

참여연대 · 한국성폭력상담소 공동주최 토론회

뇌물/배임횡령/성폭력 범죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

일시 | 2008년 10월 2일(목) 오후 2시

장소 | 참여연대 느티나무홀

주최 | 참여연대 사법감시센터 · 한국성폭력상담소

목 차

참여연대 한국성폭력상담소 공동주최 토론회 자료집

뇌물/배임횡령/성폭력 범죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

발제 1	뇌물죄, 이런 양형기준을 원한다 장유식 1
토론 1	토론문 박용철 8
발표 2	배임·횡령 범죄에서의 바람직한 양형 판단은 무엇인가 이상훈 18
토론 2	토론문 오병두 34
발표 3	여성주의적 관점에서 재검토한 성폭력 범죄 양형인자 이경환 41
토론 3	성폭력 범죄의 바람직한 양형 기준 : 통념과 편견을 넘어서 이윤상 61

뇌물죄, 이런 양형기준을 원한다.

장유식 변호사, 참여연대 전 협동사무처장

1. 뇌물죄의 특성과 뇌물죄 양형의 중요성

뇌물죄는 직무와 관련하여 부정한 수입을 받거나(수취) 주는 행위(증뢰)로써 성립하는 범죄이다. 형법 뿐 아니라 특정범죄가중처벌에관한법률을 통해 가중 처벌한다. 뇌물은 공정한 경쟁을 가로막으며 사회를 부패시키고 공동체의 균열을 가져온다. 이 때문에 오래 전부터 뇌물을 주고받는 행위는 범죄로 처벌되었지만 뇌물수수행위가 근절되지는 않고 있다. 오히려 뇌물에 대한 비난이 높아지고 뇌물수수의 위험부담이 커질수록 뇌물액수는 커지고 뇌물수수의 수법은 교묘해지며, 뇌물의 불법성에 대한 불감증도 더해간다.

한편, 양형은 형벌목적의 달성과 형사법적 정의를 이루기 위한 형사절차의 결론이다. 입법자가 일일이 고려할 수 없는 사건의 정황과 특성을 감안하여 법관은 양형재량을 행사한다. 그러나 지나치게 폭넓게 인정된 양형재량권은 부당한 양형격차의 원인이 되고 사법불신이라는 부작용을 낳게 된다. 피고인이 유죄인가에 대한 판정에서와는 달리 피고인 어떻게 혹은 어느만큼 벌해야 할 것인가에 대한 법관의 판단은 국민 일반의 신뢰를 얻지 못하고 있다. 대표

■ 주제 1_ 뇌물죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

적인 화이트칼라 범죄인 뇌물수수의 경우 이러한 경향은 두드러진다. 뇌물죄에 대한 형사처벌의 확실성과 객관적이고 투명한 양형기준의 확립이 절실한 이유이다. 물론, 양형기준만으로는 뇌물관행이 완전히 사라질 것으로 기대할 수는 없다. 뇌물이 통용되는 사회구조적 문제의 해결이 필요하다. 하지만, 적어도 국민 대다수가 납득할 수 있는 양형기준을 마련하는 것은 사법불신과 부정부패를 극복하는 첫걸음이 될 것이다.

2. 현행 뇌물죄 양형의 문제

가. 과도한 법정형

현행 형법은 제129조 이하에서 여러 형태의 뇌물죄를 규정하고 있을 뿐만 아니라 특정범죄가중처벌등에관한법률에 의하여 뇌물액이 5천만원 이상인 경우에는 최고 무기징역까지 처벌이 가능하도록 규정하고 있다. 뿐만 아니라 형법상 뇌물죄의 법정형의 하한 중 가장 높은 것은 제131조의 수뢰후 부정처사죄의 1년 인데, 특가법상 뇌물죄에 있어서는 법정형의 하한이 10년으로 가중되어 있다. 이와 같이 뇌물수수를 엄중하게 처벌하여 공직자의 부패를 방지하고자 하는 목적을 가진 위 조항들은 죄형법정주의에 위배된다고 의심될 정도의 비합리적인 형벌범위를 규정하고 있다는 비판을 받고 있다. 더구나 위와 같이 뇌물사범에 대하여 일정한 형량 이상의 양형 또는 실형을 유도 내지 강제하고자 하는 법의 취지는 현실에 있어서 법관들에게 과도한 법정형의 부담으로 작용되고 있으며, 이에 따라 법관들은 과중한 법정형의 하한규정 때문에 오히려 실형 대신에 집행유예를 선고하는 경우가 발생하게 된다. 지나치게 과중한 형벌이 규정되어 있을 경우 입법자의 입법취지대로 무거운 형벌이 선고, 집행되는 것이 아니라 그 집행과정에서 타협이 개입됨으로써 오히려 법적용의

왜곡이라는 부작용을 낳고 있는 것이다.

나. 과도한 집행유예 선고율

뇌물은 관료부패의 시원으로서 국가와 사회에 미치는 해악이 큰 범죄일 뿐만 아니라 그로 인하여 국가행위의 공정성에 대한 일반국민의 신뢰를 심각하게 훼손하는 중대한 범죄행위이다. 그렇기 때문에 법률은 뇌물죄에 대해서 중한 형벌을 규정하고 있지만 정작 현실에 있어서 뇌물죄에 대하여 법원이 선고하는 형량은 대다수의 국민이 납득하기 어려울 만큼의 관대한 수준에서 정해지고 있다. 우리 사회의 양형에 대한 불신의 뿌리가 가장 깊게 박혀있는 영역이 바로 뇌물사범에 대한 처벌과 관련해서이고 뇌물죄의 높은 집행유예 선고율이 불합리하게 관대한 양형의 한 증거로서 빈번하게 언급되어진다. 실제로 1996년 이후 현재까지 선고된 뇌물죄의 집행유예율이 1심의 경우에는 75%를 상회하고, 2심의 경우에는 80%를 상회하고 있다고 한다. 이와 같은 뇌물죄의 집행유예율은 일반 형사공판사건 집행유예율에 비하여 적게는 10%, 많게는 20%이상을 상회하는 수준이다.

다. 과도한 특별예방적 양형

현행 뇌물죄의 양형실무를 보면 ‘수뢰공무원이 이미 징계처분을 받았다’는 점과 ‘공무원직에서 당연퇴직하기 때문에 재범위험이 없다’고 하는 이유로 관대하게 처벌하는 경우를 많이 볼 수 있다¹⁾. 범죄인의 주관적 사정을 고려하고 그 범인이 다시 범죄에 빠지지 않는 것을 목적으로 하는 이른바 ‘특별예방적’

1) 대표적으로 서울중앙지방법원 99고합118사건을 들 수 있는데, 판결은 “위 피고인이 국회의원으로서 공직에 봉사해 왔고, 전과가 없으며, 이 사건으로 총선에 낙선하여 정치적 심판을 받았다”하면서 작량감경사유를 밝힌 후, 다시 “오랫동안 국회의원으로 공직에 봉사해 왔고, 유죄판결이 되면 국회의원의 신분을 상실하게 된다”는 점을 집행유예 사유로 적시하고 있다.

■ 주제 1_ 뇌물죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

형벌관이다. 그러나 뇌물수수행위가 사회에 미치는 해악이 어떠한 강력범죄보다도 광범위하고 치명적이라는 점을 감안해 본다면, 전과가 없고 재범가능성이 없다는 것만으로 일반범죄와 같은 기준에 의해 특별예방적 관점을 고려하여 관대한 양형을 한다는 것은 납득하기 어려운 것이다. 오히려 공직자에 대한 이러한 관대한 배려에 의한 처벌관행은 일반국민에게 직위가 높을수록 부정행위에 대해서는 한번은 면죄부를 줄 수 있다는 잘못된 인식을 심어줌으로써 뇌물죄의 처벌이 가져야 할 일반예방적 목적을 저해하게 된다. 이처럼, 특별예방적 관점이 강조되는 경향은 피고인의 주관적 양형인자를 지나치게 중시하는 양형관행으로도 나타난다. 뇌물죄에 있어서 행위자의 개인적인 사정과 관련된 사항은 원칙적으로 배제하는 것이 옳다.

3. 뇌물죄의 양형기준에 대하여

가. 법관의 양형재량권 제한

범죄의 태양에 따라 다소 편차가 있을 수 있으나 일반적으로 법관의 양형재량은 제한되어야 한다. 뇌물죄에 있어서 법관의 양형재량은 특히 제한될 필요가 있다. 뇌물죄는 범죄인 개인의 문제가 아니고, 공직사회에 대한 신뢰의 문제이자, 사회 전체의 부패구조의 문제이다. 법관의 재량보다는 국민일반의 법감정이 오히려 중요하다. 첫째, 뇌물죄의 각 범죄유형에 따라 양형기준을 정하고, 둘째, 각 양형기준에 따른 처단형의 범위를 제한하며(그 범위는 폭이 넓어서는 안될 것이다), 셋째, 법관의 그 처단형의 범위내에서 판결을 선고할 수 있도록 해야 할 것이다²⁾. 아울러, 입법과제로는 비현실적인 법정형을 개선하는

2) 법무부가 추진하고 있는 “공무원이나 공기업 임직원 등의 직무 관련 수뢰 때 징역형과 함께 수수액의 최고 5배에 달하는 벌금을 반드시 부과토록 추진하는 방안”도 긍정적인 검토가 필요하다.

것도 필요하다. 또한, 뇌물죄에 대해서는 원칙적으로 국민참여재판제(배심제)에 의해 일반 국민들이 유무죄 뿐만 아니라, 양형까지도 결정할 수 있도록 하는 방안도 검토될 필요가 있다³⁾.

나. 공직신뢰의 파괴에 대한 엄벌의 필요성

뇌물죄에 있어서 집행유예의 선고비율은 실형 선고비율의 3배 이상 높게 나타나고 있다. 이는 뇌물죄의 특성상 공무원신분의 박탈과 사회적 명예의 실추라고 하는 비공식적·법률외적 요인을 고려하는 법원의 전통적인 양형태도가 주된 원인이 된다고 볼 수 있다. 물론 뇌물죄의 집행유예의 비율이 높다고 하더라도 집행유예의 요건과 사유만 갖추어져 있다면 비판의 대상이 되어서는 안될 것이다. 그러나 뇌물죄에 있어서 집행유예의 선고는 형량을 낮추는데 이용하였던 사유들을 다시 집행유예를 선고하는데 근거로 사용하는 ‘이중적 감경’을 한다는데 문제가 있다. 집행유예를 선고하려면 일반예방적 관점에서 형집행의 필요성이 없어야 하는데, 뇌물죄에 대한 집행유예는 국민들의 냉소주의만 불러일으킬 뿐이다. “뇌물죄는 엄벌된다”는 인식이 정착될 수 있도록 해야 한다.

다. 주관적 양형요소에 대한 제한

뇌물죄에서 고려되고 있는 양형요소 중에서 객관적으로 적용되는 것들이 있다. 뇌물의 액수, 수뢰자의 지위 등이 그것이다. 뇌물의 액수가 불법성을 가늠하는 절대적인 기준은 아니지만, 양형요소로서의 객관성은 부인할 수 없다. 뇌

3) 검찰의 재량권도 제한할 필요가 있다. 검사의 구약식 기소 대한 기준이 설정되어야 하고, 기준에 어긋난 검사의 구약식 기소에관한 고소인의 불복절차가 만들어져야 한다. 현재 검사가 가지고 있는 벌금형으로 갈 것이냐(구약식), 아니냐(구공판)에 관한 결정 권한은 아예 삭제하는 것도 검토가 요구된다. .

■ 주제 1_ 뇌물죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

물액수에 따라 처단형의 범위를 구체화하고, 일정액수 이상에 대해서는 집행유예를 선고할 수 없도록 해야 할 것이다. 수뢰자가 선출직 공무원이거나 해당 업무의 의사결정을 담당하거나 그에 직접적인 영향력을 행사할 수 있는 지위에 있는 경우, 세금·병역·환경·보건·사법 등 국가의 주요기능과 관련있는 경우 형을 가중할 필요가 있다. 그밖에 수뢰자가 뇌물을 적극적으로 요구했는지, 실제로 청탁을 이행했는지, 사적인 용도로 사용했는지도 중요한 양형요소가 될 것이며, 뇌물액의 반환이나 자백여부도 일반적인 양형인자로 활용될 수 있을 것이다. 문제는 뇌물사범의 주관적 요소이다. 주관적 요소는 양형요소로 적시할 수 없도록 제한할 필요가 있다. 첫째, “공직자로서 오랫동안 봉사해왔다”는 식의 양형요소는 가중사유라면 모를까 감경사유가 될 수 없다. 둘째, 이종전과가 없다거나 개전의 정이 있다는 등의 사유도 공직수행의 신뢰를 보호하는 뇌물죄의 특성상 고려될 필요가 없다. 셋째, 뇌물죄로 인해 공직을 상실하게 된다는 더 이상 공직을 유지할 의사가 없다는 등의 사유도 양형요소로는 부적절하다⁴⁾.

4. 결론

뇌물죄의 양형기준을 구체화한다고 하더라도, 법관의 양형재량 자체를 부인할 수는 없을 것이다. 다만, 양형기준을 벗어나는 경우에는 구체적 사유를 적시하도록 의무화하고, 뇌물죄 등 특정범죄에 대한 양형사유는 원칙적으로 모두 공개하도록 하는 것이 객관적이고 투명한 양형 합리화에 기여할 것으로 생각된다.

4) 대구지방법원 2005고합119판결은 “더이상 국회의원으로 활동할 의사가 없다”는 점을 양형요소로 적시하고 있다.

〈별첨〉 뇌물죄 판결문에 나타난 감형사유 분석

○ 조사자 : 참여연대 사법감시센터

○ 대상 : 뇌물죄로 언론보도된 전 현직 공직자 중 1심 판결문이 취합된 22명

<p>감형사유가 기록된 19건의 감형 사유 세부 분석</p>	<p>감형사유가 기록된 19건 중 사회발전에 힘쓴 점 고려 42.1% (8건) 피해액 변제 89.4% (17건) 범죄전력이 없음 57.8%(11건) 반성하고 있음 21% (4건) 나이와 건강에 대한 고려 42.1%(8건)</p>
<p>감형사유 중 '사회발전에 기여' 항목에 대한 세부적 열거사례</p>	<ul style="list-style-type: none"> - 오랜 기간 도시계획 분야의 교직 및 공직에 있으면서 전문가로서 사회에 이바지한 점(전 지자체 부시장) - 더 이상 국회의원을 할 의사가 없다는 점 (전 국회의원) - 민주화를 위하여 오랜 기간 헌신하여 온 점(전 국회의원) - 약 33년의 공직생활 동안 국가를 위해 나름대로 헌신하여 청조근정훈장, 녹조근정훈장 등을 수여받은 사정(전 금감위원장) - 오랜기간 국회의원으로 공직에 봉사, 특히 이 사건으로 낙선해 정치적 심판을 받음(전 국회의원) - 금감위 위원장, 금융감독원 원장을 비롯한 약 33년의 공직생활 동안 국가를 위해 나름대로 헌신하여 청조근정훈장, 녹조근정훈장 등을 수여받은 사정(전 금감위원장) - 군수로서 지역사회 발전에 기여해 온 점(전 군수)

주제 1 } 토 론 문

‘뇌물죄, 이런 양형기준을 원한다’에 대한 토론문

박용철 서강대 법대, 형사소송법

1. 들어가는 말

각종의 특혜 수혜 혹은 차별적인 취급을 면하기 위해 존재하는 뇌물수수의 관행이 사회에 얼마나 퍼져 있는지, 그리고 이를 바라보는 시민의 의식수준이 어떠한가 하는 점은 그 사회의 건전성 및 반부패 실현에 대한 의지 및 현황의 바로미터라 할 수 있을 것이다. 그런데, 최근 언론을 통해 보도된 공직선거법 위반 및 뇌물수수로 기소된 서울시의회 의원들 중 일부의 법정에서의 행태¹⁾를 보면 개탄스럽기까지 하다. 게다가 뇌물수수죄로 실형이 선고되어 수감 중인 모 정치인에 대하여 과거의 업적을 이유로 사면청원운동을 하며 이를 우호적으로 보도한 언론의 태도²⁾는 우리사회에서 뇌물수수라는 것이 얼마나 뿌리 깊은 관행이며 그 위법성에 대한 인식이 희미한지를 깨닫게 해주는 예라 할 수 있을 것이다.

1) 이에 대한 기사는 조선일보 2008년 9월 26일자
(http://news.chosun.com/site/data/html_dir/2008/09/26/2008092600254.html (last visited on Sep. 26, 2008))에서 확인할 수 있다.

2) 이에 대한 기사는 연합뉴스 2008년 9월 10일자
(<http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=102&oid=001&aid=0002262935> (last visited on Sep. 26, 2008))에서 확인할 수 있다.

법원의 뇌물죄에 대한 양형 현실 역시 발제문에서 언급된 과중할 정도의 법정형과는 달리 위에서 논의한 본죄에 대한 일반 사회에서의 희박한 불법의식과 크게 다르지 않은데, 최근 전국 법원 합계 226건에 대한 선고형 분석에서 선고유예 및 집행유예가 차지하는 비용이 80퍼센트를 상회했을 정도로 실형이 선고된 경우는 상당히 적었다.³⁾ 이른바 화이트칼라 범죄 중 하나로 볼 수 있는 뇌물죄⁴⁾에 있어 왜 이처럼 가벼운 형량이 선고되었는지에 대한 원인분석은 여러 가지로 할 수 있겠으나 우선적으로 '구체적인 양형 기준이 없는 현 상황에서 재력을 이용하여 전관 변호사 등 유능한 변호사들을 선임, 법정 안팎에서 효과적으로 변론 활동을 한 결과'⁵⁾로도 볼 수 있을 것이다. 또한 발제문에서 지적한 바와 같이 '뇌물사범에 대하여 일정한 형량 이상의 양형 또는 실형을 유도 내지 강제하고자 하는 법의 취지는 현실에 있어 과도한 법정형의 부담으로 작용되고 있으며' 이에 따라 실형 대신에 집행유예를 선고하는 경우가 발생하게 된다고 볼 수 있을 것이다. 이러한 의미에서 최근 헌법재판소가 청구인들이 '뇌물죄의 사안이 경미한 경우에는 벌금형을 선고할 필요가 있음에도 형법 제129조 제1항이 수뢰죄의 법정형을 징역형과 자격정지형만으로 규정한 것은 청구인의 행복추구권과 평등권 등을 침해하여 헌법에 위반'한다는 취지로 청구한 헌법소원심판에서 '구체적인 사안에 따라 행위자에게 비난가능성이 매우 적거나 거의 없는 경우에는 징역형 또는 자격정지형의 선고를 유예함으로써 그 책임에 상응하는 적절한 양형을 할 수 있다'고 판시한 것⁶⁾은 대부분의 경우 실형 이외의 선고유예 혹은 집행유예 판결은 적절한 처벌이 될 수 없고, 뇌물죄에 대한 효과적 처벌을 위해 그 뇌물죄 양형의 인자들을 좀 더 구체화하고 더 나아가 뇌물로 받은 이익의 몇 배에 달하는 벌금형을 부과 내지 병과

3) 손철우, 우리나라 양형 현황에 관한 기초 보고, 28면 (2007) [이하 손철우].

4) 정진연, 공무원 범죄에 관한 연구 - 뇌물죄를 중심으로 -, 한국부패학회 및 반부패특별위원회 공동주최 제8회 국내학술대회 발표 논문, 한국부패학회보, 한국부패학회 78면 (2001) [이하 정진연]. 설민수, 화이트칼라 범죄의 양형: 현실의 양형과 양형격차, 양형 목적에 비추어 본 양형지침과 전망을 중심으로, 1~3면 참조 [이하 설민수].

