

## 형법개정과정과 개정작업의 올바른 방향

우리 형법은 1953년 9월 18일 제정되어, 동년 10월 3일 시행되었다. 1945년 8월 15일 해방과 함께 불거진 친일청산문제로 인한 대립 및 좌우익간의 첨예한 갈등, 게다가 미증유의 6·25사변 중에 제정되었기 때문에 사회가 안정되자마자 곧바로 형법개정의 재정비작업에 착수했어야 했다. 그럼에도 30년이 넘도록 형법개정작업에 대한 요청이 근본적으로 제기되지 아니하였다. 이런 상황에서 김기춘의 박사학위논문 ‘형법개정에 관한 연구’가 1984년에 발표되면서 비로소 개정작업의 필요성이 강력하게 제기되었고, 이에 호응한 법무부가 형법개정위원회를 구성하여 1985년부터 1992년 말까지 7년 동안 각고의 노력으로 개정안을 마련하였다. 이 형법개정안의 핵심내용은 다음과 같다.

① 국가권위주의와 전신행법적 요소를 일소하고, 존속범죄에 대한 형의 가중을 재검토하며, 구성요건의 세분화와 명확화를 실현하고 죄형법정주의를 형법에 선언하고, 환경범죄에 관한 규정을 신설하였다. ② 고의와 과실개념을 비롯한 결과적 가중범을 재정립하고, 간접정범을 정범의 하나로 규정하였다. ③ 형법은 특수한 가치관을 강제하여서는 아니 된다는 사상에 기초하여 혼인빙자간음죄, 간통죄와 도박죄 등을 폐지하고자 하였다. ④ 자연과학의 발전과 새로운 위험의 대두로 인하여 국민들의 사회생활상에 근본적 위험을 야기하고 있는 새로운 신종범죄를 신설하였다. 예컨대 컴퓨터범죄, 환경범죄, 인질범죄 등. ⑤ 범죄인의 사회복귀를 원활히 하고 형벌과 보안처분의 개별화 이념을 달성하기 위하여 보호관찰의 적용을 확대

## 허 일 태

- 대법원 형사실무연구회 부회장
- 법무부 법무자문위원회 위원
- 동아대학교 법학전문대학원 교수



하며 사형을 제한하고, 사회보호법상의 보안처분을 형법에 도입하기로 하였다. ⑥ 형법개정에 있어서 범죄의 배열 순서를 합리적으로 조정하고 어려운 법률용어를 알기 쉬운 일상용어로 대체하였다.

그러나 1995년 12월 29일 형법개정안 중에서 간통죄의 존폐에 관한 양측의 팽팽한 입장차이로 개정안 전체에 대한 국회통과가 무산되었다. 다만 개정안 중에서 벌금형에 대한 현실화와 컴퓨터범죄 등 몇 가지 범죄를 신설하는 등 지극히 부분개정에 그치고 말았다. 그 이후 의원입법형식으로 서너 차례의 형법개정이 있었지만, 제한적인 범위에서 이루어 졌다.

이런 상황에서 2007년 6월 초 법무부 주관으로 형법의 전면적 개정목적 아래 형법개정위원회가 구성되었다. 이런 전면적 형법개정작업 착수배경에는 두 가지 사유에 기인하였다. 하나는 1953년 형법제정 이후 기간의 사회발전과 윤리의식의 대변화로 인한 범규범과 현실간의 괴리가 지나쳤기 때문에 이를 해소해야 할 법무부의 책무를 느꼈으며, 이를 위해 형벌체계의 합리적 재정립과 함께 범죄구성요건의 신설 및 폐지 및 적정 양형의 구현을 통한 국민의 사법신뢰증진을 도모하고, 형법과 형사특별법 상호간의 불균형을 정비하고자 하였다. 다른 하나는 2005년부터 추진되어 왔던 사법제도개혁의 제도적 보완의 필요성이 대두되었기 때문이었다. 즉 2007년 4월 30일 국회를 통과한 사법개혁적 법률인 개정형사소송법의 성공적 시행을 뒷받침하기 위한 형사실체법의 정비가 요구되었다. 그리고 이때 개정형법의 기본방향으로 다음과 같은 목표가 설정되었던 바, 이는 1985년의 형법개정의 기본방향과 본질적 차이가 없었다.

1. 기본권보장에 관한 헌법정신의 구현
2. 형법이론발전에 따른 범죄론 재정비
3. 사회변화로 인한 범죄화 및 비범죄화 현상 반영
4. 형사정책적 고려에 의한 형벌제도 및 법정형 조정
5. 각종 형사특별법의 형법으로 흡수·통합
6. 평이한 법률용어로 개선.

이와 같은 원칙 하에서 형법개정작업은 진행되었고, 진행 도중 다양한 의견들의 분출로 난항을 겪기도 하였지만, 절충과 조절을 통하여 개정작업이 순조롭게 진행되었다. 그 결과 당초 법무부가 예정했던 2010년 정기국회 전까지 형법개정안이 마무리 될 것으로 보였다. 그러나 근년에 접어들어 예상치 못할 정도로 잔인하고 반인륜적인 연쇄살인범이나 성폭력을 수반한 살해행위 등 중범죄가 지속적으로 나타나는 현상에 크나큰 위험을 느끼면서 분노한 국민들과 국민의 이런 심정을 이용하여 우리 국회는 2010년 3월 31일 징역형 등에 관한 형벌 등을 대폭 강화하여 버렸다. 즉 종래 유기징역의 상한이었던 15년을 2배가 되는 30년까지로 연장하고, 유기징역의 가중상한도 종전의 25년에서 50년으로 대폭 연장해 버렸다. 이와 같은 형의 연장에 의한 중형주의가 중범죄에 대한 사회방위차원에서 필요할 수 있지만 지나친 중형주의는 인권보장에 큰 장애요인이 될 수 있다. 그럼에도 형법개정위원회의 다수입장은 국민의 대표기관인 국회의 권위를 존중해야 한다는 차원에서 지난 3월의 개정형법을 정당한 것으로 전제하여 형법전을 개정하기로 하였다.

