지정 토론문

살인범죄 양형기준안 지정토론문

김현철 (대검찰청 검찰연구관)

Ⅰ. 들어가는 말

국민의 한사람으로서 우리나라 형사사법의 새로운 역사를 열어갈 양형기준수립이라는 전대미문의 과제를 맡아 열정적으로 헌신해주신 양형위원회에 대하여 감사와 존경을 표한다.

그동안 우리나라 형사사법의 논의 핵심이 형벌법규와 형사절차법의 개정으로 수사와 공판과정에 국한되어 왔지만 형사절차의 가장 중요한 최종 핵심은 결국 양형이라고 생각된다. 우리나라가 그동안 많은 노력을 기울여 수사와 재판절차에 관한 제도를 정리하였다면 이제 법조인들이 힘을 합쳐 개선해야 할 한가지 과제는 당연히 양형에 대한 합리화일 것이다. 그러한 의미에서 현재 진행중인 양형기준수립은 우리나라의 형사사법에 큰 변화를 가져오는 매우 중요한 변화의 전기가 되리라고 생각한다. 법조인의 한사람으로서 합리적이고 객관적인 양형기준이 수립되어 국민의 건전한 상식이 반영되고 또 투명한 양형기준수립을 통하여 법조 전체가 국민으로부터 신뢰를 회복하는 계기가 되었으면 하는 바램이 간절하다.

Ⅱ. 총론적 평가

먼저 이번에 공청회에 발표된 살인죄 양형기준안에 대하여 국민의 입장에서 보았을 때 느낄 수 있는 관점으로 한번 생각해 보았다.

양형위원회에서 발간한 2007년 양형위원회 연간보고서 16면에 보면 현재 우리나라의 양형실무의 문제점으로 다음과 같은 세 가지를 들고 있다. 첫째, 불합리한 양형편차가 있다는 것이다. 즉 형종 또는 징역형의 집행여부를 결정함에 있어 법관의 인생관 또는 가치관의 차이 등으로 합리적인 재량범위 내라고 볼수 없는 불합리한 양형편차가 존재한다는 것이다. 둘째, 양형에 대한 예측이 어렵다는 것이다. 즉 양형심리가 법정에서 충실하게 이루어지지 않고 법관의 사무실에서 서류를 통하여 양형인자를 확인하는 형태로 이루어짐으로써 피고인은 물론이고 검사나 변호사조차도 양형에 대하여 합리적인 예측을 할 수가 없다는 것이다. 셋째, 불충분한 양형심리의 문제점이다. 형사재판의 근간은 범죄사실의 인정 즉 유무죄의 확정문제와 피고인에게 어떠한 종류의 형을 얼마나 과할 것인가 하는 양형의 문제로 나눌 수 있는데, 그동안 우리 형사재판의 실무는 공

소사실의 유무죄를 판단하기 위한 절차에 중점을 두고 양형심리는 부수적으로 취급해온 측면이 없지 않다는 것이다. 이러한 문제인식하에 이를 개선하기 위해 2007년 4월 양형위원회를 설립하였다. 따라서 양형위원회에서는 이러한 문제점을 해결하기 위하여는 명확하고 객관성이 있는 기준을 수립함으로써 예측가능성을 확보하고, 불합리한 양형편차가 줄어들도록 기준을 수립하여야 할 것이다. 그렇다면 이번에 양형위원회에서 초안으로 발표한 양형기준안들이 이러한 현재 우리나라의 양형상의 문제점을 얼마나 잘 해결할 수 있을까.

결론적으로 말해 양형위원회 설립목적을 달성하기에는 아쉽게도 여러 가지 미흡한 부분이 있는 것이 사실이다. 즉, 이번에 발표된 초안을 이러한 문제해결의 관점에서 볼 때 기준으로서의 명확성과 객관성이 떨어지고, 따라서 예측가능성이 크게 개선되지 않았고, 여전히 편차를 줄이기에는 미흡하다고 할 수밖에 없다. 이번에 발표된 살인죄 기준안이 현재 양형의 문제점을 개선하기에 미흡하다고 볼 수밖에 없는 구체적인 이유를 다음의 네 가지로 요약할 수 있다.

첫째 내심의 동기에 따른 유형분류를 기준으로 하고 있는 등 주관적이고 추상적인 개념을 지나치게 많이 사용하고 있어 기준으로서의 명확성과 객관성이 크게 떨어진다는 것이다.

두번째로 양형구간의 폭이 넓고 중복되는 구간이 많아서 구체적인 사안에서 선고된 형량이 어느 구간에 속하는 것인지 알 수가 없고, 이것이 이탈인지 아닌지 판단하기가 어렵다는 것이다.

세번째로 주관적 개념요소가 많은 양형인자에 대한 평가 역시 구체적인 평가방법이 없이 법관의 종합적 판단이라는 모호한 원칙을 채택함으로 인하여 구체적인 선고형량의 도출과정이 여전히 불투명하고, 따라서 양형기준 수립으로 인한 부당한 양형 편차의 시정기능에는 여전히 미흡하다는 것이다.

네번째로, 결과적으로 위에서 본 이러한 주관적 판단과 폭넓은 선택폭의 결과로서 여전히 예측가능성이 미흡하다는 것이다. 구체적인 선고형량의 예측도 어렵고 집행유예가 될지 실형이 선고될지도 사실상 법관의 주관적 평가에 맡겨진 현재의 양형시스템에서 크게 개선되지 못한 아쉬움이 있다.

사실 우리나라의 양형에 대한 문제해결의 관점에서 바라본다면 구체적이고 명확한 기준으로 예측이 가능한 미국연방식의 양형기준제 형태가 가장 바람직한 것이라고 생각한다. 그러나 우리 양형위원회는 미국연방식 양형기준제 대신 영국식 양형기준모델을 기본형태로 하되 영국식 모델

의 단점을 보완하기 위해 객관화요소를 최대한 반영하기로 기본방향을 설정한 것으로 알고 있다. 따라서 영국식 양형기준모델이 내포하고 있는 문제점을 보완하고, 보다 객관적이고 구체화된 기준으로 우리나라의 양형문제를 해결할 수 있도록 노력할 필요가 있다.

Ⅲ. 쟁점별 의견

1. 유형분류의 적정성

살인죄의 경우 대부분 범행을 사전에 얼마나 계획적으로 준비하였는가 아니면 우발적인 범행이었는가에 따라서 차등을 두는 것이 미국(murder or manslaughter), 프랑스(모의살인, 보통살인) 등 주요 외국에서 취하는 입장이며, 드물게 동기를 기준으로 구분하는 입장도 있는데 가령 독일의 경우 범행의 동기에 의하여 모살(Mord)과 고살(Totschlag)로 구분하기도 한다. 그러나 그러한 구분은 그 나라에서 살인죄의 법정구성요건이 그렇게 되어 있는 것으로 그 구성요건의 해석에 대하여 이미 오랜 법운용을 통하여 많은 경험과 판례가 축적되어 있으므로 구성요건에 따른 살인죄의 분류가 새로운 것은 아니라고 생각한다.

그런데 우리 살인죄 양형기준의 분류는 외국에도 찾아 볼 수 없었고, 우리 법률의 구성요건에도 없었던 새로운 개념을 사용하여 독창적인 분류유형을 창조하였다. 즉 동기를 기준으로 3등급을 분류하여 동기에 있어서 특히 참작할 사유가 있는 살인은 1유형으로 약하게 처벌하고, 동기에 있어서 특히 비난할 사유가 있는 살인은 3유형으로 가중처벌하며, 그 나머지는 보통동기에 의한 살인으로 분류하였다. 이러한 살인죄의 분류는 우리나라의 법률에 없었던 것으로 동기에 따른 평가가 살인죄의 형량을 2배 정도 차이가 나게 하는 결정인자로 되어 있는 것이다.

그런데 문제는 범행동기라는 것이 매우 주관적인 개념이라는데 있다. 살인죄의 특성상 피해자는 이미 사망하였고, 범죄의 동기는 대부분 범죄자의 주관적 진술에 의한 것으로 판단할 수밖에 없는데, 살아남은 범죄자가 자신의 진실한 범행동기를 은폐하거나 왜곡할 수도 있는 위험성이 매우 높은 범죄이다. 그렇다면 가해자의 일방적인 이야기를 듣고 판단할 수밖에 없는 그 범행동기를 기준으로 형의 선고범위가 2배 이상 차이가 나도록 설계하는 것은 지나치게 주관적이고 불안정한 유형분류가 되고, 형벌의 객관화 측면에서도 결함이 많지 않나 하는 걱정이 되지 않을 수 없다.

특히 요즘 현대와 같이 사이코패스경향성을 보이는 범죄의 경우 그 내심의 동기를 찾기도 어렵

고, 동정할만한 동기를 만들어 내기 위하여 사실을 왜곡하여 사망한 피해자를 파렴치한으로 만들 수도 있는데 그러한 경우 피해자가 이미 사망하였기 때문에 범죄자의 일방적인 진술만으로 동기를 판단할 수밖에 없고, 범죄자의 진술만으로 형량을 대폭 줄여주어야 하는 현실적인 문제점이 생길 수 있기 때문이다.

그리고 범행의 동기라는 개념 자체도 주관적이지만 그 평가 역시 주관적일 수밖에 없다는 것이다. 즉 동정할만하다는 것과 비난할만하다는 것이 모두 윤리적 개념을 내포한 불확정 개념으로서 판단하는 사람의 가치관을 내포할 수밖에 없는 상대적 개념이라는 것이다. 예를 들면, 부부싸움 끝에 살인에 이르게 된 경우라도 그 부부싸움의 원인이 된 문제를 보는 시각이 사람마다 서로 다르고, 피해자측 유족의 입장에서는 비난할만한 동기라고 주장하는 반면 가해자측 입장에서는 동정할만한 동기라고 할 수 있는 분쟁성을 처음부터 다분히 내포하고 있는 모호한 개념이기 때문이다. 가령 유형분류의 정의에서 예시한 동기에 있어서 특히 참작할 사유가 있는 경우라고 되어 있는 "극심한 생활고로 인한 살인"의 경우만 하더라도 기초생활보장제도가 정착되고 있는 우리나라에서 극심한 생활고로 인한 살인이라는 것이 동기에 있어 특히 참작할만한 사유가 있는 경우로 봐서 가볍게 처벌하는 것이 맞느냐 하는 것은 논란의 여지가 충분히 있는 것이다.

따라서 동기라는 이러한 주관적인 요소를 형량의 등급을 결정짓는 결정적 요소로 사용한 것에 대하여 매우 우려하지 않을 수 없다. 동기보다는 객관화될 수 있는 범행의 계획성과 범행의 수단과 결과 등을 결정적 요소로 하는 방법도 불가능하지는 않을 것이다. 만약 동기를 기준으로 한 주관적이고 모호한 이러한 분류방식을 그대로 채택한다면 어떤 것이 비난할만한 것이며, 어떤 것이 동정할만한 것인지 지금보다 더 세분화된 예시를 처음부터 명시하는 것이 기준으로서의 명확성을 유지하는 데 조금이라도 보탬이 되리라고 생각한다.

2. 형량범위의 적정성

가. 구간의 적정성

다음으로 살인죄의 형량범위의 적정성에 대하여 본다. 약 3년 정도의 편차는 구간 내에서 기본적으로 발생하도록 설계되었다. 그것이 비록 살인죄의 다양성과 실무운용결과를 고려하여 불가피한 것이라고 하더라도 법관의 주관적 판단에 의한 부당한 편차를 줄이고자 했던 양형위원회 설립당시의 목적에 비추어 보면 폭넓은 형량구간은 다소 아쉬움이 남는다.

나. 중첩의 문제

그 형량범위의 설정방식도 영국식 기준제처럼 기준점을 제시하고 가중 감경하는 형태도 아니고 미국연방식의 세밀한 격자형태 구간식도 아니어서 영국식과 미국식 어느 제도의 장점도 취하지 못하는 어정쩡한 결과를 가져오게 되었다. 즉 예를 들면 살인죄양형기준 제1유형에서 5년형을 선택한다면 이것이 기본 구간에 속하는 것인지, 감경 혹은 가중에 속하는 것인지 도무지 알 수가 없게 된다. 복잡한 가중요소와 감경요소 양형인자의 분류에도 불구하고 1유형의 살인죄에서 5년을 선택하면 어떤 경우에도 다 들어 있기 때문에 이론적으로도 구간이탈이란 것이 발생할 여지가 없게 되어 있다.

2유형과 3유형에서도 기본범죄수준의 가중, 감경범위를 정하면서 모든 기본범죄와 가중, 감경을 겹치게 하고 있어 실제로는 기본영역인지, 가중된 것인지, 아니면 감경된 것인지를 명확히 알 수가 없게 되는 중복영역을 모든 구간에서 두고 있다.

그러나 기준으로서의 객관성과 명확성을 높이기 위하여는 각 형량구간을 겹치게 하는 중복구간을 피하는 것이 바람직하며, 그 구간을 보다 세분화하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 그래야 부당한 편차의 발생을 보다 효과적으로 시정할 수 있기 때문이다.

다. 구간이탈의 문제

또 하나는 일단 구간이 정해지면 일반 양형인자는 그 숫자가 아무리 많아도 감경 또는 기본, 가중영역으로 이동할 수 없도록 하는 것이 바람직한지 하는 의문이 있다. 특별양형인자는 형량구간 자체를 결정할 뿐만 아니라 2개이상 많은 경우 그 구간을 다시 가중할 수 있는 권한을 가지고 있는 반면에 일반 양형인자는 아무리 많이 쌓여도 그 구간 내에서만 고려하는 것이 적정한 것인지 의문이다. 특별과 일반을 분류하는 기준도 모호한데 특별과 일반의 취급이 지나치게 편차가 크기 때문이다. 따라서 일반 양형인자의 경우도 감경 또는 가중 일반양형인자가 3개 이상인 경우에는 구간이동 내지 구간내에서 1/2가중을 할 수 있도록 하는 것이 필요하다.

3. 양형인자분류와 평가

가. 객관화 노력 필요

유형분류가 주관적인 동기를 기준으로 지나치게 크게 반영되도록 되어 있다면 양형인자는 가

급적 객관적인 요소로 보완하는 것이 바람직할 것이다. 그런데 양형인자의 대부분이 다시 주관적인 가치판단이 들어가는 요소로 결정되어 있다. 즉 범행에 취약한 피해자, 잔혹한 범행수법 등의 경우가 그렇다. 이러한 주관적 양형인자들은 가급적 그 예시를 세분화하여 기준으로서의 명확성을 보충할 수 있도록 구체화·객관화 하여야 할 필요가 있다고 생각한다.

나. 특별구성요건의 양형인자화

양형인자로서 특별구성요건을 어떻게 취급할것인지에 대하여도 논란의 여지가 있다. 즉 살인죄의 양형기준으로서 특별양형인자에 살인죄의 가중구성요건형태인 존속살해죄의 존속을 하나의 양형인자로 분류하고 있다는 것이다. 살인죄는 5년 이상의 징역 또는 사형 무기형에 처해짐에 비하여 존속살해죄는 형법 제250조 제2항에 의하여 7년 이상의 징역, 사형, 무기에 처하도록 법정 구성요건이 별도로 되어 있다. 그런데 특별구성요건으로 되어 있는 부분의 구성요건을 하나의 양형인자로서 다른 가중요소와 동일하게 평가하는 것이 별도의 구성요건을 둔 입법자의 의도와 배치되는 것이 아닌가 하는 의문이 있다. 즉 살인죄의 특별양형인자 중 가중요소로는 존속, 계획적, 피해자에 대한 교사, 범행에 취약한 피해자, 잔혹한 범행수법 등이 나열되어 있는데 존속이라는 가중구성요건요소가 다른 양형인자와 동일하게 평가되는 것은 특별구성요건으로 구성요건요소로 명시해 놓은 입법자의 의도를 무시하여 단순한 양형인자로 평가절하하는 것이 아닌가 하는 점이다.

이러한 논란을 피하기 위하여는 구성요건이 별도로 되어 있는 부분은 별도의 유형으로 분류하는 것이 가장 바람직한 형태의 양형기준이 될 것이라고 생각한다.

