의 차이가 크지 않고 실제 법원의 선고형량도 큰 차이가 없는 점을 고려하여 특별양형인자로만 반영하고 별도의 유형으로 나누지는 않았습니다. ‘잔혹한 범행수법’과 ‘장애인이나 아동 등 범행에 취약한 피해자에 대한 범행’을 특별가중인자로 반영함으로써 상대적으로 중한 행위유형에 대해서는 그 죄책에 상응하는 엄정한 양형이 이루어지도록 하였습니다.

상해범죄는 생명 다음으로 중요한 사람의 신체의 불가침성 또는 완전성을 침해하는 범죄로서 재판실무상 ‘범행의 결과’가 가장 중요한 양형요소로 고려되고 있고, 이것이 비교적 객관적이고 명확한 기준이라는 점을 고려해서 상해범죄의 결과에 따라 ‘일반상해’, ‘중상해’, ‘사망의 결과가 발생한 경우’로 유형을 세분화하였습니다.

폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제2조 제2항에는 2인 이상이 공동하여 상해범죄를 범한 경우 가중처벌 하도록 규정하고 있으나, 실제 사건에서는 ‘단순상해’와 ‘공동상해’ 사이에 죄질의 차이가 크지 않고 실제 법원의 선고형량에도 별로 차이가 없으므로 별도 유형으로 세분하지 않고 특별양형인자로만 반영하였습니다.

양형인자표를 보시면 ‘피해가 중한 경우’, ‘공무집행방해의 경우’ 등을 특별가중인자로 반영하였습니다. 앞서 살펴본 상해범죄의 제2유형인 ‘중상해’는 사람의 신체를 상해하여 생명에 대한 위험을 발생하게 하거나 불구 또는 난치의 질병에 이르게 하는 경우에 이에 해당합니다. 이에 반하여 특별양형인자인 ‘피해가 중한 경우’라 함은 위와 같은 중상해에는 이르지 못하지만, 치료기간이 4~5주 이상인 경우를 기준으로 하되, 후유장애 또는 심한 추상장애가 남거나 위험한 부위의 상해에 해당하거나, 추가 상해가 예상되는 경우 등을 의미합니다. 한편 ‘피해가 경미한 경우’, ‘피해자의 도발로 싸움이 시작되어 상해의 범행이 이루어진 경우’와 같이 ‘피해자에게도 범행의 발생 또는 피해의 확대에 상당한 책임이 있는 경우’ 등이 특별감경인자로 반영되어 있습니다.

상습상해와 누범상해는 행위자 요소에 의한 가중처벌이고, 특수상해는 범행수단이나 방법에 의한 가중처벌이어서 서로 가중의 취지가 다르지만 이는 모두 일반적인 상해와 구별되는 가중적 구성요건이고, 실제 법원의 선고형량도 차이가 거의 없어서 같은 유형

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

으로 분류하였습니다. ‘상습상해·누범상해’와 ‘상습특수상해·누범특수상해’의 실제 선고형량을 비교해 본 결과 상습특수상해의 경우 상습상해에 비하여 선고형량에 상당한 차이가 있는 것으로 조사되어 상습상해, 누범상해와 구별하여 상습특수상해, 누범 특수상해를 별도의 가중적 유형으로 구분하여 좀 더 중한 형량을 권고하고 있습니다.

양형인자표를 살펴보면, 일반적인 상해와 비교하여 ‘불특정 또는 다수의 피해자를 대상으로 하거나 상당한 기간에 걸쳐 반복적으로 범행한 경우’가 특별가중인자로 반영되어 있는 점이 특징이라고 할 수 있습니다.

폭행범죄도 원칙적으로 범행의 결과를 기준으로 ‘일반폭행’, ‘폭행치상’, ‘사망의 결과가 발생한 경우’로 유형을 세분하였습니다.

다만, 상해범죄와는 달리 상습·누범·특수폭행을 별도의 대유형으로 구분하지는 않고 폭행범죄의 하나의 세부유형으로 분류하였습니다.

또한, 기존 법원의 양형 실무는 일반폭행과 형량에 있어서 별다른 차이가 없었으나, 상습·누범·특수폭행이 일반폭행에 비하여 죄책이 더 중하다고 판단되어 형량범위를 상향 설정하였습니다.

특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의10에 의하면, 운행 중인 자동차의 운전자를 폭행한 경우에는 일반적인 폭행범죄에 비하여 가중처벌 하도록 규정하고 있습니다. 그러나 이를 별도의 유형으로 분류할 정도에는 이르지 못하다고 판단하여 특별가중인자로만 반영하였습니다.

양형인자표를 살펴보면 상해범죄와 비교하여 ‘범행을 주도적으로 실행하거나 지휘한 경우’, ‘상습성을 가지고 불특정 또는 다수의 피해자를 대상으로 하거나 상당한 기간에 걸쳐 반복적으로 범행한 경우’가 특별가중인자로 반영되어 있습니다.

반면 ‘범행태양이 경미한 경우’가 특별감경인자로 반영되어 있습니다.

협박범죄는 법정형의 차이를 고려하여 일반협박, 운전자 협박치상, 운전자 협박치사, 상습·누범·특수협박으로 유형을 세분하였습니다.

운전자에 대한 단순협박은 별도의 유형으로 나누지 않고 특별가중인자로만 반영하였고, 운전자에 대한 협박으로 상해나 사망의 결과가 발생한 경우에는 별도의 유형으로 분류하여 좀 더 중한 형량을 권고하고 있습니다.

양형인자표를 살펴보면, 앞서 본 폭행범죄 양형기준표와 대동소이합니다.

집행유예 기준은 보시는 바와 같이 양형인자표의 특별양형인자를 대부분 주요참작사유로 반영하였습니다.

다음은 양형기준안의 구체적인 적용 사례를 말씀드리겠습니다.

피고인이 같은 마을 선후배 사이인 피해자와 함께 술을 마시면서 서로 다투다가 피해

자의 먹살을 잡은 상태에서 다리로 피해자의 다리를 걸어 넘어뜨려 피해자로 하여금 아스팔트 포장길에 머리를 부딪치게 하고, 이로 인하여 피해자가 병원에서 입원치료를 받던 중 외상성 경막하혈종에 의한 패혈증 쇼크로 사망한 사안에서 종전에 실제로 선고된 형은 징역 3년이었습니다.

여기에 이번 양형기준안을 적용할 경우, 피고인의 행위는 ‘일반적인 상해’ 유형 중 제3유형에 해당하고, 특별가중, 특별감경인자가 없으므로 기본영역에 해당하여 권고 형량 범위는 징역 2년 내지 4년이 됩니다.

따라서 이번 양형기준은 종전 양형 실무를 충실히 반영하는 양형기준이라고 할 수 있습니다.

이상 폭력범죄 양형기준안의 발표를 마치겠습니다.

경청해 주셔서 감사합니다.

(일동박수)

## ● 운영지원단장

이상으로 폭력범죄에 관한 양형기준안 발표를 마치고 지정토론으로 들어가도록 하겠습니다.

사회자 및 토론자분들께서는 정면에 놓여 있는 테이블로 오셔서 지정된 자리에 앉아서 주시기 바랍니다.

사회자와 발표자의 소개는 이미 1부에서 마친 관계로 생략하기로 하고 폭력범죄 지정토론을 위해 참석하신 네 분의 토론자분들을 소개해 드리겠습니다.

먼저, 이동희 교수님을 소개하겠습니다.

이동희 교수님은 경찰대학 행정학과를 졸업하시고 일본 고베대학교 대학원에서 법학석사 및 박사학위를 받으셨습니다. 국가권익위원회 자문위원 등을 역임하셨으며, 현재 경찰대학 법학과 교수 및 경찰청 선진수사제도연구회 회장 등으로 활발하게 활동하고 계십니다.

(일동박수)

다음은 최호진 교수님을 소개해 드리겠습니다.

최호진 교수님은 경북대학교 공법학과를 졸업하시고, 경북대학교 대학원에서 법학석사 및 박사학위를 받으셨습니다. 경북대학교 인문과학연구소 연구원 등을 거쳐 현재 단국대학교 법학과 교수 및 한국형사정책학회 정회원 등으로 활발하게 활동하고 계십니다.

(일동박수)

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

다음은 한상훈 교수님을 소개해 드리겠습니다.

한상훈 교수는 서울대학교 법학과를 졸업하시고, 서울대학교 대학원에서 법학석사 및 박사학위를 받으셨습니다. 사법제도개혁추진위원회 기획위원 및 대법원 사법개혁위원회 전문위원을 역임하셨고, 현재 연세대학교 법학전문대학원 교수 및 법무부 국제형사특별분과 위원 등으로 활발하게 활동하고 계십니다.

(일동박수)

다음은 홍명기 변호사님을 소개해 드리겠습니다.

홍명기 변호사님은 성균관대학교 법학과를 졸업하시고, 제42회 사법시험에 합격하셨습니다. 청주지방법원 국선전담변호사 등을 거쳐 현재 법무법인 정곡 소속 변호사로 활발하게 활동하고 계십니다.

(일동박수)

바쁘신 중에도 귀중한 시간을 내어 토론에 참석해 주신 네 분의 토론자를 위하여 다시 한 번 힘찬 박수를 부탁드립니다.

(일동박수)

이상으로 토론자 소개를 마치고, 사회자이신 임성근 상임위원님께 마이크를 넘겨서 폭력범죄 양형기준안에 대한 본격적인 토론을 시작하도록 하겠습니다.

### ● 사회자

안녕하십니까? 오늘 폭력범죄 양형기준안에 관한 공청회의 사회를 맡게 된 양형위원회 상임위원 임성근입니다.

오늘 정말 바쁘신 가운데에도 끝까지 자리를 함께해 주신 방청객 여러분께 진심으로 감사의 말씀을 드립니다. 그리고 바쁘신 가운데에도 훌륭한 지정토론문을 작성해 주시고 토론까지 해 주실 네 분의 지정토론자 여러분께도 진심으로 감사의 말씀을 드립니다.

여러분이 잘 아시는 것처럼 폭력범죄는 우리나라 범죄발생빈도 중에서는 이른바 3대 범죄 안에 들어가는 중요한 범죄입니다. 교통범죄, 절도, 또 이와 함께 폭력범죄는 우리 사회에서 가장 빈발하는 범죄 중의 하나고, 또 우리 서민들의 실생활에 밀접한 관련이 있는 범죄가 아닌가 합니다. 오늘 폭력범죄의 양형기준안에 관한 토론을 하게 된 것은 그런 의미에서 매우 뜻 깊은 것이 아닌가 생각합니다.

조금 전에 간략히 토론자에 대한 소개를 해 드렸습시다만, 오늘 토론하실 네 분은 정말 학계에서 또 실무계에서 특히 폭력범죄나 기타 형사법에 아주 정통한 분들입니다. 그래서 이분들의 귀중한 말씀을 듣게 됨으로써 우리 양형위원회가 양형기준을 만드는 데 큰



도움이 되리라 생각하고 있습니다.

