형사정책연구 Korean Criminological Review
제20권 제1호(통권 제77호, 2009 · 봄호)

# 협동적 양형판단을 준비하는 일본의 양형논의 및 양형정책

이 정 민*

**국 ▌문 ▌요 ▌약**

일본은 2009년 재판원 재판이 시작됨으로 전문법관과 일반인이 협동적 양형판단을 하게 되었다. 이에 대비하여 양형에 대한 검색시스템을 2009년까지 완성할 예정이라고 한다. 이는 모의재판 당시 재판원들이 가장 난감해 하던 점으로, 양형기준을 꼽았으며 이에 대한 대책으로, 과거의 형사재판에서의 양형자료를 컴퓨터에서 재판원들도 간단히 검색할 수 있도록 한 것이다.

그러나 재판원재판의 본질론에 있어서 이러한 양형검색, 즉 과거의 양형에 대한 참조조차도 법관의 사고를 일반인에게 강제하는 요소로 작용할 수 있다는 우려의 목소리도 있다. 그러나 과거 양형에 대한 검색시스템이 완성된다고 해도 법관의 설명이나 자료의 제시 등은 여전히 필요하다고 본다. 지금까지 관행이 되어왔던 양형통념(量刑相場)은 전문가의 입장에서 구축된 것이므로 법관은 일반시민인 재판원이 이해할 수 있도록 양형통념(量刑相場)을 설명해야 한다.

그러나 이를 너무 자세하게 오랫동안 설명하게 되면 그 영향력이 강해져서 재판원 스스로 의견을 말하기 힘들어 질 수도 있으므로, 시간배분과 설명의 강도 조정에 신중을 기해야 할 것이다. 이러한 재판원과의 협동적 양형이 진행 된 후에도 양형이유에 대한 사항이 고지되고 명시되어야 법앞에서의 진정한 평등과 객관성을 보장할 수 있을 것이다. 양형이유 명시는 재판 당사자를 설득시킬 수 있으며, 상소시 양형심사에 도움을 줄 수도 있으며, 동종사건의 양형판단에 참고할 수도 있다. 이러한 양형이유 명시는 양형판단에 관여한 자의 자기체크 수단인 동시에 피고인의 공판정에서의 태도 등, 여타 편견에 대한 배제가 이루어 질 수 있도록 도와준다.

우리나라의 경우, 국민이 참여하고 있는 국민참여재판이 실시되고 있어도 국민의 양형판단은 권고적 효력만을 가진다. 시간적 제약으로 인해 양형논의의 협동성이 의심스러울 뿐만 아니라, 심지어는 배심원들이 양형의견을 제시했음에도 권고적 효력이라는 문구로 인해, 잠시 후 그 죄명에 대해 무죄가 선고되는 경우도 있다. 국민참여재판의 의의를 다시 한번 생각해 보게 하는 상황이 아닐 수 없다. 한편 양형위원회가 양형기준안을 제시하는 등 양형에 대한 객관화 노력이 이루어지고 있으나 정작 중요한 것은 양형이유 명시라고 생각한다. 양형이유명시는 양형판단 관여자에게 편견 등에 대한 자기체크인 동시에 당사자를 설득할 수 있는 가장 효과적인 수단이다. 관행적인 양형이유 명시가 아닌, 구체적이고 상세한 양형이유명시가 요구된다.

❖ 주제어 : 양형사정, 양형기준, 양형통념, 양형이유 명시, 재판원재판

* 단국대학교 법정대학 법학과 전임강사, 법학박사

# Ⅰ. 서 론

2009년 5월부터 실시예정인 일본의 재판원제도는 일반시민인 재판원과 전문법관이 양형에 관한 판단을 함께 하는 협동적 양형판단을 예상한다. 국민 일반의 법감정을 양형에 반영한다는 취지의 협동적 양형판단은 긍정적인 면이 있는 동시에 어려운 점도 많다. 200여 차례 실시된 모의재판(심신상실을 이유로 무죄를 주장하는 살인사건)중 검찰측의 10년 구형보다 4년이 많은 14년을 선고한 케이스(쿄토지방재판소)가 나왔다. 또한 같은 살인사건을 소재로 하여 5개의 지방재판소에서 모의재판을 한 결과, 무죄에서 징역 14년까지 다양한 결과가 도출되었다. 이러한 문제점을 고려해 볼 때 일본에서도 양형가이드라인 도입문제가 논의 되고 있지만, 그 경직성과 복잡성으로 인하여 아직 도입되지는 않고 있다.[1] 다만 재판원 재판이 시작됨으로 전문법관과 일반인이 협동적으로 양형판단을 하게 되었으므로, 이러한 양형에 대한 검색시스템은 2009년까지 완성할 예정이라고 한다. 즉 이는 모의재판 당시, 재판원들이 양형기준을 몰라 어려웠다는 의견을 반영한 것으로, 과거의 형사재판의 양형자료를 컴퓨터에서 간단히 검색할 수 있도록 하는 것이다. 일본은 2000년 7월부터 유사사례에 대한 양형데이터를 신속하게 해 주는 양형검색시스템을 전국 재판소에 설치하였다. 그러나 이것은 재판관만이 사용할 수 있는 것으로서, 현재는 재판원제도 하에서 일반인도 이용 가능한 시스템으로 만들기 위해 전면적으로 개선 중에 있다.

그러나 재판원 제도의 본질론에서는 이러한 양형참조조차도 법관의 사고를 일반인에게 강제하는 요소로 작용할 수 있다는 우려의 목소리가 있다. 본고에서는 이러한 일본의 양형정책과 양형합리화 노력을 고찰해 보고자 한다.

# Ⅱ. 일본 양형제도 및 양형정책

일본의 양형제도를 이해하기 위해서는 개별적 · 구체적 요소나 사실을 고려하는「양

1) 鈴木義男, アメリカ合衆国量刑基準の展開, 国際関係紀要 第4巻 第2号, Asia University, 150면 참조.

형사정(事情)」과 양형사정을 평가·판정하기 위한 일반원리 및 방법인 「양형기준」을 알아야 한다. 일본 형법에서 일반적인 양형기준은 없으나, 직업법관의 관행이라 할 수 있는 양형통념(量刑相場)[2]은 일반적으로 인정되고 있다.[3]

양형을 결정함에 있어 양형사정의 범위는 무한정이라고 말할 수 있지만, 양형판단의 합리화를 위해서 고려해야 할 사정을 어느 정도 한정할 필요가 있다.[4] 양형사정의 한계를 정하고, 그 중요성의 단계를 정하는 것이 양형판단단계에서 중요한 요소가 된다. 한편 양형기준 및 양형사정에 대해서는 두 가지 접근이 가능하다. 하나는 책임주의 관점에서는 행위자의 「책임」을 중심으로 하는 접근이고, 또 다른 하나는 형벌목적론적 관점, 즉 일반예방 내지 특별예방을 중심으로 「예방」을 중심으로 하는 접근이다.[5] 그런데 이 두 가지 관점은 종종 상충하는 면이 있기 때문에 그 해결점을 찾는 것이 중요하다.

## 1. 양형사정

일반적으로 양형사정은 ① 범죄의 정상(情狀)[6]에 관한 사정, ② 범인의 속성에 관한 사정, ③ 범죄후의 사정 등으로 분류한다.[7] 이것을 다시 ①을 행위책임과 관련한 사유, ②를 책임형관계사유(협의, 광의로는 ①에 포함) ③을 목적형 관련사유로 분류해 볼 수 있다.[8]

---

2) 원래 相場는 시세, 시가, 거래, 평가, 짐작, 통념을 의미한다. 따라서 量刑相場는 "양형통념"이라고 할 수 있다.

3) 原田国男, 量刑判断の実際, 立花書房, 2003, 1면 참조.

4) 井田良, 量刑をめぐる理論と実務, 司法研修論集(113), 2004, 223면 참조.