다. 양형인자의 객관적 평가방법 미흡

가장 중요한 문제점으로는 양형인자간의 평가에 대한 명확하고 구체적인 원칙이 없다는 것이다. 기준안은 양형기준상 권고형 범위의 특별조정으로 특별양형인자에 대한 평가에 있어서 형량범위의 결정과 관련하여 가중 또는 감경의 구간을 결정하기 위하여 설명이 조금되어 있으나 그나마 "법관이 특별양형인자를 종합적으로 비교 평가함으로써 형량범위의 변동여부를 결정한다"라는 추상적이고 모호한 기준만 있을 뿐 구체적인 사안에서는 어떻게 적용한다는 것인지 일반인으로서는 도무지 알 수가 없다. 형량구간을 결정함에 있어 특별가중인자가 2개 이상 존재하거나 특별감경인자가 2개 이상 존재하는 경우 처단형의 범위를 상하한 1/2까지 가중 또는 감경할 수 있도록 하고 있기는 하지만 형량구간의 결정에 참고할만한 요소일뿐 구체적인 사안에서 특별양형

인자간의 평가나 또 일반양형인자가 중첩적으로 있을 때 구체적으로 형량에 어떠한 변화가 생기는지 아무런 구체적인 기준이 없다.

특히 일반양형인자의 평가방법에 대하여는 그야말로 아무런 기준이 없다. 선고형의 결정방법에 나와 있는 설명을 본다면 법관이 일반양형인자와 특별양형인자를 종합적으로 고려하여 결정한다고만 되어 있다. 따라서 어떠한 양형인자가 어느 정도의 선고형에 영향을 미쳤는지를 누구도 예측하거나 판단할 방법이 없다. 다시 말해 구체적으로 복수의 특별양형인자와 일반양형인자가 섞여 있을 경우에 어떤 경위로 어떤 양형인자를 고려하여 형을 선고하는 지는 여전히 알 수 없게 되어 있다.

또 일반 양형인자의 경우 그것이 있다고 하더라도 선고형에 영향을 미쳤는지 여부조차 판단할 방법이 없게 되어 있다. 양형심리가 충실하게 되려면 양형인자가 어떻게 반영되었는지 명확하게 알 수 있어야 하고 그것이 재판에서 쟁점이 될 수 있어야 한다. 그런데 지금의 기준은 양형인자가 어떻게 반영되었는지를 여전히 알 수가 없어 검사 또는 변호사가 양형인자의 반영여부를 가지고 양형을 이유로 다툴 방법이 없는 현재의 부실한 양형심리를 개선하기 어려운 구조로 되어 있다.

그리고 선고형의 형량구간은 특별양형인자를 먼저 고려하여 결정됨에도 다시 선고형을 결정하는 방법은 "결정된 형량범위내에서 일반양형인자와 특별양형인자를 종합적으로 고려하여 결정한다"고 규정함으로써 특별양형인자를 이중적으로 고려하는 것이 아닌가 하는 의구심을 들게 한다.

구태여 양형인자로 분류해 놓은 양형인자가 어떻게 반영된 것인지 얼마만큼 반영된 것인지 아무런 기준이 없는 것은 분명 큰 문제점이라고 생각하며 양형인자의 종합평가에 대한 보다 구체적이고 객관적인 기준이 수립되어야 기준으로서의 의미 있는 역할을 할 것이라고 생각한다.

4. 집행유예 기준의 적정성

가. 주요참작사유와 일반참작사유의 구분 기준과 평가 차이

살인죄의 기준안으로 제시된 집행유예 기준으로는 예측가능성을 높이기에 여전히 부족한 문제점을 가지고 있다. 즉 현재의 기준은 주요 참작사유와 일반참작사유로 나누어서 부정적인 인자

와 긍정적인 인자로 나열만 하고 있다. 일견 보기에 비슷한 가치를 가지는데 주요 참작사유와 일반참작사유로 어떤 차이를 가지고 나누어지는지도 명확치 않다. 그리고 주요참작사유와 일반참작사유가 혼재해 있을 때 구체적인 평가방법이 필요한데 현재 기준은 이부분을 구체적으로 어떻게 평가한다는 것인지 명확치 않다.

나. 참작사유 이유 기재

또 이러한 참작사유들을 고려하여 집행유예를 선고하는 경우에는 양형이유를 어떻게 설명할 수 있는지 구체적인 방법이 결여되어 있다. 즉 집행유예를 선고하는 경우에 긍정적인 요소들만 나열하면 된다는 취지인지, 아니면 부정적인 요소들까지 평가하여 그중에 비교해서 긍정적인 개수가 더 많아서 집행유예를 선고한다는 취지를 기재해야 하는지 실무에서 적용할 수 있는 기준을 명시해주어야 할 것이다.

만약 집행유예를 선고할 때 또는 선고하지 않을 때 이러한 참작사유들을 참고하되 이유를 기재할 필요가 없다고 한다면 현재의 집행유예선고 방식에서 크게 나아진 것이 없다. 예측가능성도 없고, 어떤 기준으로 집행유예가 선고되는지 여전히 알 방법이 없기 때문이다. 따라서 양형기준이 수립된 이후 집행유예 선고시에는 반드시 그 집행유예 사유를 상세히 기재하여야 할 것이다. 그래야 양형심리의 발전과 양형기준에 대한 판례의 축적이 가능하기 때문이다.

다. 재범위험성에 대한 과학적 평가도입

또 한가지 중요한 점은 집행유예의 기준으로 재범의 위험성평가에 대한 것이다. 사실 집행유예를 할 것인지 말 것인지 판단하는 가장 중요한 요소는 재범의 위험성이라고 할 것인데 이는 법관의 주관적 평가보다는 객관화된 검증필요성이 요구되는 부분이다. 법관이 기록만으로 전과나 계획적인 범행여부 또는 진지한 반성이 없는지, 약물 중독이 있는지, 사회적 유대관계가 결여되었는지, 피해자와 관계, 위험한 물건휴대, 범행수법 등을 고려하여 판단하는 재범의 위험성은 매우 추상적이고 형식적인 판단이 될 수밖에 없다. 범죄심리학 또는 범죄사회학자들이 연구분석을 통하여 통계적으로 검증된 재범위험성평가 도구를 가지고 범죄자를 평가한 재범위험성의 과학적 평가제도의 도입이 필요하다고 생각된다. 가령 예를 들면 폭력, 살인, 강간, 방화 같은 반사회성이 강하고 범죄에 대한 경향성을 가진 범죄자들에 대한 집행유예의 경우에 보다 과학적인 재범위험성 평가를 통하여 평균치 이상의 위험성을 보일 때는 집행유예를 하지 않는 것을 원칙으로 하는

등의 기준이 필요하다. 그러한 기준이 우리 사회에 보다 의미 있는 기준이 될 수 있다.

우리 사회에 점점 묻지마 살인, 방화와 같이 사이코패스 형태로 보이는 범행이 증가하고 있음에도, 이러한 범행습성을 가진 사람들이 단순히 2회이상의 동종전과가 없다는 이유 또는 합의되었다는 이유만으로 집행유예로 석방하여 사회에 계속되는 치명적 피해를 가하도록 방치하는 것은 바람직하지 않다고 생각되기 때문이다.

5. 양형인자의 평가 이유 기재와 이탈

양형기준설립의 근거가 되는 법규정인 법원조직법 제81조의 7 제2항에는 "법원이 양형기준을 벗어난 판결을 하는 경우에는 판결서에 양형의 이유를 기재하여야 한다"고 규정하고 있다. 이러한 이탈시에 양형의 이유를 기재하게 되면 양형심리가 보다 충실해지고, 양형기준이 더욱 의미를 가지게 될 것이라고 생각한다. 그런데 한가지 의문은 현재의 양형기준에 의하여 구체적인 양형을 선고하는 경우 어느 구간에서 형을 선고한 것인지 구체적인 이유를 기재하지 않으면 구간의 중복으로 인하여 그것이 이탈인지 아닌지 알 수가 없다는 것이다. 따라서 적어도 법관이 형을 정함에 있어 고려된 양형인자들은 판결문에서 어떤 경우든 모두 나열해 주어야 할 필요성이 있다는 것이다.

만약 구체적인 사안에서 형량선택의 근거가 된 양형인자들을 나열해 주지 않고, 현재와 같은 정도의 개괄적 언급만 판결서에 기재한다면 양형기준은 현재의 문제점을 그대로 내포하고 있고, 아무런 실효성을 발휘하지 못하고 양형은 여전히 구체적인 사건을 담당한 법관의 주관적 판단 외에는 어느 누구도 왜 그 형이 선고되었는지 예측할 수도 없고, 설명할 수도 없기 때문이다.

양형기준설립의 취지를 고려하여 구체적인 선고형량에 이르게 된 양형인자들의 평가에 대하여 법관의 설명이 판결문에 기재되어야 할 것이다. 그래야 이론적으로 그 선고형량이 이탈인지 아닌지를 알 수 있을 것이기 때문이다.

VI. 결론

결론적으로 살인죄 양형기준시안은 많은 노력에도 불구하고 기준으로서의 명확성, 예측가능성, 편차의 시정기능에서 많은 아쉬운 점을 내포하고 있다. 영국식 양형기준모델을 기본으로 한 데서 어쩔 수 없이 발생할 수밖에 없는 한계가 있는 것은 사실이다. 그러나 다양한 제도적 보완을 통해 양형기준이 최대한 객관화 되도록 노력한다면 양형기준수립으로 달성하고자 하였던 목표는 보다 더 가까워질 것이다. 앞서 제기한 이러한 문제점들을 연구 개선하여 보다 구체적이고 명확한 기준

을 마련함으로써, 예측가능하고 투명한 양형심리가 이루어질 수 있도록 해야 할 것이다. 양형심리가 투명해질 때 우리 법조는 전관예우 또는 유전무죄 무전유죄라는 의심과 오해를 불식시키고, 법조 전체의 신뢰를 회복할 수 있을 것이라고 생각한다. 끝으로 다시 한번 어렵고도 중요한 과제를 맡아 지금까지 수고해 오신 양형위원회 위원님들과 전문위원들의 노력에 감사를 드린다.

살인범죄 양형기준안 지정토론문

김환수 (사법연수원 교수)

Ⅰ. 들어가는 말

1. 양형의 본질에 대한 생각

적절한 양형은 법관들이 풀어야할 영원한 숙제이다. 아무리 유무죄 판단을 잘 하였다고 하더라도 그 죄 및 그 범죄자에게 상응하는 적합한 형벌을 찾아내지 못한다면, 그 재판은 반쪽짜리에 불과하다고 할 수 있다. 그러면 무엇이 적합한 양형인가. 이에 대한 대답은 형벌의 목적이 무엇인가 라는 근본적인 영역에서부터 시작하여야 할 것이다. 형벌을 불법에 상응하는 보복 또는 응보라는 관점에서 본다면, 각각의 불법정도에 따라 형량을 정하는 것이 그리 어려운 문제는 아닌 것처럼 보인다. 각 범죄의 불법정도에 대한 일반적 합의를 이끌어 내고 그에 상응한 형량을 정하면 될 것이기 때문이다. 그러나 형벌의 목적이 범죄자의 재범을 막는 데 있어야 한다는 소위 특별예방론적 관점에 이르면, 적정 양형의 문제는 매우 복잡한 양상을 띠게 된다. 모든 범죄자를 사회로부터 영원히 격리시키지 않는 한, 형벌이 중하다고 하여 재범의 위험성이 줄어들지 않기 때문이다. 수감기간이 길어질수록 범죄자가 사회에 적응하기는 더 어려워지고, 사회에 부적응하는 범죄자가 다시 범죄를 저지를 가능성이 높아진다는 것은 실증적 연구가 없다고 하더라도 누구나 공감할 수 있다. 범죄자들은 어느 한도까지는 형벌로 인하여 고통을 느끼면서 새로운 고통을 피하기 위하여 갱생을 다짐하다가도 그 정도가 지나치면, 자기 잘못을 반성하기 보다는 사회나 가족을 원망하기에 이르고 오히려 자포자기 심정으로 새로운 범죄를 결심하게 된다고 한다. 어떤 범죄자는 어느 정도 시간이 지나면 더 이상 고통을 느끼지 못한다고도 한다. 실증적 연구에 의하면, 짧고 날카로운 충격(short sharp shock)을 가한다는 명목으로 도입된 단기자유형이 범죄오염과 정상적인 인적 유대관계의 와해를 초래하여 재범을 조장한다고 한다. 오히려 비범죄화 또는 다이버전(diversion)을 통하여 형벌을 회피하는 것이 재범예방에 도움이 된다는 주장이 설득력을 얻고 있다. 엄한 형벌을 부과하기 위하여는 필연적으로 교도소를 증설하거나 교도관을 증원하는 등 사회적 비용의 증가를 가져오지만, 그 효과가 전혀 없거나 오히려 역효과를 가져오는 경우가 많다는 것이다.

위와 같은 특별예방적 관점 뿐만 아니라 최근에는 형벌에 대하여 통합예방적 관점이 제시되고

있고, 피해자와의 관계회복 차원에서 형벌을 생각하여야 한다는, 회복적 사법(restorative justice) 또는 원상회복(Wiedergutmachung), 가해자·피해자 조정(Täter Opfer Ausgleich) 등의 대안들이 이론 뿐만 아니라 실무에서도 매우 광범위한 지지를 얻고 있는 현실을 감안하면, 적정 양형의 길은 점점 미로로 빠져 들고 있는 것처럼 보인다.

그렇다고 하더라도 형사재판을 담당하는 법관(국민참여재판의 경우, 법관과 함께 재판에 관여하는 시민도 포함된다)은 국민으로부터 위임받은 재판권을 행사함에 있어 형벌을 통한 사회의 평화실현, 불법상황의 제거라는 목적을 달성하기 위하여, 적정양형을 찾는 일을 포기할 수 없는 것이다.

이번에 양형위원회가 외국의 실무에 대한 철저한 연구와 국내의 실제 사건에 대한 깊이 있고 폭넓은 조사자료를 토대로, 양형기준을 만들어낸 것은 위와 같은 양형의 어려움을 감안할 때 참으로 경이로운 일이라고 아니할 수 없다. 이와 같은 기준 마련으로 우리 형사사법이 한 단계 도약할 수 있는 계기가 될 것으로 믿는다.

2. 살인죄에 대하여 양형기준 정립이 먼저 요구되는 이유

2008년 발간된 사법연감 자료에 의하면, 2007년 우리나라 법원에 접수된 1심 형사 공판사건(인원수 기준)은 합의사건 16,292건, 단독사건 233,880건으로 합하면 250,172건이고, 그 중 살인사건은 762건이다. 따라서 전체 형사공판 사건의 0.30%, 합의부 사건의 4.67%만이 살인사건이다. 거기에 한 해 100만 건에 달하는 약식명령 사건까지 더하여 보면, 살인사건이 우리나라 형사사법에서 차지하는 비율은 매우 미미하다고 볼 수도 있다.

또한 종래 우리나라 형사실무에서 뇌물죄나 성범죄에 대하여는 그 양형이 들쭉날쭉하다거나 어떤 특정 계층에 대하여 차별적 대우를 한다든가 하는 등의 이유로 많은 비판이 제기된 것에 비하여 살인죄에 대하여는 특별한 비판이 제기되지도 아니하였다.

그럼에도 살인죄에 대하여 먼저 양형기준을 설정할 필요성이 있다고 본다. 살인죄는 다른 범죄와 비교할 때 훨씬 많은 양형인자를 갖고 있다. 범행의 동기 측면에서만 볼 때, 재산의 취득이 목적인 재산범죄나 격정적 감정으로 인하여 발생하는 경우가 대부분인 상해나 폭행범죄에 비하여, 살인죄는 보복, 격정, 재산, 방어, 원망 등 이루 헤아릴 수 없는 동기들을 갖고 있다. 행위 요소라 할 수 있는 범행의 수단이나 방법만 하더라도 너무나도 다양하다. 살인미수죄의 경우라면 피해 정도도 사건마다 너무나 다양하다. 살인이라는 행위가 일상적인 감정 상태에서는 일어나기 매우 어려운 측면이 있기 때문에 정신적 요소(소위 멘탈의 문제)가 개입되는 경우가 많고, 이것은 살인죄 양

형에 있어서 행위자적 요소를 다양하게 만드는 데 기여한다. 위와 같이 살인죄는 다른 범죄[1] 에 내포되어 있는 양형인자를 대부분 갖추고 있는 백화점이라고 부를 수도 있겠다. 따라서 살인죄의 양형인자를 연구, 조사, 평가하는 것은 다른 범죄의 양형기준을 정립해 나가는 데 있어서 출발점 또는 시금석이 될 수 있다.

