

주제 발표문

# 우리나라에 적합한 양형기준제

이 호 중

(양형위원회 전문위원)



## < 차 례 >

I. 서론	1
1. 연구범위	1
2. 한계	1
II. 양형기준제 방식의 유형화	2
1. 유형화 기준	2
2. 망라적 격자형 모델	2
가. 특징	2
나. 장점	3
다. 단점	3
3. 개별적 격자형 모델	3
가. 특징	3
나. 장점	4
다. 단점	4
4. 개별적 서술형 모델	4
가. 특징	4
나. 장점	5
다. 단점	5
5. 개별적 점수제 모델	5
가. 특징	5
나. 장점	6
다. 단점	6
III. 우리나라에 적합한 양형기준제 방식	6
1. 전제 : 양형 관련 형법규정의 존중	6
가. 처단형 규정과의 조화문제	6
나. 작량감경 규정의 문제	7
다. 범죄전력과 이중평가의 금지	7
2. 각 모델별 적합성 분석	7
가. 망라적 격자형 모델	7
1) 장점	7
2) 양형정책적 측면에서 본 불합리성	7
3) 우리 형법의 양형규정과의 부정합성 문제	8
나. 개별적 격자형 모델	9
다. 개별적 서술형 모델	9
1) 장점	9

2) 그러나 효용성에 대한 의문 .....	9
라. 개별적 점수제 모델 .....	9
3. 새로운 제안 - 개별적 격자·서술형 모델 .....	9
가. 개별적 격자·서술형 모델의 선정배경 .....	10
1) 범죄유형별로 양형기준을 설정하는 “개별적 방식”의 채택 .....	10
2) 양형인자의 계량화에 있어서 “격자형 방식과 서술형 방식의 혼합” 채택 .....	10
가) 양형인자와 적용단계 .....	10
나) 격자형방식의 적용 .....	11
다) 서술형 방식의 적용 .....	11
나. 개별적 격자·서술형 모델의 기본구조 .....	11
1) 각 범죄유형별로 등급화를 통한 격자형 양형기준의 설정 .....	11
2) 총칙상의 가중·감경사유의 서술식 구체화 .....	12
다. 적용순서 .....	12
IV. 대상범죄의 설정 .....	13
1. 대상범죄 논의의 두가지 차원 .....	13
2. 양형기준의 원칙적 적용 대상범죄의 설정 .....	13
가. 가능한 방안 .....	13
나. 검토의견 .....	13
3. 대상범죄의 우선적 설정기준 .....	14
V. 부수되는 몇가지 쟁점 .....	14
1. 기준형량의 결정방식 : 경험적 접근 대 규범적 접근 .....	14
2. 징역형과 벌금형의 관계 설정 문제 .....	15
가. 쟁점 .....	15
나. 가능한 방안 .....	15
다. 검토의견 .....	15
3. 실형과 집행유예의 관계 설정 문제 .....	16
가. 쟁점 .....	16
나. 가능한 방안 .....	17
4. 집행유예의 부가제재에 대한 양형기준 설정의 문제 .....	17
가. 쟁점 .....	17
나. 가능한 방안 .....	18
다. 검토의견 .....	18

