

## 累犯加重에 관한 批判的 考察

金昌君\*·梁慧振\*\*

### 目次

- |                                 |                           |
|---------------------------------|---------------------------|
| I. 문제의 제기                       | 3. 소결론                    |
| II. 현행 형법체계에 대한 조감              | V. 현행 누범관련규정들의 문제점        |
| 1. 일반형법의 누범관련조문                 | 1. 법치국가원칙에서의 위헌성<br>혐의    |
| 2. 특별형법의 누범관련조문                 | 2. 일반형법 제36조의 違憲性         |
| 3. 비교법적인 검토                     | 3. 특별형법상의 누범가중조문들의<br>문제점 |
| III. 누범가중규정을 둘러싼 위헌성<br>논쟁      | VI. 대안들에 대한 검토            |
| 1. 주요쟁점                         | 1. 制限解釋의 활용               |
| 2. 대법원과 헌법재판소의<br>판시내용          | 2. 실질적인 누범조건외 도입          |
| 3. 논점에 대한 평석                    | 3. 一般的인 量刑事事由의 포섭         |
| IV. 累犯加重의 正當性根據에 대한<br>이론학적인 검토 | 4. 保安處分의 확대적용             |
| 1. 責任加重의 관점                     | 5. 不定期刑의 도입가능성            |
| 2. 豫防의 관점                       | VI. 結 論                   |

### I. 문제의 제기

현행 형법체계를 보면, 일반형법은 제35조에서 누범가중에 관한 일반적인 근거규정을 마

\* 제주대학교 법정대학 법학과 전임강사

\*\* 제주대학교 법정대학 법학과 박사과정

련하고 있다. 그러나, 누범관련규정이 일반형법에만 국한되어 있는 것이 아니라, 각종 특별형법에도 산재해 있다. 더욱이 특별형법들은 일반형법과는 달리 독자적인 누범가중처벌방식을 채택하고 있다. 그밖에도 일반형법 제36조는 이러한 누범가중규정들과는 다소 성격을 달리하는 특이한 조문으로서 현행 누범관련규정들에 가세하고 있다. 현행 형법체계의 이러한 형국을 조감해보면, 다양한 누범관련조문들이 곳곳에 포진하여 누범의 방어막을 구축하고 있는 셈이다.

문제는 이처럼 누범가중에 치중하고 있는 현행 형법체계의 정당성 여부이다. 즉 前犯에 대한 처벌이 끝났음에도 불구하고 이를 기초로 後犯에 대해 刑을 가중하는 것이 과연 내용의 정당성(Sachgerechtigkeit)을 갖고 있느냐 하는 점이다. 물론 그 정당성 여부를 놓고 몹시 논란이 많다. 비교법적으로 본다면, 특히 독일형법 택일안에는 누범가중규정이 수용되지 않았다. 그 이유는 이 규정이 일종의 복중부가(Ungehorsamszuschlag)를 의미하며, 행위책임원칙과 모순이 되기 때문이었다고 한다.<sup>1)</sup> 지루한 논란을 뒤로한 채 1975년 1월 1일부터 시행된 독일 구형법에 제48조로 누범가중규정이 도입되었지만, 책임원칙과의 조화를 도모하기 위하여 실질적 누범조건을 마련하여 비교적 제한적으로 운용해 왔다. 그러한 입법적인 노력에도 불구하고 누범가중조문은 독일형법에 도입된 이래 끊임없이 집중적인 비판의 표적이었으며, 결국 1986년 4월 3일 제23차 형법개정법률에 의해 삭제되었다. 심지어 이 조문의 폐지를 '티눈의 제거'로 비유하기도 했다. 요컨대 독일의 경우는 형식적인 누범조건만으로 누범을 가중처벌하는 것은 책임원칙과 일치될 수 없다고 보고, 실질적인 누범조건을 첨부하여 책임원칙과의 조화를 시도하였다.<sup>2)</sup> 반면에 우리 형법 제35조와 특별형법의 관련조문들은 아무런 제한조건을 두지 않은 채 형식적 누범조건만을 규정하고 있다. 물론 이러한 조문들을 두고 있다고 해서 우리 입법자가 책임원칙의 파괴를 지시하고 책임을 상회하는 형벌을 감수하고자 했음을 상정할 수는 없다. 이러한 사실들을 감안해 본다면, 현행 형법체계는 독일의 입법례에 비해 그 만큼 더 비판을 받을 소지를 안고 있는 셈이다. 이러한 혐의는 현행 누범가중조문들의 취약점을 다시금 재점검하는 계기를 제공하고 있다. 이러한 이유로 본 논문은 먼저 현행 형법체계의 누범관련규정들과 이를 둘러싼 위헌성 논쟁을 조감하고, 그 연후에 누범가중의 규정을 정당화하려는 시도들을 비판적으로 고찰하고자 한다. 물론 본 논문은 비판에만 머물지 않고 그 대안으로 제시되고 있는 방안들을 검토하고자 한다.

1) Horn, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I., Allgemeiner Teil (§ § 1-79b), 2. neube. Aufl., Frankfurt am Main 1977, §48, Rn 1(S.345).

2) Geiter, Rückfallvorschrift (§48 StGB) aufgehoben. Anlaß zum Jubel oder Beispiel für die Funktionalität von Hintertüren ?. ZRP1988, Heft10, S.376f.

## II. 현행 형법체계에 대한 조감

### 1. 일반형법의 누범관련조문

일반형법은 누범관련조문을 제35조 내지 제36조에서 규정하고 있다. 형법 제35조는 “禁錮 이상의 刑을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 자”를 누범으로 정하고, 누범의 형을 그 죄에 정한 형의 長期의 2배까지 가중하도록 규정하고 있다. 반면에 제36조는 이러한 累犯加重의 일반적인 근거규정과는 성격을 달리 하는 다소 색다른 조문이다. 즉 제36조는 “판결선고후 누범인 것이 발각된 때에는 그 선고한 형을 통산하여 다시 형을 선고할 수 있다”고 규정하고 있다. 이는 피고인이 재판 당시에 피고인의 姓名冒用 또는 기타 속임수로 누범에 해당하는 자신의 전과사실을 은폐하여 누범가중을 면하고 재판확정 후에 비로소 누범인 것이 발각된 경우에도 다시 누범가중할 수 있다는 취지이다. 피고인이 누범사유인 전과사실을 적극적으로 은폐한 경우뿐만 아니라 법원이 前科事實을 부주의로 간과한 경우에도 이 규정은 적용될 수 있다.<sup>3)</sup> 양조문은 그 성격을 달리 하는 것으로서 제35조가 누범가중에 관한 일반적인 근거규정이라면, 제36조는 누범가중규정의 적용범위에 관한 규정으로 보인다. 그러나 현행 형법체계를 보면, 누범관련조문들은 일반형법에만 국한되어 있는 것이 아니라, 각종 특별형법 곳곳에 자리잡고 있다.

### 2. 특별형법의 누범관련조문

일반형법 이외에도 많은 특별형법들이 누범의 가중처벌을 독자적인 형태로 구성하고 있다. 이러한 특별형법으로는 폭력행위등 처벌에 관한 법률, 특정범죄가중처벌등에 관한 법률, 특정강력범죄의 처벌에 관한 법률, 환경범죄의 처벌에 관한 특별조치법, 보건범죄단속에 관한 특별조치법 등이 있다. 이러한 특별형법들이 채택하고 있는 누범가중의 형식을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 「폭력행위등 처벌에 관한 법률」은 동법 위반(형법 각본조를 포함)으로 2회 이상 징역형을 받은 자로서 다시 상해, 폭행, 체포·감금, 협박, 주거침입·퇴거불응, 폭력에 의한 권리행사방해, 공갈, 손괴의 죄를 범하여 누범으로 처벌할 때에는 ‘3년 이상의 유기징역’에 처한다고 규정하고 있다(동법 제2조 3항). 또한 동법 위반으로 2회 이상 징역형을 받은 자로서 단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써 다시 상해, 폭행, 체포·감금, 협박, 주거침입·퇴거불응, 폭력에 의한 권리행사방해, 공갈, 손괴의 죄를 범하여 누범으로 처벌할 경우 ‘무기 또는 7년 이상의 징역’에 처한다고 규정하고

3) 金日秀, 새로쓴 형법총론, 제5판, 박영사 1997, 690면.

있다(동법 제3조 4항).

둘째, 「특정범죄가중처벌등에 관한 법률」에 의하면, 절도, 야간주거침입절도, 특수절도와 강도죄, 특수강도, 준강도, 약취강도, 해상강도 그리고 장물취득·알선 등의 죄 또는 그 미수죄로 3회 이상의 징역형을 받은 자로서 다시 이들 죄를 범하여 누범으로 처벌할 경우에는 '무기 또는 3년 이상의 징역'에 처하도록 하고 있다. 그리고 강도상해치상, 강도강간의 죄 또는 그 미수죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 이내에 다시 이들 죄를 범한 자는 '사형, 무기 또는 10년 이상의 징역'에 처한다고 규정하고 있다(동법 제5조의 5).

셋째, 「특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법」에 의하면, 특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 특정강력범죄를 범한 때에는 '그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중한다'고 규정되어 있다(동법 제3조).

넷째, 「환경범죄의 처벌에 관한 특별조치법」에 의하면, 사업활동에 수반하여 특정수질유해물질, 특정대기유해물질 또는 유독물 기타 인체의 건강에 유해한 물질을 배출하여 대중의 신체·생명에 위험을 발생시키거나 그로 인해 사람을 死傷에 이르게 한 경우 또는 업무상 과실로 위와 같은 죄를 범하여 금고 이상의 형을 선고받고 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 제2조의 죄를 범한 자는 '무기 또는 5년 이상의 징역'에 처하도록 규정하고 있다(동법 제4조).

다섯째, 「보건범죄단속에 관한 특별조치법」에 의하면, 부정식품제조 또는 부정의약품제조 의 죄로 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 다시 인체에 현저히 유해한 부정식품 및 의약품제조 또는 효능·함량이 현저히 부족한 의약품제조의 죄를 범한 자는 '사형, 무기 또는 5년 이상의 징역'에 처하도록 규정하고 있다(동법 제3조의 2).

이상에서 살펴본 특별형법들은 일반형법에 비해 2가지 특징을 갖고 있다. 첫째, 특별형법들은 일반형법과 달리 전범과 후범이 특정의 범죄유형에 해당할 것을 요구하고 있다. 이로써 특별형법들은 前犯과 後犯 사이에는 同種의 犯罪 내지 異種의 犯罪라면 내적 연관성을 요구하고 있는 것으로 보인다. 둘째, 특별형법들은 일반형법과는 달리 독자적인 누범가중처벌방식을 채택하고 있다. 폭력행위등 처벌에 관한 법률, 특정범죄가중처벌법, 환경범죄의 처벌에 관한 특별조치법, 보건범죄단속에 관한 특별조치법 등은 각각 법률의 요건을 충족하는 누범에 대하여 확일적으로 '무기 또는 7년 이상의 징역', '무기 또는 3년 이상의 징역', '무기 또는 5년 이상의 징역', '사형, 무기 또는 5년 이상의 징역'에 처하도록 규정하고 있다. 이러한 독자적인 법정형은 애당초 형을 상향조정하고 있다. 이에 비하여 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법은 同法律의 累犯要件에 해당하는 자에 대하여 '長期 및 短期의 2배까지 가중'하는 방식을 취하고 있다. 일반형법이 장기만 2배 가중하는데 반하여, 단기까지 2배 가중함으로써 더욱 가중된 형태를 띠고 있다. 이처럼 특별형법에서 규정된 누범가중규정들은 모두 일반형법의 누범가중규정보다 형을 더욱 중하게 규정하고 있다는 점에서 누범의 형을 실질적으로 한층 더 가중하고 있다.

