

〈논문〉

## 刑事特別法으로부터 刑法의 復權

朴 桃 顯\*

### 요 약

현대의 위험사회는 보편적 법익을 원용하여 가벌성을 구체적 법익침해보다 사전 영역에 투입하고 법익개념의 탈실질화 경향을 통해 형벌 제한적 기능을 무력화시키고 있다. 이를 위해 형사특별법의 제정이 비대화되고 있는데 현행 형사법체계는 동일한 범죄행위에 대해 형법전과 형사특별법에 중복적으로 규정하여 그 적용상의 혼란을 야기하고 있다. 또한 형사특별법을 필요할 때마다 전체 법체계와의 조화를 고려하지 않고 제정·개정함으로써 형벌 불균형뿐만 아니라 체계적 정당성 측면에서 규범의 효력을 저하시키고 있다. 최근에는 형사특별법이 일반법인 형법보다 우선적으로 적용되어 형법의 규범력을 무력화시킬 만큼 만연되어 있다. 형사특별법이 비대화되고 선호되는 이유는 첫째, 형사특별법은 일시적 상황에 대처하는 임시법적인 성격이어서 기본법인 형법전에 포함시키기 곤란하기 때문이고 둘째, 특별법이라는 형식을 통하여 여론을 환기하고 국민에게 경각심을 불러일으켜 일반예방효과를 극대화시킬 수 있으며 셋째, 실체법·절차법·조직법 등의 규정이 혼재되어 있어 형법전에 편입하기가 어렵거나 넷째, 입법기술상 행정종속성이 요구되는 경우 형법전에 포섭시키기 어렵기 때문이다.

그러나 형사특별법의 일반적 문제점으로는 첫째, 형법의 최소화단화 및 위협예방화를 통한 형법의 기능변화를 초래하며 둘째, 형사특별법이 오히려 일반법의 역할을 수행한 결과 형법전의 형해화 현상으로 인한 규범력 약화 셋째, 수많은 형사특별법의 제정으로 인하여 특별형법전 사이에서도 구성요건과 법정형에 모순이 생기는 등 법 적용의 혼란 등이 지적되고 있다. 형사특별법은 형법제정 이후 사회변화의 과정에서 새롭게 등장하는 범죄유형이나 형법에 이미 규정되어 있지만 그 불법의 정도가 심한 범죄유형에 대해 입법자는 형사특별법을 제정하여 법정형을 가중하거나 새로운 구성요건을 추가하는 방법으로 대응해 왔는데 대부분의 특별형법은 형법의 범죄구성요건에 대한 법정형을 가중하기 위한 목적으로 제정되었고 성범죄 등 일부 영역을 제외하면 새로운 구성요건을 창출한 경우는 많지 않다.

\* 전남대학교 법과대학 강사, 법학박사.

모든 국가작용은 국민의 인권보장을 위해 존재해야 하며 국가 형벌권의 실현목적으로 궁극적으로 기본권을 보호하는 데에 있으므로 헌법과 형법의 기본원칙은 준수되어야 하고 형사법의 기능주의화를 통한 중형주의 형벌관은 범죄자에 대한 형벌감응효과를 오히려 감소시키고 책임주의에 반하므로 행위자의 위험성과 불법성이 비례하도록 조정되어야 한다. 그리고 형법의 이념인 죄형법정주의의 명확성원칙에서도 문제가 있다.

그러므로 형벌에 관한 일반법으로서의 ‘刑法의 形骸化’, ‘刑法의 空洞化’, ‘刑法의 死文化’, ‘刑法의 例外化’, ‘刑法의 無力化’, ‘刑法의 脫權化’, ‘刑法의 失權化’, ‘刑法의 浸蝕’, ‘刑法의 客化’, ‘刑法의 解體’를 막기 위해서는 형사특별법상 유사처벌 조항을 가능한 한 형법전에 규정될 수 있도록 법체계의 정비가 요구되며 유동적이고 가변적인 사회상황에서 새롭게 부각되는 신중범죄는 형법전의 제정비를 통해 흡수·통합하는 방안을 모색해야 한다.

주제어: 형사특별법, 중형주의, 중복규정, 위험사회, 입법구조, 과잉형벌화, 형가중특별 형법

## I. 서 론

형사특별법은 일반적으로 형법전에서 규율하고 있는 특정한 범죄행위들을 가중 처벌하기 위해 제정된다. 그러므로 형사특별법은 예외적이고 한시적으로 운용되어야 하지만 현실은 주객이 전도되어 일반법으로서의 기능을 수행하고 있다.<sup>1)</sup> 형사법은 국가가 범죄에 대해 법적효과로써 형벌이라는 강력한 제재를 통해 헌법상 보장된 기본권을 제한하므로 자유주의적 법치국가 이념에 따라 인간의 존엄성을 침해하지 않는 범위 내에서 정당성을 확보해야 한다. 그러나 형사특별법은 정치적 과도기에 국가재건최고회의(1961년 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제정)나 국가보위입법회의(1980년 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제3차 개정) 등의 비상입법기관에 의해 제·개정된 경우도 많아 그 절차적 정당성뿐만 아니라 중한 법정형으로 인한 실질적 정당성이 문제되는데<sup>2)</sup> 응보형주의와 일반예방주의 및 특별예방주의 관점에서

1) 범죄백서, **법무연수원**, 2011, 43면. 2011년 범죄백서에 따르면 형법범의 수는 939,171명, 특별법범은 978,129명으로 특별법범이 형법범보다 높은 비중을 차지하고 있다. 그러나 2000년 형법범이 전체범죄에서 차지하는 비율이 28%였지만 2010년에는 48.98%로 나타나 점차 특별법범범죄가 차지하는 비율은 지속적으로 감소하고 있다.

범죄화 및 법정형의 정당성문제가 다각적으로 검토되어야 한다.

현행 형사법체계는 동일한 범죄행위를 규율하는 형벌규정이 형법뿐만 아니라 형사특별법에 중복적으로 규정된 경우가 많은데 실무에서는 특별법우선의 원칙에 따라 형사특별법을 우선적으로 적용함으로써 형법의 사문화 현상을 야기하고 있다.

특히 형사특별법은 성범죄, 경제범죄, 환경범죄, 조직범죄 등에서 처벌규정을 강화하여<sup>3)</sup> 제정·개정되고 있는데 형법상 규정되어 있지 아니한 범죄유형 또는 새로운 구성요건을 창설하는 경우도 있지만 대개의 경우 단지 형법에 규정된 범죄의 법정형만을 가중하거나 형법에서 처벌하지 않는 상습범, 누범, 또는 예비·음모행위를 처벌할 목적으로 마련된 특성을 보인다.<sup>4)</sup> 특히 누범의 경우 전범에 대한 과형이 끝났음에도 후범을 중하게 처벌하기 때문에 헌법 제13조 제1항 후단 ‘동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다’는 일사부재리의 원칙에 반할 수 있다. 이러한 형사특별법의 가중처벌규정은 행위자책임을 토대로 규정된 점에서 불법과 책임에 비례하는 적정한 형벌을 요구하는 책임주의에 반하는 과잉형벌로 판단될 수 있으며 형사특별법의 증대로 인해 형법관련 실체규정을 형법전만으로 조망하는 것이 사실상 난해하게 되어 형법전의 일반규정과 유기적 관련 하에 제대로 이해하기 어렵게 되었다.

형벌에 관한 일반법으로서의 ‘刑法의 形骸化’, ‘刑法의 空洞化’, ‘刑法의 死文化’, ‘刑法의 例外化’, ‘刑法의 無力化’, ‘刑法의 脫權化’, ‘刑法의 失權化’, ‘刑法의 浸蝕’, ‘刑法의 客化’, ‘刑法의 解體’를 막기 위해서는 형사특별법상 유사처벌조항을 가능한 한 형법전에 규정될 수 있도록 법체계의 정비가 요구되며 유동적이고 가변적인 사회상황에서 새롭게 부각되는 신종범죄는 형법전의 재정비를 통해 흡수·통합하는 방안을 모색해야 한다.<sup>5)</sup> 이에 대해 형사특별법은 특수적·이질적 요소가 포함되어 있으므로<sup>6)</sup> 이들을 형법전에 편입시키면 형법전의 과부하로 인해 가독성이

2) 최호진, “형가중적 형사특별법에 대한 법이론적 문제점”, **법학논총**, 제30권 제1호, 단국대 법학연구소, 2006, 208면.

3) Günther Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, HRRS, 2004, S. 88-90. 야콥스는 2003년 “시민형법과 적형법(Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht)”를 발표하면서 의사소통을 목적으로 하는 시민형법과 위험(경제형법, 성범죄, 조직범죄)에 대한 대응수단으로서의 적형법을 구별하였다.

4) 이덕인, “형법과 형사특별법상 성범죄 처벌규정에 대한 비판적 검토”, **경찰연구논집**, 제8권, 한국경찰이론과 실무학회, 2011, 5면.

5) 이에 반해 우리나라 형사사법에서는 형법이 기본이 아니고 특별형법이 기본이라는 견해가 있다. 배중대, **형법각론**, 홍문사, 2010, 22면.

떨어져 애초의 통합 취지가 퇴색될 수 있다는 비판이 제기된다.

그러므로 우선 현재 형사제재입법의 동향을 고찰한 후 형사특별법의 문제점과 개선방안의 검토를 통해 변증법적 논증으로 ‘刑法의 復權’을 일반론적 관점에서 논하고자 한다.

## II. 형사제재입법의 동향

형사특별법은 범죄구성요건과 형벌 및 보안처분을 규정한 점에서 내용상 형법과 동일하면서도 별개의 법률로 제정되어 독자적으로 적용되는 법률을 의미하고 일반 원칙인 총칙규정이 없다는 점<sup>7)</sup>에서 차이가 있다. 광의의 형사특별법은 행정법규에

- 
- 6) 예를 들면 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법[제17차 개정, 시행 2012.1.17]은 가정폭력범죄의 형사처벌 절차에 관한 특례를 정하고 가정폭력범죄를 범한 사람에 대하여 환경의 조정과 성행(性行)의 교정을 위한 보호처분을 함으로써 가정폭력범죄로 파괴된 가정의 평화와 안정을 회복하고 건강한 가정을 가꾸며 피해자와 가족구성원의 인권을 보호함을 목적으로 제정되었다.
- 7) 형사특별법은 형법 제8조에 의해 기본적으로 형법의 일반이론인 총칙규정의 적용을 전제로 하고 있다. 그런데 형법각칙의 친고죄, 친족상도례 등의 개별규정도 형사특별법에 적용되는지가 문제되는데 대법원은 형사특별법이 명시적으로 형법각칙의 규정을 배제하고 있지 않는 한 형법 제8조가 형법각칙의 규정에서도 원칙적 의미를 갖는 것으로 파악하여 넓게 해석하고 있다. 대법원 2001. 6. 15. 선고 2001도1017 판결. 청소년의 성보호에 관한 법률(2005. 12. 29. 법률 제7801호로 개정되기 전의 것)은 청소년을 상대로 한 성범죄에 대하여 친고죄인지의 여부에 관하여는 별도의 규정이 없었으나, 이에 관하여 관례는 “청소년의 성보호에 관한 법률에는 친고죄 여부에 대한 명시적 규정이 없으므로 위 법 제10조 위반죄를 친고죄라고 해석하는 것이 죄형법정주의의 원칙에 부합하고 ‘이 법을 해석·적용함에 있어서는 국민의 권리가 부당하게 침해되지 아니하도록 주의하여야 한다.’고 판시하였고 그 후 2005. 12. 29. 법률 제7801호로 개정·공포된 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제10조의2는 “제10조 제1항 내지 제5항의 죄에 대한 고소기간은 형사소송법 제230조 제1항의 규정에 불구하고 범인을 알게 된 날부터 2년으로 한다. 이 경우 고소할 수 없는 불가항력의 사유가 있는 때에는 그 사유가 없어진 날부터 고소기간을 기산한다.”라는 규정을 신설하여 법규정상으로도 친고죄임을 명확히 하였다. 그러나 청소년 대상 성범죄를 친고죄로 하고 있어 형사처벌을 민사손해배상으로 전락시켜서 범죄자에 대한 정당한 처벌을 가로 막고 있다는 지적에 따라 2007. 8. 3. 법률 제8634호로 개정·공포되고 2008. 2. 4.부터 시행되는 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제16조에서는 청소년 대상 성범죄를 현행 친고죄에서 반의사불벌죄(反意思不罰罪)로 개정하였다.
- 대법원 1994. 5. 27. 선고 94도617 판결. 공갈죄가 야간에 범하여져 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제2조 제2항에 의해 가중처벌 되는 경우에도 형법상 공갈죄의 성질은 그대로

