

# 공청회 회의록



〈13시 30분 개회〉

## ● 흥동기 운영지원단장

지금부터 양형위원회가 주최하는 개정 형법 시행 등에 따른 양형기준 수정안 및 공무집행방해, 마약, 사기, 사문서범죄 양형기준안에 관한 제4차 공청회를 시작하겠습니다.

먼저 국민의례를 진행하겠습니다.

모두 정면에 있는 태극기를 향하여 일어서 주시기 바랍니다.

(국민의례)

다음은 이규홍 양형위원회 위원장님의 인사말씀이 있으시겠습니다.

## ● 위원장

존경하는 내외 귀빈 여러분, 희망찬 신묘년의 시작에 즈음하여 여러분을 모시고 양형기준안에 관한 제4차 공청회를 개최하게 되어 매우 기쁩니다.

귀중한 시간을 내어 자리를 빛내주신 여러분께 감사드리며, 무엇보다도 기꺼이 양형기준안과 양형기준 수정안에 대한 지정토론을 맡아주신 분들께 위원회를 대표하여 진심으로 감사드립니다.

올해는 양형위원회가 출범한 지 4년째를 맞이하는 해입니다.

대륙법계 국가들 중 처음으로 양형위원회가 설치되고 그동안 8개 범죄군 97개 범죄에 대한 양형기준이 마련된 것은 우리 형사재판제도의 발전에 큰 획을 그은 일이었습니다.

또한 양형기준이 설정된 범죄군들 중 약 90%의 사건에서 양형기준에 따른 형이 선고되고 있는 것을 보면 양형기준이 우리 형사재판 실무에 이미 성공적으로 접목되었다고 할 수 있습니다.

그러나 우리 위원회는 현재까지의 성과에만 머물러 있지 않겠습니다. 꾸준히 더 많은 범죄군들에 대한 양형기준을 설정해 나가면서 이미 만들어진 양형기준에 대해서도 그 시행성과를 면밀히 분석하여 보완하겠습니다.

우리 위원회는 지난해 8월 개최된 제3차 공청회 이후 공무집행방해, 마약, 사기, 사문서 등 4개 범죄군에 대한 양형기준안과 유기징역형의 상한을 상향한 개정 형법의 내용 등을 반영한 양형기준 수정안을 마련하는 작업을 하여 왔습니다. 공무집행방해, 마약, 사기, 사문서 등 4개 범죄군에 대한 양형기준안은 2기 양형위원회의 양형기준 설정계획에 따라 새로이 마련된 것입니다. 이 4개 범죄군과 이미 공청회를 거친 공문서, 식품·보건,

약취·유인, 절도 범죄군 등 제2기 양형기준 설정대상 8개 범죄군에 관한 양형기준 설정 작업이 마무리될 경우 형사재판에서 양형기준이 차지하는 비중 및 실효성은 더욱 높아지게 되고, 해당범죄에 대한 양형의 일관성과 적정성 제고에 크게 기여할 것입니다.

또한 유기징역형의 상한을 상향한 개정형법의 내용 등을 반영하여 이루어지는 양형기준의 수정작업은 개정 법률의 내용을 양형기준에 반영하면서 우리의 양형기준을 더욱 발전시키는 계기가 될 것입니다.

잘 아시는 바와 같이 양형은 국민의 생명과 신체 재산에 직접 영향을 미치는 것으로 형사재판의 핵심입니다. 우리 위원회는 이처럼 양형이 국민들께 미치는 중요성을 인식하고 양형기준을 설정·수정하는 데에, 전문가들의 전문적 식견은 물론 일반 시민의 건전한 상식을 반영하도록 하겠습니다.

오늘 공청회는 우리 위원회가 마련한 양형기준안과 양형기준 수정안에 관한 관계 전문가와 국민 여러분의 생생한 목소리를 들을 수 있는 뜻 깊은 기회가 될 것입니다. 양형기준안 및 양형기준 수정안은 우리 위원회가 지혜와 역량을 모아 마련한 것입니다만 여러분이 보시기에 부족하거나 보완되어야 할 점 역시 적지 않을 것입니다.

우리 위원회는 공청회 과정과 관계기관 의견조치를 통하여 제시되는 의견들을 수렴하여 보다 완성도 높고 대다수가 수용할 수 있는 양형기준을 만들도록 하겠습니다.

양형기준의 설정·수정을 비롯해서 양형위원회의 업무와 관련하여 여러분들께서 주시는 많은 의견들이 더 공정하고 객관적인 양형기준을 만드는데 소중한 밑거름이 되리라 확신하면서 앞으로도 우리 위원회와 양형기준에 지속적인 관심과 애정을 기울여 주시길 바랍니다.

끝으로 오늘 참석하신 여러분과 여러분의 가정에 항상 건강과 행복이 가득하시기를 기원하며 인사말씀을 마치고자 합니다.

감사합니다.

(일동박수)

## ● 흥동기 운영지원단장

이상으로 공청회 개최식을 마치겠습니다. 본격적인 공청회 진행을 위하여 잠시 장내를 정리 하겠습니다.

(장내정리)

오늘 공청회에 참석하신 발표자와 지정토론자를 소개해 드리겠습니다.

먼저 양형기준 수정안 및 양형기준안의 발표를 맡아주신 강영수 양형위원회 수석전문

위원을 소개하겠습니다.

강영수 수석전문위원님은 서울대학교 대학원에서 법학박사 학위를 받으셨고, 제29회 사법시험에 합격하셨습니다. 청주지방법원 충주지원장, 사법연수원 교수를 역임하셨으며, 현재 서울중앙지방법원 부장판사로 재직하고 계십니다. 강영수 부장님이십니다.

(일동 박수)

이어서 지정토론자 여덟 분을 토론 대상 주제 순서에 따라 소개해 드리겠습니다.

남현우 변호사님을 소개하겠습니다. 남현우 변호사님은 고려대학교 법학과를 졸업하시고, 제44회 사법시험에 합격하셨습니다. 청신종합법률사무소와 범우합동법률사무소에서 재직하셨고, 현재 국선전담 변호사로 활동하고 계십니다. 남현우 변호사님이십니다.

(일동박수)

정승환 교수님을 소개하겠습니다. 정승환 교수님은 고려대학교 대학원을 졸업하시고 독일 튀빙엔 대학교에서 법학박사 학위를 받으셨습니다. 아주대학교 법과대학 부교수로 재직하셨고, 현재 고려대학교 법학전문대학원 교수로 재직하고 계시며, 법무부 인권국 인권정책자문위원회 위원으로 활동하고 계십니다. 정승환 교수님을 소개합니다.

(일동박수)

김성돈 교수님을 소개하겠습니다.

김성돈 교수님은 성균관대학교 대학원에서 법학박사 학위를 받으셨고, 독일 프라이부르크 대학에서 박사과정을 수학하셨습니다. 현재 성균관대학교 법학전문대학원 교수로 재직하고 계시며, 법무부 형사법개정특별자문위원회와 형사실체법 정비위원회 위원으로 활동하고 계십니다. 김성돈 교수님이십니다.

(일동박수)

이주형 부장검사님을 소개하겠습니다. 이주형 부장검사님은 고려대학교 법학과를 졸업하시고, 제35회 사법시험에 합격하셨습니다. 대검찰청 검찰연구관과 양형위원회 전문위원으로 활동하셨으며, 현재 대구지방검찰청 영덕지청장으로 재직하고 계십니다. 이주형 부장검사님이십니다.

(일동박수)

최석운 교수님을 소개하겠습니다. 최석운 교수님은 고려대학교 대학원에서 법학박사 학위를 받으셨고, 한국형사정책연구원 선임연구원과 양형위원회 전문위원으로 활동하셨습니다. 미국 로드아일랜드대학교 방문교수로 재직하셨고, 현재 한국해양대학교 해양정

찰학과 교수로 재직하고 계십니다. 최석운 교수님이십니다.

(일동박수)

최승재 교수님을 소개하겠습니다. 최승재 교수님은 서울대학교 대학원에서 법학박사 학위를 받으시고, 미국 컬럼비아 로스쿨에서 수학하셨습니다. 제39회 사법시험에 합격 하셨으며, 현재 경북대학교 법학전문대학원 교수로 재직하시면서 대한변호사협회 법제 위원회 위원으로 활동하고 계십니다. 최승재 교수님이십니다.

(일동박수)

이현중 부장판사님을 소개하겠습니다. 이현중 부장판사님은 서울대학교를 졸업하 시고, 미국 컬럼비아 로스쿨에서 수학하셨습니다. 제33회 사법시험에 합격하셨고, 부산지 방법원 동부지원 부장판사를 역임하였으며, 현재 수원지방법원 안양지원 부장판사로 재 직하고 계십니다. 이현중 부장판사님이십니다.

(일동박수)

마지막으로 조순열 변호사님을 소개하겠습니다. 조순열 변호사님은 성균관대학교 법 과대학원에서 석사학위를 받으셨고, 제43회 사법시험에 합격하셨습니다. 현재 황소법 률사무소 대표변호사로 재직하고 계시며, 서울지방변호사회 총무위원, 교육위원, 경제 정의실천시민연합회 시민권익센터 권익위원으로 활동하고 계십니다. 조순열 변호사님 이십니다.

(일동박수)

오늘 공청회의 사회는 김광태 양형위원회 상임위원께서 맡아주시겠습니다. 이제부터 김광태 상임위원님께서 진행을 해 주시겠습니다.

## ● 사회자

안녕하십니까? 오늘 사회를 맡은 양형위원회 상임위원 김광태입니다.

오늘 발표문과 토론문을 정성껏 준비하여 주시고 여기에 참석해 주신 발표자 그리고 토론자, 또 아주 추운 날씨에도 불구하고 이 자리를 채워주신 방청객 등 모든 분들께 진 심으로 감사를 드립니다.

그러면 공청회를 진행하도록 하겠습니다.

시작에 앞서 오늘 진행에 대해서 잠깐 안내말씀을 드리도록 하겠습니다.

오늘 토론자 여러분들은 여러 기관의 추천을 받거나 신중하게 모셨습니다만, 기관의 추천을 받았더라도 그것은 기관의 대표라기보다는 개인 전문가로서 참석하셨음을 말씀

드리겠습니다.

오늘 공청회에서는 먼저 강영수 수석전문위원께서 제4차 공청회에 이르기까지 추진경과, 양형기준 수정안, 그리고 공무집행방해, 마약, 사기, 사문서범죄의 양형기준안의 특징 등에 관한 원론적인 설명과 구체적인 안을 소개한 뒤, 양형기준 수정안 및 양형기준안에 관한 토론을 진행하도록 하겠습니다.

토론은 먼저 개정 형법 시행 등에 따른 양형기준 수정안, 공무집행방해, 마약, 사기, 사문서 범죄의 순서로 진행할 예정이고, 수정안과 공무집행방해 범죄 양형기준안 토론을 마친 다음에 잠시 휴식을 취하고 나서 마약, 사기, 사문서 범죄 양형기준안 토론을 진행하도록 하겠습니다.

각 토론 주제별로 두 분씩 토론자가 지정되어 있습니다. 각 토론자께서는 15분 내에 준비하신 지정토론을 마쳐 주시면 감사하겠습니다.

그 이후 약 15분 정도 질문에 대한 답변이 있겠습니다. 공통되는 질문이나 시간이 다소 소요되는 질문에 대한 답변은 종합토론 시간에 추가 논의할 시간을 드리도록 하겠습니다.

전체 지정토론이 끝난 후 시간이 허락하는 한도 내에서 종합토론을 진행하고, 방청석으로부터의 질문에 대한 답변은 종합토론 시간에 드리도록 할 예정입니다.

시간제한에 관해서 말씀드렸습니다만 귀중한 연구결과에 대해서 그 발표시간을 제한하는 것이 상당히 송구스럽습니다. 그렇지만 오늘 진행할 내용이 매우 많다는 점을 감안해서 양해해 주시면 감사하겠습니다.

이제 강영수 수석전문위원님의 발표를 듣도록 하겠습니다.

## ● 강영수 수석전문위원

안녕하십니까? 양형위원회 수석전문위원 강영수입니다.

개정 형법 시행 등에 따른 양형기준 수정안과 공무집행방해, 마약, 사기, 사문서 범죄 양형기준안을 발표하고, 각계각층의 다양한 의견을 청취하는 뜻 깊은 자리에서 전문위원단을 대표하여 양형기준안을 보고 드리게 된 것을 영광스럽게 생각합니다.

법관, 검사, 변호사, 교수 및 양형에 관한 각계의 전문가들로 구성된 양형위원회의 전문위원단은 그 동안 유기징역형의 상한의 상향조정 등을 주요 내용으로 하는 개정 형법 시행 등에 따른 양형기준 수정안 및 제2기 양형기준안 작성 실무를 비롯하여 위원회 심의사항에 관하여 전문적인 조사 및 연구업무를 수행하여 왔습니다.

전문위원 회의 및 소위원회의 다각적인 검토·논의, 그리고 양형위원회의 심의 의결을 거쳐 마련한 양형기준 수정안 및 4개 범죄군 양형기준에 대하여 국민의 건전한 법 감정



과 상식이 반영될 수 있도록 좋은 의견을 제시해 주시기 바랍니다.

오늘 공청회와 관계기관 의견수렴 절차에서 주시는 소중한 의견들을 겸허히 받아들여  
서 객관적이고 합리적인 양형기준이 설정될 수 있도록 최선의 노력을 다하겠습니다.

보고를 시작하겠습니다. 가지고 계신 프리젠테이션 자료를 보시면서 들어주시면 좋을  
것 같습니다. 오늘 보고드릴 내용이 상당히 양이 많고 복잡합니다. 그렇지만 시간제한이  
있으므로 한 40분 정도에서 마무리할 수 있도록 간략하게 보고 말씀드릴까 합니다. 자세  
한 부분은 배부된 보고서 책자를 참조해 주시면 감사하겠습니다.

그러면 먼저 보고 순서를 말씀드리겠습니다. 추진경과를 모두에 간략히 보고 드린 다  
음에 개정 형법 시행 등에 따른 양형기준 수정안에 이어서 개별범죄군 즉, 공무집행방해,  
마약, 사기, 사문서 범죄 순으로 양형기준안 내용을 소개한 후에 대표적인 양형기준안 및  
수정안 적용사례를 설명해 드리도록 하겠습니다.

추진경과입니다.

2009년 4월 출범한 제2기 양형위원회는 2009년 9월 제20차 회의에서 제2기 양형기  
준 설정대상 범죄로 사기, 절도 등 8개 범죄군을 선정하였습니다. 한편 유기징역형 상한  
을 15년에서 30년으로 상향 조정하는 내용의 개정 형법이 작년 4월 15일에 공포되어 작  
년 10월 16일 시행됨에 따라 중대범죄의 양형기준 수정이 불가피하게 되었습니다. 양형  
위원회는 작년 6월에 절도 등 4개 범죄군의 양형기준안을 확정하여 같은 해 8월 제3차  
양형기준안 공청회를 개최하였습니다. 전문위원단의 양형기준 초안 연구 작성, 소위원회  
집중적인 논의·검토를 거쳐서 작년 12월 21일 제30차 회의에서 개정 형법 시행에 따른  
양형기준 수정안, 그리고 사기 등 4개 범죄의 양형기준안을 심의·확정하였고, 오늘 제4  
차 양형기준안 공청회에 이르게 되었습니다.

제2기 양형기준안이 최종 의결되어 시행될 경우 전체 구공판 형사사건 중 약 43%가  
양형기준 적용대상이 될 것으로 예상됩니다.

현행 살인범죄 양형기준은 보시는 바와 같이 동기를 기준으로 1, 2, 3유형 세 가지로  
구분되어 있습니다.

이번 수정안은 유형의 재분류, 그리고 추가를 통해서 5개 유형으로 세분화하게 되었습  
니다. 여기서 보시면 아시겠지만 제3유형 내지 제5유형의 가중영역은 유기징역형을 선  
택할 경우 사안에 따라 30년 또는 50년까지 형을 선고할 수 있게 되어있습니다.

유형의 정의 부분입니다.

1, 2, 3유형은 종전 양형기준 1, 2, 3유형과 거의 비슷합니다.

성범죄군과 강도범죄군에 속해 있던 강간·강제추행 살인과 강도살인, 그리고 약취·  
유인 미성년자 살해, 인질살해를 묶어 제4유형 즉, 중대범죄 결합살인을 추가하였습니



다.

그리고 ‘불특정다수를 향한 무차별적 살인’ 또는 ‘살해욕의 발로·충족으로서 2인 이상을 살해한 경우’를 가장 중한 유형인 5유형 즉, 극단적인 인명경시살인으로 재분류함으로써 죄책에 상응하는 중형의 선고가 이루어질 수 있도록 하였습니다.

13세 미만을 대상으로 한 강간상해, 강간치상과 강간치사, 강제추행치사의 가중영역 형량범위 상한을 12년 이상으로 개방했습니다. 형법의 개정취지를 양형기준에 반영하게 되었습니다.

강도범죄에 있어서 강간치사, 강제추행치사와 법정형이 동일한 강도치사의 형량범위를 강간치사, 강제추행치사와 일치시킴으로써 입법자의 의사가 양형기준에 구현될 수 있도록 하였습니다.

공무집행방해범죄의 양형기준안에 관해서 보고드리겠습니다.

공무집행방해범죄는 범행의 객체에 따라 구성요건과 법정형을 달리 하고 있습니다. 따라서 공무원을 대상으로 한 공무집행방해, 그리고 공용물을 대상으로 한 공용물무효·파괴로 크게 유형분류를 하였습니다.

공무집행방해로 상해의 결과가 발생하여 상상적 경합이 된 경우 중한 죄인 상해죄의 정한 형으로 출발하는 것이 원칙입니다.

그러나 상해죄 양형기준이 아직 설정되지 않은 상태이므로 불가피하게 공무집행방해 양형기준의 적용대상으로 삼아서 가중인자로 반영하게 되었습니다. 특수공무방해는 공무집행방해와 공용물무효·파괴 모두를 대상으로 하고, 해당 법정형의 1/2을 가중하게 되어 있습니다. 이를 별도의 유형으로 분류하지 않고 특별가중인자로 반영하게 되었습니다.

다만, 특수공무방해로 공무원을 상해 또는 사망을 이르게 한 경우에는 법정형이 높으므로 별도의 유형으로 구분을 하였습니다.

다음 형량범위 부분입니다.

위계에 의한 공무집행방해는 폭행·협박에 의한 공무집행방해와 법정형이 동일하나 일반적으로 공무방해의 정도가 더 중한 경우가 많고, 종래 양형실무에 비추어 보더라도 상대적으로 높은 형량이 선고되었습니다.

이러한 점을 감안해서 폭행·협박에 의한 공무집행방해보다 권고 형량범위를 다소 높게 설정하였습니다.

다만, 폭행·협박에 의한 공무집행과정에서 발생할 수 있는 중한 상해를 최대한 포섭하여 양형기준의 실효성을 높이기 위하여 공무집행방해 유형 가중영역의 형량범위 상한은 위계에 의한 공무집행방해보다 높게 설정하게 되었습니다. 특수공무방해로 공무원을

상해 또는 사망에 이르게 한 경우는 높은 법정형을 고려하여 별도의 유형으로 분류함으로써 중대한 결과에 상응하는 엄정한 형량범위를 권고하였습니다.

먼저 공무집행방해 유형은 수단 및 행위태양을 기준으로 폭행·협박을 수단으로 한 공무집행방해, 직무강요, 그리고 위계를 수단으로 한 위계에 의한 공무집행방해로 유형을 세분하였습니다.

양형인자표를 살펴보겠습니다.

단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대한 경우, 공무방해의 정도가 중대한 경우, 그리고 경합범이 아닌 반복적 범행 등이 특별가중인자로 규정되어 있습니다. 그리고 폭행·협박·위계의 정도가 경미한 경우, 공무원의 공무집행이 과도하거나 부적절한 경우가 특별감경인자로 규정되어 있습니다. 상해가 발생한 경우에 중한 상해와 그렇지 않은 경우를 구분하였습니다. 구분한 후에 특별 또는 일반가중인자로 반영하는 한편, 처벌불원의 경우도 그에 상응해서 특별감경인자, 일반감경인자로 반영을 하게 되었습니다.

다음으로 공용물무효·파괴 유형은 개체 및 행위태양을 기준으로 공무소 사용 서류 기타 물건의 손상, 은닉, 기타 호용을 해하는 공용물 무효, 그리고 공무소 사용 건조물, 선박, 기차, 항공기를 파괴하는 공용물 파괴로 크게 유형을 두개로 구분하고, 형량범위를 다르게 설정하였습니다.

양형인자표입니다. 무효·파괴된 부분의 가치가 경미한 경우를 특별감경인자로 설정하였습니다.

특수공무방해치사상 유형은 발생한 결과가 상해인지, 사망인지에 따라서 세부유형을 구분하여서 결과의 중대성에 비례한 형량범위를 권고하고 있습니다.

양형인자표입니다. 특수공무방해로 중한 상해가 발생한 경우 결과불법에 상응하는 형선고가 가능하도록 특별가중인자로 반영한 반면에 사망의 결과가 피고인의 직접적 행위로 인하지 않은 경우를 특별감경인자로 규정하였습니다.

집행유예기준입니다. 공무집행방해 범죄의 집행유예 기준은 먼저 집행유예를 긍정적으로 고려하게 하는 긍정적 요소, 또 그와 반대되는 부정적 요소를 구분하였습니다.

다음으로 집행유예 또는 실행 여부 결과에 큰 영향을 미치는 주요참작사유와 그렇지 아니한 일반참작사유로 구분하여 인자를 배치하였습니다.

재범의 위험성, 그리고 범죄의 중대성을 종합적으로 고려하여 참작사유를 추출하였습니다. 집행유예기준의 구체적 내용은 제시된 표를 참조해 주시면 되겠습니다.

다음은 마약범죄 양형기준안입니다. 아시다시피 마약범죄는 마약류의 종류, 행위태양에 따라서 구성요건 및 법정형이 매우 다양합니다. 따라서 체계적이고, 일관성 있는 양형

기준 설정이 긴요하게 됩니다.

기본적으로 행위태양을 기준으로 투약·단순소지, 매매·알선, 수출입·제조 등으로 유형을 구분하였습니다.

그리고 마약류 가액이 일정액 이상인 경우에는 행위태양에 따른 구별 없이 특가법상 가중처벌하고 있는 점을 고려하여 대량범을 별도의 유형으로 분류하는 방법을 채택하게 되었습니다.

형량범위입니다. 행위태양에 따라서 투약·단순소지, 매매·알선, 수출입·제조 순으로, 그리고 마약종류에 따라서 환각물질, 대마, 향정 라목 내지 마목, 마약, 향정 가목 순으로 법정형이 상승하고 있습니다. 이것을 반영하여 유형별 권고형량범위를 설정하였습니다. 죄질 및 사회적 폐해가 중대한 미성년자 대상 마약범죄, 영업범, 상습범, 고액·다량의 범죄에 대하여 엄중한 형량을 권고하였습니다.

마약류의 종류에 따라서 오남용의 우려, 신체적, 정신적 의존성의 정도가 다르고, 이에 따라서 법정정도 다르게 규정되어 있습니다. 따라서 마약의 종류를 기준으로 세부 유형을 구분하였습니다.

요즘 언론에 빈번하게 보도되고, 우리나라에서 가장 많이 남용되는 대표적 마약류가 메스암페타민 속칭 필로폰, 히로뽕이라는 것과 MDMA, 다른 말로는 엑스터시, 도리도리라는 것이 있는데, 이것은 다 향정 나목에 해당하는 마약이라고 할 것입니다.

다음 양형인자표입니다. 범행가담 또는 범행동기에 특히 참작할 사유가 있는 경우가 특별감정인자로 규정되어 있습니다. 이것은 타인의 강압이나 위협 등에 의하여 강요된 상태에서 범행에 가담하거나 호기심에 의한 1회성 행위가 이에 해당할 것입니다.

범행동기에 특히 비난할 사유가 있는 경우는 특별가중인자로 반영되어 있습니다. 예를 들면 타인으로 하여금 형사 처벌을 받게 할 목적으로 마약류를 교부하거나, 최근 언론에도 보도되어 있습니다만, 몰래 음식물에 타서 마약을 먹인 경우 등이 이에 해당할 것입니다.

주로 마약범죄는 점조직으로 이루어지기 때문에 수사의 현실적 어려움이 많습니다. 이러한 점을 감안해서 '마약범죄 정보 제공 및 수사에 적극적으로 협조한 경우'를 특별감정인자로 반영을 하였습니다.

'일반적 수사협조'를 일반감정인자로 추가하는 방안도 함께 추가적으로 검토할 예정으로 있습니다.

다음 매매·알선 유형입니다.

이 유형 역시 마약류의 종류에 따라 유형을 세분화하였습니다.

다만, 영리목적 또는 상습범의 경우는 마약류 종류를 구분하지 않고 독립된 형태로 구

분하여 형량범위를 높게 설정하게 되었습니다.

양형인자표입니다.

매매·알선 등 유형의 경우에 조직적 또는 전문적 범행과 조직적 범행을 주도한 주모자나 그에 준하는 경우를 특별가중인자로 반영하여 조직적 마약범죄 및 주모자 등에 대하여 엄정한 양형이 이루어질 수 있도록 하였습니다.

수출입·제조 등 유형입니다.

이 유형 역시 마약류의 종류, 영리목적과 상습범 여부를 기준으로 유형을 세분화하였고, 매매·알선 등 유형보다 형량범위를 조금씩 높게 설정하게 되었습니다. 양형인자표는 매매·알선 등 유형과 대동소이합니다.

대량범 유형입니다.

마약류의 가액을 기준으로 유형을 세분화했는데, 이는 특가법 및 마약관리법 규정에 따라서 가액의 기준을 달리하여 권고 형량범위를 설정하게 된 것입니다.

다음 페이지 양형인자표입니다.

매매·알선 등 유형, 수출입·제조 등 유형과 거의 같다고 보시면 될 것 같습니다.

집행유예기준입니다. 표를 봐주시면 될 것 같습니다.

다음으로는 사기범죄 양형기준안에 관해서 보고드리겠습니다.

사기범죄에 있어서는 이득액이 중요합니다. 그리고 또한 중요한 양형요소가 사기범행의 조직성, 전문성 유무입니다. 따라서 이를 기준으로 일반사기와 조직적 사기 두 가지로 유형을 분류하고 형량범위에 차등을 두게 되었습니다. 표에 보시다시피 조직적 사기는 다수인이 역할을 분담하고, 사기범행을 목적으로 사전에 치밀하게 계획하고 조직적이고 전문적으로 범행을 저지른 경우를 말합니다. 예를 들면 전화금융사기단의 전화금융사기, 요즘 많이 문제가 되고 있는 것이지요. 그리고 사기도박단의 사기도박, 보험사기단의 보험사기, 토지사기단의 토지사기, 조직적인 국가보조금 사기 등을 예로 들 수 있을 것입니다.

다음 형량범위 부분입니다.

횡령·배임범죄의 양형기준과 마찬가지로 이득액에 따라서 차등화 된 형량범위를 설정하되, 일반적으로 사기범죄의 죄질이 횡령·배임범죄보다 중한 것으로 평가되므로 형량범위는 횡령·배임범죄보다 다소 높게 설정을 하였습니다. 거액의 사기사건에 대하여 엄정한 양형을 바라는 국민적 요청을 수렴하여 규범적 관점에게 종전 양형실무에 비해 상향 조정된 형량범위를 권고하도록 하였습니다.

일반사기의 형량범위입니다.

이득액에 따라서 5개의 구간으로 유형을 세분하였습니다.

이득액이 증가함에 따라서 권고 형량범위를 높게 설정하였습니다.

양형인자표입니다.

‘불특정 또는 다수의 피해자를 대상으로 하거나 상당한 기간에 걸쳐서 반복적으로 범행한 경우’, ‘피해자에게 심각한 피해를 야기한 경우’, ‘범행수익을 의도적으로 은닉한 경우’ 등 사기의 방법, 결과, 범행 후 정황에 있어서 비난가능성이 높은 경우를 특별가중인자로 규정을 하였습니다.

한편 ‘미필적 고의로 기망행위를 저지른 경우’, ‘기망행위의 정도가 약한 경우’, ‘손해 발생의 위험이 크게 현실화되지 아니한 경우’, ‘사실상 압력 등에 의한 소극적 범행가담’ 등 기망 정도, 피해, 가담경위에 있어서 비난가능성이 낮은 경우를 특별감경인자로 반영하게 되었습니다.

다음 조직적 사기 부분입니다.

조직적 사기는 좀 전에 말씀드린 바와 같이 일반사기에 비해서 가벌성이 훨씬 높다고 할 것입니다. 조직적 사기의 유형별 형량범위를 일반사기와 비교해 보시면 형량범위가 높게 설정된 것을 확인할 수 있으실 것입니다.

다음 양형인자표입니다. 조직적 사기범행을 주도적으로 계획하거나 그 실행을 지휘한 경우에는 죄책이 크므로 특별가중인자로 반영하였습니다. 반면에 사실상 압력 등에 의해서 소극적으로 범행에 가담하거나 단순 가담한 경우에는 비난할 가능성이 높다고 할 수 없어서 특별감경인자로 반영을 하였습니다.

집행유예기준은 표를 참조해 주시면 되겠습니다.

마지막으로 사문서범죄 양형기준안입니다. 사문서범죄는 공문서범죄 유형분류와 마찬가지로 작성권한 유무를 기준으로 작성권한이 없는 자가 다른 사람 명의의 문서를 작성하거나 행사하는 사문서 위조·변조 등 유형, 그리고 작성권한은 있으나 그 내용이 허위인 허위진단서 작성 등 유형으로 크게 유형 분류를 하였습니다.

그 밖에 사문서 관련 범죄로 사문서 부정행사죄가 있습니다. 그러나 징역형이 선고된 사례가 거의 없어서 양형기준을 설정할 필요성이 낮다고 보여져서 양형기준 설정대상으로 삼지 않기로 하였습니다.

형량범위 부분입니다. 영업적 또는 조직적 위·변조 행위를 별도의 중한 유형으로 구분한 공문서범죄 양형기준과는 달리 사문서 위조·변조에서는 조직적 또는 반복적 위·변조 행위를 특별가중인자로만 반영하여서 높이는 형량을 권고하는 방식을 채택하였습니다.

허위진단서등작성 유형 중에서 적극적 동기에 의한 작성행위는 별도의 중한 유형으로 세분화하여 보다 높은 형량범위를 설정하도록 하였습니다.

사문서 위조·변조 등은 양형실무 통계분석 결과 대부분 징역 4월에서 12월 사이의 형이 선고된 것으로 나타납니다. 따라서 별도의 세부유형으로 분류할 실익이 없다고 판단해서 하나의 단일한 유형에서 권고형량범위를 설정하게 되었습니다.

양형인자표는 공문서범죄 양형인자표와 큰 차이가 없다고 할 것입니다.

허위진단서 등 작성유형은 작성동기 또는 의도를 기준으로 소극적 동기에 의한 행위와 적극적 동기에 의한 행위로 유형을 세분화해서 차등화된 형량범위를 설정하였습니다.

제1유형, 예를 들면 보험처리 과정에서 실수로 진단서를 누락했다가 이와 같은 내용으로 허위로 작성해서 다시 끼워 넣은 경우가 이에 해당될 것입니다. 제2유형의 예로는 보험금 편취, 병역회피 목적, 장애인증 발급을 통한 장애인 장애취득 등을 목적으로 허위진단서를 작성한 경우가 이에 해당될 것입니다.

양형인자표는 보시는 바와 같습니다.

다음 집행유예기준입니다. 분리된 유형에 따라서 구분하여 제시하였는데, 제시된 표는 사문서 위조·변조 등 집행유예기준안입니다. 이 표는 허위진단서 등 작성 집행유예기준안입니다.

간략히 보고를 마치고 마지막으로 양형기준안 및 수정안의 대표적인 적용사례를 한 두 가지 말씀드리겠습니다. 이해의 편의를 돕고자 한 것입니다.

먼저 살인범죄에 관해서 살펴보겠습니다. 먼저 사례를 설명드리고자 합니다. 교통사고를 가장해서 보험금을 편취할 목적으로 고아인 피해자를 생명보험에 가입시킨 다음에 교통사고로 위장해서 화물트럭으로 가슴, 배 위를 지나가게 해서 살해한 사안입니다. 이 사안에서 종전 판결 선고형은 징역 15년이었습니다. 살인범죄 양형기준 수정안을 적용할 경우에는 제3유형 중에서 계획적 범행이라는 특별가중인자가 있으므로 가중영역에 해당됩니다. 따라서 징역 15년 이상, 무기징역 이상의 형량범위가 권고됩니다. 유기징역형을 선택할 경우에 종래에는 유기징역형의 상한인 15년을 초과하는 형을 선고할 수 없었습니다. 그러나 수정안에서는 징역 30년 또는 50년까지 선고할 수 있게 됨으로써 유기징역형과 무기징역형의 처벌간극이 줄어들고, 죄책에 상응하는 중형의 선고가 가능할 수 있게 되었습니다.

다음 공무집행방해 범죄입니다.

사례 부분을 말씀드리겠습니다.

행인들을 상대로 커트 칼을 휘두르면서 위협하다가 이를 제지하는 경찰관에게 욕설을 하면서 커트 칼과 드라이버를 휘둘러서 공무집행방해를 한 사안입니다. 종전에 선고된 형은 징역 8월이었습니다.

양형기준안을 적용할 경우 공무집행방해 유형 중 제1유형에 해당하고, ‘위험한 물건을



휴대한 경우'라는 특별가중인자가 있으므로 가중영역에 해당하게 됩니다. 따라서 권고 형량범위는 징역 1년에서 4년까지가 됩니다. 따라서 특수공무집행방해 행위에 대해서 종전보다 높은 형량의 선고가 이루어질 수 있게 되었습니다.

다음 마약범죄입니다.

피고인이 위선과 연계되어 조직적으로 1,100만 원 상당의 필로핀 30g을 매수한 사안입니다. 종전에 선고된 형은 징역 4년이었습니다.

양형기준안을 적용할 경우에 대량범 유형 중에서 제1유형에 해당합니다.

그리고 '조직적 또는 전문적 범행'이라는 특별가중인자가 있으므로 가중영역에 해당하게 되어 권고 형량범위는 징역 5 ~ 8년이 됩니다.

따라서 대량범 및 조직적·전문적 범행에 대하여 보다 엄정한 양형을 구현할 수 있게 되었습니다.

마지막으로 사기 범죄입니다.

사안이 좀 복잡합니다. 피고인 1, 2가 있습니다. 피고인 1은 대만에서 현금인출책을 모집해서 국내로 공급하고, 현금인출책이 출금한 현금을 관리하였습니다. 피고인 2는 현금을 인출하는 역할을 수행하였습니다.

둘이 공모해서 피해자들을 상대로 금융기관이나 수사기관을 사칭하여 피해자들의 예금계좌에서 돈이 이체되도록 하는 이른바 보이스피싱 수법으로 1억 2,000만 원을 편취한 사안이었습니다.

종전에 선고한 형은 피고인 1에 대해서는 징역 4년, 피고인 2에 대해서는 징역 2년이었습니다. 양형기준안을 적용할 경우 조직적 사기 유형 중에 제2유형에 해당합니다. 그리고 피고인 1의 경우에는 '사기범행을 주도적으로 계획하거나 그 실행을 지휘한 경우'라는 특별가중인자가 있으므로 가중영역에 해당합니다. 따라서 피고인 1은 권고 형량범위가 징역 4 ~ 7년이 됩니다. 피고인 2의 경우에는 기본영역에 해당하게 되어 권고 형량범위는 징역 2 ~ 5년이 될 것입니다. 따라서 현재 문제가 많이 되고 있는 전화금융사기 등 조직적 사기 범행에 대해서 엄중한 양형을 구현함과 아울러 피해액 및 범행 관여 정도에 따라서 차별화된 형량을 선고할 수 있게 되었습니다.

이상 양형기준안 및 수정안 발표를 마치겠습니다.

너무 짧은 시간에 많은 양을 말씀드리게 되어 송구스럽습니다.

자세한 내용은 책자를 참고해 주시면 감사하겠습니다.

정청해 주셔서 감사합니다.

(일동박수)



## ● 사회자

양형기준안 발표를 들으셨습니다.

자료집을 보셔서 아시겠지만 원래 상당히 복잡한 내용입니다. 그것을 혹시 지루해 하실까 봐 간단하고 짧게 발표를 하도록 준비를 시켰더니 오히려 여러분들께서 짧은 시간에 이해하기가 어렵지 않았나 하는 생각이 듭니다.

그 부분도 양해 바랍니다.

그러면 여러 가지 테마가 있습니다만 차례대로 토론에 들어가도록 하겠습니다. 먼저 개정 형법 시행 등에 따른 양형기준 수정안에 관한 지정토론이 있겠습니다. 지정토론은 남현우 변호사님과 정승환 교수님께서 하시겠는데, 먼저 남현우 변호사님께서 토론해 주시고 이어서 정승환 교수님께서 토론을 이어가시도록 하겠습니다.

남 변호사님, 부탁드립니다.

## ● 남현우 변호사

저는 현재 서울중앙지방법원에서 국선 전담 변호사로 있는 남현우 변호사라고 합니다. 우선 보다 합리적이고 공평한 양형기준의 정립을 위하여 노력하신 여러분들에게 경의를 표하면서 논의를 시작하도록 하겠습니다.

변호사로서 저는 양형실무의 경험이 전무하고 법조경력도 일천한 상황인데, 제가 이와 같은 자리에서 지정토론자로서 감히 의견을 밝히게 된 것이 두렵기도 합니다만 양형기준의 수정 방향에 다소라도 도움이 되었으면 하는 마음가짐으로 변호사, 변호인의 입장에서 양형기준의 설정과 수정에 대하여 생각나는 바를 두서없이 밝히도록 하겠습니다.

