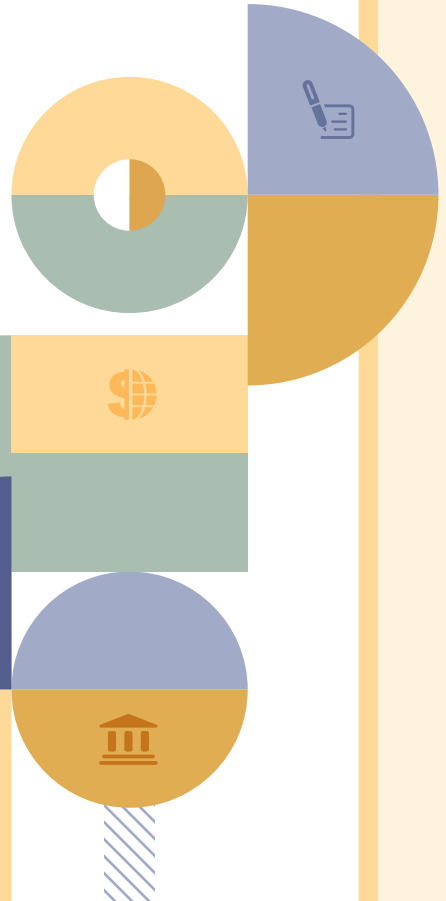


양형연구회 제8차 심포지엄

# 벌금형 양형기준의 모색

일시 | 2022. 6. 10.(금) 14:00 ~ 18:00

장소 | 대법원 4층 401호 대회의실



양형위원회



본 책자는 양형위원회 산하 양형연구회가 개최하는 『양형연구회 제8차 심포지엄』에 관한 발표문 및 지정토론자의 토론문 등을 묶은 자료집입니다.

‘벌금형 양형기준의 모색’이라는 주제로 진행되는 『양형연구회 제8차 심포지엄』은 2022. 6. 10.(금) 14:00 대법원 4층 401호 대회의실에서 개최됩니다.

**양형위원회 운영지원단**

## 인사말씀

안녕하십니까. 양형위원회 위원장 김영란입니다.

바쁘신 가운데도 이번 심포지엄에 참여하여 주신 여러분들께 양형위원회를 대표하여 깊은 감사의 말씀을 드립니다.



양형위원회는 올해 출범 15주년을 맞이하였습니다. 현재 형사재판에서 양형기준 준수율이 약 90%에 이르는 등 양형기준은 이제 우리나라 형사사법제도의 한 축으로 확고히 자리 잡았다고 평가 받고 있습니다. 지난 15년간 양형위원회가 주어진 과업을 차질 없이 수행할 수 있었던 데에는 양형연구회를 통한 깊이 있는 선행 연구가 큰 기여를 하였다고 생각합니다.

그동안 양형위원회에서는 시급성을 감안하여 국민의 기본권에 대한 침해의 정도가 보다 큰 징역형·금고형이 선택된 경우에 적용될 수 있는 양형기준을 만들었고, 다만 당선 유·무효에 영향을 미치는 선거범죄에 한하여 벌금형 양형기준을 만들었습니다. 하지만 현재 구공판 사건을 기준으로 약 92%에 이르는 사건에 대한 징역형·금고형 양형기준이 만들어진 만큼, 벌금형 양형기준 설정에 대한 요청에 부응할 때가 되었습니다.

이에 제8기 양형위원회는 벌금형 양형기준의 설정이라는 새로운 과업에 착수하였습니다. 현재 벌금형 양형기준 설정에 관한 기본 원칙을 수립한 상태이고, 이를 토대로 향후 개별 범죄군별로 벌금형 양형기준을 순차적으로 만들 것입니다. 벌금형 양형기준이 만들어지면, 양형기준의 규범력이 더욱 높아질 것으로 기대합니다.

이와 같은 상황에서 양형연구회가 이번 심포지엄의 주제로 「벌금형 양형기준의 모색」을 정한 것은 매우 시의적절하고, 또 꼭 필요한 일이라 생각합니다. 오늘 심포지엄에서 논의된 내용은 향후 양형위원회가 벌금형 양형기준의 구체적인 설정 방식을 정하는 데 중요한 밑거름이 될 것이라고 확신합니다.

끝으로, 각계를 대표하는 전문가로서 심포지엄에서 사회와 발표, 토론을 맡아주신 여러분의 노고에 대하여 큰 존경과 감사의 마음을 전합니다.

아울러 존경하는 양형연구회 이용식 회장님과 이 자리에 함께 해주신 모든 분들께 깊은 감사의 말씀을 드리며, 여러분의 건강과 행복을 기원합니다.

감사합니다.

2022. 6. 10.

양형위원회 위원장 **김 영 란**

## 인사말씀

안녕하십니까. 양형연구회 회장 이용식입니다.

우리 양형연구회는 2018년 창립 이래 매년 양형정책을 선도하는 주제를 선정하여 심포지엄을 개최하여 왔습니다. 양형연구회의 심포지엄 결과는 양형기준의 설정과 수정이라는 양형위원회의 과업에 큰 도움이 되었고, 관련 형사실무의 개선에도 소중한 자양분이 되었다고 자부합니다.



이번 심포지엄의 주제는 「벌금형 양형기준의 모색」입니다. 양형위원회는 올해 3월 벌금형 양형기준 설정 원칙을 의결하였고, 올 하반기에는 최초의 벌금형 양형기준이 교통범죄에 대하여 설정될 예정입니다.

벌금형의 양형에 있어서는, 불법과 책임을 반영하면서 일반예방과 특별예방 목적을 어떻게 달성할 것인지, 벌금에 형벌로서의 실효성 내지 규범력을 어떻게 확보할 것인지, 형벌효과의 불평등을 어떻게 조정할 것인지 등 연구되어야 할 쟁점이 매우 많습니다.

오늘 심포지엄의 첫 번째 소주제 「형종 선택의 기준」에서는 자유형과 벌금형의 경계를 어떤 기준으로 정할 것인지, 그 이론적·정책적 근거가 무엇인지 등에 관하여 고찰합니다. 두 번째 소주제 「벌금형 산정의 기준」에서는 벌금형의 형량을 정함에 있어 어떤 요소가 고려되어야 하고, 또 어떤 요소가 고려되어서는 안 되는지, 어떤 요소가 중하게 고려되어야 하는지 등을 논의합니다. 이번 심포지엄이 위와 같은 핵심 논제에 대하여 체계적이고 심층적으로 검토하고, 벌금형 양형기준 설정의 바람직한 방향을 모색하는 계기가 되기를 기원합니다.

끝으로, 귀중한 자리를 마련해주신 존경하는 김영란 양형위원회 위원장님,  
그리고 양형위원회와 양형연구회 관계자 여러분의 노고에 감사의 말씀을  
드립니다. 아울러 바쁘신 중에도 이 자리를 빛내주신 발표자와 사회자 그리고  
토론자 분들을 포함해 참석해 주신 모든 분들께 진심으로 감사드립니다.

감사합니다.

2022. 6. 10.

양형연구회 회장 이 용 식





## 일 정

- |                    |               |
|--------------------|---------------|
| • 출석 확인            | 13:30 ~ 14:00 |
| • 개회식              | 14:00 ~ 14:10 |
| • 제1세션 : 주제발표 및 토론 | 14:10 ~ 15:35 |
| • 플로어 토론           | 15:35 ~ 15:50 |
| • 휴식               | 15:50 ~ 16:10 |
| • 제2세션 : 주제발표 및 토론 | 16:10 ~ 17:35 |
| • 플로어 토론(종합토론)     | 17:35 ~ 17:50 |
| • 폐회               | 18:00         |

# C·O·N·T·E·N·T·S

제1세션 | [발표 및 토론]

## 형종(자유형/벌금형) 선택의 기준

### ❖ 주제발표

- 형종(자유형/벌금형) 선택의 기준 ..... 1  
최호진(단국대학교 법과대학 교수)

### ❖ 지정토론

- 「형종(자유형/벌금형) 선택의 기준」에 대한 토론문 ..... 37  
이혜량(수원지방법원 판사)
- 「형종(자유형/벌금형) 선택의 기준」 토론문 ..... 45  
정효민(대전지방법검찰청 천안지청 검사)
- “형종(자유형/벌금형) 선택의 기준”에 관한 토론문 ..... 55  
최준혁(인하대학교 법학전문대학원 교수)

제2세션 I [발표 및 토론]

벌금형 산정의 기준

❖ 주제발표

- 벌금형 양형기준에 대한 시론(試論)적 연구  
– 미국 연방의 법률, 양형기준 및 판례에 대한 분석을 중심으로 – ... 63  
강우예(한국해양대학교 해사법정학부 교수)

❖ 지정토론

- 「벌금형 산정의 기준」 토론문 ..... 129  
장태영(서울고등법원 춘천재판부 판사)
- 「벌금형 산정의 기준」 토론문 ..... 139  
임재웅(의정부지방법검찰청 고양지청 검사)
- 벌금형 양형기준에 대한 시론적 연구에 대한 토론문 ..... 149  
김혜경(계명대학교 경찰행정학과 교수)



## 제1세션

[발표 및 토론] 형종(자유형/벌금형) 선택의 기준

주제발표

# 형종(자유형/벌금형) 선택의 기준

최호진(단국대학교 법과대학 교수)





## 형종(자유형/벌금형) 선택의 기준

최호진(단국대학교 법과대학 교수)

### I 들어가며

#### 1. 벌금형 양형기준의 부재

양형은 형사판결에서 유죄의 선고와 관련하여 입법자와 법관의 분업적 공동작업에 의해 이루어지는 구체적 형벌 범위의 확정이다. 입법자는 법정형을 통하여 모든 범죄에 대하여 일정한 형벌의 종류와 범위를 법관에게 제시하며, 법관은 주어진 법정형의 범위 내에서 행위책임에 상응하는 책임 범위를 확정하고, 그 범위 내에서 예방목적を 고려하여 구체적인 형량을 확정하게 된다. 이런 의미에서 양형과정은 ‘입법적 양형’과 ‘법원의 양형’으로 구성된다.<sup>1)</sup>

「법원조직법」 제81조의7 제1항에 따르면 양형기준은 형량뿐 아니라 형의 종류를 선택하는 경우에도 그 기준을 제시하여야 한다. 하지만 벌금액 경중에 따라 당선 of 효력이 결정되는 선거범죄를 제외하고는 현재까지 징역형에 대한 양형기준만을 설정하였으며, 벌금형에 대한 양형기준은 아직 설정되지 않고 있다. 현행 양형기준에서 형종 선택의 기준을 제시하지 않는 것에 대하여 많은 비판이 있었다.<sup>2)</sup> 또한 구약식 여부 및 구형량을 전적으로 결정하는 검찰의 광범위한 기소재량에 대한 합당한 통제와 투명성 확보 차원에서도 벌금형 양형기준이 필요하다는 의견도 있다.<sup>3)</sup>

징역형과 벌금형이 선택형으로 규정되어 있는 법정형 체계에서는 1차적으로 징역형을 선택할 것인가 아니면 벌금형을 선택할 것인가를 먼저 결정하여야 한다. 징역형을 선택하

1) 전지연, 형의 가중·감경제도의 형법이론과 형사실무, 비교형사법연구 제18권제3호, 117면.

2) 이현정·임웅, 양형위원회의 양형기준안에 대한 비판적 고찰, 성균관법학 제21권제1호(2009.4.), 371면; 이호중, 우리나라의 양형기준에 대한 비판적 분석, 형사법연구 제22권제1호(2010.2.), 253면; 서보학, 양형기준의 시행에 대한 평가와 개선방향, 형사법연구 제23권제4호(2011.3.), 77면; 김재봉, 우리나라 양형기준제의 문제점과 개선방안, 대검찰청(2013.11.), 68면.

3) 백광균, 벌금형 양형기준에 관한 연구, 사법정책연구원, 2020.12., 5면.

였다면 각 개별범죄별로 정해진 양형기준에 따라서 합리적으로 선고형을 정하면 될 것이다. 그러나 징역형이 아닌 벌금형을 선택하였다면 적용할 양형기준이 없으므로 양형기준의 적용을 벗어나게 된다. 벌금형에 대한 양형기준이 마련되지 않음으로 인해 양형의 불균형·불공정의 문제, 양형의 예측 가능성 결여의 문제가 발생하고 있다. 이러한 문제점을 해결하기 위해서 양형위원회가 벌금형 양형기준 설정 원칙을 확정하고 개별 범죄군별로 벌금형 양형기준을 설정하기로 한 것은 의미 있다.

## 2. 징역형 양형기준과 벌금형

2021.7.1. 기준 징역형 양형기준은 44개 범죄군에 설정되어 있으며, 이 가운데 징역형만이 설정되어 있는 범죄군은 살인, 강도, 약취·유인·인신매매 3개의 범죄군이며, 이를 제외한 41개 범죄군에서 벌금형이 선택형 또는 병과형으로 부과되어 있다.

〈표 1〉 양형기준상 징역형과 벌금형

범죄군	선택형	비고
살인	징역형	
뇌물	징역형/벌금형	벌금형 필수적 병과(특정범죄가중법 제2조 제2항)
성범죄	징역형/벌금형	
강도	징역형	
횡령·배임	징역형/벌금형	벌금형 임의적 병과(이득액 5억 원 이상인 경우 특정경제범죄법 제3조 제2항)
위증·증거인멸	징역형/벌금형	
무고	징역형/벌금형	
약취·유인·인신매매	징역형	일부는 벌금형 임의적 병과(형법 제295조)
사기	징역형/벌금형	
절도	징역형/벌금형	
공문서	징역형/벌금형	
사문서	징역형/벌금형	
공무집행방해	징역형/벌금형	
식품·보건	징역형/벌금형	일부는 벌금형 필수적, 임의적 병과
마약	징역형/벌금형	일부는 벌금형 임의적 병과(마약류관리법 제66조)
증권·금융	징역형/벌금형	일부는 벌금형 필수적, 임의적 병과(자본시장법 제447조, 외부감사법 제48조, 특정경제범죄법 제5조 제5항)
지식재산권	징역형/벌금형	일부는 벌금형 필수적, 임의적 병과(저작권법 제136조, 부정경쟁방지법 제18조제5항, 산업기술보호법 제36조제1,8항)
폭력	징역형/벌금형	



범죄군	선택형	비고
교통	징역형/벌금형	
선거	징역형/벌금형	벌금형 양형기준 병존
조세	징역형/벌금형	일부는 벌금형 필수적, 임의적 병과(조세범처벌법 제10조 제5항, 특정범죄가중법 제8조 제2항)
공갈	징역형/벌금형	벌금형 임의적 병과(이득액 5억 원 이상, 특정경제범죄법 제3조 제2항)
방화	징역형/벌금형	벌금형 선택 가능 범죄는 양형기준 설정 대상 제외
배임수증재	징역형/벌금형	
변호사법위반	징역형/벌금형	
성매매	징역형/벌금형	
체포·감금·유기·학대	징역형/벌금형	
장물	징역형/벌금형	
권리행사방해	징역형/벌금형	
업무방해	징역형/벌금형	
손괴	징역형/벌금형	
사행성·게임물	징역형/벌금형	일부는 벌금형 임의적 병과(형법 제249조 등)
근로기준법위반	징역형/벌금형	
석유사업법위반	징역형/벌금형	
과실치사상	징역형/벌금형	
도주·범인은닉	징역형/벌금형	
통화·유가증권·부정 수표단속법위반	징역형/벌금형	일부는 벌금형 필수적 병과(부정수표단속법 제5조)
대부업법·채권추심법 위반	징역형/벌금형	
명예훼손	징역형/벌금형	
유사수신행위법위반	징역형/벌금형	
전자금융거래법위반	징역형/벌금형	벌금형 임의적 병과(전자금융거래법 제49조 제8항)
디지털 성범죄	징역형/벌금형	성폭력처벌법 제14조의3, 청소년성보호법은 징역형
주거침입범죄	징역형/벌금형	
환경범죄	징역형/벌금형	폐기물관리법위반은 벌금형 임의적 병과

### 3. 형종 선택 기준 설정을 위한 선결 조건

#### 가. 징역형이 아니면 벌금형?

형의 경중은 「형법」 제41조 각 호의 순서에 따르므로 징역과 금고와 같은 자유형은 벌금·구류와 같은 재산형보다 중하다. 법리적으로는 그렇다. 따라서 양형기준에 있어서 “징역형이 아니면 벌금형을 선택”하면 된다는 간단한 도식이 성립될 여지도 있다.

하지만 현실적으로 그렇지 않다. “벌금형 대신 차라리 징역을 살게 해달라”는 피고인들의 읍소를 들으면 징역형 기간과 벌금형 액수에 따라 형의 경중에 차이가 날 수 있다는 것이 우리의 경험이다.<sup>4)</sup> 실무에서는 피고인이 약식명령의 벌금액을 내기 어렵다는 이유로 정식재판을 청구하면서, 징역형 집행유예를 원하는 경우마저 존재한다.<sup>5)</sup> 한국형사·법무정책연구원의 연구결과에 따르면 벌금형과 자유형의 집행유예 중 어느 것을 선택할 것인가라는 질문에 대하여 벌금형보다는 자유형의 집행유예를 선택하겠다는 응답자의 비율이 1/3에 해당한다.<sup>6)</sup> 이러한 모습은 피고인이 받게 되는 고통의 정도를 의미하는 형벌감수성(Strafempfindlichkeit)이 피고인의 다양한 사정에 따라 달라질 수 있다는 것을 의미하기도 한다.<sup>7)</sup> 징역형이 선고되면 취업제한, 자격정지, 해외 출국의 문제, 공무원의 경우 징계사유에 해당하는 등 실질적 불이익이 많음에도 불구하고 반드시 벌금형이 징역형에 비해 가벼운 형벌이라고만 할 수 없다.

징역형과 벌금형 사이에 집행유예를 넣으면 사정은 더욱 복잡해진다. 도식적으로 형의 중한 정도를 표시하면 징역형 > 징역형의 집행유예 > 벌금형 > 벌금형의 집행유예이겠지만, 현실적으로 ‘징역형의 집행유예’와 ‘벌금형’은 사정에 따라 그 중한 정도가 달라질 수 있다. 법원에게 “법리적으로 징역형의 집행유예가 아니라면 벌금형을 선고하라”고 할 수 없으며, 실질적으로 “징역형과 벌금형 중 1개를 선택하라”고 할 수 밖에 없다.

선택형으로서 벌금형이 규정되어 있는 경우 징역형과 벌금형이 동일한 불법성에 대응하여야 하는 것은 아니며,<sup>8)</sup> 선택형으로서 벌금형은 징역형을 부과할 필요가 없는 범죄에

4) 조선일보(1998.2.6.), “벌금 대신 징역을” 법정읍소 늘어; 류인규, 벌금이 아픈 사람들, 법률신문(2018.1.18.); 중앙일보(2019.11.29.) 선처해 벌금형 줄까 겁나다…“집유 달라” 센 처벌 찾는 그들.

5) 백광균, 벌금형 양형기준에 관한 연구, 65면.

6) 박미숙/이진국/남세영, 재산비례 벌금제에 관한 정책방안 연구, 한국형사법무정책연구원, 2021, 104-105면.

7) 형벌감수성은 독일의 형법이론과 실무에서 오래 전부터 양형 판단의 근거로서 형벌경중의 측정을 위해 널리 사용되어온 개념이며, 실정법적 근거로서 독일 형법 제46조 제1항 제2문을 든다. 양형을 할 경우 형벌이 사회에서 행위자의 장래 삶에 미치는 영향을 고려할 것을 요구하고 있다.

8) 김혜경 교수는 선택형으로서 벌금형은 자유형의 경·중에 상응해야 하는 것이 아니라 자유형을 대체하면서 자유형을 적용하기에 매우 경미한 불법성에 적용되어야 하기 때문에 자유형의 중한 정도보다 낮아야 한다고 주장한다(김혜경, 법정형으로서 합리적 벌금형을 위한 필요조건, 형사법연구 제24권제2호(2012.6.), 3면이하 참조).

대한 대체 수단의 의미도 있다.<sup>9)</sup> 그럼에도 불구하고 징역형 또는 벌금형 중 하나가 선택될 수 있는 영역에 있어서 “**벌금형도 때로는 징역형보다 중할 수 있다**”는 점을 인정할 수 밖에 없다. 극단적인 비교는 될 수 있지만, 징역형의 최하단은 1개월이지만, 벌금형의 최상단은 정해져 있지 않기 때문에, 단기의 자유형과 고액의 벌금형이 항상 등가의 형벌효과가 발생한다고 볼 수 없으므로 징역형과 벌금형의 경중에 대한 단순 비교는 의미가 없다.

**결론적으로 ‘형의 경중’과 ‘형벌효과의 동등성’ 측면에서 보면 징역형과 벌금형이 중첩되는 구간이 발생할 수 밖에 없다.** ①징역형만이 권고되는 영역, ②징역형 또는 벌금형이 권고되는 영역, ③벌금형만이 권고되는 영역으로 구분할 경우, ②의 영역이 우리에게 주어진 과제는 분명하다. ②의 영역에서 법관에게 어느 형종을 선택해야 정당하며, 그 판단 기준은 무엇인가에 대한 가이드를 제시하는 것이 중요한 작업이다.

#### 나. 법정형에서 징역형과 벌금형의 비례적 규정?

현행 「형법」상<sup>10)</sup> 벌금형만을 규정한 범죄는 7개이며,<sup>11)</sup> 자유형과 벌금형이 선택형으로 규정된 범죄는 외교상기밀누설죄 등 83개이다. 자유형 외에도 벌금형을 병과할 수 있는 범죄는 전시공수계약이행방해죄(제117조 제2항), 아편에 관한 죄(제198조 내지 제203조), 통화위조·위조통화취득죄(제207조 내지 제208조), 유가증권에 관한 죄(제214조 내지 제219조), 도박과 복표에 관한 죄(제246조 내지 제248조), 약취·유인 및 인신매매의 죄(제288조 내지 제292조), 상습장물죄(제363조) 등 24개이다. 「형법」상 벌금형은 임의적 병과이며, 형사특별법의 경우 필요적 병과인 경우도 있다. 「형법」뿐 아니라 형사특별법, 행정형벌 조항의 대부분 징역형과 벌금형을 선택적으로 규정하고 있다.

문제는 법정형으로서 징역형과 벌금형이 비례적으로 규정되어 있지 않다는 점이다. 유사한 행위임에도 불구하고 위반행위에 대한 법정형에서 차이가 난다. 자유형과 벌금형의 경중을 비교교량하지 않고 아무 기준 없이 자의로 정한 것이 아닌가라는 의문을 제기하는 견해도 있다.<sup>12)</sup>

9) 김성균/이문호/오정일, 징역형과 벌금형의 비례 관계에 관한 실증적 연구: 제정 형법과 현행 형법의 비교, 법경제학연구 제15권제3호(2018.12.), 334면.

10) 형사특별법으로 연구대상을 확장하면 상당한 노력이 필요하기에 여기서는 형법을 대상으로 하여 논의를 전개한다. 논증의 결과, 즉 ‘비례적이지 않다’라는 결론이 달라지지 않을 것이라고 예상된다.

11) 변사체 감시 방해죄(제163조), 실화죄(제170조), 과실일수죄(제181조), 과실교통방해죄(제189조 제1항), 단순도박죄(제246조 제1항), 불법복표취득죄(제248조 제3항), 과실치상죄(제266조 제1항).

12) 서보학, 벌금형제도 소고: 비판과 입법론적 대안, 형사정책 제10권(1998), 78면; 김혜경, 법정형 체계의 정비방안, 한국형사정책연구원, 2006, 65면; 최준혁, 벌금형의 합리적 산정가능성 -형법 제70조 제2항에 대한 검토를 중심으로-, 형사정책 제26권제3호(2014.12.), 18면.

가장 이상적인 입법상태는 “모든 범죄의 정확한 불법의 크기를 측정하여 그 서열에 따라 법정형을 정하는 것”이다. 하지만 이는 거의 불가능에 가까울 것이므로 “입법자는 법정형을 정할 때 행위 유형들을 일정하게 범죄화할 수 밖에 없”다.<sup>13)</sup> 따라서 어느 행위에 대하여 형종과 형량을 결정하는 것, 상한과 하한을 결정하는 것은 기본적으로 입법자의 재량범위에 해당한다. 하지만, 죄질의 경중과 이에 대한 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹하다면 전체 형벌체계상 현저히 균형을 잃게 된다면 이는 비례의 원칙 혹은 과잉금지의 원칙에 반하여 위헌이 될 수 있다. 그렇지 않다면 법정형의 높고 낮음은 헌법위반의 문제는 아니며, 단순한 입법정책의 당부의 문제에 불과하다.<sup>14)</sup> 헌법재판소도 **법정형의 상한이나 하한에 어느 정도 불합리성을 가질 수 밖에 없다는 점을 인정하고 이에 대해서는 “법관의 양형이라는 절차에서 어느 정도 그 불합리성을 제거할 가능성이 있다면 위헌성은 극복될 수 있다”**고 한다.<sup>15)</sup>

“법정형의 종류와 범위를 정할 때는 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화 원칙이 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다. 그러므로, 그 입법취지에서 보아 중벌(重罰)주의로 대처할 필요성이 인정되는 경우라 하더라도 범죄의 실태와 죄질의 경중, 이에 대한 행위자의 책임, 처벌규정의 보호법익 및 형벌의 범죄예방효과 등에 비추어 전체 형벌체계상 지나치게 가혹한 것이어서, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈함으로써 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 것으로 평가되는 경우에는 이와 같은 법정형을 규정한 법률조항은 헌법에 반한다고 보아야 한다.”<sup>16)</sup>

국회 법정형정비 자문위원회에서 2005년 당시 행정형벌조항을 전수조사한 결과 선택형으로서의 징역형과 벌금형 사이의 편차는 1년 이하의 징역에는 100만원 이하부터 1억원 이하까지, 1천만원 이하의 벌금형을 기준으로 6개월 이하부터 10년 이하의 징역형까지 나타났다고 한다.<sup>17)</sup> 이러한 문제점을 인식한 국회에서는 징역과 벌금형 간의 균형을 유지하기 위하여 징역 1년을 벌금 1천만원 이하, 2년을 1천만원 이상 2천만원 이하 등과

13) 헌법재판소 2004.6.24. 선고 2003헌바53 결정 참조.

14) 김혜경, 앞의 논문, 110면.

15) 헌법재판소 2008.11.27. 선고 2007헌가24 결정.

16) 헌법재판소 2003.11.27. 선고 2002헌바24 결정.

17) 국회 법정형정비 자문위원회, 활동결과보고서, 2013, 49면.

같은 방식으로 자유형 기간에 상응하여 규정하는 지침을 마련하였다.

국회사무처의 「법률안의 표준화 기준 전부개정지침」<sup>18)</sup> 제45조에 따르면 “벌금형을 규정하는 경우에는 다음 각 호의 기준에 따라 그 벌금액의 적정수준을 정한다.”

1. 일반적으로 벌금액의 최고액만을 규정하는 방식으로 규정한다.
2. 벌금형을 징역형, 금고형 또는 구류형과 선택형으로 규정하는 경우에는 다음 기준을 고려하여 벌금액을 징역형, 금고형 또는 구류형의 기간에 상응하도록 규정하되 범죄의 종류 및 죄질에 따라 가감한다.

〈표 2〉 법률안의 표준화 기준 전부개정지침의 징역과 벌금의 비례

징역	벌금
1년 이하	1천만원 이하
2년 이하	2천만원 이하
3년 이하	3천만원 이하
5년 이하	5천만원 이하

징역형과 벌금형 중 어느 형벌로 처벌되는가에 따라 실질적인 처벌의 정도가 달라지고, 법정형에 정해진 징역형은 동일함에도 벌금액에 심한 편차를 보인다면 국민들의 입장에서 법 적용의 공정성에 대한 평가를 부정적으로 내릴 수 밖에 없을 것이다. 이상적으로는 형종 선택의 기준을 법정화하고, 현행법상 징역형과 벌금형의 비례 관계를 고려하여 법정형을 전면적으로 정비하는 것이 바람직하지만, 이는 너무나 많은 시간과 노력이 필요할 것으로 보인다. 지금의 현실에서는 헌법재판소의 결정 취지를 반영하여, 형종 선택의 기준은 현실적으로 법관의 합리적 양형 재량의 범위에 포함시키는 것만이 가능할 뿐이다. 힘든 법정형 정비보다는 법정형에 따라 법관이 양형으로 적절하게 통제할 것을 기대할 수 밖에 없다.<sup>19)</sup> 벌금형의 양형기준이 더욱 중요한 이유 중 하나이다. 하지만, 징역형과 벌금형의 비례적 관계가 유지되고 있지 않기 때문에 전체 범죄군에 공통적으로 적용될 수 있는 형종 선택의 기준 설정을 더욱 어렵게 한다. 큰 난제 중 하나이다.

18) 2022.1.20. 지침 제390호.

19) 장기적으로는 법정형의 정비가 이루어져야 하는 것은 입법자의 중요한 과제이다.

### 다. 처단형 단계에서의 형종 선택

법관이 구체적 사건에서 피고인에게 최종의 형벌을 선고하는 양형과정은 법정형 → 처단형 → 선고형으로 이루어진다. 처단형은 법정형에 선택할 형종이 있는 경우에는 먼저 형종을 선택하고, 그 선택형을 보다 구체화해 가는 과정에서 형의 가중·감경사유를 적용하여 상한과 하한으로 산출된다. 처단형의 결정을 위하여 「형법」은 제35조(누범가중), 제38조(경합범 가중), 제53조(정상참작감경) 등 법률상 형의 가중·감경사유 및 재판상 감경사유에 관한 규정을 두고 있다. 형법총칙에 따라 형을 산출하는 과정은 법정형 → (형종 선택) → 누범가중 → 법률상 필요적 가중·감경 → 법률상 임의적 감경 → 경합범 가중 → 정상참작감경 → 처단형의 범위 결정 → (양형기준 적용) → 선고형 결정의 순서이다.

양형위원회의 양형기준은 “처단형의 범위 내에서 특정한 선고형을 정하고 형의 집행유예 여부를 결정함에 있어서 참조되는 기준”이다.<sup>20)</sup> 형사판결서의 양형의 이유 기재방식도 이와 같다. 양형의 이유를 구체적으로 어떻게 기재하여야 하는지에 대하여 법률상 정해진 방식은 없으나, 당해 사건에 가장 적합한 방식으로 별개의 항을 만들어 실시하는 것이 일반적이다.

### ※ 형사판결서의 양형의 이유 기재방식

#### [양형의 이유]

1. 법률상 처단형의 범위: 징역 1월~30년<sup>21)</sup>

2. 양형기준에 따른 권고형의 범위

#### [유형의 결정]

사기범죄 > 01. 일반사기 > [제1유형] 1억 원 미만

#### [특별양형인자]

- 가중요소: 불특정 또는 다수의 피해자, 범행수법 매우 불량, 동종 누범

#### [권고영역 및 권고형의 범위]

특별가중영역, 징역 1년~3년 9월

20) <https://sc.scourt.go.kr/sc/krsc/criterion/standard/standard.jsp> 양형위원회 홈페이지 (2022.4.28. 방문)

21) 벌금형을 병과할 경우에는 “징역 1월 ~30년 및 벌금형 병과”로 기재한다.

[일반양형인자]

- 감경요소: 진지한 반성

### 3. 선고형의 결정: 징역 2년 6월

형종 선택의 기준은 처단형 단계에서 결정되며, 양형기준은 선고형 단계에서 결정되기 때문에 처단형의 범위가 정해진 이후에 적용될 수 있는 양형기준에서 형종 선택의 기준을 정하는 것은 현행 법체계와는 맞지 않다. 현재 시행중인 양형기준은 법정형이나 처단형의 범위와 상관없이 처음부터 선고형을 결정하는 방식을 취하고 있다.<sup>22)</sup> 물론 양형기준이 법적 구속력이 있는 것은 아니므로, 적용상의 범위를 형법상 처단형의 산출과정 작업을 하는 동시에 양형기준의 권고형량범위를 결정하는 과정도 함께 수행할 수 있다.<sup>23)</sup> 그렇다면 양형기준의 권고형의 범위와 형법상 처단형의 범위의 두 범위가 중복되는 부분에서 선고형이 결정될 가능성이 높다.

#### 라. 형종 선택 기준에 대한 입법

법관이 구체적인 형을 선고할 때 어떤 형을 선택할 것인지에 대하여 헌법과 법률에서 특별한 언급은 없다. 「형법」 제54조에서 “한 개의 죄에 정한 형이 여러 종류인 때에는 먼저 적용할 형을 정하고…”라고 하여 형종 결정의 순서만 규정하고 있을 뿐이며, 형종 선택의 기준에 대해서는 침묵하고 있다. 동일 범죄에 대하여 이종의 형벌인 징역형과 벌금형을 선택적으로 입법한 이유와 그 기준도 분명하게 밝혀지지 않고 있으며, 법정형을 어느 정도로 정할 것인지에 대한 논의는 거의 없다.<sup>24)</sup>

형종 선택을 위한 기준은 양형기준이 적용되기 이전 단계인 처단형 단계에서 요구된다. 이는 점을 고려하고, 형종 선택의 기준에 대하여 형법이 침묵하고 있다는 점을 고려한다면, 양형기준에서 형종 선택의 기준을 제시한다고 하더라도 이는 현행 양형기준과 마찬가지로 법적 구속력은 없으며, 권고적 효력을 가질 수 밖에 없다.

22) 예를 들면 살인죄의 경우 살인범죄를 유형화하여 유형별로 기본형량을 결정하고, 여기서 특별양형인자와 일반양형인자의 평가를 통해 권고형량 및 선고형을 결정하는 방식을 채택하고 있다(전지연, 앞의 논문, 142면.).

23) 이를 긍정적으로 평가하는 문헌으로 정숙희, 구조적 측면에서 양형의 합리화방안 연구, 법학연구 제24권제2호(2013), 충남대학교 법학연구소, 370면-371면.

24) 김수현, 행정법규 처벌규정의 법정형 합리화방안, 국회입법조사처 정책보고서, 2012, 3-4면.

### 마. 선택형과 병과형으로서 벌금형

징역형과 벌금형이 선택형일 경우, 불법의 양이나 책임 비난의 정도가 상대적으로 경미하여 징역형까지 부과할 필요가 없다고 판단하였거나, 자유 박탈보다는 불이익 정도가 작은 경제적 타격만으로도 충분한 형벌효과가 발생할 수 있다고 판단하였을 경우 벌금형을 선택할 것이다.

하지만 벌금형이 병과형으로 되어 있는 경우에는 그 법적 성격 등에 대하여 논쟁의 여지가 있다. 병과형으로서 벌금형의 목적과 법적 성격이 무엇인지 분명하지 않기 때문이다. 병과형으로서 벌금형의 경우 범죄로 인한 불법이익을 박탈하거나, 해당 범죄를 저지름으로 인하여 얻게 되는 경제적 이익에 대한 박탈의 필요성이 있는 경우와 같이 벌금형 병과를 통하여 일정한 이익을 박탈하는 범죄수익에 대한 몰수 기능과 형벌가중적 기능을 갖고 있는 것으로 볼 수 있다.<sup>25)</sup> 따라서 영리를 목적으로 하거나 영업에 관한 범죄에 대해서는 징역과 벌금을 필요적으로 병과하는 것도 효과적인 형벌정책이 될 수 있을 것이다.

하지만 벌금의 병과형이 가지는 형벌가중적 기능에 대해서는 책임주의 원칙에 반한다는 주장이 가능하다. 병과형으로서 벌금형이 책임의 제한을 받지 않는 추가형이 아니므로, 자유형과 벌금형을 합한 전체의 형벌이 행위자의 책임에 상응하여야 하며, 벌금형이 병과되면 병과되는 벌금형의 형량만큼 징역형은 삭감되어야 한다는 입장,<sup>26)</sup> 병과벌금형은 삭제하는 것이 타당하다는 입장<sup>27)</sup> 등이 있다. 헌법재판소는 법정형의 종류와 범위의 선택은 입법자의 광범위한 입법재량과 형성의 자유가 인정되어야 할 분야<sup>28)</sup>라고 하면서 벌금형이 필요적으로 병과하도록 한 것은 징벌의 강도를 높이하고자 한 입법자의 결단으로 보고, 이러한 입법자의 결단은 입법재량의 한계를 벗어난 것이라고 보지 않는다.<sup>29)</sup>

병과형으로서 벌금형의 법적 성격과 그 목적에 대해서는 추후 논의의 필요성이 있는 것으로 보인다. 범죄수익박탈의 기능과 형벌가중적 성격이 있다는 것은 확인되지만, 형법 이론적으로 책임주의 원칙에 부합하는지 여부, 벌금형을 병과할 경우에 선고될 자유형의 감형할 수 있는지 등에 대한 문제에 대한 논의는 좀 더 검토가 필요하다.

25) 박미숙, 현행법상 벌금형병과제도의 문제점과 개선방안, 형사정책연구소식 제81호(2004), 4면 참조.

26) 최준혁, 벌금형의 합리적 산정가능성, 19면; 구체적 사안에서 징역형과 벌금형을 병과하려면 총체적 불법성을 징역형과 벌금형에 분배해야 한다는 견해도 같은 입장이다(김혜경, 앞의 논문, 11면).

27) 이천현, 벌금형의 규정방식에 관한 고찰, 형사정책연구 제18권제3호(2007. 가을), 476면.

28) 헌법재판소 1998.5.28. 선고 97헌바68 결정.

29) 헌법재판소 2005.7.21. 선고 2003헌바98 결정



벌금형의 양형기준에서 가장 중요한 주제는 ‘징역형이나 벌금형의 선택 기준’으로 보인다. 그렇다면 징역형과 벌금형을 병과할 경우 적용될 수 있는 기준은 아직 제시되고 있지 않은 것으로 보인다. 벌금형의 양형기준에 대한 논의는 벌금형이 징역형과 선택형일 경우에만 적용되는 기준으로 설정되는 것이 바람직하다. 벌금형을 병과할 경우에 대한 기준은 벌금 병과의 법적 성격이 ‘범죄이익의 박탈’의 측면이 있는지, ‘형벌가중적 성격’이 있는지를 검토한 후 별도로 논의되고 설정될 필요가 있다. 따라서 벌금형의 양형기준은 선택형으로서 벌금형만을 대상으로 하고, 병과형인 경우는 명시적으로 제외하는 것이 바람직하다.

## II 징역형 양형기준과 선거범죄 양형기준 적용 방법

### 1. 징역형 양형기준 적용 방법

현행 징역형에 대한 양형기준 적용방식을 기본적으로 이해할 필요가 있다. 현행 징역형에 대한 양형기준을 적용하는 방법은 다음과 같다.<sup>30)</sup>

①**범죄유형의 결정**: 당해 범죄에 적용할 양형기준이 정해지면, 그 범죄가 어느 유형에 속하는지를 결정하여야 한다. 양형기준은 각 유형에 관하여 상세히 정의하고 있으며, 양형기준의 ‘유형의 정의’를 참고하여 범죄유형을 결정한다. 단일 범죄군내에서도 유형분류에 따라 수개의 독립된 형종 및 형량 기준표가 제시되기도 한다.<sup>31)</sup>

②**권고영역의 결정**: 특별양형인자의 존부를 확인하여 이를 비교·평가한 후 감경, 기본, 가중영역 중 하나를 선택한다. 특별양형인자는 가장 큰 영향력을 갖는 인자로서 권고영역을 결정하는데 사용되는 인자이므로, 어떤 인자를 특별양형인자로 설정할 것인지는 중요한 문제이다. 양형위원회는 양형실무에 대한 통계분석을 토대로 입법자의 의사, 국민의 양형에 대한 인식, 양형정책적 고려 등을 검토하여 특별양형인자를 추출하였다.<sup>32)</sup>

③**형량범위의 결정**: 권고영역 중 하나가 선택이 되면 양형인자의 존부 확정 → 복수 특별양형인자의 평가 → 형량범위의 특별조정 및 서술식 양형기준 적용 → 다수범죄 처리

30) 양형위원회, 양형기준(2021년), 734면.

31) 범죄군별 유형 분류의 기준은 범죄군에 따라 범행동기 및 목적, 범행수단, 행위태양, 피해자의 연령, 결합되는 범죄의 내용, 상습성, 전과, 이득액 등으로 다양하게 개별화되어 있다.

32) 다만 특별양형인자와 일반양형인자의 구별이 모든 범죄군에서 타당한 것은 아니므로 어떤 범죄군에서는 특별양형인자로 취급되는 양형요소가 다른 범죄군에서는 일반양형인자로 취급되는 경우가 발생할 수 있다(양형위원회, 2021, 양형기준-양형기준 해설, 740면).

기준 적용의 순서에 따라 형량범위를 정한다.

④**선고형의 결정**: 형량범위가 결정되면 법관은 구체적 사안에 적합한 선고형을 정한다. 단일범의 경우에는 권고 형량범위 내에서, 경합범의 경우에는 단일범의 권고 형량범위를 기초로 다수범죄 처리기준을 적용하여 산출한 형량범위 내에서 최종 선고형을 정하게 된다.

⑤**형의 집행유예 여부 결정**: 3년 이하의 징역 또는 금고가 선고형으로 정해지면, 법관은 그 형의 집행유예 여부를 결정한다. 주요참작사유는 집행유예 여부 결정에 큰 영향을 미치는 요소로서 직접적으로 실형을 권고하거나 집행유예를 권고하는 기능을 갖는다.

이러한 과정을 표로 나타내면 다음과 같다.

〈표 3〉 징역형 양형기준 적용 방법

1. 범죄유형의 결정	그 범죄가 어느 유형에 속하는지를 결정
↓	
2. 권고영역의 결정	3단계 권고형량범위 중 감경, 기본, 가중영역 선택
↓	
3. 형량범위의 결정	특별조정 등을 고려하여 형량범위 결정
↓	
4. 선고형의 결정	구체적 사안에 적합한 선고형 결정
↓	
5. 형의 집행유예 여부 결정	주요참작사유를 비교하여 결정

## 2. 선거범죄의 벌금형 양형기준 적용 방법

현행 양형기준 중 벌금형에 대한 양형기준을 설정하고 있는 것은 ‘선거범죄’이다. 2012년 선거범죄에 대하여 벌금형 양형기준을 설정하여 시행하여 왔으며,<sup>33)</sup> 이에 대해서 이미 다양한 여러 적용사례를 구축하였다는 점을 고려한다면 형종 선택 기준을 설정할 때 이를 참고할 필요가 있다. 이와 전혀 다른 방식을 택할 경우 법적 안정성을 해치고 양형기준의 규범력이 약화될 우려가 있기 때문이다.

선거범죄군 내의 유형은 ①매수 및 이해유도, ②기부행위 금지·제한 위반, ③허위사실

33) 2011.6.14. 양형위원회 제35차 정기회의에서 제3기 양형위원회 설정 대상 범죄군을 논의하였다. 선거범죄는 국민적 관심도와 사건 발생 빈도가 높고, 당선무효형 여부에 관한 양형기준의 설정이 매우 중요하며, 범죄 유형이 다양하기는 하지만, 특정한 범죄유형을 중심으로 설정할 수 있다는 등의 이유에서 포함하기로 의결하였다. 2012.6.18. 제42차 정기회의에서 선거범죄 양형기준안을 확정하고, 공청회 등을 거쳐, 2012.8.20. 양형위원회 제43차 정기회의에서 선거범죄 양형기준을 의결하였다.

공표·후보자비방, ④선거운동기간 위반·부정선거운동이 있지만, 벌금형 양형기준에 대한 기초적 설명을 위하여 ①매수 및 이해유도에 대한 양형기준만을 설명한다.

〈표 4〉 선거범죄의 양형기준

(범죄유형 01) 매수 및 이해유도

유형	구분	감경	기본	가중
1	당내경선 관련 매수	- 8월, 50만원 - 500만원	4월 - 1년	8월 - 2년
2	일반 매수, 정당의 후보자 추천 관련 매수	-10월, 100만원 - 1,500만원	6월 - 1년4월	10월 - 2년6월
3	후보자 등에 의한 일반 매수	4월 - 1년, 150만원 - 2,000만원	8월 - 2년	1년 - 3년
4	재산상 이익 목적 매수, 후보자 매수	6월 - 1년4월, 500만원 - 2,500만원	10월 - 2년6월	2년 - 4년
5	당선인에 대한 매수	8월 - 1년6월	1년 - 3년	2년6월 - 5년

(양형인자) 매수 및 이해유도

구분		감경요소	가중요소
특별 양형 인자	행위	○ 사실상 압력 등에 의한 소극적 범행가담 ○ 제공 또는 수수한 금품이나 이익이 극히 경 미한 경우 (이하 생략)	○ 제공 또는 수수한 금품이나 이익이 다액인 경우 ○ 지시·권유·요구·알선의 경우 ○ 계획적·조직적 범행 (이하 생략)
	행위자/ 기타	○ 농아자 ○ 자수 또는 내부비리 고발	○ 동종 전과(벌금형 포함)
일반 양형 인자	행위	○ 소극 가담	○ 사회적 지위나 영향력을 이용하여 범행한 경우 (이하 생략)
	행위자/ 기타	○ 진지한 반성 ○ 형사처벌 전력 없음 ○ 자진 사퇴, 불출마	○ 범행 후 도피하거나 증거은폐 또는 은폐시도 ○ 이중 누범

선거범죄에 대한 양형기준을 적용하는 방법은 기본적으로 징역형의 양형기준을 적용하는 방식과 같다. 예를 들어 당내경선 관련 매수 범죄유형을 대상으로 하여 적용하면 다음과 같다.

①(범죄유형의 결정) 매수 및 이해유도 중 당내경선 관련 매수

- ②(권고영역의 결정) 특별양형인자로 ‘사실상 압력 등에 의한 소극적 범행가담’으로 인정되어 감경영역으로 결정
- ③(형종 선택?) 감경영역에 ‘8월’과 ‘50만원-500만원’이 선택적으로 있으므로 징역형과 벌금형 중 하나를 선택. 다만 이 경우 형종 선택을 위한 별도의 기준은 없음
- ④(형량 범위의 결정) 만약 벌금형을 선택하였다면 50만원 - 500만원의 벌금 형량의 범위에서
- ⑤(선고형의 결정) 선고형을 결정하고
- ⑥(형의 집행유예 여부 결정) 집행유예를 결정한다. 다만 벌금형의 집행유예 결정에 대한 기준은 아직 없다.

### 3. 벌금형 양형기준 설정을 위한 모델

현재 양형기준은 선거범죄를 제외하고는 징역형에 관해서만 형량 산정의 기준을 제시하고 있어, 형종 선택 및 벌금형 형량 산정 기준 제시가 부족하며, 실무와 사회에서도 벌금형 양형기준의 설정을 요청하고 있다.

이에 제8기 양형위원회는 전반기에 벌금형 양형기준 설정 원칙을 결정하고, 후반기에는 구체적인 범죄군에 벌금형 양형기준 설정을 진행하기로 하였다. 벌금형 양형기준 설정방안으로 ①형종 선택의 기준만 제시하는 방안, ②벌금형 형량 산정 기준만 제시하는 방안, ③ 형종 선택의 기준과 벌금형 형량 산정 기준 모두 제시하는 방안이 가능하고, 각각의 경우 전체 범죄군의 공통된 기준을 제시하는 방안, 개별 범죄군별로 기준을 제시하는 방안이 가능할 것으로 보고, 각 방안의 장·단점을 검토하여 설정 방안을 결정하기로 하였다.<sup>34)</sup>

#### 벌금형 양형기준 설정 원칙

1. 벌금형 양형기준은 다음 각 원칙하에 범죄군별로 설정한다.
2. 벌금형/징역형 선택의 기준을 정하되, 범죄군별로 범죄의 특성, 법정형, 양형 실무 등을 고려하여 개별적으로 정한다.
3. 벌금형 권고 형량은 종전 양형 실무에 대한 통계 분석을 기초로 영역별로 정하되, 보다 엄정한 양형을 바라는 국민적 공감대가 형성된 범죄, 법정형이 상향된 범죄 등에서는 적절

34) 양형위원회, 양형기준안에 관한 제17차 공청회 자료집(2022.2.25.), 206면.

한 규범적 조정을 더한다.

4. 벌금형 집행유예 기준은 추후 양형 실무의 축적 경위와 내용, 빈도 등을 면밀히 관찰하여 그 설정 여부를 검토하기로 한다.
5. 벌금형 양형기준은 우선 구공판 사건, 약식명령청구에 대한 공판절차회부 사건 및 약식명령에 대한 정식재판청구 사건에 적용하되, 추후 약식절차와 즉결심리절차의 양형심리 방식 개선 상황, 양형자료 조사 인력의 확충 등을 면밀히 관찰하여 적용 범위의 확대 여부를 검토하기로 한다.
6. 벌금형 양형기준은 우선 교통범죄에 대하여 설정하고, 추후 양형실무 등을 고려하여 설정 대상 범죄군을 점진적으로 확대해 간다.

벌금형 양형기준은 각 범죄군별 개별적으로 양형기준을 설정하기로 하였다. 징역형의 양형기준과 동일한 설정방식으로 양형기준 적용의 통일성을 유지할 수 있을 것으로 보인다.