5) 이주형, 우리나라 양형관행의 일반적 문제점, 13면 (2007) [이하 이주형].

6) 헌법재판소 2008. 5. 29, 2007헌바18.

■ 주제 1_ 뇌물죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

할 필요성이 있다는 필자의 입장과는 어느 정도 거리가 있다.

본 토론문에서 필자는 우선 발제문에서 제기된 여러 논점들에 대하여 살펴 보고, 참고자료로 활용할 수 있는 미국 연방의 제도에 대한 간략한 언급과 함께 마무리 짓고자 한다.

2. 발제문 내용에 대한 토론

1) 현행 뇌물죄 양형의 문제'에 대하여

(1) 규정상의 현실

현행법상 뇌물죄는 형법 제129조 이하에서 여러 가지 형태로 규정되어 있으며 이에 대하여 특정범죄가중처벌등에관한법률 제2조는 수뢰 액수의 많고 적음에 따라 무기징역까지 가중처벌되도록 규정하고 있고, 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제5조는 동일한 형태의 가중처벌을 금융기관 임직원에 대하여 규정하고 있다. 이처럼 공무원이 대상이 되는 수뢰죄에 대하여 벌금형을 규정하지 않음과 동시에 아주 무겁게 처벌하는 것에 대하여⁷⁾ 우리 대법원과 헌법재판소는 뇌물죄는 ‘공무원의 직무집행의 공정과 이에 대한 사회의 신뢰를 그 보호법익’⁸⁾으로 하고 있으므로 ‘뇌물을 수수한 공무원은 국민전체에 대한 봉사자로서 본분을 저버리고, 헌법으로부터 부여된 의무와 책임을 방기하여 공무원 직무의 연결성과 불가매수성을 해친 자’⁹⁾로서 엄중히 처벌해야 하기 때문으로 보고 있다.

7) 우리 형법은 제133조 규정에 뇌물을 증여한 행위(뇌물공여죄) 등에 대하여 벌금형을 규정함으로써 뇌물공여죄에 비해 수뢰죄의 법정형을 더 무겁게 처벌할 것을 규정하고 있다.

8) 대법원 2001. 9. 18, 2000도5438, 대법원 2002. 7. 26, 2001도6721, 대법원 2008. 2. 1, 2007도5190.

9) 헌법재판소 2008. 5. 29, 2007헌바18, 정진연, 전계 논문, 86면.

(2) 규정의 적용

위에서 언급한 이른바 공직신뢰 파괴에 대한 책임을 엄격하게 묻기 위해 별금형 없이 실형만을 규정하고 있는 뇌물수수죄의 규정에도 불구하고 형법상의 양형 규정을 적용함에 있어 ‘공무원신분의 박탈과 사회적 명예의 실추’¹⁰⁾라는 ‘신분상 불이익의 형벌 외 요소’¹¹⁾를 함께 고려함으로써 대다수의 경우 실형 선고 없이 집행유예로써 유죄판결을 선고하는 것에 만족하는 결과를 초래하고 있다. 이는 엄격한 법정형이 그 취지로 하고 있는 뇌물죄의 심각성에 대한 엄중한 처벌의 규정을 사실상 법원의 양형재량으로 형해화하고 있는 현실이라 할 수 있을 것이다.

발제문은 뇌물죄에 대한 ‘과도한 특별예방적 양형’을 비판하며 그 예로써 뇌물죄로 처벌 받을 경우 ‘공무원직에서 당연퇴직하기 때문에 재범위험이 없다’는 소위 재범의 위험성 없음을 이유로 유독 공직자에 대하여 관대하게 처벌하는 것은 뇌물죄 처벌의 일반예방적 목적을 저해하는 것이라 언급하고 있다. 이에 대한 예로써 발제문에서 제시한 서울중앙법원 판례¹²⁾는 피고인이 국회의원이었던 사안인 관계로 정치인의 특별사면이 항상 뉴스를 장식하는 현실에서 사면 복권의 대상이 될 가능성이 많은 국회의원을 재범의 우려가 없다는 이유로 가볍게 처벌하는 것은 부적합한 것이라 본다.

2) ‘뇌물죄의 양형기준에 대하여’

(1) ‘법관의 양형재량권 제한’

양형 지침에 대한 논의 자체가 너무나 광범위하고 들쭉날쭉하게 행사된 법관의 재량권에 대한 반성 내지 고민¹³⁾에서 출발되었다는 점에서 ‘일반론적으로

10) 발제문 참조.

11) 손철우, 전계 보고서, 28면.

12) 서울중앙지방법원 99고합118

13) 이에 대한 논의는 다음 기사

(<http://www.lawtimes.co.kr/LawNews/News/NewsContents.aspx?kind=&serial=41474>
(last visited on Sep. 28, 2008)에서 확인할 수 있다.

■ 주제 1_ 뇌물죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

법관의 양형재량은 제한되어야 하며 그러한 제한이 뇌물죄의 경우에도 적용되어야 하며 '뇌물죄의 각 범죄유형에 따라 양형기준을 정하고, 처단형의 범위를 제한'하는 동시에 '비현실적인 법정형을 개선'해야 한다는 발제문의 논지는 위에서 이미 논의한대로 필자도 기본적으로 동의하는 내용이며 이는 별다른 이론의 여지가 없다고 본다.

하지만 뇌물죄가 단지 범죄인 개인의 문제가 아닌 '공직사회에 대한 신뢰의 문제이자 사회 전체의 부패구조의 문제'라는 이유로 이의 양형에 있어 '법관의 재량보다는 국민일반의 법감정이 오히려 중요'하며 이와 논지를 같이하여 '뇌물죄에 대해서 원칙적으로 국민참여재판제에 의해 일반국민들이 유무죄뿐만 아니라 양형까지도 결정할 수 있도록' 해야 한다는 주장은 그 접근에 있어 더욱 신중할 필요가 있어야 할 것이다. 왜냐하면 뇌물죄 양형에 있어 여러 가지 의미로 사용될 수 있는 '국민의 법감정'¹⁴⁾이 사법개혁의 변화의 주도적 역할을 담당하고 국민참여재판에 있어서 배심원들이 뇌물죄에 대하여 양형까지도 결정하도록 하는 것은 어떠한 양형이 뇌물죄에 있어 가장 효과적인 것이 될 수 있는지에 대한 고민 없이 뇌물죄에 대한 현재의 불감증을 과도한 처벌로 대체 시킬 우려가 있기 때문이다.

(2) '주관적 양형요소에 대한 제한'에 대하여

양형에 있어 가중·감경 사유를 정하는 것은 개별 범죄자에 있어 서로 다르게 적용될 주관적 양형 요소를 되도록 객관화, 수량화함으로써 가능한 균일한 처벌을 하는데 그 목적이 있다고 본다. 따라서 뇌물죄 양형에 있어 '주관적 양형요소를 제한'하여야 한다는 발제문의 논지에 동의하며 가중과 감경의 사유별로 뇌물죄 양형시 특별히 고려해야 된다고 필자가 보는 양형 인자는 다음과 같다.¹⁵⁾

14) '법감정'에 대한 논의는 변종필, 법감정의 일반화를 위한 제언, 법철학연구, 한국법철학회 (2000) 참조.

15) 이는 발제문에서 언급한 것과 뒤에 언급할 미국의 경우를 간략하게 정리해 본 것이다.

첫째, 뇌물의 액수 또는 뇌물로 인해 끼친 손해의 정도에 따라서 양형의 기준이 차별화되어야 한다. ‘뇌물액수에 따라 처단형의 범위가 구체화’되어야 하고, ‘일정한 액수 이상에 대해서는 집행유예가 선고’될 수 없어야 한다. 또한, 단순히 액수에 따른 실형 선고뿐만 아니라 증뢰자의 경우 뇌물로 인한 각종 특혜 등의 부당이익을 금전으로 환산하여 몇 배를 추징할 필요가 있고 수뢰자의 경우 뇌물 액수의 몇 배를 상환하도록 하며 뇌물로 인한 특혜 수여 등으로 발생한 피해자의 금전적 손해를 계산하여 피해자에게 배상하도록 하는 등의 입법적인 검토가 함께 이루어져야 한다. 그러한 점에서 뇌물수수죄에 있어 징역형과 함께 수수액의 2~5배에 달하는 벌금형을 부과하는 방안이 추진되는 것은 바람직¹⁶⁾하다고 본다. 둘째, ‘수뢰자가 뇌물을 적극적으로 요구’하였거나 ‘실제로 청탁을 이행했는지’도 재범의 위험성과 관련하여 가중적인 양형 사유로 고려되어야 한다. 셋째, 뇌물을 수수한 자가 공무원으로써 어떠한 평가를 받아왔는지도 양형 인자로 고려되어야 한다고 본다. 단순히 ‘공직자로서 오랫동안 봉사해왔다’라든가 ‘개전의 정이 있다’고 하는 것은 적절한 양형 인자로 볼 수 없으며 공무원으로 일하는 동안의 객관적 평가가 감경 또는 가중 사유로 적용될 수 있다고 생각한다.

3. 미국의 제도

미국에서 미국 연방 양형 지침상의 화이트 칼라 범죄에 대한 처벌이 너무 무겁다는 논란¹⁷⁾이 있을 정도로 화이트 칼라 범죄는 일반 범죄와는 다른 취급을 받고 있다. 이 부분에서는 미국 연방법상의 뇌물죄에 대한 규정과 양형 인

16) 이에 대한 기사는 한국재경신문 2008년 9월 26일자
(<http://news.jknews.co.kr/article/news/20080925/5876932.htm> (last visited on Sep. 26, 2008))에서 확인할 수 있다.

17) Andrew Weissmann, Joshua A. Block, White-Collar Defendants and White-Collar Crimes, 116 YALE L. J. POCKET PART 286 (2007) 참조.

■ 주제 1_ 뇌물죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

자로 고려되는 것들을 간략하게 논의하고자 한다.

1) 미국 연방법상의 뇌물죄 처벌 규정

미국 연방법상 형법과 형사소송규칙이 규정된 표제 18번 (Title 18)의 첫 번째 부분 (Part I)은 다른 범죄와 함께 11장 (Chapter 11)에 연방 공무원이나 금융 기관 종사원들에 대한 뇌물 수수를 처벌하는 규정을 두고 있다.¹⁸⁾ 이른바 미국 연방법상의 뇌물죄의 총칙 규정이라 볼 수 있는 201조 (18 U.S.C. §201)는 201(b)조에서 뇌물죄는 상한 15년형의 실형과 함께 25만불 (기관의 경우 50만불) 또는 뇌물의 금전적 가치의 3배에 이르는 벌금 그리고, 모든 연방 공직에서의 자격 박탈로 처벌할 것을 규정하고 있다.¹⁹⁾

또한, 홉스법 (the Hobbs Act)이라 불리는 1951조 (18 U.S.C. § 1951)는 이른바 공무원의 독직 (Extortion)에 대하여 ‘공무원이라는 권한을 갖고 (Under Color of Official Right)’ 뇌물을 받는 것을 금지하고 있다.²⁰⁾

한편 미국 연방 의회는 기존의 1934년 증권거래법 (the Securities Exchange Act of 1934)과 1977년 외국 부패 관행법 (the Foreign Corrupt Practices Act of 1977)을 보완한 1998년 국제 반부패 및 공정 경쟁법 (the International Anti-Bribery and Fair Competition Act of 1998)을 공포함으로써 미국인의 해외 기업에 대한 뇌물 제공 행위까지 처벌²¹⁾하고 있는 실정이다.

18) Julie R. O'Sullivan, *Federal White Collar Crime* (2nd ed.) p. 586 West (2003) [hereinafter O'SULLIVAN], 또한 해당 미국 연방법에 대한 자료는 http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode18/usc_sup_01_18_10_I_20_11.html (last visited on Sep. 28, 2008)에서 확인할 수 있다.

19) Id.

20) Id at 587.

21) 해당 미국 연방법에 대한 자료는 <http://www.law.cornell.edu/search/index.html> (last visited on Sep. 28, 2008)에서 확인할 수 있다.

2) 미국 연방 양형 지침 (Federal Sentencing Guideline)상의 뇌물죄 양형 인자

비록 미국 연방 양형 지침이 최근 일련의 판례로 인해 강제적 (Mandatory)인 것이 아닌 권고적 (Advisory)인 것으로 변경되어,²²⁾ 양형 지침을 꼭 의무적으로 적용할 필요는 없으나 양형에 있어 양형 지침은 연방법원에서의 양형시 반드시 고려되어야 하는 요소이며,²³⁾ 범죄의 본질과 주변 환경 그리고 범죄자의 성향들을 고려함에 있어 참고 가능한 자료로 인정되고 있다.²⁴⁾ 미국 연방 양형 지침 2C1.1조는 피고인이 위에서 이야기한 뇌물죄에 대한 201(b)조의 뇌물죄 등으로 유죄 판결을 받았을 경우 적용할 수 있는 가중적인 양형 인자들에 대하여 규정하고 있는데 이를 간략히 정리하면 다음과 같다.

첫째, 1회 이상의 뇌물 제공이 있다면 처벌 수위가 양형 지침상 두 단계가 높아진다.²⁵⁾

둘째, 뇌물의 가치 그 자체나 뇌물을 수수함으로써 발생한 정부의 손해²⁶⁾가 미화 5천불 이상일 경우 이는 가중 요소가 된다.²⁷⁾

셋째, 검사나 판사 또는 이와 유사한 법을 집행하는 위치에 있는 고위 공직자가 연관된 경우²⁸⁾이거나,

넷째, 뇌물을 수수한 대상이 이민국 직원인 경우²⁹⁾ 다섯째 뇌물의 가치나 뇌물로 인해 발생한 손해가 측정 불가능한 경우³⁰⁾이거나 뇌물의 가치나 발생

22) *United States v. Booker*, 543 U. S. 220 (2005), Ragan Naresh, Eliezer Strassfeld & William Spieler, *Public Corruption*, 43 AM. CRIM. L. REV. 825, 839 (2006) [hereinafter NARESH, STRASSFELD & SPIELER].

23) 543 U. S. 264 (2005).

24) 18 U. S. C. §3553(a).

25) U. S. S. G. Manual §2C1. 1(b)(1)(2005)(Id at 840 footnote 117 참조).

26) *United States v. Falcioni*, 45 F. 3d 24, 28 (2d Cir. 1995)에서 기준이 되었던 것은 미화 4만천불에 달했던 정부의 손해였다. (Id at 840 footnote 124 참조).

27) U. S. S. G. Manual §2C1. 1(b)(2)(2005) 또한, *United States v. Pankhurst*, 118 F. 3d 345, 354 (5th Cir. 1997)에서 법원은 뇌물의 가치가 미화 5백만불을 넘는 경우 양형 지침상 14단계를 상향 조정할 것을 추천하고 있다. (Id at 840 footnote 123 참조).

28) U. S. S. G. Manual §2C1. 1, cmt. n. 4 (2005)(Id at 842 footnote 134 참조).

29) U. S. S. G. Manual §2C1. 1(b)(4)(2005)(Id at 842 footnote 142 참조)

30) U. S. S. G. Manual §2C1. 1, cmt. n. 7 (2005), *United v. Reeves*, 892 F. 2d 1223, 1229 (5th Cir. 1990)에서 법원은 뇌물이 지속적으로 제공되었을 것이므로 총액을

■ 주제 1_ 뇌물죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

한 손해가 범죄의 심각성을 반영하지 못하고 있을 경우³¹⁾ 등을 들 수 있다.

4. 맺음말

뇌물죄는 그 처벌에 있어 법 규정과 현실 사이의 괴리가 가장 두드러지게 보이는 분야 중 하나이다. 발제문에서 논의한대로 뇌물죄에 대한 처벌은 죄형 법정주의 위반이라는 비판을 들을 정도로 가혹한 반면 실제로 그러한 법정형이 선고형까지 반영된 경우는 상당히 없는 기형적인 모습을 띄고 있다. 따라서 처벌의 적정성 확보를 위해서는 현재의 법정형을 현실화하고, 뇌물의 액수 혹은 뇌물로 인해 끼친 손해의 일정 배액을 벌금으로 추징하는 벌금형 등을 병과 하는 것으로 법을 개정하는 입법적인 개선을 통해 실제법상 뇌물죄의 처벌이 효과적인 것이 되도록 해야 한다.

그리고 현재 뇌물죄에 있어서만 법관의 양형 재량을 제한할 수는 없을 것이므로 발제문에서 언급한 바와 같이 주관적 양형 요소 등을 지나치게 고려하는 등의 온정주의적인 양형 태도를 지양하고 양형 인자를 조금 더 세분화, 객관화하여 형사 정의 실현에 도움이 되는 방향으로 나아갈 필요가 있다. 또한, 뇌물죄에 있어 가장 큰 문제 중 하나인 정치인들의 뇌물수수죄의 경우에 있어 ‘정치인들의 직무권한의 광범위성과 포괄적 성격, 그리고 우리 사회에 뿌리내려온 정치자금 수수의 관행 등을 이유로 법해석에 있어 특히 고려해야 할 점들이 많은’³²⁾ 뇌물 정치인들에 대하여 선고 이후 거의 관행화된 무차별적인 사면 역시 제한되는 것이 뇌물죄의 정당한 처벌을 위한 길이라 생각한다.

추정한다는 것이 불가능할 경우 이를 가중 요소로 고려하는 것은 적절하다고 판시하였다. (Id at 843 footnote 148 참조).

31) U. S. S. G. Manual §2C1, 1, cmt. n. 7 (2005) (Id at 843 footnote 149 참조).

32) 서보학, 정치인과 뇌물죄, 제6회 한국부패학회 학술대회 논문집, 한국부패학회 5면 (1998) [이하 서보학].

〈참고 문헌〉

변종필, 법감정의 일반화를 위한 제언, 법철학연구, 한국법철학회 (2000).

서보학, IMF의 극복: 부패추방의 전략 / 정치인과 뇌물죄, 제6회 한국부패학회 학술대회 논문집, 한국부패학회 (1998).

정진연, 공무원 범죄에 관한 연구 - 뇌물죄를 중심으로 - , 한국부패학회 및 반부패특별위원회 공동주최 제8회 국내학술대회 발표 논문, 한국부패학회보, 한국부패학회 (2001).

Ragan Naresh, Eliezer Strassfeld & William Spieler, Public Corruption, 43 AM. CRIM. L. REV. 825 (2006).

Julie R. O'Sullivan, Federal White Collar Crime (2nd ed.), West (2003).

Andrew Weissmann, Joshua A. Block, White-Collar Defendants and White-Collar Crimes, 116 YALE L. J. POCKET PART 286 (2007)

주제 2 } 발 제 문

배임·횡령 범죄에서의 바람직한 양형 판단은 무엇인가

이상훈 변호사, 참여연대 시민경제위원회 실행위원

1. 들어가며

가. 대기업범죄 감시의 중요성

지배주주 또는 경영진에 의한 대기업범죄행위는 업무상 배임, 횡령 뿐만 아니라 주가조작이나 내부자거래 등 증권거래법 위반, 분식회계와 관련한 주식회사의 외부감사에 관한 법률 위반, 각종 허위 자료로 기초한 사기죄, 기타 뇌물죄나 배임증수죄, 조세범처벌법 위반 행위 등 다양한 형태로 발생한다. 이러한 범죄행위는 해당 기업의 주주와 채권자, 노동자, 관련 기업 등에게 유무형의 손해를 끼쳐 건전한 시장경제 발전을 막을 뿐만 아니라 국민경제의 발전을 저해하는 반사회적 범죄로 반드시 엄벌되어 근절시켜야 할 범죄들이다.

