

## 뉴질랜드 양형제도 연구(요약본)

이주형 전문위원

- 이주형 전문위원이 「뉴질랜드 양형기준제도(초고)」 발표
- 뉴질랜드 양형개혁은 판사와 가석방위원회의 과도한 재량  
때문으로 인식하고 개혁 작업 착수
  - 연구 결과 판사와 법원 사이의 판결의 일관성 부족 사례가  
확인되었고, 입법에 의한 양형재량의 제한 필요성 공감
  - 여러 개혁 방안 중 미국 연방 및 20여개 주와 영국 등이 선  
택한 양형기준을 제정하는 양형위원회의 설치 방안을 선택
- 영국식 양형기준제의 문제점 분석
  - 영국식의 점진적·개별적 양형기준제의 문제점 지적
    - 양형위원회 도입 목적 중 하나인 교도소 수용인원에 대한  
영향 분석 불가능 및 전반적인 양형정책 시행 불가능
  - 사법부 편향의 양형위원회(사법부 소속 기구의 느낌)
  - 제정 형태상 서술 내용이 너무 광범위(성폭력사범만 134쪽)  
하여 판사들에 의한 즉시 활용 불가능
  - 양형기준 준수여부에 대한 의회 감독 부재
- 뉴질랜드가 추구하는 양형기준제도 방식
  - ※ 영국식의 단점을 극복한 양형기준제도
    - 서술적인 것과 수치적인 것의 조화를 추구
      - 영국식에서 판사들이 즉시 적용할 수 있도록 수치적인  
것이 더 많이 가미된 형태(변형된 영국식으로 파악)
      - 그러나, 미국의 격자식 양형기준제를 추구하는 것은 아님
- 망라적 최초 양형기준(Comprehensive inaugural guidelines)

### 추구 및 양형기준 설정 대상 범죄

- 양형기준이 교도소 수용자 수에 끼치는 영향을 예측할 수 있고, 종합적인 양형정책이 가능하도록 양형기준 제정 필요
- 최초 양형기준은 일상적으로 법원에 기소되어 실형선고의 수치에 상당한 영향을 가져오는 실형선고 여부(in/out decision)가 가능한 범죄에 집중되어야 함

### ○ 양형기준의 준수 및 감시

- 양형기준 이탈 사유 : 판사가 양형기준을 따르는 것이 “공공의 이익에 반한다고 확신”하는 경우에만 가능
- 개별적 정의 실현 등은 이탈사유가 안됨
- 양형기준 준수여부 및 문제점 평가를 위해 양형과 가석방 결정을 모니터(Monitor)

### ○ 발표에 대한 전문위원 팀원의 의견

- 뉴질랜드가 추구한다는 양형기준, 특히 ‘상대적으로 망라적’이라는 개념이 불분명하다는 의견 제시됨
- ⇒ 이에 대해서는 ‘실형선고를 통해 수용인원에 영향을 끼치는 대부분의 범죄가 포함되어야 한다’는 의미라고 답변
- ‘망라적’이라는 개념이 양형기준이 적용되는 범죄의 수를 의미하는 것인지 의문이라는 의견 제시됨
- ⇒ 반드시 범죄의 수를 의미하는 것이 아니라 양형현황 분석에서 “수용인원에 영향을 끼치는 대부분의 범죄”가 포함되어야 한다는 의미라고 답변

## 뉴질랜드 양형기준제도(초고)

### I. 뉴질랜드 양형개혁 경과

뉴질랜드의 법률위원회(Law Commission)에서는 2006. 8. 11. ‘양형기준과 가석방 개혁(Sentencing Guidelines and Parole Reform)’ 이라는 보고서를 작성하였고, 위 보고서에 권고된 내용에 따라 Sentencing Council Act 2007이 제정되어 2007. 9. 27. 관보에 공고되고, 같은 해 11. 1.부터 시행되었다.

위 법률위원회의 양형기준 및 가석방 개혁 보고서는 기존 뉴질랜드의 양형 및 가석방 관행에 대한 비판에서 비롯되었다. 위 리포트에 대한 논의는 일상적인 것과 다른 방식으로 이루어졌다. 2005. 12.에 법률위원회에서는 앞으로의 프로젝트에 관하여 수상 및 내각과 함께 논의를 하고 있었는데 법률위원회에서 뉴질랜드에서의 양형과 가석방에 대한 개혁이 필요로 하고 있다는 제안을 했고, 그 결과로 위 뉴질랜드 정부는 2006. 2.에 법률위원회에 위 리포트를 작성하도록 위임의 범위를 정하여 주었다.

위 보고서 작성을 위한 상담은 형사사법시스템과 관련이 있는 많은 집단들과 이루어졌다. 특히 사법부의 일원들(members of judiciary)과 광범위한 상담이 이루어졌다. 이 보고서는 권고내용에 대한 판사들의 지지를 확고히 하려고 하는 것은 아니지만 위 권고내용은 바로 판사들이 양형과정에서 이끌어 낸 통찰력으로부터 제공받았다는 것을 밝히고 있다. 법률위원회의 위원장은 2006. 4.에 영국 양형위원회의 전, 현직 위원장인 Woolf경과 Phillips경 그리고 사무국 직원들과 양형자문단의 구성원들을 만나 내무부에서 토론을 가질 수 있었다. 법률위원회 부회장 또한 호주 빅토리아주의 양형자문단 위원장과 스태프들을 만나 본 보고서와 관련된 논의를 하였다.

위 보고서의 권고내용은 두 개로 구성된다. 첫 번째는 양형기준을 초안할 양형위원회를 뉴질랜드에 설치하는 것이고, 두 번째는 가석방 개혁을 통해서 실형을 선고받은 사람들이 선고형의 최소한 3분의 2 이상을 복역하도록 하

는 것이었고, 위 권고내용에 따라 양형위원회법이 제정되어 발효되기에 이르렀다. 아래어서는 위 보고서의 내용과 권고사항을 간략히 살펴보고 위 양형위원회 법의 규정 내용을 살펴보기로 한다.

## II. 법률위원회 보고서의 내용

### 1. 뉴질랜드 현재 양형구조의 문제점

2006년 2월, 뉴질랜드 법률위원회는 현재의 양형과 가석방 구조에 대하여 개선이 이루어질 수 있는지를 고려할 것을 요청받았다. 더 상세히 말한다면 법률위원회는 양형 판사들에게 더 큰 지침을 줄 수 있도록 양형위원회의 설치가 이루어져야 할 것인지와, 법정에서 부과되는 양형과 교도소 수용자들이 실제로 복역하는 시간 사이에 더 밀접한 관계를 보증할 수 있도록 가석방에 변화가 입어야 할 것인지를 고려할 것을 요구받았다. 뉴질랜드 법률위원회는, 뉴질랜드 양형과 가석방 제도의 가장 핵심적인 문제점은 바로 과도한 재량(highly discretionary nature)이 부여되어 있기 때문으로 보았다<sup>1)</sup>.

뉴질랜드의 2002 양형법(Sentencing Act 2002) 이전에는 양형에 있어서 사법적 재량을 행사하는데 대한 제한이나 지침은 거의 없었다. 위 2002 양형법은 처벌의 최상한을 규정하였는데, 전형적으로는 형벌의 상한을 정하여 그 범죄유형의 가장 나쁜 가상적인 상황을 유보해 두었다. 위 법률은 또한 구금형, 사회공동체 형(community-based penalty), 벌금형의 각 가능한 범위를 규정하고, 가석방이 가능해지기 전에 반드시 복역해야 하는 필수 복역기간의 비율을 명확히 하였다. 비록 특정한 범죄에 대하여 실정법적인 추정규정이나 반 강제적인(semi-mandatory) 규정이 별로 없었지만, 사법부는, 총체적인 정책의 문제에서나 개별적인 사건에 있어서나 모두, 양형의 목적이나 원칙

---

1) 양형기준과 가석방 개혁(Sentencing Guidelines and Parole Reform), New Zealand Law Commission Report 94(2006. 8.) 17쪽

(purposes and principles of sentencing)과 양형 수준(sentencing level) 또는 요율(tariffs)을 결정하는데 있어서 대개 그들 자신의 방식을 활용할 수 있었다.

위 2002 양형법은 그러한 전통적인 접근방법에 큰 변화를 가져왔다. 처음으로, 우선순위를 매기지 않고 종합적이지 아니한 방식으로, 모든 양형의 중요한 목적과 원칙들 그리고 개개 사건에서 고려되어야 할 관련 가중 및 감경 요소들을 명확히 규정하였다. 제제수단의 선택에 관하여도 최소한의 규정이 마련되었다. 이러한 조항들은 법정 앞으로 오는 일반적인 개개 유형의 일반적인 사건에 대한 적절한 구금 설정 비율과 형기 비율을 결정하는데 거의 도움이 되지 못하거나 전혀 도움이 되지 못한다. 현재의 구조하에서는, 입법적인 지시 대신, 적절한 양형수준에 관한 사법적 재량의 행사를 가이드하는 원칙적인 체계는 항소심에 의한 검토이다. 뉴질랜드는 미국과 달리, 역사적으로 기소하는 자와 피고인 모두에게 일반적인 항소권을 주었다. 기소권자는 양형이 원칙적으로 명백히 부적절하거나 잘못되었다고 주장하여 항소할 수 있고, 피고인은 원칙적으로 양형이 명백히 과중하거나 잘못되었다고 주장하여 항소할 수 있다.

그러나 개별적인 사건에 대한 항소심 법원의 결정의 유용성은 한정되어 있다. 그것들은 기속력을 거의 가지지 않고 따라서 일관성을 제공하지 못하는데, 왜냐하면 개개 결정의 범위와 결과는 그 사건의 사실관계에 의해 결정되기 때문이다.

뉴질랜드에는 항소심 양형기준 판결의 사용에 관한 실정법적인 근거가 없다. 그러나, 그러한 항소심 양형기준판결은 2003 실무 노트에서 인식되어지고 승인되었다. 그것은 하나의 사법의 설치로(a creation of the judiciary) 개개의 정의를 위한 여지를 남겨놓아 양형 판사를 돕고 양형 편차를 줄이기 위한 목적으로 고안된 것이다.