오늘 공청회 진행순서에 대해서 간략히 설명드리겠습니다.

우선 지정토론자분들께서 약 10분 내외로 준비된 지정토론을 해 주시고, 지정토론이 끝나게 되면 폭력범죄에 관한 양형기준을 만드는데 주무전문위원으로 역할을 해 주신 홍준호 부장판사님으로부터 일괄해서 그에 관한 의견을 듣도록 하겠습니다. 그리고 그 이후에 토론자 상호 간에 토론이 있으면 토론을 진행한 다음 방청석으로 마이크를 돌려서 여러분의 기탄없는 좋은 의견을 듣는 자리를 마련하겠습니다.

그러면 먼저 이동희 경찰대학교 법학과 교수님의 지정토론을 박수로 청해 듣겠습니다.

(일동박수)

## ● 이동희 교수

방금 소개받은 이동희입니다.

폭력범죄 양형기준안에 대한 토론자 중 첫 번째를 맡게 된 것 같습니다. 앞 시간에 잠깐 보니까 네 사람씩 하던데, 인원이 네 명인데 가나다순서인 것 같습니다. 제가 ‘이’가 입니다만 보통은 뒤에 가는데 오늘 참석하신 분들이 ‘오’ 보다 다 뒤에 계셔서 제가 첫 번째가 된 것 같습니다.

앞에 사회자님의 소개 말씀이 있었습니다만, 학계 전문가로 여러 가지 중요한 토론을 해주신다고 했는데 기대에 부응하도록 열심히 토론해 보도록 하겠습니다.

제가 말씀드리고 싶은 내용은, 이 토론문이 미리 만들어져 있기 때문에 내용을 읽어보시면 될 것 같습니다. 시간이 10분 내외인 관계로 전체적인 것을 다 읽는 것보다는 중요한 핵심내용만 간단하게 제 의견을 보태서 말씀드리는 것으로 이야기하도록 하겠습니다.

토론의 내용 자체는, 토론문에는 그렇게 해 놓았습니다. 제가 이번에 구체적인 폭력범죄 양형기준이라는 부분만 놓고 보면 아시다시피 기존에 이미 양형위원회에서 2007년 7월부터 1차 횡령·배임 등 8개 범죄가 될 것 같은데요, 살인부터 중요범죄에 대해서 이미 양형기준을 만들어서 시행해 왔고, 양형위원회 2기에서도 한 8개 범죄군에 대해서 이미 했고, 지금 3기에 들어와서, 아마 양형위원회도 거의 만 5년차 들어와 있는 상황인 것 같은데요. 여기에서 새로운 것들이 만들어졌기 때문에 전체적인 양형기준제, 또 특히 양형기준의 기본적인 사항들이라고 할까요? 기본적인 방식이나 도식, 이런 것들에 관련된 문제는 이미 많이 논의가 있었던 것 같습니다.

그래서 범위를 좁혀서 폭력범죄에 대한 기존의 양형기준을 중심으로 드리고 싶은 이야기 한 서너 가지 정도를 토론문에 적어두었습니다.

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

그 부분에 대해서 먼저 말씀을 드릴까 하는데요.

간단하게 양형기준에 대한 시행과 더불어 또 앞으로의 방향성에 대해서 토론문의 서론과 본론 부분에 간단하게 언급한 게 있습니다. 그런 정도로 토론을 진행할까 합니다.

양형기준안이 20개 정도 범죄군별로 제시되고 있지만 폭력범죄는 다른 범죄에 비하여 국민의 다수가, 어떻게 보면 일반시민 누구라도 그 대상이 되기 쉽다 라는 특성이 있다고 봅니다.

야간에 보면 우리나라 112 신고가 참 많습니다. 거기에 싸움이 나서 출동해 보면 대부분 술을 많이 먹어서 그렇다고 볼 수도 있습니다만 주로 싸움, 폭행이나 상해 이런 쪽 관련되는 사건들이 대다수입니다. 야간에 일어나는 단속 사건이 감각적으로 60~70% 정도는 대부분 이런 사건들이라고 하는데 그만큼 다수의 사건이기 때문에 여기에서 제시하는 양형기준이 국민 다수가 누구라도 이 기준이 적용될 수 있다는 측면에서 보면 상당히 중요하지 않느냐, 이런 개인적인 생각을 하고 있습니다. 그래서 좀 더 꼼꼼히 이 부분에 대해서는 잘 정리가 되어야 되지 않느냐는 생각이 들고요.

어쨌든 이때까지 나왔던 많은 양형기준 중에 폭력범죄 양형기준안도 구체적으로 기준을 기존방식에 따라 설정하고 있습니다. 기존에 나누어 났던 여러 방식이나 이런 것들 만드는 게 아시다시피 지금 외국에서도 이런 양형기준제라고 해서, 구체적으로 어느 나라든지 입법적으로 일정한 법정형의 범위를 정해 두고 있고, 나라에 따라서는 그 범위를 조금 좁게 설정해서 법관의 재량을 많이 제약하는 나라가 있지만, 법정형이 조금 넓게 설정된 나라가 있고, 그런 상대적인 차이는 있는 것 같습니다마는 구체적으로 이렇게 세부적인 양형기준까지 만들어서 시행하는 나라는 결코 아직도 많지 않은 것 같습니다. 잘 아시다시피 영미법계 국가인 영국, 미국 정도가 대표적인 나라인 것 같은데요.

우리나라가 어쨌든 지금 이러한 구체적인 기준을 만든다는 것은 상당히 대외적으로나 여러 부분에서 상당히 사법적으로 선진화의 길을 가고 있다는 생각이 들고요.

토론에 앞서 기존에 나온 많은 안들, 또 이번에 들어와 있는 폭력범죄 양형기준안도 어떻게 보면 그러한 몇 개 안 되는 나라에서 했던 것을 그대로 받아들이는 것이 아니라 우리 한국식으로 상당히 고심을 해서 여러 가지 방식으로 구분해서 양형기준을 만든 것 같습니다. 그 속에서 아마 만드는 데, 제가 관여하지 않았습시다마는 어떻게 보면 무에서 유를 만들어 내는 것이 상당히 어려웠던 작업이라는 생각이 들고요.

거기에서 각고의 노력 끝에 나온 산물이기 때문에 토론자로서 그것은 충분히 인정하고 거기에 따라서 간단한 보탬이 되는 의견 정도를 말씀드리는 것으로 해서 세 가지만 제시해 보겠습니다.

아까 전체적인 논조에서는 사실 이 양형기준제의 근본적인 부분에 대해서도 지금 많은

논의가 있었던 것 같습니다.

최근에 기초적으로 아예 범죄군을 나누어서 하는 방식이라든지, 전체 범죄군에 공통적으로 도용될 수 있는 미국식의 어떤 세분화된, 그런 방식을 취할 것이냐의 문제부터 여러 가지 3단계 분류를 또 나누어서 가중, 감경, 기본유형, 이런 방식들이 독자적인 것 같은데요, 그런 것에 대한 논점은 이미 다른 부분에서 많이 논의되었기 때문에 생략하기로 하고, 아마 오늘 토론에서는 지금 요구하는 부분이, 특히 폭력범죄 양형기준안에서 보면 크게 세 가지 기준이 제시된 것 같습니다.

하나는 분류방식과 관련하여 대상범죄 유형을 상해, 폭행, 협박으로 분류해 두고 있는데, 상해는 다시 2단계로, 그 안에서도 세부적인 단계를 나누고 있는데 이런 유형분류가 타당한지 여부이고, 두 번째로 기본·가중·감경영역에 대한 형량범위가 제대로 되어 있는지 여부입니다. 끝으로 양형의 가중·감경요소나 특별양형인자, 일반양형인자로 잡혀 있는 것들이 적정한가, 나아가 집행유예조건도 각각 겹쳐집니다만, 이 부분에 대한 이야기들이 아닌가 싶습니다. 관련해서 각각의 부분에서 하나씩만 제가 언급해 보도록 하겠습니다.

먼저, 대상범죄 유형분류의 적정성 여부 관련 부분인데요, 여러 가지가 있습니다만 특히 상해의 경우에는 두 가지 유형으로 다시 나누어 놓았습니다. 일반적 상해와 상습·누범·특수상해, 이 두 가지로 나누어 놓았는데 그 중에 일반적 상해라는 부분에 다시 들어가 보면 세 가지로 나누어지고 있습니다. 일반상해, 중상해, 사망의 결과가 발생한 경우입니다. 아시다시피 범행의 결과가 아까 말씀하신 것처럼 특히 상해나 폭행은 일반 시민의 감각이나 법집행하는 집행기관의 관념에서도 가장 중요한 기준이고 또 객관적인 기준이라는 부분에서는 이의가 없는 것 같습니다. 그래서 나누어놓은 것은 맞는 것 같은데, 그 중에 일반상해 유형만 다시 쳐다보면 그 속에 포함되어 있는 게 조금 버라이어티가 있는 것 같습니다. 기존 일반상해 형법 제257조 제1항에 있는 상해 외에도 존속상해도 들어가 있고, 나아가 폭력행위 등 처벌에 관한 법률에 있는 공동상해유형이나 또 특가법이라고 하는 무시무시한 어떻게 보면 가중처벌로 법정형이 꽤 높은 보복목적 상해도 들어가 있습니다. 그러다 보니까 각각의 법정형에서 특히 일반상해는 7년 이하의 징역 정도 입니다만, 가장 강한 보복목적 상해 같은 경우는 1년 이상의 유기징역으로 되어 있습니다. 형이 상당히 높고, 최근에 형법 개정을 통해서 유기징역의 상한이 30년까지 상향되어 있고, 가중했을 때는 50년까지 간다는 부분에서 보면 법정형이 상당히 많이 상향되어 있다고 느껴지는데요, 관련해서 공동상해나 특히 보복목적 상해 같은 경우에 이게 어떻게 보면 양형기준의 일반적인 문제점일 수도 있는데, 법정형에서 구하고 있는 법정형의 차등에는 구성요건의 차등이 있는데 이게 일반상해 7년 이하의 정도의 범죄와 한 군

