

양형위원회와 양형이론

최 석 윤*

국문요약

이 논문은 양형위원회가 올바른 양형기준을 마련하는 데 필요한 근본적 관점을 제안하고자 하는 의도에서 먼저 양형이론에 대한 논의의 전제를 밝히고, 양형이론을 검토한 것이다. 이 논문의 내용은 다음과 같다.

제1장은 연구의 목적과 방향에 관한 내용이다.

제2장은 양형이론에 대한 논의의 전제에 관한 것이다. 첫 번째 전제는 양형에서 책임과 예방의 관계 및 책임원칙의 기능에 관한 내용이다. 즉 협의의 양형에서 예방의 관점은 경험적으로나 규범적으로 정당화될 수 없고, 협의의 양형에서 양형요소는 양형책임의 구성요소와 형별감수성과 관련된 요소를 의미한다. 두 번째 전제는 개별적 양형과정에서 책임의 인식에 관한 것이다. 즉 양형에서 책임은 미리 존재하거나 인식되는 것이 아니라 사회적 귀속절차를 통하여 결정되는 것이다.

제3장은 양형이론에 대해 검토한 것이다. 여기서는 유일형이론, 범주이론, 위가이론 내지 단계이론, 특별예방형 위가이론, 행위비례성이론 등에 대해 검토하였는데, 위가이론과 행위비례성이론이 올바른 양형기준을 마련하기 위한 근본적 관점이 될 수 있다고 하였다. 이에 따르면 협의의 양형은 주로 행위의 반가치성과 결부된 책임에 의해 이루어지고, 광의의 양형은 예방의 관점에 따라 이루어진다.

제4장은 검토결과를 종합하여 결론을 맺은 것이다.

* 한국해양대학교 해양경찰학과 교수, 법학박사

I. 시작하는 말

필자는 1991년부터 한국형사정책연구원에서 본격적인 연구활동을 시작하여 10여년동안 학문적 업적을 쌓을 수 있었고, 그러한 경력과 실적을 바탕으로 대학에서 교수로서 활동할 수 있게 되었다. 이러한 연유로 정해창 한국형사정책연구원 초대원장님의 고회를 기념하기 위한 형사정책연구 특별호의 발간에 즈음하여 진심으로 축하와 감사를 드리며, 뜻 깊은 논문집에 형사정책과 관련된 ‘양형위원회와 양형이론’이라는 논문을 기고할 수 있게 된 것을 무한한 영광으로 생각한다. 양형위원회와 양형이론은 얼핏 보기에 별로 궁합이 맞지 않는 주제로 보일 수도 있을 것이다. 왜냐하면 전자는 제도이고 후자는 이론이기 때문이다. 그러나 양형위원회의 주된 임무는 양형기준을 설정하고 변경하는 것이고, 양형기준을 정하기 위한 근본적 관점에 관한 이론이 양형이론이다. 이러한 측면에서 양형위원회와 양형이론은 불가분의 관계에 있는 주제라고 할 수 있을 것이다.

주지하다시피 2007년 1월 26일에 신설된 법원조직법 제8편(제81조의2 내지 제81조의12)에 근거하여 동년 5월 2일 양형위원회가 공식적으로 출범하였다. 양형위원회는 2009년 4월 26일까지 양형기준을 마련하여야 하는데, 우선적으로 부패범죄, 성폭력범죄, 소년범죄, 환경범죄, 선거범죄, 교통범죄 등에 대한 기준을 설정할 계획이라고 한다. 비록 양형위원회가 만드는 양형기준이 법적 구속력을 가지는 것은 아니지만, 법관은 양형기준을 존중하여야 하고 이 기준을 벗어난 판결을 하는 경우에는 국민이 납득할 수 있도록 판결문에 그 이유를 기재하여야 한다. 따라서 양형위원회의 출범으로 국민의 상식을 반영하는 양형이 이루어지고 불합리한 양형편차가 줄어들 것이며, 양형에 대한 예측가능성이 높아짐으로써 궁극적으로 사법에 대한 국민의 신뢰가 높아질 것으로 기대하고 있다.

종래에도 양형이론에 대한 논의가 없었던 것은 아니지만, 우리나라의 형사법학에서 양형이론에 대한 논의는 양형실무와 무관한 탁상공론으로 치부되어 특별한 관심을 받지 못하였다. 그러나 양형기준을 마련하기 위한 양형위원회가 출범하였기 때문에 양형이론은 더 이상 탁상공론이 아니라 양형실무와 직접적으로 관련된 지극히 현실적인 논의의 대상이 되었

다. 따라서 이하에서는 먼저 그와 같은 논의의 전제를 밝히고(Ⅱ) 기존의 양형이론을 상세히 검토(Ⅲ)함으로써 양형기준을 마련하는 데 필요한 올바른 관점을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 논의의 전제

종래의 논의에 따르면 양형기준은 책임과 예방이라는 두 가지 관점에 의해 체계화될 수 있으며, 양형이론은 바로 이러한 책임과 예방의 관계를 어떻게 규정할 것인가에 달려 있다. 왜냐하면 책임에 적합한 형벌은 흔히 예방의 관점에서 요구되는 형벌과 일치하지 않거나 서로 모순되는 것으로 볼 수도 있기 때문이다.

실제로 양형이론은 주로 독일형법 제46조의 해석과 관련하여 논의되어 왔는데, 이에 대한 입장은 대체로 다음과 같이 정리할 수 있다.¹⁾ 즉 ① 책임은 언제나 하나의 고정된 크기로 존재하고 정당한 형벌은 이와 같은 책임에 의해서만 결정되어야 한다는 유일형이론(Theorie der Punktstrafe), ② 책임에 상응하는 형벌은 법정형 내에서 일정한 범위의 형태로 인식되고 그러한 책임의 범위 내에서 예방목적의 고려가 허용된다는 책임범위이론(Schuldrahmentheorie) 내지 범주이론(Spielraumtheorie), ③ 혐의의 양형인 형량결정은 오로지 책임에 의해 정해지는 반면, 형종선택 및 형의 유예 등에 관한 광의의 양형은 오로지 예방목적에 의해 결정해야 한다는 위가이론(Stellenwerttheorie) 내지 단계이론(Stufentheorie), ④ 책임은 형벌의 상한을 규정하지만 구체적인 형량은 예방목적, 특히 특별예방에 따라 정하여야 한다는 특별예방형위가이론, ⑤ 행위자의 책임으로 귀속될 수 있는 사정만이 양형의 기초가 되어야 하고 일반인의 관점에서 평가되는 사태의 반가치성 및 행위자의 상황과 형벌감수성을 구체적으로 고려하여야

1) 자세한 내용은 예컨대 김영환/최석윤, 양형의 형벌이론적 기초 및 개별적 양형단계에 관한 고찰, 한국형사정책연구원, 1996, 100면 이하; 손동권/김재윤, 범행비례적 양형론에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2006, 60면 이하; 양화식, “양형 및 행형에서 형벌 목적”, 형사정책, 제11호, 1999, 160면 이하; 임상규, “책임범위이론의 재구성”, 비교형사법연구, 제2권 제2호, 2000, 71면 이하; 정철호, “양형이론에 대한 고찰”, 형사정책연구, 제15권 제2호, 2003, 289면 이하 참조.

