

미국 각 주 양형기준제 현황에 대한 개관

전문위원 박형관

보고서 요약

양형에 있어 비례성, 공정성, 일관성이 유지되어야 하며, 불공정한 편차가 제거되어야 한다는 점에 대하여는 우리나라뿐만 아니라 세계적으로 공감대가 형성되어 있다. 이러한 목표를 달성하는 방식은 여러 가지 방식이 있을 수 있겠다. 미국의 연방이나 여러 주들의 예에서 보듯이 양형위원회를 설립하여 양형기준을 수립하도록 하는 방식도 있을 수 있고, 호주의 예에서 보는 바와 같이 양형정보시스템의 적극적인 활용을 추구할 수도 있으며, 의회가 직접 의무적 하한형이나 기타 구체적인 양형 내용이나 절차에 관하여 입법을 하는 방식을 취할 수도 있을 것이다.

우리나라는 법원조직법의 개정을 통하여 양형위원회를 설치하고 참고적 양형기준제를 도입함으로써 첫째 유형의 접근 방식을 취하였다. 기본적으로 대륙법제를 계수한 상태에서 미국에서 주로 발전한 양형기준제를 도입함으로써 조화롭게 제도를 운용할 필요가 생겼다. 미국의 양형기준제는 연방이나 각 주마다 그 내용이 조금씩 다르고, 어떤 주들의 경우는 매우 독특한 운용을 하고 있다. 미국에서는 거의 20여개에 이르는 관할권에서 양형기준제가 운용되고 있다. 양형기준의 효력이 추정적 효력을 가지는 주도 있는 반면, 자발적인 효력을 지니는 주도 있으며, 양형격자의 개수도 1개의 격자만을 가지고 있는 주도 있는 반면, 여러 개의 격자를 사용하는 주도 있다. 버지니아 주의 경우에는 아예 격자를 사용하지 않고 주요 범죄 유형에 따른 작업지(Worksheet)를 작성하고 있다.

미국의 다양한 양형기준제는 나름대로의 장점과 단점을 가지고 있다. 또한, 다양성 속에서도 유사한 요소도 보인다. 다양한 양형목표가 설정되어야 한다는 점, 독립적인 양형위원회에 의한 양형기준 수립, 실행 및 모니터링이 매우 중요하다는 점, 자원 영향 평가(resource impact assessment)의 필요성, 양형 권한을 다양한 기관에 적정히 할당할 필요가 있다는 점, 양형기준이 보다 단순하여야 한다는 점에 대하여는 어느 정도 공감대가 형성되어 있다고 한다. 그러나, 주안점을 주는 양형목표의 내용, 유예 형의 활용 정도 등에 대하여는 아직도 명확한 합의가 이루어지지 않았다고 한다.

미국 각 주 양형기준 운용의 경험 속에는, 범죄수준의 결정 방식, 중간 제재형 사용 정도, 양형기준의 효과적인 적용과 모니터링 방식, 구체적인 양형인자 결정 방식 등 우리가 구체적으로 양형기준을 만들고자 할 때 고려하여야 할 수 많은 쟁점들에 대한 많은 시사점이 들어 있다. 위와 같은 경험 등을 타산지석으로 삼아, 우리나라의 법체계에 적합하면서 국민이 신뢰하는 공정하고 객관적인 양형기준을 마련하여야 할 것이다.

I. 들어가는 글

양형의 비례성 및 일관성, 불공정한 편차(차별)의 제거 등 바람직한 양형이 이루어져야 한다는 점에 대하여는 우리나라에서 뿐만 아니라 세계적으로 공감대가 형성되어 있다고 보인다. 잘 알려져 있다시피, 미국은 Marvin Frankel 판사가 1970년 초반 양형개혁을 주창한 이래, 1970년대 후반부터 여러 주 및 연방에서 구체적인 양형기준제를 운용하면서 선도적으로 양형개혁의 한 방식을 선보였다. 영국도 이러한 흐름에 동참하여, 2004년에 독립적인 양형위원회를 설립하고 양형기준을 공표하고 있지만, 종래의 항소심 양형기준 판결의 형태로 단지 몇 개 유형의 범죄에 대하여만 기준을 발표하고 있어 우리에게 많은 참고가 되지 못하는 실정이다.¹⁾ 미국의 경우, 포괄적이고 종합적인 양형기준을 수립하고 있을 뿐만 아니라, 벌써 2, 30년 동안 연방이나 각 주에서 양형기준제를 운용한 경험이 쌓여 있으므로 이제 새로이 양형기준을 마련하려는 우리나라에게 많은 시사점을 주리라 생각한다.

한편, 양형기준 수립을 통한 양형 목표를 달성하는 움직임과는 다른 또 하나의 흐름으로, 양형정보의 공개나 양형정보시스템의 공개적 활용, 발전을 통하여, 재판관에서 보다 정확한 양형정보를 제공하는 한편, 공개되고 투명한 시스템을 통하여 자의적인 양형을 견제하려는 흐름도 있다.²⁾ 후자의 경우는, 호주 빅토리아 주, 뉴사우스웨일즈 주에서 상당한 수준으로 발전된 것으로 보인다.³⁾

1) 영국식 양형기준 판결의 내재적인 약점(internal weakness)에 대한 언급은, Andrew von Hirsh, Principled Sentencing, Oxford 1998 second edition, p228-229 참조. 양형기준 판결에 대하여 가중, 감경인자의 효과에 대하여 그 정도를 나타내주는 징표가 약하다는 비판을 하고 있는데("One internal weakness is that the judgement may give little indication as to the weight and effect of aggravating and mitigating factors, and this is the very problem most likely to be encountered in practice"), 이러한 지적은 영국 양형위원회가 공표하는 양형기준에 대하여도 동일하게 말할 수 있을 것이다.