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

에서 같이 취급되고 있는 게 타당할 것인가 하는 문제점이 일차적으로 눈에 보이는 것 같습니다. 실제 이렇게 해서 법정형에 차이는 있지만 사실은 우리가 입법자의 의도를 존중한다고 보면 양형기준제가 그것을 아주 과도하게 단순화시키는 것은 입법자의 입법취지에도 반하는 측면이 있다는 지적이 기존에 있어 온 것 같습니다. 그런 것은 놓아두더라도 실제 이 설명자료에서도 그 부분에 대해서는 기본적으로 양형의 실무적인 통계자료, 실제 이루어지고 있는 양형 실무통계 현실에 맞는 것을 반영하기 위해서 그런 것들을 구분해 보니까 사실 방금 말한 보복목적이나 공동상해도 크게 차이가 없다는 점이 이렇게 분류한 하나의 논거로 제시하고 있기는 합니다. 그런데 거기에서도 살짝 보면 보복목적 상해 같은 경우에는 통계적인 부분에 있어서도 사실 우리가 실무에 있는 현재 통계를 바탕으로 한다는 것은 의미는 있습니다만, 때때로 오류가 있을 수 있다는 부분도 조금은 고려해야 될 것 같습니다. 왜냐하면, 그 기간에 아까 일반 보복목적 상해 같은 경우는 조사기간 중에 총 35건인가 대상범죄이고, 실제 있었던 것을 통계로 썼던 것 같은데요, 소수 있고, 또 그런 부분에서 통계적 대표성이 있느냐의 문제도 조금은 논의해 봐야 되겠지만, 기본적으로 입법자가 통계 부분에서 아까 일정기간 동안 만약에 실제 진짜로 중형을 주어야 될 만한 보복목적 상해라는 게 일어나지 않았기 때문에 실제 통계에는 안 잡혔다고 하는 경우도 있을 수 있고, 또 그런 부분들 때문에, 또는 실제 양형기준제 시행의 하나의 목적이기도 합니다만 통상 우리 실무상의 양형 자체가 너무 관대했다, 그래서 입법자가 좀 더 과중하게 처벌해 달라는 의사표시로서 법정형의 상향 등이 이루어졌다고 보면 그런 것들을 너무 반영하지 못한 것 아니냐고 비판할 수 있을 것 같다, 그것이 제가 제기하는 첫 번째 질문이기도 합니다.

이 부분에 대해서는 아까 1주제 토론에서도 홍준호 부장판사님께서 예컨대 구체적으로 우리가 규범적 기준이라고 할까요? 입법적 기준을 좀 더 세분화해서 반영해서 기준을 다양하게 하는 것도 가능하지만 그랬을 때 실무와 맞지 않는 괴리라든지, 이런 것들에 대한 문제점도 말씀을 하시기는 합니다마는 방금 말씀드린 바와 같이 전체적인 부분들에서 조금 더 세분화하는 게 필요하지 않느냐 라는 생각을 해 보았습니다.

두 번째로 양형범위와 관련해서 보면 대상분류 방식 다음에, 양형범위 관련해서 보면 아무래도 이게 법정형과 방금 말한 것과 연관이 됩니다마는 양형기준 자체와 형량의 균형성 여부가 일차적으로 문제가 될 것 같습니다마는 그와 관련해서도 특히 폭행범죄 같은 경우에, 토론문 179페이지 중반 부분부터 적어놓은 부분입니다.

현재 일반폭행의 경우에, 특히 가장 단순한 폭행 등에서도 일반폭행의 경우에 기본형량이 2월~10월로 되어 있고, 감경했을 때는 8월 이하로 되어 있습니다. 자유형을 기본으로 양형기준제를 설정해 놓은 것은 맞습니다마는, 참고로 일반폭행이나 예컨대 일반협박

도 보면 법정형은 2년 이하의 징역 또는 3년 이하의 징역 외에 선택형으로 500만 원 이하의 벌금 또는 구류, 과료까지 다 들어가 있습니다.

다시 말하면 폭행이나 협박 중에 아주 경미한 범죄를 예정하고 있는 것이죠.

그런데 여기 양형기준안에서 제시하고 있는 것은 기본적으로 자유형을 중심으로 제시하고 있기 때문에 일반폭행·상해라고 하는, 일반폭행만 놓고 보면 감정영역이 있는 경우에도 '8월 이하의 자유형에 처한다.'라는 기준이 제시된 기본유형 같으면 2월~10월 사이가 되는데, 이게 이제 실제 양형 실무나 일반기준에서 보면 조금은 보통의 폭행과 상해가 일어나지 않는 정도의 수준이라면 과연 자유형을 선고할 것인가, 일반인 기준에서는 그렇지 않다는 생각이 많이 듭니다. 통상 상해까지 가지 않고 폭행 정도가 밀치거나 때리거나 했다고 하더라도 우리가 일선 기준에서 구속되고 실형이 되려면 통상 과거에는 예컨대 최소 요치 3주 이상의 상해라든지, 요즘은 4주 이상 정도로 잡는데, '그 시행 기준으로 기본 톨로 제시할 수 있을까?'라는 생각에서 약간의 괴리감이 느껴진다는 말씀을 드리고 싶고, 아마 실제 실무에서는 우리가 방금 말한 선택형 부분에, 특히 벌금 이런 부분에 자유형이 아닌 것을 선택할 때는 우리 양형기준제 자체 시행에서 볼 때는 그것을 반드시 선택형을 한 경우에, 특히 벌금이나 이런 것에 대해서는 기준을 제시하고 있지 않습니다. 여타의 범죄에 대해서.

그렇기 때문에 실제 실무에서는 그런 경우에 벌금을 선택했을 때는 양형기준을 준수하지 않은 것은 아니다, 이런 평가가 가능할 것 같습니다.

그런데 아까 여타의 범죄에서는 벌금형을 제시하지 않은 게 어느 정도 중대범죄 중심으로 갔을 때는 괜찮을 수 있다는 생각도 드는데, 이 폭력범죄는 실제 실무에서는 벌금이나 특히 실형을 가지 않는 범죄군이 제가 보기에 훨씬 많거든요.

그래서 이 많은 범죄군을 좀 실질적인 기준으로 일선에, 예컨대 수급하는 국민의 입장이나 실제 이것을 시행하는 사법기관이나 경찰이나 이런 입장에서 볼 때는 양자의 구분도 양형기준에서 제시해 주면 좋지 않겠느냐, 폭력범죄에서는 기존의 다른 범죄군에서 제시 안 했다고 해서 하지 않을 게 아니라 효시적으로라도 이런 부분에 대해서 기준을 제시하면 어떨까 하는 생각도 가져보았습니다.

끝으로 간단하게 양형인자 부분 관련해서 폭행·협박죄의 유형 중에 일반양형인자 구분을 보면 상습폭행이나 상습협박이 폭행·협박범죄의 제4유형으로 나누어져 있고 특별양형인자로서 가중요소로서 보고 있는 내용 중의 하나가 '상습성을 가지고 불특정 또는 다수의 피해자를 대상으로 하거나 상당한 기간에 걸쳐 반복적으로 범행한 경우' 이게 특별양형인자로 포함되어 있습니다.

그렇다면 '상습'이라는 것을 범죄 분류유형에도 넣어놓고, 가중요소에도 들어가는 게



## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

흔히 말하는 이중평가나 책임주의원칙 부분에서 볼 때 혹시 문제될 소지가 없는 것인지 그것에 대한 질문을 드립니다.

시간이 좀 된 것 같습니다.

어쨌든 아까 제가 일본에서 공부했던 게 소개가 된 것 같은데요. 최근에 여러 가지 한국의 형사사법의 선진화 부분이 일본에서 상당히 큰 관심이 있는 것 같습니다. 사내 간의 교류도 많이 있고 한데, 특히 이번에 양형기준제가 5년차에 들어온 것 같습니다만, 일본에서도 어떻게 보면 자기도 이런 것들을 해야 되지 않느냐, 특히 시민들이 참여하는 ‘배심원 재판’이 시작되다 보니까 한국의 양형기준제에 대해서 상당히 관심도 많고, 또 거기에 대한 연구도 하고 있는 것 같았습니다. 모쪼록 우리 양형기준제가 잘 정착이 되어서 세계적으로도 독창적이면서 선도적이고 잘 적용되는, 결국은 아마 국민이 말하는 첫 번째 문제점이었던 양형의 편차가 없어지고 국민에게 말 그대로 유전무죄 무전유죄라는 말을 듣지 않을 수 있는 그러한 양형기준이 되고 실제 실무가 또 이루어져서 신뢰받는 양형사법이 되기를 바라는 마음으로 토론을 마치도록 하겠습니다. 감사합니다.

(일동박수)

### ● 사회자

이동희 교수님, 감사합니다.

폭력범죄의 유형분류가 법정형이 다른 데도 불구하고 너무 과도하게 단순화된 것이 아니냐는 문제제기를 해 주셨습니다. 그리고 단순폭행, 단순협박의 경우에도 벌금형을 권고하지 않고 징역형을 권고하는 것은 조금 문제가 있지 않느냐, 그래서 가급적 징역형과 벌금형 선택기준을 마련해야 되지 않느냐는 제안도 해 주셨고, 그 다음에 특별양형인자에서 말하는 상습성 관련 가중요소와 제4유형의 상습폭행, 상습협박이 이중평가에 해당되는 것 아니냐는 문제점을 제기해 주셨습니다. 다시 한 번 이동희 교수님께 감사를 드리면서, 다음 토론은 최호진 단국대학교 법학과 교수님께 마이크를 돌리겠습니다.

### ● 최호진 교수

안녕하십니까? 방금 소개받은 단국대학교 최호진 교수입니다.

모든 당사자를 만족시킬 수 있는 기준을 설정한다는 것은 상당히 어려운 작업인 것은 분명한 것 같습니다. 폭력범죄 양형기준에 대하여 여러 가지 의견이 있을 수 있는데 우연한 결과인지는 몰라도 앞에 먼저 발표를 하신 이동희 교수님과 제가 의견이 중복되는 부분이 상당히 많습니다. 결국, 의논하지는 않았습니다. 자료집을 보고 오늘 오신다는 것을



알았습니다.

전체적인 소감을 말씀드리면, 첫 단추를 잘 끼워야 모든 것이 순조롭게 풀려나가는 것처럼 양형기준을 설정하면서 상당히 어려운 점은 바로 법정형이 상당히 불균형하기 때문입니다. 지나치게 형을 가중시키는 형사특별법의 남용으로 인해서 당시 국민의 여론에 즉흥적으로 반응을 했던 형사특별법들이 결국은 많이 누적되고, 이것이 실무에서는 상당히 받아들이기 어려운 현실 때문에 조금 다른 형태의 양형기준이 나오고 있지 않은가라는 생각을 해 봅니다. 많은 경험을 쌓았겠지만, 실제 형사재판에서 유죄냐, 무죄냐 하는 것은 상당히 중요한 부분이지만 우리나라에서 무죄판결 나는 것은 제가 조사해 보니 1심 사건을 기준으로 봤을 때 전체사건의 0.5%에 불과합니다. 따라서 대부분의 사건은 사실 형사 당사자들로서는 어떤 형종을, 또는 어느 정도의 형량을 받느냐는 것이 가장 큰 관심사인 것 같습니다. 하지만, 종전 양형에 대한 실무가 국민의 상식에 부합하지 않는 현실들이 조금 있었기 때문에 이를 완화하기 위해서 대법원에서 많은 노력을 기존에 해 온 것으로 알고 있습니다. 그래서 결국 2012. 3. 현재 여섯 번째 공청회까지 해서 기준안이 나오고 있는데요, 이런 상해죄나 폭행죄, 협박죄 같은 폭력범죄의 경우는 우리 일상에서 가장 많이 발생하는 범죄유형 중의 하나기 때문에 기준의 설정이 상당히 시급한 범죄였던 것은 분명한 것 같습니다. 지금이라도 기준이 설정된 것은 다행이라고 생각합니다만, 많은 위원이 더욱 전문적인 입장에서 심사숙고를 많이 하셨겠지만 토론자의 역할을 수행하는 의미에서 몇 가지에 대해서만 언급을 하고자 합니다.

