

형벌의 목적과 양형기준의 목적

전문위원 손철우

I. 형벌의 목적

1. 형벌론 개요

형벌은 신체의 자유, 재산, 나아가 생명에 대한 제한을 내포하고 있으므로 그 정당성에 관하여 오랫동안 많은 논의가 진행되어 왔는데, 형벌의 정당성은 결국 형벌의 목적에 대한 논의로 귀착된다. 한편 형벌은 범죄를 통제하고 사회질서를 유지하는 최선책이 아니라 차선책에 불과하다. 형벌은 사회분쟁상황의 해결을 위하여 행사되는 국가의 다양한 제재 가운데 가장 강력하며 본질적으로 해악을 내포하고 있다. 따라서 형벌은 가능한 한 가장 최후에 그리고 필요·최소한의 범위에서 행사되어야 한다.¹⁾ 결국 형벌의 부과는 적법한 목적을 충족하면서도 도덕적 가치 또는 실용적 관점 등에서 제한될 필요가 있는 것이다.²⁾

형벌의 목적에 대한 이론은 전통적으로 응보이론과 예방이론으로 대별되었다. 응보이론은 형벌의 목적을 반가치판단의 대상인 일탈 내지 그 결과에 상응하는 책임상쇄에 의한 정의실현으로 파악하는 입장으로³⁾ 형벌은 정의를 위하여 그 자체로 성립되는 것이고 다른 목적과 연관을 맺지 않는 것으로 파악한다는 점에서 '절대설'이라고도 불린다. 한편 예방이론은 형벌이 그 자체로 성립되는 것이 아니라 예방이라는 목적에 의하여 정당화된다는 입장으로 '상대설'로 불리기도 한다. 예방이론은 그 대상에 따라 다시 일반예방과 특별예방으로 나누어지는데, 일반예방은 일반인에 대한 형벌위하 내지 규범

1) 윤영철, “형벌이론으로서 적극적 일반예방이론에 관한 고찰”, 비교형사법연구 제4권 제2호, 한국비교형사법학회(2002년), p.71

2) Richard S. Frase, "Punishment Purpose", Stanford Law Review(October, 2005), p.69

3) 양형실무위원회, “양형실무”, 법원행정처 (1999), p.6

의식의 강화를 수단으로 범죄의 예방을 꾀하는 것이고, 특별예방은 범죄인 개개인을 중심으로 범죄를 예방하려는 것이다. 보다 세분하면 일반예방은 일반인에 대한 위하를 추구하는 소극적 일반 예방과 일반인의 규범의식의 강화를 추구하는 적극적 일반예방⁴⁾으로, 특별예방은 범죄인의 격리를 추구하는 소극적 특별예방과 범죄인의 재사회화를 추구하는 적극적 특별예방으로 구별할 수 있다.

최근 학계에서는 적극적 일반예방이론에 대하여 많은 논의가 진행되고 있는데, 다만 우리나라 학계에서 ‘적극적 일반예방’의 개념이 통일적으로 정립되지는 않은 상태로 보이고 이로 인하여 그 개념을 명확하게 이해하기 용이하지 않다.⁵⁾ 적극적 일반예방이론의 특징에 대하여는, ① 적극적 예방목적은 정의와 인간존엄에 기초하고 장차 규범에 대한 신뢰의 보장에 의한 규범에로의 승인을 초래하는 형벌의 응보적 성격과 연결시키고(새롭게 정형화된 절대적 형벌이론의 재발견), ② 형법의 법치국가적 정형화에 의해 국가형벌권을 제한하여 범죄인에게 해악적 요소인 형벌의 투입을 최소한으로 줄임으로써 범죄인에 대한 인격존중을 더욱 강조하며(인도주의사상의 부각), ③ 형법을 유일한 또는 최초의 사회통제수단이 아닌 전체 사회통제수단의 일부로 이해하여 형법의 투입을 최후적 그리고 최소한으로 제한하며(형법의 최후수단성의 강조), ④ 형법의 법치국가적 정형화를 피함으로써 형벌을 범죄와의 인도적인 관계의 형성을 위해 단순히 수단화하고 있다고 설명된다.⁶⁾

한편 영미의 경우 형벌의 목적에 대하여 다소 다른 입장이 나타나기도 한다. 이러한 입장에서는 형벌의 목적을 규범적 목적(normative goals)과 기능적 목적(functional goals)으로 구별한다. 먼저 규범적 목적에 대하여는 교화, 격리, 위하 등을 통하여 사회적·개인적 효용성을 추구하는 공리주의적인 것과 정당한 형벌 부과 그 자체를 목적으로 하는 응보주의적인 것이 있다고

4) 유럽의 학자들도 오래 전부터 형법 내지 형법의 주된 기능은 가정, 교회, 학교, 이웃 등에서 배운 기본적인 사회규범을 강화하는 것이라고 주장하였다(Michael Tonry, "The Functions of Sentencing and Sentencing Reform", Stanford Law Review (October 2005), p55).

5) 적극적 일반예방이론에 대한 상세한 내용은 윤영철, 앞의 글, pp.78~80 참조

6) 윤영철, 앞의 글, pp. 99~100

설명되고 있는데⁷⁾, 이러한 입장은 독일을 중심으로 한 대륙법계의 전통적인 형벌론과 별다른 차이가 없다.⁸⁾ 한편 기능적 목적은 David Rothman 등 일부 학자들에 의하여 주장되는 것으로 형사사법 시스템을 관여하는 사람들의 입장에서 추구하는 형벌의 기능적 목적도 고려되어야 한다는 견해이다. 이 견해에서는 소송관계인의 입장에서 개별적 사건에서의 정당한 결과의 성취, 사건을 효율적으로 처리하기 위한 적절한 유죄협상 비율의 유지, 소송절차에서 다른 소송관계인과 우호적 관계의 유지, 인적·물적 제한 범위 내에서 사법시스템의 효율적 작동 등이 형벌의 기능적 목적에 포함된다고 한다.⁹⁾

