

형법상 개별범죄 징역형 정비의 기초*

김 혜 경**

국 | 문 | 조 | 록

법정형은 형사법 각 조항이 일정한 구성요건에 대응하여 법률상 추상적으로 한정한 형벌을 설정하는 것으로서, 법관이 구체적으로 형벌을 적용하여 선고함에 있어서 기본적인 표준이 되는 형벌이다. 따라서 양형이 구체적 사례에서의 정의를 구현한다는 점에서 합리적인 양형이 중요하다면, 법정형은 구체적이고 균형적인 양형의 근거를 수립할 수 있는 근거가 된다는 점에서 선고형의 합리성과 사법권 독립을 보장하는 기능을 담당한다. 또한 법정형은 단순히 행위에 대한 응보의 개념뿐만 아니라 형벌이행 후 국가의 구성원으로써 정상적인 사회생활이 가능할 수 있는 정도를 예측하여 반영하여야 해야 한다는 점에서 형사정책과도 밀접한 연관성을 가진다.

법정형의 정비는 형사입법권의 범위와 관련되며, 형사입법권은 법익보호기능이라는 한계를 준수하여야 한다. 따라서 법익개념의 실질화가 선제되고 난 후, 법익개념에 비판적 능력을 부여하여 형사입법자의 입법행위를 통제하고 내용적 지침을 제공하기 위한 관한 근거가 될 수 있다. 그리고 이러한 때에만 형사입법은 그 목적의 정당성이 법익을 통하여 인정될 수 있을 것이다.

본 논문에서는 기본적으로 법익의 실질을 명확히하고, 보호법익을 근거로 한 징역형의 정비 가능성을 살펴보았다. 특히 징역형을 기준으로 삼은 것은, 모든 국가에서 징역형은 행위의 불법성을 단순비교하기 용이하며, 징역형이 다른 선택형 또는 병과형이나 부가형의 비교기준이 될 수 있기 때문이다. 따라서 서로 다른 법익을 보호하고자 하는 구성요건체계를 간의 비례성의 원칙, 동일 법익을 보호하고자 하는 하나의 구성요건체계 내에서의 행위태양 또는 책임 간의 비례성의 원칙, 동일한 행위태양 또는 책임이 가중사유가 될 때 서로 다른 구성요건체계 사이에서 그러한 동일한 가중사유에 의한 징역형의 가중정도에서의 비례성의 원칙, 동일한 징역형에 대한 선택형 또는 병과형의 경중에 있어서의 비례성의 원칙 등을 그 정비의 기초로써 살펴보았다. 더불어 체감치안 및 생애주기와 징역형의 연관성을 검토하였다.

형법제정 이후 반세기가 훨씬 지난 오늘날까지 개별 구성요건 행위태양의 신설, 변경 및 삭제, 벌금형의 합리화 등의 정비 이외에 징역형 자체에 대한 개정은 이루어진 바 없다는 사실을 고려한다면, 개별범죄의 징역형을 합리적으로 정비하는 것이 우리 형법의 또 하나의 과제를

* 본 논문은 한국연구재단 2009년도 기초연구지원인문사회(단독연구) 연구비에 의하여 연구된 논문임을 밝힙니다.

** 계명대학교 법경대학 조교수·법학박사

간과해서는 안 될 것이다.

❖ 주제어 : 징역형, 비례의 원칙, 형사입법권, 법익, 범죄구성요건, 양형합리화

I. 들어가며

형사입법은 본질적으로 국민의 기본권을 제한하는 방식으로 행해진다. 이는 범죄 행위를 규정하면서 어떠한 행위를 금지규범으로 정함으로 인하여 의사형성 및 형성된 의사의 실현의 자유를 제한하는 것뿐만 아니라, 이에 상응하는 법정형을 부과함으로써 국민의 생명권, 행동의 자유, 의사결정의 자유, 재산권, 명예권 등 많은 영역에 있어서 침해할 수밖에 없는 속성을 지닌다.

최근 우리 형사사법 전반에 걸쳐 개선을 위한 노력이 진행되어 왔다. 형사소송법의 경우, 사법제도개혁추진위원회의 연구성과와 실무계에서의 노력으로 2007년 주요 논점들에 대한 개정이 이루어졌으며, 이를 통하여 피의자 내지 피고인의 인권보장을 한층 강화할 수 있게 되었다. 특히 사법개혁추진위원회는 형사피해자의 보호 방안까지 논의하였고, 개정 형사소송법은 이와 함께 공개주의, 공판중심주의를 충실화하기 위한 다양한 제도적 장치를 마련했을 뿐만 아니라 동시에 국민의 형사재판 참여에 관한 법률을 제정함으로써 공판중심주의 및 당사자주의에 보다 근접해가고 있다. 또한 양형의 문제에서는 대법원산하 양형위원회가 2007년 4월 출범하여 2009년 4월 2기를 출범하여 양형의 형평성과 합리성 확보를 위하여 노력을 기울이고 있다. 특히 살인, 뇌물, 횡령, 배임, 성범죄 등 주요 개별범죄별로 양형의 기준 및 가중, 감경사유를 정비해두고 있으며, 모든 범죄의 공통적 양형인자로서 피해자유발, 계획적 범행, 범행에 취약한 피해자, 잔혹한 범행수법, 경미한 상해, 중한 상해, 처벌불원, 반성없음, 소극가담, 본인의 책임있는 심신미약, 동종전과 등을 제시하는 성과를 이루었다. 이로써 선고형의 불공정성을 이유로 한 상소심도 줄일 수 있는 효과까지 기대하게 되었다.

그러나 형법개정에 있어서만큼은 다른 형사사법상 개혁노력보다는 다소 미미하다고 판단된다.¹⁾ 특히 형법총칙에서의 형벌론에 관하여는 형벌의 종류에 관한 개선 방안이 주를 이루고 있었으며, 형법각칙에서는 개별범죄의 구성요건에 관한 논의가 중심이었다. 따라서 개별범죄의 법정형의 타당성 특히 징역형의 타당성 내지 합목적성 등에 관한 논의는 충분히 이루어지지 못한 것으로 판단된다.

법정형이란 형사법 각 조항이 일정한 구성요건에 대응하여 법률상 추상적으로 한정한 형벌을 설정하는 것으로서, 법관이 구체적으로 형벌을 적용하여 선고함에 있어서 기본적인 표준이 되는 형벌이다. 따라서 실제 법 적용의 결과는 행위에 부과되는 형벌로써 표상되는데, 법관은 법정형의 범위 내에서 형종과 필요한 가감을 한 후에 당해 사건의 귀책사유에 알맞게 형량을 정함으로써 구체적 정의를 구현하게 된다는 점에서 법정형은 선고형의 합리성과 사법권 독립을 보장하는 기능도 보유한다. 또한 법정형을 규정함에 있어서는 범죄인의 사회복귀 및 순화적응의 목적에 적합하도록 합리적인 형벌체계를 갖추어 제정하여야 한다. 즉 단순히 행위에 대한 응보의 개념뿐만 아니라 형벌이행 후 국가의 구성원으로써 정상적인 사회생활이 가능할 수 있는 정도를 예측하여 반영하여야 한다. 우리 헌법은 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하는 기본권존중의 이념을 바탕으로 한다. 따라서 비록 반사회적이고 윤리적으로 비난의 가능성이 높은 범죄자라고 할지라도 오로지 응보적인 형량부과를 지양하면서 범죄인의 교화개선에 상응하는 형벌을 가함으로써 민주적인 형사정책을 구현하고자 한다. 따라서 법정형을 어떠한 방향으로 정비할 것인가는 형벌의 내용이 되는 구성요건의 정비 못지않은 중요성을 가진다.

우리 형법상 과실범 및 절대적 법정형인 제93조 여적죄에서의 사형과 같은 예외적인 경우를 제외하고는 대부분의 범죄에 대한 형벌은 징역형이 기준이 된다. 즉, 징역형은 구성요건행위의 중대성 및 보호되는 법익의 중요성을 상징적으로 반영한다. 또한 징역형은 구성요건체계 간의 보호법익의 경중을 비교하는 잣대가 될 수 있으면서, 동시에 동일 구성요건체계 내의 가감적 구성요건 행위태양을 결정하는

1) 물론 형법총칙상의 미수, 결과적 가중범, 예비, 음모, 부진정부작위범, 개별 위법성조각사유 등에 관하여는 지금까지 꾸준한 논의가 진행되고 있다. 그리고 형법각칙상으로는 특히 결과적가중범 규정들이라든가 개별 범죄의 구성요건의 추가 또는 삭제에 관하여 논의하고 있으며, 형법개정과 관련하여 개별범죄 또는 총칙상의 조문에 관한 연구가 진행되고 있다.

기준이 될 수 있다. 따라서 징역형의 정비는 형법의 형벌체계를 정비하는 기초로서 작용하게 될 것이다. 또한 이러한 징역형의 정비는 징역형에 비례하는 벌금형 내지 명예형의 경중의 정도를 결정하는 데에도 긍정적 영향을 미칠 것으로 생각된다.

이러한 문제의식을 기초로 하여 본 연구는 각칙상 개별범죄의 법정형이 타당성을 가질 수 있는 근거가 무엇이며, 이를 개선한다면 어떠한 기준으로 정비하는 것이 타당할 것인가에 관하여 접근해 보고자 한다. 그런데 법정형, 특히 징역형의 타당성 또는 입법기준을 검토하기 위하여는 다양한 방식의 접근이 가능하다. 비교법적 연구방법으로써는 전통적인 범죄로써 기준이 될 만한 각칙상의 특정 범죄에 대한 각국의 징역형의 경중을 비교하고 평균이 되는 징역형을 찾아내거나, 특정범죄에 대하여 각국의 시대별 징역형의 변천사를 연구하는 것이 가능할 것이다. 또는 형법내 개별 조문 간의 징역형을 비교하여 개별범죄의 법익과 법정형 간의 비례성 원칙의 준수여부를 검토하는 방법 역시 가능하며, 개별범죄의 구체적인 징역형과 관련없이 법익과 법정형간의 상관성에 관하여 접근할 수도 있을 것이다. 이러한 방법들 중 여기에서는, 형사입법권과 형법상 보호법익의 관계를 우선 살펴보고(Ⅱ) 비교법적으로 접근하여 특정 범죄에 대한 각국의 징역형을 비교하여 계량화된 징역형의 산출이 가능한지를 살펴본 후에(Ⅲ) 형법상 징역형의 정비의 기초에 관하여 논의해 보고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 형사입법권과 그 한계로서의 보호법익

1. 형사입법권자의 형성의 자유

법정형이란 입법자가 각 구성요건의 전형적인 불법을 일반적으로 평가한 형의 범위이다. 따라서 법정형은 구체적인 형의 선택을 위한 일차적인 기준이 된다는 의미에서 양형이론의 출발점이자, 형의 양정에 있어서도 기준이 된다.

