



제418회 국회 (정기회)
제19차 법제사법위원회

형법 일부개정법률안

검 토 보 고

〈피해자 연령 등 피해자 관련 양형조건 규정〉

■ 박은정 의원 대표발의(의안번호 제2203812호)

2024. 12.

법 제 사 법 위 원 회

수석전문위원 정 환 철

목 차

I . 제안경위	1
II . 제안이유 및 주요내용	1
III . 검토의견	3

I. 제안경위

1. 발 의 자: 박은정의원 등 12인
2. 발 의 일: 2024. 9. 9.
3. 회 부 일: 2024. 9. 10.

II. 제안이유 및 주요내용

「형법」이 1953년 시행된 이래 단 한번도 개정된 바 없는 제51조 양형의 조건에 관한 규정은 모두 가해자 중심의 양형 요인으로 구성되어 있음.

디지털 성범죄의 경우, 피고인이 ‘진지한 반성’을 하였다는 양형 자료로서 성폭력 피해자 지원단체에 일명 ‘감형용 기부’를 하고 그에 대한 증명을 법원에 제출하는 경우가 빈번하게 발생하고 있고, 실제로 가해자에 대한 미온적인 처벌로 이어지고 있음. 이 과정에서 피해자들은 자연스레 소외되고, 처벌의 불확실성을 이유로 2차 피해를 입었음에도 아무런 대응을 하지 않는다는 연구결과도 있음.

이와 같이 국민 법감정과 다른 양형에 관한 사회적 논란이 지속적으로 발생하고 있고, 사법에 대한 국민적 불신은 날로 심각해 지고 있음.

이에 법령상 양형의 필요적 참작 조건에 피해자의 연령, 피해자에게

야기된 피해의 결과 및 정도, 피해회복 여부, 피해자의 처벌 및 양형에 관한 의견 등 회복적 사법 및 피해자 관점의 요소를 명시하여 양형요소를 구체화하고 양형의 예측가능성과 균형성을 담보하고자 함(안 제51조).

Ⅲ. 검토의견

1. 개정안의 내용

현행법 제51조는 형을 정함에 있어서 참작하여야 할 사항인 양형조건으로, ‘범인의 연령, 성행, 지능과 환경(제1호), 피해자에 대한 관계(제2호), 범행의 동기, 수단과 결과(제3호), 범행 후의 정황(제4호)’을 규정하였는데, 개정안은 제51조에 제5호를 신설하여 “피해자의 연령, 피해의 결과 및 정도, 피해 회복 여부, 피해자의 처벌 및 양형에 관한 의견”이라는 피해자 관련 사항을 추가하고, 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행하려는 것임(안 제51조, 부칙)

현행	개정안
第51條(量刑의 條件) 刑을 定함에 있어서는 다음 事項을 參酌하여야 한다. 1. 犯人의 年齡, 性行, 知能과 環境 2. 被害者에 對한 關係 3. 犯行의 動機, 手段과 結果 4. 犯行 後의 情況	제51조(양형의 조건) 형을 정함에 있어서는 다음 사항을 참작하여야 한다. 1. 범인의 연령, 성행, 지능과 환경 2. 피해자에 대한 관계 3. 범행의 동기, 수단과 결과 4. 범행 후의 정황 5. 피해자의 연령, 피해의 결과 및 정도, 피해 회복 여부, 피해자의 처벌 및 양형에 관한 의견 부 칙 이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다.

2. 현행법상 양형조건 개요

1) 양형이란 형의 양정(量定)이라고도 하는데, 어떠한 행위가 유죄로 인정되는 경우 법정형에 법률상의 가중·감경 또는 작량감경을 한 처단형의 범위에서 구체적으로 선고할 형을 정하는 것을 말함.

