

특별팀 팀보고서

우리나라에 적합한 양형기준제

2008년 5월 20일

특별팀 전문위원 이호중(팀장)

손철우

이주형

이천현

우리나라에 적합한 양형기준제

I. 서론

- ‘우리나라에 적합한 양형기준제’는 향후 양형위원회가 설정할 양형기준의 기본틀을 정하는 것으로 그 중요성이 매우 큼.
- 우리나라에 적합한 양형기준제 방식을 결정하기 위해서는 “우리나라의 양형현황”에 대한 분석도 병행되어야 함. 또한 세계 각 국에서 시행 중인 양형기준제 방식의 종류와 적용방식 특색 등을 살펴보고 그 장·단점의 분석을 통하여 우리나라의 양형의 문제를 해결하기에 적합한 형태의 양형기준제 방식을 채택하여야 할 것임.
- 본 특별팀 보고서는 “우리나라에 적합한 양형기준제”에 대한 특별팀 전문위원의 개별보고서 및 그 동안의 논의 결과를 토대로 하여, 주요 쟁점과 그에 대한 전문위원의 의견을 정리하고, “우리나라에 적합한 양형기준제”에 관한 몇가지 방안을 제시하고자 함.

II. 주요 쟁점의 정리

1. 개요

- “우리나라에 적합한 양형기준제”의 주요 쟁점은 다음과 같음.
 - ① 하나의 양형기준이 적용되는 범주의 범위
 - ② 주요 양형인자의 계량화 여부
 - ③ 양형기준 설정 대상범죄를 어떻게 정할 것인가의 문제
 - ④ 양형기준 설정의 접근방식

■ 하나의 양형기준이 적용되는 범주의 범위

- 망라적 양형기준 v. 개별적 양형기준

■ **개별 양형인자의 계량화 방식 및 정도**

- 점수제 v. 등급조정 격자형 v. 등급미조정 격자형 v. 서술형

■ **양형기준 설정 대상 범죄**

- 양형기준 설정 대상 범죄의 범위
 - 모든 범죄 v. 일부 범죄
 - 양형기준 설정 대상 범죄 선정 원칙
- 양형기준의 설정 순서
 - 동시 설정 v. 점진적 설정

■ **양형기준 설정의 접근 방식**

- 기술적 접근방식 v. 규범적 접근방식

○ 특별팀의 논의과정에서는 주요 쟁점 외에도 여러 쟁점이 제기된 바 있음. 이는 “우리나라에 적합한 양형기준제” 연구의 본질적인 쟁점은 아니라고 판단되어, 특별팀 보고서에서는 제외함.

- 기타 쟁점에 관한 전문위원의 문제제기 및 의견은 전문위원의 개별 보고서를 참조하기 바람.

2. 쟁점에 대한 개념 설명

가. 하나의 양형기준이 적용되는 범죄의 범위

○ 쟁점의 의미

- 모든 범죄(혹은 대부분의 범죄)에 통일적으로 적용되는 양형기준을 채택할 것인가 아니면 개별 범죄유형별로 독립적인 형태의 양형기준을 마련하는 방안을 채택할 것인가 여부의 문제임.

- “망라적 양형기준” 방식과 “개별적 양형기준” 방식으로 구분할 수 있음.

○ “망라적 양형기준” 방식의 의미

- 원칙적으로 모든 범죄에 통일적인 양형기준을 적용하는 방식을 지칭함.
- 대부분의 범죄에 통일적인 양형기준을 적용하고 극히 일부 범죄(예 : 마약범죄나 성범죄)에 대하여 별도의 양형기준을 채택하는 방식도 “망라적 양형기준”의 범주로 분류함.

○ 개별적 양형기준 방식의 의미

- 개별적인 범죄유형 별로 독립적인 형태의 양형기준을 설정하는 방식을 지칭함.
- 여기에서 개별적이라 함은 범죄유형을 일정한 기준으로 분류하여 각기 독립적인 양형기준을 설정한다는 의미임.
- 범죄유형의 분류는, ① 살인범죄 · 뇌물범죄 · 성폭력범죄 · 강도죄 등 보호법익과 행위태양에 따라 분류하는 방식, 또는 ② 대인폭력범죄, 재산범죄, 마약범죄 등으로 대분류하는 방식도 있음.

나. 양형기준의 계량화 방식 및 정도

○ 쟁점의 의미

- 주요 양형인자 중 어느 범위에서 계량화할 것인가 그리고 계량화의 방식은 어떠한 방식을 취할 것인가의 문제임.

- 계량화 방식으로는, “점수제” 방식, “격자형” 방식, 그리고 “서술형” 방식이 있으며, 격자형 방식은 다시 “등급조정식 격자형” 방식과 “등급미조정식 격자형 방식”이 있음.

○ 점수제 방식

- 개별 양형인자의 중요성에 따라 점수를 차등적으로 부여하고, 각 양형인자의 점수를 합산하여 구금형 여부 및 형량을 결정하는 방식
- 가장 높은 단계의 계량화 방식임

○ 격자형 방식

- xy축으로 구성되는 매트릭스방식을 지칭함.
- 통상 y축에는 “범죄의 중대성”에 따라 범죄등급을 배치하고, x축에는 “범죄경

력"을 등급화함.

- 격자형 방식의 특징은 ① 범죄의 중대성, ② 범죄경력의 두가지 양형인자를 기본적인 양형인자로 하여 계량화한다는 점임.

- 기타의 양형인자를 계량화하는가 여부에 따라 격자형 방식은 다음의 두가지로 다시 구분할 수 있음.

- "등급조정식 격자형" : 기타의 양형인자를 그 중요성에 따라 계량화하고, 이를 xy축으로 구성된 양형테이블에서 "등급조정" 방식으로 적용함.

- "등급미조정식 격자형" : 기타의 양형인자를 계량화하지 않고 xy축으로 구성된 양형테이블에서 할당된 등급(셀) 내에서 기타의 양형인자를 고려하여 선고형을 결정하는 방식임.

○ 서술형 방식

- 각 범죄의 죄질 및 중대성에 따라 일정한 방식으로 유형화(등급화)하여 그에 상응하는 기본 형량범위를 제시함.

- 범죄의 중대성에 따른 유형화를 제외하고, 범죄경력을 비롯한 기타의 양형인자에 대하여 계량화하지 않고 양형인자의 고려기준을 제시함.

- 가장 낮은 단계의 계량화 방식임.

III. 양형기준제의 모델

1. 모델의 유형화 기준

○ 양형기준제 모델은 다음의 두가지 쟁점기준을 조합하여 유형화해 볼 수 있음.

① 하나의 양형기준이 적용되는 범죄의 범위

- 망라적 v. 개별적

② 주요 양형인자를 계량화 방식 및 정도

- 점수제 v. 격자형(등급조정식 격자형 v. 등급미조정식 격자형) v. 서술형

2. 상정 가능한 모델

○ 양형기준제 모델은 8가지 모델로 유형화가 가능함

- ① 망라적·점수제 모델
- ② 망라적·등급조정식 격자형 모델
- ③ 망라적·등급미조정식 격자형 모델
- ④ 망라적·서술형 모델
- ⑤ 개별적·점수제 모델
- ⑥ 개별적·등급조정식 격자형 모델
- ⑦ 개별적·등급미조정식 격자형 모델
- ⑧ 개별적·서술형 모델

3. 비교법적 양형기준제 모델

○ 양형기준제 모델은 형식적으로는 8가지 모델로 유형화가 가능하지만, 비교법적 검토에 의하면 실제 외국에서 활용되는 양형기준제 방식으로는 아래의 6개 모델이 있음.

- ① 망라적·등급조정식 격자형 모델
- ② 망라적·등급미조정식 격자형 모델
- ③ 망라적·서술형 모델
- ④ 개별적·점수제 모델
- ⑤ 개별적·등급미조정식 격자형 모델
- ⑥ 개별적·서술형 모델

가. 망라적·등급조정식 격자형 모델

1) 특징

- 대상범죄 전체를 아우르는 통일적인 양형기준을 설정함.
- 범죄중대성을 한 축으로 하고, 범죄전력을 또 다른 축으로 하여 격자식으로 양형기준을 설정함.
 - 보통 Y축에는 범죄수준을 정하고, X축에는 실증적으로 양형에 가장 영향을

많이 끼치는 전과를 5-6 단계로 나누어, 그 교차되는 부분의 셀(cell)을 일정한 범위의 형량 선고가 가능한 범주로 구분하여 계량화·등급화함.

○ 범죄경력 이외의 주요 양형인자를 계량화하며, 계량화된 양형인자는 “등급조정 방식”으로 적용함.

○ 미국 연방에서 채택하는 방식임.

- 미국 연방의 경우 ① 피해자 관련 조정, ② 범행 역할에 따른 조정, ③ 사법 절차방해여부에 따른 조정, ④ 경합에 따른 조정, ⑤ 책임의 인정에 따른 조정이 있으며, 각각 그 정도에 따라 범죄의 등급을 조정하게 됨.

2) 장점

○ 범죄등급을 세분화하고 중요한 양형인자를 계량화함으로써 양형편차를 최소화하고 양형에 대한 예측가능성을 높일 수 있음.

○ 하나의 양형기준표를 모든 대상범죄에 적용함으로써 범죄유형 간 양형기준의 합리적 조정 및 통일성, 일관성을 기할 수 있음.

3) 단점

○ 중요한 양형인자를 계량화하여 적용하는 한편, 기타의 양형인자는 충분히 고려하지 못하게 되고, 양형인자별 중요성에 차등이 주어지게 됨.

○ 모든 범죄에 통일적인 양형기준을 설정하는 결과, 양형기준이 기계적으로 적용될 위험이 있고, 이로 인해 범죄유형별 특성과 차이를 반영하기 어렵고 사건별 구체적 타당성을 기하는데 한계가 있음.

○ 구금형 위주로 지나치게 엄격한 양형기준이 설정될 위험이 있음.

- 망라적·격자형 모델을 채택한 미국연방 및 주에서는 실제 양형기준의 적용에서 집행유예의 적용범위가 현저히 축소되고 구금형이 증가하는 경향을 보인 바 있음.

- 그러나 이는 망라적·격자형 모델에 내재한 필연적인 결과라고 말하기는 어려움.

- 구체적으로 양형기준을 설정하는 과정에서 격자의 폭을 합리적으로 조정하거나 실행과 집행유예의 기준을 우리의 실정에 맞게 합리적으로 설정함으로써 지나

치게 구급형 위주의 양형결과가 되지 않도록 충분히 조정할 수 있을 것임.

나. 망라적·등급미조정식 격자형 모델

1) 특징

- 하나의 양형기준을 양형기준 설정대상 범죄 전체에 통일적으로 적용함.
- 범죄중대성을 한 축으로 하고, 범죄전력을 또 다른 축으로 하여 격자식으로 양형기준을 설정함.
- 격자형 방식을 취하되, 범죄전력 외의 개별 양형인자는 원칙적으로 계량화하지 않는다는 점이 특징임. 범죄전력 외의 양형인자는 양형테이블의 해당 격자(셀) 내에서 고려하게 됨.
- 비교법적으로 미국 미네소타주, 펜실베이니아주, 노스캐롤라이나주, 아칸소주, 매사추세츠주, 유타주, 워싱턴주, 워싱턴 D.C. 등의 양형기준이 이에 해당함.
 - 다만, ① 미국 미네소타주는 일반 중죄와 성범죄로, ② 노스캐롤라이나주는 중죄와 경죄로, ③ 유타주는 성인범 일반 중죄, 성인범 성범죄, 소년범으로, ④ 워싱턴주는 성인범 일반 중죄, 성인범 마약죄, 소년범으로, ⑤ 워싱턴 D.C.는 일반 중죄와 마약류 범죄로 각 구분하여 양형기준 설정함.

2) 장점

- 망라적 방식을 취하는 결과, 모든 대상범죄에 통일적인 양형기준표를 적용함으로써 범죄유형 간 양형기준의 합리적 조정 및 통일성, 일관성을 기할 수 있음.
- 반면에, 범죄전력 외의 양형인자는 원칙적으로 계량화하지 않기 때문에 양형기준의 지나친 계량화로 인한 기계적 적용의 위험을 다소간 완화해 주는 점이 장점이 될 수 있음.

