

독일의 양형원리와 정책*

- Streng의 입장을 중심으로 -

고 봉 진**

목 차

- I. 연구의 의의와 목적
- II. 독일 양형법제 발전과 그 배경
- III. 독일 양형법의 체계구조
- IV. 양형합리화를 위한 정책
- V. 양형법제 및 합리화정책의 문제점과 그 평가
- VI. 권고의견

국문초록

최근에 나온 몇몇의 양형판결이 대다수 국민의 법감정에 반하는 결과를 초래한 현 시점에서, 사실의 인정·법령의 적용 뿐만 아니라 형의 양정에 관해서도 의견을 제시하는 권한을 배심원에게 부여한 국민참여재판이 시행된 현 시점에서, 양형에 대한 이론연구와 실무연구는 부각될 수 밖에 없다. 우리나라 양형연구에 대한 필요성은 최근(2007년 4월) 출범한 대법원 양형위원회를 중심으로 진행되고 있다. 최근 조사한 자료는 양형위원회 홈페이지(http://www.scourt.go.kr/information/yang/desc/yang_01/index.html)에서 확인할 수 있다.

우리나라 양형연구를 위해서 다른 나라에서의 양형제도는 어떠한지를 알아보는 것은 양형제도를 비교하기 전에 필요한 작업이다. 필자는 한국의 양형현실에 대해서 아직 잘 알지 못하며, 따라서 이는 이후 작업을 통해 더 연구할 생각이다. 이 글에서는 양자의 비교를 통해 우리 양형제도가 나아가야 할 방향을 제시하기 전에(독일 양형논의 뿐만

논문접수일 : 2008.06.27 / 심사완료일 : 2008.07.21 / 게재확정일 : 2008.07.24

* Streng, § 46. in: Kindhäuser, Neumann, Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB Band1 (1-46), 2. Aufl., 1402면 이하 중요부분을 번역하고, 개인의견을 첨가했음을 밝힙니다.

** 제주대학교 법학부 교수

아니라 대법원 양형위원회에서 연구한 바와 같이 미국 양형제도(양형지침서에 따른 양형 수량화 모델)에 대한 연구가 필요하다) 양형논의가 무르익은 독일의 양형제도를 잘 정리한 독일 형법학자 Streng의 글을 번역·소개하는 것으로 만족하고자 한다. (부족하나마 'VI. 연구의 결론 및 권고의견'에서 우리나라 양형과 관련하여 기술하고 있으며, 기존의 양형에 대한 논문내용을 요약하고 있다.) 따라서 이 글은 이후 '양형에서 규범과의무'에 대한 필자의 본격적인 연구의 전단계 작업의 성격을 지닌다.

이 글의 진행순서는 (1) 양형 불균형에 대한 논의, (2) 양형 법제화에 대한 논의, (3) 양형이론에 대한 논의, (4) 양형논증에 대한 논의 순으로 진행된 '독일에서의 양형 합리화 논의' 순서를 따랐다. 논의과정 순으로 정리하는 가운데, 독일 형사법의 특수한 문제들(예컨대 III. 1. 형사제재의 종류 (법정형의 체계), 2. 가중·감경구성요건의 불명확성)이 부분적으로 소개되고 있다(읽을 때 건너 뛰어도 무방할 것이다).

이 글의 목적은 첫째, '양형원칙의 규정', '양형사유의 형사판결문 기재', '상급심의 양형통제'라는 독일 양형제도의 틀이 합리적인 통제를 가능하게 하는 양형의 구조를 제시한다는 점을 밝힘에 있다. 둘째, 독일 연방법원의 판례가 제시하는 구체적인 양형기준을 살펴봄으로써 양형기준의 구체화에 기여함에 있다. 셋째, 최근에 활발하게 논의되는 양형논증에 대한 연구가 양형이 법관의 재량행위가 아닌 법관의 법 적용행위라는 사실을 명확하게 부각시켜, 이후 양형논의에서 핵심적인 부분을 차지할 것을 예고함에 있다.

주제어 : 양형 불균형, 양형 법제화, 양형이론, 양형논증, 독일 양형제도

I. 의의와 목적

1. 양형연구의 필요성

양형의 균등성(Gleichheit)이 보장되어야 일반인은 법관의 판결을 신뢰할 수 있으며, '유전무죄, 무전유죄'라는 세간의 불신도 치유할 수 있다. 또한 양형의 적정성(Billigkeit)이 보장되어야 범죄 각각의 구체적인 사정에까지 개별적 정의를 실천할 수 있게 된다. 양형의 적정성을 보장한다는 이유로 양형의 균등성이 깨어져서는 안 되며, 양형의 균등성을 보장한다는 이유에서 양형의 적정성을 추구하지 않아서는 안 된다.¹⁾ 따라서

1) "양형의 균등성은 모든 사례에 있어 동일성을 추구하는 평균적인 정의와 관련된 문제라면, 양형의 적정성은 개별적인 사례에서 형평을 추구하는 배분적인 정의와 관련된 문제라고 할 수 있다." 최석윤.

양형문제에 대한 논의는 양형의 적정성과 균등성을 어떻게 보장할 수 있고 어떻게 추구할 수 있는가에 대한 논의에 집중되어 있다.

'균등성'과 '적정성'을 갖춘 양형을 실현하기 위해서는 무엇보다도 양형절차가 판사 개인의 성향이나 직업적 경험을 기초해서가 아니라, 일정한 원칙과 기준을 토대로 진행되어야 한다. 뿐만 아니라 양형은 법관의 재량행위가 아닌 법관의 법 적용행위이기 때문에,²⁾ 이에 대한 통제를 가능하게 하는 절차상의 규율과 통제조항을 필요로 한다.³⁾ 뿐만 아니라 개별사건에서의 양형요소를 책임과 예방 그리고 적법한 책임상쇄에 따라 분류하고, 이를 서로 이익형량하여 적법하고 적절한 형량을 내리는 양형과정에서, 합리적인 통제가 가능한 양형논증의 구조를 밝히는 작업도 필요하다. 이러한 양자의 작업은 '양형에서 규범과 의무'의 내용을 이룬다.

2. 직접적인 대상

이 글은 '양형의 기본원칙'이 법제화되고, 하급심의 양형에 대해 상급심이 통제할 수 있는 장치를 갖추고 있는 독일의 양형제도를 대상으로 삼았다. 독일의 경우 법제화를 통해 우리나라 양형제도에서 '법률단계에서의 문제점'으로 지적되는 '양형원칙의 부존재'와 '법관에 의한 양형단계에서의 문제점'으로 지적되는 '양형심리의 불충분'과 '상소심에서 양형 통제의 불충분'을 해결하려고 시도했다. 양형에 대한 조건 만을 규율하고 있을 뿐이며 양형의 기본원칙이나 책임과 예방목적에 대해 언급이 없는 우리나라 형법 제51조에 비하면, 독일 제46조의 규정은 더 진일보한 규정임에는 틀림없다. 하지만 여기에도 문제점과 한계가 있으며, 이를 극복하려는 연구가 현재 독일에서 진행되고 있다. 양형에 결정적인 사유를 판결이유에 기재하도록 규정한 독일 형사소송법 제267조 제3항의 규정도 우리나라 형사소송법에는 결여되어 있다. 양형에 대한 법제화를 기초로 양형에 대한 독일에서의 이론적 논의는 견해 간의 대립과 조화를 통해 양형실무를 자극하고 있다.

이하에서는 독일 양형법제도발전과 그 배경, 양형법제도의 체계구조, 양형합리화의

"양형에 대한 기초적 이해", 「형사정책연구」 제8권 제1호, 한국형사정책연구원, 1997, 309면.

- 2) "양형판사에게 어느 정도의 판단여지가 허여되어 있는 것은 분명하지만, 적어도 양형의 기본골격은 하나의 법 적용이라는 사실을 간과하여서는 안된다." 임상규, "양형의 기본원칙과 양형조건에의 구체화", 「형사법연구」 제22호, 한국형사법학회, 2004, 561면.
- 3) "양형의 합리화를 위해서는 세분화된 양형원칙의 확립과 그 원칙의 실현을 위한 절차법상의 제도적 장치 이외에 양형과정과 양형결과에 대한 철저한 사후심사, 즉 절차법상의 양형통제가 필요하다." 최석윤, "양형의 합리화 방안", 「형사법연구」 제12호, 한국형사법학회, 1999, 277면.

정책, 양형법제도 및 합리화정책의 문제점과 평가에 대해 소개하려 한다.

II. 독일 양형법제 발전과 그 배경

1. 양형법제의 발전

양형에 대한 일반규정을 독일형법전에 규정하게 된 계기는 '양형에 있어 자의와 불균형'에 대한 계속되는 지적이었다. 법률에 양형규정이 없으므로 인해 하급법원의 양형을 상급법원이 법률적으로 통제하는 가능성이 제한되었다. 종래 독일에서 양형은 '법관의 영역'으로 간주되었다.⁴⁾ 양형을 법관의 재량행위가 아닌 법적용행위로 파악된 것은 그리 오랜 역사를 가지고 있지 않다.⁵⁾

(1) 양형원칙의 규정

독일 입법자는 1969년 6월 25일 제1차 형법개정법(StrRG) 제13조 규정을 통해서 처음으로 양형규정을 두었다. 이 규정은 1969년 7월 4일 제2차 형법개정법(StrRG)을 통해 1973년 10월에 형법 제46조(형법개정법(StrRG) 제13조 규정과 내용이 같다)로 발효되었다. 계속해서 '행위자-피해자-상쇄(Täter-Opfer-Ausgleich)'가 형법 제46조 제2항 제2문에 열거된 양형사유에 추가되었다.⁶⁾

독일 형법 제46조 제1항 제1문("행위자의 책임이 양형의 기초가 되어야 한다.")은 책임원칙이 양형의 기초임을 명시적으로 규율하고 있다. 제46조 제1항 제2문("형벌이

4) Streng. "§ 46". in: Kindhäuser, Neumann, Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar*. StGB Band1(1-46). 2. Aufl., Nomos Verlag, 2003. 1414면.

5) "형법학과 실무에 있어서 양형문제가 다시 활발하게 논의되기 시작한 것은 2차대전 이후 형법개정작업의 재개이다. 여기서 논의의 중심에 놓였던 것은 양형에 있어서의 책임원칙의 중요성과 형벌목적과의 관계이다. 양형의 기본원칙에 관한 문제는 1954년의 독일 연방법원의 판례(BGHSt. 7. 28)에 의해서 다시 형법적인 논의가 활발해졌고, 그 후 1966년의 형법개정대안(Alternativentwurf)의 지지자에 의해서 형법과 양형은 공동체의 예방적인 보호에 기여해야 한다는 점이 강조되어 책임형벌의 상한은 일반예방과 특별예방을 고려하여 정해진다고 주장되었다. 이 대안은 책임과 형벌목적과의 관계에 관한 논의의 전환점을 이루는 것이었다. 형의 양정문제의 중요성은 1960년대에 Bruns(*Strafzumessungsrecht*, 1967)와 Zipf(*Strafmaßrevision*, 1969)가 양형법에 관한 지금까지의 단편적인 연구와 판례의 태도를 종합하여 체계화된 단행본을 펴냄으로써 새롭게 인식되기 시작하였다." 하태훈, "양형기준과 양형과정의 합리화방안", 『형사법연구』 제9권, 한국형사법학회, 1996. 238면.

6) Streng. 위의 책(주4), 1413면.

행위자의 장래 사회생활에 미칠 것으로 기대되는 효과는 고려되어야 한다.”)을 통해 특별예방에 따른 고려가 중요함을 명시화되었다. 제46조 제2항 제1문(“양형을 할 때 법원은 행위자에게 유리한 상황과 불리한 상황을 서로서로 이익형량한다.”)은 양형에 있어서 이익형량의 원칙을 명시화하였고, 제46조 제2항 제2문에서는 양형에 관한 사유를 상세히 규율하고 있다. 마지막으로 제3항은 구성요건 표지에 해당하는 사정은 양형에서 고려되어서는 안된다는 이중평가금지의 원칙을 규정하고 있다.⁷⁾ 이는 우리나라 형법 제51조가 양형에 관한 조건만을 예시적으로 나열하는 것과는 대조된다.

(2) 양형사유의 형사판결문 기재

독일 형사소송법 제267조 제3항 규정에서 양형에 관한 이유를 형사판결문에 명시적으로 규정하였다.⁸⁾ 양형기준을 도입함과 아울러 판결이유에서 양형에 관한 이유를 기재하도록 함으로써 논증을 통한 자기통제를 이룰 수 있으며, 이는 구체적 정의를 실현하는데 기여한다.⁹⁾

양형논증에서 중요한 것은 양형에 관련된 사실과 이에 대한 평가를 엄밀하게 구분하여 판결이유에 기재하여야 한다는 점이다.¹⁰⁾ 판결이유의 구성에 대한 확정된 규칙은 없으나, 판결문을 읽는 사람이 범행자를 파악할 수 있게 하기 위해서 범행자를 확정하는 것으로 판결이유를 시작하는 것이 추천된다. 그렇지 않으면 많은 경우 범행을 이해하지 못하거나 이해하기 어렵기 때문이다. 하지만 범행에 대한 이해가 범행자에 대한 이해를 전제하지 않는 경우에는 사실의 확정과 이에 대한 평가 이후에 범행자에 대한 사정을 파악하는 것도 허용된다.¹¹⁾

7) 이중평가금지의 원칙은 독일에서 판례로 형성·발전된 다음에 입법화되었다. 독일 판례는 독일 형법 제46조 제3항을 도입하기 훨씬 이전부터 이중평가금지에 대한 위반을 양형차원에 대한 전형적인 상고이유로 인정해 왔다. 최석윤, “양형의 형벌이론적 기초와 합리화방안”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 1996, 204면.

8) “독일 형사소송법에서 양형판단에 대한 이유를 명시하도록 규정하고 있는 이유는 판결이유의 명시와 판결에 대한 재심사 사이에는 밀접한 연관성이 존재하기 때문이다. 즉 양형의 적정성은 단지 최종적인 형량에 의해서만 결정되는 것이 아니라 오히려 최종적인 형량에 이르는 정당한 과정이 요구되기 때문이다.” 최석윤, 위의 글(주3), 278면.

9) “양형에 관한 이유를 기재하게 되면, 피고인 및 일반인을 납득시킬 수 있는 힘을 갖추려 할 것이고, 이를 통하여 법관 자신에 대한 통제도 이루어지게 된다. 그리고 양형 이유에는 그 이론적 기초가 있어야 할 것이므로, 이에 따라 법관 개인의 직업적 경험이 차지하는 부분이 줄어들 것은 명백하다 할 것이다.” 이동근, “독일 양형제도”, 206면.

10) Schäfer, *Praxis der Strafzumessung*, 1995, 272면.

11) 독일 판결문의 구조에 대해서는 이동근, 위의 글(주9), 209면 이하; Schäfer, 위의 책(주10), 273면 이하.

(3) 상급심의 양형통제

독일 형사소송법 제267조 제3항 제1문 규정에 따른 형사판결에 기재된 양형에 관한 이유를 기초하여 구체적인 양형이유와 양형기준의 이익형량에 대한 하급심의 논증은 상급법원의 재심사를 받게 된다.¹²⁾ 상급심이 하급심의 양형판결을 통제할 수 있는 단초가 제공되었다.¹³⁾ 특히 형벌범위를 변경하거나 집행유예를 근거지울 때 법원의 자기 통제와 상급법원에 의한 통제를 가능하게 한다.

우리나라의 경우 형사소송법 제323조 제1항(“형의 선고를 하는 때에는 판결이유에 범죄될 사실, 증거의 요지와 법령의 적용을 적시하여야 한다.”)에 따라 판결이유에 양형사유를 기재해야 하는 근거조항이 결여되어 있어, 상급심에서 하급심의 양형판결을 심사하고 통제하기가 어렵다.

