

중국형법 정황범(情節犯) 연구

오 창 식*

〈국문초록〉

범죄는 사회에 위해를 초래하는 일정이상의 형사 위법적 행위로 정의하든, 구성요건에 해당하며 위법하고 유책한 행위로 정의하든 각국의 형사법체계는 형사범죄의 정의와 그에 적절한 형벌의 설정에 고민해 왔다. 범죄의 성격에 기초하여 처벌을 정하는 방식이나 범죄의 성격적 기술을 포함하여 일정한 정량적인 요청을 추가적으로 기술하는 방식은 각국의 문화적, 사회적, 법률적 배경 하에 채택하는 입법방식인 바, 중국은 입법에서 범죄의 성격과 정량적인 기술을 함께 요청하는 방식을 채택하여 일정 이상의 불법행위에 대해서만 범죄로 규정, 형벌을 부과하였다. 범죄에서의 정량적 요청은 죄와 비죄의 구분을 가능하게 하여 경미한 불법행위에 대해서는 형사처벌보다 행정적 계도와 민사적 화해를 유도하여 비범죄화할 수 있어 교정을 실시하되 과도한 처벌로 인한 전과자의 낙인을 미연에 방지할 수 있어 특별예방효과를 제고할 수 있다.

구성요건에 부합되는 범죄의 성질적 요소만으로 범죄를 구성할 수 있는가? 일정 이상의 위법적인 행위만을 처벌하지 않고 경미한 위법에 대해서도 형벌의 잣대를 적용하는 것이 형사정의 실현이 부합하는 결론인가? 이러한 물음에 답하기 위해 세계 각국에서는 자국의 법률적 문화토대 위에 입법적인 선언규정으로 정성적인 부분과 정량적인 부분을 함께 강조하거나 사법적 해석 작용과 형법이론을 통해 정량적인 부분을 보충하기도 한다.

79년 형법은 범죄에 대한 성질을 규명하고 또한 일정한 수량적인 요청을 부가한 정성(定性)·정량(定量)적 입법방식을 취하였으며, 형법 총칙과 각칙에 다양한 정량적 요건을 기술하여 일정 이상의 사회위해성이 있는 행위에 대해 범죄로 규명, 그에 상응하는 형벌을 부과하였다. 비록 중국 형사법의 정량적 제한은 독특한 중국적 법적 근간에서 탄생된 것이지만, 죄형법정주의의 요청상 조속히 폐지되어 국민들의 예측가능성과 법관의 자의적 법률 집행을 예방하자는 의견들도 제시되었지만 97년 수정형법은 79년의 형법의 정성(定性)·정량(定量)적 입법방식을 그대로 채택하여 현재 중국 형법전에는 다수의 정량적 요소가 존재하며, 특히 정황(情節)이라는 모호하고 개괄적인 정량적 요소를 총칙과 각칙의 규정에 설정하여 다양한 범죄적 상황에 정황범이라는 개념으로 대처하고 있다.

중국 형법에 존재하는 다양한 정황범들은 상이한 성질, 행위 자체의 사회위해성 그리고 행위자의 인신위험성 차이 등으로 인해 정황에 대한 구성요건적 요구사항이 일치하지 않는다. 문제는 형법에 존재하는 다수의 정황범 조문 중에서 일부의

* 청화대학교 법학 박사, 함안경찰서 생활안전과장 경정

경우는 사법해석이 존재하여 법관을 포함한 사법종사자들이 참고를 하거나 판결의 근거로 삼을 수 있지만, 일부의 정황범에 대한 사법해석이 존재하지 않아 사법종사자들은 자신의 경험이나 유사하다고 판단되는 정황범들의 사법해석을 근거로 하여 정황범을 해석하여 지역과 시간의 차이에 따른 상이한 판결이 도출되고, 심지어 같은 지역의 다른 법관은 자기의 소신에 근거하여 다른 판결을 내려 사법의 공정성에 심각한 영향을 미쳤다.

주제어 : 정황범, 정황, 사회적 위해성, 정성적 입법방식, 정량적 입법방식

• 투고일 : 2018.02.27. / 심사일 : 2018.04.16. / 게재확정일 : 2018.04.20.

I. 들어가는 글

(1) 2016년 4월, 새벽 두시까지 지인과 음주를 하였던 악XX는 군사지역에 차량을 주차하였던 차량을 다른 곳으로 이동하라는 교통경찰의 지시를 듣고 운전하여 지정 장소에 정차한 후 주정차 위반의 스티커를 발부받는 동안 교통경찰은 악XX의 술 냄새를 근거로 혈액채취를 실시하였고 이를 토대로 단속수치 이상의 혈중알콜 상태를 확인하였다.

(2) 주XX는 2013년 2월, 뽕코우시 건설은행에서 인터넷뱅킹을 신청하던 중, 위조된 신분증과 진짜 신분증 두 개를 한꺼번에 은행 직원에게 제출하였다가 위조된 신분증은 2009년 6월 신분증을 분실하여 새로운 신분증을 발급하는 시간이 오래 걸려서 40 위엔을 주고 위조신분증을 구입하였다고 진술하여 은행직원의 제보로 경찰에 입건되었다.

(3) 1993년 7월, 사XX가 탕XX의 얼굴을 칼로 상처를 입혀 출근을 하지 못해 직장에서 쫓겨 난 것에 불만을 품은 탕XX는 1997년 3월 24일, 길거리에서 우연히 만난 사XX의 머리를 칼로 1회 내려서 두부에 손상을 입히고, 우측 어깨를 1회 공격하여 옷이 찢어지고 피부가 상하자, 사XX는公安기관에 직접 신고하여 검거되었다.

음주운전, 신분증 위조, 칼이라는 흉기로 상처를 입힌 케이스 (1) ~ (3)은 어떤 범죄를 구성하며, 어떤 처벌을 받았을까? 전형적인 대륙법계 국가의 체계를 가지고 있는 한국의 형사법 사고에서 볼 때, 음주운전에 관련된 범죄, 공문서 위조와 행사에 관련된 죄, 상해죄가 성립할 것이다. 다만, 중국의 현재 판결은 놀랍게도 모두가 무죄의 판결을 받은 안전이었다. (1) 케이스에 대해, 중국의 법원은 정황이 현저히 경미하여 범죄로 보지 않는다는 표현을 사용하여 악XX

에게 무죄를 선고¹⁾하였고, (2) 케이스에 대해, 정황이 경미하고 위해가 크지 않다는 표현을 사용하여 주XX에게 무죄를 선고²⁾하였으며, (3) 케이스에 대해서, 정황이 경미하여 범죄를 구성하지 않는다는 원리를 이용, 무죄³⁾를 선고하였다. 세 곳의 법원이 공히 인용하였던 정황(情節)은 중국 형법에서 어떤 개념이며, 어떠한 역할을 수행하는가? 정황이라는 요소를 강조하여 범죄에서 일정 행위를 배제하는 것이 정의에 부합하는 판결일까? 이에 대한 물음에 답하기 위해 필자는 본고를 통해 다소 우리에게 생소한 중국의 정황이라는 개념을 활용, 처벌에서 배제하는 법적 구조를 알아보고자 한다.

II. 정황범과 입법 방식

범죄는 사회에 피해를 초래하는 일정이상의 형사 위법적 행위로 정의하든, 구성요건에 해당하며 위법하고 유책한 행위로 정의하든 각국의 형사법체계는 형사범죄의 정의와 그에 적정한 형벌의 설정에 고민해 왔다. 범죄의 성격에 기초하여 처벌을 정하는 방식이나 범죄의 성격적 기술을 포함하여 일정한 정량적인 요청을 추가적으로 기술하는 방식은 각국의 문화적, 사회적, 법률적 배경하에 채택하는 입법방식인 바, 중국은 입법에서 범죄의 성격과 정량적인 기술을 함께 요청하는 방식을 채택하여 일정 이상의 불법행위에 대해서만 범죄로 규정, 형벌을 부과하였다. 범죄에서의 정량적 요청은 죄와 비죄의 구분을 가능

- 1) 악XX는 전날 새벽까지 술을 마셨으나 다음날 11시 교통경찰의 지시로 음주상태에서 차량을 이동 조치하여 “위험운전죄(危險駕駛罪)”의 표준의 알콜 정도를 초과하였으나, 악XX는 하루를 지나 자신이 주취상태임을 인식하지 못했고, 교통경찰이 악XX에게 차량 이동조치를 시킬 때, 악XX의 주취상태를 발견하지 못했고, 위험운전죄의 주관적 고의가 없었다. 교통경찰의 지시로 단거리를 저속으로 운전하였던 차량의 위험성은 크게 떨어져서 정황이 현저히 경미한 경우에 해당되어 범죄로 보지 않아 岳某某에게 무죄를 선고하였다.
- 2) 주XX는 위법한 전과기록이 없고, 신분증을 위조한 목적이 새로운 신분증이 발급되는 기간 동안 자신의 신분증명이 곤란함을 해결하기 위함이었다. 또한 은행직원에게 인터넷 뱅킹을 신청하면서 위조신분증을 제시한 후, 잘못 제시하였다는 것을 스스로 발견하여 제차 진짜 신분증을 제시하였던 점을 볼 때, 위조신분증을 사용하려는 고의가 없으며, 위조신분증을 사용하여 다른 위법한 경우를 발견할 수 없었다. 신분증 위조는 위법하나, 사회위해성이 엄중하지 않고, 정황이 경미하고 위해가 크지 않는 경우에 해당하여 무죄를 선고하였다.
- 3) 고안시(高安市) 공안국 법의(法醫)는 사XX의 손상은 사실이며, 칼로 인해 두피가 찢어지고 두개골 골절이 발생하여 고의상해죄를 구성한다고 판단하였지만, 사XX 우측 두개골 피부가 6센티 찢어진 것은 경상(輕傷)을 구성하지 못했다. 탕XX의 행위는 고의상해죄가 성립하지 않는데, 이유는 타인의 신체에 경미상을 입힌 것에 불과하여 정황이 경미하여(情節輕微) 범죄를 구성하지 않기 때문이었다. 고안시 인민법원은 탕XX에게 무죄를 선고하였다.

