

양형합리화를 위한 기초로서의 법률상 형가감체계

손 동 권*

국문요약

대부분의 피고인에게 유죄판결이 내려지는 우리나라의 형사실무에서 형벌의 량과 종류를 결정하는 법관의 양형이 합리적으로 이루어져야 하는 것은 아무리 강조하여도 지나치지 않는다. 그런데 양형의 합리화는 법정형과 그 법정형의 가감체계에 의하여 우선적으로 좌우되는 것이다. 왜냐하면 양형의 개념 자체가 협의로는 법관이 법정형과 그 가감체계의 범주 내에서 특정사례에 대해 구체적인 형벌의 정도를 정하여 선고하는 것이고, 광의로는 형사제재의 종류를 선택하는 것이기 때문이다. 법정된 형사제재의 종류와 범위(형가감체계)가 양형에 직접적으로 영향을 미치기 때문에 그 어떤 나라든 이에 관한 사항은 합리적으로 구성되어야 한다. 이러한 취지에서 본고는 우리나라의 법정형과 법률상 형가감체계가 양형 합리화에 기여하는 내용을 가지고 있는가에 대해 독일과의 비교를 통하여 분석하였다. 그런데 우리나라의 형가감체계는 양형합리화의 관점에서 볼 때 여러 가지 문제점을 가진 것으로 분석되었다. 특히 독일 형법총칙에는 없는 우리나라의 재판상 감경(작량감경)의 제도는 그다지 바람직하지 못한 것으로 사료된다. 양형합리화를 위해서는 양형의 기초요소가 되는 법정형의 구성체계에 대한 정비, 특히 과도하게 형벌을 가중하고 있는 형사특별법 규정의 정비가 무엇보다도 요구된다 할 것이다. 이를 위한 입법론적 시사점은 우리나라가 속해 있는 대륙법체계의 국가인 독일의 법제에서 어느 정도 발견될 수 있을 것이다. 같은 법체계의 국가 사이에는 상호간 좋은 제도를 어려움 없이 수용할 수 있는 장점이 있기 때문이다.

* 건국대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 머리말

법무연수원의 범죄백서(2005년)에 나타난 통계에 따르면, 최근(2000년 이후) 제1심 형사재판에서 무죄판결을 받는 비율은 0.6%-1.0%에 불과하다. 이와 같이 대부분의 피고인에게 유죄판결이 내려지는 이러한 현 상태에서 형벌의 량과 종류를 결정하는 법관의 양형이 공정하게 이루어져야 하는 것은 아무리 강조하여도 지나치지 않을 것이다. 법관의 양형이 공정하지 못하다면 피고인은 물론 일반국민도 형사사법에 대해 신뢰하지 않을 것이다. 이 경우에는 형벌이 추구하는 피고인의 재사회화 내지 탈사회화방지에 악영향을 미치는 것은 물론이고, 일반 국민의 규범의식을 강화하려는 형벌의 일반예방적 기능도 달성될 수 없을 것이다. 법관의 양형은 당해 피고인에게 적정한 것이어야 하고, 동질·유사한 범죄의 피고인들에게는 균등한 것이 되어야 하며, 객관적인 예측가능성을 가져야 한다.¹⁾ 그런데 양형의 과정은 법정형, 처단형, 선고형으로 찾아가는 것이다. 여기서 법정형(gesetzliche Strafdrohung)이란 개개의 구성요건에 규정되어 있는 형벌로서 일정한 범위(Strafrahmen)의 형태로 표시되어 있다. 다음으로 처단형이란 법정형에 법률상 및 재판상의 가중·감경을 한 형을 말한다. 처단형도 범위의 형태로 결정될 것이다. 이 처단형의 범위 내에서 법원이 구체적으로 형을 양정하여 당해 피고인에게 선고하는 형을 선고형이라고 한다. 따라서 양형의 합리화는 법정형과 그 법정형의 가감체계에 의하여 우선적으로 좌우되는 것이다. 특히 형사제재의 종류와 범위(형가감 포함)에 관하여 어떠한 법적 구성체계를 가지고 있느냐는 양형(Strafzumessung)에 직접적으로 영향을 미친다. 이는 양형의 개념 자체가 협의로는 법관이 특정사실에 대해 형벌의 정도를 정하여 선고하는 것이고, 광의로는 형사제재의 종류를 선택하는 것인 점에서 명백하다. 법정된 형사제재의 종류와 범위(형가감체계)가 양형에 직접적으로 영향을 미치기 때문에 그 어떤 나라든 이에 관한 사항은 합리적으로 구성되어야 한다. 그러면 우리나라의 법정형과 법률상 형가감체계는 양형합리화에 기여하는 내용을 가지고 있는가? 아래

1) 이를 강조한 정덕홍, 과실치사죄의 양형에 관한 일고찰, 재판자료 2집, 57면; 서상규, 경범죄처벌법상의 경범죄에 대한 양형연구, 재판자료 16집, 53면; 정성욱, 사기죄의 양형에 관한 연구, 재판자료 5집, 357면.

에서 본고는 독일과의 비교를 통하여 이 문제를 밝혀 보기로 한다.²⁾

II. 우리나라의 법률상 형가감체계와 양형합리화에서의 문제점

1. 법정가중사유

법정형(처단형)의 범위 내에서 이루어지는 양형에서는 특히 불법(결과 반가치와 행위반가치)의 정도에 따라 상대적인 형가중요소가 인정될 수 있다. 그러나 우리 현행법(특히 형법)에는 그 이전에 법정형의 범위 그 자체를 변경시키는 법률상 형가중규정이 다양하게 설정되어 있다. 따라서 법관의 양형은 우선적으로 법정형과 그 법정형을 더 크게 변경시키는 형가중 규정에 의해 제한 받을 수밖에 없다. 법률상의 가중에는 형법총칙이 모든 범죄에 대하여 적용하도록 규정하는 일반적 가중사유와 형법각칙이 특정한 범죄에만 적용하도록 규정하는 특수적 가중사유가 있다. 전자의 일반적 가중사유로는 경합범가중(제38조), 누범가중(제35조), 특수교사방조(제34조 2항)의 세 가지가 있고, 후자의 특수적 가중사유로는 행위자의 위험한 인격 때문에 가중되는 상습범가중(제203조, 제264조, 제279조, 제285조, 제332조, 제351조 등)과 위험한 행위태양 때문에 보통 불법이 가중되어 “특수”라는 접두어가 덧붙여진 소위 특수범죄의 가중(제144조, 제278조)이 있다. 그리고 형사특별법에도 다양하게 규정된 개별적 상습범 가중규정이 산재하고 있다. 종래에는 이와 동시에 보호감호처분이라는 보안처분을 병과 하는 사회보호법이 있었으나, 최근에 이중처벌의 위헌성 때문에 폐지되었으며, 사회보호법 및 보호감호제도의 폐지와 더불어 형벌가중의 입법정책은 오히려 확대되었다.³⁾

그 이외에 동일죄질의 범죄들 -입법형식적으로는 같은 장의 범죄들- 사이에는 기본적 구성요건에 대하여 죄명을 달리한 가중적 구성요건이 있다

2) 법정형의 종류를 비교한 것으로는 손동권, 법정형의 종류와 가감에 관한 한독의 비교, 형사정책 제7호, 1995년, 155면 이하.