포함된 형사처벌 규정까지 포함시키고 좁은 의미의 형사특별법은 전체 법률이 형사법적 내용으로 이루어진 법률을 의미한다.<sup>8)</sup>

1953년 형법제정으로 그 동안 산재되어 있었던 형사특별법은 형법전에 편입되어 정비되었다. 그 후 형사특별법은 1960년대 입법기술의 측면이나 입법정책의 효과 등을 고려하여 수많은 법률이 등장하게 되었는데 기본법에 비해 특별법은 비교적 간편하게 제정 또는 개정할 수 있고 입법정책측면에서도 입법자는 일반법의 예외로서 일반법에 적용되는 원칙과 체계에 예외를 허용하여 입법자의 강력한 정책추진 의지를 표명할 수 있다는 장점으로 인해 선호되었다.<sup>9)</sup> 즉, 일반법인 형법은 그동안 축적된 판례와 형법이론 및 헌법정신을 반영해야 하므로 엄격한 절차적 정당성 및 신중한 개정절차를 요구하지만 특별법의 제정절차는 정치적 합의만 이루어지면 해당 상임위원회에서 하루만에 법안을 의결하고 공청회 및 법제사법위원회의 체계·자구 심사를 거쳐 본회의에 상정 후 의결하면 대통령이 법률안 거부권을 행사하지 않는 한 바로 시행할 수 있다는 점에서 장점을 지닌다.<sup>10)</sup> 또한 형사특별법의 제정은 현행 형법의 구성요건과 법정형이 지나치게 추상적이며 포괄적이므로 이를 보충하고자 하는 목적도 있었지만 1980년대에 들어서면서 사회변화와 함께 형법개정에 관한 논의가 시작되었고 현재까지 형사법개정안에 관한 정비작업이 진행 중이다.<sup>11)</sup> 최근

---

유지되는 것이고, 특별법인 위 법률에 친족상도례에 관한 형법 제354조, 제328조의 적용을 배제한다는 명시적인 규정이 없으므로, 형법 제354조는 위 특별법 제2조 제2항 위반죄에도 그대로 적용된다고 보아야 한다고 판시하였다.

- 8) 박상기 외 5인, **형사특별법론**, 한국형사정책연구원, 2009, 29면. 광의의 형사특별법에 포함된 행정형법은 실질적인 불법행위라고 하기보다는 형식적인 불법행위의 성격을 띠고 있어 실질범 또는 자연범이 아니라 형식범 또는 행정범에 해당하고 일반적으로 지적되는 형사특별법의 문제대상은 아니라고 한다.
- 9) 신양균, “한국에 있어서 형법입법과 과제”, **동북아법연구**, 제2권 제1호, 전북대 동북아법연구소, 2008, 41면.
- 10) 특히 처분적 법률은 권력분립원칙과 평등원칙과 관련하여 문제된다. 처분적 법률이란 사법 또는 행정을 매개로 하지 않고 직접 국민에게 권리나 의무를 발생하게 하는 법률인데 일정한 범위의 국민을 대상으로 하는 어떠한 처분이나 조치 등 구체적이고 개별적인 사항을 내용으로 하는 것이다. 헌법재판소(헌법재판소 2003. 6. 26. 2001헌가17 결정)는 보안관찰법 제6조에서 보안관찰처분대상자의 신고의무는 처분적 법률이 아니라고 판시하였다. 또한 5·18 특별법을 처분적 법률로 판시했으며(헌법재판소 1996. 2. 16. 96헌가2 결정) 반국가행위자의 처벌에 관한 특별조치법 제7조 제7항에 대해서는 헌법상의 권력분립원칙에 어긋난다는 이유로 위헌결정을 하였다(헌법재판소 1996. 1. 25. 95헌가5 결정).
- 11) 2003년 형법제정 50주년을 전후하여 형법개정에 관한 논의가 시작되었고 2004년에는 형벌체계의 개선을 위한 검토가 이루어 졌으며 2005년도에는 특별형법의 형법전 편입

에는 사법부에 의해 양형기준제가 도입되었는데 이는 현행 형법의 범죄구성요건과 법정형의 정비가 시급하다는 점을 암시한다.<sup>12)</sup> 양형기준제도는 미국이 최초로 도입하였고 대륙법 국가로는 우리가 최초로 도입하여 양형의 불균형과 부적정성을 시정하고 있다.

형사특별법은 계속적으로 양산되고 있는데 이는 형법이 범익침해를 전제로 하여 존재한다는 기본원칙에 역행하는 것이며 형사특별법이 형법의 임무를 떠맡은 결과 형벌 인플레이션을 자초하고 형법의 최후수단성과 보충성 원칙에 문제점을 발생시키므로 그 양산원인과 입법구조를 살펴보고 개선방안을 검토하고자 한다.

### 1. 형사특별법의 양산

현재 형사특별법은 비대화되고 있는데<sup>13)</sup> 기본법인 형법을 개정하지 않고 형사특별법을 이용하는 이유는 크게 네 가지로 파악할 수 있다.<sup>14)</sup> 첫째, 특별법은 일시적 상황에 대처하는 임시법적인 성격이어서 이것을 기본법인 형법전에 포함시키기 곤란한 경우 둘째, 특별법이라는 형식을 통하여 여론을 환기하고 국민에게 경각심을

문제에 관하여 광범위한 학술대회와 연구가 진행되었다. 신양균, 상계논문, 51면.

- 12) 정승환, “현행 형법에서 법정형의 정비방안”, **형사법연구**, 제23권 제4호, 한국형사법학회, 2011, 5면. 대법원 산하 제1기 양형위원회는 2009년부터 시행된 살인, 뇌물, 성범죄, 강도, 횡령·배임, 위증, 무고 등 7개 범죄군에 대한 양형기준을 제정하였고 제2기 양형위원회는 약취·유인, 사기, 절도, 공문서, 사문서, 공무집행방해, 식품·보건, 마약 등 8개 범죄군에 대한 양형기준을 제정하였다. 2011년 4월에 출범한 3기 양형위원회는 현재 교통, 폭력, 공갈, 방화, 선거, 조세, 증권·금융, 지식재산권 등 8개 범죄군에 대한 양형기준의 제정작업 중에 있다.
- 13) 현행 법령(출처: 법제처 <http://www.moleg.go.kr/lawinfo/status/statusReport>) 전체법률 1,240개 중에서 형벌을 부과하는 형사특별법이 전체 법률의 60% 이상을 차지하고 있다.

구 분 (2012. 5. 31. 기준)		건 수
	헌 법	1
법 령	법 률	1,240
	대통령령	1,462
	총 리 령	46
	부 령	1,098
	기타(국회규칙 등)	311
	소 계	4,157
	계	4,158

- 14) 오영근·안경옥, **형사특별법의 제정실태와 개선방안**, 한국형사정책연구원, 1995, 68면; 변종필, “형사특별법의 입법구조와 이론적 기초”, **비교형사법연구**, 제11권 제2호, 한국비교형사법학회, 2009, 344면.

불러일으켜 일반예방효과를 극대화하기 위한 정치적인 경우 셋째, 실체법·절차법·조직법 등의 규정이 혼재되어 있어 형법전에 편입하기 난해한 경우<sup>15)</sup> 넷째, 입법기술상 행정중속성이 요구되는 행정형법을 위한 경우 등이다.<sup>16)</sup> 구체적인 형사특별법의 증대배경을 살펴보면 다음과 같다.

가. 위험사회의 도래

현대의 위험사회는 보편적 법익을 원용하여 가벌성을 구체적 법익침해보다 사전 영역에 개입하고 법익개념의 탈실질화 경향을 통해 형벌 제한적 기능을 무력화시키는 경향이 있다. 위험사회는 1980년대 중반 독일의 사회학자인 울리히 벡에 의해 학술용어로 처음 사용된 후 현대사회의 단면을 보여주고 있는데 과학기술의 발전과 급속히 변화하는 사회현실의 아노미로 말미암아 구조적 위험원에 의해 불확실하고 대량적 위협으로 인한 침해복구가 현실적으로 막대한 손해를 발생시키므로 이에 대한 예방에 초점을 두게 되었다. 그 결과 포스트모더니즘의 복잡·다양한 사회는 전통적으로 인식하였던 사회현상과는 달리 범죄도 질적·양적으로 변화를 거듭하게 되었는데 시간이나 장소 및 범위를 특정하지 않고 나타나는 상황에서 형법을 대체하여 형사특별법을 통해 대응하고 있다.

형사특별법의 비대화는 ‘법치국가적 자유주의형법’에 상반되는 개념인 범죄대책의 효과를 우선적으로 지향하는 ‘근대적 의미의 형사정책’에 기인한다. 즉, 형법이 신종 범죄 및 격증하는 범죄에 효과적으로 대처하지 못하므로 예방의 효과적 수단으로서 대응해야 한다는 시대적 요구에 형사특별법을 제정하는 편법을 사용하는 것이다.<sup>17)</sup> 그리고 이러한 위험원의 법익침해가 명확하지 않은 행위에 대해서도 형벌의 조기화를 통한 억지경향이 나타난다.<sup>18)</sup>

이로 인해 현대사회에서 사회안정과 질서유지를 위해 위험사회로 표현되는 현대

15) 2012년 7월 새누리당은 국회에서 폭력을 휘두른 의원에 대해 향후 10년 동안 선거 출마를 금지하는 ‘국회폭력 처벌에 관한 특별법’을 제정키로 했다. 국회에서의 폭행 등에 대해 국회법에 규정하려 했지만 국회법은 절차법이므로 형사처벌의 내용을 넣는 것이 적절치 않기 때문에 특별법을 제정하기로 한 것이다. 이 법률안은 벌금형이 아닌 징역형만으로 처벌하도록 규정하고 있는데 기존 형법보다 처벌수위가 높아 국회 본회의에서 통과될지는 미지수이다. 중앙일보 2012. 7. 21.

16) 이기현·박기석, **형법 및 형사특별법상 유사처벌조항 정비방안**, 한국형사정책연구원, 1997, 39면.

17) 배중대, **형법각론**, 홍문사, 2010, 24면.

18) 松原芳博, **國民の意識が生み出す犯罪と刑罰**, 世界761号1, 2007, 54頁.

사회의 상존하는 위험성, 성범죄에 대한 여성의 강력한 처벌요구, 인질범죄나 연쇄 살인범죄의 증가, 음주운전 등으로 인한 교통사고의 증가, 환경범죄나 식품범죄의 증가 등 새로운 범죄현상에 대한 형사법적 보호의 필요성이 강조된 결과 형사특별법이 양산되고 있다.<sup>19)</sup>

#### 나. 일반예방적 기능의 강조

위험사회의 영향으로 범죄인의 개선·교화를 통한 특별예방적 기능보다는 일반예방적 기능을 중시하는 경향도 형사특별법의 비대화에 영향을 미쳤다. 형법은 법익이 침해된 경우에 최후수단으로 적용되는 보충성원리의 적용을 받지만 현대사회의 위험에 대한 피해가 발생하기 전에 그 위험을 예방하려는 기능주의적 경향은<sup>20)</sup> 보편적법익과 추상적위험범을 수단으로 하는 형사특별법에 의존하게 되었다. 그 결과 형사법이 일반예방을 지향함으로써 행정형법과 명확한 경계와 분명한 원칙이 없는 ‘안전법(Sicherheitsrecht)’이라는 분야로 융합되어 가고 있다.<sup>21)</sup>

응보형주의에 입각한 절대적형벌이론과 달리 상대적형벌이론은 형벌이 범죄예방을 위해 필요한 수단이기 때문에 정당할 수 있다고 보는데 그 대상이 일반인인지 아니면 범죄인인지에 따라 일반예방론과 특별예방론으로 나뉘고 일반예방은 범죄에 대한 형벌·보안처분을 예고하여 위하하는 소극적 일반예방과 사회일반인에게 법충실·규범신뢰훈련을 통해 일반인의 규범의식강화를 위한 적극적 일반예방이 있다.<sup>22)</sup> 형사특별법은 소극적·적극적 일반예방을 강조하고 있다.