하게 하여 경미한 불법행위에 대해서는 형사처벌보다 행정적 계도와 민사적 화해를 유도하여 비범죄화할 수 있어 교정을 실시하되 과도한 처벌로 인한 전과자의 낙인을 미연에 방지할 수 있어 특별예방효과를 제고할 수 있다.

1. 범죄에 대한 입법방식

범죄에 대해 입법자가 성립의 성질만을 정할 경우 사법적 운용에 있어 범죄의 성립을 배제하는 사유와 규정을 근거로 경미한 행위에 대해 범죄의 성립을 부정하게 되며, 입법 시에 범죄의 성질과 정량적인 제한을 할 경우 행위의 성질적인 평가와 더불어 수량적인 평가를 병행하여 일정 정도에 미치지 않는 행위에 대해서는 범죄의 성립을 부정한다.

1) 정성(定性)적 입법방식

형사입법이 범죄의 성립에 대해 성질적인 규정만을 규정하고 사법기관이 일정한 규칙과 사유에 근거하여 경미한 위법행위에 대해서는 범죄의 성립을 배제하는 입법방식으로 다수의 국가에서 채용되고 있다.

전형적인 대륙법계 국가 형법인 연방독일의 형법 총칙은 범죄의 개념을 규정하지 않았고, 프랑스의 경우⁴⁾는 형식적인 범죄의 개념만을 규정하였을 뿐 범죄의 성립에 정량적인 기술을 하지 않았는데, 이들 국가의 입법방식에 의하면 범죄행위는 성질상 각종의 형벌을 받는 대상일 뿐, 정량적인 요소는 범죄의 성립 시 일반적으로 요청되는 부분이 아니었다. 즉, 대륙법계 국가에서 일정한 위법적 외관을 갖춘 행위가 형법이 규정하는 구성요건에 충족할 경우 범죄로 성립되며, 정량적인 부분은 불법에 대한 결과로 주어지는 형벌의 변화에만 영향을 미쳐 양형상의 의미만을 가진다. 1810년 프랑스 형법 제 379조⁵⁾는 “자기의 소유가 아닌 물건을 절취한 경우 절도죄가 성립 한다”고 규정하여 타인의 물품을 절취한 경우 금액의 대소와는 관련 없이 범죄가 성립함을 강조하고 있어 정량적 요소에 대한 입법자의 의도는 찾을 수 없었다. 이와 유사하게, 연방독일 형법전 제 242조는 “타인의 동산을 불법적으로 절취한 것을 자신 소유로 하는 행위”를 단순절도로 처벌하면서, 상습적이거나 침입절도, 교회 및 종교서

4) 1810년 프랑스 형법 제 1조는 “법률이 경찰형벌의 대상이 되는 행위는 위경죄로 정하며; 교정형 처벌의 범죄는 경죄이고; 생명과 신체의 자유 및 신분능력을 박탈하는 형벌의 대상은 중죄”라고 규정하여 범죄에 대해 형식적이고 일반적으로 규정하였다.

5) 鄧崇范, 『刑事法學詞典』, 吉林大學出版社, 1987, p137.

설의 절도 등에 대해 가중처벌 하였지만, 이는 범죄의 성립이 정량적 요소에 의해서 좌우되는 것이 아니라 범죄수단, 방식, 범죄의 성질 등에 의해 가중적인 절도죄를 구성할 뿐이었다.⁶⁾

영국의 보통법은 절도죄를 중죄로 분류하여 처벌하였으며, 현재 “가벼운 절도죄”와 “중한 절도죄”로 나누어도 형벌상의 차이에 불과하였다.⁷⁾ 1962년 미국의 “모범형법전(Model Penal Code)”은 절도죄 관련, “500 달러 이상이나 발화 무기, 기동 교통도구를 절취할 경우 3급 중죄(felony)를 구성하고; 50 달러 이하의 경우 미죄(petty crime)하며; 기타 상황은 경죄(misdemeanor)에 속한다”고 규정⁸⁾하였기 때문에, 10달러나 1달러의 물품에 대한 절취도 절도죄가 성립하였다. 이는 일정 행위가 형법이 정하고 있는 구성요건에 부합할 경우 범죄가 성립하며 금액에 다른 등급의 형벌이 주어진 것이라 볼 수 있다.

2) 정성(定性) · 정량(定量)적 입법방식

범죄의 개념을 정의할 때 행위의 성질에 대한 고찰 뿐 아니라 행위의 수량에 대한 평가를 진행하여 일정한 수량에 도달했는지의 여부로 그 행위의 구성요건부합을 정하는 입법방식으로 러시아, 중국 등 소수 국가들이 채용하는 방식이다.

1996년 “러시아연방 형법전” 제 14조 규정⁹⁾은 “본법전이 형벌로 위협하며 금지하는 죄가 있는 위해행위는 범죄이다; 행위가 형식상 본 법전이 규정하는 일정한 행위요건을 구비하더라도 정황이 경미하고 사회위해성이 없을 경우, 개인 사회 국가에 초래한 손해 혹은 손해 위협은 범죄가 아니다”라고 범죄에 대해 규정하고 있다. 제 14조의 제2항의 규정은 중국 형법 제 13조 단서 규정과 유사한 구조를 지니고 있으나 정량적 제한은 하지 않았다. 다만 러시아형법의 해석상 범죄라는 개념이 사회적위해성이 있는 행위를 말하므로, 일정 이상의 위해적 행위만이 범죄로 분류될 수 있어 정량적인 면을 부인하기 어려우며, 각칙 제 171조 “불법경영죄”, 제172조 “불법은행활동죄” 등의 범죄는 정량요소를 규정하고 있으며, “비교적 금액이 큰 경우”, “금액이 거대한 경우” 등에 대해 명확한 표준을 제시하고 있었다.

6) 儲槐植: “再論我國刑法中犯罪概念的定量因素”, 『法學研究』, 2000, 2期, p35

7) 趙林虎: “論我國刑法中犯罪定量的合理性及其模式”, 『寶鷄文理學院學報: 社會科學版』, 2010, 6期, p20

8) 張曉菲: “淺論違警罪的概念及其處罰”, 『甘肅警察職業學院學報』, 2011, 1期, p29

9) 徐立: 『刑事責任根據論』, 2006, 法制出版社, p152

범죄에 대해 정성적, 정량적 요소로 표현하는 것은 중국 형사법의 독특한 면 중의 하나이다. 중국 형법 제 13조의 단서규정은 “정황이 현저히 경미하고 위해가 크지 않을 때, 범죄로 보지 않는다”고 개괄적으로 규정하여 범죄에 대한 정성적, 정량적 제한을 하였다. 비록 중국 내 형법 제 13조 단서 규정의 법적 의미와 존폐에 대해 많은 의견들이 제시되고 일부 학자들은 동 조항이 입법자의 선언적인 규정일 뿐 실제로 사법현실에서 동 조항을 근거로 한 판결이나 범죄배제사유로 활용할 수 없다고 주장¹⁰⁾을 하기도 하나, 현실적으로 동 조항은 79년 형법전에 정상적으로 기재된 후, 97년 수정 형법을 거쳤지만 변경 없이 보류되어 범죄에 대한 정성적, 정량적 방식을 채택하고 있다 할 것이다. 형법 제 13조 단서라는 총칙적 규정 외에 중국 형법의 각칙에서는 범죄의 종류에 따라 “정황이 현저히 엄중한 경우”, “정황이 특별히 악랄한 경우”, “엄중한 결과를 초래한 경우” 등의 정량적 기술방식으로 형법 각칙상의 많은 범죄에도 정량적인 방식을 추가적으로 기술하고 있다.¹¹⁾

2. 정황범과 중국적 정량방식

중국의 범죄에 대한 기술은 정성(定性)·정량(定量)적 입법방식이며, 사법 활동 중에 추가적으로 정량적인 평가를 가미하기 때문에 구성요건적 범죄행위 요소는 입법적 정량요소와 사법 활동의 정량요소를 결합한 모습을 띤다.¹²⁾ 중국 형법의 정량요소의 규정은 총칙과 각칙의 유기적 결합으로 구성되어 있는데, 형법 제 13조는 “국가주권·영토완전과 안전을 위해하는 일체의 행위, 국가를 분열하고 인민민주 전제 정권과 사회주의 제도를 전복하는 행위, 사회질서와 경제 질서를 파괴하는 행위, 국유재산이나 노동군중의 단체소유의 재산을 침범하는 행위, 공민의 사인 소유의 재산을 침범하는 행위, 공민의 인신의 권리·민주권리·기타 권리를 침범하는 행위, 그리고 기타 사회에 위해가 되는 행위는 법률에 의거 당연히 형벌처벌을 받아야 하며, 모두 범죄이다. 다만 정황이 현저히 경미하고 위해가 크지 않는 경우는 범죄로 보지 않는다”라고 규

10) 魏宏斌：“刑法免責與我國刑法第十三條但書的法律定型——從醉酒駕駛機動車是否一律構成犯罪說起”，『湖南科技學院學報』，2011，11期，p118

11) 비록 중국 형법 제 13조 단서의 규정에 대한 존폐 의견이 지속되고 있으나, 현실적으로 총칙 제 13조 단서규정과 각칙의 다양한 규정들이 정성적, 정량적 기술로 중국적인 범죄 개념을 나타내고 있음은 학계와 사법종사자들 모두 인정하는 요소이다.

12) 劉長偉，“論我國刑法立法定量模式下情節犯的定位法制與社會”，『法制與社會』，17期，2016，p136.

