

형벌의 본질과 목적

- 양형기준과 관련하여

전문위원 이천현

<차 례>

I. 들어가며	3. 일반예방이론
II. 형벌의 목적에 관한 이론들	4. 절충설(결합설)
1. 응보형주의	III. 형벌의 목적과 양형기준
2. 특별예방이론	IV. 결론

I. 들어가며

형벌은 가벌행위를 한 행위자에게 법적 효과로서 부과되는 해악으로서, 개인의 권리를 박탈하고 의무를 부과하는 법적 제재 가운데에서 가장 강력한 것이다. 따라서 형벌은 정당화 근거를 가져야 한다. 형벌의 정당화 근거는 바로 형벌의 (정당한) 목적에 있다.¹⁾

형벌이 어떠한 의미와 목적을 가지고 있는지에 대한 논의 즉 형벌이론은 행위자의 책임을 근간으로 하는 응보형론과 범죄의 예방을 중심으로 구성되는 예방형(목적형)론으로 대별된다. 예방형론은 그 대상에 따라 다시 일반예방주의와 특별예방주의로 나누어진다. 전자는 일반인에 대한 형벌위하 내지 규범의식의 강화를 수단으로 범죄를 예방하는 것인 반면, 후자는 범죄인 개개인을 중심으로 범죄를 예방하려는 것이다. 응보형론은 형벌의 개별목적과는 무관하게 정의 그 자체를 위한 것이라는 점에서 ‘절대적’ 형벌론, 예방형론은 범죄예방이라는 목적과 연관을 맺는다는 의미에서 ‘상대적’ 형벌론이라 불린다. 각각의 형벌이론들은 - 그 이론들의 관심방향과 논리적 성격 등에서는 서로 이질적이지만²⁾ - 모두 국가형벌권의 정당화근거에 관한 것이라는 점에서는 공통된다. 각 형벌이론들은 나름대로의 정당화 근거를 제시하면서 동시에 극복하기 어려운 단점도 지니고 있다. 그렇기 때문에 오늘날은 응보와 예방을 모두 형벌의 목적으로 포괄하는 절충설이 지배적인 견해로 되었다. 다만, 이 경우에도 어느 쪽에 우위를 둘 것인지의 문제는 남아 있다.

1) 이 글에서는 - 논의의 실익이 없어 - 형벌의 ‘본질’과 ‘목적’의 개념은 상호 구별하여 사용하지 아니한다. 개념 논쟁에 대하여는 진규호, “형벌의 본질론에 관한 연구”, 법학연구, 제7집(2001), 한국법학회, 34쪽 이하 등을 참조 바람.

2) 응보형론이 주로 과거에 범해진 범죄행위에 주목하는 것인 반면, 예방형론의 관심방향은 범죄예방이라는 미래지향적인 성격을 지닌다. 또한 응보형론이 행위자의 책임상설이라는 보다 규범적인 내용을 지니는 반면, 예방형론은 일반인의 위하와 규범의식의 강화를 통한 범죄예방 혹은 범죄인의 위하, 격리 및 재사회화에 의한 사회방위라는 보다 구체적이고 경험적인 지식을 필요로 하게 된다.

법관의 양형은 법정형과 처단형의 범위 내에서 입법자의 의도를 개별사례에서 구체화하는 법적용을 의미한다. 따라서 일반적으로 법적용과 마찬가지로 양형도 법적 삼단논법, 즉 대전제인 법규범 혹은 규범적 원칙의 구체화, 소전제인 양형사안의 구성 그리고 결론으로서 구체적인 형량과 형종이라는 논증구조를 지닌다.³⁾ 양형에서 그 대전제를 구체화할 수 있는 방법은 원리적으로 ① - 일반적인 법적용과 마찬가지로 - 법규범을 통해 양형의 대전제를 확정하는 방법과, ② 해석을 통해 규범적인 원리를 구체화하는 방법이 있을 수 있다. 전자의 방법은 양형에 관한 지도원칙을 천명한 형법규정이 아직 존재하지 않기 때문에 사실상 불가능하다. 형법 제51조에서는 양형의 조건이라는 명칭 하에 양형에서 참작하여야 할 일부의 양형요소만을 예시적으로 규정하고 있을 뿐이기 때문이다. 따라서 남은 방법은 후자의 방법인 해석을 통해 규범적인 원리를 구체화하는 것뿐이다. 즉 형벌의 목적이 무엇인가에 대한 해명이 중요한 의미를 갖게 된다.

형벌의 목적이 무엇인지를 해명하는 논의 즉 형벌이론들이 양형에 관한 지침으로서 작용될 수 있다. 즉 형벌의 목적은 양형에서 방향지시적인 기능, 즉 법관의 양형에 대해 규범적인 기준이 될 뿐만 아니라 동시에 법관의 양형에 대한 규범적인 통제의 기준이 될 수 있다. 형벌의 본질을 파악하고 이를 토대로 어떠한 목적을 가지고 있다고 인정하는 경우, 그 인정된 목적들로부터 형벌의 종류와 정도를 정하는 관점으로서의 판단척도가 나올 수 있다. 나아가 이 판단척도로부터 일정한 양형인자가 형벌가중적으로 작용하는지 아니면 형벌감면적으로 작용하는지 파악될 수 있고, 또 어느 정도로 작용하는지 형벌의 증감가능성도 통제할 수 있게 된다.⁴⁾

이에 이 글에서는 형벌의 목적에 관한 이론들의 내용과 각 이론들이 양형에 있어 어떠한 모습으로 기준이 되는지를 살펴보고 이에 대한 견해를 서술하기로 한다.

II. 형벌의 목적에 관한 이론들

1. 응보형주의

가. 응보 목적

3) 최석운, 양형의 형벌이론적 기초와 합리화방안, 고려대 박사학위논문(1996), 98쪽.

4) 법원행정처, 양형실무, 1999, 6쪽 참조.

형벌은 범인 스스로가 행한 범죄행위 즉 죄악에 대한 당연한 ‘응보’ 내지 ‘속죄’이며, 그 어떤 다른 목적을 가지고 있는 것은 아니라는 견해를 응보형주의라고 한다.⁵⁾

형벌의 목적은 범죄에 대한 응보에 있다는 생각은, 주지하는 바와 같이, 칸트(Kant)가 주장한 것이다. 칸트는 인간은 항상 ‘주체’로서 취급하여야 하고 ‘객체’로서 다루어져서는 안 된다고 하면서 형벌에 대하여 모든 예방적 고려를 반대하였다. 그에 따르면 - 시민사회가 그 구성원의 합의에 의해 해체된다 하더라도 감옥에 남아있는 마지막 한 사람의 살인자만은 사전에 처형하고 나와야 한다는 주장에 명확히 나타나 있는 바와 같이 - 형벌은 순수한 응보의 관철인 것이며 국가나 국민에게 이익이 되는 것은 아니다.