개개 범죄군별 벌금형 양형기준을 설정할 때 범죄의 특성, 법정형, 양형 실무 등을 고려하여 형종 선택의 기준을 제시하기로 하였다. 현행 양형기준에서 감경, 기본, 가중 영역 중 특정 영역에 형종 선택의 기준을 일률적으로 제시하지 않는다.<sup>35)</sup> 따라서 감경, 기본, 가중 영역 중 어느 구간에 벌금형을 추가할지 여부는 범죄별로 달라질 수 밖에 없고, 경우에 따라서는 기존의 징역형 권고형량 범위표와는 별개로 벌금형 권고 형량범위표를 제시하는 등 다양한 방식이 가능하다.

양형위원회가 설정한 벌금형 양형기준 설정의 원칙에 따라 벌금형의 양형기준 설정을 위한 이론적 모델이 다양하게 나올 수 있을 것이다. 본 발제문에서는 ‘양형과정에서 형종 선택 기준을 어느 단계에서 적용할 수 있는가’에 따라 2가지 방식이 나올 수 있다고 생각한다. 현행 선거범죄의 벌금형 양형기준과 같이 ‘권고영역이 결정된 후 형종 선택을 하는 방식’과 ‘범죄유형이 결정된 후 형종 선택을 하는 방식’이 가능할 것으로 생각하며, 경우에 따라서는 양자를 적절히 혼합하는 모델도 가능하리라 생각한다. 이하에서는 각 방법에 대한 설명과 장·단점, 기준 설정을 위한 검토를 진행하고자 한다.

35) 양형위원회, 벌금형 양형기준 설정 원칙안 설명자료(2022.1.24.), 9면.

## Ⅲ

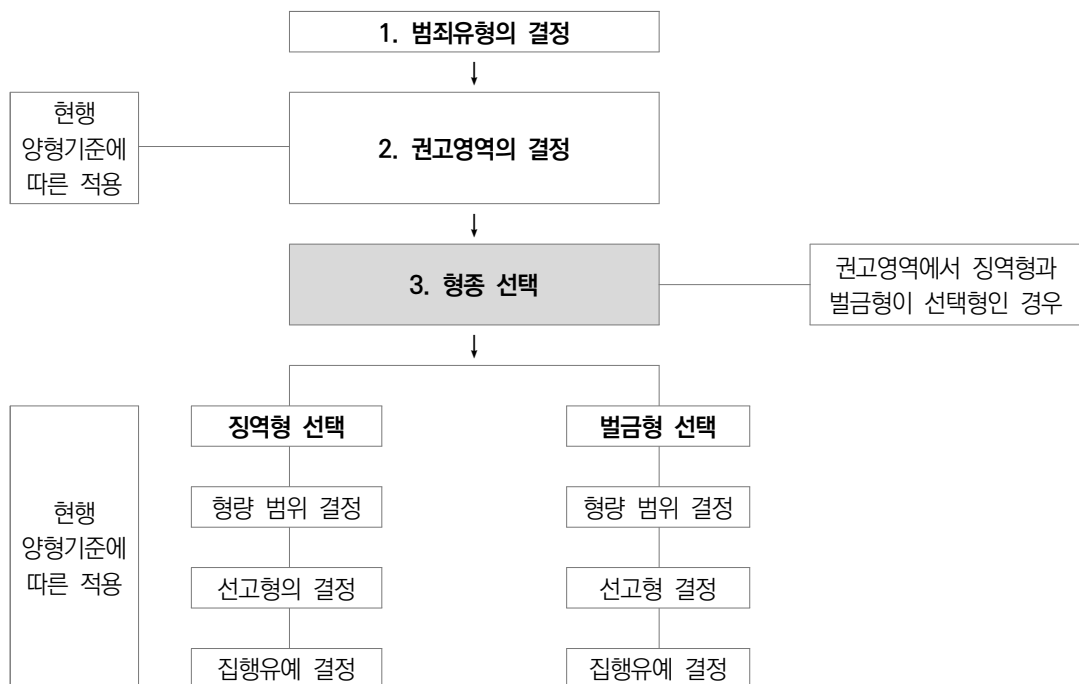
## 벌금형의 양형기준에 대한 이론적 모델: 권고영역의 결정 후 형종 선택 모델

## 1. 기본 구성

형종 선택의 기준을 설정하는 방법은 다양한 방법이 있을 수 있지만, 우선 현재 시행되고 있는 징역형에 대한 양형기준의 적용 방법을 유지하면서 형종 선택 기준을 적용할 수 있는 방법을 찾아 본다. 현재 양형기준의 적용 방법을 유지한 채 징역형과 벌금형의 형종 선택을 적용하는 방법은 다음과 같이 진행될 것으로 보인다.

현행 징역형에 대한 양형기준과 선거범죄의 벌금형에 대한 양형기준과 유사한 방식으로, ①범죄유형이 결정되고, ②권고영역이 결정된 후, ③권고영역에서 징역형과 벌금형이 선택형인 경우, 형종 선택 기준을 설정하는 모델이다. 편의상 ‘제1모델’이라고 부른다. 기본적으로 현행 징역형의 양형기준 방식을 유지하는 방법이다. 이를 도식화하면 다음과 같다.

〈표 5〉 제1모델: 권고영역의 결정 후 형종 선택 모델



## 2. 형종 선택 구간 설정

### 가. 문제영역

제1모델의 경우 양형기준을 적용하기 위해서는 선거범죄의 양형기준과 마찬가지로 **사전에 이미 벌금형이 적용될 수 있는 구간이 설정되어 있어야** 한다. 벌금형 양형기준을 설정하기로 한 교통범죄를 예로 들어 제1모델을 적용해보면 다음과 같은 순서로 진행될 것이다.

- ①(범죄유형의 결정) 일반교통사고 중 교통사고 치상일 경우,
- ②(권고영역의 결정) 특별양형인자에 의해 감경, 기본, 가중영역 중 하나의 권고영역을 결정한다. 현행 일반교통사고에 대한 양형기준은 다음과 같다.

〈표 6〉 교통범죄 양형기준(현행)

유형	구분	감경	기본	가중
1	교통사고 치상	- 8월	4월 - 1년	8월 - 2년
2	교통사고 치사	4월 - 1년	8월 - 2년	1년-3년

- ③(형종 선택) 만약 권고영역에 ‘금고형’과 ‘벌금형’이 선택적으로 있다면, 이를 위해 형종 선택을 위한 기준을 적용한다. 현재 교통범죄에 대해서는 벌금형이 권고영역에 결정되어 있지 않다. 권고영역에 벌금형을 설정하는 기본원칙이 필요하다.
- ④(형량 범위 결정) 벌금형을 선택하였다면 권고영역에서 설정한 벌금 형량의 범위를 결정한다. 적절한 벌금 형량 범위를 설정하는 문제도 중요하지만, 본 발제문의 범위를 벗어나기에 이에 대해서는 추후 논의한다.
- ⑤(선고형 결정) 선고형을 결정하고,
- ⑥(집행유예 결정) 집행유예를 결정한다.

문제는 **징역형과는 별도로 벌금형을 선택적으로 설정할 수 있는 구간을 설정하는 방법**이다. 이에 대하여 ‘법정형’, ‘양형실무’ 등을 고려하여<sup>36)</sup> 다음과 같은 방식으로 정해질 수 있을 것이라고 생각한다.

36) 벌금형 양형기준 설정 원칙에 따르면 “범죄군별로 범죄의 특성, 법정형, 양형 실무 등을 고려하여 개별적으로 정한다.” 여기에서는 이론적 모델을 적용하는 것이 주된 목적이므로 ‘법정형’을 중심으로 이론적 모델을 검증한다.

## 나. 형종 선택 구간 설정 방법

### (1) 법정형 기준

형식적으로 **법정형을 기준으로 적용**해본다. 법정형은 법관이 구체적인 형벌을 적용·선고함에 있어서 기본적 표준이 되는 것이기 때문이다. 「교통사고처리특례법」 제3조제1항 교통사고치사상죄<sup>37)</sup>를 예로 들면 다음과 같다. 동죄의 법정형은 “5년 이하의 금고 또는 2천만원 이하의 벌금”이다. 이를 그림으로 표현하면 다음과 같다.

〈표 7〉 법정형 기준 형종 선택 구간

벌금형 구간		자유형 구간	
5만원 벌금	2천만원 벌금	1개월 금고	5년 금고

2천만원의 벌금형과 1개월의 금고형이 비례적으로 평가할 수 있다면 금고형이 아닐 경우 벌금형을 선택하면 문제가 없겠지만, 앞서 논의한 바와 같이 법정형이 비례적으로 설계되어 있지 않고, 양형실무상 벌금형이 ‘항상’ 금고형에 비하여 경하다고 평가할 수 없으므로 벌금형과 금고형의 중첩구간이 발생할 수 밖에 없다.

### (2) 노역장 유치 반영

법정형만을 가지고 **벌금형 선택 가능 구간을 설정**하는 것은 단순한 형식적 평가에 불과하다. 벌금형을 납부하지 못한 경우 3년 이하의 기간 동안 노역장에 유치할 수 있기 때문이다. 현재 실무에서는 벌금 10만원을 노역장 유치 1일로 환산하는데, 이를 적용하면 벌금 2천만 원은 노역장 유치 200일이 된다. 사실상 대략 금고 7개월과 거의 동등한 형벌효과가 발생한다. 「교통사고처리특례법」 제3조제1항 교통사고치사상죄의 법정형에 노역장 유치를 반영하여야 한다.

### (3) 양형실무 반영

양형위원회는 양형실무에 대한 통계분석을 기초로 원칙적으로 종전 양형실무의 70% 내지 80%를 반영하여 형량범위를 설정하여 왔다. 이러한 기초를 유지할 경우 특정한 범죄

37) 벌금형 양형기준 설정 원칙에 따르면 “벌금형 양형기준은 우선 교통범죄에 대하여 설정하고, 추후 양형실무 등을 고려하여 설정 대상 범죄군을 점진적으로 확대해간다.”



유형의 경우에는 징역형이 거의 선고되지 않고 벌금형만이 선고되는 영역이 나올 수 있을 것이다. 양형실무를 어느 정도 반영할 수 있는지에 대해서는 현 시점에서는 알 수 없기 때문에 형종 선택 구간 설정을 위한 하나의 지표라는 점만을 확인한다.

#### (4) 자유형 대비 적정 벌금액 산정

법정형에 노역장 유치와 양형실무를 반영하면 **벌금형과 징역형이 중첩하는 구간**이 발생한다. 하지만 같은 기간이더라도 노역장 유치보다는 징역형이 법률상 불이익이 따르는 불리한 처분이라는 점,<sup>38)</sup> 벌금형이 단기자유형의 폐해를 방지하고 조속한 사회복귀를 도모한다는 점 등을 고려한다면<sup>39)</sup> 중첩구간 중 ① 1월- 7월 금고의 구간이 중하고, 상대적으로 ②300만원 벌금 - 2천만원 벌금형 구간이 경하다고 생각한다. **벌금형을 선택할 수 있는 권고 형량은 금고 7월 이하일 경우가 적절하다고 생각한다.** 또한 양형실무를 반영하여 벌금형만이 선고되는 구간이 발생할 수 있을 것이다.

〈표 8〉 벌금형과 징역형의 중첩구간

벌금형 구간	중첩 구간	자유형 구간
	①금고 1월 - 금고 7월	7월 - 5년 금고
5만원 - 300만원 벌금	②300만원 - 2천만원 벌금	

#### (5) 일반 교통사고 양형구간에 반영

이에 따라 현행 금고형에 대한 일반 교통사고죄<sup>40)</sup>에 대한 양형기준에 벌금형을 적용하면 다음과 같이 수정될 수 있다고 생각한다. 동일한 형량범위표 내에서 징역형과 벌금형을 선택하게 하는 방식은 선거범죄의 경우에도 동일한 방식이 적용되고 있다. 종래 감경, 기본, 가중영역을 나누어 형량범위를 설정하는 방식을 폐기하지 않는 이상 하나의 권고 형량범위표 내에 징역형과 벌금형을 적절히 배치하는 방법을 유지하게 되면 양형기준의 통일성이 유지될 수 있다. 이를 일반교통사고죄의 양형구간에 반영하면 다음과 같다.

38) 노역장 유치가 아니라 징역형이 선택된다면 공무원의 당연퇴직사유(국가공무원법 제69조 제1호 본문, 제33조 제3-5호, 지방공무원법 제61조 제1호 본문, 제33조 제3-5호), 누범 가중 및 집행유예 결정사유(형법 제35조, 제62조 제1항 단서)에 해당하여 법률상 불이익을 받게 된다. 노역장 유치 중에 벌금액이 완납되면 즉시 석방된다는 점에서 동일기간의 노역장유치와 징역형을 비교하게 되면 징역형이 중한 범죄로 볼 수 있다.

39) 이에 대하여 다양한 근거가 제시될 수 있지만, 시간적 한계상 이에 대한 논의는 추후로 미룬다.

40) 양형위원회, 2021 양형기준, 144면.

〈표 9〉 교통범죄 양형기준 (수정안)

유형	구분	벌금형 구간	벌금형과 징역형 중첩구간 / 징역형 구간		
			감경	기본	가중
1	교통사고 치상	벌금	① - 8월, 벌금	②4월 - 1년, 벌금	8월 - 2년
2	교통사고 치사	벌금	③4월 - 1년, 벌금	8월 - 2년	1년 - 3년

#### (6) 구체적 벌금액 설정

위의 표에서 벌금형이 선택할 수 있는 구간은, ①,②,③이다. 구체적으로 어느 정도의 벌금액을 설정할 것인가는 형량 설정의 문제이다. 본 발제문은 형종 선택 기준에 대한 논의이므로 이에 대한 것은 추후로 미룬다.

### 3. 제1모델의 문제점

제1모델은 2012년 최초로 설정된 선거범죄에 대한 벌금형 양형기준 방식을 그대로 존중하고 유지한다는 점에서 양형기준의 안정성을 유지할 수 있다는 장점이 있다. 하지만, 이 방식의 경우에는 다음과 같은 문제점이 있다.

#### 가. 징역형과 벌금형 선택 구간 설정의 문제

현행 양형기준을 유지하면서 형종 선택의 기준을 적용하기 전에 선택된 권고영역에 이미 자유형 외에도 벌금형이 선택형으로 설정되는 구간을 먼저 정해야 한다. 예를 들면 선거범죄 양형기준과 같이 권고영역에 이미 ‘8월 또는 50-500만원’, ‘10월 또는 100-1,500만원’ 등과 같이 자유형과 벌금형이 선택형으로 설정되어 있어야 한다.

문제는 사전에 어느 구간에 어떤 방식으로 형종 선택을 설정할 것인가이다. 이에 대해서는 종전 징역형에 대한 형량 범위를 설정한 방식과 동일하게 양형실무에 대한 통계분석을 기초로 원칙적으로 종전 양형실무의 70% 내지 80%를 반영하여 적정한 징역형의 범위와 적정한 벌금형의 범위를 정할 것으로 보인다. 하지만 이런 방식만으로 벌금형을 특정 구간에 선택형으로 설정하는 것은 많은 어려움이 예상된다. **현행 법령에서 징역형과 벌금형 간에 비례관계가 유지되고 있지 않기 때문이다.** 최초 설정대상인 교통범죄의 경우에는 비교적 용이하게 설정할 수 있을지라도 교통범죄 외의 다른 범죄군의 경우에는 기 설정된 교통범죄와 불균형이 발생할 여지가 많다. 초기 벌금형 양형기준이 향후 다른 범죄군에 대해서도 동일한 방식이 적용될 여지가 높기 때문에, 벌금형 선택 가능 구간을 설정하는

기본원리를 구축하는 것은 중요한 작업이다.

#### 나. 자유형 대비 적정 벌금 산정의 문제

자유형 대비하여 적정한 벌금액이 얼마인지를 산출하는 방식은 상당히 중요하다. 예를 들면 징역형 1월에 어느 정도의 벌금액이 적정한지를 계산할 수 있다면 현행 징역형에 대한 양형기준에 비교적 수월하게 산출할 수 있을 것으로 보인다. 형법을 보면 개별 범죄의 법정형에서 징역 10년은 벌금 2천만원, 징역 5년은 벌금 1천5백만원, 징역 3년은 벌금 1천만원으로 징역형과 벌금형이 서로 비례관계를 보이는 경우가 있다.<sup>41)</sup> 그러나 이러한 비례관계에서 벗어나는 경우도 매우 많다. 전체적으로 보면 징역형과 벌금형이 일정한 비례관계를 보이는 경우보다는 그렇지 않은 경우가 더 많고, 형법을 벗어나서 행정 법규 등을 살펴보면 이러한 불균형의 문제는 더욱 심각해진다.<sup>42)</sup> 징역형과 벌금형의 경중이 서로 비례하지 못한 구성요건이 존재하는 까닭에 징역형이 벌금형에 비추어 볼 때 어느 정도의 액수에 해당하는지 상호 환산할 수 있는 합리적 기준을 발견하기는 상당히 어렵다.<sup>43)</sup>

비례적 관계가 설정되어 있지 않을 경우 단일 범죄군에서는 양형의 형평성을 도모할 수 있는 기준이 될 수 있지만, 다른 범죄군과의 관계에서 보면 양형의 형평성에 문제가 생길 수 있다. 예를 들면 A범죄군에서는 종전 양형실무와 법정형을 고려하여 ‘징역 1년’과 ‘벌금 500만원’을 선택할 수 있도록 설정하였는데, 다른 B범죄군에서는 ‘징역 1년’과 ‘벌금 1,000만원’을 선택할 수 있도록 설정될 가능성이 있기 때문이다. 동일한 징역형임에도 불구하고 구체적 벌금액이 차이가 날 경우에는 양형기준의 형평성 문제가 나타날 수 있다.

#### 다. 추가적 형종 선택의 기준이 필요

현행 징역형의 양형기준을 유지하는 방법을 채택할 경우 가장 큰 약점은 권고영역에서 징역형과 벌금형이 동시에 병존하는 경우 다시 형종 선택의 문제가 다시 발생한다. 예를 들면 일반 교통사고 제1유형 감경구간에서 ‘8월 이하’와 ‘벌금’이 동시에 존재할 경우 이 구간에 들어온다면 다시 자유형과 벌금형 중 형종 선택기준을 정해야 한다. 이러한 문제는 현재 설정되어 있는 선거범죄의 경우에도 마찬가지다. 선거범죄 중 매수 및 이해 유도의

41) 예컨대 형법 제347조 사기죄와 제350조 공갈죄 및 제367조 공익건조물파괴죄의 법정형은 모두 징역 10년 이하 또는 벌금 2천만원 이하이다. 또한 제313조 산용훼손죄와 제314조 업무방해죄, 제355조 횡령 및 배임죄의 법정형은 징역 5년 이하 또는 벌금 1천5백만원 이하이며, 제327조 강제집행면탈죄와 제349조 부당이득죄의 법정형은 징역 3년 이하 또는 벌금 1천만원 이하이다(정승환, 형벌의 불균형과 일수벌금제의 도입, 형사법의 신통향, 제37호, 2012.12, 315면).

42) 정승환, 앞의 논문, 316면.

43) 서보학, “벌금형제도 소고: 비판과 입법론적 대안”, 『형사정책』, 제10호(1998), 78면.

제1유형(당내경선 관련 매수)의 경우 감경구간은 ‘-8월’과 ‘50만원-500만원’으로 자유형과 벌금형이 병존하고 있다.<sup>44)</sup>

종전 징역형의 양형기준을 유지하면서 형종 선택의 기준을 설정하는 방법은 어렵기에 종전과는 다른 방식에 따라 형종 선택에 대한 기준을 제시하는 방법이 고안되어야 한다.

#### 4. 소결

제1모델의 경우 현행 선거범죄에 대한 양형기준의 적용방식을 기본적으로 유지하는 방법이기에 양형기준의 통일성을 기할 수 있는 장점이 있지만, ①**벌금형 선택 가능 구간을 사전에 설정해야** 하는데 이에 대해서 통일적으로 적용할 기본원칙을 **구체적으로 제시하여**야 한다는 점, ②**현행 법정형에 징역형과 벌금형이 비례관계를 유지하고 있지 못하기** 때문에 양형의 형평성에 문제가 발생할 수 있다는 점, ③**특정 구간에 징역형과 벌금형이 선택할 수 있도록** 설정되었다고 하더라도 이는 다시 법관에게 어느 형종을 선택해야 하는가라는 과제를 다시 안겨준다 점에서 많은 어려움이 있다. 결론적으로 처음 질문으로 되돌아갈 수 밖에 없다.

### IV

## 벌금형의 양형기준에 대한 이론적 모델: 형종 선택 후 권고영역 결정 모델

### 1. 기본 구성

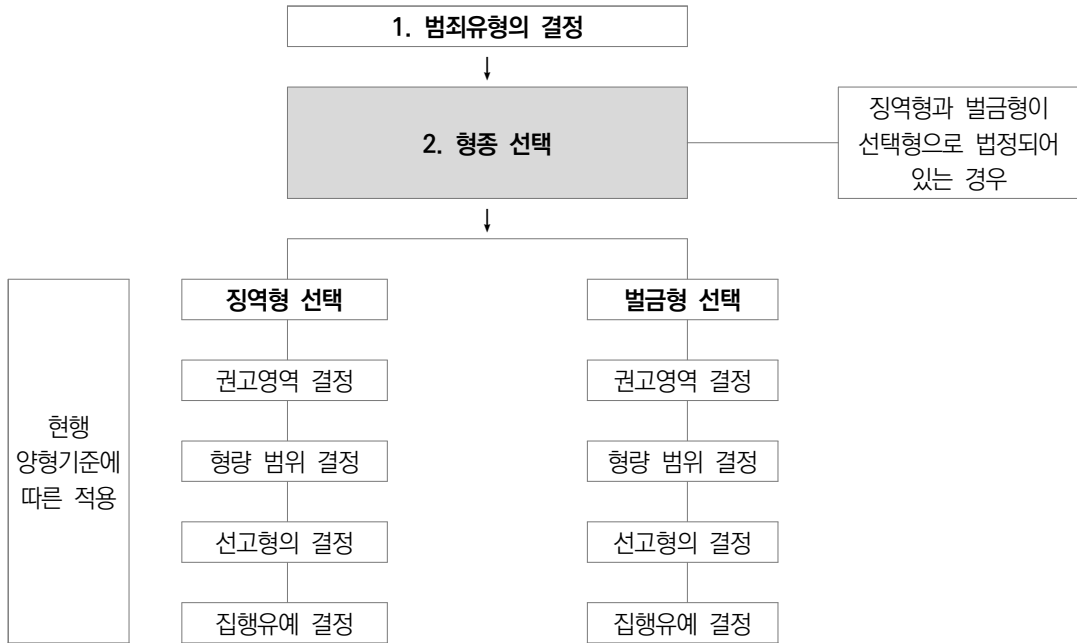
제1모델과는 달리 **형종 선택을 한 후 권고영역을 결정하는 방식**이 가능하다. 편의상 ‘제2모델’이라고 부른다. 제1모델이 기존의 양형기준 모델을 유지하는 방법이라면, **제2모델은 권고영역을 결정하기 전에 형종 선택 기준을 별도로 제시하는 방법**이라고 볼 수 있다.

불법의 경중을 볼 때 죄질이 경미하여 징역형과 벌금형 선택을 고민할 필요가 없이 벌금형을 선택하는 것이 명백할 경우에는 형종 선택에 대한 기준을 제시하는 것은 큰 의미가 없다. 죄질이 중하여 징역형을 선택하는 것이 당연한 사례일 경우에도 마찬가지이다. 또한 약식명령 등으로 벌금형 선택 비율이 높은 범죄군의 경우에도 형종 선택 자체에 대한 기준도 큰 의미가 없을 것으로 보인다. 결국 징역형과 벌금형의 선택기준이 의미 있는 경우는

44) 당내경선 관련 금품제공의 경우 법정형은 3년 이하의 징역 또는 600만원 이하 벌금이다(공직선거법 제230조 제7항).

‘징역형과 벌금형 중 어느 형을 선택하는 것이 정당한 결론인지’에 대하여 고민하는 한계 사례일 것이다.

〈표 10〉 제2모델: 형종 선택 후 권고영역 결정 모델



제2모델을 가지고 교통범죄에 대한 사례에 적용해보면

- ①(범죄유형의 결정) 일반교통사고 중 교통사고 치상일 경우
- ②(형종 선택) ‘법정형’에 자유형과 벌금형이 선택적으로 있으면, 형종 선택을 위한 기준을 적용한다.
- ③(권고영역의 결정) 만약 벌금형을 선택하였다면 특별양형인자에 의해 감경, 기본, 가중영역 중 하나의 권고영역이 결정한다.
- ④(형량 범위 결정) 결정된 권고영역에서 설정한 벌금 형량의 범위를 결정한 후
- ⑤(선고형 결정) 선고형을 결정하고
- ⑥(집행유예 결정) 집행유예를 결정한다.

## 2. 형종 선택을 위한 기준 설정 방식

1모델과 비교하면 제2모델의 가장 큰 특징은 징역형과 벌금형이 선택형으로 법정되어 있는 경우 그 형종 선택을 위한 기준을 먼저 제시한다는 점이다. 당연히 논의의 핵심은 형종 선택을 위한 기준 설정 방식이다.

형종을 선택할 경우 이론상 모든 범죄에 공통적으로 적용할 수 있는 기준을 제시하는 방식과 각 개별 범죄군별로 형종 선택 기준을 제시하는 방식, 양자를 혼합하는 방식 등 약 3가지로 구분할 수 있다. 각각의 방식은 장·단점을 가진다.

### (1) 모든 범죄군에 형종 선택을 위한 공통기준 설정 방식

현재 44개 범죄군 중 벌금형이 선택형으로 규정되어 있는 41개 범죄군에 공통적으로 적용할 수 있는 공통 기준을 제시하는 방식이 이론적으로 가능할 수 있다.

예를 들면, 징역형과 벌금형은 형의 경중에서 차이가 있으며, 이는 불법의 경중, 책임비난의 강도, 기타 범죄피해의 정도 등 모든 범죄에 적용될 수 있는 인자를 추출·개발하여 이를 상호·비교하는 방식으로 징역형과 벌금형을 결정하는 방식이 가능할 수 있다. 이 방법의 경우, 범죄의 종류를 불문하고 양형의 기초이론에 충실하여 형종 선택을 할 수 있다는 장점, 형종 선택 과정에서 객관적이고 투명한 기준을 제공할 수 있다는 장점이 있지만, 일률적이고 기계적으로 기준을 설정하게 되면 구체적 개별 사안에서 부당한 결과로 이어질 위험이 있다는 단점, 구약식 등 벌금형 선택 비율이 높은 범죄군에서는 형종 선택 자체가 큰 의미를 가지지 못한다는 단점이 있다.<sup>45)</sup> 형종 선택을 위한 공통의 인자를 추출·개발하는 것도 어려운 점이다.

### (2) 각 범죄군별로 형종 선택을 위한 개별기준 설정 방식

각 범죄군별로 형종 선택을 위한 개별 기준을 제시하는 방식도 이론적으로 가능하다. 형종 선택을 위한 공통의 인자를 추출·개발하는 것은 상당히 어렵기 때문에 각 개별범죄의 특성을 고려하여 기준을 설정하는 방식도 유용할 수 있다.

예를 들면 재산죄와 같은 개인적 법익의 경우 피해자 등의 처벌불원의 의사, 피해회복 등을 형종 선택의 기준으로 삼을 수 있지만, 사회적·국가적 법익의 경우 처벌불원의 의사는 형종 선택의 기준에서 제외할 수 있기 때문이다. 각 범죄군별로 형종 선택을 위한 기준

45) 백광균, 벌금형 양형기준에 관한 연구, 314면.

을 설정하면 구체적 타당성을 추구할 수 있으며, 형종 선택에 있어서 다양한 요소를 반영할 수 있다는 장점이 있을 수 있다. 그러나 현재 설정되어 있는 44개 범죄군별로 형종 선택기준을 각각 제시해야 한다는 점에서 실무적으로 복잡한 과정을 거쳐야 한다는 단점이 있다.

### (3) 혼합적 방식

형종 선택을 위한 핵심적 요소에 대해서는 공통기준으로 설정하고, 각 개별범죄군별 특성을 고려하여 일부 범죄군에 있어서는 그 특성을 고려하여 개별기준을 설정하여 공통기준을 수정하거나, 추가적 기준을 요구하는 방식도 이론적으로 가능할 것이다. 공통기준이 가지고 있는 단점을 개별기준이 가지는 장점에 의해 보완하여 전반적으로 기준을 설정하는 혼합적·보완적 방식이 적절할 것으로 생각한다.

## 3. 형종 선택을 위한 공통 기준 제시 방법

### 가. 기본원리

형의 경중을 구분해보면 징역형 > 징역형의 집행유예 > 벌금형 > 벌금형의 집행유예 순으로 볼 수도 있다.<sup>46)</sup> 법관의 입장에서 보면 형종을 선택하는 단계에서<sup>47)</sup> 징역형의 집행유예를 선택할 것인가, 아니면 벌금형을 선택할 것인가의 문제에 직면했을 때 형종 선택기준을 참고할 것으로 보인다.

모든 범죄군에 공통될 수 있는 형종 선택을 결정하는 방법으로는 ①집행유예의 참작사유를 활용하는 방식, ②양형인자를 설정하는 방식 등이 있을 수 있다.

### 나. 집행유예 참작 사유를 활용하는 방식

일반적으로 벌금형이 징역형보다 가벼운 형이라는 점을 고려한다면 벌금형에서는 긍정 인자가 부정 인자보다 3개 이상 많으면 벌금형을 권고하고, 부정 인자가 긍정 인자보다 1개 이상 많으면 징역형을 권고하는 방식이 제안된 적이 있다.<sup>48)</sup> 현행 양형기준에 따르면 징역형의 집행유예는 집행유예 참작사유 중 주요긍정사유가 주요부정사유보다 2개 이상 많으면 집행유예, 주요부정사유가 주요긍정사유보다 2개 이상 많으면 실형을 권고하되,

46) 백광균, 벌금형 양형기준에 관한 연구, 315면.

47) 앞에서 논증한 '징역형'과 '벌금형'이 중첩되는 구간이 있다는 것과 같은 논리적 구성이다.

48) 백광균, 벌금형 양형기준에 관한 연구, 321면.

반대되는 일반참작사유의 개수 차이가 그보다 많거나, 주요참작사유의 개수 차이가 1개 이하이면 종합적으로 비교, 평가한다.<sup>49)</sup> 집행유예 참작 사유를 보면 ①범행경위, ②범행 내용, ③범행결과, ④범행 후 정황, ⑤전과로 나누어볼 수 있다.

집행유예의 기준이 3년 이하이며, 벌금형 실행의 불이행에 따른 노역장 유치 기간의 상한이 3년으로 양자가 동일하며, 징역형의 집행유예와 벌금형의 영역이 겹쳐 있다는 점, 징역형의 기간과 노역장 유치의 기간이 동일하여도, 실제 당사자가 입을 법률상 불이익은 징역형이 더 큰 점 등을 종합하면, 현행 양형기준에서 집행유예의 참작사유를 활용하는 방식도 유용할 것으로 생각한다. 많은 범죄유형 중 형 선택을 좌우하는 인자를 찾아내는 것은 현실적으로 어려울 수 있지만, 징역형의 양형기준과 같은 방식으로 긍정 인자와 부정 인자의 개수를 비교하는 방식으로 징역형과 벌금형을 선택하는 방식 또한 검토해볼 수 있는 방식이라고 생각한다.

#### 다. 형종 선택을 위한 양형인자 신설하는 방식

##### (1) 방법론

형종 선택을 위한 양형인자를 신설하는 방안을 모색해본다. 양형인자 설정방식은 형종 선택을 할 경우 참작할 공통인자를 추출하여 이를 비교·제시하는 방법이다. 참고로 현행 양형기준에 있어서 양형인자는 징역형의 권고영역을 결정할 때 사용되고 있다.<sup>50)</sup> 특히 ‘특별양형인자’는 당해 범죄유형의 형량에 큰 영향력을 갖는 인자로서 ‘권고영역’을 결정하는 데 사용되는 인자이다. 특별가중인자가 1개 존재하고 일반감경인자가 다수 존재하더라도 특별양형인자만을 기준으로 가중영역을 선택하여야 한다. 따라서, 어떤 인자를 특별양형인자로 설정할 것인지는 중요한 문제이며, 양형위원회는 그간 양형실무에 대한 통계 분석을 토대로 입법자의 의사, 국민의 양형에 대한 인식, 양형정책적 고려 등을 심도 있게 검토하여 특별양형인자를 추출하였다. 이러한 점에 착안하여 ‘**형종 선택을 위한 특별양형인자**’를 추출하는 방식도 가능하다. 양형인자 설정 방식으로 하면 형종 선택의 예측가능성을 높일 수 있으며, 형종 선택을 위한 체계적인 기준을 설정할 수 있다.

##### (2) 양형인자 설정의 어려움

49) 양형위원회, 양형기준(2020), 690면.

50) 양형인자는 ①다양한 양형인자의 기본적 성격(행위인자, 행위자인자/기타인자), ②책임의 경중에 영향을 미치는 내용(가중인자, 감경인자), ③그 정도(특별양형인자, 일반양형인자)에 따라 구분된다.



물론 형종 선택을 위한 특별양형인자를 제시하는 방법에도 어려운 점이 있다. 다양한 양형인자를 하나의 원리나 규칙으로 귀결될 수 있는 객관적 기준을 제시하기 어려우며,<sup>51)</sup> 양형 결정 과정에서 구체적 타당성을 결할 수 있는 결과가 발생할 수 있다는 단점도 있을 수 있다. 하지만 이러한 난점은 종전 양형기준에서 특별양형인자의 경우에도 같은 문제가 발생할 수 있다. 특별양형인자와 일반양형인자의 구별이 모든 범죄군에서 타당한 절대적 기준은 될 수 없으므로 어느 범죄군에서는 특별양형인자가 되는 사유가 다른 범죄군에서는 일반양형인자가 될 수 있는 것과 마찬가지로 어느 범죄군에서는 징역형과 벌금형 중 형종을 선택하는 양형인자도 다른 범죄군에서는 적용되지 않을 수 있을 것이다.

### (3) 형종 선택을 위한 인자 추출 방식

무엇보다 형종 선택에 있어서 참조할 인자를 어떻게 추출하고 비교할 수 있는지가 가장 큰 문제이다. 이것은 징역형과 벌금형의 근본적 차이점이 무엇인지에 대한 법이론적 검토가 선행되어야 하는 방대한 작업이 될 수 있지만, 주어진 한계내에서 **기본적 방향만을** 제시하고자 한다.

#### (가) 경한 형벌 우선의 원칙

기본적으로 불법과 책임에 비례하여 자유형과 벌금형을 선택하여야 한다. 형의 경중에 차이가 있을 경우에는 중한 형벌부과는 가급적 억제하고 **경한 형벌부과만으로도 형벌의 목적을 달성할 수 있다고 평가한다면** 벌금형을 선택할 수 있도록 권고하는 것이 바람직하다. 벌금형이 선택형으로 법정되어 있다는 것은 징역형을 부과할 필요가 없는 행위에 대한 징역형 대체수단으로서의 의미가 크다.<sup>52)</sup> 벌금형이 도입된 것은 단기자유형의 폐해와 구금 인원의 증가에 따른 부작용 등 자유형의 대안으로 도입되었다는 점이 중요하다.<sup>53)</sup> 따라서 경한 형벌을 부과하는 것만으로도 형벌의 목적을 달성할 수 있다면 중한 형벌인 자유형 선고는 회피하는 것이 바람직하다. 비교법적으로 독일 형법 제47조에 따르면, 법원은 범죄행위 또는 행위자의 인격에 나타난 특별한 사정이 행위자의 교화 또는 법질서의 방위를 위하여 불가피하게 자유형의 선고를 필요로 하는 경우에 한하여 6월 이하의 자유형을 선고하도록 규정하고 있다.

51) 다양한 의견수렴과 외국의 입법례에 대한 광범위한 조사·연구가 필요할 것으로 생각한다.

52) 김혜경, 앞의 논문, 17면.

53) 벌금형의 기능이 단기자유형의 대안으로서의 기능 이외에도 최근에는 '형벌가중적 기능'과 '범죄수익 몰수 기능'이 있다는 분석으로 는 이천현, 벌금형의 규정방식에 관한 고찰, 형사정책연구 제18권제3호(2007.가을.), 468면.

## (나) 징역형 선고의 불가피성

구금은 해당 범죄의 불법과 책임이 중하여 벌금만으로는 정당한 형벌이 될 수 없다고 판단하는 경우에만 부과되어야 한다. 징역형 선고의 필요성에 대한 일반적 정의는 없지만, 범죄에 따른 피해, 범죄자에 대한 비난 가능성 등을 평가할 수 밖에 없다.

실무상 징역형 선고의 필요성이 있다고 판단한 실제 사례 등을 전수조사하여 이를 유형화·표준화하는 작업이 필요하다. 판례에 나타난 “실형 선고의 불가피”성을 인정한 사안들을 조사하여 이를 유형화하는 작업을 수행하면 징역형 선고의 불가피성을 인정할 수 있는 인자들을 추출할 수 있을 것으로 생각한다.

조세포탈범죄나 재산범죄에 있어서 포탈세액의 납부나 피해 회복은 양형상 중요한 요소 중의 하나이지만, 대규모 자산을 보유한 기업가가 범행이 발각된 후에 행한 피해 회복 조치에 양형상 과도한 의미를 부여하는 것은 도덕적 해이를 조장하여 범죄의 예방이라는 측면이나 투명하고 합리적인 기업 경영의 정착이라는 측면에서 부정적인 결과를 초래할 수 있으므로 이를 결정적인 양형요소로 삼기는 어렵고, 이 사건 범행 동기와 수법, 피해 규모, 피고인의 지위, 역할 및 사회적 책임 등을 고려할 때, 피고인 1에 대하여 그 영향력에 걸맞은 엄중한 책임을 물을 필요가 있으므로 실형선고가 불가피하다(서울고등법원 2014.9.12. 선고 2014노 668 판결),

이 사건 업무상횡령으로 인한 피해액이 합계 2억 2,800만원으로 결코 적은 금액이 아니고, 피고인은 자신의 범행을 부인하면서 조합이나 조합원들에 대하여 아무런 피해 회복도 하지 않고 있는 점에 비추어 보면, 피고인에게 엄히 책임을 묻지 않을 수 없고 실형선고가 불가피하다(대전고등법원 2013.2.6. 선고 2012노387 판결).

피고인들이...(중략)... 피고인들의 범행 수법 역시 매우 불량하다. 그럼에도 피고인들은 이 사건 범행을 대부분 부인하며 자신들의 잘못을 진지하게 성찰하는 모습을 보이지 않고 있다. 피고인 3은 2013년 동종 범죄로 실형을 선고 받은 전력이 있음에도 이 사건 범행을 저지른 데다가, 이 사건 범행의 원인을 대부분 피고인 1과 피고인 2에게 전가하는 모습을 보였다. 피해자 조합의 피해가 여전히 상당 부분 회복되지 않았고, 피해자 조합원들로부터 용서받지 못하여 피해자 조합원들이 피고인들의 엄벌을 탄원하고 있다. 위와 같은 사정들을 고려하면 피고인들에게 실형을 선고하지 않을 수 없다(청주지방법원 2021.1.22. 선고 2019고합138 판결).

#### (다) 벌금형 선고의 무의미성

형벌이 범죄자 개인에게 고유한 의미를 가지는 개별적·주관적인 영향 또는 고통의 정도를 의미하는 ‘형벌감수성’에 따르면,<sup>54)</sup> 책임에 적합한 형벌은 행위자의 여러 사정을 종합하여 받아들이는 개인의 감수성의 정도에 따라 다를 수 있기 때문에 형벌의 종류나 양이 피고인에게 고유하게 특히 고통스러운지 여부를 고려하여야 한다.<sup>55)</sup>

피고인이 고액자산가의 경우 벌금형은 범죄자의 인격에 직접적 영향을 주지 못하므로 범죄자의 인격에 대한 개선교육이나 특별예방효과가 거의 없다. 경제적 강자에게는 별다른 부담이 되지 않기 때문에 희생동등의 원칙<sup>56)</sup> 또는 배분적 정의 차원에서 문제가 있다.<sup>57)</sup> 특별예방적 형벌목적에 따르면 형벌의 임무는 일단 형벌을 받게 된 행위자에게 장래에 더 이상 범죄를 저지르지 않도록 하는 것이다. 이는 행위자에 대한 위하,<sup>58)</sup> 행위자의 재사회화,<sup>59)</sup> 행위자로부터 사회방위<sup>60)</sup>를 의미하는 것이다. 따라서 **행위자의 자산 상태에 따라서 벌금형 선고가 행위자에게 개선효과를 주지 못하거나 법질서 방어에 효과적이지 않기 때문에 형벌의 목적 달성에 무의미한 경우에는 벌금형이 아닌 징역형 선택을 우선 고려하여야 한다.**

#### 4. 각 범죄군별 개별기준 방식으로 보완

각 범죄군별 특수성을 반영하여 형종 선택 기준을 개발하는 방법도 가능할 수 있다. 하지만 개별 범죄마다 일일이 형종 선택 기준을 정한다면 지나치게 많은 기준 설정으로 인하여 실무에 큰 혼란을 가져올 우려가 크며, 지나치게 복잡한 양형기준 체계를 가진다면 공정하고 객관적인 양형을 목표로 하는 현행 양형기준 체계에 큰 부담으로 작용할 여지가 높다. 따라서 **개별기준은 형종 선택을 위한 공통 기준 적용시 구체적 타당성을 높이기 위한 보정·보완의 기준으로 운용하는 것이 바람직하다.**

54) 하민경, 피고인의 형벌감수성이 양형에 미치는 영향에 관한 비교법적 연구, 대법원 사법정책연구원, 2016, 23면.

55) 독일에서 형벌감수성을 고려하는 사례군의 경우 범죄행위자가 초범인 경우, 고령으로 인해 잔존 수명이 짧아진 경우, 중한 질병에 걸린 경우, 외국인인 경우, 입은 피해가 중대한 경우, 신분상 불이익 등 형벌 이외에 간접적으로 사회적 해악을 받은 경우, 형사소송 절차의 지연에 의해 부가적 해악을 받은 경우 등이 있다.

56) 밀(J.S Mill)은 공평한 과세의 원칙으로서 동등희생의 원칙(equal sacrifice rule)을 제시한 바 있는데, 이에 따르면 모든 납세자가 조세부담으로 인해 감수해야 하는 희생이 동일하게 만들어져야 한다.

57) 손동권, 형법총론, 634면; 임웅, 형법총론, 592면; 오영근, 형법총론, 760면; 정성근/박광민, 형법총론, 650면

58) ‘행위자에 대한 위하’는 행위자에게 더 이상의 범죄를 저지르는 것에 대한 효과적인 반대동기를 형성시키기 위한 것이다. 이 경우 형벌은 행위자가 장래 범죄를 포기하게 할 만큼의 영향력을 지닌 경고이어야 한다.

59) ‘행위자의 재사회화’는 범죄조장요인을 줄이거나 배제하고 범죄억제요인을 증대시킴으로써 행위자가 장래 범죄유혹에 저항할 수 있도록 행위자의 저항력을 길러 주는 것이다.

60) ‘행위자로부터 사회방위’는 구금이나 벌금 등을 통하여 행위자가 그의 범죄에너지 발산하지 못하도록 만드는 것을 말한다.

## V 형종 선택을 위한 모델에 대한 검토와 제안

### 1. 선택형으로서 벌금형에 대한 양형기준

벌금형이 선택형으로 법정되어 있는 경우에만 벌금형 양형기준을 적용하는 것이 합당하며, 벌금형이 병과형이거나 배수벌금형일 경우에는 벌금형 양형기준을 적용하지 않는 것이 타당하다. 선택형으로서 벌금형과 병과형 또는 배수벌금형의 경우에는 그 법적 성격이 다르기 때문이다. 병과형, 배수벌금형의 경우에는 불법과 책임비례와는 별도로 형벌가중적 기능, 범죄수익 박탈기능 등이 있기 때문이다. 양형기준에서 병과형과 배수벌금형의 경우에는 양형기준을 적용하지 않는다고 명시적으로 밝히는 것이 바람직하다.

### 2. 범죄유형 중 징역형과 벌금형을 선택할 수 있는 권고영역 설정

감경, 기본, 가중 영역 중 어느 곳에 벌금형을 선택할 수 있는 구간으로 설정할 것인지를 결정하여야 한다. 형종 선택이 요구되는 구간을 설정하는 방법은 법정형, 노역장 유치, 양형실무의 통계 등을 반영하여 ①벌금형만이 권고되는 영역, ②벌금형 또는 징역형이 권고되는 영역, ③징역형만이 권고되는 영역이 설정된다.

감경·기본·가중 영역 각 구간에 벌금형 추가 여부는 범죄군별로 달라질 수 밖에 없다. 교통사고처리특례법위반죄의 교통사고 치상의 경우 대부분 구약식으로 처분되어 벌금형이 선고되는 현실을 고려한다면 가중 영역에 벌금형을 추가하는 것은 바람직하지 않다. 법정형 등을 반영하여 권고영역을 설정하면 다음과 같다.

〈표 11〉 교통범죄 양형기준(일반 교통사고)

유형	구분	벌금형 구간	벌금형과 징역형 중첩구간		징역형 구간
			감경	기본	가중
1	교통사고 치상	벌금	① - 8월, 벌금	② 4월 - 1년, 벌금	8월 - 2년
2	교통사고 치사	벌금	③ 4월 - 1년, 벌금	8월 - 2년	1년 - 3년

### 3. 권고영역 중 형종 선택을 위한 선택기준 설정

권고영역에서 징역형 외에도 벌금형이 선택적으로 설정되어 있는 경우에는 형종 선택을 위한 기준을 제시하여야 한다.

형종 선택을 위한 공통의 원칙을 다음과 같이 제시한다. 형벌의 목적, 자유형과 벌금형의 본질적 차이 등을 고려하여 추가적인 공통의 원칙이 발견되고 확정될 필요가 있다. 형종 선택을 위한 공통의 원칙은 개별범죄군뿐만 아니라 모든 범죄군에서도 적용될 수 있는 기준으로 설정될 필요가 있다.

#### 【형종 선택을 위한 공통원칙】

- 중한 형벌부과는 가급적 억제하고 경한 형벌만으로도 형벌의 목적을 달성할 수 있다고 평가한다면 벌금형을 선택할 것을 권고한다.
- 징역형은 해당 범죄의 불법과 책임이 중대하여 벌금만으로는 정당한 형벌이 될 수 없다고 판단하는 경우, 즉 징역형 선고의 불가피성이 인정되는 경우에만 부과되어야 한다.
- 피고인의 경제적 상태를 고려하여 벌금형을 선고할 경우 형벌의 효과에 중대한 침해가 있을 경우에는 징역형을 선택할 것을 권고한다.

#### 4. 형종(자유형/벌금형) 선택인자

개별범죄군에 징역형/벌금형이 선택적으로 설정되어 있는 경우 현행 양형기준의 징역형에 대한 양형인자이외에도 징역형/벌금형 중 형종(자유형/벌금형) 선택인자를 추출·제시한다. 교통사고 치상죄를 예로 들면 다음과 같다.

〈표 12〉 징역형에 대한 양형인자

구분		감경요소	가중요소
특별양형인자	행위	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 피해자에게도 교통사고 발생 또는 피해 확대에 상당한 과실이 있는 경우</li> <li>- 경미한 상해가 발생한 경우</li> <li>- 자전거를 운행하다가 일으킨 사고</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 중상해가 발생한 경우</li> <li>- 음주운전 등의 경우</li> <li>- 교통사고처리특례법 제3조제2항단서(8호 제외) 중 위법성이 중한 경우 또는 난폭운전의 경우</li> </ul>
	행위자/기타	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 농아자</li> <li>- 심신미약(본인 책임 없음)</li> <li>- 처벌불원(피해 회복을 위한 진지한 노력 포함)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 동종 누범</li> </ul>

〈표 13〉 형종(자유형/벌금형) 선택인자

구분		긍정적 요소	부정적 요소
형종 선택 인자	행위	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 피해자에게도 교통사고 발생 또는 피해 확대에 경미한 과실이 있는 경우(예)</li> <li>- 피해자에게 충분한 피해회복을 한 경우(예)</li> </ul>	※ 벌금형 긍정적 요소가 없거나 긍정적 요소가 일정 개수 이하일 경우 징역형 선택 가능
	행위자 /기타	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 미성년자(예)</li> <li>- 자동차 종합보험 가입(예)</li> <li>- 형사처벌 전력 없음(예)</li> </ul>	

## VI 결론: 형종 선택 기준 설정의 중요성

일수벌금제도의 도입에 대한 학계의 목소리가 높다. 일수벌금제는 총액벌금제의 가장 큰 단점인 ‘형벌효과의 불평등’을 개선할 수 있는 제도로 국내에 소개되고 있으며, 학계에서는 상당한 지지를 얻고 있다. 일수벌금제가 도입된다고 가정하였다고 하더라도 벌금형의 양형기준을 설정하는 작업<sup>61)</sup>이 무의미한 것은 아니며, 오히려 기초적 선제작업이 될 수 있을 것으로 볼 수 있다.

