

주제 발표문

# 우리나라에 적합한 양형기준제

손철우

(양형위원회 전문위원)



# 목 차

I. 개요 .....	1
1. 경과 .....	1
2. 연구 범위 .....	2
II. 양형기준의 목적 .....	3
1. 양형기준의 목적 정립 필요성 .....	3
2. 우리나라의 양형실무에 대한 비판 .....	4
가. 불합리한 양형 편차 .....	5
나. 국민의 상식에 부합하지 않는 양형 .....	5
다. 양형의 획일화 또는 자의성 .....	5
라. 양형에 대한 예측의 어려움 .....	6
3. 외국 양형위원회의 양형기준의 목적 .....	6
4. 우리나라의 양형기준 목적과 실현 방안 .....	8
가. 개요 .....	8
나. 불합리한 양형 편차의 해소 .....	8
다. 공공의 안전 증진과 범죄 예방 .....	12
라. 책임비례성의 실현 .....	12
마. 제한된 사법자원의 효율적 활용 .....	13
III. 양형기준의 설정 원칙 .....	15
1. 개요 .....	15
2. 법령상의 설정 원칙 .....	16
가. 관련 규정 .....	16
나. 책임원칙의 구현 .....	16

다. 예방목적의 고려 .....	17
라. 형평성의 보장 .....	17
마. 법관의 합리적인 양형결정권 보장 .....	18
3. 형사정책적 측면의 설정 원칙 .....	20
가. 광범위한 의견 수렴 및 반영 .....	20
나. 양형기준의 단순성 .....	20
IV. 양형기준 설정 관련 고려 사항 .....	22
1. 법률적 토대 .....	22
2. 양형심리 개선의 한계 .....	23
가. 양형조사관제도의 미도입 .....	23
나. 양형심리 부담에 대한 고려 .....	24
다. 소결론 .....	24
3. 양형기준제의 본질적 한계 .....	25
4. 항소심의 양형지도 기능 .....	26
V. 양형기준의 기본 구조 .....	27
1. 제1모델 : 개별적·서술식 모델 .....	27
2. 제2모델 : 개별적·등급미조정 격자식 모델 .....	28
3. 제3모델 : 개별적·등급조정 격자식 모델 .....	29
4. 제4모델 : 개별적·점수식 모델 .....	30
5. 제5모델 : 망라적·서술식 모델 .....	31
6. 제6모델 : 망라적·등급미조정 격자식 모델 .....	31
7. 제7모델 : 망라적·등급조정 격자식 모델 .....	32
8. 제8모델 : 망라적·점수식 모델 .....	32
VI. 하나의 양형기준이 적용되는 범죄의 범위 .....	32

1. 개요 .....	32
2. 상정 가능한 방안 .....	33
가. 제1안 : 망라적 양형기준 .....	33
나. 제2안 : 개별적 양형기준 .....	33
3. 의견 ☞ 제2안 .....	34
V. 개별 양형인자와 양형의 상관관계 반영 방식 .....	38
1. 개요 .....	38
2. 상정 가능한 방안 .....	38
가. 제1안 : 개별 양형인자의 계량화(수량화) .....	38
나. 제2안 : 개별 양형인자의 비계량화 .....	39
다. 제3안 : 양형인자 유형별 절충 .....	40
3. 의견 ☞ 제2안 .....	40
가. 제1안(개별 양형인자의 계량화)의 문제점 .....	40
나. 제3안(양형인자 유형별 절충)의 문제점 .....	54
다. 제2안(개별 양형인자의 비계량화)의 단점 보완 방안 .....	55
라. 소결론 .....	57
VIII. 양형기준 설정 대상 범죄 .....	57
1. 개요 .....	57
2. 양형기준 설정 대상 범죄의 범위 .....	57
가. 상정 가능한 방안 .....	57
(1) 제1안 : 모든 범죄 .....	58
(2) 제2안 : 일부 범죄 .....	58
나. 의견 ☞ 제2안 .....	59
3. 양형기준 설정 대상 범죄의 선정 원칙 .....	60
가. 개요 .....	60

나. 상정 가능한 방안	60
(1) 제1안 : 양형기준의 목적	60
(2) 제2안 : 국민적 관심 + 범죄발생 빈도	61
(3) 제3안 : 법정형	61
(4) 제4안 : 사물관할	62
(2) 제5안 : 기소형태	62
(3) 제6안 : 선고형 분포	63
다. 의견 ⇨ 제1안 + 제2안	63
4. 양형기준의 설정 순서	68
가. 상정 가능한 방안	68
(1) 제1안 : 동시 설정	68
(2) 제2안 : 점진적 설정	68
나. 의견 ⇨ 제2안	69
IX. 양형기준 설정의 접근방식	71
1. 개요	71
2. 상정 가능한 방안	72
가. 제1안 : 기술적 접근방식	72
나. 제2안 : 규범적 접근방식	72
다. 제3안 : 절충	73
3. 의견 ⇨ 제3안(다만 기술적 접근방식이 원칙)	73
X. 양형기준이 적용되는 인적 범위	75
1. 소년범	75
가. 개요	75
나. 상정 가능한 방안	75
(1) 제1안 : 소년범 포함	75

(2) 제2안 : 소년범 제외 .....	76
다. 의견 ⇨ 제2안 .....	76
2. 외국인 .....	77
가. 개요 .....	77
나. 상정 가능한 방안 .....	77
(1) 제1안 : 외국인 포함 .....	77
(2) 제2안 : 외국인 제외 .....	78
다. 의견 ⇨ 제1안 .....	78
3. 법인 .....	79
가. 개요 .....	79
나. 상정 가능한 방안 .....	79
(1) 제1안 : 법인 포함 .....	79
(2) 제2안 : 법인 제외 .....	79
다. 의견 ⇨ 제2안 .....	80
XI. 결론 .....	81





# 우리나라에 적합한 양형기준제

전문위원 손철우

## I. 개요

### 1. 경과

- 비교법적으로 각국의 체계적 양형시스템(structured sentencing system) 구축 방법은, 크게 ① 구체적 양형기준의 입법화, ② 항소심의 양형기준 판결 선고, ③ 양형위원회에 의한 양형기준(sentencing guidelines) 설정, ④ 양형데이터베이스에 의한 양형통제 등으로 구분할 수 있음
  - 체계적 양형시스템은 불합리한 양형편차 등 양형의 문제점을 극복하기 위하여 양형의 과정을 보다 조직화하고, 법원·검찰·교정기관 등 양형관련 기관의 재량권을 적절하게 통제하는 시스템을 의미함
  - 양형기준 입법화 사례 : 독일, 미국 아리조나주, 캘리포니아주, 일리노이스주, 마인주, 뉴멕시코주, 플로리다주, 루이지애나주 등
  - 항소심의 양형기준 판결 사례 : 영국, 호주, 스코틀랜드, 아일랜드 등
  - 양형데이터베이스에 의한 양형통제 사례 : 호주 빅토리아주, 뉴사우스웨일즈주 등
- 그중 구체적 양형기준의 입법화와 양형위원회에 의한 양형기준 설정은 대개 선택적 관계에 있는데, 우리나라는 양형위원회에 의한 양형기준 설정 방안을 택함
  - 2007. 4. 27. 대법원 산하에 독립 조직인 양형위원회를 신설하여

- 양형위원회로 하여금 양형기준을 설정하도록 함
- 다만 양형위원회에 의한 양형기준 설정은 영미법계 국가에서만 이루어졌을 뿐 우리나라와 같은 대륙법계 국가에서는 아직까지 이루어지지 않음

## 2. 연구 범위

- 현재 양형위원회에서는 ‘우리나라에 적합한 양형기준제’에 대한 심의가 진행 중이고 제9차 회의(2008. 7. 8.)에서 의결이 이루어질 예정인데, 위 안건은 향후 양형위원회가 설정할 양형기준의 기본 틀을 정하는 것으로 그 중요성이 매우 큼
- 이 보고서에서는 위 안건과 관련하여 우선 기초적 연구 분야라고 할 수 있는 ① 양형기준의 목적, ② 양형기준의 설정원칙, ③ 양형기준 설정 시 고려 사항 등에 대하여 살펴본 후 이러한 연구결과를 바탕으로 하여 아래와 같은 개별 쟁점에 대한 검토 결과를 제시하고자 함

### ■ 하나의 양형기준의 적용되는 범주의 범위

- 망라적 양형기준 v. 개별적 양형기준

### ■ 개별 양형인자와 양형의 상관관계 반영 방식

- 범죄유형분류 및 양형인자의 질적 구분 v. 개별 양형인자의 계량화(수량화)

### ■ 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

■ 양형기준의 적용

- 양형기준이 적용되는 인적 범위
  - 소년범, 외국인, 법인의 적용 여부
- 양형기준의 적용 시점
  - 법정형 단계 v. 처단형 단계

## II. 양형기준의 목적

### 1. 양형기준의 목적 정립 필요성

- 양형기준의 목적 정립은 양형기준을 통하여 무엇을 달성할 것인지, 즉 양형기준을 통하여 우리나라의 양형제도를 어떤 방향으로 개선하여 나아갈 것인지를 정하는 것임
- 양형기준을 설정한 영미의 예를 보면 구체적인 양형기준을 설정하기 이전에 양형기준의 목적을 정하였음
  - 최근 사례로서 워싱턴 D.C.(District of Columbia)의 경우 1997년경 연방의회에서 「수도부흥 및 자치 증진법(The National Capital Revitalization and Self-Government Improvement Act)」을 제정한 이후 지속적으로 양형개혁을 추진하여 왔고, 그 결과 2004년경 이후로는 양형자문위원회가 설정한 자발적 양형기준(voluntary guideline)을 시범 실시(pilot program)하고 있음

- 그런데 워싱턴 D.C. 의회는 양형자문위원회를 설립하면서 양형자문위원회가 양형개혁의 방향을 연구하는 과정에서 반드시 고려하여야 할 양형개혁의 목적을 명시함
- 양형자문위원회 역시 이에 기초하여 위원회의 사명을 정한 후 연구를 진행한 끝에 양형개혁의 목적을 실현하기 위한 수단으로 자발적 양형기준제를 도입하기로 함
- 워싱턴 D.C.의 양형개혁은 7년 이상의 장기간에 걸쳐 이루어졌음에도 불구하고 매우 체계적이고 일관된 형태를 유지하였는데 이는 양형개혁의 목적이 명확하게 정하여지고 그 목적에 부합하도록 양형개혁이 진행되었기 때문에 가능하였음
- 우리나라의 경우 양형제도 개선을 위하여 권고적 양형기준제를 도입하기로 하였으나 법원조직법 제81조의2에서는 “형을 정함에 있어 국민의 건전한 상식을 반영하고 국민이 신뢰할 수 있는 공정하고 객관적인 양형을 실현하기 위하여” 양형위원회를 설치한다고만 규정하고 있고, 양형위원회에 의하여 설정되는 양형기준이 추구하여야 할 목적을 보다 구체적으로 규정하고 있지 않음
- 그러나 양형기준의 목적을 정립함으로써 체계적으로 양형제도를 개선할 수 있을 뿐 아니라 제도 개선의 일관성과 지속성을 유지할 수 있으므로 양형기준의 목적을 구체화하는 것이 필요함

## 2. 우리나라의 양형실무에 대한 비판<sup>1)</sup>

- 우리나라 양형실무에 대하여 제기된 비판을 요약하면, ① 불합리한 양형 편차가 존재하고, ② 법원의 양형이 국민의 상식에

1) 여기에서 언급하는 양형실무에 대한 비판은 협의의 양형실무, 즉 법원의 선고형과 관련한 비판을 의미함. 그 외 검찰의 기소 불균형, 불충분한 양형심리, 가석방 제도의 합리화 등 광의의 양형실무에 대한 비판은 2008년도 하반기에 관련 연구가 진행될 예정이므로 일단 논외로 함. 한편 이 외에도 양형제도에 대하여는 형벌체계의 불합리성, 특별법의 남용, 범죄별 법정형의 불균형 등 입법 관련 문제점도 지적되고 있으나 이 부분도 논외로 함

부합하지 않으며, ③ 양형이 획일화되거나 자의적으로 이루어지고 있으며, ④ 양형에 대한 합리적인 예측이 어렵다는 것임

#### 가. 불합리한 양형 편차

- 범죄행위적 양형요소와 범죄행위자적 양형요소에 비추어 유사한 사례임에도 불구하고 법원별·재판부별로 상당한 양형편차가 존재한다는 비판이 있었음
  - 비록 양형이 기계적이고 획일적으로 이루어져 양형편차가 전혀 없게 될 수는 없다고 하더라도, 현재 우리나라 양형실무에서는 법관의 합리적인 재량 범위 내라고 볼 수 없는 불합리한 양형 편차가 존재한다는 비판임

#### 나. 국민의 상식에 부합하지 않는 양형

- 각종 시민단체를 중심으로 법원의 양형이 국민의 상식과 동떨어져 있다는 비판이 제기되어 왔음
  - 특히 대기업총수 등의 사기, 횡령, 배임 등 재산 범죄, 불법정 치자금 관련 범죄, 일부 성폭력범죄, 공무원범죄 등에 있어서 법원의 양형이 지나치게 관대하다는 비판이 있었음
- 단순히 선고형에 그치지 않고 형벌체계 전반으로 논의를 확대한다면 양형의 적정성에 대한 비판에 해당함

#### 다. 양형의 획일화 또는 자의성

- 우리나라는 양형과 관련하여 형법 제51조에서 양형의 조건에 관한 일반적 규정을 두고, 형법 제52조부터 제56조까지 자수·자복시의 감경, 작량감경, 법률상 감경 등을 규정할 뿐이고 양형에 관한 보다 구체적 기준 또는 원칙이 입법화되어 있지 않음

- 이로 인하여 우리나라의 양형실무는 법관의 개인적 직관과 당해 사건의 전체적 인상에 따르거나 종전 판결례를 찾아 비교하는 방법과 같은 전통과 경험이라는 법률외적인 사실적 비교자료에 의존함으로써 양형의 획일화 또는 자의성과 같은 문제점이 있다는 비판이 제기되었음<sup>2)</sup>

#### 라. 양형에 대한 예측의 어려움

- 소송관계인, 나아가 국민의 입장에서 양형을 합리적으로 예측하기 어렵다는 비판이 제기되어 왔음
  - 이 문제는 양형심리가 법정에서 충실하게 이루어지지 않고 법관의 집무실에서 서류를 통하여 양형인자를 확인하는 종래의 양형심리 방식과도 관련 있음
  - 양형심리가 활성화되고 공판중심주의가 더욱 강화되면 양형에 대한 예측을 높이는데도 긍정적 효과를 가져올 것으로 기대됨

### 3. 외국 양형위원회의 양형기준의 목적

- 영국과 미국의 양형위원회에서 양형기준을 설정하면서 추구하였던 양형기준의 목적은 대체로 유사함
- 다만 각 양형위원회에서 특히 중점을 두었던 양형기준의 목적을 살펴보면 아래와 같이 요약할 수 있음

#### ◆ 양형기준의 목적 요약표 ◆

목적	구분
양형의 정직성 <sup>3)</sup> (truth in sentencing)	연방, 델라웨어, 캔자스, 오하이오, 오레곤, 노스캐롤라이나, 알라바마, 매사추세츠, 버지니아, 워싱턴 D.C.

2) 하태훈, “양형의 합리화 방안”, 비교형사법연구, 한국비교형사법학회(2004년), p. 21. 반면 일본의 경우에는 재판관들 사이에 과거의 판례에서 양형에 관한 자료를 수집하여 현재 사건과 가장 근접한 과거 판례의 선고형을 참고하는 관행이 존재(이른바 '量刑相場')하며 이를 보다 선호하고 있음

양형의 일관성 및 양형편차 해소	연방, 알라바마, 아칸소, 캔자스, 매릴랜드, 매사추세츠, 미시건, 미네소타, 미주리, 펜실베이니아, 오레곤, 노스캐롤라이나, 사우스캐롤라이나, 유타, 버지니아, 워싱턴, 워싱턴 D.C.
비례성 유지	영국, 연방, 아칸소, 미시건, 미네소타, 미주리, 워싱턴, 워싱턴 D.C.
범죄 예방	영국
재사회화	영국
사법자원의 효율적 활용	영국, 알라바마, 캔자스, 미네소타, 미주리, 사우스캐롤라이나, 유타, 워싱턴, 워싱턴 D.C.
공중의 안전 증진	알라바마, 캔자스, 매사추세츠, 미시건, 미주리, 사우스캐롤라이나, 워싱턴, 위스콘신
폭력 성향 범죄인 구금	델라웨어
비폭력 성향 범죄인에 대한 구금 억제	델라웨어
양형의 투명성 및 양형과정에 대한 일반인의 이해 증진	매릴랜드, 워싱턴 D.C.

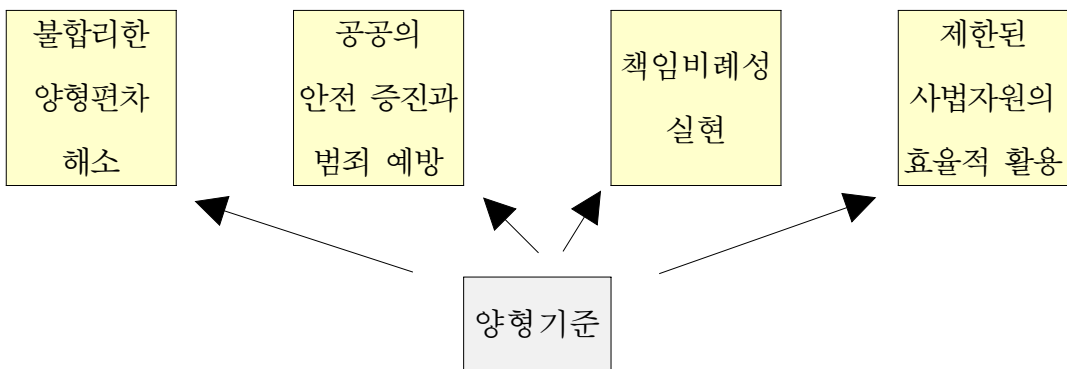
- 위에서 나열된 양형의 정직성 등 이외에도 양형에 대한 합리적 기준 제공, 법관의 양형에 대한 책임 증진 등이 양형기준의 목적으로 설정되었음

3) 양형의 정직성은 법원이 부과한 선고형과 범죄인이 실제로 복역하는 기간은 최대한 일치하여야 한다는 것으로 특히 1990년대에 들어서 양형기준의 중요한 목적으로 강조되고 있음(Brian J. Ostrom, et. al, "Sentencing Digest - Examining Current Sentencing Issues and Policies", National Center for State Courts(1998), p. 14 참조)

#### 4. 우리나라의 양형기준 목적과 실현 방안

##### 가. 개요

- 양형실무에 대한 비판과 비교법적 측면 등을 고려할 때 우리나라 양형기준의 목적으로는, ① 불합리한 양형편차의 해소, ② 공공의 안전 증진과 범죄 예방, ③ 책임비례성의 실현, ④ 제한된 사법자원의 효율적 활용 등을 들 수 있음



- 다만 양형기준제도 도입의 전제가 되었던 양형실무에 대한 비판을 고려한다면 불합리한 양형편차의 해소가 가장 중요한 양형기준의 목적으로 우선되어야 할 것임
- 제한된 사법자원의 효율적 활용은 그 자체가 독립적인 양형기준의 목적이거나보다는 양형기준을 제한하는 중요한 고려사항으로 볼 여지도 있음

##### 나. 불합리한 양형 편차의 해소

- 양형은 국가기관이 범죄를 예방하고 불법적 행동에 대한 제재를 가하기 위하여 개인의 자유와 자율을 침해하는 것임
- 적법절차와 평등이라는 헌법적 개념에 담긴 가치에 부합하기 위해서는 형사소송절차 뿐 아니라 그 결과인 양형에 있어서도 동등하게 취급을 받을 피고인의 권리가 보장되어야 함4)