한다는 행위비례성이론(Tatproportionalitätstheorie) 등이 있다.

그러나 Frisch가 적절하게 지적한 바와 같이 양형에서 책임과 예방의 이율배반문제는 경험과학적 토대에서 논의되어야 한다. 즉 책임과 특히 예방에 관해서 별로 밝혀진 바가 없기 때문에²⁾ 사실상 양형에서 책임과 예방에 관한 논의는 현실적으로 제기되지도 않은 문제에 대해 말하려는 허구적 성격을 지닌다는 것이다.³⁾ 우선 현재의 경험과학적 지식으로는 일정한 형벌이 어떤 위하효과를 가지는가를 정확히 밝힐 수 없기 때문에 특정한 형벌을 통해 일정한 위하효과를 달성할 수 있다고 주장하는 것은 그야말로 탁상공론에 불과하다.⁴⁾ 설령 형벌의 위하효과가 경험적으로 입증될 수 있다고 하더라도 양형에서 일반예방 목적을 별도로 고려하는 것은 헌법에 의해 보호되는 인간의 존엄과 가치에 반하기 때문에 규범적으로 허용되지 않는다.⁵⁾ 즉 일반인을 위하하기 위하여 행위자를 가중처벌하는 것은 행위자를 인격체로서 대우하는 것이 아니라 단순히 국가목적 내지 공동선을 촉진하기 위한 수단으로 전락시키는 것을 의미한다. 따라서 책임형벌과 일반예방의 이율배반문제는 법관이 일반예방의 경험적 문제점과 규범적 문제점을 무시하고 순전히 자신의 추측에 근거한 위하효과를 위해 책임한계를 이탈하는 형량을 정하는 경우에만 발생한다.⁶⁾ 예컨대 독일연방법원은 음주운전이나 탈세범처럼 모방위험 내지 확산위험이 있는 경우에 한하여 위하효과를 근거로 형벌가중을 인정하고 있지만, 이러한 판례도 경험적으로나 규범적으로 정당화될 수 없는 단순한 추측에 근거한 것이라는 비판을 받고 있다.⁷⁾

특별예방과 책임에 적합한 형벌 사이의 이율배반문제도 과대평가되어서는 곤란하다. 왜냐하면 최소한 1년에서 최대한 5년이라는 소위 ‘중간영

2) 이에 대해서는 특히 Bruns, Das Recht des Strafzumessung, 1985, 10면; Schöch, “Grundlage und Wirkungen der Strafe”, FS - Schaffstein, 1975, 255면 이하 참조.

3) Frisch, “Gegenwärtiger Zustand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik”, ZStW 1987, 364면 이하.

4) 오늘날의 형사정책적 연구결과에 따르면 국가형벌권의 정당성은 형벌이 책임에 적합한 제재로서 부과될 뿐만 아니라 동시에 법익보호를 위한 필수불가결한 수단으로서 그 실효성이 기대될 때에만 확보될 수 있다. 자세한 내용은 예컨대 Jäger, Kriminalpolitik und Kriminelle Politik, Neue Kriminalpolitik, August 1991, 25면.

5) Hart-Hönig, Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung, 1992, 49면 이하 참조.

6) Frisch, ZStW 1987, 365면.

7) Maeck, Opfer und Strafzumessung, 1983, 116면 이하 참조.

역'8)을 제외하고는 특별예방에 대한 경험적 근거가 없으며, 책임과 특별예방 사이의 이율배반은 특별예방이 책임형벌의 기초 위에서는 결코 실현될 수 없을 때에만 나타나기 때문이다. 즉 책임에 적합한 형벌이 너무 짧기 때문에 특별예방이 달성될 수 없는 경우와 책임에 적합한 형벌이 행위자의 탈사회화를 초래하게 되는 경우에만 이율배반이 문제된다.⁹⁾ 그러나 오늘날의 법치국가적 헌법원칙에 따라 특별예방을 재해석할 경우 그것은 인간의 존엄과 자유를 존중하는 자발적 재사회화프로그램의 제공¹⁰⁾ 및 탈사회화의 방지라는 의미로 규정되기 때문에 실제로 특별예방과 책임에 적합한 형벌 사이의 이율배반문제도 발생할 여지가 거의 없다고 볼 수 있다. 이러한 관점에서 본다면 책임에 적합한 형벌이 행위자의 탈사회화를 초래할 경우에만 책임과 예방의 이율배반이 문제될 수 있을 것이다.¹¹⁾ 바로 이러한 광의의 양형영역에서 특별예방에 의한 책임형벌의 하한이탈이 문제되며,¹²⁾ 이에 대한 해결방안으로서 제도화된 것이 선고유예, 집행유예, 가석방 등과 같은 각종 유예제도이다.

요컨대 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 개별사례에 적용할 수 있기 위한 절차, 기준 그

8) 재사회화에 필요한 형량으로서 예컨대 Schaffstein은 최소한 1년 내지 1년 6개월에서 최대한 4년 내지 5년까지, Peters는 6개월에서 4년, Graßberger는 1년에서 1년 6개월, Göppinger는 최소한 1년, Schüler-Springorum은 1년에서 2년, Herstedtvester는 약 2년 6개월, Utrecht는 3년에서 5년을 각각 제시하고 있다. 자세한 내용은 Schöch, FS - Schaffstein, 262면 이하 참조.

9) Frisch, ZStW 1987, 366면.

10) 따라서 직접적 강제에 의한 재사회화프로그램뿐만 아니라 간접적 강제에 의한 것도 허용되지 않는다고 한다. 왜냐하면 간접적 강제는 자발성원칙을 웃음거리로 만들 뿐만 아니라 행형목적에도 방해가 된다는 것이다. 자세한 내용은 Hart-Hönig, 앞의 책, 59면 이하 참조.

11) 자세한 내용은 예컨대 최석윤, 양형의 형벌이론적 기초와 합리화방안, 고려대 박사학위논문, 1996, 152면 이하 참조.

12) 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.

