

[논 문]

## 형법각칙상 징역형의 문제점과 개선방안\*

오 영 근\*\*

---

### 차 례

---

- |                   |              |
|-------------------|--------------|
| I. 서 론            | IV. 구체적 개정방안 |
| II. 현행 법정형의 문제점   | V. 결 어       |
| III. 법정형 설정의 기본원칙 |              |
- 

### I. 서 론

현행 형법이 제정·시행된지 60년 가까이 되었고, 이에 따라 2007년 6월 법무부는 형사법개정특별분과위원회(이하 '개정특위'라고 한다)를 구성하여 형법의 전면개정작업을 진행하고 있다. 개정특위는 형법개정의 기본방향으로 ①기본권 보장에 관한 헌법정신의 구현, ②형법 이론 발전에 따른 범죄론 재정비, ③사회 변화로 인한 범죄화 및 비범죄화 현상 반영, ④형사정책적 고려에 의한 형벌제도 및 법정형 조정, ⑤각종 형사특별법의 형법으로 흡수·통합, ⑥평이한 법률용어로 개선 등을 제시하였다. 4년여에 걸친 개정특위의 개정작업을 거쳐 2011년 5월에는 형법총칙개정법률안이 국회에 제출되었으나 제18대 국회의 종료로 1992년의 형법개정법률안과 마찬가지로 자동폐기되고 말았다.

개정특위는 2010년 6월경부터 형법각칙의 법정형을 조정하는 작업을 개시하였고, 이를 위해 6인의 법정형조정 소위원회(이하 '법정형소위'라고 한다)도 구성하였다. 2012년 11월 현재 총 52차의 개정특위 전체회의가 개최되어 형법각칙의 구성요건과 법정형의 조정작업까지 거의 마무리된 상태이다.

---

\* 이 논문은 2012년도 한양대학교 교내연구비에 의한 것임.

\*\* 한양대학교 법학전문대학원 교수.

그런데 최근 몇 년 간 연쇄살인, 아동성폭행살해 등과 같은 흉악범죄가 연이어 발생하자<sup>1)</sup>, 국회가 2010년 4월 형법 제42조를 개정하여 유기징역의 상한을 15년에서 30년으로, 가중할 때의 상한을 25년에서 50년으로 과도하게 높였다. 이 때문에 개정특위에서 형법 제42조도 형법전면개정작업을 통해 개정해야 한다는 견해가 있었다. 그러나 다수 견해는 국회가 개정한 조문을 바로 개정할 경우 형법의 전면개정작업이 어려울 수 있고, 국민의 대표인 국회의 뜻을 존중해야 한다는 입장을 취했다.

그러나 형법각칙의 징역형기를 조정하기 위해서는 먼저 그 상한의 문제를 해결해야 할 것이다. 이를 위해서는 먼저 일정한 범죄에 대한 선고형의 실태를 파악할 필요가 있다. 이어서 그러한 범죄의 사회적 위험성, 법정형 인상이 선고형에 미치는 영향, 선고형 인상에 따른 재정적 부담의 증가와 범죄예방효과, 범죄예방과 재정부담 중 우선순위 결정이나 양자의 절충방안 등의 문제도 종합적으로 고려하여 징역형기를 결정해야 할 것이다.

또한 어떤 범죄에 대한 법정형의 범위를 정할 때에 현재의 선고형을 어느 정도 반영해야 하는지도 문제된다. 예를 들어 단순강도죄에 대한 선고형들이 3년을 넘지 않는다고 가정한다면, 그 법정형을 현재와 같이 3년 이상 30년 이하의 징역으로 할 것이 아니라 예를 들어 5년 이하, 7년 이하, 10년 이하 등으로 해도 족하다는 주장이 제시될 수도 있다. 이 문제의 해결을 위해서는 법정형의 일반예방효과와 형법의 보충성원칙을 어떻게 고려할 것인가 하는 이론적 문제를 해결해야 한다. 그러나 이론적 고찰만을 통해 구체적인 해답을 얻기는 어려울 것이므로 다른 나라의 법정형들을 비교법적으로 검토하는 작업도 필요할 것이다.

이러한 관점에서 이 논문에서는 이론적·비교법적 검토를 통해 징역형을 중심으로 현행 형법각칙상 법정형의 문제점과 합리적 조정방안을 제시하기로 한다.

1) 2003년 9월부터 2004년 7월까지 연쇄적으로 20명을 살해한 유영철사건, 2004년 1월부터 2006년 4월까지 14명을 살해한 정남규사건, 2006년부터 2008년까지 여성 7명을 연쇄적으로 납치하여 살해한 강호순사건, 2008년 12월 8세의 여아를 강간상해한 조두순사건, 2010년 2월 여중생을 성폭행하고 살해한 뒤 시신을 유기한 김길태사건 등이 그 예이다.

## II. 현행 법정형의 문제점

### 1. 중형주의의 문제점

우리나라와 독일, 스위스, 오스트리아, 일본 등 유사한 법체제를 지닌 국가들과의 법정형을 비교하면 [표1]과 같다.

[표1] 주요범죄에 대한 각국의 법정형 비교

	우리나라	독일	스위스	오스트리아	일본
<b>살인죄</b>	사형, 무기 5년-30년 §250	무기 5년-15년 §211-213	무기 1년-20년 §111-113	무기 5년-20년 §75-76	사형, 무기 5년-20년 §199
<b>상해치사죄</b>	3년-30년 §259	1년-15년 §227	규정없음	1년 - 10년 §86-87	3년-20년 §205
<b>강간죄</b>	3년-30년 §297	6개월-15년 §177	1년-10년 §190	6월-5년 §201	3년-20년 §177
<b>절도죄</b>	1월-6년 §329	1월-5년 §242	1월-5년 §139	1일-6월 §127	1월-10년 §235
<b>사기죄</b>	1월-10년 §347	1월-10년 §263	1월-5년 §146	1일-6월 §146	1월-10년 §246

[표1]을 보면 우리나라의 법정형이 다른 나라의 범죄보다 훨씬 높다는 것을 알 수 있다<sup>2)</sup>. 살인죄에 대한 유기자유형의 상한을 보면 우리나라는 30년이지만 다른 나라는 15년에서 20년이다. 상해치사죄에 대한 유기자유형의 상한의 경우 우리나라는 30년이지만 다른 나라는 10년에서 20년 사이이다. 강간죄에 대한 유기자유형도 우리나라는 30년이

2) 프랑스의 징역형기 등을 자세히 소개한 것으로, 김혜경, “형법상 개별범죄 징역형 정비의 기초”, 형사정책연구, 제22권 제1호, 2011, 18-27면.

지만 다른 나라는 5년에서 20년 사이이다. 절도죄의 유기자유형의 상한은 우리나라는 6년이지만 오스트리아의 경우는 6월에 불과하다. 사기죄의 법정형도 우리나라가 높은 편이다.

특히 우리나라에는 법정형을 가중하는 형사특별법이 많다는 점을 감안한다면, 현행법상의 법정형이 지나치게 높다는 것은 쉽게 알 수 있을 것이다.