먼저 변호인의 입장에서 양형기준 설정·시행에 관한 대체적인 의견을 말씀드리겠습니다. 양형판단이 주된 쟁점이 되는 사건에 있어서 범행의 동기나 양형기준으로 제시되어 있는 여러 가지 양형인자에 중점을 두고 변론과 주장·입증활동을 할 수 있게 되었다는 측면에서 양형기준은 피고인의 효율적인 방어권 행사에 커다란 기여를 하고 있다고 평가하고 싶습니다.

아래에서는 살인범죄를 위주로 논의를 시작하도록 하겠습니다.

양형기준 수정의 기본방향에 대한 의견을 먼저 말씀드리겠습니다.

살인범죄 양형기준 수정안에 대하여는 대체로 찬성하는 입장입니다. 개정 형법의 시행으로 양형기준의 수정이 불가피한 상황에서 기존의 양형기준을 보완·수정하여 합리적인 양형기준을 정립하기 위한 논의를 하는 것을 굳이 회피할 이유는 전혀 없는 것으로 생각합니다.

그렇지만 형법 개정의 취지와 관련해서 양형기준 수정의 필요성이 대두된 이유가 무기징역형과 유기징역형간의 형벌 효과를 줄여 중대범죄를 저지른 경우에 그에 따른 형벌을 선고하는데 존재하는 제한을 제거하여 행위자의 책임에 따라 탄력적으로 형 선고를 가능하게 하려는 것임을 전제로 한 것이라고 한다면 기존의 살인범죄의 양형기준 체계의 골격을 가급적 원형 그대로 유지하되, 제3유형의 가중 구간, 종전에는 12년에서 15년 그리고 무기 이상으로 되어 있었습니다, 이 부분의 세분화 논의로 논의를 국한·집중하는 것이 보다 타당한 것이 아니었나 생각됩니다.

우선 형법 개정에 따라 새로이 마련된 살인범죄 양형기준 수정안에 따르게 되면 제1유형의 감경, 기본 구간의 형량범위를 제외한 나머지 대부분의 유형, 구간의 형량범위의 상한 또는 상한과 하한, 그리고 상·하한이 모두 가중된 내용으로 수정이 되어 있습니다. 이와 같은 대부분의 유형·구간에 대한 미세조정이 과연 반드시 필요하였던 것인지는 좀 의문이라고 생각합니다.

형법 개정 내용을 전혀 반영·고려하지 않을 수 없는 것이지만 개정 형법의 시행 이전과 이후의 양형판단의 기준을 달리하여야 하는 합리적인 이유나 당위적인 근거는 제시된 바가 없었고, 존재하지도 않는다고 생각됩니다.

형법 개정과 관련된 입법자의 의도를 살펴보면 사법부에 의하여 이루어지고 있던 기존의 양형관행이나 시행되고 있던 양형기준이 지나치게 낮아 부당하다는 판단에 기초한 것은 전혀 아니었던 것으로 보입니다. 만일 기존의 양형관행이나 양형기준이 부당하다는 판단을 갖고 있었다면, 형법 각칙 본조에 규정된 법정형에 대한 수정 또는 특별법의 마련하는 형식으로 입법자의 의사를 양형실무에 관찰하려는 태도를 보였을 것이기 때문이었습니다. 따라서 기존에 이루어지고 있던 대부분의 양형실무 및 양형기준에 대하여 사법부의 판단을 존중하는 것을 전제로 무기징역형과 유기징역형간의 형벌효과를 조정하여 구체적 타당성을 공고하게 하는 방향으로 양형기준 수정 논의의 범위를 제한·축소하였어도 충분하였던 것이 아닌가 생각됩니다.

또한 법적 안정성의 측면이나 일반 국민의 양형기준과 양형실무에 대한 신뢰를 재고한다는 측면에서 기존의 양형기준에 의하여 설정된 유형, 구간의 형량범위를 유지하는 한편으로 기존에 양형실무가 존재하지 않았던 영역 구간, 이게 기본 구간에서 15년 이상 30년 사이가 되겠쥬, 이 영역구간에 대한 기준을 설정하는 방향으로 국한해서 양형기준이 수정되었으면 하는 것이 개인적인 의견입니다.

그리고 논의 주제를 다소 벗어난 점도 있는데, 양형기준 재설정의 계기·전제가 된 개정 형법의 근본적인 시각의 문제에서 살펴보도록 하겠습니다.

형법 개정의 이유와 관련해서 무기징역형과 유기징역형 사이의 형벌 효과를 줄여 중대

한 범죄를 저지른 경우 그에 따른 형벌을 선고하는 데 존재하는 제한을 제거하여 행위자의 책임에 따라 탄력적으로 형 선고를 가능하게 하려는 입장임을 밝히고 있습니다.

무기징역형의 선택과 유기징역의 선택 사이에 행위자의 책임에 따라 보다 구체적 타당성이 있는 양형판단의 가능성의 범위가 확정된 것에 대하여는 전적으로 찬동을 하는 바이고, 이에 따라 책임원칙, 책임주의의 관점이 보다 확실하게 구현될 수 있을 것이라고 생각합니다.

그렇기는 하나, 형법 제42조 징역 또는 금고의 기간 상한과 관련해서 형기 상한 및 가중을 2배로 대폭 상승시키고 이에 맞추어 사형, 무기징역형에 대한 법률상 감경 기간을 상향하여 조정한 배후에는, 이른바 형벌 무관용 정책이라고 하죠, Zero tolerance라고 하는데 이런 정책을 채택하려는 의도가 있었던 것은 아닌가 하는 의구심이 남기도 합니다.

형법 개정으로 유기징역의 상한과 사형 및 무기징역의 가중과 감경의 범위가 전면적으로 상향 조정된 것으로 인하여 장기적인 관점에서는 선고형을 상향 조정하려는 압력이나 경향이 불가피하게 발생될 것으로 생각합니다. 이와 같은 형법 개정과 이에 따른 양형기준의 수정으로 인하여 극단적인 형벌국가화 경향과 형벌만능주의에 경도되지 않도록 주의할 필요가 있는 것으로 생각합니다.

불합리한 사형이나 무기징역의 선고를 대체하기 위하여 불가피한 선택으로 장기의 유기징역형의 선고를 권고하는 방향으로 운영되는 것을 희망하는 바입니다.

또한 1953년 형법 제정 이후로 평균수명이 연장되었다는 이유로 유기징역형의 상한을 상향 조정하는 것이 필요하게 되었다는 사정도 분명히 인정될 수 있는 바입니다만, 평균수명이 연장된 것이 행위 및 행위자의 책임판단에 어떠한 상관관계가 있는 것인지 의문입니다.

이는 결국 현실적으로 장기 구금의 필요가 있는 피고인이 있기 때문에 이에 따른 특별예방과 사회방위론의 관점에 해당하는 논지가 아닐까 생각될 뿐이지 책임원칙, 책임주의의 구현과는 무관한 내용이 아닌가 생각합니다.

따라서 수명 연장과 관련하여 유형의 각 구간의 형량범위를 일률적·비례적으로 상향 조정하려는 시도·노력은 책임원리, 책임주의와는 전혀 무관한 것이 아닌가 합니다.

만일 이 부분에 대한 고려가 필요한 것이라면, 최초로 했던 내용으로 보면 기술적 접근 방식이라고 기존의 양형관행을 평가하는 것과 규범적 접근방식이 있었는데 이것과는 다른 시각 관점에서 접근할 필요성이 있는 것이 아닌가 생각합니다.

즉, 장기간의 수형이 수형자 개인과 우리 사회에 미치는 파급효과에 대한 고려도 병행되어야 마땅한 것이 아닌가 생각합니다.

따라서 기존에 설정되어 시행되고 있던 양형기준의 변경이 불가피한 상황에 직면한 것이었다 하더라도 기존에 설정되어 시행되고 있던 양형기준의 기본적인 골격을 유지하면서 형량범위의 조정이 이루어지도록 하여야 할 것이고, 특히 기존에 설정되어 있던 구간의 형량범위 하한은 그대로 유지되면서 일부 유형구간의 상한만을 상향하는 방향으로라도 조정이 이루어지는 것을 차선책으로 고려하였으면 합니다.

수정안의 유형의 재분류 문제와 관련해서 말씀을 드리도록 하겠습니다.

살인범죄의 경우 동기를 기준으로 유형을 분류하고 있던 기존 양형기준을 유지하면서 목적, 계획성, 피해자의 수와 같은 주요 영향력을 가지는 양형인자를 복합적으로 고려하여 유형을 재분류한 것으로 보입니다.

정확하게 표현한다고 하면 동기를 기준으로 하고 있던 기존 유형의 제4유형, 제5유형을 새로이 마련하여 추가한 것으로 볼 여지도 있는 것으로 생각됩니다. 그리고 제4유형과 제5유형은 기존 살인범죄 양형기준의 제3유형의 가중구간 12년에서 15년 사이, 그리고 바로 무기로 뛰게 되어 있는데 이를 차등·세분화한 것이나 그 공백 부분을 보충하기 위한 기능을 갖게 될 것으로 보입니다.

그런데 목적이나 계획성과 같은 양형인자가 어떠한 경우에는 유형을 결정하는 기준으로 작용되고, 어떠한 경우에는 특별양형인자의 가중요소로 사용되는 이중적 지위를 갖게 되는 문제가 발생할 것으로 보입니다.

아울러 유형의 구분에 사용된 목적, 계획성과 같은 양형인자가 다시 특별양형인자의 가중요소로서 이중으로 평가되는 것을 허용하고 있는 것인지, 아니면 이중평가금지원칙에 따라 이를 재차 가중요소로 고려할 수 없는 것인지 명확하지 않은 부분이 있습니다.

그리고 피해자의 수는 상상적 경합범의 처리나 실체적 경합범으로서 가중하는 문제이기도 한데, 이것이 다시 또 유형 부분에 있어서 영향력을 발휘하게 되는 문제도 있는 것이 아닌가 싶습니다.

그리고 아울러서 여전히 동기가 유일한 것은 아니지만 가장 결정적이고 중대한 양형인자로서 유형을 대별하게 되는 기능을 담당하는 것에 대하여 기존에 있었던 비판과 관련하여 타당성 여부를 또 검토해 볼 여지가 있었던 것은 아닌가 합니다.

다음으로 사형을 선택·선고할 수 있는 경우에 관한 기준 제시와 관련해서 몇 말씀 드리도록 하겠습니다.

기존 양형기준은 물론이고, 양형기준 수정안에서도 어떠한 경우에 사형을 선택하고 이를 감경함이 없이 사형을 선고할 수 있는 것인지 기준의 제시가 전혀 없습니다.

참고로 강도살인죄를 예로 들면 법정형이 사형 또는 무기징역형 밖에 없습니다. 이 점을 염두에 두시고 들어 주십시오.

사형을 집행하지 않고 있는 관행의 지속으로 인해 실질적 사형폐지국가로 분류되고 있는 우리나라의 현실을 반영하여 사형선고를 권고하지 않겠다는 입장을 취하고 있는 것인지 여부가 명확하지 않아 개인적으로도 의문입니다. 제3유형 내지 제5유형 수정안의 가중 구간에서 막연하게 무기 이상이라는 표현만을 사용하고 있으면서 그 입장을 명백히 취하지 않고 있는 것은 문제가 아닌가 그렇게 생각됩니다.

그리고 양형기준은 법률상 가중·감경이 모두 이루어진 이후의 처단형 단계에서 최종적으로 선고형을 결정하는데 적절한 지침을 제공하는 것을 목적으로 하는 것이라는 입장을 일관하고 있는 것이라고 한다면, 제3유형 내지 제5유형의 가중구간에서 무기 이상을 규정한 것은 처단형 단계에 대한 판단을 마친 단계에서 다시 형의 선택에 관한 판단문제로 되돌아가는 것을 의미하는 것으로 이해가 됩니다.

그렇다면 이는 형법 제56조의 형의 가중·감경의 순서에 관하여, 제2호의 제34조 제2항의 가중 이후에, 판결 이후를 실시할 때 상상적 경합범의 처리, 형의 선택을 거쳐서 다시 형법 제56조 제3호 누범가중 이하의 판단을 거치게 되어 있는 법령의 적용 순서에 대해서 혼란을 초래할 여지가 있는 것이 아닌가 생각됩니다.

결국 양형기준에 따라 판단을 하게 되면, 선택 가능한 법정형 중에서 유기징역형을 우선적으로 선택하거나 사형 또는 무기징역만이 법정형으로 되어 있는 경우에도 법률상 감경이나 작량 감경을 우선적으로 고려하여 양형기준에 따라 유기징역의 선고를 심사숙고한 이후에 유기징역형을 선택하거나, 사형 또는 무기징역을 선택하였다가 이를 감경하여 유기징역형을 선고하는 것이 행위자의 책임에 상응하지 하지 않아 불합리하다고 판단될 경우에만 예외적으로 사형 또는 무기징역의 선고를 고려하는 방식으로 양형판단이 이루어지도록 권고하고 있는 것으로 해석할 여지가 있는 것으로 보입니다.

어떻게 되었거나 사형이나 무기징역형과 같은 극형을 선고하는 것을 가급적 자제하고, 신중하고 면밀하게 양형판단이 이루어지도록 하기 위하여 불가피한 측면이 있는 것으로 생각되고, 실제적인 관점에서도 이와 같은 판단의 순서가 진행되는 것으로 인하여 피고인의 이익이 부당하게 침해될 우려가 있다거나 여타의 불합리한 결과가 발생할 우려는 거의 없는 부분이라고 생각되기는 합니다.

다시 본론으로 들어가서 양형기준에서 무기 이상을 포함하고 있는 이상 사형 선고의 문제, 즉 사형을 선택·선고하게 되는 문제에 대한 논의와 기준의 마련도 장기적으로라도 필요하다고 생각이 됩니다.

따라서 가급적이면 양형기준에서 사형을 선고할 수 있는 것인지 기본적인 입장을 명시하고, 사형 선고를 권고할 수 있는 기준이나 유형을 설정하여 제시하는 한편으로, 사형선고를 고려하게 되는 단계나 순서에 대한 기준의 제시도 필요한 것으로 생각이 됩니다.



다음으로 무기징역을 선택·선고할 수 있는 경우에 관한 기준 제시와 관련하여서도 짧막하게 말씀드리면, 기본적으로 사형에 관한 문제와 동일하다고 볼 수 있겠습니다. 양형 기준 형량범위 상한이 25년 초과하는 경우 무기징역을 선택할 수 있는 것으로 되어 있는 것인데, 이것도 구체적인 기준의 설정이 필요한 것이 아닌가 생각이 됩니다.

다음으로 개별적인 양형인자와 관련하여 행위자 특성을 고려하는 시각이 좀 부족한 부분이 있지 않나 싶어서 이 부분에 대해서 말씀을 드리도록 하겠습니다.

형법 개정의 취지와 관련하여 흉악범에 대하여 장기간의 교정이 필요하다는 시각·입장을 제시하고 있습니다만 과연 장기간의 수형생활을 경험하도록 하는 것으로 흉악범의 성행이 교정이 가능한 것인지 근본적인 의문과 회의가 있습니다.

이와 관련해서 우선 장기간의 수형생활이 수형자에게 미치는 영향에 대한 과학적 분석이 선행되어야 할 부분으로 보입니다. 장기간의 수감이 수형자의 심리상태에 미치는 영향, 수형자의 가족관계나 기타 여러 가지 사회적 유대관계에 미치는 영향 등에 관한 사회과학적 연구를 다각적으로 수행하도록 한 이후에 무기징역 선고에 대체할 장기의 유기징역 선고에 있어서 이런 연구 결과를 참조하는 것이 선행될 필요가 시급하다고 할 것입니다.

실제 장기의 유기징역 선고가 사실상 사회적 존재로서의 인간에 대한 사형선고나 다름 없을 수도 있다는 점을 말씀드리고 싶어서 드리는 것입니다.

이와 같은 연구성과를 바탕으로 수감을 마치고 출소한 이후에 원만하게 재사회화, 우리 사회와의 통합이 가능한 유형의 피고인(수형자)인 것인지 여부를 파악하는 노력이 있어야 할 것입니다.

기준에 존재하지 않았던 25년 이상 50년 이하, 종전 가중상한이 25년까지였습니다, 이 구간의 형벌 구간에서 책임에 따라 유기징역을 선고하는 사례가 실제로 발생하게 되면, 당해 수형자의 연령이나 잔여 수명, 과학과 의학의 진보에 따른 추가적인 수명연장의 기대 등을 고려하여야 할 필요성이 더욱 증대될 것으로 보입니다.

수형자의 사회복귀를 예정·전제로 하여 장기간의 유기징역을 선고함에 있어서 수형자가 사회복귀를 할 것으로 예상되는 시점 무렵에 수형자가 현실적으로 처하게 될 상황과 사정을 중요한 양형참작사유로 고려하는 것이 타당할 것으로 보이고, 이를 양형인자로 취급하여 명시할 필요가 있는 것이 아닌가 생각됩니다.

그런데 책임원칙의 일관이라는 관점에서 이를 가중적 요소로는 판단할 수 없을 것이고, 감경적 요소로 판단되어야 할 것으로 생각됩니다.

이를 수형자 개인의 이익을 위한 것으로만 볼 수도 없을 것입니다.

장기간의 수형생활을 경험한 이후에 사회로 복귀하게 된 수형자가 장래 우리 사회에

어떠한 영향을 미칠 것인지에 관한 우려를 재범의 예방이나 사회방위적 관점에서도 하지 않을 수 없는 것이기 때문입니다.

따라서 현재 또는 조만간 있을 수도 있는 입법자나 사회 여론에 따른 과잉처벌 압력을 비판 없이 사법부가 그대로 수용하여 양형기준을 상향하는 방향으로만 양형기준을 수정하는 것은 부당하고, 기존에 존재하지 않았던 사회복귀가 예정된 장기간의 수형이 수형자와 우리 사회에 미칠 영향에 대한 과학적 연구·분석이 먼저 선행되어야 할 것이고, 이로 인한 연구 성과에 따라 무기징역형과 장기간의 유기징역의 선택에 관한 문제를 점진적으로 논의할 필요가 있다고 생각합니다.

그리고 개별 양형인자 중에 한 가지, '존속인 피해자의 평가'와 관련된 문제를 간략하게 말씀드리도록 하겠습니다.

최초의 양형기준을 마련하면서 존속살해죄의 경우에는 별도로 양형기준을 마련하지 않았고, 피해자가 존속이라는 사정은 특별양형인자의 가중요소로 규정하는 방식으로 처리한 것으로 보입니다.

그렇지만 존속살해죄를 별개의 구성요건으로 정하여 법정형의 형기 하한을 살인죄보다 가중하고 있는 것인데도 이를 특별양형인자의 가중요소로 삼는 것은 관점에 따라서는 부당한 이중평가에 해당될 여지가 있다고 평가될 수 있지 않을까 합니다.

아울러 피해자가 존속이라는 사정이 특별양형인자로 평가되기 이전에 피해자가 존속이라는 사정 자체만으로도 동기에 있어 특히 비난할 사유가 있는 살인 유형으로 평가될 여지도 있는 것으로 보입니다.

이와 같은 경우에 재차 특별양형인자의 가중요소로 고려하게 된다면 명백한 이중평가에 해당될 여지가 있는 것이 아닌가 생각합니다.

그리고 수정안에는 보통 동기에 의한 살인의 구체적 사례로 가정불화로 인한 살인 유형이 마련되어 있는데, 여기에는 배우자 간의 살인만이 되어 있습니다. 그런데 가정불화로 인한 살인 유형에 존속살인죄가 포함되는 것으로 판단할 여지가 있는 것인지 의문입니다.

그리고 현실적으로 존속이라는 사정을 전혀 무시한 상태에서 행위자의 동기를 판단할 수 있을 것인지 여부에 관해서도 의문이 있습니다.

특히 피해자가 가족인 경우 상호 특별한 신뢰관계나 보호관계가 인정될 여지가 많은 것이기 때문에 동기에 관한 판단에 있어서 특별히 비난가능성이 높은 것으로 취급될 우려가 있는 것으로 보입니다.

이와 관련해서 존속인 피해자가 피해를 유발한 사정이 인정될 경우 이에 대한 것을 어떠한 방식으로 할 것인지 여부도 문제될 것입니다.



프랑스의 정신감정과 관련한 감정의 한 분은 ‘존속살해 범죄의 동기를 도저히 더 이상 참을 수가 없다.’라는 표현을 하였습니다, 그런 장기간의 가정폭력이나 학대 등의 사정이 인정될 경우에 ‘동기에 있어 참작할 사유가 있는 경우’로 유형을 분류하는 것이 마땅할 것인지, 아니면 이것을 특별양형인자나 일반양형인자의 행위 중 감경요소로서 피해자 유발의 강함, 약함 정도로 고려하는 것이 온당한 것인지 그 논의나 기준 설정의 필요가 있을 것으로도 보입니다.

사실 이 문제는 재판을 맡은 재판부에서 충분히 심사숙고해서 될 부분인 것으로도 보이는데, 다소나마 명확한 기준이 있었으면 해서 제가 말씀드리는 것입니다.

다음으로 집행유예기준과 관련해서는 특별히 드릴 말씀은 없고, 대체로 기존 양형기준이나 수정안에 대해서는 찬성을 하는 입장입니다.

다만, 외부의 원인이 개입하지 않았을 경우에 확실하게 사망의 결과가 발생하였을 경우로 판단되는 경우라면 이것이 중한 상해의 결과가 발생한 것인지 여부와는 무관하게 이를 부정적 사유로 설정할 필요가 있는 것이 아닌가 생각됩니다.

마지막으로 마침 글을 말씀드리도록 하겠습니다.

양형판단이 유일한 쟁점이거나 주요한 쟁점인 사건에 있어서 양형기준은 변론활동에 있어서 실제적이고 유용한 기능을 하고 있는 것으로 높이 평가할 수 있을 것입니다. 양형기준의 존재로 인하여 어떠한 양형인자가 반드시 고려될 것이며, 고려되는 개별 양형인자의 중요도의 평가가 어떠한 것인지를 미리 알고 변론을 준비하는 상황과 그렇지 않고 기준이 없이 변론을 준비하는 상황을 비교한다면 충실한 양형변론을 위하여 양형기준이 기여하는 바는 지대하다는 것을 직관적으로 알 수 있을 것입니다. 그와 같은 결과로 양형판단에 있어 피고인이 불의의 불이익을 입게 되는 결과를 미연에 방지할 수 있게 되었다는 측면에서 피고인의 방어권 보장에 기여하는 바가 적지 않다고 할 것입니다.

그렇지만 자의적인 판단으로 개별 양형인자가 과다하게 평가되거나 과소하게 평가되는 문제가 발생하지 않았으면 하는 것과 아울러 양형기준에 얽매어 양형판단이 경직되고, 도식화하는 경향을 지양하는 균형감각도 필요할 것으로 생각됩니다.

개별 사건에 있어 특별한 양형인자를 검사 또는 변호인이 주장·입증하는 경우도 있을 것인데, 이와 같이 주장된 비전형적 양형인자의 판단과 처리에 관한 일반적인 기준도 마련되었으면 하는 것이 저의 생각입니다.

앞으로도 보다 공정하고 합리적인 양형기준을 설정·수정하기 위하여 부단히 노력하여 주실 것을 기대하면서 이에 대한 감사의 인사와 함께 지정토론을 마치도록 하겠습니다.

끝까지 들어주셔서 감사합니다.

(일동박수)

## ● 사회자

남현우 변호사님께서 개정 형법 시행에 따라서 수정안이 불가피하다는 점을 일부 긍정하시면서도 논의 범위를 더 축소해야 된다는지, 엄벌주의의 문제점이 있다는 부분을 지적해 주셨고, 또 세부적인 몇 가지 사항에 대해서 날카로운 의견을 주셨습니다.

다음으로는 정승환 교수님께서 토론을 해 주시겠습니다.

## ● 정승환 교수

고려대학교 정승환 교수입니다. 오늘 공청회 토론을 통해서 여러 가지로 배울 수 있는 기회를 주셔서 감사드립니다. 그런데 토론을 담당하기는 했는데 제가 그 동안에 양형위원회의 논의를 꾸준히 따라온 형편은 못 되어서 혹시 어느 정도 논의가 끝난 부분에 대해서 재론을 하는 부분이 있더라도 양해를 부탁드립니다.

앞에 남현우 변호사님께서 자세한 여러 가지 말씀을 해 주셨습니다. 저도 이미 발표하신 남현우 변호사님의 토론 내용에 상당 부분 공감하는 부분도 있고, 중복되는 부분도 있기 때문에 가능하면 간단하게 몇 가지 정도만 말씀드리고자 합니다. 먼저 서론적으로 과연 이번에 형법 개정을 통해서, 또 그에 따라서 양형기준을 수정할 필요가 있는지, 또는 필요하다면 어느 정도 해야 되는지에 대해서 말씀드리고자 합니다.

2010년 4월에 개정형법은 유기징역의 상한선을 대폭 상향한 것으로, 이것은 입법자에 의해서 양형의 기준이 변경된 경우라고 할 수 있을 것 같습니다.

일반적으로 입법에 의한 양형기준의 설정은 입법부가 민주적 대의기구라는 전제 아래 법공동체의 의견이 양형에 반영되는 것이라는 점에서 긍정적 의미를 지닙니다. 말하자면 일반 시민이 대의기관인 의회를 통해서 양형에 참여한다는 점에서 그 의미와 어떤 면에서는 정당성을 지닌다고 생각을 합니다. 그렇지만 입법 작용의 모든 범죄현상에 구체적으로 타당한 양형기준을 설정하는 데에는 한계가 있기 때문에 개별 범죄에 가장 적절한 형벌을 찾아내는 역할은 사법에 의한 양형작용에 맡겨져 있습니다. 다만, 사법에 의한 양형의 재량이 지나치게 넓어서 법관의 양형이 일반의 신뢰를 얻지 못하거나 법공동체의 법감정과 괴리될 때에는 입법을 통해서 또는 사법부 내의 양형기준 등을 통해서 양형의 범위를 조정할 필요가 있을 것입니다.

나라마다 입법에 의한 양형기준의 설정을 어디까지 할 것이며, 법관에 의한 재량범위를 어디까지 인정할지, 즉 양자의 사이에서 무게중심을 어디에 둘 것인지는 법문화와 전통의 차이에 따라 다양한 양상을 보이고 있습니다.

예를 들어서 독일의 경우에는 범죄 구성요건과 그에 대한 법정형을 비교적 세분하여

규정함으로써 한국과 비교해 볼 때 입법에 의한 양형의 비중이 높은 반면, 미국은 법정형이 상한과 하한이 분명하지 않거나 부정기형으로 규정된 경우도 드문 경우이지만 일부 있다고 하는데, 그런 현상을 보면 법관에 의한 양형의 비중이 높은 법문화라고 볼 수 있을 것 같습니다. 최근에 법무부에서 형법개정의 주제 가운데 법관에 의한 작량감정을 제한하려는 논의를 하는 것도 양자 사이에 관계설정에 대한 입장의 차이 문제가 아닌가 이렇게 생각을 합니다.

그런데 어찌되었든 양형은 근본적으로 입법자와 법관에 의한 2단계에 걸친 공동 협력 작업이라는 데 이견이 없습니다.

입법자는 유형화된 실질적 불법을 형벌의 범위, 즉 법정형이라는 형식을 빌려서 평가의 틀을 제공하고, 법관은 이를 기준으로 개별적 사건에 대한 구체적인 형의 양정을 하게 됩니다.

그러므로 입법부가 개정 형법을 통해서 유기징역의 상한선을 상향 조정한 데 대해 법원은 적절하게 대응할 필요가 있으며, 기존에 설정한 양형기준의 수정은 그러한 점에서 불가피한 것으로 보입니다.

그런데 개정 형법이 입법에 의한 양형이 갖는 장점을 지니고 있는지는 지극히 의문입니다. 입법에 의한 양형이 갖는 장점을 가지려면 개정 형법은 사회 각계각층의 의견을 제대로 반영해서 민주적 절차에 따라서 양형의 기본 틀을 변경해야 되는데 과연 그러했는지 검토가 필요하다고 생각합니다. 먼저 개정 형법은 절차적으로 봤을 때 민주적 절차에 따라서 개정된 것이라고 보기 어렵습니다. 한 차례의 공청회도 하지 않았고, 약 10여일 만에 단 2회의 심사를 거친 후 법사위나 본회의 논의도 없이 전격적으로 통과되었습니다. 이런 과정은 절차적 정당성을 얻기 어렵다고 보입니다.

두 번째로 실체적 측면에서 개정 형법이 설정한 유기징역의 상한선은 적정성을 갖춘 것이라 하기 어렵습니다.

최고 30년, 가중할 경우에는 50년의 상한선은 지나치게 높은 수준입니다.

이는 개정 이전인 2009년 9월 한국형사법학회, 한국형사정책학회로 구성된 형법개정연구회가 발표한 형법 개정시안, 그리고 법무부가 추진했던 자유형 상한 20년, 가중 시 30년이라는 안보다 각각 10년, 20년 높은 것으로 이러한 기준 설정의 구체적인 근거가 없습니다.

양형에서 고려해야 할 책임과 예방의 관점에 부합하는지 이론적·경험적으로 검토된 바도 없고, 다른 나라의 입법례를 살펴봐도 매우 드문 경우입니다. 세 번째로 법체계의 정합성 측면에서도 부적절한 개정으로 보입니다. 무기징역과의 균형이나 사형 및 기타 형사제재와의 관계를 고려하지 않았다는 것입니다.

정치권이 즉, 입법부가 유기징역 상한선을 대폭 상향한 것은 무고한 어린 피해자들에 대한 성범죄로 인해서 격앙된 국민들의 감정 때문이었습니다.

그러나 이러한 성범죄에 대해서는 형법 개정의 전후에 전자발찌 부착, 치료감호소 수용, 강제적 약물치료 등의 대책이 쏟아졌습니다.

이러한 제재들과 장기의 유기징역 선고가 어떻게 관계를 정립할지에 대해서 고민이 별로 없었던 것으로 보입니다.

이와 같이 여러 가지 문제를 지닌 졸속적인 입법이 있었고, 그에 의해서 유기징역의 상한선이 변경되었지만 법원은 어떤 방식으로든 이를 반영하지 않을 수 없으며, 양형기준의 수정도 어느 정도 불가피할 것입니다.

오랜 준비와 논의 끝에 양형기준을 마련해서 시행한지 2년도 되지 않아서 양형기준을 수정해야 하는 법원의 입장에서는 당혹스러운 면도 있을 것으로 보입니다. 토론자의 입장에서는 이러한 상황에서 양형기준의 수정은 최소한에 그쳐야 한다고 생각합니다.

입법에 의한 양형기준의 설정은 존중되어야 하지만 입법기능이 부실하여 민주적 정당성을 갖추지 못하는 경우에는 사법에 의한 양형이 이를 조정하는 역할을 수행해야 한다고 생각을 합니다.

사형이나 무기징역이 법정형으로 규정되어 있지만 선고를 최소화한 것처럼 상향된 유기징역의 상한선도 그 적용을 최소한에 그쳐야 한다고 생각합니다. 변경된 유기징역 상한선을 적용하는 방법은 양형위원회가 검토한 바와 같이 두 가지 방법이 있습니다.

기존 양형기준이 설정한 형량을 상향된 기준에 비례해서 모두 변경하는 방법과 특정 유형의 범죄에 대해서만 변경된 상한기준을 적용하는 방법입니다. 이 가운데 후자의 방법이 현재 상황에서는 졸속입법에 의한 양형기준을 반영하는 불가피한 방법인 것으로 사료됩니다.

따라서 양형위원회 수정안이 기본적인 방향을 이렇게 설정했다는 점에서 즉, 특정 유형의 범죄에 대해서만 상향된 유기징역의 상한선을 적용하는 방향으로 설정하였다는 점에서 전체적인 내용에 대해서는 긍정적으로 평가하고 싶습니다.

다만 한두 가지 문제에 대해서 구체적인 것을 말씀드리자면, 먼저 살인범죄 유형 구별의 문제입니다.

특정한 중대범죄에 대해서 개정 형법의 유기징역 상한선을 반영한다는 기본방향에 따라서 수정안은 살인범죄의 유형을 기존 3개 유형에서 5개 유형으로 재분류하고 제4유형과 제5유형에 대해서 유기징역의 상한선을 크게 확대했습니다. 재분류 과정에서 기존 제3유형이 다시 3개 유형으로 구별된 것으로 보입니다.

그런데 수정안에서 3유형과 4유형, 그리고 제5유형의 구별기준이나 각각에 해당하는

형량의 범위가 과연 적절한 것인지 의문이 듭니다.

이와 관련해서 첫 번째, 제3유형의 ‘동기에 있어서 특히 비난할 사유가 있는 살인’에서 제4유형을 분리해서 약 1.5배의 형량을 정한 데에 합리적인 근거가 있는 것인지, 또한 제5유형은 제3유형과 동기는 같고 피해자 수가 다수라는 점에서만 구별되는데, 이에 대해서 제3유형보다 약 2배의 형량을 정한 것이 적정한지, 좀전에 남 변호사님이 말씀하신 실체적 경합의 문제도 있는데, 이런 점에 대해서 재검토가 필요하지 않은지 그런 생각이 듭니다.

양형위원회의 설명 자료에 따르면 2007년 7월 이후 3년간의 살인범죄에 대한 판결에서 제3유형에 해당하는 살인범은 12명, 제4유형은 37명, 제5유형은 4명이었습니다. 기존의 제3유형에 해당하는 살인범죄의 상당부분이 수정안의 제4유형인 셈인데, 그렇다면 수정안의 형량 기준은 기존의 제3유형에 대한 형량의 확대와 큰 차이가 없게 된다는 점에서 새로운 유형구별의 의미가 반감되는 것은 아닌가 생각이 듭니다. 더불어 제3유형의 범죄보다 제4유형의 범죄가 특히 가중되는 처벌을 받아야하는 불법성이 있는지도 검토해 보아야 할 것입니다.

제4유형의 구별은 다른 측면에서도 문제가 됩니다. 제4유형은 살인범죄의 한 유형임과 동시에 수정안에서 새로 제시한 특별양형인자의 가중요소가 됩니다. 그런데 제4유형의 범죄는 형법 및 특별법에서 가중적 구성요건으로 규정된 범죄들입니다. 이러한 범죄들이 별도의 유형으로 분류되는 것은 가능할 것입니다. 그렇지만 이들이 다시 가중요소로 작용하는 것은 이른바 ‘이중평가금지원칙’, 즉 ‘일반적으로 고려된 구성요건적 표지인 사정은 다시 구체적인 양형범위 결정을 위한 고려요소로 두 번 사용될 수 없다’는 원칙에 어긋나는 것은 아닌지 살펴보아야 한다고 생각합니다.

그래서 질문 드리고 싶은 것은 제3유형, 제4유형, 제5유형을 다시 검토해서 이것을 두 개의 유형으로 하고, 두 번째 불법의 정도가 더 높은 유형에 대해서 개정형법의 유기징역 상한선을 반영하는 방안에 대해서 혹시 위원회의 의견은 어떠한지 묻고 싶습니다. 위원회가 검토한 대안 중에서도 제4유형까지만 구별하는 안도 있었기 때문에 그 과정에서 세 가지 유형으로 결정된 부분에 대해서 보충설명이 있다면 하는 바램입니다.

두 번째로 조금 전에 말씀드린 제4유형의 특별양형인자의 가중요소로 정한 것이 이중평가금지원칙 등에 비추어 문제가 있거나 자체모순이 있는 것은 아닌지에 대해서 의견을 묻고 싶습니다.

끝으로 성범죄와 강도범죄의 양형기준 수정안에 대해서 간단하게 말씀을 드리겠습니다.

성범죄와 강도범죄의 양형기준에 대해서는 강간치상, 강간치사 및 강제추행치사, 그리



고 강도치사에 대해서만 형량을 재조정하였습니다. 이는 개정형법의 적용범위를 최소한으로 한다는 기본방향에 비추어 볼 때 적절한 것으로 평가됩니다.

자료에는 없지만 위원회의 참고자료에 의하면 앞으로 범죄영역에서도 개정된 유기징역 상한선을 반영한다는 계획을 제가 잠깐 읽었는데, 가능하면 그 또한 최소한으로, 제 개인적인 생각으로는 기타의 경우에는 굳이 수정이 필요 없지 않느냐는 생각도 하고 있습니다.

어쨌든 그림에도 불구하고 강도치사범죄에서 전반적으로 형량을 상향조정한 것은 재검토의 여지가 있을 것으로 생각됩니다. 2010년 7월에 수정된 성범죄 양형기준은 형법 개정의 배경이 된 사회적 사건들을 염두에 둔 것으로서 과연 적절한 것이었는지 일부 의문이 있음에도 불구하고 강도치사의 형량범위를 강간치사의 형량범위와 비교하여 동일하게 설정하는 것이 바람직하다고만 할 수 없는 것 같습니다.

학계에서는 결과적 가중범의 가중처벌에 대한 재고를 요청하는 의견도 적지 않습니다. 강도치사의 범죄를 결과적으로 가중범으로 처벌하지 않고, 강도죄와 과실치사죄의 상상적 경합범으로 처벌할 경우 강도죄의 법정형에 따라 3년 이상의 유기징역에 해당한다는 점에서 이미 강도치사의 법정형은 너무 높게 설정된 것입니다. 지나치게 낮은 과실치사죄의 법정형을 함께 고려한다면 가중처벌만이 능사는 아닐 것입니다. 말하자면 입법상의 모순이나 불균형을 양형기준 또는 실제 법관의 양형 등에 의해서 조정할 필요가 있지 않느냐는 것입니다.

또 강도치사에 대해서 수정된 형량의 기준은 살인범죄의 형량과 비교해 보아도 균형을 상실한 것으로 보입니다. 수정안에 의하면 강도치사의 형량기준은 고의의 살인범죄 중 제3유형, 말하자면 비난할 만한 동기가 있는 고의살인과 거의 같고 제2유형보다, 일반적인 살인범죄보다 높습니다. 양 범죄의 법정형과 일반 살인범죄의 법정형보다 높다는 점, 그리고 강간치사에 대한 양형기준을 고려한다 하더라도 이러한 불균형이 과연 적절하다 할 수 있을지 의문입니다.

그래서 수정안에서 강도치사죄에 대한 형량의 기준이 지나치게 높게 수정된 것은 아닌지 하는 의견에 대해서 위원회의 의견을 듣고 싶습니다.

