

종합적·체계적 양형기준 설정 필요성에 관한 개별 의견

- 가상적인 사례 및 범죄등급 테이블 유형표들을 중심으로

전문위원 박형관

1. 개별 의견 제출의 배경

가. 몇 가지 용어에 대한 개념상 혼선

조만간 우리나라에 적합한 양형기준제 형태나 주요 쟁점에 대한 양형위원회 의결이 있을 예정이다. 의결에 앞서 우리나라에 적합한 양형기준 방식을 발표한 주무 전문위원들이 사용하고 있는 일부 용어의 개념이나 의미에 대하여 견해가 일치되지 않는 듯하다. 따라서, 주된 용어의 의미나 개념이 명확히 정리될 필요가 있고 위원회가 의결하여야 하는 내용이나 방식도 생각해 볼 필요가 있다.

개념상 혼선이 일어나는 용어의 예를 들어보기로 한다. 우선, ‘하나의 양형기준이 적용되는 범죄의 범위’라는 구절에서 ‘하나의 양형기준’이라는 것이 무엇을 의미하는지도 뚜렷하지 않다. 하나의 양형기준이라는 말이 어떠한 나라나 관할권의 양형기준을 총칭하여 말하는 것인지 아니면 총체적인 양형기준 하에서 개별 범죄를 규율하는 양형기준을 칭하는 것인지 모호하다. 국내외에서 위와 같은 용어를 이용하여 여러 양형기준제를 분류하였던 예는 없었던 것 같다. 이러한 모호한 개념의 사용은 필연적으로 논의를 하는데 있어 혼란을 가져오게 된다. 위 용어의 사용이 가져온 혼란은 아래에서 좀 더 자세히 살피기로 한다. 사건으로는 앞으로 위 용어를 굳이 사용하여야 하는지 의문이다. 한편, ‘종합적’, ‘망라적’, ‘개별적’이라든가, 심지어는 어느 정도 명확한 것으로 생각되는 ‘계량적’, ‘서술적’, ‘격자식’이라는 용어에 대하여도 다툼이 있다.¹⁾ 따라서, 이러한 용어들의 개념에 대한 정돈이 이루어지지 않은 채 의결이 이루어진다면 혼선이 생길 수 있다.

○ 망라적 vs 개별적

먼저 ‘망라적’ 기준과 ‘개별적’ 기준이 뜻하는 바를 생각하여 보자. 사전적 의미로서는 망라적 기준은 그 기준이 대부분의 범죄에 적용되는 기준을 의미할 것이다. 개념상

1) 최근, 우리나라에 적합한 양형기준제 방식에 대한 전문위원들의 토론과정에서, 손철우 위원은 자신이 주장하는 방안이 ‘범죄유형화 방안’이지 ‘서술식 방안’이 아니라고 주장한바 있고, 이에 대하여 이호중, 이주형 위원은 서술식 방안으로 보는 것이 적절하다고 주장한바 있다. 또한, 토론 과정에서 계량화 기준이라고 하더라도 문장으로 서술한다면 서술식이라고 할 수 있는 것 아니냐라는 주장도 있었던 것으로 기억한다. 손철우 전문위원, 6. 16. 공개토론회 토론 발제문(이하, ‘손철우 토론문’이라고 함) 28쪽의 각주 25 참조

으로 이에 대비되는 기준이란 그 기준이 일부 범죄에만 적용되는 기준제 방식을 의미할 것이다. 그런데, 개별 범죄유형별로 양형기준을 제정하는 방식을 채택하더라도 여러 개의 개별 범죄유형에 대한 양형기준을 갖추고 있어 사실상 8, 90퍼센트 이상의 범죄에 그 양형기준이 적용된다고 하자. 그러한 양형기준 방식은 총체적으로 판단하여 볼 때 망라적 기준제이지 않을까? 이를 개별 양형기준 하나가 적용되는 범위는 하나의 범죄유형에 불과하므로 망라적이나 종합적인 기준제가 아니라고 단정할 수는 없을 것이다. 이를 테면, 미국 버지니아 주 양형기준제는 15개 범죄유형별로 양형기준을 가지고는 있지만,²⁾ 총체적으로 개별 범죄유형을 일괄적으로 제정함으로써 거의 90퍼센트에 육박하는 범죄에 적용되고 있다. 총체적으로 판단하면 망라적 기준제라고 볼 수도 있을 것이다. 그런데, 손철우 전문위원이 제시한바 있는 '하나의 양형기준이 적용되는 범위'라는 모호한 개념을 사용하여 이를 토대로 망라적 양형기준제와 개별적 양형기준제로 대비하는 것은 매우 중대한 잘못을 범하고 있다고 본다. 현재 양형위원회에서 위 개념을 사용하여 망라적 설정방식과 개별적인 설정방식으로 나누고 이에 대한 위원회 의결을 추진하고 있는데 재고될 필요가 있다. 이호중 전문위원도 모든 범죄에 통일적인 양형기준을 설정하는 지 여부에 따라 망라적 방식과 개별적 방식을 나누고 있다. 아울러 미국 연방 양형기준을 망라적인 방식으로 분류하고 있는데, 주지하다시피 미국 연방 양형기준은 범죄유형을 19개로 나누어 그에 대한 개별 양형요소들을 자세하게 규정하고 있다. 그렇다면, 모든 범죄에 통일적인 양형기준을 설정한다고 단정할 수 없으므로 개별적 양형기준으로 부를 여지도 있다. 손철우 위원도 이 점을 적확히 지적하고 있다. 손 위원은 공개토론회 토론자료에서 미국 연방 양형기준제를 망라적 양형기준제로 분류하고 있으면서도 "망라적 양형기준을 설정하더라도 개별 범죄유형의 양형인자는 별도로 제시하는 방법"은 "순수한 의미에서의 망라적 양형기준 방식이 아니라 개별적 양형기준을 하나의 표로 합산한 결과에 불과"하며, "이러한 의미에서 특별범죄특성에 따라 범죄등급을 조정하도록 하고 있는 미국 연방식 양형기준을 순수한 의미에서의 망라적 양형기준이라고 볼 수 있을 지 의문"이라고 한다.³⁾ 이러한 지적은 언급한 바와 같이 '망라적', '개별적'이라는 개념이 사용하는 사람의 견해에 따라 달리 파악될 수 있다는 점을 보여주는 것이다

○ 주요 쟁점에 대한 종합적인 검토 및 의결 필요성

2) 이때 유의할 점이 있다. 버지니아 주의 경우, 각 개별 범죄유형별 양형기준표(엄밀하게는 각 유형별로 4개의 작업지 형태)는 각기 매우 많은 개별 범죄를 포함하고 있다는 사실이다.

3) 손철우 토론문 37쪽 참조

본고에서 위와 같은 개념상의 혼선을 추상적으로 다루려는 것은 아니다. 다만, 다툼이 있는 개념을 중심으로 어떠한 양형기준제 방식이 우리나라에 적합한 방식인지를 논의하지 않고 미시적인 쟁점을 중심으로 의결하는 것이 타당한지 의문을 제기하는 것이다. 현재 아쉽게도 특별연구팀에서는 우리나라에 적합한 양형기준제에 대하여 어떠한 형태로 양형위원회에서 의결하여야 하는 지에 대하여 합의를 도출하지 못하였다.

그런데, 운영지원단에서 공개토론회에서 주요 쟁점으로 세 가지를 정리하여 제시하고 있는 것과 관련하여 앞으로의 위원회 의결에 대하여 걱정이 앞선다. 즉, 양형위원회 운영지원단은 우리나라에 적합한 양형기준제에 관한 주요 쟁점으로 1) 하나의 양형기준이 적용되는 범죄의 범위, 2) 개별 양형인자와 양형의 상관관계 반영 방식, 3) 양형기준 설정 대상 범죄의 선정 원칙의 세 가지를 정한바 있다. ‘하나의 양형기준이 적용되는 범죄의 범위’라는 개념이 모호하다는 점은 앞서 언급하였다. 그런데, 만약 이에 대하여 하나의 양형기준으로 모든 범죄를 망라하는 방식으로 양형기준을 설정할 것인가, 아니면 개별적인 범죄유형별로 포괄하는 방식을 선택할 것인가라고 표결을 하게 되면 거의 모든 사람이 후자를 선택할 것이다. 종합적, 체계적인 양형기준 설정 방식을 지지하는 사람이지만 위와 같이 선택 항목을 놓고 선택을 하라고 하는 경우에는 당연히 개별 유형의 특성을 고려하는 방식에 손을 들어줄 것이다. 그런데, 만약 하나의 양형기준으로 개별 범죄유형을 규율하는 방식을 표결하였다고 할 경우에 미국 연방 양형기준과 같은 양형기준 설정방식은 배제된 것인가? 그렇지 않다고 본다. 앞서 언급한 대로 미국 연방 양형기준도 19개 파트별로 개별 양형기준이 존재한다. 즉, 사기죄를 규율하는 양형인자가 틀리고 상해죄에서의 개별 양형인자가 틀리다는 이야기다. 오히려, 아래에서 언급하는 바와 같이 등급간 이동 방식을 택할 것인지, 등급 내 조정 방식을 택할 것인지 여부가 양형기준 설정방식을 나누는 중요한 기준이고 이에 대한 의결이 필요한 것이 아닌가 생각한다.

다음으로 양형인자의 계량화 여부와 관련된 의결 부분이다. 어떠한 양형기준제에서도 모든 양형인자를 계량화한 예는 없다. 많은 양형요소를 계량화한 것으로 알려진 미국 연방 양형기준에서도 계량화되지 않은 양형인자들이 많다. 양형기준 자체에서 이탈이 허용되는 경우를 두고 있다. 그런데, 본 쟁점에 대하여 모든 양형인자를 계량화할 것이냐 아니면 계량화를 하지 않을 것이냐라는 식으로 양분하여 의결하는 것이 타당한가? 모든 양형인자를 계량화하는 것은 불가능하다. 이에 동의한다고 하여 양형인자를 계량화하는 것에 전적으로 반대하는 것이 되지는 않을 것이다. 대부분의 사람들은 어느 정도에서 양형인자를 계량화할 것인지를 논의하고 싶을 것이다. 또한, 주요 양형인자를 계량화하는 정도와 양형기준 설정에 있어서의 다른 중요 쟁점과 연동하여 고려할

수 있을 것이다. 이를 테면, 어떤 사람들은 계량화되는 양형인자의 숫자는 줄이는 대신 판결에 대한 모니터링을 강화하고, 양형정보의 공개를 추진하는 방향으로 양형의 일관성을 유지하고 싶을 수도 있고, 어떤 이들은 대다수 양형인자를 계량화하여 양형기준 자체로 양형의 일관성을 달성하고자 할 수도 있을 것이다. 또한, 어떤 이들은 실형과 비 실형의 구분을 결정짓는 양형요소를 계량화하여야 한다고 주장하면서, 그러한 양형 목표가 달성될 수 있다면 오히려 형량을 결정짓는 양형요소에 대하여는 최소한의 계량화로도 충분하다고 주장할 수도 있을 것이다.

우리나라에 적합한 양형기준 방식에 대하여 검토하여야 할 여러 주요 요소들이 있다. 이러한 요소들에 대하여 종합적, 체계적 양형기준 설정방식에서는 되도록 많은 요소를 포함하려고 노력하고 있다. 종합적, 체계적 양형기준제가 갖추어야 할 요소들에 대하여 이주형 전문위원이 토론자료 등에서 상세하게 설명하고 있다. 그 취지에 전적으로 공감한다. 국민이 바라는 공정하고 객관적인 양형기준제가 수립되기 위하여 어떠한 요소들이 필수적인지에 대한 고찰이 필요하다. 물론, 격자식이 아닌 범죄유형별로 기준을 만들더라도 종합적인 양형기준제 수립이 가능하다는 의견에도 찬성한다. 아 물론 종합적 양형기준제의 구비 요소에 대하여 양형위원회에서 일괄적인 검토 및 의결이 이루어져야 할 것이다. 양형기준제를 채택해 온 모든 나라에서 양형기준제의 쟁점에 관한 종합적인 보고서를 토대로 결정을 내린 점을 참고할 필요가 있다.

○ 사례 중심 비교의 필요성

최근, 대법원에서 개최된 우리나라에 적합한 양형기준제에 관한 공개토론회에서 특별연구팀 주무 전문위원들이 우리나라에 적합한 양형기준제에 대한 의견을 소개하였다. 원래 작년 전문위원단에서 위 주제를 다룰 특별연구팀을 구성할 때, 주무 전문위원들이 주된 연구를 수행하고 이에 대하여 다른 전문위원들이 필요한 경우 개별 의견을 제출한바 있다. 그간 주무 전문위원들의 연구 성과와 위 토론회의 토론 과정을 보면서 각 위원들이 제시한 안에 대하여 구체적인 사례나 등급표 적용에 있어 어떠한 차이가 있는 것인지 검토될 필요가 있다는 느낌이 들었다. 한편, 그간의 전문위원이나 양형위원 토론 과정에서도 구체적인 사례를 중심으로 한 설명의 필요가 있다는 의견들이 개진되었다.

거친 면도 있으나 필자가 임의로 작성한 가상 사례나 표를 중심으로 위 입장들에 따른 차이를 나름대로 검토하여 보고 개인적인 입장을 말하고자 한다.

○ 종합적, 체계적 양형기준제의 개념 재정립

사례를 통한 검토에 들어가기 앞서, 종합적, 체계적인 양형기준 설정방식에 대한 개념에 대하여 간략히 언급하고자 한다. 현재 종합적, 체계적 양형기준 제정 방식을 단순히 ‘

많은 범죄에 적용되는 양형기준 마련' 정도의 의미로 이해하는 입장이 있는 것 같다. 이러한 입장은 위 용어가 뜻하는 바를 제대로 파악하지 못한 것이라고 본다.

