
범죄 전력의 양형에 대한 반영방식



공정한 눈으로 밝은 세상을 만듭니다

2008. 5. 14.

전문위원 손철우

범죄전력의 양형에 대한 반영방식

2008. 5. 14.

전문위원 손철우

I. 개요

- 규범적 관점에서의 양형인자 연구에 있어서 제기되는 중요한 문제 중 하나는 책임 영역과 예방 영역의 구분이고, 이와 관련하여 행위자적 양형인자 중 특히 범죄전력의 양형에 대한 반영방식이 문제됨
- 비교법적으로는,
 - 양형기준이 설정된 경우, ① 범죄의 중대성과 함께 범죄전력이 형종 및 형량을 결정하는 가장 중요한 요소가 되도록 하는 방식(이른바 격자식 양형기준)과 ② 가중적 양형인자의 하나로 고려하도록 하는 방식(영국식 양형기준)이 있고,
 - 양형기준이 설정되지 않은 경우, ① 책임과 예방 영역을 엄격하게 구별하여 범죄전력은 예방 영역에서만 고려되어야 한다는 견해(행위책임을 협의로 이해)와 ② 책임에 영향을 미치는 범위 내에서 제한적으로 범죄전력이 책임영역에서도 고려되어야 한다는 견해(행위책임을 광의로 이해)가 있음
- 이하에서는 우리나라와 독일 학계의 논의 등을 참고하여 범죄전력의 양형에 대한 반영방식에 대하여 검토함

II. 상정 가능한 방안

1. 제1안 : 책임 및 예방 영역에서 모두 반영

가. 내용

- 범죄전력이 책임 및 예방 영역 모두에서 양형에 영향을 미치도록 하는 방안
 - 제1안은 다시, ① 범죄전력이 별다른 제한 없이 책임영역에서도 가장 중요한 양형인자가 되어야 한다는 입장과, ② 범죄전력이 책임 영역에서 양형에 영향을 미치기 위해서는 그로부터 행위자의 책임이 추론되어야 한다는 입장으로 나누어짐

나. 장점

- 현재 양형실무에 대체적으로 부합하여 실무체계의 근본적인 변경을 초래하지 않음

다. 단점

- 책임원칙의 실현에 부합하지 않을 수 있음
 - 범죄전력의 책임영역에서의 영향에 별다른 제한을 두지 않는 경우에 주로 지적되는 단점임

2. 제2안 : 예방 영역에서만 반영

가. 내용

- 범죄전력이 예방 영역에서만 양형에 영향을 미치도록 하는 방안

나. 장점

- 책임원칙을 철저히 실현할 수 있음

다. 단점

- 현재 양형실무와 부합하지 아니하여 양형기준이 조기에 정착되기 어려울 수 있음

Ⅲ. 검토의견 ☞ 제1안(다만 책임영역에서의 영향을 제한)

- 형사사법절차의 모든 과정을 통하여 적용되어야 하는 책임원칙은

형벌이 단지 형법상의 책임에만 관련되어 한다는 점을 의미함

- 즉 책임원칙은 가벌성의 규율이 구성요건적으로 기술된 개개의 범죄행위에 연결되고, 따라서 그에 대한 제재도 개개의 행위에 대한 응답으로 나타나는 것이지, 행위자의 전체적인 생활영위와 관련지어서 생활영위책임에 따른 처벌이 되어서는 안 된다는 것을 의미함¹⁾
- 일반적으로 양형책임은 범죄론상의 책임과는 구별되는 개별적 '행위책임(Tatschuld)'을 의미하는 것으로 이해되고 있는데 이러한 행위책임에 대하여는 협의로 이해하는 견해와 광의로 이해하는 견해가 대립함
 - 행위책임을 협의로 이해하는 견해는 가능한 한 양형책임이 행위자와 관련된 책임가중사유로부터 분리되어야 한다고 주장함. 이와 같은 입장을 취하게 되면 범행 전의 전력, 특히 전과는 책임평가에서 고려되는 것이 아니라 예방의 측면에서만 고려될 뿐임
 - 행위책임을 광의로 이해하는 독일의 통설과 판례에 의하면 행위자 요소도 범행과 직접적인 관련이 있는 한에서는 행위책임의 요소로 남게 됨. 즉, 독일의 판례와 다수설은 간접징표이론(Indizkonstruktion)을 취하고 있는데, 이 이론에 의하면 행위자의 행위 전후의 태도는 독자적이고 직접적인 양형관련성을 갖는 것이 아니라 행위 전후의 태도로부터 행위자의 책임과 위험성이 추론되는 경우에 양형에 관련된다고 함²⁾
 - 이러한 간접징표이론에 의한다면 전과도 그로부터 행위자의 책임이 추론되는 경우에 한하여 책임영역에서도 고려될 수 있다고 할 것임
 - 행위책임을 협의로 이해하느냐, 광의로 이해하느냐에 따라서 전

1) 이진국, “행위자의 범행 전후의 태도와 양형책임”, 동아법학 제29호, 동아대학교 법학연구소 (2001년), p. 104

2) 정철호, “행위자의 범행전후의 태도에 대한 양형관련성”, 형사법연구 제19호 (2003년), p. 309

과의 양형에 대한 반영 정도에는 차이가 있으나 전과에 대한 양형에 대한 영향을 제한함으로써 책임원칙을 실현하자는 점에 있어서는 기본적 인식을 같이하고 있다고 평가할 수 있음

○ 영국의 경우 이미 살펴본 것처럼 2003년 형사사법법에서 전과가 일정한 경우 형의 가중요소로서 작용하도록 규정하고 있으나, 이에 대하여는 아래와 같은 비판³⁾이 제기됨