이상으로 간단한 토론을 마치겠습니다.

고맙습니다.

(일동박수)

## ● 사회자

정승환 교수님께서 입법과정에서 빚어진 절차적인 문제제기와 함께 유기징역 상한이 지나치게 높은 것 아니냐, 그런 관점에서 양형기준을 수정하는 것은 제한적 범위 내에서 이루어져야 한다는 말씀을 하셨습니다.

그리고 살인범죄 유형구분 부분은 문제가 있다든지, 또 강도치사죄의 형량이 지나치게 높게 설정된 것 아니냐라는 지적도 해 주셨습니다.

두 분 모두 수고하셨습니다.

이제 답변을 듣도록 하겠습니다.

논의과정에 참여하신 전문위원들이 여러 분 계십니다만, 그 중에 이 부분에 관해서는 주무전문위원인 정준화 전문위원이 답변을 하도록 하겠습니다. 정준화 전문위원께서는 현재 판사로서 법원행정처 사법정책실 심의관으로 재직하고 계십니다.

### ● 정준화 전문위원

방금 소개받은 정준화 전문위원입니다.

답변 순서는 진행순서에 따라 남현우 변호사님의 의견에 대한 제 의견을 밝히고, 다음에 정승환 교수님의 의견에 대한 제 의견을 간략히 밝히고자 합니다.

먼저 남 변호사님께서 개정 형법의 취지를 반영해서 현행 양형기준을 수정함에 있어서는 양형기준의 기본 골격을 가급적 유지해야 한다는 입장을 보이셨는데, 전적으로 동감합니다.

다만, 현행 살인범죄 양형기준은 유기징역형 상한이 15년임을 전제로 해서 유형분류 및 그에 따른 권고 형량범위를 설정한 것입니다.

그런데 말씀드린 것처럼 유기징역형 상한이 15년에서 30년 또는 50년으로 급격하게 올라갔습니다. 이에 따라서 형량범위도 과거에 비해 2배 또는 3배 이상 넓혀지게 됐는데, 넓어진 형량범위를 양형기준에 포섭하는 여러 가지 방법이 있겠지만 결코 쉽지 않은 작업이었습니다.

토론자가 제안하신 바와 같이 제3유형 가중영역의 세분화도 상정할 수 있는 방안 중 하나였습니다. 그런데 실제로 전문위원단에서 여러 가지 검토를 해 본 결과 그렇게 할 경우에 형량범위가 지나치게 넓어져서 1개의 영역을 신설하는 것만으로는 징역 50년을 상한으로 한 형량기준표를 만들기 어렵다는 결론에 이르렀고, 또 만약 그렇게 할 경우 영역의 신설 또는 추가는 감경, 기본, 가중의 3단계로 구분하고 있는 현행 양형기준의 기본 틀과 맞지 않고, 양형인자 평가원칙이나 형량범위의 특별조정원칙과도 부합하지 않은 문제가 있어서 채택하지 않는 것으로 하고, 그 대안으로서 유형의 신설 또는 재분류 방안을 검토하게 된 것입니다.



그리고 다음으로 '단순히 선고형을 상향 조정하는 것만으로는 범죄 예방 또는 재범 억제효과가 크지 않다, 따라서 엄벌주의 및 형벌만능주의에 많은 문제점이 있다'는 지적을 해 주셨는데, 그 부분 역시 저도 경청할 만하고 공감할 수 있는 의견이라고 생각하고 있습니다.

다만, 형법의 개정으로 유기징역형 상한의 상승뿐만 아니라 사형, 무기징역을 감경할 경우 형량범위도 과거에 비해 하한, 상한 모두 높아졌습니다. 따라서 중대범죄의 경우 평균형량이 불가피하게 높아질 수 밖에 없지 않을까 생각되고, 그로 인하여 여러 개별 범죄간의 형량 균형을 맞추기 위해서 어느 정도의 형량범위 조정은 불가피하다 하겠습니다.

예를 들자면 강간살인, 강도살인과 같이 법정형이 사형과 무기징역으로만 규정되어 있는 경우에 개정 전 형법 하에서는 무기를 감경할 경우에 7년 이상 15년까지로 제한되어 있었기 때문에 양형기준에서도 15년까지의 유기징역 형량범위를 제시하면 됐습니다. 그러나 형법의 개정으로 무기를 감경할 경우 10년 이상 50년 이하로 하한과 상한이 모두 많이 올라가게 됐습니다. 따라서 원칙적으로는 50년까지 형량범위를 모두 제시한 이후에야 무기 또는 사형의 형량 또는 권고형의 제시가 가능하게 되었습니다. 따라서 이러한 경우를 원칙적으로 반영하기 위해서는 형량범위의 상향 조정이 불가피한 측면이 있고, 실제로도 종래 무기징역을 선고할 정도의 사안은 아니지만 죄질이 매우 나쁜 경우에는 상한의 제약 때문에 징역 15년을 선고한 사례가 많았습니다. 그런데 그보다는 가벼워서 13년 또는 14년을 선고한 사건이 있었다고 가정할 경우에 종래 15년을 선고받은 사안이 형법의 개정으로 18년 또는 20년 선고가 가능하게 되었고, 그럴 경우에 종래에 죄질이 그만큼 나쁘지 않아서 13년 또는 14년이 선고된 사안은 그 15년 선고된 사안의 형량 상승에 비례 또는 균형을 맞추기 위해서 어느 정도의 상대적인 상향조정은 이루어지지 않을까 예상하고, 실제로 외국의 사례를 본다면 일본의 경우에 2004년 12월에 형법이 개정되면서 징역형의 상한이 15년/20년(가중시)에서 20년/30년(가중시)으로 상향된 바 있습니다. 그 이후에 일본의 학자나 실무계에서 형법 개정 전후에 중대범죄의 평균 선고형량을 비교해 보았더니 징역 20년을 초과한 형이 과거에는 없었는데, 선고되는 사례가 많이 발생했다, 그럼에도 불구하고 무기징역형의 선고비율은 큰 변화가 없었던 것으로 조사 되었다고 합니다. 이것은 결국 어쩔 수 없이 유기징역형 상한의 상승에 따라서 전체적인 선고형량의 증가가 불가피 하지 않을까라는 것을 뒷받침하는 하나의 실례라고 하겠습니다.

다음으로 토론자께서 동기 이외에 목적이나 계획성 같은 양형인자가 특별가중인자 및 유형 분류에 이종으로 평가되어 있는 것이 아니냐는 의문을 제기해 주셨는데, 일단 동기와 목적은 유형분류의 기준으로 사용되었고 계획적 살인범행은 양형인자로 반영되었습니다. 수정안 3유형의 대표적 사례들은 현행 양형기준 3유형의 사례들과 대부분 일치하

고, 계획성을 별도로 유형분류 기준으로 고려한 것은 아닙니다.

다음으로 토론자께서 양형기준에 있어서 형량범위 또는 서술식 기준으로 사형을 권고할 수 있는 또는 사형을 선택할 수 있는 기준을 별도로 제시하는 것이 어떠한 의견을 제시해 주셨는데, 고려할 만한 의견이라고 생각되지만 만약 특정한 범죄 유형에 대해서 사형을 권고하는 기준을 명시적으로 혹은 서술식 기준으로 제시할 경우에 결국은 해당 범죄 유형에 대해서는 사형 한가지의 단일한 형만을 제시하는 것이 되고, 그 결과 법관에게 사실상 단일한 형을 강제하는 결과가 되어서 심히 부당한 결과가 초래할 것이라고 생각되고, 사형이 가지는 중대성이라던가. 극히 예외적인 형벌의 수단인 점을 고려해 보았을 때 사형을 권고 또는 선택하게 하는 기준을 제시하는 것은 부적절하지 않나 하는 생각을 하고 있습니다.

다음은 개별적 양형인자와 관련해서 여러 가지 말씀을 해 주셨는데, 그 중에서 존속인 피해자 평가 문제와 관련해서 의견을 말씀드리자면, 존속이라는 사정만으로 동기에 있어서 특히 비난할 사유에 해당될 여지가 있다는 주장을 하셨는데, 양형기준에서 동기에 있어 특히 비난할 사유가 있는 경우라는 것은 특정한 동기 또는 목적으로 살인을 하는 경우를 의미합니다. 그런데 존속에 대한 살인은 매우 다양한 형태로 나타나므로 반드시 하나의 유형에만 해당하지 않습니다. 즉, 1유형 또는 2유형, 3유형에 모두 해당할 수 있는 가능성이 있습니다. 따라서 존속이라는 사정만으로 반드시 어느 특정 유형에 해당된다고 단정할 수 없을 것 같습니다. 예를 들자면, 아버지가 장기간 가정폭력 또는 학대를 한 경우에는 동기에 있어서 특히 참작할 사유가 있는 것으로 유형분류를 할 수가 있고, 심지어 살인 범행을 피해자인 존속이 유발한 경우에는 이를 특별감경인자로 삼을 수 있기 때문에 결국 유형분류에서 동기와 존속인 사정인 양형인자는 별개의 것이고, 이중평가라고 보기 힘들 것 같습니다.

끝으로 토론자께서 지나치게 양형기준에 얽매어서 양형판단이 경직되고 도식화되는 경향을 지양하는 균형감각이 필요하다는 지적을 해 주셨는데, 정말 귀담아 들어야 될 좋은 의견이라고 생각되면서 현재뿐만 아니라 앞으로도 양형기준제가 발전방향을 설정하면서 늘 유념해야 될 사항이 아닌가 생각합니다.

다음으로 정승환 교수님께서 지정토론에서 제기하신 부분에 대해 간략히 말씀을 드리도록 하겠습니다.

역시 마찬가지로 유기징역형 상한을 상향 조정한 형법 개정이 절차적 정당성과 실체적 적정성에서 많은 문제가 있다는 점, 그리고 법체계 정합성에 있어서도 역시 깊은 검토와 연구 없이 진행되었다는 점에 대해서는 저도 전적으로 동감합니다.

그래서 좀 전에 ‘불가피’ 그리고 ‘당혹’이라는 표현을 쓰셨는데 역시 양형위원회에서

도 상당히 당혹감을 감추지 못하면서 시기적으로 과연 이렇게 빨리 어떤 구체적인 양형 사례가 축적되지 않은 상황에서 양형기준을 규범적 또는 선형적으로 제시해야 될 필요성에 대해서도 많은 논란이 있었습니다만, 결국은 국민적 요구를 받아들여서 양형기준 수정안을 제시하는 것으로 하되, 다만 그러한 문제점과 한계를 인식하고 가급적 현행 양형기준의 기본 틀과 형량범위를 유지하면서 최소한으로 수정하자는 방향에 대해 의견의 일치가 있었던 것 같습니다.

그리고 토론자께서는 기존 3유형이 3유형 내지 5유형 3개로 세분화된 것이 아니냐는 지적을 하셨는데, 엄밀히 말씀드리자면 기존 3유형이 3개로 쪼개진 것이 아니라 당초 성범죄나 강도범죄 등의 유형에 포섭되어 있었거나 아니면 아직까지 양형기준이 설정되지 않았던 범죄를 살인범죄 양형기준에 새롭게 모아서 통합한 형태로 규정한 것입니다.

따라서 제4유형은 원래 살인범죄 양형기준에 있지 않던 것이 살인범죄 양형기준으로 다시 들어오게 된 것입니다. 그래서 당초 3유형은 수정안의 제3유형과 제5유형 2개로 나누어졌다고 보는 것이 보다 적절할 것 같고, 4유형에 해당되는 강간살인, 강도살인, 약취·유인 미성년자 살해 및 인질살해 등은 법정형도 사형 및 무기징역만으로 규정되어 있어서 개인적 법익에 관한 죄 중에서는 현재 법정형이 가장 높게 규정되어 있습니다.

그리고 현행 양형기준에서도 살인범죄의 가장 중한 유형인 제3유형보다도 역시 높은 형량범위가 권고되어 있고, 일반 국민들도 강간살인, 강도살인에 대해서는 살인범죄 유형 중에서 가장 중한 유형으로 보고 계시는 것 같습니다. 이러한 점을 종합적으로 감안할 때 제4유형에 해당되는 범죄유형을 3유형보다 상대적으로 높은 형량범위를 부여하는 것은 일단 나름의 타당성이 있다고 보이고, 다만 형량범위를 구체적으로 어떻게 설정하는가의 문제에 대해서는 사실 15년 이상의 형량구간은 과거에 없던 것이기 때문에 경험적·통계적인 근거는 제시할 수 없고 그 부분에 대해서 규범적으로 설정할 수 밖에 없었던 애로사항이 있었습니다. 이 부분에 대해서는 좀 더 양형실무가 집적되면 추가 보완도 가능하리라고 생각됩니다.

그리고 제5유형은 1 내지 4유형의 유형구분 기준과는 조금 다르게 기본적으로 동기를 기준으로 한 것은 같은데, 다만 ‘동기에 있어서 살해욕의 발로 또는 충족으로서 무차별로 수인을 살해한 경우’인데, 그 경우에 수인을 살해했다는 부분은 어떻게 보면 피해자가 수인인 경우로서 살인죄의 실체적 경합범 또는 상상적 경합범에 해당되기 때문에 다수범죄 처리기준으로 처리할 수도 있습니다. 그렇지만 양형위원회에서 논의한 결과 제5유형은 기본적으로 인간의 존엄성을 기반으로 한 문명국가의 가치를 정면으로 부정하고 그 기초를 파괴하는, 말하자면 피고인의 반사회적·반인륜적·반윤리적인 성향이 가장 극단적인 형태로 표출되는 것이기 때문에 단순히 경합범에 준해서 처리하는 것은 부당하

고, 그런 경우에 비록 발생빈도가 낮다 하더라도 일단 발생하면 과거 유영철 사건의 경우처럼 세인을 경악하게 만들고 인간의 존엄성 또는 사형제도의 존폐문제에 관한 사회적 논쟁까지 촉발시킨 정도로 사회적 파장이 매우 크기 때문에 이런 범죄들에 대해서는 단순히 피해자의 수를 통해 처리할 것이 아니라 별도 유형으로 구분해서 살인죄 양형기준이 상정할 수 있는 가장 중한 유형으로 설정하는 것이 의미가 있다고 해서 5유형에 대해서 별도의 독자적인 유형으로서의 존재 이유를 부여하신 것으로 알고 있습니다.

다음으로 제4유형 범죄의 경우에 유형분류와는 별도로 특별가중인자에서 2가지 예를 들면, 약취·유인 목적이 살인, 간음, 추행 등 비난할 목적인 경우와 강도강간범인 경우가 두 가지를 들면서, 유형분류에서 고려한 요소가 특별가중인자로도 반영되어 있기 때문에 결국은 하나의 요소를 이중으로 평가해서 유형분류와 양형인자로 평가한 것이 아니냐는 지적을 해 주셨는데, 이 부분은 명확히 구분된다고 보여집니다. 예를 들자면 동일하게 약취·유인 살해 사건이었는데, 처음 약취·유인할 때부터 살인을 목적으로 한 경우가 있고, 그렇지 않고 단순히 이혼하면서 양육권이 없게 된 배우자가 자녀가 보고싶다는 일념에서 그 자녀를 임의로 데려간 후에, 결과적으로 살인의 행위가 똑같이 나타났다고 하더라도 그 약취·유인의 목적이 다른 경우에 두 가지의 살인 행위를 동일하게 취급하는 것이 오히려 이상하지 않나 싶습니다. 그런 경우에 기본 범죄인 약취·유인의 목적에 따라서 가중처벌하는 것은 제가 볼 때 납득이 되고, 개념상으로 구분이 되지 않나 싶어요. 만약 강도범이 살인의 범행을 저질렀을 경우에 강도만 하고 살인을 한 경우와 강도범인이 강간까지 저지른 경우에 결과는 동일한 살인이지만 동일한 형량을 부과하는 것은 오히려 균형이 어긋나는 것이 아니냐는 생각을 하기 때문에 이러한 부분은 이중평가라고 하기보다는 기본범죄에서 갖고 있는 동기 또는 행위의 불법성을 가중요소로 반영한 것으로 이해해 주시면 되지 않나 싶습니다.

다음으로 강도치사의 형량범위를 재조정하는 것에 대해서 문제를 제기해 주셨는데, 일단 강도치사의 법정형은 강간치사, 약취·유인 치사, 인질치사와 동일하게 무기 또는 10년 이상으로 규정되어 있습니다. 그리고 최초의 양형기준이 설정될 당시에도 강도치사, 강간치사 형량범위는 동일했습니다. 그런데 작년 여름에 성범죄의 양형기준을 전체적으로 수정하면서 강간치사의 형량이 올라갔는데, 강도치사만 그대로 남겨두는 것은 오히려 불균형을 초래하는 것이라고 생각되어서 방금 말씀드린 여러 가지 이유로 강도치사, 강간치사의 형량범위를 일치시키는 것이 타당하다고 보여 이번에 재조정을 한 것입니다만 걱정한 것인지 좀 더 검토해 보도록 하겠습니다.

이상으로 지정토론에 대한 답변을 마치도록 하겠습니다.

## ● 사회자

네, 답변 수고하셨습니다.

토론과 여기에 대한 답변이 있었습시다만 어느 정도 이해가 되셨을지 모르겠습니다.

오늘 토론과정에서 제시된 의견, 이 부분은 어차피 오늘 이 자리에서 끝나는 것이 아니고 저희 위원회에서 전문위원회 회의라든가, 필요하면 위원회 본회의에서 다시 한 번 논의를 해서 심의를 하도록 하겠습니다.

두 분 모두 수고하셨습니다. 그리고 답변자도 수고하셨습니다.

회의장소가 비좁기 때문에 모든 토론자들이 한꺼번에 자리에 앉아계시지 못하고 있습니다. 그래서 그 부분 자리교체가 섹션마다 반복해서 이루어지는 점 양해바랍니다.

자리교체가 있었습니다.

다음에 공무집행방해범죄 양형기준안에 관한 지정토론이 있겠습니다.

먼저 성균관대학교 로스쿨 김성돈 교수님께서 토론하여 주시고, 이어서 이주형 부장검사님께서 토론을 해 주시면 되겠습니다.

부탁드리겠습니다.

(일동박수)

## ● 김성돈 교수

방금 소개받은 김성돈입니다.

저는 개인적으로 양형에 관해서 양형위원회가 오랫동안 준비해 온 그 모든 내용들을 다 숙지하지 못한 상태에서 또 평소에 제가 이론적인 부분이나 혹은 해석론적인 부분에서 별로 조예가 없는 공무집행방해범죄 양형기준안에 대한 지정토론을 하게 된 것에 대해서 약간 저 스스로도 문제의식이 있는 토론이 아닌가 생각을 하는데, 그런 차원에서 다행히 제가 토론문을 보고 공부를 해본 결과 저 다음으로 하실 이주형 검사님께서 아주 상세하고 구체적인 내용을 토론을 하시기에 저는 역할분담 차원에서 어느 정도 일반론적인 이야기를 먼저 서두에 꺼냄으로써 제 역할을 보충하고자 합니다.

먼저 양형기준안을 대륙법계 국가에서 우리가 처음으로 만들게 된 것 자체가 양형에 대한 일반 시민들의 불신, 그리고 양형편차 등 문제 때문에 불거진 것으로 다들 얘기를 하는데, 저 개인적인 생각으로는 이런 양형편차나 신뢰의 손상 자체가 모든 범죄의 양형에 대해서 일어난 것이 아니고 특정한 범죄에 대해서, 그리고 특정한 범죄뿐만 아니라 형의 종류나 혹은 집행유예, 벌금 부분에 대해서 크게 불거진 것들이라는 점 자체를 본다면 전체적으로 양형기준안을 마련하는 양형위원회의 활동이 너무 소극적인 대응이 아닌가



하는 생각을 합니다.

왜냐하면 양형 자체가 아무리 법의 적용이라고는 하지만 우리나라는 지금 대륙법 계통의 법정형 기준안에 의하면 법정형이 폭으로 정해져 있고, 그 폭 자체가 그 속에서 행위자의 행위자 책임이나 예방목적을 고려해서 법관의 재량에 따라 개별 사례에서 가장 구체적인 형량을 정하는 합목적성을 지향하고 있는 것이라면 이 양형 자체를 기계적으로 단순화하는 것 자체가 오히려 목적에 반할 수 있는 결과를 도출해낼 수 있다고 생각합니다. 그 구체적인 예로 이번 양형기준안의 구체적 사례에서 흥기를 들고 공무집행방해 한 행인 사례의 경우 종래의 경우에는 아까 파워포인트에서 나왔습니다만 8개월이었지만 양형기준안에 의하면 1년에서 4년이 됩니다. 그렇게 오히려 권고 형량범위가 넓어져 버렸는데, 지금 현재 법률규정에 의하면 이것이 특수공무집행방해가 되어서, 특수공무집행방해는 5년 이하의 공무집행방해에서 1/2을 가중하는 겁니다. 그래서 1/2을 가중하면 7년 6개월 이하가 되고, 그러나 하한은 여전히 1년하고 15일이 되어서 하한이 여전히 1개월, 2개월도 부과할 수 있는 여지가 현행법에 의하더라도 있고, 그것은 여전히 재량의 폭으로 있는데도 불구하고 양형인자들을 가중요소로 분류해 버림으로써 현실적으로 법관이 아무리 권고적이라고 하지만 거기에 어느 정도 구속되지 않을 수 없는 한계가 있어서 오히려 기계적으로 만들어 버리고, 특히 특수공무집행방해라는 것은 가중적 구성요건으로서 원래 불법유형이 다른 것으로 유형화되어 있음에도 불구하고 이것을 가중요소라는 특별양형인자로 넣었다는 것은 현행법 체계에서 형법 각 본조의 가중사유로 되어 있는 것을 기본 법 틀 속에, 처단형의 틀 속에서 가중할 수 있는 사유로 오히려 그 지위를 왜소화시켜 버리는 그런 결과를 빚어버리고 있지 않느냐, 그런 차원에서 본다면 오히려 또 특별인자로서 두고 있는 농아자 감정, 심신미약의 감정, 자수 감정 이런 것들도 역시 현행 형법의 테두리 속에서는 법률상 감정사유로 되어 있습니다. 법률상의 감정사유라는 것은 지금 현재 법정형으로 되어 있는 하한을 더 낮출 수 있는 시프트 효과를 가져오는 것임에도 불구하고 법정형의 틀 속에서 감경할 수 있는 이런 사유로 여전히 그 지위를 또 왜소화시키고, 효과를 반감시키는 결과를 가져오지 않았나 이런 생각을, 기본적으로 우리 현행법 체계를 기본으로 하였을 때 그런 어떤 문제가 있고, 섬세하게 한다는 미세조정의 결과가 경우에 따라서는 피고인에게 불리하게 되고, 법관의 양형권이 오히려 제약이 되는 그런 효과를 가져올 수 있지 않느냐는 그런 생각을 해 봅니다.

그래서 법관의 재량이 어느 부분에 있었는가, 어느 부분을 일반 시민들이 납득할 수 없는 수준으로 운용하였기에 문제가 생겼는가 하는 차원을 생각해 보면 그 법정형 속에, 그리고 법정형을 법률상 감경가중사유를 통해서 처단형으로, 여전히 범위로 만들고, 그 범위 속에서 여러 가지 예방적 고려나 행위자 책임적 고려를 가지고 상으로, 하로, 최대 상



한에 가깝게, 하한에 가깝게 왔다 갔다 할 수 있는 그 재량을 발휘하는 것은 법관의 법 적용의 문제이지만 그 법정형의 폭 자체를 이탈해 버리는 그런 부분의 재량이 언어로 설명할 수 없는 마지막 법효과로, 혹은 선고형으로 나타난 그 부분에 대한 일반 시민들의 비판 혹은 불만이 아니었나 하는 생각을 해 보았을 때 재량의 통제가 저는 오히려 지나치게 소극적 대응 때문에 가까운 정의를 추구하는 것, 국민들의 법 감정이, 끓어오르는 법 감정에 대응하다보면 오히려 법적 안정성이라는 차원에서 먼 정의를 놓쳐버리는 역효과를 가져올 우려도 있다는 생각을 합니다.

우리나라는 전통적으로 조선시대에는 형벌 자체가 관리들의 자의적 적용, 혹은 재량을 배제하기 위해서 어떠한 행위가 있으면 거기에 대해서 형벌이 정해져 있습니다. 곤장 몇 대 혹은 유형 몇 리, 이렇게 딱딱 정형화 되어 있었습니다. 폭으로 되어 있는 것이 아니고, 1대1 대응으로 되어 있었는데, 근대법 이후에 우리가 독일 형법의 영향을 받아 폭으로 정했다는 것은 현실적으로 그 폭 속에서 개별적, 구체적 사건에 맞게 형벌의 양을 법관이 정할 수 있는 여지를 둔 것이고, 그것이 양형의 본질이라고 생각하는데, 그 양형의 본질을 이렇게 3등분 하는 과정을 처음부터 만듦으로 인해 오히려 미세조정이 기계적 변론으로 도출될 수 있는 그런 문제가 생기지 않았나 생각을 합니다.

그런 차원에서 본다면 여전히 양형위원회의 여러 가지 이런 고려들이 처음부터 양형에 있어서 고려해야 할 양형인자들을 법률상 감경, 가중사유를 제외하고 그 외의 양형인자들을 여러 가지 양형기초자료들을 통해서 추출해내고, 기초 양형인자들을 51조에 양형의 참작사유들을 비교하면서 좀 더 유형화하고, 세분화해서 형법의 가중·감경사유 순서를 지키면서도 마지막 부분에 가서 그 처단형으로 나온 폭 속에서 상·중·하 혹은 A·B·C·D·E등급을 나누어서 어느 등급으로 갈 건지라는 단계를 밟으면 오히려 재량권도 지키면서 현행법의 체계도 정합성을 이룰 수 있고, 그 다음에 양형재량의 통제도 실제로 처단형의 범위를 하회하거나 상회하는, 상회하는 경우는 없지만 하회할 수 있는 여지도 만들어 낼 수 있지 않느냐라는 생각이고, 그 속에서 여전히 아쉬움이 남는 것은 양형이라는 것이 실제로 형벌 부과에서 형의 양을 정하는 것인데, 형벌을 부과하는 목적이 무엇이나 하는 철학적인 측면, 형벌 부과 목적이 정당성의 근거로서만 인정되는 것이 아니고 양을 정함에 있어서도 어떤 철학을 우리나라의 형을 정하는 이상의 법정에서 구현되어야 할 것인가 하는 반성들이 조금 더 있었으면 하는 생각입니다.

미국에서도 원래 양형 가이드라인을 만들 때 정당한 형벌, just deserts라는 형벌철학을 가지고 종래 형벌의 양이 전국적으로 편차가 일어나는 부분을 시정했다고들 하는데 우리나라에서는 전통적으로 형사소송법도 기소편의주의가 일단 제246조에 정해져 있고, 여러 가지 양형의 참작사유들도 본다면 예방이라는 사상이 전통적으로 조선시대에서

나 지금 현행 형법에서도 그 밑바닥을 흐르고 있다면 그 폭 속에서 예방적 고려, 즉 형벌을 부과 받은 피고인이 사회 속에서 형벌효과가 어떻게 유지될 수 있는가, 그리고 특별예방적 관점에서 현실적으로 재사회화 내지 사회복귀에 어느 정도의 형량이 더 지나치고 혹은 과소한지 하는 측면에서 고려사항들을, 또 양형인자들을 적극적으로 추출해냈으면 하는 생각이 듭니다. 그와 관련해서 양형인자들이 지금 양형기준안에서는 법률상에 미리 감정, 가중할 수 있는 사유들도 양형인자에 들어가 있는 것이고, 그 다음에 예를 들어 공무집행방해 상해의 경우에 상상적 경합의 경우에도 가중사유로만 되어 있는데, 이 가중사유라는 것이 현실적으로 공무집행방해가 일어나서 상해가 과실로 일어난 경우에는 원래 가중이 아니고 그 법정형의 범위 내에서 특수공무집행방해 치상은 있지만 공무집행방해 치상이라는 것이 구성요건에 만들어져 있지 않다는 것은 공무집행방해에서 상해가 일어난 경우는 그 법정형이 현실적으로 1개월 이상 5년 이하의 폭 속에서 이루어지는 것이기 때문에 1개월도 가능하다는 겁니다. 그것이 법정형의 의미이고, 처단형의 의미 아닌가 하는 생각에서 보면 상해가 일어난 경우를 무조건 가중요소로 해서 1년에서 4년이 된다는 것 역시 기계론적인 분류이고, 또 현행법의 감정·가중사유와 그리고 폭 속에서 어떤 점을 정하는 협의의 양형단계에서 고려해야 할 양형인자들 내지 양형의 고려사항들을 뒤섞어놓았기 때문에 법관들은 그것을 미리 분별해서 체계적으로 찾아갈 수 있지만 그 과정들을 일일이 모르는 피고인이나 혹은 연구하는 저희들의 입장에서 볼 때는 여러 가지 성질이 다른 양형요소들이 혼재되어 있음으로 인해서 생기는 문제점들을 현실적으로 조금 수정해갔으면 하는 생각을 하는 것입니다.

그런 점에서 본다면 여전히 특수공무방해 치상·치사죄라는 제3유형의 경우에도 실제로는 3년 이상, 5년 이상이 되어 이런 결과적 가중범의 여러 가지 법정형들이 지나치게 상향조정되어 있어서 이것을 양형위원회에서의 이번 기준안에 권고형량 설정범위에 따르면 실제로 법정형보다 낮은 형벌이 기본 범죄 형벌, 권고형 범위로 설정되어 있습니다. 이것도 역시 현실적으로 실정법을, 처음부터 테두리를 이탈해 가서 현실적인 선고형을 미리 염두에 둔 탓이 아닌가 하는 생각을 해 봅니다. 그래서 결론적으로 말씀을 드리면 우선 양형에 있어서는 기존에 법원에서 내려진 선고형들을 평균해서 그 산술평균을 기본으로 삼는 그 태도 자체는 좀 문제가 있다고 생각이 듭니다.

물론 규범적으로 법정형이 미리 만들어져 있고, 이 법정형을 우리가 어떻게 등급화해서 운영하느냐의 문제에 있어서는 경험적인 자료들이 도움이 될 수 있겠지만 처음부터 그것을 기준으로 만들고자하는 가이드라인을 만들 때 종래에 했던 기초자료들을 가지고 산술평균을 만든다는 것은 기존에 비판을 받은 내용을 여전히 기준으로 삼는다는 비판의 재생산에 불과한 측면들도 있기 때문에 기초자료를 산출할 때는 제 생각에는 선고형량의

평균을 내기 위해 기초자료를 만들기보다는 그 영향을 오히려 여러 가지 경우의 수를 찾아낼 수 있는 양형인자로 유형화 할 수 있는 사유들을 색출해서 이것들을 가지고 마지막 단계에 가서, 지금 현재 기준안에 있는 기본, 가중, 감경을 A, B, C 등급으로 나누어서 마지막 선고형을 정할 때 참고사유로 혹은 법관의 양형 고려사유로 만드는 것이 합리적인 방안이 아니겠는가 하는 생각을 해 봅니다. 그래서 결국은 일반적으로 우리가 양형에서 문제가 제기되고 있는 재량의 범위가 법관에게 미리 주어진 것까지도 법관이 포기하는 형식으로 권고형량범위가 만들어져 있다는 것에 대해서 저는 오히려 이것은 소극적인 태도이다, 현행 형법체계가 인정하고 있는 가중, 감경사유 순서를 지키면서 마지막 단계에서 이런 세 가지 혹은 네 가지, 여러 가지 권고형량 설정범위가 있고 그 단계에서 양형인자를 정밀하게 만들어서 운영할 수 있는 방안이 있다면 훨씬 더 적극적이고 혹은 투명한 양형, 그 다음에 양형에서 우리가 예측가능성이니 혹은 편차의 어떤 조절이니 하는 이야기들은 많이 있지만 양형에 있어서 양형의 진실성이 얼마나 담보될 수 있느냐 하는 것은 결국 법에 있는 내용들을 우리가 약속한 것이기 때문에 그 약속대로, 순서대로 이끌어 가느냐, 그래서 나온 결론에 대한 승복의 문제 아니겠느냐는 생각을 하면서 제가 일반론적인 말씀을 드리면서 제 토론에 갈음하고자합니다.

감사합니다.

(일동박수)

## ● 사회자

김성돈 교수님께서 꼭 원고에 구애되지 않고 총론적인 문제제기를 해주셨습니다. 주로 양형기준이라는 일종의 틀을 만들면서 획일적인 또는 기계적인 결론에 이르게 되는 상황이 생기지 않느냐, 양형 재량은 어떻게 되는 것이냐 하는 부분, 또 기본적으로 법정형이나 처단형, 또는 법에 정한 적용순서 등과 배치되는 것이 아니냐 하는 문제제기를 해주셨습니다. 양형기준을 만들어야 되는 기본적인 자세와는 조금 배치되는 것이 아닌가 싶습니다.

수고하셨습니다.

다음에는 이주형 부장검사의 지정토론을 듣도록 하겠습니다.

## ● 이주형 부장검사

안녕하십니까? 이주형 검사입니다.

먼저 공무집행방해범죄에 대한 양형기준 토론자로 지정해 주신 양형위원회 위원장님

을 비롯한 위원님들과 전문위원들, 양형위원회에 종사하시는 여러분들에게 감사를 드립니다.

저는 사실 개인적으로 양형위원회에서 전문위원으로 약 3년 가까이 활동을 했었습니다. 그래서 이렇게 또 토론자로 나와서 토론을 하려고 하니까 약간 새로운 감이 드는데, 지금 김성돈 교수님께서 워낙 좋은 얘기를 많이 해 주셨습니다. 그렇지만 실무를 하는 검사 입장이라든가, 여태까지 논의되어 온 양형기준과 관련해서, 또 여기 공청회에 오신 분들은 양형기준에 대한 이해가 그렇게 깊지 않아 보이기 때문에 그런 총론적인 부분에서 한 번 생각을 해 볼 필요는 있을 것 같습니다.

먼저 양형기준제도가 왜 도입됐느냐 하는 문제를 한 번 생각해 보고, 그 다음에 그 목적에 비추어서 지금의 양형기준제도가 과연 적절한가, 잘 운영되고 있는가, 지금 제시된 양형기준이 적절한가, 문제점은 없는가, 이런 부분들을 한 번 생각해 볼 필요가 있을 것 같습니다.

양형기준제도의 목표는 사실 가장 기본적으로는 양형편차의 제거라고 해야 되겠지요. 예전에 만약 공무집행방해로 처벌을 받았는데 유사한 사안으로 재판부에 따라서 누구는 벌금형을 받고, 누구는 집행유예를 선고받고, 또 누구는 실형을 선고받았다고 하면, 만약 경찰관을 때려서 한 4주 정도의 상해가 발생했다, 그런데 합의된 내용도 비슷하고 다른 내용들이 다 비슷한데 누구는 벌금이 선고되고 누구는 집행유예가 선고되고 누구는 실형 1년이 선고됐다고 하면 거기에 대해서 과연 국민들이 수궁을 할 수 있느냐 하는 문제가 있습니다. 그런 문제를 원칙적으로 가장 잘 해소해야 되는 부분이 양형기준제도라는 것이지요. 이게 공무집행방해보다는 기본적으로 기업범죄나 뇌물범죄에서 논의가 많이 문제 되었던 부분이긴 합니다. 공무집행방해도 최근에 여경이 귀를 물어 뜯어서 구속영장이 기각됐다가 다시 재청구를 해서 영장이 발부된 예가 있습니다만, 그러면 유사한 사안에서 유사한 형이 선고되도록 하자, 이것이 정의가 아니냐, 기본적으로는 그런 것입니다.

그렇다고 하면 양형기준이라는 것을 만들어서 국민들 입장에서 봤을 때 판사에게 주어진 양형재량이 판사에 따라서 똑같은 사안에 대해 누구는 벌금형을 해도 되고, 누구는 집행유예 해도 되고, 누구는 실형을 선고해도 되느냐, 저는 그것은 아니라고 생각합니다. 국민들은 양형에 있어서 평등하게 대우받을 권한이 있습니다. 그래서 유사한 사안이고 양형인자가 유사하다면 유사한 형이 선고되는 것이 맞지요. 그래야 정의가 이루어진다고 할 수 있지 않겠습니까.

재판부별로 양형의 편차가 발생하는 것을 막기 위한 것이 기본적으로는 양형기준제도다, 그 다음에 거기에서 고려되어야 되는 부분들이 일반예방적인 부분, 특별예방적인 부분, 사회안전 부분들이 있을 수 있습니다.

그런데 우리나라에서는 기본적으로 문제가 되었던 것이 여러분들이 잘 아시는 유전무죄 무전유죄라든가, 고무줄 양형이라는 표현을 쓰는데, 그런 식의 어떤 기준이 없어서 너무 편차가 심하다는 것이지요. 그런데 우리나라에 있어서의 특유한 양형편차를 해소할 수 있는 기준이나, 이것도 제가 봤을 때는 양형기준을 평가하는 하나의 큰 기준이 되어야 된다, 저는 기본적으로 그런 생각을 가지고 있습니다.

공무집행방해 부분에 대해서는 제가 조금 이따가 조금 더 상세하게 말씀을 드리겠습니다.

그런 관점에서 양형기준에 대한 평가가 필요하다는 것이지요.

그 다음에 제1기 양형위원회에서 지금 양형기준 형태가 이런 형태로 되어 있는데요, 기본적으로 양형기준이라는 것은 법정형에 의하면 만약 10년 이하의 징역이라고 하면 1개월부터 10년까지 할 수 있습니다. 그렇지만 그것을 다 규정하는 것은 어렵기 때문에 이런 통계수치를 이용하는 이유는 기본범죄수준, 공무집행방해라고 하면 기본적으로 범죄수준이 어느 정도 되느냐, 여태까지 판결 선고한 것을 보니까 6월에서 10월이 가장 많더라, 그러면 기본적인 범죄 수준은, 공무집행방해에 있어서 실형을 선고하는 경우에 기본적인 범죄수준은 6월에서 8월이라고 치면 6월에서 8월이 가장 적절하지 않느냐, 여기서부터 시작해서 만약 가중인자가 있으면 6월에서 8월을 넘어서서 10월, 12월, 14월로 넘어가는 것이고, 감경인자가 있으면 4월, 6월까지도 내려갈 수 있는 것이지요. 이런 형태로 어떤 객관적인 기준을 만들어 놓고, 기본범죄 수준을 설정해 놓고 그 기본범죄의 수준을 토대로 해서 양형인자에 따라서 이것을 가중하거나 감경할 수 있는 그런 형태를 만들자는 것이 기본적인 양형기준 제도의 목적입니다.