2. 양형합리화논의의 전개과정

이제껏 독일에서는 양형을 합리화하기 위한 노력이 주로 양형원칙과 기준 및 양형통제에 관한 규정을 법제화하는 방향으로 이루어졌다.¹⁴⁾ 양형기준을 규정한 형법 제46조와 양형이유설시를 강제하는 형사소송법 제267조 제3항이 독일 양형제도의 중심을 이룬다. 하지만 법제화를 통한 해결은 미완의 해결이고, 불완전한 해결일 수 밖에 없다. 법률에 규정된 양형의 기본원칙 자체가 불완전할 뿐만 아니라, 서로 다른 해석에 열려 있기 때문이다. 따라서 독일에서는 이를 보완하기 위한 양형이론이 발달하였다. 불완전한 양형규정은 양형이론이 발달할 수 있는 여지를 남겨 둔 셈이다.¹⁵⁾

이처럼 독일 양형합리화 논의는 1) 양형 불균형에 대한 논의, 2) 양형 법제화에 대한 논의, 3) 양형이론에서의 논의로 발전했다. 양형원칙이 법제화되었다 하더라도 양형

12) “BGH는 제267조에 의한 절차법적인 이유 기재의무 외에도 독일 형사소송법 제337조, 제344조, 제352조에 의한 - 실체법에 근거한 상고에 대하여 원심판결의 사실적·법률적 정당성을 심사하여야 하는 - 상고심의 권한 및 의무로부터 양형에 있어서 광범위한 설시의무(umfangreiche Darstellungspflichten)를 발전시켰다. 이에 의하면, 판결은 실체법에 따른 법적 결과의 결정에 놓여진 고려(Überlegung)와 평가(Abwägung)를 전달하여야 하고, 이를 위한 사실확정을 포함하여야 한다는 원칙이 나온다고 한다.” 이동근, 위의 글(주9), 248면.

13) “판결에서 형사소송법 제267조에 따른 요구가 결여되어 있으면 이것은 상고심에서 소송상 하자에 의한 사유로서, 실체법에 의하여 요구되는 ‘고려와 평가’가 흠결되었으면 이것은 실체법적 하자로서 상고이유가 된다고 한다.” 이동근, 위의 글(주9), 248면.

14) 양형제도의 개선방안 (사법개혁위원회 제22차 회의자료, 제2분과 전문위원 연구반), 2004. 10. 18. 8면.

15) Streng, 위의 책(주4), 1453면.

이론의 발전을 가져온 이유는 법제화된 양형원칙 자체가 기준으로 모호하며, 양형은 개별 사안에서 행해지는 평가행위로서 양형을 일반화하여 규율하더라도 해답을 제공하는 것이 아니기 때문이다. 이후 '양형기준의 합리성'과 '양형방법의 합리성'을 양형이론의 차원이 아닌, 4) 양형논증의 차원에서 구체화하는 시도가 진행된다.

III. 독일 양형법의 체계구조

1. 형사제재의 종류 (법정형의 체계)

양형은 입법자와 법관의 2단계에 걸친 공동 작업이며, 양형과정은 '법률적인 추상적 양형(gesetzliche Strafbemessung)'과 '법관에 의한 구체적 양형(richterliche Strafzumessung)'으로 나뉜다.¹⁶⁾ 따라서 양형실무의 문제점을 파악하려면 '법관에 의한 양형단계에서의 문제점' 뿐만 아니라, '법률단계에서의 문제점¹⁷⁾'을 함께 살펴야 한다. 이는 독일 양형제도의 체계구조를 파악함에 있어서도 마찬가지이다.

(1) 매우 넓은 형벌범위

독일 형법전의 형벌조항은 형벌범위가 주어진 상대적 법정형이 대부분이다. 독일의 입법자는 형법구성요건에서 개별 경우에 구체적인 형벌을 도출해 낼 수 있는 형벌범위를 각각 정하였다. 수없이 많은 개별 범행을 포괄할 수 있도록 구성요건을 추상적으로 정해놓은 것과 마찬가지로, 형벌 또한 수많은 범행에 따라 달리 내려져야 한다. 이를 통해서 '같은 것은 같게, 다른 것은 다르게'라는 정의의 요청은 충족된다. 넓은 형벌범위는 개별 경우에 적절한 형벌을 부과하는 것을 가능하게 한다. 하지만 형벌을 행위와 행위자에 맞게 개별적으로 부과하는 것은 원치 않는 결과를 낳기도 한다. '매우 넓은 형벌범위' 내에서 지역·법원·법관에 따라 양형판단이 다른 경우 이를 제한할 수

16) Bruns, *Leitfaden des Strafzumessungsrechts*, 4-5면 참조 (이동근, 위의 글(주9), 207면에서 재인용).

17) "법정형은 양형의 출발점이므로 법정형의 범위가 넓으면 넓을수록 법관의 양형에 대한 부담이 커지는 것은 자명하고, 양형에 대한 신뢰를 얻기가 힘들고, 반면에 법정형이 지나치게 좁으면 양형의 불균형을 피할 수 있기는 하지만 범죄와 행위자의 특성에 상응하는 형벌의 개별화가 불가능해진다. 따라서 합리적인 양형을 위해서는 형법 각칙 및 형사특별법상 법정형이 지나치게 넓거나 좁아서도 안되고 범죄행위의 불법에 상응하는 적절한 종류와 범위로 규정되는 등 법정형의 정비가 가장 중요하다." 양형제도의 개선방안 (사법개혁위원회 제22차 회의자료, 제2분과 전문위원 연구반), 2004. 10. 18. 11면.

없기 때문이다.¹⁸⁾

1) 형벌 상한선의 축소 필요

이처럼 광범위한 형벌범위가 비슷한 사안에 대해 불균등한 양형을 초래할 가능성이 매우 높다는 점은 매우 넓은 형벌범위를 좁게 형성하고, 특히 형벌범위의 상한선을 낮춘 것을 요구한다. 주목할 점은 제6차 형법개정법(StrRG)은 신체·생명·자유를 보호하는 구성요건의 형벌범위를 더 강화하고 넓힘으로 인해 반대의 결과를 초래했다는 점이다.¹⁹⁾

2) 형벌 하한선의 확장 필요

형벌범위를 하한선으로 넓히는 것, 즉 형벌범위를 더 낮은 형벌수준으로 옮기는 것도 또한 권장할 만하다. 왜냐하면 양형실무에 대한 최근의 조사에 따르면 형벌범위의 상한선보다도 하한선이 판사의 양형에 더 영향을 미친다는 점과, 형벌범위의 하한선을 높이 결정하는 것은 법원에서 호응을 얻지 못한다는 점이 밝혀졌다. 제6차 형법개정법(StrRG)까지 유효했던 증강도(§ 250 I a.F.)의 최소형량은 5년으로 매우 높았으며, 이는 받아들이기 어려웠다.²⁰⁾

3) 절대적 법정형의 문제

독일 형법은 모살(제211조)과 인종학살(제220a조, 현재는 국제형법 제6조), 2개의 구성요건의 경우에 대해서만 '무기징역'의 절대적 법정형을 규정하고 있고, 다른 형법구성요건(예컨대 제178조, 제212조 제2항, 제251조)에는 무기징역이 법원의 양형고려에 따라 선고될 수 있다. 절대적 법정형이 규정된 범죄의 경우에 절대적 법정형의 선고가 부당하게 보이는 개별 사안의 경우가 있다. 이 때 독일 연방법원은 절대적 법정형을 선고하지 않기 위해 살인죄 조항의 적용을 피하려고 한다. 독일 연방법원은 매우 큰 책임감경사유가 존재하는 경우에 일반적 형벌감경조항인 제49조 제1항의 아주 문제시되는 유추적용을 통해 무기징역형을 피하려고 한다. 절대적 법정형의 경우, 필요한 유연성을 확보하지 못하면, 같지 않은 경우를 같게 다루어야 하는 부당한 결과를 초래한다. 절대적 법정형을 법률에 규정하는 것은 정의와 형벌균형을 보장하는데 적절한 장치는 아니다.²¹⁾

18) Streng. 위의 책(주4), 1415면.

19) Streng. 위의 책(주4), 1415면.

20) Streng. 위의 책(주4), 1415면.

(2) 가중·감경구성요건의 불명확성

1) 덜 중한 사례와 특히 중한 사례

우리나라의 형법규정은 기본적 구성요건과 가중 또는 감경구성요건을 별개의 독자적인 구성요건 죄명을 사용하고, 그 요건도 다르게 규율하고 있다. 이에 반해 독일의 형법규정은 동일한 구성요건 죄명 아래에 '덜 중한 사례', '원칙에 있는 특히 중한 사례'와 '원칙에 없는 특히 중한 사례'로 나누어 규율하고 있다.²²⁾ 입법자가 '덜 중한 사례'와 '특히 중한 사례'의 전제조건을 법률에 규정하는 것을 포기함으로써, 입법자는 자신의 임무를 판사에게 전이하였다. 한편으로는 기본법 제103조 제2항의 명확성 요구와 권력분립의 원칙에 반하는 사법의 형벌설정권력이 문제된다. 무엇보다도 기본법 제103조 제2항에 규정된 명확성원칙과 관련하여 독일의 '덜 중한 사례'와 '특히 중요한 사례' 입법기술은 문제시되며, 이에 따른 형법규정은 구성요건으로서 자격이 부족하다는 비판을 받고 있다.²³⁾

다른 한편으로 이는 법관이 정당한 양형에 대한 큰 부담을 안고 있음을 뜻한다. 이는 행위요소와 행위자요소를 종합적으로 판단하여 양형을 결정하라는 판례내용에 의해 더 큰 부담으로 다가온다. 판례는 '덜 중요한 사례'에 해당하는지 '특히 중요한 사례'에 해당하는지 여부를 행위와 행위자요소를 종합적으로 판단하여 결정하도록 하였다. 즉 모든 주관적 요소와 행위자 요소를 포함한 전체행위가 통상의 경우를 벗어나는 경우에 '덜 중요한 사례'나 '특히 중요한 사례'에 해당되게 된다.²⁴⁾

2) 통상사례에서 '특히 중한 사례'로

위에서 언급한 것처럼, '덜 중한 사례'와 '특히 중한 사례'에 전제조건이 규정되어 있지 않기 때문에, 판사는 특정 형벌범위 내에서의 형을 정하는 것 뿐만 아니라, 특정 형벌범위 또한 정해야 한다. 이는 입법자가 가지고 있는 권한, 즉 적합하다고 판단되는 형벌범위를 결정하는 권한을 판사에게 넘긴 것이다. 판사는 규칙례(Regelbeispiel)를 벗어나 '덜

21) Streng, 위의 책(주4), 1415면 이하.

22) 독일 입법자는 형법전에 형법 제243조와 다른 여러 조항에 규정한 원칙례(Regelbeispiel), "특히 중한 사례(§ 106 III, § 109e IV, § 212 II)", "덜 중한 사례(§ 81 II, § 154 II, § 177 V, § 221 IV, § 226 III, § 234 II, § 249 II, § 250 III)"를 두고 있다. Streng, 위의 책(주4), 1416면: 독일의 형법각칙에서의 형가감체계에 대한 상세한 설명은 손동권, "양형합리화를 위한 기초로서의 법률상 형가감체제", 「형사정책연구」, 제18권 제3호, 한국형사정책연구원, 2007, 407면 이하.

23) Hirsch, "Die verfehlte deutsche Gesetzesfigur der "besonders schweren Fälle"", *Gössel-FS*, 2002, 291면 이하(Streng, 위의 책(주4), 1419면에서 재인용).

24) BGH 29. 319 (322): BGHSt 28. 318(319): Streng, 위의 책(주4), 1417면.

중한' 사례와 '특히 중한' 사례를 적용하려고 하면 엄청난 입증부담을 진다. 적어도 '특히 중한 사례'와 관련하여 책임을 넘는 형벌은 금지되며, 따라서 '특히 중한 사례'를 적용하는 경우에는 '불법과 책임을 상충시키는' 입증부담을 져야 한다. 여기에 대해 판례는 심한 손해정도는 '특히 중한 사례'를 근거지우기에 적합하다는 입장을 취한다.²⁵⁾

여기서 문제점은 통상의 형벌범위에 있는 형벌을 부과해야 하는 경우에도, 통상의 경우와 특별한 경우가 구성요건에서 구분이 되지 않기 때문에, '특히 중한' 사례의 경우로 형벌범위가 확장된다는 점이다. 지프(Zipf) 또한 이는 '숨김없는 형벌범위확장'임을 정확히 지적한다.²⁶⁾

3) 통상사례에서 '덜 중한 사례'로

위에서 언급하였듯이, 독일 형법조항은 매우 넓은 형벌범위를 가지고 있기 때문에, 형벌의 상한선에서는 형벌범위의 축소가 요청되는 반면에, 형벌의 하한선에서는 형벌범위의 확장이 요청된다. 즉 형량이 높은 형벌하한선이 낮아질 것이 요구된다. 하지만 이는 경우에 따라 양형의 적정성과 균등성을 방해한다. '덜 중요한 사례'의 경우, 행위와 책임요소 뿐만 아니라 불법과 책임과 관련되지 않은 요소가 행위 전반과 관련되었다는 이유로 고려됨으로써 통상사례가 '덜 중요한 사례'로 전환될 여지가 있다.²⁷⁾ 이처럼 불법과 책임과 관계없는 요소가 양형에서 고려된다면, 독일 형법 제46조 제1항 제1문("행위자의 책임이 양형의 기초가 되어야 한다.")의 기본원칙이 지켜지지 않으며, 독일 연방법원이 선고되는 형벌은 행위책임에 미치지 않아서는 안 된다고 강조한 것과 배치된 가능성이 있다.²⁸⁾

독일의 형법규정은 법관에게 넓은 양형범위에서 형을 결정하도록 하고 있다. 따라서 양형규정이 충분히 구체적이고 신빙성이 있을 때에야 불공평한 양형결정을 막을 수 있으며, 양형실무에서의 법적 안전성 관점에서 문제가 없을 것이다.²⁹⁾

2. 양형자료수집절차

독일의 공판절차도 우리나라와 마찬가지로 사실인정절차와 양형절차로 분리되어 있

25) BGH NStZ 1982, 465; BGH NStZ 1999, 244f; Streng, 위의 책(주4), 1418면.

26) Maurach/Gössel/Zipf, *Strafrecht*, AT, 1989, § 62 Rn 42; Streng, 위의 책(주4), 1417면.

27) Streng, 위의 책(주4), 1417면.

28) BGHSt 24, 132 (133f); BGHSt 31, 189 (193f); BGHSt-GS 34, 345 (349); BGHSt 43, 195 (208 f., 210); Streng, 위의 책(주4), 1418면.

29) Streng, 위의 책(주4), 1420면.

지 않다. 하지만 사법보조제도(Gerichtshilfe)를 통해 사법보조관이 피의자 또는 피고인의 인격과 성장과정 및 환경 등을 조사하여 보고한다.³⁰⁾ 사법보조제도는 1974년 3월 2일에 독일 형사소송법 제160조 제3항과 제463조d조에 규정되었다.

사법보조를 담당하는 자(이하 사법보조자)는 법무부에 소속되어 있으며, 검사나 법원의 신청에 의하여 활동한다. 사법보조자는 피의자나 피고인의 자발적인 협력에 의해 업무를 수행하며, 강제처분을 할 권한은 없다.

