

존속대상범죄의 가중처벌규정 폐지에 관한 연구 : 존속살해죄를 중심으로

박 찬 걸*

국 | 문 | 요 | 약

존속대상범죄는 존속에 대한 범죄를 개별적으로 평가하지 않고 일률적으로 파악하는 점에서 문제가 있다. 존속에 대하여 일정한 범죄를 저지르기만 하면 그 동기를 묻지 않고 일반범죄보다 불법 또는 책임이 높다고 하는 전제를 하고 있는 것이다. 또한 형의 가중논거는 그 내용이 ‘사회 관념’, ‘인륜의 근본’, ‘인류보편의 원리’, ‘비속의 패륜성’ 등과 같이 추상적인 것이 특징이다. 또한 법정형이 예외 없이 상향되어 있는 문제점도 지적된다.

생각건대 존속대상범죄의 논의에서 위헌의 문제와 가중처벌의 필요성은 별개의 문제라고 판단된다. 현행 형법이 과거와 달리 존속살해죄에 대하여 7년 이상의 유기징역형을 추가하여 과도하게 불합리한 형벌을 상정한 것이라고 볼 수 없어 위헌의 소지를 다소 완화한 것은 사실이다. 하지만 존속살해죄의 규정을 두지 않고 보통살인으로 처벌한다고 하여도 처벌의 불균형은 생기지 아니한다. 존속살해죄의 법정형의 최하한은 7년 이상의 징역이고, 보통살인죄의 법정형의 최하한은 5년 이상의 징역인데, 이러한 존속살해죄의 법정형은 보통살인죄에서 보호하는 생명이라는 법익에 더하여 형법이 고유한 법익으로 인정한 ‘효’라는 법익을 동시에 침해하는 범죄를 저지른 자에게 가중처벌을 하고 있다. 즉 보호법익이 ‘생명’과 ‘효’, 2가지인 범죄에 해당한다.

존속살해죄가 폐지된다면 존속을 살해한 비속은 보통살인으로 처벌된다. 이 경우 법관은 양형사유를 참작하여 폐지된 존속살해죄의 법정형에 해당하는 7년 이상의 징역을 선고할 수 있다. 보통살인죄의 5년 이상의 징역은 존속살해죄의 7년 이상의 징역이라는 범위를 포함하고 있기 때문이다. 따라서 패륜적인 존속살해의 경우에는 보통살인죄의 법정형으로도 얼마든지 가중처벌할 수 있다.

또한 형법 제51조는 총 9가지의 양형사유를 규정하고 있는데, 그 중 하나가 ‘피해자에 대한 관계’이다. 존속대상범죄에서 주체인 직계비속과 객체인 직계존속의 관계가 바로 이에 해당한다. 우리 형법은 이미 총칙부문에서 존속대상범죄에 해당하는 경우의 처벌에 대비하여 형을 정함에 있어 ‘직계존속(피해자)과 직계비속(가해자)과의 관계’를 참작해야만 하도록 강제하는 규정을 명문화하고 있는 것이다.

이와 같이 존속에 대한 범죄는 양형참작사유로써 고려하는 것으로 족하다. 이 경우 실제로

* 한양대학교 법과대학 강사, 법학박사.

있어서는 아이러니컬하게도 형벌가중사유가 아닌 형벌감경사유로써 그 기능을 하는 경우가 더 많이 존재할 것이다. 이른바 ‘묻지마 살인’과 같은 자신의 직계존속을 아무 이유 없이 살해하는 경우는 현실세계에서 드물기 때문이다. 만약 이러한 사건이 발생하였다고 하더라도 동 가해자는 반드시 정신감정의 대상이 되어야 한다고 본다. 일반적인 경우에 아무런 이유 없이 자신의 직계존속을 살해하는 경우를 상정해 볼 때 당해 행위의 가해자는 정신적으로 상당한 문제가 있을 것이라는 것이 쉽게 예상되기 때문이다.

❖ 주제어 : 존속살해죄, 존속범죄, 존속대상범죄, 패륜범죄, 형법개정

I. 문제의 제기

2007년도부터 본격적으로 진행되어 온 형법개정과 관련하여 최근에 연구성과물이 나와 향후 귀추가 주목되고 있다. 한국형사법학회와 한국형사정책학회가 구성한 형법개정연구회는 2009년 9월 11일 ‘형법개정의 쟁점과 검토’ 학술회의를 열어 형법개정시안을 발표하였다. 법무부는 이를 참고하여 최종 개정안을 마련하게 되는데, 형법학계의 대표적인 형법개정연구회의 의견이 평소 형사법 관련 법률의 개정 과정에서 상당 부분 반영되어 온 점을 감안하면 이번 형법개정시안도 법무부의 최종안에 상당한 영향을 줄 것으로 보인다.

형법개정연구회에서 제시된 여러 개정안 가운데, 존속살해죄를 비롯한 존속대상범죄의 가중처벌규정을 삭제하는 안이 눈에 띈다. 이는 2009년 12월 형사정책연구원에서 발간된 연구보고서에도 그대로 반영되어 있는데, 존속대상범죄에 대한 가중처벌규정은 이를 삭제하는 것이 바람직하다는 의견을 제시하였다.¹⁾ 존속대상범죄 가운데 가장 논란이 되는 범죄가 존속살해죄인데, 존속살해죄는 1995년 형법 개정을 통하여 기존에 사형과 무기징역을 규정하였던 법정형에 7년 이상의 징역을 추가하여 형벌을 다소 완화하였다.²⁾ 이러한 존속살해죄의 법정형만을 기준으로 본다면

1) 형법개정연구회, 형사법개정연구(IV): 형법각칙 개정안, 한국형사정책연구원, 2009. 12, 32면.

2) 이는 개정 이전의 법정형이 보통살인죄의 형벌에 비해 현저히 무거웠기 때문에 평등의 원칙과 비례의 원칙에 반한다는 위헌의 문제를 입법적으로 보완한 것이다.

그 자체가 위헌이라고 하기에는 다소 무리가 있다.³⁾ 하지만 가중처벌규정을 둘 필요성이 있느냐에 대한 접근이 이루어지면 존속대상범죄 가중처벌을 폐지하자는 견해⁴⁾와 존치하자는 견해⁵⁾로 나눌 수 있다. 즉 존속살해죄의 합헌성을 인정하는 것이 곧바로 존속살해죄의 존치가 필요하다는 입장으로 연결되는 것은 아니다. 위헌성을 인정하는 입장에서는 곧바로 존속살해죄의 폐지와 연결되는 것이 논리적이라고 할 수 있지만, 합헌성을 인정하는 입장에서는 존속살해죄의 존폐문제 단계로 넘어오게 되면 존치의 입장과 폐지의 입장으로 견해가 갈리게 된다. 즉 법정형의 완화와는 별개로 그 정당성의 문제는 여전히 현재진행형인 것이다. 현재 두 입장 중에서는 폐지의 입장이 다수의 위치를 점하고 있는 것으로 보인다. 하지만 존속대상범죄에 대하여 유일하게 헌법재판소가 2002. 3. 28. 선고한 2000헌바53 결정(형법 제259조 제2항 위헌소원)⁶⁾에서는 재판관 전원의 일치된 의견으로 합헌결정을 내린 바 있다.

3) 이와는 달리 존속살해죄 자체가 위헌이라고 보는 견해(이정원, 「형법각론(공개 제1판)」, 인터넷 공개판, 2008, 49-50면; 임 우, 「형법각론(개정판)」, 법문사, 2003, 31면)도 있다.

4) 김성돈, 「형법각론(제2판)」, 성균관대학교 출판부, 2009, 42면; 김성천, 「형법」, 도서출판 소진, 2009, 535면; 배종대, 「형법각론(제7전정판)」, 홍문사, 2010, §14/16; 백승민/정웅석, 「형법각의(전정제1판)」, 대명출판사, 2008, 767면; 오영근, 「형법각론(제2판)」, 박영사, 2010, §2/56; 이천현, “친족관계에 따른 형법상의 효과 -문제점과 개선방안을 중심으로”, 형사정책연구 제12권 제2호(통권 제46호), 한국형사정책연구원, 2001. 여름, 154면; 이천현/도종진/권수진/오영근/김현우, 형법각칙 개정연구 [1] - 형법각칙의 개정방향과 기본문제-, 한국형사정책연구원(연구총서 07-12-01), 2007, 105면; 이형국, 형법각칙 개정연구 [3] - 개인적 범익에 관한 죄(2): 생명·신체 침해범죄-, 한국형사정책연구원(연구총서 07-12-03), 2007, 28-29면.