리고 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.¹³⁾ 따라서 양형에서 예방의 관점은 경험적으로나 규범적으로 정당화될 수 없기 때문에 양형책임의 구성요소만 양형요소로 고려될 수 있다. 이것은 협의의 양형에서 일반예방과 특별예방이 형벌을 가중하거나 감경하는 요소가 될 수 없다는 것을 의미한다.¹⁴⁾ 그리고 독일의 지배적 해석론은 책임과 예방 이외에도 ‘정당한 책임상쇄’라는 개념을 별도로 인정하고 있다.¹⁵⁾ 이 개념은 행위자의 ‘형벌감수성’을 중심으로 발전된 것으로서 그 목적은 행위자의 책임에 의한 형벌을 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. 이로써 양형이론에 대한 논의의 첫 번째 전제가 밝혀진 셈이다. 즉 협의의 양형에서 예방의 관점은 경험적으로나 규범적으로 정당화될 수 없고, 책임원칙에 의해 양형책임이 양형의 기초와 한계를 제공한다.¹⁶⁾ 따라서 협의의 양형에서 양형요소는 양형책임의 구성요소

13) 자세한 내용은 예컨대 손동권/김재운, 앞의 책, 70면 이하; 최석윤, “통설적 양형모델에 관한 비판적 고찰”, 현대형사법의 쟁점과 과제, 동암이형국교수화합기념논문집, 1998, 779면 이하; Hart-Hönig, 앞의 책, 47면 이하; Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, 77면 이하 참조.

14) 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 범익보호와 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”, 안암법학, 제5호, 1997, 54면 이하 참조.

15) 자세한 내용은 예컨대 손동권/김재운, 앞의 책, 245면 이하 참조.

16) 양형에서 책임과 예방의 관계 및 책임원칙의 기능에 관해서는 예컨대 최석윤, 양형의

와 형벌감수성과 관련된 요소를 의미한다.¹⁷⁾

한편 개별적인 양형에서 책임의 확정에 관한 문제가 해결되어야 한다. 사실상 이 문제는 양형의 법적 성질과 직접적으로 연관되는 것인데,¹⁸⁾ 양형에서 책임이 하나의 점으로 존재한다는 견해와 책임은 일정한 범위의 형태로 인식될 뿐이라고 하는 견해가 대립하고 있다. 소위 유일형이론과 범주이론 간의 논쟁이 바로 이와 관련된 것인데, 양형에서 책임의 존재 혹은 인식의 형태는 개별적인 양형에서 매우 중요한 문제가 된다. 왜냐하면 아무리 책임이 양형에서 근간을 이룬다고 하더라도 그러한 책임을 구체적으로 인식할 수 없다면 법관의 양형과정은 시작될 수 없기 때문이다.¹⁹⁾ 그런데 자세히 살펴보면 유일형이론이나 범주이론은 비록 그 내용은 다르지만 똑같은 이론적 가정에서 출발한다. 즉 이들은 모두 양형에서 책임이 유일형의 형태이든 수개의 가능성의 형태이든 간에 미리 주어져 있는 어떤 고정된 형태라는 것이다. 달리 말해 책임은 어떤 형태로든 미리 주어져 있다는 존재론적 가정이 이 이론들의 출발점이다.²⁰⁾ 그러나 이와 같은 존재론적 입장이 설득력이 없다는 것은 이미 법이론적으로도 밝혀진 바이다.²¹⁾ 유일형이론이나 범주이론과 같이 책임을 이러한 존재론적

형벌이론적 기초와 합리화방안, 103면 이하 참조.

- 17) 물론 이러한 양형책임과 관련하여 범죄론상의 형벌근거책임과 양형책임의 관계, 양형책임의 내용, 양형책임의 기능 등에 관해 의견의 대립이 있다. 그러나 지면관계상 여기서 그러한 내용을 상세히 다룰 수 없을 뿐만 아니라 그러한 내용은 양형이론에 대한 논의와 직접적 관련성이 있는 것은 아니기 때문에 검토대상에서 제외하였다. 이에 대한 자세한 내용은 예컨대 최석윤, “경험적 연구결과에 기초한 양형요소 분석”, 형사정책연구, 제17권 제4호(통권 제68호), 2006, 890면 이하 참조.
- 18) 양형의 법적 성질에 관해서는 예컨대 김영환, “양형의 법적 성격과 양형의 합리화”, 형사정책연구, 제17권 제1호(통권 제25호), 1996, 174면 이하; 최석윤, 양형의 형벌이론적 기초와 합리화방안, 69면 이하 참조.
- 19) 이 문제에 관해서는 법적 논증이론의 측면에서 연구가 이루어지고 있다. 자세한 내용은 Grasnck, Über Schuld, Strafe und Sprache, 1987, 29면 이하, 250면 이하; Neumann, “Zur Bedeutung von Modellen in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts”, FS - Spindel, 1992, 435면 이하 참조.
- 20) 특히 Neumann, FS - Spindel, 436면 이하; Horn, “Wider die “doppelspurie” Strafhoenbemessung”, FS - Schaffstein, 1975, 247면; Schöch, FS - Schaffstein, 266면 이하 참조.
- 21) 이에 관해서는 특히 Neumann, Rechtsontologie und juristische Argumentation, 1979 참조. 특히 형법상의 책임에 대해서는 Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1993, Vorwort 참조.

인 개념으로 이해하게 되면 책임의 형이상학과 책임의 인식론은 서로 결합되어 많은 문제점을 야기한다. 즉 유일형이론과 같이 책임에 상응하는 형벌은 완전히 인식할 수 없지만 그럼에도 불구하고 존재한다고 주장하거나 범주이론과 같이 책임은 그 객관적인 존재와는 상관없이 범위의 형태로 인식될 수 있다고 주장하게 된다.

이와 같은 딜레마에서 벗어나기 위해서는 Neumann이 적절히 지적한 바와 같이 책임개념을 애당초 법개념으로 파악하고 이러한 개념에 대한 적용규칙을 확인하려고 노력하는 것이 바람직할 것이다.²²⁾ 왜냐하면 책임은 객관주의적 의미에서 확인되는 것이 아니라 사회적 귀속절차를 통하여 결정되기 때문이다.²³⁾ 다시 말해 양형에서 책임은 이미 존재하고 있는 것을 단순히 인식하는 것이 아니라 이 개념에 대한 논증규칙을 통해 실천적으로 정당화될 뿐이다.²⁴⁾ 그리고 이와 같은 방식으로 책임을 이해하는 것이 타당하다는 점은 종래 책임개념의 내용이 무수히 변화하여 왔다는 사실에서도 잘 나타난다. 여기서 미리 존재하는 책임에 대한 인식방법이 변해온 것이 아니라 단지 책임개념에 대한 논증규칙이 시대에 따라 변한 것뿐이다.²⁵⁾

이처럼 양형에서 책임을 존재론적인 개념이 아니라 법개념으로 파악한다면 이제 양형에서 책임의 형태는 단순히 이론적인 인식의 문제가 아니라 그 논증규칙의 정당성에 관한 실천적인 문제가 된다. 따라서 양형에서 책임에 대한 인식의 형태가 아니라 오히려 책임이라는 법개념에 대한 논증규칙만이 관건이 될 뿐이다. 이로써 양형이론에 관한 논의의 두 번째 전제가 밝혀진 셈이다. 즉 양형에서 책임은 유일형의 형태로든 범위의 형태로든 존재하거나 인식되는 것이 아니라 사회적 귀속절차를 통하여 결정되는 것이기 때문에²⁶⁾ 존재하는 것은 단지 양형에서 책임개념에 대한 특

22) Neumann, FS - Spindel, 441면 이하. Neumann은 여기서 언어의 규칙과 언어의 내용에 대한 Wittgenstein의 언어철학을 원용하여 양형에서 책임개념을 구체화한다. 그리고 논증이론에 입각해서 이 문제를 상세히 분석한 것으로는 Grasnick, "Strafzumessung als Argumentation", JA 1990, 81면 이하 참조.

