「法과 政策」 第5號, 1999. 8. 10.
濟州大學校 法과 政策硏究所

特別刑法의 속성과 문제점

金 昌 君*

目 次

Ⅰ. 문제의 제기
Ⅱ. 특별형법의 제정배경과 이론적인 기반
1. 제정배경
2. 이론적인 기반
Ⅲ. 특별형법의 문제점
1. 이론적인 문제점
(1) 형벌가중근거의 비합리성
(2) 위하예방이론의 규범적인 문제점
2. 법률체계적인 문제점
3. 重刑主義의 문제점
(1) 重刑의 비실효성
(2) 死刑의 存廢問題
Ⅳ. 해결방안의 모색
1. 例示形式(Regelbeispiel)의 활용
2. 死刑의 代替刑 강구
Ⅴ. 결 론

Ⅰ. 문제의 제기

범죄와 형벌을 규정한 罪刑法規는 비단 일반형법에만 들어가 있는 것이 아니라 특별형법들에도 잔뜩 박혀 있다. 대표적인 특별형법으로는 국가보안법, 특정범죄가중처벌등에 관한 법률, 특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률, 폭력행위등처벌에 관한 법률, 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법, 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호등에 관한 법률 등이 도사리고 있다. 죄형법규는 이러한 법률들 이외에도 수많은 법률들에 다양한 형태로 散在하고 있음은 물론이다. 현행형사법체계에서 일반형법은 기본법이고, 특별형법은 말그대로 특별법이다. 일반형법을 위배한 범죄를 '刑法犯'이라고 하고, 특별형법을 침해한 범죄를 '特別法犯'이라고 한다. 일반형법이 원칙이라면, 특별형법은 예외이다. 양자의 位相은 원칙과 예외의 관계에 놓여 있다. 그러나 양자가 우리 나라 형사사법에서 차지하고 있는 비중에서는 정반대의 현상이 나타나고 있다. 특별형법에 저촉되는 범죄발생건수가 특별형법의 현실적 중요성을 반증해주고 있다. 1997년도 범죄발생상황을 보면, 형법범은 397,580건이 발생한데 비해, 특별법은 1,191,033건이 발생하였다. 같은 해 强力犯罪의 罪名別 발생상황을 보면 폭력행위등처벌법에 위반한 건수가 165,679건으로 전체 강력범죄의 발생건수인 208,408건 중 79.5%

* 濟州大學校 法學科 專任講師

를 차지하고 있다.[1] 이러한 數値는 현실적으로 '특별법범'이 '형법범'보다 훨씬 높은 비중을 차지하고 있음을 말해 준다. 특별형법의 비대화, 형법의 공동화현상이 나타나고 있는 것이다. 이처럼 현행형사법체계는 일반형법의 외곽에 많은 특별형법들이 포진해 있는 모습을 띠고 있을 뿐만 아니라, 특별형법의 현실적인 비중도 매우 높게 나타나고 있다. 그런데도 특별형법의 분야에 대한 총체적인 연구는 제대로 이루어지고 있지 못한 실정이다. 이러한 이유로 본 논문은 특별형법들의 현상형태를 조감하고 그 문제점을 파악하여 해결방안을 모색하고자 한다.

Ⅱ. 특별형법의 제정배경과 이론적인 기반

1. 제정배경

특별형법들은 대부분 일반형법에서 규율하고 있는 특정한 유형의 범죄행위들을 더욱 가중처벌하기 위해 제정된 刑事法이며, 그 성격상 어디까지나 예외적이고 한시적으로 운용되어야 한다. 그러나, 형사사법의 현실은 이러한 성격을 퇴색시켜 버리고 있다. 특별형법들은 다양한 형태로 양산되어 상당한 적용을 받고 있기 때문이다. 여기에는 복합적인 원인들이 개입되어 있는 것으로 보인다.

첫째, 오늘날까지 우리 사회는 지지부진한 민주화, 경제성장에 걸맞지 않는 분배의 불균형,[2] 産業化·都市化·匿名化에 따른 가족, 마을공동체, 학교, 교회 등 자연적·비공식적인 社會統制들의 機能力弱化[3]와 같은 복잡한 범죄유발요소를 안고 있다. 특히 우리 나라처럼 정치적인 취약성을 안고 있는 경우 사회는 범죄에 대해 더욱 불안감을 느껴 그러한 일탈행위에 민감한 반응을 하게 된다. 政治不在는 일탈행동을 보다 앞선 시점에서 그리고 보다 가중된 형벌수단으로 犯罪化하는 경향을 보인다. 바로 정치적인 취약성도 형법비대화의 중요한 인자로 작용하는 것이다.[4] 이 와중에서 숱한 특별법규들이 양산되었다.

둘째, 특별형법들의 제정은 일시적인 법감정에 기초하여 특정행위의 범죄인을 빗발치는

1) 대검찰청, 犯罪分析(통권 제131호), 1998. 13/19면.

2) 미국사회에서 특히 실업 및 임금불균형의 심화가 범죄 발생에 중요한 영향을 미치고 있다는 지적으로는 Jeremy Rifkin(이영호 옮김), The End of Work(민음사, 1997), 280면 이하 참조

3) Müller-Emmert, Sozialschädlichkeit und Strafbarkeit, in : GA 1976, S.302 : Vogel, Zur Diskussion um die Normenflut, in : JZ 1979, S.322 : Roos, Entkriminalisierungstendenzen im Besonderen Teil des Strafrechts, Frankfurt am Main 1981, S.304.

4) Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, Frankfurt am Main 1973, S.157f.

여론을 무마시키기 위한 단순한 수단으로 삼고 있다.[5] 이것은 정부당국이 빈발하는 民生治安의 不在現象을 오직 범죄인에게만 책임을 전가시키려는 권위주의적인 발상에서 연유하는 것으로 보인다. 사실 사회적으로 물의를 일으킬만한 범죄가 속출하고 국가의 치안유지와 범죄대책에 대한 비판적인 輿論이 비등하게 되면, 정치권은 이를 호도하고 여론을 진정시키기 위한 '특별조치'로 먼저 가혹한 형벌부터 부과하는 경향을 보이고 있다.[6] 이러한 맥락에서 특별형법들은 범죄의 사회적 원인과 배경에 대한 심도있는 형사정책적 성찰이 결여된 채, 모든 책임을 범죄인 개인에게 전가시키고 죄형법규를 강화시킴으로써 대증적인 대처방안에 치중하고 있다.

셋째, 지금까지는 효과적인 범죄대책이란 다름아닌 형법의 강화로 보았으며, 이때 입법자는 基本法이라 손대기가 부담스러운 일반형법을 개정하기보다는 임시방편적인 특별형법을 制定하거나 改正함으로써 특정한 정치·사회적 목적을 달성하려고 한 경우가 많았다. 게다가 문제가 발생할 때마다 이러한 특별형법을 다시 수정·보완하여 또 다른 특별형법을 제정하거나 刑量을 상향조정해 왔다. 그 결과는 바로 특별형법의 양산이고 형벌인플레현상이다. 일반형법의 형벌체계는 특별형법들에 의해서 왜곡되었을 뿐만 아니라 법정형의 상한선도 더욱더 강화되었다.[7]

이처럼 지금까지 입법자는 世間에 물의를 일으키는 사건들이 발생하면 시급한 정책적인 현안문제를 타성적으로 과도한 형벌위하를 통해 대처해 나가려고 하였다.[8] 이러한 흥분된 분위기에서는 위하의 필요성만이 최우선적으로 고려되기 때문에 刑罰의 程度가 원칙적으로 행위자의 불법 및 책임과 상관없이 정해지게 마련이다.[9] 현행 특별형법들은 바로 이러한 와중에서 양산된 법규들이다. 물론 그 기본발상에는 소극적 일반예방이론에 입각한 형벌만능주의가 깔려있음은 두말한 나위도 없다.

---

5) 특정경제범죄가중처벌법의 제정 배경이 이 점을 극단적으로 말해주고 있다. 당국은 한때 세간에 큰 물의를 일으켰던 이철희, 장영자 부부의 거액어음사기사건을 기화로 지난 1983년 경제범죄등의 刑量을 최고 사형, 무기징역으로까지 가중한 특정경제범죄가중처벌법을 제정했다. 그러나, 동법은 법률체계적인 문제점들만 드러낸 채 많은 비판을 받아오다가 1990년 12월 정기국회에서 '死刑'이 삭제되고, 일부 조항이 개정되었다. 이러한 저간의 경위에 비추어 보면 일반형법으로도 얼마든지 규율할 수 있는 범죄에 대해 괜히 불필요한 특별법을 만들어 법률의 중복을 초래하고 이로 인해 국민들의 法意識만 혼란시킨 셈이다.

6) 金日秀, 韓國刑法 I [總論 上], 개정판(박영사, 1996), 111면 ; Achenbach, Kriminalpolitische Tendenzen in den jungeren Reformen des Besonderen Strafrechts und des Strafprozessrechts, in : JuS 1980(Heft2), S.84.