민법이나 행정법 등과 같은 영역과는 달리 형사법은 규범위반에 대하여 본질적으로 감내하기 어려운 기본권침해형태의 형벌을 수반한다는 점에서 입법권자는 형사

입법에 있어서 보다 가중된 제한을 받지 않을 수 없다. 헌법상의 제한원리인 비례의 원칙이나 명확성의 원칙 등이 형사입법에 있어서는 보다 엄격하게 적용되어야 하는 이유 역시 이 점에 있다. 그러나 형사법률의 홍수 속에 사는 현실을 둘러 볼 때, 형사입법에 있어서 오늘날 입법현실은 기본권보장이라는 측면보다는 효율성의 면을 보다 강조한다고 보여 진다. 이처럼 형사입법이 정당성과 실효성 양자 중에서도, 실효성의 면을 강조함으로 인하여 과잉규제의 문제가 초래될 수 있음을 경시해서는 안 될 것이다. 또한 형벌이 최후로 투입되어야 한다는 형법의 최후수단성 내지 보충성의 원칙에 상응하는 형사입법이 형성되어야 할 것이다. 이러한 보충성의 원칙은 규제되는 행위내용 뿐만 아니라 법정형을 정할 때에도 반드시 고려되어야 한다.

2. 형사입법권의 범위와 재량

가. 형사입법권의 의의

우리 헌법은 근대자유민주주의 헌법의 원리에 따라 국가의 기능을 입법·사법·행정으로 분립하여 상호간의 견제와 균형을 이루게 하는 권력분립제도를 채택하고, 헌법 제40조에서 입법권은 주권자인 국민의 대의기관인 국회에 귀속시키고 있어 형벌법규의 제정은 원칙적으로 국회의 고유권한에 속하는 것으로서 법정형의 종류와 범위의 선택은 국회의 입법정책적인 고려에 따라 결정되며 국가의 모든 기관과 국민은 이를 존중하여야 함은 당연하다.

한편 우리 헌법은 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가의 실현을 기본이념으로 하고 있다. 그리고 헌법상 법치국가의 개념에는 헌법이나 법률에 의하여 명시된 죄형법정주의와 소급효의 금지 및 이에 유래하는 유추해석금지의 원칙 등이 적용되는 일반적인 형식적 법치국가의 이념뿐만 아니라 법정형별은 행위의 무거움과 행위자의 부책에 상응하는 정당한 비례성이 지켜져야 하며, 적법절차를 무시한 가혹한 형벌을 배제하여야 한다는 저의금지 및 과잉금지의 원칙이 도출되는 실질적 법치국가의 실현이라는 이념도 포함된다. 이는 국회의 입법재량 내지 입법정책적 고려에 있어서도 국민의 자유와 권리의 제한은 필요한 최소한에 그쳐야 하며, 기본권의 본질적인 내용을 침해하는 입법은 할 수 없는 것을 뜻한

다.

이러한 점은 형벌위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구와 그에 따른 입법상의 한계가 있게 된다. 그리고 나아가 입법자가 법관들에게 구체적 양형을 선고함에 있어서 그 책임에 알맞는 형벌을 선고할 수 있도록 형벌개별화(刑罰個別化)의 원칙이 적용될 수 있는 폭넓은 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하여야 하는 헌법적 제약이 불가피하다고 할 것이다.

한편 법정형이라 함은 형사법 각 조항의 일정한 구성요건에 대응하여 법률상 추상적으로 한정된 형벌을 설정하는 것으로서 법관이 구체적인 형벌을 적용 선고함에 있어서 기본적인 표준이 되는 형벌이다.

우리 형사법상의 법정형은 형법 제93조의 여적죄와 같은 예외적인 경우를 제외하고는 원칙적으로 법관에게 그 범죄의 정상에 따라 그 형벌의 종류와 형량을 선택할 수 있게 하고 있을 뿐 아니라 법률상 과할 수 있는 일정한 상하한의 재량의 폭을 넓게 둬으로써 법관에게 죄질과 정상에 따라 적정한 형을 선고할 수 있게 하는 이른바 상대적 법정형주의 원칙을 채택하고 있다. 이는 법관에게 진실을 발견하여 범죄 사실에 형을 적용함에 있어서는 이 법정형의 범위 내에서의 형종 선택과 필요한 가중 또는 감경을 한 다음 해당범죄의 귀책사유에 알맞게 형량을 정하게 함으로써 구체적 정의를 구현하는 선고형의 합리성과 사법권 독립을 보장하는 중요한 기능을 하고 있는 것이다.²⁾

그리고 우리 헌법은 인간으로서의 존엄과 가치를 보장하는 기본권존중의 이념을 바탕으로 하고 있다. 따라서 비록 반사회적이고 윤리적으로 비난의 가능성이 높은 범죄자라고 할지라도 천편일률적인 중형부과를 추구하지 않는다. 즉, 범죄인의 교화 개선에 상응하는 형벌을 가함으로써 민주적인 형사정책을 구현하도록 배려한다. 따라서 형벌은 범죄인의 교육·개선과 사회복귀 및 재범방지를 기본으로 한다. 이러한 우리 헌법의 기본원리에 따라 형사관계법은 형의 집행에서 뿐만 아니라 법정형을 규정함에 있어서도 범죄인의 사회복귀 및 순화적응의 목적에 적합하도록 합리적인 형벌체계를 갖추어 제정하도록 하고 있으며 구체적인 사건에서의 형량을 정함에 있

2) 憲裁決 1992. 4. 28, 90헌바24.

어서도 헌법과 법률에 의하여 그 양심에 따라 독립하여 재판하는 법관에게 위임하여 합리적이고 적정한 형을 선고하도록 제도적으로 그 탄력적인 운용을 사법부에 위임하고 있다.

이에 따라 법정형부과라는 입법사실은 당시의 특수한 사정과 필요에 따라 제정되기 때문에, 총체적인 법체계의 정당성이 인정되어야 하고, 그에 따른 국민의 법인식 고양도 고려되어야 한다. 반대로 형사입법을 할 때에는 형벌의 가중현상을 야기시켜 새로운 흉악범을 양산시킬 수가 있다는 점에서 부정적인 효과도 대단히 크다는 점을 간과할 수가 없다.

입법권자는 유동적이고 가변적인 현대사회의 다양한 현상에 탄력적으로 대응하기 위하여 그 제정이 필요하거나 이를 정당하게 할 특별한 사안이 있는 경우에는 기존의 일반형사법에 대한 규정의 신설 또는 개정을 할 수 있는 것은 당연하다. 그리고 이 때에도 다른 법률과 마찬가지로 통일된 헌법질서 내에서 체계와 조화를 이루도록 제정되어야 한다. 그렇지 않을 때에는 앞서 언급한 바와 같이, 입법의지관철에만 목적을 두고서 그 입법정책의 수행이 남용되는 경우에는 소위 “법률의 홍수”와 형벌의 위하 속에서 새로운 사회적 불안을 초래하게 될 것이기 때문에 이는 결코 바람직스럽지 못한 입법이라고 할 것이다.

따라서 형벌 역시 입법자의 입법취지를 고려한 제정의 필요성 및 그 허용범위의 문제에 초점을 맞추어 헌법에 합치하는가의 여부가 논의되어야 한다. 더구나 우리 헌법이 선언하고 있는 “인간의 존엄성”과 “법앞에 평등”(헌법 제10조, 제11조 제1항)이란 행정부나 사법부에 의한 법적용상의 평등을 뜻하는 것 외에도 입법권자에게 정의와 형평의 원칙에 합당하게 합헌적으로 법률을 제정하도록 하는 것을 명령하는 이른바 법내용상의 평등을 의미하고 있다. 따라서 입법권자의 법제정상의 형성의 자유는 무한정으로 허용될 수는 없는 것이며, 나아가 그 입법내용이 정의와 형평에 반하거나 자의적으로 이루어진 경우에는 평등권 등의 기본권을 본질적으로 침해한 입법권행사로써 위헌성을 면하기 어렵다고 할 것이다. 그러므로 헌법이 명하는 과잉입법금지의 원칙과 평등의 원칙에 반하는 가혹한 형벌규정을 설정하는 법률은 만약 헌법상 입법부에 부여된 입법권의 범위를 넘어서 자의적으로 제정된 것이라고 한다면 그 효력이 부인될 수밖에 없게 될 것이다. 즉, 헌법의 보호영역 내에

서 법정형이 결정되어야 한다는 것이 한계로서 작용하게 된다.

나. 형사입법에 있어서의 재량

헌법재판소는 법정형에 대하여 다음과 같은 판단을 내리고 있다. 즉, 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민 일반의 가치관 내지 법감정, 그리고 범죄 예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 재량이 인정되어야 할 분야이므로, 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상의 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 안 된다.³⁾

따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 죄질의 경중과 이에 대한 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 전체 형벌체계상 현저히 균형을 잃게 되고 이로 인하여 다른 범죄자와의 관계에 있어서 헌법상 평등의 원리에 반하게 된다거나, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈함으로써 헌법 제37조 제2항으로부터 파생되는 비례의 원칙 혹은 과잉금지의 원칙에 반하는 것으로 평가되는 등 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제 원리에 반하여 자의적으로 행사된 경우가 아닌 한, 법정형의 높고 낮음은 단순한 입법정책 당부의 문제에 불과하고 헌법위반의 문제는 아니라 할 것이므로 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 안 된다.⁴⁾ 그런데 법정형의 종류와 범위를 정함에 있어서 고려해야 할 사항 중 가장 중요한 것은 당해 범죄의 보호법익과 죄질이다. 보호법익과 죄질이 서로 다른 둘 또는 그 이상의 범죄를 동일선상에 놓고 그 중 어느 한 범죄의 법정형을 기준으로 하여 단순한 평면적인 비교로써 다른 범죄의 법정형의 과

3) 憲裁判決 1995. 4. 20, 93헌바40; 憲裁判決 2004. 4. 29, 2003헌바118; 憲裁判決 2005. 6. 30, 2004헌바4 등 참조.

4) 憲裁判決 1995. 4. 20, 91헌바11.

중여부를 판정하여서는 안 될 것이다. 그리고 이러한 점은 형사입법권에 있어서도 다른 법률과 마찬가지로 입법권자의 입법재량의 영역으로 남아 있게 된다.

