

양형인자 추출 방법론(초안)

[전문위원 2팀 토론 자료]

전문위원 박형관

I. 서론

구체적인 양형기준을 정하기 위하여 우선 기준 설정에 필요한 양형인자를 추출하여야 한다는 점에 대하여는 이론이 없을 것이다. 또한, 양형기준을 마련함에 있어 아주 경미한 양형인자나 요소까지 모든 인자를 고려하기 어렵기 때문에 일정한 범위에서 제한하여야 한다는 점에 대하여도 다툼이 없는 것 같다.

그러나, 양형인자를 추출하는 방법에 대하여는 여러 가지 입장이 있을 수 있다. 규범적인 방법으로 추출할 수도 있고, 경험적 또는 실증적인 방법으로 추출할 수도 있으며, 물론 양자를 절충할 수도 있을 것이다. 규범적인 방식을 너무 중시하면 기존의 실무 관행과 벗어난 결과를 가져올 수도 있을 것이고, 경험적인 방법에만 따른다면 종래의 실무 관행을 정리하는 것에 그쳐 기존 관행상의 문제점 등을 개선하기는 어려울 것이다.

또한, 실무에서 양형에 고려하는 요소로 사용되고 있다고 하더라도 규범적인 측면에서 고려하지 말아야 할 요소들도 있을 것이다. 이를 테면, 피고인의 사회적 신분, 성별, 부패범죄에서 유죄판결로 인하여 공무원이 공무원 신분을 잃게 되는 사정을 고려할 수 있는지 여부, 또는, 화이트칼라 범죄에서 범죄자가 지역에서 명망가로서 지역사회 발전을 위하여 많은 노력을 기울여온 사정을 참작할 수 있을 것인가 등이다. 이와 관하여 여러 세부 사례에서 논의가 이루어질 수 있다.

아울러, 양형인자의 개념 자체에 대하여도 논란이 있을 수 있을 수 있어 양형인자 추출을 위한 사전 단계에서 정리할 필요도 있다. 양형인자를 쉽게 범죄구성요건 요소와 구별되어 양형에 영향을 미치는 인자로 일용 정의할 수도 있겠다. 그러나, '흉기나 위험한 물건의 소지(휴대)'와 같은 사정은 폭력행위등처벌에관한법률에서는 범죄의 구성요건 요소가 되는데, 기타 범죄에서는 구성요건 요소가 아니라 양형인자로만 기능한다. 따라서, 일정한 요소가 구성요건 요소인지 양형인자에 대하여는 구체적인 법률을 살펴야 한다. 구성요건 요소가 아니라고 하더라도, 피고인이 장애인이

라든가 농아자라는 사정 등 법률상 감경사유와 일반적으로 감경을 고려할 수 있는 정상에 관한 요소들은 그 취급에 있어 다를 수 있다. 구성요건 요소에 대하여는 당연히 검사가 그 존재에 대하여 엄격한 증명을 하여야 한다. 양형인자에 대하여는 어떤 정도의 입증이 필요한 것인가? 구성요건 요소가 아닌 경우라면 엄격한 증명을 요하지 않은 것인지. 입증의 정도와 관련하여, 구성요건 요소와 동일한 정도의 입증이 필요한 양형인자와 그렇지 않고 자유로운 증명 정도로 족한 양형인자로 구별하여야 하는지도 논의될 수 있겠다.

양형인자의 추출에 관하여 많은 세부 이슈가 있을 수 있다. 실형과 비실형을 구분하고자 할 때 사용될 수 있는 양형인자도 있을 수 있을 것이고, 실형의 기간을 정하고자 할 때 고려되는 양형인자도 있을 수 있다. 두 단계에 모두 고려되는 요소들도 있을 수 있을 것이나 각 단계에서 고려되는 요소가 다를 수 있을 것이다.

이 글은 위와 같은 사항들에 대하여 실무가의 입장에서 의견을 제시하는데 목적이 있다. 양형인자 추출 원칙이나 방법론이라고 하는 것이 매우 추상적인 논의가 될 수 있어 되도록이면 양형기준 수립을 하고자 하는 경우에 예상되는 구체적인 상황을 전제로 논의를 전개하고자 한다. 외국의 예는 간략히 덧붙이고자 한다. 일단, 추출원칙을 토론허기 위한 토의자료로서 본고를 정리하고, 개개의 양형인자 추출에 대한 세부 사항은 다음으로 미루기로 한다.

II. 양형인자(요소)의 개념

1. 일반적 개념

일반적으로 양형인자를 논할 때 양형에 영향을 미치는 인자로 범죄 구성요건 요소와 구별되는 것으로 이야기되고 있다. 통상 구체적인 양형을 선고하는데 필요한 요소만을 의미하는 것으로 보이나 기소 여부 결정이나 가석방 여부 등 확정된 형의 집행을 위하여 고려하여야 하는 요소도 넓게는 양형인자라고 부를 수도 있을 것이다.

불법과 관련된 책임으로 양형책임을 제한하여 양형요소를 “양형책임을 구성요소를 의미하고 행위 당시 및 행위 이후의 사정으로서 결과불법과 관련된 요소, 행위불법과 관련된 요소 책임과 관련된 요소로 구성된다”라고 설명하기도 한다.¹⁾

2. 구성요건 요소에 필적하는 양형요소

1) 최석운, 경험적 연구결과에 기초한 양형요소 분석, 2006년 국제학술대회 발표자료 364쪽 참조

Appredi v New Jersey 판결, Blakely v. Washington 판결, United States vs Booker 판결 등 미국 연방대법원의 양형기준과 관련된 판결들의 취지에 따르면, 단지 법정형의 상한을 벗어나는 경우뿐만 아니라 양형기준으로 정하여진 범위를 벗어나는 가중인자에 대하여는 배심에 의하여 합리적 의심이 없을 정도로 입증되어야 한다.²⁾ 미국에서 전통적으로 범죄의 구성요소(the element of a crime)를 유죄판결을 얻기 위하여 입증되어야 하는 요소로 설명하고 그 입증정도는 합리적 의심이 넘어서는 정도여야 한다고 설명하고, 양형 요소는 범죄의 구성요소가 아니며 그 입증 정도도 증거의 우위(preponderance of evidence) 기준에 의한다고 설명되어 왔다. 그러나, 위 일련의 연방대법원 판결에서 일정한 가중인자에 대하여 구성요건 인자와 동일한 입증 정도를 요구함으로써 그 중간 영역이 탄생한다. McKaney v. Foreman 아리조나 주 대법원 판결에서 구성요건 요소에 필적하는 요소(functional equivalent an element)라는 개념이 언급된바 있다.³⁾

III. 추출 방법과 관련된 쟁점들

1. 규범적 추출 vs 경험적 추출

가. 규범적 추출

양형의 목표, 형벌의 목표 등을 고려하여 규범적으로 양형기준 수립에 필요한 양형인자를 추출하는 방식이다. 오랜 기간 형사실무에 종사한 법률가들이나 법학자 및 여러 사회 구성원 등이 구체적인 범죄에 대한 양형기준을 설정할 때 고려하여야 할 양형인자들을 결정하는 방식이다. 오랜 경험을 쌓은 실무가들이 경험을 토대로 고려하여야 할 인자들을 정하고, 이에 대하여 공청회나 토론회를 거쳐 확정하는 방식이 활용될 수 있을 것이다. 영국과 같이 1970년대 이래로 항소심 양형기준 판결이 양형 판례법 형태로 누적되어온 나라에서 고려해볼 만한 방식이다.