7) 裵鍾大, 刑法各論, 改訂版(홍문사, 1996), 29면 이하.

8) 金日秀, 앞의 책, 111면 ; 裵鍾大, "政治刑法의 理論", 고대 법학논집 제26집(1991.9), 243면 ; Achenbach, a.a.O., S.84.

9) Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2., à jour gebrachte Auflage, München 1990, S.310.

2. 이론적인 기반

소극적인 일반예방이론은 啓蒙主義의 산물이다. 이 이론이 想定하고 있는 人間像은 이성, 냉철한 합리성, 이해타산으로 특징지워진다. 社會契約의 당사자는 契約違反이 무슨 불이익을 초래할 것인지를 잘 알고 있고 그로 인해 이러한 인식이 없었다면 쉽게 저질렀을 불법을 단념하는 인간유형인 것이다. Feuerbach가 '心理强制說'에서 소극적인 일반예방이론을 처음으로 형상화하고 상세히 근거지웠다. 그에 따르면, 형법은 형벌위하를 통하여 '어떤 불법행위를 저지르면 어떻게 처벌받게 되는지'를 미리 알려주고, 형벌집행을 통하여 '형벌위하를 진지하게 관철한다'는 것을 분명하게 못박을 때에만 범죄문제를 해결할 수 있다는 것이다. 이성적이고 계산적인 인간은 이러한 방식으로 강제를 받게 마련이다. 이때 强制란 손발을 쇠사슬로 묶어놓아서 범행을 아예 자행할 수 없도록 신체적으로 작용하는 것이 아니라, 범죄를 저지르면 처벌받으니까 할게 못된다는 손익계산의 측면에서 심리적으로 작용하는 것이다.[10] 이처럼 위하이론은 經濟的인 人間(homo oeconomicus)을 상정하고 있다. 즉 잠재적인 범죄인은 범행의 利害得失을 서로 교량하고 그리고 나서는 물론 범행을 단념한다. 왜냐하면 형법체계가 형벌위하와 형벌집행에서 범행은 수지가 맞지 않음을 규정했기 때문이다.[11] 이러한 착상은 순기능과 역기능을 가지고 있다. 먼저 순기능으로는 위하예방이 실효성을 거두자면 成文法으로 범죄와 형벌을 미리 정해야하고, 그 결과 죄형법정주의에 기여한 측면을 들 수 있다. 반면에 그 못지않은 역기능도 유발하고 있다. 소극적인 일반예방은 오직 '위하의 必要性'만을 염두에 두고 있다. 잠재적인 범죄인을 위하해야할 필요성 이 지상명령으로 설정되어 있기 때문에 그 이념상 犯罪와 刑罰 사이에 균형을 잡지 못한다.[12] 위하예방의 기본속성은 위하력을 바탕으로 한 '恐怖'의 조장이며, 그 종착점은 犯罪化와 刑罰加重化이다.

Ⅲ. 특별형법의 문제점

1. 이론적인 문제점

(1) 형벌가중근거의 비합리성

특별형법들은 범죄의 근본적인 원인과 배경에 대한 깊이 있는 형사정책적 성찰보다는 순간적인 대중요법에 기초하여 제정된 것으로 보인다. 이러한 즉흥적이고 감정 섞인 대처

10) Ebenda, S.309.

11) Ebenda, S.312.

12) Maiwald, Die Bedeutung des Erfolgsunwertes im Unrecht, in : Wiedergutmachung und Strafrecht (Hrsg. Heinz Schöch), München 1987, S.70.

방안은 범죄문제를 해결하기보다는 범죄문제를 호도하고 문제상황을 악화시킬 뿐이다.

첫째, 특별형법은 본래 예외적이고 한시적인 성격을 가지고 제정된 것이다. 이러한 例外性과 限時性으로 인해 '어떤 범죄유형들을 선정해서 가중처벌할 것인지, 가중처벌한다면 그 근거는 무엇이며, 어느 정도로 가중처벌할 것인지'를 판단할 때 합리성과 균형성을 견지해야 한다. 그러나 가중처벌되는 特定犯罪들의 選定, 刑罰加重의 根據 내지 程度 등 형벌가중적 특별형법들의 제반사정을 고려해 볼 때 합리적인 성찰이 결여된채 수많은 특별형법들이 양산되어 있다. 예컨대 特定犯罪加重處罰法은 형벌가중의 근거를 "건전한 사회질서의 유지와 국민경제의 발전"(동법 제1조)에 두고 있다. 또한 特定經濟犯罪加重處罰法은 그 근거를 "경제질서의 확립과 국민경제의 발전"(동법 제1조)에 두고 있다. 즉 사회질서 내지 경제질서의 확립 그리고 국민경제의 발전을 위하여 형벌을 가중하고 있는 것이다. 그러나 형벌의 가중은 합리적인 근거가 있어야 할뿐만 아니라, 그 程度를 지켜야 한다. 형벌은 불법과 책임의 한도내에서 책정되어야 하는 것이며, 사회질서 내지 경제질서의 확립과 국민경제의 발전은 불법과 책임이 균형지워지는 범위내에서 고려할 수 있는 정책적인 목적일 뿐이다.[13] 형벌의 목적은 범죄의 방지와 범인의 再社會化에 있고, 형벌의 부과는 어떠한 경우에도 그의 책임의 상한선을 넘어서서는 안된다. 이것은 責任原則으로부터 나오는 당연한 요청이다. 責任原則에 의한 형벌제한은 刑期內에서만 재사회화 프로그램을 시행하도록 하며, 재사회화 프로그램의 성공적인 시행을 위해 필요하다는 이유로 刑期를 延長하지 못하도록 한다. 심지어 또 다시 범죄행위를 결심한 테러리스트일지라도 석방하도록 한다.[14]

둘째, 특별형법은 형벌만을 이중·삼중으로 강화시키는 고단위 처방을 내림으로써 '범죄와의 전쟁'에서 완승을 거두려고 했지만, 범죄문제를 치료하기보다는 오히려 가중처벌을 피하기 위한 범죄의 잔혹화와 후속범죄의 유발 등 심각한 부작용을 초래하는 경우가 허다했다.[15] 형벌만능주의에 사로잡혀 범죄문제를 죄형법규의 강화만으로 해결하고자 한 처방은 내성만을 키워주었다고 아니할 수 없다. 진정으로 범죄억제를 바란다면 범죄유발의 원인이 되는 불량한 사회요인들을 척결하는 사회규범적 통제가 선행되어야 할 것이다. 이렇게 본다면 형벌가중적인 특별형법의 제정은 형법을 '最後의 手段'(ultima ratio)으로서가 아니라, '最初의 手段'(prima ratio)으로 투입하고 있음을 말한다. 이처럼 보충성원칙에 반하는 특별형법은 그 한에서 정당성을 상실할 수 밖에 없을 것이다.

(2) 위하예방이론의 규범적인 문제점

특별형법의 이론적인 초석이 되고 있는 위하예방이론은 치명적인 규범적인 문제점을

13) 李在祥, "特加法上의 諸問題", 司法行政 1988.5, 31면 참조.

14) Hassemer, Alternative Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I (§§1-21), Neuwied 1990, Vor §1 Rdnr.333.

15) 韓寅燮, "特別刑法의 基本的 問題點", 人權과 正義 1990.10, 13면 참조.