- 양형에 있어서의 평등은 결국 불합리한 양형편차의 해소를 의미함
- 불합리한 양형편차를 해소하기 위해서는 ‘양형의 균등성 및 일관성’이 요구됨
  - ‘양형의 균등성 및 일관성’은 동종·유사한 피고인의 동종·유사한 범행에 대하여는 양형이 균등하거나 일관되어야 하고, 담당법관에 따라서 양형이 달라져서는 안 된다는 것을 의미함
  - 이러한 ‘양형의 균등성 및 일관성’은 유사한 상황에 있는 유사한 피고인이 유사한 형벌을 받도록 하는데 그치는 것이 아니라 서로 다른 범죄인은 그와 같은 차이에 비례하여 서로 다른 처벌을 받을 것을 요구함<sup>5)</sup>
  - 다만 후자에 대하여는 개념상의 이해 편의를 위해서 ‘양형의 개별화’ 또는 ‘양형에 있어서 구체적 타당성 추구’라는 개념으로 분리시키고자 함
- 양형의 균등성 및 일관성을 논의하기 위해서는 양형에 있어서 차별(discrimination)과 차이(disparity)에 대하여 개념적으로 명확하게 구분할 필요가 있음
  - 차별은 다른 모든 양형인자가 통제되었을 경우 법적으로 정당화될 수 없는 요소가 양형에 영향을 미치는 경우에 나타남
  - 차이는 도덕적 또는 법적으로 정당화될 수 없는 요소가 양형에 영향을 미치지 않지만 유사하다고 생각되는 사건에 대하여 서로 다른 형이 선고되거나 반대로 서로 다르다고 생각되는 사건에 대하여 유사한 형이 선고되는 경우에 나타남
  - 차별에 대한 고려는 대체로 범죄인의 특성, 예컨대 인종, 사회·경제적 지위, 소송관련 요소(구속 여부, 변호인 유무 등)의

4) Michael Tonry, "The Functions of Sentencing and Sentencing Reform", Stanford Law Review(October 2005), p. 47 참조

5) Ostrom, et. al, 앞의 글, p. 22

차별적 역할에 중점을 두는 것이고, 차이에 대한 고려는 양형이 이루어지는 조직적 구조나 개별적인 판단자의 특성의 역할에 중점을 두게 됨

- 차별의 원인이 되는 인자들은 어떤 경우에도 정당화될 수 없다는 점에서 양자를 구별하는 실익이 있음
- 양형에 있어서의 차별 및 차이는 양형의 적법성과 관련하여 설명되기도 하는데 이를 도식화하면 아래와 같음<sup>6)</sup>

◆ 차별/차이와 양형의 적법성 관계 ◆

양형의 적법성	차별 및 차이 여부
적법	차이 및 차별 없음
	차이 있음
부적법	차별 있음
	차이 및 차별 있음

- 위에서 본 것처럼 양형에 있어서 차별은 양형의 적법성 문제로 귀결되나, 양형에 있어서 차이는 양형의 적법성에는 영향을 미치지 않음
- 그러나 양형에 있어서 차이가 적법성의 심사를 통과하였다고 하더라도 이것만으로 양형이 정당하다고 볼 수는 없음
  - 결국 양형기준의 설정에 있어서는 적법성 심사 단계에서 배제되어야 하는 차별은 물론이고 정당성 심사 단계에서 배제되어야 하는 불합리한 차이가 극복될 수 있도록 하여야 함
  - 그렇다면 양형의 균등성과 일관성을 제고하기 위한 양형기준을 설정함에 있어서는 차별을 초래하는 양형인자 및 부당한 차이

6) Panel on Sentencing Research, Committee on Research on Law Enforcement and the Administration of Justice, National Research Council, "Research on Sentencing : The Search for Reform, Volume I, National Academy Press(1983), pp. 72-73

를 초래하는 양형인자를 확정하고 이를 양형 과정에서 배제하는데 중점이 놓여야 할 것임

- 한편 ‘양형의 개별화(individualization of the sentences)’는 외관상 유사하게 보이더라도 범죄인의 개별적 특성 등 모든 양형요소를 종합하여 볼 때 서로 다른 양형인자가 존재하는 경우에는 그와 같은 차이가 양형에 충분히 반영되어야 한다는 것임
  - ‘양형의 개별화’는 양형 과정에서 나타난 합리적인 차이가 단순히 용인되는데 그치는 것이 아니라 오히려 적극적으로 보장되어야 한다는 것을 의미함
  - ‘양형의 개별화’는 ‘양형의 균등성 및 일관성’과 동전의 양면과도 같은 관계에 있을 뿐 아니라 서로 상충될 여지도 있음
  - 예를 들어 동일한 범죄를 저지르고 전과도 없는 갑, 을 피고인이 있는데 그중 갑은 자신의 범행을 깊이 반성하고 있고, 가족과의 유대 관계도 높을 뿐 아니라 보호관찰에 대한 순응도가 높고 재범 가능성도 낮은 반면 을은 그와 반대인 경우를 상정하여 볼 때, 갑에 대하여는 집행유예를, 을에 대하여는 실형을 선고한다면 양형의 개별화 이념에는 부합할 수 있으나 양형의 균등성 및 일관성의 이념에는 배치될 수 있음)
- 그러나 양형의 균등성 및 일관성이 양형의 획일화를 의미하는 것은 아니고 양형에 영향을 미치는 불합리한 요소를 배제하여 양형의 편차를 줄이자는 것이므로 ‘양형의 균등성 및 일관성’과 ‘양형의 개별화’가 반드시 서로 모순되는 개념이라고 볼 수는 없음
  - 다만 ‘양형의 균등성 및 일관성’과 ‘양형의 개별화’가 서로 상충되지 않고 조화를 이루도록 양형기준을 설정하여야 함<sup>8)</sup>

7) Richard S. Frase, "Punishment Purpose", Stanford Law Review(October 2005), p. 68 참조

8) 양형의 목적은 정당할 뿐 아니라 개별 사건의 상황에 적합한 양형에 이르러야 한다는 원칙에 좌우되어야 함(Sentencing Framework Information Team, "Making Punishments Work : Report of

#### 다. 공공의 안전 증진과 범죄 예방

- 양형기준에 의하여 제시되는 형벌은 당연히 공공의 안전을 증진하고 범죄를 예방하는 기능을 수행하여야 함
- 특히 범죄의 예방과 관련하여 우리나라에서는 아직까지 충분한 논의가 진행되지 못하고 있으나 재범예측에 대한 과학적이고 경험적인 방법이 양형기준에 투영될 수 있도록 하여야 함

#### 라. 책임비례성의 실현

- 우리나라는 독일 형법과는 달리 양형의 지도원리로서 책임원칙을 규정하고 있지는 않지만 법치국가의 원리와 헌법 제10조 전단에서 규정하는 인간의 존엄 요청으로부터 책임원칙이 형사사법절차의 모든 과정을 통하여 적용되어야 하는 것으로 인식되고 있음<sup>9)</sup>
- 우리나라에서 설정될 양형기준 역시 책임에 비례하는 형벌이 부과될 수 있도록 하여야 함
- '양형의 비례성'은 '양형의 균등성 및 일관성'과 원칙적으로 조화를 이룰 수 있지만 때로는 상충되기도 함
  - 예를 들어 양형의 균등성을 추구하기 위하여 매우 엄격한 강제형(mandatory sentence)을 도입하는 경우 특정 범죄를 저지른 모든 피고인에게 유사한 형벌을 부과한다는 점에서 균등성의 요구는 만족시킬 수 있으나 특정 사건에서 감경적 요소가 존재하고, 보다 완화된 형벌을 정당화하는 사유가 존재함에도 불구하고 일률적으로 엄격한 형벌이 부과됨으로 인하여 형벌이 비례성을 잃고 가혹하다는 평을 받을 수도 있음<sup>10)</sup>

---

a Review of the Sentencing Framework for England and Wales”(July 2001, 다음부터 “Halliday Report”라고 함), p. 12}

9) 정철호, “행위자의 범행전후의 태도에 대한 양형관련성”, 형사법연구 제19호(2003년), p. 297

10) Cheney C. Joseph, Jr., "Developments in the Law, 1986-1987", Louisiana Law Review

- 일반적으로 양형책임은 범죄론상의 책임과 구별되는 것으로 이해되고 있음
  - 범죄성립요소로서의 책임은 비난가능성을 의미하는 반면 양형책임은 사회윤리적 불법판단의 경중을 결정하는 요소의 총체를 의미하기 때문에 양자는 구별된다는 것임<sup>11)</sup>
  - 보다 쉽게 설명하면 범죄론상의 책임은 형벌을 부과할 것인가의 문제와 관련이 있는 반면, 양형책임은 형벌의 '부과정도'와 관련된 문제임<sup>12)</sup>
  - 또한 범죄론상의 책임은 행위 종료시에 확정되는 반면, 양형책임은 범행 이후 사정도 포함되므로 재판시점을 기준으로 판단하게 된다는 차이점도 있음<sup>13)</sup>
- 일반적으로 양형책임은 개별적 '행위책임(Tatschuld)'을 의미하는 것으로 이해되고 있으나 이러한 행위책임의 개념에 대하여도 협의로 이해하는 견해와 광의로 이해하는 견해가 대립함
  - ☞ 구체적 내용은 44쪽 참조
- 향후 양형기준을 설정하면서는 양형책임의 개념을 확립하고 그러한 책임에 비례한 양형이 이루어지도록 하여야 함

#### 마. 제한된 사법자원의 효율적 활용

- 형사사법시스템은 인적, 물적 측면에서 자원이 제한되어 있으므로, 판사, 검사, 교정 담당자 등은 개별적 사건에서 적절한 결과를 달성하도록 노력하면서도 가능한 한 사법자원이 가장 효율적으로 이용될 수 있도록 하여야 함<sup>14)</sup>

(November 1987), p. 259

11) 최석윤, "경험적 연구결과에 기초한 양형요소 분석", 한국형사정책연구원 형사정책세미나(2006년 12월), p. 359

12) 김진철, "양형의 합리화 방안", 아태 공법연구 제14집 (2006년), p. 39

13) 최석윤, "경험적 연구결과에 기초한 양형요소 분석", p. 360

14) Tonry, "The Functions of Sentencing and Sentencing Reform", p. 57

- 형벌의 부과와 부과된 형벌의 집행은 당연히 인적, 물적인 측면에서의 사법자원이 제한되어 있음을 고려할 수밖에 없고, 양형기준은 단순히 형벌의 부과 문제에만 그치는 것이 아니라 종전 양형의 변화를 야기할 수도 있으므로 그로 인한 사법자원에 대한 영향을 반드시 평가하여, 제한된 사법자원을 효율적으로 사용하여 형벌의 목적이 최대한 실현될 수 있도록 하여야 함
  - 예를 들어 과거 양형실무가 지나치게 관대하였다는 전제하에 구금형의 비율을 증가시키는 방향으로 양형기준을 설정하는 경우 당연히 증가되는 수용 인원을 적정하게 관리할 수 있는 인적, 물적 기반이 갖추어져 있는지 고려되어야 함
  - 양형기준에서 제시하는 양형인자는 결국 양형심리의 대상이 될 것인데, 양형조사관 제도가 도입되어 있지 아니한 상태에서 양형에 조금이라도 영향을 미칠 수 있는 모든 요소들을 일일이 고려하도록 양형기준을 설정하는 경우 법관의 업무 부담 가중에 그치는 것이 아니라 자칫 재판의 불필요한 지연을 초래할 수도 있음
  - 비록 권고적 양형기준이라고 하더라도 미국 연방의 경우와 같이 지나치게 세부적이고 복잡한 양형기준이 설정되는 경우 양형기준 적용의 적정성을 다투기 위한 불필요한 소송이 이어질 우려도 있음
- 미국의 경우를 보더라도 양형기준을 제한된 사법자원을 관리하는 도구로써 활용하는 것은 양형기준제를 채택한 모든 주에서 공통적으로 나타났고, 결국 사법자원의 관리는 양형기준을 설정하고 양형위원회를 설치하는 가장 중요한 이유 중 하나가 되었다는 점을 주목할 필요가 있음<sup>15)16)</sup>

15) Richard S. Frase, "State Sentencing Guidelines : Diversity, Consensus, and unsolved Policy Issues", Columbia Law Review(May, 2005), p. 1205

16) 미국의 주(州)와는 달리 미국 연방의 경우 재정 균형이 법률상 강제되지 않는 등 예산상 제약이

- ‘사법자원의 효율적 활용’이라는 목적을 추구하기 위해서는 양형기준을 설정함에 있어서 양형기준이 수용자 증감에 미치는 영향도 평가되어야 함
  - 우리나라 양형실무에 대한 비판 중 하나로 제기되고 있는 관대한 양형의 문제점을 극복한다는 이유로 갑작스럽게 형량을 증가시키는 양형기준을 설정하는 경우 만약 교정자원의 뒷받침이 이루어지지 않는다면 적법하고 적정한 집행이 어려워지게 되어 양형제도의 개선이 아닌 개악으로 나아갈 수도 있음
- 또한 양형인자를 추출하는 과정에서도 일정한 원칙을 정립하여 그 원칙에 따라 양형기준에 포함시킬 양형인자를 어느 정도 제한함으로써 양형에 의미 있는 영향을 미치는 양형인자 위주로 양형기준을 설정할 필요가 있음<sup>17)</sup>
- 나아가 양형기준이 법률전문가 뿐 아니라 일반인의 관점에서도 적용하기 용이하도록 지나치게 복잡하고 기계적인 양형기준 방식을 택하지 아니하고 단순성을 추구하는 것 역시 필요함

### Ⅲ. 양형기준의 설정 원칙

#### 1. 개요

- 양형기준의 목적이 양형기준을 통하여 무엇을 달성할 것인가 하는 ‘결과 지향적’ 문제라면 양형기준의 설정 원칙은 양형기준을 설정하는 과정에서 무엇을 준수할 것인가 하는 ‘방법 지향적’ 문

---

없어서 양형기준 설정에 있어서 사법자원의 효율적 활용이 강조되지 않고 있음(Frank O. Bowman, "The Failure of the Federal Sentencing Guidelines : A Structural Analysis", Columbia Law Review(May 2005), pp. 1345~1346 참조)

17) 예를 들어 미국 연방의 경우 양형인자가 양형에서 최소한 12%의 차이를 가져올 정도로 범죄등급의 변동을 야기하지 않는다면 그러한 양형인자는 양형기준에서 고려하지 않았음

## 제임

- 다만 양형기준의 설정원칙과 양형기준의 목적이 반드시 명확하게 구분되는 것은 아니고 서로 밀접하게 관련되어 있으므로 일부 논의는 중복될 수 있음
- 양형기준의 설정 원칙은 크게 법령에서 요구되고 있는 설정원칙과 형사정책적으로 요구되는 설정원칙으로 나눌 수 있음

## 2. 법령상의 설정 원칙

### 가. 관련 규정

◆ 법원조직법 제81조의6(양형기준의 설정 등) ◆

① ..... 생략 .....

② 위원회는 양형기준을 설정·변경함에 있어 다음 각 호의 원칙을 준수하여야 한다.

1. 범죄의 죄질 및 범정(犯情)과 피고인의 책임의 정도를 반영할 것
2. 범죄의 일반예방 및 피고인의 재범 방지와 사회복귀를 고려할 것
3. 동종 또는 유사한 범죄에 대하여는 고려하여야 할 양형요소에 차이가 없는 한 양형에 있어 상이하게 취급하지 아니할 것
4. 피고인의 국적·종교 및 양심·사회적 신분 등을 이유로 양형상 차별을 하지 아니할 것

◆ 양형위원회규칙 제2조제2항 ◆

양형기준은 법관의 재판상 독립과 합리적인 양형결정권을 보장하고, 양형의 균등성과 적정성을 제고하는 데 기여하여야 한다.

### 나. 책임원칙의 구현

- 양형기준을 설정함에 있어서는 범죄의 죄질 및 범정(犯情)과 피



고인의 책임의 정도가 반영되도록 하여야 함

- 이를 위해서 우선적으로는 양형에 영향을 미치는 다양한 양형인자에 대한 실증적이고 객관적인 분석이 필요함
- 아울러 규범적 관점에서의 양형인자를 정리하고 이를 양형기준에 반영하는 것도 필요함
- 양형인자를 양형기준에 반영함에 있어서는 비례의 원칙이 준수되도록 함으로써 합리적이고 적절한 책임원칙이 구현되도록 유념하여야 함

#### **다. 예방목적의 고려**

- 오늘날에는 응보주의, 일반예방주의, 특별예방주의 중 어느 하나의 형벌론만으로 형벌 부과와 정당성을 완벽하게 설명할 수 없으므로 다양한 형벌 목적의 장단점을 살릴 수 있도록 통합하는 절충설이 지배적인 견해이고, 우리나라의 양형기준 설정 과정에서 특정 한 하나의 형벌론에 전적으로 기초하는 것은 바람직하지 않음
- 이러한 측면에서 볼 때 법원조직법 제81조의6제2항제2호의 취지는 예방주의를 응보주의에 우선하겠다는 입법자의 결단이라기보다는 현재까지 우리나라에서 예방주의적 관점에서의 형벌 부과와 집행이 충분하게 이루어지지 아니한 점을 고려하여 향후 양형기준을 설정하면서는 범죄의 일반예방과 피고인의 재범 방지와 사회복귀라는 특별예방의 관점을 고려하도록 강조한 것이라고 하겠음

#### **라. 형평성의 보장**

- 양형기준을 설정하면서는 동종 또는 유사한 범죄에 대하여는

고려하여야 할 양형요소에 차이가 없는 한 양형에 있어 상이하게 취급하여서는 안 되고, 피고인의 국적·종교 및 양심·사회적 신분 등을 이유로 양형상 차별을 하여서는 안 됨

- 양형기준의 설정원칙으로서의 ‘양형에 있어서 형평성 보장’은 양형기준의 목적 부분에서 논의한 ‘불합리한 양형 편차의 해소’와 직접적으로 관련되어 있고, 논의가 상당 부분 중복됨
- 다만 양형기준의 설정원칙인 ‘양형에 있어서 형평성 보장’은 양형기준 설정 단계에서 불합리한 양형편차를 야기하는 요소들을 발견하고 그러한 요소들이 양형에 반영되지 않도록 양형기준에서 배제하여 나가는 소극적 기준(negative standard)으로 주로 작용하게 될 것임

#### **마. 법관의 합리적인 양형결정권 보장**

- 양형기준을 설정하면서는 법관의 합리적인 양형결정권이 보장되도록 유의하여야 함
- 양형기준제의 도입은 법관의 양형재량에 대한 제한을 전제로 하지만 양형기준에서 제시하는 형량의 범위를 지나치게 좁히거나 양형의 과정을 기계화하여 법관의 재량을 필요 이상으로 제한하는 것은 바람직하지 않음
- ‘양형편차의 해소’라는 목적에 경도되어 법관의 양형에 대한 합리적인 재량마저 부당하게 제한하는 경우 결과적으로 피고인과 범행의 개별적 특성이 충분히 반영된 구체적으로 타당한 양형 도출을 저해하는 장애 요소가 될 수도 있음
- 법관의 합리적 양형재량 보장은 법관을 위한 것이 아니라 양형의 특수성이 충분히 고려된 적정한 양형을 도출하기 위한 필요 불가결한 요소라고 할 수 있음

- 양형에 있어서의 공정성은 유사한 피고인을 유사하게 취급하는 것을 넘어서야 함. 즉 공정성의 다른 측면은 합리적인 양형편차는 이를 증진시키는 것으로, 서로 다른 범행과 범죄인을 다르게 취급하는 것은 보장되어야 함
- 미국 내 가장 권위 있는 법률가 협회인 미국법률협회<sup>18)</sup>에서도 법관의 양형재량은 개별 사건의 상황에 비추어 정당화될 수 있다면 필수적이고 바람직하다는 전제하에 양형기준을 설정함에 있어서는 '양형의 개별화'를 추구하기 위하여 법관의 양형재량을 보장하여야 한다는 조항{미국 모델형법전 양형편 article 6B.03(4)}을 포함시켰고<sup>19)</sup>, 개별적 양형에 있어서의 법관의 양형재량에 대한 구체적 조항{미국 모델형법전 양형편 article 7.X X}을 둬
- 알라바마주, 캔자스주, 메사추세츠주, 오하이오주, 유타주, 위스콘신주 등 많은 주와 워싱턴 D.C.에서는 주 법령 또는 양형기준에서 양형기준제하에서 양형의 개별화를 위한 법관의 양형재량의 중요성을 강조하고 있음<sup>20)</sup>
- 워싱턴 D.C. 양형자문위원회에서는 양형을 함에 있어서 범행의 중대성과 범죄전력 이외의 요소들을 적절하게 고려할 수 있도록

18) 미국법률협회는 1923년경 설립되었고, 연방대법원장, 연방대법관, 항소법원장, 법무부장관, 법대학장 등을 당연직 회원으로 하고 3,000명 이상의 판사, 검사, 변호사, 교수 등을 일반회원으로 하는 미국 내에서 가장 권위 있는 법률협회임.

