

죽헌(竹軒) 박양빈의 인간존엄 형법이론과 형사정책*

이 정 민**

< 목 차 >

- I. 들어가며
- II. 박양빈의 형법이론
- III. 인간존엄의 형사정책 : 자유형이 명예형이나 신체형으로 변질되어서는 안 된다
- IV. 맺으며

I. 들어가며

작고하신 한국형사법학자의 생애와 형법사상을 재조명하면서, 한국 형사법이론을 정립하고자 하는 한국형사법제사연구회 소모임의 취지에 뜻을 같이하면서, 소속 대학 단국대학교 교수이셨던 박양빈 교수의 형법이론과 형사정책을 정리하는 것은 뜻깊은 일이라고 생각하였다. 그러나 생각보다 쉽지만은 않은 작업이었다. 주변 분들이 연로하셔서 생각보다 죽헌 박양빈 선생의 생애에 대한 정확한 인터뷰가 쉽지 않았다. 1996년 발간된 화갑기념논문집¹⁾이 있었지만

* 이 글은 제10회 한국 형사법학자의 생애와 학문 학술회의, “죽헌 박양빈의 생애와 형법사상”, 한국형사법제사연구회·경찰법연구원·한양대법학연구소 주최, 2022년 10월 28일 발표한 논문을 기초로 수정·보완한 것입니다. 학술회의에 참석해 주신 모든 분께 감사드리며, 한국형사법제사연구회장이신 문성도 교수님, 한양대 김재봉 교수님, 사회를 맡아주신 한상훈 교수님, 토론을 맡아주신 류부근 교수님, 이진수 교수님, 신정훈 박사님께 감사드립니다. 아울러 박양빈 교수의 생애와 형법사상을 연구하기 위해, 이창강 여사님, 권용우 명예교수님, 강영철 명예교수님, 김석현 교수님, 송동수 교수님, 이동희 교수님, 조성용 교수님, 김범준 교수님, 전정주 교수님, 이재삼 교수님, 최영승 교수님, 이원재 박사과정생 등과 인터뷰를 진행하였습니다. 이분들께도 진심으로 감사의 말씀을 전하고 싶습니다.

** 단국대학교 법과대학 법학과 교수, 법학박사.

1) 「現代刑事法論」이라는 논문집으로, 이재삼 교수가 간행위원장을 맡았고, 63편의 논문이 제

생애에 대한 자료가 거의 없는 것이 안타까웠다.

건강하셨던 죽헌 박양빈 교수(1936-2022)는 전 세계를 덮쳤던 코로나로 인해서 생을 다하셨다. 그의 학문에 대한 열정은 화갑기념논문집 「現代刑事法論」 앞을 장식하고 있는 문구로 설명할 수 있다.

玉不琢不成器 人不學不知道 (옥불탁불성기 인불학부지도)

“옥을 다듬지 아니하면 그릇이 되지 않고, 사람이 배우지 않으면 도리를 알지 못한다.” 아무리 본바탕이 훌륭하더라도 학문을 갈고 닦지 않으면 쓸모있는 사람이 되지 못하고, 배움을 게을리하면 사람의 도리를 알지 못한다는 이 말씀을 죽헌 박양빈 교수는 평소 몸소 실천했다.

1. 박양빈 교수의 생애

박양빈 교수는 1936년 출생하여, 중학교 때 6·25를 겪고 북한에서 내려와 서울 양정고(1955년)를 졸업하고, 서울대학교 법학과에 입학하였다. 형법학에 대한 관심으로 학부 졸업(1959년)후 바로 유기천 교수로부터 석사학위(1961년)는 받았으나 집안 사정이 좋지 않아, 졸업 후 가족의 생계를 위해 한국은행에 입사하였다. 그러나 학문에 대한 열정을 버리지 못하고 마흔이 훌쩍 넘은 나이에 단국대학교²⁾에 부임³⁾하여 2001년 정년퇴임까지 약 20년간 단국대학교에 재직하였다.

1983년 단국대 부임 이후 박양빈 교수는 법학통론·형법·형사소송법·형사정책·법철학을 강의하였다. 1994년 한국교정학회 회장과 1995년 한국형사법학회 회장으로 활약하였으며, 1997년부터 법무부 가석방 심사위원회 심사위원으

1부 형법, 제2부 형사소송법, 제3부 형사정책, 제4부 법철학, 제5부 특별기고로 구성되어 있다.

2) 단국대학교는 1947년 11월 3일 서울특별시 종로구 낙원동 2학부 5개 학과(정치학부:법률학과, 정치학과, 문리학부: 사학과, 수학과, 물리과)로 출발하여, 1967년 단국대학에서 종합대학인 단국대학교로 승격하였다. 단국대학교 법학과는 법률학과에서 법학과로 개칭하여 현재 법과대학 법학과로 운영중이다.

3) 박양빈 교수가 오기 전에는 정성근 교수(1965-1978), 손해목 교수(1973-1982), 황산덕 교수(1980-1989)가 단국대에서 학생들을 가르쳤다. 황산덕 교수는 대학원 소속 교수였지만 박양빈 교수가 단국대에 온 이후에도 학부 과목을 가르쳤다.

로 오랜 기간 활동하며, 교정된 수형자들의 모습을 보면서, 우리나라 교정학이 어떻게 나아가야 할지 방향을 제시하였으며, 이러한 노력이 우리나라 교정학과 형사정책 발전에 크게 이바지하였다.

2. 끊임없는 배움의 자세

그는 ‘내가 늦게 출발(부임)했으나, 열심히 공부해야 끝인 지점에 같이 도착하지.’라고 하며 玉不琢不成器 人不學不知道의 삶을 실천하였다. 그는 정년퇴임 후 십 년, 심지어 이십 년이 다 될 때까지 꾸준히 세미나에 나와 배움을 게을리 하지 않았고, 묵묵히 후학들의 발표와 토론을 보고, 학회가 끝나면 따뜻한 격려와 날카로운 비판을 아끼지 않았다. 필자가 박양빈 교수를 처음 뵈 자리도 형사법학회였다. 박양빈 교수의 후학에 대한 사랑과 배움에 대한 적극적 노력이 없었다면 필자는 소속대학 선배 교수를 만날 기회조차 없었을 것이다.⁴⁾

3. 따뜻한 열정으로 학생을 가르치다

단국대에 부임하고 퇴직하실 때까지 계속해서 형사법학회 지도교수를 맡으면서, 늦게까지 형사모의재판⁵⁾을 연습하는 학생들을 살뜰히 챙기셨다. “밥 먹으러 가자.”가 트레이드마크로 여겨질 정도로 학생들과의 소통을 즐기셨다.⁶⁾ 한편, 학생들의 사법시험 준비를 위해 고시계나 고시월보에 사례문제 및 서술형 문제를 게재하고, 이를 형법사례연습(1996)으로 출간하였다. 마지막 사법시험 수석합격자인 이해경 변호사(사시 제59회)도 박양빈 교수에게 감사의 표시를 했다.⁷⁾ 인격적 교육자로서 박양빈은 제자들의 가슴에 깊이 남는 그런 교수였다.⁸⁾

4) 학회 때 박양빈 교수와 더 많은 소통을 하지 못한 것이 후회된다. 우리나라 형사법의 역사는 그리 오래되지 않았다. 그 역사를 알고 계시는 학자들이 점점 사라지고 있다. 살아있는 역사가 사라지기 전에, 학회가 원로 교수와의 활발한 소통의 장으로 거듭났으면 하는 바람이다.

5) 1960년 특수절도죄 사건을 소재로 시작한 단국대 형사모의재판은 지금까지 계속되고 있다.

6) 평소 한남동 중국집에서 학생들과 대화하는 것을 좋아하셨지만, 사생활에 대한 이야기보다는 학문적 토론을 좋아하셨던 탓인지 제자들과의 인터뷰에서 생애에 대한 자료를 별로 얻을 수 없었다.

7) https://www.dankook.ac.kr/web/kor/-550?p_p_id=Bbs_WAR_bbsportlet&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_Bbs_WAR_bbsportlet_action=view_message&_Bbs_WAR_bbsportlet_messageId=648566 (최종검색일: 2023.6.19.)

Ⅱ. 박양빈의 형법이론

1. 총론적 어프로치

박양빈 교수는 1961년 “간접정범에 대한 고찰”로 서울대 유기천 교수 지도하에 석사학위논문을 썼다. 석사 지도교수인 유기천 교수가 영미법학에 관심이 있어서였는지, 단국대학교에 와서 법학연구소의 법학논총에 처음 게재한 논문이 “미국 형법 개론 - 범죄론을 중심으로(1985)”였다.⁹⁾ 당시 한국 형법 이론은 일본 형법이 1950-1970년대에 영향을 미치고, 1970년대 이후에 독일 형법학이 주류를 이루는 가운데, 한국은행 시절 1년여간 독일에도 다녀오신 분이 미국 형법, 그것도 범죄론을 중심으로 개관한 것은 흥미로운 지점이다.

단국대 부임 1년 뒤, “고의의 범죄론상 체계적 지위”(1984)로 국민대에서 법학박사학위를 받았다. 이후 후학을 위한 논문 등 교수 초기 논문 다수가 형법 총론과 관련되어 있다.¹⁰⁾

“범죄론 체계에 있어서 고의의 위치”(1987)¹¹⁾, “구성요건이론의 발전과 고의”(1989)¹²⁾, “위법성론의 전개(1990)”¹³⁾, “인과관계와 객관적 귀속론”(1991)¹⁴⁾, “공범의 처벌근거(1991)¹⁵⁾”, “금지착오”(1992)¹⁶⁾, “죄형법정주의”(1992)¹⁷⁾, “범죄

8) 현 중부지방해양경찰청 정보외사과 정보계장으로 있는 신정훈 박사가 토론문에서 박양빈 교수를 회고하며 직접 말씀하셨다는 말을 인용하면 다음과 같다. “처음 10년은 뭘 모르고 열정만으로 강의를 했고, 그 다음 10년은 아는 것만 했고 이제야 뭔가 제대로 해 보려는데 퇴직을 하게 되었다.”라고 하시며 정년퇴직을 아쉬워하셨다고 한다. 신정훈, “죽헌 박양빈의 생애와 형법사상 토론문”, 『제10회 한국형사법학자의 생애와 학문 학술회의』, 한국형사법제사연구회·경찰법연구원·한양대 법학연구소, 2022.10.28., 31면 참조.

9) 단국대 법학논총의 역사는 1958년부터이다. 박양빈, “미국 형법 개론 - 범죄론을 중심으로”, 『법학논총』 제13집, 단국대학교 법학연구소, 1985.

10) 박양빈 교수는 “어떠한 범죄체계론을 따르던 일관성 있는 설명이 가능하게 형법 이론을 이해하는 것이 중요하다.”라고 하며 범죄체계론을 강조하였다. 신정훈, 앞의 토론문, 31면 참조.

11) 박양빈, “범죄론체계에 있어서 고의의 위치”, 『법학논총』 제14집, 단국대학교 법학연구소, 1987.

12) 박양빈, “구성요건이론의 발전과 고의”, 『법학논총』 제15집, 단국대학교 법학연구소, 1989.

13) 박양빈, “위법성론의 전개”, 『법학논총』 제16집, 단국대학교 법학연구소, 1990.

14) 박양빈, “인과관계와 객관적 귀속론”, 『金鍾源教授 華甲紀念論文集』, 1991.

15) 박양빈, “공범의 처벌근거”, 『법학논총』 제17집, 단국대학교 법학연구소, 1991.

16) 박양빈, “금지착오”, 『단국대 논문집』 제26집, 단국대학교 출판부, 1992.

17) 박양빈, “죄형법정주의”, 『법학논총』 제18집, 단국대학교 법학연구소, 1992.

