

미국연방의 양형기준에 대한 연구

최 석 윤(한국해양대학교 교수, 법학박사)

I. 시작하는 말

전통적으로 미국에서 판사는 양형과 관련하여 광범위한 재량을 행사하였다. 그런데 이로 인해 1970년대부터 인종과 지역 및 사회경제적 지위에 따른 양형의 불균형과 불확실성에 대한 불만이 심각한 사회문제로 제기되었으며, 이와 같은 문제를 해결하기 위해 양형에서 판사의 재량을 배제하려는 입법적 노력이 시작되었다. 이러한 노력의 결과로 미국연방의 양형기준이 마련되어 시행된 지가 벌써 20여년에 이르고 있다. 따라서 우리나라에서도 이와 같은 미국연방의 양형기준은 물론 미국각주의 양형기준을 소개하고 그것의 도입여부를 검토한 자료가 적지 않게 축적되어 있다.

그런데 미국의 양형기준에 대한 종래의 논의는 주로 그것의 도입가능성과 도입여부에 초점을 맞추고 있었다. 그러나 우리나라에서도 참고적 양형기준을 마련하기 위해 출범한 양형위원회가 이미 본격적인 활동을 시작하였다. 이러한 상황에서는 새로운 전제와 관점에서 미국의 양형기준에 대해 검토할 필요가 있는 것으로 보인다. 왜냐하면 종래의 논의에서는 양형기준을 도입할 것인지 여부와 그것의 가능성이 주된 관심사였던 반면, 이제는 그것을 어떻게 취사선택하여 양형기준을 마련하는 데 참고할 것인지가 관건이기 때문이다.

여기서는 바로 그와 같은 맥락에서 미국연방의 양형기준에 대해 검토하고자 한다. 미국연방의 양형기준에 대한 전반적인 이해를 돕기 위해 우선 양형기준의 제정배경과 연혁(Ⅱ)을 살펴본 다음, 양형위원회(Ⅲ)와 양형기준(Ⅳ)의 내용을 검토하고, 양형기준이 형사사법에 미친 영향과 그것에 대한 평가(Ⅴ)에 대해서도 검토하고자 한다.

Ⅱ. 양형기준의 제정배경과 연혁

1. 양형기준이 제정배경

미국의 형사사법제도는 1970년대까지 부정기형 제도를 널리 활용하였다. 특히 부정기형은 범죄인에 대한 개별적 처우가 장래의 범죄를 예방하게 될 것이라는 가정에 기초하여 1950년대에 그 전성기를 누렸다.¹⁾ 이러한 부정기형은 의료모델 및 자유주의적 범죄대책과 일치하며, 재사회화라는 교정목적에 초점을 맞추고 있다. 의료모델은 범죄를 사회적·심리적 질병의 징후로 보았으며, 범죄인을 진단하고 치료 내지 처우할 것을 요구하였다. 그리고 의료모델은 범죄인의 상황과 필요에 따른 결정을 위하여 판사의 재량과 개별화된 양형을 강조하였다. 따라서 의료모델은 판사가 부정기형을 선고하는 것을 허용하며, 그 한계 내에서 교정전문가와 가석방위원회가 적절한 처우절차와 석방시기를 결정하도록 하였다. 이와 같이 부정기 양형모델은 개별적 처우에 의한 재사회화 목적을 추구하기 때문에 양형, 교정처우 및 가석방에서 광범위한 재량을 필요로 하였다.

그러나 1970년대에 들어 부정기 양형의 불균형(disparity)과 불확실성에 대한 불만이 증대되었으며, 기존의 형사사법제도가 범죄통제와 정의구현에 기여하지 못했다는 비판이 제기되었다. 즉 1970년대에 들어 재사회화모델의 전제와 효과에 대해 의문이 제기되었으며,²⁾ 양형의 목적에 관한 논의가 새롭게 시작되었다.³⁾ 이러한 변화는 부정기형에 대한 불만과 직결되는 것으로서 교도소내의 폭동, 개인의 권리와 재량권의 규제에 대한 관심, 결정사항에 대한 설명요구의 증대, 교정이념에 대한 환멸, 불균형과 인종차별에 대한 불만, 무능력한 범죄통제정책에 대한 반발 등의 요인에 의해 1970년대 후반에 들어 부정기형제도에 대한 비판이 고조되고 그 대안에 관심이 모이기 시작하였다.⁴⁾ 특히 불균형문

1) Douglas A. Berman, "Balanced and Purposeful Departures: Fixing a Jurisprudence that Undermines the Federal Sentencing Guidelines", 76 Notre Dame L. Rev., 2000, 21면 이하; Goodstein, L. and Hepburn, J., Determinate Sentencing and Imprisonment: A Failure of Reform, Cincinnati : Anderson, 1985, 12면.

2) 부정기형에 의한 가석방절차는 교도소 내에서의 행위와 석방후의 행위 사이에 일정한 관련이 있다고 전제하고 있으며, 개개인의 재범가능성을 예측할 수 있다고 전제하고 있었다. 그러나 이러한 전제의 타당성이 문제된다. 즉 일정그룹에 대해서 가석방 실패율을 예견할 수 있지만, 특정개인에 대해서는 예견모델이 거의 쓸모가 없다(Peter J. Benekos, "Public Policy and Sentencing Reform: The Politics of Corrections", Federal Probation, 1992. 3, 6면). 요컨대 부정기 양형모델은 범죄인의 재범위험성 여부에 대한 미래예측에 초점을 맞추고 있지만, 우리의 경험적 지식에 의해서는 미래예측이 불가능하다는 것이다(Andrew J. Klenfeld, "The Sentencing Guidelines Promote Truth and Justice", Federal Probation, 1991. 12, 16면).

3) Fogel, D., We are the living proof... The Justice Model for Correction, Cincinnati : Anderson, 1975; von Hirsch, A., Doing Justice: The Choice of Punishments, New York : Hill and Wang, 1975.

제는 자유주의자와 보수주의자의 공통관심사가 되었으며, 양형개혁을 위한 공통의 명분이 되었다.⁵⁾ 이러한 변화에 따라 1975년 이후 가석방(parole)제도가 10여개 주에서 폐지되었고, 다른 9개 주에서는 가석방기준이 개발되었다. 그리고 30여개 주에서는 범죄행위에 대한 강제적 최소형을 규정한 양형법이 통과되었고 1982년에 이르러서는 이미 몇몇 주에서 양형기준이 적용되거나 개발이 상당히 진전된 단계에 있었다. 그리고 10개 이상의 주에서는 정기 양형법이 시행되었다.

중전의 부정기형이 관대한 범죄정책으로 평가되었던 반면에 정기 양형정책은 범죄에 대해 강력히 대응하려는 노력의 일환으로서⁶⁾ 재사회화보다는 정당한 응보(just desert)와 범죄억제에 기초를 둔 모델로 제시되었다. 범죄에 대해 강력한 대응을 지지하는 사람들은 처벌의 확실성, 신속성 및 엄격성이 범죄인을 억제하고 범죄를 줄이는 데 기여할 것이라고 주장하였다. 정기 양형은 판사로 하여금 범죄인이 아니라 범죄에 비례한 제재를 부과할 것을 요구하였다. 따라서 정기 양형은 판사와 가석방위원회의 재량을 제한하게 되고 처벌의 불균형도 줄이게 된다는 것이었다. 이와 같이 부정기 양형정책에서 정기 양형정책으로 변화한 것과 재사회화모델에서 정당한 응보와 억제모델로 변화한 것은 범죄통제에서 새로운 전제와 목적의 대두를 예고하는 것이었다. 즉 대다수의 범죄인은 환자가 아니라 심사숙고한 끝에 범행을 결심한 사람으로 전제된다. 그리고 이러한 패러다임의 변화와 더불어 중전의 개별적 처우프로그램개발을 위한 노력 대신에 범죄에 상응하는 정당한 형벌을 확정하려는 노력과 입법적 장치에 의해 판사의 재량을 제거하려는 노력을 경주하게 되었다. 양형위원회의

4) 최인섭, “양형개혁운동과 양형양형기준의 개발”, 형사정책, 제1호, 1986, 382면.

5) 자유주의자들은 부정기 양형의 재량이 수형자의 권리와 자유에 반한다고 주장하였다(Goodstein, L. and Hepburn, J., 앞의 논문, 14면). 그리고 부정기 양형은 부적절한 형벌을 초래하였을 뿐만 아니라 강제적 처우와 자의적인 가석방결정은 재사회화이론과 그 이론의 전제를 왜곡시켰다는 것이다(Cullen, F. and Gilbert, K., Reaffirming Rehabilitation. Cincinnati : Anderson, 1982). 한편 보수주의자들도 재사회화가 제대로 기능하지 못하였다는 보고를 기화로 적절한 양형목적이 무엇인가라는 논쟁을 재개하였다.