#### 다. 제정 및 개정의 용이성

형사특별법 증가의 한 요인으로 형법개정이라는 복잡한 절차를 통하지 않고도 쉽게 개정할 수 있다는 법운용의 용이함도 작용하였다.<sup>23)</sup> 새로운 위험원으로부터

19) 박상기의 5인, 전게서, 33면.

20) 김성돈, “적극적 일반예방이론과 기능주의적 형법해석”, **형사법연구**, 제10호, 한국형사법학회, 1997, 93면. 법의 적극적일반예방을 형벌의 목적으로 삼는 루만과 야콥스로 대표되는 형법의 기능주의적 경향은 일반 시민에 대한 형법의 규범적 환기를 어느 정도 정당화시킨다는 점에서 위험형법에서의 이론적 실익을 인정할 수 있다.

21) Hilgendorf Eric·이상돈, 홍승희 역, **형법의 세계화와 전문화**, 박영사, 2010, 53면.

22) 일반예방론에 대한 비판으로는 형벌을 부과함에 있어 그 한계를 설정할 수 없고 예방 목적으로만 인간을 처벌하는 일은 처벌받는 자를 수단으로 하므로 그의 존엄과 가치를 침해한다는 점이 제기된다. 안동준, **형법총론강의**, 형설출판사, 2009, 25면.

23) 민법에서도 민사특별법의 비대화에 관한 문제가 논의되고 있고 특히 소비자보호법의



법익을 보호할 필요성이 제기되는 경우 입법기술상의 한계로 인하여 형법전 속에 포함시키는 것이 어렵다는 현실이 고려되었다. 왜냐하면 유연성 있는 개정을 통해 구성요건을 신속하게 대응할 수 있고 사회적 요구나 수요에 신속히 대응하기 위해서는 형법개정보다는 형사특별법의 제정이나 개정이 정치적·사회적 측면에서 더 상징적이고 효과적이기 때문이다. 특히 성형법이나 특정범죄가중처벌법 등이 이에 속한다. 그렇다면 형사특별법의 특징과 이에 따른 입법구조를 검토할 필요가 있다.

## 2. 형사특별법 입법구조

### 가. 중복규정과 중형주의

형법전은 범죄와 형벌에 관한 기준을 정하고 있는 형사실체법의 일반법이므로 원칙적으로 모든 범죄와 형벌규정은 형법전에 규정해야 하고 예외적으로 특별법을 통해 보완되어야 한다.<sup>24)25)</sup> 일반적으로 중복규정<sup>26)</sup>과 중형주의의 규율방식은 특정범죄에 대한 가중처벌 등을 통해 일반국민에게 경각심을 줌으로써 일반예방적 효과를 극대화하기 위한 입법전략이다. 그런데 일반예방의 효과를 거두려면 우선 수범자인 일반 국민이 처벌의 대상이 되는 범죄와 형벌에 대해 잘 알고 있음을 전제로 한다. 그러나 형사특별법의 경우 전문가도 그 법규의 존재를 알지 못하는 경우가 빈번할 뿐만 아니라 형법상의 처벌규정이 있음에도 불구하고 비합리적이고 균형을 잃은 가중처벌로 대응하는 것은 수범자의 합리적인 규범적응능력을 충분히 고려하지 않은 것이다. 강한 억압과 처벌만이 범죄예방의 효과를 극대화시킬 수 있다는 사고는 개인의 자율성과 가치가 존중되는 민주적 사회에는 맞지 않으며 적정한 형벌과 공정하고 확실한 집행이 의미를 가질 것이다.<sup>27)</sup>

또한 형사특별법은 형법상의 범죄행위의 기본적 구성요건을 토대로 가중적 구성

---

민법전 편입에 관한 검토가 진행 중에 있다.

24) 변종필, 전계논문, 349-351면.

25) 문채규, “제정형법의 오늘”, **형사법연구**, 제20호, 2003, 2009; 박기석, “폭력행위 등 처벌에 관한 법률의 개정론과 폐지론”, **형사정책연구**, 제17권 제1호, 한국형사정책연구원, 2006, 122면. 형사특별법이 필요한 예외적인 경우는 입법기술상 형법전에 규정하기 어려운 경우와 소년법이나 가정폭력특례법과 같이 특수영역에서 특수한 형벌이나 절차가 필요한 경우이다.

26) 형법 제332조 상습절도 9년 이하의 징역 vs 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 상습절도 3년 이상의 징역 등.

27) 김상균, **범죄심리학**, 청목출판사, 2008, 429면. 범죄심리학에서도 처벌의 엄격성은 범죄인의 행동에 거의 영향을 미치지 않는다는 견해가 있다.

요건을 규정하여 법정형을 가중하는 형태를 취하고 있는데 합리적인 근거 없이 상호통일성이나 체계성을 갖추지 못하고 있으며 자유형과 벌금형의 불균형 현상이 심화되어 있어 그 체계성을 파악하기 난이하다.<sup>28)</sup> 예를 들면 형법상 성범죄는 강간죄와 강제추행죄를 기본적 구성요건으로 개인의 성적 자유를 침해하는 것을 내용으로 하는 독립적 구성요건, 결과적 가중범, 미수범 처벌, 상습범 가중을 규정하고 있는데 성범죄에 관한 형사특별법은 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법, 성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률<sup>29)</sup>, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률<sup>30)</sup>, 특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법<sup>31)</sup> 등을 통해 형법전의 구성요건을 세밀화하거나 새로운 범죄유형을 창설하기도 하지만 대개의 경우 동일 구성요건에 법정형만을 가중하고 있다는 입법의 구조를 가진다.

#### 나. 추상적 위험범과 법익보호의 전단계화

특정행위객체를 통한 법익의 위태화를 전제로 하지 않고 오직 일반적인 위험성의 전제조건만을 제시하는 범죄가 추상적 위험범인데 구체적인 행위결과와 무관한 일정한 위험창출의 개연성이 있는 행위까지도 형벌의 대상으로 하여 법익보호의 전

28) 이승현, **형법과 형사특별법의 법정형 정비방안**, 형사법개정연구자료집 II, 법무부, 2009, 4면.

29) 성범죄자에 대한 처벌 강화 및 재범방지를 내용으로 하는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(2010. 3. 10. 시행)은 특수강도·강간, 친족관계에 의한 강간, 장애인에 대한 간음, 13세 미만의 미성년자에 대한 강간 및 강제추행, 강간살인을 가중처벌하고 업무상 위력 등에 의한 추행, 공중밀집장소에서의 추행, 통신매체를 이용한 음란행위, 카메라 등을 이용한 촬영 등을 규정하고 있다. 또한 성폭력피해자에 대한 보호 및 지원에 관한 사항을 내용으로 하는 성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률(2010. 4. 15. 시행)이 있다.

30) 19세 미만의 청소년에 대한 강간·강제추행·준강간·준강제추행·위계위력에 의한 간음과 추행을 가중처벌하고 청소년의 성을 사는 행위를 한 자를 처벌하며 신상정보 등록 및 등록정보의 열람 등을 규정하고 있다. 또한 형법상의 심신장애 및 농아자에 대한 규정의 적용을 배제하고 공소시효를 해당 아동이 성년에 달한 날부터 진행하는 것으로 규정하고 있다.

31) 특수강간죄와 강간치사·상죄의 처벌에 관한 특례를 규정하면서 피의자의 신상공개제도(제8조의 2)를 신설하였다. 즉, 검사와 사법경찰관은 범행수단이 잔인하고 중대한 피해가 발생한 특정강력범죄 사건에서 피의자가 그 죄를 범하였다고 믿을 만한 충분한 증거가 있고, 국민의 알권리 보장, 피의자의 재범 방지 및 범죄예방 등 오로지 공공의 이익을 위하여 필요한 경우에는 피의자의 얼굴, 성명 및 나이 등 신상에 관한 정보를 공개할 수 있도록 하고 있다. 그러나 헌법 제27조 제4항의 무죄추정주의 측면에서 검토가 요구된다.

치화를 피하고 있다.<sup>32)</sup> 추상적 위험범의 증가는 예방이론의 확장과도 연결되어 가벌성을 확대하고 직접적인 법익위태화 이전에 기수로 처벌하는 경향이 강하다.<sup>33)</sup> 형사특별법도 위험원에 대한 적극적 대처를 하기 위해 기능화되고 있는데 형법보다 직접적인 법익위태화 이전에 기수로 처벌하는 경향이 강하고 추상적 위험범을 인정하기 어려운 영역에서도 처벌가능성을 앞당겨 위험에 대한 예방과 공동체의 위태화를 막아야 한다는 보전의무 및 미래대비 의무를 조건으로 삼고 있다.<sup>34)</sup>

이러한 형사특별법의 팽창은 전통적·자유주의적 법치국가형법에서 그 기초로 삼고 있는 명확성의 원칙, 보충성의 원칙 및 비례성의 원칙이 위험사회를 대처하기 위해 부적합하므로 추상적 위험범 및 상징형법 등이 증가하고 있는데 이는 결국 형법의 보충성의 원칙이 침식되고 과잉입법의 문제로 귀결된다.<sup>35)</sup> 또한 형사특별법의 추상적 위험범은 법익침해의 발생을 요구하지 않으므로 범죄행위와 법익침해 사이의 결합을 해체하며 형법상의 귀속을 단순화시켜 행위자의 지위를 약화시키는 문제도 노출한다.<sup>36)</sup>

#### 다. 예외규정

형사특별법은 일반 형법과 다른 예외규정을 다수 규정하고 있다.<sup>37)</sup> 이는 결국 형사처벌을 강화하거나 확대하기 위한 입법기술적 수단으로 작용하고 있다.<sup>38)</sup> 예를 들면 공무원 의제규정, 양벌규정, 필요적 몰수·추징 및 그 대상범위의 확대를 통해 형사처벌 범위의 확대를 피하고 있으며 즉결심판에 관한 처벌절차의 특례를 규정한 규정도 다수 존재한다. 특히 몰수·추징의 경우 관세법 제282조에 따르면 “동법 제269조 제1항이 금지품수출입죄의 물품은 그 물품의 소유관계를 묻지 않고 반드시 몰수한다”고 규정하고 있는데 수범자들의 법률의 부지를 고려하지 않은 입법으로

32) 박상기, **형법총론**, 박영사, 2009, 82면.

33) 김정환, “독일 형법발전의 최근동향”, **한독법학**, 제17호, 한독법률학회, 2012, 147면. 형법에서는 위험범이 예외적인 반면에 형사특별법에서는 일반적이다.

34) Hans-Heiner Kühne, **형사특별법 정비방안(12) 주요선진국이 형사특별법제연구 : 독일의 부수형법**, 한국형사정책연구원, 2008, 28면.

35) 김재윤, **현대형법의 위기와 과제**, 전남대출판부, 2009, 38면.

36) 김재윤, “위험사회라는 사회 변화에 대한 형사법의 대응”, **비교형사법연구**, 제12권 제2호, 한국비교형사법학회, 2010, 265면.

37) 관세법 제278조, 조세범처벌법 제4조, 담배사업법 제31조는 명시적으로 형법의 책임원칙 규정의 적용을 배제하고 있다.

38) 도중진 외 3인, **형사특별법 정비방안(1) - 형사특별법의 정비를 위한 이론적 기초**, 한국형사정책연구원, 2008, 100면.

법적안정성에 문제가 있다. 이러한 형사특별법의 입법구조를 토대로 문제점을 검토하고자 한다.