5) 城下裕二, 求刑・量刑をめぐる理論的課題, 季刊刑事弁護, 創刊号, 1995, 98면 참조

6) 양형의 기초가 되는 사실을 지시하는 명사로 범행의 수단방법, 결과 외에 이것과 밀접한 관련의 있는 범행의 유인, 직접적 동기 등 범죄사실에 관련된 피고인의 연령, 생활사 또는 피해변상 등 범죄사실에 속하지 않는 사항을 포함한다. 小早川義則, 情状認定手続 量刑法の総合的検討-松岡正章先生古稀祝賀, 成文堂, 2005, 45면 참조.

7) 이것은 일본형사소송법 제248조 공소제기 요건 등을 참조한 것이다.(犯人の性格´ 年齢及び境遇´ 犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の情況により訴追を必要としないときは´ 公訴を提起しないことができる)

8) 한편, 井田교수는 양형사정을 ① 범죄의 요소(위법요소와 책임요소), ② 위법성·유책성의 정도를 추인시키는 자료, ③ 범죄의 「당벌성」정도에 영향을 주는 사정, ④ 특별예방을 위해 고려되어야

중요한 양형사정으로는 범죄의 정상, 범죄의 동기, 방법 및 양태 등이 있다. 모두 책임영역에서 고려되는 정상이지만, 예방 영역과도 관련이 깊다.[9] 범죄결과의 대소 · 정도 · 수량은 형을 좌우하는 중요한 정상이며, 이는 실증적 연구와 실무를 통해서도 인정된 바이다. 다수의 피해자가 있는 경우, 피해자가 한명인 경우와 비교해 볼 때, 형을 무겁게 할 수 있는가에 대해서, 그렇다는 견해도 있지만, 인간의 생명이라는 법익은 차별적인 양적평가 · 비교형량이 불가능하다고 한다는 견해에 따르면, 그렇지 않다. 한편 범죄결과는 구성요건에 규정되어 있는 결과 이외의 결과도 포함하는데, 집요한 공갈행위에 따라 피해자가 자살한 경우나 과실치상죄에 동반된 현저한 재산상 손해가 동반된 경우에 대해 이를 인정해야한다는 견해도 있지만, 별개의 법익 침해를 이유로 행위자에게 불이익한 상황을 고려해서는 안 된다는 반대의견도 있다.[10] 범인의 성격(반사회성, 상습성, 범죄경향성, 난폭성, 정신적 미성숙성 등)은 특별예방의 영역에서 중요한 양형사정이만, 행위책임론에서는 성격때문에 행위책임을 가중시키는 것은 곤란하다는 입장도 있다. 그러나 실무에서 상습성은 책임을 가중시키는 사정이 된다고 인정되고 있다.[11] 범인의 연령, 국적, 직업, 사회적 지위, 경제상태 등의 일신상의 사정은 형벌의 개별화라고 하는 관점에서 양형상 고려의 대상이 된다. 피고인의 연령이 어린 것은 형벌에 의한 영향 때문에 특별예방관점에서 유리하게 작용한다. 범죄자의 연령이 많은 것은 당해 행위를 하여서는 안 된다는 것을 충분히 자각해야만 하는 연령임에도 불구하고 범행을 저질렀다는 점 및 상습화 경향이 있다는 점에서 책임비난이 가중되지만, 노령자 보호라는 특별예방의 관점에서는 피고인에게 유리하게 작용하는 정상이 되기도 한다. 피고인이 외국인인 것은 그 자체는 가중, 감경 사항도 아니다. 외국인의 경우 문화와 관습이 다르기 때문에 당해 행위의 배경에 대한 신중한 이해가 요구된다.

---

하는 자료, ⑤ 범죄후의 사정(형사정책적 합목적성 견지에서 고려되어야 할 사정) ⑥ 형의 필요성 내지 형의 감응성(感應性)에 관한 사정과 같이 6개로 나누고 있다. ①은 실체적 사실,②는 인정론적 사실(증거자료인 사실) ③은 처벌의 필요성에 관한 사정, ④⑤⑥은 행위책임과는 구별되는 당벌성에 관한 사정이라고 볼 수 있다. 鈴木茂嗣, 犯罪論と量刑論, 量刑法の総合的検討-松岡正章先生古稀祝賀, 成文堂, 2005, 18면 참조.

9) 예를 들어 수법의 교묘성과 숙련성은 재범의 위험성과도 관련이 있으며 특별예방의 관점에서 형을 가중시키는 의미를 갖는다. 이러한 정상을 종합하여, 당해 범죄에서 양형의 큰 틀이 결정되는 것이 바람직하다. 原田国男, 量刑判断の実際, 立花書房, 2003, 8면 참조.

10) 原田国男, 量刑判断の実際, 立花書房, 2003, 9면 참조.

11) 原田国男, 量刑判断の実際, 立花書房, 2003, 9면 참조.

위법성 인식의 면에서 고려해야할 경우가 있을 것이다. 피고인이 조직폭력배인 것은 생활태도나 재범의 우려라는 측면, 즉 특별예방 관점에서 피고인에게 불리한 정상이 되지만, 예를 들어 조직폭력배와 관계없는 업무상과실치상죄 사안에서 이러한 정상을 강조하는 것은 문제가 될 수 있다. 피고인의 사회적 지위는 양형고려사유가 아니지만, 그 지위로 인해 피해법익을 침해하지 않아야 할 높은 의무를 부담하고 있는 경우(예: 선생님이 학생에게 한 음란한 행위 등)는 책임비난을 가중시키는 요소로 생각될 수 있다. 한편 피고인이 이전에 사회에 많은 공헌을 한 것은 책임을 감경시키지는 않지만, 선량한 성격을 나타내는 등 특별예방의 관점에서는 고려될 수는 있을 것이다. 피고인의 경제상태에 관해서는 가난을 이유로 한 절도 등에서는 책임비난을 감경시키는 정상이 되기도 하지만, 주로 특별예방 관점에서 고려되어야 할 것이다. 실무에서는 부양의무 있는 피고인에게 실형이 내려지면, 가족들이 경제적으로 궁핍하게 된다는 주장을 볼 수 있다. 가족의 빈궁이 피고인의 개선갱생을 방해할 수 있는 위험성이 있다는 점과 그것을 충분히 자각해야함에도 범행에 관여한 동기의 안이함 등 양면이 있다는 것을 주의해야 할 것이다. 피고인의 전과 · 전력은 양형상 고려가 허용된 확립된 실무라고 할 수 있다. 한편 기소된 범죄사실 외에 기소되지 않은 범죄사실을 「여죄」라고 하는데, 실질상 이것을 처벌하려는 취지로 양형에서 고려하여 무거운 처벌을 하는 것은 인정되지 않는다고 해석되어 왔다. 즉 여죄에 대해서 실질상 이것을 처벌하려는 취지로 양형의 자료로 삼는 것은 허용될 수 없지만, 단순히 피고인의 성격, 경력 및 범죄의 동기, 목적, 방법 등의 정상을 알기 위한 자료로서 고려하는 것은 허용된다.

한편 피고인의 반성과 사회의 처벌감정은 일본의 형사재판에서 특히 중요시되는 특징을 보인다.[12] 「물의를 일으켜 죄송합니다.」라는 일본인의 전형적인 말투에서도 볼 수 있듯이, 사죄를 하게 되면 그 사회는 그 문제에 대해서 조용해지고, 「사과했으면 용서해주자」라는 관념이 널리 퍼져 있는 듯하다. 그리고 실제로 사과하면, 진정한 책임소재 같은 것도 애매하게 되어 버린다. 반대로, 사과하지 않으면, 「한 일은 둘째 치고,

12) 이러한 점은 나고야대학(名古屋大学)의 설문조사 결과로도 알 수 있다. 「당신은 유죄이지만, 실형이 상당하지 않다고 (執行猶豫•免刑相當) 판단할 때 어떤 사정을 가장 중요시하는가? 」라는 질문에 대해 「범죄 후의 태도(개전의 정 등)」라고 답한 자가 유효 회답수 39중 19였고, 「사회적인 처벌요구가 감소•상실」을 택한 자가 10명으로, 합계 29에 달했다. 原田国男, 量刑判断の実際, 立花書房, 2003, 23면 참조.