또한 살인죄가 비록 빈도가 낮은 범죄이기는 하나, 생명이 상실된 중대한 사태에 대한 법적인 마무리라는 그 비장함에 비하여, 그 법정형의 범위가 지나치게 넓게 되어있다는 것을 지적하지 않을 수 없다. 살인죄에 대하여는, 특별히 법률상감경 과정을 거치지 않고 작량감경만으로 집행유예[2]부터 사형까지 선고가 가능하다. 살인죄 사건을 재판하는 법관들은 누구나 어마어마하게 넓은 공간 속에 버려진 듯한 막막한 느낌을 갖게 된다. 한 순간의 격정 때문에, 한 순간의 욕심 때문에 생명을 소멸시킨 피고인이 법정에 서있고, 유족들은 법정에 나와 피고인을 향하여 돌진하려고 한다. 이러한 상황에서 법관에게 주어진 법정형이라는 지침은 큰 도움이 되지 못한다. 양형위원회가 위와 같은 취지에서 살인죄에 대한 양형기준안을 맨 먼저 성안한 것은 적절하다고 생각된다.

II. 양형기준안에 대한 의견

1. 경험적 접근방법의 타당성에 대하여

살인죄에 대한 양형기준안을 요약하면, 경험적 연구조사를 기초로 범행 동기에 따라 사건을 3개의 유형으로 대분류하고, 각각 유형 내에서 일정한 형량 한계를 설정한 다음 중대한 양형요소인 특별양형인자에 의하여 그 한계를 벗어날 수 있는 여지를 남겨 둔 상태에서 일반 양형인자에 따라 선고형을 결정하도록 한 것이다.

위와 같은 경험적 접근방법을 양형기준 설정의 출발점으로 삼은 것은 적절한 것으로 보인다. 특별예방적 관점에서만 본다면, 적정형량이란 재범을 하려는 의사가 생기지 않도록 하는 효과가 발생하게 하는 정도의 형량을 의미할 것이다. 그 형량이 어느 정도가 적당한 것인가를 알아내기 위하여는 우선, 수형자들을 상대로 설문조사를 하고 출소 후 추적조사를 하여 어느 정도 형기를 선고하였을 때 재범률이 가장 낮았는지를 통계학적으로 분석하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 그러나 그것은 다른 사회과학의 도움이 필요하고 매우 많은 시간과 인력을 요하는 방대한 작업이 될 뿐만 아니라, 고통에 대한 감수성은 사람마다 너무나 다르기 때문에, 그 기준을 다른 범죄자에게

1) 국가적 법익과 관련된 범죄에 대하여는 그 양형인자가 너무나 독특하므로 논의에서 제외하기로 한다.

2) 강도치상죄가 하한을 7년으로 하고 있어서 작량감경만으로는 3년 이하의 형을 선고할 수 없어 집행유예 선고 자체가 불가능한 경우가 많은 반면, 하한이 5년으로 되어 있는 살인죄에서 하려고만 한다면 언제든지 집행유예 선고가 가능하다.

적용하였을 때 소기의 효과를 얻을 수 없는 경우가 다반사일 것이다.

극단적으로는 나찌시대처럼 법관이 부정기형을 선고한 후 집행단계에서 수형자를 꾸준히 관찰하여 재범하지 않으리라는 확신이 들 때 비로소 사회에 복귀시키는 방법도 생각하여 볼 수도 있겠으나, 이는 근대 형사법의 근본원칙인 책임주의에 반하는 것으로 받아들여질 수 없음은 자명하다.

따라서 오랫동안 법원에서 형성되어 온 양형의 관행을 찾아내고, 그 관행에 대하여 규범적 검토를 거쳐 기준을 만드는 방법이 현재로서 최선의 방법으로 보인다. '법률의 적용'을 사실에 대한 법적 효과를 부여하는 절차로 본다면, 사실인 양형인자에 대하여 법적 효과[Rechtsfolge, 독일법률가들은 실제로 형벌(Strafe)을 다른 용어로 Rechtsfolge라고 부른다]를 부여하는 양형절차 역시 '법률의 적용' 과정이라고 볼 수 있다. 반복된 형의 선고를 통하여 어떠한 양형인자에 대하여 부과되는 형벌이 예측가능할 정도로 일정한 흐름을 갖게 된다면, 이는 판례 못지않는 규범력을 갖게 되었다고 보아야 한다. 따라서 그러한 양형관행을 찾아내어 그 규범력을 확인한 후 이를 추상화시켜 새로운 사건에도 적용될 수 있는 기준을 만들어 내는 것은 전혀 이상하거나 불합리한 것이 아니다. 그 양형관행이 특별한 반발 없이 사회적으로 용인되고 있는 상황이라면 더욱 그렇다고 할 수 있다. 전문위원 보고서에 조사된 바와 같이 미 연방과 여러 주에서 위와 같은 경험적 접근방법을 택하고 있는 것으로 보인다. 위와 같이 함으로써 적정 양형을 완전하게 실현할 수는 없다고 하더라도, 평등 양형을 실현하는 것은 가능하게 된다.

물론 그러한 양형관행이 옳은 것이니까 그대로 받아들여야 한다는 것은 아니다. 그렇기 때문에 오늘 이 자리와 같은 의견수렴 및 검증 과정이 필요하고, 법정형이 시대 변화에 따라 자주 수정되는 것처럼 위 기준 역시 수시로 점검하여 개정해나갈 필요가 있다.

2. 범행동기를 기준으로 한 유형화 방법의 타당성에 대하여

이번에 제시된 양형기준에서 유형화(대분류)의 근거를 '범행의 동기'에서 찾고 있다. 많은 사건의 양형인자와 형량과의 관계를 실증적으로 분석한 결과, 범행동기에 따라 70 내지 80%의 사건에서 일정한 범위 내의 형량으로 수렴하고 있으므로, 범행동기와 형량 사이에 매우 유의미한 상관관계가 있다는 것이다.

위와 같은 분류는 막연하게만 생각되어 오던 살인죄의 양형과정에 대한 매우 시사적인 사고틀을 제공하고 있다는 점에서 큰 의미가 있다. 법관의 한 사람인 토론자는, 그동안 흐릿하던 것이 일목요연하게 정리되었다는 느낌을 받았다. 법관들은 거의 본능에 가깝게 살인죄에 대하여는 그

범행동기가 무엇인지에 대하여 궁금해 하고 그 범행동기를 가장 중요한 쟁점으로 삼아 심리하게 된다. 이것은 법률전문가로서 훈련을 받는 과정에서 당연히 형성되는 습관이 아니다. 사실 법관이 아니라 어느 누구라도 살인 사건을 접하게 되면 동일한 접근방법을 사용할 것이다. 전문위원 보고서에서 적절하게 조사된 바와 같이, 국민참여재판에 관여한 배심원들의 권고안도 범행동기를 우선하는 양형기준과 상당 부분 일치한다는 점에서 그것이 소위 법률엘리트들에게만 한정된 기준이 아니라는 것을 금방 알 수 있다. 법관들 각자가 초임시절부터 어떠한 양형기준을 가졌던 것은 아니다. 합의부 구성원으로서 선배인 재판장의 조력을 받아서 기준을 하나하나씩 형성하게 되는데, 범행의 동기를 가장 중요한 양형인자로 생각하면서 형량을 정하려는 경향을 보인다. 따라서 실증조사 결과가 살인의 동기에 따라 유의미한 차이를 보였다는 것은 전혀 이상한 것은 아니다. 그렇게 본다면 위 양형기준은 법실제와 당위를 가장 적절하게 반영하고 있다고 할 수 있다.

다만 '범행동기'는 범죄자의 주관적 영역에 속하는 부분이므로 양형심리 과정을 통하여 이를 밝혀내는 것이 반드시 용이하지는 않고, 자칫 실무상 양형심리부담을 가중시키는 요인이 될 소지도 있다. 따라서 주관적 요소인 '범행의 동기'를 양형기준매뉴얼 등을 통하여 최대한 객관화하는 작업이 반드시 필요하다고 생각된다.

3. 양형인자 분류의 적정성

양형인자 하나하나에 점수를 부여하거나 차등화된 등급을 부여하는 계량화된 양형인자 구분방식을 취하지 않고, 매우 중한 양형인자를 특별양형인자로, 그보다 중하지 않은 양형인자를 일반양형인자로 구분하여 그 취급을 달리하는 것은 매우 타당하다고 생각한다. 또한 특별가중요소와 특별감경요소 사이에 일정한 평가 원칙을 제시하여 이에 따라 최종적으로 선고형을 결정하도록 하는 것 역시 매우 기발하다. 각 양형요소 역시 실증적 연구를 통하여 종래 판결의 양형인자를 망라적으로 추출한 것으로 보인다. 다만 특별인자와 일반인자를 절대적으로 구별할 수 있는 명확한 기준을 정하기는 매우 어려우므로 양형기준에서는 이러한 측면을 고려하여 특별인자와 일반인자의 구분으로 인하여 발생할 수 있는 양형상 문제점을 완화시킬 장치가 필요하다고 생각한다.

또한 각 양형요소가 지나치게 추상적인 면이 있어서 그 해당 여부에 대하여도 다시 해석의 여지를 남겨 놓지 않았는지 하는 의문이 있다. 예컨대, 오랫동안 가정 폭력에 시달려 왔으나 당일은 특별히 피해자의 폭력이 없었음에도 그동안의 고통이 떠올라 갑자기 피해자를 살해한 경우, 어릴 적 성폭력 피해의 상처를 안고 살아가던 사람이 수십 년이 지난 후에 그 성폭행 범인을 찾아

가 살해한 경우, 위와 같은 선행범죄가 피해자유발(강함)에 포함될 수 있는지에 대하여는 논란의 여지를 여전히 남겨두고 있지 않나 하는 생각이다.

4. 집행유예 기준의 적정성

모든 범죄에 대하여 일반적으로 적용되는 집행유예기준이 아니라 각 범죄유형별로 각각의 집행유예 기준을 설정한 이유에 대한 전문위원 보고서의 논거는 타당하다. 물론 집행유예는 근본적으로 재범의 방지라는 목적을 달성하기 위한 것으로서 행위자적 요소가 중시되어야 한다는 점에서 모든 범죄에 통용되는 원리가 존재한다는 것을 부인할 수 없다. 그러나 집행유예가 선고되면 구속되어 있던 피고인은 곧바로 풀려나고, 불구속 피고인은 형이 선고되었음에도 아무런 생활의 변화가 없거나 반대로 엄청난 신분상의 변화(예컨대, 피고인이 공무원인 경우)를 가져온다는 점에서 집행유예 선고에서 책임의 요소를 간과할 수 없다. 따라서 각각 범죄마다 집행유예 기준과 양형인자는 달라질 수밖에 없다고 본다.

다만 집행유예 여부는 피고인뿐 아니라 일반 국민들이 가장 크게 관심을 가지는 부분이므로 형종 및 형량의 기준에서와 유사한 복수 집행유예 고려요소의 평가원칙을 제시함으로써 집행유예 여부를 보다 명확하게 예측할 수 있도록 하는 방안도 고려할 필요성이 있지 않는가 생각된다.

Ⅲ. 질문

1. 질문 1

'범행동기'가 살인범죄 유형을 결정하는 요소가 됨에 따라 향후 살인범죄에 대한 양형심리 과정에서는 '범행동기'가 중요한 심리 대상이 될 것으로 보인다. 그런데 '범행동기'는 범죄인의 주관적 요소에 해당하므로 심리 과정에서 상당한 어려움이 예상되는데, 이를 해결할 수 있는 방안은 어떠한지?

2. 질문 2

이번 양형기준안은 살인죄에 대한 그동안 막연하였던 양형요소들 사이에 그 경중에 따라 질서를 부여하고 각 양형요소에 따라 상당히 축소된 양형한계를 설정함으로써 법관의 재량 폭이 대

폭 축소되고 살인죄 양형의 예측 가능성을 획기적으로 높이게 되었다고 평가할 수 있다. 그러나 일부에서는 여전히 미흡하다고 생각할지 모른다. 사실 제1유형만 하더라도 하한 3년부터 상한 7년까지 4년이라는 공간이 존재하고, 각 유형 내에서 다시 세분화된 기준(감경, 기본, 가중)에 의하더라도 2년 또는 3년의 여유가 존재하므로 예측 가능성이 상대적으로 높지 않다는 지적이 있을 수 있는데 이에 대한 의견은 어떠한지?

3. 질문 3

특별양형인자와 일반양형인자를 구별함에 있어서는 절대적 기준을 세울 수 없을 것으로 보이고, 양형위원회 내부적으로도 규범적 평가에 의한 조정도 상당히 있을 것으로 보인다. 특별양형인자와 일반양형인자의 구분으로 인하여 발생할 수 있는 양형상 문제점을 완화시킬 장치는 양형기준안에 반영되어 있는지?

4. 질문 4

양형기준안에서 제시한 양형인자 중에는 '피해자 유발', '계획적 범행' 등과 같이 해석 또는 개념 정의가 필요한 양형인자가 있는데, 이러한 양형인자의 의미는 어떤 방법으로 명확하게 할 예정인지?

5. 질문 5

집행유예 기준을 보다 명확하게 하기 위하여 형종 및 형량기준에서 제시한 것과 유사하게 복수의 집행유예 고려요소를 평가하는 원칙을 제시할 수도 있을 것으로 보이는데, 형종 및 형량기준과는 다소 다른 평가원칙을 제시한 이유는 무엇인지?

6. 질문 6

금번 양형기준에 의하면, 살인미수죄에 한하여 집행유예 기준으로 제시하고 있는데, 사실 운영지원단이 조사한 과거 3년간 제1심 선고형량 분포를 보더라도 살인죄에 대하여 17%가 집행유예가 선고되었고, 그것은 꼭 살인미수만을 의미하지는 않는 것으로 보인다. 따라서 살인미수 뿐만 아니라 살인죄에 대하여도 집행유예를 선고할 수 있는 기준을 제시할 수는 없는지.

뇌물범죄 양형기준안 지정토론문

한상희 (건국대학교 법과대학 교수)

Ⅰ. 관점

공직부문에 있어서의 부패는 공적 재화를 사적으로 거래한다는 비행의 수준을 넘어 국가·공적 작용을 사적인 이익에 종속시키고 그 결정의 과정을 사유화한다는 점에서 근대국가의 작동원리 자체-공공성-를 본질에서 부인한다.

물론 근대화의 과정에서 관료주의의 경직성은 부패를 조장하는 하나의 요인이 되기도 한다. 지나치게 국가중심적인 의사결정체계를 이루고 있는 사회에서 관료들이나 정책결정권자에게 실질적인 결정권이나 재량권이 부여되어 있는 경우 이들의 업무를 촉진하는 "윤활유"로서 부패의 기능성을 말하는 경우도 있다. 일부 경제학자들은 뇌물 특히 급행료등은 부가가치가 큰 업무부터 처리되도록 함으로써 나름의 가치생산에 기여한다라는 보고를 내어놓기도 한다. 과거 우리나라의 급속한 경제성장은 그 주요한 증빙자료로 이용되기도 하였다.

