

## 양형기준에서 특별감경요소로서 '피해회복을 위한 진지한 노력'에 관한 고찰\*

이진국\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

양형기준상 '피해회복을 위한 진지한 노력'은 양형책임을 상쇄시키기에 충분한 가치를 지닌 양형인자이다. 피해회복을 위한 진지한 노력을 양형인자로 반영함에 있어 개별 범죄의 경중에 따라 그 진지한 노력의 요구수준을 달리 정하는 것은 허용될 수 있으나 피해회복을 위한 진지한 노력에 대해 특정 범죄군에 따라 일반양형인자 또는 특별양형인자로 차별하여 설정하는 것은 양형기준의 통일적이고 형평성있는 적용을 해친다.

양형기준상 피해회복을 위한 진지한 노력과 '상당금액의 공탁'은 거의 동일한 의미를 지니고 있다. 따라서 두 인자를 '피해회복을 위한 진지한 노력'의 양형인자로 통합하되, 이러한 양형인자의 정의를 '피고인이 피해회복을 위한 진지한 노력 끝에 합의에 준할 정도의 상당한 금액을 공탁한 경우'로 정의함이 타당할 것으로 보인다.

양형책임을 관점에서 보면 피해회복을 위한 진지한 노력은 양형책임을 상쇄시킬 수 있는 행위가치를 가지고 있고, 또한 현행 양형기준상 피해회복 관련 인자들이 형사조정을 통한 화해의 성립에만 그 목표를 설정하고 있는 것은 아니므로 피고인이 자신의 책임을 상쇄하기에 상당한 금액을 공탁하는 경우에도 결과가치를 가지는 것으로 평가해야 한다. 이 점에서 피해회복을 위한 진지한 노력의 인자를 특별감경인자로 인정해야 한다. 그러나 피해자가 합의를 거절한 모든 사안에 대하여 피고인이 피해회복을 위하여 노력하면서 피해배상액을 공탁하였다고 하여 모두 특별감경을 인정하는 것은 피해자보호의 취지에 반한다. 이 경우에는 피해자가 합의를 거절한 동기를 기준으로 그러한 합의거절이 객관적으로 자의적 또는 비합리적으로 보이는 경우에만 하여 특별감경을 인정해야 할 것이다. 이 점에서 사실심법관의 면밀한 양형심리가 요구된다.

❖ 주제어 : 피해회복, 진지한 노력, 처벌불원, 특별감경요소, 양형기준

\* 본 연구는 2015학년도 아주대학교 일반연구비 지원에 의하여 연구되었음.

\*\* 아주대학교 법학전문대학원 교수. 법학박사.

## I. 문제제기

2009. 7. 1. 처음으로 시행된 우리나라 양형기준은 범죄유형, 권고형량범위, 양형인자 등 크게 3가지 틀로 구성되어 있다. 이 중에서 검사나 피고인에게 관심이 집중되는 부분은 권고형량범위와 양형인자라 할 수 있다. 양형기준 적용의 대전제이면서도 고정되어 있는 범죄유형과는 달리 권고형량범위와 양형인자는 구체적 사건에 따라 가변적이기 때문이다. 여기서 권고형량범위와 양형인자는 일정한 상관관계를 맺고 있다. 양형인자를 특별양형인자와 일반양형인자로 구분하고 있는 현행 양형기준제 하에서 전자는 당해 범죄유형의 형량에 큰 영향력을 갖는 요소로서 권고형량범위를 결정하는 데 사용되고 권고형량범위 그 자체를 변동시키는 인자임에 반해, 후자는 권고형량범위를 결정하는 데는 사용하지 못하고 단지 이미 결정된 권고형량범위 내에서 구체적인 선고형을 정하는데 고려되는 인자에 불과하다.<sup>1)</sup> 따라서 어떠한 인자를 특별양형인자로 설정할 것인지는 양형기준의 적용과 피고인의 이해관계에 매우 중요한 의미를 지니게 된다.

양형기준이 정한 특별양형인자 중에서 양형의 현실에서 가장 빈번하고 일반적으로 적용되는 감경인자는 바로 피해자측의 ‘처벌불원’이다. 그런데 양형기준은 피해회복과 관련하여 처벌불원 이외에 ‘상당부분의 피해회복’, ‘상당금액의 공탁’, ‘피해회복을 위한 진지한 노력’ 등도 감경인자로 설정하고 있다. 양형위원회가 이와 같이 다양한 유형의 피해회복 관련 양형인자를 설정한 이유는 피해자측과 합의한 사안뿐만 아니라 피해회복을 위한 피고인의 다양한 노력도 예방적 관점이나 양형책임의 관점에서 중요한 가치를 가지는 것으로 판단했기 때문이다. 그러나 비교적 분명하게 알 수 있는 처벌불원의 인자와는 달리 피해회복과 관련된 나머지 양형인자들은 그 구체적 의미와 상호간의 관계가 불명확하다. 특히 현행 양형기준은 개별 범죄군에 따라 피해회복을 위한 피고인의 진지한 노력을 특별감경인자로 취급하거나 일반양형인자로만 인정하는 예도 있고, 예컨대 횡령·배임 범죄 등 특정한 범죄의 경우에는 아예 양형인자에서 배제시키는 경우도 있다.

현행 양형기준이 피해회복을 위한 진지한 노력의 인자를 특별감경인자 또는 일반

1) 양형위원회, 2016 양형기준, 568~569쪽.

감정인자로 평가하거나 아예 양형인자에서 배제하여 개별 범죄군에 따라 상이하게 평가하고 있는 것은 아마도 우리나라 양형기준제가 개별 범죄군별로 양형기준을 설정함에 따라 나타나게 된 비체계성에 그 원인을 찾을 수 있을 것이다. 그렇지만 양형기준의 설정 및 적용의 통일성과 형평성이라는 관점에서 보면 모든 범죄에 공통적으로 적용될 수 있는 양형인자는 개별 범죄군에 따라 그 질적인 요건을 달리 설정하는 것은 별론으로 하더라도 적어도 양형인자 그 자체에 대한 가치평가(특별감경 또는 일반감경)는 동일해야 한다. 이는 예컨대 농아자, 심신미약, 자수 등의 양형인자를 모든 범죄유형에서 통일적으로 특별감경인자로 설정하고 있는 것으로부터도 알 수 있다.

이러한 문제인식을 배경으로 이 글은 개인적 피해자가 있는 범죄에서 피해회복을 위한 진지한 노력이라는 양형인자가 범질서 평화를 회복하기 위한 중요한 수단이라는 점에 주목하여 피해회복을 위한 진지한 노력의 인자를 양형이론의 관점에서 논증한 다음 이러한 인자의 구체적 의미와 적용가능한 사례상황을 밝히고자 한다.