미국법률협회는 미국 형법체계를 규격화하고 발전시키기 위하여 1962년경 모델형법전(Model Penal Code)을 제정한 이래 법률이론 및 실무의 변화를 반영하여 수회에 걸쳐 이를 개정하였고, 가장 최근에는 2007. 4. 9. 개정 초안이 작성됨. 모델형법전은 주(州) 형법의 개정에 큰 영향을 미쳤을 뿐 아니라 많은 법원 판결에서 기존 규정을 해석하거나 형법 학설을 정립하면서 권위 있는 근거로 인용하고 있음.

미국법률협회에서 체계적 양형시스템을 구축하기 위하여 권고하는 양형제도는 크게, ① 항구적인 양형위원회 설치, ② 추정적 양형기준제 시행, ③ 항소심의 양형에 대한 의미 있는 재심사로 요약할 수 있음. 다만 미국법률협회에서는 항구적인 양형위원회와 항소심의 양형에 대한 의미 있는 재심사가 유지되는 한 권고적 양형기준제를 시행하더라도 체계적 양형시스템의 장점이 실현될 수 있다는 입장을 취하면서 권고적 양형기준제를 시행하는 경우 초안도 제시하고 있음

19) The American Law Institute, "Model Penal Code : Sentencing, Tentative Draft No.1(April 9, 2007), p.182

20) The American Law Institute, 앞의 책, p.189

록 하기 위하여 양형기준을 설정하면서 형량 범위를 비교적 넓게 함으로써 법관의 합리적인 양형재량을 보장하였다고 설명하고 있음<sup>21)</sup>

### 3. 형사정책적 측면의 설정 원칙

#### 가. 광범위한 의견 수렴 및 반영

- 양형기준은 그 영향이 미치는 범위가 매우 넓고 각계각층의 이해가 서로 상충될 여지도 있으므로 양형기준의 설정 과정에서는 다양한 의견을 충분히 수렴하여야 함
- 양형위원회 위원 및 전문위원의 구성에 있어서 판사, 검사, 변호사, 교수, 전문가 등이 참여할 수 있도록 한 것도 이러한 취지에서 비롯된 것이지만 중요한 정책 사항에 대하여는 더 나아가 토론회, 관계기관에 대한 의견 조회 등을 거칠 필요가 있음
- 이러한 의견 수렴 및 반영 과정을 거쳐서 양형기준을 설정하는 경우 그 절차적 정당성이 확보되고, 결과적으로 양형기준에 대한 신뢰 수준을 높이게 될 것임

#### 나. 양형기준의 단순성

- 양형기준은 법관의 양형에 대한 권고적 지침을 제공하고 소송관계인과 일반 국민들에게는 양형에 대한 합리적 예측을 가능하게 하는 기능을 가지고 있는 만큼 양형기준이 지나치게 복잡하게 되는 것은 피할 필요가 있음
- 양형기준의 단순성은 양형심리 과정이 불필요하게 복잡하여지는 것을 방지하고, 양형기준 적용의 적정성 자체를 다투기 위한

---

21) District of Columbia Advisory Commission on Sentencing, "2003 Annual Report" (2003), p. 21

불필요한 소송을 억제하는 등 사법자원의 효율적 활용이라는 측면에서도 반드시 필요함

- 또한 2008년도부터 시행되는 국민참여재판의 경우 배심원의 판결이 유죄인 경우 심리에 관여한 판사는 배심원에게 양형에 관한 설명을 하여야 하는데, 만약 양형기준이 지나치게 복잡한 경우 배심원들이 양형기준을 올바르게 이해하기 어려움
  - 한편 양형기준에 의하여 기계적 양형이 이루어지게 되는 경우 국민참여재판에서의 배심원에 대한 양형 설명이나 배심원의 양형에 대한 의견은 그 의미가 크게 반감됨
- 미국 연방의 양형기준에 대하여는 명확한 이론적 배경 없이 지나치게 복잡하고 기계적인 양형기준을 만들었다는 비판이 제기되었고, 이로 인하여 미국의 어떤 주도 미국 연방과 같은 복잡한 양형기준을 도입하지는 않았다는 점이 주목됨<sup>22)</sup>

---

22) Ostrom, et. al, 앞의 글, p. 9 참조

## IV. 양형기준 설정 관련 고려 사항

### 1. 법률적 토대

- 양형기준의 설정 과정에서는 현행 법령이 우선적으로 고려되어야 하고, 법령에 위반되지 않은 범위 내에서 양형기준이 설정되어야 함
  - 현행 법령은 양형기준 설정의 기본 원칙이라는 적극적 의미와 함께 양형기준 설정의 한계를 제시한다는 소극적 의미를 동시에 가지게 됨
- 양형기준 설정 단계에서 특히 고려되는 법률적 토대로는, ① 다양한 형종, ② 법률상 양형의 도출 과정, ③ 법률에 규정된 형의 가중 및 감경의 원칙 등을 들 수 있음
  - 다양한 형종 ⇨ 형종 선택 기준 범위 설정 시 문제
  - 법률상 양형의 도출 과정 ⇨ 양형인자의 계량화, 양형기준의 적용 시점, 양형기준의 숫자, 집행유예 기준의 설정 방식 등에서 주로 문제
  - 법률에 규정된 형의 가중 및 감경 원칙 ⇨ 하나의 양형기준이 적용되는 범죄의 범위, 양형인자의 계량화 등에서 문제
  - ☞ 법률적 토대와 관련된 구체적 검토는 해당 부분 참조
- 그 외에도 우리나라의 경우 법정형의 불균형 등 실체법의 적정성에 대한 비판이 제기되고 있다는 점도 고려되어야 함
  - 양형기준제를 도입하는 과정에서는 「법무부 형사 실체법 정비 전문위원회」를 통한 형사 실체법 정비 작업의 병행이 전제되었음
  - 현재 위 위원회를 통한 형사 실체법 정비 작업은 큰 진전이 없는 상황임
  - 실체법에 반하는 양형기준을 설정할 수는 없으나, 실체법에 대한 논란을 전혀 고려하지 않고 여과 없이 양형기준 설정의 기

준으로 삼는 경우 적절한 양형기준이 설정되지 않을 수도 있음

## 2. 양형심리 개선의 한계

### 가. 양형조사관제도의 미도입

- 현재 대부분 재판부에서는 소송관계인이 제출하는 양형자료에 의존하여 양형심리를 진행하고 있으나 충분한 양형자료의 수집에는 한계가 있음
  - 양형인자의 존부 및 그 평가에 대하여 치열한 법정 공방이 이루어지는 경우는 거의 없음
  - 검사의 경우 범죄경력조회서 정도를, 피고인측의 경우 합의서, 공탁서 정도를 제출하는 것으로 그치는 경우도 있음
- 양형기준의 올바른 적용을 위해서는 당연히 충실한 양형심리절차를 거쳐야 하고, 양형조사관제도의 시행이 필요한 상황
- 사법개혁 과정에서 양형기준제는 도입되었으나 양형기준제 도입을 전제로 함께 추진되었던 양형조사제도는 도입되지 않음
  - 사법제도개혁추진위원회에서는 양형기준제의 도입에 따라 기소 전·후에 충실한 양형심리조사가 이루어져 사건에 합당한 적절한 형이 선고되도록 하기 위하여 양형조사제도를 도입하고자 하였음
  - 그러나 양형조사의 주체 등에 대한 이견이 좁혀지지 않아 양형조사제도의 도입을 전제로 한 「형사소송법 일부개정법률안」의 국회 통과가 무산됨으로써 양형기준제만이 도입되는 불완전한 양형제도 개선이 이루어짐
  - 미국의 경우 보호관찰관이 양형조사 업무를 담당하고 있는데, 양형기준이 설정된 미국 연방 및 주(州)의 경우 보호관찰관이 제출하는 판결전 조사보고서(pre-sentence report)에는 양형기준

을 구체적으로 적용한 결과도 기재되어 있어 법관이 양형심리의 기본 자료로 활용하고 있음

- 양형조사제도가 도입되지 않은 상황에서 양형심리절차가 급격하게 개선되기는 어려움

#### 나. 양형심리 부담에 대한 고려

- 양형심리와 관련하여 재판부 부담이 급증하는 것은 바람직하지 않음
  - 공판중심주의적 법정심리방식 등을 내용으로 하는 형사소송법 개정으로 인하여 재판부 부담은 이미 상당히 증가된 상태
  - 양형기준의 적용 과정에서 재판부 부담이 상당한 정도로 증가된다면 양형기준의 적용에 대한 거부감으로 인하여 양형기준제가 조기에 정착되기 어려움
- 소송관계인, 특히 피고인의 경우 양형자료수집이 용이하지 않다는 점도 고려하여야 함

#### 다. 소결론

- 결국 양형기준은 현재의 양형심리절차의 변화가 필요 최소한에 그칠 수 있도록 양형실무에 보다 부합하여야 하고, 특히 양형기준이 지나치게 복잡하게 설정되는 것은 지양되어야 함
  - 양형기준이 복잡하고 지나치게 상세하여 양형심리시간의 증가를 가져오는 경우 사건 처리는 상당한 정도로 지체될 수밖에 없고, 이를 상쇄할만한 방안을 찾기는 어려움
  - 지나치게 세부적이고 복잡한 양형기준이 설정되는 경우 양형인자의 입증을 위한 소송관계인의 부담과 양형인자의 확정을 위한 재판부 부담이 증가하게 되고, 자칫 실제 사건에서 양형기준이 올바르게 적용되지 못하는 결과를 초래할 수도 있음



### 3. 양형기준제의 본질적 한계

- 양형기준제가 시행되더라도 양형의 문제점이 모두 해결되는 것은 아님
    - 양형기준은 선고형의 적정성을 담보하고 이를 통하여 양형편차를 해소하려는 것임
    - 그러나 진정한 의미에서의 적정한 양형은 일단 입법적 영역은 제외하더라도 입건·기소·형선고·형 집행 등 형사사법의 모든 단계에서의 편차가 해소되어야 가능하고, 어느 한 부분에서 편차가 해소되더라도 다른 단계에서의 편차가 여전히 남아 있다면 전체적으로는 적정한 양형이 유지될 수 없음
  - 선고 단계에서의 '양형 편차 해소'로 국한하더라도 양형기준이 완전한 해결책이 될 수는 없음
    - 양형위원회의 양형기준은 재판부가 결정해야 할 구체적인 양형에 대하여 일반적인 권고의견을 제시하는 것이고, 양형의 결정권은 종국적으로 재판부에 귀속되어 있으며, 재판부가 복수인 이상 선고형에 있어서의 어느 정도의 편차 발생은 불가피한 현상임
    - 종래 양형자료의 수집 및 심리가 충실하게 진행되지 못한 측면이 있고, 그마저도 기록에 남기지 못하는 경우가 많았으므로 이러한 상황에서 설정되는 양형기준은 실제 양형의 도출 과정을 완전하게 반영하기 어려움
    - 양형기준은 과거 양형실무에 기초한 것이므로 변화하는 미래의 범죄를 예측하여 양형기준에 반영한다는 것은 매우 어려움
    - 양형기준에서 포섭할 수 있는 양형인자는 제한적일 수밖에 없으므로 그 밖의 양형인자에 의한 양형편차는 불가피한 측면이 있음
- ☞ 양형기준제도가 양형기준 이탈을 제도적으로 허용하는 경우도

있음(플리바게닝 또는 수사협조 등)

- 또한 양형기준이 양형편차를 해소하기 위해서는 항소심의 양형 기준에 대한 해석·적용이 관건인데, 형사항소심이 이원화되어 있고, 형사항소심 재판부가 24개 법원(강릉지원 포함), 약 60여 개의 재판부로 구성되어 있으며, 상고심의 양형통제기능이 법적으로 제한되어 있는 상황에서 양형기준 '적용'의 일관성을 유지하는 것은 어려움
- 결국 양형기준이 해소할 수 있는 양형편차의 범위는 제한될 수밖에 없음
- 향후 양형자료 조사 결과에 대한 분석을 기초로 어떤 유형의 양형편차를 어느 정도 해소할 것인지에 대한 별도의 정책 결정이 필요함

#### 4. 항소심의 양형지도 기능

- 양형기준이 설정된 이후 그 적용 대상 범죄의 양형에 대해서는 항소심이 양형기준 적용의 적정 여부를 심사하는 기능을 담당하게 되고, 그 결과 '양형기준의 적용 기준'을 설정하게 될 것임
- 양형기준은 권고적 효력만을 가지므로 양형기준 설정 여부를 불문하고 항소심이 양형의 당부를 사실상 최종적으로 판단함
- 양형기준이 설정된 범죄에 대한 항소심의 양형지도 범위는 양형 기준 범위 내의 형 선고가 정당한 양형이라고 추정되는지 여하에 따라 차이가 발생<sup>23)</sup>

---

23) 미국 연방의 경우 기속적 효력을 가진 연방 양형기준이 위헌이라는 Booker 판결 이후 올바른 적용을 통하여 권고적 양형기준 내 양형이 이루어진 경우 합리성이 추정되는지에 대하여 연방 항소심의 입장은 긍정적입장과 부정적인 입장으로 나누어졌고 판례가 통일되지 않음. 그런데 연방 대법원은 2007. 6. 21. 판사가 연방 양형기준상 형량의 최하한을 선고하였으나, 상고인이 자신의 건강 상태, 수용상 어려움, 군 경력 등을 이유로 보다 낮은 형이 선고되어야 한다고 주장한 사건에서 제1심이 올바르게 양형기준을 적용하고 그 제시된 형량 범위 내에서 양형이 이루어진 경우 그 양형의 합리성은 추정되며, 상고인이 주장하는 특별한 사정이 18 U.S.C. §3553(a)의 견지에서 양형기준 내에서 이루어진 양형이 부당하다고 볼 수 없다고 판시함으로써 논란의 여지를 불식시켰음(Rita v. U.S. 127S.Ct. 2456). 다만 위 판결에서는 합리성 추정은 항소심에서만 적용되는 것이

- 합리성이 추정되는 경우에는 양형기준이 설정된 범죄에 대한 항소심의 양형지도 기능은 다소 약화될 것으로 보임
- 반면 합리성이 추정되지 않는 경우 항소심으로서 양형기준을 참고하면서도 양형기준과는 별도로 제1심 양형에 대한 지도적 기능을 담당할 수 있게 될 것임
- 특히 항소심이 의식적으로 일관되게 양형기준을 이탈하는 경우에는 양형기준의 수정이 불가피함
- 기본적으로 양형기준제도는 항소심의 양형지도적 기능을 존중하는 내용이 되어야 할 것임

## V. 양형기준의 기본 구조

### 1. 제1모델 : 개별적·서술식<sup>24)</sup> 모델

- 개별 범죄유형별 또는 범죄등급별로 양형기준을 설정
- 동일한 범죄유형 내에서도 범죄유형화를 통하여 법정형을 세분화하고 각 범죄유형에 상응하는 형량 범위를 제시하는 의미에서의 계량화는 이루어짐
- 다만 개별 양형인자는 계량화하지 않음
- 양형기준의 설정 순서에 따라 다시 2가지로 구분됨
  - 개별적 양형기준을 일시에 설정하는 경우
  - 개별적 양형기준을 점진적으로 설정하는 경우

---

므로 양형을 하는 제1심법원이 검사 또는 피고인측에서 양형기준이 적용되어서는 안 된다는 변론이 타당한지를 판단하는 기준으로 사용하여서는 안 된다고 판시하여 양형기준의 권고적 성격을 분명하게 함. 우리나라의 경우 과연 합리성이 추정될 수 있을지에 대하여 양형기준 설정 이후 판례의 태도가 주목됨

24) ‘서술식’이라는 용어는 마치 양형기준이 형법전과 마찬가지로 구성요건적 행위, 법정형 등을 나열하는데 그치는 것을 의미한다는 식으로 오인되고 있고, 격자식 양형기준도 서술을 병행하고 있으므로 비교법적 모델을 구분함에 있어서 ‘서술식’이라는 표현이 정확하다고 판단되지는 않으나, 일단 양형위원회 특별연구팀의 분류 방식에 따르기로 함

- 비교법적으로 영국, 미국 위스콘신주<sup>25)</sup> 등의 양형기준이 제1모델에 해당
  - 개별 양형기준의 숫자는 범죄 유형화 정도에 따라 차이가 있음
    - ① 10개 : 영국(개별 범죄유형과 관련하여서는 고살죄, 강도죄, 성범죄, 폭행 기타 대인범죄에 대하여 설정하였고, 범죄의 중대성 등 일반적 양형기준도 설정)
    - ② 11개 : 위스콘신주{1급 성범죄, 2급 성범죄, 1급 아동 성범죄, 2급 아동성범죄, 무장강도죄, 강도죄, 주거침입죄, 마약류 운반 및 운반 목적 소지죄(중량에 따라 2개로 구분), 1만 불 이상 절도죄, 문서위조 및 행사죄 등 11개 범죄에 대하여 양형기준 설정}

## 2. 제2모델 : 개별적 · 등급미조정 격자식 모델

- 개별 범죄유형별 또는 범죄등급별로 양형기준을 설정
- 범죄유형화를 통하여 법정형을 세분화하고, 개별 양형인자 중 범죄전력에 한하여 계량화함
  - 개별 양형인자에 따라 범죄등급을 조정하지 않음
- 양형기준의 설정 순서에 따라 다시 2가지로 구분할 수 있음
  - 개별적 양형기준을 일시에 설정하는 경우
  - 개별적 양형기준을 점진적으로 설정하는 경우
- 비교법적으로 미국 매릴랜드주, 미시건주, 미주리주 등의 양형기준이 제2모델에 해당

25) 미국 위스콘신주 양형기준에 대하여 점수계산식은 아니지만 범죄의 중대성에 대한 양형요소를 평가하여 이를 X축에 3등분하고, 피고인의 위험성을 평가해서 Y축에 3등분한 후 그 교차하는 양형범위 내에서 형을 선고한다는 점에서 점수제와 유사한 격자식 양형기준이라는 주장도 있음. 이는 양형기준의 형식을 기준으로 한 ‘형식실적 입장’이라고도 할 수 있는데, 위스콘신주의 경우 범죄의 중대성과 위험성 평가를 위하여 개별 양형인자를 계량화하지는 아니하였고, 법관이 양형기준에서 제시하는 중요 양형인자를 종합하여 ‘상’, ‘중’, ‘하’로 평가하여 양형기준을 적용하고 있으므로 개별 양형인자의 계량화를 전제로 한 격자식과는 구별된다고 할 것임. 만약 이러한 방식까지 격자식으로 구분한다면 영국식 양형기준도 도표화 방법에 따라 격자식으로 구성할 수도 있음