그럼에도 불구하고 이러한 범죄행위들에 대하여 법원이 '경제상황' 등을 이유로 일반 범죄들의 경우보다 미온적인 처벌을 한다는 비판이 계속 제기되었다. 그러나 이는 크게 두 가지 측면에서 결코 바람직하지 못하다. 첫째는 이러한 양형상 불균형이 시정되지 않는다면, 유전무죄, 무전유죄로 상징되는 사

법의 불공평에 대한 일반인들의 반감이 사리지지 않을 것이고, 결국은 사법절차에 대한 국민적 불신으로 귀착될 것이다. 둘째는 이러한 미온적인 처벌이 계속된다면 불법적인 기업경영 관행들을 존치시킴으로써 경제의 투명성·공정성은 물론 국가경쟁력이나 신인도에 부정적 영향을 미치기 때문에, 일반 예방적 관점으로도 진지하게 바라보아야 한다.

본 발표에서는 현재 대법원에서 논의 중인 배임, 횡령에서의 양형요인과 관련되므로, 대기업범죄행위들 중 ‘배임과 횡령’의 범죄행위에 국한하여 살펴본다. 아울러 직원이나 일반인 등 다양한 주체들에 의해 이루어지는 ‘배임과 횡령’과는 논의의 성격이 다르므로, ‘배임과 횡령’의 범죄행위들 중 ‘지배주주 또는 경영진’에 의해 이루어지는 것으로 국한하여 살펴본다.

나. 배임과 횡령의 범죄구성요건과 형법상 양형요인

업무상 배임죄란 업무상 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상 이익을 취득하거나 제3자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가하는 경우에 성립하는 죄이다(형법 제356조). 횡령죄란 타인의 재물을 보관하는 자가 그 재물을 횡령하거나 그 반환을 거부한 경우에 성립한다(형법 제355조 제1항). 만일 배임의 죄를 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득하게 한 재물 또는 재산상 이익의 가액이 5억원 이상 경우에는 특정경제범죄가중처벌등에관한법률에 의하여 가중처벌하고 있고(제3조 제1항), 횡령의 경우도 마찬가지다.

- 이득액이 5억원 이상 50억원 미만인 경우 : 3년 이상 유기징역
- 이득액이 50억원 이상인 경우 : 무기 또는 5년 이상 유기징역

■ 주제 2_ 배임 횡령, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

지배주주 또는 경영진에 의한 대기업범죄행위는 배임, 횡령의 규모가 5억원 이상이므로, 특경가법상 배임, 횡령이 문제가 된다. 그리고 형법 제51조에서는 “1. 범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행후의 정황”을 양형사유로 정하고 있다.

2. 대기업범죄의 선고 및 양형 현황

가. 선고 현황

(1) 아직까지 지배주주 또는 경영진에 의한 대기업 범죄행위에 대한 정부의 공식적인 통계자료는 없다. 대신 2006. 7. 참여연대 사법감시센터의 이슈리포트인 ‘2000년 이후 배임/횡령 기업인 범죄 판결 사례조사’와 2007. 7. 경제개혁연대의 리포트인 ‘우리나라 법원의 화이트칼라 범죄 판결의 양형 사유 분석’ 자료가 좋은 분석 자료가 되고 있다. 위 자료들 중 후자 자료가 분석 대상 판결문이 많고 최근 시점까지도 포함하고 있어서 아래에서는 주로 후자 자료를 참고한다.

(2) 다른 범죄들과의 비교

경제개혁리포트에서는 2000. 1.부터 2007. 6.말까지 특경가법상 배임, 횡령으로 기소되어 재판을 받은 지배주주와 경영진 중 언론보도를 통해 확인되는 137건의 판결을 다른 판결들과 비교, 분석하였다. 비교군인 판결들은 소위 ① 길거리 범죄(Street Crime)인 절도, 강도죄, ② 지배주주 또는 경영진 이외의 다른 행위주체자들에 의한 경우까지 포함한 일반 형법상의 배임, 횡령죄, ③ 배임, 횡령 이외의 사기, 재산해외도피, 금융기관 임직원들의 수재까지 포함한 특경가법 위반죄 전체이고, 비교군인 판결들은 대법원이 매년 발간하는 사법연

감 의 「형사공판사건 죄명별 재판 인원수 표 자료」를 참조하였다. 이에 따라 분석된 범죄 유형별 집행유예 선고 비율은 다음과 같다.

	특경가법상 배임, 횡령	절도, 강도	형법상 배임, 횡령	특경가법 위반전체
집행유예 선고비율	71.1	47.6(23.5)	41.9(29.2)	47.5(23.6)

* 1심 기준, ()는 특경가법상 배임, 횡령의 경우와의 차이 <단위 :%/포인트>

우선 길거리 범죄(Street Crime)인 절도, 강도죄의 경우보다 집행유예의 선고 비율이 23.5%나 높았다. 강도죄의 경우에는 피해자에 대한 폭행, 협박 등을 하여 신체적 상해를 입힐 가능성이 높고 법정형이 3년 이상인 중범죄라는 점을 감안하더라도, 특경가법상 배임, 횡령으로 인한 피해액이 절도, 강도로 인한 피해액보다 훨씬 많다는 점을 감안한다면, 위 비교수치는 의미가 있는 차이이다. 특히 2000년 사법연감에서는 절도죄를 강도죄와 떼어서 분류하였는데, 이에 의하면 절도죄만의 집행유예 선고비율은 51.3%로서, 특경가법상 배임, 횡령이 19.8%이 더 높다.

다음으로 특경가법상 배임, 횡령죄는 일반 형법상의 배임, 횡령죄보다 그 이득액이 크기 때문에 가중처벌하고 있는데, 오히려 일반 형법상의 배임, 횡령죄보다 집행유예 선고비율이 높은 기이한 현상이 나타나고 있다.

또 특경가법 위반전체의 경우에는, 배임, 횡령의 경우보다 법정형이 낮은 제 5조 내지 제9조의 범죄들이 포함되어 있는데, 오히려 특경가법상 배임, 횡령죄의 경우가 특경가법 위반전체의 경우보다 집행유예 선고비율이 높다.

이러한 조사결과들은 결국 법원이 지배주주 또는 경영진에 의한 배임, 횡령의 범죄행위에 대하여 일반 생계형 범죄의 경우보다, 그리고 일반인들에 의해 이루어진 배임, 횡령의 경우보다, 그리고 대규모 범죄행위이지만 다른 형태의 경우보다도 더 관대하게 처벌하고 있음을 추론하게 된다.

■ 주제 2_ 배임 횡령, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

(3) 1심과 항소심의 경우의 비교

경제개혁리포트에서의 또 다른 의미있는 분석은, 1심과 2심의 집행유예 차이이다. 즉 1심의 경우 지배주주보다 전문경영인의 집행유예의 비율이 훨씬 높는데, 항소심에서는 그 차이가 줄어든다는 것이다. 이는 법원에서 전문경영인에 대해서는 지배주주 일가보다 관대하게 처벌하고 있다는 의미와 함께, 항소심에서는 지배주주라 할지라도 양형을 무원칙하게 감해주는 판결관행이 있음을 추론하게 된다.

	지배주주	전문경영인
1심	43.3%	93.9%
항소심	67.3%	100.0%

나. 양형 사유

(1) 경제개혁리포트에 의하면, 지금까지 법원에서 지배주주 또는 경영진에 의한 대기업범죄의 판결문에서 양형사유로 적시한 내용들은 다음과 같다.

- 사회공헌 혹은 경제발전기여 : 예) 기업을 오랜 기간 경영하면서 국내 화석산업을 비롯한 국내 경제발전에 기여한 점, 문화재단을 통해 결식아동지원, 장학사업, 학술지원사업, 문화예술지원사업을 꾸준히 해 왔다는 점
- 범죄전력
- 피고인의 나이와 건강
- 전문경영인 항변 : 예) 전문경영인으로서 사실상 그룹을 총괄하는 총수의 지시에 따를 수밖에 없다는 점, 총수 중심으로 대기업들이 운영되는 현실에서 총수 결단이나 지시에 이를 제기하고 거절하는 것이 용이하지 않다는 점
- 개인적 이득 없음
- 시대적 관행 혹은 IMF와 같은 특수상황

- 피해액 변제
- 재산 및 경영권, 직위 상실 : 예) 회장직에서 물러났고, 개인 소유의 부동산을 출연했으며, 기업과 재산을 잃어버림으로써 경영실패에 대한 대가를 치른 점
- 범행 자백, 자수
- 피해자나 이해관계자의 처벌불원 의사표시

(2) 양형 분석

	지배주주	비율	전문경영인	비율
1	피해액변제	86.4%	개인적 이득 없음	66.1%
2	개인적 이득 없음	46.6%	전문경영인 항변	61.2%
3	범죄 전력	44.1%	범죄전력	55.4%
4	사회공헌, 경제발전 기여	31.4%	피해액변제	40.5%
5	재산 및 경영권, 직위 상실	28.8%	범행자백, 자수	11.6%

지배주주와 전문경영인을 종합하여 분석할 경우, 양형사유 중 집행유예 선고 요인 중 가장 중요한 원인으로 판단한 것이 ‘피해액 변제’이다. 다음으로 중요하게 고려한 것은 ‘개인적 이득이 없음’을 들었는 바, 예컨대 최태원 SK 회장의 항소심에서 “재산상 이익을 취하는 것이 범행의 주된 목적이 아닌 것으로 여겨진다”라고 판시하였고, 계열사 출자를 위한 금융기관 차입금의 이자들 변제하기 위해 회사 자금을 횡령한 두산그룹의 박용성 회장의 경우에도 마찬가지이다. 이에 비하여 특경가법의 적용여부나 범죄의 경중을 결정짓는 이득액의 크기는 집행유예 선고에 큰 영향을 미치지 않는 것으로 분석되었다.

3. 바람직한 양형 요인을 위한 제언

가. 기본적인 방향

지금까지 법원에서 실시한 양형사유는 형법에서의 양형사유인 ‘범인의 연령,

■ 주제 2_ 배임 횡령, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황'와 상당히 관련이 있기 때문에, 이를 배척할 이유는 없다. 그러나 각 양형사유를 살펴보면 과연 그것이 적절히 평가한 것인지 의문이 드는 경우가 있고, 또한 각 양형사유의 비중을 달리 해야 할 필요가 있거나 새로운 양형사유를 검토할 필요가 있는 경우도 있다. 나아가 배임, 횡령의 구성요건과 관련해서도 그 인식을 전환할 필요가 있는 경우도 있다. 이러한 관점에서 기존의 양형사유를 재구성해 본다.

나. '타인의 사무 처리'와 관련하여

‘소유지배과리도 및 의결권승수’를 고려해야

우리나라는 개인과 회사를 엄격히 구분하고 있어서, 설사 100% 지분을 보유하고 있는 대표이사의 행위이더라도 업무상 배임 또는 횡령죄가 부정되지 않는다. 그러나 100% 지분을 보유한 대표이사가 회사 재산을 빼돌린 것과 1% 지분을 보유한 대표이사가 회사재산을 빼돌린 것을, 동일하게 보기는 어렵다. 50% 지분을 가진 지배주주가 회사 돈을 빼돌린 경우 지배주주는 원칙적으로 회사 피해에 대하여 50%의 지분 비율만큼 손해를 본다고 할 수 있지만, 5% 지분을 가진 지배주주는 그렇지 않기 때문이다. 따라서 지배주주와 전문경영인에 의한 대기업범죄에서도 과연 지배주주가 어느 정도로 회사에 출자를 하고 지배력을 가지고 있는지를 고려해야 한다.

이를 위해서는 지배주주의 '지분율' 뿐만 아니라, 공정거래위원회가 발표하는 '소유지배과리도'와 '의결권 승수'도 참고하여야 한다. 왜냐하면 지배주주가 동일하게 10%의 지분을 보유하더라도, 5% 이상 주식을 보유한 다른 주주가 없는 상황과 여럿 있는 상황을 동일하게 볼 수 없기 때문이다. 소유지배과리도는 기업집단 총수의 소유지분율³³⁾과 의결지분율³⁴⁾간 차이로서, 총수(일가)가

실제로 소유하고 있는 지분보다 얼마나 많은 지분에 대하여 의결권을 행사할 수 있는지를 나타낸다. 의결권 승수는 의결지분율과 소유지분율간 비율을 말하며, 총수(일가)가 실제로 소유하고 있는 지분보다 몇 배의 의결권을 행사할 수 있는지를 나타낸다. 소유지배구조와 의결권 승수가 클수록 소유지배구조의 왜곡이 심하다는 것을 의미한다.

참고로 2007년 공정위의 소유지분구조 보고서에 의하면, 43개 총수 있는 재벌그룹의 전체 지분 가운데 총수일가의 지분(의결권 없는 주식포함)은 4.90%이고, 특히 규모가 상대적으로 큰 출자총액제한 기업집단 11개의 총수 일가의 지분은 3.45%에 불과하다.

기업집단명	소유지분율	의결지분율	소유지배 괴리도 (%포인트)	의결권승수(배)
삼성	3.55	28.74	25.19	8.10
현대자동차	6.45	37.10	30.65	5.75
에스케이	2.47	38.54	36.07	15.60
엘지	5.69	38.55	32.86	6.78
롯데	13.28	51.99	38.71	3.91
지에스	17.99	50.39	32.40	2.80
금호아시아나	8.14	46.86	38.72	5.76
한진	9.89	32.34	22.45	3.27
현대중공업	10.19	33.33	23.14	3.27
한화	4.92	53.48	48.56	10.87
두산	5.96	56.00	50.040	9.40
평균	6.38	37.74	31.36	7.54

(2007년 4월 1일 기준)

자료 : 공정거래위원회

삼성그룹의 경우 이근희 회장의 그룹 계열사 내 지분은 고작 0.31%, 이재용 전부 등 일가를 포함한 지분율은 0.81%로 전체 재벌그룹 가운데 총수 일가 지분율이 가장 낮았고, 에스케이의 총수일가 지분은 1.50%, 현대그룹의 총수

33) 소유지분율 : 총수(일가)가 계열회사에 대하여 직접 보유하고 있는 지분으로서, 총수 및 총수 친족 지분의 합

34) 의결지분율 : 총수(일가)가 실제로 영향력을 행사할 수 있는 지분으로서, 총수, 친족, 임원, 비영리법인, 계열회사 지분의 합

■ 주제 2_ 배임 횡령, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

일가 지분은 현대(2.24%)에 불과하다.

이에 따라 43개 총수 있는 재벌그룹의 소유지배 괴리도는 31.28%, 의결권 승수는 6.71배이고, 특히 11개 출자총액 제한 기업집단의 경우 소유지배괴리도는 37.74%, 의결권 승수는 7.54배에 이른다. 즉 이는 개별그룹의 총수일가가 1주로 7주로 행사하고 있을 정도로 지배구조가 왜곡되어 있다는 점을 뜻한다.

결론적으로 지배주주의 '지분율'과 '소유지배괴리도'와 '의결권 승수'도 지배주주 또는 경영진에 의한 배임, 횡령의 양형사유로 정해야 한다. 그리하여 소유 지배구조의 왜곡이 심한 기업에서의 지배주주 또는 경영진의 업무상 배임 또는 횡령은, 소유지배구조의 왜곡이 심하지 않은 기업의 경우보다, 양형에서 불리하게 적용하여야 한다.

다. '재산상 이득'과 관련하여

'지배권 유지, 강화와 회사 내 지위보전'을 포함 또는 적극 고려해야

지금까지 법원은 특경가법상 배임, 횡령범죄의 동기가 부실계열사 지원이나 업무추진비 사용을 위한 부외지급 조성 등인 경우에는 개인적 이득을 취한 범죄가 아니라는 이유로 중요한 양형사유로 판단하고 있다. 그러나 만일 지배주주와 경영진이 부실한 계열사에 1,000억원을 지원할 경우, 이것이 지배주주와 경영진이 개인적 이득을 취하지 않는 것이라고 할 수 없고, 또한 '재산상 이익액'이 부실한 계열사가 받은 1,000억원에 그친다고 볼 수도 없다. 즉 지배주주 또는 경영진이 굳이 부실한 계열사에 막대한 금액을 지원하는 주된 목적은 지배주주는 '지배주주의 지배권 유지, 강화'라는 경제적 이익을 위하여, 경영진은 '경영진의 회사 내 지위보전'이라는 경제적 이익을 위해서 하는 것이기 때문이다.

따라서 대기업에서 엄청난 규모로 벌어지는 특경가법상 배임행위의 사회적

해약을 감안할 때, 법원은 ‘지배주주의 지배권 유지, 강화’와 ‘경영진의 회사 내 지위보전’을 업무상 배임에서의 ‘재산상 이익’의 범위로 포함시켜야 한다. 시세 조종 범죄를 규정한 증권거래법 제188조에서의 ‘경제적 이익’의 경우, 법원은 ‘경제적 이익’의 범위에 유가증권의 처분으로 인한 행위자의 개인적이고 유형적인 경제적 이익 이외에, “기업의 경영권 획득, 지배권 확보, 회사 내에서의 지위 상승 등 무형적 이익 및 적극적 이득 뿐만 아니라 손실을 회피하는 경우와 같은 소극적 이득, 아직 현실화되지 않는 장래의 이득도 모두 포함하는 포괄적인 개념”으로 보고 있다(대법원 2002. 7. 22. 선고 2002도1696판결). 만일 ‘지배주주의 지배권 유지, 강화’와 ‘경영진의 회사 내 지위보전’을 계량화하기 힘들어 공소사실로 특정할 수 없다면, 최소한 법원은 양형사유를 판단함에 있어서 과연 그 범죄행위가 ‘지배주주의 지배권 유지, 강화’ 또는 ‘경영진의 회사 내 지위보전’을 위한 행위인지 여부를 적극적으로 고려하여야 한다. 또한 ‘합의 또는 피해회복’ 여부에 대하여도, ‘지배주주의 지배권 유지, 강화’ 또는 ‘경영진의 회사 내 지위보전’의 무형의 이익도 적극적으로 고려하여 ‘합의 또는 피해회복’ 여부를 판단하여야 한다.

라. ‘손해’와 관련하여 회사 이외에

근로자, 채권자, 하청업체, 지역주민의 손해를 적극 고려하여야

업무상 배임과 횡령의 양형 요인 중 가장 중요하게 작용하는 것은 사후 합의 또는 손해회복 여부이다. 이는 특경가법상 배임과 횡령이 재산범죄라는 기본 인식에서 출발하여, 만일 재산상 손해가 회복이 될 경우 가벌성이 저하된다는 논리이다. 기본적으로 범죄로 인해 발생한 피해를 변상함으로써 피해자의 응보의 관점을 만족시켜 범인의 처벌을 원하지 않게 되면 그 책임범위도 감소한다는 응보론적 입장이다. 그러나 대기업범죄에서의 ‘손해’를, 지배주주 또는 경영진에 회사에 끼친 배임액 또는 횡령액으로만 국한하여 사고하는 것

■ 주제 2_ 배임 횡령, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

은, 대기업범죄의 특성을 외면한 것이다. 대기업범죄는 한 기업 내부에서 한 개인에 의하여 이루어진 단순한 재산범죄로 보아서는 안 된다. 지배주주 또는 경영진이 1,000억원의 회사 재산을 유용한 경우, 그 손해를 회사 뿐만 아니라 그로 말미암아 근로자의 고용불안정, 채권자의 회수 담보력 약화, 하청업체의 계약 체결 기회 상실, 지역 경제의 활력 저하 등의 연쇄 피해를 유발한다. 따라서 만일 지배주주 또는 경영진이 1,000억원의 회사 재산을 유용하면서도, 동시에 근로자들에 대하여 냉혹한 해고를 감행하거나 채권금융기관의 채권회수 불능으로 공적자금까지 투입되는 상황에 이르거나 매출과 투자의 축소로 하청업체들과 지역 경제가 타격을 입게 될 경우에는, 이를 배임 또는 횡령죄에서의 ‘손해’로 구성하거나 최소한 양형사유로 적극 고려하여야 한다. 또한 ‘합의 또는 피해회복’ 여부에 대하여도, 근로자, 채권자, 하청업체, 지역주민의 손해를 적극 고려하여 ‘합의 또는 피해회복’ 여부를 판단하여야 한다.