사법보조자의 업무는 수사절차의 진행에서 성인 피의자의 개인적인 측면과 환경을 조사하는 것이다. 이를 통해 양형과 보호관찰을 전제한 집행유예를 결정하는데 유용한 자료를 얻을 수 있다. 범행의 근거와 동기를 살피고, 범행자의 장래 생활에 영향을 끼칠 가능성을 밝힌다. 경우에 따라서는 사법보조자가 조사한 내용은 수사절차에서 이미 영향을 미친다. 예컨대 정신병 감정서를 신청해야 하는지 여부를 결정함에 있어서 사법보조자의 조사내용은 도움이 된다. 뿐만 아니라 사법보조자는 범행의 피해자에게 관심을 기울인다. 이 때 사법보조자의 임무는 범행이 피해자에게 미친 영향을 확인하는 일이다. 이는 양형에 매우 중요한 의미를 가지고 있다. 사법보조자는 범행자, 범행피해자 뿐만 아니라 범행당사자와 직접적인 관련을 가지는 관계자와의 개인적인 대화를 통해 획득한 내용을 보고서에 요약하여 검사나 담당 법원에 제출한다.

피의자가 범행당시 21세가 되지 않았을 때에는 검사의 신청에 의한 사법보조는 행해지지 않는다. 이 경우에는 소년법원의 소년법원보조자에 의해 업무가 행해진다.

이 외에도 사법보조자의 업무에는 검사나 법원이 형사절차를 종료한 적합한 수단이나 낮은 형량의 기초로 행위자-피해자-상쇄(Täter-Opfer-Ausgleich)를 고려할 때 이를 수행하는 역할이 있다.

2003년말에 독일 바덴 비텐베르크(Baden-Württemberg)주는 사법보조의 업무를 민영화하기로 결정하였다. 슈투트가르트와 튀빙겐에서 행해진 2년 간의 시범 프로젝트 후에 2007년 1월에 바덴 비텐베르크 주 전체에 이는 시행되었다. 유럽 전역에 걸쳐 공모

30) “독일의 경우에도 형벌의 목적적 성격에 무게 중심을 둔 근대 형법학을 바탕으로 형벌은 더 이상 불법에 대한 응보나 속죄만을 의미하는 것이 아니라, 범죄인의 개선이나 범죄인으로부터 사회를 방위하는 것도 형벌목적으로 이해하게 되면서 필연적으로 범죄인의 개인적·사회적 환경에 관한 조사의 필요성이 대두되었고, 결국 사법기관의 적정한 판단을 돕기 위하여 1974년 이후로 전 독일에 소위 “사법보조(Gerichtshilfe)”라는 제도를 마련하여 시행하게 되었다. 물론 독일의 사법보조는 수사보조적 성격이 강하고, 기소·불기소를 결정하기 위한 조사 혹은 수형자의 사면을 위한 조사도 포함하는 제도이므로 이 제도를 영미의 판결전 조사제도와 동일시하는 것은 곤란한 부분이 있을 수 있으나, 사법보조제도를 통하여 처우의 개별화를 꾀하는 부분에서는 충분히 판결전 조사제도의 기능을 수행하고 있다고 할 수 있다.” 김혜경, “개정법률안에 도입된 양형자료조사제도에 관한 검토 -형사소송법 및 보호관찰등에관한법률 개정법률안을 중심으로-”, 『형사법연구』 제26호, 한국형사법학회, 2006, 413면.

를 받았는데, 노이스타트(NEUSTADT)사가 향후 10년간의 담당기관으로 낙찰되었다. 노이스타트사는 오스트리아에서 50년이 넘도록 보호관찰보조를 성공적으로 해 오고 있고, 이 분야에 대해 정통하다. 이 프로젝트의 목표는 관계당사자와 외부 전문가가 오래 전부터 요구한 보호관찰보조와 사법보조에서의 구조개혁을 효율적으로 달성하기 위해서이다. 무엇보다도 이 프로젝트에는 바덴 비텐베르그 주 전체에 통일된 품질기준과 투명한 품질보장시스템, 전문인력을 통한 행정감독을 확립하고, 최신의 컴퓨터 정보 처리(EDV)를 투입하게 된다.³¹⁾

3. 양형심리절차

- 범행의 중대성 판단에서 범행은 행위자와의 인격과의 관련성 하에서 평가된다. 법관의 양형대상은 행위와 행위자이다: 행위와 행위자를 전체적으로 파악해서 양형을 결정한다. 이 때 객관적 양형사유와 주관적 양형사유는 양형에서 원칙적으로 같은 값을 가진다. 가치에 있어 양자가 원칙적으로 같다고 하더라도 구체적인 사건에서 양자 중 하나에 더 큰 의미를 부여하는 것은 가능하다.³²⁾

- 양형사유를 형법에 규율함을 통해 양형단계에서 법관의 자의와 재량이 개입될 여지를 통제할 수 있는 장점이 있다. 하지만 독일형법 제46조 제2항에는 특히 중요한 양형사유 만이 기재되어 있을 뿐, 모든 양형기준이 기술된 것은 아니다. 독일 형법 제46조에 규정된 양형기준 만을 고려한다면 이는 양형의 경직화를 초래할 수 있다. 따라서 형법에 규정된 양형기준 외에도 형법에 규정되지 아니한 양형기준을 양형이유에서 논증을 통해 근거지울 수 있게 함으로써 탄력성 있는 양형절차가 요청된다. 이는 양형에서의 구체적 정의 실현에도 부합한다.

- 양형은 비례성의 원칙에 따라야 하며, 행위자에 유리한 상황과 불리한 상황에 대한 이익형량이 요청된다. 하지만 어떤 사유가 행위자에게 유리하고 불리한지는 법률에 규정되어 있지 않다. 또한 형벌가중사유로만 작용하거나 형벌감경사유로만 작용하는 양형근거는 거의 존재하지 않는다. 양형사유의 의미를 파악하는 일은 양형법관의 일이다. 최종적으로 행위를 평가하는 일은 입법자의 몫에서 법관의 몫으로 넘어갔다. 형벌감경사유나 형벌가중사유는 단순히 열거해서는 안되며, 각각의 사유의 의미와 중요성

31) <http://www.jum.baden-wuerttemberg.de/servlet/PB/menu/1153539/index.html?ROOT=1153239>

32) Schenke/Schröder. *StGB Kommentar*. 27. Aufl. 778면.

에 따라 형량이 되어야 한다.³³⁾

- 논증이론을 양형에 도입하여 논증을 통한 자기통제와 이를 기초로 한 상급법원의 통제에 초점을 맞춘 연구들이 진행되고 있다. 양형에서 형벌은 '적절하고 충분하게 (angemessen und ausreichend)' 근거지워져야 한다. 양형은 감정사유나 가중사유를 열거하는 것으로 해결되지 않는다. 오히려 판결에서는 의미와 중대성에 따른 개별적인 상황에 대한 이익형량을 논증을 통해 인식가능하도록 하여야 한다. 이에 따르면 법관은 법적인 고려가 확인될 수 있는 한, 그가 내린 평가를 지지할 수 있는 사실을 구체적으로 제시해야 하며, 세분되지 않은 사실 제시를 통해 형벌을 가중해서는 안 된다.³⁴⁾

4. 개별적 양형사유

독일 형법 제46조 제2항 제1문은 양형에서 법원은 행위자에게 유리한 사정과 불리한 사정을 상호교량할 것을 규정하고 있다. 이 때 고려되어야 할 개별적 양형사유는 독일 형법 제46조 제2항 제2문이 규정한다. 제2문은 개별적인 양형사유로 행위자의 동기와 목적, 행위에 나타난 심정, 범행의사, 의무위반의 정도, 실행의 방식, 유책한 행위영향, 행위자의 전력, 행위자의 인적 관계 및 경제적 상태, 범행 후의 태도, 특히 손해를 배상하기 위한 행위자의 노력과 피해자와 화해하려는 행위자의 노력을 들고 있다. 하나의 양형사유가 형벌가중사유로 영향을 미칠지, 형벌감경사유로 영향을 미칠지에 일반화된 공식은 확정할 수 없다. 하나의 같은 양형사유라도 양형에서는 서로 다른 의미를 가질 수 있기 때문이다.³⁵⁾

(1) 법률에 규정된 양형사유

- 동기와 목적: 강제상황이나 어려움에 처한 사람과의 연대, 유혹에 의해서 범행이 유발된 경우에는 책임이 경감된다. 또한 이타적인 동기에서 범행을 유발한 경우에도 책임은 경감된다. 반면에 저열한 동기나 이기주의, 탐욕에 의한 경우에는 행위자에게 불리하게 작용한다.³⁶⁾

33) Schenke/Schröder. 위의 책(주32), 759면.

34) BGH GA 79. 60: Koblenz VRS 56. 338 (Schenke/Schröder. 위의 책(주32), 779면에서 재인용).

35) Schenke/Schröder. 위의 책(주32), 781면.

36) Streng. 위의 책(주4), 1435면.

- 범행에 나타난 심정과 범행의사: 범행에 나타난 심정의 경우, 피해자에게 더 이상의 불필요한 손해를 끼치지 않으려는 행위자의 노력은 행위자에게 유리하게 작용한다. 반면에 범행의 무자비함과 잔혹함은 반대의 경우이다. 행위자의 심정을 '행위에 나타난 심정'으로 제한한 것은 개인의 도덕성을 지키는 것이 형법의 기능이 아님을 나타낸 것이다.

범행의사의 경우, 범행유혹에 의해 범행에 임한 사람과 범행에너지를 가지고 범행에 임한 사람은 구별된다. 범행유혹에 의해 범행을 저지르는 경우가 범질서와 시민의 이익에 반해 범행을 저지른 사람에 비해 책임이 감경된다. 판례도 행위가 제3자에게 의해 교사된 경우에는 행위자의 책임은 원칙적으로 경감된다고 한다.³⁷⁾

- 의무위반의 정도: 특히 과실범의 주의위무위반 정도와 위험범에서 의무위반의 정도는 중요하다. 고의범의 경우는 특별한 의무(예컨대 공직의무)가 문제된다.³⁸⁾ 직업과 관련하여 부가되는 특수한 의무는 양형요소로서 이때 행위자의 불법은 가중된다.

- 실행방식과 유책한 행위효과:

1) 결과반가치: 결과범의 양형실무에서 중요한 의미를 가지는 것은 '유책한 행위의 효과'이다. 손해정도와 관련하여 경험적 연구는 이를 증명한다. 손해산정에는 '의심스러울 때는 피고인의 이익으로(*in dubio pro reo*)'원칙에 따라 손해산정이 확실해야 한다.

'구성요건을 벗어난 효과'(예컨대 사기로 인한 파멸한 사업가의 파산)를 어디까지 고려해야 할지를 의견이 분분하다. 해당되는 형벌규범의 보호영역을 해당되는 법익침해만이 고려되어야 한다는 견해가 유력하다.

2) 행위반가치: '실행방식'과 관련하여 행위실행의 교활함, 잔혹함, 특히 성범죄에서 비열한 행위방식과 위험한 물건의 휴대는 행위구성요건에서 고려되지 않은 한 행위자에게 불리하게 작용한다.

3) 피해자의 행동: 최근에 양형에서 피해자의 행동은 특별히 고려된다. 법률에 특별히 규율되어 있지 않기 때문에 유책한 행위효과로 고려된다. 행위피해자가 부주의나 경솔에 의해 행위자의 행위실행에 도움을 준 경우에는 행위자에게 유리하게 작용한다. 예컨대 피해자가 그의 소유물을 소홀히 취급함으로써 절도를 용이하게 할 수도 있고, 피해자의 무분별 등이 사기꾼의 사기를 용이하게 만들기도 한다.³⁹⁾ 행위자와 피해자의

37) BGH StV 1987, 435; Streng, 위의 책(주4), 1436면.

38) Streng, 위의 책(주4), 1436면.

39) 최석윤, "피해자학적 연구결과와 양형 -독일의 연구결과를 중심으로-", 「피해자학연구」 제4호, 한국피해자학회, 1996, 73면 이하.

특별한 신뢰관계는 행위자에게 유리하게도 불리하게도 작용할 수 있다. 행위자 쪽에서 신뢰관계를 깬 경우에는 행위자에게 불리하게 작용한다.⁴⁰⁾

- 행위자의 전력: 행위자의 전력에서 가장 중요한 것은 행위자의 전과이다. 재범자가 이전 판결을 통한 경고를 무시하고 재차 범행을 한 사실은 초범과 비교해 더 높은 형을 선고하는 계기가 된다. 누범가중의 근원적 이유는 범행반복을 통한 법질서에 대한 강화된 반항에서 찾을 수 있다. 하지만 이는 판결을 통한 경고를 받아들일 수 없는 의지박약자의 경우에는 적용할 수 없다. 이런 경우에는 행위자의 법질서에 대한 강화된 반항을 찾아볼 수 없기 때문이다. 독일 입법자는 누범가중을 의무적으로 부여하는 것을 폐지하였다.⁴¹⁾ “단순한 누범자에 대하여 독일형법은 1986년 4월 23일의 제23차 형법개정법률에 의하여 폐지되기 이전에 제48조에서 2회 이상의 고의행위로 인한 유죄판결과 그로 인한 3개월 이상으 자유형의 집행을 받은 바 있는 자가 새로이 고의행위를 범하고 그에게 종래의 유죄판결의 경고를 따르지 않은 것을 비난할 수 있는 경우에 자유형의 단기가 6개월 미만인 되지 않도록 제한하는 방법의 형가중주의를 취하였다. 동조항이 폐지된 이후에는 누범사실은 양형가중사유로만 고려되거나, 다른 요건과 결합하여 보안감호처분의 고려사유가 되기도 한다.”⁴²⁾

- 행위자의 인적 관계 및 경제적 상태: 행위자의 인적 관계로는 교육, 직업, 사회적 지위, 건강상태 및 전과전력이 없는 사실 등이 고려된다. 판례에 따르면 간접징표(Indiz)의 의미에서 행위의 불법과 관련되는 행위자의 인적 사항 만이 양형판단에서 고려되어야 한다. 행위자의 인적 사항을 행위자의 책임비난의 요소가 되기도 하지만, 다른 한편으로는 행위자의 형벌감수성(Strafempfindlichkeit)을 판단하여 책임보다 낮은 형벌부과의 근거가 되기도 한다. 뿐만 아니라 행위자의 인적 관계는 예방적 사고관점에서 행위자의 형벌감응성(Strafempfänglichkeit)와 관련된다⁴³⁾.

- 범행 후의 태도, 특히 손해를 배상하기 위한 행위자의 노력과 피해자와 화해하려는

40) Streng. 위의 책(주4), 1437면 이하.

41) Streng. 위의 책(주4), 1440면 이하.

42) 손동권, “상습범 및 누범에 대한 형벌가중의 문제점 -한·독의 비교를 통한 검토-”, 『형사판례연구 4』, 한국형사판례연구회, 1996, 111면 이하.

43) 행위자의 형벌감수성과 형벌감응성이 중요할 때에는 이는 양형에서 고려되어야 한다 (BGH 7 31, NStZ 83, 408, NStE 38, NJW 98, 3286). 형벌감수성(Strafempfindlichkeit)은 책임에 적합한 형벌과 관련되는 반면에, 형벌감응성(Strafempfänglichkeit)은 예방적 필요와 관련된다. 이에 대해서는 최석윤, “양형의 형벌이론적 기초와 합리화방안”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 1996, 187면 이하.

행위자의 노력: 최근에 부각되는 주제는 원상회복 또는 행위자-피해자-상쇄(Täter-Opfer-Ausgleich)이다. 양자는 책임감소의 측면과 피해자의 "만족욕구(Genugtuungsbedürfnis)"의 충족이라는 관점에서 행위자에게 유리하게 작용한다. 책임비난과 관련하여 법질서에 대한 반항의 후퇴를 의미하며, 이는 양형책임(Strafzumessungsschuld)의 감소를 가져온다. 뿐만 아니라 일반예방적 형벌필요성의 감소도 초래한다.