3) 단점

- 모든 범죄에 통일적인 “망라적” 양형기준을 설정하는 결과, 범죄유형별 특성과 차이를 반영하기 어렵고 사건별 구체적 타당성을 기하는데 한계가 있음.
- 주요 양형인자 중 범죄의 중대성에 관한 양형인자와 범죄전력만을 계량화·등

급화하여 적용하는 결과, 여타의 양형인자에 비하여 범죄전력이 과도하게 양형에 영향을 미치게 됨.

○ 범죄전력 외의 양형인자는 계량화하지 않기 때문에 “등급조정식 격자형” 방식보다 양형인자의 계량화의 정도는 낮은 수준임.

다. 망라적·서술형 모델

1) 특징

- 하나의 양형기준을 대상 범죄 전체에 적용함.
- 범죄의 중대성에 따라 범죄등급을 나누고 각 범죄등급별로 형량범위를 제시함.
- 범죄전력 등 양형인자에 대해서는 계량화하지 않음.
- 비교법적으로 이에 해당하는 사례가 있는지에 대해서는 아래의 견해가 있음.
 - 미국 델라웨어주의 양형기준이 이 모델에 해당한다는 견해가 있고,
 - 델라웨어주의 경우 범죄전력을 고려한 위험성평가에 따라 일정한 범위에서 등급의 조정이 이루어지게 되기 때문에 이를 망라적·등급미조정식 격자형 모델로 분류하는 것이 타당하다는 견해가 있음.

2) 장점

- 망라적 방식을 취하는 결과, 모든 대상범죄에 통일적인 양형기준을 적용함으로써 범죄유형 간 양형기준의 합리적 조정 및 통일성, 일관성을 기할 수 있음.
- 범죄의 중대성에 따라 범죄등급화를 시도하므로 각 범죄의 죄질이나 불법의 정도에 따른 유형화가 이루어지고 그에 상응하는 형량범위가 제시됨.
 - 이는 “가장 낮은 수준의 계량화” 방식으로서, 범죄전력 등 다른 양형인자를 원칙적으로 해당 등급 내에서 고려하도록 함으로써 양형기준의 지나친 계량화를 지양하고 개별 사건의 구체적 타당성을 상대적으로 강조하는 입장이라 할 수 있음.

3) 단점

- “망라적” 방식의 양형기준을 설정하는 결과, 범죄유형별 특성과 차이를 반영하

기 어렵고 사건별 구체적 타당성을 기하는데 한계가 있음.

○ 양형인자의 계량화 정도에 있어서 범죄의 중대성에 따른 범죄등급 설정에 국한하기 때문에(“가장 낮은 수준의 계량화”), 양형편차의 해소 및 양형의 일관성 확보의 측면에서는 그 효과가 적음.

라. 개별적·점수제 모델

1) 특징

- 각 범죄유형 별로 독립적인 양형기준을 설정함.
- 주요 양형인자에 대해서는 그 중요도에 따라 일정한 점수를 부여하고, 양형작업지(worksheet)라는 양식을 통해 개별 양형인자별 점수를 합산하는 방식을 취함.
- 각 범죄유형별로 양형작업지를 통하여 양형인자의 점수를 합산하여 구금형 여부 및 형량을 결정하는 방식임.
 - 우선 양형인자 별로 부여된 점수를 합산하여 그 합산점수가 일정 기준점수를 넘으면 구금형, 그렇지 않으면 집행유예나 벌금형 등 비구금형으로 결정되도록 함.
 - 다음으로 구금형에 해당하는 경우에는 그 점수대 별로 형량을 설정하게 됨.
- 미국 버지니아주와 알라바마주의 양형기준이 이에 해당함.
 - 미국 버지니아주의 경우 15개 범죄유형별로 각기 다른 양형작업지를 만들어 사용함.
 - 미국 알라바마주의 경우 26개 중죄를 대인범죄, 재산범죄, 약물범죄의 3종으로 구분하여 각각 점수제로 양형기준을 설정하는 방식을 취하고 있음.

2) 장점

- 각 범죄유형별 특성을 고려할 수 있으며, 다양한 양형인자를 그 경중에 따라 합리적으로 고려할 수 있도록 함.
- 각 양형인자는 범죄유형별로 그 중요도에 차이가 있을 수밖에 없는 바, 이처럼 특정 양형인자가 해당 범죄유형에서 가지는 의미를 탄력적으로 고려할 수 있게 됨.

3) 단점

- 다양한 양형인자를 모두 점수화하는 것이 지나치게 기계적임.
- 미국 버지니아주나 알라바마주의 경우, 범죄전력이 여러번 고려되어 이중평가의 문제가 발생하고 있음.
- 양형기준의 설정이 지나치게 정교하고 복잡하여 양형기준 설정에 많은 시간이 소요될 수 있음.

마. 개별적·등급미조정식 격자형 모델

1) 특징

- 대상범죄 모두를 아우르는 망라적 방식이 아니라, 개별 범죄유형 별로 양형기준을 설정함.
- 개별 범죄유형별로 “범죄의 중대성”과 “범죄전력”을 양축으로 하는 격자형 양형기준을 마련함.
- 범죄전력 외의 개별 양형인자는 계량화하지 않으며, 원칙적으로 양형테이블의 해당 등급 내에서 고려하게 됨.
- 적용방식은 망라적·등급미조정식 격자형 모델과 유사하나, 대상범죄를 대부분 망라한 하나의 격자식 양형테이블(Sentencing table)을 적용하는 것이 아니라 범죄유형별로 별개의 격자식 양형테이블을 마련한다는 점이 특징임.
- 비교법적으로는 미국 미주리주의 양형기준이 대표적인 예임.
- 미국 매릴랜드주와 미시건주의 경우 격자형의 양형기준표를 취하고 있지만, 개별 양형인자에 대하여 점수로 평가해서 그 결과를 ‘범죄의 중대성’ 축의 등급결정에 반영하고 있는 점이 특징임. 이러한 특성으로 인하여 미국 매릴랜드주와 미시건주의 양형기준제를 이 모델에 속하는 것으로 분류할 것인가에 대해서는 견해가 나뉘고 있음.
 - 매릴랜드주와 미시건주의 양형기준도 이 모델(개별적·등급조정식 격자형)로 분류할 수 있다는 견해가 있고,
 - 매릴랜드주와 미시건주의 양형기준은 ‘개별적·등급조정식 격자형’ 모델에 속

하는 것으로 분류해야 한다는 견해가 있음.

○ 개별 범죄유형별로 별개의 양형테이블을 설정하는 바, 범죄유형 균을 나누는 방식은 여러 가지가 있을 수 있음. 비교법적 예를 보면,

- 매릴랜드주의 경우 대인범죄, 약물범죄, 재산범죄의 3가지 유형별로 별도의 양형테이블을 마련함.

- 미주리주의 경우 폭력, 성폭력 및 아동학대, 비폭력, 마약, 약물운전의 5가지 유형의 양형테이블을 마련함.

- 미시건주의 경우 범죄를 10개의 등급으로 나누어 각 등급별로 별도의 양형 기준을 설정함.

※ 본 특별팀 팀보고서에서는 양형기준에 관한 비교법적 모델에 있어서 '개별적·등급조정식 격자형' 모델을 별도로 분류하지 않았음.

그러나, 위에서 적시한 것처럼, 미국 매릴랜드주와 미시건주의 양형기준을 '개별적·등급조정식 격자형' 모델에 속하는 것으로 분류한다면, '개별적·등급조정식 격자형' 모델도 하나의 비교법적 모델이 될 수 있을 것임.

2) 장점

○ 범죄유형별 특성을 고려하여 합리적인 양형기준을 설정할 수 있음.

○ 각 범죄유형별로는 격자형 방식을 취하게 되므로, 해당 범죄유형 내에서는 양형의 일관성 및 균등성을 확보할 수 있고, 예측가능성을 높일 수 있음.

3) 단점

○ 각 범죄유형 내에서는 양형의 일관성을 추구할 수 있지만, 범죄유형 간에는 양형의 일관성을 확보하기 어려워질 수 있음.

○ 각 범죄유형별로 양형기준을 설정하다 보면 양형기준이 지나치게 많아지게 됨.

바. 개별적·서술형 모델

1) 특징

- 각 범죄유형별로 개별적인 양형기준을 정립함.
- “범죄의 중대성”을 기준으로 범죄유형화를 통하여 기본 형량범위를 제시함.
 - 나머지 대부분의 양형인자에 대해서는 가중적 양형인자와 감경적 양형인자를 구별하여 열거할 뿐 각 양형인자별로 계량화하지 않음.
- 비교법적으로 영국의 양형기준이 대표적으로 이에 해당함.
- 미국 위스콘신주의 양형기준을 이 모델에 속하는 것으로 분류할 것인가에 대해서는 견해가 일치하지 않음.
 - 미국 위스콘신주의 경우 개별 양형인자의 영향을 판사가 재량적으로 평가하여 가중적 형량범위와 감경적 형량범위를 선택할 수 있다는 점을 중시하면, 미국 위스콘신주의 양형기준이 ‘개별적·서술형 모델’에 속한다는 견해가 있고,
 - 미국 위스콘신주의 경우 가중·감경인자를 고려하여 결국 형량등급을 조정하도록 되어 있고 범죄전력이 중요하게 평가된다는 점을 중시하면, 위스콘신주의 양형기준을 ‘개별적·등급미조정식 격자형 모델’로 분류하자는 견해가 있음.
- 개별 양형기준의 숫자는 범죄 유형화 정도에 따라 상당한 차이가 있음
 - 영국 : 10개(개별 범죄유형과 관련하여서는 고살죄, 강도죄, 성범죄, 폭행 기타 대인범죄에 대하여 설정하였고, 범죄의 중대성 등 일반적 양형기준도 설정)
 - 미국 위스콘신주 : 11개(1급 성범죄, 2급 성범죄, 1급 아동 성범죄, 2급 아동 성범죄, 무장강도죄, 강도죄, 주거침입죄, 마약류 운반 및 운반 목적 소지죄(중량에 따라 2개로 구분), 1만 불 이상 절도죄, 문서위조 및 행사죄 등)

2) 장점

- 개별 양형인자를 엄격히 계량화하지 않는 대신에 다양한 양형인자를 충분히 고려함으로써 양형의 구체적 타당성을 기할 수 있음.
- 양형의 일관성은 최소한의 기준에 의하고, 양형의 개별화를 보다 강조하는 입장이라 할 수 있음.

3) 단점

- 범죄유형간 양형의 일관성을 확보하기 어려울 수 있음.
- 기본적인 범죄유형화 외에 주요 양형인자에 대하여 비계량화 방식을 채택하는

결과, 양형편차의 해소 및 양형의 일관성 확보의 측면에서는 커다란 효과를 기대하기 어려움.

○ 영국의 양형기준을 보면 가중구성요건의 법정형을 조정하는 정도의 의미밖에 지나지 못함.

IV. 우리나라에 적합한 양형기준제 검토

1. 쟁점 1 : 하나의 양형기준이 적용되는 범죄의 범위

가. 방안

1) 제1안 : 망라적 양형기준

○ 내용

- 양형기준 설정 대상 범죄에 통일적으로 적용되는 하나의 양형기준을 설정.

○ 장점

- 양형기준 설정 후 새로운 범죄에 대하여 양형기준을 설정하고자 하는 경우 범죄등급만을 정하는 방법으로 쉽게 양형기준을 설정할 수 있음.

- 범죄등급을 지나치게 세분하지 않는다면 양형기준의 단순성을 추구할 수 있음.

○ 단점

- 개별 범죄의 특성을 충분히 반영하기 어려움.

- 양형기준 설정이 용이하지 않음.

2) 제2안 : 개별적 양형기준

○ 내용

- 범죄유형별로 독립적인 형태의 양형기준을 설정하는 방안.

○ 장점

- 개별 범죄의 특성을 충분히 반영할 수 있음.

- 양형기준 설정이 비교적 용이함.

○ 단점

- 양형기준의 숫자가 지나치게 많아지는 경우 실무상 불편함이 발생할 수 있음.
- 종합적인 양형정책 수립에의 어려움.

나. 특별팀 검토 의견

- 다수의견 : 제2안(개별적 양형기준제) - 이호중, 손철우, 이천현 전문위원
- 소수의견 : 제1안(망라적 양형기준제) - 이주형 전문위원

1) 이호중 전문위원의 의견 - 제2안

○ 모든 범죄를 통합적으로 망라하는 양형기준 방식은 각 범죄유형별 특성을 반영하는데 한계가 있음.