안고 있다. 먼저 그 정당성에서부터 시비가 일고 있다. 특별예방이론은 형벌부과를 行爲者의 利害에서 정당화시킬 수 있다. 그러나, 일반예방이론은 이러한 정당성을 갖추고 있지 못하다. 범죄인들은 형벌의 집행으로부터 어떠한 의미도 찾을 수 없다. 그가 유죄판결을 받고 난 연후에 새 사람이 된다면 모르겠지만, 그렇지 않다면 그는 목적을 위한 수단으로 이용되었을 뿐이다. 그렇다면 일반예방이론은 범죄인의 人格尊嚴을 위협하고 있는 것이다.[16] 또한 일반예방이론은 刑執行의 내용구성을 위하여 기여하는 바가 전혀 없다. 일반예방이론에서 受刑期間은 응보형론에서처럼 다름아닌 害惡이며, 허송세월이다. 그것도 오직 他人을 위하하는데 필요한 害惡일 뿐이다. 그러므로 위하의 형벌목적은 준법상황을 조성하기 위하여 범죄인들을 희생양으로 삼을 위험이 있다.[17] 특별형법은 이러한 맥락에서 모든 책임을 범죄인 개인에게 전가시키고, 범죄인을 일시적으로 사회에서 물의를 빚고 있는 사회적 갈등상황을 해결하기 위한 희생양으로 삼았던 것이다. 이러한 마녀사냥은 비록 범죄자라해도 마땅히 지녀야 할 人權을 침해할 소지를 안고 있다. 왜냐하면, 국민들 사이에 만연된 범죄공포심은 당벌성의 문제를 합리적이고 이성적으로 숙고하는 데 강한 거부감을 주기 때문이다.[18] 이처럼 입법자가 국민들의 범죄공포감에 편승하여 책임범위를 상회하여 가중된 형벌권을 발동한다는 것은 범죄인을 '범죄예방의 목적을 위한 수단'으로 전락시키며, 이는 인간의 존엄과 가치에 배치되는 처사이다.[19] 이러한 발상은 소극적 일반예방에 근거를 제공해주고 있는 심리강제설에서 잘 나타나고 있다. 心理强制說은 일반인의 遵法行爲를 확보하기 위해 범죄인을 본보기대상으로 삼고 있다. 이에 따르면, 범죄인은 잘못된 계산에서 범행을 자행한 것이므로 그는 '나쁘다' (schlecht)기 보다는 오히려 '非理性的'이다.[20] 때문에 위하예방이론은 일반인들이 잘못된 계산을 하지 않고 遵法行爲를 하도록 윽박지르기 위해서는 형벌위하와 형벌집행을 그 도구로 사용해야 한다고 상정하고 있다. 이러한 형벌관념은 '人間輕蔑的인 觀念'을 바탕에 깔고 있다. 啓蒙主義의 政治哲學은 사회계약의 당사자들을 '衝擊'이 아니라, '洞察'이 필요한 이성적인 존재로 상정하고 있다. 그러나, 위하예방이론은 Kant가 누누히 강조하고 있는 인간학적이고 규범적인 準則들을 무시하고 있다. 즉 위하이론은 Kant와 Hegel 등이 인간경멸적이라고 혹평했던 人間像을 형법의 인간상으로 전제하고 있다. Feuerbach의 형벌이론은 계몽주의철학이 상정하고 있는 尊嚴한 人間像을 무시하고 人間을 客體로 만들어 버렸다.[21] 이처럼 형벌위하와 형벌집행을 유용한 위하수단이라고

16) Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in : Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin 1973, S.10 ; Neumann/Schroth, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, Darmstadt 1980, S.38.

17) Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, S.310.

18) Arndt, Strafrecht in einer offenen Gesellschaft, in : Ernst Böckenförde / Walter Lewald(Hrsg.) : Gesammelte juristische Schriften, München 1976, S.211.

19) Hassemer, a.a.O., S.309ff.

20) Ebenda, S.310.

21) Ebenda, S.315f.

주장하는 위하이론은 人間像의 歪曲이라는 치를 수 없는 댓가를 지불하고자 하는 것이다.[22] 또한 일반인을 잠재적인 범죄자로 보는 발상은 유죄판결이 나기 전까지는 無罪로 추정하는 헌법상의 '無罪推定의 原則'(헌법 제27조 4항)에 반하는 것이기도 하다.

2. 법률체계적인 문제점

특별형법들은 法律의 體系를 혼란시키고 있다. 첫째, 特別刑法들은 형사법의 통일적인 가치체계를 왜곡시키고 있다. 특히 형법의 법익질서는 헌법의 가치질서하에서 不法의 程度(罪質)에 따라 그 서열이 정해진다. 헌법적인 가치체계에서 볼 때, 사람의 身體 또는 그 安全性은 개인적 법익들 중에서 生命 다음으로 중요한 법익일 뿐만 아니라, 생명에 대한 기초로서의 의미를 가지고 있다. 생명에 대한 침해는 신체에 대한 침해를 전제로 하므로 신체를 침해하지 않고서는 생명을 침해할 수 없기 때문이다.[23] 이러한 법익서열에 부합하게 살인, 강도, 사기, 절도 등의 法定刑도 차등이 두어져야 한다. 그러나, 현행 罪刑法規의 體系를 보면, 법익서열과 법정형이 서로 균형을 이루고 있지 못하다. 먼저 일반형법은 '身體의 不可侵性 내지 安全性'에 비해 '所有權과 財産'을 비교적 포괄적으로 보호하고 있다. 형법 제257조 ①항의 傷害罪는 그 법정형을 '7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금'을 규정하고 있다. 그러나 제347조 ①항의 詐欺罪는 그 법정형을 '10년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금'을 규정하고, 제353조는 여기에다 '10년 이하의 자격정지'를 병과할 수 있도록 첨부하고 있다. 또한 業務上 橫領罪·背任罪의 법정형은 '10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금'으로 규정하고(제356조), '10년 이하의 자격정지'를 병과할 수 있다(제358조). 이처럼 人格的인 法益들에 비해 所有權과 財産들을 더욱 포괄적으로 보호하고 있는 현행형법의 법정형체계는 보호법익의 가치체계와 명백히 균형을 잃고 있다. 이러한 입법태도는 다름아닌 '物質優先主義'(materialistische Werkazentuierung)를 표명하고 있는 것이다.[24] 이러한 현상들은 특별형법들의 경우에 더욱 심하게 나타나고 있다. 각종 특별형법들은 일시적인 정책적·정치적 목적으로 중형일변도로 규정하고 있고, 그 때문에 형법과의 조화가 깨어지는 경우가 허다하다. 특히 '死刑·無期·10년 이상의 懲役'과

22) Ebenda, S.333.

23) Schmidhäuser, Strafrecht BT, S.2 : 李在祥, 刑法各論, 新訂版(박영사, 1996), 38면.

24) 이러한 왜곡된 형법체계에 대한 비판으로는 Sonnen, Kriminalität und Strafgewalt. Eine integrierte Einführung in Strafrecht und Kriminologie, Stuttgart u.a 1978, S.32 : Zipf, Kriminalpolitik, Ein Lehrbuch, 2.Aufl., Heildelberg u.a 1980, S.103f. 독일의 경우 1998년 4월 1일 제6차 형법개정법이 발효되면서, 독일형법상의 체계적인 문제점을 바로잡았다. 이에 관하여 자세하게는 Albin Eser(조병선역), "20세기의 최근 십년간의 獨逸刑法의 展開," 法學論集 제14집(1998), 청주대 법학연구소, 194면 이하 참조.

같은 重刑條項은 일반형법에서는 보기 드문 규정이지만, 특별형법들에서는 흔히 볼 수 있는 罰則이다. 일반형법의 살인죄가 '사형·무기·5년 이상의 징역'으로 규정되어 있는 점과 비교해볼 수 있는 대목이다. 반면에 軍刑法 제84조는 '戰地强姦'의 경우 '사형'에 처하도록 규정하고 있다. 特定犯罪加重處罰法은 痲藥事犯(제11조)을, 성폭력범죄처벌법은 특수강도강간(제5조 ②항)[25]을 일반형법의 殺人罪(제250조)보다 중한 형벌인 '사형, 무기 또는 10년 이상의 징역'에 처하고 있다.[26] 특히 상습적인 강도죄(특정범죄가중처벌법 제5조의 4 ③항)의 경우 旣遂犯 뿐만 아니라 未遂犯 조차 살인죄보다 중하게 처벌하는 것은 납득하기 어렵다. 그밖에도 通貨僞造(특가법 제10조)를 살인죄와 동일한 형으로 처벌하고 있다.[27] 이러한 법률체계는 刑法各則의 법익위계질서까지 흔들어 놓고 있다. '생명'은 이제 더 이상 최고의 법익이라고 할 수 없게 된 것이다.[28] 또한 일반형법 제114조 ①항은 "범죄를 목적으로 하는 단체를 조직하거나 이에 가입하는 자는 그 목적한 罪에 정한 刑으로" 처벌하고 있다. 이 조문 자체가 문제점을 안고 있는데도 특별형법들은 일반형법의 문제점 조차 무색하게 형벌을 가중하고 있다. 즉 特定犯罪加重處罰法 제5조의 8은 竊取目的團體構成罪의 경우에, 暴力行爲等處罰法 제4조는 '상해, 폭행, 체포·감금, 협박, 주거침입, 퇴거불응, 폭력에 의한 권리행사방해, 공갈, 손괴죄'를 목적으로 한 단체조직의 경우에 그 首魁를 살인죄보다 중한 '사형, 무기 또는 10년 이상'의 형으로 처단하고 있다. 더 나아가 이러한 입법태도는 왜 '竊盜'와 '폭력행위등처벌법상의 특정범죄들'에 한해서 형벌을 가중해야 하는지 그 이유가 불분명하다. 이에 따르면, '强盜'目的團體를 구성한 경우는 일반형법 제114조가 적용되어 강도죄의 형으로 처단된다. 그렇다면 '强盜'는 '竊盜'보다 더 중하게 처벌되는 범죄인데, 단체조직의 경우는 거꾸로 경하게 처벌되는 불합리한 결과를 낳는다. 이처럼 특별형법들은 일정한 범죄유형의 경우에 불법에 대한 평가를 잘못 내리고 있다. 이와 같이 보호법익의 가치를 판단하는 데에 혼란상을 보이고 있는 주요 이유는 특별형법들이 불법과 책임을 평가하지 않고 오직 소극적인 일반예방의 목적에서 형벌가중에만 급급한 데에 있다고 보여진다.