## 2. 법정형 불균형의 문제점

### (1) 너무 높거나 낮은 법정형

현행형법에는 법정형이 지나치게 높거나 지나치게 낮게 규정되어 있는 경우가 많다. 예를 들어 존속살해죄(제250조 제2항)나 강도상해죄 및 강도치상죄(제336조) 등의 경우 자유형의 단기가 7년 이상으로 규정되어 있어서 작량감경을 하더라도 집행유예가 불가능하다.

반면에 과실치사죄의 법정형은 2년 이하의 금고 또는 700만원 이하의 벌금(제267조)으로폭행죄의 법정형인 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금(제260조 제1항)과 별 차이가 없는데, 이는 지나치게 가볍다고 할 수 있다. 사람을 체포·감금·약취 또는 유인하여 이를 인질로 삼아 강도죄를 범하는 인질강도죄의 법정형(제336조)이 단순강도죄(제333조)의 법정형과 같은 것도 균형에 맞지 않는다.

### (2) 가중의 정도와 기준

일정한 범죄에 대해 형벌을 가중하는 경우 그 가중이 과도하거나 가중의 기준이 일관되지 않다는 문제점도 있다.

예를 들어 과실치상죄(제266조: 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료)와 과실치사죄(제267조: 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금)의 법정형의 차이는 매우 크다. 이에 비해 업무상과실치사상죄의 법정형은 5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금(제268조)으로 동일하다. 한편 실화죄의 법정형은 1,500만원 이하의 벌금이지만(제170조), 업무상 실화죄의 법정형은 3년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금이다(제171조). 횡령·배임죄의 법정형은 5년 이하의 징역 또는 1,500만원 이하의 벌금인데(제355조 제1, 2항), 업

무상 횡령·배임죄(제356조)의 법정형은 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금이다(제356조).

### (3) 범죄간의 불균형

폭행죄의 법정형(제260조: 2년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료)과 협박죄의 법정형(3년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료)을 비교하면, 징역형에만 차이가 있고 벌금형에는 차이가 없다. 이러한 차이를 두는 이유가 무엇인지 불분명하다.

강간죄(제297조: 3년 이상의 유기징역)와 강도죄(제333조: 3년 이상의 유기징역)의 법정형이 동일한데, 전자가 후자보다는 심각한 범죄라고 할 수도 있다. 강간살인죄와 강도살인죄(제301조의2와 제338조: 사형 또는 무기징역), 강간치사죄와 강도치사죄(제301조의2와 제338조: 사형 또는 무기징역)의 법정형은 같은 데에 비해, 강간상해·치상죄의 법정형(제301조: 무기 또는 5년 이상의 징역)이 강도상해·치상죄의 법정형(제337조: 무기 또는 7년 이상의 징역)보다 낮은 근거 역시 불분명하다.

## 3. 책임주의 위반의 문제점

과실범은 원칙적으로 처벌하지 않고, 처벌할 경우에도 고의범에 비해 형벌이 현저히 가볍다. 그런데 앞에서 본 것과 같이 강간상해죄와 강간치상죄, 강도상해죄와 강도치상죄의 법정형이 같도록 한 것은 고의책임과 과실책임을 구별하지 않은 것으로서 책임주의 원칙에 반한다.

기본범죄가 강간 혹은 강도 등 중범죄이기 때문에 고의상해죄가 결합되든 과실치상죄가 결합되든 별 의미가 없다고 할 수도 있다. 그러나 기본범죄가 중범죄라는 것이 상해를 고의로 발생시킨 경우와 과실로 발생시킨 경우를 같게 처벌할 근거가 될 수는 없다. 상해의 결과로 인해 무기징역이 추가되거나 집행유예가 불가능할 정도로 형벌이 가중된다는 점을 고려하면 더욱 그렇다.

책임주의와 관련하여 문제되는 것이 부진정결과적가증범이다. 부진정결과적가증범은 처벌상의 불균형을 시정하기 위해 부득이 해석상 도입된 개념이다<sup>3)</sup>. 그러나 부진정결

3) 김성돈, 형법총론, 성균관대학교출판부, 2011, 416면; 김일수·서보학, 형법총론, 박영사, 2012, 598면; 박상기, 형법총론, 박영사, 2012, 273면; 유기천, 형법총론, 1983, 161면; 안동준, 형법총론, 285; 이재상, 형법총론, 박영사, 2012, §15-7; 이형국, 형법총론연구 II, 법문사, 685면; 임 응, 형법총론, 법문사,

과적가중범의 인정이 유추해석이라는 비판에서 자유롭기 어렵고, 중한 결과에 대해 고의가 있는 경우와 과실이 있는 경우의 법정형이 같다는 점에서 책임주의원칙에 위반되는 문제점이 여전히 남아있다. 따라서 법정형을 조정하여 부진정결과적가중범을 인정할 필요가 없도록 하는 것이 부진정결과적가중범의 문제를 근본적으로 해결하는 길이다<sup>4)</sup>.

#### 4. 결합범의 문제점

##### (1) 결합범의 인정이유와 제한원리

결합범이란 두 개 이상의 범죄를 결합하여 하나의 범죄로 규정한 것으로서, 고의범과 고의범의 결합범이 있고<sup>5)</sup>, 고의범과 과실범의 결합범인 진정결과적가중범이 있다. 결합범규정이 없다면 결합된 죄를 범한 자는 실체적 경합범 혹은 상상적 경합범으로 처벌될 것이다. 결합범을 규정하는 이유는 실체적 혹은 상상적 경합범으로 처벌하는 것보다 형벌을 가중하기 위한 것이다.

따라서 형법의 보충성원칙에 비추어보면 결합범은 각 범죄들을 실체적 경합범이나 상상적 경합범으로 처벌하는 것보다 형벌을 가중해야 할 필요가 있는 예외적인 경우에만 인정해야 하고, 형벌을 가중할 때에도 필요한 최소한의 가중만을 해야 한다.

##### (2) 결합범의 광범위한 인정

현행형법에는 결합범을 지나치게 많이 인정하고 있다. 개인적 범익에 관한 죄 중 결합범에는 상해치사죄(제259조), 폭행치사상죄(제262조), 낙태치사상죄(제270조 제3항), 유기등치사상죄(제275조), 중체포감금죄(제277조), 체포·감금등치사상죄(제281조), 강간상

2012, 458. 이에 반해 부진정결과적 가중범을 인정할 필요가 없다는 견해로 정성근·박광민, 형법총론, 법지사, 447면; 황산덕, 형법총론, 방문사, 141면. 부진정결과적 가중범의 문제점을 비판한 것으로 김용욱, “부진정결과적 가중범에 대한 비판적 고찰”, 박양빈교수화갑기념논문집, 1996, 84 이하 참조.

4) 예를 들어 1995년 개정형법 이전의 구형법 제301조는 “제297조 내지 전조의 죄를 범하여 사람을 사상에 이르게 한 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다”고 규정하고 있었다. 이 때문에 강간치상죄를 부진정결과적가중범으로 해석하였다. 그러나 1995년 형법개정을 통해 강간상해·치상죄(제301조)와 강간살인·치사죄(제301조의2)를 구별하여 규정하였기 때문에 강간치상죄를 부진정결과적가중범이라고 해석할 필요가 없게 되었다. 그러나 강간살인죄와 강간치사죄의 법정형을 달리 규정하였음에 비해 강간상해죄와 강간치상죄의 법정형은 동일하게 규정한 문제점은 있다.