# 우리나라에 적합한 양형기준제

이호중 전문위원

## I. 서론

### 1. 연구범위

- 우리나라에 적합한 양형기준제의 기본적인 틀을 정하는 것을 목적으로 함. 이를 위하여 외국의 양형기준제 방식을 유형화해 보고 우리나라에 가장 적합한 양형기준 설정방식을 제시해 보고자 함.
- 특별팀 연구과제의 특성상 양형기준제 설정의 구체적인 쟁점을 모두 다룰 수는 없고, 양형기준제 설정의 기본적인 쟁점을 중심으로 보고함.
  - 범죄유형화방안, 양형인자의 구성, 실형과 집행유예의 기준설정 등의 구체적인 쟁점은 2008년도 각 팀의 연구과제로 설정되어 있는 바, 이와 같은 구체적인 쟁점을 직접적으로 연구하지는 않음.
- “우리나라에 적합한 양형기준제” 보고의 주요 쟁점은 다음과 같음.
  - 1) 모든 범죄에 통일적으로 적용되는 양형기준을 채택할 것인가 아니면 개별 범죄유형별로 양형기준을 마련하는 방안을 채택할 것인가 여부
  - 2) 주요 양형인자의 계량화 여부
  - 3) 양형기준의 대상범죄를 어떻게 설정할 것인가의 문제
- 우리나라에 적합한 양형기준제를 연구함에 있어서 무엇보다 우선적으로 양형기준의 목적 및 설정원칙을 명확하게 제시하는 것이 중요함. 다만, 양형기준의 목적에 관해서는 현재 제1팀에서 진행되는 양형현황연구의 자료를 기초로 하여 분석과 연구가 구체화될 수 있기 때문에 이번 보고에서 양형기준의 목적에 관한 부분은 생략하기로 함.

### 2. 한계

- 우리나라에 적합한 양형기준제를 연구함에 있어서는 양형현황에 대한 실증분석이 뒷받침되어야 풍부한 논의가 가능하겠지만, 현재 전문위원의 연구단계를 고려해 볼 때 양형현황분석을 연구자료로 활용할 수 없는 형편임. 따라서 우선은 비교법적 분석 및 규범

적 논의에 한정할 수밖에 없음.

## II. 양형기준제 방식의 유형화

### 1. 유형화 기준

- 양형기준제의 기본적인 틀을 설정함에 있어 중요한 쟁점으로는 아래의 두가지를 들 수 있음.
  - ① 모든 범죄에 통일적인 양형기준제를 채택할 것인가 여부
    - 망라적 vs. 개별적
  - ② 주요 양형인자를 계량화할 것인가 여부 및 계량화 방식
    - 격자형 vs. 점수제 vs. 서술형
    - 격자형은 다시 “등급조정식 격자형” 방식과 “등급미조정식 격자형” 방식으로 구분
- 이 두가지 쟁점을 기준으로 외국의 양형기준제를 비교·검토해 보면, 양형기준제 모델을 아래의 4가지 방식으로 유형화해 볼 수 있음.
  - 망라적 격자형 모델
  - 개별적 격자형 모델
  - 개별적 서술형 모델
  - 개별적 점수제 모델

### 2. 망라적 격자형 모델

#### 가. 특징

- 대상범죄 전체를 아우르는 통일적인 양형기준을 설정함.
- 범죄중대성을 한 축으로 하고, 범죄전력을 또 다른 축으로 하여 격자식으로 양형기준을 설정함.
- 범죄전력 외의 양형인자의 계량화하는가에 따라 아래의 두가지로 다시 구분됨
  - 주요 양형인자를 계량화하여 “등급조정 방식”으로 적용하는 모델(등급조정식 격자형)
  - 범죄전력 외의 양형인자를 계량화하지 않고 등급내에서 고려하는 모델(등급미조정식

격자형)

- 미국 연방의 양형기준제가 등급조정식 격자형 모델의 대표적인 예가 됨.
  - 미국 연방에서 등급조정방식은 ① 피해자 관련 조정, ② 범행 역할에 따른 조정, ③ 사법절차방해여부에 따른 조정, ④ 경합에 따른 조정, ⑤ 책임의 인정에 따른 조정이 있으며, 각각 양형인자의 정도에 따라 차등을 두고 범죄의 등급을 조정하게 됨.

#### 나. 장점

- 범죄등급을 세분화하고 중요한 양형인자를 계량화함으로써(등급조정식 격자형의 경우) 양형편차를 최소화하고 양형에 대한 예측가능성을 높일 수 있음.
- 하나의 양형기준표를 모든 대상범죄에 적용함으로써 범죄유형 간 양형기준의 합리적 조정 및 통일성을 기할 수 있음.