마. ‘배임/횡령액<합의 보다는 배임/횡령액>합의’의 관점에서 보아야

지배주주 또는 경영진에 의한 대기업범죄에 대한 기존 판결결과를 보면, 한편으로는 업무상 배임과 횡령이 재산범죄라는 기본 인식에서 ‘합의’ 여부를 가장 중요한 양형으로 보면서도, 다른 한편으로는 ‘배임/횡령액’ 자체는 상대적으로 경시하는 모순점을 발견한다. 그러나 업무상 배임과 횡령이 재산범죄라면 당연히 ‘배임/횡령액’도 중요한 양형요인이다. 예컨대 한 회계직원이 회사의 자금을 유용하였다면, 그 유용액이 수천만 원대인지, 수억 원대인지, 수십억 원대인지가 실형 여부와 양형사유의 중요한 판단기준이다. 그런데도 지배주주 또는 경영진에 의한 대기업범죄의 경우에는 그 배임/횡령액이 수십억, 수백억 원, 심지어 수천억 원에 이르더라도 집행유예 판결이 나온다. 일반인들이 사법시스템에 대한 불신으로 여기는 중요한 이유 중 하나도, ‘서민은 1억 원을 빼내면 실형인데, 재벌총수는 1백억 원을 빼내도 집행유예’라는 수량적 비교에

따른 상대적인 불평등에서 비롯된 인식이다. 결론적으로 업무상 배임과 횡령이 재산범죄의 성격을 띠다면 양형요인의 가중을 따짐에 있어도 '배임/횡령액 <합의 보다는 배임/횡령액> 합의'의 방향으로 적극 전환하여야 한다.

바. '경제에 기여한 공로'와 관련 '기업의 사회적 책임' 활동을 적극 고려해야

지배주주 또는 경영진에 의한 대기업범죄에서 거론되는 주요 양형요인이, 피고인의 경제에 공헌한 기여 또는 사회공헌활동이다. 예를 들어 판결문에서는 스포츠 협회 회장에 재임했거나 상공회의소나 각종 협회의 장에 재임했다는 등의 사유를 들어, 피고인이 경제에 공헌한 기여 또는 사회공헌활동이 지대하다고 설시한다. 물론 이러한 활동이 국민경제에 긍정적으로 미친다고 보아 일정부분 양형요인으로 작용하여야겠지만, '경제에 기여한 공로'를 무엇으로 판단하여야 할 것인지, 그 비중을 어떻게 할 것인지는 재론의 필요가 있다. 같은 논리라면, 모 국회의원이 언급한 것처럼 농민 또는 노동자도 농민 또는 노동자로서 열심히 일했던 부분도 당연히 중요한 양형요인으로 작용하여야 한다. 또한 일반 국민들도 어려운 가정경제에도 불구하고 각종 비영리기구에 회원으로 가입하고 후원금을 내는 활동도 중요한 양형요인으로 작용하여야 한다. 더구나 스포츠 협회 회장이나 상공회의소나 각종 협회의 장은 자신이 속한 이익 집단과 관련이 있거나 업무의 연장선으로 볼 경우가 많다.

이보다는 피고인이 지배주주 또는 전문경영인으로서 근로자, 환경, 하청업체, 지역경제, 부정부패 근절 등 갈수록 전 세계적으로 중요하게 거론되는 '기업의 사회적 책임'을 다 했는지를 따져보는 것이 의미가 있다. 즉 오늘날 자본주의 체제를 취하고 있는 거의 모든 나라들은 기업의 사회적 영향력의 증대로 사회에 대하여 일정한 피해와 해악을 끼친다. 이러한 이유에서 갈수록 커지는 기업의 영향력에 맞게 기업에 책임을 부과하여야 한다는 사회적 요청이 있고,

■ 주제 2_ 배임 횡령, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

‘기업의 사회적 책임(CSR, Corporate Social Responsibility)’을 어떻게 담보하고 평가할지에 대한 전 세계적 논의가 활발하다. 국제표준화(ISO)기구에서도 지속 가능한 기업경영의 규범화·표준화를 적극 추진하고 있고, 산업발전법(2007.1.3. 제정) 제9조에서도 정부는 기업이 경제적 수익성·환경적 건전성·사회적 책임성을 함께 고려하도록 종합시책을 수립·시행하여야 한다고 규정하고 있으며, 시민단체들도 이를 위한 여러 활동을 하고 있는 상황에서, 사법부 또한 양형사유로 거론하는 ‘경제에 기여한 공로’를 기업의 사회적 책임(CSR, Corporate Social Responsibility)’의 관점에서 바라볼 필요가 있다. 결국 지금까지 관행적으로 ‘경제에 기여한 공로’를 중요한 양형요인으로 정하면서도 이를 무원칙적으로 적용하거나 그 범위를 지나치게 확대하는 것은 재고의 필요가 있다.

사. 범죄예방효과를 고려하여 ‘횡채어 항변’과 ‘전문경영인 항변’에 엄격해야

지배주주 또는 경영진에 의한 대기업범죄에서 빠질 수 없는 항변이 ‘횡채어 항변’이다. 그동안 누구보다도 왕성하게 활동하던 지배주주 또는 경영진은, 막상 형사재판에 들어가면 대부분 병원에 들어가고 법원에 횡채어를 타고 나온다. 법원에 횡채어를 타고 나온 지배주주 또는 경영진은, 희한하게도 재판만 끝나면 다시 왕성하게 대외활동을 한다. 이는 지배주주 또는 경영진이 어떻게 든 실형만을 면하려는 의도에서 비롯된다. 그런데 이는 역설적으로 그만큼 지배주주 또는 경영진이 실형 선고를 두려워함을 반증한다. 따라서 지배주주 또는 경영진에 의한 대기업범죄로 인한 사회적 피해가 막대하여 이를 예방하기 위해서는, 법원은 이른바 ‘횡채어 항변’을 엄격한 입장을 견지하여 실형 선고를 주저해서는 안 된다. 지배주주 또는 경영진이 몇 년 자리를 비운다고 하여 대기업이 망하지 않는다. 반면 만일 법원이 지배주주 또는 경영진에 의한 대기업범죄에 대하여 엄격한 실형 선고의 사례를 보여준다면, 지배주주 또는 경영진에 의한 대기업범죄에 대한 일반 예방적 효과는 엄청날 것이다.

또 하나 빠질 수 없는 것이 지배주주의 지시에 의해 범행에 이르렀다는 이른바 ‘전문경영인 항변’이다. 법원에서는 ‘전문경영인 항변’을 너그럽이 인정하여 전문경영인에 대하여 실형 선고를 하는 경우가 거의 없다. 그러나 이로 말미암아 전문경영인들은 잘못될 경우 집행유예를 받으면 된다는 인식 하에서 지배주주의 사익 추구행위를 실행하거나 이를 방관하게 되고, 나아가 한 번 총대를 맴으로써 지배주주로부터의 견고한 신임을 얻으려고도 한다. 그러나 이러한 악순환이 반복된다면 기업과 국내경제에 계속하여 악영향을 미칠 수밖에 없으므로, 법원은 ‘전문경영인 항변’을 양형 요인에서 제외하거나 엄격하게 제어하여야 한다.

아. 대기업범죄의 특성을 고려, ‘범죄전력의 유무’와 ‘주위의 탄원’을 고려해야

형법상 일반적인 양형요인 중 하나가 ‘범죄전력의 유무’와 범죄 후 정황인 ‘주위의 탄원’ 사실이고, 대기업범죄에서도 중요한 양형요인으로 작용한다. 그러나 사회적 환경과 배경을 고려할 때 대부분의 지배주주와 경영진들은 범죄 경력이 없고, 사회적 지위와 영향력을 고려할 때 지배주주나 경영진들은 주위의 직원, 채권자, 거래관계가 있는 협력업체 등으로부터 쉽게 탄원서를 받을 수 있기 때문에, 지배주주와 경영진은 위 양형요인과 관련해서는 기본적으로 유리한 위치에 있다.

그렇다고 지배주주와 경영진들의 경우에 ‘범죄전력의 유무’와 ‘주위의 탄원’을 양형사유로 고려하지 않는다면, 이는 오히려 역차별에 해당한다. 다만 지배주주와 경영진에 의한 대기업범죄의 특성과 심각성을 고려할 때, 법원은 ‘범죄전력의 유무’와 ‘주위의 탄원’의 적용을 남발해서는 안 되고 그 적용에 신중할 필요가 있다. 즉 지배주주와 경영진에 의한 대기업범죄는 법률적, 정치적 어려움 때문에 이를 적발하기가 힘들어서, 대부분의 피고인들은 동종 전과가 없을 가

■ 주제 2_ 배임 횡령, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

능성이 높다. 그럼에도 법원에서 단지 동종 전과가 없다는 이유만으로 이를 양형사유로 참작한다면 지배주주와 경영진에 의한 대기업범죄의 특성을 외면한 것이다. 나아가 일부 판례에서는 ‘벌금형을 선고받은 것밖에 없다거나 언제부터는 전과가 없다’는 등의 이유로 지배주주와 경영진에 대하여는 범죄경력을 지나치게 관대하게 적용하는 것도 재론되어야 한다. 또한 ‘주위의 탄원’의 경우 지배주주나 경영진이 직원이나 협력업체들에게 탄원서를 요구할 경우 이를 거부할 사람들은 거의 없으므로 그 진정성에 의심을 가져야 한다. 따라서 과연 그 탄원이 적정한 사람들에 의하여 자발적으로 진행되었는지를 엄격하게 따져 보아야 한다.

4. 결론

정몽구 현대차그룹 회장 사건에서의 고등법원 판결은, 지배주주 또는 경영인에 의한 배임·횡령죄에서의 법원의 양형사유에 대한 고민을 여실히 드러낸다. 법원이 설시한대로 ‘재능과 재력이 있는 피고인에게 그 같은 재능과 재력을 발휘하게 하는 것이 의미있는 일이다’라고 보아야 하는지 아니면 엄격한 법 집행으로 대기업범죄로 인한 사회적 경제시스템 위기를 방지하는 것이 의미있는지를 따져보아야 한다. 이러한 기본인식에 따라 구체적인 양형사유의 범위과 비중이 결정될 것이다. 그러나 비록 아직까지는 형사상 범죄행위의 결과로 평가되지는 않았지만 미국의 최근 금융위기 시스템에서도 보듯이, 갈수록 자본의 국내적, 국제적 집중이 심화된 상황이어서 만일 경제시스템 중 하나의 구성요소가 부실할 경우 이로 인한 전체 경제시스템의 위기는 심각할 수 밖에 없다. 이러한 상황에서 지배주주 또는 경영인에 의한 대기업범죄를 방치한다면, 이로 인한 국민의 피해가 심각한 상황에 몰릴 수 있다. 대부분의 경제전문가들이 올 하반기 이후의 민생경제를 걱정하고 있어 민생범죄가 더욱 늘어날 것으로

예상되므로, 법원이 지금과 같이 대기업범죄에 대하여 관대한 판단을 내린다면 국민들의 사법에 대한 신뢰, 기대에 부정적 영향을 미칠 수밖에 없다. 이러한 점들을 감안하여 지배주주 또는 경영인에 의한 대기업범죄에 대한 기존의 양형사유들을 재론하여 배임, 횡령죄에서의 양형사유를 정하여야 할 것이다.

주제 2 } 토 론 문

“배임, 횡령 범죄에서의 바람직한 양형 판단은 무엇인가”에 대한 토론문

.....

오병두 홍익대 법대, 형사법

1.

발표문은 “대기업범죄에 대한 감시의 필요성”이라는 차원에서 “지배주주 또는 경영진에 의한 대기업범죄행위”에 대한 양형상의 불균형을 시정하고 일반예방적 관점에서 형벌의 실효성을 담보하기 위하여 바람직한 양형판단기준을 구체적으로 제시하면서 현실적인 대안들을 모색하고 있다.

양형제도 전반에 대한 합리적 대안을 구성하는 문제와는 다소 구별되는, 배임·횡령 기업인, 특히 대기업 임원과 지배주주에 대한 양형을 통제하는 문제가 본 발표문에서 다루어지고 있다. 특히 최근의 계량적 연구¹⁾를 토대로 여기에서 드러난 양형인자를 비판적으로 검토하여 이에 대하여 대안을 제시하고 있다.

발표문에 나타난 현실적인 문제의식과 구체적인 대안에 대해서는 대부분 공감하면서 “범죄의 양형참작요소 현황과 개선에 대한 의견”을 검토한다는 토론회의 취지에 비추어 몇 가지의 간단한 의견제시와 질문을 해보고자 한다.

1) 경제개혁연대, “우리나라 법원의 화이트칼라 범죄 양형 분석-법원의 집행유예 선고율을 중심으로-”, 경제개혁리포트, 2007-8호, 2007.8.21.; 경제개혁연대, “우리나라 법원의 화이트칼라 범죄 판결의 양형 사유 분석-유죄선고를 받은 화이트칼라 범죄자들은 어떤 이유로 풀려나는가”, 경제개혁리포트, 2007-9호, 2007.8.28.; 참여연대 사법감시센터, “2000년 이후 배임/횡령 기업인 범죄 판결사례 조사”, 참여연대 이슈리포트 2006-07-03.

2.

양형의 일반이론 내지 양형기준에 관한 논의에서, 횡령죄나 배임죄에 대한 특별한 언급을 찾아보기는 어렵다.²⁾ 이는 횡령이나 배임의 경우가 본질적으로 양형상 큰 어려움이 있는 사안이 아님을 반증하는지도 모른다. 그럼에도 불구하고, 특히 횡령과 배임의 양형사유가 문제되는 것은 법원이 화이트칼라범죄, 특히 지배주주일거나 전문경영인의 횡령·배임에 대하여 납득하기 어려운 양형을 하고 있다는 문제의식에서 출발한다.³⁾

다시 말하면, 한국 법원이 대기업의 지배주주나 임원진에 대해서는 일반인의 범죄에 비하여 양형에서 매우 유리한 판결을 하는 “양형격차”가 존재하고 있다는 점,⁴⁾ 그리고 법원이 이를 규범적으로 정당화하는 근거로서 양형요소 내지 양형인자를 활용하고 있는데, 그 내용과 기준이 적절치 않다는 점이 문제되고 있다. 이렇게 보면, 일반인에게는 적용하지 않지만 대기업범죄에서는 적용하는, 혹은 그와 반대로 일반인에게는 적용하지만 대기업의 지배주주나 임원진에게는 적용하지 않는 특별한 양형요소가 있는가라는 점이 중요하게 된다.

이러한 맥락에서 다음과 같은 지적은 매우 중요한 의미가 있다고 생각된다.

“지배주주 또는 경영진에 의한 대기업범죄에 대한 기존 판결결과를 보면, 한편으로는 업무상 배임과 횡령이 재산범죄라는 기본 인식에서 ‘합의’ 여부를 가장 중요한 양형으로 보면서도, 다른 한편으로는 ‘배임/횡령액’ 자체는 상대적으로 경시하는 모순점을 발견한다.”(발표문 중)

2) 예컨대, 손철우, “우리나라 양형 현황에 관한 기초보고”, 2007. 8. 10., 10쪽 이하에서는 배임·횡령 등의 사안은 다루어지고 있지 않다. 이영란, 한국양형론-양형실태에 대한 경험적 연구, 나남출판, 1996도 마찬가지이다.

3) 이주형, “우리나라 양형관행의 일반적 문제점”, 2007. 8. 10., 12쪽. “개개의 사건 내용이 다르고, 사건마다 각각 다른 양형사유가 있다는 점을 감안하더라도 그와 같은 통계자료에 비추어 볼 때 지금까지 기업총수를 포함한 대부분의 기업인들이 형사재판에서 일반인에 비해 유리한 선고형을 받아왔다는 것은 부인할 수 없는 사실이다.”

4) 설민수, “화이트칼라 범죄의 양형: 현실의 양형과 양형격차, 양형목적에 비추어 본 양형지침과 전망을 중심으로”(미발표원고), 1쪽 이하 참조.

■ 주제 2_ 배임 횡령, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

또한 일반인의 배임·횡령의 경우에는 특별히 문제되거나 나타나지 않는 ‘피고인의 경제에 공헌한 기여 또는 사회공헌활동’ 내지 ‘전문경영인 항변’(발표문, 중) 등도 마찬가지이다.

3.

발표문의 내용에 관하여, 형법이론적인 측면에서 그리고 양형요소의 측면에서 몇 가지의 질문 내지 의견제시를 해보면 아래와 같다.

첫째, 양형영역에서는 “이미 법적 구성요건요소로 되어 있는 상황은 양형에 있어서 이중으로 평가되어서는 안 된다”는 소위 “이중평가금지의 원칙”이 요구된다는 것이 일반적인 견해이다.⁵⁾ 이중평가금지의 원칙과 관련해서 발표문에서의 양형판단이 어떠한 의미 내지 관련이 있는지에 대한 설명이 필요하다. 발표문의 설명은 -그 내용적 적절성에도 불구하고-에서, “타인의 사무 처리와 관련하여 ‘소유지배권리도 및 의결권승수’를 고려해야”하고, “재산상 이득과 관련하여 ‘지배권 유지, 강화와 회사 내 지위보전’을 포함 또는 적극 고려해야” 하며, “손해와 관련하여 회사 이외에 근로자, 채권자, 하청업체, 지역주민의 손해를 적극 고려하여야” 한다고 주장한다(발제문 4쪽 이하). 다음과 같은 주장도 동일한 취지에서 나온 것으로 보이는데, 이 내용은 구성요건 내지 책임판단의 문제로서 양형의 사유가 되기는 어렵다고 보인다.

“대기업에서 엄청난 규모로 벌어지는 특경가법상 배임행위의 사회적 해악을 감안할 때, 법원은 ‘지배주주의 지배권 유지, 강화’와 ‘경영진의 회사 내 지위보전’을 업무상 배임에서의 ‘재산상 이익’의 범위로 포함시켜야 한다.”(발제문 중)

5) 이재상, 형법총론, 제5판(보정판), 2005, 박영사, 575쪽.

“이는 특경가법상 배임과 횡령이 재산범죄라는 기본 인식에서 출발하여, 만일 재산상 손해가 회복이 될 경우 가별성이 저하된다는 논리이다. 기본적으로 범죄로 인해 발생한 피해를 변상함으로써 피해자의 응보의 관점을 만족시켜 범인의 처벌을 원하지 않게 되면 그 책임범위도 감소한다는 응보론적 입장이다.”(발제문 중)

둘째, 양형평가의 요소 내지 기준들이 형법 제51조(양형의 조건)와 어떠한 관련을 맺는가에 대한 설명이 필요하다.⁶⁾ 재벌총수일가의 범죄에 대해서도 양형요소가 고려되어야 하는 것은 일반범죄와 마찬가지로이다. 또한 대기업총수의 경우에 빈번하게 내려지는 집행유예(형법 제62조)에서의 “정상을 참작할 만한 사유”도 통상 형법 제51조의 양형조건을 의미한다. 법원이 내세우는 다양한 판단기준들과 바람직한 양형요인들을 동조의 요소들로 재배열하면 규범적으로 보다 더 구체적이고 사안에 근접한 기준을 얻을 수 있지 않을까 생각된다. 예컨대, 경제개혁연대의 분석들은 양형요소를 분석하는 작업의 기초로 활용할 수 있을 것이다.⁷⁾

셋째, “지배주주 또는 경영진에 의한 대기업범죄행위”가 사회적 해악이라는 점과 이를 양형기준 내지 양형요소로서 특별히 고려하여야 한다는 점은 다른

- 6) 물론 발표문 4쪽의 “가. 기본적인 방향”에서는 이러한 점에 대하여 의식하고 있음을 보여준다. 다만 이 점이 보다 명시적이고 구체적으로 적시될 필요가 있다고 본다.
 7) 경제개혁연대, “우리나라 법원의 화이트칼라 범죄 판결의 양형 사유 분석-유죄선고를 받은 화이트칼라 범죄자들은 어떤 이유로 풀려나는가”, 경제개혁리포트, 2007-9호, 2007.8.28., 4쪽 이하.