하지만, 그럼에도 불구하고 이러한 급행료의 윤활유기능은 장기적으로는 엄청난 역효과를 야기하게 된다. 공적 역무가 하나의 상품으로 전이되는 과정에서 공무원들은 이렇게 '판매될 수 있는 상품'을 과다생산하게 되기 때문이다. 즉 과잉규제는 필연적인 부산물로 등장하게 되고 이를 바탕으로 국가-자본의 유착에 의한 투자의 왜곡, 분배의 왜곡현상이 나타나기 때문이다.[1)]

그러나 무엇보다도 중요한 폐해는 국가기능의 사유화이다. 즉, 공적 가치가 사적 가치에 종속되게 되고 공적 과정이 사적 연계에 의하여 대체되는 국가해체가 이루어지는 것이다. 그것은 공무와 정부, 나아가 국가 전체에 대한 국민의 신뢰를 저하시키고 의사결정의 과정을 왜곡시킴으로써 국가의 정통성을 침해하는 동시에 민주주의와 국민주권-자기지배-의 틀까지 훼손한다. 아울러 공직의 부패는 경제성장이나 자본축적의 과정에까지 영향을 미쳐 그 성장을 저해하거나 혹은 가치배분의 과정의 심각한 왜곡현상을 야기하여 사회정의의 장애로 작용하기도 한다.[2)]

우리 사회가 민주화되면서 공무원의 뇌물수수행위에 대한 처벌수준에 대하여 사회적 관심이 높아지고 그에 부착된 전관예우, 유전무죄·무전유죄 등에 대한 치열한 비판이 뒤따르게 되는 것

1) 특히 부패는 재정과정에 관한 의사결정을 왜곡시켜 국가재정의 효율성을 극도로 침해한다. 과다한 재정계획과 항목설정, 비효율적 운영, 공공투자의 왜곡 등을 초래하는 것이다.

2) Mauro, Paolo. (1995). "Corruption and Growth," Quarterly Journal of Economics, 110(3):681-712

은 바로 이런 우려의 표현일 따름이다. 실제 뇌물과 관련한 행위들은 '거래자'들간의 사적 합의와 비밀스런 행위로 이루어지기 때문에 그 적발이 어려울 뿐 아니라 적발된다 하더라도 당사자들의 진술 수준을 넘어서는 행위들을 추가로 찾아내기 어렵다. 또한 그 피해 역시 공적 역무의 특성상 불특정다수에게 분산되어 직접적인 피해자를 특정할 수도, 그 피해의 정도를 측정할 수도 없는 어려운 양상을 보인다. 이러다 보니 경우에 따라서는 법원의 온정주의 혹은 검찰의 편의주의 등이 겹치면서, 파면 등의 공직으로부터의 추방을 전제로 한 집행유예 수준에서의 처벌이 일상적인 것이 되어 버리고 만다.[3)]

문제는 이러한 느슨한 뇌물죄 처벌수준은 되려 뇌물의 일상화 내지는 뇌물의 확장을 야기할 수도 있다. 뇌물은 대체로 일정한 댓가를 전제로 이루어지는 (당사자의 수준에서는) 일종의 투자라고 할 수 있다. 세계개발기구의 보고처럼 뇌물거래의 적극적 결과를 예측할 수 있는 정도가 높을수록 뇌물거래가 증가하는 양상을 보이는 것은 당연한 일이다. 특히 우리나라처럼 뇌물거래를 하더라도 적발될 가능성이 적고, 적발되더라도 처벌될 가능성이 적고, 처벌되더라도 그 정도가 심각할 가능성이 적은 경우에는 더욱 그러하다.

이번에 양형위원회에서 제시한 뇌물죄의 양형기준안은 이 점에서 의미있다. 그것은 그 타당성의 여하를 떠나 그 존재만으로도 의미를 가지기 때문이다. 과거 개발독재시절부터 계속되어 왔던 성장드라이브정책의 조급증이 야기한 법경시현상, 관료주의적 편의주의, 결과중심의 사고방식 등에 온정주의적 법집행의 관행들이 결합하여 결과한 우리 공직사회의 부패관행들을 적어도 그 한 고리를 차단함으로써 나름으로 시정할 수 있는 틀을 제시하고 있기 때문이다. 즉, 이 양형기준안은 뇌물거래의 결과에 대한 소극적 예측가능성을 부여함으로써 우리 사회에서 이미 구조화의 수준에까지 이르고 있는 뇌물거래의 현실을 조금이나마 타개할 수 있는 계기가 되고 있다는 것이다. 물론 문제는 그 효과성이겠지만 말이다.

II. 양형기준안에 관하여

1. 현행 뇌물죄 양형상의 문제점

통상 우리 법원에서 뇌물죄에 대한 양형판단에 있어서의 문제점으로 지적되는 것은 다음과 같

3) 김소영, 뇌물죄 양형기준안, 2008에 의하더라도 뇌물수수의 경우 67%가 집행유예로 종결되었다. 이 중 특가법의 적용을 받는 경우를 제외하면 77.7%의 집행유예율을 보이고 있으며 수뢰후 부정처사의 경우에는 무려 80%에 이른다. 11면 참조.면 77.7%의 집행유예율을 보이고 있으며 수뢰후 부정처사의 경우에는 무려 80%에 이른다. 11면 참조.

4) 장유식, 뇌물죄, 이런 양형기준을 원한다, 참여연대 한국성폭력상담소 공동주최 토론회 자료집, 뇌물/배임횡령/성폭력 범죄 - 바람직한 양형기준을 말한다. 2008.10.2, 2-4면 참조.

다.[4]

① 과중한 법정형 : 우리 형법 제129조 이하의 뇌물죄관련규정들에서 정하고 있는 법정형뿐 아니라 특정범죄가중처벌등에관한법률의 법정형이 지나치게 높아 실효적인 구속력을 갖지 못하고 있다. "뇌물수수를 엄중하게 처벌하여 공직자의 부패를 방지하고자 하는 목적을 가진 위 조항들은 죄형법정주의에 위배된다고 의심될 정도의 비합리적인 형벌범위를 규정하고 있다는 비판을 받고 있다."는 것이다. 실제 이렇게 과도한 법정형의 하한규정은 법관들에게 과도한 부담으로 작용하고 있으며 이에 따라 "법관들은 과중한 법정형의 하한규정 때문에 오히려 실형 대신에 집행유예를 선고하는 경우가 발생하게 된다."고 한다. 즉, 지나치게 과중한 형법이 규정되어 있음으로 인해 그 법의 집행과정에서 현실과 적절히 타협하도록 법관을 심리적으로 강제하게 되는 결과만이 야기되고 있을 뿐이라는 것이다.

그러나 엄밀히 보자면 이러한 과중한 법정형은 관료주도형의 개발독재체제를 거쳐 오면서 우리 사회가 그 폐해에 대하여 깊은 반성을 한 결과라고도 할 수 있다. 입법자가 뇌물수수가 국가작용 전반에 미치는 영향이 막중함을 인식하고 그에 대한 엄정한 처단을 하겠다는 입법판단의 결과인 것이다. 법관의 재량권에 관한 한 가장 우호적인 입장을 보이던 헌법재판소조차 뇌물죄의 법정형이 징역형과 자격정지에만 한정되어 있음에 대해 합헌판결을 내린 것 또한 이러한 입법자의 판단을 존중한 것이 된다(헌법재판소 2008. 5. 29, 2007헌바18). 문제는 이러한 법정형 자체가 집행되는 과정에서 법관들이 입법자의 의사를 자신의 주관적 판단에 의해 대체하였다는 점에 있다.

② 과도한 집행유예 선고율: 전술한 바와 같이 이 점은 우리 법원의 고질적 폐단이다. 뇌물죄가 야기하는 해악의 중대성에 비하고 우리 법원이 가하는 처벌이 지나치게 적다는 점이 문제로 나타난다. 전술한 법정형에는 턱없이 못 미치는 법원의 처벌은 "유권무죄, 무권유죄"의 비아냥의 원인을 제공할 뿐 아니라 우리 법원의 양형기준에 대한 불신의 원인이 되기도 한다. 특히 이러한 "선처" 혹은 집행유예선고의 이유가 판결문 등에서 제대로 적시되지 못함으로써 뇌물의 대상이 되는 국가작용의 공정성 뿐 아니라 당해 사건의 판결, 나아가 사법작용 전반의 투명성과 공정성, 객관성에 대한 일반인의 회의 내지는 의심의 원인을 제공한다.

③ 과도한 특별예방적 양형: 이러한 완화된 처벌의 배경에는 "수뢰공무원이 이미 징계처분을 받았다"거나 "공무원직에서 당연퇴직하기 때문에 재범위험이 없다"라는 판단이 깔려 있다 소위 특별예방적 수준에서 더 이상의 범죄의 위험이 없기 때문에 중한 처벌의 필요가 줄어든다고 보는

것이다. 이러한 온정주의적 판결 자체가 우리 공직사회에서 부패관행을 구조화한다는 점을 간과하고 형벌의 일반예방적 측면을 무시하고 있는 셈이다. 뿐만 아니라 뇌물행위의 구조를 단순히 수수자와 그들에 관련된 공무 수준에만 한정하고 있다는 비판도 가능하다. 그 뇌물행위로 인하여 훼손되는 국가적 의사결정과정 자체의 왜곡은 판단의 대상이 되지 못하고 있는 것이다.

2. 양형기준-총론

이런 현실에서 "형벌목적을 달성하고 형사법적 정의를 이루기 위한 형사절차"를 담보하는 양형기준은 적어도 세 가지의 요건은 충족하여야 할 것이 요구된다.

① 법관의 양형재량권의 제한: 이 점은 두 가지의 측면을 포함한다. 법관의 양형판단이 객관적이고 예측가능한 수준에서 이루어져야 한다는 점이 그 하나이며, 법관의 양형판단이 일반인의 정의감정·법의식에 비추어 납득할 수 있는 것임을 소명하여야 한다는 것이 그 둘이다. 전자에 대하여는 현재의 양형기준안이 나름의 고려를 하고 있어 별론을 요하지 않는다. 후자의 경우는 양형기준의 존재와 관계없이 법관은 왜 이 사건에서 이러한 양형판단이 이루어졌는지 그 이유와 판단의 근거를 일반국민을 향하여 설명하고 그들의 (잠재적) 이해를 구하여야 할 의무가 있다.[5]

② 공직신뢰의 파괴에 대한 엄벌의 필요성: 뇌물죄는 공직에 대한 국민적 신뢰를 훼손할 뿐 아니라 공무의 집행 자체를 사유화하고 공적 재화의 분배를 왜곡한다. 따라서 그 죄질은 여타 범죄에 비하여 막중하다 할 수 있다. 이에 뇌물죄에 대한 엄벌의 요청은 법과 정의에 기반한 법치의 실현뿐 아니라 경제성장과 사회정의의 구현을 통하여 선진사회로 나아가고자 하는 우리 시대의 과제이기도 하다. 이 점은 또다시 양형기준의 고려사항이 보다 확대될 것을 요구한다. 즉, 지금까지는 뇌물의 거래당사자들 사이에 존재하는 사실관계들을 중심으로 양형판단이 이루어져 왔으나 이제는 그 수준을 넘어서서 그러한 행위들이 국가작용 전체 혹은 사회 전반에 대하여 미치는 영향까지도 적극적이고 의미 있는 양형요소로 공식화되어야 할 것이다.

③ 주관적 양형요소에 대한 제한: 우리 법원의 온정주의적 양형판단의 주된 요인이 피고인의 주관적 사항에 대한 지나친 관심이다. "공직사회에 오랫동안 근무한 경력", "반성", "개전의 정", "징계를 받음", "국회의원의 직에서 물러남" 등 뇌물죄의 보호법익을 실천함에 있어 그 의미와

5) 재판의 공개라는 헌법명령은 이러한 사법의 민주화를 향한 요청이기도 하다.

효과성을 제대로 검증받지도 못한 주관적 요소들을 양형판단의 자료로 포섭함으로써 법관의 양형판단 자체가 법선언이라기 보다는 법관의 개인적인 가치판단의 수준에 머무는 현상도 야기하게 된다. 그리고 바로 이 점이 뇌물죄에 대한 사법불신을 야기하는 주된 요인이 되기도 한다. 요컨대, 이러한 주관적 양형요소는 가능한 한 통제하는 것이 바람직하며 설령 그것이 양형인자로 고려될 필요가 있다 하더라도 그 의미와 포섭기준, 방법 등이 가능한 한 명확하게 규정되어야 할 필요가 있다.

이런 점을 감안한다면 양형위원회가 제시한 뇌물죄의 양형기준안은 상당히 긍정적인 평가를 받을 만하다.

우선 양형기준 자체의 존재목적이기도 하겠지만, 그것으로 지금까지 지나칠 정도로 광범위하게 인정되어 왔던 법관의 양형재량권이 유효하게 통제될 수 있다는 점에서 제1차적인 순기능을 기대할 수 있다. 뿐만 아니라 양형기준안에서 제시되고 있는 제반의 양형인자들이 나름의 특정성을 가지고 있어 상당히 많은 부분 법관의 양형판단에 대한 예측가능성을 확보할 수 있게 되어 있다.

둘째, 형량의 기준이 명확히 설정되어 있음으로써 지나친 온정주의의 발생가능성을 차단하고 있다는 점에서도 뇌물죄를 엄단하겠다는 우리 입법자의 의지가 유의미하게 구현되고 있다. 즉 모든 뇌물수수행위에 대하여는 별다른 감경사유가 없는 한 기본적으로 1년 이상의 징역형에 처해지게 되고(따라서 선고유예의 가능성이 차단되는 셈이 됨), 3,000만원 이상의 경우에는 3년 이상의 징역형이 예정되어 있어 집행유예의 가능성까지도 차단된다.

셋째, 주관적 양형요소는 상당한 수준으로 한정되어 있어 과거와 같은 이현령·비현령식의 폐단이 나름으로 교정될 수 있는 여지를 마련하고 있다. 특히 "신분상실이나 사회적 명예실추", "징계처분" 등을 집행유예를 위해 고려해서는 아니되는 요소로 특정함으로써 이러한 문제를 적극적으로 제거하고자 노력하고 있다.

하지만, 그럼에도 불구하고 총론적인 수준에서는 다음과 같은 세 가지의 한계를 안고 있다.

첫째, 양형기준안의 작성과정 자체가 과거의 양형사례들에 대한 분석으로부터 출발하다보니 과거의 폐단을 시정하기보다는 오히려 그것을 반복재생산하는 수준에서 자유롭지 못하다는 평가가 가능해진다. 그 대표적인 예가 형량의 기준으로 형법상의 뇌물죄가 적용되는 3,000만원 미만의 뇌물수수의 경우 법정형은 5년 이하의 징역이나 형량기준안에는 별다른 감경·가중인자가 없는 경우(즉,"기본"에 해당되는 경우) 「1년-3년」의 징역형에 처해지게 되어 있다. 법정형 자체가 다

양한 양형인자를 고려할 것을 염두에 두고 만들어졌고 따라서 "가중"인자가 없는 한 나름으로 경한 형벌을 가하도록 하는 것이 입법자의 의사라고 보더라도 이는 '실질적인 사법입법'에 해당한다. 특히 가중인자를 감안하더라도 「1년 6월-3년 6월」로 정하고 있는 것은 이러한 우려를 가중한다. 환언하자면 뇌물죄의 국가적·경제적·사회적 폐악에 대한 사법부의 새로운 인식과 그에 상응하는 새로운 형량기준이 요청된다는 것이다.

둘째, 뇌물수수의 구조를 지나치게 당사자 중심으로 한정하고 있다. 즉, 그 뇌물수수로 인한 국가과정의 왜곡과 그로 인한 피해의 정도를 감안할 수 있는 양형인자가 눈에 띄지 않는다는 것이다. 예컨대, 다른 인자가 동일하다 하더라도 국가기밀을 누설한 행위와 구멍가게 영업허가를 해준 행위의 죄질은 같을 수가 없다고 보는 것이 일반적인 정의감정이다. 그럼에도 불구하고 이를 감안하거나 고려할 수 있는 양형인자가 별도로 설정되어 있지 않다.(아마도 이 역시 앞서 언급한 것처럼 과거의 양형사례들에 집착한 결과가 아닌가 한다). 실제 이 점은 미국의 양형기준(공청회 자료집 155면)에서도 "뇌물액"뿐 아니라 "뇌물에 대한 대가", "공무에 대한 피해" 3가지 중 최고 금액이 얼마 이상이면 가중하고 있으며, 아울러 "범행이 선거직 공무원이나 정책결정 또는 기밀을 다루는 고위공무원과 연관되어 있을 경우"에도 가중하고 있음에서도 잘 알 수 있다. 이는 단순히 국가적 피해에 비례한 응징이라는 점뿐 아니라, 중요한 국가업무를 다루고 있는 자에 대한 일반예방적 효과와 더불어 그들에게 부과되고 있는 업무상의 책임에 대한 배신이라는 점까지도 고려된 것이라고 볼 수 있다.

