

특경법상 배임죄 형량강화의 문제점

김수연 / 한국경제연구원 연구원 (sykim@keri.org)



새누리당과 민주통합당은 대선을 앞두고 ‘경제민주화’라는 기치 아래 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제3조 개정안을 각각 발의하였다. 이는 배임죄의 하한 형기를 높여 작량감경을 통한 집행유예 선고를 불가능하도록 하는 것을 주요내용으로 한다. 법원의 기업총수 배임죄 판결이 초래한 ‘유전무죄, 무전유죄’라는 사법불신을 해소하기 위하여 발의된 입법안이다. 하지만 배임죄 양형에 대한 공정성 문제를 입법적인 형량강화를 통해 해결하고자 하는 것은 다분히 포퓰리즘적이며, 미봉책에 불과하다. 배임죄의 구성요건적 불명확성, 그로 인한 자의적 남용 위험 및 기업의 경영행위에 적용되었을 경우 발생할 수 있는 문제점 등을 고려해볼 때 일률적으로 법정형을 높이는 방식의 규제는 오히려 더 큰 문제를 야기시킬 수 있다. 뿐만 아니라 법관의 양형판단권 제한에 대한 위헌성 여부 및 중과된 법정형 범위가 공정한 형선고 저해요소로 작용하는 문제 등 기존 중형주의에 대한 비판이 동일하게 적용된다. 공정한 법집행을 통한 사법부의 신뢰 회복 및 재판에 대한 권위 제고를 위해서는 입법적 형량강화가 아닌 국민의 신뢰를 반영할 수 있는 객관적인 양형기준을 마련하고, 재판부가 이를 공정하게 적용하는 방향으로 해결하는 것이 바람직하다. 전문성을 가진 양형위원회의 독립적인 업무수행 보장 및 기존 양형실태에 대한 정밀한 조사 및 연구 등 합리적인 양형실무가 이루어질 수 있도록 전반적인 관련 제도 정비가 필요하다.

1. 문제제기

- 새누리당과 민주통합당은 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」(이하 특경법) 제3조 개정을 통하여 배임죄의 형량을 강화하는 법안을 각각 발의하였음¹⁾
 - 국회는 사법부가 기업 총수의 횡령·배임죄에 대해 ‘징역 3년, 집행유예 5년’ 라는 정찰제식 판결을 선고함에 따라 고조되는 유전무죄 비난을 해소하고, 공정한 법집행 질서를 확보하기 위한 목적으로 본 특경법 개정안을 발의함
 - 본 발의안의 주요 골자는 재판부가 형기의 2분의 1을 작량감경(酌量減輕)²⁾ 하더라도 3년 이하

1) 본 보고서는 특경법 발의안상 형량이 강화된 사기, 공갈, 사기 및 공갈의 상습범, 횡령, 배임, 업무상의 횡령과 배임의 죄 가운데 기존에 많은 논란이 제기되어왔던 배임죄를 중심으로 그 타당성 여부를 살펴보고자 함

2) 작량감경이란 법률상 특별한 감경사유가 없더라도 법원이 범죄의 정상에 특히 참작할 만한 사유가 있다고 인정되는 경우 그 형을 감경할 수 있도록 하는 것을 의미(형법 제53조)

의 징역·금고 선고시 받을 수 있는 집행유예(執行猶豫)³⁾ 요건을 충족하지 못하도록 사기, 공갈, 사기 및 공갈의 상습범, 횡령, 배임, 업무상의 횡령과 배임의 죄에 대한 하한형기를 대폭 상향한 것임