그래서 형태는 여러 가지가 있습니다. 미국 연방의 경우는 기본범죄 수준 자체가 양형인자의 중요성에 따라서 올라가거나 내려가는 형태가 있고, 아니면 영국의 경우에는 기준점에 설정해 놓고 그 기준점에 따라서, 인자 존재 여부에 따라서 내려가기도 하고, 올라가기도 합니다. 그런 형태로 해서 양형에 있어서 그런 편차를 제거하고 양형의 평등성을 확보하자는 것입니다. 그런 문제가 있는데, 1기 양형위원회에서는 개별적인 범죄에 따라서 양형기준을 설정하기로 되어 있습니다. 지금 공무집행방해죄의 경우에는, 보시면 아시겠지만 벌금이 한 50% 선고됩니다. 그것은 공청회 자료집 I 148페이지를 보시면 아시는데, 벌금이 47.5%, 집행유예가 41%, 실형은 10% 정도 밖에 되지 않습니다. 그러면 공무집행방해라는 것은 무엇입니까? 여러분들이 봤을 때 경찰관이나 행정기관에서 일하는 사람을 때려서 공무집행을 방해한 경우인데, 그러한 경우에 과연 이것이 어느 정도 형이 선고되어야 하느냐는 문제인데, 벌금으로 가느냐, 집행유예로 가느냐, 실형으로 가느냐, 이것이 가장 중요한 것입니다. 그렇다고 하면 공무집행방해죄 양형기준도 제일 처음



만들어진 살인죄 양형기준과 똑같은 형태로 만들어져 있습니다. 그런데 그것이 과연 타당하나, 한번 생각해 볼 필요가 있습니다. 살인죄는 거의 실형이 선고되지, 집행유예가 선고되는 예가 그렇게 많지 않습니다. 그렇지만 이 경우에는 실형은 10% 밖에 안 되고, 다 집행유예 아니면 벌금형입니다. 그러면 이 경우에는, 지금 법원조직법에도 그렇게 되어 있지만 형종과 형량에 대한 기준을 정하도록 되어 있거든요. 그렇다면 여기에 왜 집행유예기준을 가장 중시하면서 동시에 벌금형 기준이 제시가 되어야 개개 범죄별 양형기준이 만들어지는 의미가 있는 것입니다. 그런데 여기에는 실형기준 밖에 없고, 집행유예를 결정하는 적절한 기준이라고 보기는 어렵다고 저는 생각을 합니다. 그런 차원에서 보았을 때에는 개개 범죄별 양형기준을 한다고 하면 그 개개 범죄별 특성에 맞는 기준을 제시해야 되는데, 그것이 좀 되지 않은 측면이 있지 않느냐, 총론적으로 봤을 때 그런 면이 한 가지가 있습니다.

다음으로 최근 공무집행방해와 관련해서 좀 전에 말씀 드렸듯이 여경 사건이라던가, 용산에서 재개발 관련하여 특수공무집행방해치상 사건, 최근에 국회에서도 공무집행방해가 있었고, 이런 부분들이 있었는데, 양형위원회에서 양형기준을 제시한다면 이러한 현실에 대한 양형 정책적인 접근이 필요하다, 양형 정책적으로 이러한 경우는 앞으로 좀 더 엄하게 하겠다거나 해서 현실적으로 부각되고 있는 양형에 대해서 양형위원회에서 무언가 정책을 제시할 필요가 있습니다. 미국에서도 그런 것들을 위해서 매년 양형기준을 수정하고 있고, 기준에 양형기준을 어떻게 적용되는지를 검토해서 확인을 하고 있습니다. 그 다음에 수정을 하는데 우리는 그런 부분에 대해서 너무 살인죄 양형기준과 똑같이 천편일률적으로 만들어오고 있으면서 그런 데에 대한 제시는 전혀 없지 않느냐, 저는 그런 문제를 기본적으로 서론에서 제시를 하고 싶고요.

그 다음에 본론으로 들어가서 한번 보겠습니다. 공무집행방해죄 양형기준안에 대한 검토라고 해서 적용범위를 지금 일부 범죄만 하고 있습니다. 구공판된 사건 중에 빈도가 높은 것만으로 하고 있는데, 그것이 과연 타당하느냐, 그런 문제가 있습니다. 양형기준이라는 것이 꼭 법원에서 많이 선고되는 사건에 대해서만 기준이 있고, 빈도는 적지만 기준이 설정되지 않은 사건이 있으면 그 사건에 대해서는 어떻게 선고 되어도 상관없다, 이런 식으로 접근할 수는 없는 것입니다.

그래서 형법에 규정된 일반 기본범죄라면 규범적인 부분을 포함해서 많이 설정하는 것이 양형기준제도 도입의 취지에 맞지 않느냐, 저는 기본적으로 그런 생각입니다.

그 다음에 형량범위에 관해서 보시면 제 공청회자료집Ⅱ 51쪽인데요, 기본 형량범위가 단순 공무집행방해의 경우에 6월에서 1년 4월로 되어 있습니다. 그런데 6월에서 1년 6월이 어떻게 나왔는지를 쭉 보시면, 52쪽에 있는데 형량범위가 6월과 8월이 제일 많고, 전



체를 다 봐도 2월부터 12월까지입니다. 그래서 형량범위가 거의 10월, 12월 이 정도 선인데 기본영역을 6월에서 1년 4월로 정해 놓은 것입니다. 어떻게 보면 이것이 별로 넓지 않은 폭이라고 할 수 있을지 모르지만 예전에는 공무집행방해로 처벌받을 경우에 대부분 6월 또는 8월을 선고받았다는 것이지요. 그런데 지금은 양형기준에 의하면 6월부터 1년 4월 중에서 판사가 어디든지 선고할 수 있습니다.

그리고 그 선고는 양형기준에 적합한 선고가 되는 것이지요. 그러면 유사한 사안에서 누구는 6월을 선고받고, 누구는 1년 4월을 선고받는 것이 과연 적합하냐, 그러면 그 양형 불평등을 해소하느냐 하는 문제가 있습니다.

그런데 그것은 지금 양형기준에서는 담보할 수 없습니다. 6월을 선고받거나 1년 4월을 선고받거나 양형기준에 적합하기 때문에 그것은 양형기준을 준수한 것이 됩니다. 그렇게 본다면 양형기준이라는 것이 너무 폭이 넓기 때문에 똑같은 유사한 사안에서 양형인자가 유사할 때도 너무 차이가 많이 나는 것이지요. 오히려 이렇게 되게 되면 양형의 불평등이라는 것을 좀 더 제도화하는 문제가 있지 않느냐, 저는 그렇게 생각을 합니다.

미국 연방이나 미국 일부 주 같은 경우는 전체 양형을 봐서 그중에서 상위 25%, 하위 25%를 빼고 중간 50% 정도를 가지고 기본범죄수준을 설정하는 경우가 많습니다. 그것을 가지고 여기서 출발을 하라는 취지지요. 그런데 우리는 다 합해도 1년이 안 되는데, 그 범위를 기본영역으로 그대로 제시하면 양형의 편차라는 것을 과연 해소할 수 있느냐, 저는 기본적으로 그런 문제가 있는 것 같습니다.

아니면 6월에서 1년 4월 같으면 아예 출발을 8월에서 시작해라, 기본적으로 대부분 8월에서 선고됐고 8월이 제일 많으니까 8월을 선고해라, 8월에서 시작해서 거기에서 양형인자를 고려하든가, 아니면 10월에서 시작해서 양형 가중인자와 감경인자를 고려해라, 이렇게 되면 그나마 형평을 약간은 유지할 수 있을 겁니다. 저는 그런 차원에서 이렇게 폭이 넓게 기본범죄수준이 제시되는 것은 부적절하지 않나 생각을 합니다.

가중영역과 감경영역도 약간 그러한 문제들이 있습니다.

그리고 여기 보시면 범죄별로 기본 형량범위 폭을 비교해 놓았는데, 공청회자료집 I 159 페이지를 보시면 공무집행방해는 기본영역이 6월에서 1년 4월, 위계공무집행방해는 8월에서 1년 6월, 공용물 무효는 6월에서 1년 6월입니다. 그래서 2개월 정도씩 상·하한만 약간씩 차이가 있는데, 이런 차이를 두는 것이 과연 의미가 있는지, 오히려 양형기준의 기본범죄수준을 설정하는데 너무 복잡하게 설정하는 문제가 될 수 있기 때문에 이런 부분도 단일화하고, 다만 출발점을 주든지 아니면 가중인자로 고려하는 형태로 가는 것이 맞지 않는가, 저는 그런 생각이구요.

결론적으로 전체 양형기준을 보면 기존에 법원의 양형실무는 한 1년 정도, 11월 정도의

폭이었는데, 지금 양형기준은 거의 한 4년 정도 폭입니다. 단순 공무집행방해를 보면 기존 양형실무보다 한 400% 더 높게 더 넓은 영역을 양형기준으로 제시하였는데, 그러면 이것이 과연 타당하느냐는 문제가 좀 있죠. 가중영역은 1년에서 4년, 아주 넓게 설정하였죠. 그러면 똑같은 사안에 대해서 누구는 1년 선고할 수 있고, 누구는 4년 선고를 할 수 있다, 양형인자가 유사하다고 치더라도 그런 문제가 발생합니다.

이렇게 넓게 설정하게 되면 양형기준 준수는 100% 가까이 준수할 가능성이 있습니다. 100%는 아니지만 90% 이상 준수하게 되죠. 그런데 그것이 꼭 양형기준을 정해놓았기 때문에 판사들이 준수하는 것이 아니라 양형기준이 기존의 양형실무보다 400% 이상 넓게 설정해 놓았기 때문에 그렇게 준수될 수 밖에 그런 없는 영역이 있습니다. 저는 그런 문제가 있지 않은가, 오히려 그런 부분을 개선하는 형태의 양형기준이 만들어져야 되지 않겠는가, 그렇게 생각합니다.

시간이 제한되어 있기 때문에 나머지 일부 세세한 부분에 대해서는 저의 지정토론문을 참고하시면 좋을 것 같고요. 제가 기본적으로는 공무집행방해와 특수공무집행방해, 특수공무집행방해를 단순 공무집행방해의 가중영역으로 해놓고, 또 특수공무집행방해치상의 부분을 별도로 만들어 놓았는데 특수공무집행방해죄 자체를 별도의 기준으로 만드는 것이 타당하고, 이렇게 하지 않음으로서 불합리하다는 점을 지정토론문에 일단 적시를 해 놓았습니다.

그리고 상해죄와의 상상적 경합범 처리 문제도 있는데요, 상해죄가 오히려 공무집행방해보다 형량이 더 높기 때문에 상해죄를 단순히 공무집행방해의 가중인자로만 처리하는 것은 약간 문제점이 있는 것 같고요, 그 다음에 중상해와도 문제가 있습니다. 중상해는 1년 이상 10년 이하이기 때문에 중한상해를 가중영역으로만 정해놓은 것도 문제가 있다, 저는 그런 생각합니다.

심신미약은 지정토론문을 참조해 주시고요.

집행유예기준과 관련해서 저는 기본적으로 기존의 집행유예기준에 대해서는 통계분석이 안 된 것으로 알고 있습니다. 안 된 이유가 분석하기가 굉장히 어렵습니다. 그리고 중간영역이 너무 많기 때문에 제가 전문위원으로 있을 때 지적을 하였고, 그 다음에 집행유예 평가원칙을 일부 수정하였습니다. 예전에는 일반참작사유가 다수 존재하는 경우 판사가 종합적으로 고려한다고 되어 있었는데 이번에 변경된 것이 무엇이나면 주요참작사유가 더 많은 경우라고 하더라도 일반참작사유의 개수의 차이가 주요참작사유의 개수의 차이보다 더 많은 경우에는 판사가 종합적으로 판단한다고 되어 있는데요, 이렇게 되면, 여기 기준에서 보시는 것처럼 아시겠지만 일반참작사유가 대부분 주요참작사유보다 훨씬 많습니다. 훨씬 많거나 최소한 한 개, 두 개, 세 개 이상 많게 되어 있고, 긍정사유가 부정

사유보다 많은 경우가 더 많습니다. 집행유예를 할 수 있는 사유들이죠. 그렇게 본다면 이 경우는 거의 다 어떤 형태로든 집행유예 선고가 가능한 그런 형태로 되어가지고 집행유예기준으로서의 공정성과 객관성을 확보하지 못했다, 저는 그렇게 평가를 할 수 밖에 없지 않는가 생각을 합니다. 그래서 제가 보았을 때 우리나라에서 이때까지 계속 문제되었던 것이 집행유예이나, 실형이나는 문제이거든요. 거기에서 계속 무전유죄, 유전무죄라든가, 고무줄 양형이라든가, 실질적으로 형을 사는 사람과 집행유예는 엄청난 차이죠. 그런데 그 기준이 엄격하지 못하면 결국은 우리나라의 특유의 고무줄 양형의 해소라든가 이런 문제는 어렵다는 것이죠. 양형의 평등권을 확보하기 위해서는 집행유예기준이 엄격해야 됩니다.

그런데 수정된 집행유예 평가기준으로는 그러한 것이 확보되지 않지 않았느냐, 그래서 제가 보았을 때는 최대한 중간영역을 없애고 좀 더 엄격하게 하고, 다만 양형기준이란 게 그렇습니다. 일단은 김성돈 교수님도 그런 얘기를 하셨지만, 판사의 재량을 제한하는 부분이 있습니다. 그리고 양형의 균등성 내지는 형평성을 고려하는 측면이 강합니다.

다만, 구체적 타당성과 제대로 된 양형을 하기 위해서는 기준을 따르는 것이 적절하지 않을 때는 이탈을 하는 겁니다. 이탈을 함으로써 양형을 이탈하는 이유를 상세하게 쓰면 국민들이 이해를 한다는 것이지요. 당신은 벌금, 당신은 집행유예, 당신은 실형이라고 하는데 그 이유가 뭔지 모른다, 그러면 국민들이 납득할 수 없지 않습니까.

판결서에 기준은 이러지만 당신은 이러이러한 점을 참작해서 이런 부분이 있어서 이탈해서 집행유예를 선고한다라든가, 이렇게 해 주면 국민들도 이해하고 거기에 대한 국민의 신뢰는 더 쌓일 수 있을 겁니다.

그래서 기준은 엄격하게 만들어 이탈을 자유롭게 할 수 있도록 하고, 그 이탈한 내용을 통계분석을 해서 이것을 인자로 넣어야 되겠다 싶으면 인자로 포섭하고, 이런 수정 과정을 통해서 양형기준이 더 발달할 수 있는 것이지요. 저는 기본적으로 그런 생각을 가지고 있습니다.

개개의 양형인자에 대한 검토는 토론문으로 대체하도록 하겠습니다.

마지막으로, 결론적으로 양형기준제도가 국민의 지지를 얻기 위해서는 좀 더 쉽게 국민들이 이해할 수 있는, 그리고 국민들이 선고형량을 예측할 수 있는 기준이 되어야 된다, 저는 기본적으로 그렇게 생각합니다.

그리고 좀 전에도 말씀드렸지만 우리나라 특유의 양형 불평등을 해소할 수 있는 형태의 기준이 되어야 된다, 미국이나 영국의 형태만 따 와서는 해소가 안 되고 있는 상태이고, 양형불평등이 해소됐다는 통계는 저희들이 분석하는 내용에 따라서 그런 부분을 확인할 수도 있을 것 같은데 아직 나오지 않고 있는 것 같습니다.

그래서 지금 양형기준은 이런 부분에 대해서 조금 더 수정을 통해서 국민들이 이해할 수 있고, 국민의 예측가능성을 담보할 수 있는 기준으로 좀 더 발전되어야 되지 않겠나 생각을 합니다.

구체적 토의사항에 대해서는 제가 여기 썼습니다만, 형량범위를 이렇게 광폭으로 하는 것, 기존 양형실무를 모두 포괄하는 넓은 양형기준을 제시하는 것이 과연 양형기준제도의 취지에 맞는지, 그 다음에 국민들의 어떤 신뢰나 예측가능성을 담보할 수 있는지 하는 문제하고, 집행유예기준의 평가방식이 굉장히 문제가 많다고 생각하는데, 이것을 조금 더 객관화하고 수정할 생각은 없으신지, 그 다음에 양형인자들 자체가 굉장히 추상적인 용어로 규정되어 있고, 그 추상적인 용어를 풀어놓은 것도 보면 더 추상적인 용어로 되어 있어서 국민들이 그것을 실질적으로 이해하기는 어렵습니다. 그래서 그러한 부분들에 대해서 조금 더 객관화하는 작업을 해야 되지 않겠나 하는 생각이고, 추가적으로 2개 정도 더 말씀을 드리면, 형중 기준을 벌금기준과 집행유예기준, 특히 벌금기준, 지금 공무집행 방해죄 양형기준을 만들어 놓았습니다만 만약 판사가 여기에 귀속받기 싫다고 하면 벌금형 기준으로 가버리면 됩니다. 벌금형 기준은 없거든요. 기준이 없을 때는 어떻게든 선고할 수 있습니다. 그것도 양형기준의 공정성과 객관성을 확보하지 못하는 문제가 있지 않느냐 하는 문제가 있고, 그 다음에 저는 이런 것을 좀 해 봤으면 좋겠습니다. 판사님들이나 아니면 사법연수원생을 대상으로 해서 똑같은 사안을 주고, 이 양형기준을 주고 한 번 형을 선고해 보라, 그래서 그것을 모아서 양형편차가 얼마나 나는지, 동일한 사안에 대해서 양형편차가 6월과 1년 4월이 난다고 하면 그것은 동일한 사안에 비해서 재판부별로 너무 차이가 날 수 있는 것 아닙니까. 그것을 과연 좁혀야 되는지, 좁히지 않아도 되는지를 판사님들이나 사법연수원생, 일반국민들을 상대로 해서 하고 거기서 나온 결과를 양형기준을 설정하는데 투입해서 국민들이 원하는 형태로, 양형편차를 최대한 줄일 수 있는 형태로 만들어 나가야 되지 않겠는가, 저는 기본적으로 그런 생각입니다.

너무 장황하게 말씀드려서 죄송하고, 이것으로 토론을 마치도록 하겠습니다. 감사합니다.

## ● 사회자

이주형 부장검사님께서 종전 토론자와는 정반대의 관점에서 양형기준에 정해진 형량 범위 폭이 지나치게 넓다든지, 편차가 크다든지, 여러 가지 지적을 해 주셨습니다.

두 분 수고하셨습니다.

여기에 대해서 답변을 듣도록 하겠습니다.

여러 전문위원 중에서 주무전문위원인 정준화 판사님께서 수고해 주시겠습니다.

## ● 정준화 전문위원

두 분의 지정토론자께서 공무집행방해범죄 양형기준안에 국한되지 않고 경계를 넘나 들면서 아주 다양한 분야와 영향에 걸쳐서 굉장히 가장 넓게, 좋은 의견을 주셔서 감사드립니다. 다만, 워낙 방대한 내용과 구체적인 내용까지 아우르시는 바람에 제가 일일이 답변 드리기에는 시간도 여의치 않고 해서 주어진 시간 내에서 최대한 제가 답변할 수 있는 범위 내에서 간략히 말씀드리도록 하는 것이 나을 것 같습니다.

먼저 김성돈 교수님께서 말씀하신 부분은 이미 보내주신 지정토론문에 구애받지 않고 시고 말씀을 하셔서 제가 다 숙지를 못하였는데, 일단 제가 들어본 내용으로는, 기본적으로 법정형이 폭으로 되어 있는데, 그 부분에 대해서 양형기준에서 법률상 감경, 가중사유가 있으면 처단형의 폭이 전체적으로 이동하는데 양형기준은 그런 부분을 그대로 받아들이지 않고, 하나의 양형요소로만 반영하면서 다른 양형조건과 혼동하는 바람에 결국은 법정형 자체를 이동시키는 법률을 무시한 것이 아니냐 라고 지적해 주셨습니다. 물론 법리상으로는 교수님의 지적이 상당히 정확하신 것 같습니다. 다만, 최초에 양형기준의 기본 골격과 평가원칙을 만들에 있어서 그런 부분까지, 저는 그때 관여하지 않아서 잘 모르겠지만 수차례에 걸친 토론과 검토 끝에 기본적으로 양형기준은 단일한 범죄를 전제로 해서 권고 형량범위를 정한 후에 다수범 처리기준을 별도로 적용하는 것이기 때문에 단일범 내에서 형종을 선택하고 형량범위를 권고하는 과정에서는 결국 형법총칙이 전제하고 있는 가중, 감경처리라든가, 순서 방식과는 조금 다르게 이루어진 것인 사실인 것 같습니다. 그래서 그 차이점을 받아들일 수 밖에 없는 것 같고, 그러면 불가피한 필요성에 있어서 공감할 수 있는 부분은 충분히 있다고 생각이 되고요. 다만 그렇다고 하더라도 기본적으로 법정형과 처단형의 범위를 벗어나지는 않는 것이 양형기준의 입장입니다. 아까 토론자께서 그렇게 함으로써 법정형을 무시하거나 이탈하는 경우가 있다고 말씀하셨는데, 양형기준이 권고하고 있는 형량범위는 적어도 처단형의 범위 내에서 경험적인 접근 방법과 규범적인 접근방법을 적절히 조화해서 만든 것이고, 만약 개별 사건에서 나타나는 처단형과 권고하는 형량이 일치하지 않는 경우에는 양형기준의 기본원칙은 처단형의 범위가 우선이기 때문에 권고형량범위가 처단형의 하한 또는 상한을 벗어날 수 없게 제한이 있어 결국은 법정형이나 처단형을 이탈했다고 볼 수는 없을 것 같습니다.

다음으로 입법자의 의지라든가, 국민적 요구에 지나치게 양형위원회가 소극적으로 대응해서 지나치게 양형 재량의 폭을 제한한 것이 아니냐, 결국은 법률상 감경 또는 가중을 할 경우 굉장히 많은 폭이 넓어지고, 설사 가중했다고 하더라도 그 가중한 처단형 범위에서 가장 경한 경우에는 1개월의 선고도 가능한데, 그런 것들을 예를 들면, 중한 상해가 발생한 경우라든가, 특수공무집행방해의 가중 구성요건에 해당되는 경우에 특별가중인



자로 반영하는 바람에 오히려 그런 경우에는 1개월을 선고할 수 없고, 가중영역에 따라서 최소 1년을 선고할 수 밖에 없게 하는 것은 입법자의 의지와는 맞지 않고 실제로 구체적 타당성을 보장할 수 없는 것이라는 지적을 해 주셨는데, 그런 측면이 충분히 일리있다고 생각합니다. 이 부분에 있어서는 방금 사회자께서 지적하셨다시피 두 분의 지정토론자께서 입장을 서로 달리 하신 것으로 보여 집니다. 양형기준 또는 양형이 추구하는 두 가지 이상을 본다면, 첫 번째는 양형의 균등성 또는 형평성을 들 수 있을 것이고, 두 번째로는 개별적 사건에 적합한 양형의 구체적 타당성 또는 적정성을 들 수 있을 것인데, 양형재량의 폭을 넓게 할 경우에는 양형의 적정성은 달성할 수 있는 반면에 불가피하게 양형의 균등성 또는 형평성은 훼손될 것이고, 반대로 지나치게 양형의 균등성만 추구하다 보면 구체적 타당성은 저해되는 측면이 있습니다.

방금 김성돈 교수님은 구체적 타당성을 중시하셔서 발생할 수 있는 모든 사안에 다 적용될 수 있는 형량범위를 다 권고하는 것이 맞고, 지나치게 통계적인 평균형량만을 기초로 할 경우에는 그런 사안에 대해서 적절한 형량을 권고할 수 없다는 측면을 제기해 주신 것 같고, 또 이에 반해서 이주형 부장검사님께서는 그와 반대로 판사에게 지나치게 많은 양형 재량을 부과할 경우에는 유사한 사건에 있어서 다른 형량 또는 다른 형종이 선택됨으로 인한 결과적 불평등에 대한 문제를 더 많이 지적하셨고, 그 부분에 대해서 초점을 맞추신 것 같습니다.

사실 주무전문위원인 제가 거기에 대해서 일률적으로 답변드릴 수 있는 사안은 아니고, 저의 기본적인 생각은 그 두 가지 이상 중 어느 하나도 결코 훼손되어서는 안 되는 소중한 가치이기 때문에 양형기준이 가급적 양형의 균등성과 적정성을 동시에 추구하면서 최대한 가장 적절한 양형을 구현하는 것이 아닌가라는 생각이 들어서 어떻게 보면 두 분 지정토론자의 약간 중간 선상에서 답변을 할 수 밖에 없는 처지인 것 같습니다.

구체적인 내용은 대체로 생략하셨는데 말씀하신 부분 중에서 한 두 가지 말씀을 드리면, 이 부분은 두 분의 지정토론자께서 공통으로 제기하셨던 것 같은데, 특수공무방해죄가 지금 현재의 양형기준안에서는 특별가중인자로만 반영되어 있는데 그것이 부당하고 별도의 유형으로 독립해서 설정할 필요가 있다는 지적을 해 주셨습니다.

일단 충분히 일리 있는 주장이신 것 같습니다. 일반적으로 기본범죄와 비교해서 법정형을 가중하는 범죄나 또는 감경하는 범죄에 대해서는 두 가지 처리 방안이 있을 수 있습니다.

첫 번째는 별도의 범죄유형으로 분류하는 방법, 두 번째로는 양형인자로 고려하는 방법이 있을 텐데, 최초 양형기준 설정 당시에 대체로 합의된 입장은 기본적으로는 양형기준의 단순성을 추구한다는 측면에서 하나의 양형인자로 반영하는 것이 바람직하고, 다만



그렇게 할 경우에 형량범위를 포섭하기 힘든 경우에는 별도의 범죄유형으로 분류하자는 것이 아닌가 싶습니다.

다시 공무집행방해로 돌아와서, 특수공무집행방해죄는 그 구성요건이 단체 또는 다중의 위력 또는 위험한 물건을 휴대해서 공무집행방해죄 또는 직무강요, 법정 또는 국회의원 의장 모욕, 공무상 비밀표시 무효, 공용물 손괴, 공용물 무효, 공용물 파괴 등 수많은 개별 구성요건에 대한 가중요건으로 되어 있습니다. 따라서 이 각각의 기본범죄 법정형을 1/2 가중하게 되는데, 이 모든 범죄유형에 적용되는 단일한 형량범위 도출 안을 제출하는 것은 결코 쉬운 것 같지 않고, 또 기본적인 구성요건이 다르게 되면 필수적으로 그에 존재하는 양형요소들이 굉장히 다양하게 존재하는데 하나의 유형으로 포섭할 경우에는 이 다양한 양형인자들이 굉장히 복잡하게 양형인자표에 들어가게 되어서 결국 양형인자표가 지나치게 복잡하고 형량범위도 일관성이 깨지는 것이 아니냐 하는 측면을 첫 번째로 고려했고, 두 번째로는 특수공무방해죄는 형량범위가 단일한 형이 아니라 개별범죄의 1/2 가중한 형태인데 반해서 특수공무방해치상, 치사범죄는 3년 이상 또는 무기 또는 5년 이상으로 되어 있어서 법정형의 규정방식이 다르게 되어 있습니다.

그렇게 봤을 때는 기본적인 공무집행방해 형태에 있어서 가중하는 형태로 봐서 양형인자로 규정하는 것이 균형상 타당하다고 보여 지고, 이와 같이 법정형의 1/2을 가중하는 것으로 법에 규정되어 있는 가중적 구성요건이 별도의 유형이 아니라 양형인자로 반영된 사례는 이것 외에 현재 성범죄 양형기준에서 상습범인 경우도 역시 법정형은 1/2 가중인데 별도의 유형으로 구분하지 않고 특별가중인자로 반영되어 있습니다.

그 다음에 역시 양형기준에 관한 기본적인 입장으로서는 김성돈 교수님께서 양형기준을 수학적으로 공식화하거나 도식적으로 접근한 방법은 양형의 본질과는 거리가 있으나 지나친 단순화 또는 획일화로 하는 것은 경계해야 된다는 원칙에 대해서는 저도 기본적으로 동의하고 있습니다. 그렇지만 그렇다고 해서 양형기준을 현실에 존재하는 모든 사건, 예를 들면 가장 가벼운 사건부터 가장 무거운 사건까지 모두 포섭하는 것으로 양형기준을 만드는 것은 현실적으로 불가능할 뿐만 아니라 만약 그것이 가능하다고 할지라도 그렇게 만든 양형기준은 양형기준으로서의 실효성이 상당히 떨어질 것으로 생각됩니다.

따라서 부득이 실효성 있는 지침으로서의 기능을 수행하기 위해서는 전형적으로 발생하는 사건들을 대상으로 해서 통상적인 양형인자를 추출해서 통계적인 형량을 기초로 권고적 효력을 갖는 양형기준을 설정할 수 밖에 없지 않겠나 하는 생각이고, 다만 그렇게 할 경우에 국민적인 건전한 법 감정 상식에 비추어서, 아니면 기존에 종래의 양형실무가 지나치게 관대하다는 비판이 있었던 경우에는 규범적인 조정을 가한 형태, 이것이 현재 우리나라의 양형기준이 지향하는 바이고, 실제로 그런 것들이 구현된 것이 현행 양형기

준이 아닌가 하고 저는 개인적으로 생각합니다.

그 다음에 한 가지 더 말씀을 드리자면 중한 상해가 발생한 경우에 고의에 의해서도 발생할 수 있고, 과실에 의해서도 발생할 수 있는데 이런 것들을 구별하지 않고 단순히 하나의 중한 상해가 발생한 경우라는 특별가중인자로 처리한 것은 너무나 양형기준을 단순히 해서 문제가 있다는 지적을 해 주셨는데, 기본적으로 이 부분의 문제는 공무집행방해 범죄의 과정에서 발생한 상해죄와의 상상적 경합의 경우를 포섭해서 전부 규율하려고 하는 출발점에서 비롯된 문제가 아닌가라고 저는 생각됩니다. 사실 상상적 경합의 처벌 문제는 형법총칙에서 규정하고 있다시피 중한 범죄를 기준으로 해서 형을 정하는데, 공무집행방해는 5년 이하이고, 상해죄는 7년 이하 이므로, 사실은 상해죄에 정한 형으로 처벌하는 것이 맞고, 보다 나아가서 양형기준에서도 상해죄의 양형기준에서 규율하는 것이 법리적으로 맞습니다. 다만 현실적으로 상해죄 양형기준이 현재 만들어지지 않은 상태이고, 공무집행방해의 양형기준을 먼저 설정하는 바람에 이런 문제가 생겼는데, 양형위원회의 전문위원 및 위원들 대부분의 생각은 현실적으로 공무집행방해 과정에서 상해가 발생한 경우가 굉장히 많기 때문에 이런 부분들을 도외시 할 수 없다. 따라서 공무집행방해 양형기준에서 상해죄를 규율하자, 대신에 가벼운 상해도 규율할 수 있고 중한 상해까지 규율할 수 있는데 중한 상해까지도 전부 규율하고 다만 상해죄 양형기준이 나중에 만들어질 때 양자 간의 관계라든가 상해의 정도에 따른 구분을 해서 재조정하자고 일단 결론을 내렸습니다. 그렇게 했기 때문에 형법상에 상상적 경합의 처리와는 조금 다른 조화되지 않은 문제가 발생하였는데, 부득이 한 처리방법이 아닌가 생각됩니다.

그리고 과실로 인해서 중한 상해가 발생한 경우에도 구별하지 않고 중하게 처벌한 것은 문제가 있다고 말씀하셨는데, 일단 불법이라는 것인 행위불법만이 아니라 결과불법도 있기 때문에 설사 과실에 의해서 발생한다고 하더라도 중한 상해가 발생한 경우에 결코 결과불법을 가벼이 볼 수 없기 때문에, 물론 고의에 의한 상해와는 다르겠지만 어느 정도의 가중적인 처벌은 필요하지 않나 싶습니다.

그 외에도 좋은 말씀을 많이 해 주셨는데, 시간 관계상 다음으로 이주형 부장검사님께서 제기해 주신 부분에 대해서도 몇 가지 말씀드리겠습니다.

조금 전에 모두의 양형기준 도입이유와 필요성에 대해서 토론자께서는 불균등한 양형편차의 시정이 가장 주된 급선무라고 하셨습니다. 저도 일단 동의합니다만 마찬가지로 양형의 구체적 타당성 부분도 결코 도외시할 수 없다는 부분을 제가 추가적으로 말씀드리고, 양형기준 설정대상범죄와 관련해서 설사 발생빈도가 낮거나 징역형 선고비율이 낮다고 하더라도 국민적 관심이 높거나 현실적으로 중요하게 언급된 사안에 대해서 양형기준이 설정될 수 있다는 부분에 있어서 저도 동의를 합니다만 그 예로서 든 것이 최

근에 문제가 된 국회의원의 공무집행방해 행위라든가 국회의원들 간의 폭력행위, 또는 최근에 여경의 귀를 물어뜯는 사건을 예를 드셨는데, 최근 문제된 국회의원의 공무집행방해 행위는 일반 공무집행방해로 규율하고 있고, 그 다음에 국회의원 간의 폭력사건이 만약 공무집행방해라면 해당이 되는 것이고, 그것이 법정이나 국회의회의장 모독죄에 해당되는지는 제가 검토해 봐야 될 것 같고, 여경의 귀를 물어뜯는 행위에 대해서 현재까지 논의된 것은 조금 전에 영장의 기각 문제를 말씀하셨는데, 영장의 발부, 기각 부분은 양형기준에서 다룰 문제인 것 같지는 않아 보여서 제가 더 이상 언급하는 것은 부적절해 보입니다.

그 다음에 구체적인 부분에서 공무집행방해 기본영역의 형량범위가 6월에서 1년 4월로 된 것은 통계에 비추어서 지나치게 넓다고 지적해 주셨는데, 이 부분은 개별 공무집행방해의 양형기준에 국한된 것이라기보다는 현행 양형기준의 기본적인 설정원칙이나 방식과 관련된 것으로 보여 지는데, 조금 전에 말씀드렸다시피 양형기준은 종전 양형기준에 대부분을 포섭하는 것을 원칙으로 하면서 규범적인 조정이 필요하면 하는 것인데, 토론자의 제안에 의하면 기본영역을 만약 70~80% 포섭할 경우를 목표로 한다면 기본영역의 폭을 6월과 8월 두 가지로 제시해서 2월 정도의 폭을 제시하면 되지 않느냐라는 것을 제안해 주셨는데, 2월이라는 형량범위 폭은 지나치게 좁아서 굉장히 다양한 일반양형인자의 구체적인 존재나 정도를 전부 포함해서 형을 정하기에는 지나치게 좁다고 생각합니다. 수용하기 힘들다고 보여 지고, 미국 연방의 양형기준을 예를 들자면 가로축은 행위자의 전과를 기초로 해서 6개의 등급, 그리고 세로축은 범죄의 레벨에 따라서 43개 등급으로 해서 각각 만나는 셀 영역으로 표시를 하고 있는데, 미국 연방 양형기준은 전 세계에서 가장 촘촘한 형태의 양형기준 방식이라고 하는데 그 촘촘한 방식에서조차 각각의 영역의 형량범위 폭은 6개월보다 작은 경우는 본 적이 없습니다. 최소한 6개월의 형량범위 폭을 가지는 것은 미국연방에서도 그렇고, 만약 전과라든가 다른 등급 방식이 하나의 양형인자로 들어온다면 폭은 더 넓어지지 않을까라는 생각이 일단 들었습니다.

## ● 사회자

이주형 부장님이 양해해 주시면 세세한 부분은, 아마 어떤 답을 할지는 아실 것이고, 또 서봉규 전문위원 등과 논의할 기회가 있을 것 같은데 제 생각은 워낙 추운 날씨에 다들 오셔서 계속 앉아계시는 분들에게 죄송스러워서 가능하면 답변은 아주 필요한 부분에 한해서 하고 일단 휴식을 하는 것이 좋을 것 같아서 제안을 드리는 바입니다.

## ● 이주형 부장검사

네, 짧게 해 주시지요.

토론 부분 말고 토론문 마지막 토의사항 부분을 말씀해 주십시오.

## ● 정준화 전문위원

네, 알겠습니다.

토의사항은 일단 세 가지 정도로 말씀하셨는데, 첫 번째는 넓은 형량범위 중에서 어느 지점에서 형이 결정될지 예측할 수 없는 상황에서 예측가능성을 담보하지 못하는 것으로 보이는데 대한 의견을 물으셨는데, 일단 양형기준의 기본원칙, 공식적인 입장은 권고영역이 결정되면 그 영역 내에서 양형인자표에 제시되는 특별인자와 일반인자를 종합해서 가장 적절하다고 생각되는 형을 결정하는 것인데, 말하자면 형량범위의 기준점을 하는 것이 어떨냐 하는 입장인 것 같습니다. 이 부분은 현재 양형위원회에서 검찰 측 양형위원님께서 의안을 제시하셨고, 그 부분에 대해서는 아마 추후 추가적인 논의가 있을 것이어서 제가 여기서 개별적으로 답변하는 것은 부적절하다고 보여 집니다.

다음 두 번째로는, 집행유예기준 평가방식 수정으로 주요와 일반참작사유 기준이 모호해졌다고 하는데, 이 부분은 아마 오늘 공청회의 첫 번째 파트였던 양형기준 수정안에 관한 논의에서 다루어져야 될 것으로 보여 지는데 간략히 말씀드리면, 현재 집행유예 참작사유 평가원칙은 이렇게 되어 있습니다.