- 개별 양형기준의 숫자는 범죄 유형화 정도에 따라 상당한 차이가 있음
  - ① 3개 : 매릴랜드주(중죄를 대인범죄, 약물범죄, 재산범죄로 나누어 양형기준 설정)
  - ② 10개 : 미시건주(범죄를 10개 등급으로 나누어 각 등급별로 별도의 양형기준 설정)
  - ③ 20개 : 미주리주(범죄유형을 ① 폭력범죄, ② 성폭력 및 아동 학대 범죄, ③ 비폭력범죄, ④ 마약범죄, ⑤ 약물 운전범죄 등 5가지로 구분한 다음 각 범죄유형마다 형벌 법규에서 규정된 A급, B급, C급, D급 중죄별로 별도의 권고적 양형기준 설정)
- 비교법적으로 미국 매릴랜드주, 미시건주 양형기준의 경우 제4 모델에 해당한다고 볼 여지가 있음
  - 미국 매릴랜드주는 피고인 점수 부분과 범죄 점수 부분을 양측으로 하는 격자식 양형기준을 설정하면서 피고인 점수 부분과 범죄 점수 부분은 몇 가지 양형요소를 고려하여 채점 방식에 의하여 산정되도록 함
  - 미국 미시건주는 범죄등급과 범죄전력을 양측으로 하는 격자식 양형기준을 설정하면서 일정한 기준에 따라 범죄등급 관련 점수와 범죄전력 관련 점수를 계산한 후 그 점수에 따라 등급이 결정되도록 함
  - 결국 양측이 만나는 칸에서 형종 및 형량이 결정되고 등급 조정을 하지 않는다는 점에서는 등급미조정식이지만, 개별 양형인자에 점수를 부여하여 채점한다는 점에서 제4모델과 유사함

### 3. 제3모델 : 개별적 · 등급조정 격자식 모델

- 개별 범죄유형별 또는 범죄등급별로 양형기준을 설정

- 범죄유형화를 통하여 법정형을 세분화하고, 범죄전력을 포함하여 주요 양형인자를 모두 계량화하여 개별 양형인자에 따라 범죄등급이 차등 조정되도록 함
- 양형기준의 설정 순서에 따라 다시 2가지로 구분됨
  - 개별적 양형기준을 일시에 설정하는 경우
  - 개별적 양형기준을 점진적으로 설정하는 경우
- 비교법적으로 미국 매릴랜드주, 미시건주 양형기준이 제3모델에 해당한다는 주장도 있음

#### 4. 제4모델 : 개별적·점수식 모델

- 개별 범죄유형별 또는 범죄등급별로 양형기준을 설정
- 범죄유형화를 통하여 법정형을 세분화하고, 범죄전력을 포함하여 주요 양형인자를 모두 계량화하여 개별 양형인자별로 상이한 점수를 부여하고, 그 점수를 합산한 결과에 따라 양형기준이 적용되도록 함
- 양형기준의 설정 순서에 따라 다시 2가지로 구분됨
  - 개별적 양형기준을 일시에 설정하는 경우
  - 개별적 양형기준을 점진적으로 설정하는 경우
- 비교법적으로 미국 버지니아주, 알라바마주 양형기준이 제4모델에 해당
  - 버지니아주는 범죄유형을 15개로 구분하여 범죄유형별로 양형기준을 설정하고, 개별 양형인자에 일정한 점수를 부여하고 이를 합산하도록 함
  - 알라바마주는 양형기준 설정대상 범죄를 대인범죄, 재산범죄, 약물범죄로 구분하여 각각에 대하여 점수 합산식 양형기준을 별도로 설정

## 5. 제5모델 : 망라적 · 서술식 모델

- 하나의 양형기준이 양형기준 설정대상 범죄 전체에 적용
- 동일한 범죄유형 내에서도 범죄유형화를 통하여 법정형을 세분화하고 각 범죄유형에 상응하는 형량 범위를 제시하는 의미에서의 계량화는 이루어짐
- 다만 개별 양형인자는 계량화하지 않음
- 비교법적으로 미국 델라웨어주 양형기준이 제5모델에 해당함<sup>26)</sup>

## 6. 제6모델 : 망라적 · 등급미조정 격자식 모델

- 하나의 양형기준이 양형기준 설정대상 범죄 전체에 적용
- 범죄유형화를 통하여 법정형을 세분화하고, 개별 양형인자 중 범죄전력에 한하여 계량화함
  - 개별 양형인자에 따라 범죄등급을 조정하지 않음
- 비교법적으로 미국 미네소타주, 펜실베이니아주, 노스캐롤라이나주, 아칸소주, 매사추세츠주, 유타주, 워싱턴주, 워싱턴 D.C. 등의 양형기준이 제6모델에 해당
  - 다만 미국 펜실베이니아주, 아칸소주, 매사추세츠주, 델라웨어주를 제외하고는 복수의 양형기준을 설정하였다는 점에서 엄격한 의미에서의 망라적 모델로 분류하기는 어려움. 즉, 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 설정

26) 스코틀랜드 양형위원회에서도 델라웨어주를 서술식 양형기준으로 분류하고 있음(Scottish Sentencing Commission, "Sentencing Guidelines Around The World"(인터넷 자료), 21쪽). 스코틀랜드 양형위원회에서는 그 외에도 미국 오하이오주 양형기준을 서술식으로 분류함

## 7. 제7모델 : 망라적 · 등급조정 격자식 모델

- 하나의 양형기준이 양형기준 설정대상 범죄 전체에 적용
- 범죄유형화를 통하여 법정형을 세분화하고, 범죄전력을 포함하여 주요 양형인자를 모두 계량화하여 개별 양형인자에 따라 범죄등급이 차등 조정되도록 함
- 비교법적으로 미국 연방 양형기준이 제7모델에 해당

## 8. 제8모델 : 망라적 · 점수식 모델

- 하나의 양형기준이 양형기준 설정대상 범죄 전체에 적용
- 범죄유형화를 통하여 법정형을 세분화하고, 범죄전력을 포함하여 주요 양형인자를 모두 계량화하여 개별 양형인자별로 상이한 점수를 부여하고, 그 점수를 합산한 결과에 따라 양형기준이 적용되도록 함
- 비교법적으로 제8모델에 해당하는 경우는 없음

# Ⅵ 하나의 양형기준이 적용되는 범죄의 범위

## 1. 개요

- ‘하나의 양형기준’은 양형기준을 단순한 수리적 개념에 따라 구분한 것임
  - 예를 들어 형종에 대한 양형기준, 형량에 대한 양형기준, 집행유예 여부에 대한 양형기준을 따로 설정한다면 각각 하나의 양형기준에 해당하고, 이를 모두 합쳐서 양형기준을 설정한다면 그 전체가 하나의 양형기준이 됨
- 이와 같은 ‘하나의 양형기준’이 어떠한 범위의 범죄까지 적용되



도록 하는가가 주요 쟁점 중 하나임

## 2. 상정 가능한 방안

### 가. 제1안 : 망라적 양형기준

#### (1) 내용

- 양형기준 설정 대상 범죄에 통일적으로 적용되는 하나의 양형 기준을 설정
  - ☞ 미국 연방 양형기준이 대표적인 사례

#### (2) 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

#### (3) 단점

- 개별 범죄의 특성을 충분히 반영하기 어려움
- 양형기준 설정이 용이하지 않음

### 나. 제2안 : 개별적 양형기준

#### (1) 내용

- 범죄유형별로 양형기준을 설정하는 방안
  - ☞ 영국, 미국 버지니아주 양형기준이 대표적인 사례임

#### (2) 장점

- 개별 범죄의 특성을 충분히 반영할 수 있음
- 양형기준 설정이 비교적 용이함

#### (3) 단점

- 양형기준의 숫자가 지나치게 많아지는 경우 실무상 불편함이 발생할 수 있음

### 3. 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
    - 예를 들어 뇌물수수 범죄의 경우 범죄를 저지른 당해 공무원은 특별한 사정이 없는 한 그 신분을 상실하게 되므로 특별예방적 관점의 고려 필요성은 현저히 낮아지거나 전혀 없게 되고, 결국 주로 응보적 관점 및 일반예방적 관점에서 양형기준을 설정하여야 함
    - 선거범죄의 경우 형벌 부과를 통하여 일반인들의 규범 의식을 강화한다는 측면에서 일반예방적 측면의 고려가 더욱 중요성을 갖게 됨
    - 마약 투약과 같은 중독성 범죄의 경우에는 범죄인의 치료를 통한 재범 방지가 중요성을 띠게 되므로 적극적 특별예방 관점이 우선하게 될 것임
    - 상습범은 경우에 따라서 재범 방지를 위한 격리가 요구되어 소극적 특별예방 관점이 우선할 수 있음
  - 모든 범죄에 대하여 단일한 양형기준을 설정하는 것은 형벌론

적 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

☞ 예를 들어 워싱턴 D.C.의 경우 마약류 범죄에 대하여 별도의 양형기준을 설정한 이유에 대하여, 과거 양형 패턴이 주로 치료 프로그램이 병행된 단기 분리형(short split sentence)이나 집행유예가 선고되었고, 모든 점을 고려할 때 마약류 범죄인에 대하여는 별도의 격자표를 만드는 것이 마약류범죄에서 야기되는 정당한 응보와 교화의 문제에 효율적으로 대처할 수 있기 때문이라고 밝히고 있음<sup>27)</sup>

- 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
- 다양한 범죄에 공통적으로 적용되는 하나의 양형기준을 설정하려고 하는 경우 양형인자와 관련하여 다음의 2가지 방안을 선택할 수밖에 없음

① 개별 양형인자의 최소화

- 공통적인 양형인자를 최대한 추출하여 양형기준에 반영하고

27) District of Columbia Advisory Commission on Sentencing, 2003 Annual Report, pp. 38-39

개별범죄의 특수한 양형인자는 대부분 배제하는 방안임

- 이러한 경우 양형기준이 개별 범죄에 대한 양형과정에서 고려되어야 할 양형인자를 제대로 제시하지 못하고, 구체적으로 타당한 양형이 이루어지기 어렵게 함
- 이로 인하여 법관의 양형기준에 대한 높은 준수도 기대하기 어려움

② 모든 양형인자를 양형기준에 반영

- 양형기준 설정 대상 범죄에 나타난 양형인자 모두를 양형기준에 반영하는 방안임
- 이와 같은 'catch-all' 방식은 양형기준의 적용 과정에 있어서 당해 범죄에서 고려되어야 하는 양형인자와 고려되지 않아야 할 양형인자가 명확하게 구분되지 아니하여 양형기준을 적용하는 법관으로서 양형기준을 통하여 양형에 대한 올바른 지침을 발견하기 어렵고, 자칫 부적절한 양형인자가 양형에 영향을 미치거나 불필요한 양형인자의 확정을 위한 심리 부담이 야기될 여지도 있음

○ 망라적 양형기준이 미국 연방과 같은 양형인자의 계량화 모델과 결합하는 경우에는 개별 양형인자가 양형에 미치는 영향을 범죄 유형과 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 알았거

나 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<sup>28)</sup>

- 또한 개별 특성을 충분하게 반영하다 보면 외관상으로만 하나의 표가 존재할 뿐 실제로는 매우 복잡한 과정을 거쳐야 비로소 당해 범죄에 대한 양형기준 적용 결과를 알 수 있게 되므로 개별적 양형기준과 비교하여 오히려 적용이 불편함

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

- ☞ 운영지원단이 실시한 양형자료 조사 과정에서는 조사 대상 범죄를 31개 유형으로 구분함

- 따라서 제2안(개별적 양형기준)이 타당하다고 판단됨

28) 망라적 양형기준을 설정하더라도 개별 범죄유형의 양형인자는 범죄유형별로 별도로 제시하는 방법이 이에 해당할 것이나, 이러한 입장은 순수한 의미에서의 망라적 양형기준 방식이 아니라 개별적 양형기준을 하나의 표로 합산한 결과에 불과함. 이러한 의미에서 특별범죄특성에 따라 범죄등급을 조정하도록 하고 있는 미국 연방식 양형기준을 순수한 의미에서의 망라적 양형기준이라고 볼 수 있는지 의문의 여지가 있음

## VII. 개별 양형인자와 양형의 상관관계 반영 방식

### 1. 개요

- 제1 내지 제8 모델은 모두 구성요건적 행위를 기초로 동일한 죄명에 해당하는 범죄라도 이를 유형화하여 기본 형량범위를 제시하는 것을 전제로 함
  - 즉 양형기준 설정 대상 범죄의 기본적인 범죄유형을 정하고, 이를 통하여 법정형을 세분화하고, 범죄유형별 형량을 제시한다는 의미에서의 계량화는 전제됨
- 결국 문제는 이와 같이 기본적인 범죄유형 속에 포섭되지 않은 개별적인 양형인자(예를 들어 범행의 계획성, 합의, 자백 등)와 양형의 상관관계를 어떠한 방식으로 양형기준에 반영할 것인가에 있음

### 2. 상정 가능한 방안

#### 가. 제1안 : 개별 양형인자의 계량화(수량화)

##### (1) 내용

- 과거 양형실무에 대한 분석과 규범적 조정 등을 통하여 개별적 양형인자와 양형의 상관관계를 계량화·수량화하여 양형기준을 설정함
  - 예를 들어 A라는 양형인자가 형량을 증가하는 비율이 평균 20% 정도라면 이를 반영하여 A 양형인자가 인정되는 사건에서는 형량이 20% 정도 증가되도록 양형기준을 설정
  - 미국 연방, 알라바마주, 버지니아주 등의 양형기준이 이러한 방식을 택함
- 현재까지 나타난 양형인자의 계량화 방법은 2가지임

- 개별 양형인자에 점수를 부여하여 이를 합산한 결과에 따라 양형기준이 적용되게 하는 방식(점수 채점 방식)
- 개별 양형인자별로 범죄등급의 변동에 대한 영향에 차등을 주는 방식(등급조정 방식)
- ☞ 통상적으로 점수 채점 방식이 보다 강한 의미의 계량화 모델에 해당한다고 할 수 있음

## (2) 장점

- 양형의 균등성 및 일관성을 유지하는 효과가 클 수 있음
  - 양형인자의 수치를 가감한 최종 수치에 의하여 선고형량이 기계적으로 정해지므로 동일한 양형인자가 인정되는 범죄에 대하여는 원칙적으로 유사한 형이 선고됨
- 양형에 대한 예측 가능성이 높아짐

## (3) 단점

- 양형기준이 형법의 양형 관련 규정에 배치될 수 있음
- 구체적으로 타당한 양형을 어렵게 함
- 양형인자의 계량화가 용이하지 않음

## 나. 제2안 : 개별 양형인자의 비계량화

### (1) 내용

- 범죄유형화를 통하여 권고적인 형량을 제시하나, 개별 양형인자에 대하여는 계량화를 하지 않음
- 법관이 양형을 함에 있어서 반드시 고려하여야 할 주요 양형인자는 명확하게 제시함
  - 양형인자를 질적으로 구분하여 제시할 것인지, 복수의 양형인자의 상호 영향에 대한 평가기준을 설정할 것인지 여하에 따라 다시 여러 가지 방안으로 구분됨

### (2) 장점

- 범죄자 및 범죄의 개별적 특성에 적합한 양형의 실현
- 법관의 합리적인 양형 재량 보장
- 양형 실무에 부합함

**(3) 단점**

- 양형인자의 계량화와 비교하여 양형의 균등성 및 일관성, 양형의 예측가능성에 미치는 효과가 상대적으로 낮을 수 있음

**다. 제3안 : 양형인자 유형별 절충**

**(1) 내용**

- 양형인자를 ① 법정형 단계에서 구성요건의 선택에 작용하는 양형인자, ② 처단형을 조정하는데 기준이 되는 양형인자(법률상 가중 및 감경사유), ③ 작량감경 및 선고형 결정 단계에서 고려되는 양형인자 등 3가지 유형으로 구분
- 그중 작량감경 및 선고형 결정단계에서 고려되는 양형인자에 한하여 계량화하여 범죄등급을 차등 조정하도록 함

**(2) 장단점**

- 제1, 2안의 장단점이 모두 나타날 수 있음

**3. 의견 ⇨ 제2안**

**가. 제1안(개별 양형인자의 계량화)의 문제점**

**(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 되



므로 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
- 이러한 문제를 피하기 위하여 형종 선택의 문제가 발생하지 않는 범죄(예를 들어 징역형의 선고만이 가능한 범죄)만을 골라서 양형기준을 설정하는 경우 대상 범죄가 지나치게 적어질 뿐 아니라 대상 범죄 선정의 적정성에 대한 비판, 양형기준이 양형에 있어서 가장 중요한 문제 중 하나인 형종 선택에 대하여는 아무런 기준을 제시하지 않는다는 비판 등이 예상됨
- 양형인자에 대한 점수 부여 방식의 경우에도 형의 가중 및 감경사유를 고려한 채점 결과에 따라 비로소 형종이 선택되므로 동일한 문제점 발생
  - ☞ 징역형 선고시에만 적용되는 양형기준을 만들면 문제가 해결된다는 주장도 있으나, 이 주장에서는 다른 한편 형종 선택의 기준은 필요하다는 입장을 취하고 있어서 구체적으로 벌금형 영역과 관련하여 어떤 형태의 양형기준을 설정하겠다는 것인지 불분명할 뿐 아니라 징역형 선고시에만 적용되는 양형기준으로 한정되더라도 유기징역형과 무기징역형 선택의 문제가 여전히 남게 됨
- 결국 우리나라의 경우 만약 양형인자를 계량화한다면 형량만이 변동되도록 하는 형태의 계량화를 추구할 수밖에 없는 한계가 있음

- 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<sup>29)</sup>
  - 따라서 법관이 무기징역을 선택하는가, 유기징역을 선택하는가에 따라서 감경 기준도 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 미

29) 예를 들어, ① 사형을 감경할 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역 또는 금고에 처하고, ② 무기징역 또는 무기금고를 감경할 때에는 7년 이상의 징역 또는 금고에 처하며, ③ 유기징역 또는 유기금고를 감경할 때에는 그 형기의 2분의 1로 함

치는 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 가능하다라도 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

☞ 균등성을 강조하는 계량화모형을 충실하게 관철하려면 감경적 양형인자가 4개 있는 피고인과 여기에 1개를 더 추가하여 5개의 감경적 양형인자가 있는 피고인은 서로 다르게 처벌되어야 함

○ 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<sup>30)</sup>
- 양형책임(개별적 행위책임)에 대하여는 협의로 이해하는 견해와 광의로 이해하는 견해가 대립하고 있는데 특히 행위책임을 협의로 이해하는 견해는 가능한 한 양형책임을 행위자와 관련된 책임가중사유로부터 분리되어야 한다고 주장함. 이와 같은 입장을 취하게 되면 전과는 책임평가에서 고려되는 것이 아니라 예방의 측면에서만 고려될 뿐임
- 한편 행위책임을 광의로 이해하는 독일의 통설과 판례에 의하면 행위자 요소도 범행과 직접적인 관련이 있는 한에서는 행위책임의 요소로 남게 됨. 즉, 독일의 판례와 다수설은 간접징표이론(Indizkonstruktion)을 취하고 있는데, 이 이론에 의하면 행위자의 행위 전후의 태도는 독자적이고 직접적인

30) 이진국, “행위자의 범행 전후의 태도와 양형책임”, 동아법학 제29호, 동아대학교 법학연구소 (2001년), p. 104

양형관련성을 갖는 것이 아니라 행위 전후의 태도로부터 행위자의 책임과 위험성이 추론되는 경우에 양형에 관련된다고 함<sup>31)</sup>. 이러한 간접징표이론에 의한다면 전과도 그로부터 행위자의 책임이 추론되는 경우에 한하여 책임영역에서도 고려될 수 있다고 할 것임