5) 김일수/서보학, 「형법각론(제7판)」, 박영사, 2007, 32면; 정영일, 「형법각론(개정판)」, 박영사, 2008, 17면; 박상기, 「형법각론(제7판)」, 박영사, 2008, 27면; 백형구, “존속살해죄의 제문제”, 사법행정 제31권 제1호, 한국사법행정학회, 1990. 1, 92면; 백원기, “한국형법상 생명보호에 관한 죄에 대한 회고적 성찰과 새로운 입법방향”, 형사법연구 제19권 제3호(통권 제32호)(상), 한국형사법학회, 2007. 가을, 391면. 백원기 교수는 존속을 살해의 대상으로 한 살해행위의 무거운 책임성과 범죄학적 고려를 가중처벌의 근거로 삼고 있는 프랑스형법의 정신에 입각해서 존속살해죄의 규정을 개정할 필요가 없다고 하면서 다만 비속살해죄를 가중처벌하는 규정을 두는 것이 합리적이라고 한다. 하지만 프랑스 형법전의 정신이 우리나라 형법 제250조 제2항의 가중처벌의 합헌성 논쟁에서 어떠한 실질적 의미가 있는 것인지는 의문이다(하태영, “인간의 존엄과 생명보호 -형법학의 과거·현재·미래-”, 형사법연구 제19권 제3호(통권 제32호)(상), 한국형사법학회, 2007. 가을, 411면.

6) 동 사건의 청구인은 2000. 3. 23. 부(父) 정○문에게 두부출혈상을 가하여 사망에 이르게 하였다는 내용의 존속상해치사죄로, 같은 해 4. 29. 서울지방법원 동부지원 2000고합119호로써 기소되었는데, 위 사건이 계속 중이던 2000. 5. 17. 존속상해치사죄에 관한 형법 제259조 제2항이 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복추구권을 침해하고, 헌법 제11조의 평등의 원칙에 위배되

이러한 기존의 논의와 현재 진행되고 있는 활발한 형법개정작업의 중심에서 본 논문은 존속대상범죄에 대한 입법론을 제시하고자 한다. 이를 위해서 먼저 존속대상범죄의 의의와 우리나라와 외국의 변천과정을 살펴본 다음(Ⅱ), 존속대상범죄 가중처벌의 근거로 제시되고 있는 책임가중설과 불법가중설의 모순점을 각각 지적하고, 평등의 원칙 관점에서 몇 가지의 경우를 나누어 살펴본다(Ⅲ). 이러한 논의를 바탕으로 최종적으로는 현행법상의 존속대상범죄 가중처벌규정의 폐지를 제안하고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 존속대상범죄의 의의와 변천과정

1. 존속대상범죄의 의의

가. 존속의 개념

우리 형법은 존속대상범죄에서 말하는 존속의 범위에 관하여 ‘자기 또는 배우자의 직계존속’이라고 명시적으로 밝히고 있다. 물론 존속살해죄의 객체를 ‘직계’존속에 한정하는 것이 입법론적으로 타당한가에 대한 의문이 제기될 수 있겠지만 적어도 해석론적으로는 이를 바탕으로 이론을 전개해 나가야 하기 때문에 동 규정을 전제로 존속에 대한 분설을 하면 다음과 같다.

1) 자기의 직계존속

자기의 직계존속이란 자기의 부모, 조부모, 증조부모 등을 말한다. 직계존속의 개념은 민법에 의하여 정해지는데, 법률상의 직계존속에 국한되고 사실상의 직계존속은 제외된다. 친자관계라는 사실은 호적(현 가족관계등록부)상의 기재여하에 의하

며, 헌법 제17조의 사생활의 자유를 침해할 뿐 아니라 헌법 제36조의 혼인가족제도 보장의 원칙에 위배된다는 등의 이유로 같은 지원 2000초471호 위헌법률심판제청신청을 하였으나 2000. 6. 19. 기각되었고, 이에 같은 해 7. 11. 이 사건 헌법소원심판청구를 하였다.

여 좌우되는 것은 아니며 호적(현 가족관계등록부)상 친권자라고 등재되어 있다고 하더라도 사실에 있어서 그렇지 않은 경우에는 법률상 친자관계가 생길 수 없다.⁷⁾ 따라서 반드시 가족관계등록부의 기재가 절대적인 기준이 되는 것은 아니다. 또한 직계존속이란 법률상의 개념⁸⁾으로서 사실상 혈족관계가 있는 부모관계일지라도 법적으로 인지절차를 완료하지 아니한 한 직계존속이라 볼 수 없고⁹⁾, 아무런 특별한 관계가 없는 타인 사이라도 일단 합법한 절차에 의하여 입양관계가 성립한 뒤에는 직계존속이라 할 것이다.¹⁰⁾

- 7) 대법원 1983. 6. 28. 선고 83도996 판결: 피고인은 호적부상 아버지 공소의 1, 어머니 공소의 2 사이에 태어난 친생자로 등재되어 있으나 이건 피해자인 공소의 1과 공소의 2는 1943년경 결혼하여 황해도 웅진군에서 동거하다가 6.25사변당시 월남한 후 공소의 1이 집을 떠나 객지로 다니면서 행상을 하는 사이에 공소의 2가 식모살이를 하면서 공소의 성명불상인과 정교관계를 맺어 피고인을 출산한 사실을 인정하고 피고인과 공소의 1과는 친자관계가 없으므로 피고인이 공소의 1의 친자임을 전제로 한 존속상해죄는 성립될 수 없다.
- 8) 대법원 1980. 9. 9. 선고 80도1731 판결: 혼인 외의 출생자와 생모간에는 생모의 인지나 출생신고를 기다리지 않고 자의 출생으로 당연히 법률상의 친족관계가 생기는 것이다.
- 9) 대법원 1970. 3. 10. 선고 69도2285 판결: 혼인 외의 출생자와 부 사이에는 인지절차를 거치지 않는 한 직계존비속관계가 없다.
- 10) 대법원 1981. 10. 13. 선고 81도2466 판결: 공소의 1의 남편인 공소의 2는 경찰과 검찰에서 피고인은 자기들 부부 사이에 출생한 자식이 아니고 자기의 문전에 버려진 생후 몇 시간 밖에 되지 아니한 영아를 주어다 길러 호적에는 친자식으로 입적하였다고 진술하고 있으니 피고인이 위 공소의 1의 친생자가 아님에 분명하다. 그리고 당사자 간에 양친자관계를 창설하려는 명백한 의사가 있고 나아가 기타 입양의 성립요건이 모두 구비된 경우에 입양신고 대신 친생자 출생신고가 있다면 형식에 다소 잘못이 있더라도 입양의 효력이 있다고 해석함이 가할 것이나, 이 사건에 있어서는 이 점에 관하여는 아무런 심리와 판단이 없다. 피살자(여, 55세)가 그의 문전에 버려진 영아인 피고인을 주어다 기르고 그 부와의 친생자인 것처럼 출생신고를 하였으나 입양요건을 갖추지 아니 하였다면 피고인과의 사이에 모자관계가 성립될 리 없으므로, 피고인이 동녀를 살해하였다고 하여도 존속살인죄로 처벌할 수 없다.
대법원 2007. 11. 29. 선고 2007도8333, 2007감도22 판결: 민법(1977. 12. 31. 법률 제3051호로 개정되기 전의 것) 제874조 제1항에 의하면 처가 있는 자는 공동으로 함이 아니면 양자를 할 수 없다. 그리고 당사자가 입양의 의사로 친생자 출생신고를 하고 거기에 입양의 실질적 요건이 구비되어 있다면 그 형식에 다소 잘못이 있더라도 입양의 효력이 발생하고, 이 경우의 허위의 친생자 출생신고는 법률상의 친자관계인 양친자관계를 공시하는 입양신고의 기능을 하게 되는 것이다. 기록에 의하면, 피해자는 그의 남편인 공소의외인과 공동으로 피고인 겸 피치료감호청구인(이하 ‘피고인’이라 한다)을 입양할 의사로 1978. 3. 16. 피고인을 친생자로 출생신고를 하고 피고인을 양육하여 오다가 위 공소의외인이 1984년경 사망한 후에도 계속하여 피고인을 양육하여 온 사실을 알 수 있는바, 그렇다면 위 법률규정과 법리에 비추어 피고인을 친생자로 한 출생신고는 피해자와 피고인 사이에서도 입양신고로서 효력이 있으므로 피고인은 피해자의 양자라고 할 것이고, 피고인이 피해자를 살해한 경우 존속살해죄가 성립한다.

종래에는 입양의 경우 양부모뿐만 아니라 친생부모도 직계존속에 포함되었다.¹¹⁾ 하지만 2008. 1. 1. 시행된 민법에서 신설된 친양자제도(민법 제908조의3)에 의하면 입양한 양자는 원칙적으로 양친과의 친족관계만 인정하고 종전의 친족관계를 종료시키고 있다. 따라서 친양자가 친생부모를 살해한 경우에는 보통살인죄가 성립한다고 보아야 한다.

2) 배우자의 직계존속

배우자의 직계존속이란 배우자의 부모, 배우자의 조부모, 배우자의 증조부모 등을 말한다. 배우자의 직계존속도 법률상의 직계존속에 국한되고 사실상의 직계존속은 제외됨은 물론이다.

다수설¹²⁾과 판례에 의하면 법률상의 혼인관계는 사망으로 인하여 소멸하기 때문에 배우자는 생존 중의 배우자를 말하기 때문에 배우자가 사망한 후에 그 직계존속을 살해한 경우에는 보통살인죄가 성립한다고 한다. 그러나 부부 일방이 사망한 경우에는 생존 배우자가 재혼한 경우에 한하여 인척관계가 소멸되기 때문에 재혼하기 이전에는 장인, 장모, 시아버지, 시어머니 등의 관계는 소멸되지 아니한다. 따라서 재혼 이전에 배우자였던 자의 직계존속을 살해한 경우에는 존속살해죄가 성립한다고 보아야 한다.