규범적 방식에 대하여 우선 실증적인 데이터에 근거한 인자추출 방식이 아니기 때문에 그 추출 방식이 과학적이지 않을 수 있다는 비판이 제기될 수 있다. 여러 사

2) 관련된 연방대법원 판결에 대한 자세한 설명은, 신승호, Booker 판결 이후 미국 연방 양형제도의 동향, 형사법의 신동향(2008년 2월호) 16쪽 이하 참조. 미 연방양형위원회 홈페이지(www.ussc.gov)에서도 판결 동향에 관한 요약 자료를 찾을 수 있다.

3) 이러한 구성요건 요소에 필적하는 양형인자들에 대하여 입증의 정도 뿐만아니라 공소장 기재 여부에 있어서도 구성요건 요소와 동일한 취급을 하여야 한다는 주장에 대하여는, Catherine M. Guastello, THE TAIL WAGS THE DOG: THE EVOLUTION OF ELEMENTS, SENTENCING FACTORS, AND THE FUNTIONAL EQUIVALENT OF ELEMENT, 37 AZSLJ 199 참조

회 구성원들이나 혹은 법률가들 사이에서 추출의 우선 순위에 관한 이견이 생기는 경우 이를 합리적으로 조정하기는 쉽지 않다. 또한, 고려하여야 할 양형인자들 간의 우열을 계량화하기 어렵다. 예를 들어, 사기죄에서 '피해액'이 더 중요한 양형인자인지 '범죄회수'나 '합의 여부'가 더 중요한 인자인지 여부가 다투어질 수 있을 것이다. 이때 사기죄 양형요소들에 대한 실증적인 데이터베이스가 구축되어 있다면 실무에서 어떤 요소가 더 고려되고 있는지를 파악하기 쉬울 것이다. 규범적 방식으로 인자를 추출하면, 여러 죄명이나 유형에 대한 양형인자들을 추출할 때 각 죄명이나 유형마다 규범적인 토의를 거쳐야 할 것이다.

고려되지 말아야 할 양형요소들에 대하여도 규범적인 관점에서 검토될 수 있다. 참고로 미네소타 주 최초 양형기준에서 양형기준 이탈 사유로 고려하여서는 안될 요소로 언급한 것은 다음과 같다. 인종, 성, 고용요소들(업무 또는 직업 또는 업무의 영향, 고용 경력, 범죄 당시 고용상태, 선고 당시 고용상태), 사회적 요소들(교육 정도, 범죄 또는 선고 당시의 생활 계획, 거주기간, 결혼 여부), 결정 절차 동안에 피고인에 의한 헌법상 권리의 행사 등이다.

나. 경험적인 추출 방식

경험적인 추출 방식은 현재의 양형 실무를 기초로 하여 실제로 양형에 영향을 미치는 인자 중에서 양형기준 수립 시 고려하여야 할 요소를 추출하는 방식이다. 현재의 양형 실무를 기초로 하기 때문에 양형 실무에 관한 충분한 데이터베이스가 구축되어야 있어야 한다. 미국 연방이나 양형기준을 시행하는 주들이 양형기준을 마련할 때 채택한 방식이다. 이를 보면 미국 연방 양형기준 설정과정에서 예를 보면, 양형에 최소한 12퍼센트의 영향을 미쳐 범죄수준(Offense level)의 변화를 가져오는 양형인자들만을 고려하였던 것과 같은 방식이다.⁴⁾ 우리나라에서도 형사정책연구원을 중심으로 여러 범죄에 대한 양형 연구가 행해졌고 그러한 연구들에서 개별 범죄의 양형인자에 대한 상당한 축적이 있는 것으로 보인다.⁵⁾

데이터베이스 구축에 시간이 오래 걸리는 단점이 있을 수 있다. 그러나, 일단 일정 정도의 데이터베이스가 구축된다면, 다양하게 분석에 이를 수 있으므로 종합적인 양형기준을 수립하기 용이하다. 또한, 추출된 양형인자간의 경중도 비교하기 쉽다. 경험적인 추출은 현재의 양형실무를 토대로 한 양형인자의 추출이기 때문에 실무상

4) SUPPLEMENTARY REPORT TO THE INITIAL SENTENCING GUIDELINE AND POLICY STATEMENT, the U.S. Sentencing Commission(June 25, 1987), 2장 A.절 말미 부분 참조

5) 최석운, 앞의 발표자료 349면 이하 참조

관행을 그대로 반영할 우려가 있다. 그러나, 고려할 양형인자를 추출한 후에 그 반영 정도에 대하여 규범적으로 조정할 여지도 있으므로 경험적으로 양형인자를 추출한다고 하여 바로 현재의 양형 정도를 그대로 따르는 것이라고 보기는 어렵다.

2. 공통 인자 vs 개별 요소

모든 범죄 유형이나 모든 범죄자들에게 공통적으로 적용할 수 있는 인자를 공통인자로 볼 수 있을 것이다. 이를 테면, 전과나 행위자 요소 등을 들 수 있다. 공통인자는 개개 범죄에 대한 양형요소와는 구별되는 요소이다. 미 연방 양형기준의 예를 보더라도, 양형기준 매뉴얼 2장에서는 구체적 범죄특질을 규정하여 개개 범죄유형별로 고려할 양형요소를 정하고 있고, 제3장 이하에서는 일반적 조정요소, 전과, 이탈사유 등 공통 양형인자나 고려요소를 규정하고 있다.

우리나라의 경우도, 구체적 양형기준을 수립하기 위하여 모든 범죄에 적용되는 공통 양형인자와 개개 범죄별로 구별되는 인자를 추출하여야 할 것이다.