그러나 칸트와 함께 응보형주의의 대표적 주장자인 헤겔(Hegel)에 이르러서는 형벌의 절대성에 다소 의문이 제기된다. 헤겔은 범죄는 법질서의 파괴이며, 형벌은 그 법의 부정에 대한 부정으로서 이를 통해 법질서가 회복된다고 한다. 범죄가 발생하면 그에 대하여는 반드시 형벌을 부과하여 질서를 회복할 필요가 있다는 의미에서 절대적 응보지만, 한편으로는 국가가 법질서를 유지하고자 하는 ‘목적’으로 형벌을 과하게 된다. 따라서 헤겔에 따르면 앞에서 칸트가 이야기한 사례에서는 사형집행을 굳이 할 필요가 없게 될 것이다. 이러한 의미에서 헤겔의 견해는 순수한 절대적 응보형론이 아니라 일종의 목적형론으로 분류하는 것도 가능할 것이다. 그러나 헤겔을 응보형론자로 분류되는 것은, 응보형론자는 형벌이 사회에 주는 영향을 고려하여 응보형을 선택한 것이 아니라 응보형을 관철함으로써 나타나는 부수적인 효과인 법질서의 개념으로부터 분리된 응보 그 자체의 정당화를 유지하여 온 것이라고 생각된다.⁶⁾

나. 응보목적과 양형

응보형론은 책임상살에 의한 정의실현을 주된 내용으로 삼고 있기 때문에, 형벌은 해악으로서 유책하게 행하여진 범죄와 일치하여야 하고 행위자의 책임이 아닌 위험성에 근거를 둔 형사정책을 부정한다. 즉 형벌이 범죄, 특히 책임과 일치할 것을 요구함에 의하여 형벌권의 행사를 책임주의에 의하여 제한하고자 한다.

형벌은 반드시 범인의 책임에 상응하는 것이어야 한다는 이러한 논리는 형벌의 정도, 즉 양형에 대한 뚜렷한 기준을 제공해 준다. 응보라는 형벌의 목적은 행위자 뿐만 아니

5) 응보형주의는 형벌은 다른 목적을 가진 것이 아니라 그 자체가 목적이라고 하기 때문에 ‘절대성’이라고도 하며, 그것은 형벌의 목적에 관한 이론이 아니라 형벌의 본질에 관한 이론이라고도 한다(이재상, 형법총론, 2007, 47쪽).

6) 칸트는 범죄자에게 그 범죄와 ‘동종류’의 보복을 헤겔은 ‘동가치’의 보복을 주장하였다는 점에서도 두 사람은 차이가 있다. 즉 헤겔도 칸트와 마찬가지로 형벌이 위하와 범죄인에 대한 교정이라는 목적을 가진다는 점을 부정하지만 탈리오(talio) 원칙의 엄격한 적용을 분명하게 부정한 점에서 칸트와는 차이가 있다.

라 일반인에 대한 예방필요성과 예방가능성을 양형척도로서 요구하지 않게 되어, 행위자 및 일반인에 대한 위하, 재사회화 등과 연결되는 모든 사실은 양형관련성이 인정되지 않게 된다.

이러한 관점에서 - 양형론에서 - 응보형론은 양형이 책임에 따라 정해지는 것, 즉 유일형이론(또는 점형이론)을 채택하게 된다. 책임은 언제나 고정된 일정한 크기를 가진 것이므로 적당한 형벌은 하나일 수 밖에 없기 때문이다. 예를 들어, 볼프(Ernst Amadeus Wolff)는 “형벌은 정의를 위해서만 발동되는 것”⁷⁾이라고 응보형주의를 주장하면서, “양형에서는 ... 범위이론(Spielraumtheorie)은 거절되어야 한다. ... 법관은 부가적인 일반예방의 관점을 고려함이 없이 형벌을 결정하여야 한다”⁸⁾고 주장하고 있다.

다. 한계

응보형주의는 죄를 지은 자는 반드시 그에 상응하는 벌을 받는다는 사회심리적 영향력에서 그 장점을 찾을 수 있다. 또한 상술한 바와 같이 형벌을 책임과 일치할 것을 요구함에 의하여 형벌권의 행사를 책임주의에 의하여 제한하고자 한 점은 형법학에 기여한 중대한 공헌이라고 할 수 있다.

그러나 응보형주의에 대하여는 법익의 (예방적) 보호라고 표현되는 형법의 목적 즉 존재근거와 조화를 이룰 수 없고, 형법이 형벌을 수단으로 추구하는 모든 사회적 목적을 도외시하고 있으며, 기존의 악에 대해 다시 그 만큼의 악으로 대응하는 것은 야만에 지나지 않으며, 보복형론은 현재 사회구성원의 세계관과는 전혀 조화를 이루지 못하는 인간을 경멸하는 논리라는 강력한 비판이 제기된다.

특히 엄격한 응보형주의에 따르면 행위에 대한 책임은 반드시 형벌에 의해 청산되어야 하기 때문에, 그것은 필벌주의와의 동맹을 의미한다. 형벌의 목적으로서의 예방을 배제하는 것은 - 그 나름대로의 합리성이 인정되지만(이에 관하여는 후술함) - 행위자의 사회복귀 등의 고려가 양형으로부터 탈락되어 행위자에게 유리한 사정이 전혀 고려되지 않게 되는 것으로 실질적으로는 바람직하지 않게 된다.

이에 따라 - 범죄자는 그가 범한 불법에 상응하는 형벌을 받아야 한다는 것은 모든 사람들에게는 당연한 것으로 생각될 수도 있지만 - 현대형법이론에서는 형벌을 범인이 지은 죄에 대한 단순한 응징이라고 보는 절대적 응보형론을 주장하는 견해는 찾아 볼 수 없다. 다만 형벌의 목적은 범죄예방임을 인정하면서 동시에 정의를 지키기 위해 범죄에 대한 형벌의 응보적 요소를 부정할 수는 없다는 수정된 응보형론이 “결합설(절충설)”이란

7) Ernst-Amadeus Wolf, Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97 (1985), 826쪽.

8) Wolff, 위의 글, 830쪽.