3. 형사입법권의 한계로서의 보호법익

가. 형법의 임무

형법이 형벌권을 발동해서 국민의 기본권을 침해하는 방법을 동원해서라도 실현하고자 하는 과제가 무엇인가에 관한 물음이 바로 형법의 임무에 관한 문제로, 여기에는 지금까지 법익보호, 사회윤리보호, 법익보호 및 사회윤리보호, 사회체계보호 등의 견해가 대립되어 왔다. 우선 법익보호설은 형법의 임무를 보충적인 법익보호에 두는 입장이다.⁵⁾ 형법의 임무를 법익보호에 있다고 보는 입장에서는 형법상 모든 범죄는 실질적 불법에 있어서 차이가 있다고 하더라도, 최소한 불법의 내용은 법익을 침해할 것을 전제로 한다고 본다. 따라서 보호해야 할 법익이 없는 행위는 형벌의 대상이 될 수 없고, 만일 이를 범죄화하였다면 이미 형사입법권의 한계를 일탈하였다고 보게 될 것이다.

반면 Welzel은 형법의 임무를 공동체생활의 기본가치, 즉 결과가치 또는 사태가치와 행위가치의 보호에 있다고 보고 있다.⁶⁾ 이에 따르면 국가와 공동체의 존속의 토대로서, 구체적인 개별적 법익보호보다 더 본질적인 것은 법적 심정이라는 행위가치의 현실적 효력, 즉 준수를 보장하는 임무라고 본다.⁷⁾ 결합설은 형법의 임무를

5) 박상기, 형법총론, 5면; 이상돈, 형법의 근대성과 대화이론, 68면; Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl., 7면; Roxin, AT Bd. I, 3. Aufl., § 2 Rn. 1. 여기에서 언급하는 법익이란 사회가 평화롭게 발전하기 위하여 필요한 요소를 생활이익이라고 할 때 그 가운데 특별히 법공동체가 지키고자 하는 것을 의미한다. 그리고 법익은 일반적으로 계몽주의적 자유주의에서 이해하는 법익개념으로서 자유적 법익개념을 지칭하는 것으로서 공동체 안에서 인간의 평화로운 삶을 영위하기 위한 기본조건들, 예컨대 생명이나 신체, 활동이나 의사결정의 자유, 재산 등 개인에게 귀속되는 것 뿐만 아니라, 사회공동체의 윤리나 국민일반의 생활이익을 의미한다. 즉, 법익이란 추상화된 사회의 보편적 이익이다.

6) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1면 이하.

7) 따라서 Welzel은 형법의 임무는 근본적인 사회윤리적 심정가치의 보호에 있으며 개별적인 법익은 거기에 포함되어 보호된다고 보았다. 즉, 사회윤리적 행위가치의 보호가 궁극적으로 보면 법익보호의 효과적인 수단이 된다고 보는 것이다.

법익보호와 사회윤리적 행위가치의 보호 양자에서 찾는 입장이다. 여기에는 양자를 형법적 반가치판단인 행위반가치 및 결과반가치와 연계시켜서 병렬적으로 이해하려고 하는 견해가 주를 이루며,⁸⁾ 형법의 자유화 또는 탈윤리화를 위한 필요조건으로서 사회윤리규범 보호기능을 들고, 충분조건으로서는 법익보호기능을 언급한다.⁹⁾ 그리하여 법익침해 또는 법익의 위태화라는 외적 결과나 상태뿐만 아니라 이를 발생케 하는 내면적 행위도 형법적 반가치판단의 대상으로 삼으면서, 법익보호임무는 결과반가치에, 사회윤리적 행위가치보호임무는 행위반가치에 연결시키고 있다.¹⁰⁾

사회체계보호설은 형법의 임무를 사회보호에 두는 입장이다.¹¹⁾ 이에 따르면 체계 역기능적 현상 또는 사회체계가 그의 존립문제를 해결할 수 없도록 만드는 사회현상은 사회유해적인 것으로 범죄가 되며, 형법은 이러한 체계 역기능적 현상을 조절하는 사회통제장치의 일환으로 나타난다고 한다. 이처럼 형법의 임무를 사회질서의 보호로 보는 입장은 형법이 공동생활에 필요한 행위규범을 설정하고 이 규범이 침해되었을 때 이에 대한 규범적 평가를 내리고 적정한 형사제재를 가지고 대응함으로써 법공동체의 평화교란행위들을 진압하고 규제하는 기능을 가져야 한다고 본다.

나. 형법의 법익보호기능

사회윤리적 행위가치는 사회의 토대로써 분명히 보호가치 있는 그 사회의 존립근거이다. 그러나 사회윤리주의가 언급하는 바와 같이 사회윤리가치가 주를 이루고 법익보호는 이에 수반한다고 보는 것은 주객의 전도로 보여 진다. 또한 윤리 또는 가치를 근본으로 하여 형법이 존재한다고 본다면, 사회와 개인에게 있어서 무엇이 유해한 행위이고 유해하지 않은 행위인가를 구분하는 것이 더욱 모호해진다. 또한 형벌의 목적이 사회질서의 유지에 있다고 하더라도, 이는 사회윤리자체의 보호에 있는 것이 아니라 국민개개인에게 존재하는 이익으로서 개인의 법익을 보호하는 것에 있다고 하지 않을 수 없을 것이다. 즉, 개인의 존엄을 근본으로 하는 법적인 가치

8) 이형국, 형법총론, 28면; 정성근/박광민, 형법총론, 8면 등.

9) 임웅, 형법총론, 9면은 이를 비유적으로, 사회윤리규범이라는 정신은 법익이라는 육체에 체화되어서 등장하는 경우에만 형법적 보호를 받게 된다고 한다.

10) 손동권, 형법총론, 10면.

11) Amelung, Rechtsgüterschutz und der Gesellschaft, 1972, 350면.

관이 지배하는 국가나 사회에서는 개인의 법익을 중심으로 법익보호를 추구하고 국민의 존엄성과 행복추구권을 최대한 보장하는 것이 사회질서유지를 위한 가장 효과적인 방법이 된다.

또한 국가가 강제수단을 동원하여 사회윤리를 보호하고자 할 때에는 과범죄화의 위험성에 빠질 우려가 발생한다. 도덕문제에 형법이 개입하면 개입할수록 도덕의식과 도덕적 자율성 역시 퇴보하게 되어, 다시 도덕문제에 형법이 더욱 깊이 개입하게 되는 악순환이 반복될 수도 있다. 따라서 사회윤리나 사회보호가 형법의 임무라고 보기는 어렵다. 그러므로 형법은 국민의 생명과 신체, 각종의 자유권, 재산권 등을 보호하고자 한다고 보는 법익보호설이 타당하다.

다. 형사입법의 한계로서의 법익

형법상의 법익은 인간의 공동생활의 제반조건들을 유지하기 위하여 불가결한 행위에 대해서만 이를 형벌로서 대응해야 한다는 한계를 가진다. 형사입법의 방향을 법익개념으로 귀속한다면 이는 잠재적 행위자에게, 자신의 행위가 보호할 가치 있는 법익을 침해한 것으로 나타나기 전까지는 형벌로부터 보호되어야 하고, 이로부터 형법의 본질적인 제한이 도출된다.¹²⁾ 즉, 형법은 보호하고자 하는 법적인 이익을 목적으로 이를 해하는 행위에 대해서만 형벌로써 규제해야 하는 한계를 가지게 된다.¹³⁾

형사입법자를 법익보호원칙에 엄격하게 구속시키고자 하는 노력은 근대형법의 특징으로, 형법은 법익만을 보호할 수 있다는 한계를 가지게 된다. 그런데 법익개념은 실정형법에 선재하여 승인된 특정 가치나 이익 등을 형법적 수단으로 보호할 수 있는지, 어느 범위까지 보호되어야 하는지에 관한 기준을 제공해 주어야 한다. 따라

12) 이진국, 형사입법에서 법익개념의 체계비판적 기능, 동아법학 제37호, 동아대학교 법학연구소, 2005/12, 107면.

13) 이진국, 형사입법자의 형벌범규 제정권한의 한계에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2003, 36면. 특히 실질적 범죄개념에 따를 때에는 형법은 이미 존재하고 있는 법익을 보호해야 하는 반면에 금지와 요구의 객체가 형법에 존재하고 있는 것이 아니라 국가에 의하여 비로소 창설되는 경우에는 실질적 범죄개념의 범주에 포함되지 못하고, 이러한 한도 내에서는 형법상 보호법익이 될 수 없다고 본다. 예컨대, 신체의 완전성 침해나 소유권의 침해는 본질상 범죄행위가 되지만, 신고의무나 주차위반과 같은 국가명령 위반행위를 형벌로 대응할 수는 없다.

서 법익을 추상적이고 일반적으로 개념지우게 된다면, 법익은 입법에 있어 만족스러운 기준을 제공해 주지 못하는 결과를 초래하게 된다.¹⁴⁾ 이러한 문제점으로¹⁵⁾ 인하여 사회의 구성원들에게 그 사회의 다양한 문화적 배경을 토대로 형성된 행위규범들이 요구된다고 해서, 반드시 그 규범들이 구체적 이익 혹은 법익을 기본으로 해야 한다는 점을 부정하는 입장이 있다.¹⁶⁾

또한 나아가 특정한 이익이나 가치가 형법적인 수단에 의하여 보호되어야 하는지에 관한 정당성의 문제가 제기된다. 형법의 보호대상이 모호해지는 현상은 전통적으로 범죄로 보았던 개인적 법익에서는 그다지 문제되지 않지만, 현대사회에서 특별법으로 다루는 많은 경우는 법익의 추상성이 법익개념 자체에 의문을 가지게 하는 것은 어쩌면 당연한 결과일지도 모른다. 이 때문에 개인적 법익 이외 보편적 법익의 경우 언제나 형법이 보호수단으로써 강구되어야 하는 것은 아니고 특별한 제한을 할 필요가 있다고 보기도 한다. 예컨대 환경형법의 경우에는 환경관련 형법규정은 환경 자체를 보호하는 것이 아니라 인간의 생명과 건강에 대해 간접적으로 공격하는 행위들을 금지하는 구성요건 체계를 기준으로 정비해야 할 것이지, 환경 그 자체처럼 모호하고 광범위한 이익을 보호법익으로 사용할 필요가 없다.¹⁷⁾

모든 형법상의 행위규범들에 대하여 구체적인 보호법익을 확정하기란 어렵다. 그렇다고 해서 형법상의 규범들이 보호해야할 법익개념을 포기하고 결정되어 진다면 형사입법자의 입법기능을 통제하기 위한 내재적 장치를 찾기란 더욱 어렵다. 최근의 법익개념을 실질화하기 위한 끊임없는 노력들은 더욱 증폭되는 법익개념의 추상

14) 특히 법익개념의 사회적, 법정정책적 상대성 때문에 법익 개념을 실질적으로 모색하기는 어려우며, 따라서 “보호성과 선별성 사이의 어쩔 수 없는 선택”이 될 수밖에 없다고 표현하기도 한다. Nomos Kommentar/Hassemer, Vor § 1 Rn. 287.

