



# 공정하고 객관적인 양형을 위한 양형심리 절차의 개선 방안

2022. 8.

재판제도분과위원회

## I. 분과위원회 토의 결과 요약

### 1. 양형조사제도 개선에 관한 논의

#### ■ 논의 경과

- 형사소송법 개정을 통한 양형조사제도 법제화가 필요하다는 점에 공감대가 형성되었고, 이후 아래와 같이 논의함
- 위원회가 제시하는 형사소송법 개정안에서는 당사자에게 양형조사 신청권을 부여하고 법원조사관을 양형조사 주체로 정하기로 함
- 피해자의 양형조사 신청권, 판결전조사 제도의 형사소송법 편입, 제3의 기관에 의한 양형조사 운영은 고려 가능한 대안 중 하나로 제시하기로 함
- 형사소송법 개정안에는 양형조사제도에 관하여 법률로 정하여야 하는 최소한의 사항을 담고, 그 외의 구체적 사항은 규칙에 위임하기로 함

#### ■ 결론

- 위원회는 아래와 같이 양형조사제도에 관한 형사소송법 개정안을 제안함

#### 제297조의3 (양형자료조사)

- ① 법원은 공소가 제기된 사건 중 검사·피고인 또는 변호인이 제출한 자료 등에 의하여 형을 정하기에 충분하지 아니하거나 그 진위의 조사가 필요하다고 인정하는 경우 직권으로 또는 검사, 피고인 또는 변호인의 신청에 의하여 조사관에게 양형자료의 조사를 명할 수 있다.
- ② 법원이 조사관에게 양형자료의 조사를 명한 경우에는 검사, 피고인 또는 변호인에게 지체 없이 서면으로 그 취지를 통지하여야 하고, 검사, 피고



인 또는 변호인은 조사할 사항에 관하여 의견을 진술할 수 있다.

- ③ 조사대상자를 구금 또는 수용하고 있는 시설이나 기관의 장이 조사관으로부터 조사대상자와의 면접 또는 관계 자료의 열람 등 필요한 요청을 받은 때에는 이에 협조하여야 한다.
- ④ 조사보고서가 제출된 경우에 법원은 검사·피고인 또는 변호인에게 즉시 통지하고 열람 또는 복사의 기회를 부여하여야 하고, 검사·피고인 또는 변호인은 조사보고서에 대하여 의견을 제시하고 필요한 자료를 제출할 수 있다.
- ⑤ 제1항의 신청을 기각함에는 결정으로 하여야 한다.
- ⑥ 조사관의 자격, 임면 및 권한, 양형자료조사의 방법 및 절차 등에 관하여 그 밖에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

## 2. 양형심리모델 개선에 관한 논의

### 1) 양형인자표를 활용한 양형심리모델 운영방안

#### ■ 논의 경과

- 양형심리에 대한 당사자 참여 활성화를 위하여, 재판부가 당사자에게 양형인자표를 송부하여 그에 대한 의견을 제출하도록 하고 이를 바탕으로 양형조사를 시행하는 방안이 공감대가 형성되었음
- 양형인자표 송부 및 의견서 요청 제도에 대하여 연구 의뢰 또는 추후 논의를 제안하는 방안(제1안), 양형인자표 송부 및 의견서 요청 제도를 반영한 양형심리모델을 시범실시하되, '범죄별' 양형인자표 송부 및 의견서 요청 제도를 권고하는 방안(제2안), '일반적' 양형인자표 송부 및 의견서 요청 제도를 권고하는 방안(제3안), '범죄별/일반적' 양형인자표 전부 또는 일부를 재량에 따라 선택하는 방식의 양형인자표 송부 및 의견서 요청 제도를 권고하는 방안(제4안) 중 제2안을 제안하기로 함
- 실시 여부, 대상 사건, 양형인자표 송부/의견제출 요구 시기, 양형인자표의 활용



범위 등은 재판부가 재량에 따라 선택하는 것으로 함

#### ■ 결론

- 위원회는, '범죄별' 양형인자표 송부 및 의견서 요청 제도를 양형심리모델 시범실시 재판부에 안내하고, 재량에 따라 그 실시 여부 및 구체적 운영 방법을 정하도록 권고하는 방안을 제안함

#### 2) 양형조사 요구서 양식 개선

- 현행 양형조사 요구서 양식에 대하여 검토 가능한 개선방안을 제시함

## II. 논의의 배경

### 1. 논의의 필요성

- 형사사건의 대부분은 양형이 주된 쟁점으로,<sup>1)</sup> 양형심리는 형사재판에서 매우 중요한 절차임
- 그러나 양형심리에 공판중심주의가 충분히 실현되지 못하고 있음. 사건 적체와 시간 부족 등으로 법정에서 양형에 대한 심리가 제대로 이루어지지 못한 채 변론요지서, 합의서 등 서류를 중심으로 판사실에서 양형 심리가 이루어지는 현실임. 피고인신문도 과거에 비해 활성화되지 못하고 있음
- 객관적이고 공정한 형벌 부과를 통해 피고인을 교화·개선하는 것이 양형의 목적이고, 최근에는 피해자의 실질적 피해회복도 강조되고 있는바(이른바 회복적 사법), '범행 관련 사항'뿐만 아니라 '피고인 관련 사항' 및 '피해자 관련 사항'에 대한 종합적인 양형조사를 기초로 하여 실질적인 양형심리가 이루어질 필요가 있음
- 현행 양형심리절차는 피해자의 의사 등에 대한 심리가 미흡함. 피고인 측은 형식적 합의서만을 제출하는 경우가 많고, 피해자의 진정한 의사, 실질적 피

1) 2020년 선고사건 중 전부무죄 비율은 2.56%에 불과함



해회복 여부 등에 대한 조사가 부족함. 부인 사건의 경우 피해자가 대부분 증인으로 출석하게 되므로 피해자 의사나 실질적 피해회복 여부 등이 공판에서 현출되는 경우가 많은 반면, 자백 사건에서는 피해자의 현재 상황이나 의사 등이 공판에 제대로 현출되지 않는 경우가 빈번함

- 양형심리 절차에 대한 불만족은 재판 결과에 대한 불신으로 이어질 수 있음. 따라서 양형판단이 실제적으로 공정해야 할 뿐만 아니라, 절차적으로 충실한 심리가 보장될 필요성 있음
- 양형인자의 존재 여부 확정 및 객관적 평가를 위한 절차를 마련하고, 그 과정에 당사자가 참여할 수 있어야 함

### III. 양형조사제도 및 양형심리모델 개관

#### 1. 양형조사제도

##### 가. 양형조사제도의 개요

- ▣ 형사재판의 재판장이 법원조사관에게 양형에 관한 자료를 수집·조사하여 그 결과를 법원에 보고하게 함으로써 직권으로 양형조건에 관한 형법 제51조의 사항을 수집·조사하는 제도. 위 법원조사관을 ‘양형조사관’이라 칭하고 있음
- ▣ 양형기준제도 시행 이후에는 양형인자 등 양형기준 적용에 필요한 사항 역시 조사·보고의 대상으로 하고 있음
- ▣ 법원조사관은 범죄인의 성행과 인격형성과정, 제반 환경, 범죄의 심층적 원인, 피해자에 대한 피해 회복의 정도 등 양형과 관련된 사실을 조사하여 법관에게 제공
- ▣ 2009. 7. 전국 7개 법원에 21명의 법원조사관을 배치하였고, 2022. 7. 기준 22개 법원에서 48명의 법원조사관이 활동 중임. 2022년부터 외부 전문가 2명을 전문임기제 공무원(나급) 형태로 채용하여 서울중앙지방법원, 수원지



방법원에 각 배치하였음

- ▣ 전문임기제 양형조사관을 제외한 나머지 양형조사관은 일반 법원직원 중 희망, 전문성 등을 고려하여 배치하고 있음. 임기는 기본 4년으로, 소속기관장이 1년 범위 내에서 단축할 수 있으나 대부분 4년을 채우고 있음. 법원직원인 양형조사관은 2022. 7. 기준 법원사무관(5급) 25명, 법원주사(6급) 12명, 법원주사보(7급) 9명으로 구성되어 있음

## 나. 법적 근거

### ▣ 양형조사관 구성에 대한 근거

- 법원조직법 : 설치근거, 담당업무 내용

#### 제54조의3(조사관)

- ① 대법원과 각급 법원에 조사관을 둘 수 있다.
- ② 조사관은 법관의 명을 받아 법률 또는 대법원규칙으로 정하는 사건에 관한 심판에 필요한 자료를 수집·조사하고, 그 밖에 필요한 업무를 담당한다.
- ③ 대법원장은 다른 국가기관에 대하여 그 소속 공무원을 조사관으로 근무하게 하기 위하여 법원에의 파견근무를 요청할 수 있다.
- ④ 조사관의 자격, 직제 및 인원과 그 밖에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

- 법원조사관 등 규칙 : 법원조사관 구성

#### 제2조(조사관)

- ① 법원조사관은 4급·5급 법원공무원 및 임기제공무원<sup>2)</sup> 또는 「법원조직법」 제54조의3제3항에 의하여 파견된 공무원으로 지정한다.

### ▣ 양형조사의 절차적 근거

- 형사소송법 : 법원은 법원조사관에게 사실조회의 형식으로 양형조사를 명함

#### 제272조(공무소등에 대한 조회)

- ① 법원은 직권 또는 검사, 피고인이나 변호인의 신청에 의하여 공무소 또는 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 보고 또는 그 보관서류의 송부를 요구할 수 있다.

2) 외부 전문가를 양형조사를 담당하는 임기제공무원 법원조사관으로 임용할 수 있도록 2021. 6. 28. 법원조사관 등 규칙이 개정되어 조사관의 자격에 '임기제공무원'이 추가됨(법원조사관 등 규칙 개정이유 참조).



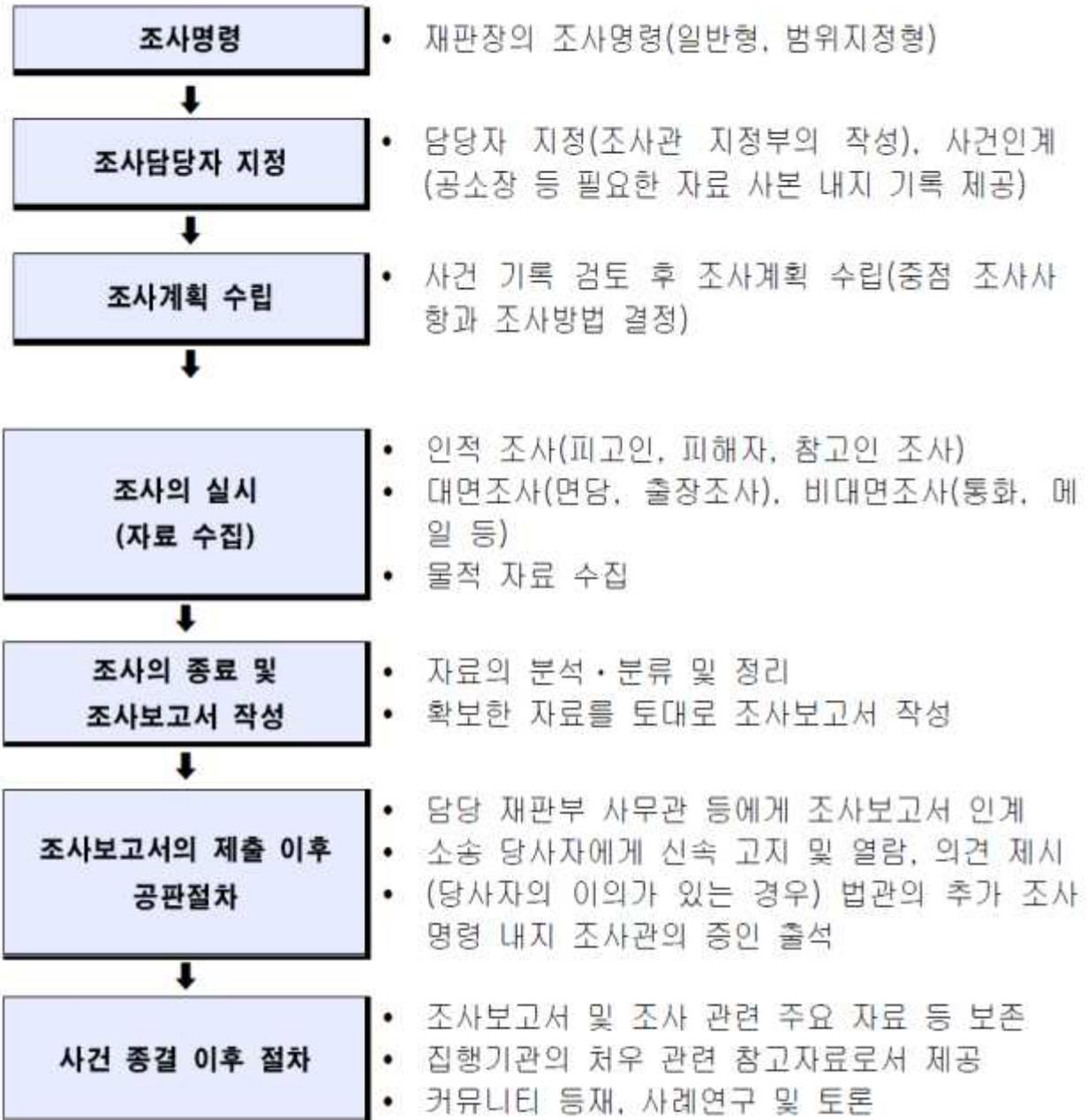
## ▣ 대법원의 입장

### ● 대법원 2010. 4. 29. 선고 2010도750 판결

법원은 범죄의 구성요건이나 법률상 규정된 형의 가중·감면의 사유가 되는 경우를 제외하고는, 법률이 규정한 증거로서의 자격이나 증거조사방식에 구애됨이 없이 상당한 방법으로 조사하여 양형의 조건이 되는 사항을 인정할 수 있다. 나아가 형의 양정에 관한 절차는 범죄사실을 인정하는 단계와 달리 취급하여야 하므로, 당사자가 직접 수집하여 제출하기 곤란하거나 필요하다고 인정되는 경우 등에는 직권으로 양형조건에 관한 형법 제51조의 사항을 수집·조사할 수 있다. 이와 같은 취지에서, 제1심법원이 법원조직법 제54조의3에 의하여 심판에 필요한 자료의 수집·조사 등의 업무를 담당하는 법원 소속 조사관에게 양형의 조건이 되는 사항을 수집·조사하여 제출하게 하고, 이를 피고인에 대한 정상 관계 사실과 함께 참작하여 피고인에게 징역 3년 8월을 선고한 이 사건에 있어, 원심이 그 판시와 같은 이유로 제1심판결을 유지한 것은 정당하고, 달리 거기에 양형의 조건이 되는 사항의 수집·조사에 관한 법리오해 등의 잘못이 있다고 할 수 없다.