〈표 1〉 법원이 판결 선고 시 고려하는 양형사유

형법 제51조의 규정	본 보고서의 양형사유 유형
(1호) 범인의 연령, 성행, 지능과 환경	① 사회공헌 혹은 경제발전 기여, ② 범죄전력 ③ 나이·건강
(2호) 피해자에 대한 관계	
(3호) 범행의 동기, 수단과 결과	④ 전문경영인 항변, ⑤ 개인적 이득 없음, ⑥ 시대적 관행 혹은 IMF와 같은 특수상황
(4호) 범행후의 정황	⑦ 피해액 변제, ⑧ 재산 및 경영권·직위상실 ⑨ 범행자백·자수, ⑩ 처벌불원

■ 주제 2_ 배임 횡령, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

차원의 문제이다. 사회적 해악이 크다면 양형시 고려하는 부분이 있을 수 있겠지만, 다음과 같은 수준의 것은 양형실무만으로는 해결하기 어렵다고 생각된다. 이 경우는 (새로운 구성요건을 설정하거나 양형시 고려요소를 추가하는 등의 방법을 통한) 입법적인 접근이 필요한 부분이 아닌가 생각된다.

“지배주주의 ‘지분율’과 ‘소유지배과리도’와 ‘의결권 승수’도 지배주주 또는 경영진에 의한 배임, 횡령의 양형사유로 정해야 한다. 그리하여 소유지배구조의 왜곡이 심한 기업에서의 지배주주 또는 경영진의 업무상 배임 또는 횡령은, 소유지배구조의 왜곡이 심하지 않은 기업의 경우보다, 양형에서 불리하게 적용하여야 한다.”(발표문 중)

“만일 지배주주 또는 경영진이 1,000억원의 회사 재산을 유용하면서도, 동시에 근로자들에 대하여 냉혹한 해고를 감행하거나 채권금융기관의 채권회수 불능으로 공적자금까지 투입되는 상황에 이르거나 매출과 투자의 축소로 하청업체들과 지역 경제가 타격을 입게 될 경우에는, 이를 배임 또는 횡령죄에서의 ‘손해’로 구성하거나 최소한 양형사유로 적극 고려하여야 한다.”(발표문 중)

넷째, 적극적인 의미에서의 양형판단의 기준 내지 요소에 대한 설명이 필요하다. 발표문에서는 “바람직한 양형 요인을 위한 제언”으로서 다음과 같은 구체적인 양형판단의 기준 내지 요소들을 제시하고 있다.

- ‘타인의 사무 처리’와 관련하여 ‘소유지배과리도 및 의결권승수’를 고려해야
- ‘재산상 이득’과 관련하여 ‘지배권 유지, 강화와 회사 내 지위보전’을 포함 또는 적극 고려해야
- ‘손해’와 관련하여 회사 이외에 근로자, 채권자, 하청업체, 지역주민의 손해를 적극 고려하여야
- ‘배임/횡령액(합의 보다는 배임/횡령액) 합의’의 관점에서 보아야
- ‘경제에 기여한 공로’와 관련하여 ‘기업의 사회적 책임’ 활동을 적극 고려해야
- 범죄예방효과를 고려하여 ‘횡체어 항변’과 ‘전문경영인 항변’에 엄격해야
- 대기업범죄의 특성을 고려하여 ‘범죄전력의 유무’와 ‘주위의 탄원’을 고려해야

이상의 언급들은 대부분 우리 현실에서 공감할 수밖에 없는 것이다. 그런데 위의 제언들에서는 불공평하거나 적절치 않은 양형요소를 적극적으로 도입하고 있는 법원의 입장에 대한 비판적·항의적 태도가 강하게 느껴진다. 특히, 발표문의 “3. 바람직한 양형 요인을 위한 제언”의 바) 항목에서 아) 항목은 특히 그러하다. 이 부분은 대안이라기보다는 현재의 법원 양형실무에 대한 비판으로 들린다.⁸⁾

극적인 요소를 담고 있는 부분을 간추려보면 - 이론상 범죄의 성립요건들과 관련된 설명들을 제외하면 -, “소유지배구조의 왜곡” 정도에 따른 차이, “합의 또는 피해회복” 여부의 판단시 고려요소로서의 “지배주주의 지배권 유지, 강화’ 또는 ‘경영진의 회사 내 지위보전’의 무형의 이익” 그리고 “근로자, 채권자, 하청업체, 지역주민의 손해” 등을 참작한 양형상의 차이, “배임/횡령액”의 크기를 고려한 양형상의 차이 등을 새로이 양형시 고려요소로 참작해야 한다는 것이 된다. 앞서 언급한 바와 같이, 이들 요소가 규범적인 의미에서 어떠한 양형요소와 관련 되는가 그리고 일반인의 경우에서도 적용될 수 있는가도 검토되어야 하겠지만, 여기에서 더 나아가 어떠한 적극적인 양형인자 내지 양형요소가 포함되어야 하는가에 대한 설명이 필요하다고 할 것이다.

4.

대기업의 기업범죄, 즉 그 지배주주나 임원의 범죄행위에 대하여 합리적인 양형기준 내지 요소를 채택하는 것은 발표문에서 언급하고 있듯이, 일반예방의

8) 본 발표문은 대기업범죄 현황을 검토하는 토대로서의 통계적 내지 계량적 연구를 활용하고 있다. 분명 대기업관련범죄에 대한 계량적 연구는 양형의 실태를 분석한다는 점에서 큰 의미가 있고 매우 유용한 자료들이다. 그러나 그것에 의존하여 양형요소를 적극적으로 근거지우는 요소를 도출하기 어려웠던 것이 아닌가 생각된다. 구체적 사례연구가 필요한 경우도 있고 수치화한 계량적 연구가 필요한 경우도 있다.

■ 주제 2_ 배임 횡령, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

관점에서나 사법부에 대한 신뢰의 측면에서나 중요한 의미가 있다. 그러나 대기업의 경우에만 적용되는 특별한 실무적 양형요소 내지 기준을 ‘해석만으로’ 도입하려는 해결방식은 자칫하면 또 다른 비합리적 결과를 초래할 수도 있다. 여기에는 규범적 근거가 필요하다. 더 관건적인 요소는 대기업의 경우나 일반인의 경우나 동일하게 그리고 공평하게 사용될 수 있는 양형인자의 확립과 적용이다. 여기에 이론적·실무적 고민이 있는 것이며 또한 그것이 이론과 실무가 앞으로 추구해야 할 과제이기도 하다.

물론, 대기업범죄, 특히 대기업의 지배주주 내지 임원진의 범죄 그리고 그 양형의 문제는 단순히 양형요인의 재구성만으로 해결할 수 있는 것은 아니다. 오히려 사법부의 다양한 그리고 고질적인 문제상황과 연결되어 있다. 예컨대, 전관예우,⁹⁾ 변호인의 조력을 받을 권리의 질적 차이, 기업과 관련된 범죄영역 전반의 문제로 업무상 배임죄 구성요건의 문제¹⁰⁾ 등이 복잡하게 얽혀 있다.¹¹⁾ 이처럼 난마(亂麻)와 같은 상황을 일거에 해결할 쾌도(快刀)는 구하기 쉽지 않은 것이 현실이다. 그러나 어디에서든지 시작은 하여야 하고 또 할 수밖에 없을 것이다. 그러한 작업의 하나로서 양형의 측면을 다룬 본 발표문의 내용이 이론과 실무에 적실한 문제제기가 될 수 있을 것으로 생각한다.

9) 예컨대, 이주형, 앞의 글, 34쪽 이하 참조.

10) 이에 대하여는 조국, “기업범죄 통제에 있어서 형법의 역할과 한계-업무상 배임죄 배제론에 대한 응답”, 형사법연구 제19권 제3호, 2007 가을, 163쪽 이하.

11) 그에 대한 대안의 측면에서 보면 이는 이득액의 박탈이라는 측면에서 접근할 수도 있다. 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제3조 제2항은 “제1항의 경우 이득액 이하에 상당하는 벌금을 병과할 수 있다.”고 규정하고 있다.

여성주의적 관점에서 재검토한 성폭력 범죄 양형인자

이경환 군 법무관, 한국성폭력상담소 법정지원팀

1. 들어가며

1) 새로운 양형기준과 성폭력 범죄

전체 형사사건의 99% 정도가 유죄판결을 받는 우리나라에서 양형은 매우 중요한 의미를 가진다¹⁾. 양형의 중요성은 범죄의 종류와 관계없이 크다고 할 것이나, 성폭력 범죄의 경우에는 특히, 엄벌주의와 온정주의적 경향이 모두 존재하는 특징으로 인해 합리적이며 균형잡힌 양형이 더욱 요구된다. 아동 성범죄나 연쇄 성범죄와 같이 대중의 분노가 쉽게 모아지는 사건에 있어서는 사형까지 쉽게 이야기하는 분위기가 형성되고²⁾, 반대로 피해자가 가해자와 아는 사이이며, 늦은 시간까지 함께 있었다는 등의 피해자 유발·비난 요소가 있는

1) 임동규, 양형심리절차의 합리화, 사법논집 제41집, 법원행정처, p.325

연도	1 심			항 소 심		
	판결 선고 건수	무죄 건수	무죄율	판결 선고 건수	무죄 건수	무죄율
2000	178,908	1,161	0.64%	52,729	631	1.2%
2001	188,448	1,323	0.7%	54,392	711	1.3%
2002	196,494	1,436	0.73%	56,814	636	1.1%

2) 사형선고를 가급적 제한하고 있는 미국에서도 아동 성범죄의 경우에도 같은 태도를 유지할 것인지 논란이 있다고 한다. <美서 아동 성범죄자 사형치별 논란>, 연합뉴스, 2008. 4. 14.

■ 주제 3_ 성폭력 범죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

사건에서는 작량감경에 주취감경까지 동원되어 약한 처벌을 하는 것이 현실이기 때문이다.

그러나 그동안 우리나라의 양형실태를 살펴보면, 합리적인 양형인자의 추출, 기준 마련, 적극적인 양형심리, 판결문예의 정확한 양형이유 기재 등에 있어 충분한 노력을 기울이지 않았고³⁾, 이에 대한 반성적 인식을 바탕으로 대법원 양형위원회는 2008년 7월 28일 소위 ‘한국형 양형기준제’를 채택하였다⁴⁾. 양형위원회가 채택한 기준은 범죄에 대해 유형별로 처단형의 범위를 제시하고, 질적으로 구분된 양형인자를 제시하여 판단을 하게 하는 ‘유형분류+양형인자의 질적구분’ 방식으로, 일단 살인죄, 성범죄, 강도죄, 뇌물죄, 위증무고죄, 배임·횡령죄 등 6개 범죄유형에 대해 양형인자를 선정하기로 하였다⁵⁾.

새롭게 채택된 양형기준은, 애초에 많이 논의되었던 계량화된 미국식 양형제도보다 여전히 법원의 재량이 크기는 하지만 지금의 실무관행보다는 양형의 합리화, 투명화에 분명히 기여할 것으로 보이며, 이 글에서는 이러한 양형기준 하에 성폭력 범죄에 있어 양형인자를 어떻게 설정해야 하는지 의견을 제시해보기로 한다.

2) 새로운 양형기준 마련에 있어 고려해야 할 점

양형인자에 대한 연구는 크게 이론적·규범적 연구와 경험적·실증적 연구⁶⁾로

3) 우리나라 양형실태의 문제점에 대한 지적으로는 임동규, 앞의 글, pp. 326-327; (2008 새로운) 형사재판의 이해, 형사소송법 개정에 따른 변화와 과제, 법원행정처, pp.124-125; 이주형, 우리나라 양형관행의 일반적 문제점, 대법원 양형위원회 검토자료, 2007. 8. 10. 등 참조

4) <양형편차 줄이고 판사의 양형재량 일정부분 보장>, 법률신문, 2008. 8. 4.; 그동안 우리나라에서의 양형 연구 및 양형절차 합리화를 위한 노력에 대해서는 임동규, 앞의 글, pp.327-328, 양형위원회에서 논의된 여러 양형기준안에 대해서는 대법원 양형위원회회의 및 연구자료 참조

(<http://scourt.go.kr/offense/news/NewsList.work?gubun=1>)

5) 이러한 새로운 양형기준에 대해 언론은 대체로 의미를 부여하기는 하나 우려의 목소리도 함께 전하는 태도를 보였다. <양형기준제 확정...‘고무줄 판결’ 줄어드나>, 연합뉴스, 2008. 7. 28.; <들쭉날쭉 성범죄 형량, 균형 잡힐까>, 마이데일리, 2008. 9. 27.

6) 성폭력범죄의 양형실태에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 법무부 용역과제, 1999, p.26

나누어 볼 수 있는데, 이 두 가지 방식은 서로 상충되는 것이 아니며 상호보완적으로 활용되어야 한다. 즉, 성폭력 범죄 양형에 대한 실증적 분석을 토대로 양형인자를 추출한 뒤 이를 이론적·규범적 관점에서 재검토하는 방법이다. 특히 성폭력 범죄에 대해서는 수사재판을 담당하는 법조인들의 잘못된 통념과 편견에 대한 지적이 많았는데⁷⁾, 이는 양형인자의 추출 및 적용에 있어서도 똑같이 적용될 수 있어, 실증적 분석에 대한 규범적인 재평가는 매우 중요하다고 하겠다. 실증적 연구 역시, 그동안 성폭력 범죄의 양형에 대한 통계적 분석이 매우 부족하고⁸⁾, 연구를 수행할 수 있는 시스템도 부재했는데 이러한 환경들은 장기적으로라도 지속적으로 개선될 필요가 있다⁹⁾.

따라서 본 글에서는 그동안 수행된 실증적 연구를 바탕으로 하여 성폭력 범죄의 양형에 적용되고 있는 양형인자를 살펴보고, 이러한 양형인자들이 성폭력에 대한 잘못된 통념이나 편견에 기반하고 있지 않은지 검토해보기로 한다¹⁰⁾. 이러한 검토를 위해 최근에 발표된 영국의 성범죄 양형기준¹¹⁾ 및 미국의 양형

-
- 7) 김선영, 강간에 대한 통념의 수용에 관한 연구: 경찰, 의사, 교사, 법조인, 상담원, 언론인을 중심으로, 이화여대 석사학위논문, 1988; 박선미, 강간범죄의 재판과정에서 나타나는 성차별적 선택성에 관한 연구, 이화여대 석사학위논문; 한국성폭력상담소는 2006. 7.부터 2007. 6.까지 1년간 12차례의 자료집을 발간하여 성편향적인 판례의 변화를 촉구하는 '성폭력을 조장하는 대법원 판례바꾸기 운동'을 전개하기도 하였다.
 - 8) 성폭력 범죄의 양형에 대한 실증적 연구로는 김용열, 강간 및 강간치상죄의 양형의 실제와 문제점, 형사재판과 양형(1979), 사법연수원; 이우선, 정조에 관한 죄의 양형인자에 대한 분석(특히 강간죄 및 강간치상죄), 재판자료 제5집(1980), 법원도서관; 성폭력범죄의 양형실태에 관한 연구, 앞의 글; 성폭력범죄의 양형분석 및 재범방지를 위한 성폭력범죄자 사후관리방안, 법무연수원, 2006년 한국형사정책연구원 연구용역과제 등이 있다.
 - 9) 대법원 양형위원회에서 양형인자 추출을 위한 판례분석 작업을 하고 있는데, 일회적인 것으로 그쳐서는 안되며, 유죄판결에 양형이유를 자세히 기재하도록 하고 있는 독일 형사소송법 제267조나 구체적인 정보제공을 통해 양형합리화를 꾀하는 호주의 양형정보시스템 등의 도입이 검토되어야 한다.
 - 10) 각 구성요건에 대한 유형화도 필요한 작업이나 이는 다른 범죄도 고려하여 체계성이 있어야 하고, 법정형 및 법률상 감경 조항과의 관계 등 고려요소가 많아 양형위원회에서 입장을 정리하기 전까지는 이를 다루는 것이 비효율적이라 생각되어 생략하기로 한다. 양형기준의 마련과 우리 법체계의 충돌에 대해서는 이호중, 우리나라 양형의 문제점·양형기준 설정시 검토가 필요한 양형시스템의 문제점을 중심으로-, 양형위원회 검토자료 참조.
 - 11) 영국의 양형기준은 우리나라가 이번에 채택한 새로운 양형기준안과 매우 유사하여 비교 검토의 필요성이 크다고 할 것이다. 영국은 우리나라와 마찬가지로 개별범죄에 대해 순차적으로 양형기준을 발표하여 오고 있으며, 성범죄 양형기준은 최근에 발표되었다. 본 글에서는 다루지 못하였지만 친족 성폭력, 장애인 성폭력, 청소년·아동 성폭력 등 범죄 유형에 따른 양형인자의 검토에 있어서도 영국의 양형기준은 참고할 가치가 크다고 하겠다. 영국의 양형기준은 양형위원회 홈페이지(www.sentencing-guidelines.gov.uk) 참조.

■ 주제 3_ 성폭력 범죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

기준을 살펴보고, 2008년 서울중앙지방법원에서의 성폭력 사건 유죄판결문 중 양형이유를 분석하였다¹²⁾.

2. 기존 성폭력 범죄 양형인자

1) 법률상 양형인자

형법 제51조는 양형고려 요소로 범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황을 열거하고 있고, 최근 개정된 법원조직법 제 81조의 6 제3항은 양형기준 설정에 있어 범죄의 유형 및 법정형, 범죄의 중대성을 가중하거나 감경할 수 있는 사정, 피고인의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기·수단 및 결과, 범행 후의 정황, 범죄전력 등을 고려해야 한다고 규정하고 있다.

그 밖에 형법에 규정된 가중·감경인자를 보면 누범(제35조), 경합범(제38조), 심신장애자(제10조), 농아자(제11조), 사실의 착오(제15조), 과잉방위나 오상방위(제21조), 과잉피난이나 오상피난(제22조), 미수범(제25조), 종범(제32조), 자수자복(제52조) 등이 있다. 또한 성폭력 범죄의 개별 규정들은 양형인자라고 볼 수 있는 친족, 장애인, 피해자의 나이, 주거침입, 흉기 휴대 등의 요소들을 구성요건적 요소로 규정하고 있다. 이러한 요소들이 있는 경우 해당 구성요건에 따라 처리하면 되나, 구성요건으로 포섭되지 않는 경우에는 양형인자로서 고려될 수도 있을 것이다.

2) 검찰의 구속 및 구형기준

검찰의 구속 및 구공판·구약식, 구형기준은 법원에서의 양형과 직접 관련은

12) 2008년 서울중앙지방법원 사건 중 양형이유가 실시된 판결문을 골라 강간죄 10건, 강간상해치상죄 12건, 강도강간죄 10건, 성폭력특별법위반(특수강간)죄17건을 분석하였다.

없으나, 범죄의 중대성 판단 및 가중감경 요소를 추출하는데 일응의 참고기준으로 고려할 수 있다. 특히 법원의 양형재량을 통제할수록 검찰 등 수사기관의 양형재량이 더 늘어나게 된다는 지적¹³⁾도 있는 만큼 새로운 양형기준이 정립되면 검찰의 위와 같은 기준들도 재검토될 필요가 있겠다.