이름으로 주장되고 있을 뿐이다(이에 관하여는 후술함).⁹⁾

2. 특별예방이론

가. 특별예방 목적

특별예방이론은 형벌의 목적이 - 범죄 또는 범죄자에 대한 응징 내지 보복이 아니고 - 범죄인의 재범을 방지하고 그 사람을 사회생활에 다시 적응하기 쉽게 하는 데 있다고 보는 이론으로 응보형주의와 대립되는 입장이다.¹⁰⁾ 이 이론은 형벌의 목적을 특별히 개개의 범죄자를 염두에 둔 범죄의 예방에 있다고 보기 때문에 ‘특별예방’이론이라고 부른다.

특별예방이론은 19세기 중엽 이후 자본주의의 발전과 함께 재범자가 격증함에 따라 자유의사를 전제로 한 응보형주의의 한계가 나타나게 되고 자연과학의 발달이 형법학에도 영향을 미치게 되어, 형벌에 대하여도 자연과학적·실증적 방법에 의하여 그 본질을 규명하고자 한 이론이라 할 수 있다.

이 이론에 따르면, 형벌의 목적은 - 일단 형벌을 받게 된 행위자에게 당래에 더 이상 범죄를 저지르지 않도록 하는 것으로서 - 행위자에 대한 개별적 위하와 보안뿐만 아니라 행위자를 재사회화함으로써 사회로 복귀시키거나 또는 행위자로부터 사회를 지키는 것에 의해 달성된다. 행위자에 대한 위하는 범죄자 개인이 장래에 다시 법률을 위반하지 않도록 효과적인 반대동기를 형성시키기 위한 것이고, 보안 즉 행위자로부터 사회를 지키는 것은 행위자가 사회 내에서 그의 범죄적 에너지를 발산하지 못하도록 만드는 것을 말한다. 이를 ‘소극적 특별예방’이라 부른다. 이에 반하여 재사회화는 범죄조장요인을 줄이거나 배제하고 범죄억제요인을 증대시킴으로써 행위자가 장래의 범죄유혹에 빠지지 않도록 행위자의 저항력을 길러 주는 것이다. 이를 ‘적극적 특별예방’이라 부른다.¹¹⁾

특별예방이론의 전형은 리스트(Liszt)의 견해이다. 리스트는 형벌은 그 자체가 無目的인 응보라고 할 수는 없고 범죄자가 재차 범죄에 이르지 않게 하는 것을 형벌의 목적으로 보았다. 그에 따르면 특별예방은 다음과 같은 세 가지 형태로 운영될 수 있다: 첫째 우연히 범죄 행위를 한 기회범은 위하를 가하고, 둘째 개선이 가능한 자에 대하여 여러 가지 개선조치를 취하고, 셋째 위하할 수도 없고 개선할 수도 없는 상습범은 격리하여

9) 한정환, “예방목적의 통합형벌이론(상)”, 사법행정(1998/12), 9쪽.

10) 오영근, 형법총론, 2006, 742쪽 (정당한 형벌의 목적이 될 수 있는 것은 특별예방뿐이고 응보나 일반예방은 형벌의 목적은 될 수 없고 기능을 될 수 있을 뿐이다).

11) 김일수/서보학, 새로쓴 형법총론, 2006, 21쪽 참조.

사회에서 제거하여야 한다는 것이다. 이 중에서 범죄자의 개선에 중점을 두는 형벌을 교육형이라 부르고, 당시 유력했던 범죄학 지식을 도입하여 형벌을 집행할 것을 목표로 하였다.

특별예방주의가 특히 범죄자에 대한 교화를 통해 사회의 재적응력을 높인다고 하는 것은 인도주의적 관점과 헌법이 보장하는 기회균등 및 인간의 존엄성 보장이라는 점을 고려한 것임에는 의문이 없다. 실제로 독일헌법재판소¹²⁾와 연방법원¹³⁾의 판결에서는 재교육 내지 재사회화의 목적과 당위성이 자주 강조되고 있기도 하다.¹⁴⁾

나. 특별예방목적과 양형

특별예방적 형벌목적은 행위자에 대한 예방필요성과 예방가능성을 양형척도로서 요구하게 된다. 특별예방의 소극적인 위하 및 보안목적 적극적인 재사회화 목적이라는 관점에서 더 이상 범죄를 저지르지 못하도록 행위자를 저지하여야 할 행위자에 대한 예방필요성과 예방가능성을 밝히는데 필요한 모든 사실은 양형관련성이 인정되는 것이다.

한편 형벌이 범죄자에 대하여 효과를 발휘하기 위해서는 그 범죄자의 범죄성이 제거될 때까지 구금하여야 한다. 특별예방적 형벌 목적을 추구하게 되면, 형벌은 행위자가 앞으로 범죄를 포기하게 할 만큼의 영향력을 지닌 것이어야 하기 때문이다. 또한 특별예방론은 행위자의 위험성을 기준으로 형을 부과하는 것이기 때문에, 아무리 중한 범죄행위를 했다고 할지라도 그 행위자에게 위험성이 없으면 형을 과하지 않게 되고 반대로 매우 위험한 행위자는 사소한 행위를 저질러도 장기간 교도소에 구금하여야 한다.

다. 한계

특별예방이론은 그 이론적 장점과 현실적 필요성에도 불구하고 간과할 수 없는 문제점을 가지고 있다.

첫째, 형벌이 범죄자에 대하여 효과를 발휘하기 위해서는 그 범죄자의 범죄성이 제거될 때까지 구금하여야 하는데, 판결시에 어느 정도의 형기가 필요한가를 정확하게 예측하는 것은 불가능하다. 따라서 판결시에는 형기를 확정하지 않는 ‘부정기형제도’가 바람직하게 된다. 그러나 이것은 죄형법정주의에 위반되며 행위자의 인권을 현저하게 제약하게 된다.

12) 예를 들면 BVerfGE 35, 235 (처벌 후 범죄인은 인간의 존엄성과 이를 보장하는 헌법상의 권리에 따라 사회에 다시 동화할 수 있는 기회를 보장받아야 한다); BVerfGE 36, 188; BVerfGE 45, 239.

13) BGHSt 24, 42.

14) 한정환, 위의 논문(“예방목적의 통합형벌이론(상)”), 12쪽 참조.