2) 세계적으로 양형개혁의 목표를 달성하려는 다양한 시도들 대한 언급에 대하여는, Michael Tonry, Punishments Politics and Patterns in Western Countries, in Sentencing and Sanctions in Western Countries, Oxford University Press(2001), p5 이하 참조

3) 이러한 흐름에 대하여는, 졸고, "양형시스템 구축방안", 양형위원회 전문위원 보고서(2007. 10) ; 이주형, "호주 양형기준제 연구", 양형위원회 전문위원 보고서(2007. 12); Marc Miller, A Map of Sentencing and a Compass for Judges: Sentencing Information Systems, Transparency, and the Next Generation of Reform, Col.L.R 2005 Vol 105,(May 2005); Marc Miller, Sentencing Reform Reform: The Sentencing Information System Alternative to Sentencing Guidelines, in Michael ed., The Future of Imprisonment in the 21th Century(Oxford University Press) 참조. 호주 빅토

것 양형기준 설정을 위한 발걸음을 내디딘 우리로서는, 앞서 양형개혁을 추진하였던 해외의 경험을 압축적으로 습득하고, 이해할 필요가 있다. 무엇보다도, 오랜 양형기준 운용 경험을 가진 미국 연방과 각 주의 양형기준의 내용과 현황을 파악하여 그 장, 단점을 알아야 할 것이다. 미국 연방 양형기준에 대하여는 국내에서 많은 논문에서 소개된 바 있다. 사실, 미국 연방 범죄의 경우는 마약, 총기, 화이트칼라 범죄가 상당 비율을 차지하고 있으므로, 일상적인 범죄를 포함하여 다양한 범죄를 포괄하는 각 주의 양형기준제를 살펴보는 것이 우리에게 보다 효율적일 것이다.

특히, 미국 각 주 양형기준제는 많은 유사점을 지니고 있으면서도 상이한 면도 많이 가지고 있어서 그 양형기준을 수립하는 과정, 그 장, 단점 등을 깊게 살펴볼 필요가 있다. 종래, 국내에서 미국 연방 양형기준제에 대하여는 소개하는 논문 등이 상당수 발표되었으나, 미국 각 주 양형기준제를 전체적으로 개관하는 논문은 드문 실정이었다. 개별 주 양형기준제에 대하여도 주로 법원에서 간략히 소개하는 논문이 발표되었으나, 비교법적으로 미국 각 주의 양형기준 방식을 논한 자료는 많지 않다.

본고에서는 양형기준제를 도입한 주를 중심으로 그 운용 현황이나 쟁점을 정리하고자 한다. 한편, 각 주 중, 양형기준제의 운용 현황이나 양형기준 설립 움직임 등을 상세히 확인할 필요가 있다고 생각되는 주들에서는 양형위원회 전문위원 2팀에서 개별적인 연구가 진행되었다. 미네소타 주, 버지니아 주, 루이지애나 주, 노스캐롤라이나 주, 워싱턴 특별구, 캘리포니아 주 등 6개 관할권의 현황에 대하여는 주무 전문위원들이 개별 보고서로 자세히 검토되었으므로 개별적인 주의 양형기준의 구체적인 내용은 이에 맡기고자 한다.

1996년 미국 법무부 사법보조국에서 당시 미국 50개의 주의 양형현황을 자세히 분석하여 보고서를 발표한 바 있다. 비록 시간이 많이 흐르기는 했지만, 각 주 양형현황을 자세히 살펴볼 수 있고, 기준의 마련이나 운용과 관련한 많은 쟁점에 대하여 실증적이고 상세한 설명을 하고 있다.⁴⁾ 또한, 2005년 콜롬비아 대학교에서는

리아 주 양형위원회에서 운영하는 양형정보시스템에 대하여는 동 위원회가 운영하는 사법대학 홈페이지(www.judicialcollege.vic.edu.au) 및 뉴사우스 웨일즈 주 양형위원회 홈페이지 참조.

4) Bureau of Justice Assistance, U.S. Department of Justice, National Assessment of Structured Sentencing(1996), <http://www.ncjrs.gov/pdffiles/strsent.pdf> 자료.(이하, 'BJA 1996 보

각 주의 양형기준제에 관한 심포지엄을 개최하고, 그 결과를 “양형: 각 주들에 있어 중요한 과제(Sentencing: What’s at Stake for the states?)”라는 제목으로 여러 학자, 실무가들의 논의 사항을 그해 Columbia Law Review에 정리한 바 있다.⁵⁾ 위 저널에는 양형기준에 대하여 깊이 있는 논문이 많이 수록되어 있어 참고할 만하다. 그 중, Richard S. Frase 교수가 2005년 초까지의 각 주 양형기준 운용 현황 및 쟁점에 대하여 자세히 정리하여 “State Sentencing Guidelines: Diversity, Consensus, and Unresolved Policy Issues”라는 제목으로 위 저널에 발표하였다.⁶⁾ 본 글은 위 두 자료를 중심으로 각 주 양형기준 현황 및 쟁점을 살피고자 한다.

II. 미국 각 주 양형기준 운용 현황

1. 개괄적 현황

2007년 초반 현재 미국에서는, 연방, 21개주 및 워싱턴 특별구에서 양형위원회가 운용되고 있는 것으로 파악된다.⁷⁾ 위 양형위원회 중, 17개 위원회는 양형기준의 제정과 동시에 설립되었고, 나머지 6개 주의 경우는, 공식적인 양형기준이 없는 상태에서, 운용되고 있는 것으로 보인다고 한다. 후자의 예는 루이지애나 주, 매서쥬세츠 주, 네바다 주, 뉴 멕시코 주, 오클라호마 주, 사우스 캐롤라이나 주이다. 1980년에는 미국에서 최초로 미네소타 주에서 상설 양형위원회에 의한 양형기준으로는 최초의 양형기준이 탄생하였다. 미네소타 주의 양형기준은 수립 당시부터 교도소 구금인원에 대한 영향 평가 등을 고려하여 교정 정책 분야에 있어서도 매우 효율적으로 대처한 성공적인 양형기준제라는 평가를 받고 있다.⁸⁾

또한, 플로리다 주, 미시간 주 및 테네시 주 등 3개주에서는 양형위원회에 의하여 마련된 양형기준이 여전히 효력을 유지하고 있으나, 의회에서 각 양형위원회를 폐지하였다. 메인 주, 텍사스 주, 콜로라도 주, 네바다 주, 뉴욕주 등은 양형기준의 도입 여부를 검토한 후, 채택하지 않기로 한 것으로 알려져 있다.

고서’라고 함)

5) Col. L.R 2005 Vol 105,(May 2005)

6) Richard S. Frase, State Sentencing Guidelines: Diversity, Consensus, And Unresolved Policy Issues, Columbia Law Review Vol 105 May 2005,

7) Model Penal Code 54쪽 참조

8) BJA 1996 보고서, 17쪽

또한, 현재 캘리포니아 주, 콜로라도 주, 코네티컷 주, 뉴저지 주에서는 새로운 상설 양형위원회의 설립에 대하여 논의하고 있다고 한다.