책임과 일반예방목적과의 관련성을 통해, 원상회복과 '행위자-피해자-상쇄'가 행위자와 피해자 둘 만의 문제가 아니라, 법적 평화가 크게 훼손된 사회에서 고려되어야 하고, 이를 통해 형성된 과제를 인지해야 하는 문제임을 알 수 있다. 경험적 연구에 따르면 원상회복은 형벌감경효과를 가진다. 상해죄와 같은 범죄에서 탁월한 효과를 발휘할 수 있음에도 불구하고, 원상회복이 모든 범죄에서 똑같이 영향을 미치지 않는다. 양형실무에 대한 경험적 연구에 따르면, 조세포탈과 같은 범죄유형에서 원상회복은 형벌감경요소로 작용할 수 없다.

원상회복과 '행위자-피해자-상쇄'라는 양형요소는 독일 형법 제46조 제2항에서 찾아볼 수 있을 뿐만 아니라, 1994년 10월 28일 "범죄투쟁법"을 통해 형법에 추가된 제46a조에 의해 더 강조된다.⁴⁴⁾

형사소송에서 행위자의 태도 또한 양형에서 고려될 수 있다. 예컨대 행위자가 허용되지 않은 방법으로 증인에게 영향을 미치거나, 자신의 방어이익을 넘어 증인을 비방하거나, 범행혐의를 다른 사람에게 돌리거나 하는 경우에는 형벌가중사유로 영향을 미칠 수 있다.⁴⁵⁾ 자백이 형벌감경사유로 평가될 수 있는지에 대해서도 의견이 분분하다. 법원은 형벌감경사유로 이를 자주 언급한다.⁴⁶⁾

- 법적 규율의 한계: 독일 형법 제46조 제2항 제2문에 한정적으로 규정된 양형사유는 판사가 양형결정을 할 때와 검사가 공소를 제기할 때 우선 고려해야 하는 사항이다. 판사가 양형결정을 할 때에는 양형사유에 해당하는지 여부를 확인하여야 할 뿐만 아니라, 법률에 규정된 양형사유에 속하지 않는다 할지라도, 양형과 관련된 사항을 고려해야 한다.

몇몇 양형사유는 평가단계에서 두개의 상반된 가치를 동시에 함유할 수도 있다. 어떤 사건에서는 형벌감경사유로 작용하는 양형사유도, 다른 사건에서는 형벌가중사유로 작용할 수 있다. 이 뿐만 아니라 하나의 사건에서 양형사유는 형벌감경사유 뿐만 아니라

44) Streng. 위의 책(주4), 1446면 이하.

45) Schenke/Schröder. 위의 책(주32), 771면.

46) Schenke/Schröder. 위의 책(주32), 771면.

동시에 형벌가중사유로도 작용할 수 있다. 특히 사회성부족은 책임측면에서는 형벌감경 사유이지만, 재사회화측면에서는 형벌가중사유로 작용할 수 있다. 또한 어떤 양형사유는 책임측면으로만 서로 다른 평가가 가능하다. 예컨대 범행자와 피해자 사이의 긴밀한 관계는 행위자가 이를 통해 범행을 저지르기 쉬웠다면 형벌감경사유로 고려되지만, 특별한 신뢰의 붕괴 내지 특별한 의무침해의 관점에서 보면 형벌가중사유로 고려된다.

법률에 규정된 양형사유의 기능에 대한 의구심에도 불구하고, 법률에 규정된 양형사유는 어떤 요소가 특히 중요한지를 지시하는 기능을 가지고 있다. 뿐만 아니라 법관은 실제로 법률에 규정된 양형사유에서 자신의 양형결정을 어떻게 근거지워야 할지를 알 수 있다. 입법자가 최근의 형사정책 논의를 고려하여 '범행 후의 태도'에 대한 양형사유를 다양하게 규율한 후, 법관은 실제로 원상회복 노력과 행위자-피해자-상채를(행위자에게 유리하게) 상당히 고려하고 있다.⁴⁷⁾

(2) 법률에 규정되지 않은 양형사유

위에서 언급한 독일 형법 제46조 제2항 제2문에 규정된 양형사유 이외에 법률에 규정되지 않은 양형사유도 고려되어야 한다. 양형에서 이익형량해야 할 양형사유는 독일 형법 제46조 제2항 제2문에 규정된 양형사유에 제한되지 않는다. 최근에는 책임과 관련없는 사정이 형벌을 감경하는 기초로 논의되고 있다.

- 법률의 특별한 수권 없이 범실무에서는 공범증인모델에 따라 범행가담자에게 형벌을 감경할 것을 약속하면서 증언할 것을 강제한다. 하지만 공범증인의 경우 형벌을 감경하는 양형사유를 적용할 수 있을지가 문제된다. 책임을 감경할 수 있는 사유 없이 공범증인에 대해 형벌을 감경하는 양형사유를 적용하는 것은 부당해 보이는데, 이는 형법의 근본을 위태롭게 하기 때문이다.⁴⁸⁾

- 타협: 경제사범의 경우에는 폭넓은 타협의 가능성이 있음에도, 성범죄와 같은 감정이 실린 범죄에는 올바른 형벌에 대한 요구가 강하다는 점에서 타협의 여지는 별로 없다. 거부할 수 없는 제안을 수단으로 협력을 요구하거나, 고백을 강요하는 검사와 법원의 좋지 않은 면도 생긴다. “고백을 하면 4년, 하지 않으면 8년(vier Jahre mit Geständnis, acht Jahre ohne)”이라는 형량 앞에 피고인은 다른 선택의 여지가 없게 된다. 변호인, 검사와

47) Streng. 위의 책(주4), 1451면 이하.

48) Streng. 위의 책(주4), 1447면 이하.

법원 사이의 형사소송에서 비정형적인 타협과 관련하여 독일 연방법원은 정의에 지향된 법치국가이념에 비추어 '정의와의 거래'가 되어서는 안된다는 점을 강조한다. 양형원칙은 형사절차 당사자의 임의나 자유처분에 맡겨져서는 안된다.⁴⁹⁾

- 장기간의 소송절차기간: 장기간의 소송절차기간으로 인한 형벌감정사유는 인정되는 것으로 보인다. 시간의 흐름 자체 만으로도 범행에 의한 법효력상실이 치유될 수 있기 때문이다. 이처럼 범행을 통한 법효력상실로 인한 일반대중의 규범확인 필요성은 시간의 흐름을 통해 충족되며⁵⁰⁾, 적극적 일반예방이론은 이 면을 정당화할 수 있는 측면이 있다.

- 범행유발: agent provocateur를 통해 범행이 유발된 경우에는 형벌필요성이 감소한다. 이 경우 범행을 저지를 것을 설득당한 범행자는 책임이 감소한다. 반면에 형사소추기관이 agent provocateur를 통해 범행자를 교묘하게 조종한 경우에는 범행자의 감정한 책임 때문에 형벌이 감경되는 것이 아니다. 이 경우에 판례는 책임과 상관없이 책임에 적합한 형벌에 못미치는 형벌감경을 인정한다.⁵¹⁾

5. 양형통계현황

법제화를 통해 양형원칙과 양형기준, 구체화된 양형상황을 규정한다 하더라도 이로써 현실의 양형실무에서 적정성과 균등성을 갖춘 양형이 당연히 보장되는 것은 아니다. 양형규정(독일 형법 제46조)을 두었다 하더라도, 법관 개개인의 책임에 대한 정의와 형벌 목적에 대한 선호가 다르므로 인해 법관별로 양형 격차는 여전히 존재하기 때문이다. 따라서 양형실무의 현황과 문제점에 대한 경험적 연구가 필요하다. 물론 독일의 경우 판결문에 기재된 양형이유를 기초로 연방법원의 수많은 양형판례가 쌓이고 있다.⁵²⁾ 상급법원에 의한 양형통제에 의해서 적절치 않은 양형은 제거되고, 구체적인

49) Streng, 위의 책(주4), 1448면 이하.

50) Streng, 위의 책(주4), 1450면.

51) Streng, 위의 책(주4), 1451면.

52) "독일의 형사재판실무에서는 이러한 규정에 의하여 공판절차 등에서 양형사유에 대한 조사가 광범위하게 이루어지며, 유죄판결의 이유 중에 많은 부분이 양형사유의 실시로 구성되어 있다. 그리고 양형사유의 적법성과 타당성에 대한 제심사를 통하여 전국 법원 간의 양형통일을 도모하고 있으며, 연방법원의 수많은 양형판례가 누적·정리되어 있고 이에 대한 판례비판도 활발하게 이루어지고 있다." 최석윤, 위의 글(주3), 278면.

경우에서 부정의를 피할 수 있게 된다. 이 뿐 아니라 상급법원이 양형통제를 통해서 하급법원에 양형의 일반기준과 방향을 줄 수 있다.

하지만 여기에도 결정된 형량에 대한 정확한 법적 정당성 심사는 제대로 이루어지지 않는다는 현실상의 한계는 여전히 있다.⁵³⁾ 그럼에도 최근에 법원의 양형은 상고심 법원의 강한 통제에 놓여 있음은 부인할 수 없다. 독일 연방법원 상고심 파기이유에서 약 3분의 1이 양형 잘못에 해당된다.⁵⁴⁾

IV. 양형합리화를 위한 정책

1. 의회의 양형기준입법

양형단계를 통해 “같은 것은 같게, 다른 것은 다르게”로 표현되는 구체적 정의가 실현된다. 양형에 있어 구체적 정의는 형벌목적(책임과 예방)과 형벌감수성을 고려함을 통해 실현된다. 하지만 독일 형법 제46조가 정당한 양형을 위해 중요한 기준을 충족하고 있는지는 의문이다. 물론 모든 것을 충족하는 입법상의 해결은 양형이 포섭규정이 될 수 없는 것과 마찬가지로 기대하기 어렵다. 오히려 독일 형법 제46조의 의미는 행위자의 책임을 양형의 기초임을 명시적으로 밝혔다는 점에 있을 것이다.⁵⁵⁾

(1) 책임

독일 형법 제46조 제1항 제1문은 책임원칙이 양형의 기초임을 명시적으로 규율하였

53) “원칙적으로 결정된 형량에 대한 정확한 법적 정당성 심사는 어려우므로, 상급심은 사실심 판사에 의하여 정해진 형량을 특별한 경우에 취소할 수 있고, 의심스러운 경우에는 사실심 판사의 결정을 존중하여야 하므로, 실무에서도 선고된 형량에 대한 심사는 상고심을 통해 거의 이루어지지 않는다.” Theune, NStZ(1987), 164. BGH Urt. v. 30.10. 1996 - 4 StR 456/86. Detter, JA(1997), 586. BGHSt 29. 319. 320) (이동근, 위의 글(주9), 218면에서 재인용).

54) Streng, 위의 책(주4), 1489면: “BGH의 법관인 Naker는 BGH의 형사사건 담당부인 제1 Senat 내지 제5 Senat가 1992년부터 1995년까지 선고한 14,302명의 형사사건 상고인에 대한 파기사유 등을 조사하였는바, 파기된 상고인은 2,535명으로서 전체의 17.7%를 차지하였는바, 그 중 양형 잘못으로 파기된 것이 741명으로서 29.2%를 차지하여(실체법적 사유 중 42%) 파기사유 중 수위를 차지하였고, 그 다음이 형법총론 부분의 위법사유(살인의 고의, 책임능력, 미수, 정당방위, 경합범 등)로 파기된 것이 375명(전체의 14.5%), 형법각론 부분의 위법사유로 파기된 것이 292명(전체의 11.5%), 증거평가의 위법을 사유로 파기된 것이 157명(전체의 6.2%), 사실관계의 위법을 이유로 파기된 것이 85명(전체의 3.3%)을 차지하였다.” (사법연수원, 「독일법」, 310면에서 재인용).

55) Schenke/Schröder, 위의 책(주32), 757면.

음에도 불구하고, 규정된 양형의 기본규정은 여전히 불명확하다. 이는 책임을 초과하거나 책임에 못미치는 형벌을 금지한다는 의미에서 명확한 경계를 규정하고 있지 않기 때문이다. 이러한 이유로 양형의 기본규정은 독일문헌에서 많은 비판을 받았다. 스트라텐베르트(Stratenwerth)는 이를 '입법자의 증대한 과오'라고 지적한다.⁵⁶⁾ 독일 연방법원은 범주이론(Spielraumtheorie)을 통해 이를 보완하고 있다.⁵⁷⁾

양형실무에 뚜렷한 기준을 제시하지 못하는 기초공식의 흠결은 행위자의 책임에 양형이 어느 정도 기속되는지 뚜렷하게 제시하지 못함에 기인할 뿐만 아니라, 특별예방과 일반예방의 이유에서 양형이 책임에서 어느 정도 벗어날 수 있는지를 설명하지 않음에도 기인한다. 무엇보다도 양형의 기본규정이 근거하고 있는 책임개념 자체가 불명확하다는 점이 지적된다. 이는 독일형법 제46조 제1항 제1문이 독일 양형실무에 명확한 기준을 제공하지 못하는 중요한 이유이다.⁵⁸⁾ 이념상으로는 책임을 양형의 기초로 규율할 수 있으나, 실제로 책임을 어떻게 확정하는가는 확실치 않다.

독일 연방법원은 의사결정의 자유에 기초하여 책임을 비판가능성으로 파악한다. 이에 반해 학설은 도덕적 비난요소 없이 자유를 일반화된 방법으로 연관시키는 방식을 따른다. 사회적 책임개념을 기초로 책임은 행위자의 사회적 귀책성(soziale Verantwortung)으로 이해되기도 하고, 기능적 책임개념을 기초로 범행에 의해 유발된 일반인의 규범확인 필요성으로 이해되기도 한다. 또한 형법에서의 책임개념에 대한 근본적인 차이 외에도 어떤 요소가 책임의 기반이 되는지에 대해서도 의견이 일치되지 않는다. 성격책임, 생활영위책임과 순수한 행위책임의 개념이 대립한다. 대부분은 행위 책임을 따르는데, 이에 따르면 행위자요소는 그것이 행위에 직접적으로 영향을 미치는 한에서만 책임과 관련된다. 또한 책임평가에 있어서 사전행위와 사후행위를 고려해야 하는지, 어느 정도까지 고려해야 하는지에 대해서도 불명확하다. 법률은 이에 대해 침묵하고 있다.⁵⁹⁾

양형에서 기준이 되는 책임(양형책임)은 형벌근거책임과 같은 의미가 아니다. 양형책임(Strafzumessungsschuld)은 형벌을 근거짓는 책임과 무관한 것은 아니며, 책임의 다른 측면에 해당한다. "범죄성립요소인 책임은 가벌성을 근거지우는 비난가능성을 의미

56) Stratenwerth, *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972, 13면 (Streng. 위의 책(주4), 1421면에서 재인용).

57) "어떠한 형벌이 책임에 적합한 것인가는 정확히 정해질 수 없다. 이미 책임에 적합한 형벌을 상한으로 하고 아직도 책임에 적합한 형벌을 하한으로 하는 폭이 존재한다. 사실심 판사는 위 경계를 넘어서는 안 된다. 사실심 판사는 형량이나 종류가 너무 중하여 그에게조차 더 이상 책임에 적합하지 아니하다고 느낄 정도의 형벌을 선고하여서는 안 된다. 그러나 사실심 판사가 이 범주 내에서 어느 정도의 형을 선고할 것인가에 대한 판단은 그의 재량이다." (BGHst 7, 32면 판결 인용) (이동근, 위의 글(주9), 217면에서 재인용).

58) Streng, 위의 책(주4), 1421면.

59) Streng, 위의 책(주4), 1421면.