형벌론은 모두 국가형벌권의 정당화근거에 관한 것이라는 점에서 공통되지만 그 이론들의 관심 방향, 논리적 성격 등에 있어서는 서로 이질적이다. 즉 응보이론은 주로 과거에 범해진 범죄행위에 주목하는 것인 반면, 예방이론의 관심방향은 범죄예방이라는 미래지향적 성격을 가진다. 그리고 응보이론은 행위자의 책임상쇄라고 하는 규범적 내용과 관련되어 있는 반면, 예방이론은 일반인의 위하와 규범의식의 강화를 통한 범죄예방 또는 범죄인의 위하나 격리 및 재사회화에 의한 사회방위라는 구체적·경험적 지식을 필요로 한다.¹⁰⁾

그러나 각각의 형벌론을 독자적으로 관철시키려고 하는 경우에는 어느 것도 만족스러운 것이 될 수 없으므로 오늘날은 세 가지 견해를 결합시킴으로써 각각의 장점을 취하고 단점을 극복하려는 절충설이 지배적 견해이다. 이러한 절충설에 의하면 행위자를 처벌함에 있어서는 책임상쇄와 예방이 함께 요구된다. 책임과 예방이 서로 밀접하게 관련되어 있음을 부인할 수는 없지만 책임은 이미 행하여진 행위에 대한 개념인 반면, 예방은 앞으로의 행위에 대한 개념이라는 점에서 개념적으로 서로 다른 영역을 다루고 있다고 할

7) Panel on Sentencing Research, Committee on Research on Law Enforcement and the Administration of Justice, National Research Council, "Research on Sentencing : The Search for Reform, Volume I, National Academy Press(1983), p.48

8) Frase, "Punishment Purpose", pp.69~70에서는 '공리주의적 목적'과 '비공리주의적 목적'이라고 표현하였는데, 이 역시 이미 언급한 '상대설', '절대설'의 구분과 동일하다.

9) Research on Sentencing : The Search for Reform,(Volume I), pp.51-52

10) 최석윤, "적극적 일반예방이론과 그에 기초한 양형모델", 안암법학 5호(1997년), p.54

수 있다.¹¹⁾ 이와 같이 개념적으로 구별되는 책임과 예방을 아우를 수 있도록 서로 다른 형벌론을 조화롭게 절충하는 것은 보다 많은 연구가 필요한 어려운 과제라고 판단된다.

2. 형벌의 목적과 양형기준

형벌론은 주로 범죄론을 중심으로 형법과 형벌에 대한 정당화 근거를 제시하기 위한 것이지 형벌목적이 개별적 양형에 미치는 효과를 규명하기 위한 것은 아니고, 또 형벌에 관한 정당화 근거를 일원적으로 설명할 수 없는 만큼 해석을 통하여 형벌론을 양형에 원용하는 것은 불가능에 가깝다는 전제하에 형벌론을 통한 양형기준의 방향 내지 원칙 설정에 다소 부정적인 입장을 취하는 견해가 있다.¹²⁾

이와 같은 견해도 충분히 수긍되는 측면이 있으나 개인적으로는 형벌의 목적에 대한 논의는 형벌 부과와 정당성을 찾는 데 그치는 것이 아니라 양형 일반 또는 양형 실무에 있어서 변화의 방법과 방향을 제시하여 주는 역할도 갖게 될 것이라고 생각한다. 이러한 맥락에서 양형의 문제점을 해결하는 방법으로 우리나라에서 도입하기로 한 권고적 양형기준을 설정하는 과정에서도 형벌의 목적에 대한 논의는 반드시 선행되어야 할 것이다. 즉 양형의 판단척도로서 형벌목적이 논의되어야 하고, 그 형벌목적에 따라 양형인자가 발견 내지 확정되고 그러한 인자들에 대한 평가방법(양형인자의 가중, 감경 등)이 결정될 수 있는 것이다.¹³⁾ 예를 들어 만약 순수한 응보이론으로 일관하게 된다면 결국 양형기준 설정에 있어서는 범행의 중대성에 대하여만 주목하게 될 것이므로 만약 범죄인에 대한 처벌이 그 범행의 중대성과 정확하게 일치하기만 한다면 과거 범죄전력이나 재범의 위험성 관련 요소를 고려하는 것은 부적절하다는 결론에 이를 수도 있다.¹⁴⁾

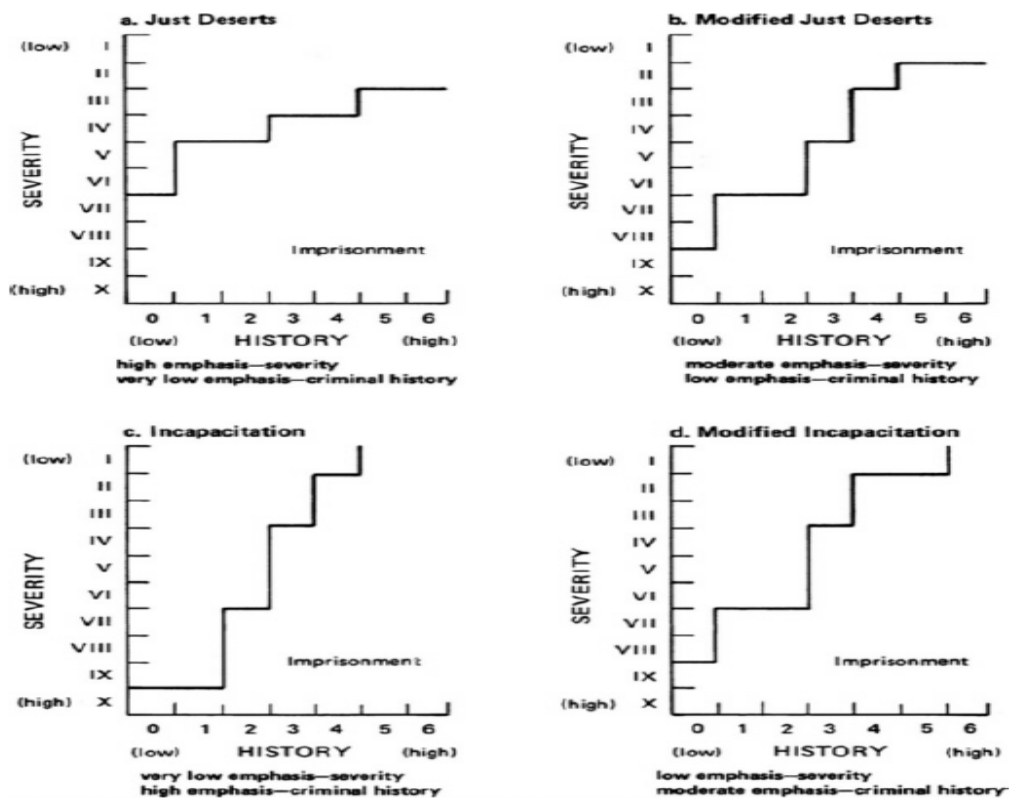
11) 정철호, “행위자의 범행전후의 태도에 대한 양형관련성”, 형사법연구 제19호(2003년), p. 297