유타 주, 알라바마 주, 알래스카 주, 미네소타 주, 플로리다 주, 미시간 주, 워싱턴 주, 델라웨어 주, 오레곤 주, 테네시 주, 버지니아 주, 캔서스 주, 아칸소 주, 노스 캐롤라이나 주, 오하이오 주, 몬타나 주, 위스콘신 주 및 워싱턴 특별구에서 양형기준이 발효되고 있다. 알라바마 주가 2006년 양형기준제를 채택하여 가장 최근 양형기준제를 수립한 것으로 보인다.

2. 세부 현황

양형기준제를 채택하고 있는 각 주들의 양형위원회 설립일, 존속 여부, 양형기준 발효일, 항소에 의한 심사 여부, 자원 영향 평가 유무, 가석방 폐지 여부 등 구체적인 쟁점들에 관한 사항은 아래 표 1과 같다.

[표1 : 미국 각 주 양형위원회 및 양형기준 현황]⁹⁾

주	최초발효	상설 양형위원 회 발족	자원 영향 평가	항소(또 는 다른 강제)	가석방 폐지 여부	중간 제재	경죄 포함	보호관 찰취소	감독부 석방/가 석방	양형기 준 효력
유타	1979. 1.	1983	1993	이유기재		일부	일부		일부	자발적
알래스카	1980. 1			○	대부분					
미네소타	1980. 5	좌동	○	○	○				일부	추정적
펜실베이니아	1982. 7.	좌동	일부	일부		1994	○			추정적
매릴랜드	1983. 7.	1996	1996	이유기재			○			자발적
플로리다	1983. 10.	1998.까 지 존속	1988 -1998	일부	○					폐지
미시간	1984. 1.	1995 -2002	1995 -1997	일부, 1999		○				추정적

9) 알라바마 주를 제외한 다른 주에 관한 사항은, Richard S. Frase, State Sentencing Guidelines: Diversity, Consensus, And Unresolved Policy Issues, Columbia Law Review Vol 105 May 2005, 1196 쪽 표를 주로 참조하였다. 양형기준이 지속적인지 추정적인지에 대하여 인용한 논문의 표에는 나타나 있지 않으나, 위 논문의 본문 및 BJA 1996 보고서 자료 등을 참고하여 표에 항목으로 추가하였음

워싱턴	1984. 7.	좌동	○	○	○	일부		○		추정적
델라웨어	1987. 10.	좌동	○	이유기재	1990	○	○	일부		추정적
미 연방	1987. 11.	좌동	일부	○	○	일부	일부	○	○	현재 자발적
오레곤	1989. 11.	좌동	○	○	○	○			일부	추정적
테네시	1989. 11.	1995.까 지 존속	1995.까 지	일부	일부	○	○			추정적
버지니아	1991. 1.	1995	1995	이유기재	1995	일부		일부		자발적
캔사스	1993. 7	좌동	○	○	○				일부	추정적
알칸소	1994. 1.	좌동	○	이유 기재	일부	○				자발적
노스캐롤라 이나	1994. 10.	좌동	○	일부	○	○	○		일부	추정적
오하이오	1996. 7.	좌동	○	○	○			일부	일부	추정적
미주리	1997. 3.									자발적
오클라호마	1999. 7.									
알라바마	2000. 5.	2006			○	○				자발적
워싱턴 D.C.	2004.6	좌동	일부		○			일부	일부	자발적
매사추세츠	1994.									
몬테나	1997.3.	좌동	○			일부				
위스콘신	1985- 1995	좌동								자발적

위 표를 살펴보면, 양형기준제를 실시하고 주 중에서, 양형기준이 추정적인 효
력을 지니고 있는 주들이 자발적인 효력을 부여하는 주보다 많음을 알 수 있다

(다만, *Blakely* 판결이나 *Booker & Fanfan* 판결 이후, 각 주 양형기준의 효력이 어떤 변화를 겪었는지에 대하여는 추가적인 연구가 필요하다).¹⁰⁾

위 표에 따르면, 연방 양형기준을 포함하여, 약 12개의 주들에서 중간 제재에 대한 기준을 가지고 있음을 알 수 있다.

중죄 이외에, 경죄의 전부 또는 일부까지를 포함하는 양형기준을 마련하고 있는 주는 대여섯 주로 파악된다. 경죄를 포괄하는 양형기준을 보유한 주에서는 중간 제재에 대한 기준도 포함하고 있는 특색을 살펴볼 수 있다.

III. 각 주 양형기준의 유사성¹¹⁾

1. 다양한 양형 목표 설정에 대한 공감

첫째, 양형에 있어, 다양한 양형이론들, 개혁 목표들 및 체계적인 필요성을 반영 하여야만 하고 양형 및 개혁 목표들은 계속적으로 발전하여야 한다는 공감대가 형성되어 있다고 한다. 비록 양형기준이 비례성의 원칙과 통일성을 강조하고 있지만, 마찬가지로 범죄통제라는 목표에도 중점을 두고 있다.

2. 독립적 위원회에 위한 양형기준 수립, 실행 및 모니터링

Frase 교수는, 독립적이고 다양한 구성원이 참여하는 상설 양형위원회에 의하여, 양형기준이 발전하고, 실행되고, 모니터링 되고, 그리고 주기적으로 개정되어야 한다는 강한 공감대가 형성되어 있다고 한다. 그는, 양형위원회는 교정에 대한 영향 평가 등을 지속적으로 수행하는데 이를 위하여는 현재 및 과거에 대한 양형 실무에 대한 세부 정보가 필요하다는 것이다. 양형기준을 수립한 이후, 양형 위원회를 없애버린 주들도 있지만, 위와 같은 주들의 양형기준은 아주 약한 것이거나 최초의 양형기준을 아주 약화시킨 후에 양형위원회를 없앴다고 한다. 이러한 여건에서는, 양형위원회를 단지 없애는 것과 전체 양형개혁을 취소하는 것과 실질적인 차이가 없다고 한다. 이러한 예는 위스콘신 주나 루이지애나 주에서 볼 수 있다고 한다.¹²⁾

10) *Blakely* 판결에 대한 몇 개주의 입장에 대한 자료로는, Individual State Response to *Blakely* v Washington(www.ussc.gov/states/blakely.htm) 참조. 펜실베이니아 주 양형위원회는, 위 판결이 주 양형기준에 영향을 미치지 않는 것으로 검토되었다고 한다.