- 즉 기존의 이득액 50억 이상의 배임에 대하여 최저 5년 이상의 징역을 부과하도록 규정되어 있었던 배임죄의 형량을 강화하여 입법적으로 법원의 재판상 감경을 통한 집행유예 선고를 불가능하도록 제한함
- 게다가 민주통합당의 경우 특경법상의 범죄에 대하여 징역형 형기 2/3을 채우지 못하거나 집행유예 중인 경우 대통령의 특별사면권을 제한하는 법안(사면법 일부개정 법률안, 2012. 7.12, 오제세의원 대표발의)까지 발의한 상황임
- 특경법상의 범죄에 한정하여 대통령의 특별사면권을 제한하는 것은 법체계내 타범죄와의 균형 등을 이유로 위헌성이 문제될 여지가 상당함
 - 대통령의 자의적인 판단에 따라 특별사면권이 남용되는 것을 막기 위해서는 일반사면과 같이 국회의 동의를 요구하는 등 행사요건이나 절차보완을 통해 개선하는 것이 바람직하다고 판단됨

<특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률 일부개정(제3조) 발의안의 주요 내용>

공 통	현행법률	새누리당 일부개정법률안 (2012. 7.16 / 민현주 의원 대표발의)	민주통합당 일부개정법률안 (2012. 5.30 / 오제세 의원 대표발의)
사기, 공갈, 사기 및 공갈의 상습범, 횡령, 배임, 업무상의 횡령과 배임의 죄를 범한 사람은 재물 또는 이득액이 5억원 이상인 경우 다음과 같이 가중처벌함	이득액이 50억원 이상일 때 : 무기 또는 5년 이상의 징역 이득액이 5억원 이상 50억원 미만일 때 : 3년 이상의 유기징역	이득액이 300억원 이상일 때 : 무기 또는 15년 이상의 징역 이득액이 50억원 이상 300억원 미만일 때 : 10년 이상의 유기징역 이득액이 5억원 이상 50억원 미만일 때 : 7년 이상의 유기징역	이득액이 50억원 이상일 때 : 7년 이상의 유기징역

- 결론적으로 본 발의안은 대선과 맞물려 국민의 법감정을 손쉽게 반영하고자 하는 표플리즘 입법안으로 이하 보고서를 통하여 배임죄 관련 공정한 양형문제가 왜 입법적인 해결이 아닌 사법부의 양형판단시스템 개선을 통하여 해결되어야 하는지에 대해 살펴보고자 함
- 새누리당과 민주통합당은 특경법 발의안이 특정집단인 대기업 총수만 겨냥한 입법이 아니어서 위헌성 소지가 없다고 하지만 반대로 재벌보호라는 비판 하에 특경법상 배임죄 일반에 대하여 형량을 대폭 상향하는 것이 과연 합리적인가 의문시됨

3) 집행유예란 일정기간 동안 해당 형의 집행을 유예하고 그 유예기간이 무사히 경과하게 되는 경우 선고된 형의 효력을 상실하게 하는 제도(형법 제62조)

- 즉 기존 특경법상의 배임죄는 이득액이 5억 이상이라면 계주가 계원들에게 징수한 계금을 자의로 소비한 때에도, 금융기관의 임직원이 대출규정에 위반하여 상당하고 합리적인 채권회수 조치를 취하지 아니하고 대출한 경우에도, 회사 직원이 영업비밀을 경쟁업체에 유출하는 경우 등에도 적용하는 규정으로 기업인에 한정하여 적용되는 규정이 아님
- 또한 형법이 보호하는 법익은 불법의 정도에 따라 통일적인 위계가치질서를 가지는데 사람의 생명을 그 보호법익으로 하는 살인죄의 경우에도 정황을 참작하여 집행유예가 가능할 수 있도록 하면서 개정 특경법상 배임죄는 그 이득액이 5억 이상이면 집행유예 없이 무조건 7년 이상의 징역형을 선고하도록 하는 것(새누리당 발의안 기준)은 타범죄와의 형평성, 형의 균형성을 상실한 것임
- 뿐만 아니라 집행유예를 불가능하도록 법관의 양형(量刑)재량을 극도로 제한한 것에 대한 위헌성 시비 및 지나치게 중과된 최저법정형이 실제 양형실무에 반영되기는커녕 오히려 공정한 형 선고 저해요소로 작용하는 문제 등 기존 중형주의(重刑主義)에 대한 비판이 동일하게 제기됨
- 이에 본 보고서는 특경법상 형량강화가 가지는 문제점을 구성요건적 불명확성이 내재되어 있는 배임죄의 본질 측면과 기존 형법상 중형주의에서 지적되는 문제 측면으로 나누어 살펴보고, 배임죄관련 법집행의 형평성을 제고할 수 있는 보다 합리적인 방안을 제시하고자 함