정하여 형법 제13조 전반부는 범죄에 대해 일반적으로 규정하고 있으며, 13조 후반부 단서는 범죄의 배제사유로서의 역할을 수행 하는데,¹³⁾ 범죄가 되기 위해서 성질적으로 사회위해성이 있는 행위이어야 하며, 수량적으로 “정황이 현저히 경미하고 위대한 경우”에 해당되지 않아야 한다. 형법총칙의 범죄에 대한 개념과 정량적 요청은 각칙의 범죄에 제약으로 작용할 수밖에 없는데, 일부 범죄의 성질이 이미 매우 위중한 정도의 위해가 있는 경우 각칙상 정량적인 제한을 하지 않은 경우도 있다.¹⁴⁾

형법 각칙의 범죄가 성질적인 면으로만 처벌의 대상이 되기에 부족한 경우 일정방면의 정량적 요소를 추가적으로 요구하여 형벌의 대상으로 변화되는데, “정황이 엄중한 경우”, “정황이 악랄한 경우” 등은 범죄성립의 정량요소로 정황범을 이룬다. 정황(情節)이라는 표현은 다른 정량요소인 범죄결과, 목적, 행위 수단 등과 비교해서 형법의 명문으로 규정된 범죄성립의 정량적 요소이지만,¹⁵⁾ 고도의 모호성과 개괄적인 특성이 있으며, 다른 정량적 지표들과 단순 병렬적 관계가 아닌 포용적, 중첩적인 모습을 띤다.

III. 정황범의 개념

구성요건에 부합되는 범죄의 성질적 요소만으로 범죄를 구성할 수 있는가? 일정 이상의 위법적인 행위만을 처벌하지 않고 경미한 위법에 대해서도 형벌의 잣대를 적용하는 것이 형사정의 실현이 부합하는 결론인가? 이러한 물음에 답하기 위해 세계 각국에서는 자국의 법률적 문화토대 위해 입법적인 선언규정으로 정성적인 부분과 정량적인 부분을 함께 강조하거나 사법적 해석 작용과 형법이론을 통해 정량적인 부분을 보충하기도 한다. 정량적인 규정을 통한

13) 형법 제 13조 단서규정에 의거, 중국 최초의 안락사 사건이 무죄로 판결되는 등 중국 내에서도 13조 단서 규정을 직접 인용하여 범죄를 배제하는 것 관련 총칙의 각칙에 대한 주도적 역할에 기해 긍정하는 견해가 있는 반면, 범죄로 각칙에 기술된 행위는 이미 보통의 위법행위보다 사회적 위해성이 높아 처벌이 대상이 되었던 것이므로 13조 단서 규정은 입법자의 선언적 규정에 불과, 실제로 동 조항을 인용하여 판결하는 것은 적합하지 않다는 부정적 의견도 다수 제시되고 있다.

14) 간첩죄, 이적죄 등 국가안전을 해하는 죄의 부류와 살인, 강도, 강간 등의 중대 범죄에 대해서는 총칙의 제13조 단서규정이 적용될 여지가 없지만, 1986년 중국 최초의 안락사 사건에 있어 검찰은 관련자들을 고의살인죄로 기소하였으나 단서규정에 의거, 무죄로 석방한 경우하였다.

15) 王志祥, “犯罪构成的定量因素論綱”, 『河北法學』, 4期, 2007, p90.

범죄규정은 과도한 형사처벌의 남용을 방지하여 전과자의 양산을 줄일 수 있어 재사회화에 유리한 면이 있지만, 죄와 비죄의 경계에 있는 유사한 범죄행위의 불법성에 대한 상이한 범죄결과를 규정하는 문제점이 있으며, 죄의 표준에 이르지 않는 범위의 위해적인 행동에 대해서는 비범죄라는 의식의 재확정은 실제로 범죄예방을 추구하는 현대적 형사이념에 배치하여, 구성원들의 불법적 행동에 대한 심리적 저항감을 줄이는 역효과를 양산할 수도 있다. 중국의 형사법에서 활용되는 “정황(情節)”¹⁶⁾이라는 정량적인 요소는 중국의 사법현실을 반영하여 형성된 법률요소이므로 법관을 포함한 사법종사자들에게 과도한 재량권을 부여하여 자의적인 법률의 집행과 처벌을 면제하는 등 부작용도 존재하지만, 대륙법계 국가체제를 유지하고 있는 우리의 입장에서 그 적법성과 부당함에 대한 외부적인 비판적인 태도만을 취할 수는 없으며, 중국적인 제도의 형성과 운용이라는 내부적인 관찰이라는 균형적인 태도 역시 필요하다고 본다.

1. 정황범 개념

정황범(情節犯)의 개념을 논하기 앞서 정황(情節)에 대한 합리적인 해석이 선행되어야 할 것이다. 정황이 사물의 변화와 경과를 나타내는 말이며 다양한 의미로 사용되어 지나, 형법상의 정황은 반사회적 행위나 사회위해적인 행위가 징표되어 범죄성립의 구성요건이 되는 상황을 의미한다. 정황이라는 표현이 1979년 형법에 68회, 1997년 수정형법에 293회 등장하였는데,¹⁷⁾ 중국 형법전에 “범죄”라는 표현만큼 빈번히 사용되어 지고 있으며, 각종 부속형법전과 관련 사법해석에도 빠질 수 없는 부분이다. 형사법에서 논하는 정황은 흔히 “범죄정황”을 말하는데, 그 개념에 대해서 학자들마다 다양한 의견¹⁸⁾을 제시하고 있지만, 대부분 주관적, 객관적인 범죄적 특징과 관련된 설명을 하고 있다는 점에 볼 때, 정황(情節)이란 객관적인 사회위해성과 주관적인 인적 위험성을 나타내며 범죄의 구성과 양형에 영향을 미치는 사실적 상황이라고 볼 수 있다.

16) 정황(情節)은 사물의 변화와 경과를 나타내며, 때로는 정절, 플롯, 정황적인 의미 등으로 사용되나, 형사법의 정량적인 평가 관련, 본고에서는 정황이라고 해석하여 사용한다.

17) 李翔, 「情節犯研究」, 上海交通大學出版社, 2006, p2.

18) 정황에 대해 다양한 의견을 제시하고 있는데: 안건의 구체적 상황, 범죄자의 동기, 수단, 과정, 결과 등을 정황; 행위의 사회적 정도를 결정할 수 있는 모든 주객관 요소; 범죄구성요건의 공동요건 이외 범죄인 혹은 그 침해행위와 밀접하게 연결되어 있으며, 행위의 사회위해성과 인신위험성에 영향을 미쳐 범죄의 성립과 양형의 각종 구체적 상황 등의 의미를 지닌다.

중국의 형사법체계는 범죄의 구성요소에 대해 “입법이 성격과 수량을 정하는 방식(立法定性又定量)”¹⁹⁾을 채택하여, 형법의 각칙의 죄명 중 범죄의 성질요소(定性要素) 외에 정량요소(定量要素)가 기술되어 있는 점이 독특한데, 즉, 각칙에 범죄의 성질에 기초한 범죄의 구성요건적 배열과 더불어 “엄중한 결과를 초래했을 경우(造成嚴重后果)”, “정황이 악랄할 경우(情節惡劣)”, “정황이 엄중할 경우(情節嚴重)” 등의 개괄적인 방식을 채택하여 정량적인 요소 역시 강조한다. 중국의 학계에서는 크게 협의적 정황범과 광의적 정황범 의미가 존재하는데,²⁰⁾ 협의적 정황범은 형법전에 “정황이 엄중할 것(情節嚴重)” 혹은 “정황이 악랄할 것(情節惡劣)”이라는 범죄성립조건을 규정한 범죄유형을 말하며, 광의의 정황범은 협의의 정황범 이외에 구체적 규범 중 특정한 정황의 존재로 법정형의 폭이 조절되는 범죄유형을 말한다²¹⁾. 정황범은 정황이라는 정량적 요소를 범죄성립의 필수요건으로 고찰하는 범죄유형이다. “정황이 엄중하다(嚴重情節)”거나 정황이 악랄하다(情節惡劣)“ 등의 요건을 요구하여 정량적인 조건을 충족하지 않는 행위에 대해 처벌을 면제해주는 방식으로, 징벌과 관용적 방식을 결합한 중국식 형사 정책적 표현이다.²²⁾ 위법적인 행위의 외관을 갖춘 행위이더라도 일정 수준 이상의 정황적 요건이 부합했을 때에 범죄와 형벌의 대상이 되는 구조는 형법 제 13조의 전단과 단서규정으로 범죄의 성립과 배제를 기술하였던 입법적 판단과 같은 취지이다. 본고에서는 형법전의 구성요건적 정황에 근거하여 협의의 정황범을 중심으로 논의를 전개할 예정이다.

19) 陳興良교수는 정량요소와 유사한 개념인 “죄량요소”를 들어 “범죄-책임-죄량”의 3위일체식 범죄구성체계를 주장하여 범죄성립 수량요소의 독립적 구성요건적 지위를 부여하였다. 입법의 정성정량요소 설정 관련, 정량정성 방식의 지지하는 학자들은 형법의 단서가 명확히 “정황이 현저히 경미하고 위해가 크지 않을 때, 범죄로 보지 않는다”고 되어 있어 위해가 크고 중한 것을 범죄로 본다는 의미로, 형법이 개괄적인 규정으로 구체적인 표준성은 떨어져도 개별정의에 강하여 형사 정책적 요구에도 부합하고, 형법의 처벌범위 확정에 대한 유효한 제한으로 작용하는 점을 강조하였다.

20) 劉守芬, “情節犯及相關問題研究”, 「法學雜誌」, 5期, 2003, p7.

21) 통설의 협의, 광의의 정황범 2단계 구분에 대해, 최협의, 협의, 광의 3단계로 구분하는 학자도 있는데: 최협의는 형법 각칙이 명확히 “정황이 엄중할 것” 혹은 “정황이 악랄할 것”을 범죄성립요건 혹은 기수를 결정한 범죄 형태이고; 협의는 조문 말미에 개괄적인 규정으로 범죄성립의 구체적 표현을 가진 모든 범죄가 해당되는데, “정황이 엄중할 것”, “정황이 악랄할 것(情節惡劣)”, “엄중한 결과를 초래했을 경우” 등의 추가적 기술을 한 범죄가 모두 정황범이며; 광의는 중국형법상의 범죄 개념은 일정 이상의 정량적 평가가 존재하기 때문에 형법 각칙의 모든 범죄가 정황범이라고 주장한다.