그것은 사과해야 하는 것이다.」라는 비난을 받게 된다. 민사상 화해나 교섭도 반성의 일환으로 이루어지는 경향이 있다. 집행유예와 실형의 경계도 반성유무에 따르는 경우가 있다.[13] 그러나 반성이라는 요소는 본질적으로 행위책임론과는 맞지 않는다. 반성에 의해 이미 행한 행위에 대해 책임이 감경되고, 책임이 애매해 지는 것은 그 자체로는 허용되지 않는 것이다. 또한 너무 반성을 중시하다보면, 반성을 하지 않는 자에게 양형을 무겁게 할 가능성이 있고, 반성을 너무 강조하면 진범이 아닌데도, 자신의 결백을 끝까지 주장하지 않고, 반성을 택하여 무죄인 자가 유죄로 될 가능성도 있다. 실무상 손해배상을 한 객관적 사실은 피고인에게 유리한 정상이며, 그것이 피고인 자신의 노력이나 반성의 일환으로 행한 경우는 보다 유리한 정상이 된다.[14] 한편, 자백 · 부인을 양형상 고려할 수 있는 것인가에 대해서는 소극설과 적극설이 있지만, 현재에는 자백이 반성에 근거한 것이라면, 양형상 피고인에게 유리하게 고려되어 진다는 점에 대부분 동의하고 있다. 문제는 부인(否認)을 양형상 어떻게 평가할 것인지이다. 먼저 입증책임은 검찰에게 있기 때문에, 피고인측이 정당한 소송활동으로서 사실을 부인하고, 서증에 부동의하는 등의 활동에 대해 양형상 불이익 주는 것은 공정하지 못하다는 생각이다. 가령 진범이라도 검찰측에 증거가 없다면, 무죄가 되는 것이 형사소송의 원칙이므로, 피고인이 검찰측의 입증 불비를 다투는 것은 부당한 소송활동이 아니다. 한편 사회적 영향도 양형사정에서 고려하는 요소이다. 사회적 영향의 구체적 내용으로서 일반시민의 「사회불안」과 범행형태의 「모방성」을 들 수 있다. 그러나 몇 명인지도 계측가능하지 않은 사회적 영향의 대소는 결국 평가주체의 독선적이며 막연한 인상으로, 측정하기 힘든 면이 있다는 주장이 있다. 확실히 사회적 영향의 내용은 확실하지 않은 면이 있다.[15] 특히 사회적 처벌요구를 직접적으로 표현하기 어려울 때, 사회적 영향력을 내세우는 경우도 있다. 그리고 사회적 법익에 대한 죄 외에도 중대한 재해사고나 흉악범죄가 일어난 경우, 인근 주민의 불안감 · 공포감 등은 범죄의 구성요건외 결과로서 고려[16]

13) 그러나 사형•무기징역의 선택에는 반성, 후회 등의 영향이 없다고 지적하고 있다. 「凶悪重大事犯の実体及び量刑に関する研究」法務総合研究紀要39号 81면 참조.

14) 우리나라의 경우도 마찬가지인데, 이에 대해 양형법이 사법의 손해배상청구권을 확보하는 수단으로 작용한다고 본 견해로 배종대, 형법총론, 홍문사, 2006, 829면 참조.

15) 실제적으로 매스컴이 어느 정도 크게 보도했느냐에 의해 좌우되는 경우도 많다는 견해로 城下裕二, 求刑•量刑をめぐる理論的課題, 季刊刑事弁護, 創刊号, 1995, 99면 참조

16) 名古屋高判平元•六•二八 (判時1332号36頁)

되고 있는 실정이다.[17] 특히 최근 문제가 되었던 노인에 대한 사기사건이라든가, 몸값을 요구하는 유괴범 등은 모방범의 가능성이 많기 때문에, 양형실무상 동종범행의 억지를 위해 범죄의 사회적 영향이라는 일반예방적 측면이 중시되어야만 한다는 주장이 있다.[18] 그러나 일반예방을 독립적인 요인으로 하여 형을 가중하는 것은 행위자 책임을 넘어선 경우는 물론 그렇지 않은 경우도 문제가 된다고 하는 견해도 있다. 예를 들어 당해 범죄가 비교적 용이하여 모방성이 높고, 동종범죄의 증가가 금후 예상되는 이유로 엄벌을 한다면, 그것은 당해 피고인의 처벌을 수단화하여 범죄예방을 실현하는 것으로 헌법 제13조가 보장하는 개인의 존엄에 반한다고 할 수 있다는 견해가 있다.[19] 그러므로 바람직한 양형은 행위책임이라는 큰 틀 안에서 예방적 측면을 고려해 범죄의 사회적 영향 등을 고려하는 것이라고 할 수 있겠다. 피고인이 사회내에서 이미 그 나름대로 제재를 받고 있다는 것도 피고인에게 유리한 정상으로 작용한다. 한편 위법한 수사절차[20]에 의해 피고인(피의자)이 고통을 받은 경우, 이것을 피고인에게 유리한 정상으로 고려해야 하는가라는 점이 최근 문제가 되었다. 이것을 긍정하는 판례[21]가 있다. 학설로는 부정설[22]과 긍정설이 있다. 긍정설은 국가에게 위법이 있다면, 그것은 피고인에게 유리한 정상으로 받아들여야 된다는 것이 대세이다. 그러나 부정설에서는 위법수사억지를 위해서, 정책적으로 피고인의 형을 가볍게 해야 된다는 것은 있을 수 없다는 의견이다. 수사절차의 위법이나 재판의 지연 위반이 감경사유가 되는 것은 있을 수 없다는 견해이다. 왜냐하면 이것은 양형사정에 고려되는 「책임」 또는 「예방」판단에 영향을 미치는 것으로 볼 수 없기 때문이다. 피해자측에 과실 내지 책임이 있는 것은 일반적으로 피고인의 책임을 감경[23]하는 정상이라고 말할 수 있다. 그 이유는 법익 또는 요보호

17) 原田国男, 量刑判断の実際, 立花書房, 2003, 19면 참조.

18) 水島和男, 犯罪の社会的影響と量刑, 判例タイムズ(1206), 2006/6, 33면 참조.

19) 城下裕二, 求刑•量刑をめぐる理論的課題, 季刊刑事弁護, 創刊号, 1995, 99면 참조

20) 각성제 사용및 소지죄로 기소된 피고인의 양형시, 당해 피고인에 대한 수사 과정 중 강제채뇨가 문제된 사안에서, 재판소는 범행후의 상황의 하나로서, 어느 정도 양형에 반영해야 된다고 하여 구형 징역 3년인 것을 1년6개월의 실형을 선고한 사건이다. 浦和地判平成３年９月２６日判タ７９７号272頁.

21) 浦和地判平成元年12月21日判タ723号257頁, 浦和地判平成３年９月２６日判タ７９７号272頁, 東京高判平成7年8月11日判時1567号146頁

22) 피고인에게 유리한 정상으로 받아들인 것이지만 이론적 기초가 뒷받침되어야 한다는 의견으로, 城下裕二, 求刑•量刑をめぐる理論的課題, 季刊刑事弁護, 創刊号, 1995, 96면 참조

성의 감소라고 볼 수 있다.[24] 그러나 그 내용 · 정도는 다양하고, 피해자측의 과실이라고 할 수 있는 경우도 미묘한 경우가 많다.

일본의 형사재판에서는 앞서 말했듯이 사회에 대한 반성을 촉구하는 등과 같이, 사회의 처벌감정을 중시하는 경향이 있다. 사회가 용서할 수 없는 범죄에 대해서 무거운 양형이 내려지는 경향은 부정할 수 없으나, 이러한 점에 대해서 사회의 처벌요구로부터 피고인의 인권을 보호해야 한다는 비판이 있다. 특히 이러한 점은 재판원재판에서는 더욱 더 주의해야 될 요소라고 보인다.