11) *Fraze*, 앞의 논문, 1206 내지 1208쪽 참조

성공적인 양형기준의 수립, 지속적인 양형기준제의 운용을 위하여 다양한 구성원들이 참여하는 상설적인 양형위원회가 필요하다는 점에 대하여 미국 모델형법 등 여러 저작들에서 강조되고 있다.¹²⁾

3. 자원 영향 평가(resource impact assessment)의 필요성 공유

양형기준을 적용하는 판결이 충분하게 예측되어야 하고, 상설 양형위원회에서 자원에 대한 영향 평가를 준비하고 공표하는 점에 대하여 대체로 공감하고 있다. 양형위원회가 운용되고 있는 주에서는 거의 예외 없이 자원 영향 평가를 하고 있다. 양형기준의 실행은 국가 교정 행정과 밀접한 관련이 있으므로, 위원회에서 교정에 미치는 영향을 평가하고 있으며, 위원회의 역할 중 매우 중요한 기능이라고 할 수 있다.

4. 양형에 관한 권한의 적절한 할당

양형기준제를 시행하는 주들에서 묵시적인 공감이 이루어지고 있는 점 중 하나는, 양형에 대한 권한이, 다양한 기관과 행위자들에게 할당되어야 한다는 것이다. Frase는 Kevin Reitz의 말을 인용하면서, 양형은 구조적인 측면에서는 입법부와 양형위원회, 그리고 구체적인 사건의 측면에서는 당사자와 법원의 결정 등에 의지하므로, 이러한 결정자들의 상대적인 영향이 균형을 유지하여야 한다고 주장한다. Reitz에 의하면, 연방 양형기준은 의회나 양형위원회, 검사에게 너무 많은 권한을 부여하였다는 것이고, 각 주 양형기준들에서 보다 더 균형이 이루어지고 있는데, 특히, 미네소타 주의 경우가 균형이 잘 이루어지고 있다고 한다.

5. 보다 단순한 형태의 양형기준의 필요성

양형기준에 관한 규정을 되도록이면 단순하게 한다는 점에 대하여도 묵시적인 공감대가 형성되어 있다. 연방 양형기준은 명백히 이러한 단순함을 덕목이라고 보지 않았기 때문에, 어떤 주의 양형기준보다 복잡하다.

이러한 관점에서 볼 때, 2004년 이래로 영국 양형위원회에서 개별 범죄 유형에 대하여 순차 공표하고 있는 양형기준은, 그 내용이 방대하고 서술적인 방식으로

12) 현재 위스콘신 주 양형위원회는 주의 예산 사정으로 활동을 중단한 것으로 보인다. 위스콘신 주 양형위원회 홈페이지 참조(<http://wsc.wi.gov/>)

13) Model Penal Code(2007 초안) 45쪽 이하; 박형관·이주형, “양형위원회 운영방식에 대한 비교법적 고찰”, 법조 2007년 6월호, 11쪽 이하;

개별 양형기준을 설명하고 있어, 보통의 법조인조차 쉽게 그 기준을 이해하거나 적용하기 어려울 수 있다. 예를 들면, 금년에 공표된 성범죄자에 대한 양형기준은 130여 페이지에 이르는데, 비록 여러 성범죄 유형에 대하여 다양한 서술식 기준을 제시하고 있지만 일반인들이 쉽게 한 눈에 알아보는 것은 어렵다.¹⁴⁾

IV. 해결되지 않은 주요 쟁점들¹⁵⁾

1. 양형 목표나 여러 개혁의 목표들과 관련

양형기준제는, 공공 정책에 관한 다른 수단들과 마찬가지로, 추구하는 목표들에 근거하여 모양이 짜여진다고 한다. 정책입안자들은, 응보(retribution), 재사회화(rehabilitation) 등과 같은, 형벌의 다양한 목적들의 본질이나 우선 순위들에 관하여 결정을 내려야 하고 일정한 가정도 하여야만 한다. 아울러, 위 형벌의 목적과 달리, 양형에 있어서의 진실성과 투명성과 같은 양형개혁의 목표들도 고려하여야 하고, 체계적 및 실용적인 고려사항으로 교도소 과밀화 방지나 유죄 시인이 잘 이루어지도록 촉진하는 등과 같은 사항들도 고려하여야만 한다. 예를 들면, 양형 판단에 대한 항소심에 의한 심사 및 기타 양형기준을 강제하는 수단을 결정하는데 있어 정책입안자들은, 응보나 일반 예방 및 정확한 자원 영향 평가 등과 같은, 제재의 통일성에 의하여 달성되는 목표의 중요성에 관한 사항을 결정하여야 하더라도, 위험성 평가나 교화적 정의 및 효율성과 같은 보다 탄력적인 원칙들에 의하여 최선으로 달성될 수 있는 다른 목표들의 중요성에 관한 사항도 결정하여야 한다.

최근에 탄생한 알라바마 주 양형기준에서 정한 양형 목표 조항을 보면, 다양한 양형개혁과 양형시스템의 목표들을 나열하고 있지만, 열거되지 않은 많은 양형 목표나 고려사항들이 있다. Frase 교수는, 이러한 모든 목표들이 어떻게 조화될 수 있을 까 질문을 던진다. 특히, 이러한 목표들은 종종 서로 이해가 상반되거나 교환적인 관계(trade-off)에 있다고 한다. 가장 대표적인 예로, 응보라는 목표와 범죄 통제라는 목표의 충돌을 들 수 있다. 정신박약자나 마약복용자들의 예를 보면, 그들이 법에 복종하여야 하는 유책성면에서는 낮을 수 있으나, 자격박탈이나 취급

14) 영국 양형위원회 홈페이지 ‘양형기준’란 참조

15) Frase, 앞의 논문, 1208 내지 1215쪽 참조

의 관점에서 보면 더욱 위험스러운 것이다. 범죄 통제라는 목표에서 본다면, 유책성이 같은 범죄자에 대하여도 양형에 차이가 있는 선고가 이루어지게 될 것이다.

분명한 사실은, 모든 관계되는 목표들과 모든 사안에서의 제약까지 완전히 달성하는 것은 불가능하다는 점이다. 따라서 타협을 피할 수 없다고 한다. Frase 교수는, Norval Morris가 주창한 이론, 즉 제한적인 응보이론을 통하여 가장 기본적인 목표간 갈등을 해소하는 것이 최선의 방법이라고 주장한다.¹⁶⁾ 이러한 이론에서는 통일성과 비례성(비례성은 공리주의적 원칙일 수도 있다)이라는 응보적 가치에 의하여 양형의 심각성에 관한 상, 하한의 제한을 설정하게 된다. 이러한 제한 내에서 다른 목표들이나 원칙들이 특정한 사안에 부과되는 형을 결정하게 된다. 이렇듯 고려되는 다른 목표 등에는 단지 예방, 자격박탈, 재사회화 같은 목표만 포함되는 것이 아니라 평등성, 그리고 필요최소한의 원칙(the Parsimony principle)도 포함된다. 필요최소한의 원칙이란 특정한 양형의 목표를 달성할 수 있는 최소한 덜 중한 방안을 선택한다는 원칙이다. 미국변호사협회 기준이나 모델 형법 양형편에도 이러한 원칙이 나타나 있고 한다.¹⁷⁾ Norval Morris가 주창한 이론은 미네소타나 양형기준제를 시행하고 있는 주들 중 많은 주들에서도 묵시적으로 원용하고 있는 것으로 보인다고 한다.

