

비례의 원칙에 대한 비판적 분석 : 미국의 논의를 중심으로

강 우 예*

국 | 문 | 요 | 약

비례의 원칙은 오랫동안 죄형법정주의 중 형의 적절성에 포함되어 논의되어오다 최근 들어 구체적인 기준으로 활용하려는 예가 늘고 있다. 비례의 원칙은 가장 추상적이고 일반적인 원칙 중의 하나이다. 따라서 비례의 원칙을 구체화하는 것은 단지 범죄의 무게와 형벌의 정도와의 관계라는 단순한 도식에 가두어서는 안 된다. 범죄와 형벌의 관계에 관하여 비례의 원칙은 단지 직관적인 내용만을 기준으로 제시해 줄 수 있을 뿐이다. 비례의 원칙은 구성요건, 위법성, 책임, 양형 등에 존재하는 여러 가지 범죄체계이론과 형벌이론들이 구체화하는데 있어 배경 근거로 작용한다고 보아야 한다. 비례의 원칙 자체로 대략적인 지침 이상으로 활용될 수 있는 부분은 극히 드물다고 보아야 한다.

그럼에도 불구하고 우리의 비례의 원칙에 관한 논의는 일반적이고 추상적인 원칙 수준을 벗어나서 기준으로 작동할 만한 구체적인 내용을 모색하는 지점까지 나아가고 있다. 비례의 원칙은 지나친 법정형과 처단형에 대한 통제, 적절한 양형기준의 모색, 보다 합리적인 형법체계의 구축, 등 여러 가지 쟁점들과 관련하여 언급되고 있다. 이와 같이 비례의 원칙을 섬세하게 구성해야 할 필요성에 대해서는 공감대가 있는 것처럼 보이나, 현재 판례에서 드러나고 있는 비례의 원칙의 모습은 전혀 예리하거나 섬세하지 못하다. 구체화된 법적 기준으로써의 비례의 원칙이 어떤 방법을 통하여 구현될 것인가라는 쟁점에 대해서 아직 우리의 경우에는 효과적인 논의가 희박하며 아래에서 살펴보듯이 미국의 경우에도 설득력 있는 기준을 제시하려는 노력이 난관에 부딪힌 것으로 보인다. 당연히 이에 대한 불만족과 비판의 목소리가 높아지고 있다.

적정한 형사처벌이라는 쟁점은 단순화된 결론으로 답하기 보다는 형사사법절차 전체의 이론적, 사회학적, 윤리학적, 신학적, 심리학적 관점과 같은 다양한 스펙트럼들이 상호 경쟁하는 장으로 파악해야 한다. 이러한 복잡한 장 속에 놓은 형벌이론에 비례의 원칙을 적용하여 적절하고 정치한 기준을 찾으려고 하는 시도는 자칫 판도라의 상자를 여는 것과 같은 어려운 결과로 귀결되기 쉬운 것으로 보인다.

비례의 원칙은 아주 인접하고 유사한 범죄들 사이의 비교를 통해서만 일면 합리적인 판단기준으로 작동할 수 있는 것처럼 보인다. 그러나 이 또한 비례의 원칙 자체가 구체적 내용을 가지는 것이라기보다는 범죄와 형벌의 관계와 관련된 일정한 고정된 준거점을 매개로 비례의 원칙이 일정한 역할을 하는 것이라고 보아야 한다. 설명 비교가능한 유사한 범죄사이의 형사적 평가가 일정정도 불합리하다고 하더라도 지나치게 과도한 경우에만 법적으로 문제가 될 뿐이며 아주 세밀한 부적절성까지 문제삼을 수는 없다.

❖ 주제어 : 비례의 원칙, 입증책임, 형벌목적, 응보

* 한국형사정책연구원 부연구위원, 법학박사

I. 서론

범죄행위와 형벌의 관계가 합리적이고 적절해야 하며 지나친 정도를 벗어나서는 안 된다는 것은 누구도 부인하지 못할 것이다. 다만 비례의 원칙에 관한 간명한 의미 이상을 제시하려 하자마자 쉽게 출구를 찾을 수 없는 복잡한 이론적 또는 현실적 미로를 만나게 된다는 데 어려움이 있다. 책임을 평가하는 것은 상당히 주관적인 성격을 지닐 수밖에 없는 반면에 책임에 상응하는 형량은 최대한 객관화해야 한다는 모순이 비례의 원칙과 관련된 논의의 주변에 도사리고 있다. 어느 정도의 형벌이 특정한 범죄에 대하여 지나치거나 비례하지 못하는 것인가? 비례하지 못하는 형벌이 단지 적절하지 못하다고 하는 것과는 별도로 어떠한 경우에 위헌이라고 하거나 위법이라고 할 수 있는가? 입법적 판단과 사법적 판단을 통제하는 수단으로 비례의 원칙은 차이가 있는가? 일정한 정도의 형벌을 가하기 위하여 국가는 어느 정도의 요건을 입증해야 하는가?

우리의 비례의 원칙에 관한 논의는 일반적이고 추상적인 원칙 수준을 벗어나서 기준으로 작동할 만한 구체적인 내용을 모색하는 지점까지 나아가고 있다. 비례의 원칙은 지나친 법정형과 처단형에 대한 통제, 적절한 양형기준의 모색, 보다 합리적인 형법체계의 구축, 등 여러 가지 쟁점들과 관련하여 언급되고 있다. 이와 같이 비례의 원칙을 섬세하게 구성해야 할 필요성에 대해서는 공감대가 있는 것처럼 보이나, 현재 판례에서 드러나고 있는 비례의 원칙의 모습은 전혀 예리하거나 섬세하지 못하다. 구체화된 법적 기준으로써의 비례의 원칙이 어떤 방법을 통하여 구현될 것인가라는 쟁점에 대해서 아직 우리의 경우에는 효과적인 논의가 희박하며 아래에서 살펴보듯이 미국의 경우에도 설득력 있는 기준을 제시하려는 노력이 난관에 부딪힌 것으로 보인다. 당연히 이에 대한 불만족과 비판의 목소리가 높아지고 있다.

적정한 형사처벌이라는 쟁점은 단순화된 결론으로 답하기 보다는 형사사법절차 전체의 이론적, 사회학적, 윤리학적, 신학적, 심리학적 관점과 같은 다양한 스펙트럼들이 상호 경쟁하는 장으로 파악해야 한다. 이러한 복잡한 장 속에 놓은 형벌이론에 비례의 원칙을 적용하여 적절하고 정치한 기준을 찾으려고 하는 시도는 자칫 판도라의 상자를 여는 것과 같은 어려운 결과로 귀결되기 쉬운 것으로 보인다.

본고에서는 주로 법원칙으로써의 비례의 원칙이 구체적인 사안의 해결에 얼마만큼

효과적인 기준으로 활용될 수 있는지라는 점을 주된 쟁점으로 다루었다. 나아가 비례의 원칙의 적극적인 측면과 소극적인 측면 중 어떠한 부분이 비례의 원칙의 진정한 면모를 보여주는지도 분석대상으로 삼고 있다. 본고의 주된 분석대상은 미국의 판례와 학계에서 논의되는 비례의 원칙으로 삼았고 우리의 비례의 원칙에 관한 논의는 쟁점별로 부분 부분 언급하였다. 미국의 경우 비례의 원칙과 관련하여 상당히 오랫동안 판례와 학계간의 논쟁이 있어 왔기 때문에 전반적인 논의의 방향을 잡기가 용이하기 때문이다. 물론, 우리에게 시사점이 있는 한도 내에서 미국의 논의를 다루었다.