## 다. 양형조사 절차





## 라. 판결 전 조사와의 비교

### ▣ 근거법률

#### ● 보호관찰 등에 관한 법률

##### 제19조(판결 전 조사)

① 법원은 피고인에 대하여 형법 제59조의2 및 제62조의2에 따른 보호관찰, 사회봉사 또는 수감을 명하기 위하여 필요하다고 인정하면 그 법원의 소재지 또는 피고인의 주거지를 관할하는 보호관찰소의 장에게 범행 동기, 직업, 생활환경, 교우관계, 가족상황, 피해회복 여부 등 피고인에 관한 사항의 조사를 요구할 수 있다.

#### ● 아동·청소년의 성보호에 관한 법률<sup>3)</sup>

##### 제22조(판결 전 조사)

① 법원은 피고인에 대하여 제21조에 따른 보호관찰, 사회봉사, 수강명령 또는 이수명령을 부과하거나 제56조에 따른 취업제한 명령을 부과하기 위하여 필요하다고 인정하면 그 법원의 소재지 또는 피고인의 주거지를 관할하는 보호관찰소의 장에게 피고인의 신체적·심리적 특성 및 상태, 정신성적 발달과정, 성장배경, 가정환경, 직업, 생활환경, 교우관계, 범행동기, 병력, 피해자와의 관계, 재범위험성 등 피고인에 관한 사항의 조사를 요구할 수 있다.

#### ● 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법

##### 제17조(판결 전 조사)

① 법원은 성폭력범죄를 범한 피고인에 대하여 제16조에 따른 보호관찰, 사회봉사, 수강명령 또는 이수명령을 부과하기 위하여 필요하다고 인정하면 그 법원의 소재지 또는 피고인의 주거지를 관할하는 보호관찰소의 장에게 피고인의 신체적·심리적 특성 및 상태, 정신성적 발달과정, 성장배경, 가정환경, 직업, 생활환경, 교우관계, 범행동기, 병력, 피해자와의 관계, 재범위험성 등 피고인에 관한 사항의 조사를 요구할 수 있다.

#### ● 마약류 관리에 관한 법률

##### 제40조의3(판결 전 조사)

① 법원은 제3조, 제4조 또는 제5조를 위반하여 마약류를 투약, 흡연 또는 섭취한 피고인에 대하여 제40조의2에 따른 보호관찰, 사회봉사, 수강명령 또는 이수명령을 부과하기 위하여 필요하다고 인정하면 그 법원의 소재지 또는 피고인의 주거지를 관할하는 보호관찰소의 장에게 피고인의 신체적·심리적 특성 및 상태, 성장배경, 가정환경, 직업, 생활환경, 교우관계, 범행동기, 마약류 중독여부, 병력, 재범위험성 등 피고인에 관한 사항의 조사를 요구할 수 있다.

3) 판결전조사 사항으로 '피해자의 연령, 피해의 결과 및 정도, 피해 회복 여부, 피해자의 처벌불원의사 등 피해자에 관한 사항'을 추가하는 내용의 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 개정안이 2022. 4. 6. 제안되어 현재 소관위원회 심사 중임(의안번호 2115129).



● 치료감호 등에 관한 법률

**제44조의3(판결 전 조사)**

① 법원은 제44조의2에 따른 치료를 명하기 위하여 필요하다고 인정하면 피고인의 주거지 또는 그 법원의 소재지를 관할하는 보호관찰소의 장에게 범죄의 동기, 피고인의 신체적·심리적 특성 및 상태, 가정환경, 직업, 생활환경, 병력, 치료 비용 부담능력, 재범위험성 등 피고인에 관한 사항의 조사를 요구할 수 있다.

■ 내용의 비교

	양형조사	판결 전 조사
실시하는 경우	사회 내 처우를 위한 조사에 국한되지 않고 실행이나 벌금형의 다양한 형종을 선택하는 경우도 포함	보호관찰, 사회봉사, 수강명령을 명하는 경우
조사 대상	행위자적 요소뿐만 아니라 행위적 요소나 양형요소 전반이 대상	피고인의 성격, 환경, 재범위험성 등 행위자적 요소가 주된 대상
조사 주체	일정한 자격 요건을 갖춘 법원 소속 공무원	심리학 등 관련 분야의 전문성을 갖춘 법무부 소속 공무원
주된 조사 방법	사건관계인 면담과 현장 방문 등 출장 위주의 조사	피고인 면담과 심리관계 등 설문조사
재판부와의 협조 정도	재판부와의 유기적 소통으로 맞춤형 조사 가능	재판부와 유기적 업무협조 곤란
피해 회복 관련 양형인자에 대한 조사	기소 이후의 피해 현황과 피해 회복 등에 관한 충실한 조사 가능	합의 또는 피해회복과 관련한 조사 미흡

■ 접수건수 비교(단위 : 건)

구분		2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
법원 조사관	접수 합계	260	1,258	2,803	3,312	3,060	2,864	3,046	2,841	2,924	3,173	3,869	4,409	4,452
	월 평균 접수	43	104	233	276	255	239	254	235	244	264	322	367	371
보호 관찰관	접수 합계	3,597	1,598	1,526	2,385	2,159	2,257	2,166	1,901	2,003	2,053	1,797	1,596	1,618
	월 평균 접수	299	133	127	199	180	188	181	158	167	171	150	133	135



## 마. 비교법적 검토<sup>4)</sup>

### 1) 미국

#### ■ 형사절차

- 미국 연방 수정헌법 제3조 제2항, 제6조에 따라 피고인은 원칙적으로 배심원이 참여한 법원에서 재판을 받을 권리를 가짐
- 배심제에서 공판절차는 유·무죄 평결과 법원의 양형으로 구성됨. 사실심리절차는 당사자주의 소송절차로, 대립당사자의 입증과 주장으로 진행됨
- 양형심리는 유죄판결을 선고받은 자에 대한 신문을 통해서 이루어지는데, 양형조사관의 판결전조사보고서는 전문법칙의 적용을 받지 않는 등 사실심리절차보다는 절차적 엄격성이 완화됨
- 당사자는 양형심리절차에서 판결전조사보고서에 대하여 다툴 수 있음. 가중/감경 사유에 대한 다툼이 있는 경우 이에 관한 심리도 진행하며 검사가 입증 책임을 짐. 피해자도 양형심리절차에 참여할 권리가 있음

#### ■ 연방의 양형조사제도

- 미국은 양형자료조사를 판결전조사라 지칭하며, 미국 연방법전 제18편 제3552조, 연방양형기준지침 제6A.1.1.조, 연방형사소송규칙 제32조에 근거함
- 판결전조사는 형사절차에 있어 피고인에 대한 양형판단 이전에 인격과 환경에 관한 상황을 조사하고 적정한 양형 및 처우를 위한 기초자료로 활용하게 하는 제도임. 판결전조사보고서는 양형단계 외에 교정단계에서도 요구되는 가장 중요한 문서로 피고인의 삶 전반에 대하여 광범위한 내용을 담게 됨
- 판결전조사보고서는 정신의학 전문가 내지 사회사업가 등이 작성하는 경우도 있으나, 대부분 보호관찰소의 보호관찰관이 작성함. 미국의 경우 연방법무부 산하에 있던 보호관찰소가 1940년부터 법원행정처 소속으로 재편되었음

4) 주로 한국형사법학회(연구진 이진국, 최석윤, 박용철), 양형기준제하에서 적정한 양형조사방안, 법원행정처, 2012, 52-110쪽을 요약함.



- 보호관찰관은 원칙적으로 조사를 행하여 법원에 보고해야 하고, 피고인도 자신을 위한 판결전조사보고서가 작성되는 것에 대한 권리를 포기할 수 없음. 대부분 유죄가 인정된 후 판결전조사를 시작하나 그 이전에도 조사를 하는 것이 허용되고, 판결전조사보고서는 양형심리절차가 진행되기 이전에 제출됨

## 2) 영국

### ■ 형사절차

- 영국의 형사절차는 배심원의 평결에 의한 사실인정과 직업법관의 양형판단 절차로 구성됨

### ■ 양형조사제도

- 2003년 형사사법법 제12부 제1장 양형에 관한 일반 조항 제156조는 구금형과 사회내 처우를 부과할 경우 원칙적으로 판결전조사보고서의 제출을 의무화하였음
- 양형조사 주체는 보호관찰관임. 18세 이상의 자에 대한 판결전조사보고서 작성은 지방보호관찰위원회 소속 보호관찰관이 담당함. 18세 미만의 자에 대한 판결전조사보고서 작성은 지방보호관찰위원회 소속 보호관찰관, 지방자치단체 소속 사회복지사 또는 소년비행방지팀 소속원이 담당함
- 2007. 5. 9. 이전까지는 내무성에 소속된 보호관찰관이 법원에 배속되어 법원의 명령에 따라 판결전 조사보고서를 작성하였음. 2007. 5. 9. 이후에는 보호관찰관의 소속이 법무부 산하 국립범죄자관리청으로 변경되었음
  - 다만, 영국의 법무부는 대다수의 유럽 각국의 법무부와 마찬가지로 법원 자체의 행정업무를 포함하여 모든 법무 관련 업무를 담당하고, 구성원도 판사, 검사, 특정분야 전문변호사로 이루어져 있어 우리나라와 비교하면 법원행정처와 법무부를 총괄하는 기구로 볼 수 있음
- 판결전조사는 원칙적으로 유죄가 인정된 이후 개시될 수 있으나, 유죄평결이 이루어진 이후에도 피고인이 계속 자신의 범행을 부인하는 경우 법원은 보고



서의 제출을 명하지 않음

- 법원은 판결전조사보고서 사본을 피고인과 변호인 및 검사에게 제공하여야 함. 보고서를 작성한 보호관찰관 등은 피고인 측이 보고서의 내용을 다투기 위해 요구하는 경우 법정에 출석함

### 3) 독일

#### ■ 형사절차

- 독일은 전통적 대륙법계 국가로, 직권주의 형사소송구조를 취하고 사실심리 절차와 양형심리절차가 이분화되어 있지 않음. 독일의 형사소송절차는 수사 절차, 중간절차, 공판절차로 이루어짐. 중간절차는 충분한 범죄 혐의가 있는 지를 확인하여 공판심리 허가 여부를 결정하는 절차임
- 책임과 법적 효과의 판단에 관련된 모든 사실은 엄격증명의 대상으로, 양형에 영향을 미치는 범죄관련 사실은 물론 양형에 영향을 미치는 인적 사항에 대해서도 엄격증명의 원칙에 따라 사실을 확정하고, 의심스러울 때에는 피고인의 이익으로 판단함

#### ■ 양형조사제도

- 독일에는 미국의 판결전조사제도와 유사한 사법보조제도가 있음. 사법보조는 주사법행정의 업무영역에 배치되어 있고, 그 소속은 주사법부에서 직접 관리하는 경우, 주사법부 감독 하의 독립기관으로 설치된 경우, 주사법부의 위임에 따라 주검찰이 관리하는 경우, 주법원이 관리하는 경우, 민영기업에서 관리하는 경우가 있음
- 현행 독일 형사소송법 제160조에 따라 양형자료조사는 원칙적으로 검사가 수행함. 동법 제463d조에 의하면 법원도 사법보조를 통하여 양형관련 자료를 조사할 수 있으나, 실제로 법원이 사법보조를 활용하는 예는 매우 드물다고 함
- 사법보조의 활동은 수사/공판절차를 포함한 전체 형사절차, 형집행절차, 사