15) 물론 법익론의 실질적 유효성에 관하여 의문을 제기하는 견해들이 없는 것은 아니다. 특히 현대사회가 가지는 위험사회에서의 형법의 임무는 법익론이 완전히 기능하지 못할 것으로 보이기도 한다. 그러나 현대사회에서 법익론이 무용화되었다고 보기 보다는, 현대사회에서의 법익의 추상성을 보다 실질화하는 방향을 모색하는 것이 타당할 것으로 생각된다. 한편, 형법의 임무로서의 법익론에 대한 비판적 견해에 관하여는 안동준, “법익론의 생성, 발전과 변환”, 법학논총 제28권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2008/6, 398-406면.

16) Stratenwerth, AT., §2 Rn. 9 에 따르면 음행매개죄처럼 특정한 법익을 보호하지 않는 규정들의 존재가 이를 입증한다고 본다.

17) Hohmann, Das Rechtgut der Umweltdelikt, 1991, 299면 이하(안동준, 앞의 논문, 400면 재인용).

성으로 인하여 법익개념에 의문을 제기하고 이를 포기하고자 하는 움직임에 대한 반론이다. 특히 아래로부터 법익의 실질화를 주장하는 견해¹⁸⁾에 따르면 법익을 관념적 가치로 평가는 것에서 탈피하여, 현실적인 보호대상이 존재한다고 본다. 그리고 이와 같은 현실성은 실질적인 대상의 존재뿐만 아니라, 심리작정신적 현상의 영역에도 그 뿌리를 두게 되며, 관념적 사상이 인과작용을 해결할 수 없는 것에 반하여 침해될 수 있는 것은 사실관계라는 점을 강조한다. 법익개념의 실질화는 헌법적 실질화 기준으로부터 인간이 최상위의 가치를 가지는 것은 분명하지만, 그렇다고 해서 집합적 법익이 부정되는 것도 아니다. 법익개념을 이원화하게 되면 개인적 법익의 보호뿐만 아니라, 집합적 법익의 보호도 형법의 보호대상으로 할 수 있지만 궁극적으로는 개인적 법익의 보호의 강도는 집합적 법익의 보호기능은 낮아지게 될 것이다.

이처럼 법익개념의 실질화는 법익개념에 비판적 능력을 부여한다. 그리고 형사입법자의 입법행위를 통제하고 내용적 지침을 제공하기 위하여, 법익개념의 실질화는 특정한 이익이나 가치가 법익개념에 포섭되는지 아닌지에 관한 근거가 될 수 있다. 그리고 이러한 때에만 형사입법은 그 목적의 정당성이 법익을 통하여 인정될 수 있을 것이다.

4. 비례의 원칙

헌법 제37조 제2항 및 법치국가원리에 의하면, 국민의 기본권을 법률로써 제한하는 것이 가능하다 하더라도 그 본질적인 내용을 침해할 수 없고 또한 과잉금지의 원칙에도 위배되어서는 안 되는바, 과잉금지의 원칙이라 함은 국민의 기본권을 제한함에 있어서 국가작용의 한계를 명시한 것으로서 목적의 정당성·방법 또는 수단의 적정성 내지 상당성·피해의 최소성·법익의 균형성 등을 의미하고 그 어느 하나에라도 저촉이 되면 위헌이 된다는 헌법상의 원칙을 말한다.¹⁹⁾

18) Hefendehl, “Die Materialisierung von Rechtgut und Deliktsstruktur”, GA 2002, 21면 이하(전현욱/임석순 역, “법익과 범죄구조의 실질화”, 영남법학 제25호, 2007/10, 212면 이하).

19) 憲裁決 1997. 3. 27, 95헌가17; 憲裁決 2001. 8. 30, 99헌바92, 2000헌바39, 2000헌마167·168·199·205·280(병합).

그리고 명문규정이 없더라도 법치국가의 원리와 인간의 존엄성에 기초하는 책임 원칙에 따를 때, 형사입법자는 법정형을 구성하고 확정함에 있어서 모든 형벌이 범죄행위의 경중과 행위자의 귀책에 정당한 정도의 입법을 해야 한다는 의무를 부담한다. 우리 헌법은 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가의 실현을 기본이념으로 한다. 법치국가의 개념은 범죄에 대한 법정형을 정함에 있어 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 적절한 비례관계가 지켜질 것을 요구하는 실질적 법치국가의 이념을 포함하고 있다.²⁰⁾ 따라서 어떤 행위를 범죄로 규정하고 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는데 대한 입법자의 입법형성권이 무제한한 것이 될 수는 없다. 즉, 법정형의 종류와 범위를 정할 때는 형벌 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화 원칙이 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다.

일반적으로 목적과 수단의 관계로 이해되는 비례의 원칙은 일정한 목적을 실현하기 위하여 투입되는 공권력이 목적달성에 비례해야 함을 의미한다. 이러한 의미에서 비례의 원칙의 내용으로서의 적합성의 원칙, 필요성의 원칙, 과잉금지의 원칙은 형사입법의 영역에서도 준수되어야 한다. 형사입법영역에서 목적은 중요하고 본질적인 법익의 보호이며, 수단은 행위규범과 이에 상응하는 법정형이다.

자기책임성의 원리의 경우 형법자체의 한계로 기능함으로써 과도한 형벌권의 행사를 막는 방어막의 기능을 담당하고 있다.²¹⁾ 보충성의 원리(ultima ratio)는 형법 외의 다른 수단을 우선적으로 강구하게 함으로써 형법의 적용 자체를 절대적 필요성을 충족하지 않는 한 차선으로서만 고려하게끔 제한한다.²²⁾ 이들은 형법이 또는 형벌권이 무제한하게 적용되어서는 안 되고 그 자체로 한계를 인정하고 그 한계 내에서 신중하고도 조심스럽게 운용되어야 함을 분명히 제시하고 있다. 물론 이들 원칙은 형법의 내재적 한계로서의 기능으로 기능하기 때문에 형법의 근거로서의 기능

20) 憲裁決 1992. 4. 8, 90헌바24; 헌재결 2003. 11. 27, 2002헌바24.

21) Roxin, "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, 17면.

22) Roxin, AT, Bd. I, 3. Aufl., §2 Rn. 28. 이 점에서 최소한의 수단을 강조하는 보충성의 요구가 비례성과 어떤 관계에 있는지는 논의의 여지가 있다.

과는 구별해야 한다. 그렇지만 형법에서 비례성원칙의 필요성과 정당성은 이와 같은 형법의 한계로서의 기능에서도 이끌어낼 수 있다. 형법이 가지고 있는 내재적인 한계를 분명히 확인하고 인식하는 것은 형법이 본연의 임무와 기능을 소화하기에 충분한 담보가 된다. 이와 같은 형법의 자기제한을 위한 모색의 연장선에 비례성이 있다.²³⁾

비례의 원칙에는 협의의 균형성의 원칙이 포함된다. 즉 입법자가 촉진하려는 목적의 가치가 기본권을 통해 보호된 법익에 대한 제한의 강도와 비례관계에 있어야 한다는 것을 의미한다. 형사입법의 영역에서 균형성 원칙의 본질적인 고려대상은 형법적인 제재의 종류와 범위가 법익보호를 목적으로 하는 행위규범과 일정한 비례 관계가 있는가의 문제로 나타난다. 이러한 의미에서 균형성의 원칙은 책임원칙과 직접적으로 연관된다. 일반적으로 법익은 그 중요성의 정도에 따라 경중을 통해 서열을 정립할 수 있게 되는데, 이 경우 균형성의 원칙은 법정형의 종류와 범위가 법익의 서열과 상응하는 것으로써 표현된다. 물론 헌법재판소의 입장에 따르면 법정형의 종류와 범위를 정함에 있어서 고려해야 할 가장 중요한 것은 당해 범죄의 보호 법익과 죄질임을 인정하면서도 보호법익과 죄질이 서로 다른 둘 또는 그 이상의 범죄를 동일선상에 놓고 그 중 어느 한 범죄의 법정형을 기준으로 하여 단순한 평면적 비교로써 다른 범죄의 법정형의 과중여부를 판단해서는 안 된다고 본다.²⁴⁾ 어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법 재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이므로, 균형성이 인정되지 않는 헌법 위반이라고 쉽게 판단할 수 없기 때문이다.²⁵⁾ 구체적으로는 법정형의 하한이 지나치게 높은 입법의 경우가 문제될 수 있다. 예컨대 형법 제337조 강도치상죄의 경우 강도상해죄 동시에 규정됨으로 인하여 무기징역 또는 7년 이상의 징역에 해당하게

23) 이용식, “형법에 대한 헌법적 통제”, 한국형사법학회 동계학술자료집, 2005/12, 4면 참조.

24) 憲裁決 1999. 5. 27, 96헌바16; 憲裁決 2001. 10. 25, 2000헌바5; 憲裁決 2001. 11. 29, 2001헌가16.

25) 憲裁決 2001. 3. 21, 99헌바72, 2000헌바12(병합).

되어 결과에 대한 과실범이 특별한 사정이 없는 한 작량감경을 통해서도 집행유예를 받을 수 없는 경우이다.²⁶⁾ 그러나 과실로 경미한 상해에 이르게 한 자에게까지도 집행유예의 가능성을 법정형을 통해 차단하는 것은 균형성의 측면에서 불법에 상응하는 형벌이라고 보기는 어려울 것이다.

이처럼 형법각칙상의 개별범죄의 징역형의 정비는 보호법익을 원칙으로 하며, 비례성을 준수하여 보호법익의 보호정도에 비례하는 징역형의 정비를 기본으로 하여야 할 것이다.

