

# 캘리포니아(California) 주의 양형제도

## - 양형제도와 2007년의 위헌판결

전문위원 이천현

<목 차>	
I. 서 론	다. LWOP / Death Penalty
1. 캘리포니아 주의 양형제도의 특색	3. 보호관찰(Probation)
2. 양형제도의 발전	가. 형의 집행유예
가. 1976년 이전의 양형제도	나. 형의 선고유예
나. 1976년 이후의 정기형제도	다. 보호관찰 조건
3. 범죄의 구분	III. 정기형제도에 대한 위헌판결
II. 캘리포니아 주의 양형제도(2007. 5월 이전)	(Cunningham v. California)
1. 정기형제도	1. 사실관계
가. 경범죄(misdemeanor)에 대한 양형	2. 다수의견
나. 중죄에 대한 양형절차	3. 반대의견
2. 정기형제도의 예외	IV. 결어: 양형제도의 변화
가. 부정기형 제도	1. 위헌판결 이후의 정기형제도의 변화
나. 삼진아웃	2. 전망: 양형위원회 설립

## I. 서 론

### 1. 캘리포니아 주의 양형제도의 특색

캘리포니아 주도 현재 양형개혁을 단행하여 부정기형제도(indeterminate sentencing)를 폐지하고 정기형제도(determinate sentencing)를 채택하고 있다는 점에서는 다른 대부분의 주들과 차이가 없다.

그러나 다수의 주가 “양형기준제”(sentencing guideline)를 통하여 정기형제도의 목적을 달성하고 있는데 반해, 캘리포니아 주는 법률에 고정적인 법정형을 규정하는 “입법”에 의해 양형을 통제하고 있어서 미국 내에서도 매우 특이한 양형제도를 취하고 있는 주라고 할 수 있다. 따라서 캘리포니아 주에는 양형위원회도 존재하지 않는다.

한편 캘리포니아 주의 양형제도는 2007. 1월에 나온 연방대법원의 Cunningham v. California 판결에 상당한 영향을 받고 개정을 겪게 되었다.

이에 이하에서는 먼저 캘리포니아 주의 양형제도 발전과정에 대해 살펴보고(I), 2007년 이전의 캘리포니아 주의 양형제도와(II) 이에 대한 연방대법원의 위헌판결 내용을 고찰해 본다(III). 그리고 위헌판결을 계기로 2007. 5월의 개정된 내용을 살펴보기로 한다(IV).

## 2. 양형제도의 발전

### 가. 1976년 이전의 양형제도

캘리포니아 주도 1976년 이전에는 많은 다른 주들과 마찬가지로 부정기형제도(indeterminate sentencing)를 취하고 있었다. 법원은 단지 처벌법규에 규정된 형기(통상적으로 1년에서 종신형까지)를 선고하고 실제 수형기간은 교정당국에 의해 결정되었다. 예를 들어, 2급 공연음란행위로 유죄가 인정된 범죄자에게는 1일의 징역형에서 종신형까지 형을 선고할 수 있었고,<sup>1)</sup> 석방일자는 형기위원회(the Board of Prison Terms: BPT)에서 결정하였다.<sup>2)</sup> 법원은 유사한 범죄를 범한 범죄자들에 대하여 서로 크게 상이한 형량을 부과할 수 있었고, 교정당국도 법원 이상으로 석방일자를 정하는 상당한 재량권을 가지고 있었다. 이러한 부정기형제도는 형벌의 주요목적이 사회복귀(rehabilitation)에 있다는 믿음에 의해 정당화되었다. 실질적으로 범죄자에 대한 처우의 필요성과 처우기간은 “환자가 치료에 얼마나 잘 순응하는가”에 달려있는 것과 같은 것이었다. 당시 이에 대하여는 커다란 의문이 제기되지는 않았다. 단지 사회복귀의 윤리성 즉 범죄자들을 변화시키려는 국가의 강제적 시도에 대한 의문이 제기될 뿐이었다.

그러나 1960년대 후반부터는 현실적인 비판이 제기되기 시작하였다. 첫째는 인종과 같은 비합리적 요인들이 범죄자의 석방일자 등에 영향을 미치는 제도의 남용에 대한 비판이다. 범죄자가 부자이거나 백인인 경우에는 가난하거나 인종적 소수자인 경우에 비하여 지속적으로 관대한 형을 선고받거나 짧은 복역생활을 하는 등 불합리한 양형이 이루어지고 있다는 것이다. 둘째는 기본 범죄와 투옥기간 사이의 비례성이 결여되어 있다는 것이다. 예를 들어 한 줍도둑에 대하여 줍도둑 행위를 억제하고 그러한 범죄행위를 범하려는 욕구를 치료하기 위하여 장기간의 구금을 할 경우 살인을 범한 자와의 사이에 비례성이 어떻게 확보되는지 의문이라는 것이다. 셋째는 사회복귀 사상이 그 기능을 제대로 하고 있는지 여부에 대한 의문이다. 상습범 및 재범자들의 폭증은 사회복귀 사상에 대한 회의를 불러일으키게 하였다.

1970년대 중반에 이르러 - 이러한 비판을 배경으로 - 수많은 주들이 부정기형제도를 포기하게 되었다. 형벌의 주요목적으로서 사회복귀(rehabilitation) 이념이 점점 퇴색되었고 대신에 **응보(retribution)** - 처벌의 비례성 - 를 처벌의 주요 목적으로 삼았다. 기능적으로 많은 주들은 유사한 범죄행위를 저지른 범죄자들 사이에서 감지할 수 있는 불평등을 줄이기 위하여 양형지침을 개발하거나 정기형제도를 구축하기 시작하였다. 캘리포니아 주도 이러한 흐름을

1) Cal. Penal Code § 314 (West 1975); In re Lynch, 5-3 P.2d 921(Cal. 1972).

2) April K. Cassou & Brian Taugher, “Determinate Sentencing in California: The New Numbers Game”, The Pacific Law Journal, Vol. 9(1), 6-16쪽.

따라 정기형제도를 구축하였다.<sup>3)</sup>

#### 나. 1976년 이후의 정기형제도

1976년 캘리포니아 주는 - 부정기형제도를 포기하고 확정 형기를 목표로 삼아 - 형법 § 1170에 정기형제도의 기본 이념을 다음과 같이 선언하였다: 범죄자를 교도소에 수감하는 목적은 처벌(punishment)이고, 이 목적은 유사한 상황에서 같은 범죄를 저지른 범죄자에 대한 양형은 통일적인 규정에 의해 죄질에 비례한 형량을 정하는 것에 의하여 달성될 수 있으며, 형의 불균형을 제거하고 양형의 통일성을 기하는 것은 정기형에 의하여 달성될 수 있다.<sup>4)</sup> 캘리포니아 주의 정기양형법(Determinate Sentencing Law)은 법원의 재량을 줄이면서 지속적인 양형을 규정하였다. 이를 근거로 사법위원회(Judicial Council)에 의해 제정되어 1977. 7. 1일 부터 시행된 1심법원의 양형규칙(California Rules of Court)은 양형의 목적을 사회방어, 처벌, 특별적·일반적 억제, 무력화, 피해자의 회복, 그리고 양형의 통일성에 두었다. 즉 1976년 양형개혁의 핵심은 “범죄자”가 아닌 “범죄행위”가 징역형의 기간을 결정한다는 관념이었다.

부정기형제도의 정기형제도로의 변화는 입법자로 하여금 다양한 종류의 범죄행위를 비교하도록 만들었다. 예를 들어 강도죄가 인정된 범죄자는 절도보다는 더 중하게 처벌되는지 여부가 결정되어 있어야 한다는 것이다. 즉 1976년 개정은 입법자로 하여금 양형을 합리화하도록 하게 만들었다. 그러나 1976년에 이룩한 결실은 그 이후의 지속적인 형법개정으로 그 의미가 퇴색되고 있다. 즉 언론이 특히 흉악범죄나 범죄행동에 나타나는 성향을 보도하면, 입법자는 종종 가중형벌 규정을 입법하였고, 이러한 수 많은 형벌가중 법률들은 형법 § 1170에 명백히 선언된 원칙을 퇴색시키고 있다. 1984년부터 1991년까지 8년간 약 1,000여개의 범죄법안이 통과되었고, 그 가운데 형량을 줄이는 것은 하나도 없었고 대부분이 가중형량을 부과하는 것이었다.<sup>5)</sup> 대부분의 범죄법안은 언론에 의해 보도된 범죄인 “이달의 범죄”에 대한 반응이었다. 예를 들어, 1987년에 입법자는 차안에서 총기를 발사한 살인범에 대하여 형량을 가중하였다.<sup>6)</sup> 기타 입법도 일정한 유형의 피해자에게 범해지거나 또는 특정한 상황에서 범해진 다양한 범죄행위에 대하여 형량을 가중하였다.

현재 실무뿐만 아니라 이론 영역에서도 캘리포니아 주의 양형제도의 우월성에 대하여 의문이 제기되고 있다. 무분별한 입법과 복잡한 범죄구성요건의 입법으로 인하여, 어떤 행위에

3) 유죄가 인정된 범죄자에 대하여 부과될 형벌을 법률에 미리 특정하는 정기형제도를 처음으로 구축한 것이 캘리포니아 주이다.

4) Cal. Penal Code § 1170(a)(1)(West 1998).

5) Richard Simpson, “Jailhouse Blues: Hard Times for County Tax Payers: A Study of Rising Costs of Incarceration in California”, California Counties Foundation, 1991.

6) Cal. Penal Code § 12022.55 (West 2004).

대한 법적 효과의 복잡성과 이로 인한 사법자원의 낭비 때문이다. 캘리포니아 주 판사들은 IRS forms(세금신고양식)과 같이 복잡한 조사표와 씨름하고 있다고 한다. 이에 실무가들이 겪고 있는 어려움을 덜고자 The Placer Group이라는 사기업이 “CrimeTime”이라는 컴퓨터 소프트웨어를 개발하기도 하였다.<sup>7)</sup> 사법위원회의 조사에 따르면 항소심에서 파기되는 경우는 가장 근본적인 이유가 제1심에서의 양형 부당을 이유로 한 것이라고 한다.

