

규범적 관점에 의한 양형요소의 추출

최석윤(양형위원회 전문위원, 한국해양대학교 해양경찰학과 교수)

I. 시작하는 말

합리적인 양형기준을 마련하기 위해서는 적어도 세 가지 요건이 충족되어야 할 것으로 보인다. 첫째, 적절한 양형의 목표가 설정되어야 한다. 둘째, 그러한 양형의 목표에 따라 양형에서 고려되어야 할 양형요소가 결정되어야 한다. 셋째, 그러한 양형요소를 구체적 수치로 전환할 수 있는 방법이 고안되어야 한다. 바로 이와 같은 전제조건과 관련하여 양형은 이론적으로 목적적 양형사유, 사실적 양형사유, 그리고 논리적 양형사유라는 세 가지 차원에서 논의되고 있다.¹⁾ Spendel에 의해 주창된²⁾ 이러한 분류방법은 복잡한 양형과정을 어느 정도 일목요연하게 정리하여 이를 관념적으로 용이하게 파악할 수 있게 해준다는 점에서 양형분야의 이론적 발전에 크게 기여하였다는 평가를 받고 있다. 여기서 목적적 양형사유는 형벌목적을 의미하며, 사실적 양형사유는 양형사실 내지 양형요소를 의미한다. 그리고 논리적 양형사유는 이 양자의 교량, 즉 양형요소에 대한 평가방향의 확정, 그에 대한 비교형량 및 수치로 전환하는 것을 의미한다.³⁾ 이러한 세 가지 범주의 양형사유들은 개별적인 양형단계에서 서로 분리되어 있는 것이 아니라 상호불가분의 관계를 갖고 서로 영향을 미치는 체계적인 요소들이다.⁴⁾ 따라서 사실적 양형사유, 즉 양형요소에 대한 이론

1) Bruns, "Grundprobleme des Strafzumessungsrechts", ZStW 1982, 115면 이하 참조.

2) Spendel, Zur Lehre vom Strafmaß, 1954, 191면 이하.

3) 양형의 수량화모델은 바로 논리적 양형사유, 그 중에서도 특히 구체적 양형요소와 형량 사이의 양적 상관관계를 주제로 삼고 있다. 이에 대해서는 예컨대 김영환/최석윤, 양형의 형벌이론적 기초 및 개별적 양형단계에 관한 고찰, 한국형사정책연구원, 1996, 55면 이하; 최석윤, "양형의 수량화"모델에 대한 비판적 소고, 형사정책연구소식, 통권 제36호, 1996, 19면 이하 참조.

4) 독일의 통설과 판례인 동시에 우리나라의 통설에 해당하는 양형이론인 범주이론 내지 책임범위이론, 유일형이론, 위가이론, 행위비례성이론 등도 이와 같은 양형사유의 세 가지 차원과 관련하여 논의되고 있다. 자세한 내용은 예컨대 김영환/최석윤, 앞의 책, 100면 이하; 손동권/김재윤, 범행비례적 양형론에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2006, 60면 이하; 양화

적 검토를 위해서는 목적적 양형사유와 논리적 양형사유에 대한 논의도 함께 진행하는 것이 바람직할 것이다.⁵⁾ 그러나 목적적 양형사유에 관한 내용은 이미 다른 기회에 상세히 다루었기 때문에 여기서는 사실적 양형사유를 검토하기 위해 필요한 범위에 국한하여 간략히 언급하고자 한다. 그리고 논리적 양형사유는 사실적 양형사유에 대한 검토 이후의 문제이기 때문에 여기서는 우선 양형요소에 대한 이론적 검토에 초점을 맞추고자 한다.⁶⁾

우선 양형요소에 대해서는 형법 제51조(양형의 조건)는 ① 범인의 연령·성행·지능과 환경, ② 피해자에 대한 관계, ③ 범행의 동기·수단과 결과, ④ 범행후의 정황이라는 네 가지 사항을 규정하고 있다.⁷⁾ 또한 형법 제53조(작량감경)는 ‘범죄의 정상에 참작할 만한 사유’, 제59조(선고유예의 요건)는 ‘개전의 정상’, 제62조(집행유예의 요건)는 ‘정상에 참작할 만한 사유’ 그리고 제72조(가석방의 요건)는 ‘그 행상이 양호하여 개전의 정이 현저한 때’ 라는 내용을 규정하고 있다. 그러나 형법 제51조는 체계적 관점과 무관하게 전형적인 양형사유들을 예시한 것에 불과하고, 일상도덕으로부터 유래하는 일반조항 내지 불명확한 개념들을 사용하고 있으며, 제53조 내지 제72조에서 특별예방과 관련된 요소를 나타내는 것으로 추측되는 용어들은 명확성원칙에 반하는 일반조항에 해당한다.⁸⁾ 따라서 형법규정에서 양형요소를 이론적으로 검토할 수 있는

식, “양형 및 행형에서 형벌목적”, 형사정책, 제11호, 1999, 160면 이하; 임상규, “책임범위이론의 재구성”, 비교형사법연구, 제2권 제2호, 2000, 71면 이하; 정철호, “양형이론에 대한 고찰”, 형사정책연구, 제15권 제2호, 2003, 289면 이하; 최석윤, “양형위원회와 양형이론”, 형사정책연구 통권 제71호, 421호 이하 참조.

5) 바로 이와 같은 관점에서 양형조사제도의 도입, 양형데이터베이스의 구축, 양형기준제의 도입 등과 관련하여 형벌목적에 대한 사회적 합의의 필요성과 양형모델에 대한 결정의 필요성을 강조하는 의견이 나온다고 볼 수 있다. 예컨대 김재봉, “양형조사제도 도입과 양형데이터베이스 구축”, 사개추위 제1차 양형토론회 토론회자료, 2005; 이호중, “양형기준제의 도입과 양형위원회의 설치”, 사개추위 제2차 양형토론회 토론회자료, 2005 참조.

6) 이하의 논의의 전제가 되는 목적적 양형사유, 사실적 양형사유 및 논리적 양형사유에 대한 필자의 개인적 입장에 대해서는 양형의 형벌이론적 기초와 합리화방안, 고려대학교 박사학위논문, 1996, 98면 이하, “적극적 일반예방이론과 그에 기초한 양형모델”, 안암법학, 제5호, 1997, 54면 이하 및 “통설적 양형모델에 대한 비판적 고찰”, 현대형사법의 쟁점과 과제, 동아임형국교수화합기념논문집, 1998, 777면 이하 참조.

7) 형법 제51조에 대한 이론적 검토에 대해서는 예컨대 정철호, “형법 제51조의 양형의 조건”, 비교형사법연구, 제4권 제1호, 2002, 199면 이하 참조.

8) 자세한 내용은 김영환/최석윤, 앞의 책, 128면 이하 참조.

기준을 찾기 어려운 실정이기 때문에 일반적인 양형이론에 기초하여 양형요소를 검토할 수밖에 없을 것으로 보인다.

일반적인 양형이론에 의하면 양형요소는 책임과 예방이라는 두 가지 관점에 의해 체계화될 수 있다. 그런데 예방의 관점을 양형에서 고려하기 위해서는 다음과 같은 경험적 조건과 규범적 조건이 충족되어야 한다. 우선 형벌선고와 예방의 관계에 대하여 과학적으로 충분히 검증된 경험법칙들이 존재해야 하며, 법관이 형사소송의 사실적 조건과 규범적 조건하에서 그러한 경험법칙들을 경험과학적 방법론에 맞게 개별사실에 적용할 수 있기 위한 절차, 기준 그리고 지침에 정통해야만 한다. 그러나 이러한 경험적 전제조건이 충족되지 않는다. 더 나아가 일반예방의 관점과 특별예방의 관점에 따라 형벌을 가중하는 것은 인간의 존엄과 가치, 책임원칙, 실질적 법치국가원칙 등에 반하기 때문에 규범적으로도 정당화될 수 없다.⁹⁾ 따라서 협의의 양형에서는¹⁰⁾ 예방관점은 경험적으로나 규범적으로 정당화될 수 없기 때문에 양형책임의 구성요소만 양형요소로 고려될 수 있다.¹¹⁾ 다만 독일의 지배적 해석론은 책임과 예방 이외에도 ‘정당한 책임상쇄’라는 개념을 별도로 인정하고 있다. 이 개념은 행위자의 ‘형벌감수성’을 중심으로 발전된 것으로서 그 목적은 행위자의 책임에 의한 형

9) 자세한 내용은 예컨대 최석윤, 통설적 양형모델에 관한 비판적 고찰, 779면 이하; Hart-Hönig, Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung, 1992, 47면 이하; Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, 77면 이하 참조.

10) 양형의 개념에서 협의의 양형은 주로 형량의 결정과 관련된 것이고 광의 양형은 형종의 선택과 형벌의 선고 내지 집행여부의 결정과 관련된 것이라고 할 수 있다. 자세한 내용은 예컨대 최석윤, “양형에 대한 기초적 이해”, 형사정책연구, 제8권 제1호(통권 제29호), 1997, 284면 이하 참조.

11) 그렇다고 응보이론을 지지하는 것은 아니다. 왜냐하면 오늘날과 같이 세속화된 자유민주주의적 시민사회에서 국가형벌권의 과제가 정의만을 자기목적적으로 실현하는 것은 아니며, 책임상쇄적인 형벌은 반드시 사회현실적인 기능도 떠맡아야 하기 때문이다. 다시 말해 개인의 법익보호와 사회질서의 유지라는 의미에서 목적적인 책임형벌만이 정당화될 수 있다. 따라서 필자는 적극적 일반예방이론을 지지하는데, 이에 따르면 형법과 국가형벌권의 목적은 국민의 규범의식을 강화하고 유지하는 것, 즉 안정된 질서의 유지이다. 그러나 이러한 목적은 불법과 책임의 확정과 평가 및 간접예방적 양형에 의해 간접적으로 달성된다. 그러므로 적극적 일반예방이론에 따르면 행형에서 특별예방도 인간의 존엄과 자유를 존중하는 재사회화프로그램의 제공 및 탈사회화의 방지를 의미하게 된다. 이와 같은 적극적 일반예방이론에 따르면 책임원칙이 양형의 지도원리로 기능하게 되며, 예방목적은 불법과 책임에 상응하는 형벌을 통해 간접적으로만 추구되기 때문에 책임과 예방의 이율배반문제가 발생할 여지가 거의 없다. 자세한 내용은 예컨대 최석윤, “적극적 일반예방이론과 그에 기초한 양형모델”, 54면 이하 참조.