먼저, 양형기준이 설정되지 않는 폭력범죄, 쉽게 말씀을 드린다면 기준 적용대상이 되지 않는 폭력범죄, 주로 경미한 폭행 또는 상해로 인해서 약식명령을 받는 경우를 말합니다. 벌금형이 선고되는 경우겠죠. 이 범죄와 기준적용 대상이 되어서 자유형을 받는 범죄 사이에 형평성 문제가 발생하지 않을까라는 생각이 듭니다. 이 부분은 아마 앞에서도 지적을 하셨듯이 벌금형과 징역형의 기준을 먼저 설정하는 작업도 이 폭력범죄와 관련해서는 조금 논의를 해 보는 것이 좋았지 않은가 라는 생각을 해 봅니다.

살인범죄 같은 경우에 적어도 100% 기소가 되겠지만 폭력범죄는 기소되지 않고 약식으로 끝나는 사건도 꽤 많기 때문에 비슷한 사안인데도 불구하고 하나는 약식명령으로 벌금을 받고 양형기준이 적용 안 되고, 또 어떤 것은 우연하게 기소가 되어서 기준을 적용받는다면 양자 간에 형평성 문제가 발생하지 않을까 싶은 생각이 들고요.

그 다음에, 폭력범죄 제1유형 일반폭행 또는 일반상해에 대한 부분입니다.

양형기준은 결국 말하면 같다고 볼 수 있는 범죄유형에 대해서는 같은 형량을 부여하자, 같은 것은 같게 처리하자는 것이 기본 입장인 것 같습니다.

그렇게 본다면 일반폭행 유형 중에 폭행, 존속폭행, 공동폭행, 공동존속폭행, 보복목적

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

폭행, 운전자 폭행을 전부 같은 것으로 취급하는 것은 조금 문제가 있지 않은가 라는 생각을 해 봅니다. 특히 쉽게 말씀드리면 ‘공동으로 존속을 폭행했다.’, 이게 공동으로 했다고 하는 점에서 보면 굉장히 위험성이 높은 수단일 테고요. 더군다나 폭행의 피해자가 존속이라는 측면에서 본다면 우리나라 정서상 상당히 책임에 대한 비난의 정도가 훨씬 높을 것이라고 생각합니다.

그리고 또 운전자 폭행 같은 경우에도 단순히 운전자만 폭행하는 문제에 그치는 것이 아니라 운전자를 폭행함으로 인해 승객들의 위험까지도 자초할 수 있다는 측면에서 ‘비난의 정도가 더 중하지 않은가’ 라는 생각이 드는데, 그런 점에서 본다면 모두 일반폭행 유형으로 넣는 것은 다시 한 번 생각해 봐야 되지 않을까 싶습니다.

새로운 유형으로 만드는 방법을 고려했으면 좋겠다는 생각이 있었는데, 제가 알기에는 이 부분에 대해서도 양형위원회 내에서 논의가 있었던 것으로 알고 있는데 그 부분에 대해서 조금 더 소개를 부탁드립니다.

그 다음에 보복목적 상해의 경우, 폭행상해도 마찬가지로인데요. 이 부분에 대해서는 기준안 설명에서 보복목적 상해가 있지만 실제 선고된 사안들이 비교적 사사로운 것이기 때문에 개인적으로 보복 목적을 가한 경우는 소수이다. 그래서 결국은 기준에 양형통계를 봤을 경우에 그 현실을 좀 반영해서 결정했다고 설명하고 계시지만 실제 형량이 그러한 점을 고려한 것이라고 하지만 입법자의 의도는 그러한 것을 염두에 두지 않았던 것이 아닌가 싶습니다.

특히 성범죄자가 자신을 고소한 것에 대해서 성폭력 피해자나 가족을 찾아가서 폭행·협박하거나 또는, 고소를 취하시키기 위한 목적이었겠죠. 직장이나 학교를 찾아가는 경우, 이런 경우 들을 가중처벌하기 위해서 특가법이 만들어졌는데, 그러한 입법 취지를 고려한다면 이 보복목적 같은 경우도 일반유형으로 분류하는 것은 적절하지 않은 것으로 생각이 됩니다.

물론 과거에 양형통계자료에 기반을 뒤서 작성했다고 하는데 저는 과거 양형통계자료를 한 70% 정도 쓰고 나머지 30% 정도를 규범적인 조정절차를 거쳤다고, 일반적으로 양형기준을 설명하고 있습니다만 이 부분은 너무 과도하게 과거 양형통계를 의존한 게 아닌가 라는 생각이 듭니다.

양형실무가 만약에 자료가 풍부하고 많이 있다면 정확한 통계자료를 얻을 수 있겠지만 양형통계가 비교적 적은 경우에는 규범적인 접근방법을 적극적으로 활용해야 되지 않을까 라는 생각을 해 보고요.

그래서 제 의견으로는 보복목적 같은 경우에는 일반 별도의 유형으로 분류하고 난 다음에 가장 많이 발생하는 친구, 이웃과 같은 근린관계, 또는 우발적인 다툼으로 했을 경

우에는 감경인자로, 조직적·폭력적·계획적인 경우에는 가중인자로 해서 별도로 분류한다면 입법자의 의도도 반영을 하고 양형통계 실무도 반영하는 유형이 되지 않을까 싶은데, 이것을 어떻게 생각하시는지 의견을 묻고 싶습니다.

그 다음에, 살인범죄의 경우에는 동기에 따라서 구분을 많이 하고 있는데요. 폭력범죄 같은 경우에는 범행의 동기가 너무 다양하다고 해서 분류를, 그렇게 양형을 나누지는 않고 있습니다만, 이해를 합니다만 최근에 많이 발생했던 무동기범죄, 소위 ‘묻지마 범죄’라고 하죠. 동기 없이 범행을 하는 무동기범죄 같은 경우, 이럴 경우 살인범죄 같은 경우는 양형기준에 따라 처리할 수 있는데 이 부분의 상해나 폭행에 대해서는 전혀 응답이 없습니다. 이런 ‘묻지마 폭력’ 같은 경우에는 과연 어떻게 적용을 할 수 있을지가 조금 궁금합니다.

토론을 마치면서 간단히 말씀드리자면, 기존 양형 실무에 대한 자료조사를 하는 기술적·경험적인 방식은 법적 안정성을 유지하고 법관이 순응을 한다, 순응도가 높다는 점에서는 큰 장점이 있지만 양형기준이 나오게 된 동기 즉, 과거의 양형실무가 적절하지 못하다, 국민의 상식에 부합하지 못하다고 하는 문제점이 있다면 오히려 통계에만 의존하는 것은 그런 비판을 고착화시키는 것이 아니냐는 생각이 듭니다. 이런 점에서 본다면 각 범죄의 죄질이나 위험성, 또는 입법자의 입법목적, 또는 양형절화에 근거한 규범적인 평가를 통해서 기준형량을 조정하는 규범적 접근방식이 중요하지 않느냐 하는 바람이 있습니다.

이상 마치겠습니다. 감사합니다.

(일동박수)

## ● 사회자

최호진 교수님, 감사합니다.

우선 구약식과 구공판 기준 설정이 필요하다는 의견과 함께 법정형이 다른 범죄를 너무 단순화했다는 비판적인 의견을 말씀해 주셨습니다.

그리고 보복목적의 폭행, 상해에 대해서는 입법자의 의도를 양형기준에 반영해서 규범적으로 상향조정해서 별도의 기준을 만들어야 되는 것이 아니냐는 의견을 제시해 주셨고, 또 ‘묻지마 폭력’ 범죄에 관한 양형기준 문제를 제기해 주셨습니다. 그리고 지나치게 종전 양형통계에 의존하지 말고 규범적 접근이 필요한 것이 아니냐는 소중한 의견을 말씀해 주셨습니다.

다시 한 번 귀중한 의견을 내주신 최호진 교수님께 박수를 부탁드립니다.

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

(일동박수)

그러면 다음으로는 한상훈 연세대학교 법학전문대학원 교수님의 지정토론을 박수로 청해 듣겠습니다.

(일동박수)

### ● 한상훈 교수

안녕하십니까? 방금 소개받은 한상훈입니다.

오늘 이렇게 폭행, 상해, 협박에 관한 양형기준안에 대해 토론을 하게 되어서 대단히 뜻 깊게 생각을 합니다.

사실 양형기준의 법적 근거가 되는 법원조직법이 있는데, 그것을 2006년인가요, 그 당시 사법제도개혁추진위원회에서 법안을 성안할 때 제가 거기에서 일을 하면서 같이 관여를 했습니다. 그래서 성과물이 오늘 이렇게 나온 것에 대해 토론을 하게 되어서 많이 기쁘게 생각합니다.

동시에 폭행, 상해 등 범죄의 토론을 맡기로 했습니다만, 사실 과연 그렇게 할 말이 많이 있을까라는 생각도 많이 들었습니다. 그런데 읽어보니까 그래도 조금은 할 말이 있더라고요. 아마도 준비하시는 여러 전문위원님이 일부러 할 말을 남겨주신 게 아니냐는 생각도 들어서 감사하게 생각합니다.

여기 토론문이 일단 있고요. 또 앞에서 말씀하신 내용과 중복되는 부분도 있기 때문에 간단하게 몇 가지 점만 말씀드리도록 하겠습니다.

원래 폭행, 상해나 협박은 대부분 잡범이라고 해서 화이트칼라범죄인 경우도 드물고, 뇌물 등도 아니어서 관심도는 상당히 떨어지는 분야가 아닌가 생각합니다. 그렇지만, 최근에 여러 언론에서 보도되듯이 학교폭력이라든가 조직폭력 등이 사회적으로 문제가 많이 되고 있기 때문에 그런 점에서, 또 그런 관점에서 양형기준이 잘 되어 있는가를 한 번 보자는 생각을 했습니다.