알다시피 우리 형법전은 이른바 태평양전쟁이 한창이던 1941년의 일본 개정형법가안을 입법모델로 삼았다. 그런데 일본 개정형법가안은 주로 치안의 유지를 강화하고, 국가와 공공에 대한 범죄를 확장하고 처벌을 가중한 국가주의적 경향이 매우 강한 가안이었다. 우리 형법이 이런 가안을 입법모델로 삼았고, 게다가 6·25사변 중에 제정되었기 때문에 자연스럽게 중형주의

에 입각하게 되었다. 형법의 개정작업은 우리 형법의 이런 중형주의의 문제점을 극복하자는데 큰 목표를 두었기 때문에 지난 3월에 국회에서 통과된 징역형의 형기연장 법안까지 개정형법의 핵심대상으로 삼았어야 했다.

이 뿐만이 아니다. 우리 헌법은 인간존엄의 불가침성(헌법 제10조)과 국민의 자유와 권리의 본질적인 내용에 대한 침해금지(제37조 제2항 후단)를 천명하고 있다. 즉 인간의 생명권이 기본권중에서 가장 중요하고 본질적인 것임은 다언을 요하지 않기 때문에, 우리 헌법은 형벌권에 의한 생명권의 침해금지를 선언하고 있음이 분명하다. 그럼에도 불구하고 개정위원회의 다수입장은 개정형법에서 사형제도의 존치를 허용하기로 가결하였다.

우리는 사상을 강요할 수 없다. 그것은 양심의 자유를 침해하기 때문이다. 그러므로 사상을 처벌할 수도 없다. 이런 이유로 단순 음모에 불과한 행위에 대해서는 형사처벌에서 제외하고 있는 것이 로마법 이래의 전통이다. 그럼에도 불구하고 우리나라는 모든 예비죄의 구성요건에 음모행위를 항상 포함시키고 있는 사상형법을 다수 두고 있다. 1953년 전쟁 중에 제정되었기 때문에 당시의 사회상 불가피한 측면이 존재할 수도 있다. 그러나 이제는 형법의 근본원칙에서 출발해야 한다. 왜냐하면 범죄는 기수범을 처벌의 원칙으로 삼고, 미수를 예외적으로 처벌하는 것이 법치국가의 원칙이기 때문이다. 게다가 법률상 예외는 엄격해야 한다. 사정이 이렇다면 예비·음모죄는 예외의 예외에 해당하므로 처벌에 있어서 매우 제한적이어야 하며, 그렇기 때문에 독일, 스위스와 일본의 형법에서는 우리나라보다 아주 제한된 범위에서만 처벌하며, 그것도 음모로 처벌하는 경우가 거의 없다는 사실을 주목할 필요가 있다. 그런데도 개정형법에서 예비·음모가 줄어들 기미가 보이질 않는다.

형법총칙분야 중 국회논의과정에서 논란이 클 것으로는 보호감호제도의 도입에 관한 것으로 예상된다. 살인·강간·방화 등 강력범죄로서 1년 이상의 징역형을 3회 이상 선고 받고, 형의 종료 후 5년 이내에 다시 1년 이상

의 징역형을 선고 받는 경우 최대 7년까지 보호감호에 처하고, 보호감호 계속 여부를 1년마다 재심사한다는 내용이다. 종래 보호감호제도가 위험성으로 인해 폐지되었음을 감안하여 보호감호요건을 다소 강화한 것은 사실이나, 위험성을 다소라도 회피하기 위해서는 보호감호를 우선 실시하고, 보호감호를 이행한 자에 대해 형기를 삭감하여 주는 방향으로 개선되어야 할 것이다. 보호감호가 위험결정이 되었음에도 불구하고 법률에 의한 경과 규정으로 아직도 80여명 정도가 보호감호에 처해 있다는 현실을 보면 보호감호에 대한 법치국가적 관점이 인권보호에 얼마나 중요한가를 여실히 보여준다.

그나마 개정형법논의에서 가장 큰 성과로서는 죄형법정주의의 사상을 더욱 심화시킬 수 있는 장치를 제도화 했다는 점이다. 즉 현행 형법상 작량감경제도를 합리적으로 통제할 수 있는 장치의 설정이 그것이다. 즉 현행 형법 제53조의 작량감경 규정은 법관으로 하여금 작량하여 형을 선고할 수 있게 하고 있어, 실무상 법관은 피고인의 정상에 따라 광범위한 재량으로 법정형의 하한 이하로 형을 선고할 수 있다. 바로 이 때문에 무전유죄, 유전무죄라는 시중에서 회자되는 말이 빈말이 아닐 수 있었던 것이다. 그러나 개정형법에서는 작량감경을 정상감경으로 명칭을 변경하고, 정상감경사유의 기본적 사유를 법률적으로 명시하고, 이 기본적 사유의 범위 내에서 합리적 근거를 들어 정상감경할 수 있도록 하고 있다.