Ⅲ. 개별범죄 징역형의 비교법적 검토

1. 징역형의 비교법적 검토의 의의

자유형 중에서도 특히 징역형은 어느 국가에서나 주요 형벌로써 자리잡고 있다. 자유형을 징역형과 금고형으로 구분하거나, 징역형으로 단일화한 경우도 있지만, 징역형은 개별 국가들에서 행위의 불법성 및 경중을 나타내는 지표로써 활용되고 있음은 물론이다. 일반적으로 형법전의 체계는 국가들마다 다르지만, 총칙 편에서 징역형기의 상하한선에 관하여 기준을 정하고, 개별 범죄에서는 하한제한방식 또는 상한제한방식이나 상하한제한방식을 사용하는 바, 이때의 상하한 제한은 개별국가의 입법적 배경이나 사회적 특수성을 고려해야 하기는 하지만, 기준이 되는 것은 역시 보호법익에 대한 평가이다. 즉, 기본적으로 규범에 의하여 보호되는 법익의 경중을 기준으로 그 외에 개별 국가의 특수성이 구체적인 법정형을 결정하는데 영향을 미치게 된다. 따라서 특정 범죄를 기준으로 각국의 법정형을 비교하는 것은, 법정형을 통하여 특정 보호법익에 대한 보호의 정도, 달리 말하면 불법성의 평가를

26) 憲裁決 2001. 4. 26, 99헌바43은 형법 제337조에 관하여 합헌결정을 내리고 있다. 즉, 법관의 양형 판단재량권 특히 집행유예 여부에 관한 재량권은 어떠한 경우에도 제한될 수 없다고 볼 성질의 것이 아니므로, 강도상해죄 또는 강도치상죄를 범한 자에 대하여는 법률상의 감경사유가 없는 한 집행유예의 선고가 불가능하도록 한 것이 사법권의 독립 및 법관의 양형판단재량권을 침해 내지 박탈하는 것으로서 헌법에 위반된다고는 볼 수 없다고 한다.

비교해 봄으로써 국가들 간의 격차 비교 뿐만 평균이 되는 법정형의 정도를 찾아봄으로써 법정형, 특히 징역형을 어떻게 정비하는 것이 바람직한가에 대한 근거를 제시할 것으로 기대된다. 여기에는 독일, 일본, 프랑스의 형법과 우리나라 형법의 10개 범죄를 비교하여 보았다. 선정기준은 경찰청 연간보고 5대 강력범죄인 살인, 강도, 절도, 강간, 방화를 비롯하여 앞서 살펴본 바와 같이 전통적으로 불법성이 인정되어 온 개인적 법익을 포함시켰는 바, 신체를 보호법익으로 하는 상해와 폭행, 의사결정의 자유를 보호법익으로 하는 협박과 인간의 가치 및 존엄성과 관련되는 명예 및 개인의 사생활 보호를 추구하는 주거침입죄가 포함되었다. 이러한 범죄들 중에는 법익의 추상성으로 인하여 행위범으로 결정되어 지는 것도 포함되지만, 법익의 귀속자가 개인이라는 점에서 법익의 실질은 명확하다고 판단된다. 따라서 앞서 본 형사입법의 한계로서의 법익이 어느 정도로 실질화되어 있는가와 관련하여서는 명확하게 판단되어 질 수 있는 범주의 범죄들이라고 판단된다.

2. 각국의 징역형기의 규정방식

프랑스는 형벌의 다양한 분류 중 범죄의 경중에 따라 중죄형과 경죄형, 위경죄형으로 구분하면서 중죄형과 경죄형은 10년을 기준으로 구분한다. 자유형에는 징역, 금고, 형사구금을 두면서 일반적 중죄에 대하여는 징역이, 정치적 중죄의 경우에는 형사구금이 부과된다(형법전 제131-1조 참조). 두 경우 모두 최소 종신, 30년, 20년, 15년으로 구분되며 그 하한은 10년 이상이어야 한다. 만일 10년 미만인 경우에는 금고로 전환된다. 경죄형은 금고와 벌금이 적용되는 바, 금고형은 10년, 7년, 5년, 3년, 2년, 1년, 6개월, 2개월로 구분된다(형법전 제131-3조 참조). 위경죄형에는 자유형이 부과되지 않는다. 따라서 징역형이란 중죄에만 부과된다. 징역은 1960년 신설된 것으로 기존에 10년 이상의 징역을 칭하던 강제노역형과 5년 이상 10년 미만의 징역형을 동시에 포함하는 것으로 본다.²⁷⁾ 징역은 종신형과 유기형으로 구분되며²⁸⁾, 종신, 최장 30년, 최장 20년, 최장 15년으로 “한다”라고 되어 있는 규정방식들

27) 강현철 외 11인, 프랑스법령용어집, 한국법제연구원, 2008, 628면.

28) 프랑스의 경우 1981년 사형제의 폐지로 인하여 생명형은 더 이상 존치하지 않으므로, 중죄형 중 종신형이 가장 무거운 형벌이 되었다.

은 상한제한방식으로 30년 이하, 20년 이하, 15년 이하로 이해된다. 그리고 중죄는 10년이 하한이기 때문에, 10년 이하는 금고로 명칭이 바뀌게 된다.

독일은 1969년 제1차 형법개정법률을 통하여 자유형의 단일화, 단기자유형의 제한 등 중죄의 총칙규정을 혁신하고 일부 각칙규정을 개선하였으며, 1975년 제2차 형법개정법률을 통하여 신총칙을 시행하여 현재의 모습을 갖추었다.²⁹⁾ 신형법 제38조는 자유형이 규정으로, 자유형은 무기형과 유기형으로 나누고 유기형은 1월 이상 15년 이하로 한다. 사형제도는 폐지되었으나, 독일연방헌법재판소는 무기자유형 자체는 합헌이라 할지라도, 무기형을 선고받은 자도 자유를 찾을 수 있어야 한다고 판결함으로써³⁰⁾ 무기형의 잔여기간을 가석방을 통해 면제하는 규정이 삽입되었다(제57조a). 그리고 단기자유형은 그 부정적 영향³¹⁾으로 인하여 6월 이하의 단기자유형은 예외적인 경우에만 허용한다(제47조). 징역형 규정방식은 우리와 크게 다르지 않다. 하한제한방식으로써 1년, 2년, 3년, 5년, 10년 이상(10년 이상은 무기징역과 선택형으로 규정된다)등이 있으며, 상하한동시제한방식으로는 하한과 상한이 각각 3월-3년, 3월-5년, 6월-5년, 6월-10년, 1년-5년, 3월-10년, 1년-10년, 2년-10년 등이 있다. 선택형의 경우에는 무기 또는 10년 이상, 5년 이하 자유형 또는 벌금, 3년 이하 자유형 또는 벌금, 2년 이하 자유형 또는 벌금, 1년 이하 자유형 또는 벌금, 6개월 이하 자유형 또는 180일수 이하 벌금 7가지 형태로 규정되어 있다.

일본은 2004년 법정형 개정을 통하여 총칙상 유기징역, 금고의 법정형을 1월 이상 20년 이하로 하였고(제12조 제1항 및 제13조 제1항) 사형 또는 무기징역이나 금고를 감경하여 유기형으로 하는 경우(제14조 제1항) 및 유기형의 가중의 경우(제14조 제2항)는 장기를 30년으로 규정하였다.³²⁾ 징역과 구금을 구분하여 전자는 소정

29) 법무부, 독일형법, 2008/5, 4면.

30) BVerfGE 45, 187.

31) 단기자유형의 경우 개선교화의 효과에 충분한 시간이 아니면서도, 다른 중한 죄질의 수행자로부터 악성에 감염되기에는 충분한 시간이라는 비판은 이미 일반적으로 공지된 비판점이다. 그 밖에도 사회복귀에 치명적인 낙인이 찍힌다는 점 역시 많은 국가들에서 단기자유형을 폐지하거나 폐지하고자 하는 이유이다.

32) 이에 관하여, 일본 法制審刑事法部會에서의 심의 冒頭에서 행하여진 법무성의 담당자에 의한 설명 가운데에는 「...이 15년 혹은 20년이라는 기간으로써 유기징역에 처하는 경우의 한계로 하는 것은 국민의 형벌에 관한 정의관념에 합치하지 않는 것은 아닌가, 또한 무기형에 처하는 경우와 실질적인 차이가 지나친 것이 아닌가 하는 지적이 있었다.

의 작업을 요구하고 있으며, 감경에 의하여 1월 미만의 형이 된다고 하더라도 그로 인하여 징역 또는 금고라는 법정형의 성격이 변하지는 않는다. 구체적으로는 하한 제한방식은 1년, 2년, 4년(제178조의2 집단강간죄), 5년 이상이 있고, 상한제한 방식은 6월, 1년, 2년, 3년, 5년, 7년, 15년 이하 등이며, 상·하한동시제한 방식은 3월-5년, 3월-7년, 3월-10년, 6월-7년, 6월-10년, 1년-10년 등이 있다.

3. 개별범죄의 비교

우선 살인죄의 비교이다. 프랑스는 제221-1조 내지 제221-3조에서 고의살인은 30년의 징역형, 다른 중죄 실행과정의 고의살인은 무기징역, 예모수반 살인 역시 무기징역이다. 독일은 제211조 내지 제213조에서 모살³³⁾은 무기징역, 고살은 5년 이상의 자유형, 경한 고살³⁴⁾은 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. 일본은 제199조에서 사형, 무기 또는 5년 이상을 규정하였고 제200조 존속살해죄는 1995년 삭제되었다. 프랑스 및 독일은 사형규정을 폐지함으로써 법정최고형에 사형이 없다는 것을 제외하고 본다면, 고의살인의 경우 프랑스는 10년 이상 30년 미만, 독일은 5년 이상 15년 이하, 일본과 우리 형법은 (사형), 무기 또는 5년 이상 15년 미만의 징역형이다. 프랑스와 독일이 중죄수반살인, 고살 또는 모살 등을 세분화 하고 있으므로, 사형을 제외한 상한은 각국이 모두 유사하고 다만 하한이 프랑스의 경우만 10년 이상이다.

강도죄의 경우, 프랑스는 강도죄라는 표현 없이 절도폭행, 또는 절도상해로 규정하고 있다. 제311-5조 및 제311-6조는 폭행이 1주 이하 또는 이상의 노동불능³⁵⁾을

33) 모살자란 살해육, 성육의 만족, 탐욕 또는 기타 비열한 동기에 의하여 간악하거나 잔인하게 또는 공공 위해의 수단에 의하여 다른 범죄를 가능하게 하거나 또는 은폐할 목적으로 사람을 살해한 자를 의미한다.

34) 고살자가 자기의 책임 없이 피살자에 의하여 자기 또는 친족에게 가하여진 학대 또는 심한 모욕을 통해 격분하여 우발적으로 범행하였거나 또는 기타 중하지 아니한 경우가 존재하는 경우이다.

35) 노동불능 또는 노동능력상실(Incapacité totale de travail(ITT)란 병 또는 사고로 인하여 직업활동을 수행하는 것이 신체적으로 부적합한 기간을 의미한다. 이 기간은 손해배상액이나 또는 형사처벌의 내용을 결정하는 기준이 되며 법적 구속력을 갖는다. 강현철 외 11인, 프랑스법령용어집, 한국법제연구원, 2008, 451면.