## II. 양형기준에서 피해회복을 위한 피고인의 태도

피해회복을 위한 진지한 노력의 양형인자를 평가하고 그 의미를 밝히기 전에 현행 양형기준이 피해회복을 위한 피고인의 태도를 어떻게 규율하고 있는지 논의할 필요가 있다. 양형기준에 설정되어 있는 피해회복의 다양한 유형들이 한편으로는 불명확하고 또 다른 한편으로는 범죄군별로 차이를 보이고 있기 때문이다.

### 1. 피해회복의 다양한 유형

범죄로 인하여 발생한 피해를 회복하고자 하는 행위자의 태도는 형법 제51조 제4호 및 법원조직법 제81조의6 제3항 제6호 소정의 ‘범행 후의 정황’에 속하는 요소이다. 우리나라 양형기준은 피고인의 피해회복과 관련한 범행 후의 정황으로 ① 처벌불원, ② 상당부분의 피해회복, ③ 피해회복을 위한 진지한 노력, ④ 상당금액의

공탁 등 4가지 유형을 제시하고 있다. 이 외에도 거의 모든 범죄에서 ‘진지한 반성’을 일반감경인자로 설정해두고 있는데, 이는 위에서 언급한 피해회복 유형의 어느 하나에도 해당되지 않을 경우에 보충적으로 적용될 여지가 있다.

피해회복을 위한 피고인의 태도와 관련하여, 처벌불원이란 피고인이 자신의 범행에 대하여 뉘우치고 유족이나 피해자가 이를 받아들여 피고인의 처벌을 원하지 않는 경우를 말한다.<sup>2)</sup> 이를 완전한 형태의 피해회복이라고 말할 수 있다.

상당부분 피해회복이란 손해액의 약 2/3 이상의 피해가 회복되거나 회복될 것이 확실시되는 경우를 의미한다.<sup>3)</sup> 이와 관련하여 상당부분 피해회복으로 인한 특별감경이 인정되기 위해서는 피고인이 단순히 당해 범죄로 인하여 발생한 손해액의 2/3만 회복시키면 되는 것인지, 아니면 적어도 피고인이 피해회복을 위하여 진지하게 노력하는 과정에서 손해액의 2/3이라도 회복시켜야만 감경을 받을 수 있는지 분명하지 않다. 이에 대해서는, ① 상당부분 피해회복의 인자가 주로 특별감경요소로 인정되고 있고, ② ‘일반양형인자’로 설정된 상당금액 공탁의 인자가 피해회복을 위한 진지한 노력의 과정에서 이루어져야 한다는 점과 비교해보면 단순히 손해액의 2/3 이상의 피해회복만으로 특별감경을 인정하는 것은 체계상 적절하지 않으며, ③ 피고인의 개인적 노력없이 손해액의 2/3 이상만 회복한 사실에 중점을 두어 특별감경을 인정한다면 피고인이 어차피 민사적으로 이행할 의무를 부담하는 손해배상에 대하여 과도한 특혜를 부여하는 것이 되어 결과적으로 빼앗은 재물을 - 그것도 전부가 아닌 - 일부만 돌려줌으로써 사법(司法)을 매수한다는 비판을 피할 수 없고, ④ 이로써 일반국민으로 하여금 범죄로 나오지 않도록 해야 할 임무를 담당하는 형법이 오히려 일반국민에게 범죄에 초대하는 부정적 결과를 초래할 위험도 있다.<sup>4)</sup> 따라서 피해회복과 관련된 양형인자들을 체계적으로 해석해보면, 상당부분 피해회복이란 피고인이 피해회복을 위하여 진지하게 노력하면서 손해액의 2/3 이상의 피해

2) 양형위원회, 2016 양형기준, 8쪽.

3) 양형위원회, 2016 양형기준, 74쪽.

4) Hirsch는 범죄에 대한 대응수단이 원래상태의 단순한 복원(즉 피해회복)에 있다면 범죄를 저질러도 범죄가 발각된 이후에 피해회복만 해주면 되기 때문에 특히 재산범죄의 경우에는 형법의 일반·예방(Generalprävention)이 범죄에로의 일반·초대(Generalinvitation)로 대체될 것이라고 비판한다. Hirsch, Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts, ZStW 102(1990), 545쪽 이하.

를 배상하였고, 피해자도 이를 수령하였으나 처벌불원의 의사를 표시하지 않은 경우로 이해하는 것이 타당하다.

한편, 피해회복을 위한 진지한 노력이란 피고인이 피해회복을 위한 진지한 노력 끝에 유족이나 피해자와의 합의에 준할 정도의 상당한 금액을 공탁한 경우를 말한다.<sup>5)</sup> 또한 상당금액 공탁이란 피해회복을 위한 진지한 노력을 하였으나 합의에 이르지 못하여 상당한 금액을 공탁한 경우를 의미한다. 이렇게 보면 피해회복을 위한 진지한 노력과 상당금액의 공탁은 배상의 정도(합의에 준할 정도의 상당한 금액 또는 단순한 상당한 금액)에 차이가 있을 뿐 그 의미는 거의 동일하다. 여기서 피해회복을 위한 진지한 노력과 상당금액의 공탁은 피해자 측이 합의를 거부하였거나 합의가 불가능한 경우에 적용되는 양형인자들이다. 예컨대 피고인 측에서는 합의를 위한 진지한 노력을 하였으나 피해자 측의 거부로 실제로 합의를 이루지 못하게 되자 피고인이 피해배상에 상당한 금액을 공탁하게 되는 경우이다. 이와 같이 피해회복을 위한 진지한 노력과 상당금액의 공탁이 같은 의미를 가진다면 두 양형인자를 ‘피해회복을 위한 진지한 노력’이라는 하나의 양형인자로 통합하되, 이러한 양형인자의 정의를 ‘피고인이 피해회복을 위한 진지한 노력 끝에 합의에 준할 정도의 상당한 금액을 공탁한 경우’로 정의함이 타당할 것으로 보인다.

## 2. 법익중심적 평가방식의 문제점

일반적으로 피해회복이란 피고인이 당해 범죄로 인하여 침해당한 피해에 대하여 물질적 또는 비물질적 방식으로 회복하는 것을 말한다. 그런데 우리나라의 양형기준은 피해회복에 대한 피고인의 태도를 양형인자로 반영함에 있어 해당 범죄의 법익에 초점을 두고 있다. 예컨대 개인적 피해자가 존재하는 범죄에서 처벌불원이 특별감경요소로 설정되어 있지만 위증범죄와 무고범죄는 일반감경요소에 불과하다. 이는 위증범죄와 무고범죄가 국가적 법익이라는 점을 고려했기 때문인 것으로 보인다. 사문서범죄에서는 피해회복 여부가 아예 양형인자로 설정되어 있지 않다.

그러나 피해회복의 맥락에서 피해는 형식적 법익을 기준으로 판단하는 것이 아니

5) 양형위원회, 2016 양형기준, 8쪽.