한편 캘리포니아 주의 1976년 정기양형법(Determinate Sentencing Law: DSL)은 2007년 1월 미연방대법원(Cunningham v. California, No. 06-6551 (Jan. 22, 2007))에서 위헌판결을 받게 되고, 2007년 5월에 양형관련법에 대한 일부 개정이 이루어지게 된다(이에 관하여는 후술함).

### 3. 범죄의 구분

캘리포니아 주의 형법전은 범죄(crime)와 공공침해(public offense)를 규율하면서 이에 대하여 형사제재를 규정하고 있는데 그 종류로서는 사형, 자유형, 벌금, 공직박탈, 자격상실이 있다(P.C. § 15). 그리고 범죄의 종류로는 중죄(felony), 경죄(misdemeanor), 범칙행위(infraction)로 나누어진다고(P.C. § 16).

중죄(felony)는 사형 또는 주교도소에서 집행되는 자유형으로 처벌할 수 있는 범죄를 말한다(P.C. § 17(a)). 경죄(misdemeanor)는 county 교도소에서 집행되는 1년 이하의 징역형 또는 1,000달러 이하의 벌금형이나 양자를 병과할 수 있는 범죄이다(P.C. §§ 17(b), 19). 범칙행위(infraction)는 자유형으로 처벌될 수 없는 범죄이고 배심재판을 받을 권리가 피고인에게 보장되지 않는 범죄를 말한다. 그리고 범칙행위 피고인은 공공비용으로 선임되는 공중변호인을 가질 권한도 없다. 다만 구금상태에 있는 경우에는 예외로 한다(P.C. § 19.6).

## II. 캘리포니아 주의 양형제도 (2007. 5월 이전)

### 1. 정기형제도

1976년 부정기형제도가 정기형제도로 대체됨으로써 형법 § 1170에 정기양형법의 기본이념과 양형의 기본절차가 규정되었고, 이를 근거<sup>8)</sup>로 사법위원회(Judicial Council)에 의해 제정된 법원양형규칙(California Rules of Court) 제4편 제5부(Title 4. Criminal Rules, Division 5.

7) “CrimeTime”의 내용과 사용방법에 관하여는 여미숙, “미국 캘리포니아주의 양형제도”, 외국의 양형제도 연구(법원행정처), 2003, 204~209조 참조 바람.

8) Cal. Penal Code § 1170.3(a)(2) 참조.

Sentencing - Determinate Sentencing Law)가 양형절차에 대한 상세한 규정을 담고 있다. 이를 일반적으로 캘리포니아 주의 양형법, 즉 정기양형법(Determinate Sentencing Law: DSL)이라 한다.

#### 가. 경범죄(misdemeanor)에 대한 양형

경죄(misdemeanor)는 county 교도소에서 집행되는 1년 이하의 징역형 또는 1,000달러 이하의 벌금형이나 양자를 병과할 수 있는 범죄이다(P.C. §§ 17(b), 19). 대부분의 경범죄에 대한 최고법정형은 6월 이하의 징역형과 1,000달러 이하의 벌금형이다. 경합범의 경우에는 병합되어 1년 이상의 징역형(county 교도소에서 복역)도 부과될 수 있다. 법에 특별한 정함이 없는 한 판사는 위 범위 내에서 양형의 재량이 있다.<sup>9)</sup>

#### 나. 중죄에 대한 양형절차

양형단계에서 판사는 우선 형의 가중사유 및 감경사유에 대한 증거조사를 하여 감경형(lower term), 중간형(middle term), 가중형(upper term) 중에서 선택을 하여 기본형(base term)을 정한다. 그 후 기본형에 형이 더 부과되는 법정형의 가중(enhancement)이 있는지를 판단한다. 피고인이 수개의 범죄를 저지른 경우에는 그에 대한 형을 동시에 진행시킬 것인지 아니면 연속적으로 진행시킬 것인지를 판단하고, 사실의 이중사용(dual use of facts) 및 법정형의 가중에 대한 법적 제한과 관련된 쟁점들을 판단한다. 위와 같은 판단을 모두 거친 후 형을 선고하며 양형이유를 설시한다.

##### (1) 기본형(base term)의 선택

###### ① 중간형(middle term)의 선택: 원칙

형을 정함에 있어 판사는 우선 기본형을 정하여야 한다. 법이 어떠한 범죄행위에 대하여 감경형, 중간형, 가중형의 세 개의 가능한 형량을 규정하고 있는 경우(대부분의 경우가 이에 해당함)에는 그 중에서 선택된 형이 기본형이 되고 법에 그러한 형이 규정되어 있지 않는 경우에는 법에 정해진 정기형량이 기본형이 되는데, 가중형을 선택할 만한 가중사유가 있거나 감경형을 선택할 만한 감경사유가 없는 한 중간형이 기본형으로 선택되어야 한다(P.C. § 1170 (b)). 예를 들어 2급 강도(2nd Degree Robbery)죄에 대해서는 형법 § 213(a)(2)는 형의

---

9) 예를 들어 People v. Morales, 252 Cal. App. 2d 537, 54 (1967) 참조.

범위(sentence range)로 2년, 3년 또는 5년이 규정하고 있는데, 특별한 가중 또는 감경사유가 없는 한 3년이 선택된다. 형의 가중사유가 있으면 5년이 선택되고, 감경사유가 있으면 2년이 선택된다.

## ② 가중형(upper term)의 선택

양형규칙 § 4.421에 범행관련요소 11가지와 피고인 관련요소 5가지가 형의 가중사유(circumstances in aggravation)로 규정되어 있다. ① 범행 관련요소로는 범행이 심히 폭력적인 경우, 신체상해의 정도가 중한 경우, 범행이 잔인한 경우, 범행시 무기를 소지하거나 사용한 경우, 다른 사람을 범행에 끌어들이거나 범행에 주도적인 역할을 한 경우 등이고, ② 피고인과 관련된 사실은 피고인이 사회에 심각한 위협을 가져오는 심히 폭력적인 행위에 관계해 온 경우, 유죄판결을 받은 전력이 다수이거나 심각성을 증대시키는 경우 등이다. 이러한 가중사유가 있는 경우 가중형(upper term)을 기본형으로 선택하게 된다.

### **【양형규칙 § 4.421: 가중사유】**

#### (a) 범행 관련요인

- (1) 심한 폭력, 중대한 신체 상해, 중대한 신체 상해의 위협 등이 수반된 범죄나 고도의 잔인성·사악성·냉혹성 등을 갖는 기타 행위
- (2) 피고인이 범행당시 무기를 휴대하거나 사용한 경우
- (3) 피해자가 특히 취약한 경우
- (4) 피고인이 타인을 범행에 끌어들이거나 범행에서 주도적 또는 우월한 지위에 있는 경우
- (5) 피고인이 범행을 위하여 미성년자를 끌어드린 경우
- (6) 피고인이 증인을 위협하거나, 불법적으로 증언을 방해 또는 단념시키거나, 위증을 교사하거나, 또는 어떠한 방식으로든 사법절차를 방해한 경우
- (7) 경합범인 경우
- (8) 범행수범이 계획적이거나, 정교하거나 전문적인 경우
- (9) 막대한 금전적 이득을 취하거나 손해가 수반된 범죄의 경우
- (10) 대량의 금지물품이 관련된 범죄
- (11) 피고인이 신뢰나 신용의 지위를 이용한 경우

#### (b) 피고인 관련요소

- (1) 피고인이 사회에 심각한 위협을 나타내는 폭력을 행사한 경우
- (2) 피고인의 과거 전력이 많거나 심각하게 증가하고 있는 경우
- (3) 피고인이 이전에 징역형을 복역한 경우
- (4) 피고인이 유예기간이나 가석방기간 중에 범행을 저지른 경우

(5) 피고인이 유예기간이나 가석방기간 중에 준수사항을 이행하지 않은 경우

양형규칙이 특정한 사유를 가중사유로 열거하고 있지만 판사는 가중사유를 판단함에 있어 그 열거된 가중사유 외에 양형판단에 합리적으로 관련된 기준을 추가로 적용할 수 있다(법원규칙 § 4.408(a)). 보호관찰 보고서에 나타난 체포기록, 피고인이 범행 당시 보석기간 중이었다는 사실, 범행을 저지른 후의 피고인이 폭력적인 행동, 강간사건에서 피고인이 자신이 포진에 걸려있다는 것을 알았다는 사정 등이 이에 해당한다. 한편 피고인이 단기간만 복역한 후 석방되면 피고인 자신에게 위험하다는 사정, 범죄가 본질적으로 심각하다는 점, 피고인이 반성하지 않고 있다는 점, 피고인에게 가족이 없다는 점, 피고인이 거류외국인이라는 점 등은 형의 가중사유가 아니다.

③ 감경형(lower term)의 선택

형의 감경사유(circumstances in mitigation)는 범행 관련요소 9가지, 피고인 관련요소 6가지가 양형규칙 § 4.423에 규정되어 있다. ① 피고인이 범행에 소극적이었거나 가담 정도가 미약한 경우, 피해자가 범행을 촉발시킨 경우 등 범행과 관련된 사실과, ② 피고인이 초범인 경우, 피고인이 범죄에 대한 가벌성을 크게 감소시킬 만한 정신적, 신체적 장애를 가지고 있는 경우, 피고인이 체포되기 전이나 절차의 초기단계에서 자발적으로 자신의 잘못을 인정한 경우 등 피고인과 관련된 사실이 감경사유로 열거되어 있다. 이러한 가중사유가 있는 경우 감경형(lower term)을 기본형으로 선택하게 된다.