현행법 제51조는 양형조건으로 ① 범인의 연령, 성행, 지능과 환경, ② 피해자에 대한 관계, ③ 범행의 동기, 수단과 결과, ④ 범행 후의 정황이라는 4가지를 규정하였음. 다만, 양형은 법원의 재량사항에 속하므로, 현행법 제51조에 규정된 양형조건들은 예시적인 것으로서 제51조에 규정되어 있지 않은 사항도 양형에 참작할 수 있음.¹⁾

2) 현행법 제51조에 규정된 양형조건 중 제2호의 “피해자에 대한 관계”, 제4호의 “범행 후의 정황” 등이 피해자와 관련된 내용을 포함하는 것으로 볼 수 있음.

제2호의 “피해자에 대한 관계”란 친족·가족·고용 기타 유사한 관계와 같은 범인과 피해자와의 관계로서, 피해자와의 신뢰관계를 이용하여 죄를 범하거나 피해자에 대한 보호의무를 침해하여 죄를 범한 때에는 형을 가중하는 요소가 될 수 있고,²⁾ 범죄행위자와 피해자와의 관계는 물론 피해자의 특성이나 범행 전후의 피해자의 행태 등 피해자와 관련된 사정을 모두 포함한다고 해석하는 견해도 있음.³⁾

1) [대법원 2017. 8. 24. 선고, 2017도5977 전원합의체 판결] 양형의 조건에 관하여 규정한 형법 제51조의 사항은 널리 형의 양정에 관한 법원의 재량사항에 속하고, 이는 열거적인 것이 아니라 예시적인 것이다.

2) 형법총론, 이재상·장영민·강동범 저, (주)박영사, 2015년, p585

3) 주석형법[총칙2], 한국사법행정학회(2020. 3.), p471

제4호의 “범행 후의 정황”이란 범행 후의 행위자 요소를 뜻하는데, 피해자와의 관계에서 피해회복이나 피해감소를 위한 노력, 재판과정에서 나타난 피고인의 태도, 범행에 대한 반성 여부, 범행에 대한 일반인의 인식, 범행에 대한 반성 여부 등이 이에 해당한다고 봄.⁴⁾

3) 현행법 제51조의 양형조건은 단순히 형량을 결정하는 기준을 넘어, 「형법」 제59조제1항에 따른 선고유예와 제62조제1항에 따른 집행유예, 「형사소송법」 제247조에 따른 기소유예의 기준으로도 작용함.

「형법」

제59조(선고유예의 요건) ① 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 고려하여 누우치는 정상이 뚜렷할 때에는 그 형의 선고를 유예할 수 있다. 다만, 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 사람에 대해서는 예외로 한다.

제62조(집행유예의 요건) ① 3년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 집행을 유예할 수 있다. 다만, 금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우에는 그러하지 아니하다.

「형사소송법」

제247조(기소편의주의) 검사는 「형법」 제51조의 사항을 참작하여 공소를 제기하지 아니할 수 있다.

4) 주석형법[총칙2], 한국사법행정학회(2020. 3.), p471

3. 양형위원회의 양형기준

1) 대법원에는 국민의 건전한 상식을 반영하고 국민이 신뢰할 수 있는 공정하고 객관적인 양형을 실현하기 위하여 양형위원회를 설치하였음.⁵⁾ 양형위원회는 법관이 합리적인 양형을 도출하는 데 참고할 수 있는 구체적이고 객관적인 양형기준을 설정하거나 변경하고, 양형기준은 공개하도록 함.⁶⁾

양형위원회는 모든 범죄에 통일적으로 적용되는 하나의 양형기준을 설정하는 방식이 아니라, 개별 범죄의 특성을 반영하여 범죄군별로 독립적인 양형기준을 설정하는 방식을 채택하였고, 현재 강도죄부터 횡령·배임죄까지 47개 범죄군의 양형기준을 정하여 시행하고 있음.⁷⁾

5) 「법원조직법」 제81조의2(양형위원회의 설치) ① 형(刑)을 정할 때 국민의 건전한 상식을 반영하고 국민이 신뢰할 수 있는 공정하고 객관적인 양형(量刑)을 실현하기 위하여 대법원에 양형위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

② 위원회는 양형기준을 설정·변경하고, 이와 관련된 양형정책을 연구·심의할 수 있다.