5) 고의범과 고의범의 결합범의 형태에 대한 자세한 분석으로, 임석원, “결합범의 본질과 부진정결과적가중범”, 비교형사법연구, 제8권 제1호, 2006, 182-183면.

해·치상죄(제301조), 강간살인·치사죄(제301조의2), 인질강요죄(제324조의2), 인질상해·치상죄(제324조의3), 인질살해·치사죄(제324조의4), 증권리행사방해죄(제326조), 야간주거침입절도죄(제330조), 특수절도죄(제331조 제1항), 특수강도죄(제334조 제1항), 준강도죄(제335조), 인질강도죄(제336조), 강도상해·치상죄(제337조), 강도살인·치사죄(제338조), 강도강간죄(제339조), 해상강도죄(제340조 제1항), 해상강도상해·치상죄(제340조 제2항), 해상강도살인·치사죄(제340조 제3항), 해상강도강간죄(제340조 제3항), 중손괴죄(제368조) 등이 있다.

이와 같이 형벌을 가중하는 결합범이 많은 것은 형법의 보충성원칙에 반할 것이다.

### (3) 가중의 문제점

#### 1) 가중간의 불균형

결합범을 인정할 경우에도 범죄에 따라 가중의 정도가 다르다. 예를 들어 특수절도죄(제334조 제1항: 1년 이상 10년 이하의 징역)의 경우 손괴죄, 주거침입죄, 절도죄의 실제적 경합범으로 처벌할 경우(제38조 제1항 제2호 단서)에 비해 징역형이 단기는 11개월, 장기는 1년 가중된다. 이에 비해 특수강도죄(제334조 제1항: 무기 또는 5년 이상의 징역)의 경우 야간주거침입죄(제319조 제1항: 3년 이하의 징역)와 강도죄(제333조: 3년 이상의 징역)의 실제적 경합범의 징역형기인 3년 이상 33년 이하의 징역에 비해 단기는 2년 가중되고, 장기에서는 무기징역형이 추가되었다. 폭행치상죄(제262조, 제257조: 7년 이하의 징역)의 경우 폭행죄(제260조: 2년 이하의 징역)와 과실치상죄(500만원 이하의 벌금)의 실제적 경합범에 비해 징역형의 장기가 5년이 가중되었다.

이와 같이 결합범의 형벌이 가중되는 기준이나 정도가 일관되어 있지 않다.

#### 2) 과도한 가중의 문제

결합범을 인정하더라도 야간주거침입절도죄나 특수절도죄의 형벌가중은 어느 정도 합리성이 있다고 할 수 있다. 그러나 강도치상죄(제337조: 무기 또는 7년 이상의 징역) 규정이 없다면 강도죄(제333조: 3년 이상의 징역)와 과실치상죄(제266조: 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료)의 상상적(제40조) 혹은 실제적 경합범(제38조 제1항 제3호)이 되어, 징역형의 경우 3년 이상 30년 이하가 될 것이다. 따라서 강도치상죄에 대한 가중은 무기징역이 추가되었고, 징역형의 단기가 4년이나 가중되었다.

무기징역형은 매우 예외적인 경우에만 선고되는 실무현실을 감안한다면<sup>6)</sup>, 강도치상죄에 무기징역까지 규정할 필요는 없을 것이다. 또한 7년 이상의 징역형으로 가중함으로 인해 강도치상죄에 대해 집행유예를 선고할 수 없게 된다. 이 때문에 피해자가 입은 상처가 강도치상죄에서의 상해의 개념에 해당되는지가 대법원에서까지 문제되거나<sup>7)</sup>, 법원이 편법을 동원하여 책임에 상응하는 선고형을 찾으려고 하는 일도 생겨난다.

게다가 결합범의 법정형을 너무 높여 놓음으로써 두 범죄의 실제적 경합범으로 처벌할 때보다 피고인에게 낮은 징역형을 선고할 수밖에 없는 경우마저 생기게 된다<sup>8)</sup>.

## 5. 선택형으로 벌금형 부족의 문제점

### (1) 현행형법 규정

현행형법에는 징역형과 벌금형이 선택형으로 규정된 범죄도 있지만, 징역형만 규정되고 벌금형은 선택형으로 규정되어 있지 않은 범죄도 있다.

개인적 범익에 관한 죄를 예로 들면, 살인의 죄(제250조 - 제255조) 및 강도죄의 죄(제333조 - 제340조)에는 벌금형이 선택형으로 규정되어 있지 않다. 약취와 유인의 죄(제287조 - 제294조)에는 벌금형이 선택형이 아니라 병과형으로 규정되어 있다(제295조).

6) 한 예로, 대법원 1988. 10. 11. 선고 88도1238 판결 참조.

7) 상해의 개념은 강도치상죄 뿐만 아니라 강간치상죄나 특수공무방해치상죄 등 고의상해죄 또는 과실치상죄가 결합된 범죄에서 모두 문제된다. 판례는 -상해죄 또는 -치상죄에서 "상해가 형법 제257조의 '상해'로 평가될 수 없을 정도의 극히 하찮은 상처로서 굳이 치료할 필요가 없는 것이어서 그로 인하여 건강상태를 침해하였다고 보기 어려운 경우에는 위 죄가 성립하지 않는다"고 한다(대법원 2011. 5. 26. 선고 2010도10305 판결; 대법원 2009. 7. 23. 선고 2009도1934 판결; 대법원 2004. 3. 11. 선고 2004도483 판결 외 다수판결). 이러한 판례의 입장과 문제점을 분석한 것으로, 송시섭, "강간치상죄에 있어서의 상해개념의 재구성", 동아법학, 제42호, 2008, 117-144면; 김형식, "강간치상죄에 있어 상해 개념의 인정 범위", 실무연구자료, 제6권, 대전지방법원, 2005, 264-282면; 오영근, "강간치상죄에서 상해의 개념", 형사판례연구, 제3호, 1996, 144-156면; 김상희, "강간치상죄에 있어서의 상해의 인정범위", 형사판례연구, 제4호, 1997, 213-224면; 이영진, "강간치상죄에 있어서 경미한 상해의 취급(상), (하)", 판례월보, 1996년 9월호, 25-36면 및 1996년 10월호, 29-34면 등 참조.

8) 대법원 1992. 10. 13. 선고 92도1428 전원합의체 판결은 법정형을 지나치게 중하게 규정함으로써 구체적인 사례에서는 오히려 피고인에게 중한 형을 선고할 수 없도록 하는 문제점이 있는 경우를 보여주고 있다. 즉, 만약 강도살인죄에 사형 또는 무기징역 뿐만 아니라 유기징역까지 규정되어 있었다면 피고인에게 15년을 초과하는 징역을 선고할 수 있었다. 그러나 사형, 무기징역만이 규정되어 있고 유기징역형이 규정되어 있지 않기 때문에 당시의 형법으로는 피고인에게 15년을 초과하는 징역형을 선고할 수가 없었다.