12) 이천현, “형벌의 본질과 목적 - 양형기준과 관련하여”, 양형위원회 전문위원 보고서, p.15

13) 탁희성, 김혜경, “뇌물죄의 양형시스템 구축방안”, 한국형사정책연구원(2005년), p.21. Frase, "Punishment Purpose", p.67도 같은 취지이다.

14) Research on Sentencing : The Search for Reform(Volume I), p. 171

이와 같은 형벌의 목적과 양형기준 설정의 관련성은 외국의 양형기준 설정 과정에서도 나타난다. 예를 들어 미국 연방 양형위원회는 1970년경 거세게 제기되었던 교육형주의¹⁵⁾에 대한 비판을 고려하여 교육형주의적 관점을 받아들이지 않았으므로 양형기준을 설정하면서 행위자적 양형요소 중 교육, 직업적 기술, 종전 취업기록, 가족관계와 신뢰도, 사회적 유대관계와 같은 요소들은 무시하였다.¹⁶⁾ 또한 미네소타주 양형위원회의 경우 1980년경 양형기준을 설정하면서 형벌의 목적에 대하여도 다양한 논의를 진행하였는데 어떠한 입장을 취하는가에 따라 아래에서 보는 것처럼 특히 구금 여부와 관련한 처분선(disposition line)에 변화가 생겨 양형기준의 형태가 달라졌고, 미네소타주 양형위원회에서는 수정된 응보주의에 입각하여 최종적인 양형기준을 설정하였다고 한다.¹⁷⁾¹⁸⁾



15) 개별 범죄인에 대한 격리 또는 교화를 통하여 범죄의 예방을 추구한다는 점에서 특별예방이론으로 볼 수 있다.

16) 장영민, 탁희성, “미국의 Sentencing Guidelines에 관한 연구”, 양형연구자료집, 한국형사정책연구원(1996년 9월), p.30

17) Research on Sentencing : The Search for Reform(Volume I), p. 173

3. 양형기준 설정을 위한 형벌의 목적

이미 살펴본 것처럼 형벌의 목적에 대하여는 오랫동안 논의가 지속되어 왔지만 아직까지 완벽한 하나의 이론으로 귀결되지는 못하고 있고, 응보주의, 일반예방주의, 특별예방주의 중 어느 하나의 이론만으로는 형벌 부과의 정당성을 완벽하게 설명할 수 없다는 데 의견이 모아지고 있다.

그렇다면 우리나라의 양형기준 설정 과정에서도 특정한 하나의 형벌론에 전적으로 기초하는 것은 바람직하지 않을 것이다. 다만 이러한 절충설의 입장을 취할 경우에도 어느 쪽에 보다 우위를 둘 것인가의 문제가 여전히 남게 된다. 또한 형벌론 사이에 상충되는 측면을 조화롭게 아우르는 방법 역시 중요한 문제이다.¹⁹⁾

이 문제에 대하여 아직까지 학계에서 통일적인 견해가 확립되지는 않고 있으나 개인적으로는 범죄의 특성에 따라 형벌의 목적에 차등을 두는 방안도 고려할 수 있다고 생각한다. 예를 들어 뇌물수수 범죄의 경우 범죄를 저지른 당해 공무원은 특별한 사정이 없는 한 그 신분을 상실하게 되므로 특별예방적 관점의 고려 필요성은 현저히 낮아지거나 전혀 없게 되고²⁰⁾, 결국 주로 응보적 관점 및 일반예방적 관점에서 양형기준을 설정하여야 할 것이다. 한편 마약 투약과 같은 중독성 범죄의 경우에는 범죄인의 치료를 통한 재범 방지가 중요성을 띠게 되므로 아무래도 적극적 특별예방 관점이 우선

18) 초기에 양형기준을 설정한 미국 주(州)의 경우 원칙적으로 응보형주의에 입각하였는데, 미네소타주, 워싱턴주, 오레곤주 등이 여기에 해당한다.

19) 다양한 형벌의 목적을 단순히 열거하는데 그치는 경우 양형을 담당하는 법관들이 개별적 사안을 처리함에 있어서 뚜렷한 지침을 주지 못하는 문제점이 발생한다. 영국의 경우 이러한 문제 의식에 기초하여 1991년 형사사법법에서는 양형에 있어서 비례성 원칙을 강조하면서 범죄예방의 목적은 원칙적으로 형량에 있어서 증감 사유가 될 수 없도록 하였다. 그런데 2003년 형사사법법에서는 형벌의 목적을, ① 범죄자에 대한 처벌, ② 범죄의 감소(위하에 의한 감소 포함), ③ 범죄자의 개선과 재사회화, ④시민 보호, ⑤ 범죄피해자에 대한 범죄자의 배상 등으로 단순 나열하였고 이에 대하여 양형목적이 뒤범벅되어 개별 사안에 있어서 다양한 형벌 목적 중 어떤 목적에 우선 순위를 두어야 할지에 대하여 어떠한 지침도 제시하지 못하고 있다는 비판이 제기되고 있다(Julian V. Roberts (김한균 번역), "영국의 양형개혁 : 최근 동향에 대한 고찰", 형사정책연구 제68호, 한국형사정책연구원(2006년), pp. 295~297 참조).