- 징역형과 벌금형이 선택형으로 규정된 범죄에 있어서 벌금형의 활용가능성 및 적합성에 대한 평가가 각 범죄유형마다 차이가 있음에도 불구하고 일률적인 기준을 적용하게 되면 범죄유형별 양형의 구체적 타당성을 기하기 어려움.

- 실형과 집행유예의 관계도 일률적으로 설정되는 결과, 각 범죄유형별 차이와 특수성을 제대로 반영하기 어려워짐.

○ 양형기준의 일관성을 유지함으로써 양형편차를 해소하는 것은 양형기준의 중요한 과제이나, 이것이 각 범죄유형별 차이를 무시하는 방식으로 설정되는 것은 곤란함.

- 양형편차의 해소는 각 범죄유형 내에서 이루어지는 것으로 족함.

○ 미국식의 통일적인 양형기준표는 양형인자에 대한 평가가 획일화되는 단점이 있음.

- 예를 들어, 자수나 피해자에 대한 원상회복을 양형에서 어느 정도나 고려해야 하는가에 대하여 각 범죄유형에 따라 차등을 둘 필요가 있지만, 이러한 요소들이 범죄등급의 일률적 조정이라는 방식으로 획일화될 위험이 있음.

○ 범죄유형별 특성 및 구체적 타당성을 기하기 위해서는 모든 범죄에 통일적인 양형기준을 적용하는 망라적 방식보다는 범죄유형별로 각기 독립적인 양형기준을

설정하는 “개별적 방식”이 보다 타당할 것으로 판단됨.

- 징역형과 벌금형의 기준 및 실형과 집행유예의 기준 설정시 모든 범죄에 통일적인 적용방식보다는 개별 범죄유형의 특수성을 반영하는 방식이 보다 타당함.

2) 손철우 전문위원의 의견 - 제2안

○ 범죄유형별로 형벌의 목적에 있어 차이의 여지가 있고, 양형기준은 이를 반영하여야 함.

- 오늘날 형벌의 목적에 대한 형벌론은 응보주의, 일반예방주의, 특별예방주의를 절충함으로써 각각의 장점을 취하고 단점을 극복하려는 절충설이 지배적 견해이나, 이와 같이 절충하더라도 다양한 형벌의 목적 중 어디에 중점을 둘 것인가는 여전히 문제로 남음

- 범죄유형별로 형벌의 목적 중 보다 중요한 비중을 차지하는 부분이 달라지는 것이 타당함.

○ 모든 범죄에 대하여 단일한 양형기준을 설정하는 것은 형벌론적 관점에서는 형벌의 목적이 모든 범죄에 동일하여야 한다는 전제가 필요한데 이는 쉽게 동의하기 어려움.

○ 미국의 예를 보더라도 마약류범죄, 소년범죄, 성범죄 등에 대하여 별도의 양형기준을 설정한 경우가 있는데(매릴랜드주, 유타주, 워싱턴주, 워싱턴 D.C. 등), 위와 같은 범죄에 대하여는 형사정책적 관점에서 형벌의 목적을 다르게 보아야 한다는 인식이 작용하였던 것이 한 원인이 된 것으로 판단됨.

○ 망라적인 양형기준은 개별 범죄유형별 고유하고 특수한 양형인자를 충분하게 반영하기 어렵고, 이는 구체적으로 타당한 양형을 어렵게 함.

- 양형인자는 모든 범죄에 일반적으로 적용될 수 있는 공통적 양형인자도 있으나, 개별 범죄마다 구성요건, 보호법익, 범행의 특성 등에 기초한 개별적이고 특수한 양형인자가 존재하며, 합리적인 양형은 이와 같이 다양한 양형인자에 대한 충분하고 심도 깊은 평가를 통하여 이루어짐.

○ 망라적 양형기준이 미국 연방과 같은 양형인자의 계량화 모델과 결합하는 경우에는 개별 양형인자가 양형에 미치는 영향을 범죄유형과 무관하게 동일하게 취급하는 성급한 일반화의 오류를 범할 수 있음.

- 미국 연방의 경우 양형기준을 적용함에 있어, 피해자 관련 조정, 범행 역할에 따른 조정, 사법절차방해여부에 따른 조정, 경합에 따른 조정, 책임의 인정에 따른 조정이라는 모든 범죄에 공통되는 조정을 통하여 범죄의 등급을 결정하도록 함.

- 이러한 공통조정의 내용을 보면 과연 모든 범죄에 통일적으로 적용하는 것이 타당한지 의문임. 예를 들어 미국 연방 양형기준은 피해자가 나이, 육체적·정신적인 조건으로 인하여 특별히 연약하다는 사실을 알았거나 알 수 있었을 경우에는 2등급을 가중하는데, 사망, 상해 등의 결과가 발생한 경우와 재산적 손실이 발생한 경우 과연 '피해자의 취약성'이 양형에 동일한 영향을 미친다고 보는 것이 타당한지 의문임.

- 우리나라에 있어서도 예를 들어 강간죄와 같이 합의 여부에 따라 형식재판까지 가능한 친고죄와 그렇지 않은 범죄에 있어서 '피해자와의 합의'라는 양형인자가 양형에 미치는 영향을 동일하게 평가하는 것이 타당한지 의문임.

- 계량화 모델과 결합한 망라적 양형기준의 경우 이러한 문제점을 극복하기 위해서는 결국 각 범죄에 동일한 영향을 미치는 양형인자와 상이한 영향을 미치는 양형인자를 구분하여 후자에 대하여는 양형기준을 설정하면서 그 특수성을 반영하여야 할 것인데 이러한 입장을 취하게 되면 이미 순수한 의미에서의 망라적 양형기준의 존립 근거는 상실하게 됨.

○ 개별적 양형기준을 설정하면서도 적절한 그룹핑을 통하여 범죄를 유형화함으로써 양형기준이 지나치게 많아지는 문제점을 해결할 수 있음.

3) 이주형 전문위원의 의견 - 제1안

○ 망라적 양형기준의 경우에도 대부분의 범죄에 적용되는 양형기준표를 하나로 사용할 뿐이지 개개범죄의 특수성을 고려하지 않는 것이 아님.

○ 망라적 양형기준의 경우 개개범죄의 특수성에 대해서는 양형기준매뉴얼에서 개별범죄에 대한 적용방식을 규정하면서 그 범죄에 특수한 양형인자를 고려하는 방안을 정함.

○ 또한 망라적 양형기준의 경우 모든 범죄에 공통되는 양형인자 외에 개별 범죄에서 고려될 수 있는 양형인자까지도 충분히 고려하고, 특별히 고려하지 못한 중대한 양형요소가 발견되는 경우에는 양형기준을 이탈할 수 있도록 하고 다만 그

양형인자를 판결내용에 실시하도록 함으로써 오히려 더 구체적 타당성있는 양형을 도출할 수 있다고 할 것임.

○ 구체적 타당성이 없는 엄격한 기준이 적용된다는 비판은 추정적(Presumptive) 효력을 가지고 있어 반드시 양형기준에 기속되는 형을 선고해야만 했을 당시의 미국 연방 양형기준제에 대한 것으로서, Booker 판결 이후 미국 연방 양형기준제가 권고적 효력으로 변경된 후의 비판으로는 부적절(우리나라 양형기준제는 기속적인 형태가 아니라 애초부터 권고적 형태).

○ 또한 망라적 양형기준의 장점은 양형기준표 하나에서 실형과 집행유예의 구분선인 처분선(Dispositional Line)을 그을 수 있고, 경합범 기준도 제시할 수 있으며 교도소 수용인원의 예측이 가능하고, 비용-효과 분석을 할 수 있는 종합적인 양형정책을 시행할 수 있다는 것임

○ 망라적 양형기준의 제정이 쉽지 않기 때문에 제정하기 쉬운 형태의 다른 양형기준제를 채택하여야 한다는 주장은, 망라적 양형기준제가 가지는 여러 장점, 특히 우리나라 양형문제를 적절히 해결할 수 있는 장점들을 애초부터 포기하려는 것으로 적절한 비판이 될 수 없음.

2. 쟁점 2 : 양형인자의 계량화 방식 및 정도

가. 방안

○ 특별팀 논의에서 아래의 3가지 방안이 제시됨.

- 제1안 : 등급조정식 격자형 방식(이주형 전문위원안)
- 제2안 : 서술형 방식(손철우 전문위원안)
- 제3안 : 등급조정식 격자형과 서술형의 혼합방식(이호중 전문위원안)

나. 제1안 : 등급조정식 격자형 방식(이주형 전문위원안)

[아래는 이주형 전문위원이 제시한 논거 및 의견임]

1) 양형인자의 계량화 정도와 양형기준제 목적과의 상관관계

○ 양형기준의 객관성 및 투명성과의 상관관계

- 양형인자의 계량화 문제는, 계량화를 하면 할수록 양형결정 과정이 객관적이고 투명해지는 반면, 양형인자에 대해 계량화를 하지 않을수록 양형결정 과정을 객관적으로 확인하기 어려움.

- 뉴질랜드 법률위원회(Law Commission)에서도 “개개의 범죄유형에 대한 양형기준은 양형의 형태과 범위에 대하여 판사에게 명확한 지침이 제공되어야 하는데 이것이 수치적인 요소이다”라고 하여 판사에게 명확한 양형지침을 주기 위해서는 수치적인 계량화 요소가 필요불가결함을 밝힌바 있음.

○ 양형의 일관성 증대와의 상관관계

- 또한 양형인자에 대한 계량화가 많이 이루어질수록 양형의 일관성이 증대되나, 양형인자에 대한 계량화가 이루어지지 않으면 않을수록 양형의 일관성을 기대하기는 어려움.

○ 판사의 양형재량과의 상관관계

- 양형인자에 대한 계량화가 증가할수록 판사의 양형재량은 점점 줄어들고 주관적인 판단여지가 줄어드는 반면 양형인자에 대한 계량화가 이루어지지 않을수록 판사는 더 넓은 양형재량을 유지하고 주관적인 판단여지가 늘어나게 되는 상관관계가 있다고 할 것임.

○ 양형인자의 계량화와 구체적 타당성과의 상관관계 문제

- 양형인자에 대한 계량화가 증가할수록 판사의 양형재량은 점점 줄어들어 기계적인 양형을 적용해야 하기 때문에 구체적 타당성을 기하기 어렵고, 양형인자에 대한 계량화가 이루어지지 않을수록 구체적 타당성을 기할 수 있다는 주장이 있음.

- 그러나, 양형인자를 계량화하지 않기 때문에 개별 사건에서 구체적 타당성을 기할 수 있는 것은 아님.

- 현대자동차 비자금 사건 재판에서처럼 판사 개인의 입장에서는 구체적 타당성을 기하였다고 주장하나, 일반인들은 객관적으로도 구체적 타당성을 기하지 못했다고 비난하는 경우가 있음.

- 구체적 타당성과 자의적 판단을 구분할 수 있는 객관적인 기준이 마련되지

않는 한 구체적 타당성은 주관적 판단과 구분하기 어려움.

- 객관적 기준 없이 주관적인 판단의 여지가 많을수록 양형의 객관성 및 투명성과 양형의 일관성은 확보할 수 없음.

- 오히려 실증적으로 상당한 상관관계가 있는 대부분의 양형인자에 대해 가중치를 부여하고, 고려하지 못한 양형요소가 있을 경우 양형을 이탈할 수 있게 하되 그 이유를 상세히 설명하는 형태가 더 구체적 타당성을 기할 수 있을 것임.

2) 모델별 양형인자 계량화의 정도

- 먼저 양형인자의 계량화와 관련하여 선고가능한 형량 범위(범죄등급)를 넓게 잡으면 잡을수록 법정형에 가까워지거나 법정형을 좀 더 세분화하는 형태(영국식)가 될 수 있고, 그 형량 범위를 아주 좁게 잡고 세분화하면 모든 주요 양형인자의 존부에 따른 등급조정이 가능한 형태(미국 연방식)가 될 수 있음.