둘째, 형벌가중의 기준이 불명확하고 불합리하다. ① 먼저 그 기준이 불명확하다. 형벌가중적 특별형법들은 대부분 일반형법에서 처벌하고 있는 특정범죄들에 대해 형벌을 가중하고 있다. 그렇다면 범죄유형은 동일한 데 어떤 경우는 형법각칙이 적용되어 비교적 경하

25) 特殊强盜强姦罪는 과거 特定犯罪加重處罰法 제5조의 6 ②항에서 규율하다가 개정법률(1994.1.5 법률 제4702호)에서 삭제되고, 그 대신 성폭력범죄처벌법에서 장소만 바꿔서 똑같이 규율하고 있다.

26) 특정범죄가중처벌법 제6조 ⑦항에서 규율했던 '집단적 또는 상습적인 關稅法違反'도 이러한 비판을 받다가 개정법률(1997.8.22 법률 제5341호) 제6조 ⑧항에서 법정형 가운데 '死刑'만을 삭제한 채 同罪를 규율하고 있다.

27) 성폭력범죄처벌법의 야간주거침입절도·특수절도 강간죄(제5조 ①항)도 이러한 비판을 받다가 개정법률(1997.8.22 법률 제5343호)은 법정형에서 '死刑'만을 삭제하였다.

28) 裵鍾大, 刑法各論, 203면.

게 처벌되고, 어떤 경우는 특별형법들이 적용되어 비교적 중하게 처벌되는가 하는 점이 문제이다. 왜냐하면 기준이 명백하지 못한 형벌의 가중은 恣意에 지나지 않기 때문이다.[29] 예컨대 특정범죄가중처벌법 제10조에는 "형법 제207조(통화위조죄)에 규정된 죄를 범한 자는 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다"고 규정하고 있을 뿐이다. 이 조문에 따른다면 통화위조죄는 모두 특정범죄가중처벌법 제10조의 적용을 받는 것인지, 아니면 형법 제207조와 관련하여 어떤 기준에 의해 하나는 중하게, 다른 하나는 경하게 처벌해야 할지가 불명확하게 된다. 이와 같은 기준의 불명확성은 특정범죄가중처벌법 제5조의 4(상습절도·강도의 가중), 제5조의 5(강도상해누범의 가중), 제10조(통화위조의 가중), 제14조(무고죄의 가중) 뿐만 아니라 폭력행위등처벌법의 대부분의 규정들이 공통적으로 지니고 있는 문제점으로 보인다. ② 특정범죄가중처벌법이나 특정경제범죄가중처벌법이 대부분의 재산범죄 및 경제범죄를 놓고 일정한 額數를 기준으로 법정형에 차등을 두고 가중처벌하고 있어 그 기준이 불합리하다. 예컨대 특정경제범죄가중처벌법 제5조 ④항은 受賂額을 기준으로 5,000만원 이상의 액수일 경우 법정형은 '無期 또는 10년 이상의 징역'에 처하도록 규정되어 있다. 그러나 만일 4,999만원의 受賂일 때에는 그 보다 경한 5년 이상의 징역에 처하도록 규정되어 있다. 그렇다면 1만원이란 일정한 액수가 이러한 불법의 차이를 줄 수 있는지 합리적으로 설명하기 어렵다. 또한 화폐금액을 기준으로 삼는 경우 물가상승으로 화폐가치가 하락하는 경우에는 당초의 목적을 달성할 수 없음은 물론이고 경우에 따라서는 가중처벌 자체가 명백히 부당한 결과를 야기할 우려도 없지 않다.[30]

셋째, 형법과 형사소송법의 一般原則을 배제하는 경우가 많다. ① 노태우정권 시절 '범죄와의 전쟁' 선포를 계기로 제정된 '특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법'은 특정강력범죄를 가중처벌하기 위하여 累犯의 경우 그 罪에 정한 刑의 長期 및 短期의 2배까지 加重(동법 제3조)하고 執行猶豫의 缺格期間을 10년으로 연장(동법 제5조)했을 뿐만 아니라, 簡易公判節次의 결정(동법 제12조) 등 그 절차에 대한 特例를 규정하고 있다. 국민들 사이에 만연되어 있는 범죄공포는 當罰性의 문제를 이성적이고 합리적으로 숙고하는 데 강한 거부감을 느낀다.[31] 위정자들은 이러한 분위기에 편승하여 당리당략적인 인기전술의 일환으로 형법의 강화를 일반인의 범죄공포에 대처하는 치안책으로 천거하고, 형법의 포기를 국가의 파산선고로, '犯罪와의 戰爭'에서의 패배로 타기해 버린다. 순수한 應報刑法을 배제하는 형사정책적인 성과는 하루아침에 얻어진 것이 아니라 수십년 동안의 투쟁을 거쳐 획득된 것이다. 그러나 이로 인해 순수한 응보형법으로 다시 퇴보하는데 주저하지 않게 한다.[32] 이러한 맥락에서 신설된 特强法은 累犯의 경우 그 罪에 정한 刑의 長期 뿐만 아니라

29) 李在祥, 앞의 논문, 31면.

30) 황해진, "범죄와 형벌에 관한 고찰", 실무연구 1집 1979.3. 121면.

31) Arndt, a.a.O., S.211.

32) Roos, a.a.O., S.19.

短期도 2배까지 가중하고, '執行猶豫의 缺格期間'을 10년으로 연장하는 등 더욱 철저한 應報觀念을 표방하고 있다. 또한 特强法은 피고인을 신속하게 처벌하기 위하여 證據調査의 簡易化와 證據能力制限의 緩和 규정들을 준용하고 있다. 간이공판절차는 경미한 사건에만 적용하여 重犯罪事件의 審理에 신중을 기해야 함에도 불구하고, 신중한 심리가 필요한 重犯罪에 대해 이처럼 절차의 特例를 둔 것은 被告人의 防禦權保障 등 법치국가적인 절차원칙들을 외면하고 오직 신속한 審理終結과 가중처벌을 통해 소극적 일반예방을 도모하자는 데 그 취지가 있는 것처럼 보인다.[33] ② 특별형법의 가중조항의 특징 중의 하나는 대개 형량이 '~년 이상'식으로 법정하한선을 정하고 있고, 이 하한선이 지나치게 높게 설정된 경우가 적지 않다. 이것은 改悛의 情이 있는 初犯의 경우 선고유예 내지 집행유예를 선고하기 어렵게 만드는 등 法官의 裁量權의 범위를 현저히 축소시켜, 실제사건처리에서 구체적인 타당성을 유지하기 어렵게 만든다.[34] 이처럼 특별형법들은 철저한 應報와 소극적인 일반예방에 치중하기 때문에 범죄인의 再社會化를 위해 특별예방적인 고려를 할 여지를 남겨놓지 않는다. 이점은 형법을 사회보호의 최후수단으로 받아들이는, 보다 인간적이고 보다 탄력적인 법적용의 가능성을 배제해 버린다.[35] ③ 형사소송법 제331조는 罰金刑 등이 선고된 때에는 拘束令狀의 效力을 상실케함으로써 人身拘束을 최소화하고자 한다. 그러나, 不正手票團束法 제6조(형사소송법의 특례)는 인신구속 최소화의 요청을 무시하고 벌금을 선고할 경우 假納判決을 하여야 하고 假納할 때까지 피고인을 구속하도록 규정하고 있다. 罰金刑의 假納確保手段으로 人身拘束이 남용되고 있는 대목이다. 이러한 규정은 헌법상 身體의 自由(헌법 제12조)를 침해하고 있는 것이다. ④ 형사소송법상의 구속기간은 헌법상의 無罪推定의 原則에서 파생되는 不拘束搜査原則에 대한 예외로서 설정된 기간이다. 그러나, 국가보안법 제19조는 형사소송법상의 구속기간을 더 연장하고 있다. 이에 따르면, 일정한 범죄유형의 경우 피의자의 구속기간을 형사소송법의 구속기간인 30일(형소법 제202조)보다 20일을 더 연장하여, 최장 50일까지 구속할 수 있도록 규정하고 있다. 구속기간의 연장은 예외에 대하여 또 다시 특례를 설정하는 것이 되므로 그 예외의 범위를 확장하는 데에는 국가안전보장과 질서유지라는 공익과 국민의 기본권보장이라는 상충되는 긴장관계의 비례성

33) 簡易公判節次는 1973년 처음으로 형사소송법에 도입되었으며, 지방법원 또는 지방법원지원 단독판사의 관할사건에 대해서만 개시될 수 있었다(舊刑事訴訟法 제286조의 2 단서). 그러나, 경미한 범죄에 대한 제한적용은 점점 와해되어 갔다. 1989년에 간이공판은 특정강력범죄처벌법이 적용되는 사건(동법 제2조)이나 특정강력범죄와 병합되는 사건(동법 제12조 ①항)에도 확대적용되었고, 1994년에는 성폭력범죄처벌법이 적용되는 사건에 대해서도 특정강력범죄처벌법 제12조가 준용됨으로써, 이 법의 위반사건에 대해서도 간이공판절차의 개시가 가능해졌다(동법 제2조). 그러다가 1995년 제8차 형사소송법개정에 의하여 간이공판은 모든 범죄에 확대적용되었다. 이에 관한 비판으로는 裵鍾大/李相敏, 刑事訴訟法, 제3판(홍문사, 1999), 465면 이하 참조.

