

일제강점초기(1909~1919년)의 累犯規定과 判例*

송문호**

목 차

- I. 머리말
- II. 누범에 대한 형벌가중의 역사적 개관
 - 1. 서구의 경우
 - 2. 우리의 경우
- III. 일제강점초기(1909~1919년)의 누범에 대한 규율
 - 1. 법률
 - 2. 판례
- IV. 맺음말

[국문요약]

오래 전부터 서구형법이론에서 중요한 관심사였던 (상습)누범의 문제에 대해, 서구법이 우리나라에 일제에 의해 일방적으로 수용되었던 초기의 법률과 판례를 분석해 봄으로써 서구 근대형법의 일반원칙이 적용되었던 구체적인 과정을 실제 사례에서 확인하고 가능한 한 오늘날 까지 어떠한 영향을 끼치고 있는지를 분석해 보고자 하였다.

당시 의용형법은 현행형법과 거의 유사할 정도로 누범에 관한 조선시대의 전통적 법률보다 형량이 매우 가벼워졌으며 법규정의 형식도 근대화되었다. 그러나 일제강점초기 의용형법상 누범규정이 적용된 사실관계를 포함한 조선고등법원 판결은 몇 건밖에 남아있지 않으며, 의용형법 제56조의 적용에 있어 시간적, 장소적 효력에 대한 문제와 제58조 판결선고 후의 누범 발각의 규정에 대한 문제가 거의 전부이다. 부족하나마 일제강점초기의 누범규정적용 실태를

* “이 논문은 2002년도 한국학술진흥재단의 지원에 의하여 연구되었음.” (KRF-2002-BM-1535)

** 전북대학교 법과대학 조교수

살펴본 결과들을 간단히 요약해보면,

형사재판권의 속인적 효력인정에 관한 판례는 그 당시 제국주의 침략의 연장선상에서 사용되었던 사실상의 폭력을 은폐하려는 전형적이며 형식적인 법논리였다고 할 수 있다. 반면 죄형법정주의의 소급효금지원칙에 따른 행위시형법 적용원칙, 일반사면된 형을 전과로 누범가중을 할 수 없다는 원칙, 판결선고 후의 누범발각규정적용례 등은 표면적으로는 근대형사법원칙에 충실한 것들이며 당시 시대적 배경과 보안법의 정당성 문제, 칙령에 따른 대사면의 숨은 뜻과 오늘날 의문시되는 사면의 정당성 등 법내용의 정당성 여부를 별론으로 한다면 형식적 법논리는 오늘날의 법률, 판결과 매우 유사하며 경우에 따라서는 놀라울 정도로 일치한다.

이와 비슷한 맥락에서 현재의 누범규정과 판례의 형식적 법논리도 상당히 정교한 구조와 근거들을 가지고 있다. 그러나 누범의 가중처벌 자체에 대한 정당성이나 실효성 여부에 대해서는 아직 진지하게 검토해 보지 않았으며 오히려 아직까지 당연한 규정으로 받아들여지고 있다. 뿐만 아니라 현실에서 적용률이 미미하며 형사소송법상 피고인의 권리와 일사부재리의 원칙에 위배될 수 있는 형법 제36조 판결선고 후의 누범발각규정 또한 구시대의 유품로서 평가할 수 있을 것임에도 불구하고 구체적인 존폐논의도 없다. 그렇다면 누범가중처벌규정 자체에 대한 정당성의 문제나 누범발각규정의 존폐문제는 미래지향적인 시각에 한정하여 논의 할 수 밖에 없을 것이다.

[주제어] 누범, 상습범, 일제시대, 조선고등법원, 형벌

I. 머리말

국가가 독점적으로 행사하는 형벌권의 의미와 목적을 찾으려는 작업은 아주 오래 전부터 지금까지 계속되어 왔고 여전히 풀리지 않는 논쟁거리로 남아있지만¹⁾ 이러한 논쟁은 형법을 이성적·합목적적으로 발전시키기 위해 필요한 것이기도 하다.²⁾ 이러한 맥락에서 특히 상습누범에 관한 문제는 서구에 자본주의의 어두운 면이 짙어지던 19세기말부터 기존형벌의 의미와 목적에 대해 근본적인 의문을 제기하며 소위 학파논쟁을 통해 새로운 범죄이론과 형사제재를

1) 이러한 영원한 논쟁에 대해서는 대표적으로 Maurach/Zipf, Strafrecht, AT. 1, 8. Aufl., 1992, S. 60 ff.; Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS, 1966, S. 377 ff.

2) 배종대, 『형법총론』(제8전경판, 2005), 13면에서 이에 관한 논쟁의 의미에 대해 “사람이 만든 잠정적 가치밖에 가질 수 없는 법률이 마치 신이 내려 준 절대적 규범처럼 통용되는 것을 막기 위해 형법학은 형벌에 관한 자기성찰을 게을리 하지 않아야 한다.”라고 비유하고 있다.

탄생케 하는 주요 소재가 되었으며 현재에도 규범적·범죄학적 측면에서 아직 풀리지 않은 과제로 남아있다.

개별예방사상의 핵심 관심사였던 상습누범에 대해 합목적적으로 대처해야 한다는 요구는 사회방위를 위해 필요하다는 것이 현재의 지배적 견해이다. 그러나 합리적 형사정책을 내세우며 등장한 상습누범에 대한 가중처벌규정은 낙인이론(labeling process)에 의하면 치명적인 결함을 내포하고 있다. 왜냐하면 원래 낙인이론은 범죄이론이 아니라 상습누범에 관한 이론이기 때문이다³⁾. 즉 상습누범에 관한 형법의 규율방식은 국가형벌권의 정당성을 결정적으로 의심받게 할 수 있는 야누스적인 속성을 가지고 있는 것이다.

이 글에서는 이러한 상습누범에 대해 그 동안 있어왔던 서구형범이론 중심의 논의에서 벗어나 일제에 의해 서구근대법이 우리나라에 일방적으로 수용되었던 초기의 법률과 판례를 분석해 봄으로써 서구근대형법의 일반원칙이 적용되었던 구체적인 과정을 실제 사례에서 확인하고 가능한 한 오늘날까지 어떠한 영향을 끼치고 있는지를 분석해 보고자 한다.

Ⅱ. 누범에 대한 형벌가중의 역사적 개관

1. 서구의 경우

서구의 경우 이미 오래 전 성경이나 페르시아에서 累犯을 가중처벌한 흔적을 발견할 수 있으며⁴⁾ 플라톤과 아리스토텔레스도 누범의 문제를 명확히 경고하거나 좀 더 많은 형벌을 과하여야 한다고 강조하였다.⁵⁾ 로마법도 “iteratio auget poenam(반복하면 형벌을 증가시킨다)”는 원칙을 발전시켰으며 그에 따라

3) Mergen, Die Kriminologie, 3. Aufl., 1995, S. 92.

4) Friedlaender, Der Rückfall im gemeinen deutschen Recht I, 1872, S. 1 ff.

5) Sacker, Der Rückfall. Eine kriminalpolitische und dogmatische Untersuchung, 1892, S. 90.