#### 다. 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.
  - 망라적격자형 모델을 채택한 미국연방 및 주에서는 실제 영형기준의 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 지나치게 구금형 위주의 양형결과가 되지 않도록 충분히 조정할 수 있을 것임.

### 3. 개별적 격자형 모델

#### 가. 특징

- 격자형 방식을 채택한 점은 ‘망라적 격자형 모델’과 동일하나, 대상범죄 모두를 아우르는 망라적 방식이 아니라 개별 범죄유형 별로 양형기준을 설정하는 방식임.
- 미국 미주리주, 매릴랜드주 등에서 채택하고 있음.
- 개별적 격자형 모델을 적용하는 경우 대개 범죄전력 외의 양형인자를 특별히 계량화하지 않는 방식, 즉 등급미조정식 격자형 방식을 채택하고 있음.
- 미국의 일부 주에서는 일반적인 방식으로 망라적 양형기준을 설정하되, 마약류범죄나 성범죄 등 몇몇 범죄에 대해서만 개별적인 양형기준을 별도로 설정하기도 함.

#### 나. 장점

- 범죄유형별 특성을 고려하여 합리적인 양형기준을 설정할 수 있음.
- 각 범죄유형별로는 격자형 방식을 취하게 되므로, 주요 양형인자에 대한 계량화를 통해 해당 범죄유형 내에서는 양형의 일관성 및 균등성을 확보할 수 있고, 예측가능성을 높일 수 있음.

#### 다. 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.

### 4. 개별적 서술형 모델

#### 가. 특징

- 각 범죄유형별로 개별적인 양형기준을 정립한다는 점에서는 ‘개별적 격자형 모델’과 유사하나, 격자형 방식 대신에 서술형 방식을 채택한다는 점이 특징임.
- 각 범죄유형 별로 기준형을 정한 후 대표적인 양형인자 2-3개를 중심으로 하여 서술식 기준으로 양형기준을 구체화하는 방식임.
  - 나머지 대부분의 양형인자에 대해서는 가중적 양형인자와 감경적 양형인자를 구별하



여 열거할 뿐 각 양형인자별로 계량화하지 않음.

○ 영국의 양형기준제가 여기에 해당함.

#### 나. 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.

#### 다. 단점

○ 범죄유형간 양형의 일관성을 확보하기 어려울 수 있음.

○ 서술적 방식(비계량화 방식)을 채택하게 되면, 양형편차의 해소 및 양형의 일관성 확보의 측면에서는 커다란 효과를 기대하기 어려움.

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

### 5. 개별적 점수제 모델

#### 가. 특징

○ 각 범죄유형 별로 독립적인 양형작업지(worksheet)를 작성하도록 함.

○ 주요 양형인자를 계량화하여 그 중요도에 따라 점수를 부여함.

○ 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 버지니아주의 경우 15개 범죄유형별로 각기 다른 양형작업지를 만들어 사용함.

○ 미국 알라바마주의 경우 대인범죄, 재산범죄, 약물범죄의 3종으로 구분하여 각각 점수제

로 양형기준을 설정하는 방식을 취하고 있음.

#### 나. 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

#### 다. 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.

### Ⅲ. 우리나라에 적합한 양형기준제 방식

#### 1. 전제 : 양형 관련 형법규정의 존중

##### 가. 처단형 규정과의 조화문제

- 형법은 기본적으로 “법정형 - 처단형 - 선고형”의 구조를 취하고 있으며, 특히 처단형 단계에서 다양한 가중·감경사유를 적용하는 구체적인 기준을 규정하고 있음.
- 양형기준을 설정함에 있어 가장 문제가 되는 것은 처단형을 구체화하는 기준을 규정한 형법 제54조 내지 제56조와 양형기준의 조화를 이끌어내는 일임.
  - 양형기준을 세밀화한다는 목표 아래 형법 제56조의 처단형설정 규정을 무력화하는 것이 타당한가는 많은 논의가 필요한 쟁점일 것임.
  - 양형기준을 세밀화하더라도 형법 제56조의 처단형 기준이 양형실무에서 실질적으로 작동할 수 있도록 하는 것이 중요함.