하지만, 양형책임은 구성요건적 불법의 실현에 대한 비난가능성 뿐만 아니라 비난가능성의 정도를 포함하는 개념이다. 예컨대 과실치상의 책임을 인정하기 위해서는 운전자가 주의의무를 위반했고(행위반가치) 이로 인해서 상해의 결과(결과반가치)가 발생했다는 사실이 확인되어야 한다. 그러나 양형이 있어서는 주의의무위반의 정도(예컨대 어느 정도의 과속운전인지)와 법익침해의 정도(예컨대 몇 주의 상해인지)가 중요하다.”⁶⁰⁾

이러한 양형책임 하에서는 범행 뿐만 아니라 주관적으로 귀속가능한 범행 전 태도와 범행 후 태도 또한 고려된다.⁶¹⁾ 통설과 판례⁶²⁾는 간접징표이론을 따른다. 이에 따르면 행위실행의 상황 외에도 행위실행과 직접적으로 연관되는 상황은 간접적으로 책임과 연관된다. 이런 이유로 ‘간접징표(Indiz)’라는 용어를 쓴다. 판례는 행위자의 생활영위(Lebensführung)은 그것이 행위와의 밀접한 관련성 때문에 책임과 연관될 때에만 고려된다는 점을 강조한다.⁶³⁾

(2) 목적

양형결정에서 양형의 주요요소(독일 형법 제46조 제2항 제2문)와 이것을 평가하고 이익형량(독일 형법 제46조 제2항 제1문)하는 기준은 책임원칙과 예방목적에서 도출된다. 어떤 형벌목적에 따른 것인가에 대해서는 독일 형법 제46조 제1항 제2문이 ‘특별예방목적’을 언급하고 있다. 이에 따르면 형벌이 행위자의 장래 사회생활에 미칠 것으로 기대되는 효과는 양형에서 고려되어야 한다. 따라서 형벌은 통한 행위자의 재사회화와 탈사회화방지는 큰 의미를 지닌다.

독일 형법 제46조가 다른 형벌목적에 대해서는 언급이 없다 하더라도, 이는 독일 형법 제46조 제1항 제2문을 통해서 특정 목적을 강조했다는 의미가 있을 뿐이지, 이와 반대로 다른 형벌목적에 대해서는 언급이 없었는 의미가 아니다.

특별예방목적 외의 다른 목적은 독일 형법 제47조 제1항, 제56조 제3항, 제59조 제1항 제3호에 규정된 ‘법질서의 방어(Verteidigung der Rechtsordnung)’에서 찾을 수 있다. 통설에 따르면 이는 ‘적극적 일반예방’에 대한 것이다. 다른 견해에 따르면 이 또한 광의의 일반예방을 의미한다. 특별예방목적과 일반예방목적 외에 다른 형벌목적은 독일 형법전에서 찾아볼 수 없다.⁶⁴⁾

60) 하태훈, 위의 글(주5), 243면.

61) Schenke/Schröder, 위의 책(주32), 759면.

62) 독일의 연방법원은 Bruns가 제안한 ‘간접징표이론’을 따랐다.

63) Streng, 위의 책(주4), 1423면.

1) 특별예방

형벌을 통해 재사회화의 효과를 얻겠다는 기대는 충족되지 않았다. 특히 자유가 결여된 교도소에서의 생활을 통해 자유로운 생활을 건설적으로 준비한다는 것은 성공할 가망성이 희박함이 증명되었다. 따라서 책임과 일반예방의 측면에서 더 적은 제재로도 충분한 경우, 재사회화를 고려하여 더 높은 자유형을 선고하는 것은 정당화되지 않는다. 독일 형법 제46조 제1항 제2문에 규정된 특별예방 목적은 형벌을 근거지우는 데가 아니라, 형벌을 제한하는 데 의의가 있다. 모든 경우에 형벌의 해악을 생각해야 하며, 적합한 제재선택을 통하여 될 수 있는 한 높은 형은 피하여야 한다.⁶⁵⁾

책임상쇄와 재사회화 사이에 자주 등장하는 충돌을 어떻게 해결할지에 대해서는 독일 형법전은 규정하고 있지 않다. 기초공식의 모호함과 책임개념의 불명확성 때문에 어떤 목적을 어느 정도 우선시해야 하는지에 대해서 의견이 분분하다. 재사회화목적을 고려하여 책임에 적합한 형벌량에 미치지 않을 수 있는지, 혹은 그것을 넘어 형량을 결정할 수 있는지가 문제된다. 범주이론을 따르는 통설과 판례는 책임범주를 넘어서거나 못 미치는 양형에 반대한다. 하지만 이러한 견해대립은 책임과 재사회화의 관계에 대해 내용상의 불일치가 실제로 있음을 보여준다.⁶⁶⁾

2) 일반예방

전통적으로 일반예방이론으로 알려진 것은 위하이론(Abschreckungstheorie)이다. 하지만 최근에 독일 형벌이론(형법이론)에서 각광받고 있는 이론은 오히려 적극적 일반예방이론이다. 독일 연방법원은 책임에 적합한 범위에서 일반예방적 고려를 원칙적으로 적법한 것으로 본다. 다만 일반예방 목적은 제한적으로 고려되는데, 모방의 위험이나 확산의 구체적인 위험이 있는 경우와 같이 동종의 범죄가 사회에서 증가하는 특별한 사정을 요한다.⁶⁷⁾ 특별한 사정 없이 일반예방을 근거로 형벌을 가증하는 것은 (독일 형법 제46조 제3항에 유추하여) 입법자가 구성요건이나 형벌범위를 형성할 때 고려한 일반예방의 관점을 다시 고려하는 금지된 이중평가에 해당된다.⁶⁸⁾

64) Streng. 위의 책(주4). 1427면 이하.

65) Streng. 위의 책(주4). 1428면.

66) Streng. 위의 책(주4). 1434면.

67) "예컨대 독일연방법원은 음주운전이나 탈세범처럼 모방위험 내지 확산위험이 있는 경우에 한하여 위하효과를 근거로 형벌가증을 인정하고 있지만, 이러한 판례도 경험적으로나 규범적으로 정당화될 수 없는 단순한 추측에 근거한 것이라는 비판을 받고 있다." Maeck, *Opfer und Strafzumessung*, 1983, 116면 이하 참조 (최석윤, "양형위원회와 양형이론", 『형사정책연구』 제18권 제3호, 2007, 424면).

68) Streng. 위의 책(주4). 1432면.

독일 연방법원이 제한적으로 일반예방 목적을 따르는데 반해, 몇몇 이론은 일반예방을 고려하는 것을 반대한다. 이에 따르면 구체적인 경우에 형벌을 강화하는 것이 일반예방을 위하하는 효과를 수반하는지 여부에 대해 의문을 제기한다. 경험적 연구에 따르면라도 일반예방 효과의 효율성이 증명할 수 없다. 무엇보다도 이는 책임원칙 하에 예방 목적의 투입을 최대한 제한되어야 한다는 입장에서 주장된다.

독일 형법 제47조 제1항, 제56조 제3항, 제59조 제1항 제3호에 규정된 '법질서의 방어(Verteidigung der Rechtsordnung)'에서 그 근거를 찾을 수 있는 '적극적 일반예방'에서 문제되는 것은 행위자가 깨뜨린 규범신뢰를 어떻게 다시 회복하는가이다. 체계이론(Systemtheorie)의 도움을 받아 다음과 같이 적극적 일반예방은 표현된다: 범행자가 상호간에 기대되는 규범준수를 지키지 않음에 따른 실망을 범행자의 몫으로 돌려 실망을 제거한다.⁶⁹⁾ 하지만 책임을 적극적 일반예방의 파생개념으로 보아, 적극적 일반예방에 의해 책임의 내용이 근거지워질 뿐만 아니라 책임의 양도 결정된다는 야콥스(Jakobs)의 이론에 대해서는 우려의 목소리가 많다.⁷⁰⁾

(4) 적법한 책임상쇄 (형벌감수성)

책임상쇄로서 책임에 적합한 형벌은 책임범위가 형벌범위가 일치해야 함을 뜻하지는 않는다. 같은 책임량을 가진 행위자라 하더라도, 다른 중요성을 가진 양형요소는 서로 다른 형벌량을 정당화한다. 이런 요소에는 형벌감수성(Strafempfindlichkeit), 장기간의 절차기간, 행위의 중한 결과가 포함된다. "양형에 있어서 형벌 목적적인 규범적 요소는 '책임'과 '예방'이나, 독일의 통설과 연방법원은 그 외의 추가요소로서 '적법한 책임상쇄'라는 개념을 인정하고 있다. 이는 행위자의 '형벌감수성'이라는 개념을 중심으로 나온 것으로서 행위자의 책임에 따른 형벌을 다시 행위자 측의 주관적 측면을 고려한 '적법한 책임상쇄'를 통해 제한 혹은 완화하려는 것이다."⁷¹⁾ "양형책임에 따른 형벌

69) Streng, 위의 책(주4), 1433면.

70) "적극적 일반예방을 통한 책임을 재해석하는 Jakobs의 시도는 현실적인 형벌의 귀속과정을 세밀하게 기술해낸다는 점에서 설득력을 지닌다. 그러나 형벌귀속의 사실적 차원과 규범적 차원은 서로 다른 것이다. 다시 말해 적극적 일반예방에 의해 책임귀속이 이루어진다는 사실로부터 일반예방의 파생물이어야 한다는 규범적 명제는 도출되지 않는다. 바로 이러한 이유에서 Jakobs의 책임론에 대한 비판은 '규범의 안정화'라는 적극적 일반예방의 개념을 문제삼는다. 즉 이 개념은 너무나 추상적이기 때문에 국가의 형벌권에 대한 주관적 귀속기준을 제공할 수 없다는 것이다. 더 나아가 '규범의 안정화'라는 개념은 너무 포괄적이기 때문에 형벌목적의 투입이 처벌과정의 국가적 측면에 해당하는 반면, 책임원칙의 제한적 기능은 처벌과정의 개인적 측면에 상응하는 것이라는 점을 간과한다는 것이다." 최석윤, "양형의 형벌이론적 기초와 합리화방안", 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 1996, 123면, 124면.

71) 이동근, 위의 글(주9), 221면.

을 다시 형벌감수성에 따라 조정할 필요가 있게 되어 사용되는 개념이 '적법한 책임상쇄' 혹은 '책임조정'이다."⁷²⁾

형벌이 행위자의 장래 사회생활에 미칠 것으로 기대되는 효과는 고려되어야 한다는 독일 형법 제46조 제1항 제2문은 같은 책임량이라 하더라도 형벌이 행위자에게 미치는 영향을 고려하여 형벌량이 서로 다르게 근거지워질 수 있음을 뜻한다.⁷³⁾ 하지만 문제는 적절한 책임상쇄를 위해서 어느 정도까지 형벌감수성 등을 고려해야 하는지에 있다.

나이, 성별, 전력과 기타 생활환경에 따라 피고인에게 내려지는 자유형의 의미는 매우 다르다. 외국인이라는 이유만으로 특별한 형벌감수성을 고려해야 하는 것은 아니다. 독일과 다른 가치지향과 다른 생활배경을 가지고 독일에 살고 있는 외국인에 대해서 형법적용을 어떻게 해야 하는지에 대한 논의는 독일에서 아직 심도깊게 이루어지지 않았다. 외국인의 경우에는 한편으로는 형벌감수성(Strafempfindlichkeit)의 측면에서 논의되어야 하고, 다른 한편으로는 특별예방적 관점인 형벌감응성(Strafempfanglichkeit)의 측면에서 논의되어야 한다.⁷⁴⁾ 임신중인 여자 수형자의 경우에는 아이의 출산이 수형기간 내에 이루어질 경우와 같은 특별한 사정이 있는 경우에 형벌감수성이 인정된다.⁷⁵⁾

2. 법원의 양형기준제시

우리나라 형법 제51조에 없는 양형원칙이 독일 형법 제46조 제1항에 규정되었다고 하더라도, 이로써 양형문제가 전부 해결되지 않는다. 이에 따르면 양형원칙은 그 자체의 내용이 불명확한 상황에서는 양형실무를 규제할 수 있는 규제원리로서도 제 기능을 발휘할 수 없게 된다. 따라서 규제원리로서 작동할 수 있는 양형원칙과 기준을 구체화하는 연구가 필요하다.

다른 한편으로 법관의 양형결정에 합리적인 기준을 관례는 제시할 필요가 있다. 이와 관련하여 독일 연방법원(BGH)은 다음 몇가지 원칙을 마련하였다.

72) 이동근. 위의 글(주9). 234면. "초범의 경우가 이미 재판받은 경험이 있는 자와 비교할 때 이미 재판 경험이 있는 자와 동일한 형을 선고받더라도 더욱 무겁게 느낄 것이고, 따라서 형벌감수성이 높다고 할 것이므로 이 경우에는 형벌완화사유가 될 것이다. 이와 같이 형벌감수성이 높은 경우로서, BGH는 독일어를 잘 하지 못하여 구금되었을 때 의사소통의 문제를 가지고 있는 외국인, 구급성 정신병이 있는 자, 심한 시각장애가 있는 자, 고령이어서 여명이 얼마 남지 않은 자, 에이즈나 기타 질병에 걸려 수명이 단축된 자 등의 경우를 들고 있다."

73) Schenke/Schröder. 위의 책(주32). 759면.

74) Streng. 위의 책(주4). 1473면 이하.

75) Schenke/Schröder. 위의 책(주32). 776면.

- 양형기준을 적용함에 있어 중요한 원칙은 '피고인에게 불리할 때는 피고인의 이익으로(*in dubio pro reo*원칙)'이다. 양형과 관련된 상황을 판단함에 있어 '*in dubio pro reo*원칙'이 적용되어, 행위자에게 불리하게 작용하는 사유는 그 상황이 확실할 때에만 양형에서 고려된다⁷⁶⁾.

- 구체적인 경우에서 같은 사유라도 형벌을 강화하는 사유가 될 수도 있고, 감경하는 사유가 될 수도 있다.⁷⁷⁾ 이 때 중요한 것은 하나의 사유가 그 자체로 모순되게 양형에서 평가되어서는 안된다는 점이다.⁷⁸⁾

- 특정한 형벌감경사유가 없다는 것으로부터 형벌가중사유를 이끌어내는 것은 허용되지 않는다.⁷⁹⁾ 또한 특정한 형벌가중사유가 없다는 것으로부터 형벌감경사유를 이끌어내는 것도 허용되지 않는다.⁸⁰⁾

- 판례는 형벌이 형벌범위의 최소한과 최대함에 근접하면 할수록, 양형평가가 더 극에 달하면 달할수록 더 철저한 근거가 설정될 것을 요구한다.⁸¹⁾

3. 양형이론의 전개

독일 형법전에 규정된 양형원칙은 불완전할 뿐만 아니라, 여러 가지 해석에 대해 열려 있다. 이를 통해 입법자는 여러 양형이론이 발전할 수 있는 여지를 마련하였다. 양형이론에는 형법전에 쓰여진 양형기준을 실무에 맞게 체계화하는 작업이 부여된다. 독일에서 논의되는 양형이론에는, 유일형이론(Theorie der Punktstrafe), 범주이론(Spielraumtheorie), 위가이론(Stellenwerttheorie), 특별예방형위가이론 뿐만 아니라, 최근에 제기되는 행위비례성이론(Tatproportionalitätstheorie)이 있다.⁸²⁾ 양형이론에는 형벌범주의 사용, 제46

76) BGH StV 1986. 5면; 2000. 656면; NStZ/T 1988. 174면; BGH NStZ-RR 2004. 41면 이하 (Schenke/Schröder. 위의 책(주32), 778면에서 재인용. Streng. 위의 책(주4), 1435면에서 재인용).

77) BGH NJW 95. 1038면 (Schenke/Schröder. 위의 책(주32), 759면, 760면에서 재인용).

78) BGH StV 87. 62면 (Schenke/Schröder. 위의 책(주32), 759면, 760면에서 재인용).

79) BGH NJW 80. 2821면; NStZ 82. 463면; NStZ/T 86. 496면; StV 93. 132면 (Schenke/Schröder. 위의 책(주32), 778면에서 재인용).