③ 위원회는 그 권한에 속하는 업무를 독립하여 수행한다.

6) 「법원조직법」 제81조의6(양형기준의 설정 등) ① 위원회는 법관이 합리적인 양형을 도출하는 데 참고할 수 있는 구체적이고 객관적인 양형기준을 설정하거나 변경한다.

② 위원회는 양형기준을 설정·변경할 때 다음 각 호의 원칙을 준수하여야 한다.

1. 범죄의 죄질, 범정(犯情) 및 피고인의 책임의 정도를 반영할 것

2. 범죄의 일반예방과 피고인의 재범 방지 및 사회복귀를 고려할 것

3. 같은 종류 또는 유사한 범죄에 대해서는 고려하여야 할 양형 요소에 차이가 없으면 양형에서 서로 다르게 취급하지 아니할 것

4. 피고인의 국적, 종교 및 양심, 사회적 신분 등을 이유로 양형상 차별을 하지 아니할 것

③ 위원회는 양형기준을 설정·변경할 때 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 범죄의 유형 및 법정형

2. 범죄의 중대성을 가중하거나 감경할 수 있는 사정

3. 피고인의 나이, 성품과 행실, 지능과 환경

4. 피해자에 대한 관계

5. 범행의 동기, 수단 및 결과

6. 범행 후의 정황

7. 범죄 전력(前歷)

8. 그 밖에 합리적인 양형을 도출하는 데 필요한 사항

④ 위원회는 양형기준을 공개하여야 한다.

2) 양형기준은 통상 ① 전문위원의 양형기준 초안 작성 ⇒ ② 양형기준안 작성 ⇒ ③ 양형기준안에 관한 공청회 개최 ⇒ ④ 양형기준안의 수정 ⇒ ⑤ 양형기준의 의결 절차를 거쳐 설정됨.⁸⁾

3) 법관은 형량을 정함에 있어서 양형기준을 존중하여야 하되, 양형기준이 법적 구속력을 갖지는 아니함.⁹⁾

4. 개정안에 대한 검토

국가형벌권이 확립되기 이전 범죄에 대한 처벌은 범죄피해자의 사적 복수였으나, 그 폐해가 심화되고 국가권력이 강화됨에 따라 범죄를 둘러싼 역학관계가 가해자-피해자의 관계에서 가해자-국가의 관

7) 47개 범죄군은 다음과 같음.

- ① 강도범죄 ② 공갈범죄 ③ 공무집행방해범죄 ④ 공문서범죄 ⑤ 과실치사상·산업안전보건범죄
- ⑥ 관세범죄 ⑦ 교통범죄 ⑧ 권리행사방해범죄 ⑨ 근로기준법위반범죄 ⑩ 뇌물범죄
- ⑪ 대부업법·채권추심법위반범죄 ⑫ 도주·은닉범죄 ⑬ 디지털 성범죄 ⑭ 마약범죄
- ⑮ 명예훼손죄 ⑯ 무고범죄 ⑰ 방화범죄 ⑱ 배임수증재범죄 ⑲ 변호사법위반범죄 ⑳ 사기범죄
- ㉑ 사문서범죄 ㉒ 사행성·게임물범죄 ㉓ 살인범죄 ㉔ 석유사업법위반범죄 ㉕ 선거범죄
- ㉖ 성매매범죄 ㉗ 성범죄 ㉘ 손괴범죄 ㉙ 스토킹범죄 ㉚ 식품·보건범죄 ㉛ 약취·유인·인신매매범죄
- ㉜ 업무방해범죄 ㉝ 위증·증거인멸범죄 ㉞ 유사수신행위법위반범죄 ㉟ 장물범죄
- ㊱ 전자금융거래법위반범죄 ㊲ 절도범죄 ㊳ 정보통신망·개인정보 범죄 ㊴ 조세범죄
- ㊵ 주거침입범죄 ㊶ 증권·금융범죄 ㊷ 지식재산·기술침해범죄 ㊸ 체포·감금·유기·학대범죄
- ㊹ 통화·유가증권·부정수표단속법위반범죄 ㊺ 폭력범죄 ㊻ 환경범죄 ㊼ 횡령·배임범죄