34) 韓寅燮, 앞의 논문, 13면 이하 참조.

35) Zipf, a.a.O., S.53.

형량에 있어서 더욱 엄격한 기준이 요구되며, 따라서 그 예외의 확장은 극히 최소한에 그쳐야 한다. 이러한 논거에 입각하여 헌법재판소는 국가보안법 제19조에 대한 헌법소원심판 청구사건에서 국가보안법 제7조(讚揚·鼓舞) 및 제10조(不告知罪)는 구성요건이 특별히 복잡한 것도 아니고 사건의 성질상 증거수집이 더욱 어려운 것이 아니므로 이러한 범죄들에 대해서까지 구속기간의 연장을 인정한 부분은 헌법 제37조 ②항의 기본권 제한입법의 원리인 과잉금지의 원칙을 현저하게 위배하여 피의자의 신체의 자유, 무죄추정의 원칙 및 신속한 재판을 받을 권리를 침해한 違憲이라고 결정내렸다.[36]

넷째, 현행 형사법체계의 현실을 보면, 특별형법의 종류가 다양하고 그 규율의 범위가 광범위하며, 특별형법들의 적용빈도가 매우 높다. 예컨대 1998년 司法年鑑을 보면, 1997년 한햇동안 법원에서 처리한 제1심 형사공판사건 1175,165건 중 刑法犯은 65,289건(37.3%)에 불과하고, 特別法犯은 109,876건(62.7%)을 차지하고 있다.[37] 이러한 통계수치는 우리 사회에서 일상적으로 중요한 형법의 규율대상인 竊盜, 强盜, 强姦 등 强力犯罪가 감소하고 있음을 보여주는 것은 아니다. 각종 특별형법들이 이러한 범죄들을 가중처벌하고 있기 때문에 일반형법이 적용될 여지가 비교적 적었기 때문이다. 특히 폭력행위등처벌법은 그 구성요건이 지나치게 포괄적으로 되어 있고, 적용대상이 매우 광범위하여 형법의 傷害罪, 暴行罪, 逮捕·監禁罪, 住居侵入罪, 暴力에 의한 權利行使妨害罪, 恐喝罪, 損壞罪 등을 거의 死文化시키고, 폭력행사가 필수조건이 아닌 범죄까지 포함시키고 있다.[38] 이러한 실태는 우리형사법체계의 기형성을 드러내주고 있는 것이기도 하다. 범죄와 형벌의 관계를 규율하는 기본법은 형법이다. 그러나, 일반형법의 空洞化現象은 '一般法이 原則이고, 特別法이 例外'라는 양자의 관계를 변화시키고 있다. 이처럼 特別法犯들이 대폭적으로 증가하는 奇現象은 사회현상이 점차 복잡다단해 지고 이를 규율해야할 필요성에도 그 원인의 일단이 있지만, 그보다는 오히려 일반형법의 범죄들을 加重處罰하기 위하여 특별형법들을 불필요하게 量産한 데에 주요원인이 있는 것으로 보인다. 그렇다고 해서 특별형법의 필요성을 부인하는 것은 아니다. 다만 특별형법은 부득이한 경우에 예외적으로만 인정되어야 하며 또한 그 程度를 지켜야 한다.

3. 重刑主義의 문제점

(1) 重刑의 비실효성

형벌가중에 치중한 특별형법의 제정은 마치 범죄가 처벌의 강화만으로 일소될 수 있다고 보는 형벌만능의 사고방식에 기인한 것이다. 형벌이 重할수록 효과가 있는 것인지는 의

36) 憲裁決 1992.4.14. 90헌마82.

37) 法院行政處, 司法年鑑, 1998, 456면.

38) 金熙玉, "暴力行爲等處罰에 관한 法律의 問題點", 司法行政 1988.5. 37면.

문이다. 檢證되지 아니한 소박한 생각일 뿐이다. 형벌가중적인 위하예방은 잠재적인 범죄인에 대한 심리적 강제를 전제로 하지만 잠재적인 범죄인이 害惡에 의한 위하에 강제되지 않을 때 그 한계가 노출된다. 그것은 순간적인 감정에 의한 激情犯은 합리적인 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 비교교량할 수 있다. 그러나, 그들 대부분은 체포도 유죄판결도 받지 않는 완전범행을 염두에 두고 범행을 자행하므로 형벌의 위하력은 그리 크다고 보기 어렵다.[39] 형벌이 지나치게 가혹·잔인하면 일시적으로는 犯罪抑止力을 발휘할런지 모르지만, 결국에는 重罰에 대한 면역성과 무감각을 키울 뿐이다. 입법자의 일시적인 격분의 표현은 犯罪豫防과 法秩序守護로 연결되는 것이 아니라, 법의 권위를 실추시키고 법질서의 영속성과 안정성을 저해하는 요인이 될 뿐이다.[40] 역사적으로 사소한 절도를 사형에 다스린 시대가 있었으나 결코 절도가 근절되지 아니하였듯이 중형만이 범죄를 근절시키거나 감소시킬 수 있다고 말하는 것은 경험에 반하는 사고가 아닐 수 없다.[41] 바로 刑法史가 重刑主義의 비실효성을 反證해주고 있는 것이다. 계속되는 特別刑法의 量産으로 형벌은 갈수록 加重됐지만 그로 인한 범죄감소의 징후는 찾아보기 어렵기 때문이다.

(2) 死刑의 存廢問題

특별형법들은 대개 소극적 일반예방을 위해 일반형법의 형벌만을 가중시켜 입안한 예가 많다. 형벌가중의 현상은 특별형법에 死刑條項들이 많이 들어 있다는 데서 단적으로 나타나고 있다. 死刑은 가장 오랜 역사를 지닌 형벌이며, 刑罰史는 사형의 역사라고 할 수 있다. 특히 근대 이전의 경찰국가시대에서는 사형이 형벌의 대종을 이루었다. 그러나, 18세기 이래 계몽사상가들에 의해 인간의 생명은 기본권의 핵심이라는 점이 주장되고, 특히 1764년 Beccaria가 그의 저서 「범죄와 형벌」(dei delitti e delle pene)에서 사형은 잔혹하면서도 위하효과를 거둘 수 없는 형벌이기 때문에 폐지해야 한다고 주장한 이래 사형의 존폐문제는 지금까지 논란을 거듭하고 있는 실정이다. 특히 국제사면위원회(Amnesty International)는 1989년을 전세계 사형폐지운동의 해를 정하바 있다. 이에 공명하여 우리나라에서도 같은 해 5월 30일 법조인과 종교인들을 주축으로 '사형폐지운동협의회'가 결성되어 다양한 활동을 전개하고 있다.[42] 그 동안 세계적인 경향을 추적해보면, 사형은 폐지의 방향으로 나아가고 있다고 판단된다. 국제사면위원회가 1989년 1월을 기준으로 조사한 전세계(180개국)의 사형제도 시행현황을 보면, 법률상 모든 범죄에 대해 사형을 폐지한 절대적 폐지국가는 독일, 프랑

39) Vgl. Hassemer, a.a.O., S.314.

40) 韓寅燮, 앞의 논문, 37면 참조.

41) 金淇春, 刑法改正試論(삼영사, 1984), 369면.

42) 金日秀, 刑法總論, 제6판(박영사, 1998), 698-701면.

스, 스웨덴, 필리핀 등 35개국이며, 군범죄, 전시범죄 등을 제외한 일반범죄에 사형을 폐지한 상대적 폐지국가로는 스위스, 영국, 이탈리아, 캐나다 등 18개국이며, 지난 10년간 사형집행이 없었던 사실상 폐지국가로는 벨기에, 그리스, 스리랑카 등 26개국이었다. 이 국가들을 다 합친 국가는 77개국이였다. 반면에 사형을 존치하고 있었던 국가는 남·북한, 중국, 일본, 미국, 소련 등 101개국에 달하였다.[43] 1996년 4월을 기준으로 조사한 전세계(194개국)의 사형제도 시행현황을 살펴보면, 법률상 모든 범죄에 대해 사형을 폐지한 절대적 폐지국이 독일, 프랑스, 이탈리아, 노르웨이 등 57개국이다. 전시범죄, 군범죄를 제외한 일반범죄에 사형을 폐지한 상대적 폐지국은 영국, 이스라엘, 브라질, 캐나다 등 15개국이다. 그리고 지난 10년간 사형집행이 없었던 사실상 폐지국이 벨기에, 터키, 필리핀[44], 볼리비아 등 28개국이다. 이 나라들을 다 합친 전체 폐지국은 100개국이 된다. 이에 반해 사형을 존치하고 있는 나라는 남·북한, 중국, 일본, 미국, 러시아[45] 등 94개국에 달한다.[46] 이처럼 사형폐지운동이 출범한 1989년 당시만해도 死刑廢止는 전세계적으로 볼 때 미력한 추세였고, 필리핀처럼 사형을 폐지했었던 국가에서조차 重犯罪의 효과적인 방지책으로 사형을 재도입했지만, 10년이 지난 1999년 현재에는 사형을 폐지한 국가가 105개국이며 사형을 유지하고 있는 국가는 90개국으로 점차 사형폐지국가가 증가추세를 보이고 있다.[47]