22) 陳興良, 「刑法哲學」, 中國政法大學出版社, 1992, p563.

2. 정황범 본질

중국의 통설은 범죄의 주요한 특징²³⁾으로 사회위해성, 형사위법성, 형벌처벌성을 들고 있으며,²⁴⁾ 정황범도 이에 대한 특징에 근거하여 객관적인 사회위해성과 주관적인 행위자의 인신위험성을 본질적으로 요구하는데, 형법 내 범죄유형과 정황범은 유사점과 차이점이 드러난다.

결과범은 범죄의 구성요건적 행위의 실시 뿐 아니라 법이 정한 범죄결과가 발생했을 때 기수가 되는 범죄유형으로 범죄결과가 발생하지 않을 경우 미수의 처벌에 그쳐 범죄결과 발생여부는 기수와 미수의 구분표식이다.²⁵⁾ 정황범의 성립은 “정황(情節)”이 일정 이상을 충족했는지의 여부와 범죄결과 발생여부에 달려 있다. 양자의 차이는 결과범은 법이 정한 결과가 범죄기수의 필수요건임에 비해, 정황범은 “정황이 엄중할 것(情節嚴重)”등의 정황적 요건이 범죄성립의 필수조건인 점이다. 행위범은 법정 범죄행위의 완성을 기수의 표지로 삼는 행위로, 이러한 행위는 착수 즉시 성립하는 것이 아니며 일정한 과정을 경과해야 하고, 일정한 정도에 이르러 법이 정한 범죄행위라 할 것이다.²⁶⁾ 정황범은 일정 행위 실시 이후 엄중한 사회위해성에 이르지 않는 경우에는 범죄로 논하지 않고 부가적으로 “정황(情節)”이라는 요소를 추가적으로 요청하여 범죄성립을 인정한다. 양자는 모두 행위가 초래한 사회위해성의 정도로 범죄의 성립여부를 결정하지만, 정황범은 정황의 위중한 정도를 기준으로 사회위해성을 판단하고 나아가 범죄성립을 결정하는 반면, 행위범은 행위자체가 초래한 사회위해성을 기준으로 범죄의 기수여부를 결정한다. 위험범은 행위자의 어떤 행위가 법정의 위해결과를 초래할 수 있는 위험한 상태를 범죄기수의 표지로 삼는 범죄이기²⁷⁾ 때문에, 실제로 위험한 결과의 발생여부를 요구하지 않고 위해결과의 발생가능성이 있다면 기수로 인정가능하다. 정황범은 일정 이상의 사회위해성 정도를 요구하여 행위의 위험성은 “정황이 엄중할 것(情節嚴重)” 같

23) 범죄의 본질은 사회위해성, 형사처벌성, 형벌처벌성이라는 통설적인 견해를 바탕으로 일부 학자들은 사회위해성에 “엄중한 사회위해성”이나 “형벌을 받을 정도의 사회위해성”이라는 정량적인 평가를 추가로 요청한다. 범죄로 평가받는 행위자체가 엄중한 사회위해성을 띄는 것으로 엄중하지 않은 사회위해성은 범죄에 배제되며, 범죄적 행위의 결과로 형벌을 받는 것이기 때문에 “엄중한”이나 “형벌을 받을 정도”라는 제한은 논리적 중복으로 불필요해 보인다.

24) 張明楷, 「刑法新問題探究」, 清華大學出版社, 2003, p64.

25) 張明楷, 「外國刑法綱要」, 清華大學出版社, 1999, p114.

26) 高銘喧, 「刑法學」, 北京出版社, 2010, p159.

27) 周光權, 「刑法各論講義」, 清華大學出版社, 2003, p155.

은 정황범의 요건에 포함된다. 거동범은 행위자가 실행의 착수를 할 경우 기수가 되는 범죄를 말하며, 이러한 행위의 위해성이 크고 미치는 범위가 광범위하여 행위 실시 이후 결과가 발생하지 않더라도 기수로 인정, 처벌을 강조한 범죄유형이다. 거동범은 행위와 더불어 기수가 되지만 정황범은 행위 이후 일정한 사회위해성을 가름하는 정황적 요건을 요구하여 정황범의 행위는 기수와 직접 연결되지 않는다.

입법자는 사회주의적 범죄개념에 근거하여 일정 이상의 사회 위해적 행위에 대해 범죄로 규정, 그에 상응하는 형벌을 부과하기 위해 정황(情節)이라는 정량적인 제한을 부가하였으나, 실제로 “정황이 위중하거나 악랄하다”는 모호한 규정은 다양한 개별적 사건에 법이 정한 범위 내²⁸⁾에서 융통성 있게 대응할 수 있는 장점이 있으나, 법관의 자의적인 해석과 적용을 가능케 하여 죄형법정주의적 요청에 위반될 우려 역시 상존한다.

IV. 정황범의 입법과 문제점

1949년 신 중국이 성립된 이래, 혼란한 정국을 수습하기 위해 다양한 사회 정책과 정부방침을 하달하여 사회의 제반문제에 대처하였던 중국은 1979년 최초의 형법전을 반포하여 법치주의에 대한 기초를 닦았다. 이 시기에 반포되었던 20 여개의 단행형법과 부속형법 그리고 형법전에 대한 해석들은 형법전과 더불어 당시의 혼란했던 중국의 치안문제를 해결하였으며, 97년 수정된 형법은 구체화된 내용과 제도적 보충으로 적용상에 한계를 노출하였던 각종의 사회 문제에 대해 보다 적절한 법적 근거를 제공하였다. 79년 형법은 범죄에 대한 성질을 규명하고 또한 일정한 수량적인 요청을 부가한 정성(定性)·정량(定量)적 입법방식을 취하였으며, 형법 총칙과 각칙에 다양한 정량적 요건을 기술하여 일정 이상의 사회위해성이 있는 행위에 대해 범죄로 규명, 그에 상응하는 형벌을 부과하였다.

28) 정황범은 법이 정한 범위 내에서만 인정되는 범죄유형으로 형법각칙 명문으로 “정황이 엄중할 것”, 혹은 “정황이 악랄할 것”이라는 표현을 구성요건적 필수조건으로 삼는다. 만약 이러한 구성요건적 요청이 없을 경우 범죄의 해석으로 정황범으로 규정, 적용할 수는 없다.

1. 정황범의 입법

79년 처음으로 탄생한 형법 제 10조의 규정은 범죄에 대한 일반적 정의와 더불어 단서부분을 통해 범죄의 배제사유를 기술하여 정성(定性)·정량(定量)적 입법방식을 채택하였으며, 각칙의 정황범은 총칙적 규정의 영향 아래 세 가지 형태로 존재하게 되었다.²⁹⁾ 79년 형법각칙은 103개의 조문으로 129 개의 죄명을 규정하였는데 그 중 정황범이 21개를 구성하였고, 절반 이상이 사회주의 경제 질서의 파괴와 관련된 죄였다.³⁰⁾ 정황범의 성립 시, 먼저 사회에 위해적인 행위에 대한 성질에 대한 분석을 한 후, 그에 대한 정량적 평가를 추가로 실시하였는데, “정황이 엄중할 것”, “정황이 악랄할 것” 같은 모호한 표현을 사용하여 당시의 학계와 사법종사자들의 지속적인 비판을 받았음에도 이와 같은 모호한 표현은 97년 수정형법에도 그대로 계수되어 정황범의 인정과 적용에 대한 논란은 가중되었다. 79년 입법은 “의조불의세(宜粗不宜細)”원칙³¹⁾에 따라 구체화하지 않고 개괄적인 방식으로 당시의 사회문제를 해결하려 하였기 때문에 적응성이 강하고 사법기관의 범죄해결에 유리하였으나, 정황범 관련 과도하게 간단한 방식으로 기술되어 일부규정³²⁾은 실질적 내용이 흠결되어 유명무실한 조문이라는 비판을 받기도 하였다.

97년 수정형법을 거쳐 현재의 중국 형법전에는 451개의 죄명이 존재하며, 정황범은 106개로 전체 범죄의 1/4에 가까워 79년의 형법에 비해 정황범의 수

29) 79년 형법의 제정 시기, 입법자는 크게 세 가지 방식으로 각칙상의 정황범을 분류하였는데: 첫 번째, 명문으로 “정황이 엄중할 것”이라는 요건을 기술한 정황범으로 제156조 공사재물손괴죄, 제 116조 밀수죄 등은 각칙의 범죄구성요건으로 “정황이 엄중할 것”을 요구하였고; 두 번째, “정황이 악랄할 것”을 범죄요건으로 기술한 정황범으로 제183조 유기죄, 제182조 학대죄 등이 해당되며; 세 번째, “정황이 엄중할 것”이라는 요건과 “위해결과”를 범죄구성요건으로 요구한 정황범으로 제 158조 사회질서교란죄 등이 해당된다.

30) 呂途, “破壞社會主義市場經濟秩序罪之罪名梳理与划分”, 『政治与法律』, 8期, 2009, p40.

31) 1978년 12월 “생각의 해방, 실사구시, 일치단결하여 앞을 바라보다”라는 담화 중에서 덩소평이 역사적 유물 문제를 해결하기 위해 제창한 원칙이다. 덩소평은 “중대한 역사문제의 해결은 개괄적으로 바라보아야 하며 세부적인 것은 적합하지 않다”고 강조하였는데, 이러한 공산당의 치국이념이 형사법에 투영되어, 79년 형법전은 개괄적이고 추상적인 방식으로 범죄를 규정하였다.

32) 형법 160조의 “군중이 구타하거나, 트집을 잡아 말썽을 일으키고, 부녀자를 모욕하거나 기타 건달 활동을 하여 공공질서를 파괴한 경우, 정황이 악랄할 때, 7년 이하의 유기징역, 구역 혹은 관제에 처한다. 건달집단의 수괴는 7년 이상의 유기징역에 처한다”는 규정 중, 건달활동이라는 부분에 대해 명확한 규정과 해석이 전혀 존재하지 않아 처벌의 대상의 불명확하다는 비판이 존재하였던 바, 현재의 시각으로 볼 때 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 반한다 할 것이다.