**【양형규칙 § 4.423 : 감경사유】**

(a) 범행 관련요소

- (1) 피고인이 범행에 수동적으로 참가하거나 경미한 역할을 한 경우
- (2) 피해자가 범행의 유발자, 자발적 참여자, 공격자 또는 도발자인 경우
- (3) 범죄가 다시 반복되지 않을 것 같은 엄청난 도발과 같은 이례적인 상황에서 범해진 경우
- (4) 피고인이 강제 또는 강요에 의해 범죄에 가담하거나, 저항할 수 없는 다른 이유로 범죄행위가 부분적으로 책임이 없는 경우
- (5) 피고인이 타인이 권유로 범행에 가담한 경우
- (6) 피고인이 사람에 대한 위하나 재산에 대한 손해를 피하고자 한 경우, 취득한 금전이나 재산의 총액을 고의로 적게 한 경우, 또는 피해자에 대한 위해가 없는 경우
- (7) 피고인이 취득한 재산에 대한 권리나 청구권을 가지고 있다고 믿었거나, 기타의 사유로 그 행위가 적법하다고 오인한 경우
- (8) 피고인이 가족이나 자신의 생필품을 마련하기 위한 동기인 경우
- (9) 피고인이 범죄피해자에 의해 반복 또는 지속적인 정신적, 성적, 심리적 학대를 당한 경우,

학대를 가한 범죄피해자가 피고인의 배우자, 친밀한 동거인, 또는 피고인의 자녀의 부모인 경우, 및 학대가 저항할 수 없는 것인 경우

(b) 피고인 관련요소

- (1) 피고인이 범죄 전력이 없거나, 이전 범죄의 최신성 및 빈도를 고려해 볼 때 범죄행위의 미미한 전력을 가지고 있는 경우
- (2) 피고인이 범죄에 대한 책임을 상당히 감소시킬만한 정신적 또는 육체적 상태에서 고통을 받고 있는 경우
- (3) 피고인이 체포 이전이나 형사절차 초기단계에서 잘못을 자발적으로 인정한 경우
- (4) 피고인이 집행유예에는 부적합하지만 그 부적합을 제외하면 집행유예가 주어졌을 경우
- (5) 피고인이 피해자에게 손해를 배상한 경우
- (6) 피고인의 유예기간이나 가석방기간 중에 준수사항을 이행한 경우

형의 가중사유와 마찬가지로 양형규칙에 열거된 사유가 제한적인 것은 아니다. 피고인의 변호인, 고용주 및 친구들이 피고인이 성실하게 근무하였고 선량한 사람이었다는 내용의 편지를 보내온 경우 그 편지에 나타난 사정을 감경사유로 고려할 수 있다.

④ 입증

가중 또는 감경사유의 존부는 합리적 의심이 없는 정도(beyond reasonable doubt)의 증명을 요하지 않고, 다만 증거의 우위(preponderance of the evidence)의 원칙에 의해 증명되면 족하다(양형규칙 § 4.420(b)). 즉 가중형은 형의 가중사유가 증거에 의하여 뒷받침되고 감경사유보다 우세한 경우에만 선택될 수 있고, 감경형 또한 감경사유가 가중사유보다 우세한 경우에만 선택될 수 있다.

가중사유 또는 감경사유의 존재 여부는 사건기록, 양형조사관의 보고서, 검사·피고인·피해자 가족으로부터 제출된 가중 또는 감경사유에 관한 진술서(statement), 양형절차에서 제출된 법원에 현출된 모든 증거에 의해 판단된다. 피고인의 삶이나 성격에 관한 선서 없는 진술이나 법정 외에서의 진술도 양형사유로 참작할 수 있다.

판사가 가중형이나 감경형을 선택한 경우에는 그 사유를 설명하여야 하고, 가중사유나 감경사유가 된다고 본 궁극적인 사실을 실시하여야 한다(양형규칙 § 4.420(e)).

가중사유 또는 감경사유가 인정되는 경우 판사가 반드시 가중형 또는 감경형을 선택하여야 하는 것은 아니고 중간형을 부과할 수 있다.<sup>10)</sup>

10) People v. Myers, 148 Cal. App. 3d 699 (1983).



## (2) 법정형의 가중(enhancement)과 이에 대한 판단

기본형에 형이 더 부과되는 법정형의 가중이 있는지를 판단하여야 하는데, 법정형의 가중은 범죄행위의 본질 또는 피고인의 전력에 의해 형이 가중되는 것으로, 일반적으로 법규정이 ‘가중’(enhancement)이라는 용어를 사용하거나 ‘추가형’(additional term)의 부과를 규정하고 있다. 법정형의 가중규정은 새로이 범죄를 규정하는 것이 아니라 범죄가 일정한 상황 하에서 저질러진 경우에는 추가된 형을 부과하는 것이다. 가중형을 부과하는 가중사유는 법정형의 가중이 아니라 오히려 거기에 법정형의 가중이 더해질 기본형을 결정하는 데 사용되는 요소이다. 다수의 법정형의 가중이 무기의 소지 또는 사용 및 피고인의 전과에 기한 형의 추가를 포함하고 있다.

여기에서 가중(enhancement)사유란 범죄 행위 그 자체의 특성(the nature of the criminal act itself)에 관련된 것을 말하며,<sup>11)</sup> 만일 2개 이상의 가중 사유가 있을 경우 원칙적으로 그 중 가장 중한 사유만 가산된다(§§ 1170.1 (f), (g))<sup>12)</sup> 예를 들어, 총기로 무장하여 2급 강도죄를 범한 경우에는 기본형(base term)으로 가중형인 5년이 선택되고 가중 사유로 1년이 가산되어 주형이 6년이 되는 것이다.

## (3) 양형사유에 관한 법적 제한

판사는 피고인이 수개의 범죄를 저지른 경우 그에 대한 형을 동시에 진행시킬 것인지 아니면 연속적으로 진행시킬 것인지를 판단하고, 사실의 이중사용(dual use of facts) 및 법정형의 가중에 대한 법적 제한과 관련된 쟁점들을 판단하게 된다. 법정형이 가중된 경우에는 그 가중사유를 이유로 가중형을 부과할 수 없고, 연속형을 정당화시키는 데 사용된 사실을 사용하여 가중형을 부과할 수 없으며, 형의 가중사유나 감경사유는 피고인에게 동시형을 부과하지 않고 연속형을 부과하는 결정을 내림에 있어 고려될 수 없다(양형규칙 § 4.420(c)(d), 4.425(b)).

## (4) 형의 선고와 상급심의 조치

판사는 위와 같은 판단을 모두 거친 후 형을 선고하게 된다. 판사는 양형이유 및 그 근거가 되는 주된 사실을 제시하여야 한다(양형규칙 § 4.480). 이는 항소심법원이 1심법원의 판결을 판단하는 데에 그 근거를 제공하기 위해 필요하고, DSL의 주목적인 판사가 같은 상황에

11) 예를 들어 총기(firearm)로 무장한 경우(§ 12022), 총기를 사용한 경우(§ 12022.5), 일정 금액 이상의 재산을 절취한 경우(§ 12022.6), 중상해를 가한 경우(§ 12022.7) 등이 있다.

12) 다만, 예외적으로 총기를 사용(가중사유 1)하여 중상해를 가한(가중사유 2) 경우에는 2개의 가중사유가 모두 가산될 수 있다.

서 같은 형을 선고하였는지 여부를 평가하는 데 필요하기 때문이다.

1심판결에 대하여 상급심이 양형부당을 이유로 파기할 수 있다.

## 2. 정기형제도의 예외

DSL에 따라 피고인에게는 특정된 기간의 징역형이 선고되고 가석방이 가능한 기간도 제한된다. 그러나 DSL이 적용되지 않는 경우가 있다. 부정기형이 부과되는 경우, 삼진아웃이 적용되는 경우, 가석방 없는 부정기형/사형이 선고되는 경우, 보호관찰이 명해지는 경우 등이다.

### 가. 부정기형 제도

캘리포니아 주의 경우 1976년 정기양형법(DSL)의 제정으로 부정기형이 폐지되었지만, 모든 범죄에 대해 부정기형제도가 폐지된 것은 아니다. 즉 대부분의 중죄에 대하여는 정기형이 부과되지만 - 사형이나 가석방이 인정되지 않는 종신형이 부과될 수 없는 - 일부 중대한 범죄에 대하여는 부정기형이 부과된다. 현재 중죄의 90% 정도가 정기양형법에 의해 정기형이 부과되고(P.C § 1170 등), 살인 및 기타 종신형 범죄(P.C §§ 190, 209 등) 등 10%정도가 부정기형이 부과되고 있다.<sup>13)</sup>

예를 들어 2급 살인범에 대하여 ‘15년에서 종신형까지’의 부정기 기간이, 1급 살인범에 대하여는 ‘25년에서 종신형까지’의 부정기 기간이 부과될 수 있다(P.C § 190(a) · (d)). 부정기형에 대하여는 범죄자가 실재 복역하는 형기와 석방일은 종전과 같이 가석방에 필요한 최소형기(위에서 각각 15년과 25년) 경과 후에 이루어지는 가석방심사위원회에 의한 가석방 심사를 통해 결정된다.<sup>14)</sup>

### 나. 삼진아웃

삼진아웃은 ① 2회 이상의 특정 전력을 가진 피고인이 재차 중죄를 범한 경우에는 25년의 징역형에서 종신형 까지를 선고하여야 하고(P.C § 667(e)(2)), ② 1회의 특정 전력을 가진 피고인이 재차 중죄를 범한 경우에는 처음 기본형(base term)에 대하여 2배를 가중(P.C § 667(e)(1))하는 것을 말한다.<sup>15)</sup>

13) 일정한 살인죄(P.C § 190(a), § 191.5(d), § 217.1(b)), 일정한 성범죄(§ 269), 가중상해 (§ 205), 고문(§ 206.1), 유괴(§§ 209(a), 209(b), 209.5(a)), 기차전복(§ 219) 등이 이에 해당한다.

14) 가석방심사위원회는 캘리포니아 교정갱생부(California Department of Correction and Rehabilitation) 산하 기구로서 주지사가 위원을 임명하는데, 가석방심사는 위원 2명으로 구성된 위원단이 담당하고 있다.