셋째, 여전한 주관적 양형기준이 문제적이다. 양형기준안은 집행유예 참작사유중 일반참작사유로 "장기간 근무(20년 이상)", "피고인 중병", "피고인의 구금이 부양가족에게 과도한 곤경을 수반" 등의 요소를 남겨두고 있다는 점은 그리 바람직해 보이지는 않는다.

3. 양형기준-각론

그 외에도 몇 가지 점에서 약간의 우려사항이 존재한다.

① 형량기준의 기준이 되는 뇌물수수액이 지나치게 많은 금액으로 책정되어 있다. 실제 특가법의 적용대상이 3천만원 이상이라는 점을 감안한다면 일반형법의 적용대상은 최소한 1천만원 수준에서 구획되어야 할 필요가 있다는 것이다. 즉, 1천만원 미만과 1천만원 이상 3천만원 미만이

라는 두 개의 구간은 구분될 필요가 있다. 이 지점에서 미국의 형량기준이 고려된 것으로 보이기는 하지만, 이 역시 문제적이다. 뇌물수수금액의 명목상의 가치만을 고려할 때에는 어느 정도 미국의 형량기준과 우리의 기준안이 일치하는 모습을 보이지만 양국간의 국민소득의 차이를 고려한다면 이러한 형식적 일치성은 실질적으로 우리 기준안의 관대함을 드러내는 반증자료에 지나지 않는다. 즉, 미국과의 소득차이를 감안하면 우리의 형량기준을 위한 뇌물수수금액은 최소한 절반 이하로 줄어 들어야 한다.

② 형량의 기준에서 그 상한과 하한 사이의 간격이 지나치게 넓어 이 부분에서 보이지 않는-양형판단의 이유나 기준이 전혀 제시되지 않는- 법관의 재량여지가 확장되는 결과를 야기하고 있다. 즉, 1억원 미만의 뇌물수수의 경우 1년에서 2년에 이르는 형량선택의 여지를 마련하고 있고 1억원 이상의 경우에는 3년의 선택여지를 제공하고 있어 양형인자에 대한 아무런 설시도 없이 혹은 그러한 양형판단의 이유를 제시하지 않고서도 최대 3년의 차이를 보이는 양형 결정을 할 수 있도록 하고 있다.

③ 일반양형인자중 감경요소로 "초범"을 제시하고 있음은 실질적으로 거의 모든 뇌물수수공직자에 대하여 감경할 수 있는 여지를 마련하고 있음을 의미한다. 실제 뇌물수수로 인하여 기소될 정도라면 그 공무원은 상당한 경우 해임 이상의 중징계에 처해지게 되며 이는 원천적으로 재범의 가능성을 박탈하는 것이 된다(물론 선거직 공무원은 예외이겠지만). 이 점에서 초범을 감경할 것이 아니라 오히려 재범 이상을 가중처벌하는 양형기준이 필요하다.

④ 가중요소로서 "3년 이상 장기간의 뇌물수수"를 제기하고 있는바 이는 너무 가중된 요건이 아닌가 라는 판단이 들 수 있다. 실제 상당히 많은 경찰행정업무들이 행정상대방과의 지속적이고 반복적인 접촉을 전제로 하고 있고 이 과정에서 정기적인 뇌물수수관행이 일반화되고 있는 경우가 적지 않다. 즉, 뇌물 수수 자체가 하나의 관행으로 구조화("제도화")되어 있는 것이다. 이럴 경우 전임자의 뇌물수수관행에 따라 신임자가 그에 이어 1회의 뇌물을 받았다 하더라도 그것은 재범·누범 이상의 죄질을 표현하는 셈이 된다. 따라서 이 부분에서 중요한 양형요소로 고려되어야 할 것은 "3년 이상 장기간의 뇌물수수"뿐 아니라 '정기적인 뇌물수수' 내지는 '관행화된 뇌물수수에의 참여'이기도 하다.

⑤ 우리나라의 뇌물수수에 있어 중요하게 고려하여야 할 구조 중의 하나가 상납의 관행이다. 하급직 공무원이 뇌물을 받아 상급직 공무원에게 어떠한 형태·명목으로든 그것을 상납함으로써 뇌물수수구조를 계층화·조직화할 뿐 아니라 이 자체를 공적으로 구조화하는 양상이 비일비재한 것이다. 그리고 이를 통하여 뇌물수수를 관행화하고 그 조직의 굳건한 아비투스로 고정시키는 한편, 자신의 뇌물수수에 대한 보험의 기능까지 기대하게 된다. 따라서 이러한 부분에 대한 양형가중의 방안을 고려할 필요가 있다. 즉, 뇌물수수관행의 구조화를 막기 위해서라도 상납의 문제는 어떠한 형식으로건 양형인자로 포섭될 수 있는 방안을 강구하여야 할 것이다.

⑥ 기준안은 가중요소로 "뇌물사용용도가 개인용일 경우"를 가중요소로 하고 있다. 물론 그 취지를 이해하지 못할 것은 아니지만, 역으로 해석할 경우 뇌물을 받아 공적으로 이용한 때에는 그래도 개인용으로 사용한 것보다는 낫다 라는 인식을 야기한다. 실제 뇌물은 그 사용처가 어떻게 되든 관계없이 그 죄질은 동일한 것으로 보아야 한다. "공적인 것" "공용인 것"의 판단은 입법자 혹은 재정의 배분자가 할 일이며 뇌물을 수수하는 공무원이 할 것은 아니기 때문이다.

⑦ 업무관련성의 판단기준에 있어서도 약간의 보완필요성이 있다. 업무관련성이 높은 경우 가중요소가 되어 있지만, 이 업무관련성을 "실질적 결정권한"으로 한정하고 있다는 점에서 문제적이다. 오히려 사실상의 결정권력까지도 포괄하여 "실질적 영향력" 정도로 규정하고 이의 구체적인 판단기준을 별도로 제시하는 것이 타당한 것으로 보인다. "실질적 결정권한"을 가진 공무원에 대하여 지휘·감독권 등으로 실질적 영향을 행사할 수 있는 경우도 적지 않기 때문이다. 특히 국회의원이나 고위직 공무원의 뇌물수수행위가 가지는 죄질을 감안할 때 이러한 개념확대의 필요성은 더욱 강화된다.

⑧ 집행유예의 결정인자 중 뇌물공여죄에서 "소극가담"의 예로 "상사의 지시등"을 제기하고 있음은 그리 적절해 보이지 않는다. 상사의 지시는 거부하여야 할 의무가 있기 때문이다. 오히려 강압적인 분위기에서 자유로운 의사결정이 사실상 불가능한 경우 등으로 한정할 필요가 있다.

⑨ 복수 집행유예 결정인자의 평가원칙의 경우에도 긍정사유와 부정사유의 상대적인 우위만으로 판단하게 한 것도 문제가 있다. 네 가지의 원칙 외에 부정사유가 일정 개수 이상이라면 긍정사유가 아무리 많다 하더라도 집행유예를 선고할 수 없도록 한정하는 기준을 추가할 필요가

있다.

〈별첨〉 뇌물죄 판결문에 나타난 감형사유 분석

○ 조사자 : 참여연대 사법감시센터

○ 대상 : 뇌물죄로 언론보도된 전 현직 공직자 중 1심 판결문이 취합된 22명

감형사유가 기록된 19건의 감형 사유 세부 분석	감형사유가 기록된 19건 중 - 사회발전에 힘써온 점 고려 42.1% (8건) - 피해액 변제 89.4% (17건) - 범죄전력이 없음 57.8%(11건) - 반성하고 있음 21% (4건) - 나이와 건강에 대한 고려 42.1%(8건)
감형사유 중 '사회발전에 기여' 항목에 대한 세부적 열거사례	- 오랜 기간 도시계획 분야의 교직 및 공직에 있으면서 전문가로서 사회에 이바지한 점(전 지자체 부시장) - 더 이상 국회의원을 할 의사가 없다는 점 (전 국회의원) - 민주화를 위하여 오랜 기간 헌신하여 온 점(전 국회의원) - 약 33년의 공직생활 동안 국가를 위해 나름대로 헌신하여 청조근정훈장, 녹조근정훈장 등을 수여받은 사정(전 금감위원장) - 오랜기간 국회의원으로 공직에 봉사, 특히 이 사건으로 낙선해 정치적 심판을 받음(전 국회의원) - 금감위 위원장, 금융감독원 원장을 비롯한 약 33년의 공직생활 동안 국가를 위해 나름대로 헌신하여 청조근정훈장, 녹조근정훈장 등을 수여받은 사정(전 금감위원장) - 군수로서 지역사회 발전에 기여해 온 점(전 군수)

뇌물범죄 양형기준안 지정토론문

신현호 (변호사)

Ⅰ. 시작하며

변호사입장에서는 양형의 편차가 클수록 사건수임에 도움이 된다. 양형이 계량화되어 객관적으로 예견가능하면 변호사의 역할이 줄어든다. 자동차손해배상소송수임건수가 과실유형의 계량화에 따라 손해배상예정액이 객관적으로 예측가능해지면서 대폭 줄어든 사례를 들 수 있다. 법원이나 검찰은 구체적 타당성을 결여한 결정이 내려질 개연성, 재량축소 등의 우려를 나타낸다.

법조계가 적극적으로 찬성하지 않음에도 불구하고 양형기준을 만들려는 동기는 '더 이상 국민으로부터 사법불신이 커져서는 아니된다'는 우리나라의 특수한 상황에서 시작되었다고 본다. 따라서 양형기준의 합법성, 합리성도 중요하지만 '어떻게 만들면 국민이 사법기관을 믿을 것인가'하는 국민의 법감정만족에도 관심을 가지지 않을 수 없다.

굳이 뇌물죄의 보호법익이 불가매수성설이냐 신뢰보호설이냐를 따지지 않더라도 법의 지배라는 현대국가의 근간을 흔드는 국가범죄로서 일반범죄와는 구별하여야 했지만, 그동안 일반범죄에 비하여 오히려 온정주의적 판결이 적지 않았다. 이로 인하여 국민 일부 중 공무원에게 뇌물을 주면 인허가를 받아 내고, 심지어는 피의자와 피해자를 바꿀 수도 있다고 생각하는 사람이 없다고 할 수 없다. 만약 공무원 중 한명이라도 '뇌물 받고 걸릴 확률이 교통사고 당할 확률보다 적다. 걸리면 재수 없을 뿐이다.'라고 믿고 있다면 법치주의는 위협받을 수밖에 없다.

뇌물죄를 범한 자들은 법조윤리적인 입장에서도 많은 문제가 있다. 범인 자신처럼 판사나 검사도 돈으로 매수할 수 있다고 생각하는 경향이 강하다. 뇌물죄로 수사나 재판받는 자 중에는 변호사에게 준 수임료의 몇 배 되는 돈을 들고 와서 판검사에게 로비해달라고 떼쓰기도 한다. 이 때문에 변호사의 조력을 받기 이전에 검사나 판사에게 로비할 수 있는 법조브로커를 찾는 사례가 있다. 변호사를 선임할 때도 이른바 전관출신변호사를 찾아다님으로써, 법조계 내부에서는 이미 사라졌다고 할 수 있는 전관예우관행을 법조계 밖에서 만들고 있다. 일부 변호사들은 이런 피고인심리를 이용하여 거액의 수임료를 받아 국민들로 하여금 법조계 전체의 불신을 초래하게 하고 있다. 이러한 현상은 뇌물죄에 대한 양형상 재량이 클수록 더할 수밖에 없다. 어떻게 해서라도 공무원신분을 유지하면, 수뢰자는 승진가능성, 월급여 및 퇴직금증가 등의 반대급부를 기대할 수

있다(증뢰자도 묵비하거나 증거인멸 등을 통해 수뢰공무원을 보호하면 의리 있는 사업가로 인식되어 공무원사회에서 지속적 유대관계를 가질 수 있기 때문에 역시 브로커나 전관변호사를 찾아다니면서 증뢰자체를 부인하거나 증뢰액을 최소화하는 진술로 사건종결을 유도하려고 한다).

부패의 고리를 차단하기 위하여 양형의 객관화와 엄격 처벌이 필수적이다. 과거 우리나라 국민 중 90%가 넘게 기생충에 감염되었다. 이는 「배추밭에 기생충 든 인분비료사용→배추잎에 기생충알 묻게 됨→김치제조→기생충알이 든 김치식용→기생충이 인체로 들어와 기생→그 기생충이 알을 낳아 배변시 배출→기생충 감염된 인분 다시 비료로 이용」 등의 감염고리가 연결되었기 때문이다. 당시 기생충퇴치운동을 범국가적 차원에서 시행되었고, 학교에서는 강제로 구충제를 먹이기도 하였으나 감염률이 크게 줄지 않았다. 그러나 화학비료가 보급되면서 기생충 감염된 인분을 사용하지 않게 되자, 이제는 기생충의 표본조차 구할 수 없을 정도로 감염률이 0%에 이르게 되었다.

뇌물죄는 입장의 비호환성이라는 특징을 가지고 있다. 살인죄나 성범죄는 모든 국민이 잠재적 가해자 겸 잠재적 피해자이나, 뇌물죄(수뢰)는 잠재적 가해자 지위에 들어설 개연성이 없어 이에 대한 사회적 비난성은 매우 높다는 점이 양형기준에 고려되어야 한다.

II. 양형기준안의 유형분류 또는 형량범위의 적정성

1. 유형별분류

현재 일선 실무상 500만원 이상을 입건하여 형사처벌하고 있다. 뇌물죄는 뇌물수수액의 과다도 문제지만 뇌물을 받았는가 받지 않았는가의 윤리성이 근본적으로 중요하다. 수뢰액수가 적다고 하여 처벌가치가 없다는 것은 국민들 눈에 설득력을 잃는다. 전체 뇌물사건의 3/4에 이를 정도로 빈도수가 높은 제1유형을 다원화하고, 객관적인 양형기준을 마련하는 것이 바람직하다고 본다.

2. 형량범위 적정성

법원 재량을 줄이고, 국민들로 하여금 사법신뢰를 회복하기 위한 양형기준이 있어야 한다. 이를 위해 뇌물죄에 관하여서만이라도 양형테이블을 만들 필요가 있다고 생각한다.

현재 제1유형은 기본 1~3년, 제2유형 3~5년 등으로 일정한 형량을 재량으로 남기고 있어, 법률전문가인 검사나 변호사조차도 몇 년을 선고받을지 결과를 예측하기 힘들다.

뇌물범죄자는 물론 국민들도 양형테이블을 보고 미리 형량을 알 수 있게 된다면 선이 닿는 변호사를 찾아다니면서 거액의 수임료를 줄 이유도 없고, 법원에게 로비하겠다는 법조브로커의 터무니없는 큰 소리에 속아 사기당하는 피해자도 찾기 힘들어 질 것이다.

Ⅲ. 양형인자(특별/일반, 적극/소극) 분류의 적정성

양형인자도 규정으로 하나씩 한정적으로 열거하여 가감할 수 있도록 예측가능성을 사전에 부여하여야 한다.

1. 특별인자

수뢰관련 부정처사를 한 경우 가중처벌하는 것은 옳지만, 뇌물죄가 재산범죄도 아니고, 절도죄에서 피해품반환여부가 양형이 별다른 영향을 미치지 않는 예와 비교할 때, 수사개시전 뇌물반환한 경우 감경하는 것은 문제가 있다고 생각한다.

2. 일반양형인자

가. 감경인자

감경인자 중 적극가담과 소극가담을 구별할 필요가 없다고 본다. 양자의 구별이 모호할 뿐 아니라 소극가담자가 거절하였다면 적극가담자의 부정처사행위도 그만큼 줄일 수 있었기 때문이다.

나. 가중인자

첫째, 가중인자 중 뇌물관련 징계전력만을 적용하여야 한다. 공무원에 대한 비난중 하나가 소신껏 일하지 않고, 무사안일, 복지부동하게 공직활동을 하는 것이다. 뇌물과 관계없이 징계를 받은 경우까지 일률적으로 적용하게 되면 소신행정을 막을 수 있다.

둘째, 3년간 장기간 뇌물수수를 1년 이상의 뇌물수수로 강화해야 한다. 공무원이 3년 이상씩 같은 보직으로 근무하는 예가 많지 않아 가중요소로서 부당하다.