는 급증하였으며,³³⁾ 형사입법상 정황범은 고의범의 형태를 띤다.³⁴⁾ 97년 수정 형법 이후 정황범의 실행행위에 대한 비교적 명확한 규정이 설정되었고, 정량적 요소에 대한 방식도 보다 다양해 졌다. 79년의 최초 형법이 혼란기의 사회 문제에 대처하기 위해 상대적으로 개괄적이며 추상적인 방식을 취했으나, 97년 수정형법은 죄형법정주의를 중국 형법에 처음으로 명시하여 법치주의의 근간을 다지는 동시에 보다 세밀한 방식으로 정황범에 대한 규정을 세분화하였다.

2. 정황범의 문제점

정황범은 중국의 독특한 문화적 배경과 국민들의 법감정을 반영하여 입법의 지에 의해 설정, 적용되고 있어 명확성과 처벌의 과도한 확대 가능성이 있음으로 인해 폐지와 적용축소를 주장하는 학자들의 의견들³⁵⁾이 있음에도 여전히 다양한 사법현실의 기준으로 작용하고 있다. 오랜 봉건시대 동안 법은 덕과 도덕이 미치지 못하는 최소의 범위 내에서 적용되는 것이 예에 부합하며 가정과 지역사회의 매개체를 통한 해결을 우선시하던 법적 전통에 부합하는 정황범은 형법의 보충성원리에 부합하여 일정한 범위에 이른 위법행위만을 처벌대상으로 삼아 국민들과 친화력을 유지했음을 부인할 수는 없다.³⁶⁾ 또한 광범위한 국토에 56개의 민족이 15억의 인구를 유지하고 있는 현실에 볼 때, 지역별 범죄의 성질과 지역사회에 대한 범죄처벌에 대한 상이한 구조로 인해 법관에게 해석의 여지와 자유 재량권을 보다 폭넓게 인정하면 보다 탄력적으로 시간과 장소에 따른 차이를 극복하여 적용할 수 있어 범죄의 처벌과 예방이라는 형사법적 목적 달성에도 이바지하였다는 평가³⁷⁾도 줄곧 제기되어 왔다.

다만, 이러한 당시의 혼란한 사회에 다소 추상적이고 개괄적인 규정에 근거하여 범죄적 현상에 대응과 예방에 이바지한 면은 조문의 명확하지 않은 형태와 적용상의 탄력성은 국민들의 형사범에 대한 예측가능성을 침해하며 행위의 준거로 작용하기 곤란하였으며,³⁸⁾ 현대형사법에서 강조하는 죄형법정주의의

33) 王展, “試論我國刑法上情節犯的几个問題”, 「法制与社會」, 8期, 2016, p116.

34) 일부 학자들은 형법 제 398조 과실국가기밀누설죄, 제409조 전염병방지실죄, 제 432조 과실군사기밀누설죄, 무기·장비유실죄 의4개의 범죄는 입법상 과실범의 형태로 되어 있어 고의범의 정황범으로 수정되어야 한다고 주장하기도 한다.

35) 馬改, “然情節犯存在之合理性”, 「內蒙古社會科學」, 5期, 2012, p41.; 劉亞麗, “論情節犯”, 「江蘇公安專科學校學報」, 1期, 2002, p82.

36) 李翔, “情節犯的犯罪构成理論意義”, 「云南大學學報」, 4期, 2006, p19.

37) 高明暄, 『中華人民共和國刑法的孕育和誕生』, 北京出版社, 1981, p134.

38) 叶高峰, “情節犯的反思及其立法完善”, 「法學評論」, 2期, 1997, p38.

명확성 원칙에 위배할 가능성이 현저하여 국민들의 인권침해 여지가 높다는 한계를 노출하였다. 실제로 불법적 행위에 대한 법관의 과도한 자유재량권을 인정하게 되면 “사법만능주의”적 사고 하에 비범죄로 처리할 수 있는 사항에 대해서도 법관에 따라 범죄로 처단하여 정황범의 입법취지에 위배되는 현상이 드러나고, 더욱이 법관의 자질³⁹⁾이 높지 않은 상태에서 법관에게 과도한 재량권을 부여하여 국민들의 인권 침해적 현상은 위태로워 질 수밖에 없었다.

사회주의 국가인 중국의 현실에서 국가의 안전에 관련된 범죄 자체가 사회적 위해성이 매우 높은 것으로 평가되어 “정황이 엄중할 것” 같은 정량적 제한을 하지 않아 간첩죄, 이적죄 등의 실행행위를 감행한다면 범죄의 성립과 더불어 상응한 형벌을 부가되므로 국가안전에 관련된 범죄의 중요성은 국민들도 예견할 수 있다. 다만, 정황이라는 요소가 일정 이하의 위해적 행위에 대해서는 범죄의 범주에서 배제하여 재사회화와 교정의 효과가 있다는 취지와는 반대로 일부 경한 범죄에 정량적인 표현을 추가로 요청하지 않으면서 오히려 중한 성질의 범죄에 정량적 요소로 제한하기도 하는 등 정황범의 구조적 문제⁴⁰⁾를 지적하지 않을 수 없다. 상대적으로 법익 침해의 가능성이 적은 형법 제 245조 주거침입죄(非法侵入住宅罪), 244조 노동강요죄(強迫勞動罪), 제 258조 중혼죄(重婚罪) 등의 경우 정황적인 고려가 전혀 없어 범죄로 즉시 범죄로 성립되면서 이들보다 사회위해성이 높은 제 243조 무고모해죄(誣告陷害罪)의 경우 “정황이 엄중할 것”이라는 정량적 제한을 설정하였다. 그리하여 가벼운 위해적 행위는 곧바로 범죄가 성립되고 무거운 범죄적 행위가 오히려 정량적인 요건설정으로 처벌을 면하는 불균형 현상이 존재하였다.

39) 북경대학 陳興良 교수는 중국의 사법해석과 적용에 관한 문제점으로 법규범의 불완전성, 법관의 능력부족, 관례제도의 흠결을 들고 있는데, 많은 법관이 전문적인 교육을 받지 않은 군부대 및 하급기관 출신이며, 법률관련 정규교육을 제대로 이수하지 못한 전문대를 졸업한 학생이었기 때문에 급속히 발전하고 변화하는 사회 환경에 적합한 판결을 하지 못하였음을 지적하였다.

40) 경한 범죄에 정황적 설정을 하지 않고 중한 범죄에 정황적 설정을 하는 죄질과 형벌 가능성의 불균형 문제와 더불어 일부 범죄에 대해서는 정량적 요소를 전혀 고려하지 않았던 점도 정황범의 문제로 거론 된다. 제348조 “마약밀수, 판매, 운반, 제조죄”는 마약의 밀수, 판매, 운반, 제조하는 행위는 “수량에 관련 없이” 모두 형사책임을 부여해야 한다고 규정 하였던 바, 이는 중국의 마약범죄 관련 강력한 처벌의지를 천명한다고 볼 수도 있으나, 범죄 정황에 대한 평가를 전혀 거치지 않고 범죄성립을 인정, 처벌하는 것으로 총칙의 형법 제13조 단서규정과 배치될 우려가 존재한다.

V. 정황범의 존재범위와 인정표준

중국 형법에 존재하는 다양한 정황범들은 상이한 성질, 행위 자체의 사회위해성 그리고 행위자의 인신위협성 차이 등으로 인해 정황에 대한 구성요건적 요구사항이 일치하지 않는다. 문제는 형법에 존재하는 다수의 정황범 조문 중에서 일부의 경우는 사법해석이 존재하여 법관을 포함한 사법종사자들이 참고를 하거나 판결의 근거로 삼을 수 있지만, 일부의 정황범에 대한 사법해석이 존재하지 않아 사법종사자들은 자신의 경험이나 유사하다고 판단되는 정황범들의 사법해석을 근거로 하여 정황범을 해석하여 지역과 시간의 차이에 따른 상이한 판결이 도출되고, 심지어 같은 지역의 다른 법관은 자기의 소신에 근거하여 다른 판결을 내려 사법의 공정성에 심각한 영향을 미쳤다. 이는 79년 형법의 제정 당시의 역사적 배경 하에 사용되어진 사회문화적 방식이 법률의 제정과 운용에도 영향을 주게 되고, 결국 세밀하지 못하고 과도하게 추상적인 방식으로 기술된 조문의 설정 하에 법관의 부족한 소양과 기계적으로 사법해석에만 의존하려는 타성적 법률의식이 초래한 결과였다는 비판에서 자유로울 수 없다.

1. 정황의 존재범위

본고에서 논의로 삼고 있는 정황범은 “정황이 엄중할 것”, “정황이 악랄할 것”으로 통상 표현되는 정량요소와 범죄의 정성적요소를 가진 협의개념의 정황범 형태이다. 학계에서 정황범의 모호하고 추상적인 규정에 근거하여 죄형법정주의의 명확성을 위배한다는 의견이 제시되고 있는 반면, 일부 학자들은 중국의 정황범에 대한 입법이 정량적인 요청과 정성적인 요청을 동시에 기술하여 정황이라는 문제를 해결하고 있으므로 오히려 실질적 죄형법정주의에 부합하는 제도라고 주장⁴¹⁾하기도 한다. 학자들의 분분한 의견대립이 존재하였지만 현실적으로 형사입법이 명확성의 요구를 만족시키지 못하여 사법기관의 전행이 사회문제로 부상되자 80년초 전국인민대표대회에서는 최고인민법원과 최고인민검찰원이 심판과 검찰 업무에서 발생하는 구체적 법률의 응용, 법령의 문제 등에 대해 사법해석을 하도록 결의하였다.⁴²⁾ 양 기관에서 반포된 사법해석

41) 劉守芬, “情節犯及相關問題研究”, 『法學雜誌』, 5期, 2003, p7.

42) 周偉, “通過案例解釋法律:最高人民法院案例指導制度的發展”, 『當代法學』, 2期, 2009, p139.

