

미국 모범형법전 양형편 개정안에 대한 소개

목 차

1. 미국모범형법전 양형편 개정안의 의의
 - 가. 서언
 - 나. 이 글의 내용과 범위
 - 다. 위 개정안의 기본제안 및 양형가이드라인제의 장점
2. 양형의 목적
 - 가. 조문내용
 - 나. 개정초안상의 해설
3. 양형위원회의 설치와 권한
4. 양형가이드라인의 제정과 효력
 - 가. 정의 규정
 - 나. 양형가이드라인의 특징
 - 다. 양형목적에 반영한 가이드라인의 제정
 - 라. 가이드라인의 법적 효력
 - 마. 양형가이드라인 제정시 고려할 사항
 - 바. 범죄전력의 활용
 - 사. 경합범의 처리
5. 양형에 있어서의 법원의 권한
 - 가. 양형개별화에 관한 법원의 재량권
 - 나. 양형절차와 사실인정
 - 다. 항소법원의 재심사
6. 결론

1. 미국모범형법전 양형편 개정안의 의의

가. 서언

미국 모범형법전(Model Penal Code)은 미국법률협회(American Law Institute)¹⁾가 마련한 형법전의 예시로서 각주로 하여금 형법전의 제정에 도움이 될 수 있도록 하려는 목적으로 위 협회가 제정하여 공표한 것이다.

이 모범형법전에는 양형편이 포함되어 있는데, 최초에는 1950년대에 제정되었고 1962년에 일부 개정이 있었다. 이러한 모범형법전의 입장은 당시의 미국내 주법의 제정에 많은 영향을 미쳤다.

위 초기 양형편 규정들의 기초사상은, 형벌의 주목적은 교화(rehabilitation)에 있고, 따라서 범죄자를 교화하기 위하여 개개 범죄자의 특성에 맞게 그 처벌을 개별화할 필요가 있으며, 이를 위하여 법원과 특히 가석방위원회는 양형과 형의 집행에 관한 광범위하고 최종적인 재량권을 가져야 한다는 것이었다. 이러한 발상에서 나온 것이 부정기형제도(indeterminate sentencing)²⁾이다. 위와 같은 초기의 모범형법전의 입장은 19세기 말의 진보주의적 사상의 영향하에 나온 것이었다.

그러나 위와 같은 모범형법전의 초기 입장은 그후 실제 적용결과 사회현실에 맞지 않는다는 문제가 발생하게 되었다. 무엇보다도 형벌의 주목적을 교화에 두고 부정기형제도를 근간으로 하여 운영되던 양형제도는 범죄의 심각한 증가³⁾에 대한 적절한 대처가 되지 못하고, 가석방위원회의 결정에 따라 범죄인의 실제 복역형이 천차만별로 벌어지는 등의 여러 가지 문제가 발생하였고, 이에 따라 1970년대 중반 이후로 연방과 많은 주에서는 양형시스템을 개혁하려는 시도가 다양하게 진행되었다. 그 결과 정기형제도, 강제적 형벌 규정, 여러 형태의 양형위원회와 양형가이드라인제도 등이 생겨났다.

모범형법전의 양형편이 1962년에 개정된 이래로 그 법의 예상과는 달리 양형에 관한 현실과 제도가 많은 변화가 있었는데, 무엇보다도 이전과는 달리 형벌의 주목적은 범죄인의 교화가 아니라는 인식이 널리 퍼졌고, 1970년대 중반이후에 양형위원회와 양형가이드라인제도가 많은 주에서 도입되었으며, 가석방제도가 16개 주에

1) 미국법률협회(American Law Institute)는 법률의 여러 분야에 관한 리스테이트먼트(Restatement)에 책임을 지고 있고, 통일주법위원회의(National Conference of Commissioners of the Uniform State Law)와 함께 통일상법전(Uniform Commercial Law)과 같이, 일부 통일주법을 준비하는 미국법학자들의 단체이다.

2) 부정기형이란 특정한 범죄에 대하여 법률에 의해 규정된 최대기간의 형을 선고하는 것으로서, 교도소에서의 수감은 가석방심사위원회에 의해 조기에 종료될 수 있어서 실제 구금되는 기간이 불확정적인 형을 말한다.

3) 미국내 교도소 수감자는 1970년에는 357,292명이었으나 2005년에는 2,320,359명으로 늘어났고, 이는 인구증가를 감안한다 하더라도 약 5배 정도 늘어난 것이라 한다. 이러한 미국의 교도소 수감율은 전세계적으로도 제일 높은 수준이고, 수감자의 2/3 정도가 인종적, 민족적 소수그룹 소속이라 한다. 모범형법전 양형편 개정초안 p. xxvi

서 없어졌고, 1980년대들어 중간적 처벌제도가 공감대를 얻고 많이 시도되었으며, 1970년대 이후 2000년대까지 형사처벌을 받는 피고인의 수가 계속적으로 늘어난 것 등이다.

이와 같은 현실과 제도의 변화에 따라 1962년 모범형법전의 양형편 규정은 더 이상 현실에 맞지 않게 되었고, 이에 따라 미국법률협회는 모범형법전의 양형편 규정을 개정하기로 하고 수년간에 걸친 연구와 토의 끝에 최근 모범형법전 양형편 개정초안(Model Penal Code : Sentencing, Tentative Draft No.1, 2007. 4. 9.)⁴⁾을 성안하여 심의중에 있는바, 위 개정안은 아주 최근에 마련되어 양형시스템에 관한 미국 내의 기존의 연구성과와 연방과 각주의 운영성과를 모두 참고할 수 있었다는 점에서 의미가 있다 할 것이고, 이제 막 양형시스템의 개혁작업으로서 양형위원회를 출범시키고 양형가이드라인을 마련하고자 하는 우리의 입장에서든 여러모로 참고할 점이 있다 할 것이다.

나. 이 글의 내용과 범위

미국법률협회가 발간한 위 모범형법전 양형편 개정초안에는 개정할 조문이 자세히 열거되어 있고, 그에 대한 상세한 설명과 주석이 부가되어 있는바 상당히 방대한 분량이다⁵⁾. 하여 이 글은 우선적으로 위 개정초안이 조문과 그에 대한 초안작성자들의 설명을 기초로 하여 그중 중요하다고 생각되거나 우리에게 참고가 될 만한 것들을 위주로 소개하는 것으로 구성하였다. 저자의 능력부족으로 인하여 위 개정초안에 대한 충분한 이해 및 관련 연구의 토대위에 완벽하고 핵심적인 내용의 소개에까지 이르지 못한 점을 밝히고 양해를 구하고자 한다. 아울러 본고의 순서도 위 개정초안의 순서에 따라 구성되었음을 밝혀둔다.

다. 위 개정안의 기본제안 및 양형가이드라인제의 장점

(1) 위 개정초안의 작성 및 그에 대한 해설을 책임집필한 케빈 리츠(Kevin Reitz) 교수에 의하면, 위 개정안의 가장 중요한 제안은 아래와 같다⁶⁾.

4) 위 모범형법전 양형편 개정초안은 2007. 5. 14. 내지 16.의 84회 연례회의에서 논의되기 위하여 제출된 것이다. 위 책은 미국법률협회 홈페이지(www.ali.org)에서 찾아볼 수 있다.

5) 전체 분량은 400여쪽에 달하는 꽤 방대한 분량이다.

첫째, 형벌의 목적에 대한 새로운 설정(이는 Noval Moris의 이론에서 빌려왔다고 한다). 종전의 공리주의적 형벌의 목적에 새로운 비례성의 원칙에 의한 제한을 가하고 이들 목적들이 양형시스템의 전과정을 통하여 적용될 수 있도록 한다.

둘째, 양형가이드라인을 제정할 수 있는 권한을 가진 항구적인 양형위원회를 입법화할 것을 모든 주들에게 권고하는 것. 이 과정에서 성공적인 주들의 예를 따랐고 연방양형시스템의 결점들은 회피하였다.

셋째, 개별사건에서 양형을 개별화할 수 있는 법원의 재량권에 대한 보호책이다.

(2) 한편, 1980년 이후로 더 많은 주에서 양형가이드라인을 제정하는 양형위원회제도를 도입하였는바⁷⁾, 이는 대부분 성공적인 것으로 평가된다고 한다.

위 개정안의 성안자들이 **양형위원회 및 양형가이드라인 제도의 장점으로** 들고 있는 것을 살펴보면 아래와 같다⁸⁾.

- . 개별 양형결정에 법과 정책, 원칙을 일관되게 적용할 수 있다는 점
- . 양형결정에 있어서 시작점을 분명하게 제시한다는 점(그런 것이 없다면 광범위한 형량범위에서 개별 양형을 정하기가 상당히 어렵다)
- . 양형결정 기준을 제시함으로써 그에 대한 연구와 토론을 가능하게 한다는 점
- . 법원이 개별 사건에서 효율적인 결정을 할 수 있는 재량권을 넓힐 수 있다는 점
- . 양형시스템이 어떻게 작동하는지에 대한 향상된 정보를 제공하고, 그를 통하여 입법부 및 다른 기관으로 하여금 고급 정보에 의한 정책결정이 가능하게 한다는 점
- . 양형기준과 법률의 변화에 따른 장래의 양형 패턴을 정확히 예측할 수 있게 한다는 점. 이는 대부분의 주에서 교도소 증가를 지연시키는 기능을 하였다.
- . 양형에 대한 커먼로(판례법)의 개발. 그 속에서 판사들은 선정된 사건에서 자신들의 양형이유를 설명하여야 하고, 항소법원은 그 양형을 재심사하며, 그를 통하여 판사들은 양형정책의 진화에 있어서 기본적인 역할을 수행하게 된다.
- . 양형위원회를 형사사법제도에 관여하는 모든 부문 및 일반공중의 대표들로 함

6) 모범형법전 양형편 개정초안(이하 ‘모범초안’이라고 한다) p. xxx.

7) 2007년 현재 17개 주와 워싱턴 디시 및 연방이 양형위원회와 양형가이드라인제를 운영하고 있고, 여러 주에서 위 제도의 도입을 추진하고 있다.

8) 모범초안 p. xxxiii

- 으로써 구성함으로써 다양한 견해를 반영하고 이해도를 높인다는 점
- 특정 정치세력의 증오로 인한 특정 양형정책결정을 배제한다는 점
- 강제적인 법정형(mandatory-penalty laws)의 급증에 대한 효과적인 대안을 제공한다는 점

2. 양형의 목적

가. 조문내용

PART I . 일반규정

Article 1 전제

§1.02(2) 목적

- (2) 양형시스템에 종사하는 모든 이들에게 적용될 수 있는, 양형에 관한 규정의 일반적 목적은,
- (a) 개개 범죄자에 대한 양형결정에 있어서,
 - (i) 모든 사건에서 범죄의 중대성, 피해자에 대한 피해정도, 범죄자에 대한 비난가능성의 정도에 비례하는 범위내의 형벌을 선고하는 것이고,
 - (ii) 합리적으로 기대가능할 경우에, 범죄자의 교화 및 일반예방, 위험한 범죄자의 불능화, 범죄피해자와 공동체의 원상복구, 범죄자의 사회재통합을 성취하는 것이되, 단 위 목적들이 위 (a)(i)에서 정한 비례성의 범주내에서 추구되어야 하고,
 - (iii) 위 (i)(ii)에서 정한 목적에서 필요한 정도를 넘어서는 중한 형벌은 선고하지 아니하는 것이고,
 - (b) 또한 양형제도의 운영에 영향을 미치는 문제에 관하여는,
 - (i) 법의 틀이 정한 범위내에서는 양형을 개별화할 수 있는 재량권을 보호하는 것이고,
 - (ii) 위 (a)항의 목적을 추구함에 있어서 통일적인(uniform) 양형을 생산하는 것이고,
 - (iii) 인구그룹(population group)에 따른 불공평을 제거하는 것이고,
 - (iv) 중간적 제재(intermediate sanction)의 사용을 권장하는 것이고,
 - (v) 선고된 형을 집행하는 데 필요한 적절한 자원들(resources)이 사용가능하도록 하고, 그런 방법들의 사용에 있어 합리적인 우선순위가 세워져야 함을 확실히 함이고,

- (vi) 모든 형사제재가 인도적인 방법으로 집행되어야 하고, 수감자들은 합리적인 최소한의 물질적 지원이 있어야 하고, 개인적 안전, 의료 및 정신건강의 지원 및 교화의 기회가 제공되어야 하는 것이고,
- (vii) 선택된 형사제재가 양형목적 달성에 효과적인지, 가족과 사회에 어떤 영향을 미치는지를 포함하여 양형정책과 실제에 대한 연구를 지원하는 것이고,
- (viii) 양형제도와 수감제도의 투명성 및 공중에 대한 설명가능성, 그 운영의 정당성을 향상시키는 것이다.