누범(*relapsus in maleficium, delictum recidivum*)은 일반적인 형벌가중사유가 되었다.⁶⁾ 그러나 로마법도 누범의 개념을 정형적으로 확립하진 못하였다.⁷⁾ 일부는 같은 범죄, 일부는 같은 종류의 범죄 그리고 일부는 전혀 다른 종류의 범죄이더라도 이전의 범죄가 있다면 누범이 되었고, 첫 번째 또는 두 번째 다시 범죄를 저질렀다는 이유로 누범으로서 형벌이 가중되었다.⁸⁾

카논법은 주로 범죄의 주관적 구성요건을 고려하는 경향이었고, 그에 따라 범죄의 意志와 주관적 위험성이 특별한 평가를 받아야했으며 누범의 본성도 그러한 맥락에서 설명되었다.⁹⁾

고대 게르만법에서는 대부분 재산범인 몇몇의 범죄만이 특별히 가중처벌되었다. 예를 들어 절도는 두 번째 누범시 그 종류와 양에 따라 형벌이 올라갔다.¹⁰⁾ 1532년 카롤리나 형법전(*Constitutio Criminalis Carolina*)도 누범에 관한 일반적인 처벌규정은 없었으며 제161조와 제162조에 의해 두 번째와 세 번째 절도범은 형벌이 가중되었다.¹¹⁾

프로이센형법에 있어서는 누범의 개념과 그 한계가 관심의 초점이 되었으며 누범의 일반적 처벌규정을 두었고(프로이센형법 제58조) 제219조에 절도의 누범규정을 두었다. 이에 따라 프로이센형법은 선행범죄와 같은 중범죄(*Verbrechen*)의 구성요건 또는 같은 경범죄(*Vergehen*)의 구성요건에 해당하는 첫 번째 누범에 대해서 임의적으로 형벌을 가중하였다.¹²⁾

1871년 독일 제국형법은 절도죄(제244조, 제245조), 강도죄(제250조 제5호), 장물죄(제261조), 사기죄(제264조) 등 네 종류의 범죄에 대한 특별한 누범가중사유만을 규정하였다.¹³⁾ 프로이센형법이 일반적 형벌가중사유를 규정하고 있지 않은

6) Friedlaender, 각주 4), S. 27.

7) Poltéra, Zur Lehre vom Rückfall mit besonderer Berücksichtigung des Schweizerischen Strafgesetz-Vorentwurfes, 1904, S. 6.

8) Friedlaender, 각주 4), S. 26 ff.; Sacker, 각주 5), S. 90 ff.

9) Friedlaender, 각주 4), S. 36 ff.; Poltéra, 각주 7), S. 6.

10) Friedlaender, 각주 4), S. 45 ff.

11) Wächter, Gemeines Recht Deutschlands, insbesondere Gemeines Deutsches Strafrecht, 1844, § 193.

12) Effertz, Die strafrechtliche Behandlung des Rückfalls, 1927, S. 10.

이유로 들고 있었던 것은, 같은 범죄라도 다양한 상황과 동기로 인해 저질러질 수 있기 때문에 일반적 누범가중처벌규정은 정당화될 수 없다는 점이다.¹⁴⁾

누범은 이전의 범죄로 인해 형벌이 최소한 전부 또는 부분적으로 집행되었거나 전부 또는 일부가 면제되었을 것을 요건으로 한다. 제국형법은 근본적으로 같은 종류의 범죄를 누범의 요건으로 하고 있었으나 장물죄와 사기죄에 대해서는 같은 범죄를 요건으로 하고 있다. 같은 종류의 범죄에 대한 개념은 개별적인 사례에 있어 다양하게 정하여졌다고 한다.¹⁵⁾ 법적 요건을 충족한 누범에 대한 형벌가중은 의무적인 것이었다.¹⁶⁾ 이러한 형벌가중의 정당화근거는, 이전의 형벌을 통해 국가는 범죄인에게 경고하였으나 이러한 경고를 무시하고 다시 법을 침해하였다는 데에 있었다.¹⁷⁾

누범에 대해서는 형벌하한선이 상승하였으나 중한 절도죄의 경우에는 형벌상한선이 상승하였다. 경범죄를 저지른 누범이 문제될 경우에는 그에 대한 형벌이 상승하는 대신 중범죄에 대한 형벌이 부과되었다. 감경사유들도 고려되었는데 그에 대한 최저형벌로서 3개월의 징역형이 부과되었다.¹⁸⁾ 형벌이 집행되었거나 면제받은 후 10년이 지나 새로이 범죄를 저지르면 누범에 대한 형벌가중규정이 적용되지 않았다.¹⁹⁾

네 종류의 범죄에 대한 특별한 누범가중사유만을 규정하는 제국형법의 기본 골격은 1969년 7월 4일 제2차 형법개정법률이 발효될 때까지 유지되었다. 그 후 누범의 일반적 처벌규정인 舊독일형법 제48조도 지속적으로 그 정당성을 의심받아 1986년 제23차 형법개정을 통해 폐지되었다.²⁰⁾

13) Froesch, Die allgemeine Rückfallvorschrift des § 48 StGB, 1976, S. 4.

14) Froesch, 바로 위의 책, S. 4.

15) Härtig, Das geltende deutsche gemeine Rückfallsrecht, 1901, S. 8 ff.

16) Froesch, 위의 책, S. 44.

17) Kubowitz, Die Behandlung des Rückfalls in Gesetzgebung und Kriminalpolitik, 1927, S. 16.

18) Froesch, 위의 책, S. 44 ff.

19) Lincke, Die Behandlung des Rückfalls in den Strafgesetzentwürfen, 1932, S. 12.

20) 폐지이유에 대한 이론적 논거들에 대해서는 장규원, 「누범자의 처우에 관한 연구」, 『형사법 연구』 제9호(1997), 350면 이하 참조.

한편 형식상 법률요건을 충족하면 성립하는 누범과는 달리, 상습범은 성격상의 소질로 인해 존재하거나 습관에 의해 얻어진 內的 性癖의 결과로 반복해서 범죄를 저지르고 그러한 경향이 있는 인격을 가진 자를 말한다. 즉 행위자가 범죄의 반복을 통해 범죄적 경향을 드러냈는가 하는 행위자의 인격적 특수성, 범죄습벽으로 인해 인정되며 범죄로 인해 처벌을 받은 객관적 사실이 있는가 하는 범행자체의 특수성에 초점을 둔 누범과는 전혀 별개의 범죄인유형이라는 것이 우리 형법학계의 일반적인 설명이다.²¹⁾

그러나 상습범 및 누범을 가중처벌하는 규정은 개별예방사상에 따른 일종의 보안형(Sicherungsstrafe)이다.²²⁾ 상습범과 누범규정은 위험한 범죄인으로부터 장래

- 21) 그러나 의심스러운 것은 상습범의 핵심요소인 범죄에 대한 습벽 또는 성향이 과연 사실(Tatsache)로서 인정될 수 있을 것인가이다. 더구나 상습성인정의 형식적 요건이 법률에 정하여 있지 않아 전적으로 법관의 판단에 맡겨져 있으므로 법률로써 ‘범죄습벽’의 인정여부에 대한 제한적 기능을 수행할 수 있는 기회가 없고 상습이라는 개념은 명확성원칙에도 반한다. 독일의 경우에도 20세기초부터 ‘범죄습벽’의 독자적인 내용을 밝혀보려는 시도가 줄곧 있었으나 아직 적극적으로 밝혀내지 못하였고 (이에 관한 입법역사와 학설의 요약된 설명으로는 Kinzig, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, 1996, S. 102 ff.; 예컨대 Exner, Kriminologie, 3. Aufl., 1949, S. 290.는 범죄성향을 ‘증가된 누범위험’과 동일시한다.) 현재에는 개념자체에 대한 강한 비판만이 주를 이룬다. 즉 범죄습벽(Hang)은 학문적 방법으로 측정하지 못하는 (Feest, AK. StVollzG, 1990, vor § 129 Rn. 10.) 단지 법적인 허구일 뿐이고 (Hellmer, Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung, 1961, 322; Schäfer-Eikermann, Was ist Sicherungsverwahrung?, in: Kamalatra Flugschriften, 1992, S. 13.) 경험적으로 증명하지 못하며 합리적 이론구성으로 설명할 수 없다고 한다. (Böllinger, NK, 1995, § 66 Rn. 83.) 이렇게 범죄습벽을 적극적으로 규정하지 못하는 이유는 그 기초가 되는 성향(Disposition) 또는 반복적 행태(repetitives Verhalten), 특별한 충동 또는 억제력결함과 같은 심리학적 개념을 설명하지 못하는 것과 같은 맥락이다. (Mrozynski, Krankheit-Hang-schädliche Neigungen, MschrKrim 68 (1985), S. 9.) 범죄습벽을 핵심개념으로 하는 상습범규정에 대한 정확한 정의는 없으며 ‘재범에의 성향’, ‘확실히 내면화된 경향’, ‘습관화된 내적 상태’ 등등의 동의반복만이 있을 뿐이고 방법론적으로도 순환논리일 뿐이다. 따라서 불명확한 개념을 기초로 하는 상습범규정을 적용하는 데에는 심각한 어려움이 따르게 되고 그 결과로 각 문헌과 판례는 ‘인격의 종합평가’를 위한 여러 가지 요소를 상습성의 징표로 삼게 되는데 행위자의 출신, 범죄전력(전과유무), 범행빈도, 범행의 종류와 수, 사회생활 등등이며 그 중 가장 중요한 요소는 범죄전력과 범행빈도로서 이는 누범과 다름없다. 위 내용에 대한 자세한 논증은 필자의 논문, 상습범 및 누범의 대책에 대한 문제점, 형사법연구 제16호, 2001 겨울, 175면 이하 참고.
- 22) 물론 누범규정은 로마법 이래 오래 전부터 인정되어 왔지만 지금처럼 형벌제도가 분화되기 이전에는 무거운 형벌이 개별예방적 사회방위필요성을 충족시켜왔으므로 누범규정 역시 보안형이라고 할 수 있다.