3) 이러한 점을 소개한 손동권, 형법총론, 41/ 15 이하.

(예컨대 살인죄에 대해 존속살해죄는 가중적 구성요건이다). 전자의 특수범죄의 가중도 여기에 포함시킬 수 있다. 더 나아가 우리나라는 형법상의 범죄에 대하여 형사특별법이 가중적 구성요건을 규정하는 경우가 있다. 예컨대 폭력행위등처벌에 관한 법률, 특정범죄가중처벌등에 관한 법률, 특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률 등이 그것이다. 여기 언급된 특별법에 의한 가중구성요건은 형법과 다른 죄명을 사용하지 않는 점에 특색이 있다.

상습범 가중구성요건의 법정형은 대개 그 죄에 정한 형의 1/2까지 가중한다고 규정하는 것이 보통이나 제246조 2항의 상습도박죄에서 보는 바와 같이 개별적인 법정형을 규정하는 예도 있다. 이 경우 상습범가중의 구성요건을 구성하는 동종의 수개행위들은 포괄하여 일죄가 된다(우리나라 판례의 태도임).⁴⁾ 형법상의 가중적 구성요건에는 고유의 죄명과 개별법정형으로 정하여져 있다. 예컨대 법정형이 사형, 무기징역 또는 5년 이상의 징역인 보통살인죄의 가중적 구성요건은 존속살해죄라는 독자의 죄명과 사형, 무기 또는 7년 이상 징역의 독자적 형벌로 법정되어 있다. 그러나 상기한 특별법법에 의한 가중구성요건은 형법과 다른 죄명을 사용함이 없이 가중사유와⁵⁾ 이에 대한 가중형벌만을 규정하는 것이 일반적인 형태이다(그러나 특가법 제5조의2가 규정한 약취유인죄의 가중처벌, 특가법 제5조의4가 규정한 상습강절 등의 가중처벌, 특가법 제10조가 규정한 통화위조의 가중처벌과 같이 아무런 가중요소의 추가나 변경 없이 일반형법상 법정형을 가중하는 경우도 있음). 그 가중형벌은 물론 구체적 범위로 정하여져 있다. 예컨대 법정형이 2년 이하의 징역, 10만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료인 단순폭행죄의 가중적 구성요건으로는 폭력행위등처벌에 관한 법률 제2조가 가중사유를 제시하

4) 상습범을 포괄일죄로 보는 대법원판례의 태도를 비판하는 견해도 있다(이재상, 형법총론, 2003(제5판), 38/38). 그 이유는 행위자의 생활태도 내지 내심의 의사의 동일성을 근거로 수개의 독립된 행위를 포괄일죄로 인정하는 것은 특수한 범죄에너지 가진 범죄인에게 부당한 특혜를 주는 것이기 때문이라고 한다. 그러나 이러한 비판은 수개 행위를 범한 상습범에 대해 형을 가중하지 않고 단순히 포괄일죄만을 인정하는 경우에는 타당할 수 있겠지만, 우리나라와 같이 포괄일죄로 다루면서 상습범 가중처벌규정을 둔 경우에는 설득력을 가질 수 없다. 수개행위로 형이 가중되는 경우에 대해서까지 특혜를 받는 것으로 평가될 수는 없기 때문이다. 다만 상습범가중처벌규정이 없는 경우에는 그를 구성하는 수개 행위는 경합범가중으로 처리되어야 할 것이다.

5) 다양한 가중사유의 표지를 분석한 것으로는 윤동호/ 하태영, 형벌가중체계의 개선방안, 한국형사정책연구원 2006년, 18면 이하.

면서 독자의 죄명없이 법정형만 가중하고 있다.

2. 법정감경사유

형법총칙이 규정하고 있는 법률상의 감경에는 필요적 감경사유와 임의적 감경사유로 나누어진다. 필요적 감경사유로는 심신미약(제10조 2항), 농아자(제11조), 중지미수(제26조) 중범(제32조 2항)의 4가지가 있고, 임의적 감경사유로는 외국에서 받은 형의 집행으로 인한 감경(제7조), 과잉방위(제21조 2항), 과잉피난(제22조 3항), 과잉자구행위(제23조 2항), 미수범(제25조 2항), 불능미수(제27조 단서), 자수 또는 자복(제52조 1항)이 있다.⁶⁾ 이 중에서 중지미수와 불능미수의 경우에는 법관이 형을 면제까지 할 수 있다. 법률상 감경의 정도에 대해서는 형법 제55조가 법정형의 범위와 종류에 따라 나누어 규정하고 있다. 특히 법률상 감경사유가 수개 있는 때에는 거듭 감경할 수 있다(동조 2항).

우리나라 형법총칙은 이러한 법률상의 감경뿐만 아니라 재판상의 감경(작량감경)도 규정하고 있다. 즉 법률상의 특별한 감경사유가 없는 경우에도 법원은 정상에 특히 참작할 만한 사유가 있는 때에 그 형을 감경할 수 있다(제53조). 이때 참작할 만한 사유는 형법 제51조의 양형사유가 기준이 된다.⁷⁾ 그리고 작량감경도 법률상의 감경에 관한 형법 제55조의 범위에서만 허용된다.⁸⁾ 다만 작량감경의 경우에는 작량감경사유가 수개 있는 경우에도 거듭 감경할 수는 없다. 그러나 법률상의 감경을 한 후에 다시 작량감경을 할 수는 있다.

각칙에는 기본적 구성요건에 대하여 감경적 구성요건이 있고, 이에겐 고유의 죄명과 개별법정형으로 정하여져 있다. 예컨대 법정형이 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역인 보통살인죄에 대한 감경적 구성요건은 영아살

6) 우리 형법에서는 총칙상의 임의적 형감면사유로서의 자수 이외에 형법각칙이 일정한 요건을 제시하면서 필요적 형감면사유로서의 자수를 별도로 규정한 경우도 있다(즉 위증죄에 대한 제153조, 무고죄에 대한 제157조). 이 경우 각칙의 적용요건이 충족되지 않으면 필요적 감면은 원용될 수 없겠지만, 총칙의 임의적 감면 규정은 별도로 적용될 수 있을 것이다.

7) 김일수, 한국형법 II(총론 하), 713면.

8) 대판 1964.10.28, 64도454.