셋째, 3급 이상 고위공무원을 5급 이상으로 강화해야 한다. 실무급은 5급, 특히 지방공무원은 사무관과장급이 주로 담당하고 있어 실무자중심으로 낮출 필요가 있다.

IV. 집행유예 기준의 적정성

가장 중요한 양형요소가 집행유예를 붙이느냐 일 것이다. 국민여론조사에서도 집행유예비율이 67%에 이르러 지나치게 관대하다는 이유도 여기에 있었다.

양형기준에서는 집행유예가 가능하도록 제한할 필요가 있다.

첫째, 개별적 인자로 장기근무자를 집행유예사유로 보는 것은 재고하여야 한다. 장기근무하면서 부정부패를 계속한 경우가 적지 않다고 본다. 집행유예결정시 고려되어서는 아니 되는 요소 중 하나로 '신분상실'을 들고 있으면서 장기근무를 우대하는 것은 모순이다.

둘째, 소극가담과 적극가담을 구별할 필요가 없음은 이미 언급하였다.

셋째, 부양가족을 유예사유에 포함시키는 합리적 근거가 없다. 우리나라는 사회보장제도가 어느 정도 정착되어 있고, 만약 경제적 이유가 범죄동기로서 참작사유가 된다면 법원의 재량이 그만큼 넓어져 또 다른 불신을 낳게 할 수 있다.

V. 기타 양형기준 설정시 참고할 사항

직무집행의 공정성, 사회적 신뢰, 직무행위의 불가매수성 등을 보호법익으로 하고 있는 점에서 뇌물죄와 유사한 성격을 지닌 배임수(증)재, 변호사법위반 등 범죄유형도 뇌물죄 양형기준에 포함시키는 것을 적극 고려하여야 한다.

알선수뢰죄와 제3자뇌물교부(취득)죄의 경우도 역시 뇌물죄 양형기준에 따라 기준을 설정할 필요가 있다.

VI. 질의사항

첫째, 뇌물죄는 피고인이 일정한 수준의 동질집단이므로 인적 요소를 그리 다양하게 고려할 필요가 없는바, 기본형 3~5년 등으로 재량을 없애고, 도표와 같이 4년으로 단일형으로 하는 것이 예측가능성을 높이고, 법원과 검찰의 재량을 줄일 수 있다고 생각한다. 과거 행정처분의 재량성이 문제되자, 현재는 기속적 처분을 하고 있다. 예를 들어 음주운전 0.05-0.09%시 운전면허 100일 정지, 0.1%이상 운전면허취소, 허위진단서발급시 의사면허정지 3개월 등 확정처분을 하도록 정해져 있고, 이 기준에서 기소유예나 선고유예시 1/2을 감경해주도록 하여 행정공무원의 재량을 없앴다. 따라서 제1유형은 기본 1년 6월, 제2유형은 기본 4년 등으로 기준점을 명확히 하고, 다음 도표와 같이 170만원 단위로 1월씩 늘리는 양형기준을 마련한다면 검찰에 대하여는 170만원 이상

부터 기소를 사실상 강제하게 하여 징역 1월을 선고할 수 있다. 이를 기준으로 가감요소도 계량화하여 감경이나 가중사유가 하나씩 더해질 때마다 몇 %(1~12월)씩 가감하게 하여 뇌물을 받는 사람들에게는 자신이 어떤 처벌을 받을지 미리 알 수 있게 하고, 국민들도 예측할 수 있다면 국민의 눈높이를 충족시킬 수 있는 제도라고 생각하는데, 우리 법체계상 이러한 양형기준을 둘 경우 법적으로 어떤 문제가 있는가?

[도표] 양형테이블

구 분	감경	기본	가중
제1유형 (3,000만 원 미만)	1월(170만원)	1년 6월	1년6월~2년6월
	6월(1,000만원)		
	1년(2,000만원)		
	1년6월(2,999만원)		
제2유형 (3,000～5,000만 원 미만)	2년6월(3,000만원)	4년	4년~6년
	3년(3,600만원)		
	3년6월(4,200만원)		
	4년(4,999만원)		
제3유형 (5,000만 원～1억 원 미만)	3년6월~6년	6년	6년~8년
제4유형 (1～5억 원 미만)	5년~8년	8년	8년~12년
제5유형 (5억 원 이상)	7년~10년	10년	10년 이상, 무기

둘째, 집행유예 감경사유로 수사개시 전 뇌물반환이 있는데, 순수한 의미에서 반성하고 스스로 반환한 경우와 달리 마지못해 반환한 경우는 제외하여야 하지 않은가?

셋째, 부패 고리를 차단하기 위해 내부자고발을 활성화할 필요가 있으므로 내부고발 그 자체만으로 - 무고가 아닌 한 수사개시 되지 않더라도 - 특별감경사유로 보는 것이 어떤가?

성범죄 양형기준안 지정토론문

기준의 객관성-통념과 편견이 양형에 미치는 영향을 어찌할 것인가?

이윤상 (한국성폭력상담소 부소장)

한국성폭력상담소는 피해생존자를 만나고 법적 지원활동을 하면서 법정형과 상응하지 않는 양형, 불합리한 양형 감경 이유, 이해하기 어려운 집행유예 결정 등을 수없이 보면서 분노와 좌절을 수없이 경험하였습니다. 이에 불합리한 양형편차를 해소하고 객관적이고 공정한 기준을 만들어 신뢰받는 재판제도를 갖추고자 양형기준(안)을 마련한 취지에 적극 동의하고, 이번 양형기준 마련을 계기로 신뢰할 수 있는 법적구제절차가 구축되어 공정하고 합리적인 양형을 기대할 수 있게 되기를 간절히 희망합니다. 오늘 토론 자리에서는 본 안이 우리가 기대하는 공정한 기준이 되기에 충분한지, 부족한 점이 있다면 어떻게 보완할 수 있는지를 중점으로 말씀드리고자 합니다.

Ⅰ. 공통원칙

① 특별양형인자가 두 개 이상 존재하는 등의 경우 '양형기준에서 권고하는 처단형 상한을 1/2까지 가중한다'고만 되어있을 뿐 하한에 대한 명시가 없는 것은, 가중요소가 여러 가지 있을 경우 충분하지 않은 처벌이 이루어질 소지가 있다고 생각합니다. 가중요소가 여러 가지인 경우에도 하한에 가까운 양형을 결정할 수도 있고, 가중요소의 수에 관계없이 상한이 1/2로 한정되어 있어서 적절한 양형을 적용하기 어려운 상황이 발생할 수도 있을 것입니다. 이런 문제를 해결하기 위해, 상한 뿐 아니라 하한 또한 가중하고, 가중인자가 세 개 이상인 경우에는 양형범위를 이탈하는 방안 등을 검토해보아야 합니다.

② 양형기준안을 보면 감경, 기본, 가중 간에 중복기간이 1년 정도 존재합니다. 중복구간이 존재하면 가중 혹은 감경요소를 적용한 것인지 아닌지 구분할 수 없는 경우가 발생할 수 있어 이것이 적정한 형량인지 아닌지를 판단하기 어려워질 수 있습니다. 중복구간이 없어야 가중 혹은 감경 요소를 판단하여 정확하게 양형에 반영할 수 있고, 판결문에도 고려된 양형인자를 반드시 기재하여 고소인, 피고인 및 상급법원에서 검토하고 의견을 제시할 수 있도록 하는 절차가 마련되어야 합니다.

③ 집행유예 기준이 부재한 것은 양형기준을 제시하는 데 큰 결함이라고 생각합니다. 1995년부터 2004년까지 10년간의 추이를 보면 전체 범죄의 경우 집행유예 비율이 감소한 데 반해, 성폭력 범죄의 경우 증가하여, 2002년을 기점으로 성폭력 범죄의 집행유예 비율이 전체범죄의 비율보다 높아졌고, 2004년에는 전체범죄 35.4%, 성폭력범죄 43.9%로 집행유예율이 나타났습니다.[1] 이번에 양형위원회에서 분석한 자료에 의하면 강간범죄에 대해서는 45.5%가 집행유예이고, 강제추행죄는 66.4%, 특히 성폭력 범죄 중에서도 중한 범죄라 할 수 있는 13세 미만 강간, 특수강도강간, 강간상해·치상(성폭법) 등의 집행유예 비율이 각각 40.1%, 41.7%, 58.3%에 이르는 것으로 나타났습니다. 더욱이 피해자가 사건 이전에 가해자와 유흥을 즐기거나 술을 마신 경우, 또 합의서를 제출한 경우 집행유예율이 높게 나타났습니다.[2] 성폭력 범죄가 아는 관계, 특히 신뢰관계에서 많이 발생하며, 이러한 특징 때문에 종용에 의한 합의서 제출 등이 많다는 점 등을 감안하였을 때, 매우 불합리한 요소가 집행유예 판결에 미친 영향이 있다는 것을 충분히 논증할 수 있습니다. 성폭력 범죄와 같이 사회적 통념이 크게 영향을 미치는 경우, 엄격한 집행유예의 기준이 반드시 필요합니다.

II. 양형인자 분류의 적정성

1. 감경요소

가. 위계·위력을 사용한 강간, 강제추행

13세 미만 위계·위력 간음 및 추행은 13세 미만 강간 및 강제추행과 법정형이 동일하고, 청소년 위계·위력에 의한 간음 및 추행도 청소년 강간 및 강제추행과 법정형이 동일합니다. 이는 상대적으로 저항능력이 부족한 청소년 및 13세 미만 어린이인 경우 명시적인 폭행이나 협박이 존재하지 않아도 강간과 강제추행이 성립함을 인정한 것이므로, 위계·위력을 사용한 경우를 감경인자로 보는 것은 입법의 취지를 간과한 경우라고 생각합니다. 특히 업무상이나 교육현장에서 위계·위력은 상대방의 생존권을 좌지우지하는 정도의 위력을 가지고 있으며, 실제 상담현장에서도 직장내 성폭력이나 학교성폭력이 상당한 비중을 차지하고 있는 것은,[3] 성폭력 범죄가 물리적

1) 성폭력범죄의 양형분석 및 재범방지를 위한 성폭력범죄자 사후관리방안, 법무연수원, 한국형사정책연구원 용역과제, 2006, 96-99p.
2) 성폭력범죄의 양형실태에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 법무부 용역과제, 1999, 164-165p.
3) 한국성폭력상담소 2007년 상담통계 분석 중

인 폭행·협박보다는 가해자와 피해자 사이에 존재하는 사회적 권력 차이에 의해서 발생하는 경우가 많다는 것을 의미합니다. '사제관계'가 가중요소에 있기는 하나 일반양형인자로 분류되어 있어 한계가 있습니다.

피해자/가해자 관계 단위 : 건(%)

아는 사람 1,665 (85.5)											모르는 사람	미상	총계
친족, 친/인척 273 (14.0)		직장 내	친밀한 관계	채팅/소개로 만난 사람	동네 사람	서비스 제공자	초중고/대학	학원/유치원	주변인의 지인	기타			
친족	친/인척												
149 (7.6)	124 (6.4)	490 (25.2)	174 (8.9)	69 (3.5)	92 (4.7)	74 (3.8)	149 (7.6)	61 (3.1)	118 (6.1)	165 (8.5)	242 (12.4)	41 (2.1)	1,948 (100)

나. 음주

가해자의 음주여부는 성폭력범죄의 양형을 판단하는 데 있어서 매우 중요한 요소로 작용하고 있습니다. 이경환이 2008년 서울중앙지방법원에서 성폭력 사건 유죄판결문 49건을 분석한 바에 따르면, 피고인이 술을 마시고 범행한 경우 한 건을 제외한 나머지 모든 사건(20건)에서 '술에 취해 우발적으로 범행한 점'이 양형이유로 검토 되었고, 이 중에는 음주로 인한 심신미약 상태를 인정하지 않으면서도 양형이유에서는 '술에 취해 우발적으로 범행한 점'을 감경적 인자로 설시하기도 하였습니다.[4] '술'과 '욕정'과 '범행의 우발성'을 연관짓는 판단기준이 성폭력 범죄 판결문에 반복적으로 나타나고 있는 것은 성폭력을 욕정에 의한 성행위와 구분하지 못한 채 성폭력 범죄는 억제할 수 없는 성충동에서 비롯한다는 전형적인 통념을 그대로 반영한 것이며, 이러한 통념이 결국 성폭력 범죄를 용인하고 조장하는 결과를 낳게 됩니다. 그러므로 감경요소로 제시된 심신미약의 경우에 음주로 인한 우발성이 절대 포함되어서는 안 되며, 더 나아가서 성폭력 범죄와 같

4) 이경환, '여성주의적 관점에서 재검토한 성폭력 범죄 양형인자', 〈뇌물/배임횡령/성폭력 범죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다〉, 한국성폭력상담소·참여연대, 2008, p.52

이 기존의 통념과 편견이 큰 영향을 미치는 경우에는, 음주와 같이 절대로 양형이유로 고려돼서는 안 되는 요인들이 명시될 필요가 있습니다.

다. 합의

한국성폭력상담소에서 공판지원을 했던 사건과 언론에 보도되었던 사건 9건의 양형이유를 분석한 바에 따르면(〈별첨〉[5] 참조) 공탁이 감경사유로 작용한 사건이 4건에 이르고, 대체로 감형이나 집행유예에 영향을 미친 것으로 보입니다. 또한 합의나 배상이 유리한 양형요소로 작용한 반면, 위자를 위한 조치가 없는 것은 불리한 요소로 작용하였습니다.

우선, 피해자의 의사와 무관한 공탁은 마땅히 합의의 개념에서 제외되어야 하나 그 간의 관행을 보았을 때 공탁을 거의 합의에 준해서 고려했고, 본 안의 일반양형인자로 규정되어 있는 '반성'에 공탁이 포함되어 고려될 여지도 있기 때문에, 공탁이 절대 감경이유로 고려되지 않는 것을 명확하게 할 필요가 있다고 생각합니다.

또한, 합의는 중요한 양형인자이기는 하나 성폭력 범죄에서 유달리 합의가 양형에 영향을 크게 미치는 것은 성폭력 범죄가 기본적으로 친고죄이기 때문입니다. 별첨의 〈사례 아〉는 언론에도 보도되어 익히 잘 알려진 사건으로 항소심에서 여러 가지 양형인자를 고려하여 징역 6월(집행유예1년)이 벌금형으로 감형되면서 선고를 유예하는 이례적인 판결이 난 사건입니다. 해당 범죄가 친고죄라는 사실 때문에, 원심판결 선고 이후에 피해자가 제출한 '용서의 의사'가 표시된 의견서가 양형인자로 고려된 것은 그만큼 성폭력 범죄가 친고죄라는 사실이 미치는 영향이 크다는 것을 반증합니다. 또한 비친고죄에 해당하는 범죄의 경우에도 기본형태가 친고죄라는 사실 때문에 합의 등을 지나치게 크게 양형이유에 고려하는 경향이 나타납니다. 양형위원회에서 분석한 자료에도 강간치상·상해죄의 집행유예 비율이 상대적으로 높게 나타났는데,[6] 이는 상해만 없었다면 친고죄로 다루어질 수 있었을 것이라는 점을 고려해서 '합의' 등을 적극적으로 감경이유로 판단한 결과라고 생각합니다. 성폭력범죄가 친고죄로 규정된 이유는 경미범죄이기 때문이 아니라 피해자의 사생활 보호를 위한 것이며,[7] 영국과 미국에서는 피해자와의 합의를 양형인자로 고려하고

5) 이윤상, '성폭력 범죄의 바람직한 양형 기준: 통념과 편견을 넘어서', 〈뇌물/배임횡령/성폭력 범죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다〉, 한국성폭력상담소·참여연대, 2008, p.69-70 재인용

6) (형법)강간상해·치상의 집행유예율: 71.6%, (성폭력특별법)강간상해·치상의 집행유예율: 58.3%

7) 반성폭력운동단체에서는 오랫동안 성폭력범죄를 비친고죄화 해야 한다고 주장하여 왔다. 친고죄는 성폭력범죄를 사회적인 범죄로 인식하기보다는 개인적인 문제로 보는 입장을 반영하고 있고, 가해자에 의한 합의 종용, 제한적 고소기간 등으로 인해 피해자의 권리가 침해되는 문제점을 안고 있기 때문이다.