나. 개정초안상의 해설

(1) 서언 : 본조는 양형시스템의 일반적 목적을 제시하고 있는바, 위 (2)(a)항은 현행 모범형법전에서 규정한 공리주의적(功利主義的)⁹⁾인 범죄감소의 목적, 범죄자 교화, 위험한 범죄자의 불능화 등의 목적을 유지하면서도 현행 법전에는 없는 의미 있는 비례성의 제한을 입법화한 것이다.

(2) 비례성의 원칙의 도입 : 위 (2)(a)항은 양형시스템에 관련된 모든 이들에게 적용되는데, 그중에는 양형법원, 항소심법원, 양형위원회, 교정공무원, 보호관찰위원 등이 모두 포함된다.

개별사건에 있어서의 양형은 우선적으로 범죄의 중대성, 피해자에 대한 피해정도, 범죄자에 대한 비난가능성의 정도에 비례하는 범위 내에 있어야 하고, 그래야만 형벌로서 적절하다는 도덕적 근거를 가질 수 있는바, 위 (2)(a)(i)항은 이를 처음으로 법규화한 것이다. 양형위원회는 위와 같은 비례성의 원칙에 합치하는 추정적 양형(presumptive sentence)¹⁰⁾을 정하는 일차적인 임무를 부담하고 있다.

예컨대, 피해자의 부상이 크지 않은 술집내 폭행사건에 있어서 피고인을 교도소에 수감하지 아니하고 사회내에서 감시하는 처분을 내리는 것(전자감시기구를 이용한 일정기간의 가택연금이 적절할 수도 있을 것이다)과 알콜중독 치료프로그램을 이수하도록 하는 것 및 피해변상을 위하여 계속 고용상태를 유지하게 하는 것 같은 중간적 처벌이 범죄자 교화와 피해의 원상회복에 실제적이고 유효한 방법이

9) 최대다수의 최대행복을 최고의 선으로 보는 사상경향을 말함

10) ‘추정적 양형’의 개념에 대하여는 뒤에서도 나오겠지만, 대략 단순한 권고적 양형기준과는 달리 법적인 효력을 가지는 양형기준으로서 이를 따를 경우 일응 적법한 양형이라는 추정을 받게된다는 의미로 사용되고 있는 것으로 보인다.

된다고 판단되고, 또한 그러한 처벌이 범죄의 중대성, 피해의 정도, 범죄자에 대한 비난가능성을 고려할 때 적절한 비례성을 가지는 처벌의 범위내에 있다면 양형법원은 그런 정도의 처벌을 내릴 수 있을 것이다.

반대로 위와 유사한 술집내 폭행사건에 있어서, 만약 피고인이 반성하지 않고, 호전적이며, 폭력범죄의 전과가 있고, 자신의 알콜중독을 인정하지 아니하고 치료 프로그램을 적극적으로 이수하려고도 하지 않는 경우를 상정할 때, 법원이 피고인의 장래범죄로부터 사회를 보호하기 위하여 상당기간 피고인을 격리할 필요가 있다고 판단하고, 그러한 처벌이 범죄의 중대성, 피해의 정도, 범죄자에 대한 비난가능성을 고려할 때 적절한 처벌의 범위를 벗어나지 않는다면 양형법원은 그런 처벌을 내릴 수 있을 것이다.

(3) 양형위원회와 비례성의 원칙 : 다만 비례성의 원칙을 적용함에 있어서 피할 수 없는 어려움은 어느 누구나 동의할 수 있는 적절한 비례성의 원칙이 반영된 양형의 범주라는 것을 정하기 어렵다는 것이다. 이 개정안은 양형위원회는 모든 중죄 및 경죄에 대하여 전형적인 또는 일반적인 사건의 경우에 적용될 적절한 비례성의 원칙을 충족하는 추정적인 양형을 가이드라인으로 정하도록 규정하고 있는바, 만약 양형위원회가 다양한 인적구성원으로써 적절히 구성된다면, 다양한 인적구성으로부터 다양한 의견이 제시되고 검토되어 최종적으로 모두가 동의하는 하나의 가이드라인이 제정될 것이므로 그러한 다양한 인적구성이 양형위원회가 그러한 중차대한 임무를 성공적으로 수행할 수 있는 토대가 될 것이다.

(4) 법원의 비례분석의 권한 : 양형위원회는 비례성의 원칙을 구현하는 유일한 또는 가장 강력한 결정권자는 아니다. 위원회의 양형가이드라인은 단지 ‘추정적’(presumptive)인 법적 권위를 가질 뿐이고, 그것은 강제적(mandatory)이지는 않다. 개개 사건에서 법원의 판결례는 가이드라인보다 더 상위의 권위를 가지게 되므로 개개 사건에서의 비례성의 원칙의 최종적인 결정권자는 법원이다. 양형법원과 항소법원 양자는 양형이 §1.02(2)(a)에 비추어 부당하게 약하거나 중하지 아니하도록 담보할 임무를 부여받았다.

(5) 공리주의적 목적에 대한 제한 : 비례성원칙에 의한 공리주의적 목적의 제

한 이외에도 위 (2)(a)(ii)항에 열거된 공리주의적 목적은 개별 사건에서 그 모두를 적용할 수 있다거나 추구하여야 하는 것은 아니다. 어떤 경우에는 공리주의적 목적은 전혀 상정할 수 없거나(예컨대 피해자 없는 범죄에서는 피해의 원상회복은 상정할 필요가 없는 것), 어떤 경우에는 상호 갈등을 빚기도 한다(범죄자의 교화를 주목적으로 하는 형은 위험범죄자의 불능화 또는 특별예방의 목적을 희생할 수 있다). 이에 따라 본조에서는 위에 열거된 공리주의적 목적들이 “합리적으로 달성가능할 때” 작용한다고 규정하고 있다. 이는 공리주의적 목적들이 합리적이고, 합리적인 방법으로 추구하여 도달가능하다는 합리적 전망이 있을 때 추구된다는 것을 의미한다.

합리적 도달가능성에 대한 평가의 하나는 특정한 공리주의적 목적이 형벌의 제재를 통하여 달성된다고 판단할 ‘실제적인 근거’가 있는가 하는 점이다. 예컨대 피고인이 장래에 재범을 할 것 같다는 단순한 우려만으로는 범죄자의 불능화를 위하여 실형의 형기를 장기간으로 연장하는 것을 정당화하기에는 부족할 것이다. 위와 같은 예상에는 반드시 합리적인 근거가 있어야 하는 것이다. 이와 같은 공리주의적 목적들의 합리적 도달가능성에 대하여는 많은 실제적인 연구와 평가가 필요할 것이고, 본 개정안은 그러한 양형위원회의 활동을 촉구하고 있다.

(6) 필요한 범위를 넘는 심한 형벌의 금지 : 위 (2)(a)(iii)항은 형벌의 정도는 양형목적을 달성하는데 필요한 정도를 초과하여서는 아니된다고 규정하고 있다. 이는 필요최소한의 원칙¹¹⁾이라고 할 수 있을 것이다. 만약 적절한 형량이 어느 정도 인지(예컨대 x 인지 2x인지) 확신이 들지 않을 경우에는, 덜 심한 형벌을 선택해야 한다. 이 원칙은 현재 미국의 많은 주에서 시행되는 양형법 또는 양형기준에서도 발견된다.

(7) 시스템적인 목적 : §1.02(b)는 양형시스템의 운영에 적용될 목적을 언급하고 있다. 이 목적들 역시 정책결정자에게만 적용되는 것이 아니라, 양형법원, 항소법원, 양형위원회 등 모든 관련자들에 대하여 적용되는 것이다. 이하에서는 위 조하에서 열거하고 있는 양형시스템과 관련된 양형의 목적을 개별적으로 살펴본다.

11) 위 모범초안의 원문은 이를 parsimony principle이라 표현하고 있다. 모범초안 p.13.

(8) 법원 재량권의 보호 : 위 (2)(b)(i)항은 이 개정안의 핵심적인 철학을 언급하고 있는데, 그것은 건전한 양형시스템에서는 법이 정한 범위내에서 양형을 개별화할 수 있는 실질적인 재량권이 보호되어야 한다는 것이다, 현재의 모든 미국내 주들의 양형가이드라인시스템은 이 원칙의 인식하에 설계되고 시행되고 있다. 그러나 연방의 경우에는 법원의 양형개별화 재량권을 적절히 보장하는 것에 실패하였다는 비판이 자주 제기되어 왔었다¹²⁾ 이 개정초안의 성안자들은 법원의 재량권을 Booker 판결 이전의 연방 제도에서와 같은 정도로 제한하는 것은 바람직하지 못하다는 점에 의견을 일치했다.

많은 주에서의 경험에 의하면 판사들은 넓은 범위의 양형재량권을 부여받아도 추정적 양형가이드라인 범위내에서 형을 선고하는 경향이 강하였다. 이와 같은 경험은 법원의 양형재량을 지나치게 엄격하게 제한할 필요가 없다는 것을 말해준다.

본 개정안의 초안자들은 법원의 재량권은 양형구조에서 바람직스럽지 못한 것이 아니라 핵심적인 요소인 것으로 파악하고 있다. 입법부나 양형위원회에서 만든 양형은 많은 사건에서 잘 맞을 수 있으나 모든 사건에서 다 잘 맞을 수는 없는 것이므로 양형개별화를 위한 법원의 재량권은 반드시 필요한 것이다.

(9) 분석의 일관성 : 위 (2)(b)(ii)항은 형사처벌의 통일성을 언급하고 있다. 통일성의 개념은 반드시 분명하지는 않지만, 일정한 범죄에 대하여 항상 동일한 형을 선고하여야 한다는 식의 의미는 아니고, 양형시스템이 모든 피고인에게 고루 적용되는 일관성 있는 분석의 틀을 만들어야 한다는 것과 모든 피고인들이 위 (2)(a)항의 양형목적에 따라 통일적으로 처리되어야 한다는 것 등을 의미한다고 할 수 있다(오랫동안 미국 형사법의 평등문제의 가장 핵심적인 것은 인종간 및 민족간의 양형의 차별성이었다. 대략 미국 주 및 연방의 수감자의 60퍼센트가 흑인이거나 히스패닉이어서 미국내에서 이 문제는 상당한 중요성을 가진다).

(10) 양형의 불공평성 제거 : 위 (2)(b)(iii)은 양형에 있어 인구그룹(population group)에 따른 불공평을 제거하는 것이 양형절차에 관련된 모든 이들의 목적이 되어야 한다고 규정하고 있다. 위 인구그룹에는 성, 종교적 신념, 성적 오리엔테이션,

12) 1987년에 제정된 미국 연방 양형기준제도에 대한 가장 기본적인 불만은 법원의 양형재량권에 대한 지나친 제한이었다. 이와 같은 연방 양형기준제의 법원 재량권에 대한 심한 제한은 연방 대법원의 United States v. Booker, 543 U.S. 220 (2005) 사건의 판결을 통하여 완화되었다(위 판결은 연방의 양형가이드라인이 '권고적'이라고 판시하였다).

국적의 원류, 또는 다른 개인적 성향 등에 의한 그룹뿐 아니라 인종적 및 민족적 소수자들을 포함한다. 원래의 모범형법전에는 인종, 민족 및 형사처벌에 관한 규정이 없었으나 본 개정안에서는 그에 관한 언급이 반드시 필요하다는 인식하에 이를 도입하였다.

(11) 중간적 제재의 권고 : 위 (2)(b)(iv)에서 사용된 ‘중간적 제재(intermediate sanction)’라는 용어는 기존의 전통적인 집행유예나 가석방 보다는 더 규제적이고, 실행보다는 덜 침해적인 제재를 말한다. 오랫동안 적절한 경우 중간적 제재를 보다 광범위하게 사용할 것을 권유하는 것이 바람직하다는 데는 공감대가 형성되어 왔는바, 결국 문제는 성공적인 시행방법이라 할 것이다.