- 이와 같이 행위책임을 협의로 이해하느냐, 광의로 이해하느냐에 따라서 전과의 양형에 대한 반영 정도에는 차이가 있을 수 있으나 전과에 대한 양형에 대한 영향을 제한함으로써 책임원칙을 실현하자는 점에 있어서는 기본적 인식을 같이하고 있음
- 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 결정하는 가장 중요한 요소가 되도록 격자식 양형기준을 설정하는 것은 책임과 예방을 혼동한 것으로 바람직하지 않음
- 한편 범죄전력 이외의 다른 양형인자를 가로축으로 설정할 수도 있으므로 격자식 모델을 도입하자는 견해도 있으나, 영국식 양형기준에서도 나타난 것처럼 범죄유형화를 통한 법정형의 세분화를 위하여 격자를 반드시 구성하여야 하는 것은 아니고, 범죄유형별로 가로축을 설정하는 양형인자가 다르다면 왜 달라져야 하고 이를 이론적으로 규명할 수 있는 것인지 의문임

---

31) 정철호, 앞의 글, p. 309

## (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 가져오지는 못함
  - 양형인자를 계량화한 수치화된 양형기준은 구체적인 개별 사건들 사이의 상대적 차이를 파악하지 못했을 뿐 아니라 개별 범죄인들 사이의 실질적 정의를 실현하는데 있어서도 성공하지 못하고 있음<sup>32)</sup>
  - 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<sup>33)</sup>
- 양형인자의 계량화는 기본적으로 과거의 선례를 통계화하는

32) 탁희성, 김혜경, “뇌물죄의 양형시스템 구축 방안”, 형사정책연구원(2005년), p. 44 ; R.A. Duff, "Guidance and Guidelines", Columbia Law Review(May 2005), p. 1173

33) 최석윤, “양형의 수량화 모델에 대한 비판적 소고”, pp. 22-23

것에 불과하여 양형의 균등성은 담보할 수 있더라도 양형의 적정성은 달성할 수 없음<sup>34)</sup>

- 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 양형 사유의 목록을 제공하고 법정형을 구체화할 수 있는 환산공식을 확정하려는 것임
- 이와 같이 독일에서 계량화모델은 종래 법관의 직관과 재량에 의해 이루어진 양형에 대한 비판에서 출발하였고 양형의 마지막 단계인 구체적 양형사실과 형량 사이의 양적 상관관계를 주제로 삼았다는 점에서 일단 긍정적 반응을 불러 일으켰음
- 그러나 계량화모델은 전통적인 양형방식의 비합리성을 도외시한 채 단순히 과거의 선례들을 통계화하는 것에 불과하다는 비판을 받음
- 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 판결효과와의 예방적 작용, 양형요소의 선별기준과 양형요소들 사이의 내부적 논리관계 등 개별적 평가의 문제에 대한 해결이 전체

---

34) 최석윤, 앞의 글, p. 27

되어야 하는데, 계량화모델은 이러한 문제를 해결하기보다는  
통계화된 수치로써 은폐하는 것임

○ 양형인자의 계량화는 양형인자 평가의 정당성이 논란의 대상  
이 될 수밖에 없고, 양형기준제의 정착을 어렵게 함

- 후술하는 것처럼 통계기술적으로 개별 양형인자가 양형에 미  
치는 구체적 영향을 과학적으로 분석할 수 없으므로 결국 양  
형인자의 계량화 과정에서는 양형위원회의 규범적 판단이 작  
용될 수밖에 없음

- 그러나 형량 범위를 일부 조정하는 정도에 그치는 것이 아니  
라 개별 양형인자 하나하나에 대한 규범적 판단을 내려 계량  
화하는 것은 양형위원회 내부의 합의 도출이 용이하지 않을  
뿐 아니라 설령 양형위원회에서 어떠한 합의에 이르더라도  
그 합의의 정당성을 뒷받침할 충분한 객관적 자료 내지 이론  
적 논거가 부족하므로 양형기준을 적용하는 법관이나 양형기  
준을 적용받는 피고인을 설득하기 어려움

- 이는 결과적으로 양형기준이 실무에 정착되기 어렵게 만드는  
요소로 작용하여 자칫 양형기준과 양형실무가 조화되지 못하  
는 심각한 문제를 야기할 우려가 있음

○ 양형기준이 너무 기계적이며 법관을 비롯한 많은 사람들로 하  
여금 양형기준이 심사숙고하는 과정이라는 느낌을 갖지 못하  
도록 함<sup>35)</sup>

- 기계적인 양형에 대한 신뢰 부족으로 인하여 양형 부당을 다  
투는 항소가 증가할 가능성도 있음

○ 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 철학적

35) Tonry, "The Functions of Sentencing and Sentencing Reform", pp. 48~49



## 인 작업임

- 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 대하여 공감대가 형성되어 있음.<sup>36)</sup> 즉 양형기준은 다른 여러 가지 요소와 함께 미국 형사사법에 있어서 검사에게 유례없는 권한을 부여하였다고 평가됨<sup>37)</sup>
  - ☞ 미국에서 양형에 대한 검사의 통제력 증가는 유죄답변협상에서의 검사의 권한을 증가시켰을 뿐만 아니라 늘어난 사건을 신속하게 처리하기 위하여 양형기준을 교묘하게 회피하는 수준에서 유죄답변을 요구하는 경우도 나타나고 있다고 함<sup>38)</sup>
  - ☞ 우리나라의 경우 양형자료에 대한 기본적 조사가 수사기관에 의하여 이루어지는 현실을 고려할 때 양형인자를 계량화하는 경우 양형정보의 통제 가능성을 배제할 수 없음
  - ☞ 또한 비록 아직 유죄답변협상제도가 공식적으로 제도화되지는 않았으나, 우리나라의 수사 현실을 고려할 때 유죄

36) Ostrom, et. al, 앞의 글, 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 이에 대한 구체적인 언급은 생략함

37) Ronald F. Wright, "Sentencing Commission as Provocateurs of prosecutorial self-regulation", Columbia Law Review(May 2005), pp. 1011-1012 ; Frank O. Bowman, "The Failure of the Federal Sentencing Guidelines : A Structural Analysis", Columbia Law Review(May 2005), pp. 1136~1138

38) Heaney, 앞의 글, p. 191

답변협상제도가 도입되지 않은 상태이므로 양형인자의 계량화로 인하여 검사의 양형재량이 증가하는 문제점이 발생할 수 없다는 논리는 타당하지 않음

- 법관의 양형재량은 항소심의 공식적인 통제를 받게 되나, 검사의 재량권 행사는 수사의 암행성으로 인하여 효과적인 심사과 통제의 대상이 되기 어렵다는 문제점이 있고, 따라서 법관의 재량권 행사보다 훨씬 많은 위험성을 내재하고 있음<sup>39)</sup>

☞ 미국의 경우에도 캔자스주, 워싱턴주 등에서는 이러한 관점에서 양형위원회에게 검사가 기소 또는 유죄협상을 함에 있어서의 행동을 통제할 기소기준을 마련하는 임무도 부여하였고, 최초로 양형기준을 설정한 미네소타주에서도 기소기준을 설정할 것인지에 대하여 논의를 진행하였음

☞ 다만 이러한 시도는 워싱턴주를 제외하고 별다른 결과를 낳지 못하였는데 기소기준에 대하여 여러 가지 반대 이유가 제시되었지만 실질적으로는 검사의 정치적 영향력으로 인하여 좌절되었음<sup>40)</sup>

☞ 주목되는 점은 뉴저지주의 경우 양형위원회가 설립되기 이전에 이미 기소기준이 마련되었는데, 그 계기는 마약법에 의한 검사의 광범위한 재량이 권력분립의 원칙에 반한다는 전제하에 주 대법원이 주 검찰총장에 기소기준을 설정하도록 명령하였기 때문임

☞ 뉴저지주의 최초 기소기준은 사형선고가 가능한 범죄의 기소 등에 관한 기준으로 한정되어 있었으나 점점 그 범위가 확대되고 있다고 함<sup>41)</sup>

### (3) 통제기술적 검토

- 양형인자의 계량화를 위해서는 개별적 양형인자가 양형에 미

39) Pugh & Rademaker, A Plea for Greater Judicial Control Over Sentencing and Abolition of the Present Plea Bargaining System, 42 La. L. Rev. 79, pp. 100-101

40) Wright, 앞의 글, pp. 1017~1023

41) Wright, 앞의 글, pp. 1030~1034

치는 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 통해서 독립변수인 양형인자가 형량에 미치는 영향력의 정도만을 파악할 수 있을 뿐 양형인자별로 구체적으로 영향력이 어느 정도 차이가 나는지 분석하기 어려움
- 예를 들어 사기죄에 대하여 회귀분석을 통한 양형인자와 양형의 상관관계를 조사한 한 연구결과에 의하면 아래와 같은 분석결과가 제시됨<sup>42)</sup>

다변인회귀분석 결과

<표6>

변 수	β 값	변 수	β 값
1. 개인적 특성		3. 범죄행위	
(1) 직업	.05	(1) 여죄	-.03
(2) 주거	.04	4. 피해자 관련사항	
(3) 부양가족	.05	(1) 피해회복	.14
(4) 노동습관 및 취업가능성	-.03	(2) 피해자의 감정	.24**
(5) 경제상태	.06	(3) 피해액	-.01
(6) 범행의 인부	-.001	5. 검사의 태도	
2. 전과기록		(1) 구형량	.37**
(1) 전과전력	.05	(2) 피고인의 구속여부	-.20**
		R <sup>2</sup>	.50**

\*\* p < .01

- 위 표에 나타난 베타값이 통계적으로 유의미한지는 일단 별론으로 하더라도, 사기죄의 양형에 있어서 Beta값이 전과는 0.05이고 피해회복은 0.14여서 약 3배 정도의 차이가 발생하

42) 이영란, “양형의 합리화를 위한 실증적 연구 -사기죄를 중심으로 -”, 한국형사법학회, 형사법연구 제4호(1991년), p. 188

고 있으나, 이를 가지고 피해회복이 양형에 미치는 영향이 전과의 3배에 해당한다고 볼 수 없음

☞ 즉 베타값은 양형에 미치는 영향의 정도가 상대적으로 큰 양형인자와 상대적으로 작은 양형인자를 구분하는 정도의 통계적 의미를 갖는 것에 불과

- 또한 양형인자는 다른 양형인자가 존재하는 경우 양형인자 상호간의 영향으로 인하여 양형에 미치는 효과가 상쇄되거나 가중될 수 있는데 이를 분석하기 위해서는 일일이 독립변수를 다시 짚을 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 약 23개 외국 양형기준 중 개별적 양형인자까지 계량화한 경우는 미국 연방, 알라바마주, 매릴랜드주, 버지니아주 정도에 불과
  - 특히 등급조정을 통한 계량화 방식은 미국 연방 이외에는 채택한 사례가 없음
    - ☞ 법정형의 세분화를 위한 범죄유형화에서 나아가 범죄전력까지 계량화한 격자식 양형기준을 선택한 경우에도 개별 양형인자를 계량화하지는 않음
- 미국 연방에서 등급조정을 통한 계량화 방식을 선택하였던 1980년대의 상황과 우리나라의 현재 상황은 전혀 다름
  - 미국은 1970년대에 들어서 교육형주의와 부정기형 제도에 대한 비판이 고조하였음

- 즉 교육형주의의 지배하에 법관은 형의 상한만을 정하거나 또는 형의 하한과 상한을 매우 넓게 정하여 집행 단계에서 비로소 실제 복역기간이 정해짐으로 인하여 발생한 편차의 해소가 주된 관심사였음
- 따라서 초기에는 가석방기준의 설정이 시도되다가 부정기형제도와 가석방제도를 폐지하는 방향으로 나아가면서 법관의 양형재량도 축소하여야 한다는 논의로 이어짐
- 그러나 우리나라의 현재 상황이 1980년대의 미국과 같이 법원의 양형 단계에서 과도한 편차가 발생한다고 보기 어려울 뿐 아니라 가석방제도가 존치하는 상황에서 미국 연방과 같이 개별 양형인자까지 계량화할 필요성이 있는지 의문임
- 미국법률협회에서도 양형기준제가 시행되어도 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<sup>43)</sup>
- 이에 대하여 위 조항은 이탈시 고려되는 양형인자를 계량화하여서는 안 된다는 의미일 뿐 개별 양형인자의 계량화를 금지하는 조항으로 볼 수 없다는 견해도 있음
- 그러나 모델형법전에서 제시하는 추정적 형량은 기본적으로 범죄의 중대성에 따라 결정되는 것이고<sup>44)</sup>, 따라서 이탈시 고려되는 양형인자의 계량화 금지는 결국 개별 양형인자의 계량화 금지와 동일한 의미가 되는 것이므로 이러한 견해는 타당하지 않음

43) The American Law Institute, 앞의 책, pp. 191, 203

44) 미국법률협회에서는 범죄전력의 양형에 대한 반영과 관련하여, 양형위원회가 ① 추정적 양형 결정의 요소로 규정하는 방안, ② 이탈을 위한 가중적 양형인자로 규정하는 방안, ③ 양형기준상 다른 추정적 규정이나 권고적 규정의 한 요소로 규정하는 방안 중에서 선택할 수 있는 광범위한 재량을 부여하고 있어{모델형법전 양형편 article 6B.07(1) 전문} 격자식 모델이 기본 모델이 되는 것은 아님

**나. 제3안(양형인자 유형별 절충)의 문제점**

- 기본적으로 일부 양형인자를 계량화한다는 측면에서 위 제가항에서 살펴본 문제점을 그대로 안고 있음
- 양형의 과정에 관한 형법규정에 반할 수 있음
  - 형법 제56조 등에 의한 양형의 도출 단계는, ① 법정형 → ② 형종 선택 → ③ 각칙 본조에 의한 가중 → ④ 형법 제34조제2항(특수한 교사, 방조)에 의한 형의 가중 → ⑤ 누범가중 → ⑥ 법률상 감경 → ⑦ 경합범 가중 → ⑧ 작량감경 → ⑨ 처단형의 범위 결정 → ⑩ 형량 결정 → ⑪ 형의 집행 여부 결정임
  - 그런데 법률상 가중/감경 이후에 이루어져야 하는 작량 감경과 선고형 결정 단계에서의 양형인자가 법률상 가중감경 인자보다 먼저 작용하면서 법정형을 세분화하는 문제점이 발생
    - ☞ 다만 이러한 측면은 입법자가 법정형을 넓게 정하면서도 하나의 범죄를 유형별로 세분화하지 않는 범죄(예를 들어 살인죄)의 경우에는 양형기준을 설정하기 위해서 불가피한 측면이 있는 것도 사실이므로 법정형을 세분화하는 과정에서 어떠한 양형인자를 고려하여야만 형법의 규정에 부합할 수 있는가에 대하여는 보다 신중한 검토가 필요함
- 양형기준 적용 과정이 지나치게 복잡하여 양형기준의 단순성 추구에 부합하지 않음
  - 절충안에 의하면 양형기준은 아래와 같이 적용됨

구분	단계	양형심리
본형	범죄등급 결정	불법에 영향을 미치는 양형인자 범죄전력 수량화
	범죄등급 조정	작량감경 및 선고형 결정 양형인자
	법률상 가중 감경	법률상 가중 감경 양형인자
집행유예	집행유예 결정	집행유예 결정 양형인자

- 양형심리를 통하여 양형인자를 4가지 유형으로 구분한 후 4번의 계산 과정을 거쳐야 비로소 최종적인 형이 도출되므로 양형 과정이 지나치게 복잡하게 됨

#### **다. 제2안(개별 양형인자의 비계량화)의 단점 보완 방안**

##### **(1) 개요**

- 개별 양형인자를 계량화하지 않는 방식에 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

##### **(2) 양형인자의 질적 구분**

- 양형인자를 비계량화하면서 ① 양형인자를 전혀 제시하지 않고 법관의 재량적 판단에 맡기는 방식 또는 ② 양형인자를 단순히 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 제

시한 후 한정적이지 않은 가중적 양형인자와 감경적 양형인자를 열거하는 방식의 양형기준을 제시함<sup>45)</sup>

- 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
  - 가중·감경적 양형인자의 제시에서 나아가 양형에서 특히 중요한 의미를 가지는 가중·감경적 양형인자를 구분함으로써 복수의 양형인자를 평가하는 일응의 기준을 함께 제시하는 효과를 가져옴

### (3) 3단계 형량범위 제시

- 기본적인 범죄유형에 대응하는 기본적인 형량범위뿐 아니라 가중적 형량범위와 감경적 형량범위를 제시
  - 미국 노스캐롤라이나주, 펜실베이니아주, 미주리주 등에서 유사한 입장을 취함
  - 양형인자를 비계량화하면서 기본적인 형량범위만을 제시하고 있는 영국, 미국 워싱턴 D.C. 등과 비교하여 양형기준의 지침적 기능이 훨씬 강화됨
- 3단계 형량범위는 예를 들어 아래와 같은 형태로 제시될 수 있음

---

45) 미국 모델형법전 양형편 article 6B.02(1) 참조



범죄유형	형량 범위	
제1강도유형	감경	3년~4년
	기본	4년~6년
	가중	6년~7년
이하 생략	이하 생략	

### 라. 소결론

- 따라서 범죄유형화를 통하여 법정형을 세분하고, 개별 양형인자를 질적으로 명확하게 구분하면서도, 개별 양형인자와 양형의 상관관계를 계량화하지는 않는 제2안이 타당하다고 판단됨

## VIII. 양형기준 설정 대상 범죄

### 1. 개요

- 양형위원회는 법원조직법이 개정되지 않는 이상 상설 조직으로서 상당 기간 존속할 것으로 예상됨
  - 양형기준의 지속적 설정
  - 양형기준 준수 여부 모니터링
  - 양형기준 설정과 관련된 정책 심의
- 제1기 양형위원회에서는 양형기준을 설정할 대상 범죄와 그 선정원칙을 정할 필요가 있음

### 2. 양형기준 설정 대상 범죄의 범위

#### 가. 상정 가능한 방안

**(1) 제1안 : 모든 범죄**

(가) 내용

- 모든 범죄에 대하여 양형기준을 설정

(나) 장점

- 통일적 양형체계 구축 용이
- 양형제도의 개선을 단기간에 이룰 수 있음
- 양형기준의 효과 분석이 용이함

☞ 이상의 장점들은 특히 일시에 모든 범죄에 대한 양형기준을 설정하는 경우 더욱 크게 나타남

(다) 단점

- 양형기준 설정에 많은 시간이 소요됨
- 양형기준 설정이 불필요한 범죄까지 양형기준을 설정

**(2) 제2안 : 일부 범죄**

(가) 내용

- 일정한 기준에 따라 양형기준 설정 대상 범죄를 선정하여 그 범죄에 대하여만 양형기준을 설정
- 제2안은 양형기준 설정 대상 범죄의 선정 원칙에 따라 여러 가지 방안으로 나누어짐

(나) 장점

- 양형기준의 목적에 부합하는 양형기준의 설정 추구
- 양형기준 설정이 시급한 범죄에 대하여 비교적 단기간에 양형기준 설정이 가능함

(다) 단점

- 통일적 양형체계 구축이 어려울 수 있음
- 양형제도의 개선이 지연될 가능성 있음

## 나. 의견 ☞ 제2안

- 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
    - 외국 양형기준 설정 과정에서도 기술적 접근방식을 완전히 배제한 사례는 찾아보기 어려움
  - 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<sup>46)</sup>
- 비교법적으로도 모든 범죄에 대하여 양형기준을 설정한 사례는 찾아 보기 어려움
- 따라서 제2안(일부 범죄)이 타당하다고 판단됨

46) 이러한 맥락에서 미국법률협회에서는 원칙적으로 중죄 및 경죄 전체에 대한 양형기준을 설정하는 것이 바람직하다는 입장을 취하면서도, ① 기소가 드물게 이루어지는 범죄, ② 범행의 개념이 광범위하여 합리적인 양형기준의 설정이 어려운 범죄, ③ 양형기준에 포함시키더라도 별다른 효용성이 없는 충분한 이유가 있는 범죄에 대하여는 양형위원회에서 양형기준을 설정하지 않을 수도 있다는 입장을 취함{모델형법전 양형편 article 6B.10(2)}