23) Hart-Hönig, 앞의 책, 128면.

24) Neumann, FS - Spindel, 439면 이하.

25) 김영환/최석운, 앞의 책, 107면.

26) 이와 유사하게 양형은 범죄행위자의 행위에 엄격히 상응하는 형벌의 종류와 양을 정확히 인식하는 작업이 아니라 행위자와 그의 행위 그리고 그 행위로써 초래된 사회적 갈등상황을 토대로 일정한 형량의 부과에 기준이 되는 사안을 구성하는 작업이라는 견해

정한 논증규칙뿐이라는 것이다.²⁷⁾

지금까지 양형이론에 대한 논의의 전제로서 두 가지 내용을 제시하였다. 첫째, 혐의의 양형에서 예방의 관점은 경험적으로나 규범적으로 정당화될 수 없고, 혐의의 양형에서 양형요소는 양형책임의 구성요소와 형벌감수성과 관련된 요소를 의미한다. 둘째, 양형에서 책임은 미리 존재하거나 인식되는 것이 아니라 사회적 귀속절차를 통하여 결정되는 것이다. 이하에서는 이와 같은 두 가지 전제를 토대로 양형이론에 대해 검토하고자 한다.

Ⅲ. 양형이론

1. 유일형이론

앞에서 살펴본 바와 같이 유일형이론에 따르면 정당한 형벌은 단지 하나의 크기로 존재하는 행위자의 책임에 의해서 결정된다고 한다. 따라서 책임 이외의 다른 예방적인 요소는 애당초 고려되지 않는다. 이처럼 유일형이론이 책임에 의해서만 형벌을 결정하는 이유는 이 이론이 책임상쇄라는 전통적인 응보사상과 밀접하게 결부되어 있기 때문이다. 그러나 이와 같은 입장은 형법이 법익보호와 질서유지라는 예방적 임무도 같이 수행해야 한다는 점을 고려할 때 정당화되기 어렵다는 비판에 직면하게 된다.

물론 유일형이론으로부터 출발해서 예방적인 고려를 허용하는 이론이 없

가 있다. 예컨대 배종대, 형법총론, 2005, 823면 이하 참조.

27) 이러한 견해는 위가이론이 주장하는 결론과 매우 유사하다. 즉 이 이론에 따르면 책임은 유일점의 형태이든 아니면 수 개의 가능성형태이든 결코 미리 주어져 있는 어떤 고정형태의 크기는 아니라고 한다. 다시 말해 양형에서 중요한 것은 어떤 인식행위가 아니라 하나의 평가행위(Wertungsakt)이므로 유일형이론에서 주장하는 유일하게 정당한 형벌이란 단순한 가설에 불과하며, 따라서 실무상 도저히 관철될 수 없다는 것이다. 또한 책임범위라는 미리 주어져 있는 실제적 형벌크기(Strafgröße)도 존재하지 않기 때문에 책임범위이론도 타당하지 않게 된다. 따라서 정당한 형벌은 유일점의 형태로든 범위의 형태로든 이미 존재하는 것이 아니라 책임이라는 법개념에 대한 논증규칙을 통해 양형과정에서 구체화될 뿐이라고 한다. 자세한 내용은 Henkel, Die "richtige" Strafe, Recht und Staat, Heft 381/382, 1969, 29면 이하; Horn, FS - Schaffstein, 247면; Schöch, FS - Schaffstein, 266면 참조.

는 것은 아니다. 이른바 Dreher와 Tröndle, Jescheck 등이 주장한 ‘책임핵심 이론’ 내지 ‘사회적 형성행위로서의 양형이론’이 바로 그것이다. 이러한 이론에 따르면 형벌이 그 핵심에 있어서 정당한 책임상쇄인 한 예방적인 목적을 고려하여 책임의 한계를 이탈할 수 있다고 한다.²⁸⁾ 그러나 이에 대해서도 다음과 같은 비판이 제기된다. 우선 이 이론은 양형에 대한 척도, 특히 책임응보가 다른 형벌목적과 어떤 관계에 있는가를 밝히지 못하며,²⁹⁾ 더 나아가 결과적으로 범주이론과 다를 바가 없다는 것이다.³⁰⁾ 결론적으로 유일형이론은 책임만이 형벌을 근거지운다는 점을 정당화하기 힘들며, 따라서 양형에서 책임과 예방의 관계를 적절하고도 체계적으로 설명하지 못한다.

2. 범주이론 내지 책임범위이론

이 이론에 따르면 책임이 범위의 형태로 인식되므로 이 범위 내에서 예방적인 목적을 고려할 수 있게 된다. 다시 말해 이 이론은 우선 책임의 우위를 인정한 후 부차적으로 책임의 범위에서 일반예방과 특별예방을 고려하는 것을 허용한다. 따라서 책임뿐만 아니라 예방목적도 형량을 결정하는 데서 중요한 요소가 된다.

범주이론을 지지하는 Schaffstein에 따르면 이 이론은 다음과 같은 장점을 지닌다고 한다.³¹⁾ 첫째, 양형의 합리성과 투명성에 기여한다는 것이다. 다시 말해 형벌의 책임적합성을 확인하고 난 다음 책임범위 내에서 특별예방과 일반예방의 관점을 고려하고 교량하는 방식으로 양형의 과정을 체계화한다는 것이다. 독일의 상고심법원은 바로 이러한 이유에서 범주이론을 전개해 왔다고 한다. 둘째, 범주이론은 유일형이론과는 달리 책임과 예방의 이율배반문제를 완전히 해결할 수는 없지만, 양자의 관계에 대한 기준은 마련하게 된다는 것이다. 셋째, 범주이론은 책임개념을 행위자의 위험성 또는 재사회화필요성으로부터 완전히 해방시키는 것은 아니

28) Dreher/Tröndle, StGB, 44. Aufl., 1988, 271면 이하; Jescheck, Strafrecht, AT, 4. Aufl., 1988, 786면.

29) Schaffstein, “Spielraumtheorie, Schuldbegriff und Strafzumessung nach den Strafrechtsreformgesetzen”, FS - Gallas, 1973, 100면 이하.

30) Roxin, “Prävention und Strafzumessung”, FS - Bruns, 1978, 184면 이하.