의 재범을 방지하고자하는 개별예방사상의 동일한 근본이념에 기초하고 있으며 실제로는 동일한 근거로 적용되고 있다. 따라서 누범 중에 상당수가 상습범과 중첩해 있고 또 상습범은 학설사적으로도 누범연구로부터 파생분화된 것이다.²³⁾ 이러한 상습범에 대해서는 19세기말 폭증했던 반복적이고 위험한 범죄인에 대응하여 사회를 방위해야 한다는 서구사회 내에서 일정한 공감대가 이미 형성되어 있었고²⁴⁾ 그러한 목적을 달성하기 위해 개별예방론자들이 주장하는바와 같이 합리적인 범죄인분류와 각 범죄인그룹에 호소력 있는 제재를 과하여야한다는 요청에 따른 입법결과와 이를 뒷받침하는 이론들이 이어져 온 것이다. 그 결과 독일의 경우 나찌정권이 집권하던 과정 중 1933년 11월 24일 “위험한 상습범에 관한 법률(Das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher)”이 약 50여 년간의 학파논쟁 끝에 내각에서 발효되었으며 그에 따라 舊독일형법 제20조에 상습범가중처벌규정이 신설되었다. 그 후 이 규정은 형법상 책임원칙에 반하며 보안처분과의 관계에서 보안사상이 과도하게 반영되어 있다는 비판을 줄기차게 받아 결국 1969년 6월 25일 제1차 형법개정법에 의해 폐지되었다.

2. 우리의 경우

예전 누범규율의 대표적 범죄형태인 절도죄의 경우 고려율과 그에 영향을 끼친 당률의 竊盜條에는 재범·3범의 처벌규정이 별도로 없었다.²⁵⁾

조선시대의 대표적인 법전인 경국대전의 경우 누범을 어떻게 규율하였는지 살펴보면,²⁶⁾ 강·절도를 대상으로 한 재산범에 대하여 처벌규정이 있었다는 점

23) 신양균, 「상습범에 관한 연구」, 『허영민박사화갑기념논문집』(1993), 1047면 이하.

24) 독일 학파논쟁시에도 폭증하는 상습누범 등 위험한 범죄인에 대한 대책의 필요성에 대해서는 신·구파를 막론하고 공감대를 형성하고 있었다. Frisch, Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung, ZStW (94) 1982, S. 569.

25) 한용근, 『高·麗·律』(1999), 272면.

26) 이하 내용은 김기춘, 「朝鮮時代刑典—經國大典刑典을 中心으로—」(1990), 제4장에서 발췌하였다.

에서 서구와 유사하다.

즉 강도죄를 범하여 永屬奴婢의 벌을 받은 자가 再犯하면 斬刑에 처하고 강도로서 徒刑·流刑·付處²⁷⁾·安置²⁸⁾·充軍²⁹⁾·定役³⁰⁾의 처분을 받은 자와 절도를 범하여 永屬奴婢의 벌을 받은 자가 三犯하였을 때에는 斬刑에 처하였다.³¹⁾ 強盜나 竊盜를 범하여 일정한 형벌을 받은 자가 再犯 내지 三犯한 경우에는 사형을 선고하였으므로 매우 무거운 형벌을 받았으며 戶首와 그의 妻子까지 벌을 받았다고 하나, 후에 자수한 때에는 가중처벌을 면제하였다고 한다.

또한 太祖元年(1392년)이래³²⁾ 조선시대 형법으로 보편화되었던 대명률직해는³³⁾ 절도범에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다.

절도의 초범은 모두 오른팔에 ‘竊盜’ 두 자를 刺字³⁴⁾하고 재범은 왼팔에 ‘竊盜’라고 刺字하며, 3범자는 絞刑에 처하되 ‘起除刺字’條의 규정에 의하여 일찍이 刺字의 형을 받은 前科者로 처리한다. 소매치기한 자도 죄가 같다. 만약 군인이 절도하면 비록 刺字는 면제하나 3범하면 모두 絞刑에 처한다.

한편 大典通編에는 共犯과 피해정도를 세분하여 처벌하고 있는데, 竊盜의 초범으로서 3인 이상이 成群作賊하여 그 贓物이 滿 1 貫 이상이 되거나 2인이 作賊하여 贓物이 滿 2 貫 이상인 경우와 竊盜를 再犯한 때에는 그 贓物의 많고 적음을 불문하고 또한 主犯과 從犯을 가리지 아니하고 모두를 杖 100의 형에 처하고 외판점에 보내 보잘 것 없이 작은 마을의 노비로 삼았다.³⁵⁾ 그리고

27) 中途付處의 준말로서 流刑에 처한 죄인에게 그 정상을 참작하여 配所로 가는 도중에 한 곳을 정하여 머물러 있게 하는 형벌.

28) 流刑을 받아 流配된 죄인을 다시 일정한 곳에 가두는 형벌.

29) 범죄자를 軍役に 충원하여 복무케 하는 형벌.

30) 범죄자를 일정한 賤役に 종사시키는 형벌.

31) “犯強盜永屬者二度處斬徒刑流刑付處安置充軍定役及竊盜永屬者三度處斬”

32) 태조는 卽位敎書를 구체적으로 뒷받침하여 大明律을 우리나라의 吏讀文으로 譯解하고 인쇄·판포하여 대명률직해의 간행사업을 펼쳤다.

33) 세조 7년(1461)에 이르러 경국대전의 刑典用律條에 ‘用大明律’에 의하여 조선시대의 형법은 대명률을 依用한다고 명시하였다. 『대명률직해』(법제처, 1964), 解題.

34) 附加刑으로서 몸에 글씨를 새겨 넣는 형벌.

强盜罪를 범하고도 벌을 받지 아니한 자는 법대로 논죄한 후에 ‘强盜’라는 두 글자를 얼굴이나 팔에 먹물로 새겨 넣고³⁶⁾, 만일 再犯하면 교수형에 처하였다고 한다.

조선시대의 전통적인 刑事關聯法은 1894년 갑오개혁을 통해 대체로 형벌을 완화·조정하고 사법관의 재판에 의해서만 형벌을 받도록 하는 등 진보적인 변화를 거쳤다.³⁷⁾ 그 후 1905년 4월 29일에는 조선왕조형법의 집대성으로 볼 수 있는 刑法大畧이 공포되었으나 국권이 상실되어 약 5년여 밖에 시행되지 못하였다.

그러나 형법대전은 이전의 전통적인 누범규율방식과는 달리 아래와 같이 누범의 일반적 개념규정과 처벌규정을 두었다.

제1편 法例 제1장 犯罪分析 제4절 一罪再犯 제76조는 판결을 거쳐 죄값을 치르고 석방된 후에 동종의 죄를 재범한 자를 一罪再犯이라 하고 3범 이상도 역시 이에 의해 논한다고 규정하였으며 제77조는 사면을 받아 면죄한 자가 재범한 때에는 재범으로 論하지 않는다고 규정하고 있다. 이러한 개념규정과 더불어 제3편 刑例 제1장 刑罰通則 제10절 一罪再犯處斷例 제134조는 일죄를 재범한 자는 본죄에 一等을 가하고 3범 이상도 역시 이에 의해 遞加한다. 단 强盜재범한 자는 絞³⁸⁾ 竊盜재범한 자는 징역종신이며 3범에 이른 자는 絞에 처한다고 규정하고 있다.