2. 부분적·단편적 양형기준 수립방식에 대비한 종합적·체계적 양형기준제 (Comprensive Sentencing Guidelines System)

가. 종합적·체계적 양형기준제의 의의

부분적인 양형기준 수립방식에 대비되는 의미에서의 종합적 양형기준제란 양형기준 내에 양형의 일관성, 비례성 등 양형목표를 달성하기 위한 필수적인 요소 등을 구비한 기준제를 의미한다. 이를 단지 하나의 양형기준에 다수 범죄유형에 대한 기준을 포괄하는 시스템이라고 이해하는 것은 부적절하다. 예를 들어, 하나의 양형기준을 설정하여 모든 형사범 유형을 규율하면 종합적·망라적인 양형기준제이고, 주요 형사범 유형마다 개별적인 양형기준을 일시에 수립하면 종합적·망라적인 기준이라고 하는 것이 부적절하다는 것은 앞에서 언급한바와 같다. 사실, 미국 버지니아 주, 미주리 주, 위스콘신 주 등과 같이 범죄유형별로 개별 양형기준을 두고 있는 방식으로서 격자(Grid)식 양형기준을 운용하지 않더라도 이러한 기준제는 대체로 양형목표를 달성하기 위한 여러 요소들을 구비하였으므로 종합적이고 체계적인 양형기준제의 하나라고 할 수 있다

거듭 말하여, 종합적 양형기준제를 단지 “모든 범죄 또는 대부분 범죄에 대하여 양형기준을 설정하는 방식”으로 이해하는 것은 부적절하다. 종합적 기준과 점진적 기준제를 단지 설정대상 범죄의 개수나 범위로 구별하는 입장에서는 이를 단지 ‘하나의 양형기준이 적용되는 범위’의 문제로 바꾸어 왜곡하는 것이다. 종합적 양형기준제의 대비되는 방식은 “부분적·단편적 양형기준제(Partial Guidelines System)”이다. 해외 저작들에서는 종합적 양형기준제를 체계화된 양형체제(Structured Sentencing)이라 표현하기도 하는 듯하다.

손철우 전문위원은 범죄유형별로 개별 양형기준을 마련한 양형기준 수립 방식을 종합적 양형기준제와 대칭되는 것으로 보는 듯하다. 손 위원에 따르면, 버지니아 주와 같이 거의 모든 범죄에 적용되는 양형기준제를 가지고 있는 곳도 종합적 양형기준제를 가지고 있지 않은 것으로 잘못 설명될 수 있다. 그러나, 버지니아 주 양형기준제는 모든 형사사건의 90퍼센트 가량에 대하여 양형기준이 적용되고 있을 뿐만 아니라, 위험성 평가제도, 주요 양형인자에 대한 계량화, 경합범 처리에 관한 상세한 규정, 적정한 교정자원 유지에 대한 정책적 고려, 양형데이터 수집·분석 및 모니터링 체제 구축 등

가히 종합적인 양형기준제로 부를 만하다. 그 체계적인 면이라든가 양형자료 데이터베이스화 추진 및 모니터링의 정도에 있어서는 가장 선진적인 시스템 중 하나라고 말할 수 있을 것이다. 순위원이 개별적 양형기준제라 칭하는 미주리 주나 델라웨어주, 위스콘신 주의 경우도 이런 측면에서는 종합적 양형기준제라고 할 수 있다. 심지어 미주리주 양형위원회는 더 나아가 일반인들도 양형위원회 홈페이지를 접속하여 프로그램을 이용하여 주요 양형인자를 클릭하면 일응의 양형을 알 수 있는 시스템까지 갖추었다.

사실 세계적으로 단편적인 양형기준제를 운용하고 있는 나라는 영국밖에 없다고 해도 과언이 아닌 듯하다. 영국 양형기준제가 단편적(piecemeal)으로 마련되고 운용되고 있는 문제점에 대하여는 영국 내에서도 많은 비판이 있었고, Ashworth, Tonry 교수 등 양형분야에 저명한 교수들이 그 문제점을 지적한바 있다. 다시 말하면, 각 범죄유형별로 양형기준을 수립하는 방식도 위 구비요소들에 대한 종합적 고려가 있는 경우 종합적 양형기준제가 될 수 있는 것이다. 이런 맥락에서 본다면, 아래에서 보는 영국식 양형기준 제정방식을 제외하고는 모두 종합적·체계적인 요소를 갖추었다고 본다.

나. 부분적·단편적 양형기준제 = 부분적·제한적 제정 방식

부분적·단편적 양형기준제는 개별적 양형기준을 점진적으로 제정하는 형태로서 종합적인 양형기준제가 구비하여야 할 요소를 거의 갖추지 못한 기준제라고 말할 수 있다. 개별적인 양형기준 제정 방식을 선택하고서도 더구나 점진적이고 제한적인 제정방식을 선택함으로써 체계적인 양형기준을 수립할 수가 없다. 양형기준제를 채택하고서도 이러한 점진적 설정방식을 채택한 예는 영국이 유일하다고 할 수 있다. 점진적 설정방식에 따르면, 필연적으로 초기 단계에 설정한 양형기준이 규율하는 형사사건의 비율이 매우 낮을 수밖에 없다.

영국은 현재 수립한 개별 양형기준의 숫자도 적을뿐더러, 범죄전력이나 경합범의 구체적인 적용방식도 갖추지 않고 있으며, 구체적인 양형기준 모니터링 방안이나 데이터베이스 구축방안이 마련되어 있지 않다. 이는 영국 양형위원회 양형기준이 기본적으로 종래의 항소심 양형기준 판결의 형태를 그대로 취하고 있는 점에 기인한다. 항소심 양형기준 판결이 1970년부터 누적된 양형판례법의 형태를 띠고 있기 때문에 영국 양형위원회 양형기준도 그러한 성격에서 벗어나지 못한다. 즉, 항소심 양형기준 판결은 '사법부의 자체 규율'에 의하여 양형 목표를 달성하려는 것이므로 기본적으로 양형위원회에 의한 양형기준 설정 방식과 같은 체계화된 양형시스템을 갖추기 힘들다.

부분적, 단편적 양형기준 방식의 대표적인 특징이 주요 범죄들에 대하여 서열화 절

차를 거치지 않고 양형기준을 수립하고자 한다는 것이다. 이를 테면, 사기죄와 업무상 횡령죄는 어떤 범죄가 더 중한지 아니면 불법의 정도가 동일한 지? 사기죄와 강도죄의 비교는? 각 범죄의 법정형 상한을 비교하면 된다고 말할 수도 있겠으나 다수 범죄 처리나 범죄전력고려 등 체계적 양형기준 마련을 위하여는 합리적인 범죄간 서열화가 필수적이다.

주지하다시피, 영국 양형위원회는 2004년 활동을 개시한 이래 구체적인 범죄에 대한 개별 양형기준으로는 현재까지 단지 4개만을 양형기준을 공표하였을 따름이다. 총론적인 양형기준 원칙에 대하여 개별 양형기준의 형태로 공표한바 있는데, 이에는 ‘범죄의 심각성에 대한 일반 원칙(Overarching Principles: Seriousness)’, ‘2003년 형사사법법에 따른 새로운 양형(New Sentences: Criminal Justice Act 2003)’, ‘유죄시인한 경우의 양형 감경(Reduction in Sentence for a Guilty Plea)’, 보석조건에 위반한 경우의 양형(Sentencing Guideline-Fail to Surrender to bail) 등이 있다.

위와 같은 4개의 개별 범죄에 대한 양형기준이라는 것도 성범죄에 대한 양형기준을 제외하고는 적용되는 세부 범죄유형의 범위가 좁은 편이다. 4개 개별 범죄 양형기준을 보면, 피해자가 유발한 경우의 상해(폭행)치사죄(Manslaughter by reasons of provocation), 사람에 대한 폭행 등 기타 범죄 양형기준(Assault and other offences against the person), 강도죄 양형기준(Sentencing guideline on robbery), ‘2003년 성범죄법’ 양형기준(Sentencing guidelines- Sexual offense Act 2003)이다. 피해자가 유발한 경우의 상해치사 양형기준은 상해치사 사례 중에서도 ‘피해자가 그 범죄를 야기한 경우’에 만 적용되는 것이므로 그 적용범위가 매우 좁은 것임을 쉽게 알 수 있다. 강도죄 양형기준도 소규모 강도 등 강도의 5가지 세부 유형에 대한 기준을 정하고 있다. 사람에 대한 폭행 등 기타 범죄 양형기준도 다양한 유형에 대한 기준을 제시하고는 있으나 폭력사범 전 유형에 적용되지는 않는다.

버지니아 주나 미주리 주의 예를 보면, 1개 개별 범죄유형 양형기준이 많은 세부 범죄에 적용됨을 알 수 있다. 예를 들어, 버지니아 주의 폭력 유형 양형기준을 보면, 작업지 A에 동 기준이 적용되는 범죄를 나열하고 있는데 그 수효가 상당하다.⁴⁾ 미주리 주는 5개군으로 범죄유형을 나누었는데 1개 군은 매우 많은 개별 유형 등을 포함하고 있다. 위 주들에서 범죄전력을 구체적으로 고려하고 양형기준의 모니터링 체제 등을 확립하고 있어 종합적·체계적 양형기준제라고 칭할 수 있는 점은 앞에서 언급한 바와 같다. 다시 말하여 영국과 같이 항소심 양형기준 판결의 수준을 벗어나지 못하는 설정

4) 버지니아 주 양형위원회 홈페이지 참조. 자세한 작업지의 내용은, 줄고, ‘버지니아 주 양형기준제(초고)’, 양형위원회 전문위원보고서(2007. 12) 참조

방식에 비교하면 ‘개별 양형기준의 내용이나 적용범위’가 매우 상이하여 동일 범주에 속하는 양형기준제 수립 방식이라고 하기 어렵다.

손철우 전문위원이 제시한 설정방식도 영국 양형위원회 양형기준 설정방식과 유사하다고 보인다. 왜냐하면, 일부 범죄에 대하여 점진적으로 양형기준을 설정하여 가는 방식이고 종합적 설정방식에서 거론하는 주요 쟁점들에 대하여는 구체적인 고려 방안이 없는 형태이기 때문이다. 이에 반하여, 이호중 전문위원이 제시한 안은 비록 이 위원이 개별적 범죄유형별로 양형기준을 마련하자는 입장이기는 하나, 주요 양형인자의 계량화 필요성 및 집행유예 취소 기준의 마련 등을 주장하고 있어 체계적 양형기준 설정방안에 약간 더 근접하였다고 본다. 현재 이호중 위원은 최초 양형기준이 현재 형사범 중 어느 정도 비율을 규율하여야 하는지에 대하여 명시적인 입장을 표명하고 있지는 않은 것 같다. 사실 개별 범죄유형이라는 것이 생각하기에 따라 그 범위에 매우 큰 차이를 가져온다. 이를 테면, 개별 범죄유형로 양형기준을 마련한다고 할 때, 개별 유형을 재산범죄, 대인 범죄라는 식으로 나누고 재산 범죄에 대한 양형기준, 대인 범죄에 대한 양형기준을 만든다면 사실상 포괄적인 양형기준과 다를 것이 없을 것이다. 그런데, 단순 강도죄 양형기준, 강도상해죄 양형기준, 이런 형태로 양형기준을 만든다면 똑 같은 개별 양형기준이기는 하나 똑 같이 2개의 양형기준이라고 말할 수 있겠는지의 문제이다.

○ 영국 치안판사 양형기준

영국의 양형기준제를 살필 때 조심하여야 할 부분이 하나 있다. 즉, 영국은 양형위원회 양형기준뿐만이 아니라 치안판사법원 양형기준이 존재하고 여전히 항소심 양형기준 판결이 판례법으로서의 기능을 유지하고 있다는 점이다. 영국 옛 치안판사 법원은 형사 사건 중 90퍼센트 이상을 처리하고 있다. 치안판사 양형기준은 하나의 책자 형식으로 존재한다. 따라서, 치안판사 양형기준만을 놓고 본다면 이미 망라적인 형태를 띠고 있다고 하겠다. 영국 양형위원회 홈페이지 양형기준란에서 개정된 치안판사 법원 양형기준을 찾아볼 수 있다. 현재, 영국 양형위원회 양형기준이 매년 한, 두개 정도의 개별 양형기준을 공표하고 있는 배경도 이미 대부분의 사건을 처리하는 치안판사 양형기준이 존재한다는 면이 고려된 것이 아닐까 생각한다.

나. 종합적 양형기준제의 구비 요소

○ 종합적 체계적 양형기준제의 구비요소

그렇다면, 종합적 양형기준제의 구비 요소는 어떤 것들이 될 수 있을까? 의견이 다를 수 있겠으나 비교법적인 예들을 참고하면 아래 요소들이 포함되어야 할 것이다. 양

형개혁의 목표, 원리에 대한 집중적 논의, 대부분의 범죄에 적용되는 양형기준을 마련(일괄 마련 방식), (대부분) 범죄 상호간의 우열을 정리(대부분 범죄에 대한 기본 범죄 수준 도출), 주요 양형인자를 계량화, 중간 제재형이나 가석방 혹은 보호관찰 취소 기준의 고려(물론 채택하지 않을 수도 있으나 진지한 고려가 이루어짐), 과거 및 현재의 양형실태에서 데이터베이스 구축 또는 구축 계획 마련, 양형기준 시행 후, 그 적용실태에 대한 모니터링 방안 마련 또는 마련 시도 등을 들 수 있겠다.

○ 대부분의 범죄에 적용되는 정도

대부분의 범죄에 적용되는 양형기준이 어느 정도를 말하는 지에 대하여는 일단 최소한 7 ~ 80퍼센트 이상의 형사사건을 커버하여야 하지 않겠나 생각한다. 80퍼센트 이상을 커버한다고 하면 엄청난 숫자의 양형기준을 마련하여야 하리라고 생각할 우려가 있는데 실제로는 그렇지 않다. 예를 들면, 사기 유형이 전체 형사사건에 차지하는 비중이 달하고, 폭력 유형이 차지하는 비중이 달한다. 아래 표 1, 2를 참고하여 보면 형사범을 유형별로 분류하여 체계적으로 양형기준을 마련한다면 많은 수의 개별 양형기준이 필요한 것이 아니다. 그런데 여기에서 유의해야 할 부분이 있다. 폭력 유형에 대한 양형기준을 강도, 폭행, 상해, 상해치사 등등으로 쪼개기 시작하기 시작하면 개별 범죄 양형기준의 숫자가 매우 많아지게 된다. 심지어 강도죄도 흑자에 따라서는 일반 강도, 특수강도, 특정강력범죄가중처벌등에관한법률위반(강도) 등으로 세분화하여 각 경우에 개별 양형기준이 필요하다고 주장할 우려도 있다.