물론 이러한 세계적인 추세에 직면하여 우리나라에서도 사형폐지 여부를 둘러싸고 입장표명이 활발히 일어나고 있음은 두말할 나위도 없다. 먼저 사형폐지를 둘러싸고 벌어지고 있는 논의의 대립상을 살펴보면, 대법원은 "生命의 尊嚴性과 死刑의 冷酷性"[48]을 인정하면서도, 사형제도는 "우리나라의 현실과 국민의 道德的 判斷, 국가의 秩序維持와 公共福利,"[49] "범죄피해자의 생명의 고려, 사회공공의 안녕과 질서,"[50] "國民的 總意"[51]로 인해 불가피하고 合憲이라고 판시하였다. 이러한 대법원의 논거는 사형제도의 정당성에 대해 이론적으로는 유보적 태도를 취하면서도 현실적으로는 아직 불가피하다는 약간 모호한 태도를 보이고 있다.[52] 또한 헌법재판소는 사형제도의 위헌 여부를 놓고 다수의견은 "타인의

43) 사형폐지운동협의회 회의자료 부록(1989.5.30), 5면 이하 참조.

44) 필리핀은 1987년 사형을 폐지했다가 1995년 재도입하였다.

45) 최근 러시아도 사형폐지에 합류하고 있다. 러시아의 파벨 크라셰닌니코프 법무장관은 1999년 6월 3일 사형제도 폐지와 관련한 전러시아 협의회에 참석하여, 러시아에는 현재 사형집행과 사형언도 등 두가지에 대한 유예령이 있다면서 러시아는 사형제도의 폐지를 사실상 법제화했다고 밝혔다(인터넷 한겨레신문 1999.6.4).

46) 裵鍾大, 刑法總論, 제5판(홍문사, 1999), 643면.

47) 인터넷 동아일보 1999.5.28.

48) 大判 1963.2.28, 62 도 241.

49) 大判 1963.2.28, 62 도 241 ; 1967.9.19, 67 도 988.

50) 大判 1987.6.12, 87 도 1458.

51) 大判 1983.3.8, 82 도 3248.

52) 裵鍾大, 앞의 책, 644면.

생명을 부정하는 등, 지극히 한정적인 경우에만 부과되는 사형은, 죽음에 대한 인간의 본능적 공포심과 범죄에 대한 응보욕구가 서로 맞물려 고안된 必要惡으로서 불가피하게 선택된 것이며 지금도 여전히 제기능을 하고 있다는 점에서 정당화될 수 있다"고 결정하고 있다. 그러나, 소수의견은 사형이 헌법 제10조에서 확인된 인간의 존엄과 가치를 침해할 뿐만 아니라 헌법 제37조 ②항 단서의 본질적 내용침해금지에 반하여 위헌이라는 견해를 표명하고 있다.[53] 한편 학설은 死刑의 廢止[54]와 存置[55] 여부를 놓고 일견 견해의 차이를 보이고 있는 것 같지만, 피상적인 견해의 차이일 뿐이고 궁극적으로 사형은 폐지되어야하며, 당분간 존치한다 하더라도 사형범죄의 대상을 축소시켜야 한다는 점에 대해서는 대체로 견해의 일치를 보고 있다.

사형폐지 여부의 결정은 논증과 설득력에 입각해서 내려져야 한다. 헌법의 人間尊嚴保障條項은 형사사법에 있어서 刑罰의 本質觀을 규정한다. 인간존엄의 존중 요청은 먼저 잔혹한·비인간적인·저열한 형벌을 금지한다.[56] 물론 現行憲法은 구체적으로 어떤 형벌들이 여기에 해당하는지에 대해 전혀 언급하고 있지 않다. 그러나, 독일기본법 제102조는 '死刑'을 이러한 형벌로 지목하여 폐지하고 있다. 死刑은 사회공동체가 범죄인과의 연대를 가장 극단적으로 파괴해 버리는 것이다.[57] 그러므로 인간존엄의 원칙은 死刑의 廢止를 요청한다. 死刑制度는 가공할 파괴력을 지니고 있는 데 비해 그만큼 범죄통제의 실효성을 보장해 주고 있지는 못하다. 死刑 그 자체가 범죄억지효과를 전혀 가지고 있지 않다는 말이 아니라, 사형이 여타 형벌수단보다 큰 犯罪抑止效果를 가지고 있다고 보기 어렵다.[58] 오히려 사형의 존치와 그 적용대상범죄의 광범성은 그 사회의 文化水準과 人權水準의 현주소를 가르켜 주는 지표일 뿐이다. 그렇게 본다면, 사형폐지 여부는 그 사회의 民主化와 人間化를 향한 의지를 가늠해 볼 수 있는 척도로 이해할 수 있다.[59] 그럼에도 불구하고 사형폐지를 둘러싸고 벌어지고 있는 견해의 대립양상과 국민정서를 감안해본다면, 당장 사형제도를 전면적으로 폐지하기는 현실적으로 어려워 보인다. 그렇다면 그 전단계로 특별형법의 사형범죄목록을 대폭 축소시켜나가는 점진적인 방안을 강구해야 할 것이다.[60] 특히 經濟事犯 혹

53) 憲裁決 1996.11.28, 95헌바1.

54) 金日秀, 앞의 책, 701면 ; 裵鍾大, 앞의 책, 645면 ; 李炯國, 刑法總論(법문사, 1992), 444면 ; 任雄, 刑法總論(법문사, 1999), 525면 ; 朴相基, 刑法總論, 제2개정판(박영사, 1997), 511면 이하 ; 韓寅燮, "사형제도의 문제와 개선방안", 형사정책 제5호(1990), 41면.

55) 우리 현실에 비추어 사형폐지는 시기상조라고 보는 견해로는 劉基天, 刑法學(總論講義), 349면 ; 黃山德, 刑法總論, 307면 ; 鄭榮錫, 刑法總論, 302면 ; 金淇春, 앞의 책, 21면 ; 李在祥, 刑法總論, 513면.

56) BVerfGE 45, 228.

57) Noll, Die ethische Begründung der Strafe, Tübingen 1962, S.20.

58) 韓寅燮, 앞의 논문, 30면 참조.

59) 앞의 논문, 28면 참조.

60) 이러한 맥락에서 개정형법은 현주건조물 등에의 일수죄(제177조), 교통방해치사상죄(제188조), 음용수

은 行政事犯을 死刑으로 다스리려고 하는 것은 행정편의주의적인 발상으로 정당화되기 어렵다고 본다. 가령 竊盜目的團體構成罪(특정범죄가중처벌법 제5조의 8)에 대해 사형을 부과하는 것은 일반형법의 살인죄에 비교해 볼 때 그 保護法益이나 罪質面에서 질적인 차이를 보이고 있기 때문에 타당하지 않은 것이다. 살인죄는 사람의 생명을 보호법익으로 하는 반면, 재산범죄들은 재물 또는 재산상의 이익을 보호법익으로 한다. "생명은 한번 잃으면 영원히 회복될 수 없고 이 세상에서 무엇보다도 바꿀 수 없는 절대적 존재이며, 생명은 전 지구보다 무겁고 또 고귀하고도 엄숙한 것이며 존엄한 인간존재의 근원인 것이다."[61] 그러나 재물 또는 재산상의 이익은 인간의 인격발현을 위한 부차적인 생존조건에 불과하며 설령 그것을 상실했다하더라도 후에 회복할 수 있는 비본질적인 것이다. 그러므로 양자는 동일하게 평가될 수 없는 것이다. 그런데도 입법자는 자의적으로 양자를 동일하게 평가하거나 재산적 가치를 더 높게 평가하고 있다. 형법의 도덕형성력을 감안하다면, 현행형법의 왜곡된 체계가 오늘날 만연되어 있는 물질만능주의 내지 인명경시풍조를 제도적으로 조장하는 셈이다.

요컨대, 사형폐지를 둘러싼 견해의 대립양상은 국민들의 공감대 형성이 미흡한 경우 비범죄화 조치들은 국민의 저항에 봉착하여 그 성과를 거두기가 어렵다는 점을 가르쳐 주고 있다.[62] 특히 국민들이 사형폐지를 심정적으로 받아들이기 위해서는 안전감 상실의 우려부터 불식시켜야 한다. 따라서 死刑이 폐지된다 하더라도 현대의 형사정책적인 제재수단들은 국민들에게 安全感을 확신시켜줄 수 있어야 한다.[63] 그러므로 형사정책은 지속적인 계몽활동을 통해 문제의식을 일깨우고, 형벌체계의 완화노력을 통해 형법을 人間化하는 임무를 지고 있는 것이다.[64]

Ⅳ. 해결방안의 모색

1. 例示形式(Regelbeispiel)의 활용

현행형법에 예시형식을 도입하여 형사법체계를 새롭게 구축하는 방안도 검토해볼 필요

혼독치사상죄(제194조), 강도치사죄(제338조)에서 사형을 삭제하였지만, 반면에 강도살인죄(제301조의 2)와 인질살해죄(제324조의 4)에 대해서는 사형을 도입하였다.

