

Global Standard 마련을 위한 비교형법 연구 - 범죄성립요건과 형사책임구조를 중심으로 -

최민영 연구위원(법학박사, minyoungchoi@kic.re.kr)

요 약 |

- 본 과제는 주요 국가 - 영국, 미국, 프랑스, 독일, 일본 - 의 형사실체법과 형사절차법의 주요쟁점을 5차 년도에 걸쳐 연구함으로써 다음과 같은 목적을 달성하고자 함.
 - Global Standard 마련을 위하여 쟁점별로 주요국의 형사법령을 비교분석하여 연구하고자 함. 이를 통하여 법률의 제정 및 개정 제안 시, 판례 및 제도의 형성과 개혁 과정에서 참조할 만한 보편적 기준 마련에 기여하고자 함.
 - 또한, 형사법에 있어서 Global Standard 마련 및 발견이 가능한지 여부를 타진하고, 그에 맞는 시사점 및 결론을 쟁점별로 도출하고자 함.
 - 이러한 기본적인 연구 성과를 토대로 체계적이고 입체적인 해외형사법령정보시스템을 구축하여 운영하고자 함.
 - 뿐만 아니라, 국제형사사법공조 시, 유익한 국제 표준 및 절차를 제시하고, 수배 및 수사에 참조할 만한 규범이나 기본방향을 제시하고자 함.
- 이번 1차 년도에는 각 대상국가의 범죄성립요건과 형사책임구조를 중심으로 비교연구가 진행되었음. 이를 위해 비교의 대상과 방법을 설정하여 공통의 목차를 구성하였고, 이를 기초로 각 국가의 유사성과 차이점을 도출하는 단계까지 비교분석 작업을 수행하였음.
 - 5개 대상국가의 형사책임 구조는 외연상 다른 구조를 취함. 영국과 미국은 우리처럼 구성요건, 위법성, 책임이라는 3단계 범죄체계를 따르지 않고, 행위와 항변사유로 뚜렷이 양분됨. 프랑스도 역시 행위와 책임(객관적 책임조각사유와 주관적 책임조각사유)으로 양분되는 이원적 체계를 취함. 이에 반해, 독일과 일본은 우리와 같이 3단계 범죄체계론을 따름.
 - 하지만 이러한 구조의 차이가 실제 비교법적 분석에 있어서는 크게 문제가 되지는 않음. 5개 국가의 형사책임 구조는 병존하여 분석할 수 있는 틀을 우리에게 제시해 주고 있음. 영국과 미국에서 범죄행위는 행위의 객관적 측면을 말하는 actus reus와 행위의 주관적 측면을 말하는 mens rea로 구성되고, 항변사유는 정당화사유와

* 관련보고서 : 최민영 외 8명(2019.12.), Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(I), 한국형사정책연구원.

면책사유로 구분됨. 프랑스 역시 범죄행위는 행위의 객관적 요소와 주관적 요소로 구성되고, 책임조각사유는 객관적 책임조각사유에 해당하는 정당화사유와 주관적 책임조각사유에 해당하는 비귀책성 사유로 구분됨. 이때 행위의 객관적 요소는 독일과 일본의 객관적 구성요건에, 행위의 주관적 요소는 독일과 일본의 주관적 구성요건에, 정당화사유는 독일과 일본의 위법성조각사유에, 면책사유와 비귀책성 사유는 독일과 일본의 책임조각사유와 견주어 비교 가능했음.

- 물론, 영국과 미국의 항변사유 중 정당화사유와 면책사유는 프랑스, 독일, 일본의 위법성조각사유와 책임조각사유처럼 뚜렷한 경계를 지니고 있지 않다는 차이는 있었음. 이것은 영미법계의 형사책임이 대륙법계의 형사책임과 달리, 행위와 항변으로 이원화되는 구조를 취하기 때문인 것으로 보임. 실제로 영미에서 항변사유는 실제 법적 측면에서보다는 절차법적 측면에서 더 중요한 역할을 하고 있음.