있지 않고, 성폭력 범죄는 피해자의 의사에도 불구하고 사회적 비난가능성이 높은 강력범죄라는 점에서, 기존의 실무관행이 합의를 지나치게 과도하게 고려하지 않았는지 반성적 성찰이 필요합니다. 현재 안에서는 특별감경요소 중 하나로만 의미를 가지지만, 법원의 재량이 허용되는 범위에서 여전히 합의 여부가 지나치게 고려되지 않도록 주의해야 할 것입니다.

한 가지 더 생각해보아야 할 것은, 배상명령제도 등과 같은 사법적 피해회복제도가 마련되어 있지 않은 상태에서 합의는 신체적·정신적·사회경제적 피해를 보상받고, 기타 피해자의 보호를 위해 필요한 조치(이사, 휴학, 휴직 요구, 접근금지 등)를 요구하는 방식으로 활용되고 있습니다. 피해자의 권리를 보장받기 어려운 상황에서, 합의는 피해자가 자신의 권리를 확보하기 위한 하나의 방편이 된다는 것입니다. 양형인자 설명을 보면 합의를 '처벌을 원하지 않는 경우'로 설명하고 있는데, 피해회복 및 보호를 위한 각종 조치를 위해 불가피하게 이용된다는 점을 염두에 두고, 이런 조치를 위해 '처벌을 원하지 않는다'는 내용이 합의에 기계적으로 포함될 수 있다는 점을 고려해야 합니다. 따라서 단순히 합의서 제출만으로 쉽사리 피해자의 합의의사를 추단하지 말고, 합의에 이르게 된 경위와 피해자의 진정한 의사를 확인하려는 노력이 필요하며, 이를 위해 피해자의 법정진술권을 적극 활용하고, '피해자 정상관계 진술서'와 같은 방식도 고려해야 하겠습니다.

라. 미수

형법 301조, 성폭법 9조에는 미수범이 포함되어 기수범인 경우와 동일하게 처벌하고 있습니다. 이는 기본범죄가 미수이더라도 상해라는 중대한 결과가 발생한 경우에는 미수, 기수를 상관하지 않고 일정 이상 처벌할 필요가 있다는 취지라고 생각하는데, 미수를 특별감경사유로 하는 것은 문제가 있다고 생각합니다.

2. 가중요소

가. 극도의 성적 수치심 증대

본 양형인자는 포괄적으로 요소를 규정하고 있어 다양한 경우가 이에 포함되는데, 이 중 두 가지 이상의 경우에 해당하더라도 한 가지의 가중요소로 고려되는 것이라면, 한 가지 가중인자에 지나치게 많은 내용을 담고 있어 형평성 있는 양형기준을 기대하기 어렵게 됩니다. 특히 이 인자에 포함되는 경우는 불법성이 높은 내용들로서 각각 비중 있게 다루어져야 할 사항입니다.

또한 '범행과정의 촬영'은 성적 수치심뿐 아니라, 입막음을 위한 수단으로 활용하기 위하여 피

해자를 협박하고, 피해자는 유포에 대한 두려움 때문에 상당한 불안감을 견뎌야 하고 추가적 범행(금전 요구 등)으로 이어지기도 하는 등 여러 가지 문제를 안고 있습니다. 본 토론문 뒷부분에서도 주장하고 있듯 성폭력 범죄가 피해자에 대한 공갈·협박 등으로 이어지는 경우가 많은 범행이므로 '범행 후 협박 등'의 요소를 별도 가중요소로 고려하는 등의 방안을 검토해볼 필요가 있습니다.

나. 취약한 피해자

13세 미만을 대상으로 하는 성폭력 범죄, 13세~19세 사이의 청소년 대상 성폭력 범죄, 친족에 의한 성폭력 범죄, 장애인에 대한 성폭력 범죄는 모두 취약한 피해자를 대상으로 하는 성폭력 범죄로 성폭력특별법이나 청소년성보호법 등에 의해 가중처벌범죄로 분류되고 있습니다. 그러나 본 양형기준안에서는 13세 미만을 대상으로 하는 성폭력 범죄를 제외하면 모두 일반강간 및 강제추행으로 분류되어 있고, '취약한 피해자' 혹은 '성폭법 제7조가 규정하는 형태의 범죄'로 특별가중요소로만 분류되어 있습니다. 이런 유형화 방식은 청소년, 장애인, 친족 성폭력의 불법성을 저평가하는 결과를 빚을 수 있다는 점에서 문제가 있습니다. 특히 청소년 대상 성폭력 범죄가 '취약한 피해자'에 해당하는지가 분명하지 않아 가중처벌 대상 여부조차 확인하기 어렵습니다. 또 이와 같은 성폭력 유형은 추가적인 가중요소가 있을 가능성이 크기 때문에, 독립적인 유형으로 분류하고 이에 가중되는 요소들을 감안하여 양형을 결정하는 것이 합당하다고 생각합니다.

다. 인적 신뢰관계 이용

일단 인적 신뢰관계에 해당되는 경우가 사제, 지인 자녀, 그밖에 이에 준하는 경우 등으로 포함대상이 지나치게 협소합니다. 성직자가 신자를 대상으로 한 범죄, 학교 선후배, 동네이웃, 직장내 관계(상사-부하, 동료-동료), 친족성폭력에 포함되지 않는 친인척에 의한 범죄, 데이트 관계, 부부강간 등이 본 관계에 포함되는 가해자-피해자 관계는 훨씬 폭넓습니다. 이는 성폭력 범죄는 대체로 아는 사이에서 발생하기 때문이며, 주로 지위, 성별, 연령 등에 의한 권력의 차이가 존재하는 관계에서 발생합니다. 성폭력은 신뢰에 기반한 권력을 부당한 방법으로 이용한 범죄이며, 신뢰관계를 파괴하는 결과를 야기한다는 점에서 매우 큰 후유증을 남깁니다. 또한 신뢰관계를 이용한 성폭력의 경우 피해자가 성폭력에 저항하기가 더 힘들고, 성폭력 이후에도 신고를 할 수 없으며, 가해

8) 영국의 성범죄 양형기준에서 가중요소 중 'Abuse of power'와 'Abuse of a position of trust'를 명시하고 있다. Sentencing Guidelines Council, Sexual Offences Act 2003 Definitive Guideline, 영국의 양형위원회 홈페이지(www.sentencing-guidelines.gov.uk) 참조

자와의 지속적인 관계 안에서 추가적인 성폭력 피해, 감시, 협박, 직장에서의 불이익 등의 피해들도 전형적으로 예상된다는 점에서 일반가중인자로 보는 것은 그 위험성을 너무 낮게 보는 것이라 할 수 있습니다. 영국에서는 성폭력 범죄 양형기준에서 권력의 남용과 신뢰관계의 남용을 가중요소로 제시하고 있습니다.[8] 성폭력이 일반적으로 아는 관계에서 권위와 권력을 이용한 범죄라는 점을 감안하였을 때 이는 일반가중인자가 아닌 특별인자로 고려하는 것이 마땅합니다.

그리고 덧붙여 인적 신뢰관계의 '존재'가 아닌 '인적 신뢰관계의 이용'이 분명 행위에 해당하는데 행위자 요소에 분류되어 있는 이유가 무엇인지 궁금합니다. 행위 요소는 행위자 요소보다 더 중하게 평가되므로 이는 중요한 사항이라고 생각합니다.

3. 누락된 가중요소

가. 피해가 장기간 지속적으로 이루어진 경우와, 다수의 피해자가 존재하는 경우

물론 피해사실마다, 피해자마다 범죄가 각각 성립하기 때문에 경합범으로 봐서 경합범 가중사유로 처리될 것이라고 생각합니다. 그러나 이 두 가지 유형은 단순히 몇 개의 범죄가 경합되었다는 수준이 아니라 매우 불법성이 높은 행위입니다. 위 두 형태는 영국 양형기준에서도 가장 높은 기준형으로 규정하고 있을 정도로, 상습·반복성으로 미치는 영향이 크고, 피해자에 대한 협박, 조정, 통제 등으로 지속되어 피해자의 삶에 큰 후유증을 남길 수 있으므로 특별가중인자로 별도 규정되어야 합니다.

나. 성폭력 범죄 이후 협박하거나 추가 범행(또는 범행 시도)하는 경우

신고를 못하게 하거나 금품갈취 등을 목적으로 협박하여 추가 범행을 저지르는 경우 '일부 경합범'에 포함되어 처리될 것으로 예측됩니다. 그러나 위에서도 밝힌 바와 같이 일부 경합범은 일반양형인자로 분류되어 그 영향력이 상대적으로 낮으며, 또한 성폭력 범죄와 협박 등에 의한 추가 범행은 단순히 두 범죄가 경합된 것이 아니라 유기적으로 결합되어 불법성이 높은 범죄 행위입니다. 성폭력 범죄는 피해자에게 수치심을 유발하고 피해자의 책임을 강도 높게 묻는 유일한 범죄라는 점을 고려한다면 이런 왜곡된 사회통념을 악용한 행위는 강도 높게 처벌해야 합니다.

다. 피해자가 사건으로 인해 이사, 전학, 실직, 전직 등의 추가적인 피해를 입은 경우

라. 약취, 감금 등의 방법으로 성폭력한 경우

III. 법정형 vs. 양형

이번 양형기준안을 마련하기 위해 기존 판례의 통계를 분석하여 기초자료 마련하였다고 알고 있습니다. 물론 기준을 마련하기 위해서 기존 자료를 분석하는 것은 필요합니다. 그러나 이것이 법정형을 무시하고 기존 양형만을 기준으로 삼기 위해서 한 작업은 아니라고 생각합니다.

본인은 도대체 법정형의 의미가 무엇인지 질문하고 싶습니다. 늘 법정형보다 훨씬 낮은 양형을 보면서 현장에서 내담자와 함께 느꼈던 무력감을 이루 말할 수가 없는 것이었습니다. 이제는 양형기준을 마련하여 제도적으로 법정형을 무력화하려고 하는 것인지 질문을 던지지 않을 수 없습니다. 단순히 실증적으로 기존의 양형을 반영한 것 외에, 현재의 법정형을 고려한 바람직한 양형의 범위가 어떻게 되어야 하는지에 대해 양형위원회에서 충분한 고민이 있었는지, 그 고민에 대한 답변이 무엇인지 듣고 싶습니다.

IV. 통념과 편견을 넘어서

기준을 수립하기 위해 기존 자료를 면밀하게 분석하고 검토하는 것은 중요하지만, 이것이 기존의 잘못된 판단을 그대로 수용한다는 의미는 아니므로, 실증적인 기존분석자료에 대한 규범적 검토는 매우 중요하다고 생각합니다. 특히 성폭력범죄는 사회의 왜곡된 통념 때문에 정당한 처벌이 제대로 이루어지지 않는다는 것이 현장에서 가장 답답하고 힘들게 느끼는 점입니다. 정당한 처벌이 이루어지지 않는다는 것은 범죄자가 범죄에 대한 대가를 제대로 치르지 않는 것을 넘어서서, 사회적으로는 범죄를 예방하지 못하고 오히려 조장하는 효과를 낳을 수 있습니다. 그러므로 해당 범죄가 갖는 사회적 특수성을 이해하고, 이러한 특수성이 이 범죄를 처리하는 일련의 과정에 절차적·제도적으로 고려되는 것이 매우 중요하고, 이는 양형기준을 마련하는 데에 있어서도 예외가 아닙니다. 편견과 통념이 양형에 부정적인 영향을 미치지 않을 수 있도록 하는 대책을 반드시 마련해야 하는 이유가 바로 여기에 있습니다.

〈별첨〉 성폭력 범죄 판결문 양형 이유 분석

	죄 명	판결 년/월	주 문	양형이유	비 고	구 분
가	13세 미만 미성년자 강간	2006. 08	징역 2년 6월	인정하고 뉘우침, 전과없음, 지병으로 수감생활 어려움, 피해자(처조카) 10년간 부양, 피해회복 노력(배상) 및 합의, 피고인 가족의 선처 호소	- 법정형 하한(5년)보다 낮은 형	한국 성폭력 상담소 지원 사건
				불우한 환경의 피해자의 절박한 심정을 이용함, 피해자는 평생 씻을 수 없는 상처 입힘⇨실형선고 불가피		
나	13세 미만 미성년자 강간	2006. 02	징역 2년 6월	피해자 부양, 자백, 뉘우침, 동종/유사범죄 전력 없음, 장수병 및 장애인, 투병중	- 법정형 하한(5년)보다 낮은 형 - 항소기각	
				죄질과 법정이 무거움(10세 조카 강간), 평생 치유하기 어려운 상처 입히고도 위자하기 위한 조치 취하지 않음 ⇨ 실형선고 불가피		
다	청소년 강간 및 강간미수	2006. 02 / 07	징역 4년	1심 / 과거 복역이후(1983년 강간치상죄) 건실하게 생활, 반성	- 법정형 하한(5년)보다 낮은 형 - 임신 / 낙태	
				1심 / 파렴치(14세 수차례 강간), 강간 후 돈을 주는 비정한 행태, 치유하기 어려운 고통을 가하고도 변명만 늘어 놓고 위자하기 위한 조치 취하지 않음		
			징역 3년	항소심 / 전력, 나이 어린 피해자 강간, 피해자가 입은 고통 매우 큼		
				항소심 / 처벌받은 이후 오랜기간 동안 동종/유사범행으로 처벌받은 바 없는 점, 공탁, 일부 무죄 선고		
라	강간	2008. 07	징역 3년	범행 수법 매우 나쁨(조선족 신분이라는 약점 이용), 피하자 고통 극심함에도 이를 회복하기 위한 조치 취하지 않음, 변명과 부인, 반성하지 않음 ⇨중형선고 불가피	- 항소기각	
마	특수강간	2007. 05	징역 2년 6월	죄질이 매우 나쁨(흉기로 위협하여 강간), 피해자가 극심한 고통을 겪고 있음, 피해자가 피고인의 처벌을 강하게 원함	- 법정형 하한(5년)보다 낮은 형	
				동종 전과 없음, 반성, 공탁		
바	업무상 위력 등 에의한 추행	2008. 06	징역 8월 집행유예	극심한 고통, 부인 및 피해자 모독	- 항소심	
				공탁, 전력 없음 ⇨집행유예		
사	강제추행	2008. 06	징역 6월 집행유예	반성, 공탁		
아	강제추행	2007. 06	벌금 500만원 선고유예	피고인의 추행으로 인하여 피해자가 정신적 충격을 크게 받음(사건 공론화), 국회의원인 피고인에 대하여는 고도의 준법의식과 준법태도 및 품위유지가 요구됨	- 친고죄 - 항소심	언론 보도 사건
				사건발생 장소에 피고인과 피해자 이외에 10명 정도가 함께 있어, 피고인이 당초부터 가해의사를 가졌다고 보기 어렵고, 피해자에 대한 가해의사가 유일하고도 고도의 것이었다고 보기도 어려움, 추행의 수단인 폭행이나 협박의 정도가 고도에 이르지는 않음, 피해자가 원심판결 선고 이후 법원에 의견서를 제출하여, '피고인의 사과를 받아들인다' 고 하면서 피고인을 용서하는 의사를 표시(친고죄), 연령(63세), 범죄전력 없음, 반성 ⇨선고유예		
자	미성년자 추행	2007. 07	징역 10월 집행유예 사회봉사 명령 200 시간	전과가 없음, 만취 상태에서 우발적으로 범행, 피고인이 10여년의 기간 동안 국가대표 여자농구팀의 코치 및 감독으로 복무하면서 농구계의 발전과 국위선양을 위하여 노력함, 이 사건으로 평생을 몸바쳐온 농구계를 떠나게 되는 점, 공탁, 반성 집행유예		

성범죄 양형기준안 지정토론문

이상원 (서울대학교 법과대학 교수)

Ⅰ. 법정형과 양형기준

1. 일반강간

가. 개설

번호	구성요건	적용법조	법정형	최빈값	기본기준
1	강간	형297	3↑	2	2-4
2	준강간	형299	3↑	2	
3	장애인간음	성폭8	3↑		
4	청소년(준)강간	청성7①,③	5↑	3	2-4
5	청소년 위계•위력간음	청성7④	5↑		
6	친족(준)강간	성폭7①,③	5↑		

[주] 형 : 형법
성폭 : 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호에 관한 법률
청성 : 청소년의 성보호에 관한 법률
2.6 : 2년 6월

양형기준이 법률을 변경하는 효력은 없으므로 법원의 형벌권 및 선고형의 범위는 개별 처벌법규의 법정형에 형법 총칙의 규정에 따라 가중·감경을 한 처단형의 범위를 벗어날 수 없다. 따라서 양형기준이 제시하는 형량범위를 법정형과 달리 규정하려면 구체적 사안에서 작량감경 사유나 법률상 감경사유가 양형인자가 되어야 한다.