### 3. 비교법적인 검토

현행 형법 제35조, 일본 형법 제56조, 독일 구형법 제48조는 모두 행위자가 1개 또는 수개의 이전의 판결을 받았을 것을 누범의 요건으로 하고 있다.<sup>4)</sup> 이러한 입법례들을 개략적으로 비교해 보면 다음과 같다.

첫째, 독일 구형법 제48조는 前判決이 故意犯임을 요한다. 반면에 현행 형법 제35조와 일본 형법 제56조는 故意犯 뿐만 아니라 過失犯으로도 성립한다. 둘째, 독일 구형법 제48조는 최소한 2회의 전판결을 요한다. 반면에 현행 형법 제35조와 일본 형법 제56조는 전판결이 1회의 유죄판결로 충분하다. 그러나 특별형법에서는 개별법규에 따라 전판결이 1회 내지 3회의 유죄판결을 요하고 있다. 셋째, 현행 형법 제35조는 전판결이 禁錮 이상에 해당하면 충분하지만 일본 형법 제56조는 懲役刑에 해당할 것을 요한다. 그러나, 특별형법에서는 개별법규에 따라 징역형 내지 금고형에 해당할 것을 요한다.

위에서 개략적으로 살펴보았듯이 현행 형법 제35조의 누범가중의 요건은 비교법적으로 볼 때 가장 완화된 형태를 취하고 있다. 결국 형식적 누범조건만을 요구하고 있는 현행 형법은 그만큼 형사제재의 과잉을 초래할 우려를 야기시키고 있으며, 이로 인해 위헌성 시비에 많이 노출되는 취약성을 안고 있는 것으로 보여진다.

## Ⅲ. 누범가중규정을 둘러싼 위헌성 논쟁

### 1. 주요 쟁점

형법 제35조의 누범가중처벌을 둘러싸고 논의되는 쟁점은 다음과 같다. 첫째, 동조 1항이 前犯을 이유로 형을 가중하는 것이므로 前犯이 다시 처벌을 받는 것이 되어 헌법 제13조 1항의 일사부재리의 원칙에 위배되는지 여부이고, 둘째, 누범가중은 前科者라는 사회적 신분에 의하여 합리적 이유없이 가중처벌하는 것이어서 헌법 제11조 1항의 평등원칙에 위배되는지 여부이다.

### 2. 대법원과 헌법재판소의 판시내용

#### 1) 一事不再理의 原則

대법원은 형법 제35조 누범가중규정의 위헌성과 관련하여 자세한 논증을 생략한 채, 단

4) 이에 관하여 자세하게는 장영민/탁희성, 「累犯에 관한 研究」, 한국형사정책연구원 1994, 74면 이하 참조.

순히 “범행을 반복수행한 자에 대한 가중처벌규정을 위헌이라 볼 수 없다”고 판시하고 있을 뿐이다.<sup>5)</sup> 반면에 헌법재판소는 비교적 상세한 논거의 제시를 통해 형법 제35조의 합헌성을 결정내리고 있다. 이에 따르면, 형법 제35조 1항이 규정하는 누범은 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 경우로, 같은 법조 제2항에서 누범을 그 죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중하도록 규정하고 있는바, 이와 같이 가중처벌하는 취지는 범인이 前犯에 대한 형벌에 의하여 주어진 기왕의 警告에 따르지 아니하고 다시 범죄를 저질렀다는 잘못된 범인의 생활태도 때문에 책임이 가중되어야 하고, 범인이 前犯에 대한 형벌의 警告機能을 무시하고 다시 범죄를 저지름으로써 범죄추진력이 새로이 강화되었기 때문에 행위책임이 가중되어야 한다는 데에 있으며 또한 재범방지라는 형사정책이 배려된 바 있다 할 것이다.

따라서, 누범을 가중처벌하는 것은 전범에 대하여 형벌을 받았음에도 다시 범행을 하였다는 데 있는 것이지 전범에 대하여 처벌을 받았음에도 불구하고 다시 범행을 하는 경우에는 前犯도 後犯과 일괄하여 다시 처벌한다는 것은 아님이 명백하다. 같은 법조항의 누범은 전범에 대하여 처벌을 받은 후 다시 범죄를 저지른 모든 경우를 포함하는 것이 아니라 일정한 요건, 즉 금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 내에 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 경우만을 누범으로 하고 있으며, 그 형도 長期만을 가중하고 短期는 가중하지 아니하므로 누범을 심판하는 법관은 피고인의 정상을 참작하여 그 형의 最短期刑을 선고할 수도 있는 것이며, 전범이 있다는 사실은 단지 하나의 정상으로서 법관의 量刑에 있어 불리하게 작용하는 요소일 뿐, 前犯 자체가 심판의 대상으로 되어 다시 처벌받기 때문에 형이 가중되는 것은 아니라 할 것이다. 이러한 이유에서 헌법재판소는 누범에 대한 형의 가중은 헌법상의 일사부재리의 원칙에 위배되지 않는다고 본다.<sup>6)</sup>

## 2) 平等의 原則

먼저 대법원은 특별한 논거를 제시하지 않은 채, 누범가중에 관한 형법의 규정이 국민의 평등권을 규정한 헌법에 위배하는 것이 아니라고 판시하고 있다.<sup>7)</sup> 그러나, 헌법재판소는 상당한 논증을 통해 합헌성을 결정내리고 있다. 먼저 평등의 원칙이 내포하고 있는 의미를 규정하고, 이러한 논리를 형법 제35조의 위헌성 여부를 판단하는데 원용하고 있다.

첫째, 헌법상의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 絕對的 平等을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적인 근거가 없는 차별을 하여서는 아니된다는 相對的 平等을 뜻하고 따라서 합리적인 근거가 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다. 그리고 합리적인 근거가 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간

5) 大判 1990.1.23. 89도2227 : 1990.8.24. 90초71.

6) 헌법재판소 결정 1995.2.23. 93 헌바 43.

7) 大判 1983.4.12. 83도420.

의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법목적 달성을 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 하여 판단하여야 한다.<sup>8)</sup>

둘째, 누범을 가중처벌하는 것은 전범에 대한 형벌의 경고적 기능을 무시하고 다시 범죄를 저질렀다는 점에서 非難可能性이 많고, 누범이 증가하고 있다는 현실에서 사회방위, 범죄의 특별예방 및 일반예방이라는 형벌목적에 비추어 보아, 형법 제35조가 누범에 대하여 형을 가중한다고 해서 그것이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법의 이념에 반하는 것도 아니며, 누범을 가중하여 처벌하는 것은 사회방위, 범죄의 특별예방 및 일반예방, 더 나아가 사회의 질서유지의 목적을 달성하기 위한 하나의 적정한 수단이기도 하는 것이므로 이는 합리적 근거있는 차별이어서 헌법상의 평등의 원칙에 위배되지 않는다고 한다.<sup>9)</sup>

### 3. 논점에 대한 평석

먼저 대법원은 형법 제35조의 누범가중처벌을 둘러싸고 벌어지고 있는 위헌성 논쟁에 대해 단순히 “범행을 반복수행한 자에 대한 가중처벌규정을 위헌이라 볼 수 없다”<sup>10)</sup>고 판시하고 있을 뿐이다. 그러나, 대법원처럼 前判決을 누범의 핵심요소로 고려하지 아니한 채 단순히 犯行의 反復遂行만을 누범가중의 근거로 제시하는 견해는 받아들일 수 없다. 왜냐하면 그러한 견해는 累犯과 實體的 競合(Realkonkurrenz) 사이에 중요한 차이점을 설명할 수 없기 때문이다.<sup>11)</sup> 오히려 헌법재판소가 합헌성을 뒷받침할 수 있는 설득력있는 논거를 제시하고자 한다. 그 논거로는 첫째, 누범가중을 규정한 형법 제35조는 前犯에 대한 가중처벌을 규정한 것이 아니라 後犯 자체에 대한 가중처벌이다. 둘째, 누범의 가중처벌은 일단 전과자라는 사회적 신분을 이유로 차별대우하는 것임을 인정하면서도 그 차별대우에 합리적 근거가 있다는 것이다. 헌법재판소는 이러한 合憲性의 확인과 함께 누범가중의 근거도 제시하고 있다. 즉 ① 범인이 前犯에 대한 형벌에 의하여 주어진 기왕의 警告를 따르지 아니하고 다시 범죄를 저질렀다는 범인의 생활태도 때문에 책임이 가중되어야 하고, ② 범인이 前犯에 대한 형벌의 경고기능을 무시하고 다시 범죄를 저지름으로써 범죄추진력이 새로이 강화되었기 때문에 행위책임이 가중되어야 하며, ③ 사회방위와 예방목적이 고려되어야 한다는 세가지 근거들을 들고 있다. 헌법재판소가 누범가중의 정당성근거로 제시하고 있는 이러한 근거들은 다시 ① 경고의 비준수, ② 강화된 범죄추진력 내지 범죄에너지, ③ 예방목적 등 세가지 핵심요소로 요약할 수 있다. 이러한 논거들은 이미 독일 구형법 제48조의

8) 헌법재판소 결정 1994.2.24. 92헌바43.

9) 헌법재판소 결정 1995.2.23. 93헌바43.

10) 大判 1990.1.23. 89도2227 : 1990.8.24. 90초71.

11) Mir Puig, Dogmatische Rechtfertigung und kriminalpolitische Kritik der Rückfallstrafscharfung, ZStW 86(1974), S.176f.

실질적 누범조건을 둘러싸고 벌어진 정당성 논쟁에서 제시되었던 내용들이다. 그렇다면, 이러한 논거들에 대한 이론학적인 검토를 해야 할 것이다.

## IV. 累犯加重의 正當性根據에 대한 이론학적인 검토

이론학적인 관점에서 누범가중규정을 분석할 때 먼저 '행위책임원칙은 준수되어야 한다'는 점으로부터 출발해야 한다. 따라서 형벌은 생활영위책임 혹은 성격책임의 관점에서든 아니면 특별한 어떤 예방목적의 달성을 위해서든 행위책임의 정도를 상회해서 과해져서는 안된다.<sup>12)</sup>

### 1. 責任加重의 觀點

누범을 가중처벌하는 형법 제35조의 위헌성을 둘러싸고 대법원은 별다른 논거의 제시가 없지만, 헌법재판소는 비교적 상세한 논증을 하고 있고, 그 논거도 주로 책임가중의 관점에서 있기 때문에 이에 대한 검토도 행해져야 할 것이다. 아무튼 누범에 대한 형의 가중은 責任原則의 관점에서 볼 때 우선 책임의 가중에서 그 근거를 찾아야 한다. 오늘날 대부분의 견해도 累犯에 대한 형벌가중의 근거를 행위책임의 가중에서 보고 있다. 그런데 누범의 행위책임을 가중시키는 구체적인 이유가 무엇인지를 둘러싸고 논란이 벌어지고 있다.<sup>13)</sup>

#### 1) 強化된 犯罪에너지(Die vermehrte kriminelle Energie)

이 견해는 강화된 범죄에너지를 책임가중의 핵심요소로 본다. 즉 과거에 有罪判決을 받았다는 경험이 불쾌한 기억으로 남아 새로운 범행을 더욱 망설이게 만류한다. 그럼에도 불구하고 행위자가 범행을 자행했을 때에는 강화된 범죄에너지가 표명된 것으로 본다. 이러한 강화된 범죄에너지가 책임을 가중하고, 이것이 누범가중을 근거지운다는 것이다.