3. 행위 요소와 행위자 요소

4. 실형과 비실형을 구분 짓는 요소와 구금 기간을 구분 짓는 요소의 구별

전반적으로 우리나라는 구공판된 사건(약식명령에 대하여 정식재판청구된 사건 포함) 집행유예 비율이 매우 높다. 일반인들이나 법조인들 모두 집행유예 본형이 장기라 하더라도 단기 실형보다 경하다고 여기는 실정이다. 어떤 이들은 집행유예 형이 고액 벌금보다 더 경한 것으로 생각하기도 한다. 즉, 징역 3년에 집행유예 5년 판결과 징역 8월의 실형을 비교하면 대부분의 사람들이 후자가 더 중하다고 여길 것이다. 우리나라 법령에 의하면, 집행유예 가능 영역이 너무 넓다. 징역 3년 이하를 선고하는 경우에 집행유예가 가능하고, 원칙적으로 모든 범죄에 대하여 작량감경이 가능하므로 법률상 감경사유가 없는 사안에서도 하한형이 6년 이상인 경우라도 집행유예 선고가 가능한 사안이 된다. 법률상 감경 사유가 1개라도 있는 경우라면 하한형이 12년 이상인 경우라도 집행유예가 가능한 사안이 된다. 미 연방 양형기준에 따르면, 양형기준의 하한형이 12개월 이상인 경우에는 보호관찰이 선고될 수 없고 모두 구금형이 선고되어야 하는 것에 비추어 보면 우리의 경우 집행유예 가능 영역이 매우 넓다는 것을 알 수 있다.⁶⁾ 이런 면에서 구금형과 비구금형을 구분하는 양형기

6) 물론, 미 연방 양형기준의 경우도 가중, 감경인자에 의한 조정을 거친 후의 하한형이 12개월인 이상인 경우에 보호관찰이 허용되지 않는다. 우리나라의 경우는 처단형이 3년 이하인 경우에는 집행유예가 가능한 것이므로(형법 제62조 제1항) 미 연방의 경우보다 집행유예 가능 영역이 넓다. 또한, 감경 사유가 존재하는 경우 대체로 형기나 다액의 1/2까지 감경되므로(형법 제55조) 집행유예가 가능한

준이 반드시 필요하다고 생각한다. 구금형과 비구금형을 선택하는 구체적인 기준을 마련하지 않는다면, 판사는 구금형을 선택한 경우에는 그 형기 결정함에 있어서 양형기준을 고려하여야 하고 양형기준에 따른 형기를 선고하지 않은 경우에는 판결문에 그 사유를 기재하여야 하는 반면, 비구금형을 선택하는 경우에는 이유를 기재할 의무가 없게 된다. 판사로서는 이유 기재의 번잡함을 피하기 위하여 비구금형을 선택할 유혹을 받게 될수도 있다.

참고로, 버지니아 주 양형기준을 보면, 먼저 구금형과 비구금형을 결정하기 위한 작업지를 작성하여 구금형 여부를 결정한다. 구금형으로 결정한 사안에 대하여는 다시 다른 작업지를 작성하여 구금형의 형기를 결정한다. 구금형 여부를 결정하는 작업지에서 볼 수 있는 양형인자와 구금형의 형기를 결정할 때 보는 양형인자가 다르다. 우리나라에서도 이를 음미할 필요가 있다고 하겠다. 최초로 양형위원회에 의한 양형기준을 미국 내에서 수립한 미네소타 주에서 구금 여부 결정에 관한 연구(dispositional study)와 구금기간에 관한 연구(durational study)를 동시에 진행하였다.⁷⁾

국내의 실증적 자료에 의하더라도 집행유예 여부를 결정짓는 인자와 선고형량을 결정하는 인자가 다를 수 있다. 이를 보면, “절도죄에서 집행유예와 선고형량에 모두 영향을 미치는 양형인자는 동종전과 수, 공범여부, 피해액, 구형량, 구속여부 등인 것으로 나타났으며, 집행유예여부에만 영향을 미치는 양형인자는 재범기간, 범행횟수, 사선변호인여부, 합의여부, 전과여부, 누범여부 등인 것으로 나타났다”라고 한다.⁸⁾

5. 기소 범죄 양형인자 vs 실제 범죄 양형인자

주지하다시피 미국 연방 양형기준은 단순히 유죄로 인정된 기소 내용 대신 피고인에 의하여 실제로 저질러진 범죄의 측면을 고려하기 위하여 실제 범죄에 기초한 양형을 하는 체계를 수립하였다. 이를 구체화하기 위하여 관련 행동 규정(Relevant Conduct Rule)과 교차 비교작업(Cross-reference)에 관한 규정을 두고 있다. 관련 행동 규정에 따라 양형을 위하여 기소되지 않은 범죄행위, 공소사실에는 포함되었으나 형 선고에 앞서 기각된 범죄행위, 공범들의 행동, 그리고 재판에서 피고인이 무죄 방면된 행위까지도 포함할 수 있다.⁹⁾

처단형 영역에 이르게 쉽다.

7) 미네소타 1980년 양형위원회 의회 보고서(번역서), 대검찰청 양형기준 태스크포스(2008), 5쪽 이하

8) 최석윤, 앞의 논문 354, 355쪽

9) 미 연방 양형위원회 15년 평가보고서(번역서), 대검찰청 양형기준 태스크포스, 53 내지 56쪽 참조

우리의 경우도, 공소사실에 포함되지 않은 정황 중 어디까지 양형에서 고려할 수 있는 것인지 검토가 필요하다. 예를 들어, 각목으로 피해자를 가격하여 상해를 입힌 사안에서 검사가 단순 상해죄로 기소한 사례를 가정하여 보자. 동종의 사안에서 다른 검사는 위 각목을 위험한 물건으로 보아 폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제1항으로 의율하여 기소할 수 있다. 상해죄의 경우는 벌금 선고가 가능하지만 후자의 경우는 유기징역형만 선택할 수 있다. 상해죄로 기소된 사안에서 각목이 사용된 사정을 양형으로 고려할 수 있을 것인가? 양형으로 고려한다면 후자의 예와 마찬가지로 유기징역형만 선고가 이루어지도록 양형기준을 수립하여야 하는 것인지 논란의 여지가 있다. 상해죄로 기소된 경우에도 공소사실에서 각목이 사용된 행위가 기재된 경우와 아예 기재되지 않은 경우의 취급을 어떻게 할 것인지도 고려할 필요가 있다. 위 사례에서 상해죄로 기소되었음에도 유기징역으로 선고가 이루어지도록 기준을 수립한다면, 형사소송법상 불고불리의 원칙에 위배되거나 또는 피고인의 충분한 방어권 보장을 해하는 것이 아닌지도 논란이 될 수 있다고 본다.

6. 재범 예측 인자의 추출

재범 여부를 판단하기 위한 인자 추출도 필요하다. 이는 양형기준 수립 후, 교정 자원에 대한 영향 평가를 위한 측면도 있지만 재범인자 등을 통한 위험성 평가를 통하여 실행 여부를 판단하기 위한 기초가 되리라 본다. 버지니아 주 양형기준에서 위험성 평가를 통하여 나타난 결과를 토대로 구금형 여부 결정을 위한 자료로 삼고 있음을 참고할 만하다.¹⁰⁾ 마약복용 전력, 음주 전력 등은 재범 분석과 밀접한 연관을 가지는 요소라고 본다.

참고로, 영국 법무부 국가범죄자관리국에서 발간한 자료에 나타난 재범 관련 위험 요소를 참고로 보면 다음과 같다.¹¹⁾ 현재 범죄의 정보(Offending information)/accommodation/ education, training and employment(ETE)/financial management and income/relationships/lifestyle and associates/drug misuse/alcohol misuse/emotional well-being/thinking and behaviour/attitudes 등이다.

7. 전과

미국 연방이나 각 주 양형기준 격자의 양대축이 범죄의 중대성과 전과로 이루어

10) 버지니아 주 위험성평가제도에 관하여는, 조은경, 버지니아주 위험성 평가제도, 전문위원 연구보고서 참조.