## 2. 양형기준판결의 한계

법률위원회의 관점에서는 항소심 양형기준판결의 개별적인 항소심 결정과 관련된 이점에도 불구하고, 심각한 한계를 가지고 있다. 항소심 양형기준판결은 상급법원(전형적으로 항소법원)에 의해 제공된다, 그리고 따라서 지방법원의 입력정보가 부족하다(지방법원은 양형의 대부분을 담당하고 있고, 기본적인 사용자이며 따라서 비구금 양형 선택과 관련한 전문가들이다), 항소법원은 또한 양형정책의 개발에 유익한 관점, 경험 그리고 기술의 범위가 부족하다.

항소법원은 체계적인 연구를 수행할 수 있을 정도의 연구 자원을 가지지 못했고, 여러 양형 방식의 선택에 따른 비용 효과를 조사하거나 양형정책의 더 광범위한 영향을 분석할 자원도 가지고 있지 않다. 양형기준 판결은 양형기준판결의 바퀴로서 사용되는 특정 사건에 대한 자문에서 제공되는 정보의 질과 성질에 의존한다.

양형기준판결은 양 당사자가 그 결과를 기다려 항소를 하는 것으로 개개 사건의 내용 안에서 시작되어 왔기 때문에, 시간적인 제약을 받아왔다. 이것은, 적절한 인적·물적 자원이 활용가능하다고 하더라도, 양형 수준에 관한 정책개발이 바람직할 것 같은 연구가 실행될 가능성이 없다는 것을 의미한다.

양형기준판결들은 항소법원에까지 이르는 특정 사건의 내용에 대해서 선택되는 것이기 때문에, 선례의 불균형한 집적을 가져오는 경향이 있다. 그러한 항소에서는 심각한 범죄와 중형에 대한 항소가 지배적이다. 따라서 양형기준판결은 범죄의 심각성 스펙트럼의 낮은 부분에 위치한 범죄에 대해서는 거의 판결이 이루어지지 않는다. 따라서, 예를 들어, 허용된 혈중알콜농도를 초과한 상태의 지속적인 운전이나 일상적인 폭행과 같은 평소에 자주 발생하는 범죄에 대한 구금기준에 관한 지침(guidance as to the custody threshold for routine offences)은 발견하기 힘들다. 그 결과, 모든 범위의 범

죄에 있어서(across the full range of offense) 또는 구금의 결과를 가져오는 범죄에 있어서 일관성 있는 양형정책을 담보하거나, 종합적인 기준은 양형기준판결을 수단으로 해서는 쉽게 추구할 수 없다.

### **3. 일관성의 부족(Lack of Consistency)**

판사와 법원들 사이에 양형의 비일관성의 정도에 관하여(about the degree of sentencing inconsistency) 상당한 사례의 증거가 존재한다. 이는 1991년 수행된 각종 문헌의 보고서에 나타난 결과와 최근 법률위원회를 대신하여 이루어진 경험적인 연구에 의해 확실해졌다. 후자의 연구는 테일러 듀넨 배리(Taylor Duignan Barry)에 의해 수행되어졌다. 위 연구는 확실한 분석이 가능할 정도의 충분히 많은 숫자를 가진 범죄의 범주(categories)와 관련된 구금실무를 담당하는 법원 지역에 대한 전국적인 비교를 통해 이루어졌다. 그 결과 중 일부는 부록에 전제되어 있다. 그것들은 실무에 있어서 근본적인 요소들을 보여준다. 이러한 것들은 범죄 또는 범죄인 요소들의 차이점들에 관하여 설명이 가능할 것처럼 보이지 않는다. 대신에, 일부 법원은 최소한 실형을 선고받은 범죄인들의 비율과 관련해서, 다른 법원들보다 체계적으로(systematically) 더욱 형이 중하다.

### **4. 처벌의 양을 포함한 양형정책에 관한 사법적 통제(Judicial control of sentencing policy, including the quantum of punishment) 문제**

뉴질랜드에는 의회가 형의 상한(maximum penalties)을 수정하는 형태의 둔한 방식 외에 의회가 양형정책을 교체할 수 있는 체계(mechanism)가 존재하지 않는다. 형의 상한은 일반적인 사건에서 거의 영향을 끼치지 않는다, 왜냐하면 그것은 가장 나쁜 케이스(case)를 상정한 것이기 때문이다. 또한 2002 양형법 제103조와 제140조(위 조문에서는 살인죄에 대하여 17년의 최소한의 추정적 구금 기간을 규정하고 있다)와 같이 더욱 규범적인 정도를 시도하는 입법 조항들로서 얻을 수 있는 것에는 한계가 있다. 그 결과 양형판사

가 대개 양형정책을 결정한다. 행정부는 양형정책을 결정할 수 없을 뿐만 아니라 형의 상한으로부터 또는 다른 입법적인 규범으로부터 어떠한 양형수준(sentencing level)이 흘러나올 것인지를 신뢰성 있게 추측도 하지 못하고, 따라서 교도소 자원(penal resources)의 운영과 관련하여 앞을 내다보고 미리 대책을 강구하기 보다는(rather than proactive), 작용에 반응하는(reactive) 지위를 가질 것을 강요받는다. 그래서 어떤 중요한 공공 정책에 관한 문제가 상의없이(non-consultative), 투명하지도 않으며(non-transparent) 본질적으로 비민주적인 방식으로(anti democratic way) 전개된다.

이러한 현상을 방지하기 위하여, 뉴질랜드 법률위원회는 세가지 반응과 지속적으로 마주쳤다. 양형 분야에 있어서 사법적 독립의 중요성, 개별적 정의의 장점, 처벌수준(punishment levels)의 관계에서, 자원의 고려를 증진시킬 수 있는 어떠한 구조의 부적당함이 그것이다. 법률위원회는 위 세 가지가 변화에 반대하여 확신을 심어주는 반론으로 보지는 않는다.

### 가. 사법적 독립

법률위원회가 본 프로젝트를 수행하는 과정에 자문을 구한 많은 사람들을 포함한 일부의 사람들은 양형재량을 제한하는 것은 사법권의 독립과 상충하는 것이라고 주장한다. 그러나 법률위원회는 이에 동의하지 않는다. 입법은 특별한 형을 규정하는 법률을 제정하거나 또는 양형재량을 제어할(fetter) 헌법적인 권한을 가지고 있다. 법률위원회의 견해는, 사법부의 독립은 판사들이 개개의 사건에서 두려움이나 호의를 가지지 않고, 애정 또는 악의를 가지지 않고 형을 선고해야 한다는 것을 요구한다는 것이다, 다른 말로 하자면, 판사들은 개개 사건을 선고함에 있어 다른 정부기관의 간섭없이 공명정대하게(impartially without interference from other branches of government) 판결을 해야 한다는 것이다. 그러나, 무엇보다도 중요한 구조(framework)의 세부사항을 판사들이 배타적으로 결정한다는 것을 따르는 것은 아니다. 의회가 헌법적으로 형의 상한, 의무형 또는 의무적 하한형을 정할 수 있는 권한이



있다면 같은 방식으로 일상적인 사건의 처리에 적용되어야 할 형의 본질 또는 범위를 헌법적으로 지시할 수 있다.

#### 나. 개별적 정의(indivisualised justice)

또한 광범위하고 상대적으로 구조화되지 않은(unstructured) 사법 재량이 개별적인 정의를 증진시키는데 필수적이라는 것이 지배적인 견해의 하나이다. 위 주장은 사법적 재량을 구조화하고 제한하는 입법적인 노력은 부당한(undue) 경직성(rigidity)을 가져와 판사들로 하여금 피고인이나 범죄에 대한 양형을 제단하거나 법정에 현출된 모든 요소(factors)에 대해 가중치를 부여하는 것을 방해할 수 있다는 것이다. 다시 말하면, 저지른 범죄의 중대성, 범죄자의 뉘우치는 정도, 또는 피해자에게 제공된 보상의 정도 등과 같이 범죄들과 범죄자들 사이의 정당한 차이점이 고려되어야 할 충분한 여지가 없을 수 있다는 것이다. 법률위원회는 양형 시스템이 형을 선택하는데 있어 개개 사건들의 관련된 차이점들이 반영되어 다른 사건들이 같은 방식으로 다루어지지 않도록 하는 형의 선택이 허용할 수 있을 정도로 충분히 탄력적일 것을 보장하여야 하는 것이 중요하다는 것은 동의한다. 또한 뉴질랜드와 해외에서의 경험에 의하면 입법적인 제한[강제적인(mandatory), 반-강제적인(semi-mandatory) 하한형 또는 추정적인 형]이 일반적으로 정당하지 않은 경직성을 가져온 사실도 인정되어야 한다. 그러나, 만약 유사한 사건들과 구별되어지는 일부 관련 요소들이 발견되지 않는 한 유사한 범죄를 유사한 상황에서 저지른 경우에 대체로 비슷한 형이 선고되도록 시스템이 보장을 하여야 한다는 것도 동등하게 중요하다. Invercargill에 있는 범죄자가 Auckland에 있는 동일한 범죄자보다 상당히 가혹한 형을 선고받거나 훨씬 더 가벼운 형을 선고받는다라는 것은 부정의(unjust)하다. 그렇지만, 현재의 구조는 그러한 것이 발생하는 것을 허용하고 있다. 개별화된 정의는 불공정한 정의(inconsistnat justice)에 대한 손쉬운 변명거리가 될 수 있다.