벌을 다시금 정당한 책임상쇄라는 개념을 통해 제한하려는 데 있다. 이러한 개념을 인정하게 되면 형량을 결정하는 양형과정은 양형책임을 확정하는 것에만 그치지 않고, 더 나아가 행위자의 형벌에 대한 감수성을 고려하는 데까지 미친다. 따라서 이하에서는 주로 협의의 양형단계와 관련하여 양형책임과 형벌감수성의 관점에서 양형요소에 대해 검토하고자 한다. 다만 광의의 양형단계에서는 일반예방과 특별예방의 관점과 관련된 양형요소도 고려될 수 있고, 특히 우리나라와 독일의 학설과 판례는 아직까지 예방관점과 관련된 양형요소를 협의의 양형단계에서도 고려될 수 있다고 이해하고 있기 때문에 예방관점과 관련된 양형요소에 대해서도 검토하고자 한다.

II. 양형책임과 양형요소

앞에서 살펴본 바와 같이 협의의 양형에서 예방관점은 경험적으로나 규범적으로 정당화될 수 없고, 책임원칙에 의해 양형책임을 양형의 기초와 한계를 제공한다. 따라서 협의의 양형단계에서 양형요소는 양형책임을 구성요소를 의미한다. 그런데 이러한 양형책임과 관련하여 범죄론상의 형벌근거책임과 양형책임의 관계, 양형책임의 내용, 양형책임의 기능 등에 관해 의견의 대립이 있다.

1. 형벌근거책임과 양형책임의 관계

양형책임은 가벌성을 근거지우는 범죄체계론상의 책임개념과 다른지 여부와 다르다면 어떻게 다른지가 문제된다. 이와 관련하여 일반적으로 양형책임은 범죄론상의 책임과 구별되는 것으로 본다.¹²⁾ 즉 범죄성립요소로서의 책임은 비난가능성을 의미하는 반면, 양형책임은 사회윤리적 불법판단의 경중을 결정하는 요소의 총체를 의미하기 때문에 양자는 서로 구별되는 개념으로 파악해야 한다는 것이다. 이와 같이 양형책임을 행위전후의 행위자태도를 포함하는

12) 에컨대 김일수/서보학, 형법총론, 2002, 748면; 이재상, 형법총론, 2000, 552면; 이진국, “행위자의 범행전후의 태도와 양형책임”, 동아법학, 제29호, 2001, 105면 이하; 임웅, 형법총론, 1999, 545면; Dreher/Tröndle, StGB, § 46, Rn. 4; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht AT II, 1989, 564면.

유책한 불법¹³⁾으로 파악하는 것에 대해 양형책임이 예방적 요소와 행위자적 요소도 포함함으로써 지나치게 비대해지고 행위책임이 행위자책임과 예방적 요소로 채색될 수 있다는 비판이 제기된다.¹⁴⁾ 이와 같이 양형책임과 범죄론상의 책임을 구분하는 것에 대해 비판적인 입장에서는 책임은 불법을 기초로 하고, 책임비난은 ‘책임에 대한 비난’이 아니라 ‘책임이 있는 경우의 불법에 대한 비난’을 의미하므로 양형책임과 범죄론상의 책임을 동일한 것이라고 이해한다.¹⁵⁾ 이러한 견해는 양형책임의 개념에서 예방요소와 행위자요소를 배제하고 유책한 결과불법과 유책한 행위불법에 중점을 둠으로써 법관이 상이한 사례들을 비교하기가 쉬워지고 양형의 불균형을 해소하는 데도 도움이 된다고 한다.

우선 양형책임과 범죄론상의 책임을 동일한 것으로 파악하는 견해가 책임비난을 책임에 대한 비난이 아니라 책임이 있는 경우의 불법에 대한 비난으로 파악한 점과 양형책임에서 예방요소와 행위자요소를 배제하고 양형책임을 유책한 결과불법과 유책한 행위불법으로 파악한 점은 동의할만하다. 왜냐하면 책임원칙을 통해 예방적 필요에 따른 형벌을 제한하기 위해서는 책임과 예방이 구별되어야 하고, 양형책임은 행위자책임이 아니라 행위책임을 의미하기 때문이다. 따라서 양형책임과 범죄론상의 책임을 구별하는 입장에서 양형책임을 행위자책임이 아니라 행위책임으로 이해하면서도 예방요소와 행위자요소를 포함하는 것으로 이해하는 것은 타당하지 않은 것으로 보인다. 그러나 양형책임과 범죄론상의 책임을 동일한 것으로 파악하는 견해도 적절하지 않은 것으로 보인다. 왜냐하면 범죄론상의 책임과 양형책임은 적어도 두 가지 측면에서 구별될 수 있기 때문이다. 첫째, 전자는 형벌의 부과여부와 관련된 문제로서 불법을 행위자에게 주관적으로 귀속시키기 위한 요건인 비난가능성¹⁶⁾을 의미하는 반면, 후자는 형량의 결정에 영향을 미치는 개별사정과 관련된 문제로서

13) 양형에서는 불법과 책임이 서로 분리되어 고려되는 것이 아니라 ‘유책한 불법’이 고려된다. 자세한 내용은 Maeck, *Opfer und Strafzumessung*, 1983, 23면 이하 참조.

14) 이에 대해서는 특히 정철호, 앞의 논문, 299면 참조.

15) 예컨대 배종대, *형법총론*, 2005, 832면; 손해목, *형법총론*, 1996, 593면; 이정원, *형법총론*, 1999, 484면; 임상규, 앞의 논문, 83면 이하; 정철호, “행위자의 범행전후의 태도에 대한 양형관련성”, *형사법연구*, 제19호, 2003, 306면 이하; Frisch, “Gegenwärtiger Zustand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik”, *ZStW* 1987, 386면; Horn, SK, § 46, Rn. 42, 44.

16) 여기서 비난가능성은 책임요소로서의 고의 또는 과실, 책임능력, 위법성인식, 적법행위의 기대가능성 등을 내용으로 하는 개념이다.

유책한 불법을 의미한다. 예컨대 과실상해라는 범죄의 가벌성에 대해서는 어떤 운전자가 비난받을 정도로 형법규범을 위반하여 과속을 했으며, 이에 의해 법익침해가 발생했다는 것만으로 족하다. 이에 반해 양형에서는 우선 비난할 수 있는 금지위반의 정도, 즉 행위자가 얼마나 과속했는가와 비난할 수 있는 침해의 정도, 즉 침해가 얼마나 중대한지가 결정적이다. 요컨대 범죄론상의 책임은 형벌의 ‘부과여부’와 관련된 문제인 반면, 양형책임은 형벌의 ‘부과정도’와 관련된 문제라고 할 수 있다. 둘째, 범죄론상의 불법과 책임은 행위의 종료와 함께 확정되는 반면, 양형책임은 행위이후의 사정도 포함하기 때문에 그것에 대해서는 재판시점을 기준으로 판단한다는 점에서 차이가 있다. 즉 범죄론상의 책임은 행위당시의 불법을 행위자에게 주관적으로 귀속시키기 위한 요건을 의미하기 때문에 그것에 대해서는 행위시를 기준으로 판단하여야 한다. 그러나 양형책임은 형량결정에 영향을 미치는 개별사정들을 의미하고, 이러한 개별사정은 행위이후의 피해자의 피해정도, 원상회복, 피해회복, 합의 등도 포함하기 때문에¹⁷⁾ 양형책임에 대해서는 재판시점을 기준으로 판단해야 한다. 이와 관련하여 범죄론상의 책임과 양형책임을 동일한 것으로 이해하는 입장에서도 행위이전의 행위자태도와는 달리 행위이후의 행위자태도를 양형요소로 파악하고 있다는 사실에 대해서 좀 더 자세히 검토할 필요가 있는 것으로 보인다. 왜냐하면 양형책임을 행위책임으로 이해하여 행위종료와 함께 확정되는 것으로 보면서도 효과적인 피해자보호의 관점에서 원상회복 등 행위이후 피해자에게 행한 보상적 조치를 양형에서 고려할 수 있다고 하기 때문이다. 그에 반해 행위이전의 행위자태도, 특히 전과는 불법이나 책임과 관련이 있다고 보기 어렵다고 한다.¹⁸⁾ 우선 행위이전의 태도, 특히 전과를 양형요소에서 배제하는 것과 행위이후의 사정을 양형요소로 고려하는 것은 동의할만하다. 그러나 행위이후의 사정, 특히 원상회복, 피해자와의 합의, 구성요건 이외의 행위결과로서 행위이후 피해의 증대와 심화 등을 양형에서 고려하여야 하고, 이러한 사정을 양형에서 고려하기 위해서는 그것을 양형책임의 내용으로 파악하여야

17) 행위이전의 행위자태도와는 달리 행위이후의 사정은 양형책임으로 파악될 수 있다. 왜냐하면 양형책임이 행위책임을 의미하기는 하지만, 행위이후의 사정은 행위에서 비롯된 결과의 심화 또는 증대이거나 그 결과를 사후적으로 감소 내지 원상회복시키는 것이기 때문에 그것을 형법상의 일반적 귀속원리에 따라 양형에서 고려하는 것은 책임원칙에 부합하기 때문이다.

18) 이에 대해 자세한 내용은 예컨대 정철호, 앞의 논문, 309면 이하 참조.

하며, 그것을 영형책임에 포함시키는 방법은 재판시점을 기준으로 양형책임을 판단할 수밖에 없다고 하여야 한다. 따라서 양형책임과 범죄성립요소로서의 책임은 서로 관련된 개념이기는 하지만, 그럼에도 불구하고 그 구성요소와 대상 및 기준시점이 다르다고 보아야 한다.

2. 개별적 행위책임으로서 양형책임

양형책임은 개별적 ‘행위책임’(Tatschuld)을 의미하기 때문에 소위 ‘성격책임’(Charakterschuld)이나 ‘생활영위책임’(Lebensführungsschuld) 내지 ‘행상책임’¹⁹⁾은 양형에서 배제되어야 한다. 왜냐하면 양형책임을 행위책임으로 보지 않고 성격책임이나 생활영위책임과 같은 행위자책임으로 파악할 경우 양형은 행위자에 대한 총체적인 도덕판단으로 전락할 위험의 소지가 있기 때문이다.²⁰⁾ 따라서 독일의 판례도 행위자의 전력(Vorleben), 특히 전과라는 행위자요소를 예외로 하고는 양형책임을 거의 행위책임으로 축소시켜 왔으며, 이와 같은 책임개념의 축소는 결과적으로 환영할만한 것이라고 한다.²¹⁾ 더 나아가 최근에는 행위비례적 양형이론을 지지하는 입장에서 전과도 양형책임과 관련이 없기 때문에 양형요소가 될 수 없다는 견해가 제시되고 있다.²²⁾

이처럼 양형책임을 행위책임으로 이해하는 것이 일반적인 경향이지만, 그러

19) Stratenwerth는 행상책임이 행위책임보다는 오히려 일반예방적 관점에서 더 의미를 지닌다고 주장한다. 사실상 이 문제는 특히 독일형법 제48조의 누범가중과 관련하여 논란이 많았다. 예컨대 Maurach와 같은 학자들은 상습범의 가중근거를 행상책임에 의해 다음과 같이 설명하였다. 즉 상습범의 경우 자신의 잘못된 생활영위로 인해 이전에 받은 형벌의 경고(Warnung)를 소홀히 한 책임에 대해 형벌이 가중된다는 것이다. 그러나 여기서 말하는 ‘책임’은 ‘생활영위책임’ 내지 ‘행상책임’이지, ‘행위책임’은 아니다. 왜냐하면 상습범들은 대부분 책임능력이 저하되기 때문에 행위책임에 의할 경우 형벌은 오히려 완화되어야 하기 때문이다. 또한 재사회화의 관점에서도 이들에 대해 가중된 형벌을 가하는 것은 문제가 많다. 그러므로 상습범에 대해 형을 가중하는 이유는 단지 일반예방적인 필요성 때문이라는 것이다 (Stratenwerth, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1977, 42면 이하). 이러한 관점에 입각해서 독일형법은 누범에 대한 형벌가중조항인 제48조를 폐지하였다.