11) "The impact of corrections on re-offending: a review of 'what works'", (2004), Home Office Research Study 19, 20쪽 참조(<http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs04/hors291.pdf>)

졌음은 주지의 사실이다. 미국 연방이나 각주는 양형에 관한 실증적 분석을 통하여 위 두가지를 격자를 구성하는 양대 요소로 추출하였다. 국내 실증적 분석자료에 의하더라도 전과는 범죄의 중대성과 함께 양형에 가장 중한 영향을 미치는 양대 인자라고 할 수 있다.¹²⁾ 행위 책임의 원칙을 극단적으로 주장하는 입장에서는 전과를 양형에서 고려하지 않아야 한다는 견해도 있을 수 있지만, 실무나 학설상으로도 전과를 양형요소로 고려하는데 대하여 이견은 없는 것으로 보인다. 다만 전과를 어느 범위에서 반영할 것인지 여부(이를 테면 경한 범죄 전과를 포함할 것인지 소년보호처분 전력이나 청소년기의 범죄전력을 고려할 것인지 또는 오래된 전과를 고려할 것인지 여부 등등), 전과의 반영 정도를 계량화한다면 어떤 방식이 가장 적합한 것인지 등에 관하여는 많은 논란이 있다.

8. 법정형을 세분화할 수 있는 양형인자 선택 및 추출

개개 범죄에 대한 법정형을 보면, 상하한의 폭이 좁은 경우도 있지만, 사기죄의 경우와 같이 매우 넓은 경우도 있다. 사기죄에 대한 양형기준을 설정하고자 하는 경우에 법정형을 세분화(또는 하부 범주화)하지 않고 단지 평균 형기 또는 중간값을 제시하는 것은 기준으로서 아무런 기능을 하지 못한다. 즉 사기죄의 실행의 경우, 평균 형량은 대체로 징역 10월 정도가 되고, 형량 분포도 대체로 실행 1년 내외에 집중되어 있으므로 사기죄 실행에서 하위 25퍼센트, 상위 25퍼센트의 값을 제외한 중간 50퍼센트 값을 제시한다고 하더라도 실질적인 참고가 되지 못할 것이다.

이렇듯 법정형의 폭이 너무 넓은 경우, 중·장기적으로는 실체법의 정비를 통하여 법정형이 보다 세분화되어야 할 것이지만, 그 이전에 효과적인 양형기준을 제시하기 위하여 법정형을 일응 세분화할 필요가 있다. 사기죄의 경우, 피해액을 기준을 하부 범주화를 시도할 수도 있을 것이고, 또는 사기 유형에 따라 하부 범주화를 할 수도 있을 것이다. 이러한 세부 범주화의 예에 대하여는 미국 각 주의 입법에서도 찾아볼 수 있다. 예를 들면 펜실베이니아 양형기준에 따르면 1급 폭행은 , 2급 폭행은 범죄수준에 해당한다. 이러한 하부 범주화를 참조한다면, 우리의 경우도 1급 사기죄, 2급, 3급 사기죄 등으로 하부 범주화를 할 수 있을 것이다. 물론, 특정경제범죄가중처벌등에관한법률 제3조에 의하여 이득액이 50억원 이상이 경우에는 무기 또는 5년 이상의 징역에, 이득액이 5억원 이상 50억원 미만인 경우에는 3년 이상의 유기징역에 처하도록 규정하고 있으므로, 일응 피해액을 기준으로 사기 범죄에 대하여 가중 처벌을 하고 있으므로 피해액을 기준으로 일정한 범주화는 이루어졌다고 할 수 있

12) 최석윤, 앞의 발표자료, 356쪽

다. 그러나, 이득액이 5억원 미만인 경우에 대하여 어떻게 범주를 나눌 것인지에 대하여 정하고 있지 않으므로 여전히 충분하다고 보기는 어렵다.¹³⁾ 미네소타 주 최초 양형기준 테이블에서 절도죄의 경우, 피해액이 2,500달러 이상인 경우는 범죄등급이 4등급이고, 150 내지 2,500 달러인 경우는 3등급, 통상 절도의 경우 2등급으로 분류되어 있는 점을 참고할 만하다.¹⁴⁾

9. 다수 범죄에 대한 양형기준 설정을 위한 요소 추출

현재까지의 양형기준 인자 추출을 위한 논의는 주로 단일 범죄에 있어서의 인자 추출을 중심으로 이루어졌다. 그러나, 실제에 있어 다수 범죄가 과반수가 넘는 실정 이므로, 다수 범죄의 경우에 어떻게 양형을 고려하여야 하는지에 관한 검토가 반드시 필요하다. 다수 범죄의 경우에 양형에 영향을 미치는 인자에 대한 검토도 이런 측면에서 필수적이라고 할 수 있는데, 주로 주된 범죄에 대한 양형에 어떠한 요소를 고려하여 양형을 결정하여야 하는지가 주된 쟁점이 된다.

이에 대하여는 Austin Lovegrove가 계량적인 연구에 관한 저작물을 발표해오고 있으므로 이를 참고하여 우리도 그러한 인자 및 방법론을 정하여야 할 것이다.¹⁵⁾ 특히, 우리나라는 경합범을 포함한 다수 범죄의 경우 원칙적으로 하나의 형을 선고하여야 하기 때문에 여기에 필요한 인자를 추출하는 것이 영·미의 경우보다 더욱 중요하다고 볼수 있다.

IV. 현행 법령를 중심으로 한 주요 양형인자 추출

1. 의의

위에서 양형인자의 개념이나 추출 방법론을 둘러싼 쟁점들을 간략히 살펴보았다. 그러나 실제로 양형요소를 추출하기 위한 전제로 우리 법령상 규정되어 있는 구체적인 양형요소를 하나하나 살펴보아야 할 것이다.

2. 형법에 나타난 양형인자

가. 형법 총칙상 양형인자

형법 제51조에서는 양형에서 고려할 요소를 열거하고 있다. 이를 열거하여 보면,

13) 더구나 특정경제가중처벌등에관한법률 제3조에서 말하는 이득액은 1죄로 인한 이득액을 말하는 것이므로, 수개의 사기 행위로 인하여 그 이득액이 5억원 이상이 된다고 하여 동법에 의한 가중처벌을 받지는 않으므로 그러한 경우 단순 사기죄를 적용받게 된다.

14) 미네소타 양형위원회 1980년 의회 보고서 번역책자, 93, 94쪽 참조

15) Austin Lovegrove, The Framework of judicial sentencing- A Study in Legal Decision Making 참조. 다른 유형의 다수 범죄에 대한 양형상 원칙에 관하여는 56 내지 61쪽 참조

범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황이다. 형법 제53조는 “범죄의 정상에 참작할 만한 사유가 있을 때”를 작량감경의 요건으로, 형법 59조는 “개전의 정상이 현저한 때”를 선고유예의 요건으로 규정하고 있다. 또한, 형법 제62조에서 “그 정상에 특히 참작할 만한 사유가 있을 때”를 집행유예의 요건으로 규정하고 있다.