II. 적극적 기준으로써의 비례의 원칙

1. 범죄의 무게에 부합하는 형벌의 정도

가. 복수의 형벌목적과 이에 적합한 형벌

범죄에 적절히 비례하는 형벌의 종류와 정도는 단일하지 않고 대단히 많은 경우의 수로 존재한다.¹⁾ 다른 말로 하면, 형벌의 목적에 수단이 적절하게 부합해야 한다는 것은 비례의 원칙에 대한 기본적인 표현인데 목적과 수단은 상당히 복잡한 관계 속에 얽혀있다. 우선, 형벌의 목적이 하나가 아니라 응보(retribution), 예방(deterrence), 재사회화(rehabilitation), 격리(incapacitation)와 같이 여러 개라는 사실은 비례의 원칙

1) 주로 비례의 원칙은 행위의 유책성에 부응하는 형벌의 무게라는 개념으로 언급되기도 하지만, 형벌의 목적과 수단 간의 관계를 가리키는 것으로도 언급되기도 한다. 미국의 논문으로, see Donna H. Lee, Resuscitating Proportionality in Noncapital Criminal Sentencing, 40 Ariz. St. L.J. 527 (2008); 한국의 논문으로, 배종대, 보안처분과 비례성 원칙, 법치국가와 형법 (1998) 46면; 김재윤, 범죄와 형벌의 비례성에 관한 고찰, 비교형사법연구 제9권 제1호 (2007) 404-405면; 이용식, 비례성 원칙을 통해 본 형법과 헌법의 관계, 형사법연구 제25호 (2006) 34-36면; 이상돈, 헌법재판과 형법정책, 형사정책연구 제15권 제3호 (2004) 30-31면; 이진국, 형사입법자의 형벌법규 제정권한의 한계에 관한 연구, 형사정책연구원 연구총서 (2003) 89-90면. 또한, 침해되는 법익과 보호되는 법익 사이의 상관관계로 설명되기도 한다. 이용식, 앞의 논문, 37-39면. 이러한 여러 가지 표현방식은 응보주의적 관점에 입각하면 결국 비례의 원칙의 가장 간단한 표현인 책임의 정도에 부합하는 형벌의 부과라는 데서 크게 벗어나지 않는다. 법익의 정도와 보호가치 그리고 침해의 중대성에 대한 평가는 결국 유책성과 비난가능성의 정도에 대한 문제로 귀결되기 때문이다.

의 내용을 단순명쾌하게 이해하는 데 상당한 장애로 작동한다. 이 네 가지 형벌 목적 중 어떤 것을 선택해야 하는 지 혹은 어떤 것이 우선하는 지에 대한 아무런 입법적 혹은 사법적 가이드라인이 없다. 다만, 시대정신에 따라서 혹은 개별 구체적인 사건의 성격에 따라 하나의 목적이 다른 것들 보다 일시적으로 중시될 수 있을 뿐이다.²⁾

설령 하나의 정당한 형벌 목적이 선택되었다고 하더라도, 적합하고, 필요하며 과잉되지 않는 형벌 수단이 무엇인지라는 문제 또한 비례성에 관한 문제를 한층 더 복잡하게 한다. 형벌 목적과 수단 사이에 존재하는 여러 가지 변수들을 조합하여 가능한 결과들을 고려하면 거의 무한대에 가까운 경우의 수가 도출된다. 이 경우 비례성에 대한 판단은 거의 법적으로 가능한 기준이 없는 상태와 같다. 미국의 연방대법원은 아래에서 살펴해보듯이 비례의 원칙(proportionality)이 지나치고 정당하지 못한 형벌을 제어할 수 있는 기준으로써 작동한다고 선언해 왔음에도 불구하고 비례의 원칙 개념의 구체적인 내용에 대해서는 아직까지 적극적으로거나 명확하게 제시하고 있지 못하다. 우리의 비례의 원칙과 관련된 논의에서도 명쾌한 세부기준을 아직 발견하기 힘들다.

이러한 어려움에도 불구하고 형을 부과하는 데 있어 비례의 원칙이 준수되어야 한다는 주장은 생명력이 강하다. 벤담(Bentham)류의 공리주의자들조차 비례의 원칙이 근본적으로 예방주의를 뒷받침하는 핵심적인 원칙이라고 주장한다. 비례의 원칙과 관련된 순수 공리주의적인 형사 제재 원칙은 세 가지 정도로 추릴 수 있다. 첫째 형벌은 특정범죄행위로부터 얻을 수 있는 이익을 초과해야 한다. 둘째 범죄행위의 해악이 클수록 처벌로써의 비용도 커야 한다. 셋째 두 가지 범죄를 선택해야 할 때, 보다 가벼운 행위를 택할 수 있도록 가벼운 범죄에 가벼운 형벌이 가해져야 하고 무거운 범죄에 무거운 형벌이 가해져야 한다.³⁾ 결론적으로, 공리주의적 형벌이념에 의하더라도 형은

2) 각각의 형벌목적과 비례의 원칙이 상당한 관련성이 있다는 부분적인 주장들이 있지만 어떠한 주장도 다른 주장을 완전히 압도하지 못하고 있다. 나아가 여러 가지 형벌의 목적을 전제로 한다면, 비례의 원칙에 대한 세부기준은 더더욱 제시하기 난망해진다. See Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957, 989 (1991)(하멜른 사건의 다수견해는 예방주의와 재사회화 이념이 일정한 의미를 둔다면 비례의 원칙 자체의 의미자체가 모호해진다고 제시했다 “It becomes difficult even to speak intelligently of proportionality, once deterrence and rehabilitation are given significant weight”); Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 53-70 (2006).

3) Dressler, *supra* note 2, at 54 (드레스러 교수는 벤담의 저작을 요약하여 5가지 정도로 공리주의의 대표적 원칙을 추출하고 있다. Citing to Jeremy Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation ch. 14 (1789)).

지나치지 않고 범죄의 경중에 차등을 두어 필요한 정도로만 부과되어야 하는 것이다.

벤담의 주장과는 달리 공리주의적 비례의 원칙은 치명적인 약점이 있다. 사회전체의 가치증대와 범죄자를 포함한 일반인 전체에 대한 위화력을 목표로 하는 공리주의적 논리하에서는 형벌의 적절한 제어는 차순위의 과제로 놓여질 가능성이 높다. 공리주의에서는 가해자에 대해 부과되는 형의 정도는 가해자의 개인의 범죄행위로 인하여 얻은 이익의 정도나 혹은 범죄행위가 입힌 피해의 정도를 기준으로 하지 않고 관련 범죄를 미래에 행할 가능성이 있는 가해자 전체에 대한 위화력을 기준으로 삼는다. 이 경우 당해 범죄에 대한 검거율이 위화력의 분배 정도를 결정하여 형사 제재의 수준을 결정하는 데 중요한 역할을 한다.⁴⁾ 예를 들어 A지역의 절도범 a는 물건을 절도하여 얻은 이득이 100이며 A지역에서의 절도범 a에 대한 검거율은 10%인 경우를 가정해 보자. 예방주의형의 이념에 의하면 절도범 a에게 절도로 인한 이득액 100을 초과하는 제재를 가해서는 불충분하다. 즉, A지역에 발생하는 절도의 빈도에 따른 위화력을 발생시키고자 한다면 a에 대하여 100이 아닌 $100/0.1=1000$ 을 초과하는 실질적 형량을 부과하여야 한다. 이 경우 예상되는 각각의 절도행위에 대한 잠재적 형량은 1000이 아닌 100을 초과하는 것이 된다. 사례를 약간 바꾸어 경찰력을 상당히 투입하여 A지역의 범죄에 대한 검거율을 100%인 경우를 가정해 보자. 이 경우에 각각의 절도에 대한 위화력은 검거된 범죄에 대한 실질적 형량과 동일한 100을 초과하는 정도가 되어야 한다. 공리주의의 궁극적인 목표는 사회전반의 효용성(utility) 내지 부(wealth)의 증대이므로 최소한의 경찰력이나 교정자원의 투입으로 동일한 위화력(잠재적 형량)을 얻을 수 있다면 범죄자에 대한 검거율이 낮으나 실질적 형량이 높은 쪽이 오히려 효율적인 방안이 될 수 있다. 공리주의의 결론이 이와 같다면 애초 벤담의 예방주의적 원칙들이 비례의 원칙과 부합할 수 있다는 주장은 상당히 근거없는 것으로 보인다.