둘째, 행위자의 위험성을 기준으로 한 형의 부과는 평등의 원칙에 반할 뿐만 아니라 예측가능성을 현저하게 해한다. 그 위험성은 현재의 과학적 지식을 총동원한다고 할지라도 완벽하게 측정하는 것은 불가능하고, 만약 위험성의 예측이 가능하다고 한다면 아직 범죄행위에 나아가지 않은 단계에서도(예를 들어, 실행의 착수에 이르지 않을 단계) 그 사람을 구금하여야 하는 결론에 이르게 된다. 이는 행위자의 내심을 근거로 처벌하는 것으로써 근대형법원리에 반하는 것이다. 더욱이 - 현실적인 측면에서 - 행위자에 대하여 지속적으로 재사회화 활동에 많은 노력을 기울였지만 재범의 지속적인 증가는 특별예방주의의 유효성에 대한 깊은 회의를 일으키게 하고 있다.

셋째, 국가권력은 물론 어떤 권리에 의해서도 성인인 범죄인에게 국가로부터 교육을 받고 피교육자로 취급받게 할 의무를 지을 수 없다는 점도 문제이다. 인간의 자유와 자율을 강조하는 Kant와 Hegel은 이것이야 말로 인간의 존엄에 대한 침해라고 비판한다. 형벌의 재사회화 목적과 인간의 존엄성문제와 관련하여 독일헌법재판소는 “국가는 국민들을 교화하여 개선할 과제를 가지고 있지 않다”¹⁵⁾고 명백한 입장을 표명한 바 있다. 독일기본법 제1조에서 보장한 인간의 존엄성을 보장한다는 것의 의미를 국가가 성인의 인격에서 핵심부분을 관여하는 것과 같은 강제적 교화를 강요하는 것은 허용되지 않는다고 해석한 것이다.¹⁶⁾

넷째, 과실범이나 우연한 기회에 충동적으로 가벼운 범죄를 저지른 자와 같이, 재사회화교육이 전혀 또는 거의 필요하지 않은 경우 특별예방은 현실적으로 무용하고 무의미하다.

특별예방이론은 세계 각국에서의 지속적인 노력에도 불구하고 출소자들의 성공적 사회적 적응은 현재까지 입증되지 못하고 있다. 특별예방을 가장 적극적으로 추진했고 많은 시설과 비용을 투자했던 미국에서는 오히려 범죄율이 증가하고 이로 인해 교도소 과포화 현상이 초래되었다. 이에 따라 미국의 수 많은 주들은 1970년대 중반에 이르러 부정기형제도를 포기하고 양형지침을 개발하거나 정기형제도를 구축하기 시작하였다. 형벌의 주요목적으로서 사회복귀(rehabilitation) 이념이 퇴색되고 대신에 응보(retribution) - 처벌의 비례성 - 를 처벌의 주요 목적으로 삼기 시작한 것이다.

미국 이외에도, 특별예방을 따른 형벌제도가 기대한 만큼의 효과를 거두지 못하자 1975년 이후 각국의 형사정책은 그 때까지 지배적이었던 범죄인의 치료·교육에 의한 재사회화라는 목표와 방법에서 벗어나, 보복이론과 일반예방이론으로 회귀하려는 움직임을 보인다. 이 경향을 ‘신고전주의’라고 부르고, 특히 당시까지 치료·교화 목적의 강제처분

15) BVerfGE 22, 219.

16) 한정환, 위의 논문(“예방목적의 통합형벌이론(상)”), 12-13쪽 참조.

을 허용했던 미국을 비롯하여 스칸디나비아 그리고 네덜란드에서 두드러지고 있다.¹⁷⁾

3. 일반예방이론

가. 일반예방 목적

형벌의 목적은 특정인이 아닌 사회 일반인 즉 잠재적 범죄인의 위하에 의한 범죄예방에 있다고 하는 견해를 일반예방이론이라고 한다. 형벌의 목적을 장래 범죄행위를 막는 것이라고 보는 점은 특별예방이론과 같지만, 형벌의 목적이 유죄판결을 받은 범죄인을 향한 것이 아니고 사회구성원 전체, 즉 일반대중을 향한 것으로 본다는 점에서 ‘일반예방’이라고 한다. 일반예방이론은 다시 소극적 일반예방과 적극적 일반예방으로 구별된다. 전자는 잠재적 범죄인에 대한 위하에 의하여 장래의 범죄를 방지하는 것을 의미함에 반하여, 후자는 일반인에게 규범의식을 강화하여 법질서를 준수하게 하는 것을 말한다. 현재 서구에서는 적극적 일반예방이론이 상당한 지지를 얻고 있다.

(1) 소극적 일반예방

소극적 일반예방의 거점을 최초로 제공한 사람은 포이에르바흐(Feuerbach)이다. 포이에르바흐의 주장은 심리강제설이라고 하는 것으로, 미리 일정한 범죄에 대하여 그 범죄에 의해 얻을 수 있는 이익보다 큰 고통으로서의 형벌을 과하는 것을 예고함으로써 잠재적 범죄자에게 범죄를 단념하게 하여야 한다고 한다.¹⁸⁾

포이에르바흐의 주장에 대하여는 다양한 비판이 제기된다. 이 이론에 따르면, 형벌은 범죄를 단념하게 하는 효과가 높을수록 그 목적이 달성되는 것이므로 형이 가혹할수록 그 만큼 효과가 좋게 된다. 그러나 모든 범죄에 대해서 극형을 규정하는 것은 허용되지 않을 뿐만 아니라 실제로 범죄가 지속적으로 발생하고 있다는 사실은 위하효과에 의구심을 제기하게 한다. 그렇다면 범죄가 발생할 때마다 보다 큰 위하를 가하여야 하고, 그렇

17) 예를 들어 범행비례성론(Tatproportionalitätstheorie)을 들 수 있다. 범행비례성론은 형벌의 양을 범행중대성(Tatschwere)에 비례시킬 것을 요구하는 이론이다. 즉 형벌은 법익침해의 종류, 정도 및 유형으로 나타나는 행위에 대한 반가치의 정도에 상응하여야 한다는 것이다. 범행비례성론은 양형에서 행위자에 관련된 인적 요소를 배제하여 양형요소를 축소하고 기속력 있는 양형 규율이나 양형기준표의 도입을 통해 법관재량을 감축하는 것을 목표로 삼고 있다. 범행비례성론의 논거는 형벌을 통하여 침해된 규범의 가치를 규범수신인에게 전달하여 준다는 점에 있다. 범행비례론은 이처럼 침해된 규범의 가치를 형벌을 통하여 알려줌을 매개로 하여 규범안정화를 도모한다는 점에서 (Frisch와 Hart-Hönig 등)의 적극적 일반예방이론과 기본적으로 일치한다. 범행의 크기에 양형의 중점이 놓여 있기 때문에 범행비례성론에서는 행위관련성이 적은 범인의 인성, 생활영위, 품성 등은 양형의 고려대상에서 최대한 제외된다(이에 관한 상세한 내용은 손동권/김재윤, 범행비례적 양형론에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2006 참조).