형법 총칙상 규정되어 있는 가중적인 요소에 대한 규정을 보면, 누범(제35조), 결합범(제38조) 관련 규정이 있고, 감경적인 요소에 대한 규정은 심신장애자(제10조), 농아자(제11조), 사실의 착오(제15조), 과잉방위나 오상방위(제21조 제2,3항), 과잉피난이나 오상피난(제22조 제2,3항), 미수범(25조), 중범(제32조), 자수·자복(제52조) 등이 있다.

나. 형벌 각칙상의 개개 범죄에서의 인자 추출

우리나라 형법각칙은 기본적인 범죄 구성요건을 정하고 이에 대하여 가중되는 요소가 있는 경우에는 별도의 조문에서 별도의 죄명으로 의율하고 있다. 독일은 우리나라와 달리 "동일한 구성요건적 죄명 아래 특히 중한 사례와 덜 중한 사례를 나누어 규정하고 있다"라고 한다.¹⁶⁾ 형법 각론의 기본범죄의 구성요건이나 가중된 구성요건이나 특별법으로 가중된 구성요건을 살펴보면 우리 법에서 고려하고 있는 양형인자를 일응 파악할 수 있다. 폭력범죄의 예를 들어본다. 일단 기본적인 구성요건을 폭행죄 또는 상해죄라고 할 수 있을 것이다. 상해의 경우, 존속을 상해하는 경우는 존속상해죄로 가중하고(형법 제257조 제2항), 생명에 대한 위협을 발생하게 하거나 불구 또는 불치나 난치의 질병에 이르게 한 경우는 중상해죄로 가중하고 있으며(형법 제258조), 상습범도 가중하여 처벌한다(형법 제264조). 또한, 폭력행위등처벌에관한법률은 상해죄를 포함하여 폭력행위등 범죄에 관하여 '2인 이상이 공동으로 범행을 한 경우', '상습적으로 범행한 경우', '단체나 다중의 위력을 가장한 경우', '흉기 기타 위험한 물건을 휴대한 경우' 등을 가중인자로 규정하고 있음을 알 수 있다. 이러한 이미 구성요건화된 양형인자는 당해 범죄에 있어 양형인자라기 보다는 구성요건 요소라고 할 수 있을 것이지만 양형인자를 규범적으로 추출하는데 있어서 중요한 참고가 된다. 즉, 신체에 대한 법익침해가 있는 경우, 위에서 열거한 요소 등은 당연히 양형요소로 고려될 수 있을 것이다.

사기죄의 경우, 특정경제범죄가중등에관한법률에서 피해 금액을 기준으로 가중처

16) 최석윤, 독일의 양형제도(양형제도연구회 주제발표문), [양형제도연구회 결과보고], 법원행정처 (2002), 260쪽

별하고 있음은 앞에서 본바와 같다.

3. 개정 법원조직법 8편 규정

개정된 법원조직법의 규정도 다수 양형인자를 고려하도록 명시하고 있다. 동법 제81조의6 제3항은, ‘범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황, 범죄의 유형 및 법정형, 범죄의 중대성을 가중하거나 감경할 수 있는 사정, 피고인의 연령, 성행, 지능 및 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기·수단 및 결과, 범행 후의 정황, 범죄전력, 그 밖에 합리적인 양형을 도출하는데 필요한 사항’을 양형기준을 설정·변경함에 있어 고려하여야 한다라고 규정하고 있다.

IV. 영국 및 미국 양형기준에 나타난 일반적 양형요소¹⁷⁾

1. 미 연방 양형기준에 나타난 일반적 양형요소

가. 개요

미국 연방 양형기준제도 하에서 모든 범죄에 공통적으로 적용되는 가중 내지 감경하는 요소로 작용하는 양형인자를 분석하여 우리나라에서 양형자료 수집 프로그램을 개발할 경우에 참고할 필요가 있다고 본다. 미국 연방 양형기준 매뉴얼에 나타난 인자 등을 중심으로 살핀다.¹⁸⁾ 참고로 연방 양형기준에 나타난 양형인자를 입력하여 쉽게 예상 양형을 찾아볼 수 있는 프로그램으로는 www.sentencing.us 참조할 만 하다.

나. 연방 양형기준상 범죄 등급의 조정요소로서의 가중·감경 인자

(1) 책임의 인정(위 매뉴얼 3E1.1)

피고인이 명백히 그의 책임을 인정함을 표시하면 범죄 등급(Offence Level)을 2등급 감경한다. 피고인이 위 책임을 인정에 의한 감경요건을 갖추고 범죄등급이 16이상으로 시의적절하게 유죄답변을 할 의사를 당국에 알려 재판준비를 면하게 하는 등 당국의 수사과 기소를 도와주었다면 범죄등급 1등급을 추가로 감경한다.

(2) 피해자에 관한 조정

증오범죄(Hate Crime Motivation)의 피해자인 경우 가중한다. 만약 사실심의 사실인정권자 또는 유죄 답변 혹은 불항쟁 답변의 경우 선고법원이 합리적인 의심을 넘어 피고인이 인종(실제 또는 인식한), 피부색, 종교, 국적, 민족, 성별, 심신장애 또는 어떤

17) 줄고, , 전문위원 보고서에서 발췌함

18) 위 매뉴얼(지침서)은 미국 연방양형위원회 홈페이지(www.ussc.gov) Publication 란에서 찾을 수 있음.

사람의 성적 취향을 이유로 고의적으로 특정 피해자나 재산을 범행의 대상으로 선정하였을 경우 3등급을 가한다. 만약 피고인이 범죄 피해자가 취약한 상태에 있다는 것을 알았거나 알 수 있었다면 2등급 가중한다. 만약 중오범죄이고, 범죄가 다수의 취약한 피해자에 관계된 경우에는 다시 2등급 추가한다.

(3) 피해자가 공무원인 경우

피해자가 정부의 공무원 또는 피고용자, 전직 공무원 또는 피고용자, 또는 위와 같은 사람의 직계가족이거나, 유죄선고된 범죄의 동기가 그러한 지위에 기인한 경우 3등급을 가중한다. 중상해의 상당한 위험을 유발하는 방법으로 피고인 또는 피고인이 책임을 져야 할 자가 법집행관리(law enforcement officer)라는 것을 알거나 그와 같이 믿을 만한 합리적 이유가 있음에도 범죄 당시 또는 범행 직후의 도주 과정에서 그러한 관리를 폭행한 경우에는 다음과 같이 가중한다. 어떤 사람이 교정관리라는 것을 알았거나 그와 같이 믿을 만한 합리적 이유가 있음에도 피고인(또는 그 행위에 대하여 피고인이 책임지는 자)이 구치소 또는 교도소 기타 교정시설의 통제에 있는 동안 그러한 관리를 폭행한 경우에는 3등급을 가중한다.