비례의 원칙은 재사회화 이념과 관련되어 더 절실하게 필요한 것으로 주장되었다. 우리의 경우와 비슷하게 미국에서는 1970년대와 1980년대 이후 재사회화 이념하의 부

4) 이러한 $D(\text{제재}) = L(\text{실손해액})/p(\text{검거율})$ 라는 처벌액 산정 공식은 불법행위법에서부터 발전한 위화력과 관련된 손해액 산정에서부터 유래한다. 범죄로 인하여 얻은 효용(utility)에 비하여 범죄에 가하는 잠재적 제재(D)가 높아야 범죄인이 범죄행위를 할 유인을 잃게 된다는 것이다. 자세한 내용은 Gary S. Becker, Crime and Punishment: An Economic Approach, 76 J. Pol. Economy 169 (1968); Richard A. Posner, Economic Analysis of Law, 218 (2007).

정기형이 상당한 비합리성을 노출하자 이에 대한 제어방법이 필요하다는 목소리가 거세졌다.⁵⁾ 비례의 원칙은 폐기되어야 할 재사회화 이념을 대체할 응보형 이념의 부활을 실현할 첩경으로 제시되었다.⁶⁾ 우리의 경우에도 헌법이론상 가장 일반적 원칙 중의 하나인 비례의 원칙은 보안처분 등이 노출하는 불합리를 통제할 수 있는 기준으로 언급되었다.⁷⁾ 그러나 비례의 원칙을 기준으로 적용하여 어느 정도의 치료 기간과 수단이 과도한 것으로 판단할 수 있는지는 상당히 모호한 문제이다.⁸⁾ 무엇보다도 가해자에 대한 적절한 치료(just cure)와 당해 가해자가 내포한 미래위험의 방지라는 재사회화의 목표와 가해자의 범죄행위의 중대성과 관련된 비례의 원칙과는 특별한 관계가 있는 것으로 보이지 않기 때문이다.⁹⁾ 만일 비례의 원칙을 관철시킨다면 재사회화 이념의 상당 부분은 거세당할 수밖에 없다.

적어도 재사회화나 예방주의 이념하의 내재적 논리로는 비례의 원칙의 의미내용과 기준을 도출할 수 없다는 것은 분명한 것으로 보인다. 비례의 원칙은 타 형벌이념 보다 응보형적 원칙과 밀접한 관계가 있으며 응보형 이념에서 의미내용을 도출해야 한다. 그렇다면 과연 응보형 이념을 담고 있는 비례의 원칙을 통하여 형은 어느 정도로 합리화 될 수 있는가?

나. 비례의 원칙의 구체화 시도

(가) 비례성 기준의 객관화의 명암

비례의 원칙이 가진 기초이론적인 어려움에도 불구하고, 미국 연방대법원은 헬름(Solem v. Helm) 판결¹⁰⁾에서 법정형의 합리성을 심사할 기준으로써의 비례의 원칙의

5) 미국의 재사회화 이념의 몰락과 엄격한 응보형주의의 도래에 대한 간략한 묘사로 *See* Rose Duffy, The Return of Judicial Discretion, 45 Idaho L. Rev. 223 (2008).

6) *See* Markus Dirk Bubber, Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment, 55 Hastings L.J. 509 (2004); Youngjaee Lee, The Constitutional Right against Excessive Punishment, 91 Va. L. Rev. 677 (2005); Lee, *supra* note 1.

7) 형벌과 구분되는 형사적 제재인 보안처분에 대한 제어 원리로써의 비례의 원칙에 대하여 배종대, 앞의 논문 참조.

8) 배종대 교수는 이는 유형비교적으로 답해야 할 문제라고 언급하고 있다. 배종대, 앞의 논문 참조.

9) Dressler, *supra* note 2, at 56.

10) 463 U.S. 277 (1983).

내용을 제시하는 도전을 시작했다. 파월 대법관에 따르면 세 가지 구체화된 객관적 기준에 따라 심사하여 과도하게 비례하지 않는(grossly disproportionate) 법정형의 경우 위헌판단 대상이 될 수 있다. 첫째 범죄의 중대성과 관련하여 형벌의 정도를 직접적으로 고려해야 한다. 둘째 동일한 관할 지역의 동일한 범죄에 대한 양형의 정도를 비교해야 한다. 셋째 다른 관할 지역 간의 동일한 범죄에 대한 양형의 정도를 비교해야 한다.¹¹⁾

파월 대법관의 세 가지 기준은 폰 허쉬(von Hirsch)가 비례성 개념을 구체화하기 위하여 서수적 정의(cardinal justice)와 기수적 정의(ordinal justice)라는 범주로 제시한 바에서 크게 벗어나지 않는다. 서수적 정의란 가해자가 범한 범죄가 가지는 무게의 절대치를 의미한다. 기수적 정의란 가해자가 범한 범죄의 중대성의 정도를 타 범죄와 비교하여 결정하는 것을 말한다.¹²⁾ 예를 들어 절도에 대한 처벌수위를 결정하기 위하여 절도행위의 중대성 자체만을 고려하는 것이 서수적 정의에 의한 방법이며, 절도행위와 유사한 범죄 즉 강도, 야간주거침입절도 혹은 다른 절도행위의 처벌 수위와 비교하여 처벌의 정도를 결정하는 것이 기수적 정의에 의한 방법이다. 서수적 정의에서 말하는 범죄의 무게의 순수한 절대치는 측정할 수도 없을뿐더러 존재하지도 않는다. 범죄의 중대성과 관련하여 아무런 정보도 없는 순수하게 백지상태인 경우, 타인의 주머니에 손을 넣어서 시계를 절취한 행위가 비난받아야 하는 정도를 어떻게 측정할 수 있는가? 서수적 정의는 기수적 정의의 관념에 의하여 보충될 수 있다. 밤 10시에 타인의 집에 침입하여 시계를 절취한 행위의 중대성에 대하여 법원이 징역 1년이라는 판단을 이미 했다고 가정하자. 이 경우 타인의 주머니에 손을 넣어서 시계를 절취한 행위라는 유사한 다른 사건에 대하여 평가하는 것은 비교적 용이해 질 수 있다.

한편, 범죄의 성격이 질적으로 달라서 상호비교가 어려운 경우에는 기수적 정의의 방법도 효과적이지 않을 것이다. 또한 과연 타인의 집과 타인의 주머니라는 행위객체에 대한 보호의 정도가 어느 정도로 차이가 나야하는지 객관적으로 제시하기 또한 쉽지 않아 보인다. 여기서 폰 허쉬는 각종 행위와 행위자에 대한 평가의 객관성 확보를 위하여 한 발짝 더 앞으로 나아간다. 폰 허쉬는 범죄의 심각성의 정도에 따라서 처벌의

11) 램멜(Rummel) 판결의 파월 대법관의 소수견해가 헬름(Helm)판결의 다수견해로 전환되었다. See Rummel v. Estelle, 445 U.S. 263, 295 (J. Powell, dissenting, 1980); Helm, 463 U.S., at 297-99.

12) Andrew von Hirsch, Ordinal and Cardinal Desert, in Principled Sentencing 208-10 (eds., von Hirsch & Aschworth, 1992).

수위를 등급화하여 비례의 원칙을 객관적으로 실현해야 한다고 주장하고 있다. 즉, 보다 중한 형을 가하는 범죄유형과 보다 경한 형을 가하는 범죄유형 사이의 비교를 통하여 당해 범죄와 범인의 죄과에 적합하고 비례하는 형을 객관적으로 평가하고 심지어 수치화하는 것까지 가능하다는 것이다.¹³⁾ 이는 기수적 정의의 방법으로 범죄간의 우열과 경중을 비교한 후 서수적 정의의 관념에 따라 범죄의 절대적 수치를 고정시키겠다는 발상이다.¹⁴⁾ 이러한 사고를 최대한 실현하고 있는 것이 범죄인과 범죄를 중대성에 따라 세밀하게 나누고 이를 바탕으로 형의 등급을 정할 수 있게 하는 미국연방양형가이드라인이다.