## 나. 작량감경 규정의 문제

- 작량감경 규정은 실질적으로 법정형의 하한을 조절하는 기능을 수행하고 있다고 보아야 함.
- 따라서 작량감경의 적용문제는 양형기준 내에서 양형인자 별 적용기준을 세밀화하는 속에서 실질적으로 해소될 수 있도록 할 필요가 있음.
  - 법률상 감경은 일정한 사유가 존재하는 경우이므로 작량감경과는 구별하여 접근할 필요가 있음.

## 다. 범죄전력과 이중평가의 금지

- 양형인자에 대한 이중평가금지는 특히 격자형 모델을 채택할 경우 주의해야 할 사항임.
- 격자형 모델에서는 범죄전력에 따라 등급이 구분되기 때문에, 범죄전력이 매우 중요한 양형인자로 설정됨. 이러한 모델을 채택할 경우 상습범가중규정과 누범가중규정의 적용 시 이중평가의 문제가 발생할 소지가 매우 큼.
  - 격자형 모델의 한 축은 범죄의 중대성인데, 상습범에 해당할 경우 범죄중대성에 따른 등급조정을 하고, 또 다른 축인 범죄전력에서 전과에 따라 등급조정이 이루어지게 되면, 전과가 사실상 이중평가되는 불합리성이 있음.
  - 따라서 범죄전력을 한 축으로 구성하는 격자형 모델을 채택할 경우 상습범가중 및 누범가중은 어느 한 축, 예를 들어 범죄전력 축에서만 고려하도록 해야 할 것임.

## 2. 각 모델별 적합성 분석

### 가. 망라적 격자형 모델

#### 1) 장점

- 모든 범죄에 대하여 통일적으로 적용되는 양형기준을 정립할 수 있음.
- 양형기준의 예측가능성의 확보가 용이함.

## 2) 양형정책적 측면에서 본 불합리성

- 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.

## 3) 우리 형법의 양형규정과 부정합성 문제

- 감경사유 적용에서의 불합리성
  - 미국 연방의 망라적 격자형 방식에 의하면, 양형기준표의 “범죄의 중대성” 측은 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 등급 조정이 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.

**나. 개별적 격자형 모델**

- 개별 범죄유형별로 합리적인 양형기준을 채택할 수 있다는 장점이 있지만, 엄격한 격자형 방식은 위에서 언급한 바와 같이, 형감경 및 형면제사유의 적용에서 난점을 동반하게 됨.

**다. 개별적 서술형 모델**

1) 장점

- 개별적 서술형 모델은 각 범죄유형별로 가중요소와 감경요소를 세분화함으로써 각 범죄유형에 타당한 양형기준을 정립할 수 있음.
- 다양한 양형인자를 구체적인 사건에서 탄력적으로 고려할 수 있음.

2) 그러나 효용성에 대한 의문

- 서술식 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.

**라. 개별적 점수제 모델**

- 점수제 모델의 도입은 신중해야 할 필요가 있음. 이러한 방식은 각 양형인자에 대한 세밀한 객관적 평가가 이루어진다는 전제에서 가능할 것임. 그러나 수많은 양형인자를 모두 점수로 계량화한다는 것은 지나친 도식화의 위험을 안고 있음.

**3. 새로운 제안 - 개별적 격자-서술형 모델**

## 가. 개별적 격자·서술형 모델의 선정배경

### 1) 범죄유형별로 양형기준을 설정하는 “개별적 방식”의 채택

- 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) 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.

## 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 적용 문제임. 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 제 56조에 의하여 적용되어야 하기 때문에 이러한 양형인자를 등급조정 방식의 적용하는데에는 무리가 있으며 법률상 가중·감경사유에 대해서는 별도의 서술식 양형기준을 채택하는 것이 타당할 것임.