형법대전은 누범의 일반적 개념규정과 처벌규정을 두었지만 전통적인 누범규율 대상범죄로서 강·절도를 주로 규율하려 했다는 입법자의 의도를 엿볼 수 있으며 현대적 시각에서 보면 형벌 또한 매우 가혹한 편이다.

35) 大典通編 제5권 刑典 중 贓盜條 및 受教輯錄 刑典 중 盜賊條 (宣祖 17년의 王命)

36) 위 각주 34)의 ‘刺字刑’을 말함.

37) 박병호, 「구한국시대의 형사입법의 연혁」, 『법제월보』(1965년 11월호), 104면 이하.

38) 絞首刑을 말함.

Ⅲ. 일제강점초기(1909~1919년)³⁹⁾의 누범에 대한 규율

1910년 한일합방으로 인하여 형법의 근대화를 위한 우리의 자주적인 노력은 중단될 수밖에 없었으며 식민지시대 우리나라에는 1912년 조선총독부 칙령 제 11호 ‘朝鮮刑事令’을 통하여 당시의 일본형법이 依用되었다. 우리나라에 의용된 당시의 일본형법은 1871년 독일제국형법의 영향을 강하게 받아⁴⁰⁾ 1907년에 제정·공포되고 그 이듬해부터 시행된 것이었다.

이에 의하면 누범은 제10장 제56조 내지 제59조에서 일반가중처벌사유로 규정하고 있고 상습범은 제23장 제186조에서 상습도박만을 무겁게 처벌하고 있다.

1. 법률

먼저 1912년 의용형법의 누범규정을 살펴보면:

第十章 累犯⁴¹⁾

第五十六條 懲役に處되엇든者其執行을終히거나又は免除有한日로부터五年內에更히 罪를犯히야有懲役に處할만한時는此를再犯이라함

懲役に當히는罪와同質의罪에因히야死刑에處된者其執行의免除有한日로부터又は減刑에因히야懲役に減輕되야其執行을經히거나或은執行의免除有한日로부터前項의期間內에更히罪를犯히야有期懲役に處할만한時亦同함

39) 조선고등법원이 처음 설치된 1909년부터 3·1운동이 일어난 1919년까지의 10년간은 대한제국의 법령이 여전히 유효하던 시기(통감부 시기), 거기에 총독의 칙령이 추가되던 시기(한일합방 이후), 일본의 법제가 그대로 전면적으로 이식되던 시기(1912: 조선민사령 및 형사령의 시행)를 모두 포괄하고 있다. 따라서 이 시기는 비교적 짧은 기간 동안 우리나라 전통이 남아있던 상황에서 (서구)근대법 적용의 변화와 대치를 살필 수 있는 기간이라고 생각되며 식민지배에 직면한 특수한 상황에서 전통 법제와 (서구)근대법을 잇는 한 실마리를 찾아볼 수 있는 기간이라고 할 수 있다.

40) 西原春夫, 『刑法總論』(1981), 17면 참조.

41) 이하 법률규정은 總督府現行 最新朝鮮大法典, 卷二, 明治四十五年에서 직접 인용.

併合罪에對하야處斷된者其併合罪中懲役에處홀만호罪有호時호其罪最重호것시아닐
지라도再犯例의適用에對하야는懲役에處된者로看做호

第五十七條 再犯의刑은其罪에對하야호懲役의長期의二倍以下로호

第五十八條 裁判確定後再犯된事를發見호時호前條의規定에從하야加重홀만호刑을
定호

懲役의執行을終호後又호其執行의免除有호後發見된者에對하야는前條의規定을適用
치아니호

第五十九條 三犯以上의者라도倂히再犯의例에同호

조선시대의 누범규율에 비하면 그 형량이 상당히 낮아졌다는 점과 규정의 형식이 전통적 방식과 상당히 다르다는 점, 그리고 대상범죄가 강·절도에 한정되지 않았다는 점 등에 비추어 우리 민족이 전에 겪어 보지 못했던 전혀 새로운 법률이었다고 할 수 있겠다.

반면 전체적으로 보아 현행형법 제4절 제35조와 제36조의 누범규정과 체계상 크게 다른 점을 발견할 수는 없으며 오히려 현행형법보다 더 상세한 규정을 두고 있었다고 할 수 있다.

현행형법과 비교할만한 몇 가지 점들을 들어보면, 제56조와 제59조의 누범의 개념과 적용범위에서 볼 수 있는 것처럼 표제에서는 누범이라는 용어를 쓰고 법문에서는 재범이라는 용어를 사용하여 용어사용에 있어 누범과 재범을 혼용하고 있다. 그러나 내용상으로 풀어서 이야기하면 당시형법이나 현행형법이나 자유형의 선고를 받은 전과자가 일정기간 내에 범죄를 다시 범하면 공히 누범이 된다고 할 수 있다. 용어의 혼용은 기술적인 문제에 국한된다고 하겠지만 자유형이상의 범죄에 대해 누범이 성립하는 점에 비추어 볼 때 기술적으로는 모든 범죄를 통칭하는 재범이라는 용어가 혼란을 가져올 수 있으므로 재범이라는 용어는 적절치 않다고 생각된다.

다만 우리의 전통적 누범처벌규정이 매우 무거워 최대 3범 이상이면 사형에 처해졌었던 사실에 비추어 본다면 범죄가 수회내지 수십 회 누적될 것을 예정

하고 있는 누범이라는 용어가 매우 생소하거나 처음부터 불필요하다고 생각했을 것이라는 추측도 가능하다.

반면 현행형법에 비해 당시 형법상 누범의 성립범위가 상당히 넓었다. 범죄에 대한 자유형을 선고받아 5년 내에 다시 범죄를 범하면 누범이 되었으므로 현행형법이 정한 3년 내보다 누범성립가능성이 넓었었다. 또한 당시형법상 경합범의 경우 경합되는 범죄 중 가장 무거운 범죄가 아닐지라도 징역에 처할만한 범죄가 있었다면 누범규정이 적용되었으나 현행형법에는 그에 관한 규정이 없는 대신 판례는⁴²⁾ 누범가중을 부정하고 있다.

그 외 형벌가중의 정도가 長期의 二倍以下(현행형법상 2배까지)로써 상대적 부정기로 되어 있는 점과 판결선고 후의 누범발각의 규정은 현행형법과 매우 유사하다.

2. 판례

일제강점초기(1909~1919년)의 위의 누범규정 적용에 대한 조선고등법원 판

42) [대법원 1982.9.14. 선고 82도1702] 형법 제35조 제1항에 규정된 금고 이상에 해당하는 죄라 함은 유기금고형이나 유기징역형으로 처단할 경우에 해당하는 죄를 의미하는 것으로서 법정형 중 벌금형을 선택한 경우에는 누범가중을 할 수 없다. 당해 사안에서 “...피고인의 판시소위 중 판시 1의 상습절도의 점은 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률(이하 특가법이라고 약칭한다) 제5조의4 제1항, 형법 제329조에, 판시 2의 각 무면허운전의 점은 도로교통법 제75조 제1호, 제38조, 제55조 및 같은 법 제77조 제4호, 제38조, 제55조에 각 해당하므로 각 소정형 중 특가법위반죄에 대하여는 유기징역형을 도로교통법위반죄에 대하여는 벌금형을 각 선택하고, 피고인에게는 판시 전과가 있으므로 형법 제35조에 의하여 특가법위반죄의 형에 형법 제42조의 제한 내에서 누범가중을 하며, 이상은 형법 제37조 전단의 경합범이므로 이중 각 도로교통법위반죄에 대하여는 같은 법 제38조 제1항 제2호, 제50조에 의하여 판시 2의 다의 죄에 정한 형에 경합가중을 한 후, 같은 법 제38조 제1항 제3호에 의하여 판시 특가법위반죄의 유기징역형과 판시 도로교통법위반죄의 벌금형을 병과하기로 하여 각 소정형기 및 금액 범위내에서 피고인을 징역 3년 및 벌금 70,000원에 처하고, 형법 제57조에 의하여 제1심판결 선고전 구금일수 중 60일을 위 징역형에 산입하며 형법 제69조, 제70조에 의하여 위 벌금을 납입하지 않을 때에는 2,000원을 1일로 환산한 기간 피고인을 노역장에 유치하기로 하여 관여법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.”고 하여 상습절도와 도로교통법위반을 철저히 구분하고 있다.