다. 처벌수준의 정립에 있어서 자원의 고려(*Consideration of resources in the context of setting punishment levels*)

이 영역에 있어서 행정부와 국회의 더 많은 관여에 대한 반대 논리로 더 자주 활용되는 것이 자원에 대한 고려는 필연적으로 처벌 수준을 지시하거나 영향을 미칠 수 있는 요소가 된다는 것이다. 처벌에 관하여서는 이것이 부적절하다는 의견이 폭넓게 제시되었다. 위와 같은 의견을 표시한 사람들은 처벌이 비용과 혜택에 관하여 언급함이 없이, 세금에 대한 경쟁적인 요구를 고려하지 않는 사회적 정책의 유일한 분야라는 것에 동의한다; 형사 사법체계에 있어서 다른 요소에 대한 비용(예컨대, 치안활동, 범죄예방, 사법예의 접근)은 예외가 아니다. 동일한 접근이 처벌 수준에 적용될 수 없는가에 관하여는, 두가지 전형적인 반응이 있다. 첫 번째는 처벌은 정의의 문제이고, 정의는 비용에 의해 영향을 받아서는 안된다는 것이다. 이것은 그것이 무엇인지를 확인하는 경우 반드시 부과되어야 할 절대적인 개념의 어떤 “올바른” 처벌이 존재한다는 것을 의미하는 것이나, 법률위원회의 관점에서는 잘못된 제안으로 보았다. 현실적으로, 처벌 수준은 가치의 문제이다, 그리고 비용은 그러한 가치를 구성하는 관련 요소의 하나이다. 두 번째 주장은 처벌은 사회의 안전에 관한 것이라고 한다. 그러나, 그것에 충분한 반응이 있다면 치안 활동이나 범죄예방의 비용지출에도 어떠한 제한이 있을 수 없을 것이다. 법률위원회는 원칙적으로 의회가 처벌수준을 포함하여 형사 사법의 모든 면에서의 자원을 고려하는 것은 정당하다고 결론지었다. 그러나, 실무적으로 현재에 있어서 그렇게 효과적으로 하는 것은 불가능하거나 또는 실제로 거의 불가능하다, 왜냐하면 입법적인 간섭의 결과를 신뢰성있게 결정하기 어렵기 때문이다. 이것은 단순히 원칙의 문제가 아니다. 이것은 실무적인 관점에서 시급한 문제이다. 최근 수 년간에 걸쳐 증명된(demonstrated) 것처럼 구금의 사용에 대한 사법적 접근에 있어서의 변화는 근본적인 교도소 인구에 대한 영향을 가져올 것이다.

## 5. 뉴질랜드의 다섯 가지 양형개혁 방안에 대한 분석

뉴질랜드 법률위원회는 5가지 양형개혁 방안을 분석한 후 4가지에 대한 개혁방안을 버리고 한 가지 개혁방안을 선택하였다. 뉴질랜드 법률위원회가 고려한 5가지 개혁방안을 살펴보고 그 중 4가지 방안을 거부하고 마지막 한 가지 방안을 채택하게 된 경위를 살펴보는 것은 우리나라 양형기준제도 설정에도 큰 의미를 가진다고 할 것이다.

### 가. 첫 번째 선택 방안

뉴질랜드 법률위원회에서 검토한 첫 번째 방안은 사법부와 일반인(public)들에게 더 좋은 양형정보를 제공하는 것(the provision of better sentencing information)이다. 뉴질랜드에서는 "Criminal Reports of New Zealand"와 같은 법률 보고서, 범죄유형별로 양형판결을 모아두고 최신정보로 갱신하여 판사와 변호사들이 활용할 수 있도록 하는 "Sentencing Digest" 책자의 발간, 양형법률과 실무를 비교하여 종합한 가제식 책자인 "Adams on Criminal Law"와 "Halls Sentencing" 등 위와 같은 정보를 활용할 수 있는 것들이 존재한다. 그러나 매일 매일의 사법적 사용과 길잡이로서는 이러한 자료들이 뉴질랜드에서 추구하는 양형개혁의 목적에는 적합하지 않다는 것이다.

따라서 하나의 진보적 방안은 종합적이고 적절하며 광범위하게 분포된 양형정보의 제공에 여러 자원을 집중하는 것이다. 이러한 방안을 선택한 예로는 빅토리아주 양형자문단(Sentencing Advisory Council)에 의해 2005년 후반기에 시행한 인터넷 양형감시방안(on-line sentencing minitoring resource)이다. 그러나 이러한 형태의 방안은 단지 현재의 양형실무를 모으고 공표하는 것에 불과하다. 다시 말하면 그러한 데이터는 현재 양형의 일관성이 존재하지 않는 현상을 설명할 수는 있으나 판사들에게 서로 다른 접근 방법이 선호되고 있는 이유에 관하여 어떠한 설명도 제공하지 않는다.

## 나. 두 번째 방안

두 번째 선택 가능한 방안은 더욱 상세한 부분에 대하여 상당한 범위의 입법적인 기준을 제공하여 “2002 양형기준법(Sentencing Act 2002)”을 개정하는 방법이다. 과거에 입법에 의하여 양형 수준에 대한 지침을 제공하려고 하는 시도가 뉴질랜드와 외국에도 있었으나, 문제가 있었다. 뉴질랜드의 경우는 1985년 "Criminal Justice Act 1985"의 제5항과 제6항, 그리고 "Sentencing Act 2002"의 104항이다.

1985년 "Criminal Justice Act 1985"의 제5항과 제6항은 폭력범죄자들에 대한 원칙적 구금형 선택과 재산범죄자들에 대한 원칙적 비구금형 선택에 관한 규정을 정하였다. 위 규정들은 2002년에 폐지되었는데 이는 그 조항들이 단지 일반적인 범죄유형(generic offence)에 근거해서 추정적인 “문지방기준(Threshold)<sup>2)</sup>”을 정하였기 때문이다. 그것들은 특정한 사건에서 범행에 연관된 중대성에 대한 공동체의 인식을 필수적으로 반영하지 못하였고, 놀랍지 않게도 판사들은 일상적으로 그 기준들을 이탈하였다. 2002 양형법 104항은, 특정한 가중 상황의 살인에 대하여 추정적 17년의 형기를 정하였는데, 그 살인에 이르게 하는 위 조항의 가중 사유가 사건에 일상적으로 존재하는 유죄협상과 같은 감경 사유와 결합되었을 경우에는 문제를 발생시켰다. 게다가 그 범죄의 본질상 많은 살인 사건의 정황들은 최소한 위 가중사유들 중에 하나의 요구사항은 충족시킨다. 결과적으로 17년 문지방 기준을 넘어서는 양형이 나타난다. 그 양형의 배분은 다양한 유책성 수준(varing culpability level)을 반영하는 방식으로 퍼지지 못했다. 요약하면, 입법이나 입법 절차 모두 상세하고 체계적이고 합리적이며 때에 알맞은 방식으로 변경이 가능한 상세하고 세밀한 양형기준을 제공하지 못했다.

## 다. 세 번째 선택 방안 : 항소법원의 강화를 통한 사전 양형기준 제정<sup>3)</sup>

---

2) 문지방 기준이라 함은 구속과 불구속의 기준을 일컫는 말로 in-out decision이라고도 한다.

현재 형태의 양형기준의 일부 한계는, 적절한 사건이 오기를 기다리기 전에 양형기준을 제시하는 형태로 권한이 강화된 항소법원을 선택함으로써 극복될 수 있는데, 이는 항소법원에 충분한 자원을 제공하고 외부의 전문가들에게 접근할 수 있는 권한을 줌으로써 가능할 수 있다. 그것은 적절한 사건의 발생을 기다릴 필요없이 모든 범위의 범죄 유형에 대하여 더 잘 연구되고 정보가 제공된 양형기준 판결이 나올 가능성을 제공한다. 많은 수의 외국 국가들은 항소심 양형기준의 범위와 질을 증가시키는 목적을 가진 법률(initiative)을 도입하였다.

빅토리아에서는 양형기준 판결이 어느 일방 당사자에 의한 항소에 의하여 선고되거나 항소법원 자신의 주도로 선고될 수 있다. 빅토리아 양형자문단은 2004년에 설립되어 오로지 비법원 위원들로 구성되어 있는데, 형사 항소법원에 양형기준 판결을 선고하거나 양형기준판결을 검토하여 서면 의견을 제공한다. 뉴사우스웨일즈에서는, 검찰총장(Attorney General)이 특정한 양형 문제에 관하여 항소법원에 양형기준판결을 내려줄 것을 요구할 수 있다.

잉글랜드와 웨일즈(in England and Wales)에서는 1998년 범죄와 질서법(The Crime and Disorder Act 1998)에 의해 설립된 비정부 공공구인 양형자문단(Sentencing Advisory Panel)가 설치되었는데 광범위한 법원 및 비법원 위원들로 구성이 되었고, 항소법원에 양형기준의 제정 또는 수정을 제안할 수 있는 권한을 가지고 있었다. 게다가 항소법원이 양형기준 판결을 초안하려고 하는 경우에는 언제나, 양형자문단에 사안에 관해 자문이 필요한 것이 어느 것인지, 견해를 형성하고, 그 조언을 법원에 제공하는 것이다. 2004년 초에 양형위원회가 만들어져 구조가 변경되기 전에 양형자문단 패널은 10여 개의 기준 판결이 개발되는 과정에서 주요한 역할을 하였다.

---

3) 호주와 뉴질랜드 양형제도, 해외 양형제도 자료집, 사법정책실 189쪽에는 ‘better-resourced and proactive appellate guidance’를 “보다 많은 자료에 의한 적극적인 상급심의 지도”라고 번역을 하였으나, 그 내용 자체가 항소심 법원에 충분한 재원을 공급하고 외부 전문가들을 활용하여 구체적 사건의 발생을 기다리지 않고 양형 관련 사항에 대한 기준을 제시한다는 측면에서 “항소법원 강화를 통한 사전 양형기준 제정”으로 번역하는 것이 원문의 취지를 더 살리는 것으로 보여짐

세 번째 옵션에는 두 개의 약점이 있다.