해죄, 촉탁승낙에 의한 살인죄라는 독자의 죄명과 독자의 감경된 법정형으로 형법에 규정되어 있다.

3. 양형합리화의 관점에서 본 우리나라 법정형체계의 문제점

현재 우리나라에서는 양형의 불균형에 관한 문제점이 가장 많이 지적되고 있다. 특히 담당법관의 개인차와 지역차가 심각한 문제로 제기되고 있다. 이에 관한 실증적 연구가 이를 증명하고 있다.⁹⁾ 그 원인으로는 여러 가지가 있겠지만 법적 제도적 요인도 있다. 우선 형법은 양형원칙에 관한 일반 규정도 없이 단지 제51조에 양형에 참작하여야 할 사항을 열거하고 있을 뿐이다. 형법 제51조는 형을 정함에 있어 □□범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행후의 정황□□을 참작하여야 한다고 규정하고 있으나, 이 규정은 지나치게 추상적이어서 위 양형인자들을 어떻게 참작하여 어떤 형을 결정하여야 하는지에 관한 구체적 기준을 결여하고 있다. 특히, 형법 제51조에서는 양형의 지도원칙이라 할 수 있는 책임과 예방의 관계 및 책임원칙의 기능이 구체적으로 드러나지 않고 있다. 또한 우리나라의 벌금형제도도 불합리한 양형을 낳는 원인을 제공해 주고 있다. 우리나라의 총액벌금제도는 행위 책임에 상응한 벌금액 그 자체는 유지될 수 있겠지만, 그 벌금(액수)형의 피고인에 대한 형벌감수성은 피고인의 경제적 능력에 따라 달리 나타날 것이다. 양형은 동일한 범행을 행한 피고인들 사이에 형벌감수성의 평등도 유지되어야 할 것인데, 우리나라 총액벌금제도는 이 점의 달성이 거의 불가능하게 되어 있다.¹⁰⁾ 그리고 형법각칙의 개별구성요건에는 자유형과 벌금형이 선택형으로 규정되는 경우(예컨대 사기죄의 경우는 10년 이하의 자유형과 2천만원 이하의 벌금형)도 많은데, 이 경우는 법관에게 -사기죄의 경우는 5만원 이상의 벌금에서 징역 10년까지의- 과도한 양형재량범위를 부여하는 것이다. 이와 같이 판사에게 인정된 양형재량의 범위가 너

9) 우리나라 양형문제점에 대해 실태분석과 더불어 상세히 지적한 것으로는 손동권/ 김재운, 범행비례적 양형론에 관한 연구, 한국형사정책연구원 2006년.

10) 이러한 문제점을 근거로 일수벌금제도의 도입이 요구된다는 박순용, 현행 벌금형제도의 개선, 형사법개정특별위원회, 형법개정의 제논점, 1985, 197면.

무 넓어서 양형의 공정성에 대한 신뢰성이 낮으며, 이는 사법부에 대한 신뢰성 저하로 연결되고 있다. 그리고 형사소송법 제323조 제1항, 제2항에 대한 통설 및 판례에 따르면, '정상'에 관한 사유를 판결 이유에 기재하지 않아도 되기 때문에 사실상 상급심에서 양형에 관한 부분을 심사하기가 힘들게 된다. 이와 같이 양형에 관한 이유를 기재하지 않게 되면, 결국 이는 양형에서 요구되는 합리적 타당성이라는 요건을 갖추었는지 의문이 발생하게 되는 것은 당연한 것이라 할 것이다.¹¹⁾

그리고 형법은 제35조(누범가중), 제37조, 제38조(경합범가중), 제53조(작량감경) 등 상기한 법률상 형가감체계에 관한 조항을 마련해두고 있지만 그 내용이 지나치게 단순할 뿐만 아니라 추상적이고 모호한 관계로 구체적 사건의 양형에 대한 길잡이로서의 역할을 다하지 못하고 있다. 예컨대, 경합범가중의 경우 가장 중한 죄의 장기 또는 다액에 1/2까지 가중한다고 되어 있으나 구체적으로 가중하는 방법 내지 원칙이 명백하지 아니하여 실제 양형에 있어서는 실질적이고 과학적인 가중이 이루어지지 못하고 있는 것이 현실이다. 또한 우리 형벌법규는 법정형 및 처단형의 폭을 지나치게 넓게 규정하고 있다. 예를 들어 형법 제53조에 의한 작량감경은 법정형의 절반까지도 선고할 수 있도록 함으로써 법정형을 유명무실하게 하고 있다(제55조 참조). 그 이외에 판사는 형법 제52조에 의한 자수감경, 제10조에 의한 심신미약자에 대한 감경 등을 할 수 있다. 작량감경만을 하였다고 상정하더라도 판사는 살인죄를 범한 피고인에 대하여 사형을 선고할 수도 있고, 징역 2년 6월에 집행유예를 선고할 수도 있다.¹²⁾ 그리고 폭력행위등처벌에 관한 법률, 특정범죄가중처벌법 등과 같은 다수 가중형 사실체법의 제정으로 인하여 법원의 양형체계가 완전히 흐트러지는 원인이 되고 있다. 형사특별법에 의한 형벌가중이 행위책임의 원칙에 상응되게 이루어진 것인지가 의심스러울 뿐만 아니라, 가중정도도 너무 높기 때문에(특히 형벌하한의 가중) 법관은 항상 작량감경한 형으로 선고함으로써 특별법으로 가중된 법정형을 둔 실효성을 거두지도 못하고 있다(즉 법

11) 이동근, 독일에서의 양형에 관한 이론과 실무, 495면.

12) 실제로 1992년부터 1994년까지 3년간 살인죄에 대해 선고된 형량을 살펴보면 집행유예에서부터 사형까지 광범위하게 선고되었음을 알 수 있다; 한국형사정책연구원, 양형연구자료집, 1996년, 85면.

정형과 선고형의 현격한 괴리현상).¹³⁾

Ⅲ. 독일의 법률상 형가감체계

1. 총칙상 법정감경사유

우리나라는 누범에 관한 일반적 가중규정(형법 제35조)과 형법과 형사특별법에 다양하게 규정된 개별적 상습범가중 규정이 있는데 반하여, 독일의 경우는 일반적 상습범가중규정은 1970년, 일반적 누범가중규정은 1986년에 각각 폐지되었고,¹⁴⁾ 누범과 상습범의 재범위범성에 대해서는 형법에서 또 다른 형사제재인 보안처분, 즉 보안감호제도로써 대처하고 있다(다만, 현재 예컨대 밀렵죄처럼 각칙의 일부범죄에서 상습범가중규정이 있음, 제292조 제2항 제1호).