전체적인 느낌은 잘 짜여 있다는 생각입니다. 그렇지만, 제가 쪽 양형기준을 본 느낌은 좀 전에 말씀드린 최근의 사회적인 심각한 문제에 대한 반영이 조금은 미흡한 게 아니냐는 생각이 들었습니다. 이유는 아까 앞에서도 두 분이 말씀하셨고, 또 미국에서 1980년대 양형기준을 제정할 때에도 두 가지 기준, 과거의 양형통계를 그대로 기준으로 만들 것이냐, 아니면 거기에 대한 사회적인 새로운 필요를 규범적인 관점에서 반영해서 변화시킬 것이냐 하는 두 가지 큰 관점의 대립이 있었는데요.

지금 이 양형기준안은 상당히 전자, 즉 과거의 양형 현실의 실태를 많이 반영하려 하고

자 했던 것이 아닌가 하는 느낌을 받았습니다.

거기에 대해서는 기본적으로는 타당합니다마는, 조금은 규범적인 관점이 보완되어야 할 필요가 있지 않나 하는 정도로 전제를 세우고 말씀을 드리고자 합니다.

우선 구체적인 내용에 들어가서는 보복목적 폭행·상해의 양형기준, 앞에서도 많이 말씀하셨습니다마는, 제가 간단하게 인터넷에서 검색을 해 봐도 몇 분만에 상당히 많은 관련되는 사례들을 찾을 수가 있었습니다.

그런데 이 양형기준을 보면 실제 이런 것이 양형에 큰 편차가 없다, 그리고 상당히 가벼운, 경미한 사례들이 많다고 설명이 되어 있고, 그래서 특별히 중하게 취급을 안 하고 있는 것 같습니다.

거기에 대해서 저로서는 개인적으로 의문이 들 수밖에 없었습니다.

‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률’에서도 굉장히 가중처벌을 하고 있는데요. 198페이지 밑 부분을 보시면, ‘보복목적의 범행’, 또는 ‘비난할 만한 범행동기’라고 하면, ‘보복·원한·증오감’ 이런 식으로 모호하게 처리가 되어 있습니다. 그런데 실제 특가법에 보면 고소나 고발이라든가, 진술증언과 같은 형사절차, 형사사법에 협조를 했다, 내지는 신고를 했다는 이유로 보복하는 범죄들에 대해서 이렇게 가중처벌을 하고 있다고 보입니다.

그런데 양형기준에서는 이러한 구체적인 입법목적이나 법 규정이 상당히 모호하게 반영되어 있는 것이 아닌가 하는 생각이 들었습니다.

이러한 보복목적, 특히 국가기관에 수사협조를 한 데에 대한 보복목적의 폭행이나 상해, 협박은 개인에 대한 범죄일 뿐만이 아니고 거기서 넘어서 국가질서, 사법질서 자체에 대한 크나큰 위협이 아닌가 하는 생각도 들었습니다. 그래서 이 부분은 제거할 필요가 있지 않을까 생각합니다.

그 다음에 집단폭행이라든가, 상해에 대한 양형기준도, 특히 요즘에 학교 주변이라든가 사회적 약자들을 대상으로 하는 조직적인 범죄들이 횡행하고 있기 때문에 그런 점에 대해서도 좀 명확하게 할 필요가 있다는 생각이 들었습니다.

그 다음에 상습범과 관련해서, 상습범이라고 하면 여러 가지 논란도 많은데요, 한 번만 어떤 범죄를 범해도 그것이 행위자의 상습성의 발현이라고 해서 가중처벌을 할 수도 있습니다. 그런 점에 대해서는 여기 설명 자료에 나와 있는 면이 맞는 측면도 있습니다.

그렇지만, 또 다른 측면에서 포괄일죄라고 해서 여러 건의 범죄를 범해도 그것을 다 상습폭행이다, 상해다, 그래서 단지 하나의 죄로만 처벌하는 기능도 있습니다.

그래서 두 번째 포괄일죄라는 면에서 봤을 때는 오히려 실제적 경합, 다수의 범죄를 그냥 실무적으로 간략하게 하나의 범죄로 처벌하는 것이기 때문에 이것은 상당히 중하게



## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

봐야 되는, 실제적 경합범보다 오히려 어떤 면에서는 더 가중처벌 해야 되는 사례도 있지 않은가 그런 생각이 들어서 그런 점도 검토가 필요하지 않을까 하는 생각이 들었습니다.

다음에 공무집행방해죄와의 관계는, 이 자료집에는 있습니다마는, 아까 간단하게 프레젠테이션하실 때는 없었습니다마는, 우려되는 바는 혹시라도 이것이 이중적인 평가, 이 쪽에서도 가중하고 다른 쪽에서도 가중하고 해서 공무집행방해에서는 상해가 같이 발생했으니까 가중하고, 또 상해가 있을 때는 공무집행방해가 같이 있으니까 이쪽에서도 가중하고 해서 같은 하나의 행위가 양쪽에서 가중되어서 실제보다 더 중하게 처벌되는 것은 없어야 되지 않을까 하는 관점에서 서술을 해 보았습니다.

그 다음에 201페이지 기타 부분인데요. ‘처벌불원(피해 회복을 위한 진지한 노력 포함)’ 이 상당히 여러 군데에서 보이는데 폭행이나 협박의 경우는 반의사불벌죄로 되어 있는 경우가 많지 않습니까? 그런 경우에 처벌불원이라고 하면 자칫 공소기각의 재판을 해야 되는 상황도 있을 건데 그게 구별이 되는 건지 어떤 건지 약간 의문이 들었고요. 그 다음에 제 개인적인 생각으로는 단순히 처벌을 원하지 않는다는 의사보다는 실제적으로 피해가 얼마나 회복됐는가 하는 내용이 좀 더 반영이 되어야 되지 않을까 하는 생각이 들었습니다.

그 다음에 202페이지 중간쯤에, 오늘 제가 양형위원회 자리에 처음으로 왔기 때문에 오늘 자료 이외에도 작년에 발간된 양형기준 책자를 꼭 읽어보았습니다. 읽어보다가 오늘 이것과 직접 관련은 없습니다만, 건의하고 싶은 바가 있어서 간단히 몇 가지만 말씀드리면서 의견을 마치고자 합니다.

첫째는, 양형기준안을 보면 오늘 두 가지가 있고 이것이 전체적으로는 양형기준에 다 편철이 되어야 될 것인데, 순서라든가 또는 중요도 등이 저로서는 어떤 순서에 의해서 이렇게 되어 있는지를 알아보기가 어려웠습니다. 즉, 다시 말하면 인덱스라고 할까요, 색인이라든가 이런 것이 사용자에게 좀 더 친절한, 요새 얘기하는 friendly 한 게 조금 부족해서 상당히 이해하는데, 또 찾는 데 어려움을 많이 겪었습니다. 미국의 Sentencing Guideline을 보면 인덱스 같은 것이 상당히 잘 되어 있고요. 하나의 예를 들자면, 형법이나 특별법상의 범죄나 법조문을 중심으로, 일단은 실무나 재판을 할 때 형법이나 특별법 법조문을 먼저 찾아보지 않겠습니까? 그러면 그런 법조문에 어떤 양형기준이 있다, 없다, 일단 있을 수도 없고 아직 안 되어 있을 수도 있기 때문에, 괜히 있는 줄 알고 막 찾아봤는데 없으면 괜히 시간낭비이고 낭패가 되기 때문에 일단 있는지 없는지 보고, 그리고 있다면 그것을 꼭 번호부여를 해서 그것이 101이다, 105이다, 이런 식으로 인덱스를 해 놓는 것이 재판이나 실무는 물론이고, 또 일반국민에게 투명하게 양형이 이루어지고 있다는 것을 알려줄 수 있는 방법이 아닌가 하는 생각이 들었습니다.



또 설명부분이 뒤에 가 있는데 그것도 굉장히 읽기가 어려웠습니다. 저로서도 이해하기가 상당히 어려웠거든요. 그래서 Introduction에 해당하는 것들을 꼭 먼저 앞 부분에 배치해서 좀 더 상세하고 친절한 부분이 있으면 좋겠다는 생각을 해 봤습니다.

다음에 양형이 일반국민이 볼 때는 너무 약한 것 아니냐는 생각도 많이 들었고, 어찌다가 중요한 사건이 터지면 언론 등에서는 ‘이게 왜 집행유예냐, 이게 왜 이렇게 낮으냐, 형편 없다.’라는 식의 비판이 막 나오고, 그러면 또 늘리고 이러는데, 제가 볼 때는 그런 이유 중의 하나가 양형심리가 지금까지는 좀 약한 게 아니었나, 저도 국민참여재판에 관심이 많아서 자주 방청을 하기도 합니다만, 검사의 입장에서는 유·무죄를 입증하는데 일단 굉장히 집중을 하죠. 아무래도 무죄가 나와 버리면 큰일이 나기 때문에. 그래서 유죄를 입증하는데 많은 힘과 노력을 쏟고, 양형 부분에 대해서는 상당히 소홀한 면이 있어 보이고, 이에 비해서 변호사 측에서는 유죄는 대부분 다 자백을 하거나 인정이 되고 사실 양형을 낮추어서 집행유예로 나온다는, 벌금을 한다든가 해야 되기 때문에 변호사 쪽에서는 굉장히 양형에 대해서 입증을 많이 하고 그렇기 때문에 재판부 입장에서 보면 가중적인 요소는 등한시하고, 감정적인 요소가 많이 부각되어서 그런 측면도 있지 않나 그런 생각도 해 보았습니다.

그래서 유·무죄와 양형심리를 분리해서 조금 더 양형 문제에 대해서 집중적으로 심리를 할 수 있다면 그것이 피고인에게 유리할 수도 있고 불리할 수도 있겠습니다마는, 조금 더 합리적이고 국민의 법 감정에 맞는 적절한 양형이 될 수 있지 않을까 하는 그런 생각도, 직접 관련이 없습니다마는, 한 번 해 보았습니다.

이상입니다.

감사합니다.

(일동박수)

## ● 사회자

네, 감사합니다.

지금까지 세 분의 토론자분들께서 공통적으로 보복폭행, 보복상해는 중상해보다 엄하게 별도의 유형을 구분해서 처벌해야 된다는 의견을 개진하신 것 같습니다.

그리고 포괄일죄 부분은 좀 더 가중처벌 해야 된다는 의견을 제시해 주셨고, 또 마지막으로 현행 양형기준에 관한 책자의 문제점 및 개선방안에 관해서 아주 구체적으로 지적해 주셨습니다.

소중한 의견을 주신 데에 대해 감사드립니다.

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

또 마지막으로 유·무죄 심리와 양형 심리를 구분해서 좀 더 양형인자에 대한 엄밀한 심리와 판단을 해야 되는 것이 아니냐 하는, 이런 소중한 의견을 주셨습니다.

다시 한 번 바쁘신 가운데에도 귀중한 의견을 제시해 주신 한상훈 교수님께 박수 부탁 드리겠습니다.

(일동박수)

오늘 지정토론자 네 분 중 마지막으로 홍명기 변호사님의 지정토론을 박수로 청해 듣겠습니다.