첫 번째 약점은 항소법원은 하나의 작은 집단에서 소수의 인원으로 구성된 조직이라는 점이다. 항소심의 적극적인 양형지도라는 것은 그 자체만으로 '민주적 정당성의 부족'이라는 문제와 실질적으로 양형을 담당하는 지방법원(District Court) 판사의 참여를 촉진시킬 수 없다는 문제가 있다. 이론적으로 이러한 문제는 만약 항소법원이 다른 곳으로부터 자문을 받는 접근방법을 취한다면 어느 정도 해결될 수 있다. 그러나 현실은 법관들은 관계기관으로부터 광범위하게 자문을 구하는데 익숙하지 않다. 이러한 문제를 해결할 수 있는 유일한 효율적인 방법(메카니즘)은 빅토리아주의 양형자문단(Sentencing Advisory Council)나 과거 잉글랜드의 양형자문단(Sentencing Advisory Panel)과 같은 외부 전문조직의 조력을 받는 것이다.

여기에 두 번째 약점이 있다. 양형지침은 근본적으로 정책적 기능을 가지는 것이 Law Commission의 명백한 입장이므로, Law Commission은 세 번째 방식(option 3)을 선호하지 않는다. 궁극적으로 세 번째 방식은 상급심을 양형 정책의 결정자의 지위에 두는 것임. 법관들은 양형의 문제를 정책적인 면에서 평가하는데 익숙하지 않음. 영국의 경험을 보면, 항소법원에 부속되어 있었던 양형자문단(Sentencing Advisory Panel)은 뉴질랜드 법률위원회가 권고하고자 하는 형태인 양형자문단은 양형위원회(Sentencing Guidelines Council)가 설립되면서 폐지되었다.

#### **라. 네 번째 선택방안 : 자문과 정보제공을 위한 독립적인 양형위원회**

네 번째 방안(option)은 정부로부터 재정지원을 받으나, 그 밖의 점에서는 독립적인 양형위원회를 설립하는 것임. 정부와 법원에 양형 정책 관련 사항에 대한 조언, 일반 국민에 대한 정보제공 및 상담, 양형의 경향과 실무 모니터 및 보고 등의 역할을 수행한다. 이러한 형태의 양형위원회는 호주 빅토리아주, 뉴사우스웨일즈주에 설치되어 있으며 Scotland에는 보다 제한적인

역할을 하는 양형위원회가 있다.

뉴사우스웨일즈 주의 경우 2003년 2월 The Crime (Sentencing Procedure) Act 1999에 의해 설치되었다. 검찰총장에게 표준적인 가석방 불허기간(non-parole period) 및 양형기준 판결(guideline judgment) 관련 사항에 대해 자문한다. 양형의 경향과 실무를 모니터하여 매년 검찰총장에게 보고한다. 검찰총장의 요청에 의해 특정한 양형관련 사항에 대한 연구검토서 및 보고서를 작성한다.

빅토리아주의 경우 양형 관련사항에 대해 일반 국민에게 정보를 제공하고 여론에 대한 정보를 수집, 국민과 정부, 입법부 사이의 교량 역할을 한다. 앞서 빅토리아 양형위원회의 역할로 소개된 것 외에도 양형 관련사항에 대하여 연구를 수행하고 정보를 배포하는 역할을 수행한다.

스코트랜드에서는 양형위원회가 2003년 11월 업무를 개시하였다. 스코트랜드 양형위원회는 독립적이고, 법원 주도의 회의체로서 보석 및 취소, 벌금이 정해지는 기준, 형선고를 통한 재범 감소의 효과, 양형의 일관성 제고의 범위, 조기 석방 제도, 석방에 따른 수감자의 감독 등에 관하여 검토하고 재범을 감소에 시키기 위한 형선고의 효과 등에 관하여 검토(review)를 하고 스코트랜드 행정부에 권고(recommendation)를 하기 위한 일시적인 권한을 가진(with a temporary remit) 기구이다. 핵심적으로, 스코트랜드 양형위원회는 양형문제에 중점을 둔 법률 위원회이다. 따라서 호주 양형위원회와는 어느 정도 다르다.

궁극적으로, 세 번째 방안에서 본 바와 같이, 뉴질랜드 법률위원회의 평가는 더 많은 것이 요구된다는 것이다. 빅토리아 양형위원회는 가장 넓은 권한을 가진 위원회이다. 그러나 그 빅토리아 양형위원회의 넓은 범위의 업무 영역에도 불구하고 양형수준에 대한 결정의 책임은 여전히 법원에 남겨져 있다. 게다가 빅토리아 양형위원회는 뉴질랜드 법률위원회가 말해온 것처럼 하나의 연결관(a conduit)이지만, 그럼에도 불구하고, 그것은 다양한 헌법적 기

관들 사이의 분리 상태를 대부분 유지하고 있다. 뉴질랜드 법률위원회는 그러한 기관들을 하나로 이끌 수 있는 위원회(a forum)이 필요하다고 믿고 있다: 양형정책의 개발은 많은 정보를 필요로 하는 사업(well-informed enterprise)으로, 빅토리아주처럼, 그것은 또한 하나의 결합된 사업(a joint enterprise)이 되어야 한다.

#### 마. 다섯 번째 방안

다섯 번째의 마지막 방안은 영국(잉글랜드 웨일즈)와 미국 20여개 주에 설치되어 있는 것과 같은 선상에서 양형위원회를 설치하는 것이다. 비록 위와 같은 기구는 위에서 언급한 것과 같은 위원회들의 자문적이고, 교육적인 기능을 수행하지만, 그것은 양형가이드라인의 개발이라는 중요한 추가적인 과제를 수행한다.

양형기준제도는 미국에서 처음으로 고안되었다. 양형기준을 초안할 의무를 지닌 첫 번째 기구인 미네소타 양형위원회(Minnesota Sentencing Commission)는 1982년 구성되었고, 많은 지역에서 활동해 오고 있다. 양형위원회의 목적들은 그 이름, 구성 그리고 입법적인 배열에서와 같이 다양하다, 그러나 행형자원 운영의 주도권(initiative in managing penal resources)과 같은 확인된 장점이 핵심적인 일반적 원동력이다. 영국(England와 Wales)에서 2003년 양형위원회(Sentencing Guidelines Council)가 설립된 주된 이유는 양형에 있어서의 불공정한 편차였다. 영국 양형위원회는 종래 항소법원의 역할을 상당부분 넘겨받았다. 종래에 항소법원의 자문기구였던 양형자문단(Sentencing Advisory Panel)은 양형위원회 업무에 대한 자문과 보좌를 위해 존속하고 있다.

뉴질랜드 법률위원회의 시각에서는, 다섯 번째 방안이 뉴질랜드의 현재의 요구에 부합한다고 본다. 뉴질랜드 법률위원회는 뉴질랜드에 양형기준을 초



안할 양형위원회의 설치를 권고한다. 그러한 위원회만이 필요한 모든 이슈(issue)들을 다룰 수 있는 기구이다: 뉴질랜드 법률위원회가 확인한 다른 양형 문제들과 가석방 개혁의 결과로서, 더 짧은 형의 선고가 필요할 것이다.

뉴질랜드 법률위원회는 미국과 같은 종류의 개혁이 자신들의 목적들을 성취하는데 적합한 것인지 여부에 관한 증거를 찾기 위해 미국의 '구조적 양형(structured sentencing)'의 경험(가석방 개혁을 동반한 양형기준제정)에 관하여 심각하게 검토하였다. 그러나, 뉴질랜드 법률위원회는 뉴질랜드의 고유한 양형개혁안을 개발하기 위하여 뉴질랜드의 가정에 더 가까운 비교 모델(comparative models closer to home)에 더 초점을 맞추기를 선호했다. 뉴질랜드 법률위원회는 양형기준 초안을 제정하기 위한 특정한 접근방식에 있어서, 미국의 경우는 뉴질랜드에게 제공해 주는 것이 거의 없다고 결론지었는데, 그 이유는 아래에서(법률위원회 보고서 98번 이하) 보는 바와 같이 미국에 특유한 격자 시스템이 바람직하지 못하다는 뉴질랜드 법률위원회의 견해에 기인한 것이다.

여기서 잠깐 법률위원회 보고서 98번을 살펴볼 필요가 있겠다. 뉴질랜드에서 채택되기를 반대하는 산술적(numerical) 양형기준은 미국에서 채택된 전형적인 방식으로 상당히 다른 접근방식이다; 뉴질랜드 법률위원회는 현재 항소법원에 의해 채택된 양형기준판결과 다르지 않은 접근방식을 염두에 두고 있다. 비교해 보자면, 미국식 양형기준제도는 대부분의 경우에 2차원적인 산술적 격자(two-dimensional numerical grid)를 가지고 있는데, 한 축은 범죄의 심각성을 표시하고 다른 한 축은 범죄 경력 또는 범죄자의 위험성 점수를 표시한다. 그 격자의 각각의 칸 내에서 양형범위가 정해지고(전형적으로 교도소 수용 개월수가 표현된다), 이는 범죄자의 범죄의 심각성과 범죄 경력으로 인한 것으로 그 범죄자들에게 적절한 형량으로 간주된다. 각 축의 수준을 표시하는 숫자는 대부분 적다. 예를 들면 오래곤의 경우 한 축에 11개의 범죄수준과 다른 축에 9개의 범죄경력 범주가 정해져 있다. 뉴질랜드 법률위

위원회는 그러한 양형기준은 너무 거칠고 무디기 때문에 개개의 사건에서 정의를 보장하지 못한다고 믿는다. 그것들은 또한 과도하게 양형 판사들의 역할을 침해한다고 보았다.

그 결과물들의 성질을 한쪽으로 모아놓고 보면, 미국은 많은 지역의 양형위원회 모델의 다양성을 보여주고 있다. 그러나 지금은 영국과 호주에서 활동하는 몇몇 양형위원회가 있고, 뉴질랜드 법률위원회는 그들을 길잡이로 의지하는 것을 선호한다고 한다. 왜냐하면 다음과 같은 몇 가지 이유가 있다. 영국과 호주에서 활동 중인 양형위원회는 유사한 환경과 목적들을 가지고 있고 따라서 그들의 경험이 뉴질랜드로 쉽게 옮겨올 수 있을 것이다. 뉴질랜드 양형위원회가 발족하는 경우 장래의 네트워킹 형성을 위한 토대를 구축하는데 더 바람직할 것으로 보여 진다; 왜냐하면 뉴질랜드 법률위원회는 이러한 계획이 아주 짧은 범위의 시간 내에 진행될 것이 요구되고 있기 때문이고, 미국의 보고서는 많기는 하지만 어느 정도 산발적이기 때문이다.