나. 존속대상범죄의 개념

일반적으로 존속살해죄, 존속상해죄, 존속폭행죄 등을 통칭하는 용어로 존속범죄라는 개념이 사용되고 있다. 즉 행위의 객체가 ‘자기 또는 배우자의 직계존속’에 한정되어 형이 보통의 경우보다 가중되는 특수한 경우를 말한다. 여타의 범죄에 있어서는 행위의 주체를 중심으로 개념정의가 되는 반면에, 존속범죄는 예외적으로 행위의 객체를 중심으로 개념정의가 된다는 점에 특징이 있다. 이러한 점에서 존속범

11) 대법원 1967. 1. 31. 선고 66도1483 판결: 타가에 입양된 자라 하여도 친생부모와는 자연혈족관계가 소멸되지 않으므로 직계존속관계는 그대로 유지된다.

12) 오영근, 앞의 책, §2/46.

죄라는 개념이 당해 범죄의 유형들을 통칭할 수 있는 가장 정확한 용어인지가 문제될 수 있다. 대표적으로 영아살해죄의 경우를 존속범죄라고 할 수 있는가의 문제가 있을 수 있다. 영아살해죄를 행위주체의 측면에서 바라보면 직계존속만이 행할 수 있으므로 존속범죄라고 볼 여지도 있기 때문이다. 하지만 영아살해죄를 존속범죄의 한 유형으로 분류하는 건해는 찾아볼 수 없다. 이는 크게 두 가지의 이유로 인한 것으로 보이는데, 첫째, 영아살해죄는 보통의 범죄(형법 제250조 제1항의 단순살인죄)와 비교하여 형이 가중되는 것이 아니라 형이 감경되는 경우라는 점, 둘째, 영아살해죄의 객체는 직계존속이 아니라 직계비속이라는 점 등이 그것이다. 이러한 점을 고려할 때 존속범죄라는 개념보다는 존속대상범죄라는 개념이 보다 더 정확한 용어의 사용이라고 판단된다. 또한 존속대상범죄는 첫째, 일반범죄에 비하여 형이 가중되어 있을 것¹³⁾, 둘째, 행위의 주체가 아닌 행위의 객체가 존속에 한정되어 있을 것이라는 요소가 필수적으로 요구된다고 하겠다. 보다 정확하게 표현하자면 ‘직계비속이 직계존속에 대하여 일정한 범죄(살해, 상해 등)를 행함으로써 형벌이 가중되는 범죄의 총체’라고 하는 것이 정확하겠지만, 존속대상범죄라고 불러도 무방하리라고 본다. 이하에서는 존속범죄 대신에 존속대상범죄를 사용하기로 한다.

2. 존속대상범죄의 변천과정

가. 우리나라의 경우

우리나라에서의 존속대상범죄는 효도를 강조하는 유교적 전통사상과 밀접한 관련을 맺고 있다.¹⁴⁾ 일찍이 경국대전에서는 존속에 대한 범죄를 열 가지의 가장 큰 죄악(소위 ‘十惡’) 중의 하나로 규정하여 처벌한 바 있다. 이후 형법대전(1905. 4.) 제473조 이하에서 범행수단이나 동기에 따라 살인행위 유형을 상당히 세분하여 규

13) 형법상 특수폭행죄(제261조), 특수체포감금죄(제271조), 특수협박죄(제284조)의 경우는 행위의 객체가 존속인 경우에도 일반범죄와 비교할 때 형벌에 있어서 아무런 차이가 없다. 그렇다고 하여 동 유형의 범죄들을 존속대상범죄에서 제외하는 건해는 없다. 위의 3가지 유형은 입법상의 불비로 보여진다.

14) 하지만 유교적 전통을 보유하고 있는 아시아의 다른 국가, 즉 중국, 일본, 북한의 형법전에는 현재 존속살해죄를 가중처벌하는 규정이 없다.

정하고 있었는데, 제498조 이하에서 존속살인과 비속살인에 대한 처벌규정을 두고 있었다. 이후 조선형사령(1912. 3.)에 의하여 일본형법이 의용되었는데, 일본형법 제200조¹⁵⁾에 의하면 ‘자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다’고 규정되어 있었다.

1953. 9. 형법이 제정되면서 제250조 제2항에 일본형법 제200조와 동일한 내용이 계수되었다. 형법제정당시 정부초안(‘자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다’(제267조 제2항))에 대한 국회심의과정에서는 존속살해죄에 대한 별다른 이견이 없이 그대로 국회를 통과하였다.¹⁶⁾ 이 당시 입법자의 의도는 효도를 형법이 보호해야 할 하나의 법익으로 파악한 것이라고 평가할 수 있다.¹⁷⁾ 하지만 형법 제정 당시의 사회와 60여년이 흐른 지금의 사회 사이에는 급격한 변화를 겪게 되어 많은 관념들의 변화도 이루어 졌다. 전통적 가치로서의 효는 이제 우리사회에서도 더 이상 법률에 의하여 강제될 수 있는 법적 속성을 지닌 것으로 평가하기보다는 오히려 자발적으로 권장할 도덕규범의 영역으로 점차 편입되어 가고 있는 것이다.¹⁸⁾

1992년 형법개정작업과정에서는 존속살해죄를 삭제하자는 주장이 있었으나 존속에 대한 패륜적 범죄를 무겁게 비난하는 것은 우리의 전통적 법률문화이고 다른 범죄의 존속에 대한 가중규정을 존치하면서 존속살해죄만 법정형이 무겁다는 이유로 삭제하는 것은 체계상 모순된다¹⁹⁾는 이유로 존속살해죄를 존치시키되 사형 또는 무기징역으로 되어 있던 법정형에 7년 이상의 징역을 추가하여²⁰⁾, 법정형을 다소 완화하는 개정안을 제시하였고, 이것이 1995. 12. 제3차 형법개정을 통해 반영되었다.²¹⁾ 현재 형법개정작업이 한창 진행 중에 있는데, 2009년 9월 형법개정연구회는

15) 동 조항의 제정 배경에는 중국고법제에 근원한 율령제도와 도쿠가와(德川) 막부의 법제에서도 보이는 존속살해 중벌사상이 있다.

16) 신동운 편, 「형사법령제정자료집(1)」, 한국형사정책연구원, 1990, 444-445면 참조.

17) 이는 불평등한 가족관계를 전제하는 가부장주의적 입법이다(조 국, “존속살해죄는 패륜아들의 범죄인가?”, 당대비평 통권 제23호, 생각의 나무, 2003. 9, 136면).

18) 조상제, “현행 존속살해 가중의 문제점”, 형사법연구 제16호(특집호), 한국형사법학회, 2001. 겨울, 181면.

19) 존속살해죄뿐만 아니라 형법상의 모든 존속대상범죄 가중처벌조항을 삭제한다면 이러한 체계상의 모순은 극복될 것이고 오히려 형법의 전반적인 체계에 부합하게 될 것이다.

20) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1992, 120면.

존속살해죄를 비롯한 존속대상범죄의 가중처벌규정을 삭제하는 안을 제시하고 있다.

나. 외국의 경우

외국의 경우 존속살해죄 등 존속대상범죄에 대하여 규정하고 있는 국가로는 프랑스, 대만, 이탈리아, 아르헨티나 등으로써 극소수에 불과하다. 이들 국가들은 대체로 존속뿐만 아니라 비속(또는 미성년자)이나 배우자를 살해한 경우에도 이를 가중처벌하는 규정을 두고 있다.

1) 프랑스

존속살해죄의 규정은 역사적으로 1810년 프랑스 舊형법전에서 유래하고 있다. 프랑스는 현재에도 존속살해에 대한 규정(제221-4조 제1항 제2호)을 두고 있는데, 이와 함께 미성년자살해에 대한 규정(제221-4조 제1항 제1호²²⁾)도 동시에 두고 있는 것이 특징이다. 프랑스 형법 제221-4조 제1항에 의하면 ‘고의로 사람을 살해한 경우 다음 각 호에 해당하는 때에는 무기징역에 처한다(Le meurtre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu’il est commis).’고 하면서 동조 동항 제2호에서 ‘피해자가 법률상 또는 사실상의 직계존속이거나 양부 또는 양모의 경우(Sur un ascendant légitime ou naturel ou sur les père ou mère adoptifs)’를 규정하고 있다.²³⁾ 우리나라와 다른 점은 법률상의 직계존속뿐만 아니라 사실상의 직계존속도 이에 포함하고 있다는 점이다. 또한 동조 동항 제9호에서 ‘피해자의 배우자 또는 동

21) 1995년 개정을 통해 존속상해죄, 존속폭행죄, 존속학대죄, 존속유기죄, 존속협박죄 등의 경우 지나치게 형을 가중하는 것은 타당하지 않을 뿐만 아니라 존속에 대한 범죄라고 할지라도 그 침해행위가 경미하거나 또는 존속에게 비난가능성이 많을 때 등을 고려하여 법정형에 벌금형이 선택형으로 추가되었다.