면절차에까지 미칠 수 있으나 주된 활동분야는 수사절차에서 양형자료를 조사하는 것임. 성인에 대한 형사절차에서는 소년형사절차와 달리 사법보조의 참여가 필수적인 것이 아니라 임의적임

- 사법보조관이 작성한 보고서는 형사기록에 편철되고 변호인은 이를 열람할 수 있음. 실무적으로 보고서에는 대개 사법보조관의 의견이 기재됨. 피고인이 보고서의 기재를 인정하지 않는 경우 사법보조관 또는 그 보고서의 원진술자는 증인으로 신문되어야 함

#### 4) 일본

- 일본은 유·무죄 인부절차와 양형절차가 분리되어 있지 않고, 검사가 정상관계 등 모든 양형사실을 조사함. 검사나 법관이 활용할 수 있는 양형조사제도는 존재하지 않음
- 1950년대 최고재판소가 판결전조사제도 내지 양형조사제도를 도입하려 하였으나, 법무성과 변호사협회의 반대에 의하여 무산됨. 그 반대 근거가 후술하는 법무부의 반대근거와 유사함

## 2. 양형심리모델

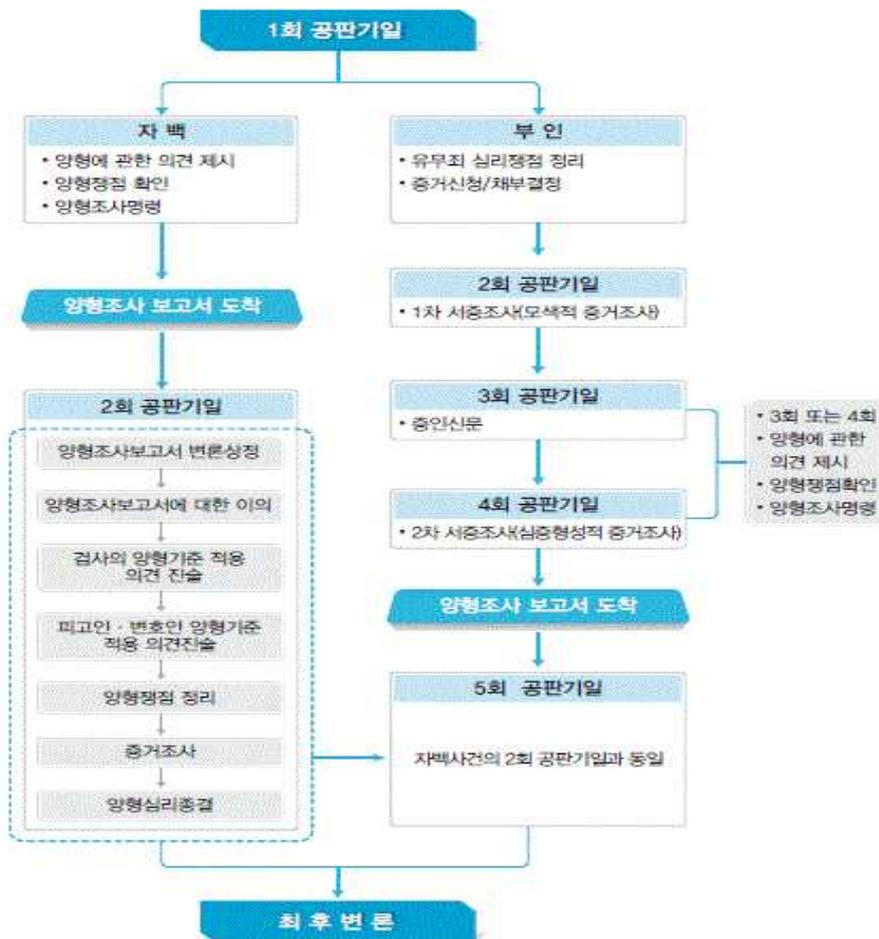
### 가. 양형심리모델의 개요

- ▣ 양형심리에서의 공판중심주의 실현, 양형심리의 실질화, 양형에 대한 예측 가능성 확보, 양형심리의 정형화 및 객관화 등을 목적으로 마련된 표준 절차
- ▣ 양형조사명령 → 법원조사관의 조사보고서 작성·제출 → 양형심리기일 진행 절차를 기본으로 함
- ▣ 법원조사관에게 사실조회 방식으로 양형조사를 의뢰하여 그 결과를 활용하는 것이 핵심
- ▣ 향후 양형조사제도 입법 시 법령에 포함될 절차를 2012년부터 시범적으로 실시 시작하였고, 2022. 5. 기준 19개 법원, 127개 재판부에서 실시



## 나. 구체적 운영

- ▣ 양형기준 적용 대상 사건 중 양형심리에 적합한 사건에 대해 각 재판부의 판단에 따라 자율적으로 양형심리를 실시하되, 양형심리를 실시하는 사건에서는 법원조사관에 의한 양형조사를 필요적으로 거침
- ▣ 법원조사관은 재판부의 조사명령에 따라 각 범죄별 양형인자, 집행유예 참작사유의 존부에 대해 조사·보고하되, 권고 형량범위에 대한 의견은 보고하지 않음
- ▣ 자백사건뿐 아니라 부인사건에 대하여도 원칙적으로 실시하나, 피고인의 명백한 거부 의사가 있는 경우에는 실시하지 않는 것이 바람직함
- ▣ 심리절차의 개요

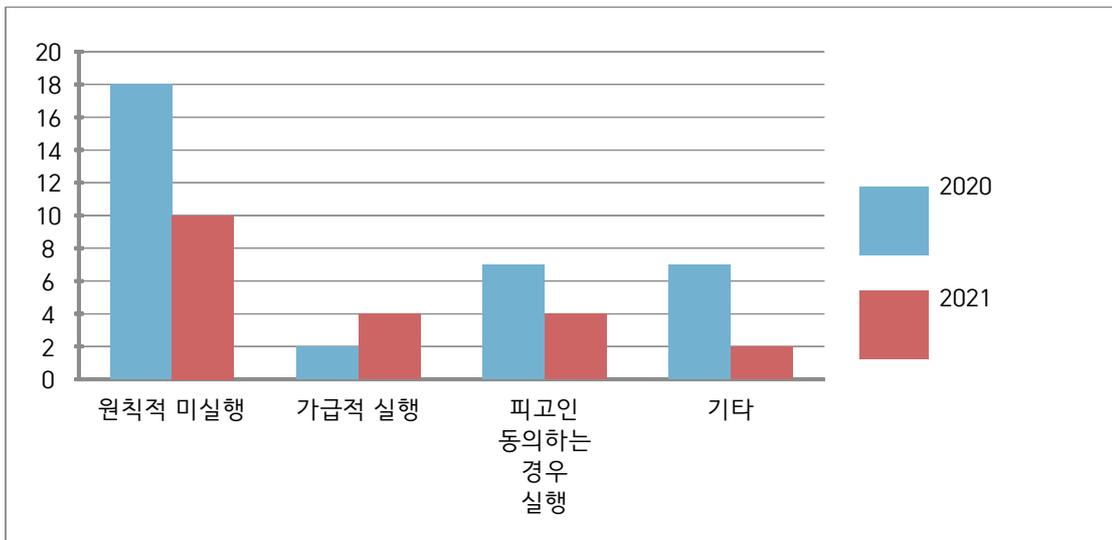




### 3. 양형심리모델과 양형조사제도의 운영경과

- ▣ 양형조사관을 처음 배치한 2009. 7.부터 현재까지 13년간 양형조사관제도를 운영해옴[2009년 260건(월 43건)에서 2021년 4,452건(월 371건)으로 양형조사 접수건수가 급증함]
- ▣ 그 중 2014년, 2015년, 2020년, 2021년 양형심리모델 시범실시 재판부를 대상으로 설문조사가 이루어졌는데, 비교적 최근에 이루어진 2020년, 2021년의 재판장 대상 설문조사 결과의 요지를 정리하면 아래와 같음<sup>5)</sup>

#### ● 부인사건에 관한 양형심리 실시여부

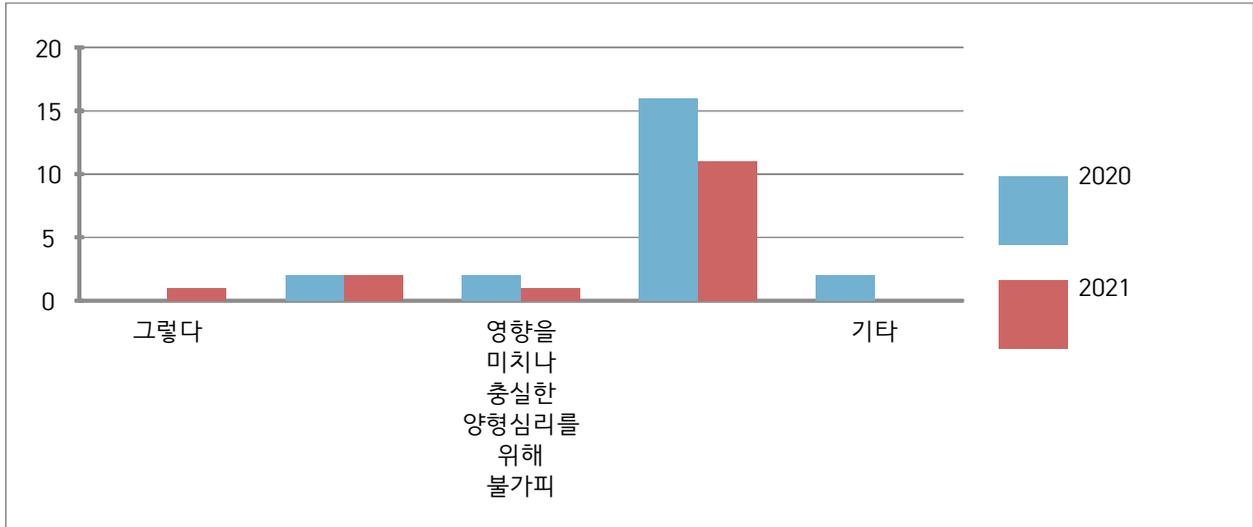


- 2020년은 54%, 2021년은 50%의 응답자가 부인사건은 원칙적으로 양형심리를 실행하지 않는다고 답하였고, 그 주된 이유는 재판부가 유죄의 예단을 가질 우려가 있거나 당사자가 오해/반발할 염려가 있기 때문이라고 답하였음

5) 2020년 응답자 총 33명, 2021년 응답자 총 20명

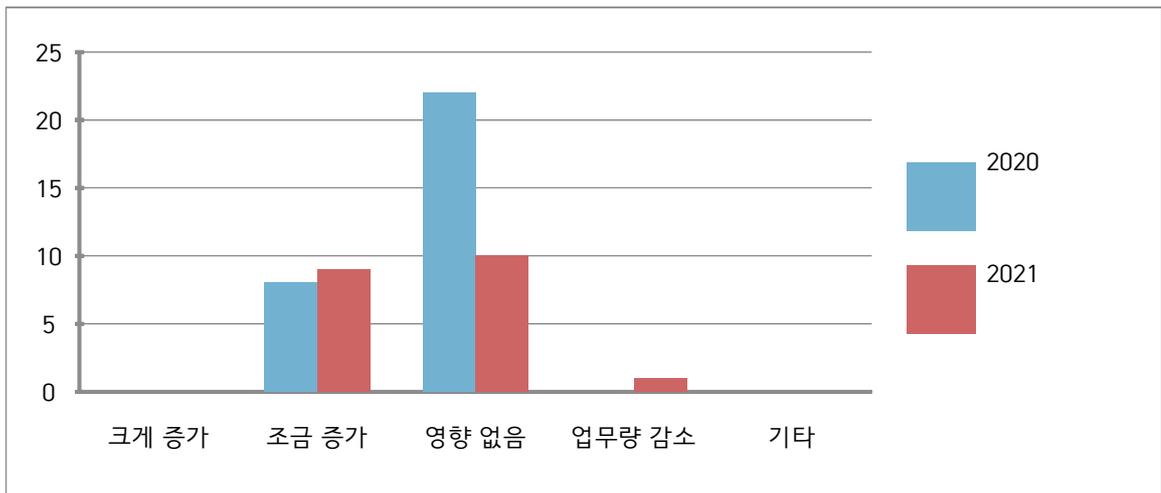


- 부인사건에서 양형심리를 실시하는 것이 유·무죄 판단에 영향을 미치는지 여부



- 2020년 81%<sup>6)</sup>, 2021년 73%의 응답자가 ‘전혀 그렇지 않다’ 고 답함

- 양형심리모델의 시행으로 업무 부담이 증가하였는지 여부



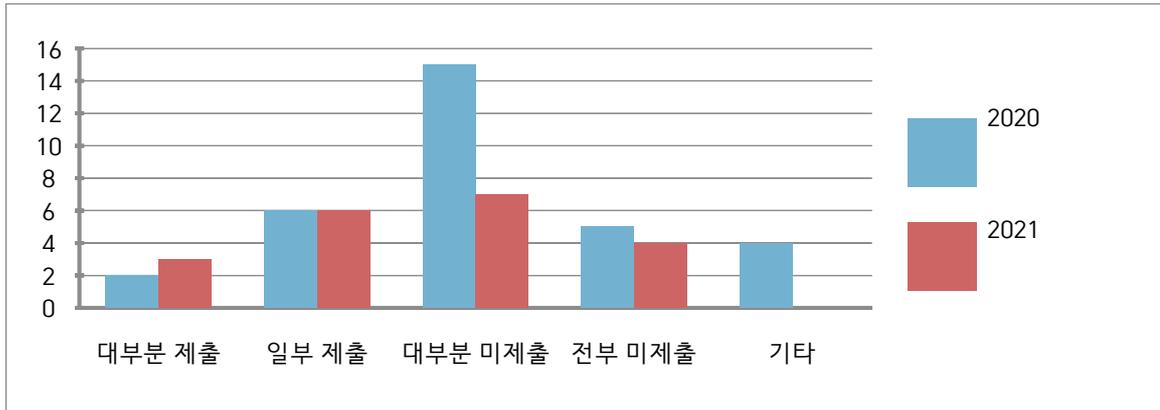
- 2020년의 경우 73%의 응답자가 업무량에는 영향이 없다고 답하였음
- 2021년의 경우 50%의 응답자가 업무량에 영향이 없다고 답한 반면 45%의 응답자가 업무량이 조금 증가하였다고 답하였음. 그 원인으로는 ‘양형심리로 전체적인 심리기간이 증가하였다’ 는 답변이 가장 많았음