라 당해 범죄로 인하여 개인적 피해자를 특정할 수 있는지의 여부로 판단해야 한다. 피해회복에서는 현실적으로 피해를 당한 개인적인 피해자의 존부가 중요하기 때문이다. 이 점에서 공무집행방해죄<sup>6)</sup>나 위증범죄 또는 무고범죄의 경우에도 개인적 피해자를 확정할 수 있는 한 피해를 회복한 사실(즉, 처벌불원의 경우)은 특별감경요소로 되어야 할 것이다.

### 3. 범죄군별 가치평가의 문제점

처벌불원 이외의 피해회복 유형인 상당부분 피해회복, 피해회복을 위한 진지한 노력, 상당금액 공탁 등의 양형인자에 대한 가치평가가 개별 범죄군별로 달리 설정되어 있는 것도 문제로 된다. 이 문제를 피해회복을 위한 진지한 노력의 인자에 국한시켜서 고찰해보면, 예컨대 같은 재산범죄 내에서도 횡령·배임범죄와 절도범죄에서는 피해회복을 위한 진지한 노력이 아예 양형인자에 들어가 있지 않는 반면, 사기범죄에서는 이러한 태도가 일반감경인자로 설정되어 있다. 심지어 권리행사방해범죄의 제2유형(권리행사방해 등)에서는 피해회복을 위한 진지한 노력이 특별감경요소로 설정되어 있다.<sup>7)</sup> 또한 사기범죄에서는 상당부분의 피해회복 사실이 특별감경요소임에 반해 절도범죄에서는 일반감경요소에 불과하다. 처벌불원을 제외하면, 현행 양형기준은 피고인의 피해회복에 관한 태도에 대하여 양형상의 가치평가를 통일적으로 규율하지 못하고 있는 것이다. 어떤 범죄군에서는 피해회복을 위한 피고인의 진지한 노력을 아예 감경인자로 설정해두지 않고 있는 반면, 또 다른 범죄군에서는 이러한 인자를 특별감경요소로 상향 설정하여 성격이 유사한 재산범죄 내에서도 양형상의 가치평가를 달리하고 있다. 참고로 재산범죄와 폭력범죄의 양형인자 중 피해회복 관련인자를 개관해보면 다음과 같다.

6) 현행 양형기준에 의하면, 공무집행방해범죄에서 제1유형(공무집행방해)과 제2유형(공용물무효·과피)의 경우 처벌불원은 중한 손해가 발생한 경우에 한하여 특별감경인자로 인정되고, 중하지 않은 손해가 발생한 경우에는 일반감경인자로만 인정되는 반면, 제3유형(특수공무집행방해치사상)에서는 처벌불원 뿐만 아니라 피해회복을 위한 진지한 노력도 특별감경인자로 설정되어 있다. 양형위원회, 2016 양형기준, 174~176쪽 참조.

7) 양형위원회, 2016 양형기준, 457쪽.

〈피해회복 관련 양형인자에 대한 가치평가〉<sup>8)</sup>

범죄군	처벌불원	상당부분 피해회복	피해회복을 위한 진지한 노력	상당금액 공탁
절도범죄	특별감경	일반감경	X	X
강도범죄	특별감경	X	특별감경 (강도치사에 국한)	일반감경
사기범죄	특별감경	특별감경	일반감경	X
공갈범죄	특별감경	특별감경	일반감경	X
횡령·배임범죄	특별감경	특별감경	X	X
권리행사방해범죄	특별감경	X	특별감경	X
장물범죄	특별감경	특별감경	X	X
손괴범죄	특별감경	특별감경 (상해·사망시 제외)	특별감경	X
폭력범죄	특별감경	특별감경	특별감경	X
체포·감금·유기·학대 범죄	특별감경	X	특별감경	X

이상과 같이 피해회복을 위한 피고인의 진지한 노력이나 그 밖의 피해회복의 유형들을 양형인자로 인정할 것인지, 이를 긍정한다면 특별감경 또는 일반감경 중 어느 가치를 부여할 것인지는 개별 범죄의 특수성을 고려하여 정해진 결과라고 이해할 수 있다. 그러나 피해자가 존재하는 범죄에서 피고인이 피해회복을 함으로써 감경을 받을 수 있는 그 노력의 정도 내지 수준을 달리 설정하는 것은 별론<sup>9)</sup>으로 하

8) 이 표의 내용은 양형위원회, 2016 양형기준, 각 범죄군별 양형기준에서 발췌한 것이다.

9) 예컨대 현행 성범죄 양형기준은 처벌불원으로 인한 특별감경의 요건을 엄격하게 명시하고 있다. 성범죄 영역에서 처벌불원을 엄격하게 정의한 배경은 2011년 영화 ‘도가니’의 모델이 된 광주인화학교 성폭행 사건의 항소심에서 청각장애 4급 장애인 및 그 법정대리인과의 합의(처벌불원)를 양형에 유리한 정상으로 참작한 것과 관련하여 지능이 떨어지는 아동이나 지적 장애인의 처벌불원 의사표시를 감경사유로 삼는 것은 적절하지 않다는 비판이 제기되었기 때문이다(이러한 문제제기와 장애인 피해자의 처벌불원에 대한 양형상의 취급에 관한 상세한 논의는, 양형위원회, 양형위원회 제38차 회의자료, 2011.12.19., 24-28쪽 참조). 이에 양형위원회는 처벌불원을 종전과 같이 특별감경사유로 유지할 것인지 아니면 폐지 또는 일반양형인자로만 반영할 것인지 논의한 끝에 처벌불원을 종전과 같이 특별감경사유로 유지하되 양형인자의 정의를 일부 수정하는 방향으로 결론지었다. 이에 따르면, 성범죄 영역에서 특별감경요소로서 처벌불원이란, 피고인이 자신의 변행을 진심으로 뉘우치고, 합의를 위한 진지한 노력을 기울여 피해에 대한 상당한 보상이 이루어졌으며, 피해자가 처벌불원의 사회적·법적 의미를 정확히 인식하면서 이를 받아들여 피고인의 처벌을 원하지 않는 경우를 의미한다(양형위원회, 2016 양형기준, 44쪽). 그러나 ① 피고인 측의 사실상의 강요 또는 기망에 의한 처벌불원 등 자유로운 의사에 기하지 않은 처벌불원의 의사표시를 한 경우, ② 피해자가 미성년자, 장애인, 친족 등에 해당하는 때에 피해자나 법정대리인의 처벌불원의사에 통상적으로 납득할 만한 사유가

더라도 이러한 양형인자에 대한 가치평가 자체를 어떤 경우에는 특별양형인자로, 또 다른 경우에는 일반양형인자로 평가하거나 심지어 양형인자에서 배제해 버린다면 양형기준의 통일적 적용을 저해하게 되고, 이는 양형위원회가 양형기준을 설정·변경할 때 준수해야 할 법원조직법 제68조의6 제1항 제3호(같은 종류 또는 유사한 범죄에 대해서는 고려하여야 할 양형요소에 차이가 없으면 양형에서 서로 다르게 취급하지 아니할 것)의 규범적 지침을 존중하지 않는다는 문제가 제기될 수 있다.