모든 연방 범죄를 등급화하여 고도의 객관성을 확보하려고 한 미국연방양형가이드라인은 현재 연방대법원이 내린 일련의 위헌결정으로 강제적 효력이 없어지는 등 신뢰도가 상당히 떨어져 있는 상태이다.¹⁵⁾ 폰 허쉬 또한 자신의 저작에서 등급화를 통한 죄과의 정확한 계산이 가능하지 않다고 슬며시 인정하고 있으며 응보형 원리에 의한 비례의 원칙이 최소한도의 기준으로만 작용할 수 있을 뿐이라고 언급했다.¹⁶⁾ 그러면 어느 정도까지 형사사법제도의 체계 및 운용에 있어서 객관적이고, 포괄적이며 혹은 세밀하게 비례의 원칙을 실현할 수 있는가? 적어도 연방대법원은 형벌의 정도의 선택은 광범위한 입법자의 재량하에 있으며 지나치게 비합리적인 형벌만이 비례의 원칙에 어긋난다고 보고 있다.¹⁷⁾

(나) 절차적 객관성 - 논증적 방법

미국 연방대법원에서 비례의 원칙을 일반적이고 모호한 언어로 구체화한 것과 마찬가지로 우리 헌법재판소에서도 상당히 추상적인 언명으로 비례의 원칙의 내용을 채우고 있다. 헌법재판소에서는, 법정형이 “지나치게 가혹”하거나, “형벌 본래의 목적과 기

13) von Hirsch, *Proportionality in the Philosophy of Punishment*, 16 *Crime & Just.* 55, 77-79 (1992).

14) 범죄와 범죄인을 일정한 요소(factor)를 통하여 보다 객관화할 수 있다는 관념은 헬름 판결의 다수 의견에도 드러나 있다. Helm, 463 U.S., at 291-92.

15) *Blakeley v. Washington*, 542 U.S. 296 (2004); *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005); 엄격한 양형가이드라인 시대의 종말을 조심스럽게 예측하고 있는 견해로, Rose Duffy, *supra* note 5.

16) von Hirsch, *supra* note 12, at 210.

17) *Ewing v. California* 538 U.S. 11, 30 (2003).

능을 달성하는 데 필요한 정도를 이탈”했거나 비례의 원칙에 “명백히 위배”된다는 정도로 비례의 원칙의 내용에 대하여 기술하고 있다.¹⁸⁾

이처럼 비례의 원칙의 내용이 구체적이거나 예리하지 못한 것에 대하여 여러가지 불만의 목소리들이 있어 왔다. 특히, 흥미롭게도 헌법재판소의 비례의 원칙을 기술하는 태도에 대하여 우리의 일부 학자들은 “개별사건에서 비례성의 원칙에 대한 철저한 논증”을 생략했다는 비판을 가하고 있다.¹⁹⁾ 이러한 의견의 저변에 깔린 생각은 만일 법원에서 비례의 원칙에 대해 상세한 논증을 했더라면 가변적이고 복잡한 상황 속에 있는 비례의 원칙의 내용이 일정정도 고정된 형태로 구체적이고 분명해 질 수 있다는 것이다. 즉, 형사특별법의 규정들을 비롯한 형사실체법에 “지나친 중형주의”가 만연한 현상들에 대하여 법원의 무기력하고 모호한 논증만으로는 효과적으로 대처하지 못한다는 것이다.

비례의 원칙을 구체화하는 데 있어 법원의 논증부족을 지적하는 것은 우리의 학계에 서만 있는 주장은 아니다. 도나 리(Donna Lee)교수는 비례의 원칙에 대하여 모호한 입장을 취하고 있는 미국연방대법원의 태도를 사법상의 의무위반이라고까지 비판했다. 나아가 리 교수는 헬름(Helm) 판결에서 파월 대법관이 주장한 비례의 원칙에 관한 3가지 기준을 보다 구체화할 수 있는 것으로 투명성(transparency), 입법형성권에 대한 절제된 존중(limited deference), 정의에 대한 적절한 감성(felt sense of justice)²⁰⁾이라는 요소들을 제시했다. 즉, 리 교수의 주장에 따르면 응보형 주위에 부합하는 적절한 법적 감성을 바탕으로 비례의 원칙을 구체적으로 적용할 시의 분석방법에 대하여 법원이 적시(a written record of their analytical processes)하여 기준설정에 관한 투명한 논의를 가능하게 해야 한다는 것이다.²¹⁾

보다 자세한 논증을 통하여 비례의 원칙을 구체화시킬 수 있다는 주장은 많은 어려움을 안고 있다. 첫째로 범죄와 형벌이 진정 비례할 것인가라는 쟁점에 관한 도나 리

18) 헌재 2006. 6. 29. 2006헌가7; 헌재 2006. 5. 25. 2005헌바4; 헌재 2006. 4. 27. 2006헌가5; 헌재 2005. 6. 30. 2004헌바4; 헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12; 헌재 2004. 4. 29. 2003헌바118; 헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24.

19) 김재윤, 앞의 논문, 404면.

20) 우리의 경우에도 “국민일반의 가치관”, “국민일반의 범감정,” 등의 일반적인 언명이 기준의 일종으로 판결문에 등장하고 있다. 헌재 2006. 6. 29. 2006헌가7; 헌재 2005. 6. 30. 2004헌바4.

21) Lee, *supra* note 1, at 531-534.

교수의 주장에 따르면 정의와 관련된 적절한 감성이 궁극적인 판단근거가 되어야 한다. 그러나 과연 단일한 응보형적 감성이 존재하는지에 대해서는 의문을 지을 수 없다.²²⁾ 물론 도나 리 교수가 응보형적 감성이 비례의 원칙의 판단기준에 궁극적인 역할을 한다고 언급한 것은 상당히 예리한 지적이나 오히려 비례의 원칙은 정의에 관한 감성과 같은 가변적이고 모호한 데 기반을 두고 있기 때문에 법적 기준으로 구체화하기가 어렵다는 점을 더 분명하게 드러내는 근거로 작동할 수 있다. 둘째로 비례의 원칙을 구체화하기 위하여 논증의무의 강화라는 절차적 장치를 마련하는 것은 오히려 실체적 측면에서 비례의 원칙에 부합하는 범죄와 형벌 간의 관계를 섬세하게 구체화하는 데 대한 어려움을 간접적으로 인정하는 것이다. 셋째로 논증의무에 대한 강조와 더불어 리 교수는 비례의 원칙의 객관화를 위하여 해악, 비난가능성, 폭력, 행위자의 나이의 무게를 평가해야 한다는 다시 부가적인 해결책을 제시하고 있다. 이러한 리 교수의 주장은 앞에서 언급한 폰 허쉬 혹은 미국 양형가이드라인에서 사용하는 방법인 범죄와 범죄인의 등급화와 크게 다르지 않아 보인다.²³⁾

2. 형벌의 정도에 부합하는 범죄요건

가. 최소한도의 범죄요건

범죄의 무게에 부합하는 형벌을 부과해야 한다는 요청인 비례의 원칙은 반대로

22) 미국 양형기준이 구축될 당시에 작성된 실증조사로 범죄의 중대성에 대한 판단은 판단자에 따라서 상당히 다양하다는 것을 보여주고 있는 논문으로, See Peter H. Rossi et al., The Seriousness of Crime: Normative Structure and Individual Differences, 39, Am. Soc. Rev. 224 (1974). 직관적으로 당연하게 받아들이는 범죄행위 사이의 무게 차이가 평가의 관점에 따라서는 확연하게 달라질 수 있다. 일면, 생명권을 침해하는 살인이 가장 중한 범죄행위라는 것은 당연하게 들린다. 그러나 모든 면에서 생명권이 다른 범의 보다 절대적으로 우월하지는 않을 것이다. 예를 들어, 재산을 강탈한 강도행위와 신체의 안전을 해친 상해행위가 결합된 범죄가 생명을 침해한 범죄보다 모든 경우 반드시 경한 형태의 범죄인가? 또 다른 예로 대규모 마약거래의 경우 많은 사람의 인생을 파탄으로 몰고 갈 수 있으므로 단지 한 명의 사람을 살해하는 것보다 중하다고 평가할 수도 있지 않을까? 우리 헌법재판소는 범죄행위유형에 대한 평가는 대체로 입법 재량권에 속한다고 선언했다. 이에 대해서는 헌법재판소 1997.8.21. 93헌바60 전원재판부 외에 각주 18번의 판결들 참조; 이에 상반되는 견해로 김재윤, 앞의 논문, 393면 참조.

23) von Hirsch, *supra* note 13.