(4) 범죄에 있어서의 역할

피고인이 5명 이상이 관련되거나 대규모 범죄행위의 조직자(organizer) 또는 지도자(leader)인 경우에는 4등급을 가중한다. 위와 같은 조직의 감독자(supervisor)인 경우, 3등급 가중하고 피고인이 위에 기재된 것 이외의 범죄행위의 조직자, 지도자, 감독자인 경우, 2등급 가중한다. 피고인이 범죄행위에서 최소 가담자(minimal participant)인 경우, 4등급을 감경한다. 피고인이 범죄행위에서 경미한 가담자(minor participant)인 경우, 2등급을 감경한다. 위 두 가지의 사이에 해당하는 경우, 3등급을 감경한다.

다. 범죄경력 관련 가중·감경 인자

(1) 범죄경력 요소의 계량화

범죄경력에 따른 형의 가중은 아래와 같다(매뉴얼 4.A1.1 참조). 가중 방식은, 아래 항의 각 점수를 합한 총 점수가 양형기준표 상의 범죄경력 범주를 결정한다

- a. 1년 1월을 초과하는 각 이전 구금형에 3점 추가
- b. 전향에서 계산되지 아니한 적어도 60일 이상의 각 이전 구금형에 2점을 추가
- c. 위 a, b항에서 계산되지 아니한 이전 판결에 대하여 4점에 이르기까지 각 1점을 추가
- d. 피고인이 형선고 중에 -보호관찰, 가석방, 감독부석방, 구금형, 노역 석방 또는 도주 상태 포함- 당해 범죄(instant offence)를 범한 경우에는 2점을 추가

e. 위 제a, b항에서 계산된 판결에 따른 구금형으로부터 석방된 후 2년 이내에 또는 구금형 복역 중에 또는 판결을 받은 상태에서 도주 중에 당해 범죄를 범한 경우에는 2점을 추가

f. 위의 a, b 또는 c에서 폭력범죄에 대한 판결에 따른 선고가 다른 선고에 관련되어 있는 것으로 고려되어 점수를 추가하지 아니한 경우에는 폭력범죄의 판결에 따른 이전의 선고에 대하여는 1점을 추가

다만 이 경우 범죄가 동일한 시기에 발생하였기 때문에 판결 선고가 관련되어 있는 것으로 고려되는 경우에는 적용되지 아니함

(2) 범죄경력 범주의 적정성(매뉴얼 4.A1.3 참조)

피고인의 범죄 경력 범주에 나타난 범죄경력 of 심각성이나 다른 범죄를 저지를 가능성에 대한 판단에 따라 미 연방 양형기준의 상향이탈 내지 하향이탈의 사유가 된다. 상향이탈을 위한 기준으로는 신빙성 있는 정보에 비추어 피고인의 범죄경력 범주가 범죄경력 of 심각성이나 다른 범죄를 저지를 가능성을 현저하게 저평가한 것으로 나타난다면 상향이탈이 정당화 될 수 있다. 그러한 유형으로는, 1) 피고인이 당해 범죄를 범하는 시기에 다른 사건에 관한 재판이나 선고가 계류중이었는지 여부, 2) 형사 판결에 이르지 않은 이전의 유사 범법행위가 있었는지 여부 등이 있다. 다만 이전의 체포기록은 상향이탈에 관한 고려사항이 아니다. 상향이탈의 범위를 결정함에 있어 법원은 범죄경력이나 상습성이 피고인의 것과 가장 유사한 피고인들에게 적용될 범죄경력 범주를 사용하여 상향이탈의 범위를 결정한다. 범죄경력 범주에서 가장 중한 등급인 VI으로부터 상향이탈의 경우, 법원은 양형기준표에서 그 사건에 적당한 기준 범위에 도달할 때까지 범죄경력 범주 VI에서 더 높은 범죄등급으로 점점 더 이동함으로써 이탈을 구체화하여야 함

하향이탈을 위한 기준으로는 신빙성 있는 정보에 비추어 피고인의 범죄경력 범주가 범죄경력 of 심각성이나 다른 범죄를 저지를 가능성을 현저하게 과대평가한 것으로 나타나면 하향이탈이 가능하다. 다만 범죄경력 범주 i의 적용가능한 기준 범위의 하한보다 더 낮은 일탈은 금지된다. 그 한계로 상습범에 대한 하향이탈의 범위는 1개의 범죄경력범주를 넘지 않는다.

법원은, 이탈의 경우, 왜 적용 가능한 범죄경력 범주가, 본질적으로 피고인의 범죄경력 또는 피고인이 다른 범죄를 저지를 가능성의 심각성을 과소평가하였는지의 특정한 사유를 기재하여야 한다.

라. 매뉴얼 5장에 기재된 양형 이탈(Departures) 관련 인자

(1) 당국에의 실질적 협조(Substantial Assistance to Authorities)

피고인이 다른 범죄인의 수사나 기소과정에 실질적인 협조를 하였다는 정부의 신청이 있는 경우 법원은 양형기준으로부터 이탈할 수 있다. 피고인의 범죄조사에 대한 관계당국에의 협조는 감형요소로 실무에서 인정되어 왔고, 법률적으로도 18.U.S.C. §3553(e)와 28.U.S.C. §994(n)에 규정되어 있다. 당국에의 실질적 협조는 유죄의 인정과는 다른 것으로 별개로 감형의 인자가 됨(전자는 제3자에 대한 것이고, 후자는 본인에 대한 것임). 그러나 피고인이 다른 사람의 범죄수사에 대한 협조 거절이 형의 가중 요소가 되지는 않는다.

(2) 그 밖의 양형 이탈의 근거(Other Grounds For Departures)

양형위원회가 가이드라인을 정함에 있어 고려하여야 함이 상당함에도 고려하지 않은 사정이 있는 경우 18.U.S.C. §3553(b)에 따라 이탈이 가능하다. 양형위원회가 가이드라인에 고려하지 않은 사정이라고 하더라도 그 사정이 현존하고 예외적인 것으로서 적절한 형을 정하는 것과 연관되어 있는 경우 이탈이 가능하다.

양형기준에 고려는 되었으나 현실적이지 않은 경우에도, 법원에서 판단할 때 그러한 사정이 현재 사건에서 실질적으로 월등히 높거나 낮을 때와 같이 특별한 사건의 경우에는 이탈이 가능하다. 범죄자의 성격 및 다른 사정이 통상적인 관련성을 넘어서는 경우, 이탈의 정당성을 결정하는데 통상적인 관련성이 없는 제5장 H부에 규정된 범죄자 특성이나 다른 주위의 사정도 아주 예외적인 경우에는 이탈이 정당화 될 수 있다.