일수벌금제는 일수 산정 후 1일 벌금액 산정하는 방식이다. 일수벌금형제도의 목적과 그 구체적 시행방법은 각 국가의 실정에 맞게 약간씩 차이를 두고 있지만, 일반적으로 크게 2단계로 나누어 행해지게 된다. 제1단계에서는 법관이 양형의 일반원칙, 즉 일반예방과 특별예방의 필요성, 범죄의 심각성, 범죄자의 전과 등을 고려하여 벌금일수를 결정하고, 제2단계에서는 범죄자의 경제적 사정 등을 고려하여 1일의 벌금액, 즉 일수정액을 결정한다. 특히 2단계: 1일 벌금정액을 정하는 단계에서 1일 벌금액을 어떻게 산정할 것인가에 대한 논의가 중요하다. 1일 벌금정액을 정하는 기준인 행위자의 경제적 급부능력으로서 무엇을 기준으로 할 것인지, 재산상태를 어떻게 조사할 것인지, 재산상태에 대한 추산 제도를 둘 수 있는지에 대한 논의가 중요하다.<sup>62)</sup>

현재 양형위원회가 준비하는 벌금형의 양형기준 설정에 있어서 의미가 있는 것은 1단계

61) 일수벌금제에 대하여 오해가 많다. 평등의 원칙과 책임주의에 반한다는 비판이 그것이다. 하지만, 실질적 평등의 관점과 형벌효과의 평등의 관점에서 보면 일수벌금제는 책임주의에 반하지 않는다. 오히려 특별예방적 형벌목적에 부합하며, 대체자유형을 억제할 가능성이 높을뿐만 아니라 대체자유형에 대한 기준을 제시할 가능성이 있다. 양형격차 해소와 자유형과 벌금형 상호간 합리적 환산이 가능하게 되는 것이다. 현실적으로 경제적 사정변화에 따른 탄력적 적용가능성이 있다는 것도 이론적 장점이다.

62) 일수벌금제도 도입을 주저하게 되는 것은 1일 벌금액을 어떻게 정할 것인가에 대한 논의가 복잡하기 때문이다.

인 벌금일수를 확정하는 단계이다. 이는 징역형과 벌금형 형종 선택관계와 밀접한 관계가 있다. 벌금일수를 정하는 것은 일반적인 양형원칙에 따라 정한다. 이는 징역형을 정하는 방식과 동일하다. 벌금일수 확정에 있어서 행위책임의 관점이 판단의 중점에 위치하며 불법의 정도와 예방적 목적이 근본적인 역할을 담당한다. 불법의 정도를 고려함에 있어서는 양형에서 요구되는 모든 요소들, 특히 행위자의 전력, 범행이후의 태도가 고려되고 평가될 수 있다. 비교법적으로 독일 형법 제43조는 자유형 1일은 벌금형 1일에 해당한다. 따라서 벌금형의 양형기준에서 가장 의미 있는 것은 징역형과 벌금형의 형종 선택 기준이라고 생각한다. 형종 선택기준을 설정하는 작업에 대하여 보다 많은 노력이 필요하다고 생각한다.





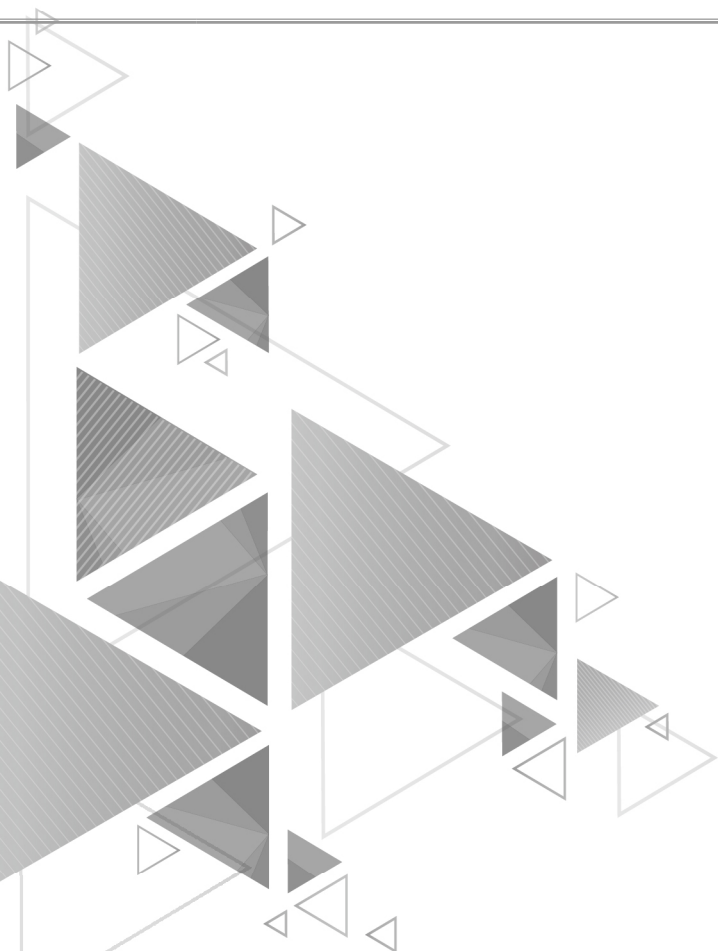
## 제1세션

[발표 및 토론] 형종(자유형/벌금형) 선택의 기준

지정토론

# 「형종(자유형/벌금형) 선택의 기준」에 대한 토론문

이혜량(수원지방법원 판사)





## 「형종(자유형/벌금형) 선택의 기준」에 대한 토론문

이혜랑(수원지방법원 판사)

### I 들어가며

형법에 따르면 벌금형 또는 벌금형의 집행유예가 징역형 또는 징역형의 집행유예보다 가벼운 형이지만, 실제 재판에서는 징역형의 집행유예에 따르는 법률상 불이익을 설명한 이후에도 벌금형 보다 징역형의 집행유예로 ‘선처’해달라는 피고인을 종종 볼 수 있다. 또한 통계상 2019년 전국 기준 기소 중 구약식 비율이 58.89%(약식기소 사건 491,690건 / 본안사건과 약식기소 사건의 합계 834,840건)<sup>1)</sup>에 달하고, 약식기소 사건 등을 제외하고 제1심 형사공판사건의 재판결과를 보더라도 재산형을 선고하는 비율이 26.1%(전체 처리건수 235,887건 중 재산형이 선고된 사건 61,475건)<sup>2)</sup>에 이르고 있는 바, 이와 같은 벌금형의 실무상 무게에 더하여 법원조직법 제81조의7(양형기준의 효력 등)이 형량 뿐만 아니라 형종에 대하여도 양형기준을 설정·적용할 수 있음을 전제로 하고 있는 점, 실무상 양형기준의 준수율이 매우 높고 당사자에게 예측가능성을 부여한다는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 양형위원회가 벌금형 양형기준 설정 원칙을 정한 것은 시의적절하고 매우 중요한 작업이라고 생각된다.

양형위원회의 벌금형 양형기준 설정 원칙에서도 확인할 수 있듯이, 벌금형의 양형기준을 설정함에 있어서는 형종 선택의 기준, 형량기준, 벌금형의 집행유예 기준, 벌금형의 양형기준을 약식명령과 즉결심리절차에 적용할지 여부 등 앞으로 해결해 나가야 하는 쟁점들이 있고, 이를 해결하는 과정은 애초의 벌금형 양형기준의 도입 취지를 살리면서, 형사 절차의 합리적 진행에 부합하는지, 법관의 양형 재량을 지나치게 제한하여 엄벌주의로 가게 되지 않는지에 대한 우려에 대하여도 함께 고려하며 전개되어야 할 것이다.

1) 법원행정처, 사법연감(2019), 616

2) 법원행정처(주 1), 707

본 지정토론은 세션의 주제인 “형종(자유형/벌금형) 선택의 기준”에 대하여 깊은 고민으로 형종 선택의 기준을 제시하고 관련 쟁점에 대하여 검토하신 발표자의 해안과 노고에 먼저 감사드리며, 발표자의 지적처럼 벌금형의 양형기준에 대한 논의를 벌금형이 징역형과 선택형일 경우에 적용되는 것으로 전제하고, 발표자가 제시한 형종 선택의 기준에 관하여 현재 형사재판을 맡고 있는 경험을 토대로 몇 가지 의견을 더하고자 한다.

## II 형종 선택의 기준에 대한 이론적 모델 검토

### 1. 권고영역의 결정 후 형종 선택의 모델(이하 ‘제1모델’이라 한다)

제1모델은 현재의 양형기준의 권고영역을 출발점으로 한다. 현재 양형기준은 양형실무에 대한 통계분석을 기초로 입법, 정책, 국민의 양형에 대한 인식들을 종합적으로 고려하여 특별양형인자와 일반양형인자를 추출하였고, 재판에서는 특별양형인자를 검토하여 권고영역을 결정하고 일반양형인자를 검토하여 선고형을 결정한다. 이러한 양형인자들은 형종 선택에서도 당연히 고려되기 때문에, 형종 선택을 위한 새로운 양형인자들을 추출할 것이 아니라, 현재 양형기준에서 제시하는 양형인자들을 활용하고, 이에 따라 결정되는 권고영역에서 벌금형 선택이 가능한 구간을 설정하거나, 중첩되는 구간에 벌금형 또는 징역형의 선택을 가능하게 하는 것이다. 제1모델에서는 결국 이러한 형종 선택의 구간을 현재 권고영역에 어떻게 반영할 것인가가 중요하다.

예를 들어, 「교통범죄 양형기준」에서, 「일반 교통사고」의 양형기준은 아래와 같은데, 현재 양형기준은 아래의 특별양형인자로 감경/기본/가중의 권고영역을 결정하고, 결정된 권고형량범위 내에서 일반양형인자를 고려하여 선고형(금고형)을 정한다.

01<sup>1</sup> 일반 교통사고

유형	구분	감경	기본	가중
1	교통사고 치상	- 8월	4월 - 1년	8월 - 2년
2	교통사고 치사	4월 - 1년	8월 - 2년	1년 - 3년

※ 금고형

구분		감경요소	가중요소
특별 양형 인자	행위	<ul style="list-style-type: none"> <li>피해자에게도 교통사고 발생 또는 피해 확대에 상당한 과실이 있는 경우</li> <li>경미한 상해가 발생한 경우(1유형)</li> <li>자전거를 운행하다가 일으킨 사고</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>중상해가 발생한 경우(1유형)</li> <li>음주운전 등의 경우</li> <li>교통사고처리 특례법 제3조 제2항 단서(8호 제외) 중 위법성이 중한 경우 또는 난폭운전의 경우</li> </ul>
	행위자 /기타	<ul style="list-style-type: none"> <li>농아자</li> <li>심신미약(본인 책임 없음)</li> <li>처벌불원(피해 회복을 위한 진지한 노력 포함)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>동종 누범</li> </ul>
일반 양형 인자	행위	<ul style="list-style-type: none"> <li>호의에 의한 무상동승자인 경우</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>중상해가 아닌 중한 상해가 발생한 경우(1유형)</li> <li>그 밖의 교통사고처리 특례법 제3조 제2항 단서에 해당하는 경우</li> </ul>
	행위자 /기타	<ul style="list-style-type: none"> <li>상당 금액 공탁</li> <li>자동차종합보험 가입</li> <li>진지한 반성</li> <li>형사처벌 전력 없음</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>범행 후 증거은폐 또는 은폐 시도</li> <li>이종 누범, 누범에 해당하지 않는 동종 전과</li> </ul>

발표자가 제시한 여러 형종 선택 구간 설정 방법을 여기에 반영해 보면, (1) **법정형을** 기준으로 할 때, 벌금형 영역, 금고형 영역이 별도로 만들어지고, (2) **노역장 유치 반영** 기준 또는 (4) **자유형 대비 적정 벌금액 산정** 기준으로 할 때, 벌금형을 1일 10만 원으로 환산한 노역장 유치기간을 금고형에 대응(벌금형의 상한이 2,000만 원이므로 노역장유치기간을 고려할 때 약 금고 7월에 대응하게 된다)되게 반영하여 교통사고 치상의 경우 주로 감경영역 또는 기본영역에 금고형과 벌금형이 중첩적으로 규정되게 된다. 발표자는 위 권고영역에서 벌금형 구간 또는 벌금형과 자유형이 중첩되는 구간을 설정할 때, (3) **양형 실무**를 반영할 수도 있다고 하였고, 다만 (1)의 기준의 경우 벌금형이 금고형과 비례적으로 설계된 것이 아니어서 발생하는 문제점을 지적하였는데, 이에 전적으로 동의한다. (2)

의 경우에도, (1)의 기준에서 제시되는 문제와 더불어 같은 기간이더라도 노역장 유치보다 금고형이 법률상 불이익이 따르는 처분인 점을 간과하면 안되기 때문에, 하나의 기준으로 형종 선택의 구간을 설정할 수는 없고 양형실무를 기초로 형종 선택의 구간을 조절하는 과정이 필요할 것이다.

제1모델은 현재의 양형기준을 활용할 수 있고, 실제 거칠게 보았을 때, 대체로 실무상 감경, 기본 영역에서 벌금형을 선택하는 경우가 많고, 가중 영역에서 금고 또는 징역형이 선택되는 경우가 많다는 점에서, (2), (3), (4) 방법에 의하여 제시한 벌금형과 징역형의 중첩구간이 실무에도 결과적으로 부합한다고 평가할 수 있다. 발표자가 지적하듯이 벌금형을 현재의 권고영역에 합리적으로 어떻게 반영할지에 대하여는 추가적인 검토가 필요하지만, 기존의 권고영역을 활용하는 것은 적용하는 입장과 적용받는 입장에서 기준이 간명하고 예측가능하다는 장점도 있다. 다만 이와 같은 방식은 자유형과 벌금형이 병존할 때 어떻게 형종을 선택할지에 대한 기준을 마련하는 작업이 추가로 필요하다.

## 2. 형종 선택 후 권고영역 결정 모델(이하 ‘제2모델’이라 한다)

재판을 하면서 양형을 정할 때 주로 여러 양형인자들을 고려하여 형종을 먼저 결정하고, 형량에 대하여 고민하는 순서를 거치는데, 제2모델은 실제 법관이 징역형과 벌금형 사이에서 형종을 선택하는 과정을 반영하기 위한 것이라고도 볼 수 있다.

다만 현재 양형기준에서 벌금형이 선택형으로 규정되어있는 41개의 범죄군에 형종 선택을 위한 공통기준을 설정하는 방식은 발표자가 지적한 단점에 더하여, 개별 범죄군, 유형별로 설정·수정해왔던 현행 양형기준에 맞지 않을 뿐만 아니라, 실무에서 형종을 선택하는 과정에도 부합하지 않는 면이 있다. 예를 들어, 교통범죄에서 주로 문제되는 도로교통법(음주운전)죄, 교통사고처리특례법위반(치상)죄, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(도주치상)죄, 도로교통법(사고후미조치)죄의 형종을 선택하는데 있어 각 범죄별로 주로 고려하는 요소가 다르다. 구체적으로, 도로교통법위반(음주운전)죄의 경우에는 혈중알콜농도수치, 운전거리 및 피고인의 동종 범죄전력을 주요 요소로 확인하고, 교통사고처리특례법위반(치상)죄의 경우에는 교통사고처리 특례법 제3조 제2항 단서의 중대과실이 있는지, 피해자의 상해 정도 및 처벌불원 여부, 종합보험가입 여부를 주요 요소로 확인하며, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(도주치상)죄의 경우 범행 경위 및 수단, 피해자의 상해 정도 및 처벌불원 여부, 종합보험가입 여부, 피고인의 동종 범죄전력 등을 주요 요소로

확인하고, 도로교통법위반(사고후미조치)죄의 경우에는 종합보험가입 여부, 손괴 정도, 처벌불원을 주요 요소로 확인한다. 교통범죄라는 같은 범죄군 내에서도 개별 범죄들의 형종 선택에 있어서 고려하는 양형요소들이 다른데, 전체 범죄군에 대하여 징역형(금고형), 벌금형의 선택을 위한 기준을 공통적으로 설정하는 것은 그 공통기준을 추출해 내는 것이 쉽지 않을 뿐만 아니라, 각 범죄별로 주요하게 보는 요소가 모두 반영되기 어려워 구체적인 타당성을 결할 수 있으며, 추상적인 기준을 설정하게 된다면 이러한 형의 선택 기준을 설정하는 의미 자체가 퇴색하게 되는 한계가 있다. 이러한 점을 종합적으로 고려하여 양형위원회의 벌금형 양형기준 설정 원칙에서 개별 범죄군인 교통범죄에 대하여 우선 벌금형 양형기준을 설정하기로 한 것이라고도 이해된다.

각 범죄군별로 형종 선택을 위한 개별기준을 설정하는 방식은 위 공통기준을 설정하는 방식에서의 단점을 극복할 수 있고, 각 범죄군별로 징역형과 벌금형 사이의 실질적 선택 기준이 명확해지는 장점은 있으나, 이와 같은 형종 선택기준을 각각 제시하여야 하여 번거로울 수 있다는 발표자가 지적한 단점에 더하여 형종 선택에 있어서 고려하는 주요 요소들이 다음 단계인 징역형 또는 벌금형의 각 권고영역 및 형량범위를 정할 때 고려하는 양형인자와 중복될 수 밖에 없어 각 범죄군별 징역형의 양형기준에서 이미 검토하고 있는 양형인자들과 독립하여 이와 구별되는 별도의 형종 선택을 위한 양형기준을 설정하는 것은 어려울 것으로 보인다.

혼합적 방식의 경우도, 공통기준 설정 방식에서 지적한 단점을 극복할 수는 있으나, 이 역시 형종 선택에 있어서 고려하는 주요 요소들이 다음 단계인 징역형 또는 벌금형의 각 권고영역 및 형량범위를 정할 때 고려하는 양형인자와 중복될 수 밖에 없어, 이와 구별되는 형종 선택을 위한 양형기준을 공통적 또는 개별적으로 별도로 신설하는 것은 쉽지 않을 것이라고 생각된다.

### 3. 종합

발표자의 견해는, 현재의 양형인자와 양형기준이 반영된 권고영역을 활용하되, 형종 선택을 위한 공통의 원칙을 권고할 수 있고, 이러한 공통의 원칙이 형종 선택에 있어서 구체적이고 개별적이라기 보단 일응의 선언적 기준이며, 그 외에 구체적인 양형인자들을 고려하고 반영한 권고영역에서 벌금형 구간, 벌금형과 징역형 중첩구간, 징역형 구간을 정하여 자유형과 벌금형이 병존하는 경우에 벌금형 선택에 긍정적 요소와 부정적 요소를 제시하

여 실질적 기준을 제시해볼 수 있다는 것으로 이해되고, 큰 틀에서 이에 동의한다. 개인적으로는 형종 선택 후 권고영역을 결정하는 모델보다는 양형기준에서 제시하고 있는 양형 인자와 권고영역을 활용하여, 권고영역의 결정 후 형종을 선택하는 모델이 구체적·결과적 타당성이 있으면서, 현재의 양형현실에 부합한다고 생각이 된다. 그 이유는 권고영역을 결정함에 있어서 고려가 되는 특별양형인자가 이미 양형실무에 대한 통계분석을 토대로 입법자의 의사, 국민의 양형 인식, 양형정책적 고려 등을 종합적으로 검토하여 추출된 것이어서, 형종 선택에 있어서부터 중요하게 검토되고, 이에 따라 결정된 권고영역, 주로, 감경 또는 기본영역에서 실제 벌금형과 징역형(주로 징역형의 집행유예)을 고민하는 경우가 많기 때문이다. 이렇게 권고영역을 결정한 후에, 벌금형과 징역형이 중첩되는 영역에서, 발표자의 견해와 같이 벌금형 선택에 긍정적 요소와 부정적 요소를 제시하거나 벌금형량 산정의 기준을 활용하여 보완할 수 있을 것이라 생각된다.

### III 마치며

지금까지 형종 선택의 기준에 대하여 제시된 모델들에 관하여 발생할 수 있는 쟁점들에 대하여 살펴보았다. 이번 심포지엄이 벌금형의 양형기준 설정에 있어서 중요한 디딤돌이 될 것으로 기대된다. 우리의 토론이 그러한 관점에서 앞으로의 연구와 실무의 발전에 작은 기여가 되기를 바라면서 본 글을 마친다.



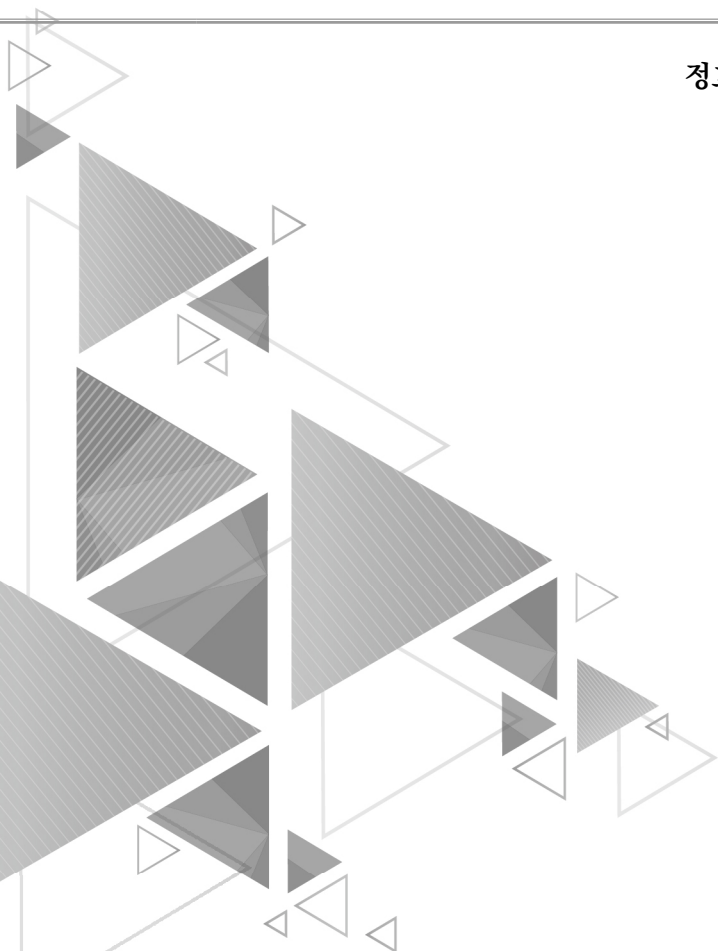
## 제1세션

[발표 및 토론] 형종(자유형/벌금형) 선택의 기준

지정토론

# 「형종(자유형/벌금형) 선택의 기준」 토론문

정효민(대전지방검찰청 천안지청 검사)





## 「형종(자유형/벌금형) 선택의 기준」 토론문

정효민(대전지방검찰청 천안지청 검사)

### I 들어가며

형벌이란 국가가 범죄에 대한 법률효과로서 범죄자에 대하여 그의 책임을 근거로 부과하는 법익의 박탈이다. 우리 법이 규정하는 형벌의 종류에는 여러 가지가 있으나 형법 및 특별법상 대부분의 규정이 자유형 또는 벌금형을 처벌규정으로 정하고 있고 실무상으로도 대부분 자유형 또는 벌금형이 구형 및 선고되고 있다. 통상 자유형은 피고인의 신체의 자유를 제한한다는 점에서 벌금형은 피고인의 재산권에 큰 영향을 미친다는 점에서 형을 선고받는 피고인의 입장에서든 그리고 형을 선고하거나 집행하는 입장에서든 피고인에 대한 형이 자유형인지 아니면 벌금형인지는 매우 중요한 요소가 아닐 수 없다.

실무상 자유형과 벌금형 선택에 대한 고민은 주로 자유형의 집행유예가 불가하여 실형과 벌금형의 양자택일로 선택지가 주어지는 경우, 범죄의 성격과 범행 전후 경위 등이 실형까지는 가혹하다고 여겨질 때 자유형의 집행유예를 선고할 것인지 벌금형을 선고할 것인지 여부에서 주로 발생한다. 형종 선택의 기준과 그 방법론에 대하여는 발표문에서 상세히 논해 주었으므로, 본 토론문에서는 자유형과 벌금형의 선택이 실무상 주로 문제되는 경우와 자유형과 벌금형 선택과정에서 반드시 고려되어야 할 사항들 위주로 살펴보기로 한다.

### II 누범 및 집행유예 기간 중 피고인에 대한 형의 선택

형법 제62조 제1항은 “① 3년 이하의 징역이나 금고 또는 500만 원 이하의 벌금의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에

는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 집행을 유예할 수 있다. 다만, 금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우에는 그러하지 아니하다”라고 규정하여 집행유예의 요건에 대하여 규정하고 있다. 3년 이하의 징역이나 금고 또는 500만 원 이하의 벌금의 형을 선고할 경우에는 형법 제51조의 ‘범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황’등을 고려하여 그 형의 집행을 유예함으로써 단기 자유형 등의 폐해를 막고 피고인을 선처할 수 있도록 하되, 누범기간 중 다시 범죄를 저지른 피고인에 대하여는 집행유예를 선고할 수 없도록 한 것이다. 또한 형법 제63조는 “집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 고의로 범한 죄로 금고 이상의 실형을 선고받아 그 판결이 확정된 때에는 집행유예의 선고는 효력을 잃는다”라고 규정하여 집행유예 기간 중 고의로 범한 죄로 금고 이상의 실형이 확정된 경우 종전 선고받았던 집행유예까지 실효 되도록 하고 있다. 이로써 단기간 내 재범한 피고인은 집행유예의 선처를 받을 수 없고 집행유예 기간 중 재범시 앞서 유예되었던 형까지 집행되게 되어 동일한 범죄라도 초범인 피고인보다 재범한 피고인이 무겁게 처벌될 수 있다.

그런데 문제는 이와 같은 ‘누범기간 중 범행’ 또는 ‘집행유예의 실효 가능성’이라는 요소가 실무상 오히려 벌금형 선택을 위한 유리한 양형요소로 사용되는 경우가 상당수 있다는 점이다. 음주 및 무면허운전으로 집행유예 기간 중 다시 음주 및 무면허운전으로 재판을 받게 되는 경우, 실형이 아닌 벌금형이 선고되는 경우가 상당히 많다. 물론 경우에 따라서는 벌금형이 자유형에 비해 가벼운 형벌이라고만 단정할 수 없는 측면이 있기는 하나, 이미 자유형 또는 자유형의 집행유예를 선고받았던 피고인에게서는 벌금형은 형벌의 위하력이 현저히 떨어질 수밖에 없고 벌금형이 자유형보다 중한 경우에 해당한다고 보기 어려운 경우가 대부분이다. 실제로 이와 같은 사건의 피고인들은 법정에서 제발 이번 한 번만 실형을 면하게 해달라며 읍소를 하곤 한다. ‘누범기간 중 범행’ 내지 ‘집행유예 기간 중 범행’이라는 양형요소는 피고인에 대한 형을 정함에 있어 가중요소가 되어야함에도 실제로는 감경요소로 작용하고 있는 것인데 실무상 이와 같은 사례는 매우 빈번하게 발견되고 있다.

### [창원지방법원 2022. 4. 27. 선고 2022고단246 판결, 특가법위반(도주치상)등]

피고인은 음주운전으로 3회 벌금형[2008년과 2010년 및 2012년, 그중 2010년에는 특정범죄가중 처벌등에관한법률위반(위험운전치사상)죄로도 같이 처벌받았다]으로 처벌받은 점, 이후 피고인은 또 다시 음주운전(혈중알코올농도 0.158%)을 저질러 2021. 2. 5. 징역 1년, 집행유예 2년, 사회봉사 80시간, 준법운전강의 수강 40시간을 선고받고 그 집행유예기간 중에 있음에도 자숙하지 않고 또다 시 이 사건 범행을 저지른 점, 이 사건 범행은 위 음주운전으로 인하여 자동차운전면허가 취소된 상황에서 운전을 하다가 8세의 어린 피해자를 충격하고도 적절한 구호조치를 취하지 않고 도주한 것으로 그 죄질이 매우 좋지 않은 점은 피고인에게 불리한 정상이다.

그러나 피고인이 피해자측과 합의하여 피해자측이 피고인의 처벌을 원하지 않고 있는 점, 피해자가 입은 상해의 정도가 중하지는 않은 점, **이 사건으로 실형이 선고되어 확정될 경우 집행유예가 실효되어 그 유예된 징역형까지 복역해야 하는데 이는 피고인에게 지나치게 가혹한 것으로 보이는 점**, 그 밖에 피고인의 나이, 성행, 환경, 범행의 경위 등 이 사건 기록 및 공판과정에 나타난 여러 양형조건들을 고려해 이번에 한하여 벌금형을 선고하기로 하여 주문과 같이 형을 정한다.

### [인천지방법원 부천지원 2022. 2. 24. 선고 2021고단2149 판결, 도로교통법위반(음주운전)]

- 불리한 정상: 음주운전의 위험성 및 이에 대한 우리 사회의 강력한 처벌 요구, 피고인의 과거 음주운전 처벌전력, 매우 높은 수준의 혈중알코올농도 수치
- 유리한 정상: 피고인의 자백 및 반성하는 듯한 태도, 피고인이 초래한 위험이 제3자의 생명 또는 신체에 실현되지 아니함, 과거 동종 범죄 처벌전력과 시간적 간격, **누범기간 중의 범행이긴 하나 동종 범죄로는 벌금형을 초과하는 형사처벌을 받은 전력이 없어 집행유예가 불가능한 징역형의 선고는 다소 가혹한 측면이 있음**
- 기타: 그 밖에 피고인의 연령, 성행과 환경, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 이 사건 변론에 나타난 양형의 조건을 참작

물론 구체적인 사안에 있어 이번 범행을 이유로 피고인에게 실형을 선고한다거나, 종전 유예된 형까지 실효시키는 것이 피고인에게 지나치게 가혹한 결과를 초래하게 되는 경우도 있을 수 있다. 그러나 이와 같은 사정이 피고인에게 유리한 양형요소로 사용되는 것이 과연 적절한 것인지 의문이 있다. 적어도 동종 범죄로 누범 내지 자유형의 집행유예 기간 중 재범한 경우에는 원칙적으로 벌금형이 아닌 자유형을 선택하도록 함이 상당하다. 또한 이종 범죄라 하더라도 종전 범행보다 이번 사건 범행이 더 중한 경우에도 자유형을 선택하여야 할 것이다.

### Ⅲ 피고인의 경제적 능력과 형의 선택

법리적으로는 자유형의 집행유예가 벌금형보다 중한 형이지만 경제적 능력이 없는 피고인들에게는 그렇지 않을 수도 있다. 벌금을 납부하기 위해서는 생계에 큰 타격이 생겨 생존 자체에 위협을 받을 수 있는 경우가 생길 수 있고 벌금을 미납할 경우 노역장에 유치되어 실제로 구금생활을 하게 되는 경우도 생길 수 있다. 이와 같은 피고인들은 수사 및 재판 단계에서 벌금형이 아닌 자유형의 집행유예를 선고받을 수 있게 해달라고 호소하여 피고인으로 하여금 정식재판을 받게 할 것인지 벌금형으로 약식 기소할 것인지 결정해야 하는 검사나 실제 재판을 통해 형을 선고해야 하는 법관을 고민에 빠지게 한다. 피고인에게 벌금형을 선고할 경우 자유형의 집행유예보다 가혹한 경우가 생길 수도 있다는 점을 인식하면서도 검사나 법관이 막상 법리적으로는 더 중한 자유형의 집행유예를 선택하는 것은 또 쉬운 일은 아니다. 현재 실무에서는 형종 선택 과정에서 피고인의 경제적 능력이 고려되어지고 있다.

#### [수원지방법원 성남지원 2022. 5. 13. 선고 2022고단560 판결, 공유수면관리및매립에관한법률위반]

범행의 경위, 수법, 기간, 횡수, 반성유무 등에 더하여 범행 경위에 다소 참작할 만한 사정이 있는 점, 피고인이 범죄전력이 없는 초범인 점, **경제적 어려움을 겪고 있어 고액의 벌금형이 더 가혹한 처벌이 될 수 있는 점** 등을 고려하여 주문과 같이 형을 정한다.

#### [수원지방법원 성남지원 2022. 4. 15. 선고 2022고단380 판결, 성매매알선등행위의처벌에관한법률위반(성매매알선등)]

다음의 정상과 형법 제51조에서 정한 제반 양형 조건을 종합적으로 참작하여 형을 정한다.

- 불리한 정상: 범행의 경위, 수법, 시간, 장소 등을 고려할 때 피고인의 죄책이 가볍지 않은 점, 동종범죄로 처벌받은 전력이 있는 점 등
- 유리한 정상: 피고인이 범행을 자백하고 반성하는 태도를 보이는 점, 범행으로 인한 이득이 경미한 점, 피고인이 고령이고 건강이 좋지 않으며 **경제적으로 어려워 고액의 벌금형이 더 가혹한 처벌이 될 수 있는 점**, 벌금형으로 1회 처벌받은 것 외에 다른 처벌전력이 없는 점 등

현재 500만 원 이하의 벌금형에 대하여는 벌금형의 집행유예도 가능하며 벌금 미납자의 사회봉사 집행에 관한 특례법상 요건을 충족할 경우 사회봉사를 통해 벌금 납부를 갈음할 수도 있다. 그러므로 경제적 능력과 관련하여 형종 선택이 주로 문제되는 것은 500만 원을 초과하는 벌금형과 자유형의 선택 문제일 것이다.

형종 선택에 있어 피고인의 경제적 능력을 고려하는 것이 평등 원칙에 부합하는가와 관련하여 반론이 있을 수 있으나, 피고인의 경제적 능력은 형법 제51조 양형의 조건 중 ‘범인의 환경, 범행의 동기’등과 관련된다할 것이고 이미 실무상 주요 양형요소로 고려되어지고 있는 것이 현실이므로 양형기준에 의해 객관적으로 정비될 필요성이 있어 보인다.

#### IV 피고인의 직업과 형의 선택

공무원의 직무상 범죄에 대하여는 대부분 징역형만이 규정되어 있어 징역형과 벌금형 선택의 문제는 발생하지 않고 주로 공무원이 직무 외 범죄를 저지른 경우 징역형과 벌금형 선택의 문제가 발생한다. 비공무원의 경우 자유형의 집행유예를 선고받고 집행유예 기간을 무사히 경과하면 다른 불이익이 없는 경우가 대부분이나, 공무원의 경우 자유형의 집행유예를 선고받아 판결이 확정되는 경우 그 직을 상실하며 퇴직금 등에서도 불이익이 생기게 된다. 공무원의 신분을 보장하는 대신 강한 준법의식을 요구하는 취지로 보이나, 한편 그 직의 상실은 당사자 본인 뿐 아니라 부양가족들의 생계에도 영향을 미친다는 점에서 가볍게 다루기는 어려운 측면이 있다. 공무원 외에도 대기업 등에서도 자유형의 집행유예를 선고받는 경우 내부적으로 해고가 가능하도록 규정하고 있는 경우가 많고 이 경우 공무원의 경우와 동일한 문제가 발생한다. 의사 등 각종 자격증 소지자에 있어서도 마찬가지이다. 또한 자유형의 집행유예 이상의 전과가 있을 경우 향후 공무원 임용 또는 대기업 신입사원 채용 절차에서 불이익이 있으므로 동일한 범죄, 동일한 양형이라도 20대 취업준비생에 대한 자유형의 집행유예 선고와 이미 퇴직한 장년층에 대한 자유형의 집행유예 선고가 피고인에 대해 결과에 있어 동일하다고 보기 어렵다. 실무상 피고인의 직업 관련 부분 역시 자유형과 벌금형 선택에 있어서 중요하게 고려되어지고 있다.

**[인천지방법원 부천지원 2022. 4. 22. 선고 2021고단2312 판결, 도로교통법위반 (음주운전)]**

아래의 정상 및 피고인의 연령, 성행, 환경, 범행의 동기 및 수단과 결과, 범행 후의 정황 등 기록과 이 사건 변론에 나타난 여러 가지 양형의 조건을 종합하여 주문과 같이 형을 정한다.

- 불리한 정상 : 범행내용에 비추어 죄질이 불량하다. 음주운전은 자신은 물론, 타인과 그 가족들의 생명과 신체, 재산까지 위협하는 중대한 범죄이므로, 엄중한 처벌이 필요하다. 2018년도에 음주운전으로 벌금형의 처벌을 받았음에도 다시 이 사건 범행을 저질렀다.
- 유리한 정상 : 범행을 인정하면서 반성하고 있다. 1회의 벌금형 전과 이외에 별다른 범죄전력이 없다. 음주운전으로 인해 인적, 물적 피해가 발생하지는 않았다. **피고인이 금고 이상의 형을 선고 받는 경우 직장에서 퇴직하게 되는바, 피고인의 나이 등을 고려할 때 이는 다소 가혹한 것으로 판단되어 이번에 한하여 벌금형으로 처벌한다.**

**[서울북부지방법원 2022. 4. 27. 선고 2021고단4702 판결, 의료법위반등]**

마약류 관리에 관한 법률은 마약류의 오용 또는 남용으로 인한 보건상의 위해를 방지하기 위하여 마약류 사용 등의 행위를 엄격히 통제하고 있으며, 의사의 경우에도 예외적으로 의료 목적으로만 마약류를 취급하도록 하고 있고, 피고인은 향정신성의약품인 푸링정의 오남용에 대한 심각성을 잘 아는 의사임에도 장기간에 걸쳐 향정신성의약품에 의존증상을 보이는 박○○에게 다량의 푸링정을 투약할 수 있도록 협력한 점, 2017. 2.경 처방전 없이 향정신성의약품을 제공하였다는 등의 범죄사실로 처벌 받은 전력이 있는 점 등의 불리한 정상, 식욕억제제로 사용되는 푸링정의 중독성이나 위험성이 다른 향정신성의약품에 비하여 비교적 낮은 점, 2021. 2.경 이 사건 각 의료법위반 범죄사실 기재 일시를 전후한 진료기록부 미기재 범죄사실로 처벌받은 점, 피고인이 자신의 잘못을 인정하면서 다시는 처방 기준을 어기지 않겠다고 다짐하는 점, 피고인의 사회적 유대관계가 분명하고, 피고인이 40년 가량 의사로 활동하면서 나름대로 공익 활동도 하였는바, **이 사건 각 범행으로 피고인의 의사 면허가 취소 되도록 하는 것은 다소 가혹한 것으로 보이는 점 등의 유리한 정상, 그 밖에 피고인의 나이, 성행, 환경, 범행에 이르게 된 동기과 경위, 범행의 방법과 내용, 범행 전후의 정황 등 변론에 나타난 여러 사정을 종합하여 주문과 같이 형을 정한다.**

**[제주지방법원 2021. 10. 6. 선고 2021고단152 판결 교통사고처리특례법위반(치상)]**

이 사건 범행은 피고인이 횡단보도를 정상적으로 보행하던 피해자를 들이받아 실명에 가까운 매우 무거운 상해를 가한 것으로 죄책이 가볍지 않은 점은 불리한 정상이다.

그러나 피고인이 자신이 잘못을 인정하고 있고 초범인 점, 상당한 금액을 지급하고 피해자와 합의하여 피해자가 피고인의 처벌을 원하지 않고 있는 점, 종합보험에 가입되어 있는 점은 유리한 정상이고, 그 밖에 이 사건 범행으로 **피고인의 공무담임권을 제한하는 것은 지나치게 가혹한 것으로 판단되는 사정**에다가 피고인의 나이, 성행, 환경, 범행의 수단 및 결과, 범행 후의 정황 등 이 사건 기록 및 변론에 나타난 제반 양형조건들을 종합하여 주문과 같이 형을 정한다.



피고인의 직업 상실 여부는 형법 제51조 양형의 조건 중 ‘범인의 환경’등과 관련되는 것으로 볼 수 있다. 이미 실무상 주요 양형요소로 고려되어지고 있다면 양형기준에 의해 객관적으로 정비될 필요성이 있어 보인다. 이 경우 해당 범죄가 직무범죄가 아니더라도 피고인의 직무수행과 직접적인 연관성이 있는 고의범죄이거나 또는 피고인이 계속하여 직무를 수행하면서 재범에 이를 가능성이 있다면 ‘직업 상실 가능성’이 유리한 양형요소로 고려되어서는 안 될 것이다.

## V 끝맺음

자유형과 벌금형 선택의 기준과 관련하여 발표문에 제시된 바와 같이 핵심적 요소에 대해서는 공통기준으로 설정하되 각 범죄군별로 그 특성에 따라 개별기준을 설정하는 것이 통일된 양형기준을 제시하면서도 각 사안에 있어서 구체적 타당성을 기하는 방법이 될 것으로 보인다. 앞서 실무상 주로 문제되었던 누범 및 집행유예 기간 중 재범한 사안, 피고인의 경제적 능력과 직업 등을 일응 공통기준으로 설정하는 것을 검토해볼 수 있을 것이다.

실무에서 완전히 동일한 사건은 존재하지 않으며 피고인과 피해자 각자의 상황 역시 개별 사건별로 모두 다를 수밖에 없다. 자유형과 벌금형 선택의 기준과 관련하여 종래 실무에서 많은 고민이 있어왔다. 이러한 실무에서의 고민들이 양형기준 설정과정에서 검토되어 현실적이면서 객관화된 양형기준이 제시될 필요가 있다. 이번 양형기준 설정을 통해 향후 보다 합리적이고 구체적 타당성을 기할 수 있는 양형이 이루어질 수 있게 되기를 기대한다.



## 제1세션

[발표 및 토론] 형종(자유형/벌금형) 선택의 기준

지정토론

# “형종(자유형/벌금형) 선택의 기준”에 관한 토론문

최준혁(인하대학교 법학전문대학원 교수)





## “형종(자유형/벌금형) 선택의 기준”에 관한 토론문

최준혁(인하대학교 법학전문대학원 교수)

### I 들어가며

안녕하십니까. 인하대학교 법학전문대학원에 있는 최준혁입니다. 발표문을 받고, 발제자인 최호진 교수님이 얼마나 고생하셨을지 상상해 보았습니다. 예전에 제가 다른 곳에서 소위 황제노역에 대해 발표해야 하는 상황에 직면하였는데, 지금도 그렇지만 그때도 내용을 잘 몰라서 괴로워했던 기억이 새롭습니다.

저는 당시에 자유형과 재산형의 관계에 대한 우리 형법의 내용을 세 가지 정도로 정리하였고<sup>1)</sup> 그 생각에는 변함이 없습니다.

- ① 자유형에서 징역과 금고가 형집행방법은 다르나 기간과 관련된 차이는 존재하지 않고, 재산형은 형집행방법에 차이가 있을 수 없으므로 액수에 의해서만 구별된다.
- ② 형의 경중은 형법 제41조에 기재된 순서에 따라서 판단하므로 재산형의 하나인 벌금은 자유형의 하나인 구류보다 중한 형벌이며, 구류는 재산형인 과료보다 중한 형벌이다. 그러나 이러한 형벌의 위계가 완전히 관철되지는 않는데, 가령 벌금 또는 과료를 내지 않으면 노역장에 유치된다는 점은 동일하며 비록 과료를 납입하지 않은 경우 노역장에 유치되는 기간의 상한이 30일이어서 구류에서의 구금일수를 반영했다고 볼 수 있겠으나, 하한과 관련된 벌금과 과료의 차이는 없다.
- ③ 단기자유형의 폐해를 방지하기 위해, 6개월 이하의 단기자유형을 선고할 경우 벌금형을 우선한다는 등의 외국입법례가 있으나 우리는 그렇지 않다. 단기자유형에 대한 대체수단으로서의 사회봉사명령 등도 형법전에는 규정되어 있지 않으며, 사회봉사명령은 선고된 벌금형을 집행할 수 없을 때의 노역장유치의 특례로 특별법에 규정되

1) 최준혁, “벌금형의 합리적 산정가능성 - 형법 제70조 제2항에 대한 검토를 중심으로 -”, 형사정책 제26권 제3호(2014), 15면.

어 있을 뿐이다. 우리 형법전의 태도인 재산형에 대한 자유형의 우위는 여기에서도 드러난다.

그런데 현행형법은 형의 선고단계에서 고려되는 총칙에서의 형의 종류와 위계, 각칙에서의 개별 처벌조문에서의 법정형, 집행단계에서 적용되는 노역장유치와 사회봉사명령 중 어느 하나에서도 벌금형의 산정과 관련하여 자유형을 어떻게 활용할 수 있는지에 대한 명확한 기준을 제시하지 못합니다.<sup>2)</sup> 사실, 저는 벌금형에 대한 자유형의 우위 및 형벌에 관한 현행 형법전 조문의 정합적 해석이라는 두 가지를 생각의 출발점으로 하기 때문에 오늘 주제의 토론자로도 적합하지 않은 것 같습니다. 선거범죄에서의 벌금형 양형기준이 있기는 하나 저는 그 기준을 만들 당시에는 전문위원도 아니었고, 벌금형 양형기준을 만드는 논의를 본격적으로 하는 최근의 회의에서도 거의 발언 또는 질문을 하지 않거나 할 수 없었는데, 그 이유는 법조문과의 충돌 또는 해결되지 않은 문제가 여기에 너무 많아서 어떠한 쟁점에 대한 스스로의 입장을 정하기 어렵다고 생각했기 때문입니다. 개인적으로는 우리 형법이 별다른 질서 없이 징역형과 벌금형을 어지럽게 규정하고 있다는 점이 문제의 원인이며 이를 해결하기 위한 근본적인, 그러나 언제 실현될지 모르고 실현가능성도 많지 않은 방법은 일수벌금제라고 생각하고 있습니다.

물론 최호진 교수님께서서는 연구능력이 뛰어나고 이 주제에도 익숙하시기 때문에 훌륭한 결과물을 보여주셨기 때문에 저희가 함께 생각할 수 있는 기회가 되었습니다. 아래에서는 발표문의 순서를 따라가면서 제가 말할 내용이 있는 부분을 적시하면서 제 생각을 약간 덧붙이겠습니다.

## II 내용의 검토

### I. 들어가며

1. 벌금형 양형기준의 부재
2. 징역형 양형기준과 벌금형

2) 참고, 35면.

### 3. 형종 선택 기준 설정을 위한 선결조건

#### 가. 징역형이 아니면 벌금형?

형의 경중, 형벌효과의 동등성 측면에서 보면 징역형과 벌금형의 중첩구간이 발생할 수밖에 없다는 지적(7면)에 동의합니다. 집행유예를 함께 생각하면 더욱 그렇습니다.

#### 나. 법정형에서 징역형과 벌금형의 비례적 규정?

법정형으로서 징역형과 벌금형이 비례적으로 규정되어 있지 않다(7면)이라는 지적에 동의합니다. 형법각칙에서 주로 사용하는 형벌은 징역형이므로 어떠한 범죄행위에 대하여 어느 정도의 형벌로 대응해야 하는지에 대한 입법자의 판단은 징역형의 형량을 통해서 드러나며, 자유박탈은 모든 대상자에게 동등한 정도의 가치를 가진다는 자유형의 특징도 이를 뒷받침하는 근거가 됩니다.<sup>3)</sup> 우리형법을 제정할 당시 입법자가 벌금형 상한을 어떻게 정할지에 대한 큰 관심이 없었고 1년/1000만원의 기준(9면)은 행정형벌에서 적용하는 것입니다.<sup>4)</sup> 발표자께서는 ‘큰 난제 중 하나’라고 하셨고 저는 이 문제는 해결하기 어렵다고 생각합니다만, 아래 결론에서는 그나마 나은 쪽이 무엇인가에 대한 짧은 소견을 제시하겠습니다.

#### 다. 처단형 단계에서의 형종 선택

발표문 10면이 잘 지적하듯이 양형기준은 처단형과 선고형의 중간단계에서 작용하는데 형종선택의 기준은 처단형 단계에서 결정되어야 합니다. 이 쟁점은 사실 기존의 양형기준은 선거범죄를 제외하면 징역형이었기 때문에 크게 문제가 되지 않았을 뿐입니다. 즉, 징역형 양형기준이 적용될 사안이라면 형종으로 징역형을 선택하는 방식이었다고 추측할 수 있습니다. 그렇다면, 법문과 이론적인 설명에 완전히 들어맞지는 않지만 벌금형 양형기준을 두면서 형종 선택의 기준을 제시하는 방법이 불가능하지는 않다고 보입니다.

#### 라. 형종 선택기준에 대한 입법/마. 선택형과 병과형으로서 벌금형

형종 선택기준에 대한 입법을 할 수도 없고(11면) 징역형과 벌금형이 병과될 경우 전체

3) 참고, 18면. 같은 생각으로 Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., C.H.Beck 2021, 2/1g.

4) 그렇기 때문에 최근 성폭력범죄에 관한 법률의 개정을 통한 벌금액 상향, 예를 들어 성폭력처벌법 제13조 (통신매체음란)의 2년 이하 징역 또는 2000만원 이하 벌금은 몇 가지 문제가 있다고 생각합니다. 먼저, 벌금형 양형기준을 도입할 때의 대상범죄에 대해 이미 논의되었듯이 성범죄를 벌금형으로 처벌하면 저항이 있을지도 모른다는 예상을 할 수 있는데, 그렇다면 벌금형을 활용할 가능성이 많지 않은 범죄의 이미 있었던 벌금액을 상향할 이유는 많지 않습니다. 나아가, 이 조문의 벌금액 상한인 2000만원은 성폭력범죄가 행정형법처럼 보이게 만들며 제10조(업무상 위력 등에 의한 추행)의 법정형(3년 이하의 징역 또는 1500만원 이하의 벌금)과의 관계도 이상합니다. 징역형을 비교하면 제10조가 중한데, 벌금형을 비교하면 제12조가 중하기 때문입니다.