방금 토론자께서 지적하신 것과 같이 모호해진 것이 아니라 과거에 일반참작사유가 다수 존재하는 경우라고 해서 굉장히 모호한 표현이어서 적용하는 법관들조차도 이것이 두 개인지, 세 개 존재인지 아니면 개수 차이인지에 대해서 상당히 많은 논란이 있었고, 아마 실무에서도 좀 모호한 점이 있었는데, 그 부분에 대해서 양형위원회에서 논의한 결과 그렇게 하면 모호하니까 구체적으로 개수 차이로 특정을 하고, 그 개수차이도 주요참작사유의 개수 차이보다 더 많은 것으로 해서 주요와 일반 사이에 직접 차이를 두자, 그런 의견을 반영해서 규정한 것으로 이해해 주시면 될 것 같습니다.

세 번째는 양형인자가 지나치게 추상적이라는 부분인데, 일부 추상적인 부분이 있는 것은 저도 인정합니다만 그런 부분들은 양형인자가 갖고 있는, 양형인자가 O, X의 디지털 부분이 아니라 실제 사건에 있어서 굉장히 많은 정도의 폭을 갖고 있고, 그것이 개별사건마다 함의하는 바가 다르기 때문에 개별사건에서 다양하게 적용될 필요가 있고, 그런 것들에 대한 구체적인 판결사례가 집적되면 나중에 좀 더 구체적인 형태의 사례 제시로 나아가지 않을까라고 조심스럽게 생각을 해봅니다.

● **이주형 부장검사**

마지막으로 형종 기준은 이번에 안 하는 겁니까? 벌금형 말입니다.

● **정준화 전문위원**

아마 2기의 임기가 4월 말까지인데, 남아있는 기간을 고려했을 때 별도의 형종 기준까지는 힘들 것 같고, 그것은 추후 연구해야 될 과제가 아닌가 싶습니다.

● **사회자**

네, 미흡하기는 하지만 답변은 여기에서 마치도록 하겠습니다.

솔직히 말씀드리면 힘든 자리에 앉아 계시는 분들을 위해 처음에 발표부터 원래 1시간 예정을 30분으로 줄였습니다. 그런데 30분 절약했던 시간을 우리 답변자께서 모두 소진 하셔서 이제는 30분이 다 없어졌습니다.

예정대로면 4시 30분에 2부가 시작되도록 되어 있습니다. 휴식을 갖고 4시 30분에 2부를 시작하도록 하겠습니다.

고생하셨습니다.

(일동박수)

<16시 18분 휴회>

<16시 40분 속회>

● **사회자**

2부를 시작하도록 하겠습니다. 바깥 날씨가 매우 춥습니다.

이 추운 날씨에도 불구하고 나와서 앉아계시고 또 1부에서 3시간 가량 앉아계시느라 고생하셨습니다.

2부는 아까 말씀드렸다시피 진행을 좀 빨리 하도록 하겠습니다.

다행히 많은 토론자분들께서 시간을 지켜 주셨습니다. 대신 답변자께서 시간을 많이 쓰셨는데 그 부분은 제지를 하도록 하겠습니다.

토론을 시작하도록 하겠습니다.

나머지 양형기준안은 두 가지, 마약범죄의 양형기준안과 사기·사문서의 양형기준안에 대한 지정토론이 남아 있는데, 그 중에 마약범죄 양형기준안에 관한 지정토론을 먼저

하도록 하겠습니다.

이 부분에 대해서는 최석운 교수님과 최승재 교수님이 나오셨습니다.

먼저 최석운 교수님께서 토론해 주시고, 최승재 교수님께서 토론을 이어가시도록 하겠습니다.

최석운 교수님, 부탁드립니다.

### ● 최석운 교수

안녕하십니까? 한국해양대학교 최석운 교수입니다.

양형기준에 대한 일반적인 얘기들은 앞에 많이 있었기 때문에 저는 간단하게 마약범죄 양형기준안에 대해서 말씀드리겠습니다.

우선 시작하기 전에 오늘 이렇게 뜻깊은 자리에서 토론의 기회를 주신 데 대해서 진심으로 감사드리고, 개인적으로 굉장히 영광스럽게 생각합니다. 저는 그 동안 양형문제에 대해서 관심을 가지고 연구를 수행해 왔습니다. 그 인연으로 인해서 저도 양형위원회 전문위원으로서 지난 3년간 활동을 했습니다. 그러면서 소중한 경험도 했고, 그 인연으로 해서 오늘도 이렇게 뜻깊은 자리에서 토론의 기회를 가질 수 있게 된 것 같습니다.

저도 앞에 먼저 양형문제에 대해서 연구한 연구자들과 마찬가지로 양형문제에 대해서 연구하면서 양형문제를 합리적으로 해결하기 위한 여러 가지 방안 중에 하나로 권고적 양형기준제 도입을 주장하기도 했습니다. 그런데 권고적 양형기준 이외에 귀속적 양형기준 내지는 강제적 양형기준은 좀 위헌의 소지가 있는 것 같고, 권고적 양형기준도 법관의 양형을 위한 길잡이 역할에 그쳐야지 계측기 내지는 숫자만 대입해 넣으면 정답이 나오는 전자계산기가 되어서는 것은 곤란하다는 주장을 과거에도 했고 지금도 똑같은 생각입니다.

저는 이런 기본적인 인식에 기초해서 마약범죄 양형기준에 대해서 간략히 검토해 보겠습니다.

우선 마약범죄와 관련해서 검토할 때 크게 세 가지 사항을 고려해야 될 것으로 생각합니다. 첫 번째로, 마약범죄는 크게 보면 마약 공급자와 사용자로 나누어볼 수 있는데, 전 세계적으로 보면 마약을 생산하고 수입하고 판매하는 공급자에 대해서는 대부분 국가에서 굉장히 엄하게 처벌하는 게 일반적인 형사정책입니다. 그런데 마약 소비자에 대해서는 각 나라마다 형사정책이 조금 다른데, 특히 미국 같은 경우에는 마약 소비자에 대해서 매우 엄한 형벌로 처벌하기 때문에 오히려 마약가격을 높여놓고, 그럼으로써 암시장이 활성화되고, 그러면 중독자는 비싼 값에 마약을 구입해야 되기 때문에 절도나 강도 등 기타 관련범죄를 저지를 수밖에 없는 악순환의 고리에 빠져 있는 현상이 나타나고 있



습니다.

그에 반해서 유럽의 경우에는 마약을, 사실 마약 소비자에 대해서 과연 국가에서 형벌을 부과할 수 있는가, 사회적 법치국가 관점에서 많은 문제 제기 내지는 이의를 제기하는 학자들이 많이 있습니다.

왜냐하면 마약을 복용하고 남에게 피해를 입히면 그건 당연히 처벌대상이 되지만 그냥 자기 자신의 건강을 해치는 것인데 과연 국가가 형벌을 부과하는 게 정당한가, 예컨대 담배와 술도 마찬가지입니다. 중독성 등을 따져보면 마약보다도 담배나 술이 더 심하고 그 폐해도 못지 않은데 그것은 처벌하지 않으면서 마약을 처벌하는 것은 문제가 있다, 그래서 하드 드럭, 소프트 드럭으로 나누어서, 소프트 드럭이라면 구별하는 기준이 남에게 해를 가하는가, 가하지 않는가 여기에 대해서 논란이 있습니다만, 대개 마리화나, 대마초의 경우에는 소프트 드럭으로 분류하고, 헤로인, 코카인, 메스암페타민 이런 종류는 하드 드럭으로 분류합니다. 그래서 하드 드럭은 그것을 복용하면 남에게 공격성 충동을 유발을 하기 때문에 위험하다고 해서 처벌하더라도 소프트 드럭의 처벌할 수 없다, 이렇게 이야기하는 학자도 있고, 그 구별도 명확하지 않다, 여전히 논란이 있습니다만 어쨌거나 유럽에서는 대체로 소프트 드럭에 대해서는 아예 비범죄화 하거나 소프트 드럭, 하드 드럭으로 구분하지 않고 단순투약이나, 자기 사용 목적으로 아주 소량을 소지한 경우에는 법적으로 규제는 하고 있습니다만 실제 형사처벌에서는 형벌을 면제해 주는 국가도 있고 여러 가지가 있습니다. 이런 전반적인 현상을 염두에 두면서 마약 양형기준안도 만들어야 되지 않을까 생각합니다.

두 번째로는 마약범죄에 대한 형벌을 가중할 수 있는 양형인자로는 마약의 종류, 위험한 종류이나, 아니냐는 것, 마약의 양, 그 다음에 판매방법의 비난 정도, 그 다음에 쉽게 말해서 범죄 조직을 이용해서 한 것이냐, 아니면 1회적으로 했느냐 이런 것, 마약거래의 기간, 동일 전과 등을 들 수 있는 반면에 형벌을 감경할 수 있는 양형인자로는 수사협조, 자발적 치료의사, 마약중독, 행위자의 나이가 굉장히 어리다는 등 이런 내용이 감경요소로 구별되고 있습니다. 지금 외국도 마찬가지이고, 우리나라에서도 전과가 마약범죄에서 굉장히 중요한 양형인자로 고려되고 있는데, 이론적으로 따지고 들어가면 굉장히 복잡합니다만 양형 책임이라는 것은 개별적 행위책임을 의미하고, 이런 개별적 행위책임과 전과는 관련이 없습니다. 사실은 전과를 책임관점에서 가중처벌요소로 보기에선 이론적으로 어렵습니다. 논란의 여지는 있습니다만 어쨌든 전과는 어떻게 보면 형량을 결정하는 가중하는 요소보다는 재범 위험성을 판단하는 집행유예를 할 것인가, 말 것인가에 중요한 인자로 고려하는 정도로 그치는 것이 바람직하다고 생각하는데, 하여튼 지금 기준에서는 가중인자로 너무 강하게 고려된 것이 아닌가 하는 생각이 듭니다.

세 번째로는 마약거래에서 대개 이익을 추구한다든지, 쉬운 방법으로 돈을 벌려고 했든지, 순전히 돈을 벌기 위한 목적으로 마약거래를 했든지, 이런 내용을 가지고 가중 요소로 삼아서는 곤란하다는 것입니다. 쉽게 말해서 마약거래라는 거래 속에 당연히 포함되어 있는 내용들이기 때문에 그것을 다시 가중처벌하면 소위 말하는 이중처벌금지, 이중평가금지원칙에 저촉된다는 것입니다.

그리고 타인의 공무상태를 이용해서 거래한다거나, 마약거래는 당연히 건강의 위험을 야기한다, 이런 관점을 갖고 가중처벌하는 것 또한 문제가 있다는 것입니다. 왜냐하면 이것은 마약 관련법을 제정할 때 그 제정 목적에 해당하는 것이기 때문에 그것을 기초로 해서 다시 가중처벌하는 것은 마찬가지로 이중평가금지원칙에 저촉될 수가 있다는 것입니다.

그 다음에 끝으로 공공 상태에 있지 않았다, 반성하지 않는다, 아니면 마약을 누가 유혹한 것도 아닌데 자기가 거래했다, 이런 내용을 가지고 가중 사유로 하는 것도 곤란한, 다만 공공 상태에 있었다든지, 반성한다든지, 누가 유혹했기 때문에 거래를 했든지 이런 것들은 감경 사유가 될 수 있다는 그런 내용, 이게 마약범죄와 관련되어서 처벌의 일반적 기준으로 삼는다면 제가 말씀드린 세 가지 내용입니다. 이런 세 가지 기준에 비추어 보았을 때 지금 만들어진 마약범죄 양형기준안을 보면 전반적으로는 별무리 없이 잘 만들어진 것으로 평가할 수 있습니다. 그렇지만 고려되어서는 곤란한 요소 내지는 고려해야 될 요소가 빠진 부분이 전혀 없는 것은 아니기 때문에 그런 것을 중심으로 해서 간략히 말씀드리겠습니다.

우선 대상범죄 유형을 분류한 것은 적절히 잘 분류가 되었다고 말씀드리겠습니다. 그리고 마약범죄는 행위태양, 마약류의 종류에 따라서 구성요건과 법정형을 달리 하고 있는 게 현재 입법자의 태도입니다.

이런 의도를 반영해서 법정형, 행위태양, 마약종류 등을 기준으로 해서 범죄유형을 분류한 것도 적절한 것으로 보입니다.

다만, 외국에서는 마약의 수량도 매우 중요한 양형인자로 고려되고 있는데 양형기준에서는 소홀하게 다루어지지 않았나 하는 느낌이 들었습니다.

종래 우리 마약범죄 관련된 판례를 보면, 실무에서 마약 수량이 특가법 적용대상이 아닌 한 결정적인 양형인자로 고려된 적이 거의 없었다고 합니다. 그리고 수량도 기준에서 전혀 고려가 안 된 것은 아니고 아주 대량으로 거래하거나 마약의 양에 따라서 대량범이라고 별도의 유형을 두고 있기 때문에 크게 무리는 없는 것으로 보입니다.

그 다음에 형량범위도 전반적으로 경험적인 데이터에 기초해서 규범적인 조정을 거쳐서 만들었기 때문에 별 무리가 없는 것으로 보입니다.

그런데 앞서도 말씀드렸습니다만, 대개 마약 생산자와 공급자에 대해서는 엄한 처벌을 하는 게 일반적인 형사정책이고 소비자 내지 중독자는 사실 범죄자라고 보기 보다는 환자라고 봐야 되는 겁니다. 그래서 처벌보다는 치료를 통해서 대처하는 것이 바람직하다는 게 마약정책의 일반적인 경향인 것 같습니다. 이렇게 본다면 조직적이고 국제화된 마약거래에 대해서 양형을 조정하거나 투약자나 단순 소비자에 대해서는 치료를 위한 선고유예 내지는 집행유예가 가능한 영역으로의 형량범위를 설정하고 있기 때문에 크게 무리는 없다고 보입니다.

그 다음에 양형인자 결정과 관련해서 앞서도 얘기가 나왔습니다만, 양형인자를 추출하는 방법은 결국 경험적인 방법과 규범적 방법이 있는데 양자가 다 장단점이 있습니다. 장점만 갖고 있는 것은 아니고 단점도 공유하고 있기 때문에 적절히 장점을 최대한 살릴 수 있도록 조화시켜서 양형인자를 추출해 내야 되는데, 양형기준에서 가장 핵심적인 게 결국은 양형인자가 되는 겁니다. 그래서 사실 전반적으로는 여기서도 별 문제가 없는 것 같습니다만 우선 특별양형인자와 관련해서 보면, 기준안 내용은 제가 읽지 않았습니다, 이렇게 해서 전반적으로 잘 정리된 것으로 평가할 수 있지만, 특별양형인자의 행위인자에서 감경요소보다는 가중요소가 좀 많은 것으로 보입니다. 그래서 단순투약이나 단순소지에서 미량, 독일의 경우를 예를 들면 양적으로 구분할 때 미량, 상당량, 많은 양 이렇게 세 가지로 구분합니다. 미량이라는 것은 대개 자기가 한 두 번, 경우에 따라서는 세 번 정도 소비할 정도의 양, 마약의 종류에 따라서 수치는 다릅니다. 그게 다 있는데, 좌우간 두세 번 정도 사용할 정도의 마약을 소지하다가 잡히면 형을 면제해 줍니다. 면제해 주고 그 이상 좀 많이 되면 상당량부터 처벌하고, 아주 많은 양이라면, 한 번 사용할 게 아니라 수십 번 사용할 정도의 양을 갖고 있으면 아주 무거운, 법정형 자체가 독일의 일반적인 사례, 특히 중한 사례, 특히 경한 사례로 나누어져 있기 때문에 법정형 자체가 달라지는 겁니다.

이렇게 해서 사실 단순소지자나 투약의 경우에는 미량 소지자에 대해서 특별감경인자로 추가하는 것도 한 방법이 아닐까 생각이 듭니다.

그리고 대량범죄라고 하기는 했습니다만, 대량범죄에서도 사실은 행위태양을 구분하지 않고 양만 가지고 했기 때문에 아마 거래목적 내지는 판매목적으로 갖고 있는 게 아니라 자기가 투약할 목적으로 갖고 있는 경우에도 판매할 목적으로 갖고 있는 경우와는 구별해야 될 필요가 있지 않겠나 하는 생각이 듭니다.

그 다음에 일반양형인자와 관련해서도 전반적으로 경험적인 데이터에 기초해서 규범적으로 정리했기 때문에 특별히 무리는 없고, 다만 외국의 사례에 비추어 보면 마약중독자 내지 소비자의 경우에 자발적 치료의사가 있을 경우에는 형벌을 감경해 줄 뿐만 아니

라 집행유예에서도 아주 결정적으로 유리한 요소로 작용을 하고 있다는 겁니다. 그렇기 때문에 또 자발적 치료의사가 있는 단순 투약자나 단순 소지자의 경우에는 형벌감경인자로, 특별감경인자가 어렵다면 일반감경인자로라도 넣는 것이 어떤가하는 이런 생각이 듭니다.

그리고 집행유예기준도 어떻게 보면 여러 가지 문제가 있을 것입니다. 저는 기본적으로 집행유예라는 것은 성폭력범죄라든지, 살인범죄라든지, 상해범죄라든지, 상습상해범죄, 이런 폭력성 범죄를 제외한 일반범죄의 경우에는 원칙적으로 집행유예 가능한 기간 범위에 있으면 해 주는 것이 맞다고 생각합니다. 해 보고 다시 재범하거나 집행유예조건을 어기면 어차피 다시 실형을 살아야 되기 때문에 그것은 피고인에게 유리한, 사회적으로 중대한 위험이 있는 행위자가 아니면 원칙적으로 해 주는 것으로 하는 것이 맞다고 생각하기 때문에 크게 무리는 없다고 생각합니다. 다만, 여기에서도 마약중독자 내지 소비자의 경우에 자발적 치료의사가 있는 경우에는 긍정적 주요참작사유로 추가하는 것이 어떤가하는 이런 생각을 해 보았습니다.

이것으로 제가 별 보잘 것 없지만 나름대로 양형기준에 대해서 검토하고 제 의견을 말씀드렸습니다.

끝으로 마약범죄 양형기준안을 마련하느라고 수고하신 주무전문위원을 비롯해서 여러 전문위원들과 양형위원께 진심으로 감사드리고, 저도 이전에 3년간 전문위원으로 활동해 보았기 때문에 얼마나 힘들고 많은 노력이 필요한가를 잘 알고 있습니다. 그리고 이 일은 진짜 전문가들이 여러 번에 걸쳐서 깊은 논의과정 끝에 나온 결과물이기 때문에 제가 조금 의견을 보탠다고 해도 크게 도움이 안 될 것으로 알고 있습니다만 마약범죄 양형기준안의 완성에 조금이라도 도움이 되었으면 하는 바람을 가지고 두서없는 토론을 마치겠습니다.

감사합니다.

(일동박수)

## ● 사회자

사회자가 너무 짧게 짧게를 외치다보니까 최석운 교수님께서 짧은 발표문 자체도 줄여서 발표를 해 주셨습니다.

말씀 중에는 마약의 소비자는 생산자와 다르게 취급할 필요가 있다, 또 그 동안 중시되어 왔던 인자 중에서 전과 부분은 행위책임의 원칙에 비추어 볼 때 영향을 최소화해야 한다는 말씀을 하였고, 몇 가지 인자에 대해서도 말씀을 해 주셨습니다. 수고하셨습니다.

다음은 최승재 교수님의 토론을 듣도록 하겠습니다.

최승재 교수님, 부탁드립니다.

### ● 최승재 교수

우리 최 교수님께서 보잘 것 없다고 하시는데 더 보잘 것 없는 제가 더 작아지는 것 같습니다. 저도 간략하게 말씀 올리겠습니다.

제가 사실은 양형기준과 관련해서 어떻게 하다보니까 전문위원님들 빼곤 거의 대부분의 공청회에 참여하고 있는 것 같은데, 이게 과연 옳은 것인지는 모르겠습니다만 하여튼 그 과정에서 제가 이렇게 보니까 매번 반복되는 질문들이 있고, 매번 양형기준 자체에 대해서 제가 제일 처음에 참여했던 공청회, 제일 처음에 양형기준제를 해야 될 것인가, 말아야 될 것인가, 한다면 어떤 방식으로 해야 될 것인가부터 시작했는데 그때 있었던 이야기가 또 나오는 것 같습니다. 그래서 어떻게 보면 이런 이야기가 자꾸 나온다는 게 제가 보기에는 어떻게 보면 양형기준제라는 것이 기본적으로 양형재량과 관련된 우리의 형사법에 있어서 양형 관련된 부분의 기본적인 패러다임 내지는 프레임웍의 차이가 분명히 존재하는 것이 아닌가라는 생각이 들고요 더군다나 오늘과 같이 살인과 관련되어서 나오니까 기본적으로 사형에 대한 서로 간의 생각차이로 인해서 그것에 대한 논의 또 사실은 기본적으로 보면 이번에 전반적으로 보았을 때 마약뿐만 아니라 다른 범죄유형들도 보니까, 사실은 처음에는 공무집행방해를 해 달라고 추천을 하시면서 이야기했는데 뒤에 마약으로 가서 저는 사실 마약을 가장 모르는 부분이어서, 저는 마약이 무엇이 있는지도 모르는데 그런 사람이 공부를 해서 발표를 하는 상황이 됐습니다만, 또 이런 경우에도 보면 전반적으로 양형이 올라가다 보니까 엄벌주의에 대한 필요 내지는 국민적 공감대라는 부분 하나와 또 지나치게 무거운 양형이라고 하는 생각 자체의 차이가 기본적으로 존재하는 것 같습니다.

저도 변협에서 법제위원으로 4~5년 가까이 일을 하다 보니 변협에 여러 가지 법안 관련되어서 검토 조치가 들어 오는데 그것과 관련된 사항의 많은 부분이 자체 형사법 관련해서 대부분 법정형을 올려달라는 것입니다. 입법이 너무 약하니까, 판사들이 너무 무르게 판결하니까 아예 법정형을 높여서 양형을 확보해야 되겠다는 식의 내용들이 너무 많이 와서 그런 경우에 저도 개인적으로는 대부분의 사안에 있어서 오로지 법정형을 높이는 것이 적당한 방법이 아니라는 식으로 부정적인 의견을 해서 해당 의원실이나 원래 의견조회를 했던 기관에 변협을 통해서 발송을 합니다. 그런데 기본적으로 오늘도 보면 사실 전반적인 양형기준의 상·하한을 올리는 것들에 대한 부정적인 시각이 존재하는 것 같습니다.



이러한 대립이 존재하는 가운데서 그 가운데 선을 찾는다는 게 사실 제가 생각하기에 매우 어려운 일이고, 그 어려운 일을 양형위원회의 전문위원님들이나, 또 수석전문위원님은 제가 뵈 때마다 놀라운데 어떻게 저 복잡한 내용을 정리해서 프리젠테이션을 하실 수 있는가에 대해서는 저는 경의를 항상 표합니다. 그런데 이러한 작업을 한다는 것이 실질적으로는 토론을 하거나 논의를 하는 것은 쉬운데 굉장히 제가 토론에 참가를 하면 할수록 쉽지 않은 작업이라는 생각이 듭니다. 생각이 다른 사람들의 생각을 조화를 시켜야 되니까요. 그런 점들을 생각해 보고 일단 저는 토론에 참여하려고 했고, 마약범죄 같은 경우에 실제로 제가 보니까, 저는 사실 좀 전에 미리 자인했던 바와 같이 이 부분에 대한 전문성을 갖고 있지 않기 때문에 오히려 변호사 내지는 법대 교수의 일반적인 관점에서 다른 전문가들의 의견을 듣고, 그 전문가들의 의견을 종합해서 전달하는 통로역할을 하자, 다만 제가 법적용 지식의 전문성이 있다고 생각하니까 그 부분은 서로 연결자 역할을 할 수 있지 않겠나 하는 생각에서 여러 가지 생각들을 말씀을 올리려고 합니다.

최근에 마약범죄가 우리나라에서 아주 특이한 범죄가 된 건 아닌 것 같고, 많은 사람들이 실제로 범하는 횟수가 많아지는 것 같고, 실제로 양형위원회에서 보내준 자료에서도 그런 것들은 발견되는 것 같습니다.

그렇다고 하면 마약범죄에 대한 적정한 양형기준을 마련하는 것은 시의적으로 매우 적당하고 타당하지 않나 싶습니다.

그런 점에서 보면, 공청회 자료집 Ⅱ 90페이지 이하에서 제가 양형기준인자와 관련된 부분에 대해서 살피건대 제 주변에서 변호사님들이나 아니면 검사님들, 또는 법원에 계시는 판사님들의 이야기들, 또 제 생각까지 종합해서 양형인자 결정에 고려되어야 할 요소가 첫 번째로 마약범죄의 특성인 중독으로 인한 습벽 형성, 또 그로 인한 상습성에 대한 적절한 제재수단으로서 기능할 수 있도록 하는 부분에 대한 인자가 발굴되어야 되지 않나, 그리고 마약범죄 그 자체가 아니라 그로 인해서 부수적인 범죄가 발생할 수 있다는 점에 있어서 그에 대한 대응이나 사전예방의 필요성에 대한 대응, 또 아까 최석윤 교수님이 소비와 관련해서 말씀하셨는데, 사실 저는 그 부분을 세 번째 요소로 봐야 된다고 생각했습니다.

뭐냐 하면 이례적으로 범죄를 빠져 들었다고 해서 처벌을 하는 것보다는 이 부분에 대한 교화를 통해서 또는 치료를 통해서 마약에서 멀어지도록 사회적 인력자원의 낭비를 방지해야 될 필요성도 역시 우리가 양형기준에서 고려되어야 되는 것이 아닌가, 양형기준을 마련하면서 제일 중요한 것이 양형인자라고 하는 점에 있어서 기본적인 철학이 필요하다는 점에서 말씀을 드리는 건데요.

네 번째로는 마약범죄 자체가 제가 생각하기에는 생산이나 공급되는 유통망이 굉장히



중요한 것 같습니다. 이 부분을 적절히 근절해야 된다고 보아야 부분을 적발하고 또 실효적으로 범죄를 억제하기 위한 수사상의 필요에 대한 대응, 이것이 결국 특별양형인자로 고려되어야 할 필요성이 있을 것 같고, 다음 다섯 번째로 제가 생각하기에 이 네 가지 외에 추가적으로 굉장히 중요한 것이 바로 지금 현재 마약범죄의 양상이 굉장히 국제화되고 있고, 조직폭력배들과 같은 곳의 자금원이 되고 있다는 점에서 봤을 때 이것은 단순히 마약범죄 자체의 문제가 아니라 다른 범죄와의 연결고리를 끊는다는 점에 있어서도 좀 더 가중인자로 볼 필요가 있지 않을까, 그러니까 기본적으로 이러한 다섯 가지 정도의 점을 종합해서 양형인자를 고려하는 것이 저는 맞지 않는다는 생각을 해 보았습니다. 그래서 이것이 제가 생각할 때 어떤 판단기준으로 있어서, 양형인자 결정에 있어서 철학적인 기초가 되어야 하지 않나 라는 생각을 했습니다.

두 번째는 이러한 생각을 바탕으로 놓고 봐서 논리적인 순서로는 첫 번째는 이것을 과연 양형기준의 설정대상이 되어야 하는가에 대한 논의가 필요할 것 같습니다. 그 부분에서 놓고 보면, 제가 공부를 하고, 주변의 의견을 종합해 보니까 사실 보다 보면 현장에, 제가 공무집행방해를 한다고 했다고 하다가, 마약범죄를 하겠다고 한 것이 잘못했나 싶은 생각이 들었던 게 마약범죄가 굉장히 관련 법령이 많고 복잡했습니다. 그래서 형법에 있는, 이게 사실 실질적으로는 처벌되는 유형이 거의 없는 것 같기는 합니다만 어찌되었든 지금 존재하고 있는 현행 법령이고, 그 다음에 마약관리법, 마약류불법행위거래방지특별법, 특정범죄 가중처벌등에 관한 법률, 유해화학물질 관리법, 지금은 향정법이 없어졌으니까 그렇지 예전 같으면 향정법까지도, 여러 다양한 법률에서 규정되고 있고, 이러한 복잡한 규율 체계를 가지고 있고 여기에 더하여 좀 전에 말씀드렸듯이 속성 자체가 어떤 중독성을 가지고 있다는 점, 또 이것이 처벌을 반복한다고 해서 그 처벌로 인한 효과가 사실은 소비자 입장에서 보았을 때는 굉장히 제한적이라는 것이죠. 중독성이 있다는 이야기이죠. 게다가 국제화가 진전되고 있고, 한국이 그로부터 무해한 지역이 더 이상은 아닌, 어떻게 보면 한국이 루트로 쓰이게 되는 이러한 점까지 생각해 본다면 이러한 점에 있어서 향후에도 추가적인 입법이나 개정까지도 필요한 점이라고 생각됩니다. 형사적인 관점에서, 실체형법에서는 이것을 전체적으로 통합할 필요가 있지 않나 라는 생각도 할 수 있는데, 이런 것을 놓고 보면 양형기준은 이러한 복잡한 규범체계를 가지고 있는 마약범죄와 관련해서 기본적으로 실체형법에도 영향을 줄 수 있는 의미에 있어서 단일한 어떤 기준을 제시하는 것은 매우 적절하다, 이런 점에서 제가 보기에는 지금 현재 양형기준 설정대상으로 마약범죄가 된 것은 적절하게 판단이 이루어지는 것이라는 생각을 했습니다. 다만, 이주형 부장검사님께서도 말씀하셨는데, 사실 일부 적용되지 않은 조항들에 대해서 제가 보기에는 일률적인 방침인 것 같은데, 기준으로 설정하고 있지는 않은 것 같습

니다. 마약범죄도 마찬가지로 것 같은데요. 그 부분에 대해서는 물론, 그것이 제한적인 자원을 가지고 효율적으로 운영하다보니까 그렇게 된 것 같습니다만 하나하나 범죄의 유형을 정의해 갈 때 가능하면 완결쪽으로, 그럼에도 불구하고 하는 것이 맞지 않느냐는 생각은 해 보게 됩니다.

그리고 그 다음 문제를 생각해 본다면, 그러면 양형기준을 설정하는 것이 맞다 라고 전제를 해서 설정을 해야 된다면 저희가 해야 될 것이 결국은 유형분류와 양형인자의 발굴인데, 유형인자와 관련해서 놓고 보았을 때는 유형분류를 지금 네 가지로 하고 있습니다. 이러한 네 가지 유형분류에 대해서는 기본적으로는 타당한 것이라고 생각은 합니다. 특히 마약범죄의 범죄행위태양과 마약류 종류에 따라서 심각성이나 중독성이 서로 다르기 때문에 투약·단순소지, 매매·알선, 수출입·제조 등으로 나눈 것은 기본적으로 타당한 방법이고요. 게다가 좀 전에 말씀드렸던 기본적인 철학에서 유통망, 공급책을 적발하고 이에 대한 실효적 범죄처리를 할 필요성이 있다라는 점에 놓고 본다면 이러한 관계가 투약에서 수출입·제조로 넘어 갈수록 더 높은 형량을 확보할 필요성이 있다는 점에 있어서 이러한 분류는 타당하다고 봅니다. 다만, 경우에 따라서는 좀 명확하게 보이지 않는 점이 보여서 운영상에 난점이 있지 않을까 싶은 부분이 있었는데, 예를 들면 지금 현재 마약류 관리법상에 있어서 향정 나목의 매매목적소유 같은 경우 투약·단순소지와 매매·알선에 놓고 보았을 때 약간 애매한 점이 있지 않나, 그러한 경우가 있을 수 있지 않을까 라는 생각이 들었습니다. 그래서 이 부분에 있어서 같은 소지 사범이라도 소지의 경위라던가, 마약류의 양, 또는 이러한 소지 목적을 추단하고 목적된 행위에 준하는 처벌을 하는 것이 옳다고 보인다는 점에서 보았을 때 이 부분에 대해서는 가운데 영역이 있을 것으로 보이는 행위유형에 대한 기준제시가 있으면 실제로 운용하는 판사님들 입장에서 보았을 때 또는 이것을 실제로 양형기준으로 주장해야 될 변호사 입장에서 보았을 때 좀 더 도움이 되지 않을까 라는 의견이 있을 수 있는 것 같습니다.

다음에 4유형의 대량범과 관련해서, 기본적으로 이것은 특가법이라고 하는 별도의 법이 있기 때문에 이것을 특별가중인자나 이런 식의 양형인자로 보지 않고 별도 유형으로 독립시킨 것으로 저는 이해를 했습니다.

그렇다면 같은 마약범죄라 하더라도 사실은 대상물질이 어떤 건가에 따라서 중독성의 정도나 환각상태에 있어서의 행위태양, 예를 들면 아까 최석운 교수님께서도 말씀하셨지만 어떤 것은 공격 성향을 띄기도 하고, 어떤 것은 자기 혼자 마약중독으로 인한 쾌감을 느끼는 것으로 마는, 심지어 불행해지는 느낌을 갖는 우울해지는 마약도 있다고 하던데, 하여튼 그런 행위태양이 서로 다를 것이고, 또 대량성이라고 하는 것도 행위태양의 정도에 따라서 발생하는 사회적 해악의 크기도 상이할 것으로 보입니다.

아마 이러한 점을 입법자가 감안했기 때문에 다양한 법령에 의해서, 물론 저는 개인적으로 아까 말씀드렸던 것처럼 다양한 법령이 존재하는 것이 옳은가, 통합될 필요가 있느냐 하는 생각도 든다는 말씀도 올리긴 했지만, 어쨌든 현행 법령의 체계 하에서 아마 그런 점들을 감안해서 이번에 양형기준을 마련하신 것으로 보입니다. 그래서 이러한 점에 있어서는 기본적으로 충분히 이해가 되고 타당한 것으로 생각을 했습니다.

다만 여러 가지 이유를 쓰긴 했습니다만, 대량범과 관련해서 어차피 특가법 때문에 독립된 것이라면 지금 현재 유형분류에 있어서 일률적으로 감경을 하게 되면 특가법 제11조와의 관계에 있어서 현재 양형기준이 법률과 배치되는 부분이 있지 않을까 라는 의문이 있었습니다. 이 부분에 대해서는 답을 주시면 제가 오해를 한 것인지, 아니면 어떤 다른 사유가 있었는지 들으면 좋지 않을까 하는 생각을 했습니다.

그 다음에 일단 유형분류에 대해서는 4유형과 관련된 이야기를 드렸고, 유형분류에 대한 문제가 해결되면 가장 큰 문제가, 특히 이것은 변호사님들한테 많은 들었던 이야기인데, 마약범죄 같은 경우에는 집행유예가 차지하는 비율이 34.6%이고 실행도 상당히 많습니다. 실행이 많기는 한데 60% 가까이 되는 실행 중에서 1년 이하가 75.3%나 차지하고 있습니다.

이것은 양형위원회에서 주신 통계에 따른 것인데, 그러다 보니까 마약사범 같은 경우에는 실행이 많고, 그렇지만 또 집행유예도 상당히 되기 때문에 변호사 입장에서 보면 결국 집행유예를 어떻게 받아내는가가 상당히 중요한 것 같습니다. 그렇다면 집행유예와 관련해서 결국은 집행유예 기준을 어떻게 할 건가, 실제로 마약을 투약했는가 안 했는가를 가지고 다루는 사안은 변호사님들에게 여쭙보니까 그렇게 많지 않은 것 같고, 수사기관이 마약을 하지 않았는데도 불구하고 억지로 마약을 투약했다고 해서 기소하는 예는 그렇게 많지 않은 것 같습니다. 실제로 변호사님들이 사건을 맡는 경우에 있어서 증거가 불충분한 경우는 그렇게 많지 않고, 주로 집행유예 관련된 양형 주장을 많이 하시는 것 같아서 사실 이 부분이 굉장히 중요한 것 같은데, 그와 관련해서 효과적인 변론을 하기 위해서는 양형인자에 대한 것을 좀 더 명확하게 할수록 변호인 입장에서 봤을 때는 이와 관련된 주장을 잘 할 것이고, 사실 양형기준의 성공에 있어서는 양형기준제가 제가 보기에는 물론 판사님들의 노력도 중요하지만 변호사님들이 얼마나 양형기준에서 세부적인 양형인자를 잘 찾아내서 이를 주장해 내는가도 상당히 중요한 것 같습니다.

그런 점을 생각해 본다면 이러한 양형인자를 적절하게 주장할 수 있는 것이 굉장히 중요할 것 같은데, 이와 관련해서 여러 가지 잘 되어 있다고 저는 기본적으로 생각을 합니다만, 하나 눈에 띄었던 것이 ‘사회적 유대관계’라는 말을 쓰고 계신데, 아까 듣다 보니까 이주형 지청장님도 ‘사회적 유대관계’에 대한 논의를 하시던데, 이게 집행유예 관련

해서 일반인자, 일반고려요소로 들어 있는데 사회적 유대관계라는 게 도대체 뭔지 굉장히 모호한 것 같고, 물론 변호사님들이 토론하는 과정에서 모호하니까 어떻게 보면 변호사 입장에서 봤을 때는 이것을 주장하시는 여러 가지 근거들을 들어서 이것이 일반고려요소로 받아들일 수 있도록 할 수 있는 게 아닌가라는 말씀도 하긴 하시지만, 제 생각에는 이 부분에 대한 최소한의 서술식 기준 제시나 아니면 사례 제시 같은 것을 해 주시면 좀 더 이 부분에 대해서 명확해 지지 않을까 하는 생각이 들었습니다. 그 외에 꼭 사회적 유대관계뿐만 아니라 다른 부분들도 좀 더 가능한 명확하게 해 주시면 좋지 않을까, 물론 아까 말씀드렸던 것처럼 변호사님들 말씀 중에는 오히려 모호한 것이 좋다고 말씀하시는 분도 계셔서 명확성에 대한 부분도 실제로는 다소 이견이 있는 것 같습니다.