총칙에 규정된 법정감경사유는 필요적 감경사유와 임의적 감경사유로 세분될 수 있고 이에 대해서는 제49조 1항이 적용된다. 우선 필요적 감경사유로는 중범(제27조), 진정신분범의 (협의의) 공범에 특별한 인적 요소가 결여되는 경우(제28조), 공범의 미수(제30조) 및 면책적 긴급피난에 관한 회피가능한 착오(제35조 2항)가 있다. 다음으로 임의적 감경사유로는 부작위(제13조), 회피가능한 금지착오(제17조), 현저하게 감소된 책임(제21조), 미수(제23조) 및 특별한 경우의 긴급피난(제35조 1항)이다.

형법 제49조에 따른 감경내용은 다음과 같다. 무기자유형을 감경하면 3년 이상의 자유형이다(유기자유형의 최상한은 15년이므로 결국 3년 이상 15년 이하의 자유형으로 감경된다. 제49조 1항 1호). 유기자유형의 감경은 長期에 있어서는 법정형의 장기의 3/4까지 가능하다. 감경회수가 많을 경우에는 매 회마다 3/4씩 감경된다. 따라서 예컨대 법정형의 장기가 15년을 한번 감경하면 그 장기는 11년 3개월이고, 두 번 감경하면 8년 5개월이며, 세

13) 윤승은(판사), 특가법 적용상의 문제점과 대안, 2006년 10월 한국형사법학회 추계학술대회 자료집(특가법의 문제점과 개선방안), 18면.

14) 폐지된 누범규정의 내용은 단기를 6개월미만으로 하는 것을 금하는 것이었다(구법 제48조 1항). 반면에 우리나라와 같이 장기를 가중하지는 않았다.

번 감경하면 6년 3개월이다.¹⁵⁾ 벌금형의 경우에는 벌금일수에 대해 동일하게 적용된다(제49조 1항 2호). 短期의 경우에는 대상법정형의 단기가 자유형 1개월 및 벌금형 5일분(즉 법정형의 최단기)보다 높다면 이 단기에 대한 감경도 등급별로 이루어진다. 즉 대상법정형의 단기가 10년 또는 5년인 경우에는 2년으로, 3년 또는 2년인 경우에는 6월로, 1년인 경우에는 3월로, 기타의 경우에는 법정단기(즉 1월)로 감경된다(제49조 1항 3호). 그리고 독일 형법총칙은 형법 제49조 제2항을 지적하면서 재량으로 형을 감경할 수 있다고 규정된 경우에는 법정형의 단기만을 최하한까지, 즉 자유형의 경우 1개월까지 감경하는 제도를 규정하고 있다(제49조 제2항).¹⁶⁾ 다만 제49조 제2항이 적용되는 경우에는 형면제가 선택적으로 규정되어 있기도 하다.

그러나 독일 형법총칙에는 법정감경사유 이외에 우리나라와 같은 “일반화된” 재판상 감경(작량감경)의 제도는 없다. 앞에서 설명한 독일 형법 제49조 제2항이 규정한 법관의 재량감경은 형 감경의 범위에서 법률상 감경과 다른 재량권을 인정한 것이고, 그 적용사유는 법률에서 개별적으로 규율되는 점에서(주로 독일 형법각칙에서 범죄자가 행위를 중지하는 경우, 결과발생을 방지하는 경우, 자수하는 경우 등과 같은 사유가 있는 것을 요건으로 제49조 제2항의 재량감경을 원용함) 우리 형법총칙의 작량감경과는 다른 것이다(우리나라의 작량감경은 형 감경 효력에서는 법률상 감경과 거의 같은 반면에, 오히려 감경사유에서 법관의 재량을 인정하는 것임).

2. 형법각칙에서의 형가감체계

가. 서 언

우리나라의 각칙은 기본적 구성요건이 있고 이에 대한 가중 또는 감경

15) Horn, SK, § 49 Rn. 6.

16) 예컨대 불능미수를 규정한 독일 형법 제23조 3항은 장에미수와 불능미수에 적용되는 제49조 제1항에 의한 형감경과는 대조적으로, 현저한 무지로 인한 객체 또는 수단의 착오가 있는 불능미수의 경우에는 형면제 또는 제49조 제2항에 의한 감경을 하도록 규정하고 있다. 그리고 형법각칙에도 제49조 제2항에 의한 형감경을 지적하는 구성요건들이 산재되어 있다(제83조a 제1항, 제90조 제2항, 제98조 제2항, 제113조 제4항, 제157조, 제223조 등).

은 독자적인 구성요건적 죄명을 사용하고 그 요건도 법에 규정하고 있다. 그러나 독일의 각칙상 가중 감경체계는 복잡하다. 독일에서는 일반적으로 동일한 구성요건적 죄명 아래에 원칙례 있는 특별히 중한 사례, 원칙례 없는 특별히 중한 사례 또는 덜 중한 사례의 형벌범위체계를 가지고 있다. 즉 독일에서는 독자적인 구성요건으로 나누어지는 것이 아니고 동일구성요건하에서의 사례구분에 불과한 것이 일반적인 형태이다. 예외적으로 謀殺(Mord)과 故殺(Totschlag)은 독자적인 구성요건과 죄명으로 나누어져 있다. 또한 중한 사례를 독자의 죄명은 없이 별개의 구성요건으로 하는 예외도 있다(예컨대 125조의 치안착란죄에 대한 제125a조의 가중적 구성요건). 더 나아가 독일에서는 가중 또는 감경의 근거(즉 가중 또는 감경되는 예)를 밝히지 않고 단순히 가중 또는 감경의 구성요건을 규정하는 경우가 적지 않다. 예컨대 원칙례없는 특별히 중한 사례와 덜 중한 사례는 가중 또는 감경의 사유를 법정하고 있지 않다. 이러한 특징을 가지고 있는 독일 형법상의 형벌가중 감경체계를 아래에서 더욱 상세히 소개한다.¹⁷⁾

나. 덜 중한 事例(minder schwerer Fall)

독일형법의 각칙에는 여러 구성요건이 덜 중한 사례를 규정하고 형벌범위의 하한을 정상형벌의 범위보다 낮추도록 하고 있다. 예컨대 제177조의 강간죄, 제213조(모살)에 대한 제212조의 고살, 제226조의 상해치사, 제249조 2항의 강도, 제250조 2항의 중강도, 제315조 3항의 궤도 선박 항공 교통에 대한 위협한 공격, 제315b조 3항의 도로교통에 있어서 위협한 공격 등이 덜 중한 사례를 규정하고 있다.

덜 중한 사례가 될 수 있는 요건은 법정되어 있지 않고, 단지 덜 중한 사례에 대해서는 정상사례보다 감경된 법정형의 범위를 각칙이 규정할 뿐이다. 따라서 덜 중한 사례의 심사를 위해 어떠한 관점이 고려되어야 하는가에 관해서는 매우 논란이 많다. 이에 대해서는 여러 가지 모델을 생각할 수 있다. 즉 하나의 행위를 덜 중한 사례로 평가하기 위해 범행 자체만을

17) 독일의 제도에 관한 상세한 소개로는 Schäfer, Praxis der Strafzumessung, München 1990, S. 160 ff.; Montenbruck, Zur Aufgabe der besonders schweren Fälle, NStZ 1987, S. 311 ff.