의 형벌이 행위자의 책임에 상응하여야 한다는 저의 생각은 지금도 동일합니다. 그렇다면 책임주의에 반한다는 의문을 피하는 방법 중의 하나가, 벌금형이 선택형일 때에만 벌금형 양형기준을 적용하는 것(13면)이라고 생각합니다. 문제는 언제/어떤 기준으로 벌금형을 선택할 것인가입니다.

## II. 징역형 양형기준과 선거범죄 양형기준 적용방법

### III. 벌금형의 양형기준에 대한 이론적 모델: 권고영역의 결정 후 형종선택모델(1모델)

#### 2. 형종 선택 구간 설정

##### 나. 형종 선택구간 설정 방법

##### (1) 법정형 기준

이미 벌금형과 자유형의 중첩구간이 발생할 수밖에 없다(20면)고 전제하였습니다.

##### (2) 노역장 유치반영

현행 법률의 노역장유치 기준을 반영하자는 의견(20면)에 찬성합니다. 비록 저는 일수 벌금제를 택할 경우 벌금형에서의 2일의 일수가 자유형에서의 구금일수 1일에 대응하도록 규정하자고 제안하였지만, 벌금형은 자유형의 물질적 변형으로서 자유의 대가를 금전의 형태로 강제한다는 의미를 갖고, 시간과 금전은 양적인 개념으로 정의되므로 비교가 가능합니다. 벌금형이 범죄 고유의 불법성을 표상하기 위한 명백한 기준이 없는 현실에서, 징역형의 형기 및 징역형과 벌금형의 비례관계는 일응 판단의 기준이 될 수 있습니다.<sup>5)</sup>

##### (3) 양형실무 반영

형량범위 설정에 대한 기준인 종전 양형실무의 70~80% 반영은 벌금형에서도 유지될 필요가 있다고 생각합니다.

#### 3. 제1모델의 문제점

발표문 22면 이하에서 지적한 문제점에 모두 동의합니다. 그렇지만 발표자는 결론(34면)에서 1모델을 따른 형태를 제시하고 있는데, 1모델과 2모델이 안고 있는 문제점에 차이가 없다는 점에서 그나마 우리에게 익숙한 형태를 취하는 편이 낫다고 보입니다.

5) 참고, 37면 이하.



## Ⅳ. 형종 선택 후 권고영역 결정 모델(2모델)

### 3. 형종 선택을 위한 공통 기준 제시 방법

#### 가. 기본원리

징역형의 집행유예를 선택할지 아니면 벌금형을 선택할지의 문제에서 형종 선택기준을 참고할 것이라는 지적(27면)에 동의합니다. 그런데 징역형 집행유예에 대한 양형인자들은 결국 징역형 양형기준의 인자들과 큰 차이를 보이지 않는다고 생각하는데, 그렇다면 벌금형 형종 선택을 위한 추가적 기준 또는 인자가 필요한 것이 아닌가 하는 생각이 듭니다. 이 문제는 벌금형 양형기준의 인자들을 어떻게 구성할 것인가와도 관련될 것으로 생각합니다. 실제로 양형기준을 만들 때 가장 중요하게 논의되는 것은 구간설정 및 개별범죄에 어떠한 가중/감경인자를 넣을까인데, 구간설정에 대해서는 법정형을 참고할 수 있었다면 가중/감경인에 대한 기존의 논의는 ‘개별범죄’의 특성에 초점을 맞추었는지 아니면 ‘개별범죄’의 ‘징역형’까지 염두에 두었는지, 만약 후자의 경우라면 ‘개별범죄’의 ‘벌금형’에서 양형인자가 어떻게 달라질 것인가도 생각해야 할 것입니다.<sup>6)</sup> 그러한 점에서 아래 ‘형종 선택을 위한 양형인자’의 논의는 매우 중요하다고 보입니다.

#### 다. 형종 선택을 위한 양형인자 신설

##### (1) 방법론

형종 선택을 위한 양형인자를 신설하는 방법도 가능하나 징역형 양형기준만 가지고 있는 현재의 상황에서는 이 인자를 어느 양형기준의 어디에 위치시킬지를 저는 머릿속에 그리기 쉽지 않습니다. 발표자께서는 34면에서 그 예를 잘 보여주셨고 개별범죄에 넣는 편이 실제 양형기준을 활용하는 법관이 적용하기에 편하다는 장점도 있겠다고 생각합니다.

다른 방법으로는, 현재 양형기준 해설<sup>7)</sup>은 ‘Ⅲ. 형종 및 형량 기준’이라는 제목으로 범죄 유형 결정, 권고 영역 결정, 형량범위 결정, 다수범죄 처리기준에 따른 형량범위 결정, 선고형의 결정의 순서로 내용을 설명하고 있는데, 사실 형종 선택에 관한 특별한 설명은 찾을 수 없었습니다. 여기에 형종 선택에 대한 일반적인 기준을 서술하는 방법도 생각해 볼 수 있겠습니다.

6) 발표문 34면은 그에 대한 예를 보여주고 있습니다.

7) 양형위원회, 2021 양형기준, 736면.

### (3) 형종 선택을 위한 인자 추출 방식

#### (가) 경한 우선의 원칙

이는 다른 나라에서는 벌금형과 징역형의 구간분리로 해결하고 있습니다만, 경한 형벌 부과만으로도 형벌의 목적을 달성할 수 있다고 평가한다면 벌금형을 선택할 수 있도록 권고하자는 제안(29면)에 동의합니다.

#### (나) 징역형 선고의 불가피성

실형선고의 불가피성에 관한 자료분석(30면)은 필요하다고 생각합니다. 결국 대상자에 대한 자유박탈(+개선교화)이 필요한지가 기준이 될 것입니다.

#### (다) 벌금형 선고의 무의미성

벌금형이 형벌로서 효과가 있으려면 대상자에게 어떠한 해악으로 실질적으로 작용해야 합니다. 즉 형벌감수성(30면)은 매우 중요한데, 우리 형법도 매우 잘못된 형태이기는 하지만 제70조 제2항에서 이러한 생각을 어느 정도 반영하고 있다고 보입니다. 이 문제 또한 결국 일수벌금제<sup>8)</sup>로 해결하는 방법이 간단하다고 생각하지만, 그렇게 하기 어렵다면 형종 선택의 기준으로 반영할 필요가 있습니다. 위에서 언급한 징역형 선고의 불가피성과 함께 생각할 수 있습니다.

매우 어려운 문제에 대해 알기 쉬운 설명과 함께 대안을 제공해주신 최호진 교수님께 다시 한 번 깊이 감사드립니다.

8) 발표문이 지적하듯이 독일, 스위스 등은 대체자유형 1일이 벌금형 1일수이지만, 프랑스와 오스트리아는 대체자유형 1일은 벌금형 2일수입니다. 스웨덴처럼 구금일수에 따라 차등을 두는 방법도 있습니다. 참고, 36면.

## 제2세션

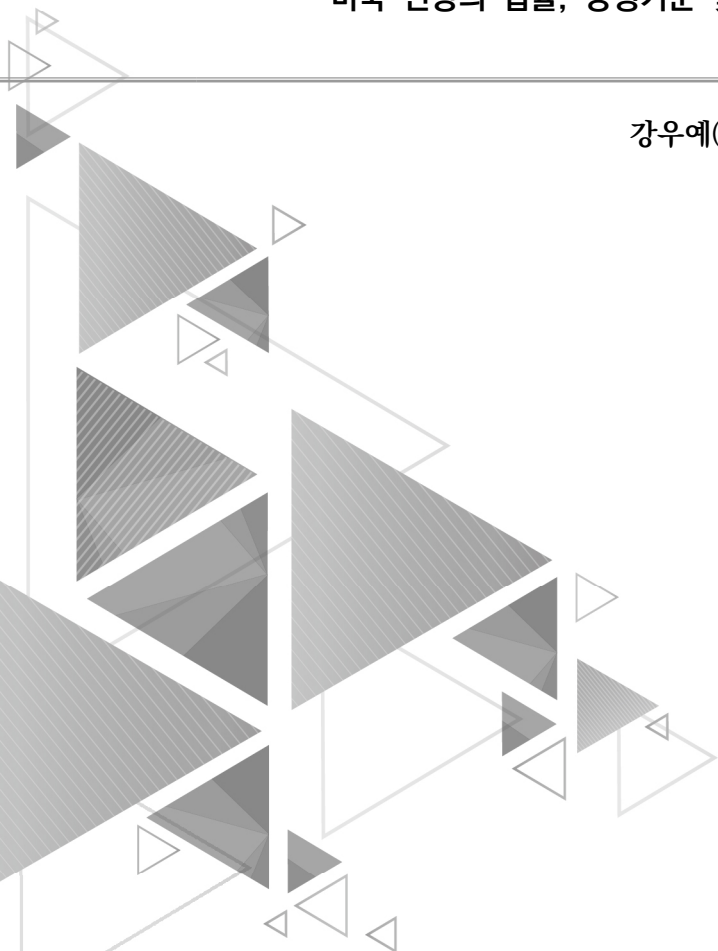
[발표 및 토론] 벌금형 산정의 기준

주제발표

# 벌금형 양형기준에 대한 시론(試論)적 연구

- 미국 연방의 법률, 양형기준 및 판례에 대한 분석을 중심으로 -

강우예(한국해양대학교 해사법정학부 교수)





# 벌금형 양형기준에 대한 시론(試論)적 연구

- 미국 연방의 법률, 양형기준 및 판례에 대한 분석을 중심으로 -

강우예(한국해양대학교 해사법정학부 교수)

## I 서론

본고에는 우리의 벌금형 양형기준을 수립하는데 시사점을 던질 수 있는 미국의 금전형 부과기준에 대하여 분석하였다. 미국의 벌금형을 비롯한 금전형 부과기준은 하나의 형태가 아니라 여러 가지 형태이다. 사실, 본고는 특정한 형태의 벌금형 양형기준을 제시하는 것을 목표로 하지 않고 미국의 여러 가지 금전형 부과기준과 관련된 접근법을 분석하고 평가하는데 주된 초점을 맞추었다. 그래서, 본고는 이후 우리의 벌금형 양형기준을 수립하는데 참고자료로 활용되고자 하는 의도를 담았다.<sup>1)</sup>

다른 형벌과 마찬가지로 미국의 벌금형은 통상적으로 범죄의 중대성에 상응하는 수준의 형량을 설정하는 형태(tariff system)로 규정되어 있다. 예를 들어, 플로리다 주는 쓰레기 무단투기행위에 대하여 100달러의 벌금을 부과하는 재량이 없는 형태의 규정을 가지고 있다.<sup>2)</sup> 매우 흔한 형태로 펜실베이니아 주에서는 상습음주운전자에 대하여 300달러 이상 2,500달러 이하의 벌금을 부과한다고 규정하여 법관에 일정정도의 재량을 부여하는 전통적인 입법규정을 가지고 있다.<sup>3)</sup> 미국 연방 법률에도 범죄행위의 경중에 따라 벌금형의 상한과 하한을 설정하는 형태를 취하고 있다.<sup>4)</sup> 연방양형기준의 벌금형의 형량범위 또한 범죄의 중대성의 서열 등급에 상응하는 형태로 규정되어 있다.<sup>5)</sup> 독독하게도 연방 수질오염통제법은 하루당 50,000달러를 상한으로 하여 벌금을 부과되 위반행위일수를 곱하

1) 본 발표문은 “박미숙·강우예·한민경, 재산형의 합리적 산정기준 및 체계정비방안 -벌금형의 양형기준 도입방안을 중심으로-, 한국형 사정책연구원 연구총서, 2021”의 저자 기술부분인 ‘제3장 제1절 미국의 금전형의 합리적인 산정 기준 및 체계’ 부분의 일부를 발췌한 것이다.

2) See Fla. Stat. § 403.413(6)(a).

3) See 75 Pa. Cons. Stat. Ann. § 3804(a)(2)(ii).

4) 18 USC § 3571.

5) The Guidelines Manual §§ 8C2.1., 5E1.2(c)(3).

는 방식을 취하고 있다.<sup>6)</sup>

그런데, 미국의 여러 연방법원들은 금전형의 부과를 고려할 때 행위 요소뿐만 아니라 행위자 요소를 고려해야 한다고 판시한 바 있다. 즉, 행위자의 벌금 납부능력을 부과된 벌금액수가 과도한 것인지를 판단하는데 중요한 고려요소로 삼아야 한다는 것이다.<sup>7)</sup> 또한, 행위자에게 특별한 물건이라고 할 수 있는 주거를 박탈하는 금전형은 적정하지 않다고 판단되는 경우도 있다.<sup>8)</sup> 이러한, 미국 연방 법원들의 접근법은 미국 연방 양형기준의 벌금의 적정성 판단 기준을 설정하는 데에도 영향을 미쳤다.<sup>9)</sup> 즉 연방 양형기준은 행위자의 벌금 납부능력이 있어야지 벌금형 부과가 가능하다고 규정하고 있다. 이에 덧붙여, 피고인 뿐만 아니라 피고인 가족의 생계에 부담을 줄 수 있다면 벌금액수를 감경하거나 벌금형을 선고하지 않을 수 있다고 규정하고 있다.<sup>10)</sup> 이뿐만 아니라 벌금납부능력이 없을 때 사회 봉사명령 등의 대체적 제재를 하거나 납부 유예기간을 지정할 수도 있다고 규정하고 있다.<sup>11)</sup> 나아가 피고인의 납부능력 파악을 위한 참고 가능한 자료와 정황들에 대해서도 기술하고 있다.<sup>12)</sup> 여기서 그치는 것이 아니라 단체에 벌금을 부과할 때에는 벌금납부능력 판단을 위한 예비적 심리절차를 열어야 한다는 방안까지 마련해 놓고 있다.<sup>13)</sup> 연방의 벌금형 양형기준은 구금형과는 달리 행위자에 대한 전과를 형량범위산정 기준표의 가로축을 구성하는 방식으로 반영하고 있지 않고 위반 수준의 일반적 고려사항으로 두거나<sup>14)</sup> 가중적 조정 사항에서 고려할 수 있도록 하고 있다.<sup>15)</sup>

사실, 개인과 단체를 나누어 유사한 정도의 위반행위에 대하여 다른 벌금형을 적용하는 방식 자체가 행위자 요소를 기반으로 벌금형을 설정하는 것이라고 할 수 있다. 연방의 벌금형개선법과 연방 양형기준을 비롯하여 많은 처벌조항에서는 법인에 대하여 별도로 적용되는 수준의 벌금형을 규정하고 있다. 무엇보다, 연방양형기준은 단체가 범한 범죄에 대해서는 개인이 범한 범죄와는 달리 유책성 점수에 승수를 곱하도록 하는 접근법을 채택하여 기본적으로 단체에 대해 동일한 범죄행위라도 더 높은 벌금형이 가능하도록 구성해

6) 42 U.S.C. § 6928(d).

7) *United States v. Levesque*, 546 F.3d 78 (1st Cir. 2008).

8) *United States v. 461 Shelby County Rd.* 361, 857 F. Supp. 935, 938 (N.D. Ala. 1994).

9) U.S.S.G. § 5E1.2(d)(2).

10) U.S.S.G. § 5E1.2.

11) U.S.S.G. § 5E1.2(f).

12) U.S.S.G. § 5E1.2, comment (n 6).

13) U.S.S.G. § 8C2.2(b).

14) U.S.S.G. § 5E1.2(d)(6).

15) U.S.S.G. § 8C2.5(c).

놓고 있다.<sup>16)</sup> 나아가, 연방 양형기준은 단체에 대한 벌금을 책정할 때에도 동일한 행위라고 할지라도 단체의 규모가 클수록 벌금 수준이 높아지도록 유책성 점수(culpability score)를 추가하는 방식을 채택하고 있다.<sup>17)</sup> 연방 양형기준은 사람이 사망하는 결과가 발생하면 개인에 대한 양형기준에는 없는 단체를 위한 가중적 이탈 규정을 두고 있다.<sup>18)</sup> 여기서 그치는 것이 아니라, 양형기준은 단체가 조직 내에 준법 및 윤리프로그램을 구축해 놓고 있는지 여부에 따라 동일한 행위에 대해서 감경적 조정을 할 수 있도록 하고 있다.<sup>19)</sup> 연방 양형기준은 단체가 공공단체라는 이유만으로 감경적 이탈을 할 수 있는 사유로 보고 있다.<sup>20)</sup> 심지어, 양형기준은 단체 범죄와 결부된 개인 범죄에 대한 벌금액을 산정하는데 있어 해당 단체에 개인이 지분을 일정비율 이상 보유하고 있으면 단체가 납부할 벌금액을 참조하여 개인의 벌금액을 차감할 수 있도록 규정하고 있다.<sup>21)</sup>

한편, 일수벌금제 또한 행위자 요소, 즉 피고인의 소득이나 자산을 기준으로 하여 하루당 벌금액을 차별적으로 산정하는 형태의 형벌이라고 할 수 있다. 다만, 일수벌금제 또한 범죄행위의 중대성에 기반하여 산정되는 측면이 있다. 즉, 일수벌금제는 행위자별로 차등 없이 행위의 중대성에 상응하는 벌금의 일수 결정한 후 여기에 행위자별로 책정되는 하루당 벌금액을 곱하여 총벌금액수를 계산하는 접근법을 택하고 있다. 본문에서 살펴듯이, 미국에서 일수벌금제의 운영은 이미 실험된 바 있으며 현재까지도 본격적으로 도입해야 한다는 목소리가 높다. 현재, 미네소타 주와 푸에르토리코를 비롯한 미국의 일부 지역에서 일수벌금제를 실제 채택하여 운영하고 있다.<sup>22)</sup>

나아가, 범죄행위가 초래한 결과에 초점을 맞추는 접근법은 빠질 수 없는 벌금형 산정기준의 한 방식이다. 미국 법률과 양형기준에는 범죄행위와 결부된 금전의 액수를 각 법영역의 성격에 맞는 방식으로 고려하여 최종적인 벌금액수를 산정하는 다양한 방식을 지니고 있다. 리코법은 불법자금과 관련된 재산가치의 두배를 상한으로 벌금형을 선고할 수 있다는 규정을 두고 있다.<sup>23)</sup> 연방자원보존법은 위반행위와 결부된 액수의 300퍼센트를 하한으로 1000퍼센트를 상한으로 벌금액수를 산정하는 방식을 취하고 있다.<sup>24)</sup> 연방 양형기준

16) U.S.S.G. § 8C2.7.

17) U.S.S.G. § 8C2.5(b).

18) U.S.S.G. § 8C4.2.

19) U.S.S.G. § 8C2.5(f)(3)(C).

20) U.S.S.G. § 8C4.7.

21) U.S.S.G. § 8C3.4.

22) MN Stat. § 244.16; PR Stat. T. 33 § 4683.

23) 18 U.S.C. § 1956(a).

은 독점금지법위반의 경우 독점행위와 결부된 매출액의 일정 비율을 벌금액수로 산정하는 방식을 채택하고 있다.<sup>25)</sup> 원칙적으로, 연방양형기준에서 재산적법익을 침해하는 범죄, 특히 절도를 기준으로 하면 피해액을 기준으로 하여 기본적인 위반수준을 설정한 뒤 다른 양형요소를 고려하여 조정이나 이탈 등을 통해 최종적인 벌금액수를 결정하도록 구성되어 있다.<sup>26)</sup> 또한 연방 양형기준에서는 순수 재산적 법익을 침해하는 것이 아닌 폭행, 협박, 상해 등의 행위가 결합된 강도범죄의 경우 행위특성상 수반할 수 있는 상해라는 신체침해의 결과의 중대성을 바탕으로 하여 위반 수준에 대한 가중 점수를 부과하고 있다.<sup>27)</sup>

연방 양형기준은 양형기준답게 범죄행위와 관련된 요소만 고려하는 것이 아니라 범죄행위가 끝난 뒤의 피고인의 사후적 행태에 대해서도 고려할 수 있는 통로를 열어 놓았다. 즉, 피해자에 대한 사후 보상, 절차상 의무위반이나 위법행위, 사법기관에의 협조, 등을 조정이나 이탈 단계에서 고려할 수 있는 규정을 두고 있다. 그리고, 일부 연방법률 또한 행위자가 일정한 요건하에 자수한 경우에 벌금형 산정에 고려할 수 있다는 내용을 담고 있다.<sup>28)</sup>

흥미롭게도, 연방 양형기준은 교정비용의 문제를 벌금형에서 고려할 수 있도록 하고 있다. 즉, 보호관찰, 가석방, 기타 조건부 석방, 구금형 집행에서 발생하는 비용의 평균치를 피고인에게 부과하도록 권장하고 있다.<sup>29)</sup>

## II 미국 법원의 금전형 기준 관련 법리

### 1. 행위 기준 금전형의 적정성

미국 연방대법원은 바자케이지안 판결(United State v. Bajakajian)<sup>30)</sup>에서 다른 어떠한 범죄와도 연관이 없이 자신의 채무를 갚기 위해 피고인이 국외로 이송하려고 하던 357,144달러 이상의 현금 전액을 연방법<sup>31)</sup>상의 10,000달러 이상의 현금 보유 시 신고

24) 52 U.S.C. § 30109(d)(1)(D).

25) 18 U.S.C. § 3571(d).

26) U.S.S.G. § 2B1.1(b)(1).

27) U.S.S.G. § 2B3.1(b)(3).

28) U.S.S.G. § 5E1.2, comment (n 5).

29) U.S.S.G. § 5E1.2, comment (n 7).

30) *United States v. Bajakajian*, 524 U.S. 321 (1998).

31) 31 U.S.C. § 5316(a)(1)(A).



의무를 부여한 규정의 위반으로 몰수(forfeiture)한 것이 연방헌법 제8조의 과도한 벌금형 조항(the Excessive Fine Clause of the Eight Amendment)에 위배되었다고 판시했다. 사실, 오랫동안 이 미국 연방헌법증보 제8조의 과도한 벌금형 금지 규정은 별다른 존재감을 보여주지 못했다. 그러나, 바자케이지안 판결을 기점으로 연방 법원에서 과도한 벌금의 판단기준을 제시하는 여러 판결들이 본격적으로 등장하기 시작했다. 무엇보다, 바자케이지안 판결은 범죄행위에 중대하게 불비례한(grossly disproportional) 형벌은 허용될 수 없다는 미국 연방헌법 제8조의 전형적인 기준을 금전형에도 적용하여 위헌을 선언했다는 의의가 있다.

다만, 바자케이지안 판결에서 해당 몰수형이 과도하게 불비례했다고 판단한 것은 단순히 부과된 액수 이상의 이유가 있었다. 우선, 해당 연방법상의 신고 의무 규정은 주로 자금세탁, 마약거래, 또는 탈세 행위를 재제하기 위해 마련된 것이라고 지적했다. 피고인은 이와 같은 불법행위와 아무런 관련이 없었다. 또한, 피고인의 행위가 발생시킬 수도 있었던 위험은 피고인이 문제의 현금을 국외로 이송한다는 정보를 정부가 취득하지 못했을 수도 있다는 것 이외에는 다른 어떤 누구에게도 구체적인 해악의 가능성이 없는 형태였다. 특히, 바자케이지안 판결은 비례성 충족 여부를 판단하는데 있어 양형기준의 형량범위를 준거점으로 삼았다는 점이 흥미롭다. 즉, 연방대법원은 해당 신고의무 위반행위는 연방 양형기준에 따르면 5000달러 가량의 벌금형에 해당한다는 사실을 논거로 제시했다.<sup>32)</sup> 이처럼, 바자케이지안 판결은 여러 가지 요소를 적절히 고려하여 피고인에 부과된 금전형이 과도했는지를 판단하는 접근법을 택했다. 미국 연방과 주의 여러 법원들 또한 이후 여러 판결들에서 금전형의 과도함을 판단하는 엄격하고 정형적인 기준이나 특정한 하나의 결정적 요소에 의존하기 보다는 사안구체적인 고려방식이 활용되어야 한다는 접근법을 확인했다.<sup>33)</sup>

주의할 점은 바자케이지안 판결에서도 특정 형벌의 적정성에 대한 판단을 하는데 있어 입법자의 의사에 우선적인 무게를 두어야 한다고 기술한 대목이다.<sup>34)</sup> 이 바자케이지안 판결의 태도는 연방헌법 증보 제8조의 범죄에 비례하는 형벌 법리에 대해 연방대법원이

32) 미국 연방대법원의 바자케이지안 판결과 같이 양형기준을 금전형의 적정성 판단의 준거기준으로 받아들이고 있는 연방 항소법원 판결들로, *United States v. 3814 NW Thurman St.*, 164 F.3d 1191, 1198 (9th Cir. 1999); *United States v. Beras*, 183 F.3d 22, 27 n.5 (1st Cir. 1999).

33) *Von Hofe v. United States*, 492 F.3d 175, 186 (2nd Cir. 2007); *United States v. Bieri*, 68 F.3d 232, 236 (8th Cir. 1995); *Amos v. Gunn*, 84 Fla. 285, 364 (1922).

34) *Bajakajian*, 524 U.S., at 336.

오랫동안 유지한 접근법과 동일한 선상에 있다.<sup>35)</sup> 즉, 미국 연방대법원은 매우 지나치게 과도하지 않은 이상 특정 형벌에 대하여 위헌 선언을 하는 경우는 드물었다. 마찬가지로, 미국 연방항소법원들이 미국연방대법원의 바차케이지안 판결이래 특정한 금전형이 중대하게 비례하지 않는다고(grossly disproportional)하여 판시한 경우가 오히려 예외적이다. 일반적으로, 대다수의 연방 법원은 법정형의 상한 내에서 부과된 금전형은 합헌으로 강하게 추정(presumption)된다고 보고있다.<sup>36)</sup> 나아가, 상당수의 연방 법원들은 피고인의 무자력이라는 사항이 금전형의 과도함을 판단하는데 결정적인 요인이라고 보지 않았다.<sup>37)</sup> 예를 들어 미국 연방 제8항소법원, 연방 제9항소법원 및 연방 제11항소법원은 피고인이 유죄판결을 받을 당시 무자력이었다는 요소만으로 특정 수준의 물수를 중대하게 비례하지 않는다고 보아 연방헌법 증보 제8조 위반으로 판단할 수 없다고 판시했다. 왜냐하면 금전형의 과도함은 행위자의 특성이 아닌 행위의 특성과 연관하여 판단되어야 하는 것이기 때문이라는 것이다.<sup>38)</sup>

## 2. 행위자 기준 금전형의 적정성

그러나, 미국 연방대법원은 오랫동안 미국 연방헌법 증보 제8조와 결부하여 형벌의 비례성을 판단할 때는 행위뿐만 아니라 행위자 요소까지 고려해야 한다고 판시한 바 있다. 예를 들어, 밀러 판결에서는 형벌의 수준이 행위자의 개별적 상황을 고려하여 결정되어야 정의의 기본적 관념에 부합한다는 기술이 발견된다.<sup>39)</sup> 그럼에도, 지금까지 미국 연방대법원이 벌금형의 비례성 판단에 있어 개별적 정의에 초점을 맞추어 행위자 요소를 명시적으로 고려한 적은 없었다는 점은 사실이다.

다만, 미국의 몇몇 연구자들은 금전형의 강도는 유죄판결을 받은 자에게 매우 심각한 영향을 미친다는 사실을 드러냈다. 높은 금전형은 부과대상자를 무기한 채무자로 남게 하며, 생산적인 사회적 활동을 하지 못하도록 하며, 고용과 주거의 기회를 박탈하며, 운전

35) *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277, 290 (1983); *Gore v. United States*, 357 U.S. 386, 393 (1958).

36) *United States v. Yu Tian Li*, 615 F.3d 752, 757 (7th Cir. 2010); *United States v. Rico-Hernandez*, 350 F. App'x 653, 655 (3d Cir. 2009); *United States v. Newsome*, 322 F.3d 328, 342 (4th Cir. 2003); *United States v. 817 N.E. 29th Drive*, 175 F.3d 1304, 1309 (11th Cir. 1999); *United States v. Hill*, 167 F.3d 1055, 1072-73 (6th Cir. 1999).

37) 물론 바자케이지안 판결을 비롯하여 몇몇 미국 연방대법원의 판결의 반대견에서 피고인의 지불능력을 의미있는 사항으로 기술하고 있는 것이 발견된다.. *S. Union Co. v. United States*, 132 S.Ct. 2344, 2362 (2012)(Breyer, J., dissenting); *Bajakajian*, 524 U.S., at 354-55 (Kennedy, J., dissenting).

38) *United States v. Smith*, 656 F.3d 821, 828-29 (8th Cir. 2011); *United States v. Dubose*, 146 F.3d 1141, 1146 (9th Cir. 1998); *United States v. Dicter*, 198 F.3d 1284, 1292 n.11 (11th Cir. 1999).

39) *Miller v. Alabama*, 567 U.S. 460, 471-476 (2012).

면허 취소처분을 당하기도 하며, 재정적인 불안정성은 눈덩이처럼 불어나는 결과로 귀결된다. 이로 인하여 높은 강도의 금전형은 부과대상자에 대한 사실상의 처벌기간을 상당히 장기로 늘이는 효과를 가져올 수 있다.<sup>40)</sup>

## 가. 납부능력

미국 연방 제1항소법원의 조세 판결(United State v. Jose)은 연방헌법 증보 제8조 위반 여부를 다루는 데 있어 피고인의 납부능력을 고려해야 한다고 판시했다. 미국 연방대법원의 바자케이지안 판결과 마찬가지로 미국 연방 제1항소법원은 금전형을 규정한 입법의 목적, 발생한 해악의 형태와 정도, 양형기준의 형량범위와 같은 여러 가지 사항들을 고려했다. 우선, 조세 판결에서 연방 1항소법원은 출국하는 피고인이 의도적이고 악의적으로 신고하지 않고 숨긴 것과 같이 현금몰치의 위법한 밀수를 방지하기 위한 연방법률의 입법목적이라고 지적했다. 또한, 연방양형가이드라인에 기초하면 해당 몰수는 피고인이 최고 18개월의 구금형과 30,000달러의 벌금에 처해질 수 있다는 것에 비추어 그다지 과도한 것이 아니라고 기술했다.<sup>41)</sup> 이어, 연방 제1항소법원은 다시 바자케이지안 판결에서 연방헌법 증보 제8조의 기원이 된 대헌장(Magna Charta)의 내용을 기초로 한다고 기술한 점을 인용하며 피고인의 납부능력을 금전형의 적정성 판단을 위한 추가적인 고려요소로 제시했다. 즉, 대헌장에 따르면 금전형의 적정성을 판단하기 위해서는 범죄행위와의 비례성뿐만 아니라 피고인의 생계수단의 박탈 여부 또한 검토되어야 한다는 것이다.<sup>42)</sup> 연방 제1항소법원은 피고인 조세가 소지한 현금몰치는 자신의 정당한 수입이 아니라고 스스로 자백했고 생계를 유지하기 위한 것 또한 아니었다고 지적하며 부과된 금전형이 과도하지 않다고 판시했다.<sup>43)</sup> 곧이어, 미국 연방 제1항소법원은 레베스크 판결(United States v. Levesque)에서 피고인의 생계수단을 박탈하는 금전형은 중대하게 지나치다(grossly excessive)고 기술했다. 레베스크 판결 또한 바자케이지안 판결과 마찬가지로 여러 가지 요소를 고려하여 금전형이 지나친지 여부를 판단하도록 하고 있으나 금전형 부과시 피고인이 장래 생계를 이어나갈 능력을 빼앗을 가능성을 고려하지 않는 것이 오히려 이상하다고 판시했다.<sup>44)</sup> 이처럼, 미국 연방 제1항소법원은 피고인의 무자력을 지나친

40) Alicia Bannon, Mitali Nagrecha, & Rebekah Diller, Criminal Justice Debt: A Barrier to Reentry (2010); Alexes Harris, Heather Evans & Katherine Beckett, Drawing Blood from Stones: Legal Debt and Social Inequality in the Contemporary United States, 115 Am. J. Soc. 1753, 1792 (2010).

41) *United States v. Jose*, 499 F.3d 105 (1st Cir. 2007).

42) *Bajakajian*, 524 U.S., at 339-340; *Jose*, 499 F.3d, at 113.

43) *Jose*, 499 F.3d, at 113.

벌금금지 조항 위반 여부를 판단하는 데 중요한 진전을 이루었다고 할 수 있다.

이뿐만 아니라, 미국 캘리포니아 항소법원도 피고인이 무자력이라는 점은 부과되는 벌금이 지나쳤는지를 판단할 시 중요하게 고려하여야 할 사안이라는 견해를 제시해왔다. 캘리포니아 항소법원은 커완 판결(People v. Cowan)에서 사실심에서 부과되는 금전적 재제가 지불능력을 넘어선다는 항변을 할 기회를 피고인에 주어야 한다고 판시했다. 만일 의무적 최소형에 해당하는 벌금을 피고인이 지불할 능력이 있는지에 대한 고려를 하지 못하도록 규정하고 있는 법률 규정은 연방 헌법 증보 제8조의 기준인 지나친 형벌 금지 조항에 위반된다. 다른 말로 하면, 피고인의 벌금 지불능력은 비례성(proportionality) 기준에 부합하는지를 판단하는데 반드시 고려되어야 한다. 이 피고인의 지불능력 개념의 의미에는 현재의 지불능력뿐만 아니라 가까운 미래의 지불능력까지 포함된다.<sup>45)</sup>

다만, 미국 연방 제2항소법원도 피고인의 무자력 여부가 벌금형의 적법성을 판단하는 중요한 요인이라고 기술하고 있지만, 이는 장래 지불능력에 관한 것이라고 지적하고 있다. 연방 제2항소법원은 카쿨리스 판결(United States v. Kakoullis)에서 피고인이 보석금을 내지 못했다거나 국선변호인을 선임받았다는 것만으로 벌금에 대한 납부능력이 없는 경우라고 단순히 결론지을 수 없다고 기술했다. 즉, 법원이 피고인이 장래에 벌금을 납부할 능력이 있다는 자료를 가지고 있는 경우에는 당장 벌금을 납부할 수 없다고 하더라도 해당 피고인에 대한 벌금형을 선고한 사실심 법원의 판단이 재량위반이라고 볼 수 없다고 판시했다. 당시, 사실심 법원은 피고인의 교육수준에 비춘 장래소득가능성(earning potential)과 자신의 런던 집에 소지한 주식(equity) 등의 사실자료를 고려하여 적절히 벌금형을 선고했다는 것이다.<sup>46)</sup> 사실, 미국 연방 제2항소법원은 카쿨리스 판결(United States v. Kakoullis)에 앞서 살라메 판결(United States v. Salameh)에서도 피고인의 타인과 맺은 계약에 기초해 예상되는 장래 소득으로 납부 가능한 벌금과 보상액을 부과하는 것은 재량남용이 아니라고 판시한 바 있다.<sup>47)</sup>

## 나. 주거수단

여기서 한발 더 나아가, 재산에 대한 형벌의 적정함은 피고인이 해당 재산에 대해 부여

44) *United States v. Levesque*, 546 F.3d 78 (1st Cir. 2008).

45) 캘리포니아 항소법원은 순수하게 손실의 보전(restitution)에 공여할 목적이 아닌 경우 징벌적이며 따라서 연방헌법 증보 제8조의 지나친 벌금형 금지 조항의 심사대상이 될 수 있다고 기술했다. *People v. Cowan*, 47 Cal.App.5th 32, 45 (2020).

46) *United States v. Kakoullis*, 150 Fed.Appx. 80 (2005).

47) *United States v. Salameh*, 261 F.3d 271 (2001).

하는 주관적이고 무형적인 가치까지 고려하여 판단되어야 한다고 보는 접근법<sup>48)</sup>에 주목할 필요가 있다. 미국의 법원들은 시민의 자유권 실현에 있어 가장 핵심적인 의미를 지니는 재산을 완전히 박탈하는 금전형은 과도하다고 판단될 가능성이 높다고 보았다. 미국 연방 제11항소법원은 역사적으로 볼 때 미국 연방헌법 증보 제8조의 과도한 벌금형 금지 조항은 주로 피고인의 자산의 박탈과 관련이 깊다고 기술했다.<sup>49)</sup> 그 중에서도 부동산, 특히 주거의 자유와 평등에 관한 권리는 근대 시민사회 이래 가장 강도 높게 보장되어 왔다고 지적된다. 특히, 대안이 없는 피고인으로부터 주거를 박탈하는 금전형은 과도하다고 판단하는 것이다.<sup>50)</sup>

### 3. 무자력자에 대한 벌금형 대체 형벌의 적법성

#### 가. 무자력자가 벌금을 미납한 경우 법률에 근거없이 구금형으로 대체 금지

미국 연방대법원은 윌리엄스 판결(Williams v. Illinois)에서 피고인이 무자력이어서 벌금을 납부하는 것이 불가능하다는 이유만으로 피고인을 법정형의 상한을 넘는 기간의 구금형을 선고할 수 없다고 판시했다. 일리노이 주 법원은 경미한 절도행위를 한 피고인 윌리엄스를 벌금과 피해자보상금을 납부하지 않았다는 이유로 구금시설에 감금하는 결정을 했다. 윌리엄스는 총 505달러의 벌금형을 선고받았는데 1일당 5달러의 비율로 벌금 총액을 채울 때까지 구금되었다. 미국 연방대법원의 버거 대법관(Justice Burger)은 비자발적인 벌금미납을 이유로 구금시설에 감금되는 기간이 법률상의 법정형의 상한을 넘는다면 이는 허용되지 않는 차별이며 평등권 위반이라고 결론 내렸다.<sup>51)</sup>

나아가, 미국 연방대법원의 브렌넨 대법관(Justice Brennan)은 테이트 판결(Tate v. Short)에서 교통위반범죄에 대하여 벌금형만이 법정형으로 기술되어 있는 범죄를 범한 자에 대하여 벌금미납을 이유로 구금형을 선고할 수 없다고 판시했다. 피고인은 텍사스 주 휴스턴의 지방 법원에서 유죄판결에 따른 425달러의 벌금을 납부할 수 없어서 시가 운영하는 교정시설의 농장에 구금되었다. 거기서, 피고인은 1일당 5달러의 비율로 계산하

48) Adam J. Kolber, The Subjective Experience of Punishment, 109 Colum. L. Rev. 182, 226 (2009).

49) *United States v. One Parcel Prop.*, 74 F.3d 1165 (11th Cir. 1996).

50) *United States v. 461 Shelby County Rd.* 361, 857 F. Supp. 935, 938 (N.D. Ala. 1994); *United States v. James Daniel Good Real Prop.*, 510 U.S. 43, 61 (1993); *People v. One 2000 GMC VIN 3GNFK16T2YG169852*, 876, 829 N.E.2d 437, 440 (2005); *People ex rel. Waller v. 1996 Saturn, VIN1G82H5282T2113572*, 699 N.E.2d 223, 228 (1998).

51) *Williams v. Illinois*, 399 U.S. 235 (1970).

여 선고받은 벌금액수를 모두 충당하는 85일이라는 기간을 채워야 했다. 그런데, 해당 교통법규위반행위에 대해서는 벌금형만이 법정형으로 규정되어 있었다. 브랜넨 대법관은 무자력의 피고인에게 벌금형 대체수단으로 법정형 규정에 없는 구금을 명령한 것은 평등권 위반이라고 결론내렸다.<sup>52)</sup>

#### 나. 벌금미납한 무자력자에 대한 보호관찰 취소에 이은 구금형 선고 금지

미국연방대법원은 베어든 판결(Bearden v. Georgia)에서 형을 선고하는 법원은 피고인이 벌금을 납부하지 못했거나 피고인에게 보상하지 못했다는 이유로 보호관찰을 취소할 수 없다고 판시했다. 단, 법원이 피고인이 벌금납부에 책임이 있다는 사실을 증명할 경우에는 예외로 한다고 덧붙였다. 베어든 판결의 주문을 작성한 오코너 대법관(Justice O'Connor)은 벌금을 다른 형벌로 대체하는 것은 형벌의 응보목적과 예방효를 달성하는데 부적절하다고 기술했다.<sup>53)</sup>

피고인인 베어든은 주거침입절도 혐의에 대하여 조지아 주 사실심 법원에 유죄청원을 했다(plead guilty). 조지아 주 사실심 법원은 주 법률인 ‘조지아 초범에 관한 법(the Georgia First Offender Act)’에 따라 피고인 베어든에게 유죄선고를 하지 않고 500달러의 벌금을 납부하고 250달러의 피해보상을 하라는 조건하에 보호관찰을 선고했다. 납부해야 하는 총금액 750달러 중 100달러를 선고일에 납부하고 100달러를 그 다음날에 그리고 550달러를 4개월 내로 납부하도록 했다. 피고인은 금전을 차용해서 첫 200달러를 갚았다. 하지만 1달 후에 그는 직장에서 해고되었고 계속 노력했지만 다른 직장을 얻을 수 없었다. 550달러의 납부일이 되기 직전에 피고인은 보호관찰관에게 자신의 납부가 늦어질 것이라고 이야기했다. 이에, 주지아 주 정부는 피고인이 벌금과 보상금을 납부하지 못했다는 이유로 보호관찰을 취소해달라고 청원했다. 조지아 주 사실심 법원은 청문절차(hearing)를 연 다음 보호관찰을 취소하고 피고인에게 유죄선고를 하고 구금형에 처했다. 조지아 항소법원은 벌금과 보상금을 지불할 능력이 없었다는 이유로 구금형에 처하는 것은 미국 연방헌법 증보 제14조의 평등권 조항 위반이라고 판시했다.<sup>54)</sup>

미국 연방대법원은 만일 국가기관이 벌금이나 피해자보상이 범죄에 대한 적절한 벌칙이라고 결정했다면 피고인이 납부능력이 없다는 이유만으로 그를 구금해서는 안 된다고 판

52) *Tate v. Short*, 401 U.S. 395 (1971).

53) *Bearden v. Georgia*, 461 U.S. 660 (1983).

54) *Id.*

시켰다. 다만, 피고인이 납부능력이 있는데도 고의로 벌금이나 피해자보상금을 납부하지 않았으며 직업을 구하거나 금전을 차용하는 것과 같은 성실한 노력을 하지 않았다는 사실을 증명한 경우에는 국가기관은 납부를 강제하기 위한 제재수단으로 구금을 사용하는 것이 정당화된다고 기술했다. 따라서, 여러 가지 요소들을 고려하여 다른 대체적 형벌수단을 모색하지 않고 무자력만을 이유로 피고인인 베어든의 보호관찰을 취소한 것은 근본적으로 불공정하다고 결론내렸다.<sup>55)</sup>

#### 다. 벌금미납한 무자력자에 대한 운전면허 정지 금지

미국연방대법원은 벌금미납을 이유로 운전면허 정지처분을 하기 위해서는 미국 연방헌법 증보 제14조의 절차적 적정절차를 보장해야 한다고 판시했다. 왜냐하면, 미국에서 운전면허는 생계를 유지하는 데 필수적인 수단이기 때문이라는 것이다.<sup>56)</sup>

마찬가지로, 연방 하급심 법원은 로빈슨 판결(Robinson v. Purkey)에서 벌금을 미납했다는 이유만으로 납부능력과 관련된 여러 가지 사항을 고려하지 않고 운전면허를 정지하는 것은 연방헌법 증보 제14조의 적정절차 원칙이 보호하는 근본적 공정성을 위반한 것이라고 판시했다. 로빈슨은 테네시 주에서 속도위반의 경죄와 유효한 보험을 들지 못했다는 이유로 총 441달러의 벌금형을 선고받았다. 로빈슨은 무료변론 변호사를 통해 윌슨 카운티 당국에게 벌금형 분납이 가능하겠냐고 문의했지만 윌슨 카운티 당국은 이를 거부하고 자동차 면허증의 효력을 다시 살리기 위해서는 벌금을 분납해야 한다고 통보했다. 로빈슨은 질병에 시달리고 있어서 직업을 구하기도 힘들었고 사회보장의 장애인 보조금으로 매월 받는 759달러가 수입의 전부여서 집 월세를 내기도 힘들뿐만 아니라 하루 1끼의 식사로 연명하고 있다고 진술했다. 연방 법원은 윌리엄스 판결과 베어든 판결을 기초로 로빈슨의 평등권과 절차적 적정절차가 침해되었다고 판시했다.<sup>57)</sup>

### 4. 연방헌법 증보 제6조(배심재판을 받을 권리)의 금전형에의 적용

#### 가. 아프렌디 기준의 관철

오래전 미국 연방 제4항소법원은 법률의 취지에 따라 벌금의 수준과 피고인의 납부능력

55) *Id.*, at 660-661.

56) *Bell v. Burson*, 402 U.S. 535 (1971).

57) *Robinson v. Purkey*, No.3:17-cv-1263, 2017 WL 4418134 (M.D. Tenn. Oct. 5, 2017).

을 고려하여 사건별로 연방헌법 증보 제6조의 적용여부를 판단해야 한다고 판시한 바 있다.<sup>58)</sup> 그런데, 1980년 후반 연방 제2항소법원은 피고인이 10만 달러를 초과하는 벌금형에 직면한 경우에 이와 결부된 사실요소에 대하여 연방헌법 증보 제6조의 배심 앞에서 심리받을 권리를 지닌다고 판시하여 형의 수준에 영향을 미치는 특정 요소와 배심재판을 받을 권리를 연결시켰다.<sup>59)</sup>

미국 연방대법원은 서던유니언 판결(Southern Union Co. v. United States)에서 어떤 피고인이더라도 자신에게 부과 가능한 형의 상한을 상향시킬 수 있는 사실요소(fact)에 대하여 미국 연방헌법 증보 제6조에 규정된 배심원의 심리를 받을 권리가 있다는 아프렌디 판결(Apprendi v. New Jersey)<sup>60)</sup>의 법리를 금전형의 경우에도 적용할 수 있다고 판시했다.<sup>61)</sup> 피고인인 회사 서던유니언이 위반한 연방법률에 따르면 위반행위가 있는 기간에 비추어 하루당 5만 달러 이상의 벌금을 부과할 수 없다고 규정되어 있다.<sup>62)</sup> 피고인은 사실심 절차에서 합리적인 의심의 여지없이 배심원 앞에서 증명된 것은 1일의 위반사실뿐이었다고 주장하며, 자신에게 실제 부과된 벌금형인 6만 달러를 산정할 시 상한이었던 3,810만 달러(하루당 5만 달러)의 전제요건이 되는 762일간의 위반사실에 대하여 배심재판을 받을 권리가 침해되었다고 주장했다. 이에 서던유니언 판결의 판결문을 작성한 소토메이어 대법관(Justice Sotomayer)은 구금형이나 사형뿐만 아니라 벌금형의 경우에도 형의 상한을 높이는 요인이 되는 사실은 배심 앞에서 합리적인 의심의 여지없이 증명되어야 한다고 판시했다.<sup>63)</sup>

이 서던유니언 판결의 논리가 몰수형에도 적용될 여지가 있다는 지적이 있었다.<sup>64)</sup> 그러나, 벌금형과는 달리 몰수형은 사건이 발생하기 전에 설정된 개별적 요건에 대응할 수 있는 세부적인 벌금액수의 상한이 정형적으로 설정될 수 없으므로 연방헌법 증보 제6조가 적용될 여지가 없다고 보는 결론이 설득력이 있어 보인다. 미국 연방대법원 또한 아프렌디 판결을 전후로 해서 리브레티 판결(Libretti v. United States)<sup>65)</sup>과 부커 판결(United

58) *United States v. Troxler Hosiery Co.*, 681 F.2d 934 (4th Cir. 1982).

59) *United States v. Twentieth Century Fox Film Corp.*, 882 F.2d 656, 663 (2d Cir. 1989).

60) *Apprendi v. New Jersey*, 530 U.S. 466 (2000).

61) *Southern Union Company v. United States*, 132 S.Ct. 2344 (2012).

62) 42 U.S.C. § 6928(d).

63) *Southern Union Co.*, 132 S.Ct., at 2346.

64) See generally, Richard E. Finneran & Steven K. Luther, Criminal Forfeiture and the Sixth Amendment: the Role of the Jury at Common Law, 35 Cardozo L. Rev. 1 (2013).

65) *Libretti v. United States*, 516 U.S. 29 (1995).