20) 이에 관해서는 특히 Stratenwerth, Tatschuld und Strafzumessung, 1972, 15면 이하 참조. 또한 생활영위책임 내지 행상책임은 죄형법정주의의 위반, 재판상의 확정불가능, 책임과 운명의 구별불가능 등에 의해서 거부된다. 자세한 내용은 Frisch, ZStW 1987, 381면 이하 참조.

21) Hart-Hönig, 앞의 책, 129면 참조.

22) 이에 관해서는 예컨대 정철호, 앞의 논문, 310면 이하; Hörnle, 앞의 책, 159면 이하 참조.

한 행위책임을 협의로 이해하는 견해와 광의로 이해하는 견해가 대립되고 있다. 행위책임을 협의로 파악하는 견해²³⁾에 의하면 가능한 한 양형책임이 행위자와 관련된 책임가중사유로부터 분리되어야 한다고 주장한다. 예컨대 행위자의 심정 등은 책임평가뿐만 아니라 예방의 측면에서도 중요한 역할을 하기 때문에 사실상 책임과 예방을 엄밀히 구별하는 데에는 어려움이 따른다고 한다. 그러나 책임이 예방을 제한하기 위해서는 책임과 예방이 서로 엄격하게 구별될 수 있어야 하기 때문에 양형책임으로서의 행위책임은 가능한 한 행위요소에 국한시키고, 행위자의 인격성과 관련된 요소는 예방의 관점에서만 고려해야 한다는 것이다.²⁴⁾ 이와 같은 입장을 취하게 되면 범행전의 전력, 특히 전과는 책임평가에서 고려되는 것이 아니라 예방의 측면에서 고려될 뿐이다.²⁵⁾ 이와 같이 행위책임을 협의로 이해하여 양형책임에서 가능한 한 행위자의 인격성에 관련된 요소를 배제하는 것은 특히 다음과 같은 의미를 지닌다.²⁶⁾ 첫째, 행위자와 관련된 요소가 더 많이 배제될수록 행위의 책임내용을 다른 행위와 비교하기 쉬워진다. 둘째, 행위자 요소들을 가능한 한 예방, 특히 특별예방의 영역에서만 고려하도록 함으로써 예방적 고려가 세분화될 수 있고 평가절상될 수 있다.²⁷⁾ 여기서 책임이 예방을 제한할 수 있기 위해서는 이와 같이 책임요소와 예방요소를 엄격히 구분해야 할 뿐만 아니라 책임요소는 형량결정에서

23) 예컨대 정철호, 앞의 논문, 300면 이하; Frisch, ZStW 1987, 386면; Hart-Hönig, 앞의 책, 98면 이하; Hörnle, 앞의 책, 151면 이하; Horn, SK, § 46, Rn. 41 이하; Schaffstein, "Spielraumtheorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen", FS für Gallas, 1973, 110면 이하; Stratenwerth, Tatschuld und Strafzumessung, 28면 이하; Maurach/Gössel/Zipf, 앞의 책, 559면 이하.

24) 특히 Stratenwerth, Tatschuld und Strafzumessung, 17면 이하; Maurach/Gössel/Zipf, 앞의 책, 560면 이하 참조.

25) Horn, SK, § 46, Rn. 122 이하; Schaffstein, FS für Gallas, 112면; Stratenwerth, Tatschuld und Strafzumessung, 34면 이하. 한편 Zipf는 행위책임을 협의로 이해하지만, 범행과 직접적으로 관련되어 있는 한에서 범행전의 전력도 행위책임에 포함시키고 있다. 자세한 내용은 Maurach/Gössel/Zipf, 앞의 책, 573면 이하 참조.

26) 특히 Maurach/Gössel/Zipf, 앞의 책, 560면 이하 참조.

27) 이와 같은 책임개념의 축소는 결국 예방적 형벌가중을 초래하는 것에 불과하다는 비판도 있다(Schöneborn, "Die regulative Funktion des Schuldprinzips bei der Strafzumessung", GA 1975, 281면). 그러나 이러한 비판은 형량결정을 의미하는 협의의 양형에서 책임뿐만 아니라 예방요소도 고려할 경우에만 타당한 것이다. 따라서 예방요소를 광의의 양형에서만 고려할 경우에는 이러한 비판은 타당하지 않다.

그리고 예방요소는 형종선택과 형벌의 유예여부를 결정할 때에만 고려되어야 한다. 왜냐하면 책임과 예방을 엄격히 구분하더라도 형량결정에서 예방관점을 다시 고려한다면 결국 책임은 예방관점에 의한 형벌가중을 제한할 수 없기 때문이다.

그러나 책임개념이 지나치게 행위요소에만 국한되면 책임내용의 본질적인 부분이 사라지고, 결국 책임내용이 공허하게 될 것이라는 우려가 있다.²⁸⁾ 따라서 독일의 통설과 판례의 입장은 행위책임을 광의로 이해한다.²⁹⁾ 이와 같이 행위책임을 광의로 이해하는 입장에 의하면 행위자요소도 범행과 직접적인 관련이 있는 한에서 행위책임을 요소로 파악된다. 그러므로 범행전후의 태도는 협의의 행위책임론과는 달리 양형책임을 요소로 남게 된다. 즉 독일의 통설과 판례는 Bruns가 제안한 ‘간접징표이론’에 기초하여 행위당시의 유책한 불법뿐만 아니라 행위전후의 행위자태도를 양형요소로 파악한다. 그러나 간접징표이론은 심리학적으로 전혀 증명될 수 없는 전제에 기초하고 있다.³⁰⁾ 더 나아가 행위책임을 광의로 이해할 경우 행위자에 관련된 책임확정은 행위책임이 아니라 성격책임이나 생활영위책임이라는 행위자책임에 근접하게 될 소지가 크다.³¹⁾ 이러한 관점에서 볼 때 독일의 통설과 판례뿐만 아니라 우리나라의 양형실무도 행위이전의 행위자태도, 특히 전과를 양형책임을 내용으로 파악하여 결정적인 양형요소로 고려하는 것은 이론적으로 정당화될 수 없는 것으로 보인다. 왜냐하면 전과에 의한 형의 가중을 논증하기 위한 다양한 시도가 있었지만, 어느 것도 불법이나 책임과의 관련성을 명쾌하게 논증하지 못하고 있기 때문이다.³²⁾ 따라서 행위책임을 원칙적으로는 협의로 이해하여 가능한 한 행

28) 특히 Bruns, “Alte Grundfragen und neue Entwicklungstendenzen im modernen Strafzumessungsrecht”, FS für Welzel, 1974, 752면 참조. 한편 이와 같은 우려에 대해 양형책임을 행위책임으로 축소시켜 왔던 독일의 판례에서 알 수 있듯이 책임개념의 축소는 결코 책임내용의 본질적인 부분을 배제하는 것이 아니라 반론으로는 Hart-Hönig, 앞의 책, 129면 이하 참조.

29) BGH NSTZ 1984, 259면; BGH StV 1984, 21면; Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 1985, 147면 이하; Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 1995, 125면; Streng, Strafrechtliche Sanktion, 1991, 177면 참조.

30) Frisch, ZStW 1987, 772면; Maurach/Gössel/Zipf, 앞의 책, 575면 참조.

31) 독일의 판례를 살펴보면 양형책임에서 행위자에 관련된 요소는 책임개념의 개별화가 아니라 순전히 예방적 관심에 문호를 개방하고, 예방을 위한 책임개념의 기능화에 기여하였다는 비판이 제기된다. 자세한 내용은 Hart-Hönig, 앞의 책, 80면 이하 참조.

위자요소와 행위이전의 행위자태도, 특히 전과를 배제하고, 행위이후의 행위자 태도만 양형책임으로 받아들이는 것이 바람직한 것으로 보인다.

3. 양형에서 불법과 책임의 관계

양형에서 책임은 제한적 기능을 수행할 뿐이다. 즉 양형책임은 유책한 불법을 의미하기 때문에 결과불법과 행위불법을 전제로 하고, 이러한 불법의 양을 행위자에게 귀속시키는 역할을 한다. 따라서 책임이 완전하면 불법과 책임의 양은 같고, 책임이 감소되면 책임의 양이 불법보다 적을 것이며, 책임이 조각되면 불법한 행위는 행위자에게 귀속될 수 없다.³²⁾ 국가형벌권의 제한은 책임과 형벌의 관계에서 뿐만 아니라 불법과 책임의 관계에서도 지켜져야 한다.³⁴⁾ 특히 불법과 책임이 일치해야 한다는 것은 책임원칙의 핵심적인 내용에 해당한다.³⁵⁾ 따라서 불법과 책임은 상호제약관계에 있다고 볼 수 있다. 즉 불법이 아무리 중하더라도 책임의 한계를 넘어갈 수 없고, 역으로 책임이 아무리 중하더라도 불법의 한계를 넘어갈 수 없다고 이해할 수 있다. 이러한 관점에서 본다면 불법과 무관한 독자적 책임요소에 의해 불법의 정도를 초과하여 형벌을 가중할 수 있다는 견해는 타당하지 않은 것으로 보아야 한다.

4. 양형책임의 구성요소

지금까지 검토한 내용에 따르면 양형요소는 양형책임의 구성요소를 의미하고, 행위당시 및 행위이후의 사정으로서 결과불법과 관련된 요소, 행위불법과 관련된 요소 및 책임과 관련된 요소로 구성된다.³⁶⁾ 이러한 양형요소의 구체적

32) 자세한 내용은 예컨대 손동권/김재윤, 앞의 책, 107면 이하; 정철호, 앞의 논문, 310면 이하; Hörnle, 앞의 책, 159면 이하 참조.

33) 예컨대 정철호, 앞의 논문, 301면; Horn, SK, § 46, Rn. 41 이하 참조.