이미 손철우 위원이 그 가능성을 주장하고 있다. 손 위원에 의하면, 일부 범죄에 대한 양형기준을 설정하더라도 다시 '1차 양형기준 설정 대상 범죄'로 범위를 제한할 수 있다고 주장하면서, 점진적 설정방식이 타당하다고 설명한다.⁵⁾ 이에 관하여 손 위원이 아래와 같은 표를 제시하면서 그 개념을 설명하고 있다. 필자가 이해하는 바로는 1방식은 이를 테면 성폭력 범죄에 대한 양형기준을 만들기로 정하는 경우, 모든 성범죄 유형에 대하여 양형기준을 설정하는 방식이 될 것이고, 제2방안에 의하면 성범죄 중 일부 범죄에 대한 양형기준을 마련하는 방식이 될 것이다(이를 테면, 단순 '강간죄'에 적용되는 양형기준). 2방안을 채택하는 경우, 매우 단편적인 양형기준이 탄생하게 된다.

(1방식)

<p>양형기준 설정 대상 범죄의 범위 = 제1차 양형기준 설정 대상 범죄</p>
--

5) 손철우 토론문, 60 내지 71쪽

(2방식)

양형기준 설정 대상 범죄의 범위

제1차 양형기준 설정 대상 범죄

참고로 2006년 범죄백서를 토대로 2003년 내지 2005년 사이의 죄명별 처리현황을 보면 아래와 같다. 주요 범죄유형을 포괄하는 개별 양형기준을 만든다면 개별 양형기준의 개수가 많이 필요한 것도 아니다. 사실, 사기죄 양형기준을 설정할 때 고려하여야 하는 모든 요소들은 횡령이나 배임죄 양형기준을 설정할 때 고려하여야 하는 요소와 크게 다르지 않다. 그런데, 올해는 사기죄를, 내년에는 횡령죄를, 그 다음 해에는 배임죄에 대한 기준을 마련하는 식으로 설정하여 나가는 것은 적정하지 않을 것이다. 각 기준들이 거의 동일한 내용이라면 불필요하게 시간을 끈 셈이 되고, 각 양형기준이 따로 따로 설정됨으로서 서로 조화를 이루지 못하게 된다면 운용상 혼란이 일어날 여지가 있다.

[표 1] 2003 - 2005년 罪名別 處理 現況⁶⁾

년 도 죄 명	2003	2004	2005
계	2,296,945	2,284,095	1,965,571
刑 法 犯	652,606	643,252	576,439
詐 欺	327,383	329,566	274,638
竊 盜	61,303	58,762	58,458
傷 害	44,256	37,674	34,467
賭 博 · 福 票	36,497	36,324	29,733
橫 領	29,900	29,723	27,285
暴 行	21,964	20,691	21,352

6) “2006년 범죄백서”, 법무연수원 166쪽의 자료를 각색한 것임

强	姦	9,815	8,847	8,664
姦	通	9,979	8,917	7,575
背	任	7,867	7,445	7,250
業	過	4,160	3,940	3,333
强	盜	5,312	4,039	3,055
臟	物	2,165	1,732	1,857
恐	喝	1,834	1,305	1,114
贈	・	1,495	1,351	1,094
放	火	1,426	1,056	1,058
殺	人	1,021	974	980
其	他	86,229	90,906	94,526
特 別 法 犯		1,644,339	1,640,843	1,389,132
道 路 交 通 法		551,908	610,661	445,321
暴 力 行 爲 處 罰 法		372,534	306,837	288,886
交 通 事 故 特 例 法		217,997	210,598	191,022
鄉 軍 法		32,430	30,330	23,194
兵 役 法		23,895	20,021	16,314
不 正 手 票 團 束 法		18,164	17,761	12,322
其 他		427,411	444,635	412,073

양형기준을 미시적 유형으로 세분하여 만들기 시작하면 전체 양형기준을 마련하는데도 장기간이 필요할 뿐만 아니라 가사 나중에 전체적인 양형기준이 수립된다고 하더라도 체계적이거나 일관성이 없게 될 것이다. 그러나, 시간상의 제약이나 초기 양형기준 제정에 들어가야 하는 노력의 양이 상당하기 때문에 양형기준을 미시적이고 부분적으로 수립하고자 하는 유혹은 항상 있게 마련이다. 특히 사법부가 주도하여 양형기준을 수립하는 경우 이러한 형태의 미시적이고 비체계적 양형기준이 수립될 우려가 많다고 지적되고 있다. 미국 미네소타 주 주립대학 교수인 Michael Tonry 교수는 이와 관련하여 영국의 양형개혁이 사법부 주도로 이루어진 점이 양형개혁 실패의 원인이 되었다고 주장한 바 있다.⁷⁾ 위와 같은 2방안을 지지하는 논거의 하나로 “현재에도 법관들은 양형정보시스템, 판결문검색시스템 등을 통하여 유사한 사안에서의 양형실무를 확인하면

7) Michael Tonry, Punishment and Politics, Willan Publishing 2004, 102쪽 참조. 성공적인 양형위원회의 조건에 대하여 다른 논문으로는 필자와 이주형 전문위원이 함께 법조지에 기고한, “양형위원회 운영 방식에 대한 비교법적 고찰”, 법조 2007. 6월호 참조

서 사건을 처리”하고 있으므로 “양형기준 미설정 범죄의 경우 종전 양형실무, 유사한 범죄에 대하여 설정된 양형기준을 참고한 양형이 가능하다고 주장된다. 이러한 논리라면(즉, 극히 단편적인 범죄에 대하여 양형기준이 마련된다고 하더라도 나머지 영역에서 합리적으로 형을 선고하여 왔고 앞으로도 그러할 것이라는 전제라면) 사실 양형기준제가 도입될 이유가 없다.

부분적·단편적 양형기준제와 종합적·체계적 양형기준제의 차이에 대하여 아래에서 가상 사례들을 중심으로 살펴도록 한다.

3. 사례를 중심으로 한 설정방식 비교

가. 개요

편의상 필자가 실무 경험을 바탕으로 몇 개의 구체적 사안을 만들어 보았다. 경험상으로 실무상 많이 발생하는 사안들이다. 물론 여러 다른 유형의 사례를 추가할 수도 있을 것이고, 제시된 사례에서 보다 많은 양형요소를 더 가미할 수도 있겠으나 편의상 단순화하기로 한다. 본격적인 사례 중심 검토는 향후에 이루어질 것으로 믿는다. 가상 사례를 미국 연방 양형기준, 영국 양형위원회 양형기준의 체제를 따라 구체적 양형을 찾아가는 과정을 살펴하기로 한다. 그 과정을 찾아가는 방법을 논하기 위하여 사안을 극히 단순화하였기 세부적인 양형인자들을 상정하지는 않았다. 아울러, 미네소타 주 양형기준에 따라 일부 사안을 살펴보기로 한다. 또한, 주요 설정 방식간의 차이를 살펴보기 위하여 편의상 3가지 유형의 범죄등급 유형표를 만들어 보았다. 여러 변형이 있으나 우선 아래 3가지 형태를 생각해볼 수 있을 것이다. 이를 통하여 각 주무위원들이 주장한 방식의 차이를 다루어 보고자 한다.

결론적으로 말하자면, 종합적·체계적 설정방식이 부분적 설정방식보다 시간과 노력을 절약할 뿐만 아니라 양형개혁을 통하여 달성하려는 양형목표를 이루기 어렵다는 점을 쉽게 알 수 있을 것이다.

나. 가상 사례

[사례 1]

피고인이 친구의 신용카드 1장을 훔쳐 편의점에서 600만원 가량 물건을 구입하는데 위 카드로 결제하고, 여관에 투숙하여 숙박비 8만원도 위 카드로 결제하려고 하였으

나 이를 수상히 여긴 여관 주인의 신고로 검거. 전과는 절도죄 집행유예 1회(징역 1년에 집행유예 2년으로 집행유예 기간 중), 절도죄 벌금 1회 및 소년보호처분 경력 1회. 미합의.

○ 적용가능 죄명 및 법정형

- 절도(형법 제329조, 6년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하 벌금)
- 여신전문금융업법위반(동법 70조 제1항 제3호, 7년 이하의 징역 또는 5,000만원 이하 벌금)
- 사기(형법 제347조 제1항, 10년 이하의 징역 또는 2,000만원 이하 벌금)
- 사기 미수(형법 제352조)

○ 적용

미국 연방 양형기준 적용방식에 대하여는 국내 여러 저작들에서 소개된바 있다. 대다수 미국 각 주의 양형기준 적용방식과 연방 양형기준의 큰 차이점은 연방은 양형인자에 따라 등급 조정이 이루어진다는 점일 것이다. 또한, 경합범 적용 규정이 매우 구체적이라는 점을 말할 수 있다. 기소된 범죄사실 뿐만 아니라 실제의 범죄행위를 기초로 양형을 부과한다는 원칙을 채택하였는데 이 점에 대하여는 여기서 자세히 살피지 않으려 한다. 경합범 적용 규정이 구체적인 점은 우리나라의 경우 많은 참고가 될 것이다. 즉, 우리나라 형법은 경합범의 처리에 있어 원칙적으로 가중주의를 채택하고 있기 때문에 경합범 가중을 위하여는 ‘중한 죄에 정한 형’을 우선 정할 필요가 있다. 여기서 중한 죄에 정한 형은, 법정형에서 형종을 선택하고 법률상 가중·감경을 한 형으로 설명된다. 그렇다면, 경합범 가중을 하기 위하여 어떤 형태로든 기본 범죄수준이 결정된 후 등급 조정이 이루어져야 한다는 입장이 있을 수 있다. 미 연방 양형기준에서는 각 죄목별로 죄목 별에 특유한 양형인자에 따른 조정, 모든 범죄에 공통되는 조정을 순차 거친 후에 결정된 범죄 등급을 비교하여 주된 범죄를 결정한다. 이후, 주된 범죄와 기타 범죄를 비교하여 경합범 가중을 하는 방법을 취하고 있다. 경합범 가중을 마친 후에는 피고인의 책임 인정 여부에 따라 등급을 조정하여 최종적으로 격자표 Y축상의 범죄 등급이 정하여 진다.

본 사안에서 절도죄는 기본 범죄등급이 6등급이고, 사기도 6등급이 된다.⁸⁾ 사기미수의 경우는 미수에 관한 규정이 적용되어 기본 범죄에서 3등급을 감한다(그러나, 피의자가 범행을 달성하려고 필요한 모든 행위를 한 경우라든가 피의자가 통제할 수 없는 외부 사정에 의하여 달성하지 못한 경우는 예외로 한다. 본 사안에서는 따라서 감하지

8) 2006년도 미 연방 양형기준 매뉴얼에 따라 검토하고 있다.

않기도 한다). 사기죄와 사기미수죄의 피해자가 동일하다면 통합 그룹으로 묶어 통합 범죄 등급을 산출할 것이다(본 사안에서는 피해자가 다른 것으로 본다). 사기죄의 경우에 피해액이 5,000달러를 초과하고 10,000불 이하이므로 2등급을 가중한다. 다른 고려요소가 없다고 가정할 때 사기는 최종적으로 8등급, 절도는 6등급, 사기미수는 6등급이므로 사기죄가 가장 중한 죄목이 된다. 이 경우, 가장 중한 죄의 등급과 같거나 4급이 낮은 죄들에 대하여는 1단위로 계산하고, 5 내지 8급이 낮은 죄목은 1/2 단위로, 9등급이 상 낮은 죄목은 무시한다. 이렇게 계산한 단위들을 아래와 같이 가중함으로써(즉, 최대 5등급 가중) 경합범 가중을 마무리한다.

이에 따르면, 본 사례에서 사기죄의 최종등급과 절도죄의 경합범 고려 전 단계에서의 등급 차이가 2등급이므로 1단위, 사기죄와 사기미수죄의 등급 차이가 2등급이므로 1 단위 합계 3단위가 되므로 경합범 가중 규정에 따라 가장 중한 사기죄의 범죄수준을 3등급 가중하게 된다. 이후 특별한 가중·감경이 없다면 범죄의 심각성의 축(격자표의 Y 축)에서 11등급으로 결정된다. 범죄경력에 대하여는 양형 매뉴얼에 정해진 점수 계산 방식에 따라 점수를 고려한 후 범죄경력 범주를 정하게 된다. 본 사안에서는 집행유예 기간 중 범행이므로 2점의 점수를 부여받는데 2점인 경, 범죄경력 II 범주에 해당하게 된다. 범죄 등급 11등급과 범죄경력 II 범주가 만나는 양형 셀에 나타난 형량은 10 개월 내지 16개월이다. 최종 양형이 정하여지더라도 미국 연방 양형기준은 양형기준 자체에서 이탈한 가능한 상황을 규정하고 있고, 연방판사들이 매 판결마다 작성하여야 하는 양형진술서(Statement of Reasons) 양식 2면에 이탈 가능한 사유들의 점검항목을 제공하고 있다.⁹⁾ 물론, 미국 연방 양형기준이 현재 권고적인 효력을 지니고 있으므로 판사가 양형기준 자체에서 열거된 이탈 사유에 해당하지 않더라도 이탈할 수 있다. 위 형량은 위 양형 셀의 연방 양형기준 격자표에서 C 구역에 해당하는데, C 영역에서는 최소한 형기의 1/2에 대한 실형과 나머지 기간에 대하여는 감독부 석방이 부과된다. 즉, 단순 보호관찰은 허용되지 않는 영역이다.

단위의 숫자	범죄 등급의 가중
1과 1/2	1 등급
2	2 등급
2와 1/2 내지 3	3 등급
3과 1/2 내지 5	4 등급
5 이상	5 등급

9) 위 양식 샘플은, 신승호, Booker 판결 이후 미국 연방 양형제도의 동향, 형사법의 신동향(2008. 2), 59 쪽 참조

영국 양형위원회에서는 본 사안에 적용되는 양형기준을 아직 공표하지 않았다.