- 망라적·등급조정식 격자형 양형기준 모델

- 미국 연방식 양형기준은 범죄수준(등급)을 세분화하고 범죄전력과의 교차점에서 정해진 격자(Cell)를 아주 조밀하게 배치

- 양형결정에 영향을 미치는 대부분의 주요 양형인자를 실증적 연구를 토대로 계량화하고, 그 주요 양형인자의 존부에 따라 범죄등급을 상향 내지 하향하여 구체적으로 선고가능한 범죄등급 격자(Cell)에 도달하는 형태임

- 양형기준을 이탈해야 할 특별한 사정이 없는 한 판사의 재량범위는 양형인자의 가중, 감경을 통해 도달한 구체적인 격자의 범위 내로 한정됨

- 개별적·서술식 양형기준 모델

- 이에 반하여 영국식의 개별적·서술식 모델에서는 노상강도죄의 경우 흉기 사용여부와 상해발생 여부에 따라 0~3년, 2~7년, 7~12년을 형량범위로 부여하고 출발점을 각 1년, 4년, 8년으로 부여

- 위 2년~7년이 형량범위인 경우 판사는 5년의 양형범위 내에서 자유롭게 양형을 결정할 수 있는 재량을 보유하게 됨

- 판사는 위 각각의 형량범위 내에서 가중요소 및 감경 요소를 고려하고 판사의 가중, 감경인자의 고려에 있어서 어떠한 가중치도 부여하지 않고 판사의 판단에 일임함

- 미국 연방 및 각주 양형위원회에서 실증적으로 확인한 가장 중요한 양형인자인 전과도 단지 양형요소로서의 고려사항일 뿐, 계량화하거나 가중치를 두지 않음
- 개별적·격자식 및 점수제 양형기준 모델
 - 기본적으로 5개 내지 15개 정도의 범죄에 대하여 양형기준을 설정
 - 미국 연방과 같이 격자식 양형테이블을 사용하는 경우와 버지니아 주와 같이 작업지(work sheet)를 작성하여 각 양형요소별로 채점을 한 후 이를 이용하여 구체적 양형범위를 찾아들어가는 방식이 있음
 - 전과를 계량화한다는 점에서 영국식의 개별적·서술식 형태와는 구별됨

3) 소결

- 위 세 가지 모델 중에 어느 모델이 가장 바람직한가는 양형기준제를 어느 정도 객관적이고 투명하게 할 것인가, 어느 정도 양형편차를 줄일 것인가와 관련되어 있고, 또한 우리나라 양형실무의 문제점을 해결하기 위해서 어떠한 양형기준제가 도입되어야 할 것인가와 관련된 문제임.
- 법원조직법에 규정된 공정하고 구체적이며 객관적인 양형기준제를 마련하고, 우리나라 양형의 문제점인 '전관예우에 의한 양형의 왜곡현상'과 '불공정한 양형편차'를 줄이고 엄정한 형의 선고 및 집행이 이루어지게 하기 위해서는 망라적·등급조정식 격자형 형태의 양형기준이 가장 바람직함

다. 제2안 : 서술형 방식(손철우 전문위원안)

[아래는 손철우 전문위원이 제시한 논거 및 의견임]

1) 법률적 검토

- 외국의 일부 양형기준에서 사용된 양형인자의 계량화 방식은 형종을 우선 선택하여야 하는 우리 형법과 배치됨.
 - 양형인자를 통한 등급 차등 조정 방식의 경우 형의 가중 및 감경사유에 따라 등급이 조정된 결과 형종까지 달라지게 되므로 형법에 위배됨.
 - 우리 형법상 형종 선택은 법정형의 가중 및 감경 이전 단계에서 이루어지고,

가중 및 감경의 결과 형종이 달라질 수는 없음.

- 따라서 벌금형 영역과 징역형 영역이 연속되는 형태의 양형기준 구조를 취하는 경우 징역형 영역에서 등급이 하향 조정되더라도 벌금형을 선택할 수 있도록 양형기준을 설정하여서는 안 됨.

- 양형인자에 대한 점수 부여 방식의 경우에도 형의 가중 및 감경사유를 고려한 채점 결과에 따라 비로소 형종이 선택되므로 동일한 문제점 발생.

- 결국 우리나라의 경우 양형인자를 계량화한다면 형량만이 변동되도록 하는 형태의 계량화를 추구하여야 함.

○ 한편 형량만이 변동되도록 양형인자를 계량화하더라도 형의 감경 과정에서 법률적 한계에 부딪힐 수밖에 없음.

- 예를 들어, 미국 연방 양형기준을 보면 일정한 등급의 범죄에 대하여는 360개월 이상부터 무기징역까지 선고가 가능하도록 규정하고 있고, 피고인이 범죄에 대한 책임을 명확하게 인정하면 범죄등급을 2등급 하향 조정함.

- 서로 다른 범죄에서 동일한 감경적 양형인자가 존재한다고 하여 같은 정도로 책임을 하향 조정하는 것은 양형의 개별화의 이념에 반할 여지가 있으나 동일한 범죄에 대하여 다른 모든 양형인자가 고정된 상태에서 감경적 양형인자가 존재한다면 오히려 그 양형인자의 양형에 대한 영향은 동일하여야 할 것임.

- 그런데 우리나라의 경우 형법 제54조에서는 “1개의 죄에 정한 형이 수종인 때에는 먼저 적용할 형을 정하고 그 형을 감경한다.”고 규정하고 있고, 형법 제55조에서는 형종별로 서로 다른 감경기준, 즉 8가지에 이르는 감경기준을 규정함.

- 따라서 법관이 무기징역을 선택하는가, 유기징역을 선택하는가에 따라서 감경기준도 달라져야 하고, 이에 다르게 형종 선택의 차이에도 불구하고 미국 연방과 같이 동일한 감경기준이 적용되도록 양형기준을 설정할 수는 없음

- 즉, 우리나라에 있어서는 미국 연방의 경우와 같이 모든 범죄에 대하여 하나의 양형기준을 설정하고 무기징역과 유기징역을 동일한 칸에 속하게 한 후 감경적 양형인자가 존재하는 경우 동일한 정도로 하향 조정되도록 할 수는 없는 것임.

- 그렇다고 하여 이러한 문제점을 해결하기 위해서 무기징역과 유기징역을 구분한 후 동일한 감경적 양형인자가 양형에 미치는 영향을 서로 다르게 조정하는 경우에는 양형기준이 인위적이라는 비판에 직면할 수밖에 없음.

○ 우리나라의 경우에는 아무리 많은 감경적 양형인자가 존재한다고 하더라도 작량감경은 1회만이 가능하다는 점도 고려할 필요가 있음.

- 양형인자를 계량화하여 감경적 양형인자별로 형량의 감경이 계속적으로 이루어지도록 하는 경우 법률상 감경사유에 해당하지 않는 경우 그 근거는 작량감경이 될 수밖에 없으므로, 결국 어떠한 근거로 수회에 걸쳐 감경을 할 수 있는지가 문제됨.

○ 한편 수회에 걸친 감경이 가능하더라도 감경의 하한으로 인한 문제가 발생함.

- 징역 5년이 하한인 범죄에서 법률상 감경사유가 존재하지 않는다면 그 하한은 2년 6월이 되어야 함.

- 위와 같은 범죄에 있어서 5가지 정도의 감경 사유가 존재하고, 양형기준상 각 감경사유마다 부여된 수치를 모두 더하는 방법으로 형을 감경하게 되면 형량의 하한보다 낮은 형까지 내려가게 되는 경우를 가정하여 보면, 이러한 경우는 법률에 반하여 허용될 수 없으므로 결국 법정형의 하한의 범위 내에서 계량화된 공식에 따라 감경되도록 할 수 밖에 없음.

- 그러나 이는 계량화된 양형인자에 대한 작위적 조작을 전제로 한 것으로 양형인자의 평가에 있어서 작위적 요소를 배제하여 양형의 균등성을 확보한다는 계량화의 목적과 부합하지 않음.

- 즉 이는 계량화 모델에서 강조하는 '양형책임에 비례하는 양형'에 부합하지 않고 양형의 균등성이라는 기본 이념과도 배치됨.

○ 양형인자 중 범죄전력에 한하여 계량화한 이른바 격자식 양형기준의 경우 범죄전력이 책임 영역에서 과도한 영향을 미친다는 점에서 바람직하지 않음.

- 형사사법절차의 모든 과정을 통하여 적용되어야 하는 책임원칙은 형벌이 단지 형법상의 책임에만 관련되어 한다는 점을 의미함.

- 즉 책임원칙은 가벌성의 규율이 구성요건적으로 기술된 개개의 범죄행위에 연결되고, 따라서 그에 대한 제재도 개개의 행위에 대한 응답으로 나타나는 것이지, 행위자의 전체적인 생활영위와 관련지어서 생활영위책임에 따른 처벌이 되어서는 안 된다는 것을 의미함.

- 현재까지 전과에 의한 형의 가중에 대하여는 이를 논증하기 위한 다양한 시도가 있었으나 어느 견해도 불법이나 책임과의 관련성을 명쾌하게 밝히지 못하는

한계가 있다고 평가됨.

- 과거 양형실무를 고려할 때 책임단계에서 전과의 영향을 완전하게 배제하는 입장을 채택하기는 어렵다고 하더라도 범죄전력이 범죄의 중대성과 함께 형종 및 형량을 직접적으로 결정하도록 하는 격자식 양형기준을 설정하는 것은 책임과 예방을 혼동한 것으로 바람직하지 않음.

2) 정책적 검토

○ 양형인자를 계량화하는 경우 양형의 균등성에는 도움이 될 수 있으나 양형의 적정성, 합리성을 달성하는 데는 한계가 있음.

- 양형기준의 도입을 통하여 불합리한 양형편차를 해소하는 것은 양형인자가 동일한 피고인을 동일하게 처벌하는 양형의 균등성에 그치는 것이 아니라 서로 다른 양형인자가 존재하는 피고인에 대하여는 그 차이에 맞게 다르게 처벌하는 양형의 개별화도 함께 이루는 경우에 비로소 가능하다고 할 것임.

- 양형인자의 계량화는 기본적으로 양형인자의 평가를 단순화하고 획일화하는 것이므로 복잡한 양형인자를 충분히 반영하지 못하고, 특히 다양한 양형인자 사이의 상호 작용으로 인한 양형에 대한 영향력의 정도를 제대로 반영할 수 없음.

- 예를 들어 각 양형인자의 영향을 단순 합산한 것과 실제 양형에 대한 영향은 차이가 나타남에도 불구하고 그러한 차이를 양형기준에 반영할 수 없음. 따라서 양형인자의 계량화는 진정한 의미에 있어서의 불합리한 양형편차의 해소를 가져 오지는 못함.

- 양형인자를 계량화한 수치화된 양형기준은 구체적인 개별 사건들 사이의 상대적 차이를 파악하지 못했을 뿐 아니라 개별범죄인들 사이의 실질적 정의를 실현하는데 있어서도 성공하지 못하고 있음.

- 진정한 의미에서 양형의 합리화는 계량화가 아니라 양형의 균등성과 적정성을 담보할 수 있는 합리적 양형원칙, 양형기준 그리고 양형절차를 법제화하고 이론적으로 체계화하는 것을 의미한다는 비판에 주목할 필요가 있음.

○ 양형인자의 계량화는 기본적으로 과거의 선례를 통계화하는 것에 불과하여 양형의 균등성은 담보할 수 있더라도 양형의 적정성은 달성할 수 없음.

- 양형인자의 계량화 모델은 양형에서 법관의 주관적인 가치판단이 주도적으로

작용하고 적정한 형벌이 무엇인가가 검증될 수 없다면, 양형에 관한 과거의 선례들을 통계적으로 체계화해서 법관의 양형에 대한 규범적인 지침을 만들 수밖에 없다고 여겼기 때문에 시도된 것임.

- 다시 말해서 양형을 법적용의 문제로 보고 이에 대한 규범적 구조를 분석하는 것이 아니라 전통적인 양형방식을 묵시적으로 인정하고 과거의 경험들에 대한 통계화만 시도하자는 것으로, 이렇게 함으로써 개별적인 사안에 대한 수량화된 양형사유의 목록을 제공하고 법정형을 구체화할 수 있는 환산공식을 확정하려는 것임.

- 그러나 계량화모델은 전통적인 양형방식의 비합리성을 도외시한 채 단순히 과거의 선례들을 통계화하는 것에 불과하다는 비판을 받음.

- 즉, 이미 법관의 직관적인 경험과 주관적인 요소가 개입되어 이루어진 과거의 선례들을 아무리 통계적으로 수량화한다고 해도 양형의 규범적인 구조는 결코 밝혀질 수 없음.