은 지역 법관과 검찰들의 업무지침이 되었지만 일부의 정황범에 대해서는 사법해석이 존재하지 않았으며, 일부 정황범에 대해서는 그 범죄에 해당되는 이론적 설명과 구체적 적용이 생략된 채, “기타 형사책임을 부여해야 하는 경우”라는 형식적인 해석을 빈번히 인용하여 균형 있고 공정한 사법이 실현되기 어려웠다.

통설적 4단계 범죄구성요건⁴³⁾에서 볼 때, 범죄객체는 위해행위로 인해 영향을 받은 사회관계 혹은 법익을 말하는데, 이러한 범죄객체는 위해행위의 성질을 결정하게 되고 범죄의 직접적 객체와 더불어 “임의적 객체(隨機客體)⁴⁴⁾는 행위의 위해성을 평가하는 중요한 요소로 작용하기도 한다. 형법 제 252조 통신자유침해죄의 객체는 국민의 통신자유권으로 정황범이기 때문에 타인의 편지를 은닉, 훼손, 불법적인 방법으로 개봉하는 행위로 즉시 범죄가 성립하지 않고 “정황이 엄중할 때(情節嚴重)”의 조건을 충족 시에 범죄를 구성한다. 다만 타인의 편지를 은닉하여 당사자가 중요한 사업상 계약을 이행하지 못해 발생하는 재산상 손해대상은 임의적 객체(隨機客體)에 속하며, 임의적 객체의 위해여부는 정황(情節)의 엄중 여부를 결정하는 중요한 지표 중의 하나로 활용된다. 통설적 견해에 의하면 임의적 객체는 양형상에만 영향을 미칠 뿐 범죄의 성립여부에는 영향이 없다⁴⁵⁾고 하나, 현실적으로 정황범의 임의적 객체는 “정황이 엄중할 것”을 판단하는 중요한 지표로 활용되어 양형상의 영향은 물론, 범죄의 성립에도 간접적인 영향이 있음을 배제하기 어렵다.

범죄객관방면은 행위의 사회위해성을 설명하는 범죄구성의 필수적인 요건으로, 위해행위는 필요 요건이며, 위해결과·시간·장소·범죄수단 등은 선택적 요건이지만, 대부분의 범죄에서 위해결과를 요구 한다. 위해결과를 포함한 객관방면에 관련된 요소는 범죄구성요건으로 작용하지만 정황의 엄중성을 판단할 때 대상으로 작용된다. 예를 들어, 형법 제 248조 피규제자학대죄(虐待被監管人罪)는 “감옥, 구류소, 간수소 등 규제기관의 근무자가 피규제자에게 구타, 혹은 체벌학대를 실시하여 정황이 엄중할 때 3년 이하의 유기징역 혹은 구역

43) 구소련의 형사법 체계에서 영향을 받은 통설적인 입장은 범죄구성 4요건으로 범죄주체, 범죄주관방면, 범죄객관방면, 범죄객체로 구성된다. 이에 대해 일부 학자들은 범죄의 객체는 대륙법계 국가에서 말하는 보호하는 법익이며 보호대상으로 범죄구성요건과는 직접적인 관계가 없어 범죄객체를 제외한 범죄구성 3요건을 주장하기도 하고, 일부 학자들은 객관방면과 주관방면으로 나누어 범죄구성 2요건을 주장하기도 한다.

44) 임의적 객체는 범죄적 행위로 우연히 침해받은 객체의 일종으로 형사처벌의 가중사유로 작용하나 필수요건은 아니며 선택요건이므로 양형에만 영향을 미치며 범죄의 성립에는 영향이 없다.

45) 張光君, “收假幣后故意使用行爲의刑事責任問題初探”, 『湖北警官學院學報』, 5期, 2009, p20.

에 처한다”고 규정하였다.⁴⁶⁾ 이때 흉기나 기타 위험한 물건, 혐오물건을 이용한 체벌 혹은 학대를 가하는 범죄수단이라는 객관방면의 지표나 노인, 장애인, 미성년, 임산부, 외국인 등 정상적인 남성 성년자에 비해 약한 대상에 대해 학대나 체벌을 가할 경우 사회위해성은 증대될 수 밖에 없는 행위대상이라는 객관방면의 지표는 범죄를 구성하는 객관방면으로 역할을 수행하면서 동시에 엄중한 정황적 요소로 작용할 것이다.

범죄주체는 위해행위를 실시한 형사책임자로 모든 범죄에 필수적인 조건이다. 범죄주체가 일정한 신분을 가지고 있을 때만 성립하는 신분범은 자신의 신분으로 범죄가 성립되지만 비신분범의 경우 일정한 신분은 그 행위의 사회적 위해성과 인신위험성이 증가되었다고 평가된다. 형법 제 392조 뇌물소개죄(介紹賄賂罪)⁴⁷⁾는 국가공무원에게 뇌물공여를 할 수 있도록 소개를 하는 행위에 대해 정황이 엄중할 때 처벌하는 범죄⁴⁸⁾이므로, 동죄의 범죄 주체는 단체를 제외한 국민은 누구든지 뇌물을 제공할 자와 뇌물을 받을 공무원을 매개할 경우 해당될 수 있다. 이 때, 국가공무원이 아니더라도 동 죄의 범죄주체가 될 수 있지만 국가공무원이라면 일반인들보다 사회적 비난과 인적위험성이 증가되어 본 죄에서 요구하는 “정황이 엄중할 것”을 충족시켜 범죄로 귀결될 개연성이 높아진다.

범죄의 주관방면의 요건은 행위자의 범죄행위에 대한 고의, 과실 하에 위해결과에 대해 가지는 심리상태이며, 범죄목적과 동기 등도 범죄에 따라 구성요건이 된다. 주관방면의 요소들은 범죄를 구성하는 것과 동시에 범죄행위에 투영된 행위자의 주관적 위험성 내지 사회적 위험을 상징하고 있어 정황범과 결합될 때, 정황의 엄중함을 결정하는 중요한 기준으로 작용한다. 형법 제 411조 밀수방임죄(放縱走私罪)는 세관근무자가 사사로운 이익을 도모하기 위해 밀수를 방임하여 정황이 엄중할 경우 처벌하는 신분범으로 세관근무자에 대한 수뢰죄, 밀수품에 대한 배분, 기타 범죄와 연결될 우려 역시 높아 형법의 처벌대상이 되고 있다.⁴⁹⁾ 신분범의 주관방면 고의는 범죄를 구성하는 것과 동시에

46) 最高人民法院, 『新編中華人民共和國司法解釋全書』, 法制出版社, 2006, p263.

47) 뇌물소개죄는 1950년 “형법대강초안”에서 출현하여 1979년 형법전에 독립된 범죄로 기술되었으며, 2015년에 벌금형이 추가되었다. 형법의 수정과정에서 뇌물소개죄를 수뢰죄와 공범으로 처리하려는 시도가 있었으나, 최종 독립된 범죄 형태로 보류된 상태로 처벌은 점차 가벼워지고 있으며, 엄중한 정황요건 하에 범죄가 성립하여 처벌의 범위역시 축소된 형태이다.

48) 李天秀, “介紹賄賂罪的存廢辨析”, 『法制博覽』, 12期, 2017, p224.

49) 沈宇峻, “縱走私罪與走私罪共犯認定中的若干疑難問題”, 『華東政法學院學報』, 4期, 2003, p107.

정황의 엄중함을 징표한다.

2. 정황범 인정표준

범죄구성은 범죄를 인정하는 유일한 지표가 되어 구성요건에 부합하는 행위는 범죄로 인정, 그에 상응하는 형사책임을 부여하는 것이지만,⁵⁰⁾ 범죄구성 이론은 법정 개념이 아니므로 실제로 구체적 범죄구성은 형법의 규정에 근거할 수밖에 없다. 이 때, 형법규정은 치안수요와 자국의 법적전통의 바탕위에 행위에 대한 추상적, 개괄적인 기술을 하게 되고 실무를 담당하는 사법종사자들은 추상적인 법규를 구체적 사건에 적용하는 해석적 작용을 거쳐 범죄적 현상에 대처한다. 다만 입법자의 의도를 넘어서는 범죄적 현상에 대한 처리와 입법자의 의도에 배치되는 자의적 해석은 사회적 문제와 더불어 인권침해 논란을 야기하므로, 범죄인정에 근거가 되는 범죄구성은 형법의 지속적인 중심과제로 인정될 수밖에 없었다. 범죄성립조건에 대한 중국 형사법의 태도는 총칙과 각칙의 결합 방식으로 총칙에서 범죄에 대한 추상적 내용을 개괄적으로 규정하고 각칙에서는 구체적 범죄에 필요한 조건에 대해 규정하였는데, 정황범 관련 정황이라는 모호한 구성요건적 요청과 범죄성질 등은 해석과 죄형법정주의에서 강조하는 명확성의 문제를 야기하였다.⁵¹⁾ 정황범의 인정 시, 법관은 형법의 관련규정을 근거로 범죄행위에 대한 분석과 법적인 분석을 하며, 입법자가 관련 위법행위를 범죄로 규정한 취지와 최고인민법원의 사법해석을 참조하여 구체적 판결을 하였다. 사법해석이 존재하지 않는 모호한 규정의 정황범과 구체적 범죄사실을 만날 때, 법관은 자신의 법적지식과 경험을 바탕으로 판결을 하지만, 비슷한 사건에 대한 법관들의 인식과 해석의 상이함으로 인해 균형적이지 않는 판결이 양산되어 국민들의 형사 법률에 대한 기대와 예측가능성이 침해되며 공정하고 균형 있는 사법정의 실현이 영향을 받을 수밖에 없었다.

위해행위는 범죄의 가장 중요한 요소이며 그로 인해 사회위해성은 외부로 표출된다. 일부 위해행위는 그 자체로 위험한 성질로 분류되어 횡수와 관련 없이 1회적 행위라도 범죄의 성립을 긍정하나, 일부 범죄에 대한 입법과 사법해석은 구체적 횡수를 정하거나 행정처벌을 받은 것을 통해 정황의 위중함을 긍정하고 범죄의 성립을 추정 한다.⁵²⁾ 행정처벌이나 치안처벌을 받은 전례가 있는 행위

50) 丁華宇, “正當行為與犯罪構成傳統關係之維護”, 『河南財經政法大學學報』, 5期, 2014, p75.