2. 몇 가지 특별한 문제들

가. 상습적 범죄자들 및 제한적인 응보주의의 한계

상습적인 범죄자들을 다루는 문제와 관련하여, 비례성 원칙에 입각한 가치들과 공리주의적인 목표에 입각한 가치들을 조화시키는 방안을 찾기 어렵다. 여러 범죄를 저지르거나 과거 범죄 전력이 많은 범죄자들은 명백하게 재범의 우려가 높다. 따라서, 실무상 많은 판사나 검사는 이러한 범죄자들에 대하여 오랜 기간 사회에서 격리하고자 한다. 그러나, 응보주의 입장에 선다면, 이러한 견해는 적정하지 않다. 왜냐하면, 상습 범죄자들도 이미 그들이 지은 죄에 대하여는 상응하는 처벌을 받았기 때문에 그 기록을 토대로 가중하는 것은 적정하지 않기 때문이다.

16) 이러한 입장에 대한 자세한 글은, Frase, A More Perfect System: Twenty-Five Years of Guidelines Sentencing Reform, Punishment Purposes, Stanford Law Review October, 2005. 76쪽 이하

17) Model Penal Code: Sentencing, Tentative Draft NO.1(April 9, 2007), The American Law Institute, 13쪽 참조

이 점과 관련하여 형벌 이론은 잘 발달되지 않았다고 한다. 전과를 전혀 고려하지 않아야 한다는 극단적인 주장도 있고, 양형에 반영하여야 한다는 입장도 있다. 위 쟁점에 대한 해결되지 않은 긴장이 있다는 점이, 연방대법원이 장기간의 구금형에 대하여 수정헌법 제8조를 적용하는 것을 주저하는 현상이나,¹⁸⁾ 현 범죄의 심각성에 대비하여 전과를 가중하는 정도나 계량화에 있어 여러 양형기준 시스템에서 다양한 모습을 보이는 점을 이해할 수 있게 해 준다. 현대 대부분의 양형시스템이 전과에 일정한 가중치를 주고 있는 점에 비추어, 전과는 양형의 가중요소가 아니라는 주장을 정책결정자들이나 공중이 받아들이리라고 생각하기 어렵다. Moris의 접근 방식에 의하면, 기본적으로 응보 원칙이 가능한 정도의 형벌의 상, 하한으로 정해진 다음, 공리주의적 관점에서 위 응보적으로 설정된 범위가 깨지는 점(point)이 정하여 질 것이다. 그 점을 정하는 것에 대하여는 심도 있는 사고와 경험적인 연구가 필요한 것이다. 또한, 앞서 본 바와 같은 필요최소한의 원칙도 매우 중요하다.

비례성 원칙에 의한 제한을 양형에 가하도록 하는 다른 측면은, 가장 복잡한 사안들을 정신 건강 시스템에 맡기는 것이다. 많은 주들이 최근에 이런 정책을 성범죄자들에 대하여 사용하고 있다. 이러한 문제점 중의 하나는 구금 비용보다 더 비용이 많이 드는 것이라고 한다.

나. 유예 형 등과 엄격한 형벌

전과를 가중하는 것과 같이, 미국 주의 양형기준의 경우에는 형이 유예되는 경우가 많다. 특히, 미네소타 주의 경우는 그러한 경향이 강한데, 중죄 사건의 약 80 퍼센트가 형이 유예되거나 정지된다고 한다. 유예 형을 많이 사용하는 것은 제한적 응보주의 이념에 부합할 수 있고, 효율성이나 탄력성 및 지역별 가치나 필요를 수용하려는 목표들에 부합한다. 그러나, 다른 양형 목표들에 부합하는지 생각할 필요가 있다고 한다. 유예 형이, 최소한 다양한 적극적 또는 소극적인 조건들이 향후 위반에 대한 강한 위협에 결합되어 있는 경우, 충분한 형벌 “결과” 및 “비난”이나 규범적인 강제, 일반 또는 특별 예방, 정당한 응보, 형벌의 명료하고 소통

18) 미국 수정 헌법 제8조는 ‘잔인하고 통상적이지 않은 형벌 부과’ 등을 금지하는 내용임 (Amendment VIII [Bail; Cruel and Unusual Punishment], Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted)

적인 목표에 최소한의 정도를 충족하는가? 취소되는 비율은 자원 영향 평가가 가능할 정도로 충분히 예측되는가? 위반에 대한 충분한 제재가 없는 경우, 범죄자, 피해자 및 일반 공중이 유예 형을 어떻게 생각하는가?

이러한 기본적이고 규범적인 질문들을 답하는 것이 양형기준 시스템을 고안하는데 있어 중요한 시사점을 준다는 것이다. 특히, 유예 형을 많이 사용하는 시스템에서는 중간 제재형이나 취소 결정에 대하여 보다 더욱 규율할 필요가 있다는 점이 명백하다고 한다.

V. 기타 양형기준 설정과 관련된 쟁점들

1. 경험적 접근 방식과 규범적으로 접근 방식

양형기준을 제정한 다수의 주들에서 기준을 마련할 당시, 과거 양형 현황을 그대로 따르는 방식을 취하지 않고, 규범적인 접근 방식을 선택하였다고 한다. 과거 양형 실태를 그대로 반영하여 기준을 마련하는 것은, 양형편차를 줄여 양형에 있어서의 통일성을 높일 수는 있겠지만, 일부 범죄에 대한 관대하거나 가혹한 형의 경향을 고칠 수 없게 된다.

그러나, 규범적인 접근 방식에 중점을 둔 주들에서도 주들에서도 양형위원회가 규범적인 판단을 내리기 전에, 과거 양형자료들을 분석한다.

2. 범죄수준의 결정 방식

모든 주들에서 범죄 수준은, 재범위험성이 아닌, 범죄의 심각성에 의하여 결정되어야 한다고 규정하고 있다. 즉, 범죄수준을 결정하는 단계에서는 범죄 자체의 중대성에 비추어 그 수준을 결정하여야 한다는 것이다.