고려하거나 범행 이전과 이후의 행태까지 함께 고려하는 방법¹⁸⁾ 또한 정당한 책임상쇄의 사상 및 행위와 형벌의 효과와 소송절차가 행위자에게 미치는 효과 등과 같이 책임과는 무관한 관점까지 고려하는 방법 모두가 가능하다. 즉 범행이 덜 중한 사례인지 아니면 당벌성이 덜 중한 사례인지의 문제이다. 전자가 옳다면 범행 이전과 이후의 행태를 포함한 양형책임만이 중요하겠지만, 후자가 옳다면 행위, 형벌, 소송절차의 효과까지도 중요할 것이다. 독일의 연방재판소는 후자를 따른다. 이에 대하여 독일의 Schäfer는 독일 입법사에 비추어 볼 때 연방재판소가 취하고 있는 후자를 따라야 한다고 한다.¹⁹⁾ 그 논거를 소개하면 다음과 같다. 1975년 1월 1일 형법 시행법률(EGStGB)이 발효하기 전까지 형법은 낮은 형벌범위로 덜 중한 사례, 감경사유, 특별히 경한 사례 등의 가치집단을 규정했고 각각의 효력범위도 서로 다르게 했다. 하지만 형법 시행법률은 낮은 형벌범위에 관한 예전의 가치집단들을 없애고 덜 중한 사례만을 규정하였다. 입법자가 감경사유를 삭제하더라도 1975년 이전의 법보다 형벌이 강화되는 결과를 낳지는 않을 것이라고 생각하였기 때문이다. 즉 덜 중한 사례에서 불법과 책임을 감경하는 사유 이외의 사유도 고려되어야 한다는 입장임을 추측할 수 있다. 따라서 현재의 덜 중한 사례는 과거의 감경사유의 의미와 같이 당벌성이 경한 사례로 이해되어야 한다. 따라서 연방재판소의 판결과 같이 다음과 같은 요건이 갖추어지면 덜 중한 사례에 해당한다; 모든 주관적 요소와 행위자개인을 포함한 행위의 전체적인 형상이 통상 발생하는 평균적인 사례에서 현저히 벗어나서 예외적 형벌범위가 적용되어야 할 경우의 판단에 있어서는 형을 가중 또는 감경하는 모든 사정을 총체적으로 고려해야 한다. 이때 그러한 사정이 행위 자체에 내재하는 것이든 행위에 수반된 것이든 아니면 행위 이전이나 이후의 것이든 상관이 없다. 이러한 방법으로 얻어진 총체적인 인상에 따를 때에만 통상의 형벌범위가 특수한 사례에 합당한지 지나치게 가혹한지를 결정할 수 있다.²⁰⁾

양형책임과 정당한 책임상쇄의 척도가 되는 모든 사정들을 고려해 볼

18) 이러한 방법을 주장하는 자로는 Bruns JZ 1988, S. 466; Streng NSTz 1988, S. 485; S./S./Stree, vor §§ 38, 49; Horn, SK, § 46 Rn. 59; G. Hirsch, LK, § 46 Rn. 46.

19) Schäfer, a.a.O., Rn. 426.

20) BGHSt 4,8.

때 감경요소가 상당한 비중을 차지하거나 압도적인 경우에는 통상의 형벌 범위는 개별사례에 지나치게 가혹할 것이다. 일반적으로 행위불법과 결과 불법이 현저하게 낮을 때에는 통상의 형벌범위는 가혹한 것이 된다. 하지만 반드시 행위불법과 결과불법이 낮아야 할 필요는 없다. 둘 가운데 어느 하나가 현저하게 낮거나 수사협조, 범행결과, 형벌, 소송절차가 미치는 특수한 효과 등과 같이 행위 이후의 중대한 사정이 존재하는 것만으로 이미 경한 사례의 인정은 정당화된다. 또한 범행시에 중대한 개별적 가중사유가 존재하는 경우에도 총체적 평가가 요구된다. 따라서 양형에 중요한 모든 사정을 고려하지 않은 채, 가중사유만을 원용하여 경한 사례를 부정하거나 거꾸로 가중사유에 대한 충분한 평가를 하지 않고 덜 중한 사례를 인정하는 것은 허용되지 않는다.

다. 특별히 중한 사례(besonders schwere Fälle)

우리나라 형법각칙상의 가중구성요건은 가중근거를 항상 법정할 뿐 아니라 독자의 죄명을 부여하고 있다(특별법에 의한 가중구성요건에는 독자의 죄명이 없는 경우도 있다). 그러나 독일형법 각칙상의 가중적 구성요건은 3가지 유형으로 나누어져 있다. 가중사유의 기술없는 특별히 중한 사례(Nicht umschriebene besonders schwere Fälle), 필요적 가중사유를 예시한 특별히 중한 사례(Zwingende, aber nicht abschließende Beispiele besonders schwerer Fälle) 및 원칙례를 기술한 특별히 중한 사례(Durch Regelbeispiele umschriebene besonders schwere Fälle)가 그것이다. 즉 독일 형법각칙의 가중구성요건은 가중근거를 항상 법정하는 것이 아니고 또한 독자의 죄명을 부여하는 것도 아님을 알 수 있다. 독자의 罪名이 없기 때문에 독일에서는 가중의 구성요건 보다는 가중의 사례(Fall)라는 용어가 사용된다. 여하튼 독일의 3가지 가중유형을 아래에서 상론한다.

1) 가중사유의 기술없는 특별히 중한 사례(Nicht umschriebene besonders schwere Fälle)

독일형법은 제102조 1항(외국원수등에 대한 공격), 제106조 3항(대통령

등에 대한 강요), 제107조 1항(선거방해), 제108조 1항(선거인에대한 강요), 제109e조 1항(방위수단에 대한 태업행위), 제212조 2항(고살), 제223b조 2항(피보호자학대), 제240조 1항(강요), 제253조 1항(공갈), 제263조 3항(사기), 제266조 2항(배임), 제267조 3항(문서위조), 제268조 5항(표시물의 위조), 제316a조 1항(자동차탑승자에 대한 강도의 기도)에서 이 유형의 특별히 중한 사례를 규정하고 있다. 이 규정들에는 가중사유에 대해서는 법에 아무런 언급이 없기 때문에 경한 사례의 경우와 똑같은 문제점이 발생한다. 덜 중한 사례에서와 마찬가지로 특별히 중한 사례의 인정을 위해서는 다음과 같은 요건이 필요하다; 모든 주관적 요소와 행위자 개인을 포함한 행위의 전체적인 형상이 경험적으로 통상 발생하는 평균적인 사례에서 현저히 벗어나서 예외적 형벌범위가 적용되어야 할 경우이다.²¹⁾