34) 안동준, “누범가중의 타당성과 실효성”, 비교형사법연구, 제2권 제1호, 2000, 76면.

35) 책임원칙은 다음과 같은 네 가지의 내용은 담고 있다. 첫째, 책임은 모든 처벌의 전제와 근거가 된다. 둘째, 책임원칙은 불법과 책임의 일치를 요구한다. 셋째, 책임능력은 행위시에 존재해야 한다. 넷째, 책임은 양형의 기초가 된다. 자세한 내용은 예컨대 김일수/서보학, 앞의 책, 80면; Arthur Kaufmann, “Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz”, Strafrecht zwischen Gestern und Morgen, 1983, 73면 이하.

내용과 관련하여 매우 복잡하고 다양한 견해들이 제시되고 있지만, 여기서는 양형책임에 따른 양형요소의 개요를 간략히 제시하는 것으로 대신하고자 한다. 양형책임의 두 가지 요소를 Schäfer의 분류도식에 따라 세분화하면 다음과 같다.³⁷⁾

A. 본래적인 구성요건의 실현

1. 결과불법 - 구성요건적 법익침해
 - 1.1. 법익침해의 종류와 정도
 - 1.2. 결과불법의 완화
 - 1.2.1. 공동책임
 - 1.2.2. 원상회복
2. 행위불법 - 행위실행(Tatbegehung)
 - 2.1. 주관적 측면 - 행위자의 심리적 요소
 - 2.1.1. 범행의 동기와 목적
 - 2.1.2. 범행에 의해 드러나는 행위자의 심정
 - 2.1.3. 범행의사와 책임능력
 - 2.2. 객관적 측면
 - 2.2.1. 의무위반의 정도
 - 2.2.2. 행위수행의 방식(범죄적 에너지)

B. 행위전후의 정황

1. 결과불법 - 해당 구성요건 이외의 범행결과
 - 1.1. 규범의 보호영역 안에 있는 것(“유책한” 행위효과)
 - 1.2. 규범의 보호영역 밖의 결과(BGH에 따르면 과실)

36) 자세한 내용은 김영환/최석윤, 앞의 책, 131면 이하; 정철호, 앞의 논문, 300면 이하; Hörnle, 앞의 책, 195면 이하 참조.

37) Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 1990, 92면 이하.

2. 행위불법 - 행위전후의 태도 - “간접징표”

2.1. 행위전의 태도

2.1.1. 전과없는 생활영위

2.1.2. 이전범행과의 관련성

2.1.3. 형벌의 경고효과 - 전과 및 기타 소송절차

2.2. 행위후의 태도

2.2.1. 소송 중의 행위

2.2.1.1. 후회, 통찰, 자백

2.2.1.2. 사건해명에 대한 협조여부

2.2.1.3. 사건의 부인이나 통찰력의 결핍

2.2.2. 피해복구를 위한 노력

2.2.3. 손해의 심화

2.2.4. 새로운 범행

가. 결과불법과 관련된 양형요소

먼저 결과불법과 관련된 양형요소는 구성요건적 결과불법과 해당 구성요건 이외의 결과불법이라는 두 가지 측면으로 구별된다. 전자가 범죄행위에 의해 직접 침해되는 구성요건적 법익침해를 의미하는 반면, 후자는 그러한 범죄행위에 의해 야기된 구성요건 이외의 법익침해를 말한다. 이러한 내용을 우리 형법에 적용하면 제51조 3호의 ‘범행의 결과’가 주로 구성요건적 법익침해를 의미하는 반면, 제51조 4호의 ‘범행후의 정황’에는 구성요건 이외의 범행결과도 포함된다고 해석할 수 있다. 물론 제51조 3호의 ‘범행의 결과’가 구성요건적 결과뿐만 아니라 구성요건 이외의 법익침해를 모두 포함하는 것으로 해석할 수도 있을 것이다. 그리고 피해자의 공동책임이나 원상회복과 같이 제51조 2호의 ‘피해자에 대한 관계’³⁸⁾에 해당하는 사항도 구성요건적 결과불법을 완화하는 요소로 파악될 수 있다.³⁹⁾

38) 피해자의 특성, 행태 및 피해자와 행위자의 관계가 양형에서 갖는 의미에 관해서는, 이기현/최석윤, 양형에서 피해자의 의미, 형사정책연구, 통권 제26호, 1996, 21면 이하 참조.

39) 이에 관해 자세한 내용은 Bruns, 앞의 책, 166면 이하; Hillenkamp, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981, 240면 이하; Maeck, 앞의 책, 60면 이하; Maurach/Gössel/Zipf, 앞의

나. 행위불법과 관련된 양형요소

일반적으로 양형책임의 행위불법은 그 시간적 순서에 따라 행위시의 행위불법과 행위전후의 행위불법으로 구별하고 있다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 행위전의 행위자태도, 특히 전과는 양형책임에서 배제된다. 그리고 행위시의 행위불법은 다시금 심리적 요소, 의무위반의 정도 및 행위실행의 방식으로 세분화된다. 여기서 다음과 같은 사실에 유의할 필요가 있다. 즉 행위자의 동기와 목적, 행위에서 드러난 심정, 범행의사, 의무위반의 정도, 행위수행의 방식 등은 분명히 행위불법과 관련된 개별적 행위책임의 요소이지만, 독일의 판례를 검토해보면 책임의 개별화보다는 순전히 예방적 관심이나 도덕적 비난에 기여한 경우가 흔하다는 것이다.⁴⁰⁾ 다시 말해서 독일의 판례에서 행위불법의 요소들은 구성요건적 불법과 행위책임의 관련성을 약화시키고, 사회윤리적 심정가치를 법익이라는 여과장치를 거치지 않고 직접적으로 양형에 반영하는 데 기여하였다.⁴¹⁾ 그렇다고 해서 이와 같은 요소들을 양형책임에서 배제할 수는 없다. 왜냐하면 이러한 요소는 양형책임의 본질적 요소에 해당하기 때문이다. 따라서 이러한 요소들을 양형에서 고려할 때에는 양형책임이 예방목적을 위해 기능화되지 않도록 세심한 주의가 요구된다. 양형책임의 행위불법을 우리 형법 제51조와 관련해서 본다면 다음과 같다. 즉 제51조 3호의 ‘범행의 동기, 수단’이 주로 행위시의 행위불법에 대한 것이고, 제51조 1호의 ‘범인의 성행, 지능 및 환경’은 행위시의 행위불법의 주관적 측면 및 행위이전의 행위책임과 관련된 것이며, 제51조 4호의 ‘범행후의 정황’은 대부분 행위이후의 행위불법과 관련된 것이라고 해석할 수 있다.⁴²⁾ 또한 형법 제51조 2호의 ‘피해자에 대한 관계’도 예컨대 범죄인이 피해자의 손해를 복구하려고 노력한 경우에는 행

책, 568면 이하. 독일판례에 따르면 이 점은 특히 교통범죄에서 매우 중요한 의미를 지니며, 그밖에 위증죄에서 선서고지의 결여, 함정수사에 의한 범죄행위, 사기죄에서 피해자의 경솔한 행위 등에 대해서도 고려될 수 있다고 한다.

40) Frisch, ZStW 1987, 751면 이하; Hart-Hönig, 앞의 책, 129면 이하 참조.

41) Frisch, ZStW 1987, 766면 이하; Hart-Hönig, 앞의 책, 129면 이하 참조.

42) 특히 자백, 부인, 진술거부권행사, 법정에서의 태도 등 행위이후 행위자태도의 양형관련성에 대해서 많은 논란이 있다. 자세한 내용은 예컨대 이진국, 앞의 논문, 118면; 정철호, 앞의 논문, 314면 이하 참조.

위이후의 행위불법의 측면에서 고려될 수 있다.⁴³⁾

앞에서 검토한 바와 같이 책임원칙은 불법과 책임의 일치를 요구하기 때문에 양형에서 책임은 형벌을 제한하는 기능을 하고 불법의 양을 초과하는 독자적 책임가중사유는 의미가 없다. 왜냐하면 아무리 책임이 중하더라도 불법의 양을 초과하여 형벌을 가중할 수 없기 때문이다. 따라서 책임과 관련된 양형요소로는 책임감경사유만 인정될 수 있다. 책임능력과 관련하여 인식능력이나 조정능력이 제한된 경우, 위험상황이나 경제적 궁핍에서 비롯된 행위와 같이 규범적 행위에 대한 기대가능성이 제한된 경우 등이 책임감경요소가 될 수 있다.⁴⁴⁾

5. 형벌감수성과 양형요소

독일의 판례와 학설에 따르면 책임에 적합한 형벌의 정도는 행위자의 형벌감수성의 정도에 따라 전혀 다르게 나타날 수 있으며,⁴⁵⁾ 따라서 행위자의 책임이 동일하더라도 형벌이 반드시 동일하게 정해져야 하는 것은 아니다.⁴⁶⁾ 왜냐하면 형벌의 ‘책임적합성’이라는 원칙은 객관적으로 동일한 형량을 요구하는 것이 아니라 오히려 행위자가 주관적으로 같은 비중의 고통을 감수해야 한다는 것을 의미하기 때문이다.⁴⁷⁾ 행위자의 형벌감수성은 전래적으로 행위자의 형벌감응성과 동의어로 사용되어 왔다. 그러나 Henkel이 책임적합성에 관계된 형벌감수성과 특별예방적 필요성에 관계된 형벌감응성을 서로 구별한 이후부터⁴⁸⁾ 행위자의 형벌감수성은 양형에서 점차 독자적인 의미를 지니게 되었다. 그 이유는 특히 책임에 적합한 형벌이 행위자의 형벌감수성에 따라 서로 달라질 수 있다면 이제 양형책임의 정도는 책임에 적합한 형벌에 대해 유일한 척도가 아니기 때문이다. 즉 양형책임 이외에 양형책임과 함께 책임에 적합한 형벌의 확정을 가능하게 하는 기준이 필요하다는 것이며, 바로 여기서 ‘정당한

43) 불법감경적 양형사유에 관해 자세한 내용은 Hörnle, 앞의 책, 283면 이하 참조.

44) 자세한 내용은 Hörnle, 앞의 책, 306면 이하 참조.

45) BGHSt 7, 28, 31면; BGHSt 35, 148면.

46) Bruns, 앞의 책, 197면.

47) Maurach/Gössel/Zipf, 앞의 책, 594면; Schönke/Schröder/Stree, StGB, § 46, Rn. 54 참조.

48) Henkel, “Strafempfindlichkeit und Strafempfänglichkeit des Angeklagten als Strafzumessungsgründe”, FS für Lange, 1970, 179면 이하.