## 2. 양형기준으로서 양형통념(量刑相場)

양형기준은 보통 「당위」로서의 양형기준과 「존재」로서의 양형기준으로 분류할 수 있는데, 양형기준이라고 하면 보통 「당위」로서의 양형기준을 말하므로, 현행 일본에서 양형기준은 없다고 할 수 있다.[25] 다만 존재로서의 양형기준인 양형통념(量刑相場)이 존재할 뿐이다.[26] 여기서 양형통념(量刑相場)이란, 법관들이 검사의 구형을 참고하면서도 과거의 판례에서 양형에 관한 데이터를 자료로 하여, 현재 사건과 가장 근접한 과거의 판례에서 선고된 형을 약간 수정하여 최종적인 형을 결정하고 있는 관행을 말한다. 양형통념(量刑相場)이라고 하는 것은 동종 · 동질 · 동정도의 행위를 내용으로 하는 사건에 대해서는 동형량의 형벌이 적용되어야 타당하다는 근거에서 나온 것이다. 오랜 실무에서 형성되어 온 것으로 숙달된 법관이 몸에 익힌 인식판단이라고 할 수 있다. 양형통념(量刑相場)은 두 가지 의미가 있다고 볼 수 있는데, 하나는 개개의 법관이 경험 속에 형성된 것이고, 다른 하나는 전체로서 형사법관의 실무 중에 형성된 것이다. 전자를 개별적 양형통념(量刑相場), 후자를 전체적 양형통념(量刑相場)이라고 할 수 있다. 양형판단시 양형권력이 자의성을 억제하기 위해서는 적어도 개별적 양형통념

23) 이에 대해 자세하게 坪井祐子, 被害者•関係者•第三者の落ち度が量刑に及ぼす影響, 判例タイムズ(1223), 2007/1, 93-115면 참조.

24) 松田岳士, コメント 坪井祐子「被害者•関係者•第三者の落ち度が量刑に及ぼす影響について」, 判例タイムズ(1223), 2007/1, 117면 참조.

25) 原田国男, 量刑判断の実際, 立花書房, 2003, 1면 참조.

26) 原田国男, 量刑判断の実際, 立花書房, 2003, 1면 참조.

(量刑相場)이 전체적 양형통념(量刑相場)과 괴리를 보이지 않는 것이 중요하다. 한편 이런 양형통념(量刑相場)은 규범적인 구속력을 가지지 않고, 사실적인 구속력만을 가진다.[27] 또한 양형통념(量刑相場)은 법관에게만 통용되는 것이며 구체적인 사례나 개별사정에 따라 양형통념(量刑相場)에서 약간 벗어나는 것은 문제가 되지 않는다는 관점에서 양형통념(量刑相場)은 개개 사례의 타당한 형량에 관한 평균적 사고를 다소나마 반영할 수 있는 단서에 지나지 않는다고 볼 수 있는 것이다.[28] 실무는 양형통념(量刑相場)[29]을 중심으로 책임형(責任刑)에 양형사정을 고려하면서 양형실무를 형성해 오고 있다고 말할 수 있다. 앞으로 이러한 양형통념(量刑相場)이 재판원이 참가하는 양형에서 어떻게 기능할 것인지가 과제로 남아있다고 볼 수 있다.

## 3. 양형과 구형과의 관계

구형은 피고인에 대해 검찰이 적합한 구체적 형벌의 종류와 양을 판단한 의견이다. 적합한 형벌이 무엇인가에 대한 것은 어려운 문제이지만, 실제적으로는 검찰의 오랜 경험에 기초해 체득된 일종의 감에 의해 정해지는 것이 보통이다.[30] 그러나 검찰의 가치관이나 세계관에 의해 동종・동정도의 범죄가 사람에 따라 형벌의 내용이 차이가 나게 되면 검찰에 대한 신뢰를 잃게 되기 때문에 검찰청에서는 구형기준표를 만들었다.[31] 그러나 구형기준표는 모든 범죄에 대해서 작성되는 것이 아니고, 부검사라든지 경험이 없는 검사가 다루는 사건에 관한 것이 대부분이다. 즉 업무상과실치사상사건,

27) 原田国男, 量刑判断の実際, 立花書房, 2003, 4면 참조.

28) 井田良/도중진역, 일본양형법의 개혁동향, 형사정책연구 제17권 제4호, 2006/겨울호, 812면 참조.

29) 일본의 경우, 우리나라와 달리 초임판사 임용시부터 형사재판을 담당하게 된 판사는 특별한 경우를 제외하고는 계속 형사재판만 담당하게 된다고 한다. 오준근, 일본과 우리나라의 범죄구성요건, 법정형, 선고형 비교분석, 일본의 양형제도, 763면 참조.

30) 小林将啓, 求刑はどのようにおこなわれているのか 季刊刑事弁護, 創刊号, 1995, 82면 참조.

31) 피고인들이 면회시 가장 많이 질문하는 것이 양형에 관한 것이지만, 변호사들도 이러한 기준 등을 알 수 없기 때문에 대답을 잘 해 줄 수 없다. 그래서 후쿠오카현(福岡県) 변호사회에서 판결수집을 통한 데이터 베이스화 작업을 하였다. 1992년 6월부터 1994년 10월까지 기간으로 수집한 판결문 수는 1992년도 기준으로 보면, 福岡高裁•地裁 판결이 각각 7%, 간이재판이 21%였다. 수집판결의 죄명별 건수를 전국 통계및 福岡地裁와 비교해 볼 때, 대략 비슷한 분포여서 상관성이 높다고 할 수 있다.

폭행 · 상해사건, 마약단속위반사건, 공직선거법위반사건, 각종세법위반사건 중 법인세법, 소득세법위반사건 등에 대한 구형기준표는 작성되어 있다. 한편 구형이 일방당사자인 검찰의 의견에 지나지 않고, 재판소의 형의 양정을 법률적으로 구속받지 않는다고 하여도, 현실에서는 양형에 있어서 강한 영향력을 가지고 있음을 여러 가지 실증적 연구를 통해서도 알 수 있다.[32] 특히 양형비율을 통해서 알 수 있다. 양형비율은 구형과 양형의 비율이다. 양형비율은 1에 가까울수록 법관의 판단이 검찰과 비슷하다는 의미이다. 후쿠오카지방재판소 등에서 전체 사건의 양형비율의 평균은 실형시가 0.74였고, 집행유예시가 0.98이었다. 즉 집행유예시에는 구형대로의 양형이 압도적으로 많았다. 집행유예사건 중 82.4%(510건)가 양형비율이 1이었다. 그리고 참고로 실형시의 평균양형비율을 죄명별로 보면, 각성제단속법위반이 0.72, 절도가 0.76, 상해가 0.70, 사기가 0.75이고, 죄명에 따라 미묘한 차가 나타났다.[33] 이렇게 양형에 검찰의 구형이 많은 영향을 주기 때문에, 형의 양정에 관한 재판소의 독자적 권한을 구속한다는 이유로 위헌소송이 제기되었으나, 1949년 합헌 · 적법 판결[34]됨으로써 일본 형사절차에 있어 이러한 사실은 독자적인 관행으로 정립되었다고 말할 수 있다.[35]

## 4. 법관의 재량

일본의 양형권력은 미국 등 다른 나라와 비교해 볼 때 적극적 통제를 받지 않는다는 것을 알 수 있는데, 이와 같은 특징은 우리나라도 동일하다. 첫째, 고살과 모살을 구분하고 있는 미국과 달리, 그러한 구별 없이 하나의 살인죄로 처리하고 있으며, 그 법정형의 폭도 넓은 편이다. 둘째, 임의적 감경(또는 면제)을 인정하는 규정이 많고, 작량감경(형법 제66조)를 사용한다면, 법정형의 하한을 의식하지 않고, 양형을 결정할 수 있다. 셋째, 재범이라는 이유로, 가중(형법 제56조, 제57조, 제59조)이 가능하고, 넷째 집행유

32) 上田国廣·成瀬裕·大久保哲, 求刑·量刑の実態ー福岡を例にー季刊刑事弁護, 創刊号, 1995, 89면 참조.