주요키워드

비교형법, 죄형법정주의, 범죄성립요건, 형사책임

01 연구의 필요성

연구필요성 및 연구목적

- 그동안 형법, 형사소송법, 행형법 등 주요 외국의 형사법령 연구는 법령의 단순번역에만 중점을 두어 수행되어 왔음. 물론, 형사법 및 형사정책 연구에서 비교법적 연구방법론은 주요한 연구방법으로 확립되어 왔으나, 일부 국가를 대상으로 일부 협소한 쟁점만을 파편적으로 연구해 왔기 때문에 사고와 관점의 확장을 도모하는 비교법 연구의 원래 취지에는 부합하지 않았음.
- 따라서 형사법령의 입법 및 개정, 관련 실무 및 제도의 형성 및 개혁을 위해서는 포괄적이고 체계적인 범주에서 형사법 쟁점별로 다양한 외국의 입법례와 이론, 판례, 제도 등을 소개하고 비교분석하여 우리 형사사법 체계에 적절하게 통합될 수 있는 방안을 모색할 필요가 큼.
- 또한, 최근 국경 없는 범죄나 다국적 기업·해외법인에 의한 범죄가 급증하고 있고, 해외에서의 범죄나 범죄피해, 또는 외국인의 범죄나 범죄피해에 대응하기 위해 국제형사사법 공조나 범죄인인도가 필요한 경우도 늘어나고 있음. 하지만, 공조국의 형사법령과 관련절차에 대한 정보부족으로 인해 국제형사사법공조 및 범죄인 인도, 외국범죄자에 대한 수사 등이 쉽지 않은 경우 또한 증가하고 있어, 형사사법공조 등의 공익적 목적을 고려하여 주요국의 형사법령을 비교 연구할 필요성은 날로 높아지고 있음.
- 위와 같은 연구 필요성을 고려하여 본 연구는 아래와 같은 목적을 지향함.
 - 이론적 관점 : 이론적 관점에서 형법의 일반이론 발견을 목적으로 함. 즉, 형사법에서 있어서 Global Standard 마련 및 발견이 가능한지 여부를 타진하고, 그에 맞는 시사점 및 결론을 쟁점별로 도출하고자 함.
 - 실천적 관점 : 입법 혹은 개정, 관련제도 및 실무개혁 등의 현실적 필요로 인하여 도구적 견지에서 실정법규 및 판례, 관련 제도를 비교분석하고자 함. 뿐만 아니라, 국제형사사법공조시, 유익한 국제표준 및 절차를 제시하고, 수배 및 수사에 참조할 만한 규범이나 기본방향을 제시하고자 함.
 - 해외형사법령정보 시스템의 구축 : 이러한 기본적인 연구 성과를 토대로 차후에는 체계적이고 입체적인 해외형사법령정보시스템을 구축하여 운영하고자 함.

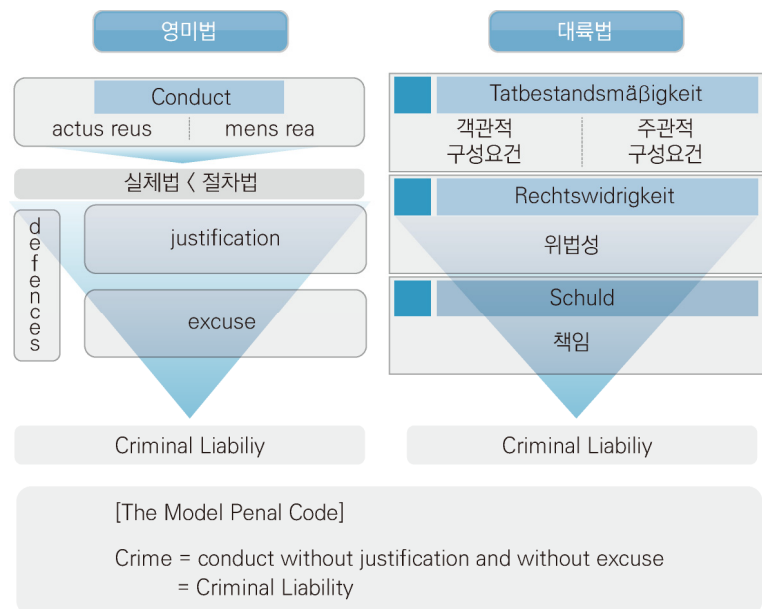
02 주요 연구내용

- 본 과제는 주요 국가 - 영국, 미국, 프랑스, 독일, 일본 - 의 형사실체법과 형사절차법의 주요쟁점을 5차 년도에 걸쳐 연구하고자 함.
- 연구가 시작되는 1차 년도에는 범죄성립요건과 형사책임의 구조를 중심으로 아래와 같은 비교연구가 진행되었음.
 - 서론: 비교형법 연구의 의의와 목적, 방법과 대상
 - 대상국가 형법의 법원과 적용범위 개관
 - 대상국가의 죄형법정주의 원칙 논의
 - 대상국가의 범죄론의 기초 논의: 범죄체계 및 범죄구성요소 및 형사책임구조
 - 대상국가별 범죄행위의 객관적 요소 서술
 - 대상국가별 범죄행위의 주관적 요소 서술
 - 대상국가별 정당화사유 혹은 위법성조각사유 서술
 - 대상국가별 면책사유 혹은 책임조각사유 서술
 - 결론: 소결 및 유사성과 차이점 분석 및 추정

03 정책제언

형사책임의 구조

- 형사책임의 구조



[영미법계와 대륙법계의 형사책임 구조]

- 지금까지 살펴본 5개 국가의 형사책임 구조는 외연상 다른 구조를 취함. 영국과 미국은 우리처럼 구성요건, 위법성, 책임이라는 3단계 범죄체계를 따르지 않고, 행위와 항변사유로 뚜렷이 양분됨. 프랑스도 역시 행위와 책임(객관적 책임조각사유와 주관적 책임조각사유)으로 양분되는 이원적 체

계를 취함. 이에 반해, 독일과 일본은 우리와 같이 3단계 범죄체계론을 따름.