20) 물론 뇌물수수 범죄가 아닌 다른 범죄를 저지르지 못하도록 예방하는 측면까지 고려하여야 한다는 입장을 취하게 된다면 다르다.

하게 될 것이다. 또한 상습적인 범죄인은 경우에 따라서 재범 방지를 위한 격리가 요구됨으로써 소극적 특별예방 관점이 우선할 수도 있다.

다양한 범죄를 일도양단의 형태로 구분하여 형벌의 목적 중 어떤 것에 더 비중을 둘 것인가를 정하는 기준을 마련하는 것은 용이하지 않으나, 일단 향후 구체적인 논의 전개를 전제로 아래와 같은 기본원칙을 상정할 수 있다.

범죄 유형	형벌의 목적
개인적 법익 침해 범죄 중 대인범죄 (생명, 신체, 자유, 명예 등 침해 범죄)	응보 > 일반예방 ≥ 특별예방
개인적 법익 침해 범죄 중 재산범죄	응보 ≥ 일반예방 ≥ 특별예방
사회적·국가적 법익 침해 범죄	일반예방 ≥ 응보 ≥ 특별예방
상습범죄, 중독 범죄	특별예방 > 응보 ≥ 일반예방

물론 일부 범죄유형에 있어 특별예방주의가 가장 중요한 형벌의 목적으로 강조되는 데에 대하여 비판이 제기될 수 있다. 미국에서는 1970년대에 이르러 피고인에 대한 교화를 통하여 재범을 방지하겠다는 교육형주의에 대하여 거센 비판이 제기되었고 그 결과 부정기형제도, 가석방제도 등을 폐지하는 양형개혁이 이루어지고, 나아가 양형기준을 도입하기도 하였다. 그러나 미국 내에서도 2000년대에 들어오면서 약물범죄 등 일부 범죄유형에 대하여는 교육형주의가 다시 강조되고 있으며, 여러 가지 연구에서 적절하게 관리되고 적절한 범죄인을 대상으로 한 교화 프로그램은 재범 가능성을 낮춘다는 결과가 나타나고 있다고 한다.²¹⁾ 우리나라의 경우 교정시설 및 인적 자원의 부족, 재범예측에 대한 과학적 연구의 부족 등으로 인하여 형벌을 통하여 특별예방, 특히 범죄인을 교화시키는 적극적 특별예방주의를 제대로 실현하지는 못하고 있었다고 생각된다. 지금부터라도 국가적으로 교정 단계에서의 인적·물적 자원의 확충에 보다 관심을 가질 필요가 있겠다.

21) Tonry, 앞의 글, p.55 참조

위에서 언급한 것처럼 범죄유형별로 형벌의 목적에 다소간의 차이를 두는 경우 양형인자 추출, 양형인자에 대한 평가 등 양형기준 설정 과정에서 제기되는 구체적 문제에 있어서도 의미 있는 차이가 예상된다. 다만 위 기준은 논의를 위한 하나의 방안에 불과하므로 향후 양형기준 설정 과정에서 범죄유형별 형벌의 목적에 대하여 보다 깊은 논의가 필요하다.

II. 양형기준의 목적

1. 양형기준의 목적 정립 필요성

양형기준의 목적 정립은 양형기준을 통하여 무엇을 달성할 것인가, 즉 양형기준을 통하여 우리나라의 양형제도를 어떤 방향으로 개선하여 나아갈 것인지를 정하는 것이다.

양형기준을 설정한 영미의 예를 보면 구체적인 양형기준을 설정하기 이전에 양형기준의 목적을 정하였다. 최근의 사례로서 워싱턴 D.C.(District of Columbia)의 경우 1997년경 연방의회에서 「수도부흥 및 자치 증진법(The National Capital Revitalization and Self-Government Improvement Act)」을 제정한 이후 지속적으로 양형개혁을 추진하여 왔고 그 결과 2004년경 이후로는 양형자문위원회가 설정한 자발적 양형기준(voluntary guideline)을 시범 실시(pilot program)하고 있다. 그런데 워싱턴 D.C. 의회는 양형자문위원회를 설립하면서 양형자문위원회가 양형개혁의 방향을 연구하면서 반드시 고려하여야 할 양형개혁의 목적을 명시하였고, 양형자문위원회 역시 이에 기초하여 위원회의 사명을 정한 후 연구를 진행한 끝에 양형개혁의 목적을 실현하기 위한 수단으로 자발적 양형기준제를 도입하기로 하였다. 워싱턴 D.C.의 양형개혁은 7년 이상의 장기간에 걸쳐 이루어졌음에도 불구하고 매우 체계적이고 일관된 형태를 유지하였는데 이는 양형개혁의 목적이 명확하게 정하여지고 그 목적에 부합하도록 양형개혁이 진행되었기 때문에 가능하였다고 판단

된다.

우리나라의 경우 양형제도의 개선을 위하여 권고적 양형기준제를 도입하기로 하였다. 그러나 법원조직법 제81조의2에서는 “형을 정함에 있어 국민의 건전한 상식을 반영하고 국민이 신뢰할 수 있는 공정하고 객관적인 양형을 실현하기 위하여” 양형위원회를 설치한다고만 규정하고 있고, 양형위원회에 의하여 설정되는 양형기준이 추구하여야 할 목적을 보다 구체적으로 규정하고 있지는 않다. 그러나 양형기준의 목적을 정립함으로써 체계적으로 양형제도를 개선할 수 있을 뿐 아니라 제도 개선의 일관성과 지속성을 유지할 수 있을 것이므로 양형기준의 목적을 구체화하는 것은 반드시 필요하다.

2. 현 단계에서의 논의 가능성

양형기준의 궁극적인 목표는 현재의 양형실무의 문제점을 개선하여 공정하고 합리적인 양형을 실현하는 것이다. 따라서 양형기준의 구체적인 목적을 정하는 단계에서는 우리나라 양형현황에 대한 객관적 분석을 진행함으로써 공정하고 합리적인 양형을 실현하는데 장애 요인이 어떠한 것이 있는지에 대하여도 살펴볼 필요가 있다. 왜냐하면 양형기준은 결국 그러한 장애 요인을 효율적으로 제거하는 기능을 수행하여야 하기 때문이다.