6) 경험은 없으나 영향을 미치지 않을 것으로 예상된다는 1명 포함

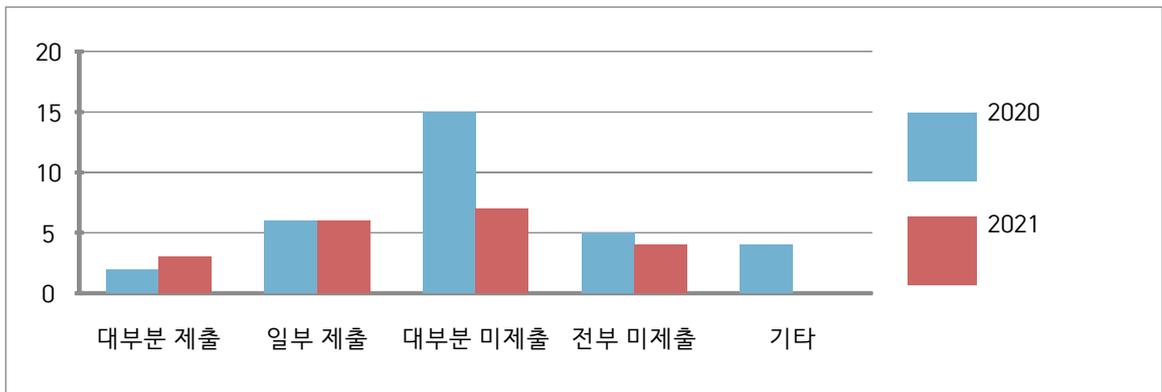


- 제1회 공판기일 전에 검사/변호인이 ‘양형기준상 양형인자’에 관한 의견서를 제출하는지 여부

검사 의견서 제출여부



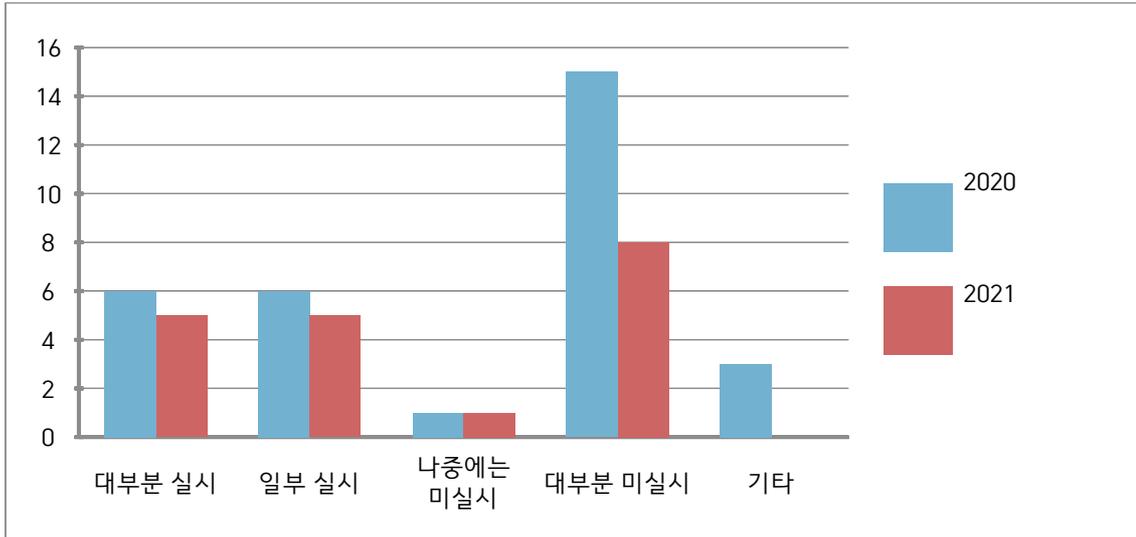
변호인 의견서 제출여부



- 2020년, 2021년 모두 제1회 공판기일 전에 검사가 ‘양형기준상 양형인자’에 관한 의견서를 제출하는 경우는 드문 것으로 나타남. 변호인의 경우 검사에 비하여 상대적으로 의견서를 제출하는 경우가 많으나, ‘양형기준상 양형인자’에 대한 의견서를 제출하지 않는 경우가 더 많은 것으로 나타남
- 검사나 변호인은 양형심리기일 이전이나 최후변론 시에도 양형기준상 양형인자/양형기준 적용에 대한 구체적인 의견을 제출하는 데에 소극적인 것으로 나타남
- 반면 다수의 재판장은 그와 같은 의견을 제출받는 것이 양형심리에 도움이 된다고 답하였음



● 양형조사 시 ‘범죄유형별 양형기준’을 활용하여 조사명령을 실시하였는지

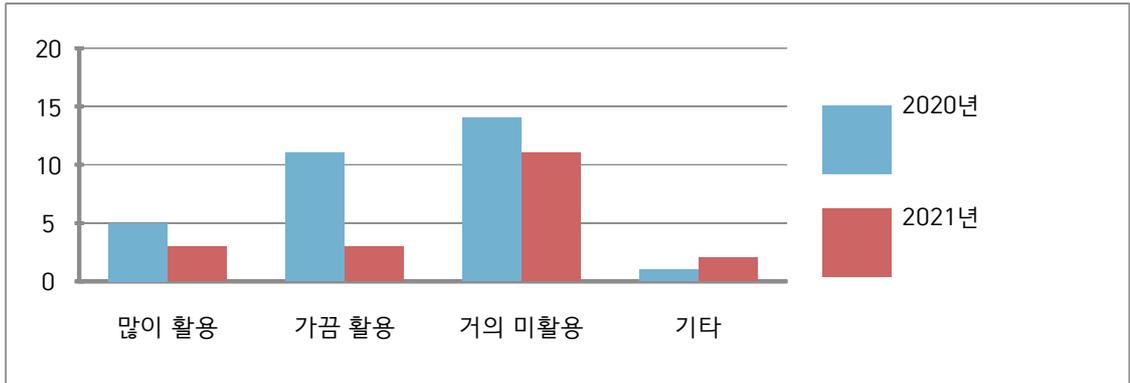


- 2021년의 경우 2020년에 비하여 양형조사 시 ‘범죄유형별 양형기준’을 활용하는 비율이 높아지기는 하였으나, 두 해 모두 ‘대부분 사건에서 이를 활용하지 않는다’는 응답자가 제일 많았음
- 그 이유로는 ‘양형인자에 관하여 특별히 조사할 필요성이 있는 사건이 많지 않았다’고 답한 재판장이 과반수였음

- 일반적인 양형조사 사항과 관련하여서는 ‘합의 및 피해회복 관련사항’에 관한 조사결과 만족도가 가장 높았음
- 설문조사에 응답한 재판장의 대다수는 양형조사보고서가 양형심리에 크게 도움이 되거나 다소 도움이 된다고 답하였음. 2020년, 2021년 각 1명의 재판장만이 ‘별로 도움이 되지 않는다’고 답하였음
- 당사자들의 만족도와 관련하여, 2020년 응답자 전원은 피고인 및 변호인, 검사 모두 법원조사관의 양형조사에 만족하거나 보통인 것 같다고 답하였고, ‘불만인 것 같다’고 답한 응답자는 없었음. 2021년의 경우 ‘피고인 및 변호인이 다소 불만인 것 같다’고 답한 1명 외에는 검사와 피고인 및 변호인 모두 법원조사관의 양형조사에 만족하거나 보통인 것 같다고 답하였음



● 보호관찰관의 판결전조사를 활용한 적이 있는지 여부



- 2021년의 경우 ‘기타’ 항목을 택한 2명은 모두 판결전조사를 활용한 사실이 전혀 없다는 취지였음
  - 2020년, 2021년 응답자들은 대부분 판결전조사가 양형심리에 도움이 된다고 답하였음
  - 양형조사와 비교하여, 판결전조사의 장점으로는 구속 피고인에 대한 조사가 가능하다는 점을 가장 많이 제시하였고, 다음으로 내용이 풍부하다는 답변이 많았음. 단점으로는 조사에 장시간이 소요된다는 답변이 가장 많았고, 다음으로 피해자 관련 조사가 어렵다는 답변이 많았음. 중립성 문제를 지적하는 답변도 복수 있었음
- 응답자 대부분이 양형심리모델이 정착되면 양형의 공정성, 신뢰도가 개선될 것이라고 전망함

## IV. 현행 양형심리모델 및 양형조사제도의 문제점

### 1. 양형인자에 대한 실질적 공방 및 심리 부족

- 2020년 기준으로 준수율이 90%를 넘고, 형사합의부의 경우 양형기준을 판결에 명시하는 비율이 96%를 넘는 등 양형기준제도가 실무상 정착단계에 이른 상태임에도 양형인자에 대한 검사와 피고인(변호인)의 실질적 공방이 이루어



지지 못하고 있음

- 검사는 구체적 양형의견 없이 구형만 하는 경우가 많고, 피고인 측도 양형인자에 대한 구체적인 양형의견을 제출하는 것을 조심스러워하는 경우가 많음
- 양형조사 전후에 당사자가 양형에 대한 의견제시 및 절차 참여가 저조함

## 2. 근거법령 미비

- 양형조사관의 경우, 가사조사관, 가정보호사건 조사관, 아동보호사건 조사관, 소년사건 조사관과 달리 앞서 본 일반규정 외에 개별적인 근거법령이 존재하지 않음
- 사법제도개혁추진위원회는 양형조사제도 도입을 내용으로 하는 형사소송법 개정안을 마련한 뒤 2006. 4. 정부안으로 제17대 국회에 제출하였으나 임기만료로 폐기되었고, 2009. 2. 제18대 국회에서 다시 발의된 형사소송법 개정안도 임기만료로 폐기되었음. 2013. 11. 제19대 국회에서도 법원조사관, 보호관찰관, 변호사 등으로 구성된 '양형조사위원'이 양형조사를 담당하도록 규정한 형사소송법 개정안이 발의되었으나 임기만료로 폐기됨<sup>7)</sup>
- 법무부는 법 이론적 문제(재판의 공정성·중립성 침해, 법관으로부터 재판 받을 권리의 침해, 당사자주의·공판중심주의 위배, 피고인의 방어권 훼손 등), 업무 중복(보호관찰관의 판결전 조사와 중복), 전문성 결여 등을 근거로 위 개정안에 반대하여 왔음

## 3. 양형조사관의 권한 부족

- 현행 양형조사관 제도에서는 양형조사관이 적극적으로 공무소 등에 사실을 조회하거나 자료 제출을 요구하는 등 자료수집 권한이 관련 규정에 명시되어 있지 않아 충실한 양형조사가 어려운 실정임. 더욱이 구속 피고인이나 신체적, 정신적 장애가 있는 피고인의 경우 양형자료 수집이 매우 곤란한 경우가 많아 양형조사관에 의한 적극적인 양형자료 수집의 필요성이 크다 할 것임

7) 구체적 법률안 내용은 별지 기재와 같음



- 또한 현행 양형조사관 제도에서 실무상 가장 빈번하게 발생하는 문제는 구속 피고인에 대한 면담이 제한된다는 점임.<sup>8)</sup> 위와 같이 양형조사관의 명시적인 자료수집 권한이 없는 상황에서 구속 피고인에 대한 면담이 어려운 실정은 양형조사관의 충실한 양형조사에 상당한 장애가 되고 있음. 소년사건조사관 및 가정보호사건조사관의 경우 관련 규칙에 인신이 구속되어 있는 조사 대상자들을 직접 면담할 수 있는 권한과 관련 기관의 협조의무가 명시되어 있음

#### 4. 전문성 확보 필요성

- 양형조사관 선발에 있어 구체적 자격 요건을 두지 않고 있는 현행 양형조사관 제도 하에서는 양형조사관의 전문성 확보에 한계가 있음
- 더욱이 현행 양형조사관 제도의 경우 법원이 양형조사관에게 조사를 명할 수 있는 범위에 한계가 없어 증권·금융 범죄, 지식재산권 범죄 등 전문적 영역의 범죄에 관한 양형조사를 명할 수도 있는데, 이에 대한 조사를 위해서는 전문적인 법률지식이 요구되는 경우가 있음
- 현재 양형조사관들의 양형조사는 대부분 피해자나 피고인, 그 가족들과의 면담 등을 통하여 피해 회복 여부, 처벌의사 존부 등 단순한 사실 확인 업무가 대부분을 차지하는데, 이러한 단순한 사실을 확인하는 것을 넘어 보다 심도 있고 전문적인 양형조사가 이루어지기 위해서는 양형조사관이 다양한 전문지식을 습득하는 것이 필요함

### V. 개선방안

#### 1. 양형조사제도 개선방안

##### 가. 양형조사제도에 대한 법제화

8) 양형조사관 제도의 시행 초기인 2009. 7. 중순경부터 이미 법무부는 수감 중인 형사피고인에 대한 법원조사관의 접견금지 지침을 일선구치소에 하달한 바 있다고 한다. 손창배, '양형심리모델의 실무정착을 위한 노력과 양형조사실무의 어려운 점', 법원조사관 간담회 발표자료(2015. 6. 22.) 제8면 참조.