33) http://www.law.kyushu-u.ac.jp/~takeuchi/for/acv/a/strfr.html; 上田国廣·成瀬裕·大久保哲, 求刑·量刑の実態ー福岡を例にー季刊刑事弁護, 創刊号, 1995, 89면 참조.

34) 最高裁判所 1949年3月17日.

35) 小林将啓, 求刑はどのようにおこなわれているのか° 季刊刑事弁護, 創刊号, 1995, 82면 참조.

예의 요건이 엄격하지 않다. 이 때문에 일본 법관의 양형에 관한 재량범위는 넓다고 할 수 있다.[36] 이렇게 법관에게 넓은 재량을 인정하는 배경에는 형벌을 개선형(改善刑)이라고 바라보는 사상에 기인한다고 볼 수 있다. 범죄자를 갱생시키고 개선시키기 위해서는 범죄자의 개별적인 사정에 유연하게 대응하기 위해 법관에게 광범위한 재량이 필요한 것이다. 양형재량이 한정되었던 구형법에서 법정형의 범위가 넓어진 현행형법으로 변화하게 된 배경에는 특별예방을 달성하기 위해 형벌을 개별화하려고 하는 사상이 바탕에 깔려 있었던 것이다.[37]

사실 법원은 법정형에 많이 기속되지 않는다. 예를 들면 2004년 형법 개정전 강간죄의 법정형의 하한은 징역 2년이었고, 강도죄의 법정형의 하한이 징역 5년이었으나, 2003년 통계자료를 보면, 양죄의 양형은 모두 징역 3~5년에 주로 분포되어 있음을 알 수 있다.[38] 이와같이 법관들은 양형에 대해 광범위한 재량권을 가지고, 법정형을 중시해 오지 않았다. 양형권력은 이러한 법정형이 아닌, 양형통념(量刑相場)에 의해 결정되어 왔다. 양형통념(量刑相場)은 장기간 실무상 경험을 통해 형성되어 온 양형에 대한 감으로서, 장기간 재판 실무를 통해 자생적으로 형성되어 온 것이다. 일종의 「자생적 질서(spontaneous order)」이다. 법정형이 입법부에 의해 설계적인 콘트롤이라는 측면이라면, 양형통념(量刑相場)은 사법부에 의한 자생적인 콘트롤이라고 할 수 있다.[39]

## Ⅲ. 양형정책의 현안

### 1. 재판원제도 도입과 양형기준 도입

재판원법 제6조 제1항 제3호에 따르면「재판관과 재판원은 함께 평의하고, 유・무죄의 결정 및 형의 양정을 해야 한다.」라고 규정하고 있다. 이러한 배경에 대해 일본의

36) 瀧川裕英, 量刑権力の説明責任, 法律時報78巻3号, 2006/3, 19면 참조.
37) 瀧川裕英, 量刑権力の説明責任, 法律時報78巻3号, 2006/3, 19면 참조.
38) 瀧川裕英, 量刑権力の説明責任, 法律時報78巻3号, 2006/3, 19면 참조.
39) 瀧川裕英, 量刑権力の説明責任, 法律時報78巻3号, 2006/3, 19면 참조.

사법제도개혁심의회의견서(2001년)는 양형단계에서도 재판원이 관여하여 법률전문가와 비전문가의 상호 커뮤니케이션을 통해 각각의 지식과 경험을 공유하고, 그 성과를 재판내용에 반영해야 한다고 설명하고 있다. 그러나 재판원은 행형에 대한 지식이나 경험을 가지고 있지 않고, 신문이나 매스컴에서 본 큰 사건의 양형만을 기억하고 있기 때문에[40] 부작용이 클 수 있다는 반대의견에도 만만치 않았다. 그러나 그럼에도 불구하고, 직업법관이 리더십을 발휘하면 그러한 문제는 해결될 수 있다는 판단 하에 양형단계에 재판원이 도입되었다.[41] 이렇게 재판원이 양형단계에 들어오게 됨에 따라, 직업법관은 재판원에게 형벌론과 양형기준에 대한 기본적인 설명을 해야 한다. 한편 재판원이 되는 일반국민의 양형감각은 정의감정을 앞세운 매스컴 보도에 의해 편향되었을 가능성이 있으므로, 양형사정에 관하여도 '고려해도 좋은 사실'과 '고려해서는 안 되는 사실'을 구별, 그 사정의 중대성 등에 대하여도 설명하여야 할 것이다.[42] 따라서 재판원제도 하에서는 이전과 같은 실무관행이 가능하지 않으므로, 양형에 대한 객관화가 요구되는 것이 현실이다. 한편 지금까지의 실무관행인 양형통념(量刑相場)으로 재판원의 판단을 구속하려한다면, 재판원제도의 도입취지에 반하는 것이 될 수도 있다.

일본은 2000년 7월부터 유사사례에 관한 양형데이터를 신속하게 검색해주는 양형검색시스템을 전국 재판소에 설치하고, 현재는 재판원제도 하에서 이용이 가능한 시스템으로 만들기 위해 전면적으로 개선 중에 있다. 구체적으로 보면 제1심 판결시 고려된 양형인자의 데이터를 각 지방재판소의 법관에게 입력하도록 하여, 이를 대법원격인 최고재판소가 집약해서 전국의 고등재판소및 지방재판소에서 컴퓨터를 이용해 전국의 데이터를 참조할 수 있도록 하고 있다. 검색가능한 양형인자로서는 살인사건의 경우 피해자의 수, 피해자와의 관계, 범의, 계획성, 동기, 흉기의 소지 여부 등이 있다. 현재 이용가능한 죄명은 살인, 상해치사, 강도치사상, 강간, 공문서위조, 약물, 총도법 위반 등이 있다.

---

40) 原田国男, 量刑判断の実際, 立花書房, 2003, 328면 참조.

41) 그러나 재판원제도가 반드시 중벌화 경향으로 나아간다고 확언할 수는 없다. 피고인의 여러 사정이나 사건의 배경 등을 고려해 볼 때 그렇게 중벌화경향으로 나아가지 않을 가능성도 있다. 또한 독일참심제도 연구자료에 따르면 결론은 유보했지만, 참심원이 직업법관 보다 양형에 대해서 관대한 경향이 있다는 보고도 있다. 原田国男, 裁判員制度の導入と量刑, 現代刑事法, 2002/11, 66-67면 참조.

42) 井田良/도중진역, 일본양형법의 개혁동향, 형사정책연구 제17권 제4호, 2006/겨울호, 816면 참조.