책임상쇄'라는 사유는 양형책임에 대한 또 다른 척도로 인정받게 된 것이다.⁴⁹⁾ 이처럼 정당한 책임상쇄라는 개념은 책임에 적합한 형량을 행위책임 이외의 요소를 통해 완화시키는 데 기여하며, 이와 관련된 양형요소로 주로 행위자에 대한 형벌의 효과, 행위자에게 미친 범죄행위의 결과 및 형사소송절차의 효과가 고려된다.⁵⁰⁾

그런데 정당한 책임상쇄라는 개념은 형벌이 행위자에게 미치는 효과를 중시한다는 점에서 특별예방과 관련될 수 있을 뿐만 아니라 적극적 일반예방과도 중복될 수 있다. 왜냐하면 정당한 책임상쇄라는 관점에 의하면 예컨대 형사소송절차가 지나치게 오래 지속된 때에는 행위자에 대한 처벌의 필요성이 감소되기 때문이다. 그러나 정당한 책임상쇄도 부분적으로는 예방적인 관점과 연관을 맺고 있기는 하지만, 양형책임을 가중시키기는 것이 아니라 완화시키기 때문에 법치국가적 관점에서 문제가 되지는 않는다.⁵¹⁾ 즉 형벌감수성은 양형에서 형벌을 완화하는 것으로만 고려되기 때문에 형벌감응성과 혼동됨으로써 예방목적을 위해 기능화될 위험성은 없다.⁵²⁾

III. 예방목적과 양형요소

이제 예방과 관련된 양형요소를 검토해 보고자 한다.⁵³⁾ 그런데 예방과 관련된 양형의 사실적인 사유들을 분석하는 데는 다음과 같은 세 가지 어려움이 따른다.

첫째, 우리 입법자는 양형책임에 대해서 뿐만 아니라 예방적 사유에 관해서도 대단히 인색해서 일반예방적인 사유는 - 일단 그것의 정당성은 차치하고 - 입법적으로 규정되어 있지 않다. 이에 반해 특별예방에 관한 규정은 형법전

49) 독일 형법이 도입한 일수벌금형제도로도 바로 이러한 생각에 기초한다. 즉 경제적 지불능력의 차이는 있으나 책임이 동일한 경우에 동일한 형벌의 효과를 달성하기 위해서는 형벌이 행위자의 경제적 형벌감수성에 따라 정해져야 한다는 것이다.

50) 자세한 내용은 예컨대 정철호, “형벌의 개별화에 대한 한계”, 형사정책, 제15권 제1호, 2003, 245면 이하; Hörnle, 앞의 책, 339면 이하 참조.

51) 그러나 형벌감수성의 고려는 형의 불균등을 조장할 우려가 있기 때문에 사면을 통해 해결하자는 주장도 있다. 자세한 내용은 Streng, 앞의 책, 21면 이하 참조.

52) 자세한 내용은 Hart-Hönig, 앞의 책, 143면 이하 참조.

53) 김영환/최석윤, 앞의 책, 159면 이하 참조.

에 규정되어 있기는 하다. 예컨대 형법 제53조(작량감경)의 “정상에 참작할 만한 사유”, 제59조(선고유예의 요건)의 “개전의 정이 현저한 때”, 제62조(집행유예의 요건)의 “그 정상에 참작할 만한 사유” 그리고 제72조(가석방의 요건)의 “그 행상이 양호하여 개전의 정이 현저한 때” 등이 바로 그것이다. 그러나 이미 앞에서도 언급한 바와 같이 이 개념들은 너무나 모호하기 때문에 이것만으로는 어떤 사실들이 특별예방에서 고려되어야 할지 전혀 알 수 없다.⁵⁴⁾ 따라서 예방적인 사유들의 개별적인 내용은 전적으로 판례와 이론에 의해 구체화될 수밖에 없다.

둘째, 판례를 중심으로 예방에 관한 사유들을 구체화하려는 방식도 거의 불가능하다. 그 이유는 무엇보다도 우리의 판례를 통해서는 일반예방 혹은 특별예방의 사유들이 고려되었는지 여부와 고려되었다면 어떤 방식으로 고려되었는가를 하는 점을 도대체 알 수 없기 때문이다. 이 점은 판결이유에 구체적인 양형사유들을 명시하지 않아도 되는 우리의 양형제도에 기인하는 것이지만, 만약 판결이유에 양형사유를 명시한다고 하더라도 양형책임과는 다른 (특별) 예방적인 사유들이 구체적으로 무엇인가는 정확하게 드러나지 않을 것이다. 왜냐하면 우리의 양형실무는 일단 법정형의 범위가 처단형으로 구체화된 이후에는 제51조의 양형조건을 - 그것이 책임에 관한 것이건 아니면 예방에 관한 것이건 상관없이 - 개괄적으로 판단하기 때문이다. 따라서 책임과 예방에 관한 양형요소들이 그렇지 않아도 이론적으로도 서로 결부되어 있는데 이와 같이 양형실무에서 조차 포괄적으로 다루어진다면 이 양자를 서로 구별하여 체계화하는 것은 대단히 어려운 작업이 될 것이다.

셋째, 예방적인 관점들은 책임개념과는 다른 이론적 연원을 지니기 때문이다. 즉 책임개념이 범죄행위시의 책임이라는 과거의 사실에 지향되는 규범적 개념이라면 이에 반해 예방목적은 범죄자의 예방이라는 미래지향적 개념일 뿐

54) 이와는 달리 독일형법은 비록 특별예방과 일반예방 사이의 일반적인 상호관계에 대해서는 규정하고 있지 않지만, 이 양자에 관해 보다 구체화된 내용을 규정하고 있다. 즉 일반예방에 관해서는 “법질서의 방위”라는 적극적 일반예방의 개념을 독일형법 제47조 제1항, 제56조 제3항 그리고 제59조 제1항 3호에 규정하고 있다. 이에 반해 특별예방에 관해서는 독일형법 제46조 제1항 2문에 “행위자에 대한 형벌의 효과”라는 규정을 두고 있으며, 제56조 제1항과 2항 및 제59조 제1항 1호와 2호에서 형벌의 경고기능, 행위자의 인격, 행위시의 정황, 행위전후의 상황, 형벌의 효과 등을 중심으로 특별예방에 관해 보다 더 자세히 규정하고 있다.

만 아니라 더 나아가 경험적 차원에 속한다. 그러므로 범죄의 예방에 필요한 정도의 형벌이란 반드시 경험적 연구에 의해 밝혀질 수 있을 따름이다. 그러나 지금까지의 범죄학적 연구결과에 따르면 일반예방에 대해서는 경험적으로 조사되기도 어려울 뿐만 아니라 밝혀진 연구결과도 미비하다.⁵⁵⁾ 이에 반해 특별예방에 관해서는 단지 너무 길거나 너무 짧은 기간의 형벌은 행위자의 재사회화에 전혀 도움이 되지 않는다는 사실만 알려져 있을 뿐이다.⁵⁶⁾ 이처럼 일반적으로도 예방에 관한 경험적 연구는 아직 초보단계에 머물러 있는 셈이지만, 이러한 사정은 특히 우리의 경우 너무나 심각하다. 왜냐하면 일반인이나 범죄자에 미치는 형사제재의 효과에 관한 범죄학적 연구는 거의 전무하며, 더 나아가 이 분야를 전공으로 하는 학자조차 드물기 때문이다. 사실상 이러한 실정을 감안할 때 우리의 양형실무에서 예방에 관한 양형사유들을 대부분 양형책임과 분리시키지 않고 제51조에 의해 개괄적으로 평가하는 것은 어찌면 당연한 일인지도 모른다.

특별예방과 일반예방의 일반적 내용과 문제점에 관해서는 이미 앞에서 검토하였기 때문에 이하에서는 독일의 학설과 판례에 의해 예방관점에서 어떤 양형요소들이 고려되는가에 대해 살펴보고자 한다.

1. 일반예방

우선 소극적 일반예방이 양형요소가 될 수 없다는 점에 대해서는 학설상 이론이 없다. 그 이유는 앞에서 살펴본 바와 같이 위하라는 소극적 일반예방은 헌법상의 인간의 존엄에도 위배될 수 있을 뿐만 아니라 더 나아가 경험적으로 그 효과가 의문스럽기 때문이다. 이처럼 독일의 학설은 형벌가중사유로서의 소극적 일반예방을 거부하지만, 독일연방법원은 잠재적 행위자에 대한 위하가 형벌을 강화할 수 있다고 한다. 다시 말해 소극적 일반예방이 형량의 결정에 대해서도 고려될 수 있는 정당한 형벌목적이라는 것이다.⁵⁷⁾ 요컨대 엄한 형벌

55) 이러한 관점에서 형벌을 가중하면 범죄도 줄어들 것이라는 막연한 생각은 경험적으로는 전혀 근거가 없는 것이다.

56) 이에 관해 자세한 내용은 Schöch, "Grundlage und Wirkungen der Strafe", FS - Schaffstein, 262면 이하 참조.

57) 이에 관해서는 Schäfer, 앞의 책, 129면 이하 참조.

을 선고함으로써 일반인에 대해 피고인의 범행과 동일하거나 유사한 범행을 시도하는 것을 억제할 수 있는 효과를 창출할 수 있다는 것이다.⁵⁸⁾

물론 독일의 판례에 의해서도 소극적 일반예방은 양형에서 무제한적으로 인정되는 것은 아니다. 독일판례에 의하면 이것은 다음과 같은 두 가지 요건 하에서만 허용된다. 첫째, 소극적 일반예방에 의한 형량결정은 반드시 책임의 범위 내에서만 허용된다. 다시 말해 독일연방법원은 범주이론을 택하고 있기 때문에 소극적 일반예방도 반드시 책임의 한계 내에서만 가능하다는 것이다. 그러므로 독일연방법원은 일반예방의 측면만을 지나치게 강조할 경우 이를 책임 범주의 한계이탈로 보아 파기하고 있다.⁵⁹⁾ 둘째, 바로 이러한 이유에서 사실심 법원은 자신의 양형이 책임의 범위 내에서 이루어졌다는 사유를 적시해야 된다는 것이다. 이에 따라 독일의 판례에서 소극적 일반예방에 의한 형벌가중이 허용된 경우를 예로 들면 다음과 같다. ① 일반예방에 의한 형벌가중이 적절한 위하효과가 있거나,⁶⁰⁾ ② 당해 범죄에 대한 모방의 위험이 존재하거나,⁶¹⁾ ③ 당해 범죄행위 또는 그와 유사한 범죄행위가 공동체를 위태롭게 할 정도로 점증하고 있다는 사실이 확정될 수 있는 경우이다.⁶²⁾ 그러나 이러한 상황은 경험적으로 확인되기가 어렵고 법관들의 추정에 의해 인정되기 때문에 다수설은 - 비록 그것이 책임범위 내에서 이루어진다고 하더라도 - 소극적 일반예방에 의한 형벌가중을 반대한다. 이러한 이유에서 사실상 실무에서도 음주운전이나 탈세범 등과 같은 경우에만 예외적으로 소극적 일반예방에 의한 형벌가중을 인정하고 있다.