형벌의 정도에 부합하는 범죄요건이 성립되어야 한다는 원칙으로 이해될 수 있다. 우선, 이것은 범죄요건이 최소한도의 기준을 충족함으로써 진정 비난가능성이 있어야 한다는 요청을 의미한다. 미국 연방대법원은 로빈슨 판결에서 마약에 중독된 자를 처벌하는 규정을 연방헌법 제8조²⁴⁾ 위반이라고 판시했다. 이 로빈슨 판결을 확장해서 이해한다면, 마약에 중독된 자가 마약을 소지하는 행위, 도박을 충족시키기 위하여 한 행위 같이 자기 통제력이 부족한 상태여서 형사적으로 비난하는 것이 불합리한 경우까지 처벌하지 않을 수 있는 가능성을 고려할 수 있다.²⁵⁾ 즉, 형사실체법적으로 비난 가능한 요건이 규정되어야 한다는 것은 처벌을 전제로 한 최소한도의 질적·양적 기준이 확보되어야 한다는 비례의 원칙의 내용이 될 수 있다.

반면, 이러한 최소한도의 요건을 갖추어야 한다는 요청에서 훨씬 더 나아가 비례의 원칙은 범죄체계론 내의 구성요건, 위법성 그리고 양형 단계에서의 판단 혹은 해석에 있어 정치하지 못한 면을 보다 섬세화하기 위한 심사기준으로 사용될 수 있다고 주장하는 견해도 있다.²⁶⁾ 이는 범죄체계론과 양형을 가장 정확하고 정치하게 구현할 수 있게 하는 비례의 원칙의 가장 이상적 모습에 대하여 지적한 것으로 보인다. 그러면 로빈슨 판결과 같이 최소한도의 처벌 근거를 확보하라는 요청과 형법이론과 실무를 가장 완성해 가까운 모습으로 구축하기 위한 양 극단은 어떠한 형태로 중도의 타협점을 찾을 수 있는지에 대하여 진지하게 질문해 보아야 한다.

나. 입증책임 전환 문제

일정한 형벌이 정당화되기 위해서는 그 형에 부합하는 일정한 양과 질의 범죄요건을 국가가 증명해야 한다. 피고인이 비난에 상응하는 행위를 했다는 데 대한 합리적인 의심의 여지를 넘은 증명 없이 처벌을 가하는 것은 절차적으로는 국가의 입증책임의 방기

24) 미국연방헌법 제8조에는 잔혹하고 정상적이지 않은 형벌(cruel and unusual punishment)을 금지하는 조항이 있다. 본 조항을 해석하여 비례의 원칙 등 실체형법 상 여러 법리를 추론해내고 있다.

25) Dressler, *supra* note 2, at 106; Stanford H. Kadish, Fifty Years of Criminal Law: An Opinionated Review, 87 Cal. L. Rev. 943, 965 (1999) ("The Robinson decision could plausibly have been seen as a vital opening toward establishing lack of self-control as a constitutional bar to punishment")

26) 이용식, 앞의 논문, 45면.

이고 실체적으로는 범죄에 대한 적절한 증명없이 처벌을 가하는 것이 되어 비례의 원칙 위반이 될 수 있다. 미국 연방대법원은 멀레니(Mullaney) 판결과 아프렌디(Apprendi) 판결 등에서 일정한 요건이 기존의 법정형 보다 형을 상승시키는 역할을 한다면 그 요건은 반드시 배심원에게 제출되어야 하며 합리적인 의심의 여지없이 증명되어야 한다고 판시하여,²⁷⁾ 기초적인 법리를 제시했다.

멀레니 판결에서는 메인(Maine) 주의 고의살인(murder)이 걱정살인(voluntary manslaughter)으로 감경되기 위한 입증책임을 다루고 있다. 전통적으로 걱정살인이 성립하기 위해서는 검사가 피고인의 행위 당시에 걱정(heat of passion)이 있었음을 증명해야 하지만, 메인 주의 살인죄 규정들은 고의살인에서 걱정살인으로 감경되기 위하여 걱정이 있었음을 피고인이 증명해야 한다고 규정하고 있었다. 따라서 검사가 걱정살인을 입증하기 위하여 피고인이 걱정 속에 살해행위를 했다는 것을 증명할 필요가 없어진다. 당시 메인 주 법률에 따르면, 입증책임이 검사에서 피고인으로 전환된 걱정살인의 형량은 변화가 없었다. 이에 대하여 연방대법원은 동일한 정도의 형사적 비난을 가하지만 검사가 증명해야 할 요소가 줄어들게 된 것은 부과할 형을 정당화하기 위한 국가의 의무 즉 증명의무를 충분히 다하지 못한 것이라고 판시했다.²⁸⁾ 멀레니 판결은 범죄구성요건의 정의는 전적으로 입법재량이라고 판시한 맥밀란(MacMillan) 판결을 위시한 몇몇 판결²⁹⁾과는 달리 구성요건의 정의에 관한 사법적 통제의 가능성을 열어 놓은 전환점이었다.

이러한 멀레니 판결은 다분히 절차적인 해결책을 제시한 것이라 지적하며, 제프리(Jeffrie)교수와 스티븐(Stephen)교수는 멀레니(Mullaney) 판결에 대한 평석을 통하여 비난의 정도와 증명의 정도 사이에 있어야 하는 실체법적인 비례의 원칙에 대하여 주장했다. 즉, 피고인의 걱정은 커먼로 전통에 비추어 구성요건이 분명하므로 걱정에 대해서는 국가가 입증책임을 진다는 절차적인 원칙을 다시 확인한데 지나지 않는다는 것이

27) Apprendi v. New Jersey, 530 U.S. 466 (2000).

28) Patterson, 432 U.S., at 226-27 (J. Powell, dissenting) (제프리 교수와 스티븐 교수의 실체적 관점은 사실 패터슨(Patterson) 판결의 파월(Powell) 판사의 소수의견에 나타난 두 가지 모순된 시각 중 하나를 추출하여 서술한 것이다).

29) McMillan v. Pennsylvania, 477 U.S. 7, 85 (2000); Almendarez-Torres v. United States, 523 U.S. 224 (1977).

다. 제프리 교수와 스티븐 교수는 여기서 한 발 더 나아가 일정한 요건의 증명여부가 형의 현저한 변화와 관련되어 있을 때 범죄구성요소로 인식해야 하는 보다 실체적인(substantive) 해결책이 필요하다고 지적했다. 즉, 형사적 비난의 총량이 비례의 원칙을 매개로 구성요건을 통제할 수 있는 가능성을 찾아야 한다는 점을 지적하고 있다.³⁰⁾

제프리와 스티븐 교수의 관점은 이후 아프렌디 판결에서 보다 효과적으로 구현된다. 아프렌디 판결에서는 뉴저지(New Jersey) 주의 증오범죄를 다루고 있다. 당시 뉴저지 주에서는 5년 이상 10년 이하의 법정형에 처할 수 있는³¹⁾ 기본 구성요건인 불법 화기소유(firearm)³²⁾를 증오범죄(hate crime)의 형태로 범한 경우에 10년 이상 20년 이하의 법정형에 처할 수 있도록 하고 있었다.³³⁾ 기본 구성요건인 불법 화기소유행위는 입증책임의 일반적인 원칙에 따라 검사가 합리적인 의심의 여지없이 증명해야 하는 것이었다. 하지만 형을 가중시키는 증오범죄의 경우 합리적인 의심의 여지없이 증명하는 것이 아니라 우월적 증명 정도로 가중처벌할 수 있었다. 이 뉴저지 주의 입법에 대하여 연방대법원은 일정한 요건이 형을 가중시키는 것과 관련되어 있다면 당해 요건에 대하여 합리적인 의심의 여지없이 증명해야 한다고 판시했다.³⁴⁾ 아프렌디 판결은 전통적인 범죄구성요건이 아닌 요건이 형의 증가와 관련되어 있을 때 범죄구성요건과 동일하게 취급하고 있다. 이는 벨레니 판결 보다 범죄의 무게와 형벌의 정도 간의 실체적 관계를 밝히는 데 있어 훨씬 멀리 나아간 것이다.³⁵⁾

30) John Calvin Jeffries Jr. & Paul B. Stephen III, Defenses, Presumptions, and Burden of Proof in the Criminal Law, 88 Yale. L.J. 1325, 1356-64 (1979).