론의 체계”(1993)¹⁸⁾, “기대가능성”(1993)¹⁹⁾, “불능미수”(1994)²⁰⁾, “실행의 착수”(1994)²¹⁾, “의무의 충돌”(1994)²²⁾, “조직범죄에 관한 연구”(1996)²³⁾, “결과적 가중범(1997)”²⁴⁾, “허위공문서 작성죄에 대한 간접정범”(1998)²⁵⁾, “주관적 정당화요소”(1999)²⁶⁾, “결과적 가중범의 미수”(2001)²⁷⁾를 들 수 있다. 이외에도 소수이지만, 각론에 대한 논문²⁸⁾과 학생들을 위해 작성한 고시계²⁹⁾·고시연구³⁰⁾에

-
- 18) 박양빈, “범죄론의 체계”, 『단국대 논문집』 제27집, 단국대학교 출판부, 1993.
 19) 박양빈, “기대가능성”, 『刑事法學의 現代的 課題 : 東山 孫海陸教授 華甲紀念論文集』, 1993.
 20) 박양빈, “불능미수”, 『國際航空宇宙法 및 商事法の 諸問題 : 眩谷 金斗煥 教授 華甲紀念論文集』, 1994.
 21) 박양빈, “실행의 착수”, 『석우(碩愚) 차용석 교수 화갑기념 논문집』, 1994.
 22) 박양빈, “의무의 충돌”, 『법학논총』 제20집, 단국대학교 법학연구소, 1994.
 23) 박양빈, “조직범죄에 관한 연구”, 『국제법논총』 제8권, 1996.
 24) 박양빈, “결과적 가중범-특징과 연혁”, 『단대법학』 제6집, 1997; 박양빈, “결과적 가중범”, 『現代刑事法の 爭點과 課題 : 東巖 李炯國教授 華甲紀念論文集』, 1998.
 25) 박양빈, “허위공문서 작성죄에 대한 간접정범”, 『단국대 논문집』, 단국대학교 출판부, 1998.
 26) 박양빈, “주관적 정당화요소, 현대교정학의 쟁점과 과제”, 『정감섭 박사 정년퇴임 기념논문집』, 1999.
 27) 박양빈, “결과적 가중범의 미수”, 『유일당 오선주교수 정년기념논문집』, 2001.
 28) 박양빈, “절도죄의 보호범익”, 『법학논총: 석영 안동섭 화갑기념』 제21권, 단국대학교 법학연구소, 1995.
 29) 박양빈, “제34회 사법시험, 제10회 군법무관시험 채점평”, 『고시계』, 고시계사, 1992.10., 박양빈, “(형법) 태아에 대한 상해”, 『고시계』, 고시계사, 1996.5., 박양빈, “(형법case) 주거침입·협박·강도·장물”, 『고시계』, 고시계사, 1996.9., 박양빈, “제40회 행정고시 2차시험 채점평”, 『고시계』, 고시계사, 1996.12., 박양빈, “(형법) 강간상해·치상 및 살인·치사죄”, 『고시계』, 고시계사, 2000.3.
 30) 박양빈, “[刑法의 基本問題研究-共犯論]共犯과 身分”, 『고시연구』, 고시연구사, 1991.6., 박양빈, “[刑法의 基本問題研究-違法性論]正當化 事情의 錯誤”, 『고시연구』, 고시연구사, 1992.10., 박양빈, “[刑法] 中止未遂”, 『고시연구』, 고시연구사, 1992.11., 박양빈, “[刑法] 演習-教唆罪”, 『고시연구』, 고시연구사, 1992.12., 박양빈, “[演習-刑法] 教唆罪”, 『고시연구』, 고시연구사, 1993.1., 박양빈, “[演習-刑事法] 豫備의 共犯”, 『고시연구』, 고시연구사, 1993.2., 박양빈, “[考試研究 高得點作戰-答案講評 添削模擬試驗] 模範答案·重要論點·出題意圖 및 講評-刑法”, 『고시연구』, 고시연구사, 1993.2., 박양빈, “[演習-刑法] 共犯과 身分”, 『고시연구』, 고시연구사, 1993.3., 박양빈, “[演習-刑法] 構成要件의 錯誤”, 『고시연구』, 고시연구사, 1993.5., 박양빈, “[演習-刑法] 共犯의 錯誤”, 『고시연구』, 고시연구사, 1993.6., 박양빈, “[演習-刑法] 誤想過剩防衛”, 『고시연구』, 고시연구사, 1993.7., 박양빈, “[演習-刑法] 使用竊盜·未必的 故意”, 『고시연구』, 고시연구사, 1993.9., 박양빈, “[演習-刑法] 間接正犯-實行的 着手”, 『고시연구』, 고시연구사, 1993.10., 박양빈, “[演習-刑法] 共同正犯-共同正犯의 成立範圍”, 『고시연구』, 고시연구사, 1993.11., 박양빈, “[演習-刑法] 教唆犯-未遂의 教唆 및 不能未遂”, 『고시연구』, 고시연구사, 1993.12., 박양빈, “不動産의 二重賣買와 刑事責任”, 『고시연구』, 고시연구사, 1994.2., 박양빈, “刑法 行爲論”, 『고시연구』, 고시연구사, 1994.3., 박양빈, “刑法 未遂犯”, 『고시연구』, 고시연구사, 1994.4., 박양빈, “刑法 未遂犯(2)-結果의 加重犯·不真正不作爲犯”, 『고시연구』, 고시연구사, 1994.5., 박양빈, “형법 義務의 衝突”, 『고시연구』, 고시연구사, 1994.6., 박양빈, “刑法 竊盜罪의 保護法益”, 『고시연구』, 고시연구사, 1994.7., 박양빈, “[刑法-演習] 不法領得意思”, 『고시연구』, 고시연구사, 1994.8.,

실린 다수의 글이 있다.³¹⁾

2. 의무충돌

박양빈 교수의 여러 총론적 관심 중 가장 흥미로운 논문은 “의무의 충돌”이었다. 의무충돌³²⁾은 범조문에도 존재하지 않는 부분이고, 다른 논문과 달리 박양빈 교수의 의견이 강하게 어필되어 있었기에 인상 깊었고, 최근 코로나 상황³³⁾에서 논의가 활발해진 면도 있기 때문에 그의 학설을 자세히 살펴보기로 한다.

1) 의무충돌의 의의

의무충돌이란, 둘 이상의 의무가 충돌하여 행위자가 하나의 의무만을 이행할

박양빈, “[Case대비 演習 講座 刑法] 死者의 占有 및 被害者의 處分行爲”, 「고시연구」, 고시연구사, 1994.9., 박양빈, “[刑法-演習] 竊盜罪에서의 占有”, 「고시연구」, 고시연구사, 1994.11., 박양빈, “[演習-刑法] 特殊竊盜, 親族相盜, 贓物의 橫領”, 「고시연구」, 고시연구사, 1994.12., 박양빈, “[특집 I 刑法 事例演習] 背任罪”, 「고시연구」, 고시연구사, 1995.1., 박양빈, “[刑法-演習] 詐欺罪 財産上 利益, 損害의 發生 및 三角詐欺”, 「고시연구」, 고시연구사, 1995.2., 박양빈, “[刑法-演習] 詐欺罪(2) 無錢宿泊·無錢取食·訴訟詐欺”, 「고시연구」, 고시연구사, 1995.3., 박양빈, “[演習-刑法] 詐欺罪(3) 殘錢詐欺, 無賃乘車 및 自動販賣機”, 「고시연구」, 고시연구사, 1995.5., 박양빈, “[演習-刑法] 詐欺罪(4) 不法原因給與, 寄附金詐欺, 策略竊盜, 他罪와의 관계”, 「고시연구」, 고시연구사, 1995.6., 박양빈, “[演習-刑法] 橫領罪-不法原因給與·不法原因委託과 橫領罪”, 「고시연구」, 고시연구사, 1995.7., 박양빈, “[演習-刑法] 橫領罪(3)-橫領의 客體, 使用橫領 및 共同正犯의 成否”, 「고시연구」, 고시연구사, 1995.10., 박양빈, “[演習-刑法] 占有離脫物橫領罪”, 「고시연구」, 고시연구사, 1995.12., 박양빈, “[演習-刑法] 住居侵入·竊盜·恐喝·贓物(財産罪 종합문제)”, 「고시연구」, 고시연구사, 1996.3., 박양빈, “[演習-刑法] 住居侵入·強盜傷害·承繼의 共同正犯”, 「고시연구」, 고시연구사, 1996.7., 박양빈, “[刑法-演習] 住居侵入·強姦致死·竊盜”, 「고시연구」, 고시연구사, 1996.9., 박양빈, “[特輯 刑法의 爭點問題] 結果的 加重犯”, 「고시연구」, 고시연구사, 1997.12.

- 31) 과거 학술지가 지금보다 많지 않았기 때문인지 「고시계」와 「고시연구」에 학술적으로 의미 있는 글이 다수 존재한다.
- 32) 박양빈 교수 등 학자 등이 “의무의 충돌”로 사용하고 있으나, ‘의’를 생략하는 추세를 반영하여 본문에서는 “의무충돌”, 그 외 과거 학자의 견해를 인용할 때는 그 학자가 사용한 “의무의 충돌”을 사용하기로 한다.
- 33) 코로나 상황에서 한정된 의료자원으로 치료하지 못한 환자에 대한 책임 문제를 의무충돌로 보고, 이에 관한 논의가 진행 중이다. 자세하게 이용식, “코로나 팬데믹 상황과 형법상의 의무의 충돌이론의 새로운 전개”, 「교정연구」 제30권 제2호(통권 제87호), 한국교정학회, 2020, 135-175면 참조; 독일 논의를 소개한 크리스티안 예거·요하네스 그뤼넬/신상현 역, “코로나-환자분류”와 관련하여 정당화적 의무충돌 판단에 대한 재고찰의 필요성”, 「안암법학」 제62호, 안암법학회, 2021, 701-740면 참조.

수 있는 긴급상황에서 수 개의 의무 중 하나의 의무이행으로 인해 나머지 의무를 이행하지 못한 것이 구성요건적 결과를 실현하는 경우를 의미한다.³⁴⁾ 예를 들면, ‘아버지가 익사 직전의 두 아들 중에서 한 아들만 구하고, 다른 아들을 구하지 않아 익사하게 한 경우’이다. 한편 충돌하는 의무가 법적 의무가 아니거나 외견상 의무충돌인 것처럼 보이더라도 진정한 의미의 의무충돌이 없거나 형벌 법규에 저촉되지 않는 경우, 의무충돌이라고 볼 수 없다.³⁵⁾ 즉 ‘논리적 충돌’과 ‘실질적 충돌’은 구별해야 하는데, 박양빈 교수는 연혁적 연구³⁶⁾를 하면서, 프랑크(Frank)가 이 구분을 시도하였다고 평가하였다. 예를 들어 ‘감염병 환자를 치료하는 의사에게 감염병예방법상 신고의무와 형법 제317조 업무상 비밀누설죄에서 의사의 업무상 비밀유지의무가 충돌하는 경우’, 실제로 감염병 신고 의무가 우선³⁷⁾되기 때문에, 프랑크는 이 경우를 ‘논리적 충돌’로 의무충돌이 아니라고 보았다.³⁸⁾ 즉 규범 상호 간의 관계를 명백히 함으로써 하나의 의무가 나머지 의무를 배제하여 실제로는 하나의 의무만이 남기 때문에, 형법상 의무충돌의 문제는 발생하지 않는다. 논리적 충돌은 ‘작위의무’와 ‘부작위의무’가 충돌하는 것³⁹⁾이거나, 어떤 법적 의무가 법령에 의하여 우선되는가를 검토하여야 하는 것이므로 의무충돌이라고 볼 수 없다.

34) 자세히 김준혁, “정당화적 의무충돌과 면책적 의무충돌”, 『고려법학』 제58호, 고려대학교 법학연구원, 2010, 305면 참조.