소극적 일반예방에 비해 적극적 일반예방은 독일판례에서 매우 중요한 의미를 지닌다. 독일의 지배적인 견해에 따르면 독일형법 제47조 제1항, 제56조 제3항 및 제59조 제1항 3호에 규정된 “법질서의 방위(Verteidigung der Rechtsordnung)”는 적극적 일반예방을 의미한다고 한다.⁶³⁾ 그러므로 독일에서

58) BayObLG StrVert 1988, 530면.

59) Schäfer, 앞의 책, 127면.

60) BayObLG StrVert 1988, 530면.

61) BGH MDR 1989, 111면.

62) BGH NStZ 1986, 358면.

63) Hirsch, LK, § 47, Rn 32; Maurach/Gössel/Zipf, 앞의 책, 588면. 물론 법질서의 방위를 적극적 일반예방뿐만 아니라 소극적 일반예방도 포함하는 개념으로 보는 입장도 있다. 이에 관해서는 Maeck, 앞의 책, 21면 이하 참조.

는 이미 법규정에 의해서 적극적 일반예방은 형의 종류나 집행여부 등을 결정하는 광의의 양형에서 중요한 기준으로 작용한다. 즉 6개월 이하의 형벌의 경우에도 법질서의 방위라는 기준에 의해 벌금형이 아니라 자유형이 부과될 수 있으며, 형의 선고유예나 집행유예에 대해서도 법질서의 방위는 중요한 제약요인으로 작용한다. 그러나 학설상 광의의 양형뿐만 아니라 협의의 양형에서까지 적극적 일반예방이 고려되어야 할 것인가에는 서로 의견이 일치하지 않는다.⁶⁴⁾ 그런데 적극적 일반예방에 의한 형벌가중은 독일판례에 의해서도 일반적으로 거부된다. 그 이유는 법질서의 방위라는 적극적 일반예방의 목적은 책임형벌의 범위 내에서 이미 충족될 수 있기 때문이다. 따라서 적극적 일반예방은 단지 특별예방에 의한 책임의 하한선을 이탈하는 것을 저지하는 역할을 할 뿐이다.⁶⁵⁾

그에 반해 독일판례에서 적극적 일반예방에 의한 형벌감경은 광범위하게 인정된다. 이 점은 특히 정당한 책임상쇄라는 양형사유와도 결부되는 것인데, 즉 행위자의 책임만을 기준으로 한 형벌이 특별한 사정에 비추어 일반국민의 입장에서 더 이상 적합한 것으로 이해될 수 없는 경우가 있다는 것이다. 이에 대한 예로서 독일판례는 행위자의 의도와는 상관없이 범행 후 오랜 시간이 경과한 경우⁶⁶⁾나 함정수사에 의한 행위도발 등을 들고 있다.⁶⁷⁾

한편 앞에서 양형과정을 행위자의 책임을 확정하는 협의의 양형과 특별예방에 의해 주도되는 광의의 양형으로 구분하였다. 그리고 일반예방적인 고려는 광의의 양형에서 고려되지 않는다고 주장하였다. 그렇다면 이와 같은 주장과 독일의 학설 및 판례가 어떻게 조화될 수 있는가가 문제된다.

우선 소극적 일반예방이 양형에서 배제되어야 한다는 점에 대해서는 독일의 학설과 의견이 일치된다. 그러한 점에서 범죄의 모방효과나 특정범죄의 빈번성 등을 이유로 형벌을 강화하는 독일의 판례나 우리의 양형실무는 재고되어

64) 이에 관해서는 Schäfer, 앞의 책, 130면 이하 참조. 예컨대 Zipf에 의하면 범주이론을 취할 경우 법질서의 방위가 책임의 하한선 이탈을 제한한다는 점에서 법질서의 방위라는 적극적 일반예방은 책임의 범위 내에서 형량을 결정하는 데에도 영향을 미친다고 한다 (Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, 71bđ 2, 5. Aufl., 1978, § 63, 102). 그리고 이 점은 Roxin의 특별예방형 위가이론에서도 마찬가지이다.

65) Schäfer, 앞의 책, 131면 참조.

66) BGH NStZ 1988, 552면.

67) BGH NStZ 1986, 162면; BGH StrVert 1988, 295면.

야 할 필요가 있다. 왜냐하면 위하라는 소극적 일반예방은 위헌의 소지가 있을 뿐만 아니라 아직 이에 대해 확실한 경험적 연구도 없기 때문이다. 물론 그 반대의 사실, 즉 형벌가중이 범죄억제를 하지 않는다는 점도 아직까지 경험적으로는 분명하게 밝혀지지 않았지만, 형벌가중에 의한 범죄억제는 사실상 막연한 환상에 불과하다.⁶⁸⁾

그에 반해 적극적 일반예방은 형벌가중과 형벌감경이라는 두 가지 관점에서 고찰해야 할 것이다. 먼저 적극적 일반예방에 의한 형벌가중은 허용될 수 없다고 보아야 한다. 그리고 위가이론과 행위비례성이론에 따르면 적극적 일반예방의 제한기능, 즉 특별예방에 따른 책임하한이탈에 대한 제약요소의 문제도 발생하지 않는다.⁶⁹⁾

2. 특별예방

독일의 판례에 의하면 양형에서 특별예방은 일반예방보다 훨씬 더 중요한 역할을 담당하고 있다. 왜냐하면 독일 형법 제46조 제1항 2문이 양형에서 범죄인에 대한 형벌의 효과를 반드시 고려하도록 규정하고 있을 뿐만 아니라 형중선택이나 선고유예와 집행유예 등과 관련해서 특별예방이 결정적인 척도가 되기 때문이다.

우선 독일의 판례에서 인정되고 있는 특별예방에 의한 형벌가중은 누범이나 상습범의 경우에 발견될 수 있다. 그러나 독일에서 양형실무는 이런 방식을 자주 이용하지는 않는데, 왜냐하면 누범이나 상습범이라는 양형요소는 이미 양형책임의 행위불법에서 참작되기 때문이다.⁷⁰⁾ 만약 특별예방에 의해 형벌의 강화가 인정되는 경우에도 그것은 책임범위의 한계 내에서만 허용될 뿐이다.⁷¹⁾

이와는 대조적으로 독일의 판례에서 특별예방에 의한 형벌감경은 여러 가지

68) 일반예방적인 효과는 형벌의 강화가 아니라 오히려 범죄자에 대한 효과적이고도 철저한 형사소추를 통해 달성될 수 있다는 것이 오늘날 일반적인 견해이다. 이에 관해서는 무엇보다 Roxin, Strafrecht, AT, Bd. I, 1992, 34면 이하 참조.

69) 이에 대해 자세한 내용은 예컨대 최석윤, “양형위원회와 양형이론”, 423면 이하 참조

70) Schäfer, 앞의 책, 132면 참조.

71) BGHSt 29, 319면.

방식으로 행해진다. 그 법적 근거는 독일형법 제46조 제1항 2문이다. 이에 따르면 양형에서 “사회에서 행위자의 장래의 생활을 위하여 형벌로부터 기대될 수 있는 효과가 고려되어야 한다”는 것이다. 이 규정으로부터 형벌이 아직도 정당한 책임상쇄에 머물러 있고 일반예방의 고려와 대립하지 않는 한 사회적으로 바람직스럽지 않은 형벌의 효과는 회피되어야 한다는 원칙이 추론된다. 이러한 관점에 입각해서 독일의 판례는 집행유예의 요건을 약간 초과하는 경우, 예컨대 1년을 약간 넘거나 2년을 약간 초과하는 경우⁷²⁾에도 집행유예를 인정하려는 경향이 있다.⁷³⁾

특별예방에 관한 입장을 정리하면 다음과 같다. 우선 특별예방의 의미가 범죄인의 재사회화에 머물지 않고, 형벌에 의한 탈사회화의 방지라는 방향으로 선회한 것은 대단히 환영할 만한 일이다. 왜냐하면 아직까지도 형사제재에 관한 범죄학적 연구는 적극적인 의미에서 얼마만큼의 형벌이 재사회화에 필요한가를 밝히지는 못하고, 다만 소극적인 의미에서 어떤 종류의 형벌과 어떤 방식의 집행이 재사회화에 역행하는가만을 제시하고 있기 때문이다.⁷⁴⁾ 이 점을 고려할 때 특별예방의 의미변화는 특히 광의의 양형에서 중요한 의미를 갖는다.

한편 특별예방에 의해 형벌을 가중시키는 것은 다음과 같은 점에서 정당화되기 어렵다. 왜냐하면 이와 같은 형벌가중은 책임원칙에 위배될 소지가 클 뿐 아니라 형벌가중에 의해 재범의 위험성이 감소된다는 경험적인 연구결과도 아직 나와 있지 않기 때문이다. 그러므로 특별예방에 의한 형벌가중은 정당화될 수 없다. 사실상 이에 관해 우리 형법은 누범 및 상습범의 가중을 명시적으로 규정하고 있기 때문에 이 문제는 해석상의 문제라기보다는 입법상의 문제이다. 그러나 위에서도 언급한 바와 같이 행위책임을 엄격히 이해하면 이와 같은 형벌가중은 단지 행상책임과 같은 일반예방적 관점에서만 가능하다. 왜냐하면 누범 및 상습범들의 책임능력은 대부분 일반인보다 한정되기 마련이어서, 책임원칙에 의한다면 책임을 가중하기 보다는 오히려 감경해야 하기 때문

72) 우리나라와는 달리 독일형법은 제56조에서 집행유예를 1년 이하의 경우에 해당하는 제56조 제1항과 1년 이상 2년 이하에 해당하는 제56조 제2항으로 나누어 각각의 요건을 달리 규정하고 있다.

73) 이에 관해서는 Schäfer, 앞의 책, 132면 참조.

74) 이 점에 관해서는 Schöch, FS - Schaffstein, 262면 이하 참조.

이다.⁷⁵⁾ 이러한 사정을 감안해서 누범과 상습범에 대한 형벌가중을 특별예방의 관점에서 고려한다면 이 문제는 행위자의 책임을 중심으로 하는 형벌의 문제라기보다는 오히려 행위자의 위험성에 지향되어 있는 보안처분의 문제이다. 그러므로 어떤 설명방식에 의해서도 우리의 입법방식은 문제의 소지가 매우 크다.