## 1) 필요성

- ▣ 양형조사관 제도가 법원에서 시행된 지 13년이 되었고, 양형조사관에 의한 양형조사 건수도 꾸준히 증가하여 2021년에는 4,452건에 이르는 등 실무상 안정적으로 정착
- ▣ 현재 양형심리의 문제점을 개선하고 충실한 양형심리를 위해서는 양형조사의 활성화가 필요 ⇨ 양형조사의 활성화를 위해서는 양형조사관, 양형조사 절차 등에 대한 법적 근거 마련이 필수적임

## 2) 다른 법원조사관의 입법사례

### ▣ 법률

#### ● 가사조사관

##### □ 가사소송법

제6조(가사조사관)

- ① 가사조사관은 재판장, 조정장 또는 조정담당판사의 명을 받아 사실을 조사한다.
- ② 가사조사관의 사실조사 방법과 절차에 관한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

#### ● 가정보호사건조사관

##### □ 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법

제20조(가정보호사건조사관)

- ① 가정보호사건을 조사·심리하기 위하여 법원에 가정보호사건조사관을 둔다.
- ② 가정보호사건조사관의 자격, 임면, 그 밖에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.

#### ● 아동보호사건조사관

##### □ 아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법

제38조(보호처분 결정의 집행)

- ① 법원은 가정보호사건조사관, 법원공무원, 사법경찰관리, 보호관찰관 또는 수탁 기관 소속 직원으로 하여금 보호처분의 결정을 집행하게 할 수 있다.



## ● 소년사건조사관

### □ 소년법

#### 제11조(조사명령)

- ① 소년부 판사는 조사관에게 사건 본인, 보호자 또는 참고인의 심문이나 그 밖에 필요한 사항을 조사하도록 명할 수 있다.

### ■ 대법원규칙

## ● 가사조사관

### □ 가사소송규칙

#### 제8조 (가사조사관의 임무)

가사조사관은 재판장, 조정장 또는 조정담당판사의 명을 받아 사실을 조사하고 의무 이행상태를 점검하며 당사자 또는 사건관계인의 가정 기타 주위 환경의 조정을 위한 조치를 행한다.

#### 제9조 (가사조사관의 사실조사)

- ① 가사조사관은 조사를 명령받은 사항에 관하여 독립하여 조사한다.
- ② 가사조사관은 필요에 따라 사건관계인의 학력, 경력, 생활상태, 재산상태와 성격, 건강 및 가정환경 등에 대하여 심리학, 사회학, 경제학, 교육학 기타 전문적 지식을 활용하여 조사하여야 한다.

#### 제10조 (조사기간)

가사조사관이 재판장, 조정장 또는 조정담당판사의 조사명령을 받은 경우에 그 명령에 기한의 정함이 없는 때에는 그 명령을 받은 때로부터 2월 이내에 조사를 완료하여야 한다.

#### 제11조 (조사보고서의 작성)

- ① 가사조사관이 사실조사를 마친 때에는 조사보고서를 작성하여 조사명령을 한 재판장, 조정장 또는 조정담당판사에게 보고하여야 한다.
- ② 조사보고서에는 조사의 방법과 결과 및 가사조사관의 의견을 기재하여야 한다.
- ③ 가사조사관은 전문가의 감정 기타 조력이 필요하다고 인정할 때에는 그 취지를 기재하여야 한다.

#### 제12조 (사회복지기관과의 연락 등)

재판장, 조정장 또는 조정담당판사는 사건처리를 위하여 당사자 또는 사건관계인의 가정 기타의 환경을 조정할 필요가 있는 때에는 가사조사관으로 하여금 사회복지기



관과의 연락, 기타의 조정조치를 하게 할 수 있다. 이 경우에는 제11조 제1항 및 제2항의 규정을 준용한다.

#### 제12조의2 (상담 권고)

- ① 가정법원은 필요한 경우 당사자에게 상담에 관하여 전문적인 지식과 경험을 갖춘 전문상담인의 상담을 받을 것을 권고할 수 있다.
- ② 가정법원은 전문상담인을 상담위원으로 위촉하여 제1항의 상담을 담당하게 할 수 있고, 상담위원의 일당 및 수당은 매년 대법관회의에서 이를 정하여 국고 등에서 지급할 수 있다.
- ③ 가정법원은 당사자가 다른 가정법원 관할구역 내에 거주하는 등 필요한 경우에는 다른 가정법원에서 위촉한 상담위원으로 하여금 제1항의 상담을 담당하게 할 수 있다.

#### 제12조의3 (전문가 등의 자문)

가정법원은 미성년자인 자녀의 복리를 위하여 필요한 경우에는 정신건강의학과 의사·심리학자·아동학자, 그 밖의 관련 전문가 또는 사회복지기관 등으로부터 자문을 받을 수 있다.

#### 제13조 (가사조사관의 기일에의 출석)

가정법원, 조정위원회 또는 조정담당판사는 가사조사관을 기일에 출석시켜 의견을 진술하게 할 수 있다.

### ● 가정보호사건조사관

#### □ 가정보호심판규칙

##### 제16조 (조사의 방법)

- ① 조사관은 행위자·피해자 및 가정구성원의 출석을 요구하거나 방문하여 면접·관찰·심문 등을 할 수 있다. 이 경우의 출석요구는 출석요구서의 송달 기타 적당한 방법으로 할 수 있다.
- ② 조사관은 법 제22조의 진단소견·의견조회, 법 제29조제1항 각호의 임시조치 또는 법 제36조의 협조·원조가 필요하다고 인정한 때에는 판사에게 그 의견을 진술할 수 있다.
- ③ 조사는 다음 각호의 사항에 관하여 한다.
  1. 가정폭력범죄의 동기와 경위, 범죄후의 정황
  2. 행위자의 심신상태와 가정환경 및 사회적 유대관계
  3. 피해자와의 관계 및 재범의 위험성과 정도
  4. 기타 심리와 처분을 함에 필요한 사항



### 제17조 (조사보고서의 작성)

조사관은 조사의 결과를 의견을 붙인 서면으로 작성하여 보고하여야 한다.

#### ● 아동보호사건조사관

##### □ 아동보호심판규칙

###### 제15조 (조사의 방법)

- ① 조사관은 행위자·피해아동 등 및 가정구성원의 출석을 요구하거나 방문하여 면접·관찰·심문 등을 할 수 있다. 이 경우의 출석요구는 출석요구서의 송달 기타 적당한 방법으로 할 수 있다.
- ② 조사관은 법 제44조에 따라 준용되는 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제22조의 진단소견·의견조회, 법 제19조제1항 각 호의 임시조치 또는 법 제44조에 따라 준용되는 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제36조의 원조·협조가 필요하다고 인정할 때에는 판사에게 그 의견을 진술할 수 있다.
- ③ 조사는 다음 각 호의 사항에 관하여 한다.
  1. 아동학대범죄의 동기와 경위, 범죄 후의 정황
  2. 행위자 및 피해아동 등의 심신상태와 가정환경 및 사회적 유대관계
  3. 피해아동 등과의 관계 및 재범의 위험성과 정도
  4. 기타 심리와 처분을 함에 필요한 사항

###### 제16조 (조사보고서의 작성)

조사관은 조사의 결과를 의견을 붙인 서면으로 작성하여 보고하여야 한다.

#### ● 소년사건조사관

##### □ 소년심판규칙

###### 제11조 (조사의 방법)

- ① 조사는 다음 각 호의 사항에 관하여 한다.
  1. 비행사실, 그 동기와 비행후의 정황 및 비행전력
  2. 소년과 보호자의 교육정도, 직업, 소년과 보호자의 관계, 소년의 교우관계 및 소년의 가정환경
  3. 소년비행화의 경위 및 보호자의 소년에 대한 보호감독상황과 향후의 보호 능력
  4. 피해자에 대한 관계 및 재비행의 위험성과 정도
  5. 소년의 심신상태



## 6. 그 밖의 심리와 처분을 함에 필요한 사항

- ② 조사관은 필요한 경우에 공무소나 공사단체에 조회하여 필요한 사항의 조사, 보고 또는 필요한 사건기록이나 서류를 넘겨줄 것을 요구할 수 있다.
- ③ 조사관은 제1항 각 호의 사항을 조사하기 위하여 소년, 보호자, 참고인 그 밖에 필요한 사람의 출석을 요구하거나 방문하여 면접, 관찰 또는 심리검사 등을 할 수 있다. 이 경우의 출석요구는 출석요구서의 송달 그 밖에 적당한 방법으로 할 수 있다.

### 제12조 (조사관의 조사보고)

- ① 조사관은 조사의 결과를 의견을 붙인 서면으로 보고하여야 한다.
- ② 조사관은 제1항의 보고의 전후를 통하여 소년부 판사에게 소년의 처우에 관한 의견을 진술할 수 있다.

### 제23조 (조사관 등에 대한 출석요구)

소년부 판사는 심리 기일에 의견진술을 필요로 하는 조사관 또는 소년분류심사원 및 보호관찰소 소속 공무원 등에게 심리 기일에 출석할 것을 요구할 수 있다.

### 제26조 (판사 등의 회피)

- ① 소년부 판사는 심리의 공평을 해할 만한 상당한 사유가 있다고 인정하는 때에는 그 직무의 집행을 회피하여야 한다.
- ② 제1항은 법원사무관등 및 조사관에게도 이를 준용한다.

### 제38조 (조사관의 보고방법)

- ① 법 제36조 제2항에 따라 보고의 명을 받은 조사관은 지시사항의 이행여부, 위탁받은 자의 감호상황 또는 소년부 판사가 특히 필요하다고 인정하는 사항을 조사하여 의견을 붙인 서면으로 보고하여야 한다.
- ② 조사관이 제1항의 조사를 할 때에는 다음 각 호의 행위를 할 수 있다.

1. 위탁받은 자에게 필요한 보고를 요구하는 것
2. 소년 또는 위탁받은 자의 출석을 요구하거나 위탁받은 기관을 방문하는 것

### 제56조 (조사의 위촉)

법원은 소년에 대한 형사사건의 심리에 필요하다고 인정하면 조사관에게 다음 각 호의 사항에 관한 조사를 위촉할 수 있다.