결은 제56조의 적용에 있어 시간적, 장소적 효력에 대한 문제와 제58조 판결선고 후의 누범발각의 규정에 집중되어 있다.

우선 전자의 조선고등법원판결들을 살펴보면 아래와 같다.

(1) 1918년 6월29일 刑上 제83호 판결—절도의 건

[사건개요와 판결요지]

피고는 明治 30년 6월 8일부터 36년 6월 10일까지의 히로시마지방 재판소에서 절도죄에 의하여 5회 과대(拐帶)죄에 의하여 1회 중금고 5월내지 4년 6월의 처형을 받아 그 집행이 끝나고 다음에 대정 4년 3월 2일 在奉天 일본총영사관에서 절도죄에 의하여 징역 3년에 처해지고 그 형의 진행 종료 후 계속된 의사로

1. 大正 7년 4월 19일 경성 한강통 13번지 구와바라 유다까집 옥내에 잠입하여 동인 소유의 철축회중시계 1개 가격 12엔 상당의 것을 절취하고,

2. 同 20일 동부 아사히정 99번지 사이또 덴끼찌집 옥내에 잠입하여 동인 소유의 명선 남 하오리 및 동 유까다 각 1매 가격 합계 12엔 상당의 것을 절취하고,

3. 同 21일 동부 모도정 2정목 14번지 고물상 요꼬무로 하야시지로집 점두에서 가인(家人)의 틈을 타고 동인 소유의 닛게르 측 회중시계 1개 가격 3엔 50전 상당의 것을 절취하였다는 사실을 인정함에 그 옥내 침입의 소위는 형법 제 130조, 제 55조 절도의 소위는 동법 제 235조, 제 54조 제 1항 후단, 제 10조, 제 9조에 근거하여 중절도죄의 형에 따르고 공통법 제 19조 제 1항 형법 제 56조 제 1항에 의거하여 재범인고로 동법 제 57조, 제 14조를 적용하여 법정 가중을 행하는 형기 범위 내에서 피고를 징역 50년에 처해야 마땅한 것인데 ... 중략 ... 요컨대 공통법에는 영사재판권을 시행하는 구역에 관하여 명문이 없으나 그 명문이 없음은 전기의 이유에 기초하는 것이므로 공통법의 적용상 영사재판권을 시행하는 구역은 内地(일본)와 동일시해야 할 것으로 이해하는 것이 적당하다. 따라서 영사관이 행한 재판은 공통법 제18조에 해당하고 형법 제 56조 내지 제 59조에 의하여 누범가중의 원인이 되는 것으로서 원심의 논지는 모두 계기(據記)와 같이 피고가 大正 4년 3월 2일 재봉천 일본총영사관에서 절도죄에 의하여 징역 3년에 처해지고 그 형의 집

행이 종료된 뒤 5년 내에 본건 절도죄를 범한 사실을 인지하고 누범가중을 하였음은 정당함으로 ... 후략.

즉 영사재판권을 행하는 구역은 일본(內地)과 같게 보아야 하므로 영사재판권에 의거한 전과는 피고인을 조선에서 처벌함에 있어 누범가중의 원인이 된다고 판시하고 있다. 그러나 당시 봉천은 중국의 영토에 속하여 공통법의 효력이 미치는지 논란의 여지가 있을 수 있다. 이점에 대해 조선고등법원은 다음과 같이 정당화하고 있다.

공통법은 법령을 달리하는 지역상호간의 공통연락을 조절하기 위하여 제정된 것이란 것은 법문의 각 조항에 비추어 명백하고 동법에 소위 지역이란 지리적 구역을 의미하는 것이 아니고 법역(法域)을 지칭하는 것으로 이해함이 마땅하다. ... 중략 ... 제국의 영사관이 조약 또는 관례에 인하여 영사재판권을 시행함은 제국의 재판권이 외국의 영토에 대하여 속지적 효력을 가진 것이 아니고 여기에 재류하는 제국 신민에 대한 속인적 효력을 미치는 것을 인정받은 결과에 불과함으로써 영사재판권을 행할 구역에 재류하는 내지인에 대하여 내지법을 적용해야 함은 말할 여지가 없는 것이니 ... 중략 ... 따라서 공통법에서는 영사재판권을 시행하는 구역을 특히 지역으로 내세울 필요 없이 당연히 내지의 법역에 포함돼야하는 것으로 한다. ... 후략.

그러나 영사재판권이란 그 자체가 제국주의 침략에 있어 타국의 사법체계를 완전히 무시한 치외법권적 특권을 의미한다. 국제법적으로는 영역관할권으로부터의 면제를 인정받으면서 자국관할권의 확장을 의미하는 것이다. 즉 영토주권의 제한으로부터 부여되는 특권으로서 한 국가의 국민이 다른 국가의 영역 내에 있으면서 재류국의 국내법 및 관할권의 행사로부터 면제되어 본국의 영사가 재판권을 행사하는 경우를 말한다. 당시는 영사재판권이라는 용어가 치외법권이라는 개념과 함께 양자를 구별하기도 하고 혼용되어 쓰였으나, 외교사절의 특권과 면제라는 측면에서의 치외법권과는 엄격히 구별되어야 하는 개념이

다.⁴³⁾ 특히 전자의 경우는 일반 국제법에 의해 국가원수 외교사절 등에게 부여되는 호혜적 영구적 권리이나 후자는 조약에 의해 인정되는 편무적 잠정적 권리이며, 전자는 또한 체재국의 재판관할권으로부터 면제되는 소극적 권리이나 후자는 본국이 외국에 재류하는 모든 자국민에 대하여 외교적 보호권의 한 형태로서 재판권을 행사하는 적극적 권리이다.⁴⁴⁾

어쨌든 불평등조약의 한 형태로서 적용되는 영사재판권은 외교사절뿐만 아니라 선진국과 관련된 모든 사람 심지어 무뢰한에게까지 확대적용시킨 폐해적 특권이며 약소국의 권리를 침해하는 수단이며, 침략적 제국주의의 한 상징으로서 비난 받는 것이다. 이러한 영사재판권에 대한 적용근거는 비서구국가들의 불합리한 사법제도와 문명의 차이를 내세우고 있다.⁴⁵⁾ 즉 법률의 불비, 흠결, 그리고 비기독교적 야만적 문명국이라는 차이는 상호 평등한 이익관계를 조정할 수 없으므로 이러한 문제를 해결하는 수단으로서 영사재판권의 존재를 정당화 시키는 것이다. 그러나 역사적으로 영사재판권은 이들의 주장과는 달리 불법과 탈법을 방조하는 보호막으로서 동아시아국가에 대한 침략과 착취를 정당화시키는 구실일 뿐이었다.⁴⁶⁾ 이와 같은 맥락에서 누범규정 적용에 있어 장소적 효력에 관한 위 판결도 이해할 수 있을 것이다.

43) 현대국제법상 領土外說 혹은 治外法權說(extraterritoriality, extraterritoriality)은 오늘날 영토주권원칙상 인정되지 않는다. 왜냐하면 외교관이 접수국에 있으면서 여전히 파견국에 있으며, 외교공관 역시 파견국의 영토로 간주된다는 것은 잘못된 것이기 때문이다. 또한 영사재판(consular jurisdiction)이라는 것은 일국의 영토안에서 외국정부가 재판관할권을 행사하는 것을 허용하는 것을 의미하는데, 여기서도 영토국의 입법관할권 그 자체로부터 면제되는 것은 아니고, 외국인도 영토국의 법령, 영토국의 국내법을 준수할 국제법 및 국내법에 구속되는 것이다. 요컨대 영토국의 민·형법으로부터 면제되는 것이 아니라 민사소송법 및 형사소송법의 발동 내지 재판권의 행사로부터 면제되는 것을 의미한다. 김대순, 『국제법론(제8판)』(삼영사, 2003), 272-273면, 336면.