### III. 형사특별법의 문제점

#### 1. 일반적 문제점

형사특별법의 일반적 문제점으로는 첫째, 형법의 최초수단화 및 위협예방화를 통한 형법의 기능변화가 있고 둘째, 형사특별법이 오히려 일반법의 역할을 수행한 결과 형법전의 형해화현상으로 인한 규범력 약화. 셋째, 수많은 형사특별법의 제정으로 인하여 특별형법전 사이에서도 구성요건과 법정형에 모순이 생기는 등 법적용의 혼란으로 인한 형법체계 및 법질서통일성의 혼란이 지적되고 있다.<sup>39)</sup> 그리고 형법의 이념인 죄형법정주의의 명확성원칙에서도 문제가 있다.<sup>40)</sup>

#### 2. 가중된 법정형

형사특별법은 형법제정 이후 사회변화의 과정에서 새롭게 등장하는 범죄유형이나 형법에 이미 규정되어 있지만 그 불법의 정도가 심한 범죄유형에 대해 입법자는 형사특별법을 제정하여 법정형을 가중하거나 새로운 구성요건을 추가하는 방법으로 대응해 왔는데 대부분의 특별형법은 형법의 범죄구성요건에 대한 법정형을 가중하기 위한 목적으로 제정되었고 성범죄 등 일부 영역을 제외하면 새로운 구성요건을 창

<sup>39)</sup> 도중진 외 3인, 전거서, 9면.

<sup>40)</sup> 대법원 2012. 7. 12. 선고 2012도4662 판결. 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘성폭력처벌특례법’이라 한다)은 제37조, 제38조에서 신상정보의 공개명령 제도를, 제41조, 제42조에서 신상정보의 고지명령 제도를 각 규정하고 있고 그 부칙 제1조는 시행일에 관하여 “이 법은 공포한 날부터 시행한다. 다만, 제32조부터 제42조까지 및 제43조 제1항·제3항은 공포 후 1년이 경과한 날부터 시행한다”고 규정하고 있다. 그런데 대법원은 신상정보의 공개명령 및 고지명령 제도는 성범죄를 한 자에 대한 응보 목적의 형벌과 달리 성범죄의 사전예방을 위한 보안처분적 성격을 지니므로 성폭력처벌특례법 제32조 제1항에 규정된 등록대상 성폭력범죄를 범한 자에 대해서는 같은 법 제37조, 제41조의 시행 전에 그 범죄를 범하였다고 하더라도 그 시행 후 위 규정에 따라 공개명령 또는 고지명령을 선고할 수 있다고 판시하였다.

그러나 이와 같이 성폭력처벌특례법은 신상정보의 공개명령 및 고지명령 제도에 관하여 그 제도의 시행시기를 규정하면서도 그 대상이 되는 범죄가 행하여진 시기에 대해서는 아무런 제한을 두고 있지 아니한 점은 명확성의 원칙에 반한다.

출한 경우는 많지 않다.<sup>41)</sup> 그리고 형사특별법을 수단으로 한 중형주의 입법은 줄어들어야 할 범죄가 오히려 증가하고 있다는 점에서 범죄억지력 면에서 실체적, 과학적 근거 없이 사회적으로 물의를 빚는 사건이 발생될 때마다 우발적으로 입법되었다는 사실을 논증한다.

중형주의는 수범자의 기본권보장에 치명적일 수 있을 뿐만 아니라 법관의 양형 선택의 폭을 지나치게 넓게 인정하여 책임과 형벌의 균형을 상실할 수 있으므로 이러한 불합리한 문제점이 발생하지 않도록 형사실체법의 법정형에 전반적인 재검토가 요구된다.<sup>42)</sup> 특히 문제되는 폭력행위 등 처벌에 관한 법률과 성형법, 행정형법, 특정범죄가중처벌등에 관한 법률에 대해 살펴보고자 한다.

#### 가. 폭력행위 등 처벌에 관한 법률

폭력행위 등 처벌에 관한 법률<sup>43)</sup>(이하 ‘폭처법’이라 한다)은 1961년 군사정부 하에 국가재건최고회의라는 비정상적 입법기관에 의해 권력의 정당성 확보와 권력 강화를 목적으로 제정된 이후 2006년 제8차 개정을 거쳐 2012년 현재 전문 10개의 조문으로 규정되어 있다.

폭처법의 문제점은 형법전에 존재하지 아니한 범죄를 새로이 창설한 것이 거의 없고 범죄수단, 범죄시간, 범죄자특징 등의 일정요건을 부가한 후 형법전의 폭력범죄를 가중 처벌하여 형법전의 중복규정<sup>44)</sup>과 중형주의라는 비판이 제기된다.<sup>45)</sup>

41) 정승환, 전제논문, 3면.

42) 허일태, “형사실체법 정비를 위한 근본적 고찰”, **형사정책**, 제18권 제1호, 한국형사정책학회, 2006, 405면.

43) 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 [시행 2006. 6. 25] 제1차 개정은 1962년 폭처법의 행위를 “모든 야간, 상습, 집단, 흥기에 의한 폭력행위” 일체를 규정하였고 1980년 제2차 개정은 폭력범죄가 흉포화, 집단화되어 사회정화가 필요하다는 미명하에 가중처벌이 강화되었으며, 1990년 제3차 개정은 법정형 가중과 상습범에 대한 누범처벌규정 신설 등이 이루어졌다.

44) 헌법재판소 1995. 3. 22. 94헌가4결정에서 폭처법 제3조 제2항과 헌법재판소 2002. 10. 31. 2001헌바68결정은 동법 제3조 제4항은 합헌결정을 하였으나 헌법재판소 2004. 12. 16. 2003헌가12결정에서는 동법 제3조 제2항 위험법률심판에서 “폭처법 제3조 제2항에 해당하는 범죄와 유사하거나 관련있는 범죄로서 동 조항에 해당하지 아니하는 범죄를 살펴보면, 예컨대 형법 제259조 제1항의 상해치사의 경우 사람의 사망이라는 엄청난 결과를 초래한 범죄임에도 3년 이상의 유기징역형으로 그 법정형이 규정되어 있다. 그런데, 상해치사의 범죄를 야간에 흉기 기타 물건을 휴대하여 범한 경우에도 그 법정형은 여전히 3년 이상의 유기징역형임을 고려하면, 야간에 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 형법 제283조 제1항의 협박죄를 범한 자를 5년 이상의 유기징역에 처하도록 규정하고 있는 이 사건 법률조항의 법정형은 형벌의 체계정당성에 어긋난다. 이

폭처법은 특수한 행위태양의 폭력행위를 규제대상으로 하기보다는 어느 사회에서나 사회구성원간의 갈등의 표출로서 일상적으로 나타날 수 있는 폭력을 주된 대상으로 하고 있음을 감안할 때 이미 상징적 효과를 기대할 수 없고 폭처법 제2조 제2항과 제3조 제1항의 2인 이상 공동상해 행위는 형법전에 흡수하여 특수상해죄로 신설하고 협박도 형법에 특수협박죄로 흡수시키며 강요는 형법상 특수협박죄로 포섭이 가능하며 주거침입도 형법상 특수주거침입으로 포섭할 필요가 있다.<sup>46)47)</sup> 그리고 형법 제261조 특수폭행죄는 “단체 또는 다중의 위력을 보이거나 위험한 물건을 휴대하여 폭행, 존속폭행한 행위”를 규정하고 있는데 폭처법 제3조는 “단체나 다중의 위력

---

사건 범률조항은 지나치게 과중한 형벌을 규정함으로써 죄질과 그에 따른 행위자의 책임 사이에 비례관계가 준수되지 않아 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하려는 실질적 법치국가 이념에 어긋나고, 형벌 본래의 기능과 목적을 달성하는데 필요한 정도를 현저히 일탈하여 과잉금지원칙에 위배되며, 형벌체계상의 균형성을 상실하여 다른 범죄와의 관계에서 평등의 원칙에도 위반된다”고 판시한 후 동법 제3조 제2항은 삭제되었다.

45) 박기석, “폭력행위등처벌에 관한 법률의 개정론과 폐지론”, **형사정책연구**, 제17권 제1호, 한국형사정책연구원, 2006, 121면.

46) 이승현, 전거서, 100면.

47) 제1조 (목적) 이 법은 집단적 또는 상습적으로 폭력행위 등을 범하거나 흉기 그 밖의 위험한 물건을 휴대하여 폭력행위 등을 범한 자 등을 처벌함을 목적으로 한다.

제2조 (폭행 등) ①상습적으로 다음 각 호의 죄를 범한 자는 다음의 구분에 따라 처벌한다.

1. 「형법」 제260조제1항(폭행), 제283조제1항(협박), 제319조(주거침입, 퇴거불응) 또는 제366조(채물손괴등)의 죄를 범한 자는 1년 이상의 유기징역
2. 「형법」 제260조제2항(존속폭행), 제276조제1항(체포, 감금), 제283조제2항(존속협박) 또는 제324조(강요)의 죄를 범한 자는 2년 이상의 유기징역
3. 「형법」 제257조제1항(상해)·제2항(존속상해), 제276조제2항(존속체포, 존속감금) 또는 제350조(공갈)의 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징역

②2인 이상이 공동하여 제1항 각 호에 열거된 죄를 범한 때에는 각 형법 본조에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

③이 법 위반(「형법」 각 본조를 포함한다)으로 2회 이상 징역형을 받은 자로서 다시 제1항에 열거된 죄를 범하여 누범으로 처벌할 경우에도 제1항과 같다.

④제2항 및 제3항의 경우에는 「형법」 제260조제3항 및 제283조제3항을 적용하지 아니한다.

제3조 (집단적 폭행 등) ①단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써 제2조제1항에 열거된 죄를 범한 자 또는 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 그 죄를 범한 자는 제2조제1항 각 호의 예에 따라 처벌한다.

제7조 (우범자) 정당한 이유 없이 이 법에 규정된 범죄에 공용될 우려가 있는 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하거나 제공 또는 알선한 자는 3년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다.

으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써 제2조 제1항에 열거된 죄를 범한 자 또는 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 그 죄를 범한 자”로 규정하고 있어 형법상의 구성요건에 나타나지 않는 행위유형을 가중 처벌의 요소로 삼는 것과 형법전에서 상습범을 두고 있지 않은 손괴, 주거침입, 퇴거불응죄 등에 상습범 가중 규정을 두는 이유에 대해서도 비판이 제기되고 있다.<sup>48)</sup>

#### 나. 특정범죄가중처벌등에 관한 법률

특정범죄가중처벌등에 관한 법률(이하 ‘특가법’이라 한다)은 1966년 2월 23일 밀수범, 탈세범 등 경제사범과 공무원의 독직행위 등의 부정부패에 대응하기 위해 제정된 이후 1970년대 차량의 급속한 증가와 이에 따른 도주차량운전자와 미성년자 유괴사범을 처벌하기 위해 제2차 개정이 있었으며 1980년에는 국가보위입법회의에서 상습적이고 조직적인 강·절도범이나 누범자에 대하여는 처벌규정을 대폭 강화하는 제3차 개정이 이루어졌다. 이후 경찰의 고문으로 인한 대책, 가정과괴범과 인신매매범의 처벌강화 등 시대적으로 문제되는 상황을 배경으로 수시로 개정<sup>49)</sup>을 통해 적용범위를 확대시켜 형을 가중시켜 왔는데 총 29차례의 개정을 하였다.<sup>50)</sup> 이러한 개정은 전형적인 현대적 위협에 대한 위험형법적인 대응으로 평가된다. 그러나 특가법도 범죄규정의 중복성과 중형주의로 인하여 형법상 책임주의와 헌법상 평등권을 침해하고 있다는 비판이 제기된다.

동법은 제2조에서 형법전에 명시된 뇌물죄에 대해 액수에 따라 가중처벌하는데 수뢰액이 1억원 이상인 경우에는 무기형까지 가중처벌하고 있으며 동법 제3조는 일반인도 알선수재행위로 처벌할 수 있도록 규정하고 있고 뇌물죄 적용범위를 확대하고 수사기관이나 법관의 고문 등 가혹행위나 불법체포 내지 불법감금행위, 공무상 비밀누설, 약취·유인죄, 도주차량운전자의 가중처벌, 상습강·절도, 강도상해 등 재범자의 가중처벌, 단체 등의 조직, 살인을 범한 자의 보복범죄, 운행 중인 자동차 운전자에 대한 폭행 등에 대해 형벌을 대폭강화하고 있다. 그리고 국고 등의 손실을 인식하고 횡령이나 배임을 범하는 공무원에 대해 가중처벌을 하는 한편 관세법위반

48) 박기석, “폭력행위등처벌에관한 법률의 개정론과 폐지론”, **형사정책연구**, 제17권 제1호, 한국형사정책연구원, 2006, 136면; 박정근, **상습범의 가중법정형폐지의 정당성**, 김종원 교수화갑기념논문집, 1991.