복수의 사정으로 인한 양형이탈의 경우 고려하여야 할 점은, 법원은 각각의 사정으로 인해서는 이탈의 근거가 될 수 없지만 2개 혹은 그 이상 사정의 범죄자 특성 혹은 다른 주위 사정에 기초하여 이탈을 할 수 있다. 다만 위와 같은 범죄자 특색 혹은 다른 주위의 사정이 예외적인 것이어야 한다. 그리고 위와 같은 사정이 중요하고, 비록 양형이탈에 일반적으로 관련되지 않지만 양형기준 이탈의 요소로서 판단되어야 함

(3) 양형 이탈의 한계(이탈이 허용되어서는 아니되는 경우)

§5H1.10에서는 인종, 성별, 종교, 사회적 신분 등의 이유로 이탈하는 것을 금지하고 있다. 매뉴얼 3E1.1에서 고려될 피고인의 '책임의 인정'이나, §3B1.1이나 §3B1.2에서 고려될 '범죄에서의 가중적 혹은 감경적 역할', '유죄답변 혹은 답변협상개시에 대한 피고인의 판단', 가이드라인을 포함한 법률에서 요구되는 정도의 보상 혹은 피해배상 의무에 대한 피고인의 이행(예를 들면, 단지 피해 변상 노력정도로는 부족)은 이탈 사유가 될 수 없다.

(4) 매뉴얼 5장에 기재된 기타 이탈 사유

나이(age, 5H.1.1.), 교육 및 직업적인 기술(education and vocational skill, 5H.1.2.),

정신 및 감정 상태(mental and emotional condition, 5H.1.3.), 신체적 상태(physical condition, 5H.1.4.), 고용경력(employment record, 5H.1.5.), 군 경력, 자선봉사, 선행(military record, charitable service, good works, 5H.1.11), 사망(death, 5K.2.1.), 상해(Physical Injury, 5K.2.2.), 심각한 심리적 상해(extreme psychological injury, 5K.2.3.), 유괴행위 또는 불법 감금(abduction or unlawful restraint, 5K.2.4.), 재산상 손해 및 손실(property damage or loss, 5K.2.5.), 무기 또는 위험한 무기(weapon or dangerous weapon, 5K.2.6.), 정부 기능의 방해(disruption of government function, 5K.2.7.), 극단적 행위(extreme conduct, 5K.2.8.), 범죄 목적(criminal purpose, 5K.2.9.), 피해자의 행위(victim's conduct, 5K.2.10.), 보다 적은 해악(lesser harm, 5K.2.11.), 강제 또는 강요(coercion or duress, 5K.2.12.), 줄어든 책임능력(diminished capacity, 5K.2.13.), 공공복리(public welfare, 5K.2.14.), 자수(voluntary disclose of offense, 5K.2.16.), 고성능, 반자동 총포(high capacity, semiautomatic weapon 5K.2.17.), 폭력 조직원(violent street gang, 5K.2.18.), 비정상적 행동(aberrant behaviour, 5K.2.20.), 공소기각되거나 기소되지 않은 행위(dismissed or uncharged conduct, 5K.2.21.), 성범죄자의 나이나 건강상태(age or health of sex offenders, 5K.2.22.), 구금형의 감경된 기간(discharged terms of imprisonment, 5K.2.23.) 등이 이탈 사유로 열거되어 있다. 가타, 절도, 횡령, 장물, 재물손괴, 사기, 문서위조, 정부발행 문서 위조 등의 범죄에 규정된 주석상 예시 (§2B.1.1 commentary)의 경우에도 이탈이 가능하다.

2. 영국 양형기준에 나타난 일반적 양형요소

가. 개요

영국은 1990년 후반부터 형사사법 개혁을 위한 노력을 기울여 왔다. 그에 대한 내용을 다음은 주요 백서(보고서)로는 "Justice of All", "Auld Review" 등이 있다. 이러한 노력의 결과, '2003년 형사사법법'(이하 "동법"이라고 함)이 제정되었는데, 동법은 339조의 조문으로 형사절차 전반에 관한 개혁 내용을 담고 있다. 동법 제167조에 근거하여 영국 양형위원회(Sentencing Council) 탄생하였는데 양형위원회 관계 조문은 법 제167조 내지 175조이다. 양형에 관하여는 제12편으로 규정. 법 제142조부터 339조에 이르는 조문이 위 편에 속한다. 양형인자에 관련된 일반사항을 규정한 조문은 제142조 내지 제166조이다. 동법에 규정한 양형에 관한 일반적인 원칙들을 고려하여, 양형위원회에서는 현재까지 7개의 개별 양형기준을 공표되었다. 영국은 양형위원회 탄생이전부터 존재하였던 양형자문단이 계속 존치되어 양형위원회 양형기준을 수립하는데 상당한 역할을 하는 것으로 알려져 있다.

영국 양형위원회에서 공표한 양형기준 중, 공통 양형인자를 주로 언급하고 있는 기준으로는 2004년 12월에 공표된 “범죄의 중대성에 관하여 포괄하는 원칙 (Overarching Principles; Seriousness)”, “양형에서 유죄 인정 감경(Reduction in Sentence for a Guilty Plea)” 등이다.¹⁹⁾ 공표된 개개 범죄 양형기준들은 위와 같은 총론적인 양형기준에서 언급된 양형인자들을 고려하여, 각 범죄에서의 가중·감경인자를 다시 당해 기준에서 자세히 나열하고 있다 최근 공표된 성범죄에 대한 양형기준은 성범죄 유형을 다양하게 나누고 그 유형에 따라 양형인자 등을 자세히 실시하고 있다.

나. ‘2003년 형사사법법’에 나타난 양형인자 관련 규정

우선, 동법 제142조 (1)항에서 양형목표로 5가지로 열거하고 있는데, (1)항 (e)로 범죄에 대한 보상을 고려하도록 규정하고 있다. 동조 (2)항에서, 범행시 18세 이하 범죄자, 또는 특정 법률에서 양형이 정하여진 법률 등의 경우에는 위 (1)항이 적용되지 않는다고 규정한다. 동법 제143조에서는 범죄의 중대성을 결정하는 요소로, 1) 유책성(culpability), 2) 피해의 정도를 고려하도록 한다(계획하였거나 예견된 피해). 유죄 판결을 내릴 사안과 관련이 있다고 생각하는, 각각의 전과를 가중요소로 고려하도록 하고 있고, 보석 중에 범죄를 저지른 경우도 가중요소이다. 동법 제144조에서는 유죄 답변한 경우에는 감경 요소임을 기술하고, 동법 제145조 인종적이나 종교적인 이유로 범죄가 심하게 저질러졌다면 가중한다. 동법 제146조는, 피해자의 성적 취향(sexual orientation), 장애 등을 이유로 범죄를 저지른 경우 가중하도록 규정하고 있으며, 동법 제166조에서는 법원이 일반적으로 총체적으로 감경요소를 고려하여 형을 선고할 수 있다는 일반론을 기술하고 있다. 아울러 정신이상 범죄자에 대하여도 형을 감경할 수 있는 권능이 있음을 아울러 기술하고 있다.

다. 영국 양형위원회 양형기준 중, “범죄의 중대성에 대한 포괄하는 원리들 (Overarching Principles; Seriousness)”에 나타난 양형인자

(1) 원칙

유책성과 피해를 아울러 고려하라는 법 내용 재천명하고 있다.

(2) 유책성(culpability)의 정도(4단계)

유책성의 단계를 4단계로 나누어 기술하고 있는데, 1단계(가장 높음)로는 위법 행

19) 영국 양형위원회 양형기준 등은 영국 양형위원회 홈페이지(www.sentencing-guidelines.gov.uk) 에서 쉽게 찾을 수 있음.