35) 박양빈, 앞의 “의무의 충돌”, 63-64면 참조.

36) 의무충돌을 처음 연구한 것은 빈딩(Binding)이었다. 박양빈 교수는 쿤(Kühn), 힌펠(Hippel), 안센(Jansen), 프랑크(Frank) 등이 연구한 내용을 정리하였다. 박양빈, 앞의 “의무의 충돌”, 65면 참조.

37) 오영근 교수는 실제로 의무 사이의 충돌은 없고, 의무의 경합이 있을 뿐이라고 한다. 오영근, 『형법총론』 [20] 43, 2006, 354면 참조.

38) 신고해야 할 작위의무와 환자의 비밀을 지킬 부작위의무가 충돌하는 경우 의무충돌이 성립하지 않는다. 이 경우 하나의 의무가 다른 의무를 제한하고 있을 뿐이다. 김준혁, 앞의 논문, 307면 참조.

39) 작위의무와 작위의무가 충돌하는 경우만 형법상 의무충돌이라고 본다. 작위의무와 부작위의무가 충돌하는 경우는 의무 긴급피난으로 긴급피난의 구조에 따라 해결하면 된다. 부작위의무와 부작위의무가 충돌하는 경우, 의무자가 모든 의무를 동시에 이행할 수 있으므로 처음부터 형법상 고찰의 대상이 되지 않는다. 장중식·진정주, “형법에 있어서 의무의 충돌의 개념”, 『법정연구』 제1권, 대구가톨릭대학교 사회과학연구소, 1992, 70면 참조; 이에 대해 윤용규 교수는 의무충돌에서 충돌하는 의무의 성격은 반드시 작위의무여야만 하는 것은 아니고, 작위의무이든 부작위 의무이든 불문한다고 본다. 작위의무와 부작위 의무충돌을 긴급피난으로 보는 입장은 의무충돌과 긴급피난간의 구별을 모호하게 한다. 왜냐하면, 작위의무와 부작위의무가 충돌할 경우에도 교량되는 것은 ‘법익’이 아니라 ‘의무’이기 때문이다. 윤용규, “의무충돌에 관한 고찰”, 『사회과학연구』 제32집, 강원대학교 논문집, 1992, 46면 참조.

한편, ‘실질적 충돌’은 둘 또는 그 이상의 의무가 동시에 이행될 수 없을 때, 즉 법적 의무를 기초로 하는 법규와는 상관 없이, 하나의 의무를 이행하면 다른 하나의 의무를 방치하는 것이다. 그러므로 형법적으로 의미있는 의무충돌은 ‘(법)논리적 충돌⁴⁰⁾’이 아닌 ‘실질적 충돌’의 경우만 의미한다고 보아야 한다.⁴¹⁾

2) 의무충돌의 법적 성질

“의무충돌의 법적 성격에 대하여서는 「불가능에 대하여서는 의무를 질 수 없다」는 원칙에 따라 정당화 사유라는 견해와 의무가 충돌되는 경우, 그 어느 것도 포기할 수 없다는 이유로 면책적 사유가 된다는 견해가 있다. 또 의무의 충돌은 법으로부터 자유로운 영역이라는 견해⁴²⁾도 있다. 법으로부터 자유로운 영역은 구성요건 판단에 앞선 문제인 바, 의무충돌이 구성요건에 해당하는 한, (독일에서 주로 주장되는)⁴³⁾ 법으로부터 자유로운 영역이라고 할 수는 없다.”⁴⁴⁾

한국에서 해결할 수 없는 동가치간 의무충돌은 크게 ‘면책적 의무충돌’과 ‘정당화적 의무충돌’로 보는 견해가 대립하고 있다.⁴⁵⁾ 사실 의무충돌이 면책사유이든 정당화 사유이든 범죄가 성립되지 않아서 불가벌이라는 점은 동일하다.⁴⁶⁾ ‘면책적 의무충돌’은 한 의무를 이행하지 않고, 한 의무만을 이행한 자에 대해 구성요건과 위법성까지 인정⁴⁷⁾하고, 책임에서 면책된다는 입장이다.⁴⁸⁾ 배종대

40) 이상돈 교수는 법논리적 충돌이라는 용어를 사용한다. 이상돈, 「형법강론」, 박영사, 2017, 233면 참조.

41) 박양빈, 앞의 “의무의 충돌”, 63-64면 참조.

42) “카우프만에 의하면 법으로부터 자유로운 영역이란, 법이 적법인가 불법인가를 평가하지 아니하고 개인의 양심에 따라 무엇을 할 것인가를 판단하도록 방임된 분야를 의미한다. 따라서 여기에 해당하는 경우, 금지된 것도 아니며 허용된 것도 아니다. 자살, 합법적 낙태, 동가치적 이익의 충돌, 동가치적 의무의 충돌이 이에 속한다.” 박양빈, 앞의 “의무의 충돌”, 67면 참조.

43) 이 문단은 박양빈 교수의 의무충돌의 법적 성격에 대한 일반론을 그대로 인용한 부분이며, 괄호 부분은 필자가 이해를 돕기 위해 넣은 부분이다.

44) 박양빈, 앞의 “의무의 충돌”, 67면 참조.

45) 자세하게 김준혁, 앞의 논문, 317-318면 참조. 필자가 파악한 정당화적 의무충돌이라고 보는 학자는 김일수, 손동권, 박양빈, 황산덕 교수, 면책적 의무충돌이라고 보는 학자는 배종대, 하태훈, 김준혁 교수 등이 있다.

46) 하태훈, “초법규적 면책사유로서의 의무의 충돌”, 「현대형사법론: 죽헌 박양빈 교수 화갑 기념논문집」, 법문사, 1996, 690면 참조.

47) 위법하지만 책임이 조각되는 행위에 대해서는 정당방위가 가능하다. 하태훈, 앞의 논문, 690면 참조.

교수는 ‘면책적 의무충돌’ 견해⁴⁹⁾를 취하는데, 생명·신체와 같은 중대한 법익과 관련되어 있는 경우, 행위자가 어느 한 의무를 선택할 수밖에 없고, 법이 불가능한 것을 요구할 수 없다는 이유로, 정당화된다고 보는 견해에 찬성할 수 없다고 한다. 어떤 경우에도 다른 생명·신체에 대한 포기가 정당한 것으로 평가되는 것은 우리 사회의 금기의 한계를 침해할 위험성이 있고, 또 한계상황의 생명도 생명이라는 사실을 일깨워 주어 쉽게 포기하는 것을 막기 위해서 면책 사유로 파악⁵⁰⁾해야 한다고 본다.⁵¹⁾ 그러나 이 학설은 둘 중 한 의무를 불이행한 사람과 두 의무 모두 불이행한 사람을 똑같이 취급한다는 비판을 받는다. 익사 위험에 처한 자식 중 하나를 구하기 힘든 상황에서 하나를 구해 낸 엄마와 두 딸을 보고도 구하지 않은 엄마에게 모두 위법행위를 했다는 꼬리표가 붙는다는 것이다.⁵²⁾

이와 달리 박양빈 교수 등은 ‘정당화적 의무충돌’이라고 파악하고 있다. 정당화적 의무충돌은 법질서에 의해 승인된 구성요건적 행위로 적법한 행위이다. 법질서가 불가능한 행위를 요구할 수 없고, 하나의 의무이행에 따른 다른 의무의 불이행은 법질서에 의하여 위법한 것이 아닌 적법한 것으로 취급되어야 한다고 보는 것이다. 앞서 ‘면책적 의무충돌’의 비판에서 지적했듯이, 하나의 의무를 이행한 자와 아무것도 하지 않은 자를 동일하게 취급하여 위법하다고 하는 것은 불합리하다. 박양빈 교수와 같이 의무충돌을 정당화적 사유로 보는 손동권 교수는 한 명이라도 구조한 자에 대해서 위법성 조각을 인정하는 것이 더 ‘인간적인 것’이라고 말한다.⁵³⁾ 비극적 상황에서 법이 두 사람 모두를 구하라고 어느 누구에게도 요구할 수 없기 때문이다.

48) 김준혁, 앞의 논문, 318면 참조.

49) 김준혁 교수도 의무충돌에서 행위자가 양심에 따라 판단하여 어느 하나의 의무를 법적으로 이행할 것을 결정했다면, 이행하지 못한 의무 위반행위는 회피불가능한 행위, 즉 적법행위가 기대불가능한 행위로 보아 책임이 조각되는 것으로 보는 것이 타당할 것이라고 주장한다. 김준혁, 앞의 논문, 321면 참조.

50) 배중대, 「형법총론」 [73] 12 의무의 충돌, 홍문사, 2022, 283면 참조.

51) 배중대 교수는 이러한 면책의 근거를 긴급피난에서 찾는데, 이는 의무의 충돌과 긴급피난은 그 본질이 다르지 않다는 전제에서 형법 제22조 긴급피난이 정당화적 긴급피난과 면책적 긴급피난으로 구별된다는 이분설에 근거한 것이다. 윤동호, “정당화와 면책의 경계와 근거”, 「한국형법학의 새로운 지평: 심은 김일수교수화갑기념논문집」, 2006, 72면 참조.

52) 안수길, “해결할 수 없는 의무충돌과 법으로부터 자유로운 영역”, 「형사정책」 제33권 제4호, 한국형사정책학회, 2022, 272면 참조.

53) 손동권, 「형법총론」 [12] 44, 율곡출판사, 2007, 210면 참조.

(1) ‘정당화적 의무충돌’의 법적 성질

① 긴급피난설

우리나라 현행 형법하에서 의무충돌 상황의 긴급성과 법적 평가기준의 유사성(보호되는 이익간의 이익교량 vs. 의무교량)때문에 의무충돌의 특수성을 인정하면서도, 긴급피난에 포함시켜 이해하는 견해가 일반적이다.⁵⁴⁾ 즉 법은 가능한 것을 명령할 뿐이라는 점에서 위법성을 인정할 수 없다는 것이다. 즉 의무충돌상황, 하나의 의무밖에 이행할 수 없는 긴급상황이 있을 것을 요한다는 점에서 긴급피난과 차이가 없다고 본다. 또한 의무충돌과 이익 충돌이 구조적으로 유사하다는 점에서 의무충돌은 긴급피난의 일종 또는 특수한 형태로 보고 있다.⁵⁵⁾ 따라서 긴급피난에서 이익형량의 원칙⁵⁶⁾이 의무충돌에서도 적용되어야 한다는 입장이다.

② 정당행위설

의무충돌을 사회상규에 반하지 않는 정당행위(형법 제20조)의 일종으로 보는 견해⁵⁷⁾이다. 의무충돌은 긴급피난의 경우에서 비교형량하는 ‘이익’이 아니고, ‘의무’이며, 이익형량의 원칙을 적용시키기도 어렵고, 긴급상황의 성질도 상이하므로, 긴급피난의 일종이라기 보다 정당행위의 일종인 ‘기타 사회상규에 위반하지 않는 행위’⁵⁸⁾라고 보는 것이 타당하다.⁵⁹⁾

③ 초법규적위법성조각사유설

형법에 의무충돌에 관한 직접적 규정이 없기 때문에 초법규적 위법성 조각사유로 보아야 한다는 주장이다.⁶⁰⁾ 의무충돌은 원래 긴급피난을 책임조각사유로

54) 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2012, 251면 참조.

55) 정영석, 「형법총론」, 삼중당, 1961, 166면 참조.

56) 상위의 가치를 보호하는 의무를 이행하는 경우에는 위법성이 조각된다. 오영근, 앞의 책, 357면 참조.

57) 김일수, 「한국형법 I」, 박영사, 1996, 629면 참조. 김일수, 손동권, 박양빈, 황산덕 교수 등이 정당행위설을 주장한다.

58) 동지의 견해로, 손동권, 「형법총론」, 율곡출판사, 2007, 210면 참조.