22) 프랑스 형법은 피해자가 15세 미만의 미성년자인 경우(Sur un mineur de quinze ans)에 무기징역 형에 처하고 있다. 동 조항을 근거로 프랑스가 비속살해죄를 인정하고 있다고 보는 견해도 있으나, 엄격히 말하자면 비속살해죄가 아니라 미성년자살해죄를 가중처벌하는 것으로 보아야 한다.

23) 그 밖에도 프랑스 형법 제222-3조 제3호(존속가중고문, 가혹행위), 제222-8조 제1항 제3호(존속가중폭행치사), 제222-12조 제1항 제3호, 제222-13조 제1항 제3호 등에서도 존속범죄를 가중처벌하고 있다.

거인 또는 피해자와 결합된 동반자에 의한 경우(Par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité)’에도 가중처벌하고 있는데, 이는 배우자살인죄를 보통살인죄보다 더 중하게 보고 있는 것이다.

2) 대 만

대만의 경우 1935년 형법 제정당시부터 존속살해에 대한 가중처벌 규정(제272조)을 두고 있으면서, 보통살인죄의 형벌(‘사형, 무기 또는 10년 이상의 징역’)보다 가중처벌(‘사형 또는 무기징역’)하고 있다.

3) 일 본

일본에서는 형법상 존속대상범죄로서 존속살해²⁴⁾, 존속상해치사, 존속유기, 존속체포감금, 존속체포감금치사상 등의 죄가 과거에 규정되어 있었다. 일본이 존속대상범죄를 규정한 결정적인 이유는 형법 제정당시에 프랑스형법을 상당부분 참조한 것에서 비롯된다고 보여진다. 이에 대하여 일본 최고재판소²⁵⁾는 존속살해죄의 형가중에 대하여 일본 헌법 제14조 제1항의 평등원칙에 위반되지 않는 합헌의 규정이라고 판단하여 왔다.

그러나 1973. 4. 4. 일본 최고재판소는 존속살해죄의 가중처벌을 위헌이라고 판시하였다.²⁶⁾ 총 15인의 재판관 중 14인이 위헌이라고 판단하였는데, 이 중 8인(다수의견)은 가중처벌 때문이 아니라 중벌로 인해 위헌이라고 한 반면에, 6인(보충의

24) 구 일본형법 제200조에서는 ‘자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한 자는 사형 또는 무기징역에 처한다.’고 규정한 반면에 구 일본형법 제199조에서는 ‘사람을 살해한 자는 사형, 무기 또는 3년 이상의 징역에 처한다.’고 규정하여 보통살인과 존속살인의 형벌 차이가 컸었다.

25) 日最判 1950. 10. 25, 刑集 4-2126; 日最判 1950. 10. 11, 刑集 10-2037.

26) 日最判 1973. 4. 4, 刑集 27卷 3號 265面. 昭和 48年 4月 4日 大法院判決 昭和 45年 (あ) 第1310號 尊屬殺人被告事件. 동 사건은 아버지로부터 14세때부터 약 15년 동안 강간당하면서 5명의 아이까지 출산한 피고인(딸)이 그 정을 모르는 청년으로부터 구혼을 받고 그 때까지의 생활을 청산하고 인간다운 생활을 시작하려는 피고인과 이를 거부하면서 종래의 관계를 유지하려는 아버지와 사이에서 갈등이 계속되던 중 그 아버지를 살해한 것이다.

견)은 가중처벌규정 자체가 위헌이라고 하였다. 다수의견은 두 단계의 관점에서 존속살해죄를 판단하는데, 먼저 입법목적의 합리성을 인정한 다음, 비례성을 살피는데, 존속살해죄의 형벌이 사형 또는 무기징역으로서 두 번의 감경을 하더라도 3년 6개월 이상의 유기징역이 되어 존속살해죄에 대해서는 언제나 집행유예를 선고할 수 없게 되고 이러한 차별은 합리적 차별이라고 할 수 없다는 것이었다. 즉 피해자가 존속이라는 이유로 형을 가중하는 규정을 두었다고 하여 이러한 차별취급을 합리적인 근거가 없는 것이라고 단정할 수는 없지만, 가중의 정도가 극단적이어서 심히 균형을 잃어 이를 정당화할 수 있는 근거를 찾을 수 없는 때에는 그 차별은 현저히 불합리하다는 것이다. 이에 비해 보충의견에 의하면 존속살해죄는 도덕의 견지에서 있는 것으로 애정과 효의 발로에 맡기는 것이 상당하므로 규정 자체가 위헌이라고 판단하였다.²⁷⁾

이후 1995. 5. 12. 존속살해죄를 포함한 모든 존속대상범죄에 관한 규정을 폐지하였다.²⁸⁾ 왜냐하면 존속살해죄에 대한 위헌판결 이후 나머지 존속대상범죄를 존치시키는 것은 균형을 상실하는 것이었기 때문이다. 현재 일본에서는 입법론적으로 존속살인뿐만 아니라 그 이외의 범죄에 있어서도 형법상에 존속대상범죄에 대한 가중처벌규정을 두자는 견해는 더 이상 존재하지 않는다고 말할 수 있다.²⁹⁾

4) 독 일

독일의 경우 1941년에 존속살해죄(제217조)를 삭제하여, 현재는 존속에 대한 특별한 가중처벌규정을 두고 있지 않다. 다만 모살과 고살을 구분하여 처벌하고 있을

27) 특이한 점은 동 판결 후 일본 최고재판소는 존속살해죄 이외의 다른 모든 존속대상범죄에 대해서는 합헌판결을 내렸다는 것이다. 예를 들면 존속상해치사죄에 대한 日最判 1977. 9. 26, 刑集 28卷 6號 329面; 日最判 1979. 2. 6, 刑集 30卷 1號 1面 등이 그것이다.

28) 당시 존속살해죄의 폐지 대신 법정형의 하한을 5년 내지 7년으로 하는 대안도 제시되었으나, 실무에서는 이미 최고재판소의 위헌판결 이후 22년 동안 보통살인죄의 규정을 적용하여 왔던 관계로 오히려 대안은 법정형의 상향을 의미하는 결과를 초래하였기 때문에 단순 폐지로 의견이 모아졌다 (Aso/Inoue/Miura/Sonobe, Zum Gesetz zur Teilreform des Strafrechts, in: Koya Matsuo(hrsg.), 刑法의 平易化, 1995, 58면 이하 참조).

29) Keiichi Yamanaka/서보학 역, “일본에서의 존속살해에 관하여”, 형사법연구 제16호(특집호), 한국 형사법학회, 2001. 겨울, 177면.

뿐이다(제211조 - 제213조).

또한 독일 舊형법은 제223조 제2항에 존속상해죄를 두었으나 제6차 형법개정(1998. 1. 26.)을 통하여 존속상해규정을 삭제하고, 대신 보통상해죄의 법정형을 기존 3년 이하의 징역 또는 벌금형에서 5년 이하의 징역 또는 벌금형으로 변경하였다.

Ⅲ. 존속대상범죄 가중처벌의 근거에 대한 비판적 검토

1. 존속대상범죄 가중처벌에 관한 기존의 논거

형법상 존속에 대한 범죄를 가중처벌하는 근거에 대하여 자기 또는 배우자의 직계존속을 살해한 직계비속의 패륜성³⁰⁾으로 인해 그에 대한 비난가능성, 즉 일반범죄와 비교하여 책임³¹⁾이 커진다고 하는 책임가중설(다수설)³²⁾과 존속살해죄의 주된 보호법익은 생명이지만 효를 중심으로 한 인륜관계를 부차적 보호법익으로 파악하여 존속에 대한 존중을 사회의 기본질서로 인정해야 하기 때문에 불법이 가중된다고 하는 불법가중설(소수설)³³⁾이 대립하고 있다.

30) 상대적으로 보면 존속살해보다는 존속상해나 존속폭행이 더 패륜적 행위라고 할 수 있다. 전자의 경우는 정신이상이나 피해자의 학대 등이 주요한 동기인 반면에, 후자의 경우는 이육의 목적이나 욕구불만 등이 주요한 동기로 작용하기 때문이다(김지선, “존속범죄에 대한 소고”, 형사정책연구소 식 통권 제35호, 한국형사정책연구원, 1996. 6, 56면 참조).

31) 행위자의 패륜성으로부터 심정반가치를 추론하고 이것이 책임을 가중시켜 형량이 증가한다면 형벌 근거책임과 양형책임을 구분하는 지배적인 견해에 따르면 여기서의 책임은 양형책임이 된다는 견해(정철호, “존속살해가중에 대한 비판적 검토”, 한·독 사회과학논총 제17권 제2호, 한독사회과학회, 2007. 가을, 314면)가 있는 반면에, 패륜성을 우선 가중된 심정반가치, 즉 우리사회 공동체 구성원들간에 무시할 수 없을 정도의 규범의식으로 자리잡은 내면적 비난동기로 한 후, 이러한 가중된 심정반가치를 기술되지 아니한 책임요소로 해석해야 한다는 견해가 있다(조상제, 앞의 논문, 184면).

32) 백원기, 앞의 논문, 391면; 이형국, “존속살해죄의 제문제”, 고시연구, 1994. 7, 152면; 임웅, 앞의 책, 29면; 조상제, 앞의 논문, 183면.