### 3. 양형기준 설정 대상범죄의 선정 원칙

#### 가. 개요

- 일부 범죄에 대하여 양형기준을 설정한다면 그와 같은 일부 범죄를 선정하는 원칙이 문제가 됨
  - 이는 양형기준 설정 대상 범죄의 범위를 정하는 원칙임
  - 양형기준 설정 대상 범죄의 범위와 제1차 양형기준 설정 대상 범죄의 범위가 일치하는 것으로 보는 경우, 즉 일시적 양형기준을 설정하여야 한다는 입장을 취하게 되면 양자는 동일함

양형기준 설정 대상 범죄의 범위  
= 제1차 양형기준 설정 대상 범죄

- 양형기준 설정 대상 범죄의 범위와 제1차 양형기준 설정 대상 범죄의 범위가 일치하지 않는 것으로 보는 경우, 즉 점진적 양형기준 설정의 입장을 취하게 되면 전자는 후자를 포섭함

양형기준 설정 대상 범죄의 범위  
제1차 양형기준 설정 대상 범죄

#### 나. 상정 가능한 방안

##### (1) 제1안 : 양형기준의 목적

###### (가) 내용

- 양형기준 설정을 통하여 양형기준의 목적을 달성할 수 있는 범죄를 선정

(나) 장점

- 양형기준제 도입 취지에 가장 부합함

(다) 단점

- 양형기준 설정이 용이하지 않은 범죄가 많을 것으로 예상됨
  - 불합리한 양형편차가 발생하였다는 점은 그만큼 양형이 어렵다는 점을 반증하기도 함
- 선정기준이 다소 추상적임

**(2) 제2안 : 국민적 관심 + 범죄발생 빈도**

(가) 내용

- 법원조직법 부칙 제2항의 규정에 따라 국민적 관심과 범죄 발생 빈도를 고려하여 양형기준 설정 대상 범죄를 선정
  - 법원조직법 부칙 제2항에서는 ‘국민적 관심, 범죄의 발생 빈도 등을 고려하여 2년 이내에 최초의 양형기준을 설정’하도록 규정

(나) 장점

- 입법자의 의도에 부합
- 양형기준 설정 대상 범죄의 외연을 정하기 비교적 용이함
  - 특히 ‘범죄의 빈도수’는 객관적이고 명확한 기준이 됨

(다) 단점

- ‘국민적 관심’이라는 선정기준은 다소 추상적임

**(3) 제3안 : 법정형**

(가) 내용

- 법정형을 기준으로 양형기준 설정 대상 범죄를 선정
  - 예를 들어 징역 1년 이상의 형 선고가 가능한 범죄를 양형

기준 설정 대상 범죄로 정하는 입장

- 중죄에 대하여만 양형기준을 설정한 미국 상당수 주(州)의  
입장과 유사함

(나) 장점

- 선정기준이 명확함

(다) 단점

- 양형기준제 도입의 목적에 부합하지 않거나 불합리한 선정  
결과가 야기될 수 있음
- 법정형의 불균형의 문제가 양형기준 설정대상 범죄 선정에  
도 영향을 미칠 수 있음

**(4) 제4안 : 사물관할**

(가) 내용

- 사물관할을 기준으로 양형기준 설정 대상 범죄의 외연을 정함
  - 예를 들어 합의부 관할 범죄만을 양형 기준 설정 대상 범  
죄로 정하는 입장

(나) 장점

- 선정기준이 명확함

(다) 단점

- 양형기준제 도입의 목적에 부합하지 않거나 불합리한 선정  
결과가 야기될 수 있음

**(5) 제5안 : 기소 형태**

(가) 내용

- 기소 형태를 기준으로 양형기준 설정 대상 범죄의 외연을  
선정

- 예를 들어 구공판 사건만을 양형기준 설정 대상 범죄로 정하는 입장

(나) 장점

- 선정기준이 명확함

(다) 단점

- 양형기준제 도입의 목적에 부합하지 않거나 불합리한 선정 결과가 야기될 수 있음

**(6) 제6안 : 선고형 분포**

(가) 내용

- 양형자료 조사 결과 나타난 선고형의 분포를 기준으로 양형 기준 설정 대상 범죄를 선정
  - 예를 들어 징역형 선고비율이 70%를 초과하는 범죄를 양형 기준 설정 대상 범죄로 정하는 입장

(나) 장점

- 선정기준이 명확함

(다) 단점

- 양형기준 설정시 형량 조정도 고려하는데, 조정의 대상이 될 수 있는 과거 선고형이 양형기준 설정대상 범죄의 선정원칙이 되는 점에 대한 비판 가능성
- 양형기준제 도입의 목적에 부합하지 않거나 불합리한 선정 결과가 야기될 수 있음

**다. 의견 ☞ 제1안 + 제2안**

- 제3안 내지 제6안은 양형기준 설정 대상 범죄의 선정 기준이 비교적 명확하다는 장점이 있으나 아래와 같은 문제점이 있음

### ① 공통적 문제점

- 양형기준제의 도입은 양형제도의 개선을 위한 것이므로 그 도입 목적에 부합하지 않는 범죄 선정은 바람직하지 않다고 할 것인데, 제3안 내지 제6안에 의할 경우 양형기준의 목적에 부합하지 않는 범죄가 포함될 수 있을 뿐 아니라 반대로 양형기준 설정이 필요한 범죄가 배제될 가능성 역시 높음
- 제3안 내지 제6안의 기준의 정당성에 대한 비판이 제기될 수 있음
  - ☞ 입법자가 제시하지 않은 새로운 기준임

### ② 제3안(법정형)의 문제점

- 중죄의 개념이 없는 우리나라에서 법정형에 의한 범죄 구분의 적정성에 대한 비판이 제기될 수 있음
- 법정형의 불균형이 문제되고 있는 상황에서 이를 기준으로 양형기준 설정 대상 범죄의 외연을 결정하는 것은 바람직하지 않음
- 비록 법정형은 높지 않더라도 국민 생활에 미치는 영향이 큰 범죄를 배제하는 경우 양형기준에 대한 국민적 관심과 지지를 이끌어내기 어려움

### ③ 제4안(사물관할)의 문제점

#### ▶ 합의부사건만을 대상으로 하는 경우

- 범죄발생빈도수가 높은 단독사건이 배제되어 양형기준의 형사사법에 대한 영향력이 낮아지게 됨
  - ☞ 피고인 수를 기준으로 한 형사합의부 처리건수는 형사단독 처리건수의 7.9%에 불과



◆ 연도별 처리건수(피고인 수 기준) ◆

구분	2004년	2005년	2006년	2007년	평균
형사합의	19,259	14,414	17,503	16,130	16,826
형사단독	217,811	212,204	195,288	224,874	212,544

- 단독사건은 교통범죄, 식품범죄, 환경범죄, 절도범죄 등 국민의 실생활과 밀접한 관련이 높은 범죄가 많은데, 이를 일률적으로 제외하면 양형기준에 대한 광범위한 국민적 지지와 관심을 이끌어 내기 어려움

▶ 단독사건만을 대상으로 하는 경우

- 중대한 범행결과가 발생하고 국민적 관심도가 높은 다수의 범죄가 제외됨
- 형량 범위에서의 편차도 주로 합의부 사건에서 발생할 것으로 예상됨

④ 제5안(기소형태)의 문제점

- 제5안은 주로 정식재판청구사건을 제외하자는 입장에서 제기할 것으로 예상됨
- 그러나 우선 검사의 기소 형태라는 우연한 사정에 의하여 양형기준 설정 여부가 좌우되는 것은 불합리함
- 불이익변경금지원칙으로 인한 이탈율 증가, 벌금형 영역에 대한 양형기준 설정상 어려움 등 예상되는 문제점은 벌금형의 영역에서는 세부적인 양형기준을 설정하지 않거나 징역형의 벌금형 환산 기준을 만드는 등의 방법을 통하여 상당한 정도로 해소 가능

⑤ 제6안(선고형 분포)의 문제점

- 양형기준 설정 과정에서는 일부 범죄 유형에 대한 형량의 규범적 조정이 예상됨

- 과거 선고형 통계를 기초로 양형기준 설정대상 범죄를 선정하는 경우 규범적 조정이 필요한 일부 범죄유형이 처음부터 배제될 수도 있음
  - ☞ 예를 들어 징역형 선고비율 70%를 선정기준으로 정하였다고 가정한다면 과거 양형실무상 징역형 선고비율이 50%에 불과하나 규범적 관점에서 70% 이상으로 조정되어야 하는 범죄를 제외하게 됨
- 제1안(양형기준의 목적)은 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 제1안을 구체화함으로써 기준의 추상성을 어느 정도 극복할 수 있음
    - 과거 양형실무에 있어서 불합리한 양형편차가 발생한 범죄
      - ☞ 불합리한 양형 편차 발생 여부를 판단할 기준은 아직 확립되지 않은 상태
      - ☞ 전문위원 제1팀에서 진행 중인 ‘우리나라의 양형 현황 분석’을 통하여 일정 범죄유형이 추출될 것으로 기대됨
    - 실무상 양형기준 설정 요청이 강한 범죄
      - ☞ 법에서 규정하고 있는 형종이 매우 다양하거나 형량 범위가 넓어서 적절한 양형이 어려운 범죄
      - ☞ 다양한 양형인자가 고려되는 범죄
    - 과거 양형실무에 대한 규범적 조정이 필요한 범죄
      - ☞ 양형의 적정성이 문제되는 범죄
- 제2안은 국민들의 요구에 부합하는 양형기준을 설정한다는 측면에서 필요함
  - 법원조직법 부칙 제2항을 단순히 최초 양형기준 설정 대상 범

죄 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

☞ 양형기준 설정 대상 범죄의 외연을 정함에 있어서는 ‘국민적 관심’이나 ‘범죄의 발생 빈도수’를 전혀 고려하지 않았는데, 제1차 양형기준 설정 대상 범죄를 선정함에 있어서는 고려하여야 한다는 것은 모순임

- 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 요청을 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 구체화하는 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

○ 결론 ☞ 제1안 + 제2안

- 제1안과 제2안은 상호 보충하는 관계에 있음
- 국민적 관심이 높지 않더라도 불합리한 양형편차가 발생하는 범죄에 대하여는 양형기준을 설정할 수 있음

- 범죄의 발생 빈도수가 높더라도 양형기준의 목적이라는 측면에서 양형기준이 불필요한 범죄에 대하여는 양형기준을 설정하지 않을 수 있음

#### 4. 양형기준의 설정 순서

##### 가. 상정 가능한 방안

##### (1) 제1안 : 동시 설정

###### (가) 내용

- 양형기준 설정 대상 범죄 외연에 속하는 범죄유형에 대하여 일시 또는 단기간 내에 양형기준을 모두 설정하는 방안임
  - ☞ 제1 내지 제4 모델 모두 가능함
  - ☞ 미국 연방식 양형기준이 대표적인 사례임

###### (나) 장점

- 양형기준의 일관성 유지가 용이

###### (다) 단점

- 양형기준 설정이 용이하지 않음

##### (2) 제2안 : 점진적 설정

###### (가) 내용

- 양형기준을 그 시급성을 고려하여 점진적으로 설정하는 방안임
  - ☞ 제1, 2 모델에 주로 해당함. 다만 망라적으로 일부 범죄를 먼저 설정한 후 나머지 범죄에 대하여 새로운 양형기준을 설정하는 방식을 취한다면 제3, 4모델에서도 점진적 설정의 형태가 나타날 수 있음

☞ 영국 양형기준이 대표적인 사례임

(나) 장점

- 양형기준 설정이 비교적 용이함

(다) 단점

- 점진적으로 설정되는 개별적 양형기준 사이에 상충될 가능성이 있음

나. 의견 ☞ 제2안

- 통일적 양형체계 구축의 어려움은 어느 경우에도나 발생
  - 모든 범죄에 대하여 양형기준을 설정하지 않는 이상 어차피 양형기준이 적용되지 않는 범죄는 존재
- 제1차 양형기준 설정시한인 2009년 4월경까지 많은 범죄유형에 대하여 동시에 양형기준을 설정하기는 현실적으로 어려움
  - 양형위원회는 양형기준의 기본틀을 정하는 '우리나라에 적합한 양형기준제'에 대하여 2007년도 12월경에 심의·의결할 예정이었으나, 2008년 6월 하순경 또는 7월 초순경까지로 미루어진 상태
  - 2008년 6월 하순경 '우리나라에 적합한 양형기준제'에 대한 심의·의결이 이루어지더라도 양형인자의 추출, 경합범 처리 방법 등 개별 쟁점에 대한 전문위원의 연구와 양형위원회의 심의·의결이 필요함
  - 또한 양형기준 설정의 절차적 정당성을 확보하기 위해서는 공청회, 전문가 토론회, 의견 조회 등을 통한 각계각층의 의견 수렴을 거쳐야 하고, 의견 수렴 과정에서 상당한 기간이 경과될 수밖에 없음
  - 최초의 양형기준 설정 시한을 '2년'으로 규정하고 있는 법원조직법 부칙 제2항이 훈시규정에 불과하므로 무시하여도 된다는

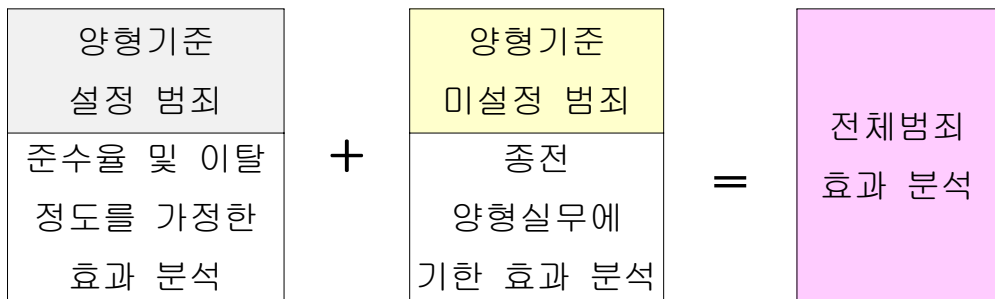
입장도 있으나, 위 기한을 준수하지 못하였을 경우 양형위원회는 대외적으로 강한 비판에 처할 수밖에 없고, 자칫 그 존립의 필요성에 대한 의문까지 제기될 여지도 있음

○ 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
- 양형기준이 일부 범죄에 대하여만 설정되더라도 아래와 같은 방법으로 양형기준 효과 분석 가능



- 양형기준 미설정 범죄의 처리 기준이 없는 것은 아님
  - 양형기준 미설정 범죄의 경우 종전 양형실무, 유사한 범죄에 대하여 설정된 양형기준을 참고한 양형이 가능함
    - ☞ 현재에도 법관들은 양형정보시스템, 판결문검색시스템 등을 통하여 유사한 사안에서의 양형실무를 확인하면서 사건을 처리하고 있음
  - 형법에서 경합범 가중, 누범 가중, 법률상 감경 등에 대한 양형의 기본 원칙을 제시하고 있으므로 그 구체성 정도는 별론으로 하더라도 양형기준이 없다고 하여 원칙 없는 양형이 이루어지는 것은 아님
- 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
- 따라서 제2안(점진적 설정)이 타당하다고 판단됨

## IX 양형기준 설정의 접근방식

### 1. 개요

- 양형기준을 설정 방식은 기술적 접근방식과 규범적 접근방식으로 구분됨
- 어떠한 방식을 취하는가에 따라서 양형기준의 구체적 설정원칙에 차이를 가져옴
- 양형기준 설정의 접근방식은 제1 내지 제4 모델의 선택 여하에 관계없이 문제됨

## 2. 상정 가능한 방안

### 가. 제1안 : 기술적 접근방식(descriptive approach)

#### (1) 내용

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

#### (2) 장점

- 기존 양형실무를 반영하여 법적 안정성 유지
- 법관들의 순응도가 높음

#### (3) 단점

- 양형실무상 문제점 개선에 한계가 있음

### 나. 제2안 : 규범적 접근방식(prescriptive approach)

#### (1) 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 재산 범죄에 대하여는 사회내 처우 등을 활성화하는 양형기준이 그 예임

#### (2) 장점

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

#### (3) 단점

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



## 다. 제3안 : 절충

### (1) 내용

- 양 접근방식을 절충
  - 어떠한 접근방식을 우선할 것인가의 문제가 남음

### (2) 장단점

- 제1, 2안의 장단점이 모두 나타날 수 있음

## 3. 의견 ☞ 제3안(다만 기술적 접근방식이 원칙)

- 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
    - ☞ 즉, 과거 양형실례를 수집하여 이에 기초한 기준을 제시함으로써 판사들로 하여금 양형을 함에 있어 편의를 얻도록 하기 위함이 주된 목적이었다고 함<sup>47)</sup>
  - 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 피고인

47) Bureau of Justice Assistance, "National Assessment of Structured Sentencing", U.S. Department of Justice(1996), 12-13.