59) 박양빈, 앞의 “의무의 충돌”, 69면 참조; 진정주, “의무의 충돌에 관한 고찰”, 「현대형사법론: 죽헌 박양빈 교수 화갑기념논문집」, 법문사, 1996, 532면 참조.

60) 손해목, “의무의 충돌 (上)”, 「월간고시 174」, 1988.7., 36면 참조.

규정하고 있던 독일 형법하에서 초범규적 긴급피난의 하나로 취급되었다. 그러나 ‘정당행위’라는 일반적 위법성조각사유를 명문으로 규정한 우리나라에서 형법의 해석에 있어서 명문의 규정이 없다는 이유로 의무충돌을 초범규적 위법성 조각사유라고 하는 것은 타당하다고 할 수 없다.⁶¹⁾

(2) 박양빈 교수의 논증: 의무충돌과 긴급피난의 이질성

“정당행위라는 일반적 위법성조각사유를 명문으로 규정하여 초범규적 위법성 조각사유도 형법상 위법성조각사유로 규정하고 있는 현행 형법의 해석으로서는 의무의 충돌에 관한 명문 규정이 없다는 이유로 이를 초범규적 위법성 조각사유로 이해함은 부당하다. 한편, 의무의 충돌은 긴급피난과 많은 유사성이 있음에도 이질적 성격이 있음을 부인할 수 없다. 따라서 독일의 일반적 견해나 우리나라 통설에도 불구하고, 위법성조각사유에 대한 포괄적 규정인 형법 제20조 정당행위 중 ‘기타 사회상규에 위반하지 않는 행위’로 이해함이 합리적이다.”⁶²⁾

박양빈 교수는 의무충돌을 긴급피난으로 볼 수 없는 이유를 7가지로 나열하고 있다. “첫째, 긴급피난에서 ‘이익형량’과 의무충돌에서 ‘의무형량’은 다르다는 것이다.⁶³⁾ 둘째, 긴급피난에서 피난행위가 ‘적합한 수단’이어야 하는 것이 논의되지만, 의무충돌에서는 행위자에게 행위 수단을 선택할 여지가 없으므로, ‘적합한 수단’ 문제는 제기될 수 없다. 셋째, 긴급피난은 피난행위가 원칙적으로 작위 행위인 데 반해, 의무충돌은 작위와 부작위의 행위가 있다.⁶⁴⁾ 넷째, 긴급피난에 있어서 피난자가 반드시 피난행위를 하여야 하는 것은 아닌데, 의무충돌은 의무의 이행이 강제된다.⁶⁵⁾ 다섯째, 긴급피난에서 위난의 원인이 문제시되지 않는 데 대하여, 의무충돌은 실질적 충돌을 요한다. 여섯째, 긴급피난에 있

61) 박양빈, 앞의 “의무의 충돌”, 69면 참조; 이재상, “의무의 충돌”, 『고시계』, 고시계사, 1989, 111면 참조.

62) 박양빈, 앞의 “의무의 충돌”, 69면 참조.

63) 의무형량은 의무 자체의 성격, 의무의 이행으로 보호되는 이익, 이익의 대소, 위험의 정도 등을 고려하므로, 보호되는 이익간의 이익교량과는 성격이 다르다. 박양빈, 앞의 “의무의 충돌”, 71면 참조.

64) 동지의 견해로 윤동호 교수가 김일수 교수의 견해를 소개하는 글로, 윤동호, 앞의 논문, 76면 참조.

65) 긴급피난에서는 피난의무가 없지만, 의무의 충돌에서는 일정한 작위의무나 부작위의무가 존재한다. 오영근, 앞의 책, 356면 참조.

어서 ‘현재의 위난’을 요건으로 하는데, 의무충돌은 반드시 그렇지 않다. 일곱째, 긴급피난에서 충돌하는 이익이 ‘정당한 이익’인데 대하여, 의무충돌에서는 충돌하는 의무가 정당한 근거에 의하여 성립한 ‘법적 의무’⁶⁶⁾여야 한다.”⁶⁷⁾

이와 같이 박양빈 교수의 의무충돌과 긴급피난의 이질성에 대한 논증은 의무충돌 학설대립에 한 획을 그었다고 할 수 있다.⁶⁸⁾

박양빈 교수는 생명 대 생명처럼 이익형량이 불가능한 경우에도 의무 자체의 성격상 우열이 있는 경우라면 해결할 수 있는 의무충돌로 위법성이 조각된다고 하였다. 예를 들면, 위급한 환자의 요청을 받고 환자의 집으로 가던 중, 교통사고로 위급한 환자를 보고, 그냥 놔두고 요청을 받은 환자를 치료한 결과, 교통사고를 당한 환자가 사망한 경우는 동가치이지만, 의무 성격상 요청을 받은 환자가 우월한 의무였기 때문에 위법성이 조각된다고 보았다.⁶⁹⁾ 또한 의무형량에 있어 부작위 의무가 작위 의무에 우선한다고 주장하였다. 이른바 심폐기 사례인데, 의사가 심폐기 없이 생명을 유지할 수 없는 환자를 치료하던 중, 때마침 심폐기 연결 없이는 소생할 수 없는 다른 환자가 이송되었을 경우, 새로운 환자에 대한 작위 의무보다는 원래 환자에 대한 부작위 의무가 우선한다고 해석하는 것이다.⁷⁰⁾

이처럼 박양빈 교수는 동가치 의무충돌⁷¹⁾에 대해 형법 제20조 사회상규에 위배되지 않는 정당행위로 의무충돌을 바라보면서, 의무충돌 규정이 제정되어 이 문제가 입법론적으로 해결⁷²⁾되어야 한다고 주장하였다.

66) 단순히 윤리·도덕적 의무와 법적 의무가 충돌한 경우, 법적 의무를 이행한 경우 아무런 형법적 문제가 발생하지 않지만, 윤리·도덕적 의무를 이행하거나 법적 의무를 이행하지 않은 경우 위법성이 조각되지 않는다. 오영근, 앞의 책, 357면 참조.

67) 박양빈, 앞의 “의무의 충돌”, 69-70면 참조.

68) 하태훈 교수도 의무충돌에 대한 박양빈 교수의 해석학적 관점에 주목해 박양빈 교수의 화갑기념논문집에 “초법규적 면책사유로서의 의무의 충돌”이라는 논문을 작성하였다고 소식을 밝혔다. 하태훈, 앞의 논문, 690면

69) 박양빈, 앞의 “의무의 충돌”, 72면 참조.

70) 하태훈, 앞의 논문, 688면에서 심폐기 사례를 예로 들고 있다. 박양빈, 앞의 “의무의 충돌”, 74면 참조.

71) 해결할 수 없는 의무의 충돌도 선택할 수 없다는 차원에서 동가치 의무의 충돌과 같은 의미를 가지고 있으므로 양자의 구별실익이 없다는 이제상, 앞의 논문, 109면 참조.

72) 빈딩도 구 독일형법상 면책적 긴급피난 규정인 제54조 긴급피난이 의무충돌을 포함하지 못하므로 개정을 주장하였다. 박양빈, 앞의 “의무의 충돌”, 65면 참조.

3) 평가

의무충돌은 「불가능에 대하여서는 의무를 질 수 없다」 VS. 「법은 동일한 가치의 의무 중에서 어느 것도 포기할 수 없다」라는 가치 중, 어떤 가치를 우위에 두느냐의 문제라고 생각한다. 행위자의 입장에서 해결할 수 없는 영역에서, 어떤 의무의 이행을 선택하든 동가치 법익을 구조한 이상, 구성요건에 해당하고 위법하나 면책되는 영역이 아니라, 구성요건에 해당하지만, 위법성이 조각되는 정당화 사유로 보는 것이 인간적이며 타당하다. ‘면책적 의무충돌’이 주장하는 바처럼 ‘동시에 이행이 불가능한 경우’이지, ‘규범명령 자체가 불가능한 경우’가 아니므로, 위법성을 인정하고, 책임을 면제해야 한다는 견해도 있지만, 법이 우선순위를 마련해 줄 수 있는 것이 아닌 한, 어떤 의무를 선택하든 실존적 결단 사항이고, 실존적 결단이 어떤 것이든 합법적인 것은 승인해 줄 수밖에 없다⁷³⁾고 보는 것이 인간적이고, 합리적이다. 아울러 의무충돌에서 독일의 해석론이 아닌 우리나라 형법 제20조를 활용한 독자적인 논리 전개가 돋보이는 영역이라고 평가할 수 있다.

Ⅲ. 인간 존엄의 형사정책 :

자유형이 명예형이나 신체형으로 변질되어서는 안 된다

박양빈 교수는 가석방심사위원회 위원 등을 수행하면서 범죄예방을 위해 ‘교정처우’가 중요하다는 사실을 절실히 깨닫고, 이러한 연구에 매진하였다.⁷⁴⁾ 교정의 목적은 범죄자로 하여금 법을 준수케 하고 일반시민으로서 사회에 복귀하

73) 이상돈, 앞의 책, 234면 참조.

74) 박양빈, “수형자의 법적지위”, 「교정」, 1992.2., 박양빈, “교정처우의 개선책-시설 내 처우를 중심으로”, 「교정」, 1994.4., 박양빈, “행형의 이론과 실제”, 「교정연구」 No 4, 한국교정학회, 1994, 박양빈, “형벌의 본질과 처우이념”, 「교정연구」 No 5, 한국교정학회, 1995, 박양빈, “범죄자 처우와 공중참가”, 「교정연구」 No 6, 한국교정학회, 1996, 박양빈, “수형자 처우의 이론-처우의 과학화·법률화·사회화”, 「교정연구」 No 7, 한국교정학회, 1997, 박양빈, “現代行刑의 課題”, 「교정연구」 No 9, 한국교정학회, 1999, 박양빈, “사회 내 처우의 이론과 실제-보호관찰을 중심으로”, 「교정연구」 No 10, 한국교정학회, 2000, 박양빈, “범죄자 처우이념”, 「교정연구」 No 13, 한국교정학회, 2001, 박양빈, “수형자의 권리”, 「법조」 Vol. 544, 2002 등 매년 교정에 관한 연구에 매진하였다.

게 하는 이른바 ‘재사회화’에 있다.⁷⁵⁾ 그는 ‘교정처우’ 및 ‘범죄예방’은 ‘범인의 인격’을 고려해야 한다⁷⁶⁾고 믿었다. 즉 인간존엄에 바탕을 두고 교정정책을 펼쳐야 함을 강조했다. ‘자유형’은 법률에 의하여 자유를 박탈당하는 것 이외에는 일반 국민과 동일하게 이해되어야 한다고 주장했다.⁷⁷⁾

수형자의 권리보장을 이론적으로 주장한 베르톨트 프로이덴탈(Berthold Freudenthal)⁷⁸⁾의 견해를 자세히 소개한 학자도 박양빈 교수였다.

1. 수형자 권리

박양빈 교수는 프로이덴탈의 프랑크푸르트 대학 총장 취임 연설 “수형자의 국법상 지위(Die staatsrechtliche Stellung des Gefangenen, 1910)”, 독일 전형 법학잡지에 발표한 논문 “공법상의 법률관계로서의 행형(Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechtes, 1911)”, “현대법치국가에 있어서 형법과 행형(Strafrecht und Strafvollzug im Rechtsstaat, 1918)”을 소개하였다.⁷⁹⁾

1) 수형자에 대한 인식

“첫째 수형자의 권리제한은 법률에 의하여서만 가능하며, 둘째 국가와 수형자의 관계는 법률관계이며, 셋째 수형자의 권리구제제도가 마련되어야 한다.”⁸⁰⁾

프로이덴탈의 이러한 주장에도 불구하고, 당시의 일반적 이론은 국가와 수형

75) 박양빈, “21세기 교정비전과 처우의 선진방안: 21세기 교정의 진로와 과제”, 연구총서 03-16, 형사법무정책연구원, 2003.12., 72면 참조.