6) 미국에서의 강력한 범죄정책은 1964년 대통령선거에서 비롯되었다. 즉 당시 공화당 대통령 후보였던 골드워터는 존슨대통령의 가난과의 전쟁에 대응하여 범죄와의 전쟁을 홍보함으로써 범죄문제를 정치쟁점화 하는데 성공하였다. 1988년 대통령선거에서 공화당 후보인 부시도 동일한 접근방식으로 국민의 정서적 반응을 불러일으키는 데 성공하였다. 1988년 매사추세츠에서 강간죄로 수형생활을 하던 도중에 귀휴(furlough)허가를 받았던 윌리 호턴이 귀휴기간 중에 또 다른 강간을 범한 사건이 있었다. 이 사건을 통해 부시는 당시 매사추세츠 주지사였던 민주당 대통령후보 듀카키스를 범죄에 대해 관대한 골수 자유주의자로 낙인찍는 데 성공하였으며, 강력한 범죄정책을 주장하여 일반 대중의 지지를 얻는 데 성공하였다(Peter J. Benekos, 앞의 논문, 4면).

발족과 양형결정을 구조화하기 위한 양형기준의 개발은 바로 이러한 노력의 결과였다.⁷⁾

미네소타 주, 펜실베이니아 주 그리고 워싱턴 주에서는 1970년대 말과 1980년대 초에 이미 양형위원회를 발족시켰으며, 동위원회가 제안한 양형기준이 의회를 통과하였다.⁸⁾ 즉 미네소타 주에서는 1981년 5월부터 양형위원회의 양형기준이 시행되었고, 워싱턴 주의 양형기준은 1984년 7월 1일부터 시행되었다. 그리고 펜실베이니아 주에서는 1981년 4월에 제출된 양형위원회의 제안을 의회가 부결하면서 6개월 이내의 수정을 요구하였기 때문에 1982년 1월에 다시 제출되어 1982년 7월부터 시행되고 있다. 그 밖의 다른 주에서는 양형위원회의 발족에 실패하거나 위원회의 발족에는 성공하였지만 양형기준이 의회를 통과하지 못한 경우도 있다. 예컨대 뉴욕 주와 사우스캐롤라이나 주는 양형위원회를 발족시키는 데 성공하였지만 양형기준이 의회를 통과하지 못하였다.⁹⁾

이와 같은 변화는 개별적인 주의 차원을 넘어서 연방차원의 양형개혁운동으로 이어졌으며, 1984년에 미국연방의회는 양형의 불균형을 줄이기 위한 노력의 일환으로 양형개혁법을 제정하였다.¹⁰⁾ 1984년 양형개혁법의 목적은 실제로 복역할 기간을 강제하고 부과된 형이 완전히 집행되기 이전에 가석방될 가능성을 제거함으로써 양형의 확실성을 증대시키는 것, 판사에게 양형이유를 제시하도록 요구하는 것, 양형에서 비례성을 달성하는 것, 정당하지 않은 양형의 불

7) 미국에서 양형기준의 제정배경과 연혁에 대해 좀 더 자세한 내용은 예컨대 김희관, “미국연방양형기준법에 관한 고찰”, 해외파견검사연구논문, 제10집, 1994, 284면 이하; 박용철, “미국의 현대 양형제도 연구 : Blakey 판례와 Booker 판례를 넘어서”, 비교형사법연구, 제7권 제2호, 2006, 332면 이하; 박홍우, “미국 연방의 양형기준제도”, 양형연구위원회 결과보고, 법원행정처, 2002, 65면 이하; 신동준, “양형 개혁에 대한 법체계의 반응: 미 연방 양형양형기준의 사회체계이론적 분석”, 한국사회학, 제37집 2호, 2003, 209면 이하; 우병우, “미국양형기준제도의 국내도입검토”, 해외연수검사논문집(Ⅱ) (제13집), 1997, 225면 이하; 정상환, “미국식 양형 기준제도 도입방안 연구”, 형사법의 신동향, 통권 제2호, 2006, 63면 이하; Ilene H. Nagel, “Structuring Sentences Discretion: The New Federal Sentencing Guidelines”, 80 J. Crim. L. & Criminology, 883면 이하; Kate Stith/José A. Cabranes, Fear of Judging: Sentencing Guidelines in the Federal Courts, The University of Chicago Press, 1998, 17면 이하; Richard S. Frase, “State Sentencing Guidelines: Diversity, Consensus, and unresolved Policy Issues”, 105 Columbia L. Rev., 2005, 1195면 이하 참조.

8) Andrew von Hirsch, “Federal Sentencing Guidelines: Do They Provide Principled Guidance?”, 27 American C. L. Rev., 1989, 368면.

9) 그러나 사우스캐롤라이나 주에서는 1989년 6월에 양형위원회가 제차 발족되었으며, 같은 해에 오리건 주에서 양형양형기준이 채택되었으며, 루이지애나 주와 콜롬비아 주에서도 양형위원회의 발족되었다(Andrew von Hirsch, 앞의 논문, 389면).

10) 미국의 양형개혁법을 번역하여 소개한 내용은 박형관/이주형, “미국 양형개혁법 소개”, 형사법의 신동향, 통권 제2호, 2006, 123면 이하 참조.

균형을 줄이는 것, 양형에서 판사의 재량(discretion)을 통제할 양형기준을 개발하는 임무가 주어진 양형위원회를 설립하는 것 등이었다.¹¹⁾ 이러한 양형개혁법에 의해 연방양형위원회가 발족되었다. 그리고 연방범죄에 대한 양형절차에서 확실성과 공정성을 담보하기 위한 양형기준을 제정하라는 위임에 따라서 연방양형위원회는 1987년 4월 13일에 연방양형기준을 제정하였으며, 1987년 11월 1일부터 시행되었다. 초기에 많은 연방판사와 법조인이 양형기준에 대해 거부감을 가지고 적용을 기피하였기 때문에 양형기준이 연방의 일부 지방법원에서만 적용되다가 1989년에 연방대법원의 합헌판결 이후부터 연방의 모든 지방법원에서 적용되었다.¹²⁾

2. 양형기준의 연혁

양형위원회와 양형기준에 대한 1989년 연방대법원의 합헌판결 이후에도 적정절차, 대질신문, 권력분립 등 다양한 헌법적 근거에 기초하여 양형기준의 위헌성이 지속적으로 논란의 대상이 되었지만 얼마 전까지는 모두 이유 없는 것으로 처리되었다.¹³⁾ 그리고 양형기준의 적용 이후에 연방판사들은 형벌의 가혹성과 강제적 최소형의 불공정성에 대해 지속적으로 불만을 가지고 있으면서도 대체로 양형기준에 따랐다. 특히 마약과 총기사범에 대한 형벌이 지나치게 무겁게 규정되어 있는 반면 양형에 대한 연방판사의 판단여지를 지극히 제한하였기 때문에 구체적 사례에서 연방판사는 자신의 양형감각에 반하여 매우 곤혹스러워 하면서도¹⁴⁾ 양형기준을 벗어나지 않는 것이 일반적 경향이였다. 그러나 일부의 연방판사는 양형기준이 필요하기는 하지만 현행 양형기준의 형벌은 지나치게 가혹하고 마약사범에 대한 강제적 최소형은 불합리하다는 의견을 공개적으로 표명하기도 하였다.¹⁵⁾ 예컨대 2002년 5월에 연방검사출신의 현직 연

11) Gerald W. Heaney, "The Reality of Guidelines Sentencing: No End to Disparity", 28 American C. L. Rev., 1991, 162면.

12) 1989년 연방대법원은 *Mistretta v. United States*(488. U.S. 361)에서 권력분립과 위임원칙의 위반을 근거로 제기된 위헌소송에 대해서 양형위원회와 양형기준의 합헌성을 확인하였다.

13) 양형기준에 대한 위헌논의에 대해서는 예컨대 박용철, 앞의 논문, 347면 이하; 오영근/최석윤, 양형의 합리화방안에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993, 34면 이하 참조.

14) 마약사범에 대한 강제적 최소형은 연방판사에게 수천 명의 아프리카계 미국인들에게 실질적으로 종신형에 해당하는 형벌을 선고하도록 요구하는 것과 마찬가지로였다. 예컨대 70세의 노인에게 20년 내지 30년의 자유형은 실질적으로 종신형과 다름이 없다. 그리고 이것은 마약사범에서 인종에 따른 양형의 불균형이 심각하다는 것을 의미하기도 하였다. 자세한 내용은 David M. Zlotnick, "Shouting into the Wind: District Court Judges and Federal Sentencing Policy", 9 Roger Williams U L. Rev., 2004, 646면 이하 참조.