사실 양형현황에 대한 객관적 분석은 양형기준의 도입 여부를 결정하기 이전에 이미 이루어지는 것이 바람직하다고 할 것이나 아쉽게도 우리나라의 경우 양형기준 도입을 입법화하는 과정에서 이러한 분석이 충분하게 이루어지지 못하였다. 다행스럽게도 양형위원회에서는 2007년도 주요 연구과제 중 하나로 ‘우리나라 양형현황 및 문제점’을 포함시켜 현재 전문위원 제1팀에서 연구를 진행하고 있고, 양형현황 분석 및 양형기준 설정을 위한 기초자료의 수집을 위하여 2004년부터 2006년까지 3년 동안 유죄 판결을 선고받은 7만명에 대한 양형조사가 진행되고 있다. 따라서 향후 양형자료 조사결과 등을 바탕으로 우리나라 양형현황에 대한 보다 객관적이고 실증적인 분석이 이루어질 것으로 기대된다.

다만 양형기준의 구체적 목적을 정하기 위해서 양형현황에 대한 분석이 필요하다고 하더라도 반드시 양형현황에 대한 분석이 완료된 이후 비로소 양형기준의 목적에 대한 논의를 진행할 필요는 없다. 그 이유는 기본적으로 양형기준의 목적은 규범적 요소가 강하므로 일단 규범적 관점에서 양형기준의 목적을 정립한 후 추후 실증적 분석에 기초하여 반드시 필요한 양형기준의 목적이 발견된다면 이를 추가하고, 반대로 불필요한 목적이 포함되어 있었다면 양형기준 설정 과정에서 이를 고려하지 않으면 되기 때문이다. 더구나 우리나라의 경우 공정하고 합리적인 양형의 실현에 몇 가지 장애 요소가 존재한다는 전제하에 양형기준을 도입하기로 하였으므로 일단은 양형기준 도입의 전제가 된 양형실무에 대한 비판을 토대로 양형기준의 목적을 정립하면 충분할 것이다.

3. 우리나라의 양형실무에 대한 비판

그동안 우리나라 양형실무에 대하여 제기된 비판²²⁾을 요약하면, ① 불합리한 양형 편차가 존재하고, ② 양형이 획일화되거나 자의적으로 이루어지고 있으며, ③ 법원의 양형이 국민의 상식에 부합하지 않으며, ④ 양형에 대한 합리적인 예측이 어렵다는 것이다.

가. 법원별·재판부별 불합리한 양형 편차

법원의 양형실무와 관련하여 그동안 가장 큰 문제점으로 지적된 부분은 범죄행위적 양형요소와 범죄행위자적 양형요소에 비추어 유사한 사례임에도 불구하고 법원별·재판부별로 상당한 양형편차가 존재한다는 것이다. 즉, 비록 양형이 기계적이고 획일적으로 이루어져 양형편차가 전혀 없게 될 수는 없다고 하더라도, 현재 우리나라 양형실무에서는 법관의 합리적인 재량

22) 여기에서 언급하는 양형실무에 대한 비판은 협의의 양형실무, 즉 법원의 선고형과 관련한 비판을 의미한다. 그 외 검찰의 기소 불균형, 불충분한 양형심리, 가석방 제도의 합리화 등 광의의 양형실무에 대한 비판은 일단 논외로 한다. 한편 이 외에도 양형제도에 대하여는 형벌체계의 불합리성, 특별법의 남용, 범죄별 법정형의 불균형 등의 문제점도 지적되고 있다.

범위 내라고 볼 수 없는 불합리한 양형편차가 존재한다는 비판이다.

나. 양형의 획일화 또는 자의성

우리나라는 양형과 관련하여 형법 제51조에서 양형의 조건에 관한 일반적인 규정을 두고, 그 제52조부터 제56조까지 자수·자복시의 감경, 작량감경, 법률상 감경 등을 규정할 뿐이고 양형에 관한 보다 구체적 기준 또는 원칙이 입법화되어 있지 않았다. 이로 인하여 우리나라의 양형실무는 법관의 개인적 직관과 당해 사건의 전체적 인상에 따르거나 종전 판결례를 찾아 비교하는 방법과 같은 전통과 경험이라는 법률외적인 사실적 비교자료에 의존함으로써 양형의 획일화 또는 자의성과 같은 문제점이 있다는 비판이 제기되었다.²³⁾

다. 국민의 상식에 부합하지 않는 양형

각종 시민단체를 중심으로 법원의 양형이 국민의 상식과 동떨어져 있다는 비판이 제기되어 왔다. 특히 대기업총수 등의 화이트칼라 범죄에 관한 양형, 불법정치자금에 관한 양형, 일부 성폭력범죄에 관한 양형, 공무원범죄에 관한 양형 등에 있어서 법원의 양형이 지나치게 관대하다는 비판이 있었다.

라. 양형에 대한 예측의 어려움

우리나라의 경우 소송관계인, 나아가 국민의 입장에서 양형을 합리적으로 예측하기 어렵다는 비판이 제기되어 왔다. 이 문제는 양형 과정의 투명성의 견지에서 양형심리가 법정에서 충실하게 이루어지지 않고 법관의 사무실에서 서류를 통하여 양형인자를 확인하는 종래의 양형심리 방식에서 비롯된 문제라고 할 수도 있으나, 주로 불합리한 양형편차에 대한 비판과 관련되는 문제라고 할 것이다.

23) 하태훈, “양형의 합리화 방안”, 비교형사법연구, 한국비교형사법학회(2004년), p.21

4. 외국 양형위원회의 양형기준 목적

영국과 미국의 양형위원회에서 양형기준을 설정하면서 추구하였던 양형기준의 목적은 대체로 유사하다. 다만 각 양형위원회에서 특히 중점을 두었던 양형기준의 목적을 살펴보면 아래와 같이 요약할 수 있다. 그 외에도 양형에 대한 합리적 기준 제공, 법관의 양형에 대한 책임 증진 등이 양형기준의 목적으로 언급되었다.