76) 박양빈, 앞의 “21세기 교정비전과 처우의 선진방안: 21세기 교정의 진로와 과제”, 69면 참조.

77) 과거 수형자는 법의 보호 밖(out law)개념으로 인식되어서 “수형자는 주의 노예다.”라고 한 버지니아 주법원의 판결이 1960년대까지 있었다. 1967년 윌프(Wolff)사건에 대한 연방 대법원 판결에서 수형자는 주의 노예이기 때문에 행형 당국의 권한남용에 대하여 법원은 불개입주의를 취하여 왔으나, 이 사건을 계기로 ‘개입주의’에 입각한 수형자 권리보장이 이루어졌다. 박양빈, 앞의 “21세기 교정비전과 처우의 선진방안: 21세기 교정의 진로와 과제”, 88면 참조.

78) B. Freudenthal, “Der Strafvollzug als Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechtes”, ZStW 32, 1911, S223을 참조한 박양빈, 앞의 “21세기 교정비전과 처우의 선진방안: 21세기 교정의 진로와 과제”, 88-89면 참조.

79) 박양빈, 앞의 “21세기 교정비전과 처우의 선진방안: 21세기 교정의 진로와 과제”, 88-89면 참조.

80) 박양빈, 앞의 “21세기 교정비전과 처우의 선진방안: 21세기 교정의 진로와 과제”, 89면 참조.

자의 관계를 행정적 내부관계로 보아 법치주의가 배제되는 특별권력관계로 이해⁸¹⁾하였다. 박양빈 교수는 수형자 권리보호에 제약이 된 국가와 수형자 관계를 보는 틀인 특별권력관계를 비판하였다.⁸²⁾

이후 독일에서는 특별권력관계를 수정하기 위해 특별권력관계수정론과 특별권력관계부정론이 전개되었으며, 1972년 서독 연방헌법재판소가 특별권력관계부정론을 채택하고, 1976년 ‘통일행형법’이 제정됨으로써 수형자의 권리가 확립되었다. 이후 수형자의 권리보장은 한 국가의 문제가 아니라 국제적 인권의 문제로서, 1955년 제1회 ‘국제연합 범죄방지 및 범죄인 처우에 관한 회의’에서 채택된 ‘수형자처우 최저기준규칙’(Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners), 1973년 ‘유럽 기준규칙’ 및 1988년 국제연합의 ‘피구금자보호원칙’⁸³⁾이 수형자 권리보장을 위한 국제기준으로 활용되기 시작하였다.

2) 수형자 권리확립

(1) 수형자의 기본권 : 행형법정주의

수형자 인권보장은 헌법적 요청으로, 박양빈 교수는 헌법 제10조, 헌법 제12조, 헌법 제37조 제2항을 근거로, ‘행형법정주의’를 주장하였다. 수형자가 자유형으로 제한 또는 박탈되는 기본권은 첫째, 거주이전의 자유(헌법 제14조), 직업선택의 자유(헌법 제15조)라고 보고, 둘째 법률에 의해 박탈될 수 없는 기본권으로, 양심의 자유(헌법 제19조), 종교의 자유(헌법 제20조)를 들었다. 마지막으로, 법률에 의해서만 박탈 또는 제한할 수 있는 기본권으로서 통신의 비밀(헌법 제18조), 재산권의 보장(헌법 제23조)을 들었다. 이외에 수형자는 일반 국민과 동등한 기본권이 있는 것으로 보아야 한다고 주장하였다.

81) 야코비(L. Jakobi)가 대표적이다. 야코비는 수형자는 그 인격과 능력을 형벌 목적 달성을 위하여 국가권력에 위탁한 것이며, 따라서 법률유보의 원칙 등 법치주의의 원칙을 원칙적으로 배제된다고 주장하였다. Ludwig Jacobi, Die Rechtsstellung der Strafgefangenen, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, <https://doi.org/10.1515/zstw.1930.50.1.376>을 참조한 박양빈, 앞의 “수형자의 권리”, 45, 53면 참조.

82) 법률유보의 원칙 등 법치주의의 원칙을 원칙적으로 배제하였다고 비판하였다. 박양빈, 앞의 “수형자의 권리”, 53면 참조.

83) 박양빈, 앞의 “21세기 교정비전과 처우의 선진방안: 21세기 교정의 진로와 과제”, 89면 참조.

(2) 자유형의 독자성과 순수성 주장

박양빈 교수는 프로이덴탈이 주장하는 ‘자유형의 순화’ 즉, 자유형의 독자성과 순수성을 소개하였다. ‘자유형은 자유의 박탈이지 생명형, 신체형, 명예형, 재산형, 가족형이 되어서는 안 된다’는 주장이다.

“첫째, 자유형은 생명형과 구별되어야 한다.

둘째, 신체형이어서는 안 된다.

셋째, 자유형은 수형자의 명예를 훼손해서는 안 된다.

넷째, 재산형적이거나 전 근대적인 가족형이어서는 안 된다.”⁸⁴⁾

다시 말해, 자유형은 자유박탈 외에 일체의 침해적 효과를 배제해야 한다⁸⁵⁾고 주장하였다.

(3) 수형자의 처우개선

① 근로의 권리(헌법 제32조)

“근로의 권리가 대폭 제약을 받고 있더라도, 교도작업의 종류·내용에 관해서 수형자의 완전히 자유로운 선택은 있을 수 없지만, 교정시설 측은 수형자의 희망을 고려해서 가능한 한 적합한 종류·내용의 작업을 부여하도록 노력해야 한다. (중략) 교도작업 수행 중, 상해 사고에 대한 재해보상 등에 관해서 수형자에게도 일반 노동자에 준한 취급이 이루어져야 한다.”⁸⁶⁾

② 건강하게 생활을 영위할 권리(헌법 제36조 제3항)

1999년 행형법 제29조의 2⁸⁷⁾ 개정으로 인하여 시행령에 있던 규정이 다음과

84) 박양빈, 앞의 “수형자의 권리”, 52면 참조.

85) 박양빈, 앞의 “수형자의 권리”, 47면 참조.

86) 박양빈, 앞의 “21세기 교정비전과 처우의 선진방안: 21세기 교정의 진로와 과제”, 95면 참조.

87) 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제40조(수용자의 의사에 반하는 의료조치) ① 소장은 수용자가 진료 또는 음식물의 섭취를 거부하면 의무관으로 하여금 관찰·조언 또는 설득을 하도록 하여야 한다. ② 소장은 제1항의 조치에도 불구하고 수용자가 진료 또는 음식물의 섭취를 계속 거부하여 그 생명에 위험을 가저을 급박한 우려가 있으면 의무관으로 하여금 적당한 진료 또는 영양보급 등의 조치를 하게 할 수 있다.

같이 개정되었다. “소장은 수용자가 진료 또는 음식물 섭취를 거부하여 생명에 위험을 가져올 우려가 있는 때에는 의무관으로 하여금 적당한 의료 또는 영양 보급 등의 조치를 하게 할 수 있다.”

박양빈 교수는 이 조항에 대해 개정 직후 문제점을 지적하였다.⁸⁸⁾ 이 조항은 강제급식을 취하는 법적 근거가 된다고 비판하면서, 헌법상 인권존중과 배치된다고 주장하였다.⁸⁹⁾

2008년 「형법」이 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」(약칭: 형집행법)로 개정되면서, 동법 “제40조(수용자의 의사에 반하는 의료조치) ① 소장은 수용자가 진료 또는 음식물의 섭취를 거부하면 의무관으로 하여금 관찰·조언 또는 설득을 하도록 하여야 한다. ② 소장은 제1항의 조치에도 불구하고 수용자가 진료 또는 음식물의 섭취를 계속 거부하여 그 생명에 위험을 가져올 급박한 우려가 있으면 의무관으로 하여금 적당한 진료 또는 영양보급 등의 조치를 하게 할 수 있다.”로 개정되었다. 즉 ‘의무관이 먼저 관찰·조언·설득’하는 조항이 제1항으로 들어오게 되었는데, 이것이야말로 박양빈 교수가 헌법 제36조 제3항 “모든 국민은 보건에 관하여 국가의 보호를 받는다.”에 기초하여 주장한 인권존중 사상이 반영된 것이 아닌가 한다.

또한 교정시설의 수용자의 의료문제는 국민의료와 직결된다는 문제의식으로, 유관부서인 보건복지부 업무의 중요성을 강조하면서, 교정의료의 문제점을 지적하였다.

“보건복지부는 교정시설에 공중보건의를 파견하는 것 외에는 교정의료와 관련한 어떠한 개입도 하지 않고 있으며, 보건복지부 내에 교정의료를 전담하는 부서는 물론이고 인력조차 배치되지 않은 것으로 알려졌다. 즉 교정의료 현황에 대한 감독은 물론 이에 대한 자료와 입장, 계획 등이 부재한 실정이다.”⁹⁰⁾

이와 같은 박양빈 교수의 지적은 요즘도 문제가 되고 있는 교정의료의 문제

88) 정진연 교수도 단식투쟁이 문제될 때 교정당국이 강제급식을 취하는 법적 근거를 마련한 것에 대해 헌법상 인권존중과 배치된다고 지적하고 있다. 정진연, “수형자의 인권에 관한 문제와 법적 구제”, 오선주 정년 기념 “한국 형사법학의 새로운 지평”, 「유일당 오선주교수 정년기념논문집」, 2001, 562면 참조.

89) 정진연 교수도 단식투쟁이 문제 될 때 교정당국이 강제급식을 취하는 법적 근거를 마련한 것에 대해 헌법상 인권존중과 배치된다고 지적하고 있다. 정진연, 앞의 논문, 562면 참조.

90) 박양빈, 앞의 “21세기 교정비전과 처우의 선진방안: 21세기 교정의 진료와 과제”, 208면 참조.

점을 대변해 주고 있다. 이외에도 의료인력 부족, 의료장비 부족, 외부병원 이송문제를 문제점으로 지적하고, 의료전문인력 확보, 의료전담부서 설치 및 전문인력 배치, 의료시설 및 장비의 현대화 등 개선안을 제시하였는데, 지금도 그대로 적용되는 주장이다.⁹¹⁾

특히 박양빈 교수는 2002년 대전소년원이 의료소년원으로 개원⁹²⁾되었지만, 업무 등 복합적인 기능(7호 처분 ‘병원 또는 요양소 위탁⁹³⁾’, 8·9·10호 ‘소년원 송치’)등으로 제 기능을 하지 못하고 있으므로, 의료처우 기능만을 전문적으로 실시하는 의료전문 소년원⁹⁴⁾으로 발전해야 한다고 주장하였다. 이러한 문제 의식과 의료 전문 소년원 제안은 현재 정신질환 소년원생이 지속적으로 증가⁹⁵⁾하고 있는 시점에서, 탁월한 제안이었음을 알 수 있다.

(4) 징벌법정주의

박양빈 교수는 징벌의 요건과 대상에 대해 징벌도 죄형법정주의에 준해 미리 징벌에 상당하는 규율 위반 행위와 그 행위에 대응하는 징벌의 종류, 내용을 명시해서 수형자에게 알리는 것이 필요하다고 주장하였다.⁹⁶⁾

“규율은 수형자의 개선, 재사회화에 유익한 것인 동시에 교정시설 내에 있어서 집단생활의 질서 유지상 필요한 한도에 머물러야 한다.”⁹⁷⁾ 징벌은 질서유지를 위한 간접강제의 수단으로서 행정법상 질서벌(행정처분)로 본다. 징벌은 그

91) 우리나라는 범죄의 사회적 비용 중 재산손실, 생산손실, 정신적·육체적 충격, 치료비, 피해지원 ‘결과 비용’이 높고, 재범 방지 등 범죄 예방에 드는 ‘예방비용’이 낮다. 박경래 외 2인, 「범죄 및 형사정책에 대한 법경제학적 접근(II)」, 한국형사정책연구원, 2010, 401면 참조.