(일동박수)

### ● 홍명기 변호사

방금 소개받은 홍명기 변호사입니다.

저는 앞의 세 분과 달리 평소에 이러한 양형기준에 대해서 별다른 관심이 있지 않았습  
니다.

오늘 세 분 교수님께서 말씀하신 내용을 보면 양형기준에 대한 여러 가지 문제점을 적절  
하게 지적해 주신 것 같고요. 저는 여기에 대한 특별한 관심과 지식은 없기 때문에 실무에  
서, 형사사건 변론을 하면서 느꼈던 문제점을 한 번 말씀드리는 기회를 갖고자 합니다.

폭력범죄 양형기준안과 관련해서 제 토론문이 다소 요점에서 벗어나는 것 같기도 하지  
만, 그래도 제가 평소에 느꼈던 문제점이기 때문에 간단히 말씀드리도록 하겠습니다.

여러분께서 지적해 주셨듯이 일반적인 폭행, 상해 등의 폭력범죄는 우리 사회에서 매  
우 빈번하게 발생하기 때문에 이들 범죄를 어떻게 처벌할 것인가, 다룰 것인가는 실제 일  
반 국민에게 크게 영향을 미치는 중요한 문제입니다.

범죄 발생의 구체적인 상황에 맞는 양형으로 형벌의 예방효과를 거두어야 할 뿐만 아  
니라 피해자의 감정을 위로하고 또 가해자인 피고인에 대해서 혹시 있을지 모르는 지나  
치게 가혹한 형벌이 되지 않도록 주의를 기울일 필요가 있다고 보입니다.

저는 오늘, 이 지정토론문을 말씀드리면서, 양형위원회의 권한 범위를 벗어날 수 있지  
만 입법론적으로 어떤 축구를 하는 의미에서 말씀을 드리도록 하겠습니다.

먼저, 폭력범죄가 발생하는 유형을 보면 폭력은 사람의 신체에 대한 유형력의 행사로  
정의할 때 일반적인 상해사건은 대부분 술에 취한 상태에서 우발적으로 일어나는 것 같  
습니다.

가사 술에 취해서 우발적으로 일어난 것이 아니더라도 일상생활을 영위하면서 먹살을  
잡고 흔드는 등 신체에 대한 유형력의 행사가 되어서 미필적 고의라도 인정이 되거나 그

피해가 매우 경미한 경우, 범행에 특히 참작할 만한 사유가 있는 경우나 피해자에게 상당한 책임이 있는 경우가 적지 않습니다.

폭력이 인간의 매우 원초적인 감정의 표현의 한 측면이라고 보았을 때는 더욱 그러한 것 같습니다.

이러한 일반적인 폭력범죄의 발생 계층을 살펴보면 생활과 밀접하게 관련되어 있어 비교적 사회·경제적으로 취약한 계층에서 많이 발생하는 것 같고요. 이는 아마도 각박한 사회 현실에서 감정적으로 부딪치는 일이 많은 것과 무관하지 않아 보입니다.

일반적인 폭력범죄는 양면성이 있습니다. 일상생활에서 누구나 범할 수 있고, 또 누구나 타인으로부터 손해를 입을 수 있는, 생활과 매우 밀접한 범죄입니다. 법은 멀고 주먹은 가깝습니다. 이러한 관점에서 보았을 때 정책적으로 폭력범죄에 대한 양형을 어떻게 할 것인가는 일반국민 누구에게나 양날의 칼이 될 수 있을 것 같습니다. 자신이나 자신의 가족이 피해자가 됐을 때에는 피해감정을 위로받기를 원하는 마음에 무거운 형의 양정을 기대할 것이지만, 반대의 경우에는 관대한 형을 바랄 것입니다. 아까 최호진 교수님께서 지적하셨지만 사회적인 분위기에 편승해서 특별법을 규정하면서 가중처벌 하는 경향이 있어 왔습니다. 제가 기억하기에는 2007년경에 음주운전자에 대한 폭행, 폭력행위로 인해서 발생한 위험 때문에 특가법 제5조의10 제1항에 새롭게 처벌규정을 신설한 경우가 그러합니다. 일반 국민에게 어떠한 형태로든지 밀접한 영향을 미칠 수 있는 폭력범죄에 대해서 그때그때 상황에 따라서 가중처벌을 위한 특별법으로 규율함으로써 사안에 비해 너무 가혹한 형벌을 피할 수 없는 안타까운 경우가 적지 않음을 종종 보아 왔습니다.

저는 일단 두 가지 범주에 대해서 말씀을 드리도록 하겠습니다.

제가 현실에서 가장 많이 안타까웠던 경우는 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항 흉기 등 상해의 경우입니다. 입법 목적을 고려하더라도, 대부분은 술집에서 사소한 시비에 감정싸움이 되어서 우발적으로 위험한 물건을 들고 싸움이 일어난 경우가 적지 않았습니다. 그런데 법정형이 3년 이상의 유기징역으로 규정되어 있어서 피해가 아무리 경미하고 피해자와 합의가 이루어져서 피해자가 처벌을 원치 않아도 최저 작량감경을 한다 하더라도 1년 6월 이상의 징역형을 선고할 수밖에 없었습니다. 물론 집행유예 결정자가 아닌 경우에는 집행유예형을 선고받아서 실형을 면할 수 있지만 금고 이상의 형을 선고받으면 당연 퇴직해야 하는 일정한 직업을 가진 분들, 공무원들이라든지, 일반 은행원들이라든지, 기업체 직원들 같은 경우에는 피해자에게 범행의 발생이나 피해 확대에 상당한 책임이 있는 경우라도, 그리고 피해자와 합의가 이루어져서 피해자가 처벌을 원치 않아도 징역형을 선고할 수밖에 없습니다. 이것은 피고인에게 매우 가혹한 형벌이 되지 않을 수 없습니다.

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

위와 같은 참작할 만한 사유가 있는 경우에도 범죄를 저지른 자가 집행유예기간 중에 있는 경우에는 실형을 선고할 수밖에 없어서 한 가정이 파탄에 이르는 경우도 보아왔습니다. 그래서 현실적으로 이런 경우에는 어떻게 하느냐 하면, 검찰에 비공식적으로 공소장 변경을, 적용법조의 변경을 부탁하는 수밖에 없었고, 이러한 것들에 성공하는 변호사가 유능한 변호사였습니다. 이는 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제1항이 규정한 위험한 물건을 매우 광범위하게 해석한 결과이기도 하지만, 보다 근본적으로는 입법자가 법정형을 징역형으로만 규정하고 있어 구체적 타당성을 도외시한 결과라고 하지 않을 수 없습니다. 많은 분이 지적해 주셨듯이 특가법의 보복목적 상해에 관해서도 저는 너무나 안타까운 경우를 보아 왔습니다. ‘보복’이란 개념을 너무 광범위하게 보면 사소한 말다툼에 의해서 목살잡이로 번져서 벌금형을 선고받은 가해자, 피해자가 얼마 후 우연히 길거리에서 만나서 왜 치사하게 고소를 했느냐면서 말다툼을 하다가 과도한 욕설과 몸싸움으로 번지는 경우에도 이와 같이 특가법으로 의율 되는 경우가 있을 수 있고, 실제로 그러한 경우가 있었습니다. 사안의 경중으로 보아서는 단순 약식명령 사건에 불과함에도 위 범죄로 기소되어서 합의부에서 재판을 받는 경우가 있습니다. 입법자가 엄격한 법정형을 둔 규정취지와 부합하지 않음에도 검찰에서 본 죄로 기소하게 되면 법원에서는 법정형 징역 1년 이상의 유기징역형을 선고하지 않을 수 없었습니다.

그래서 저는 구체적 타당성을 위한 탄력적인 법 적용이 필요하고, 피해자 보호를 위해서 어떠한 조치를 해야 되는지에 대해서 말씀드리겠습니다.

이러한 경우에 어떠한 범위의 징역형을 선고하느냐의 문제도 매우 중요하겠지만, 금고 이상의 형을 선고받게 되면 신분상 큰 불이익을 입을 수밖에 없는 공무원이라든지, 일반 국민의 경우에는 징역형의 선고를 피할 수 있는 방안을 강구하는 것이 중요하다고 보입니다.

이를 위해서 기소하는 검찰의 공소제기나 공소제기 이후 적용 법조를 변경하여 줄 것을 부탁할 수밖에 없는데 이것은 제도적인 것이 아니라 검찰의 선의에 기대하는 것이겠지요. 입법론적으로 모든 폭력범죄에는 징역형과 벌금형을 선택적으로 규정할 필요가 있다고 하겠습니다. 이것이 법관에게 광범위한 재량을 준 것이라는 비판을 받을 수도 있지만, 사실상 법관을 기속하는 합리적인 양형기준을 통해서 통제할 수 있다고 생각합니다.

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

한편, 형법이나 특별법상 정당방위 등 위법성조각사유를 적극적으로 적용하려고 시도한다면 피고인에게 가혹한 형이 선고되는 것을 방지할 수 있지 않을까 싶습니다.

가령 예를 들어서 술집에서 칼을 들고 덤비는 것을 방어하기 위해서 병을 들고 공격한 다거나, 이러한 경우에 더 큰 위해를 방지하기 위해서 병을 들었다면 그것은 정당방위를 넓게 인정해서 그러한 처벌을 면하게 해 주는 것이 필요하지 않나 생각하고요.

어차피 법률이 사회의 모든 경우를 포괄할 수 없다면 법관에게 구체적 타당성을 위한 재량을 부여하되, 합리적인 양형기준을 마련해서 통제할 수밖에 없지 않을까, 따라서 일반적인 폭력범죄의 경우에는 법정형은 징역형과 벌금형을 선택형으로 규정할 필요가 있다는 것이 저의 생각입니다.

이상입니다.

(일동박수)

## ● 사회자

수고하셨습니다.

형사특별법의 법정형이 지나치게 높다. 특히 징역형만을 규정함으로써 발생하는 현실적인 문제점을 구체적으로 지적하시고, 그 대안으로서 징역형과 벌금형을 선택형으로 규정해야 된다는 입법적 대안을 제시해 주신 것 같습니다.

다시 한 번 바쁘신 가운데에서도 소중한 의견을 내어주신 홍명기 변호사님께 박수 한번 부탁드립니다.

(일동박수)

네 분의 지정토론자께서 준비하신 지정토론은 모두 발표를 하신 것 같습니다.

우선 이 부분에 관해서 폭력범죄 양형기준 초안을 담당하신 주무전문위원이신 홍준호 수원지방법원 성남지원 부장판사님으로부터 일괄해서 이에 대한 답변을 듣도록 하겠습니다.

## ● 홍준호 부장판사

안녕하십니까?

홍준호 부장판사입니다.