(12) 교정자원의 관리 : 위 (2)(b)(v)항은 교정자원의 활용의 적절성을 기하는 것을 양형목적으로 언급하고 있는바, 개정안이 양형위원회제도를 추천하는 이유 중 하나도 위원회제도가 교도소 수용인원을 적절히 관리하는 데 성공적인 사례를 보였다는 것이다. 개정안은 양형위원회로 하여금 현존하는 또는 재정적 뒷받침이 될 모든 교정시설 및 자원에 의하여 수용가능한 정도를 고려한 가이드라인을 설정하도록 규정하는 등{\$6B.02(9)} 이에 관한 규정을 두고 있다.

(13) 제재의 집행방법 : 최초의 모범법은 교도소 등 수용시설의 조건이나 형사제재의 인도적 집행의 문제에 관하여는 언급을 하지 않았고, 1962년 개정법은 이에 관한 일부 규정만 있었으나, 개정법은 위 (2)(b)(vi)에서 수용시설의 조건과 형사제재의 집행방법에 관하여 인도주의적 입장에 입각한 일반 규정을 두고 있다.

(14) 연구의 권장 : 본 개정안이 중점을 두는 것 중 하나는 양형시스템 내에서 적절한 연구와 데이터 수집 능력을 지원하는 것이다. 이에 따라 위 (2)(b)(vii)항은 “선택된 형사제재가 양형목적 달성에 효과적인지, 가족과 사회에 어떤 영향을 미치는지를 포함하여 양형정책과 실제에 대한 연구를 지원하는 것”이 양형규정의 목적의 하나라고 규정하고 있다.

(15) 양형시스템의 투명성, 설명가능성, 정당성 : 본 개정안은 (2)(b)(viii)항에

서, 양형제도와 수감제도의 투명성 및 공중에 대한 설명가능성, 그 운영의 정당성을 향상시키는 것을 양형규정의 목적 중 하나로 열거하고 있다.

본 개정안은 전통적인 미국 양형시스템보다 투명성을 강조하여 한단계 진일보시켰는데, 이를 위하여 법원의 양형재량권 행사의 이유설명 의무와 그에 대한 항소심의 심사 등을 규정하고 있다. 또한 설명가능성 확보를 위하여는 일반공중이 개개 양형결정의 타당성 뿐 아니라 양형시스템 운영을 전체적으로 모니터링할 수 있도록 하여야 할 것이고, 정당성 확보를 위하여는 양형시스템의 영향을 받는 공중의 공감대를 불러일으키는 방법을 통하여 운영의 정당성을 확보하여야 할 것이다.

(16) 권고적 양형기준제를 채택하는 경우 : 본 개정안은 미국의 주들이 영구적인 양형위원회제도, 추정적인 양형가이드라인제도 및 양형에 대한 항소심의 의미 있는 재심사를 규정한 양형시스템을 채택할 것을 권고하고 있다. 그러나 한편으로는 양형위원회제와 항소심의 재심사를 유지하는 한, 추정적 양형기준제가 아닌 잘 정비된 권고적 양형기준제에서도 개혁적인 양형시스템의 많은 장점들이 실현될 수 있다고 인정하고 있다. 이에 따라 본 개정안은 추정적 양형기준제를 도입하는 것이 모든 주에서 가능한 것은 아닐 것으로 인정하고, 권고적 양형기준제를 도입할 주에 대하여도 도움을 주고자 한다.

이런 관점에서 권고적 양형기준제를 채택할 경우에는 아래와 같은 조문수정을 고려할 것을 권한다(밑줄 부분이 수정된 것으로서 괄호안은 원래의 조문내용임).

[(2)(b) 또한 양형제도의 운영에 영향을 미치는 문제에 관하여는,

- (i) 권고된 처벌(법 x)의 틀이 정한 범위내에서는 양형을 개별화할 수 있는 재량권을 보호하는 것이고,
- (ii) 위 (a)항의 목적을 추구함에 있어서 통일적인(uniform) 양형을 권고하는(생산하는 x) 것이고,]

위 (i)항에 대한 수정은 권고적 양형기준제에 있어서는 제정법상의 가능한 범위 내에서의 법원의 재량은 법적 효력을 가지는 가이드라인에 의하여 규제를 받는 것이 아니라, 양형위원회가 마련한 조언적인 권고안을 고려하여 행사되는 것임을 나타낸다. 그리고 권고적 양형기준제에서는 양형시스템이 통일적인 양형을 ‘생산하는’ 것이 아니라 ‘권고하는’ 것으로 표현을 완화하는 것이 적절할 것이다.

3. 양형위원회의 설치와 권한

본 개정안 §6A.01 이하에서는 양형위원회의 설치와 목적, 권한, 임무 등에 관하여 자세히 규정하고 있다. 양형위원회의 권한, 임무 등은 뒤에서 보는 양형가이드 라인에 관한 규정과 상당 부분 중복되고 조직설치에 관한 규정이 많으므로 이에 관하여는 자세한 설명을 생략하고 위 개정안의 조문의 개략적인 내용만 훑어보는 정도로 소개하고자 한다¹³⁾.

Article 6A. 양형위원회의 권한

§6A.01. 양형위원회의 설치와 목적

- (1) 주 정부로부터 독립된 기관으로서의 양형위원회를 설립한다.
- (2) 양형위원회는
 - (a) article 6B에서 정한 대로 양형기준을 개발한다.
 - (b) 입법의 틀 속에서 양형의 커먼로(판례법)의 개발을 위하여 1심 및 항소심 법원과 지속적인 관계를 가진다.
 - (c) 범죄에 대한 양형과 그 영향에 관한 주 전체의 정책개발, 정보개발, 연구 및 계획을 위한 비당파적인 포럼을 제공한다.
 - (d) 형사재판제도의 전 분야, 공중, 다른 주들로부터 지식, 경험 및 사회공동체의 가치를 조합하고 이끌어낸다.
 - (e) §1.02(2)에 규정된 양형시스템에 합치하는 자신의 업무를 수행하고, 그에 대한 설명을 제공한다.
 - (f) 양형시스템이 계속적으로 유지되어 자신을 평가하고 진보하고 향상될 수 있도록 이 모든 노력이 항구적이고 계속적으로 발생할 것을 보장한다.

§6A.02. 양형위원회의 위원

양형위원회는 판사(3명), 주의원(2명), 교정책임자, 검사(1명), 형사변호사(1명), 보호관찰 또는 가석방 책임공무원(1명), 형사제도연구에 경험을 가진 교수(1명), 일반공중의 대표(1명)들로 구성한다.

§6A.03. 양형위원회의 사무조직

13) 이 모범초안의 양형위원회에 관한 규정에 대하여는 모범초안 pp.45-153을 참조하는 외에, 대검찰청 양형기준 태스크 포스, 영미양형위원회운용실태보고, 2007, pp.94-102를 참조. 위 보고서에서는 모범초안의 양형위원회의 성공적 운영을 위한 요소들을 잘 정리하여 놓았다.

사무국장, 연구직원, 교육 및 훈련직원, 추가적인 직원 등으로 구성된다.

§6A.04. 양형위원회의 최초임무

양형위원회는 최초임무로서 양형가이드라인을 제정하고, 교도소 수용인원 예측모델을 개발한다. 이를 위하여 교도소수용인원에 대한 정보를 수집하고, 교정자원의 현황을 조사하고, 범죄율, 재판을 받게 되는 형사사건, 특정 범죄들의 선고된 형량과 실제 집행실태, 주 전체 및 지역별 양형 패턴에 대한 연구를 수행한다. 또한 그와 관련하여 입법부에 교정자원의 변경배치나 추가에 관한 조언을 제공하고, 형법, 형사소송법의 개정안을 권고하는 등의 임무를 수행한다.

§6A.05. 양형위원회의 계속적 임무

양형가이드라인을 정기적으로 수정하고, 교도소 수용인원 예측모델을 매년 시행한다. 또한 각종 자료처리를 위한 전산정보시스템을 개발하고, 교정자원에 대한 실태조사를 하며, 선고형량과 집행형량의 실효성에 대한 정보를 수집하고, 양형에 있어서의 불균형성에 대한 조사를 시행하는 등등의 임무를 계속적으로 수행한다.

4. 양형가이드라인의 제정과 효력

가. 정의 규정

(1) 조문내용¹⁴⁾

Article 6B. 양형 가이드라인

§6B.01. 정의

이 장에서 사용하는 용어는, 달리 규정되어 있지 아니하는 한,

- (1) '양형위원회' 또는 '위원회'는 §6A.01에서 설치된 영구적인 양형위원회를 말한다.
- (2) '양형가이드라인' 또는 '가이드라인'은 양형위원회에 의하여 공포되어 § 6B.11 하에서 시행되는 양형기준을 의미하고, 이 양형기준은 추정적인 양형, 규정, 다른 기준 규정 및 코멘터리를 포함한다.

14) 모범초안 p. 154 이하.

- (3) '추정적 양형'이란 사건의 등급별로 일반적인 사건에 적합한 것으로 양형가이드 라인에서 정해진 처벌, 처벌의 범위, 대안적 처벌 또는 처벌의 결합을 말한다.
- (4) '이탈양형(departure sentence)' 또는 '이탈'이란 양형기준에서 정한 추정적 양형이나 양형기준의 규정을 벗어난 양형을 말한다.
- (5) '특이이탈양형(extraordinary-departure sentence)' 또는 '특이양형'이란 입법에 의한 강제적 처벌규정(mandatory-penalty provision)과 다른 양형을 말하거나 입법 또는 지속적인 법원판결에 의하여 제정되어 개별사건에 적용될 수 있는 중대한 추정(heavy presumption)을 벗어난 양형을 말한다.

(2) 권고적 양형기준제를 도입하는 경우

추정적 양형기준제 대신 권고적 양형기준제를 도입하는 경우에는 아래와 같이 '추정적인'이라는 용어 대신 '권고적인'이라는 용어로 수정하는 것이 필요할 것이다.

- [(2) '양형가이드라인' 또는 '가이드라인'은 양형위원회에 의하여 공포되어 § 6B.11 하에서 시행되는 양형기준을 의미하고, 이 양형기준은 권고적인(추정적인 x) 양형, 규정, 다른 기준 권고안(규정 x) 및 코멘터리를 포함한다.
- (3) '권고적(추정적 x) 양형'이란 사건의 등급별로 일반 사건에 적합한 것으로 양형기준에서 지정된 처벌, 처벌의 범위, 대안적 처벌 또는 처벌의 결합을 말한다.
- (4) '이탈양형(departure sentence)' 또는 '이탈'이란 양형기준에서 정한 권고된(추정적 x) 양형이나 다른 양형기준 권고안(양형기준의 규정 x)을 벗어난 양형을 말한다.]

나. 양형가이드라인의 특징

(1) 조문내용

§6B.02. 양형가이드라인을 위한 기본틀(framework)

- (1) 양형가이드라인은 범죄자가 중죄 또는 경죄로 유죄판결을 받은 사건에서의 추정적인 형량 및 이탈양형에 사용될 수 있는 비배타적인 가증적, 감정적 요소들의 목록을 규정한다.

- (2) 가이드라인은 또한 양형결정에 적용될 수 있는, 양형위원회가 결정하거나 법이 요구한 추가적인 추정적인 규정을 설정한다.
- (3) 양형위원회는 하나 또는 그 이상의 표, 서술적 문장, 또는 다른 표현방식을 포함하여 추정적 양형 및 다른 양형 규정을 표현할 수 있는 가장 적합한 방식을 결정한다.
- (4) 양형위원회는 가급적 평이하고 가능한 양형가이드라인을 공표한다.
- (5) 가이드라인은 매 가이드라인의 근거에 있는 이유를 설명하고, 법원이나 기타 양형시스템의 활용자를 보조하기 위하여 비구속적인 코멘터리를 포함한다.
- (6) 가이드라인은 교도소, 구치소, 가석방, 사회공동체내 제재, 경제적 제재, 석방후 감시 및 위원회에서 필요하다고 인정하는 여타의 제재의 활용에 관하여 언급한다.[가이드라인은 사형은 언급하지 않는다.]
- (7) 가이드라인 내의 어떤 조항도, 법에서 특별히 규정하거나 최상급 법원의 명시적인 결정이 없는 한, 이 조항에서 규정된 추정적 권한 보다 더 큰 법률적 권한을 가지지는 않는다. 가이드라인은 법원으로 하여금 어떠한 요소든 고려하는 것을 금지하지 않는다.
- (8) 가이드라인 하의 어떠한 형량도 §6.06부터 6.09까지 정한 범죄에 대한 최고 형량을 초과할 수 없다.
- (9) 가이드라인을 공포함에 있어서 위원회는 §6A.07에 있는 교정-인구 예측 모델을 사용하여야 한다. 위원회에 의하여 제안된 모든 가이드라인은 현존하는 또는 재정적 뒷받침이 되는 교정 자원으로써 수용할 수 있는 한도내의 처벌 양을 생산할 수 있도록 고안되어야 한다.
- (10) 가이드라인을 공포함에 있어서 위원회는 주의 행정절차법에 부합되어야 한다.