18) 민건식, 형법학의 선구자 - 12인의 생애와 사상, 1984, 89쪽 이하 참조.

게 되면 끝없는 중벌화를 초래하게 된다. 또한 이 이론은 계몽기에 상정되던 합리적인 계산에 근거하여 행동하는 시민을 수범인으로 예정하고 있지만, 실제 범죄자는 범죄에 의해 비이성적 흥분상태가 되는 경우가 자주 있고 냉정한 계산을 하여 행동하는 사람은 오히려 소수에 불과하다. 그리고 인간은 불합리한 면을 가지고 있기 때문에 계산이 잘못 되는 일이 많다. 많은 범죄자는 범죄가 발각되어 자신이 처벌되는 것을 생각하지 않고 행동한다. 또한, 이 이론은 형법의 입법 단계에 중점을 두고 있기 때문에, 형벌의 효과를 극대화시키기 위해서는, 법관에게 재량의 여지를 허용하지 않도록 절대적 법정형을 규정 하여야 한다. 그러나 이 또한 현실적으로 불가능한 것이다.

(2) 적극적 일반예방

형벌은 - 단지 잠재적 범죄인에게 형벌을 통해 위하하는 것이 아니라 - 모든 사람에게 법질서의 불가침성을 확증해 보임으로써 사회 내에서 일반인의 규범의식 내지 법충실성을 유지·강화시키는 적극적인 목적을 갖고 있다는 것이다. 형벌은 침해된 규범의 효력을 회복시키고 이를 확증시킴으로서 적극적인 사회통합에 기여한다는 의미에서 ‘통합(일반)예방’이라고도 불리운다.

어떤 방법과 과정을 통해 법질서가 유지되고 국민의 규범의식을 강화하느냐에 관하여 일반 예방론의 지지자들 사이에는 거의 비슷하나 약간씩 다른 근거들이 제시되고 있다.

예를 들어 일반예방의 대표적 옹호론자들에 속하는 Hassemer와 Jakobs는 사회학이론에 착안한 규범이론을 바탕으로 일반예방론을 주장하고 있다.¹⁹⁾ Hassemer는 형법규범의 형식화기능을 강조하여, 인간에게 근본적인 이익과 가치들을 지키기 위해 형법은 필요한 규범들을 공식화·형식화하고 그 준수를 확보함으로써 공동생활에서의 갈등을 효과적으로 억제하고 갈등의 해결을 형법의 형식에 맞추어 투명하게 하는 것이 일반예방의 내용이라고 한다. 한편 Jakobs는 형법의 목적을 “사회 혹은 규범의 안정화”라는 적극적 일반예방으로 보고, 형벌은 바로 이를 위해 부과되는 것으로 이해한다. 다시 말해 규범은 사회적 접촉을 위한 질서방향의 모형을 의미하기 때문에 그러한 규범을 위반하는 행위자에 대한 책임은 법에 충실한 시민들에게 질서의 구속성을 확증해 주기 위한 적극적 일반예방에 기초한다는 것이다.²⁰⁾

나. 일반예방목적과 양형

19) 한정환, 위의 논문(“예방목적의 통합형벌이론(상)”), 14쪽 참조.

20) Jakobs, Schuld und Pravention, 1976, 9쪽, 25쪽 이하 참조.

일반예방적 형벌목적은 일반인에 대한 예방필요성과 예방가능성을 양형척도로서 요구하게 된다. 일반예방 내지 범질서의 방위라는 관점에서 일반인에 대한 예방필요성과 예방가능성을 밝히는데 필요한 모든 사정은 피해자 관련사정도 포함하여 양형관련성이 인정되는 것이다.

한편 특별예방론과 마찬가지로 일반예방이론 역시 형벌의 기간에 대한 기준을 제시하지 못한다. 형벌은 범죄를 단념하게 하는 효과가 높을수록 그 목적이 달성되는 것이므로 형이 가혹할수록 그 만큼 효과가 좋게 되기 때문이다.

다. 한계

‘범죄의 방지’라는 목적을 추구하는 일반예방이론은 직접적으로 형벌의 보호기능에 초점을 맞춘다는 점에서 응보형론과 다르고, 특별예방의 타당성과 효력을 인정하더라도 범죄예방의 관점에서 또 다른 효과가 있다. 이미 행위가 이루어진 처벌예정자에게만 초점을 맞추는 특별예방만으로는 범죄의 예방은 충분할 수 없고, 사회정책적 관점에서는 오히려 범죄의 실행을 일반적이고 원초적으로 예방하는 것이 더 바람직한 것이며, 이것이 일반예방론의 목적이다.

일반예방이론은 그 현실적 효과성을 입증하기는 어렵지만, 특별예방이론에 비해 다음의 두가지 점에서 분명한 장점이 있다. 첫째는 반복될 위험, 즉 재발의 위험이 없는 경우에도 일반예방이론에 의하면 처벌을 부정하지 않아도 된다. 범인의 입장에서서는 전혀 성과가 없는 범죄행위도 일반예방론에 의하면 모방의 위험은 있으므로 처벌이 필요하기 때문이다. 두번째로는 일반예방론에 의하면 모든 국민이 어떤 특정한 행위를 하지 않도록 하기 위해 법으로 금지되는 대상이 분명히 규정되어야 하므로, 특별예방론에서와 같이 불명확하고 범치국가원칙에 반하는 “위험성의 예측”이라는 개념을 쓸 필요없이 금지되거나 요구되는 행위를 명백하게 정할 수 있다. 무엇보다 일반예방의 질적·양적 효과는 비록 단기간내에 가시적·경험적으로 입증하는데 어려움이 있으나, 대다수의 사람들이 범죄율의 증가에도 불구하고 법에 대한 충실을 보이고 있다는 점에서 그 효과를 부정할 수는 없다.