15) 삼진아웃 제도는 1994. 3. 7일 오후 2시 45분 이후에 발생한 새로운 중죄에 대하여 적용되기 시작하였다

형법상 특정 전력(prior strike)에는 3가지 유형이 있다. 첫째 캘리포니아 주 내에서 선고된 형법 § 667.5(c) 소정의 강력 중죄(violent felony)와 § 1192.7(c) 소정의 중대한 중죄(serious felony) 전력이고, 둘째 캘리포니아 주 외에서 선고된 위와 같은 요소를 포함하는 중죄 전력이며, 셋째 소년 재판(Juvenile Adjudications) 중 범행시 16세 또는 17세인 소년이 범한 일정한 범죄<sup>16)</sup> 전력이다(P.C § 667.3(d)). 피고인의 전력이 특정 전력에 해당하는지 여부를 판단하는 주체는 배심원이 아니라 판사이다.<sup>17)</sup> 다만, 피고인의 전력에 대한 자료가 조작(fabricated)되거나, 오류(error)가 있거나, 또는 불충분(insufficient)한지 여부에 대해서는 배심원의 재판(jury trial)을 받을 권리가 피고인에게 보장되어 있다.

한편 판사는 정의를 위하여(in the furtherance of justice) 형법 § 1385(a)에 의하여 특정 전력을 인정하지 않음(dismiss)으로써 삼진아웃법의 적용을 피할 수는 있으나,<sup>18)</sup> 피고인의 전력 및 현재 범행이 극히 불량하여 삼진아웃 제도의 정신에 따라 가중 처벌함이 마땅함에도 불구하고 위와 같이 특정 전력을 인정하지 않는 것은 재량권의 남용(abuse)에 해당한다.<sup>19)</sup>

삼진아웃법에 의해 피고인이 유죄 판결을 받아 단기 최소 25년, 장기 종신형의 선고를 받게 되면 그 형에 대한 보호관찰은 금지된다(P.C § 667.2(c)). 삼진아웃법에 의해 유죄 판결을 받은 피고인은 반드시 주 교도소에 수용되어 복역하여야 하고 그 이외의 시설 즉 Department of Health Services 시설, 캘리포니아 재활센터 기타 재활을 위한 기관 등에 수용되는 것은 금지되며, diversion 제도의 적용을 받을 수 없다(P.C § 667.4(c)). 또한 Worktime Credit 또는 Goodtime Credit라는 제도<sup>20)</sup>에 따르면 최대 피고인 형기의 50%까지 감경이 가능하나, 삼진아웃법에 의해 유죄판결을 선고받고 복역하는 범죄자들에 대해서는 Goodtime Credit에 의한 형기의 감경을 형기의 1/5까지만 허용된다(P.C § 667.5(c)). 삼진아웃법에 의해 기소된 피고인과는 전과의 철회를 조건으로 유죄협상(plea bargaining)도 할 수 없다(P.C § 667(g)).

#### 다. LWOP / Death Penalty

가장 중대한 사건의 경우에는 - “특수한 사정”이는 특정한 살인자의 경우 - 2가지의 양형

(People v. Cargill, 38 Cal. App. 4th 1551 (1995)). 다만 특정 전력은 1994. 3. 7일 전후에 발생한 것을 불문한다(Gonzales v. Superior Court, 37 Cal. App. 4th 1302 (1995)).

16) California Welfare and Institutions Code (WIC) § 707(b)에 규정된 범죄가 해당하며, 이는 성인에 대한 범죄보다 그 범위가 좁다.

17) People v. Epps, 25 Cal. 4th 19 (2001) 및 People v. Kelii, 21 Cal. 4th 452 (1999) 등 참조.

18) People v. Superior Court(Romero), 13 Cal. 4th 497 (1996).

19) People v. Williams, 17 Cal.4th 148 (1998).

20) 캘리포니아 주 형법상의 피고인이 형을 선고받고 교도소에 복역하면서 일정한 종류의 근로에 종사하거나 일정한 교육 훈련 프로그램을 이수하면 형기를 감경하여 주는 제도를 말한다.

선택 가능성이 있다. 가석방 없는 종신형(life without possibility of parole)과 사형이다(P.C § 190.2)

### 3. 보호관찰(Probation)

유죄가 인정된 경죄와 중죄에 대하여는 보호관찰(probationary sentence)이 가능하다.<sup>21)</sup> 보호관찰의 기본적인 구조는 경죄와 중죄 모두 동일하다. 대부분의 유죄가 인정된 중죄에 대하여는 보호관찰이 가능하지만, 중대한 중죄나 강력중죄(serious or violent felonies)에 대하여는 보호관찰이 허용되지 않는다.

보호관찰은 권리(right)가 아니라 특전(privilege)이다. 따라서 법원은 보호관찰을 명할 의무가 있는 것이 아니라 보호관찰을 허가할 것인지 아니면 불허할 것인지는 판사의 재량에 속한다.<sup>22)</sup> 따라서, 판사는 법원규칙에 열거되어 있는 보호관찰의 허부를 결정하는 요소들 외에 당해 사건에 합리적으로 연관된 다른 요소들을 참작할 수 있는 것이다(법원규칙 § 4.408(a)). 다만, 판사가 보호관찰을 불허하는 경우에는 반드시 이를 뒷받침하는 사실관계를 언급하는 등 그 구체적인 이유를 밝혀야 한다.<sup>23)</sup> 또한, 판사가 재량권을 자의적으로(Arbitrary and Capricious Manner) 행사하여 보호관찰의 허부 여부를 결정한 경우에는 항소심에서 다투어질 수 있다.<sup>24)</sup>

보호관찰은 그것이 취소될 경우 양형을 할 수 있는지 여부에 따라 2가지로 나누어 볼 수 있다.

#### 가. 형의 집행유예(execution of sentence suspended)

법원은 형량을 부과하면서도 그 형량의 집행을 유예하는 보호관찰을 명할 수 있다. 이것을 “형의 집행유예”(execution of sentence suspended)라고 한다. 예를 들어 법원이 경죄로 유죄가 인정된 피고인에 대하여 county 교도소예의 6월의 징역형을 선고하면서, 보호관찰의 이행을 조건으로 그 6월의 집행을 유예하는 것이다. 피고인이 보호관찰을 완전하게 이행한 경우에는 6월의 징역형이 부과되지 않는다. 보호관찰이 이후에 취소된 경우에는 법원은 6월의 형량을 부과하여야 한다. 이미 유예된 형량의 기간은 변경할 수 없다.<sup>25)</sup>

21) Cal. Penal Code) § 1203(a)에 의하면 보호관찰(Probation)이란 피고인에 대한 형의 선고나 집행을 보류하고 보호관찰관의 감독 하에서 조건부로 공동체로의 석방을 명하는 것(“the suspension of the imposition or execution of a sentence and the order of conditional and revocable release in the community under the supervision of a probation officer.”)이라고 규정하고 있다.

22) People v. Axtell, 118 Cal. App. 3d 246, 256 (1981)

23) 법원규칙 § 4.406; People v. Butler, 202 Cal. App. 3d 602, 607 (1988) 등

24) People v. Floyd P., 198 Cal. App. 3d 608, 613 (1988) 등

25) Cal. Penal Code § 1203.2(c); People v. Colado, 35 Cal. App. 4th 260 (1995)(법원은 이전에 부과되어 유예된

#### 나. 형의 선고유예(imposition of sentence suspended)

법원은 또한 형량을 선고하지 않고 보호관찰을 명할 수 있다. 이것을 “형의 선고유예”(imposition of sentence suspended)라고 한다. 예를 들어 판사가 피고인에게 형을 선고하지 않고 단지 보호관찰 조건을 이행할 것을 명하는 경우이다. 보호관찰이 이후에 취소된 경우에는 법원은 법정형 최고형까지 형량을 부과할 수 있다(P.C § 1203.2(c)).

#### 다. 보호관찰 조건

법원은 보호관찰에 조건을 붙일 것인지에 대하여는 광범위한 재량권을 가지고 있다. 형법은 법원은 “정의를 행해질 수 있는 목적에 적합”하고 “보호관찰대상자의 개선과 사회복귀”에 맞추어진 보호관찰에 “합리적인 조건”(reasonable conditions)을 부과할 수 있다고 규정하고 있다(P.C § 1203.1(j)).

보호관찰 조건은 전형적으로 다음과 같은 조건들이 관련될 수 있다.

- county 교도소에의 구금, 업무중단(work furlough), 가택연금(home detention)
- 벌금 및/또는 사회봉사
- 영장없는 약물검사(drug testing without a warrant)
- 영장없는 수색에 대한 복종(submit to search without a warrant)
- 음주의 금지(refrain from ingesting alcohol)
- 접근금지명령(stay-away order)
- 다른 범죄자, 마약 사용자, 또는 조직원 등과의 접촉금지

### III. 정기형제도에 대한 위헌판결(Cunningham v. California)<sup>26)</sup>

#### 1. 사실관계

John Cunningham은 - 캘리포니아 주의 콘트라 코스타 카운티 제1심 법원(Martinez 법원)에서 - 배심재판을 통해 14세 이하의 아동에 대한 지속적인 성학대 혐의로 유죄가 인정되었다. 캘리포니아 주의 정기양형법(Determinate Sentencing Law: DSL)에 따르면 이러한 범죄에 대하여 선고될 수 있는 형은 감경형 6년, 중간형 12년, 가중형 16년의 징역형이고,<sup>27)</sup> 하나

---

형량을 변경할 재량권을 가지고 있지 않다).

26) Cunningham v. California, No. 06-6551 (**Jan. 22, 2007**).

27) Cal. Penal Code Ann. § 288.5(a) (West 1999).

이상의 ‘가중사유’(circumstances in aggravation)가 인정되지 않는 이상 판사는 중간형 12년을 선고하도록 되어 있다.<sup>28)</sup> DSL의 적용을 위하여 제정된 법원규칙은 ‘가중사유’를 가중형의 부과를 정당화하는 사실(facts)로서 정의하고 있다<sup>29)</sup> 또한 규칙은 이러한 사실은 증거우세의 기준(preponderance of the evidence)에 따라야 한다고 규정하고 있다.<sup>30)</sup>

양형절차에서 판사는 피해자의 특수한 취약성 등을 포함한 6가지의 가중요소와 Cunningham이 과거 범죄경력에 없다는 1가지의 감경요소를 발견하였다. 증거의 우세의 기준에 따라 가중요소들이 하나뿐인 감경요소를 압도하여 판사는 Cunningham에게 가중형 16년을 선고하였다.