States v. Booker)<sup>66)</sup>에서 몰수형에 대하여 아프렌디 기준을 적용할 여지는 없다고 취지의 기술한 바 있다. 이후, 연방 항소심 법원들 또한 같은 입장을 취했다.<sup>67)</sup>

미국 연방 헌법 증보 제6조의 배심재판을 받을 권리가 연방 법률의 벌금형 산정 기준이 여러 가지인데 따라 각 기준의 상한을 넘는 방식으로 다른 기준을 적용할 때에는 유효한 의미를 지니게 된다. 피해액과 이득액을 기준으로 책정되는 벌금액이 연방법률에 규정된 개인 또는 법인의 위반행위에 상응하는 벌금액 상한을 넘는 수준으로 책정된 경우 해당 피해액과 이득액에 대해서는 아프렌디 기준에 따라 배심 앞에서 합리적인 의심의 여지없이 증명해야 한다. 예를 들어, 아래에 살필 독점금지법에 규정된 법인의 위반행위에 대한 벌금액의 상한인 10,000,000달러를 상회하는 이득액을 기준으로 하는 벌금액이 산출되어 부과되는 경우 해당 이득액 관련 사항에 대해서는 아프렌디 기준의 적용을 받게 된다.<sup>68)</sup>

#### 나. 부커 판결 이후의 연방헌법의 적용

그런데, 미국 연방대법원의 부커 판결 이후에 미국 연방 양형기준은 강제적인 효력을 잃게 되었다. 이에 따라 앞서 언급한 아프렌디 판결의 기준은 권고적 효력에 그치는 미국 연방양형기준에 더 이상 적용할 수 없게 되었다. 사실, 미국 연방양형위원회는 양형기준 수립 초기에 응보형 원칙과 일반예방 원칙을 만족하는 최적의 형량을 도출하기 위하여 여러 가지로 노력하였으나 사실상 실패했다. 초기 연방 양형기준을 구축하는 과정에서도 연방양형위원회는 엄청난 노력을 소진했지만 적정 형량에 관한 엄격한 기준을 만들어내는 것은 불가능하며 단지 대략의 근사치만을 제시할 수 있을 뿐이라는 불만스러운 결론을 내릴 수밖에 없었다.<sup>69)</sup>

그럼에도, 아래 살펴겠지만 연방 벌금 양형기준은 대단히 세밀한 정형적 체계와 복잡한 구조를 지니고 있다는 점은 피고인의 권리의 실질화라는 측면에서 여러 가지 문제를 불러올 가능성이 있다. 사실, 연방 양형기준은 권고효에 그치지만 만일 법관이 연방 양형기준을 일단 참조하기 시작하면 법관 개인의 역량만으로는 개별 사건의 구체성에 비추어 그에

66) *United States v. Booker*, 543 U.S. 220 (2005).

67) *United States v. Leahy*, 438 F.3d 328, 331 (3d Cir. 2006); see also *United States v. Ortiz-Cintrón*, 461 F.3d 78, 82 (1st Cir. 2006); *United States v. Mertens*, 166 F. App'x 955, 958 (9th Cir. 2006); *United States v. Fruchter*, 411 F.3d 377, 382 (2d Cir. 2005).

68) Donald C. Klawiter, *After the Deluge: The Powerful Effect of Substantial Criminal Fines, Imprisonment and Other Penalties in the Age of International Cartels*, 69 Geo. Wash. L. Rev. 745 (2001).

69) United States Sentencing Commission, *Discussion Materials on Organizational Sanctions* §§ 8B3.1, 8B3.2 (1988); see also Jeffrey S. Parker, *Criminal Sentencing Policy for Organizations: The Unifying Approach of Optimal Penalties*, 26 Am.Crim.L.Rev. 513, 554-61 (1989).

적용되는 양형기준의 체계와 구조의 미세한 적정성을 판단해내기 힘들다. 그러면, 법관이 연방 양형기준을 참조하여 선고형을 결정하는 방식을 취하게 되면 어떤 형태로든 해당 사건에서 형량범위를 결정하기 하는 원인이 된 요소들에 대해서 항변하고자 하는 자에게 절차적인 보장책을 마련하는 것이 적절해 보인다. 즉, 형량범위를 결정하는 요소들에 대해서는 법원절차에서 피고인 측에 미리 고지를 하고 항변기회를 주는 심리절차를 별도로 운영한다든가, 형량범위를 결정하는 매우 중요한 요소들에 대해서는 배심원 재판을 받고 배심원의 양형권고를 받아볼 절차적 권리를 부여한다는가 하는 해결방안을 생각해 볼 필요가 있다.

## 5. 단체(corporation)에 부과하는 금전형의 적정성

### 가. 연방헌법 증보 제14조의 적용

미국 연방대법원은 1900년대 초반에 벌금형의 적정성 판단을 위하여 연방헌법 증보 제14조의 적법절차 기준을 활용했다. 미국 연방대법원은 벌금형을 선고받은 법인인 피고인이 무모하게(recklessly) 또는 고의(intentionally)를 가지고 고소인이 주장하는 불법행위를 하지 않았고 피고인의 행위가 합리적인 기준에서 전반적으로 벗어나지 않았다는 사실을 우선 지적했다. 그러면, 피고인에게 선고한 벌금형이 정당한지에 대하여 연방 헌법 증보 제14조의 적정절차 개념으로 판단해 보아야 한다고 기술하고, 결론적으로 법인에 부과된 벌금형을 자의적이고 억압적이라고 판시했다.<sup>70)</sup> 미국 연방대법원의 동 판결은 벌금형 부과와 결부된 위반행위에 대한 실제적인 위법성 판단을 헌법상의 적정절차 기준을 적용해서 수행했다는 독특함이 있다.

### 나. 연방헌법 증보 제8조의 적용

미국 연방대법원은 최근 팀스 판결(Timbs v. Indiana)을 통해 미국 연방헌법 증보 제8조가 연방헌법 제14조를 통하여 각 주의 형사법 규정에 적용될 수 있다고 판시했다. 팀스 판결은 인디애나 주 대법원이 주 법률에 따른 몰수 처분에 대하여 미국 연방 헌법이 적용될 수 없다고 판결한 것을 파기한 것을 내용으로 하고 있다. 다른 말로하면, 주 법원에서 선고한 몰수 처분에 대해서도 경우에 따라서는 앞서 기술한 미국 연방대법원의 바자케이 지안 판결이나 조세 판결의 기준들이 적용될 수 있다는 것을 의미한다. 팀스 판결은 향후

70) *Southwestern Telegraph & Telephone Co. v. Danaher*, 238 U.S. 482, 490-91, (1915).

미국 연방대법원이 연방 헌법 증보 제8조와 관련하여 벌금형의 적정성에 대해서 보다 활발하고 적극적인 판결들을 제시하는 시금석이 될 것으로 기대된다.<sup>71)</sup>

한편, 미국 연방대법원은 미국 연방헌법 증보 제8조가 자연인뿐만 아니라 법인에게도 적용될 수 있는지에 대해서는 판단하지 않겠다고 한 바 있다.<sup>72)</sup> 연방 제11항소법원 또한 이러한 연방대법원의 태도를 확인했다.<sup>73)</sup> 그렇지만, 몇몇 연방법원들은 법인에 대한 금전형이 미국 연방헌법 증보 제8조 위반하는지 여부를 직접 다루었다. 예를 들어, 연방 제1항소법원은 연방헌법 증보 제8조의 과도한 벌금형 금지 조항이 법인에 매우 느슨한(tenuous) 방식으로 적용된다고 기술했다.<sup>74)</sup> 또한, 연방 제3항소법원은 법인에 대한 벌금형은 구금형 대신 부과하는 것이고 법인이 지불할 능력이 있으면 비례성 기준을 위반하지 않았다고 판시한 바 있다.<sup>75)</sup>

미국 연방 양형위원회의 수립 직후 초기 회의에서 법인에 대해서 보호관찰(probation)이나 등록취소(charter revocation) 등의 강한 형사적 제재를 가하는 규정이 도입되어야 한다는 목소리가 있었으나, 그와 같은 강한 형태의 형사적 제재는 법인이 더 이상 사업 영위하지 못하게 할 것이며 나아가 연방헌법 증보 제8조에 대한 시비를 불러올 것이라는 반대의 주장도 있었다.<sup>76)</sup> 법인에 대한 금전형은 법인이라는 인격을 개념적으로 가정한 단체 자체뿐만 아니라 법인을 소유하는 주주들의 재산권에 영향을 줄 수 있으므로 연방헌법의 기본권(the Bill of Rights) 조항이 적용될 여지가 충분하다. 따라서, 법인에 대한 금전형이 지나친 경우에도 목적의 유효성과 정당성을 상실한다고 본다.<sup>77)</sup>

71) *Timbs v. Indiana*, 139 S.Ct. 682 (2019).

72) *Browning-Ferris Indus. of Vt., Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, 492 U.S. 257, 267 (1989).

73) *United States v. Chaplin's, Inc.*, 646 F.3d 846, 851 n.15 (11th Cir. 2011).

74) *United States v. Pilgrim Market Corp.*, 944 F.2d 14, 22 (1st Cir. 1991).

75) *United States v. Atlantic Disposal Serv., Inc.*, 887 F.2d 1208, 1209 (3d Cir.1989).

76) Sentencing Guidelines for Organizational Defendants, Hearing before the United States Sentencing Commission at 75 (February 14, 1990) (statement of Carl J. Mayer, Hofstra Law School).

77) Elizabeth Salisbury Warren, The Case for Applying the Eight Amendment to Corporations, 49 Vand.L.Rev. 1313, 1335-1336 (1996).

### III 미국 연방의 벌금형 산정 기준

#### 1. 연방법률의 벌금형 규정

##### 가. 개요

연방 법률에는 행위 기반, 행위자 기반, 이득 또는 피해 기반이라는 세 가지 기준에 따른 벌금형 규정이 존재한다고 할 수 있다. 우선, 연방법률의 벌칙규정을 위반한 사건은 원칙적으로 연방양형기준의 적용을 받기 때문에 연방양형기준의 행위, 행위자 및 피해액이나 손해액을 함께 고려하는 방법이 역시 적용된다고 할 수 있다. 다만, 연방양형기준은 법률을 따라야 하며 현재 권고적 효력만을 지니고 있으므로 법률의 규정과 배치되는 부분은 법률의 규정이 우선한다. 나아가, 권고적 효력으로 인하여 법관은 연방양형기준에 구속될 필요가 없다.

무엇보다, 미국 연방의 형사사건에서는 벌금형개선법(The Criminal Fines Improvement)에 따른 벌금형 기준이 기본이 된다고 할 수 있다. 벌금형개선법은 우선 개인과 법인과 같이 행위자를 두 가지 범주로 나누고 위반행위의 정도를 기반으로 각기 적용되는 벌금형 수준을 명시하고 있다. 법인이 개인 보다 유사한 수준의 범죄를 범했다고 하더라도 2배 높은 상한의 벌금형에 처해지도록 구성이 되어 있다. 개인이 행한 범죄가 중죄(felony)인 경우 \$250,000 이하의 벌금을 부과할 수 있고 사망으로 귀결된 경죄(misdemeanor)인 경우에도 역시 \$250,000 이하의 벌금을 부과하고 있다. 사망으로 귀결되지 않은 A급 경죄인 경우 \$100,000 이하의 벌금을 부과할 수 있고 B급과 C급 경죄인 경우 \$5,000 이하의 벌금을 부과할 수 있다. 단순 범칙행위(infraction)인 경우 \$5,000 이하의 벌금을 부과할 수 있다.<sup>78)</sup> 단체가 행한 범죄가 중죄인 경우 \$500,000 이하의 벌금을 부과할 수 있고 사망으로 귀결된 경죄인 경우에도 역시 \$500,000 이하의 벌금을 부과할 수 있다. 사망으로 귀결되지 않은 A급 경죄인 경우 \$200,000 이하의 벌금을 부과할 수 있고 B급과 C급 경죄인 경우 \$10,000 이하의 벌금을 부과할 수 있다. 단순 범칙행위(infraction)인 경우 \$10,000이하의 벌금을 부과할 수 있다.<sup>79)</sup>

78) 18 U.S.C. § 3571(b)

79) 18 U.S.C. § 3571(c)

〈표 14〉 연방 벌금형개선법의 벌금형 기준<sup>80)</sup>

행위	행위자	
	개인(달러, 상한)	법인(달러, 상한)
중죄	250,000	500,000
사망의 결과를 발생시킨 경죄	250,000	500,000
사망의 결과를 발생시키지 않은 A급 경죄	100,000	200,000
사망의 결과를 발생시키지 않은 B급, C급 경죄	5,000	10,000
단순위반행위(infraction)	5,000	10,000

한편, 벌금형 규정에 관한 일반적인 내용을 담고 있는 연방법률이나 아니면 특별 영역에 대한 위반행위를 다루고 있는 연방법률에는 이득액이나 피해액을 기초로 벌금형량의 상한을 규정하고 있는 경우가 있다. 1984년 제정된 벌금형집행법(The Criminal Fine Enforcement)에서는 위반행위의 정도에 상응하는 벌금의 형량범위를 규정하는 방법을 명시함과 동시에 위반행위로 인한 이득액 또는 손해액의 두 배에 달하는 액수를 벌금형의 상한으로 할 수 있다고 규정했다.<sup>81)</sup> 이 벌금형집행법은 연방양형기준을 도입한 근거가 된 양형개혁법(The Sentencing Reform Act)에 의하여 1987년 효력을 잃게 된다. 그렇지만, 곧이어 1987년에 제정된 벌금형개선법(The Criminal Fines Improvement)에서는 이득액과 손해액의 두 배를 상한으로 하는 대안적 벌금형을 다시 승인했다.<sup>82)</sup>

만일 벌금형집행법에서 위반행위에 따른 벌금형의 규정과는 별도로 다른 연방 법률에서 해당 위반행위에 대하여 벌금형을 규정하고 있지 않거나 하한과 상한이 다른 형태의 벌금형을 규정하고 있다면 벌금형집행법 보다는 해당 개별 연방법률의 규정을 따른다.<sup>83)</sup>

벌금형개선법과 마찬가지로 연방법률의 처벌규정들은 범죄의 경중에 따라 벌금액수의 상한을 설정하는 방식을 취하는 경우들이 대부분이지만, 몇몇 연방 법률에는 위반행위와 결부된 이득액이나 피해액에 따라 벌금액을 산정하는 방식을 취하기도 한다. 이뿐만 아니라 위반행위에 사용된 금액 전체를 기반으로 벌금액을 산정하기도 한다. 더 나아가, 예방효를 실질화하기 위하여 위반행위의 경중에 상응하는 하루당 벌금액을 설정한 뒤 이를 위반행위가 일어난 일수에 곱하는 방식을 채택하기도 한다. 즉, 연방법률은 위반행위의 성질과 이에 대응하는 정책의 초점이 무엇이나에 따라 각기 다양한 방식의 벌금형 산정기

80) 18 U.S.C. § 3571 (b), (c).

81) Pub. L. No. 98-596, § 6, 98 Stat. 3136, 3137-38 (repealed 1987).

82) 18 U.S.C. § 3571(d).

83) 18 U.S.C. § 3571(b), (c), (e).

준을 채택하고 있다.

보다 구체적으로 살펴보면, ‘마약오용 방지 및 통제(Drug Abuse Prevention and Control)’에 관한 법<sup>84)</sup>, ‘독점금지법’, ‘리코법’의 벌금형 규정들이 특정 총액수를 상한으로 하는 형태를 취하고 있다. 그런데, 독점금지법은 벌금부과기준으로 총액상한제를 택하고 있는 동시에 범죄수익이나 범죄피해 액수를 기반으로 하여 상한을 별도로 산정하는 방식을 규정해 놓고 있다. 리코법의 자금세탁행위에 대한 벌금산정방식 또한 총액상한제와 동시에 자금세탁에 연루된 금액 전체와 같은 액수로 벌금을 산정하는 방식을 선택하고 있다. 연방 자원보존법은 역시 총액상한제를 채택하고 있는 동시에 위반행위와 결부된 가액의 몇배에 달하는 금액을 벌금형의 하한과 상한으로 할 수 있도록 규정하고 있다. 독특하게도, 연방 수질오염통제법은 벌금형의 위화력을 확보하기 위하여 위반일 하루당 벌금액 상한을 설정해 놓고 위반일수를 곱하도록 규정하고 있다.

## 2. 총액 상한제: ‘마약오용 방지 및 통제(Drug Abuse Prevention and Control)’에 관한 법’의 벌금형

### 가. 마약오용으로 인한 사람의 사망 및 중상해

미국 연방의 마약오용 방지 및 통제에 관한 법률에는 특정 마약을 제조, 공급, 수입하는 행위에 대한 처벌규정에서 행위 종류별로 벌금형의 상한을 규정하고 있다. 만일, 마약의 사용으로 사람이 사망하거나 중대한 상해를 입은 경우 피고인이 개인인 경우에는 10,000,000달러의 벌금을 피고인이 단체인 경우 50,000,000달러의 벌금을 부과할 수 있다. 중대한 마약범죄나 중대한 폭력범죄를 범한 전과가 있는자가 마약 사용으로 사람을 사망하게 하거나 중대한 상해를 입힌 경우 피고인이 개인인 경우에는 20,000,000달러의 벌금을 피고인이 단체인 경우에는 75,000,000달러의 벌금을 부과할 수 있다<sup>84)</sup>. 보다 적은 양의 마약관련 위반행위를 한 자가 마약의 사용으로 사람이 사망하거나 중대한 상해를 입는 결과를 가져올 경우 개인인 경우 5,000,000달러의 벌금을 피고인이 단체인 경우 25,000,000달러의 벌금을 부과하도록 하고 있다.<sup>85)</sup>

84) 21 U.S.C. § 841(b).

85) 21 U.S.C. § 960(b).

## 나. 범죄조직가담

마약오용 방지 및 통제에 관한 법률에는 범죄조직가담을 한 자에 대한 처벌규정이 있다. 범죄조직에 가담한 개인에 대해서는 2,000,000달러의 벌금을 단체에 대해서는 5,000,000달러의 벌금을 부과할 수 있다. 전과가 있는 자가 동일한 행위를 하게 되면 개인인 경우에는 4,000,000달러의 벌금을 단체인 경우에는 10,000,000달러의 벌금을 부과할 수 있다.<sup>86)</sup>

## 3. 총액 상한제와 범죄관련 금액 기반형 벌금제의 혼합형

### 가. 독점금지법의 벌금형(Antitrust Fine)

#### A. 개요

미국의 독점금지법인 셔먼 법에는 위반행위에 대하여 개인과 법인에 모두 벌금형을 부과할 수 있는 규정이 있다. 1995년을 기점으로 연방 독점금지법에 기초하여 부과된 벌금의 액수는 대폭 증가하기 시작했다. 1996년부터는 다른 연방법률들의 위반으로 부과된 벌금의 액수와 독점금지법 위반으로 부과된 벌금의 액수가 거의 동률을 이루었으며 1999년에는 1.1억 달러에 달할 정도로 독점금지법과 결부된 벌금의 부과 빈도와 강도가 높아졌다.<sup>87)</sup> 이는 당시 연방 법무부가 단지 소규모 회사들의 위반행위를 넘어 국제적인 규모로 이루어지는 독점금지법 위반행위에 초점을 맞추기 시작했기 때문이다.<sup>88)</sup>

#### B. 벌금산정 방식

과거 독점금지법을 규정한 셔먼법(Sherman Act)의 내용을 살펴보면, 위반행위는 경죄(misdemeanor)에 속하는 것으로 분류되었으며 징역형과 별도로 5,000달러 상한의 벌금형을 가할 수 있다는 내용으로 규정되어 있었다. 이후 1955년에 셔먼법 위반행위는 여전히 경죄였지만 벌금액수가 50,000달러로 상향되었다.

그런데, 1974년 제정된 반독점절차 및 처벌에 관한 법률(The Antitrust Procedure and Penalties Act)에서는 셔먼법상의 위반행위를 경죄에서 중죄(felony)로 규정했다.

86) 21 U.S.C. § 848; U.S.S.G. § 5E1.2, comment (n 5).

87) Gary R. Spratling, Negotiating the Waters of International Cartel Prosecutions: Antitrust Division Policies Relating to Plea Agreements in International Cases, Address Before the Thirteenth Annual National Institute on White Collar Crime (Mar. 4, 1999). Available at <https://www.justice.gov/atr/speech/negotiating-waters-international-cartel-prosecutions-antitrust-division-policies-relating>

88) David A. Balto, Antitrust Enforcement in the Clinton Administration, 9 Cornell J.L. & Pub. Pol'y 61, 65 (1999).

이후, 1984년에 제정된 벌금형집행법(The Criminal Fine Enforcement Act of 1984)은 개인에 대해서는 250,000달러를 상한으로 벌금형을 부과하거나 다른 한편으로 범죄수익 또는 범죄피해액의 두배를 상한으로 하는 벌금을 부과할 수 있다는 내용의 규정을 두게 되었다.<sup>89)</sup>

나아가, 1990년 개정된 서면법에서는 개인에 대하여 350,000달러를 상한으로 법인에 대해서는 10,000,000달러를 상한으로 변화된 내용을 담았다. 이후 양형개혁법에 따른 연방 양형기준이 수립되면서 개별적인 위반행위 유형에 대해 적용되는 형량범위가 전반적으로 상승했다. 특히, 연방 양형기준에는 시장 독점행위와 결부된 매출액의 일정 비율을 벌금형으로 산정하는 매우 독특한 접근법을 채택하게 되었다.<sup>90)</sup>

### C. 법인 기소면제 정책

미국 법무부의 독점금지부(Antitrust Division)은 특정한 조건을 충족하는 경우 처벌대상인 법인에 대하여 기소면제(corporate leniency, corporate amnesty, corporate immunity policy)를 해 주는 정책을 펴고 있다. 즉, 수사가 시작되기 전에 자신이 관련된 불법행위에 대하여 신고하는 법인에 대해 기소면제를 해 줄 수 있다. 첫째, 법인이 자수하는 시점에 법무부 독점금지부에서 해당 위반사실에 대한 정보를 가지고 있지 않아야 한다. 그런데 이 첫 번째 요건은 1990년대 중반이후로 미국 법무부가 설령 위반사실에 대한 정보를 이미 알고 있어도 증거를 취득하지 못한 경우 첫 번째로 자수하고 유죄평결로 이어질 수 있는 증거를 제출한 법인에 대해서도 혜택을 주는 방향으로 변화되었으며, 이러한 정책의 변화는 상당히 효과적이었다고 평가되었다.<sup>91)</sup> 둘째, 자수한 법인이 자신이 불법행위에 관여한 부분을 즉시 효과적으로 종료해야 한다. 셋째, 자수한 법인은 위반행위를 진술하고 완전히 신고해야 하며 수사가 계속되는 동안 지속적이고 철저하게 법무부 독점금지부에 협조해야 한다. 넷째, 자수한 법인의 자백은 전반적으로 법인의 위법행위와 관련되어야 하며 법인의 개별 구성원의 위법행위에 대한 자백에 한정되어서는 안된다. 다섯째, 자수한 법인은 가능하면 피해자에게 보상을 해 주어야 한다. 여섯째, 자수한 법인은 다른

89) 이 벌금형집행법 규정 내용은 벌금형집행법이 폐지되었지만 이후 제정된 벌금형개선법으로 거의 원형 그대로의 모습으로 유지되고 있다. 앞의 '연방법률의 벌금형 규정', '개요' 부분 참조.

90) 18 U.S.C. § 3571(d).

91) See Gary R. Spratling, Making Companies an Offer They Shouldn't Refuse: The Antitrust Division's Corporate Leniency Program—an Update, Address at the Bar Association of the District of Columbia's 35th Annual Symposium on Associations and Antitrust (Feb. 16, 1999) Available at <https://www.justice.gov/atr/speech/making-companies-offer-they-shouldnt-refuse-antitrust-divisions-corporate-leniency-policy>



자를 불법행위에 협조하라고 강요한 적이 없어야 하며 불법행위에서 주도적인 역할을 하지 않았어야 한다.<sup>92)</sup>

#### 나. 리코법(The RICO Act)의 자금세탁방지 규정의 벌금형

미국 연방법률인 리코법에는 자금세탁행위와 관련된 재산가치의 두 배에 달하는 액수를 벌금형의 상한으로 할 수 있다는 규정을 두고 있다. 나아가, 불법자금과 관련된 특정행위를 하게 되면 500,000달러를 상한으로 하여 벌금형을 선고할 수 있다. 즉, 법원은 거래와 연관된 재산가치의 두 배를 상한으로 하여 벌금형을 선고하거나 500,000달러를 상한으로 하는 벌금형을 선고하는 두 가지 방식 중 하나를 선택할 수 있다.<sup>93)</sup>

#### 다. 연방 자원보존법의 벌금형

연방 자원보존법은 특정 위반행위와 결부된 액수의 300퍼센트를 하한으로 1000퍼센트를 상한으로 하는 형태의 벌금형 또한 부과할 수 있도록 하고 있다. 또한, 연방 자원보존법은 동일한 위반행위에 대하여 50,000달러 상한으로 벌금형을 부과할 수 있도록 이원적인 벌금형 상한제도를 마련해 놓고 있다.<sup>94)</sup>

#### 라. 위반행위 일수별 벌금산정형: 연방 수질오염통제법의 벌금형

연방 수질오염통제법(the Water Pollution Control Act)은 위반행위일수를 기준으로 하여 하루 당 50,000달러를 상한으로 벌금을 부과할 수 있도록 규정하고 있다.<sup>95)</sup>

### 4. 연방 양형기준

#### 가. 개인에 대한 벌금형 양형기준

##### 1) 기본적 벌금 산정 체계

##### A. 기본적 위반 수준

##### ① 개별 범죄의 기본적 위반 수준의 산정

연방 벌금형 양형기준의 위반 수준을 결정하는 것은 양형기준상의 개별범죄별 규정에

92) Department of Justice, Corporate Leniency Policy, <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/08/14/0091.pdf>

93) 18 U.S.C. § 1956(a).

94) 52 U.S.C. § 30109(d)(1)(D).

95) 42 U.S.C. § 6928(d).

따른다. 벌금을 산정하기 위하여 범죄의 세부 유형별 위반 수준을 결정하는 것은 구금형의 경우와 원칙적으로 동일하다. 아래에서 기술되듯이 미국 양형기준에서는 재산적 법익을 침해하는 범죄의 경우 벌금액수를 결정할 위반 수준은 상당부분 피해액을 기준으로 결정이 된다. 다만, 재산적 법익 이외의 다른 법익이 침해되는 형태가 결부되어 있는 범죄의 경우 양형기준상 위반 수준은 피해액 이외의 요인으로 결정되기도 한다. 아래에는 연방 양형기준에 있어 절도 등 범죄군, 강도범죄, 위조범죄, 주거침입절도 범죄의 벌금형 양형기준을 발췌하여 소개하는 형태로 기술했다.

#### i) 절도, 횡령, 사기, 손괴, 위조 등의 범죄

예를 들어, 절도, 횡령, 사기, 손괴, 위조 등의 범죄에 있어 법정형 상한이 20년의 구금형인 경우 기본 위반 수준은 7점이다. 동 범죄군에 속하는 범죄 중 다른 경우는 기본 위반 수준은 6점이다.<sup>96)</sup> 그런데, 만일 피해액이 6,500달러를 넘는 경우는 아래 표에 따라서 위반 수준을 결정한다.<sup>97)</sup> 흥미로운 점은 재산적 법익을 침해하는 범죄들 중 가장 전형적인 형태의 범죄들의 경중을 결정하는 것은 피해액이라고 파악하고 있다는 점이다. 이 기본적인 위반 수준 결정 체계는 특별히 다른 법익의 침해를 동반하지 않는 형태의 재산적 법익을 침해하는 범죄에 그대로 적용되고 있다. 다른 말로하면, 연방 양형기준에서 벌금형의 경중을 결정하는 가장 중요하고 기본적인 양형요소는 피해의 정도라는 점이다.

〈표 15〉 연방양형기준-절도 등 범죄에서 피해액이 6,500달러를 초과하는 경우의 위반 수준 기준

피해액	위반 수준 상향
6,500달러 이하	0
6,500달러 이상	2점
15,000달러 이상	4점
40,000달러 이상	6점
95,000달러 이상	8점
150,000달러 이상	10점
250,000달러 이상	12점
550,000달러 이상	14점
1,500,000달러 이상	16점
3,500,000달러 이상	18점
9,500,000달러 이상	20점

96) U.S.S.G. § 2B1.1(a).

97) U.S.S.G. § 2B1.1(b)(1).

피해액	위반 수준 상황
25,000,000달러 이상	22점
65,000,000달러 이상	24점
150,000,000달러 이상	26점
250,000,000달러 이상	28점
550,000,000달러 이상	30점

여기서, 피해자의 수가 늘어나거나 동일한 피해액이라고 할지라도 피해자를 금전적으로 곤궁한 상태에 빠뜨리는 경우에는 추가적으로 위반 수준을 높이는 방법을 채택하고 있다. 이 경우도 피해의 정도를 기준으로 하여 위반 수준의 가중이 결정된다는 점에서 절도 등 범죄에 대한 벌금형 양형기준이 가지고 있는 기본적인 접근법이 그대로 유지되고 있다고 볼 수 있다. 즉, 절도, 횡령, 사기, 손괴, 위조 등의 범죄행위에 있어 10이상의 피해자를 포함하고 있거나, 대규모 마케팅을 통해서 범해졌거나 한명 이상의 피해자에게 중대한 재정적 곤란(substantial financial hardship)을 야기한 경우 2점을 추가한다. 5명 이상의 피해자에게 중대한 재정적 곤란을 야기한 경우에는 4점을 추가한다. 25명 이상의 피해자에게 중대한 재정적 곤란을 야기한 경우에는 6점을 추가한다.<sup>98)</sup> 이외에도 연방 양형기준에는 위반 수준(offense level)을 결정하기 위하여 점수를 가중하거나 감경할 수 있는 기타 요인들이 존재한다.

ii) 은행 대출 및 기타 상업적 거래에 있어 배임수증재(Bribery)

동 범죄의 기본적 범죄 수준은 8점이다.<sup>99)</sup>

만일 배임수증재에 제공된 금전의 액수나 수익이 2,500달러를 초과하고 6,500달러 이하인 경우 1점을 추가한다. 또는 6,500달러를 초과할 경우 개인에 대한 벌금형 양형기준을 규정하고 있는 <표 : 연방양형기준 - 위반수준에 따른 벌금액 기준>에 따라 기본적 범죄 수준이 결정된다.<sup>100)</sup>

만일 피고인이 범죄행위의 결과로 하나 이상의 금융기관에서 총 금액 1,000,000달러의 수익을 얻은 경우 2점을 추가한다. 나아가, 범죄행위가 금융기관의 안전과 건전성에 중대한 위협을 가한 경우 4점을 추가한다. 이러한 범죄행위의 위반 수준을 높이더라도 24점 이하이면 24점으로 상향시킨다.<sup>101)</sup>

98) U.S.S.G. § 2B1.1(b)(2).

99) U.S.S.G. § 8C4.1(a).

100) U.S.S.G. § 8C4.1(b)(1).

### iii) 증수뢰죄

동범죄의 기본적 범죄 수준은 행위자가 공무원일 경우 14점이고 그렇지 않을 경우 12점이다.<sup>102)</sup>

만일 하나 이상의 수뢰와 갈취(extortion)행위를 했다면 2점을 추가한다.<sup>103)</sup>

만일 증뢰액, 수뢰액 등의 범죄 수익, 범죄행위로 인한 정부의 손해 중 어떤 것이든 6,500달러가 넘을 경우 <표 : 연방양형기준 - 위반수준에 따른 벌금액 기준>에 해당 액수에 상응하는 수준으로 상향한다.<sup>104)</sup>

만일 선출직 공무원 또는 고위 의사결정을 하는 공직자 또는 민감한 직위에 있는 자가 범죄를 범한 경우는 4점을 추가한다. 만일 추가한 점수가 위반 수준 18이하 이면 18로 상향시킨다.<sup>105)</sup>

만일 미국의 출입국 관련 업무, 시민권이나 영주권 관련 서류 또는 여권 관련 업무 또는 정부의 신분증 취득 업무에 종사하는 공무원인 경우에는 2점을 추가한다.<sup>106)</sup>

### iv) 위조 범죄

위조범죄가 침해하는 법익의 형태와 강도는 다른 범죄에 비하여 그다지 도드라지지 않는다고 연방 양형기준은 바라보고 있다. 위조 범죄의 위반 수준을 가중하는 체계는 절도 등 범죄군의 위반 수준 가중 체계를 그대로 준용하고 있다.

위조범죄를 행한 경우 기본 범죄 수준은 9점이다. 여기서, 피해액이 2,500달러에서 6,500달러 사이면 1점을 가중시킨다. 그런데, 피해액이 6,500달러를 넘어가게 되면 절도 등 범죄의 <표 : 절도 등 범죄에서 피해액이 6,500달러를 초과하는 경우의 위반 수준 상향>에 나타난 기준을 그대로 적용한다.

### v) 강도 범죄

연방 양형기준에서 강도범죄는 여러 가지 형태의 법익침해가 결합된 범죄이기 때문에 위반 수준 가중의 체계도 하나가 아니라 복수이다. 우선, 강도범죄는 폭행과 협박을 기본

101) U.S.S.G. § 8C4.1(b)(2).

102) U.S.S.G. § 2C1.1(a).

103) U.S.S.G. § 2C1.1(b)(1).

104) U.S.S.G. § 2C1.1(b)(2).

105) U.S.S.G. § 2C1.1(b)(3).

106) U.S.S.G. § 2C1.1(b)(4).

으로 하여 행위양태에 따라 그 위험성을 다르게 평가할 수 있다. 나아가, 강도범죄는 역시 재산적 법익을 침해하는 범죄로써 피해의 정도를 기준으로 하여 위반 수준이 결정되는 접근법을 채택하고 있다. 이뿐만 아니라, 강도범죄의 폭행 및 협박이 수반하는 상해의 결과의 경중에 상응하는 위반 수준 가중 점수를 규정하고 있다.

우선, 강도범죄의 기본 위반 수준은 당연히 절도 등 범죄군의 기본 위반 수준보다 훨씬 높은 20점이다.<sup>107)</sup> 나아가, 강도범죄는 위에서 살핀 절도 등의 재산적 법익을 침해하는 전형적인 범죄와는 차별되게 피해자가 입은 상해 정도에 따라 위반 수준 가중 점수가 달라질 수 있다.

〈표 16〉 강도 범죄에 있어 신체 상해에 따른 위반 수준 가중<sup>108)</sup>

등급	상해 정도	위반 수준 가중 점수
A	상해 일반	2
D	A등급과 C등급 사이	3
C	중대한 상해	4
E	C등급과 C등급 사이	5
D	불구나 생명에 위협이 될 정도의 상해	6

이처럼 강도 범죄는 상해를 동반하는 성격도 있지만 역시 재산적 법익을 침해하는 범죄인만큼 역시 피해액을 기준으로 하여 위반 수준의 상향 점수를 규정하고 있다.

〈표 17〉 연방양형기준-강도 범죄에서 피해액이 20,000달러를 초과하는 경우의 위반 수준 가중<sup>109)</sup>

피해액	위반 수준 가중 점수
20,000달러 이하	0
20,000달러 이상	1
95,000달러 이상	2
500,000달러 이상	3
1,500,000달러 이상	4
3,000,000달러 이상	5
5,000,000달러 이상	6
9,500,000달러 이상	7

107) U.S.S.G. § 2B3.1(a).

108) U.S.S.G. § 2B3.1(b)(3).

109) U.S.S.G. § 2B3.1(b)(7).

흥미로운 것은 강도범죄의 위반 수준 가중 점수를 결정하는 주요한 체계는 결과반가치를 기준으로 한다는 것이다. 앞서 살핀 바대로 위반 수준의 가중을 결정하는 범죄결과의 첫 번째 형태는 신체의 상해의 정도이고 두 번째 형태는 피해액이다. 이와 같이 발생한 결과를 세분화해서 위반 수준의 점수를 차등화하는 것은 미국 양형기준의 전형적인 특징이다. 미국의 양형기준이 결과반가치에 보다 민감하게 반응하여 세밀한 기준을 제시하는 것은 일면 외관을 과시하려는 정책적인 에너지가 현실화된 결과물이다.

한편, 강도죄는 결합범인만큼 다른 양형요소를 사용하여 위반 수준의 가중을 결정하기도 한다. 우선, 행위객체에 따라 위반 수준의 가중을 규정하고 있다. 예를 들어, 금융기관이나 우체국에 대하여 강도행위를 하게 되면 위반 수준을 2점 추가한다.<sup>110)</sup>

나아가, 행위양태에 따라 위반 수준을 가중하는 점수를 차별적으로 규정하고 있다. 총기를 발사하게 되면 7점을 추가하고, 총기를 다른 방법으로 사용한 경우는 6점을 추가한다, 총기를 소지하거나 과시하게 되면 5점을 추가한다, 그 외 흉기(dangerous weapon)를 사용하게 되면 4점을 추가하고, 흉기를 소지하거나 과시하게 되면 3점을 추가한다. 피해자를 사망시키겠다고 협박하게 되면 2점을 추가한다.<sup>111)</sup>

〈표 18〉 연방양형기준-강도행위의 위험한 물건의 사용양태에 따른 위반 수준 가중

행위 양태	위반 수준 가중 점수
총기 발사	7
총기를 다른 방법으로 사용	6
총기의 소지 혹은 과시	5
흉기의 사용	4
흉기의 소지 혹은 과시	3
피해자를 사망시키겠다는 협박	2

#### vi) 주거침입절도 범죄

미국 양형기준에서도 주거침입절도는 결합범이기 때문에 당연히 통상적인 절도 등의 범죄군 보다는 다소 중하게 평가된다. 주거에 침입한 경우에는 기본 위반 수준은 17점이며 주거 이외의 건조물에 침입한 경우에는 기본 위반 수준이 12점이다.<sup>112)</sup>

110) U.S.S.G. § 2B3.1(b)(1).

111) U.S.S.G. § 2B3.1(b)(2).

112) U.S.S.G. § 2B2.1(a).

이 기본 위반 수준을 바탕으로 위반 수준의 가중이 이루어진다. 만일 범죄가 계획 하에 이루어진 경우에는 2점을 추가한다.<sup>113)</sup> 나아가, 범죄로 인한 피해액이 5,000달러를 넘는 경우에 범죄 수준에 추가되는 점수는 아래 <표: 주거침입절도 범죄 피해액에 상응하는 점수가중표>와 같다.<sup>114)</sup>

<표 19> 연방양형기준-주거침입절도 범죄 피해액에 상응하는 점수가중표

피해액	위반 수준 가중 점수
5,000달러 이하	0
5,000달러 이상	1
20,000달러 이상	2
95,000달러 이상	3
500,000달러 이상	4
1,500,000달러 이상	5
3,000,000달러 이상	6
5,000,000달러 이상	7
9,500,000달러 이상	8

주거침입절도의 경우 흥미롭게도 절도의 특정 대상물을 위반 수준 가중의 요인이 될 수 있는 양형요소로 삼고 있다. 즉, 총기, 위험한 기구(destructive device), 마약(controlled substance)를 절도하거나 범죄행위의 목적이 그와 같은 물건을 절도하기 위한 것이었다면 1점을 추가한다.<sup>115)</sup>

주거침입절도의 경우에도 우리나라의 특수주거침입절도를 일반절도 보다 가중시키는 것과 마찬가지로 위험한 물건을 소지한 경우에 위반 수준을 가중하여 2점을 추가하도록 하고 있다.<sup>116)</sup>

vii) 경쟁자 간의 조작, 가격 고정, 또는 시장분할 합의행위

기본 위반 수준은 12점이다.

만일 비경쟁적 입찰(noncompetitive bids)에 합의하거나 참가할 경우 1점을 추가한다. 만일 피고인의 상행위 규모가 1,000,000달러를 넘을 경우 아래와 같이 위반 수준을

113) U.S.S.G. § 2B2.1(b)(1).

114) U.S.S.G. § 2B2.1(b)(2).

115) U.S.S.G. § 2B2.1(b)(3).

116) U.S.S.G. § 2B2.1(b)(4).

조정한다.

〈표 20〉 상거래규모에 상응하는 위반 수준

상거래 규모(상한)	위반 수준 조정
1,000,000달러 이상	2점 추가
10,000,000달러 이상	4점 추가
50,000,000달러 이상	6점 추가
100,000,000달러 이상	8점 추가
300,000,000달러 이상	10점 추가
600,000,000달러 이상	12점 추가
1,200,000,000달러 이상	14점 추가
1,850,000,000달러 이상	16점 추가

개인에 대하여 적용되는 벌금형 가이드라인의 형량범위는 상거래 규모의 1~5% 가량의 규모여야 한다. 하지만 20,000달러 이하여서는 안된다.

## ② 위반수준에 상응하는 벌금형 형량범위 결정

한편, 위에서 예시한 기준에 따라서 일단 위반 수준이 결정되면 이에 상응하는 벌금형의 형량범위가 결정되어야 한다. 이 위반수준에 결부된 형량범위가 기재된 벌금형 기준 표는 아래와 같다. 연방양형기준에 따르면 법원은 원칙적으로 응보와 예방 목적을 달성하기 위하여 위반행위의 중대성을 반영한 형을 양정해야 한다.<sup>117)</sup>

위반의 수준은 벌금형 이외의 양형기준과 마찬가지로 각 범죄별로 위반행위에 따른에 대한 기본 점수(base offense)를 부여하고 행위의 위험성, 결과의 중대성, 기타 여러 가지 요인에 따라 점수를 추가하도록 한다. 아래 〈표 : 연방양형기준 - 위반수준에 따른 벌금액 기준〉에서 볼 수 있듯이 이 점수를 바탕으로 한 위반수준에 상응하는 하한과 상한이 결정되게 된다. 벌금형 양형기준표의 위반수준을 결정할 수 있는 범죄별 점수를 산출하는 방식은 구금형 양형기준표의 점수산출방식과 다르지 않다. 다만, 구금형 양형기준표와는 달리 전과가 양형기준표에 반영되지 않고 이후 조정이나 기준이탈 등의 과정에서 반영되는 방식으로 규정되어 있다.

117) U.S.S.G. § 5E1.2(d)(1).



〈표 21〉 연방양형기준 - 위반수준에 따른 벌금 형량범위 기준표<sup>118)</sup>

위반 수준	하한	상한
3이하	\$200	\$9,500
4-5	\$500	\$9,500
6-7	\$1,000	\$9,500
8-9	\$2,000	\$20,000
10-11	\$4,000	\$40,000
12-13	\$5,500	\$55,000
14-15	\$7,500	\$75,000
16-17	\$10,000	\$95,000
18-19	\$10,000	\$100,000
20-22	\$15,000	\$150,000
23-25	\$20,000	\$200,000
26-28	\$25,000	\$250,000
29-31	\$30,000	\$300,000
32-34	\$35,000	\$350,000
35-37	\$40,000	\$400,000
38이상	\$50,000	\$500,000

## (b) 조정(adjustment)

그 다음 단계로, 이와 같이 산출된 기본 점수와 결부되는 위반 수준에 대하여 조정을 하게 된다. 피해자 관련 요소, 행위 시의 역할, 사법방해 및 형집행시 위반행위, 복수의 범죄행위, 책임의 수용과 같은 사항들에 기재된 조정 지침에 따라 위반 수준을 높이거나 낮추는 방식으로 조정을 하게 된다.<sup>119)</sup> 예를 들어, 피고인이 피해자가 취약하다는 사실을 인식했거나 인식했어야 하는 경우에는 위반 수준을 2단계 가중한다.<sup>120)</sup> 나아가, 미성년자를 이용하여 범죄를 범하거나 도주원조를 하게 한 경우는 위반 수준을 2단계 가중한다.<sup>121)</sup> 또한, 피고인이 범죄행위에 대한 책임을 수용할 경우 위반 수준을 2단계 감경한다.<sup>122)</sup> 연방양형기준의 개인에 대한 벌금양형기준에서는 위반 수준을 조정하는 방식은 구금형의 조정방식과 다르지 않기 때문에 본고에서 전체를 상술하는 것은 생략한다.

118) U.S.S.G. § 5E1.2(c)(3).

119) U.S.S.G. Chapter 3.

120) U.S.S.G. § 3A1.1(b)(1).

121) U.S.S.G. § 3B1.4.

122) U.S.S.G. § 3E1.1.

## B. 예외

연방 법률에 위반행위에 대하여 \$500,000을 넘는 상한이 별도로 규정되어 있거나, 연방 법률에 위반일수당 벌금이 책정되거나 피해액이나 이득액을 기준으로 벌금이 책정되는 등 행위 중대성에 상응하는 벌금액 책정 이외의 방법으로 벌금액이 산출되어 위 <표 : 연방양형기준 - 위반수준에 따른 벌금 형량범위 기준표>의 상한을 넘거나, 연방양형기준에 개별범죄의 양형기준이 별도로 규정되어 있는 경우에는 이 기본적인 <표 : 연방양형기준 - 위반수준에 따른 벌금 형량범위 기준표>는 적용하지 않는다.<sup>123)</sup>

### 2) 행위 결과(피해액, 이득액) 요소의 고려 - 벌금형양형기준표 이탈

이뿐만 아니라 연방 양형위원회는 <표 : 연방양형기준 - 위반수준에 따른 벌금 형량범위 기준표>를 단순히 적용하지 않는 것 이외의 방법으로 벌금액의 상한이 피해액 또는 이득액을 기준으로 별도로 결정될 수 있다는 점을 명시하고 있다. 즉, 연방 양형위원회는 이를 연방양형기준의 이탈을 통한 양형을 정당화하는 요소로 기술하고 있다. 예를 들어, 연방 법률의 규정에 벌금액의 상한이 피해액의 2배 또는 이득액의 2배로 규정되어 연방 양형기준의 상한을 넘는 경우에는 판사가 양형기준의 상한을 넘는 기준이탈(departure)을 하여 형을 양정하는 것이 보장된다는 것이다. 사실, 연방 양형위원회는 일반적으로 양형기준에 따른 벌금액의 범위가 범죄수익을 환수할만큼 충분하지 못할 경우 판사는 양형기준의 형량범위를 이탈하여 형을 양정 할 수 있다고 기술하고 있다.<sup>124)</sup>

### 3) 행위자 요소의 고려

#### A. 납부능력

미국 연방양형기준은 피고인이 현재 그리고 가까운 장래에 벌금에 대한 납부능력이 없다는 사실을 증명한 경우를 제외하고는 모든 사건에서 벌금을 부과할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>125)</sup> 피고인의 벌금납부능력(일정기간 내의 납부능력을 포함)은 소득과 재정적 측면을 살펴 판단해야 한다.<sup>126)</sup> 나아가, 피고인뿐만 아니라 피고인의 가족에게 부적절한 정도의 부담을 줄 경우 벌금액을 감경(impose lesser fine)하거나 벌금형을 선고하지 않을 수 있다(waive the fine). 이 경우 법원은 벌금 부과를 대신하여 징벌적 효과를 가져올

123) U.S.S.G. § 5E1.2(c)(4); U.S.S.G. § 5E1.2(b).

124) U.S.S.G. § 5E1.2, comment (n 4).

125) U.S.S.G. § 5E1.2(a).

126) U.S.S.G. § 5E1.2(d)(2).

수 있는 제재를 고려해야 한다. 벌금 대체 제재 중 가장 선호되는 것으로는 사회봉사명령이지만 이외에도 다른 제재를 가할 수 있다.<sup>127)</sup>

만일 벌금액 총량이 피고인과 피고인 가족에게 부적절할 정도의 중대한 영향을 미친다고 보여지는 경우 12개월을 상한으로 하거나 보호관찰 최대기간을 상한으로 하여 벌금액 납부의 기간을 설정할 수 있다. 또는, 법원은 형선고시에 벌금액이 완납되지 않은 경우 보호관찰이나 가석방 등의 준수조건으로 피고인에 벌금완납을 요구할 수 있으며 그 기간 동안 피고인이 일정에 따라 벌금납부를 하지 않게 되면 신용부채를 지는 것을 금지할 수 있다.<sup>128)</sup>

연방 양형기준은 피고인의 벌금 납부능력 평가 절차와 관련하여 독특한 규정을 두고 있다. 우선, 피고인의 벌금 납부능력 평가할 때 형사절차에서 보석금을 지급하지 못한 사실이나 국선변호인이 선임된 사실이 중요한 참고자료가 된다.<sup>129)</sup> 나아가, 피고인이 재산에 대한 허위신고나 은닉으로 벌금형 집행을 곤란하게 할 경우 형벌의 수준 자체를 높이는 흥미로운 접근법을 채택하고 있다. 즉, 연방양형위원회는 피고인이 자신의 수입이나 재산상태를 공개하지 않은 경우에 보다 중한 벌금형을 가하는 것이 가능하다고 기술하고 있다. 피고인이 상당한 액수로 설명되지 않은 지출을 한 사실이나 피고인이 보고한 소득과 일치하지 않는 설명되지 않은 재산에 관한 정보를 법원이 취득한 경우가 이에 해당한다. 만일 피고인이 고의로 소득이나 재산을 허위보고 한 경우 양형 법관은 양형기준의 위반 수준(the offense level)을 가중할 수 있는 것이다.<sup>130)</sup>

## B. 전과

또한, 미국 연방양형기준은 피고인이 유사한 범죄로 벌금형을 선고받은 전과가 있는지도 고려해야 한다고 기술하고 있다.<sup>131)</sup> 다만, 구금형과는 달리 벌금형 양형기준에서는 행위자의 전과가 벌금형 양형기준표의 가로축을 구성하지는 않는다. 왜냐하면, 벌금의 수준을 결정할 경우에는 행위결과, 행위양태, 행위객체가 중요한 고려요소가 되며 전과는 상대적으로 부차적인 문제라고 연방 양형위원회에서 결단했기 때문이다.

127) U.S.S.G. § 5E1.2(e).

128) U.S.S.G. § 5E1.2(f).

129) U.S.S.G. § 5E1.2, comment (n 3).