대검찰청의 ‘구속 수사 기준에 관한 지침(2006. 6. 12)’에 의하면 성폭력 범죄에 대해서는 성폭력의 정도, 정신적·육체적 피해 결과 등 사안의 중대성, 범행의 동기, 수단 및 경위, 범행의 태양(주거침입, 납치, 강·절도 수반 여부 등), 피의자의 성행, 피해자와의 관계(친족, 업무·고용 관계 등), 피해자의 상황 및 피해자에 대한 위해 가능성, 피해자나 사건 관계인에 대한 부정확한 영향력 행사 가능성, 범죄 전력 및 범행 후의 정황 등을 고려해야 한다고 규정하고 있다.

대검찰청의 ‘검찰사건 처리 기준(2008. 6)’에서는 구공판·구약식 및 구형기준을 제시하고 있는데, 가중적 요소로는 주로 피해자와의 관계, 성행, 범행방법 등 죄질 불량한 경우, 상습범, 반복적 범행 또는 피해자 2인 이상인 경우, 동종전과 있는 경우 등이 있고, 감경적 요소로는 경위, 방법 등 추행 정도가 경미한 경우, 우발적 범행으로 합의한 경우, 동종 초범인 경우 등이 제시되고 있다¹⁴⁾.

3) 법원의 양형자료조사표 및 양형기준

성폭력 범죄의 양형에 있어 법원은 범행의 계획성, 범행의 반복성, 행위방법, 피해의 정도, 피해자와의 관계, 피해자의 연령, 합의 여부 등을 고려하고 있다¹⁵⁾. 이를 재판과정에서 효과적으로 체크하기 위해 법원 내부전산망에서는

13) 최석윤, 미국연방의 양형기준에 대한 연구, 양형위원회 검토자료, p.6

14) 검찰의 구형은 법원의 양형에 일정 정도 제한된 영향을 미칠 뿐이어서 그 기준이 체계적이거나 정밀하지는 않았다. 다만 특이할 점은, 감경에 대한 언급은 간음죄가 아닌 추행죄에만 있었다는 점이다.

15) (2008 새로운)형사재판의 이해 형사소송법 개정에 따른 변화와 과제, 앞의 글, p.127

또한 2001년 법원행정처에서 발간한 ‘양형사례집’에는 몇 가지 범죄 유형의 양형사례를 소개하면서 사례별 양형인자들을 정리하고 있는데, 성폭력 범죄 부분을 살펴보면, 전과, 신병관계, 수사경위, 공범관계, 피해자 관련사항, 경합범죄, 구형, 사후정향, 자백여부, 법정태도, 기타 사유 등으로 양형인자를 분류하고, 기타 사유로는 가정파괴 여부, 죄질, 사전 계획, 경찰과의 유대관계를 이용한 범행 은폐시도, 가해자의 음주, 피해자의 나이, 피해자가 사건으로 인해 이사를 가게 된 점 등을 고려하고 있다¹⁶⁾.

2008년 서울중앙지방법원의 유죄판결 양형이유 49건을 살펴본 결과, 초범인지 여부, 동종전과, 수사 및 재판과정에서의 부인 및 변명, 피해자와의 합의 또는 피해배상 여부, 공탁, 범행방법 등 죄질, 피해자의 신체적·정신적 고통 등의 양형인자는 거의 모든 사건에서 언급되었고, 그 밖에 범행의 치밀한 계획, 일찍부터 자백한 점, 택시기사가 술에 취한 승객을 강간한 점, 직장 상사 또는 고용주의 범행, 범행 이후 피해자의 신체 촬영, 피해자 성기에 이물질 삽입, 피해자가 장애인이거나 나이가 어린 점, 불특정 피해자에게 범행한 점, 간음의 미수 여부, 남편과 아이가 있는 상황에서 범행한 점 등의 요소들이 사건에 따라 고려되었다.

4) 통계로 본 성폭력 양형

성폭력 범죄는 그 구성요건이 매우 다양하고, 친고죄 비중도 높아서, 성폭력 범죄에 대한 사법당국의 처리방식을 공식적인 통계로 살펴보는 것에 어려움이 있기는 하나, 대강의 처리현황을 가늠하기 위해 살펴보면 다음과 같다.

성폭력 범죄의 구속율은 다른 범죄에 비해 상당히 높은 편으로 2004년을 기준으로 하면 37.3%에 이른다(기타 강력범죄는 11.8%, 전체범죄는 4.1%)¹⁷⁾. 추행을 제외한 간음의 경우만으로 한정하면 구속율은 훨씬 높아져서 87.9%(1998

16) 양형사례집, 법원행정처, 2001, pp.67-133

17) 성폭력범죄의 양형분석 및 재범방지를 위한 성폭력범죄자 사후관리방안, 앞의 글, p.88

■ 주제 3_ 성폭력 범죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

년 기준)가 구속되었다¹⁸⁾. 이러한 구속율은 다른 범죄들과 마찬가지로 점차 낮아지고 있는 추세를 보이고 있다. 기소율은 전체범죄와 별 차이가 없어 1995년부터 2004년까지의 10년간 평균치를 살펴보면 51.7%에 이른다(기타 강력범죄는 52.7%, 전체범죄는 53.9%)¹⁹⁾.

1심 선고내용은 성폭력 범죄와 다른 범죄 사이에 차이가 보인다. 1995년부터 2004년까지 10년간 추이를 보면, 전체범죄의 경우 집행유예의 감소와 재산형 증가, 유기징역 비율의 보합으로 정리되는데, 성폭력 범죄의 경우에는 재산형의 비율이 매우 낮고, 집행유예율이 증가하였다. 무죄나 재산형을 제외하고 유기징역 인원 대 집행유예 인원의 비율을 의미하는 집행유예 비율을 전체범죄와 성폭력 범죄를 비교하면, 전체범죄의 집행유예 비율이 더 높다가(1995년 기준 전체범죄 66.9%, 성폭력 범죄 51%), 2002년을 기점으로 역전되어 2004년에는 전체범죄 35.4%, 성폭력 범죄 43.9%의 비율을 나타내고 있다²⁰⁾.

강간과 같은 간음죄만으로 한정하여 1심 선고현황을 살펴보면 집행유예 49.7%, 3년 미만 16.2%, 3년 이상 5년 미만 15.5%, 5년 이상 10년 미만 14%, 10년 이상 4.6%의 비율을 보이며(1998년 기준), 특기할 점은 강간상해·치상, 강도강간, 특수강간의 경우에 법정형의 하한보다 높은 형이 선고된 비율이 각각 5.9%, 5.9%, 7.5%로 이들 범죄는 법정형의 설정에 문제가 있음을 알 수 있다²¹⁾.

3. 기존 양형요소에 대한 재검토

1) 법조인의 성별의식과 양형

성폭력 범죄의 양형에 있어 수사·재판을 담당하는 법조인의 의식은 굉장히

18) 성폭력범죄의 양형실태에 관한 연구, 앞의 글, p.61

19) 성폭력범죄의 양형분석 및 재범방지를 위한 성폭력범죄자 사후관리방안, 앞의 글, p.89

20) 위의 글, pp.96-99

21) 성폭력범죄의 양형실태에 관한 연구, 앞의 글, pp.87-88

큰 영향력을 가지는 요인임에도 자료이용상의 한계로 인해 이에 대한 분석은 없었다. 그러나 2003년 한국성폭력 상담소에서 판사 97명, 검사 90명, 변호사 164명 등 총 351명을 대상으로 실시한 설문조사 결과를 보면, 법조인들은 성평등 원칙에 따른 정답은 인식하고 있지만, 실제 사건을 판단하고 판결을 할 때에는 남성중심적 통념을 그대로 적용시킬 우려가 있음을 알 수 있다. ‘부부 관계에서도 자신이 원하지 않는 성관계를 거부할 권리가 있다’, ‘남녀간 성적 관계에서 여자의 ‘아니오’를 말 그대로 받아들일 필요는 없다’ 등의 문항에서 법조인들은 일반인들보다 높은 성평등 의식을 보여 주었지만, ‘성폭력은 남자들의 억제할 수 없는 성충동 때문에 일어난다’, ‘여자들의 야한 옷차림이 성폭력의 원인이다’ 등의 문항에서는 일반인들과 비슷한 통념을 보인 것이다²²⁾.

이런 점에서 기존에 성폭력 범죄의 양형에 영향을 미친 양형인자 중에서도 잘못된 통념이나 편견에 기반한 인자가 없는지 검토가 필요하며, 본 글에서는 그런 점이 우려되는 몇 가지 양형인자들에 대해 살펴보기로 한다.

2) 범죄의 우발성/계획성

일반적으로 계획적인 범죄는 가중적 양형인자로 평가된다. 이는 성범죄에만 국한된 것은 아니며, 영국의 성범죄 양형기준에서도 범죄의 계획성은 가중적 양형인자로 평가한다²³⁾. 그러나 반대로 범죄의 우발성을 감경적 양형인자로 평가해야 할 것인지에 대해서는 좀 더 신중한 판단이 필요하다.

왜냐하면 성폭력 범죄에 대해서는 범죄의 동기 판단에 있어, 성충동에 대한 과잉해석으로 인해 범죄의 우발성을 쉽게 인정하는 경향이 있기 때문이다. 이를 보여주는 대표적인 사례로 공소장과 판결문에서 사용되는 ‘욕정을 못이겨’, ‘욕정을 일으켜’라는 문구가 있다. 이 문구는 가해자의 고의나 의도성을 설명하

22) 법조인의 성별의식과 양성평등교육 실태 및 대안모색을 위한 토론회 자료집, 한국성폭력 상담소, 2003 참조

23) Sentencing Guidelines Council, Sexual Offences Act 2003 Definitive Guideline, 1.12. & 2.19.

■ 주제 3_ 성폭력 범죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

는 내용이 아님에도 그동안 관행적으로 사용되어 왔는데, 흥기를 미리 준비하거나 사전에 치밀하게 계획한 경우가 아니면 별다른 고려 없이 충동에 의한 우발적 범죄로 해석한 기존의 관행을 그대로 보여주는 문구라 할 것이다²⁴⁾.

성폭력 범죄는 기본적으로 가해자와 피해자가 단 둘이, 다른 사람의 방해받지 않는 시간과 장소에 있어야 하고, 피해자의 반항을 억압해야 하며, 범행 후 신고를 하지 못하도록 해야 하기 때문에 옆에 놓여 있는 돈을 보고 순간적으로 가지고 가는 것과는 달리, 항상 어느 정도 계획의 요소를 가지기 마련이다. 그럼에도 성폭력 범죄에서 우발성은 매우 쉽게 인정되며, 특히 가해자가 술을 마신 경우에는 더욱 그러하다(가해자의 음주에 대해서는 뒤에서 자세히 검토한다).

새로이 마련되는 양형기준에서는 우발적 범죄의 의미를 정확하고 구체적으로 정의해서 지금의 실무보다 제한적으로 인정할 필요가 있다. 억제하지 ‘못한’ 것이 아닌, 굳이 억제하지 ‘않은’ 가해자의 성충동을 성폭력의 면죄부로 해석해서는 안될 것이다.

3) 가해자와 피해자의 관계

1999년을 기준으로 할 때 가해자가 사건 당시 ‘처음 본 사람’이었던 경우는 39.4%였다. 이는 반대로 해석할 때 최소한 피해자와 가해자가 안면이 있었던 경우가 60% 이상이었다는 점을 의미한다²⁵⁾. 한국성폭력상담소나 그 밖의 통계에 의하더라도 보통 이는 관계²⁶⁾에서의 성폭력은 60~70%로 나타난다. 가해자

24) 한국여성민우회 성폭력상담소는 이러한 문구의 문제점을 인식하여 판례 및 사법연수원 교육자료를 분석하고, 전문가 의견 및 시민 인터뷰 결과를 종합하여 법원 및 검찰, 사법연수원 등에 이러한 문구를 삭제할 것으로 요청하는 요청서를 보낸 바 있다. 요청서에 첨부된 표창원 교수의 ‘성범죄 수사, 기소, 재판에 습관적으로 사용되는 ‘욕정’이라는 표현의 부적절성에 대하여’라는 글은 이 문제가 단순한 용어사용의 문제가 아닌 성폭력을 바라보는 관점의 문제라는 것을 잘 분석하고 있다.

25) 성폭력범죄의 양형실태에 관한 연구, 앞의 글, p.80

26) 가해자와 피해자의 관계를 검토함에 있어 어떤 기준으로 ‘아는 관계/모르는 관계’를 구별할 것인지는 분명치 않다. 범행 몇 시간 전에 알게 된 사람 또는 범행 이전에 한 두 번 정도 만난 사람 등이 그러한데, ‘아는 관계/모르는 관계’를 구분하는 취지가 가해자와

와 피해자의 관계가 양형에 미치는 영향을 보면 다음 표와 같다²⁷⁾.

선고형태	가해자와 피해자의 친소관계				계
	처음 본 사람	상황적 친분관계	지속적 친분관계	친인척 관계	
집행유예	137 (44.6%)	142 (53.6%)	102 (61.8%)	6 (14.3%)	387(49.7%)
실 형	170 (55.4%)	123 (46.4%)	63 (38.2%)	36 (85.7%)	392(50.3%)
계	307 (100%)	265 (100%)	165 (100%)	42 (100%)	779(100%)

선고형량	가해자와 피해자의 친소관계				계
	처음 본 사람	상황적 친분관계	지속적 친분관계	친인척 관계	
3년 미만	43 (25.4%)	43 (35.2%)	36 (57.1%)	2 (5.6%)	124(31.8%)
3년-5년 미만	45 (26.6%)	50 (41.0%)	18 (28.6%)	7 (19.4%)	120(30.8%)
5년 이상	81 (47.9%)	29 (23.8%)	9 (14.3%)	27 (75.0%)	146(37.4%)
계	169 (100%)	122 (100%)	63 (100%)	36 (100%)	390(100%)

위와 같은 통계를 보면 가해자와 피해자의 관계가 미치는 영향은 뚜렷이 드러난다. 즉, 근친간과 같이 반인륜적이라 볼 수 있는 친인척 관계에서의 범행은 실형 비율 및 선고형량이 모두 가장 높은 경향을 보이지만, 나머지 범행은 가해자와 피해자의 관계가 가까울 수록 실형 비율도 낮고, 선고형량도 낮은 경향을 보이고 있는 것이다.

가해자와 피해자가 전혀 모르는 사이인 경우, 불특정 피해자에게 범행을 했다는 점에서 비난가능성이 크기는 하다. 그러나 가해자와 피해자가 아는 관계에서 성폭력 사건이 발생하는 경우에도, 피해자는 관계의 정도에 따라 신뢰관계의 배신을 경험하게 되고, 이러한 성폭력은 그 자체로도 큰 충격이 되지만,

피해자 사이의 관계에 따라 범행의 성격이 달라질 수 있음을 고려하는 것이라면 '범행 당시 처음 본 사람'을 제외하고는 모두 아는 사람으로 보는 것이 타당하다고 생각한다. 앞의 글에서도 같은 기준으로 이를 분류하였다.

27)성폭력범죄의 양형실태에 관한 연구, 앞의 글, pp.141-142의 <표4-55>와 <표4-56>을 그대로 인용함

■ 주제 3_ 성폭력 범죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

그 후유증으로 인해 사건 이후의 인간관계, 특히 연인관계나 결혼관계에 있어 많은 문제점이 생길 수 있다는 점²⁸⁾에서 비난가능성이 결코 적지 않다. 그럼에도 위와 같은 경향이 뚜렷이 나타나는 것은 결국, 성폭력 범죄에 있어 피해자 유발요소나 비난요소를 더욱 고려한다는 의미로 해석될 수 있는데, 이러한 피해자 관련 양형인자에 대해서는 뒤에서 자세히 살펴보기로 한다.

영국의 성범죄 양형기준을 보면 ‘relationship rape’ 또는 ‘acquaintance rape’의 경우 ‘stranger rape’과 동일한 기준을 적용하도록 명시하고 있는데²⁹⁾, 우리도 이와 같이 양형기준에서 이를 명시하여, 가해자와 피해자의 관계를 구체적이고 합리적인 고려 없이 감경적 인자로 해석하는 것을 방지할 필요가 있다.

4) 범행 당시 가해자의 음주

가해자가 범행 이전에 술을 마신 정황은 앞서 언급하였듯이 범행의 우발성을 인정하는 가장 큰 근거이다. ‘술에 취한 상태에서 우발적으로 범행’이라는 표현이 거의 관용적으로 사용될 만큼 술과 우발성은 함께 어우러져 가해자의 책임을 가볍게 하고 있다. 2008년 서울중앙지방법원의 분석대상 사건 49건 중, 양형이유에 ‘술에 취해 우발적으로 범행한 점’이 감경적인 인자로 표현된 사건은 모두 20(40.8%)건이다³⁰⁾.

판결문의 양형이유를 분석해보면, 다소 이해하기 어려운 판단도 있었는데 2건의 사례에서 법원은 술에 취해 피고인이 심신미약 상태에 있었다는 주장을

28)영국의 성범죄 양형기준에서는 고려해야 하는 성폭력의 정신적 피해 중의 하나로 ‘inability to trust’와 ‘inability to form personal or intimate relationships in adulthood’를 명시하고 있다. Sentencing Guidelines Council, Sexual Offences Act 2003 Definitive Guideline, 1.11.

29)Sentencing Guidelines Council, Sexual Offences Act 2003 Definitive Guideline, 2.6.

30)죄명별로 살펴보면, 강간죄는 10건 중 5건(50%), 강간상해·치상죄는 12건 중 9건(75%), 특수강간죄는 17건 중 5건(29.4%), 강도강간죄는 10건 중 1건(10%)이었다. 분석대상 사건 수가 적어서 선불리 단정하기 어려우나, 특수강간죄와 강도강간죄는 죄질이 무거운 범죄 특성상 술을 마시지 않고 사전에 계획한 범행인 경우가 많기 때문이 아닌가 생각된다. 분명한 것은 판결문 상 피고인이 술을 마신 정황이 드러났는데 이를 감경적 인자로 설치하지 않은 사례는 단 1건(미리 흥기를 준비하고, 신고를 못하도록 나체사진을 찍은 점을 근거로 우발적 범행임을 인정하지 않음)에 지나지 않았다는 사실이다.

배척하면서도, 양형이유에서는 ‘술에 취해 우발적으로 범행한 점’을 감경적 인자로 실시하였다. 그 중 한 건은 문제된 범행 30분 전에 이미 다른 피해자를 강제로 추행하고, 그 근처에서 또 다른 피해자를 물색하여 몰래 따라가다가 인적이 드문 곳에서 피해자를 끌고 가 강간하려한 사건이었는데 법원은 이를 ‘우발적인’ 범행으로 보았다. 그리고 또 다른 사건에서는 심신미약 판단 부분에서 피고인이 술을 2시간 정도만 마셨고, 연고가 없는 오피스텔에 들어가 문이 잠기지 않은 집을 물색한 점, 범행 이후 피고인의 행동 등을 판결문에서 자세히 언급하며 심신미약을 인정하지 않았음에도, 양형이유에서는 ‘피고인은 술에 만취한 상태에서 우발적으로 이 사건 범행을 저지른 것으로 보이고’라는 모순된 판단을 하였다.

또 다른 특수강간 사건은 피고인들이 미리 클럽의 VIP 좌석과 호텔 객실을 예약하고 피해자들을 유인하여, 술에 취한 피해자들을 윤간하고, 피해자 핸드폰에 남겨진 자신의 전화번호를 삭제하기 위해 피해자의 핸드백을 절취하고, 판결 당시까지 피해자와 합의도 되지 않은 사건이었는데, 법원은 양형이유에서 ‘젊은 나이의 피고인들이 술에 취한 상태에서 성적 호기심을 참지 못하고 저지른 것으로 보이는 점’을 감경적 인자로 실시하였다.