### 나. 개별적 격자-서술형 모델의 기본구조

#### 1) 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

**2) 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



## IV. 대상범죄의 설정

### 1. 대상범죄 논의의 두가지 차원

- 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. 가능한 방안

- 가능한 방안

<제1안> 모든 범죄에 적용하도록 하는 방안

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

<제3안> 합의부관할사건, 구공판사건 등으로 양형기준이 적용되는 일정한 기준을 유형화하는 방안

- 미국의 대부분의 주에서 양형기준은 중죄(Felony)에 대하여 적용하는 것으로 되어 있으며, 일부 주에서는 벌금형만을 선고하도록 되어 있는 범죄를 제외하고는 중죄뿐만 아니라 경죄에도 양형기준을 적용하기도 함.

#### 나. 검토의견

- 기본적으로 징역형 이상의 형벌이 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 집행유예제도가 도입된다면 이러한 범죄들도 양형기준에 포함시키는 것이 타당할 것임. 특히 벌금형에 대하여 조건부 집행유예제도가 도입된다면 법원이 형사제재를 선택할 수 있는 폭이 매우 넓어

지고 이에 대해서는 어느 정도의 합리적인 양형기준을 제시해야 할 필요성이 크기 때 문임.

### 3. 대상범죄의 우선적 설정기준

- 어떠한 방식의 양형기준제를 채택하더라도 수많은 범죄유형에 대한 양형기준을 일시에 설정하는 것은 불가능하기 때문에 양형기준 설정 대상범죄의 우선적 순위를 설정할 필 요가 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
- 양형설문조사에 의하면
  - 일반인은 ① 살인범죄, ② 교통범죄, ③ 성폭력범죄, ④ 식품보건범죄, ⑤ 폭력범죄, ⑥ 마약범죄, ⑦ 환경범죄, ⑧ 강도 등 강력범죄, ⑨ 뇌물 등 부패범죄, ⑩ 재산범죄의 순으로 양형기준설정이 시급하다고 응답함.
  - 전문가집단에서는 ① 교통범죄, ② 뇌물범죄, ③ 기업범죄, ④ 살인범죄, ⑤ 선거범죄, ⑥ 재산범죄, ⑦ 성폭력범죄, ⑧ 식품보건범죄, ⑨ 폭력범죄, ⑩ 조세범죄의 순으로 응 답함.

## V. 부수되는 몇가지 쟁점

### 1. 기준형량의 결정방식 : 경험적 접근 대 규범적 접근

- 기준형량의 설정방식에서는 기존의 양형현황에 기초하여 실무상 통용되었던 양형기준 을 반영하는 방안(경험적 접근)과 각 범죄의 죄질과 위험성 등에 대한 규범적 평가를 통하여 기준형량을 결정하는 방식(규범적 접근)이 있음.
- 경험적 접근이 필요한 이유
  - 우리나라의 법정형이 유럽국가에 비하여 매우 높은 수준이라는 점에서 법정형을 일률 적인 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.

## 2. 징역형과 벌금형의 관계 설정 문제

### 가. 쟁점

- 일수벌금제를 채택하고 있는 독일의 경우 징역형과 벌금형은 책임비례적 형량으로서 등가성이 유지될 수 있으나, 총액벌금제를 채택하고 있는 우리의 경우 법정형 단계에서 징역형과 벌금형이 등가성을 유지하고 있다고 보아야 할지는 의문이 있음.
- 징역형과 벌금형이 선택형으로 규정된 구성요건들이 많은데, 징역형과 벌금형 간의 균형이 구성요건별로 서로 다르게 설정되어 있다는 점도 고려할 필요가 있음.

### 나. 가능한 방안

- 징역형과 벌금형의 “교환가능성” 및 “등가성”의 기준을 설정함에 있어서 다음의 두가지 방안이 가능할 것임.
  - <제1안> 각 구성요건 별로 징역형과 벌금형의 상·하한 범위에서 양자의 등가성을 인정하는 방안
  - <제2안> 징역형을 기본적인 양형기준으로 보고, 벌금형은 비교적 경미한 사안에 대하여 적용될 수 있는 선택지로 적용하는 방안
- 미국 연방 및 각주의 양형기준표는 대체로 제2안에 따라 양형기준을 설정하고 있음.