51) 張明楷, “刑事司法應遵循明確性原則”, 『學術界』, 8期, 2015, p247.

52) 熊志剛, 『最新刑政處罰法律解讀與操作指南』, 中國法制出版社, 2006, p6.

자의 유사한 행위는 그 행위자의 인적위험을 나타낼 수 있으나 현실적으로 다량의 암수범죄가 존재할 수 있어 모든 사회적 위해가 되는 행위가 행정처벌이나 치안처벌로 연결될 수 없고, 횡수의 양적인 비교로 행위의 불법을 법적처벌에 부합하는 정도로 계량화 할 수 없는 바, 중국의 현대사법현실에서 행위의 횡수와 행정처벌·치안처벌을 받은 전례를 기초로 정황을 판단하는 방식은 비법률적인 방식으로 오히려 법률적용의 혼란은 가중시킬 여지가 있다.⁵³⁾

다양한 범죄수단은 범죄에 이용되어 결과를 가중시키거나 범죄행위 과정 상 범행을 보다 용이하게 하는 등 초래한 사회위행성과 인신의 위험성은 영향을 받을 수밖에 없다. 형법 제 226조 교역강요죄의 경우, 폭력과 협박이라는 수단을 사용하여 강제로 상품을 매매하거나 기업 및 주식채권 등을 전매·수매하는 등의 행위가 정황이 엄중할 때 처벌하는 범죄로, 행위자가 흥기, 기타 위험한 물품을 사용하여 타인에게 물품을 강매하고, 서비스를 제공하며, 입찰을 방해하는 행위 등은 인신위험성과 사회적 위해성 공히 증가된 형태로 정황범이 필요로 하는 정황의 엄중성 평가에 중요한 지표로 작용된다. 범죄수단은 크게 그 악랄한 정도에 따라 세 가지로 분류하는데⁵⁴⁾: 수단 방법이 일반인이 용인할 수 있는 범위를 넘어설 때, 기본범죄의 “정황”에 해당하고; 일반인이 용인할 수 있는 범위를 넘어서 엄중한 결과를 야기할 때, 가중된 정황 범죄의 “정황”에 해당하며; 수단 방법이 일반인들의 용인 범위를 넘어 회복 불가능한 엄중한 결과를 초래했을 때, 특별히 가중된 정황 범죄의 “정황”에 해당한다.

일부 형사법의 조문은 형법 제 273조 특정금품유용죄⁵⁵⁾처럼 직접 범죄의 대상을 규정하여 특수한 대상의 범죄에 대해서는 가중적 정황을 인정하여 상응하는 중한 형벌을 내리고 있지만, 많은 조문은 실제로는 직접적으로 범죄의 대상에 대해 규정하고 있지는 않다. 특수한 범죄대상은 국가, 사회, 개인에 대한

53) 기본범죄, 가중된 정황의 범죄, 특별히 가중된 정황의 범죄로 나눌 때, 보통 중국의 사법 해석은 행위의 횡수를 기준으로 삼는다: 일부범죄의 경우 위법행위의 3회는 기본 범죄의 정황이고; 3회 이상은 가중된 정황 범죄의 정황이며; 5회 이상은 특별히 가중된 정황 범죄의 정황으로 인정한다. 이러한 방식은 행위의 횡수와 범죄행위의 사회적위해성과 범죄자의 인적위험을 연결시켜 해결하는 장점이 있지만, 현실적으로 검거되지 않았던 수많은 범죄행위를 평가할 수 없고 검거되지 않았던 불법행위를 추적하여 사후 범죄성립의 직접적 근거로 삼는 부당함이 존재한다.

54) 陳興良, 「刑法哲學」, 中國政法大學出版社, 1992, p573.

55) 특정물품유용죄는 “화재, 응급조치, 홍수에방, 빈민구조, 위문금, 이민, 구제물품을 유용하여 정황이 엄중하며, 국가와 인민군중의 개인이 중대한 손해를 입혔을 때, 직접책임자에게 3년 이하 유기징역 혹은 구역에 처한다; 정황이 특별히 엄중할 때, 3년 이상 7년 이하의 유기징역에 처한다”고 규정하여 범죄대상이 특정화 되어 있으며 과실범은 범죄를 구성하지 않는다.

영향성을 기준으로, “가중된 정황 범죄(情節加重犯)”, “특별히 가중된 정황 범죄(情節特別加重犯)”으로 나누어 정황적 상황을 분석·인정하는데⁵⁶⁾: 화재, 응급조치, 홍수예방, 빈민구조, 위문금, 이민, 구제물품에 대한 침해는 가중된 정황 범죄의 정황이며; 이러한 침해로 단체, 개인이 정상적으로 생산, 생활할 수 없을 정도에 이르면 특별히 가중된 정황 범죄의 정황으로 인정된다. 동죄가 성립하기 위해서는 “정황이 엄중할 것”과 “국가, 인민군중의 이익이 중대한 손해”를 입을 것이란 조건적 설정으로 인해 범죄의 성립범위는 상대적으로 협소하나, 가중된 상황과 특별히 가중된 상황의 정황은 행위자의 인신위협성과 사회위해성을 징표하면서 특정 단체에 대한 도움과 구조라는 2차적 피해를 양산하기 때문에 가중된 형벌을 부여하는 형식이며, 국가기밀이나 군사기밀과 관련된 범죄는 그 보호되는 대상의 수량과 비밀등급에 따라 가중 처벌받는 경우라 할 것이다.

VI. 정황범의 미완 형태

범죄는 기수의 고의를 가진 위해행위가 예비과정에서 출발, 미완의 과정을 거쳐 기수라는 완성의 상태로 발전해 나가며, 일부 범죄의 사회적 위해성과 인신위협성으로 인해 예비단계의 범죄나 과실범을 처벌하지만, 범죄처벌의 기본 대상은 고의의 기수범죄이다. 중국의 독특한 정황범의 성립시부터 존폐의 의견 대립이 지속되고 있는 현재에도 정황이라는 정량적 요소를 범죄의 구성요소로 요청하는 정황범은 성립과 비성립의 문제일 뿐 미수는 존재하지 않는다는 의견⁵⁷⁾과 다른 자연범들과 동일하게 행위자가 구체적 범죄구성요건을 구비한 행위를 실시한 후 자의나 타의로 범죄 행위를 중지하였다면 중지범이나 미수의 형태를 상정해 볼 수 있다고 의견이 제시되고 있다.⁵⁸⁾ 일부 학자들은 정황범에도 4개의 과실범이 있다고 주장하나 수정형법은 정황범을 고의 범죄로 설정하고 있다. 다만 고의범죄를 기본 전제로 한 정황범은 범죄 실행에 착수 후 구성요건적 결과들이 발생한 이후의 기수에 이르지 않았을 경우 일률적으로 엄중한 정황이 없다고 부인해야만 하는 것인가? 또한 구성요건적 행위가 기수의 상태로 실현되었으면 엄중한 정황이 반드시 인정되는가? 정황범의 미완성

56) 蔣毅, “挪用特定款物罪的立法缺陷与完善”, 『西南政法大學學報』, 5期, 2008, p84.

57) 閔凱, “經濟犯罪的情節和數額”, 『政治与法律』, 10期, 2009, p59.

58) 李俊志, “情節犯的犯罪未遂形態研究”, 『青年科學』, 3期, 2014, p89.

문제 관련, 학계는 미수범에 대해 집중되어 있으며, 사법현실에서도 예비범의 경우는 상대적으로 위해성이 작아서 처벌의 대상으로 삼지 않으므로, 본고에서도 정황범의 미수형태를 위주로 논의를 전개해 볼 예정이다.

1. 정황범의 미수형태

기존 정황범의 개념과 법적 작용을 연구하였던 다수의 학자들은 부정적 의견을 견지하였고 시간적으로 나중에 형성되었던 학자들은 정황의 개념과 범죄성립을 분리하여 정황범의 미수범 형태를 긍정하였다. 부정설은 형법이 “정황이 엄중할 것”, “정황이 악랄할 것”의 규정을 범죄를 구성하는 제한적 요건으로 규정하였기 때문에 정황범은 성립이 되지 않을 때 불성립일 뿐 미수범의 형태는 존재하지 않는다고 주장⁵⁹⁾하거나 범죄구성요건구비설의 입장⁶⁰⁾에서 부정적 입장을 견지하였다. 긍정설은 정황범의 미수는 “정황이 엄중할 것”, “정황이 악랄할 것”이라는 요건의 흠결 여부를 지칭하는 것이 아니며, 이미 구비된 정황적 요건 하에 행위자의 범죄 실행행위의 실현여부를 따지는 것이므로 정황범의 미수형태는 존재한다고 주장⁶¹⁾하였으며, 신진학자들을 중심으로 긍정설을 주장하는 견해가 증가하고 있다.

2006년 1월 10일 인민법원은 심양의 차표전매행위에 대한 판결을 통해 사법기관의 긍정설적 입장을 천명하였다. 당시의 안건은 심양시에 거주하던 이모가 심양역에서 심양발 북경행 “침대칸 기차표” 50장, 총 가격 1만 위엔 상당을 구매하였다가 내부 제보자의 신고로 검거되어 전매차표죄로 공소가 제기된 것이었다. 인민법원은 최고인민법원의 “차표전매 형사사건 심리에 관한 문제의 해석”에 근거하여, “이모가 실행한 차표전매의 행위는 차표전매죄의 표준을 넘어서기 때문에 그에 상응하는 형사처벌을 부여해야 하나, 전매행위가 완성되지 않았기 때문에 차표전매죄(倒賣車票罪)의 미수로 처벌 한다”⁶²⁾라고 판시하였다.

“정황이 엄중할 것(情節嚴重)”, “정황이 악랄할 것(情節惡劣)”에 대한 규정에 대한 사법해석이 구성요건의 평가범위를 초월한 경우가 지속적으로 증가되자,

59) 高銘喧, 「刑法學」, 高等教育出版社, 2005, p155.