80) BGH NStZ 1981. 60면; BGH StV 1987. 60면 이하; BGH StV 2002. 74면 이하 (Spreng. 위의 책(주4), 1483면에서 재인용).

81) BGH NJW 1995. 2234; BGH NJW 2001. 83 (84); BGH StV 2001. 676 (Streng. 위의 책(주4), 1481면에서 재인용).

조 제1항 기본원칙의 내용, 형벌목적의 의미, 제46조 제2항 이익형량공식의 내용이 문제된다. 독일 판례는 여전히 책임에 적합한 형벌의 범위 내에서 형벌 목적을 고려해야 하고, 형벌을 감경하거나 가중할 수 있다고 판시함으로써 범주이론을 따르고 있다.

1) 범주이론

독일의 판례와 통설이 따르는 양형이론이며, 책임범위이론이라고도 한다. 이에 따르면 예방목적이 고려된 형벌은 책임범위의 상한선을 초과할 수 없을 뿐만 아니라, 하한선을 벗어날 수도 없다. 범주이론은 판사가 형법전에 규정된 형벌범주 안에서 구체적 사건에 해당되는 ‘책임범위’를 찾고, 이를 구체화한다는 사고에 기초한다. 형벌이 책임을 넘거나 책임에 못 미치는 것을 피해야 하며, 책임범위 내에서만 형벌 목적을 고려할 수 있다. 이는 통상의 경우에 책임범위를 우선 확정하고, 이 후에 예방관점을 적용한다는 점을 전제로 한다. 역으로 예방의 관점에서 적절한 형벌을 구체화하고, 이를 책임범위를 통해서 제한한다는 사고도 결론에 있어서는 범주이론과 같다.

범주이론의 약점은 그 전제에 기인한다. 범주이론은 책임의 양에 따라 형벌의 양을 결정하는데, 책임개념이 매우 불명확하여 책임의 양을 정할 수 없다는 비판을 받는다. 또한 책임의 범주가 이미 주어져 있고, 그 범주 안에서 예방의 관점을 고려하여 정당한 형벌을 정하는 과정은 비현실적이다. 실제로 판결과 범주이론을 주장하는 견해도 판사가 책임범위를 공개할 것을 요구하지 않는다. 판사는 “이미” 책임에 적합하거나 “여전히” 책임에 적합하다고 느끼는 형벌을 선고하며, 이 때 구체적 경우에서 예방목적도 함께 고려된다. 범주이론은 양형실무에 기준을 제시하는데 이처럼 한계가 있다.

하지만 범주이론이 가지는 장점은 무시할 수 없다. 무엇보다도 양형결정에 절대적인 기준이 없다는 점은 알려 준다. 책임이 범위가 아니라 어떤 하나의 점으로 가정한다면, “이미(schon)” 책임에 적절하거나, “여전히(noch)” 책임에 적절하다고 느끼는 양형이라 할지라도, 이를 책임에 못 미치거나 책임을 초과한다고 판단해야 하는 오류를 피할 수 있다.⁸²⁾

2) 유일형이론

유일형이론은 개개의 행위에 대해 단 하나의 정당한 형벌이 존재한다는 전제에서 출발한다. 물론 이를 주장하는 견해도 실무의 현실을 고려하여 단 하나의 정당한 형벌

82) 양형이론에 대한 전반적인 설명으로 최석윤, 위의 글(주67), 421면 이하; 행위비례성이론(Tatproportionalitätstheorie)에 대해서는 Frisch/von Hirsch/Albrecht(Hrsg.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, 2003.

83) Streng, 위의 책(주4), 1453면 이하.

발견은 최대한 추구되어야 하는 것으로 파악할 뿐, 정확히 결정될 수 있는 것은 아니라고 한다. 이 이론은 특히 상급심에서 양형을 (제한없이) 심사할 수 있는 법적 근거를 제공한다. 하지만 유일형이론은 형을 정하는 판사의 행위가 판사 개인의 평가행위라는 점이 간과되어 있다. 양형은 특정한 형량을 '발견하거나', '인식하는' 것이 아니라, '평가하는' 것이다. 판사의 평가행위는 각각의 구체적 사건에서 행위와 행위자와 관련하여 사회의 가치와 규범을 재생산해 낸다.⁸⁴⁾

앞에서 언급한 범주이론과 유일형이론은 책임이 이미 주어졌 있다는 전제와 이를 인식할 수 있다는 존재론적 전제를 함께 한다는 점에서 유사하다.⁸⁵⁾ "유일형이론이나 범주이론과 같이 책임을 이러한 존재론적인 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 인식할 수 있다고 주장하게 된다. 이와 같은 딜레마를 벗어나기 위해서 노이만(Neumann)이 적절히 지적한 바와 같이⁸⁶⁾ 책임개념을 애당초 법개념으로 파악하고 이러한 개념에 대한 적용규칙을 확인하려고 노력하는 것이 바람직할 것이다. 왜냐하면 책임은 객관주의적 의미에서 확인되는 것이 아니라 사회적 귀속절차를 통하여 결정되기 때문이다. 다시 말해 양형은 이미 존재하고 있는 것을 단순히 인식하는 것이 아니라 이 개념에 대한 논증규칙을 통해 실천적으로 정당화될 뿐이다."⁸⁷⁾

3) 위가이론

위가이론에 따르면 형벌량은 책임에 의해서 결정되고, 형벌종류는 예방목적에 의해 결정된다. 하지만 형벌량이 책임에 의해서만 결정된다고 하는 주장은 구체적인 형벌량

84) Streng, 위의 책(주4), 1457면.

85) "유일형이론과 범주이론은 비록 그 내용은 다르지만 똑같은 이론적 가정에서 출발한다. 즉 이들은 모두 양형에서 책임이 유일형의 형태이든 수개의 가능성의 형태이든 간에 미리 주어졌 있는 어떤 고정된 형태라는 것이다. 달리 말해 책임은 어떤 형태로든 미리 주어졌 있다는 존재론적 가정이 이 이론들의 출발점이다. 그러나 이와 같은 존재론적 입장이 설득력이 없다는 것은 이미 법이론적으로도 밝혀진 바이다." 최석윤, 위의 글(주67), 427면.

86) Neumann, Zur Bedeutung von Modell in der Dogmatik des Strafzumessungsrechts, FS-Spendel, 414면 이하 (최석윤, 위의 글(주67), 428면에서 재인용).

87) 최석윤, 위의 글(주67), 428면. "양형에서 중요한 것은 어떤 인식행위가 아니라 하나의 평가행위이므로 유일형이론에서 주장하는 유일하게 정당한 형벌이란 단순한 가설에 불과하며, 따라서 실무상 도저히 관철될 수 없다는 것이다. 또한 책임범위라는 미리 주어졌 있는 실체적 형벌크기도 존재하지 않기 때문에 책임범위이론도 타당하지 않게 된다. 따라서 정당한 형벌은 유일점의 형태로든 범위의 형태이든 이미 존재하는 것이 아니라 책임이라는 법개념에 대한 논증규칙을 통해 양형과정에서 구체화될 뿐이라고 한다." 최석윤, 위의 글(주67), 429면.

을 결정함에 있어 예방목적이 고려됨을 도외시하였다는 비판을 받는다. 특히 독일 형법 제46조 제1항 제2문("형벌이 행위자의 장래 사회생활에 미칠 것으로 기대되는 효과는 고려되어야 한다.")에 반한다. 록신(Roxin)은 협의의 양형에서도 예방적인 고려를 하여야 형의 집행유예가 배제됨으로 인한 장기의 책임형벌을 방지할 수 있다고 지적한다.⁸⁸⁾

록신(Roxin)의 특별예방형 위가이론에 따르면, 일반예방목적은 이미 책임의 상한선에 충분히 반영되어 책임의 상한선 내에서 형량을 오로지 특별예방에 의해서만 결정된다. 책임의 하한선은 특별예방목적에 의해 이탈될 수 있으나, 이 경우 일반예방목적은 그 한계선으로 기능한다. 하지만 특별예방목적에 의해 책임의 하한선을 이탈하는 경우에 내용적으로 더 이상 책임형벌과 부합하지 않는다는 비판이 있다.⁸⁹⁾

4) 행위비례성이론

최근에 국제적으로 행위비례성에 기초한 양형사고가 유행하고 있다. 독일 법률상황에 맞게 행위비례성을 책임원칙의 아래에 설정한 행위비례성이론이 발전하였다. 이에 따르면 독일 형법 제46조 제1항 제1문은 책임과 관련된 상황의 기초 위에서 행위비례성에 따라 양형되어야 하는 것으로 해석된다. 행위비례성이론은 종래 우세한 '개별적 경우에서의 정의(Einzelfallgerechtigkeit)'와는 동떨어져 있다. 고려되어야 할 행위요소와 행위자요소를 축소하며, 이를 위해 형벌의 개별화는 포기된다. 양형판단을 함에 있어 행위불법에 집중함으로써 형벌의 균등성을 피하는 장점이 있다. 또한 다른 여러 나라의 경험에 따르면 이는 형벌을 낮추는 효과를 가져왔다고 한다. 하지만 사회통합이 가능한 초범의 경우에 재사회화 측면을 고려하지 않는다는 단점이 있다. 또한 행위자에게 유리하게 또는 불리하게 작용하는 행위자요소를 양형에서 제거함으로써 국민의 법감정에 반할 수 있고, 규범을 확인하는 형법의 주요과제에 반할 수 있다.⁹⁰⁾

6. 양형통제

하급심의 형량이 납득가능한지 여부를 확인하는 상급심의 양형통제는 부당한 양형

88) Roxin, FS-Bruns, 190면 (최석윤, 위의 글(주67), 432면에서 재인용).

89) "Bruns는 책임형벌의 초과 뿐만 아니라 책임형벌이 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 (Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, 92면)." (최석윤, 위의 글(주67), 각주 49에서 재인용).

90) Streng, 위의 책(주4), 1459면 이하.

을 제거하고 개개의 경우에서 정의롭지 않은 양형이 행해지는 것을 막는다. 상급심이 하급심의 양형을 통제할 수 있는 근거는 독일 형사소송법 제267조 제3항이다. 독일 형사소송법 제267조 제3항은 '양형을 상세하게 근거지워야 하는 사실심 판사의 의무'를 규정하고 있다. "독일 형사소송법에서 양형판단에 대한 이유를 명시하도록 규정하고 있는 이유는 판결이유의 명시와 판결에 대한 재심사 사이에는 밀접한 관련성이 존재하기 때문이다. 양형의 적정성은 단지 최종적인 형량에 의해서만 결정되는 것이 아니라 오히려 최종적인 판단에 이르는 정당한 과정이 요구되기 때문이다."⁹¹⁾

(1) 납득가능성 통제로서 '통상의 경우와의 비교'

판례는 형량의 부당함을 납득가능성(Vertretbarkeit) 기준에서 판단한다. 문제된 사안의 형량이 그 사안과 비교가능한 사안에 내려진 형량과 비교해 현저한 차이가 있다면 이는 법적으로 문제가 있는 양형이라고 판단한다. 이 때 독일 연방법원은 문제된 사안의 형량과 비교되는 사안의 형량을 스스로 확정한다. 상급법원은 비교의 방법을 취하면서도, 사실심 법원이 문제된 사안과 비슷한 사안에서 다른 법원이 어떻게 양형을 하였는가에 대해 증명하는 것은 허용하지 않는다. 문제된 사안의 형량과 비교되는 통상의 형량(문제된 사안과 비교가능한 사안에서 내려진 형량)이 정당한지에 대해 독일 연방법원이 취하는 방법이 적절하다는 점에 대해서는 의견이 일치한다.

독일 연방법원의 비교를 통한 양형통제방법은 공범의 경우에도 해당된다. 모든 공범자가 동일한 절차에서 형을 선고받을 때에는 특별한 문제가 생기지 않는다. 문제는 현저히 상이한 양형이 내려진 경우에 발생한다. 독일 연방법원은 공범의 경우에 형벌은 문제된 사안에서 발견해야 한다고 하면서도, 공범에 내려진 형벌은 서로 간에 관련성을 가진다는 측면이 배제되어서는 안된다는 점을 강조한다. 공범자 1인이 다른 법원에 의해 형이 내려지고, 이 형량이 정당하지 않다고 생각되는 경우에는, 다른 공범자 1인에 대해 형을 내리는 판사는 자기책임의 원칙에 따라 이전 판결을 따를 이유는 없다.⁹²⁾

(2) 양형통제의 한계

상급심은 서류를 보고 양형통제를 하기 때문에 피고인에 대한 사실심 법관의 인상을 판단할 수가 없다. 실제로 상급심은 독자적으로 증거조사를 수행할 수 없기 때문에, 하

91) 최석윤, 위의 글(주3), 278면.

92) Streng, 위의 책(주4), 1489면 이하.

급심의 양형에서 중요하다고 판단한 사실을 다 조사하는 것은 불가능하다. 이러한 이유 때문에 상급심의 양형통제에는 하급심 판사의 넓은 재량여지를 감수해야 할 때가 있다. 독일 판례는 형량을 정할 때 사실심 판사의 재량여지를 넓게 인정한다. 독일 연방법원 판례에 따르면, 양형은 기본적으로 사실심 판사의 임무이다. 사실심 판사가 공판과정에서 행위와 행위자의 인격으로부터 얻은 포괄적인 인상을 기초하여, 본질적으로 유리·불리한 사정을 확정하고 이를 평가하고 상호 비교·형량하게 된다. 상고심의 개입은 양형 고려(Zumessungserwägung) 그 자체에 잘못이 있는 때, 사실심이 법적으로 승인된 양형 목적을 고려하지 않은 때, 선고된 형이 형벌법주의 상한과 하한을 훨씬 넘긴 때에야 가능하다. 형벌법주를 고려하여 정확한 정당성 심사는 가능하지 않으며, 의심스러운 경우에는 사실심 판사의 양형을 받아들여야 한다.⁹³⁾

납득가능성통제로서 통상의 경우와의 비교가 어떻게 효율적으로 행해질지는 확실치 않다. 왜냐하면 특정 범죄유형에 어떤 형벌이 '통상의 경우'에 해당하는지에 대한 믿을 만한 지식이 존재하지 않기 때문이다. 독일 연방 통계청의 범죄수사 통계는 이 물음에 대답하기에는 부적합하다. 따라서 상급심은 '통상의 경우'를 확정하는데 매우 체계적이지 않고 선택적인 인상에 근거할 가능성이 높다. 이로부터 지역적 양형차이가 서로 다른 상급심 법원을 통해 더 첨예화될 위험이 생긴다. 예컨대 상급심 법원의 양형지침이 상이할 경우 가져올 영향은 1960년대에 음주운전에 대한 판결실무에서 알 수 있다. 서로 인접한 주 사이에 대중을 불안하게 할 정도의 매우 뚜렷한 양형차이가 존재했는데, 이 양형차이는 판결대상인 사건의 차이에 기인하지 않은 것이 확실했다. 관할이 다른 상급심 법원이 통상의 경우에 대해 서로 다른 기준을 가지고 있는 경우에는, 상급심에 의한 양형통제도 형벌불균형문제를 더 심화시킬 수 있다.

V. 양형법제 및 합리화정책의 문제점과 그 평가

앞에서도 언급했듯이 독일에서는 양형을 합리화하기 위한 노력이 주로 양형원칙과 기준에 관한 규정을 법제화하는 방향으로 이루어졌다. 양형에 대한 조건만을 규율하고 있을 뿐이며 양형의 기본원칙이나 책임과 예방목적에 대해 전혀 언급이 없는 우리나라 형법 제46조에 비하면, 독일 제46조의 규정은 더 진일보한 규정이지만, 이는 명확한 기준을 제시하지 못한다. 그리고 이에 대한 양형이론도 합의점을 도출해 내질 못하

93) Streng. 위의 책(주4), 1489면.

고 있다. 따라서 독일에서는 '양형논증에 대한 연구' 등을 통해 양형합리화를 도모하려 하고 있다.