그러나 이 견해는 '강화된 범죄에너지'라는 행위주체(Subjekt)의 意思를 내세우므로 인하여 행위자의 意思를 범행의 동기라기 보다는 오히려 인격성의 표지로서 인정하고 있다. 문제는 이러한 意思가 범행순간에 과거에 유죄판결을 받았다는 사실로 인해 변화되지 않는다는 점이다. 기껏해야 새로운 범행을 할 때 더 완고하다고 입증된, 더 강한 범죄의사 혹은 강화된 범죄에너지를 가지고 있는 人格만을 표상할 수 있을 뿐이다.<sup>14)</sup> 뿐만 아니라 강화된

12) Horn. SK. §48. Rn.4(S.345).

13) Mir Puig. a.a.O., S.183.

14) Ebenda. S.182f.



범죄에너지를 책임의 가중과 동일시하기도 어렵다.<sup>15)</sup>

## 2) 當罰性(Strafwürdigkeit)의 표상만큼 확장된 不法意識

이 견해는 이전의 법적 경험을 통해 얻어진 행위자의 當罰性的 표상만큼 확장된 불법의식을 책임가중의 핵심요소로 본다. 즉 누범은 前判決의 警告機能으로 인해 非累犯行爲보다 내용적으로 더 확대된 특별한 불법의식을 가지고 있다고 주장한다. 특히 Maurach가 이러한 측면에서 누범가중을 근거지우고 있다. 그의 이론구성에 의하면, 누범은 자신이 떠맡아야 할 법적인 부담을 인식할 때 심리적으로 오히려 새로운 범행을 회피해야 할 입장에 처해 있다는 것이다. 따라서 (규범합치적으로 행위할) 더 나은 심리적 가능성(Können)이 책임가중의 근거가 된다. 즉 행위자는 불법을 더 쉽게 회피할 수 있는데도 불법을 자행했기 때문에 그는 비난받아 마땅하다는 것이다. 이처럼 Maurach는 당벌성과의 관련을 통한 불법의식의 확장을 형벌가중적인 것으로 보고 있다.<sup>16)</sup>

그러나 當罰性的의 意識이 형벌의 가중을 정당화시킬 수 있을런지는 의문이다. 왜냐하면, 법률은 누범에 대해서는 형벌가중을 규정하면서도, 그 행위의 당벌성을 정확히 알고 있는 사람들(예컨대, 형사법률가)에 대해서는 형벌가중을 규정하고 있지 않으므로, 이는 모순이 되기 때문이다.<sup>17)</sup> 또한 당벌성의 의식을 행형의 구체적인 효과로부터 얻어진 意識으로 해석하고 있지만,<sup>18)</sup> 이는 행형의 현실과 잘 맞지 않는다. 즉 형벌의 집행은 범죄자를 改善시키기 보다는 오히려 더욱 改惡시키는 교도소내에서의 유혹 등을 감안해 본다면, 누범은 대부분 그들의 법적 경험(유죄판결, 행형)을 제대로 소화해 낼 수 없으며, 따라서 신중하고 깊이 숙고된 결정으로 행동할 수 없을 것이다.<sup>19)</sup>

## 3) 警告의 非遵守

이 견해는 생활영위책임을 형식적으로 행위책임원칙과 일치시키려고 시도한다. 즉 행위자는 명령에 반하여 이전의 유죄판결을 경고로 삼지 않았다는 이유로 행위불법이라기 보다는 행태불법(Haltungsunrecht)이 後犯의 不法에 부가되었다고 보는 것이다.<sup>20)</sup> 이러한 맥락에서 특히 Dreher는 누범가중의 근거를 '前判決로부터 나오는 가능한 경고의 객관적인 비준수'에서 보고 있다. 이러한 Dreher의 이론구성을 보면, 경고의 객관적인 준수를 행위자의 주관적인 가능성으로부터 분리하고 있다.<sup>21)</sup> 심지어 Dreher는 前判決의 警告效果를 준수할 수 있는

15) Stratenwerth, Tatschuld und Strafzumessung, Recht und Staat 406/407, Tübingen, S.17.

16) Mir Puig, a.a.O., S.184 : Jakobs, Schuld und Prävention, Tübingen 1976, S.26 Anm.76.

17) Mir Puig, a.a.O., S.184 Anm.20.

18) Maurach, Lehrbuch AT, 4.Aufl., S.856.

19) Stratenwerth, a.a.O., S.16.

20) Horn, SK, §48, Rn.5.

21) Mir Puig, a.a.O., S.187.

개인적인 가능성(das persönliche Können)을 특별히 확인할 필요도 없다고 주장한다.<sup>22)</sup> 그렇게 본다면, 이 경고를 이해하고 따를 수 있는 행위자의 가능성이란 기껏해야 이미 전판결이 주는 경고를 준수하지 않음으로써 증대된 反價値를 행위자에게 귀속시키는 전제에 불과하다. 또한 Dreher는 누범가중규정에 따른 비난의 가중은 범죄행위의 종류와 상황에 근거해서만, 특히 범죄행위들 사이에 아무런 내적 연관성이 없을 때 탈락된다고 본다. 같은 맥락에서 독일판례도 전판결이 행위자에게 경고의 기능을 하게 되는 것은 선행위와 후행위간에 내적인 연관 또는 일정한 범죄적 연속성이 존재하기 때문이라고 판시한다. 여기서 내적인 연관성이란 '여러 범죄들 사이에 존재하는 일치점'이라고 볼 수 있다.<sup>23)</sup>

이러한 이론구성은 여러 가지 이의에 봉착한다. 첫째, 이 견해는 '警告의 客觀的인 非遵守'의 요소가 위법성의 범주에 속하는 것처럼 보임에도 불구하고 경고기능의 비준수로 자행된 범죄행위에 더 높은 책임을 인정하고 있다. 둘째, 이 견해는 유죄판결내에 암시적으로 내포된 경고를 준수하라는 요청에 대한 근거를 해명해 주고 있지 못하다.<sup>24)</sup> 셋째, 유죄판결을 경고로 삼으라고 하는 태도명령 내지 특별한 생활영위명령은 사실상 존재하지 않는다. 왜냐하면 일정한 구성요건에 해당하는 행위만이 금지되거나 명령될 뿐이지, 어떤 경고 때문에 규범합치적으로 행동하라고 요청되지는 않기 때문이다. 넷째, 설령 그러한 종류의 행위-불법(銘心義務의 不履行)에 대한 원칙적인 의심을 일단 접어놓는다 할지라도, 여전히 구체적인 사례에서 이러한 행동오류자의 비난가능성을 근거지워야할 매우 난해한 임무는 남아있다. 왜냐하면 이때에는 이러한 오류자가 타고난 천성 혹은 역행시킬 수 없는 발달과정에 어느 정도 기인하는지 그리고 행위자 자신이 어느 정도 그에 대한 罪責을 져야 하는지에 대해 조사해야만 할 것이기 때문이다.<sup>25)</sup> 다섯째, 이 견해는 범죄행위들 사이에 내적 관계만을 요청함으로써, 왜 그러한 관계가 있을 때에는 경고의 준수가 요청되고, 그러한 관계가 없을 때에는 경고의 준수가 요청되지 않는지 설명할 수 없다.<sup>26)</sup> 여섯째, 누범가중규정은 책임을 행위자책임으로 파악하거나 행위책임을 人格의 表現으로 이해하여 행위책임을 인격책임과 결합시키는 것은 범죄 이외의 '생활태도'를 책임판단의 대상으로 삼아 결국 책임원칙을 무의미하게 만들어 버리는 결과를 초래하게 된다.<sup>27)</sup>

#### 4) 논평

누범가중의 규정을 체계적인 관점에서 분석할 때 행위책임원칙을 고수하면서 그 근거를

22) Ebenda. S.187 Anm.28.

23) 장영민/탁희성. 앞의 논문. 83면 이하.

24) Mir Puig. a.a.O.. S.187f.

25) Horn. Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie. Berlin 1969. S.144f. : ders., SK. §48. Rn.6(S.345).

26) Mir Puig. a.a.O.. S.188.

27) Horn. SK. §48. Rn.6(S.55).

찾으려는 이상의 시도들은 그리 만족스럽지 못함을 확인할 수 있다. 결국 책임관점하에서는 누범가중과 행위책임원칙은 조화를 도모할 수 없다. 독일 구형법 제48조는 범행의 종류와 사정을 고려하여 '행위자가 이전의 유죄판결을 경고로 삼지 않았다'는 점이 그에게 비난된다는 점을 통하여 이러한 부조화의 문제를 벗어나려고 시도했다. 이로인해 누범규정은 생활영위책임이 형법 안으로 침투할 수 있는 창구로 이용될 소지를 안고 있었다. 물론 누범가중은 생활영위책임의 관점에서 보면 아주 쉽게 해석되기는 하지만, 그 대가는 너무도 크다. 왜냐하면, 이로써 행위책임개념이 형법으로부터 구축되고 이와 더불어 법치국가적 보장기능도 붕괴되기 때문이다. 바로 그 때문에 누범가중도 행위책임원칙과 조화를 이루어야 하는 것이다.<sup>28)</sup> 그러나, 위에서 살펴보았듯이 누범가중의 규정은 책임관점에서는 제대로 설명이 되지 않기 때문에 누범은 책임과 관계가 없다고 보고 이를 예방의 관점에서 해명하려는 시도들이 행해지고 있다.

## 2. 豫防의 관점

### 1) 주요내용

이 견해는 누범가중규정의 법정책적인 목적을 특히 特別豫防에서 바라보고 있다. 즉 누범이 불충분한 단기자유형으로 반복하여 처벌받아서 안된다는 것이다. 여기에는 두가지 가정이 내포되어 있다. 첫째, 누범은 더 높은 처우 및 교육의 필요성을 가지고 있다. 둘째, 누범은 時的인 근거에서 애당초 가망없는 행형을 받는 것이 방지되어야 한다는 가정이다.<sup>29)</sup> 즉 범죄허약자(der kriminell Anfälligen)에 속하는 누범의 再社會化를 위하여는 단기자유형보다 장기자유형이 더 적합하다는 특별예방적 고려를 그 배경으로 하고 있다.<sup>30)</sup> 이에 대한 논거를 구체적으로 살펴보면, 특히 Stratenwerth는 누범가중을 순수한 책임형벌로 보는 종래의 입장은 어느모로보나 현실과 동떨어진 것이며, 이는 도그마틱한 것이라고 비판하고 있다. 그에 의하면, 누범이 특별한 정도의 범죄에너지가 표명하는 곳에서는 일반적으로 경고가 먹혀들어가지 않으며, 반면에 전형적인 누범자는 의지박약이나 인격적 결함으로 특징지워지며, 이것이 그로 하여금 유죄판결의 警告機能에 거의 감응되지 않게 만든다고 한다.<sup>31)</sup> 때문에 일정한 범죄에너지가 유전성향들에 어느 정도 소급되는지 그리고 행위자가 그것에 대하여 어느 정도 책임을 질 수 있는지 조사해야 한다.<sup>32)</sup> 뿐만 아니라 자유형

28) Zipf. Die Strafzumessung. Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung. Heidelberg · Karlsruhe 1977. S.93.