49) 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 [시행2012.4.1] [법률 제11136호, 2011.12.31].

50) 허일태·윤동호, **형사특별법의 형법편입방향**, 형사법개정연구자료집, 법무부, 2008, 760-761면.

행위·조세포탈·세금계산서 교부의무위반·산림자의 조성과 관리법위반, 통화위조, 마약사범 등에 대해서도 대폭적으로 가중처벌하고 있다. 특히 동법 제5조의 9 제4항은 보복범죄를 규정하고 있는데 특정 행위객체에 대한 형법 제324조의 강요행위 성립요건을 완화하여 처벌범위를 확대하고 있으며 동법 제5조의 3의 교통사고 후 운전자도주죄는 “형법 제268조 업무상과실·중과실치사상죄를 범한 당해 차량의 운전자”라고 규정하여 행위객체와 실행행위를 명확하게 제한하지 않아 처벌의 범위를 재량으로 확대할 가능성도 열어두고 있다.<sup>51)</sup> 이러한 특가법의 대상 범죄는 대부분 형법상 범죄구성요건 위반행위로서 범죄규정의 중복이 심하고<sup>52)</sup> 특가법 제5조의 10 운행 중인 자동차 운전자에 대한 폭행 등의 가중처벌은 형법전의 교통 방해죄에 신설하여 정비하는 것이 합리적이다.

특가법이 형법의 공동화를 초래하고 법규범의 체계적 통일성을 위협하며 지나친 중형주의로 인해 법정형과 동떨어진 선고형이 일상화되고 법 적용상의 혼란 등을 가져오는 것을 고려한다면 더 이상 특별법으로 존재할 이유가 없으므로 형법전에 편입하는 것이 바람직하며<sup>53)</sup> 형법이 포섭할 수 있는 구성요건을 가중처벌하기 위해 특가법을 존치시키는 것은 지나친 형벌의 과잉화 문제를 야기하므로 범죄에 대한 책임과 형벌간의 불균형을 해소하기 위해서도 폐지하는 것이 타당해 보인다.<sup>54)</sup>

51) 대법원 2006. 9. 28. 선고 2006도3441 판결.

52) 허일태·윤동호, 전거서, 762-763면.

53) 이승현, 전거서, 101면.

54) 헌법재판소 1999. 5. 27. 96헌바16결정. 어떤 행위를 범죄로 규정하고, 이에 대하여 어떠한 형벌을 과할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황과 국민일반의 가치관 내지 법감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법의 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 죄질의 경중과 이에 대한 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 전체 형벌체계상 현저히 균형을 잃게 되고 이로 인하여 다른 범죄자와의 관계에 있어서 헌법상 평등의 원리에 반하게 된다면, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈함으로써 헌법 제37조 제2항으로부터 파생되는 비례의 원칙 혹은 과잉금지의 원칙에 반하는 것으로 평가되는 등 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 경우가 아닌 한, 법정형의 높고 낮음은 단순한 입법정책 당부의 문제에 불과하고 헌법위반의 문제는 아니라 할 것이므로 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 안된다. 특가법 제12조는 외국인이나 외국의 거대한 부동산관련자본이 탈법적인 방법으로 국내 부동산을 매입한 다음 본래 용도와는 달리 투기 등의 목적으로 사용하는 것을 막기 위해서 내국인이 외국인의 범죄행위에 적극 개입하는 것을 가중 처벌함으로써 이를 원천적으로 봉쇄하게 하므로, 이 사건 법률조항의 입법취지는 그 유효성이



다. 성폭력 관련 특별법

성범죄와 관련된 특별법의 규율체계는 특히 복잡하고 다양하게 산재되어 있어 전문가조차도 적용규범의 혼란을 초래할 정도로 산만하게 편제되어 있다.<sup>55)</sup> 성범죄는 형법상의 규정을 통해 대응할 수 있음에도 새로운 특별법<sup>56)</sup>을 제정 또는 개정을 통해 대응하는 것이 입법의 관례가 될 정도로 원칙과 예외의 전도현상이 발생하고 있다. 그 이유는 종교적 근본주의를 취하는 지나친 윤리적 형법관의 영향으로 단순히 도덕적 척도에 반하는 행위도 중형에 의해 처벌함으로써 일반예방효과를 거두기 위해서이다.

그러므로 성범죄 관련 특별법의 통일적이고 체계적인 정비가 요구된다. 예를 들면 특가법과 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제2조에 규정되어 있는 성범죄 관련 약취·유인죄는 상호 중복된 내용을 규정하고 있으므로 체계적으로 정비하여 형법전에 편입시키고 최근 사회문제화 되고 있는 동법 제11조 공중밀집 장소에서의 추행행위, 동법 제12조 통신매체 이용음란행위, 동법 제13조 카메라 등 이용촬영행위는 형법전에 신설하여 정비해야 한다.

또한 법정형을 살펴보면 형법 제297조의 강간죄는 3년 이상의 징역으로 규정하고 있는데 형법 제305조에서 13세 미만의 부녀를 간음한 경우에도 3년 이상의 징역으로 동일하게 처벌하고 있다. 그런데 성폭력특례법 제7조에서는 13세 미만의 여아 강간의 경우에는 무기징역 또는 10년 이상의 징역에 처한다고 규정하고 있는데 물론 사회적으로 미성숙한 13세 미만의 아동에 대한 성을 특별히 보호하기 위해 행위자를 특별히 가중처벌하는 것은 국민의 법감정상 용인될 수 있고 필요성도 인정되지만 책임원칙 및 적정성면에서 볼 때 의문이 제기된다. 특히 오늘날의 개방된 성문화와 조숙한 성관계를 고려할 때 성적 동의능력을 생물학적 요소에 의한 판단으로 일관되게 적용하는 것이 헌법정신에 부합되는지도 의문이며 범죄인의 재사회화를 위해서는 치료감호, 보호관찰 등 체계적인 사회내 처우를 고려할 필요가 있다. 왜냐

---

충분히 인정될 뿐만 아니라 IMF체제 이후 앞으로 우리 경제현실의 변화추세 등을 감안하여 볼 때 그 유지 필요성은 오히려 크므로 위헌이라 할 수 없다.

55) 대검찰청, 2011 범죄분석, 통권 제144호, 대검찰청, 2011, 108면. 2010년 범죄분석에 따르면 강간은 19,939건이 발생했으며 인구 10만 명당 39건이 발생한 것이다. 폭력행위등처벌에 관한 법률위반은 47,401건이 발생했으며 인구 10만 명당 93건이 발생한 것이다.

56) 성폭력범죄에 대한 법률은 중전 1994년에 시행된 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률이 2010년 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법으로 변경되어 2011. 1. 1부터 시행되고 있다.

하면 중형주의의 정당성이 일반예방 목적에서 인정되더라도 범죄와 형벌사이의 불균형이라는 규범적 문제와 중형주의에 의한 형벌의 인식이 범죄행위를 중단하게 하는 동기가 되지 못한다는 실증적인 문제가 부각되기 때문이다.<sup>57)</sup> 그리고 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 제7조는 19세 미만의 아동·청소년 대상 강간죄의 법정형을 5년 이상의 징역으로 규정하고 있는데 형법 제250조의 살인죄의 법정형과 비교했을 때 생명법익과 성적자기결정권법익을 동등하게 평가할 수 있는지도 의문이다.<sup>58)</sup> 그러므로 성관련 형사특별법을 폐지하고 형법의 강간죄의 구성요건을 세분화한 후 적절한 법정형으로 개정하여 법적안정성과 일반예방적 효과를 극대화하기 위해 형법전에 편입하거나 범죄인의 모든 사정을 충분히 고려하여 보호관찰을 통한 범죄인의 교화와 개선을 유도할 필요가 있다.

#### 라. 행정형법

행정형법은 원칙적으로 행정명령에 대한 의무확보 수단으로서 최후적, 보충적인 것이어야 하지만 대부분의 행정법령에 포함되어 있는 벌칙규정은 단순한 행정명령 불이행이나 행정기관의 활동에 대한 협조 불이행에 대한 제재수단으로서 활용되고 있으며 행정적 제재와 같은 다른 의무확보 수단과 중복 내지 병렬적 수단으로 되어 있다. 그러나 세계 각국의 입법례는 행정명령위반에 대하여 탈형벌화 경향으로 나아가고 있으므로<sup>59)</sup> 이에 대한 검토가 요구된다. 행정법규상 벌칙규정은 당해 법률상의 의무위반자에 대하여 일정한 형벌 또는 과태료에 처하는 규정을 말하는데 형벌 등을 예고함으로써 심리적인 압박을 가하여 당해 법률상의 의무위반을 예방함과 동시에 의무위반이 있는 경우에는 예정된 형벌 또는 과태료를 부과하는 근거 규정이다.<sup>60)</sup> 독일의 경우 20세기 후반부터 신중범죄행위에 대한 새로운 구성요건의 신설과 기존 범죄의 처벌 강화를 통한 가벌성의 확대가 이루어졌지만<sup>61)</sup> 이후 형사특별법과 행정형법을 포괄하는 상위개념을 부수형법(Nebenstrafrecht)으로 정의한 후<sup>62)</sup>

57) 최호진, 전제논문, 211면.

58) 김상호, “성폭력 특별법 제7조에 대한 비판적 고찰”, **동아법학**, 제54호, 동아대법학연구소, 2012, 401면.

59) 이천현·권수진, **행정형벌의 법칙조항의 법정형 정비방안**, 형사법 개정연구 자료집 II, 2009, 118면.

60) 이천현, “행정법규상 벌칙규정의 법정형”, **형사정책연구**, 제20권 제4호, 한국형사정책연구원, 2009, 128면.

61) Bernd Heinrich, *Die Grenzen des Strafrechts bei der Gefahrprävention*, ZStW121, 2009, S. 112.

이 중 행정형법을 질서유지법으로 정비하여 비범죄화 하였다.

현행 행정법규도 형법과 중복규정이 다수 존재하며 중형으로 처벌하고 있다. 예를 들면 공무의 직무집행을 방해한 경우 형법 제136조 제1항의 공무집행방해죄와 동법 제137조 위계에 의한 공무집행방해죄는 5년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금으로 처벌할 수 있다. 그러나 행정법규인 노인복지법과 실종아동 등의 보호 및 지원에 관한 법률 등에서는<sup>63)</sup> 직무집행 방해행위의 범위에<sup>64)</sup> 형법의 폭행·협박·위계 등의 중복규정과 이러한 수단으로 하지 않고도 공무원 등이 직무행위에 대해 거부·방해·기피하는 것도 포함시켜 형벌을 확장하고 있다. 비록 행정 공무원의 업무수행의 편의를 도모하기 위한 목적일지라도 소극적 행위가 적극적 행위보다 불법이 더 큰지는 의문이다.<sup>65)</sup> 이러한 행정법규는 형법전의 규정에 의한 처벌가능성이 있음에도 형법의 적용가능성 심사를 유보하고 편의성을 위한 중한 행정형법을 적용하는 것은 합리적 근거가 없으므로 폐지하고 질서유지법을 제정하여 비범죄화 하는 것이 바람직하며 형벌의 정당성을 얻기 위해서도 “같은 것은 같게 다른 것은 다르게”라는 헌법의 원칙을 고려하여야 한다.

### 3. 과잉입법

형사특별법의 지나친 범람화는 사회적 일탈행위라고 지탄받을 만한 어떤 행위라도 형사처벌될 수 있는 근거를 제공한다는 점에서 과잉범죄화의 문제점을 내포한다.<sup>66)</sup>

특별형법과 부수형법에 의한 범죄통제는 특정위험을 범익침해 전의 단계에서 차단하기 위해 보편적 범익과 추상적 위험범을 선호하여 탈정형화 및 체계를 무시한

62) Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 3. Aufl., 1997, S. 4. 록신은 부수형법을 형법전 외의 것으로서 일정한 규정들의 침해에 대해 형벌을 부과하고 있는 법률들의 총체로 정의하고 있다.