## 2. 법정형의 상향 조정과 양형과의 관계

2004년 일본형법 개정은 '흉악범죄에 대한 과형의 적정화'를 목적으로, 살인죄, 상해죄, 강간죄 등의 법정형을 상향조정하였고, 또한 일반적인 유기자유형의 최상한을 20년(개정전 15년)으로 상향조정하였으며, 병합죄 등에서 가중하는 경우 30년(개정전 20년)까지 선고할 수 있게 하였다. 이렇게 최상한을 20년으로 상향조정한 것에 대해 법무성은 100년 전과 비교해 평균수명이 높아진 점을 들고 있으나[43], 이러한 이유보다는 실무상 유기형의 상한을 인상하여 종래에는 무기형을 적용할 수밖에 없었던 영역에서 유기형의 선택을 가능하게 함으로써, 유기형과 무기형간의 간극을 줄이고자 하는데 그 취지가 있었던 것이 아닌가 생각된다. 왜냐하면 지금까지 일본의 실무에서는 살인죄나 강도살인죄의 사례에서 무기징역 및 유기징역의 선택의 문제가 되는 경우에 무기와 최고 15년의 유기징역 간에 간격이 넓고 징역 15년은 지나치게 가볍다는 이유로 무기형을 선택하는 경우가 종종 있었기 때문이다. 또한 범정(犯情)의 중대함으로는 무기형에 상당하는 사례이지만, 법률상 감경사유가 있기 때문에 형을 감경하여야 하는 사안에서도 일거에 징역 15년으로 형이 감경되는 불합리한 점이 있었다. 이러한 이유로 일본의 형사법관들은 장기과제를 해결한 측면에 이러한(즉 유기형과 무기형 간의 간격을 보완한)개정을 환영하고 있다고 전해진다.[44] 한편 이렇게 법정형의 상한의 상향조정이 양형에 미치는 영향을 분석하기 위해서는 "양형범위론"과 "양형척도론"에 대한 이해가 필요하다. 양형범위론은 법정형의 기능을 상한과 하한으로써 양형범위를 기초 지우는데 충분하다고 보지만, 양형척도론의 경우 양형실무에 대한 보다 강한 규제기능을 인정하려고 하는 것이다. 즉 양형척도론은 실무의 양형에 있어서 범죄의 상대적 중요성을 명백히 하여 이에 상응하는 법정형의 폭 가운데 어느 한 지점에 위치 지움으로써 거의 자동적으로 형량을 도출하여야 한다는 사고이다. 이러한 사고는 실무에서 형성된 관행인 양형통념(量刑相場)이 아니라, 입법자가 설정한 법정형의 폭을 척도로 하여 형량을 결정하려는 것이기 때문에 입법으로써 양형을 직접 규제하려는 것이다.[45] 만일 양형척

43) 井田良/도중진역, 일본양형법의 개혁동향, 형사정책연구 제17권 제4호, 2006/겨울호, 806면 참조.
44) 井田良/도중진역, 일본양형법의 개혁동향, 형사정책연구 제17권 제4호, 2006/겨울호, 806면 참조.
45) 井田良/도중진역, 일본양형법의 개혁동향, 형사정책연구 제17권 제4호, 2006/겨울호, 810면 참조.

도론을 취하는 경우, 법정형의 상향조정은 그대로 실무에 반영되어 양형수준 상승이라는 변경을 초래하게 될 것이지만, 일본에서는 양형범위론이 대세이기 때문에, 법정형의 상향조정은 당해 범죄의 양형수준전체를 상승시키는 것이 아니라, 과거 양형실무에서 보다 중한 형을 부과하여야 함에도 불구하고 부과할 수 없었던 현실을 인정하여 중한 형을 부과할 수 있게 된 것이라고 해석하는 것이 타당하리라고 본다.[46]

### 3. 피해자 보호의 요청

최근 양형의 수준이 올라가는 경향이 있는데, 이점은 최근 제1심 과형상황에서 잘 드러나고 있다. 이것을 보면, 중벌화 · 엄벌화 경향이 있다는 것을 알 수 있다. 징역 · 금고의 형기도 장기화되고, 사형이나 무기징역의 수도 증가하고 있다.[47] 물론 사건의 질이 전반적으로 악화되어간다고 예상할 수도 있으나, 평가 척도가 엄격해 지고, 양형수준이 올라갔다고 하는 것은 확실하다.[48] 이것은 최근 피해자의 보호[49]라는 관념이 널리 퍼지고 있고, 2000년 형사소송법 개정으로 피해자등에 의한 의견진술 규정(형사소송법 제292조의 2)이 도입된 영향도 있다고 보여 진다. 강간목적 감금 사안에서 수치심을 느낀 피해자가 후에 자살한 경우에 이것을 양형사정으로 고려하기도 하였으며,[50] 또한 사회적 약자의 보호라는 관점에서 16세 미만 아동, 장애인, 임산부 등에 대한 살인의 형을 가중하는 경우도 있다. 여기에는 살인에 대한 법정형은 단순히 양형의 관계에서만 바라볼 수 없고, 생명의 가치에 대한 법의 태도를 반영[51]하는 등의 사고도 녹아있다고 볼 수 있다. 이처럼 법정형은 양형의 기준일 뿐만 아니라 사회에 대한 법의 태도도 반영하고 있는 것이다.

그런데 이렇게 피해자보호요청을 양형에 고려할 때는 피해감정이 아닌, 범죄피해의

46) 井田良, 変革の時代における理論刑法学, 「量刑をめぐる最近の諸問題」, 慶応義塾大学出版会, 2007, 224면 참조.

47) 松本時夫, 刑事裁判官らの量刑感賞と量刑基準の形成, 刑法雑誌46, 2006/6, 15면 참조.

48) 井田良, 量刑をめぐる理論と実務, 司法研修論集(113), 2004, 231면 참조.

49) 高山佳奈子, コメント「構成要件的結果以外の実質的被害の発生と量刑」について, 大阪刑事実務研究会, 判例タイムズ, 1217, 2006.10.15.

50) 東京高判昭37・6・21 刑集17巻3号253頁.

51) 井田良, 量刑をめぐる理論と実務, 司法研修論集(113), 2004, 230-231면 참조.

결과 즉 피해자측의 정신적 피해를 포함한 객관적 피해 상황 내지 영향이 양형의 기초가 되어야 할 것이다. 즉 피해감정을 객관화하는 것이 중요하다.[52]

한편 原田판사는 업무상 과실치사상죄의 양형에 있어서 피해감정이라고 하는 구성요건 외(비구성요건적사정)의 결과를 중시하는 「신결과주의」경향이 발생하였다고 분석하고 있다.[53] 일본의 학설은 당해행위와 결과 사이에 상당인과관계가 존재하고, 그 결과가 유책하고, 과실에 따라 야기된 때에 한해, 구성요건외 결과도 양형에 참작해야 한다는 견해가 있어왔으며,[54] 이러한 견해는 피해자 보호의 관점에서도 유지되어야 한다. 한편 피해감정을 보상하기 위해서 형을 아무리 무겁게 해도 결코 피해자를 정신적으로 구제하기는 힘들기 때문에, 결국 이를 위해서는 사회전체의 연대에 의한 피해자 구제가 필요하다[55]고 역설한다.

## Ⅳ. 양형합리화 정책

### 1. 재판원이 이해할 수 있는 양형기준 형성

2009년 재판원 재판을 앞두고 실시한 모의재판에서 재판원들이 가장 난감하게 생각했던 것이 바로 양형기준이었다. 직접 재판원들의 목소리를 들어보면, 「기준을 몰라 어려웠다.」,「재판원의 역할이 한정된다면 참가하기 쉬울 것이다.」등 이었다. 같은 살인사건을 소재로 하여 5개의 지방재판소에서 모의재판을 한 결과, 무죄에서 징역 14년까지의 다양한 결과가 도출되었다. 이는 시민의 감각[56]에 대해서 양형기준이 제시되어야

52) 原田国男, 量刑判断の実際, 立花書房, 2003, 329면 참조.

53) 井田良, 量刑をめぐる理論と実務, 司法研修論集(113), 2004, 231면 참조.

54) 城下裕二, 求刑・量刑をめぐる理論的課題, 季刊刑事弁護, 創刊号, 1995, 98-99면 참조.

55) 原田国男, 量刑判断の実際, 立花書房, 2003, 329면 참조.