다만, 범죄수준을 등급화 하는 방법에 대하여는 다양한 방식으로 접근한다. 각 주들의 양형기준에 나타난 ‘범죄수준’의 개수는 9개에서 15개로 다양하다. 연방 양형기준은, 잘 알려져 있다시피, 43개의 범죄수준으로 구성되어 있다.

범죄수준 격자의 개수도 다양하다. 1개의 격자를 사용하는 주도 있고, 범죄 유형에 따라 다양한 격자를 사용하는 주도 있으며, 버지니아 주의 경우와 같이 아예 격자를 사용하지 않는 주도 있다. 버지니아 주의 경우에는 15개 주요 범죄 유형에 대하여 개별적인 작업지(Worksheet)를 작성하는 형태로 양형기준을 설정하고 있

다.¹⁹⁾ 한편, 위스콘신 주의 경우에는 18개의 격자를 사용하였다고 한다.²⁰⁾ 여러 격자를 사용하는 방식의 문제점은 범죄수준들에 대하여 종합적인 고려를 하기 어렵다는 것이고, 이에 따라 죄 유형에 따라 불균형이 나타날 수 있다고 한다.

3. 어떠한 자원 영향 평가방식을 사용할 것인가?

Fraze 교수에 따르면, 각 주의 양형기준 시스템의 가장 중요한 혁신이자 그러한 시스템의 존속과 효율성에 있어서 가장 중요한 열쇠는, 그러한 시스템에서 교도소 및 기타 자원들에 대한 영향 평가를 수행하는 것이라고 말한다. 미네소타 주나 다른 많은 주들에서 이러한 영향 평가들이 교도소 적정 수용 인원 유지를 위하여 필수적이라고 생각하고 있으며, 미네소타 주는 양형위원회와 의회 공동으로 위와 같은 평가작업을 주기적으로 행한다고 한다. 노스캐롤라이나 주도 미네소타 주의 예를 따랐으나, 근래에서는 의회의 요구가 있는 개개 경우에만 평가를 실시한다고 한다. 미 연방의 경우는 양형기준을 제정할 당시에 폭 넓은 연구가 행하여졌지만, 그 이후에는 이루어지지 않았다. 미네소타 주의 경우는 이러한 연구를 매우 성공적으로 수행하고 있는 것으로 알려져 있다.

그에 의하면, 위와 같은 연구 결과가 없다면 정책 당국자들은 현재의 구금 인원이 적정한 것인지 여부를 판단하기 어렵게 된다. 물론, 어떤 사람들은 범죄와 싸우고 고용을 증가시킨다는 측면에서 교도소 증설을 선호하는 사람도 있다. 그들의 주장은 자의적인 교도소 수용인원의 정원을 설정하는 것보다는 처벌의 적정한 점을 찾아내야 한다는 것이다. 그러한, 적정한 처벌 인원의 정도를 찾아내는 것은 매우 어려운 일이고, 데이터의 축적과 함께 매우 분석이 필요한 작업이라고 한다. 이러한 적정한 데이터가 없는 경우에는, 정책결정자들은 절대로 현재의 구금 수준이 너무 낮은 것이라고 단정하여서는 안된다는 주장한다. 교도소 과밀화를 방지하는 가장 좋은 길은, 의회가 이미 마련한 재원을 넘어서는 추가적인 교도소 증설은 없다는 보수적인 가정을 하는 것이다. 이러한 가정 하에서는, 양형위원회나 정책결정자들이 매우 효율적이고 비용이 저렴하면서도 인간적인, 구금형에 대한 대체

19) 자세한 내용에 대하여는, 줄고, 버지니아 양형기준제, 양형위원회 전문위원 연구보고서 참조.

20) 이 점을 비롯하여, 양형기준을 실제로 디자인할 때 고려하여야 할 사항에 대한 참고사항은, BJA 1996 보고서 59쪽 이하 'Writing Sentencing Guidelines' 부분 참조. 동 보고서에서는 위스콘신 주에서 격자 18개를 사용하고 있다고 하였으나, 현재는 11개의 격자를 사용하고 있는 것으로 보인다.

형벌을 추구하게 된다. 이러한 경우, 정책결정자들이 제한적인 자원 사용에 대한 우선 순위에 대하여 토론을 벌이게 된다. 따라서, 강한 처벌을 원하는 사람은, 추가적인 세금과 다른 범죄자들에 대한 경한 처벌 등과 같이, 그들의 제안에 대한 재정 평가에 대한 책임을 지게 된다. 한편, 양형위원회는 위와 같은 영향 평가를 통하여 의회가 형벌에 대한 우선 순위를 정하려고 할 때 도움을 줄 수 있다.

4. 양형기준을 강제하는 방식

많은 사람들이 자발적인 양형기준은 큰 효력을 발하지 못할 것이라고 하였다. 그러나, 자발적인 양형기준을 채택하고 있는 다수 주들에서도 높은 순응율을 유지하고 있다.

같은 자발적 기준이라고 하더라도, 양형기준을 강제하는 여러 가지 수단을 있다. 위 표 1에서 나타나 있듯이, 판사로 하여금 이탈의 경우, 이유를 기재하게 한 다든가, 항소에 의한 심사도 있다. 또한, 판사 개인의 이탈율을 공표하는 것과 같은 방식도 판사들이 이탈을 꺼리게 하는 방법이 된다.²¹⁾ 이와 관련하여, Marc Miller 교수는 양형개혁의 목표를 달성하기 위하여는, 양형정보를 공개하는 것과 양형정보에 특히 판사를 식별하는 요소를 두는 방안이 핵심적이라고 주장하고 있음도 참고할 만하다.²²⁾

Fraze 교수는 의미 있는 항소 심사 제도를 지니고 있는 양형기준제가 양형기준과 법령을 해석하는 판례법 체계를 발전시킬 수 있고, 마치 다른 법률 영역에서 보통법이 이룩해온 것과 같이, 구체적인 사례들이나 사법적인 경험을 토대로 양형정책을 보다 발전시킬 수 있다는 점에 대하여는 이론이 없다고 한다. 많은 연구들이 위 쟁점에 대하여 이루어져야 하는데, 우선적으로 다른 관할권 사이에 양형기준 순응율을 유효하게 비교하는 수단을 개발되어야 한다고 한다. 예를 들어, 특정 사안에 있어 초범에게 보호관찰형을 선고하는 것이 미네소타에서는 이탈이 될 수 있으나 워싱턴 주에서는 그러하지 않는다는 것이다.

5. 가석방에 대한 재량이 유지되어야 하는가?