- 양형의 적정성을 위해서는 형벌 목적의 이율배반이나 판결효과의 예방적 작용, 양형요소의 선별기준과 양형요소들 사이의 내부적 논리관계 등 개별적 평가의 문제에 대한 해결이 전제되어야 하는데, 계량화모델은 이러한 문제를 해결하기보다는 통계화된 수치로써 은폐하는 것임.

○ 양형인자의 계량화는 법관의 양형재량에 대한 부당한 제한을 초래하고 반대로 검사의 양형재량을 지나치게 확대할 수 있음.

- 양형은 결코 기계적이고 획일적인 작업이 될 수 없고 다양한 양형인자에 대한 고민이 배어나는 대단히 인간적이고 철학적인 작업임.

- 법관의 합리적 양형재량 보장은 법관을 위한 것이 아니라 양형의 특수성이 충분히 고려된 적정한 양형을 도출하기 위한 필요 불가결한 요소라고 할 수 있음.

- 한편 광의의 양형과정에는 기소를 담당하는 검사, 선고형을 결정하는 법관, 형집행을 담당하는 교정기관의 재량이 내재되어 있는데, 양형에 대한 재량은 마치 풍선과도 같아서 어느 한 쪽의 재량을 축소하기 위하여 압력을 가하면 다른 한 쪽의 재량이 커질 수밖에 없음.

- 미국, 특히 미국 연방의 경우 계량화를 추구한 양형개혁으로 인하여 법관과 가석방기관의 양형재량은 줄어들었지만 검사의 양형재량은 늘어났다는 데에 대해

여 공감대가 형성되어 있음.¹⁾ 즉 양형기준은 다른 여러 가지 요소와 함께 미국 형사사법에 있어서 검사에게 유례없는 권한을 부여하였다고 평가됨.

- 법관의 양형재량은 항소심의 공식적인 통제를 받게 되나, 검사의 재량권 행사는 수사의 압행성으로 인하여 효과적인 심사와 통제의 대상이 되기 어렵다는 문제점이 있고, 따라서 법관의 재량권 행사보다 훨씬 많은 위험성을 내재하고 있음.

3) 통계기술적 검토

○ 양형인자의 계량화를 위해서는 개별적 양형인자가 양형에 미치는 영향의 정도와 복수의 양형인자 사이의 상호 영향에 대한 통계적 분석이 전제되어야 함.

○ 통계기술상 독립변수인 양형인자와 종속변수인 형량 사이의 상관관계는 회귀분석을 통하여 밝혀내야 하는데, 회귀 분석을 통해서도 독립변수인 양형인자가 형량에 미치는 영향력의 정도만을 파악할 수 있을 뿐 양형인자별로 구체적으로 영향력이 어느 정도 차이가 나는지 분석하기 어려움.

○ 또한 양형인자는 다른 양형인자가 존재하는 경우 양형인자 상호간의 영향으로 인하여 양형에 미치는 효과가 상쇄되거나 가중될 수 있는데 이를 분석하기 위해서는 일일이 독립변수를 다시 짝을 지어 통계분석을 진행하여야 함.

- 예를 들어 10가지 양형인자가 존재한다면 1,024가지로 경우의 수를 나누어 분석을 진행하여야 함.

- 1,024가지의 서로 다른 분석결과를 양형기준에 완벽하게 반영하는 것은 사실상 불가능.

4) 비교법적 검토

○ 현재 존재하는 23개 외국 양형기준 중 개별적 양형인자까지 계량화한 경우는 미국 연방, 알라바마주, 매릴랜드주, 버지니아주 정도에 불과.

○ 미국 내 가장 권위 있는 법률가 협회인 미국법률협회에서도 양형기준제가 시

1) Brian J. Ostrom, et. al, "Sentencing Digest - Examining Current Sentencing Issues and Policies", National Center for State Courts(1998), p. 9. 또한 계량화된 양형기준제도는 양형조사관에게 조사자와 사실인정자의 역할을 부여하였고, 법관들은 양형지침서를 해석하고 적용하는데 양형조사관에게 점점 더 의존하는 경향이 나타나며, 심지어 법률적 논점을 구성하고 해결하는데 있어서까지 양형조사관에 의존하는 경향이 나타나고 있다는 비판도 있으나 {Gerald W. Heaney, "The Reality of Guidelines Sentencing : No End to Disparity", American Criminal Law Review vol 28 (1991), p. 200} 우리나라는 아직 양형조사관 제도가 실시되지 않고 있으므로 구체적인 언급은 생략함

행되어도 양형위원회의 권한보다는 사법부 재량이 우선한다는 전제하에 양형위원회에서 특정한 가중적 양형인자나 감경적 양형인자를 계량화하는 것을 금지하는 조항{모델형법전 양형편 article 6B.04(4) 후문}을 두었음.

라. 제3안 : 등급조정식 격자형과 서술형의 혼합방식(이호중 전문위원안)

[아래는 이호중 전문위원이 제시한 논거 및 의견임]

1) 서술형 방식의 효용성에 대한 의문

- 서술형 기준을 차용하게 되면 양형기준을 세분화하는데 심각한 한계를 노정하게 될 것임.
- 영국의 양형기준을 보면, 우리나라의 가중구성요건 정도를 유형화하는 것에 불과하여 이 정도의 기준을 설정하는 것만으로는 양형기준제 도입의 의미가 반감될 것임.

2) 격자형 방식 채택시 우리 형법의 양형규정과의 부정합성 문제

- 감경사유 적용에서의 불합리성
 - 미국 연방의 망라적 격자형 방식에 의하면, 양형기준표의 “범죄의 중대성” 축은 각 구성요건마다 기본적인 범죄등급을 부여하고, 불법과 책임의 정도에 있어서 일정한 가중사유나 감경사유가 존재하는 경우에 기본등급을 조정하는 방식임.
 - 이러한 방식은 감경사유의 적용에서 현행법에 비하여 범죄자에게 상당히 불리한 결과를 초래할 우려가 있음. 형법상 감경사유의 적용은 처단형의 범위를 조정하는 방식이지만, 망라적 격자형 모델에 의하면 감경사유가 존재하는 경우 그 가치에 상응하여 등급조정이 이루어지게 되며, 미국 연방의 경우 감경사유에 해당하는 경우 대체로 1-5등급의 조정을 하게 됨. 미연방의 양형기준표는 매우 세밀하여 범죄의 등급을 43등급으로 세분화하고 있는데, 기본범죄등급에 5등급 정도를 감경하더라도 현행법상 법정형을 1/2로 감경한 형벌하한선보다 높은 수준으로 결정되는 결과가 됨.
 - 이는 현행 형법의 형감경제도의 취지가 반감되어 버리는 문제를 안고 있음.

- 임의적 감경 규정이 양형기준표에 의하여 실질적으로는 필요적 감경의 효과로 전환된다는 문제도 있음.

○ 형면제 적용에서의 불합리성

- 현행법은 자수의 경우 임의적 감면(일부범죄는 필요적 감면), 중지미수의 경우 필요적 감면 등에서 형면제제도를 두고 있는 바, 망라적 격자형 양형기준을 채택하면 범죄등급의 조정이라는 방식으로는 형면제를 적용하기가 곤란하다는 문제를 안고 있음.

3) 양형인자의 계량화에 있어서 “격자형 방식과 서술형 방식의 혼합” 채택

○ 격자형 방식은 우리 형법의 다양한 형감경 및 면제제도를 반영하기 어렵고, 형법상의 처단형 규정체계와 조화되기 어렵다는 문제를 근본적으로 안고 있음.

○ 반면에 영국식의 서술형 방식은 양형편차를 해소하고 양형의 일관성과 균등성을 확보한다는 양형기준의 목적에 비추어 보면 그다지 타당한 방식이라고 보기 어려움.

○ 따라서 격자형 방식과 서술형 방식의 장점을 취하는 방향으로 양자를 혼합하는 방식을 고려해 볼만 함. 이 경우 양형인자의 계량화는 원칙적으로 격자형 방식으로 하는 것이 바람직하고, 격자형 방식이 우리 형법의 양형규정과 부합하지 않는 범위에서 서술형 방식을 채택하여 보완하도록 하는 것이 타당함.

3. 종합 : 우리나라에 적합한 양형기준제 방안

가. 우리나라에 적합한 양형기준제 방안

○ 위의 쟁점들을 종합해 보면, 우리나라에 적합한 양형기준 방식으로는 다음의 세가지 방안이 제안됨.

○ 제1안 : 망라적·등급조정식 격자형 방식(이주형 전문위원안)

○ 제2안 : 개별적·서술형 방식(손철우 전문위원 안)

○ 제3안 : 개별적·등급조정식 격자형과 서술형 혼합 방식(이호중 전문위원안)

나. 제1안 : 망라적·등급조정식 격자형 방식(이주형 전문위원안)

[아래는 이주형 전문위원이 제시한 논거 및 의견임]

1) 필요성

○ 구금/비구금 결정(in/out decision) 기준 제시의 필요성

- 세계 양형기준제의 공통적인 관심사
- 세계 최초로 양형기준을 제정한 미국 미네소타 주에서도 양형기준을 설계하면서 가장 중요하게 고려한 것이 구금과 비구금 결정(in-out decision)의 경계를 명확히 하는 것이었음.
- 이러한 구금 비구금의 경계선에 대한 관심은 일반 국민이나 범죄자들도 가장 크게 관심을 가지는 부분임.
- 교도소 수용인원의 변화를 예측할 수 있는 부분임.

○ 작량감경의 명확한 기준 설정의 필요

- 우리나라에 특유한 제도인 형법상의 작량감경이 가능한 경우에 대한 명백한 기준도 마련되어야 함.
- 우리나라 형법상 작량감경 제도는 피고인이 자백을 하면서 누우치거나 합의를 하는 경우 형기 하한의 2분의 1까지 감경할 수 있고, 형사실체법에서 가중처벌을 위하여 형기의 하한을 징역 6년으로 정하여 놓은 경우에도 집행유예의 선고가 가능함.
- 이러한 작량감경 제도를 두고 있는 나라는 우리나라와 일본밖에 없음.
- 작량감경 규정은 법관이 피고인에게 은혜를 베푼다고 하는 권위주의적 산물로서 죄형법정주의에 따라 형법이 정한 형벌범위를 법관의 재량으로 좌우할 수 있게 하여 형법의 법률효과를 불명확하게 하는 기능을 함.
- 형법 제53조의 '범죄의 정상에 참작할 만한 사유'라는 개괄적인 개념에 의한 감경에 따른 형벌은 책임의 한계를 이탈하게 되는 결과를 가져오는 것으로서 이미 책임형벌이 될 수 없으며 우리나라 형법이 경합범에 대하여 병과주의가 아닌 가중주의를 채택하고 있어 처단형이 너무 높아질 염려가 많지 않고 과도한 법정

형으로 인한 문제점은 입법에 의해 시정해야 할 사항이고 작량감경에 의해 시정할 사항이 아니라는 등의 이유에서 여러 학자들에 의해 폐지론이 주장되고 있음.

- 이와 같은 '정상에 참작할만한 사유'라는 일반조항은 양형에서 법관의 주관적 세계관이나 가치관이 개입할 수 있는 창구역할을 하고 있다는 점에서 작량감경 규정에 대한 비판점이 되고 있음.

- 작량감경 규정은 양형기준제도의 도입과 상충되므로 양형기준제도가 도입된 이상 이러한 작량감경 규정은 입법론적으로 폐지되는 것이 바람직.

- 현실적으로 이러한 작량감경 제도가 존재하는 과정에서 객관적이고 공정한 양형기준이 마련되기 위해서는 양형인자별로 작량감경이 가능한 기준을 어느 정도 계량화하지 않는다면 객관적인 양형기준의 제정은 어려워 보임.

- 결국 망라적·등급조정식 격자형의 양형기준을 마련하여 작량감경의 경우 일정하게 등급조정이 이루어지거나 가중치가 부여되는 형태가 되어야 국민이 신뢰할 수 있는 객관적이고 투명한 양형기준이 마련될 수 있다고 할 것임.

○ 경합범 가중 방식의 명확한 기준 제시의 필요성

- 우리나라와 같은 대륙법계 체계와 영미식 법률체계의 차이점 중의 하나가 경합범 가중의 방식의 차이임.

- 영미의 경우 형의 누적적(consecutive) 집행을 원칙으로 하고 일정한 경우 형을 동시에(concurrent) 집행함.