방판사 28인이 분말코카인과 크랙코카인 사이의 현행 양형기준은 부당하다는 내용의 서신을 양형위원회에 제출하였다.¹⁶⁾ 실제로 미국연방에서 마약사범에 대한 평균 형량이 1984년 이전에는 65.7개월이었던 것이 1991년에는 95.7개월로 증가하였다.¹⁷⁾ 이와 같은 양형기준에 대해 학자들은 현명하지도 정의롭지도 못하며, 양형기준이 하향 조정되어야 한다는 의견을 제시하였으며, 더 나아가 양형에 대한 재량과 양형의 불균형이 사라진 것이 아니라 연방판사로부터 검찰과 경찰로 이동되었을 뿐이라는 의견을 제시하였다.¹⁸⁾ 여기서 양형에 대한 재량과 불균형이 검찰과 경찰로 이동되는 것과 관련하여 발생하는 심각한 문제는 검찰과 경찰의 재량과 불균형이 은폐되기 때문에 비판적 검토의 대상이 되지 않는다는 사실이었다. 아무튼 시간이 흐르면서 사법관할에 따라 약간씩 차이가 있기는 하지만 양형기준의 하한을 이탈하는 비율이 점차적으로 증가하였고,¹⁹⁾ 검찰도 극히 일부의 하한이탈에 대해서만 항소함으로써 연방법원의 하한이탈에 대해 암묵적으로 동의하였다.²⁰⁾

이러한 상황에서 2003년 플로리다 출신의 초선의원이었던 Thomas Feeney가

-
- 15) 마약사범에 대한 강제적 최소형은 판사의 적정한 양형을 방해하기 때문에 불합리하고 불필요하다는 것이다. 예컨대 마약밀매자는 다른 밀매자를 밀고함으로써 감형을 받는 반면에 그의 여자친구와 부인은 그와 같이 감형받을 가능성이 거의 없기 때문에 마약밀매자보다 그의 여자친구와 부인이 더 무거운 형벌을 받는 경우가 많았다. 자세한 내용은 David M. Zlotnick, "Shouting into the Wind: District Court Judges and Federal Sentencing Policy", 9 Roger Williams U L. Rev., 2004, 655면 이하 참조.
- 16) 자세한 내용은 예컨대 David M. Zlotnick, "The War Within the War on Crime: The Congressional Assault on Judicial Sentencing Discretion", 57 SMU L. Rev., 2004, 263면 참조.
- 17) Frank O. Bowman, III & Michael Heise, "Quiet Rebellion II: An Empirical Analysis of Declining Federal Drug Sentences Including Data From the District Level", 87 Iowa L. Rev., 2002, 477면 이하 참조.
- 18) 예컨대 Cassandra S. Shaffer, "Comment, Inequality Within the United States Sentencing Guidelines: The Use of Sentences Given to Juveniles by Adult Criminal Court as Predicate Offenses for the Career Offender Provision", 8 Roger Williams U L. Rev., 2002, 163면 이하; David M. Zlotnick, "Shouting into the Wind: District Court Judges and Federal Sentencing Policy", 9 Roger Williams U L. Rev., 2004, 666면 이하 참조.
- 19) 예컨대 연방법원에서 수사협조에 의한 하한이탈 이외의 사유로 하한을 이탈한 비율이 1998년에 13.6%였던 것이 2001년에는 18.3%에 달하였다. 자세한 내용은 United States Sentencing Commission, Federal Sentencing Statistics by State, District and Circuit, Table 9 for the years 1998-2001; United States Sentencing Commission, Report to Congress: Downward Departures From the Federal Sentencing Guidelines 10 (October 2003) 참조.
- 20) 예컨대 검찰은 1999년부터 2002년까지 하한을 이탈한 230,000건 이상의 사례 가운데 오로지 282건에 대해서만 항소하였다. 자세한 내용은 Jess Bravin & Gary Fields, House Panel to Probe U.S. Judge, Wall St. J., Mar. 12, 2003, at A2 참조.

연방판사의 양형기준이탈관행을 저지하고 연방판사를 양형위원회와 의회의 의사에 구속시키기 위하여 양형개혁법에 대한 개정안을 의회에 제출하여 통과시켰다.²¹⁾ Feeney개정(Feeney Amendment)의 핵심적인 내용은 첫째, 모든 양형기준이탈을 항소대상으로 한 것, 둘째, 예외적 책임인정에 대하여 한 단계의 추가적인 감경을 인정하기 위해서는 검찰의 신청이 있어야 한다고 요구한 것, 셋째, 양형위원회에서 투표권을 가지고 있는 7인의 양형위원 가운데 연방판사의 수가 최소한 3인 이상이었던 것을 3인을 초과할 수 없도록 한 것이었다. 이와 같은 Feeney개정에 대해 일부의 연방판사들은 존재하지도 않는 문제에 대한 과민반응이고 건전한 재판에 대한 부당한 제한이며 권력분립에 반하여 위헌이라는 의견을 표명하였지만,²²⁾ 대부분의 연방판사는 불만을 가지면서도 순응하였다. 이와 같이 연방의 양형기준이 시행된 이후 20여년의 기간동안 연방양형기준에 대한 연방판사의 불만과 개선요구는 항상 공허한 외침으로 끝나고 연방판사의 재량과 불균형을 제거하기 위한 의회의 간섭은 점차적으로 강화되기만 하는 것으로 보였다.

그런데 연방대법원은 2005년 1월 12일 *United States v. Booker* 판결과 *United States v. Fanfan* 판결에서 연방양형기준에 강제적 효력을 부여한 18 U.S.C. § 3553(b)(1)과 18 U.S.C. § 3742(e)에 대해 5:4로 위헌판결을 선고하였다.²³⁾ 여기서 다수의견은 배심원에 의하여 ‘합리적 의심 없는’ 증명에 의해 입증된 사실 또는 피고인이 기소인부절차에서 스스로 인정한 사실에 기초하지 않고 판사가 양형기준에 따라 ‘증거의 우세’에 의하여 인정한 사실관계를 근거로 피고인에 대한 형량을 가중하도록 강제한 연방양형기준이 수정헌법 제6조의 배심에 의한 재판을 받을 권리를 침해하기 때문에 위헌이라고 판시하였다. 그리고 다수의견은 연방양형기준에 강제적 효력을 부여한 18 U.S.C. § 3553(b)(1)과 18 U.S.C. § 3742(e)는 위헌이지만, 나머지 양형기준은 강제적(mandatory)이 아니라 참고적(advisory) 효력을 가진다고 판시하였다. 이와 같

21) 자세한 내용은 예컨대 David M. Zlotnick, "The War Within the War on Crime: The Congressional Assault on Judicial Sentencing Discretion", 57 SMU L. Rev., 2004, 230면 이하 참조.

22) 자세한 내용은 예컨대 David M. Zlotnick, "The War Within the War on Crime: The Congressional Assault on Judicial Sentencing Discretion", 57 SMU L. Rev., 2004, 234면 이하 참조.

23) 자세한 내용은 예컨대 박용철, 앞의 논문, 356면 이하; 심경/이일엽, "연방 양형제도", 해외 양형제도 자료집, 2007, 517면 이하; 이주형, "미국 연방 양형기준법에 관한 연구", 해외연수검사논문, 36면 이하; 정상환, 앞의 논문, 79면 이하; 정정미/오권철, "연방 및 캘리포니아 주 양형 제도", 해외 양형제도 자료집, 2007, 548면 이하 참조.

은 Booker판결에 대하여 입법자, 검찰, 변호사, 판사 및 학계는 제각기 상이한 평가와 반응을 보였다.²⁴⁾ 예컨대 입법자는 Booker판결을 양형재량에 대한 의회의 제한에 대항하여 사법부가 장기간에 걸쳐 성취한 반역의 완성이라고 보고, 판사들을 통일적이고 적절한 양형제도에 대한 유일한 장애요소라고 주장하는 그들의 오래된 목소리를 높였다.²⁵⁾ 연방검찰은 Booker판결에 의해 피고인의 협조를 얻기가 어려워짐으로써 폭력적이고 비밀스러운 범죄조직의 기소가 곤란하게 되었다는 반응을 보였던 반면, 변호사는 피고인에 대한 동정을 호소하고 불우한 어린시절과 재사회화를 이야기하면서 Booker판결에 의해 부활된 전통적 양형변론을 펼치고 있다. 연방판사들은 Booker판결이 양형에서 의미 있는 판사의 역할을 회복시켜 주었고 사건의 상황에 적합한 형벌을 선고할 수 있게 하였다고 평가하면서 통일성이라는 잘못된 우상을 찬양할 것이 아니라 개별사례에서 정의를 실현하는 데 초점을 맞추어야 한다고 주장하였다.²⁶⁾ Booker판결에 대한 학계의 반응은 좀 더 근본적인 것이었다. 즉 연방대법원에 의해 야기된 소동이 양형정책을 근본적으로 재검토할 수 있는 추진력이 되어야 한다는 것이 학계의 반응이었다.²⁷⁾ 이와 같은 학계의 반응은 지난 25년간의 양형개혁이 검찰의 과도한 권한, 양형기준표의 복잡성, 가혹한 형벌, 판사의 재

24) 자세한 내용은 예컨대 David M. Zlotnick, "Symposium on Sentencing Rhetoric: Competing Narratives in the Post-Booker Era", 11 Roger Williams U L. Rev., 2006, 451면 이하 참조.