29) Berckhauer. §48 : Anspruch und Wirklichkeit Plädoyer, die Rückfallschärfung zu beseitigen. MschrKrim 65.Jahrgang, Heft5(1982). S.272f.

30) Zipf. a.a.O.. S.92f.

31) Stratenwerth. a.a.O.. S.15f.

32) Ebenda. S.18.

의 효과를 냉정히 평가해보면, 전판결의 경고효과와 행형의 부정적인 영향들은 서로 상충되고 있다. 이로 인해 前判決에 대한 완강한 무시가 累犯에서 표명되었는가하는 물음은 구체적인 개개의 사례에서 자유형의 집행이 야기시킨 부정적인 영향들을 가려내어야만 비로소 대답할 수 있다.<sup>33)</sup> 그러나 행형의 부정적인 영향이 어느 정도 미쳤는지를 정확히 알아 내기란 불가능하다. 이점은 누범가증을 책임의 관점에서 설명하려고 하기 때문에 나타나는 문제점에 지나지 않는다. 그러므로 Stratenwerth는 누범가증이 책임의 문제와 전혀 관련이 없는 것으로 보고, 누범가증을 特別豫防과 一般豫防의 관점에서 설명하고자 한다. 즉 보다 강력한 강제가 법질서를 더욱 강화시켜주고 동시에 위하나 改善을 통해 행위자가 장래 범죄행위를 하지 않도록 더욱 효과적으로 차단할 수 있다는 것이다.<sup>34)</sup> 이와 같은 맥락에서 Zipf도 누범가증규정의 법정책적인 목적을 특히 특별예방에서 바라보고 있지만, 제48조의 제정에는 일반예방적인 고려가 지배적인 것은 아니었다하더라도, 일반예방의 효과를 완전히 배제할 수는 없다고 주장한다.<sup>35)</sup>

### ① 批判

예방의 관점을 원용한다 하더라도 법관은 누범가증의 사례에서 예방목적의 우선 고려를 위해서 그의 책임을 상회하는 형벌을 부과하도록 강제받을 수 없다. 따라서 특별예방을 근거로 한 형벌가증은 누범의 범행에 비추어 책임에 적합한 한계까지만 허용될 수 있을 뿐이다. 더 나아가 예방을 통하여 달성되어야 하는 것이 누범가증규정에 의거한 형벌가증을 통해서도 사실상 달성될 수 있는지 여부도 자못 의심스럽다. 현대 형법은 범죄허약자에게 단순한 刑罰期間의 연장과는 다르게 대응하고 있다. 어쨌든 改善은 단기이든 장기이든 상관없이 자유형의 집행으로는 기대하기가 어렵다.<sup>36)</sup> 이점은 미국과 독일에서의 연구결과가 잘 보여주고 있다. 이에 따르면, 누범의 개연성은 자유박탈의 지속(Dauer)으로 높아진다. 더 나아가 累犯의 간격(Rückfallsinterval), 다시 말하면 마지막 형벌을 받고난 時點과 새로운 범죄를 저지르는 時點 사이의 기간은 前科가 많을수록 점점 더 짧아지고 있다. 바꿔 말하면 어떤 범죄자가 자유박탈의 형벌을 자주 받으면 받을수록 그리고 더 장기간 받으면 받을수록 누범의 위험은 점점 더 커진다. 이는 누범의 경우 입법자가 요청하는 형벌가증이 위하효과를 거의 거두지 못함을 반증해 주고 있다.<sup>37)</sup>

33) Ebenda. S.16f.

34) Ebenda. S.18f.

35) Zipf, a.a.O., S.92f.

36) Horn, SK. §48, Rn.11.12(S.347).

37) Eduard Naegeli, Wie wird man rückfällig? Die Entlassenen in der Gesellschaft, Strafe und Verbrechen, Frankfurt am Main 1976, S.63. 종래의 교정처우가 수형자의 재범방지에 별다른 성과를 거두지 못했다는 진단을 하고, 재범방지를 위한 교정처우 내지 상습누범자에 대한 효율적 관리방안을 제시하고 있는 논문으로는 任雄, 「累犯受刑者の 效率的 管理方案」, 형사정책연구 제3권 제1호 통

### 3. 소결론

위에서 살펴 보았듯이 누범가중조문들의 정당성에 관해서는 많은 논란을 빚고 있고, 그 논리도 매우 궁색해 보인다. 실제로 독일헌법재판소가 누범가중규정이 합헌임을 결정했음에도 불구하고,<sup>38)</sup> 누범가중규정이 초래하는 불합리는 여전히 입법론적인 검토의 대상이 되어왔고, 급기야 폐지되기에 이르렀다. 이러한 개정방향은 우리 형법의 누범가중규정이 어떠한 방향으로 개정되어야 할 것인가를 보여주는 좋은 입법례라 할 수 있다. 결국 문제는 우리 형법 체계에 대한 문제점을 분명히 직시하고 그 개선방향에 초점이 맞추어져야 하리라고 본다.

## V. 현행 누범관련규정들의 문제점

### 1. 법치국가원칙에서의 위헌성 혐의

#### 1) 過剩禁止의 原則

누범을 가중처벌하고 있는 현행 형법체계를 보면, 먼저 형법 제35조는 그 죄에 정한 형의 長期 2배까지 가중할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나, 특별형법에서는 長期뿐만 아니라 短期까지도 2배 가중하는가 하면, 애당초 가중된 형을 새로 설정하는 등 독자적인 누범가중처벌의 형식을 취하고 있음은 이미 위에서 살펴 보았다. 더 나아가 유사한 입법목적 달성을 위하여 누범가중규정과 상습범규정,<sup>39)</sup> 누범가중규정과 보안처분의 규정을 중복 적용하고 있다. 요컨대, 현행 형법체계는 재범을 방지하기 위하여 일반형법으로부터 출발하여 특별형법을 거쳐 보안처분법에 이르기까지 이중 삼중의 바리케이트를 설치하고 있다. 이러한 입법태도는 과잉입법금지의 원칙(헌법 제37조 2항)에서 볼 때 의구심을 불러 일으킨다.<sup>40)</sup>

자유로운 범공동체에서는 가별적 행위들을 어떠한 댓가를 치루고서라도 무조건 진압하는 것만이 능사는 아니다. 때문에 입법자는 의도하지 않은 유해한 부작용들의 종류, 범위 및 정도에 관한 문제도 고려해야 한다. 예컨대 1919년 미국에서 시행되었던 禁酒法이 過剩禁止의 原則에 반하는 實例가 되고 있다. 禁酒法은 알콜중독을 막고자 의도했지만, 오히려 密酒·密賣에 의한 영업적인 조직범죄의 엄청난 증대를 유발시킴으로써 훨씬 더 큰 부작용

권 제9호(1992·봄), 234면 이하.

38) 장영민/탁희성, 앞의 논문, 59면 이하 참조.

39) 大判 1982.10.12. 82도1865.

40) 申東雲, 「累犯加重의 本質과 要件」, 고시연구 1998.5(통권 290), 214면.

용을 초래했다.<sup>41)</sup> 이러한 사례가 시사하듯이 형법의 적용이 득보다는 失을 훨씬 더 많이 야기할 것으로 예상되고 우려된다면 형법의 포기를 진지하게 검토해야 한다.<sup>42)</sup> 바로 그 때문에 입법자는 입법 작업을 할 때 罪刑法規의 利害得失을 서로 교량해야 하는 것이다. 그러나, 여기서 오해해서는 안될 점이 있다. 다른아닌 利害得失을 비교해본 결과, 득이 失보다 한치라도 더 크다고 판단되면 형법이 개입되어야 하고, 반면에 失이 득보다 추호라도 더 크다고 가늠되면 형법이 포기되어야 하는 것은 아니라는 점이다. 형법의 개입은 그 속성상 어느 정도 유해한 부작용을 야기할 수 밖에 없기 때문에, 이해득실을 엄격히 따지고 들면 형법의 개입은 상당히 어려워질 수 있다. 때문에 입법자에게는 입법적인 재량이 인정되고 있다. 따라서, 입법자의 폭넓은 형성의 공간은 형벌구성요건들을 설정할 때 형벌규범에 반대하는 범죄학적이거나 형사정책적인 의심을 어느 정도 무시할 수 있게 한다. 그렇다고 해서 이러한 입법적인 재량행위가 자의적으로 무한정 허용되는 것은 아니고 어디까지나 제한적으로 이루어져야 하는 것이다. 그 제한원칙이란 다른 아닌 過剩禁止의 原則을 말한다. 결국 입법적인 재량행위는 과잉금지의 원칙내에서만 허용되는 것이다. 과잉금지의 원칙은 '입법자가 일반적인 범행충동을 억제하기 위하여 지나치게 높은 형벌에 치중하여 국가형벌의 일반예방적 효과를 극대화하려고 도모하는 것'을 방지한다.<sup>43)</sup> 과잉금지의 위반은 세가지 사례로 나타날 수 있다. 첫째, 일정한 형벌구성요건 그 자체 혹은 그 적용범위가 과잉금지에 위반될 수 있다. 이러한 형법들은 합헌적인 질서의 구성부분이 될 수 없음은 물론이다. 둘째, 범죄행위에 비해 그 제재가 과도한 경우이다. 법정형이 구성요건에 서술된 불법내용과 일치하지 않는 경우이다.<sup>44)</sup> 과잉금지의 원칙은 법정형의 설정에서 더 큰 실천적인 의미를 갖는다. 여기에서 過剩禁止는 입법자의 形成自由의 기준선으로서 형벌규범의 구성요건과 법적 효과가 서로 내용상 균형이 맞아야 함을 요청한다. 법정형은 범행의 정도 및 행위자의 책임과 공정하게 비례해야 한다.<sup>45)</sup> 셋째, 구체적인 형벌선고가 과잉금지를 위반할 수 있다.<sup>46)</sup> 누범가중규정과 관련해서는 특히 두 번째 측면에서 문제가 될 소지를 안고 있다. 현행 형법의 많은 누범가중규정들은 後犯의 불법내용과 책임정도에 상관없이 일정한 기간내에 前犯이 있었다는 이유로 가중처벌하도록 규정하고 있기 때문이다. 특히 특별형법상의 누범가중규정들은 소극적인 일반예방에 치중하여 일반형법의 가중형식에서 더

41) Scheerer. Ende einer Illusion. Die Alkoholprohibition in den USA, in : NZZ-FOLIO · April 1992. S.18ff.

42) Roos. Entkriminalisierungstendenzen im Besonderen Teil des Strafrechts, Frankfurt am Main 1981. S.220f. : 이에 관하여 자세하게는 金昌君. 「非犯罪化政策에 관한 理論的 研究」, 고려대 박사학위논문 1992.6. 38면 이하 참조.