- 따라서 영미의 경우 개개의 소인(count)별로 형을 정하고, 그 형을 어떻게 집행할 것인가의 문제가 있지만 우리나라의 경우 형법상의 경합범 가중 규정에 따라 경합범 형식으로 형을 선고하여야 함.

- 이러한 경합범 가중방식에 대해서는 미국 연방의 양형기준제도가 가장 잘 발달되어 있음.

- 범죄 유형별로 경합범 가중을 할 것인가를 결정하고, 일단 경합범에 해당하는 경우에는 범죄 수준별로 가감할 정도를 명확하게 규정하고 있기 때문에 가장 구체적이 객관적인 기준을 제공하고 있음.

- 이에 반하여 개별적 양형기준제를 채택한 경우에는 경합범 규정이 따로 존재하지 않고, 경합범을 어떻게 적용할 것인지 그 기준을 정하는 것도 굉장히 어려운

것으로 보임.

- 특히 영국의 양형기준제도는 구체적인 양형요소에 대한 가중치 부여방식이 전혀 없을 뿐만 아니라 경합범일 때 적용하는 기준도 전혀 존재하지 않음.

- 따라서 경합범일 경우에는 개개 범죄에 대한 양형기준까지도 적용하는 것이 적절하지 않을 수 있는 문제가 발생

- 우리나라 구공판 사건의 절반 이상이 2개 이상의 경합범으로 기소된 것인바, 경합범으로 기소된 경우 그 형을 어떤 형태로 가중할 것인가에 대한 기준을 설정하는 것은 객관적이고 공정한 양형기준을 제정하기 위해 필요불가결한 것이라고 할 것임.

- 결국 망라적이고 충분히 계량화된 양형기준제도의 도입이 이러한 문제점을 가장 원만히 해결할 수 있다고 할 것임.

○ 양형기준의 준수여부에 대한 지속적인 모니터링 장치의 필요

- 양형기준이 규범력을 가지기 위해서는 어느 정도 현실을 반영하여 양형기준이 제정되어야 하고, 형의 선고는 기본적으로 양형기준에 따를 것이 요구됨.

- 이미 제정된 기준이 현실에서 어떻게 적용되는지를 지속적으로 살펴보고 만약 양형기준을 이탈하는 비율이 높다면 그 원인이 무엇인지를 확인하여 계속적으로 양형기준을 보완·수정해 나가야만 할 것임.

- 미국 연방 또는 대부분의 각 주에서는 모든 판사의 양형판결에 대하여 양형위원회에서 제공한 일정한 양식에 따라 우편 또는 웹방식으로 양형관련인자를 체크한 문서를 양형위원회로 송부받음.

- 이에 반하여 영국의 경우 판사가 고려한 양형인자 등을 체크하여 양형위원회로 보내지 않고 있을 뿐만 아니라 어느 양형인자를 어느 정도 어떻게 고려하였는지 등에 대하여 통계자료로 분석할 수 있을 정도로 양형인자에 대한 객관화된 자료를 제공하지 못함.

- 양형기준에 대한 지속적인 수정·보완을 통하여 규범력을 향상시키고 수정보완을 검토하기 위한 자료로 활용되기를 기대함.

2) 양형인자 중 특히 “전과 계량화”의 필요성

○ 미국 연방 및 각 주의 양형기준 제정 과정에서 양형에 있어서 가장 큰 영향을

미치는 것이 범죄의 심각성과 범죄전력인 사실은 실증적 분석과정에서 명백하게 확인이 이루어졌음

○ 그 결과 미국 연방뿐만 아니라 각 주에서도 전과를 범죄 수준 결정의 양대 축의 하나로 삼고 있고 범죄전력의 증가에 따라 선고가능한 양형의 범위도 가중된 범주(category)로 올라감

○ 결국 객관적이고 공정한 양형기준을 수립하는 과정에 있어서 피고인의 범죄전력에 따른 형의 가중방식을 어떻게 할 것인가가 중요한 과제가 되어야 하고, 그러한 관계는 미국 연방 내지 각 주에서 채택하고 있는 형태의 종합적이고, 계량화된 형태의 양형기준제에서만 가능하다고 생각됨

○ 이에 반하여 영국 양형기준제도에서 전과는 판사가 고려할 수 있는 양형인자의 하나에 불과하고, 범죄 전력이 증가하는 경우에 이를 어떻게 고려할 것인가에 대하여는 따로 정하여진 바가 없고 오로지 판사의 재량에 달려 있음

○ 따라서 영국식 양형기준제도가 가장 비판받을 수 있는 것 중의 하나는 객관적으로 가장 영향력이 큰 양형요소에 대하여도 그 가중치 고려 방식이 전무하여 양형에 대한 일반인 및 피고인의 예측가능성 확보가 용이하지 않다는 것임

○ 우리나라 형법상으로도 양형을 함에 있어 전과를 반드시 고려하도록 하고 있고, 누범 가중 규정과 집행유예결격 기간 중에 있는 피고인에 대하여는 반드시 실행을 선고하도록 하고 있는 규정은 결국 범죄전력이 늘어남에 따라 형량을 가중할 것을 입법적 전제로서 정하고 있다고 볼 수 있을 것임

○ 우리나라에서 양형기준을 설정함에 있어서는 범죄전력의 증가에 따른 범죄수준의 객관적 가중 방안 내지 범죄 수준의 상향 방안이 정해져야 할 것임

3) 망라적·격자형 양형기준제에 대한 비판에 대한 반론

○ 외국의 양형인자 계량화 방식은 형종을 먼저 선택해야 하는 우리 형법과 배치된다는 주장

- 이러한 주장의 근거가 되는 양형기준제 형태로서 벌금형 영역과 징역형 영역이 연속되는 형태의 양형기준 구조와 양형인자에 대한 점수 부여 방식의 경우에 형의 가중, 감경 결과 형종이 선택되는 경우를 주장하고 있으나,

- 징역형을 선고하는 경우에만 적용되는 양형기준을 제정하는 경우에는 아무런

문제가 없다고 할 것이고, 징역과 벌금이 연속되는 형태의 양형기준은 일반적인 형태가 아니고, 점수제도 징역형만 적용하는 형태를 설정가능함

○ 형의 감경과정에서의 무기징역과 유기징역의 선택의 문제

- 미국의 경우 유기징역형을 선택할 경우의 상한이 없으므로 무기징역부터 형의 감경이 가능하지만, 우리나라의 경우 무기징역부터의 감경이 불가능하다는 부분에 대하여는

- 기본적으로 유기징역에서의 감경 방식을 정하고, 무기징역에서 일정한 감경사유가 존재하는 경우 유기징역으로 형이 변경되는 경우에 관하여 감경방식 및 기준을 정할 수 있을 것임

○ 1회만 작량감경을 해야 한다거나 작량감경의 하한을 넘은 문제에 대하여

- 작량감경의 경우 하한의 2분의 1까지의 범위 내에서 감경할 수 있다는 것으로, 감경사유가 여러 가지가 있는 경우에도 단 한 번가지만으로도 감경할 수밖에 없다고는 할 수 없는 것임(감경의 정도의 문제임)

- 계량화된 작량감경 사유가 많아 하한 아래까지 감경이 이루어진다고 하더라도 법률상 하한의 범위 내에서 그러한 사유를 최대한 고려할 수 있는 것임(이는 미국 연방에서 형을 가중하더라도 법에 정한 상한을 넘지 못하도록 한 것과 마찬가지로 이치임)

- 양형의 균등성도 법에 정한 한계 내에서 가능한 것이라고 할 것임

- 등급조정을 통한 감경의 경우 미국 연방식으로 세밀하게 범죄등급을 구분하고 일정한 원칙에 의하는 경우 일률적인 등급조정이 반드시 비합리적인 것은 아님

○ 법원조직법 제87조의7(양형기준의 효력) 제1항

- '법관은 형의 종류를 선택하고 형량을 정함에 있어서 양형기준을 존중하여야 한다'고 규정하고 있어 형종 선택에 관하여도 양형위원회가 기준을 설정하도록 권한을 부여하고 있어 이러한 부분을 적절히 해결할 수 있는 방안을 연구해서 기준을 설정할 수 있을 것임

○ 전과를 계량화한 격자식 양형기준의 경우 책임주의에 반한다는 주장에 대해

- 미국의 양형기준제는 대부분 전과를 계량화한 격자식이고, 아직까지 연방 또는 주 대법원에서 책임원칙과의 충돌을 이유로 위헌여부를 문제삼은 바 없음

- 우리나라 형법에서도 누범가중을 규정하고 있고, 집행유예 기간 중인 자에 대해 다시 집행유예를 선고하지 못하도록 하는 규정도 있고, 특정범죄가중처벌등에 관한법률에서도 일정한 범죄전력자를 가중처벌하는 규정이 있음

- 우리 형법상의 누범가중의 근거에 대하여도 일사부재리의 원칙과 평등의 원칙에 저촉되는지 여부가 논의되나, 누범은 전범을 처벌대상으로 하는 것이 아니라 전범에 의한 형벌 경고기능을 무시하고 다시 범죄를 저지른 것에 대한 책임이 가중되는 것으로 일사부재리에 저촉되거나 평등의 원칙에 어긋나지 않는다는 것이 통설임

- 누범가중은 전판결에서 부여된 금지의 충격을 강화된 범죄에너지에 의해 극복하였다는 점에서 행위책임이 가중된 것이라는 것이 통설이고, 행위책임에 의해 객관화된 행위자책임의 관점에서 찾아야 한다는 견해도 있음

- 또한 누범 폐지론은 초범을 가볍게 처벌하고 누범에 대하여 무겁게 처벌하는 국제적인 형사정책적 경향에도 배치되고, 특별예방의 관점에서도 누범가중이 적절하다는 견해도 있음

- 영미식의 양형기준제는 공리주의적 바탕에서 발달한 것으로 이를 단순히 개념법학적인 차원에서 비판하는 것은 적절하지 않다고 할 것임

○ 모델 양형법의 특정한 가중적, 감경적 양형인자의 계량화 금지 주장 관련

- 모델형법전 양형편 6B.04(4)에 대하여 “양형위원회의 권한보다는 사법부 재량이 우선한다는 전제하에 양형위원회에서 특정한 가중적, 감경적 양형인자를 계량화하는 것을 금지하는 조항을 두었다”는 주장이 있음

- 그러나 위 모델형법전의 규정은 모든 양형과정에서가 아니라 ‘개별 범죄에서의 결정에 있어서(over sentencing decisions in individual cases)’ 양형이탈 등을 고려하는 경우에 사법부의 재량이 양형위원회보다 더 큰 통제력을 갖는다는 의미임

- 또한 일반적으로 “가중적, 감경적 양형인자의 계량화를 금지한다”는 것이 아니라 양형의 이탈(Departure)의 경우에 한정하여 언급한 것임

- 즉 위 모델형법전 6B.04(4)의 전문에 ‘양형기준은 개개 범죄에서 추정적 양형으로부터 이탈할 수 있는 근거로 사용될 수 있는 가중인자와 감경인자의 목록을 제한없이(nonexclusive) 포함하여야 한다’고 되어 있고, 후문에 ‘양형위원회는 특정

한 가중 또는 감경 요소에 대해 주어진 효과를 계량화하지 않는 것이 좋다'고 권고한 것이고,

- 위 규정에 대한 주석을 보면, 위 조항은 “특정한 이탈 인자(specific departure factors)에 주어지는 효과를 계량화해서는 안된다”는 의미임을 명백히 밝히고 있음

- 오히려 “양형기준에 있어서 추정적 형벌은 때때로 반드시 계량적인 표현이 사용되어야 한다(Presumptive penalties in guidelines must often be given quantitative expression), 그러나 개정 모델형법은 주관적이거나 사전에(in advance) 예측할 수 없었던, 아주 미세한 형태로 상호작용하는 개개 범죄에 특유한 양형인자에 대해서 양형의 개별화가 종종 필요하다는 강한 견해를 가지고 있다”고 설명하고 있음

- 따라서 위 내용을 전체적으로 보면 양형기준제하에서 계량화된 표현이 필요하나, 양형이탈의 사유가 되는 인자를 일정한 양형인자로 한정할 것이 아니라 제한을 두지 말라는 뜻이고, 그 이유는 주관적이거나 사전에 예측불가능한 인자가 있을 수 있다는 취지임