### Ⅲ. 양형책임의 관점에서 본 피해회복 관련 인자의 가치

현행 양형기준은 피해회복을 위한 진지한 노력의 양형인자를 통일적으로 평가하지 않고 있다. 이와 관련하여 피해회복을 위한 진지한 노력의 인자를 특별감정으로 평가하는 것이 타당한지 특히 양형책임의 관점에서 이를 검토해 보아야 한다.

#### 1. 양형책임의 개념

법원조직법 제81조의6 제2항에 따라서 양형위원회는 양형기준을 설정하거나 변경함에 있어 범죄의 죄질, 범정(犯情) 및 피고인의 책임의 정도를 반영하고, 범죄의 일반예방과 피고인의 재범 방지 및 사회복귀를 고려해야 한다(제1호 및 제2호). 법원조직법 제81조의6 제2항이 책임과 예방의 이율배반적 관계를 대등하게 규정하고 있지만, 양형은 피고인의 책임에 기초하되 예방적 처벌필요성을 고려해야 한다는 점은 오늘날 학계에서 일반적으로 받아들여지고 있다. 이에 따라 양형이론에서는 전통적으로 책임에 대한 평가와 예방필요성에 대한 평가를 구분하고 있다. 여기서 책임평가란 범위반에 대한 비난가능성의 정도, 즉 당해 범죄와 관련된 불법의 중대

---

없다고 판단되는 경우는 처벌불원에 포함하지 않는다(양형위원회, 2016 양형기준, 44쪽). 또한 피해자가 미성년자, 장애인, 친족 등에 해당하는 때에 피해자 또는 그 법정대리인의 나이, 지능 및 지적 수준에 비추어 처벌불원의 의사표시가 가지는 의미, 내용, 효과를 이해하고 알아차릴 수 있는 능력이 있는지 여부 및 그러한 의사표시가 진실한 것인지 여부를 세밀하고 신중하게 조사, 판단한 결과 이에 해당하는 경우에만 처벌불원으로 본다(양형위원회, 2016 양형기준, 44쪽).

성을 특징지우는 사정에 대한 평가를 말한다. 이에 반해 예방필요성에 대한 평가란 범죄적결의 일반적인 목표(일반예방)와 개별 사건에서의 예방의 목표(특별예방) 및 이러한 목표를 달성하기 위한 형사제재의 활용(예: 집행유예)에 대한 평가를 의미한다.

피해회복을 위한 피고인의 태도와 관련하여 그 예방필요성은 어렵지 않게 평가할 수 있다. 피고인이 자신의 책임을 인정하면서 피해자에게 사죄하고 피해를 배상하는 태도는 장래에 새로운 범죄를 범하지 않겠다는 의지를 표현한 것으로 볼 수 있고(특별예방의 관점), 이러한 피고인의 태도를 통하여 파괴된 규범이 안정화되고 규범이 존속성에 대한 일반국민의 신뢰를 확인할 수 있다(적극적 일반예방의 관점).<sup>10)</sup> 그렇지만 단순히 예방적 관점에만 근거하여 피해회복을 위한 피고인의 태도에 대하여 권고형량구간 자체를 변동시키는 효력을 가진 특별감경의 혜택까지 부여하는 것은 논증이 박약할 뿐만 아니라 피고인에 대한 과도한 특혜라는 비판도 제기될 수 있다. 양형에서 예방은 책임의 범주 속에서 고려되는 요소, 즉 부차적인 요소라는 점을 고려해보면 피고인의 피해회복에 대하여 특별감경까지 인정해주기 위해서는 무엇보다도 양형책임의 관점과 결부시켜서 그 근거를 구해야 한다. 특히 현재의 양형기준에 설정되어 있는 양형인자들이 대부분 피고인의 책임과 관련된 요소들로 구성되어 있다는 사실에 주목해보면 피해회복을 위한 피고인의 태도를 책임의 관점에서 논의할 필요성은 더욱 더 커진다.

양형론에서는 전통적으로 범행책임(Tatschuld)과 양형책임(Strafzumessungsschuld)을 구별하고 있다. 범행책임 내지 형벌근거책임은 범죄의 성부(ob)를 판단하는 요소로서 범죄가 기수에 이름으로써 인정된다. 이에 반해 양형책임은 책임(비난가능성)의 정도(wie)에 대한 평가와 관련되어 있다. 범행책임에서는 책임요건의 한정된 범위(책임능력, 위법성인식 및 그 밖의 책임조각사유의 부존재)가 그 역할을 하는 반면, 양형책임에 영향을 미칠 수 있는 요소들의 수는 한정되어 있지 않다.<sup>11)</sup> 형법 제51조에 열거되어 있는 양형의 요소뿐만 아니라 범행의 동기, 태양, 죄질, 범행의 수단, 잔악성, 결과의 중대성, 피해자의 수, 피해감정, 범인의 연령, 전과, 범행 후의 정황, 범인의 환경,

10) Roxin, Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, in: Schöch (Hrsg.), Wiedergutmachung und Strafrecht, 1987, 52쪽.

11) Meier, Strafrechtliche Saktionen, 2001, 165쪽.

교육 및 생육과정 등의 요소들도 법관이 행하는 양형책임의 판단자료가 된다.<sup>12)</sup> 이 점에서 양형책임의 판단요소에는 구성요건 실행사실 뿐만 아니라 피고인의 범행 이전 및 범행 이후의 태도와 피고인의 인격성에 관한 사실들도 모두 포함된다.<sup>13)</sup>

양형을 피고인이 실현한 불법에 관련지우는 경우에는 피고인이 부담해야 할 책임의 내용도 이론적으로 불법의 두 요소, 즉 불법의 결과요소(결과반가치)와 행위요소(행위반가치)로 구성할 수 있다.<sup>14)</sup> 여기서 피고인이 범한 결과불법은 각각의 보호대상에 대한 침해 또는 위태화의 정도를 특징지우는 사정들을 통하여 정해지고, 행위불법은 범행의 방법, 구성요건에 명시된 행위태양 및 피고인의 인격성에 포함되어 있는 불법요소들(고의, 목적, 의무위반 등)과 관련시킬 수 있다. 불법의 결과반가치적 요소와 행위반가치적 요소는 각각 병렬적으로 동등한 가치를 가진 것이므로 양형책임을 완전하게 파악하기 위해서는 이들 두 요소들 중 어느 하나의 요소에만 초점을 설정해서는 안된다.<sup>15)</sup>

## 2. 양형책임과 피해회복

양형책임의 관점에서 보면 피고인이 실현한 불법 그 자체(즉, 범행책임)는 피고인에게 귀속될 구체적 형량에 대한 잠정적인 평가에 불과할 뿐이다. 피고인의 전과뿐만 아니라 형사절차에서의 태도(자백 또는 증거가 명백함에도 불구하고 끈질기게 범행을 부인하는 경우)도 양형책임의 판단요소에 포함되고, 피고인이 피해를 회복

12) 대법원 1985.6.11. 선고 85도926 판결; 대법원 1995.1.13. 선고 94도2662 판결

13) Bruns, *Das Recht der Strafzumessung*, 1985, 191쪽.