31) Schaffstein, FS - Gallas, 107면 이하.

지만, 상당부분 해소시켜 준다고 한다. 사실상 범주이론은 책임에 관해 급진적이거나 중도적인 입장에서도 접근하기 쉬운 견해이다.³²⁾ 왜냐하면 이 이론은 일반예방과 특별예방을 고려할 수 있는 이론상의 터전을 제공할 뿐만 아니라 책임형벌과 예방 사이의 이율배반이 법적용자의 재량적 판결을 통해 해소될 수 있기 때문이다. 이러한 이유로 범주이론은 오늘날 양형론에서 강렬한 실용성의 매력을 지니고 있다.³³⁾

그러나 범주이론은 다음과 같은 문제점을 지니고 있다. 첫째, 이미 앞에서 언급한 바와 같이 범주이론은 책임형벌이 어떻게 구체화되는가라는 양형에서 가장 결정적인 문제를 뒷전으로 미룬다. 즉 책임형벌을 구체화하기에 앞서 예방적인 목적을 고려하기 시작한다는 것이다.³⁴⁾ 이러한 사실은 독일연방법원의 소위 ‘간소화된’ 범주이론의 관행에서 잘 나타나는데, 왜냐하면 여기서는 이미 예방목적이 고려된 최종형이 행위자의 책임과 상응하는지 여부만이 검토되기 때문이다. 게다가 양형에서 탈사회화의 방지라는 특별예방적 관점을 예외로 하고 일반예방이나 특별예방의 다른 측면들은 독자적이고 직접적인 양형목적이 될 수 없기 때문에 책임형벌의 구체화는 불가피한 문제이다. 둘째, 이처럼 범주이론에서는 책임과 예방의 관계가 분명하지 않을 뿐만 아니라 예방의 관점이 협의의 양형과 광의의 양형에서 이중적으로 고려된다. 셋째, 책임과 예방이 서로 결부되기 때문에 예방의 개념도 규범화된다는 것이다. 즉 이 이론을 취하게 되면 예방에 필요한 형벌의 정도를 경험적으로 확정할 수 없다는 것이다.³⁵⁾ 요컨대 범주이론은 책임과 예방을 모두 고려하기 때문에 실용성은 지니지만, 양자의 상호관계를 이론적으로 적절하게 파악하지는 못한다.

32) Schünemann에 따르면 바로 이러한 이유에서 Jakobs와 Roxin도 그들의 상이한 이론적인 출발점에도 불구하고 범주이론을 지지한다고 한다. 그러나 범주이론의 약점은 그 이론의 실천적 매력과 독일연방법원의 권위 때문에 어느 정도 무시되고 있다고 한다 (ders., “Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 2. Tl.: Schuld und Kriminalpolitik”, GA 1986, 309면 참조).

33) Bruns에 의하면 범주이론의 개선행렬은 어느 이론에 의해서도 지지되지 않는다고 한다. 이에 관해서는 ders., “Alte Grundfragen und neue Entwicklungstendenzen im modernen Strafzumessungsrecht”, FS - Welzel, 1974, 745면 이하 참조.

34) Frisch, ZStW 1987, 363면 이하.

35) Horn, FS - Schaffstein, 242면 이하; ders., “Zum Stellenwert der ‘Stellenwerttheorie’”, FS - Bruns, 1978, 165면 이하; Schöch, FS - Schaffstein, 262면 이하.

3. 위가이론 내지 단계이론

범주이론과 달리 위가이론은 양형에서 책임과 예방의 이율배반문제를 양형의 단계를 분리하고 각 단계에 맞게 책임과 예방을 배치시킴으로써 해결하려고 한다. 즉 이 이론에 따르면 혐의의 양형은 오직 책임의 정도에 의해서 이루어지고, 광의의 양형은 전적으로 예방적 관점에 따라 결정된다. 이 이론은 Henkel에 의해 제안되었고 Horn과 Schöch의 연구에 의해 보다 더 구체화되었다.³⁶⁾

위가이론이 양형에서 책임과 예방을 분리하려는 것은 무엇보다도 책임형벌과 예방형벌의 불분명한 혼합을 피하기 위한 것이다. 그렇지 않고 만약 양자가 서로 결부된다면 책임에 적합한 형벌도 확정할 수 없지만, 특히 특별예방을 위해 필요한 형벌의 정도와 기간을 정확히 산정할 수 없게 된다는 것이다.³⁷⁾ 따라서 범주이론과 같이 책임과 예방을 혼합할 것이 아니라 먼저 책임에 의해 형량을 결정한 후 예방의 관점에서 형의 종류와 형의 유예 여부를 결정하자는 것이다. 그렇게 함으로써 양형에서 분명히 밝혀질 수 없는 부분과 분명히 밝혀질 수 있는 부분을 정확하게 규명하자는 것이다.³⁸⁾

사실상 위가이론에 의하면 형벌목적의 이율배반문제가 깜짝 놀랄만큼 간단히 해결될 수 있다. 더 나아가 이 이론은 논리적 일관성과 간결성이라는 장점을 지닌다. 그러나 위가이론의 이러한 장점에도 불구하고 독일 형법 제46조 1항 2문과 조화될 수 없다는 비판을 받는다.³⁹⁾ 더 나아가 Roxin은 혐의의 양형이 오직 책임에 의해서만 이루어져야 한다는 생각에 대해서 다음과 같이 비판을 한다. 즉 혐의의 양형에서도 예방적인 고려를 해야만 예컨대 형의 집행유예가 불가능한 장기의 책임형벌을 방지할 수

36) Henkel, 앞의 책, 29면 이하; Horn, FS - Schaffstein, 242면 이하; ders., FS - Bruns, 165면 이하; Schöch, FS - Schaffstein, 262면 이하.

37) Horn, FS - Bruns, 171면 이하; Schöch, FS - Schaffstein, 262면 이하.

38) Schöch는 범죄학적 연구를 예측연구와 제재연구에만 국한시킬 것이 아니라 양형실무의 척도를 객관화하고 책임에 적합한 형벌을 구체화하기 위해 책임형벌도 경험적 분석의 대상으로 삼을 수 있다고 한다(ders., FS - Schaffstein, 255면 이하).

39) Bruns, FS - Welzel, 745면; Roxin, FS - Bruns, 186면 이하. 독일형법 제46조 1항 2문은 양형에서 특별예방을 고려할 것을 명문으로 규정하고 있다. 그러나 Lackner에 의하면 위가이론이 독일 형법 제46조 1항 2문과 합치될 수는 없지만, 그렇다고 해서 이 이론이 타당하지 않다고 입증할 수도 없다고 한다(ders., “§ 13 StGB - eine Fehlleistung des Gesetzgebers?”, FS - Gallas, 124면).