- 양형에서의 비례성의 원칙을 해침
- 교정시설 수용인원이 증가함
- 교정시설 수용인원의 구성이 폭력범죄보다 재범률이 높은 재산범죄자로 변화하게 될 것임

○ 우리나라의 경우 전과가 있다는 사정은 범죄자가 종전의 유죄판결에 의한 경고를 무시하고 새로이 범죄행위를 감행했다는 점에서 당해 범죄행위에 행위자의 범죄실행의지가 높은 것으로 추론할 수 있어 그에 대한 비난가능성의 정도가 강하다고 할 것이므로 원칙적으로 행위불법, 즉 책임의 정도를 가중하는 양형조건으로 참작되어야 한다는 견해도 제시되고 있음⁴⁾

- 그러나 형벌의 집행은 범죄자에 대한 범죄회피력을 강화시켜 책임을 가중시키기 보다는 사회에서의 그의 선택의 폭을 줄이고 삶의 안전성을 약화시켜 범죄회피력의 감소를 초래할 수 있으므로 그의 책임은 오히려 감소된다고 할 여지도 있음
- 따라서 전 형벌의 경고에 의한 심리적 압박이 형법적 책임을 증가시킨다는 주장은 그 논거가 충분하지 않다고 생각함⁵⁾

○ 현재까지 전과에 의한 형의 가중에 대하여는 이를 논증하기 위한 다양한 시도가 있었으나 어느 것도 불법이나 책임과의 관련성을

3) Julian V. Roberts(김한균 번역), "영국의 양형개혁 : 최근 동향에 대한 고찰", 형사정책연구 제68호, 한국형사정책연구원(2006년), pp.300~302

4) 양형실무위원회, "양형실무", 법원행정처(1999년), p. 62

5) 정철호, "형법 제51조의 양형의 조건", 비교형사법연구 제4권제1호, 한국비교형사법학회 (2002년), p. 210

명쾌하게 밝히지 못하는 한계가 있다고 보임

- 이러한 측면에서 행위책임을 협의로 이해하는 견해도 상당히 설득력이 있다고 판단됨
- 이 경우 양형책임에서 가능한 한 행위자의 인격성에 관련된 요소를 배재함으로써 행위의 책임 내용을 다른 행위와 비교하기 쉬워지고, 행위자 요소들을 가능한 예방, 특히 특별예방의 영역에서만 고려하도록 함으로써 예방적 고려가 세분화될 수 있는 장점이 있음⁶⁾
- 최근 우리나라에서도 전과에 의한 책임의 증가는 오늘날 일반적으로 받아들여지고 있는 개별행위책임의 원칙과 모순되므로 누범규정을 폐지하여야 한다는 견해도 늘어나고 있다는 점도 주목됨⁷⁾
- 다만 우리나라의 경우 전과가 책임 단계에서도 상당한 영향을 미치고 있음을 부인할 수 없고, 양형기준과 양형실무의 괴리를 최소화할 필요성을 고려한다면 행위책임을 협의로 이해하여 책임단계에서 전과의 영향을 완전하게 배제하는 입장을 관철하는 것은 바람직하지 않은 측면이 있음
- 따라서 독일의 통설과 판례의 입장인 간접징표이론을 통하여 전과의 양형에 대한 영향을 제한하는 것이 타당하다고 생각함
 - 이러한 측면에서 미국 연방이나 일부 주(州)의 양형기준과 같이 범죄전력이 범죄의 중대성과 함께 형종 및 형량을 직접적으로 결정하도록 격자식 양형기준을 설정하는 것은 책임과 예방을 혼동한 것으로 바람직하지 않다고 하겠음
 - 미국법률협회에서는 범죄전력의 양형에 대한 반영과 관련하여, 양형위원회가 ① 추정적 양형 결정의 요소로 규정하는 방안, ②

6) 최석윤, “경험적 연구결과에 기초한 양형요소 분석”, 형사정책연구, 한국형사정책연구원(2006년 12월), pp. 361-363

7) 김진철, “양형의 합리화 방안”, 아태 공법연구 제14집(2006년), p. 44

- 이탈을 위한 가중적 양형인자로 규정하는 방안, ③ 양형기준상 다른 추정적 규정이나 권고적 규정의 한 요소로 규정하는 방안 중에서 선택할 수 있는 광범위한 재량을 부여함{모델형법전 양형편 article 6B.07(1) 전문}. 나아가 미국법률협회에서는 범죄유형별로 범죄전력의 양형에 대한 반영방식을 다르게 정할 수도 있다는 입장을 취하고 있음{모델형법전 양형편 article 6B.07(2) 후문}⁸⁾
- 구체적인 반영 정도는 우리나라 양형현황에 대한 분석을 통하여 확인되는 실무에서의 실제적인 반영도 등을 참작하여 결정

8) The American Law Institute, "Model Penal Code : Sentencing, Tentative Draft No.1(April 9, 2007), pp. 231 ~ 232

참고문헌

- 김진철, “양형의 합리화 방안”, 아·태 공법연구 제14집(2006년)
- 양형실무위원회, “양형실무”, 법원행정처(1999년)
- 이진국, “행위자의 범행 전후의 태도와 양형책임”, 동아법학 제29호, 동아대학교 법학연구소(2001년)
- 정철호, “행위자의 범행전후의 태도에 대한 양형관련성”, 형사법연구 제19호 (2003년)
- 정철호, “형법 제51조의 양형의 조건”, 비교형사법연구 제4권제1호, 한국비교형사법학회(2002년)
- 최석윤, “경험적 연구결과에 기초한 양형요소 분석”, 형사정책연구, 한국형사정책연구원(2006년 12월)
- Julian V. Roberts(김한균 번역), “영국의 양형개혁 : 최근 동향에 대한 고찰”, 형사정책연구 제68호, 한국형사정책연구원(2006년)