이미 살펴본 바와 같이 호주와 스코틀랜드의 양형위원회는 그들의 목적과 접근 방식이 약간 다르고, 뉴질랜드 법률위원회는 더 많은 것이 필요하다고 결론지었다. 그래서 남는 것은 영국(잉글랜드와 웨일즈)의 양형위원회이다. 뉴질랜드 법률위원회의 목적을 위한 영국식 모델의 유용성에 대한 평가는 아래와 같다.

## 6. 영국식 양형기준제도에 대한 검토

영국(England and Wales) 양형위원회는 2003년 형사사법법(Criminal Justice Act 2003)에 의해 설치되었고, 2004년 3월에 업무를 개시하였다.

위원회의 의장은 항소심 법원장(Lord Chief Justice)이 맡고 있고, 7명의 법원(judicial) 구성원과 4명의 비법원(non-judicial) 구성원으로 이루어져 있다.

위원회는 독자적으로 사안을 다룰 수 있다. 내무부 장관(Home Secretary)

과 양형자문단(Sentencing Advisory Panel)가 양형위원회에 대하여 특정이슈에 대한 가이드라인을 제정하도록 제안할 수도 있다. 영국 양형위원회가 새로 가이드라인을 제정하거나 개정하는 경우에는 반드시 양형자문단에 의견을 구해야 하고, 실무적으로, 양형자문단이 양형위원회 업무인 주제와 제안의 연구와 개발에 있어서 핵심적인 역할을 수행하고 있다; 이는 양형위원회의 엔진(engine room)으로 표현되고 있다.

영국 양형위원회는 양형기준을 작성함에 있어 양형의 일관성 증진의 필요성을 반드시 고려해야 하는데, 즉 법원에 의해 부과된 양형, 차별적 양형의 비용과 재범방지에 있어서의 관련 효과, 형사사법 시스템이 있어서 국민의 신뢰 증진의 필요성이 검토되어야 하고, 위와 같은 견해는 자문단에 의해 양형위원회에 전달되어야 한다.

영국 양형위원회는 양형기준 초안에 대하여 일련의 특정 개인 또는 단체들에 자문을 구할 것이 요구되는데, 내무부장관(Home Secretary)과의 협의 후에 상원의장(Lord Chancellor)가 지시하는 개인 또는 단체에 자문을 구하여야 하며 양형위원회가 적절하다고 생각하는 사람으로부터도 협의를 하여야 한다(실무상 Home Affairs Select Committee를 포함함).

일단 양형위원회에 의해 최종적인 가이드라인이 공표되면, 이는 확정적이다. 입법적인 승인이나 항소심 법원(appellate court)의 보증을 얻을 필요가 없다. 영국 양형위원회는, 그것을 기초한 법률에서 규정한 바에 의하여 이미 예상된 바와 같이, 양형 가이드라인의 창설에 관하여 점진적인 접근방식(incremental approach)을 택했다. 2004년 3월에 설립된 이래 영국 양형위원회는 4개의 양형기준을 제정하였고 6개 양형기준의 초안을 작성하여 여론수렴을 위하여 공개하였다.

법원은 법률에 의해 양형위원회의 가이드라인을 고려할 것이 요구된다. 법원은 특정한 형을 선고하는 이유를 밝혀야 하고, 형 선고의 효력에 대하여

범죄자에게 설명해야 한다. 만약 법원이 관련 양형기준을 이탈하는 경우, 그 이유를 밝혀야 한다.

영국 양형위원회는 초기 단계에 있으므로 만족스러울 정도로 그 과정과 성공여부를 평가하기는 어렵다. 반면 뉴질랜드 법률위원회는 영국식 모델이 그들에게 많은 점들을 시사해 준다고 생각한다. 뉴질랜드 법률위원회는 뉴질랜드의 관점에서 바라보았을 때 다음과 같은 잠재적인 약점들이 있음을 확인하였다.

먼저 양형위원회와 양형자문단 두 개의 조직을 두는 것은 불필요하다. 이는 양형자문단이 먼저 설립된 역사적인 사정에 기인하는 것으로 보인다. 두 개의 조직을 가지고 있어 절차가 이중적이 된다. 2년이 이상이 지나도록 4개의 가이드라인밖에 제정하지 못한 것도 이러한 이유 때문일 것이다. 영국 양형위원회에 의해 채택된 점진적인 접근방식(incremental approach)으로는 뉴질랜드에서 양형위원회를 도입하려는 중요한 목적 중의 하나인 교도소 수용 인원에 대한 영향을 통하여 양형기준의 비용 대비 효용을 분석(an analysis of the cost-effectiveness)을 하려는 목표를 달성하지 못할 것이다. 영국 양형위원회에는 판사의 대표성이 지나치게 높다. 거기에는 양형정책에 채화될 필요가 있는 다른 소중한 가치들이 많다. 게다가 총 12명의 구성원 중에 8명이 법원 구성원인 기구는 사법부 소속의 기구와 같은 인상을 준다. 양형위원회는 본질적으로 정치적인 정책 결정 기구이고, 불가피하게 공중의 논쟁과 비판의 대상이 될 수밖에 없다는 점을 고려하면 위와 같은 구성은 바람직하지 않다고 본다. 그럼에도 불구하고 성공적 운영을 위해서는 이와 같은 조직에 법조경험이 절대적으로 필요하다고 생각한다.

양형 가이드라인의 규정 형태 자체에도 개선의 여지가 있다. 양형위원회가 정한 상해치사(manslaughter) 양형기준에서는 가능한 요율(tariff) 범위 앞에 6페이지에 이르는 서술이 있다. 모든 범죄와 양형 문제에 관하여 이와 같은 형태의 기준을 제정하면 그것은 엄청난 양의 문서가 될 것이고, 양형 판사들

에 의해 즉시 사용될 수 있을 것으로 보여지지 않는다. 특히 지방법원에서 빠르게 일하는 판사들의 경우에 더욱 그렇다. 뉴질랜드 법률위원회는 더욱 간편한 접근을 선호한다. 마지막으로, 뉴질랜드 법률위원회는 양형위원회의 노력의 명백한 부분을 형성하는 양형기준의 비용과 혜택에 의한 절차가 그들의 목적을 위해서 충분히 튼튼하지 못하다는 것을 고려하였다. 양형가이드라인 시행(promulgation)에 대한 의회의 감독 부재(the lack of Parliamentary oversight)는 중대한 재정위기를 가져온다, 왜냐하면 명백히 양형기준은 교도소 인구에 분명한 영향을 가질 수 있기 때문이다.

여기서 법률위원회는 양형기준을 초안하는 임무를 지닌 양형위원회가 설치되어야 한다고 권고한다.

## 7. 뉴질랜드 양형위원회의 목적과 기능

양형위원회는 아래의 목적을 수행해야 한다.

1) 다른 법원간 그리고 판사간의 양형 실무에 있어서 일관성을 증진해야 한다.

유사한 범죄의 다른 사례들을 정확히 동일한 방법으로 처분하는 것이 반드시 바람직한 것은 아니다. 그러나, 양형기준과 그것이 어떻게 적용되어야 하는지에 관한 정보제공 조항은 최소한 양형의 수준(sentence severity)에 있어서, 최소한, 사법적 접근과 예측가능한 양식이 존재한다는 것이다. 양형위원회에 의해 시행되는 양형기준은 양형의 일관성을 증진시킬 것으로 기대된다, 왜냐하면 판사들은 양형기준이공공의 이익에 반한다는 조건을 충족하지 않는 한, 양형기준에 따를 것이 요청되기 때문이다. 더욱이, 양형위원회는 현재 항소심 양형기준판결의 작용보다 훨씬 더 넓은 범위의 범죄에 대하여 양형기준을 제정할 수 있는 위치에 있다.

2) 양형정책에 있어서 투명성을 보장해야 한다. 양형기준은 ‘양형의 정직

성(truth in sentencing)’을 증진할 것이다, 왜냐하면 양형의 기준(benchmark)은 일반 공중을 포함하여 모든 사람에게 투명해야 하기 때문이다.

3) 양형기준은 가석방위원회의 가석방 실무에 있어서도 일관성과 투명성을 증진해야 한다.

4) 광범위한 경험자와 전문가의 도움을 받아 양형정책 및 가석방 정책의 개발을 촉진해야 한다.

## 8. 양형위원회의 구성

양형위원회에 대한 명성이 그 임무의 성공의 범위를 결정하고, 그러한 명성은 양형위원회의 구성에 따라 결정된다. 거기에는 세 가지 중요한 관점이 있다. 양형위원회의 규모, 양형위원회 대표들의 특성 및 배분, 그리고 누가 의장직을 맡을 것인가이다.

## 9. 양형위원회의 규모

양형위원회의 규모는 다양하다. 영국의 경우는 12명으로 구성되어 있고, 미국의 유사한 규모의 양형위원회는 미네소타 주의 11명의 멤버에서부터 노스캐롤라이나의 30명 멤버까지 다양하다. 양형위원회의 규모가 더 클수록, 더 많은 대표자들이 참가할 수 있을 것이다. 그러나, 이에 상응하여 응집력은 더 약할 것(correspondingly less cohesive)이다. 위원회는 효율적(efficiently)이고 공개적으로 신뢰할 수 있어야 한다. 그러한 목적이 달성되기 위해서는 양형위원회는 충분히 커야 한다. 그러나, 통제가 되지 않을 정도로 커서는 안된다. 모든 것을 고려하여, 법률위원회에서는 10명의 양형위원으로 결정을 하였다. 효율적인 통제의 지혜에 따르면 10명이 최대의 적절한 숫자

이다.