2. 배임죄과 관련하여 제기된 기존 법해석론적·형사정책적 문제점

- 배임죄는 본질적으로 내재되어 있는 구성요건요소적 불명확성으로 인하여 형법상 대명제인 죄형법정주의(罪刑法定主義)상의 명확성 원칙에도 불구하고 법을 적용하는 사법부 및 사회적·정치적 상황에 따라 자의적(恣意的)으로 남용될 수 있는 위험을 가지고 있음⁴⁾
 - 배신설(통설, 판례)에 따르면 배임죄⁵⁾의 본질은 신의성실의무에 위반하거나 사실적인 신임관계를 침해하여 타인의 재산을 침해하는 재산범죄로 이해되는데, 이때 배임죄는 대외관계에 있어 대리권을 요구하지 않고, 배임행위를 법률행위에 제한하지 않아 극단적으로 적용하면 모든 채무불이행을 배임죄로 규율할 수 있는 등 무제한 확대 적용될 수 있음⁶⁾
 - 배임죄에 있어 임무위배행위란 처리하는 사무의 내용, 성질 등에 비추어 법령의 규정, 계약의 내용 또는 신의칙상 당연히 하여야 할 것으로 기대되는 행위를 하지 않거나 당연히 하지 않아 할 것으로 기대되는 행위를 함으로써 본인과의 신임관계를 저버리는 일체의 행위를 의미함(대법원, 1994. 9. 9. 선고 94도902 등)

4) 조기영, 배임죄의 제한해석과 경영판단의 원칙, 형사법연구 제19권 제1호, p.89

5) 형법 제355조 제2항(배임죄) 타인의 사무를 처리하는 자가 그 임무에 위배하는 행위로서 재산상의 이익을 취득하거나 제삼자로 하여금 이를 취득하게 하여 본인에게 손해를 가한 때에도 전항의 형과 같다

6) 형법각론, 이재상, 박영사, 2004. p.410, 411

- 독일에서도 ‘배임죄는 항상 통한다’⁷⁾라고 언급될 만큼 신뢰위배적 구성요건에 거의 모든 계약 위반을 처벌할 수 있다는 우려에 따라 학계 및 실무에서 배임죄의 구성요건에 대한 보다 명확한 해석지침을 제공하려는 노력을 진행 중임⁸⁾
- 이처럼 불법내용의 한계 및 범위가 모호한 임무위배행위를 기업활동의 특수성을 고려하여 판단하여야 하는 경영행위에 적용하는 경우 배임죄의 자의적 적용 문제는 더욱 심각해질 수 있음
 - 기업인의 경영판단 실패로 회사에 손실이 발생하게 되는 경우 대부분 배임죄가 성립할 수 있음
 - 경제활동영역에서 기업의 성공과 경영혁신은 대부분 위험회피적 법적판단으로는 수용하기 어려운 과감한 투자와 위험부담을 바탕으로 이루어낸 성과라는 사실을 간과하고 결과론적으로 실패한 경영행위에 대해 형법적 제재를 부과하는 것은 가혹함
 - 또한 배임죄 성부의 판단기준인 ‘손해 및 손해의 위험성’은 다양한 이해관계로 얽혀진 기업에 있어 상당히 복잡한 요소로써(예를 들어 장기투자자와 기관투자자 등 상장회사의 주주들조차 각자의 주식보유형태에 따라 ‘손해 및 손해의 위험성’은 각기 달리 파악될 수 있음) 이에 대한 구체화 논의도 부족한 실정임
 - 실무상 허용되는 위험부담 경영행위와 금지되는 투기행위의 한계가 불명확한 상황에서 경영행위에 대한 배임죄 처벌의 확대는 기업인의 창의적인 경영판단을 위축시키고 결과적으로 기업의 성장과 발전 저해요인으로 작용함
 - 이러한 기업 경영활동에 내재하는 불확실성을 고려하여야 한다는 견지에서 경영진의 배임죄 처벌의 제한 및 한계기준으로 미국 회사법상 인정되고 경영판단의 원칙(business judgement rule)을 형사법에 적용하여야 하는 주장이 제기되고 있음
 - 경영판단의 원칙이란 회사와 경영진의 권한 내에서 행해진 거래에 있어서 그것이 상당한 주의를 가지고 선의로 이루어졌음을 나타낼 수 있는 합리적인 근거가 존재하는 경우에는 경영진을 면책시키는 미국 회사법의 rule을 의미함⁹⁾
 - 대다수의 학자들은 경영판단원칙 도입에 대한 찬반론이 대립되는 상황에서도¹⁰⁾ 가치합리성을 추구하는 위험회피적 법적기준¹¹⁾으로 경영행위를 판단하는 경우 발생할 수 있는 괴리를 해소하기 위하여 배임죄 해석기준으로 경영판단원칙의 유용성에 대해 동의하고 있음