목적	구분
양형의 정직성 ²⁴⁾ (truth in sentencing)	연방, 델라웨어, 캔자스, 오하이오, 오레곤, 노스캐롤라이나, 알라바마, 매사추세츠, 버지니아, 워싱턴 D.C.
양형의 일관성 및 양형편차 해소	연방, 알라바마, 아칸소, 캔자스, 매릴랜드, 매사추세츠, 미시건, 미네소타, 미주리, 펜실베이니아, 오레곤, 노스캐롤라이나, 사우스캐롤라이나, 유타, 버지니아, 워싱턴, 워싱턴 D.C.
비례성 유지	영국, 연방, 아칸소, 미시건, 미네소타, 미주리, 워싱턴, 워싱턴 D.C.
범죄 예방	영국
재사회화	영국
사법자원의 효율적 활용	알라바마, 캔자스, 미네소타, 미주리, 사우스캐롤라이나, 유타, 워싱턴, 워싱턴 D.C.
공중의 안전 증진	알라바마, 캔자스, 매사추세츠, 미시건, 미주리, 사우스캐롤라이나, 워싱턴
폭력 성향 범죄인 구금	델라웨어
비폭력 성향 범죄인에 대한 구금 억제	델라웨어
양형의 투명성 및 양형과정에 대한 일반인의 이해 증진	매릴랜드, 워싱턴 D.C.

5. 우리나라의 양형기준 목적과 실현 방안

가. 불합리한 양형 편차의 해소

양형은 국가기관이 범죄를 예방하고 불법적 행동에 대한 제재를 가하기 위하여 개인의 자유와 자율을 침해하는 것이다. 따라서 적법절차와 평등이라는 헌법적 개념에 담긴 가치에 부합하기 위해서는 형사소송절차 뿐 아니라 그 결과인 양형에 있어서도 동등하게 취급을 받을 피고인의 권리가 보장되어야 한다.²⁵⁾

양형에 있어서의 평등은 결국 불합리한 양형편차의 해소를 의미한다. 불합리한 양형편차를 해소하기 위해서는 ‘양형의 균등성 및 일관성’이 요구되는데, ‘양형의 균등성 및 일관성’은 동종·유사한 피고인의 동종·유사한 범행에 대하여는 양형이 균등하거나 일관되어야 하고, 담당법관에 따라서 양형이 달라져서는 안 된다는 것을 의미한다. 그런데 ‘양형의 균등성 및 일관성’은 유사한 상황에 있는 유사한 피고인이 유사한 형벌을 받도록 하는데 그치는 것이 아니라 법률적으로 서로 다른 범죄인은 그와 같은 차이에 비례하여 서로 다른 처벌을 받을 것을 요구한다.²⁶⁾ 다만 후자에 대하여는 개념상의 이해 편의를 위해서 ‘양형의 개별화’ 또는 ‘양형에 있어서 구체적 타당성 추구’라는 개념으로 분리시키고자 한다.

양형의 균등성 및 일관성을 논의하기 위해서는 차별(discrimination)과 차이(disparity)의 개념을 명확하게 구분할 필요가 있다. 차별은 다른 모든 양형 인자가 통제되었을 경우 법적으로 정당화될 수 없는 요소가 양형에 영향을 미치는 경우에 나타난다. 이에 반하여 차이는 도덕적 또는 법적으로 정당화될 수 없는 요소가 양형에 영향을 미치지 않지만 유사하다고 생각되는 사건에 대하여 서로 다른 형이 선고되거나 반대로 서로 다르다고 생각되는 사

24) 양형의 정직성은 법원이 부과한 선고형과 범죄인이 실제로 복역하는 기간은 최대한 일치하여야 한다는 것으로 특히 1990년대에 들어서 양형기준의 중요한 목적으로 강조되고 있다(Brian J. Ostrom, et. al, "Sentencing Digest - Examining Current Sentencing Issues and Policies", National Center for State Courts(1998), p.14 참조).

25) Tonry, 앞의 글, p.47 참조

26) Brian J. Ostrom, 앞의 글, p.22

건에 대하여 유사한 형이 선고되는 경우에 나타난다.

차별에 대한 고려는 대체로 범죄인의 어떤 특성, 예컨대 인종, 사회·경제적 지위, 소송관련 요소(구속 여부, 변호인 유무 등)의 차별적 역할에 중점을 두는 것이고, 차이에 대한 고려는 양형이 이루어지는 조직적 구조나 개별적인 판단자의 특성의 역할에 중점을 두게 된다. 차별의 원인이 되는 인자들은 어떤 경우에도 정당화될 수 없다는 점에서 양자를 구별하는 실익이 있다.

한편 양형에 있어서의 차별 및 차이는 양형의 적법성과 관련하여 설명되기도 하는데 이를 도식화하면 아래와 같다.²⁷⁾

양형의 적법성	차별 및 차이 여부
적법	차이 및 차별 없음
	차이
부적법	차별
	차이 및 차별 있음

위에서 본 것처럼 양형에 있어서 차별은 양형의 적법성의 문제로 귀결되나, 양형에 있어서 차이는 양형의 적법성에는 영향을 미치지 않는다. 그러나 양형에 있어서 차이가 적법성의 심사를 통과하였다고 하더라도 이것만으로 양형이 정당하다고 볼 수는 없다. 결국 양형기준의 설정에 있어서는 적법성 심사 단계에서 배제되어야 하는 차별은 물론이고 정당성 심사 단계에서 배제되어야 하는 불합리한 차이가 극복될 수 있도록 하여야 한다. 그렇다면 양형의 균등성과 일관성을 제고하기 위한 양형기준을 설정함에 있어서는 차별을 초래하는 양형인자 및 부당한 차이를 초래하는 양형인자를 확정하고 이를 양형 과정에서 배제하는데 중점이 놓여야 할 것이다.