기타 중상해죄(제258조), 상해치사죄(제259조), 폭행치사죄(제262조), 낙태치사상죄(제269조 제3항), 업무상동의낙태죄(제270조 제1항), 부동의낙태죄(제270조 제2항), 동치사상죄(제270조 제3항), 중유기죄(제271조 제3, 4항), 아동혹사죄(제274조), 유기치사상죄(제275조), 증체포·감금죄(제277조), 특수체포·감금죄(제278조), 체포·감금등치사상죄(제281조), 강간죄(제297조), 준강간죄(제299조), 강간등상해·치상죄(제301조), 강간등살인·치사죄(제301조의2), 위계·위력에 의한 미성년자등간음죄(제302조), 피구금부녀간음죄(제303조 제2항), 13세미만부녀간음죄(제305조), 특수주거침입죄(제320조), 주거·신체수색죄(제321조), 강요죄(제324조), 인질강요죄(제324조의2), 인질상해·치상죄(제324조의3), 인질살해·치사죄(제324조의4), 점유강취, 준점유강취죄(제325조), 중권리행사방해죄(제326조), 야간주거침입절도죄(제330조), 특수절도죄(제331조), 중손괴죄(제368조 제1항), 손괴치사상죄(제368조 제2항) 등에는 벌금형이 선택형으로 규정되어 있지 않다.

## (2) 문제점

이와 같이 벌금형을 선택형으로 규정하지 않은 것에는 다음과 같은 문제점이 있다.

첫째, 중상해죄, 상해치사죄, 폭행치사죄, 낙태치사상죄, 강제추행치사상죄 등과 같이 결합된 범죄 모두에 벌금형이 선택형으로 규정되어 있는데, 두 범죄가 결합되어 있다고 하여 벌금형을 선택형에서 배제해야 할 이유는 없다.

둘째, 야간주거침입절도죄, 특수절도죄와 같이 고의범과 고의범의 결합범인 경우에도 두 범죄 모두에 벌금형이 선택형으로 규정되어 있으므로 결합범에서도 벌금형을 선택형에서 배제할 이유가 없다.

셋째, 특수주거침입죄, 주거·신체수색죄, 강요죄 등과 같이 죄질이 무겁지 않은 고의범에서 벌금형을 선택형에서 배제할 합리적 근거는 없다.

이에 비해 벌금형을 선택형으로 규정해야 할 필요가 있는 범죄들이 상당수 존재한다. 특히 오늘날에는 형사시설의 교정기능의 한계, 경제적 비효율성, 과밀화에 따른 인권침해 등 징역형의 문제점이 지적되고 있다<sup>9)</sup>. 오늘날 형벌의 중심이 징역형에서 벌금형으

9) 이에 대해서는 대표적으로, 허일태, “자유형제도의 문제와 개선방향에 관한 연구”, 형법연구 I, 세종출판사, 1997, 219-250면; 강동범, “자유형규정의 개정방안”, 이화여대 법학논집, 제15권 제1호, 2010, 329-354면 등 참조.

로 옮겨가고 있다는 점도 고려한다면<sup>10)</sup> 개정형법에서는 선택형으로서의 벌금형의 범위를 넓힐 필요가 있다.

### Ⅲ. 법정형 설정의 기본원칙

#### 1. 형법의 보충성원칙

형법의 보충성원칙<sup>11)</sup>은 형사제재의 최후수단성과 비례성원칙을 포함하는 개념이다. 법정형설정에서 형법의 보충성원칙은 다음과 같이 좀더 구체적 원칙으로 나타난다.

첫째, 형벌의 종류를 선택할 때 가벼운 형벌을 먼저 규정하고 무거운 형벌은 최후수단이어야 한다. 예를 들어 벌금형을 규정해도 충분함에도 불구하고 징역형을 규정하는 것은 형법의 보충성원칙에 반한다.

둘째, 형기나 벌금액을 정할 때에도 필요한 최소한도에 그쳐야 한다. 예를 들어 3년 이하의 징역이나 5백만원 이하의 벌금을 규정하면 충분함에도, 5년 이하의 징역이나 7백만원 이하의 벌금을 규정하는 것은 허용되지 않는다.

셋째, 하나의 범죄에 대해 형벌을 병과할 때에도 그것이 최후수단이어야 하고 병과할 형벌의 종류와 범위도 필요한 최소한도에 그쳐야 한다. 예를 들어 형법 제345조는 절도의 죄나 강도의 죄를 범하여 유기징역에 처할 경우에는 10년 이하의 자격정지를 병과할 수 있도록 규정하고 있다. 이에 대해서는 예를 들어 자격정지 보다는 벌금형을 병과해야 한다거나, 자격정지를 병과하더라도 10년 이하가 아닌 5년 이하의 자격정지이면 충분하다거나, 절도의 죄와 강도의 죄에 대한 자격정지 기간을 구별해야 한다는 등이 문제될 수 있다.

10) 이와 관련하여, 김민이, “벌금형 운용의 현재와 전망”, 한국 형사법학의 이론과 실천(정암 정성진박사 고회기념논문집), 2010, 288-311면; 박영규, “현행 자유형과 벌금형의 개선 방안”, 경기법학논총, 제4호, 2006, 89-112면; 정현미, “벌금형의 개선방안”, 비교형사법연구, 제6권 제2호 특집호, 2004, 205-218면 등 참조.

11) 형법의 보충성원칙에 대해 자세히 논의한 것으로, 이주일, “형법상 보충성의 원칙에 대한 소고”, 비교법학연구, 제5집, 2005, 175-192면. 이와 관련하여, 김태우, “형사특별법의 입법 절차 개선 : 보호법의 론을 중심으로”, 법제, 2012년 3월호, 6-24면도 참조.

넷째, 형벌을 가중할 때에도<sup>12)</sup> 그것이 최후수단이어야 하고 필요최소한의 가중만 해야 한다. 예컨대 상습절도죄는 형기의 2분의 1까지 가중된다(제332조). 그러나 가중하는 것 그 자체가 형벌의 보충성원칙에 맞는지, 가중하더라도 형기의 3분의 1까지만 가중해도 충분하다는 문제 등이 제기될 수 있다.

## 2. 선고형의 고려

### (1) 선고형과 법정형의 평가

헌법재판소<sup>13)</sup>와 대법원<sup>14)</sup>은 형종의 선택, 범위의 설정, 형의 병과 여부 및 병과형의 선택, 형벌가중의 여부 및 정도 등을 결정하는 데에는 광범위한 입법재량이 인정된다고 한다<sup>15)</sup>.

그러나 선불리 어떤 법정형을 선불리 위헌이라고 단정하면 안 된다고 하더라도 이것과 어떤 법정형이 바람직한가는 별개의 문제이다. 바람직한 법정형은 위헌시비를 발생시키지 않기 때문이다. 따라서 법정형설정 단계에서는 그것이 위헌 또는 헌법불합치가 아니면 된다는 소극적 입장이 아니라 가장 바람직한 법정형을 찾아낸다는 적극적 입장을 취해야 한다.