위가 계획되었을 때이고, 2단계는, 대부분의 사람들에게는 발생할 피해의 범위가 명백함에도 불구하고 범죄자가 피해가 발생함을 알면서도 결과에 대하여 생각하지 않거나, 범죄행위에 착수하는 것과 같이 범죄자가 피해 발생 여부를 개의치 않는 경우, 3단계는 범죄자가, 그 피해를 야기할 의도는 없었다고 하더라도, 그 행동에 의한 특정한 피해를 알고 있는 경우이며, 4단계는 과실(negligence)인 경우다 .

(3) 피해

관계 범조항은 피해가 발생하였을 경우의 범죄 행위 뿐만 아니라 개인 또는 사회에 어떠한 피해가 발생하지 않았으니 발생할 위험이 있는 범죄행위도 포함하도록 광범위하게 규정하고 있다는 기재하고 있다.

(4) 유책성과 피해에 대한 평가

○ 피해와 관련한 기준의 내용

형사사법법 제143조 (1)항은 위법행위의 중대한 정도를 평가함에 있어 위법행위에 의하여 발생한 피해뿐만 아니라 의도된 피해 또는 발생할 수 있는 피해자를 고려하도록 규정한다. 중대한 정도의 평가는 어려운 작업이며, 특히 유책성과 피해 사이에 불균형이 있는 경우 특히 그러하고, 피해는 항상 유책성의 관점에서 판단하여야 한다고 하며, 1) 고의적인 범죄의 실행에 있어 통상 경우보다 더 많은 피해를 입힌 경우, 2) 범죄자가 공격 받기 쉬운 피해자를 목적으로 삼은 경우, 유책성이 증대 된다

○ 가중 요소의 목록

아래와 같이 1개의 범죄 또는 같은 범주 범죄에 적용되는 가중요소를 적시하고 있다. 아래 요소가 특정 범죄의 구성요건으로 되는 경우에는 그 요소를 추가적으로 고려하지 않는다.

a. 유책성이 더 큰 경우

- 다른 범죄로 보석 중에 범죄를 저지른 경우
- 이전 선고 내용들을 이행하지 않은 경우
- 범죄가 인종적 또는 종교적으로 가중된 경우
- 범죄자의 성적 성향으로 인한 피해자에 대한 적대적인 감정으로 유발된 범죄이거나 그러한 적대감을 나타내는 범죄
- 특히, 반복되는 위반행위가 나타나는 경우의 전과
- 범죄의 예비, 음모
- 범죄의 일반적인 피해보다 중대한 피해를 발생시키고자 하는 의도
- 범죄자가 집단을 이루어 행동하는 경우
- “전문적인” 위법 행위

- (범죄자체에서 고유하지 않은 경우에) 재정적 이익을 얻기 위한 범죄
- 범죄로 인한 이익이 상당한 경우
- 증거를 숨기거나 인멸하려고 시도한 경우
- 범죄자의 행동에 관한 타인의 경고 또는 관심에 응하지 않은 경우
- 면허 기간(whilst on licence, 역주; 법원이 석방 시 피고인에게 부여하는 조건이 부여된 기간. 이를 테면 통행금지, 일정 행위의 금지, 분노통제프로그램 참가 등) 중에 저지른 범죄
- 소수 그룹 또는 그 일원에 대한 적개심으로 발생한 범죄
- 의도적으로 약한 피해자를 목적으로 하는 경우
- 알콜 섭취 또는 마약 섭취 후 범죄를 저지른 경우
- 피해자를 겁주거나 상처주기 위하여 흉기를 사용한 경우
- 범죄를 저지르는데 필요한 부분을 넘어서 의도적이고 불필요하게 폭력을 행사하거나 재산상 피해를 준 경우
- 권한을 남용한 경우
- 신뢰를 받는 자의 지위를 남용한 경우

b. 통상적인 피해보다 중한 인자들

- 피해자가 다수
- (의도하지 않았더라도) 피해자에게 특히 심한 신체적, 정신적 피해를 준 경우
- 동일한 피해자에 대하여 지속적이거나 반복적인 가해
- 피해자가 특히 상처받기 쉬운 경우
- 범죄의 장소(예를 들어, 외딴 곳)
- 공공 부분에서 일하거나 공공 서비스를 제공하는 사람에 대하여 범죄가 행하여진 경우
- 범죄시에 다른 사람, 예를 들면, 피해자의 친척, 아이들 또는 배우자가 있는 경우
- 피해자에 대하여 추가적으로 격하심을 일으키게 한 경우(예를 들어, 성범죄의 하나로 피해자의 사진을 찍는 경우)
- 재산죄의 경우, 피해자에게 그 재산이 상당한 가치를 가지는 경우(감정적으로 느끼는 가치를 포함), 또는 결과적으로 피해자에게 상당한 손실을 가져오게 된 경우(예를 들어, 장비를 훔쳐감으로 인하여 피해자의 생활이나 생업이 어렵게 된 경우)

○ 감경 요소

a. 상당히 낮은 유책성의 요소

- 보통의 경우보다 강한 정도로 야기된 경우
- 정신질환 또는 정신적 장애
- 피고인의 책임에 영향을 미치는 연소함(Youth) 또는 연령
- 범죄 가담 정도가 경미한 경우

라. 개인적인 감경 요소

동법 제166조 제1항은 선고자가 “법원의 관점에서 볼 때, 감경 요소라고 생각하는” 요소를 고려할 수 있도록 규정하고 있다. 법원은 범죄행위의 중대한 정도에 대한 최초 평가를 내린 후 감경사유를 고려하여야 한다. 피고인의 후회는 이 시점에서 반드시 고려되어야 하고, 경찰에서 조사받을 때 시인하는 것과 같은 다른 감경인자들도 고려되어야 한다는 내용이다.

마. 유죄 인정(Guilty Plea)

동법 조에서 가장 빨리 유죄를 시인하는 경우, 최대한 1/3까지 감경하도록 규정하고 있다.

■ 추출원칙 요약

- 실증적이고 객관적인 자료를 기초로 경험적으로 인자를 추출하고 규범적으로 조정
- 현행 법령과 조화를 이루는 방법으로 양형인자 추출(현행 법령에 나타난 양형인자를 주요 양형인자로 고려하고 법정형을 세분화할 필요가 있을 경우 우선적으로 이러한 인자를 고려)
- 구금형과 비구금형을 구분 짓는 인자 추출과 구금형의 기간을 정하게 되는 인자를 각기 추출
- 주요 양형인자와 기타 양형인자를 구분하여 가능한 경우 가중치 부여하는 방안 검토
- 전과를 양형인자로 고려하고, 고려되는 전과와 고려하지 않거나 고려할 필요가 없는 전과를 구분
- 다수 범죄에 적용되는 양형인자를 추출, 다수 범죄 기준 마련에 준비
- 고려하지 않아야 할 양형인자 설정 원칙