25) 자세한 내용은 예컨대 Noelle Tsiqounis Valentine, "An Exploration of the Feeney Amendment: The Legislation that Prompted the Supreme Court to Undo Twenty Years of Sentencing Reform", 55 Syracuse L. Rev., 2005, 619면 이하 참조.

26) 자세한 내용은 예컨대 Lynn Adelman & Jon Deitrich, "Fulfilling Booker's Promise", 11 Roger Williams U L. Rev., 2006, 521면 이하 참조.

27) 자세한 내용은 예컨대 Eva S. Nilsen, "Indecent Standards: The Case of U.S. versus Weldon Angelos", 11 Roger Williams U L. Rev., 2006, 537면 이하; Frank O. Bowman, III, "Muder, Meth, Mammon, and Moral Values: The Political Landscape of American Sentencing Reform", 44 Washburn L.J., 2005, 495면 이하; Frank O. Bowman, III, "The Failure of the Federal Sentencing Guidelines: A Structural Analysis", 105 Colum. L. Rev., 2005, 1315면 이하; Ian Weinstein, "The Historical Roots of Regional Sentencing Variation", 11 Roger Williams U L. Rev., 2006, 495면 이하; Naomi Murakawa, "The Racial Antecedents to Federal Sentencing Guidelines: How Congress Judged the Judges from Brown to Booker", 11 Roger Williams U L. Rev., 2006, 473면 이하; Rachel E. Barkow, "Our Federal System of Sentencing", 58 Stan. L. Rev., 2005, 119면; Ronald Wright, "Incremental and Incendiary Rhetoric in Sentencing After Blakely and Booker", 11 Roger Williams U L. Rev., 2006, 461면 이하; Stephanie Weinstein & Arthur Wolfson, "Toward a Due Process of Narrative: Before You Lock My Love Away, Please Let Me Testify", 11 Roger Williams U L. Rev., 2006, 495면 이하; William J. Stuntz, "The Political Constitution of Criminal Justice", 119 Harv. L. Rev., 2005, 839면 이하 참조.

량에 대한 지나친 구속, 인종에 따른 불균형²⁸⁾ 등의 문제로 인하여 목표달성에 실패하였다는 판단에서 비롯된 것이라고 볼 수 있다.²⁹⁾

Booker판결 이후 연방양형위원회는 “연방대법원이 제시한 방침에 따라 연방지방법원은 양형기준의 적용에 구속되지는 않지만, 양형을 할 때 양형기준을 반드시 고려하여야 하고 연방지방법원의 양형이 비합리적일 경우에는 항소사유가 된다.”는 입장을 취하고 있다.³⁰⁾ 연방판사와 연방양형위원회는 잠자고 있는 입법부의 괴물이 깨어나 이전보다 훨씬 더 엄격한 양형정책으로 대응하는 것을 가장 두려워하고 있다. 그에 반해 보수주의자들은 양형재량을 제한하기 위해 어렵사리 마련한 그들의 도구를 강탈한 연방대법원의 판결에 대해 격분하면서 의회의 행동을 촉구하고 있다. 이처럼 Booker판결에 대해서는 입장에 따라 양형정책의 근본적 변화를 의미하는 획기적인 사건이라는 평가와 의회에 대한 사법부의 반란이라는 평가가 엇갈리고 있다. 그리고 Booker판결 이후 양형기준의 하한이 탈비율이 조금 증가하기는 하였지만 안정된 추세를 보이고 있고,³¹⁾ 아직까지 양형기준에 따르고 있는 연방법원의 양형관행에서는 주목할 만한 변화가 나타나지 않고 있다. Booker판결 이후에 촉발된 입법자, 검찰, 변호사, 판사, 학계, 양형위원회, 피고인, 피해자 등 다양하고도 상반된 입장의 논의가 잠자고 있는 입법부의 괴물이 깨어났을 때 보다 더 합리적인 양형정책을 선택하도록 방향을 제시해줄 수 있을지 여부에 대해서는 오로지 시간이 판가름해줄 것이다.

III. 양형위원회

1. 양형위원회의 구성³²⁾

앞에서 검토한 바와 같이 연방법원의 양형에서 불균형을 줄이고, 거리범죄인

28) 미국연방에서 양형기준이 마련된 이후에도 지속적으로 문제되고 있는 양형의 불균형에 관한 경험적 자료에 관해서는 신동준, “양형양형기준하의 양형격차: 미국의 경험적 자료와 연구 검토”, 사법제도비교연구회 발표논문, 2007, 4면 이하 참조.

29) 미국에서 양형의 지역적 편차는 유럽에서 이민 온 여러 민족의 민족성이 범문화에 영향을 미친 결과라고 볼 수 있으며, 의회는 양형개혁법과 Feeney개정을 통하여 연방형사사법제도를 하나의 가치와 실무로 통합하려 하였지만 Booker판결은 형사법에 대한 연방과 지방의 권한을 재분배하여 균형을 잡으려고 노력한 것으로 파악하는 견해도 있다. 예컨대 Ian Weinstein, 앞의 논문, 508면 이하 참조.

30) <http://www.ussc.gov/>

31) 신동준, “양형양형기준하의 양형격차: 미국의 경험적 자료와 연구 검토”, 사법제도비교연구회 발표 논문, 2007, 7면.

32) 28 U.S.C. § 991.

(street criminal)과 화이트칼라범죄인(white collar criminal)에 대한 양형을 균등하게 하기 위하여 연방의회는 1984년 종합범죄통제법의 일환으로 양형개혁법을 제정하였다.³³⁾ 이와 같은 양형개혁법에 근거하여 사법부에 소속된 상설의 독립기관인 연방양형위원회가 발족하였다. 1984년 10월 12일에 발족된 연방양형위원회는 처음 5년 동안 투표권을 가지고 있는 7인의 위원과 투표권이 없는 2인의 위원으로 구성되어 있었다. 현재에도 양형위원회는 법률상 투표권이 있는 7인의 위원과 투표권이 없는 1인의 직무상 위원으로 구성하도록 되어 있지만,³⁴⁾ 실제로는 투표권을 가지고 있는 7인의 위원과 투표권이 없는 2인의 직무상 위원으로 구성되어 있다. 투표권이 있는 7인의 양형위원임기는 최초로 임명된 자 중 2명은 6년, 3명은 4년, 2명은 2년이었지만, 현재는 투표권을 가지고 있는 7인의 양형위원 모두 임기가 6년이다.³⁵⁾ 2인의 직무상 위원은 연방법무부장관 또는 그의 지정인과 연방가석방위원회 위원장이다.

대통령은 판사대표, 검사대표, 변호사대표, 경찰관대표, 시민대표, 범죄피해자대표, 및 기타 형사사법절차의 이해관계자대표와 상의한 후에 상원의 조언과 동의를 얻어 7인의 표결위원을 임명하는데, 그 가운데 상원의 조언과 동의를 얻어 1인을 위원장으로 임명하고 3인을 부위원장으로 임명한다. 현재 양형위원회의 위원장과 부위원장은 상근직이고, 나머지는 비상근직이다.³⁶⁾ 초기에는 위원장과 부위원장뿐만 아니라 투표권을 가지고 있는 모든 양형위원이 상근직이었지만, 현재는 위원장과 부위원장만 상근직이다. 그리고 초기에는 투표권을 가지고 있는 7인의 양형위원 가운데 최소한 3인 이상은 연방판사 중에서 임명하도록 되어 있었다. 즉 연방사법회의에 의해 대통령에게 추천된 6인의 연방판사리스트를 고려한 후 최소한 3인 이상의 연방판사를 투표권을 가지고 있는 양형위원으로 임명하도록 되어 있었다. 따라서 최초의 양형위원 가운데 3인이 연방판사였고, 1999년에는 5인이 연방판사였다. 그러나 앞에서 검토한 바와 같이 Feeney개정에 의해 투표권을 가지고 있는 7인의 양형위원 가운데 연방판사의 수가 3인을 초과할 수 없게 되었다. 이것은 양형위원회에서 판사의 영향력을 축소시키려는 것으로서 연방판사를 의회의 의사에 구속시키려는 Feeney개정의 취지에 다른 것이었다.