있다는 것이다. 요컨대 위가이론은 협의의 양형에서 예방적인 측면을 너무 경시한 나머지 행위자의 탈사회화를 초래하는 장기간의 책임형벌을 제한할 가능성을 배제하게 된다는 것이다.⁴⁰⁾

그러나 위가이론에 대한 비판은 대부분 논의의 전제가 다른 것에서 비롯된 것이라고 볼 수 있다. 우선 독일형법 제46조와 조화될 수 없다는 비판은 독일형법 제46조에 대한 해석론에 국한할 경우에만 타당하다. 따라서 위가이론이 해석론을 넘어 올바른 양형모델을 정립하기 위한 입법론으로서 논의될 경우에는 그와 같은 비판은 통하기 어렵다. 더 나아가 앞에서 살펴본 바와 같이 경험과학적 토대에서 본다면 책임과 예방의 이율배반이 문제되는 경우는 거의 없고, 유일하게 광의의 양형에서 책임에 적합한 형벌이 행위자의 탈사회화를 초래할 경우에만 책임과 예방의 이율배반이 문제될 수 있다. 그러나 이 경우에도 이미 형의 선고유예 내지 집행유예제도가 정비되어 있기 때문에 현실적으로 책임과 예방의 이율배반이 문제될 여지는 거의 없다고 보아야 한다.

4. 특별예방형 위가이론

위가이론이 지니는 두 가지 문제점, 즉 협의의 양형에서 특별예방관점을 고려하지 않음으로써 독일형법 제46조 1항 2문에 위반될 뿐만 아니라 책임에 따른 형량이 너무 높을 경우 애당초 형의 유예가능성을 배제한다는 단점을 해결하기 위해 Roxin이 제시한 견해가 소위 ‘특별예방형 위가이론’이다.⁴¹⁾ 이미 그 명칭이 암시하듯이 이 이론은 범주이론으로부터 출발하지만, 그 대부분의 골격은 위가이론에 의해 마련된 것이다. 다시 말해 먼저 범주이론과 같이 책임은 범위의 형태로 존재한다는 것을 전제한 후 위가이론과 같이 이러한 책임의 범위 내에서 특별예방 목적을 고려하는 것이다.

그러나 이 이론은 범주이론이나 위가이론과 다음과 같이 구별된다. 첫째, 범주이론과 차이점은 다음과 같다. 우선 범주이론에서 책임의 범위는 형벌을 제한할 뿐만 아니라 근거지우는 기능도 담당한다. 그러므로 책임의 상한선뿐만 아니라 하한선도 예방적인 고려에 대한 한계가 된다. 그러

40) Roxin, FS - Bruns, 190면.

41) 이러한 명칭은 Roxin 스스로가 제안한 것이다(ders., FS - Bruns, 204면 이하 참조).

나 Roxin은 책임범위가 형벌을 제한하는 것만으로 이해한다. 따라서 책임에 의해서는 단지 가능한 형벌의 상한선만 정해지며,⁴²⁾ 책임의 하한선은 예방목적에 의해 이탈할 수 있다고 한다. 더 나아가 범주이론에 따르면 책임범위 내에서 고려될 수 있는 형벌목적은 특별예방과 일반예방이다. 이와 달리 Roxin은 책임범위 내에서 특별예방의 우위를 인정한다.⁴³⁾ 즉 Roxin에 따르면 이미 책임의 상한선에 의해 일반예방목적은 충분히 충족될 수 있으므로 책임의 범위 내에서 이를 다시 고려할 필요가 없다는 것이다. 따라서 책임의 상한선 내에서 형량은 오로지 특별예방에 의해서만 결정된다고 한다. 다만 일반예방적 필요성은 특별예방적 고려에 의해 책임의 하한선을 이탈하는 경우 그 한계선이 된다는 것이다.⁴⁴⁾

둘째, 위가이론과 차이점은 다음과 같다. 위가이론은 책임과 특별예방을 서로 분리시켜 이를 각각 다른 단계에 위치시킨다. 그 결과 책임은 협의의 양형과 관련을 맺고, 특별예방은 광의의 양형과 관계를 맺는다. 이와 달리 Roxin의 이론은 책임과 예방을 서로 연결지워 형량을 결정하는 협의의 양형에서도 이미 특별예방 목적을 고려할 뿐만 아니라 형의 종류나 형의 유예 여부를 결정하는 광의의 양형에서도 다시금 특별예방을 중복적으로 고려한다. 이처럼 위가이론과 대조적으로 협의의 양형에서 특별예방의 관점을 고려하는 이유를 Roxin은 다음과 같이 설명한다. 즉 협의의 양형에서 책임만을 기준으로 한 형량이 너무 높은 경우에는 광의의 양형에서 형을 유예할 가능성이 미리 배제될 수 있다는 것이다. 그러므로 이러한 경우에 대비해서 협의의 양형에서도 책임 이외에 특별예방도 형벌을 완화하는 요소로서 고려할 필요가 있다고 한다.⁴⁵⁾ 이처럼 Roxin은 책임과

42) Roxin이 이와 같이 책임의 형벌제한적인 성격만을 인정하는 이유는 책임원칙과 응보이론을 서로 분리시키려는 의도 때문이다. 또한 Roxin은 양형의 기본원칙에 관한 독일 형법 제46조 1항에 따르면 응보이론을 주장할 법적 근거가 없다고 한다(ders., "Zur Entwicklung der Kriminalpolitik seit dem AE", JA 1980, 548면).

43) 특히 Roxin, JA 1980, 221면, 225면 참조.

44) 여기서 일반예방과 책임의 관계가 문제될 수 있다. 즉 책임범위를 이탈하는 것을 막는 일반예방적 한계점이 바로 책임범위의 하한선이라고 말해야 되는 것이 아닌가라는 의문이 제기될 수 있다.

45) 이러한 관점에서 Roxin은 위가이론이 4분의 3은 옳지만 4분의 1은 틀렸다고 한다. 즉 광의의 양형에서는 전적으로 예방의 관점에 따라야 하고 책임관점은 아무런 기능을 하지 않는다고 말한 점에서 2분의 1이 옳으며, 형량을 결정하는 협의의 양형에서 독자적

특별예방을 서로 결부시키기 때문에 특별예방은 책임과 명확히 구별되는 경험적인 개념으로 파악될 수 없게 된다.

이상의 내용을 종합하면 Roxin의 이론은 다음과 같이 간략히 요약될 수 있다. 우선 협의의 양형에서는 책임에 의해 형벌의 상한선이 결정되고 일반예방목적에 의해 형벌의 하한선이 결정되며, 이러한 한계 내에서 오로지 특별예방목적에 의해 형량이 결정된다는 것이다. 또한 광의의 양형에서 다시금 특별예방목적이 고려된다.⁴⁶⁾

Roxin의 이론이 가지는 장점은 매우 현실적인 토대에서 출발한다는 것이다. 즉 아무리 유일형이론을 고집한다고 하더라도 예방목적은 고려되며, 그 결과 예방목적에 의해 허용되는 책임한계의 이탈은 결국에는 범주이론의 책임범위와 같다는 것이다.⁴⁷⁾ 따라서 이와 같은 사실에 기초해서 양형에서 책임과 예방 및 유일형이론, 범주이론 그리고 위가이론이 서로 조화될 수 있는 장을 제공하자는 것이다. 더 나아가 이 이론의 특색은 양형에서 응보적인 요소와 일반예방을 배제하고 특별예방적인 요소를 강조함으로써 국가형벌권의 보충성원칙에 충실하다는 것이다.