(2) 개정초안상의 해설

(가) 서언 : 위 조항은 개정법의 양형가이드라인의 특징에 관한 조항이다. 본조 (1)항은 양형가이드라인은 중죄(felony) 및 경죄(misdemeanor) 모두에 대한 추정적 양형을 규정하도록 정하고 있다. 대부분의 주에서는 중죄에 대해서만 양형가이드라인을 정하고 있으나, 점점 더 많은 가이드라인제도에서 중죄와 경죄 모두를 포섭하고 있다. 많은 수의 경죄 사건이 미국에서 유죄로 판결되고 있으며, 상당량의 재판 및 교정자원이 경죄 처벌에 투입되고 있고, 가장 심한 경죄의 처벌은 가장 경한 중죄의 처벌보다 무거운 경우도 있다. 따라서 공정성, 효율성, 자원의 효율적 사용이라는 양형법의 원칙은 중죄뿐만 아니라 경죄에도 적용되도록 하는 것이

합당하다.

(나) 추정적 가이드라인 : 본조 (1), (2)항은 위원회가 ‘추정적’ 양형가이드라인을 제정하는 권한에 대해 규정하고 있고, 위 (7)항은 그 한계에 관하여 규정하고 있다. 즉 위원회에 의하여 공포된 어떠한 권고나 룰, 표준 기타 가이드라인도 ‘추정적’인 것보다 더 큰 권한을 가지지는 않는다.

‘추정적’이라는 용어는 용어자체에 의미가 완전히 드러나지는 않는다. 우선 ‘추정적’ 가이드라인은 강제적(mandatory) 가이드라인이나 순수히 권고적인 가이드라인의 양극단을 모두 배제한다. 위 양극단 사이에 여러 가능한 형태가 존재할 수 있고, 그 모두가 잠정적으로는 ‘추정적’이라는 표현이 가능하겠다. 이 개정안에서의 추정적이라는 용어를 제대로 이해하기 위하여는 §6B.04(추정적 양형과 이탈), 7.XX(형량을 개별화하기 위한 법원의 권한) 및 7.ZZ(양형에 대한 항소심의 재심사) 조항을 참고할 필요가 있겠다. 이 개정안은 양형법의 틀 속에서의 법원의 양형재량의 보전을 강조하고 있다. 예컨대 §1.02(2)에 규정된 양형의 목적에 비추어 구체적 사건에서 적합한 이유가 제시될 수 있다면, 법원은 추정적 가이드라인에서 심히 벗어난 형을 선고할 수도 있는 것이다.

(다) 양형가이드라인의 표현방법에 있어서의 유연성 : 본조 (3)항은 위원회에 양형가이드라인의 형태를 정함에 있어서 광범위한 재량을 준 것이다. 비록 양형가이드라인제도를 도입한 대부분의 주와 연방이 한축에는 범죄의 중대성을, 또 한축에는 범죄전력을 두는 이차원적인 표(grid ; 또는 차트, 매트릭스)를 선호하지만, 본 개정안은 그러한 형식을 고집하지는 않는다. 몇몇 주는 서술식의 가이드라인 등 다른 방식을 채택하기도 하였고, 개정안은 그러한 방식도 허용한다.

이차원적인 표 방식은 일정한 이점이 있다. 대부분의 가이드라인 표는 이용하기가 간단하고, 또한 양형결정에 있어서 무엇을 가장 중요시 하는가 하는 점을 일목요연하게 보여준다.

한편 이차원적인 표 방식의 단점은 표의 x축과 y축에 열거된 양형 요소들에게 우월성을 부여한다는 것이다. 하지만 이와 같은 단점을 고려함에 있어서, 모든 미국내 양형 가이드라인제도가 표의 양축에 열거된 요소들만을 고려하는 것이 아니고, 법원으로 하여금 표의 양축에 열거되지 아니한 요소들도 고려할 수 있도록 허

용하고 있다는 점을 이해할 필요가 있다. 예컨대 거의 모든 양형가이드라인제도가 추정적 양형에서 벗어날 수 있는 가중적, 감경적 양형요소들을 자체에 포함하고 있고, 또한 판사의 합리적 양형요소 판단에 따라 가이드라인에서 벗어나는 판결을 할 수 있는 여지를 허용하고 있다¹⁵⁾. 이러한 점들이 이차원적인 표방식의 가이드라인을 우선 채택할 수 있는 토대를 제공하고 있다고 할 수 있다.

그러나 이차원적 표 방식을 채택한 많은 주의 경험을 연구한 결과, 이 개정안의 성안자들은 그 방식이 시간을 초월한 완전한 방식은 아니라는 결론에 도달하였다¹⁶⁾. 그 방식의 공과는 계속 논의되어 중국에는 더 나은 새로운 방식이 나와야 할 것이다. 소수의 주에서는 서술형의 가이드라인제가 성공적으로 시행되었고, 또 어느 주에서는 특정 범죄나 범죄군에 대한 가이드라인 워크시트 방식이 시도되기도 하였다. 전적으로 컴퓨터화한 가이드라인방식도 머지않아 등장할 수 있을 것이다.

(라) 가이드라인의 단순성 : 본조 (4)항은 가이드라인은 가능한 한 간단하여야 한다는 요구를 반영하고 있다. 몇몇 양형위원회는 복잡하고 어려운 가이드라인을 만들기도 했는데, 전형적인 예로 연방의 경우를 들 수 있다. 연방의 경우 관련된 행동(relevant conduct) 규정이나 전과 규정은 종종 적용하기가 아주 어렵고, 범죄의 중대성 계산도 여러 단계를 거쳐야 하고, 경합범의 경우는 아주 복잡해진다. 이에 비하여 대부분의 주에서는 연방의 경우보다는 상대적으로 적용하기 쉬운 가이드라인을 개발하였다. 다른 조건이 동일하다면 복잡한 것보다 간단한 방식이 적용하기가 쉽고, 이를 사용하는 법원이나 기타 관련자들의 반감을 덜 사게 될 것이어서 바람직하다 할 것이다.

(마) 비구속적인 가이드라인에 대한 코멘터리 : 본조 (5)항에서는 양형위원회가 가이드라인에 대한 비구속적인 코멘터리도 포함시킬 것을 요구하고 있다. 그와 같은 코멘터리는 양형위원회가 자신들이 만든 가이드라인의 근거를 적절히 설명할 수 있다는 기능과 이를 적용하는 주체들로 하여금 가이드라인을 적절히 적용할 수 있도록 보조해주는 기능을 가지게 될 것이다.

15) 예컨대 본 모범초안 §7.XX(2)(a)에서도 양형목적에 고려하여 판사가 추정적 양형기준에서 벗어날 수 있는 이탈요소의 인정을 허용하고 있다. 위 모범초안 p.164.

16) 모범초안 p.165.

(바) 제재의 다양화 : 본조 (6)항은 양형위원회가 가이드라인에서 사형을 제외한 모든 가능한 형사 제재의 방식을 사용하도록 요구하고 있다. 일부 위원회의 경우에는 실형을 선고할지 여부 및 실형의 기간에 대한 가이드라인만을 제공하기도 하였다. 그러나 몇몇 위원회는 모든 가능한 형사제재 방식을 다 사용할 수 있도록 하는 가이드라인을 개발하였고, 상당수의 주에서는 그런 방식이 교도소 수용 외의 방식을 활용하는 좋은 계기가 되었다. 또한 그러한 실형 이외의 방식의 활용(예컨대 마약사용자에 대하여 재활시설에 위탁하는 방식)은 그런 방식이 효율적이라는 점이 드러날 경우 정책입안자들을 압박하여 그런 시설을 확충할 수 있도록 하는 데에도 기여할 수 있게 되는 장점이 있다.

(사) 위원회 권한의 제한 : 본조 (7)항은 위원회는 '추정적'인 권한을 넘는 가이드라인을 만들 수 없다는 제한을 부여하고 있고, 다만 입법부나 최고 상급법원은 추정적인 권한을 넘는 규칙(rule)들을 제정할 수 있는 권한이 있음을 규정하고 있다¹⁷⁾.

(아) 교정자원 관리 : 본조 (9)항 관련. 위원회는 가이드라인 제정시 가이드라인의 적용에 필요한 교정시설 등 인적, 물적 자원이 뒷받침 되는지를 고려하여야 한다는 것이다. 물론 그렇다고 위원회가 새로운 교정자원이 필요한 가이드라인을 절대 제정할 수 없다는 것은 아니다. 미국내 모든 현존하는 위원회가 그러한 새로운 교정자원이 필요한 가이드라인을 제정한 적이 있다. 위 (9)항이 강조하는 것은 위원회의 가이드라인을 시행하는 데 필요한 인적, 물적 시설이 적절히 뒷받침되어야 한다는 것이다. 만약 입법부나 행정부가 그러한 뒷받침을 적절히 하지 아니하면 위원회의 활동은 그런 현실로 인하여 많은 제약을 받게 될 것이다.

(자) 권고적 양형기준제를 채택하는 경우 : 권고적 양형기준제를 채택하는 경우에는 본조 (1), (2), (3), (7)항의 '추정적'이라는 용어를 '권고적'이라는 용어로 수정하는 것이 필요하다.

다. 양형목적을 반영한 가이드라인의 제정

17) 모범초안 pp.167-168.

(1) 조문내용¹⁸⁾

§6B.03. 양형목적과 가이드라인

- (1) 양형가이드라인을 제정, 개정함에 있어서 위원회는 §1.02(2)에 기재된 양형의 목적을 달성하고자 하여야 한다.
- (2) 위원회는 규정된 범죄들에 대하여, 적절한 형량에 대한 위원회의 종합적인 판단하에, 범죄의 중대성, 피해자에 대한 피해정도, 범죄자에 대한 비난가능성의 정도에 비례하는 추정적 양형을 정한다.
- (3) 위 (2)항의 범죄의 중대성의 범위 내에서, 위원회는 §1.02(2)(a)(ii)에 규정된 공리주의적 또는 원상회복의 목적 중 하나 또는 그 이상의 것을 실현시키기 위하여, 규정된 범죄들에 대하여 추정적 양형을 적절히 규정할 수 있다.
- (4) 위원회는 양형 목적의 최상의 실현이라는 것이 종종 개개 사건의 정황을 부당히 평가한다는 것을 인식하여야 한다. 가이드라인은 법원이 §1.02(2)(a)의 목적의 관점에서 양형결정을 개별화하도록 이끌어야 하고, 그와 같은 고려의 관점에서 양형의 개별화를 막지 않아야 한다.
- (5) 가이드라인은 §1.02(2)(a)의 목적들을 우선시하거나 그 목적들 중 일부를 선택하는 추정적 조항들을 포함할 수 있다.
- (6) 가이드라인은 법으로 강제된 형벌조항들(statutory mandatory-penalty provision)을 반영하거나 그에 일치시켜서는 아니되고, 위원회에 의하여 이 조항에 일치하게 독립적으로 제정되어야 한다.

(2) 개정초안상의 해설

(가) 서언 : 이 조항은 양형위원회가 §1.02(2)에 규정된 양형의 목적에 합당한 가이드라인을 제정하여야 하는 의무를 강조하고 그 구체적 방법에 관하여 규정하고 있다.