31) N.J. Stat. §2C:43-6(a)(2).

32) N.J. Stat. §2C:39-4(a).

33) N.J. Stat. §2C:44-3(e).

34) Apprendi v. New Jersey, 530 U.S. 466 (2000).

35) 우리의 입법을 살펴보아도 비례의 원칙에 있어 입증책임의 경중과 관련하여 유사한 쟁점이 제기될 수 있는 면이 존재한다. 예를 들어, 형법 제301조에서는 강간상해죄와 강간치상죄 혹은 형법 제337조의 강도상해죄와 강도치상죄 간에는 고의와 과실이라는 경중이 있음에도 불구하고 동일한 법정형으로 평가하고 있다. 양형단계에서 고의와 과실간의 차이가 드러나도록 할 수 있지만, 굳이 과실 이상의 입증책임을 충족할 필요를 느끼지 못하도록 한 입법상의 장치는 문제의 소지가 될 수 있다. 사실, 형법 제301조의 강간살인과 강간치사 혹은 형법 제338조의 강도살인과 강도치사 사이에는 법정형이 차이가 있다. 하지만, 치상과 상해를 동일하게 평가한 것을 단순히 입법적인 흠결이라고 치부할 수만도 없는 것이 상해의 결과발생에 관한한 진정결과적가중범과 부진정결과적가중범을 크게 구분해서 평가할 이유가 없다는 우리 입법자의 가치관단 결과일 수도 있다. 결국 쟁점은 비교되는 입증책임의 정도에 비하여 처벌이 지나치게 불균형이지 않는가라는 의문이다. 본 예에

아프렌디 판결에서는 형의 증감이 범죄요소의 구성과 관련되어 있다는 것을 어느 정도 명확하게 했음에도 불구하고, 어느 정도의 형벌이 어떠한 범죄구성요건에 부응하는지는 여전히 분명하게 언급하지 않았다. 아프렌디 판결의 반대 의견에서 오코너(O'Connor) 대법관은 뉴저지 주 입법자는 불법화기소유에 대하여 합리적인 의심의 여지없이 증명을 한다면 5년 이상 20년 이하의 형에 처하는 규정을 마련할 수 있다고 지적했다. 여기에 덧붙여 오코너 대법관은 불법화기소유를 중오범죄의 형태로 범한 것을 우월적 증명력으로 입증한 경우 10년 이상의 형에 처한다고 입법한다면 아프렌디 판결의 다수견해가 방지하려고 했던 것과 동일한 결과에 이르게 된다는 점을 언급했다.³⁶⁾ 같은 맥락에서 기본구성요건에 대응하는 법정형이 존재하고 이에 대하여 추가된 요건에 따른 법정형의 증감이 있는 뉴저지주 입법의 적절성에 대해 다룬 아프렌디 판결의 경우, 기본구성요건과 추가된 요건 사이의 상호 비교를 통하여 구성요건과 형의 관계가 지나친 것은 아닌지 용이하게 판단할 수 있는 여지가 있다. 반면, 비교가 어려운 혹은 비교 대상이 없는 범죄와 형벌 간의 관계가 어떻게 설정되었을 때 적절하다고 할 수 있을지는 상당히 난제로 남아있다.³⁷⁾

Ⅲ. 소극적 혹은 비판적 원리로써의 비례의 원칙

1. 최소한도의 헌법재판의 기준으로써의 비례의 원칙

앞에서 살핀 대로 우리와 미국 모두 비례의 원칙의 개념적 분화와 내용적 구체화에 대한 열망이 상당했으나 아직까지 가시적으로 효과적인 결과를 만들어 내지는 못했다. 적극적으로 비례의 원칙의 내용을 구체화하는 데 있어 법이론들은 아무런 성과를 이루지는 못했지만, 비례의 원칙은 소극적으로 적용되었을 때 오히려 설득력이 있는 것으로

대해서는, 오영근, 형법총론, 박영사, 2006, 65면.

36) Apprendi, 530 U.S., at 540-41.

37) 이러한 현상은 본고 앞에서 제시한대로 기수적 정의의 경우 비례적 방법을 통하여 어느 정도 비례성의 정도에 대한 판단이 가능하지만 기수적 정의의 개념으로 비례성의 절대치를 가늠하기 힘들다고 지적한 측면과 정확하게 일치하는 것이다.

보인다. 적어도 우리와 미국의 판결들에 나타난 바를 종합하면, 비례의 원칙은 추상성, 상대성, 일반성 그리고 가변성이라는 성격을 지닌 법원칙³⁸⁾으로써 최소한도의 기준으로만 작동하고 있다는 결론을 내릴 수밖에 없다.

예를 들어, 미국 연방대법원에서는 사형에 처할 수 없는 범죄유형을 개별 판결을 통하여 하나하나 골라내는 방식을 취하고 있다. 연방대법원에서는 강간행위를 한 피고인을 사형에 처하는 것은 비례의 원칙에 어긋난다고 판시했다.³⁹⁾ 또한 미필적 고의 이상의 주관적 구성요건을 가지지 않았고 살인의 주요한 부분에 가담하지 않은 피고인을 사형에 처하는 것 또한 비례의 원칙에 어긋난다고 판시했다.⁴⁰⁾ 나아가 행위시 16세 이하였던 자에게 사형선고를 하는 것 또한 위헌이라고 판시했다.⁴¹⁾ 정신이상자(*insane*)가 사형선고 받는 것 또한 위헌이라고 하였다.⁴²⁾ 이러한 미국 연방대법원의 소극적으로 혹은 비판적으로 사형이 정당화 될 수 없는 범죄행위를 추려내는 것은 우리의 경우에도 시사하는 바가 있을 것이다.⁴³⁾

나아가 우리의 헌법재판소와 미국의 연방대법원 모두 범죄와 법정형과의 관계에 있어서 아주 예외적으로 과도하게 비례하지 않는(*grossly disproportionate*) 경우에만 비례의 원칙의 위반이라고 하고 있다. 이렇게 사형 외의 형사처벌에 적용될만한 비례의 원칙은 비록 소극적으로만 작용한다고 하더라도 그 내용이 무엇인지 명쾌하지 않다.

38) 비례의 원칙이 헌법적인 법원칙의 차원뿐만 아니라 입법적으로 구체적인 기준의 제시로 기능해야 할 수 있을 것이라는 기대가 몇몇 이론가들에게 제시되고 있다. 우리나라의 논의에서는 이용식, 앞의 논문, 41-42면 참조 (“비례성의 원칙이 실상은 가장 중요하게 검토되어야 할 입법의 영역에서 사전적인 통제가 충분히 이뤄지지 못한다는 지적이 가능하게 된다. 이는 다른 면에서 보면 비례성 원칙이 가지고 있는 한계이기도 하다. 그럼에도 불구하고 헌법재판소의 역할을 고려하면 실제 형법 규정이 헌법규정과 합치되고 또한 헌법의 근본적 결단뿐만 아니라 불문의 기술되지 않는 헌법원칙과도 상응되어야 한다는 점은 환기되어야 한다”). 그러나 비례의 원칙은 법원칙 자체로 활용되어야 하며, 그 이상의 세부적인 기준을 비례의 원칙에서 직접 도출하는 것은 상당한 어려움이 있을 가능성이 높다. 이에 대하여 명쾌한 논증으로, Larry Alexander & Emily Sherwin, *infra* note 50.

39) *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977).

40) *Tison v. Arizona*, 481 U.S. 137 (1987); *Edmund v. Florida*, 458 U.S. 782 (1982).

41) *Thompson v. Oklahoma*, 487 U.S. 815 (1988).

42) *Ford v. Wainwright*, 477 U.S. 399 (1986).

43) 우리의 경우 형법 제93조에서 여적죄의 법정형을 절대적 사형으로 규정하고 있고 구 특경법 제3조, 제4조, 제5조에서 일정 금액이상의 재산범죄, 재산해외도피죄, 뇌물죄 등을 사형에 처할 수 있도록 한 입법 등의 경우 비례의 원칙의 소극적 측면을 활용하면 위헌적 요소가 있다고 판단가능할 것이다. 본 예에 대해서는, 오영근, 앞의 책 참조.