대표들의 특성 및 배분: 해외의 논평가들은 이러한 종류의 기구를 위한 판사위원들의 적절한 구성비율에 대하여 의견이 나뉘어져 있다. 다수의 판사들을 지명하는 것에 대하여는 찬반의 논쟁이 있다. 판사들은 양형결정의 제일선에 있다. 그리고 두 가지 이유에서 양형기준에 중요한 입력을 가질 필요가 있다. 양형기준은 목적에 적합할 필요가 있다. 즉, 정의의 이익에 부합하고, 매일 양형 판사와 직면하는 상황에 알맞아야 한다. 더군다나, 중대한 사법적 입력작용(significant judicial input)에서 흘러나올 것으로 보이는 사법적 인 확신에 의하여 뒷받침되지 않는다면 그것은 제대로 작동하지 않을 것처럼 보인다. 그러나, 사법부에 대한 광범위한 참조를 한 이후에는, 양형위원회 구성원의 과반수가 판사들이어야 이러한 목적을 달성할 수 있을 것이라는 강력한 사법적 견해를 고려하지 않았다. 게다가 뉴질랜드 양형위원회의 양형 기준 개발 의무로 인해 양형위원회는 중요한 정책적 기능을 부여받았는데, 그것은 위원의 전부 또는 대부분이 판사로 구성된 기구가 되어서는 안된다는 것이다. 양형위원회가 그러한 기구로 인식되어서도 안된다. 왜냐하면 그러한 경우 양형위원회의 다른 목적까지도 근본적으로 침해할 수 있기 때문이다. 대표성이 더 높을수록 더욱 민주적일 것이다. 따라서 법률위원회는 양형위원회는 판사들에 의해서 지배되어서는 안된다고 결론지었다.

법률위원회는 4명의 판사들이 사법부의 대표성을 보장하기 위해 필요하다고 믿는다. 즉, 모든 법원을 포함하고, 지방법원과 상급법원 사이의 적절한 균형을 위한 것이다. 그래서 뉴질랜드 법률위원회는 4명의 판사 위원이 선정될 것을 권고한다(두 명은 지방법원에서, 한 명은 고등법원에서, 한 명은 항소법원에서 선출). 가석방 위원회의 의장은 또한 판사인데, 역시 양형위원이 되어야 한다. 왜냐하면 양형위원회의 기능 중의 하나가 가석방 기준 제정을 포함하여기 때문이다.

나머지 다섯 사람은 아래 양형 내지 가석방과 관련이 있거나 필요한 하나 또는 여러 영역의 전문가이거나 이해를 가진 사람이어야 한다. 그 영역은, 형사 사법 문제들, 치안행정(policing), 위험성 평가, 재소자의 사회 복귀 강화, 범죄 피해자의 복리 증진, 마오리족과 소수자에 대한 형사사법절차의 영향, 법원과 처벌 체계에 영향을 미치는 공동체 문제, 공공 정책이다.

양형위원회 위원으로서 공무원을 포함시키는 것은 부적절할 것이다. 왜냐하면, 그것은 양형위원회의 독립적인 상태를 침해할 수 있기 때문이다. 그러나 예컨대, 법무부나 교정국의 부장급 공무원(senior officials)들은 양형위원회와 정부간에 계속적인 대화를 촉진시키기 위해서 읍저버로 지명되어야 한다. 이것이 영국 잉글랜드와 웨일즈의 실무이다.

## 10. 누가 의장이 되어야 하는가의 문제

양형위원회 의장을 판사 위원으로 지명할 것인가에 대하여는 찬·반 양론이 있다. 이 문제에 대하여 궁극적인 결정을 할 수 있을 것이라고 느끼지는 않지만, 정부의 결정에 대해 대안이 제시되었다. 이러한 것들은 양형위원회의 의장은 고등법원 또는 항소법원에서 지명된 판사이어야 한다는 것과 양자택일적으로 비판사(non-judicial) 위원이 의장이 되어야 한다는 것이다. 판사 의장을 선호하여 위원회의 의장은 판사가 되어야 한다고 주장하는 입장은, 고위직의 충분히 존경받는 판사가 양형기준의 개발과 이행을 촉진하는데 적절한 자세와 리더십을 제공할 것이라는 주장이다. 이에 반대하는 입장은 양형위원회는 정책 개발과 강한 공개 토론과 관련되어 있다, 그리고 또한 양형위원회가 장기적인 목적을 달성하려고 한다면 행정부와 연락하고 행정부의 관심을 고려할 필요가 있다는 것이다. 이러한 일들을 행하는 것으로 보여지는 양형위원회의 대표자로서의 판사 의장은 바람직하지 못할 것이다.

이에 대한 법률위원회 권고사항은 “양형위원회의 의장은 항소법원 또는



고등법원에서 지명한 판사이거나 또는 비판사 위원이어야 한다”는 것이다.

## 11. 양형위원회 조직 형태

법률위원회는 양형위원회가 정부기구의 특성(many characteristics of a Crown entity)을 많이 가질 것을 제안하고, 따라서 2004 정부기구법(Crown Entities Act 2004)의 관련 조문들이 적용되어야 하거나 적용될 수 있을 것이다. 그렇지만, 다른 한편의 이유에서, 양형위원회는 독립적인 실정법적인 기구이어야 한다고 생각된다.

양형위원회는 행정부 그리고 사법부에 직접적인 영향을 가지고, 위 행정부와 사법부 양자와 일상적인 업무 관계(daily working relationship)를 가진다. 양형위원회의 구조는 이러한 것을 반영하여야 한다. 거기에는 세 가지 정책 선택 방안이 있다. 자치적인 정부기구(autonomous Crown entity)는 양형위원회에 행정적인 권한을 부여하여 정부 정책을 고려토록 하고 따라서 정부의 관점으로부터 강한 메카니즘을 구성한다. 독립적인 정부기구(independent Crown entity)는 행정적인 지시에 복종하지 않고 법률에서 요구하는 일반적인 적용가능한 신뢰를 가지거나, 또는 제안된 독립적인 실정법상의 기구이다. 자치기구 및 독립기구 양자의 신뢰성 배합의 면은 부적절한 행정적인 영향의 형태를 가지고 있을 수 있기 때문에, 그러한 이유에서 거부되었다.

## 12. 양형기준의 범위와 형태

포괄적으로 말하자면, 양형 기준에는 서술적인 것과 수치적인 것이 있다. 수치적인 기준은 가능한 형량의 내용과 범위를 규정한다(벌금액, 수용기간 등). 서술적인 양형기준은 주석(textual commentary)을 제공한다. 서술적인

양형기준만으로는 현재의 목표를 달성할 수 없으며 이미 뉴질랜드에서 입법 형태로 존재하고 있는 양형원칙에 대한 장식적인 것이 될 뿐이다, 그리고 그것만 따로 분리해서 생각하면 현재 존재하는 법률에 추가되는 것이 거의 없을 것이다.

따라서 양형기준은 특정한 기준의 목적에 따라 수치화된 것이거나 서술적인 것이거나 양자의 조합에 의한 것이 되어야 한다. 개개의 범죄유형에 대한 가이드라인은 양형의 유형과 범위에 대하여 판사에게 명확한 지침이 제공되어야 한다. 이것이 수치적인 요소이다. 이러한 기준은 양형의 범위에 대한 간단한 주석을 포함할 수 있다. 이것이 서술적인 요소이다. 양형기준의 형태 중 가장 낮은 단계에서는 구금결정의 한계(the in/out decision)에 집중하게 될 것이다. 양형위원회는 또한 일반적인 양형원칙이나 양형철학, 양형감경 원칙 등 적당하다고 생각하는 사안에 대해서는 완전히 서술적인 양형기준을 작성하여야 할 것이다. 때때로 어느 양형기준이 더 도움이 될 것인가는 다른 문제가 될 것이다(예컨대, 가택연금, 회복적 정의 결과와 법원의 선고형 사이의 조화, 그리고 2002 양형법 제106조하에서의 유죄선고 없는 공소기각 등)

문제되는 특정 이슈에 대해 최선의 결과를 이끌어 내기 위해서는 개개 양형기준에 대한 접근방법이 달라질 필요가 있을 것이다. 적어도 양형기준의 형태(수치적 그리고/또는 서술적)와 명확성과 탄력성 간의 균형(예컨대, 구체적인 표현의 정도)이라는 두 가지 측면에서 달라질 필요가 있을 것이다. 한편으로는, 양형의 일관성과 투명성, 형사법 수용자에 대한 관리능력을 제고하기 위해서 양형기준 특히 양형 수준(sentencing level)은 충분히 규범적으로(명확히) 규정되어야 한다. 다른 한편으로 판사로 하여금 개별 사건마다 구체적으로 다른 사정들에 상응하여 적절한 형을 선고하고 양형의 개선을 이루어 낼 수 있도록 하기 위해서는 충분히 탄력성을 가지고 있어야 한다.

법률위원회에서 뉴질랜드에 도입을 제안하는 수치화된 양형기준은 미국에서 전형적으로 채택된 방법과는 상당히 다르다는 것에 주목하여야 한다. 법률위원회가 상정하고 있는 접근방식은 현재 항소법원이 양형기준판결에서 취한 방식과 다르지 않다. 이에 비하여 미국의 양형기준은 대부분의 경우 한 축에는 범죄의 심각성을, 다른 한 축에는 범죄전력이나 범죄자의 위험점수를 놓은 2차원의 수치화된 격자형태를 취하여 왔다. 격자의 개개 칸에는 양형의 범위(통상적으로 징역형으로 포함된다)가 기재되어 있다. 한 축이 있는 구분의 단계가 너무 적은 경향을 보이고 있다. 예를 들어 오레곤 주의 경우범죄의 심각성에 11개의 단계를, 범죄전력에는 9개의 단계를 설정하고 있다. 이러한 형태의 양형기준은 개별사건에서 구체적 정의를 확보하기에는 지나치게 조악한 것이다. 이러한 양형기준은 판사의 역할을 부당하게 침해하는 것이다.