92) 2022년 현재 대전소년원(대산학교) 의료인력을 보면, 의무과장 1명, 정신과전문의 4명, 간호사 9명(정신건강간호사 5명), 의료기술 2명, 정신건강임상심리사 2명으로 구성되어 있다. 그러나 정신과 전문의의 경우 시간제 일반임기제로, 수용시설임에도 불구하고 야간, 주말, 공휴일 의료처우에 제한이 있다. 배상균 외 3인, 「의료계활소년원 운영의 실효성 제고 방안 : 7호 처분을 중심으로」, 형사법무정책연구원, 2022, 41-42면 참조.

93) 2013년 7호처분에 대한 ‘위탁’도 보호소년 개념에 포섭하도록 ‘보호소년 등의 처우에 관한 법률’이 개정되어 지금은 보호소년에 대한 처우의 법적인 근거가 명확해졌다. 배상균 외 3인, 앞의 보고서, 48면 참조.

94) <https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=118889> (최종검색일: 2023.6.18.)

95) 2016년 소년원 수용된 전체 보호소년의 25.7% 즉 4명 중 1명꼴로 정신질환을 가지고 있다는 지적으로 권수진·유진, 「정신질환 소년원생의 효과적인 처우방안에 관한 연구」, 한국형사법무정책연구원, 2016, 111면 참조.

96) 박양빈, 앞의 “수형자의 권리”, 70면 참조; 남지원 기자, “소년법 3명 중 1명은 정신질환”, <https://www.khan.co.kr/national/national-general/article/202209270800001> (최종검색일: 2023.6.18.)

97) 박양빈, 앞의 “수형자의 권리”, 69면 참조.

부과 자체로서 자유형을 가중시키는 것이므로 보통의 질서벌과 같이 무제한으로 행정적 재량에 맡길 수는 없다⁹⁸⁾고 주장하였다.

“징벌은 첫째, 요건과 처벌의 대상이 되는 행위 및 제재 등에 관해서 법률로써 엄격히 규정되어야 하며, 둘째, 징벌은 다른 방법으로는 보안, 질서유지 및 재사회화 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우에 한해 최후수단으로 투입되어야 하며, 셋째, 징벌을 부과하는 경우에도 그 내용은 필요한 최소범위를 준수하여야 하며, 넷째, 징벌의 목적과 침해되는 수형자의 권리와는 균형이 유지되어야 한다. (중략) 징벌의 종류·내용은 규율 질서의 위반을 억제하는데 유효하고 필요한 범위에 그쳐야 한다.”⁹⁹⁾

이와 더불어 박양빈 교수는 1999년 행형법 개정으로 도입된 징벌유예제도¹⁰⁰⁾ 활용을 주장하였다. 당시 징벌로 ①경고, ②1월 이내의 신문·도서 열람 제한, ③2월 이내의 작업 정지, ④작업상여금의 전부 또는 일부의 삭감, ⑤2월 이내의 금치(禁置)(행형법 제46조 제2항)¹⁰¹⁾가 있었다. 이러한 징벌 외 신체벌이나 암실 금치는 금지되어야 한다고 주장하였다. 국가인권위원회가 설립된 직후였으므로, 이를 통한 수형자의 진정권과 인권을 주장하였다. 현재 구금시설 등에서 2001년부터 2021년까지 진정 접수사건만 56,245건이다.¹⁰²⁾

박양빈 교수의 주장처럼, 국가인권위원회의 수형자 진정은 건강/의료, 외부교통 권리제한, 조사, 징벌, 계구, 폭행, 가혹행위, 처우, 인격권 침해, 시설, 환경

98) 박양빈, 앞의 “수형자의 권리”, 70면 참조.

99) 박양빈, 앞의 “수형자의 권리”, 70면 참조.

100) 현행 형집행법 제114조 (징벌집행의 유예) ① 징벌위원회는 징벌을 의결하는 때에 행위의 동기 및 정황, 교정성적, 뉘우치는 정도 등 그 사정을 고려할 만한 사유가 있는 수용자에 대하여 2개월 이상 6개월 이하의 기간 내에서 징벌의 집행을 유예할 것을 의결할 수 있다. ② 소장은 징벌집행의 유예기간 중에 있는 수용자가 다시 제107조의 징벌대상 행위를 하여 징벌이 결정되면 그 유예한 징벌을 집행한다. ③ 수용자가 징벌집행을 유예 받은 후 징벌을 받음이 없이 유예기간이 지나면 그 징벌의 집행은 종료된 것으로 본다.

101) 현행 형집행법 제108조는 다음과 같이 징벌의 종류를 정하고 있다. (징벌의 종류) 1. 경고 2. 50시간 이내의 근로봉사 3. 3개월 이내의 작업장려금 삭감 4. 30일 이내의 공동행사 참가 정지 5. 30일 이내의 신문열람 제한 6. 30일 이내의 텔레비전 시청 제한 7. 30일 이내의 자비구매물품(의사가 치료를 위하여 처방한 의약품은 제외한다) 사용 제한 8. 30일 이내의 작업 정지 9. 30일 이내의 전화통화 제한 10. 30일 이내의 집필 제한 11. 30일 이내의 서신수수 제한 12. 30일 이내의 접견 제한 13. 30일 이내의 실의운동 정지 14. 30일 이내의 금치(禁置)

102) 국가인권위원회, 「2021 국가인권위원회 통계」, 2022.6., 76-78면 참조.

등 영역에서 이루어지고 있다.

2. 응보적 예방주의에서 공리적 개선주의로

박양빈 교수는 형사사법절차를 범죄자처우의 관점에서 본 3단계 분류법을 소개하였다. 재판단계의 사법적 처우(Juridical Treatment), 강제 수용시설에 수용하는 시설 내 처우(Institutional Treatment), 사회 내에서 지도·감독 하면서 개선·사회복귀를 도모하는 사회 내 처우(Community based Treatment)이다.¹⁰³⁾ 특히 각 단계에서 시민의 참여를 강조하였고, 시민의 참여야말로 범죄자의 재사회화를 위해 필요한 영역이라고 주장하였다.

1) 사회복귀처우론의 위기와 신응보론의 대두

1960년 후반부터 1970년 사이 미국에서 교화개선·사회복귀 이념에 반대하는 신응보형론이 대두하였다.¹⁰⁴⁾ 범죄인의 교화·사회복귀 이념을 실천하던 미국에서 범죄가 증가하는 것은 이러한 교화프로그램이나 사회복귀 처우가 비효율적이라는 비판이 일어난 것이다. 이러한 사회 분위기로, ‘개선모델’에서 응보를 중심으로 한 ‘공정모델’¹⁰⁵⁾이 대두되게 되었다.

한편 스칸디나비아 국가들은 시설 내 생활 조건을 사회 내 조건과 비슷하게 하고, 시설 내 ‘사회복귀훈련’에 집중하였다. 사회생활과 괴리된 낮은 수준의 수형생활을 강제하고, 수형자에게 전혀 자유를 주지 않고 열악한 사회상황 하에서 ‘사회복귀’ 훈련을 한다는 것은 ‘사상누각’¹⁰⁶⁾이라고 생각했기 때문이다. 그러나 이러한 1970년대 사회복귀형 역시 비판이 제기되었다.

103) 박양빈, 앞의 “범죄자 처우이념”, 100면 참조.

104) 박양빈, 앞의 “21세기 교정비전과 처우의 선진방안: 교정의 진로와 과제”, 284면 참조.

105) ‘공정모델’이란, 교도소는 범죄자를 처벌하는 것만 봉사하여 이외의 다른 것은 필요 없다는 것이다. 박양빈, 앞의 “범죄자 처우이념”, 103면 참조.

106) 라드부르흐의 말을 인용한 박양빈, 앞의 “21세기 교정비전과 처우의 선진방안: 21세기 교정의 진로와 과제”, 285면 참조.

2) 행형 성과 부족의 원인 분석

박양빈 교수는 재범에 빠진 원인, 석방 후 사회환경도 중요하지만, ‘개선모델’이나 ‘사회복귀처우형’이 실패한 이유는 행형 성과부족이라고 분석하였다. 그는 행형 성과부족에 대해 2가지 원인을 지적하였다. 첫째, 자유형의 형기가 반드시 행형의 효과를 올리는 데 필요하고 동시에 충분한 기간으로 결정되고 있지 않다는 점이다. 그리고 오늘날 행형학상 수형자의 개선·재사회화에 필요한 수형기간을 확실히 예측할 수 없다는 점도 강조하였다. 그러므로, ‘응보적 정의’에 의한 ‘공정한 처우’가 중시되는 재판단계에서 범죄자의 개선 가능성에 대한 고려가 요청되고, 유예제도의 적극적 활성화가 요청된다고 주장하였다. 둘째, 행형시설에서 처우에 필요한 모든 설비가 완비될 수 없다는 점을 지적하였다. 일정 기간 내에 모든 수형자를 완전히 재사회화할 수 없다. 수형자 중에는 현저히 개선이 곤란한 반사회적 성격을 가진 자 내지 상당 정도의 정신장애자도 포함되어 있다. 한편, 정신상태도 정상이고, 개선이 가능한 수형자를 형사시설에 구금하는 것 자체가 오히려 재사회화를 방해할 수 있다고 주장하였다.

3) 범죄자의 개선 가능성을 고려한 양형 산정 및 행형을 위한 물적·인적 인프라 구축

“현재의 형법에서는 자유형의 형기 산정에서 처우의 효과만을 고려할 수는 없다. 다만 범죄자의 개선 가능성을 기초로 하여, 보다 활성화된 양형의 운영을 법관에게 촉구하여야 한다. 국가의 재정확충으로 시설의 확충, 교정공무원의 증원 내지 질적 향상을 위한 노력을 촉구하여야 한다. 행형의 단계에서도 재판에서 확인된 범죄에 대한 충분한 고려를 해야 한다. 범죄자의 소질 및 환경을 과학적으로 규명함으로써 개선, 재사회화의 효과를 기대할 수 있기 때문이다. 재범 방지를 위해서 석방 후 보호에도 적극적인 배려가 필요하다. 석방자의 생활환경을 안정시키는 것은 재사회화에 불가결한 의미를 가진다.”¹⁰⁷⁾

박양빈 교수는 자유형 집행에 행형 이념 실현을 방해하는 요소가 많다는 것을 솔직히 인정하고, 행형 이념 실현을 방해하는 제약을 조금씩이라도 제거하

107) 박양빈, 앞의 “형벌의 본질과 처우이념”, 25면 참조.

는 것이 앞으로의 과제라는 제언을 하였다.

3. 시민이 참여하는 교정

1) 교정에서 시민참여의 의의

범죄자 처우의 최종목표는 사회복귀이다. 우리나라는 낙인이 심하고, 사회구성원 협력없이 범죄자의 사회복귀가 힘들다.

“시민사회는 범죄를 미연에 방지하고 적은 악이라도, 이를 악이라고 할 수 있는 용기와 자유가 있으며 또 이는 지지되어야 한다. 따라서 시민은 범죄의 문제를 스스로 문제로서 이를 적극적으로 해결하지 않으면 안 된다. 형사법에서 시민의 협력과 참가는 당연하며 필요한 것이라고 볼 수 있다.”¹⁰⁸⁾

형사사법에서 시민참여는 수사의 이해와 협력, 지역문제로서 범죄 대책, 시설 내·사회 내 자원봉사활동, 시민의 재판 관여 등으로 말할 수 있다.¹⁰⁹⁾ 현재 민간이 참여하고 있는 경우는 교정위원과 소년보호위원으로 나뉘는데, 교정위원인 경우 교화분야, 종교분야, 교육분야, 의료분야이다.¹¹⁰⁾ 다양한 전문가 교류로 시민의 참가가 풍부해질 수 있다.