43) Roos. a.a.O.. S.222f.

44) Zipf. Kriminalpolitik. Ein Lehrbuch. 2.Aufl.. Heidelberg u.a 1980. S.101f.

45) Roos. a.a.O.. S.223.

46) Zipf. a.a.O.. S.65.

욱 상향된 형태의 누범가중형식을 취하고 있는가 하면, 상습누범에 대한 가중처벌과 보안처분을 부과하고 있는 등 재범방지를 위한 수많은 차단선을 중복 설치하고 있다. 원래 누범에 대한 형의 가중은 누범자의 사회적 위험성을 근거로 한 신파의 목적형사상에서 유래한 것으로 사회보호법이 재범의 위험성이 있는 상습누범자에 대하여 보호감호처분을 인정하므로, 모든 누범자에 대하여 형법에서 일반적으로 형의 가중을 규정할 필요가 없다. 그럼에도 불구하고 범행의 정도와 행위자의 책임을 고려하지 않고 일률적으로 가중처벌하는 것은 과잉처벌이라는 비난을 면하기 어렵다.<sup>47)</sup> 그렇게 본다면, 현행 누범가중의 규정들은 득보다는 失을 훨씬 더 많이 야기하는 것으로 평가된다.

## 2) 明確性原則

형법 제35조의 누범가중규정은 後犯의 법정형을 長期 2배까지 가중할 수 있도록 규정하고 있다. 이 조문에 따라 누범가중을 하게 되면 피고인에게 가할 수 있는 형량의 범위, 즉 處斷刑을 계산함에 있어서 그 양형의 한도가 대폭 늘어나게 된다. 여기에서 법정형이 '~년 이상'으로 된 重犯罪의 경우에 '長期 2배 加重'은 장기가 15년에서 25년으로 늘어나는 것밖에 없기 때문에, 사실상 법관의 양형 선택폭에 큰 영향이 없다. 그러나, 법정형이 '~년 이하'로 규정된 輕犯罪의 경우에는 장기가 그대로 2배 가중되어 최고 25년까지 될 수 있기 때문에 그 실질적 의미는 매우 크다고 할 수 있다.<sup>48)</sup> 예컨대, 형법 제330조의 야간주거침입절도죄는 그 법정형의 상한이 징역 10년으로 설정되어 있다. 그러나, 누범가중으로 장기를 2배 가중하면 선고형의 장기가 징역 20년으로 대폭 상향조종되어, 선고형의 범위는 1월 이상 20년 이하의 징역으로 설정된다. 형벌체계상 유기징역의 상한이 15년인 점을 감안한다면, 결국 누범의 경우에는 형량을 법관에게 사실상 위임한 것처럼 보인다. 이러한 입법태도는 다름아닌 명확성의 원칙에서 볼 때 의문을 야기한다.

형법률은 법률요건인 범죄와 법률효과인 형벌로 구성되어 있다. 법률효과의 명확성은 바로 '刑罰의 種類 및 程度'와 관련되어 있다. 법률효과의 명확성원칙은 비교적 중요시되고 있지 못한 측면이다. 법률효과의 명확성원칙은 각則의 과도하게 폭넓은 형벌범위에 비추어 볼 때 실천적으로 충실히 준수되어야 한다. 왜냐하면 刑罰의 種類와 程度는 형벌선고 못지않게 한 인간의 사회적인 운명에 지대한 영향을 끼치며, 그런 까닭에 법관의 恣意에 완전히 내맡겨져서는 안되기 때문이다.<sup>49)</sup> 따라서 법관이 형벌의 종류를 완전히 자유롭게 선택할 수 있도록 하거나, 어떤 刑種의 테두리내에서 형벌의 정도를 자유롭게 정할 수 있도록 위임하는 법률은 불명확하고 헌법 제13조 1항에 따라 무효가 된다.<sup>50)</sup> 이러한 관점에서 볼

47) 任雄. 앞의 논문. 73면.

48) 裴鍾大. 刑法總論. 全訂修訂版. 홍문사 1996. 696면.

49) Schünemann. Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht. Berlin 1978. S.37f.

때, 장기 2배까지 가중할 수 있도록 규정한 형법 제35조는 문제가 아닐 수 없다. 사안에 따라 특정 형종의 테두리내에서 사실상 형벌의 정도를 자유롭게 정할 수 있도록 위임하고 있는 입법태도는 法律效果의 명확성원칙에서 볼 때 의심스럽다.

## 2. 일반형법 제36조의 違憲性

현행 형법 제36조는 “판결선고후 누범인 것이 발각된 때에는 그 선고한 형을 통산하여 다시 형을 선고할 수 있다”고 규정하고 있다. 이 조문에 근거하여 확정판결후 누범인 사실이 발각되어 새로운 사정에 기하여 단지 加重刑만을 추가하는 것은 동일한 범죄에 대하여 二重審理의 危險을 야기하고 있는 것으로, 다시 말하면 包括一罪로서 이미 처벌받았기 때문에 일사부재리의 원칙에 위배되는 것이다. 뿐만 아니라, 형법 제36조는 ‘의심스러운 경우에는 피고인의 이익으로’(in dubio pro reo)원칙에 따라 형벌권의 존부와 범위에 관한 사실에 대하여 검사에게 舉證責任을 지우고 형사피고인에게 陳述拒否權을 보장하고 있는 형사소송법의 기본원리에도 반한다. 피고인에게 진술거부권을 보장하면서 累犯前科를 은폐하였다고 하여 형을 다시 가중하는 것은 불이익한 진술을 강요하는 결과가 되기 때문이다. 제36조는 피고인이 갖고 있는 진술거부권을 사실상 부인하는 결과를 가져오며, 이러한 사실에 대한 입증책임이 검사에게 있음에도 불구하고 이를 간과한 경우에 그 불이익을 피고인에게 부담시키는 것이다.<sup>51)</sup> 본래 이 조문은 일본형법 제58조의 규정에 따른 것인데, 일본은 1947년 형법개정을 하면서 이를 삭제하였다.<sup>52)</sup>

이처럼 새로운 사정만을 이유로 가중형을 추가하는 현행 형법 제36조는 일사부재리의 원칙에 위배되는 것으로 폐지되어야 한다.

## 3. 특별형법상의 누범가중조문들의 문제점

특별형법들은 특정범죄행위들을 消極的 一般豫防의 목적에서 가중처벌하기 위해 제정된 限時的 性格의 刑事特別法들이다. 이러한 특별형법들은 대부분 일반형법전의 범죄유형들을 가중처벌하는 데 초점을 맞추고 있다. 그러나 형벌의 가중은 합리적인 근거가 있어야 할 뿐만 아니라, 그 程度를 지켜야 한다.<sup>53)</sup> 형벌의 목적은 범죄의 방지와 범인의 再社會化에 있고, 형벌의 부과는 어떠한 경우에도 그의 책임의 상한선을 넘어서서는 안된다. 이것은 責

50) 이에 관하여 자세하게는 金昌君, 「刑事立法論에 관한 研究」, 刑事法研究 제8호(1995), 18면 이하 참조.

51) 金日秀, 앞의 책, 690면 이하 : 裴鍾大, 앞의 책, 696면 이하 : 朴相基, 刑法總論, 제2개정판, 박영사 1997, 539면; 李在祥, 刑法總論, 박영사 1977, 602면.

52) 장영민/탁희성, 앞의 논문, 39면.

53) 李在祥, 「特加法上の 諸問題」, 司法行政 1988.5, 31면 참조.



任原則으로부터 나오는 당연한 결론이다. 이처럼 責任原則에 의한 형벌제한은 刑期內에서 再社會化 프로그램을 시행하도록 하며, 재사회화 프로그램의 성공적인 시행을 위해 필요하다는 이유로 刑期를 延長하는 것을 방지한다. 심지어 또 다시 범죄행위를 결심한 테러리스트일지라도 석방하도록 한다.<sup>54)</sup> 이러한 제한원칙들을 준수해야 함에도 불구하고 특별형법들은 형벌가중의 근거 내지 정도 등 제반사항을 고려해 볼 때 많은 문제점을 노정하고 있다.<sup>55)</sup> 누범과 관련해서 독자적인 누범가중규정을 채택하고 있는 특별형법들의 입법태도도 여기서 크게 벗어나 있지 못하다.

첫째, 특별형법들의 누범가중은 마치 누범이 처벌의 강화만으로 일소될 수 있다고 보는 형벌만능의 사고방식에서 나온 것이다. 형벌이 重할수록 효과가 있는 것인지는 의문이다. 형벌가중적인 위하예방은 잠재적인 범죄인에 대한 심리적 강제를 전제로 하지만 잠재적인 범죄인이 害惡에 의한 위하에 강제되지 않을 때 그 한계가 노출된다. 순간적인 감정에 의한 激情犯은 합리적 사고를 할 여지가 없으므로 重刑이 그들의 심리를 강제하는 억제력을 발휘하지 못하게 될 것이기 때문이다. 다만 계획적인 故意犯만이 범죄와 형벌을 서로 비교 교량할 수 있다. 그러나 그들 대부분은 완전범행을 노리고 범행을 자행한다. 체포도 유죄판결도 받지 않을 것으로 생각하고 있는 그들에게 형벌의 위하력은 그다지 크게 나타나지 않는다.<sup>56)</sup> 형벌이 지나치게 가혹·잔인하면 일시적으로는 犯罪抑止力을 발휘할지 모르지만, 결국에는 重罰에 대해 면역성과 무감각을 키우게 된다. 입법자의 일시적인 격분의 표현은 犯罪豫防과 法秩序守護로 연결되는 것이 아니라, 법의 권위를 실추시키고 법질서의 영속성과 안정을 저해하는 요인이 될 뿐만 아니라,<sup>57)</sup> 형량의 인플레이션을 초래하게 된다.<sup>58)</sup> 역사적으로 사소한 절도를 死刑으로 다스린 시대가 있었으나 결코 절도가 근절되지 아니하였듯이 重刑만이 범죄를 근절시키거나 감소시킬 수 있다고 말하는 것은 경험에 반하는 지극히 소박한 사고가 아닐 수 없다.<sup>59)</sup> 중형주의의 비실효성은 우리 刑法史가 反證해주고 있는 것이다. 형벌은 계속 加重되었지만 그로 인한 누범감소의 징후는 찾아보기 어렵기 때문이다. 결론적으로 특별형법들은 누범가중은 누범의 사회적 원인과 배경에 대한 깊이있는 형사정책적 성찰이 결여된 채, 모든 책임을 범죄인 개인에게 전가하고자 하는 발상이 반영되어 있다. 따라서 진정으로 범죄억제를 바란다면 형벌만능주의사상에 입각한 처벌법규의 강화보다는 범죄 유발원인이 되는 사회요인들을 척결하는 사회규범적 통제가 선행되어야 할 것이다.

54) Hassemer, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band1, §§1-21, Luchterhand 1990, Vor §1 Rdnr.333.

55) 이에 관하여 자세하게는 金昌君, 「非犯罪化政策에 관한 理論的 研究」, 206면 이하.

56) Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2., à jour gebrachte Aufl., München 1990, S.314.

57) 韓寅燮, 「사형제도의 문제와 개선방안」, 刑事政策 제5호(1990), 37면.