61) 大判 1963.2.28, 62도241.

62) Vormbaum, Entkriminalisierung und Strafgesetz, in : FS für Rudolf Gmür zum 70. Geburtstag, Bielefeld 1983, S326.

63) Zipf, a.a.O., S.49.

64) Vormbaum, a.a.O., S.343.

가 있다. 입법자는 예시형식을 활용함으로써 엄격한 개별조항형식(Kasuistik)을 취하지 않으면서도 법관에게 일정한 지침을 줄 수 있다. 이러한 예는 독일형법에서 흔히 볼 수 있고, 그 전형적인 예는 독일형법 제243조(竊盜의 특히 重한 사례)에서 볼 수 있다.[65] 독일 형법 제242조 ①항은 절도죄에 대해 5년 이하의 자유형 또는 벌금형을 과하고 있다. 그런데 동법 제243조 ①항에서 절도의 '특히 중한 사례'는 3월 이상 10년 이하의 자유형에 처하도록 하고 '특히 중한 경우'에 해당하는 사례를 열거하고 있다. 즉 절도의 실행을 위해 주거 등에 침입하거나 가짜열쇠 등을 이용하여 폐쇄된 장소에 침입하는 경우, 직업적인 절도행각, 교회건물에서 예배에 봉헌된 물건을 절취하는 경우, 과학·예술·역사·기술개발을 위한 중요한 물건을 절취한 경우가 그 예로 열거되고 있다. 절도죄 이외에도 수많은 범죄에서 예시적인 입법기술을 활용하여 '요건을 명시한'(benannt) 형벌변경사유들과 '요건을 명시하지 않은'(unbenannt) 형벌변경사유들[66]이 설정되어 있다. 그러나 우리 형법에서는 이같은 입법기술을 활용하고 있지 않다. 예컨대 일반절도죄의 규율에 비해 야간주거침입절도, 상습절도 등을 절도죄의 특별히 중한 사례로 예시하여 규정할 수도 있지만, 이들을 독립별개의 조문으로 명시함으로써 個別條項形式을 취하고 있다. 때문에 우리의 법현실과 관련해서 볼 때 예시형식의 활용은 많은 장점을 가져다 줄 것으로 보인다. 이 입법형식을 취할 경우 세목마다 별개조항으로 규정해야 하는 번거로운 개별조항형식이나 불확정한 법률효과를 초래할 수 있는 극단적인 일반조항형식을 피할 수 있다. 특히 수많은 사회, 경제, 문화정책입법이 한 두개의 처벌가중조항으로 인해 쉽게 특별형법이 되는가 하면 특정범죄가중처벌법처럼 포괄적인 특별형법까지 일반형법의 외곽에 포진하고 있어,[67] 특별형법으로 인한 일반형법의 공동화현상이 현저하게 나타나고 있다.[68] 이러한 실정을 감안한다면 예시형식이란 입법기술의 도입을 검토할 만하다.

물론 그 도입에 앞서 짚고 넘어가야 할 점이 있다. 요건을 명시한 형벌변경사유들의 경우에는 입법자 자신이 그 내용을 규정하고 있는 반면에, 요건을 명시하지 아니한 형벌변경사유들의 경우에는 법관이 무엇이 '특히 중한 사례'인지를 결정해야 한다.[69] 前者에 대해서

65) 이 例示形式은 독일에서는 1969년 6월 25일 제1차 형법개정법률에 의해 제243조(重한 竊盜罪)가 例示形式을 취함에 따라 결정적인 계기를 맞이하게 되었다(Zipf, Die Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung, Heidelberg u.a 1977, S.14).

66) 예컨대 독일형법 제240조 ①항(强要罪), 제263조 ③항(詐欺罪), 제266조 ②항(背任罪), 제267조 ③항(文書僞造罪)에서의 "특히 重한 경우"를 말한다.

67) 金日秀, "刑法各則硏究의 方法論的 序說", 現代의 刑事法學(益軒 朴貞根博士華甲紀念論文集), 1990. 607면 이하.

68) 이에 관하여 자세하게는 趙誠庸, "特別刑法의 加重處罰에 관한 批判的 考察", 고대석사학위논문, 1990. 12. 44면 이하.

69) Horn, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, AT(§§1-79b), 2.Aufl., Frankfurt am Main 1977, §46 Rdnr.58.

는 별문제가 없으나, 後者의 경우에는 요건을 명시하지 않은 형벌가중사유들을 설정하고 이를 통해 형벌의 적용범위를 확장함으로써 입법자는 법치국가적인 명확성원칙의 한계를 넘어간 것이 아닌가 의심스럽다. 왜냐하면 입법자는 자신의 입법자적인 평가를 포기함으로써 법관이 실정법을 넘어서서 刑罰加重狀況을 인정할 수 있는 가능성을 열어주기 때문이다.[70] 또한 요건을 명시하지 않은 형벌변경사유들을 명확성의 요청이 적용되지 않거나 제한적으로만 적용되는 量刑의 영역에 편입시킴으로써 여기에서도 유추적용이 허용된다고 보는 견해[71]도 있다. 설사 그렇다 하더라도 어떤 사례가 특별히 중한 사례인지를 알려면 언제나 그 행위 전체에 대한 전반적인 평가가 필요하게 된다. 이것은 이미 형벌범위의 선정에 있어서 협의의 양형에 앞질러 들어가는 것이다. 이로써 동일한 표지가 먼저 형벌범위 선정을 위하여 사용되고 그리고 나서 다시 협의의 양형을 위하여 사용되는 것이다. 이것은 二重評價禁止의 관점에서 의문이 생기게 한다.[72]

결국 '특히 중한 사례들'의 법형상이 罪刑法定原則에 부합하느냐의 문제는 가중적으로 평가될 수 있는 요소들을 법관에게 구속적으로 제시하지 않으면서도, '刑罰의 範圍'만을 중하게 확장할 수 있는지 여부의 문제로 환원된다. 특히 중한 사례들은 가장 높은 단계의 規範的 構成要件標識이며, 그것들은 아무 것도 서술하고 있지 않기 때문에 실질적으로는 구성요건표지가 아니다. 일정한 범죄의 성격은 그 행위양태가 '특히 중한 사례들'에 해당된다고 해서 '輕罪'(Vergehen)의 범죄성격을 가졌던 것이 '重罪'(Verbrechen)로 변화되는 것은 아니다. 따라서 '특히 중한 사례들'의 법형상이 '輕罪'의 범죄성격을 '重罪'로 변화시킬 수는 없는 것이다. 그렇다면 '특히 중한 사례들'의 법형상이 법치국가적인 명확성을 제시하느냐의 문제는 폭넓은 형벌범위의 허용성 문제와 동일시된다. 그러므로 행위형법을 고수하고자 하고, 구성요건들을 가급적 명확하게 그리고 형벌범위를 가능한 한 좁게 형성하려는 요청을 진지하게 받아들이고자 한다면, 특히 중한 사례들의 법형상은 사용을 삼가해야 한다.[73] 또한 '요건을 명시하지 않은 중한 사례들'의 설정은 惡人을 충분히 처벌할 수 있는 길을 열어주고자 하는 것처럼 보인다. 그러나, 완벽한 정의의 추구는 불명확한 법적 효과들, 끝없는 형벌범위들, 결국에는 법적 불안정성으로 나아갈 것이다. 이처럼 구성요건들의 신호기능(Signalfunktion)과 법적 안정성의 상실은 그 의도에 비해 너무나 값비싼 댓가이다. 그러므로 법률은 원칙적인 사례(Normalfall)를 규정해야 하며, 예외적인 사례들을 규정해서는 안된다. 또한 형벌범위들은 전형적인 사례들을 기준으로 정해야하며, 비전형적인(exorbitant) 사례들을 기준으로 정해서는 안된다. 이러한 이유로 인해 요건이 명시되지 아니한 중한 사

70) Roos, a.a.O., S.192 ; Zipf, a.a.O., S.12f.

71) Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts AT, S.218 ; 金日秀, 앞의 논문, 607면.

72) Zipf, a.a.O., S.12.

73) Maiwald, Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele, in : Festschrift für Gallas, S.150.