미네소타 주 양형기준에 따라 본 사례를 검토하여 보기로 한다. 미네소타 주 양형기준은 상설 양형위원회에 의하여 만들어진 최초의 양형기준제로 이후 다른 주의 양형기준제에 많은 영향을 주었다. 양형기준을 적용하기 위하여는 각 범죄가 몇 등급에 해당하는지를 찾는 것이 중요하다. 그리고, 한번 일정한 범죄 유형에 대하여 등급이 정해지면 등급간 이동이 이루어지지 않는다. 따라서, 이러한 양형기준제 설정방식에서는 최초 어느 등급에 해당하는지를 결정하는 작업이 매우 중요하다. 미네소타 주에서는 일반 범죄에 대한 격자표와 성범죄에 대한 격자표를 따로 가지고 있다. 일반 범죄는 11등급으로 범죄의 심각성 등급이 나누어 있고 성범죄는 8등급으로 나누고 있다. 이러한 양형기준 설정 방식에서는 빈발 범죄에 대하여는 하부 범주화(subcategorizing)할 필요성이 있다. 예를 들어, 절도죄의 경우를 보자. 모든 절도죄를 일정 등급 하나에 고정하고 등급 이동이 이루어지지 않도록 양형기준을 설정한다면 매우 불합리한 결과가 발생할 것이다. 즉, 절도죄를 4등급으로 정하여 버린다면, 가장 중한 범죄전력범주에서도 가장 중한 형이 30개월이 된다. 연방 양형기준은 기본 범죄등급을 6등급으로 일단 정하고, 각 가중·감경인자에 따라 등급을 이동하지만, 미네소타 주의 경우는 절도죄의 유형에 따라 1등급에 해당하는 절도부터 6등급에 해당하는 절도까지 나뉜다.¹⁰⁾ 이를 보면, 35,000 달러가 넘는 절도는 6등급에 해당하고, 비어 있는 건물에서 1,000 달러 이하를 절취한 행위는 1등급에 해당한다. 본건의 절도는 2등급에 해당하는 절도로 보인다. 카드를 이용하여 400만원을 가량을 구입한 사기 행위는 3등급 범죄(Financial Transaction Card Fraud(over 2,500\$))에 해당하는 것으로 보인다. 마찬가지로 여관에 투숙하여 카드를 사용하려 한 행위도 위와 같이 일단 3등급 범죄로 해당한다. 미네소타 주 범죄전력 계산방식은 전과가 위 격자표의 어느 등급에 해당하는냐에 따라 다른 범수를 부과하는 방식이다. 분류된 범죄 등급이 I 내지 II 등급에 해당하면 0.5점을, III 내지 V 등급에 해당하면 1점을, VI 내지 VIII 등급에 해당하면 1.5점을, IX, X 및 1급 살인에 해당하면 2점을 부과한다. 아동에 특정 성범죄에 대하여는 A군에 해당하면 2점을, B 내지 E군에 해당하면 1.5점을 부과하고, F 내지 G군 및 1점, H군 초범은 0.5점을 부과한다. 본 사례에서 절도죄 2등급 전과가 2회 있는 것으로 가정하여 각 0.5점을 부과하면 전과 범수는 1점이 된다. 각 죄명별로 양형 범주를 보면 절도의 경우는 최대 12개월까지의 추정적 집행(선고)유예 가능 구간이 된다. 사기죄의 경우는 13개월까지의 추정적 집행(선고)유예 가능 구간이 된다. 미네소타 주 법률에 따르면, 미수의

10) Minnesota Sentencing Guidelines and Commentary, Revised August 1, 2007. 62쪽 이하의 범죄 심각성 색인 표 참조

경우, 원칙적으로 장기의 1/2의 범위로 형량이 정해진다. 여러 범죄가 있는 경우, 판사는 동시형으로 선고할 수도 있고 누적형으로 선고할 수도 있으나 양형기준에서는 누적형으로 선고하는 경우가 예외적인 경우로 하도록 원칙을 정하고 있다. 즉, 양형기준에서 누적형을 선고할 수 있는 경우를 열거하고 이외의 경우는 동시형으로 선고하도록 하고 있다.

[사례 2]

음주(혈중알콜농도 0.15퍼센트) 상태에서 자동차를 운전하여 보행자를 치어 약 6주의 상해를 입게 하고 도주한 사안. 사기죄 실행 1년 전력. 미합의. 공탁 300만원

○ 적용가능 죄명 및 법정형

- 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(도주차량) ; 동법 제5조의 3 제1항 2호, 1년 이상의 유기징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하 벌금
- 도로교통법(음주운전); 동법 제150조 제1호, 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금

○ 적용

미 연방 양형기준에서는 본 사례와 같이 음주운전이나 이른바 ‘뺑소니 사고’에 대한 기준이 보이지 않는다. 아마, 본 사안이 연방 사건이 아니라 각 주의 관할권에 속하는 형사사건이기 때문이 아닌가 생각된다. 영국 양형위원회 양형기준에서도 본 사례에 대한 양형기준이 공표되지 않았다. 다만, 영국 치안판사 양형기준에는 음주운전의 경우에 관한 기준이 있다.¹¹⁾

[사례 3]

공무원이 업자로부터 청탁 명목으로 1회 5천만원을 수수하고, 공금 5천만원을 사적 용도로 사용한 사안. 초범. 수사 초기 단계에서 범죄를 시인하고 나아가 상급 공무원의 수뢰행위에 대하여 정보 제공.

○ 적용가능 죄명 및 법정형

- 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(뇌물) ; 동법 제2조 제2호, 7년 이상의 유기징역

11) 개정된 치안판사 양형기준 124쪽 참조. 개정된 치안판사 양형기준은 영국 양형위원회 홈페이지 양형기준란에서 찾아볼 수 있다.

- 업무상횡령(형법 제356조, 10년 이하의 징역 또는 3천만원 이하 벌금)

○ 적용

연방 양형기준에 따르면 뇌물죄의 기본 범죄등급은 14(피의자가 공무원인 경우) 또는 12등급이다. 뇌물액이 3만불에서 7만불 사이이므로 6등급을 가산하게 된다. 횡령의 기본 등급은 6등급, 피해액이 3만불과 7만불 사이이므로 6등급을 가산한다. 뇌물죄에 가중한 결과(20등급)와 횡령죄에 가중한 결과(12등급)가 8등급 차이이므로 횡령죄를 1/2 단위로 계산하여 뇌물죄에 추가하면 1과 1/2단위가 되고 경합범 규정에 따라서 1등급을 가중한다. 양형기준상의 경합범 규정을 배제하는 개별 법규상 규정이 있으면(이를테면, 필요적으로 누적형 선고를 하도록 하는 규정 등) 양형기준상의 경합범 처리 규정이 적용되지 않게 된다. 일단 본 사례 검토에서는 위와 같은 특별한 개별 법령을 찾아보지 못한 상태이다. 총 21 등급이 된 상태에서 피고인이 책임을 인정하고 있으므로 2 등급을 감하고, 수사에 협조한 경우로 보아 1등급을 추가로 감한다(물론, 사례와 같은 정보제공을 하는 경우에는, 검사가 양형기준 매뉴얼 §5K1.1에 규정된 바와 같이 다른 사람을 기소하는데 실질적인 협조를 이유로 이탈을 권고하게 될 것으로 보인다). 어쨌든, 일응 범죄등급은 18등급이 된다. 범죄전력이 없는 경우라면, 27 내지 33 개월이 양형기준 범위가 된다.

본 사안에 적용될 수 있는 영국 양형위원회 양형기준은 아직 공표되지 않았다. 미네소타 주 양형기준에 따르면 뇌물수수 4등급 범죄이고, 2,500 달러를 넘는 공금 횡령은 3등급에 해당한다.

[사례 4].

범죄자가 초등학교 여학생(12세)을 1회 강간하고, 약 반년 후 재차 같은 나이의 다른 여학생을 강간. 5년 전 강간죄 공소권 없음 전력 1회. 각 합의

○ 적용가능 죄명 및 법정형

- 성폭력범죄처벌에관한법률위반(제13세미만자강간등), 동법 제8조의 2 제1항, 5년 이상의 유기징역

○ 적용

미국 연방 양형기준을 본다. 기본 등급이 30등급이고 피해자가 12세이므로 2등급을 가중하게 된다. 피해자가 2명이므로 경합범 규정에 의하여 2등급이 추가로 가중된다(전술한 바와 같이 누적형으로 처벌하는 개별 법령이 있다면, 양형기준상 경합범 규정이 배제되고 누적적으로 집행되게 될 것이다. 아직 개별 법령까지 검토하지 못하였다). 합의가 된 경우는 합의 자체에 의한 감경이 이루어진다고 하기 보다는 책임의 인정으로

간주되어 2등급이 감경될 수 있을 것이다. 그렇다면, 총 32등급이 된다. 강간죄 공소권 없음 전력도 범죄전력 점수를 계산하는 단계에서 1점으로 가산될 여지가 있다. 그러나 1점으로 하더라도 범죄전력 I 범주에 해당한다. 산출된 형량은 121 내지 151 개월이다. 양형기준상 경합법 규정이 배제되고 누적형 집행이 이루어진다면 30 등급에 해당하는 형을 누적형으로 적용하게 된다. 108 내지 135개월을 누적집행하면, 216 내지 270개월이 될 것이다.

합의가 이루어지면 대폭 형량이 감하여지거나 나아가 집행유예 선고가 빈번한 우리나라의 경우와는 달리 미국이나 아래 영국과 같은 경우에는 합의가 전체 양형에서 차지하는 비중이 낮으므로 범죄의 심각성이 큰 범죄의 경우에 합의가 있더라도 중형이 선고된다.

영국 양형위원회 성범죄 양형기준에 따르면, 다수 피해자 성범죄이므로 저지른 경우이므로 기준점이 15년이고 양형 범위는 13년에서 19년이 될 것이다.¹²⁾ 참고로, 12세인 1명의 피해자에 대한 1회 강간의 경우에도 기준점은 10년이고, 양형 범위는 8 내지 13년이 된다. 추가적 가중·감경인자도 서술되어 있으나, 피해자와의 합의가 감경인자로 기술되어 있지 않다.

위 예에서 볼 수 있듯이, 계량적 방식으로 양형 값을 찾아간다고 하여 최종 양형이 더 중한 것이 아니라는 사실을 확인할 수 있다. 부분·단편적이고 비계량적인 방법을 사용하는 경우도 매우 중한 양형에 이를 수 있다. 다만, 선고된 형의 집행과 관련하여 미국은 양형의 진실성 규정에 의하여 통상 선고형량의 85퍼센트 이상은 반드시 복역하여야 하나 영국은 2003년 형사사법법의 시행으로 12개월 미만의 실형을 선고받는 Custody plus라고 불리는 정책으로 일정 기간을 복역하고 나머지 기간은 일정한 조건(licence)하에 석방되고(조건이 부과되는 기간은 최소한 26주 여야 한다), 12개월 이상의 형을 선고받은 경우에는 형기의 1/2을 복역하고 나머지 기간은 조건을 부과 받아 석방되게 된다.¹³⁾ 영국의 경우는, 현재 가석방 제도가 존치되어 있는 우리나라에서 눈여겨보아야 할 부분이다. 이에 대하여는 본고의 마지막 교정 정책과 관련된 의견 부분에서 상술한다.

[사례 5]

피고인(18세)이 맥주병으로 친구의 머리를 내리쳐 상해 6주를 가한 사안. 미합의. 경찰에 자수한 사안. 동종 벌금 전과 3회

12) 영국 양형위원회 성범죄 양형기준 25쪽

13) 이에 관한 자세한 내용은, Andrew Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, Cambridge(4th Ed) 278 내지 282쪽 참조

○ 적용가능 죄명 및 법정형

- 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등상해); 동법 제3조 제1항, 3년 이상의 유기징역

○ 적용

미국 연방 양형기준에 따른 가중 폭행죄의 기본 범죄등급은 14등급이다. 본 사례와 같이 부상이 있었던 점을 감안하여 3등급이 가중되고 자수한 사정은 책임의 인정으로 보아 2등급을 감할 수 있다고 본다(자수를 하면서 자발적으로 범죄를 공개하는 경우라면 양형기준 내 이탈 사유가 될 것이지만,¹⁴⁾ 본 사안은 자발적으로 범죄를 공개한 사례라고 보기 어렵다). 동종 벌금 전과 1회에 대하여 각 1점씩 계산하여 3점으로 범죄전력을 계산하고, 이에 따른 범죄전력 범죄는 II 등급이 된다. 산출된 양형은(15등급에 범죄전력 II) 21 내지 27개월이 된다.

영국 양형위원회의 폭행 등 기타 범죄 양형기준이 적용된다. 동 기준 중, '중한 신체적 피해를 가한 경우 또는 불법적인 부상을 입힌 유형(Inlicting grievous bodily harm/Unlawful wounding)'에 해당하는 양형표가 적용되리라 판단된다.¹⁵⁾ 이에 따르면, 무기(weapon)가 사용된 경우로 보아 18개월을 출발점(starting point)으로 양형 범위는 12개월에서 3년으로 제시된다. 유죄를 시인하는 경우에 대하여는 별도의 양형기준이 있다. 재판일자가 정하여지기 전에 유죄 시인하는 경우에는 최종적인 형에서 최대 1/3까지 감경할 수 있다. 전과에 대한 고려 정도는 명확하지 않다. 다만, 위 기준은 초범인 경우를 상정하여 만들어진 것이다. 위 양형기준에는 범죄 전력이 있을 때 어떻게 가중되는 지에 대한 구체적인 내용은 없다. 영국의 2003년 형사사법법에서는 전과를 가중요소로 고려하여야 한다는 일반 원칙만 규정되어 있을 따름이고 영국 양형위원회에서 공표하는 기준에서 이러한 원칙만 나열되고 있다. 또한, 참고할 점은 위 폭행 및 기타 범죄에 대한 양형기준은 '위험한 범죄자(Dangerous Offenders)'에는 적용되지 않는다는 점이다.¹⁶⁾ 위험한 범죄자를 판단하는 기준에 관한 사항은 일반적으로 2003년 형사사법 225 내지 229조에 규정되어 있다.