58) 장영민/탁희성, 앞의 논문, 44면 이하.

59) 金漢春, 형법개정시론, 삼영사 1984, 369면.

둘째, 특별형법들의 독자적인 누범가증형식은 일반형법 제35조의 누범가증을 둘러싼 위헌성 논쟁에서 헌법재판소가 제시한 논거들 중에서 “그 형도 장기만을 가증하고 단기는 가증하지 아니하므로 누범을 심판하는 법관은 피고인의 정상을 참작하여 그 형의 최단기형을 선고할 수도 있는 것”이라는 대목하고는 서로 상충된 입장이라 할 수 있다. 왜냐하면 특별형법에서는 누범의 경우 일반형법과 달리 가증된 법정형을 새로 설정하거나, 장기뿐만 아니라 단기까지도 2배 가증하고 있는바 누범의 경우 반드시 가증처벌되기 때문이다. 형법 제35조의 위헌성 판단에서 전거한 헌법재판소의 논리라면 특별형법들의 독자적인 누범가증형식들은 문제점을 안고 있는 셈이다.

## VI. 대안들에 대한 검토

### 1. 制限解釋의 활용

대법원은 형법 제35조의 누범가증으로 인해 선고형의 범위가 매우 광범위하게 설정되어 명확성의 원칙에 반할 위험성을 감지하고 형법 제35조의 누범가증규정을 해석함에 있어서 다소 신중을 기하고 있다. 특히 집행유예기간 중<sup>60)</sup> 또는 집행유예기간 경과 후에<sup>61)</sup> 금고 이상에 해당하는 범죄를 저지른 경우 이를 누범으로 볼 것인가 하는 문제를 놓고, 대법원은 누범가증의 요건이 ① 금고 이상의 형을 받을 것, ② 그 형의 집행을 종료하거나 면제를 받을 것, ③ 형집행의 종료나 면제후 3년 이내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범할 것이라는 세가지 요소로 구성된다는 점을 밝히면서, 본사안에서 ①과 ③의 요소는 갖추어졌으나 ②의 요소가 불비되어 누범가증을 할 수 없다는 결론에 이르고 있다.

그렇다면, 대법원은 왜 이러한 결론을 내렸는가 하는 점이다. 물론 ②의 요건, 즉 금고 이상의 형의 집행을 종료하거나 면제를 받아야 한다는 요건이 누범가증의 사유로 필요한가 하는 점에 대해서는 별다른 설명을 하고 있지 않다. 이 부분에 대한 설명은 헌법재판소의 결정을 인용하면 가능하다. 헌법재판소는 누범가증의 실질적 근거가 “범인이 前犯에 대한 형벌의 경고기능을 무시하고 다시 범죄를 저지름으로써 범추진력이 새로이 강화되었다”라는 점에 있다고 본다. 그렇게 본다면, 집행유예 중의 범인에 대해서는 금고 이상의 형벌이 아직 현실적으로 집행되지 않았고,<sup>62)</sup> 집행유예기간의 경과 후의 범인에 대해서는 그 형이 선고의 효력을 상실했으므로 형벌집행에서 발생하는 경고기능이 작동하지 않았기 때

60) 大判 1965.10.5. 65도676 : 1969.8.26. 69도1111 : 1983.8.23. 83도1600.

61) 大判 1970.9.22. 70도1627.

62) 申東雲, 앞의 논문, 217면 이하.

문이다. 뿐만 아니라 누범으로서 판결의 대상이 되는 後犯도 금고 이상의 형에 해당하는 죄이어야 한다. 이 때 '금고 이상의 형'은 법정형이 아니라 '선고형'으로 해석하고 있다. 때문에 형법 제35조 1항에 규정된 '금고 이상에 해당하는 죄'라 함은 유기금고형이나 유기징역형으로 처단할 경우에 해당하는 죄를 의미하는 것으로서 법정형 중 벌금형을 선택한 경우에는 누범가중을 할 수 없다고 보고 있다.<sup>63)</sup>

이러한 제한적인 적용의 맥락에서 본다면, 대법원과 헌법재판소는 형법 제35조의 의미를 새롭게 정립하는 것으로 보인다. 즉 법관은 제35조에서 언급된 형식적인 기준에 만족할 것이 아니라, 초범에 비해 누범의 더 큰 행위책임이 그로부터 나오는지 여부를 검토해야 하며, 그러한 책임이 이미 형식적인 전제들의 실현으로부터 나온다고 보아서는 안된다는 것이다. 이러한 가정을 받아들인다면, 이것은 형법 제35조를 둘러싼 위헌성 논의에 직면하여 그 적용범위를 최소화하기 위하여 법률의 해석·적용단계에서의 절제와 신중을 요구하고 있는 것이다.

判例는 관련법규의 해석을 통하여 가벌성의 범위에 영향을 미친다. 그 영향은 형벌법규들의 명확성에 달려 있다. 형벌법규들의 불명확한 정형화는 가벌적인 행위들과 불가벌적인 행위들 사이에 회색지대를 만든다. 그 한에서 判例는 가벌성의 범위를 규정한다.<sup>64)</sup> 이처럼 형벌구성요건의 추상성으로 말미암아 규범의 내용은 해석을 통하여 구체화되기 때문에 이 영역에서의 형법제한의 문제는 다름아닌 해석문제로 귀착된다. 따라서, 형법적용의 절제와 신중을 법률해석의 지침으로 받아들인다면, 법관은 형법의 단편적이고 보충적인 성격을 항상 염두에 두어야 한다. 그러므로 법관은 형벌구성요건들처럼 중한 효과를 가진 규정들을 憲法과 관련하여 특히 '신중하게' 해석해야 한다. 바로 制限解釋이 법률문제가 의심스러울 경우에 '의심스러운 경우에는 보다 완화된 것을'(in dubio mitius) 원칙을 적용하는 것과 마찬가지로 형법의 예시적·단편적 성격과 일치한다. 그러나 독일의 통설은 被告人에게 유리한 해석이 아니라, 정당한 해석을 해야 한다는 근거로 이 양자를 부인한다. 이로써 통설은 법관들의 진리발견의 客觀性을 과대평가하고 있으며, 또한 法官의 지위와 활동을 올바르게 평가하고 있지 못하다. 實定法은 정책적인 성격을 바탕에 깔고 있다는 점이 오인되고 있다. 형사법관의 임무는 해석가능한 영역에서 규범 배후의 정책구상을 실현하는 것이다.<sup>65)</sup> 그렇게 본다면 올바른 해석은 일반적으로 制限解釋이 될 것이다. 특히 위헌성의 혐의를 완전히 벗지 못한 현행 형법의 누범가중규정과 관련해서 볼 때 제한해석이 법적 정의를 실현할 수 있는 가장 현실적인 방법일 것이다. 왜냐하면, 법률가는 어떤 법률 자체의

63) 大判 1960.12.21. 4294형상841 : 1982.7.27. 82도1018 : 1982.9.14. 82도1702.

64) Gardocki. Das Problem des Umfangs der Strafbarkeit in der polnischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Strafrechtslehre. in : Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip. Frankfurt am Main 1990. S.20.

65) Roos. a.a.O., S.241ff.

정당성에 관해 전체적으로 혹은 부분적으로 의심을 가졌을 때, 그 법률의 改廢를 놓고 끈질기게 논쟁함과 동시에 입법적으로 해결될 때까지는 현실적으로 적용될 수밖에 없는 법률의 속성을 직시하고 가급적 축소되도록 체제내재적인 해석수단을 다 동원해야 하기 때문이다.<sup>66)</sup> 그러기 위해서는 '司法의 濾過機能'이 가동되어야 한다. 그렇다면 법관은 '司法의 自己制約思想'(judicial self-restraint)을 법적용의 지도원칙으로 삼아 擴張解釋의 選好傾向에서 탈피하여 制限解釋을 강구해야 할 것이다.<sup>67)</sup> 따라서, 누범가중규정들에 대한 위헌성 논쟁이 불식되고 있지 아니하고, 입법적인 해결이 이루어질 때까지는 그 적용범위를 최소화하기 위하여 제한해석을 활용해야 하리라고 본다.

## 2. 실질적인 누범조건의 도입

### 1) 주요내용

현행 형법 제35조는 독일 구형법 제48조의 규정과는 달리 '형식적인 누범조건'만을 명시하고 있다. 따라서 이 요건에 해당하는 모든 누범에 대해 일괄적으로 형을 가중하게 됨으로써 '실질적으로 책임이 감경되는 경우'까지 형을 가중하는 결과가 되었다.<sup>68)</sup> 따라서 현행법 체계를 유지하되 실질적인 누범조건을 도입하여 제한적으로 운용하자는 견해가 제시되고 있다. 현행 형법 제35조에 '실질적 누범조건'을 부가하여 누범가중규정의 적용범위를 제한하자는 방안이다. 현행과 같이 "禁錮 이상의 刑을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한" 형식적 누범조건만 있을 때에는 형사체내의 과잉을 초래할 염려가 있기 때문에 제35조에 개정전 독일 형법 제48조처럼 "전판결의 경고를 따르지 않은 것을 비난할 수 있을 때"라고 문언을 첨부하자는 것이다. 그 논거는 강화된 범죄추진력에 의해 경고기능이 무시되었다고 하여 언제나 책임이 가중되어야 하는 것이 아니라는 것이다. 이는 누범의 많은 경우가 범죄인의 의지박약, 인격적 결함 또는 사회원조의 결핍 등으로 인한 것이기 때문이다. 이 경우 책임의 소재는 행위자 개인의 人格에만 있다기 보다 행위자를 둘러싸고 있는 잘못된 사회환경에도 있다고 해야 할 것이다. 그러므로 행위자가 前犯으로 인한 형벌의 경고기능을 무시하고 다시금 再犯을 저지르게 되는데 대해 보다 강한 비난을 행위자에게 가할 수 있는 사정이 있을 때에 한해 형을 가중할 수 있도록 제한하기 위해서 개정전 독일 형법 제48조처럼 실질적 누범조건을 도입하자는 것이다.<sup>69)</sup> 이것은 두가지 평가방법을 따르라는 주장이다. 먼저 누범가중의 형식적인 전제들이 충족되는지 여부를 검토하고, 그 연후에 실질적인 관점에서 구체적인 범행수행과 관련한 행위자의 책임이 그가

66) 裴鍾大, 「현행보안처분법의 개선점」, 성곡논총 제18집(1987), 743면 註 4.

67) Roos, a.a.O., S.253f.

68) 장영민/탁희성, 앞의 논문, 39면.

69) 金日秀, 앞의 책, 687면 ; 李在祥, 앞의 책, 526면 ; 陳癸鎬, 刑法總論, 대왕사 1996, 697면.

이전의 유죄판결에서 출발될 수 있는 특수한 제지충동에도 불구하고 자행했기 때문에 증대되었는지 여부가 검토되어야 한다.<sup>70)</sup> 그러나, 이러한 방안을 채택했던 독일의 경우 많은 비판을 극복하지 못한 채 결국 일반적인 누범가중규정을 폐지하였다. 그렇다면, 이러한 입법례를 둘러싸고 제시되었던 문제점이 어떠한지를 검토해야 할 것이다.