7) “§266 StGB passt immer(형법 제266조는 항상 통한다).” Ransiek, Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue, ZStW 116(2004), S. 634

8) 최문희, 독일에서의 이사의 의무위반과 배임죄, BFL 제36호 참조

9) 권재열, 경영판단의 원칙의 도입에 관련된 문제점, 연세법학연구 3, p.213

10) 미국의 경우 소유와 경영의 분리에 따른 대리인문제를 줄이기 위하여 판례를 통하여 경영판단의 원칙을 발달시켰으나 소유와 경영이 분리되어있지 않은 우리나라의 경우 대륙법 체계에서 경영판단의 원칙에 대한 법의를 명확하게 명문화하는 것이 용이하지 않으며, 사법부의 소극성을 심화시킬 뿐 아니라 소수주주 보호에 더욱 취약해 질 수 있다는 이유로 경영판단의 원칙의 도입을 신중하게 고려하여야 한다는 견해. 권재열, 경영판단의 원칙의 도입에 관련된 문제점, 연세법학연구 제3권 참조/ 판례가 제시하고 있는 임무위배행위에 대한 기준이 다소 추상적이라도 그 취지를 적용한다면 경영판단의 원칙이 적용되는 경영행위가 배임죄의 임무위배행위에 제외된다고 해석할 여지가 충분하다는 견해, 조기영, 배임죄의 제한해석과 경영판단의 원칙, 형사법연구 제19권 제1호, 참조

11) 이정민, 경영판단원칙과 업무상 배임죄, 형사정책연구 제18권 제4호, p.164~166

- 또한 기업의 경영행위는 개인의 사적자치가 보장되는 사법(私法)의 영역이라는 점에서 배임죄의 확대적용은 경계되어야 함
 - 1960년대부터 심화되어가는 우리나라의 민사의 형사화 현상에 대하여 한국형 민사불개입의 원칙(형사사법분야가 민사사법분야에 과도하게 개입하는 것을 건전하지 못하다)을 구축하여야 한다는 요청이 지속되어온 상황¹²⁾에서 경영진의 경영행위에 대한 배임죄 처벌은 유독 강력한 형태로 규율되어 왔음
 - 특히 1990년대 말부터 경영판단에 대한 배임죄 적용이 확장되었는바 이는 외환위기 이후 사익추구 경영행위에 대한 비난이 고조되면서 형사책임 형태의 처벌을 정당화하였을 뿐 아니라 사실상 유일한 민사적 제재수단이었던 주주대표소송이 제소요건, 입증의 어려움 등으로 거의 활용되지 못하였던 것에서 원인을 찾아볼 수 있음¹³⁾
 - 기업의 경영활동에 대한 과도한 형사적 개입은 헌법상 인정되고 있는 기업의 자유로운 경제활동¹⁴⁾을 제약할 뿐만 아니라 형사절차가 민사책임의 실현을 위한 수단으로 이용되어 형법의 보충성, 형벌의 규범력을 약화시킴