### 13. 망라적 최초 양형기준(Comprehensive inaugural guidelines)

영국 잉글랜드와 웨일즈는 양형기준을 점진적으로 그리고 다소 느리게 도입하는 접근방식을 취해 왔다. 법률위원회는 점진적인 접근방식이 양형기준제도가 추구하는 목적들을 성취할 수 있다고 믿지 않는다. 무엇보다도 그러한 접근방식은 양형기준이 교도소 수용자 수에 끼치는 영향을 정확하게 예측할 수 없게 한다. 그것은 또한 의미있는 영향(a meaningful impact)을 가질 정도의 충분한 양형기준의 범위를 갖추는 데에도(to achieve sufficient guideline coverage) 다소 시간이 걸리게 된다. 뉴질랜드 법률위원회는 우선, 상대적으로 망라적인 형태의 최초 양형기준(inaugural guidelines)을 초안(draft)할 수 있도록 응집적이고(concentrated), 수감인원-집중적인(resource-intensive) 노력을 권고한다.

최초 양형기준은 일상적으로서 법원에 기소되어 실형선고의 수치에 상당한 결과를 가져오는 실형선고가 가능한 범죄에 집중되어야 한다. 이는 가장 일관성과 비용 효과적인 양형이 필요한 범죄에 대하여 최초에 우선권이 주어진다는 것을 보장한다. 그러한 범죄는(다른 범죄들 중에서) 전부는 아니지만 일부 형법범(Crimes Act offenses), 약물남용범(Misuse of Drug offenses), 내륙운송범(Land Transport Act)의 일부 범죄 등과 조세 사기와 같은 일반적인 문제들, 그리고 어업권과 같은 어느 정도 일상적인 범죄들도 포함할 것이다.

‘망라적인(comprehensive)’이라는 용어에 관하여, 법률위원회는 최초 양형기준(first set of guidelines)이 효력을 발휘하는 때에 실제 양형기준에 의해 잠재적으로 영향을 받을 수 있는 모든 문제점들이 다루어져야 한다는 것을 의미하는 것은 아니라는 점에 주목해야 한다. 그것은 위에서 제안된 요소(상당한 양의 구금가능한 범죄들)를 참조함으로써, 첫 번째 단계의 작업범위를 결정하는 창립준비단(establishment unit)에 관한 것이다 (그리고 위원회에서 그 창립준비단의 업무를 검토할 것이다). 양형위원회의 지속적인 업무(ongoing work)는 최초 양형기준을 수정하는 것일 뿐만 아니라, 십중팔구 양형기준의 몸체(body)를 점진적으로 증가시키는 일을 계속할 것이다.

위 법률위원회에서는 이와 관련하여, “위원회는, 최초 양형기준들이 발효되기 이전에, 종합적인 최초 양형기준들을 기초하여야 한다”는 것과 “최초 양형기준은 법원에 통상적으로 판결하는 구금형 가능 범죄로서 그 사건 중 상당수가 실제로 구금형을 선고받는 범죄를 대상으로 설정하여야 하는데, 이는 최초에는 일관성과 비용-효율적 양형이 이루어질 필요성이 있는 가장 큰 범죄들에 우선성이 부여되어야 하기 때문이다”라고 권고한다.

#### 14. 법률 위원회에 부속된 창립준비단(An establishment unit attached to law commission)

최초 양형기준의 초안을 작성할 목적으로, 뉴질랜드 법률위원회는 법률이 통과되기 이전에 법률위원회에 부속된 창립준비단에 인적·물적 자원(resources)을 배치할 것을 제안한다. 창립준비단은 최초 양형기준을 초안하여 양형위원회가 설립되었을 때 그 초안을 양형위원회가 검토(consideration) 및 승인(endorsement)을 할 수 있도록 양형위원회에 제출토록 함으로써 양형위원회가 위 기준들을 법무부 장관에게 제출하여 의회가 2년 이내에 의안으로 상정할 수 있도록 할 의무를 지닌다. 창립준비단의 업무는 법률위원회에 의하여 감독될 것이고, 그러한 목적을 위하여 고용되고 배속된 상시 근무하는 직원들로 구성될 것이며 여기에는 양형기준을 작성하는데 있어 비상근 형태로 도와줄 일부 판사들도 포함한다.

대안으로는 어떠한 업무를 떠맡기 전에 양형위원회 그 자체의 설립을 기다리는 것이다. 이것도 또한 법률의 통과를 요구하는데, 가장 빠른 법률의 통과는 2007년 후반기일 것이다. 거기에는 이 업무에 관련된(attached) 상당한 시간 간격(time lag)이 있다. 비록 창립준비단의 설치 이전에 일부가 일을 시작하더라도, 양형기준이 2009년 이전에 효력을 가질 가능성은 희박하다. 법률위원회의 판단에 의하면 즉시 일을 시작하는 것이 바람직하다.

이와 관련하여 법률위원회에서는 “입법이 통과되기 전 창립준비단(establishment unit)이 만들어져야 하는데, 위 준비단은 법률 위원회(the Law Commission)에 부속되며, 양형기준 초안을 만들어 검토와 승인을 위하여 양형위원회에 제출하는 책임을 지며, 양형위원회는 의회에서의 토의를 위하여 법무부에 2년 이내에 제출하여야 한다”고 권고한다.

#### 15. 양형위원회의 지속적인 업무

위원회가 공식적으로 창설되면, 그 첫 번째 임무는 창립준비단에 의하여 기초된 최초 양형기준을 검토하고 승인하는 것이어야 한다; 그 후, 양형위원회는 일반적으로, 사무기구의 업무(상당한 업무를 수행하여야 하리라 생각된다)를 관장함으로써, 양형기준의 계속적인 유지와 발전에 기여하여야 한다.

법률위원회에서는 양형위원회가 다른 해외의 이에 상응하는 기관중 일부와 같이, 특정한 일련의 관련 단체와 관계를 가져야 할 것인지에 관하여 고려하였다. 법률위원회에서는 탄력성의 관점에서 양형위원회의 재량에 이를 맡겨 두는 것이 더 나을 것이라고 결론지었는데 관련된 사람과 기구 그리고 요구되는 관여의 정도는 양형기준의 성질에 따라 다양할 것이다. 따라서 뉴질랜드 법률위원회는 양형위원회가 기초한 양형기준에 적합하다고 생각하는 것에 대하여 일반적으로 의견을 들을 수 있을 수 있는 권한이 있어야 한다고 권고한다. 권고의 형식과 정도는 양형위원회에 의해 결정되어야 한다, 그러나, 그것은 광범위하고 공개적일 것이 기대된다. 최소한 양형기준 초안을 교도소 구금인원에 관한 예측이 첨부된 접근 가능한 양식으로 공표하여야 하고, 일반 공중에게 제출하도록 하여야 한다.

각 양형기준들의 시행에 앞서, 양형위원회는, 법령에 있어서와 동일한 방법으로, *Gazette*에서 제시된 바와 같이 기준들이 통지되어야 한다는 점을 확실히 하여야 한다; 양장본(hard copy)으로 출간되어야 하며; 인터넷에서 이용이 가능하여야 한다.

요즈음, 법무부는 사법 시스템의 '경로(pipe-line)' 모델 개발과 유죄 및 양형 데이터[뉴질랜드에서의 유죄 및 형선고(*Conviction and Sentencing in New Zealand*)의 발간과 같은 기능과 연관된]의 수집을 통한 교도소 수용인원에 대한 예측(prison population forecasting)의무를 지고 있다. 교정국은 가석방 결정과 관련된 자료를 수집(data collection)할 의무를 지고 있다. 법무부와 교정국의 이러한 개개의 기능들은 변하지 않고 남아있어야 한다. 그러나 양형위원회는 교도소 인구와 사법시스템의 다른 부분에 대한 양형기준의 효과

를 설계하고, 양형기준의 준수여부 내지 문제점을 평가하기 위해 양형과 가석방 결정 방법을 모니터(monitor)하는 두 가지 일을 모두 할 수 있을 필요가 있다. 양형위원회는 이러한 문제에 관하여 법무부 그리고 다른 사법 기관과도 협조하여야 한다. 공통의 데이터 기준들과 일관성 있는 메시지들을 보장하기 위하여 기관 간 약정(interagency protocols)에 따라야만 한다.

이와 관련하여 법률위원회에서는 “위원회가 공식적으로 창설되면, 그 첫 번째 임무는 창립준비단에 의하여 기초된 최초 양형기준을 검토하고 승인하는 것이어야 한다; 그 후, 양형위원회는 일반적으로, 사무기구의 업무(상당한 업무를 수행하여야 하리라 생각된다)를 관장함으로써, 양형기준의 지속적인 유지와 발전에 기여하여야 한다”, “양형위원회는 기초한 양형기준에 적합하다고 생각하는 것에 대하여 일반적으로 의견을 들을 수 있다; 그러나, 초안을 교도소 구금인원에 관한 예측이 첨부된 접근 가능한 양식으로 공표하여야 하고, 일반 공중에게 제출하도록 하여야 한다”, “각 양형기준들의 시행에 앞서, 양형위원회는, 법령에 있어서와 동일한 방법으로, *Gazette*에서 제시된 바와 같이 기준들이 통지되어야 한다는 점을 확실히 하여야 한다; 양장본(hard copy)으로 출간되어야 하며; 인터넷에서 이용이 가능하여야 한다”, “양형위원회는, 교도소 구금인원의 예측 그리고 양형 및 가석방 결정에 대한 통계적인 분석들과 관련하여 법무부와 다른 사법 분야 기관들과 공동 노력을 하여야 한다; 공통의 데이터 기준들과 일관성 있는 메시지들을 보장하기 위하여 기관 간 약정(interagency protocols)에 따라야만 한다”고 권고한다.