이처럼 모순적이고 이해하기 힘들 정도로 가해자의 음주를 감경적 인자로 고려하는 것은, 술에 대해 지나치게 관대한 우리 사회의 문화와 ‘성폭력은 성충동에 의한 것이다’라는 잘못된 통념에 법원이 자유롭지 못한 때문으로 보인다. 그러나 정말 술에 취하면 성충동이 커지게 되고, 그러한 성충동은 억제하기 힘든 것이어서 성폭력이 일어날 수밖에 없다면, 술을 많이 마시는 금, 토, 일 등의 주말에 성폭력 범죄가 많이 일어나야 할 것이다. 하지만 1995년부터 2004년까지의 10년간 요일별 범죄발생 현황을 보면, 성폭력 범죄는 오히려 다른 범죄에 비해 주중이나 주말, 혹은 특정 요일에 집중되는 경향이 약한 것으로 나타났다³¹⁾.

31) 10년 동안 전체범죄의 15.0%는 금요일, 14.9%는 토요일에 발생하였고, 일요일과 월요일에는 각 13.6%, 13.4%로 상대적으로 적게 나타났다. 반면, 성폭력 범죄는 일, 월, 화, 토

■ 주제 3_ 성폭력 범죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

성폭력 범죄가 일어나게 된 것이 성충동을 억제하지 못해서가 아니라, 굳이 억제하지 않았기 때문임을 인식한다면, 술에 취한 정황은 오히려 범행을 용이하게 하고, 죄의식을 약하게 한다는 점에서 감정요소가 아닌 가중요소로 해석해야 할 것이다. 영국의 성범죄 양형기준을 살펴보더라도 술에 취해 범행한 것은 오히려 가중요소로 규정되어 있다³²⁾. 피해자의 저항을 폭력으로 억압하고, 파렴치한 범행을 저지른 가해자가 수사·재판과정에서 모든 잘못을 술의 탓으로 돌리며 선처를 구하는 모습을 보고 피해자가 느끼는 감정을 고려한다면, 이러한 해석이 현실적으로도 더욱 타당하다고 하겠다³³⁾.

5) 성폭력으로 인한 피해

성폭력으로 인한 피해 중 신체적 상해는 강간상해·치상죄에 포함되어 법적으로 고려를 하고 있으며, 최근에는 외상 후 스트레스 장애 등 정신적 상해도 인정하는 태도를 보이고 있다. 그러나 성폭력으로 인한 피해는 의사의 진단으로 명확히 드러나는 상해 외에도 전형적이면서도 굉장히 다양한 목록으로 존재하며, 이러한 추가적인 피해는 성폭력에 대한 깊은 이해를 가지고 있는 재판부는 고려를 하겠지만, 그렇지 않은 경우에는 무시될 수 있으므로 양형기준을 마련하면서 이를 구체화하여 제시할 필요가 있다.

영구 성범죄 양형기준에서는 성폭력으로 인한 피해를 신체적인 것과 정신적

요일의 발생률이 14.3~14.4%, 수, 목, 금요일이 13.9~14.0% 수준으로, 전체범죄가 가장 적게 발생하는 일요일과 월요일에도 고루 발생하였으며, 반대로 전체범죄가 가장 많이 발생한 금요일이 상대적으로 범죄발생률이 낮았다. 성폭력범죄의 양형분석 및 재범방지를 위한 성폭력범죄자 사후관리방안, 앞의 글, pp.31-32

32)가중적 양형인자로 'commission of an offence while under the influence of alcohol or drug'이 규정되어 있다. 감정적 양형인자로 'mental illness or disability'가 규정되어 있으나, 우리나라에서처럼 술에 취한 상태가 이에 포함되는지는 확인하지 못하였다.

33)간혹 성폭력 범죄의 법정형이 지나치게 높게 규정되어 있어 양형의 적절성을 위해 주취 감정을 활용해야 한다는 견해가 있다. 그러나 판결문 양형이유를 검토하여 보면, 음주로 인한 범행의 유발성을 언급하는 것은 심신미약감정과 상관없이 행해지고 있음을 알 수 있다. 그리고 작량감정에 이어 주취감정까지 하는 경우는 대개 집행유예를 위한 것인데, 뒤에서 살펴볼 것과 같이 그런 방식으로 집행유예를 꼭 하는 것이 바람직한지는 의문의 여지가 많다.

인 것으로 구분하여, 신체적인 것으로는 상해, 임신, 성병 감염 등을, 정신적인 것으로는 성적 자기결정권의 침해, 공포, 수치, 모욕, 당혹, 자존감의 상실, 신뢰감 상실, 친밀한 관계맺음의 어려움, 자해 또는 자살 등을 제시하고 있다³⁴⁾. 이러한 피해 외에도, 우울증, 거식증이나 폭식증, 학교나 직장 등에서의 문제 발생, 성폭력 피해로 인한 이사³⁵⁾ 등의 요소가 추가로 고려될 수 있다.

이와 같은 고려는 성폭력 피해자에 대한 그동안의 연구들을 통해 합리적으로 뒷받침 될 수 있으며, 추가적인 연구를 통해 고려해야 하는 요소를 적절하고 체계적으로 정리해야 한다. 또한 피해자가 아동이나 시설장애인인 경우, 친족성폭력인 경우 등과 같이 피해자가 취약한 상황에서 범행이 발생한 때에는, 성폭력 피해의 후유증은 더 크고 다양하게 나타날 수 있으므로 유형에 따라 특수한 양형인자에 대해서도 연구가 필요하다.

6) 피해자 합의 · 공탁

피해자와의 합의는 다른 범죄에서도 굉장히 중요한 양형인자이지만, 특히 성폭력에 있어서는 그 영향력이 더욱 크다고 하겠다³⁶⁾. 그러나 피해자와의 합의를 이처럼 중요한 요소로 고려하는 것이 적절하고 필요한 것인지는 재고가 필요하다.

성폭력 범죄에 있어 피해자와의 합의가 더욱 중요한 이유는 성폭력 범죄 중 친고죄의 비율이 크다는 점이 한 원인이라 할 수 있다. 친고죄는 합의 시 전

34) 또한 정신적 피해에 대해 신체적 피해와 동등한, 때로는 더욱 심각한 피해임을 주지시키고 있다.

Sentencing Guidelines Council, Sexual Offences Act 2003 Definitive Guideline, 1.11.

35) 가해자와 피해자가 같은 직장, 같은 동네에 있는 경우 성폭력 피해 이후 피해자가 직장을 그만 두게 되거나 이사를 가야 하는 상황은 상당히 많이 발생하며, 이는 충분히 가해자의 예측범위 내에 있다고 할 것이므로 예외적인 경우가 아닌 한 형사책임을 가중하는 요소로 보아야 한다. 2008년 서울중앙지방법원 양형이유 분석대상 판결문에서도 가해자와 피해자가 같은 직장에 있었던 경우와 성폭력 피해로 인해 가족 전체가 이사를 하게 된 경우 각각 가중적 양형인자로 설시한 사례가 있다.

36) 통계분석에 의하면, 합의서 제출은 성폭력 범죄의 유형과 관계없이, 집행유예/실형의 선고여부와 선고형량 모두에 있어 가장 강한 영향력을 미치는 것으로 나타났다. 성폭력범죄 양형에 대한 종합분석, 앞의 글, p.178

■ 주제 3_ 성폭력 범죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

혀 처벌을 받지 않으므로, 비친고죄의 경우에도 친고죄인 경우와 비교를 하게 되기 때문이다. 이러한 고려가 가장 극명하게 드러나는 사례가 강간치상 사건에서 합의가 된 경우이다. 상해 정도가 중하지 않다면, 그러한 약간의 상해만 없다면 전혀 처벌을 받지 않을 텐데, 상해가 있음으로 인하여 법정형이 무기 또는 5년 이상의 유기징역에 해당하는 처벌을 받게 되므로, 법원은 이를 과중하다고 여겨 집행유예를 선고하는 것이다³⁷⁾.

그러나 이 같은 고려는 원칙과 예외가 전도된 잘못된 것이다. 성폭력 범죄가 친고죄로 규정된 이유가 그 죄질이 가볍기 때문이 아니라, 피해자의 명예 및 사생활 보호를 위한 것임은 전혀 이견이 없다. 그렇다면 비친고죄인 성폭력 범죄는 매우 예외적이라 할 수 있는 친고죄와 비교할 것이 아니라, 다른 강력범죄와 비교하여 형평성에 어긋나지 않게 처벌하는 것이 타당하다. 오히려 개선이 필요한 것은 강력범죄인 성폭력 범죄를 친고죄로 규정하여, 피해자의 의사에 따라 전혀 처벌할 수 없게 한 부분에 있다고 할 것이다³⁸⁾.

꼭 친고죄에 대한 고려가 아니더라도, 피해자의 합의를 지나치게 크게 고려하는 것 역시 문제이다. 왜냐하면 합의서가 제출되면 합의가 되었다는 사실만 크게 고려되고, 피해자의 진정한 의사인지, 가해자측의 집요한 요구에 못이긴 것인지, 처벌불원의 정도도 강력하게 선처를 바라는 것인지, 형식적으로 처벌을 불원하는 것인지 등에 대해서는 굳이 조사하려 하지도 않고, 크게 고려되지 않기 때문이다³⁹⁾. 영국이나 미국의 양형기준에는 피해자와의 합의가 감경요소로 규정된 바 없다는 점도 고려할 필요가 있으며, 만약 그동안의 관행이나 다른 범죄와의 관계를 고려하여 합의를 감경인자로 본다면 그 진정성이나 처벌불원의 정도를 구별⁴⁰⁾하여 엄격하게 인정하는 것이 타당하다.

37)1998년의 집행유예율을 살펴보면 친족강간, 특수강간, 강도강간 등의 집행유예율이 20%가 안되었던 것에 반해 강간치상의 경우에는 50.5%였는데, 이러한 차이는 친고죄에 대한 고려에 기인한 바가 크다고 생각한다. 성폭력범죄의 양형실태에 관한 연구, 앞의 글, p.74

38)성폭력 범죄를 친고죄로 한 것은 오히려 피해자에게 2차 피해를 줄 수 있다는 인식 아래, 친고죄 규정을 폐지해야 한다는 주장이 많이 제기되고 있다. 이에 대해서는 이호중, 성폭력 범죄의 친고죄 폐지론, 성폭력 법정에 서다, 한국성폭력상담소, 2007 참조

39) 같은 취지의 주장으로 이주형, 앞의 글, p.37

피해자의 입장에서 합의보다 더 당혹스러운 것은 공탁의 고려이다. 피해자가 강력하게 처벌을 원하는 경우에도 공탁을 이유로 집행유예가 선고되는 경우가 있기 때문이다. 성폭력 범죄는 재산범죄가 아니기 때문에 공탁은 피해 회복의 결정적인 요소가 아니라는 점, 손해배상은 피해자의 당연한 권리인 점을 고려하면, 통상적인 정도의 공탁은 감경인자로 고려되어서는 안 되며, 상당 액수를 공탁한 경우에도 피해자가 합의를 한 경우보다 훨씬 적은 비중으로 고려되어야 할 것이다.

7) 피해자 유발 · 비난 요소

성폭력 범죄에 있어 피해자 유발 요소나 피해자에 대한 비난 요소는 명시적인 양형인자로 고려되지는 않지만 분명히 암묵적으로 고려되고 있다. 통계분석에 의하면 성폭력 범행장소가 가해자의 집·근무지 또는 차량내·숙박업소인 경우 집행유예 비율도 높고, 선고형량은 낮은 것으로 나타났다. 또한 피해자가 학생인 경우보다 유흥업소 주인 또는 종사자인 경우 집행유예율이 높았다. 가해자와 피해자의 관계가 미치는 영향은 앞서 본 바와 같고, 특히 가해자와 피해자 사이에 범행이전에 성관계가 있었던 경우에는 선고형량이 낮아졌다. 사건 당시 피해자가 음주상태였던 경우와 사건 전 가해자와 피해자가 함께 음주·유흥 등을 한 경우에는 모두 집행유예 비율이 높고, 선고형량이 낮아졌다⁴¹⁾.

위와 같은 요인들은 성폭력에 대한 잘못된 통념과 편견에 의한 것이 많은 데⁴²⁾, 실제 양형과정에서는 드러나지 않고 암묵적으로, 그러나 중요하게 고려

40) 형사소송법 제294조의2에는 피해자의 법정진술권이 규정되어 있으나 실무상 양형과 관련된 의견을 제시하는 절차로 활용하고 있지 못하므로, '피해자의 정상관계 진술서'를 고려할 수 있다. 이러한 진술서는 형식적인 합의서 제출을 양형인자로 고려하는 것보다 피해자의 진정한 의사와 현재 심정을 파악할 수 있는 도구로 활용될 수 있을 것이다. 피해자의 정상관계 진술서에 대해서는 광병훈, 양형심리의 충실화를 위한 몇 가지 방안, p.673; 임동규, 앞의 글, p.364에서 재인용

41) 성폭력범죄의 양형에 대한 요인별 고찰, 앞의 글, pp.130-149

42) 이에 대하여는 줄고, 법원의 내적 변화를 위한 제안 -최협의설의 극복을 위하여, 대법원 판례바꾸기 운동 제12차 자료집 참조

■ 주제 3_ 성폭력 범죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

된다는 점에서 문제의 소지가 크다. 영국과 미국의 양형기준은 이와 관련하여 시사점을 제공하는데, 미국의 경우 일반적인 감경인자 중의 하나로 일정한 피해자의 행동을 열거하고 있으나, 그러한 감경인자는 성범죄에는 적용되지 않음을 명시하고 있다⁴³⁾. 영국의 양형기준은 가해자와 피해자가 같은 기회에 성폭력 범행이 일어나기 직전, 합의에 의한 성관계를 가진 경우 감경인자로 고려하고 있으나, 그러한 요소는 합의에 의한 성관계의 형태, 그 뒤에 일어난 성폭력과의 유사성, 타이밍 등을 고려해야 하며, 성폭력 범행이 중대한 경우에는 감경인자로 고려하지 않는다는 제한을 분명히 하고 있다⁴⁴⁾.

여성의 경제활동 참여가 날로 늘어가고 있는 현실에서, 한편으로는 여성에게 보호와 배려만을 바라지 말고 회식에도 똑같이 참여하면서 남성과 똑같이 사회생활을 하라고 요구하면서, 다른 한편으로는 남성과 늦은 시간까지 술을 마시며 같이 있었다는 이유로 성폭력 피해를 당한 피해자임에도 비난을 받고, 처벌도 약화시킨다면 이는 모순적이며 부당한 판단이라 할 것이다. 따라서 위와 같이 암묵적으로 고려되고 있는 피해자 유발·비난 요소 중 잘못된 통념과 편견에 의한 것은 양형기준에서 고려하지 말 것⁴⁵⁾을 명시적으로 선언해야 하며, 사건과의 관련성이 합리적으로 인정될 수 있는 경우에는 구체적인 제한조건을 제시하여 감경인자가 남용 또는 오용되는 경우를 방지해야 할 것이다.

4. 집행유예/실형 판단기준에 대한 검토

형을 결정하는 과정을 살펴보면 집행을 유예할 것인지 여부는 선고형을 결정한 이후에 정하게 되어 있으나, 실무는 그렇지 않다. 일반적으로 형량이 더

43) United States Sentencing Commission Guidelines Manual, §5.K.2.10.

44) Sentencing Guidelines Council, Sexual Offences Act 2003 Definitive Guideline, 2.21.

45) 양형기준은 고려해야 하는 양형인자 뿐 아니라 고려해서는 안되는 요소도 제시해야 한다. 박형관, 양형인자 추출방법론(초안), 양형위원회 검토 자료, p.1, pp.3-4 미국의 양형기준에는 양형이탈 사유로 고려해서는 안되는 요소로 민족, 성, 성적 취향, 결혼 여부, 종교 등을 제시하고 있다.

길더라도 집행유예가 선고되면 가벼운 형이라고 인식을 하는 만큼 집행유예의 선고여부는 유무죄 판단 이후 과정에서 가장 중요한 단계라고도 할 수 있다. 그러나 우리 형법은 집행유예의 선고 기준에 대해 단지 ‘그 정상에 참작할 사유가 있을 때’라고만 규정하고 있어 실질적인 판단기준을 제공하고 있지 못하고, 그 결과 법원간의 형평성에 문제가 생길 뿐 아니라 집행유예가 과도하게 선고되는 현실을 낳게 되었다⁴⁶⁾. 특히 우리나라는 집행유예를 할 수 있는 범위가 너무 넓은 점도 문제라 할 수 있다.

통계 분석에 의하면 성폭력 범죄에 대해 집행유예 여부를 결정하는 중요한 양형인자로는 누범, 공범 여부, 간음 여부, 상해 정도, 피해자의 유책성, 합의서 제출 여부, 구속 여부가 있다고 한다⁴⁷⁾. 이 중 피해자의 유책성과 합의서 제출 여부가 집행유예의 판단기준이 되는 것에 대한 문제점은 앞서 지적한 바와 같으므로, 결국 집행유예 여부를 판단할 양형인자는 피고인의 전과와 범행의 죄질이라고 할 수 있겠다. 좀 더 광범위한 실증연구를 통해 집행유예 여부를 판단할 인자를 구체화하는 것이 필요하다⁴⁸⁾.

5. 결

수많은 경우의 수를 고려해야 하고, 실증적인 연구분석을 통해 양형인자를 추출하며, 이를 규범적인 관점에서 재검토하고, 다시 범죄별로 유형을 구분하고 양형인자를 질적으로 구분하는 작업은 결코 쉬운 일이 아니다. 그러나 양형의 적절성과 형평성에 대한 그동안의 요구, 학계와 실무계의 연구 및 노력 등이 처음으로 구체적인 결실을 맺어 그 첫걸음을 내딛었으므로 그러한 어려

46) 우리나라 집행유예 선고현황의 문제점을 지적하는 것으로는 이주형, 앞의 글, pp.29-38 참조

47) 성폭력범죄 양형에 대한 종합분석, 앞의 글, pp.164-165

48) 집행유예 판단기준의 설정 시 사회봉사명령이나 보호관찰, 수강명령 등 조건부과에 대한 법원의 재량을 통제하는 것도 필요하다. 이호중, 앞의 글, p.8

■ 주제 3_ 성폭력 범죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

움은 모두의 힘을 모아 이겨내야 할 것이다.

성폭력 범죄는 눈에 보이지 않는 잘못된 통념과 편견이 많이 존재하기 때문에, 양형인자를 추출하고 구체화하는 과정에서 규범적인 관점에서의 재검토가 특히 중요하다고 하겠다. 따라서 성폭력 범죄의 양형기준을 정하는 과정에 있어 여성주의적 관점이 꼭 필요하다고 할 것이며, 양형제도의 일부로서만 고민하는 것이 아니라, 그동안 성폭력 범죄의 처리에 대해 문제제기되었던 점들을 양형기준에 반영하고 녹여내는 노력이 있어야겠다.

성폭력 범죄의 바람직한 양형 기준 : 통념과 편견을 넘어서

이운상 한국성폭력상담소 부소장

이경환 법무관의 발제문 <여성주의적 관점에서 재검토한 성폭력 범죄 양형 인자>는 성폭력 범죄가 갖는 특성을 검토하여 합리적인 양형기준을 마련하기 위해 반드시 고려해야 할 사항을 합당한 논거를 토대로 제시하고 있어 향후 성폭력 범죄의 양형기준을 수립하는 데에 중요한 자료를 제시하고 있다. 특히 성폭력 범죄가 갖는 특성을 나타내는 기존 통계자료뿐만 아니라 2008년 성폭력 사건 유죄판결문 중 49건의 양형이유를 분석하고 있는데, 자료가 한정적이어서 일반화하기에 무리가 따를 수는 있으나, 분석내용이 현장에서 성폭력 피해 상담을 상당 기간 해온 현장의 경험 내용을 상당 부분 반영하고 있어 폭넓게 신뢰할 수 있는 자료라고 판단한다.