바람직한 법정형을 찾기 위해서는 앞에서 살펴본 이론적 검토 이외에 구체적인 선고형을 실증적으로 분석하고, 이에 대한 평가작업도 행해야 한다. 예를 들어 A라는 범죄의 법정형이 10년 이하의 징역인데, 그 범죄에 대한 선고형은 1년 - 2년이라고 할 경우, 선고형이 너무 낮다고 평가할 수도 있고, 법정형이 지나치게 높다고 평가할 수도 있다.

12) 여기에서 말하는 것은 경합범이 아니라 단일한 범죄에 대해 형벌을 가중하는 경우이다. 경합범에 대해 형벌을 가중하는 것은 형법 제38조 제1항 제2호와 같은 총칙규정에 의해 정해진다. 이 규정 역시 이 연구의 범위에서는 제외된다.

13) 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법 당시의 시대적 상황, 국민 일반의 가치관 내지 법감정, 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 재량이 인정되어야 할 분야이다(헌법재판소 1995. 4. 20. 93헌바40; 헌법재판소 2004. 4. 29. 2003헌바118; 헌법재판소 2005. 6. 30. 2005헌바44 등).

14) 어려운 취지의 판결로, 대법원 2005. 4. 14. 선고 2005도1258 판결; 대법원 2006. 5. 26. 선고 2006도1640 판결; 대법원 2009. 5. 14. 선고 2009도1947 판결 등.

15) 이와 관련하여, 김혜경, 앞의 논문, 8-13면 이하 참조.

이 문제는 A라는 범죄의 현실적 위험성, 신고형 인상에 따른 비용 및 사회적 안전의 증대, 사회적 안전과 비용 중 양자택일 할 경우의 선택, 양자의 절충 문제 등 여러 가지 요소들을 고려하여 평가해야 할 것이다. 예를 들어 A라는 범죄의 현실적 위험성에 비해 신고형이 낮다면 법정형의 개정보다는 신고형의 인상 위한 노력이 필요할 것이다. 반대로 신고형이 적정하다고 평가된다면 법정형의 완화를 위한 노력이 요구될 것이다. 또 다른 측면에서 신고형을 높일 필요는 있지만 그에 소요되는 비용<sup>16)</sup>이 신고형을 높임으로써 예상되는 사회적 안전확보에 비해 지나치게 높을 경우에는 신고형을 높이려는 노력을 포기하거나 일정 정도만 신고형을 높이려고 노력하는 방안 등이 검토될 수 있다.

## (2) 법정형과 신고형 비교의 예

2009년 7월 1일부터 2010년 12월 31일까지 전국법원에서 강도죄에 대해 신고된 제1심 판결 411건의 법정형과 신고형을 비교하면 다음과 같다<sup>17)</sup>.

단순강도죄, 강도상해죄, 특수강도죄의 법정형은 각각 3년 이상의 징역(제333조), 무기 또는 7년 이상의 징역(제337조), 무기 또는 5년 이상의 징역이지만(제334조), 전국법원 제1심판결의 평균 신고형은 각각 1.68년, 3.07년, 2.60년에 불과하였다. 즉, 법정형의 하한을 기준으로 하는 경우에도 법정형과 실제 신고형과의 편차는 단순강도죄의 경우 1.32년, 강도상해죄의 경우 3.93년 그리고 특수강도죄의 경우 2.4년이 되는데, 이것은 모두 법정형 하한의 1/2 수준에 불과하다.

## (3) 시사점

위에 더하여 강도의 죄에 대한 집행유예의 신고비율이 55%라는 점을 고려한다면, 적어도 현재와 같은 법정형과 신고형의 차이는 줄여야 할 필요성이 있다고 할 수 있다. 신고형의 범위가 법정형의 하한에 집중되어 있는 것은 신고형이 너무 낮든가 법정형이

16) 예를 들어 징역형의 신고형을 높일 경우 수형자를 시설에 수용하는 비용이 증가하게 된다. 즉, 오늘날 대표적인 징역형과 같은 형벌의 집행에는 일반인들이 생각하는 것보다 훨씬 더 많은 비용이 든다. 국가의 입장에서는 징역형수형자에 대해서는 의식주 이외에 의료, 운동, 여가, 교육 등 최대한의 복지를 제공하는 것이고, 이를 위해서 국민들은 더 많은 세금을 납부해야 한다. 이와 관련하여, 이상윤, “형벌의 경제적 분석”, 형사정책연구, 제3권 제3호, 1992, 175-196면.

17) 이는 전국법원에서 신고된 제1심판결 모두를 조사하여 찾아낸 것이다. 상세한 사항은 추후 발표할 예정이다.

너무 높다는 의미가 될 수 있다<sup>18)</sup>. 따라서 입법론상으로는 선고형을 높이거나 법정형을 낮추는 노력이 필요하다. 그런데 현재 상황에서는 강도의 죄에 대한 선고형을 높이려는 입법적 노력이 필요하다고 할 수는 없다. 우리 사회에 대한 강도범죄의 위협이 이전에 비해 특별히 높아졌다고 할 수 없는 현재 상황에서 국가의 재정부담을 높여가면서 강도법들을 형사시설에 더 오래 수용하여야 할 필요까지는 없기 때문이다. 이렇게 본다면 형법각칙의 법정형 설정과 관련하여서는 현재의 선고형에 근접하는 방향으로 법정형을 낮춰야 한다는 입장이 좀더 타당하다고 할 수 있다.

## IV. 구체적 개정방안

### 1. 유기징역형의 상한 문제

2010년 개정형법 이전의 형법은 유기징역형의 상한을 15년으로 하고, 가중할 때에는 25년까지로 하였다. 그런데 2010년 개정된 현행형법 제42조는 유기징역의 상한을 구형법보다 각각 2배 높이고, 제55조 제1항 제1, 2호는 사형이나 무기징역을 감경할 경우에도 유기징역의 장기를 구형법에 비해 35년 높였다<sup>19)</sup>.

이와 같은 유기징역의 형기가중은 '입법부에 의한 구테타'라고 표현할 수밖에 없을 정도로 무모하고 또한 야만적이라고 할 수 있다. 왜냐하면 구형법상의 법정형상의 징역형기가 너무 낮아 우리 사회의 범죄상황이 매우 악화되었다고 할 수는 없기 때문이다<sup>20)</sup>. 반면 현행형법과 같이 법정 징역형기가 2배 가중됨에 따라 선고형기도 2배가 가중된다고 할 경우 그에 따른 국가의 재정부담, 교도소의 과밀화 등 심각한 문제가 생긴

18) 이에 대해서는, 오영근, “공무원범죄와 양형 - 뇌물죄의 양형을 중심으로 -”, 형사정책연구, 1994년 겨울호, 1994, 93-126면.

19) 대법원 1992. 10. 13. 선고 92도1428 전원합의체 판결에 의하면 구형법에서 사형이나 무기징역을 감경하여 유기징역을 선고할 경우 유기징역의 상한은 15년이 되기 때문이다.