3. 배임죄의 양형가중으로 발생하는 문제점

- 집행유예를 거의 불가능하도록 배임죄의 법정형을 가중하는 것은 법관의 양형 판단권을 침해하는 위헌적 요소를 내포하고 있음
 - 우리나라 형사법은 원칙적으로 법관에게 죄질과 정상(情狀)에 따라 적절한 형을 선고할 수 있도록 하는 상대적 법정형주의 원칙을 채택하고 있는바(헌재결 1992. 4. 28. 90헌바24) 특경법 발의안은 사법권의 독립 및 법관의 양형(量刑)적 판단권 보장을 본질로 하는 재판이론에 견주어볼 때 위헌성 여부가 문제될 수 있음
 - 헌법재판소는 2006. 4. 27. 2006헌가5 전원재판부 판결을 통하여 집행유예가 거의 불가능하도록 규정한 특경법 제5조 4항 제1호(수수액이 5,000만 원 이상인 경우 무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 규정)¹⁵⁾에 대하여 기존 합헌결정을 변경, 과잉처벌의 위헌성을 인정하였는데 이는 본 발의안의 위헌성 판단에도 유의(有意)한 판시사항이라 생각됨
 - 본 판결에서 헌법재판소는 법정형에 대한 입법형성권의 범위와 한계를 명확하게 제시하면서 국가경제가 어려움에 처하게 되어 중형으로 대처할 필요성이 있는 경우라도 법관으로 하여금 작량감경을 하더라도 집행유예를 선고할 수 없도록 하는 것은 법관의 양형선택과 판단권을 극도로 제한하고 있다고 판시하였음

12) 심희기, 한국형 민사의 형사화 현상의 진단과 억제방향, 연세법학연구 제17권 제4호, p.59~60

13) 외환위기 이후 제기된 주주대표소송은 1997년에서 2006년 까지 37건, 상장회사를 대상으로 한 것은 13건에 불과함. 설민수, 상장회사 경영진의 경영상 행위에 대한 형사적 규율의 원인, 그 한계 및 대안의 모색, 저스티스 제127호, p.259~271

14) 제119조 ① 대한민국의 경제질서는 개인과 기업의 경제상의 자유와 창의를 존중함을 기본으로 한다.

15) 금융기관 임직원의 수재(收財)죄에 대하여 수수액을 기준으로 가중처벌하는 특별규정으로 금융기관 임직원의 청렴성과 불가매수성을 그 보호법익으로 함.