례들은 사용을 삼가해야 한다.[74]

2. 死刑의 代替刑 강구

사형폐지를 놓고 安全感 喪失을 우려하는 국민들의 情緖는 막연한 범죄피해의식에서 연유하는 것처럼 보인다. 형사정책은 계몽위에서 추진될 수 있지만, 그러나 사회의 가치경험이 변화되어 있지 않는 한, 이러한 비합리적인 요인들을 합리적으로 고려하지 않으면 안된다.[75] 그렇게 본다면, 현대의 형사정책적인 제재수단들은 사형을 폐지한다 할지라도 안전감을 상실케 하지 않는다는 점을 국민들에게 확신시켜 줄 수 있어야 한다. 일단 형벌체계상 死刑 다음으로 重罰인 종신자유형이 사형의 대체형으로 추천될 수 있다. 그러나, 종신자유형 또한 형벌수단으로 활용하기에는 그 자체에 문제점을 안고 있다.

국가가 범죄인으로 하여금 다시 자유에 참여할 수 있는 기회를 주지 않으면서 그의 자유를 영구히 강제로 박탈할 수 있다고 주장한다면, 그것은 인간의 존엄과 일치하지 않는다.[76] 헌법상의 基本權保障은 無期囚에게 예외일 수 없다. 無期囚라고 할지라도 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 갖는다. 비록 受刑者는 법률에 의해 신체상의 자유를 박탈당하였지만 그것을 이유로 그의 全人格이 박탈될 이유가 없다. 종래에 受刑者는 特別權力關係에 있기 때문에, 법률에 의한 기본권제한의 원칙이 존중될 수 없다고 하였다. 그러나, 오늘날 '특별권력관계'가 基本權의 공백지대가 아닌 점에 대해서는 견해가 일치하고 있다.[77] 그렇다면 無期囚에 대해서도 기본권을 제한해야할 현실적인 필요성이 아무리 크다하더라도 기본권의 '본질적인 내용'인 인간의 존엄과 가치를 누릴 권리를 침해하는 기본권 제한입법은 허용되지 아니한다. 헌법상의 기본권은 따지고 보면 '인간의 존엄과 가치'라는 '價値의 核'을 모든 인간의 생활영역에서 실현시키기 위한 일종의 Konsens적 가치질서라고 볼 수 있기 때문에, '인간의 존엄과 가치'를 정면으로 침해하는 기본권의 제한은 법률에 의해서도 허용되지 않는다고 할 것이다.[78] 그러므로 종신자유형제도의 경우도 再社會化刑法의 입장에서 본다면 범인의 인격상실과 희망상실로 인간을 전적으로 非人間化시키는 제재수단으로 낙인찍을 수밖에 없다. 자유안에서 자유회복의 기대가 주어질 때에만 범죄인의 인격변화와 再社會化가 가능할 터인데, 죽을 때까지 범인을

74) Baumann, Minima non curat praetor, in : Einheit und Vielfalt des Strafrechts, FS für Karl Peters zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S.11f.

75) Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S.244.

76) Zipf, a.a.O., S.49.

77) 許營, 韓國憲法論, 新訂9版(박영사, 1998), 283면 이하 ; 許一泰, "自由刑制度의 問題와 改善方向에 관한 硏究", 형사정책 1990 · 제5호, 62면.

78) 許營, 앞의 책, 278면.

고립무원의 상태에 빠뜨려 둔다는 것은 인간의 인격적·정신적 몰락을 제도화한 것이나 마찬가지다.[79] 그러므로 인간존엄의 보호원칙은 '적어도 다시 자유에 참여할 수 있는 가능성이 없이, 개인으로부터 그의 자유를 박탈하는 것'을 금지한다.[80] 그렇다면 종신자유형을 死刑의 代替刑罰로 보는 것은 원칙적으로 동의할 수 없다.[81] 종신자유형은 사형폐지 논의와는 별개로 검토되어야 할 문제임은 틀림없다. 그러나, 사형폐지 조차도 난관에 부딪치고 있는 현실여건을 감안할 필요가 있다. 만약 사형과 종신자유형이 함께 형벌목록에서 삭제된다고 하면 국민들의 점차적인 의식형성의 과정은 감정적으로 교란될 것이다.[82] 이러한 이유로 사형폐지를 주장하고 그 代案으로 종신자유형을 제시하는 것은 어디까지나 현실과의 타협책인 것이다. 사형제도의 문제점에 대한 共感帶가 형성되고, 또 실제로 사형이 폐지된다면, 그 때가서 종신자유형의 문제점을 본격적으로 거론하는 순서를 밟아야 할 것이다. 이처럼 점진적으로 추진해나가는 것이 현실적인 방안이라고 생각한다.

V. 결 론

이상에서 살펴보았듯이 특별형법들은 질서유지를 위해 지나치게 형벌가중에 치중하고 있다. 이러한 현상 만큼 형법의 가치체계는 난맥상을 보이고 있으며, 더욱 큰 문제는 違憲의 소지를 안고 있다는 점이다. 특별형법은 특별하다는 이유만으로 법치국가형법의 일반원칙을 존중하지 않아도 된다는 의식이 깔려있고 또 실제로 그렇게 입법되어 있다. 특별형법이라 하여 罪刑法定原則, 責任原則, 比例性原則, 刑法의 人間化·自由化·合理化 등의 요구를 무시할 수도 무시해서도 안된다. 또한 특별형법의 양산을 통해 야기된 일반형법의 공동화현상을 바로 잡아야 한다. 이를 위해서는 暴力行爲等處罰法, 特定犯罪加重處罰法, 特定經濟犯罪加重處罰法, 特定强力犯罪處罰法, 性暴力犯罪處罰法 등 특별형법들을 입법기술적으로 가능한 한 일반형법에로 흡수·통합시켜서 일반형법이 명실공히 국가의 刑事基本法으로서의 위상을 되찾게 해야 할 것이다.

이러한 관점에서 첫째, 일반형법에서 규정해야 할 범죄에 관한 규정은 일반형법에 흡수해야 한다. 가령 특정범죄가중처벌법상의 체포·감금죄의 결과적 가중범(동법 제4조의 2)이나 逃走車輛運轉者의 加重處罰에 관한 규정(동법 제5조의 3)[83]은 형법에의 흡수가 고려

79) 金日秀, "刑法改正과 制裁制度의 改善方向", 형사정책 1990·제5호, 12면.

80) BVerfGE 45, 229.

81) 같은 취지 : 許一泰, 앞의 논문, 60면 이하.

82) Zipf, a.a.O., S.49.

83) 憲法裁判所는 동법 제5조의 3 ②항 1호에 대한 憲法訴願審判請求事件에서 '과실로 사람을 치상케한 운전자가 구호행위를 하지 아니하고 도주하거나 고의로 교통사고피해자를 유기함으로써 致死케한 경

될 수 있는 규정이다. 특정범죄가중처벌법의 '절취목적단체구성죄'(제5조의 8)와 폭력행위 등처벌법의 '범죄단체조직죄'(제4조)도 일반형법의 범죄단체조직죄(제114조)와 관련하여 불필요한 규정들이다. 둘째, 일반형법에 편입시킬 수 있는 특별형법의 규정들은 '例示形式' 등의 입법기술을 활용하여 일반형법에 편입시켜야 한다. 예컨대 일반형법의 보통절도를 기본적인 사례로 삼을 때 軍用物竊盜(軍刑法 제75조), 文化財竊取(文化財保護法 제81조 1항), 山林竊盜(山林法 제116조) 등이 특히 중한 사례로 열거될 수 있다. 이러한 규정들은 일반형법전에 편입시켜 특별히 중한 사례의 예시형식을 취하는 방식이 가능하리라고 본다.[84] 셋째, 일시적인 法感情을 기초로 일반예방적 측면만을 강조하여 가혹하고 잔인한 형벌을 정한 특별법의 규정들은 우선 삭제되어야 하며, 무엇보다도 사형은 형벌목록에서 추방해야 한다.

요컨대, 특별형법에 포함되어 있는 대부분의 규정들은 일반형법에서 이미 규율하고 있는 범죄유형들을 刑量만을 높여 놓고 가중처벌하고 있기 때문에, 삭제되어야 마땅하다. 필요하다면 '例示形式' 등의 입법기술을 활용하여 일반형법에 통합시켜야 할 것이다. 그렇게 하지 않는다면 일반형법을 아무리 손질해 보아도 실제로 적용되는 법은 특별형법이기 때문에 그게 그거일 수밖에 없다. 형사입법의 최종목표는 국가형벌의 과잉조치들을 손질함으로써 '최적의 형법' (optimales Strafrecht)을 구축해 나가는 것이다. 이를 위해서는 불필요한 범죄를 가려내어 삭제하고, 과도한 형벌을 바로잡아 범죄와 형벌을 서로 균형 지워야 할 것이다. 이제 우리들의 일그러진 특별형법들을 정상적인 모습으로 바꾸어 놓아야 할 때이다.

우에 고의적인 살인죄보다 더 무겁게 처벌하도록 하는 것은 형벌체계상의 정당성과 균형을 상실한 것으로서 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치를 보장한 국가의 의무와 헌법 제11조의 平等의 原則 및 헌법 제37조 제2항의 過剩立法禁止의 原則에 반한다'고 결정하였다(憲裁決 1992.4.28. 90헌바24).

84) 金日秀, "刑法各論硏究의 方法論的 序說", 607면 이하.