### 다. 검토의견

- 형법규정을 보면 제1안이 타당하다고 말할 수 있음.
  - 형법 제54조는 형종을 먼저 선택하고 감경하도록 규정하고 있음.
  - 입법자는 각 구성요건에 있어서 징역형과 벌금형의 상한을 등가적이라고 간주하여 입법한 것으로 추정해 볼 수 있음.
- 그러나 가중규정 및 양형현실을 감안하면 제2안이 현실적인 방안이 될 것으로 보임.
  - 가중규정의 존재로 인하여 위와 같은 등가성을 관철시키기 어려움. 예를 들어, 상해죄(제257조 제1항)의 법정형은 “7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금”인데, 폭처법상 단체·다중의 위력이나 흉기휴대 등으로 가중되는 경우 법정형은 “3년 이상의 징역”이 됨(폭처법 제3조 제1항). 이러한 상황에서 징역형과 벌금형의 상한을 등가적이라고 간주하는 것은 곤란함.
  - 양형현실에서는 비교적 경미한 사안에 대하여 벌금형을 선고하는 경향이 있으며, 이는 벌금형이 집행유예와 마찬가지로 경미한 사건에 대하여 징역형을 회피하는 수단으로 적용됨을 의미함.
- 양형기준을 설정함에 있어 제1안과 제2안 중에서 정책적 결단이 필요함.
  - 제1안은 형법 제54조에 충실할 수 있으나, 양형현실을 반영하지 못하는 단점이 있음. 그리고 가중구성요건 적용 등에서 양형기준의 연속성을 포기해야 하는 측면이 있음.
  - 제2안은 양형현실에 보다 부합한다고 말할 수 있으나, 형법 제54조와 어울리지 아니하고, 양형기준이 구금형의 선고범위를 강화하는 결과를 가져올 수 있음.
- 소결론 : 제2안
  - 벌금형은 실제 경미한 범죄사건에 있어서 징역형을 대체하는 수단으로서의 성격이 강하다고 보아야 하며, 이것이 양형정책상으로도 합리적이라고 말할 수 있음.
  - 제2안은 형종선택을 우선하도록 규정한 형법 제54조에 부합하지 않는다는 비판이 제기될 수도 있겠으나, 형종선택시 범죄의 중대성을 고려해야 하기 때문에 범죄의 중대성에 따라 벌금형의 적용범위를 제한적으로 설정한독 하더라도 제54조에 위반된다고 볼 수는 없음. 오히려 징역형과 벌금형의 관계를 명확히 하여 벌금형의 적용범위 및 기준을 제시하는 것은 형법 제54조의 형종선택의 합리적 기준을 설정한다는 점에서 바람직한 것으로 보아야 함.

### 3. 실형과 집행유예의 관계 설정 문제

## 가. 쟁점

- 양형의 전체 과정에서 보면 집행유예의 결정은 선고형량이 정해진 후에 예방목적에 따라 그 집행여부를 결정하는 것으로 되어 있음. 양형이론상, 그리고 집행유예에 관한 형법규정(제62조)으로 볼 때, 집행유예의 결정은 형량결정에 이어서 순차적으로 행해져야 함.
- 그러나 실무상으로는 집행유예의 결정과 형량의 결정이 동시에 이루어지는 것이 보통이며, 통상 단기실형이 집행유예보다 더 중한 것으로 인식되는 경향이 있음.
  - 양형에 관한 설문조사 결과를 보면, “징역 10월의 실형”과 “징역 3년의 집행유예 4년, 240시간의 사회봉사명령”의 경중비교에서 일반인의 61%, 전문가의 84%가 “징역 10월의 실형”이 더 무겁다고 응답함.