[사례 6]

야간에 술에 취한 행인을 구타하고 현금 30만원을 빼앗은 사안. 최근 이내 강도죄

14) 양형기준 매뉴얼 5K 2.16

15) 폭행 및 기타 범죄 양형기준 15쪽

16) 사람에 대한 폭행 및 기타 범죄 양형기준 8쪽 하단

실형 전력(각 1년 복역)이 2회 있고 최종 강도죄로 복역한지 1개월이 지나지 않아 재범. 미합의, 피의자는 만취 상태의 범행이었다고 주장. 행인은 2주간의 치료를 요하는 안면부 좌상 등을 입음.

○ 적용가능 죄명 및 법정형

- 강도상해(형법 337조, 무기 또는 7년 이상의 징역)

※ 특정강력범죄로 형을 받아 그 집행을 종료한 지 3년 이내에 다시 특정강력범죄를 범한 경우에 해당하므로 특정강력범죄의처벌에관한특례법 제3조가 적용되어 장기 및 장기의 2배까지 가중(따라서, 유기징역의 형기는 14년 내지 25년이 됨)

○ 적용

미 연방 양형기준에 의하면 강도죄 기본 범죄등급은 20등급이다. 기본적인 상해를 가한 경우이므로 범죄등급 2등급이 추가될 것이고, 피해자가 취약한 상태이므로 2등급이 추가될 것이다. 피해액에 따른 가중은 없다. 최종 범죄등급은 24등급이 된다. 실형 1년의 범죄전력에 대하여는 각 2점이 부과되어 범죄전력 점수는 총 4점이 된다. 따라서, 범죄경력 III 범주에 해당한다. 양형 범위는 63 내지 78 개월이 된다.

영국 양형위원회 양형기준을 본다. 본 사례를 보면, 강도죄 양형기준 중, 노상강도 또는 강도목적으로 폭력을 행사한 유형에 해당하는 양형기준이 적용되리라 본다.¹⁷⁾ 이 경우, 피해자에게 상해를 야기시키는 물리력이 사용된 경우에 해당하므로 기준점은 4년의 구금형이 되며, 그 선고 범위는 2 내지 7년이 될 것이다. 물론, 유죄를 시인하는 경우 최대한 1/3을 감경하는 별도의 법률 규정이 있고(이에 따라 유죄시인의 경우 감경에 대한 양형기준이 공표됨), 년 이상의 실형이 선고되더라도 1/2의 기간을 실제 복역하고 나머지 기간은 되므로 실제 구금 기간은 이와는 달라질 수 있다. 어쨌든, 강도죄 양형기준에 실시된 가중, 감경인자에 따르면, 본 사안의 경우 연약한 범죄자를 대상으로 하였다는 점, 야간에 범행을 한 점이 가중인자가 될 것이다. 만약 피의자가 취한 상태에서 우발적 범행인 점이 인정된다면 감경 요소로 작용될 것이다. 이러한 가중인자나 감경인자가 양형에 고려되는 정도는 규정되어 있지 않다. 그리고, 두 번의 실형 전력이 어떻게 고려되어야 하는지에 대하여는 명확히 정하여지지 않고 있다. 이렇듯 양형인자 고려에 대한 재량이 광범위하게 법관에게 부여된다면, 양형 데이터베이스의 구축과 양형 정보의 상당 부분이 일반인 혹은 학계, 법률가들에게 공개되어 견제와 균형이 이루어지도록 하여야 할 것인데, 영국은 그러한 면에 있어서도 매우 후진적이다. 특별히 양형 데이터베이스가 구축되어 있지 않고, 양형 정보도 다른 선진 국가나 관할

17) 이주형 토론회 발제문, 69쪽 참조.

권에 비하여 충분한 공개가 이루어지지 않고 있다.

다. 구금형의 범죄등급 단계 테이블 예시

주무 전문위원들이 제시한 입장을 효율적을 살펴보기 위하여 영국과 미국에서 운용되는 양형기준들을 참고하고, 개인적인 실무 경험을 바탕으로 구금형의 범죄등급 단계 테이블을 구성하여 보았다.¹⁸⁾ 등급 테이블 A 유형(이하 'A 유형'이라고 함)을 일단 설명하기로 한다. 등급 테이블 B, C 유형(이하 각 'B 유형', 'C 유형'이라고 함)은 A 유형을 조금 변형한 것이다.

(1) A 유형에 대한 설명

[표 1] 등급 테이블 A 유형(각 단계별 형기가 중첩되지 않음)

단계	기본 단계	부가적 제재	범죄경력 가중비율
1 단계	0 - 6 개월	중간형 제재 A 구역(원칙적으로 단순집행유예 또는 보호관찰 부과)	A 영역 ; 소폭 가중(이를테면 해당 등급에서 최대 2단계로 가중)
2 단계	7 - 12 개월		
3 단계	13 - 18 개월	중간형 제재 B 구역	
4 단계	19 - 24 개월		
5 단계	25 - 30 개월	중간형 제재 C구역(보호관찰, 사회봉사명령 필수)	
6 단계	31 - 36 개월		
6 단계	37 - 48 개월		B 영역 ; 중폭 가중(이를테면 해당 등급에서 최대 4단계 가중)
7 단계	49 - 60 개월		
8 단계	61 - 72 개월		
9 단계	73 - 84 개월		
10 단계	85 - 102 개월		
11 단계	103 - 120 개월		
12 단계	11 - 12년		C 영역 ; 대폭 가중(이를테
13 단계	13 - 15년		

18) 참고, '구금형에 대한 범주구형방안', 대검 미래기획단 연구보고서(2006. 11.), 13쪽 이하에서 본고의 범죄등급 A 유형과 비슷한 내용으로 단계 표를 제시한바 있다.

14 단계	15 - 17년		면 가중 가능한 형 기 상한까지 가중 가능
15 단계	17 - 19년		
16 단계	19 - 22년		
17 단계	22 - 25년		
18 단계	무기징역		

A 유형에서 일단 기본 범죄수준의 구금형기가 1개월에서 3년에 해당하는 경우에는 상, 하한의 폭이 6개월이 되도록 구간을 나누어 보았다. 그 이후 구금형기가 7년에 이를 때까지는 1년으로, 그보다 중한 경우는 1년 6개월 또는 2 내지 3년의 폭으로 나눈 것이다. 구금형기가 1개월에서 3년에 이를 때까지 그 6개월 단위로 나누어 본 것은 미연방 양형개혁법상 소위 '25퍼센트 룰' 규정에서 따라 낮은 범죄등급의 경우 그 폭이 6개월인 점에 착안하여 본 것이다. 참고로 덧붙이면, 미국 연방은 25퍼센트 룰로 불리는 법률 규정으로 양형기준 셀의 상, 하한 폭에 대하여 법률로 그 기준을 정하고 있다. 그 내용은 "양형범위의 상한은, 하한형의 범위에, 6개월 또는 하한형의 25퍼센트에 해당하는 기간 중, 보다 긴 기간을 덧붙여 정한다"라는 취지이다.¹⁹⁾ 우리 실무상으로도 낮은 범죄수준의 경우 구형이 통상적으로는 6개월 간격으로 이루어지고 있음도 참작하였다.

기본 범죄수준이 3년을 넘는 경우에는 상, 하한의 폭이 좀 더 확대하였다. 매사추세츠 주 법률도 중간처우형이 적정하지 않은 범죄자에 대하여 2년 이상의 형을 선고하는 경우, 하한형은 상한형의 2/3에서 결정이 되도록 정하고 있는데, ²⁰⁾ 위 25퍼센트 룰 규정이나 매사추세츠 법률의 취지에 따르면 범죄수준이 심각하여 질수록 양형기준 각 셀에서의 상, 하한의 폭이 비율적으로 증가하게 된다. 우리나라 실무에서도 범죄수준의 중하여짐에 따라 다음 단계로의 구형 간격이나 선고형의 간격이 넓어지는 것이 사실이다. 또한, 우리 형법상 개별 범죄의 법정형의 상한이 1년, 2년, 3년, 5년, 6년, 7년, 10년, 15년, 25년으로 나누어질 수 있으므로 그 상한이 반영되도록 하였다.

집행유예 선고가 가능한 영역을 3단계로 구분하여 보았다. 그 이유는 최근 형법 개정으로 집행유예를 선고하는 경우에 보호관찰, 수강명령을 부과할 수 있게 된 점을 고

19) 28 U.S.C. 994(b)(2) 중 해당 부분을 인용하면, "If a sentence specified by the guidelines includes a term of imprisonment, the maximum of the range established for such a term shall not exceed the minimum of that range by more than the greater of 25 percent or 6 months, except that, if the minimum term of the range is 30 years or more, the maximum may be life imprisonment"

20) MA ST 211E 3) 참조

려한 것이다. 즉, 집행유예도 유예되는 본형 형기의 장기나 단기뿐만 아니라 보호관찰이나 수강명령을 부가하는지 여부에 따라 등급화가 될 수 있다고 보았다. 보호관찰기간이 장기간이거나 사회봉사명령 부과 시간이 장시간일 경우 단기 구금형에 못지 않은 제재를 부과하는 것이라고 할 수 있다. 따라서, 부과 여부에 대한 기준도 수립될 필요가 있다. 또한, 보호관찰이나 수강명령이 부과된 집행유예 사범의 경우, 재범하거나 준수 조건을 불이행하는 사범이 자주 발생하고 있어 그러한 경우에 대한 집행유예 취소 기준도 필요한 시점이 되었다. 경미한 준수 조건을 위반하는 경우에 바로 집행유예를 취소하는 것은 너무 가혹하다고 할 것이므로 집행유예의 선고 가능 영역을 차등화하여 낮은 단계의 집행유예가 선고되었던 경우에는 바로 판결 자체를 취소하지 않도록 기준을 설정할 수 있을 것이다. 중간형 제재를 차등화하여 구체적 타당성을 기하자는 입장은 해외에서도 여러 학자들에 의하여 주장되고 있다.²¹⁾ A 영역을 대하여 B, C 영역과 질적으로 다른 양형기준을 설정하게 된다면 미국 버지니아 주 양형기준 방식과 같이 이중적 체제(Bifurcated Guidelines System)를 갖추는 셈이 될 것이다.

전과에 대한 고려를 위하여 일단 3 영역으로 나누어 보았다. 전과 A 영역은 집행유예가 가능한 영역이고, B 영역은 기본 범죄수준이 37개월에서 120개월에 이르는 영역이고, C 영역은 범죄수준이 120개월을 초과하는 영역이다. B 영역과 C 영역의 경계선을 120개월로 설정해 본 이유는 10년을 초과하는 양형에 대하여는 양형부당을 이유로 상고할 수 있는 등 10년 이하의 양형과는 질적인 차이가 있는 점에 착안해 본 것이다. 범죄경력 가중 비율은 범죄수준이 낮은 단계에서는 소폭으로 가중되고, 범죄수준의 높은 단계에서는 가중되는 비율이 높도록 하였다. 미국 연방이나 각 주의 경우도 범죄수준이 높아짐에 따라 가중되는 폭이 넓어지는 방식을 택하고 있다(미 연방 양형기준의 경우는 범죄전력을 횡축으로 설정하고 그 범주를 다시 6등급으로 세분하여 동일 범죄수준이라고 하더라도 범죄전력에 따라 최대 6등급을 가중하고 있는데, 범죄수준이 낮은 단계에서는 같은 6등급 가중이라 하더라도 높은 범죄수준의 6등급 가중보다 폭이 좁게 된다). 이와 같이 범죄전력을 횡축으로 설정하는 경우는 범죄전력에 따른 가중 폭을 보다 세밀하게 조정할 수 있는 장점이 있다. 아래에서 다시 설명하겠지만 범죄전력이 양형에 미치는 영향을 줄이고자 범죄전력을 세밀하게 계량화하는 방법을 채택하지 않으면, 오히려 범죄전력에 의하여 기본 범죄수준이 큰 폭으로 오르내릴 가능성이 높아지게 된다.

21) Michael Tonry, *Interchangeability, Deserts and Equivalence of Function in Principled Sentencing*, 293쪽 내지 296. 2nd Edition Oxford(1998). 그에 따르면, 위와 같은 차등화는 계량적 양형 기준제뿐만 아니라 스웨덴과 같이 서술형 형태로도 가능하다고 주장할 것이라 주장한다.

(2) B 유형에 대한 설명

[표 2] 등급 테이블 B 유형(등급간 형량이 중첩됨)

범죄등급 단계	개월	부가적 제재	범죄경력 가중 비율
1 단계	1 - 3	중간형 제재 A 구역(원칙적으로 단순집행유예 또는 보호관찰 부과)	A 영역 ; 최대 2단계 가중
2 단계	1 - 6		
3 단계	4 - 9		
4 단계	7 - 12		
5 단계	10 - 15	중간형 제재 B 구역	
6 단계	13 - 18		
7 단계	16 - 21		
8 단계	19 - 24		
9 단계	22 - 27	중간형 제재 C구역(보호관찰, 사회봉사명령 필수)	
10 단계	25 - 33		
11 단계	28 - 33		
12 단계	31 - 36		
13 단계	37 - 48		B 영역 ; 중폭 가중(이를 테면 해당 등급에서 최대 4단계 가중)
14 단계	43 - 54		
15 단계	49 - 60		
16 단계	55 - 66		
17 단계	61 - 72		
18 단계	67 - 78		
19 단계	73 - 84		
20 단계	79 - 90		
21 단계	85 - 102		
22 단계	94 - 111		
23 단계	103 - 120		C 영역 ; 가중 가능한 형기 최대한까지 가중
24 단계	121 - 144		
25 단계	133 - 156		
26 단계	145 - 180		

27 단계	163 - 198		
28 단계	181 - 216		
29 단계	199 - 234		
30 단계	217 - 252		
31 단계	235 - 270		
32 단계	253 - 288		
33 단계	271 - 300		
34 단계	무기		

B 유형은 A 유형에서 각 등급의 형기가 중첩되도록 구성하여 본 것이다. 일단, A 유형의 1개 등급 구간이 2개 정도로 구성되도록 중첩시킨 것이다. 물론 1개 등급 구간이 여러 개로 구성되도록 구성할 수도 있을 것이다. 이렇듯 형기가 중첩되게 되면 1등급이 상향되거나 하향되는 영향이 A 유형보다 반감되게 된다. 즉, A 유형에서는 3등급에서 4등급으로 상향 조정되는 경우, 형량이 6개월 증가하는 셈이 되지만 B 유형에서는 3개월이 증가하는 셈이 된다. 이렇듯 등급 구간이 많아지면 구체적인 양형인자에 따른 조정 폭을 정하기 쉽게 된다. 따라서, 계량화하고자 하는 주요 양형인자의 숫자가 많다면 등급 구간을 많이 늘려야 하므로 좀 더 중첩되는 구간이 많아지도록 테이블을 구성 하리라 본다.