Roxin은 일반예방의 장점들을 다음의 세 가지로 요약한다: 첫째 형사사법의 실행을 통해 국민들에게 ‘법에 대한 충실’(Rechtstreu)이라는 사회교육적 동기설정을 유도하는 ‘교육효과’(Lerneffekt), 둘째 법의 실행능력 내지 효율을 국민들에게 보임으로써 얻어지는 ‘신뢰의 효과’(Vertrauenseffekt), 셋째 법의 위반에 대한 제재를 통해 일반적 법의식을 진정 내지 안정시키고 범죄자와의 갈등을 완결된 것으로 생각함으로써 얻어지는 ‘만족효과’이다. 이 중 특히 신뢰의 효과는 “통합적 예방”(Integrationsprävention)이라는 용어로 범

죄에 대한 형법적 대응의 정당화에 원용된다.²¹⁾

형벌을 통한 위하의 의미와 범죄억제효과를 완전히 부정하기는 어렵다. 그러나 현재 보편화된 형법학자들의 견해는 잠재적 범죄인의 일부만이 형벌을 통한 위하에 영향을 받을 뿐이며, 이들 역시 위하된 형벌의 정도에 제재를 받는 것이 아니고 체포될 위험성에 훨씬 위협을 받는다는 것이다. 체포되지 않는다는 믿음이 있을 경우, 범죄자는 형벌의 위하에도 불구하고 범행을 감행하게 되는데, 현재 상황은 형벌이 범죄율의 감소에 영향을 미치기보다는 오히려 높은 범죄율이 수사기관의 업무를 가중시켜 사건해결의 비율만 감소시키는 비중이 더 높다고 한다. 그렇다면 사회정책적인 관점에서는 어떤 사회적 문제가 된 범죄가 발생하면 여론이 통상 요구하듯 형벌의 정도를 강화하는 방법이 아니라, 경찰교육과 훈련을 강화하는 방법 등으로 범죄의 추적을 강화하는 것이 일반예방적 효과가 있을 것이라는 결론이 나온다.²²⁾

또한 - 상술한 바와 같이 - 특별예방론과 마찬가지로 일반예방이론 역시 형벌의 기간에 대한 기준을 제시하지 못한다. 여러나라 특히 우리나라 형법의 역사를 볼 때, 질적·양적으로 강한 처벌이 사회일반에 대해 그 만큼 강한 위하효과가 있을 것이라는 막연한 생각이 과도한 형벌권행사의 가장 흔한 이유였다. 따라서 일반예방의 부정적인 면은 형벌이 국가에 의한 테러(Terror)로 사용될 수 있다는 점이다.

한편 일반예방이론은 일반인에 대해서 범죄를 단념하게 하기 위해서 행위자를 이용하게 된다. 이것은 인간을 도구화하는 것이므로 인간의 존엄에 반한다는 비판점을 제공한다.

그리고 일반예방이론은 형의 집행에 어떤 긍정적 영향도 주지 못한다는 보복형론의 단점을 공유한다. 이 점은 일반예방론이 범인 개인을 위한 것이 아니고 사회일반을 고려하고 대상으로 하는 것이기 때문이다. 단지 사회일반에 대한 위하만을 목적으로 하는 형의 집행은 범인에게는 범행 전의 상태 내지 범행을 억제하기보다 촉진하는 결과가 되기 쉽고, 이 결과는 범죄예방 및 범죄와의 대결에서 유용하기 보다는 해가 될 우려가 있다.

4. 절충설(결합설)

응보이론, 특별예방이론 그리고 일반예방이론은 이념적으로도 상이할 뿐만 아니라 시기상으로도 서로 다른 맥락에서 전개된 것이다. 그러나 이러한 이론들은 독일에서 19세기 말 구파와 신파간의 논쟁을 거쳐 일련의 절충이 시도되기에 이르렀다. 이 절충설이

21) 한정환, 위의 논문("예방목적의 통합형벌이론(상)", 15쪽 참조.

22) 한정환, 위의 논문("예방목적의 통합형벌이론(상)", 16쪽; 김일수/서보학, 앞의 책, 725쪽 참조.

형벌의 본질과 목적에 관한 이론의 현대적 추세이지만, 여기에는 다시 응보관점을 포함하느냐 아니면 이를 배제한 수순한 예방목적들의 결합이냐에 따라 응보적 절충설(Die vergeltenden Vereinigungstheorien)과 예방적 절충설(Die präventiven Vereinigungstheorien)로 크게 구별된다.

가. 응보적 절충설

(1) 응보우위적 절충설

이 이론은 형벌의 목적에는 불법행위에 대한 응보, 특별예방 그리고 일반예방 모두 포함되지만, 범죄에 대한 처벌 즉 응보가 가장 중요한 목적이고 이 응보관점 안에서 부수적으로 다른 예방의 관점을 고려하는 것이다. 이 응보우위적 절충설은 예방적 목적이 형벌의 응보적 성격을 희석하지 않고, 응보의 범위 내에서 그 기능을 수행하는 것이라고 이해하는 입장이다. 따라서 이 이론에 대해서는 응보형이론에 대한 비판이 그대로 타당하게 된다.

(2) 동위적 절충설

이것은 응보, 특별예방 그리고 일반예방 어느 하나만으로는 형벌의 목적을 합리적으로 규명해줄 수 없기 때문에 이러한 모든 관점이 형벌의 목적으로서 동위적으로 병존되어야 한다는 입장이다.²³⁾

독일헌법재판소나 연방재판소(BGH)의 기본입장은 위협을 통한 위하나 재사회화의 문제를 형벌의 목적으로 인정하지만 형벌의 핵심은 행위자의 불법에 대한 보복에 있다는 점을 인정하고 있다.²⁴⁾²⁵⁾

동 이론에 따르면, 어느 형벌이론도 법규정에 의해 허용되거나 금지되지는 않았으므로 그때 그때의 필요에 따라 세 가지 목적 중 어느 하나가 우선하게 된다. 즉 입법에 의한 형벌위협 단계에서는 일반예방적 위하, 공소제기에 의한 재판단계에서는 응보, 형집행 단계에서는 특별예방적 개선이 우위를 점하게 된다. 따라서 양형에서의 형벌 목적은 기본적으로 응보가 절대적 우위를 차지하기 때문에 양형에 있어서는 동 이론은 ‘응보우위적 절충설’과 동일한 내용이 되고, 결국 이와 동일한 문제점을 안고 있게 된다.

23) 우리나라의 다수설의 입장이다. 이재상, 형법각론, 2003, 55쪽; 박상기, 형법총론, 2005, 18쪽; 이형국, 형법총론연구 I, 1984, 73쪽; 임웅, 형법총론, 2002, 48쪽; 이정원, 형법총론, 2002, 41쪽; 안동준, 형법총론, 1998, 12쪽; 신동운, 형법총론, 2001, 8쪽 등.

24) BVerfGE 45, 235; BVerfGE 39, 57 참조.

25) 한정환, “예방목적의 통합형벌이론(하)”, 사법행정(1999/1), 13쪽 참조.