의 입장에서 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
  - 예를 들어 국민의 건전한 상식에 부합하지 않고 비교법적으로도 정당성을 인정하기 어려운 형벌이 부과된 범죄가 있었다면 그 양형을 규범적 관점에서 조정하고, 전과의 양형에 대한 영향이 너무 커서 책임비례의 원칙을 훼손할 정도에 이르렀다면 그 영향의 정도를 책임비례의 원칙에 부합하도록 낮추는 등 양형제도를 올바르게 개선하기 위하여 필요한 범위 내에서 규범적 접근방법도 병행하여야 함
  - 미국 알라바마주의 경우에도 원칙적으로 기술적 접근방법에 의하면서도 형사 정책적 측면에서 비폭력범죄인 재산범죄나 마약범죄에 대하여는 과거 형량을 약간 하향조정하고, 폭력범죄인 대인범죄에 대하여는 과거 형량을 약간 상향 조정함
  - 규범적 접근방식만으로 일관하는 경우에는 규범의 정당성 및 적정성에 대하여 논란이 예상되나, 기술적 접근방식에 기초한 규범적 조정은 양형제도의 개선을 위한 양형위원회의 권한으로 이해될 수 있음
- 따라서 제3안(기술적 접근방식과 규범적 접근방식을 절충)을

취하되, 기술적 접근방식을 우선하는 것이 타당함

## X 양형기준이 적용되는 인적 범위

### 1. 소년범

#### 가. 개요

- 소년범의 특수성을 고려할 때 양형기준이 성인범과 소년범 모두에 대하여 적용되도록 할 것인지가 문제됨

#### 나. 상정 가능한 방안

##### (1) 제1안 : 소년범 포함

###### (가) 내용

- 소년범에도 적용되는 양형기준 설정
  - 양형기준에서 소년부 송치기준까지 제시할지 여부에 따라 다시 구분할 수 있음

###### (나) 장점

- 통일된 양형체계 구축 및 개선 용이

###### (다) 단점

- 소년의 특수성을 충분히 살리는 양형기준 설정이 용이하지 않음
  - 행위자적 양형인자에 대한 충분한 고려 필요성
  - 부정기형, 양형심리방식에서의 차이 등

## (2) 제2안 : 소년법 제외

### (가) 내용

- 성인법에 대하여만 적용되는 양형기준 설정

### (나) 장점

- 소년의 특수성을 고려한 개별적 양형의 실현

### (다) 단점

- 통일된 양형체계가 구축되지 않는다는 비판 가능성

## 다. 의견 ☞ 제2안

- 성인법과 소년법에게 공통적으로 적용되는 하나의 양형기준을 설정하는 것은 바람직하지 않음
  - 소년법에 대하여 성인법과 동일한 양형기준을 적용하는 것은 소년법 제정의 취지에 반함
  - 소년법의 경우 성인법과 비교하여 특별예방적 고려가 더욱 필요함
  - 소년법의 경우 조사관을 통하여 양형인자에 대한 조사가 이루어지는 등 성인법과 양형심리절차도 다름
  - 비교법적으로 미국 유타주, 워싱턴주, 영국 등의 경우 소년법에 대하여 별도의 양형기준을 설정
- 한편 소년법에게만 적용되는 별개의 양형기준을 설정하는 것은 용이하지 않음
  - 양형기준제가 최초로 시행된 미국의 경우 교육형주의를 포기하고 응보형주의가 대두되면서 양형기준이 도입됨
  - 양형기준은 행위적 요소와 함께 행위자적 요소에 대한 고려 역시 단순화하려고 하나, 소년법의 경우 특히 가정 및 학교 환경, 교우관계 등 다양한 행위자적 양형인자를 충분한 고려하여야 함
  - 소년법의 경우 양형의 균등성 보다는 형벌이 소년의 성장에 미

치게 될 영향 등 매우 다양한 요소가 복합적으로 고려된 개별적 양형이 더욱 강조되어야 하고, 이러한 요건을 충족하는 양형기준의 설정은 상당히 어려움

- 소년 사건의 적정한 양형을 위하여 소년법에 적용되는 양형기준을 설정하여야 한다면 소년부 송치기준까지 설정하는 것이 바람직하므로 양형기준의 설정 범위가 확대될 수밖에 없음
- 소년 사건은 그 대부분을 상당한 전문성을 갖춘 소년부에서 담당하고 있어 양형기준 설정의 필요성이 높지 않음
- 오히려 소년 사건의 경우 충분한 교화의 효과를 낼 수 있는 다양하고 적절한 교육 프로그램의 개발이 시급함
- 양형기준의 적용 범위가 반드시 형사법의 적용 범위와 일치하여야 하는 것은 아님
- 따라서 제2안(소년법은 양형기준의 적용대상에서 제외)이 타당하다고 사료됨

## 2. 외국인

### 가. 개요

- 외국인의 경우 행위자적 양형인자에 대한 심리 어려움, 국외 추방과 같은 특수한 양형인자의 존재 등을 고려할 때 양형기준이 성인범과 소년범 모두에 대하여 적용되도록 할 것인지 문제됨

### 나. 상정 가능한 방안

#### (1) 제1안 : 외국인 포함

##### (가) 내용

- 외국인에게 적용되는 양형기준 설정

(나) 장점

- 외국인에 대한 차별 문제가 발생하지 않음
- 통일적 양형체계 구축

(다) 단점

- 행위자적 양형인자에 대한 심리가 어려움

**(2) 제2안 : 외국인 제외**

(가) 내용

- 내국인에게만 적용되는 양형기준 설정

(나) 장점

- 양형심리의 부담 경감

(다) 단점

- 외국인에 대한 차별 문제 발생

**다. 의견 ☞ 제1안**

- 양형심리의 어려움은 외국인에 대한 양형기준의 적용을 부정할 만한 충분한 논거로 삼기에는 부족함
  - 성장 배경, 재범 여부 등 행위자적 요소에 대한 심리가 용이하지 않는 것은 사실이나 이는 궁극적으로는 입증책임의 문제에 귀착하는 것이며, 양형심리의 어려움은 양형기준이 설정되지 않은 범죄에서도 마찬가지로 제기될 수 있는 문제임
  - 외국인의 경우 국외추방이라는 특수한 양형인자의 고려 여부가 문제될 수 있으나, 이는 책임에 비례한 형벌 부과에 따른 부수적 결과에 불과하므로 양형 단계에서 이를 고려하도록 양형기준을 설정하는 것은 부적절하고, 따라서 '국외추방'에 대한 고려의 필요성을 이유로 외국인을 양형기준의 적용 대상에서 제

- 외하자는 주장은 설득력이 높지 않음
- 외국인을 제외하더라도 실무상으로는 내국인에 대한 양형기준을 참고한 양형이 이루어질 것이므로 굳이 제외할 실익이 없음
- 오히려 국내법의 적용을 받아 형사재판을 받은 이상 내국인과 외국인은 동일하게 취급되어야 함
- 외국인을 제외하는 경우 양형위원회가 합리적인 이유 없이 국적에 따라 피고인을 차별한다는 비난을 받을 우려가 있음
- 따라서 제1안(외국인을 양형기준의 적용대상에 포함)이 타당함

### 3. 법인

#### 가. 개요

- 법인의 경우 행위자적 양형인자의 부재 등의 특수성으로 인하여 양형기준 적용 여부가 문제됨

#### 나. 상정 가능한 방안

##### (1) 제1안 : 법인 포함

###### (가) 내용

- 법인에게도 적용되는 양형기준 설정

###### (나) 장점

- 통일적 양형체계 구축

###### (다) 단점

- 별도의 양형기준 설정으로 양형기준이 복잡하게 될 우려 있음

##### (2) 제2안 : 법인 제외

###### (가) 내용

- 자연인에 대하여만 적용되는 양형기준을 설정

(나) 장점

- 양형기준이 단순하게 됨

(다) 단점

- 통일적 양형체계 구축이 어려움

**다. 의견** ☞ 제2안

- 법인이 포함되는 경우 양형기준이 복잡해질 수밖에 없음
  - 법인의 경우 주로 행위적 양형인자가 문제되므로 행위자적 양형인자도 충분히 고려되어야 하는 자연인과는 별도의 양형기준을 설정하여야 함
- 실무상 양형기준의 설정 필요성이 높지 않고, 양형기준 설정에 대한 국민적 요청이 있는 상황도 아님
  - 대체로 자연인인 피고인과 동일한 벌금형이 부과되고 있음
- 양형기준의 적용 범위가 반드시 형사법의 적용 범위와 일치하여야 하는 것은 아님
- 따라서 제2안(법인을 양형기준의 적용대상에서 제외)이 타당하다고 사료됨



## XI. 결론

- ‘우리나라에 적합한 양형기준’과 관련하여 제기되는 여러 가지 쟁점 중 주요 쟁점을 중심으로 연구자의 의견을 요약하면 아래와 같음

### ■ 하나의 양형기준의 적용되는 범주의 범위

- 개별적 양형기준

### ■ 개별 양형인자와 양형의 상관관계 반영 방식

- 범죄유형 분류를 통하여 법정형을 세분화
- 개별 양형인자를 질적으로 구분(가중인자, 감경인자 등)하고, 3단계 형량 범위 제시
- 범죄전력 등 개별 양형인자는 계량화하지 않음

### ■ 양형기준 설정 대상 범죄

- 양형기준 설정 대상 범죄의 범위
  - 일부 범죄
- 양형기준 설정 대상 범죄 선정 원칙
  - 양형기준의 목적 + 국민적 관심 + 범죄발생 빈도수
- 양형기준의 설정 순서
  - 점진적 설정

### ■ 양형기준 설정의 접근 방식

- 기술적 접근 방식과 규범적 접근 방식을 절충하되, 기술적 접근 방식이 원칙

### ■ 양형기준이 적용되는 인적 범위

- 소년범과 법인은 제외
- 외국인도 포함

- 가장 중요한 쟁점인 ‘하나의 양형기준이 적용되는 범죄의 범위’와 ‘양형인자의 계량화’와 관련한 보고자의 입장은 기본적으로는 제1 모델에 기초하면서도 제1모델의 단점을 극복한 새로운 모델로서, 일응 ‘개별적·유형분류 모델’이라고 할 수 있음
  - 범죄유형별로 개별적인 양형기준을 설정하고, 하나의 범죄유형 내에서도 범죄의 중대성 등을 고려하여 경중을 몇 단계로 구분하여 형량을 제시하지만(개별 범죄의 유형분류를 통한 계량화), 나아가 범죄전력을 포함한 개별 양형인자까지는 계량화하지 않는다는 점에서 제1모델과 유사함
  - 그러나 개별 양형인자를 질적으로 구분(3단계 또는 5단계)하고, 형량 범위를 3단계로 나누어 제시함으로써 양형기준의 지침적 기능을 보완한다는 점에서 제1모델과 구별됨
- 개별적·유형분류 모델에 해당하는 양형기준을 설정할 경우 그 적용 순서는 대략 아래와 같음
  - ① 범죄유형의 결정 → ② 양형인자의 확정 및 평가 → ③ 해당 형량범위 결정 → ④ 선고형 결정
- 개별적·유형분류 모델을 통하여 기대되는 양형의 개선 효과를 요약하면 아래와 같음

구분	현행	양형기준제 시행 후
개별 범죄의 양형인자	불분명	명확
양형인자의 평가	불분명	질적 구분(가중/감경, 양형인자의 경중)
양형심리	불충분	강화
처단형 범위	매우 넓음	유형별 3단계 형량
법관의 양형재량	매우 넓음	합리적인 범위로 제한

## 참고문헌

- 김진철, “양형의 합리화 방안”, 아·태 공법연구 제14집(2006년)
- 정철호, “행위자의 범행전후의 태도에 대한 양형관련성”, 형사법연구 제19호(2003년)
- 최석윤, “경험적 연구결과에 기초한 양형요소 분석”, 형사정책연구, 한국형사정책연구원(2006년 12월)
- 최석윤, “양형의 수량화 모델에 대한 비판적 소고”, 형사정책연구소식 통권 제36호(한국형사정책연구원)
- 탁희성, 김혜경, “뇌물죄의 양형시스템 구축방안”, 한국형사정책연구원(2005년)
- 하태훈, “양형의 합리화 방안”, 비교형사법연구, 한국비교형사법학회(2004년)
- Brian J. Ostrom, et. al, "Sentencing Digest - Examining Current Sentencing Issues and Policies", National Center for State Courts(1998)
- Bureau of Justice Assistance, "National Assessment of Structured Sentencing", U.S. Department of Justice(1996)
- Cheney C. Joseph, Jr., "Developments in the Law, 1986-1987", Louisiana Law Review (November 1987)
- District of Columbia Advisory Commission on Sentencing, "2003 Annual Report"(2003)
- Frank O. Bowman, "The Failure of the Federal Sentencing Guidelines : A Structural Analysis", Columbia Law Review(May 2005)
- Gerald W. Heaney, "The Reality of Guidelines Sentencing : No End to Disparity", American Criminal Law Review vol 28(1991)
- Michael Tonry, "The Functions of Sentencing and Sentencing Reform", Stanford Law Review(October 2005)
- Panel on Sentencing Research, Committee on Research on Law Enforcement and the Administration of Justice, National Research Council,

“Research on Sentencing : The Search for Reform, Volume I, National Academy Press(1983)

Pugh & Rademaker, "A Plea for Greater Judicial Control Over Sentencing and Abolition of the Present Plea Bargaining System", 42 La. L. Rev.79

R.A. Duff, "Guidance and Guidelines", Columbia Law Review(May 2005)

Richard S. Frase, "Punishment Purpose", Stanford Law Review(October 2005)

Richard S. Frase, "State Sentencing Guidelines : Diversity, Consensus, and unsolved Policy Issues", Columbia Law Review(May 2005)

Ronald F. Wright, "Sentencing Commission as Provocateurs of prosecutorial self-regulation", Columbia Law Review(May 2005)

Scottish Sentencing Commission, “Sentencing Guidelines Around The World”(인터넷 자료)

Sentencing Framework Information Team, “Making Punishments Work : Report of a Review of the Sentencing Framework for England and Wales” (July 2001)

The American Law Institute, "Model Penal Code : Sentencing, Tentative Draft No.1(April 9, 2007)

## 주요 외국 양형기준 요약

### 1. 영국 양형기준

- 2003년 제정된 형사사법법(Criminal Justice Act 2003)에 의하여 양형기준 설정 및 변경 임무를 담당하는 양형기준위원회가 탄생
- 영국 양형기준위원회에서는 아래와 같은 절차를 통하여 양형기준을 설정함
  - ▶ 1단계 : 양형기준의 주제 선정
    - 양형기준위원회가 자체적으로 양형과 관련한 특정사안에 관한 기준제시의 필요성을 인정하거나, 양형자문단 또는 내무성 장관의 제안이 있는 경우 주제가 선정됨
  - ▶ 2단계 : 자문요청
    - 양형자문단에 설정하고자 하는 양형기준에 대한 자문 요청
    - 다만 통상적인 자문절차를 기다릴 수 없는 긴급한 사안이라고 판단하는 경우는 예외
  - ▶ 3단계 : 양형자문단의 연구
    - 양형자문단은 관련 기관 및 단체의 의견과 국민여론을 수렴하여 연구를 진행
    - 자문의견서(consultation paper) 초안을 작성하여 통상 12주 동안 의견 청취
  - ▶ 4단계 : 자문의견서 송부
    - 양형자문단이 조회된 의견을 반영한 최종 자문의견서를 양형기준위원회 제출
  - ▶ 5단계 : 양형기준 초안 작성

- 양형기준위원회의 심의를 통하여 양형기준초안 작성
  - 양형자문단 의장과 교정행정청장이 심의에 참여함
  - ▶ 6단계 : 양형기준 초안에 대한 협의
  - 내무성장관, 하원 내무법무상임위원회 및 관련기관과 협의
  - ▶ 7단계 : 양형기준 초안 공개 및 의견 수렴
  - 양형기준 초안은 일반인에게 공개되며 2개월 동안 의견을 청취
  - ▶ 8단계 : 양형기준 확정 및 공표
  - 최종적인 양형기준을 확정하여 공표
- 2008년 3월까지 설정된 10개의 양형기준 중 성인범에 대한 강도죄의 양형기준을 살펴 보면 아래와 같음
- 강도죄를 아래와 같이 5가지 유형으로 구분
- ① 노상강도
  - ② 소점포에 대한 강도
  - ③ 다소 덜 계획적인 상업적 장소에서의 강도
  - ④ 육체적 폭력을 행사한 가정강도
  - ⑤ 직업적으로 계획된 상업적 장소에서의 강도
- ① 내지 ③ 강도는 사용된 폭력, 피해자가 입은 부상 등을 기준으로 중대성을 3단계로 나눈 후 각 단계마다 기준형량과 양형범위를 정하였고, ④, ⑤ 강도에 대하여는 항소법원의 양형기준판결이 적용되도록 함

**[① 내지 ③ 강도죄에 대한 양형기준]**

범행의 유형	기준형 (starting point)	형량범위 (sentencing range)
협박하거나 최소한의 폭력을 사용하고 재물을 취득	12월 징역(custody)	3년 징역까지
협박의 수단으로 무기가 사용되거나 피해자에게 상해를 야기하는 폭력 행사	4년 징역	2-7년 징역

무기를 사용하거나 상당한 폭력으로 피해자에게 중대한 상해 야기	8년 징역	7-12년 징역
------------------------------------	-------	----------

추가 가중사유	추가적인 감경사유
1. 공범이 있는 경우 2. 공범 중 주모자인 경우 3. 피해자의 감금 또는 추가적 고통 4. 미리 계획된 범죄 5. 변장을 함 6. 야간 범행 7. 취약한 피해자를 목표로 삼은 경우 8. 거액의 돈 또는 귀중품을 목표로 삼음 9. 사용되지 않았지만 무기를 소지	1. 우발적 범행 2. 가담정도가 경미한 경우 3. 취득한 재물을 자발적으로 반환한 경우 4. 반성함이 명백한 경우 5. 경찰에 협력한 경우

## 2. 미국 연방

- 미국 연방은 1987. 5. 13. 최초의 양형기준이 설정되었고, 지난 20년 동안 약 700회에 걸쳐서 개정됨
- 미국 연방의 양형기준은 아래 표와 같이 43개의 범죄등급과 6개의 범죄전력등급을 양축으로 하여 258개의 선고형 영역을 제시하고 있는데, 이는 격자식 양형기준을 설정한 경우에도 범죄등급을 9개~15개 정도로 구분한 미국의 주(州)와는 큰 차이를 나타냄

**SENTENCING TABLE**  
(in months of imprisonment)

Offense Level	Criminal History Category (Criminal History Points)					
	I (0 or 1)	II (2 or 3)	III (4, 5, 6)	IV (7, 8, 9)	V (10, 11, 12)	VI (13 or more)
1	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6
2	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6	1-7
3	0-6	0-6	0-6	0-6	2-8	3-9
4	0-6	0-6	0-6	2-8	4-10	6-12
5	0-6	0-6	1-7	4-10	6-12	9-15
6	0-6	1-7	2-8	6-12	9-15	12-18
7	0-6	2-8	4-10	8-14	12-18	15-21
8	0-6	4-10	6-12	10-16	15-21	18-24
9	4-10	6-12	8-14	12-18	18-24	21-27
10	6-12	8-14	10-16	15-21	21-27	24-30
11	8-14	10-16	12-18	18-24	24-30	27-33
12	10-16	12-18	15-21	21-27	27-33	30-37
13	12-18	15-21	18-24	24-30	30-37	33-41
14	15-21	18-24	21-27	27-33	33-41	37-46
15	18-24	21-27	24-30	30-37	37-46	41-51
16	21-27	24-30	27-33	33-41	41-51	46-57
17	24-30	27-33	30-37	37-46	46-57	51-63
18	27-33	30-37	33-41	41-51	51-63	57-71
19	30-37	33-41	37-46	46-57	57-71	63-78
20	33-41	37-46	41-51	51-63	63-78	70-87
21	37-46	41-51	46-57	57-71	70-87	77-96
22	41-51	46-57	51-63	63-78	77-96	84-105
23	46-57	51-63	57-71	70-87	84-105	92-115
24	51-63	57-71	63-78	77-96	92-115	100-125
25	57-71	63-78	70-87	84-105	100-125	110-137
26	63-78	70-87	78-97	92-115	110-137	120-150
27	70-87	78-97	87-108	100-125	120-150	130-162
28	78-97	87-108	97-121	110-137	130-162	140-175
29	87-108	97-121	108-135	121-151	140-175	151-188
30	97-121	108-135	121-151	135-168	151-188	168-210
31	108-135	121-151	135-168	151-188	168-210	188-235
32	121-151	135-168	151-188	168-210	188-235	210-262
33	135-168	151-188	168-210	188-235	210-262	235-293
34	151-188	168-210	188-235	210-262	235-293	262-327
35	168-210	188-235	210-262	235-293	262-327	292-365
36	188-235	210-262	235-293	262-327	292-365	324-405
37	210-262	235-293	262-327	292-365	324-405	360-life
38	235-293	262-327	292-365	324-405	360-life	360-life
39	262-327	292-365	324-405	360-life	360-life	360-life
40	292-365	324-405	360-life	360-life	360-life	360-life
41	324-405	360-life	360-life	360-life	360-life	360-life
42	360-life	360-life	360-life	360-life	360-life	360-life
43	life	life	life	life	life	life

※ zone A : ① 벌금, ② 집행유예, ③ 구금형 선택 가능

zone B : ① 구금형, ② 최소 1개월 구금 및 보호관찰부 석방, ③ 집행유예 및 가택구금 등 중간적 제재 선택 가능

zone C : ① 구금형, ② 형기 하한의 1/2 이상 구금 및 보호관찰부



석방 선택 가능

zone D : 구금형만 가능

- 양형기준을 적용함에 있어서는 먼저 범죄의 기본등급(Base Offense Level)을 확인한 후 개별범죄의 특성(Specific Offense Characteristics)에 따라 기본등급을 가중 또는 감경함으로써 조정함
- 그리고 공통적인 범죄등급 조정으로써 피해자 상태(나이, 육체적·정신적 상태, 감금여부 등), 피고인의 범행 역할, 사법방해여부, 경합범 여부, 유죄 인정 여부 등에 따라 범죄등급을 다시 조정함
- 미국 연방의 경우 양형인자가 양형에서 최소한 12%의 차이를 가져올 정도로 범죄등급에서 변화를 야기하지 않는다면 그러한 양형인자는 고려하지 않았다고 함
- 한편 피고인의 범죄전력에 따라 점수를 부여하고, 그 점수에 따라 범죄전력 등급이 구별되는데 범죄등급과 범죄전력 등급이 만나는 부분이 양형기준표에 의하여 권고되는 양형기준이 됨
- 양형기준표상의 각 칸은 상한이 하한의 25% 또는 6개월 중 장기를 초과할 수 없도록 형량 범위를 정하였음<sup>48)</sup>