미 연방 양형기준 격자표도 B 유형과 같이 각 단계의 형기가 중첩되도록 구성되었다. 연방 양형기준에서 중첩 구간을 둔 이유는 두 가지로 설명된다. 첫째, 양형 인자에 있어서 소폭의 변화가 심각하게 반영되는 것을 피하고(이를 테면, 금전적 손실), 둘째, 논쟁이 되는 양형인자의 중요도를 제한하기 위한 것이다.²²⁾ 모든 범위의 하한은 다음 하한 범위의 중간 또는 그 이하에 위치하도록 하였고, 대략적으로 6등급의 가중은 형량을 배로 증가시키고 6등급의 감소는 형량을 반으로 감소시켰다고 한다.²³⁾ 앞으로, 우리나라에서 양형기준 등급표를 만들하고자 할 때 이렇게 비율적으로 형량을 감소시키는 등급표를 구상한다면, 어떤 양형인자가 기본 등급에 미치는 영향을 비율적으로 가중하거나 가하고자 할 때 매우 유용할 것이다.

(3) C 유형에 대한 설명

22) SUPPLEMENTARY REPORT ON THE INITIAL SENTENCING GUIDELINES AND POLICY STATEMENTS, The U.S. Sentencing Commission, JUNE 18, 1987, p15

23) 위 보고서, 같은 쪽

[표 3] 등급 테이블 C 유형 : A 유형의 구간을 축소

단계	기본 단계(개월)	부가적 제재	범죄경력 가중비율
1 단계	1 - 12 개월	집행유예 가능 구간	A 영역
2	13 - 24 개월		
3 단계	24 - 36 개월		
4 단계	37 - 60 개월		B 영역
5 단계	61 - 84 개월		
6 단계	85 - 120 개월		
7 단계	121 - 180		C 영역
8 단계	181 - 240		
9 단계	241 - 300		
18 단계	무기징역		

C 유형표는 A 유형표의 등급 단계의 총 숫자를 반으로 줄인 형태이다. 따라서, 상, 하한의 폭이 넓어졌다. 무기징역 구간을 제외하면, 유기 구금형의 구간이 9 단계가 된다. 단계의 숫자만을 놓고 보면, 범죄의 중대성을 대체로 9 단계 내지 10단계로 나누고 있는 미국 각 주 양형기준의 격자표들이 연상된다. 이렇게 등급의 숫자를 줄여 구성하게 되면, 주요 양형인자라 하더라도 주요 양형인자 1개로 등급을 이동시키기 어렵게 된다. 즉, 등급간 이동을 쉽게 허용할 수 없는 구성이 된다. 일단, 등급 사이의 형량이 중첩되지 않게 구성하였으나, 중첩되도록 구성할 수도 있을 것이다.

등급간 이동을 허용하는 미 연방 양형기준의 경우에 하나의 양형요소가 미치는 영향을 너무 크지 않게 하기 위하여 등급을 세분화하였다는 점은 앞에서 본 것과 같다. 논리적으로 등급간 이동이 불가능하다고는 할 수 없으나, 그러한 경우라도 1개의 양형요소로 바로 등급이 이동하게 하기는 어려울 것이고 몇 개의 양형인자를 묶어서 일정한 정도가 되었을 때 이동하도록 구성하게 될 것이다. 등급간 이동의 예는 아니지만, 미네소타 주 양형기준에서 전과를 고려할 때 일정한 전과는 1개의 단위(unit)으로 취급하여 4개 단위가 모일 때 1개의 취급한 예가 있다.²⁴⁾

C 유형표에서는 일단, 집행유예 가능 영역에서 차등화를 하지 않았다. 일단, 본 모델이 판사의 재량을 되도록 많이 보장하는 모델임을 고려한 것이다.

미국 각 주의 경우, 격자표 양형기준을 채택하는 주들은 원칙적으로 가중, 감경인자들이 존재한다고 하더라도 등급간 이동이 이루어지지 않는다. 따라서, 그러한 격자표들은 C 유형표에 유사할 수 있다. 등급간 이동이 이루어지지 않는 구조에서는, 최초 선고 예정인 범죄가 어떤 등급에 해당하는지가 매우 중요하게 된다. 따라서, 어떤 범죄행위에 대하여 법정형이 세분화되어 있지 않다면 이러한 유형의 유형표를 적용하는데 있어 많은 어려움을 겪을 수도 있다. 이러한 점에 대하여 아래에서 다시 살피고자 한다.

라. 종합적 및 부분적 설정방식에 대한 세부 검토

(1) 부분적, 단편적 설정 방식

○ 양형위원회에 의한 양형기준 설정 방식을 채택한 곳 중, 부분적, 단편적 설정 방식을 채택한 나라는 영국이 유일

대체로 비교법적으로 볼 때, 양형위원회에 의한 양형기준 수립을 선택한 관할권에서 부분적, 단편적 접근 방식을 채택한 경우는 영국이 유일하다고 볼 수 있다. 손 위원은 자신의 주장하는 방안이 개별적·서술적 설정방식이므로 미국 일부 주들의 양형기준 설정방식과 비슷하다는 취지로 분류하지만 미국 각 주들의 양형기준 설정방식은 기본적으로 종합적인 방식이므로 질적인 차이가 있다고 하겠다. 양형기준안을 주장하고 개별적 양형기준제의 하나임을 강조하고 있다. 그러나, 손철우 위원의 설정 방안은 일부 범죄에 대한 양형기준 설정을 주장하고, 나아가 선정된 일부 범죄에 대하여도 점진적 설정 방안을 주장하고 있으므로 개별적 양형기준 모델의 범주에서도 매우 독특한 설정 방식이라고 할 수 있다. 사건으로는 영국식 양형기준과 큰 차이가 없다고 본다.

24) 미네소타 양형위원회 1980년 보고서, 대검찰청 양형기준 태스크포스 쪽 참조

부분적 설정방식은 대체로 C 유형표에 나타난 정도의 상, 하한 폭이나 그보다 더 넓은 상, 하한 폭을 유지하리라 본다. 왜냐하면, 부분적 설정방식이 대체로 판사의 재량을 보다 넓게 보장하려는 생각을 전제로 하고 있기 때문이다. 상, 하한의 폭이 넓다는 점에서는 판사의 양형재량이 많이 보장되는 형태라고 할 수 있다. 그러나, 아래에서 보는 바와 같이 등급간 이동이 용이하지 않거나 허용되지 않는다는 면에서는 양형재량이 제약된다.

○ 부분적 설정방식의 체계적 결함

일단, 부분적 단편적 설정방식에서는 주요 범죄간의 서열화를 하지 않게 된다. 이를 테면, 사기죄와 업무상횡령죄가 있다고 가정하자. 어느 범죄가 더 중한 것으로 볼 것인가? 종합적, 체계적인 양형기준 설정방식에서는 이러한 작업이 가장 중요한 작업이 된다. 부분적, 단편적 설정방식에서는 이러한 서열화 작업이 불필요하다(물론 이루어질 수도 있지만 그 필요성이 거의 없다). 서열화의 중요성에 대하여는 많은 학자들이나 양형정책자들이 강조하고 있다. 주요 범죄간의 서열화(등급화)가 이루어지지 않는다면, 다수 범죄의 경우에 '주요 범죄'를 결정하는 기준도 어렵고 경합범 가중의 정도를 결정하기도 쉽지 않다. 또한, 여러 범죄에 대한 범죄전과가 있을 경우에 이를 계량화하여 반영하기도 쉽지 않다. 물론, 실정법상 법정형이 정하여져 있으므로 이미 서열화가 되어 있다고 강변할 수도 있겠으나, 양형기준을 마련하기 위하여는 법정형뿐만 아니라 양형 실무, 규범적 조정을 통한 서열화가 필요하다고 본다.

둘째로, 다수 범죄 처리기준을 마련하기 어렵다. 이를 테면, 사기죄 양형기준만을 마련한 경우, 사기죄와 업무상횡령죄로 유죄 선고된 피고인에 대하여는 사기죄 양형기준을 어떻게 적용할 것인가? 아예, 사기죄 양형기준의 적용대상에서 제외되는 것인가? 적용대상에 포함된다면 어느 정도로 선고하여야 양형기준에 따른 판결로서 이탈이 아닌 것으로 볼 수 있는가? 이러한 쟁점에 대하여 명쾌한 답을 주지 못한다.

셋째, 앞서 이미 언급된 것이지만, 주요 범죄간 서열화를 하지 않음으로써 전과의 계량화를 하는데 제약이 따른다. 즉, 전과를 반영함에 있어 죄명을 고려하지 않고 복역기간이나 벌금의 정도, 횡수를 기준으로 계량화하기로 한다면 범죄간 서열화가 이루어지지 않더라도 계량화를 하는데 어려움이 없을 것이나, 죄명을 고려하여 전과 계량화를 하려고 하면 주요 범죄가 등급화가 전제되어야 한다. 미국 각 주의 양형기준을 보면, 대체로 중한 범죄 등급의 범죄전력이 있는 경우와 경한 범죄 등급의 범죄전력이 있는 경우에 점수를 차등화하여 부과하고 있다. 부분적 접근방식에서는 이러한 점수 차등화를 하기 어렵게 된다.

넷째, 양형인자의 계량화가 어렵다. 논리적으로 필연은 아니나, 앞에서 살핀대로 부

분적 설정방식은 일단 양형요소들에 의한 등급간 이동을 원칙적으로 허용하지 않게 된다. 등급 내에서 재차 구간을 나누어 범위를 제시하고 가중, 감경인자를 배치하더라도 이를 계량화라고 보기 어렵다. 계량화가 제대로 이루어지지 않는다면 양형 결정 과정의 투명성이 보장되기 어렵다는 점에 대하여 이주형 전문위원이나 금번 공개토론회의 토론자 중 한 사람이었던 신주영 변호사 등 여러 사람들이 강조한 바 있다.

이러한 설정 방식은 주요 양형인자들의 반영 정도가 정확하게 정하여지지 않음에 따라 이에 관한 결정이 각 법원에 맡겨진다는 판사의 재량이 넓게 보장된다고 하겠다. 따라서, 양형의 일관성을 유지하기 쉽지 않은 설정방식이 된다. 사실 영국식 양형기준의 이러한 측면은 우리나라에서도 다수 법관들이 이를 선호할 가능성이 높게 한다. 손 위원이 제시한 안도 주요 양형인자들의 반영 정도가 결국 개개 법관에게 맡겨진다는 면에서 영국식 양형기준과 본질적인 면에서 큰 차별성이 없다.

○ 부분적 설정방식이 판사의 재량을 많이 보장하는가?

그런데, 등급간 이동이 허용되지 않는 이러한 방식은 우리나라의 경우 집행유예 선고에 관한 판사의 재량을 오히려 크게 제약할 우려가 있다. 손 위원은 예시한 강도죄 양형기준 샘플을 보면서 설명한다.²⁵⁾

범죄 유형	형량 범위	
제1 강도 유형	감경	3년 내지 4년
	기본	4년 내지 6년
	가중	6년 내지 7년

위 샘플에 의하면, 제1 강도 유형은 형량 범위가 3년에서 7년이 된다. 강도죄 법정형이 3년 이상의 유기징역으로 폭이 넓기 때문에 행위 유형에 따라 강도죄를 나누어 제시해 본 것이라 하겠다. 그런데, 유형에 따라 법정형을 세분하여 일단 제1강도 유형에 해당하면 집행유예가 불가능하게 된다(위 샘플 표에서 형량 범위로 제시된 형량은 선고형의 범위라고 본다. 만약, 위 형량 범위에 제시된 형량이 처단형이나 법정형에 불과하여 법관이 재차 등급을 벗어나는 가중이나 감경을 할 수 있다면 위 표는 양형기준으로서 무의미하다). 그렇다면, 강도 각 유형을 구별하게 되는 인자 외에 나머지 인자들은 상대적으로 중요성이 떨어지게 되고, 유형을 구별 짓는 인자가 너무 중요한 비중

25) 손철우 토론자료, 57쪽 참조

을 차지하게 된다. 그리고, 유형을 구별 짓는 인자 외의 인자를 고려하여 등급 이동을 하고자 한다면, 이는 이탈의 경우에 해당하게 될 것이므로 판사들이 그 이탈 사유를 기재하여야 하는 부담이 남게 된다. 현재의 실무 사례 등을 보면, 법정형이 7년 이상의 유기징역에 해당하는 강도상해의 경우에도 거듭되는 감경을 통하여 집행유예를 선고하는 경우가 많다. 샘플안과 같은 형태로 양형기준 표를 구성한다면, 강도상해죄는 아마도 중한 강도죄 유형 양형기준표에 상응하는 양형범위를 가지고 될 것이고, 따라서 집행유예를 선고하는 경우는 모두 양형기준을 이탈하는 경우에 해당하게 될 것이다. 이러한 분석에 대하여, 실형과 집행유예 기준은 따로 논의하는 것이라고 반론이 제기된다면 그야말로 단편적 접근 방식의 문제점을 보여주는 것이라 하겠다.

(2) 종합적, 체계적 설정 방식

○ 영국 외에는 대체로 종합적, 체계적 접근 방식을 채택

개별 범죄유형별로 어떤 유형표를 선택하든지 아니면 전체적으로 1개의 유형표를 선택하든지 간에 그러한 구별이 종합적이나 아니냐를 구분짓는 것은 아니라는 점에 대하여 상술한바 있다. 사실 대부분의 범죄에 대하여 1개의 유형표를 선택하고, 일부 특정 범죄 유형(이를 테면, 성범죄나 마약범죄)에 대하여 별도의 유형표를 선택할 수도 있고, 개별 범죄 유형마다 개별 유형표를 선택할 수도 있다. 이는 정책 결정의 문제이지 종합적, 체계적 양형기준을 포기하였다는 것을 의미하는 것이 아니다. 미 법무부 사법지원국에서 미국 연방 및 각 주의 양형기준제를 조사, 분석하면서 체계화된 양형기준제에 대한 분석(Structured Sentencing)이라고 표제를 정한 점도 그런 면에서 의미심장한 측면이 있다.