1. 양형논증에 대한 연구⁹⁴⁾

법관의 양형결정은 합리적인 논증에 기초해야 한다. 따라서 양형을 함에 있어서 법관의 자의를 합리적으로 통제할 수 있는 양형구조를 마련하는 것은 매우 중요한 일이다.

(1) 논증을 통한 양형근거지움의 중요성

양형에 관한 이유를 기재하도록 한 독일 형사소송법 제267조 제3항은 법관으로 하여금 그가 내린 결정의 동기에 대해서 명확하게 할 것을 요구한다. 이는 가능한 한 평가가 합리적일 것을 강제한다는 의미에서 "사실심 판사의 자기통제"를 의미한다. 독일판례는 논증의무에 대한 원칙을 발전시켰는데, 이에 따르면 형벌이 형벌범위의 상한선과 하한선에 가까울수록 근거설정이 더 상세해야한다.

하지만 법관이 논증을 통해 결정근거와 동기를 드러낸다고 하더라도, "진정한" 결정 근거는 알기 어렵다. 행위자측면에서는 전과가, 행위측면에서는 손해(법익침해)의 정도가 양형에서 가장 중요하다. 따라서 형량은 두 요소에 의해 먼저 결정되고, 이러한 양형결정은 논증을 통한 근거지움의 단계에서 보완된다.

처음에 직관적으로 형성되는 형량이라 하더라도 합리적인 근거를 제시해야 한다는 강제에 의해 나중에 내용상의 수정이 이루어지고, 이를 통해 합의가 가능한 결과에 도달할 수 있게 된다. 상세한 양형근거지움의 긍정적인 영향은 법관 뿐만 아니라 일반인도 판결이 공정하다고 받아들일 때에만 기대할 수 있다.

양형이유가 판결에 실시되는 것은 상급심 법원에 의한 양형 정당성 통제를 위해서도 꼭 필요하다. 판결에 쓰인 양형이유를 통하여 사실심 판사가 어떤 이유를 중시하였는지 그리고 이를 어떻게 판단하였는지를 알 수 있게 된다. 역으로 이로부터 판사가 가능한 양형근거를 고려하지 않았는지 여부 또한 파악할 수 있다. 이런 유형의 전형적인 예로는 "덜 중요한 사례"에 해당할 가능성과 "특히 중요한 사례"에 해당하지 않을 가능성을 고려하지 않은 경우이다.

94) '양형논증의 합리화'에 대한 이하의 글은 Streng, 위의 책(주4), 1481면 이하를 기초로 하였음을 밝힙니다.

또한 독일형법 제46조 제3항의 이중평가금지(Doppelwertungsverbot)는 사실심 판사의 양형이유 설시에 의해서만 고려될 수 있다. 구체적으로 내린 양형의 부당함을 통상의 경우에 내린 양형과 비교하여 양형의 부당함을 증명하는 독일 연방법원은 독일 형사소송법 제267조 제3항에 규정된 양형이유 설시의무로부터 그 이유를 찾는다.⁹⁵⁾

(2) 양형근거지움의 요소

사건에서 양형과 관련있는 사유와 그 평가, 양형사유 간의 이익형량은 양형근거지움으로 전환되어야 한다. 독일 형사소송법 제267조 제3항은 형사판결에서 양형에 결정적이었던 사유를 서술하도록 규정하고 있다. 이는 양형에 영향을 끼친 모든 요소를 남김없이 목록을 만들라는 의미는 아니며, 구체적인 형벌에 정함에 있어 실질적으로 중요하게 영향을 끼친 사정을 서술하라는 뜻이다. 독일 형법 제46조 제2항 제1문에서 행위자에게 유리한 사정과 불리한 사정을 이익형량할 것이 요구되며, 이익형량의 요소가 되는 사정과 관련없는 개별요소를 늘어놓는 것으로는 충분하지 않다. 형벌가중사유와 형벌감경사유는 총괄적으로 상호 이익교량되어야 한다.⁹⁶⁾

양형근거지움에 사용되는 이유는 모두 같은 가치를 가지는 것은 아니며, 각각 그 중요성에 있어 차이가 난다. 또한 양형사유가 존재하는 것 자체가 중요한 것이 아니라, 그 강도가 중요하다. 이러한 기초를 토대로, 구체적인 사건에서 각각의 양형사유가 행위자에게 부담을 주는 형벌가중사유인지, 아니면 행위자의 부담을 덜어주는 형벌감경사유인지를 밝히는 작업이 진행되어야 한다.

양형근거지움이 잘못된 경우로서, 행위자의 부담을 덜어주는 양형사유가 없는 것을 행위자에게 부담을 주는 양형사유로 파악하거나, 그 반대로 행위자에게 부담을 주는 양형사유가 없는 것을 행위자의 부담을 덜어주는 양형사유가 있는 것으로 파악하는 경우를 들 수 있다. 법원이 양형평가를 제대로 논증하였는지 여부, 또는 법원이 실제로 잘못된 평가를 내렸는지 여부는 이때 논의되어야 한다. 이런 점에서 독일 연방법원에 따르면, 양형의 견고성은 양형이유를 실시한 점에 아니라, 그 평가에 달려 있다. 양형사유의 중요성평가와 이익형량은 이를 열거하는 것으로 대체되어서는 안된다.

양형근거지움과 형벌량의 관련성은 다음과 같다. 형벌감경사유가 없을 때에 형벌가중사유가 많은 것은 법률에 규정된 형벌범위의 상한에 근접한 형벌이 근거지운다. 이때 형벌범위의 상한에 근접한 형벌은 양형사유 내용을 통해 근거지워져야 한다. 역으

95) Streng. 위의 책(주4), 1481면 이하.

96) Schenke/Schröder. 위의 책(주32), 780면.

로 형벌가중사유가 없는 때에 형벌감경사유가 많은 것은 매우 낮은 형벌량을 근거지 운다. 형벌가중사유와 형벌감경사유가 비슷한 상황은 형벌범위의 중간선에서 형벌이 도출되어야 한다. 물론 이는 추상적인 차원에서만 타당하며, 구체적으로는 행위자가 초래한 손해의 정도와 전과와 같은 특정 양형사유는 양형실무에서 매우 중요하다. 이에 반해 다른 양형사유는 같은 정도의 중요성이 부여되지 않는다.⁹⁷⁾

(3) 양형근거지움의 구조와 문제점

개별 양형사유의 평가를 위한 기준점이 존재하는지 여부에 대해서 논란이 있고, 그 기준점에 대하여 '규범적 표준사례(normativer Normalfall)'와 '통상사례(Regelfall)'가 주장된다.⁹⁸⁾ 하지만 "규범적 표준사례"를 기준으로 양형을 근거지우는 것은 문제가 있다. "규범사례"를 주장하는 견해에 따르면, 이는 보통 각각의 구성요건요소의 중간치로 구체화될 수 있다.⁹⁹⁾ 하지만 예컨대 물건손괴나 상해에서 중간 정도의 손해가 무엇인지 알 수 없듯이, 구성요건요소의 중간치는 제대로 구체화하기 어렵다. 따라서 판례는 "규범적 표준사례는 법률에 낫설다"는 점을 지적한다.

또한 통계적으로 가장 빈번한 구성요건실현으로서 "통상사례(Regelfall)"를 기준으로 양형을 근거짓는 견해¹⁰⁰⁾도 문제가 있다. 판단해야 하는 사안을 통상사례에 비추어 측정하는 것은 다음 두가지 사항을 전제로 한다: (1) "통상사례"가 명확해야 하고, 법관 외 다른 절차참여자에게도 잘 알아야 한다. (2) 통상사례의 형벌량과 평가가 명확해야 한다. 하지만 가장 빈번한 사례를 어떻게 "통상사례"로 결정해야 하는지 그 자체가 매우 불분명하다. "통상사례" 모델이 가능하다 하더라도, 이는 모든 참여자들이 규칙사례에 해당하는 형벌량을 알고 받아들일 때에야 제대로 기능한다. 비교되는 사례가 불명

97) Streng, 위의 책(주4), 1482면 이하.

98) '규범적 표준사례(normativer Normalfall)'와 '통상사례(Regelfall)'에 대한 설명으로 최석윤, "양형의 형벌이론적 기초와 합리화방안", 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 1996, 200면 이하; 이동근, 위의 글(주9), 240면 이하; Schäfer, *Praxis der Strafzumessung*, 1995, 222면 이하.

99) "Mösl과 Theune은 법적으로 정해진 형벌 범위의 중간영역에서 타당한 형벌이 확정되는 규범사례(혹은 표준사례, normativer Normalfall)를 기준으로 하여 개별적 양형에 관한 사정을 평가하여야 한다고 주장하였다. 즉, 이 규범사례를 기준으로 하여 형을 무겁게 하거나 가볍게 하는 개별적 사정 혹은 양형 중립적인 사정을 평가하여야 한다." 이동근, 위의 글(주9), 241면.

100) "Horn은 어떠한 것이 규범이 되는 사례가 될 수 있는가의 측면에서 '규범사례'라고 하는 개념을 비판하면서, 그 대신 '통계적으로 가장 빈번한 통상사례(Regelfall)'를 양형에 있어서의 고정점 내지 출발점으로 제안하여야 한다고 주장하였다. Horn의 견해에 따르면, 일상적인 범죄에 대하여 표준이 되는 통상사례는 법적으로 정해진 양형 범위의 3분의 1 이하에서 확정되어야 한다고 한다." 이동근, 위의 글(주9), 242면.

확하다면, 이를 기초로 구체적인 형벌량을 계속해서 작업하는 것도 불가능하다.

양형에서의 출발점 내지 고정점이 확실하지 않기 때문에, 이를 기초로 형벌을 가중하거나 감경하는 것은 불가능하다.¹⁰¹⁾ 따라서 전형적인 양형사유를 기초로 구체적인 사안에서 우선 양형을 잠정적으로 결정한 다음(양형논증의 1단계), 비전형적인 양형사유를 계속해서 고려하여 양형을 정밀 조정하는(양형논증의 2단계) 2단계 양형논증이 주장된다. 양형논증의 1단계에서는 전형적인 양형사유가 “매우 약함, 약함, 중간, 강함, 매우 강함”의 가치단계를 통해 평가된다. 1단계 양형단계의 마지막에 양형요소는 총체적으로 고찰되고 평가되어진다(Gesamtabwägung und -bewertung). 여기에는 중간치의 형벌감경사유(예컨대 타인의 범죄유도)와 강한 형벌가중사유(예컨대 전과)를 어떻게 형량할 것인가 하는 문제가 있다. 1단계 양형평가에는 중요한 범죄를 중심으로 형성된 “법관양형기준”을 토대로 구체적인 사건과 비교하는 작업이 이루어진다. 합의에 기초하여 전통적으로 형성되는 “법관양형기준”은 법관이 타당하다고 인정하는 수준에서 받아들여진다.¹⁰²⁾

전형적인 양형요소가 전체적으로 고려된 양형논증의 1단계 이후 양형논증의 2단계에서는 비전형적인 양형요소가 고려되어 양형은 정밀 조정된다. 사회에서 승인된 규범과 근본가치가 그 기준이 된다. 독일 형법은 이에 대한 기준을 직접적으로 제시하지는 않지만, 형법 제46조 제1항에 규정된 ‘양형의 기본원칙’과 제47조 제1항 “법질서의 방어”로부터 이를 도출해 낼 수 있다. 또한 독일 형법의 여러 다른 규정으로부터도 도출해 낼 수 있다.¹⁰³⁾

(2) 독일 양형제도의 개선점

미국은 양형지침서(sentencing guidelines)를 통해 범죄종류, 범죄정도와 전과 등 양형인자를 고려한 매우 좁은 형량범위를 제시했다. 엄격한 전제조건을 충족할 때에만 예외적으로 이를 초과하거나 이에 미치지 않은 형을 선고할 수 있다. 양형지침서를 통해 양형이론

101) “BGH 판사인 Foth는 양형에 있어서 기준점이란 존재하지 않고, 따라서 양형요소를 총체적으로 고찰할 것(Gesamtbetrachtung)을 주장하였다.” 이종근, 위의 글(주9), 242면.

102) 하지만 Frisch는 독일 실무에서 사용되는 이와 같은 방법에 대해 반대하면서, 구체적인 경우의 양형은 전형적인 경우와의 비교방법이 아니라, 범행의 불법요소와 불법정도(예컨대 절도에서 손해정도)와 관련하여 내려진다고 주장한다. Frisch, “Maßstäbe der Tatproportionalität und Veränderungen des Sanktionenniveaus”, in: Frisch/von Hirsch/Albrecht (Hrsg.), *Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, 2003, 176면 이하 (Streng, 위의 책(주4), 1487면에서 재인용).

103) Streng, 위의 책(주4), 1485면 이하.

은 ‘근거설정학문(Begründungswissenschaft)’을 넘어 ‘생성학문(Herstellungswissenschaft)’으로 변모하였다.

하지만 “양형의 수량화(Mathematisierung)”에 대해 독일에서는 부정적인 견해가 다수를 차지한다.¹⁰⁴⁾ 예컨대 미국의 양형지침서에 따른 법관의 양형은 그 자체로 심각한 문제를 야기한다는 이유로 반대한다. 이에 따르면 양형지침서에 따라 법관이 형을 결정함을 통해 실질적인 공정성은 확보되지 않으며, 오히려 각각의 구체적인 사정을 고려한 양형을 방해한다. 엄격한 양형지침서에 의해 개별화된 구체적인 사정을 고려하지 못하게 되면, 법관이 구성요건 자체를 조각함을 통해 정당한 형벌을 도출하려는 시도를 하게 될 위험도 자명하다고 한다.¹⁰⁵⁾

그럼에도 양형지침서가 어떤 면에서는 독일의 경우에는 양형을 제대로 인도할 수 있다는 점이 지적된다. 독일의 경우 구성요건의 형벌범위가 너무 넓기 때문이다. 특히 형벌의 상한선은 너무 높다. 이는 지역 별로 서로 다른 양형으로 나타난다. 대부분의 구성요건에서 형벌의 상한선은 현격히 낮추어질 것이 요청되며, 이는 판사의 정당한 양형에 기여할 수 있다. 형벌의 높은 하한선은 낮추어질 것이 요구된다. 실무에서는 강간죄와 강도죄의 경우 형벌의 하한선이 매우 높기 때문에 대부분의 경우가 ‘덜 중한 사례(minder schwere Fälle)’로 다루어진다. 하지만 이처럼 ‘덜 중한 사례(minder schwere Fälle)’가 정상적인 경우가 된다면, 이는 형벌규정이 더 이상 양형의 기초가 되지 못하고, 오히려 적정성과 균등성을 갖추어야 하는 양형을 방해하게 된다.¹⁰⁶⁾

형벌범위를 더 좁게 설정한다 하더라도, 양형결정의 근본적인 문제, 즉 법률에 규정된 형벌범위에서 정당한 형벌을 찾는 문제가 해결되지 않는다. 정당한 양형과 관련된 문제 해결은 양형이론 만으로는 해결되지 않으며, “법관 양형기준”을 고려하여 통상의 경우와 비교하는 작업이 행해져야 한다. 물론 현재 실무에서 행해지는 방법은 개선을 요하는 것이 사실이다. 한편으로 양형에서 지역을 초월하여 합의를 도출해 낼 수 있는 기준이 마련되어야 하고, 이는 모든 법률가가 인식할 수 있는 것이어야 한다. 다른 한편으로 법관의 양형기준은 계속 개선되어야 한다.

각 범죄유형 별로 독일 내에서의 양형실무에 대한 정확한 통계를 산출하는 것이 양형실무를 개선하는데 중요하다.¹⁰⁷⁾ 독일 양형실무에 대한 통계자료가 충분할 때에야

104) 수량화모델은 교통범죄나 상점절도와 같은 양형요소들이 쉽게 도식화될 수 있는 범죄에서나 가능할 뿐이다. 수량화에 의한 양형의 합리화에 상세한 평가와 비판에 대해서는 최석윤, “양형의 형벌이론적 기초와 합리화방안”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 1996, 80면 이하.