33) 1980년대 중반이후부터 화이트칼라 범죄에 대한 형벌이 가혹해졌다. 특히 1987년 양형기준가 적용된 이후부터 화이트칼라 범죄인은 이전보다 더 장기의 구금형을 선고받게 되었다. 양형위원회가 화이트칼라 범죄인에 대해서 구금형을 강조한 이유는 두 가지였다. 첫째, 화이트칼라 범죄인 가운데는 상습범이 많았기 때문에, 억제와 정당한 응보를 주된 양형목적으로 삼았다. 둘째, 양형위원회는 화이트칼라 범죄의 억제에 보호관찰보다 구금형이 효과적이라고 믿었다.

34) 28 U.S.C. § 991(a).

35) 28 U.S.C. § 992(a).

36) 28 U.S.C. § 992(c).

양형위원으로 임명된 연방판사는 판사직을 사임하지 않고 겸직이 가능하다.

정치적 중립성을 보장하기 위해 양형위원 가운데 4인까지만 동일한 정당에 소속될 수 있으며, 3인의 부위원장 가운데 2인까지만 동일한 정당에 소속될 수 있다. 그리고 대통령은 직무유기나 부정행위 또는 기타 정당한 사유가 있는 경우에만 양형위원을 해임할 수 있다.

2. 양형위원회의 목적³⁷⁾

양형위원회의 목적은 첫째, 양형정책과 양형실무를 확립하는 것과 둘째, 양형실무 등의 효과측정을 위한 수단을 개발하는 것이다.

첫째, 양형위원회는 연방형사사법제도를 위한 양형정책과 양형실무를 확립하여야 한다. 이러한 양형정책과 양형실무는 ① 18 U.S.C. § 3553(a)(2)에 설정된 양형의 목적에 부합하여야 하고,³⁸⁾ ② 일반적 양형실무를 확립할 때 고려하지 못했던 감경사유나 사중사유에 의해 정당화되는 경우에는 개별화된 형벌을 허용할 수 있을 만큼 충분한 유연성을 유지하는 동시에 유사한 범죄행위로 유죄평결을 받은 유사한 범죄전력의 피고인들 사이에 부당한 양형의 불균형이 발생하지 않도록 함으로써 양형의 목적에 따라 확실성과 공정성을 제공하여야 하고, ③ 가능한 한 형사사법절차와 관련된 인간행위에 관한 지식의 진보를 반영하여야 한다.

둘째, 양형위원회는 양형실무, 형벌실무, 그리고 교정실무가 양형목적에 어느 정도 부합하는 지를 측정하는 수단을 개발하여야 한다.

3. 양형위원회의 임무³⁹⁾

양형위원회의 임무는 ① 연방범죄로 유죄평결을 받은 피고인에 대하여 선고할 적정한 형종과 형량에 관한 양형기준을 마련하고 연방법원의 양형에 관한 정책을 수립하는 것, ② 의회와 행정부에 대하여 효과적이고 효율적인 형사정책개발에 관하여 조언과 협조하는 것, ③ 연방범죄와 양형문제에 관한 광범위한 정보의 수집·분석·검토 및 배포하는 것 등이다.⁴⁰⁾

37) 28 U.S.C. § 991(c).

38) 18 U.S.C. § 3553(a)(2)에 따르면 양형의 목적은 ① 범죄의 심각성을 반영하는 것, 법에 대한 존경심을 촉진하는 것, 범죄에 대한 정당한 처벌을 하는 것, ② 범죄행위를 적절히 억제하는 것, ③ 피고인이 저지르는 장래의 범죄로부터 사회를 보호하는 것, ④ 피고인에게 필요한 교육훈련이나 직업훈련, 치료 또는 기타의 가장 효과적인 교정처우를 제공하는 것이다.

39) 28 U.S.C. § 994.

40) 양형위원회의 임무에 관해 자세한 내용은 예컨대 William W. Willkins, "The United States

양형개혁법은 양형위원회가 양형기준을 마련할 때 준수하여야 할 기준을 상세히 규정하고 있다. 징역형에 관한 기준을 정할 때는 그 범위의 상한은 하한의 25% 또는 6개월을 초과하여서는 안 되고, 다만 하한이 징역 30년 또는 그 이상인 경우 상한은 무기징역일 수 있다.⁴¹⁾ 양형위원회가 양형기준에 적용할 범죄의 유형을 정할 때에는 ① 범죄의 등급, ② 범죄의 심각성을 감경하거나 가중할 수 있는 정황, ③ 범죄가 재산, 사람, 공공의 신용 등에 대하여 끼치는 해악의 성질과 정도, ④ 범죄의 중대성에 대한 사회의 의견, ⑤ 범죄가 야기한 사회적 관심, ⑥ 양형의 일반예방적 효과, 및 ⑦ 지역사회와 전국에서 그 범죄의 발생빈도를 고려하여야 한다.⁴²⁾ 그리고 피고인의 유형을 정할 때에는 ① 나이, ② 교육, ③ 직업능력, ④ 피고인의 책임능력을 감경시키는 범위 내의 정신적·감정적 상태, ⑤ 약물중독을 포함하는 육체적 상태, ⑥ 이전의 고용기록, ⑦ 가족적 유대와 책임, ⑧ 지역사회적 유대, ⑨ 범죄에서 역할, ⑩ 전과, 및 ⑪ 생계를 위해 범죄행위에 의존하는 정도를 고려하여야 한다.⁴³⁾

양형위원회는 이와 같은 기준에 따라 마련한 양형기준과 양형기준의 개정안을 그것에 대한 보고서와 함께 의회의 정기회기가 시작된 시점 또는 시작된 후 늦어도 5월 1일 이전에 의회에 제출하여야 하며,⁴⁴⁾ 제출된 개정안들은 양형기준편람(Sentencing Guidelines Manual)에 수록된다.⁴⁵⁾

4. 양형위원회의 양형기준제정

초기의 양형위원회는 다음과 같은 세 가지 기본정책을 가지고 양형기준을 마련하는 작업에 착수하였다.⁴⁶⁾ 첫째, 특정한 범죄에 대해서는 가석방 또는 선형보상제도에 의해 기간을 단축할 수 없는 정기형을 창설함으로써 양형의 정직성(honesty)을 달성하려고 하였다. 둘째, 전국의 모든 연방판사에게 자세한 양형기준을 제공함으로써 양형의 통일성(uniformity)을 달성하고자 하였다. 셋째, 유사한 범죄에 대해 부과된 형벌의 종류 및 정도와 죄질이 다른 범죄에 대해 부과된 형벌의 종류 및 정도 사이에 적절한 비례성(proportionality)을 유지하고

Sentencing Commission: Its Many Missions", Federal Probation, 1991. 12, 26면 이하 참조.

41) 28 U.S.C. § 994(b)(2).

42) 28 U.S.C. § 994(c).

43) 28 U.S.C. § 994(d).

44) 28 U.S.C. § 994(p).

45) 양형위원회는 비주기적으로 양형기준과 주석 및 정책을 포함하는 연방양형기준편람을 발간하고 있다.

46) U.S.S.G. § 1.1.

자 노력하였다. 그러나 양형위원회는 양형기준을 마련하는 과정에서 통일성과 비례성이라는 두 가지 목적을 동시에 추구하는 것이 어렵다는 것을 인식하고 있었다. 왜냐하면 통일성의 요구(유사한 사례는 유사하게 다루어라)와 비례성의 요구(다른 것은 다르게 다루어라) 사이에는 일정한 긴장관계가 있기 때문이다. 따라서 위원회는 너무 단순하지도 않고 그렇다고 너무 복잡하지도 않은 방법으로 통일성과 비례성을 동시에 달성하려고 하였다.⁴⁷⁾