- 하지만 이러한 구조의 차이가 실제 비교법적 분석에 있어서는 크게 문제가 되지 않음. 5개 국가의 형사책임 구조는 병존하여 분석할 수 있는 틀을 우리에게 제시해 주고 있음. 영국과 미국에서 범죄행위는 행위의 객관적 측면을 말하는 actus reus와 행위의 주관적 측면을 말하는 mens rea로 구성되고, 항변사유는 정당화사유와 면책사유로 구분됨. 프랑스 역시 범죄행위는 행위의 객관적 요소와 주관적 요소로 구성되고, 책임조각사유는 객관적 책임조각사유에 해당하는 정당화사유와 주관적 책임조각사유에 해당하는 비귀책성 사유로 구분됨. 이 때 행위의 객관적 요소는 독일과 일본의 객관적 구성요건에, 행위의 주관적 요소는 독일과 일본의 주관적 구성요건에, 정당화사유는 독일과 일본의 위법성조각사유에, 면책사유와 비귀책성 사유는 독일과 일본의 책임조각사유와 견주어 비교 가능했음.
- 물론, 영국과 미국의 항변사유 중 정당화사유와 면책사유는 프랑스, 독일, 일본의 위법성조각사유와 책임조각사유처럼 뚜렷한 경계를 지니고 있지 않다는 차이는 있었음. 이것은 영미법계의 형사책임이 대륙법계의 형사책임과 달리, 행위와 항변으로 이원화되는 구조를 취하기 때문인 것으로 보임. 실제로 영미에서 항변사유는 실체법적 측면에서보다는 절차법적 측면에서 더 중요한 역할을 하고 있음.

세부적인 범죄성립요건

- 우선, 5개 국가의 범죄행위의 객관적 요소와 주관적 요소, 즉 객관적 구성요건과 주관적 구성요건을 구체적으로 살펴보면, 5개 국가 모두 세부내용에서도 크게 다르지 않은 개념요소들을 지니고 있음을 알 수 있음. 행위의 객관적 요소에서는 작위와 부작위의 구별, 인과관계 성립의 문제를 주로 다루고, 행위의 주관적 요소에서는 고의와 과실, 착오의 문제를 다루고 있음.
- 다만, 고의와 과실의 개념 구분에 있어 영미에는 프랑스, 독일, 일본에는 없는 “무모함”이란 개념이 존재함. 그리고 행위의 주관적 요소가 없어도 성립되는 “엄격책임범죄”가 있음. 프랑스에서도 행위의 주관적 요소 없이 성립하는 위경죄상 과실이 있음. 하지만, 프랑스의 위경죄상 과실은 고의와 과실의 분류에서 고의, 과실과 대등하게 논의되는 개념인 반면, 영미의 엄격책임범죄는 고의와 과실의 분류에서가 아니라 독자적 쟁점으로 논의됨.
- 다음으로 위법성조각사유 혹은 정당화사유에 있어서 5개 국가 모두 공통적으로 정당방위, 긴급피난, 피해자 승낙의 사유가 있음. 각 정당화사유의 요건과 효과도 큰 틀에서는 다르지 않으나, 세부요건과 효과는 차이를 보임.
- 마지막으로, 책임조각사유 혹은 면책사유에 있어서 5개 국가 모두 정신장애, 형사미성년, 강요된 행위, 법률의 착오 등을 인정하고 있음. 다만, 정당화사유와 같이 각 면책사유의 세부요건과 효과에 있어서는 차이를 보임.

차후년도 연구의 전망

- 본 연구는 각 국가의 범죄개념과 범죄체계 기술을 중심으로, 우리와의 유사성과 차이점을 분석한 이후, 우리 입법과 사법, 관련 제도의 개선에 기여할 수 있는 여러 착안점을 제시하고, 때에 따라서는 구체적 입법안과 판단기준을 제안하는 것을 목적으로 하고 있음.
- 1차년도 연구에서는 이를 위해 비교의 대상과 방법을 설정하여 기초 틀을 세우는 작업에 집중하였고, 그 결과 각 국가의 유사성과 차이점 도출의 단계까지 비교분석 작업을 수행하였음.
- 차후년도에는 이를 기반으로 한 심층적 비교분석과 구체적인 대안의 제시가 가능할 것으로 기대함.