한편 동 이론이 응보형론이나 예방이론만으로는 형벌의 내용과 한계를 합리적으로 설명하지 못한다고 본다는 점에서는 타당하다. 그러나 책임의 균형 내지 공평성과 일반예방, 특별예방을 단순히 독자적·병립적 목적으로 이해하는 것은 각각의 형벌론이 내포하고 있는 결함들을 없애는 것이 아니고, 각 예방이론의 단점들을 누적시키는 것으로 그 이론적 타당성을 인정할 수 없다는 비판이 제기된다. 일정한 형사정책적 관점 없이 여러 가지 형벌 목적 사이를 왔다갔다하는 이러한 절충설을 가지고는 사회적 임무를 띤 형벌에 관한 일관된 관점을 획득할 수 없다는 것이다. 응보를 형벌목적의 하나로 파악하는 것은 이미 순수한 응보관점이 아니라 예방관점에 정향된 일종의 변형된 응보임에 틀림없으나, 이같은 변형도 합리적·자유적·인간존중적인 형사정책의 발전에 기여하기는 커녕, 본래의 응보사고의 잔재를 은연중 끌고 들어옴으로써 현대의 재사회화 형벌의 발전 및 사회복귀적 행형의 발전을 저해한다는 것이다.²⁶⁾

나. 예방적 절충설

예방적 절충설은 형법에 최대한 합리성과 자유보장 및 인간존중성을 확보하고 형사정책과 형벌목적론의 발전방향을 일치시키기 위해, 형법에서 응보사고를 완전히 추방하고 단지 특별예방과 일반예방만을 형벌의 유일한 목적으로 파악하여 형법실현의 각 단계에서 그 단점들은 상호보충에 의해 제거함으로써 장점들만이 나타나도록 변증론적으로 합일시키려고 하는 입장이다. 이것을 록신(Roxin)의 변증론적 절충설(Die dialektische Vereinigungstheorien)이라고도 한다.²⁷⁾

이에 따르면 형벌의 궁극적인 목적이 개인의 자유·복리보장과 이를 통한 법질서의 유지이기 때문에, 형벌도 오직 범죄예방의 목적에서 가해져야 한다는 것이다. 형벌의 효과는 각 개인과 사회일반에 영향을 주어 범죄가 억제되어야 한다는 궁극적 목적을 가지고 있다. 이 점에서는 특별예방과 일반예방은 서로 같은 목표를 가지고 있고, 각각 정당한 범죄억제수단으로 상호보완적인 관계에 있다. 따라서 국가기관에 의한 형벌권은 어느 한 쪽도 소홀히 하지 않는 범위에서, 또 각각의 장점을 최대한 살리는 목적과 범위에서 행사되어야 한다고 한다.

이 이론에 따르면, 특별예방과 일반예방 두 가지 목적은 형법실현의 각 단계, 즉 형사입법, 형사소송, 행형에서 동시에 추구되어야 하지만 각각의 단점을 보완하기 위하여 어느 한 목적에 두는 중점은 차이가 있다. 형사입법의 단계에서는 일반예방이, 형사소송 단계에서는 동일한 비중이, 행형단계에서는 특별예방이 압도적 우위를 차지한다.²⁸⁾

26) 김일수/서보학, 앞의 책, 727쪽.

27) 김일수/서보학, 앞의 책, 727쪽.

28) 심재우, “형벌의 본질”, 한국형사법학회, 형사법강좌 II, 1984, 802쪽.

이처럼 양형에서의 형벌 목적은 기본적으로 일반예방과 특별예방이 동일한 비중으로 취급된다. 따라서 양형단계에서는 일반예방과 특별예방의 목적이 충돌하는 경우가 발생할 수 있다. 이 경우 일반예방의 취지가 무색하게 되지 않는 한도에서 특별예방의 목적을 우선하게 된다(일반예방에 대한 특별예방의 원칙적 우위). 예를 들어 甲이 乙에게 상해를 가하여 결국 사망에 이른 상해치사의 경우를 상정해 보면, 형법 제259조 제1항에 의해 甲의 법정 최저형량은 3년이므로 일반예방의 입장에서 보면 甲의 형량은 4~5년이 적당하다고 볼 수도 있다. 반면 특별예방의 관점에서는 甲을 중벌하는 것은 전과자로서 받는 고통과 불이익 그리고 형집행 과정에서 범죄인들과의 접촉 등을 통해 오히려 甲을 반사회화하는 효과가 있다고 보아 제51조의 감경사유를 적용하여 1.5년 징역에 집행유예 2~3년이 적당할 수 있다. 이런 경우 일반예방을 중심으로 판단하면 범인 개인의 교화 내지 사회에의 재적응이라는 특별예방의 효과에서는 손실이 있고, 반대로 특별예방론에 따라 형을 선고하면 일반인들에 대한 경고라는 일반예방의 효과는 감소하게 된다. 따라서 이런 경우 두 가지의 가능성을 서로 비교하여 우선순위를 정하는 것이 필요하다. 이 경우 특별예방이 우선시된다. 일반예방에 따라 장기의 자유형이 선고되면 甲의 재사회화라는 특별예방의 취지가 의미를 잃게 될 가능성이 크지만, 특별예방의 취지에 따라 단기 형이 선고된다 하더라도 형벌의 일반예방적 효과는 약화될 우려는 있으나 전적으로 무색해지지 않는 때문이다.²⁹⁾

이렇게 되면 결국 예방적 절충설은 양형에 있어서는 특별예방주의와 동일한 내용이 되어버리고, 특별예방주의와 동일한 문제점을 안고 있게 된다.

또한 이 견해는 응보형론에 의해 마련된 책임원칙을 한계요소로 끌어들이고 있어, 형벌목적과 책임원칙간의 이율배반성을 극복하지 못하고 있다는 비판이 제기된다. 나아가 절충설의 “변증법적” 운영방식에 대하여는, 서로 상이한 형벌목적들의 결합시킨다고 하여 결코 그 결합된 개별적인 목적들이 지니고 있는 결함들이 사라지지 않는다는 비판도 있다.³⁰⁾

Ⅲ. 형벌의 목적과 양형기준

모두에 서술한 바와 같이 형벌의 정당화에 관한 이론들은 기본적으로 양형에 관한 지침으로서 작용될 수 있다. 즉 형벌의 목적은 양형에서 방향지시적인 기능, 즉 법관의 양형에 대해 규범적인 기준이 될 뿐만 아니라 동시에 법관의 양형에 대한 규범적인 통제의

29) 한정환, 위의 논문(“예방목적의 통합형벌이론(하)”), 15쪽에서 인용함.

30) 조상제, “국가형벌의 목적과 책임의 기능적 구성”, 형사법연구, 제12호(1999), 249쪽 이하 참조.