양형기준을 마련하는 과정에서 양형위원회가 직면한 또 다른 문제는 처벌과 양형의 목적에 관한 서로 다른 이론들이 존재하는 것이었다. 비록 형사사법제도의 주된 목적이 범죄통제라는 점에 대해서는 합의가 존재하지만 처벌의 궁극적인 목적이 범죄에 대한 정당한 응보인지, 장래의 범죄인을 억제하는 것인지, 위험한 범죄인을 무력화하는 것인지 또는 범죄인을 재사회화하는 것인지 여부에 관해서 논쟁이 있었다. 의회는 양형위원회로 하여금 처벌에 관한 이러한 네 가지 모든 이론을 양형기준에 반영하도록 지시함으로써 방향을 분명히 제시해 주지 않았다. 정당한 응보를 지지하는 사람들은 범죄인의 책임과 범죄의 실행에 의해 야기된 손해를 반영해서 형벌을 부과하여야 한다고 생각하였다. 그에 반해서 범죄통제의 철학을 지지하는 사람들은 범죄인에게 장래의 범행가능성을 줄일 수 있는 형벌이 부과되어야 한다고 믿었다. 그러나 양형위원회는 응보적 형벌이론과 예방적 형벌이론 가운데 특정한 입장을 결정하지 않고, 경험적 접근방법을 사용하였다.⁴⁸⁾ 따라서 양형위원회에 의해 마련된 양형기준은 상당부분 연방법원의 양형관행을 반영하고 있었다. 즉 양형위원회는 양형실태를 정확히 파악하기 위하여 1985년에 연방법원에서 선고된 10,500건의 판결전조사보고서 등 상세한 사건기록과 100,000건의 연방판결, 피의자기록, 연방가석방위원회의 기준과 결과통계, 일반인들의 의견, 기타 관련 자료로부터 나온 정보들을 분석하여 양형기준을 마련하였다.⁴⁹⁾ 양형위원회는 판결전조사보고서에 나타난 특정된 사실 가운데 피고인의 무기사용 여부, 범행에서 역할, 범행결과의 정도 등만을 선고형량과 관련시켰을 뿐이고, 양형개혁법이 요구한 것과는 달리 양형에 관련되는 피고인의 나이, 학력, 가족, 사회와의 유대, 군복무 여부, 교정가능성 등과 같은 개인적인 요소는 크게 고려하지 않았다.⁵⁰⁾

더 나아가 양형의 기초가 되는 사실을 기소범죄에 국한할 것인지 그 이외의

47) United States Sentencing Commission, Supplementary Report On The Initial Sentencing Guidelines And Policy Statements, 1987.6.18, 13-15 참조.

48) U.S.S.G. § 1.4.

49) Kate Stith/José A. Cabranes, 앞의 책, 59면; United States Sentencing Commission, Supplementary Report, 16. 참조.

50) Kate Stith/José A. Cabranes, 앞의 책, 61면 이하 참조.

실제행위도 포함할 것인지가 문제되었다. 기소범죄만을 양형의 기초로 한다면 전과, 가족관계, 경력, 군복무기록 기타 개인적 특성은 양형과 관련이 없는 사항이 될 것이다. 그러나 기소범죄 이외의 실제행위도 양형의 기초로 한다면 그와 같은 사실도 양형요소가 될 것이다. 만약 기소범죄만을 양형의 기초사실로 한다면 검찰권이 강화될 수 있을 것이다. 양형위원회는 양형에 관한 검찰권을 제한하기 위하여 기소범죄 이외에 실제행위도 고려하도록 하였다. 따라서 2005년 연방대법원의 Booker판결이 선고되기 전까지는 기소되지 않았거나 심지어 무죄로 평결된 행위도 증거의 우세(preponderance of evidence)에 의하여 양형의 기초사실로서 고려될 수 있었다.⁵¹⁾ 그러나 앞에서 검토한 바와 같이 연방대법원은 배심원의 유죄평결이나 피고인의 자백에 의하지 않은 실제행위를 증거의 우세에 의해 양형의 기초사실로 고려하는 것은 위헌이라고 판결하였다.

다른 한편 양형위원회는 양형기준을 마련하는 과정에서 다른 연방기관들에게 그 관할권 내에서 발생하는 사건에 대한 양형상의 문제점과 범죄의 특성 및 건수에 관한 정보를 제공받았고, 연방교정국의 최근시설과 운영을 조사하기 위하여 4개의 연방교도소를 방문하였으며, 징역형 이외의 다양한 양형조건을 활용하고 있는 여러 주들도 방문하였다.⁵²⁾ 그리고 다양한 경험과 풍부한 지식을 가진 사람들로부터 정보와 자료를 얻기 위하여 양형위원회는 수백 명의 형사사법 실무자, 관련단체와 개인, 워싱턴 디시에서 열린 5차례의 공개청문회에 참여하였던 단체들로부터 서면의견서를 접수하였으며, 1986년 9월 양형기준의 예비초안을 출판하여 판사, 검사, 변호사 등과 여러 기관에 배포하였다. 양형기준에 대한 다수인의 의견을 집약하고 보다 쉽게 이용하기 위하여 양형위원회는 출판된 예비초안에 대하여 뉴욕, 시카고 등 6개 도시에서 일련의 공청회를 가지기도 하였다. 이와 같이 수차례의 공청회를 열고 수많은 서면의견과 제안을 접수하고 공식·비공식의 회합 끝에 양형위원회는 1987년 1월 양형기준의 수정초안을 발간하였다. 이 수정초안은 1987년 3월 11일부터 12일까지 워싱턴 디시에서 개최된 공청회와 다른 기관들과의 다양한 형태의 작업을 통하여 철저하게 분석되었다. 양형위원회는 1987년 4월 13일 의회에 최초의 연방양형기준을 제출하였으며, 이것이 1987년 11월 1일에 처음으로 발효한 이래 여러 차례의 개정을 거치면서 현재의 모습으로 변화되었다.

양형위원회는 마약범죄, 사기와 같은 화이트칼라범죄 및 폭력범죄의 경우에는 과거보다 무거운 양형기준을 마련하였으며, 연방양형위원회의 양형기준은

51) Kate Stith/José A. Cabranes, 앞의 책, 66면 이하 참조.

52) 자세한 내용은 이영란, 한국의 양형론, 1996, 40면 이하; 한국형사정책연구원, 양형연구자료집, 1996, 23면 이하 참조.

외견상 미네소타 주와 워싱턴 주의 양형기준과 유사하지만 양자에 비해서 형벌이 무겁다.⁵³⁾ 연방양형기준의 원칙적인 모형은 범죄기록을 수직축으로 하고 범죄인 기록을 수평축으로 하는 도표이다. 258개 칸으로 이루어진 도표의 범위 내에서 수평축과 수직축이 교차하는 칸이 정상적인 형벌의 범위이다.

IV. 양형기준의 내용과 적용

이론상으로는 양형에 대한 책임과 권한이 전적으로 판사에게 귀속되어 있다. 그러나 실제적으로는 이미 오래전부터 형벌의 종류와 정도가 검사, 변호사, 보호관찰관(probation officer), 판사 그리고 교정당국의 상호작용에 의해 결정되어 왔다. 양형기준의 적용은 이러한 관여자의 상호작용과 역할분담에 커다란 변화를 초래하였다. 이러한 변화로는 양형에 대한 판사의 영향력 감소, 검사의 영향력 증대, 보호관찰관의 역할증대, 가석방의 폐지 등이 있다. 미국에서 양형 절차는 피고인의 유죄자백(pleading guilty) 또는 배심재판에 의한 유죄평결(conviction)에 의해 개시된다.⁵⁴⁾

1. 양형준비

판결전조사와 이에 대한 보고절차가 양형준비절차이다. 보호관찰관은 피고인에 대한 판결전조사를 하여야 하며, 형벌을 선고하기 전에 판결전조사보고서(Presentence Investigation Report)를 법원에 제출하여야 한다.⁵⁵⁾ 양형기준체계에 의한 양형준비과정 자체는 사실상 양형기준이 발효하기 이전과 유사하다. 즉 양형기준이 적용되기 이전부터 보호관찰관이 작성한 판결전조사보고서는 판사의 주된 양형자료였다. 따라서 양형기준이 적용되기 이전에도 양형에서 보

53) 연방양형위원회가 만든 양형기준의 도표는 대부분의 범죄에 대해서 자유형을 규정하고 있다. 예컨대 미네소타 주에서는 주거침입절도와 같은 중간정도의 범죄에 대해서 일반적으로 보호관찰을 규정하고 있는 반면, 연방양형기준은 이러한 범죄에 대해서 자유형을 규정하고 있다. 자세한 내용은 예컨대 Andrew von Hirsch, 앞의 논문, 368면 이하 참조.

54) 미국에서는 모든 사건이 배심재판을 거쳐 양형절차로 가는 것이 아니라, 피고인이 유죄를 자백하지 않고 정식의 재판을 청구하는 경우에만 배심재판에 회부된다. 피고인이 plea bargaining을 통하여 유죄를 자백하면 배심재판을 거치지 않고 양형절차가 개시된다. 지역에 따라서 다소간 차이가 있지만 이러한 절차에 의해서 처리되는 사건은 전체중범죄의 약 90%에 해당하며, 나머지 약 10% 정도가 배심재판에 의해 유죄평결을 받고 있다. 예컨대 United States Sentencing Commission, Annual Report, 1989, 35면 참조.

55) 18 U.S.C. § 3552(a).