14) 양형책임을 분류하는 경우에는 ‘책임’에 중점을 두어 행위책임과 행위자책임으로 구분하거나 양형책임의 판단대상이 불법이라는 점에 주목하여 결과반가치와 행위반가치로 구분하기도 한다. 우리나라 양형기준상의 양형인자는 행위자인자와 행위인자로 구분하고 있다. 이러한 분류는 양형책임을 행위책임과 행위자책임으로 구분하는 것과 유사하다. 그러나 행위자가 위법한 행위로 인하여 책임비난을 받는 것이 아니라 행위자에 내재된 성격 또는 잘못된 생활로 인하여 책임비난을 받아야 한다는 점을 내용으로 하는 행위자책임은 오늘날 극복되어야 할 과제이고, 형법도 행위형벌을 기본으로 한다는 점에서 양형책임을 행위책임과 행위자책임으로 구분하는 우리나라 양형기준의 분류체계는 적절하지 못하다. 이 글에서 책임판단의 대상이 되는 불법에 중점을 두어 행위반가치와 결과반가치로 구분하는 이유도 바로 이 점을 고려하였기 때문이다.

15) Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2001, 167쪽.

한 사실도 범행이후의 태도로서 책임평가의 대상이 되기 때문이다. 다만, 이 경우 범행 이후의 태도가 직접적인<sup>16)</sup> 책임판단의 대상인지, 아니면 책임판단에 간접적으로만<sup>17)</sup> 관련되어 있는 것인지에 대해서는 견해가 갈리고 있다. 그러나 어쨌든 피고인이 피해자에게 피해를 회복한 사실은 양형책임의 판단대상이 되는 불법의 양에 영향을 미치게 된다.

피고인이 피해자에게 피해를 회복한 사실이 양형책임의 판단대상인 불법의 양에 영향을 준다는 것은 결국 피고인의 범행 이후의 태도가 불법의 결과요소와 행위요소를 사후적으로 변경시킬 수 있다는 것을 의미한다.<sup>18)</sup> 즉, 결과반가치는 이에 대응하는 결과가치를 통하여, 행위반가치는 피고인의 행위가치를 통하여 각각 상쇄시킬 수 있다. 여기서 피해회복을 통하여 양형책임을 감경시키는 중요한 결과가치는 피해회복의 여부와 정도이고, 행위가치를 가지는 피고인의 행위는 바로 피해회복을 위한 (진지한) 노력이다. 이 점에서 피해회복이 특별감경으로 이어질 수 있는 가장 이상적인 사례는 바로 결과가치와 행위가치가 모두 충족되어 발생한 불법과 관련한 결과반가치와 행위반가치를 상쇄시키는 경우라 할 수 있다.

피해회복과 양형책임의 관계에서 보면, 피해자의 처벌불원은 피해회복의 결과가치와 행위가치가 모두 충족된 대표적인 예이다. 물론 이 경우 피고인이 금전적 피해회복을 불충분하게 이행한 경우도 있을 수 있으나 피해회복은 반드시 금전에 의한 배상만 의미하는 것이 아니라 경우에 따라서는 단순한 사과만으로도 결과반가치를 상쇄시킬 수 있는 것이므로 피해자와 합의 - 최선의 경우에는 화해 - 에 도달하였다는 사정은 특별감경의 사유로 되기에 충분하다.

### 3. 양형책임의 관점에서 본 피해회복을 위한 진지한 노력

양형기준 설정과 적용의 통일성 및 형평성의 관점에서 피해회복을 위한 진지한

16) LK-Theune, §46 Rn. 6; Maurach/Gössel/Zipf, AT 2, 1992, §63 I Rn. 52 ff; Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99(1987), 779쪽 이하.

17) Bruns, Das Recht der Strafzumessung 2. Aufl., 1985, 230쪽 이하; Jescheck/Weigend, AT, 1996, §83 III, 3.

18) Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 2001, 178쪽.

노력을 양형인자로 반영한다면, 이를 특별양형인자로 반영할 것인지 아니면 일반양형인자로만 인정할 것인지 양형책임의 관점에서 논의해 보아야 한다.

현행 양형기준은 피해회복을 위한 진지한 노력을 ‘피고인이 피해회복을 위한 진지한 노력 끝에 유족이나 피해자와의 합의에 준할 정도의 상당한 금액을 공탁한 경우’라고 정의한다. 피해회복을 위한 진지한 노력이 전제하고 있는 상황은 피고인이 피해회복을 위하여 진지하게 노력하였으나 피해자가 합의를 거절하였거나 합의가 불가능하여 피해배상액에 상당한 금액을 공탁한 사안이다. 이러한 사안에서 피고인이 피해자와 합의하기 위하여 진지하게 노력하였다면, 이는 행위가치를 충족시키는 것으로 평가할 수 있다. 문제는 피해자와의 합의에 준할 정도의 상당한 금액을 공탁한 것을 두고 결과반가치를 상쇄시키는 결과가치로서의 질을 갖춘 것으로 평가할 수 있는지의 여부이다. 피해회복은 일반적으로 피해자에게 직접 해야 하고, 또한 이러한 방식이 특별감경을 인정할 기초이기 때문이다. 이러한 사례에서 피해자에게 직접 배상하지 아니하여 결과반가치가 상쇄되지 않고 남아 있음에도 불구하고 피고인에게 특별감경까지 인정한다면 피해자의 관점에서는 쉽게 납득할 수 없는 결론으로 받아들여질 수 있다.

피해자와 합의에 도달하지 못했음에도 불구하고 피해배상에 상당한 금액을 공탁한 사안(즉, 양형기준상 피해회복을 위한 진지한 노력이 인정되는 사안)에서 특별감경을 인정할 것인지의 여부는 현행 양형기준이 피해회복을 어떠한 관점에서 평가하고 있는지에 따라서 달라진다. 만약 양형기준이 피해회복에 대하여 특별감경으로 인정하는 목적이 형사사건에서 조정(Mediation)을 통한 피고인과 피해자간의 화해의 성립에 있다고 본다면 피해자의 합의거절은 공탁에 대한 특별감경을 부정할 이유가 될 수 있다. 이 경우에는 조정의 일방 당사자인 피해자의 조정참가 거부로 조정이 성립되지 않았기 때문이다. 이에 반해 피해회복에 대한 특별감경의 목적이 범죄로 인하여 발생한 손해의 배상에 있다고 보면 공탁의 방식으로도 해결할 수 있고, 따라서 피해자와의 합의 그 자체는 부차적인 문제로 될 수 있다.