(나) 비례성과 가이드라인 : 본조 (2)항은 위원회는 규정된 범죄들에 대한 적절한 형량에 대한 종합적인 판단하에 범죄의 중대성, 피해의 정도, 범죄자에 대한 비난가능성의 정도에 비례하는 형량을 가이드라인으로 정할 것을 규정하고 있다. 위 조항은 특히 개개 범죄들에 대하여 결정하는 추정적인 양형의 범위가 부당하게 경하지도 않고, 부당하게 심하지도 않은 적절한 범주내에 있다는 점에 대하여

18) 모범초안 pp. 177-178.

위원회 멤버들이 합의에 이르러야 한다는 것을 요구하고 있다.

(다) 공리주의 및 원상회복적 목적 : 본조 (3)항 관련. 근래의 추세는 양형에 있어서 응보적인 목적과 공리주의적인 목적을 적절히 배합하는 것이 일반적이다. 단지 응보만을 목적으로 양형을 하도록 하는 가이드라인은 요즘은 존재하지 않고, 위원회는 공리주의적인 목적도, 실현가능성이 있는 경우 추구하여야 한다.

예컨대, 어떤 유형의 마약범죄로 유죄판결을 받은 범죄자들이 마약범죄 재활프로그램에서 성공하는 비율이 높다는 위원회의 연구결과가 있다면, 그런 범죄자들은 그런 과정을 통하여 자신을 통제하고 다시 준법시민으로 복귀할 가능성이 높다고 믿을 상당한 근거가 있는 것이므로, 이런 경우 위원회는 그런 범죄자들에 대하여 재활프로그램에서 치료를 받도록 하는 것이, 부당히 경하거나 심한 양형이 아니라는 전체적인 합의가 있는 경우에는, 그런 재활프로그램에서 치료를 받을 것을 규정하는 가이드라인을 제정할 수 있는 것이다.

(라) 개별화된 양형 : 본 개정안은 양형에 있어서의 법원의 개별화 재량권을 보전하고자 하는 기본적인 목적을 가지고 있고, 본조 (4)항은 이를 명확히 표현하고 있다. 이에 따라 가이드라인은 법원이 구체적인 사건을 재판함에 있어서 그 사건이 가이드라인이 예정하고 있는 ‘일반적인 사건’이 아닌 경우에는 재량권을 행사하여 구체적 사건에 맞는 형량을 정할 것을 권유하여야 한다.

(마) 양형 목적의 우선화 : 본조 (5)항 관련. 공리주의적 양형목적은 상호 갈등을 일으키거나 응보목적과 갈등을 일으킬 수 있다. 개정안은 그런 경우 하나의 목적만 관철시키는 양형보다는 양쪽을 조화시키는 양형을 할 것을 권유한다.

이런 맥락에서 예컨대, 위원회는 심각한 폭력 범죄에 대하여는 응보와 무력화의 목적을 우선시하는 가이드라인을 정하고, 일정한 유형의 재산범죄에 대하여는 우선적 목적을 피해자의 피해회복 및 특별예방에 두어 경제적 제재를 통하여 이를 실현할 수 있을 것이며, 가장 경한 범죄들에 대하여는 피해자와 범죄자, 사회공동체의 필요를 반영한 원상회복적인(restorative) 양형을 주로 선고하도록 하는 가이드라인을 제정할 수 있을 것이다.

(바) 강제적 처벌과 가이드라인 : 본조 (6)항은 위원회는 항상 시스템의 목적에 가장 적합한 가이드라인을 제정하여야 한다고 하면서, 그런 가장 적합한 양형이 무엇인가 하는 점에 대한 판단을 함에 있어서 당해 사건 주위에 있는 다른 강제적 처벌조항에 근거하지 아니하도록 요구하고 있다. 예컨대 위원회가 A죄와 B죄에 대하여 비슷한 양형(징역 10년보다 훨씬 경한 처벌)을 정하고 있었는데 B죄의 법정형이 최소 징역 10년 이상으로 변경된 경우, B죄의 양형을 징역 10년 이상으로 올리는 과정에서 과거 비슷하게 처벌하였던 A죄의 양형까지 같이 10년 이상으로 끌어올리는 일이 있어서는 아니되고, A죄의 양형에 대하여는 B죄의 강제적인 법정형과는 별도로 독자적인 판단을 하여야 한다는 것이다.

(사) 권고적 양형기준제를 채택하는 경우 : 본조(2), (3), (5)항의 ‘추정적’이라는 용어를 ‘권고적’으로 수정하고, 위 (4)항은 삭제하는 것을 고려하여야 한다.

라. 가이드라인의 법적 효력

(1) 조문내용

§6B.04. 추정적 가이드라인과 이탈(departure)

- (1) 가이드라인은 법원에 의한 개개 범죄자에 대한 양형결정에 있어서 추정적 법적 효력을 가지되, §7.XX에 정한 바에 따라 가이드라인으로부터 벗어난 양형을 할 수 있는 법원의 재량을 유보한다. 위원회는 특정한 가이드라인 조항은 권고적인 것으로 정할 수 있다.
- (2) 위원회는 정해진 범죄에 관하여 일반적인 사건에 적용할 추정적 양형을 위원회의 집단적인 결정에 따라 정한다.
- (3) 가이드라인에는 제재의 종류와 정도를 정한다. 추정적 양형은 하나의 특정한 처벌 또는 일정 범위의 처벌, 대안적 처벌, 처벌의 결합으로 정해질 수 있다.
 - (a) 실형의 경우에는 수감기간 또는 수감기간의 범위를 정하여야 한다. 수감기간의 범위를 정하는 경우, 비례성의 원칙에 입각하여 다른 유형과 실질적으로 구별될 수 있도록 하기 위하여, 또한 선고형과 복역형에 있어 동일성이 유지될 수 있도록 하기 위하여, 또한 수감인원을 합리적으로 예측할 수 있도록 하기 위하여, 그 범위는 충분히 단기간이어야 한다.
 - (b) 가이드라인은 석방후 감시를 포함하는 사회공동체내 처벌에 관한 규정을 담아야

야 한다.

(c) 가이드라인의 처벌의 결합을 허용하는 경우에는 결합된 처벌의 총량을 결정하기 위한 규정을 포함하여야 한다.

[(d) 가이드라인은 범죄자들이 사회내 처벌의 조건을 위반하였을 경우의 제재의 정도를 결정하기 위한 추정적 조항을 포함하여야 한다.]

(4) 가이드라인은 추정적 양형으로부터 이탈할 수 있는 근거로 사용될 수 있는 가중 및 감경 요소들의 비제한적인 목록을 포함하여야 한다. 위원회는 가중, 감경 요소들에 주어진 효과를 계량화하지는 않는다.

(2) 개정초안상의 해설

(가) 서언 : 본조는 추정적 양형가이드라인과 양형조항의 법적 효력 등에 관하여 언급하고 있다.

(나) 가이드라인의 법적 효력 : 양형가이드라인을 강제적(mandatory)인 것으로 하거나 완전히 권고적인 것으로 하는 것도 가능하나, 이 개정안은 그러한 극단을 따르지 않고, 가이드라인이 추정적인 법적 효력을 가지는 것으로 규정하고 있다.

법원은 개별사건의 양형결정에 있어서 위원회보다 더 많은 재량권을 가진다. 개정안은 법원에게 가이드라인상에서 발생하는 모든 이슈에 대해 궁극적인 결정권한을 부여하였다(일부 예외적인 경우는 존재한다). 법원은 개개 사건에서 가이드라인을 따르는 것이 §1.02(a)에서 정한 양형의 목적에 가장 부합하는 결론을 도출하지 못하는 경우에는 가이드라인에서 벗어나는 이탈양형을 선고할 수 있는 것이다.

(다) 일반적 사건에 대한 추정적 양형의 결정 : 본조 (2)항은 추정적 양형조항의 운영철학에 관한 것이다. 위원회는 해당 범죄에 대하여 일반적인 사건을 상정하고 그에 대하여 추정적 양형을 정하여야 하는데, 그 과정에서는 멤버들의 다양한 경험, 활용가능한 정보, 전 사회의 도덕감정을 대표하고자 하는 멤버들의 지극한 노력들이 반영된다. 가이드라인의 정당성은 도전할 수 없는 결론에 도달하는 위원회의 능력으로부터 도출되는 것이 아니다. 그것은 가이드라인이 법원의 높은 신뢰를 얻을 만큼 잘 만들어졌을 사실 뿐만 아니라, 위원회 멤버들의 질과 다양성 및 전체 위원들의 진지한 노력으로부터 도출되는 것이다¹⁹⁾.

(라) **형량의 정도** : 본조 (3)항의 전단은 제재의 정도 뿐 아니라 제재의 선택에 관하여 개략적으로 규정하고 있고, 후단은 제재의 유연성에 관하여 규정하고 있다.

사건의 유형에 따라 가장 적절한 추정적 양형은 하나의 특정한 처벌(예컨대 징역 1년, 징역 8월) 또는 일정 범위의 처벌(예컨대 징역 10월 내지 1년), 대안적 처벌, 처벌의 결합으로 표현될 수 있다. 위원회는 서로 다른 유형의 범죄에 대하여 서로 다른 양형유형을 정할 수 있다. 예컨대, 경죄에 대한 양형 양식은 중죄에 대한 것보다 훨씬 간단한 것이 일반적이고, 중죄의 경우에도 실형 또는 규제적인 사회내 처벌을 선택할 수 있는 경계적인 사례를 설정한 예도 있었다.

본조 (3)(a)항은 가이드라인에서 실형을 정할 때 바람직한 형기의 범위에 관하여 말하고 있다. 현존하는 가이드라인들은 이 문제에 관하여 여러 가지 다른 입장을 보이고 있다. 다소 극단적인 경우는 가이드라인상의 형기의 범위가 너무 넓어서 양형기준으로서의 가치가 별로 없는 경우도 있다. 본 개정안의 입장은 가이드라인 내 하나의 처벌단위의 실형형기 범위는 아주 단기간이어야 한다는 것이다.

한편, 본조 (3)(b)항은 위원회로 하여금 사회내 처벌의 정도를 정하기 위한 가이드라인을 개발할 것을 요구하고 있다.

또한 (3)(c)항은 두개 이상의 제재를 가하는 경우를 상정하고 있는데, 복수의 제재는 동시에 가해질 수도 있고(범죄피해를 변상할 것과 사회내 감시를 받을 것을 명하는 경우), 순차적으로 가해질 수도 있다(일정 기간 실형을 복역한 후에 석방후 감시를 받을 것을 명하는 경우). 어느 경우든 제재의 총량이 처벌의 비례성의 원칙에 어긋나지 않도록 할 필요가 있다.

(3)(d)항은 범죄자들이 사회내 처벌을 받고도 그 조건을 위반하여 교도소에 수감되어야 하는 경우에 관한 위원회의 규정 제정권을 인정하는 조항이다. 미국내에서는 교도소 입감자 중 약 40%가 신규 범죄로 인한 경우가 아니라 위와 같이 사회내 처벌의 조건을 위반하여 원래의 처벌이 취소되고 수감되는 경우이므로 이에 관한 양형위원회의 규정 제정권도 관심을 가져야 하는 분야이다.

19) 모범초안 pp. 195-196.

(마) 가이드라인 내에서의 이탈 요소 : 본조 (4)항이 이에 관하여 규정하고 있는데, 이는 대부분의 미국내 양형위원회의 실제상황을 입법화한 것이다. 첫째로 위 (4)항은 법원이 개별 사건의 양형을 정하는 경우에 추정적 양형안(가이드라인)을 벗어날 수 있는 근거가 될 형의 가중, 감경 사유를 정할 것을 지시하고 있는바, 이러한 가중, 감경사유들은 §1.02(2)(a)(i), (ii)에 정해진 양형목적에 적합하여야 한다.

형의 가중사유로는 예컨대 범죄피해자가 특히 약자여서 피해정도가 일반적인 경우보다 더 큰 경우일 경우를 들 수 있고, 감경사유로는 예컨대 피해자가 범죄를 유발한 면이 있어 범죄자에 대한 비난가능성이 일반적인 경우보다 약한 경우를 들 수 있을 것이다.

또한 위원회는 특정 범죄에 있어서는 가해자, 피해자 및 양쪽의 가족들이 같이 회합을 하여 적절한 처벌정도에 관하여 합의를 하면, 법원이 이를 일반적인 경우에 대한 가중 또는 감경 사유로 삼을 수 있도록 정할 수도 있다²⁰⁾.