캘리포니아 주고등법원은 이를 지지하였다. 캘리포니아 주대법원도 - 그 직전(9일전)에 People v. Black사건<sup>31)</sup>에서 DSL이 수정헌법 제6조에 합치한다고 하였기 때문에 - 상고를 기각하였다. 이에 Cunningham은 연방대법원에 상고하였다.

**판결:** DSL은 형량을 높이는 사실인정을 판사의 영역 내에 둬으로써 수정헌법 제6조 및 제14조에 의해 보장되는 피고인의 배심재판을 받을 권리를 침해하였다.

## 2. 다수의견

(a) Apprendi v. New Jersey사건<sup>32)</sup>에서 연방대법원은 피고인에게 관련 법정 최고형(statutory maximum)을 초과하는 형을 부과하게 하는 (이전 단계인 유죄인정에서와는 구별되는) 사실(facts)은 판사가 아닌 배심에 의해 인정되어야 하며, 단순히 증거의 우세에서가 아니라 합리적 의심을 넘는 정도(beyond a reasonable doubt)로 입증되어야 한다고 판시하였다. 연방대법원은 Apprendi 원칙을 ① Ring v. Arizona사건<sup>33)</sup>에서 피고인에게 사형을 선고하게 하는 사실에, ② Blakely v. Washington사건<sup>34)</sup>에서 워싱턴 양형개혁법에 따른 ‘기준범위’(standard range)를 초과하는 형을 인정하는 사실에, 그리고 ③ United States v. Booker사건<sup>35)</sup>에서 계속적 연방양형기준에 따라 양형의 범위를 높이는 사실에 적용한 바 있다.

28) Cal. Penal Code Ann. § 1170(b) (West 1999).

29) Cal. Rules of Court § 4.420(a).

30) Cal. Rules of Court § 4.420(b), (c).

31) 35 Cal. 4th 1238, 113P. 3d 534 (June 20, 2005).

32) 530 U.S. 466 (2000). Charles Apprendi는 불법목적 총기소지 혐의로 뉴저지 법에 따라 5년 내지 10년의 징역형이 부과되는 2급죄가 인정되었다. 그러나 다른 “증오범죄”법규는 징역형의 “기간 확대”를 인정하고 있었다. 즉 피고인이 인종, 피부색, 성, 장애, 성적 기호 또는 민족 등을 이유로 개인이나 단체를 위협할 목적으로 범죄를 범했다는 사실을 판사가 증거우세의 원칙에 따라 인정하는 경우 10년 내지 20년의 징역형이 부과될 수 있었다. Apprendi사건에서 판사는 그렇게 인정하여 피고인에게 12년의 징역형을 선고하였다.

33) 536 U.S. 584 (2002).

34) 542 U.S. 296 (2004).

35) 543 U.S. 220 (2005).

Blakely사건 및 Booker사건이 본 사건과 가장 밀접한 관계가 있다.

워싱턴 양형개혁법(Washington's Sentencing Reform Act: SRA)에 따르면 Blakely의 범죄에 대한 최고 형벌은 10년의 징역형이었다.<sup>36)</sup> 그러나 배심원의 평결에 반영된 것 이외의 사실이 판사에 의해 인정되지 않은 경우 Blakely에게는 49월 내지 53월의 기준범위 내에서만 형이 선고된다. 판사는 고의적 잔혹성(deliberate cruelty)을 인정하고 이를 근거로 Blakely에게 기준범위보다 3년이 많은 90월의 형을 선고하였다. 연방대법원은 Apprendi원칙을 적용하여 이 양형을 위헌이라고 판시하였다. Blakely사건에서 워싱턴주는 Blakely에 대한 양형은 오직 유죄평결을 전제로 한 판사의 재량의 범위 내에 있는 것이라고 주장하면서 Apprendi사건과 구별지우려고 하였다. 연방대법원은 이 주장을 받아드리지 않았다. 추가적인 사실이 없는 Blakely에게 기준범위 이상의 형을 부과할 수 없으며, 그 사실은 수정헌법 제6조의 배심재판을 받을 권리에 따라 인정되는 것이어야 한다. Blakely에 대한 양형은 - 비록 기준범위를 벗어났다 할지라도 - 10년의 최고 범위 내에 있다는 점은 중요하지 않다. 판사는 추가적인 사실이 인정되지 않으면 기준범위를 넘는 양형을 할 수 없기 때문에, 10년이 아닌 53월 즉 기준범위의 최고형이 관련 법정 최고형이다. 또한 워싱턴 양형개혁법은 판사가 기준범위의 이탈을 근거지을 수 있는 잠재적 사실에 대한 배타적 목록을 열거하지 않고 있고 결국은 판사의 재량을 벗어난 것이지 여부의 판단을 남겨 놓았기 때문에 Apprendi 원칙을 충족하고 있다는 워싱턴주의 주장을 연방대법원은 기각하였다.

Booker는 연방양형기준에 따라 형을 선고받았다.<sup>37)</sup> 배심에 의해 인정된 사실에 의해 210월 내지 262월의 징역형이 기본 양형범위가 되었고, 판사는 추가적 사실발견 없이는 이를 초과하는 형을 선고할 수 없다. 판사는 추가적 사실을 인정하고 Booker에게 징역 360월을 선고하였다. 연방대법원은 Booker에 대한 양형은 수정헌법 제6조와 저촉된다고 판시하였다. “연방양형기준과 (Blakely사건에서 문제된) 워싱턴 양형개혁법 사이에는 헌법적 의미의 차이”는 없다. 양자 모두는 “모든 양형 판사에 대하여 지속적인 것이고 의무적인 요건을 부과하는 것”이다. 그러나 연방대법원의 모든 판사들은 이 양형기준이 권고적(advisory)인 것이라면 수정헌법 제6조를 침해하는 것은 아니라는 점에 동의하였다. 해결방안에 대하여, 연방대

36) Blakely v. Washington, 542 U.S. 296 (2004). Ralph Howard Blakely는 2급의 충기를 휴대한 유괴죄 혐의로 워싱턴 법에 따라 중죄B급이 인정되었다. 중죄B급에 대한 법정 최고형은 10년이었지만, 워싱턴 양형개혁법은 중요한 조건을 붙이고 있었다. 즉 판사에 의해 배심평결에 반영된 사실 이외의 다른 사실이 인정되지 않은 경우에는 피고인에게 49월 내지 53월의 기준범위 내에서만 형이 부과될 수 있다는 것이다.

37) United States v. Booker, 543 U.S. 220 (2005). Freddie Booker는 배심재판을 통해 92.5g의 코카인을 소지하고 있었다는 사실이 인정되어 유죄평결을 하였다. 피고인의 전력과 인정된 코카인의 양에 연방양형기준법을 적용하면 피고인은 210개월 내지 262개월의 징역형을 선고받게 되어 있었다. 그런데 양형과정에서 담당판사는 피고인이 실제로는 566g의 마약을 더 소지하고 있었으며 사범방해행위를 하였다는 사실을 발견하고 피고인에게 징역 360개월을 선고하였다.

법원은 양형기준을 권고적인 것으로 하는 방법이 양형기준이 수정헌법 제6조에 반한다는 사실을 알았다면 의회가 하고자 하였을 방법에 가장 밀접한 것이라고 하였다. Booker사건에서 판시된 권고적 양형기준제도에 따르면, 판사는 더 이상 양형기준에 의해 정해진 양형 범위에 구속되지는 않지만 양형개혁법(Sentencing Reform Act of 1984: SRA)에 열거된 양형 목적을 고려한 양형 범위는 “참작하여야”(take account of) 한다. 연방대법원은 기속적 양형제도에 따라 (지방법원의) 양형에 대한 항소법원의 심사를 규정하고 있는 SRA 규정(§ 3742(e)) 대신에 “합리성”(reasonableness)이라는 심사 기준을 대치시켰다.

(b) 모든 실질적 측면에서, 캘리포니아 주의 DSL은 Blakely판결과 Booker판결로 효력을 상실한 양형제도와 유사하다. 이들 사건에서의 판시에 따르면 - 법정최고형은 배심의 유죄평결에서 인정된 사실이나 피고인이 자인한 사실에만 기초하여 판사가 부과할 수 있는 형량이라고 하고 있기 때문에 - 캘리포니아 주법에 규정된 (가중형이 아닌) 중간형이 관련 법정 최고형(statutory maximum)이다. 가중형 부과를 가능토록 하는 가중사유가 판사에 의해 인정되고 단지 증거우세의 기준에 의하여 인정되기 때문에, 캘리포니아 주의 DSL은 Apprendi원칙을 침해한 것이다.

그러나 People v. Black판결<sup>38)</sup>에서 캘리포니아 주대법원은 DSL이 캘리포니아 주 판례에 따라 문제가 없다고 판시하였다. Black사건 주대법원은 판사에게 가중형을 정당화할 수 있는 양형가중사유를 판단할 많은 재량을 주었다고 하더라도 DSL이 “(배심이 판단하는) 구성요건 요소인 특정 사실의 입증(판사가 결정하는) 양형요소에 대한 입증으로 전환하려는 입법적 노력을 나타낸 것은 아니라”고 주장하였다. 그러나 연방대법원은 Blakely판결에서, 어떤 사실이 가중 양형(enhanced sentence)을 뒷받침할 수 있는지 또는 가중 양형이 어떤 특별한 사건에서 허용되는지 여부를 결정하는 광범위한 재량권이 있다고 하더라도 이러한 양형제도가 연방대법원 판결의 영향을 피할 수는 없다고 판시하였다. 또한 Black사건 주대법원은 ① DSL은 대부분의 범죄에 대하여 종전의 부정기형체계(indeterminate sentencing scheme)에서 보다는 형을 감경하고 있고, ② 이 제도가 피고인에 불공정하지 않으며, ③ DSL에 따르면 (가중사유(aggravators)와 구별되는) 법정형 가중요소(statutory sentence enhancements)는 기소장에 기재되어야 하고 합리적 의심을 넘는 정도로 배심에게 입증되어야 하기 때문에, DSL이 별다른 문제가 되지는 않는다고 주장하였다. 요컨대 Black사건의 주대법원의 판단은 캘리포니아 주의 양형제도가 수정헌법 제6조의 배심재판을 받을 권리를 침해할 큰 우려는 없다는 점을 확인한 것이다. 그러나 연방대법원의 판결은 그와 같은 판단에 여지를 남겨두고 있다. 피고인의 기본적인 배심재판을 받을 권리가 보호되고 있는지 여부를 묻는 것은, 비록 처벌을 위한 필수적인 일부 사실들이 판사의 결정에 맡겨져 있다 할지라도, 바로 Apprendi의

38) 35 Cal. 4th 1238, 29 C.R. 3d 740, 113 P.3d 534 (2005).