기준이 될 수 있다.

응보형론은 책임상살에 의한 정의실현을 주된 내용으로 삼고 있기 때문에, 형벌은 특히 책임과 일치할 것을 요구함에 의하여 형벌권의 행사를 책임주의에 의하여 제한하고자 한다. 특히 엄격한 응보형주의에 따르면 행위에 대한 책임은 반드시 형벌에 의해 청산되어야 하기 때문에, 그것은 필벌주의와의 결합을 의미하게 되고 이것은 법관의 양형재량의 여지를 거의 인정하지 않게 되는 결론으로 이끌게 한다. 반면 특별예방적 형벌목적의 추구하게 되면, 형벌은 행위자가 앞으로 범죄를 포기하게 할 만큼의 영향력을 지닌 것이어야 한다. 그리고 특별예방론은 행위자의 위험성을 기준으로 형을 부과하는 것이기 때문에, 아무리 중한 범죄행위를 했다고 할지라도 그 행위자에게 위험성이 없으면 형을 과하지 않게 되고 반대로 매우 위험한 행위자는 사소한 행위를 저질러도 장기간 교도소에 구금하여야 한다. 이것은 부정기형 제도의 존립근거를 제공하는 것이다. 이는 결국 법관을 비롯한 교정당국에 대한 거대한 재량권 부여를 의미한다. 일반예방이론 역시 - 특별예방과 마찬가지로 - 형벌의 기간에 대한 기준을 제시하지 못하며 인간을 도구화 한다는 치명적인 약점을 가지고 있다. 한편 절충설(결합설)은 특히 양형단계에서는 응보형론과 같은 결론에 이르게 되는 경우(응보적 절충설)와 특별예방론과 같은 결론에 이르는 경우(예방적 절충설)로 분류될 수 있기 때문에, 결국은 절충설도 응보형론 또는 특별예방론과 - 양형단계에서는 - 유사한 결론에 이르게 된다.

그러나 위에서와 같이 형벌이론을 통해 양형에 대한 규범적인 원칙을 정립하려는 방법(시도)은 두 가지 측면에서 한계가 있다. 첫째, 형벌이론의 실천적 기능이 양형이 요구하는 해석학적 요청과는 서로 구별된다는 것이다. 다시 말해서 형벌이론은 주로 범죄론을 중심으로 형법과 형벌에 대한 정당화근거를 제시하기 위한 것이지, 양형의 논증구조와 관련해서 형벌목적이 개별적인 양형에 미치는 효과를 규명하기 위한 것은 아니라는 것이다. 둘째, 형벌론 자체에 내재한 일반적인 문제로서 아직까지 형벌에 관한 정당화근거를 일원적으로 설명할 수 없다는 점이다. 상술한 바와 같이 국가형벌권에 관한 정당화근거로는 응보, 특별예방 그리고 일반예방이 제시된다. 그러나 세 가지 이론 가운데 어느 하나만으로는 형벌의 정당성을 설명할 수 없기 때문에, 대부분의 이론들은 응보, 특별예방 그리고 일반예방을 나름대로 결합시키는 방식으로 각자의 형벌론을 구성하고 있는 실정이다. 게다가 특히 최근에는 책임, 특별예방 그리고 일반예방의 의미를 예전과는 달리 해석하고 있어서 결국 해석을 통해 형벌론을 양형에 원용하는 것은 불가능에 가깝게 되어 있다. 단지 각 형벌이론의 기본적 이념의 파악에 따른 양형원리의 기초적·원리적 관념설정으로 만족할 수 밖에 없는 것 같다.³¹⁾

이에 따라 형벌 목적론의 전개를 통해서 양형에 대한 규범적 기준을 찾거나 얻기 위

31) 최석운, 고려대 박사학위논문(1996), 98~99쪽 참조.

한 직접적인 시도도 없는 것 같다. 단지 최근 우위를 점하고 있는 절충설의 범주 내에서 새롭게 개념지워진 책임과 예방의 이율배반성에 관한 문제의 해석론, 책임원칙의 기능 등을 둘러싼 양형론의 직접적 해결의 모색에 중점이 주어져 있는 듯 하다.

IV. 결론

오늘날과 같이 세속화된 시민사회에서 아무런 공리적 목적 없이 오직 형이상학적 정의만을 위해 범죄자에게 형벌을 부과하는 전통적인 응보형론은 물론, 범죄자 개인의 책임을 전제로 하지 않는 순수한 목적형(예방형)도 정당화 될 수 없다는 점에는 이론이 없는 것 같다. 형이상학적 정의만을 추구하는 응보형론은 세속적인 시민사회에서는 불필요한 해악의 부과에 지나지 않을 뿐이고, 그 반면에 범죄자 개인의 책임을 전제하지 아니하는 - 다른 목적을 위한 수단으로서의 - 형벌부과에는 개인의 기본권 침해가 지나치게 크기 때문이다. 따라서 책임을 전제로 요구하는 응보형론과 범죄예방의 공리적 목적을 추구하는 예방형론은 통합된 절충설(결합설)이 절대적 우위를 점하고 있다.

문제는 통합의 방법 내지 내용에 있다. 그런데 절충적 형벌론은 응보, 일반예방 및 특별예방의 문제점을 그대로 안고 있을 뿐만 아니라 책임과 예방의 이율배반문제를 해결하지 못하는 약점을 지니고 있다. 그 이유는 응보형론은 과거지향적인데 반하여 예방형론은 미래지향적 성격을 지니고, 응보형론이 행위자의 책임상쇄라는 보다 규범적인 내용을 지니는 반면에 예방형론은 일반인의 위하 내지 규범의식의 강화, 범죄인의 위하, 격리 및 재사회화에 의한 범죄예방이라는 보다 구체적이고 경험적인 지식을 필요로 하는 차이에 있다.³²⁾ 즉 절충적 형벌론에서는 책임과 예방이 같은 방향으로 함께 나아간 통합이 아니라, 서로 상이한 방향에서 대립할 수도 있는 통합이었던 것이다.

이러한 절충적 형벌론은 양형론에서는 절충적 양형론으로 발전하게 된다. 내용적으로 서로 조화될 수 없는 이론적인 요소들을 억지로 묶어 놓은 것에 불과하고, 결국 책임과 예방목적의 이율배반문제가 해소되지 않은 채 그대로 긴장관계 속에 남게 되는 절충적 형벌관에 기초한 절충적 양형론도 다양한 관점에서 새로운 평가를 받을 수 밖에 없는 상황에 있다.

32) 최석윤, 고려대 박사학위논문(1996), 104쪽 참조.