## 2) 실질적인 누범규정의 폐지근거

실질적인 누범조건을 도입할 때에는 독일 구형법 제48조에 대하여 제기되었던 비판에서 자유롭지 못하다는 결함을 안고 있다. 그 논거를 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 독일 구형법 제48조의 도식적인 법 적용과 경미범죄의 영역에서 나타나는 법적 효과에 대해 비판이 가해졌다. 특히 Jescheck는 이러한 비판으로서 경미범죄에 대하여 최소형을 상향하고 있다는 과잉반응, 형벌가중사유로서의 누범의 의문성, 과거의 판결과 집행의 종료에서 경고효과를 인정하는 도식성, 특별예방에 대한 무효화 등을 지적하고 있다.<sup>71)</sup> 둘째, 실질적 누범조건 도입은 누범이 전판결을 경고로 받아들이지 않았다는 데에서 비난가능성이 커지고 따라서 행위책임이 증대된다고 보아 누범가중처벌을 행위책임원칙과 조화시키려는 취지였다. 그러나, 문제는 대다수의 누범은 판결의 경고기능을 잘 이해하지 못하므로 증대된 행위책임을 부과시키는 것은 타당하지 않다. 누범은 의지박약, 인격적 결함, 지력의 결여로 인해 경고를 받아들일 수 없거나 경고를 명심할 수 있는 능력이 결여되어 있기 때문이다. 행위자가 자신의 행위를 합리적으로 평가할 수 없고 여러 가지 정황에 비추어 합법적인 행동을 할 수 없는 경우에는 前判決의 警告는 처음부터 의미가 없는 것이며, 따라서, 그러한 경고는 비현실적인 허구에 불과하다는 것이다.<sup>72)</sup> 또 행위자가 여러번 판결을 받았다는 것만으로 경고를 무시했다는 것이 입증되는 것은 아니다. 따라서 행위자가 사실상 경고를 무시했고 그 때문에 그에게 비난을 가할 수 있다는 것이 입증되어야 한다.<sup>73)</sup> 셋째, 독일 구형법 제48조가 실무에서 제대로 지켜지지 않았는데<sup>74)</sup>, 이는 法官에 의해 實質的인 累犯要件에 대한 조사가 제대로 행해지지 않음으로써 책임에 적합하지 않은 刑罰이 부과되는 모순을 발생시켰다.<sup>75)</sup> 부연하면, 이 조문은 사정에 따라서 가중된 책임비난이 누범자에게 가해질 수 있다는 언명만을 내포하고 있을 뿐이며, 어떠한 경우에 그러한 비난이 가능한지를 결정할 수 있는 기준을 제공해주고 있지 못하다. 그러다 보니 판례와 학설이 그 대체기준을 제시하고자 하였다. 이에 대해 실무는 실질적인 누범조문의 적용가능성을 수월하게 하는 전략

70) Horn, SK, §48, Rn.34ff.

71) 慎永昊, 「이른바 實質的 累犯條項에 대하여」, 경성법학 제4호(1995), 3면.

72) 장영민/탁희성, 앞의 논문, 57면 : 徐貞蘭, 「累犯加重處罰의 法理와 對策에 관한 研究」, 이화여대 석사학위논문 1996, 38면.

73) Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 21.Aufl., §48 Rn.17.

74) 慎永昊, 「累犯加重에 관한 法理論의 研究」, 부산대 박사학위논문 1995, 109면.

75) 장영민/탁희성, 앞의 논문, 61면.

을 발전시켜 왔다. 즉 同種의 累犯과 異種의 累犯을 구별하고, 전자의 경우에는 일반적으로 제48조의 실질적인 전제들이 충족됨을 확인하고 있다. 반면에 이종의 누범인 경우에는 내적인 연관성이 추가로 조사되어야 한다는 것이다. 그러나 실무상 범행들간의 내적인 연관성이 조사되는 경우는 극히 드물어 책임가중은 원칙적으로 인정되며, 예외적인 사례들에서만 부인되고 있다. 이처럼 대다수의 판결에서 일반적인 누범조문이 어떠한 기준에 따라서 적용되는지를 명확하게 언명하고 있지 않다면, 실질적인 누범조문은 법관으로 하여금 도덕적인 관점에서 판결하게 할 위험성을 조장하고 있다는 비난을 면할 수 없다. 결국 형법 제48조의 의미에서 증대된 행위책임을 근거지우려는 시도는 무위로 끝났으며 법관들에게 과도한 요구를 한 셈이다.<sup>76)</sup>

실질적인 누범규정은 위에서 살펴본 많은 비판을 극복하지 못한 채 결국 폐지되었다. 만약에 독일 구형법 제48조의 실질적인 누범규정을 현행 형법에 도입한다면, 마찬가지로의 비판을 받을 것임은 두말할 나위도 없다. 독일의 입법례를 타산지석으로 삼아 더 이상의 시행착오를 거듭해서는 안된다고 본다.

### 3. 一般的인 量刑事由로의 포섭

이 견해는 누범가중규정을 폐지하고, 누범을 일반적인 양형사유에 포함시키자는 주장이다. 현행 형법 제51조의 量刑의 條件에는 행위자의 前科가 고려될 수 있는 명시적인 규정이 없지만 前科의 有無와 頻度가 실무상 가장 중요한 양형기준으로 작용하고 있다. 그렇다면, 누범가중규정으로 인한 책임원칙과의 충돌, 이중처벌의 위험을 피하기 위해서는 누범에 대하여 형을 가중할 것인가 아니면 감경할 것인가 하는 총체적인 평가를 양형단계에서 법관에게 맡기도록 하자는 것이다.<sup>77)</sup> 이러한 견해는 현재의 독일 입법례와 유사한 주장으로 보인다. 왜냐하면, 독일의 경우 제48조가 폐지된 이후 累犯과 前科가 제46조의 '행위자의 前歷(Vorleben)'에서 고려되고 있기 때문이다. 즉 제48조의 폐지로 인해 누범으로 인한 일반적인 형벌가중의 준거점은 제46조가 담당하게 되었는데, 이 조문에 의하면 행위자의 책임이 양형의 기초이며, 행위자의 전력이 양형사유로 규정되어 있다. 통설은 행위자의 전력의 개념이 前科(Vorstrafenbelastung)도 포섭하는 것으로 이해하고 있다. 또한 전과의 개념이 명문화되어 있지 않지만, 판례에서는 중요한 역할을 하고 있다.<sup>78)</sup> 그러나, 이러한 입법례에 대해서 의문이 제기되고 있다.

모든 양형은 형벌범위로부터 출발하여 책임평가를 경유하여 예방결정에 이르기까지 삼

76) Geiter. ZRP 1988. S.378f.

77) 장영민/탁희성. 앞의 논문. 102면 : 張珪遠, 「累犯과 量刑」, 형사정책연구 제5권 제1호(1994). 266면.

78) Meyer. Strafrechtliche Aspekte des Rückfalls im deutschen Recht. Erstes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. 1983. S.82 : Stratenwerth. a.a.O., S.15.

단계로 진행된다. 여기에는 입법자와 법관 사이의 역할분담도 정해져 있다. 먼저 입법자는 일정한 불법내용에 상응하는 형벌범위를 설정하며, 법관은 이러한 형벌범위 내에서 개별적인 범행에 대한 책임평가를 내리고 다시금 책임의 테두리내에서 구체적인 예방의 결정을 내린다. 그러나, 입법자는 누범의 형벌범위를 설정하고 있었던 제48조를 폐지함으로써 누범과 관련한 양형에서 완전히 손을 떼버렸다. 이로써 법관은 누범을 책임평가와 예방결정의 테두리내에서 양형인자로 고려할 수 있게 되었다.<sup>79)</sup> 그렇다면, 前科가 제48조에서 가졌던 의미가 제46조에서는 어떻게 평가되고 있는가하는 점이 문제이다. 결론적으로 말하면, 일반적인 누범규정의 취급과 동일한 현상이 나타나고 있다. 즉 누범은 어느 조문에 의하든지간에 행위책임가중(그리고 결국에는 형벌가중)으로 고려되었다. 형법도그마틱은 전과가 행위책임의 중대를 근거지우는지 여부를 결정할 때 실질적인 누범조문에 들어있었던 원칙들에 정향하고 있다. 다시 말하면, 여기에서도 행위자가 前判決에서부터 나오는 경고작용을 무시했다는 비난이 그에게 가해지는지 여부를 판단기준으로 원용하고 있다. 이로써 실질적인 누범조문에 내포되어 있는 판단기준들이 제46조의 적용에서도 그대로 참작되고 있다. 입법적으로는 제48조가 폐지되었지만, 개정 전의 법적 상태는 여전히 실무에서 광범위하게 유지되고 있는 셈이다. 즉 입법적으로는 제48조를 폐지하여 누범을 특별한 형벌가중사유로 고려하지 못하도록 앞문을 걸어잠갔지만, 실무적으로는 일반적인 형벌가중사유로 참작할 수 있는 뒷문을 열어놓은 형국이다. 그 때문에 제48조에 가해진 비판이 제46조의 해석에도 그대로 적용된다. 입법자가 행위책임원칙에 반하는 도식적인 누범가중처벌을 마감하고자 한다면, 마찬가지로 제46조에서도 동일한 실무적인 관행을 용인해서는 안된다. 결국 행위책임원칙을 고수하고자 한다면, 모든 개별적인 사례에서 누범이 이전의 유죄판결로부터 나오는 경고작용들을 무시한 것이 그에게 비난된다는 점이 입증되어야 할 것이다. 그러나, 이것은 불가능하다는 점은 이미 제48조와 관련하여 지적하였다. 제46조의 경우도 마찬가지이다. 게다가 누범과 관련하여 제46조는 제48조에 비해 더욱 문제의 소지를 안고 있다. 실질적인 누범조항은 同種 혹은 異種의 累犯만을 가중처벌하기 위하여 그 非難可能性의 기준들을 제시하고자 했다. 그러나, 제46조는 그러한 평가방향과 연결된 준거점이 완전히 결여되어 있다. 결국 누범의 경우 모두 다 형벌을 가중할 수 있도록 문을 활짝 열어 놓은 셈이다.<sup>80)</sup>

이러한 문제점으로 인해 독일에서도 제48조를 폐지한 취지를 살리기 위한 후속조치를 강구해야한다는 주장이 나오고 있다. 먼저 입법적인 조치로는 다름아닌 前判決이 量刑에서 행위자에게 불리하게 형벌가중적으로 고려되어서는 안된다고 법률적인 명시를 하자는 것이다. 그렇게 되면, 누범가중의 남용을 어느 정도 막을 수 있었던 실질적 누범규정이 폐지됨으로 인해 누범가중이 걸리지 않은 채 양형에서 제46조의 뒷문으로 흘러들어오는 것을 차단할 수 있다. 두 번째 해석론적인 조치로는 일반적인 누범규정의 삭제가 형법적인 制裁

79) Zipf. Die Behandlung des Rückfalls und der Vorstrafen nach Aufhebung des §48 StGB. S.443.

80) Geiter. a.a.O., S.379f.