초래하였는가를 기준으로 전자는 7년의 구금형 및 100,000유로³⁶⁾, 후자는 10년의 구금형 및 150,000유로의 벌금에 처한다. 독일형법 제249조³⁷⁾는 1년 이상의 징역 또는 행위가 중하지 않을 경우 6월 이상 5년 이하의 징역에 처한다. 일본형법은 제236조 5년 이상의 징역에 처한다. 우리 형법이 3년 이상의 징역에 처하므로, 프랑스 형법이 1월 이상 7년 이하의 구금형으로 법정형이 가장 낮고, 일본의 법정형이 가장 높다.

절도죄의 법정형을 살펴보면, 프랑스는 3년의 구금형 및 45,000유로의 벌금, 독일은 5년 이하의 자유형 또는 벌금형, 일본은 10년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금, 우리 형법은 6년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. 역시 프랑스형법이 가장 낮고 일본형법이 가장 높다.

강간죄의 경우 프랑스는 제222-23조에서 폭행, 강제, 협박 또는 기만에 의한 강간에 대하여 15년의 징역형에 처하고, 독일은 제177조 제3항 제1호에서 무기 또는 다른 위험한 물건을 지니거나 제2호 폭행 또는 폭력을 고지한 협박을 통해 다른 사람의 반항을 폭력으로 저해하거나 또는 극복하기 위하여 그 밖의 물건 또는 도구를 소지한 간음행위는 3년 이상의 자유형에 처하며 다만 제5항에 의하여 제3항이 중하지 아니한 경우에는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. 일본형법 제177조는 우리형법과 같이 3년 이상의 징역에 처한다. 따라서 프랑스형법이 10년 이상 15년 이하로써 가장 중하고, 그 외의 국가들에서는 법정형이 같다.

방화죄의 경우, 프랑스는 별도의 처벌규정을 두고 있지 않다. 다만, 개인적 법익을 보호하기 위한 장 중 제2편 재산에 대한 기타 침해 제2장 손괴, 훼손 및 효용상실 제2절 사람의 위험을 초래하는 손괴, 훼손 및 효용상실에서 손괴와 구분하지 않고 처벌하고 있다. 즉 과실폭발, 화염에 의한 손괴로써 과실에 의한 화재발생을 1년의 구금형 및 15,000유로의 벌금에 처하고, 목적물이 타인소유 나무, 숲, 황야, 관목지대, 농장, 식림지대인 경우 2년의 구금형 및 30,000유로의 벌금에 처한다(제322-5

36) 본 논문에서는 징역형의 비교를 목적으로 하는 바, 이하에서는 선택형으로 규정된 벌금형의 비교는 제외하고자 한다.

37) 다만 독일형법의 경우 폭행 또는 협박이 아니라 폭행 또는 신체나 생명에 대한 현재의 위험을 고지한 협박으로 협박이 제한되어 있는 바, 이는 독일 형법 제241조가 “타인에 대하여 또는 타인과 가까운 사람에 대한 중죄의 실행”을 협박할 때에만 범죄가 성립된다고 규정한 것과 형평성을 유지하기 위함이다.

조). 고의의 방화죄에 해당하는 규정으로는, 폭발, 화염, 화재에 의한 손괴 및 인적 환경피해규정이 있다. 제1항 폭발성, 인화성 기타 사람에게 위해를 가할 수 있는 성질을 가진 모든 수단을 사용하여 타인의 재물을 손괴, 훼손하거나 그 효용을 상실케 한 때에는 10년의 구금형 및 150,000유로의 벌금에 처한다(제322-6조). 동조 제2항은 타인소유의 나무, 숲, 황야, 관목지대, 농장, 식림지대에서의 화재의 경우 15년의 징역형 및 150,000유로의 벌금에 처한다. 우리형법이 방화죄를 전형적인 사회적 법익으로써 추상적 위험범으로 규정한 것과 달리 독일형법 제306조 일반건조물방화죄는 목적물을 방화하거나 방화를 통해서 그 일부 또는 전부를 파괴한 자라고 규정하여 재산범죄의 성격도 고려하였으며, 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처하고, 제306조a는 현주건조물방화죄 및 공용건조물방화죄의 성격을 가지면서 1년 이상의 자유형에 처한다. 일본형법 제108조 현주건조물방화죄는 사형, 무기, 5년 이상의 징역에, 제109조 일반건조물방화죄는 2년 이상의 징역에 처한다. 역시 프랑스형법이 가장 경하고 일본형법이 가장 중하다.

폭행과 상해에 관하여는 국가별로 이를 구분하거나 하지 않는다. 우리 형법은 일본형법 및 스위스형법과 같이 폭행과 상해를 분리하지만, 이를 구분하지 않는 입법례도 상당하다. 프랑스형법과 독일형법이 대표적이다. 1810년 프랑스 구형법전은 단일한 조문에 폭행 및 상해죄를 규정하였으나 1863년 폭행과 유형력의 행사를 추가하였다가 1981년 상해를 삭제하였다. 폭행상해죄는 타인의 신체의 완전성에 대한 침해행위로서 상해는 피해자 신체의 내부 또는 외부적인 부상을 의미하며, 폭행은 사람에게 의하여 또는 도구를 이용하여 직접적으로 가해진 충격을 의미한다. 현행 형법전은 폭행죄(violences)로 죄명을 단일화하였으며 여기에는 국내법에서의 폭행과 상해의 개념이 포함된 것이다. 제222-9조의 신체의 일부상실, 영구적 신체장애를 초래하는 폭행이란 우리 형법 제258조의 중상해에 해당하며 10년의 구금형에 처하고, 제222-10조는 피해자의 특성으로 인한 가중규정으로 피해자에 따라 15년의 징역과 20년의 징역에 처한다. 단순상해죄와 유사한 규정은 제222-11조로, 1주초과 노동불능상태를 초래하는 폭행에 대하여 3년의 구금형 및 45,000유로의 벌금에 처한다. 독일 역시 별도의 규정을 두지 않고 형법 제223조의 신체학대에서 형법상의 폭행의 의미를 담고 있다. 독일형법 제223조는 타인을 신체적으로 확대하거나 건강을 해하

는 행위를 5년 이하의 자유형 또는 벌금에 처하고, 제226조의 중상해는 1년 이상 10년 이하의 자유형에 처한다. 일본 형법은 양자를 분리하여 폭행죄는 2년 이하의 징역 또는 30만엔 이하의 벌금, 구류, 과료로(제208조), 상해죄는 15년이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에(제208조)에 처한다. 우리 형법과도 비교해보면 역시 프랑스형법의 법정형이 가장 낮고, 일본 형법이 가장 높다.

협박죄의 경우, 프랑스 형법은 미수범을 처벌하는 중죄나 경죄를 범하겠다고 협박하는 행위가 반복되거나 문서 또는 영상 등 물건을 통하여 표출된 경우 6월의 구금형 및 7,500유로의 벌금을, 살해의 협박은 3년의 구금형 및 450,000유로의 벌금을 부과한다(제222-17조). 또한 차별적 이유에 의한 협박은 7년의 구금형 및 100,000유로의 벌금에 처한다(제222-18-1조). 독일형법은 피해자에 대하여 피해자 또는 피해자와 가까운 사람에 대한 중죄의 실행을 협박한 자에게 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다(제241조). 일본형법 제222조는 피해자 또는 그 친족의 개인적 법익에 해를 가한다는 취지의 협박을 한 자에 대하여 2년 이하의 징역 또는 30만엔 이하의 벌금에 처한다. 이처럼 프랑스는 반복성 또는 계속성과 고지내용을 제한하며, 독일 및 일본 역시 고지내용을 제한하고 있다. 우리 형법이 내용을 불문한다는 점과 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금, 구류, 과료로 한다는 점에 비추어 보면, 우리 형법의 태도가 상대적으로 매우 중하다는 점을 알 수 있다.

명예에 관한 죄는, 프랑스형법에는 규정되어 있지 않다. 다만 1881년 7월 29일자 「언론의 자유에 관한 법률(Loi sur la liberté de la presse)」 제29조에 규정되어 있다. 이에 따르면 단순 명예훼손은 1년의 징역형 및 45,000유로의 벌금형에 처한다. 다만 공연성이 결여된 경우 위경죄인 형법전 국사원령(시행령) R. 제621-1조에 따라 제1급의 위경죄로써 750유로의 벌금형에 벌금에 처한다. 독일형법 제186조³⁸⁾는, 타인에 대한 관계에서 타인을 경멸하거나 또는 세평을 저하시키기에 적합한 사실을 주장하거나 유포한 자는 이러한 사실이 증명할 만한 진실이 아닌 경우에 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고, 그 행위가 공연히 또는 문서의 반포를 통해 이루어진 경우에는 2년 이하의 자유형에 처한다. 일본형법 제230조는 우리와 동일

38) Ueble Nachrede로써 악평으로 직역되므로 엄밀한 의미의 우리 형법상 사실적시 명예훼손죄에 해당한다고 보기는 어렵다.

한 구성요건을 가지며 3년 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처한다. 독일과 같은 구성요건은 표현의 자유를 보다 존중하기 위한 제한이며, 법정형이 낮을수록 개인의 표현의 자유와 양심의 자유가 보호된다고 평가할 만 하다.

주거침입죄의 경우, 프랑스형법 제226-4조는 기망, 협박 폭행 또는 강제를 이용하여 타인의 주거에 침입한 경우 1년의 구금형 및 15,000유로의 벌금에 처한다. 독일형법 제123조는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형이며 친고죄로 규정되어 있다. 일본형법 제130조는 주거침입죄와 퇴거불응죄를 동일하게 취급하면서 3년 이하의 징역 또는 10만엔 이하의 벌금에 처한다. 다만 독일형법은 제7장 공공질서에 대한 죄의 장에, 일본형법은 제12장 사회적 법익에 관한 죄에 편재함으로써 법익의 성격을 개인적 법익으로 보는 우리 형법과는 다르다.

이와 같이 각국의 규정들은 보호법익의 성격, 구성요건행위, 법정형에 있어서 근소하거나 현저한 차이를 보이고 있다. 전체적으로 보아서는 프랑스 형법이 구성요건행위들이 매우 세분화, 정교화되어 있으면서 그 법정형은 전반적으로 낮은 편이지만, 일본형법은 우리 형법과 유사하게 구성요건행위 유형들이 구체적이지 않으면서도 그 법정형은 상대적으로 높은 편이다. 특히 앞서 비교한 범죄들이 소위 자연범이라고 할 만한, 전통적으로 불법성이 인정되어 왔던 범죄들이란 점에서 각각의 차이들은 사회의 문화적, 전통적 특성이 법익을 바라보는 관점을 달리 하도록 작용한 결과라고 볼 수 있을 것이다.