나. 형사법 체계와 법정형의 문제점

우리 입법이 특별법의 제정을 통하여 성범죄에 대한 법정형을 높여 왔고 그 중에는 지나치게 엄벌을 지향하여 법관의 재량을 박탈하는 데 초점이 맞추어져 있는 듯한 경우도 적지 않다. 이러한 경우 흔히 기본법인 형법상의 형벌체계를 무력화하거나 형법상의 형벌체계와 충돌되기도 한다. 예컨대, 위계·위력에 의한 간음에 대하여 형법이 제정된 후 많은 특별법 규정이 우후죽순처럼 제정된 결과 다음과 같이 복잡하게 분화하게 되었다.

피해자 / 취급	13세 미만	13-19세	19-20세	20세 이상				
				심신 미약자	피보호 감독자	피구금 자	음행상습 없는 자	기타
법정형	7↑	5↑	5↓	5↓	5↓ 1500만↓	7↓	2↓ 500만↓	무죄
법률	성폭 8-2⑤	청성7④	형302	형302	형303①	형303③	형304	
비고							위계만	

형법은 위계·위력에 의한 간음을 폭력·협박에 의한 간음(강간)보다 경한 형태의 범죄로 파악하고 이를 토대로 법정형을 설정하였다. 이는 미성년자의 경우도 마찬가지이다. 그런데 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호에 관한 법률과 청소년의 성보호에 관한 법률은 19세 미만의 미성년자의 경우 가중처벌하는 규정을 두어 법정형을 설정함에 있어 19세 이상의 자와 현격히 다른 구도를 취하고 있다. 즉, 19세 이상의 경우에는 형법에 따라 상한을 제한되는데 비하여(5년 이하), 19세 미만의 경우는 특별법에 따라 바로 그 상한이 최하한으로 된다(5년 이상). 이에 따라 19세를 전후하여서는 1일의 차이가 법정형의 질적 변화를 가져오게 된다.

다. 양형기준안과 법정형

발표자가 제시한 양형기준안(이하 '기준안'이라 하고, 양형기준을 '기준'이라 한다)에 따르면 위 표의 6개 범죄가 일반강간에 해당하고 모두 2-4년의 기준을 제시하고 있다. 양형실무상 위 1-2 범죄의 선고형의 최빈값이 2년, 4 범죄의 선고형의 최빈값이 3년이므로 기준안은 현재의 양형실무를 많이 참조한 것으로 보인다. 반면, 이러한 형량범위는 법정형의 하한보다 낮아서 작량감경을 하여

야 하거나 추가로 법률상 감경을 하여야 그와 같은 처단형 범위가 나올 수 있게 된다. 즉 위 1-6 범죄들의 기본형량 범위는 작량감경을 하여야 하거나, 추가로 심신미약, 자수 감경을 하는 경우에 법적으로 허용되는 형량범위에 해당한다. 이는 입법자가 정한 법정형과는 상당한 차이가 난다.

입법자들의 위와 같은 높은 법정형에 대한 '애정'은 그동안 법원의 양형수준이 국민들의 기대치에 미치지 못하였던 때문이었다고 생각된다. 한편 형사법관은 너무 높은 법정형으로 구체적 사건에서 적정한 형량을 도출하기 곤란하였고 유사한 사안임에도 법정형이 현저히 차이가 나는 문제를 피하기 위하여 작량감경을 상시화하는 양형실무를 하게 되었다고 생각된다. 위와 같은 상충된 현상을 시정하기 위하여 향후 신중한 논의를 거쳐 해소될 수 있도록 법률개정과 양형기준의 재설정이 검토되어야 할 것이다.

양형기준의 형량범위의 설정에 있어서 뒤에서 언급한 바와 같이 양형기준은 경험적 자료의 검토 및 이의 반영이 중요한데, 성범죄에서는 다소 규범적인 역할을 하는 것도 바람직하다는 생각도 가능하지 않을까 생각한다.

질 문	성범죄의 양형기준 설정에서 경험적 통계와 규범적 형량은 어떻게 고려되어야 한다고 생각하는지요

2. 다른 유형

다른 유형의 경우에도 법정형의 내용 및 충돌 정도는 다소 차이가 있을 수 있지만 위와 유사한 문제가 있다. 이에 따라 다른 유형의 경우에도 같은 의문이 생긴다.

II. 양형기준의 구조

1. 복잡한 구분

기준안에 따르면 형량범위의 상한형이 13년인데, 성범죄 전체를 통틀어 제시되는 형량구간의 개수가 48개에 이른다. 이렇게 세분화하는 것은 오히려 유사한 사안이 다른 형량구간에 포섭될 여지가 있어 양형편차를 부추길 우려가 있다. 그러면서도 각 범죄별로는 기본, 가중, 감경의 3가지 기준밖에 제시하지 않고 있다. 결국 기준안은 그 복잡성에 비하여 효과는 그만큼 크지 않을 것이라는 의구심을 갖게 한다.

2. 양형인자

가. 일반인자와 특별인자의 구별

기준안에 따르면 일반양형인자는 동일한 형량구간 내에서 선택을 하는 요소로 작용하고, 특별양형인자는 형량구간 자체의 변동을 가져오는 요소로 작용한다.

양자 사이에 효과에 있어서는 질적인 차이가 있는데 과연 인자의 내용이 질적인 차이가 있는 것인가는 의문이 아닐 수 없다. 예컨대, 심신미약은 형법 제10조 제2항에 따라 필수적 감경사유가 되는데, 기준안은 본인의 책임이 있는 경우에는 일반감경인자, 책임이 없는 경우에는 특별감경인자로 하고 있다. 본인의 책임이 있는 경우가 원인에 있어서 자유로운 행위라면 심신미약 자체를 고려하지 않아야 하고(형법 제10조 제3항), 원인에 있어서 자유로운 행위가 아닌 본인의 책임 있는 경우라면 그럼에도 불구하고 필수적 감경사유로 되어야 한다. 따라서 심신미약에 있어 본인의 책임 여하는 질적인 차이라 할 없는데 이를 기준으로 일반과 특별을 구분할 합리성이 있는가 의문이 있을 수 있다.

질 문	1. 일반양형인자와 특별양형인자를 구분하는 기준은 무엇인가요. 2. 위 기준의 합리성은 어떻게 담보할 것인가요.

나. 가중인자와 감경인자

기준안을 보면 대체로 가중인자의 수가 감경인자의 수보다 많다. 만일 기본기준이 정확하게 설정된 것이라면 이에서 벗어나는 가중인자와 감경인자는 동등할 것이 예상된다. 물론 가장 빈발하는 범죄형태를 기본기준으로 삼은 것이라면 가중인자와 감경인자의 수가 반드시 동일할 필연은 없을 것이다. 그러나 적어도 현재의 기준안은 가중인자에 비하여 감경인자가 너무 소홀하게 연구된 것은 아닌가 하는 의심을 갖게 한다.

나아가 양형기준 제정자가 미처 생각하지 못한 인자가 있는 경우에는 어떻게 할 것인지도 의문이다. 이에 관하여, ① 법관이 양형기준을 벗어나도록 허용한 다음 그에 관한 내용을 판결서에 기재하는 방법(법원조직법 제81조의7 제2항)과 ② 양형기준에서 「기타 이에 준하는 사유」를 추가하는 방법이 있을 수 있다. 기준안은 ①의 방법을 취하는 것으로 생각된다.

질 문	1. 감경인자의 개발이 가중인자에 비하여 소홀한 것은 아닌지요. 2. 「기타 이에 준하는 사유」를 인자로 추가할 생각은 없는지요.

다. 인자의 양과 질

(1) 기준안에 따르면 일반인자는 아무리 중해도 당해 형량구간을 벗어나지 못하고 특별인자는 아무리 약해도 형량구간의 변동을 가져오는 것이 원칙인데 이처럼 인자에의 해당 여부만을 가지고 판단하는 것이 타당한지에 대하여도 의문이 있을 수 있다. 이 점은 일반인자의 수가 다수여서 일반인자에 의한 가중·감경의 요청이 강하게 되는 경우도 마찬가지이다. 예컨대 특별감경인자가 1개만 있으나 일반가중인자가 다수 있는 경우(또는 일반가중인자가 오히려 그 사안에서는 더 중한 경우), 일반가중인자의 합에 의한 가중필요가 특별감경인자에 의한 감경필요를 압도하는 경우도 충분히 생각할 수 있는데, 기준안에 따르면 이 경우에도 감경기준에 의할 수밖에 없게 되어 양형의 전도현상이 일어날 수 있다(그 逆도 같음).

(2) 기준안에 따르면 특별감경인자와 특별가중인자의 개수 차이가 2개 이상 나는 경우 상한 또는 하한을 1/2 이동시키는데, 이것에 대하여도 유사한 문제가 있다.

먼저 특별인자, 일반인자를 불문하고 개수의 산정 자체에 모호한 면이 있다. 예컨대, (i) 농아자와 심신미약을 각 독립된 감경인자로 평가하여 농아자이면서 심신미약자는 2개의 감경사유를 가진다고 하여야 할 것인지 여부, (ii) 여러 가지 상이한 점에서 비난동기가 있을 경우 수개의 가중인자로 보아야 할 것인지 여부, (iii) 동일기회에 2회 간음한 경우와 10회 간음한 경우를 모두 '동일기회 수회간음'이라는 1개의 인자로 보아야 할 것인지 여부 등 모호한 면이 있다.

또 예컨대, AIDS를 전염시킨 행위자가 합의하고 자수한 경우는 특별감경인자 2개, 특별가중인자 1개로서 기준안에 따를 경우 감경기준에 의하여만 하는데, 각 인자의 중대성을 고려하지 않고 개수에만 의존할 경우 부당한 양형이 될 가능성이 있다(소수의 감경인자가 다수의 가중인자를 압도할 경우도 같다).

나아가 위 예에서 행위자가 위계를 사용하여 간음하였다고 한다면, 특별감경인자 3개, 특별가중인자 1개로서 기준안에 따를 경우 감경기준에 의하여만 하고 그 감경기준 형량범위의 하한 또한 1/2까지 감경하게 된다. 이 또한 인자의 중대성이 아닌 개수만을 고려한 결과이다.

질 문	인자의 개수만을 고려하고 질은 고려하지 않는 기준안은 다음과 같은 경우에는 어떻게 타당한 결론을 도출할 수 있을 것인지요. 1. 일반가중인자가 특별감경인자를 압도하는 경우에도 감경기준에 의하는 것이 타당한지요(그 亦도 동일). 2. 특별가중인자 1개가 특별감경인자 2개를 압도하는 경우에도 감경기준에 의하는 것이 타당한지요(그 亦도 동일). 3. 특별가중인자 1개가 특별감경인자 3개를 압도하는 경우 감경기준 하한을 1/2 낮추는 것이 타당한지요(그 亦도 동일)

라. 상해의 결과가 발생한 경우

상해의 결과가 발생한 경우에는 그렇지 않은 경우보다 결과불법이 크므로 기준안은 중한 양형기준을 설정하고 있는데 그 자체에는 별다른 문제가 없다. 그러나 실제 사건에서는 가해자나 피해자 모두 의식하지도 못하고 그 정도도 중하지 않은 상해가 발생하는 경우도 적지 않은데 이들에 대하여까지 일률적으로 가중된 기준에 의하는 것에는 의문이 있을 수 있다.

이에 대한 해결방법으로는 상해의 결과가 발생한 경우에도 일반유형에 포섭시키고 상해의 결과에 따라 가중기준에 의하는 방법도 생각할 수 있으나, 현재 제시된 기준안에 의할 경우 일반유형의 가중기준만으로는 매우 중한 상해가 발생한 경우에 대한 합리적인 양형범위를 도출하기 어렵다고 생각되므로 상해의 경우에 별도의 기준을 마련한 것 자체는 수긍할 수 있다.

그러나 앞서 본 실제 사건에서의 상황을 보면, 상해의 결과가 경미한 경우를 감경인자로 고려하지 않는 것은 비판의 여지가 있다.

질 문	상해의 결과가 발생한 경우의 양형기준에서 「상해의 정도가 경미한 경우」를 특별감경인자로 포함할 수는 없는지요.

5. 집행유예기준

제시된 기준안에는 집행유예기준이 포함되어 있지 않은데 피고인이나 피해자로서는 자유형의 형기보다 집행유예 여부에 더욱 큰 관심을 갖는 경우가 많으므로 이에 대한 기준은 절실하다고 생각된다.

질 문	집행유예의 기준은 마련되었는지요.

Ⅲ. 양형기준의 토대

양형기준을 제정하는 방법도 나라에 따라 다르다. 또 본질적으로 양형기준은 법관의 주관적인 양형에 대한 신뢰를 할 수 없는 상황에서 이에 대한 통제를 목적으로 하는 면이 있다. 양형기준 제정자는 실제 사건으로부터 유리되어 있어 객관성을 유지할 수 있는 장점이 있는 반면 실제 당해 사건에서는 존재하지 않고 단지 그 사건이 관념적으로 포섭되는 유개념에 속성처럼 붙어있는 인상에 의하여 형량범위를 정할 위험이 높다.

가령 성범죄에 대한 양형기준을 제정할 때 양형기준제정자의 머리 속에는 성범죄로 인하여 평생을 고통받는 전형적인 형태가 기본으로 채색된 상태에서 유형별 고려를 하는 방법으로 형량범위를 정하게 된다. 그러나 실제 사건에서는 그러한 전형적인 경우만 있는 것은 아니다. 그러므로 실제 사건을 심리한 자가 내리는 양형이 가장 합리적일 확률이 제일 높다.

나아가 범죄에 대한 양형은 판단자의 개인적·사회적 가치관이 투영될 수밖에 없는데 소수의 양형기준 제정자가 하는 판단보다는 다수이면서 역사적으로 축적된 판결들에 의하여 정해지는 양형판단이 보다 객관적일 수 있다. 소수의 양형기준 제정자의 판단에 모든 판결이 따라야 한다는 것은 양형독재의 길이 열리는 위험이 언제나 도사리고 있다.[1] 외국의 입법례 중에는 예컨대 최근 5년간의 양형통계를 기초로 양형기준을 작성하고 그 다음 해에는 새로운 해의 자료를 추가하는 대신 가장 오래된 해의 자료를 제외하는 방식으로 양형기준을 갱신해 나가는 입법례도 있는데, 이는 이러한 경험적 판단의 가치를 충분히 인정한 예로 생각된다.

이러한 점에서 본다면 양형기준을 제정함에 있어서 경험적 자료의 검토 및 이의 반영이 무엇보다도 필수적으로 요구된다고 하겠다.

질 문	과연 기준안은 경험적 자료를 충분히 검토하고 반영하였는지요.

1) 다만 다수의 축적된 판결이 결국은 모두 법관에 의하여 이루어진 것이고 따라서 그 판단주체 또한 법관이라는 한계를 벗어나지 못하는 면이 있다. 이에 따라 법관이 동질적이면 동질적일수록 또 다른 형태의 양형독재가 생겨날 가능성은 적지 않다.

IV. 양형재판

현재 법률상 가중·감경사유가 되는 사실은 엄격한 증명이 요구되지만, 일반적 양형사유인 사실은 그렇지 않은 것으로 보는 것이 실무례인 듯하다.

기준안은 양형인자로 이들을 혼합하여 나열하고 있는데 각 인자에 대한 증명에 관한 합리적인 방안이 마련되어야 한다.

질 문	양형인자의 증명은 어떻게 할 것인지요.