8) 「양형위원회 운영규정」

제16조(양형기준의 설정) ① 위원회는 다음 각 호의 순서에 따라 양형기준을 설정한다.

1. 전문위원의 양형기준 초안 작성
2. 양형기준안 작성
3. 양형기준안에 관한 공청회 개최
4. 양형기준안의 수정
5. 양형기준의 의결

② 소위원회가 제1항제1호의 양형기준 초안을 심의한 경우에는 위원회에 심의결과를 보고하기 전이라도 수석전문위원에게 심의결과를 반영하여 수정할 것을 요청할 수 있다.

③ 위원회는 양형기준안에 대하여 의견이 충분히 수렴되었거나 그 밖에 특별한 사정이 있는 경우에는 제1항제3호의 공청회를 개최하지 아니할 수 있다.

9) 「법원조직법」 제81조의7(양형기준의 효력 등) ① 법관은 형의 종류를 선택하고 형량을 정할 때 양형기준을 존중하여야 한다. 다만, 양형기준은 법적 구속력을 갖지 아니한다.

② 법원이 양형기준을 벗어난 판결을 하는 경우에는 판결서에 양형의 이유를 적어야 한다. 다만, 약식절차 또는 즉결심판절차에 따라 심판하는 경우에는 그러하지 아니하다.

계로 변화되었음. 그 후 형사사법에 있어서 주된 관심은 국가권력의 남용과 자의적 행사로부터 국민의 자유와 권리를 보장하고, 국가 수사기관 주도에 의한 범죄자의 처벌과 공정한 양형 등으로 옮겨지면서 범죄피해자에 대한 형사사법적 고려는 상대적으로 밀려난 측면이 있음.¹⁰⁾

그러나, 범죄자 - 피해자 - 공동체에 의한 범죄해결을 모색하고자 하는 소위 회복적 사법이론이 발달하면서, 2000년대 이후 형사사법의 영역에서 소외되어 왔던 피해자에 대한 고려의 필요성이 긍정적으로 받아들여지고 있음.¹¹⁾¹²⁾

범죄는 피해자와 가해자의 역학적이고 상호적인 결과물로서 이러한 범죄의 결과에 대하여 합리적인 양형을 도출하기 위해서는 피해자에 대한 사항까지 고려할 필요가 있고, 국민의 범감정에도 부합하는 측면이 있다는 점에서, 양형조건에 피해자 관련 사항을 명시하는 개정안의 입법취지는 인정됨.

다만, 개정안은 다음 사항을 고려할 필요가 있을 것임.

첫째, 앞에서 살펴본 바와 같이 현행법 제51조에 규정된 양형조건

10) 현행 양형기준상 피해자관련 양형인자의 타당성 검토, 이현정, 피해자학연구 19(1), 2011년, 287~288면.

11) 양형에 있어서 피해자의 고려와 「피해자 공동책임론」 수용가능성, 이무선, 경희법학(2012년), 47(4), 626면.

12) 피해자 관련적 양형인자에 대한 비판적 고찰, 김혜경, 피해자학연구 제26권 제2호(2018년), 159면에서 영국의 경우 독자적인 양형인자로써 피해(Harm) 기준표를 작성하여 피해자의 의사가 범죄자의 양형결정에 주요한 요인으로 작용하도록 하고 있다고 기술되어 있음.