그러나 이 이론의 이러한 장점은 동시에 다음과 같은 문제점으로 나타난다. 우선 양형에서 책임과 예방의 상호관계가 불분명하다는 것이다. 이 점은 Roxin이 협의의 양형에서 책임과 함께 특별예방을 같이 고려했기 때문이지만, 아무튼 그가 말하는 특별예방은 위가이론의 경우와 달리 구체적이고 경험적인 개념이 아니다. 그 결과 Roxin의 이론에 의하면 특별예방에 적합한 형량을 경험적으로 확정할 수 없게 된다.⁴⁸⁾ 더 나아가 Roxin과 같이 책임원칙에 대해 형벌의 제한적인 기능만을 부여하게 되면 형벌의 정당성에 대해 문제의 소지가 있다는 것이다. 왜냐하면 Roxin의 이론에서 책임은 형벌의 상한선만 결정하므로 예컨대 특별예방적 고려에 의해 책임의 하한선을 이탈하는 경우에는 내용적으로 더 이상 책임형벌과 부합하지 않기 때문이라는 것이다.⁴⁹⁾

인 양형요소로서의 일반예방을 배제한 점에서 4분의 1이 옳다고 한다. 그러나 협의의 양형에서 특별예방의 관점을 배제하고 오로지 책임관점에 따라야 한다고 말한 점에서 4분의 1이 틀렸다고 한다. 이에 관해서는 Roxin, FS - Bruns, 197면 이하, 204면 참조.

46) 자세한 내용은 Roxin, FS - Bruns, 192면 이하 참조.

47) Roxin, FS - Bruns, 183면 이하.

48) 이에 대해서는 특히 Horn, FS - Bruns, 171면; Schöch, FS - Schaffstein, 263면 이하.

5. 행위비례성이론

행위비례성이론(Tatpropotionalitätstheorie)은 핀란드, 스웨덴, 미국, 캐나다 등에서 유행하고 있는 소위 '신고진주의(Neoklassizismus)'라는 새로운 형사정책적 경향에서 나온 것으로 독일에서는 Schünemann 등에 의해 주장되고 있다.⁴⁹⁾ 이 이론은 소위 '정당한 응보와 일반예방모델'에 기초하고 있기 때문에 이에 따르면 행위자의 책임으로 귀속될 수 있는 사정만이 양형의 기초가 되어야 하고 일반인의 관점에서 평가되는 사태의 반가치성, 즉 법익침해의 종류와 정도 및 유형에 의해 구체화된 범행의 위협성이 양형의 척도가 된다는 것이다. 그리고 행위의 반가치성에 상응하는 형벌해약은 추상적인 것이 아니라 행위자의 상황과 형벌감수성을 구체적으로 고려하는 가운데 판단될 수 있다는 것이다. 또한 이 이론에서는 양형 요소들이 현저히 축소되고 특히 행위자의 인격성에 관련된 요소들이 배제되기 때문에 양형에 대한 재심사가 용이하게 된다는 것이다.⁵¹⁾

요컨대 이 이론은 양형에서 책임과 예방의 관계에 관한 이론이라기보다 위가이론을 전제로 하여 형량을 결정할 때 개별적 양형요소를 주로 객관적인 행위측면에 국한시키고 행위자의 주관적 측면은 가능한 한 배제시킴으로써 양형의 균등성을 확보하자는 주장이라고 볼 수 있다.

49) Bruns는 책임형벌의 초과뿐만 아니라 책임형벌에 미달하는 것도 허용되지 않는 것으로 간주한다. 왜냐하면 책임은 단지 형벌을 제한하기만 하는 것이 아니라 형벌을 구성하는 것이기 때문이라는 것이다. 더 나아가 책임을 단순히 형벌을 제한하는 기준으로 강등시킬 것이 아니라 형벌의 존재근거로 파악할 경우에만, 일반인과 행위자에 대해서 유효한 사회심리적 성과가 달성될 수 있다고 한다(ders., Das Recht der Strafzumessung, 92면). 그리고 범주이론 내지 책임범위이론을 지지하고 있는 독일연방법원의 판례에 따를 경우에도 예방목적에 의해서 책임범위의 상한선을 초과할 수 없을 뿐만 아니라(BGHSt 20, 264) 책임범위의 하한선도 이탈할 수 없다고 한다(BGHSt 24, 132).

50) 이에 관해 자세한 내용은 Albrecht, Strafzumessung Bei schwerer Kriminalität, 1994; von Hirsch, "Gegenwärtige Tendenzen in der amerikanischen Strafzumessungslehre", ZStW 1982, 1047면 이하; von Hirsch/Jareborg, Strafmaß und Strafgerechtigkeit, 1991; Hörnle, 앞의 책; Schünemann, "Plädoyer für eine neue Theorie der Strafzumessung", Neuere Tendenzen der Kriminalpolitik, 1987, 209면, 특히 225면 이하; Uphoff, Die deutsche Strafzumessung unter dem Blickwinkel amerikanischer Strafzumessungsrichtlinien, 1998 참조.

51) 행위비례성이론을 지지하면서 상세하게 소개한 글로는 예컨대 손동권/김재윤, 앞의 책, 79면 이하; 정철호, 앞의 논문, 302면 이하 참조.

IV. 맺는말

지금까지 양형위원회가 올바른 양형기준을 마련하는 데 필요한 근본적 관점을 제안하고자 하는 의도에서 유일형이론, 범주이론, 위가이론 내지 단계이론, 특별예방형 위가이론, 행위비례성이론 등에 대해 검토하였다. 앞에서 살펴본 내용을 간략히 요약하자면 다음과 같다.

우선 유일형이론이나 범주이론은 양형에서 책임과 예방의 상호관계에 대한 적절한 설명이 될 수 없다. 유일형이론은 전통적 책임사상에 입각하여 양형을 책임에 의해서만 확정하려고 한다. 그러나 책임에 적합한 형벌도 가능한 한 행위자의 탈사회화를 초래해서는 곤란하기 때문에 예방목적이 완전히 배제되는 것은 곤란하다. 그에 반해 범주이론은 양형에서 책임과 예방을 모두 고려한다는 장점을 지니지만, 양자 간의 개념적인 구별이 명확하지 못하다는 단점을 가지고 있다. 요컨대 유일형이론은 책임과 예방을 지나치게 구별하는 반면, 범주이론은 양자를 이론적 기초없이 서로 결부시킨다는 점에서 문제점을 안고 있다.