20) 최근 10년간의 범죄발생 현황을 보면 특별히 범죄가 급증하였다고 할 만한 아무런 증거가 없다. 오히려 2010년의 총 범죄 발생건수는 2009년에 비해 11.6%가 감소하였다. 살인, 강도, 강간, 방화범과 같은 강력범죄의 경우에도 지난 10년간 완만한 상승세를 보이고 있지만 특별히 급증하였다고 할만한 근거가 없다(법무연수원, 범죄백서, 2011년판, 2012, 43-44면, 59-62면). 이것은 2010년의 징역과 금고형기의 가중이 얼마나 비과학적이고 무모한 것인지를 적나라하게 보여주고 있다.

다. 따라서 현행형법 제42조의 징역형기는 실제로 적용·집행될 가능성이 없는 상징적 규정에 불과하다<sup>21)</sup>. 이러한 상징적 규정들을 폐지하지 않을 경우에는 언젠가 반드시 그것이 악용되게 된다. 이러한 징역형기의 문제점은 대륙법계 국가와 비교하면 쉽게 찾을 수 있다<sup>22)</sup>.

따라서 현행형법의 야만적 징역형기는 반드시 바로 잡아야 한다<sup>23)</sup>. 이 경우 우리나라에 알맞은 합리적인 징역형기에 대해서는 다음과 같은 주장이 있을 수 있다. 즉, 국민의 평균수명이 증가하였기 때문에 구형법보다는 징역형기를 늘려야 한다는 주장이다<sup>24)</sup>. 이러한 전제에 기초해 징역형기의 상한을 20년으로 하고 유기징역을 가중할 경우의 상한도 30년 정도로 하자는 것이다. 이에 대해, 제정형법은 국가우월주의적 사고가 반영되어 중형주의에 입각하였던 일본의 개정형법가안의 영향을 받았고<sup>25)</sup>, 징역형기도 6·25 사변 중인 1953년에 결정된 것이므로 오늘날의 징역형기도 제정형법처럼 상한 15년, 가중할 경우 25년 정도로 하거나 좀더 단축하자는 주장도 있을 수 있다.

두 주장 중에서는 후자의 주장이 좀더 설득력이 있어 보인다. 형법의 보충성원칙과 범죄상황에 비추어볼 때 제정형법보다 징역형기를 늘려야 할 특별한 근거는 없기 때문이다. 앞에서 본 것과 같이 대부분의 유럽국가에서 징역형기는 15년이나 20년이고, 경합범에 대해서도 징역형기가 20년을 넘지 않는다.

21) 상징형법의 기능과 문제점에 대해서는, 김학태, “상징형법의 의미와 기능”, 외법논집, 제6집, 1999, 61면 이하; 최석운, “상징형법에 대한 비판적 고찰”, 비교형사법연구, 제5권 제2호, 2003, 151면 이하 등 참고.

22) 이와 관련하여, 이인석, “개정형법상 유기징역형의 상한조정에 관한 고찰”, 형사법연구, 제22권 제3호, 2010, 33-58면; 고시면, “한국에서 강간 등의 중대범죄에 있어서 ‘유기징역 가중시 상한 50년 이하’ (개정형법 제42조)가 국제형사재판소에 관한 로마규정(조약 제1619호) 제77조의 ‘유기징역 30년 이하’에 위반 여부”, 사법행정, 제51권 제8호, 2010, 2-28면 등 참조.

23) 2010년 형법(총칙)일부개정법률안의 입안과정에서 현행형법 제42조도 개정의 대상이라고 하는 의견이 있었지만, 국회를 통과한지 얼마 되지 않은 규정을 시행하기도 전에 다시 개정하는 것은 국회의와의 관계상 부담스럽고, 필요한 개정은 형법각칙에서 반영하도록 하는 것이 바람직하다는 것 등을 이유로 제42조를 개정하지 않기로 하였다. 법무부, 앞의 책(2011), 52면.

24) 생애주기 및 평균수명의 징역형기와의 관계를 언급한 것으로, 김혜경, 앞의 논문, 31-32면 참조.

25) 이에 대해서는, 오영근, “일본개정형법가안이 제정형법에 미친 영향과 현행 형법해석론의 문제점”, 형사법연구, 제20호, 2003, 109-140면.

## 2. 결합범의 인정범위와 형벌가중의 정도

### (1) 결합범의 인정범위

결합범을 많이 규정한다는 것은 그만큼 중형주의를 취하는 것이라고 할 수 있다. 결합범을 규정하지 않아도 실제적 경합범이나 상상적 경합범으로 처벌할 수 있으므로 처벌의 공백이 생기는 것도 아니다. 따라서 결합범은 필요한 최소한도에서만 인정해야 한다.

외국에 비해 우리 형법은 결합범을 많이 두고 있다. 그 한 이유로 폭행과 상해를 엄격하게 구별하고, 폭행 또는 협박을 수단으로 하는 범죄를 범하는 과정에서 고의·과실로 상해를 가한 경우 형벌을 가중하는 구성요건이 많은 것을 들 수 있다. 살인죄를 모살과 고살로 구별하지 않고 기본범죄를 범하고 고의·과실로 사망의 결과를 발생시킨 경우 형벌을 가중하는 구성요건이 많은 것도 또 하나의 이유이다.

우리 형법은 폭행치사상죄, 낙태치사상죄, 유기치사상죄, 체포·감금치사상죄 등을 처벌하는 규정을 두고 있지만 독일형법은 이러한 결합범규정을 두고 있지 않다. 우리 형법은 강간살인·치사죄, 준강간살인·치사죄, 강제추행살인·치사죄, 준강제추행살인·치사죄, 강도살인·치사죄, 해상강도살인·치사죄 등을 결합범으로 규정하고 있다. 그러나 독일형법 제178조<sup>26)</sup>와 제251조는 '적어도 중과실에 의해(wenigstens leichtfertig)' 피해자의 사망을 초래한 경우만을 처벌하고 있다. 여기에서 중과실(leichtfertig)이란 주변 상황으로 볼 때 사망의 결과발생 가능성이 매우 높음(naheliegende Möglichkeit des Todesintritts)에도 불구하고 이에 대해 무관심(Gleichgültigkeit)하거나 매우 경솔하게(aus grobem Leichtsin) 이를 고려하지 않은 것을 의미한다. 여기에서 '적어도 중과실로'(wenigstens leichtfertig)란 중과실과 고의에 의한 경우는 포함되지<sup>27)</sup> 경과실에 의한 경우는 포함되지 않는다. 따라서 독일형법은 우리 형법에 비해 결합범의 범위를 축소하고 있다고 할 수 있다<sup>28)</sup>.

26) § 178 Sexuelle Nötigung und Vergewaltigung mit Todesfolge. Verursacht der Täter durch die sexuelle Nötigung oder Vergewaltigung (§ 177) **wenigstens leichtfertig** den Tod des Opfers, so ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren.

27) Tröndle/Fischer, StGB und Nebengesetze, C.H. Beck, §178 Rn.5.

28) § 251 Raub mit Todesfolge. Verursacht der Täter durch den Raub (§§ 249 und 250) wenigstens **leichtfertig** den Tod eines anderen Menschen, so ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder

우리 형법은 강간등상해·치상죄, 강도상해·치상죄, 해상강도상해·치상죄를 두고 있지만 독일형법에서는 이러한 결합범 규정을 두고 있지 않다. 이것은 독일형법이 상해와 폭행을 구별하지 않기 때문에 폭행·협박만이 아니라 상해를 수단으로 하는 강도나 강간도 단순강도죄나 단순강간죄 등에 포함시키고 있기 때문이다.