한편 ‘양형의 개별화’는 외관상 유사하게 보이더라도 범죄인의 개별적 특성 등 모든 양형 요소를 종합하여 볼 때 서로 다른 양형인자가 존재하는 경우에는 그와 같은 차이가 양형에 충분하게 반영되어야 한다는 것이다. 이를

27) Research on Sentencing : The Search for Reform(Volume I), pp. 72-73

양형에 있어서 구체적 타당성의 추구라고 표현할 수도 있겠다. 양형의 개별화 추구는 합리적인 차이가 단순히 용인되는데 그치는 것이 아니라 오히려 적극적으로 보장되어야 한다는 것을 의미한다. 따라서 '양형의 균등성 및 일관성'과 동전의 양면과도 같은 관계에 있을 뿐 아니라 서로 상충될 여지도 있다. 예를 들어 동일한 범죄를 저지르고 전과도 없는 갑, 을 피고인이 있는데 그중 갑은 자신의 범행을 깊이 반성하고 있고, 가족과의 유대 관계도 높을 뿐 아니라 보호관찰에 대한 순응도가 높고 재범 가능성도 낮은 반면 을은 그와 반대라고 상정하여 보자. 이 경우 갑에 대하여는 집행유예를, 을에 대하여는 실형을 선고한다면 양형의 개별화 이념에는 부합할 수 있으나 양형의 균등성 및 일관성의 이념에는 배치될 수 있다.²⁸⁾

그러나 이미 설명한 것처럼 양형의 균등성 및 일관성이 양형의 획일화를 의미하는 것은 아니고 양형에 영향을 미치는 불합리한 요소를 배제하여 양형의 편차를 줄이자는 것이므로 '양형의 균등성 및 일관성'과 '양형의 개별화'가 반드시 서로 모순되는 개념이라고 볼 수는 없다. 다만 '양형의 균등성 및 일관성'과 '양형의 개별화'가 서로 상충되지 않고 조화를 이루도록 하기 위한 노력이 필요하다.

나. 공공의 안전 증진과 범죄 예방

양형기준에 의하여 제시되는 형벌은 그 집행을 통하여 당연히 공공의 안전을 증진할 뿐 아니라 일반예방과 피고인의 재범방지 및 재사회화에 의한 특별예방을 통하여 범죄를 예방하는 기능을 수행하여야 한다. 특히 범죄의 예방과 관련하여 우리나라에서는 아직까지 충분한 논의가 진행되지 못하고 있으나 재범예측에 대한 과학적이고 경험적인 방법이 양형기준에 투영될 수 있도록 할 필요가 있다. 이에 대하여는 특히 미국 버지니아주의 재범예측 모델을 참고할 수 있을 것으로 생각된다.

28) Frase, "Punishment Purpose", p.68 참조.

다. 책임비례성의 실현

우리나라는 독일 형법과는 달리 양형의 지도원리로서 책임원칙을 규정하고 있지는 않지만 법치국가의 원리와 헌법 제10조 전단에서 규정하는 인간의 존엄 요청으로부터 책임원칙이 형사사법절차의 모든 과정을 통하여 적용되어야 하는 것으로 인식되고 있다.²⁹⁾ 따라서 우리나라에서 설정될 양형기준 역시 책임에 비례하는 형벌이 부과될 수 있도록 하여야 한다.

‘양형의 비례성’은 ‘양형의 균등성 및 일관성’과 원칙적으로 조화를 이룰 수 있지만 때로는 상충되기도 한다. 예를 들어 양형의 균등성을 추구하기 위하여 매우 엄격한 강제형(mandatory sentence)을 도입하는 경우 특정 범죄를 저지른 모든 피고인에게 유사한 형벌을 부과한다는 점에서 균등성의 요구는 만족시킬 수 있으나 특정 사건에서 감경적 요소가 존재하고, 보다 완화된 형벌을 정당화하는 사유가 존재함에도 불구하고 일률적으로 엄격한 형벌이 부과됨으로 인하여 형벌이 비례성을 잃고 가혹하다는 평을 받을 수도 있다.³⁰⁾

일반적으로 양형책임은 범죄론상의 책임과 구별되는 것으로 이해되고 있다. 즉 범죄성립요소로서의 책임은 비난가능성을 의미하는 반면 양형책임은 사회윤리적 불법판단의 경중을 결정하는 요소의 총체를 의미하기 때문에 양자는 구별된다는 것이다.³¹⁾ 보다 쉽게 설명하면 범죄론상의 책임은 형벌을 부과할 것인가의 문제와 관련이 있는 반면, 양형책임은 형벌의 ‘부과정도’와 관련된 문제이다.³²⁾ 또한 범죄론상의 책임은 행위 종료시에 확정되는 반면, 양형책임은 범행 이후 사정도 포함되므로 재판시점을 기준으로 판단하게 된다는 차이점도 있다.³³⁾

양형책임은 개별적 ‘행위책임(Tatschuld)’을 의미하는 것으로 이해하는 것이 일반적이나 이러한 행위책임의 개념에 대하여도 협의로 이해하는 견해와

29) 정철호, 앞의 글, p.297

30) Cheney C. Joseph, Jr., "Developments in the Law, 1986-1987", Louisiana Law Review (November 1987), p. 259

31) 최석윤, “경험적 연구결과에 기초한 양형요소 분석”, 한국형사정책연구원 형사정책세미나(2006년 12월), p.359

32) 김진철, “양형의 합리화 방안”, 아태 공법연구 제14집(2006년), p.39

33) 최석윤, “경험적 연구결과에 기초한 양형요소 분석”, p.360

광의로 이해하는 견해가 대립하고 있고, 이는 양형에 있어서의 전과의 반영 등에 있어서 차이를 가져온다. 향후 양형기준을 설정하면서는 먼저 양형책임의 개념을 확립하고 그러한 책임에 비례한 양형이 이루어지도록 하여야 할 것이다.