130) U.S.S.G. § 5E1.2, comment (n 6).

131) U.S.S.G. § 5E1.2(d)(6).

#### 4) 사후적 선행 요소의 고려

##### A. 자수

연방양형기준에서 자수는 독자적으로 형량범위를 조정할 수 있는 요소로 적극적으로 규정되지 못했다. 즉, 스스로 자신의 범죄사실을 수사기관에 신고하는 것은 사후적이기는 하지만 적법의 영역으로 자발적으로 귀환하고자 하는 의사표시를 한 것에 다름 아니다. 그럼에도, 자수가 벌금형을 산정하는데 있어 위반 수준이나 기타 형량범위를 감경할 수 있는 결정적인 요인으로 기술되고 있지 못하다는 것은 다소 이해하기 쉽지 않은 대목이다.

그럼에도, 연방법률이나 연방법무부의 정책에 따라 연방양형기준이 자수를 한 행위자에 대해서는 적용되지 않는 경우가 있다. 앞서 기술한 것처럼 연방법무부는 독점금지법 위반 행위에 대하여 자수하는 자에 대해서는 기소를 면제하는 정책을 활용하고 있다. 이는 독점 금지법이 자유시장경제의 효율성 확보를 목표로 하고 있는만큼 위반행위에 대한 응징 보다는 가장 효과적이고 효율적으로 시장독점행위를 포착하거나 차단하는 것이 훨씬 더 중시된다는 점을 보여주는 한 단면이다.

나아가, 연방양형기준 형량범위내에서 경한 형의 양정을 하는데 행위자가 자수한 사항이 고려되도록 하는 경우가 있다. 예를 들어, 연방선거운동법에는 피고인이 연방선거위원회와 자수와 관련하여 협상하여 타협에 이른 경우 타협내용이 연방양형기준 형량범위 내에서 최종적인 양형수준을 결정하는 데 영향을 줄 수 있다. 다만, 피고인이 자신의 범죄사실에 대한 수사가 진행되고 있다는 것을 인식하고 난 후에 협상을 시작한 경우에는 그러하지 않다.<sup>132)</sup>

##### B. 피해자에 대한 사후 보상

미국 연방양형기준은 법원이 벌금형을 선고할 때 피고인이 피해자에 대하여 지급하는 보상금이나 배상금을 고려해야 한다고 규정하고 있다.<sup>133)</sup> 양형기준은 매우 복잡다단한 피해자와 가해자 간의 관계를 고려할 수 있도록 구성되는 것이 바람직하다. 그러한 측면에서 연방 양형기준이 피해자에 대해 민사적인 보상이나 배상을 했다는 사실이 벌금형 수준을 결정하는데 영향을 미칠 수 있는 체계를 구성하고 있다는 것은 매우 적절해 보인다.

132) U.S.S.G. § 5E1.2, comment (n 5).

133) U.S.S.G. § 5E1.2(d)(4).

#### 4) 교정비용 요소의 고려

연방 양형기준은 집행유예와 결부된 보호관찰, 구금형, 가석방 등 기타 조건부 석방 기간 중의 비용문제를 벌금형 선고시 고려할 수 있다고 기술하고 있다.<sup>134)</sup> 이는 형집행시 발생할 수 있는 비용을 피고인 부담으로 할 수 있다는 의미이다. 즉, 높은 비용을 수반하는 형사제재가 부과될수록 벌금의 수준이 상향될 수 있다는 것이다. 사실, 연방 양형기준은 원칙적으로 구금형을 선호하고 구금형의 기간을 증대시키려는 동기하에 구축된 것이다. 미국에서 양형기준이 구축되기 시작한 1970년 이후로 교정시설의 수감인원과 교정비용이 폭증한 것은 우연이 아니다.

연방 양형위원회는 법원이 연방 교정국이나 미국 연방 법원 행정청이 출판한 보고서를 참조하여 양형 시 교정비용의 평균치를 고려하라고 기술하고 있다.<sup>135)</sup>

#### 5) 벌금형을 선고받은 단체와 결부된 개인 벌금액 감축

연방양형기준은 형선고 법원이 특정인이 긴밀하게 소유하고 있는 단체(a closely held organization) 부과한 벌금액을 감경할 수 있다고 규정하고 있다. 이러한 감경은 한명 이상의 개인이 5% 이상의 지분을 소유한 단체에 해당 개인이 행한 연방 법률에 따른 범죄와 동일한 범죄에 대하여 연방 형사절차에서 벌금이 부과되었을 때 허용된다. 감경액은 개인에 부과된 벌금액의 총액에 개인이 단체에 대해 보유하고 있는 총지분율을 곱하여 산출한 액수를 넘지 못한다.<sup>136)</sup> 본 연방양형기준에 대한 주석은 개인이 단체를 긴밀하게 소유하고 있는 경우 개인과 단체가 행위를 하는 데 실질적으로 일체가 되는 경우를 가리킨다고 기술하고 있다. 즉, 인격적으로 사실상 일체된 두 개의 주체가 하나의 범죄행위에 대한 책임이 있는 경우 개인과 단체에 대한 중복된 벌금형의 부과는 불합리하고 불필요하다는 것이다. 즉, 연방양형기준의 주석은 그 규모는 관계없이 매우 소수의 개인이 단체를 소유하고 있는 경우 개인이 범한 범죄와 단체가 범한 범죄가 동일할 경우 중복되는 벌금의 납부를 방지하기 위하여 본 기준을 마련했다고 기술하고 있다.<sup>137)</sup>

134) U.S.S.G. § 5E1.2(d)(7).

135) U.S.S.G. § 5E1.2, comment (n 7).

136) 18 U.S.C. § 8C3.4.; U.S.S.G. § 8C3.4.

137) U.S.S.G. § 8C3.4, comment (n 2).

## 나. 단체에 대한 벌금형 양형기준

### 1) 개요

미국 연방 양형위원회는 1991년 개인이 아닌 단체(organizations)가 연방범죄를 범하는 경우에 적용될 수 있는 양형기준을 수립했다. 당시, 미국 연방양형위원회는 실증적인 연구를 통하여 양형기준 수립 전에 법인에게 부과되는 벌금액수가 법인의 위법행위가 야기하는 손해액 보다 작다는 사실을 발견했다.<sup>138)</sup> 연방양형위원회는 적절하고 효과적인 형벌을 담은 체계적인 양형기준을 수립하여 이 문제를 해결하고자 했다.

### 2) 단체의 벌금납부능력 판단을 위한 예비 절차(preliminary hearing)

단체에 대한 벌금형 양형기준이 마련되기 전인 1980년 초반 미국 연방 제4항소법원은 양형을 위하여 단체가 범한 위반행위의 중대성을 판단할 때에는 단체의 자산이 고려요소가 되어야 한다고 판시한 바 있다.<sup>139)</sup> 즉, 개인의 벌금에 대한 납부능력에 따라 벌금액수가 다르게 산정될 수 있다고 보는 것과 마찬가지로 단체의 벌금에 대한 납부능력은 벌금수준을 결정하는데 중요한 고려요소가 될 수 있는 것이다.

연방양형기준에 따르면, 단체의 경우에도 자신의 위법행위와 관련된 피해자 보상금(restitution)을 지불할 능력이 없거나 벌금형 양형기준의 최소치조차 납부할 능력이 없는 경우 벌금이 부과되지 않을 수 있다. 단체가 벌금 납부능력이 있는지 여부는 예비 절차에서 결정(preliminary determination)된다.<sup>140)</sup> 만일 예비 절차에서 단체가 벌금 납부능력이 없다고 판단하게 되면 양형기준에 따른 형량범위를 결정할 필요가 없어지게 된다.<sup>141)</sup>

### 3) 단체의 성격에 따른 벌금 부과 기준

#### A. 목적과 활동이 범죄와 결부되어 있는 단체에 대한 벌금기준

우선, 연방양형위원회는 단체가 범죄의 목적으로 수립되었거나 주로 범죄의 수단으로 작동하는 경우 해당 법인의 자산모두를 박탈할 수 있는 액수의 벌금을 가할 수 있도록 했다. 즉, 법원이 단체와 관련된 범죄의 성격이나 정황 및 조직의 역사와 성격을 고려하여

138) Ilene H. Nagel & Winthrop M. Swenson, The Federal Sentencing Guidelines for Corporations: Their Development, Theoretical Underpinnings, and Some Thought about Their Future, 71 Wash.U.L.Q. 205, 214-15 (1993).

139) *United States v. Troxler Hosiery Co.*, 681 F.2d 934 (4th Cir. 1982).

140) U.S.S.G., § 8C2.2.

141) U.S.S.G., § 8C2.2(b).

해당 단체가 범죄를 우선적인 목표와 수단으로 하여 운영된다고 판단할 수 있다.<sup>142)</sup> 법원이 전면 박탈할 수 있는 자산은 순자산을 기준으로 한다. 순자산은 단체의 자산에 대해서 무고한 채권자가 주장할 수 있는 합법적인 채권액을 지불하고 남은 자산을 가리킨다.<sup>143)</sup>

## B. 기타 일반적인 단체에 대한 벌금기준

연방양형기준에 따르면, 단체가 범죄의 목적 하에 수립되지 않았을 때는 위반행위의 중대성에 상응하는 위반 수준을 결정하는 기본적 형태를 그대로 적용한다. 나아가, 해당 위반수준을 유책성의 점수(culpability score)에 따라 조정할 수 있게 했다.<sup>144)</sup>

### (a) 기본적 벌금형 기준

연방 양형기준표의 단체의 위반행위의 수준을 결정하는 것은 행위의 중대성, 이득액 및 손해액을 고려하여 결정된다. 이 단체의 위반 수준을 결정하는 것은 앞서 기술한 개인에 대한 위반 수준을 결정하는 방법과 동일하다. 즉, 개인 또는 단체에 대한 기본적 벌금형 기준은 개별 범죄별 규정에 기술되어 있는 위반 수준과 결부되어 적용된다.

다만, 개별범죄별 특칙에 단체와 관련한 별도의 규정이 있으면 기본적 벌금형 양형 기준은 적용이 배제된다. 예를 들어, 은행 대출 및 기타 상업적 거래에 있어 배임수증재(Bribery)<sup>145)</sup> 또는 증수뢰죄<sup>146)</sup>의 경우 동 범죄의 위반 수준을 결정하는 데 있어 연방양형기준표의 금전적 손실액 대신에, 위법한 금전거래 액수, 이득액수, 위법한 금전거래로 발생한 손해액 중 가장 큰 액수를 사용한다. 나아가, 경쟁자 간의 조작, 가격 고정, 또는 시장분할 합의행위와 같은 독점금지 위반행위에 대한 단체의 벌금형 양형기준은 위반행위가 상거래에 영향을 끼친 전체 액수, 즉 해당 위반행위의 행위자의 관련된 기간의 총매출액의 20퍼센트에 해당하는 벌금액수를 부과할 수 있다는 특칙을 지니고 있다.<sup>147)</sup> 이 위반행위가 상거래에 영향을 끼친 전체액수를 기준으로 산정한 벌금액이라는 개념은 연방 벌금형개선법상의 벌금액 형량의 상한을 높일 수 있는 통로가 될 수 있다.

또한, 만일 이득액 및 손해액을 고려하여 산출하는 것이 지나치게 복잡하고 번거로울 경우 양형기준표상의 위반 수준을 고려할 때 이득액 및 손해액을 고려하지 않을 수 있

142) U.S.S.G. § 8C1.1.

143) U.S.S.G. § 8C1.1. comment (n 1).

144) U.S.S.G. § 8C2.1.

145) U.S.S.G. § 8C4.1(c).

146) U.S.S.G. § 2C1.1(d).

147) 18 U.S.C. § 3571(d).

다.<sup>148)</sup> 그럼에도 양형위원회는 법원은 근사치의 이득액 및 손해액을 산출해 보아야 한다고 기술하고 있다. 그 근사치를 바탕으로 양형기준표 상의 위반 수준을 결정하는 출발점을 삼아야 한다는 것이다.<sup>149)</sup>

다른 한편으로, 단체의 위반 수준에 따른 벌금액에 관한 양형기준표가 제시하는 벌금액에 단체가 범죄로 취득한 이득액을 추가하여 벌금액을 산정하는 방법이 있다. 다만, 이 경우 단체가 피해자에 대한 보상으로 지불된 액수가 있다면 추가하는 이득액을 차감하는 형태로 벌금액을 산정할 수 있다.<sup>150)</sup>

다수 단체가 관여된 범죄의 경우 각 단체에 할당되는 이득액 및 손해액을 별도로 산출해야 한다. 일반적으로 개별 단체의 이득액 내지 손해액은 거래액을 한도로 추산된다. 단, 손해액이 발생한 데 대하여 과실 이상의 책임이 있어야 한다.<sup>151)</sup>

〈표 22〉 연방양형기준-단체의 위반 수준에 따른 벌금액 기준표<sup>152)</sup>

위반 수준	벌금액 상한(달러)
6이하	8,500
7	15,000
8	15,000
9	25,000
10	35,000
11	50,000
12	70,000
13	100,000
14	150,000
15	200,000
16	300,000
17	450,000
18	600,000
19	850,000
20	1,000,000
21	1,500,000
22	2,000,000

148) U.S.S.G., §§ 8C2.4(b), (c).

149) U.S.S.G., § 8C2.4. comment (n 2).

150) U.S.S.G., § 8C2.9.

151) U.S.S.G., § 8C2.4. comment (n 4), 〈background〉.

152) *Id.*



위반 수준	벌금액 상한(달러)
23	3,000,000
24	3,500,000
25	5,000,000
26	6,500,000
27	8,500,000
28	10,000,000
29	15,000,000
30	20,000,000
31	25,000,000
32	30,000,000
33	40,000,000
34	50,000,000
35	65,000,000
36	80,000,000
37	100,000,000
38이상	150,000,000

(b) 유책성 점수(culpability score)의 추가 및 삭감을 통한 조정

연방 양형기준은 단체의 위반 수준을 결정하는 데 유책성 점수를 추가하거나 삭감하는 조정을 할 수 있도록 하고 있다. 유책성 점수가 추가되는 방식으로 조정되면 위반 수준이 높아지며 이에 상응하여 벌금형도 가중된다. 유책성 점수가 삭감되는 방식으로 조정되면 위반 수준이 낮아지며 이에 상응하여 벌금형도 감경된다.

우선 연방 양형기준은 행위자 요소인 단체의 규모와 전과에 따라 조정 점수를 차별적으로 부여하고 있다. 단체의 규모가 클수록 유사한 행위라고 할지라도 벌금형 수준을 높일 수 있도록 점수가 더 많이 부과된다. 전과가 있는 단체일수록 전과의 횟수가 높은 단체일수록 유사한 행위라고 할지라도 벌금형 수준을 높일 수 있도록 유책성 점수가 더 많이 추가된다.

또한, 법원의 사법작용에 대한 위반행위에 가담한 단체는 추가적인 유책성 점수가 부과되어 더 높은 수준의 벌금이 부과되게 된다. 우선, 단체가 법원의 명령이나 처분을 따르지 않거나 법원이 부과한 가석방 조건을 위반하게 되면 형태에 따라 추가적인 유책성 점수가 부과된다. 단체가 사법방해를 행한 경우에도 높은 유책성 점수를 부과한다.

반면, 연방양형기준은 단체의 위반행위 발생 전 노력이나 위반행위 후 행태를 바탕으로 감경적 조정을 할 수 있도록 하고 있다. 우선, 단체가 내부에 소위 준법 및 윤리 프로그램 (compliance and ethics programs)을 설치하여 운영하고 있는 경우 감경적 조정을 통하여 벌금형의 수준을 낮출 수 있도록 하고 있다. 또한, 자수하는 등 사법기관에 협조하는 경우에도 감경적 조정이 가능하도록 하고 있다.

#### ① 가중적 조정

##### i) 행위 요소

###### α. 법원의 명령 등을 위반한 형태

법원의 명령에 대한 위반 또한 유책성 점수를 추가하게 하는 요인이다. 단체가 범한 범죄행위가 가석방 조건의 위반 이외의 법원의 명령(order)이나 정지처분(injunction)을 위반한 것이거나 그러한 것들과 유사한 형태의 위반행위를 범하여 가석방 조건을 위반한 경우에는 2점을 추가한다. 그런데, 단순히 단체가 범한 범죄행위가 가석방 조건의 위반인 경우에는 1점을 추가한다.<sup>153)</sup>

###### β. 사법방해

또한, 문제의 범죄행위를 수사, 기소, 형양정을 하는 과정에 있어 단체가 사법방해 (Obstruction of Justice)와 관련된 행위 일체, 즉 사법방해 기수, 미수, 방조, 교사 등에 연루되었거나 사법방해와 관련된 행위를 알고도 아무런 합리적인 조치도 하지 않은 경우에는 3점을 추가한다.<sup>154)</sup>

##### ii) 행위자 요소

###### α. 단체의 규모

우선 범죄행위에 관여하거나 범죄행위를 용인한데 대하여 단체의 규모별로 유책성 점수를 달리 책정하고 있다. 첫째, 5,000명 이상의 피고용인을 보유하고 있는 단체에 있어 고위직에 있는 자(high level personnel)가 범죄에 가담하거나(participate), 범죄를 허용하거나(condone), 묵인(ignorant of)했거나 단체 내의 조직단위의 중요한 직책에 있는 자가 행한 범죄를 용인(tolerance)하는 것이 조직 내에 만연한 경우에 5점의 유책성 점수를 추가한다.<sup>155)</sup> 둘째, 1,000명 이상의 피고용인을 보유하고 있는 단체가 같은 형태

153) U.S.S.G. § 8C2.5(d).

154) U.S.S.G. § 8C2.5(e).

의 행위를 하게 되면 4점의 유책성 점수를 추가한다. 셋째, 50명 이상의 피고용인을 보유하고 있는 단체가 같은 형태의 행위를 하게 되면 2점의 유책성 점수를 추가한다. 넷째, 10명 이상의 피고용인을 보유하고 있는 단체가 같은 형태의 행위를 하게 되면 1점을 추가한다.<sup>156)</sup>

## β. 전과

나아가, 유책성 점수는 단체의 전과를 바탕으로 책정되기도 한다. 만일 단체가 유사한 범죄로 형사판결을 받은지 10년 내에 문제의 범죄행위를 한 경우 2회 이상의 유사한 행정적 위반행위를 범한지 10년 내에 다시 위반행위를 한 경우에는 1점을 추가한다. 만일 같은 형태의 전과나 행정적 위반행위가 있는지 5년 내에 문제의 범죄행위를 한 경우 2점을 추가한다.<sup>157)</sup>

## ② 감경적 조정

### i) 준법 및 윤리 프로그램(compliance and ethics programs)

미국 연방의 단체에 대한 양형기준에는 효과적인 준법 및 윤리 프로그램 구축 시 유책성을 삭감하는 형태의 독특한 감경적 조정이 존재한다. 우선, 연방 양형기준은 단체가 행위가 발생했을 때 효과적인 준법 및 윤리 프로그램을 구축해 놓은 상태이면 3점을 차감하는 조정을 한다.<sup>158)</sup>

그렇지만, 단체가 범죄행위가 발생했다는 것을 알면서도 정부기관에 이 사실을 알리는 것을 비합리적으로 지체한 경우에는 조정을 하지 못한다.<sup>159)</sup> 나아가, 200명 이상의 피고용인을 보유한 단체의 고위직이나 단체 내의 조직단위의 고위직을 맡고 있는 자가 범죄행위에 가담하거나, 허용하거나 의도적으로 묵인한 경우에는 조정을 역시 하지 않는다.<sup>160)</sup> 이어, 연방 양형기준은 고위직이나 매우 중요한 직책에 있는 자가 범죄에 가담하거나 허용하거나 의도적으로 묵인한 경우에는 효과적인 준법 및 윤리프로그램이 존재하지 않는 것으로 추정한다(반증이 가능하다).<sup>161)</sup>

155) U.S.S.G., § 8C2.5(b).

156) U.S.S.G. § 8C2.5(b).

157) U.S.S.G. § 8C2.5(c).

158) U.S.S.G. § 8C2.5(f)(1).

159) U.S.S.G. § 8C2.5(f)(2).

160) U.S.S.G. § 8C2.5(f)(3)(A).

161) U.S.S.G. § 8C2.5(f)(3)(B).

반면, 준법 및 윤리 프로그램의 책임자가 직접 정부기관이나 정부기관의 산하단체(예를 들어, 이사국의 감사위원회)에 범죄사실을 신고할 의무가 있으며, 조직 외부에서 범죄사실을 포착하기 전이나 그와 같은 포착이 합리적으로 가능하기 전에 준법 및 윤리 프로그램이 범죄사실을 발견했으며, 해당 프로그램 관련 조직이 정부기관에 범죄사실을 신고했으며, 준법 및 윤리 프로그램의 운영에 책임이 있는 어떤 자도 범죄에 가담하거나 범죄를 허용하거나 의도적으로 묵인하지 않은 경우에는 조정 불가 규정을 적용하지 않는다.<sup>162)</sup>

사실, 미국 연방 양형기준에 따라 단체가 효과적인 준법 및 윤리 프로그램을 구축해 놓고 있으면 이와 같은 연방 양형기준의 벌금 형량범위 조정 기준에 따라 벌금형의 형량을 줄이는 혜택을 누리는 것 이외에도, 경우에 따라서는 검사가 기소유예 처분을 하도록 하는 요인이 될 수 있다.<sup>163)</sup>

## ii) 사법기관에 협조

발각되거나 정부가 조사를 시작하기 전에 단체가 자신이 지득하게 된 범죄사실을 즉시 관련 정부기관에 보고하고, 조사에 전적으로 협조하며, 범죄행위에 대하여 인지하고 있음을 명확히 보여주고 책임을 적극적으로 수용할 경우 5점을 차감하여<sup>164)</sup> 위반 수준을 조정한다.

발각되었거나 정부가 조사를 시작한 뒤에라도, 단체가 조사에 완전히 협조하고 범죄행위에 대하여 인지하고 있음을 명확히 보여주고 책임을 적극적으로 수용할 경우 2점을 차감하여<sup>165)</sup> 위반수준을 조정한다.

단체가 조사에 완전히 협조하지 않았다고 하더라도 범죄행위에 대하여 인지하고 있음을 명확히 보여주고 책임을 적극적으로 수용할 경우 1점을 차감하여<sup>166)</sup> 위반수준을 조정한다.

## ③ 승수 하한과 상한(Minimum and Maximum Multipliers)

도출된 유책성 점수는 <표 : 유책성 점수에 대한 승수 상한과 하한>에 따라 승수를 결정한다.<sup>167)</sup> 즉, 위의 <표 : 연방양형기준-단체의 위반 수준에 따른 벌금액 기준표>의 기본

162) U.S.S.G. § 8C2.5(f)(3)(C).

163) Dannis Tosh, Importance of Corporate Compliance and Ethics Programs, FDA Enforcement Man. ¶ 1501, April 2007 Supplement.

164) U.S.S.G. § 8C2.5(g)(1).

165) U.S.S.G. § 8C2.5(g)(2).

166) U.S.S.G. § 8C2.5(g)(3).

167) U.S.S.G. § 8C2.6.

벌금 수준을 아래 〈표 : 유책성 점수에 대한 승수 상한과 하한〉에 나타난 승수 상한과 하한을 곱하여 벌금형의 형량범위의 상한과 하한을 산출한다.<sup>168)</sup> 이 승수를 곱하여 최종적인 형량범위를 결정하는 방식은 단체에 대한 벌금형 양형기준에 고유한 것이다. 적어도, 개인과는 다른 수준의 벌금형을 부과하겠다는 의도가 승수를 곱하여 형량범위를 구하는 방법으로 구체화된 것이다.

〈표 23〉 유책성 점수에 대한 승수 상한과 하한

유책성 점수	승수 하한	승수 상한
100이상	2.00	4.00
9	1.80	3.60
8	1.60	3.20
7	1.40	2.80
6	1.20	2.40
5	1.00	2.00
4	0.80	1.60
3	0.60	1.20
2	0.40	0.80
1	0.20	0.40
0이하	0.05	0.20

그렇지만, 경쟁자 간의 조작, 가격 고정, 또는 시장분할 합의행위의 경우 승수에 관한 별도의 기준을 적용한다. 즉, 일반적인 양형기준상의 형량범위를 결정하는 승수(multiplier) 보다 독점금지법 위반범죄 양형기준의 승수가 더 높다. 독점금지법 위반범죄 양형기준의 승수를 적용하여 계산한 벌금형의 하한은 위반기간 총매출액의 15%이며 상한은 위반기간 총매출액의 80%까지 설정될 수 있다.<sup>169)</sup>

#### (d) 범죄수익 환수(disgorgement) 수단으로서의 벌금형

미국 연방양형기준은 몰수 이외에 벌금으로 단체가 취득한 범죄수익을 환수할 수 있는 통로를 구축해 놓고 있다. 즉, 법원은 산출된 형량범위에 단체가 취득한 범죄수익을 더하여 최종적인 벌금액수를 결정하도록 하고 있다. 이 과정에서 피해자에 대해 보상하거나 배상한 금액을 고려하도록 하고 있다.<sup>170)</sup> 피해자에 대한 보상액이나 배상액이 범죄수익의

168) U.S.S.G. § 8C2.7.

169) Bruce H. Kobayashi, Punishing Antitrust Offenses as Crimes: The Role of Fines and Imprisonment, 69 Geo. Wah. L. Rev. 715, 724 (2001).

액수와 같거나 이를 초과하는 경우 환수 규정을 적용할 필요가 없다. 사실, 이 환수 규정은 자금세탁, 음란물 거래, 기타 행정적 신고의무 위반행위와 같이 피해자에 대한 보상이나 배상이 없는 경우에 주로 적용될 것을 예상하고 마련한 것이다.<sup>171)</sup>

(e) 양형기준표 이탈(departure)

① 가중적 이탈

i. 행위 요소

α. 이례적으로 높은 유책성

연방 양형기준은 만일 양형기준표상의 범죄 수준에 대한 조정시 고려되는 단체의 유책성 점수가 10을 넘어갈 경우 가중적 이탈이 적절한 경우가 있다고 규정하고 있다.

β. 중대한 결과

(γ) 사망이나 상해에 대한 예견이나 결과발생

단체의 범죄행위가 사망이나 상해의 결과로 이어지거나 사망이나 상해가 예견되었던 경우 가중적 이탈을 할 수 있다. 가중적 이탈의 정도는 침해의 성격, 침해에 대한 의도 및 위험을 받아들인 고의의 정도, 침해나 위험이 벌금형 양형기준표 내에 반영된 정도와 같은 사항이 고려되어 판단되어야 한다.<sup>172)</sup>

(δ) 특정 법익에 대한 위협(Threat)

단체의 범죄행위가 국가 안보(national security)에 위협을 가한 경우 가중적 이탈이 가능하다.<sup>173)</sup>

단체의 범죄행위가 환경에 위협을 가한 경우 가중적 이탈이 가능하다.<sup>174)</sup>

단체의 범죄행위가 시장의 완전성(integrity)이나 존속(continued existence)에 위협을 발생시켰다면 가중적 이탈이 가능하다. 여기서 시장은 금융시장, 상품시장, 소비재시장 등 민간 시장뿐만 아니라 정부계약과 같은 공공의 시장도 포함한다.<sup>175)</sup>

γ. 가중된 행위객체: 공무원에 대한 부패행위

170) U.S.S.G. § 8C2.9.

171) U.S.S.G. § 8C2.9. comment (n 1).

172) U.S.S.G. § 8C4.2.

173) U.S.S.G. § 8C4.3.

174) U.S.S.G. § 8C4.4.

175) U.S.S.G. § 8C4.5.

단체가 범죄행위와 관련하여 공무원(public official)에 증뢰했거나 위법하게 선물을 전달했거나 시도한 경우에는 가중적 이탈이 가능하다.<sup>176)</sup>

## ii. 의무적 준법 및 윤리 프로그램(compliance and ethics programs) 설치

연방 양형기준은 준법 및 윤리 프로그램의 설치라는 요소로 인하여 양형기준표의 범죄 행위 수준이 유책성 점수로 인하여 감경되는 형태로 조정(adjustment)<sup>177)</sup>되었지만 준법 및 윤리 프로그램의 설치가 강제적인 요인으로 인한 것일 때에는 조정으로 감경된 벌금형 수준을 일부 혹은 전부를 상쇄할 수 있도록 양형기준표의 가중적 이탈(departure)이 필요하다고 규정하고 있다. 즉, 피고인인 단체에 가해진 법원의 명령이나 행정적 명령에 따라 준법 및 윤리 프로그램의 설치된 경우 양형기준이 형의 감경의 혜택을 전면적으로 부여하는 것은 적절하지 않다는 의도에서 마련된 규정이다.<sup>178)</sup>

사실, 법령에 단체가 효과적인 준법 및 윤리 프로그램의 설치를 의무화하고 있는데도 해당 단체가 그와 같은 프로그램을 설치하지 않은 경우는 가중적 이탈을 할 수 있다.<sup>179)</sup>

## ② 감경적 이탈

### i. 행위 요소: 이례적으로 낮은 유책성

단체의 중요 직책의 구성원이 범죄행위에 참여하거나 허용하거나 의도적으로 묵인하지 않은 사건이나 단체가 행위당시에 효과적인 준법 및 윤리 프로그램을 구축하고 있었던 사건에 있어 벌금형 양형기준표를 적용하여 기본적 행위 수준과 그에 따른 벌금수준이 산출되었거나 특칙에 의하여 벌금형 수준이 산출되었다면 감경적 이탈이 가능하다. 즉, 이러한 감경적 이탈이 가능하기 위해서는 단체가 이례적으로 낮은 유책성을 지녔으며 따라서 손실, 위반수준, 또는 특칙 규정을 통해 산출된 양형기준표상의 벌금액수가 양형의 목적을 달성하기에 불필요하게 높다고 판단되는 경우여야 한다. 다만, 단체가 얻은 이득액 보다는 낮게 책정되어서는 안된다.<sup>180)</sup>

### ii. 행위자 요소

#### α. 단체의 성격

176) U.S.S.G. § 8C4.6.

177) U.S.S.G. § 8C2.5(f).

178) U.S.S.G. § 8C4.10.

179) U.S.S.G. § 8C4.10.

180) U.S.S.G. § 8C4.11.

연방양형기준은 흥미롭게도 피고인인 단체가 공공단체(public entity)일 경우 감경적 이탈을 할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>181)</sup>

#### β. 단체 구성원에 대한 피해

피고인인 단체의 주주 이외에 구성원이거나 수익자(beneficiaries)가 범죄의 피해자인 경우 감경적 이탈을 할 수 있다. 만일 단체의 구성원이나 수익자가 범죄의 직접적 피해자인 경우 해당 조직에 대해 벌금을 부과하는 것은 범죄의 피해자에게 부담을 가하며 예방효과의 달성과는 멀어지는 결과를 가져올 것이다. 예를 들어, 단체가 단체 구성원의 연금을 횡령한 경우 양형기준표상의 벌금을 그대로 부과한다면 단체의 구성원이 범죄와 벌금이라는 이중의 피해를 볼 수 있으므로 감경적 이탈이 적절한 대응방법일 수 있다.<sup>182)</sup>

#### iii. 단체의 사후적 선행

##### α. 단체의 조사 협조(Substantial Assistance to Authorities)

피고인인 단체가 범죄를 범한 다른 단체의 수사과 기소 또는 범죄를 범한 피고인과 직접적인 연관이 없는 개인에 대한 조사와 기소에 상당한 기여(substantial assistance)를 한 경우 법원은 양형기준에서 이탈할 수 있다. 법원은 첫째, 단체의 기여의 중요성과 유용성에 대한 평가, 둘째 단체의 조력의 성격과 범위, 셋째 단체의 조력의 적시성(timeliness), 등을 고려하여 적절한 형의 감경을 결정해야 한다.<sup>183)</sup>

##### β. 단체의 피해 보상

피고인인 단체가 범죄행위로 취득한 이익을 훨씬 초과하는 액수로 손해에 대해 보상했거나 보상하겠다고 합의한 경우에 감경적 이탈을 할 수 있다. 양형위원회는 상당한 정도의 벌금으로는 예방이나 강화된 응보와 같은 형벌의 목적을 달성하기 힘들다고 보고 있다. 또한, 양형위원회는 감경적 이탈 여부를 판단할 때 법원은 단지 보상액수뿐만이 아니라 다른 요소도 고려하도록 하고 있다. 즉, 단체의 주요 직책에 해당하는 자가 연루된 정도와 수준, 범죄로 인한 이익이 보상 액수를 초과하는 정도 등이 고려사항이 될 수 있다. 만일 단체의 고위직을 맡고 있는 자가 범죄행위를 하였다면 감경적 이탈을 적절하지 않을 수 있다고 본다. 단체의 중요직책에 해당하는 자의 범죄행위 연루 정도가 약할수록 그리고

181) U.S.S.G. § 8C4.7.

182) U.S.S.G. § 8C4.8.

183) U.S.S.G. § 8C4.1.



보상액수가 범죄로 인한 수익을 초과하는 정도가 클수록 예방이나 응보와 같은 형벌목적을 달성하는 데 있어 높은 수준의 벌금액수는 덜 필요하게 된다고 기술하고 있다.<sup>184)</sup>

#### (e) 단체의 범죄와 결부된 개인 벌금액의 차감

한편, 앞서 언급한 것처럼 만일 특정한 법인의 지분의 5% 이상을 소유하고 있는 개인이 해당 법인과 함께 벌금형 선고를 받는 경우 벌금액을 차감(offset)할 수 있다. 총 차감액은 개인에 부과된 벌금액을 개인의 법인에 대한 지분 비율을 곱하여 산출한 액수를 넘지 못한다. 이와 같은 벌금의 차감이 가능하기 위해서는 소수의 개인이 법인을 소유하고 있는 것과 같이 법인에 대한 긴밀한 보유(closely held organization) 요건이 만족되어야 한다.<sup>185)</sup>

### 3) 소결

앞서 살핀 것처럼 미국 연방 양형기준은 매우 복잡한 체계와 구조를 사용하여 개인과 단체에 대한 벌금형 산정기준의 합리성을 획득하려고 했다. 이러한 미국 연방 양형기준이 양형요소 별로 점수화하고 이를 바탕으로 일정한 형량범위에 연결되는 복잡다단한 방식이 진정 합리적이며 적정하며 정당한 벌금형을 부과한다는 목적에 부합하는 것인지는 상당한 의문이 있다. 만일 형량범위를 결정하는 데 관여하는 연방양형기준 상의 수많은 양형 요소들에 아프렌디 판결의 기준이 적용되면<sup>186)</sup> 사실상 연방 양형기준은 작동불능에 빠지게 되고 쓸모없게 되어버릴 수도 있었다. 그러나, 부커 판결에서 연방 양형기준은 법적 강제효를 잃는 대가를 치르고 살아남을 수 있었다. 현재 시점에서 미국 연방의 벌금형 양형기준이 범레가 될 수 있다고 주장하기는 힘들 것으로 보인다.

다만, 몇 가지 측면에서 미국 연방 양형기준은 참고할만한 가치가 있어 보인다. 우선 피고인의 벌금 납부능력을 평가하도록 한 부분은 주목할만하다. 피고인이 재정적 능력을 초과한 벌금은 부커 판결(Booker) 이후의 강제효를 잃은 연방 양형기준에 의해서도 그 자체로 불합리하며(unreasonable) 재량남용(abuse of discretion)이다.<sup>187)</sup> 이처럼, 미국 연방 법원과 주 법원이 헌법 증보 제8조의 지나친 벌금형 금지 규정을 피고인의 벌금납부 능력에 적용시킨 것은 미국 연방양형기준에서 개인과 단체의 벌금납부능력을 고려하도

184) U.S.S.G. § 8C4.9.

185) U.S.S.G. § 8C3.4.

186) 벌금형에 대하여 아프렌디 기준이 적용되는 법원의 판결들에 대하여 앞의 ‘연방헌법 증보 제6조(배심재판을 받을 권리)의 금전형에의 적용’ 부분 참조.

187) *United States v. Kakoullis*, 150 F. App'x 80, 82 (2d Cir. 2005); *United States v. Salameh*, 261 F.3d 271, 276 (2d Cir. 2001).

록 한 규정에 상당한 영향을 미친 것으로 보인다. 연방양형기준에서는 앞서 살핀 것처럼 피고인의 무자력이 입증된 경우 벌금형이 부과되어서는 안된다고 기술되어 있다.<sup>188)</sup> 이뿐만 아니라 피고인에 부적절한 부담이 주어지는 경우라면 벌금형 납부일정을 조정할 수 있다. 또한, 단체의 벌금 납부 능력은 연방 벌금형 양형기준을 적용하기 전의 예비적 판단(preliminary determination) 대상이라고 규정하고 있다.<sup>189)</sup> 게다가, 피해자에 대한 보상이나 배상을 하거나 또는 단체 및 그와 결부된 개인이 벌금형에 함께 처해지게 된 상황에는 벌금액을 합리적으로 조정하는 제도 또한 참조할만하다.

나아가, 단체의 범죄에 대한 양형기준에는 참조할 가치가 있는 부분들이 상당히 존재한다. 우선, 단체의 목적 자체가 범죄와 결부되어 있는 경우에는 해당 단체의 자산 모두를 박탈하도록 하고, 그 외의 일반적인 단체에 대해 벌금을 부과하는 기준은 별도의 체계를 가지고 있다. 두 번째로는 단체 내에 준법 및 윤리 프로그램을 구축하고 효과적으로 작동했을 때 위반 수준을 감경해 주거나 때로는 기소유예 처분을 해 주는 것은 사법기관과 단체가 상호작용을 통하여 예방효를 확보하는 설득력 있는 장치로 보인다. 세 번째로는 단체에 대한 벌금형 양형기준에 있어 개별범죄별 특칙을 규정한 부분을 주목할 필요가 있다. 즉, 일반적인 벌금형 양형기준을 적용하기 곤란하거나 적합하지 않아 해당 영역의 고유한 특수성이 존중되어야 하는 경우에는 별도의 벌금형 산정 기준을 두고 있는 것이다. 특히, 독점금지 위반행위에 대해서는 총매출액의 일정 비율에 해당하는 금액을 벌금액으로 산정하도록 한 것은 시장 독점행위의 해악은 매출액 증대와 깊은 연관이 있다는 특수성을 고려했기 때문으로 보여진다. 이뿐만 아니라, 단체의 자금규모가 일반적으로 크다는 데 비추어 단체의 규모에 따라 유책성 점수를 조정하도록 하거나 벌금형 수준을 승수를 곱하는 방식으로 상향시키는 것 또한 의미있는 접근법이다.

188) U.S.S.G. § 5E1.2(a).

189) U.S.S.G., § 8C2.2.

## IV 기타 금전형 부과 기준에 대한 제안들

### 1. 미국 법무부의 지침

#### 가. 개요

미국 법무부 산하의 '사법적 접근을 위한 시민권 부서(Civil Rights Division Office for Access to Justice)'는 2016년 벌금형 제도의 적정성을 확보하는 데 필요한 사항들을 정리한 서신을 발표했다. 동 서신에는 법원이 벌금을 선고할 때 준수하여야 할 사항을 7가지로 정리하고 그 이유와 근거를 제시했다. 그 중 금전적 제재와 관련된 부분을 정리하면 아래와 같다.

#### 나. 적정절차의 보장

##### 1) 벌금미납을 이유로 한 강제처분 전 절차적 적정절차 보장

미국 법무부는 공공의 안전 확보를 위해서가 아니라 벌금납부를 강제하기 위한 수단으로 체포영장이나 구금을 활용하는 것은 시민의 헌법상의 권리를 침해할 수도 있는 불필요한 위험을 발생시킨다고 기술하고 있다. 미국 법무부는 연방대법원이 여러 판결에서 피고인에게 통지하고 벌금 납부능력에 대한 청문을 실시하는 등의 절차적 적정절차를 보장하지 않고 벌금미납을 이유로 체포영장을 발부해서는 안된다고 판시한 것을 인용했다<sup>190)</sup>

또한, 미국 법무부는 법원이 피고인이 벌금을 납부하지 못한다는 이유로 구금형에 처하는 것을 지양해야 한다고 기술했다. 먼저, 벌금형 미납이 고의였는지 여부를 파악해야 한다. 나아가, 법원은 벌금 미납에 대응한 처분이나 명령을 하기 전에 피고인의 재산과 소득 상태를 파악해서 무자력인지 여부에 대하여 심사해야 한다고 기술하고 있다.<sup>191)</sup> 따라서, 적정절차 원칙은 벌금납부대상자에게 통지와 반박할 기회를 주어야 한다는 것으로 다시 표현된다. 즉, 법원은 벌금납부대상자의 위반사실, 소환일시, 재제내용, 벌금대체수단, 관련 법원의 규정과 규칙 등을 기재한 통지서를 전달해야 한다.<sup>192)</sup> 나아가, 구금형으로 귀결될 수 있는 형사절차에 계류된 벌금납부대상자는 연방헌법 증보 제6조에 따라 변

190) *Turner v. Rogers*, 131 S. Ct. 2507 (2011); *Bearden*, 461 U.S. at 671-72.

191) Department of Justice(Civil Rights Division Office for Access to Justice), "Dear Colleague" Letter 3 (March 14, 2016). Available at <https://finesandfeesjusticecenter.org/content/uploads/2018/11/Dear-Colleague-letter.pdf>.

192) *Mullane v. Cent. Hanover Bank & Trust Co.*, 339 U.S. 306, 314-15 (1950).

호인에 대한 권리를 지닌다.<sup>193)</sup>

나아가, 미국 법무부는 많은 주 법원들이 벌금납부를 강제하기 위하여 운전면허를 정지하는 권한을 가지고 있다는 사실을 지적했다. 미국에서 운전면허가 정지된다는 것은 직업적 활동을 유지하고, 교육을 받고, 가족을 돌보는데 있어 심각한 제약을 가져올 수 있다는 것이다. 따라서, 벌금납부 강제와 관련된 체포 또는 구금처분과 마찬가지로 운전면허정지처분을 하기 전에 반드시 벌금 납부능력을 심사할 수 있는 절차를 열어야 한다. 여기서 법무부는 연방대법원의 베이든 판결과 벨 판결을 위시한 여러 판결들에서 벌금미납을 이유로 자동적으로 운전면허 정지처분을 하는 것은 위헌이라고 판시한 점을 지적하고 있다.<sup>194)</sup>

## 2) 사법절차 접근 제한의 적정절차 위반

만일 법원이 벌금과 같은 금전적 제재의 납부를 사법절차에 접근할 수 있는 조건으로 삼게 된다면 적정절차 위반이 된다. 법무부는 미국의 많은 법원들은 법원절차에 불출석한 자에 대하여 그 이유를 소명할 기회를 주지 않고 벌금납부를 조건으로 절차에 관한 기일을 잡을 수 있다는 처분을 하고 있는 것은 문제의 소지가 있다고 지적하고 있다.<sup>195)</sup> 벌금납부와 직접 관련된 사건은 아니지만 미국 연방대법원은 이미 보디 판결(Boddie v. Connecticut)에서 법원 수수료(fee) 납부를 조건으로 법원 절차에 접근할 수 있는 기회를 주는 것은 적정절차 위반이라고 판시한 바 있다.<sup>196)</sup> 미국 연방대법원은 번스 판결(Burns v. Ohio)에서도 보석금 납부를 조건으로 항소 기회를 주는 것은 평등권과 적정절차 위반이라고 판시한 바 있다.<sup>197)</sup>

## 다. 무자력자에 대한 대체적 처분

미국 법무부는 본고 앞에서 이미 기술한 베이든 판결에서 금전적 제재를 이행할 수 없는 자에 대해서는 구금 보다는 다른 대체적 처분을 가하는 것이 바람직하다고 방론에 기술한 바<sup>198)</sup>를 인용했다. 우선, 법무부는 법원이 체포나 구금과 같은 수단 보다는 벌금징수를

193) Scott v. Illinois, 440 U.S. 367, 373 (1979); Department of Justice(Civil Rights Division Office for Access to Justice), "Dear Colleague" Letter 5 (March 14, 2016)

194) Bearden, 461 U.S., at 672; Bell v. Burson, 402 U.S. 535, 539 (1971).

195) Department of Justice(Civil Rights Division Office for Access to Justice), "Dear Colleague" Letter 4-5 (March 14, 2016).

196) Boddie v. Connecticut, 401 U.S. 371, 374 (1971).

197) Burns v. Ohio, 360 U.S. 252, 258 (1959).

198) Bearden, 461 U.S., at 672.

위한 다른 효과적인 수단을 사용하는 것이 훨씬 바람직하다고 기술하고 있다.<sup>199)</sup> 또한, 벌금미납을 이유로 한 구금처분과 마찬가지로 운전면허 정지처분 또한 이를 대체할 수 있는 벌금징수 수단을 활용하는 것이 벌금납부대상자의 벌금납부가능성을 더 높이고 무면허운전의 가능성을 더 낮추며 재범가능성 또한 감소시키는 효과를 가져올 것이라고 지적하고 있다.<sup>200)</sup>

예를 들어, 벌금납부 기간의 연장, 벌금액의 감경, 수강명령, 사회봉사명령 등이 적절한 대체적 처분이 될 수 있다. 나아가, 이러한 대체적 처분이 이자와 같은 추가적인 비용을 부과하거나 자신의 생업이나 가족 부양에 지나친 부담이 되지 않을 수 있도록 세심한 방안을 내용으로 하는 것이 바람직하다. 그 일환으로 벌금부과대상자의 재정적 상태가 악화되는 경우에는 정기적인 벌금납부일에 납부해야 할 벌금액수를 감경해 주는 것이 필요하다.<sup>201)</sup>

## 2. 미국 변호사협회의 벌금형 기준

### 가. 개요

미국 변호사협회(American Bar Association)는 1993년 2월 ‘양형과 관련된 기준안(ABA Standards for Criminal Justice: Sentencing)’을 마련하여 출판했다. 동 기준안에는 벌금형에 대한 내용이 포함되어 있다.<sup>202)</sup>

보다 최근에는 미국 변호사협회는 몇몇 주 변호사협회와 협력하여 결성한 협회장 산하의 실무협의회(task force)의 작업을 통하여 2018년 법원이 부과하는 벌금(Fine) 및 비용(Fee) 나름의 가이드라인을 출판했다. 이 벌금부과와 관련하여 변호사 협회의 관점이 실린 보고서의 명칭은 ‘미국변호사협회 법원의 벌금과 비용에 대한 10가지 지침(ABA Ten Guidelines on Court Fines and Fees)’이었다.

### 나. 벌금부과대상자의 납부능력 고려

199) Department of Justice(Civil Rights Division Office for Access to Justice), “Dear Colleague” Letter 6 (March 14, 2016).

200) Department of Justice(Civil Rights Division Office for Access to Justice), “Dear Colleague” Letter 7 (March 14, 2016).

201) Department of Justice(Civil Rights Division Office for Access to Justice), “Dear Colleague” Letter 4 (March 14, 2016).

202) American Bar Association, Criminal Justice Standards: Sentencing (1993). Available at [https://www.americanbar.org/groups/criminal\\_justice/publications/criminal\\_justice\\_section\\_archive/crimjust\\_standards\\_sentencing\\_toc](https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/publications/criminal_justice_section_archive/crimjust_standards_sentencing_toc).

## 1) 벌금 납부능력 판단 시 고려사항

독특하게도, 미국 변호사협회(American Bar Association)의 ‘양형과 관련된 기준안(ABA Standards for Criminal Justice: Sentencing)’ 제18-3.16조 벌금 부분에서 입법자는 어떠한 범죄에 대해서도 벌금의 하한을 설정해서는 안 된다는 내용이 규정되어 있다. 유사한 선상에서, ‘미국변호사협회 법원의 벌금과 비용에 대한 10가지 지침(ABA Ten Guidelines on Court Fines and Fees)’에서 미국변호사협회는 법원이 벌금을 취소하거나 감경하는 권한을 행사하는 것을 제약하는 어떤 법적 기준도 허용되어서는 안 된다는 흥미로운 제안을 하고 있다. 이는 피고인 맞춤형의 개별적 정의(individualized justice)를 실현하는 방향으로 판단하라는 제안이다. 특히, 범죄로 인한 것이든 민사적 위반사항(civil infraction)이든 형사처벌의 형태로 부과되는 벌금이 피고인 또는 가족에 대한 지나친 경제적 부담을 가해서는 안 된다는 것이다.<sup>203)</sup>

미국 변호사협회(American Bar Association)의 ‘양형과 관련된 기준안(ABA Standards for Criminal Justice: Sentencing)’ 제18-3.16조 벌금 부분은 피고인의 벌금납부 능력과 관련 사정을 고려하기 위한 매우 섬세한 규정들을 두고 있다. 우선, 벌금액의 산정에 있어 피고인의 소득과 자산을 고려해야 한다고 명시하고 있다.<sup>204)</sup> 이를 위해, 법원은 피고인의 재정적 상태를 기술한 서류를 제출받아 벌금 부과 여부 및 정도를 판단해야 한다. 이 과정에서 가족에 대한 부양책임과 결부하여 피고인의 납부능력을 고려해야 한다.<sup>205)</sup> 나아가, 개인이든 단체든 형사벌로 부과하는 벌금으로 인하여 피고인의 민사적 보상이나 배상 능력을 훼손하지 않도록 고려해야 한다.<sup>206)</sup> 또한, 공공부조를 수령하고 있는지 여부, 연방빈곤기준(the Federal Poverty Guidelines)상의 특정 수준 이하의 소득자인지 여부, 주거가 없는 자인지 여부, 신체 또는 정신 건강에 문제가 있는 자인지 여부, 재정적 부담의 정도와 부양가족의 존부, 공공 법률서비스에 접근할 자격이 있는 자인지 여부, 교통수단의 접근의 곤란성 정도, 최근 구금 이력, 다른 사유로 벌금형을 선고 받은 적이 있는지 여부, 기타 납부능력과 관련된 특별한 사정이 있는지를 검토하여야 한

203) Department of Justice(Civil Rights Division Office for Access to Justice), “Dear Colleague” Letter 3 (March 14, 2016).