“과도하게 비례하지 않는다”는 처벌의 과도함이 어느 정도인지는 현재 분명하지 않은 것이다.⁴⁴⁾ 앞에서 언급한 헬름(Helm) 판결에서 문제된 피고인의 행위 내용은 100달러의 부정수표발행죄였다. 피고인 헬름은 주거침입절도와 음주운전을 포함한 7번의 비폭력적인 범죄를 범한 전과가 있었다. 사우스 다코다(South Dakota)의 상습범 처벌법(South Dakota's habitual offender law)에 따라 가석방의 가능성이 없는 무기징역형에 처해졌다. 이처럼 헬름 판결에서 연방대법원은 가석방 가능성 없는 무기징역형은 피고인의 행위에 비추어 과도하게 비례하지 않는다고 판단한 데 비하여, 유사한 사건인 럼멜(Rummel) 판결, 하멜른(Harmelin) 판결, 유잉(Ewing) 판결에서는 상습범 내지 다수 전과가 있는 피고인에 대한 무기징역형을 부과한 것은 비례의 원칙에 어긋나지 않는다고 판시했다.⁴⁵⁾

결론적으로, “과도하게 비례하지 않는다”는 기준은 명확한 방법으로 구체화되지 못하고 있으며 도나 리 교수가 지적대로 정의에 대한 감성(felt sense of justice)이라는 다분히 직관적 판단에 결국 귀결되는 것으로 보인다.⁴⁶⁾ 현재까지 우리 혹은 미국의 법이론가와 사법부가 비례의 원칙의 구체화와 관련하여 쌓아올린 성과는 입법부가 제시한 형사처벌 규정들과 이러한 규정을 바탕으로 한 판결들 중 지나치게 비이성적인 것부터 제거하는 소극적, 개별적, 비판적 방식이 가능하다는 것을 발견한 것이라고 볼 수밖에 없다.

44) 사형의 엄중함과 위험성은 너무도 분명해서 비례의 원칙이 용이하게 사용될 수 있다. 하지만, 다른 형벌들의 무게 간에 차이가 나는 이유를 쉽게 논증하기 힘들다. 따라서 사형이 아닌 형의 정도를 평가하려 하자마자 상당한 어려움에 빠질 것이다.

45) 각주44와 같은 취지에서, 헬름 판결과 위 판결들 사이에는 가석방의 가능성 없는 무기징역인지 여부, 동일한 범죄를 반복적으로 범했는지 여부와 같은 점에서 일정정도 차이가 있다. 그러나, 이러한 차이들은 비례성을 판단하는 데 전혀 본질적이지 않으며 오히려 논의의 쟁점을 흐리는 효과가 있다.

46) 만일 단순한 직관적 판단이 궁극적인 기준이 될 수 없으며 형의 정도의 정당성을 판단하는 데 있어 객관적인 기준을 논리적으로 현출시킬 수 있다고 하는 논증주의자의 방법에 기반다면, 결국 기준으로 작동할 수 없을 만큼의 복잡한 논증의 복합체만이 나타날 것이다. 형벌의 적정성을 고려하기 위하여 고려해야 할 요소를 논증하기 시작하면 어쩌면 무한대에 가까운 결과가 나타날 것이다. 앞에서 제시한대로 형의 적정성을 판단하기 위해서는 목적과 수단 사이에 고려해야할 요소가 너무 많다.

2. 미국 사형법에서의 개별적 비례의 소극적 성격

미국의 사형양형 법리와 관련된 연방대법원의 판결들에서는 어떠한 영역보다도 비례의 원칙이 자주 언급되고 있다. 현재까지 사형양형과 관련된 비례의 원칙에 관한 표준이 되고 있는 로켓(Locket)판결에서는 사형에 대한 감경요건을 열거식으로 제한해 놓은 규정은 위헌이며 감경요건은 예시적으로만 제시되어야 한다고 판시했다. 로켓(Locket)판결에서 제시한 비례의 원칙은 특정한 요건이 존재할 때 사형에 처할 수 있다는 적극적인 내용을 지닌 것이 아니라 어떠한 요건도 사형양형단계에서 제외되어서는 안 된다는 소극적인 내용을 담고 있다. 이는 사형이라는 형에 처하는 데 필요한 사실의 질과 양을 입법적으로 특징하는 것이 불가능하다는 것을 확인시켜준 것이기도 하다.⁴⁷⁾ 본래 사형은 가장 위험한 형벌이므로 판단에 최대한 주의를 기울이기 위해서는 가능한 많은 감경적 요건들에 대한 고려가 필수적이다. 사형에 관한 판단을 위해서는 피고인의 인생 전체가 의미 있는 사실이 될 수 있다. 사형 양형요건에 대한 이러한 완벽한 인식론적 요구가 역설적으로 사형 양형요건에 대한 완벽한 기술은 불가능하다⁴⁸⁾는 결론으로 귀결되었다. 이처럼 비례의 원칙은 미국의 사형 양형 법리에서도 여전히 자신의 적극적인 내용을 드러내지 못하고 입법적 규정을 해체하는 비판적·소극적 성격만을 보여주고 있다.⁴⁹⁾ 역설적으로 비판적·소극적으로 사용되었을 때 비례의

47) 이러한 로켓(Locket) 판결은 맥고다(MacGautha)판결에서 어떤 행위를 한 자를 사형에 처할 것인가를 미리 입법으로 특징하는 것은 인간의 능력으로 불가능하다고 선언에서 한 할란(Halan) 대법관의 다수 견해의 취지와 동일 선상에 있는 것이다. MacGautha v. California, 402 U.S. 183, 204 (1971).

48) *Id.*, at 205 (“No formula is possible that would provide a reasonable criterion for the infinite variety of circumstances that may affect the gravity of the crime of murder”).

49) 그러나, 미국연방대법원에서도 사형양형의 가중요건과 관련해서는 여전히 적극적인 형태의 비례의 원칙의 구현이 가능한 것으로 인식하고 있다. 스티븐스 대법관은 월튼 판결의 소수의견(Walton v. Arizona, 497 U.S. 639, 709 (Stevens, J. dissenting, 1990))에서 사형이라는 형사적 비난을 가해야 하는 범죄의 유형을 수많은 범죄들 중 가장 중한 형태의 것으로 제한해야 한다는 적극적이고 구성적인 형태의 비례의 원칙을 주장했다. 스티븐스 대법관은 사형양형에 있어서 이러한 중한 형태로 피라미드 꼭지점에 가까운 범죄행위들을 분류하기 위한 가중적 요건들은 구성요건과 동일한 수준으로 합리적인 의심의 여지가 없는 정도까지 증명을 해야 한다고 주장했다. 이 주장은 이후 링관결(Ring v. Arizona, 536 U.S. 584 (2002))에서 다수의견으로 전환되었다. 그러나 스칼리아 대법관은 월튼 판결에서 제시한 별도 의견에서는 사형양형의 가중요건이든 감경요건이든 제한적이고 적극적으로 규정할 수 있다는 데 대하여 상당한 의문을 표시하고 있다(Walton, 497 U.S., at 656-57 (Scalia J. Concurrence)). 필자는 할란 대법관에서 스칼리아 대법관까지 이어지는 사형양형

원칙은 보다 더 효과적이다.