양형기준제를 채택하고 하고 있는 주들 중, 소수 주가 아직 중죄라든가 아니면

21) 워싱턴 주의 경우, 1996년부터 판사 개인에 대한 양형데이터를 공표하고 있다고 한다. Frazee, 앞의 논문, 1199쪽의 주석 42번 참조.

22) [주 1], A Map of Sentencing and a Compass for Judges, 1385, 1387쪽 참조

특정 죄에 대하여 가석방 제도를 유지하고 있다고 한다. 가석방 제도를 유지하는 것은, 주 정부의 입장에서 볼 때, 감옥을 보다 중한 범죄자들에게 사용될 수 있게 한다든가, 선고 당시에 고려되지 않았던 사정에 대하여 탄력적으로 대응할 수 있다는 측면에서, 장점이 있다.

그렇지만, 재량적인 가석방 석방은 많은 단점을 가지고 있어, 양형기준제를 실시하고 있는 많은 주들에서 가석방을 폐지하였다. 가석방은 주요한 양형의 목표를 좌절시키거나 낮추어 버리는 측면이 있다. 구체적으로, 동종 사안에 대한 불균등한 형이 부과되게 되는 면이 있고, 가석방에 있어 너무 심하게 재량이 행사되는 경우에는 양형의 일반, 특별 예방 효과를 방해하게 되고 양형의 진실성을 확보할 수 없게 된다. 또한, 가석방으로 인하여 실제 복역 기간을 예측하기 어렵게 되어 일정한 양형 관련 규정의 비용에 대하여 예측하게 어렵게 된다.

Frazee는, 가석방을 유지하는 것으로 인한 나쁜 점이 이점보다 많은 것인지 여부에 대한 더 연구가 필요하다고 말한다. 그에 의하면, 가석방 폐지 여부는 전부 또는 전무(all-or-nothing) 방식으로 판단되어야 하는 것은 아니다. 어떤 주는 일정한 범죄에 대하여 가석방을 허용하고 있다. 예를 들어, 미네소타 주에서는 1급 살인 초범에 대하여, 30년 복역 후에, 가석방될 수도 있도록 하고 있다. 최근에는 장기 구금형에 처해지는 많은 범죄자들에게 대하여 가석방이 허용될 수 있는 제안들이 만들어 졌다.

가석방과 관련된 쟁점 중 하나는, 양형기준과 가석방 기준과의 관계이다. 가석방이 존재하는 주의 경우에, 판사가 최소 복역형을 선고하는 관할권도 있고, 최대 복역형을 선고하는 주도 있다. 최소 복역형을 선고하는 경우에는 양형의 진실성에 관련된 논란은 적다.

6. 중간 제재의 사용 정도

연방 양형기준에 대비하여, 각 주 양형기준의 특징 중의 하나로 일컬어지는 점 중 하나가 연방보다 중간 제재형이 많이 선고된다는 것이다.²³⁾ 하지만, 각 주마다 중간 제재형의 사용 정도도 다르고, 중간 제재형에 대한 양형기준을 지니고 있는 주도 있고 없는 주도 있다. 그러나, 어떤 주도 보호관찰의 조건이나 중간 제재형

23) Frase, 앞의 논문, 174쪽

에 대한 기준이 구금형에 대한 양형기준만큼 규율되고 있지는 않다.

7. 경죄에 대한 기준 포함 여부

양형기준제를 채택하고 있는 대부분의 주들은 중죄에 대한 양형기준만을 가지고 있다. 그러나, 경죄에 대한 양형기준을 가지고 있지 않은 경우, 중죄자와 경범죄자 사이에 양형에 있어 불균형이 생길 수도 있다. 이를 테면, 중범죄자들에 대하여 중간 제재형이 선고되는데 반하여, 경범죄자에서 구금형이 선고될 수도 있는 것이다. 이런 측면에서 종합적인 기준 설정의 중요성이 강조될 여지가 있다.

일부 범죄에 대한 양형기준만 설정하게 되면, 이러한 불균형은 심화될 우려가 있다. 따라서, 되도록이면 모든 범죄를 포괄하는 양형기준 설정 방식을 고려할 필요가 있다. 일부 범죄에 대하여만 양형기준을 설정하는 방식은, 종합적인 양형 정책을 수립하기 어려운 단점이 있을 수 있다.²⁴⁾

8 집행유예나 감독부 석방의 취소에 대한 규율 여부

불공정한 양형편차를 줄이고, 불필요한 구금도 피하는 한편 공중의 안전을 높이기 위하여 이러한 취소 결정에 대하여도 엄밀한 기준 설정이 필요하다.²⁵⁾ 이러한 영역의 문제는 두 가지 측면으로 살펴볼 수 있는데, 하나의 영역은 보호관찰 중인 사람에 대한 취소 결정의 문제이고, 나머지 하나는 실형을 선고받고 복역된 후 석방된 사람에 대한 규율 문제이다. Frase에 의하면, 이러한 취소 결정에 대하여 규율하는 것은, 양형에 대한 편차를 줄이는 점이나 불필요한 구금을 줄이는 측면, 그리고 공공의 안전에 증진시키는 것과 밀접한 관련이 있다고 한다. 이러한 취소 결정에 의하여 구금되는 인원이 많기 때문에 이러한 영역을 세밀히 규율하는 것도 매우 중요하다고 한다. 그럼에도 불구하고, 양형기준을 시행하는 주들에서도 이러한 영역을 규율하는 주는 단지 과반수 정도 밖에 되지 않는다고 한다. 미네소타 주의 기준을 보면, 이러한 취소 결정과 관련하여 “너무 가볍게도 취급되어서는 안되고, 또한 단지 기술적인 위반에 대하여 기계적으로 취소 결정이 이루어져서도 안된다는” 점을 명확히 하고 있다고 한다.

우리나라에서도 집행유예를 선고하는 경우에 보호관찰, 사회봉사 및 수강명령을

24) 이러한 관점에 대하여는, Michael Tonry, "Punishment and Politics", William Publishing(2006), 112, 115쪽 참조

25) Frase, 앞의 논문 1228쪽

부과할 수 있고, 이에 대하여 위반 정도가 중한 경우에는 이를 취소할 수도 있다.²⁶⁾ 또한, 가석방의 처분을 받은 자가 감시에 관한 규칙을 위반하거나 보호관찰의 준수사항을 위반하고 그 정도가 무거운 경우에는 가석방을 취소할 수 있다.²⁷⁾ 아직까지 집행유예나 가석방의 취소 기준에 대한 실질적인 논의가 전개된 것 같지는 않다. 양형기준을 수립하면서 이러한 부분까지 고려하여 논의를 진행하여야 하지 않나 생각된다.