1. 소년의 심신상태, 품행, 경력, 가정상황, 그 밖의 환경
2. 소년과 보호자의 관계, 보호자의 소년에 대한 보호감독상황 및 향후 보호능력
3. 피해자에 대한 관계 및 재범의 위험성과 정도
4. 그 밖에 사건의 심리에 필요한 사항



### 3) 양형조사관의 지위와 권한

- ▣ 양형조사제도의 개선을 위하여 다음 사항을 법령으로 정할 필요가 있음
  - 독립성/전문성 확보를 위한 양형조사관의 구성 자격
  - 양형조사관의 양형조사 권한(구속 피고인 접견 등)
  - 양형조사관에 대한 제척 및 기피 제도, 양형조사 실시에 대한 당사자 통지 절차 등
  - 진술거부권 고지 등 양형조사 절차 및 형식

### 4) 기타

- ▣ 화상신문 등을 이용한 구속 피고인 면접조사, 양형조사관 선발 절차, 양형조사 보고서 양식, 데이터베이스화 등 구체적 실무 운용에 관한 사항도 예규에 포함된다면 양형조사관 제도의 신뢰성, 전문성 향상에 기여할 것으로 생각됨

## 나. 구체적 입법안

### 1) 기본방향

- ▣ **판결전조사 제도와 별도로 양형조사 제도를 운영**
  - 법무부의 입장은 법이론적, 경제적 이유로 판결전조사 제도와 별도로 양형조사 제도를 운영할 필요가 없다는 취지이나, 아래와 같이 이는 타당하다고 보기 어려움
    - 공판중심주의와 관련하여, 양형자료의 범위를 공판정에서만 수집·조사하는 것은 불가능함. 또한 양형조사 보고서에 대하여는 법정에서 쌍방 당사자의 공방이 가능함. 따라서 양형조사 제도가 공판중심주의를 저해한다고 할 수 없음



- 당사자주의와 관련하여, 형사소송에서 당사자주의를 택한 대표적 국가인 미국에서도 보호관찰관은 법원행정처 소속으로 되어 있음. 또한 우리 형사소송법은 직권에 의한 증거조사, 피고인신문, 증인신문 등 직권주의적 요소를 포함하고 있으므로, 직권적 양형조사가 위법하다고 보기 어려움. 앞서 본 대법원 2010도750 판결도 유사한 취지라 할 수 있음
- 중립성, 공정성과 관련하여, 보호관찰관에 의하여 이루어지는 판결전조사보다는 법원이나 제3의 기관에 의한 양형조사에 보다 우위가 있다고 할 것임. 보호관찰관은 법무부 소속으로, 수사·공소제기·공소유지를 담당하는 검찰청 역시 동일한 법무부 소속임. 실제 판결전조사를 경험한 법관을 대상으로 한 설문조사에서 중립성 문제가 지적된 점은 앞서 본 바와 같음
- 판결전조사를 형사사건 일반으로 확대하는 경우에도 추가적인 예산이 소요될 것인데, 판결전조사 제도가 양형조사 제도에 비하여 예산 측면에서 유의미한 정도로 이점을 가지는지 여부는 구체적으로 검토되지 않은 것으로 보임. 또한 양형조사가 갖는 장점에 비추어 다소 비용이 소요되더라도 이를 법제화할 의미가 있음
- 전문성 부족은 양형조사 제도 도입에 대한 반대근거가 되기 어려움. 현행 제도 하의 양형조사관이 가진 법률적 지식, 형사재판에 대한 이해도 등은 보호관찰관보다 우수함. 판결전조사 대상은 피고인에 관한 사항에 한정되므로, 제한적 전문성을 가진 보호관찰관이 양형인자 전반을 조사하는 양형조사관의 역할을 완전히 대체하기는 어려움. 전문성은 양형조사관 선발 과정의 개선, 선발 후 교육 등으로도 해결할 수도 있음. 예를 들어, 2022. 1. 임상심리학, 범죄심리학 등 관련분야 전문지식을 보유한 전문임기제 양형조사관 2명이 배치되었고, 이를 통하여 심층적 양형조사 실시, 전문적 조사기법 활용, 조사보고서 작성 방법 연구 및 개선, 양형조사관 교육 등 양형조사의 전문성을 도모할 수 있을 것으로 예상됨
- 신속한 재판을 받을 권리는 헌법상 권리라 할 수 있는데(대한민국헌법 제27



조 제3항), 앞서 본 설문조사 결과에 의하면 판결전조사의 단점으로 양형조사에 비하여 장기간이 소요된다는 점이 가장 많이 지적되었음. 따라서 보호관찰관에 의한 양형조사를 일반화하는 경우 형사사건의 처리가 장기화될 우려가 있고, 다른 한편으로 이로 인하여 구속사건에 대한 양형조사를 기피하게 될 가능성도 있음

■ **형사소송법에 기본적 사항을, 규칙으로 구체적 사항을 정함**

- 양형심리의 중요성을 고려할 때, 양형조사 제도의 법적 근거를 법률의 형태로 정하는 것이 바람직함. 그 중 형사소송법을 개정하는 것이 가장 적합하다고 판단됨
- 양형조사제도의 일반적 내용을 법률로, 구체적 내용을 규칙으로 정하는 것은 가사조사관/가정보호조사관/아동보호조사관/소년사건조사관 규정의 체계와 통일성을 기할 수 있음. 따라서 구체적 내용은 형사소송규칙으로 정함이 상당함
- 구속 피고인에 대한 실효적 양형조사를 위하여도 법률에 이를 규정할 필요가 있음

2) **구체적 법률안**

■ **기초안**

형사소송법 개정안	
내용	개정 이유
<p><b>제297조의3 (양형자료조사)</b></p> <p>① 법원은 공소가 제기된 사건 중 검사·피고인 또는 변호인이 제출한 자료 등에 의하여 형을 정하기에 충분하지 아니하거나 그 진위의 조사가 필요하다고 인정하는 경우 직권으로 또는 검사, 피고인 또는 변호인의 신청에 의하여 조사관에게 양형자료</p>	<p>- 제1항에서는 이전의 개정안들과 달리 당사자가 양형조사를 신청할 수 있음을 명시하였음. 현행 양형조사에 관한 주된 비판점 중 하나가 당사자주의에 반한다는 것이고, 이는 당사자의 신청에 의한 양형조사가 가능한지 여부와 밀접한 관련이 있음. 당사자의 양형조사 신청권을 부정할 이유도 없다고 판단됨.</p>



<p>의 조사를 명할 수 있다.</p> <p>② 법원이 조사관에게 양형자료의 조사를 명한 경우에는 검사, 피고인 또는 변호인에게 지체 없이 서면으로 그 취지를 통지하여야 하고, 검사, 피고인 또는 변호인은 조사할 사항에 관하여 의견을 진술할 수 있다.</p> <p>③ 조사대상자를 구금 또는 수용하고 있는 시설이나 기관의 장이 조사관으로부터 조사대상자와의 면접 또는 관계 자료의 열람 등 필요한 요청을 받은 때에는 이에 협조하여야 한다.</p> <p>④ 조사보고서가 제출된 경우에 법원은 검사·피고인 또는 변호인에게 즉시 통지하고 열람 또는 복사의 기회를 부여하여야 하고, 검사·피고인 또는 변호인은 조사보고서에 대하여 의견을 제시하고 필요한 자료를 제출할 수 있다.</p> <p>⑤ 제1항의 신청을 기각함에는 결정으로 하여야 한다.</p> <p>⑥ 조사관의 자격, 임면 및 권한, 양형자료조사의 방법 및 절차 등에 관하여 그 밖에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.</p>	<p>현재도 사실조회 형식으로 양형조사명령을 하고 있는데, 사실조회도 당사자에게 신청권이 있음(형사소송법 제272조). 이에 당사자가 양형조사를 신청할 수 있다는 점을 법률에 명시하고, 제5항에서 이를 기각하는 경우 결정을 요한다는 점도 명확히 하였음</p> <p>- 통지 및 의견 진술 제도(제2항, 제4항), 구속 피고인에 대한 조사 권한(제3항)은 양형조사제도의 핵심적 사항에 해당하므로 형사소송법 개정안에 포함하였음</p>
<p><b>제25조(법원사무관등에 대한 제척, 기피, 회피)</b></p> <p>① 본 장의 규정은 제17조 제7호의 규정을 제한 외에는 법원의 서기관·법원사무관·법원 주사 또는 법원주사보(이하 “법원사무관등”이라 한다)와 통역인 및 조사관에 준용한다.</p> <p>② 전항의 법원사무관등과 통역인 및 조</p>	<p>- 제17대 국회 법률안, 제18대 국회 법률안 중 이주영 의원 발의안에 포함된 내용으로, 양형조사의 중요성에 비추어 조사관에 대하여도 형사소송법 제25조를 적용함이 타당하다고 생각됨</p>



<p>사관에 대한 기피재판은 그 소속법원이 결정으로 하여야 한다. 단 제20조 제1항의 결정은 기피당한 자의 소속법관이 한다.</p>	
<b>형사소송규칙 개정안</b>	
<p><b>제141조의2(양형조사명령)</b></p> <p>① 법 제297조의3 제1항의 명령을 하는 경우 법원은 조사하여야 할 양형자료의 내용과 범위, 조사의 방법 등을 정할 수 있다.</p> <p>② 법원은 피고인의 자백 여부, 소송지연의 가능성, 검사, 피고인 또는 변호인의 양형에 관한 입증계획 등을 종합적으로 고려하여 상당한 이유가 있는 때에는 양형에 관한 자료 제출 이전에도 법 제297조의3 제1항의 명령을 할 수 있다</p>	<p>- 기존 법률안들에서 형사소송법 제298조(공소장의 변경) 전에 양형조사에 관한 규정을 둔 점을 고려하여, 형사소송규칙에서도 제142조(공소장의 변경) 전에 양형조사에 관한 규정을 두는 것으로 하였음</p> <p>- 양형조사를 의무적으로 하는 경우 재판부가 유죄를 예단한다는 의심을 완화할 수 있는 점, 의무적 양형조사 사안을 정한 외국 사례가 있는 점 등을 고려하면, 추후 규칙에서 의무적 양형조사 사건을 정하는 방안도 고려할 수 있음<sup>9)</sup></p>
<p><b>제141조의3(양형조사의 방법과 절차)</b></p> <p>① 조사관은 피고인, 피해자 기타 법원이 필요하다고 인정하는 자에 대하여 면접, 관찰 또는 질문 등 필요한 조사를 할 수 있다.</p> <p>② 조사관이 피고인에 대하여 조사하는 때에는 미리 피고인이나 변호인의 동의를 얻어야 하고, 피고인에게 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다. 이 경우 변호인은 피고인에 대한 조사에 참여할 수 있다.</p> <p>③ 조사관은 소송계속 중의 관계 서류 또는 증거물을 열람하거나 복사할 수 있다.</p> <p>④ 조사는 비디오 등 중계장치 또는 인</p>	<p>- 피해자 등에 대한 조사(제1항), 진술거부권 고지와 변호인 참여(제2항), 관련 서류 등의 열람/등사(제3항) 등은 조사의 공정성/실효성을 담보하기 위하여 반드시 보장되어야 할 것으로 생각됨. 제5항에서 재차 조사관의 공정의무를 명시함</p> <p>- 사실조회/문서제출명령/문서송부촉탁 등 기타 권한에 관한 사항은 논의의 여지가 있을 것으로 보여 포함하지 않음. 양형조사관의 권한을 확대하는 경우 양형조사에 대한 당사자들의 부담이 가중될 가능성이 있고 위 절차들은 양형조사에 소요되는 기간을 증가시킨다는 단점도 있음</p>



<p>터넷 화상장치를 이용하여 실시할 수 있다.</p> <p>⑤ 조사관은 양형자료의 조사를 명령받은 사항에 관하여 공정하고 객관적으로 조사하여야 한다.</p>	<p>규칙 제141조의2 제2항에 따른 조사 명령에서 조사대상으로 ‘조사관이 필요하다고 판단한 사람이나 기관’ 등을 포함할 수도 있을 것이고, 이 경우 관련인/관련기관의 조사가 가능하므로 위 권한들을 보장할 실익이 있는지도 의문이 있음</p> <p>- 제4항은 영상조사를 허용하는 취지임. 형사재판에서도 공판준비기일, 증인신문 등을 영상재판으로 진행할 수 있는바, 절차의 중요도, 요구되는 요식성 등을 고려하여 보면 영상에 의한 양형조사를 금지할 이유는 없다고 생각됨. 나아가 이를 허용한다면 조사대상, 조사시간을 확대하여 충실한 양형조사에 기여할 수 있음. 구속 피고인에 대한 양형조사도 보다 원활하게 이루어질 수 있을 것으로 예상됨</p>
<p><b>제141조의4(조사보고서 등)</b></p> <p>① 조사관이 양형자료의 조사를 마친 때에는 조사보고서를 작성하여 법원의 명령에 따라 이를 제출하여야 한다.</p> <p>② 법원은 필요하다고 인정하는 경우에 조사관에게 조사보고서의 보완 등을 명할 수 있다.</p> <p>③ 법원은 법 제297조의3 제4항에 따른 의견 제시가 있는 경우에 공판기일에 필요한 양형심리를 할 수 있다. 이 경우 법원은 사생활보호를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 결정으로 이를 공개하지 아니할 수 있다.</p>	<p>- 제17대, 제18대 국회 법률안 내용을 반영하였음</p>



④ 조사보고서는 유죄의 증거로 하지 못한다.	
--------------------------	--

▣ 고려 가능한 대안

● 피해자에게 양형조사 신청권을 부여하는 방안

- 재판부는 양형조사 사항 중 피해자 관련 사항에서 가장 큰 도움을 얻고 있는 것으로 보이는 점, 피해자는 형사소송법 제294조의2에 따른 진술권을 가지는 점,<sup>10)</sup> 양형조사에 대한 신청권을 부여하는 경우 피해자가 피고인을 대면하지 않고도 양형에 관한 의견을 밝히는 등 절차적 만족도가 제고될 수 있는 점 등을 고려하여 보면, 추후 피해자에게도 양형조사 신청권을 부여하는 방안을 검토해볼 수 있음
- 이를 허용한다면 위 제294조의2와 같이 법정대리인, 친족 등을 포함한 ‘피해자 등’에게 신청권을 부여하는 것이 타당함. 다만 이 경우 형사소송의 당사자가 아닌 피해자에게 절차에 관한 신청권을 부여하는 법이론적 문제가 발생하는 점, 재판부의 업무 부담을 증가시키고 절차 지연을 야기할 수 있는 점 등의 단점도 아울러 고려할 필요가 있음

● 판결전조사 제도를 형사소송법으로 편입하는 방안

- 판결전조사를 양형조사와 함께 형사소송법에서 규정하는 방안임. 이를 택한다면 판결전조사/양형조사의 대상을 명확히 구분할 필요가 있음.
- 이 경우 판결전조사와 양형조사가 명확히 구분되므로 후자가 불필요하다는 비판을 피할 수 있게 될 것임. 장기적으로 미국과 같이 보호관찰관 조직과

9) 한국형사법학회, 위의 책, 4쪽 참조.