우리나라의 양형기준이 피해회복에 관하여 개인적인 피해자가 존재하는 범죄에서 반드시 - 형사조정인 경우와 같이 - 범행 당사자 간의 화해를 전제로 하고 있는 것으로 보기는 힘들다. 이미 상당부분 피해회복이나 상당한 금액의 공탁에 관한 양

형인자의 정의를 보면 형사조정과는 그 성격이 다르기 때문이다. 이러한 관점에서 보면, 피고인이 자신의 책임을 줄이기에 적합한 상당한 금액을 공탁하는 경우에는 결과반가치를 상쇄시키는 결과가치를 가지는 것으로 평가해야 한다. 물론 이 경우 상당한 금액의 공탁 그 자체만으로는 형법적 불법을 상쇄시킬 수는 없고 피고인의 진지한 노력이 수반되어야 하는 것은 당연하다. 그렇지 않으면 피해회복과 관련한 양형인자들은 어차피 민사적으로 이행해야 할 손해배상의무를 형법의 영역에서 인정해주는 것에 불과하여 피해회복의 형법적 고유 가치가 상실될 것이기 때문이다.

또한 바로 이러한 의미에서 보면 피해자가 사망한 사건에서 피해회복을 위한 진지한 노력을 특별감경사유로 인정하는 현행 양형기준의 태도는 설득력이 있다. 예컨대 강도죄의 양형기준에 의하면 사망의 결과가 발생한 경우(제3유형) 처벌불원뿐만 아니라 피해회복을 위한 진지한 노력도 특별감경사유로 인정하고 있고, 성범죄의 경우(제3유형)에도 처벌불원과 피해회복을 위한 진지한 노력을 동등하게 특별감경사유로 인정한다.<sup>19)</sup> 이와 같이 양형기준이 피해자가 사망하였음에도 불구하고 피고인이 피해회복을 위한 진지한 노력 끝에 유족과의 합의에 준할 정도의 상당한 금액을 공탁한 사실을 특별감경요소로 인정하는 이유는 아마도 피고인으로 하여금 유족에 대한 피해배상을 장려한다는 정책적 판단이 담겨 있는 것으로 보인다.

물론 당해 사건의 피해자가 사망한 사건에서는 피고인과 대화할 피해자가 존재하지 않으므로 피해회복을 위한 진지한 노력을 특별감경인자로 설정하는 것이 타당하지 않다는 비판이 제기될 수 있다.<sup>20)</sup> 이러한 비판의 주된 논거는 ① 처벌불원과 피해회복을 위한 진지한 노력을 똑같이 평가하는 것은 피해자의 의사를 무시하는 것이 되어 적절하지 않고<sup>21)</sup>, ② 재산범죄에서는 피해자가 피고인에게 터무니없이 많은 금액을 요구하면서 합의에 응해주지 않는 경우 이러한 피고인의 태도를 합의에 버금가는 효력을 인정할 여지가 있으나 피해자가 사망한 경우에는 유족의 불응에도 불구하고 피고인의 노력을 참작하여 특별감경을 인정해주면 결과적으로 황금만능

19) 양형위원회, 2016 양형기준, 2016, 65쪽 및 34쪽 참조.

20) 이러한 비판에 관한 상세한 내용은 노수환, 업무상 과실치사상죄에 있어서 특별양형인자(감경)로서 피해자와의 합의 외에 '피해회복을 위한 진지한 노력'을 포함할 것인지의 여부, 양형위원회 전문위원 제98차 전체회의 자료, 2015. 12. 14., 15~20쪽 참조.

21) 노수환, 앞의 의견서, 15쪽.

주의의 소산이라고 볼 수밖에 없으며<sup>22)</sup>, ③ 진지한 노력의 의미가 불분명하여 법관의 개인적인 가치관에 따라 상당한 차이가 발생할 여지가 많아 적절하지 않고<sup>23)</sup>, ④ 합의한 경우와 진지한 노력 끝에 공탁한 경우는 경제적인 측면에서 천양지차라는 점<sup>24)</sup>을 든다.

그러나 앞에서 언급한 것처럼 우리나라 양형기준이 피해회복의 목표를 형사조정을 통한 당사자 간의 화해에 그 궁극적인 목표를 설정하고 있는 것이 아니라 범죄로 인하여 발생한 피해의 배상을 주된 내용으로 한다는 점에 주목해보면, 피해자가 사망한 경우에는 그 유족이 피해배상의 상대방으로 될 수 있다. 또한 처벌불원의 의사 표시의 주체를 유족으로 인정하고 있는 한 진지한 노력의 상대방도 유족이 될 수 있으므로 처벌불원과 피해회복을 위한 진지한 노력을 분리하여 판단하는 것도 적절하지 않아 보인다.

결론적으로 피해회복을 위한 진지한 노력에 대하여 특별감경을 인정하고 있는 현행 양형기준의 태도는 타당하다. 다만, 개별 범죄군별로 피해회복을 위한 진지한 노력의 양형인자에 대한 가치평가를 특별감경 또는 일반감경으로 상이하게 평가하거나 아예 양형인자에서 배제하고 있는 현행 양형기준은 수정되어야 한다.

#### IV. 피해회복을 위한 진지한 노력의 의미와 구체적 사례상황

그러나 보다 본질적인 문제는 우리나라의 양형기준에 설정되어 있는 피해회복을 위한 진지한 노력의 개념이 불명확하여 이 인자가 사실심 법관에게 지침으로 작용하는 데 한계가 있다는 점이다. 이 점에서 피해회복을 위한 진지한 노력을 특별양형인자로 인정하기 위한 요건과 그 사례상황을 구체화할 필요가 있다.

22) 노수환, 앞의 의견서, 16쪽.

23) 노수환, 앞의 의견서, 18쪽.

24) 노수환, 앞의 의견서, 18쪽.

## 1. 피고인과 피해자 간의 이해관계의 상충

피해회복을 위한 진지한 노력의 양형인자는 일반적으로 피고인과 피해자의 이해관계가 충돌하는 사례상황을 전제하고 있다. 이 인자는, 피고인의 경우 피해자와의 합의를 통한 특별감경에의 이해관계를 가지고 있는 반면, 피해자는 어떠한 이유에서든 합의를 원하지 않아서 최후적으로 공탁이라는 수단을 활용할 수밖에 없게 된 상황에서 적용되기 때문이다.