56) 일본에서는 2005년 8월-9월까지 살인죄에 관하여 양형에 대한 설문조사를 일반인 1000명, 재판관 766명을 대상으로 실시하였다. 연령은 20대 22.9%, 30대가 20.2%, 40대가 18.9%. 50대가 21.4%, 60대 이상이 16.6% 였으며, 남자는 48.7%, 여자는 51.3%로 고른 분포의 연령대와 성별을 대상으로 실시하였다. 그런데 이 조사 결과 연령, 성별, 직업, 배우자나 자녀유무, 거주지역 등에 상관관계는 거의 없었다. http://www.courts.go.jp/saikosai/about/iinkai/asu_kondan/…/pdf/siryo8.pdf

함을 보여주는 좋은 사례이다. 이에 대해 최고재판소도 전국적인 규모의 양형검색시스템을 만들고 있으며[57], 재판원재판에서는 이러한 양형검색시스템이 사용될 것이 예상되나, 여기에도 역시 법관의 설명이나 자료의 제시 등은 필요하다고 본다. 지금까지 관행이 되어왔던 양형통념(量刑相場)은 전문가의 입장에서 구축한 것이므로, 법관은 일반시민인 재판원이 이해할 수 있도록 양형통념(量刑相場)을 설명해야하고, 이는 시간이 필요하다. 그러나 너무 자세하게 오랫동안 설명하게 되면 그 영향력이 강해져서 재판원 스스로 의견을 말하기 힘들어 질 수도 있는 부작용이 나올 수도 있다는 점을 경계해야 한다.

## 2. 양형이유 명시

일본형사소송법 자체에 양형이유를 명시할 문언상 요구는 없지만(형사소송법 제335조 참조), 형사소송규칙 제35조에서는 양형이유가 고지되어야 한다. 양형이유의 명시는 자연적 정의에 유래하고, 적정절차 원칙의 요청이며, 이에 따라 법 앞에서의 평등의 제도적 보장이 확보될 것이다. 양형이유를 쓰는 목적은 ① 당사자, 특히 피고인에 대한 설득시키기 위함이고, ② 상소심에 있어서 양형심사의 편의를 도모하기 위함이며, ③ 피고인의 형의 집행 및 재범의 재판에 있어서 전과의 구체적인 내용이나 양형상 고려한 사항을 참고하기 위함이며, ④ 이유를 적음으로써 판단의 객관성을 높이거나 결단을 측정하고, ⑤ 그 외 동종사건의 양형판단에 참고하기 위함이다.[58]

양형이유는 법령의 적용 다음 단계에 적는 경우가 많다. 예를 들어 「위 처단형의 범위 내에서, …의 정상을 고려하여」라고 쓸 수 있다. 사실 양형이유에 대한 양식은 없다. 일반적으로 피고인에게 불이익한 사정 및 유리한 사정을 분리하여 기재하고, 종합판단으로 양형판단을 명시하는 경우가 많다. 판결문의 평이화로 범행에 대한 경과를 기재하고, 고려한 사항을 나누어 기재하는 경우도 있다. 양형판단의 대상이 되는 사실을 먼저 인정하고, 다음으로 그 평가를 하고, 결론으로서 양형판단을 명시하는 방법도

57) 전국적인 재판례를 입력하여 데이터를 축적하여 제도 도입 시부터 사용할 계획이다. http://b.hatena.ne.jp/entry/6122572

58) 原田国男, 量刑判断の実際, 立花書房, 2003, 64면 참조.

있다.[59]

양형이유 명시로 다음과 같은 효과가 기대된다. 첫째, 재판관의 형벌관, 양형목적관 등의 영향이 중화되며, 둘째 재판관의 인적조건이나 개인적 감정 등의 반영을 체크할 수 있으며, 셋째 양형고려가 되어서는 안되는 요소(피고인의 인종, 공판정의 태도)의 배제나 편견에 대한 배제가 이루어질 수 있을 것이다. 마지막으로 상소권의 실질적 보장이 이루어질 것이다.[60] 국민이 신뢰하는 피고인이 납득할 수 있기 위해서는 양형이유가 명시되어야 할 것이다.[61]

## Ⅴ. 우리나라에 대한 시사점

재판원 재판을 앞둔 일본의 양형정책은 우리에게 두 가지 시사점을 준다. 첫째는 해석론적 관점이고, 두 번째는 입법론적 관점이다. 구체적으로 전자인 해석론적 관점에서는 일본이 지금 모의재판 등에서 노력하듯이, 법관은 양형에 대해 재판원에게 상세히 설명해야 하고, 이러한 설명이 일반인인 재판원과 재판관여자가 납득할 수 있는 것이어야 한다는 것이다. 후자인 입법론적 관점은 지금 실시되고 있는 우리나라 국민참여재판에서의 배심원의 의견에 대한 권고적 효력을 폐지하고, 실질적 효력을 갖게 하는 것이다. 이러한 정책이야 말로 국민의 법감정을 양형에 반영하는 데이터 축적을 의미하며, 이 데이터가 후에 국민의 법감정이 반영된 양형기준으로 작용할 수 있을 것이다.

구체적으로 법관이 양형자료를 설명할 때는 시간배분과 영향력을 고려해야 한다. 즉

59) 나쁜 정상과 좋은 정상을 어느 정도 균형을 가지고 판시하는 편이 바람직하며 이것이 피고인을 설득하는 요소로 작용하기도 한다. 나쁜 정상만을 부각시킨다면 피고인은 납득하지 못할 것이다. 어떤 피고인이라도 조금이라도 인정받고 싶은 좋은 측면이 있기 때문이다. 피고인이 조금 변명을 하는 것을 가지고, 반성하지 않고 있다고 하면 불만을 가지고, 불필요한 항소를 하게 된다. 역으로 피고인에게 불이익한 사정은 엄격하게 제한하고, 피고인에게 유리한 사정을 쓰는 것도 피고인을 설득하는 기법이 될 수 있지만, 너무 나가면 폐해를 불러일으킬 수 있다. 그리고 양형이유도 다른 재판의 이유와 마찬가지로 평이하고 간결하게 써야 한다. 原田国男, 量刑判断の実際, 立花書房, 2003, 66면 참조.

60) 浅田和茂, 量刑基準, 量刑法の総合的検討-松岡正章先生古稀祝賀, 成文堂, 2005, 43면 참조.

61) 三宅孝之, 自由刑と量刑, 量刑法の総合的検討-松岡正章先生古稀祝賀, 成文堂, 2005, 98면 참조.

법관이 양형에 대해 너무 자세하게 설명하게 되면, 그 영향력이 커져버려 재판원이 양형에 대한 자신의 의견을 말할 수 없게 된다는 문제가 발생할 수 있다는 사실을 항상 염두에 두어야 한다.[62] 그리고 국민의식의 반영이라는 측면에서, 평의를 시작할 때 자료를 제시하지 말고, 재판원의 질문에 답하는 형태도 바람직할 것이라고 보인다. 형벌의 목적 · 효과나 행형의 실정 등에 관해 재판원의 질문에 법관이 대답하고, 이러한 감각이 반영되는 것이 실제로 국민의 의사가 양형에 반영된 것이라고 할 수 있다.[63] 실제로 재판원들은 양형은 물론 형벌의 목적이나 행형에 관해서도 궁금해 했다고 한다. 예를 들면, "응보가 기본인지, 예방 · 갱생이 기본인지", "무기징역의 경우 몇 년이 되면 가석방이 되는지", "2004년 형법개정으로 유기징역 상한이 30년이 된 것은 무기징역형의 가석방의 운용에 어떠한 영향을 미치는지"에 관한 질문 등이 나왔으며, 수형자의 교육프로그램에 대한 질문도 있었다고 한다.[64]

또한 양형자료 제시는 그 양형자료의 선별방법에 따라 재판원이 일정 방향으로 유도될 위험성이 있기 때문에, 양형자료의 선별에 관해 검찰이나 변호인이 관여할 수 있고, 이에 대한 방어기회가 보장되어야 할 것이다. 즉 이러한 양형자료는 판사뿐만 아니라 검찰, 변호인도 참석하여 만든 자료를 바탕으로 제시되어야 한다. 사실 일본의 경우 양형통념(量刑相場)은 완전히 새로운 기준이 형성되지 않는 이상, 양형통념(量刑相場)이 이러한 양형자료의 실제로 기준이 될 것으로 보인다.[65]

일본의 양형통념(量刑相場)과 시민의 법감정[66]의 상호 교류는 재판원 재판 선고시 양형에 반영될 수밖에 없다. 최근 일본에서 양형에 대한 가장 큰 이슈는 소년범죄에 대한 일반 국민의 생각일 것이다. 2007년「소년법등의일부를개정하는법률」[67]로 소년범죄의 흉악성에 대한 강경대응이 이루어지고 있는 시점에서, 일반국민이 소년이라는 양형인자를 어떻게 볼 것인지 일본 사법계는 주목하고 있다. 2005년 설문조사 결과에서는 재판관 90.7%가 피고인이 소년인 경우, 형을 가볍게 해야 된다고 답한데 대해, 일반인

62) 松本時夫, 刑事裁判官らの量刑感賞と量刑基準の形成, 刑法雑誌46, 2006/6, 14-15면 참조.