63) 노인복지법 제55조의 4 제2호 “위계 또는 위력을 행사하여 제39조의 11 제2항에 따른 관계 공무원의 출입 또는 조사를 거부하거나 방해한 자는 3년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.” 또는 실종아동 등의 보호 및 지원에 관한 법률 제18조 제1호 “위계 또는 위력을 행사하여 제10조 제1항의 규정에 따른 관계공무원의 출입 또는 조사를 거부하거나 방해한 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있다.

64) 문화재보호법 제111조 제1항 제4호 “제91조 제1항에 따른 문화재 지표조사를 정당한 사유 없이 거부, 방해 또는 기피한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.”고 규정하고 있다.

65) 이천현, 전제논문, 135면.

66) 허일태·윤동호, 전제서, 722면.

단순한 형법의 팽창만을 가져와 과잉형법화 되었고<sup>67)</sup> 이것은 형법의 기능화 내지 도구화로 연결된다. 과도한 형벌은 범죄억지의 역효과를 낳아 인간의 존엄성 경시는 물론이고 범죄예방에도 도움이 되지 않는다.<sup>68)</sup>

그러므로 특별형법을 통한 국가권력의 과잉 발동은 개인의 자유와 권리보장에 중대한 위협이 될 수 있기 때문에 형법의 자제성, 최후수단성이 강조된다.<sup>69)</sup> 국가의 개인의 기본권을 제약하는 판단기준으로 비례성원칙을 고려하여 특별형법의 제정시에 사회적 유해성이 확인되고 법익침해에 대해 형벌이 요구되는지 여부 및 형벌규정으로 인해 얻게 되는 이익과 손해를 법경제학적 관점에서 검토해야 한다.<sup>70)</sup>

형법의 기능화는 죄책의 의미를 비난가능성에서 예방필요성으로 변화시켜 책임 분배의 수요에 따라 귀책을 판단함으로써 인과관계와 결과를 고려하지 않고 형벌 책임을 부담시키기 때문이다.<sup>71)</sup> 그러나 정치적 목적이나 사회변화에 대응하기 위해 형법의 도그마틱을 고려하지 않고 기능변화를 모색하는 것은 형법의 자기부인으로 인식되므로 형사특별법의 폐지와 형법의 개정을 통해 과잉입법을 지양하는 것이 법치국가성을 높이는 방법이 될 것이다.

#### 4. 상징적 형사입법

상징입법이란 입법자가 법률을 제정한다는 사실만으로 국민들로 하여금 법질서에 대한 안정감 등의 심정적 가치를 전달하는 사회적, 정치적 의미를 가지는 경우의 입법을 말하는데 입법자가 특정한 문제 상황에 대해 여론을 무마하고 국민을 위해 정책형성을 하고 있다는 점을 보여줄 의도로 입법이 이루어진다.<sup>72)</sup> 이러한 형벌적

67) 윤용규, “사회변동과 형법의 과제”, **비교형사법연구**, 제12권 제2호, 한국비교형사법학회, 2010, 226면.

68) 박기석, “형벌의 범죄억지력과 국민의 자유와 권리”, **형사정책연구**, 통권 제32호, 1997, 221-224면.

69) 배중대, **형사실체법 개정의 기본방향**, 형사법개정연구자료집, 법무부, 2008, 1면.

70) 小山剛, **基本權の内容形成 立法による憲法価値の實現**, 尚学社, 2004, 83頁.

71) 박종근, “위험사회와 형법기능이 변화”, **비교형사법연구**, 제12권 제2호, 한국비교형사법학회, 2010, 236면.

72) 조두순 사건을 계기로 아동·청소년의 성보호에 관한 법률[시행 2010.4.15]을 개정하여 재범가능성이 높은 아동·청소년대상 성범죄를 예방하기 위해서는 성범죄자에 대한 처벌의 강화뿐만 아니라 재범을 막기 위한 제도의 보완이 필요하므로, 성범죄 의지를 강화할 수 있는 음주나 약물상태에서의 성폭력범죄에 대해 「형법」상의 감경조항을 적용하지 않을 수 있도록 하는 등 처벌을 강화하여 아동·청소년을 성범죄로부터 보호하여 건강한 사회구성원으로 성장할 수 있도록 하였다.

극주의의 경향은 범죄 피해자의 권리보호와 형법에 의한 시민생활의 안전 보호에 대한 요구가 현저히 강해진 결과라 할 수 있는데 이러한 요구는 미디어를 통하거나 직접적으로 정치나 행정기구로 향하였고 가능한 한 이에 응하는 것이 정치나 행정의 과제가 되었기 때문에 가능해진 것이다.<sup>73)</sup>

특별법은 대개 그 사회의 일시적인 사회현상에 대응하기 위해 만들어 지지만 한번 제정되면 이와 같은 사회현상에 대한 대처 필요성이 사라진 후에도 계속 존속하게 되어 형사특별법은 증가하게 된다. 결과적으로 형벌만능주의, 형량의 부조화, 형량의 인플레이션 현상 등 기형적인 사회구조, 형사법구조로 이어지게 되는데 위와 같은 입법현상은 국가가 국민의 생활의 안전을 위한 상징적 의미는 확실히 제공하지만 실제적인 범죄감소에 기여했는지는 의문이다.<sup>74)</sup> 특히 과학기술의 위협에 대한 형법적 통제가 요구되는 현실에서 추상적 위험범의 확대와 형법의 상징화에 대한 요구도 형사특별법의 양산에 기여하고 있다.

지금까지 살펴본 형사특별법의 문제점을 토대로 형법전의 정비를 위한 개선방안을 검토할 필요가 있다.

#### IV. 형법의 복권을 위한 개선방안

위에서 살펴본 형사특별법의 문제점을 토대로 형법의 복권을 위해서는 구체적인 정비방안이 모색되어야 하며 형법의 정비과정에서 형사특별법상 개별 구성요건의 존치여부 및 법정형의 설정 등의 문제를 해결하기 위한 일반원칙이 정립되어야 한다. 물론 형법전에 형사특별법을 모두 편입시키면 구성요건의 전문화, 세분화 등으로 인하여 형법전이 방대해지고 새로운 첨단적, 조직적 신종범죄형태에 대비하기에는 입법적 한계가 노출될 수 있으므로 형법전은 핵심적인 부분에 관하여 규정하는 핵심형법(코어형법)으로서의 기능을 하는 것이 적절하다는 비판이 제기될 수 있다. 그러나 첫째, 동일한 구성요건에 대해 형법 외에 형사특별법에 중복적으로 규정하고

---

동법 제7조의2(「형법」상 감경규정에 관한 특례) 음주 또는 약물로 인한 심신장애 상태에서 아동·청소년에 대하여 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제3조부터 제11조까지의 죄를 범한 때에는 「형법」 제10조제1항·제2항 및 제11조를 적용하지 아니할 수 있다.

73) 강우에·신양균, **위험운전치사상죄의 형법전 편입문제**, 한국형사정책연구원, 2010, 11면.

74) 김태우, **형사특별법의 입법절차 개선**, 법제자료, 법제처, 2012, 14-15면.

가중처벌하는 것은 범죄에 대하여 형벌, 보안처분을 예고함으로써 일반인의 범죄를 억제하도록 하는 일반예방기능에 혼란을 초래하고 법률의 부지는 정당성 여부를 불문하고 범죄의 성립을 인정하는 것이 판례의 태도이므로 규범력을 높이기 위해서도 형법전에 편입이 요구된다. 둘째, 위험사회에서 신중범죄의 대처에 관한 입법적 한계에 대해서는 비록 구성요건을 순수한 기술적 요소만으로 규정하는 것이 가장 이상적이지만 입법기술상 불가능하므로 구성요건을 탄력적으로 적용하는 것은 불가피하다. 형법은 어느 정도 가치개념을 포함한 일반적, 규범적 개념을 사용할 수밖에 없고 판례도<sup>75)</sup> “명확성의 원칙이란 기본적으로 최대한이 아닌 최소한의 명확성을 요구하는 것으로서 그 문언이 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 그 의미 내용을 확인할 수 있고 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성의 원칙에 반하지 않는다”고 판시하고 있다. 그러므로 신중범죄에 대해서는 형사특별법을 제정할 특수한 경우를 제외하고는 일반적, 규범적 개념을 통한 법관의 보충적 해석을 통해 구성요건을 포섭할 수 있으므로 위험사회의 위험원에 대해 대처할 수 있을 것이다.

### 1. 특별법의 형법전예의 편입

형사특별법의 범람을 막고 형법의 복권을 위해서는 형법을 형사실체법의 기본법으로 삼아 가능한 모든 형사실체법이 형법전에 편입될 수 있도록 해야 하는데 형사특별법이 형법에 비해 특별하게 다루는 것이 헌법정신과 형법상의 기본원칙에 걸맞고 이론적으로나 체계적으로 정당한 것인지를 판단하는 방식으로 이루어져야 한다.<sup>76)</sup> 이 과정에서 다른 법령과의 관계에서 내용상의 모순이 없도록 적절하게 균형을 유지하는 동시에 법의 서열도 고려해야 한다. 또한 수범자인 일반국민들이

75) 대법원 2008. 10. 23. 선고 2008초기264 판결.

76) 허일태, “형사실체법 정비를 위한 근본적 고찰”, **형사정책**, 제18권 제1호, 한국형사정책학회, 2006, 409면; 오영근·안경옥, **형사특별법의 제정실태와 정비방안**, 동향자료, 한국형사정책연구원, 1995, 113면 이하; 박영도 외 5인, **특례법의 현황과 정비방안**, 한국법제연구원, 1992, 1면. 정비작업의 절차와 방식은 첫째, 형벌의 본질과 최후수단적 성격을 고려하여 중요한 법의침해도 인식되는 불가피한 경우에만 특별법으로 규정되어야 하고 둘째, 이 경우에도 가벌적 행위는 형법을 중심으로 정비되어야 하며 셋째, 원칙적으로 모든 형사특별법을 폐지하되 불가피한 경우 그 필요성과 충분한 근거가 규명되어야 하며 넷째, 존치해야 될 형사특별법의 정비는 체계적 정당성과 이론적 정당성을 모두 갖추어야 하며 다섯째, 형사특별법의 폐지 후 형법에 흡수된 경우 필요성과 정당성, 헌법정신과 형법의 보충성 등 위배여부가 검토되어야 한다.

쉽게 이해할 수 있도록 가독성을 높여 법적안정성을 확보해야 할 것이다. 형법은 범죄와 형벌에 관한 기본법으로 제정되었기 때문에 형사특별법의 모법이자 범죄와 형벌의 기준과 한계를 설정해주는 범죄화와 처벌의 바로미터이므로<sup>77)</sup> 형법전의 기준과 한계를 넘어선 형사특별법의 입법은 정당성을 상실하므로 폐지되어야 한다.

일본에서도 형사특별법이 다양하게 존재하였지만 1974년 개정 형법초안을 마련하는 과정에서 형사특별법을 형법초안에 편입하여 정비하였고<sup>78)</sup> 독일의 경우에는 1969년 제2차 형법개정을 통해 행정형법을 질서위반법(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten)으로 재편성하여 형벌대신 과태료로 정비하여 비범죄화 하였다.<sup>79)</sup>

형사특별법의 정비방안으로 형법전의 구성요건과 동일하면서 법정형만 가중한 경우와 같이 불필요한 형사특별법을 폐지하여야 한다.<sup>80)</sup> 또한 새로운 범죄유형에 대해서도 형법전이 구성요건을 포섭할 수 있는 범위라면 형법전의 법정형의 범위 내에서 양형단계 및 선고형을 통해 해결해 나가는 것이 핵심형법으로서의 규범력을 살리는 것이고 법적안정성을 꾀할 수 있을 것이다.<sup>81)</sup>

## 2. 법정형의 정비

현행 형사특별법은 과도하게 형벌이 규정되거나 불법의 정도가 다름에도 불구하고 동일한 법정형이 규정된 경우가 많으며 사형이나 무기징역형을 과하는 중형주의를 취하고 있다. 이러한 중형주의는 헌법상 보장된 인간의 존엄성을 침해하는 문제를 야기하므로 적정성, 필요성, 비례성의 원칙에 부합하는 형벌로 정비할 필요가 있다.<sup>82)</sup> 법정형의 적정성은 헌법 제37조 제2항 단서의 비례성의 원칙에서 도출되며 범죄와 형벌 사이의 적절한 균형은 죄형법정주의의 요청이기도 하다.<sup>83)</sup> 형사법상 책임원

77) 함석재, “형사특별법의 현황, 문제점 및 정비방향”, **대한민국국회**, 자료 제379호, 대한민국국회, 1998, 29면.