33) 김성돈, 앞의 책, 41면; 김일수/서보학, 앞의 책, 28면; 이정원, 앞의 책, 48면(“법률적으로 인지절차가 완료되기 이전에父를 살해하거나 또는 어려서부터 친부모와 같이 돌봐 준 사람을 살해한 경우에는 행위자의 중한 심정반가치를 인정할 수 있음에도 불구하고 존속살해죄가 아니라 보통살인죄가 성립한다.”).

책임가중설은 비속의 패륜성이라고 하는 정상을 ‘존속’이라는 구성요건요소로 객관화하여 도덕적 윤리를 보호한다는 합리적 근거에 기한 것이라는 점을 논거로 들고 있고, 불법가중설은 첫째, 직계존속을 살해하면 비난가능성(책임)이 더 크다는 것도 결국은 효를 인륜의 근본으로 한 가족주의적 윤리관을 가지고 있는 동양사회의 가치체계에서 비롯된 사회적 평가의 문제이므로 불법가중설이 타당하다는 점³⁴⁾, 둘째, 책임가중설에 따르면 신분관계가 책임을 가중한다고 하면서도 다시 이 신분관계가 행위자의 고의의 인식대상이 된다고 하는 것은 모순이라는 점 셋째, 존속대상범죄를 일률적으로 책임가중구성요건으로 보는 것은 사실에 부합하지 않는다는 점³⁵⁾ 등을 논거로 들고 있다.

2. 가중처벌근거에 대한 비판적 검토

가. 책임가중설에 대한 검토

1) 존속대상범죄의 발생원인

우리나라 존속살해죄에 대한 현황과 특징을 통계적으로 연구한 문헌은 그리 많지 않다. 최인섭 박사와 김지선 박사가 공동연구 한 1996년 보고서가 현재까지 최초이자 마지막으로 시도된 연구로 보여진다.³⁶⁾ 하지만 동 보고서가 발간된 지 약 15년이 지났고, 또한 보고서의 기초가 된 통계수치가 1986년부터 1994년까지의 자료이기 때문에 2010년 현재의 존속대상범죄 평가를 위한 기준으로 삼기에는 다소 무리가 있다. 존속대상범죄와 관련된 통계자료 산출이 어려운 이유는 존속대상범죄를 별도로 정리한 국가기관의 자료가 전무하기 때문에 일일이 해당 검찰청 내지 법원의 자료를 수집하여 비교·분석해야 하는 번거러움과 접근의 어려움 때문인 것으로 보인다. 존속대상범죄를 체계적으로 분석하고 정리하는 국가차원의 작업이 절실히

34) 김성돈, 앞의 책, 41면.

35) 김일수/서보학, 앞의 책, 28면.

36) 당시 대검찰청의 자료전산과의 도움을 얻어 1986년부터 1994년까지의 자료를 수집하였는데, 전국 11개 지방검찰청에 있는 기록 중 총 428건의 존속대상범죄(존속살해(84건), 존속상해(242건), 존속폭행(102건))를 활용하여 보고서가 작성되었다.

요구된다. 하지만 현재 보고되어 있는 자료가 한정되어 있는 관계로 위의 보고서를 기준으로 존속대상범죄의 발생원인을 간략히 살펴보면 다음과 같다.

일반적으로 직계존속을 살해한 경우에 직계비속의 패륜성이 추정된다고 할 수 있으나 이는 어디까지나 반복이 가능한 추정에 불과할 뿐 예외사례는 얼마든지 등장할 수 있고, 오히려 이러한 예외사례가 다수를 차지하고 있다. 위 연구보고서의 수치는 이를 방증하고 있다.³⁷⁾ 존속살해죄에 있어서 패륜에 해당하는 이욕(利慾)을 범행원인으로 하는 경우는 7.1%에 불과하고 오히려 피해자의 학대를 원인으로 하는 경우가 26.2%에 이르는 사정에 비추어 보면 국가가 존속에 의한 가정폭력에 대한 보호책을 마련하지 못하고 있다 할 것임에도 이러한 상태에서 존속에 대한 범죄를 가중 처벌하는 것은 존속에 의한 폭력을 감수할 것을 강요하는 것이다. 그 밖에도 존속살해죄의 범행이유 중 가해자의 정신이상인 36.9%, 가정불화가 10.9% 등으로 집계되고 있다.³⁸⁾

이와 같이 범죄사회학적으로 보면 현실적으로 직계존속의 패륜적 행위가 범죄를 유발하는 경우가 적지 않다. 존속살해사건의 실제 사례를 보면 범죄인의 인륜을 저버리는 극악무도한 사건이 있는가 하면 직계비속의 패륜성보다는 오히려 직계존속의 패륜성이 원인이 된 사건도 적지 않다. 이는 존속살해죄의 원인과 배경이 직계비속에의 문제로만 환원될 수 없다는 사실을 보여준다.

2) 직계비속의 패륜성 문제

책임은 행위자가 행한 불법에 대한 비난을 그 내용으로 한다. 그러므로 비난의 내용과 정도는 행위 자체가 가지는 불법에 상응해야 한다. 행위자의 패륜적 심정반가치에 근거한 책임가중설에 의하면 개별 존속살해 사례에서 직계비속의 패륜성을 반드시 검토하고 난 후 이것이 인정되는 경우에 한해서 존속살해죄를 인정해야만

37) 이에 대한 자세한 내용은 최인섭/김지선, 앞의 논문, 37-145면 참조.

38) 최인섭/김지선, 존속범죄의 실태에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1996, 78-80면. 동 논문에 의하면 1986년부터 1994년까지 살인 중 존속살해가 차지하는 비율은 평균 약 6% 정도이고, 그 형량도 사형이나 무기징역형은 단 한건도 없었다(최인섭/김지선, 앞의 논문, 39면, 56면). 또 다른 보고서에 의하면 전체 살인 사건 중 존속살해죄에 해당하는 비율이 약 4%에 불과하다는 통계자료도 있다(박형민, 살인범죄의 실태에 관한 연구(II), 한국형사정책연구원(2003-21), 2003. 12, 292면).

한다. 만약 패륜성이 부정된다면 존속살해죄가 아닌 보통살인죄로 의율해야 하는 것이 논리적으로 타당하다.

나. 불법가중설에 대한 검토

1) 형법적 법익의 포섭범위

일각에서는 직계존속이 아닌 통상인에 대한 살인죄, 상해죄, 폭행죄 등도 형사상 처벌되고 있는 이상, 직계존속에 대한 범죄를 가중처벌한다 하여 가족관계상 비속의 사생활이 왜곡된다거나 존속에 대한 태도 및 행동 등에 있어서 효의 강요나 개인 윤리문제에의 개입 등 외부로부터 부당한 간섭이 있는 것이라고 말할 수는 없다고 한다. 또한 패륜적·반도덕적 행위의 가중처벌을 통하여 친족 내지 가족에 있어서의 자연적·보편적 윤리를 형법상 보호함으로써 개인의 존엄과 가치를 더욱 보장하고 이를 통하여 올바른 사회질서가 형성될 수 있다고 보아야 할 것이라고 한다.

하지만 인격적 법익론에 의하면 개인적 법익이 우선하며, 보편적 법익은 개인의 매개된 이익에서 보호될 수 있고, 그 결과 개인의 보호에 의해 기능화되고 제한되어 질 수 있다.³⁹⁾ 이에 의하면 보편적 법익을 인격적 법익의 기능에서 이해하고 국가형벌권의 정당성을 인간에 의해 인정하기 때문에 사회적 또는 국가적 법익의 보호는 인간으로서의 개인의 이익 안에서만 이루어져야 한다.

불법가중설은 효도를 사회질서의 일부로 파악하여 이를 형법상 보호해야 할 법익으로 취급한다. 따라서 존속살해죄의 성립에서 행위자의 패륜성은 검토할 필요가 없고, 직계존속을 살해하였다는 사실관계만이 문제될 뿐이라고 한다.⁴⁰⁾ 하지만 효도를 형법상의 법익으로 파악하는 것은 법과 도덕의 한계를 구별하지 않는 것과 대등하다고 할 수 있다.

39) W. Hassemer, "Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre", in: FS für Arthur Kaufmann, Heidelberg, 1989, S. 90 ff.

40) 김일수/서보학, 앞의 책, 28면.

2) 법과 도덕의 구별

불법가중설에 의하면 존속대상범죄 가중처벌규정이 도덕원리를 법에 반영시켜 이를 강제한다는 비판이 있으나, 비록 법과 도덕이 준별된다 하더라도 책임판단에 있어서 윤리적 요소를 완전히 제거할 수는 없는 것이고, 법에 의한 도덕의 강제가 아니라 패륜으로 인한 책임의 가중을 근거로 형을 가중하는 데 지나지 않는 것이며, 법에 의하여 도덕이 강제될 수 없다 하더라도 사회도덕의 유지를 위한 형법의 역할을 전적으로 부정할 수는 없을 뿐만 아니라, 구체적 사건의 양형에 있어서 직계존속이 피해자라는 점이 범정(犯情)의 하나로 증시되는 것이 허용되는 이상 이를 법규의 형식으로 유형화하여 형의 가중요건으로 삼는다 하더라도 그러한 차별적 취급이 곧 합리적 근거를 결하는 것이라고 말할 수도 없다고 한다.