105) Streng, 위의 책(주4), 1493면.

106) Streng, 위의 책(주4), 1493면.

107) Streng, 위의 책(주4), 1494면.

비로소 통상의 형량을 도출해 낼 수 있다. 정보시스템을 이용해서 형량이 통계상 어떻게 분포되어 있는지를 알 수 있는 것도 중요하다.

Ⅵ. 권고의견

1. 요약

독일의 경우 범죄구성요건의 광범위한 형벌범위와 '덜 중한 사례'와 '특히 중한 사례' 규율의 특수성으로 인해 양형의 균등성과 적정성을 확보하기가 쉽지 않다. 양형원칙과 양형기준을 독일 형법 제46조에 규율하고 있지만 그 내용은 여전히 모호하다. 독일 양형실무에 대한 경험적 연구 성과에 따르면 지역과 장소에 따라 형량은 여전히 차이를 나타내고 있다. 또한 '판사 개개인의 성향'이 양형판단의 차이로 나타남을 알 수 있다. 법제화를 통해 양형원칙과 양형기준, 구체화된 양형상황을 규정한다 하더라도 이로써 현실의 양형실무에서 적정성과 균등성을 갖춘 양형이 당연히 보장되는 것은 아니다. 그럼에도 양형규정을 통해서 불적정하고 불균등한 양형을 최소한 배제하고, 올바른 양형을 위한 충분조건을 마련하려는 것이 양형규정을 도입한 이유라고 하겠다. 또한 독일의 경우 양형원칙과 양형기준을 형법전에 규정함을 통해 양형에 대한 논의가 본격화될 수 있었다. 양형이론 등 양형에 대한 심도깊은 논의와 연구는 양형실무에도 반영되고 있다. 특히 보다 뚜렷한 양형기준과 양형사유를 위한 독일 연방법원(BGH)의 노력은 상당한 진전을 이루고 있다. 개별 양형사유에 대한 독일 판례는 꽤 축적되어 있는 편이다.

무엇보다도 양형에 있어 결정적인 사정을 판결이유에 기재하도록 한 독일 형사소송법 제267조 제3항에 기초하여 상급심이 하급심의 양형논증을 통제할 수 있는 법적 토대가 마련된 점은 큰 의미를 갖는다. 우리나라 형사소송법은 이 양형이유설시를 의무화하는 규정을 결여하고 있는 점은 심각한 입법상의 흠결이며,¹⁰⁸⁾ 올바른 양형기준이 뿌리내리지 못하게 하는 가장 큰 원인이라고 생각된다. 독일의 경우 양형원칙과 양형기준을 규율한 독일 형법 제46조는 그 내용의 불완전함에도, 이는 양형이유설시를 의무화한 독일 형사소송법 제267조 제3항에 의해 보완·보충된다.

현재는 양형에 대한 논증이론의 도입을 통해 적정성과 균등성을 보장하는 양형을 받

108) 최석윤, "양형의 형벌이론적 기초와 합리화방안", 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 1996, 23면.

전시키고 있다. 양형에 대한 논증이론이 올바른 양형에 얼마만큼의 도움을 줄지 아직은 미지수이지만, 이로 인해 양형논의는 더 풍부해지고 올바른 양형에 대한 관심과 연구는 계속 되고 있다.

2. 다른 국가 제도정책과의 비교

독일은 전통적으로 형법이론이 강한 나라이다. 다른 국가에 비하면 독일은 양형도 그마티이 섬세하게 발전되어 있다. 책임과 예방과의 관계, 형벌의 목적 등에 대한 이론은 참여한 대립 속에 양형도그마티를 발전시켰다. 양형이론이 발달한 독일의 예는 양형의 적정성 보장에 기여하는 선에서 우리나라 양형이론의 논의에도 기여하는 바가 있다.¹⁰⁹⁾ 우리의 경우 양형에 관한 통제논의가 형법이론적 접근의 차원보다도 양형재량 행사에 대한 불신과 그 통제에 초점이 있었다. 양형의 균등성 뿐만 아니라 양형의 적정성도 양형문제에 있어 중요한 점이며, 양자가 조화될 때 양형문제는 해결의 실마리를 찾을 수 있다는 점에서, 양형이론적 연구도 병행되어야 함은 물론이다.¹¹⁰⁾

양형지침서를 기준으로 양형실무의 균등성을 확보하는 미국의 예와 비교하여서도, 독일 양형이론은 양형실무의 적정성을 보장할 수 있는 매개체가 될 수 있다. 이처럼 독일의 발전된 양형이론은 통계적인 방법에 따른 양형지침서의 단점¹¹¹⁾을 보완할 수 있다. 반면 미국의 양형지침서는 독일 범죄구성요건의 광범위한 형벌범위에 따른 형벌상한선의 축소와 형벌 하한선의 확장에 대한 지침을 제공할 수 있다. 범죄구성요건의

109) “양형의 문제는 법률, 이론 그리고 실무가 유기적으로 결합한 문제이며, 양형의 형법이론적 기초에 관한 검토는 양형의 합리화 방안에 대한 전제가 된다. 따라서 양형이론에 기초하지 않은 실무상의 개선방안은 양형의 균등성을 보장할 수는 있을지 몰라도 양형의 적정성을 보장하지는 못한다. 즉 양형을 법관의 재량행위로 간주하고, 단지 기존의 양형결과들을 수량화함으로써 양형의 균등성을 확보하려는 실무가의 입장은 “반쪽자리 합리화”에 불과하다. 왜냐하면 양형은 유사한 사례에 대해 유사한 형벌을 부과해야 한다는 “균등성” 이념과 다른 한편 개별사이에 적합한 형벌을 부과해야 한다는 “적정성” 이념을 동시에 추구하기 때문이다. 요컨대, 양형의 문제를 합리적으로 개선하기 위해서는 **법률, 이론 그리고 실무가 유기적인 관계 속에서 계기능을 다할 수 있는 방안이 모색되어야 한다. 이와 같은 양형의 합리화는 무엇보다도 양형을 법정형의 범위 내에서 법관에 의해 이루어지는 재량행위로 보는 전례적인 입장과 결별하는 데에서부터 출발해야 한다.**” 최석윤, “양형의 형법이론적 기초와 합리화방안”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 1996. 248면, 249면.

110) 양형제도의 개선방안, (사법개혁위원회 제22차 회의자료, 제2분과 전문위원 연구반), 2004. 10. 18. 24면.

111) “우선 통계적인 방법에 따른 양형지침서는 규범적 원칙을 결하고 있다는 것이다. 즉 양형위원회의 접근방법은 양형의 지도원칙이라고 할 수 있는 형법이론에 대해서는 이론적으로 천착하지 않은 채 단순히 과거에 선고된 평균적 형벌만을 기초로 통계적으로 형벌의 범위를 결정한다는 것이다. 사실상 이 점은 수량화모델의 일반적인 문제점이기도 하다.” 최석윤, “양형의 형법이론적 기초와 합리화방안”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 1996. 87면.

형벌범위가 너무 넓은으로 인해서 법관은 양형과정에서 엄청난 부담을 안게 된다. 특히 독일의 경우 '덜 중한 사례'와 '특히 중한 사례'의 입법례를 따라 가중·감경구성요건이 기본구성요건과 그 요건에서 차이가 없는 경우에는 올바른 양형에 대한 부담이 더욱 커진다. 중국적으로는 형법개정을 통해서 해결할 문제이지만, '법관 양형기준'을 통해서 세분화하는 작업도 필요할 것으로 보인다.

3. 정책적 권고사항

양형에 대한 법제화와 수량화 등을 통한 시도에 대해 제기되는 반론은 양형을 합리적으로 통제할 수 있는 방법이 존재하지 않는다는 것이다. 수많은 양형요소와 경우에 따라 다른 의미를 가지는 양형요소를 고려해 본다면 양형문제는 법제화를 통해서 해결되지 않는다. 법제화가 된다고 하더라도 법제화된 내용에 대한 견해가 일치하지 않음으로 인해 기준으로 작용하지 못할 가능성도 상존한다. 법관에 따라 책임을 강조할 수도 있고, 특별예방을 강조할 수도 있고, 일반예방을 강조할 수도 있다.

양형은 법관의 판단에 열려 있는 면이 있지만, 그렇다고 법관의 자의에 내맡겨져 있는 것은 아니다. 양형 합리화에 대한 시도의 한계를 인정하더라도, 합리적인 통제가 가능한 양형의 구조를 만드는 작업은 법관의 판단이 올바르게 내려지게 하기 위해서는 꼭 필요한 작업이다.

독일 양형제도와 관련하여 언급해야 할 점은 독일은 법제화를 통해 우리나라 양형제도에서 '법률단계에서의 문제점'으로 지적되는 '양형원칙의 부존재'와 '법관에 의한 양형단계에서의 문제점'으로 지적되는 '양형심리의 불충분'과 '상소심에서 양형 통제의 불충분'을 해결하려고 시도했다는 점이다. 물론 앞서도 지적했듯이 이는 완전한 해결책은 아니다. 오히려 이로 인한 더 많은 오해와 충돌을 낳기도 한다. 하지만 이를 통한 양형이론의 발전과 올바른 양형구조에의 개선은 결코 간과되어서는 안되는 부분이다. 특히 '양형이유'를 판결에 실시하게 하고, 이를 상급심이 심사할 수 있도록 함으로써 양형논증을 통해 피고인에게 납득가능한 형량이 선고되었음을 논증할 의무를 요구한 점은 우리나라 양형판결도 따를 만하다. 이를 통해서 양형이 법관의 재량행위가 아닌 법관의 법적용행위라는 점이 구체화된다.

논증이란 근거제시를 통해서 납득가능한 결론을 이끌어내는 것을 말한다.¹¹²⁾ “연방

112) “논증대화 논리의 중심을 이루는 것은 논거이다. 논거란 우리로 하여금 그 어떤 주장이나 명령 내지 평가를 가진 효력요청을 승인하도록 동기를 부여하는 근거지움이다.” Robert Alexy(변종필·최희수·박달현 옮김), 「법적 논증 이론, 법적 근거제시 이론으로서의 합리적 논증대화 이론」, 2007, 166면.

헌법재판소 제1재판부는 1973년 2월 14일 선고된 결정(법형성결정)에서 법관의 결정은 “합리적인 논증에 기초해야” 한다는 점을 요구하였다(BVerfG 34, 269(287)). 이러한 논증합리성의 요구는 법률가들이 논증하는 모든 사례들에 확대될 수 있다.¹¹³⁾ “이 경우 법관은 자의로부터 자유로워야 하며, 그의 결정은 합리적인 논증에 기초해야 한다. 성문율은 어떠한 법적 문제를 올바르게 해결할 수 있는 기능을 충족하지 못한다는 점을 통찰할 수 있어야 한다. 이 경우 법관의 결정은 실천이성의 기준들과 ‘공동체의 기본적인 정의관념’에 따라 그러한 흠결을 매운다.”¹¹⁴⁾

논증합리성은 무엇보다도 법관의 양형논증에 요구된다. 양형이 피해자, 피고인, 일반인 그리고 법관 자신에게 미치는 영향을 고려해 볼 때,¹¹⁵⁾ 이는 명확하다. 양형판단이 법관의 재량행위가 아닌 법적용행위라는 인식의 전환과 더불어, 더 나아가 법적 논증을 통해 구체적 정의를 실현하는 행위임을 법관은 의식해야 한다.

물론 법관 개개인에게만 책무를 부여하는 식으로 문제를 해결할 수는 없으며, 법관 개개인에게 아무런 자료 없이 책무를 부과함으로써 인한 과중한 부담을 끼쳐서는 안 된다. 따라서 법관이 올바른 양형판단을 할 수 있는 법적 제도와 지원이 뒤따라야 할 것이다. 양형실무상의 개선방안으로 법관을 대상으로 하는 교육프로그램, 참고적 양형지침서, 양형데이터베이스시스템 등이 언급된다.¹¹⁶⁾ 올바른 양형을 위한 제반 시스템이 갖추어진 후에야 비로소 법관의 양형논증에 대한 의무론적 논의도 실효성을 갖출 것이다.

참고문헌

- 김혜정, 개정법률안에 도입된 양형자료조사제도에 관한 검토 -형사소송법 및 보호관찰 등에관한법률 개정법률안을 중심으로-, 형사법연구 제26호, 2006, 409면 이하
 손동권, 상습범 및 누범에 대한 형벌가중의 문제점 -한·독의 비교를 통한 검토-, 형사판례연구 4, 1996, 111면 이하
 손동권, 양형합리화를 위한 기초로서의 법률상 형가감체계, 형사정책연구, 제18권 제3호, 2007, 399면 이하

113) Robert Alexy (변종필·최희수·박달현 옮김), 위의 책(주112), 12면.

114) Robert Alexy (변종필·최희수·박달현 옮김), 위의 책(주112), 52면.

115) 양형이 피고인, 피해자, 일반인 그리고 법관 자신에 미치는 영향에 대해서는 최석윤, “양형에 대한 기초적 이해”, 「형사정책연구」 제8권 제1호, 한국형사정책연구원, 1997, 295면 이하.

116) 이에 대해서는 최석윤, “양형의 형벌이론적 기초와 합리화방안”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 1996, 242면 이하.

- 이동근, 독일 양형제도, 205면 이하
- 임상규, 양형의 기본원칙과 양형조건의 구체화, 형사법연구 제22호, 2004, 542면 이하
- 최석윤, 양형의 형벌이론적 기초와 합리화방안, 고려대학교 박사학위논문, 1996
- 최석윤, 피해자학적 연구결과와 양형 -독일의 연구결과를 중심으로-, 피해자학연구 제4호, 1996, 73면 이하
- 최석윤, 양형에 대한 기초적 이해, 형사정책연구 제8권 제1호, 1997, 279면 이하
- 최석윤, 양형의 합리화 방안, 형사법연구 제12호, 1999, 260면 이하
- 최석윤, 양형위원회와 양형이론, 형사정책연구, 제18권 제3호, 2007, 421면 이하
- 하태훈, 양형기준과 양형과정의 합리화방안, 형사법연구 제9권, 1996, 235면 이하
- 사법개혁위원회 제2분과 전문위원 연구반, 양형제도의 개선방안 (사법개혁위원회 제22차 회의자료), 2004. 10. 18.
- Alexy (변종필 · 최희수 · 박달현 옮김), 법적 논증 이론, 법적 근거제시 이론으로서의 합리적 논증대화 이론, 2007, 12면 이하
- Schenke/Schröder, StGB Kommentar, 27. Aufl. 755면 이하
- Streng, § 46, in: Kindhäuser, Neumann, Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, StGB Band1(1-46), 2. Aufl., 1402면 이하

[Abstract]

Sentencing Principle and Policy in Germany - Focus on Streng's Opinion -

Ko, Bong-jin

Professor, Faculty of Law, Cheju National Univ.

The most part of this article deals with the sentencing system in Germany. Before ruling on whether the practice of the sentencing in Germany is admissible in Korea, it is necessary to have the full comprehension of the sentencing system in Germany.

In this regard, there are three aims of this article:

I. To provide with an opportunity to acquaint him/herself with the system of sentencing in Germany.

II. To make clear the guideline of sentencing in Germany.

IV. To discuss matters that are related to sentencing argumentation in Germany.

In my view, the sentencing system in Germany has a high level of fairness. This goal is accomplished through the following measures which are part of the practice of the sentencing in Germany: sentencing principle in criminal law, sentencing guideline of the court and sentencing argumentation by the judge.

Key words : sentencing principle in criminal law, sentencing guideline of the court, sentencing argumentation, sentencing system in Germany