호관찰관의 역할은 매우 중요한 것이었다. 그러나 양형기준체계에 의해 보호관찰관의 역할과 임무가 이전보다 훨씬 더 중요한 것으로 되었다.⁵⁶⁾

형사절차에 관한 연방규정(Federal Rules of Criminal Procedure) 제32조에 상세한 양형절차가 규정되어 있다. 이에 따르면 판결전조사보고서에는 ① 적용 가능한 모든 양형기준과 양형위원회의 정책진술, ② 피고인의 범죄수준과 범죄경력의 범위, ③ 적용할 수 있는 양형범위와 형벌의 종류, ④ 적절한 형벌의 종류 또는 적용할 수 있는 양형범위 내에 있는 적절한 형벌의 종류와 관련된 요소, ⑤ 적용할 수 있는 양형범위의 이탈을 위한 근거, ⑥ 피고인의 경력과 성격, ⑦ 피해자의 피해정도에 관한 검증된 자료, ⑧ 활용할 수 있는 비구금프로그램과 자원의 성격과 범위, ⑨ 기타 법원이 요구하는 정보 등이 기재된다. 피고인의 서면동의가 없는 한 보호관찰관은 판결전조사보고서를 피고인이 유죄의 답변 또는 불항쟁의 답변(nolo contendere)을 하거나 유죄평결이 내려질 때까지 법원에 제출해서는 안 되고, 어느 누구에게도 사전에 공개해서는 안 된다. 판결전조사보고서를 피고인이 유죄의 답변 또는 불항쟁의 답변을 하거나 유죄평결이 내려질 때까지 공개하지 않는 이유는 유무죄확정절차와 양형절차를 분리하고 있는 미국의 형사소송절차에서 판결전조사보고서가 미리 공개되면 양형자료가 유무죄의 확정에도 영향을 미칠 우려가 있기 때문이다.⁵⁷⁾

피고인의 연기신청이 없는 한 보호관찰관은 적어도 양형을 하기 35일전에 판결전조사보고서를 피고인, 변호인, 그리고 검사에게 제공하여야 하고, 당사자들은 판결전조사보고서를 수령한 후 14일 이내에 서면으로 이의를 신청하여야 한다. 이의신청을 받은 후 보호관찰관은 당사자들을 만나 이의신청에 대해 논의할 수 있고, 추가적인 조사와 적절한 내용으로 판결전조사보고서를 수정할 수 있다. 보호관찰관은 적어도 양형을 하기 7일전까지 수정된 판결전조사보고서를 법원에 제출하여야 한다. 법원은 필요한 경우 보호관찰관의 권고형을 공개하지 않을 수 있으며, 교정국에 더 자세한 조사를 요구할 수 있고 피고인으로 하여금 정신감정을 받도록 할 수 있다.⁵⁸⁾ 판결전조사보고서에 대한 적절한 검토 후, 법원은 피고인과 변호인 양자가 판결전조사보고서를 검토하고 논의하였다는 사실을 확인해야 한다. 판사는 피고인에게 형벌부과의 근거가 된 사실을 알려주어야 하며 형을 선고하기 전에 피고인에게 이의제기의 기회를 주어

56) 양형기준의 적용 이후 보호관찰관의 임무와 역할의 변화에 대해서는 Jerry D. Denzlinger and David E. Miller, "The Federal Probation Officer: Life Before and After Guideline Sentencing", Federal Probation, 1991.12, 49면 이하 참조.

57) 이재홍, "미국의 양형제도와 그 한국적 조명", 사법연구자료 제17집, 1990, 450면.

58) 18 U.S.C. § 3552(b), (c).

야 한다. 그리고 법원은 지체 없이 양형절차를 진행하여야 한다.⁵⁹⁾

2. 양형기준의 적용

판결전조사와 보고절차가 끝난 후, 그것을 기초로 판사는 양형기준에 제시된 적절한 범위 내에서 유죄가 인정된 피고인에게 형을 선고하여야 한다. 양형기준의 적용절차는 ① 적용할 수 있는 지침의 결정, ② 기본범죄수준의 결정과 개별범죄특성에 대한 적절한 결정, ③ 피해자, 역할, 그리고 사범방해에 관련된 적절한 조정, ④ 다수의 유죄평결이 있을 경우, ①에서 ③까지 절차의 반복, ⑤ 피고인의 책임수궁에 대한 적절한 조정, ⑥ 전과기록 범위의 결정과 조정, ⑦ 전체적 범죄수준과 전과기록 범위에 일치하는 양형기준범위의 결정, ⑧ 보호관찰, 구금, 감독조건, 벌금, 그리고 원상회복 등에 관련된 양형조건의 결정, ⑨ 개별범죄인의 특성과 양형기준으로부터의 이탈에 대한 언급 및 양형기준의 정책 또는 주석에 대한 언급의 순서로 이루어진다.⁶⁰⁾

선고될 형벌에 대한 최종적인 계산은 범죄수준(수직축)과 범죄경력 범위(수평축)의 교차에 의해서 결정되며, 이러한 절차에 의해서 다양한 형벌이 선고된다. 즉 징역형, 보호관찰, 감독부석방, 원상회복, 벌금, 몰수 그리고 특별한 추징 등의 형벌이 정해진다. 일정한 예외적 상황에서, 즉 양형기준을 만들 때 양형위원회가 적절하게 고려하지 못한 감경사유 또는 가중사유가 있는 경우에 판사는 양형기준으로부터 이탈할 수 있다.⁶¹⁾ 그리고 판사는 공개된 법정에서 양형이유를 진술하여야 한다.⁶²⁾

3. 양형기준표

양형위원회는 공정한 양형을 위해 범죄의 수준과 범죄경력을 정밀하게 분석하여 양형기준표를 만들었다. 양형기준표의 수직축은 43개 수준의 범죄요소로 이루어져 있으며, 수평축은 범죄인의 과거경력을 반영하는 6개의 범주로 이루어져 있다. 범죄에 관한 요소로서 범죄의 종류와 중대성, 피해 정도와 피해자에게 미친 영향, 범죄가 행해진 상황, 지역사회와 일반국민의 충격 및 평가 등이

59) Federal Rules of Criminal Procedure § 32(a)(1).

60) 연방양형기준의 주요내용에 관해서는 예컨대 박홍우, 앞의 논문, 73면 이하; 정상환, 앞의 논문, 68면 이하 참조.

61) 18 U.S.C. § 3553(b).

62) U.S.S.G. § 5.2.

있다.⁶³⁾ 그리고 범죄인에 관한 요소로서 나이, 직업기술, 교육정도, 취업상황, 전과, 범죄에서의 역할, 가족과 사회에 대한 결속 및 책임, 생계를 유지하기 위해 범죄에 의존하는 정도 등이 있다.⁶⁴⁾

형벌은 범죄수준과 범죄경력점수의 결합에 의해서 계산된다. 수직축과 수평축의 교차에 의해서 258개의 칸이 만들어지며, 각각의 칸에는 판사가 선고할 특정한 형벌의 범위가 정해져 있다. 양형기준표의 각 열은 앞 열과 뒤 열에 규정된 범위와 겹친다. 양형위원회는 불필요한 다툼을 없애기 위하여 이러한 중복을 고안하였다.⁶⁵⁾ 이러한 절차는 상한이 하한의 25% 또는 6개월 이상을 초과할 수 없다는 법률규정의 요구를 충족시키는 한편 융통성 있는 양형을 가능하게 한다.⁶⁶⁾ 따라서 판사는 피고인의 특성과 범죄의 특성에 근거하여 형벌을 결정할 뿐만 아니라 범죄에서 피고인의 역할과 범죄발생 후 피고인이 당국에 협조한 것도 고려하고 있다.

4. 양형기준이탈

양형기준을 만들 때 양형위원회가 고려하지 못했거나 적절히 고려하지 못했던 감경사유 또는 가중사유가 발견될 경우에 판사는 양형기준의 범위를 이탈하여 형벌을 선고할 수 있다.⁶⁷⁾ 따라서 연방판사는 양형기준에 따를 경우 형벌이 지나치게 무겁거나 지나치게 가벼울 때는 이탈을 고려할 수 있다. 여기서 판사는 양형위원회가 개별사실에 나타난 사정을 고려했는지 여부만을 판단하는 것이 아니라 적절히 고려했는지 여부에 대해서도 판단하여야 한다. 양형기준이탈은 매우 특수한 예외사실에 대해서만 허용되며, 연방판사는 이러한 이탈에 대한 이유를 제시해야 한다. 항소심법원인 다수의 순회법원은 지방법원의 이탈에 대해 매우 엄격한 태도를 취하고 있다.⁶⁸⁾

양형위원회가 양형기준이탈을 허용한 이유는 두 가지였다. 첫째, 양형위원회는 양형에 관련된 모든 사정을 반영한 완벽한 양형기준을 만들기 어렵다는 것을 알고 있었다. 따라서 양형관행에서 변화가 생길 수 있으며, 이러한 변화를 반영해서 양형기준을 수정할 필요가 있다는 것을 인식하고 있었던 것이다. 둘

63) 28 U.S.C. § 994(c).

64) 28 U.S.C. § 994(d).

65) U.S.C.G. § 1.11.