204) ABA Standards for Criminal Justice: Sentencing § 18-3.16(c)(i). 미국 변호사협회(American Bar Association)의 ‘양형과 관련된 기준안(ABA Standards for Criminal Justice: Sentencing)’ 주석에는 이는 명백히 유럽과 미국 일부 지방에서 행해진 일수벌금제(day fine)를 염두해 둔 규정이라고 기술하고 있다. 일수벌금제에 대해서는 아래 ‘일수벌금제의 도입시도’ 부분 참조.

205) ABA Standards for Criminal Justice: Sentencing § 18-3.16(d)(i).

206) ABA Standards for Criminal Justice: Sentencing §§ 18-3.16(d)(ii), (iii).

다.<sup>207)</sup> 미국 변호사협회는 ‘양형과 관련된 기준안(ABA Standards for Criminal Justice: Sentencing)’에서 피고인이 형선고 즉시 벌금납부를 하거나 혹은 납부능력을 감안하여 분납이 가능할 수 있도록 해야 한다.<sup>208)</sup>

## 2) 벌금미납을 이유로 한 구금처분의 원칙적 금지

원칙적으로, 미국 변호사협회는 형사절차에서 벌금미납을 이유로 다른 더 중한 대체 형벌을 가해서는 안된다고 기술하고 있다. 미국에서 실제 벌금미납을 이유로 구금하는 주는 여전히 존재한다.<sup>209)</sup> 무자력자가 벌금을 미납한 경우 보호관찰을 취소한다든지 체포 영장을 발부한다든지 구금형에 처하는 것뿐만 아니라 운전면허를 정지하는 처분을 하는 것은 허용될 수 없다고 보았다.<sup>210)</sup> 이뿐만 아니라, 미국 변호사협회는 벌금미납을 고의로 하지 않은 경우에도 투표권, 친권 등 기본권이 박탈되어서는 안된다고 보았다.<sup>211)</sup>

게다가, 미국 변호사협회는 벌금미납을 이유로 구금처분을 하는 경우라도 의무적으로 납부능력을 판단을 위한 청문절차를 밟아야 한다고 기술하고 있다. 본고 앞에서 살핀 베어든 판결의 취지대로 벌금미납을 이유로 불이익을 주는 데 적정절차가 필요한 경우로는 집행유예된 구금형의 집행, 보호관찰이나 가석방의 연장이나 취소, 또는 기타 다른 형태의 감시처분이 포함될 수 있다.<sup>212)</sup>

## 3) 벌금미납자에 대한 경한 대체처분 권고

다만, 미국 변호사협회는 벌금을 미납한 무자력자에 대하여 보다 경한 제재를 가할 수는 있다고 보고 있다. 예를 들어 벌금 미납자에 대하여 사회봉사, 치료, 기타 사회적 기여활동을 하도록 명령하는 것은 적절하다. 다만 이와 같은 벌금 대체 처분을 하는 것을 대가로 변호인의 조력을 받을 권리와 같은 적정절차에 관한 권리를 포기하도록 조건을 붙일 수는 없다고 기술하고 있다.<sup>213)</sup>

207) ABA Presidential Task Force, ABA Ten Guidelines on Court Fines and Fees, 6 (2018).

208) ABA Standards for Criminal Justice: Sentencing § 18-3.16(d)(iv).

209) 대표적 문헌으로, American Civil Liberties Union, In For A Penny: The Rise of America's New Debtors' Prison (2010). Available at [https://www.aclu.org/sites/default/files/field\\_document/InForAPenny\\_web.pdf](https://www.aclu.org/sites/default/files/field_document/InForAPenny_web.pdf); see also ACLU of Louisiana, Louisiana Debtor's Prisons: An Appeal To Justice (2015). Available at [https://www.laclu.org/sites/default/files/field\\_documents/2015\\_Report\\_Louisiana\\_Debtors\\_Prisons\\_0.pdf](https://www.laclu.org/sites/default/files/field_documents/2015_Report_Louisiana_Debtors_Prisons_0.pdf).

210) ABA Presidential Task Force, ABA Ten Guidelines on Court Fines and Fees, 2-4 (2018).

211) *Id.*, at 5.

212) *Id.*, 4.

213) *Id.*, 6.

### 다. 피해액과 손해액 고려

미국 변호사협회(American Bar Association)의 ‘양형과 관련된 기준안(ABA Standards for Criminal Justice: Sentencing)’ 제18-3.16조(c)의 두 번째 제안은 피해자가 입은 피해액과 가해자가 얻은 이득액을 고려하여 벌금액수를 산정하라는 것이다.<sup>214)</sup> 동 미국변호사협회 양형기준안의 주석에는 재정적 요소와 결부된 범죄인 화이트칼라 범죄나 단체에 의한 범죄의 경우에는 피해액이나 이득액에 상응하는 벌금 수준을 설정하는 것이 적절하다고 기술하고 있다. 범죄의 수익에 대해서는 몰수형이 가능하지만 동 기준안은 벌금형으로 대처하는 것이 형벌 비례성 원칙의 실현에 더 적합하다고 보고 있다. 즉, 벌금이 범죄로 얻을 수 있는 수익을 초과해야 예방효를 달성할 수 있다는 것이다.<sup>215)</sup>

그런데, 화이트칼라 범죄나 단체에 의한 범죄가 발각되는 빈도가 높지 않은데 비추어 범죄수익을 일정정도 상회하는 벌금액으로는 예방효를 달성하기가 힘들다. 이와 관련해 미국 변호사협회(American Bar Association)의 ‘양형과 관련된 기준안(ABA Standards for Criminal Justice: Sentencing)’ 제18-3.16조(c)의 세 번째 제안은 범죄의 포착의 어려움(the difficulty of detection of the offense)를 고려하라는 것이다.<sup>216)</sup>

예를 들어, 10건의 범죄가 범해지고 각 1건의 범죄행위당 범죄수익이 10이라 가정하자. 이중 발각되어 유죄판결이 선고되는 경우는 1건이라고 한다면 벌금액수를 11 정도로 한다면 비록 1건의 범죄수익 10보다는 높은 수준이지만 10건의 범죄 각각에 배분되는 확률적 액수는 11/10이다. 그렇다면, 각 개별범죄 모두에 예방효나 위화력을 얻기 위해서는 벌금액수는 10을 초과하는 것이 아닌  $10 \times 10$ 을 초과하는 액수가 설정되어야 한다. 이러할 때 각 범죄에 배분되는 벌금액의 부담이  $10 \times 10 / 10$ 을 초과할 수 있을 것이다.

## 2. 일부 지역의 일수벌금제 도입시도

### 가. 개요

미국에서는 1980년대 일수벌금제 도입에 관한 논의가 있었다.<sup>217)</sup> 하지만, 전반적으로 당시 재사회화 이론이 파산하고 범죄와의 전쟁을 기치로 3진 아웃제도(three-strike

214) ABA Standards for Criminal Justice: Sentencing § 18-3.16(c)(ii).

215) ABA Standards for Criminal Justice: Sentencing § 18-3.16, Commentary, 116-117.

216) ABA Standards for Criminal Justice: Sentencing § 18-3.16(c)(iii).

217) 1990년대 이전의 일수벌금제에 관한 논의로, Sally T. Hillsman, Fines and Day Fines, 12 Crime & Just. 49 (1990).



laws)와 같은 엄벌형 응보주의가 득세<sup>218)</sup>하던 때여서 구금형을 경감하는 데 기여할 일수 벌금제의 도입 논의는 큰 힘을 얻을 수 없었다. 따라서, 유럽과는 달리 미국에서 현재까지 일수벌금제는 보편적으로 사용되고 있지 못하다. 하지만, 미국의 현행 벌금형의 구조, 운영실태 및 실질적 효과에 대하여 만족하지 못하는 목소리와 함께 일수벌금제의 필요성이 때때로 제시되고 있다.

일수벌금제는 종래 미국의 벌금형의 부과 형태(tariff system)와는 달리 행위뿐만 아니라 행위자 요소를 고려하여 벌금을 산정하는 제도이다. 일수벌금제에 따르면, 행위자의 사회·경제적 지위(socio-economic status)에 부합하는 벌금형을 선고할 수 있게 된다. 즉, 일수 벌금제는 행위의 중대성에 대한 평가와 행위자의 납부능력에 대한 평가를 구분한다. 다른 말로 하면, 일수벌금제는 범죄행위에 상응하는 형벌단위를 산정하는 방법과 그 형벌단위를 금액으로 환산하는 방법을 분리한 것이다. 우선 법원은 범죄행위의 중대성에 기반하여 벌금의 일수(unit)를 결정한다. 벌금의 일수는 범죄행위를 기반으로 하므로 범죄자에게 차등없이 산정된다. 그리고, 법원은 범죄행위자의 재정적 상태를 평가하여 하루당 부과될 벌금액수를 결정한다.<sup>219)</sup> 총벌금액수는 벌금의 벌금일수와 일별벌금액수를 곱한 것이 된다.

## 나. 미국의 일수벌금제

### 1) 1980년대 후반 두 가지 일수벌금제의 실험

미국에서는 1988년 뉴욕 주의 리치몬드 카운티의 형사법원(The Criminal Court of Richmond County)이 최초로 일수벌금을 부과하는 실험적 시도를 한 것으로 기록되어 있다.<sup>220)</sup> 당시 리치몬드 카운티 형사법원의 로즈 맥브리엔 판사(Judge Rose McBrien)은 120일을 벌금일수를 상한으로 하며 일별순소득을 기준으로 하는 일수벌금을 부과했다.<sup>221)</sup>

218) Michael Tonry, Sentencing Matters 3-4 (1996).

219) Bureau of Justice Assistance, U.S. Dep't of Justice, NCJ 156242, How To Use Structured Fines (Day Fines) as an Intermediate Sanction 19-20 (1996). 핀란드와 프랑스는 소득을 기반으로 하여 일별 벌금액수를 결정한다. 스웨덴, 덴마크, 독일, 헝가리, 폴란드는 재산과 소득을 함께 고려하여 일별 벌금액수를 결정한다. 유럽의 일수벌금제는 산정가능한 일수의 최소치와 최대치를 규정하고 일별 벌금액수 또한 최소치와 최대치를 사전에 규정하여 운영하고 있다. 독일의 경우 벌금일수를 5일에서 360일까지로 규정한 것은 개정하지 않고 그대로 두고 일별 벌금액수의 상한을 높이는 방식으로 접근했다. 또한, 매우 흥미로운 점은 유럽의 각국이 벌금일수와 구금일수간의 비율을 설정한 대목이다. Elena Kantorowicz-Reznichenko, Day Fines: Reviving the Idea and Reversing the (Costly) Punitive Trend, 55 Am. Crim. L. Rev. 333, 338 FN 40), 339-342 (2018).

220) Judith Greene, The Staten Island Day Fine Experiment, Vera Institute of Justice (1990).

221) 리치몬드 카운티 법원의 판결은 사법정책 입안단체인 베라사법정책연구소(Vera Institute of Justice)가 시도한 벌금형 개선 프로젝트의 결과물이다. 당시, 뉴욕 주의 리치몬드 카운티는 미국 평균 보다 높은 수준의 소득 지표를 보여주었으며 비교적 안정적인 경제적 기반을 가지고 있었지만 범죄율이 상당히 높은 편이었고 일부 주거민은 가난과 고용불안정에 시달리고 있었다. Judith Greene, The Staten Island Day Fine Experiment, 11 (1990).

〈표 24〉 일급 및 부양가족을 기반으로 한 하루당 벌금단위 액수산정)<sup>222)</sup>

일급	부양가족 수(행위자 자신 포함)							
	1	2	3	4	5	6	7	8
3	1.28	1.05	.83	.68	.53	.45	.37	.30
4	1.70	1.40	1.10	.90	.70	.60	.50	.40
5	2.13	1.75	1.38	1.13	.88	.75	.62	.50
6	2.55	2.10	1.65	1.35	1.05	.90	.75	.60
7	2.98	2.45	1.93	1.58	1.23	1.05	.87	.70
8	3.40	2.80	2.20	1.80	1.40	1.20	1.00	.80
9	3.83	3.15	2.48	2.03	1.58	1.35	1.12	.90
10	4.25	3.50	2.75	2.25	1.75	1.50	1.25	1.00
11	4.68	3.85	3.03	2.47	1.93	1.65	1.37	1.10
12	5.10	4.20	3.30	2.70	2.10	1.80	1.50	1.20
13	5.53	4.55	3.58	2.93	2.28	1.95	1.62	1.30
14	7.85	4.90	3.85	3.15	2.45	2.10	1.75	1.40
15	8.42	5.25	4.13	3.38	2.63	2.25	1.87	1.50
16	8.98	5.60	4.40	3.60	2.80	2.40	2.00	1.60
17	9.54	5.95	4.68	3.83	2.98	2.55	2.12	1.70
18	10.10	6.30	4.95	4.05	3.15	2.70	2.25	1.80
19	10.66	8.78	5.23	4.28	3.33	2.85	2.37	1.90
20	11.22	9.24	5.50	4.50	3.50	3.00	2.50	2.00
46	25.81	21.25	16.70	13.66	10.63	9.11	7.59	4.60
47	26.37	21.71	17.06	13.96	10.86	9.31	7.75	4.70
48	26.93	22.18	17.42	14.26	11.09	9.50	7.92	6.34
49	27.49	22.64	17.79	14.55	11.32	9.70	8.08	6.47
50	28.05	23.10	18.15	14.85	11.55	9.90	8.25	6.60
51	28.61	23.56	18.51	15.15	11.78	10.10	8.41	6.73
52	29.17	24.02	18.88	15.44	12.01	10.30	8.58	6.86
53	29.73	24.49	19.24	15.74	12.24	10.49	8.74	7.00
54	30.29	24.95	19.60	16.04	12.47	10.69	8.91	7.13
55	30.86	25.41	19.97	16.34	12.71	10.89	9.07	7.26
96	53.86	44.35	34.85	28.51	22.18	19.01	15.84	12.67
97	54.42	44.81	35.21	28.81	22.41	19.21	16.00	12.80
98	54.98	45.28	35.57	29.11	22.64	19.40	16.17	12.94
99	55.54	45.74	35.94	29.40	22.87	19.60	16.33	13.07
100	56.10	46.20	36.30	29.70	23.10	19.80	16.50	13.20

222) Douglas C. McDonald & Judith Greene & Charles Worzella, Day Fines in American Courts: The State Island and Milwaukee Experiments, National Institute of Justice, (1992), 30면.

또한, 리치몬드 카운티 형사법원이 참조한 벌금일수 기준표는 다음과 같다.

〈표 25〉 벌금일수 기준<sup>223)</sup>

행위의 중대성(피해 결과 포함)	감경 일수	기준 일수	가중 일수
사람에 대한 상해가 결부된 범죄			
A. 중대한 상해 가해자와 피해자가 면식이 없는 경우, 또는 가해자가 피해자를 알고 있지만 피해자가 취약한 경우	81	95	109
B. 경미한 상해 가해자와 피해자가 면식이 없는 경우, 또는 가해자가 피해자를 알고 있지만 피해자가 취약한 경우, 또는 흉기 사용이 결부된 언쟁	59	70	81
C. 중대한 상해 서로 면식이 있는 가해자와 피해자가 언쟁한 경우; 싸움	38	45	52
D. 경미한 상해 서로 면식이 있는 가해자와 피해자가 언쟁한 경우; 싸움	17	20	23
절도 등 재산 범죄(5~60일 범위의 벌금일수)			
\$1000이상	51	60	69
\$700~999	42	50	58
\$500~699	34	40	46
\$300~499	25	30	35
\$150~299	17	20	23
\$50~149	8	10	5
\$1~49	4	5	6

또 하나의 다른 예로 밀워키 시 법원(municipal court)이 경미한 범죄행위를 범한 자들에게 일수벌금을 부과하는 실험을 한 것에 대해 검토할 가치가 있다. 이 실험 전에는 밀워키 시 법원은 위반행위의 유형에 따라 벌금형이 선고되는 부과방식(tariff system)을 지니고 있었다. 행위자와 결부된 사항이 고려될 수 있는 여지가 거의 없었다. 사실, 밀워키 시의 종래의 벌금형 제도 하에서는 벌금액의 납부율이 상당히 낮았다. 이는 밀워키 시의 사법부와 법집행기관에 매우 부정적인 효과를 가져오는 것으로 평가되었다. 평균적으로 매월 140명의 사람들이 벌금미납을 이유로 밀워키 카운티 교정소(the Milwaukee County House of Correction)에 구금되었다.<sup>224)</sup>

223) Judith Greene, The Staten Island Day Fine Experiment, Vera Institute of Justice, 16 (1990).

224) Day Fines in American Courts, Department of Justice, 60-61.

밀워키 시의 일수벌금제도에서도 먼저 형벌단위(units of punishment)에 관한 기준(benchmark)을 설정하는 것이 우선적인 과제였다. 밀워키시 벌금일수의 기준은 양형기준과 형태상 유사했다. 과거 양형 패턴을 분석하고 이에 대한 형사사법참가자들의 의견을 취합해서 벌금일수 기준을 설정했다. 당시, 각 벌금일수 단위는 과거 대략적인 평균에 기초하여 \$20의 벌금형의 가치로 환산되었다. 각 벌금일수 기준은 시 조례가 규정한 벌금액의 상한과 예치금(deposit)에 상응하는 형태로 상한일수(maximum benchmarks)와 기본일수(median benchmarks)가 설정되었다. 구체적인 벌금일수는 각종 가중 사유와 감경사유를 고려하여 결정되었다.<sup>225)</sup>

〈표 26〉 밀워키 시 벌금일수 기준

범죄행위	전통적 방식		일수벌금 방식	
	벌금	예치금상한	기본일수	상한일수
질서위반 행위	\$200	\$109	5	10
소매 절도	500	319	16	25
파괴행위	500	319	16	25
부랑행위	500	139	7	25
무기은닉소지	500	265	13	25
폭행	500	319	16	25
자동차 유기	200	79	4	10
범칙금부과서 손괴	250	109	5	13
절도	500	319	16	25

또한, 밀워키 법원은 몇 가지 단계를 거쳐 행위자의 납부능력을 파악한다. 우선, 행위자를 인터뷰했다. 이 인터뷰에서 월수입, 수입원, 고용처, 수입 확인을 위한 연락처, 피고인의 수, 현 주소, 가족 확인을 위한 연락처, 생활보조금 수령자격 등에 대한 질문을 했다. 인터뷰 등을 통해 확인한 일별순수입(net daily income)을 조정했다. 우선, 아래 표와 같은 비율로 일별순수입액수에서 차감을 했다.

225) Day Fines in American Courts, Department of Justice, 65.

〈표 27〉 밀워키 시 일수벌금 산정 시 일별순수입에 대한 차감비율<sup>226)</sup>

대상자	비율
행위자 자신	15%
배우자	15%
첫째 자녀	15%
둘째 자녀	10%
셋째 자녀	10%
기타 가족	5%

이외에도, 일별순수입은 생활비를 위해 추가로 차감했다. 연방빈곤기준을 상회하는 수입이 있는 자에게는 수입의 3분의1을 차감했다. 연방빈곤기준을 하회하는 수입이 있는 자에게는 수입의 2분의1을 차감했다.<sup>227)</sup>

〈표 28〉 밀워키 시 법원이 소득 차감에 참조한 연방빈곤기준(1989)<sup>228)</sup>

가족 수	빈곤기준
1	\$5,980
2	8,020
3	10,060
4	12,100
5	14,140
6	16,180
7	18,220
8	20,260

만일 수입원이 전혀 없는 자에 대해서는 일반보조금수급자와 동일한 수준의 일수벌금액을 부과했다. 법원은 해당 자에게 일반보조금수급에 신청하거나 직업을 찾을 수 있도록 30일간의 유예기간을 주었다.<sup>229)</sup>

## 2) 1990년 이후의 일수벌금제 도입 논의

근래 들어, 미국 형사사법제도에 만연한 지나친 구금형에 대한 대안을 찾아야 한다는 주장이 더욱 힘을 얻었고, 이에 2010년 미국 연방 법무부는 일수벌금제의 도입가능성과

226) *Id.*, at 67

227) *Id.*

228) *Id.*, at 68.

229) *Id.*

장점에 대하여 기술한 보고서를 발간했다.<sup>230)</sup> 미국 연방 법무부는 교정시설 및 보호관찰을 운영하는 데 사용되는 비용을 지적하며, 보다 체계화된 벌금형 제도로 전통적인 감시적 행형을 대체하는 것이 필요하다고 주장했다. 법무부는 일수벌금을 형의 집행유예 처분과 결부하는 형태로도 사용할 수 있다고 보았다. 이 경우, 준수조건 위반을 하였다고 하여 구금형에 처하지 않는다는 점에서 가석방과 차이가 나며 보호관찰과 같은 감시적 처분에 소요되는 비용이 필요없다는 사실 또한 일수벌금제도의 장점이라고 소개하고 있다.<sup>231)</sup>

### 3) 현존하는 미국의 일수벌금제

#### (가) 미네소타 주

미네소타 주 법률은 주 양형위원회가 모범 일수벌금제를 구축할 것을 요구하고 있다. 미네소타 주 일수벌금제에서는 두가지 단계의 양형절차를 거친다. 첫 번째 양형절차에서 법원은 피고인이 범한 범죄와 전과에 따라 형벌점수를 산정한다. 두 번째 양형절차에서 법원은 산정된 형벌점수를 피고인의 재정적 상태와 결부된 요소를 곱한다. 미네소타 주 일수벌금제의 목표는 피고인이 범한 행위의 중대성에 비례하는 벌금형을 가한다는 의미와 피고인 각자의 구체적 재정상태에 공평하게 영향을 미칠 수 있는 벌금형을 산정한다는 의미를 지니고 있다. 나아가, 미네소타 주 법률은 벌금납부 능력에 제한되거나 없는 경우 벌금 대신에 사회봉사명령에 처할 수 있다는 규정을 두고 있다.<sup>232)</sup>

#### (나) 푸에르토리코

푸에르토리코의 현행 법률은 일수벌금제를 규정하고 있다. 먼저, 푸에르토리코 법률은 일수벌금제에 있어 일수의 하한을 1일로 상한을 90일로 기술하고 있다. 벌금부과대상자에게 적용될 일수가 결정되고 나면 법원은 피고인의 일별 소득을 고려하여 1일당 벌금액수가 결정된다. 1일당 벌금액수의 하한은 1달러이며 상한은 44달러이다.<sup>233)</sup>

또한, 흥미로운 것은 푸에르토리코에서는 일수벌금과 구금과 결부된 사회봉사 간에 환형이 가능하다는 점이다. 즉, 피고인이 일수벌금 중 납부를 하지 않은 부분에 대해서는 사회봉사명령을 하도록 하고 있다. 이 벌금 미납분에 상응하는 사회봉사에 처하기 위해서 피고인을 구금에 처할 수 있다. 다만, 구금일수는 90일을 넘지 못한다.<sup>234)</sup> 푸에르토리코

230) Edwin W. Zedlewski, Nat'l Inst. of Justice, U.S. Dep't of Justice, NCJ 230401, Alternatives to Custodial Supervision: The Day Fine 10 (2010).

231) *Id.*, at 2.

232) MN Stat. § 244.16.

233) PR Stat. T. 33 § 4683.

법률에 따르면, 일수벌금의 1일과 8시간의 사회봉사명령이 상호 대체가능하다고 보고 있다. 반대로 하루 8시간을 상한으로 하는 사회봉사에 대해서는 50달러의 벌금액으로 환형된다고 기술하고 있다.<sup>235)</sup>

## V 결론

미국의 벌금형은 단일한 원칙이나 단일한 체계와 기준에 따라 형성된 것이 아니라 형사사법과 관련된 시대적 이념상, 관련 법률의 목적, 적용되는 원칙, 주된 고려 사항 등에 따라 다양한 모습과 형태로 발전해 왔다. 무엇보다, 범죄행위와 범죄결과의 중대성에 상응하는 형량범위를 설정하는 것이 미국 대다수의 법률의 처벌규정과 양형가이드라인에서 벌금형을 구성하는 방식이다. 이러한 형태의 벌금형의 구성방식은 대부분 입법형성권이라는 입법자의 재량이나 법관의 양형재량으로 형성되고 적용되는 것이 때문에 다른 별도의 정형적 기준을 제시하여 이와 관련된 자의적 재량을 제한하는 것은 쉽지 않다. 사실, 특히 미국 연방의 벌금형 양형기준은 너무나도 세분화된 양형요소를 설정해 놓고 이 양형요소들에 상응하도록 위반점수를 가중하거나 감경하도록 한 다음 이를 일정한 벌금형의 형량범위와 연결시켜 놓았다. 지나치게 세분화된 양형요소를 고정된 점수와 양형기준표로 정형화시킨 것은 필연적으로 여러 가지 예외와 이탈을 다시 규정하게 했으며, 그 예외와 이탈을 위한 기준 하나하나가 독립적인 양형기준으로 보일 정도로 미국 연방의 벌금형 양형기준은 복잡하고 이해하기 힘들게 구성되어 있다. 이처럼 미세하게 개념들을 쪼개서 전문가 이외에는 이해하기 힘든 방식으로 배열한 복잡하고 정밀한 기계 혹은 알고리즘과 같은 미국 벌금형 양형기준이 개별사건별로 진정 정의롭고 정당하며 비례하는 벌금형을 선고하는 것을 보장해 줄 수 있을지는 상당한 의문이라고 하지 않을 수 없다. 이는 특정한 양형요소가 일정한 형량범위에 연결될 경우 마치 범죄성립요건처럼 배심 앞에서 합리적인 의심의 여지없이 증명해야 한다는 간명한 아프렌디 법리가 연방양형기준에 적용되기 힘든 요인이다. 미국 연방양형기준은 강제효를 포기하는 차선책을 제시한 부커 판결로 인하여 겨우 그 형태를 유지하고 살아남았다.

234) PR Stat. T. 33 § 4687.

235) PR Stat. T. 33 § 4686.

그렇지만, 미국의 법원들과 미국 법률, 그리고 양형기준에서 금전형에 대해 제시하고자 한 기준들 중 몇 가지는 상당히 시사하는 바가 크다. 특히, 행위자의 지위, 성격, 능력을 벌금형 산정의 주요한 요소로 삼는 부분을 눈여겨 보아야 한다. 행위자가 처한 상황에 비추어 과도한 금전형을 부과하는 것은 행위자를 악순환의 함정에 빠뜨리게 된다. 즉, 행위자는 높은 금전형으로 인하여 장기간 동안 채무자가 될 수 있으며, 고용, 주거 및 사회적으로 생산적인 활동을 할 기회를 박탈당하고, 때로 벌금 미납으로 인한 구금처분과 운전면허 취소처분을 당하는 것은 재정적인 불안정성을 증폭하는 결과를 가져오게 된다. 이는 행위자를 다시 재범의 수렁으로 몰고가는 요인으로 작용할 수도 있다.

그래서, 몇몇 미국 연방 법원을 중심으로 금전형의 적정성 판단을 위해서는 피고인의 재정적 능력이라는 요소가 중요하게 고려되어야 한다고 판시한 부분을 면밀히 참조할 필요가 있다. 주의할 것은 피고인의 벌금납부 능력이라는 것은 단순히 문제된 형사절차에서 보석금이나 변호사선임과 결부된 금전적 지불능력을 보여주었는지 여부로 판단하는 것이 아니라 교육, 직업, 자산, 등의 다양한 사실을 종합적으로 고려하여 장래 벌금 납부능력에 초점을 맞추어야 하는 간단하지 않은 문제라는 사실이다. 여기서, 미국 연방제11항소법원에서 주거권을 박탈이라는 결과를 가져올 수 있는 벌금형의 부과는 허용될 수 없다고 본 것은 상당히 구체적이며 실질적인 접근법이라고 할 수 있겠다. 이러한 미국 연방법원들의 벌금형의 실체적 적정성을 미국 연방 헌법 제8조에 기초하여 심사하여야 한다는 접근법은 최근 들어 피고인이 단체인 경우에도 그대로 적용될 수 있는 방법이 열리기 시작했다. 미국 연방 제3항소법원은 법인이 벌금 납부능력이 있어야지 형벌의 비례성 원칙에 위배되지 않는 것이라고 판시한 바 있다.

이러한, 미국 연방 법원의 행위자의 벌금 납부능력이라는 요소를 중시하는 접근법은 미국의 여러 법률과 양형기준에도 역시 반복해서 등장한다. 미국 연방양형기준에는 피고인 및 피고인의 부양가족에 부담을 줄 정도의 벌금을 부과하는 것을 지양해야 한다고 규정하고 있으며 벌금총액을 한 번에 납부하라고 하기보다 여러 번 분납을 요구한다든지 보호관찰을 받는 동안 납부하라고 유예기간을 둔다든지 등의 대안적 형선고를 해야 한다. 연방 양형기준은 피고인의 벌금 납부능력의 평가를 위하여 보석금 납부 사실이나 국선변호인 선임 사실을 중요한 참고자료로 할 수 있도록 하고 있다. 이뿐만 아니라, 일리노이 주와 펜실베이니아 주에는 벌금형이 피고인의 벌금납부 능력 전반에 미치는 효과를 피해자 배상이나 보상과 연관시켜 고려해야 한다는 규정을 두고 있다는 점도 흥미롭다. 그런데, 연방



양형기준에 따르면 법원은 피고인에게 재산상태에 대하여 성실하게 공개할 것을 요구할 수 있으며 피고인이 고의로 소득과 재산에 대하여 허위보고한 경우 양형기준의 위반 수준을 가중적으로 상향시킬 수 있다고 규정하고 있다는 부분은 흥미롭다. 이뿐만 아니라, 법인의 벌금 납부능력은 양형기준을 본격적으로 적용하기 전에 예비적 판단 대상이라고 기술하고 있다. 즉, 법원은 양형절차의 초입에 법인의 벌금 납부능력을 판단하는 과정을 구성해야 한다는 의미이다.

일수벌금제는 대표적으로 행위자 요소를 고려하여 벌금형을 산정하는 방식이다. 물론, 일수벌금제는 위반행위의 중대성에 따라 위반일수를 결정한다. 다만, 1일당 벌금액을 산정할 때에는 위반행위의 성격이나 중대성과는 관계없이 행위자의 소득이나 재산만을 고려한다. 일수벌금제는 1980년대에 몇차례 지방법원을 중심으로 시행된 실험이 성공적인 결과를 보여주었다. 당시 시행된 일수벌금제의 내용을 살펴보면 일급 및 부양가족 수를 기반으로 한 1일당 벌금단위를 산정하는 방식이라든지 행위의 중대성에 비추어 일수의 하한과 상한을 결정하도록 하는 방식은 그 어떠한 벌금형 양형기준과 비교하여 보아도 상당히 적절한 내용으로 정치하게 구성되어 있다는 것을 쉽게 알 수 있다. 1980년대 이후 미국 전반에 유행한 강제효를 가진 양형기준이 수립되는 과정에서 일수벌금제와 관련된 논의는 그 힘을 잃었지만, 오히려 근래 미국 법무부 등에서도 일수벌금제의 합리성과 효율성을 다시 주목한 바 있다. 현재 미네소타 주와 미국령 푸에르토리코에는 일수벌금제를 시행하고 있다. 주목해야 할 부분은 일수벌금제와 사회봉사명령의 환형을 상호간에 할 수 있다고 규정한 푸에르토리코의 입법이다. 푸에르토리코의 법률에는 일수벌금의 1일과 사회봉사 8시간이 상호대체가 가능하며 반대로 사회봉사 8시간에 대해서는 50달러의 벌금액으로 환형된다고 기술하고 있다.<sup>236)</sup> 이는 금전형과 구금형 또는 금전형과 사회봉사명령 간의 환형처분을 정치하게 합리화하기 위해서는 일수벌금제를 도입하는 것이 하나의 방법이 될 수 있다는 좋은 범례로 보인다.

한편, 미국 연방대법원은 법률상의 근거없이 벌금미납을 이유로 구금형에 처할 수 없다고 판시하여 벌금형의 환형처분과 관련해서도 법률주의와 적정절차를 준수해야 한다는 것을 천명한 부분 또한 주의깊게 살펴보아야 한다. 사실 벌금, 보상금 및 배상금 미납을 이유로 구금이나 사회봉사명령 처분과 같은 대체처분을 하는 것 자체는 위법이 아니며 상당히 많은 미국의 관할에서 사용되고 있다.<sup>237)</sup> 다만, 미국 연방대법원은 벌금납부를

236) 앞의 '현존하는 미국의 일수벌금제' 부분 참조.

조건으로 하는 보호관찰이지만 피고인이 납부능력이 있는데도 고의로 벌금을 납부하지 않았다는 사실에 대한 증거가 없이 벌금미납만을 이유로 취소하는 것은 정당하지 못하다고 판시했다. 이뿐만 아니라 피고인이 장애인이며 무직이어서 심지어 끼니를 해결하지 못한 상태라면 벌금미납만을 이유로 자동차 면허증을 정지하는 처분은 부당하다고 판시했다. 즉, 벌금형에 대한 환형처분을 가할 시에 피고인의 생계유지 상태를 면밀히 고려하는 과정이 있어야지 적정절차와 평등권 위반이 아니라고 본다는 것이다. 이러한 견지에서 미국 법무부는 벌금미납시 대체적 제재수단을 사용할 때에는 반드시 적정절차 원칙을 준수하여야 한다고 권고하고 있다. 이뿐만 아니라 벌금형의 대체수단으로 구금을 하는 것은 지양해야 하며 운전면허정지 처분도 가혹하다고 보고 있다. 대신에, 벌금납부 기간의 연장, 벌금액의 감경, 수강명령, 사회봉사명령 등이 합리적인 대체적 처분이 될 수 있다고 본다.<sup>238)</sup> 미국 변호사협회는 여기서 한 발 더 나아가고 있다. 어떠한 법령에 기초해서도 벌금을 취소하거나 감경하는 권한을 제약해서는 안 된다는 권고지침을 제시했다. 이는 무자력의 피고인이 벌금을 납부하지 못할 경우 벌금을 감경하고 취소할 수 있는 퇴로를 열어 두어야 한다는 의도로 마련된 규정이다. 이외에도 미국 변호사협회는 개별 피고인의 구체적인 사정을 고려할 수 있는 매우 상세한 지침을 제시하며 벌금형의 선고여부, 액수, 납부방법 등을 결정할 수 있도록 하고 있다.<sup>239)</sup>

다만, 미국 벌금형 양형기준에 있어 행위자의 전과는 다른 여러 가지 다른 양형요소와 다른 특별한 취급을 받지 않는다. 사실, 구금형 양형기준에 있어서 전과는 양형기준표의 가로축을 구성했다. 즉, 적어도 벌금형을 산정하는데 있어 행위자의 전과라는 요소는 가장 핵심적인 판단대상이 아니라고 본 것이다. 그렇다고 하더라도, 연방양형기준에서 피고인의 전과는 위반수준을 상향조정하거나 위반점수를 가중시키는 요소가 될 수 있다. 물론 단체의 전과 또한 단체의 위반 수준을 상향시켜서 결과적으로 벌금을 상향시키는 요인으로 작용할 수 있다.

미국의 법령과 양형기준에는 행위자가 단체인 경우 벌금형 산정 기준에 대한 매우 흥미로운 규정들이 많다. 우선, 단체에 대한 벌금형 수준은 대체로 개인에 대한 벌금형 수준보다 2~3배가량 높도록 설정된다. 미국 연방의 벌금형개선법(The Criminal Fines Improvement) 단체에 대한 벌금형 상한을 개인에 대한 벌금형 상한 보다 2배 높게 책정

237) 앞의 '벌금미납 시의 대체처분' 부분 참조.

238) 위의 '미국 법무부의 지침' 부분 참조.

239) 위의 '미국 변호사협회의 벌금형 기준' 부분 참조.

해 놓았다. 또한, 단체의 위반 수준을 조정하는 유책성 점수에 상응하는 승수(multiplier)를 개인에 대한 벌금형 양형기준과는 달리 별도로 설정하여 유책성이 가중될수록 벌금형의 형량범위가 증폭될 수 있도록 구성해 놓았다. 게다가, 미국 연방양형 기준은 단체의 규모 자체를 위반 수준을 가중시킬 수 있는 요소가 된다고 규정하고 있다. 나아가, 연방 양형기준에는 단체의 주된 목적과 활동이 범죄와 결부되어 있다면 단체의 자산 모두를 박탈할 수 있도록 하는 인상적인 규정을 두고 있다는 사실을 참조할 필요가 있다. 여기에 그치지 않고 단체가 범죄로 인하여 얻은 수익액 전체를 몰수형이외에 별도로 벌금형을 통해서도 환수할 수 있도록 하고 있다. 만일, 시장독점적 위법행위의 결과가 매출액이라는 점을 고려하여 독점금지법 위반의 경우 매출액의 20%를 상한으로 벌금형을 선고할 수 있는 등의 단체에 대한 벌금형 양형기준의 특칙을 두고 있다는 점 또한 눈여겨 보아야 한다. 다른 무엇보다, 미국 연방 양형기준은 단체가 효과적인 준법 및 윤리프로그램을 마련하여 운영하여 범죄사실에 대한 자수나 신고 등 형사사법기관과의 상호관계가 잘 작동한 경우 위반 수준을 감경하거나 심지어 기소유예처분을 해 주도록 하고 있다.

한편, 미국의 법령과 양형기준에는 범죄행위로 인한 피해액이나 이득액을 기초로 벌금형의 형량범위를 설정하는 방식을 택하고 있는 경우가 상당히 많다. 우선 벌금형집행법(The Criminal Fine Enforcement)과 이를 계승한 벌금형개선법(The Criminal Fines Improvement)은 이득액이나 손해액의 두배를 상한으로 하는 벌금형을 규정하고 있다. 플로리다 주 등의 주법률에도 이득액과 손해액의 두배를 상한으로 하는 벌금형이 규정되어 있는 경우들이 있다. 나아가, 미국 연방양형기준의 재산적 법익을 침해하는 범죄의 경우 피해액이 일정 범위를 넘게되면 벌금형의 형량범위는 피해액을 기준으로 결정되도록 구성되어 있다. 절도 등 범죄에 적용되는 피해액 기준 위반 수준의 결정표는 다른 범죄에도 준용되도록 규정되어 있다. 물론, 개별 범죄별 성격에 따라 피해액 기준 위반 수준을 결정하는 방식은 다른 경우도 존재한다.<sup>240)</sup> 연방 양형기준은 독점금지법위반행위가 있을 경우 해당 행위와 결부된 매출액의 20퍼센트를 벌금액으로 할 수 있도록 규정하고 있다. 연방 자원보존법은 위반행위와 결부된 금액의 300퍼센트에서 1000퍼센트 사이를 벌금형의 형량범위로 설정해 놓고 있다. 연방수질오염통제법은 위반행위가 있는 일수를 계산한 다음 해당 일수를 1일당 50,000달러를 상한으로 하는 액수를 곱하여 벌금액을 산정하도

240) 앞의 <표 : 연방양형기준-절도 등 범죄에서 피해액이 6,500달러를 초과하는 경우의 위반 수준 가중> 및 <표 : 연방양형기준-강도 범죄에서 피해액이 20,000달러를 초과하는 경우의 위반 수준 가중> 및 <표 : 연방양형기준-주거침입절도 범죄 피해액에 상응하는 점수가중> 참조.

록 하고 있다. 심지어 리코법은 이득액이나 피해액을 넘어 불법자금세탁과 관련된 자산가치 전체의 두 배를 상한으로 하여 벌금형을 선고할 수 있다고 보고 있다. 주의할 것은 피해액과 이득액을 기준으로 벌금형을 부과하는 것이 예방효과나 위화력을 확보하는데 반드시 효과적이지는 않다는 점이다. 미국 변호사협회는 법률과 양형기준에 규정된 벌금액수를 범죄자를 포착하고 체포하는 확률에 비추어 개별 범죄자에 배분될 벌금액수로 전환해야지만 해당 규정의 벌금의 실질적 예방효과가 판단될 수 있다는 난점을 지적하고 있다.<sup>241)</sup>

미국 법령이나 양형기준에 있어 벌금형 산정에 사후적인 보상이나 비용 문제 또한 중요한 고려요소가 된다. 우선, 피해자에 대한 보상이나 배상에 대한 고려가 상당히 중요하게 취급되고 있다는 점을 유의깊게 볼 필요가 있다. 첫째로 벌금액수를 과도하게 책정함으로써 피해자에 대한 민사적 보상이나 배상에 지장이 가지 않도록 해야 한다. 둘째로, 피해자에 대한 보상이나 배상을 해주었다는 사실은 사후적이지만 피해회복이나 가해사실에 대한 반성이나 사과가 있었다는 것을 의미하므로 유책성이 상대적으로 낮아졌다고 판단할 수 있다. 양형기준에서는 피해자에 대한 보상이나 배상이 있는 경우에 위반수준을 감경하거나, 양형기준을 이탈을 정당화하거나, 벌금액수의 산정에 직접 고려하는 등 여러 가지 방법으로 벌금액수를 감경할 수 있도록 하고 있다. 또 하나의 흥미로운 점은 연방 양형기준에서 단체에 대하여 일정비율 이상의 소유권을 지닌 개인이 범한 동일한 범죄에 대하여 이미 단체에 벌금형이 선고된 경우 개인에 대한 벌금액수를 산정할 때 일정비율로 감축해 줄 수 있다고 규정한 부분이다. 이와는 반대로, 연방 양형기준은 구금, 보호관찰, 가석방으로 발생할 수 있는 교정비용을 벌금형 산정에 고려해야 한다는 접근법을 채택하고 있다. 이는 교정비용이 높아질수록 그 부담을 벌금액수를 높여서 피고인에게 부담시킬 수 있다는 접근법을 채택한 것이다.

241) 앞의 '미국 변호사협회의 벌금형 기준' 부분 참조.

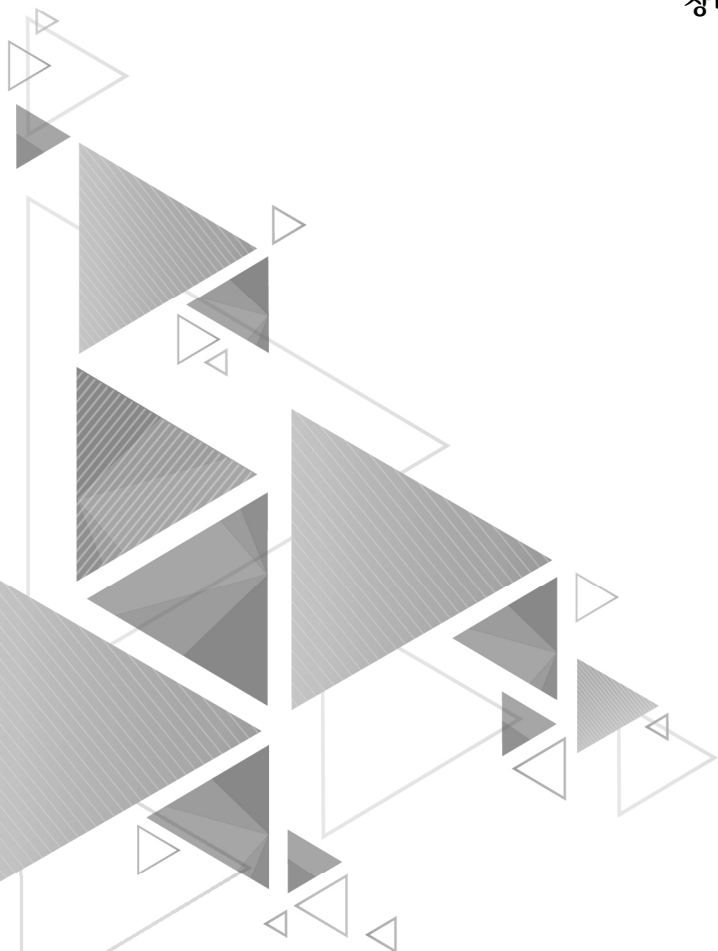
## 제2세션

[발표 및 토론] 벌금형 산정의 기준

지정토론

# 「벌금형 산정의 기준」 토론문

장태영(서울고등법원 춘천재판부 판사)





## 「벌금형 산정의 기준」 토론문

장태영(서울고등법원 춘천재판부 판사)

1. 먼저 고견을 들려주신 발표자에게 깊은 감사의 말씀을 드립니다. 벌금형 양형기준에 관한 논의에 커다란 도움이 될 것으로 기대합니다. 발표자에게 구체적인 질문을 드리기 보다는 아래와 같이 발표문 내용 중 일부에 대한 간략한 코멘트를 하고 토론자의 짧은 소견을 조금이나마 표명하고자 합니다.
2. 발표자께서는 미국 연방 양형기준(Federal Sentencing Guidelines, 이하 ‘연방 양형기준’이라 합니다)은 향후 벌금형 양형기준을 설정하는데 일정한 범위 내에서 시사점을 줄 수 있고 참고자료가 될 수 있다고 판단하였습니다. 그리고 연방 양형기준 중 Chapter Five(Determining the Sentence), Part E(Restitution, Fines, Assessments, Forfeitures)와 Chapter Eight(Sentencing of Organizations), Part C(Fines)를 중심으로 소개·분석하였습니다.
3. 현재 설정·시행 중인 양형기준은 범죄군별로 독립적인 내용을 정하는 ‘개별적 양형기준’입니다.<sup>1)</sup> 벌금형 양형기준은 선거범죄에만 설정되어 있습니다. 연방 양형기준은 범죄군 전반에 일률적·통일적 기준을 정하는 ‘망라적 양형기준’으로 볼 수 있습니다.<sup>2)</sup> 선거범죄 외에 추가로 벌금형 양형기준을 설정한다면, 먼저 설정 대상 범죄군을 선정하고, 해당 범죄군에 대한 개별적 양형기준을 설정하는 것이 타당하다고 판단합니다. 실제로 양형위원회는 2022. 3. 28. 제114차 정기회의에서 ‘벌금형 양형기준은 범죄군별로 설정한다’, ‘벌금형 양형기준은 우선 교통범죄에 대하여 설정하고 추후 설정 대상 범죄군을 점진적으로 확대해간다’는 내용이 포함된 「벌금형 양형기준 설정 원칙」을 의결하였습니다.<sup>3)</sup> 연방 양형기준의 내용을 벌금형 양형기준 설정에

1) 양형위원회, 2021 양형기준, p. 731.

2) 망라적 양형기준은 개별 범죄의 특성을 반영하기 어렵고, 설정 작업이 매우 포괄적이고 난해하다는 단점이 있습니다. 이와 관련하여, 사법정책연구원(연구책임자 백광균), 벌금형 양형기준에 관한 연구(연구총서 2020-15), p. 19; 손철우, “우리나라 양형기준 설정의 주요 쟁점과 과제”, 사법 제8호(2009), p. 113 참조.

수용·참작함에 있어서는 범죄군별 개별적 양형기준이라는 우리 제도의 특성에 부합하는 부분을 선별할 필요가 있다고 생각합니다.

4. 연방 양형기준은 개별 양형인자를 상당히 자세하게 수량화해서 반영하고 있습니다. 이러한 수량화는 일견 정치한 양형기준 설정에는 도움이 될 수도 있지만, 우리의 법률적 측면과 형사정책적 측면에서 다소간 난점이 있고,<sup>4)</sup> 양형에 관한 법원의 합리적인 재량 판단을 제약할 우려가 있습니다.<sup>5)</sup> 양형기준에서는 양형인자의 수치화 또는 계량화를 채택하지 않는다는 점을 분명히 하였습니다.<sup>6)</sup> 발표자께서도 연방 양형기준의 점수화와 복잡다단한 방식이 진정 합리적이고 적절한지, 적당한 벌금형을 부과하는 목적에 부합하는지 의문이 있다는 의견을 제시하셨습니다(발표문 33쪽).
5. 발표자께서는 연방 양형기준에서 벌금액을 산정할 때 피고인의 벌금 납부능력을 고려하도록 정한 부분을 주목할 필요가 있다고 보았습니다.<sup>7)</sup> 그리고 미국 법원이 피고인의 재정 능력을 중요하게 고려하는 점을 면밀히 참조할 필요가 있다고 언급하셨습니다(발표문 33, 44쪽). 그런데 우리의 법체계는 ‘총액 벌금형’(법정형의 범위 내에서 일정 금액을 총액 형태로 부과)을 채택하고 있고, 피고인의 경제력을 고려할 수 있도록 정한 명시적인 규정이나 제도는 찾기 어렵습니다. 형법 제51조는 형을 정함에 있어 참작해야 하는 양형의 조건을 규정합니다.<sup>8)</sup> 양형의 조건은 예시이기는 하나<sup>9)</sup> 피고인의 경제력은 명시되어 있지 않습니다. 법원조직법 제81조의6 제3항은 양형기준을 설정·변경할 때 고려해야 하는 사항을 규정합니다.<sup>10)</sup> 포괄적인 기타 규정(제8호)이 있기는 하나 역시 피고인의 경제력은 명시되어 있지 않습니다. 총액 벌금

3) 양형위원회, 벌금형 양형기준 설정 원칙 의결의 건, 의안번호 제2022-9호(2022. 3. 28. 제114차 정기회의).