44) 이병조·이중범, 『국제법신강』(일조각, 1986), 238면. 植田健雄, 『在支列國權益概說』(東京, 嚴松堂書店, 1939), 85-86면.

45) 勸善弘, 『동아시아 개항기의 불평등조약 연구—문명기준의 시각을 중심으로—』(연세대학교 대학원 박사학위논문(정치학과)), 67-71면.

46) 그 외 상세한 내용은 권한용, 「일제식민통치초기 조서에 있어서의 불평등조약의 국제법적 효력」, 『법사학연구』 제29호(2004년 4월) 참조.

(2) 1919년 10월2일 刑上 제832호 판결—보안법위반의 건

[사건개요와 판결요지]

피고 윤규희 상고취의는 자기의 행위는 조선민족으로서 정의인도에 기초한 의사발동으로서 범죄가 아니다. 그러나 … 중략 … 피고의 행위는 원판결에 적용된 법조에 해당하는 치안방해의 죄를 구성하는 것이므로 본 논지는 이유 없다. … 중략 … 검사부대상고취의는 범죄 후의 법률에 의해 형의 변경이 있었던 경우에 있어 형법 제6조⁴⁷⁾, 제10조⁴⁸⁾에 의해 형의 경중을 정함에는 신구 양법의 각 본조에 기재된 법정형 만약 法定의 가중감경의 원인이 있는 때는 그 가감을 행한 형을 대조의 기준으로 해야 함에도 불구하고, 원판결은 피고가 대정4년 1월 3일 징역6월에 처해져 그 집행을 마친 자로서 본년 4월 2일 정치의 변혁을 목적으로 해 안녕질서를 방해한 사실을 인정해 의율을 함에 있어, 구법인 보안법 제7조 및 신법인 대정8년 제령 제7호 제1조의 형을 比照해 가벼운 전자의 징역형을 선택해 그 후 형법 제56조, 제57조에 의해 누범의 가중을 행해 현실인도 해야 할 형을 양정(量定)해 이에 반하는 제1심판결을 실당(失當)으로 하여 취소한 것은 법률적용의 순서를 틀린 위법인 것으로 사과하오니, 판결을 파훼(破毀)해 즉시 상당의 재판 있기를 희망한다고 하고 있다. … 중략 … 형법 또는 형법의 형명에 의해 형을 정한 형벌법규 상호간에 형의 변경 있어 형법 제6조에 의해 형의 비조를 해야 하는 경우에 있어서는 假合法定의 가중감경을 해야 할 원인 있는 때일지라도 그 가중감경을 한 형으로 대조의 기준으로 해서는 안 되며 형의 변경이 있었던 죄에 대해 형법 제10조에 의해 신구법에 있어서의 법정형을 비조해 그 가벼운 것을 적용해야함이 정당함에 따라 후에 재범가중에 대해서도 병합죄의 경우에 있어서 가중을 해야 하는 때와 같이 먼저 형법 제10조에 의해 신구법의 법정형을 비조해 가벼운 것을 적용해 그 후 재범가중의 규정 또는 병합죄가중의

47) 범죄 후의 법률에 의해 형의 변경이 있었던 때는 그 가벼운 것을 적용한다.(형법 제6조)

48) 주형의 경중은 전조기계의 순서에 의한다. 단 무기금고와 유기징역과는 금고를 무거운 것으로 하며, 유기금고의 장기유기징역의 장기의 2배를 넘는 때는 금고를 무거운 것으로 한다. 동종의 형은 장기의 긴 것, 또는 다액의 많은 것으로 무거운 것으로 하고, 장기 또는 다액이 같은 것은 그 단기의 긴 것 또는 과액의 많은 것을 무거운 것으로 한다. 2개 이상의 사형 또는 혹은 다액 및 단기 혹은 과액의 같은 동종의 형은 犯情에 의해 그 경중을 정함(형법 제10조).

규정을 적용해야 한다. … 후략.

사실관계에 있어 조선고등법원은 사상통제의 대표적 법률인 보안법 위반에 대해 논의의 여지없이 양심법을 인정하지 않고 있다. 위 판결의 논의의 초점은 첫째, 누범가중처벌 규정을 적용함에 있어 행위시와 재판시에 법률의 변경이 있을 때 어떠한 법률을 기준으로 삼아야 하는지의 문제와, 둘째, 신·구 양(兩) 법률에 가중·감경사유가 있을 때 가중·감경 후 정해진 형을 기준으로 삼아야 하는지 아니면 법정형을 기준으로 삼아 누범가중처벌 규정을 적용하여야 하는지에 있다.

위 점들에 대하여 판례는 죄형법정주의의 소급효금지원칙에 따라 행위시의 형법이 적용됨이 원칙이고 예외적으로 신법이나 중간시법이 있는 경우 가장 경한 법을 적용해야 한다는 형법의 기본원칙에 입각하여 신·구 양법의 법정형을 비교해 가벼운 행위시법을 기준으로 삼고 있다. 또한 가벼운 형벌을 정한 법률의 가중·감경사유를 고려하지 않고 법정형을 기준으로 채택한 후 누범가중처벌 규정을 적용하여야 한다고 선언하고 있다.

이러한 조선고등법원의 태도는 근대 일반형법이론의 원칙에 충실한 것이었다고 할 수 있으며, 보안법의 정당성 여부를 별론으로 한다면, 사상범이라고 해서 특별히 불리한 취급을 한 흔적을 발견할 수 없다고 평가할 수 있을 것이다.

(3) 1915년 4월8일 刑上 제34호 판결—상해 및 무고의 건

(사건개요와 판결요지)

피고가 명치43년5월10일 평양지방재판소에서 구한국형법대전 투구상인률(鬪毆傷人律) 제511조에 의해 징역1년에 처해져 복역 중 동년8월 칙령 제325호 大赦令에 의해 사면된 형을 전과로서 누범가중의 범조를 적용해 언도한 것은 부당하므로 … 중략 … 명치43년8월 칙령 제325호 제1조에 본령 공포 전에 있어 죄에 기재한 구한국법령의 죄를 범한 자는 이를 사면한다고 하고 있고, 그 제41호에 형법대전 제511조의 죄라고 있으므로 동조의 죄

를 범했다고 형을 언도한 판결은 대사에 의해 이후(爾後) 그 효력을 인정하지 않는 것이니 동조의 죄를 범해 역형(役刑)에 처해진 자, 다시 죄를 범해 유기징역에 처해야 하는 때라 하더라도 누범의 규정을 적용해서는 안 된다. … 후략.

위와 같은 판례가 나오게 된 시대적 배경을 잠깐 살펴보면, 일제는 1910년 6월 각서를 교환하여 종래의 사법·경찰권 이외에 일반경찰권까지 탈취하였다. 이어 통감은 1910년 8월 16일 비밀리에 총리대신 이완용에게 합병조약안을 제시하고 그 수락을 독촉하였으며, 같은 달 22일 이완용과 데라우치 마사타케 사이에 합병조약이 조인되었다. 조약을 체결한 뒤에도 일제는 한국민의 반항을 두려워하여 당분간 발표를 유보하였다. 조약체결을 숨긴 채 정치단체의 집회를 철저히 금지하고, 또 원로대신들을 연금한 뒤인 8월 29일야야 순종으로 하여금 양국(讓國)의 조칙을 내리도록 하였다. 8개조로 된 이 조약은 제1조에서 ‘한국정부에 대한 모든 통치권을 완전히 또 영구히’ 일제에 양여할 것을 규정하고 있다.

따라서 1910년(명치 43년) 8월 내려진 칙령 제325호는 한일합방의 과정에서 大赦免을 통하여 한국민에 대해 외형상 시혜적인 조치를 취하는 것처럼 보이지만 사실상 일본의 속국으로 되어가는 과정에서 우리 형법전인 형법대전과의 단절을 의미하기도 한다.