한편 위 (4)항은 가이드라인에서 정해지는 형의 가중, 감경의 요소들의 성격이 제한적이 아닌 예시적이라는 점을 강조하고 있다.

(바) 권고적 양형기준제를 채택하는 경우 : 본조 (1)항에서 가이드라인이 법원에 대하여 권고적이라는 내용으로 바꾸고, 이하 조항에서도 ‘추정적’이라는 용어를 ‘권고적’이라는 용어로 수정하는 것이 필요할 것이다.

마. 양형가이드라인 제정시 고려할 사항

(1) 조문내용

§6B.06. 허용된 양형 고려 (조문생략)²¹⁾

(2) 개정초안상의 해설

(가) 서언 : 이 조항은 위원회가 가이드라인을 제정할 때 고려할 수 있는 것과 고려해서는 안되는 것들에 관하여 정하고 있다. 이 조항과 쉼을 같이 하는 조항들이 양형법원과 기타의 형집행기관들에 대하여도 마련될 필요가 있다.

20) 이는 우리의 실무상의 피해자와의 합의를 양형에 반영하는 것과 유사한 방식이라 할 것이다.

21) 조문내용은 위 모범초안 pp. 211-213 참조.

(나) 고려사항에 대한 일반론 : 위원회는 가이드라인을 정할 때 양형의 목적에 관련된 모든 요소를 고려할 권한을 가진다. 다만 그러한 고려가 헌법에 위반되거나 제정법에 위반되거나 판례법에 위반되는 경우에는 예외로 한다{§6B.06 (1)}.

(다) 고려해서는 안되는 사항 : 개정안은 범죄자의 인종, 민족, 성, 성적 오리엔테이션 또는 정체성, 본인 또는 조상의 원래 국적, 종교나 신념, 정치성향 등은 가이드라인 제정시 고려해서는 안되는 사항으로 규정하고 있다{§6B.06 (2)(a)}. 그러나 한편으로는 그러한 개인적인 성향들이 범죄자의 핸디캡이나 곤궁점이 되어 형의 감경사유로 사용되는 것은 허용된다{§6B.06 (4)(a)}.

또한 범죄자의 재산상태는 벌금형의 액수 등 경제적 제재를 가하는 경우 고려요소로 사용될 수 있다고 규정하고 있다{§6B.06 (4)(c)}.

(라) 여타 범죄협의 사항 등 : §6B.06 (2)(b)항은 기소되지 아니하였거나, 기소되었어도 유죄판결을 받지 아니한 범죄사실을 양형요소로 고려하지 못하도록 하고 있다.

또한 위원회는 검사와 피고인간의 유죄협상 및 양형협상이 양형에 영향을 미칠지 여부에 관하여 미리 정하여야 하고, 만약 위원회가 그 점을 미리 정하지 아니하면 법원은 위의 요소들을 원인으로 하여 추정적 양형에서 벗어나는 판결을 할 수 없다{§6B.06 (5)항 및 article 7}.

한편 위원회는 범죄자가 범죄의 조사와 기소에 협조한 경우 이를 형의 감경요소로 감안할 수 있음을 정하고 있는바{§6B.06 (6)항}, 그런 규정이 없다 하더라도 양형법원은 그런 요소를 감안하여 형을 정할 수 있을 것이다.

바. 범죄전력의 활용

(1) 조문내용

§6B.07. 범죄전력의 활용 (조문생략)²²⁾

(2) 개정초안상의 해설

22) 조문내용은 위 모범초안 pp. 230-231 참조.

(가) 범죄전력 활용에 있어서 위원회의 광범위한 재량 : 위원회는 피고인의 범죄전력(criminal history)을 추정적 양형을 정하는 데 있어 기본적인 요소로 사용할지(대부분의 주에서 현재 사용하는 방식임), 이탈 양형을 위한 가중 요소로 사용할지(소수의 주에서 사용하는 방식임), 아니면 단순한 권고요소로 사용할지 여부를 정해야 한다[§6B.07 (1)]. 위원회는 범죄 유형에 따라 위 방식을 혼용하여 사용할 수도 있다.

2000년대 초반에 개발된 대부분의 미국 양형시스템은 2차원적인 표 방식을 선호하였고, 한축에는 범죄의 심각성을 두고, 다른 한축에는 범죄전력을 두는 방식을 채택함으로써 범죄전력을 양형에 있어서 극히 중요한 요소로 취급하였다. 위 2차원적인 표 방식에서도 범죄전력 이외의 다른 많은 요소들이 양형에서 고려되어야 할 요소로 규정되어 있지만, 양형에 있어서 범죄전력의 중요성은 상당하다 하겠다.

범죄전력은 양형위원회 단계 뿐 아니라 양형법원이나 항소법원 단계에서도 중요하게 고려될 수 있는데, 만약 법원이 특정한 사건에서 범죄전력을 고려한 가이드라인이 양형의 목적조항에 비추어 적절치 못한 결론에 도달한다고 판단한다면 그 가이드라인을 벗어난 판결을 할 수 있는 것이다.

(나) 소년범죄전력의 반영 : 위원회는 소년범죄재판의 전력도 범죄전력과 마찬가지로 가이드라인에 반영할 수 있다[§6B.07 (2)]. 대부분의 주에서도 소년범죄전력을 중요시하는 입장이다.

(다) 범죄전력 반영 기한 : 본 개정안은 위원회는 범죄전력을 반영하는 기한을 정하여야 한다고 규정하고 있다[§6B.07 (3)]. 이는 범죄전력으로 인한 피고인의 위험성은 시간이 지남에 따라 약해진다는 관념을 반영한 것이다. 범죄전력 반영 기한은 범죄전력의 유형과 현재 범죄와의 관련성에 따라 달리 정할 수 있다.

(라) 범죄전력 반영의 결과에 대한 지속적인 모니터링 : 개정안은 위원회가 범죄전력 반영조항의 운영실태와 그 결과를 지속적으로 모니터링해야 한다고 규정하고 있다[§6B.07 (4)]. 또한 범죄전력의 반영이 특정 인종그룹에게 부당한 불이익을 주고 있지는 아니한지에 대하여도 관심을 가지고 모니터링하도록 요구하고 있다.

사. 경합범의 처리²³⁾

경합범의 처리는 상당히 어려운 문제로서 그 문제에 관하여는 대부분이 동의하는 합의점이 도출되지 못하고 있다고 한다. 그러나 비슷한 범죄를 2, 3회 범하였다 하여 단순히 1회 범한 경우의 2, 3배의 형을 더하여 가한다는 방식이나, 단지 1회 범한 경우와 똑같이 처벌하는 양 방식은 적절치 못하다는 데는 의견이 대부분 일치하고 있다고 하며, 이 양극단 사이에서 광범위한 지지를 받는 방식이 드러난 상태는 아니라고 한다. 본 개정안은 경합범에 대하여 원칙적으로 동시에 형을 선고하는 방식을 권유하고 있고, 특정의 범죄유형에 대하여는 순차적으로 형을 선고할 수도 있도록 정하고 있는 정도이다.

5. 양형에 있어서의 법원의 권한

가. 양형개별화에 관한 법원의 재량권

(1) 조문내용²⁴⁾

Article 7. 양형에 있어서의 법원의 권한

§7.XX. 양형을 개별화하는 법원의 권한

- (1) 법원은 본조하의 권한을 행사함에 있어서 §1.02(2)에서 정한 양형의 목적과 일치하게 행사하여야 한다.
- (2) 개별 범죄자에 대하여 형을 정함에 있어서, 양형법원은 가이드라인에서 정한 추정적 양형이나 여타의 추정적 규정이 §1.02(2)(a)에서 정한 목적을 최선으로 실현시킬 수 없는 실제적인 상황(substantial circumstances)이 성립하는 경우에는, 그 추정적 양형이나 추정적 규정에서 벗어나는 이탈양형(departure sentence)을 할 수 있다.
 - (a) 양형법원은 가이드라인에서 정한 하나 또는 그 이상의 가중적, 감경적 요소에

23) § 6B.08. 경합범의 처리. 단, 이 조항은 개정안으로 정식 제출되지는 않았고, 참고용으로만 제출되었다고 설명되어 있다. 모범초안 p. 243 이하.

24) 모범초안 pp.264-266.

- 근거하거나, §1.02(2)(a)에서 정한 목적에 기초한 다른 요소에 근거하여 추정적 양형에서 벗어난 양형을 할 수 있다. 후자의 경우 그 다른 요소는 당해 사건을 가이드라인이 정한 일반적 사건의 범주에서 벗어나게 할 수 있는 정도여야 한다.
- (b) 양형법원은 일반사건에 적용되는 추정적 양형과의 사소한 불일치를 이유로 이탈양형을 할 수는 없다.
 - (c) 양형법원은 실정법이나 헌법, 구속력 있는 판결에서 금하고 있는 요소를 근거로 양형을 하여서는 아니되고, 그런 것들이 부당한 한계를 위반하여서도 아니된다.
 - (d) 개별사건에서 가이드라인으로부터의 이탈의 정도는 양형법원이 §1.02(2)(a)를 고려하여 정한다.
- (3) 입법부나 법원은 중대한 추정(heavy presumption)에 관한 규칙(rule)이나 표준을 정할 수 있다. 그와 같은 중대한 추정에서 벗어난 양형은 특이이탈양형(extraordinary-departure sentence)으로 취급된다. 양형법원은 특정사건에서 특이하고 설득력있는 사정(extraordinary and compelling circumstances)이 있어 중대한 추정에 따를 경우 양형의 목적조항인 §1.02(2)(a)에 비추어 비합리적인 결론에 도달하게 될 경우에만 특이이탈양형을 할 수 있다.
- (a) 가이드라인에서는 추정적 양형에서 정한 실행의 형기를 2배 이상 벗어나서는 아니된다는 내용의 중대한 추정조항을 두어야 한다. 그보다 더 중한 처벌은 특이이탈양형으로 취급되어야 한다.
 - (b) 양형법원은 특정사건에서 특이하고 설득력있는 사정이 있어 강제적 처벌(mandatory penalty)조항에 따를 경우 양형의 목적조항인 §1.02(2)(a)에 비추어 비합리적인 결론에 도달하게 될 경우, 강제적 처벌조항을 벗어난 특이이탈양형을 할 수 있다.
- (4) 양형법원이 이탈 또는 특이이탈양형에 의한 판결을 선고하는 경우에는 이탈 또는 특이이탈의 정도를 포함한 이유를 기록으로 남겨야 한다.
- (5) 가이드라인에 포함되지 아니한 범죄에 대한 양형에 있어서는 양형법원은 양형목적에 관한 §1.02(2)(a)에 합치시켜야 한다.(이하 생략)
- (6) 본조에서 고려되는 모든 사실인정은 §7.07A 및 §7.07B에 따라 법원 또는 배심원이 하여야 한다.
- (7) 양형법원에 의해 선고되는 형은 §6.06 내지 §6.09에서 정한 상한선을 초과할 수 없다.

(2) 개정초안상의 설명

(가) 서언 : 본조는 양형법원과 항소심 법원의 양형에 있어서의 권한에 관하여 규정하고 있는바, 본조는 §6B.04(가이드라인의 추정적 법적 효력의 한계를 규정함)와 §7.ZZ(개개 사건에서의 양형결정에 대한 유의미한 항소심사의 기준을 정함)과 함께 종합적으로 고려되어야 할 것이다.

(나) 양형목적의 적용 : 본조 (1)항은 법원의 권한 행사는 앞서 본 양형목적조항에 일치하여야 한다고 규정하고 있는바, 이 개정안이 정한 양형의 목적조항은 양형위원회, 양형 법원, 항소심 법원 모두에 공히 적용되는 통일적인 원칙이다.

(다) 이탈양형의 권한 : 본조 (2)항 관련. 만약 가이드라인이 강제적인 것이라면 양형법원은 이를 벗어날 수 없을 것이다. 반대로 가이드라인이 완전히 권고적이라면 양형법원은 이에 전혀 속박을 받지 아니할 것이다. 본 개정안은 위의 양극단의 중간이 입장을 취하였다. 본 개정안의 양형 구조하에서, 비록 양형결정에 있어서 보다 큰 재량권이 법원의 권한하에 있기는 하지만, 위원회와 법원은 둘다 의미 있는 권한을 가지게 된다.