- 오히려 6B.04(3)(a)에 의하면 구금형의 경우 양형기준은 형기의 범위 또는 형기의 장단을 특정해야 하는데 범죄유형별로 비례성의 근거에 대한 의미있는 구별을 나타내고, 선고형의 합리적 통일성을 향상시키기 위해 양형의 등급구간을 충분히 좁게(narrow) 설정할 것을 요구하고 있음

- 결론적으로 양형이탈에 있어서 고려할 양형인자를 제한하여 그 효과를 계량화하지 말라는 의미를 모든 양형인자를 계량화하지 말라고 권고한다는 의미로 오해해서는 안 될 것임

다. 제2안 : 개별적·서술형 방식(손철우 전문위원 안)

[아래는 손철우 전문위원이 제시한 논거 및 의견임]

1) 서술형 방식 채택시 양형인자의 비계량화의 단점 보완 방안

가) 개요

○ 양형인자의 비계량화 모델에 대하여는, 양형인자를 계량화하는 경우에 비하여 양형의 균등성 및 일관성, 양형의 예측가능성에 미치는 효과가 낮다는 비판이 제기되고 있음

○ 아래와 같이 양형인자를 질적으로 구분하고, 3단계 형량을 제시하는 방법을 통하여 이러한 단점을 상당한 정도로 극복할 수 있다고 판단됨

나) 양형인자의 질적 구분

○ 양형인자를 비계량화하면서 ① 양형인자를 전혀 제시하지 않고 법관의 재량적 판단에 맡기는 방식 또는 ② 양형인자를 단순하게 나열만 하는 방식을 취하는 경우 양형기준이 양형에 대한 지침으로서 기능을 발휘할 수 없다는 근본적 문제점을 안고 있음

○ 따라서 중요한 양형인자를 열거하면서 이를 질적으로 구분하는 방안을 채택하는 것이 타당함

구체적으로는 양형인자를 기본적으로 가중적 양형인자와 감경적 양형인자로 구분하는 것이 필요함

- 영국, 미국 노스캐롤라이나주, 유타주, 워싱턴 D.C. 등의 경우 가중적 양형인자와 감경적 양형인자로 구분하는 방식을 택함

- 미국법률협회에서도 추정적 형량(presumptive sentences)을 제시한 후 한정적이지 않은 가중적 양형인자와 감경적 양형인자를 열거하는 방식의 양형기준을 제시함

○ 나아가 양형인자가 많은 범죄유형에 대하여는 가중·감경적 양형인자를 조금 더 세분화하여 특별 가중적 양형인자, 일반 가중적 양형인자, 일반 감경적 양형인자, 특별 감경적 양형인자로 구분

- 미주리주의 경우에는 일부 범죄에 대하여 중대한 가중인자와 기타 가중인자로 가중인자를 다시 구분함

다) 3단계 형량범위 제시

○ 기본적 범죄유형에 대응하는 기본적 형량범위뿐 아니라 가중적 형량범위와 감경적 형량범위를 제시

- 미국 노스캐롤라이나주, 펜실베이니아주, 미주리주 등에서 유사한 입장을 취함
- 양형인자를 비계량화하면서 기본적 형량범위만을 제시하고 있는 영국, 미국 워싱턴 D.C. 등과 비교하여 양형기준의 지침적 기능이 훨씬 강화됨

라. 제3안 : 개별적·등급조정식 격자형과 서술형 혼합 방식(이호중 전문위원 안)

[아래는 이호중 전문위원이 제시한 논거 및 의견임]

1) 개별적·등급조정식 격자형과 서술형 혼합 방식의 기본 개념

가) 양형인자와 적용단계

○ 현행 형법의 영향단계에 상응하여 양형인자를 일응 다음과 같은 세 개의 카테고리 구별해 볼 수 있음.

- 법정형 단계에서 구성요건의 선택에 작용하는 양형인자
- 처단형을 조정하는데 기준이 되는 양형인자(법률상 가중 및 감경사유)
- 작량감경 및 선고형 결정단계에서 고려되는 양형인자

○ 이 중 양형기준을 설정함에 있어 가장 문제가 되는 것은 법률상 가중·감경사유의 적용문제임. 이에 대해서는 현행 형법이 적용기준과 적용순서를 세밀하게 규정하고 있기 때문에, 이를 준수하면서 양형기준을 설정하는 것이 중요함.

○ 따라서 법률상 가중·감경사유에 대해서 격자형방식을 적용하는 것은 타당하지 않으며, 이에 대해서는 예외적으로 서술형방식을 적용할 필요가 있음. 그러나 기타 양형인자에 대해서는 격자형방식을 원칙으로 할 수 있을 것임.

나) 격자형방식의 적용

○ 각 범죄유형별로 불법과 책임의 기준이 되는 기본등급의 형량을 정한 후, 불법평가에서 중요한 역할을 하는 양형인자를 선정하고, 이를 중심으로 하여 범죄의 중대성에 따라 범죄등급을 5-10등급 정도로 세분화함.

- 형법은 각 범죄유형에 대하여 일정한 가중·감경사유를 별도의 구성요건으로

규정하여 법정형을 가중·감경하는 형식을 취하고 있음. 이처럼 불법의 가중·감경요소로 작용하는 기본적인 양형인자에 대해서는 “범죄의 중대성 등급 결정”에서 반영하도록 해야 할 것임.

예) 흉기 기타 위험한 물건의 휴대

○ 작량감경 및 선고형 결정단계에서 고려되는 양형인자 중 실제 양형에서 중요하게 고려되어야 할 양형인자에 대해서는 “등급간 조정방식”으로 적용할 수 있음.

- 어느 양형인자를 등급간 조정이 적용되는 양형인자로 선정할 것인가에 대해서는 해당 범죄에 대한 양형현황분석 및 각 양형인자에 대한 규범적 평가를 통하여 결정되어야 할 것임.

- ‘공범자 중의 역할’이나 ‘피해자와의 합의 및 피해회복’ 등의 양형인자가 이에 해당할 것임.

다) 서술형 방식의 적용

○ 처단형을 조정하는 역할을 하는 법률상 가중·감경사유에 해당하는 양형인자는 형법 제56조에 의하여 적용되어야 하기 때문에 이러한 양형인자를 등급조정的方式으로 적용하는 데에는 무리가 있으며 법률상 가중·감경사유에 대해서는 별도의 서술식 양형기준을 채택하는 것이 타당할 것임.

2) 개별적 격자·서술형 모델의 기본구조

가) 각 범죄유형별로 등급화를 통한 격자형 양형기준의 설정

○ 각 범죄유형별로 기준형을 정하고 불법과 책임의 정도에 따라 범죄등급을 정함.

○ 쟁점 : 범죄의 중대성을 기준으로 등급화한다는 전제에서 또 다른 한 축으로 범죄전력을 등급화 기준으로 설정할 것인가 여부의 문제는 심도있는 논의가 필요함.

- 범죄유형에 따라서는 범죄전력 외의 다른 양형인자가 보다 핵심적이고 중요한 것으로 평가될 여지가 있기 때문임.

○ 가능한 방안

<제1안> 범죄의 중대성과 범죄전력을 양 축으로 하는 격자형 방안

<제2안> 범죄의 중대성을 한 축으로 하되, 다른 한 축의 양형인자는 개별 범죄의 특성을 감안하여 기준을 설정하는 방안

나) 총칙상의 가중·감경사유의 서술식 구체화

○ 총칙상의 가중·감경사유에 대해서는 형법상 각 가중·감경사유의 적용기준을 고려하면서 구체적인 적용기준을 서술형으로 설정함.

- 총칙상의 가중·감경사유에 대해서는 각 가중·감경사유 별로 가중·감경의 정도를 세분화하는 기준을 서술형으로 설정함.

- 예를 들어, 자수감경의 경우 자수의 양형사유로서의 의미 및 범죄유형별 특성을 고려하여 자수의 유형을 세분화하고 각 유형에 따라 형기의 1/3 감경, 1/2 감경 등으로 차등 감경하도록 함.

- 반면에 경합범가중은 형법상 법정형의 상한을 1/2 가중하는 방식인 바, 경합범의 유형 및 정도에 따라 등급형량의 상한을 1/3 가중, 1/2 가중 등으로 차등 가중하도록 기준을 마련할 수 있음.

- 총칙상의 가중·감경사유는 형법 제56조의 적용순서에 따라 적용하도록 함.

- 이렇게 정해진 형량범위 안에서 기타의 양형인자를 고려하여 구체적인 선고형을 결정하도록 함.

○ 이 때 각 가중·감경사유의 서술형 기준은 범죄유형별 특성을 반영할 수 있도록 함.

- 각 범죄유형별로 가중·감경사유의 서술형 기준을 설정하다 보면 양형기준이 지나치게 방대해지게 되는 단점이 있는 바, 이러한 문제점을 해소하기 위해서는 크게 대인범죄, 재산범죄, 국가적·사회적 법익에 관한 범죄, 마약류범죄 등으로 대별하여 가중·감경사유의 세부기준을 설정할 수 있을 것임.

다) 적용순서

○ 1단계 : 격자형 양형기준에서 해당 등급의 결정

○ 2단계 : 총칙상의 가중·감경사유의 적용을 통한 양형기준의 구체화

V. 양형기준의 설정 대상범죄

1. 쟁점

○ 대상범죄의 문제는 양형기준의 원칙적 적용대상을 정하는 문제와 현실적 여건 등을 고려하여 우선적 대상범죄를 정하는 문제를 구분하여 논의할 필요가 있음.

2. 양형기준의 원칙적 적용 대상범죄의 설정

가. 상정가능한 방안

○ 가능한 방안

<제1안> 모든 범죄에 적용하도록 하는 방안

<제2안> 징역형(금고형 포함)을 법정형으로 규정한 범죄에 적용하는 방안

<제3안> 일부 범죄를 선정하는 방안

나. 특별팀의 검토 의견

○ 제2안 : 이호중, 이주형 전문위원

○ 제3안 : 손철우, 이천현 전문위원

1) 제2안 : 징역형(금고형 포함)을 법정형으로 규정한 범죄에 적용하는 방안

[아래는 이호중 전문위원이 제시한 논거 및 의견임]

○ 기본적으로 징역형이 규정된 범죄는 양형기준의 적용대상으로 하는 것이 타당함. 벌금형이 선택형으로 규정된 범죄도 포함하는 것이 타당함.

○ 반면에 구류·과료에 처해질 경범죄는 상대적으로 양형의 범위가 협소하고 양형편차의 문제가 그리 심각하지 않기 때문에 양형기준의 적용에서 제외해도 무방할 것임.

○ 벌금형만을 법정형으로 규정하고 있는 경우는 원칙적으로 양형기준에서 제외하는 것이 좋을 듯함. 다만, 만약에 벌금형에 대하여 집행유예나 조건부 집행유예 제도가 도입된다면 이러한 범죄들도 양형기준에 포함시키는 것이 타당할 것임. 특히 벌금형에 대하여 조건부 집행유예제도가 도입된다면 법원이 형사제재를 선택할 수 있는 폭이 매우 넓어지고 이에 대해서는 어느 정도의 합리적인 양형기준을 제시해야 할 필요성이 크기 때문임.

2) 제3안 : 일부범죄를 선정하는 방안

[아래는 손철우 전문위원이 제시한 논거 및 의견임]

가) 모든 범죄를 대상으로 하는 방안의 불합리성

○ 약 15,000개에 이른다는 모든 범죄에 대하여 양형기준을 설정하는 것은 그 자체가 불가능할 뿐 아니라 불필요한 노력으로 귀착될 수 있음.

- 2004년부터 2007년까지 4년간 1회 이상 처리된 죄명은 형사 합의부에서는 731개, 형사단독은 1,078개에 불과.

- 단독 관할이나 형사합의부에서 경합범으로 처리된 죄명(예를 들어 사기죄)도 포함되었으므로 실제 숫자는 이보다 더 적음.

○ 모든 범죄에 대하여 양형기준을 설정하고자 하는 경우 불합리한 양형기준이 설정될 가능성 있음.

- 양형기준 설정 과정에서는 기본적으로 기술적 접근방식(descriptive approach)이 필요함.

- 기술적 접근방식은 양형실무에 대한 자료를 수집하고 이를 실증적으로 분석하여 전형화 시켜 양형기준에 반영.

- 실무상 양형 사례가 드물거나 없는 범죄의 경우 기술적 접근방식에 의한 양형기준 설정이 어려움.