종합적, 체계적 접근 방식에서는 대부분의 범죄에 적용하는 양형기준 원칙을 두고 있으므로 예시된 사례에 대하여 양형기준을 적용할 수 있게 된다. 범죄전력을 고려하는 규정이나 다수 범죄 처리 규정을 두고 있다. 또한, 양형 데이터를 수집하는 규정과 양형기준 준수 모니터링에 관한 규정들을 두고 있다.

○ 등급간 이동 또는 점수 부여 방식

종합적, 체계적 설정 방식 중, 양형요소에 따라 등급간 이동이 허용되는 경우나 점수가 부여되어 형량이 진폭이 그 점수에 따라 결정되는 방식이 있다. 전자는 미국 연방 양형기준이 대표적이라고 하겠고, 후자는 미국 버지니아 주 양형기준이 대표적이라고 하겠다. 이러한 방식은 아래 등급 내 조정 형태에 비하여, 최초 기본 범죄수준이 설정

되었다고 하더라도 양형요소들의 고려에 따라 실형, 비실형 여부에 대한 결정이나 구체적 형량이 변하게 된다. 버지니아 주의 경우는 실형과 비 구금형(단기간의 실형 포함)을 구분하는 단계를 별도로 두고 있다.

미국 연방 양형기준을 적용하는 방법에 대하여는 기존의 여러 연구 논문에서 자세히 설명된 바 있고, 연방 양형위원회 홈페이지에서 제공하는 양형기준 매뉴얼을 참고하면 된다. 연방 양형기준 매뉴얼은 매년 수정이 이루어지고 있고 그 내용이 매우 복잡하다. 연방 양형기준도 19개의 유형으로 나누어 각 유형마다 각기 양형 가중, 감경인자들을 설명하고 있어 그러한 측면에서는 개별화된 양형기준이라고 못볼 바 아니라는 점은 앞에서 본바와 같다.

○ 주요 양형인자의 비율적 반영 방안(특히 법률상 가중·감경 인자)

우리 형법은 법률상 가중이나 감경에 관한 규정을 많이 두고 있다. 법률상 감경의 범위에 대하여는 형법 제55조에서 규정하고 있는데, 주로 형기의 1/2을 감경하는 내용이다. 누범의 경우는 장기의 2배까지 가중하고, 경합범의 경우는 통상 중한 죄의 장기의 1/2을 가중한다. 이와 관련하여, 어떤 범죄에 대하여 기본 범죄수준을 정한 경우에 법률상 가중사유나 감경사유가 존재하면 어느 정도로 가중이나 감경을 하여야 하는지 논란이 될 수 있다. 예를 들어, 경험적 결과와 규범적 조정을 통하여, 사기죄의 기본범죄수준을 3년으로 정하였다고 하자(편의상 사기죄에 대하여 하부 범주화는 하지 않았고 가정한다). 이때 미수인 경우 어느 정도로 감경하여야 하는가? 미수 감경은 통상 형법 제25조 제2항 규정에 의하여 임의적이다. 형법 제55조의 규정에 따라 감경하면 '5년 이하의 징역 또는 1,000만원 이하의 벌금'이 처단형이 된다. 그런데, 여전히 사기죄의 기본범죄수준은 감경된 처단형의 범위 안에 있다. 미수에 대하여는 임의적 감경이므로 기본범죄수준을 감경하지 않아도 형법 규정에 저촉되지 않을 것이다. 형법 제55조의 규정 취지를 최대한 존중하여 미수의 경우에는 기본 범죄수준 자체를 1/2 감경하여야 하는가? 사건으로는, 이러한 경우 반드시 기본 범죄수준을 1/2의 비율로 감경할 필요는 없다고 본다. 왜냐하면 위 형법 55조는 기본적으로 최종 양형 값이 설정되는 한계를 정하는 테두리라고 보아야 함이 적정하기 때문이다. 사실 법률상 감경사유가 있을 때마다 기본 범죄수준 값을 1/2씩 감경한다면 기형적인 결과가 나올 가능성이 있다. 1/2씩 확일적으로 가중하여야 한다는 논리에 의하면, 누범인 경우에는 기본범죄수준을 2배로 가중하여야 한다는 결론이 될 수도 있다(물론, 누범 가중의 경우에는, 단기는 가중되지 않고, 장기만 가중되는 것이므로 장, 단기 모두 감경되는 법률상 감경의 경우와 꼭 대칭된다고 보기 힘든 면도 있다).

이렇듯, 형법 제55조 규정을 너무 형식적으로 해석하는 경우에 양형기준 설정을 통

한 양형 값 도출 과정이 너무 복잡하여 질 수 있다. 앞서 본 면을 고려하여, 이호중 전문위원은 위와 같은 법률상 가중·감경 사유에 대하여는 서술식으로 정리하고, 나머지 양형인자에 대하여는 계량화하면 된다고 주장한다. 예를 들면, 법률상 감경사유에 대하여 1/2 또는 1/3씩 감경한다는 취지의 서술식으로 기술한다는 것이다.²⁶⁾ 이 위원은 법률상 가중·감경 요소에 대하여는 등급 이동형 유형표에서는 이를 소화하기 어렵다는 측면을 고려한 듯하다. 이 위원의 생각은 “미 연방의 양형기준표는 매우 세밀하여 범죄의 등급을 43등급으로 세분화하고 있는데, 기본 범죄등급에 5등급 정도를 감경하더라도 현행법상 법정형을 1/2로 감경한 형벌 하한선보다 높은 수준으로 결정되는 결과가 된다”라는 토론문 속에 담겨 있는 것을 보인다. 그러나, 앞서 본바와 같이 미국 연방 양형기준은 6등급 차이가 형량 차이가 2배가 되도록 고안된 것이다. 따라서, 굳이 1/2 비율의 감경을 하여야 한다면 대체로 6등급 감경을 하면 될 것이다. 즉, 일정한 비율을 고려한 감경도 격자식 구조에 포함되도록 격자를 구성할 수도 있는 것이다. 필요적 감경의 경우와 임의적 감경의 경우에 차이를 둘 것인지 여부 등 이와 관련된 여러 쟁점이 있을 수 있으나 본고에서는 더 나아가 다루지 않고자 한다.

다만, “1/3 내지 1/2 감경한다”와 같은 서술식 기술을 채택한다면 양형의 일관성이 해쳐질 수 있고, 구체적 양형 과정을 투명하게 하는데 어려움이 있을 수 있다. 연방 양형기준 제정 과정에서 여러 등급 범위로 이동(예를 들면 ‘피해나 상해의 정도에 따라 1등급에서 6등급의 탄력적 이동을 허용’)될 수 있는 양형요소를 채택할 지를 고민하였으나 “그러한 방식이 제공하는 광범위한 재량 때문에 그 방식은 양형에 있어 많은 편차를 가져오게 된다; 각기 다른 법원들이 그들의 재량권을 매우 다른 방향으로 행사할 수 있다(Because of the broad discretion that it entails, such an approach would have risked corresponding broad disparity in sentencing; different courts would have exercised their discretionary powers in significantly ways)”라는 고려에서 채택하지 않았다는 점을 음미할 필요가 있다.²⁷⁾

이와 관련하여, 영국 양형위원회 양형기준 중 하나인 ‘유죄시인의 경우의 양형에서의 감경(Reduction in Sentence for a Guilty Plea)’ 양형기준에 따르면, 유죄를 시인한 경우는 총 양형의 일정 비율로 감하게 된다. 수사 초기 단계에서는 최대 1/3, 재판일이 정해진 후에는 최대 1/4, 재판이 개시된 후에는 최대 1/10의 비율로 감경한다는 것이다.²⁸⁾ 그러나, 위 기준에 따르면, 유죄 시인에 따른 감경은 통상 재판절차에 따르는 비용이나 시간을 단축시키는데에 따른 감경으로 일반적인 가중·감경 인자와는 별개의 이슈라고

26) 이호중 토론자료, 10쪽 하단 참조.

27) Supplementary Report, 14쪽

28) 위 기준 4, 5쪽 참조

명시하고 있다. 따라서, 유죄 시인에 따른 감경 기준은 우리나라 법률상 가중·감경인자의 고려 방법에 직접적으로 관련된 것 같지 않다.

4. 제안 : 종합적 설정에 필요한 요소들에 대한 토의 및 의결

앞서 밝힌 대로, 양형위원회에 의한 양형개혁을 선택한 이상 양형기준은 종합적, 체계적으로 설정하는 것이 타당하다. 종합적인 설정 방식 중, 미국 연방과 같은 등급간 이동 방식이든, 미국 각 주와 같이 등급 내 조정 방식이든 점수제 방식이든 우리에게 적합한 요소들을 취사하면 된다고 생각한다. 일단, 단편적인 설정방식을 피한다는 의사결정이 긴요하다. 종합적인 설정방식을 취하면서도 호주 등에서 활용되는 양형정보 시스템을 결합하는 방식도 좋다고 생각한다. 미국 아리조나 주립대학 교수인 Marc Miller는 이러한 양형정보시스템의 활용이 양형개혁에 매우 중요함을 강조하고 있는데, 흥미할 필요가 있다고 본다.²⁹⁾

양형기준제의 도입 취지에 부합하는 양형기준제를 운용하기 위하여 아래에서 예시한 쟁점을 포함하여 체계적 양형기준 설정 단계에서 고려하여야 할 여러 요소들에 대한 일괄 검토와 일괄 의결 방식이 타당하다고 본다. 구체적인 토의 방법으로는 이주형 전문위원이 제시한바 있는 각 양형기준제의 장·단점 비교·분석리스트와 같은 형식으로 검토가 이루어져야 할 것이다.³⁰⁾ 특히, 양형기준의 구간의 개수와 폭, 각 범죄에 대한 서열화는 구체적인 양형기준을 만들기 위하여 필수적인 것이므로 그 방식에 대한 토의 및 의결이 필요하다고 본다. 양형위원회 전문위원단과 운영지원단은 이러한 종합적인 쟁점들을 모두 포괄하는 종합적인 검토보고서를 신속히 제출할 필요가 있다.

가. 범죄등급란의 개수, 셀 내의 상, 하한 폭을 결정

미국 연방이나 매사추세츠 주, 미네소타 주 등 양형기준제를 운용하는 상당수의 미국 주들에서 법률로 양형기준 셀의 상, 하한 폭에 대하여 정하고 있다. 사실 우리도 위와 같은 사항은 국회에서 법률로 정하여 둘 필요가 있었을 것이다. 어쨌든, 국회에서 정하지 않았으므로, 양형위원회에서도 이에 대한 중점적인 검토와 의결이 필요하다고 본다.

29) Marc L. Miller and Ronald F. Wright, "The Wisdom We Have Lost? Sentencing Information and its Uses"(2005), 58 Stan. L. Rev; Marc Miller, "A MAP OF SENTENCING AND A COMPASS FOR JUDGES: SENTENCING INFORMATION SYSTEMS, TRANSPARENCY, AND THE NEXT GENERATION OF FREEDOM", Columbia Law Review Vol. 105.

30) 이주형 토론자료 60 내지 62쪽 참조

나. 기본 범죄수준의 결정 및 범죄의 서열화

양형기준표의 구간의 개수나 폭이 정하여진다면, 다음 단계는 기본 범죄수준을 어떻게 결정할 것인가, 기본 범죄수준을 효율적으로 정하기 위하여 하부 범주화(Subcategorizing)이 필요한 범죄는 어떠한 것인지 결정하는 절차가 필요하다

사기죄의 예를 들어본다. 사기죄의 선고 형기를 단순 평균하면 약 10개월 정도 된다고 한다. 단순히, 경험적인 수치를 그대로 반영한다면 사기죄의 기본 범죄수준을 10개월에서 출발시킬 수도 있다. 다른 한편, 사기죄의 법정형의 폭이 너무 크므로(정역형의 폭이 10년 이하의 형으로 10년), 1급 사기죄, 2급 사기죄, 3급 사기죄, 4급 사기죄의 형태로 하부 범주화하여 각 경우의 기본 범죄수준을 설정하는 방식이 있을 수 있다(등급 이동식 또는 등급 내 조정식을 불문하고). 이렇게, 하부 범죄유형화할 필요가 있을 경우, 그 기준을 어떤 요소로 설정할 것인가가 문제로 대두된다. 예를 들면, 피해액을 기준으로 하부 범죄유형화할 것인지 아니면 다른 요소를 기준으로 할 것인지 등. 모든(또는 주요) 범죄에 대하여 기본 범죄수준을 정하게 된다면 그것은 각 범죄유형을 서열화하는 것을 의미한다. 범죄유형에 대한 서열화가 이루어진다면, 경합범 가중을 하기도 용이하고, 범죄전력을 계량화하기도 용이하게 된다.

다. 등급간 이동 방식을 택할 것인지 여부가 긴요

위에서 살핀바와 같이 새로운 등급간 이동 방식을 선택할 것인지 등급 내 조정 방식을 선택할 것인지는 매우 중요하다. 점수제 방식도 기본적으로는 등급간 이동 방식의 변형이라고 볼 수 있다. 양형기준 초안을 작성하기 전에 양형위원회에서 이에 관한 논의 및 의사결정이 있어야 효율적일 것이다.

라. 다수 범죄(경합범) 가중의 방식

앞서 본바와 같이 미국 연방식으로 설정하는 방식도 있을 수 있고(원칙적으로 각 경합범죄마다 등급 계산), 미국 버니지아 주의 방식과 같이 대표 범죄를 정하고 그에 일정한 체크리스트를 만들어 점수식으로 가중하는 방법도 있을 수 있다. 물론 우리나라 법률 규정을 고려하여 새로운 가중 형태를 고안할 수도 있을 것이다. 이에 대한 논의도 신속히 이루어져야할 것이다.