## 나. 가능한 방안

- 이러한 사정을 고려하면, 양형기준을 설정함에 있어 실형과 집행유예의 관계에 대해서는 아래의 두가지 방안이 가능함.
  - <제1안> 양형기준을 징역형 형량 중심으로 구성하며, 양형기준상 3년 이하의 징역을 선고할 수 있는 경우에 집행유예를 선택지로 활용할 수 있도록 하는 방안
  - <제2안> 양형기준 상 집행유예에 상응하는 단기실형의 기준을 정하고(예 : 징역 10월) 그에 따라 그 기준 이하에 해당하는 경우에만 집행유예가 가능하도록 양형기준을 구성하는 방안
- 제1안은 형법규정에 부합하는 장점이 있으나, 집행유예와 단기실형 간의 실질적 균등성을 확보하기 어렵다는 단점이 있음.
- 제2안은 실질적인 양형실무에 부합한다는 장점이 있으나, 이러한 기준으로 양형기준을 설정하게 되면 집행유예의 적용범위가 지나치게 협소하게 되는 문제점이 있음.

## 4. 집행유예의 부가제재에 대한 양형기준 설정의 문제

### 가. 쟁점

- 양형기준에서 집행유예 여부의 결정만 가능하도록 할 것인가 아니면 집행유예시 부과

되는 조건에 관한 기준을 설정함으로써 집행유예의 적용기준을 몇 개의 단계별로 세분화할 것인가도 중요한 결정사항임.

- 미국의 경우 실형과 보호관찰로 사실상 이원화된 형벌제도를 운용하고 있으며, 사회봉사나 수강 등은 보호관찰의 조건 속으로 흡수되어 있는 것이 일반적이지만, 우리의 경우 집행유예시 부과되는 조건에 대하여 형법 제62조의2는 보호관찰과 사회봉사, 수강을 명확하게 구별하여 특정하고 있기 때문에 그 조건을 여하히 합리적인 기준에 따라 적용할 것인가의 문제를 검토해 볼 필요가 있음.

## 나. 가능한 방안

- 가능한 방안

<제1안> 집행유예 여부만 양형기준으로 포섭하는 방안

<제2안> 집행유예여부뿐만 아니라 집행유예시 부과되는 조건들을 유형화·등급화하는 방안

## 다. 검토의견

- 제2안이 보다 타당할 것으로 생각됨.

- 집행유예의 여부의 결정에는 법관에게 상당한 정도의 재량을 부여할 수밖에 없을 것인데, 이러한 상황에서 조건부과에 대한 합리적 통제기준을 두지 않는다면 법관의 양형 재량을 통제함으로써 적정한 양형을 기한다는 양형기준제도의 의미가 반감될 것임.

- 보호관찰이나 사회봉사명령, 수강명령 등의 조건들은 비록 부가조건으로 규정되어 있다고 하더라도 그 실질은 사실상의 형사제재라고 보는 것이 타당함. 집행유예 조건의 법적 성질에 대해서는 논란이 있지만, 그 조건들이 단순한 집행변형이 아니라 사실상 징역이나 금고형을 대체하는 형사제재로서의 성격을 지니고 있다는 점을 중요하게 고려해야 할 것임. 특히 사회봉사명령의 경우 미래지향적으로 재범의 위험성을 감소시키기 위한 조치라기보다는 과거의 범죄행위에 의하여 야기된 불법을 상쇄하는 제재로서의 의미가 더욱 강한 만큼 집행유예의 조건들을 적극적으로 유형화하고 등급화하여 적용하는 방식으로 나아가야 할 것임.

- 집행유예시 부과되는 조건들을 양형기준으로 유형화한다고 할 때에는 이를 범죄유형별로 구체화하는 것이 바람직할 것임.

- 범죄유형별로 집행유예의 조건 중 사회봉사명령이 중요하게 고려되는 경우가 있는가 하면, 수감명령이 보다 중요하게 고려되는 경우도 있기 때문에 모든 범죄에 통일적으로 적용되는 방식보다는 개별 범죄유형별로 집행유예의 조건기준을 합리적으로 설정할 필요가 있음.