78) 中山研一/大谷 實, **特別刑法, 行政刑法과 刑法**, 平場安治.平野龍一編, **刑法改正의 研究2**, 各則, 東京大學出版會, 1973, 85頁.

79) 도중진 외 3인, **형사특별법 정비방안(1)**, 한국형사정책연구원, 2008, 134-135면.

80) 안경옥, “특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률의 정비방안”, **형사정책**, 제17권 2호, 2005, 25-26면. 폭력행위 등 처벌에 관한 법률, 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률, 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 등이 있다.

81) 박기석, “형사특별법의 구성요건 및 법정형의 문제점과 정비방안”, **법조**, 제53권 제11호, 법조협회, 2004, 160면.

82) 이승현, 전제서, 27면.

83) 헌법재판소 2004. 12. 26. 2003헌가12 결정. 폭처법 제3조 제2항은 동 조항의 적용대

칙은 기본권의 최고이념인 인간의 존엄과 가치에 근거한 것으로 형벌은 범행의 경

상인 형법 본조에 대하여 일률적으로 5년 이상의 유기징역에 처하는 것으로 규정하고 있는데 위 각 형법상의 범죄는 죄질과 행위의 태양 및 그 위험성이 사뭇 다르고 이에 따라 원래의 법정형은 낮게는 폭행(제260조 제1항)이나 협박(제283조 제1항)과 같이 구류 또는 과료가 가능한 것에서부터 높게는 상해(제257조 제1항) 또는 공갈(제350조)과 같이 10년 이하의 징역에 이르기까지 그 경중에 차이가 많음을 알 수 있다. 그럼에도 불구하고 그 행위가 야간에 행해지고 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하였다는 사정만으로 일률적으로 5년 이상의 유기징역형에 처하도록 규정한 것은 실질적 법치국가 내지는 사회적 법치국가가 지향하는 죄형법정주의의 취지에 어긋날 뿐만 아니라 기본권을 제한하는 입법을 함에 있어서 지켜야 할 헌법적 한계인 과잉금지의 원칙 내지는 비례의 원칙에도 어긋난다고 판시하였다.

그리고 헌법재판소 1992. 4. 28. 90헌바24 결정에서는 예외적이고도 특별한 법률제정 형식을 빌리는 입법방법은 일면 특정범죄에 대한 입법정책의 수행에 효과적으로 대응하여 국민의 관심을 불러일으킴으로써 일반예방적 입법목적을 탄력적으로 달성할 수 있는 긍정적인 효과를 얻을 수 있다는 점에서 그 필요성을 전혀 부인할 수는 없지만 반면 당시의 특수한 사정과 필요에 따라 제정되는 결과로 총체적인 법체계의 정당성 상실로 법적 안정성을 해칠 우려가 있고 그에 따른 국민의 법인식의 혼란과 형벌의 가중현상을 야기시켜 새로운 흉악범을 양산시킬 수가 있다는 점에서 부정적인 효과도 대단히 크다는 점을 간과할 수가 없다. 그러므로 입법권자는 유동적이고 가변적인 현대사회의 다양한 현상에 탄력적으로 대응하기 위하여 그 제정이 필요하거나 이를 정당하게 할 특별한 사안이 있는 경우에는 기존의 일반형사법에 대한 특별규정으로 특정범죄에 대하여 예외적으로 적용하는 특가법을 제정할 수 있는 것은 당연하다고 할 것이지만, 특가법 역시 다른 법률과 마찬가지로 통일된 헌법질서 내에서 체계와 조화를 이루도록 제정되어야 하는 것이며 만약 특가법이 단순히 특례사항의 입법의지관절에만 목적을 두고서 그 입법정책의 수행이 남용되는 경우에는 양산되는 특가법으로 인하여 소위 “법률의 홍수”와 형벌의 위하(威)속에서 새로운 사회적 불안을 초래하게 될 것이기 때문에 이는 결코 바람직스럽지 못한 입법이라고 할 것이다. 따라서 특별한 가중사항은 관계 특정범죄의 대상법률의 규정안에서 예외적인 조치규정을 두는 방향으로 입법되어야 하는 것이므로 특가법의 문제는 그 실질적 비중에 따른 허용 여부의 문제가 아니라 입법자의 입법취지를 고려한 제정의 필요성 및 그 허용범위의 문제에 초점을 맞추어 헌법에 합치하는가의 여부가 논의되어야 하는 것이다. 이러한 점에서 특가법은 빈번하게 법 개정을 하여야 하는 사항과 일시적 효과와 조치만으로 입법 목적을 달성할 수 있는 특별한 특정사항에 한정하여 제정하여야 한다고 본다. 더군다나 우리 헌법이 선언하고 있는 “인간의 존엄성”과 “법 앞에 평등”(헌법 제10조, 제11조 제1항)이란 행정부나 사법부에 의한 법적용상의 평등을 뜻하는 것 외에도 입법권자에게 정의와 형평의 원칙에 합당하게 합헌적으로 법률을 제정하도록 하는 것을 명령하는 이른바 법 내용상의 평등을 의미하고 있기 때문에 아무리 특정한 분야의 특별한 목적을 위하여 제정되는 특가법이라 하더라도 입법권자의 법제정상의 형성의 자유는 무한정으로 허용될 수는 없는 것이며 나아가 그 입법내용이 정의와 형평에 반하거나 자의적으로 이루어진 경우에는 평등권 등의 기본권을 본질적으로 침해한 입법권행사로써 위헌성을 면하기 어렵다고 할 것이다. 그러므로 헌법이 명하는 과잉입법금지의 원칙과 평등의 원칙에 반하는 가혹한 형벌규정을 설정하는 특정범죄가중처벌법이나 그 법 조항들이 만약 헌법상 입법부에 부여된 입법권의 범위를 넘어서 자의적으로 제정된



중과 행위자의 책임 즉 형벌 사이에 비례성을 갖추어야 함을 의미한다. 따라서 기본법인 형법에 규정되어 있는 구체적인 법정형은 개별적인 보호법익에 대한 통일적인 가치체계를 표현한다고 볼 때 사회적 상황의 변경으로 인해 특정 범죄에 대한 형량이 더 이상 타당하지 않을 때에는 원칙적으로 법정형에 대한 새로운 검토를 요하지만 특별한 이유로 형을 가중하는 경우에도 형벌의 양은 행위자의 책임의 정도를 초과해서는 안될 것이다. 현행 형사특별법은 형법상의 법정형보다 가중된 법정형을 가지고 있는데 이러한 가중규정이 소극적 일반예방적 차원에서 경험적으로 범죄예방의 효과가 있는지는 별론으로 하고 형법상 책임에 상응하는 형벌이 부과되어야 할 것이다.<sup>84)</sup>

그리고 형사법 체계 내에서도 형법과 형사특별법의 법정형이 일치하지 않는 경우가 많고 형법전에는 징역형과 벌금형이 선택형으로 규정된 경우 벌금형의 차이<sup>85)</sup>가 있는 경우도 많은데 이에 대한 정비도 요한다. 비례의 원칙은 기본권을 제한함에 있어 목적의 정당성, 방법의 적합성, 피해의 최소성, 법익의 균형성을 모두 갖추어야 하며 어느 하나라도 저촉되면 위헌이 된다.<sup>86)</sup> 형벌을 가중하는 특별법의 제정에 있어서도 형벌위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구와 그에 따른 입법상의 한계가 있는 것이며 나아가 입법자가 법관들에게 구체적 양형을 선고함에 있어서 그 책임에 알맞는 형벌을 선고할 수 있도록 형벌개별화(刑罰個別化)의 원칙이 적용될 수 있는 폭넓은 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하여야 하는 헌법적 제약을 준수하여야 한다. 그리고 형사특별법은 상한과 하한의 범위가 광범위하다는 문제가 제기된다.

---

것이라고 한다면 그 효력이 부인될 수밖에 없는 것이다. 특정범죄가중처벌법은 형법보다 높은 법정형을 규정하는 특별법이기 때문에 법정형의 단순한 높낮이 또는 산술적 비교에 의하여 형의 합리성이나 적정성을 판단할 수는 없는 것이라고 볼 수 있지만 지나치게 높은 법정형을 설정함에 있어서는 헌법상 합리적인 근거가 있고 그 목적이 정당하여야 할 것이다. 그런데 이는 일반형사법의 법정형과 비교하여 지나치게 과중한 것으로 평가되어 형벌체계상 균형을 잃고 있음이 명백하다고 할 것이다

84) 김상호, “성폭력 특별법 제7조에 대한 비판적 고찰”, **동아법학**, 제54호, 동아대법학연구소, 2012, 405면. 그리고 강력한 형벌의 투입만으로 예방의 효과가 없고 재범위험성이 높은 경우에는 그 위험성에 비례하여 보안처분을 통해 책임주의를 실현하자는 견해도 있다.

85) 형법 제260조 제1항 폭행죄는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금, 구류, 과료로 규정되어 있는데 동법 제283조 제1항의 협박죄는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금, 구류, 과료로 규정되어 선택형인 벌금형의 일관된 기준이 필요하다.

86) 헌법재판소 2005. 11. 24. 2005헌바 46 결정.

이것은 형법의 대원칙인 죄형법정주의의 명확성원칙에 반하며 범죄의 범위에 대한 일반국민의 예견가능성을 저해하므로 상·하의 범위를 적정하고 명확하게 규정할 필요가 있다.

법정형은 행위자의 불법과 책임에 비례하여 형의 종류와 범위가 결정되고 양형의 출발점이라 할 수 있고 그 종류와 범위에 대해서는 입법자에게 광범위한 재량이 인정하는 것이 타당하다.<sup>87)</sup>

## V. 결 론

위험사회의 도래는 사회적 유해성을 완화하여 사회적 위험성이 있는 곳에 형사법의 기능 확대를 통한 법익보호 및 범죄의 예방과 제거를 일차적 목표로 삼기에 이르렀고 그 결과 중형주의를 기초로 한 형사특별법이 유용한 수단으로 이용되었다. 그러나 형벌의 중형주의는 형사법의 보장적 기능에 대한 중대한 침해를 야기하므로 여론에 편승한 상징입법으로서의 형사특별법은 지양되어야 한다. 오랫동안 형사특별법을 형법전에 편입하려는 연구가 있었지만 정치적, 사회적 요인 및 입법기술의 한계로 인해 정비작업은 탁상공론에 그치고 있다. 형사특별법은 일반형법으로 규제할 수 없는 새로운 형태의 사회적 침해행위에 대한 규제 법률로서만 제정되어야 하며 형벌의 형해화, 가중된 중형주의로 인한 법정형 및 법 적용상의 혼란 등을 초래한다면 그 자체의 기능은 이미 존재가치를 상실한 것이나 다름없으므로 법적통일성과 법적안정성을 위해서 형법전에 편입하는 것이 바람직하다. 현행형법은 책임주의를 통한 법적안정성에 장점이 있지만 위험사회의 새로운 위험원에 대해서는 효과적으로 대처하지 못하고 형사특별법은 새로운 신종범죄에 대해 탄력적으로 대

87) 헌법재판소 2006. 6. 29. 자 2006헌가7 전원재판부 결정. 헌법재판소는 “법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상의 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 안된다”고 판시하였다.

응할 수 있지만 책임주의 및 형법도그마에 부적합하다. 그러므로 반성적 성찰로서 형법개정을 통해 형사특별법을 형법에 편입하여 형법도그마 및 새로운 위협원에 대처하는 변증법적 정비가 요구된다.