## 16. 양형위원회, 정부 및 의회 사이의 관계

양형위원회는 현존하는 입법적 토대 아래에서 일할 것이 요구된다(예를 들면 개개 범죄에 대한 형벌의 상한, 그리고 양형법이 열거하는 목적, 원칙, 그리고 가중 감경 요소들)

넓게 보아, 양형위원회의 헌법적인 배열을 위해서는 세 가지 방안이 있

다. 첫 번째가 완전히 자치적인 위원회가 있을 수 있는데, 영국 잉글랜드와 웨일즈의 양형위원회가 그러하다. 이는 정치적 장으로부터의 양형정책을 제거하는 결과를 가져올 것이다. 법률위원회는 민주적 그리고 관리방식의 두 가지 이유에서(for both democratic and governance reasons), 의회가 개입할 필요성이 있다고 믿는다. 두 번째로, 행정부의 지시에 복종하는 형태로 만들어질 수도 있다. 법률위원회의 광범위한 자문에 의하면 이는 판사들로 하여금 양형위원회의 업무에 관여하는 것을 어렵게 하고 역효과를 초래할 수 있다고 한다. 세 번째로, 행정적인 입력을 하고, 최종적으로는 일정한 형태의 의회의 승인을 요구하는 절차가 규정될 수 있다. 이것이 뉴질랜드 법률위원회가 선택한 방안이다. 법률위원회는 양형위원회에 의해 작성된 양형기준 또는 가석방기준의 각각의 초안은 아래의 절차에 따라 의회에 의해 승인을 얻어야 한다.

- 양형기준은 법무부에 의하여 의회에 제출되어야 하고 예산 선택 위원회(the appropriate select committee)에 넘겨져야 한다
- 최초 양형기준을 위하여, 선택 위원회는 제정하려고 선택한 기준들에 대한 어떠한 보고서라도 검토하기 위하여 30일의 회기일을 설정하여야 하고, 계속적인 양형기준에 대한 언급을 위하여 위원회는 15일의 회기일을 가져야 한다.
- 의회가 양형기준이 발효되어서는 안된다고 결정하는 경우, 최초의 양형기준과 관련하여서는 30일 회기 이내에 이를 거부하는 내용의 의결을 통지하는 방법으로 거부할 수 있고, 추가적인 양형기준에 관하여는 15일 근무일 이내에 위 조치를 취하여야 한다.
- 만약 이러한 조치가 행해지지 않는다면, 양형기준은 자동적으로 특별 고려기간이 만료된 때로부터 20일의 회기가 지난 다음 효력을 발한다.
- 양형기준은 의회에 의하여, 전부에 대하여, 승인되든지 거부된다.

그 절차에는 공식적인 행정부의 관여가 없을 것이다. 그러나, 의회절차의 결



과에 대한 정부의 영향력은 의회의 부정적인 결의의 방식에 의해 가능할 것이다. 비록 이것은 후반부(backend)의 절차에 불과할지라도, 정부가 더욱 적기에 양형위원회의 노력에 영향력을 가지기를 추구하는 절차는 다음을 포함한다; 법무부장관에게 양형기준의 개정을 요구토록 하거나 양형위원회로 하여금 그러한 요구와 그 이유를 고려하도록 요구하는 조항; 양형위원회의 읍저버로서 행정 공무원의 출석; 양형기준 초안에 대한 정부 또는 행정기관의 의견 제출; 양형위원회 의장을 통한 지속적인 비공식적 대화 채널이 그것이다. 자문과정에서 판사들에 의해 법률위원회에 강력하게 표출된 판사들의 견해와 이 업무에 관한 판사들의 관여의 중요성을 고려하면, 법률위원회는 이것이 행정부와 양형위원회 사이의 일정한 거리를 유지할 필요성 사이의 적절한 균형을 잡아준다고 본다. 반면 동시에 그 업무가 행정부의 정책과 회계상의 관심사를 적절하게 고려하는 것을 보장해 준다.

이와 관련하여 법률위원회에서는 “양형기준은 아래의 절차에 따라 의회에서 승인되어야 한다, 양형기준은 법무부에 의하여 의회에 제출되어야 하고 예산 선택 위원회(the appropriate select committee)에 넘겨져야 한다, 최초 양형기준을 위하여, 선택 위원회는 제정하려고 선택한 기준들에 대한 어떠한 보고서라도 검토하기 위하여 30일의 회기일을 설정하여야 하고, 계속적인 양형기준에 대한 언급을 위하여 위원회는 15일의 회기일을 가져야 한다. 의회가 양형기준이 발효되어서는 안된다고 결정하는 경우, 최초의 양형기준과 관련하여서는 30일 회기 이내에 이를 거부하는 내용의 의결을 통지하는 방법으로 거부할 수 있고, 추가적인 양형기준에 관하여는 15일 근무일 이내에 위 조치를 취하여야 한다. 만약 이러한 조치가 행해지지 않는다면, 양형기준은 자동적으로 특별 고려기간이 만료된 때로부터 20일의 회기가 지난 다음 효력을 발한다. 양형기준은 의회에 의하여, 전부에 대하여, 승인되든지 거부된다”고 권고한다.

## 17. 양형기준 준수의 요구 및 감시(Enforcing and Monitoring Compliance with the Guidelines)

양형기준으로부터의 이탈을 위해서 판사가 개개의 사건에서 그 범위를 넘어서서 형을 선고할 수 있는 경계점은 양형기준제도의 성공을 위해 분명히 필수적이다. 양형기준 자체의 뼈대 구성(framing)과 관련하여 언급된 것과 같이, 규범성(prescriptive)과 융통성(flexibility) 사이의 접점을 찾을 수 있는 균형이 요구된다.

법률위원회는 양형이탈을 시험(test)하기 위해 다수의 가능한 공식을 고려하고 검토하였다. 이러한 공식 중에는 “정의의 측면(interest of justice)”에서의 양형이탈(이는 일부 판사들이 고려한 것으로 양형기준을 희생하여 개별적인 재량권 행사에 관해 너무 많은 강조를 한다); 그리고 양형기준을 따르는 것이 “명백히 정의에 반하거나(manifestly unjust)” 또는 “범죄 또는 범죄자와 관련한 특별한 상황에 기인하여 부적절한 경우(in appropriate due to special circumstances relating to the offence or offender)”의 이탈이 있다(둘 다 너무 경직되어 있어 거부되었다). 궁극적으로 법률위원회는 양형판사가 양형기준을 따르는 것이 “공공의 이익에 반하는(contrary to the public interest)” 것이라고 확신하는 경우에 이탈할 수 있도록 결정했다. 이러한 접근 방식의 이익은, 다른 공식들의 경우에는 피고인의 이익을 위한 이탈을 의미하는 경향이 있는 것으로 보이지만, 양방향으로의 이탈에 대하여 온전히 공명정대(even-handed)하다는 것이다.

따라서 법률위원회는, 판사들이 그렇게 판결하는 것이 공공의 이익에 반한다고 확신하지 못한다면 판사들은 양형기준에 따라야 할 것이 요구되어져야 한다고 제안한다. 판사들은 양형기준으로부터 이탈하는 이유를 설시할 것이 요구된다. 따라서 2002 양형법(Sentencing Act 2002) 제31조는 개정되어야 한다. 양형 판사들과 마찬가지로 가석방위원회는, 그렇게 결정하는 것이 공공

의 이익에 반한다고 확신하지 못한다면 가석방기준에 따라야 할 것이 요구된다. 그리고 가석방기준으로부터 이탈하는 경우 그 이유를 제시하여야 한다. 양형기준의 효능에 대한 척도로서 그리고 양형기준의 준수를 장려하기 위해서, 개개의 지방법원의 양형기준 이탈 비율은 양형위원회의 연간보고서(annual report)에 공시되어야 한다. 양형 이탈의 경우와 유사하게, 가석방위원회의 이탈 비율도 양형위원회 연간보고서에 공시되어야 한다.

이와 관련하여 법률위원회는 “판사들과 가석방위원회는 만약 그렇게 하는 것이 공공의 이익에 반한다고 확신하지 못한다면, 양형기준 내지 가석방기준에 따라야 할 것이 요구되어지고, 기준으로부터 이탈하는 이유를 제시할 것이 요구된다”, “양형기준의 효능에 대한 척도로서 그리고 양형기준의 준수를 장려하기 위해서, 개개의 지방법원의 양형기준 이탈 비율은 양형위원회의 연간보고서(annual report)에 공시되어야 한다”고 권고한다.

## **18. 양 형 기 준 의 갱 신 (Updating the Guidelines)**

양형기준의 갱신은 상호적이고 반복적인 절차이어야 한다. 이 부분을 위하여, 양형위원회는 양형기준 이탈 비율을 고려하여야 한다(이탈 비율이 높은 곳은 그 기준에 문제점이 있다는 것을 암시할 수 있다). 양형기준과 관련된 특정한 문제점에 관해서 집단적인 법원장회의(Heads of Bench collectively)나 법무부장관으로 하여금 고려를 요구할 수 있도록 하는 조문이 필요하다. 유사한 형태로 가석방위원회의 장이나 법무부장관으로 하여금 가석방기준과 관련하여 가석방위원회의 고려를 요구할 수 있는 조항이 필요하다. 이러한 종류의 요구를 받은 경우에, 양형위원회는 그러한 요구, 그에 대한 이유를 그 양형기준의 개정에서 고려하여야 한다.

이와 관련하여 법률위원회에서는 “양형기준과 관련된 특정한 문제점에 관해서 법원장회의(Heads of Bench collectively)나 법무부장관으로 하여금 검토

를 요구할 수 있도록 하는 조항이 필요하다. 유사한 형태로 가석방위원회의 장이나 법무부장관으로 하여금 가석방기준과 관련하여 가석방위원회의 검토를 요구할 수 있는 조항이 필요하다. 이러한 종료의 요구를 받은 경우에, 양형위원회는 그러한 요구, 그에 대한 이유를 그 양형기준의 개정에서 고려하여야 한다”고 권고한다.

## 111. 결론

위와 같은 법률위원회의 권고내용에 따라 뉴질랜드 양형위원회법률이 시행되었다. 금년에 뉴질랜드 양형위원회가 구성되어 업무를 개시할 것으로 예상된다. 위와 같은 뉴질랜드 법률위원회의 권고내용과 뉴질랜드 양형위원회법의 규정은 우리나라 양형기준 제정에 있어서 상당히 시사하는 바가 크다고 할 것이고 우리나라 양형기준을 제정함에 있어서도 반드시 고려하여 다른 나라에서 적절하지 않다고 판단되어진 내용을 어리석게 받아들이는 우를 범해서는 안될 것이다.