이러한 의미에서 개정형법에서는 강도상해·치상죄, 강간상해·치상죄 등 ‘-상해·치상죄’나 를 폐지하여 실체적 경합범으로 처벌하도록 하고, ‘-치상죄’는 예외적인 경우에만 인정하도록 하여야 할 것이다. 또한 실체적 경합범으로 처벌할 수 있는 고의범과 고의범의 결합범 규정도 폐지하는 방향으로 해야 할 것이다.

## (2) 결합범에 대한 형벌가중의 정도

결합범을 인정하더라도 모든 결합범에 공통되는 가중의 기준을 마련해야 할 것이다. 예를 들어 앞에서 본 것과 같이 야간주거침입절도죄는 야간주거침입죄와 절도죄의 실체적 경합범에 비해 징역형의 장기가 1년만이 가중되어 있는데, 강도상해죄에서는 강도죄와 상해죄의 실체적 경합범에 비해 무기징역형이 추가될 뿐만 아니라 유기징역의 단기는 4년, 장기는 7년까지 가중되어 있다.

따라서 개정형법에서는 결합범에서도 형벌가중의 한도를 정해 놓아야 할 것이다. 그 한도가 얼마인지는 분명하지 않지만 적어도 단기에서는 1년 장기에서는 5년을 초과해서는 안될 것이다. 예를 들어 강도상해죄라는 구성요건을 두어서는 안 되지만, 두는 경우에도 강도죄의 법정형을 3년 이상의 징역, 상해죄의 법정형을 7년 이하의 징역으로 한다면, 무기징역은 규정하지 말고 4년 이상의 유기징역 정도로 규정하면 족할 것이다.

## 3. 선택형으로서 벌금형의 추가

현행 형법에는 특별한 이유 없이 벌금형이 선택형으로 규정되어 있지 않은 범죄들이 많다. 과거 1995년 형법개정 시에도 이러한 문제들이 지적되어 직권남용죄, 공무집행방해죄, 위계에 의한 공무집행방해죄, 무고죄, 위조통화의 취득죄, 허위유가증권의 작성죄, 위조인지·우표등의 취득죄, 허위공문서등의 작성죄, 사문서등의 위조·변조죄, 자격모용에 의한 사문서의 작성죄, 존속상해죄, 존속폭행죄, 유기죄, 존속유기죄, 존속학대죄,

---

Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren.

체포·감금죄, 존속체포·존속감금죄, 허위사실적시 명예훼손죄 및 출판 등에 의한 명예훼손죄에 벌금형이 선택형으로 추가되었다.

그러나 개인적 법익에 대한 죄만 보더라도 아직도 벌금형을 선택형으로 규정해야 할 범죄들이 많이 있다. 특히 예를 들어 ‘-치상죄’에서 기본범죄에 벌금형이 선택형으로 규정되어 있는 경우에는 모두 벌금형을 선택형으로 규정해야 할 것이다. 상해의 개념이 매우 넓기 때문에 가벼운 상해가 발생해도<sup>29)</sup> 징역형만을 선고해야 하는 것은 가혹하다. 또한 벌금형을 선고해도 족한 사건에서 징역형만이 선택형으로 규정되어 있으면 법관이 집행유예나 선고유예 등을 하게 되어 피고인의 범죄에 상응하는 형벌을 선고하지 못할 수도 있다.

따라서 극히 중대한 범죄가 아닌 한 벌금형을 선택형으로 널리 규정해야 한다.

## V. 결 어

현재 개정특위는 형법각칙의 법정형을 거의 확정한 상태에 있다. 가까운 장래에 다시 형법의 전면개정작업을 할 가능성은 그리 높지 않다. 따라서 이번 형법개정안은 좀 더 선진적인 내용들을 담았어야 했을 것이다. 그러나 개정특위의 형법개정안에 대해서는 결코 긍정적인 평가를 할 수 없는데, 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 개정특위는 형법 제42조를 개정하지 않았는데, 이와 같은 중형주의는 대륙법계 국가 중 가장 높은 형벌로서 세계적 추세를 고려하지 않은 것이라고 할 수 있다. 일부 법정형을 낮춘 경우도 있지만 이 역시 현실과는 동떨어진 것이라고 할 수 있다. 예를 들어 개정시안은 단순강도죄의 형벌을 현행법의 3년 이상 30년 이하에서 3년 이상 20년 이하로 낮추었다. 그런데 양형위원회의 단순강도죄에 대한 양형기준을 보면 기본 2년 ~ 4년, 감경 1년6월 ~ 3년, 가중 3년 ~ 6년으로 되어 있다. 따라서 단순강도죄에 대해 6년 1개월에서 20년까지의 법정형을 두기 위해서는 매우 예외적으로 이 정도의 형벌에 처할 중대한 단순강도죄가 예상될 수 있어야 한다. 그러나 현재로서는 특수강도, 강도상해·치상에도 해당되지 않으면서 6년 1개월에서 20년 사이의 징역을 선고해야 하는 단순강도죄를 예상하기는 거의 불가능하다. 그렇다면 이 범위의 법정형은 불필요한 것에

29) 앞의 각주 8) 참고.

그치지 않고 위험한 것이라고 할 수 있다. 상징적 법정형은 남용될 소지가 있기 때문이다.

둘째, 중형주의를 따르다 보니 인질상해·치상죄, 강간상해·치상죄, 강도상해·치상죄의 법정형을 무기 또는 5년 이상의 징역으로 동일하게 규정할 수 밖에 없었다. 상해의 결과가 발생한 경우 법정형을 대폭 가중해야할 정도로 상해가 중요한 비중을 차지한다면 상해를 고의로 발생시킨 경우와 과실로 발생시킨 경우의 법정형을 나누어 규정해야 한다. 그런데 일반범죄의 법정형 상한을 너무 높게 잡아 위의 범죄들의 상한을 세분할 수 없었기 때문에 부득이 같은 법정형을 규정할 수밖에 없었다. 그러나 이는 책임주의에 반한다.

셋째, 결합범이나 결과적가중범의 범위를 현행형법보다 거의 줄이지 않았고 오히려 범위를 더 늘리고 더 무거운 법정형을 규정하기도 하였다. 특히 기본범죄에 대한 형벌이 과도함에도 불구하고 과실로 상해나 사망의 결과를 발생시킨 경우 법정형을 대폭 가중하는 입장을 그대로 유지하였다.

이와 같이 책임주의를 무시하고 중형주의를 따르는 개정특위의 각칙개정안은 형법개정의 첫 번째 기본방향으로 제시된 '기본권 보장에 관한 헌법정신의 구현'과는 정반대의 방향으로 나아가는 것이다. 또한 네 번째 개정방향인 '형사정책적 고려에 의한 형벌제도 및 법정형 조정'과도 정반대의 방향이라고 할 수 있다. 오늘날의 헌법정신과 형사정책적 고려는 형사실무와 괴리된 과도한 법정형이 아닌 현실에서 최대한 활용되는 최소한의 법정형을 지향한다고 할 수 있기 때문이다.