또한 혼인과 혈연에 의하여 형성되는 친족에 있어서는 존경과 사랑이 그 존재의 기반이라고 말할 수 있고, 이를 바탕으로 직계존속은 비속에 대하여 경제적 측면에서는 물론 정신적·육체적 측면에서 올바른 사회구성원으로 성장할 수 있도록 양육하며 보호하고 그 비속의 행위에 대하여 법률상·도의상 책임까지 부담하는 한편, 비속은 직계존속에 대하여 가족으로서의 책임 분담과 존경과 보은(報恩)의 기본적인 의무를 부담하게 되는데, 이는 인류가 가족을 구성하고 사회를 형성하기 시작한 이래 확립되어진 친족 내지 가족에 있어서의 자연적·보편적 윤리로서, 이러한 윤리는 가정은 물론 사회를 유자·발전시키는 기본질서를 형성하게 된다는 점에서 형법상 보호되어야 할 가치이며, 이는 배우자의 직계존속에 대하여도 마찬가지라고 한다.⁴¹⁾

생각건대 효는 원칙적으로 도덕의 영역에 속한다. 존속대상범죄를 가중처벌하는 것은 존속에 대한 비속의 도덕적 의무, 즉 효를 강요하는 것으로서 개인의 윤리문제에 직접 개입하는 결과가 된다. 친자(親子)간의 효(孝)라는 도덕을 관철하기 위한 것으로서 입법목적이 정당하다고 할 수 없고 윤리의 문제를 형벌로 강요한다는 점에서 수단의 적정성도 인정할 수 없다. 불효라는 것은 도덕적 비난의 대상이 되는

41) 한편 친자관계를 지배하는 도덕적 가치가 반드시 봉건적 사상이라고는 할 수 없으므로 존속살해죄의 규정은 효를 중심으로 한 우리 고유의 전통적 법사상이 계승되어 있는 것이라고 볼 수도 있다는 견해(김성돈, 앞의 책, 42면)가 있다. 하지만 존속살해죄의 규정을 효를 중심으로 한 우리 고유의 전통적 법사상이라고 할지라도 이러한 전통적 법사상이 현재 및 미래에까지 '계승'되어야 하는 사상인가에 대해서는 다시 한번 생각해 보아야 할 문제이다.

것이지 형사제재의 대상이 결코 될 수 없다.⁴²⁾ 도덕을 근거로 형벌을 가중하는 것은 법감정상 일응 설득력이 있어 보이지만 적어도 법적인 관점에서 허용될 수는 없다.⁴³⁾ 직계비속이라는 신분에 의한 차별은 헌법이 금지하는 ‘사회적 신분’에 의한 차별이기 때문이다.

효라는 도덕적 가치는 가중처벌로써 지켜질 수 있는 성질의 것이 아니다. 존속대상범죄 가중처벌규정의 존재는 효의 고양과는 전혀 무관한 것이다. 직계존속에게 범죄를 저지르지 않는 ‘효도’를 하는 것은 형법규정이 강제하고 있는 것이 아니라 도덕규범이 강제하고 있는 것이다. 효도라는 도덕적 가치는 형벌의 가중에 의해 강제될 수 없기 때문에 효도는 법 앞에 불평등을 근거지울 수 있는 합리적인 근거가 될 수 없다. 결론적으로 효라는 도덕적 가치는 형법이 보호해야 할 법익이 아니다. 도덕적 가치는 범규범에 앞서 있는 도덕규범에 의하여 보호되어야 하고, 그렇지 않으면 사회통제체계를 파괴하는 영역침범이 발생하여 무절제한 형벌 투입의 결과를 초래하여 형법의 법치국가성이 상실된다.⁴⁴⁾

3. 평등의 원칙 위배 검토

평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻한다. 따라서 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니므로, 비속을 차별 취급하더라도 거기에 합리적 근거가 있으면 헌법상의 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없다. 결국 차별취급의 합리적 근거 유무에 의해 존속대상범죄의 정당성이 판단된다. 이에 대하여 합헌설에 의하면 합리적인

42) 처벌에 대한 두려움이 윤리 도덕을 지키는 주요동기가 된다면 그것은 오히려 윤리의식의 퇴보를 의미하는 것이며 그것은 예컨대 불효를 형벌로서 다스려 효도를 강요할 때 그 효도는 이미 참의미의 효도가 아닌 것이다(헌법재판소 1990. 9. 10. 89헌마82 결정 중 김양균 재판관의 반대이견에서 발췌). 효도와 같은 도덕적 가치는 형벌의 가중으로 보호되거나 증대될 수 있는 것이 아니며 국가가 이를 강제적으로 요구해서도 안 되는 성질을 지니고 있기 때문이다.

43) 김영환, “법과 도덕의 관계 -특히 한국형법을 중심으로”, 법학논총 제25집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2008. 12, 13면.

44) 배종대, 앞의 책, §14/14.

근거가 있다고 보는 반면에, 위헌설에 의하면 합리적인 근거가 없다고 한다. 아래에서는 평등의 대상을 중심으로 합리적 이유의 유무에 대하여 구체적으로 검토하기로 한다.

가. 일반인 對 직계존속

합헌설에 의하면 존속대상범죄는 법률로써 비속의 직계존속에 대한 도덕적 의무를 특히 중요시한 것으로, 그 입법목적은 가해자인 비속의 패륜성 내지 반윤리성을 엄벌하여 그와 같은 죄의 발생을 특히 억제하고자 함에 있는 것이지 피해자인 존속을 더 보호하고자 함에 있는 것은 아닐 뿐만 아니라, 결과적으로 존속이 강한 보호를 받게 된다고 하더라도 이는 반사적 이익에 불과하고 개개인의 일생을 통하여 보면 결국에는 각자 동등한 보호를 받게 된다는 점에서 처벌의 정도를 달리 함에 대하여 그 합리적 근거를 부인할 수는 없다고 한다.

하지만 직계존속의 생명을 일반인의 생명보다 중하게 보호하는 것은 평등의 원칙을 위배하게 된다고 보아야 한다. 패륜성으로 인하여 가중처벌이 타당하다는 판례와 다수설의 취지대로라면 사실상의 직계존속도 직계존속의 범위에 포함하는 것이 논리일관적이나 이러한 주장은 찾아 볼 수 없다. 또한 혼인외의 출생자가 그 생부에 의해 인지되기 이전에 그의 생부를 살해한 경우에도 존속살해죄로 의율하는 것이 논리일관적이지만 이를 부정하는 입장을 비판하는 견해도 극히 드물다.

또한 생명의 가치는 유무의 문제이지 정도의 문제가 결코 되어서는 아니 된다. 즉 생명의 가치를 논함에 있어서 경중을 평가해서는 안 된다. 존속살해죄의 보호법익도 인간의 생명인 한도 내에서 보통살인죄의 보호법익과 동일하다고 볼 수 있다. 하지만 형벌에 차등을 두는 것은 근본적으로 동일한 생명의 가치를 다르게 평가한 것으로서 헌법상의 정신에도 위배된다.

나. 직계존속 對 직계비속

1) 신분관계 발생의 문제

먼저 헌법 제11조 제1항의 차별금지조항을 열거규정이 아니라 예시규정으로 보

는 헌법재판소의 입장⁴⁵⁾에 따르면, 직계존비속의 관계는 당연히 헌법상 평등권의 적용범위에 포섭된다. 이러한 전제에서 자신의 의사와는 상관없이 출생된 직계비속이라는 신분⁴⁶⁾ 때문에 형벌을 가중하는 것은 사회적 신분으로 인한 차별이다. 이는 행위의 속성이 아닌 행위자의 속성으로 형벌을 가중하는 것이므로 책임주의에 반한다. 또한 존속은 출생시킬 자유를 가지지 때문에 이를 근거로 형벌을 가중할 수 있지만, 비속은 출생하는 자유를 가지지 못하기 때문에 이를 기초로 형법상의 책임을 무겁게 하는 것은 사회적 신분에 의한 차별에 해당한다.⁴⁷⁾

2) 범죄의 방향의 문제

현재 우리나라에서는 존속의 비속에 대한 범죄는 가중처벌하지 아니하면서도 “자기 또는 배우자의 직계존속”에 대한 범죄를 가중처벌하도록 함으로써 비속을 차별하고 있다.⁴⁸⁾ 하지만 반인륜성 내지 패륜성이라는 점에서 보면 존속살해와 비속살해는 차이가 없음에도 불구하고 존속살해만 가중처벌하는 것은 평등의 원칙 위배이다. 자기 부모를 살해한 자는 존속살해죄로 처벌되는 반면에, 자기 자식을 살해한 자는 보통살인죄로 처벌하는 것은 신분적 도덕에 의해 형벌을 달리하는 것이기 때문에 명백히 평등의 원칙에 반한다.

만약 존속살해죄를 존치하려면 비속살해죄를 신설⁴⁹⁾하여 도덕의 불평등을 해소하는 것이 합당하지만 이러한 태도는 현대의 작은 형벌지향목표에 반한다. 모든 인

45) 헌법재판소 1992. 4. 28. 선고 90헌바24 결정.