본 토론문에서는 최근 한국성폭력상담소에서 지원하였던 사건과 언론에 크게 보도되었던 사건 총9건의 양형이유를 <별첨>과 같이 정리하여 보았다. 발제문 3장에서 재검토하고 있는 성폭력 범죄의 기존 양형 요소가 <별첨>에 정리된 양형 이유에도 거의 동일하게 나타났으며, 이는 성폭력 범죄에 대한 우리 사회의 통념과 편견이 양형에 상당한 영향을 미치고 있다는 점을 재차 확

■ 주제 3_ 성폭력 범죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

인해준다.

1. 통념과 양형이유

(1) 공탁/합의

〈별첨〉에 나열된 9건의 사건 중에 공탁이 감경사유로 작용한 사건이 4건에 이르고, 대체로 감형이나 집행유예에 영향을 미친 것으로 분석된다. 사례 마의 경우, 피해자가 가해자의 처벌을 강력하게 원한다는 점을 재판부에 적극적으로 알렸음에도 불구하고 공탁이 양형판단에 영향을 미쳤고, 그 외의 경우도 유사하다. 또한 합의나 배상이 유리한 양형요소로 작용한 반면, 위자를 위한 조치가 없는 것은 불리한 요소로 작용하였다. 합의는 중요한 양형인자이기는 하나 성폭력 범죄에서 유달리 합의가 가장 강한 영향력을 미치는 것은 발제문에서 상세히 논증하고 있듯이 특수한 몇몇 유형을 제외하고는 성폭력 범죄가 기본적으로 친고죄이기 때문이다. 사례 아는 언론에도 보도되어 익히 잘 알려진 사건으로 항소심에서 여러 가지 양형인자를 고려하여 징역 6월(집행유예1년)이 벌금형으로 감형되면서 선고를 유예하는 이례적인 판결이 난 사건이다. 해당 범죄가 친고죄라는 사실 때문에, 원심판결 선고 이후에 피해자가 제출한 ‘용서의 의사’가 표시된 의견서가 양형인자로 고려된 것은 어이가 없기도 하지만, 그만큼 성폭력 범죄가 기본적으로 친고죄라는 사실이 미치는 영향이 크다는 것을 반증한다. 성폭력 범죄를 비(非)친고죄화 해야 한다는 오래된 주장과 국제조약기구¹⁾의 권고 등을 논외로 하더라도, 피해자의 의사와 무관한 공탁, 비친고죄 유형의 범죄인 경우에 행해진 합의와 같이 취하를 고려하지 않은 경우 등에 대해서 감경사유로 판단하는 것은 불합리하다.

1) 여성차별철폐위원회(CEDAW), 보편적정례검토(UPR)에서 각각 2007년, 2008년에 성폭력 범죄를 비친고죄화할 것을 권고받은 바 있다.

(2)가해자 음주

가해자의 음주여부는 성폭력 범죄의 우발성을 판단하는데 결정적인 근거로 작용한다. 발제자가 분석한 49건 중 ‘술에 취해 우발적으로 범행한 점’이 양형 이유로 검토된 사건이 40% 이상이었다는 것은 성폭력 범죄에 대한 재판부의 인식이 어떠한지 단적으로 보여준다. 발제문에서 분석하고 있듯 음주는 마땅히 가중요소로 해석될 필요가 있으며, 음주 정도에 따른 심신미약 혹은 심신상실 여부를 규명하기 보다는, 상대방의 권리를 침해하고 상해를 초래하는 등의 범죄를 계획하고 자행하였다는 사실에 주목하고 이에 음주가 별다른 영향을 미치지 않았는지 혹은 범행을 용이하게 하기 위한 수단으로 음주가 동원되었는지 등을 판단하는 것이 필요하다.

(3) 피해자/가해자 관계

발제문에서 인용한 통계를 보아도 친족관계를 제외하고는 가해자와 피해자가 아는 사이인 경우 형량이 상대적으로 낮다. 가해자와 피해자의 관계가 감경인자로 작용하는 것은 심각한 문제다. 우선 누차 밝히고 있듯이 성폭력 범죄는 대체로 아는 관계에서 발생하며, 아는 관계에서 발생하는 것이 피해자의 권리를 침해하고 후유증을 심화시키는 결과를 야기하고 있기 때문이다. 예를 들어 한국성폭력상담소 상담의 큰 비중을 차지하고 있는 직장내 성폭력 피해의 경우, 피해자가 피해로 인해 직장생활에 상당한 영향을 받게 되고 피해를 드러내어 구제노력을 하는 경우 사측이나 동료들로부터의 비난과 의심, 사측의 부당행위(합리적 절차에 따르지 않는 부서이동 등), 극단적으로는 퇴사를 결정할 수밖에 없는 상황에 직면하는 등 정당한 노동권을 심각하게 침해받는 경우가 빈번하다. 유사하게 교내에서 성폭력 피해를 입은 학생은 자유로운 환경에서 학습할 수 있는 권리를 침해당하면서도 학업평가나 진로에 미칠 부정적 영

■ 주제 3_ 성폭력 범죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

향 때문에 적극적 조치를 취하기 어렵게 되기도 한다. 친인척, 동네사람 등을 포함하여 아는 사람에게 의한 피해는 피해자의 주거지가 가해자에게 쉽게 노출되므로 피해자가 원하지 않음에도 불구하고 전학, 이사 등의 조치를 취할 수밖에 없는 경우도 왕왕 발생한다. 그러므로 성폭력 범죄는 피해자와 가해자의 관계에 의해 발생하는 노동권, 학습권, 주거권 침해와 같은 상황을 고려한 양형 판단이 필요하다. 또한 친밀한 신뢰관계(친족관계, 연인이나 부부관계 등) 사이에서 발생한 성폭력 범죄는 발제문에서 지적한 신뢰관계의 배신이라는 점을 특정하게 고려해야 한다. 영국의 성범죄 양형기준에서 가중사유로 권력의 남용과 신뢰관계의 남용을 제시하고 있는 점은 시사하는 바가 크다²⁾.

(4) 범죄의 계획성

계획적인 범죄가 가중적 양형인자로 평가된다면, 범죄의 계획성 여부는 양형 판단에 매우 중요한 요소라고 할 수 있다. 대부분의 성폭력이 아는 사람과의 관계에서 발생하고, 가해자가 성별, 나이, 지위 등에서 피해자를 강제할 수 있는 위치에 있는 경우가 다수이며³⁾, 가해자와 피해자 단 둘만 있는 장소에서

2) 영국의 경우, 성범죄 양형기준에서 가중요소 중 ‘Abuse of power’와 ‘Abuse of a position of trust’를 명시하고 있다. Sentencing Guidelines Council, Sexual Offences Act 2003 Definitive Guideline, 영국의 양형위원회 홈페이지 (www.sentencing-guidelines.gov.uk) 참조

3) 피해자/가해자 관계

한국성폭력상담소 2007년도 상담통계 중 : 단위 - 건(%)

아는 사람 1,665 (85.5)											모르는 사람	미상	총계
친족, 친/인척 273 (14.0)	직장 내 490 (25.2)	친밀한 관계 174 (8.9)	채팅 /소개로 만난 사람 69 (3.5)	동네 사람 92 (4.7)	서비스 제공자 74 (3.8)	초중고 /대학 149 (7.6)	학원 /유치원 61 (3.1)	주변인의 지인 118 (6.1)	기타 165 (8.5)				
친족 /인척 149 (7.6)										친 124 (6.4)			

일어나는 경우가 많다는 것 등 몇 가지 사실만 보아도 성폭력이 ‘억제할 수 없는 성충동에 의한 우발적 범죄’라는 통념이 사실과는 무관하다는 점을 알 수 있다. 성폭력 범죄는 극심한 분노에 의한 우발적 폭행과 같은 형태로 발생하지 않는 특성을 가지고 있음에도 불구하고, 만취 상태 등을 이유로(강제행위가 있었음에도 불구하고) 범죄의 우발성을 인정하여 감형사유로 제시하고 있다(사례 자). 사례 아에서는 고의성(당초부터 가해의사를 가졌는지, 가해의사가 유일하고 고도의 것이었는지 여부)이 현저하지 않았다는 점을 감경사유로 제시하였는데, 고의성 판단에 가해자와 피해자 외에 여러 사람이 있는 장소에서 범죄가 일어났다는 점을 그 근거로 제시하였다. 피해자와 가해자 단 둘만 있는 시공간을 선택하는 계획성을 주목하지 않으면서 다수가 있는 장소에서 범행이 이루어진 점을 고의성이 현저하지 않는 이유로 보는 것의 비일관성은 차치하고라도, 고도의 고의성까지 갖추지 않아도 충분히 범행을 저지를 수 있는 성폭력 범죄의 특성을 고려하지 못한 채 고의성을 양형사유로 판단한 경우다. 현저한 고의성이 양형의 가중사유가 되는 것은 합당하나, 성폭력 범죄는 현저한 고의성이 없이 왜곡된 성인식과 성문화에 기반하여 일상적으로 발생한다는 특징을 갖고 있으므로, 성폭력 범죄의 경우 낮은 정도의 고의성이 기본형으로 간주되어야 하지 감경사유가 돼서는 안 된다.

(5) 성폭력 피해의 정도

대부분의 양형이유에 피해자에게 신체적/정신적으로 극심한 고통을 주었다는 점을 표현하고 있고 ‘평생 씻을 수 없는 상처’를 입혔다는 표현도 자주 발견된다. 그러나 <별첨>을 살펴보아도 이런 양형인자가 특별히 가중인자로 영향을 미친 것으로 보이는 사례는 없다. 형벌에는 재발을 방지하고자 하는 예방의 목적과 동시에, 범죄행위에 대한 대가를 치르게 하는 것도 주요한 목적의 하나이며 이를 위한 합당한 양형을 판단하기 위해 피해의 정도를 정확하게 규명

■ 주제 3_ 성폭력 범죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

하는 것이 매우 중요하다. 그저 ‘극심한 고통’이나 성폭력 범죄에 대한 통념을 근거로 한 ‘씻을 수 없는 상처’와 같은 비구체적이고 주관적인 기준만으로 양형이유를 설명하기는 어렵다. 피해의 내용과 정도를 규명할 수 있는 연구를 토대로 객관적 기준을 제시하되, 피해회복에 필요한 비용이나 시간, 노력 등을 종합적으로 고려하여 피해 정도가 규명되어야 한다.

(6) 초범

대부분의 사건에서 동종/유사 범행의 전과가 없음이 감경 사유로 작용하였다. 그러나 성폭력 범죄의 신고율은 2.3%에 지나지 않고, 신고율이 가장 높은 강간/강간미수의 경우에도 신고율이 7.1%⁴⁾에 불과하다는 점을 감안하였을 때 전력없음을 중요한 감경사유로 볼 수 있는지에 대해서 재검토가 필요하다.

2. 제언을 위한 질문

양평편차를 해소하고 범죄행위에 대한 정당한 대가를 치르고 대사회적으로는 범죄를 예방하기 위하여 바람직한 양형기준을 모색하는 시점에서, 합리적이고 체계적인 양형기준을 수립하기 위해 어떤 점을 고려해야 하는지 고민하고 토론하기 위해 발제자에게 몇 가지 질문을 드리고자 한다. (1) 우선 성폭력특별법에서는 피해자 나이, 관계(친족, 위계관계), 주거침입, 흉기 휴대 등을 범죄의 구성요소로 규정하고 가중처벌 유형으로 분류하고 있다. 그럼에도 불구하고 <별첨>에서와 같이 법정형의 하한보다 낮은 형이 선고된 경우가 다수다(사례 가, 나, 다, 마). 발제문에서도 강간 상해/치상, 강도강간, 특수강간의 경우 법정형의 하한보다 높은 형이 선고된 비율이 매우 낮아 법정형의 설정에 문제

4) 2007년 전국 성폭력실태조사(2008, 여성가족부)

가 있다고 보고 있는데, 위 사안들은 가중사유임에도 불구하고 법정형에 어떤 문제가 있는지, 왜 법정형보다 낮은 형이 선고되는 경향이 강한지, 어떻게 이 요소들이 가중사유로 작용할 수 있도록 할 수 있는지 질문 드린다. (2)양형기준은 감경인자와 가중인자를 중심으로 설정되는 것으로 보이는데, 예컨대 양형 판단에 절대 고려되어서는 안 되는 인자를 설정하는 방법이 있는지 질문 드리고 싶다. 성폭력 범죄와 같이 편견과 왜곡된 통념이 판단에 영향을 많이 미치는 경우에는 이런 편견이 영향을 미치지 않도록 하는 조치가 다각적으로 모색되어야 한다. 양형기준에서는 통념이 영향을 미치지 않도록 하기 위해 고려되어서는 안 되는 인자(예를 들면 감경인자로서의 ‘음주’)를 설정한다면 편견 극복에 기여할 수 있을 것으로 보인다.

3. 나가며

통념과 편견을 극복한다는 것은 많은 시간과 노력, 비용이 소요되는 지난하고 힘든 과정이다. 반성폭력 운동의 역사가 길고, 십 수 년 째 여러 가지 근거를 토대로 통념의 허구성을 밝혀왔지만 여전히 ‘여름철 성범죄’, ‘꽃뱀’ 등과 같은 통념이 우리 사회에 뿌리깊이 자리 잡고 있다. 이런 통념은 결국 성폭력 범죄가 은폐되어 피해극복을 위한 적절한 절차를 밟는데 방해요소로 작용함으로써, 성폭력 범죄를 좌시하고 더 나아가 조장하는 역할을 한다.

형벌의 목적이 범죄에 대한 대가를 치르게 하는 것뿐만 아니라 범죄를 예방하는 데에도 있으므로, 합리적인 판단을 근거로 범죄를 적절하게 처벌하는 것은 사회의 안전과 상식을 보호하기 위해 매우 중요하다. 그러나 기득권의 이해관계만이 반영된 ‘상식’을 근거로 하여 적정하지 않은 이유가 감경사유가 된다면 법이 국민의 상식과 통념을 구분하지 못한 채, 범죄를 예방하기는커녕 통념을 근거로 오히려 부추기는 매우 위험한 결과를 낳을 수 있다. 동시에, 양

■ 주제 3_ 성폭력 범죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

형 가중요소가 범행 사이의 경중을 규정하여 특정 피해자의 권리를 부정하고 강간통념을 강화시키는 역효과가 발생하지 않도록 주의하는 것도 잊어서는 안 된다. 그러므로 바람직한 양형기준을 마련하기 위해, 해당 범죄가 놓여있는 사회적 위치와 이 위치를 구성하는 이해관계 등을 고려하는 것은 매우 중요하다.

〈별첨〉 성폭력 범죄 판결문 양형 이유 분석

	죄 명	사건개요	주 문 (판결 년/월)	양형이유	비 고
가	13세 미만 미성년자 강간	처남의 경제적 형편이 어려워 처조카인 피해자를 부양하던 가해자가, 피해자(9~10세)를 강제추행/강간	징역 2년6월 (2006.08)	인정하고 뉘우침, 전과없음, 지병으로 수감생활 어려움, 피해자(처조카) 10년간 부양, 피해회복 노력(배상) 및 합의, 피고인 가족의 선처 호소 불우한 환경의 피해자의 절박한 심정을 이용함, 피해자는 평생 씻을 수 없는 상처 입힘 →실형선고 불가피	-법정형 하한(5년)보다 낮은 형 (성폭력상담소 지원사건)
나	13세미만 미성년자 강간	조카인 10세의 피해자를 항거불능케 한 후 수차례 강간	징역 2년6월 (2006.02)	피해자 부양, 자백, 뉘우침, 동종/유사범죄 전력 없음, 장수병 및 장애인, 투병중 죄질과 범정이 무거움(10세 조카 강간), 평생 치유하기 어려운 상처 입히고도 위자하기 위한 조치 취하지 않음→실형선고 불가피	-법정형 하한(5년)보다 낮은 형 -항소기각 (성폭력상담소 지원사건)
다	청소년 강간 및 강간미수	이웃의 조카인 피해자(14세)를 수차례 강간	징역4년 (2006.02) 징역3년 (2006.07)	1심 과거 복역이후(1983년 강간치상죄) 건실하게 생활, 반성 파렴치(14세 수차례 강간), 강간 후 돈을 주는 비정한 행태, 치유하기 어려운 고통을 가하고도 변명만 늘어놓고 위자하기 위한 조치 취하지 않음 항소심 전력, 나이 어린 피해자 강간, 피해자가 입은 고통 매우 큼 처벌받은 이후 오랜기간 동안 동종/유사범행으로 처벌받은 바 없는 점, 공탁, 일부무죄 선고	-법정형 하한(5년)보다 낮은 형 -임신/낙태 (성폭력상담소 지원사건)
라	강간	직업소개소에서 소개받은 입주가사도우미인 피해자를 수차례 강간	징역3년 (2008.07)	범행 수법 매우 나쁨(조선족 신분이라는 약점 이용), 피해자 고통 극심함에도 이를 회복하기 위한 조치 취하지 않음, 변명과 부인, 반성하지 않음→중형선고 불가피	-항소기각 (성폭력상담소 지원사건)

■ 주제 3_ 성폭력 범죄, 바람직한 양형판단 기준을 말한다

마	특수강간	범행 당일 지인을 통해 만나게 된 피해자를 바래다주면서 피해자의 집에 들어가 흉기로 위협하고 강간	징역2년6월 (2007.05)	죄질이 매우 나쁨(흉기로 위협하여 강간), 피해자가 극심한 고통을 겪고 있음, 피해자가 피고인의 처벌을 강하게 원함 동종 전과 없음, 반성, 공탁	-법정형 하한(5년)보다 낮은 형 -항소기각 (성폭력상담소 지원사건)
바	업무상위력 등에 의한 추행	해외봉사 기관에서 부하직원인 피해자를 수차례 추행	징역 8월 집행유예 (2008.06)	극심한 고통, 부인 및 피해자 모독 공탁, 전력 없음→집행유예	-항소심 (성폭력상담소 지원사건)
사	강제추행	동호회에서 만난 피해자를 승용차 안에서 강제추행	징역 6월 집행유예 (2008. 06)	반성, 공탁	(성폭력상담소 지원사건)
아	강제추행	회식자리에서 피해자(기자) 추행	벌금 500만원 선고유예 (2007.06)	피고인의 추행으로 인하여 피해자가 정신적 충격을 크게 받음(사건 공론화), 국회의원인 피고인에 대하여는 고도의 준범의식과 준법태도 및 품위유지가 요구됨 사건 발생 장소에 피고인과 피해자 이외에 10명 정도가 함께 있어, 피고인이 당초부터 가해의사를 가졌다고 보기 어렵고, 피해자에 대한 가해의사가 유일하고도 고도의 것이었다고 보기도 어려움, 추행의 수단인 폭행이나 협박의 정도가 고도에 이르지 않는, 피해자가 원심판결 선고 이후 법원에 의견서를 제출하여, '피고인의 사과를 받아들인다'고 하면서 피고인을 용서하는 의사를 표시(친고죄), 연령(63세), 범죄전력 없음, 반성→선고유예	-친고죄 -항소심 (언론보도 사건)
자	미성년자 추행	농구감독(가해자)이 자신의 팀 운동선수인 피해자를 수차례 강제추행	징역10월 집행유예 사회봉사명령 200시간 (2007.07)	전과가 없음, 만취 상태에서 우발적으로 범행, 피고인이 10 여년의 기간 동안 국가대표 여자농구팀의 코치 및 감독으로 복무하면서 농구계의 발전과 국위선양을 위하여 노력함, 이 사건으로 평생을 몸바쳐온 농구계를 떠나게 되는 점, 공탁, 반성→ 집행유예	(언론보도 사건)