10) 제294조의2(피해자등의 진술권)

① 법원은 범죄로 인한 피해자 또는 그 법정대리인(피해자가 사망한 경우에는 배우자·직계친족·형제자매를 포함한다. 이하 이 조에서 "피해자등"이라 한다)의 신청이 있는 때에는 그 피해자등을 증인으로 신문하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 삭제 <2007.6.1>
2. 피해자등 이미 당해 사건에 관하여 공판절차에서 충분히 진술하여 다시 진술할 필요가 없다고 인정되는 경우
3. 피해자등의 진술로 인하여 공판절차가 현저하게 지연될 우려가 있는 경우



법원조사관 조직을 통합하여 양형조사업무와 보호관찰업무를 전담하게 하는 것이 '사전조사와 사후감독'이라는 보호관찰제도의 근본취지에 부합하는 이상적 형태라고 본다면,<sup>11)</sup> 양 제도를 형사소송법에 아울러 규정함으로써 이러한 논의를 여는 계기가 될 수도 있음. 아울러 판결전조사의 범위를 확대한다면 양형조사 제도 입법을 위한 협상의 여지도 증대될 것임

- 다만 판결전조사와 양형조사의 경계선을 명확히 설정하여야 하므로 이와 관련한 새로운 논쟁이 발생 할 수 있음. 보호관찰 등을 목적으로 하는 판결전조사의 범위를 확장하는 것이 체계적으로 정합한지, 판결전조사에 대한 일반규정을 둘 실익이 있는지 등도 검토할 필요성이 있음

● 제3의 기관으로 하여금 양형조사를 담당하게 하는 방안

- 과거 법률안에서와 같이 전문심리위원이나 양형조사위원으로 하여금 양형조사를 담당하게 하거나, 양형조사관을 양형위원회 소속으로 두는 방안 등을 고려해볼 수 있음
- 이는 양형조사관의 공정성/중립성/전문성 문제를 해결하는 방안이 될 수 있음. 대한변협은 양형조사관 제도에는 반대하였으나 양형 전문심리위원을 두는 수정안에는 찬성한 바 있음
- 다만 담당기관, 자격, 임기 등 구체적 내용을 새로 정하여야 하는 문제가 발생하고, 외부 전문가 위촉 등으로 비용이나 양형조사 기간이 증가할 가능성이 있음
- 조사주체를 어떻게 정하는지에 따라 법원조직법 등 타법률을 개정할 필요성도 있음

11) 한국형사법학회, 위의 책, 151-152쪽.



## 2. 양형심리모델 개선방안

### 가. 양형인자표를 활용한 양형심리모델 운영방안

#### 1) 기본방향

- ▣ 당사자들에게 개별 범죄에 대한 양형인자표 및 의견서 양식을 송부하여 양형기준, 양형인자에 대한 의견을 제시하도록 함
- ▣ 양형에 관한 실질적 공방을 유도하여 양형심리를 충실히 하려는 취지임

#### 2) 검토사항

- ▣ 양형인자표 송부/의견서 제출은 원칙적으로 양형기준이 설정된 범죄로 기소된 사건에서 실시하게 될 것임. 다만 아래와 같은 사건들이 문제됨
  - 범죄 자체에는 양형기준이 설정되었으나, 해당 사건에서는 양형기준이 적용되지 않는 경우 - 예를 들어, 구약식/정식재판 청구 사건, 소년범 사건, 양형기준 효력 발생 전 사건 등.<sup>12)</sup> 이 경우 양형기준상 권고형은 의미가 없다 하더라도, 개별 양형인자에 대한 공방 자체는 양형심리에 도움이 될 것임
  - 양형기준이 설정된 범죄와 양형기준이 설정되지 않은 범죄의 경합범으로 기소된 경우 - 이때 형을 정함에 있어서는 양형기준이 설정된 범죄의 권고형 하한을 준수하여야 할 것이나,<sup>13)</sup> 기소된 범죄 일부에 대하여만 양형인자표를 송부하고 의견서를 제출하게 하는 것이 적절한지 검토가 필요함
  - 부인사건의 경우 - 양형인자표에 대한 의견을 제출하게 하면 유죄의 예단을 가진 것으로 오해할 여지가 있음
- ▣ 양형인자표 송부/의견서 제출요구의 시기와 관련하여, 아래 두 가지 방안을 고려해볼 수 있을 것임
  - (제1안) 공소장 부분/의견서 양식 송달 시<sup>14)</sup> 양형인자표와 그에 대한 의견서

12) 양형위원회, 양형기준(2022), 756~757쪽.

13) 위의 책, 783, 785쪽.



양식을 함께 송부하는 방안 ⇒ 이는 절차적으로 효율적이고, 공소사실에 대한 의견이 대부분 제출되는 점에 비추어 양형인자에 대한 의견도 함께 제출될 것으로 기대할 수 있음. 반면 공소사실 인부에 대한 피고인의 의견을 듣기도 전에 송달이 이루어지므로, 재판부가 유죄의 예단을 가진 것으로 오해할 여지가 있음. 유무죄 판단과 무관하다는 점을 의견서 양식 등에 기재하여야 할 것이나, 아래 제2안에 비하여 상대적으로 설득력이 떨어질 것으로 예상됨

- (제2안) 1회 공판기일/공판준비기일 이후 양형인자표와 그에 대한 의견서 양식을 송부하는 방안 ⇒ 추가적인 송달절차를 요하는 단점은 있으나, 절차 진행에 대한 협의가 가능하고 재판부에서 위 의견 제시가 유무죄 판단과 무관하다는 점을 직접 설명할 수 있음. 이 경우 ① 양형조사명령과 함께 당사자에게 양형인자표/의견서 양식을 송부하고 추후 양형인자표에 대한 의견서를 양형조사관에게 전달하거나 ② 양형조사명령 후 양형조사관으로 하여금 직접 양형인자표/의견서 양식을 송부하고 의견서를 제출받게 한다면 심리기간을 단축할 수 있을 것임
- 한편 자백사건에 대하여만 양형인자표/의견서 양식을 송부한다면, 적어도 공소사실에 대한 의견서가 제출되어야 하므로 제1안은 불가능하게 됨

#### ▣ 송부 대상 양형인자표의 구체적 범위

- 부인사건에서 양형인자표를 송부한다 하더라도, 그 전부에 대한 의견을 요구할 것인지 문제됨. 예를 들어 약취/유인/인신매매의 경우<sup>15)</sup>, ‘피해자가 13세 미만인지 여부’는 유무죄와 무관하게 의견을 제출할 수 있을 것이나, ‘범행을 조직적으로 분담해서 행하였는지 여부’는 반드시 유죄를 전제로 함
- 따라서 양형기준상 양형인자 전부를 대상으로 의견을 요구할 것인지 검토해

#### 14) 형사소송법 제266조의2(의견서의 제출)

- ① 피고인 또는 변호인은 공소장 부분을 송달받은 날부터 7일 이내에 공소사실에 대한 인정 여부, 공판준비 절차에 관한 의견 등을 기재한 의견서를 법원에 제출하여야 한다. 다만, 피고인이 진술을 거부하는 경우에는 그 취지를 기재한 의견서를 제출할 수 있다.

15) 양형위원회, 위의 책, 116쪽 참조.



보아야 함. 검사에게는 전부를 대상으로, 피고인 내지 변호인에게는 일부를 대상으로 의견을 요구하는 방안도 고려할 수 있음

- 양형인자표/의견서 양식의 송부 시기, 방법, 내용에 있어 공소장일본주의 원칙(형사소송규칙 제118조 제2항)을 유의하여야 함. 공소장일본주의는 단순히 공소제기의 방식에 관한 기본원칙에 그치는 것이 아니라, 법관으로 하여금 백지상태에서 제1회 공판기일에 임하게 함으로써 소송절차에 있어서 공평한 법원의 이념을 실현하기 위한 형사소송법상의 제도로 파악하여야 함.<sup>16)</sup> 또한 공소장에 법령이 요구하는 사항 외의 사실로서 법원에 예단이 생기게 할 수 있는 사유를 나열하는 것이 허용되지 않는다는 것도 이른바 ‘기타 사실의 기재 금지’로서 공소장일본주의의 내용에 포함됨(대법원 2015. 1. 29. 선고 2012도2957 판결). 따라서 제1회 공판기일 이전에 검사로 하여금 양형의견을 제출하게 하는 것은 공소장일본주의에 위배될 여지가 있음

### 3) 결론

- 당사자들에게 양형인자표/의견서 양식을 송부하고 의견 제시를 요구하는 것은 양형심리 충실화에 큰 도움이 될 것임
- 다만, 구체적 방법에 있어서는 추가 논의를 요하고, 시범 실시 결과를 살펴볼 필요성도 있다고 생각됨
- 따라서 양형심리모델 시범재판부에 대하여 범죄별 양형인자표 및 그에 대한 의견서 양식을 송부하는 방안 및 위 검토사항을 안내하고, 재량에 따라 이를 시행할 것을 권고하는 안을 제안함
- 다만 이 경우 형사재판부 실무관 등의 업무 과중이 우려되므로, 양형조사관이 업무를 분담하게 하는 등 업무경감을 위한 조치가 병행될 필요가 있음

16) 편집대표 김희옥, 박일환, 주석 형사소송법(II) §195~§265, 한국사법행정학회, 2017, 539쪽.



## 나. 양형조사 요구서 양식 개선

- ▣ 설문조사 결과에 의하면, 재판부의 양형조사명령 시 범죄별 양형기준을 활용하지 않고 ‘양형조사 요구서’ (전산양식 B2350)만을 이용하는 경우가 많은 것으로 나타남. 위 요구서는 아래와 같은 ‘1. 기본 조사사항’ 및 공란으로 된 ‘2. 추가 조사사항’ 으로 구성됨

<p><b>▲ 피고인 관련사항</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li><input type="checkbox"/> 음주습벽, 음주 치료경력</li> <li><input type="checkbox"/> 범행 당시 심신상실, 심신미약 여부</li> <li><input type="checkbox"/> 알콜(약물) 중독 여부, 치료경력</li> <li><input type="checkbox"/> 본건과 유사한 범행 전력</li> <li><input type="checkbox"/> 범행 후 피고인의 생활</li> <li><input type="checkbox"/> 가족 또는 보호자의 관심과 보호능력</li> </ul>
<p><b>▲ 피해자 관련사항</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li><input type="checkbox"/> 피해자의 상태와 태도</li> <li><input type="checkbox"/> 피고인과 피해자의 관계</li> <li><input type="checkbox"/> 피해자 가족의 상태와 태도</li> <li><input type="checkbox"/> 피해자의 법정출석, 증언 희망여부</li> <li><input type="checkbox"/> 피해자의 상해 정도, 치료기간, 치료비와 치료현황</li> </ul>
<p><b>▲ 합의 및 피해회복 관련사항</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li><input type="checkbox"/> 합의 및 피해회복 여부와 그 내용</li> <li><input type="checkbox"/> 피해회복을 위한 노력 여부와 그 내용</li> <li><input type="checkbox"/> 피해자가 합의를 하게 된 동기와 경위</li> <li><input type="checkbox"/> 합의금의 실제 지급 여부</li> <li><input type="checkbox"/> 피해규모와 공탁액수의 부합 정도</li> <li><input type="checkbox"/> 피고인 가족들의 합의 의사, 합의 노력</li> </ul>
<p><b>▲ 범죄수익 관련사항</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li><input type="checkbox"/> 범행으로 취득한 실제 이득액</li> <li><input type="checkbox"/> 범죄수익의 은닉 여부</li> <li><input type="checkbox"/> 압수물, 범행이득의 반환 여부</li> <li><input type="checkbox"/> 공범과의 이익분배 여부</li> </ul>

- ▣ 그러나 위 기본 조사사항은 아래와 같은 단점이 있음

- 피해자 관련사항, 합의 및 피해회복 관련사항의 내용은 중복되는 면이 있음



- 양형기준은 양형인자를 ‘행위인자’, ‘행위자/기타 인자’ 로 구분하고 있는데, 양형조사 요구서 양식은 대부분 후자에 관한 것임. 따라서 범죄별 양형기준을 활용하지 않는 경우 행위인자에 대한 조사가 누락될 우려가 있음
- 추가적으로 고려될 수 있는 일반적 양형인자들이 누락되어 있음
- ▣ 이에 아래와 같은 개선방안 검토를 제안함
  - 기본조사 사항을 양형기준상 행위인자, 행위자인자, 기타인자에 상응하는 범행 관련사항, 피고인 관련사항, 피해자 관련사항으로 분류하는 방안
  - 아래와 같은 사항을 추가하는 방안
    - ‘피고인 관련사항’ 에 범행 동기, 성장환경 및 교육정도<sup>17)</sup>, 자수/자백 경위, 범행 가담에 참작할 사유, 범행 계획 수립 과정을 추가
    - ‘피해자 관련사항’ 내지 ‘합의 및 피해회복 관련사항’ 에 피해자의 피고인에 대한 처벌의사, 합의의사, 피해자 처벌불원의사의 진정성, 피해자의 인적사항 제공의사, 범죄 피해 현실화/확산 여부를 추가

17) 형법 제51조(양형의 조건)

형을 정함에 있어서는 다음 사항을 참작하여야 한다.