일반적으로 피해자가 피고인과의 합의를 거절하는 배경에는 피해자 또는 유족의 응보욕구가 깔려있기 때문일 것이다. 여기서 피해자의 응보욕구는 독자적인 형벌목적으로 승인되고 있는 것은 아니지만 범죄의 영향(*Auswirkung der Tat*)으로 볼 수 있고, 따라서 피고인에 대한 책임비난의 범위에 영향을 미칠 수 있다.<sup>25)</sup> 또한 피해자가 합의를 거부했다는 이유만으로 피고인의 합의노력에 대하여 특별감경을 인정한다면 원래 양형기준이 의도하는 피해자보호의 관점이 그 의미를 잃어버릴 수 있고, 2차 피해자화의 위험도 발생시킬 수 있다. 피해자의 합의거절에 합리적 근거가 있음에도 이를 무시한 채 피고인의 태도만 고려하는 것은 피해자에게 또 다른 상실감과 형사사법에의 불신이라는 결과를 초래하기 때문이다. 이 점에서 피고인의 피해회복에 합의할 의향이 없는 피해자의 의사는 원칙적으로 존중되어야 한다. 양형기준이 피해회복에 대하여 특별감경을 인정하는 이유는 당사자 간의 원만한 합의를 통하여 법평화를 재건하기 위함인데, 피해자의 만족 없이는 이러한 법평화의 재건을 거의 생각할 수 없기 때문이다.

그렇지만 형법이나 양형기준은 피해자에게 거부권을 부여하지 않고 있다. 만약 피해자가 합의하지 아니한 사안에서 피해회복을 위한 피고인의 진지한 노력을 양형인자로 인정하지 않는다면 국가적 형벌의 중요한 부분을 피해자의 처분권에 맡겨버리는 결과를 초래하게 된다. 피해자의 합의여부에만 직접적으로 그 방향을 설정하는 양형은 국가형벌권의 체계와도 부합되지 않는다는 점도 고려해야 한다. 이 점에서 피해자의 정당한 이익의 보호와 피고인의 노력 간의 상반된 이해관계를 양형에서 어떻게 평가해야 할 것인지 문제가 제기된다.

25) Maurach/Gössel/Zipf, AT 2, 1992, §63 Rn. 84.

## 2. 피해회복을 위한 진지한 노력의 의미

피고인과 피해자간의 상반된 이해관계 속에서 피고인이 피해회복을 위한 진지한 노력 끝에 합의에 준할 정도의 상당한 금액을 공탁함으로써 특별감경의 혜택을 인정받기 위해서는 우선 피고인이 피해회복을 위하여 진지하게 노력한 사실이 인정되어야 한다. 여기서 중요한 요소는 상당한 금액의 공탁이라는 결과요소 보다는 피해회복을 위한 진지한 노력의 행위요소이다. 만약 이렇게 해석하지 않고 상당 금액의 공탁이 중요하다고 이해하면 피고인의 입장에서 상당한 금액의 공탁만으로 특별감경을 인정받을 수 있고, 이는 곧 피고인이 피해자를 희생양으로 삼아 양형상의 특혜를 받게 된다는 문제가 발생하게 된다.

피해회복을 위한 진지한 노력이 특별감경인자로서의 의미를 가지기 위해서는 무엇보다도 피고인의 태도가 자신이 저지른 범죄에 대한 책임을 수용한다는 표현으로 나타나야 한다. 다시 말해서, 피해회복을 위한 피고인의 태도는 당해 범죄에 대하여 통찰하고 책임을 인정하는 표현이어야 한다. 피고인이 피해자에게 자신의 범죄를 자인하고 사죄를 구하면서 배상을 하고자 하는 것이 책임수용의 대표적인 형식이다. 이에 반해 피고인이 피해자와 개인적으로 교섭하거나 만나고자 하는 노력이 없이 일방적으로 피해배상액에 상당하는 금액을 공탁하는 것만으로는 특별감경인자로 평가하기에 불충분하다. 또한 분쟁에 대한 책임이 전적으로 피해자에게 있다고 주장하거나 당해 공소사실을 인정하면서도 자신의 행위가 정당방위 등 위법성조각사유나 책임조각사유에 해당한다고 주장하는 경우에도 책임의 수용으로 보기 힘들다. 피고인의 책임수용이 반드시 엄격한 의미의 자백을 전제로 하는 것은 아니지만 적어도 당해 공소사실을 인정해야 진정한 의미의 책임수용으로 볼 수 있기 때문이다.

다만 개별 범죄에 따라서는 피해회복을 위한 진지한 노력으로 인정할 수 있는 요건을 보다 가중되게 설정할 수는 있을 것이다. 예를 들어 폭력범죄나 성범죄 등 중범죄의 경우에는 피고인이 공판정에서 자백하는 것을 피해회복을 위한 진지한 노력의 전제로 삼을 수 있다. 중범죄의 경우 피고인의 자백 없이는 당해 범죄에 대한 진지한 반성을 전제로 하는 피해회복을 위한 진지한 노력으로 사실상 인정하기 어렵기 때문이다.

### 3. 피해자의 합의거절에 대한 동기의 고려

또한 피해자와 합의하기 위한 피고인의 노력과 피해자의 합의거절의 존중 간의 이율배반적 관계를 합리적으로 해결하기 위해서는 피해자의 합의거절의 동기를 고려해 보아야 한다. 즉, 객관적으로 평가해볼 때 피해자의 합의거절이 자의적 또는 비합리적으로 나타나는 경우라면 피해회복을 위한 진지한 노력에 대한 형감경의 효과는 피해자의 태도에 의존되어서는 안된다.<sup>26)</sup> 피해자의 합의거부가 자의적 또는 비합리적으로 보이는 사안으로는, 피고인이 사과를 하면서 피해배상에 적절한 금액을 제공하고자 하였으나 피해자가 갑자기 과도한 배상액을 요구한 경우, 피해자가 피고인에게 공개적으로 범죄에 대한 책임을 인정하라고 요구한 경우, 피해자가 피고인과 대화를 나누다가 특별한 이유가 없음에도 더 이상 피고인과 논쟁하고 싶지 않다는 이유로 대화를 중단한 경우 등이다. 이러한 사안에서 피고인이 제공한 피해배상금을 피해자가 수령하지 않는 경우 그 배상금을 공탁하는 방법으로 해결할 수 있다. 현행 양형기준상 피해회복을 위한 진지한 노력도 바로 이러한 사안에 국한하여 적용되어야 할 것이다. 이에 반해 피고인이 피해자와 합의를 위해 진지하게 노력함이 없이 단순히 손해배상만 하려하자 피해자가 합의를 거부한 경우 등 피해회복을 위한 피고인의 진지한 노력이 인정되지 않는 사안에서는 이러한 피고인의 태도는 일반감경사유로 고려되어야 할 것이다.