법정형을 정할 때에는 언젠간 적용될지도 모른다는 막연한 예측에 기초해서는 안 된다. 현재로서 충분히 예측되는 가장 중한 경우에 대한 형벌을 법정형의 상한으로 정하는 것이 형법의 보충성원칙에 합하는 것이다. 만약 이후 중대한 범죄가 발생해도 법정형이 낮아 그 범죄에 상응하는 형벌을 과하지 못한다면 그 때에 가서 법정형을 높이면 된다. 이로 인해 불충분한 처벌을 받은 범죄인이 있다고 하더라도 이는 형법의 보충성원칙상 감수해야 하는 결과이다.

\* 주제어 : 법정형, 형법개정, 형벌가중, 중형주의, 보충성원칙.

\* 논문접수 : 2012. 11. 23. \* 심사개시 : 2012. 11. 30. \* 게재확정 : 2012. 12. 15.

## [참고문헌]

## ▣ 단행본

- 권오걸, (스마트)형법각론, 형설출판사, 2011.
- 김성돈, 형법총론, 성균관대학교출판부, 2011.
- 김일수·서보학, 형법총론, 박영사, 2012.
- 박상기, 형법총론, 박영사, 2012.
- 배종대, 형법각론, 홍문사, 2011.
- 법무부, 독일형법, 2008.
- \_\_\_\_\_, 오스트리아 형법, 2009.
- \_\_\_\_\_, 일본형법, 2007.
- \_\_\_\_\_, 프랑스 형법, 2008.
- \_\_\_\_\_, 형법개정법률안 제안이유서, 1992.
- \_\_\_\_\_, 형법(총칙)일부개정법률안 제안이유서, 2011.
- 법무연수원, 범죄백서, 2011년판, 2012.
- 손동권, 율곡출판사, 2010.
- 유기천, 형법총론, 일조각, 1983.
- 안동준, 형법각론, 전남대학교 출판부, 2011.
- 오영근, 형법각론, 박영사, 2010.
- \_\_\_\_\_, 형법총론, 박영사, 2010.
- 이재상, 형법총론, 박영사, 2012, §15-7.
- 이형국, 형법총론연구 II, 법문사, 685면.
- 임 용, 형법총론, 법문사, 2012, 458.
- 정성근·박광민, 형법총론, 법지사, 2012.
- 정영일, 형법각론, 박영사, 2011.
- 조준현, 형법각론, 법원사, 2005.
- 진계호, 형법각론, 대왕사, 2008.
- 한국형사정책연구원, 스위스형법전, 2009.
- 황산덕, 형법총론, 방문사, 1989.

▣ 논 문

- 강동범, “자유형규정의 개정방안”, 이화여대 법학논집, 제15권 제1호, 2010.
- 고시면, “한국에서 강간 등의 중대범죄에 있어서 ‘유기징역 가중시 상한 50년 이하’ (개정 형법 제42조)가 국제형사재판소에관한로마규정(조약 제1619호) 제77조의 ‘유기징역 30년 이하’에 위반 여부”, 사법행정, 제51권 제8호, 2010.
- 김민이, “벌금형 운용의 현재와 전망”, 한국 형사법학의 이론과 실천(정암 정성진박사 고회기념 논문집), 2010.
- 김상희, “강간치상죄에 있어서의 상해의 인정범위”, 형사판례연구, 제4호, 1997.
- 김용욱, “부진정결과적 가중범에 대한 비판적 고찰”, 박양빈교수화갑기념논문집, 1996.
- 김태우, “형사특별법의 입법 절차 개선 : 보호범익론을 중심으로”, 법제, 2012년 3월호.
- 김학태, “상징형법의 의미와 기능”, 외법논집, 제6집, 1999.
- 김형식, “강간치상죄에 있어 상해 개념의 인정 범위”, 실무연구자료, 제6권, 대전지방법원, 2005.
- 김혜경, “형법상 개별범죄 징역형 정비의 기초”, 형사정책연구, 제22권 제1호, 2011.
- 박영규, “현행 자유형과 벌금형의 개선 방안”, 경기법학논총, 제4호, 2006.
- 송시섭, “강간치상죄에 있어서의 상해개념의 재구성”, 동아법학, 제42호, 2008.
- 오영근, “공무원범죄와 양형 - 뇌물죄의 양형을 중심으로 -”, 형사정책연구, 1994년 겨울호, 1994.
- \_\_\_\_\_, “강간치상죄에서 상해의 개념”, 형사판례연구, 제3호, 1996.
- \_\_\_\_\_, “일본개정형법가안이 제정형법에 미친 영향과 현행 형법해석론의 문제점”, 형사법연구, 제20호, 2003.
- \_\_\_\_\_, “특정범죄가중처벌등에관한법률 폐지의 당위성”, 형사정책, 2005.
- 이상윤, “형법의 경제적 분석”, 형사정책연구, 제3권 제3호, 1992.
- 이영진, “강간치상죄에 있어서 경미한 상해의 취급 (상), (하)”, 판례월보, 1996년 9월호 및 1996년 10월호, 2.
- 이인석, “개정형법상 유기징역형의 상한조정에 관한 고찰”, 형사법연구, 제22권 제3호, 2010.
- 이주일, “형법상 보충성의 원칙에 대한 소고”, 비교법학연구, 제5집, 2005.
- 임석원, “결합범의 본질과 부진정결과적 가중범”, 비교형사법연구, 제8권 제1호, 2006.
- 최석윤, “상징형법에 대한 비판적 고찰”, 비교형사법연구, 제5권 제2호, 2003.
- 허일태, “자유형제도의 문제와 개선방향에 관한 연구”, 형법연구 I, 세종출판사, 1997.

[Abstract]

## Reforming the Statutory Terms of Imprisonment

Oh, Young-Keun\*

In this paper, the problems of the statutory terms of imprisonment of the Korean Criminal Code are analysed and some reform measures are suggested. Generally speaking, the statutory terms of imprisonment of current Korean Criminal Code are too severe to comply with the principle of responsibility. This can be easily proved from the comparative study between the Korean statutory terms of imprisonment and those of some European countries such as Germany, Austria and Swiss, which have so called a continental legal system like Korea.

The first and urgent solution is to revise the article 42 of the Korean Criminal Code, in which it is prescribed that the terms of imprisonment should be 30 years or in aggravating cases 50 years. In the reforming process of Korean Criminal Code which has been going along since 2007, the terms of imprisonment must be lowered to 15 years or in aggravating cases 25 years.

The second solution is to abolish or to restrict the combined offences the purpose of which is to lengthen the terms of imprisonment than punishing them as the concurrent offences.

The third solution is to add a fine to the offences, to which only the imprisonment are imposed by the current Korean Criminal Code.

The conclusion of this paper is that the subsidiarity principle of criminal law should be strictly obeyed in prescribing or reforming the terms of imprisonment.

---

\* School of Law, Hanyang University.

- \* Key words : Statutory Terms of Imprisonment, Reform of Criminal Law, Aggravation of Punishment Severe Punishment Policy, Subsidiarity Principle.