박양빈 교수는 범죄예방위원 증가를 주장하였다. 이를 위해 전문적 교육이나 워크샵, 세미나 등 자신감과 사명감을 가지고 업무를 수행할 수 있는 여건을 만드는 것이 필요하다¹¹¹⁾고 주장하였다. 그러나 무엇보다 중요한 시민의 이해와 협력이 필요한 분야는 시설 내 처우보다는 사회 내 처우임을 강조했다.

2) 시민참여의 한계

박양빈 교수는 시민의 참여를 지지하였지만, 시민참여의 한계에 대해서도 지

108) 박양빈, 앞의 “범죄자 처우와 공중참가”, 1면 참조.

109) 박양빈, 앞의 “범죄자 처우와 공중참가”, 2면 참조.

110) 법무연수원, 「2021 범죄백서」, 2022, 491-502면 참조.

111) 박양빈, 앞의 “21세기 교정비전과 처우의 선진방안: 21세기 교정의 진로와 과제”, 178면 참조.

적했다. 특히 교화위원 내지 종교위원이 자격을 이용하여 토착비리의 온상이 되는 것을 경계했다. 또한 자원봉사자는 공무원도 아니고 전문가도 아니므로 효과적인 교정·교화기법을 사용하는데 한계가 있다는 점을 지적하였다.¹¹²⁾

3) 교정당국의 개선방안 : 민간인 이용이 아닌 상호협조 인식전환

교정당국은 시민참여를 확대하기 위해서 단순히 민간인을 이용한다는 자세에서 상호협조한다는 인식의 전환이 필요하다¹¹³⁾고 주장하였다. 교정활동을 포함한 형사정책 전반에 주도적 시민이 당사자가 되어야 한다고 주장하였다. 범죄자가 사회에 복귀하기 위하여는 사회구성원의 협력 없이는 사회복귀가 불가능하다는 점을 다시 한번 강조했다.

IV. 맺으며

박양빈 교수의 형법사상은 한마디로 ‘인간존중·인간존엄’이다. 총론 중 ‘의무의 충돌’ 역시 ‘불가능에 대하여서는 의무를 지울 수 없다’는 인간존중·인간존엄의 관점에서 접근하여, 형법 제20조 정당화 사유로 본 것이다. 범죄인정의 합리성과 피고인의 인권보장¹¹⁴⁾의 두 마리 토끼를 잡은 것이다.

이러한 ‘인간존중·인간존엄’의 사상은 교정정책, 형사정책에도 반영되었다. 형사법학회, 교정학회 회장을 하면서, 수형자의 권리보장에 힘썼으며, 그것이 특별한 것이 아니라 인간존엄과 자유형의 본질상 당연한 귀결임을 밝혔다. 교정의 현실적 애로, 반사회복귀 처우론(신응보론)에 대한 비판적 검토와 교정의 현실적 한계에 대한 극복으로 시민참가 및 사법적 처우의 보안을 제시하였다.

수형자의 재사회화, 수형자의 법적 지위 확립, 교정조직 활성화 및 교정의 시민참가 등 교정발전을 위한 일반적·추상적 접근을 연구하는 한편, 교정의 민영화, 의료교정행정, 정신장애자에 대한 특별처우, 외국인 범죄자, 고령 범죄자 및 소년범죄자 처우 등 구체적·현실적 연구도 시도하고 이에 대한 대책을 제

112) 박양빈, 앞의 “21세기 교정비전과 처우의 선진방안: 21세기 교정의 진로와 과제”, 177면 참조.

113) 박양빈, 앞의 “21세기 교정비전과 처우의 선진방안: 21세기 교정의 진로와 과제”, 178면 참조.

114) 박양빈, 앞의 “의무의 충돌”, 80면 참조.

시하였다.¹¹⁵⁾

특히 고령 수형자를 위한 노인교도소 신설¹¹⁶⁾이라든지, 의료소년원 활성화를 주장하였다. 가족관계 회복을 위한 가석방의 적극적 고려도 주장하였다.¹¹⁷⁾ 범죄자에게 응보가 형벌의 목적이라고 주장하는 학자들에 대해, 수형자의 법적 지위에 관해 프로이덴탈의 주장을 소개하면서 ‘자유형의 순화’를 강조하며, 수형자의 권리구제에 이바지 했다.

수형자 법적 지위에 관해 수형자의 권리제한은 법률에 의하지 않으면 안 되며, 행형을 법률관계로, 즉 국가와 수형자의 권리의무의 관계로 이해하여야 하며, 실질적인 수형자 법적 지위 보호장치인 권리구제제도의 확립을 주장하였다. 이러한 수형자 인권보장은 헌법적 요청이며, 행형목적 달성이라는 요청에도 부합한다¹¹⁸⁾고 주장하였다. 사법단계에서 처우의 과학화, 분류처우, 누진처우, 정확한 분류조사 전제, 수형자에 대한 정확한 진단과 예측이 필요¹¹⁹⁾하다고도 주장하였다.

다시 한번 강조하지만, 박양빈 교수는 인간존엄·인간존중 사상에 기초한 형벌을 주장하였다. 형벌에 의한 자유 박탈은 수형자의 인격 부정이 아니며, 수형자의 주체적 인격을 인정하고, 자발적·적극적인 개선·재사회화를 기대하여야 하는 것임을 강조했다. 수형자는 단지 수동적인 행형의 객체가 아니라 행형에 대해 자발적·능동적 협력관계로 설정하여야 한다고 주장하였다. 우리는 수형자의 권리문제가 단순히 이론상 학문상 문제가 아니고, 현실적, 실천적 문제임을 깨달아야 할 것이다.

투고일 : 2023.5.20. / 심사완료일 : 2023.6.11. / 게재확정일 : 2023.6.15.

115) 박양빈, 앞의 “21세기 교정비전과 처우의 선진방안: 21세기 교정의 진로와 과제”, 278면 참조.

116) 박양빈, 앞의 “21세기 교정비전과 처우의 선진방안: 21세기 교정의 진로와 과제”, 254면 참조.

117) 박양빈, 앞의 “21세기 교정비전과 처우의 선진방안: 21세기 교정의 진로와 과제”, 255면 참조.

118) 박양빈, 앞의 “21세기 교정비전과 처우의 선진방안: 21세기 교정의 진로와 과제”, 276면 참조.

119) 박양빈, 앞의 “수형자 처우의 이론-처우의 과학화·법률화·사회화”, 11-14면 참조.

[참고문헌]

- 박양빈, “미국 형법 개론 - 범죄론을 중심으로”, 「법학논총」 제13집, 단국대학교 법학연구소, 1985.
- _____, “범죄론체계에 있어서 고의의 위치”, 「법학논총」 제14집, 단국대학교 법학연구소, 1987.
- _____, “구성요건이론의 발전과 고의”, 「법학논총」 제15집, 단국대학교 법학연구소, 1989.
- _____, “위법성론의 전개”, 「법학논총」 제16집, 단국대학교 법학연구소, 1990.
- _____, “인과관계와 객관적 귀속론”, 「金鍾源教授 華甲紀念論文集」, 1991.
- _____, “공범의 처벌근거”, 「법학논총」 제17집, 단국대학교 법학연구소, 1991.
- _____, “금지착오”, 「단국대 논문집」 제26집, 단국대학교 출판부, 1992.
- _____, “죄형법정주의”, 「법학논총」 제18집, 단국대학교 법학연구소, 1992.
- _____, “범죄론의 체계”, 「단국대 논문집」 제27집, 단국대학교 출판부, 1993.
- _____, “기대가능성”, 「刑事法學의 現代的 課題 : 東山孫海睦教授 華甲紀念論文集」, 1993.
- _____, “불능미수”, 「國際航空宇宙法 및 商事法の 諸問題 : 眩谷 金斗煥 教授 華甲紀念論文集」, 1994.
- _____, “실행의 착수”, 「석우(碩愚) 차용석 교수 화갑기념 논문집」, 1994.
- _____, “의무의 충돌”, 「법학논총」 제20집, 단국대학교 법학연구소, 1994.
- _____, “조직범죄에 관한 연구”, 「국제법논총」 제8권, 1996.
- _____, “결과적 가중범-특징과 연혁”, 「단대법학」 제6집, 1997
- _____, “결과적 가중범”, 「現代刑事法의 爭點과 課題 : 東巖 李炯國教授 華甲紀念論文集」, 1998.
- _____, “허위공문서 작성죄에 대한 간접정범”, 「단국대 논문집」, 단국대학교 출판부, 1998.
- _____, “주관적 정당화요소, 현대교정학의 쟁점과 과제”, 「정갑섭 박사 정년퇴임 기념논문집」, 1999.
- _____, “결과적 가중범의 미수”, 「유일당 오선주교수 정년기념논문집」, 2001.
- _____, “절도죄의 보호범익”, 「법학논총: 석영 안동섭 화갑기념」 제21권, 단국대학교 법학연구소, 1995.
- _____, “수형자의 범적지위”, 「교정」, 1992.
- _____, “교정처우의 개선책-시설 내 처우를 중심으로”, 「교정」, 1994.

- _____, “행형의 이론과 실제”, 「교정연구」 No 4, 한국교정학회, 1994.
- _____, “형벌의 본질과 처우이념”, 「교정연구」 No 5, 한국교정학회, 1995.
- _____, “범죄자 처우와 공중참가”, 「교정연구」 No 6, 한국교정학회, 1996.
- _____, “수형자 처우의 이론-처우의 과학화·법률화·사회화”, 「교정연구」 No 7, 한국교정학회, 1997.
- _____, “現代行刑의 課題”, 「교정연구」 No 9, 한국교정학회, 1999.
- _____, “사회 내 처우의 이론과 실제-보호관찰을 중심으로”, 「교정연구」 No 10, 한국교정학회, 2000.
- _____, “범죄자 처우이념”, 「교정연구」 No 13, 한국교정학회, 2001.
- _____, “수형자의 권리”, 「법조」 Vol. 544, 2002.
- _____, “21세기 교정비전과 처우의 선진방안: 21세기 교정의 진로와 과제”, 연구총서 03-16, 형사법무정책연구원, 2003.
- _____, “제34회 사법시험, 제10회 군법무관시험 채점평”, 「고시계」, 고시계사, 1992.
- _____, “(형법) 태아에 대한 상해”, 「고시계」, 고시계사, 1996.
- _____, “(형법case) 주거침입·협박·강도·장물”, 「고시계」, 고시계사, 1996.
- _____, “제40회 행정고시 2차시험 채점평”, 「고시계」, 고시계사, 1996.
- _____, “(형법) 강간상해·치상 및 살인·치사죄”, 「고시계」, 고시계사, 2000.
- _____, “[刑法의 基本問題研究-共犯論] 共犯과 身分”, 「고시연구」, 고시연구사, 1991.
- _____, “[刑法의 基本問題研究-違法性論] 正當化 事情의 錯誤”, 「고시연구」, 고시연구사, 1992.
- _____, “[刑法] 中止未遂”, 「고시연구」, 고시연구사, 1992.
- _____, “[刑法] 演習-教唆罪”, 「고시연구」, 고시연구사, 1992.
- _____, “[演習-刑法] 教唆罪”, 「고시연구」, 고시연구사, 1993.
- _____, “[演習-刑事法] 豫備의 共犯”, 「고시연구」, 고시연구사, 1993.
- _____, “[考試研究 高得點作戰-答案講評 添削模擬試驗] 模範答案·重要論點·出題意圖 및 講評-刑法”, 「고시연구」, 고시연구사, 1993.
- _____, “[演習-刑法] 共犯과 身分”, 「고시연구」, 고시연구사, 1993.
- _____, “[演習-刑法] 構成要件의 錯誤”, 「고시연구」, 고시연구사, 1993.
- _____, “[演習-刑法] 共犯의 錯誤”, 「고시연구」, 고시연구사, 1993.
- _____, “[演習-刑法] 誤想過剩防衛”, 「고시연구」, 고시연구사, 1993.
- _____, “[演習-刑法] 使用竊盜·未必的 故意”, 「고시연구」, 고시연구사, 1993.
- _____, “[演習-刑法] 間接正犯-實行的 着手”, 「고시연구」, 고시연구사, 1993.
- _____, “[演習-刑法] 共同正犯-共同正犯의 成立範圍”, 「고시연구」, 고시연구사, 1993.