63) http://www.aiben.jp/page/library/kaihou/1909kaisei.html

64) 神山啓史 · 岡慎一, 裁判員裁判における量刑判断と弁護(上), 自由と正義 59, 日本弁護士連合会, 2008/3, 64면 참조.

65) 松本時夫, 刑事裁判官らの量刑感賞と量刑基準の形成, 刑法雑誌46, 2006/6, 14면 참조.

66) 松本時夫, 刑事裁判官らの量刑感賞と量刑基準の形成, 刑法雑誌46, 2006/6, 15면 참조.

67) 少年法等の一部を改正する法律, 2007.6.1. 법률 제68호로 공포됨.

49.9%가 가중 · 경감요소도 아니라고 답하고, 가중요소로 보아야 한다는 의견도 25.4%나 되었다.[68] 일본의 경우, 앞으로 재판원 재판의 대상이 된 사건은 이러한 일반시민의 법감정과 법관의 양형자료 간의 커뮤니케이션[69]이 평의과정을 통해 자연스럽게 반영될 것이고, 평결의 기속력과 판결을 통해 직접 양형에 반영될 것이다. 그러므로 향후 재판원제도 이후의 양형자료는 국민의 법감정이 반영된 소중한 양형자료가 될 것이다.

그러나 우리나라의 경우, 양형에 관하여 토의하고, 그에 관한 의견을 개진하여도 권고적 효력만이 있으므로, 국민의 법감정이 반영된 양형판단이 축적될지는 의심스럽다. 국민의 건전한 상식이 반영된 양형을 실현하기 위해서는 루트가 필요하다. 일본의 경우라면 재판원 재판을 통해서 일반 국민의 법감정을 반영할 수 있다. 그러나 우리의 경우 국민참여재판이 시행되고 있기는 하지만, 양형에 국민의 건전한 상식이 반영되고 있는지 의심스럽다. 일본은 협동적 양형판단을 위해 일반인인 재판원에게 양형기준을 이해시키려고 노력한다. 우리에게도 그러한 노력이 필요하다. 만일 입법론적으로 권고적 효력을 지양한 협동적 양형판단이 어렵다면, 현 상황에서 적어도 해석론적 정책으로 제시한 양형을 결정한 합당한 근거제시[70], 즉 양형이유에 대한 설명과 명시는 이루어져야 할 것이고, 이를 위해 이에 대한 가이드라인도 마련되어야 할 것이다.

---

68) 재판관의 경우, 가중 · 경감요소가 아니라고 한 경우가 9.3%였으나, 가중요소로 본 재판관은 한명도 없는 것과 대비된다. http://www.courts.go.jp/saikosai/about/iinkai/asu_kondan/…/pdf/siryo8.pdf

69) 양형판단 가운데 사실의 평가, 사정의 고려판단은 각 재판원의 경험, 지식에 근거한 가치관에 달려 있다. 이른바 인생경험에 근거한 가치관이 양형사정의 평가나 고려에 있어서 "재판실무경험"의 유무는 그 정도로 큰 의미를 가지지 않는다고 말할 수 있고, 이것은 재판원과 재판관과의 "대책"인 커뮤니케이션의 성립의 하나의 조건이 될 수 있다고 생각된다. 神山啓史 · 岡慎一, 裁判員裁判における量刑判断と弁護(上), 自由と正義, 日本弁護士連合会, 2008/3, 69면 참조.

70) 법관은 종래의 사고방식을 당연하다고 전제하지 않고, 스스로의 의견의 이유에 대해서 구체적인 설명을 구해야하는 것이다. 神山啓史 · 岡慎一, 裁判員裁判における量刑判断と弁護(下), 自由と正義, 日本弁護士連合会, 2008/4, 70면 참조.

# 참고문헌

井田良/도중진역, 일본양형법의 개혁동향, 형사정책연구 제17권 제4호, 2006/겨울호.

井田良, 量刑をめぐる理論と実務, 司法研修論集(113), 2004.

井田良, 変革の時代における理論刑法学, 慶応義塾大学出版会, 2007.

瀧川裕英, 量刑権力の説明責任, 法律時報78巻3号, 2006/3.

遠藤邦彦, 量刑判断過程の総論的検討, 判例タイムズ(1187), 2005/11.

水島和男, 犯罪の社会的影響と量刑, 判例タイムズ(1206), 2006/6.

安田拓人, コメント水島和男「犯罪の社会的影響と量刑」について, 判例タイムズ(1206), 2006/6.

坪井祐子, 被害者・関係者・第三者の落ち度が量刑に及ぼす影響, 判例タイムズ(1223), 2007/1.

坪井祐子「被害者・関係者・第三者の落ち度が量刑に及ぼす影響について」, 判例タイムズ(1223), 2007/1.

鈴木茂嗣, 犯罪論と量刑論, 量刑法の総合的検討-松岡正章先生古稀祝賀, 成文堂, 2005.

浅田和茂, 量刑基準, 量刑法の総合的検討-松岡正章先生古稀祝賀, 成文堂, 2005.

小早川義則, 情状認定手続, 量刑法の総合的検討-松岡正章先生古稀祝賀, 成文堂, 2005.

三宅孝之, 自由刑と量刑, 量刑法の総合的検討-松岡正章先生古稀祝賀, 成文堂, 2005.

原田国男, 量刑判断の実際, 立花書房, 2003.

上田国廣・成瀬裕・大久保哲, 求刑・量刑の実態ー福岡を例にー季刊刑事弁護, 創刊号, 1995.

城下裕二, 求刑・量刑をめぐる理論的課題, 季刊刑事弁護, 創刊号, 1995.

原田国男, 裁判員制度の導入と量刑, 現代刑事法, 2002/11.

松本時夫, 刑事裁判官らの量刑感覚と量刑基準の形成, 刑法雑誌46, 2006/6.

# A Study on Japanese Sentencing Policy
## : The Introduction of Jury System and its Related Issues in Sentencing

Lee, Jung-Min*

This study aims to research a matter of sentencing guidelines in Japan. The Japanese Jury system is to be introduced in the year of 2009. The Government prepares to implement the Jury system. The relationship between sentencing guideline and Japanese Jury system will be researched.

Firstly, Japanese sentencing system and policy are dealt with. This research discusses the relationship between the judicial sentencing and prosecutor's opinion on the punishment.

Secondly, The development of debates on sentencing system in Japan. Recently, sentencing policy is shifted into harsher sentence, and the level of statutory sentences are increasing; victim of crime is taking more roles in judicial policy making. This study overviews the issues of legislation and judicial discretion in sentencing policy, including discrepancy in sentencing.

Finally, The sentencing is being reformed in Japan, especially the consistency and objectivity in sentencing decision.

This study will be expected to contribute to sentencing policies in Korea.

❖ key word : Japanese Sentencing Policy, Japanese Jury system, sentencing guideline, sentencing decision

투고일 : 2009. 2. 11 / 심사(수정)일 : 2009. 2. 23 / 게재확정일 : 2009. 2. 27

* Full-time lecturer, Department of Law, Dankook University, Ph.D. in Law