9. 검사의 유죄협상에서의 재량 규율 여부

미국 연방 양형기준의 경우는 유죄협상을 통한 검사의 재량이 매우 큰 것으로 알려져 있다. 연방 양형개혁이 단지 양형재량을 판사로부터 검사에게 이전시킨 것일 뿐이라는 비판이 있어 왔고, 미국 학계나 실무가들도 이러한 견해에 동조하는 사람이 많은 것으로 보인다.²⁸⁾

그러나, Frazee 교수는, 잘 고안된 양형기준제를 운용한다면, 이 부분에 대한 규율의 필요성이 크지는 않다. 그가 말하는 ‘잘 고안된 양형기준제’는, 합리적인 범죄 수준의 정도와 함께, 최소 하한형을 강제하는 입법이 드물고, 판사에 의한 양형기준 이탈 권한이 실질적으로 인정되는 시스템을 말한다.²⁹⁾

우리나라에서는 유죄협상이라는 제도가 명시적으로 존재하지는 않으므로 이러한 점에 대한 우려는 크지 않을 수 있지만, 향후, 양형기준이 수립되고 유죄협상의 관행이 나타나게 된다면 이러한 점에 대한 미국 내의 우려에 대하여도 신중하게 살펴야 하리라고 판단된다. 미국에서 비록 두드러진 논의는 아니지만 검사 내부 기준을 수립하는 문제에 있어서도 양형위원회가 일정한 역할을 할 수 있다는 주장도 있음을 참작할 만 하다.³⁰⁾

10. 기타 양형기준 수립과 관련된 주요 쟁점들

Frazee 교수는, 양형기준을 수립하고자 할 때 고려되어야 하는 기타 주요 쟁점들을 추가로 언급하고 있다. 이러한 주요 쟁점들로는 1) 양형위원회의 구성, 구조

26) 형법 제62조의2, 제64제 제2항 참조

27) 형법 제75조

28) U.S. Sentencing Commission(USSC), Fifteen Years of Guidelines Sentencing(2004.11), 116, 127-131쪽; 정상환, 양형기준 도입방안 연구, 형사법의 신통향, 2006. 6월호. 75, 78쪽 참조

29) 앞의 논문, 1230- 1231쪽

30) Ronald F. Wright, Sentencing Commissions As Provocateurs of Prosecutorial Self-Regulation, Columbia Law Review May 2005(vol. 105), 1010쪽 이하

및 권한, 1) 입법적인 강제, 3) 다른 정부기관과의 관계, 4) 격자 방식의 기준(다수 또는 단일한 격자), 또는 서술형 기준을 선택할 것인지 여부, 5) 양형법 개혁과 형법 개혁과의 관계 등이 거론된다.

VI. 맺음말

미국 각 주 양형기준제의 장점의 하나로 “추상적인 논리에 얽매이지 아니하고 현실적인 자료와 현실적인 필요성, 그리고 각 시대가 원하는 요청을 토대로, 판사에 의한 형의 선고절차뿐만 아니라 행형과정을 포한 전체적인 형사절차를 염두에 두고 제도를 검토하여 왔다”는 점이 이야기 된다.³¹⁾ 타당한 언급이라고 생각된다. 본고에서 살핀 것과 같이, 미국 각 주는 양형기준을 운용함에 있어 여러 다양한 쟁점 등을 신중히 고려하면서 제도를 운용하고 있음을 엿볼 수 있다. 우리도 양형기준을 수립함에 있어 관념적이고 추상적인 논의에 치중하기 보다는 실증적이고 객관적인 토대에서 전체적인 형사절차에 미치는 요소 등을 하나하나 신중하게 되짚는 노력이 필요하다고 본다.

미 법무부 사법보조국(Bureau of Justice Assistance) 자문위원회에서 양형기준을 마련하려고 고려하고 있는 주들에게 권고하고 있는 내용을 요약하면서 글을 맺고자 한다. 『■위원회 구성에의 참여(Commission representation participation); 기준 수립에 폭 넓은 참여가 이루어지는 것이 공표된 기준들을 실행하고 기준들의 수준을 높인다는 측면에서 바람직하다. ■자원(Resource); 위원회가 주의 과거 양형 실무를 준석하고, 다른 주들의 경험을 연구하며, 위원회가 고려하여야 할 보고서와 안건을 준비하고, 위원회의 회의를 준비하고, 필요한 자문자들을 고용하고, 법원이나 다른 정부 기관에 대하여 지속적인 피이드백을 제공하고, 양형기준의 영향을 모니터하고 평가하도록, 적절한 재정적 지원이 필요하다. ■지속적인 모니터링과 지원(Ongoing monitoring and support); 성공적으로 양형기준을 수립한 위원회들은 실행한 다음, 예산이나 직원에 대한 수요가 증가한다는 것을 깨달았다. 그 이유는, 의회가 위원회에 지속적으로 여러 가지 책임을 부과하는데 따른 것이고, 또한, 양형기준을 유지하고 평가하는데 따른 것이다. ■항소를 통한 심사(Appellate review); 강제하는 수단이 없다면, 양형기준은 단지 권고적/자발적인

31) 이상원, “미국의 주 양형제도의 변천과 현황”, 「외국의 양형제도 연구」, 법원행정처 2003. 6, 63쪽 참조

것일 따름이고, 양형 관행을 바꾸는데 큰 영향을 주지 못한다. 통상적인 절차는 항소에 의한 심사를 거치게 하는 것이고, 항소 심사를 위하여, 피고인이나 검사에 의하여 항소가 제기되는 것이다. ■최소 하한형 입법(Mandatory minimum sentence); 많은 주들의 경험으로 보아, 최소 하한형이 많이 사용되는 것은 교도소 구금인원을 조절하고 양형편차를 감소시키려는 두 가지 목표를 달성하는데 장애를 준다. 만약 그러한 입법들이 형 선고를 받는 인구에서 많은 비율에 영향을 주는 경우, 주에서는 그러한 규정들을 저지하여야 할 것이다. ■이탈에 대한 통제 (Controlling the use of departures); 양형기준으로부터 이탈하는 사유로 어느 정도 주관적인 사유를 허용할 것인 지는 불공정한 편차를 줄이는 목표와 밀접하게 관련이 있다. 주들은 이탈이 허용되는 형태들에 대하여 가능한 한 명확화하여야 한다. 더 나아가, 양형위원회는, 다른 사항들 보다도, 범죄 유형이나 인종 및 성에 의하여 이탈이 이루어지는 빈도와 경향을 신중하게 모니터하여야 한다.』