- _____, “[演習-刑法] 教唆犯-未遂의 教唆 및 不能未遂”, 「고시연구」, 고시연구사, 1993.
- _____, “不動産의 二重賣買와 刑事責任”, 「고시연구」, 고시연구사, 1994.
- _____, “刑法 行爲論”, 「고시연구」, 고시연구사, 1994.
- _____, “刑法 未遂犯”, 「고시연구」, 고시연구사, 1994.
- _____, “刑法 未遂犯(2)-結果的 加重犯.不眞正不作爲犯”, 「고시연구」, 고시연구사, 1994.
- _____, “형법 義務의 衝突”, 「고시연구」, 고시연구사, 1994.
- _____, “刑法 竊盜罪의 保護法益”, 「고시연구」, 고시연구사, 1994.
- _____, “[刑法-演習] 不法領得意思”, 「고시연구」, 고시연구사, 1994.
- _____, “[Case대비 演習 講座 刑法] 死者의 占有 및 被害者의 處分行爲”, 「고시연구」, 고시연구사, 1994.
- _____, “[刑法-演習] 竊盜罪에서의 占有”, 「고시연구」, 고시연구사, 1994.
- _____, “[演習-刑法] 特殊竊盜, 親族相盜, 贓物의 橫領”, 「고시연구」, 고시연구사, 1994.
- _____, “[특집 I 刑法 事例演習] 背任罪”, 「고시연구」, 고시연구사, 1995.
- _____, “[刑法-演習] 詐欺罪 財産上 利益, 損害의 發生 및 三角詐欺”, 「고시연구」, 고시연구사, 1995.
- _____, “[刑法-演習] 詐欺罪(2) 無錢宿泊·無錢取食·訴訟詐欺”, 「고시연구」, 고시연구사, 1995.
- _____, “[演習-刑法] 詐欺罪(3) 殘錢詐欺, 無賃乘車 및 自動販賣機”, 「고시연구」, 고시연구사, 1995.
- _____, “[演習-刑法] 詐欺罪(4) 不法原因給與, 寄附金詐欺, 策略竊盜, 他罪와의 關係”, 「고시연구」, 고시연구사, 1995.
- _____, “[演習-刑法] 橫領罪-不法原因給與·不法原因委託과 橫領罪”, 「고시연구」, 고시연구사, 1995.
- _____, “[演習-刑法] 橫領罪(3)-橫領의 客體, 使用橫領 및 共同正犯의 成否”, 「고시연구」, 고시연구사, 1995.
- _____, “[演習-刑法] 占有離脫物橫領罪”, 「고시연구」, 고시연구사, 1995.
- _____, “[演習-刑法] 住居侵入·竊盜·恐喝·贓物(財産罪 종합문제)”, 「고시연구」, 고시연구사, 1996.
- _____, “[演習-刑法] 住居侵入·強盜傷害·承繼的 共同正犯”, 「고시연구」, 고시연구사, 1996.
- _____, “[刑法-演習] 住居侵入·強姦致死·竊盜”, 「고시연구」, 고시연구사, 1996.
- _____, “[特輯 刑法의 爭點問題] 結果的 加重犯”, 「고시연구」, 고시연구사, 1997.

<단행본 교과서>

- 김일수, 「한국형법 I」, 박영사, 1996.
배종대, 「형법총론」, 홍문사, 2022.
손동권, 「형법총론」, 율곡출판사, 2007.
오영근, 「형법총론」, 박영사, 2006.
이상돈, 「형법강론」, 박영사, 2017.
이재상, 「형법총론」, 박영사, 2012.
정영석, 「형법총론」, 삼중당, 1961.
황산덕, 「형법총론」, 위성문화사, 1956.

<연구보고서>

- 국가인권위원회, 「2021 국가인권위원회 통계」, 2022.
권수진·유진, 「정신질환 소년원생의 효과적인 처우방안에 관한 연구」, 한국형사
법무정책연구원, 2016.
박경래 외 2인, 「범죄 및 형사정책에 대한 범경제학적 접근(II)」, 한국형사정책연
구원, 2010.
법무연수원, 「2021 범죄백서」, 2022.
배상균 외 3인, 「의료재활소년원 운영의 실효성 제고 방안 : 7호 처분을 중심으로」,
형사법무정책연구원, 2022.

<논문 및 토론문>

- 김준혁, “정당화적 의무충돌과 면책적 의무충돌”, 「고려법학」 제58호, 고려대학교
법학연구원, 2010.
손해목, “의무의 충돌 (上)”, 「월간고시 174」, 1988.
신정훈, “죽헌 박양빈의 생애와 형법사상 토론문”, 「제10회 한국형사법학자의 생
애와 학문 학술회의」, 한국형사법제사연구회·경찰법연구원·한양대 법학
연구소, 2022.
안수길, “해결할 수 없는 의무충돌과 법으로부터 자유로운 영역”, 「형사정책」 제33권
제4호, 한국형사정책학회, 2022.
윤동호, “정당화와 면책의 경계와 근거”, 「한국형법학의 새로운 지평: 심온 김일수
교수화갑기념논문집」, 2006.
윤용규, “의무충돌에 관한 고찰”, 「사회과학연구」 제32집, 강원대학교 논문집, 1992.
이용식, “코로나 팬데믹 상황과 형법상 의무의 충돌이론의 새로운 전개”, 「교정연구」

- 제30권 제2호(통권 제87호), 한국교정학회, 2020.
- 이재상, “의무의 충돌”, 『고시계』, 고시계사, 1989.
- 장중식·전정주, “형법에 있어서 의무의 충돌의 개념”, 『법정연구』 제1권, 대구가톨릭대학교 사회과학연구소, 1992.
- 전정주, “의무의 충돌에 관한 고찰”, 『현대형사법론: 죽헌 박양빈 교수 화갑기념논문집』, 법문사, 1996.
- 정진연, “수형자의 인권에 관한 문제와 법적 구제”, 오선주 정년 기념 “한국 형사법학의 새로운 지평”, 『유일당 오선주교수 정년기념논문집』, 2001.
- 크리스티안 예거·요하네스 그뤼델/신상현 역, “‘코로나-환자분류’와 관련하여 정당화적 의무충돌 판단에 대한 재고찰의 필요성”, 『안암법학』 제62호, 안암법학회, 2021.
- 하태훈, “초법규적 면책사유로서의 의무의 충돌”, 『현대형사법론: 죽헌 박양빈 교수 화갑기념논문집』, 법문사, 1996.

[국문초록]

죽헌(竹軒) 박양빈의 인간존엄 형법이론과 형사정책

이 정 민*

박양빈 교수의 형법사상은 한마디로 ‘인간존중·인간존엄’이다. 총론 중 ‘의무의 충돌’ 역시 인간존중·인간존엄의 관점에서 접근하여, 형법 제20조 정당화사유로 보았다. 범죄인정의 합리성과 피고인의 인권보장 두 마리 토끼를 잡은 것이다.

이러한 ‘인간존중·인간존엄’의 사상은 교정정책, 형사정책에도 반영되었다. 형사법학회, 교정학회 회장을 하시면서, 수형자의 권리보장에 힘썼으며, 그것이 특별한 것이 아니라 인간존엄과 자유형의 본질상 당연한 귀결임을 밝혔다. 교정의 현실적 애로, 반사회복귀 처우론(신응보론)에 대한 비판적 검토와 교정의 현실적 한계에 대한 극복으로 시민참가 및 사법적 처우의 보완을 제시하였다.

수형자의 재사회화, 수형자의 법적 지위 확립, 교정조직 활성화 및 교정의 시민참가 등 교정발전을 위한 일반적·추상적 접근을 연구하는 한편, 교정의 민영화, 의료교정행정, 정신장애자에 대한 특별처우, 외국인 범죄자, 고령 범죄자 및 소년범죄자 처우 등 구체적·현실적 연구도 시도하고 이에 대한 대책을 제시하였다.

특히 고령 수형자를 위한 노인교도소 신설이라든지, 의료소년원 활성화를 주장하였다. 가족관계 회복을 위한 가석방의 적극적 고려도 주장하였다. 범죄자에게 응보가 형벌의 목적인다고 주장하는 학자들에 대해, 수형자의 법적 지위에 관해 프로이덴탈의 주장을 소개하면서 자유형이 신체형이 되어서는 안 된다는 ‘자유형의 순화’를 강조하며, 수형자의 권리구제에 이바지했다.

수형자 법적 지위에 관해 수형자의 권리제한은 법률에 의하지 않으면 안 되며, 행형을 법률관계로, 즉 국가와 수형자의 권리의무의 관계로 이해하여야 하며, 실질적인 수형자 법적 지위 보호장치인 권리구제제도의 확립을 주장하였다. 이러한 수형자 인권보장은 헌법적 요청이며, 행형목적 달성이라는 요청에도 부

* 단국대학교 법과대학 법학과 교수, 법학박사.

합하는 것이었다. 사법단계에서 처우의 과학화, 분류처우, 누진처우, 정확한 분류조사 전제, 수형자에 대한 정확한 진단과 예측이 필요하다고도 주장하였다.

다시 한번 강조하지만, 박양빈 교수는 인간존엄·인간존중 사상에 기초한 형법과 형벌을 주장하였다. 형벌에 의한 자유 박탈은 수형자의 인격 부정이 아니며, 수형자의 주체적 인격을 인정하고, 자발적·적극적인 개선·재사회화를 기대하여야 하는 것이다. 수형자는 단지 수동적인 행형의 객체가 아니라 행형에 대해 자발적·능동적 협력관계로 설정하여야 한다고 주장하였다. 우리는 수형자의 권리문제가 단순히 이론상 학문상 문제가 아니고, 현실적, 실천적 문제임을 깨달아야 할 것이다.

주제어 : 박양빈, 죽헌, 수형자 권리, 의무의 충돌(의무충돌), 인간존엄

[Abstract]

The Life and Criminal Justice of Park Yangbin

Jungmin Lee*

Prof. Yangbin Park's idea of criminal law is 'human respect and human dignity'. In this article, the conflict of obligations is also approached from the perspective of human respect and human dignity, and is viewed as a justification for Article 20 of the Criminal Code.

This idea of 'human respect and human dignity' was also reflected in correctional and criminal policies. As president of the Criminal Law Society and the Correctional Society, he worked to ensure the rights of prisoners and revealed that it is not something special but a natural consequence of human dignity and freedom. He critically examined the realistic difficulties of correction and the theory of anti-social rehabilitation (neo-correctional theory) and proposed the complement of civic participation and judicial treatment to overcome the realistic limitations of correction.

In addition to studying general and abstract approaches to correctional development such as resocialization of prisoners, establishment of legal status of prisoners, revitalization of correctional organizations, and citizen participation in correction, he also attempted to study specific and realistic issues such as privatization of correction, medical correctional administration, special treatment of the mentally disabled, and treatment of foreign criminals, elderly criminals, and juvenile offenders, and proposed measures for them.

On the legal status of prisoners, he argued that the restriction of prisoners' rights should be based on the law, and that behavior should be understood as a legal relationship, i.e., the relationship between the state and prisoners'

* Dankook University, Department of Law, Professor, Ph.D.in Law.

rights and obligations, and advocated the establishment of a rights remedy system as a practical protection of prisoners' legal status. It was argued that such a guarantee of prisoners' human rights is a constitutional request and is consistent with the request to fulfill the purpose of execution.

Key words : Park Yangbin, Juk hun, the rights of prisoners, conflict of obligations, human dignity