- 결국 전적으로 규범적 방식의 양형기준이 설정될 수 있음.
 - 이 경우 규범의 정당성 및 객관성의 담보가 용이하지 않음.
- 비교법적으로도 모든 범죄에 대하여 양형기준을 설정한 사례는 찾아 보기 어렵음.

나) 일부 범죄를 선정하는 경우 선정원칙

- “양형기준의 목적”과 “국민적 관심 및 범죄발생정도”를 고려하여 우선적 설정 대상범죄를 정하는 것이 바람직함.
- 양형기준의 목적은 양형기준 설정 대상 범죄 선정에 있어서 가장 근본적인 원칙임.
 - 양형기준 설정 대상 범죄를 선정함에 있어서는 당연히 양형기준제 도입의 목적, 즉 양형기준의 목적에 부합하는 범죄를 선정하여야 함.
 - 아래와 같이 구체화함으로써 기준의 추상성을 어느 정도 극복할 수 있음
 - 과거 양형실무에 있어서 불합리한 양형편차가 발생한 범죄
 - 실무상 양형기준 설정 요청이 강한 범죄
 - 과거 양형실무에 대한 규범적 조정이 필요한 범죄
- 국민적 관심 및 범죄발생정도를 고려하는 것은 국민들의 요구에 부합하는 양형기준을 설정한다는 측면에서 필요함.
 - 법원조직법 부칙 제2항을 단순히 최초 양형기준 설정 대상 범죄 선정의 원칙만을 제시한 것으로 보는 것은 타당하지 않음.
 - 양형기준 설정 대상 범죄 중 제1차 양형기준 설정 대상 범죄와 나머지 양형기준 설정대상 범죄는 순서상 차이가 있는 것에 불과하므로 양자는 근본적으로는 동일한 기준에 의하여 선정되어야 함
 - 위 조항의 해석을 달리하더라도 ‘국민적 관심’과 ‘범죄의 발생 빈도수’는 여전히 양형기준 설정 대상 범죄 선정에 있어서 중요한 원칙이 될 수밖에 없음.
 - 양형기준은 불합리한 양형편차의 해소에 대한 국민적 요청 을 반영하여 도입된 것이므로 양형에 대한 국민들의 관심이 높고, 범죄의 발생 빈도수가 많아 국민들의 삶에 미치는 영향이 큰 범죄에 대하여 양형기준을 설정하는 것은 당연함
 - ‘국민적 관심’이 상대적 개념이기는 하나 아래와 같이 상당한 정도로 구체화

하는 것이 불가능하지 않고, 양형위원회 운영지원단이 실시한 설문조사 결과도 참조할 수 있음.

- 범행 결과가 중대한 범죄
- 범행이 실제 생활에 미치는 영향이 큰 범죄
- 범행의 사회적·경제적 파장이 큰 범죄
- 사회적·경제적 신분이 높은 피고인의 범죄

3. 양형기준 설정 대상범죄의 우선적 선정(제1기 양형위원회의 대상범죄)

가. 상정 가능한 방안

- 제1안 : 종합적인 양형기준 설정이 가능할 정도로 양형기준 설정 대상범죄 중 최대한 많은 범죄에 대하여 동시에 양형기준을 설정하는 방안(동시 설정 방안)
- 제2안 : 일정한 선정원칙에 따라 우선적 대상범죄를 선정하고 향후 점진적으로 대상범죄를 확대하는 방안(점진적 설정 방안)

나. 특별팀의 검토 의견

- 제1안 : 이주형 전문위원
- 제2안 : 이호중, 손철우, 이천현 전문위원

1) 제1안 : 양형기준 설정 대상범죄 중 최대한 많은 범죄에 대하여 동시에 양형기준을 설정하는 방안

[아래는 이주형 전문위원이 제시한 논거 및 의견임]

- 망라적인 형태의 양형기준제를 설정하려고 하는 경우
 - 상당수의 주요 범죄에 대하여 양형기준을 정함으로써 구금과 비구금을 정리하는 구금선(dispositional line)을 그을 수 있고,

- 하나의 양형테이블을 통한 경합범 처벌기준을 명확히 설정하기가 용이하며,
- 교도소 수용인원의 변화를 예측할 수 있는 등 종합적인 양형정책의 시행도 가능해 짐

○ 법원조직법 규정에 의하면 최초 양형기준을 제정함에 있어 범죄발생빈도와 국민적 관심을 고려토록 하고 있음.

- 따라서 실형 선고를 통해 교도소 인구증감에 영향을 끼칠 정도의 빈발하는 범죄 대부분을 대상으로 하고, 빈발하지는 않더라도 국민적 관심이 지대한 부패범죄, 기업범죄 등에 대한 기준을 동시에 제정하는 것이 입법취지에 맞음.

○ 이러한 설정대상 범죄를 정하기 위해서는 기소 비율 및 실형 선고 비율을 확인하여 교도소 수감인원에 영향을 줄 정도의 범죄를 일단 기준 설정대상 범죄로 정하고, 국민적 관심이 지대한 범죄를 공청회 등을 통해 결정하는 것이 타당.

2) 제2안 : 일정한 선정원칙에 따라 우선적 대상범죄를 선정하고 향후 점진적으로 대상범죄를 확대하는 방안

[아래는 이호중 전문위원이 제시한 논거 및 의견임]

○ 어떠한 방식의 양형기준제를 채택하더라도 수많은 범죄유형에 대한 양형기준을 일시에 설정하는 것은 불가능하기 때문에 양형기준 설정 대상범죄의 우선적 순위를 설정할 필요가 있음.

○ 활용가능한 기준들

- 양형기준의 계량화와 세분화가 비교적 쉬운 범죄부터
- 실제 발생빈도가 높고 국민의 일상생활과 밀접한 관련이 있는 범죄부터
- 국민적 관심이 높은 범죄유형부터
- 양형편차의 문제가 상대적으로 심한 범죄유형부터

[아래는 손철우 전문위원이 제시한 논거 및 의견임]

○ 제1차 양형기준 설정시한인 2009년 4월경까지 많은 범죄유형에 대하여 동시에

양형기준을 설정하기는 현실적으로 어려움.

○ 성급하게 많은 양형기준을 단기간에 설정하는 경우 자칫 시행착오로 인한 심각한 문제점 야기

- 실제 양형기준을 적용하는 과정에서 어떠한 문제점도 제기되지 않은 완전무결한 양형기준을 설정하기는 어려움.

- 특히 우리나라의 경우 양형기준제가 처음 도입되었을 뿐 아니라 대륙법계 국가에서 양형기준제가 시행된 사례가 없다는 점에서 사전에 예상하지 못한 문제점의 발생 가능성을 배제할 수 없음.

- 양형기준은 양형위원회의 성격상 대립되는 이해관계의 절충 내지 타협을 통하여 설정될 수밖에 없다는 현실적 한계를 갖고 있으므로 시행 과정에서 다양한 문제점이 발생할 수 있음.

○ 양형기준 설정 대상 범죄 ↑ ≠ 양형기준 효과 분석 정확성 ↑

- 양형기준의 효과 분석은 양형기준 설정 이전에도 이루어지는 것이 바람직함.

- 그러나 양형기준에 대한 판사의 준수 여부, 이탈 정도 등을 미리 예측할 수 없으므로 어차피 양형기준 효과의 사전 분석은 하나의 가정적 작업에 그침.

○ 양형기준 미설정 범죄의 처리 기준이 없는 것은 아님.

- 양형기준 미설정 범죄의 경우 종전 양형실무, 유사한 범죄에 대하여 설정된 양형기준을 참고한 양형이 가능함

○ 형사 실체법 정비가 지연되는 상황에서 양형기준 설정 대상 범죄에 대하여 동시에 양형기준을 설정하는 경우 추후 형사 실체법 정비가 완료되면 양형기준을 대폭 수정할 수밖에 없고, 이는 법률적 안정성을 크게 해할 수 있음.

VI. 양형기준 설정의 접근 방식

1. 상정 가능한 방안

가. 제1안 : 기술적 접근방식(descriptive approach)

○ 내용

- 양형실무에 대한 자료를 수집하고 이를 실증적으로 분석한 후 전형화 시켜 양형기준에 반영하는 방식임

○ 장점

- 기존 양형실무를 반영하여 법적 안정성 유지
- 법관들의 순응도가 높음

○ 단점

- 양형실무상 문제점 개선에 한계가 있음

나. 제2안 : 규범적 접근방식(prescriptive approach)

○ 내용

- 정책적 논점과 양형 철학에 대한 연구에 기초하여 양형정책을 계획적으로 발전시켜 나아가고 이러한 양형정책을 양형기준에 반영하는 방식임

- 폭력범죄에 대하여 구금형 등 보다 엄격한 형을 하면서 재산범죄에 대하여는 사회내 처우 등을 활성화하는 양형기준이 그 예임

○ 장점

- 이론적, 정책적 측면에서 양형실무상 문제점이 발견된 경우 이를 개선할 수 있음

○ 단점

- 논의의 전제가 되는 규범의 정당성 확보가 어려움
- 양형기준을 적용하는 법관들을 설득하기 용이하지 않음

2. 특별팀 검토의견

○ 기술적 접근을 원칙으로 하되, 규범적 접근을 보완하는 절충적 방식으로 의견이 통일됨.

[아래는 이호중 전문위원이 제시한 논거 및 의견임]

○ 경험적 접근이 필요한 이유

- 우리나라의 법정형이 유럽국가에 비하여 매우 높은 수준이라는 점에서 법정형을 일률적인 기준으로 삼는 것은 지양할 필요가 있음.

- 작량감경규정이 사실상 법정형의 엄격성을 완화하는 역할을 해 온 바, 이러한 양형실무를 양형기준에 반영할 필요가 있음.

○ 따라서 경험적 접근에 의하여 우선 기존의 양형을 반영하여 양형기준의 등급을 정하되, 규범적 기준을 고려하여 기준형을 수정하는 방식의 접근이 타당할 것으로 사료됨.

○ 규범적 기준으로 고려해야 할 요소

- 국민들의 법감정과 양형이 관대하다고 생각하는 정도

- 범죄유형별로 범죄증가율 및 발생건수, 피해정도의 측면

- 범죄유형별로 특별예방/일반예방 중 우선순위의 정도

- 범죄유형별로 행위자의 재범위험성의 정도에서 나타나는 차이 등.

[아래는 손철우 전문위원이 제시한 논거 및 의견임]

○ 우리나라는 불합리한 양형편차의 해소가 가장 중요한 양형기준의 목적이라고 할 것이므로 기술적 접근방식이 강조되어야 함.

- 양형기준의 주된 목적을 불합리한 양형편차의 해소에 두는 경우에는 기술적 접근방식이, 양형철학 변화의 반영, 과거의 불합리한 양형실무의 개선에 중점을 두는 경우에는 규범적 접근방식이 바람직함.

- 예를 들어 기술적 접근방식을 취한 버지니아주의 경우 양형기준제를 채택한 주된 목적은 양형의 불균등을 줄이고 합리적이고 일관성 있는 양형기준을 세우는데 있었고, 양형철학이 변화되었다거나 교도소 포화문제, 가혹하거나 관대한 양형, 사법재량의 제한 등을 직접적인 목적으로 한 것이 아니었음

- 우리나라의 양형실무에 대하여 여러 가지 비판이 제기되고 있으나 역시 가장 근본적인 비판은 불합리한 양형 편차에 있고, 불합리한 양형편차의 해소가 양형기준의 주된 목적이 됨

○ 양형기준을 적용할 법관이나, 양형기준을 적용받게 되는 피고인의 입장에서도

기술적 접근방식이 보다 타당함.

- 과거의 양형실무를 제대로 반영하지 아니한 채 규범적 접근방식으로 일관하여 양형기준을 설정하는 경우에는 양형에 있어서 커다란 변화가 나타나서 법적 안정성을 저해할 수 있고, 법관들의 양형기준에 대한 거부감이 높아 낮은 준수율을 보이게 될 것임

- 동일한 사안에서 양형기준 설정을 전후하여 극심한 양형 편차가 나타나는 경우 새로운 불평등의 문제를 야기하고, 피고인 나아가 일반 국민들이 양형기준을 신뢰하기 어렵게 됨

○ 다만 기술적 접근방법만을 일관하여 양형기준을 설정하는 경우에는 과거의 양형실무를 그대로 반영하는 양형기준이 설정되는 것에 불과하므로 양형실무의 문제점을 개선하기는 어렵고, 따라서 규범적 접근방법도 가미되어야 함.