여기에서도 정당한 책임상쇄의 관점에서 중요한 의미가 있는 모든 사정들에 대한 포괄적인 평가가 이루어져야 한다. 하지만 덜 중한 사례의 경우와는 달리 총체적인 평가를 할 때 행위와 관련된 주관적 객관적 사정, 즉 행위실행에 의해 직접 야기된 불법이 가중의 근거가 될 때에만 특별히 중한 사례가 인정되어야 한다. 다른 한편 행위가 평균 이상의 책임이 있을지라도 범행 이전과 이후의 행동, 처벌, 소송절차가 미치는 효과와 관련하여 중대한 감경사유가 있을 때에는 특별히 중한 사례가 부정될 수 있다. 범행이 평균적인 것이라면 범행 이전이나 이후의 좋지 않은 행태(예컨대 전과, 또다른 범행의 계속)를 이유로 특별히 중한 사례를 고려해서는 안 된다. 바로 이 점에서 특별히 중한 사례의 요건은 덜 중한 사례의 요건과 구별된다. 왜냐하면 덜 중한 사례에 있어서는 생활관계의 적극적 안정화, 장기간의 소송절차 등과 같이 행위 이후의 사정만이 형벌범위의 변경에 결정적이기 때문이다.

원칙적으로 가중사유의 존재만으로는 특별히 중한 사례를 인정할 수 없다. 예컨대 배임과 사기에 있어 특별히 비난할 만한 범행방법(예컨대 문서위조를 수단으로 기망한 사기)을 이용했거나 행위기간, 연속범에 있어서의 개별 행위의 수, 영업적인 범행방식 등 별도의 기준이 추가되는 경우가 아닌 한, 단순히 손해가 특별히 중대하다는 이유만으로 특별히 중한 사례를 인정할 수는 없다.

21) BGHSt 29, 319; 28, 318.

특별히 중한 사례에 있어서도 덜 중한 사례와 마찬가지로 총체적 평가(Gesamtanwägung)가 요구된다. 특히 총칙상 감경사유는 특별히 중한 사례의 인정과 대립될 수 있다. 예컨대 사기죄에서 엄청난 손해, 장기간의 범행, 다수의 개별행위, 영업적 범행방식에도 불구하고 초범, 손해의 원상회복, 자백, 생활관계의 적극적 안정화와 같이 행위와 관련이 없는 감경사유가 존재하는 경우에는 특별히 중한 사례의 인정을 막을 수 있다.²²⁾

2) 필요적 가중사유를 예시한 특별히 중한 사례(Zwingende, aber nicht abschließende Beispiele besonders schwerer Fälle)

독일형법은 제129조(범죄단체조직)의 4항에서 행위자가 주모자 또는 배후조종자인 경우에 필요적으로 가중하도록 하면서 기타의 가중사례를 예정하고 있다. 또한 제241a조(정치적 무고)에서 허위 주장한 경우와 결과초래의 의도를 필요적 가중사유로 법정하면서 기타의 가중사례를 예정하고 있다. 더 나아가 제292조(密獵) 2항 및 제293조(密魚) 2항에서 이 유형을 이용하고 있다. 부분적으로 법정한 가중사유가 존재한다면 반드시 형벌을 가중하여야 한다. 그러나 동 조항은 가중형벌의 대상이 되는 또다른 가중사유를 예정하고 있다. 문제는 어떤 조건하에서 동조가 규정하는 가중형벌의 대상이 되는 가중사례를 인정할 것인가이다. 총칙상의 감경사유는 특별히 중한 사례를 부정할 근거가 되지 않는 못한다. 따라서 그 밖의 특별히 중한 사례가 인정되어야 하는 경우에는 모든 양형사유를 총체적으로 평가하여야 한다는 위에서 설명한 일반원칙이 적용된다. 물론 특별히 중한 사례의 인정근거가 되는 행위관련사유가 법률에 규정된 예에 준하는 비중을 지녀야 한다.

3) 원칙례를 기술한 특별히 중한 사례(Durch Regelbeispiele umschriebene besonders schwere Fälle)

독일형법은 제94조(배반죄) 2항, 제95조(국가기밀누설) 3항, 제98조(배반죄 첩보활동) 1항 단서, 제99조(첩보기관의 첩보활동) 2항, 제100조(평화위해관

22) BGH wistra 1987, 257.

계) 2항, 제100a조(배반적 위조) 4항, 제113조(공무집행항거) 2항, 제121조(피구금자폭동) 2항, 제125a조(치안착란), 제176조(아동의성적학대) 3항, 제218조(낙태) 2항, 제235조(소년약취) 2항, 제264조(보조금사기) 2항, 제283a조(파산), 제283d조(채무자비호) 3항, 제310b조(핵폭발초래) 3항, 제311조(폭약폭발초래) 3항, 제311a조(이온화광선의 악용) 3항, 제311e조(핵시설부주의조작) 2항, 제330조(중대한 환경침해) 4항 등이 이러한 유형을 규정하고 있다. 독일의 마약법 제29조 3항과 조세법 제370조 3항도 이 유형을 법정하고 있다.

원칙례는 구성요건과 유사한 형태를 지니고 있다. 따라서 원칙례를 인정하거나 부정하기 위해서는 포섭작업이 필요하다. 만약 원칙례가 존재한다면 통상의 구성요건보다 가중된 불법내용과 책임내용에 대한 법률상의 추정이 발생한다. 그러나 이 경우 법관은 좁은 의미의 결과적 가중범이나 필연적인 예에서처럼 반드시 가중된 형벌범위로부터 시작해야 하는 것은 아니다. 이와 반대로 원칙례가 존재하지 않더라도 특별히 중한 사례가 존재할 수도 있다. 물론 원칙례에 해당함에도 불구하고 특별히 중한 사례가 아닐 수 있다. 그러나 일반적으로 원칙례에 해당하면 특별히 중한 사례가 된다. 따라서 중대한 감경사유가 없다면 곧바로 가중된 형벌범위로부터 출발해야 한다. 또한 원칙례에 해당하지 않고서도 특별히 중한 사례일 수 있다. 즉 원칙례는 결코 특별히 중한 사례의 모든 목록을 제시하고 있는 것이 아니다. 따라서 원칙례가 아니더라도 특별히 중한 사례일 수 있는 경우는 앞에서 자세히 서술한 행위의 전체적 형상 이 척도가 되며, 물론 원칙례는 척도를 형성 하는 의미를 갖는다.