본조 (2)항은 양형법원은 양형위원회가 정한 양형가이드라인에서 정한 추정적 양형이나 여타의 추정적 규정이 §1.02(2)(a)에서 정한 목적을 최선으로 실현시킬 수 없는 ‘실제적인 상황(substantial circumstances)’이 성립하는 경우에는 그 추정적 양형이나 추정적 규정에서 벗어나는 이탈양형(departure sentence)을 할 수 있다고 규정하고 있는바, 이 실제적 상황이라는 요건은 미국내 많은 주들이 사용하고 있는 실제적이고 설득력있는 상황(substantial and compelling circumstances) 보다는 덜 제한적이다.

그리고 개정안은 양형법원이 가이드라인에서 열거한 가중, 감경 사유가 있는 경우뿐만 아니라 법원 스스로 판단하기에 양형의 목적조항에 비추어 가이드라인에서 벗어난 양형을 하는 것이 필요하다고 판단하는 경우에는 그것이 가능하도록 규정하고 있다{위 (2)(a)항}.

예컨대, 남자인 피고인이 여자인 피해자의 재정자문역으로 고용되어 있는 상태에서 사기와 횡령죄를 범하였는데, 그 죄를 범하는 과정에서 피해자와 고의적으로 내연관계를 맺고 이를 범죄에 이용한 경우, 그러한 요소는 가이드라인에 형의 가중요

소로 정해져 있지 않다고 하더라도, 법원은 그러한 피고인의 행위를 양형목적에 비추어 피해자에 대한 피해의 정도를 심화시킨 것으로 본다거나, 피고인의 행위에 비난가능성이 더 높다고 보아 형의 가중사유로 삼을 수 있다 할 것이다.

한편, 본조 (2)(b)항은 양형법원이 가이드라인에서 정한 추정적 양형에서 벗어난 이탈 양형을 하기 위하여는 양형목적에 비추어 실질적인 이유가 있어야지 단순히 가이드라인이 정한 양형이 자신의 생각과 일치하지 않는다는 이유만으로는 부족하다는 점을 지적하고 있다.

(라) 특이이탈양형 : 본조 (3)항은 입법부나 법원만이 ‘중대한 추정(heavy presumption)’에 관한 규정이나 표준을 정할 수 있고 이를 벗어나는 것을 특이이탈양형(extraordinary-departure sentence)으로 취급한다는 원칙을 정하고 있다.

그리고 (3)(a)항은 가이드라인에서 정한 추정적 양형에서 정한 실형의 형기를 2배 이상 벗어나서는 아니된다는 ‘중대한 추정’을 규정하고 있다. 그러한 ‘중대한 추정’규정을 벗어나기 위하여는 양형법원은 일반적인 추정규정을 이탈하기 위하여 필요한 기준인 ‘실제적인 상황(substantial circumstances)’의 요건에서 더 나아가서 특정사건에서 ‘특이하고 설득력있는 사정(extraordinary and compelling circumstances)’이 있어 중대한 추정에 따를 경우 양형의 목적조항인 §1.02(2)(a)에 비추어 비합리적인 결론에 도달하게 된다는 요건을 충족하여야 한다.

한편 본조 (3)(b)항은 위와 같은 특이하고 설득력있는 사정이 있는 경우 강제적 처벌규정에서 벗어날 수 있는 양형법원의 권한에 관하여 규정하고 있다. 그와 같은 규정은 일부 소수 주에서 인정되어 오던 것이다. 개정안의 입장은 모든 강제적 처벌규정에 대한 법원의 특이이탈양형이 인정되어야 한다는 것이기는 하지만, 주에 따라서는 강제적 처벌규정 전부가 아니라 일부에 대한 특이이탈양형이 가능한 것으로 규정할 수도 있겠다.

1962년의 모범형법전의 입장은 강제적 처벌규정을 두지 말라는 것이었고, 그러한 입장은 본 개정안에서도 유지되고 있으나, 실제로는 1962년의 모범형법전 이래로 각 주에서 강제적 처벌규정을 두는 경우가 많이 늘었다. 개정안은 이와 같은 현실을 받아들이지 아니할 수 없으므로 대안으로서 위와 같이 그러한 강제적 처벌규정

에 대하여 양형법원이 제반사정을 고려하여 반드시 필요하다고 판단할 경우(법문상 ‘특이하고 설득력있는 사정이 있는 경우’로 표현되고, 이에 대하여는 항소심법원의 심사가 예정되어 있음) 그에서 벗어날 수 있는 재량권을 인정하여 주고 있는 것이다.

예컨대 어느 피고인이 골프채 3개(100만원 상당)를 훔친 죄로 재판을 받는데 그가 이전에 강도 및 주거침입절도죄로 7년형을 복역한 전력이 있어서 이번 죄의 법정형이 최소한 징역 25년 이상인 경우, 양형법원은 그와 같은 강제적 처벌규정을 적용하는 것이 양형의 목적조향에 비추어 합리적이지 못한 특이하고 설득력있는 사정이 있다고 판단하는 경우에는 위 강제적 처벌조향보다 더 가벼운 형을 선고할 수 있는 것이다. 그리고 그때 양형법원이 제시할 수 있는 감형의 근거는 25년형이 범죄의 중대성, 피해의 정도, 피고인에 대한 비난가능성 등에 비추어 비합리적으로 비례성을 상실하였다는 것을 들 수 있겠다.

(마) 이탈양형의 이유설명의 의무 : 본조 (4)항은 양형법원이 이탈 또는 특이이탈양형에 의한 판결을 선고하는 경우에는 이유를 기록으로 남겨야 한다고 규정하고 있다. 그리고 그 이유에는 당해 사건에서 이탈양형을 하게 된 구체적인 정황을 거시하여야 하고 더불어 이탈의 정도도 설명하여야 한다. 달리 말하면 양형법원은 왜 가이드라인의 추정적 양형이 적절치 못했는지와 왜 이탈양형이 적절한지에 대한 설명이 있어야 하는 것이다.

이와 같은 이유의 제시는 여러 가지 목적을 갖는데, 첫째로는 그러한 이유제시를 통하여 양형법관들이 자신들의 이탈양형이 정당화될 수 있는지를 심사숙고하는 절차를 제공하는 것이고, 둘째로는 그러한 이유제시가 양형법관들 사이의 의사소통의 계기를 제시하고, 경우에 따라서는 좋은 선례로서의 기능도 가지게 되며, 양형위원회에서 정기적인 검토를 거치는 과정을 거쳐 가이드라인의 개정으로 이어질 가능성도 가지는 것이며, 셋째로는 그러한 이유의 제시를 통하여 항소심법원이 이탈양형의 정당성 여부에 대한 실질적인 심사가 가능하게 된다는 것이다. 그리고 넷째로 그러한 이유의 제시는 피고인, 피해자 및 일반공중으로 하여금 양형절차의 정당성을 이해하는 근거를 제시하는 것인바, 가이드라인에 따른 형의 선고는 이미 양형위원회 위원들의 합의에 따른 형이므로 일반적 정당성을 가진다고 할 수 있으나 그에서 벗어난 형을 선고하는 경우 양형법관이 그 이유를 제시함으로써 피고인, 피해

자 및 일반 공중은 비로소 이탈양형의 정당성을 이해할 수 있는 근거를 갖게 되는 것이다.

한편, 권고적 양형기준제를 채택하는 경우에도 양형기준에서 벗어나는 형을 선고하는 경우에 법원으로 하여금 그 이유를 설명할 것을 요구하는 것이 필요하다. 그럼으로써 법원으로 하여금 특별히 합리적인 이유가 없는 한 양형기준에 맞게 형을 정할 수 있는 동기를 부여하여 가이드라인의 실효성을 확보할 수 있기 때문이다. 특히나 그와 같은 양형이유의 기재는 항소심 법원이 양형의 적정성을 재검토할 수 있는 전제가 된다.²⁵⁾

(바) 가이드라인에 포함되지 아니한 범죄에 대한 양형 : 본조 (5)항은 가이드라인에 포함되지 아니한 범죄에 대한 양형에 관하여 규정하고 있는데, 첫째 양형법원은 양형목적에 관한 §1.02(2)(a)에 합치되도록 형을 정하여야 하고, 둘째 양형법원의 가이드라인에 포함된 범죄 중 당해범죄와 유사하거나 비교적 가까운 범죄의 양형을 조사하여 이를 참고하여야 하며, 셋째로는 양형법원은 실형을 선고할 경우에는 양형이유를 기록으로 남겨야 한다는 것이다.

(사) 사실인정 : 본조에서 고려되는 대부분의 사실인정은 양형법원에 의하여 수행된다. 다만 수정헌법 제6조는 제한된 범위의 사실인정을 배심원에 의해 ‘합리적 의심배제 원칙’에 따라 하도록 요구하고 있다. §7.07A 및 §7.07B는 사실인정에 있어서의 법원과 배심원 사이의 역할 분담에 관하여 규정하고 있는바, 개정안은 사실인정의 주역할은 법원이 수행하도록 하고, 배심원에 의한 것은 필요최소한도에 그치도록 하고 있다.

(아) 권고적 양형기준제를 채택하는 경우 : 추정적 양형기준제가 아니라 권고적 양형기준제를 채택하는 경우에는 본조에 관하여 아래와 같은 수정을 고려하여야 한다.

[(2) 개별 범죄자에 대하여 형을 정함에 있어서, 양형법원은 그 사건에 적용될 수 있는 가이드라인을 충분히 고려하여야 한다. 양형법원은 §1.02(2)에 정해진 양

25) 모범초안 p.157 참조

형의 목적에 비추어 가이드라인의 비중을 평가하여야 한다.

- (a) 양형법원은 양형의 일반적 목적을 중립적이고 통일적으로 수행하고자 하는 양형입법의 목적을 특별히 인식하여야 하고, 그러한 목적을 추구함에 있어서 가이드라인을 유용한 모범으로 검토하여야 한다.

(b)항 및 (d)항은 삭제]

권고적 양형기준제에 있어서는 가이드라인이 법적 구속력이 없기는 하지만, 법원이 빈번히 가이드라인의 권고형을 무시할 경우 양형위원회와 가이드라인제도가 심히 훼손될 것이므로 잘 정비된 권고적 양형기준제에 있어서는 법원이 가이드라인 규정을 적극적으로 검토하도록 하는 절차규정을 개발하는 것이 중요하다.

추정적 양형기준제에서는 위에서 본 바와 같이 법원의 이탈양형을 할 수 있는 기준을 제시하였으나, 권고적 양형기준제에서는 절차적인 요건을 부과함으로써 이를 대체할 수 있을 것인데, 양형법원은 첫째 양형가이드라인을 주의깊고 정확하게 검토하여야 하고, 둘째 가이드라인이 특정사건에 적용될 수 있는지를 양형의 목적에 비추어 검토하고, 셋째 가이드라인에서 벗어난 형을 선고하는 경우에는 사실적 및 법률적 이유를 기록에 남겨야 한다는 것이다. 그리고 이러한 절차는 항소심의 재심사절차를 거치게 될 것이다²⁶⁾.

위 수정안 (2)(a)는 특히 권고적 양형기준제에서는 법원이 양형의 통일성의 목적에 깊은 관심을 가지고 이를 도달하기 위하여 가이드라인을 중요한 수단으로 활용할 것을 요청하고 있다.

(2)의 (b)항 및 (d)항은 권고적 양형기준제에는 필수적인 것이 아니므로 삭제함이 바람직하겠다. 특이이탈양형은 가이드라인에서 이탈하는 것이 아니라 입법이나 법원의 결정으로부터 이탈하는 것이므로 그에 관한 (3)항은 그대로 유지해야 된다고 본다.

나. 양형절차와 사실인정

(1) 조문내용

§7.07A. 양형절차 ; 사실인정 및 헌법²⁷⁾

26) 모범초안 pp.284-285.

- (1) 피고인이 중죄 또는 경죄로 유죄판결을 받으면, 이어서 법원은 합리적 기간내에 형을 선고하여야 한다. 양형절차는 본조에 일치하여야 하고 형사소송법규에 따라 진행된다.
- (2) 양형절차에서 법원은 유죄판결에 필요한 사실, 피고인이 인정한 사실, 당사자가 이의하지 아니한 양형보고서(presentence report)상의 사실에 근거할 수 있다.
- (3) 양형절차에서의 추가적인 사실인정과 법률해석은, §7.07B에서 정한 예외를 제외하고는, 양형법원이 행한다.
- (4) 다툼이 있는 사실문제에 대한 입증의 정도는, §7.07B에서 정한 예외를 제외하고는, 증거의 우위법칙에 따라 판단된다.
- (5) (생략)
- (6) 법원은 가이드라인에서 정한 추정적 양형에서 벗어난 형을 선고하는 경우에는 항상 그 이유를 기록으로 남겨야 한다.