법정형을 단순 가중시키는 형사특별법은 형법전에 편입이 가능하므로 형법의 법정형을 조정하여 일반법인 형법의 지위를 강화시켜야 할 것이다. 왜냐하면 형사특별법의 선호는 형법의 기능을 약화시키고 형법의 존재목적은 몰각시킬 수 있기 때문이다. 특히 폭처법과 특가법 그리고 성형법은 형법의 보완 등을 통해 대체할 수 있으므로 폐지하고 행정형법은 양적으로 방대하고 목적이 형법과 상이하므로 독일의 질서위반법을 참조하여 형법상의 보호범익을 명확하게 담고 있지 못한 규정은 비범죄화 하는 것이 바람직하다. 이 과정에서 헌법 및 형법의 근본원리에 합치되도록 법적통일성을 고려해야 한다. 입법자는 특정한 범죄행위에 대한 적정한 형벌범위를 발견하고 가벌적 행위의 불법의 정도와 행위자의 책임정도, 그리고 형법에 의해 보호되는 범익의 가치에 따라 적정한 법정형을 일반형법에 규정하여야 한다.

물론 사회적 여건 등의 변화로 법규의 제정 당시에는 예견하지 못했던 상황에 대해서는 불법의 정도를 다시 검토하여야 할 필요성이 생길 수 있으므로 불가피한 경우 형사특별법을 최소한도의 범위 내에서 존치시키는 것이 바람직해 보인다. 그러나 이러한 경우에도 별도의 특별법을 제정하기 보다는 원칙적으로 기존 형법에 포섭할 수 있는지 여부를 검토하여야 할 것이다. 일반법이 정하고 있는 내용에 관하여 사회상황의 변경이나 특히 형을 가중할 필요성이 생긴 경우 이를 별도로 규정하는 사례는 외국의 입법례에서도 찾아보기 어렵고 주로 일반법의 내용으로 편입시키는 방법을 채용하는 것이 바람직하고 이때에도 다른 범죄체계와의 균형을 고려해야 한다. 그렇지 않고 책임에 근거한 적정한 법정형을 형법에 이미 규정하였으나 이를 사회방위라는 일반예방을 위해 다시 부정하고 형가중의 특별법 규정을 두는 것은 입법자가 스스로 적정하다고 결정한 형량을 부정하는 자기모순에 빠질 수 있다. 그러므로 형가중의 특별법은 일반형법에 흡수, 폐지하고 필요하다면 해당 범죄에 대한 일반 형법의 법정형의 변경을 고려할 수 있다고 하겠다.

그리고 형법상 범익보호가 인간의 공동체 생활에 필수불가결한 범익침해가 없다면 형벌에 의한 보호보다는 형벌 이외의 다른 수단에 의해 충분히 가능한 경우 형벌의 개입은 자제되어야 하고 형벌을 수단으로 사용해서는 안 될 것이다. 형벌가중적 특별형법은 인권보장을 위한 형벌의 적정성과 이념적으로 사회방위와 범죄인의

교화라는 형법의 기능수행을 위해서도 형법의 복권이 요구된다.

형사사법제도가 갖추어야 할 조건은 동시대의 사회상황을 반영하여 능동적으로 대처하여야 하지만 그 목적 달성을 위해 적절한 수단을 갖추어야 하고 처벌이 효과적으로 이루어지도록 재구성되어야 할 것이다. 또한 형사특별법의 정비방안에는 형법규정뿐만 아니라 소송법규정도 고려되어야 한다.

투고일 2012. 8. 7

심사완료일 2012. 8. 24

게재확정일 2012. 8. 31

## 참고문헌

- 강우예, 신양균, **위험운전치사상죄의 형법전 편입문제**, 한국형사정책연구원, 2010.
- 김상균, **범죄심리학**, 청목출판사, 2008.
- 김상호, 성폭력 특례법 제7조에 대한 비판적 고찰, **동아법학**, 제54호, 동아대법학연구소, 2012.
- 김성돈, 적극적 일반예방이론과 기능주의적 형법해석, **형사법연구**, 제10호, 한국형사법학회, 1997.
- 김재운, 위험사회라는 사회 변화에 대한 형사법의 대응, **비교형사법연구**, 제12권 제2호, 한국비교형사법학회, 2010.
- 김재운, **현대형법의 위기와 과제**, 전남대출판부, 2009.
- 김정환, 독일 형법발전의 최근동향, **한독법학**, 제17호, 한독법률학회, 2012.
- 김태우, 형사특별법의 입법절차 개선, **법제자료**, 법제처, 2012.
- 대검찰청, **2011 범죄분석**, 통권 제144호, 대검찰청, 2011,
- 도중진 외 3인, **형사특별법 정비방안(1) - 형사특별법의 정비를 위한 이론적 기초**, 한국형사정책연구원, 2008.
- 문채규, 제정형법의 오늘, **형사법연구**, 제20호, 2003, 2009.
- 박기석, 폭력행위 등 처벌에 관한 법률의 개정론과 폐지론, **형사정책연구**, 제17권 제1호, 한국형사정책연구원, 2006.
- 박기석, 형벌의 범죄억지력과 국민의 자유와 권리, **형사정책연구**, 통권 제32호, 1997.
- 박기석, 형사특별법의 구성요건 및 법정형의 문제점과 정비방안, **법조**, 제53권 제11호, 법조협회, 2004.
- 박상기 외 5인, **형사특별법론**, 한국형사정책연구원, 2009.
- 박상기, **형법총론**, 박영사, 2009.
- 박영도 외 5인, **특례법의 현황과 정비방안**, 한국법제연구원, 1992.
- 박정근, 상습범의 가중법정형폐지의 정당성, **김종원교수화갑기념논문집**, 1991.
- 박종근, 위험사회와 형법기능이 변화, **비교형사법연구**, 제12권 제2호, 한국비교형사법학회, 2010.
- 배종대, **형법각론**, 홍문사, 2010.
- 배종대, 형사실체법 개정의 기본방향, **형사법개정연구자료집**, 법무부, 2008.
- 범죄백서**, 법무연수원, 2011.
- 변종필, 형사특별법의 입법구조와 이론적 기초, **비교형사법연구**, 제11권 제2호, 한국

- 비교형사법학회, 2009.
- 신양균, 한국에 있어서 형법입법과 과제, **동북아법연구**, 제2권 제1호, 전북대 동북아 법연구소, 2008.
- 안경옥, 특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률의 정비방안, **형사정책**, 제17권 2호, 2005.
- 안동준, **형법총론강의**, 형설출판사, 2009.
- 오영근·안경옥, 형사특별법의 제정실태와 개선방안, **동향자료**, 한국형사정책연구원, 1995.
- 윤용규, 사회변동과 형법의 과제, **비교형사법연구**, 제12권 제2호, 한국비교형사법 학회, 2010.
- 이기현·박기석, **형법 및 형사특별법상 유사처벌조항 정비방안**, 한국형사정책연구원, 1997.
- 이덕인, 형법과 형사특별법상 성범죄 처벌규정에 대한 비판적 검토, **경찰연구논집**, 제8권, 한국경찰이론과실무학회, 2011.
- 이승현, 형법과 형사특별법의 법정형 정비방안, **형사법개정연구자료집 II**, 법무부, 2009.
- 이천현·권수진, 행정형벌의 법치조항의 법정형 정비방안, **형사법 개정연구 자료집 II**, 2009.
- 이천현, 행정법규상 벌칙규정의 법정형, **형사정책연구**, 제20권 제4호, 한국형사정책연구원, 2009.
- 정승환, 현행 형법에서 법정형의 정비방안, **형사법연구**, 제23권 제4호, 한국형사법 학회, 2011.
- 최호진, 형가중적 형사특별법에 대한 법이론적 문제점, **법학논총**, 제30권 제1호, 단국대법학연구소, 2006.
- 함석재, 형사특별법의 현황, 문제점 및 정비방향, **대한민국국회 자료**, 제379호, 대한민국국회, 1998.
- 허일태·윤동호, 형사특별법의 형법편입방향, **형사법개정연구자료집**, 법무부, 2008.
- 허일태, 형사실체법 정비를 위한 근본적 고찰, **형사정책**, 제18권 제1호, 한국형사 정책학회, 2006.
- Eric, Hilgendorf·이상돈, 홍승희 역, **형법의 세계화와 전문화**, 박영사, 2010.
- Heinrich, Bernd, *Die Grenzen des Strafrechts bei der Gefahrprävention*, ZStW 121, 2009.

- Jakobs, Günther, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, HRRS, 2004.
- Kühne, Hans-Heiner, 형사특별법 정비방안(12) 주요선진국이 형사특별법제연구 : 독일의 부수형법, 한국형사정책연구원, 2008.
- Roxin, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 3. Aufl., 1997.
- 小山剛, 基本權の内容形成 立法による憲法価値の實現, 尚学社, 2004.
- 松原芳博, 國民の意識が生み出す犯罪と刑罰, 世界 761号, 2007.
- 中山研一/大谷 實, 特別刑法, 行政刑法과刑法, 平場安治.平野龍一編, 刑法改正의研究 2, 各則, 東京大學出版會, 1973.

<Abstract>

## Recovery of Criminal Law from Special Criminal Law

Park, Kwang Hyun\*

A velocity of societal changes is much diversified and of unprecedented and new types of criminals on the other hand bring a disorder in the democratic constitutional system by infringing upon freedom and property rights of individuals. Dealing with social change and new typed criminals is natural duty of lawmakers.

In this age in which various special laws are being legislated and being taken into action. The general law of criminal substantive law is the criminal law while the criminal special law is nothing but an exception to the general law.

Korea has a great number of so-called Special Criminal Acts in addition to the Criminal Code. But special criminal acts has a many problem in criminal jurisprudence. The Special Acts are legislated only considering the convenience of application and overlapped with the provisions of the Criminal Act and imposed a severely heavy punishment, Overpenalization.

This increase of the Special Criminal Acts is consequent on the confusion of application, decrease of norm power of the Criminal Law Act.

The conclusion of this article is that inflicting aggravated punishment is not suitable from the viewpoint of Schuldprizip. and that it is desirable that unnecessary Special Criminal Acts weave Criminal Law together or simply abolishing.

Unlike the other laws, strict principals of the constitution and the criminal law should be applied to the national punishment rights, because it deprives an individual of the life and freedom. It is proper for the legislative department to base its lawmaking on constitutional values and basic principles of the criminal law, because criminal legislation is the first step of the criminal law and the ripple effect is of

---

\* Lecturer, College of Law, Chonnam National University, Ph.D.



huge importance once it is established. The legislative department should continue to contain itself within the boundaries of principals of the constitution and the criminal law, and should self-monitor whether it is following the principles or not.

Its expansion into the special crime law and the administrative crime law brings more doubts about whether it is possible to realize the real constitutionalism. The most fundamental reason for this phenomenon is because criminal lawmakers approach general people's demand for safety from a crime from perspectives of political views when the lawmaking and politics must be separated. This can destroy the immune system of punishments and neutralize the function of the criminal law as final means of social protection by causing generalization of the criminal law and the habitual intervention.

In standard, each rule might be in harmony in order to conflicts can be resolved autonomically. And Criminal law should locate itself the smallest and the last part. Since the earlier Criminal law, the smaller people's freedom become.

Especially, if the heavy punishment centered criminal law were to only focus on isolating criminals from the society indefinitely without any effectiveness, it cannot be considered as the true criminal policy.

As for the problems of the criminal law, issues risen from the tendency of an excessive imposition of the heavy punishment, the symbolic criminal law that involves the politics, the criminal legislation examine procedures in each assemblies, and the support organizations of the criminal lawmaking were discussed.

From this perspective, the special criminal laws should be abolished. if abolishment is too much in reality, it must be proved that there are enough grounds of such necessity to justify the existence.

It must be thoroughly and carefully proved that, when a certain provision of criminal special law is absorbed into criminal law, the organic law, resulting from the abolishment of the criminal special law, it is necessary and justified and not inconsistent with the spirit of the constitution and the idea of supplement which is a fundamental principle of criminal law.

Keywords: special criminal law, heavy penalty system, overlapping provisions, risk society, legislative structure, overpenalization, aggravation special criminal acts