분명한 원칙이 배제되어 있는지를 묻는 것이다.

결국 Black사건 주대법원은 캘리포니아 주의 DSL을 Booker사건 이후의 연방양형제도와 동일한 것으로 보았다. 이러한 비교는 타당하지 않다. Booker사건에서 법원은 연방양형기준은 “모든 양형 판사에 대하여 기속적인 것이고 의무적인 요건을 부과하는 것”이기 때문에 수정헌법 제6조에 저촉하는 것이라고 판시하였다. 헌법적인 불확실성을 해소하기 위하여 법원은 양형제도를 기속적인 것으로 하는 규정들을 삭제하고 대신에 양형기준을 권고적인 것으로 남겨두었다. 그러나 DSL은 Booker사건에서의 권고적인 양형제도와 다르다. 캘리포니아 주 제도에 따르면 판사는 “정해진 양형범위 내에서 특정한 형량을 선택할 재량권”을 가지고 있지 않다. 캘리포니아 주의 입법자는 형량 사이에 범위를 인정하지 않는 확정된 3단계 양형을 채택하였다. Cunningham사건의 양형판사는 6년에서 16년 사이의 범위 내에서 형량을 선택할 재량권을 갖지 않았고, 그가 6년 또는 16년의 형량을 부과할 특별한 사유를 발견하지 못하는 이상 더도 덜도 말고 12년형을 부과하여야만 하였다. 12년형에서 16년형으로 형량을 높이기 위한 사실인정은 - 연방대법원의 결정이 분명히 하고 있는 바와 같이 - 증거우세의 원리가 적용되는 판사의 전문영역이 아니라 합리적 의심이 없는 증거가 적용되는 배심의 영역 내에 있는 것이다.

Black사건에서 캘리포니아 주 대법원은 DSL에서의 판사의 사실인정 권한을 인정하기 위하여 Booker사건 이후의 연방양형제도에 적용되는 제한과 유사한 합리성에 의한 제한(reasonableness constraint)을 유형화하였다. 그러나 합리성은 수정헌법 제6조의 분석을 위한 시금석은 아니다. Booker사건에서 합리성을 요구하는 것은 연방양형제도가 연방대법원의 판례에 기술된 헌법적 제한 내에서 운영되도록 한 것이지 이런 제한을 대체하는 것은 아니다. DSL은 가중형을 부과할 수 있는 근거가 되는 사실인정 권한을 판사에게만 인정하고 있기 때문에 수정헌법 제6조를 위반한 것이다. 요컨대, 연방양형기준에 대한 Booker판결의 해결책은 연방대법원의 수정헌법 제6조 사건의 대상이 되는 법률을 무효로 하는 방법이 아니다. 여기에서의 연방의 합리성 기준에 대한 더 이상의 언급은 필요하지도 않을 뿐만 아니라 부적절한 것이다.

(c) 연방대법원의 판결에 따라 캘리포니아 주의 양형제도를 어떻게 조정할지는 캘리포니아 주 법원에 달려있다. 많은 주들은 그들의 정기형제도를 유지하기 위하여 Apprendi와 Booker원칙에 취약한 그들의 제도를 개정하였다. 가중된 형량을 부과하기 위하여 필요한 어떠한 사실을 인정하기 위해서 - 재판이나 분리된 양형절차에서 - 배심을 소집하는 것이다.<sup>39)</sup> 다른 주들은 수정헌법 제6조에 저촉하지 않도록 판사에게 “법정의 범위 내에서 ... 광

범위한 재량”을 부여하였다.<sup>40)</sup> 캘리포니아 주도 연방대법원이 판시한 수정헌법 제6조의 제한을 준수하는 범위 내에서 다른 주들이 채택한 방법을 따르든지, 다른 방법으로 양형제도를 변경할 수 있다.

### 3. 반대의견

#### 가. 대법관 Kennedy와 Breyer의 반대의견

Apprendi사건의 판시내용이 적용될 수 있는 범죄의 성질에 기초한 양형가중(sentencing enhancements)과 Apprendi사건 판시내용이 적용될 수 없는 범죄인의 본질에 기초한 양형가중은 구분될 수 있다. 캘리포니아 주 법원은 이 두 가지를 구분하려고 하였다.<sup>41)</sup>

입법적인 지사와 감독에 따라 법원에 재량을 주는 양형제도에 대하여 그 모든 면을 부정하는 방식으로 헌법이 해석되어서는 안된다. 판사들과 입법자들은 짧은 시간동안만 배심으로서의 역할을 할 뿐인 배심원들이 가질 수 없는 지속적인 양형기준을 발전시킬 능력이 있다. 판사들과 양형 공무원들은 교정제도에 넓은 안목을 가지고 있고 장기간 참여하지만 배심원들은 그렇지 않다. 판사들과 교정 전문가들은 입법부의 지도와 감독 하에 다양한 양형제도를 발전시키고 지속적으로 참여하도록 고무되어야 한다.

연방대법원이 Apprendi사건의 판시내용을 범죄의 성질에 기초한 양형가중의 경우에만 적용하도록 제한한다면, 이러한 제한된 재량을 인정하는 제도는 광범하게 허용될 수 있다. 범죄와 관련된 사실은 예를 들어 흉기사용, 폭력행사, 마약이나 밀수품의 양, 피해자의 인종·성별·기타 법률로 보호되는 지위로 인해 유발된 범죄 등을 들 수 있다. 이러한 사유들은 가중되는 범죄의 법정 개념의 일부이고 이들 가중사유에 관한 증거는 공소사실의 핵심부분이기 때문에, 배심원들은 이런 사유들에 대하여는 큰 어려움 없이 판단할 수 있다.

다른 한편, 피고인과 관련된 가중사유는 판사가 판단하는 것이 적절하다. 피고인과 관련된 사실은 예를 들어 피고인의 전과, 범집행에 대한 협력유무, 개전의 정이 있는지 여부, 지역공동체에 대한 기여여부 등을 들 수 있다. 이러한 관련 사실들은 증거우세의 원리에 의해 판사

39) 많은 개정을 한 주들로는 Alaska, Arizona, Kansas, Minnesota, North Carolina, Oregon, Washington 등을 들 수 있다(Alaska Stat. §§ 12.55.155(f), 12.55.125(c) (2004); Ariz. Rev. Stat. Ann. § 13-702.01(West Supp. 2006); Kan. Stat. Ann. §§ 21-4716(b), 21-4718(b) (2005 Supp.); Minn. Stat. § 244.10, subd. 5 (2005 Supp.); N.C. Gen. Stat. Ann. §15A-1340.16(a1) (Lexis 2005); 2005 Ore. Sess. Laws, ch. 463, §§ 3(1), 4(1); Wash. Rev. Code §§ 9.94A.535, 9.94A.537 (2006)). Colorado 주대법원은 이러한 방식을 잠정적인 해결책으로 채택하였다(Lopez v. People, 113 P. 3d 713, 716 (Colo. 2005) (전원합의부)). 또한 Stemen & Wilhelm, “Finding the Jury: State Legislative Responses to Blakely v. Washington”, 18 Fed. Sentencing Rptr. 7 (Oct. 2005) 참조 (영향을 받은 대부분의 주들은 정기형제도를 유지하고 있다).

40) Indiana와 Tennesy 참조(Ind. Code Ann. § 35-50-2-1.3(a) (West 2006); Tenn. Code Ann. §40-35-210(c) (2005 Supp.)).

41) 법원규칙 § 4.421(a)와 § 4.421(b) 참조.

에 의하여 밝혀지는 것이 적절하다. 이것들은 양형단계에서 고려되어야 할 사실들이고, 피고인이 범죄를 범하였는지 여부의 판단을 위해서는 그리 중요한 것이 아니다.<sup>42)</sup>

범죄 관련사실과 피고인 관련사실 사이의 구분이 항상 명확한 것은 아니지만, 대부분의 경우 범죄행위의 본질을 정의하기가 어렵지는 않다. Apprendi사건에서도 배심이 인정하여야 하는 사실관계와 판사가 고려해야 하는 고려사항 사이의 구분에 어려움을 겪었다. 연방대법원의 결정은 이러한 접근방법이나 - Apprendi판결이 부과한 일반적인 제한 내로 - 제한된 재량을 인정하는 방식으로 양형제도를 개선하려는 합리적인 해결방안을 고려하지 않는 것이어서 아쉽다.

#### 나. 대법관 Alito의 반대의견

캘리포니아 주의 양형법은 연방대법원이 Booker사건에서 인정한 권고적인 양형기준체계와 헌법적인 관점에 있어 다른 점이 없다. 양자는 모두 판사에게 양형에 있어서 광범위한 재량을 인정하고 있고, 양형재량은 모두 항소심에서 “합리성”이 있는지 여부에 관하여 심사받으며, 양자 모두 - 캘리포니아 주법은 명시적으로 연방양형기준은 묵시적으로 - 양형 판사에게 배심의 평결에 기초하여 선고할 수 있는 최소형량을 초과한 형량을 정당화할 수 있는 양형사유를 찾을 것을 요구한다. 연방대법원이 분명히 Booker사건 이후의 연방양형제도가 수정헌법 제6조에 저촉되지 않는다고 판시하였기 때문에, 캘리포니아 주 법에도 같은 법리가 적용되어야 한다. 그러므로 다수의견에 반대한다.

### IV. 결어: 양형제도의 변화

#### 1. 위헌판결 이후의 정기형제도의 변화

Cunningham 판결은 Apprendi, Blakeley 판결의 연장선상에서 캘리포니아 주 양형기준법의 적용에 있어서도 법정 최대형(statutory maximum)을 초과하는 가중형을 뒷받침할 수 있는 양형가중사유는 배심에 의하여 합리적인 의심이 없을 정도로 인정되어야 한다는 점을 선언하였다.