그리고 마지막으로 마약수사의 특성과 감안된 양형인자로 눈에 띄었던 게, 아까 말씀드렸던 제가 기본적으로 생각하는 양형인자와 관련된 요소에서 마약이라고 하는 것은 정책적으로 우리가 사회적으로 퇴치하려고 하는 대상이기 때문에 이것을 근절시키기 위한 목적을 양형기준도 달성할 수 있도록 기여하여야 한다고 생각을 했습니다. 그렇다면 유통망이나 공급책의 적발을 통해서 제조책을 적발해서 이것을 실효적으로 억제하는 것이 필요한데, 여러 분이 강조하셨던 것처럼, 아까 수석전문위원께서도 점조직화 되어 있는 부분이 문제가 된다는 지적을 해 주셨는데요. 이러한 점들을 감안해 본다면 마약수사에 적극적으로 협조하는 것에 대해서 적절한 대가를 부여하는 것이 굉장히 중요한 것 같습니다. 그래서 그런 점에 있어서 수사협조를 하면, 집행유예 기준에 있어서도 주요긍정요소로 제시하고 있는 것은 타당하다고 보이고 집행유예가 마약에 있어서는 굉장히 중요하기 때문에 저는 타당한 기준제시라고 이해를 했습니다. 그런데 제가 생각하기에는 수사협조도 상당히 기여도가 다를 수 있지 않을까 싶습니다. 무슨 말씀이나 하면 실제로 공청회 자료집 I 233쪽을 보시면 범죄 후의 정황을 나누어서 공범 제보 등 적극적인 협조를 하는 경우, 소극적 협조, 협조하지 않은 경우로 나누고 있습니다. 그런데 정작 공청회 자료집에는 나누어져 있는데 실제 주요긍정요소로는 그냥 수사협조로만 되어 있는 것 같습니다. 그래서 이 부분에 대해서 적극 협조한 경우라고만 되어 있어서 이것을 차등화한다면 좋지 않을까, 그러면 제가 생각하기에 수사기관 입장에서 보았을 때도 차등화시켜 놓으면 수사협조를 받아내는 데에 있어서 도움이 될 것이고, 또 변호인의 입장에서 보았을 때도 이것을 차등화시켜 놓으면 상당히 주장하는 데에도 편리한 점이 있을 것 같거든요. 그러니까 그 점에 있어서, 특히 지금은 집행유예가 아시는 것처럼, 제가 지난번 공청회 때도 그런 말씀을 올렸는데, 지금 이게 숫자를 계산해서 많냐, 적냐 이렇게 하다보니가 숫자가 굉장히 중요해져 있거든요. 이 점에 있어서도 이것을 차등화시켜서 양형인자의 수를 달리하는 방법이랄까, 아니면 제가 그때 가중치를 두는 방법은 없느냐고 말씀드렸

더니 그것은 받아들이기 어렵다고 말씀하시기는 하셨는데, 자기범죄와 관련해서 점 조식의 위선을 진술한다든지, 아니면 자발적으로 진술을 하느냐, 그렇지 않느냐, 이런 것에 따라 현실적으로 구별해서 고려할 필요가 있지 않나라는 생각을 해 보았습니다.

마지막으로 또 하나 고려할 수 있는 게 제가 보기에는 특정범죄신고자 등 보호에 관한 법률의 수사협조자도, 우리나라가 미국에서 하고 있는 증인보호프로그램처럼 그런 법이 있지 않습니까? 그렇다고 한다면 여기에도 보면 범죄신고자에 대해서 형을 감경, 면제할 수 있는 규정이 있는데, 예를 들어서 보복의 우려가 있음에도 불구하고 수사협조를 하였다던가, 이런 것은 사실 굉장히 중요한 것 같거든요. 또 예를 들면 수사 협조하는 것에 대해서, 실제 수사협조라는 것이 마약범죄에 있어서 그 범죄의 특성을 놓고 보면 수사협조를 해 놓으면, 그들은 다 끝이기 때문에 그 사이에 있어서 배신을 한다는 것은 재범 위험성의 감소에 있어서도 굉장히 중요한 표지가 될 것이고, 특별 예방적 입장에서 보았을 때도 굉장히 중요할 것이기 때문에 이는 사실, 아까 형법 교수님들이 많이 지적하셨던 제51조와의 관계에서도 마약 범죄 후의 중요한 특성이라 할 것입니다. 그렇다고 한다면 이 부분에 대해서는 좀 더 차등화해서 방점을 주어서 고려할 필요가 있지 않느냐는 생각을 좀 해 보았습니다.

그 외에 기타사항으로 ‘제가 논의를 했으면 좋겠다’ 라고 주변에, 이것과 관련해서 저보다 훨씬 전문성이 있는 분들과 얘기했을 때 제기되었던 문제를 몇 가지만 말씀을 올리면, 첫 번째로는 마약범죄에 있어서 지금 현재 논의에 있어서 마약범죄에서는 치료감호가 굉장히 중요한 것 같은데 지금 현재 논의에 있어서는 집행유예와 관련된 부분의 치료감호와 관련해서는 전혀 고려가 없는 것 같다, 이 부분에 대해서 양형위원회 공청회 토론회에 이야기를 했으면 좋겠다는 논의가 있었습니다. 이것은 적절한 말씀이신 것 같아서 이 부분에 대한 질의를 드렸으면 싶습니다.

그 다음에 또 하나의 기타사항으로 양형기준이 지금 현재 계속 1기, 2기 해서 공청회를 하고 있고, 기준이 설정되어 실제 법원의 판사님을 통해서 집행이 되고 있는데 이 부분에 대해서 사실 여기 기자님들도 계시지만 상당 부분의 설명이, 심지어 변호사님들도 여전히 이것에 대한 관심이 크게 없으신 분도 있는 것 같습니다. 그래서 오늘 저도 그렇고, 저는 사실 형법을 가르치지도 않고 아까 제가 말씀드렸던 것처럼 그 부분에 전문성이 있지 않기 때문에 그렇지만 형법 교수님들이 나와 계시니까, 저는 기본적으로 양형기준 자체가 실제 형법에 있어서 어떤 죄의 성부, 그 다음에 양형, 그리고 형사절차적인 부분 세 가지를 놓고 본다면 양형은 굉장히 중요한 부분인데 기존에 대학에서 이 부분을 거의 가르치지 않았거나 학생들에 대해서 이 부분에 대한 인식을 제고할 수 있는 기회가 없었던 것 같습니다.



그리고 사법연수원에 들어가고 결국 실무가가 되면 양형에 대한 이야기가 처음으로 시작되는데, 로스쿨이라는 제도를 일단 만들어 놓았으면 로스쿨은 기본적으로 실무를 양성하는 곳이라고 분명히 이야기를 했으니까 양형기준에 대한 무언가의 설명이나 또는 이해를 할 수 있는 자리가 필요하지 않을까, 그래서 이 부분에 대해서도 사실 양형위원회가 양형기준을 만드느라 바쁘시니까 그것의 배포나 보급설명에 대한 노력까지 들이기는 어려우시겠지만 좀 생각을 하고 계셔야 되지 않을까 라는 생각을 했습니다.

마지막 기타사항으로 드리고 싶은 말은, 이게 의원입법으로 발의된 것을 제가 한 번 본 적이 있는데 양형기준을 만드는 과정에서 제가 토론에 거의 빠지지 않고 참석하다 보니 어떤 생각이 드냐 하면, 이주형 지청장님이 말씀하신 것과 연결되는지 모르겠습니다만 형종이 복잡합니다. 지금 말씀은 징역, 벌금 주로 이런 이야기만 하고 있지만 형종은 그보다 더 많습니다. 예를 들면 자격상실 같은 경우도 있고, 벌금, 구류도 있고 과료도 있고, 이렇게 복잡하게 되어 있는데 이 부분을 단순화할 필요가 있지 않을까, 실제로 변호인 입장에서 놓고 보면 일단 돈을 내느냐, 아니면 실형을 사느냐, 지금 현재 과연 노역이라는 것이 무슨 의미를 가지는지 잘 모르겠거든요. 그렇다고 하면 사실 양형기준제와 관련해서 바로 밀접한 연관이 있는 것은 아니지만 형종을 단순화할 필요가 있지 않나, 그렇게 해 놓으면 형종에 있어서 기준을 정할 때도 훨씬 편할 겁니다.

그래서 이게 서로 무관한 것 같지만 관련이 있는 것 같습니다.

저는 사실은 변협과 관련해서 법원의 의견조화가 들어왔을 때 형종 단순화를 하는 게 좋겠다고 의견을 드리기는 했는데, 변협 내부의 다수적인 의견은 반대하는 의견을 내서서 결국 반대의견으로 저희는 의견조화에 회신을 했습니다. 그렇지만 제 생각에는 이 부분도 분명히 관련성이 있지 않나 싶습니다. 그래서 왜 이렇게 복잡하게 꼭 해 두어야 되는지에 대해서 생각을 전향적으로 한다면 형종에 대해서 저희가 양형기준을 정할 때 굳이 훌륭하신 양형위원회 전문위원님들의 노고를 쓸데없이 쓸 필요는 없으니까 제가 생각하기에는 도움이 될 수 있는 부분이 아닐까라는 생각을, 제가 토론을 자꾸 참여하니까 점점 더 양형위원회의 생각과 유사해지는지는 모르겠습니다만, 그런 생각이 들었습니다.

이상입니다.

(일동박수)

## ● 사회자

최승재 교수님께서 잘 모른다고 말씀하시면서 정말 모르시는 것처럼 얘기하다가 세세한 부분까지 날카로운 지적들을 많이 해주셨습니다.

두 분 수고하셨습니다.

이에 대한 답변이 있겠습니까.

마약범죄 양형기준안에 관해서는 여러 전문위원 중에 서봉규 전문위원과 정준화 전문위원이 함께 주무로 참여를 하였고, 또 기준안도 서봉규 위원께서 만드신 안에 정준화 위원의 의견이 덧붙여지면서 조금 변형된 상황입니다. 그래서 이 부분에 대해서는 두 분이 함께 답변을 하도록 하겠습니다. 먼저 서봉규 전문위원께서 답변을 해 주시겠습니다.

서봉규 전문위원은 사시 36회이고, 검사로서 지금 현재 대검찰청 검찰연구관으로 계십니다. 부탁드립니다.

#### ● 서봉규 전문위원

안녕하십니까 서봉규 전문위원입니다.

먼저 발표해 주신 토론자분들께 감사드리고요. 두 분이 말씀하신 부분에 대해서는 제가 지금 뭐라고 하느냐에 관계없이 저희 전문위원단에서 전부 검토를 하도록 노력하겠습니다.

먼저 최석윤 교수님께서 말씀해 주신 것에 대해서 간략하게만 제가 말씀을 드리고요. 전체적인 맥락에서 토론자분들이나 여기 계신 모든 분들이 마약범죄 특성, 그리고 심각성, 국제화 되고 있고 그런 것들은 전부 다 아시리라 생각됩니다. 하여튼 제가 생각하기에는 급속도로 퍼질 수 있는 범죄인 것이 특성이고요. 그 다음에 국제적인 대응을 잘해야 되고, 말씀하신 것 중에 단순투약자의 경우에는 피해자로서 보호해야 될 대상으로서 봐야 될 면이 있다는 것에 대해서도 기본적으로 동의는 합니다.

먼저 투약·단순소지 사범에서 미량을 스스로 투약하거나 자기사용 목적으로 소지한 경우에 특별감경인자로 추가할 필요가 있다는 의견을 주셨습니다. 특별감경인자 중에서 범행동기에 특히 참작할 사유가 있는 경우 중 호기심에 의한 일회성 행위인 경우라는 부분이 있어서 이미 일부분에 대해서는 특별감경인자로 반영을 하고 있는 것으로 판단됩니다만 더 필요가 있는지는 추가검토를 하겠습니다.

두 번째로 투약 및 자기투약목적 단순소지 사범의 경우에 마약중독을 심신미약에 반영하자는 의견을 주셨습니다. 심신미약에 관한 일반원칙에 따라 처리할 것인지 아니면 별도 해설을 추가할 것인지에 대해서 검토를 하겠습니다만 실무적으로 형벌과 함께 치료감호를 선고하는 경우에는 그 형기를 초과해서 감호처분을 하는 데에 대해서는 민원을 제기한다던가, 문제가 있기 때문에 실무적으로는 그 형기를 초과해서 감호집행을 못하고 있는 실정이라는 점을 말씀드립니다.

세 번째로 어린 나이를 범행동기에 특히 참작할 사유로 반영하는 것이 어떻냐는 의견

을 주셨습니다. 그런데 기본적으로 양형기준은 성인범에 대해서만 적용을 하고 있기 때문에 성인인 이상 단지 상대적으로 젊다는 이유로 범행동기에 특히 참작하여 형을 감경하는 것이 곤란한 측면이 있지 않나 이런 생각이 듭니다. 다른 범죄유형과 같이 취급하는 부분이기 때문에 마약류 범죄에서 특별히 다룰 필요가 있는지는 검토를 해보겠습니다.

네 번째로 동종전과를 투약·단순소지에서 특별가중인자로 규정한 것은 규범적 관점에서 지나치다는 의견을 주셨습니다. 동종범죄 전력 자체가 행위 불법을 가증시키는지에 대해서는 논란이 있는 것이 사실입니다만 범죄억제, 특별예방이나 사회보호적 관점, 이런 형벌 목적상의 비난가능성이 높다진다는 것에 대해서는 또 그런 의견이 있기 때문에 다른 범죄유형에 동종전과 취급과 같이 인자에 넣었습니다. 다만, 다른 점은 마약범죄가 중독성이 강하고, 재범의 우려가 많기 때문에 이 부분에 대해서 동종범죄 전력 취급하는 기준을 조금 완화해서 다른 범죄들보다 그 부분은 별도로 취급을 했는데요. 다시 한 번 검토를 해 보겠습니다. 저희가 논의할 때도 그런 논의는 했다는 점을 말씀드리고 싶습니다.

다섯 번째로 마약중독자 내지 소비자의 경우에 자발적 치료의사가 있을 때에는 일반강경인자, 그리고 집행유예기준상 주요긍정적 참작사유로 추가하자는 의견을 주셨습니다. 마약범죄에 대한 대처와 범죄자의 치료, 또 치료시설의 확충과 전문성 강화 등 형사 정책적인 이론과 환경을 모두 고려해야 될 문제가 아닌가 하는 생각이 들었습니다. 그런데 만약에 이런 기준을 만들게 되었을 때 자발적인 치료의사가 있는지에 대한 판단기준이 모호해지지 않나 합니다. 실무적으로는 피의자나 재판받는 피고인의 경우에 자발적인 치료의사가 나는 없다, 나는 계속 마약을 투약하겠다 라고 말하는 사람은 없습니다. 모든 피고인이 전부 마약치료에 대한 자발적 치료의사가 있다고 보아야 되는지, 그런 문제점이 있고요. 현재 재판까지 가기 전에도 검찰 수사 실무에서는 범행경위나 전과, 피고인의 치료의사, 주변 환경 등을 고려해서 치료가능성이 있다고 하면 치료조건부 기소유예 제도를 이미 시행하고 있습니다.

그래서 초범의 경우에 구속이 되어서 재판받는 일은 많이 없는 것으로 알고 있고, 또 구속피의자의 경우에도 치료가능성이 있다고 하면 구속을 취소하고 치료보호시설로 이송을 하기도 합니다.

또한 단순투약사범의 경우에는 불구속재판과 집행유예 선고비율이 증가하고 있기 때문에 제 생각에는 자발적인 치료의사와 치료가능성 부분을 고려해서 집행유예 긍정사유로 고려하는 것은 가능하지 않을까 일응 생각되는데 더 검토를 해 보겠습니다.

두 번째로 최승재 교수님 말씀과 관련해서, 마약류 범죄의 특성을 고려하여 특히 단순한 조직화와 국제적 조직과의 연계를 구분해서 양형요소에 고려하는 것이 타당하다는 의

견을 주셨습니다.

저도 개인적으로 동의를 하고, 다만 국제마약 불법행위 조장을 억제하기 위한 마약류 불법거래 방지에 관한 특례법이 있는데 이 부분에서 이번 기준안에서는 적용대상에서 배제했었습니다.

만약에 국제적인 조직과 연계된 범죄가 발생되면 이 특례법에 적용될 것으로 생각되는데, 특례법을 적용대상에서 제외했더라도 국제화에 대한 인자 고려의 필요가 있는지는 다시 한 번 검토를 해 보겠습니다.

두 번째로 어느 대유형에 해당하는지 불분명한 부분이 있습니다. 예를 들면 단순소지와 매매행위에서 소지행위가 매매목적소지라면 매매행위 쪽으로 가서 처벌하는 게 맞지 않겠는가라는 말씀을 하신 것 같은데, 그 부분에 대해서는 유의해서 다시 검토를 하겠습니다.

세 번째로 집행유예 참작사유 중에 사회적 유대관계의 의미가 모호하다, 서술식 정의 또는 사례 제시를 통한 명확성 강화가 필요하다는 의견을 주셨습니다.

이 부분에 대해서도 동의를 하고요, 현재 말씀하셨지만 사회적 유대관계 뿐만 아니라 현행 양형기준에 다소 추상적이고 모호한 표현들이 많기 때문에 기준의 해석과 적용에 있어서 실무상 많은 혼란이 있는 것도 사실입니다. 기준의 실효성을 확보하기 위해서 명확성을 강화하는 방법으로 개선을 해나가겠습니다.

네 번째로 대량범 유형의 소유형 분류와 관련해서 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제11조 제1항과 마약류관리법 입법취지를 존중해서 중독의 심각성과 해악성이 강한 마약류와 상대적으로 약한 마약류에 관한 범죄의 분류기준이 동일한 것은 문제가 있으니 차등을 두어서 소유형 분류를 하는 것이 타당하다는 의견을 주셨습니다.

저 개인적으로 동의하고, 이 부분에 대해서는 아마도 정준화 전문위원께서 답변을 드리지 않을까 생각합니다.

다음은 ‘수사에 적극 협조한 경우’를 특별감경인자 1개로만 반영하고 있지만 범죄의 심각성과 수사의 특수성을 감안해서 수사협조의 기여도에 따라 다양하게 차등 취급하는 것이 어떨까 하는 의견을 주셨습니다.

저도 동의를 하고, 실무상 마약류 범죄 수사에 있어서 다른 범죄들과 달리 범죄자의 수사협조가 굉장히 중요해지고 있습니다. 점조직이기 때문이고, 각 수사협조는 사실상 내용에 따라서 특별감경을 할 건지, 일반감경을 할 건지에 대해서 나누어져야 될 필요가 있기 때문에 만약에 이렇게 추상적인 규정을 하나만 두게 되면 제가 좀 우려되는 것은 ‘수사에 적극적으로 협조한 경우’라고 했을 때 저희가 의도한 중요한 질적 협조와 성과나 여러 가지 염두에 둔 것을 명시적으로 표시하지 않는다면 범죄자 입장에서 아무 범죄정

보나 주고 자기가 적극적으로 수사했다고 했을 경우에 이진 아니더라고 하기도 어려운 것입니다. 그래서 그 부분에 대해서는 구분을 해서 반영하는 것이 필요하다고 저는 생각을 합니다.

그 다음에 수사협조라는 것이 물론 다른 범죄군의 양형기준안에도 들어 갈 수는 있겠습니다만, 마약류 범죄에 수사의 특성이 있다는 것을 분명히 말씀을 드리고 싶습니다.

또 기타 논의로서 치료감호기준에 관해서도 논의가 필요하다고 하셨는데, 그 부분에 대해서도 정준화 전문위원님께 넘기겠습니다.

다음에 양형조사 교육이 필요하다고 하셨는데, 이 부분에 대해서도 저도 전적으로 동감을 합니다.

외국의 경우에도 그렇고, 양형위원회의 역할이라는 것은 제가 개인적으로 생각할 때는 법원과 입법부 국민의 중간에서 이해관계도 조정하고, 각자의 입장을 상대방에게 설명도 하고, 교육도 하고, 홍보도 하고, 그런 가교역할을 해야 됩니다. 그런데 우리나라에서는 특히 국민과 국민의 대표라고 할 수 있는 입법부에서 법정형 하한을 올리면서, 또 법원에서는 작량감경 권한을 행사하면서 서로 간의 불신이 점점 높아졌던 것이 아닌가, 저는 그런 생각이 듭니다. 그래서 양형위원회가 이제 출범한지 4년이 되어 가는데, 양형기준도 만들지만 국민의 입장을 대변하면서 국민의 입장에서 이렇고, 법원의 입장에서 '이런 애로사항이 있으니 이렇습니다' 라고 교육을 당연히 해서 우리나라의 형사사법에 대한 국민의 신뢰를 재고하는 데 앞장서야 된다고 생각합니다. 그 부분에 대해서도 동의한다고 말씀드리고요.

하나 제가, 이것은 사족입니다. 양형기준에 어떤 모호한 표현이 있을 수록 좋다는 변호사분이 계셨다고 하는데, 아마 그것은 농담일 것 같고요. 제 생각에는 기준이 명확해도 그 인자가 거기에 해당되느냐, 안 되느냐, 이런 논의가 분명히 있습니다. 그런데 기준자체가 불분명하면 그것은 누구도 적용하기가 어려운 것이 되는 것이죠. 그래서 가능한 구체적으로 정하는 것이 바람직하다는 제 개인적 의견을 말씀드립니다.

(일동박수)

## ● 사회자

서봉규 전문위원께서 대부분 망라적으로 명쾌하게 답변을 해 주셨습니다. 아까 넘긴 몇 가지 부분은 정준화 전문위원께서 답변하시겠습니다.

## ● 정준화 전문위원



두 분, 지정토론 하신 분들의 의견 잘 들었습니다. 고맙습니다. 그리고 서봉규 전문위원께서 워낙 답변을 자세히 잘해 주셨기 때문에 제가 말씀드리는 것은 아마 이것이야말로 사족에 불과한 것이 아닌가 하는 생각이 들지만 몇 가지 드릴 말씀이 있으면 간략히 말씀드리고, 중복되지 않는 한도에서 말씀드리겠습니다.

최석운 교수님이 양형기준이 법과 양형을 위한 계측기 또는 전자계산기가 되어서는 곤란하다, 개개인의 양형인자를 계량화하는 것은 쉽지 않을 뿐만 아니라 바람직하지도 않다는 지적에 대해서는 전적으로 저도 인식을 같이 하고 있습니다.

양형인자와 관련해서 서봉규 전문위원께서 대부분 답변하셨고, 가중인자와 감경인자를 비교하였을 때 감경인자보다 가중인자가 너무 많아서 투약이나 단순소지 유형에서는 미량을 스스로 투약하거나 자기 사용목적으로 소지한 경우를 특별감경인자로 반영할 필요가 있다는 지적에 대해서는 검토할 여지가 있다고 생각합니다. 현재 양형기준안에서는 특별양형인자의 행위인자에서는 가중인자에 비해서 감경인자가 적은 것이 사실입니다. 그렇지만 행위자 기타인자에서는 반대로 감경인자가 더 많은 것이 사실입니다. 그래서 전체적으로 비교해 본다면 숫자에 큰 차이가 나지 않는데, 다만 행위인자 우선원칙이라는 양형기준의 기본원칙을 고려해 볼 때 행위인자의 개수 차이가 크기 때문에 투약·단순소지 유형에서는 이런 경우 자기사용목적이라든가, 미량인 경우를 이미 반영되어 있는 범행동기에 특히 참작할 사유가 있는 경우와 어떤 관계가 있는지, 중복되는 사안인지를 검토한 후에 필요하다면 포섭하거나 별도로 규정하는 것도 검토해 볼 여지가 있다고 생각합니다. 다만 매매·알선이라든가, 수출입·제조 유형은 최근 언론보도에서 유명 연예인이 자기 스스로 사용할 목적으로 해외에서 소량의 필로폰을 수입하거나 밀수한 형태, 이런 것으로 보아서 최근에 국내 마약 유통형태가 달라지고 있다는 언론의 지적을 감안하였을 때 매매·알선이나 수출입·제조에서는 자기사용목적 이유만으로 감경할 수 있을 것인지는 신중히 검토해야 될 것이 아닌가 싶습니다.

다음으로, 최승재 교수님의 지정토론 중에서 대부분은 답변이 된 것으로 보여지고, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제11조 제1항과 관련해서 질의를 하신 것으로 기억이 됩니다. 방금 말씀드린 것처럼 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제11조 제1항은 마약범죄가 워낙 복잡하고, 법조문을 습득하지 않은 상태에서 이해하시기 힘들 것 같아서 제가 구체적으로 말씀드리지 않겠지만 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제11조 제1항은 마약범죄 양형기준 적용대상은 아닙니다. 그 이유가 현재 적용사례가 거의 없고, 실제로 의율되는 사건도 거의 없는 것으로 알고 있고, 최근 2년 동안 제11조 1항 위반죄로 유죄가 인정된 경우가 3건에 불과하다는 통계도 있습니다.

그리고 특별히 대량이나 고액범에 대응하기 위한 처벌조항도 아닌 점을 고려해서 원칙적

으로 제외했는데, 다만 제11조 제1항 위반죄로 기소되어서 중한 처벌을 받을 수 있는 범죄가 우연히 마약관리법 제58조 위반죄로 기소되어서 양형기준을 적용받음으로 해서 형량에 불균형 현상이 발생할 수도 있습니다. 그럴 경우에 시정 또는 균형을 맞추기 위해서 마약관리법 제58조 위반죄 중에서 가액이 500만 원 이상인 경우를 대량범 유형으로 포섭하였는데, 이에 대해서는 양형위원회 내부에서도 이견을 가진 분이 계셨던 것으로 기억됩니다.

다음 마약수사와 관련해서 현재 양형기준안에 대해서 마약범죄 관련 정보제공이라든가, 기타 ‘적극적 수사 협조한 경우’를 특별감경인자로 반영하고 그 외에 ‘일반적 수사협조’를 구분해서 일반감경인자로 반영하는 방안에 대해서 검토 중에 있습니다.

마약범죄나 마약수사의 특수성을 감안해서 특별 또는 일반감경인자로 반영할 필요성이 있는데, 문제는 일반감경인자로 추가로 반영할 경우에 그렇다면 특별감경인자로서의 수사협조와 일반감경인자로서의 수사협조를 과연 어떠한 기준에 의해서 어떻게 구별할 것인지의 문제는 좀 더 검토할 여지가 있다고 보여 집니다.

방금 토론자께서는 결국 수사협조를 해서 얻은 수사성과의 정도를 기준으로 해서 구분하자는 입장인 것 같은데, 이는 경청할 만한 의견입니다만 구체적으로 수사의 성과라는 것은 반드시 피고인이 제공한 정보의 질이나 중요성뿐만 아니라 실제 수사기관의 수사의지 또는 능력에 좌우되는 측면도 굉장히 크다고 보여 집니다.

따라서 수사의 성과를 양형인자의 구분 기준으로 도입할 경우에 수사편의에 따라서 약간 적용이 힘들 수도 있어서 이런 부분에 대해 좀 더 추가적인 검토가 필요하지 않겠나 싶습니다.

기타사항으로 방금 서봉규 전문위원께서 넘기신 부분이 있는데 치료감호 부분인 것 같습니다. 이 부분은 제가 양형기준에 관한 토론 자리에서 뭐라고 답변하기 적절치 않아 보이고, 형사정책적인 부분이거나 또 시간에 따라서 달라질 수 있는 부분이기 때문에 제가 입장을 밝힐 수 있는 부분은 아닌 것 같습니다. 추후 연구가 필요한 부분이 아닌가 생각됩니다. 이상으로 답변을 마치겠습니다.

## ● 사회자

두 분 수고하셨습니다.

마약범죄 양형기준 토론이 모두 끝났습니다.

토론자 두 분 수고하셨고, 답변자 두 분도 수고하셨습니다.

마지막으로 양형기준안 중에서 사기·사문서범죄 양형기준안에 관한 지정토론이 있습니다.

이 부분에 관해서는 먼저 이현중 부장판사님께서 토론해 주시고, 이어서 조순열 변호

사님께서 토론을 해 주시도록 하겠습니다.

먼저 이현종 부장님 부탁드립니다.

### ● 이현종 부장판사

모두에 소개받은 안양지원에서 형사합의재판을 하고 있는 이현종 판사입니다. 마지막 주제가 됐는데요. 사실 앞에 지정토론하셨던 여러 교수님이나 부장검사님께서서는 아마 전에 양형위원회에서 전문위원도 하시고, 이 부분에 관해서 학문적인 연구 깊이도 상당하신 것 같아서 전문가라는 타이틀을 쓸 수 있을 것 같은데, 저는 그 부분에 관한 전문가라는 타이틀을 쓸 만한 형태는 못 됩니다. 법원에서 지정토론자로서 유일하게 나와 있는 사람이라서 혹시 저 사람이 법원의 대표적인 인물인가 생각하실 수 있는데 전혀 그런 것은 아니고, 굳이 인연을 삼자면 이주형 부장검사께서 양형위원회 전문위원을 하실 적에 그때 한번 파트너로 지정토론을 한 적이 있는데, 그 인연으로 아마 또 이번에 나온 것이 아닌가 싶습니다. 다만, 제가 전문가라는 타이틀을 쓰기는 어려워도 실무자로서 실제로 양형 실무에서 양형기준을 적용하고 반영하는 과정에서 몇 가지 의문 나는 사항들이 있었는데, 이번 기회를 빌어서 그 부분에 가졌던 개인적인 생각도 말씀드리고, 사기나 사문서 범죄 양형기준에 관해서 부족하기는 하지만 몇 가지 개인적인 말씀을 드리는 것으로 하려고 합니다.

지정토론의 편의상 지정토론문을 순서상 그대로 읽는 방법으로 하되, 다만 시간관계상 생략할 수 있는 부분은 생략해 나가면서 하도록 하겠습니다.

먼저 공청회 자료집 II 99페이지를 보시면 일부 지정 토론자께서 말씀하신 것처럼 총론적인 부분에 관한 말씀도 있었는데, 저도 감히 몇 글자 써보았습니다. 저는 양형기준에 관해서, 특히 양형인자의 명확성에 관해서 한 말씀을 드리려고 모두를 시작하는데요. 마지막 문단입니다. 재판실무에서 양형기준을 적용하려면, 다들 아시는 것처럼 먼저 범죄유형을 결정하고, 해당범죄유형의 권고 형량범위를 도출하기 위해서 특별양형인자의 존부를 확인한 다음에 이를 비교·평가해야 합니다. 그 다음에 일반양형인자와 집행유예기준이 제시한 참작사유를 비교·평가하게 되는 것인데, 이와 같이 범죄유형의 결정인자와 특별양형인자는 한정적 열거 사항입니다. 따라서 법관이 이를 함부로 수정·변경할 수 없기 때문에 일단 재판부가 양형기준을 참고하기로 판단한 이상은 양형기준이 제시한 특별양형인자 등을 해석하여야 하고, 그렇지만 실제로는 그 해석 과정이 손쉽지만은 않습니다. 지정토론 과정에서 몇 분 그런 말씀이 있으시긴 했는데, 이 부분에 관해서 양형기준의 특별양형 등을 규정함에 있어서 형사실체법에 요구되는 죄형법정주의 등이 원칙에 준할 정도로 구체적이고, 명확한 개념 정의 등을 사실 요구할 수 없을 뿐만 아니라 개

인적으로는 다양한 양형요소에 부응한 양형의 구체적 타당성 및 법관의 합리적인 양형재량 등의 요청을 고려한다면 지나치게 일의적인 양형인자의 기술도 바람직하지 않다고 생각합니다. 결국 이 부분에 관해서 1심 법원과 항소심 법원의 적극적인 노력이 필요하고 그를 통해서 특별양형인자 등 해석이 수렴하여야 하고, 이를 통해서 양형기준의 큰 목적 중에 하나는 양형에 관한 예측가능성을 재고하고 불합리한 양형편차가 해소되어야 할 것이라고 생각합니다.

그런데 마지막 문단 보시는 것처럼 이런 관점에서 수년간 형사재판을 담당한 지정토론자로서는 형사실체법의 범죄구성요건을 포함한 법률용어를 양형기준에 사용할 적에는 가능한 한 기존 법률용어에 관한 일반적·통설적인 해석을 그대로 원용하는 것을 전제로 해서 양형인자 등을 정의하여야 하고, 이와 달리 기존 법률용어에 대한 일반적·통설적인 해석과 다른 의미를 부여한다면 양형기준에서 그 취지를 명백히 설명할 필요가 있다고 생각을 합니다. 또 양형기준 내에서도 다른 양형기준에서 이미 사용된 표현은 가능한 한 존중하되, 사용된 표현이 부적절하다고 판단이 되면 기존 양형기준에서 사용된 표현 까지도 함께 수정해서 전체 양형기준에 통일성 내지 일관성을 확보할 필요가 있고, 이 부분에 관해서 가능하면 예시를 풍부하게 제시함으로써 실무에서 양형기준 해석에 있어서 하나의 가이드라인을 제시할 필요가 있는 것이 아닌가라고 생각을 합니다.

지정토론을 맡게 된 두 가지 범죄군이라고 할 수 있는 사문서 범죄군과 사기범죄군에 대해서 구체적으로 말씀드리면 먼저 사문서범죄 양형기준안에 관한 검토 내용인데요. 순서상으로 유형 분류에 관한 말씀을 간단히 드리겠습니다. 이 부분도 첫 번째, 두 번째 문단은 생략하고요.

공청회 자료집 II 101페이지 마지막 문단인데요. 지정토론자는 양형기준안의 대유형 분류방식이나 사문서위·변조죄 등에 관하여 별도의 소유형 구분을 하지 않는 부분에 관하여는 양형기준안 설명 자료와 같은 입장에서 별다른 이견은 없습니다만 양형기준과 달리 허위진단서 등 작성죄에 관해서 별도의 소유형 구분을 한 부분에 관해서는 좀 의견을 달리하는 부분이 있습니다. 상설해서 말씀을 드리면, 102페이지 첫 번째 문단에서 보시는 것처럼 지정토론자가 전달받은 설명자료에 이런 부분이 포함되어 있지 않기 때문에 사실 이 부분에 관해서 양형기준안이 만들어진 과정에 대해서 논의를 하기는 좀 어려운 부분이 있긴 합니다만, 허위진단서 등 작성죄를 양형기준안과 같이 소극적인 사회·경제적 이익목적과 적극적인 사회·경제적 이익목적으로 소유형을 구분하고, 그 소유형 내에서 다시 3개의 영역을 설정할 필요성이 있는 만큼 충분한 사례와 통계분석자료가 뒷받침되는지 검토가 필요하다고 생각합니다. 설명자료에 의하더라도 이 부분에 관해서 해당 범죄가 많지 않지만 양형기준의 실제적인 필요성과 본질적으로 불법을 달리 하는 사례에

관해서 구별되는 형량의 선고를 위해서 별도의 소유형 설정이 적절하다고 기술하고 있는데, 이 부분에 관해서 사문서위·변조 등에 관해서 쪽 보시는 것처럼 소유형 분류를 단념한다고 기술하고 있는 설명자료의 설명과 비교해 볼 때 두 범죄군 사이에서 소유형 분류 필요성에 관한 규범적 실증적인 근거나 자료에서 유의미한 차이가 있는지 다소 의문이 듭니다.

오히려 개인적으로는 허위진단서 등 작성죄에 관하여도 굳이 소유형 분류를 하지 않고 사문위·변조죄 등과 마찬가지로 대유형 내에서 단일한 형량범위를 설정하되 소유형 분류기준인 범죄, 동기, 내용 및 적극성 유무에 관한 규범적·실증적인 뒷받침이 따른다면 특별양형인자의 하나로 설정하는 것이 바람직하지 않은가라고 생각을 해 보았습니다.

구체적 이유에 대해서는 그 다음 문단에 설명을 해 두었습니다만, 시간관계상 생략하고 지정토론문으로 갈음하도록 하겠습니다.

다음으로 말씀드릴 사항은 103페이지에 있는 허위진단서 작성죄 형량범위에 관한 내용입니다.

양형기준안 허위진단서 등 작성죄 형량범위를 모든 소유형에 관하여 공문서범죄 중에 허위공문서 작성죄와 동일하게 설정하면서 실증적·규범적 근거에 관한 특별한 설명이 없는데, 이를 법정형을 비교해서 살펴본다면 전자는, 전자라고 하는 것은 허위진단서 작성죄인데, 3년 이하의 징역이나 금고, 7년 이하의 자격정지 또는 3,000만 원 이하의 벌금인데 반해서 후자인 허위공문서 작성죄는 7년 이하의 징역이어서 법정형만 비교하면 상당한 차이가 있습니다.

비록 허위진단서 등 작성죄의 객체인 진단서 등이 다른 사문서와 비교한다 하면 높은 공신력이 요구·인정되는 문서이긴 하지만 또 한편 공문서와 비교해 본다면 공문서의 그것에 미치지 못하는 것은 일반적인 것이 아닌가 하는 생각이 듭니다. 그렇다면 허위진단서 등 작성죄의 형량범위를 허위공문서 작성죄와 동일하게 설정한 부분은 좀 더 검토가 필요하지 않은가라고 생각을 해 보았습니다.

다음에 말씀드릴 사항은 104페이지에 나온 사문서범죄의 양형인자에 관한 설명인데요, 지정토론자도 양형기준에 설정한 양형인자에 대해서 대체로 동의하면서 몇 가지 지엽적인 사항에 대해서 의견을 밝히려고 합니다.

다음 문단은 생략하고 104페이지 세 번째 문단입니다.

양형기준안은 사문서위·변조죄 등의 특별가중인자로서 ‘다양한 문서를 반복적으로 위조·변조한 경우’를 설정하고 있는데 다량의 문서를 반복적으로 위조·변조한 경우는 대체로 실체적 경합범으로 처벌될 것으로 보입니다. 그런데 양형기준에 적용된 양형도출 과정은 기본적으로 단일죄를 대상으로 한 것이고, 따라서 일반적으로 양형기준이 제시한



양형인자는 단일죄나 피고인의 속성에 관한 것입니다. 예외적으로만 함께 처벌되는 실체적 경합범 또는 공무집행방해의 경우는 상상적 경합범이 예외적으로 포함이 되기는 했습니다만, 중전 범죄전력이나 유죄로 함께 처벌되지 아니하는 범행에 관한 것을 포함하는 바 특별가중인자를 실체적 경합범에 적용할 경우 일단 권고 형량범위 결정단계에서 피고인에게 불리한 특별가중인자로 적용되게 됩니다.