46) 직계비속을 신분으로 보지 않은 전제에서, 존속살해죄는 신분으로 인한 차별취급이 아니라는 견해도 있으나 이는 부당하다고 본다. 직계비속은 엄연히 신분에 해당하기 때문이다. 존속살해죄를 행위자의 신분관계로 인하여 형이 가중되는 경우인 부진정신분범으로 보는 것이 통설적인 견해이다.

47) 이러한 주장은 ‘내가 나오고 싶어 나왔소’라는 수준 이하의 있는 자식의 항변으로서 자연법칙을 거역한다는 식의 일상이론은 될 수 있을지 몰라도 법학의 논거가 되기는 어렵다는 견해(배종대, 앞의 책, §14/6)가 있다.

48) 이러한 의미에서 조국 교수는 형법 제250조 제2항은 비속의 행위만가치만을 상정하고 있기에 일면적인 입법이라고 한다(조 국, “존속살해죄의 전제와 근거에 대한 재검토”, 형사법연구 제16호(특집호), 한국형사법학회, 2001. 겨울, 193면).

49) 이미 영아살해죄와 미성년자살해죄를 처벌하는 규정을 두고 있으므로 비속이 성년인 경우 일정한 요건하에 처벌하는 입법을 생각해 볼 수 있다.

격적 가치에 대해 평등관계를 요구하고 있는 현대의 법사상에 비추어 보면 비속살해죄의 가중처벌을 별도로 두는 것까지 요구해야 도덕적 불평등 문제까지 해소할 수 있을 것인데, 이러한 입법방식을 취하는 국가는 프랑스가 유일하다.

다. 직계존속 對 방계존속

다수설이 주장하는 패륜성이 형의 가중요인이라면 반드시 직계존속만을 그 대상으로 할 당위성이 부족하다. 왜냐하면 사실상의 직계존속을 살해한 경우, 혼인외의 출생자가 부의 인지 전에 부를 살해한 경우, 법률상의 직계존속이 어렸을 때 사망하여 친부모와 동일하게 돌보아 준 사람(예를 들면 삼촌·고모·이모 등의 방계존속)을 살해한 경우 등의 경우에도 존속살해죄를 인정해야 논리적으로 모순이 없기 때문이다. 하지만 이러한 경우 다수설과 판례는 보통살인죄를 인정하고 있다. 왜냐하면 아무리 패륜성이 강하다고 하더라도 존속살해죄가 아닌 보통살인죄로도 충분히 그 패륜성을 양형상 참작하여 형을 선고할 수 있기 때문에 이러한 해석이나 판례의 태도에 대하여 비판하는 주장은 거의 찾아보기 힘들다.

직계존속과 방계존속의 차별취급은 현행법의 규정상 불가피한 것이지만 해석론적으로 불가피한 일일지라도 입법론적으로 타당한가 여부의 심사는 재고를 요하는 부분이다. 이러한 문제에 대한 해결방안으로는 첫째 직계존속과 방계존속을 구별하지 않고 존속이기만 하면 가중처벌하는 방법, 둘째 직계존속과 방계존속을 구별하지 않고 일반인과 동일하게 보통살인죄로 처벌하는 방법 등을 상정해 볼 수 있는데, 전자의 경우보다 후자가 보다 타당한 것으로 보인다.

라. 존속대상범죄 상호간의 형벌비교

현행 형법상 존속대상범죄와 일반범죄 사이의 법정형을 비교해 보면 다음과 같다.

〈표-1〉 일반범죄와 존속대상범죄의 법정형 비교

죄 명	일반범죄	존속대상범죄
살인죄	사형, 무기 또는 5년 이상의 징역(제250조 제1항) * 제256조에 의하여 10년 이하의 자격정지 병과 가능	사형, 무기 또는 7년 이상의 징역(제250조 제2항) * 제256조에 의하여 10년 이하의 자격정지 병과 가능
상해죄	7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금(제257조 제1항)	10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금(제257조 제2항) * 제265조에 의하여 10년 이하의 자격정지 병과 가능
중상해죄	1년 이상 10년 이하의 징역(제258조 제1항) * 제265조에 의하여 10년 이하의 자격정지 병과 가능	2년 이상의 유기징역(제258조 제3항) * 제265조에 의하여 10년 이하의 자격정지 병과 가능
상해치사죄	3년 이상의 유기징역(제259조 제1항) * 제265조에 의하여 10년 이하의 자격정지 병과 가능	무기 또는 5년 이상의 징역(제259조 제2항) * 제265조에 의하여 10년 이하의 자격정지 병과 가능
폭행죄	2년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료(제260조 제1항) * 제265조에 의하여 10년 이하의 자격정지 병과 가능	5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금(제260조 제2항) * 제265조에 의하여 10년 이하의 자격정지 병과 가능
특수폭행죄	5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금(제261조) * 제265조에 의하여 10년 이하의 자격정지 병과 가능	
유기죄	3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금(제271조 제1항)	10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금(제271조 제2항)
중유기죄	7년 이하의 징역(제271조 제3항)	2년 이상의 유기징역(제271조 제4항)
학대죄	2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금(제273조 제1항)	5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금(제273조 제2항)
유기등치상죄	7년 이하의 징역(제275조 제1항)	3년 이상의 유기징역(제275조 제2항)
유기등치사죄	3년 이상의 유기징역(제275조 제1항)	무기 또는 5년 이상의 징역(제275조 제2항)
체포감금죄	5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금(제276조 제1항) * 제282조에 의하여 10년 이하의 자격정지 병과 가능	10년 이하의 징역 또는 1천500만원 이하의 벌금(제276조 제2항) * 제282조에 의하여 10년 이하의 자격정지 병과 가능
중체포감금죄	7년 이하의 징역(제277조 제1항) * 제282조에 의하여 10년 이하의 자격정지 병과 가능	2년 이상의 유기징역(제277조 제2항) * 제282조에 의하여 10년 이하의 자격정지 병과 가능
특수체포 감금죄	그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중(제278조) * 제282조에 의하여 10년 이하의 자격정지 병과 가능	
(중)체포감금 치상죄	1년 이상의 유기징역(제281조 제1항) * 제282조에 의하여 10년 이하의 자격정지 병과 가능	2년 이상의 유기징역(제281조 제2항) * 제282조에 의하여 10년 이하의 자격정지 병과 가능

죄 명	일반범죄	존속대상범죄
(중)체포감금 치사죄	3년 이상의 유기징역(제281조 제1항) * 제282조에 의하여 10년 이하의 자격정지 병과 가능	무기 또는 5년 이상의 징역(제281조 제2항) * 제282조에 의하여 10년 이하의 자격정지 병과 가능
협박죄	3년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료(제283조 제1항)	5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금(제283조 제2항)
특수협박죄	7년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금(제284조)	

<표-1>에서 보는 바와 같이 형법상 존속대상범죄의 가중처벌규정은 모두 개인적 법익에 관한 죄에 규정되어 있는 것이 특징이다. 효라는 보호법익을 위한다는 것은 일종의 공동체 질서의 하나에 속하는 것으로 존속대상범죄는 사회적 법익을 침해하는 범죄로 이해할 수도 있지만 존속대상범죄를 사회적 법익에 대한 침해범죄로 파악하는 견해는 우리나라에서는 없는 것 같다.

<표-1>을 면밀히 검토해 보면 다음과 같은 불합리한 점이 있음을 발견할 수 있다. 첫째, 일반범죄와 비교할 때 존속대상범죄의 가중정도가 일정한 비율에 따르지 않고 개별 범죄마다 각각 다르다. 적게는 1.4배(존속살해죄의 경우)에서 많게는 약 4배⁵⁰⁾(존속중체포감금죄, 존속유기등치상죄의 경우)까지 다양하다. 이는 일반범죄의 동일한 불법과 책임에 단지 존속이라는 신분의 요소가 가미된 범죄 사이에서도 합리적인 근거가 없이 차별취급하는 심각한 문제를 발생시키고 있다.

둘째, 자격정지의 부과를 살펴보면, 살인의 죄, 상해와 폭행의 죄, 체포와 감금의 죄 등에서는 이를 인정하고 있는 반면에, 유기와 학대의 죄, 협박의 죄 등에서는 인정하지 않고 있는데, 이러한 차별취급에도 합리적인 이유를 발견하기가 어렵다.

셋째, 특수폭행죄, 특수체포감금죄, 특수협박죄의 경우에는 일반범죄와 존속대상범죄 사이에 형벌의 차이가 존재하지 아니한다. 다른 존속대상범죄와 달리 동 죄들에 대한 형벌의 차이가 부정되는 이유도 찾아볼 수 없다.

넷째, 다른 개인적 범죄와의 형평성 문제도 야기되는 바, 존속강간죄, 존속명예훼손죄, 존속강도죄 등에 대한 가중처벌조항이 없는 것이 그것이다.

50) 2010. 4. 15. 형법의 개정으로 유기징역의 상한이 최고 30년으로 상향조정되었다.