이에 캘리포니아 주에서는 Cunningham 판결에 대응하는 방안에 대하여 다각도의 논의가 전개되었다. 양형실무에서 Cunningham 사건법리에 따라서 재판을 진행하는 방안뿐만 아니라 형법 § 1170(b)를 임의조항으로 선언함으로써 문제를 해결하려는 방안도 논의되었다. 즉

42) Berman & Bibas, “Making Sentencing Sensible”, 4 Ohio St. J. Crim. L. 37, pp. 55~57 (2006) 참조.

캘리포니아 주 형법 § 1170(b)를 강제조항이 아닌 임의조항이라고 선언함으로써 수정헌법 제 6조의 위반문제를 언급하거나 피고인으로부터 배심재판을 받을 권리를 침해하지 않고도 관련 문제를 해결할 수 있다는 것이다. 이 논의는 형법 § 1170(b)가 법원이 가중형을 정당화할 사유를 발견하지 못한 경우 중간형을 부과해야 한다고 정하고 있기 때문에 수정헌법 제6조의 위반여부가 문제되었다고 하면서, 판사가 양형범위 내에서 양형을 결정할 재량이 있는 경우 수정헌법 제6조의 위반여부는 문제되지 않는다는 고려에 기초한다. 예를 들면, Senate Bill No. 44 (SB 40)를 보면, 종래 형법 § 1170(b)가 어떠한 범죄행위에 대하여 감경형, 중간형, 가중형의 세 개의 가능한 형량을 규정하고 있는 경우, 가중사유나 감경사유가 없는 한 중간형을 부과하도록 규정하고 있었으나, SB 40은 이 경우 법원의 건전한 재량의 범위 내에서 적절한 형이 부과되도록 규정하기도 하였다.

현행	개정안
<b>Cal. Penal Code § 1170(b)</b> When a judgment of imprisonment is to be imposed and the statute specifies three possible terms, <u>the court shall order imposition of the middle term, unless there are circumstances in aggravation or mitigation of the crime.</u> ...	<b>Cal. Penal Code § 1170(b)</b> When a judgment of imprisonment is to be imposed and the statute specifies three possible terms, <u>the choice of the appropriate term shall rest within the sound discretion of the court.</u> ...

그러나 아직까지는 형법개정이 현실화되지는 않았지만, 2007. 5. 23일에 Cunningham 사건 법리에 따라 법원양형규칙(California Rules of Court)이 새롭게 개정되어 시행되기에 이르렀다.

가중사유가 있는 경우 반드시 가중형을 부과하도록 하는 규정을 삭제하여 법원의 재량에 맡겼으며(법원규칙 § 4.405(4), (5)), 가중사유나 감경사유가 없는 한 중간형을 반드시 부과하도록 규정하고 있었던 내용을 삭제하였다(법원규칙 § 4.420(a)).

그리고 가중 또는 감경사유의 존부는 증거의 우위(preponderance of the evidence)의 원칙에 의해 증명되면 족하고, 가중형은 형의 가중사유가 증거에 의하여 뒷받침되고 감경사유보다 우세한 경우에만 선택될 수 있고, 감경형 또한 감경사유가 가중사유보다 우세한 경우에만 선택될 수 있다는 내용(양형규칙 § 4.420(b))도 삭제하여 기본적으로 합리적 의심이 없는 정도(beyond reasonable doubt)의 증명을 요하도록 하였다.

현행	개정
<p><b>Rule 4.405. Definitions</b></p> <p>(4) “Aggravation” or “circumstances in aggravation” means <u>facts</u> that <u>justify the impossible of the upper prison term the court may consider in its broad discretion in imposing one of the three authorized prison terms</u> referred to in <u>Penal Code</u> section 1170(b).</p> <p>(5) “Mitigation” or “circumstances in mitigation” means <u>facts</u> that <u>justify the impossible of the upper prison terms the court may consider in its broad discretion in imposing one of the three authorized prison terms</u> referred to in section 1170(b) or <u>facts</u> that may justify the court in striking the additional punishment for an enhancement when the court has discretion to do so.</p>	<p><b>Rule 4.405. Definitions</b></p> <p>(4) “Aggravation” or “circumstances in aggravation” means <u>factors</u> that <u>the court may consider in its broad discretion in imposing one of the three authorized prison terms</u> referred to in section 1170(b).</p> <p>(5) “Mitigation” or “circumstances in mitigation” means <u>factors</u> that <u>the court may consider in its broad discretion in imposing one of the three authorized prison terms referred to in section 1170(b)</u> or <u>factors</u> that may justify the court in striking the additional punishment for an enhancement when the court has discretion to do so.</p>
<p><b>Rule 4.420. Selection of <u>base</u> term of imprisonment</b></p> <p>(a) When a sentence of imprisonment is imposed, or the execution of a sentence of imprisonment is ordered suspended, the sentencing judge must select the upper, middle, or lower term on each count for which the defendant has been convicted, as provided in section 1170(b) and these rules. <u>The middle term must be selected unless imposition of the upper or lower term is justified by circumstances in aggravation or mitigation.</u></p> <p>(b) In exercising his or her discretion in selecting one of the three authorized prison terms referred to in section 1170(b), the sentencing judge may consider circumstances in aggravation or mitigation, and any other factor reasonably related to the sentencing decision. The relevant circumstances may be obtained from <u>in aggravation and mitigation must be established by a preponderance of the evidence. Selection of the upper term is justified only if, after a consideration of all the relevant facts, the circumstances in aggravation outweigh the circumstances in mitigation. The relevant facts are included in</u></p>	<p><b>Rule 4.420. Selection of term of imprisonment</b></p> <p>(a) When a sentence of imprisonment is imposed, or the execution of a sentence of imprisonment is ordered suspended, the sentencing judge must select the upper, middle, or lower term on each count for which the defendant has been convicted, as provided in section 1170(b) and these rules.</p> <p>(b) In exercising his or her discretion in selecting one of the three authorized prison terms referred to in section 1170(b), the sentencing judge may consider circumstances in aggravation or mitigation, and any other factor reasonably related to the sentencing decision. The relevant circumstances may be obtained from the case record, the probation officer’s report, other reports and statements properly received, statements in aggravation or mitigation, and any further evidence introduced at the sentencing hearing.</p>

<p>the case record, the probation officer's report, other reports and statements properly received, statements in aggravation or mitigation, and any further evidence introduced at the sentencing hearing. <u>Selection of the lower term is justified only if, considering the same facts, the circumstances in mitigation outweigh the circumstances in aggravation.</u></p> <p>(c) ***</p> <p>(d) A fact that is an element of the crime may not be used to impose <u>the upper</u> a greater term.</p> <p>(e) The reasons for selecting one of the three authorized prison terms referred to in section 1170(b) <u>the upper or lower term</u> must be stated orally on the record, <u>and must include a concise statement of the ultimate facts that the court deemed to constitute circumstances in aggravation or mitigation justifying the term selected.</u></p>	<p>(c) ***</p> <p>(d) A fact that is an element of the crime may not be used to impose a greater term</p> <p>(e) The reasons for selecting one of the three authorized prison terms referred to in section 1170(b) must be stated orally on the record.</p>
<p><b>Rule 4.421. Circumstances in aggravation</b></p> <p>Circumstances in aggravation include <u>facts</u> relating to the crime and <u>facts</u> relating to the defendant.</p> <p>(a) <u>Facts</u> relating to the crime</p> <p><u>Facts</u> relating to the crime, whether or not charged or chargeable as enhancements include <u>the fact</u> that:</p> <p>(1)–(12) * * *</p> <p>(b) <u>Facts</u> relating to the defendant</p> <p>Facts Factors relating to the defendant include <u>the fact</u> that:</p> <p>(1)–(5) * * *</p> <p>(c) Other <u>facts</u></p> <p>Any other <u>facts</u> statutorily declared to be circumstances in aggravation.</p>	<p><b>Rule 4.421. Circumstances in aggravation</b></p> <p>Circumstances in aggravation include <u>factors</u> relating to the crime and <u>factors</u> relating to the defendant.</p> <p>(a) <u>Factors</u> relating to the crime</p> <p><u>Factors</u> relating to the crime, whether or not charged or chargeable as enhancements include that:</p> <p>(1)–(12) * * *</p> <p>(b) <u>Factors</u> relating to the defendant</p> <p>Facts Factors relating to the defendant include that:</p> <p>(1)–(5) * * *</p> <p>(c) Other <u>factors</u></p> <p>Any other <u>factors</u> statutorily declared to be circumstances in aggravation.</p>
<p><b>Rule 4.423. Circumstances in mitigation</b></p> <p>Circumstances in mitigation include <u>facts</u> relating to the crime and <u>facts</u> relating to the defendant.</p> <p>(a) <u>Facts</u> relating to the crime</p> <p><u>Facts</u> relating to the crime include <u>the fact</u> that:</p> <p>(1)–(8) * * *</p> <p>(9) The defendant suffered from repeated or</p>	<p><b>Rule 4.423. Circumstances in mitigation</b></p> <p>Circumstances in mitigation include <u>factors</u> relating to the crime and <u>factors</u> relating to the defendant.</p> <p>(a) <u>Factors</u> relating to the crime</p> <p><u>Factors</u> relating to the crime include that:</p> <p>(1)–(8) * * *</p> <p>(9) The defendant suffered from repeated or</p>