이제 남은 문제는 특별예방에 의한 형벌의 완화뿐이다. 그런데 이 점은 정당한 책임상쇄와 대부분 중첩되기 때문에 그 부분에서 다루는 것이 더 합리적이다. 따라서 특별예방의 관점도 결국 형량의 결정과 관련된 협의의 양형에서가 아니라 오히려 형종선택과 형벌의 유예여부 등에 관한 광의의 양형에서 고려되어야 한다. 이러한 관점에서 집행유예를 결정할 때 합의여부, 전과여부, 누범여부, 자백여부 등을 고려하는 것도 일단은 이론적 관점에서 정당한 것으로 볼 수 있다. 왜냐하면 합의여부, 전과여부, 누범여부, 자백여부 등은 특별예방의 관점에서 재범위험성을 판단하기 위한 중요한 자료가 될 수 있기 때문이다. 그러나 오늘날의 경험과학적 수준에서 재범위험성을 예측할 수 있는 완벽한 방법이 존재하지 않기 때문에 전과가 있거나 누범에 해당하는 경우에도 재범위험성을 선불리 예단하는 것은 곤란할 것이다. 이와 같은 상황에서는 외국 의 입법례에 따라 특정한 범죄의 경우에는 전과자에 대한 집행유예를 제한하고, 그 밖의 모든 범죄에 대해서는 재범예측과 관련된 추가적 요건 없이 일정한 기한내의 모든 자유형에 대해 집행유예가 가능하도록 제도를 개선하는 방안도 고려해볼 필요가 있다.

IV. 양형의 개별적 단계

지금까지 양형책임과 정당한 책임상쇄 및 예방목적의 관점에서 사실적 양형사유, 즉 양형요소의 내용과 문제점에 대해 살펴보았다. 이제 양형의 전체적인 과정에 초점을 맞추어 양형의 개별적 단계에 대해 살펴보고자 한다.

주지하다시피 양형은 입법자와 법관 간의 공동작업에 의해 이루어진다. 즉 입법자는 법정형이라는 일정한 평가의 틀을 제공하고, 법관은 이를 기준으로 개별사례에 적합한 형벌을 확정하는 것이다. 이러한 측면에서 볼 때 양형은

75) 이에 대해서는 특히 Stratenwerth, Tatschuld und Strafzumessung, 15면 이하 참조.

개별적인 사건을 통해 추상적인 형벌이 구체화되는 과정이라 할 수 있다. 이러한 양형의 속성에 의거하여 독일의 학설들은 일반적으로 양형의 개별적 단계도 다음과 같이 세 가지 단계로 나누고 있다.⁷⁶⁾ 즉 첫 번째 단계에서는 입법자가 제시한 법정형을 구체화하고, 두 번째 단계에서는 개별사실에 대한 행위자의 책임을 확정하며, 그리고 세 번째 단계에서는 예방적 관점을 고려하는 것이다. 이처럼 양형을 법정형의 확인, 책임의 확정 그리고 예방적인 관점의 고려라는 세 가지 단계로 나눈다는 점은 비록 각 단계마다 책임과 예방의 관계가 서로 상이하게 파악되기는 하지만,⁷⁷⁾ 범주이론을 취하든 위가이론을 취하든 마찬가지이다.

그러므로 양형의 개별적 단계는 법정형의 구체화단계, 책임의 확정단계 및 예방목적의 고려단계로 나누어 살펴볼 수 있다. 여기서 법정형의 구체화단계는 개별사실에 해당하는 법정형의 확인 및 형의 가중사유와 감경사유를 고려하여 처단형을 정하는 단계를 의미한다. 책임의 확정단계는 처단형의 범위 내에서 양형책임에 해당하는 양형요소를 확인하고 그것의 평가방향을 확정하여 비교형량한 다음 수치로 된 구체적 형량으로 전환하는 단계를 말한다. 이 단계는 협의의 양형에 해당하는 것으로서 법관의 양형에서 핵심적인 부분이 된다. 그리고 예방목적의 고려단계는 광의의 양형에 해당하는 것으로서 형종선택과 형의 유예여부를 결정하는 단계를 말한다. 그런데 법정형의 구체화단계와 예방목적의 고려단계, 즉 법정형, 처단형 및 선고유예와 집행유예에 관한

76) 독일의 경우 형사소송법상의 규정에 의해 판결이유서에 양형과정이 이러한 순서를 거쳐 행하여졌다는 점이 명시되어야 한다. 따라서 “모든 중요한 양형사정에 근거하여” 형벌범위의 선택과 형벌정도의 확정이 한번에 이루어져서도 안 되고, 먼저 선고유예나 집행유예를 결정하고 이러한 고려에 의하여 형벌자체를 선고유예나 집행유예가 가능한 정도에서 확정해서도 안 된다. 이에 관해서는 특히 BGH JR 1981, 334면; Schäfer, 앞의 책, 139면 참조.

77) 독일의 통설과 판례가 취하는 범주이론과 위가이론의 차이는 두 번째와 세 번째 단계의 개별적인 구성에서 나타난다. 즉 범주이론은 우선 책임의 범위를 먼저 확인한 후, 이러한 책임범위 내에서 예방관점을 고려하여 최종형을 확정한다. 그리고 여기서 말하는 최종형은 형량뿐만이 아니라 형의 종류 및 집행여부 등에 관한 결정도 포함하기 때문에 범주이론에서 예방관점은 이중적으로 고려된다(Maurach/Gössel/Zipf, 앞의 책, 541면 이하; Schäfer, 앞의 책, 136면; BGH NSTZ 1983, 407면). 그에 반하여 위가이론은 우선 행위자의 책임에 상응하는 책임을 확정하고 난 후(협의의 양형), 특별예방에 의해 형의 종류 및 집행여부 등을 결정한다(광의의 양형). 따라서 위가이론에서 책임은 협의의 양형에서만, 그리고 예방관점은 광의의 양형에서만 고려된다(Horn, “Zum Stellenwert der “Stellenwertheorie””, FS - Bruns, 165면 이하; ders., “Wider die “doppelspurie” Strafhöhenbemessung”, FS - Schaffstein, 242면 이하; Schöch, FS - Schaffstein, 255면 이하).

내용은 이미 형법에 비교적 상세히 규정되어 있다. 따라서 이하에서는 협의의 양형과정과 그 과정에서 반드시 지켜져야 할 이중평가금지에 관한 내용만 간략히 검토하고자 한다.⁷⁸⁾

1. 협의의 양형과정

법정형과 처단형의 범위 내에서 행위자의 책임에 적합한 형량을 결정하기 위해서는, 개별사례에서 사실적 양형사유들을 확인해야 하고 그것의 평가방향을 확정해야 할 뿐만 아니라 그것들을 비교형량한 후에 구체적 수치로 된 형량으로 전환해야 한다.⁷⁹⁾ 그런데 사실적 양형사유의 내용과 평가방향에 관해서는 이미 앞에서 살펴보았기 때문에 여기서는 주로 사실적 양형사유의 비교형량과 구체적 형량으로의 전환에 관한 내용을 검토하고자 한다.

협의의 양형과정, 특히 사실적 양형사유의 비교형량과 전환과정에 대해 독일에서는 다양한 견해들이 주장되고 있다. 우선 Bruns는 협의의 양형과정을 다음과 같이 체계화하고 있다.⁸⁰⁾ 즉 먼저 개별적 양형요소들을 확인하고 그것의 평가방향(가중적 또는 감경적)을 확정하여야 하며, 그 다음으로 이러한 양형요소들의 비중을 서로 교량하여야 하며, 마지막으로 그렇게 획득된 상대적 연명을 법률상 마련된 제재체계에 근거하여 절대적 수치로 나타나는 형벌의 양과 형벌의 종류로 전환하여야 한다는 것이다.⁸¹⁾

Theune⁸²⁾와 Mösl⁸³⁾도 양형과정을 이와 유사하게 파악하고 있다. 다만 이들

78) 자세한 내용은 김영환/최석윤, 앞의 책, 171면 이하 참조.

79) 우리 형법과 달리 독일 형법 제46조 제2항은 이 점에 대해 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 “양형에 있어서 법원은 행위자에게 유리한 사정과 불리한 사정을 상호 교량한다. 그 경우 특히 행위자의 범행동기 및 목적, 범행에 의해 나타난 심정 및 범행의사, 의무위반의 정도, 실행의 방식 및 유책한 행위효과, 행위자의 전력, 행위자의 인적 상태 및 경제적 상태, 그리고 범행후의 행위자의 태도, 특히 손해를 배상하기 위한 행위자의 노력과 피해자와 화해하려는 행위자의 노력이 고려된다.” 물론 독일 형법 제46조 제2항도 양형인자를 모두 나열하고 있는 것이 아니며, 또한 각 양형인자들의 중요성을 미리 결정하고 있는 것도 아니다. 자세한 내용은 Schäfer, 앞의 책, 177면 참조.

80) Bruns, 앞의 책, 243면 이하.

81) 사실상 이런 관점에서 독일연방법원도 형벌가중적 사실과 형벌감경적 사실은 “그 의미와 비중”에 따라 비교형량되어야 한다”고 거듭해서 주장하였다(BGH JR 1977, 162면; BGH NStZ 1987, 405면).

82) StrVert 1985, 162, 168면; StrVert 1988, 174면.

의 특징은 법정형의 중간에 위치하는 “규범적 표준사례”(normativer Normalfall)를 기준으로 개별적 양형요소를 측정하는 데에 있다. 즉 이러한 “중립축”(Nulllinie)을 척도로 개별적 요소들은 감정적 또는 가중적으로 평가되는 것이다.

그러나 Horn⁸⁴⁾은 “규범적 표준사례”를 기준점으로 잡는 것을 비판하고, 그 대신 “통계상 가장 빈번한 보통사례”(Regelfall)를 양형에 대한 출발점으로 제안한다. 사실상 독일연방법원도 이 방법을 양형에 이용하려고 시도한 바가 있다.⁸⁵⁾ 이 방법은 양형의 현실과 상당히 부합하고 있다. 왜냐하면 대부분의 범죄, 즉 보통사례에 대해서는 법정형의 중간 이하에서 - Horn에 따르면 일반적으로 법정형의 3분의 1 이하에서 - 형량이 결정되기 때문이다.

이처럼 위에서 서술한 방법들은 “규범적 표준사례”이건 혹은 “통계적으로 빈번한 보통사례”이건 간에 일정한 기준점을 상정하고 이를 기준으로 개별인자들의 중요도를 측정해 나가는 것이라면, 이와는 대조적으로 Foth⁸⁶⁾는 다른 방향에서 해결책을 모색한다. 즉 그는 모든 양형사실에 대한 “총체적 고찰”을 제안한다. 그 이유는 법정형의 범위는 해당범죄의 발생가능한 모든 형태에 대응하는 것이므로 어느 특정한 기준점을 상정하는 것은 법정형의 기능과 부합하지 않는다는 것이다. 물론 이와 같은 총체적 고찰이 얼마만큼 세분화될 수 있는가는 아직 미지수로 남아 있다. 아무튼 독일연방법원은 Foth의 이러한 견해를 일부 수용하고 있다.⁸⁷⁾

생각건대 양형요소의 비교형량과 수치로의 전환에 관한 학설은 다음과 같이 정리될 수 있을 것이다. 우선 일정한 기준점을 정하고 그로부터 개별적인 양형인자들을 평가할 것인가 아니면 Foth의 주장과 같이 총체적으로 고찰할 것인가라는 두 가지 관점에서 전자의 입장이 보다 더 합리적인 것 같다. 그 이유는 총체적 고찰은 개별사례의 전체적인 형상을 조망할 수 있다는 장점을 지니기는 하지만, 양형의 개별적 사유들이 결국은 미분화된 상태로 남아 있어 자의적 평가가 될 위험이 있기 때문이다. 그러나 그 기준은 “규범적 표준사

83) NStZ 1981, 133면.