Ⅳ. 기초적 원칙으로써의 비례의 원칙

최소한도의 기준으로써의 의미를 벗어나면 비례의 원칙은 아주 일반적인 지침 이상의 역할을 하기가 힘들 것으로 보인다. 범죄와 형벌이 비례해야 한다는 관념이 범죄이론과 형벌이론들을 가장 합리적이고 정치한 부분까지 활용되려고 하자마자 기존의 범죄론과 형벌론에서 수립한 특유한 논리 속으로 흡수된다.⁵⁰⁾ 따라서 범죄와 형벌의 관계가 적절하고 비례해야 한다는 주장은 거의 대부분의 범죄 및 형벌 이론의 배경에 있는 아주 일반 원칙적인 역할을 할 수 있지만 그 이상이 아닐 가능성이 높다. 비례의 원칙은 다른 모든 법원칙이 그러하듯이 가변성, 추상성 그리고 일반성 이상의 특별한 것을 포함하고 있다고 생각하기 힘들다.⁵¹⁾ 즉 세밀한 정도의 형벌의 차이를 가려내거나 범죄체계론상의 모순을 해결하는 데 필요한 내용은 비례의 원칙이 아닌 형법체계 내의 다른 이론적 부분에서 혹은 입법상의 혹은 사법상의 실천적 부분에서 찾아야 한다. 물론 일반적인 혹은 추상적인 성격의 비례의 원칙을 활용하여 이상적 합리성과 균형성을 찾으려고 하는 욕구 자체는 쉽게 사라지지 않을 것으로 보인다. 그러나 비례의 원칙에 수많은 실제 형법상의 이론들을 원거리에서 정당화하는 소극적인 역할 혹은 지나치게 비합리적인 형을 제거하는 역할 이상을 강요하면 어쩌면 애초 의도했던 것과는 정반대의 부작용이 발생할 가능성이 높다.

요건의 규정형식과 관련된 불가지론에 보다 큰 가치를 두고 있다.

50) 유사한 견해로, 이용식, 앞의 논문, 43면 (“형법내재적인 판단과정 역시 가치 혹은 목적의 형량과 균형을 도모한다는 점에서 헌법상의 비례성 원칙과 유사한 사고과정을 거치지만, 구체적 판단기준이나 실제사안에서의 도출되는 균형점은 형법의 태생적인 특수성과 형법자체의 정밀성으로 인해 상이하다고 평가되기 때문이다..... 헌법상의 비례의 원칙은 형법의 내부와 관련해서는 추상적인 가이드라인의 제시 혹은 지침적 기능을 일단 가진다고 평가할 수 있다”).

51) 법원칙에서 특정한 범규범이 논리 필연적으로 도출되지 않는다는 주장으로, Larry Alexander & Emily Sherwin, The Rule of Rules: Morality, Rules and the Dilemmas of Law, 172-76 (2001).

V. 결 론

비례의 원칙은 가장 추상적이고 일반적인 원칙 중의 하나이다. 따라서 비례의 원칙을 구체화하는 것은 단지 범죄의 무게와 형벌의 정도와의 관계라는 단순한 도식에 가두어서는 안 된다. 범죄와 형벌의 관계에 관하여 비례의 원칙은 단지 직관적인 내용만을 기준으로 제시해 줄 수 있을 뿐이다. 비례의 원칙은 구성요건, 위법성, 책임, 양형 등에 존재하는 여러 가지 범죄체계이론과 형벌이론들이 구체화하는 데 있어 배경 근거로 작용한다고 보아야 한다. 비례의 원칙 자체로 대략적인 지침 이상으로 활용될 수 있는 부분은 극히 드물다고 보아야 한다.

한편, 비례의 원칙은 아주 인접하고 유사한 범죄들 사이의 비교를 통해서는 일면 합리적인 판단기준으로 작동할 수 있는 것처럼 보인다. 그러나 이 또한 비례의 원칙 자체가 구체적 내용을 가지는 것이라기보다는 범죄와 형벌의 관계와 관련된 일정한 고정된 준거점을 매개로 비례의 원칙이 일정한 역할을 하는 것이라고 보아야 한다. 설령 비교가능한 유사한 범죄사이의 형사적 평가가 일정정도 불합리하다고 하더라도 지나치게 과도한 경우에만 법적으로 문제가 될 뿐이며 아주 세밀한 부적절성까지 문제삼을 수는 없다.

참고문헌

[외국문헌]

Andrew von Hirsch, Ordinal and Cardinal Desert, in *Principled Sentencing* (eds., von Hirsch & Aschworth, 1992).

_____, Proportionality in the Philosophy of Punishment, 16 *Crime & Just.* 55 (1992).

Donna H. Lee, Resuscitating Proportionality in Noncapital Criminal Sentencing, 40 *Ariz. St. L.J.* 527 (2008).

Gary S. Becker, Crime and Punishment: An Economic Approach, 76 *J. Pol. Economy* 169 (1968).

John Calvin Jeffries Jr. & Paul B. Stephen III, Defenses, Presumptions, and Burden of Proof in the Criminal Law, 88 *Yale. L.J.* 1325, 1356-64 (1979).

Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, (2006).

Markus Dirk Bubber, Toward a Constitutional Law of Crime and Punishment, 55 *Hastings L.J.* 509 (2004).

Peter H. Rossi et al., The Seriousness of Crime: Normative Structure and Individual Differences, 39, *Am. Soc. Rev.* 224 (1974).

Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 218 (2007).

Rose Duffy, Comment, The Return of Judicial Discretion, 45 *Idaho L. Rev.* 223 (2008).

Stanford H. Kadish, Fifty Years of Criminal Law: An Opinionated Review, 87 *Cal. L. Rev.* 943, 965 (1999).

Youngjaee Lee, The Constitutional Right against Excessive Punishment, 91 *Va. L. Rev.* 677 (2005)

Apprendi v. New Jersey, 530 U.S. 466 (2000).

Blakeley v. Washington, 542 U.S. 296 (2004).

Coker v. Georgia, 433 U.S. 584 (1977).

Edmund v. Florida, 458 U.S. 782 (1982).

Ewing v. California 538 U.S. 11 (2003).
Ford v. Wainwright, 477 U.S. 399 (1986).
Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957 (1991)
MacGautha v. California, 402 U.S. 183, 204 (1971).
Ring v. Arizona, 536 U.S. 584 (2002)
Rummel v. Estelle, 445 U.S. 263 (1980).
Solem v. Helm, 463 U.S. 277 (1983).
Tison v. Arizona, 481 U.S. 137 (1987).
Thompson v. Oklahoma, 487 U.S. 815 (1988).
United States v. Booker, 543 U.S. 220 (2005).
Walton v. Arizona, 497 U.S. 639 (1990).

[국내문헌]

김재윤, 범죄와 형벌의 비례성에 관한 고찰, 비교형사법연구 제9권 제1호 (2007).
배종대, 보안처분과 비례성 원칙, 법치국가와 형법 (1998).
오영근, 형법총론, 박영사 (2006).
이용식, 비례성 원칙을 통해 본 형법과 헌법의 관계, 형사법연구 제25호 (2006).
이상돈, 헌법재판과 형법정책, 형사정책연구 제15권 제3호 (2004).
이진국, 형사입법자의 형벌법규 제정권한의 한계에 관한 연구, 형사정책연구원 연구총서 (2003).
헌재 2006. 6. 29. 2006헌가7.
헌재 2006. 5. 25. 2005헌바4.
헌재 2006. 4. 27. 2006헌가5.
헌재 2005. 6. 30. 2004헌바4.
헌재 2004. 4. 29. 2003헌바118.
헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12.
헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24.

Critical Analysis of the Principle of Proportionality - Based on Analysis of American Cases and Theories -

Kang, Wu-Ye *

Nobody can deny the relation between crime and punishment should be proper and reasonable. What makes difficult is that you must meet complex theoretical as well as realistic labyrinth as soon as you are trying to step much further from a simple definition of proportionality. The consideration of criminal responsibility is very subjective but its responding level of punishment should be objective. This contradiction is going around the issue of the principle of proportionality.

The proportionality is one of the most abstract and general principles. Therefore, the proportionality should not be trapped in the simple picture of the relation between gravity of crime and level of punishment. As for the relation between crime and punishment, the principle of proportionality simply provides intuitive sense for its concrete standard. The principle of proportionality should function as a background for many theories of criminal justice system, such as element, justification, excuse and sentencing. The principle of proportionality itself does not work as a effective standard, rather than general guidance.

In a sense, the principle of proportionality can become a reasonable standard by way of comparison between closely related and similar type of crimes. Nonetheless, for the process of comparison to be possible, there should be already fix point for the comparison. Also, the crimes that is subject to comparison should look similar enough. Even between those similar type of crimes, too excessive punishment should be considered problematic but tiny difference in subtle details ought not to be raised as an issue.

* Associate Research Fellow, Korean Institute of Criminology, S.J.D.

❖ Keywords : principle of proportionality, burden of proof, purpose of punishment, retribution