<p>continuous physical, sexual, or psychological abuse inflicted by the victim of the crime, and the victim of the crime, who inflicted the abuse, was the defendant's spouse, intimate cohabitant, or parent of the defendant's child; and <u>the facts concerning</u> the abuse does not amount to a defense.</p> <p>(b) <u>Facts</u> relating to the defendant</p> <p><u>Facts</u> relating to the defendant include the fact that:</p> <p>(1)–(6) * * *</p>	<p>continuous physical, sexual, or psychological abuse inflicted by the victim of the crime, and the victim of the crime, who inflicted the abuse, was the defendant's spouse, intimate cohabitant, or parent of the defendant's child; and the facts concerning the abuse does not amount to a defense.</p> <p>(b) <u>Factors</u> relating to the defendant</p> <p><u>Factors</u> relating to the defendant include the fact that:</p> <p>(1)–(6) * * *</p>
<p><b>Rule 4.428. Criteria affecting imposition of enhancements</b></p> <p><u>(a) Imposing or not imposing enhancement</u></p> <p>No reason need be given for imposing a term for an enhancement that was charged and found true.</p> <p>If the judge has statutory discretion to strike the additional term for an enhancement in the furtherance of justice under section 1385(c) or based on circumstances in mitigation, the court may consider and apply any of the circumstances in mitigation enumerated in these rules or, under rule 4.408, any other reasonable circumstances in mitigation or in the furtherance of justice <i>that are present</i>.</p> <p>The judge should not strike the allegation of the enhancement.</p> <p><u>(b) Choice from among three possible terms</u></p> <p><u>When the defendant is subject to an enhancement that was charged and found true for which three possible terms are specified by statute, the middle term must be imposed unless there are circumstances in aggravation or mitigation or unless, under statutory discretion, the judge strikes the additional term for the enhancement.</u></p> <p><u>The upper term may be imposed for an enhancement based on any of the circumstances in aggravation enumerated in these rules or, under rule 4.408, any other reasonable circumstances in aggravation that are present. The lower term may be imposed</u></p>	<p><b>Rule 4.428. Criteria affecting imposition of enhancements</b></p> <p>Imposing or not imposing enhancement</p> <p>No reason need be given for imposing a term for an enhancement that was charged and found true.</p> <p>If the judge has statutory discretion to strike the additional term for an enhancement in the furtherance of justice under section 1385(c) or based on circumstances in mitigation, the court may consider and apply any of the circumstances in mitigation enumerated in these rules or, under rule 4.408, any other reasonable circumstances in mitigation or in the furtherance of justice.</p> <p>The judge should not strike the allegation of the enhancement.</p>

<i>based upon any of the circumstances in mitigation enumerated in these rules or, under rule 4.408, any other reasonable circumstances in mitigation that are present.</i>	
---	--

## 2. 전망: 양형위원회 설립

지난 30여년 동안의 캘리포니아 주 양형제도는 복잡하고 일관성이 없는 매우 비용이 많은 드는 시스템이 되었다. 투옥인구는 증가하였고, 재범률은 높아졌고, 20개가 넘는 새로운 교도소가 지어졌음에도 교도소는 과밀화되었다(수용용량의 180%). 이에 캘리포니아 주는 막대한 예산위기에 봉착되었고 교도소 예산이 정밀감사의 대상이 되었다.<sup>43)</sup> 게다가 전국적 조류와 캘리포니아 주 여론은 사회복귀(rehabilitation)로 회귀하는 경향을 보이고 있다. 2003년 미변호사협회의 한 연설에서 미연방대법원 판사 Anthony Kennedy는 현행 시스템에 대하여 유감을 표하고 더 적은 비용, 더 낮은 형량, 보다 경한 처벌을 요구하였다.<sup>44)</sup> 최근 들어 캘리포니아 교정국(Department of Corrections)은 주지사 Arnold Schwarzenegger가 사회복귀를 강조하고 있는 새로운 중점을 반영하기 위하여 그 명칭에 사회복귀(rehabilitation)를 추가하여 “Department of Corrections and Rehabilitation”으로 개칭하였다.<sup>45)</sup> 현행 양형제도는 그것이 의도했던 목적을 제대로 수행하고 있지 못하고 있고, 이 대로는 새로운 목적인 사회복귀와 비용절감은 달성하기 어렵게 되었다. 이에 결국 변화를 위한 정치적인 결단이 무르익었다.

1984년 이후 캘리포니아 주에서는 양형위원회 창설을 위하여 최소한 7차례의 눈에 띄는 시도가 있었다.<sup>46)</sup>

43) Vitiello, Michael and Kelso, Clark, “A Proposal for a Wholesale of California’s Sentencing Practice and Policy”, Loyola of Los Angeles Law Review, Vol. 38(2004), 106쪽.

44) *ibid.*

45) <http://www.cdcr.ca.gov> 참조.

46) Lauren E. Geissler, Creating and Passing a Successful Sentencing Commission in California - An Examination of Failed Attempts in California and Successful Sentencing Commissions, January 27, 2006, 6 쪽 이하 참조.



년도	법안 번호	법안 제안자	결과
1984	BB 56	Vasconcellos/Presley	Deukmejian 거부권행사
1992	SB 25	Lockyer	Pete Wilson 거부권행사
1994	AB 43	Polanco	위원회에서 폐기
1994	AB 2944	Vasconcellos	Pete Wilson 거부권행사
1995	SB 166	Polanco	위원회에서 폐기
1995	AB 1036	Vasconcellos	위원회에서 폐기
1998	SB 670	Vasconcellos	의회에서 계류

7개 법안 가운데 3개 법안은 의회 양원을 통과하였지만 당시 주지사들에 의해 거부권이 행사되어 성립되지 못하였다.

한편 최근 2006. 10월 캘리포니아 주지사인 Arnold Schwarzenegger는 양형제도의 변화에 대응하기 위한 항구적인 양형위원회의 설치를 제안한 바 있으며,<sup>47)</sup> 2007. 1월에는 양형위원회의 설치를 주요내용으로 하는 Gloria Romero의 법안(SB 110)도 제안되기도 하였다. 그리고 2007. 3. 9일에는 캘리포니아 주에서의 양형위원회의 장래를 강구하기 위하여 양형 및 교정에 관한 스탠포드 집행회의(the Stanford Executive Sessions on Sentencing and Corrections)의 진수를 위하여 스탠포드 로스쿨에서 형사사법전문가들과 연구자들이 몇 명의 캘리포니아 주 의원과 만났다. 이 회의에서 양형위원회의 설치와 관련한 14개의 권고안이 채택되기도 하였다.<sup>48)</sup>

1. 캘리포니아 주 입법부는 캘리포니아 주 양형위원회(California Sentencing Commission)의 설립을 위한 법률을 제정한다.
2. 위원회는 최소한 다음과 같은 업무를 수행하여야 한다.
  - (1) 현재 및 과거의 양형자료의 수집 및 분석
  - (2) 새로운 입법적 양형시스템의 고안
  - (3) 양형정보에 관한 정보센터로서의 봉사
3. 위원회의 결정은 의회의 양원의 대다수(majority or supermajority)가 반대하지 않은 한 법적 효력을 갖는다.
4. 위원회의 업무는 투명하고 공개되어야 하며 정치적 논의에 따라야 한다. 이를 위해 위원회는 다음과 같은 업무를 수행하여야 한다.
  - (1) 캘리포니아 주 양형시스템에 대한 어떠한 개정과 관련한 공청회 개최
  - (2) 정기적(quarterly or semi-annually)으로 그 진척상황에 대한 의회への 보고
5. 위원회의 의원은 교정실무가, 검사, 변호사, 판사, 입법부 위원, 법학자, 형사사법정책에 관한 학술 전문가, county 공무원(예를 들어 보안관실, 보호관찰부, 정신건강·마약·알콜치

47) <http://gov.ca.gov/index.php?fact-sheet/4968>

48) Stanford Criminal Justice Center(Stanford Law School), The California Sentencing Commission: Laying the Groundwork - Report and Recommendations, March 9, 2007, pp.12-15.

료국 등의 대표자를 말함), 교정공무원, 범죄피해자단체의 대표자, 재소자권리단체 대표자로 구성되어야 한다.

6. 위원회의 의원은 정책결정 방향설정을 위한 학식, 경험, 능력을 갖춘 자로 구성한다. 의원은 분리된 형사사법시스템 부문의 옹호자로서 활동할 수 없다.
7. 위원회는 유권자가 완전한 정보에 근거한 결정을 할 수 있도록 양형 또는 교정정책에 영향을 미치는 모든 제안된 공공의 발의안과 법률안에 대해 논평(comment)하여야 한다.
8. 캘리포니아 주 양형위원회는 주 전체의 현재 및 과거의 양형자료를 수집하기 위한 메커니즘을 개발하여야 한다.
9. 위원회는 캘리포니아 주의 양형정책 및 실무를 모니터링하기 위한 포괄적인 데이터분석시스템을 개발하여야 한다.
10. 이들 도구들을 개발하는데 있어서, 위원회는 버지니아 양형위원회(the Virginia Sentencing Commission), 노스캐롤라이나 양형정책자문위원회(the North Carolina Sentencing and Policy Advisory Commission), 워싱턴주 공공정책연구소(the Washington State Institute for Public Policy) 등 현존하는 다른 데이터 수집·분석시스템을 평가하여야 한다.
11. 효과적인 데이터 수집 및 모니터를 위하여, 위원회는 총수 통계(aggregate statistics)가 아닌 개인별 기록데이터(individual record data)를 수집할 수 있어야 한다.
12. 위원회는 주 전체의 위험성평가 척도(risk-needs assessment measure)를 개발하여야 한다. 위험성평가는 체포와 공판전 절차, 유죄판결 이후의 양형절차, 복역기간, 구금시설로부터의 석방시, 감독과정, 취소절차 등 모든 단계의 형사사건에 유용할 수 있는 것이어야 한다.
13. 위원회는 제안된 법률의 교도소 인구에 미치는 영향을 가늠하고 교정자원의 적절한 배치를 제안하기 위한 교정 시뮬레이션 모델(correction simulation model)을 개발하여야 한다.
14. 위원회는 캘리포니아 주의 석방후 감독과 취소정책을 위하여 경험적으로 건설한 개정을 전개하여야 한다. 데이터의 수집 및 분석 도구를 사용함에 있어서 위원회는 감독 및 취소 지침의 개발을 고려하여야 한다.

양형위원회가 성공적으로 설립되기 위해서는 판사, 공동사회 구성원, 학자 및 관계자들의 광범위한 지지가 필요하겠지만, 캘리포니아 주는 현재 양형위원회 설치를 위한 노력이 막바지에 와있다고 평가된다. 양형위원회가 설치되고 이에 따라 양형기준제가 도입된다면 캘리포니아 주도 다른 많은 주들의 흐름에 동참하게 되는 것이다.