84) StrVert 1986, 168면.

85) BGHSt 27, 4면.

86) JR 1985, 397면.

87) BGHSt 34, 345면.

례”가 아니라 “보통사례”가 되어야 할 것이다. 왜냐하면 통계적으로 가장 빈번한 사례가 바로 양형의 현실적 타당성을 더 잘 확보할 수 있기 때문이다.

한편 “보통사례”에 근거해서 개별적인 양형요소들을 평가할 경우 그 과정은 다음과 같이 이루어져야 할 것이다.

첫째, 양형책임에 해당하는 사실적 양형사유들을 먼저 비교형량한 후에 정당한 책임상쇄에 관한 양형사유들이 고려되어야 한다. 왜냐하면 정당한 책임상쇄는 행위자의 형벌감수성에 따라 책임형벌을 완화하는 데에 그 목적이 있기 때문이다.

둘째, 양형책임의 비교형량은 먼저 고유한 구성요건실현과 관련된 양형사유들을 검토한 후에 행위진후에 일어난 것을 검토하는 순서로 행하여진다. 그 경우 결과불법과 행위불법 중 어느 것이 먼저 고려되어야 하는지의 문제는 개별사례와 범죄유형에 따라 다르게 해결될 것이다. 예컨대 결과범에서는 일반적으로 결과불법이 먼저 고려될 필요가 있는데, 왜냐하면 결과범에서 법익침해는 흔히 측정할 수 있는 손해와 동일하기 때문이다. 물론 이에 대한 예외도 존재한다. 예컨대 상해의 정도라는 결과불법이 중요한 양형기준인 상해죄와는 달리 살인죄의 경우 결과불법의 정도는 예외적으로 많은 사람이 살해된 경우가 아니라면 일반적으로 불변이고 법정형에서 이미 고려되었기 때문에 양형에서는 별로 중요하지 않다. 따라서 살인의 경우에는 행위불법이 고려의 출발점이 되어야 할 것이다. 결과범과는 대조적으로 거동범에서는 행위불법의 정도가 먼저 고려된다. 그러나 강간의 경우에도 흔히 행위불법의 정도가 법익침해의 정도를 결정하기도 한다는 점이 고려되어야 한다.

셋째, 양형책임의 비교형량에 이어서 정당한 책임상쇄와 관련된 사정을 고려할 때 다음과 같은 점에 유의하여야 한다. 범죄행위와 형벌이 행위자에게 미치는 효과는 흔히 객관적으로 측정되기 어렵다는 점과 행위자의 개인적 특수성이 고려되지 않은 형량만이 객관적으로 분명한 비교척도가 될 수 있다는 점이 간과되어서는 안 된다. 특히 형벌감수성에 대한 지나친 고려는 계급사법이라는 비판을 야기할 수도 있다는 것이다.

2. 이중평가금지의 원칙

이제 협의의 양형과정에서 반드시 지켜져야 할 소위 “이중평가금지”에 대해

간략히 살펴보고자 한다. 이중평가금지의 원칙은 법적 구성요건의 표지에 해당하는 사정은 양형에서 다시 고려되어서는 안 된다는 것을 의미한다. 이 원칙은 형법상의 자명한 원칙으로서 독일에서 판례를 통해 발전된 다음 입법에 의해 확립된 것이다.⁸⁸⁾ 즉 이중평가금지는 합리적 양형론의 발전과 특히 상고심의 양형통제와 결정적으로 관련되어 있다. 우리 형법에는 이에 관한 명문의 규정이 없지만 당연히 적용되는 원칙이라 할 수 있다.⁸⁹⁾

이 원칙의 이론적인 근거는 정당한 형벌에 대한 입법자와 법관 사이의 분업적 공동작업과 책임분배에 있다.⁹⁰⁾ 즉 입법자는 법관에게 형벌의 범위와 종류를 제시하고, 법관은 법정형의 범위 내에서 개별사실에 적합한 구체적 형벌을 확정하는 것이다. 따라서 이미 입법자가 일반적으로 해결한 구성요건상의 불법요소와 책임요소를 법관이 구체적 양형에서 다시 고려해서는 안 된다는 것이다.⁹¹⁾ 일반적으로 이중평가금지의 원칙은 이미 법적 구성요건에 내포되어 있는 것에 대한 것이므로, 이 원칙은 주로 형벌범위와 책임범위 사이에 관계된다.⁹²⁾ 이에 반해 이중평가금지는 원칙적으로 형벌범위와 예방 사이의 관계에서는 별 의미가 없다. 또한 양형에서 결과불법과 행위불법을 개별적 행위책임에 따라 구체화하는 것은 이중평가금지와 관계가 없다. 이 원칙의 적용범위와 관련해서 문제되는 사항은 다음과 같다.⁹³⁾

첫째, 이중평가금지의 원칙에 의해 구성요건표지를 충족시키는 요소가 양형에서 추가적으로 형벌을 가중하는 것으로 - 또는 감경하는 것으로 - 고려되는 것은 금지된다. 독일연방법원의 판례에 의하면 예컨대 독직죄(Amtsdelikt)에서 행위자의 공무원자격⁹⁴⁾, 살인죄에서 사람의 생명말살⁹⁵⁾, 공갈죄에서 이기적 범행동기⁹⁶⁾ 등이 이에 속한다. 그러나 개별사실의 특별한 사정에 따라 구

88) 독일의 판례는 독일형법 46조 제3항을 도입하기 훨씬 이전부터 이중평가금지에 대한 위반을 양형차원에 대한 전형적인 상고이유로 인정해 왔다(Bruns, 앞의 책, 132면).

89) 배종대, 앞의 책, 834면; 이재상, 형법총론, 554면.

90) Maurach/Gössel/Zipf, 앞의 책, 576면.

91) Maurach/Gössel/Zipf, 앞의 책, 576면.

92) Maurach/Gössel/Zipf, 앞의 책, 576면 이하.

93) Hettinger, Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen, 1982, 17면 이하.

94) RG DRiZ 1927, 182면.

95) BGH VRS 24, 50면.

성요건표지를 구체화하는 것은 허용된다. 특히 구성요건이 서로 다른 비중의 다수의 행위양태에 대해 동일한 형벌범위를 정하고 있을 때에는 구체화가 더 크게 요구된다. 따라서 상해의 정도, 자유박탈의 기간, 사기죄에 있어서 재산 손해의 정도, 강도죄에서 폭력행사의 정도 등에 의해 각각의 구성요건표지의 충족은 구체화될 수 있다.

둘째, 예방목적에 대해서도 이중평가금지의 원칙이 부분적으로 적용된다. 즉 명문으로 규정되지 않았지만 형벌규정의 기초가 되고 있는 형벌목적들이 양형 사유로 다시 고려되는 것은 허용될 수 없다는 것이다. 그러므로 일반예방이라는 추상적 관점은 이미 구성요건의 형벌예고에서 고려되었기 때문에 구체적인 양형에서 재차 형벌가중적으로 고려되어서는 안 된다.⁹⁶⁾ 더 나아가 위증죄에서 사법의 기능, 상해죄에서 신체의 완전성, 성범죄에서 성적 자기결정권, 파산범죄에서 채권자보호 등과 같은 보호법익이 특별한 보호를 필요로 한다는 식의 예방적인 고려도 허용되지 않는다.

셋째, 독일의 판례에 따르면 구성요건을 실현함으로써 발생하는 전형적인 범죄의 효과 또는 전형적인 행위양태에 대해서도 이중평가금지가 적용된다.⁹⁸⁾ 따라서 예컨대 강간에서 임신위험, 배임죄에서 이윤추구 등은 형벌가중적으로 고려되어서는 안 된다.

V. 맺는 말

지금까지 규범적 관점에서 양형요소를 추출하기 위하여 양형책임과 양형요소, 형벌감수성과 양형요소, 예방목적과 양형요소, 양형의 개별적 단계 등에 관한 내용을 검토하였다. 지금까지 검토한 내용을 간략히 정리하면서 결론을 맺자면 다음과 같다.

첫째, 형량을 결정하기 위한 협의의 양형단계에서는 오로지 양형책임과 형벌감수성에 관련된 사정만이 양형요소가 될 수 있고, 예방관점과 관련된 양형요소는 형종선택과 선고유예여부 또는 집행유예여부를 위한 광의의 양형단계에서만 고려되어야 한다.

96) BGH MDR 1976, 14면.

97) Bruns, 앞의 책, 135면.

98) Schäfer, 앞의 책, 111면.

둘째, 양형책임은 범죄론상의 형벌근거책임과 구별되는 유책한 불법을 의미하고, 유책한 불법을 구성하는 유책한 결과불법과 유책한 행위불법이 양형요소가 된다. 형벌근거책임은 형벌의 부과여부와 관련된 문제인 반면, 양형책임은 형벌의 부과도와 관련된 문제이다. 따라서 양자는 서로 관련된 개념이기는 하지만, 그 구성요소와 대상 및 기준시점이 다르다.

셋째, 양형책임은 개별적 행위책임을 의미하기 때문에 행위당시와 행위이후의 유책한 결과불법과 유책한 행위불법만 포함하고 행위전의 행위자태도, 특히 전과를 포함하지 않는다. 왜냐하면 양형책임은 개별적 행위책임을 의미하고, 전과는 어떠한 관점에서도 개별적 행위책임과 관련성을 인정하기 어렵기 때문이다.

넷째, 양형책임은 형벌을 제한하는 기능을 수행하며, 양형에서 불법과 책임은 상호제약관계에 있다. 따라서 불법과 무관한 독자적 책임요소에 의해 불법의 정도를 초과하여 형벌을 가중할 수 없다.

다섯째, 합의여부, 전과여부, 누범여부, 자백여부 등은 특별예방의 관점에서 재범위험성을 판단하기 위한 중요한 자료가 될 수 있다. 그러나 오늘날의 경험과학적 수준에서 재범위험성을 예측할 수 있는 완벽한 방법이 존재하지 않기 때문에 전과가 있거나 누범에 해당하는 경우에도 재범위험성을 선불리 판단하는 것은 곤란하다.