IV. 비교결과와 입법론적 시사점

1. 누범과 상습범에 대한 형벌가중의 문제²³⁾

독일은 누범과 상습범의 가중규정을 폐지하고 일반적인 죄수론과 양형

23) 이에 대해 자세히 논한 것으로는 손동권, 상습범 및 누범에 대한 형벌가중의 문제점, 한독의 비교를 통한 검토, 형사판례연구 제4권, 1996, 109면 이하.

이론으로서 누범과 상습범에 대해 형벌을 부여하는 체계를 취하고 있는 것에 반하여 우리나라는 그에 대한 형가중 규정을 유지하고 있다. 반면에 독일은 보안감호의 보안처분을 형벌과 병과시키는 제도를 취하고 있지만 우리나라는 최근에 보호감호제도를 폐지하였다. 그러면 어느 법제가 이론적으로, 따라서 입법적으로 바람직한 것인가? 현재 우리나라의 이론과 실무는 상습범을 행위의 특성이 아니라 행위자의 인격적 특성으로 이해하고 있다(따라서 이 습벽의 발현이 있는 한 새로운 1회의 범행으로도 상습범이 인정됨).²⁴⁾ 즉, 상습범의 양형에는 행위자책임 내지 예방이 주도적 역할을 하는 것이다(이 점은 법관의 통제되지 않은 양형재량의 원인이 될 수 있음). 생각건대, 누범과 상습범에서도 행위책임으로 해소할 수 있는 가중요소가 충족되는 경우가 있을 수 있다. 누범에서는 재판의 경고기능을 의식적으로 무시하는 경우, 상습범에서는 전자의 누범과 같은 이유 이외에 아직 재판받지 않은 수개 동종범죄에 대해 포괄일죄로 가중처벌하는 경우(현재 우리나라의 통설과 판례의 태도이기도 함)는 행위책임의 가중이 인정될 수 있을 것이다. 그러나 우리나라 실무가 동종범죄의 집행전과가 있는 -또 다시 단지 1회 범죄를 범한- 상습범에 대해 “법 규정을 통해 일반적으로” 형벌을 가중하는 것은 책임과 운명을 혼동한 행위자 형법에 불과하다(교도소에서 교화되지 못한 것은 개인책임이 아니라 국가책임의 몫이 큼. 이 경우 개인행위책임의 관점에서는 오히려 형벌감경이 있어야 할 것임). 따라서 상습범에 대한 형벌가중을 위해서는 적어도 행위책임의 관점에 상응하는 객관적 요건을 제시하여야 한다.²⁵⁾ 반면에 상습범의 재범위범성(행위자인격의 부분)에 근거한 제재처분은 형벌과는 별개의 보안처분으로 대처하는 독일형벌의 태도가 타당할 것이다. 즉, 우리나라도 행위책임주의에 상응하지 못한 상습범가중규정을 유지 확대하면서 보호감호제도를 폐지할 것이 아니라, 보호감호제도를 유지하면서 -독일과 같이 완전히 형벌가중규정을 폐지하여 이를 양형이론과 경합범 가중에 맡기거나- 적어도 상습범 형벌가중의 요건을 객관화하고 그 가중정도를 낮추거나 합리화하는 입법개정을 하였어

24) 대판 1972.6.27, 72도594; 대판 2000.2.11, 99도4797; 대판 2000.5.11, 2004도6176; 양승두, 상습범에 관한 소고, 저스티스 1975년 12월, 93면.

25) 이러한 취지에서 동종범죄의 3회 이상의 반복을 요건화 하자는 한상훈, 형법 및 형사특별법상 재산범죄 가중처벌규정의 문제점과 개선방안, -상습범, 누범 및 가중적 구성요건을 중심으로-, 2006년 10월 한국형사법학회 추계학술대회 자료집, 33면.

야 했다.²⁶⁾ 따라서 보호감호제도를 폐지하면서 오히려 상습범에 대한 형벌가중규정을 확대한 것은 잘못된 입법방향인 것으로 사료된다. 그리고 누범에 대한 장기의 2배에 해당하는 필요적 가중규정을 그대로 존치하는 것은 타당하지 않다. 누범은 재판의 경고효과가 발휘되지 않고 범죄빈도가 빠른 위험성이 있는 者일 뿐이지 자기의 범죄행위에 대해서는 이미 상응한 처벌을 받은 자이다. 따라서 그의 또 다른 범죄행위에 대해 그 장기를 필요적으로 2배까지 가하는 것은 타당하지 않다. 그가 재판의 경고를 무시하는 것은 양형상 가중사유로 고려하면 된다. 오히려 누범에게는 이전의 독일형법과 같이 그 단기를 6개월 미만으로 하지 못하게 하는 규정을 두는 것이 바람직할 것이다(독일구법 제48조 1항).

2. 형법내 형벌가감의 형식과 내용

총칙상의 형벌범위 체계에 있어서는 독일의 제도는 우리나라와 유사하고 도입할 가치가 있는 상위점이 여러 가지 있는 것으로 판단된다. 먼저 부진정부작위범에 대한 임의적 감경조항의 신설(제15조)과 진정신분범에 비신분자가 가담한 경우 신분 없는 자에 대한 임의적 감경규정의 신설이 우리나라에서도 독일형법과 같이 이루어져야 할 것이다. 왜냐하면 일반적으로 부작위는 작위보다 행위불법의 정도가 낮고, 진정신분범에서 신분은 정범적격의 요소인데 그 신분이 없는 경우에는 불법정도가 역시 일반적으로 낮은 것으로 평가되어야 하기 때문이다. 그리고 정당한 이유 없는(회피가능한) 금지착오의 경우에 대하여 독일형법에는 임의적 감경규정이 있는데 이것도 우리나라의 입법에서 참조되어야 할 것이다. 회피불가능한 금지착오에 대하여 책임을 완전히 조각한다면 객관적으로 회피는 가능했지만 주관적으로 법률에 대한 착오가 있는 것이 틀림없는 자에 대해 임의적인 法定 감경사유로 대우하는 것이 바람직하기 때문이다.

반면에 각칙상의 형벌범위에 관한 구성체계는 우리나라와 독일 사이에 큰 차이점이 있다. 우리나라의 각칙은 기본적 구성요건이 있고 이에 대한 가중 또는 감경은 독자적인 구성요건적 죄명을 사용하면서 그 요건도 법에 규정하고 있는데 반하여, 독일에서는 동일구성요건하에서의 가중 또는

26) 동일한 견해로는 윤동호/ 하태영, 앞의 글, 11면.