體系의 구조에서 가장 의미있는 개정들 중의 하나라는 점을 감안하여 입법자가 뒷문을 막을 때까지 실무는 양형에서 前科를 형벌가중사유로 고려해서는 안된다.<sup>81)</sup> 이상에서 살펴본 듯이 독일의 경우는 제48조를 삭제했지만, 그 역할은 다시금 제46조가 담당하고 있다. 그러나, 제48조의 적용에는 어느 정도 제한이 가해졌지만, 누범에 대한 제46조의 적용에 아무런 방어막도 설치되어 있지 않기 때문에 문제는 더욱 악화되어 버렸다. 이러한 문제상황은 시사하는 바가 많다. 만약 현행 누범가중규정들을 폐지하고, 그 역할을 형법 제51조로 하여금 담당하게 한다면, 독일의 입법례에서 드러난 문제점들이 그대로 노정될 것이다. 결국 문제장소만 바뀌었을 뿐 문제점 자체가 해결된 것은 아니다.

#### 4. 保安處分の 확대적용

이원적인 형법체제에서 累犯性은 형벌가중의 준거점 내지는 보안처분의 부과근거로 인용될 수 있다.<sup>82)</sup> 현행 형법은 두가지 가능성 모두를 인정하고 있다. 먼저 일반형법 제35조와 각종 특별형법들의 누범관련규정들은 누범을 특별한 형벌가중사유로 규정하고 있으며, 사회보호법 제5조 내지 제7조는 누범적 상습범인에 대해서는 保護監護를 부과하고 있다.<sup>83)</sup> 그러나, 누범가중을 규정하고 있는 현행 형법체제는 이론적인 관점에서 뿐만 아니라, 실천적인 관점에서도 문제점을 안고 있다. 먼저 이론적인 관점에서 보면, 누범에 대한 형벌가중은 책임원칙에 비추어 정당화될 수 없다. 실천적인 관점에서 보면, 누범을 형벌가중사유로 설정하고 있음에도 불구하고 누범의 방지에 별다른 영향을 미치고 있지 않다는 사실이다. 이처럼 누범에 대하여 무조건 형을 가중하는 것은 형벌의 목적에 비추어 무의미하기 때문에 오늘날 合理化·自由化·人間化를 표방하는 형사정책의 발전방향에 비추어 보안처분을 통해 해결하자는 견해이다.<sup>84)</sup>

누범의 사회적 위험성으로부터 사회를 방위하기 위해서는 형벌 이외의 새로운 형사제재가 필요하다. 二元主義를 채택하고 있는 현행 형벌체계하에서는 결국 누범에 대한 대책은 보안처분으로 돌아갈 수밖에 없다. 따라서, 누범의 처우를 보안처분에 일임하자는 주장은 일견 합리적인 방안이라고 생각된다. 그러나, “보안처분은 구체적인 집행에서 刑罰과 다를 바 없다”<sup>85)</sup>는 비판을 감안한다면, 현행 보안처분이 안고 있는 문제점을 점검하고 보완하는 작업부터 선행해야 할 것이다. 특히 常習累犯者에 대해서는 사실상 개선불가능하다고 단정하여 범죄로부터 사회를 보호한다는 사회방위의 차원에서 격리수용에 치중한 保護監護處

81) Ebenda. S.381.

82) Zipf. Die Strafzumessung. S.92.

83) 이에 관하여 자세하게는 任雄. 앞의 논문. 251면 이하.

84) 鄭盛根. 刑法總論. 법지사 1996. 654면 : 孫海陸. 刑法總論. 법문사 1996. 1160면 이하 : 金日秀. 앞의 책. 687면 : 張珪遠. 앞의 논문. 260. 265면.

85) Mir Puig. a.a.O.. S.209.



분이 부과되고 있는 것이 현실이다. 그러나, 再社會化는 포기할 수 없는 행행의 기본이념일 뿐만 아니라 상습누범자가 모두다 개선불가능하다고 치부할 수도 없다. 그러므로 分類制度의 과학적·전문적 활용을 통하여 개선가능한 누범자와 개선곤란한 누범자를 가려내어 그 결과를 처우에 반영해야 한다. 이러한 과학적인 분류심사를 토대로 개선가능한 상습누범자의 경우에는 교정처우에 치중하고, 개선곤란한 상습누범자의 경우에는 격리수용에 치중하는 보호감호처분의 이원적 제도운용을 강구해야 한다. 뿐만 아니라 보호감호의 집행중에도 치료처분이 보다 더 효과적이라고 판단되는 경우에는 治療監護處分으로 이행할 수 있는 후속조치를 마련해야 한다.<sup>86)</sup> 이와 관련하여 현행 보안감호처분을 독일의 사회치료처우로 대체하는 방안을 입법론적으로 검토해야 한다는 견해도 있다.<sup>87)</sup> 장기적으로는 그 도입 여부를 신중히 검토해야 하겠지만, 이러한 사회치료시설에 소요되는 충분한 재원과 전문인력을 확보하기 어려운 우리 교정현실도 감안해야 할 것이다. 따라서 단기적으로는 현재의 치료감호처분을 확대·전문화하여 사회치료적 처우방법을 그 안에 포함시키는 방안이 보다 실현가능한 방안으로 여겨진다.<sup>88)</sup>

## 5. 不定期刑의 도입가능성

부정기형은 미국에서 광범위하게 활용되어 왔지만, 그 폐해로 인해 점차 定期刑의 방향으로 나아가고 있는 추세이다. 현행 형법체계에서도 少年犯에 대해서만 형의 長·短期를 정하여 선고하는 相對的 不定期刑을 인정하고 있을 뿐이다(소년법 제66조). 반면에 일본에서는 부정기형을 常習累犯에 대한 대처수단으로 이용하는 방안을 모색하고 있다.

그러나, 이러한 방안에 대해서는 많은 비판이 가해지고 있다. 먼저 그 적용요건이 애매하므로 남용의 위험을 내재하고 있고, 拘禁의 長期化에 따른 인권침해의 소지를 야기할 뿐만 아니라, 不定期刑이 定期刑에 비해 그 실효성을 기대하기도 어렵다.<sup>89)</sup> 이러한 여러 가지 문제점으로 인해 부정기형은 누범의 대처방안으로서의 타당성을 인정받지 못하고 있다.

## VI. 結 論

책임가중관점이든 예방관점이든 이 양자는 체계내재적인 관심을 가지고 누범가중규정의

86) 任雄, 앞의 논문, 252면 이하 : 徐貞蘭, 앞의 논문, 50면.

87) 이에 관하여 자세하게는 張珪遠, 앞의 논문, 261면 이하.

88) 장영민/탁희성, 앞의 논문, 100면.

89) 이에 관하여 자세하게는 장영민/탁희성, 앞의 논문, 93면 이하 : 徐貞蘭, 앞의 논문, 53면 이하 : 鞠鎮鎬, 「累犯에 관한 研究」, 조선대 석사학위논문 1996, 32면 이하.

정당성을 해명하려고 하고 있으나, 그 어느 것도 썩 만족스러운 성과를 거두고 있지 못함을 확인할 수 있다. 또한 누범가중규정이 경험적으로 累犯을 진압하는데 별 기여를 하지 못하고 있는 것도 사실이다. 이처럼 그 근거도 불투명하고 누범진압에도 별효과를 거두지 못하는 累犯加重規定은 그 존재 여부를 놓고 다시 생각해 보아야 할 것이다. 이러한 맥락에서 累犯加重의 위헌성 논란과는 별개로, 누범가중조문은 어떤 형태로든지 수정되어야 한다는 점에서 견해가 일치하고 있다.<sup>90)</sup>

위에서 살펴보았듯이 현행 형법체제는 입법론적으로 해결될 때까지는 잠정적으로 제한 해석을 통해 그 적용범위를 최소화해야 하고, 그 연후에 입법론적인 검토를 통해 수정되어야 한다. 먼저 해석론적으로 볼 때, 누범관련규정들의 정당성을 둘러싸고 논란이 불식되지 못하고 있고, 게다가 법률의 속성상 입법적으로 해결될 때까지는 현실적으로 적용될 수밖에 없기 때문에, 누범관련규정의 적용과 관련해서는 '司法의 自己制約思想'(judicial self-restraint)에 비추어 가급적 制限解釋을 강구해야 할 것이다. 그 연후에 입법론적인 검토가 뒤따라야 한다. 그 방안으로는 첫째, 누범관련규정 중 제36조는 일사부재리의 원칙에 반하기 때문에 먼저 폐지해야 한다. 둘째, 형법 제35조와 특별형법들의 각종 누범가중규정들도 삭제해야 한다. 그러나, 폐지가 되었음에도 불구하고 이러한 각종 규정들의 저변에 깔려있었던 형벌만능주의가 실무에서 되살아나는 것을 방지하기 위한 후속조치를 강구해야 한다. 즉 누범이 다시금 형법 제51조에서 고려되는 것을 방지할 수 있는 명문의 규정을 도입해야 한다. 셋째, 누범에 대한 보다 합리적인 처우가 강구되어야 한다. 과학적인 분류심사를 토대로 개선의 효과가 있고 출소가 임박한 누범에게는 개방처우와 사회내처우를 허용하는 적극적인 처우를 고려해야 한다.<sup>91)</sup> 다섯째, 상습누범자에 대한 보호감호처분의 운용방식을 교정처우와 격리수용으로 이원화하고, 치료감호처분을 현저한 성격장애의 상습누범자에게까지 확대운용해야 한다. 비교법적으로 볼 때 장기적으로는 독일식의 사회치료처우의 도입을 검토해 볼 가치가 있다.

그러나 어떠한 방안을 채택하든지 간에 주의해야 할 점은 있다. 즉 오늘날에도 여전히 많은 행형실무자들은 특히 難治의 犯罪者들의 경우 실패의 책임을 오직 범죄자 개인에게만 전가시키려는 유혹에 빠져서는 안될 것이다. 그러한 태도는 누범을 저지하지 못할 뿐만 아니라 오히려 촉진시킨다. 따라서 진정으로 누범을 막고자 한다면 행위자를 둘러싸고 있는 잘못된 社會環境에도 눈을 돌려야 할 것이다.<sup>92)</sup> 여기서 짚고 넘어가야 할 하나의 사건이 있다. 독일 Dortmund 부근지역에 출감예정인 長期囚를 위한 특별시설을 설치한 후 출감하면 여러 대상기업들에 고용시키려 했지만, 소속 근로자들이 이에 맞서 격렬한 반대저항을

90) 金日秀, 앞의 책, 687면 ; 朴相基, 앞의 책, 537면 ; 裒鍾大, 앞의 책, 692면 이하 ; 申東雲, 앞의 논문, 214면.

91) 이에 관하여 자세하게는 任雄, 앞의 논문, 253면 이하 ; 鞠鎮鎭, 앞의 논문, 41면 이하.

92) Eduard Naegeli, a.a.O., S.64.

한 적이 있었다. 이는 범죄자가 직장으로 再復歸하는데 얼마나 어려운가를 단적으로 보여 주는 실례라 할 수 있다. 이처럼 직장으로부터의 소외가 누범의 위험성을 높이고 누범을 야기시킬 수 있는 또다른 원인이 될 수 있다는 점은 경험이 말해 주고 있다.<sup>93)</sup> 비록 범죄자가 정말 어렵게 새사람이 되었다 하더라도 사회현실은 그를 다시금 직장동료나 이웃으로 잘 받아들이지 않고 있다. 그렇게 본다면 累犯의 방지를 위해서는 이들을 포용할 수 있는 사회여건도 함께 조성되어야 할 것이다.

---

93) Ebenda. S.66.