IV. 징역형기 정비를 위한 몇 가지 제안

1. 법익비교를 통한 구성요건체계간의 정비

법익이란 개념은 앞서 본 바와 같이 근본적으로 내재하는 불확실성과 유동성으로 인하여 한계를 드러낸다는 비판³⁹⁾이 존재하지만, 그럼에도 불구하고 법익은 범죄의

39) 안동준, 앞의 논문, 393-407면; 양천수, “19세기 독일 형법학에서 전개된 법익 개념-이념사를 중심으로 하여-”, 법사학연구 제38호, 한국법사학회, 2008, 99면-101면.

실질화를 꾀하는데 있어서 여전히 유용하다. 그리고 법익개념을 실질화 할수록 법익의 경중비교가 구체화될 수 있다. 물론 법익비교가 언제가 구체화되는 것은 아니다. 예컨대 일반적으로 개인적 법익 간에는 비교적 분명하다. 그러나 국가적 법익 또는 사회적 법익의 경우에는, 개별범죄마다 실질화된 법익이 형상화되어 있지 않고 추상적 또는 집합적이기 때문에 비교가 용이하지 않다. 또한 개인적 법익과 국가적 법익 간에서 후자가 언제나 비교우위에 있다고 판단할 수도 없다.⁴⁰⁾ 그러나 법익개념을 구체화·실질화하고자 하는 노력은 법익간의 비교우위를 가능하게 해 주며, 따라서 법익의 경중이 법정형의 경중을 정비하는데 긍정적 영향을 미칠 수 있을 것이다.

예를 들면 다음과 같다. 우리 형법 제38장 절도와 강도의 죄와 제39장 사기와 공갈의 죄의 장이라는 두 구성요건체계를 비교하면, 단순절도죄는 6년 이하의 징역에 처함에 반하여 단순사기죄는 10년 이하의 징역에 처한다. 그러나 양자가 재산권이 보호법익이라는 점에서는 구체적인 보호법익이 같다. 따라서 법익 간에 우열은 존재하지 않는다. 그렇다면 양자의 법정형이 같아야 함이 원칙이고, 만일 법정형에 차등을 두고자 한다면 보호법익 이외에 추가의 불법성의 근거를 찾아야 할 것이다. 그리고 그 불법성은 행위태양에서 찾을 수 있을 것이다. 타인을 기망한다는 사기죄의 행위관련적 결과범이라는 특징이, 일반 탈취죄보다 불법성을 강화하는 요소로 작용한다고 평가할 수 있기 때문이다.

제38장 절도와 강도의 죄와 제40장 횡령과 배임의 죄라는 두 구성요건체계를 비교하였을 때, 단순절도죄가 6년 이하의 징역에 처하도록 하고 있음에 반하여 단순횡령죄는 5년 이하의 징역에 처하도록 하고 있다. 그렇지만 평균인의 입장에서 본다면, 횡령죄에 의한 소유권침해 강도는 절도죄보다 강하다. 양자 모두 민법상 행위자가 소유권을 취득하지는 못하지만, 횡령죄가 성립하는 경우 대상물에 대하여 제3자가 선의취득을 할 수 있는 가능성은 절도죄의 경우보다 더 넓어지기 때문이다.⁴¹⁾

40) 박상기, “형법상 法益類型과 法定型에 관한 小考”, 형사법연구 제19권 제3호 상, 한국형사법학회, 2007/9, 801면은 자유민주주의국가에서 개인은 국가에 우선하며 국가는 개인을 보호하는 수단적 조직이기 때문이라고 보며, 더 나아가 배종대, 형법각론, [10] 1은 사회적법익과 국가적 법익은 그 자체의 존재론적 법익성이 인정되는 것이 아니라고 본다.

41) 이재상, 형법각론, 379면.

즉, 법익비교간의 우열과 법정형의 경중간에 모순이 생기는 것이다. 그러나 이때 횡령죄의 법정형이 더 낮은 이유는, 자기가 이미 점유하는 재물을 영득하는 횡령죄의 행위방법이 평화적이고 동기도 절도죄보다는 보다 유혹적이라는 점에서 찾아지게 된다.⁴²⁾ 반면 만일 횡령죄의 보호법익에 소유권이외에 타인과의 신임관계에 대한 신뢰를 추가하게 된다면, 이제는 횡령죄의 보호법익이 더 커지게 된다. 그리고 이 때에는 법정형의 경중에 있어서도 오히려 횡령죄의 법정형이 보다 중하게 되는 것이 비례의 원칙에 합당해진다.

2. 동일 구성요건체계내의 정비

여기에는 첫째, 하나의 구성요건체계는 보호법익이 동일하므로, 행위태양이라는 불법성과 피해자와의 관계라는 책임성이 법정형의 경중에 영향을 미치게 된다. 그리고 어떤 구성요건체계 내에서 범죄간의 법정형의 경중의 이유는 다른 구성요건체계 내에서의 범죄간 법정형의 경중에도 동등하게 영향을 미쳐야 하며 비례성도 지켜져야 한다. 예컨대 폭행의 죄에서 흉기휴대 폭행은 단순폭행보다 행위태양의 불법성으로 인하여 법정형 가중사유로 작용하였다면 절도의 죄에서 흉기휴대 절도는 단순절도보다 동일한 이유로 법정형이 가중되어야 한다. 그리고 단순폭행이 2년 이하의 징역임에 반하여 특수폭행(위험한 물건이 휴대)이 5년 이하의 징역으로 2.5배 증가하였다면, 단순절도가 6년 이하의 징역임에 반하여 특수절도(흉기휴대절도)는 15년 이하의 징역이 비례적으로 타당하다는 결론이 도출된다. 그러나 우리 형법 제 331조 제2항은 1년 이상 10년 이하의 징역에 처한다고 규정하고 있다.

여기에 대하여는 다음과 같은 추론이 가능하다. 외국의 입법례 중 프랑스형법이 단순절도를 3년 이하의 징역, 독일형법이 5년이하의 징역으로 규정하였다는 점을 감안한다면, 단순절도에 대한 우리 형법상의 법정형이 중하다고 볼 수 있다. 예컨대 특수절도의 10년 이하의 징역을 2.5배 경감하게 되면 단순절도는 4년 이하의 징역이 될 것이고, 4년 이하의 징역은 독일형법이나 프랑스형법에 비교해 볼 때 가중되지도 감경되지도 않은 형태이다. 이렇게 하면 흉기휴대라는 동일한 가중사유로 인

42) 김종원, 신고 형법각론, 사법행정, 1986, 277면; 이재상, 형법각론, 380면.

하여 폭행의 죄 내에서의 구성요건간의 비례성과 절도죄 내에서의 구성요건간의 비례성이 서로 부합하는 효과를 얻을 수 있다.

3. 병과 또는 선택형의 정비기준

징역형이 보호법익의 가치 또는 행위의 불법성의 경중과 연관성을 가진다면 징역형에 병과 또는 선택형으로 부과되는 기타 형벌도 역시 이와 비례성을 띠어야만 보다 합리적이 될 것이다. 즉, 징역형은 매우 낮는데 벌금형이나 자격정지형은 매우 높다거나 징역형은 매우 가중되었음에도 벌금형이 현저히 약소하다면 이러한 형태의 법정형은 정당성을 인정받기 어려울 것이다. 예컨대 징역형에 가장 많은 선택형으로 규정된 벌금형을 볼 때, 1년 이하 및 2년 이하 징역형에는 300만원 이하의 벌금이, 3년 이하의 징역형에 대하여는 500만원 이하의 벌금형이 가장 보편적이다. 그리고 5년 이하의 징역에는 700만원 이하의 벌금을, 7년 이하의 징역에는 1천만원 이하의 벌금을, 10년 이하의 징역에는 1천500만원 이하의 벌금형을 선택형으로 규정하는 것이 보편적임을 알 수 있다.⁴³⁾ 이러한 보편성을 찾아내는 작업은 법정형에 선택형으로 규정된 다른 벌금형들이 비례성의 원칙을 준수하고 있는지 검토하는 기준으로도 작용할 것이다.⁴⁵⁾

43) 국회사무처 법제실, 형법 개정과제와 방향, 2005/10, 54면에 따르면, 법무부에서는 내부기준으로 형사입법에서 벌금의 기준을 일반범죄에는 자유형 1년에 500만원, 2년에 1천만원, 3년에 2천만원 등과 같은 비율로 법정하고, 경제범죄에 대해서는 자유형 1년에 1천만원, 2년에 2천만원, 3년에 3천만원 등과 같은 비율로 법정하고 있다고 한다.

44) 이를 토대로 1년 이하 및 2년 이하의 자유형에는 300만원 이하의 벌금형을 기준으로 비교하면, 개인적 법익에 관한 죄 중에서 제260조 제1항 폭행죄 및 제267조 과실치사죄, 제273조 제1항 학대죄, 제307조 명예훼손죄, 제308조 사자의 명예훼손죄 또한 500만원 이하에서 300만원 이하로, 제315조 경매·입찰방해죄는 700만원 이하에서 300만원 이하로, 제357조 제2항 배임증뢰죄는 500만원 이하에서 300만원 이하로 조정하는 것이 타당할 것이다.

45) 물론 모든 범죄에서 이러한 단순비례가 합당한 것은 아니다. 예컨대 경제사범과 성범죄자에 대하여 위와 같은 단순 비교에 의한 선택형으로써의 벌금형은 형벌의 목적을 달성하는데 합리적이지 않을 수 있다. 경제사범에게 벌금형은 징역형보다 매우 경한 체감형벌량을 느끼게 하기 때문이다.

4. 체감치안 및 생애주기와의 연관성

앞선 몇 가지 제시방안들이 법정형에 관한 이론적 접근이었다면, 법정형의 정비는 사회문화적 변동에도 무관할 수 없을 것이다. 헌법재판소의 견해처럼 법정형 역시 우리 문화, 시대적 상황, 국민 일반의 가치관 내지 법감정, 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여야 하기 때문이다. 따라서 법정형 정비도 형법체계적인 접근에 부가적으로, 문화적 변화 또는 생활의 변화를 고려하는 것이 정책적 측면에서도 타당할 것이다.

법정형이 경중을 결정함에 있어서 전체적으로 영향을 미칠 부수적 요인들은 사회문화적 변동에 영향을 받지 않을 수 없다. 여기에는 체감치안, 인간의 평균수명, 단순 범죄증가율, 인구증가와 범죄율, 피해자에 대한 사회적 인상 등을 거론할 수 있을 것이다. 여기에서는 체감치안과 생애주기에 관하여만 언급하고자 한다.