그리고 나서는 다시 다수범죄처리 단계에서 상한을 가중하여 피고인에게 불리한 작용을 할 가능성이 있는데, 그것은 양형기준안이 이런 상황까지 염두에 둔 것인지 검토가 필요하다고 생각을 합니다.

다음 문단은 생략하고, 그 다음에 105페이지 두 번째 문단입니다.

양형기준안은 대유형 범죄군에 공통된 일반가중인자로서 이종누범 또는 누범에 해당되는 동종전과 등을 거시하고 있고, 이러한 일반가중인자는 다른 범죄군에 대한 양형기준에서도 일반적으로 인정되고 있는 것입니다.

그런데 이 부분에 관해서 형의 실효 여부나 집행유예, 선고유예 기간의 경과 등에 구애받지 않고 동종전과라고 하는 역사적인 사실로 해석을 한다면, 지정토론자는 이렇게 해석을 한다고 저는 생각합니다만, 사소한 범죄사실로 인한 경미한 동종전과마저도 피고인에게 불리한 일반가중인자에 포함되기 때문에 피고인에게 다소 가혹한 측면이 있습니다. 따라서 합리적인 범위에서 동종전과의 기준시점을 설정할 필요가 있다고 생각합니다.

그 다음에 표현상의 차이에 관해서는 지정토론문으로 갈음하는 것으로 하겠습니다.

다음에는 106페이지에 있는 사기범죄 양형기준안에 관한 내용인데 먼저 유형분류에 관해서 말씀을 드리면, 양형기준안에 대한 설명은 생략하도록 하고, 106페이지 두 번째 문단에서 보시는 것처럼 이는 현재까지 양형기준이 공포된 재산범죄 중에 횡령·배임죄에 관한 양형기준과 비교할 때 대유형 구분의 측면에서는 입장을 달리 한 것입니다.

양형기준 설명자료에 의하면, 중전 선고사건의 피해금액별 형량분포 및 평균형량이 금액을 기준으로 할 때 50억 원 이상의 평균형량은 오히려 조직적·전문적 범행이 일반사기범의 그것보다 상당히 낮게 나타나고 있어서 조직적 사기를 특별가중인자로 설정하지 아니하고 모든 권고형량범위가 증가하는 가중적인 범죄유형으로 설정하는 것이 바람직한지 검토할 필요가 있다고 생각을 합니다.

물론 지정토론자도 양형기준이 예시한 조직적 사기범죄의 사안에서 엿볼 수 있듯이 조직적 사기범죄는 범의가 확정적이고, 기망행위가 악의적이며 피해자가 다수일 뿐만 아니라 피해회복의 가능성이 낮은 편이라는 점 등에서 죄질이 매우 나쁘고, 실제 판결사례를 통해 수집된 기존 양형수준을 향상시킬 필요성이 있다는 점에 동의합니다. 다만, 지정토론자의 경험으로는 실제 공소 제기되어 유죄로 처벌되는 범죄사실만을 놓고 보면 양형

기준이 제시한 조직적 사기범죄의 사안으로 법률상 이득이 50억 원 이상인 경우는 사실 토지사기단의 토지사기에서 토지의 가액이 큰 경우라든지, 조직적인 국가보조금사기 중 매우 적은 사례 정도로 생각합니다. 전화금융사기나 사기도박, 보험사기 등은 사실 50억 원에 이르는 경우는 거의 없습니다. 오히려 사기로 인한 범죄상 이득액이 50억 원 이상인 조직적 사기범죄의 대부분은 불법적 유사수신행위에 개입된 투자금 사기이거나 조직적 형태의 기업인수 사기일 것으로 보이는데, 이러한 유형의 사기범행에서는 실질적인 이득액·피해액이 명목적인 이득액·피해액보다 현저히 감소하는 것이 일반적입니다.

따라서 이 부분에 관해서 규범적 형량범위 조정의 필요성이라는 합리적인 근거를 고려 하더라도 양형기준 확정 단계에서 다시금 진지하게 고민할 부분이라고 생각합니다. 이 부분에 관해서 조금 더 설명을 드리면 조직 사기범의 형량범위에 관한 논의 중에서 108 페이지에 있는 두 번째 문단을 보시면 되는데, 보신 것처럼 조직적 사기의 권고형량범위를 기본영역을 비교대상으로 할 때 횡령, 배임죄의 양형기준에 비해서 1.5배 내지 2배 상향조정되어 있습니다. 일반사기와 달리 미필적 고의로 기망행위를 저지른 경우가 특별감경인자로 설정되어 있지 않습니다. 반면에 조직적 사기범죄의 일반적인 특성인 이러 이 러한, 특히 상습성의 발현이 특별가중인자로 설정되어 있기 때문에 양형기준안에 따르면 대부분의 범죄가 가중영역에 해당되어서 권고형량범위가 대폭 증가할 염려가 있습니다. 따라서 실제 판결 사례 검토를 통해서 형량 분포관계와 양형인자의 통계분석자료를 기초로 해서 조직적 사기의 권고형량범위를 다시 하향할 여지가 없는지 검토가 필요하다고 생각합니다.

그 다음에 108페이지 사기범죄의 양형인자에 관해서 말씀드리면, 사기범죄의 양형기준안은 특별감경인자로 기망행위의 정도가 약한 경우를 설정하면서 구체적으로 예시하는 것이 두 가지 정도가 있습니다만, 그 예시의 괄호 안에 기재된 구체적인 사례는 적절하다고 생각을 합니다. 그렇지만 기망행위의 소극성 또는 부작위성이란 측면에서 후자의 예시가 전자의 예시를 포함하고 있기 때문에 좀 더 적절한 표현을 고안할 필요가 있다고 생각합니다.

109페이지에 보시는 것처럼 이와 같은 양형기준은 미필적 고의에 의한 기망행위와 병렬적으로 기망행위의 정도가 약한 경우를 특별감경인자로 설정하면서 후자의 대표적인 사례로 소극적 또는 부작위에 의한 기망행위로 편취한 경우를 들고 있는데, 실무상 사기범죄의 상당수를 차지하는 차용금 등이 일반사기에 있어서는 부작위에 의한 기망행위가 상당한 비율을 차지한다고 생각합니다. 정작 행위자의 고의 측면에서는 기망행위의 소극성 또는 부작위성이 곧바로 미필적고의로 연결되는 것이 아니고, 법률상 고지의무의 내용에 따라서 부작위에 의한 기망행위의 불법성이 사소한 사실에 관한 작위에 의한 기망

행위의 그것보다 가볍지 않을 수 있기 때문에 소극적 또는 부작위에 의한 기망행위로 편취한 경우를 기망행위의 정도가 약한 경우의 예시로 설명하는 것은 자칫 오해를 가져올 수도 있고, 경우에 따라서 부작위에 의한 기망행위의 가벌성을 너무 가볍게 평가하는 것이 아닌가 생각을 합니다.

이 부분에 관해서 지정토론자가 두 가지 정도 대안을 제시한 것이 있는데요. 그 다음 문단에 있습니다만, 이 부분은 지정토론문으로 갈음하도록 하겠습니다.

그리고 110페이지 첫 번째 문단인데요. 양형기준안은 사기범죄의 특별가중인자로 상습성의 발현을 거시하고 있습니다. 이 특별가중인자가 포괄일죄인 상습사기 범죄사실에 대해서만 적용되는 것인지, 아니면 실체적 경합범인 사기 범죄사실에 대해서도 일응 상습성이 인정된다면 적용될 수 있는지 것인지 분명하지는 않습니다. 이 부분에 관해서 개인적으로는 성범죄의 양형기준에서도 그러한 문제가 대두되고, 이 부분에 관한 양형기준의 설명이 없어서 결국 해석에 의할 수밖에 없는데, 지정토론자 개인적으로는 엄격하게 해석해야 할 필요가 있다는 점에서 형법 제305조의 2는 구성요건에 해당되는 경우로만 한정하여 적용하여야 한다는 견해를 가지고 있습니다. 이 부분에 관해서 좀 더 명확한 설명이 필요하지 않은가 생각을 합니다.

그 밖에 110페이지 마지막 문단에 사소한 표현상 사항에 관해서는 생각을 하도록 하고요.

111페이지 마무리 말씀을 드리도록 하겠습니다. 전체적으로 사문서범죄와 사기범죄의 양형기준안은 개별범죄의 특성을 적절히 반영하여서 범죄유형 구분 및 양형인자를 합리적으로 설정하였다고 생각합니다. 다만, 재판실무에서 형사재판을 수년간 담당하면서 양형기준을 적용해 온 경험을 되살려서 지정토론자로서 지엽적인 부분에 관하여 몇 가지 의견을 개진하였습시다만 문제의 핵심을 정확히 파악하지 못한 채 토론문의 내용만 장황하게 된 부분이 없지 않아 있기는 합니다.

모쪼록 사문서범죄와 사기범죄 양형기준안이 이번 공청회를 통해서 합리적으로 수정되어 사문서범죄와 사기범죄에서 공정하고 객관적인 양형을 달성하는데 일조하기를 소망합니다.

이상으로 마치도록 하겠습니다. 고맙습니다.

(일동박수)

## ● 사회자

이현중 부장판사님께서 양형기준안을 실제 적용하는데 생기는 문제점들을 위주로 의

견을 주셨습니다. 수고하셨습니다.

다음에 조순열 변호사님께서 지정토론을 해 주시겠습니다.

조 변호사님 부탁드립니다.

#### ● 조순열 변호사

방금 소개받은 조순열 변호사입니다.

저는 경실련 추천을 받았는데, 그렇다고 해서 경실련의 대표적인 의견이 아니라는 것을 말씀드리고 싶습니다.

먼저 이렇게 지정토론 할 수 있는 기회를 주셔서 감사드리고, 개인적으로 영광스럽게 생각합니다.

마지막 토론이 됐는데 4시간 반 동안 아무 말 없이 앉아있다 보니까 저도 힘든데 여러분들 굉장히 힘든 것 같습니다.

시간상으로 봤을 때 제가 17시 30분부터 45분까지 부여된 것 같은데, 시간이 조금 촉박한 것 같습니다.

제가 맡은 영역이 사기·사문서위조 범죄인데 이전 토론자들 토론내용을 보면 전반적으로 양형기준에 대한 일반론을 굉장히 깊이 토론을 하신 것으로 보입니다.

저는 개인적으로 변호사 활동을 하면서 유·무죄 판단 부분을 다루는 경우 유죄가 인정된다고 할 때 주로 선처를 바란다는 의미에서 양형과 관련해서는 법관에게 모두 맡기는 경우가 대부분이었다는 생각이 듭니다.

특히 예전 같은 경우 재야 법조인들 사이에서는 양형을 대충 추측할 수 있다는 얘기가 있었는데, 요즘 오히려 개성이 강한 법관들 사이에서 예측하지 못하는 양형들이 결정되는 것 같다는 부분들의 지적이 많이 되고 있습니다. 그런 의미에서 양형기준안이 마련되고 있다는 것은 굉장히 의미 있는 일이라고 생각합니다.

저희 변호사 입장에서 양형기준안의 가중, 감경의 요소, 그 요소를 다루는 일들이 법정에서 구체적으로 발생하지 않을까 하는 생각이 들고, 이런 점에서 피해자가 되는 국민, 또 스스로 범죄인이 되는 국민들 사이에서 많은 관심의 대상이 아닌가 싶습니다.

구체적으로 사기범죄에 대해서 중점적으로 토론을 하도록 하겠습니다.

사기범죄라고 하는 것이 다른 범죄군에 비해 가장 광범위하게 발생하는 범죄군이라는 생각이 듭니다. 그래서 특히나 유형화하기가 굉장히 어려웠던 것으로 생각합니다.

먼저 순서를 정해 보면, 양형기준 대상범죄 선정의 적정성에 대해서 말씀드리도록 하겠습니다.

대상범죄 선정 적정성의 문제는 지금 현재 사기범죄의 유형으로 보면 구성요건별로 사

기, 컴퓨터 등 사용사기, 준사기, 편의시설 부정이용, 부당이득, 상습사기, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률에서의 사기 등으로 나누어져 있는데, 다른 범죄는 모두 포섭한 것으로 보입니다만 편의시설 부정이용죄와 부당이득죄는 대상범죄에서 제외한 것으로 보입니다. 포섭할 거냐에 대한 논의 중에서 결국 포섭을 했습니다만 컴퓨터 등 사용사기 범죄는 반대의견이 있었던 것으로 보이는데, 그 이유가 전체 사기범죄의 2.3%에 불과할 정도로 빈도가 낮다는 점에서 제외해야 된다는 의견이 있었던 것으로 보입니다.

그러나 최근 인터넷쇼핑몰의 전 국민적 이용, 그리고 거래규모의 거대화, 특히 넷북이나 아이패드, 심지어는 휴대폰을 이용한 인터넷의 용이한 접근을 고려했을 때는 당연히 포함되어야 한다는 의견에 찬성을 합니다.

양형기준안에서 편의시설 부정이용죄와 부당이득죄가 대상범죄에서 배제된 것으로 보이는데, 저는 두 범죄 모두 다 대상범죄에 포섭이 되어야 된다는 생각이 듭니다. 좀 전 토론자들의 상당 부분이 징역형을 선택할 수 있는 모든 범죄가 대상범죄에 포섭되어야 한다는 주장을 하신 바와 같이 저도 과를 같이 하는데, 구체적으로 봤을 때는 편의시설 부정이용죄와 관련해서는 일반 국민들이 느낄 때에는 보통 커피나 과자류 이런 것만 편의시설을 이용해서 구매하는 것으로 생각이 듭니다마는 최근 들어서 기술발달, 또 이용자의 편의를 위해서 고가의 티켓구매를 한다거나, 무인호텔 이용, 이런 부분을 고려하고, 특히나 사람을 기망하는 대상이 아니기 때문에 반복적 범행이 충분히 발생할 수 있는 이유로 인해서 피해액이 급등하는 사례가 발생할 것으로 보입니다. 그런 의미에서 이 범죄 또한 대상범죄에 편입을 시켜야 되는 것이 아닌가. 그렇게 주장을 하고 있습니다.

두 번째 부당이득죄 관련 부분인데요, 이 범죄 또한 대상범죄에 포섭이 되어야 된다는 주장입니다. 그 이유는 실제 발생빈도가 낮다는 의미에서 제외한 것으로 보이는데요, 그러나 이게 실제 발생빈도가 굉장히 높은 것으로 생각이 됩니다. 이 부당이득죄의 구성요건을 보면 민법 제104조에 불공정한 법률행위의 구성요건과 유사하게 되어 있는데요, 이 민법 규정이 보충적으로 적용되는 면이 있습니다. 이런 점 때문에 적용하는 면에서 기소 범위가 낮지 않나 라는 생각이 들고, 특히나 구성요건 내용이 궁박, 경솔, 무경험을 이용한 범죄의 경우, 구성요건으로 규정을 하고 있는데요, 구성요건 자체에서 보았을 때 궁박하거나, 경솔하거나, 무경험인 자, 그 자들을 이용한 범죄라고 하였을 때 피해자들이 실질적으로 피해를 입고 있음에도 불구하고 형사사건화 하기가 어렵다는 점과 또 적극적으로 피해 주장을 하지 못하는 점으로 인해서 실제 발생하고 있지만 양성화되지 못하는, 소위 암수범죄군에 해당한다고 생각이 듭니다. 이런 점 때문에 실제 빈도가 낮아 보일지 모르지만 상당 부분 사회에서 발생하고 있는 빈도가 높다고 생각이 듭니다. 그래서 당연히 포함되어야 된다 라는 말씀을 드리고 싶습니다. 두 번째는 대유형 분류를 하고 있고, 소



유형 분류를 하고 있는데, 대유형 분류를 일반사기와 조직적사기로 구분하는 것이 양형 기준안으로 되어 있습니다. 그러나 토론자는 일반사기와 조직적 사기 구분을 하지 말고, 오히려 일반사기와 조직적 사기의 양형안을 절충시켜서 일반사기의 경우를 가중적으로 규정을 하고, 조직적 사기의 경우도 지나치게 높지 않게, 피해금액에 따라서 일원화하는 것이 어떤가라는 주장을 합니다. 원래 양형위원회 최초 검토 단계에서 일반사기와 특수 사기로 구분을 시도했던 것으로 보입니다. 그런 점으로 보아서 어떤 유형의 범죄를 특수 사기로 규정할 것이냐, 이 부분에 대해서 특징을 하지 못한 관계에서 이 구분을 포기하고 조직적 사기로 대분류를 한 것으로 보이는데, 이 또한 조직적 사기가 구체적으로 어떤 범죄가 조직적 사기냐에 대한 명확성에서 좀 떨어지는 것이 아닌가 싶습니다.

반대하는 이유의 두 번째는 소분류의 양형인자 중에 피해자와의 합의 내지 손해의 원상회복이라는 양형인자가 있습니다. 실무에서 보면 굉장히 중요한 양형인자라고 생각이 됩니다. 조직적 사기의 경우가 가담자의 숫자가 많거나 피해자의 수나 피해액이 많을 것이라는 점을 강조해서 대유형 분류로 하고 있는데요. 실제 현실에서 보았을 때는 피해자와의 합의, 피해의 원상회복이 가장 중요한 관심의 대상이 아닌가하는 생각이 듭니다. 검찰에서 보면 실제 피해액의 2/3이상정도 회복이 되었을 때 실질적으로 무혐의 처분을 하는 사례가 굉장히 많습니다. 이런 점을 고려한다면 양형과 관련해서 조직적 사기에 비해서는 오히려 더 중요한 양형인자로 작용해야 되지 않느냐는 생각이 듭니다.

세 번째 반대하는 이유는 조직적 사기의 기준이 불명확하다는 점입니다. 몇 명이 개입을 한 경우가 조직적 사기냐, 또 어느 정도 조직화가 되어야 조직적 사기냐는 점에서 기준이 명확하지 않다고 생각이 듭니다.

그런 점에 비추어 일반사기와 조직적 사기를 대분류로 하지 말고 절충해서 한 안을 만들어 내는 것이 어떤가 하는 제안을 해 봅니다.

구체적인 예를 들면 조직적 사기라고 볼 수 있는, 안에서 예시하고 있습니다만 전화금융사기, 보험금사기 범죄일 경우 피해액이 현저히 낮은 경우도 종종 있습니다. 이런 경우 피해자와 합의가 이루어졌을 때의 안을 상정해 보고, 두 번째는 1인이 1인 내지 수인에 대해 범한 차용금사기나 계사기 등을 고려했을 때 피해금액이 5억 이상이고 미합의의 경우를 비교해 보았습니다.

전자의 사례 같은 경우는 조직적 사기의 제1유형으로 구분되어서 기본기준으로 봤을 때는 1년 6월에서 3년으로 되어 있고, 감경요소로 작용이 됐을 때 1년에서 1년 6월로 정해져 있는데, 후자의 사례 같은 경우는 일반사기의 제3유형으로 감경기준 1년 6월에서 4년으로 분류가 됩니다.

두 종류의 범죄에 대한 국민들의 법감정을 고려해 봤을 때는 이 사례에 대한 엄벌이 요

구된다는 생각이 듭니다.

그 이유는 피해금액이 굉장히 크다는 점과 조직적이지는 않습니다만 피해자가 굉장히 많을 수 있다는 점입니다. 이런 점에 비추어 봤을 때 하한이 1년 6월이고, 상한이 3년과 4년이라는 점에서 차이가 없어 보이는 문제점이 고스란히 드러나고 있습니다.

이런 이유에서 따로 대유형으로 조직적 사기를 분류할 필요성이 없지 않나 하는 생각이 듭니다.

그리고 세 번째로 피해액에 따른 소유형 분류에 대한 부분은 양형기준안이 마련된 점에 대해서 찬성하는 의견입니다.

형량범위와 관련해서 몇 가지 지적하고 싶은 부분이 있는데, 형량범위와 관련해서는 피해금액에 따른 분류가 되어 있습니다. 일반사기, 조직적 사기 모두 다 피해금액에 따라 소유형으로 분류를 하고 있고, 각 기본범죄, 가중·감경요소에 따라서 각 형을 정하고 있습니다.

개인적인 의견으로 일반사기의 형량범위와 조직적 사기의 형량범위를 혼합하는 절충적인 범위를 정한다는 점을 상정해 두고 안을 제시해 보겠습니다. 첫째, 조직적 사기의 경우 형량범위의 하한을 정하고 있지 않습니다. 1년 6월에서 2년 6월로 정하고 있고, 일반사기의 경우 상한을 정하고 있습니다. 일반사기 제5유형의 300억 원 이상일 경우 가중인자가 작용한다 하더라도 8년에서 13년으로 규정을 하고 있는데, 조직적 사기의 형량범위 하한 또한 없어야 되지 않는가라는 생각이 들고, 일반사기의 경우도 상한을 규정하지 말고 조직적 사기의 가중에 해당할 정도의 11년, 그 이상으로 규정할 필요성이 있다고 생각이 듭니다.

그 이유는 아래에서 설명을 드리겠습니다만, 일반사기의 경우도 피해액이 많지 않은 조직적 사기에 비해서 엄벌해야 될 필요성이 있다는 생각에서 시작이 된 겁니다.

그리고 형량범위와 관련해서 두 번째 드리고 싶은 말씀은, 이득금액에 정비례하지 않고 있습니다. 형량의 범위가 정비례하지 않는 점에 대해서 지적하고 싶은데, 다만 피해금액이 많다는 이유로 정확하게 정비례해야 된다는 주장은 아닙니다.

다만, 소유형 분류를 피해액에 따라 하고 있다는 점을 고려했을 때는 다소 상관성을 유지해야 된다는 생각이 듭니다.

예를 들면 제3유형에 해당하는 피해금액이 6억 원이고 가중사유에 해당하는 경우에 4~7년의 형량범위를 정하고 있습니다. 또 제5유형에 해당하는 피해금액이 600억 원이고 감경사유에 해당하는 경우 5~9년의 형량범위로 피해금액이 100배 정도 차이가 남에도 불구하고 형량범위는 하한은 1년가량, 상한은 2년가량의 차이를 보이지 않고 있습니다. 이런 점이 굉장히 폐단이 아닌가 생각이 듭니다. 이런 점 때문에 대규모 사기사건에

서도 선고형이 낮아 양형에 대한 국민들의 불신이나 특히나 범죄를 범하고 있는 그 자신, 자신 또한 한탕주의를 해야 되겠다 라는 생각이 들 수밖에 없고, 이런 점 때문에 국가형 벌권에 대한 위하력이 감소하는 점을 초래하는 것 같습니다.

제 개인적인 경험으로 M&A 시장에서 한 200억 원 정도의 사기를 범한 자가 있었는데 그냥 표현상으로 5년 살다 나오겠다, 이 양형기준을 보았을 때도 5~8년으로 양형기준안이 제시되어 있습니다. 제 개인적으로 농담 삼아 “연봉이 한 40억 원 정도 되네요, 좋겠습니다.”라고 농담을 던진 적이 있는데, 이런 자들에 대해서는 굉장히 가중처벌 할 수 있는 요소가 작용되어야 된다고 생각합니다.

결론적으로는 조직적사기만 중형선고 방향이 아닌 일반사기의 경우에 피해금액이 클 경우에는 형량을 대폭 늘릴 수 있는, 상한을 대폭 늘릴 수 있는 안이 마련되어야 된다는 생각입니다.

구체적인 양형인자에 대한 논의인데요. 구체적인 양형인자 내용까지 토론허기에는 적합하지 않습니다마는 몇 가지 지적을 하고 싶습니다.

첫째, 기망행위의 정도가 약한 경우를 감경요소로 작용하도록 되어 있는데요. 그 표현을 좀 더 명확하게 해야 되는 부분에서 한 가지를 제시해 보면, ‘기망행위의 정도가 약한 경우’의 정의를 ‘기망한 행위와 실제사실과의 불부합 정도가 경미한 경우’, 이렇게 구체적으로 설명이 될 필요성이 있다 라고 생각이 듭니다.

구체적인 예를 생각해 보았는데요. 분양사기의 경우 역세권에 대한 기망행위가 지하철역이나 버스정류장으로부터 떨어진 정도에 약간의 차이를 보일 경우에 무죄나 유죄사이에 접점을 보일 수 있다는 생각이 듭니다. 이런 접점을 보일 경우에 주로 무죄를 선고하는 사례가 생길 수도 있고, 특히나 검찰에서는 무혐의 처분을 하는 사례가 생길 수도 있다고 생각이 듭니다. 이런 경우 이것도 기소가 이루어져서 판단을 할 때 유죄로 작용을 한다 라고 했을 때는 다소 감경요소로 작용해야 된다 라는 생각이 듭니다.

그리고 두 번째는 ‘손해발생의 위험이 크게 현실화되지 아니한 경우’라고 상정되어 있는데, 그 정의에 대한 설명을 ‘손해액의 약 1/3 이하만 현실적인 손해로 확정된 경우’라고 상정하고 있습니다. 이런 경우 개인적으로 1/3이라고 정해진 이유가 어떤 이유인지는 모르겠습니다마는, 이런 경우까지 제가 개인적으로 지적한다는 것은 적합하지 않습니다마는 실제 손해가 현실화되지 않는다고 하면 1/5 이하일 경우를 감경요소로 규정하는 것이 어떤가라는 제시를 해 봅니다.

그리고 범행수법이 매우 불량한 경우를 생각해 보았습니다. 범행수법이 매우 불량한 경우를 가중요소로 보고 있고, 그 정의를 ‘범행의 수단과 방법을 치밀하게 계획한 경우, 전문직 종사자가 직업수행기회를 이용해서 범행한 경우, 문서위조 등의 방법을 적극

적으로 동원한 경우, 신중 전문적 수법을 창출한 경우, 법률에 규정된 의무를 위반한 경우'를 상정하고 있는데요. 개인적으로는 설명하고 있는 내용 중에서 '범행의 수단과 방법을 치밀하게 계획한 경우'를 오히려 독자적인 가중요소로 규정하는 것이 어떤가 싶고요. 두 번째는 '전문직 종사자가 직업수행의 기회를 이용하여 범행한 경우'를 양형기준안에 대한 설명 중에서 보면 금융업에 조사하는 경우, 이런 사례를 들고 있습니다마는 전문직 종사자에 대한 기준이 명확하지는 않는 것 같습니다. 그래서 제가 개인적으로 생각을 해 보았습니다. 국가자격증 제도의 취지를 고려하였을 때 공익적 요소가 가미된 전문직 종사자의 경우로 한정해서 가중요소로 규정해야 되지 않을까 싶습니다.

그 이유는 전문직인지의 여부가 불명확하다는 점과 특정 직업에 대한 불이익 금지 측면에서 가중요소에서 배제되어야 된다는 생각을 제시해 봅니다. 세 번째는 문서위조 등의 방법을 적극 동원했을 경우 가중요소로 규정하고 있는데, 이런 방법이 동원됐을 때는 별도 범죄를 구성하고 있기 때문에 경합범 가중요소로 평가될 수가 있다고 생각합니다.

이런 점을 별도로 가중요소로 작용시킨다면 이중처벌의 위험성이 있지 않나라는 생각이 듭니다.

그리고 법률규정의 의무를 의도적으로 회피하는 범죄를 가중요소로 작용시키고 있는데, 대부분 사기죄의 구성요건요소로 작용하는 것이 법률규정의무에 위배한 경우가 아닌가 싶습니다. 이런 것을 별도로 가중요소로 작용시킨다는 것은 불합리하다는 생각이 듭니다.

그리고 '상당 부분 피해가 회복된 경우'를 감경요소로 규정하고 있고, 그에 대한 정의를 '손해액의 약 2/3 이상 피해가 회복되거나 회복될 것이 확실시되는 경우'라고 정의하고 있습니다.

그러나 좀 전에 말씀드린 바와 같이 검찰에서는 손해액의 2/3 이상이 회복된다고 했을 때 검찰 최종처분 시에는 무혐의처분을 하는 사례가 대부분이라는 생각이 듭니다.

검찰 수사와 법원 재판이라는 시간적 단계 차이로 같은 현상을 놓고 무혐의 불기소처분을 하는 것과 단순 감경요소로 작용하는 것이 서로 괴리를 보인다는 점이 있고, 또 저희가 개인적으로 재판을 하다보면 피고인들에게 피해회복을 유도하는 사례가 많습니다. 피해자들을 고려했을 때 피해를 회복시켜 주는 것이 당연하다는 생각이 듭니다. 그러나 대부분의 피고인들이 피해액을 회복시키지 못할 현상에 놓여있기 때문에 처음부터 합의를 하거나 피해를 회복시켜 줄 의사 자체를 포기해 버리는 경우가 많습니다. 그래서 오히려 피해자에게 피해회복의 기회를 준다는 의미에서 1/2 정도 피해가 회복된 경우 또한 감경요소로 작용할 수 있는 기회를 부여해 보는 것이 어떤가 싶습니다.

끝으로, 처벌불원 의사표시를 하였을 때 감경요소로 작용하도록 하고 있는데, 다른 범

죄군과 비교했을 때 규정을 해둔 것은 적합하다는 생각이 듭니다. 다만, 실제 현실에서 재판하는 과정을 보면 재산범죄의 상당수가 재판 도중 피해회복을 약속하고 처벌불원의 의사표시를 법원에 현출시키고 그것을 감경요소로 작용시킨 후에 피해회복의 약속을 지키지 않는 경우가 굉장히 많습니다. 이런 경우 특히나 검찰 수사 단계에서나 법원 재판 단계에서 소위 합의를 했으니 다 끝났다고 하면서 실질적으로 피해회복을 하지 않거나 그 약속을 지키지 않는 경우가 상당 부분 있습니다. 이런 경우가 발생한다고 하면 법원을 기망한 소송사기 정도로 고려를 해서 오히려 가중요소로 작용할 수 있는 인자로 규정을 해 두는 것이 어떤가 하는 생각이 듭니다.

끝으로, 집행유예기준 부분을 지적하고 싶습니다.

아마 양형기준안 대상범죄 모두에 대해서 집행유예기준이 필요하고 또 양형위원회 공청회 초기부터 그 기준 마련에 대한 논의가 있었던 것으로 보입니다. 이전 토론자들 또한 징역형 실행에 대한 양형기준도 중요하지만 집행유예를 선고할 거냐, 실행을 선고할 거냐 하는 기준이 오히려 더 명확하게 논의되어야 된다는 안을 제시하고 있습니다. 저 또한 마찬가지입니다. 사기범죄의 경우 양형위원회에서 제시하고 있는 실행과 집행유예 비율을 보면 실행 비율이 39.6%이고 집행유예 비율이 40.9%입니다. 오히려 집행유예 비율이 실행비율에 비해서 높다는 점을 고려해 보더라도 반드시 그 기준은 마련되어야 하고, 철저하게 연구되어야 된다고 생각합니다.

지금 현재 우리가 논의 중에 있는 양형기준의 부분은 좀 전에 제시한 실행 비율과 집행유예 비율을 생각하였을 때는 저희 논의가 중도반단적인 논의에 그치지 않나하는 우려를 표합니다. 그런 점을 고려했을 때 반드시 집행유예와 실행에 대한 기준이 제시되어야 된다는 주장을 하면서 토론을 마치겠습니다.

이상입니다.

(일동박수)

## ● 사회자

조순열 변호사님께서 경실련 추천으로 나오셨습니다마는 사기죄의 모든 부분, 세세한 쟁점에 대해서 하나하나 지적을 해 주셨습니다. 두 분 모두 수고하셨습니다.

여기에 대한 답변으로는 주무전문위원인 홍준호 전문위원께서 하시겠습니다. 홍준호 전문위원은 사시 33회이고, 현재 부장판사로서 성남지원에서 근무하고 계십니다.

## ● 홍준호 전문위원



안녕하십니까?

주무전문위원으로서 양형위원회에서 논의된 과정과 그 결과에 기반을 해서 좋은 의견을 주신 데에 대해서 말씀을 드리도록 하겠습니다.

항목별로 말씀을 드리는 것이 이해하시기가 편할 것 같아서 그렇게 하겠습니다.

먼저 양형기준의 설정대상, 설정하는 범위에 대해서 의견을 주셨는데요. 편의시설 부정이용죄, 그리고 부당이득죄를 양형기준 설정대상에서 제외한 데에 대한 의견을 주셨습니 다만 이 두개의 범죄는 제외하는 것이 적절하다고 판단합니다.

그 이유는 발생빈도가 극히 낮다고 하는 것은 그 자체로 필요성을 배제하는 것은 아닙니다. 그러나 발생빈도가 아주 낮게 되면 저희가 양형기준을 설정할 수 있는 기초데이터가 없게 됩니다. 그런 상태에서, 말하자면 탁상에서, 머릿속에서 양형기준을 만들어서 실행을 한다고 하면 첫째는 굉장히 그 기준을 만드는 것이 어렵고요. 둘째는 실제에 적용하는 것이 위험하고, 세 번째는 실제 용도, 사용되는 정도가 아주 낮기 때문에 얼마나 쓸모가 있을 것이냐는 것에 대해서 의문을 가지게 된다는 점을 말씀드리고 싶습니다.

대유형 분류에 대해서 이현중 부장판사님과 조순열 변호사님 두 분 다 말씀을 해 주셨습니다. 일반사기와 조직적사기를 구분하는 것이 어떤 문제가 있는지에 대해서 두 분이 좋은 의견을 주셨는데, 저희도 같은 문제점, 같은 고민을 가지고 계속 검토를 하였고, 여러 차례에 걸친 양형위원회 회의, 전문위원 회의를 거쳐서 검토를 한 결과 조직적 범죄를 따로 분리해 내는 것이 유일한 방안이라고 판단을 하였습니다.

그 이유는 첫 번째로 저희들이 4,530건에 이르는 실제 판결을 분석한 결과 양형인자와 형량의 상관관계를 분석하였습니다. 그랬더니 조직성, 공범이 있어서 조직적으로 이루어진 범죄와 그렇지 않은 범죄는 1.7개월 내에 평균 형량 차이가 났고요. 계획성을 가지고 있느냐도 그렇지 않은 범죄와 1.7개월의 형량 차이를 냈습니다. 이것은 평균형량의 차이인데, 상당히 크다고 보시면 됩니다. 왜냐하면 합의를 하였느냐의 여부라는 양형인자와 형량과의 상관관계를 보니까 1개월 정도 평균형량에서 차이가 나는데, 거기에 비한다면 조직성, 계획성, 단순히 합치면 3.4개월이 됩니다만, 물론 단순히 합칠 수 없다는 것을 잘 알고 있습니다만 그 만큼 조직성이나 계획성이 형량에 미치는 영향이 크다는 것이죠. 여러 가지 양형인자 중에서 무엇을 추출해서 대유형이나 소유형 분류의 기준으로 삼을 것이냐는 것은 역시 주요한, 가장 형량에 큰 영향을 미치는 요소를 추출해야 된다고 한다면 치밀하게 계획을 세워서 조직적으로 이루어진 사기행위, 이것을 대유형으로 분류해야 된다는 결론에 이르렀고, 이러한 점에서는 대유형 분류가 부적절하다고 보기에는 어렵지 않을까 싶고, 통합하는 것은 권고형량의 범위를 설정하기가 매우 어렵다는 점에서 유지를 하는 것이 적절하다는 말씀을 드리고 싶습니다.

외국 사례를 보면 범죄조직에 의한 사기는 일반사기에 비해서 가중처벌되는, 그러니까 예컨대 독일과 프랑스는 조직적인 사기범죄에 대해서는 별도의 구성요건을 정해놓고 있는데요. 이러한 입법례에도 지금 양형기준안을 뒷받침할 수 있는 근거로서 사용될 수 있지 않을까 판단을 해 봅니다.

그 다음에 형량 역전현상을 말씀해 주셨습니다.

조직적 범죄가 오히려 가벼운 경우도 있고 특히 합의를 한 경우에 더 가볍게 처벌이 되기도 하는데 일반사기와 권고 형량범위표를 별도로 높게 설정해 놓으면 부적절하지 않느냐라는 지적도 있습니다만, 실제로 저희가 판결 사례 분석을 해 보면 일반사기와 조직적 사기는 형량 역전현상이 나타나지는 않는 것으로 보입니다.

물론 설명자료에 나와 있는 것처럼 일부구간, 그러니까 이득금액 50억 원 이상의 구간에 대해서는 형량이 역전되는 현상이 나타납니다만, 그것은 그 표본의 수가 2건에 불과한 것이고, 또 조직범죄의 하수인, 조직 중에 낮은 단계에 있는 사람에 대한 판결이기 때문에 그것은 제가 통계상 추출은 했습니다만 크게 고려하지 않으셔도 될 것 같습니다.

실제 판결에서는 형량역전이 나타나지는 않을 것 같습니다.

검찰에서 무혐의로 종결하거나 무죄로 되는 부분은 양형기준 설정의 대상도 아닐 뿐 아니라 그와 같은 사기, 피해가 전부 회복되어서 합의된 경우에 무혐의나 무죄가 되는 것은 편취의 범위 또는 고의가 인정되지 않는 경우인 거죠. 그런 경우에는 양형기준 설정의 대상 자체가 되지 않기 때문에 그런 경우를 들어서 형량 역전을 말씀하시는 것은 부적절하다고 말씀드릴 수 있겠습니다.

다음에 조직적 사기의 기준이 불명확하다고 하는 부분인데요, 분류의 정의를 살펴보고 재판을 담당하는 법관이 통상적으로 해석을 해서 판단할 수 있다고 생각합니다. 또 그러한 판단 하에서 이와 같이 나눈 것이고요.

그 다음에 조직적이라고 하는 양형인자에 대해서만 다른 양형인자와 차별화해서 너무 강조하는 것이 아니냐라는 말씀을 조순열 변호사님께서 해 주셨습니다만, 그와 같은 말씀을 하시면서 든 사례의 경우 ①번은 처벌불원 감경요소가 해당되기 때문에 변호사님 말씀과는 달리 감경영역이 권고되어서 형량 역전이 일어나는 것 같지는 않습니다. 따라서 우려하는 상황이 발생하는 것 같지는 않고, 아까 말씀드린 대로 조직적·계획적인 범행은 실제 판결사례에서도 상당히 중요한 양형요소로 취급이 되고 있기 때문에 역시 중요하게 다루어야 한다, 이렇게 판단을 해서 이와 같은 양형기준안을 마련한 것입니다.