라. 제한된 사법자원의 효율적 활용

형사사법시스템은 인적, 물적인 측면에서 자원이 제한되어 있으므로, 판사, 검사, 교정 담당자 등은 개별적 사건에서 적절한 결과를 달성하도록 노력하면서도 가능한 한 사법자원이 가장 효율적으로 이용될 수 있도록 하여야 한다.³⁴⁾

형벌의 부과와 부과된 형벌의 집행은 당연히 인적, 물적인 측면에서의 사법자원이 제한되어 있음을 고려할 수밖에 없고, 양형기준은 단순히 형벌의 부과 문제에만 그치는 것이 아니라 종전 양형의 변화를 야기할 수도 있으므로 그로 인한 사법자원에 대한 영향을 반드시 평가하여, 제한된 사법자원을 효율적으로 사용하여 형벌의 목적이 최대한 실현될 수 있도록 하여야 한다. 예를 들어 과거 양형실무가 지나치게 관대하였다는 전제하에 구금형의 비율을 증가시키는 방향으로 양형기준을 설정하는 경우 당연히 증가되는 수용인원을 적정하게 관리할 수 있는 인적, 물적 기반이 갖추어져 있는지 고려되어야 한다. 또한 양형기준에서 제시하는 양형인자는 결국 양형심리의 대상이 될 것인데, 양형조사관 제도가 도입되어 있지 아니한 상태에서 양형에 조금이라도 영향을 미칠 수 있는 모든 요소들을 일일이 고려하도록 양형기준을 설정하는 경우 법관의 업무 부담 가중에 그치는 것이 아니라 자칫 재판의 불필요한 지연을 초래할 수도 있다. 나아가 비록 권고적 양형기준이라고 하더라도 미국 연방의 경우와 같이 지나치게 세부적이고 복잡한 양형기준이 설정되는 경우 양형기준 적용의 적정성을 다투기 위한 불필요한 소송이 일어질 우려도 있다.

34) Tonry, 앞의 글, p.57

미국의 경우를 보더라도 양형기준을 제한된 사법자원을 관리하는 도구로써 활용하는 것은 양형기준제를 채택한 모든 주에서 공통적으로 나타났고, 결국 사법자원의 관리는 양형기준을 설정하고 양형위원회를 설치하는 가장 중요한 이유 중 하나가 되었다는 점을 주목할 필요가 있다.³⁵⁾

‘사법자원의 효율적 활용’이라는 목적을 추구하기 위해서는 무엇보다도 양형기준을 설정함에 있어서는 양형기준이 수용자 증감에 미치는 영향이 평가되어야 한다. 현재 우리나라 양형실무에 대한 비판 중 하나로 제기되고 있는 관대한 양형의 문제점을 극복한다는 이유로 갑작스럽게 형량을 증가시키는 양형기준을 설정하는 경우 만약 교정자원의 뒷받침이 이루어지지 않는다면 적법하고 적절한 집행이 어려워지게 되어 양형제도의 개선이 아닌 개악으로 나아갈 수도 있기 때문이다. 또한 양형인자를 추출하는 과정에서도 일정한 기준을 정립하여 그 기준하에 양형기준에 포함시킬 양형인자를 어느 정도 제한함으로써 양형에 의미 있는 영향을 미치는 주요한 양형인자 위주로 양형기준을 설정할 필요가 있다.³⁶⁾ 나아가 양형기준이 법률전문가 뿐 아니라 일반인의 관점에서도 적용하기 용이하도록 지나치게 복잡하고 기계적인 양형기준 방식을 택하지 아니하고 단순성을 추구하는 것 역시 필요하다고 할 것이다.

35) Richard S. Frase, "State Sentencing Guidelines : Diversity, Consensus, and unsolved Policy Issues", Columbia Law Review(May 2005), p.1205

36) 예를 들어 미국 연방의 경우 양형인자가 양형에서 최소한 12%의 차이를 가져올 정도로 범죄등급에서 변화를 야기하지 않는다면 그러한 양형인자는 양형기준에서 고려하지 않았다.

참고문헌

- 김진철, “양형의 합리화 방안”, 아·태 공법연구 제14집(2006년)
- 양형실무위원회, “양형실무”, 법원행정처(1999)
- 윤영철, “형벌이론으로서 적극적 일반예방이론에 관한 고찰”, 비교형사법연구 제4권 제2호, 한국비교형사법학회(2002년)
- 이천현, “형벌의 본질과 목적 - 양형기준과 관련하여”, 양형위원회 전문위원 보고서(2007년 11월)
- 장영민, 탁희성, “미국의 Sentencing Guidelines에 관한 연구”, 양형연구자료집, 한국형사정책연구원(1996년 9월)
- 정철호, “행위자의 범행전후의 태도에 대한 양형관련성”, 형사법연구 제19호(2003년)
- 최석윤, “경험적 연구결과에 기초한 양형요소 분석”, 한국형사정책연구원 형사정책세미나(2006년 12월)
- 최석윤, “적극적 일반예방이론과 그에 기초한 양형모델”, 안암법학 5호(1997년)
- 탁희성, 김혜경, “뇌물죄의 양형시스템 구축방안”, 한국형사정책연구원(2005년)
- 하태훈, “양형의 합리화 방안”, 비교형사법연구, 한국비교형사법학회(2004년)
- Brian J. Ostrom, et. al, "Sentencing Digest - Examining Current Sentencing Issues and Policies", National Center for State Courts(1998)
- Cheney C. Joseph, Jr., "Developments in the Law, 1986-1987", Louisiana Law Review (November 1987)
- Julian V. Roberts(김한균 번역), "영국의 양형개혁 : 최근 동향에 대한 고찰", 형사정책연구 제68호, 한국형사정책연구원(2006년)
- Michael Tonry, "The Functions of Sentencing and Sentencing Reform", Stanford Law Review(October 2005)
- Panel on Sentencing Research, Committee on Research on Law Enforcement and the Administration of Justice, National Research Council,

"Research on Sentencing : The Search for Reform, Volume I , National Academy Press(1983)

Richard S. Frase, "Punishment Purpose", Stanford Law Review(October 2005)

Richard S. Frase, "State Sentencing Guidelines : Diversity, Consensus, and unsolved Policy Issues", Columbia Law Review(May 2005)