1. 범인의 연령, 성행, 지능과 환경



[별지]

## 양형조사 관련 과거 법률안

### 1. 제17대 국회 법률안

- 법무부는 2006. 4. 10. 사법제도개혁추진위원회의 건의에 따라 아래와 같은 형사소송법 개정법률안을 제출함.

#### 제25조(법원서기관등에 대한 제척, 기피, 회피)

- ① 본 장의 규정은 제17조 제7호의 규정을 제한 외에는 법원의 서기관, 서기와 통역인 및 조사관에게 준용한다.
- ② 전항의 서기관, 서기와 통역인 및 조사관에 대한 기피재판은 그 소속법원이 결정으로 하여야 한다. 단 제20조 제1항의 결정은 기피당한 자의 소속법관이 한다.

#### 제195조의2(검사의 양형의 조건에 관한 조사)

- ① 검사는 「형법」 제51조에 규정된 사항에 대하여 조사하여야 한다. 이 경우 검사는 피의자 또는 변호인의 동의를 얻어 「보호관찰 등에 관한 법률」에 의한 보호관찰관이 양형의 조건에 관한 사항에 대하여 조사할 수 있도록 소속 검찰청의 소재지 또는 피의자의 주거지를 관할하는 보호관찰소 또는 지소의 장에게 요구할 수 있다.
- ② 제297조의3 제2항, 제297조의4 제1항 내지 제4항 및 제297조의5는 제1항 후단의 경우에 준용한다.

#### 제297조의3(양형자료조사)

- ① 법원은 공소가 제기된 사건에 대하여 검사·피고인 또는 변호인이 제출한 자료 등에 의하여 형을 정하기에 충분하지 아니하거나 그 진위의 조사가 필요하다고 인정하는 때에는 조사관에게 「형법」 제51조에 규정된 사항 등 형을 정함에 있어서 참작하여야 할 사항에 관한 자료(이하 “양형자료” 라 한다)의 조사를 명할 수 있다. 다만, 피고인의 자백여부, 소송지연의 가능성 및 검사·피고인 또는 변호인의 양형에 관한 입증계획 등을 종합적으로 고려하여 상당한 이유가 있는 경우에는 자료 등의 제출 이전에도 양형자료의 조사를 명할 수 있다.
- ② 제1항의 경우 법원은 조사하여야 할 양형자료의 내용과 범위, 조사의 방법 등을 정할 수 있다.
- ③ 법원이 조사관에게 양형자료의 조사를 명한 경우에는 검사·피고인 또는 변호인에



게 지체 없이 서면으로 그 취지를 통지하여야 하고, 검사·피고인 또는 변호인은 조사할 사항에 관하여 의견을 진술할 수 있다.

- ④ 조사관은 양형자료의 조사를 명령받은 사항에 관하여 공정하고 객관적으로 조사하여야 한다.

#### 제297조의4(조사의 방법과 절차)

- ① 조사관은 피고인 그 밖에 필요한 사람에 대하여 면접, 관찰 또는 질문 등 필요한 조사를 할 수 있다.
- ② 조사관이 피고인에 대하여 조사하는 때에는 미리 피고인에게 진술을 거부할 수 있음을 알려야 하며, 변호인은 피고인에 대한 조사에 참여할 수 있다.
- ③ 조사관은 소송계속중의 관계서류 또는 증거물을 열람 또는 등사할 수 있고, 필요한 때에는 법원의 허가를 받아 공공기관·학교, 그 밖의 단체·개인 또는 외국의 공공기관에게 그 업무에 속하는 사항에 관하여 필요한 사항의 회신 또는 보관중인 문서의 열람, 등본·사본의 송부를 요청할 수 있다.
- ④ 제1항의 조사대상자를 수용 또는 보호하고 있는 시설이나 기관의 장은 조사관으로부터 조사대상자와의 면접 또는 관계자료의 열람 등 필요한 요청을 받은 때에는 이에 협조하여야 한다.
- ⑤ 조사관의 양형자료의 조사방법과 절차에 관한 그 밖의 사항은 대법원규칙으로 정한다.

#### 제297조의5(조사보고서 등)

- ① 조사관이 양형자료의 조사를 마친 경우에는 조사보고서를 작성하여 법원에 제출하여야 한다.
- ② 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 조사관에게 조사보고서의 보완 등을 명할 수 있다.
- ③ 조사보고서가 제출된 경우 법원은 검사·피고인 또는 변호인에게 즉시 통지하고, 열람 또는 등사의 기회를 부여하여야 한다.
- ④ 검사·피고인 또는 변호인은 조사보고서에 대하여 의견을 제시하고 필요한 자료를 제출할 수 있다.
- ⑤ 법원은 제4항의 의견 제시가 있는 경우에는 공판기일에 필요한 양형심리를 할 수 있다.
- ⑥ 조사보고서는 유죄의 증거로 하지 못한다.



## 2. 제18대 국회 법률안

- 제18대 국회 당시 2009. 2. 2. 이주영 의원이 대표발의로 형사소송법 개정법률안을 제출하였는데, 법무부의 강력한 반대로 법원행정처에서 대안을 제시하였음. 법원행정처 대안은 양형조사 담당 전문심리위원을 두는 취지임.

이주영 의원 발의안	법원행정처 대안
<p><b>제25조(법원사무관등에 대한 제척, 기피, 회피)</b></p> <p>① 본 장의 규정은 제17조 제7호의 규정을 제한 외에는 법원의 서기관·법원사무관·법원 주사 또는 법원주사보(이하 “법원사무관등”이라 한다)와 통역인 및 조사관에 준용한다.</p> <p>② 전항의 법원사무관등과 통역인 및 조사관에 대한 기피재판은 그 소속법원이 결정으로 하여야 한다. 단 제20조 제1항의 결정은 기피당한 자의 소속법관이 한다.</p>	<p>없음</p>
<p><b>제297조의3(양형자료조사)</b></p> <p>① 법원은 공소가 제기된 사건 중 <u>합의부 관할사건과 보호관찰·사회봉사·수감 및 갹생보호 등 사회내 처우가 필요하다</u>고 인정되는 사건에 대하여 검사·피고인 또는 변호인이 제출한 자료 등에 의하여 형을 정하기에 충분하지 아니하거나 그 진위의 조사가 필요하다고 인정하는 때에는 조사관에게 「형법」 제51조에 규정된 사항 등 형을 정함에 있어서 참작하여야 할 사항에 관한 자료(이하 “양형자료”라 한다)의 조사를 명할 수 있다. 다만, 피고인의 자백 여부, 소송지연의 가능성 및 검사·피고인 또는 변호인의 양형에 관한 입증계</p>	<p><b>제297조의9(양형자료조사)</b></p> <p>① 법원은 공소가 제기된 사건 중 검사·피고인 또는 변호인이 제출한 자료 등에 의하여 형을 정하기에 충분하지 아니하거나 그 진위의 조사가 필요하다고 인정하는 때에는 <u>양형자료조사를 담당하는 전문심리위원(이하 “양형조사위원”이라 한다)에게 「형법」 제51조에 규정된 사항 등 형을 정함에 있어서 참작하여야 할 사항에 관한 자료(이하 “양형자료”라 한다)의 조사를 명할 수 있다.</u> 다만, 피고인의 자백 여부, 소송지연의 가능성 및 검사·피고인 또는 변호인의 양형에 관한 입증계획 등을 종합적으로 고려하여 상당한 이</p>



<p>획 등을 종합적으로 고려하여 상당한 이유가 있는 경우에는 자료 등의 제출 이전에도 양형자료의 조사를 명할 수 있다.</p> <p>② 제1항의 경우 법원은 조사하여야 할 양형자료의 내용과 범위, 조사의 방법 등을 정할 수 있다.</p> <p>③ 제1항에 따른 조사를 명한 경우에 법원은 검사·피고인 또는 변호인에게 지체 없이 서면으로 그 취지를 통보하여야 하며, 검사·피고인 또는 변호인은 조사할 사항에 관하여 의견을 진술할 수 있다.</p> <p>④ 조사관은 양형자료의 조사를 명령받은 사항에 관하여 공정하고 객관적으로 조사하여야 한다.</p>	<p>유가 있는 경우에는 자료 등의 제출 이전에도 양형자료의 조사를 명할 수 있다.</p> <p>②~④항은 좌동</p> <p>⑤ 양형조사위원의 자격, 교육, 감독 등에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.</p>
<p><b>제297조의4(조사의 방법과 절차)</b></p> <p>① 조사관은 피고인, 피해자 기타 법원이 필요하다고 인정하는 자에 대하여 면접, 관찰 또는 질문 등 필요한 조사를 할 수 있다.</p> <p>② 조사관이 피고인에 대하여 조사하는 때에는 미리 피고인이나 변호인의 동의를 얻어야 하고, 피고인에게 진술을 거부할 수 있음을 알려야 한다. 이 경우 변호인은 피고인에 대한 조사에 참여할 수 있다.</p> <p>③ 조사관은 소송계속 중의 관계 서류 또는 증거물을 열람하거나 등사할 수 있다.</p> <p>④ 조사관은 법원의 허가를 받아 공공기관, 학교 그 밖에 단체에게 그 업무에</p>	<p><b>제297조의10(조사의 방법과 절차)</b></p> <p>①~⑤항은 “조사관”을 “양형조사위원”으로 변경하는 외에 좌동</p> <p>⑥ 양형자료의 조사방법과 절차에 관하여 그 밖에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.</p>



<p>속하는 사항에 관하여 필요한 사항의 회신 또는 보관 중인 문서의 열람, 등본·사본의 송부를 요청할 수 있다.</p> <p>⑤ 제1항의 조사대상자를 수용 또는 보호하고 있는 시설이나 기관의 장이 조사관으로부터 조사대상자와의 면접 또는 관계자료의 열람 등 필요한 요청을 받은 때에는 이에 협조하여야 한다.</p> <p>⑥ 조사관의 양형자료의 조사방법과 절차에 관하여 그 밖에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.</p>	
<p><b>제297조의5(조사보고서 등)</b></p> <p>① 조사관이 양형자료의 조사를 마친 때에는 조사보고서를 작성하여 법원의 명령에 따라 이를 제출하여야 한다. 다만, 피고인이 자백한 경우에는 조사를 마친 후 즉시 보고서를 제출하여야 한다.</p> <p>② 법원은 필요하다고 인정하는 경우에 조사관에게 조사보고서의 보완 등을 명할 수 있다.</p> <p>③ 조사보고서가 제출된 경우에 법원은 검사·피고인 또는 변호인에게 즉시 통지하여야 하고, 열람 또는 등사의 기회를 부여하여야 한다.</p> <p>④ 검사·피고인 또는 변호인은 조사보고서에 대하여 의견을 제시하고 필요한 자료를 제출할 수 있다.</p> <p>⑤ 법원은 제4항에 따른 의견 제시가 있는 경우에 공판기일에 필요한 양형심리를 할 수 있다. 이 경우 판사는 사생활보호를 위하여 필요하다고 인정할</p>	<p><b>제297조의11(조사보고서 등)</b></p> <p>“조사관”을 “양형조사위원”으로 변경하는 외에 좌동</p>



때에는 결정으로 이를 공개하지 아니할 수 있다. ⑥ 조사보고서는 유죄의 증거로 하지 못한다.	
--	--

### 3. 제19대 국회 법률안

- 주호영 의원이 2013. 11. 29. 대표발의한 법률안으로, 법원조사관에 의한 양형조사제도를 양형조사위원제도로 형사소송법에 확대 규정하는 취지임.

<p><b>제297조의3 (양형자료조사)</b></p> <p>① 재판장은 필요한 경우 양형조사위원에게 양형에 참작할 자료(이하 “양형자료”라 한다)의 조사를 명할 수 있다.</p> <p>② 양형조사위원은 공무소 또는 공사단체 등에 조회하여 양형자료조사를 위하여 필요한 사항의 보고 또는 그 보관서류의 송부를 요구할 수 있다.</p> <p>③ 양형자료조사 대상이 되는 피고인 등을 구금 또는 수용하고 있는 시설이나 기관의 장이 양형조사위원으로부터 조사대상자와의 면접 또는 관계자료의 열람 등 필요한 요청을 받은 때에는 이에 협조하여야 한다.</p> <p>④ 법원은 심리가 지연되는 등 특별한 사정이 없는 한 검사·피고인 또는 변호인에게 공판기일에서 조사결과에 관한 의견을 진술하거나 필요한 자료를 제출할 기회를 주어야 한다.</p> <p>⑤ 제279조의5, 제279조의8, 제283조의2 제1항은 양형자료조사에 대하여 준용한다.</p> <p>⑥ 양형조사위원의 자격, 임면 및 권한, 양형자료조사의 방법 및 절차 등에 관하여 그 밖에 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다.</p>
---