IV. 결 론

존속대상범죄는 존속에 대한 범죄를 개별적으로 평가하지 않고 일률적으로 파악하는 점에서 문제가 있다. 존속에 대하여 일정한 범죄를 저지르기만 하면 그 동기를 묻지 않고 일반범죄보다 불법 또는 책임이 높다고 하는 전제를 하고 있는 것이다. 또한 형의 가중논거는 그 내용이 ‘사회관념’, ‘인륜의 근본’, ‘인류보편의 원리’, ‘비속의 패륜성’ 등과 같이 추상적인 것이 특징이다. 또한 법정형이 예외 없이 상향되어 있는 문제점도 지적된다.

생각건대 존속대상범죄의 논의에서 위헌의 문제와 가중처벌의 필요성은 별개의 문제라고 판단된다. 현행 형법이 과거와 달리 존속살해죄에 대하여 7년 이상의 유기징역형을 추가하여 과도하게 불합리한 형벌을 상정한 것이라고 볼 수 없어 위헌의 소지를 다소 완화한 것은 사실이다. 하지만 존속살해죄의 규정을 두지 않고 보통살인죄로 처벌한다고 하여도 처벌의 불균형은 생기지 아니한다. 존속살해죄의 법정형의 최하한은 7년 이상의 징역이고, 보통살인죄의 법정형의 최하한은 5년 이상의 징역인데, 이러한 존속살해죄의 법정형은 보통살인죄에서 보호하는 생명이라는 법익에 더하여 형법이 고유한 법익으로 인정한 ‘효’라는 법익을 동시에 침해하는 범죄를 저지른 자에게 가중처벌을 하고 있다. 즉 보호법익이 ‘생명’과 ‘효’, 2가지인 범죄에 해당한다.

존속살해죄가 폐지된다면 존속을 살해한 비속은 보통살인죄로 처벌된다. 이 경우 법관은 양형사유를 참작하여 폐지된 존속살해죄의 법정형에 해당하는 7년 이상의 징역을 선고할 수 있다. 보통살인죄의 5년 이상의 징역은 존속살해죄의 7년 이상의 징역이라는 범위를 포함하고 있기 때문이다. 따라서 패륜적인 존속살해의 경우에는 보통살인죄의 법정형으로도 얼마든지 가중처벌할 수 있다.

또한 형법 제51조⁵¹⁾는 총 9가지의 양형사유를 규정하고 있는데, 그 중 하나가

51) 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. 범행후의 정황

‘피해자에 대한 관계’이다. 존속대상범죄에서 주체인 직계비속과 객체인 직계존속의 관계가 바로 이에 해당한다. 우리 형법은 이미 총칙부분에서 존속대상범죄에 해당하는 경우의 처벌에 대비하여 형을 정함에 있어 ‘직계존속(피해자)과 직계비속(가해자)과의 관계’를 참작해야만 하도록 강제하는 규정을 명문화하고 있는 것이다.

이와 같이 존속에 대한 범죄는 양형참작사유로써 고려하는 것으로 족하다. 이 경우 실제로 있어서는 아이러니컬하게도 형벌가중사유가 아닌 형벌감경사유로써 그 기능을 하는 경우가 더 많이 존재할 것이다. 이른바 ‘묻지마 살인’과 같은 자신의 직계존속을 아무 이유 없이 살해하는 경우는 현실세계에서 드물기 때문이다. 만약 이러한 사건이 발생하였다고 하더라도 동 가해자는 반드시 정신감정의 대상이 되어야 한다고 본다. 일반적인 경우에 아무런 이유 없이 자신의 직계존속을 살해하는 경우를 상정해 볼 때 당해 행위의 가해자는 정신적으로 상당한 문제가 있을 것이라는 것이 쉽게 예상되기 때문이다.

참고문헌

- 김일수/서보하, 「형법각론(제7판)」, 박영사, 2007.
- 김성돈, 「형법각론(제2판)」, 성균관대학교 출판부, 2009.
- 김성천, 「형법」, 도서출판 소진, 2009.
- 김영환, “법과 도덕의 관계 -특히 한국형법을 중심으로”, 법학논총 제25집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2008. 12.
- 김지선, “존속범죄에 대한 소고”, 형사정책연구소식 통권 제35호, 한국형사정책연구원, 1996. 6.
- 박상기, 「형법각론(제7판)」, 박영사, 2008.
- 박형민, 살인범죄의 실태에 관한 연구(II), 한국형사정책연구원(2003-21), 2003. 12.
- 배종대, 「형법각론(제7전정판)」, 홍문사, 2010.
- 백승민/정웅석, 「형법강의(전정제1판)」, 대명출판사, 2008.
- 백원기, “한국형법상 생명보호에 관한 죄에 대한 회고적 성찰과 새로운 입법방향”, 형사법연구 제19권 제3호(통권 제32호)(상), 한국형사법학회, 2007. 가을.
- 백형구, “존속살해죄의 제문제”, 사법행정 제31권 제1호, 한국사법행정학회, 1990. 1.
- 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1992.
- 신동운 편, 「형사법령제정자료집(1)」, 한국형사정책연구원, 1990.
- 오영근, 「형법각론(제2판)」, 박영사, 2010.
- 유재근, “존속살인 중벌규정과 법 앞의 평등”, 경희대학교 행정대학원 석사학위논문, 1985.
- 이정원, 「형법각론(공개 제1판)」, 인터넷 공개판, 2008.
- 이천현, “친족관계에 따른 형법상의 효과 -문제점과 개선방안을 중심으로”, 형사정책연구 제12권 제2호(통권 제46호), 한국형사정책연구원, 2001. 여름.
- 이천현/도중진/권수진/오영근/김현우, 형법각칙 개정연구 [1] - 형법각칙의 개정방향과 기본문제-, 한국형사정책연구원(연구총서 07-12-01), 2007.
- 이형국, “존속살해죄의 제문제”, 고시연구, 1994. 7.
- 이형국, 형법각칙 개정연구 [3] - 개인적 법익에 관한 죄(2): 생명·신체침해범죄, 한국형

- 사정책연구원(연구총서 07-12-03), 2007.
- 이훈구, “존속살해사건의 심리학적 조명 -이은석 사건을 중심으로-”, 피해자학연구 제11권 제1호, 한국피해자학회, 2003. 봄.
- 임 용, 「형법각론(개정판)」, 법문사, 2003.
- 정영일, 「형법각론(개정판)」, 박영사, 2008.
- 정철호, “존속살해가중에 대한 비판적 검토”, 한독 사회과학논총 제17권 제2호, 한독사회과학회, 2007. 가을.
- 조 국, “존속살해죄의 전제와 근거에 대한 재검토”, 형사법연구 제16호(특집호), 한국형사법학회, 2001. 겨울.
- 조 국, “존속살해죄는 패륜아들의 범죄인가?”, 당대비평 통권 제23호, 생각의 나무, 2003. 9.
- 조상제, “현행 존속살해 가중의 문제점”, 형사법연구 제16호(특집호), 한국형사법학회, 2001. 겨울.
- 진희권, “현행 형법의 유교적 규정에 대한 고찰”, 유교문화연구 제5집, 성균관대학교 동아시아학술원 유교문화연구소, 2003. 2.
- 최인섭/김지선, 존속범죄의 실태에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1996.
- Keiichi Yamanaka·서보학 역, “일본에서의 존속살해에 관하여”, 형사법연구 제16호(특집호), 한국형사법학회, 2001. 겨울.
- 하태영, “인간의 존엄과 생명보호 -형법학의 과거·현재·미래-”, 형사법연구 제19권 제3호(통권 제32호)(상), 한국형사법학회, 2007. 가을.
- 형법개정연구회, 형사법개정연구(IV): 형법각칙 개정안, 한국형사정책연구원, 2009. 12.
- 황태정, “존속범죄의 사례와 양형”, 수사연구 제21권 8호(통권 제238호), 수사연구사, 2003. 8.

A Study on the abolition of punishment - weighted crimes toward lineal ascendant

Park, Chan-Keol*

The punishment-weighted crimes toward lineal ascendant does not evaluate a crime individually, there is a problem. Only committing the crime which is fixed about lineal ascendant, does not ask the motive and says that illegality general crime or the responsibility is high. Also punishment-weighted data of the contents are 'social conceptions', 'basis of moralities', 'principle of human universality', with like immoral characteristic etc.

The problem of unconstitutionality of punishment-weighted crimes and the problem of necessity of punishment-weighted crimes have to judge differently from discussion. The current criminal law adds the imprisonment of 7 years. This is a different about past which punishment-weighted crimes is excessive. But does not put the provision of punishment-weighted crimes and not to be if says and that punishes with usual capital murder charge, punishment the imbalance does not happen.

If the punishment-weighted crimes are abolished, is punished murders toward lineal ascendant with usual capital murder charge. This case law officer considers an assessment reason and will be able to sentence the penal servitude of 7 or more years which correspond to providing by law style of the punishment-weighted crime which is abolished. The penal servitude of 5 or more years of usual capital murder charge including the scope which is a penal servitude of 7 or more years of punishment-weighted crimes. Consequently the punishment-weighted crime which is immoral extra weight will be able to punish in case as much as even with providing by law style the usual capital murder

* Lecturer, Han-yang University, Ph.D. in Law.

charge.

- ❖ Key Words : punishment-weighted crimes, lineal ascendant,
punishment-weighted crimes toward lineal ascendant, revision
to the criminal law, homicide.