라. 구금형과 비구금형의 구별기준 관련

(1) 등급 내 조정 방식의 문제점

우리나라 경우에는 법률상 감경사유 여러 개 있으면 여러 차례 감경을 할 수 있고 또한 작량감경도 할 수 있다. 감경의 폭도 원칙적으로 형기의 1/2을 감경하게 되는 등

폭이 매우 크다. 따라서, 법률상 감경사유나 작량감경 전 단계에서(즉 구체적인 양형인 자들의 반영에 대한 고려가 이루어지지 않은 단계에서) 주된 행위 유형에만 의존하여 범죄등급을 정하고 그 이후 등급간 이동이 이루어지지 않게 하다면 현재 실무보다 비구금형을 선고할 수 있는 영역이 매우 축소될 것이다. 양형기준 설정방식을 설정할 때 이러한 측면을 고려하여 적절한 설정방식이 선택되어야 할 것이다. 개인적으로는 우리 형법의 양형 관련 가중·감경 규정을 볼 때 등급 이동식 양형기준 설정 방식이 양형기준을 수립함에 있어 보다 적절하다고 생각한다.

(2) 집행유예 가능 영역의 차등화 여부

우리나라의 경우, 집행유예 가능 구간이 매우 넓다. 즉, 법정형이 아니라, 선고형의 범위가 3년 이하의 징역형이나 금고형이면 집행유예가 가능한 것이므로 외국 입법례에 비하여 집행유예가 가능한 영역이 넓다. 집행유예를 선고하는 경우에 보호관찰, 사회봉사 또는 수강명령을 부과할 수 있는바,³¹⁾ 장기간의 보호관찰이나 장시간은 사회봉사명령 등은 느끼기에 따라서는 단기 실형보다 중하게 여겨질 수도 있다. 위와 같은 부가조건을 부과하는 데에도 일관성이 필요하므로 그 기준을 마련할 필요도 있다고 본다.

A 유형표에서 예시한 것처럼 집행유예 선고가 가능한 영역을 3등분하여 가장 낮은 단계에서는 아무런 부가조건을 부과하지 않는다는 단기간의 보호관찰을 부과하고, 중간 등급이나 가장 중한 등급에서는 부가조건을 중하게 부과하는 방법을 고려할 수 있을 것이다.

(3) 집행유예 부가조건 위반 시 취소 기준 설정 여부

집행유예 부가조건을 지키지 않는 경우 집행유예가 취소될 수 있는데,³²⁾ 그에 따른 기준이 필요하다. 법문에는 “준수사항이나 명령을 위반하고 그 정도가 무거운 경우”에 취소하도록 되어 있으나 문언만으로는 그 기준이 추상적이다. 집행유예 취소되는 경우란 실형을 선고하는 것과 동일한 효과가 있기 때문에 이에 대하여 일관성 있는 기준도 필요하다.

바. 양형 데이터베이스 구축 및 양형기준 모니터링

사개추위에서도 참고적 양형기준제의 도입과 함께 대법원에 양형데이터베이스 구축을 건의한바 있다. 위와 같은 건의가 있는 후에 양형위원회가 출범하였으므로 양형위원회에서 양형자료를 지속적으로 수집하여야 할 것이다. 현재 양형자료분석관에 의한 일부 제한된 범위의 사건에 대한 양형자료 수집 방식은 비교법적으로도 예가 없을 뿐

31) 형법 제62조의 2

32) 형법 제64조 제2항

만 아니라 효율적이지 않다. 미국 연방이나 각 주들의 예에서 보는 바와 같이 양형위원회에서 일정한 양식을 개발하여 그 양식에 따라 판결을 선고한 재판부에서 양형자료를 직접 양형위원회에 송부하여야 할 것이다. 이러한 사항은 입법사항이라고 판단되므로 조속한 입법이 필요하다고 본다. 양형 정보가 체계적으로 수집되어야 양형기준 준수에 대한 모니터링이 가능하다고 할 것이다. 양형기준이 성공적으로 시행되고 있는지를 확인하기 위하여도 모니터링이 필요할 것이다.

사. 교정 정책에 대한 진지한 고려

(1) 가석방 제도의 활용

우리나라는 양형기준제를 도입한 이후에도 가석방제도가 여전히 존재하고 있다. 무기의 경우에는 10년, 유기의 경우에는 형기의 1/3이 경과한 후에 행정처분으로 가석방을 할 수 있으나,³³⁾ 가석방 실무를 살펴보면, 거의 90퍼센트 이상의 형기를 복역한 후에 가석방이 이루어진다고 한다. 여러 원인이 있겠으나 현재 선고형이 너무 관대한 것이 하나의 이유가 아닌가 생각한다.

가석방 제도가 존재하므로, 양형기준의 활용을 통하여, 집행유예가 남발되는 경향을 줄이는 방편으로 실형을 선고하고 필수 복역기간을 부여한 다음 가석방이 이루어지도록 형사정책을 운용할 수도 있다고 생각한다. 사실 짧은 재판기간 동안에 피고인의 특별예방적인 고려를 정확히 하기는 어려운 면이 있다. 위와 같이 필수 복역기간을 제시하는 예는 호주나 뉴질랜드 등에서 찾아볼 수 있는 것 같다. 영국도 Custody Plus라는 형 집행방식을 도입하여 실형을 선고받은 경우에도 일정기간은 복역하지만 나머지 기간은 보호관찰을 하고 있음을 참작할 필요가 있다.

(2) 현 교도소 구금 인원 수준의 유지 여부

미국 각 주 양형기준의 경우, 양형기준을 도입한 후에도 적정한 구금인원을 유지하였다. 미네소타 주의 경우는 아예 양형기준 제정당시 당시의 구금수준을 유지하는 방향으로 양형기준을 마련하도록 의회의 지시가 있었다. 우리나라도 새로운 양형기준을 정비하는 이상, 현재 구금인원을 유지하는 형태의 양형기준을 마련할 것인지(이러한 원칙을 세운다면, 어떤 특정한 범죄에 대하여 규범적으로 형량을 높이면, 필연적으로 다른 영역의 형량은 낮추거나 중간 제재형의 비율을 높여야 할 것이다)에 대한 정책적인 검토가 있어야 하리라 본다.

5. 맺음말

종합적으로 양형기준의 주요 쟁점을 검토하고 의결하는 것이 장기적으로 보다 효율적

33) 형법 제72조 제1항

이고 따라서 비용도 덜 소요된다고 본다. 사실 법원조직법에서 정하는 2년의 시기 안에 모든 범죄에 대한 양형기준을 설정하기는 어렵다. 종합적 접근 방식을 주장하는 이주형 전문위원도 모든 범죄에 대한 양형기준을 설정하여야 한다고 주장하고 있지는 않다. 다만, 주요 쟁점을 종합적으로 검토하여야 한다는 것이다. 이러한 입장에 대하여 개인적으로 전적으로 찬성한다.

미국 연방이나 각 주에 비하여 형사사건 수가 훨씬 많고 범죄 유형도 다양한 우리나라에서 양형기준을 수립하는 것은 매우 복잡하고 힘든 작업일 것이다. 또한, 양형기준을 수립하는 것은 국민의 권리, 의무에 지대한 영향을 미치는 것이다. 굳이 비유한다면 초고층 빌딩 건축을 설계하고자 매우 복잡한 퍼즐 조각을 맞추는 것이라고 생각하면 될 것이다. 이러한 중대한 작업을 전체적인 설계도면 없이 한 층, 한 층 건축하여 가거나, 애초에 퍼즐 조각으로 완성하려는 그림도 없이 한 조각, 한 조각 막연하게 맞추어 가는 것은 너무 무모하다. 이러한 경우, 새로 탄생하는 양형기준제가 좌초하거나 불필요한 시행착오를 겪고 너무 많은 비효율성을 초래할 것이다. 부분적, 단편적 양형기준 설정 방식이 그러한 오류를 범할 가능성이 너무 크다.

개정 법원조직법은 양형위원회에서 공무원이나 전문가를 파견 받아 양형위원회의 활동을 돕도록 규정하고 있다. 조속한 시일 내에 전문가들을 파견 받고 소위원회를 구성하여 활동하는 것이 중요하다고 본다. 공청회를 계속하여 개최할 필요가 있음을 물론이고, 해외 양형기준 운영국가의 양형정책 담당자나 법조인을 초청할 필요도 있을 것이다.

[별지 1] 미 연방 양형기준 격자표

범죄 등급	범 죄 경 력 범 주					
	I (0, 1)	II (2, 3)	III (4, 5, 6)	IV (7, 8, 9)	V (10, 11, 12)	VI (13 이상)
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
A 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
B 9	4-10	6-12	8-14	12-18	18-24	21-27
10	6-12	8-14	10-16	15-21	21-27	34-30
C 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
D 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	79-97	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

[별지 2] 미네소타 주 양형기준 격자표

SENTENCING GUIDELINES GRID

Presumptive Sentence Lengths in Months

Italicized numbers within the grid denote the range within which a judge may sentence without the sentence being deemed a departure. Offenders with non-imprisonment felony sentences are subject to jail time according to law.

SEVERITY LEVEL OF CONVICTION OFFENSE (Common offenses listed in italics)		CRIMINAL HISTORY SCORE						
		0	1	2	3	4	5	6 or more
<i>Murder, 2nd Degree</i> (intentional murder; drive-by shootings)	XI	306 261-367	326 278-391	346 295-415	366 312-439	386 329-463	406 346-480 ²	426 363-480 ²
<i>Murder, 3rd Degree</i> <i>Murder, 2nd Degree</i> (unintentional murder)	X	150 128-180	165 141-198	180 153-216	195 166-234	210 179-252	225 192-270	240 204-288
<i>Assault, 1st Degree</i> <i>Controlled Substance Crime,</i> <i>1st Degree</i>	IX	86 74-103	98 84-117	110 94-132	122 104-146	134 114-160	146 125-175	158 135-189
<i>Aggravated Robbery, 1st Degree</i> <i>Controlled Substance Crime,</i> <i>2nd Degree</i>	VIII	48 41-57	58 50-69	68 58-81	78 67-93	88 75-105	98 84-117	108 92-129
<i>Felony DWI</i>	VII	36	42	48	54 46-64	60 51-72	66 57-79	72 62-86
<i>Assault, 2nd Degree</i> <i>Felon in Possession of a Firearm</i>	VI	21	27	33	39 34-46	45 39-54	51 44-61	57 49-68
<i>Residential Burglary</i> <i>Simple Robbery</i>	V	18	23	28	33 29-39	38 33-45	43 37-51	48 41-57
<i>Nonresidential Burglary</i>	IV	12 ¹	15	18	21	24 21-28	27 23-32	30 26-36
<i>Theft Crimes (Over \$2,500)</i>	III	12 ¹	13	15	17	19 17-22	21 18-25	23 20-27
<i>Theft Crimes (\$2,500 or less)</i> <i>Check Forgery (\$200-\$2,500)</i>	II	12 ¹	12 ¹	13	15	17	19	21 18-25
<i>Sale of Simulated</i> <i>Controlled Substance</i>	I	12 ¹	12 ¹	12 ¹	13	15	17	19 17-22



Presumptive commitment to state imprisonment. First Degree Murder is excluded from the guidelines by law and continues to have a mandatory life sentence. See section II.E. Mandatory Sentences for policy regarding those sentences controlled by law.



Presumptive stayed sentence; at the discretion of the judge, up to a year in jail and/or other non-jail sanctions can be imposed as conditions of probation. However, certain offenses in this section of the grid always carry a presumptive commitment to state prison. See sections II.C. Presumptive Sentence and II.E. Mandatory Sentences.

¹ One year and one day

² M.S. § 244.09 requires the Sentencing Guidelines to provide a range of 15% downward and 20% upward from the presumptive sentence. However, because the statutory maximum sentence for these offenses is no more than 40 years, the range is capped at that number.


Effective August 1, 2006


SEX OFFENDER GRID

Presumptive Sentence Lengths in Months

Italicized numbers within the grid denote the range within which a judge may sentence without the sentence being deemed a departure. Offenders with non-imprisonment felony sentences are subject to jail time according to law.

		CRIMINAL HISTORY SCORE						
SEVERITY LEVEL OF CONVICTION OFFENSE		0	1	2	3	4	5	6 or more
CSC 1 st Degree	A	144 144-173	156 144-187	168 144-202	180 153-216	234 199-281	306 260-360	360 306-360
CSC 2 nd Degree – (c),(d), (e), (f), (h)	B	90 90-108	110 94-132	130 111-156	150 128-180	195 166-234	255 217-300	300 255-300
CSC 3 rd Degree – (c),(d), (g), (h), (i), (j), (k), (l), (m), & (n)	C	48 41-58	62 53-74	76 65-91	90 77-108	117 99-140	153 130-180	180 153-180
CSC 2 nd Degree – (a), (b), (g) CSC 3 rd Degree – (a), (b), (e), (f) Dissemination of Child Pornography: Subsequent or by Predatory Offender	D	36	48	60 51-72	70 60-84	91 77-109	119 101-143	140 119-168
CSC 4 th Degree – (c),(d), (g), (h), (i), (j), (k), (l), (m), & (n) Use Minors in Sexual Performance Dissemination of Child Pornography	E	24	36	48	60 51-72	78 66-94	102 87-120	120 102-120
CSC 4 th Degree – (a), (b), (e), (f) Possession of Child Pornography: Subsequent or by Predatory Offender	F	18	27	36	45 38-54	59 50-71	77 65-92	84 71-101
CSC 5 th Degree Indecent Exposure Possession of Child Pornography Solicit Children for Sexual Conduct	G	15	20	25	30	39 33-47	51 43-60	60 51-60
Registration Of Predatory Offenders	H	12 ¹ 12 ¹ -14	14 12 ¹ -17	16 14-19	18 15-22	24 20-29	30 26-36	36 31-43

 Presumptive commitment to state imprisonment. See section II.E. Mandatory Sentences for policy regarding those sentences controlled by law, including minimum periods of supervision for sex offenders released from prison.

 Presumptive stayed sentence; at the discretion of the judge, up to a year in jail and/or other non-jail sanctions can be imposed as conditions of probation. However, certain offenses in this section of the grid always carry a presumptive commitment to state prison. These offenses include second and subsequent Criminal Sexual Conduct offenses. See sections II.C. Presumptive Sentence and II.E. Mandatory Sentences.

¹ One year and one day

Effective August 1, 2006