은 예시적인 성격을 갖는 것임. 또한, 제51조제2호의 “피해자에 대한 관계”에 피해자의 특성이나 범행 전후의 피해자의 행태 등을 포함하는 것으로 보는 견해에 따르면 개정안에서 신설되는 ‘피해자의 연령’이 이미 포함된 것으로 해석할 수 있고, 제4호의 “범행 후의 정황”에 피해회복이나 피해감소를 위한 노력을 포함하는 것으로 보아 개정안에서 신설되는 ‘피해 회복 여부’ 역시 포함된 것으로 해석하는 것도 가능함.

실제로, 현행 양형위원회의 양형기준 중 일부 범죄에는 개정안에서 신설되는 “피해자의 연령, 피해의 결과 및 정도, 피해 회복 여부, 피해자의 처벌 및 양형에 관한 의견”이 이미 반영되어 있음. 예를 들어, 살인범죄의 경우 특별양형인자로 “범행에 취약한 피해자”를 가중요소로, “처벌불원이나 실질적 피해회복”을 감경요소로 규정하였고, 살인미수의 경우 “경미한 상해”를 감경요소로, “중한 상해”를 가중요소로 규정하고 있음.¹³⁾

둘째, 개정안은 “피해자의 처벌 및 양형에 관한 의견”을 양형조건으로 신설하고 있음. 따라서, 개정안이 시행되면 피고인의 경우 유

13) 양형위원회의 살인범죄 양형기준

			감경요소	가중요소
특별양형인자	행위	공통	- 범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우 - 과잉방위 - 미필적 살인의 고의 - 피해자 유발(강함)	- 계획적 살인 범행 - 범행에 취약한 피해자 - 사체손괴 (이하 생략)
		미수	경미한 상해(상해 없음 포함)	중한 상해
	행위자/기타		- 농아자 - 심신미약(본인 책임 없음) - 자수 - 처벌불원 또는 실질적 피해 회복(공탁 포함)	- 반성 없음(범행의 단순 부인은 제외) - 특강(누범)

리한 양형조건을 확보하기 위하여 피해자와 보다 적극적으로 대화하거나 합의를 시도할 것을 예상할 수 있는 반면, 피해자 입장에서는 피고인에게 신원이 노출될 수 있는 접촉을 꺼리거나 피고인과의 대화 자체가 피해자의 고통을 가중시키는 요인으로 작용할 위험이 있음. 또한, 피고인이 물리력을 행사하거나 부적절한 금전적 보상을 통해 강제적으로 화해를 종용하는 등의 부작용이 발생할 수도 있음. 즉, 피고인의 처벌에 관련된 피해자의 의견은 긍정적 양형조건으로 작용하는 측면뿐 아니라 피해자의 의사에 반하는 결과를 가져오는 등 부정적 측면이 동시에 발생할 수 있다는 점을 충분히 고려할 필요가 있음.

셋째, 실무적으로 법관은 양형위원회의 양형기준을 존중하여 양형을 하게 되므로, 개정안이 국회에서 통과되어 시행되는 경우 개정되는 내용이 양형위원회의 양형기준에 반영되어야 개정의 실효성을 거둘 수 있음.

그런데, 개정안 부칙에서 개정안은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행되도록 규정하고 있는바, 시행일까지의 6개월의 기간이 앞서 살펴본 양형기준 설정 절차에 따라 개정된 내용을 양형기준에 반영하기에 실무적으로 충분한 기간인지 고려하는 것이 필요할 것으로 보임.

이상의 논의를 종합해 보면, 개정안은 피해자의 연령 등 피해자 관련 사항을 양형조건에 명시하는 내용으로서, 현행법상 양형조건의

특성 및 포괄 범위, 피해자 권리 보호의 필요성 및 이에 대한 국민의 법감정, 피해자 관련 사항을 양형조건에 규정한 경우의 장점 및 발생할 수 있는 문제점, 개정안을 양형기준에 반영하기 위한 절차 및 소요 기간 등을 종합적으로 고려하여 입법정책적으로 판단할 사안으로 보임.

문 의 처
02)6788-5056