- 지나치게 중과(重課)된 법정형의 경우 실제 양형실무에 반영되기 어렵는 법관으로 하여금 사건별 구체적 타당성을 고려한 양형판단을 불가능하게 함으로써 오히려 공정한 형선고 저해요소로 작용함¹⁶⁾
 - 이전부터 기존 형법체계상 균형성 및 형평성, 양형실무 등을 고려하지 않고 특정 유형의 범죄에 대하여 정치적·사회적 요청이 있을 때마다 특별형법을 통해 법정형을 상향하는 입법이 빈번하였음
 - 이러한 지나친 법정형 가중은 재판부로 하여금 사건별 경중과 관계없이 해당 범죄의 경우 모두 감경된 최저 형량을 부과하게 하는 문제를 발생시킴¹⁷⁾
 - 예로 사건의 구체적인 정황을 고려하여 1년 정도의 단기 실형이 적정하다고 판단되는 사안임에도 해당 범죄의 법정형이 '5년 이상'으로 높게 규정되어 있는 경우 재판부는 감경한 법정 최고형인 2년 6개월의 실형이 지나치다는 판단에 따라 부득이 집행유예를 선고하는 경우가 상당하다고 함¹⁸⁾
 - 이러한 중벌주의(重罰主義)는 헌법상 평등권 침해와 아울러 형법상 책임주의원칙 위반을 야기하며 결과적으로 겹주기 형법으로 전환되어 형법의 정치화를 초래함
- 형량을 강화한 발의안은 종래 제기되어온 이득액 기준으로 설정된 범위에 따른 형벌 차이의 비합리성을 더욱 가중시킴
 - 개정 발의안도 기존 특경법과 마찬가지로 구간별 법정형의 범위를 이득액 기준으로 설정하고 있는바 동일한 범죄행위이며 법익침해의 차이가 사소하더라도 선고형에서는 현저한 차이가 발생한다는 우려를¹⁹⁾ 더욱 가중하고 있음
 - 민주통합당의 특경법 발의안에 따르면 배임죄에 따른 이득액이 49억인 경우 정상을 참작하여 집행유예 선고를 받을 수 있지만 50억인 경우 불가능하며, 새누리당의 발의안도 이득액이 4억 5천인 경우 형법이 적용되어 집행유예 선고를 받을 수 있으나 5억 이상인 경우에는 어떤 경우라 하더라도 집행유예가 불가능하게 되는 차이를 합리적으로 설명하기 어려움

16) 허일태, 자유형의 합리적 재정립에 관한 제언, 동아법학 37호, p.67~68

17) 특경법상 횡령죄의 법정형은 피해액 50억 이상의 경우 무기 또는 5년 이상의 징역, 피해액 5억에서 50억인 경우 3년 이상의 징역으로 되어 있으나, 실제로는 형법상의 횡령죄(5년 이하의 징역)의 법정형보다도 낮은 형량이 선고되는 경우가 대부분임. 2005년 1월부터 2006년 9월 특경법상의 횡령죄 위반사건 1심 선고인원 554명중 유죄선고된 532명의 평균 선고형량은 2년 6개월에 불과하고 그중 50.7%가 집행유예가 선고되었음. 광규홍, 형법 및 형사특별법상 재산범죄 가중처벌규정의 문제점과 개선방안에 대한 토론문, 형사법연구 제26호, p.167

18) 특경법상 횡령·배임죄 집행유예비율이 높은 것에 대한 원인을 기업인에 대한 불평부당한 사법판단 때문이라고 주장하는 견해도 있으나 이는 실제 양형을 결정하는 인자(피해자와의 합의여부, 피해액 회복여부, 전과 등)에 대한 개선 필요성이라는 측면과 별개로 기존 실무상 양형기준을 고려하지 않고 지나치게 무거운 최저법정형을 부과함으로써 발생하는 괴리문제로 파악하는 것이 보다 타당함

19) 안경옥, 특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률의 정비방안, 형사정책 제17권 제2호, p.18~19

- 게다가 배임죄의 경우 현실적인 재산상의 손해액이 확정될 필요성이 없고 단지 재산상의 권리 시행을 불가능하게 할 염려있는 상태 또는 손해 발생의 위험이 있는 경우에 바로 성립되는 위태범(危殆犯)이므로 그 이득액 산정이 곤란한 경우가 상당함(대법원 2000. 4. 11. 선고 99도 334 판결)
 - 배임죄에 있어 재산상의 손해는 인정할 수 있으나 그 이득액을 구체적으로 확정하는 것이 불가능한 사건, 예를 들어 경영권 프리미엄(대판 2009. 10.29, 선고 2008도11036 판결)이나 회사 직원이 영업비밀을 경쟁업체에 유출하는 경우(대판 1999. 3. 12, 98도4704) 이득액 액수 자체가 구성요건인 특경법상 배임죄가 아닌 형법상의 배임죄가 적용됨²⁰⁾