따라서 책임과 예방의 관계에 대한 올바른 관계설정은 위가이론과 특별예방형 위가이론에 의존할 수밖에 없다. 그렇다면 두 가지 이론 가운데 어느 것이 더 설득력이 있는지가 문제된다. 이미 언급한 바와 같이 위가이론과 특별예방형 위가이론의 차이점은 협의의 양형에서 나타난다. 즉 위가이론은 협의의 양형이 책임에 의해서만 결정된다고 주장하는 반면, 특별예방형 위가이론은 이 과정에서 책임뿐만 아니라 특별예방도 함께 고려한다. 따라서 위가이론은 독일형법 제46조 1항 2문에 위반될 뿐만 아니라 지나치게 높은 책임형벌의 경우에는 형을 유예할 수 없다는 단점을 지니게 되는 반면, 특별예방형 위가이론은 책임과 예방의 관계가 모호하게 된다는 약점을 안게 된다.

생각건대 위가이론이 Roxin의 특별예방형 위가이론보다 더 설득력이 있는 것 같다. 첫째, 우리 형법은 독일형법 제46조 1항 2문과 같은 법조문을 두고 있지 않기 때문에 협의의 양형단계에서 특별예방을 반드시 고려해야 되는 것은 아니다. 그리고 선고유예나 집행유예 및 가석방의 제도적 취지와 요건을 살펴보면 탈사회화의 방지라는 특별예방적 관점을 광의의

양형에서만 고려하자는 위가이론이 더 설득력이 있다는 사실을 알 수 있다. 즉 유예제도의 취지는 바로 처벌의 낙인효과 내지 탈사회화를 방지하기 위한 것이지만, 그 요건으로서 일정한 책임형벌의 한계를 - 예컨대 제 62조의 집행유예에 대해서 3년이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우로 - 정해 두고 있다. 따라서 이러한 한계가 적절히 마련되어 있다면 그 한계에 맞추기 위해 협의의 양형에서 이미 처벌의 탈사회화효과를 고려하여 형량을 감경한다는 것은 유예제도의 전체적인 취지에도 맞지 않는다.

둘째, 해석론의 관점에서 볼 때 협의의 양형에서 특별예방을 고려하게 되면 득보다 실이 크다. 즉 협의의 양형에서 특별예방을 고려하게 되면 형량은 낮아질 수 있겠지만, 책임과 특별예방의 관계가 불분명하게 되고 법관의 양형은 재량행위로 될 위험성이 크다. 위가이론이 협의의 양형에서 책임과 특별예방을 구별하고자 하는 궁극적인 이유는 양자를 구별할 경우에만 책임형벌에 대해서도 경험적 분석이 가능할 뿐만 아니라 특별예방, 특히 형사제재 및 그 효과에 관한 연구결과를 양형에 도입할 수 있기 때문이다. 요컨대 특별예방형 위가이론과 같이 현실적 필요에 따라 책임과 예방을 서로 결부시키는 것보다는 위가이론과 같이 양자의 관계를 분명히 규정하고 각각의 기능과 역할을 세분화하는 것이 훨씬 더 바람직하다.

끝으로 위가이론과 행위비례성이론의 관계를 올바르게 정립할 필요가 있는 것으로 보인다. 앞에서 검토한 바와 같이 위가이론과 행위비례성이론은 서로 모순되거나 갈등관계에 있는 것이 아니다. 오히려 행위비례성이론은 위가이론을 전제로 책임과 예방을 엄격히 분리하여 협의의 양형단계에서 예방관점을 배제하고 행위에 비례하는 양형책임을 확정하여야 한다는 것이다. 따라서 행위비례성이론은 위가이론을 모체로 하여 발전된 형태의 이론이라고 볼 수 있다. 이와 같은 내용을 종합하여 결론을 맺자면 다음과 같다.

첫째, 위가이론에 따라 협의의 양형에서는 불법과 책임에 상응하는 형량을 결정하고, 광의의 양형에서는 특별예방의 필요성에 상응하도록 형종 선택과 형의 선고유예 내지 집행유예여부를 결정하여야 한다.

둘째, 행위비례성이론에 따라 협의의 양형에서 형량을 결정할 때에는 개별적 양형요소를 주로 객관적인 행위측면에 국한시키고 행위자의 주관적 측면은 가능한 한 배제시킴으로써 양형의 균등성을 확보하여야 한다.

Strafzumessungskommission und Strafzumessungstheorie

Choi, Suk-Yoon*

Der zentrale Zweck dieser Arbeit liegt darin, der Strafzumessungskommission die richtige Ansicht für das Etablieren des Strafzumessungsmaßstab zu geben. Die Überlegungen gliedern sich demnach wie folgt:

Der erste Teil ist dem Zweck und der Richtung dieser Untersuchung gewidmet.

Im zweiten Teil handelt es sich um die Voraussetzungen der Diskussion von der Strafzumessungstheorie. Die erste Voraussetzung bezieht sich auf die Wechselbeziehung von Schuld und Prävention in der Strafzumessung und noch die Funktion des Schuldprinzips. Die zweite Voraussetzung bezieht sich auf die Erkenntnis der Schuld im einzelnen Strafzumessungsvorgang. Hier werden herkömmlich die Theorie der Punktstrafe und die Spielraumtheorie behauptet. Aber es scheint, daß diese Theorien von der Voraussetzung ausgehen, daß die strafrechtliche Schuld wie eine feste Form vorgegeben ist. Aber die strafrechtliche Schuld ist nicht als ontologischer Begriff zu verstehen. Sie ist eher als Rechtsanwendungsbegriff zu verstehen. Darum geht es nicht um die Erkenntnis der Vorhandenseinsform der Schuld, sondern um die Auffindung der Argumentationsregeln.

Die dritte Teil handelt es sich um die Untersuchung von der Strafzumessungstheorie. Darüber gibt es den Disput zwischen der Theorie der Punktstrafe, Spielraumtheorie, Stellenwerttheorie, und Tatproportionalitätstheorie. Die vorliegende Arbeit folgt der Stellenwerttheorie und Tatproportionalitätstheorie. Also sollte die Strafzumessung zuerst nach der Schuld entschieden werden (Strafzumessung i.e.S.),

* Professor an der Korea Maritime Universität

diese bezieht sich auf die Unwertigkeit der Tat. Und weiter soll die Strafzumessung im Hinblick auf die Prävention erfolgen (Strafzumessung i.w.S.).

Der vierte Teil dieser Arbeit ist der Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse gewidmet.

주제어 : 양형, 양형위원회, 양형이론, 책임, 예방

Keywords : Strafzumessung, Strafzumessungskommission, Strafzumessungstheorie, Schuld, Prävention