그 다음으로 이현중 부장판사님께서 형량범위가 지나치게 상향 조정된 것이 아니냐, 특히 조직적 사기의 경우 너무 높게 설정된 것이 아니냐라는 말씀을 하고 계시는데, 저희도 상당히 고민했던 부분입니다.

특히 현재 시행중인 횡령·배임범죄와의 관계에서 어떻게 형량범위를 설정할 것이냐 하는 문제인데, 횡령·배임범죄와는 달리 일반사기를 확정적 고의에 의한 사기를 기본값으로 잡고 미필적 고의가 있는 경우에 감경하는 것으로 저희가 설정을 했고, 또 횡령·배임과는 달리 적극적인 기망행위가 개입된 것이 사기범죄이기 때문에 상향 조정을 하는 것이 맞다고 봤습니다. 실제 판결 사례에 대한 분석도 저희들의 생각을 뒷받침하고 있었고, 그래서 결정하기를 2개월에서 1년 정도씩 상향 조정하자고 했고, 조직적 사기는 다시 일반사기보다 상향 조정하는 것이 맞다고 판단했는데, 그것은 실제 판결 사례에 대한 분석도 저희의 생각을 뒷받침하고 있었습니다. 따라서 약 1년씩 상향 조정했는데, 이것은 저희가 평균형량의 분석을 해보니까 일반사기에 비해서 조직적 사기는 평균형량이 10개월 정도 높은 것으로 나타났습니다. 따라서 1년 정도 상향 조정하는 것이 적절하다고 판단했습니다.

이와 같은 상향 조정은 과도한 것으로는 판단이 되지 않습니다.

상습성의 발현이 중복돼서 평가된다고 하는 문제인데요, 상습성의 발현은 특별양형인자로서 고유의 특질을 가지고 있기 때문에 설사 두 번 평가가 되더라도 이중평가는 아니라고 저희가 판단을 했고요.

그 다음에 조순열 변호사님께서 말씀하신 조직적 사기의 경우에 하한을 개방하자, 또 일반사기의 경우에 상한을 개방하자고 하는 의견이신데, 양형기준의 본질과 관련이 있습니다. 하한이나 상한을 개방할 수는 있습니다만, 개방하는 경우에는 양형기준의 지침적 효력, 효과, 기능이 상실되거나 또는 상실되지는 않는다고 하더라도 상당히 약해지는 것이죠. 그래서 쉽게 할 것은 아니고요. 저희가 한번 검토는 해보겠습니다만 지나치게 권고형량의 범위가 넓어지는 것은 역시 문제가 있는 것이라는 생각입니다.

그 다음에 조순열 변호사님이 지적하신 부분, 즉 이득금액 액수와 정비례해서 형량범위가 설정되는 문제입니다. 양형기준안을 마련하는 단계에서 상당히 논의가 되었던 부분입니다. 이득금액이 중요한 양형인자이기 때문에 소유형 분류의 기준으로 삼았습시다만 사기범죄라고 하는 것은 양형인자가 굉장히 다양하고 많다는 것을 저희가 알 수 있었습니다. 판결에 대한 분석결과 얻은 결론인데요, 범위의 확정성 또 피해자의 숫자, 상습성 등 고려해야 될 양형인자들이 많기 때문에 이득금액에 정비례할 수는 없었습니다. 그것은 판결분석 결과도 저희들의 생각을 뒷받침하고 있어서, 또 법률상의 이득액을 기준으로 저희가 소유형 분류를 하였습니다만 이것이 명확한 기준이고, 법률상 '사기의 이득액' 이렇게 딱 정해져 있기 때문에, 그렇지만 실질적인 피해액과 반드시 일치하는 것은 아닙니다. 중복 선정이 되거나 범죄가 성립한 이후에 피해가 회복이 되는 경우도 있기 때문에요. 따라서 그 이득금액에 정비례하는 경우에 오히려 구체적인 양형의 적정성을 해

할 위험이 있다, 이렇게 판단을 했던 것입니다.

이득금액이 굉장히 크고, 또 피해자도 많고, 죄질도 좋지 않은, 그러니까 아까 연봉 40억 원을 말씀하셨습니다만 그와 같은 사안이 당연히 있을 수 있습니다. 그와 같은 사안은 통상적으로 일어나는 사안은 아닙니다. 실제로 저희가 판결문 분석을 해보면 50억 원 이상의 사례가 그렇게 많지 않습니다. 대부분 1억 원 이하, 1억 원 이하의 사례가 40% 이렇게 차지하고 있는데요. 이득금액이 굉장히 큰 경우에는 양형기준에서 권고하는 형량을 이탈하는 판결을 선고하는 것도 가능할 것입니다. 실제로 최근에 선고된 제이유 다단계 사기사건은 무기징역이 선고되었는데, 저희 양형기준을 대입해보면 무기징역을 도저히 선고할 수 없는 사안이 됩니다. 그런 경우에 양형기준을 이탈해야죠. 그렇게 해서 해결을 해야지, 통상적으로 일어나는 범죄들 대부분에 대해서 포섭하고, 양형기준을 정하려고 하는 저희들의 의도와는 조금 다른 예외적인 사안의 경우까지 다 포섭해서 양형기준을 정할 수는 없다는 말씀을 드리고 싶습니다.

양형인자와 관련해서 여러 가지 좋은 말씀을 주셨고, 저희들이 다시 한 번 논의를 하면서 대부분은 반영하거나 심각하게, 진지하게 토의해 볼 여지가 있다고 판단됩니다. 몇 가지만 말씀을 드리도록 하겠습니다.

먼저 이현중 부장판사님께서 부작위에 의한 기망행위의 가벌성을 너무 가볍게 평가하는 것이 아니냐고 하는 말씀이신데, 일반사기 이 중에서 가장 흔한 것들, 가장 많은 비율을 차지하는 것들이 차용금, 계불입금, 투자금 등 이런 사기들인데요. 그 유죄판결문의 범죄 사실에 보면 부작위가 아니고 작위의 기망행위가 개입이 되어 있는 것들이 대부분인 것 같습니다. 소극적 기망행위, 또는 부작위의 기망행위의 경우에는 범위의 확정성이나 기망행위의 강도가 훨씬 낮게 평가를 해야 한다는 판단에서 이와 같이 양형기준을 설정했다는 말씀을 드리겠습니다.

조순열 변호사님께서 말씀하신 ‘기망행위의 정도가 약한 경우’의 예시로서 ‘기망의 내용과 실제적 사실관계의 불부합의 정도가 약한 경우’를 넣자고 하는 말씀인데, 좋은 의견인 것 같습니다. 저희가 진지하게 논의를 해보겠고요. 저의 개인적인 생각으로는 설명의 예시에 추가하는 것이 좋겠다는 생각을 해 봅니다.

그리고 좀 어려운 문제를 이현중 부장판사님께서 내놓으셨습니다. 상습성의 발현, 이것이 포괄일죄로 규율된 상습성의 사기의 범죄사실에만 적용이 되느냐, 아니면 실제적 경합인 사기에도 적용될 수 있는냐는 문제인데, 이것과 관련된 몇 가지 문제가 있습니다. 포괄일죄가 양형기준의 적용대상이나 하는 문제가 첫 번째로 있고요, 두 번째는 기소되지 않았는데 재판부의 심리결과 양형인자로서 드러난 것을 양형기준에서 고려할 수 있는냐 하는 부분입니다. 지금 양형기준 책자에 나와 있는 양형기준 해설에서도 이 부분은

명확하게 적시를 하지 않고 있는데, 이현중 부장님의 의견대로, 제 생각도 같습니다만, 기소되지 않은, 그러니까 상습사기로 기소가 안 됐는데, 재판부에서 심리를 해보니 상습성이 있는 피고인인 경우에 양형에서 고려를 해 버리면 법정형과 다른 양형이 나올 가능성이 있어서 양형의 왜곡이 일어날 수 있게 됩니다. 그래서 즉, 양형인자는 기본적으로 재판부에서 직권적으로 고려할 사항입니다만 구성요건적 양형인자는 기소가 되지 않았으면 고려하지 않는 것이 맞지 않느냐, 예컨대 그것이 부당하다고 생각이 되면 공소장 변경여부를 통해서 공소장을 변경시켜서 유죄로 인정을 해 놓고 상습성 발현을 고려하는 것은 가능하겠습시다만, 그렇지 않고 유죄는 상습사기가 아닌 것으로 인정하면서 상습성의 발현을 양형인자로 고려하는 것은 부당하다는 생각이 듭니다. 그래서 이 경우는 상습사기로 기소된 경우에만 이 양형인자에 해당된다고 봐야 될 것 같습니다.

조순열 변호사님께서 두 가지 좋은 방안을 내놓으셨는데요, 손해발생의 위험이 크게 현실화되지 않은 경우를 손해액의 1/5 이하로 보는 것이 좋겠다, 또 하나는 피해가 상당부분 회복된 경우를 1/2로 조정하는 것이 맞겠다는 말씀을 주셨는데, 기본적인 취지는 저도 공감을 합니다.

그런데 두 경우 모두 현재 양형기준의 횡령·배임범죄에서 동일하게 규율하고 있기 때문에 양형기준의 일관성 유지라는 측면에서 다르게 규정할 수 있을지가 좀 의문인 것 같고요. 그 다음에 저희가 실제 판결례를 분석해 보면 ‘피해가 현실화되지 않은 경우’를 양형인자로 들고 있는 사건들은 대부분 1/3 기준으로 하는 것을 알 수 있어서 이렇게 정했고, 그리고 피해회복의 경우에는 피해회복 할 수 있는 유인을 제공한다는 차원에서 1/2 보다는 2/3까지는 회복한 경우에 처벌불원과 유사하게 취급하자고 하는 의도에서 이와 같이 규정을 했습니다.

조순열 변호사님이 말씀하신 것 중에 한 가지만 더 말씀을 드리면, 공익적인 수준의 전문적 종사자가 사기를 한 경우에만 형을 가중하자고 하는 말씀을 하셨는데, 이와 같은 입법례도 있습니다. 독일과 프랑스의 입법례를 보면 공무원수행자나 공직자가 사기를 저지른 경우에 가중처벌 하는 법적 구성요건을 두고 있는데 우리 사회에는 조금 다르지 않은가 싶습니다.

예컨대 회계사나 은행원과 같이 공직자가 아니면서도 전문적으로 종사하는 사람들에 대한 일반인들의 신뢰도가 상당히 높습니다. 또 그와 같은 경우에 사기가 있게 되면 사기의 규모도 커지는 것이고요. 그래서 횡령·배임범죄 양형기준에서 지금 동일하게 규정하고 있는 것과 같이 전문직 종사자의 사기범죄는 동일하게 범행수법이 불량한 경우로 보는 것이 맞지 않을까 하는 생각에서 이와 같이 양형기준안을 마련했다는 말씀을 드리겠습니다.



여기까지만 제 의견을 말씀드리겠습니다.

## ● 사회자

충분한 답변이 됐는지 모르겠습니다.

이제 토론과 답변 모두 끝났습니다.

지정토론이 끝났고, 시간이 많이 늦었습니다만 다음 일정으로 진행을 하도록 하겠습니다.

세 분 수고하셨습니다.

다음에는 종합토론을 진행하도록 하겠습니다.

여러분들이 나오셔야 되니까 장내정리를 좀 하도록 하겠습니다.

(장내 정리)

늦은 시간까지 다들 기다리시느라고 고생이 많으십니다. 2부도 가능하면 빨리 끝내고 했습니다마는 하다보니까 또 30분을 더 초과해서 결국 오늘 예정보다는 상당히 시간이 많이 지체되었습니다.

종합토론을 지금부터 시작하겠습니다.

종합토론도 시간이 넉넉하지 않아서 원하시는 분들이 일단 간단 간단하게 말씀들을 하시고, 답변은 전문위원들께서 나서서 하는 식으로 진행을 하도록 하겠습니다.

## ● 이주형 부장검사

토론과정에서 정준화 판사님께서 답변을 하셨기 때문에 제가 추가로 여쭙볼 부분이 있어서 잠깐 말씀을 드리겠습니다.

양형기준과 관련해서 공무집행방해의 경우에는 제가 봤을 때는 통계에서 나왔고, 이미 제가 말씀을 드렸지만 1년 가까이 편차를 주는 것은 정의 관념이라던가, 국민들의 일반적인 법 감정도 맞지 않지 않느냐는 생각이 들고요. 공청회 자료집 I 145페이지를 보시면 영국의 경우에는 ‘경미한, 연구적인지 않은 상해를 야기한 지속적인 폭행’의 경우는 18주를 출발점으로 해서 ‘사회내 처우(상)-24주’ 이렇게 정하고 있습니다. 그 다음에 ‘경미한, 영구적인지 않은 상해를 야기한 폭행’의 경우에는 ‘벌금-18주’ 이렇게 형량범위를 두면서 ‘사회내 처우(상)’을 출발점으로 하고 있거든요. 이런 것을 본다고 하면 만약에 경찰관을 폭행했을 경우에 기본적으로 6개월에서 8개월 정도, 아니면 4개월에서 6개월 정도, 이런 형태로 정하는 것이 국민들이 봤을 때, 내가 6개월과 1년 4개월 중에 어

다로 선택될지 전혀 모르는 상황으로 진행하는 것은 국민의 법 감정이라던가, 기본적으로 우리가 관념적으로 너무 생각해서 정하는 것이 아니라 실질적으로 그런 상황에 처했을 때 우리가 어느 정도 형량을 예측할 수 있느냐, 이런 차원에서 본다면 공무집행방해, 살인죄라던가, 성범죄라던가 강력범죄가 아닌 경한범죄라던가 이런 경우에는 그게 명확하게 제시될 수 있는 쪽으로, 그게 제시되어 있는 것이 좋고, 그것이 국민들에게 이해를 돕는 것이고, 개개의 범죄별로 양형기준을 만들려고 하는 부분에 부합하는 것이 아닌가, 저는 기본적으로 그렇게 생각을 합니다.

그리고 한 가지 더 말씀을 드린다면 일반양형인자의 경우에 넓은 형량범위 내에서 어떻게 적용이 되고 있는지 여부가 전혀 확인이 되고 있지 않습니다. 그래서 일반양형인자나 가중인자만 많아도 형량범위가 만약 3~6년이라고 하면 3년에서 형이 선고되고 있고, 오히려 어떤 경우는 더 하향 이탈하는 경우도 제가 봤습니다.

그렇다고 하면 양형의 객관성이라는 것은 굉장히 무시될 수 있는 것이 아닌가, 그런 차원에서 양형기준이 객관성을 유지할 수 있는 방안을 마련할 필요가 있지 않는가 생각을 합니다.

마지막으로 한 가지만 더 언급을 한다면, 지금 집행유예기준에 대해서 대부분의 토론자들이 명확하게 했으면 좋겠다는 취지인데, 그 개선방안에 대해서 앞으로 논의가 필요하지 않을까라는 생각입니다.

## ● 사회자

이 부분에 대해서 정준화 전문위원께서 답변하시겠습니까?

간단하게 해 주시면 감사하겠습니다.

## ● 정준화 전문위원

정준화 전문위원입니다.

이주형 토론자께서 세 가지 정도 지적을 해 주셨는데, 첫 번째 지적한 부분은 비단 공무집행방해범죄에 국한된 것 같지는 않습니다. 오늘 논의된 내용 중에서도 사문서범죄라든가 아니면 제3차 공청회에서 다루었던 공문서범죄 등 현재 형사재판실무에서 형사단독재판에 해당될 수 있는 사건들인 것 같은데, 그런 문제에 대해서 토론자가 지적하신 부분은 상당히 일리 있는 지적이라고 생각합니다. 다만, 아까 제가 말씀드린 것처럼 형량범위 폭을 지나치게 좁혔을 때 그것이 과연 개별사건에 있어서 전제할 수 있는 여러 가지 사안의 다양성을 다 포섭할 수 있는 것인지, 법관의 양형재량을 지나치게 제약하는 것은 아닌지

에 대한 검토는 필요할 것으로 보입니다. 그리고 비교법적으로 제가 말씀드린 것처럼 미국연방 같은 경우는 형량범위 폭이 6개월 이하인 경우가 없고, 영국의 스타팅포인트를 말씀하셨는데 우리나라와는 좀 다르다는 생각이 들고, 현행 양형기준은 감경, 기본, 가중으로 해서 제시하는데 영국은 일단 처음에 스타팅포인트에서 출발해서 그런 부분 없이 그냥 가중요소와 감경요소를 고려해서 결정한 것으로 좀 다르지 않나 생각됩니다.

두 번째로, 영역 내에서 일반양형인자를 적용하는 방법의 명확한 기준이 없다는 지적에 대해서는 현재 우리 양형기준이 채택하고 있는 양형인자 평가원칙은 가급적 계량화를 지양하면서도 부득이 영역을 결정하기 위해서 특별양형인자의 개수를 단순 비교하는 방식인데 그 부분에 대해서도 현재 비판이 많이 있는 것으로 알고 있습니다.

더 나아가서 권고된 영역범위 내에서 선고형을 결정하는데 있어서도 단순히 일반양형인자의 개수를 비교해서 결정한다는 것은 제가 볼 때는 양형을 지나치게 단순화, 획일화하는 것이 아닌가, 위험성이 있다고 보여 져서 그 부분은 역시 개별 사안마다 존재하는 인자의 정도가 다를 수 있고, 또 그것이 사안에서 가지는 중요성의 비중이 다를 수 있기 때문에 그 부분은 개별 사건에서의 종합적인 판단에 맡기는 것이 타당하지 않나 싶습니다.

다음 세 번째 집행유예기준 개선방안에 대해서는, 오늘 제시된 수정안은 개선방안이라기보다는 기존 집행유예기준에서 불명확한 점을 명확히 하는 측면에서 의미가 있고 보다 근본적인 집행유예기준의 개선여부라든가, 방향에 대해서는 향후 양형위원회에서 다각도로 검토할 예정에 있다는 사실을 말씀드리겠습니다.

이상입니다.

## ● 사회자

종합토론을 계속하도록 하겠습니다.

토론자 분 중에서 말씀 안 하신 분이 계신가요?

## ● 조순열 변호사

제가 말씀드리겠습니다. 조순열 변호사입니다.

양형위원회 전체에 대한 질문이 될 수도 있겠는데요, 종전 토론에 대한 답변내용 중 상당 부분이 종전 판결을 분석한 양형사례분석을 예로 들고 있습니다. 양형기준안 마련 취지가 기존 판결의 양형사례를 유형화해서 통계화 하는 작업인 것인지, 이렇게 질문을 던지고 싶습니다. 질문을 던지는 이유는, 기존 양형이 예를 들어서 지나치게 약하다는 결론에 이른다고 하면 중한 형을 권고하는 기준안을 마련하기는 어려운지 묻고 싶습니다.

국민들의 법감정이나 여론을 통해서 통상 기존의 형이 너무 약하지 않느냐라는 의견에 대해 국민들의 설문조사나 아니면 법 전문가들의 다양한 의견수렴을 통해 오히려 생산적인 양형기준을 마련할 수 있는 기회는 주어지지 않느냐 하는 점에 대해 질문을 던지고 싶습니다.

### ● 사회자

방금 통계나 설문 부분을 말씀하셨는데, 서봉규 전문위원이 간단하게 답변해 주시지요.

### ● 서봉규 전문위원

서봉규 전문위원입니다.

좋은 지적을 해 주셨다고 생각합니다. 제가 전문위원 활동을 하면서 느낀 점은, 조금 더 과거의 판례분석을 해서 양형실무와 어느 수준에서 일어나는지 분석하는 것은 가장 기본적인 작업이라는 생각이 들고, 다만 문제는 죄명과 형량으로 해서는 큰 의미가 없어서 심층적인 분석이 더 필요한데 그렇게 이루어지지 못하고 있는 게 아닌가 하는 생각이 듭니다.

그런 과거 양형에 대한 심층 분석과 검토를 통해서, 그렇다면 이 형량을 유지할 것인지, 아니면 더 높일 것인지에 대해 국민들이나 국회, 아니면 여러 번의 공청회 등 여러 통로를 거쳐서 의견을 수렴하는 것이, 설문조사도 좋고 저도 그것이 꼭 필요하다고 생각하는데 앞으로는 더욱더 강화되지 않을까 기대를 합니다.

### ● 사회자

앞으로 더 열심히 하겠다는 말씀이신 것 같습니다.

### ● 최승재 교수

조순열 변호사님이 말씀하신 것과 관련해서 제가 어떤 생각을 갖고 있느냐 하면, 기본적으로 봤을 때 통계자료를 기초로 해서 양형기준을 제시하는 것에 대해서 아마 문제를 제시하시는 것 같습니다.

김성돈 교수님도 그러시고 아마 조 교수님도 그런 생각이신 것 같은데, 기본적으로 제가 보기에 양형기준을 제시하는 방법은 크게 규범적인 접근을 하는 방법과 통계적인 접근에 기초해서 수정하는 방법이 있을 것 같습니다. 그중에 어느 것이 옳은가에 대해서는 사실 다양한 생각이 있는 것 같고, 특히 급진적으로 양형을 법으로 규제하자고 생각하시

는 분들은 아마 규범적 접근을 더 선호하시는 것 같습니다.

그런데 제 생각에는 규범적 접근이 더 필요한 경우도 있고, 아니면 통계적 접근이 필요한 경우도 있는데 원칙을 무엇으로 할 거냐에 있어서는 사실 저는 통계적으로 기존 법원 관행에 대한 양형재량을 인정해 주고 그것을 어떻게 수정해나가는 쪽으로 출발하는 것이 옳다고 생각합니다.

지금 아마 조 변호사님 생각은 저하고 다르신 것 같은데, 그렇지 않고 예외적으로 규범적인 접근이 필요한 경우도 있다고 생각합니다. 그게 예를 들면 제가 지난번에 양형기준안을 할 때 말씀드렸던 약취·유인 같은 경우에는 기존 약취·유인에 대한 양형이 지나치게 낮다고 생각했기 때문에 지금 양형기준을 만든다고 생각한다면 그와 같은 경우에는 규범적 접근이 필요하겠지요. 그런데 다만, 그런 규범적인 접근을 함에 있어서 그러면 양형위원회에 있는 몇 사람이 모여서 규범적 접근을 한다는 것이 잘못된 것 아니냐라는 비판을 하신다면 그런 것 때문에 아마 필요한 것이 공청회일 것 같습니다. 그러니까 제가 생각하기에는 그런 점에 있어서는 이 공청회 자리가 지금까지 제가 관여해 본 바로는 충분히 양형위원회에서, 제가 양형위원회에 있는 사람이 아닌데 이렇게 말씀드리면 그렇긴 하지만 들으려고 생각하시는 공청회라고 보이거든요. 그러니까 제가 생각하기에는 그 두 가지가 대응될 필요가 있다고 생각하고, 어느 것이 맞다 틀렸다라고 말하기는 좀 어렵다는 점을 있다는 생각이 듭니다.

#### ● 사회자

최 교수님 말씀은 아마도 전문위원들 중 일부가 하고 싶은 말씀을 대신 하신 것이 아닌가라는 생각이 듭니다.

#### ● 최석윤 전문위원

저는 시간도 많이 지났고 배도 고프고 해서 빨리 끝났으면 하는 마음에 발언을 안 하려고 했는데 사실 중요한 문제 중에 하나가 아닐까 싶어서 제가 이것은 질문이라기보다는, 저도 과거에 한 3년간 전문위원으로 활동을 하였고, 그 당시에도 여러 범죄에서 벌금형에 대한 양형기준을 만들 것인가, 만들지 말 것인가, 또 만든다면 어떻게 만들 것인가, 이렇게 논란이 많았었는데요. 저는 이 부분은 오히려, 독일의 사례가 모범답안은 아니기 때문에 하나의 참고자료가 될 수 있겠습니다만 독일의 경우에는 일수벌금형제를 도입해 놓고, 선고 형량이 6개월 미만이면 원칙적으로 무조건 벌금입니다. 실형은 안 가는 것이죠. 다만, 이걸 형이 조금 가볍지만 이 범죄에 대해서 벌금을 부과하는 것은 사회에서 도저히



용납이 안 된다, 다시 말해서 범죄자를 유지하기 위해서는 반드시 실행을 해야 된다, 예외적인 경우에만 실행을 선고하고, 아니면 벌금을 하는 것입니다. 그리고 1년 이하, 1년 미만이 되었을 때도 독일에서 일수벌금형의 상한이 360일이기 때문에 1년이 넘어가 버리면 벌금형이 아예 불가능해져 버립니다. 그러니까 1년 이하에서도 원칙적으로 벌금형을 우선시하는 것입니다. 하지만 아까 얘기한 범죄자 방해라는 관점, 이 사람의 재범위험성 관점, 이런 것을 같이 고려해서 긍정적으로 판단되면 원칙적으로 벌금을 선고하는 것입니다. 그러면 또 벌금 액수를 얼마나 할 것인가, 이것은 일수벌금형 제도에서 명확히 답이 나와 있습니다. 일수벌금형제도라는 것이 원칙적으로 책임원칙에서 행위자의 불법과 책임에 상응하게 벌금일수가 정해지는 것입니다. 30일, 60일, 300일 이런 식으로, 그것은 불법책임원칙에서 책임원칙을 준수하는 기준이고, 일일 정액이라는 것이 있습니다. 이 사람의 경제적인 능력에 따라서 똑같은 하루지만 하루에 2만 마르크만 내는 사람도 있고, 많이 내는 사람은 10만 마르크를 냅니다. 경제적인 재벌과 아주 가난한 사람이 내야 될 벌금액수가 달라지는 것이죠. 이것은 독일뿐만 아니라 북유럽은 이미 오래전부터 이렇게 해왔었고, 이렇게 해서 일수벌금형 제도라는 것이 결국은 책임원칙과 희생, 평등원칙을 조화시키는 그런 제도인데, 우리나라에 도입하자는 논란이 많이 있었고, 지난번 형사법학회에서도, 저도 형법개정 위원회의 전문위원으로 일정 부분 연구도 했습니다마는 학회에서는 원칙적으로 이것을 도입하는 쪽으로 안을 냈습니다. 그런데 좋은 제도이지만 우리나라에는 시기상조라는 의견이 그 동안 있었는데, 왜 그러냐 하면 이 제도가 시행되기 위해서는 기본적으로 그 사람의 경제적인 능력과 수입의 정도를 명확히 파악할 수 있어야 되는데 그것이 명확하게 파악이 안 되면 문제가 있다는 취지였습니다. 지금 우리나라는 적용할 수 있는 여건이 어느 정도 갖추어지지 않았나 이런 생각이 듭니다.

그래서 일수벌금형 제도만 도입한다면 벌금형 제도에 대한 양형기준에 대해서 쓸데없이 에너지 낭비할 필요는 없지 않을까 하는 생각입니다.

## ● 사회자

네, 최석운 교수님께서 벌금형 기준, 또 나아가서 일수벌금제까지 언급을 하셨습니다. 지금 당장 답변을 드릴 필요는 없을 것 같고, 저나 우리 전문위원들도 그런 부분 유념해서 앞으로 업무를 처리하지 않을까 그렇게 생각합니다. 답변이 되겠습니까?

## ● 최석운 교수

네.

● **사회자**

오늘 말씀을 안 하신 분이 계신 분이 계시는데, 하실 말씀 없으십니까?  
남현우 변호사님?

● **남현우 변호사**

제가 토론한 부분은 아닌데요. 마약범죄와 관련해서 주요한 감정사유라던가, 집행유예 사유로 수사에 적극 협조했다는 것이 중하게 고려되는 것으로 보이는데요. 이 부분이 혹시 다른 범죄를 유발하는 요인으로 될 수 있지 않나 싶습니다. 그런 부분에 대해서는 어떠한 고려가 필요하지 않을까 싶은데, 이에 관해서 의견을 듣고 싶습니다.

● **사회자**

서봉규 전문위원님이 말씀하시겠습니까?

● **서봉규 전문위원**

서봉규 전문위원입니다.

속칭 던지기라는 것이 있습니다. 공적을 쌓는다는 말을 쓰는데요. 범죄를 유발해서 그것이 마치 수사협조인 것처럼 하는 경우도 있거든요. 그런데 만약에 그게 사실이고 범죄를 유발했으면 그것은 별개의 더 큰 범죄인 것이지요. 그런 식으로 혼탁하기 때문에 어차피 저희 수사기관의 의견이 중요할 수밖에 없습니다. 저희가 하면서 그것이 맞니, 안 맞니, 어떤 단계 정도의 수사협조라고 하면 저희가 또 법원에 소명을 하는 것이고, 그렇게 다루어져야 될 인자인 것 같아서 사실 조심스럽기는 하지만 또 수사실무상 반드시 필요하다는 입장입니다.

● **이주형 부장검사**

그 부분에 대해서 제가 조금만 더 얘기를 하면, 제가 마약수사를 서울중앙지방검찰청에서 6개월 정도 했었는데 던지기의 경우는 기본적으로 받는 사람이 없고, 그 다음에 마약 자체의 성분 등도 조잡하게 되어 있는 경우가 많고, 수사하면서 대부분 이게 던지기다 아니다의 여부는 확인할 수 있습니다. 확인할 수 있기 때문에 그것이 별도의 범죄를 조장한다, 만약에 그런 식으로 던지기 형태의 수사협조 비슷한 형태로 간다고 하면 수사에 협조하는 척하면서 오히려 자기 죄를 면하려고 하는, 질이 안 좋더라는 것으로도 얘기할 수

있기 때문에 그것은 제가 봤을 때는 큰 문제가 되고 않고, 마약범죄 자체를 적발하기 위해서는 어차피 수사협조 없이는 불가능하기 때문에, 조직폭력범죄도 마찬가지이고, 그런 부분에 대해서는 반드시 필요한 부분이 아닌가 생각을 합니다.

## ● 사회자

종합토론에서 특별히 더 말씀하실 분이 있으신가요?

오늘 나오신 전문위원 중에 조은경 전문위원께서는 한 말씀해 주시기 바랍니다.

## ● 조은경 전문위원

굉장히 준비 많이 하셨고 고생 많이 하셨는데, 사실 저는 용어들이 아직도 친숙하지 않아서 말씀드리기가 죄송스러워서 입을 다물고 있는 게 좋겠다고 생각했습니다. 하지만 집행유예 양형기준에 대해서 여러 가지 의견들이 나오셨고, 제가 평소에도 집행유예를 도대체 어떻게 하는지 궁금해 하고 있었습니다. 그래서 제가 금년에는 한 번 집행유예기준이 아니라 양형 그 자체에 대해서 실태연구를 해 보려고 생각하는 중인데, 다양한 여러 범죄에 대한 집행유예기준들을 좀 더 멋있게 만들 수 있는데 기여할 수 있었으면 좋겠다고 생각하고 있습니다.

그래서 오늘 말씀해 주신 내용 중에 집행유예에 대한 부분은 제가 유심히 귀 기울여서 다시 한 번 공부해 보겠습니다.

## ● 사회자

그리고 수석 전문위원께서 오늘 발표를 맡으셨는데 그 이후로는 한 말씀도 못하셨습니다. 수석전문위원께서 한 말씀 하시지요.

## ● 수석전문위원

전문위원단을 대표해서 발표를 해 드렸고, 오늘 이 자리에서 여러 가지 논의가 이루어졌는데 이런 부분을 충분히 반영해서 개정안을 충실하게 만드는 것이 제 역할이라고 생각합니다. 부족한 점이 많지만 오늘 여러 논의를 많이 해 주셨는데 이 부분을 충분히 받아들여서 좋은 안을 만들도록 노력하겠습니다. 고맙습니다.

## ● 사회자

그리고 오늘 이 자리에 계시는 어떤 분이라고 좋습니다.  
말씀하실 분이 계십니까?  
토론자 중에서도 미진한 부분이 있으면 기회를 더 드리겠습니다.

### ● 이주형 부장검사

제가 한 번만 더 말씀드리겠습니다.

저는 특별히 안에 대해서 더 말씀드릴 것은 아니고, 제가 벌써 공청회에 네 번째 다 참석하고 있는데요, 처음에는 국민들의 관심이 상당히 있어서 그때 질문도 많이 있었던 것으로 기억하는데, 지금 참석자 중에 질문하신 분이 한 분밖에 안 계시다고 하니까 그런 부분이 좀 아쉽고, 저번에도 그런 얘기가 있었습시다만 학교라든가 이런 장소에서 많은 사람들이 자유롭게 참석할 수 있는 곳으로 해서 공청회를 하고, 공청회 말고도 국민들의 의견을 수렴하는 과정이 필요하지 않은가, 사실은 성범죄 양형기준을 개정한 것도 조두순 사건이 터지면서 국민적인 여론이 형성되었는데 사전에 그런 여론을 좀 더 충분히 수렴해서 이런 기준이 나왔다고 이야기할 수 있는 그런 공청회 외에, 미국 등 외국의 사례는 상당히 많이 있는 것으로 알고 있습니다.

그 다음에 양형기준 시행성과에 대해서 국민들을 상대로 어느 정도 여기에 대해서, 법조인이라든가 관여된 사람들을 상대로 해서 한번 설문조사를 한다거나, 제일 처음 2007년 제1기 때 한번 그런 설문조사를 하였고, 그 이후에 아무런 조사가 없었던 것으로 알고 있는데, 그런 국민의 의견을 좀 더 많이 수렴하는 형태의 위원회가 되었으면 좋지 않겠나. 그런 생각입니다.

### ● 사회자

더 잘하라는 취지로 알아듣겠습니다. 그리고 그 점은 저나 전문위원들이나 다들 유념해서 앞으로 잘 하도록 할 것 같습니다.

지금 7시 15분입니다. 다행히 예정시간보다 조금밖에 늦지는 않았습시다라는 그래도 늦게까지 여기에 계신 분들에게 감사드립니다. 한정된 시간으로 인해서 지금 마무리를 해야 될 것 같습니다. 오늘 하루 양형기준에 대해서 전부 다 논의할 수는 없는 것이고, 그렇지만 어쨌든 오늘 짧은 시간이나마 여러분들의 탁월한 식견, 그리고 좋은 의견들을 많이 들었습니다.

앞으로 양형위원회는 오늘 나온 이야기까지 포함해서 각 의견들을 다시 한 번 검토를 하고, 그래서 가능한 한 빨리 양형기준을 확정하도록 하겠습니다.

귀한 시간 내어서 공청회에 참석해 주신 토론자, 발표자, 방청객 여러분께 다시 한 번 감사의 말씀을 드립니다.

이것으로 양형기준에 관한 제4차 공청회를 모두 마치겠습니다.  
감사합니다.

(일동박수)





# 방청객 의견 및 질의



## 방청객 의견 및 질의

### 질의

#### | 마약범죄 관련 |

“사회적 유대관계”에 관하여 좀 더 구체화해서 한다고 주장하셨는데, 구체화의 기준은 어떤 것이 되어야 하는지

[마약범죄 양형기준안의 지정토론자인 최승재 교수에 대한 질의]

### 답변

기본적으로 사회적 유대관계 불분명이라는 요구요건 자체가 명확성을 결여하고 있지 않은가, 좀 더 보완이 필요하다는 점에 대해서 아마도 이 부분에 대해서 명확하게 하실 수 있었으면 첫 번째로 양형위원회에서도 명확하게 하셨을 것이라고 생각함.

양형인자에 대한 설명을 좀 더 부기하면 좋지 않겠나라는 것인데, 예를 들면 가족이라던가, 친인척의 존재, 아니면 보호자라던가, 기타 이를 돌봐줄 수 있는 사람이 있는가, 없는가라는 것들이 사회적 유대관계의 존부가 아닌가 함. 그러한 점들에 대해서, 예를 들면 친인척이라고 하더라도 어느 정도의 친인척일지, 실질적으로 보았을 때 유대관계의 존부라고 하는 것도 사실은 단순히 혈연 관계의 존재뿐만 아니라 인척이라고 하더라도 바로 혈연관계에 있지 않아도 실질적으로는 오히려 더 관계가 있을 수 있기 때문에 이러한 점들에 대해서 좀 더 실질적, 현실적으로 좀 더 명확하게 써주는 것이 좋지 않겠느냐 하는 생각임. 명확하지 않은 부분을 좀 보완할 필요가 있음.

## 질 의

### | 마약범죄 관련 |

마약범죄 수사에 협조한 경우를 세분화 하자는 취지의 토론이 있었는데 실제 수사협조의 정도에 관한 양형인자는 수사기관의 자료에 의존하게 되어 객관적인 정확성을 담보하기 어렵다고 생각함. 수사에 협조한 경우를 세분화할 경우 자칫 양형요소 판단 근거와 관련하여 수사기관의 판단에 의존하는 결과를 낼 것으로 예상됨. 이에 대한 의견이 궁금함

[마약범죄 양형기준안의 지정토론자인 최승재 교수에 대한 질의]

## 답 변

수사기관에 협조라는 자체가 기본적으로는 본질적인 요소 자체가 수사기관과 연관성이 있는 것 같음.

양형위원회가 내놓은 자료를 보면 범행 후의 정황에 대해서 양형인자로서의 ‘수사과정에서의 정상’이라고 하는 부분에서 항목을 나누어서 ‘공범 제보 등 적극 협조,’ 소극적 협조, ‘협조하지 않음’으로 나누어 객관적으로 드러나 있음. 이렇게 가능하게 분류가 되어 있는 것을 가지고 수사기관의 신뢰와 같은 관념만으로 다루는 것은 양형위원회의 자료 자체를 부정하는 것이기 때문에 사실 옳지 않은 듯 함.

예를 들면 마약 수사관이나 또는 검사의 질문에 ‘윗선은 이런 것이고, 누구로부터 샀고, 점조직이지만 실제로 누가 거래에 관여되어 있는지 안다’와 같이 적극적으로 답하는 것은 분명히 다름.

일반적인 관여를 특별양형인자, 일반양형인자로 고려한다고 하였는데, 단순히 고려에 그치는 것이 아니라 실제로 반영하였으면 하는 의견임