4. 문제해결

- 법원의 양형 판단에 대한 국민의 사법불신을 해소하고 공정하고 합리적인 법질서를 정립하기 위해서는 형량을 강화하는 입법을 통해서가 아니라 법원의 양형시스템 개선을 통해 이루어지는 것이 바람직함
 - 발의안이 제기된 문제의 근본적인 원인은 기존 특경법상의 '배임죄의 법정형이 낮았다'는 것에 있는 것이 아니라 국가경제에 이바지한 공로 혹은 국가경제의 위험 등을 이유로 기업 총수에 대해 최저 하한형을 선고한 사법부의 '양형(量刑) 판단'에 있음
 - 앞서 살펴본 배임죄의 구성요건적 불명확성, 그로 인한 자의적 남용의 위험 및 기업의 경영행위에 적용되었을 경우 발생할 수 있는 문제점 등을 고려해볼 때 배임죄의 법정형을 일률적으로 높여 집행유예를 아예 불가능하게 하는 방식의 규제는 오히려 더 큰 문제를 야기시킬 수 있음
 - 임무위배성을 처벌하는 배임죄의 경우 공정한 양형 판단을 위해서는 단순히 이득액 액수만을 고려할 것이 아니라 사건 동기나 구체적인 정황 등을 참작하여 형벌을 부과하는 것이 필수적임
 - 이러한 배임죄 특성상 오히려 입법적으로는 법정형의 선택 범위를 폭넓게 규정하면서 국민의 신뢰를 반영할 수 있는 공정한 양형기준을 마련하는 등 법원의 양형시스템을 대폭 개선하는 형태의 해결책이 보다 합리적이라 판단됨
- 보다 개선된 양형기준제도 실시를 통하여 법관의 양형과정이 투명하게 공개되고 국민의 예측가능성을 높임으로써 사법부에 대한 신뢰 회복²¹⁾ 및 재판 결정에 대한 권위를 제고시켜야 함
 - 우선적으로 양형의 본질에 대하여 법 적용에 대한 '규범판단'으로써 법정형 범위 내에서 재량으로 택하는 '선택'의 문제가 아닌 법정형에서 가장 적절한 형을 찾아내는 '구체화'행위라는 인식의 변경이 요구됨²²⁾

20) 손동권, 형사특별법 정비방안(4), 한국형사정책연구원, 2008, p.111 참조

21) 국민으로부터 선출되지 않은 권력인 법관의 사법권행사 정당성의 근거는 주권자인 국민의 신뢰에 있으며, 이러한 국민의 신뢰가 법원에 대한 공정성으로 귀결된다고 주장, 설민수, 화이트칼라 범죄의 양형, 2007. 2

22) 방희선, 양형의 본질과 양형기준에 관한 소고, 형사법의 신동향 통권 제34호, P.11~12

- 또한 양형재량권 남용²³⁾이 아닌 구체적 타당성을 지닌 합리적 양형실무가 이루어질 수 있도록 기존 양형실태에 대한 정밀한 조사, 실효성 있는 객관적 양형기준 마련 및 사회 환경 등 변화 요인을 수용할 수 있도록 지속적인 모니터링을 통한 수정·개선작업이 병행되어야 함
- 아울러 공정한 양형시스템의 운영을 위해 전문성을 가진 양형위원회의 독립적인 업무수행을 보장하는 한편 국민 일반의 양형기준과 법원의 양형기준간 차이 등 양형학 관련 이론 및 실무상 연구들을 수행하는 실질적 노력이 뒷받침되어야 할 것임

23) 법관의 양형재량권은 입법자에 의해 설정된 법정형 범위에서 해당 범죄의 귀책사유에 상응하는 구체적 정의를 구현함으로써 선고형의 합리성과 사법권 독립을 보장하는 중요한 기능을 하지만 이것이 법정형 내에서 어떠한 형량도 자유롭게 정할 수 있는 것을 의미하는 것은 아님