60) 범죄구성요건 구비설에서는 기본적 구성요건 외에 “엄중한 정황”이 구비되었을 때 범죄구성요건이 충족되며, 행위는 범죄가 된다고 주장하였다. “정황”을 구성요건요소로 파악하는 범죄내부에서 미수의 존재가능성은 없으며, 기수와 미수의 구분이 존재하지 않는다고 주장하였다.

61) 陳興良, 「刑事司法研究-情節·判例·解釋·裁量」, 中國方正出版社, 1996, p73.

62) 王非, “倒賣車票罪刑法適用疑難問題研究”, 「法制與社會」, 1期, 2008, p52.

학계에서는 형사 정책적 고려에 의한 정량요소의 설정이라는 비판을 가하여 형사법 외연의 지나친 확대에 부정적인 태도를 보이면서 정황범의 미수범 성립범위의 확대 역시 반대하였고, 사법종사자들과 일부학자들은 정황범의 기본 형이 3년 이하의 유기징역으로 경한 범죄에 속하고 정황범의 미수범은 더욱 사회적 위해성이 약한 경한 범죄에 속하기 때문에 처벌을 하지 않기 때문에 정황범의 미수범 성립범위를 확대해도 처벌이 남용되는 사례는 적다고 주장⁶³⁾한다.

2. 정황범의 예비형태

중국 형법 제 22조는 “범죄를 위해 범죄도구를 준비하고 조건을 제조하는 것을 범죄예비라고 하며, 예비범은 기수범에 비해 가벼운 형(從輕), 감경(減輕) 혹은 처벌을 면제(免除)한다”고 규정하고 있어 총칙규정은 “보편적 처벌 원칙(普遍處罰原則)”을 채택하고 있지만, 각칙에 대한 구체적 죄명 구분이 없어 사법종사자들의 자유재량권의 폭이 비교적 넓은 편이다.⁶⁴⁾ 다만 현실적으로 범죄의 도구나 조건을 준비한 행위가 있으나 객관적으로 형법이 보호하려는 법익에 대한 위해가 없어 중대범죄를 제외한 일반 자연범의 경우 처벌가능성이 없다. 즉, 중국 형법총칙에 예비죄의 규정이 존재하지만, 중국의 법률적 전통은 결과반가치를 중시하는 경향이고, 각칙 범죄는 예비죄를 기수로 처벌하는 규정이 없기 때문에 사법현실에서도 처벌사례는 매우 드문 상태이다.⁶⁵⁾ 이러한 예비범에 대한 중국적 법률문화와 사법현실을 볼 때, 대부분의 정황범은 경죄에 속하며 정황범의 예비행위에 대한 사회위해성과 인신위협성은 기타 범죄에 비해 매우 적다는 평가 아래, 범죄로 보지 않으며 정황범의 예비형태는 존재하지 않는다.

VII. 마치는 글

정황범에 있어서 정황(情節)은 구성요건적 요소로 정량적인 제한을 통해 일정 이상의 불법적 행위, 사회위해성이 있으며 형사처벌의 대상이 되는 위법한

63) 王志祥, “情節犯基本問題研究”, 『保定學院學報』, 1期, 2008, p52.

64) 叶瑜, “淺析預備犯普遍處罰原則的理論困境”, 『法制博覽』, 7期, 2017, p276.

65) 張明楷, 『刑法新問題探究』, 清華大學出版社, 2003, p201.

행위에 대한 평가적 기능을 수행해 왔다. 79년 처음으로 형법에 명문으로 정황범이 규정된 시기, 혼란한 정치적·사회적 문제를 해결하기 위해 추상적이고 개괄적인 방식으로 역사문제를 조명하려는 시도가 입법적 방향에 영향을 미쳐 세부적인 기술보다는 모호하고 추상적인 규정이 다수 등장하였으며, 정황범을 비롯한 다수의 정량적 표현이 그 역사적 흔적일 것이다. 다만 97년 수정형법에 즈음하여 기존의 정황적 표현과 모호한 규정에 대해 일부 수정이 가해졌지만, 형법 제 13조 총칙규정과 다수의 각칙 규정이 79년 형법의 방식을 원용하여 현재에 그대로 적용되고, 정황범은 각칙 범죄의 1/4에 해당할 정도로 오히려 증가되었다.

형법 제 13조 단서의 “정황이 현저히 경미하고 위해가 크지 않을 때 범죄로 보지 않는다”라는 정황적 고찰로 범죄에서 일정 이하의 위해적 행위에 대해서 범죄의 처벌 범위에서 배제하거나, 각칙의 “정황이 엄중할 것” “정황이 악랄할 것”이라는 각칙상의 정량적 표현으로 일정한 불법적 행위를 제하하여 경미하고 충동적인 범죄에 대해서 처벌을 부과하지 않는다. 다만 기존 입법자의 취지와는 반대로, 경미한 위법행위에는 정량적 제한을 하지 않아 범죄가 바로 성립하며, 상대적으로 중대한 범죄에 대해서는 정량적 제한을 가하여 범죄로 처벌받지 않는 등 전체 형사법의 운용상 정황적 설정과 적용에서 문제가 도출되기도 한다.

처음에 제기하였던 음주운전죄, 문서위조죄, 상해죄의 경우, 모두 정황적인 제한, 즉 정황이 경미하고 위해가 크지 않다는 이유로 무죄판결을 받았지만, 이러한 정량적 제한으로 범죄에서 배제되는 법적 전통은 일정 불법 이하의 행동은 법에서 용인하는 것으로 국민들에게 확신을 강화하여 범죄예방에 오히려 불리하게 작용하기도 한다. 또한 범죄와 비범죄의 경계에 있는 위법적 행위에 대해 정량적 평가만으로 분류하기에 곤란한 경우도 빈번하며, 과도한 사법기관의 재량권부여로 인한 형벌의 불균형 문제는 정성(定性)·정량(定量)적 입법방식을 취하는 중국 형사법의 또 다른 해결과제이다.

[참고문헌]

- 儲槐植, “再論我國刑法中犯罪概念的定量因素”, 『法學研究』, 2期, 2000.
- 趙林虎, “論我國刑法中犯罪定量的合理性及其模式”, 『寶鷄文理學院學報』, 6期, 2010.
- 張曉菲, “淺論違警罪的概念及其處罰”, 『甘肅警察職業學院學報』, 1期, 2011.
- 王 強, “論主觀罪過中的定量因素認識”, 『中國刑事法雜誌』, 4期, 2007.
- 劉長偉, “論我國刑法立法定量模式下情節犯的定位”, 『法制與社會』, 17期, 2016.
- 王志祥, “犯罪構成的定量因素論綱”, 『河北法學』, 4期, 2007.
- 劉守芬, “情節犯及相關問題研究”, 『法學雜誌』, 5期, 2003.
- 呂 途, “破壞社會主義市場經濟秩序罪之罪名梳理与划分”, 『政治与法律』, 8期, 2009.
- 王 展, “試論我國刑法上情節犯的几个問題”, 『法制與社會』, 8期, 2016.
- 馬 改, “然情節犯存在之合理性”, 『內蒙古社會科學』, 5期, 2012.
- 劉亞麗, “論情節犯”, 『江蘇公安專科學校學報』, 1期, 2002.
- 李 翔, “情節犯的犯罪構成理論意義”, 『云南大學學報』, 4期, 2006.
- 叶高峰, “情節犯的反思及其立法完善”, 『法學評論』, 2期, 1997.
- 劉守芬, “情節犯及相關問題研究”, 『法學雜誌』, 5期, 2003.
- 李 翔, “罪刑法定視野中情節犯之命運”, 『江西社會科學』, 6期, 2006.
- 雪 蓮, “刑法分則條文中‘情節嚴重’的合理性-以罪刑法定為視角”, 『法制博覽』, 18期, 2014.
- 張光君, “誤收假幣后故意使用行為的刑事責任問題初探”, 『湖北警官學院學報』, 5期, 2009.
- 周光權, 『刑法各論講義』, 清華大學出版社, 2003.
- 張明楷, 『刑法新問題探究』, 清華大學出版社, 2003.

[Abstract]

Study on the circumstance crime in chinese criminal law

Oh, Chang-Sik*

Whether to define crime as an criminally unlawful action that has some quantities or some Illegal actions that have elements of a crime and responsibility, many countries of the world have been struggling to figure out the concept of crimes and corresponsive penalties. Whether to set the penalty system based on the nature of crime or to include quality of the crime as well as some quantities, Since both of them have bases in their cultural, social, legal circumstance, China selected the way to include quality of the crime as well as some quantities and punished criminal actions with some quantities. Can criminal elements compose certain crime? Is is a result in accordance with justice to punish petty crimes not regarding the quantitative factor above some level? to answer these questions, many countries of the world emphasize both the quantitative and qualitative aspect or adopt jurisdiction interpretation as well as theory of criminology.

Chinese criminology of 1979 that based on Qualitative and quantitative legislation way defined character of crime and demanded some quantities. With General and specific provisions which required various quantitative condition, they defined some social harmfulness as crimes and punished them as requested. Some scholars criticized chinese system of quantitative model as violations of principle of a legally prescribed punishment for a specified crime and must be abolished for predictability of people and the prevention of arbitrary use of the judge. But the devised criminology of 1997 still adopted the model of Qualitative and quantitative legislation way, and there still exists many quantitative factors in criminology, especially ambiguous and general factors in general and specific provisions solve the various situations with the concept of circumstance crime.

* Chief, the division of public security at Ham-an police station/Chinese doctor of Laws

Various circumstance crime in chinese criminology has different character, its own social harmfulness and danger of the offender, therefore the demand of circumstance crime are not the same as oneness. When there exist relevant judicial interpretations, the judge and related workers can use and regard them as base of the court decision. But when the judge and related workers could not find relevant judicial interpretations, there were likely to find their base on their experience or predicted result from similar case, hence occurred different results to similar case in the same court. these phenomena influenced judicial fairness.

Keywords : circumstance crime, circumstance, social harmfulness, Qualitative legislation, quantitative legislation