감경되는 사례구분에 불과한 것이 일반적인 형태이고 또한 가중 감경의 근거가 법정되지 않는 것도 많다. 이러한 독일의 제도에서는 법관이 구체적인 다양한 사례에 신중적으로 대처할 수 있는 길이 열려져 있는 장점이 있으나, 가중사례에까지도 그 사유를 법정하지 않아 피고인에게 불리한 것은 반드시 법률에 의하여 정하여져야 한다는 죄형법정주의의 취지에는 미흡한 점이 있다. 그런데 우리나라에서는 후자의 죄형법정주의의 사상이 강조되어야 한다. 따라서 우리나라는 가중 또는 감경의 -특히 가중의- 근거를 법정하지 않는 독일과 같은 형벌범위체계를 입법적으로 도입할 필요성은 없을 것이다.

3. 기타 법률상 형가감

독일 형법총칙에는 없는 우리나라의 재판상 감경(작량감경)의 제도는 법원 법관간의 양형의 통일화 합리화라는 측면에서 볼 때 바람직하지 못한 것으로 사료된다.²⁷⁾ 왜냐하면 작량감경의 고려사항에 대하여 법률상 감경사유의 예에 준하여 감경하여야 한다면 양자에는 감경범위에 있어 차이를 인정할 수 없고(다만 감경사유가 수개인 경우에 거듭 감경할 수 있는지의 여부에만 차이가 있다), 그렇게 되면 법정감경사유의 의미가 퇴색되기 때문이다. 또한 하나의 감경적 고려사항이 언제 단순한 양형상 감경사유에 불과하고, 언제 법정감경사유와 동일한 효과를 나타내는 작량감경사유가 되는지도 불명확하다. 이러한 모호한 상태에서 양형의 통일화 합리화를 기대하는 것은 무리이다. 따라서 법정감경사유에 해당하지 않는 참작사유는 최초의 법정형이나 법정감경사유에 의하여 감경된 형벌의 범위내에서 감경적 양형사유로 고려하는 것이 타당하다.

다음으로 폭력행위등처벌에 관한 법률, 특정범죄가중처벌법 등과 같은 다수 가중형사실체법의 존치는 법원의 양형체계를 완전히 흐트러지게 하는 원인을 제공하고 있다. 형사특별법에 의한 형벌가중이 행위책임의 원

27) 따라서 입법론으로서는 폐지론이 다수를 이루고 있다. 그러나 비대한 형법과 지나치게 과중한 법정형(특히 법정형의 하한)을 규정하고 있는 우리나라 현행 형법체계 하에서는 작량감경규정은 불가피하게 인정할 수밖에 없다는 견해로는 이천현/ 김혜정, 양형 관련규정의 정비방안, 형사정책연구원 2006년, 83면 이하.

칙에 상응되게 이루어진 것인지가 의심스러울 뿐만 아니라, 가중정도도 너무 높기 때문에(특히 형벌하한의 가중) 법관은 항상 작량감경한 형으로 선고함으로써 특별법으로 가중된 법정형을 둔 실효성을 거두지도 못하고 있다(즉 법정형과 선고형의 현격한 괴리현상). 현재 우리나라에서 크게 문제되고 있는 통제되지 않은 법관의 양형재량을 극복하기 위해서는, 이러한 가중형사실체법의 정비가 반드시 이루어져야 한다.

V. 맺는 말

최근 우리나라에서도 양형합리화를 위한 많은 입법적 노력이 이루어지고 있다. 특히 최근 대법원에 독립적인 양형위원회를 설립함과 동시에 구체적이고 객관적인 양형기준제도를 도입하는 내용의 개정 법률안(법원조직법의 개정사항)이 국회를 통과하여 확정되기도 하였다. 그러나 양형합리화를 위해서는 양형의 기초요소가 되는 법정형의 구성체계에 대한 정비가 무엇보다도 요구된다 할 것이다. 즉 현재 우리나라에서 크게 문제되고 있는 통제되지 않은 법관의 양형재량을 극복하기 위해서는, 법정형과 그 법정형의 가감체계에 대한 정비가 이미 도입이 확정된 양형기준제도와 양형위원회제도와 같은 절차적 제도적 개선책과 더불어 반드시 이루어져야 할 것이다. 이를 위한 입법론적 시사점은 우리나라가 속해 있는 대륙법체계의 국가인 상기한 독일의 법제에서 어느 정도 발견될 수 있을 것이다. 같은 법체계의 국가 사이에는 상호간 좋은 제도를 어려움 없이 수용할 수 있는 장점이 있기 때문이다.

Gesetzliches Strafschaerfungs- und Strafmilderungssystem als
Grundlage fuer die Rationalisierung der Strafzumessung

Dong-Kwun Son*

In Korea hat sich Skepsis gegenueber der Rationalisierung der Strafzumessung innerhalb der Richterschaft und der Rechtspraktiker zunehmend eingestellt. Fuer die Rationalisierung der Strafzumessung ist vor allem das gesetzliche Strafrahmensystem gerecht zu bilden, da der erste Strafzumessungsvorgang die Konkretisierung des gesetzlichen Strafrahmen ist. Aber bereits der erste Strafzumessungsvorgang kann angesichts des komplizierten Systems von Strafrahmenverschiebungen zu erheblichen Schwierigkeiten und Fehlern fuehren. Der Allgemeine und der Besondere Teil des Strafgesetzbuchs sowie zahlreiche strafrechtliche Nebengesetze in Korea schreiben vor, dass unter bestimmten Voraussetzungen schaefer bestraft werden kann oder schaefer bestraft werden muss. Bei den besonders schweren Faellen arbeitete der Gesetzgeber vergleichsweise in der Bundesrepublik Deutschland mit drei verschiedenen Typen. Das deutsche Strafgesetz kennt nicht naeher umschriebene "besonders schwere Faelle", besonders schwere Faelle mit zwingenden aber nicht abschliessenden Beispielen und besonders schwere Faelle mit Regelbeispielen. Der Allgemeine und der Besondere Teil des Strafgesetzbuchs sowie zahlreiche strafrechtliche Nebengesetze in Korea schreiben auch vor, dass unter bestimmten Voraussetzungen milder bestraft werden kann oder milder bestraft werden muss. Im Besonderen Teil kennt weiter das deutsche Strafgesetz fuer Faelle geringerer Strafwaerdigkeit zwei Grueppen von Strafrahmenverschiebungen: die besonders schweren Faelle mit und ohne Regelbeispiele und die nicht naeher umschriebenen minder schweren Faelle. Der zentrale Zweck dieser

* Professor, Department of Law, Konkuk University, Ph.D. in Law

Arbeit liegt durch den Vergleich zwischen Korea und Bundesrepublik Deutschland gerade darin, die gerechte Bildung des gesetzlichen Strafschärfungs- und Strafmilderungssystem für die Rationalisierung der Strafzumessung zu bringen.

주제어 : 법정형, 형가감체계, 양형합리화, 상습범가중, 누범가중, 작량감경

Keywords : Rationalisierung der Strafzumessung, gesetzliches Strafrahmensystem, gesetzliche Strafschärfungsgründe, gesetzliche Strafmilderungsgründe