그러나 위 판결에서 이야기하고 있는 것처럼 “형을 언도한 판결은 대사에 의해 이후 그 효력을 인정하지 않는 것”이므로 사면된 형을 전과로 누범가중을 할 수 없다는 조선고등법원의 태도를 확인할 수 있다. 이러한 조선고등법원의 해석은 현재의 법률⁴⁹⁾과 대법원의 태도⁵⁰⁾와도 일치하는 것이다.

49) 사면법 [제정 1948.8.30 법률 제2호] 제5조 사면, 감형과 복권의 효과는 죄와 같다.

1. 일반사면은 형의 언도의 효력이 상실되며 형의 언도를 받지 않은 자에 대하여는 공소권이 상실된다. 단, 특별한 규정이 있을 때에는 예외로 한다.
2. 특별사면은 형의 집행이 면제된다. 단 특별한 사정이 있을 때에는 이후 형의 언도의 효력을 상실케 할 수 있다.

50) [대법원 1964.3.31, 64도34] 본건 범죄 전피고인이 1962. 2. 9 부산지방법원에서 업무방해죄로 징역 6월의 선고를 받고 형의 집행을 종료한 사실을 인정하여 피고인에 대하여 형법 제250조 제1항(유기징역형선택)을 적용하고 같은 법 제35조에 의한 누범가중을 하여 피고인을 징

1909년에서 1919년 사이에 의용형법 제58조 판결선고 후의 누범발각의 규정
에 대한 판결은 형법 제58조 제1항에 소위 「재판확정 후 재범자인 것을 발견한
때」의 의미를 확정하는 판결이 두 개 있다.

(4) 1917년 6월25일 刑抗 제1호 ; 1917년 9월22일 刑抗 제2호 판결—누범
가중청구의 건

[판결요지]

[1917년 6월25일 刑抗 제1호 판결] 재범자인 것에 대해 피고의 공술이 있었어도 어느
때는 대정5년 중이라 하고 또는 5년 전이라고 하여 어느 때는 대정2년 중이라 하고 또 2,3
년 전인지 기억못한다고 하여 그 년월이 불명료할 뿐 아니라 전과조서도 얻을 수 없는 점
에서 재판소가 전과의 점을 불간(不問)에 처해둔 경우에 있어 판결확정 후 지문대조의 결
과 피고가 다른 이름으로 처분을 받은 전과가 있었음을 확정적으로 한 때는 형법 제58조
제1항에 재판확정 후 재범자인 것을 발견한 때라고 해야 할 형을 정한다.

[1917년 9월22일 刑抗 제2호 판결] 형법 제58조 제1항에 소위 「재판확정 후 재범자인
것을 발견한 때」 하는 것은 재판확정 전에는 피고에게 있어서도 전혀 전과가 있었던 것

역 20년에 처하였다. 그러나 원심이인정한 본건 범죄이전에 피고인이 저지른 업무방해죄는
1963. 12. 14 공포된 각령 1,678호 일반사면령에 의하여 사면되었으므로 위 업무방해에 대한
형의 선고의 효력이 상실되었음이 명백함에도 불구하고 원심이 피고인에 대하여 누범가중
하여 처단한 제1심 판결을 유지한 것은 법률적용에 있어 잘못을 저지른 위법이 있다. 같은
취지의 관결로는, 서울고법 1965.12.7. 65노329 형사부판결【반공범위반피고사건】; 서울고
법 1964.9.16. 64노138 형사부판결【폭력행위등처벌에관한법률위반피고사건】 등이 있다. 이
에 반해 특별사면에 대해서는 [대법원 1986.11.11. 선고 86도2004] 형의 선고를 받은 자가 특
별사면을 받아 형의 집행을 면제받고 또 후에 복권이 되었다 하더라도 형의 선고의 효력이
상실되는 것은 아니므로 실형을 선고받아 복역다가 특별사면으로 출소한 후 3년 이내에 다
시 범죄를 저지른 자에 대한 누범가중은 정당하다고 하였으며, 역시 복권에 대해서는 [대법
원 1981.4.14. 선고 81도543] 복권은 사면의 경우와 같이 형의 언도의 효력을 상실시키는 것
이 아니고, 다만 형의 언도의 효력으로 인하여 상실 또는 정지된 자격을 회복시킴에 지나지
아니하는 것이므로 복권이 있었다고 하더라도 그 전과사실은 누범가중사유에 해당한다고
하고 있다.

을 은폐해 공술하지 않고 또 一件기록 중에도 피고가 전과자인 것을 인지할 아무런 기재 없고, 재판확정 후에 이르러 비로소 재범자임을 발견한 경우를 지칭함은 물론, 공소의 취조중에 피고가 전과있음을 공술해 또 일건 기록 중에도 피고에게 전과 있는 내용의 기재 있어도 그 공술 또는 기재가 사실과 상위(相違)해 전과조서를 꾸밀 수 없고 따라서 확정적으로 재범자임을 인식 할 수 없어 이를 불문에 부쳤으나 재판확정 후 위명(僞名)으로 전과의 처분을 받았던 것, 혹은 전과를 언도한 재판소명에 상위(相違)있었음을 발견해 따라서 비로소 전과조서를 적을 수 있어 피고의 재범자임을 확정적으로 인식하기에 이르른 경우도 또 이에 포함하는 것으로 한다.

추측컨대 위와 같은 판결이 나오게 된 원인은 당시의 진술 및 자백중심의 수사와 형사사법기관간의 정보교환이나 전과기록 등이 오늘날보다 체계화되어 있지 않았던 데에 있다고 생각된다. 한편 위의 규정과 매우 유사한 현행형법 제36조⁵¹⁾에 대한 판례는 거의 발견되지 않는다.

또한 7년 동안의 작업을 거쳐 1992년 법무부가 국회에 제출한 형법개정안에는 누범을 고의범에 한정하는 등 요건을 조정하고 제36조는 삭제하였다. 제36조를 삭제한 논거로는, 새로운 사정을 이유로 동일한 범죄에 대하여 이미 선고한 형을 다시 가중하는 것은 일사부재리의 원칙에 반할 뿐만 아니라 형벌권의 존부와 범위에 관하여는 검사에게 거증책임을 인정하고 피고인에게 진술거부권을 보장하고 있는 것과 정면으로 충돌된다는 것이다.⁵²⁾

형법 제36조 판결선고 후의 누범발각규정은 현실에서 적용률이 미미할 뿐만 아니라 구시대의 유물로서 엄벌주의 폐단을 제거하기 위해 위 형법개정안이유서의 논거와 같은 이유에서 이제 폐지하는 것이 타당하다고 생각된다.

51) 제36조 (판결선고후의 누범발각) 판결선고 후 누범인 것이 발각된 때에는 그 선고한 형을 통산하여 다시 형을 정할 수 있다. 단 선고한 형의 집행을 종료하거나 그 집행이 면제된 후에는 예외로 한다.

52) 법무부, 『형법개정법률안 제안이유서』(1992), 66면 이하.

IV. 맺음말

전통법제의 성격이 강하긴 하였지만 자주적인 근대법제를 세우려는 노력의 일환으로 제정되었던 우리의 형법대전은 불과 몇 해만에 빛을 잃고 아직은 생소했던 (서구)근대법제를 표방한 일본형법이 우리나라에 적용되었다. 그러나 당시 의용형법은 현행형법과 거의 유사할 정도로 누범에 관한 조선시대의 전통적 법률보다 형량이 매우 가벼워졌으며 법규정의 형식도 근대화되었다는 점은 부인할 수 없다.