## V. 결론

현행 양형기준이 설정하고 있는 피해회복을 위한 진지한 노력의 양형인자는 양형 책임을 상쇄시킬 수 있는 행위가치와 결과가치를 모두 가지고 있다. 피해회복을 위한 진지한 노력을 양형인자로 반영함에 있어 개별 범죄의 경중에 따라 그 진지한 노력의 요구수준을 달리 설정하는 것은 허용될 수 있다. 범죄가 중하면 중할수록

26) Schöch, Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug?, Gutachten C zum 59. DJT, 1992, 67쪽.

피고인이 기울여야 하는 노력의 정도도 그 범죄의 중대성에 비례해야 하기 때문이다. 그러나 피해회복을 위한 진지한 노력에 대해 개별 범죄군에 따라 일반양형인자 또는 특별양형인자로 차별하여 설정하는 것은 양형기준의 통일적이고 형평성있는 적용을 해친다. 이 점에서 양형기준에서 피해회복을 위한 진지한 노력에 대한 양형상의 평가와 관련한 결론을 제시하면 다음과 같다.

첫째, 현행 양형기준상 피해회복의 4가지 유형 중 피해회복을 위한 진지한 노력과 상당금액의 공탁은 거의 동일한 의미를 지니고 있다. 따라서 두 인자를 ‘피해회복을 위한 진지한 노력’의 양형인자로 통합하되, 이러한 양형인자의 정의를 ‘피고인이 피해회복을 위한 진지한 노력 끝에 합의에 준할 정도의 상당한 금액을 공탁한 경우’로 정의함이 타당할 것이다.

둘째, 양형책임의 관점에서 보면 피해회복을 위한 진지한 노력은 양형책임을 상쇄시킬 수 있는 행위가치를 가지고 있고, 또한 현행 양형기준상 피해회복 관련 인자들이 형사조정을 통한 화해의 성립에만 그 목표를 설정하고 있는 것은 아니므로 피고인이 자신의 책임을 상쇄하기에 상당한 금액을 공탁하는 경우에도 결과가치를 가지는 것으로 평가해야 한다. 따라서 피해회복을 위한 진지한 노력의 인자를 특별감경인자로 인정해야 한다.

셋째, 피해회복을 위한 피고인의 태도는 당해 범죄에 대하여 통찰하고 책임을 인정한다는 표현이어야 한다. 다만, 피해자가 합의를 거절한 사안에 대하여 피고인이 피해회복을 위하여 노력하면서 피해배상액을 공탁하였다고 하여 모두 특별감경을 인정하는 것은 피해자보호의 취지에 반한다. 이 경우에는 피해자가 합의를 거절한 동기를 기준으로 그러한 합의거절이 객관적으로 자의적 또는 비합리적으로 보이는 경우에 한하여 피고인이 피해회복을 위하여 진지하게 노력하면서 피해배상액을 공탁한 행위에 대하여 특별감경의 혜택을 인정해야 한다. 이에 반해 피고인이 피해회복을 위한 피고인의 진지한 노력을 기울임이 없이 피해배상액을 공탁하는 사안은 일반감경사유로만 고려되어야 할 것이다. 이 점에서 사실심법관의 주의 깊은 양형심리가 요구된다.

## 참고문헌

노수환, 업무상 과실치사상죄에 있어서 특별양형인자(감경)로서 피해자와의 합의 외에 '피해회복을 위한 진지한 노력'을 포함할 것인지의 여부, 양형위원회 전문위원 제98차 전체회의 자료, 2015. 12. 14.

양형위원회, 2016 양형기준, 2016.

양형위원회, 양형위원회 제38차 회의자료, 2011.12.19.

Bruns, Hans-Jürgen: Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl., Carl Heymanns, 1985.

Frisch, Wolfgang: Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, ZStW 99, 1987.

Hirsch, Hans-Joachim: Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts, ZStW 102, 1990.

HK-GS/Bearbeiter: Dölling, Dieter/Duttge, Gunnar/Rössner, Dieter: Nomoskommentar Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl., Nomos, 2011.

LK-Bearbeiter: Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus(Hrsg.), Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 12. Aufl., de Gruyter, 2006.

Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, C.F.Müller, 1992.

Meier, Bernd-Dieter: Strafrechtliche Sanktionen, Springer, 2001.

Roxin, Claus: Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke, in: Schöch, Heinz(Hrsg.), Wiedergutmachung und Strafrecht, Symposium aus Anlaß des 80. Geburtstages von Friedrich Schaffstein, Wilhelm Fink, 1987.

Schöch, Heinz: Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug?, Gutachten C zum 59. Deutschen Juristentag, C.H.Beck, 1992.

## Betrachtungen zum ‘ernsthafte Erstreben der Wiedergutmachung’ als ein besonderer Milderungsfaktor nach koreanischer Strafzumessungsrichtlinie\*

Lee Jin-Kuk\*\*

Nach koreanischer Strafzumessungsrichtlinie wird das ernsthafte Erstreben des Täters um Wiedergutmachung so verstanden, dass der Täter in seiner ernsthaften Bemühungen um Wiedergutmachung die Geldsumme, die einem schadensausgleichendem Vergleich mit dem Opfer entsprechen, hintergelegt hat. Der Faktor wird nach koreanischer Strafzumessungsrichtlinie zum einen als ein besonderer Milderungsfaktor, der zur Verschiebung der in der Strafzumessungsrichtlinie empfohlenen Strafrahmen geführt werden soll, zum anderen ein allgemeiner Milderungsfaktor anerkannt. Damit wird die einheitliche Anwendung der Strafzumessungsrichtlinie erheblich verhindert.

Unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld betrifft jedoch das ernsthafte Erstreben der Wiedergutmachung auf dem Handlungswert, der Handlungsunwert der Tat kompensiert werden. Auch kann die Hinterlegung den Erfolgswert des Unrecht kompensiert werden. Daher soll auch das ernsthafte Erstreben der Wiedergutmachung als ein besonderer Milderungsfaktor in die Strafzumessungsrichtlinie einheitlich eingeführt werden. Auf der anderen Seite ist es dann nicht sachgerecht, wenn dem Täter mit einer besonderen Milderung bei allen Fällen der Verweigerung des Opfers honoriert wird, da dies dem Opferschutzgedanken widersprechen müsste. Dabei können die Verweigerungsmotive des Opfers eine wichtige Kriterien für die Honorierung mit einer besonderen Milderung sein.

---

\* This work was supported by the Ajou University research fund.

\*\* Prof. Dr. an der Law School der Univ. Ajou/Südkorea

- ❖ Keyword: Wiedergutmachung, das ernsthafte Erstreben, Wunsch des Opfers nach Nichtbestrafung, besonderer Strafzumessungsfaktor, Strafzumessungsrichtlinie