저희 전문위원들이 폭력범죄에 관한 양형기준안을 만들어서 양형위원회에 보고를 드렸고요, 양형위원회에서 심의를 하셔서 오늘 안건이 마련이 되었습니다.

오랫동안 형사법을 연구해 오시고 또 형사실무를 적용하는 필드에서 직접 활동을 해 오신 네 분의 지정토론자분께서 날카롭게 지적해 주신 부분, 저희 전문위원단에서 다시 한 번 하나부터 열까지 검토를 해서 면밀하게 다시 수용할 수 있는 부분, 반영할 수 있는



## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

부분이 있는지 검토를 한 후에 양형위원회에 보고를 올리도록 하겠습니다.

그 중 시간관계상 몇 가지만 저희가 그동안, 제 개인 견해가 아니고요, 전문위원단에서 검토·연구했던 내용을 말씀을 드리려고 합니다.

먼저, 네 분이 모두 말씀을 주셨는데, 앞에 말씀 주신 세 분과 마지막에 말씀해 주신 홍명기 변호사님의 요점이 다른 부분입니다.

‘보복목적범죄’ 이 부분인데요.

양형기준을 만들 때 폭력범죄라고 하는 것을 저희가 대상범죄로 선정한 이후에 양형기준을 구체적으로 만드는 작업에 들어갑니다.

그때 가장 먼저 하는 작업이 유형의 분류라고 하는 것인데요. 유형분류는 상당히 적절하게 유형분류를 할 필요가 있습니다.

왜냐하면, 이 유형을 지나치게 세세하게 분류하게 되면 사실 이론적으로는 하나하나의 법정형, 법 구성요건마다 양형기준의 권고 형량범위와 양형인자를 만들어야 되겠죠. 그러나 그렇게 만들어 놓고 보면 사실 형량범위라고 하는 것이 비슷비슷하게 설정될 수밖에 없는 여러 개의 범죄가 있고, 또 양형인자도 다 비슷비슷한 것들이 들어가 있는 범죄들이 있습니다. 이것은 효율적으로 볼 때 하나의 표로 묶어야 보기도 좋고 찾아보기도 쉽고, 양형기준을 소비하는, 그러니까 가장 큰 소비자는 물론 재판부입니다마는, 또 국민이나 변호인이나 검사, 피고인들이 찾아보기 쉽다고 하는 측면에서 효율적으로 양형기준의 유형분류를 할 필요가 있습니다.

지금 교수님들께서 말씀하신 보복목적의 범죄, 한 분의 교수님께서는 공동상해도 별도의 유형으로 분류하자고 말씀을 하셨는데요.

말씀하신 것처럼 보복목적의 범죄, 원래 아주 중한 범죄를 전제로 해서 특가법에 규정되어 있는 것이고요, 또 법정형도 1년 이상으로 상당히 높습니다. 이것을 별도로 분리하는 방안을 아주 깊이 있게, 면밀하게 심리를 했던, 그래서 양형위원회에 보고를 드렸던 사항입니다.

그럼에도, 지금 말씀하신 것과 같은 문제점이 있다는 것을 알면서도 하나의 유형으로 묶은 이유는, 결정적으로 실제로 발생하는 사건의 사안의 유형이 처음에 국회에서 보복목적의 범죄를 입법화할 때 상정했던 무거운 유형의 범죄가 실제로는 그렇게 많이 나타나지 않는다는 것입니다. 예를 들어서 한상훈 교수님께서 말씀하신 것과 같은 성범죄를 고발했다는 이유로 찾아가서 감금하고 성폭행했다고 하는 것은 사실 보복목적 상해·폭행·협박은 아니고요, 그것은 강간죄나 감금죄 더 중한 죄들로 아마 다루어져야 될 것 같고요. 그 다음에 소년들이 소년범죄를 저질러서, 집단학대를 하거나 공동폭행을 해서 거기에 대한 보복적인 목적으로 찾아가서 지속적으로 괴롭혔다고 하는 부분은 사실 양형기

준의 적용대상은 아닙니다. 양형기준이 소년법에 대해서는 적용을 하지 않도록 하고 있습니다. 그 이유는 간단히 말씀을 드리면, 형벌이라고 하는 게 일반예방과 특별예방 두 가지 목적이 있는데 소년법은 특별예방을 상당히 중요하게 생각해야 할, 그러니까 소년이라고 하는 특성을 생각해서 소년부송치 등의 조치까지 할 수 있고, 처벌은 하지 않고요, 또 소년이란 이유만으로 한 차례 형을 감경할 수 있도록 하는 등 소년법에 특별한 규정을 두어서 특별예방적인 차원에서 이 소년을 건전한 성인으로 길러내는데, 즉, 장래에 초점을 맞춰서 법원이 형사사법을 운영하고 있다고 하는 점입니다. 그래서 일반예방적인 차원이 많이 강조되고 있는 일반 성인법과는 성격이 다르다, 그래서 소년법에 대해서는 적용대상이 아닙니다.

그렇다면, 실제로 보복목적의 상해·폭행·협박으로 처벌받는 사람들의 사례를 쭉 놓고 보니까 주로 동네사람들끼리 파출소에 고소하면 술 먹고 찾아가서 “너 왜 고소했어?” 이러다가 말다툼 끝에 조금 다치게 했다든지, 2주, 3주 정도의 가벼운 사안들이 대부분이었습니다. 물론 지금 말씀하신 것처럼 처음에 국회에서 예상했던 사안들도 있습니다만, 그것들은 예외적인 것으로 간주될 정도로 주류가 되지 못했었습니다. 그렇다면, 하나의 유형으로 묶되, 다만 장치를 하나 두자, 그것이 뭐냐 하면 특별가중인자, 아까 수석전문위원님께서 설명하신 대로 형의 권고 형량범위를 가중범위로 옮기는 강력한 효력이 있는 특별가중인자의 ‘보복목적의 범행’이라고 하는 것과 ‘비난할 만한 범행동기’라고 하는 두 개를 두었습니다. 비난할 만한 범행동기의 설명에 보면 다소 추상적이긴 합니다만, 보복목적으로 범행을 한다든지 하는 경우라고 해서 예시를 그렇게 두고 있기 때문에 사실상 특가법상의 보복목적 범행을 저지른 경우에는 이 2개의 특별가중인자가 해당되게 됩니다. 그렇다면, 다른 양형인자가 없다면 가중영역 중에서도 가중영역의 상한의 1/2을 가중한 처벌이 가능한, 말하자면 특별 조정된 가중영역까지 처벌 가능한 상태가 되게 되는 것입니다. 그래서 그러한 권고 형량범위를 놓고 빈발하는 사안들을 적용해 보니까 별로 무리가 없었습니다. 그래서 이렇게 하나의 유형으로 묶었다고 보시면 되고요. 하지만, 많은 교수님께서 비판적인 견해를 가지고 계시기 때문에 전문위원단에서 다시 한 번 검토를 해 봐야 될 것 같습니다. 말하자면 저희가 아무리 여러 가지를 잘 맞춰서 저희 나름대로는 의미 있고 적절한 결과물이라고 해서 내놓았지만, 이것이 많은 형사사법을 다루는 교수님들로부터 비판을 받는 것을 보니 일견, 또는 적어도 외형상으로나마 양형기준에 대한 신뢰를 떨어뜨리는 결과가 될 수도 있겠다는 생각은 듭니다. 그래서 이 부분은 다시 전문위원단에서 검토를 해서 적절한 방안이 무엇인지 신중하게 검토를 한 뒤에 보고를 드리도록 하겠습니다.

같이 말씀을 드리면, 다른 교수님들께서 지적을하신 부분과 관련이 됩니다만, 실제법

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

의 정비가 상당히 중요합니다. 그래서 미국 각 주의 양형위원회 중에서는 양형기준을 만들다 보면 죄질이 비슷한데 실제 법정형에는 들쭉날쭉 차이가 있다든지, 아니면 오히려 죄질이 더 가볍다고 보이는 것이 실제 법정형이 더 높게 설정되어 있다든지, 그런 것을 양형기준을 만들다 보면 발견하게 되는 경우가 있습니다. 그래서 그에 대한 의견, 법정형을 다시 재조정하는 데에 대한 입법의견을 낼 수 있는, 그것이 하나의 중요한 업무로 들어가는 경우도 미국의 양형위원회는 있습니다만, 저희도 양형기준 설정 작업을 하다 보면 지금 홍명기 변호사님께서 말씀하신 대로 죄질과 법정형 사이의 균형이 잘 맞지 않는 경우를 흔히 발견하게 됩니다. 그런 것들은 실체법의 정비를 통해서 국회에서 조정이 되었으면 좋겠다는 바람도 같이 가지고 있습니다.

가지고 계신 책자 191페이지에 최호진 교수님이 말씀하신 부분, ‘묻지마 폭력범죄’ 같은 경우에는 저희가 여러 가지 특별가중인자에 반영을 했습니다. 그래서 특별가중인자 중에 ‘비난할 만한 범행동기’를 보면 ‘범행 자체를 즐겨서 저지른 경우’, 이런 것을 예시로 들고 있어서 여기에 해당이 될 것이고요. 또 ‘묻지마 폭력범죄’와 같은 경우에 ‘잔혹한 범행수법’, ‘흉기 등 위험한 물건을 휴대한 범행’, 이런 데에 해당될 가능성이 매우 크고, 또 ‘피해가 중한 경우’에도 해당될 가능성이 큼니다. 또 ‘범행에 취약한 피해자를 대상으로 한 경우’가 대부분이어서 여기에도 해당될 가능성이 커서 많이 해당이 되면 5개의 특별가중인자까지 해당될 것이거든요. 그래서 이런 데에 대해서는 충분히 가중처벌을 할 수 있는 장치가 설정되어 있다는 말씀을 드립니다.

그 다음에, 한상훈 교수님이 말씀하신 부분 중에 공무집행방해죄와의 관계, 201페이지에 나와 있는 부분입니다.

공무집행방해와 상해죄가 상상적 경합이라고 법률적으로 규정이 되어 있는데요. 상상적 경합의 경우에는 원칙적으로 양형기준의 적용대상은 아닙니다. 적용대상은 아닌데 다만 양형기준 해설택자를 통해서 저희가 재판부에 권고하고 있기에 상상적 경합 관계에 있는 양 범죄에 대해서는 양형기준을 도출한 뒤에 더 높은 하한을 적용하도록, 참고하시도록 권고를 하고 있기 때문에 실제로는 양형기준이 적용되고 있는 셈이긴 합니다.