체감치안이란 범죄 data와는 달리 국민이 치안정서에 대하여 받고 있는 이미지를 말한다. 그런데 중대범죄의 발생 및 이에 관한 집중적인 대중매체의 다량보도는 직접적인 피해경험의 유무와 관계없이 국민들 사이에서 범죄에 대한 불안감을 부추긴다. 물론 이러한 불안감은 매스컴이 선동하여 발생된 모럴 패닉이라는 측면도 있을 것이다. 그러나 1980년대 이래 미국에서는 이러한 범죄에 대한 불안감이 국민의 life style의 변경이나 형사사법체계에 대한 불신감과 관련되는 것으로써 심각한 문제점으로 받아들여져 그 해소를 위한 수단을 강구할 필요성이 인정되어 왔다. 그리고 이러한 문제의식은 우리 현실에도 고려되어야 할 것이다.

둘째, 인간의 생애주기와 평균수명이 법감정 또는 법정형에 영향을 미칠 수 있는 가의 문제이다. 50년대 초반 우리나라 평균수명은 46세였고, 1971년에는 남자 59세, 여자 66세, 2009년에는 평균수명은 전체 80.55세(남자 76세, 여자 83.7세)이다.⁴⁶⁾ 형법 제정당시보다 1.75배나 증가하였다. 이러한 평균수명의 증가는 인간의 생애주기도 단순비교하기 어렵게 만들게 된다. 더욱이 형법 제정 당시의 체감 법정형이, 수명이 1.75배나 증가한 현재와 일치하는가에 의문을 제기하도록 만든다. 예컨대 평균수명 46세에서 5년형은 생애의 1/9을 차지하지만 80세에서는 1/20에 불과

46) <http://kosis.kr/wnsearch/totalSearch.jsp>

하다. 물론 5년이라는 징역형이 가지는 형벌로서의 가치는 평균수명과 관계없이 동일하며, 행위자체에 비례하는 징역형의 측면만을 본다면 제정당시나 현재나 같다. 그러나 평균수명을 고려한 5년은 형벌로써의 상대적 체감온도가 달라질 수 있다는 점이다.⁴⁷⁾ 또한 경제성장률이 벌금형의 단위 또는 산정에 비례적으로 영향을 미치고 있다는 점도 고려한다면, 조심스럽게 생각해 볼 필요가 있을 것이다.

V. 마치며

법정형은 형사법 각 조항이 일정한 구성요건에 대응하여 법률상 추상적으로 한정된 형벌을 설정하는 것으로서, 법관이 구체적으로 형벌을 적용하여 선고함에 있어서 기본적인 표준이 되는 형벌이다. 따라서 양형이 구체적 사례에서의 정의를 구현한다는 점에서 합리적인 양형이 중요하다면, 법정형은 구체적이고 균형적인 양형의 근거를 수립할 수 있는 근거가 된다는 점에서 선고형의 합리성과 사법권 독립을 보장하는 기능을 담당한다. 또한 법정형은 단순히 행위에 대한 응보의 개념뿐만 아니라 형벌이행 후 국가의 구성원으로써 정상적인 사회생활이 가능할 수 있는 정도를 예측하여 반영하여야 해야 한다는 점에서 형사정책과도 밀접한 연관성을 가진다.

형의 선고와 관련하여 양형문제에 관하여는 많은 접근이 있었다. 그러나 법정형에 대하여는 그 합리성 여부를 검토할 수 있는 객관적 기준이나 근거가 모호하다는 점에서, 이에 대한 구체적인 조정이 어려운 것은 사실이다. 여기에서는 기본적으로 법익의 실질을 명확히하고, 보호법익을 근거로 한 법정형의 정비가능성을 살펴보았다. 특히 징역형을 기준으로 삼은 것은, 모든 국가에서 징역형은 행위의 불법성을 단순비교하기 용이하며, 징역형이 다른 선택형 또는 병과형이나 부가형의 비교기준이 될 수 있기 때문이다.

우선은 동일한 범죄에 대한 독일, 프랑스, 일본, 우리나라의 징역형을 비교하여

47) 예컨대 평균수명 46세인 경우 30대 중반에 범죄행위로 인한 5년의 징역형은 남은 생애주기의 반을 의미하지만 평균수명 80세인 경우 동일한 사안에서는 남은 생애주기의 1/9에 불과하기 때문에, 법정형이 일반예방의 효과에 영향을 미칠 수 있다는 측면을 고려하고자 하는 것이다.

보았다. 그리고 그 평균적인 징역형의 산정이 우리 형법상의 징역형의 비교에 영향을 미칠 수 있는가를 10개 범죄 비교를 통해 분석해 보았다. 이를 토대로 여기에서는 서로 다른 법익을 보호하고자 하는 구성요건체계들 간의 비례성의 원칙, 동일 법익을 보호하고자 하는 하나의 구성요건체계 내에서의 행위태양 또는 책임 간의 비례성의 원칙, 동일한 행위태양 또는 책임이 가중사유가 될 때 서로 다른 구성요건체계 사이에서 그러한 동일한 가중사유에 의한 징역형의 가중정도에서의 비례성의 원칙, 동일한 징역형에 대한 선택형 또는 병과형의 경중에 있어서의 비례성의 원칙 등을 정비의 기초로써 살펴보았다. 더불어 체감치안 및 생애주기와 징역형의 연관성을 검토하였다. 징역형의 정비를 위해서는 보다 구체적이고 치밀한 법정형의 비교 및 합리적 법정형의 산출이 필요하다.

본 논문은 이에 대한 문제제기 및 방법의 제시에 국한되었다는 점에서, 보다 깊고 진지한 논의를 할 것을 제안하고자 한다. 양형의 합리화의 초석은 법정형의 합리화이고, 그 중심에는 징역형이 존재한다. 그런데 형법제정 이후 반세기가 훨씬 지난 오늘날까지 개별 구성요건 행위태양의 신설, 변경 및 삭제, 벌금형의 합리화 등의 정비 이외에 징역형 자체에 대한 개정은 이루어진 바 없다는 사실을 고려한다면, 개별범죄의 징역형을 합리적으로 정비하는 것이 우리 형법의 또 하나의 과제를 간과해서는 안 될 것이다.

참고문헌

- 강현철 외 11인, 프랑스법령용어집, 한국법제연구원, 2008
- 국회사무처 법제실, 형법 개정과제와 방향, 2005/10
- 김일수, “국가형벌권의 정당화문제”, 법치국가와 형법, 세창출판사, 1998
- 김종원, 신고 형법각론, 사법행정, 1986
- 김창균, “형사입법론에 관한 연구”, 형사법연구 제8호, 한국형사법학회, 1995
- 박상기, “형법상 法益類型과 法定型에 관한 小考”, 형사법연구 제19권 제3호 상, 한국형사법학회, 2007/9
- 박상기, 형법총론, 박영사, 2007
- 법무부, 독일형법, 2008/5
- 손동권, 형법총론, 율곡출판사, 2004
- 안동준, “법익론의 생성, 발전과 변환”, 법학논총 제28권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2008/6
- 양천수, “19세기 독일 형법학에서 전개된 법익 개념-이념사를 중심으로 하여-”, 법사학연구 제38호, 한국법사학회, 2008
- 이상돈, 형법의 근대성과 대화이론, 홍문사, 1994
- 이용식, “형법에 대한 헌법적 통제”, 한국형사법학회 동계학술자료집, 2005/12
- 이진국, 형사입법에서 법익개념의 체계비판적 기능, 동아법학 제37호, 동아대학교 법학연구소, 2005/12
- 이진국, 형사입법자의 형벌법규 제정권한의 한계에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2003
- 이형국, 형법총론(제3판), 법문사, 2003
- 정성근/박광민, 형법총론, 삼지원, 2001
- Amelung, Rechtsgüterschutz und der Gesellschaft, 1972
- Hefendehl, “Die Materialisierung von Rechtgut und Deliktsstruktur”, GA 2002(전현욱/임석순 역, “법익과 범죄구조의 실질화”, 영남법학 제25호, 2007/10)
- Hohmann, Das Rechtgut der Umweltdelikt, 1991

- Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin : Duncker & Humblot, 1997
- Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band. 1, München : C.H.Beck, 2003
- Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 24. Aufl., München : C.H.Beck, 2001
- LaFare, Wayne R./Scott, Austin W., Criminal Law, 3th. edition, St. Paul, Minn : West, 2000
- Ostendorf, Heribert/Rose, Frank/Goerdeler, Jochen, Nomos Kommentar, Nomos Verlagsges. MBH, 2005
- Roxin, "Sinn und Grenzen staatlicher Strafe", Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973
- Roxin, Allgemeiner Teil, Bd. 1, Grundlagen Der Aufbau der Verbrechenslehre, 3. Aufl., München : C.H.Beck, 1997
- Welzel, Das Deutsche Strafrecht : Eine systematische Darstellung, 11. Aufl., Berlin : Walter de Gruyter, 1969

The Improvement of Imprisonment System

Kim, Hye-Kyung*

Considering legislative discretion and legislative policy of the National Assembly, limitation on the people's freedom and rights should be minimized to prevent legislation from infringing on essential contents of the basic rights. When lawmakers asked judges to sentence and examine an offence, they should set up a wide range of legal punishment enough to sentence punishment in accordance judges' responsibilities and apply the principle of individualized punishment and to implement the principle of actual law-governed country by constitutional limitation. To take actions flexibly against a variety of phenomenon of modern society that varied fluidly and variably, lawmakers might enact laws and regulations and improve cases requiring justification by legislation: But, lawmakers should keep constitutional limitation as well as essential limits at the improvement.

When lawmakers enacted and revised punishment rights, they should maintenance proportional to the degree of protection of their legal interests, especially. lawmakers were not allowed to infringe on essential contents of the basic rights at not only behavioral contents being objects of enforcement of punishment rights but also concrete legal punishment corresponding to each behavioral content, and they were demanded to keep principles of clearness between each content of punishment, proportion and prohibition of excess, etc.

Therefore, this study compared the imprisonment of other countries per legal interests of 10 crimes. and examined the better imprisonment term. That should Observe the principle of proportionality about the importance of legal interests,

* Assistant Professor, College of Law and Police Sciences, Keimyung University, Ph.D. in Law.

constituent elements of crimes, each behavior Patterns, relative life cycle, etc. The most essential thing is that legal punishment of freedom sentence between each individual crimeshould be proportional to protected legal interest.

❖ Key words : legal punishment, suspension of qualification, the principle of proportion, the principle of clearness, legal interest