---

48) 이러한 제한은 1984년 양형개혁법에 규정된 것으로 통상 “25% 규칙”이라고 일컬음. 이러한 제한에 의하면 범죄의 중대성은 수학적으로 적어도 18개 이상의 등급으로 나누어져야 했고, 미국 연방 양형위원회는 더 나아가 43개의 범죄등급을 설정함으로써 격자식 양형기준이 매우 복잡하게 되었음(Bowman, 앞의 글, pp. 1334, 1347 참조)

### 3. 워싱턴 D.C.

- 워싱턴 D.C.는 2004. 6. 14.부터 자발적 양형기준을 도입하여 시범 실시하고 있음
- 양형기준은 격자식 형태로써 중죄에 대하여만 적용되는데, 주 격자표와 마약류 격자표로 나누어짐
- 먼저 주 격자표(Master Grids)는 아래에서 보는 것처럼 9개의 범죄등급과 5개의 범죄전력등급을 양축으로 하여 45개의 선고형 영역을 제시함

		Criminal History Score				
Ranking Group Most Common Offenses		0 to ½ A	¾ to 1¾ B	2 to 3¾ C	4 to 5¾ D	6 + E
3 Points*	<b>Group 1</b> 1st degree murder w/armed 1st degree murder	360 - 720	360 - 720	360 - 720	360 - 720	360 +
	<b>Group 2</b> 2nd degree murder w/armed 2nd degree murder 1st degree sex abuse 1st degree sex abuse w/armed	144 - 288	156 - 300	168 - 312	180 - 324	192 +
	<b>Group 3</b> Voluntary manslaughter w/armed 1st degree child sex abuse Carjacking while armed Assault with intent to kill w/armed Armed burglary I	90 - 180	102 - 192	114 - 204	126 - 216	138 +
	<b>Group 4</b> Aggravated assault w/armed Voluntary manslaughter	48 - 120	60 - 132	72 - 144	84 - 156	96 +
	<b>Group 5</b> Possession of firearm /CV Armed robbery Burglary I Obstruction of justice Assault with intent to kill	36 - 84	48 - 96	60 - 108	72 - 120	84 +
2 Points*	<b>Group 6</b> ADW Robbery Aggravated assault 2nd degree child sex abuse Assault with intent to rob	18 - 60	24 - 66	30 - 72	36 - 78	42 +
	<b>Group 7</b> Burglary II 3rd degree sex abuse Negligent homicide Assault w/l to commit mayhem Attempt 2nd degree sex abuse	12 - 36	18 - 42	24 - 48	30 - 54	36 +
1 Point*	<b>Group 8</b> CPWOL UUV Attempt robbery Attempt burglary 1st degree theft	6 - 24	10 - 28	14 - 32	18 - 36	22 +
	<b>Group 9</b> Escape/prison breach BRA Receiving stolen property Uttering Forgery RSP	1 - 12	3 - 16	5 - 20	7 - 24	9 +

- ※ 흰 칸은 구금형만 가능함
- ※ 어두운 칸은 구금형 또는 단기분리형이 가능함
- ※ 좌측 하단의 밝은 회색칸은 구금형, 단기분리형 또는 집행유예가 모두 가능함

※ 격자표 좌측에 기재된 점수는 이 그룹에 속하는 성인범 중죄 전과가 있는 경우 범죄경력에 대한 등급계산시 부여되는 점수를 의미함

○ 한편 마약류 격자표(Drug Grids)는 아래에서 보는 것처럼 3개의 범죄등급과 5개의 범죄전력등급을 양측으로 하여 15개의 선고형 영역을 제시함

		Criminal History Score				
Ranking Group Most common offenses		0 to ½ A	¾ to 1¾ B	2 to 3¾ C	4 to 5¾ D	6 + E
2 Points*	Group 1 Distribution w/a PWID w/a	30-72	36-78	41-84	48-90	54+
	Group 2 Distribution PWID	12-30	16-36	20-42	24-48	28+
1 Point*	Group 3 Attempt Distribution Attempt PWID	6-18	10-24	14-30	18-36	22+

※ 흰 칸은 구금형만 가능함

※ 어두운 칸은 구금형 또는 단기분리형이 가능함

※ 좌측 하단의 밝은 회색칸은 구금형, 단기분리형 또는 집행유예가 모두 가능함

※ 격자표 좌측에 기재된 점수는 이 그룹에 속하는 성인범 중죄 전과가 있는 경우 부여되는 점수를 의미함

○ 워싱턴 D.C.의 경우 양형인자를 수량화하지 않고 가중적 양형인자와 감경정 양형인자를 예시적으로 나열함

○ 법관은 이러한 양형인자 등을 고려하여 양형기준을 이탈할 수 있으며 이탈하는 경우 법정형의 제한 이외에 양형기준에 의한 제한은 없음

○ 양형기준의 적용에 있어서 법령상 형이 가중되는 경우에는 양형기준의 상한만이 가중됨

#### 4. 노스캐롤라이나주

- 노스캐롤라이나주 양형기준은 중죄에 대한 양형기준과 경죄에 대한 양형기준으로 구분됨
- 중죄에 대한 양형기준은 아래에서 보는 것처럼 수직축에 범죄의 심각성(seriousness)을 기준으로 10개의 범죄등급이, 수평축에는 범죄자들의 범죄전력의 횡수(extent), 중대성(gravity)에 기초하여 6단계의 범죄전력수준이 있음

PRIOR RECORD LEVEL							DISPOSITION
	I 0 Pts	II 1-4 Pts	III 5-8 Pts	IV 9-14 Pts	V 15-18 Pts	VI 19+ Pts	
<b>A</b>	Death or Life Without Parole						Aggravated Range
<b>B1</b>	A 240-300	A 288-360	A 336-420	A 384-480	A Life Without Parole	A Life Without Parole	
	192-240	230-288	269-336	307-384	346-433	384-480	
	144-192	173-230	202-269	230-307	260-346	288-384	Mitigated Range
<b>B2</b>	A 157 - 196	A 189 - 237	A 220 - 276	A 251 - 313	A 282 - 353	A 313 - 392	
	125 - 157	151 - 189	176 - 220	201 - 251	225 - 282	251 - 313	
	94 - 125	114 - 151	132 - 176	151 - 201	169 - 225	188 - 251	
<b>C</b>	A 73 - 92	A 100 - 125	A 116 - 145	A 133 - 167	A 151 - 188	A 168 - 210	
	58 - 73	80 - 100	93 - 116	107-133	121 - 151	135 - 168	
	44 - 58	60 - 80	70 - 93	80 - 107	90 - 121	101-135	
<b>D</b>	A 64 - 80	A 77 - 95	A 103 - 129	A 117 - 146	A 133 - 167	A 146 - 183	
	51 - 64	61 - 77	82 - 103	94 - 117	107 - 133	117 - 146	
	38 - 51	46 - 61	61 - 82	71 - 94	80 - 107	88 - 117	
<b>E</b>	I/A 25 - 31	I/A 29 - 36	A 34 - 42	A 46 - 58	A 53 - 66	A 59 - 74	
	20 - 25	23 - 29	27 - 34	37 - 46	42 - 53	47 - 59	
	15 - 20	17 - 23	20 - 27	28 - 37	32 - 42	35 - 47	
<b>F</b>	I/A 16 - 20	I/A 19 - 24	I/A 21 - 26	A 25 - 31	A 34 - 42	A 39 - 49	
	13 - 16	15 - 19	17 - 21	20 - 25	27 - 34	31 - 39	
	10 - 13	11 - 15	13 - 17	15 - 20	20 - 27	23 - 31	
<b>G</b>	I/A 13 - 16	I/A 15 - 19	I/A 16 - 20	I/A 20 - 25	A 21 - 26	A 29 - 36	
	10 - 13	12 - 15	13 - 16	16 - 20	17 - 21	23 - 29	
	8 - 10	9 - 12	10 - 13	12 - 16	13 - 17	17 - 23	
<b>H</b>	C/I/A 6 - 8	I/A 8 - 10	I/A 10 - 12	I/A 11 - 14	I/A 15 - 19	A 20 - 25	
	5 - 6	6 - 8	8 - 10	9 - 11	12 - 15	16 - 20	
	4 - 5	4 - 6	6 - 8	7 - 9	9 - 12	12 - 16	
<b>I</b>	C 6 - 8	C/I 6 - 8	I 6 - 8	I/A 8 - 10	I/A 9 - 11	I/A 10 - 12	
	4 - 6	4 - 6	5 - 6	6 - 8	7 - 9	8 - 10	
	3 - 4	3 - 4	4 - 5	4 - 6	5 - 7	6 - 8	

※ A: 적극적 처벌(active punishment)

I: 중간적 처벌(Intermediate punishment),

C: 사회내 처벌(community punishment)

- 수직축과 수평축이 교차하는 60개 칸에는 법관이 선고할 특정한 3가지의 형량 범위(추정적 범위, 가중된 양형범위, 감경된 양형범위)와 처분의 종류(disposition)가 정해져 있음
- 법관은 추정적 범위, 가중된 양형범위, 감경된 양형범위 내에서 양형을 하여야 하고 이를 초과하여 이탈하는 것은 법률상 금지되어 있음
  - 따라서 노스캐롤라이나주의 양형기준 이탈률은 0%임
  - 가중된 양형범위와 감경된 양형범위에서 양형을 하는 경우에도 판결에 그 이유를 기재하여야 함
  - 1996년의 통계자료에 의하면 노스캐롤라이나주의 경우 추정적 범위에서 양형이 이루어진 경우는 83.1%, 가중된 양형범위에서 이루어진 경우는 7.4%, 감경된 양형범위에서 이루어진 경우는 9.5%였음<sup>49)</sup>
- 중죄에 대한 양형기준에 있어서 특이한 점은 양형기준표에서 제시되는 형량은 선고형의 하한(minimum sentence)이며, 하한이 정해지면 일정한 기준에 따라 상한은 자동으로 결정됨
- 경죄에 대한 양형기준은 아래에서 보는 것처럼 수직축에 범죄의 심각성(seriousness)을 기준으로 4개의 범죄등급이, 수평축에 3단계의 범죄전력수준이 있음
  - 수직축과 수평축이 교차하는 12개 칸에는 법관이 선고할 형량 범위가 정해져 있음
  - 중죄와는 달리 추정적 범위만을 제시함

---

49) Brian J. Ostrom, et. al, 앞의 글, p. 13

CLASS	PRIOR CONVICTION LEVELS		
	I	II	III
	No Prior Convictions	One to Four Prior Convictions	Five or More Prior Convictions
A1	1 - 60 days C/I/A	1 - 75 days C/I/A	1 - 150 days C/I/A
1	1 - 45 days C	1 - 45 days C/I/A	1 - 120 days C/I/A
2	1 - 30 days C	1 - 45 days C/I	1 - 60 days C/I/A
3	1 - 10 days C	1 - 15 days C/I	1 - 20 days C/I/A

- 경죄의 경우 형의 하한을 따로 정하지 않고, 법관은 위 양형기준 내에서 형을 정하면 됨

## 5. 델라웨어주

- 델라웨어주는 1987. 10.경 양형기준이 설정되었음
- 델라웨어주 양형기준의 특징은 범죄의 중대성에 따른 범죄등급에 따라 형량의 범위가 나타나도록 하였을 뿐이고, 범죄전력이 직접적으로 형량의 범위에 영향을 미치도록 하지 않았다는 점임
- 델라웨어주 양형기준은 먼저 피고인에 대한 교정기관의 감독 정도를 기준으로 아래의 표와 같이 전체 구금형부터 보호관찰을 생략할 수 있는 5개의 등급을 설정함
  - 다만 선고시 1등급 이상 상향 또는 하향 이탈할 수 있으며 특정 등급에 해당하더라도 벌금형이나 구금형의 일부를 중간적 제재로 전환하는 것이 가능함

Level V 전체 구금형
Level IV 준 구금형 (1일 9시간 이상의 보호관찰, 갱생보호소나 전자감시장치 착용, 약물치료명령, 기타 프로그램 참가 및 보고서 제출)
Level III 집중보호관찰 (주 8시간 이상의 보호관찰, 보고서 제출, 야간통행금지, 프로그램 참가)
Level II 보호관찰 (월 50시간 이상의 보호관찰 및 기타 특별조건)
Level I 보호관찰 없음 (범죄전력의 체크, 프로그램 참가, 벌금 납부 또는 원상회복 등)

- 델라웨어주 양형기준은 중죄와 경죄에 모두 적용되는데 죄명별로 범죄를 유형화한 후(A급 중죄, B급 중죄, C급 폭력적 중죄, C급 비폭력적 중죄 등) 범죄의 등급과 위와 같은 범죄인에 대한 감독의 정도를 연계하여 아래와 같은 양형기준을 마련함

Crime Classification	Presumptive Sentence	Statutory
<b>Felonies</b>		
Class A (Other than Murder)	15 yrs @ Level V	15 yrs. to Life
Class B	2 to 5 yrs (1 <sup>st</sup> 2 yrs @ Level V)	2 to 25 yrs
Class C (Violent)	0 to 30 m @ Level V	0 to 15 yrs
Class C (Nonviolent)	0 to 1 yr @ Level V	0 to 15 yrs
Class D (Violent)	0 to 2 yrs @ Level V	0 to 8 yrs
Class D (Nonviolent)	0 to 12 m @ Level II or III	0 to 8 yrs
Class E (Violent)	0 to 15 m @ Level V	0 to 5 yrs
Class E (Nonviolent)	0 to 12 m @ Level II	0 to 5 yrs
Class F (Violent)	0 to 9 m @ Level V	0 to 3 yrs
Class F (Nonviolent)	0 to 12 m for Title 11; 0 to 18 m for Title 16 @ Level II	0 to 3 yrs
Class G (Violent)	0 to 6 m @ Level V Title 16, §§4767,4768: 3-9 m @ Level V	0 to 2 yrs
Class G (Nonviolent)	0 to 12 m @ Level II	0 to 2 yrs
<b>Misdemeanors</b>		
Class A (Violent) MA1	0 to 12 m @ Level II	0 to 1 yr
Class A (Escape) MA2	0 to 3 m @ Level IV	0 to 1 yr
Class A (Property) MA3	0 to 12 m @ Level I	0 to 1 yr
Class A (Order/Decency) MA4	0 to 12 m @ Level I	0 to 1 yr
Class A (Controlled Substance)	16-4764: Minimum 18 m @ Level I (7/12/05) 1 <sup>st</sup> Offense w/out waiver: 12m @Level II	0 to 1 yr
Class B	Fine, Costs & Restitution	0 to 6 m.
Unclassified	Fine, Costs & Restitution	0 to 30 d
Violations	Fine, Costs & Restitution	\$0 to \$345
<b>Habitual Criminal</b>	Up to Life	Up to Life
<b>Violation of Probation</b>	1 Level Higher	1 Level Higher

- 법관은 과도한 잔인성과 재범가능성 등을 이유로 형량을 가중하는 것이 가능하며, 범죄전력이 격자식 양형기준과 같이 양형에 중대한 영향을 미치지 않는 아니하나 범죄전력을 이유로 형량을 가중하는 것도 가능함



## 6. 버지니아주

- 버지니아주에서는 1991. 1. 1. 양형기준이 시행되었고, 1995. 1. 1. 수정되었음
- 버지니아주의 경우 15개의 범죄유형별(상해, 주거침입절도, 비주거 건물 침입절도, 별표 1,2 약물범죄, 기타 약물범죄, 사기, 유괴, 단 순절도, 살인, 강간, 향문강간 등, 기타 성폭력, 강도, 교통 중죄, 기타 범죄)로 독립된 양형 작업지(worksheet)를 사용하여 일정 기준에 따라 점수를 부여한 후 그 결과를 기초로 형량을 도출하게 되는데 각 작업지의 특징은 아래와 같음
  - A 작업지 : 구금형 또는 비구금형을 결정하는데 사용
  - B 작업지 : 구치소 구금 또는 보호관찰을 받을 것인지 결정하는데 사용
  - C 작업지 : 구금형 형량을 결정하는데 사용
  - D 작업지 : 위험성 평가
- 구금형 형량을 결정하는 C작업지는 과거 선고형의 50%에 부합하는(상위 25%와 하위 25%를 제외한 중간형) 중간 정도의 형량을 권고하는데, 대부분 범죄는 종전 양형실무에 따라 권고 형량이 제시되었으나 1994년 의회가 일정한 범죄에 대하여 양형통계보다 더 무거운 권고형량을 제시하면서 그에 상응하도록 일부를 조정하였음
- 버지니아주 양형기준 중 폭행죄에 대한 작업지를 예로 들면 아래와 같음

# Assault Section A

Offender Name: \_\_\_\_\_

◆ **Primary Offense** \_\_\_\_\_

A.	Assault and battery against a family member, third or subsequent conviction (1 count) .....	2
B.	Assault and battery against a law enforcement officer, fire or rescue personnel (1 count) .....	6
C.	Any attempted or conspired assault and battery or unlawful injury (1 count) .....	1
D.	Unlawful injury to law enforcement officer, fire or rescue personnel (1 count) .....	7
E.	Any other unlawful injury	
	1 count .....	1
	2 counts .....	3
F.	Any attempted or conspired malicious injury or aggravated malicious injury (1 count) .....	3
G.	Aggravated malicious injury (1 count) .....	7
H.	Malicious injury to a law enforcement officer, fire or rescue personnel (1 count) .....	7
I.	Any other malicious injury (1 count) .....	7
J.	Use of firearm in the commission of a felony (1 count) .....	4

**Score**  
▼  

0	
---	--

◆ **Primary Offense Additional Counts** Total the maximum penalties for counts of the primary not scored above \_\_\_\_\_

Years:	3-10 .....	1	24 - 31 .....	4
	11 - 17 .....	2	32 - 39 .....	5
	18 - 23 .....	3	40 or more .....	6

0	
---	--

◆ **Additional Offenses** Total the maximum penalties for additional offenses, including counts \_\_\_\_\_

Years:	Less than 2 .....	0	24 - 31 .....	4
	2-10 .....	1	32 - 39 .....	5
	11 - 17 .....	2	40 or more .....	6
	18 - 23 .....	3		

0	
---	--

◆ **Weapon Used** \_\_\_\_\_

None .....	0
Simulated weapon or other than firearm .....	1
Firearm .....	2

0	
---	--

◆ **Serious Physical Victim Injury** \_\_\_\_\_ **If YES, add 2** → 

0	
---	--

◆ **Prior Convictions/Adjudications** Total maximum penalties for the 5 most recent and serious prior record events \_\_\_\_\_

Years:	Less than 7 .....	0
	7 - 23 .....	1
	24 - 46 .....	2
	47 or more .....	3

0	
---	--

◆ **Prior Incarcerations/Commitments** \_\_\_\_\_ **If YES, add 2** → 

0	
---	--

◆ **Prior Juvenile Record** \_\_\_\_\_ **If YES, add 2** → 

0	
---	--

◆ **Legally Restrained at Time of Offense** \_\_\_\_\_

None .....	0
Other than post-incarceration supervision .....	3
Post-incarceration supervision .....	5

0	
---	--

**SCORE THE FOLLOWING ONLY IF PRIMARY OFFENSE AT CONVICTION IS ASSAULT & BATTERY AGAINST A FAMILY MEMBER § 18.2-57.2(B)**

◆ **Type of Prior Felony Person Convictions/Adjudications** \_\_\_\_\_

None .....	0
Assault and battery against a family member, third or subsequent (§18.2-57.2(B)) .....	3
Other person felony .....	4

0	
---	--

**Total Score** \_\_\_\_\_ 

--	--

  
If total is 5 or less, go to **Section B**. If total is 6 or more, go to **Section C**.