§7.07B. 양형절차 ; 배심원의 사실인정²⁸⁾ (조문생략)

(2) 개정초안상의 해설

위 양 조항은 양형절차와 사실인정문제, 양형이유기재 등에 관하여 규정하고 있다.

§7.07A(3)항은 양형절차에서의 사실인정과 법률해석은 원칙적으로 양형법원의 권한에 속한다는 것을 천명하고 있다. §7.07B에서 정한 예외란 헌법의 요구에 따라 배심원이 결정해야 하는 제한된 범주의 것들을 말한다.

양형과정에서의 입증의 정도에 관하여 증거의 우위법칙을 채택한 것은 현재 거의 대부분의 주가 채택하고 있는 입장을 반영한 것이다.

§7.07A(5)항은 법원이 당사자가 다툼 사실인정이나 법률해석 문제에 관한 결론을 내렸을 때는 이에 관한 기록을 남길 것을 요구하고 있고, (6)항은 법원이 가이드라인에서 벗어난 결정을 하였을 경우 기록을 남길 것을 요구하고 있다. 이들 조항은 법원의 양형과정이 투명하고 재심사를 받을 수 있도록 보장하는 것이다.

그리고 §7.07B는 양형절차에 관한 일반적인 규정인 위 §7.07A에 더하여 양형절차에서의 배심원의 사실인정에 관한 내용을 규정하고 있는바, 배심원의 사실인정은 헌법에서 요구하는 제한된 경우만으로 한정되고, 또한 그와 같은 배심원에 의한 사실인정은 이를 피고인이 포기할 수 있다.

27) 모범초안 p.291.

28) 모범초안 pp.296-299.

다. 항소법원의 재심사

(1) 조문내용²⁹⁾

§7.ZZ. 양형에 관한 항소법원의 재심사 (조문생략, 본조는 개정안에 정식으로 포함된 것이 아니고 단순 참고용으로 제출된 것임)

(2) 개정초안상의 해설

(가) 서언 : 본조는 양형위원회, 양형법원, 항소법원이라는 양형시스템에서의 3개의 축 중 항소법원의 권한에 관한 규정이다. 다른 두 축은 양형위원회가 가이드 라인을 정하는 것에 관한 규정인 §6B.04와 양형법원의 재량권에 관한 규정인 §7.XX이다.

이 개정안의 기본적인 철학은 양형위원회와 법원 사이에는 양형에 관한 커먼로 (판례법)의 지속적인 발전을 위하여 협조와 대화가 있어야 한다는 것이고, 그런 와 중에서도 법원이 대부분의 쟁점에 관하여 종국적인 결정권한이 있어야 한다는 것이다.

양형에 대한 항소심의 입장에 대한 입법례로는 아주 엄격한 입장과 아주 느슨한 입장이 있겠으나 전자는 양형법원의 재량권을 심히 훼손하게 되는 단점이 있고, 후자는 양형의 통일성을 기하지 못하고 제멋대로의 양형을 양산하는 단점이 생길 수 있다. 개정안은 그런 관점에서 그 중도의 입장을 취하고 있다.

(나) 양형목적의 고려 : 본조 (1)항은 항소법원은 자신의 권한을 양형목적에 관한 §1.02(2)항의 규정에 일치하게 행사하여야 한다는 점을 강조하고 있는바, 이는 본 개정안이 1962년도 개정법보다 양형의 목적조항에 더 큰 비중을 두고 있다는 점을 다시 한번 드러내는 조항이다. 이와 유사한 조항은 양형위원회와 양형법원의 권한에 관한 조항에도 존재함은 이미 언급한 바와 같다.

(다) 항소권자와 권리항소, 재량항소 : 본조 (2)항은 양형에 대한 항소는 피

29) 모범초안 pp.318-321.

고인과 검사 양쪽이 할 수 있고, 항소이유로는 양형이 위법하다, 위법한 방법으로 부과되었다, 지나치게 중하거나 지나치게 경하다, §1.02(2)(a)(i)을 고려할 때 부적절하다는 것을 들 수 있다고 규정하고 있다. 이는 항소권자와 항소이유에 관한 내용이다.

본조 (3) 내지 (5)항은 양형에 관한 항소심의 심리를 받을 권리에 대한 절차적 제한인데(양형에 대한 항소심의 심사 여부가 당사자의 권리인 경우와 항소법원의 재량인 경우로 구분함), 이를 통하여 1심의 양형판결 중 권리로서 항소할 수 있는 대상사건은 소수로 줄어 들고, 그 외의 항소는 항소법원의 재량에 따라 심리할 수 있거나 전면 금지된다. 그와 같은 제한을 두는 이유는 항소법원이 정말 중요한 사건의 심리에 집중함으로써 양형에 관한 커먼로(판례법)상의 법리발전에 실질적으로 기여할 수 있게 하기 위함이다.

구체적 내용을 보면, 본조 (3)항은 1심의 이탈양형, 특이이탈양형에 대하여는 당사자가 권리로서 항소할 수 있음을 정하고 있고, 본조 (4)항은 가이드라인이 정한 범위 내에서 선고한 양형에 대한 항소는 그 심리여부가 항소심의 재량에 맡겨져 있다고 정하고 있다. 대부분의 입법례에서는 이러한 항소를 금지하고 있으나 개정안은 이를 전면적으로 금지하는 것은 바람직하지 못하다고 보고 항소는 할 수 있되, 이는 권리로서의 항소가 아니고 항소심의 재량적 판단에 맡겨지는 재량항소로 규정하는 입장을 보이고 있다.

본조 (5)항은 피고인이나 검사의 권고안과 일치하는 양형에 대하여는 그 권고안을 제출한 당사자는 항소하지 못한다고 규정하고 있다.

(라) 항소법원의 처리방법 : 본조 (6)항은 항소에 대한 항소법원의 처리방법에 대하여 규정하고 있다.

본조 (6)(a)항은 ‘항소법원은 양형이 위법하다거나 양형방법이 위법하다는 항소에 대하여는 이를 새로이 심사한다(de novo review)’고 규정하여 법률적인 문제에 대하여는 재심사의 원칙에 따라 처리된다는 것을 밝히고 있다.

그리고 (6)(b)항은 ‘항소법원은 범죄의 중대성, 피해의 정도, 피고인의 비난가능성을 고려할 때 형량이 비례성의 정도를 벗어나서 심히 중한 경우, 이를 수정할 권한이 있다’라고 규정한다.

예컨대 어느 피고인이 골프채 3개(100만원 상당)를 훔친 죄로 재판을 받았는데

그가 이전에 강도 및 주거침입절도죄로 7년형을 복역한 전력이 있어서 이번 죄의 법정형이 최소한 징역 25년 이상인 사례에서 양형법원이 피고인의 특이이탈양형 요청을 받아들이지 않고 25년형을 선고하였다고 할 때, 항소법원은 그 형이 범죄의 중대성, 피해의 정도, 피고인에 대한 비난가능성 등에 비추어 비합리적으로 비례성을 상실하여 심히 중하다고 판단하는 경우 이를 파기하고 수정할 재량권이 있는 것이다.

본조 (6)(c)는 항소법원은 1심법원 및 배심원이 한 사실인정이 명백히 오류가 있지 않으면 이를 수용하여야 한다고 규정하고 있고, (6)(e)항은 항소법원은 §6B.01과 §7.XX(3)에 규정한 특이이탈양형을 심사할 때에는 보다 엄격한 기준을 가지고 심사하여, 항소법원이 독자적인 판단을 하여 1심판결의 양형과 일치하는 결론을 도출한 경우에만 1심판결을 유지한다고 규정하고 있다.

또한 본조 (7)항은 ‘항소법원은 1심의 양형을 유지하거나 파기할 수 있고, 다시 양형을 하도록 환송할 수 있을 뿐 아니라, 항소심의 지시대로 양형을 하도록 1심법원에 명령할 수도 있다’고 규정하고 있다.

예컨대 피고인이 가이드라인의 형보다 3배의 형을 선고받은 경우 항소법원이 피고인에게 가이드라인보다 더 중한 형을 선고할 필요에 대한 정황은 인정하였으나 가이드라인상의 상한선의 2배를 넘는 형을 선고(이는 특이이탈양형에 해당한다)할 이유까지는 찾기 어렵다고 판단한 경우, 항소법원은 사건을 1심법원에 환송하여 재양형을 하도록 할 수도 있고, 가이드라인상의 상한선의 2배의 형을 선고하도록 지시하여 1심법원에 환송할 수도 있는 것이다.

(마) 이유의 기재 : 본조 (8)항은 ‘항소법원이 1심양형을 파기하거나 환송하거나 수정할 경우에는 적절한 이유를 서면으로 제시하여야 한다. 다른 경우에도 항소법원이 이유의 제시가 필요하다고 판단할 경우에는 그렇게 할 수 있다’고 규정하고 있다.

(바) 권고적 양형기준제를 채택하는 경우 : 이 경우에는 ‘추정적 양형규정’에 관한 조항을 ‘권고적 양형규정’으로 수정하는 등의 적절한 수정을 고려하여야

한다³⁰⁾.

권고적 양형기준제하에서는 1심법원이 지나치게 개별화된 양형을 할 우려가 있으므로 항소법원이 이를 적절히 제한할 필요가 있다. 지금까지는 권고적 양형기준제하에서의 효율적인 항소법원의 양형재심사 방법이 제대로 개발되지 못하였다고 할 수 있는데, 법적 강제력이 있는 가이드라인이 부재한 상태에서는 항소법원이 양형의 통일성을 이룩할 수 있는 결정권을 가진 주체라 할 수 있으므로 이에 대한 관심이 요구된다 할 것이다.

6. 결론

이상에서 미국 모범형법전 양형편 개정초안상의 양형목적, 양형위원회, 양형가이드라인 및 양형법원 및 항소법원의 권한 등에 관하여 그 조문내용과 개정초안상의 해설을 위주로 살펴보았다. 처음으로 양형위원회제도와 양형가이드라인제도를 도입하는 우리의 입장에서는 미국에서의 수십년간의 양형가이드라인제도의 운영경험을 반영하여 최근에 마련한 위 개정초안의 내용이 여러모로 좋은 참고가 될 수 있을 것으로 보인다.

그 중에서도 필자의 생각에는, 형벌의 목적에 관한 규정을 두어 범죄의 객관적 중대성에 비례하는 정도의 형벌을 가하는 것을 우선적인 목표로 하고 위 비례성의 원칙의 제한범위내에서는 종전의 공리주의적인 목적들도 적절히 추구하도록 하며, 이러한 형벌의 목적을 양형의 전과정을 통하여 적용되도록 한다는 점, 양형위원회로 하여금 법적인 추정력을 가지는 양형가이드라인을 제정하게 하여 양형의 통일성을 기하면서도, 개개사건에서는 법원이 양형의 목적조향에 비추어 가장 적절한 양형을 할 수 있도록 재량권을 폭넓게 부여한 점, 법원이 가이드라인에서 벗어난 양형을 하는 경우 이유를 기재하게 하여 항소심의 재심사를 받도록 한 점, 양형가이드라인의 설정방식에 관하여 이차원적인 표 방식 이외에도 여러 가지 방식이 가능하다는 것을 지적한 점, 중죄와 경죄 모두에 대하여 가이드라인을 설정하도록 하고 있고, 실형 이외의 처벌에 대하여도 가이드라인을 설정하도록 한 점, 실형의 경

30) 모범초안 p.337 이하 참조.

우 하나의 처벌단위의 실행을 형기범위로 정한다 하더라도 그 형기범위는 아주 단기간이어야 한다는 점, 가이드라인을 제정함에 있어서 활용가능한 교정자원의 양에 관하여도 관심을 가지도록 한 점 등이 특히 우리가 눈여겨 볼 사항이라고 생각되었음을 밝히면서 부족한 글을 마치고자 한다.