일제강점초기 의용형법상 누범규정이 적용된 사실관계를 포함한 조선고등법원 판결은 몇 건밖에 남아있지 않으며, 의용형법 제56조의 적용에 있어 시간적, 장소적 효력에 대한 문제와 제58조 판결선고 후의 누범발각의 규정에 대한 문제가 거의 전부이다. 부족하나마 일제강점초기의 누범규정적용 실태를 살펴본 결과들을 간단히 요약해보면,

형사재판관의 속인적 효력인정에 관한 판례는 그 당시 제국주의 침략의 연장선상에서 사용되었던 사실상의 폭력을 은폐하려는 전형적이며 형식적인 법논리였다고 할 수 있다. 반면 죄형법정주의의 소급효금지원칙에 따른 행위시형법 적용원칙, 일반사면된 형을 전과로 누범가중을 할 수 없다는 원칙, 판결선고 후의 누범발각규정적용례 등은 표면적으로는 근대형사법원칙에 충실한 것들이며 당시 시대적 배경과 보안법의 정당성 문제, 칙령에 따른 대사면의 숨은 뜻과 오늘날 의문시되는 사면의 정당성 등 법내용의 정당성 여부를 별론으로 한다면 형식적 법논리는 오늘날의 법률, 판결과 매우 유사하며 경우에 따라서는 놀라울 정도로 일치한다.

이와 비슷한 맥락에서 현재의 누범규정과 판례의 형식적 법논리도 상당히 정교한 구조와 근거들을 가지고 있다. 그러나 누범의 가중처벌 자체에 대한 정당성이나 실효성 여부에 대해서는 아직 진지하게 검토해 보지 않았으며 오히려 아직까지 당연한 규정으로 받아들여지고 있다.⁵³⁾ 뿐만 아니라 현실에서 적용률이 미미하며 형사소송법상 피고인의 권리와 일사부재리의 원칙에 위배될

수 있는 형법 제36조 판결선고 후의 누범발각규정 또한 구시대의 유물로서 평가할 수 있을 것임에도 불구하고 구체적인 존폐논의도 없다. 그렇다면 누범가중처벌규정 자체에 대한 정당성의 문제나 누범발각규정의 존폐문제는 미래지향적인 시각에 한정하여 논의 할 수밖에 없을 것이다.

외견상 형식적인 법논리에 맞추어지면 일면 수긍할 수도 있으나 실질적 정이나 정당성의 측면에는 공허하기도 하고 의문스럽기도 한 규정과 판결들은 현재에도 별로 다를 바 없는 경우를 자주 접하게 된다. 이러한 현상들은 과연 일제시대의 잔재인지, 거기에서 시작한 오랜 세월의 사법과 권력의 폐쇄성 때문인지, 아니면 사법엘리트 자체가 무언가를 위해 근대법수용의 초기단계부터 배워 온 형식논리를 아직 의도적으로 사용하고 있는지의 여부는 법학자의 직관만으로는 판단하기가 어렵다. 이러한 판단기초와 도구를 제공하기 위한 일제강점기부터 현재까지의 좀 더 진지한 역사적인 실증적 연구가 필요하다고 하겠다.

〈참고문헌〉

Effertz, Die strafrechtliche Behandlung des Rückfalls, 1927.

Exner, Kriminologie, 3.Aufl., 1949.

Friedlaender, Der Rückfall im gemeinen deutschen Recht I, 1872.

Frisch, Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung, ZStW (94) 1982.

53) 헌법재판소 전원재판부 1995. 2. 23. 93헌바43의 합헌 결정; 역시 형법제정시에도 누범규정에 대해서는 전범과 본범사이의 간격이 5년에서 3년으로 줄었다는 점 이외에 다른 문제에 대해서는 전혀 이의가 없었다. 오히려 학파논쟁에 있어 신파의 주장을 담은 상습범가중처벌규정이 형법각칙에 대폭 강화되었다. 한국형사정책연구원, 『형사법령제정자료집(1)』(1990), 91면과 『제16회 임시국회 본회의 속기록』, 222면 이하.

- Frosch, Die allgemeine Rückfallvorschrift des § 48 StGB, 1976.
- Härtig, Das geltende deutsche gemeine Rückfallsrecht, 1901.
- Hellmer, Der Gewohnheitsverbrecher und die Sicherungsverwahrung, 1961.
- Kinzig, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, 1996.
- Kubowitz, Die Behandlung des Rückfalls in Gesetzgebung und Kriminalpolitik, 1927.
- Lincke, Die Behandlung des Rückfalls in den Strafgesetzentwürfen, 1932.
- Maurach/Zipf, Strafrecht, AT. 1, 8. Aufl., 1992.
- Mergen, Die Kriminologie, 3. Aufl., 1995.
- Mrozynski, Krankheit- Hang- schädliche Neigungen, MschrKrim 68 (1985).
- Poltréra, Zur Lehre vom Rückfall mit besonderer Berücksichtigung des Schweizerischen Strafgesetz-Vorentwurfes, 1904.
- Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS, 1966.
- Sacker, Der Rückfall. Eine kriminalpolitische und dogmatische Untersuchung, 1892.
- Schäfer-Eikermann, Was ist Sicherungsverwahrung?, in: Kamalatta Flugschriften, 1992
- Wächter, Gemeines Recht Deutschlands, insbesondere Gemeines Deutsches Strafrecht, 1844.
- 권선홍, 「동아시아 개항기의 불평등조약 연구—문명기준의 시각을 중심으로—」, 연세대학교 대학원 박사학위논문(정치학과).
- 권한용, 「일제식민통치초기 조서에 있어서의 불평등조약의 국제법적 효력」, 『법사학연구』, 제29호, 2004년 4월.
- 김기춘, 「朝鮮時代刑典—經國大典刑典을 中心으로—」, 1990.
- 김대순, 『국제법론(제8판)』, 삼영사, 2003.
- 『대명률직해』, 解題, 법제처, 1964.
- 박병호, 「구한국시대의 형사입법의 연혁」, 『법제월보』, 1965년 11월호.
- 배종대, 『형법총론』, 제8전정판, 2005.
- 법무부, 『형법개정법률안 제안이유서』, 1992.
- 신양균, 「상습범에 관한 연구」, 『허영민박사회갑기념논문집』, 1993.
- 이병조·이중범, 『국제법신강』, 일조각, 1986.
- 장규원, 「누범자의 처우에 관한 연구」, 『형사법연구』 제9호, 1997.

한국형사정책연구원, 『형사법령제정자료집(1)』, 1990.

한용근, 『高·麗·律』, 1999.

總督府現行 最新朝鮮大法典, 卷二, 明治四十五年.

西原春夫, 刑法總論, 1981.

植田健雄, 在支列國權益概說, 東京, 嚴松堂書店, 1939

Die Rückfallvorschriften und Rechtsprechung in Korea in der frühen japanischen Besatzungszeit(1909~1919)

Song, Moon-ho*

Diese Arbeit wird sich mit der strafrechtlichen Reaktion auf Rückfallstraftaten befassen. Sie ist vergleichend das geltende Strafrechtssystem und das Strafrechtssystem in der frühen japanischen Besatzungszeit(1909~1919) angelegt.

Freilich kann vergleichend gesehen auf übereinstimmende Problemsichten verwiesen werden. §35 StGB (a.F. §56) wird die grundsätzliche keine Frage aufwerfen, wie das Problem der Rückfallstrafscharfung mit der Tatschuld zu harmonisieren ist, und ob die Vorschrift gegen den Grundsatz “Ne bis in dem” verstößt.

§36 StGB (a.F. §58) bestimmt die Verfahrensweise, wenn die Entdeckung des Rückfalls erst nach Urteilsverkündung eintritt, so wird die Strafe neuerlich bestimmt, indem diejenige Strafe, die durch das Urteil in der Hauptverhandlung aufgelegt wurde, erhöht wird. Gegen diese Bestimmung kann sich die Kritik richten, sie verstoße gegen den Grundsatz “Ne bis in dem”.

Ist der Rückfall ein grundsätzliches Problem, so kann in Verbindung mit der Rückfallstrafe nicht ohne Rückbesinnung auf ihre historischen Grundlagen der Strafscharfung wegen wiederholter Straffälligkeit erfolgen. Dadurch wird eine bessere Grundlage für das Verständnis des koreanischen Strafrechtssystems geschaffen.

[Key Words] Rückfall, Gewohnheitsverbrecher, Oberlandesgericht des Chosuns, japanische Besatzungszeit, Strafe

* Assistant Professor, College of Law, Chonbuk National University