공무집행방해와 상해죄가 상상적 경합인 경우에 양쪽에서 서로 교차적으로 양형인자를 반영하면 이중평가가 되지 않느냐고 하는 것은 전문위원단에서 연구·검토할 때 그러한 의견이 있었고요, 그대로 양형위원회에 보고를 드렸습니다마는, 현실적으로 공무집행방해와 상해가 같이 상상적 경합으로 저질러지는 경우에 현실적으로 엄벌할 필요성이 있다고 하는 필요성 때문에 양형위원회에서는 양측이 교차해서 양형인자를 반영하는 것으로 초안이 마련이 된 것입니다. 그러나 저희도 한 번 문제가 제기가 되었던 사안이기에 때문에 교수님 의견을 참고해서 전문위원단에서 다시 한 번 검토를 잘 해 보도록 하겠습니다.

마지막으로 홍명기 변호사님께서 지적을 하신 211페이지에, ‘구체적 타당성을 위한 탄력적 법 집행’과 관련된 부분에 대해서 잠깐 말씀을 드리면, 지금 지적하신 여러 가지 사안들을 저희가 다시 한 번 저희가 마련한 양형기준에 대입을 해서 적정한 형량이 도출될 수 있는지를 검토해 보겠습니다.

실체법 규정에 포괄적인 구성요건, 또 다양한 죄질을 고려하지 않고 경직되게 법정형이 제정되어 있는 경우, 그것이 주요 요소 중의 하나고, 아까 말씀드린 것처럼 실체법이 정비되면 좋겠습니다만, 현행 법률로써 하는 입법을, 또는 그런 입법자의 의도를 양형기준에서 무시한다는 것은 말이 안 되고요. 존중을 한 상태에서 최대한 죄질과 맞추어 나가는 작업을 해야 됩니다.

그렇기 때문에 여러 가지로 현실과 법정형이 맞지 않는 어려움이 있습니다만 변호사님이 현실적으로 변호를 하시면서 느끼신 점을 말씀해 주셨기 때문에 양형기준에 반영이 될 수 있는 구체적인 포인트가 있는지 다시 한 번 잘 검토를 해 보도록 하겠습니다.

## ● 사회자

네, 수고하셨습니다.

지정토론자 네 분의 문제 제기에 대해서 양형위원회 주무전문위원이셨던 홍준호 수원지방법원 성남지원 부장판사님께서 아주 상세한 답변을 해 주셨습니다.

박수 한 번 부탁드립니다.

(일동박수)

그러면 지금 주무전문위원으로부터 지정토론자 네 분께서 제기하신 문제에 대해서 답변을 들었는데, 혹시 지정토론자 네 분께서 추가로 문제를 제기하신다거나, 아니면 홍준호 부장판사님의 의견에 대해서 다른 의견이 있는 분이 계시면 말씀을 해 주십시오. 한상훈 교수님?

## ● 한상훈 교수

말씀 잘 들었습니다.

한 가지는 제가 정확하게 못 써서 그런 것 같은데요, 집단폭행이나 공동폭행에 대해서는 별도의 유형으로 나누자고 얘기를 한 것은 아니고요. 199페이지에 나와 있는 것은 뭐냐 하면, ‘2인 이상이 공동하여 범행하거나 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하거나 사용한 경우’가 하나의 특별가중요소로만 되어 있는데, 그 2개를 나누어서 별개의 가중요소로 할 필요가 있는 것 아닌가 하는 얘기였습니다. 법조문에는 그냥 하나로 되어 있지만

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

양형요소로는 2개를 각각 카운트하는 것이 다르기 때문에 의미가 있지 않을까라는 취지의 의견이었는데 약간 오해를 하신 것 같아서 그 부분을 바로 잡고요.

그 다음에 상상적 경합과 관련해서는, 저도 가중처벌 해야 된다는 점에 대해서는 굳이 부정하거나 하지는 않습니다. 문제는 그것을 어떻게 근거를 둘 것이냐 하는 문제인데요, 그렇게 양쪽에서 다 교차로 가중해서 합산한다는 것은 아마 여전히 문제가 있지 않을까 생각이 듭니다. 그것보다는 제가 생각할 때, 201페이지 밑의 상상적 경합에 대해서도 예전에 글을 쓴 적이 있어서 얘기했는데 개정 기준에 상상적 경합이 바로 적용되는 것은 아니라고 하시니까 그것은 어떨지 모르겠습니다만, 아무튼 외국의 예를 보면 상상적 경합을 가중처벌 하는 예도 있습니다. 상상적 경합이라고 해서 지금 우리나라 법처럼 그냥 중한 형 하나로만 처벌할 필요는 없고, 가중해서 처벌할 가능성도 있고, 그것이 위헌이라든가 책임주의에 반한다고 생각하지는 않습니다. 그런데 문제는 법조문은 중한 형으로만 처벌하게 되어 있지만, 2개가 하나의 행위로 여러 개의 범죄가 발생했을 때 일단 그 각각 양형기준을 맞춘 다음에 그것을 합산하는 과정에서 조금 가중하는 정도로, 그런 방법은 이중평가가 아니거든요. 실제적 경합 정도는 아니라 하더라도 중간 정도라도 가중하는, 물론 저는 일정한 경우에는 상상적 경합도 실제적 경합처럼 가중하자, 그렇게 주장하기는 했습니다만, 아직 실정법에는 없으니까 그런 법정형의 범위 내에서 그런 정도로 가중하는 것이 오히려 이론적으로 문제가 없고 유사한 결론에 도달하지 않을까 하는 생각이 듭니다.

### ● 사회자

네, 감사합니다.

상해죄와 공무집행방해죄의 관계에 대해서는 공청회 자료집 106쪽 이하에 보시면 아주 상세한 논의 결과가 기재되어 있습니다. 특히 어떻게 처리할 것이냐에 관해서는 총 7개 방안을 가지고 양형위원회 전문위원단에서도 논란이 됐고, 양형위원회 전체회의에서도 이 부분이 상당히 논란이 됐던 부분입니다. 오늘 한상훈 교수님께서 말씀하신 부분까지 다시 한 번 검토를 해서 법적으로 문제가 없는 양형기준이 될 수 있도록 노력을 해야 되겠다는 생각을 해 봅니다.

다른 분들께서 혹시 추가로 발언하시거나 말씀하실 분 없으신가요?

더 이상 지정토론자들의 의견이 없으시면 마이크를 방청석으로 돌려보겠습니다. 방청석에 계신 분 중에 발표자나 지정토론자에 대해서 질의를 하실 분께서는 지정해서 말씀을 해 주시고, 개인적인 의견을 발표하실 분들은 자유롭게 발언해 주시면 되겠습니다.



### ● 신지영 방청인

안녕하세요? 저는 경희대학교 석사과정 신지영입니다.

홍명기 변호사님께 질문드리겠습니다.

변호사님 토론문을 보면 주된 내용이 피고인에게 가혹한 형이 선고되는 것을 방지하는 방향으로 쓰신 것 같은데요, 자료집 211쪽의 'IV'를 보면 뒷부분에 '피해자 보호방안'이라고 적혀있는데, 제가 읽어봤을 때 '피해자 보호방안'이 어떤 것을 이야기하시는지 잘 모르겠거든요. 피고인에 대한 보호방안은 이해가 가는데 '피해자 보호방안'은 잘 이해를 못 하겠습니다.

설명 부탁드립니다.

### ● 홍명기 변호사

제 원고에는 있는데, 미처 말씀을 못 드린 것 같습니다.

실질적으로 일반적인 폭력범죄의 경우에 피해자의 보호는 '내가 맞았으니까 너도 한 대 맞아라', 이렇게 해서 응보형으로 피해자를 보호할 수는 없지 않겠습니까? 결국은 피해자에 대한 금전적인 보상일 것인데, 그래서 제가 212페이지 바로 윗 단락에서는 언급을 간단히 했습니다.

피고인에 대한 구체적 타당성 있는 범조항 적용은 피해자와의 합의 내지 합의가 되지 않았을 경우에 상당부분 금전공탁이 이루어졌을 부분을 전제로 해서 고려해 봐야 겠다, 그래서 피해자의 보호는 금전적인 보상이 현실적인 것이 아닌가 싶습니다.

### ● 사회자

답변이 되겠습니까?

### ● 신지영 방청인

네, 감사합니다.

### ● 사회자

또 다른 분 의견이 있으시면 말씀해 주시죠.

오늘 핵안보정상회의 때문에 상당히 교통도 불편하고, 또 오늘 봄 날씨치고는 상당히 차가운 날씨임에도 많은 분께서 이렇게 공청회에 참석해 주셔서 다시 한 번 감사의 말씀

## 양형기준안에 관한 제6차 공청회 결과 보고

을 드리겠습니다.

특히 우리 양형위원회가 발족할 당시의 입법안에 깊이 관여하셨던 한상훈 교수님께서도 이렇게 오셔서 양형위원회에 대한 애정 어린 충고까지 해 주신 점 정말 감사드립니다.

잘 아시다시피 양형기준을 제대로 만들기 위해서는 형사 법정형도 함께 정비될 필요가 있다는 말씀도 오늘 들었습니다.

아마 이 법을 만들 때부터 그 부분이 전제되었던 것인데, 아직까지도 형사 법정형이 제대로 정비되지 않고 있다는 점에 대해서는 아주 안타깝게 생각합니다.

앞으로 이 부분에 대해서는 국회에서 시급하게 법정형을 정비해 주셨으면 하는 생각이 간절합니다.

다시 한 번 오늘 바쁘신 가운데에도 귀중한 지정토론을 해 주시고 열띤 논의를 해 주신 네 분의 지정토론자에게 박수를 부탁드립니다.

(일동박수)

여러분께서 주신 소중한 의견은 2012. 5. 7.에 있을 양형위원회 전체회의, 또 그 사이에 있을 양형위원회 전문위원단 회의에서 심도 있게 논의를 해서 여러분의 의견이 양형 기준 마련에 반영될 수 있도록 최대한의 노력을 하겠습니다.

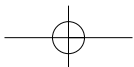
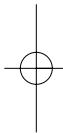
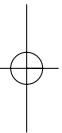
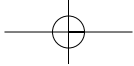
다시 한 번 오늘, 이 자리에 참석해 주신 모든 분들께 진심으로 감사의 말씀을 드리면서 오늘 공청회는 이 정도로 마치겠습니다.

대단히 감사합니다.

(17시 35분 폐회)

Sentencing Commission

# 방청객 질의 및 답변



## 방청객 질의 및 답변

### 질의

#### | 폭력범죄 관련 |

지정토론자 홍명기 변호사의 토론문에서는 폭력범죄의 '피해자 보호방안'을 언급하고 있는데, 구체적으로 어떠한 '피해자 보호방안'이 있는지 설명하여 주시기 바랍니다.

### 답변

폭력범죄의 경우 단지 응보의 수단으로 형벌을 가하여 피해자를 보호할 수는 없으며, 피고인이 피해자와 합의를 한 경우 또는 상당한 액수의 금전 공탁을 한 경우 피고인에 대하여 구체적 타당성이 있는 형벌을 과함으로써 현실적으로 피해자에 대한 금전적 보상을 유도해야 함(지정토론자 홍명기 변호사).