66) 28 U.S.C. § 994(b)(2).

67) U.S.C.G. § 1A1.1(b).

68) Marc Miller and Daniel J. Freed, "Honoring Judicial Discretion Under the Sentencing Reform Act", 3 Federal Sentencing Report, 1991, 235면 이하 참조.

째, 위원회는 비록 연방판사가 양형기준을 이탈할 수 있기는 하지만, 양형기준이 당시의 양형관행을 대변하고 있었으며 이미 많은 감경사유 또는 가중사유를 규정하고 있었기 때문에 연방판사가 쉽게 양형기준을 이탈하지 않을 것이라고 믿었다.

V. 양형기준의 영향과 평가

미국연방의 양형기준이 연방의 형사사법에 미친 영향은 징역형선고비율의 증가와 형기의 연장, 새로운 양형의 불균형, 양형재량의 이동현상이라는 세 가지 측면을 들 수 있다. 첫째, 양형기준이 적용된 이후 나타난 가장 뚜렷하게 나타난 결과는 보호관찰 등 사회내처우가 줄어든 반면, 징역형의 선고비율이 현저히 증가하였고 가석방이 폐지됨으로써 실질적인 형기가 연장되었다는 것이다.⁶⁹⁾ 둘째, 양형위원회는 1991년에 실시한 조사결과에 따라 양형기준의 적용이후에 양형의 불균형이 상당히 줄어들었다고 평가하였지만, 여러 학자들의 경험적 연구결과에 따르면 여전히 불균형이 존재한다는 것이다.⁷⁰⁾ 셋째, 양형기준의 적용이후에 판사의 양형재량이 검사와 경찰뿐만 아니라 보호관찰관에게 이동되었다는 것이다.⁷¹⁾

한편 1986년 양형기준초안이 처음 소개된 이래로 양형위원회의 작업을 평가한 수많은 문헌이 출간되었으며, 이러한 문헌에서 양형위원회의 활동과 양형기준에 대한 평가와 반응이 엇갈렸다. 일부의 저자들은 양형기준에 관련된 특별한 문제점을 지적하고 양형기준 시행 후의 절차에 대한 염려를 하기는 하였지만, 양형위원회의 활동과 양형기준을 옹호하였다.⁷²⁾ 그에 반해 다른 일부의 저자들은 처음부터 양형위원회의 접근방법을 비판하였으며, 특히 연방법원의 판사들은 양형기준에 대해 매우 비판적이었다. 양형위원회가 마련한 양형기준

69) 자세한 내용은 예컨대 박홍우, 앞의 논문, 86면 이하; 정상환, 앞의 논문, 77면; Kate Stith/José A. Cabranes, 앞의 책, 62면 참조.

70) 자세한 내용은 예컨대 박홍우, 앞의 논문, 87면 이하; 신동준, “양형양형기준하의 양형격차: 미국의 경험적 자료와 연구 검토”, 11면 이하; 정상환, 앞의 논문, 77면 이하; Kate Stith/José A. Cabranes, 앞의 책, 113면 이하 참조.

71) 자세한 내용은 예컨대 박홍우, 앞의 논문, 90면 이하; 정상환, 앞의 논문, 78면 이하; Cassandra S. Shaffer, 앞의 논문 163면 이하; David M. Zlotnick, “Shouting into the Wind: District Court Judges and Federal Sentencing Policy”, 9 Roger Williams U L. Rev., 2004, 666면 이하 참조.

72) 특히 Stephen J. Schulhofer and Ilene H. Nagel, “Negotiated Pleas Under the Federal Sentencing Guidelines: The First Fifteen Months”, 27 American C. L. Rev., 1989, 231면 이하; Jeffrey S. Parker and Michael K. Block, “The Sentencing Commission, P.M.(Post-Mistretta): Sunshine or Sunset?”, 27 American C. L. Rev., 1989, 325면 이하 참조.

은 규범적 지도원칙을 결하고 있을 뿐만 아니라 양형기준표가 지나치게 복잡하고, 교도소과밀문제를 악화시켰으며, 지나치게 가혹하고, 불균형을 줄이는 데 실패하였으며, 판사의 재량을 지나치게 구속하는 반면 검사의 권한을 지나치게 강화하였다는 것이었다.⁷³⁾

다른 한편 앞에서 검토한 바와 같이 1989년 연방대법원의 *Mistretta*판결에 의해 양형기준의 합헌성이 인정된 이후에도 양형기준에 대한 위헌논의가 끊이지 않았다. *Mistretta*판결 이후의 위헌논의는 주로 적정절차에 근거한 것이었지만, 그러한 주장에 대해 순회법원은 예외 없이 기각판결을 내렸다. 그런데 연방대법원은 2005년 *Booker*판결을 통해 연방양형기준에 강제적 효력을 부여한 18 U.S.C. § 3553(b)(1)과 18 U.S.C. § 3742(e)에 대해 위헌이라고 하였다. 이로써 그동안 강제적 효력을 가졌던 미국연방의 양형기준은 참고적 효력을 가지는 것으로 되었다. 이와 같은 *Booker*판결에 대해 입법자, 실무자, 학자 등은 입장에 따라 상이한 평가와 반응을 보이고 있지만, 양형정책을 근본적으로 재검토할 수 있는 계기로 삼고자 하는 것이 학계의 일반적인 반응이다.

VI. 맺는 말

지금까지 미국연방양형기준의 제정배경과 연혁, 양형위원회에 관한 내용, 양형기준에 관한 내용, 양형기준의 영향과 그것에 대한 평가에 대해 검토하였다. 앞에서 검토한 내용을 토대로 우리나라의 양형기준을 마련하는 작업에 참고할 만한 사항을 몇 가지 지적하는 것으로 결론에 대신하자면 다음과 같다.

첫째, 미국연방의 양형기준에 대한 비판적 의견을 감안할 때 무엇보다 먼저 형벌의 목적 내지 양형의 목적에 대한 세심한 연구와 검토를 통하여 원칙적인 방향을 설정하여야 한다.

둘째, 미국연방에서 양형기준을 마련할 때 경험적 접근방법을 사용하였지만, 오히려 연방판사들의 양형감각을 제대로 반영하지 못하였을 뿐만 아니라 지나치게 가혹한 결과를 초래하였다는 사실을 고려하여야 한다. 이러한 문제점을

73) 예컨대 Andrew von Hirsh, 앞의 논문, 367면 이하; Paul H. Robinson, "A Sentencing System for the 21st Century?", 66 Texas L. Rev., 1987, 6면 이하; Charles J. Ogletree, "The Death of Discretion?: Reflections on the Federal Sentencing Guidelines", 101 Harvard L. Rev., 1988, 1938면 이하; Lowe, "Modern Sentencing Reform: A Preliminary Analysis of the Proposed Sentencing Guidelines", 25 American C. L. Rev., 1987, 54면 이하; Theresa Walker Karle and Thomas Sager, "Are the Federal Sentencing Guidelines Meeting Congressional Goals?: An Empirical and Case Law Analysis", 40 Emory L. J., 1991, 393면 이하.

해결하기 위해서는 양형이론에 대한 규범적 검토를 전제로 양형실무에 대한 전국적이고 광범위한 경험적 연구가 이루어져야 할 뿐만 아니라 그러한 연구 결과에 대해 양형이론에 기초한 비판적 성찰이 있어야 한다.

셋째, 미국연방의 양형기준과 유사한 양형기준이나 그것을 참고한 양형기준을 마련하기 위해서는 각종 특별형법을 비롯한 형법의 법정형을 정비하여야 할 뿐만 아니라 사형폐지여부, 자유형의 단일화, 일수벌금형제도의 도입, 독자적 형사제재로서 보호관찰이나 원상회복의 도입 등과 같은 형벌제도 자체에 대한 정비가 선행되어야 한다.

넷째, 미국연방의 양형기준이 결과적으로 형량의 가중과 교도소과밀수용의 문제를 초래하였다는 사실을 감안할 때 교정시설과 보호시설의 수용능력에 대한 적절한 평가가 이루어져야 할 뿐만 아니라 경미한 범죄에 대해서는 징역형보다 보호관찰이나 사회봉사명령 등과 같은 사회내처우를 활용할 수 있도록 하여야 한다.

다섯째, 미국연방의 양형기준은 수량화모델에 따르고 있지만, 수량화모델의 전제를 충족시키지 못하였다는 비판에 주목할 필요가 있다. 수량화모델은 양형에 관한 경험적 지식과 객관적 평가기준이라는 규범적 내용을 전제로 하고 있다. 따라서 수량화모델을 실현하기 위해서는 책임원칙의 내용, 책임원칙과 예방목적의 관계, 책임과 예방의 기초요소, 예방목적의 달성에 필요한 경험적 지식 등에 관한 문제를 해결하여야 한다.