4) 이와 관련하여, 손철우, “우리나라 양형기준 설정의 주요 쟁점과 과제”, 사법 제8호(2009), pp. 119 이하 참조.

5) 양형은 법정형을 기초로 하여 형법 제51조에서 정한 양형의 조건이 되는 사항을 두루 참작하여 합리적이고 적절한 범위 내에서 이루어지는 재량 판단입니다(대법원 2015. 7. 23. 선고 2015도3260 전원합의체 판결 참조).

다만, 사실심법원의 양형에 관한 재량도, 범죄와 형벌 사이에 적절한 균형이 이루어져야 한다는 죄형 균형 원칙이나 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙에 비추어 당해 피고인의 공소사실에 나타난 범행의 죄책 내 양형판단의 범위에서 인정되는 내재적 한계를 가집니다(대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도1816 판결 참조).

6) 양형위원회, 2021 양형기준, p. 739.

7) U.S.S.G. § 5E1.2 (d)(2).

그리고 연방 양형기준은, 피고인이 벌금을 납부할 수 없고 향후에도 납부할 수 없다는 점을 증명하는 경우를 벌금을 부과할 수 없는 예외 사유로 정합니다. U.S.S.G. § 5E1.2 (a).

8) 형법 제51조가 정한 양형의 조건은 ‘1. 범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 2. 피해자에 대한 관계, 3. 범행의 동기, 수단과 결과, 4. 범행 후의 정황’입니다.

9) 양형의 조건은 열거가 아니라 예시입니다(대법원 2017. 8. 24. 선고 2017도5977 전원합의체 판결 참조).

10) 법원조직법 제81조의6 제3항이 정한 고려 사항은 ‘1. 범죄의 유형 및 법정형, 2. 범죄의 중대성을 가중하거나 감경할 수 있는 사정, 3. 피고인의 나이, 성품과 행실, 지능과 환경, 4. 피해자에 대한 관계, 5. 범행의 동기, 수단 및 결과, 6. 범행 후의 정황, 7. 범죄 전력, 8. 그 밖에 합리적인 양형을 도출하는 데 필요한 사항’입니다.



형에 대하여는 오래전부터 피고인의 자력에 따라 형벌 효과가 달라진다는 문제점이 지적되었습니다. 이에 따라 피고인의 자산과 1일 평균 수입을 기준으로 또는 1일 평균 수입만을 기준으로 벌금형의 일수(日數) 정액을 정하는 ‘일수 벌금형’을 도입하는 내용의 형법 개정안이 2건 발의되어 있습니다.<sup>11)</sup> 발표자께서는 일수 벌금형 도입을 긍정적으로 평가합니다(발표문 45쪽). 다만, 재산 비례형 벌금형 또는 일수 벌금형의 도입 여부와 도입하는 경우 구체적인 제도의 내용은 국민적 합의가 필요한 사항이고 입법정책의 영역에 해당한다고 생각합니다. 한편 미국 법원이 벌금액 산정에서 피고인의 재정 능력을 고려한다고 판시하는 일련의 판결을 선고한 배경에는 헌법적 요청, 즉 과도한 벌금을 부과할 수 없다고 정한 미국 수정 헌법 제8조가 있다고 생각합니다.<sup>12)</sup> 벌금형 양형기준에 피고인의 경제력을 참작하는 내용을 포함시킨다면, 입법이 필요한 사항을 양형기준에서 정한다는 지적이 제기될 수 있을 것 같습니다.

6. 이러한 지적은 차치하고, 벌금형 양형기준에 피고인의 경제력을 양형인자로 반영한다고 하였을 때, 구체적으로 어떤 내용을 포함시킬지도 상당히 어려운 문제라고 생각합니다. 경제력의 명확한 의미와 판단 기준이 제시되지 못한다면, 양형심리에 많은 혼란과 부담을 야기할 수 있습니다. 그리고 어떤 기준이 제시된다고 하더라도, 법원이 피고인의 경제력을 조사확인하는 과정에서 상당한 노력, 비용, 시간이 소요될 것으로 예상합니다. 한편 연방 양형기준은 보석보증금을 납입하지 못한 사실이나 국선변호인이 선임된 사실이 벌금 납부능력을 판단함에 있어 중요한 고려 요소가 될 수 있다고 설명합니다.<sup>13)</sup> 그런데 우리의 경우 징역형, 금고형이 아닌 벌금형이 선택될 수 있는 사건에서는 보석보증금 납입 여부가 문제될 여지가 상당히 적고(대체로 피고인 불구속 상태), 법원이 보석보증금을 보석보증보험증권 첨부으로 보증서로 갈음할 수 있도록 정하는 경우가 많으며, 국선변호인이 선임되는 사건이 매우 많다는

11) > 형법 일부개정 법률안(소법철 의원 대표발의), 의안번호 6693(2020. 12. 17.).

제45조(벌금)

② 벌금형의 일수는 1일 이상 3년 이하로 하고, 일수 정액은 1천만원 이하로 한다.

③ 법원은 벌금형의 일수 정액을 정함에 있어 피고인의 자산과 1일 평균 수입을 기준으로 하되, 판결 선고 당시 피고인의 수입과 재산상태, 유사 직종 종사자의 평균 소득, 부양가족 및 최저생계비 등을 고려하여야 한다.

> 형법 일부개정 법률안(이탄희 의원 대표발의), 의안번호 4271(2020. 9. 28.).

제45조(벌금)

② 벌금형의 일수는 1일 이상 365일 이하로 하고, 일수 정액은 1만원 이상 1천만원 이하로 한다.

③ 법원은 벌금형의 일수 정액을 정함에 있어 피고인의 1일 평균 수입을 기준으로 하되, 판결 선고 당시 피고인의 수입과 재산상태 및 유사 직종 종사자의 평균 소득 등을 고려하여야 한다.

12) U.S.C.A. Const. Amend. VIII.

“Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.”

13) U.S.S.G. § 5E1.2 Commentary 3.

점에서 위와 같은 연방 양형기준의 내용을 참작하는데 다소간 한계가 있다고 생각합니다.

7. 발표자께서는 미국의 여러 사례를 들어 특별한 근거 없이 벌금 미납이 구금으로 이어지는 것은 바람직하지 않다고 보았습니다(발표문 7쪽 이하, 37, 45쪽). 대검찰청이 공개한 ‘2020년 벌과금등 집행실적 보고서’에 의하면, 벌금형 집행에서 유치 집행을 차지하는 비중이 상당히 크다는 점을 알 수 있습니다.<sup>14)</sup> 이와 관련하여 벌금형이 왜곡되고 그 취지가 몰각된다는 지적이 있습니다. 다만, 현행 형법에 의하면, 벌금 미납은 노역장 유치로 이어질 수밖에 없습니다.<sup>15)</sup> 「벌금 미납자의 사회봉사 집행에 관한 특례법」(이하 ‘벌금미납자법’이라 합니다)이 2009년 제정되어 벌금 미납자에 대한 노역장 유치를 사회봉사로 대신하여 집행할 수 있는 특례와 절차를 규정하고 있습니다.<sup>16)</sup> 실무상 법원은 사회봉사 허가 청구를 인용하는 경우 대체로 노역장 유치 1일당 8시간의 비율로 계산한 시간의 사회봉사를 명합니다.<sup>17)</sup> 한편 연방 양형기준은 합리적인 분납 일정에도 불구하고 피고인이 벌금의 전부 또는 일부를 납입할 수 없거나 벌금이 피고인이 부양하는 사람에게 부당한 부담을 주는 경우, 법원이 벌금을 감경 또는 면제할 수 있고, 이 경우 대체 제재로서 사회봉사가 선호될 수 있다고 정합니다.<sup>18)</sup> 그러나 우리의 경우 벌금미납자법에 따른 사회봉사를 제외하고,

14) 대검찰청 2020년 벌과금등 집행실적 보고서(2020년 1월 ~ 12월).

(<https://www.spo.go.kr/site/spo/ex/itgtSearch/itgtSearchListAll.do>) (2022. 5. 25. 최종 방문)

구분	집행				
	현금 납입	유치 집행	사회봉사 집행	공제	계
건수	439,007	19,725	3,531	6,719	468,982
금액	1,139,674,909,481	867,421,215,538	6,544,526,290	203,939,379,481	2,217,580,030,790
구분	미제				
	유치 집행 중	사회봉사 집행 중	집행 정지	순미제	계
건수	13,472	4,890	8	121,653	140,023
금액	3,374,068,023,132	10,590,173,831	21,295,000	1,567,136,682,580	4,951,816,174,543

15) 형법 제69조 제2항은 벌금 미납자는 1일 이상 3년 이하 노역장 유치를 하도록 규정하고 있습니다. 그리고 형법 제70조는 벌금을 선고할 때에는 노역장 유치기간을 정하여 동시에 선고하여야 하고, 선고하는 벌금이 1억원 이상 5억원 미만인 경우에는 300일 이상, 5억원 이상 50억원 미만인 경우에는 500일 이상, 50억원 이상인 경우에는 1천일 이상의 노역장 유치기간을 정하여야 합니다.

16) 500만 원 이하의 벌금형이 확정된 벌금 미납자는 검사의 납부명령일부터 30일 이내에 주거지를 관할하는 지방검찰청의 검사에게 사회봉사를 신청할 수 있습니다(벌금미납자법 제4조 제1항, 벌금미납자법 시행령 제2조). 신청을 받은 검사는 법원에 사회봉사 허가를 청구하여야 하고, 법원은 14일 이내에 벌금 미납자의 경제적 능력, 사회봉사 이행에 필요한 신체적 능력, 주거의 안정성 등을 고려하여 사회봉사 허가 여부를 결정합니다(벌금미납자법 제5조 제1항, 제6조 제1항).

17) 법원이 벌금형을 부과하면서 대체로 노역장 유치 1일 10만 원을 함께 정하는 경우가 많으므로, 예컨대 벌금 100만 원 미납으로 인한 노역장 유치를 사회봉사로 대체하여 집행한다면 사회봉사 시간은 80시간이 됩니다.

18) U.S.S.G. § 5E1.2 (e).

이미 확정된 벌금형을 감경 또는 면제할 수 있는 제도는 마련되어 있지 않습니다.<sup>19)</sup> 그리고 무엇보다 벌금 미납이나 사회봉사와 관련된 문제는 벌금액이 적정해야 한다는 측면에서 벌금형 산정과 관련된 측면이 있겠지만(결국은 벌금액 산정에서 피고인의 경제력을 반영할지, 반영한다면 구체적으로 어떠한 내용으로 반영할지에 관한 문제로 회귀되는 측면도 있습니다), 상당 부분은 벌금형 집행에 관한 것이므로 벌금형 양형기준에는 포함되기 어려운 내용이라고 생각합니다. 물론 위와 같은 논의는 향후 환형 유치에 대한 양형기준과 벌금형 집행유예에 대한 양형기준을 설정할지 여부를 결정하고 설정한다면 어떠한 내용을 포함시킬지 논의하는데 많은 도움이 될 것으로 기대합니다.

8. 연방 양형기준은 벌금액을 산정할 때 피고인이 이행하였거나 이행하기로 약정한 피해 보상이나 피해 회복, 피고인이 유사한 범죄로 벌금형의 형사처벌을 받은 전력을 고려하도록 정합니다.<sup>20)</sup> 그중 피해 회복은 피고인이 자발적으로 피해를 보상하거나 회복하였다는 범행 후 정황을 참작하고, 벌금액이 피해자에 대한 원만한 배상에 지장을 주지 않도록 배려하는 고려 사항입니다.<sup>21)</sup> 향후 설정하는 벌금형 양형기준에서 피해 회복을 중요한 감경인자로 반영할 필요가 있다고 생각합니다. 실제로 여러 범죄군별 양형기준에서 처벌불원, 피해 회복을 위한 진지한 노력, 상당 부분 피해 회복된 경우, 상당 금액 공탁, 일부 피해 회복을 특별감경인자 내지 일반감경인자, 집행유예에 관한 주요긍정사유 내지 일반긍정사유로 고려하도록 정하고 있습니다. 한편 선거범죄 양형기준(징역형과 벌금형)에서 ‘동종 전과(벌금형 포함)’를 특별가중인자로 정하고 있습니다. 벌금형이 아닌 징역형에 관한 다른 범죄군별 양형기준에서 동종 벌금형 전과는 특별가중인자 내지 일반가중인자로 고려되지 않고 있습니다. 다만, 집행유예 기준에 관하여 3회 이상 동종 벌금형 전과를 주요부정사유로 정하는 경우는 있습니다. 향후 설정하는 벌금형 양형기준에서 동종 벌금형 전과를 가중인자로 반영할 필요가 있다고 생각합니다.

9. 양형기준은 선거범죄를 제외하고는 모두 징역형에 관하여 설정되어 있고, 인적 범위

19) 참고로 「재산형 등에 관한 검찰 집행사무규칙」(법무부령 제1022호) 제12조가 벌금의 분할납부와 납부연기를 정하고 있습니다. 「국민기초생활 보장법」에 따른 수급권자 등이 분할납부납부연기를 신청하고 검사가 허가하는 경우, 검사가 직권으로 분할납부납부연기를 결정하는 경우가 있습니다. 분할납부납부연기 기한은 6개월 이내로 하되, 검사는 해당 분할납부납부연기의 사유가 소멸되지 않는 경우 3개월의 범위에서 그 기한을 2회에 한하여 연장할 수 있습니다.

20) U.S.S.G. § 5E1.2 (d)(4), (d)(6).

21) 사법정책연구원(연구책임자 백광균), 벌금형 양형기준에 관한 연구(연구총서 2020-15), p. 168.

자체를 공소제기 시에 19세에 도달한 피고인이라고 정하고 있습니다.<sup>22)</sup> 따라서 현재로서는 연방 양형기준 중 Chapter Eight(Sentencing of Organizations)의 내용을 수용·참작하는데 한계가 있다고 생각합니다. 다만, 도로교통법을 비롯하여 많은 개별 법률에 양벌규정이 있으므로, 향후 법인에 대한 벌금형 산정을 논의하는 과정에서 중요한 참고자료가 될 것으로 믿습니다.

10. 양형기준 설정·변경에 관한 것은 아니지만 설정된 양형기준의 적용 및 양형인자의 존부 확정과 관련하여, 발표자께서 언급한 미국 법원의 판결 취지를 참작할 필요가 있다고 생각합니다. 미국 연방대법원은 ‘*Apprendi* 사건’에서 미국 수정 헌법 제6조(신속하고 공개된 배심재판을 받을 권리 등)에 따라 피고인에 대한 형의 상한을 증가시킬 수 있는 사실의 결정은 배심원에 유보되어야 하고, 이러한 사실은 합리적인 의심이 없는 정도로 증명되어야 한다고 판단하였습니다.<sup>23)</sup> 그리고 ‘*Southern Union* 사건’에서 위와 같은 ‘*Apprendi* rule’이 벌금형에도 적용된다고 판시하였습니다.<sup>24)</sup> 양형인자의 존부를 확정하는 것은 권고영역과 형량범위를 결정하는 출발점이 됩니다. 양형기준은 다소 추상적이기는 하나, 법관은 충분한 양형심리를 통해 양형자료를 조사·평가하여 양형인자의 존부를 확정한다고 정하고 있습니다.<sup>25)</sup> 권고영역은 특별양형인자에 의하여 결정되므로, 특별양형인자의 존부 확정 양형기준의 적용에서 매우 중요합니다. 특별양형인자, 특히 특별가중인자의 존부 확정 관련하여 충분한 양형심리를 거쳐야 합니다. 피고인이 불리한 증거조사 결과에 대하여 반박할 수 있도록 의견진술 기회와 증거신청권도 충분히 보장해야 합니다(형사소송법 제293조 참조). 그런데 피고인과 검사가 양형기준과 양형기준에서 정한 구체적인 양형인자에 기초한 양형 주장을 제기하는 경우는 드문 것 같습니다.<sup>26)</sup> 실무상 법원은 판결서 중 양형의 이유에 구체적인 양형인자를 적시하여 양형기준에 따른 권고형의 범위를 산정·기재하고 있습니다. 다만, 양형심리 과정에서 쌍방에게

22) 양형위원회, 2021 양형기준, p. 729.

23) U.S.C.A. Const. Amend. VI; *Apprendi v. New Jersey*, 530 U.S. 466(2000).

24) *Southern Union Co. v. U.S.*, 567 U.S. 343(2013).

25) 양형위원회, 2021 양형기준, p. 742.

한편 대법원은 범죄의 구성요건이나 법률상 규정된 형의 가중·감면의 사유가 되는 경우를 제외하고는, 법률이 규정한 증거로서의 자격이나 증거조사 방식에 구애됨이 없이 상당한 방법으로 조사하여 양형의 조건이 되는 사항을 인정할 수 있다고 판시하였습니다(대법원 2010. 4. 29. 선고 2010도750 판결 참조).

26) 예컨대 강간죄에서 ‘극도의 성적 수치심 증대’는 특별가중인자입니다. 양형인자의 정의에서 극도의 성적 수치심 증대를 구체적으로 설명하고 있기는 하지만, 피고인과 검사가 특별가중인자로서 극도의 성적 수치심 증대의 존부에 관하여 직접적인 공방을 하고 이에 관한 구체적인 증거신청을 하는 경우는 드문 것 같습니다.

특정 양형인자의 존부를 쟁점으로 제시하고 공판을 진행하는 경우가 많지는 않은 것 같습니다. 양형기준 설정·변경도 매우 중요하지만, 설정된 양형기준을 피고인의 방어권을 보장하면서 적법절차의 원칙에 맞게 적용하는 방안도 모색할 필요가 있습니다. 다음과 같은 대법원 판결 취지도 충분히 참작해야 합니다. 즉 별도의 범죄사실에 해당하는 사정에 관하여 합리적인 의심을 배제할 정도의 증명력을 갖춘 증거에 따라 증명되지 않았는데도 핵심적인 형벌 가중적 양형조건으로 삼아 형의 양정을 한 것은 죄형 균형 원칙이나 책임주의 원칙에 위배됩니다.<sup>27)</sup> 그리고 사실심 변론종결 후 검사나 피해자 등에 의해 피고인에게 불리한 새로운 양형 조건에 관한 자료가 제출되었다면, 사실심 법원으로서도 변론을 재개하여 그 양형 자료에 대하여 피고인에게 의견진술 기회를 주는 등 필요한 양형심리 절차를 거침으로써 피고인의 방어권을 실질적으로 보장해야 합니다.<sup>28)</sup> 물론 양형기준의 적절한 적용을 위해서는 양형기준 설정 단계에서부터 논란이 없도록 양형인자를 되도록 명확하게 정하는 것도 필요합니다. 특정 양형인자에 포섭되는 사실과 포섭되지 않는 사실이 무엇인지 쉽고 분명하게 구별할 수 있는 양형인자의 정의를 마련해야 합니다. 끝.

27) 대법원 2008. 5. 29. 선고 2008도1816 판결; 대법원 2020. 9. 3. 선고 2020도8358 판결.

28) 대법원 2021. 9. 30. 선고 2021도5777 판결.



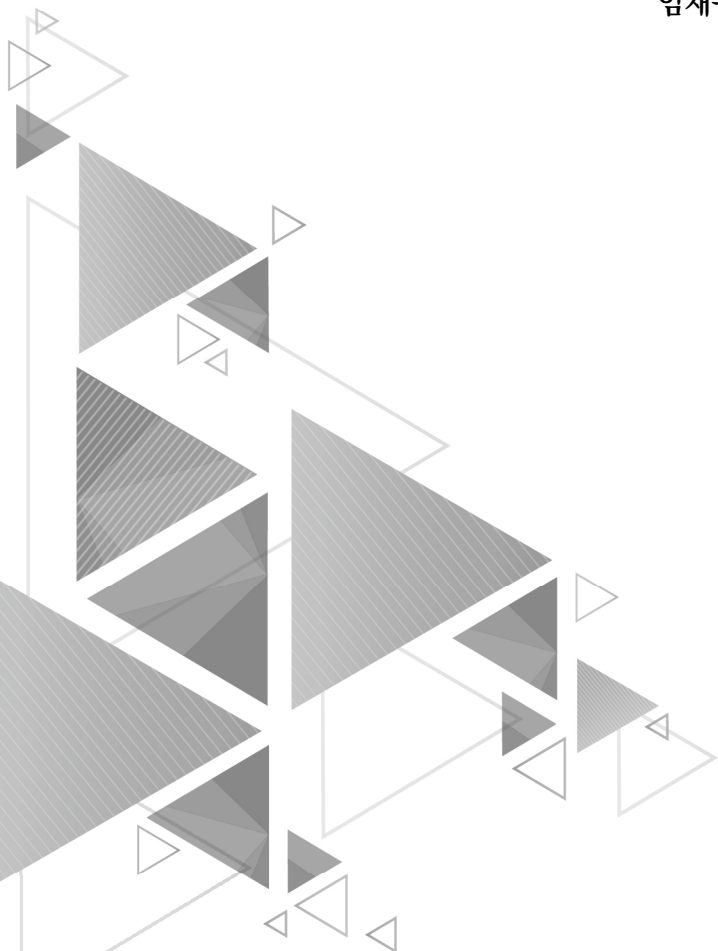
## 제2세션

[발표 및 토론] 벌금형 산정의 기준

지정토론

# 「벌금형 산정의 기준」 토론문

임재웅(의정부지방검찰청 고양지청 검사)







## 「벌금형 산정의 기준」 토론문

임재웅(의정부지방검찰청 고양지청 검사)

강우에 교수님의 발표 잘 들었습니다. 수고많으셨습니다.

미국의 법률, 양형기준 및 판례에 대한 분석을 중심으로 미국의 벌금형 양형 기준과 운영 실무를 상세하게 소개해주신 점 감사드립니다.

벌금형의 양형 기준에 대하여 미국에서 이토록 오랜 역사를 가지고 법리 및 제도를 발전시켜왔다는 것에 대해서 놀랐고, 특히 연방 벌금형 양형 기준에서 행위 기반, 행위자 기반, 이득 또는 피해 기반 등 다양한 측면의 양형 요소를 점수화하여 촘촘하게 양형 기준을 정하고 있는 것이 인상 깊었습니다.

또한, 벌금형 분납제도, 사회봉사 대체제도, 범죄행위로 인한 이득액에 비례한 벌금 병과 제도 등 우리나라 법제에서도 시행 중인 벌금형 관련 법제들이 미국에서는 이미 오래 전부터 역사를 가지고 발전시켜 온 제도였다는 점도 알게 되었습니다.

저는 토론자로서 교수님의 발표 내용을 중심으로, 현재 우리나라 형사사법의 운영에 관여하고 있는 검사의 입장에서 벌금형 관련 업무의 현황, 그리고 바람직하다고 생각하는 벌금형 양형 산정 기준 등에 대하여 말씀드리고자 합니다.

우리나라 법제에서 검사는 크게 피고인을 기소하면서 얼마의 벌금형을 선고하여 달라고 법원에 요청하는 ‘구형 업무’, 그리고 법원에서 선고하여 확정된 피고인에 대한 벌금형을 집행하는 ‘집행 업무’를 통하여 벌금형 관련 업무를 수행하고 있습니다. 이 중 오늘 토론 주제와 관련이 있는 검사의 벌금형 구형 업무에서 검사의 구형 기준에 대하여 말씀드리겠습니다.

검사가 벌금형 사건의 구형에 있어서 가장 중요하게 고려하는 가치는 ‘형평’입니다. 즉, 해당 사건과 유사 동일한 사건에서 보통 선고되고 있는 벌금형의 액수가 가장 중요한 판단 기준이 됩니다.

초범이고, 1회적인 단순·우발성 폭행으로 피해자에게 전치 2~3주의 상해가 발생한 사건에 대하여 법원에서 보통 100만원에서 200만원의 벌금을 선고하고 있는 것이 법원의 선고 경향이라면 검사는 특별한 다른 양형 요소가 없는 이상 그 경향에 따라 구형하고 있으며, 검사의 개인적 직무 판단에 의하여 법원의 선고 경향을 이탈하는 것은 최대한 지양하고 있습니다.

그리고 그와 같은 경향을 참조하는 일환으로 검사의 업무경험, 검찰 내부의 사건처리 기준, 판결문 검색 시스템 등이 이용되고 있습니다.

다음으로 고려하는 것은 ‘응보 및 예방적 효과’입니다. 즉 피의자에게 어느 정도의 벌금형을 부과해야 해당 피의자가 추후 재범을 하지 않게 하는데 도움이 될 수 있을까 하는지 고민합니다. 피의자가 수사를 받는 태도, 죄질, 피해자의 피해 정도 등 정상관계를 종합적으로 고려하여 피의자가 ‘이거 별거 아닌데? 한번 정도 더 해도 되겠는데?’라는 생각이 들지 않게 하는 정도의 벌금형을 구형하려고 노력합니다.

또한 피해자의 입장에서 “내가 이런 피해를 당했는데, 이 정도 벌금만 내고 끝난다고?”라는 생각이 최대한 들지 않을 정도의 벌금을 구형하려고 최대한 노력하고 있습니다.

강우에 교수님의 발표문에서도 그와 같은 내용이 확인되는데, 미국연방 양형기준 역시 “법원은 원칙적으로 ‘응보’와 ‘예방목적’을 달성하기 위하여 위반행위의 중대성을 반영한 형을 양정하여야 한다”고 하면서 벌금형 양형의 가장 중요한 요소로 ‘응보’와 ‘예방 목적’을 고려하고 있는 것이 확인되며, 위와 같은 원칙은 미국과 우리나라가 다르지 않은 것으로 보입니다.

또한, 이런 측면에서 가장 중요하게 고려하는 것은 피의자가 범죄행위로 취득한 경제적 이익이라고 할 수 있는데, 예를 들어 피의자가 상당한 기간 불법 영업을 하여 상당한 범죄수익을 취득한 것으로 예상되고, 해당 범죄수익에 대한 박탈도 불가능한 상황이라면 피의자에게 부과하는 벌금형이 피의자가 범죄행위로 취득한 경제적 이익을 최소한 초과하여야지 피의자에 대한 예방적 효과를 도모할 수 있다는 점을 고려하여 벌금형을 구형하고 있습니다.

강우에 교수님의 발표에 의하면, 미국 법에서도 그와 같은 범죄이득액의 고려를 벌금형 양형에 있어서 상당히 고려하고 있는 것으로 보이고, 우리나라에서도 조세 및 관세 포탈 범죄 등 일정한 경우에 이득액의 2배 이상의 벌금형을 병과하게 되어 있어 그와 같은

고려를 하고 있는데, 그와 같은 법의 특별 규정이 없는 경우에도 검사들은 피고인이 범죄로 취득한 경제적 이익의 액수를 벌금형 양형에 있어 중요하게 고려하고 있습니다.

또한 이런 측면에서 피고인의 소득이나 자산에 대한 고려도 일정 부분 이루어지는 경우도 있는데, 정식 기소하여도 징역형의 집행유예형의 선고가 예상되는데 고액 벌금형의 선고도 가능한 사건의 경우, 기록상 드러나는 피고인의 자산 및 소득 수준이 상당하다면 예방적 효과 측면에서 벌금형 기소는 피하는 실무적 경향이 다소 있습니다.

강우예 교수님의 발표문에서도 피고인의 소득이나 자산을 기준으로 하여 하루 당 벌금액을 차별적으로 산정하는 일수벌금제가 소개되어 있고, 실제로 해외에서 도입한 나라도 많은 것으로 알고 있으며, 우리나라에도 지속적으로 도입 논의가 있는 것으로 알고 있습니다. 다만 우리나라에서 정식으로 도입되지는 않았기에 벌금형을 산정함에 있어서 예방적 효과를 고려한다는 측면에서 위와 같은 고려를 다소 하고 있습니다.

또한, 피고인에게 안타까운 사정이 있지만 사회적, 법 정책적으로 벌금형의 선고는 반드시 필요하다고 보이는 경우, ‘사회봉사’로 대체가 가능한 정도의 벌금형을 구형하려는 경향이 다소 있습니다.

즉, 경제적으로 매우 안타까운 사정에 있는 피의자가 광고지 등을 보고 우발적으로 체크카드를 양도한 사건의 경우, 접근매체가 보이스피싱 사기 등에 이용되어 사회적 피해가 매우 심각하다는 점, 피의자에게도 적정한 벌금형의 선고를 하여 재범 방지를 도모할 필요가 있다는 점에서 어느 정도의 벌금형 선고는 반드시 필요하다고 할 수 있는데, 이와 같은 사건의 경우 피의자의 개인적 사정과 사건의 실질을 자세히 들여다 볼 경우 피의자에게 상당히 안타까운 사정이 있는 경우가 많습니다.

그와 같은 경우 현재 우리나라 법률에는 경제적 사정이 어려운 사람은 500만원 이하의 벌금 미납자의 경우에는 사회봉사 명령으로의 대체가 가능하므로 그 정도의 벌금형을 구형하면서 피의자에게는 법원의 약식명령 선고 후 사회봉사 대체집행을 신청하라는 권유를 하는 경우가 있습니다.

위와 같은 벌금형의 선고가 필요하지만 ‘안타까운 사정’들이 많은 경우를 위하여 최근 500만원 이하의 벌금형의 경우 집행유예를 선고할 수 있게 법률이 개정된 것으로 알고 있습니다. 법원에서는 위 제도를 이용하여 간간히 벌금형의 집행유예를 선고하고 있는 것으로 알고 있는데, 검찰 단계에서는 ‘응보’ 및 ‘예방적 효과’ 등의 고려로 검사가 선제적

으로 벌금형의 집행유예형을 구형하는 것은 자제하고 있는 것으로 보이고, 위와 같이 사회봉사 명령 제도를 안내하고 사회봉사가 가능할 정도의 벌금형을 구형하고 있습니다.

지금까지 검사의 구형 업무에 대하여 일반적인 설명을 드렸습니다.

이제부터는 벌금형 산정 업무에 있어서 합리적으로 개선되었으면 좋겠다고 생각하는 부분들에 대하여 말씀드리겠습니다.

먼저 입법론적으로 벌금형에 대한 노역장 유치의 제한 내지 대체집행 제도의 확대도 긍정적으로 검토해 볼만 하다고 생각합니다.

강우에 교수님께서 발표문에서 언급하였듯이 미국 연방대법원은 “피고인이 벌금 납부 능력이 없다는 이유만으로 그를 구금해서는 안 되고, 다만, 피고인이 납부능력이 있는데도 고의로 벌금이나 피해자 보상금을 납부하지 않았으며 직업을 구하거나 금전을 차용하는 것과 같은 성실한 노력을 하지 않았다는 사실이 증명된 경우에만 국가기관이 벌금 납부를 강제하기 위한 제재수단으로 구금을 사용하는 것이 정당하다”고 판시한 바 있습니다.

위와 같은 노역장 유치에 대한 제한 내지 대체집행 제도의 확대를 우리나라 법제에 도입하는 것도 긍정적으로 검토할 만하다고 생각합니다.

현재 우리나라 형법은 제69조 제1항에서 벌금을 납부하지 아니한 경우 3년 이하의 노역장 유치에 처할 수 있게 하고 있으며, 형법 제70조 제2항은 벌금 액수에 따른 노역장 유치기간의 하한도 정하고 있지만, 위 미국 연방대법원 판례와 같은 고려 하에 노역장 유치에 대한 집행 면제를 허용하는 조항은 두고 있지 않습니다.

그러나, 위와 같은 미국 연방대법원의 태도와 같이 일정액수 이하의 벌금미납자가 성실한 노력을 다하였음에도 벌금을 제대로 납부하지 못하였다는 점이 법원의 심리를 거쳐 피고인에게 벌금 미납부에 대한 책임 사유가 없다고 인정되는 경우 노역장 유치를 제한하는 제도의 도입도 검토할 만하다고 생각합니다.

또한, 위와 같은 고려 하에서 현재 우리나라도 벌금미납자의 사회봉사 집행에 관한 특례법에 의하여 벌금을 낼 자력이 없다고 인정되는 경우 500만원 이하의 벌금이 선고된 경우 법원의 심리를 거쳐 사회봉사로 이를 대체할 수 있는 제도를 도입하고 있는데, 위 벌금 액수 제한으로 벌금 500만원을 초과하는 벌금 미납자에 대하여는 대체형 집행이 불가능한 실정입니다.

그런데, 물가상승 및 사회경제의 발전으로 선고되는 벌금형의 평균 액수도 꾸준히 증가하고 있는 점, 사회봉사 명령의 집행으로도 노역장 유치에 준하는 형벌의 예방적 효과를 도모할 수 있어 보이는 점, 사회봉사 명령의 이행은 가능하나 경제적 능력은 없는 벌금형 미납자에 대하여 노역장 유치를 강제하는 것은 형벌의 비례성 원칙 내지 헌법상 평등 원칙 등에 위배될 소지가 있어 보이는 점 등을 고려하였을 때 자력이 없고 벌금형 미납에 귀책 사유가 없으며 사회봉사 등 대체형 집행을 의사도 있는 벌금형 미납자에 대하여는 현재보다 폭 넓게 사회봉사 등에 의한 대체형 집행을 폭 넓게 허용하는 것도 긍정적으로 검토할 만하다고 생각합니다.

다만 형법 제70조 제2항의 도입 연혁에서 알 수 있듯이(소위 ‘황제 노역 사건’) 고액 벌금 미납자에 대한 국민의 법감정, 형벌의 응보 및 예방적 효과의 보장 필요성 등을 고려하여 고액 벌금이 아닌 일정 액수 이하의 벌금에 대하여만 그와 같은 제도의 도입을 검토하되, 현행 법률의 기준인 벌금 500만원은 초과하는 범위인 벌금 1,000만원에서 2,000만원 이하의 벌금형 미납자 등에 대하여 대체형 집행 제도를 확대하는 것이 적절하다고 보입니다.

다음으로 실무적으로 벌금형에 대한 형사사법 제도를 운영하면서 도입이 필요하다고 생각하는 제도를 말씀드리겠습니다.

먼저 강우예 교수님의 발표문에서 알 수 있듯이, 미국에서는 행위자 요소를 벌금형 양형에 매우 의미있게 고려하고 있는 것으로 보입니다.

현재 재판 실무상 법원은 양형조사 제도를 통하여 형사사건의 양형 요소를 조사하고 있는데, 주로 정식으로 불구속 기소된 사건에서, 징역형 등 자유형을 선고할 사건에서 양형조사 이루어지고 있는 것으로 보여 벌금형에 있어서는 위 미국 법제와 같이 양형 요소를 충실히 검토 및 심리할 수 있는 제도가 제대로 갖추어지지 않은 것으로 보입니다.

따라서, 검사가 벌금형의 약식 기소를 한 사건에 있어서 약식 판사가 중요 양형 사항이 기록상 불명확하다고 판단하다면 통상회부 절차 없이 약식명령을 청구한 검사에게 위 중요 양형사항에 대한 ‘보정’을 요구하고, 검사는 이에 따라 양형에 대한 조사를 마쳐 약식판사에게 보정사항을 회신하는 등 약식명령 심리 절차에 고유한 양형 심리 제도를 도입할 필요도 있다고 생각합니다.

또한, 정식 형사재판에서 고액 벌금형과 징역형의 선고 모두가 가능한 사례에 있어서 양형조사관이 조사한 양형 요소에 따르면 피고인에게 벌금형 또는 자유형 중 어떠한 종류의 형벌을 부과하는 것이 형벌의 응보 및 예방적 효과에 있어서 적절하다고 판단되는지, 벌금형의 부과가 가능한 사건이라면 피고인의 자력 및 납부의지 등 행위자적 요소, 피해자의 피해 회복 정도 등에 비추어 어느 정도 범위의 벌금형이 응보 및 예방적 효과를 적정히 도모할 수 있다고 생각하는지 등에 대한 ‘양형 조사관의 벌금형 양형에 대한 의견’도 법원에 폭넓게 제시할 수 있게 하는 것도 검토할 만하다고 생각합니다.

마지막으로, 벌금형의 집행유예 제도 운영 방향에 대한 제안입니다.

앞서 말씀드렸듯이, 형벌의 응보 및 예방적 효과를 고려하여 검사는 벌금형의 집행유예형의 구형은 실무상 많이 하지 않고 있으나 제도가 도입된 이상 위와 같은 벌금형의 집행유예 제도 역시 형벌의 기능을 저해하지 않는 범위 내에서 운영의 묘를 살려야 한다고 생각합니다.

검사의 입장에서는 A 판사에 의하여 벌금 100만원의 약식명령이 발령된 피고인이 정식 재판을 청구하고, B 판사 앞에서 ‘잘못했다, 벌금이 너무 많으니 깎아달라’는 정도의 선처 호소만을 하였는데, 갑자기 아무런 사정 변경없이 B 판사가 벌금 100만원에 집행유예를 선고하는 것은 형벌의 기능 저해 문제, 정식재판을 청구하지 않은 피고인과의 형평 문제, 사법에 대한 신뢰 문제 등이 있을 수 있다고 생각합니다.

특히, 우리 법 제도 및 검찰 집행제도의 실무상 벌금 500만원 이하에 대하여는 사회봉사 명령에 의한 대체집행 제도를 도입하고 있다는 점에서 벌금형의 집행유예형의 남발은 형벌의 응보 및 예방적 기능을 심각하게 저해할 우려가 있습니다.

따라서, 법원에서 벌금형에 대한 집행유예형을 선고할 경우에는 애초 약식판사의 약식 명령에서 정한 벌금액의 집행을 유예할 만한 구체적이고 특별한 사정이 약식명령 발령 이후 발견되거나, 법원의 양형 조사를 통하여 그와 같은 사정이 추가로 밝혀진 경우 벌금형의 집행유예형을 선고할 수 있게 하고, 벌금형의 집행유예형을 선고하는 경우라면 유예되는 벌금형의 본형을 애초 약식명령의 벌금액수보다 증액하는 것도 검토할 만하다고 생각합니다.

예를 들면, 벌금 100만원의 약식명령을 받은 사람에 대하여 벌금형의 집행을 유예하는 경우 ‘벌금 300만원에 집행유예 2년’을 선고하는 것이고, 그와 같은 선고 관행이 갖추어

저야 형벌의 예방적 효과도 도모될 수 있다고 보입니다.

이상으로 토론을 마치겠습니다. 긴 시간 경청해주셔서 감사드립니다. 끝.





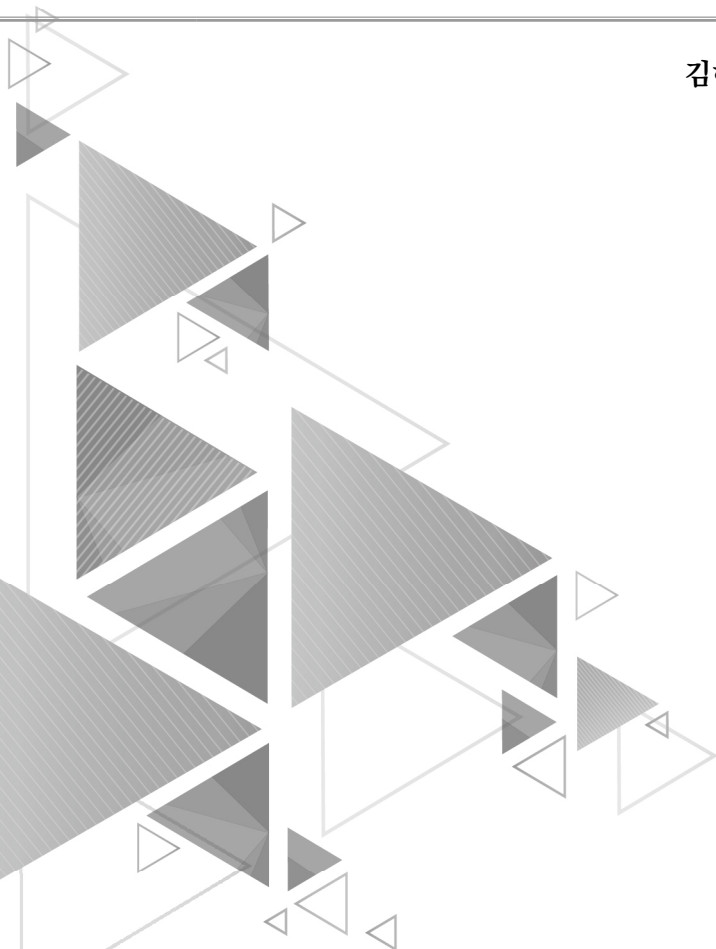
## 제2세션

[발표 및 토론] 벌금형 산정의 기준

지정토론

# 벌금형 양형기준에 대한 시론적 연구에 대한 토론문

김혜경(계명대학교 경찰행정학과 교수)





## 벌금형 양형기준에 대한 시론적 연구에 대한 토론문

김혜경(계명대학교 경찰행정학과 교수)

### I 들어가며

2007년 4월에 설립된 양형위원회는 지금까지 15년간 외국의 양형제도연구, 국민 전체의 양형인식조사, 양형자료조사, 공청회 및 관계기관 의견조회절차 등을 통하여 지금까지 44개 범죄군에 양형기준을 설정하여, 징역형 대상이 되는 전체 범죄의 90% 이상이 양형기준의 적용을 받게 되었다. 특히 지난 5년간 양형기준 준수율은 2016년 90.8%, 2017년 90.3%, 2018년 89.9%, 2019년 90.7%, 그리고 2020년 90.5%에 이르러 항상적으로 90%를 상회함으로써, 양형기준이 목적하였던 사법신뢰도와 양형에 대한 예측가능성을 담보하게 되었다고 평가할 만 하다.

나아가 전체 범죄사건에 대한 징역형과 벌금형의 비율을 고려한다면,<sup>1)</sup> 벌금형에 대한 양형기준을 정립하는 것은 징역형의 양형기준정립 만큼이나 국민의 사법체감에 미치는 영향이 매우 크다는 점을 부인할 수 없다. 형법은 일반적으로 상한제한식의 총액벌금형을 규정하고 있으므로, 어느 범죄에 부과될 수 있는 벌금형의 액수에 대한 예측가능성은 어느

1) 다음은 사법연감 2019-2020년 통계를 정리한 법률신문 기사내용의 일부를 발췌한 것이다.  
<https://m.lawtimes.co.kr/Content/Article?serial=166653>

(단위: 건, %)

구분	자유형 실행	자유형 집행유예	재산형	재산형(벌금형) 집행유예	선고유예	총 사건
1심	2018년 59,835 (25.17%)	80,070 (33.69%)	65,985 (27.76%)	913 (0.38%)	2,335 (0.98%)	237,699 (100%)
	2019년 63,131 (26.76%)	81,565 (34.58%)	59,780 (25.34%)	1,695 (0.72%)	1,856 (0.79%)	235,887 (100%)
항소심	2018년 10,497 (13.77%)	7,078 (9.28%)	4,871 (6.39%)	124 (0.16%)	426 (0.56%)	76,233 (100%)
	2019년 10,214 (14.62%)	7,221 (10.34%)	4,388 (6.28%)	233 (0.33%)	297 (0.43%)	69,853 (100%)

정도 담보되어 있는 것으로 보일 수 있지만, 오히려 그와 같은 상한제한식은 상한의 범위 내에서 어느 정도의 벌금액수를 무엇을 기준으로 계량화하는가가 객관적으로 담보되지 않는다면 그 자체가 국민의 사법신뢰에 반할 우려가 있을 것이다.

더욱이 벌금형의 양형기준 정립과 향후 도입가능성이 매우 높은 일수벌금제(또는 공정 벌금제)와의 조화가가능성 또한 문제가 될 수 있다. 벌금형의 양형기준을 범죄군별 벌금형의 상한과 하한으로 정하게 된다면, 범행비례적인 불법의 양을 일수로 환산하는 일수벌금제의 기본 산정방식과 양립하기 어려울 수 있기 때문이다. 이는 기본적으로 불법비례적인 형량을 결정하고 난 후에 형종을 선택하여야 하는 기본 양형 방식과 달리, 우리 형법이 형종 선택을 먼저하고 불법에 상응하는 형벌량을 결정하는 방식을 취하고 있기 때문에 발생하는 마찰일 수 있다.

발표자께서는 벌금형 양형기준의 정립을 위한 기초작업을 하고 있는 즈음에서, 미국연방의 벌금형 관련 법률과 양형기준을 자세히 소개함으로써 우리의 양형기준이 어떠한 방향성을 가져야 하는지에 대한 토대를 제공해 주었다. 발표자께서 언급하신 바와 같이 미국 벌금형 자체는 매우 복잡하고 다단계로 이루어져서, 징역형과는 또 다른 형태를 띠고 있을 뿐만 아니라 이를 양형기준표에 의한 벌금형 산정이라고 할 수 있을지에 대한 의문이 제기 될 정도로 범죄군별로 그 산정 방식이 매우 상이하다. 일반적으로 미국과 영국의 양형기준 정립방식이 대분되고 우리는 영국식의 양형기준제를 모델로 하고 있다고 인식하고 있지만, 벌금형의 영역에서는 그와 같은 분류가 타당한지 조차 의문이 드는 부분이 있다.

여기에서는 발표자께서 자세히 분석하신 미국식 벌금형 양형기준과 관련한 몇 가지 토론과 일수벌금제의 도입가능성을 전제로 하여 총액벌금제를 토대로 하는 벌금형 양형기준과의 조화 문제를 살펴보고 그 함의를 도출해 보고자 한다.

공통점은 어느 국가든지 벌금형이 가지는 특수성으로 인하여 범죄자의 경제적 사정과 생계여부를 벌금형 산정에 반영하고자 한다는 점이며, 또한 이를 위한 벌금형 산정의 단계들이 합리적 벌금형 산정과 동시에 형벌로서의 목적달성에 부합하는가에 대한 고민들이 담겨져 있다는 점이다. 비록 그 방식은 다를지라도 형벌목적의 추구과 배분적 정의 실현이라는 두 마리 토끼를 잡고자 한다는 지향점은 동일함을 이해할 수 있을 것이다. 그리고 그 자체가 얼마나 어려운 작업인지는 그 단계들의 복잡성을 통해 확인할 수 있을 것이다.

## II 미국식 벌금형 양형기준의 타당성 검토

### 1. 양형고려 요소의 중첩가능성

미국식 벌금형 양형기준에 따르면 첫째, 위반 수준을 결정하고, 둘째, 위반수준에 따른 벌금 형량범위 기준표에 따른 형량범위를 결정한 후에 세 번째 단계에서 가중적 또는 감경적 조정을 함으로써 보다 합리적인 벌금형 산정을 하고자 함을 알 수 있다.

여기에서 위반수준을 결정함에 있어서 고려되는 요소와 형량범위 결정 후 조정단계에서 고려되는 요소의 중첩가능성은 없는지 여부이다. 개별범죄의 기본적 위반 수준을 산정함에 있어서, 기본적 범죄수준을 점수로 산정하고, 위반수준에 대한 가중점수로서 범죄군별로 고려되는 요인들은 각각 상이하다. 예컨대, 강도범죄는 재산범죄 중에서도 기본적인 불법성이 매우 크기 때문에 기본 위반수준은 20점에서 출발하고, 피해자의 신체 상해 및 피해액, 행위양태 등에 따라서 점수가 가중된다. 이러한 가중점수 산정시 고려사항들은 전형적인 행위반가치 측면과 결과반가치 측면을 모두 반영한 인자들이다. 그런데 이후 조정단계에서 피해자관련 요소, 행위 시의 역할, 책임 수용과 같은 사항들이 기재된 조정 지침에 따라 위반수준을 높이거나 낮추는 방식의 조정을 할 때 첫 번째 단계에서 점수를 가중하는데 고려되었던 인자들이 다시 평가된다면 이중평가의 문제가 발생할 수 있을 것이다. 물론 이중평가금지원칙은 구성요건 판단요소를 양형에서 고려하지 않을 것을 요청하지만, 다단계의 양형판단 과정에서 중첩적으로 적용되는 것도 이중평가금지의 원칙으로부터 자유로울 수는 없을 것이다.

다음으로 연방기준으로써 행위결과로서 피해액이나 이득액을 고려하여 양형범위 이탈이 가능하다는 점에 있어서, 벌금액의 범위가 범죄수익을 환수할 만큼 충분하지 못한 경우 이탈하여 양정한다는 것과 미국변호사협회 ABA상의 개인이든 단체든 형사별로 부과하는 벌금액으로 인해 피고인의 민사적 보상이나 배상능력을 훼손해서는 안된다는 기준은 서로 양립하기 어려운 면이 있는 것은 아닌가 한다. 전자는 벌금액의 상한을 이탈하는 최대한의 액수를, 후자는 피해자에 대한 배상을 고려한 벌금액의 감액을 목적으로 한다는 점에서 양자 간에 어떠한 조화가 가능한지 설명이 필요할 것으로 보인다. 나아가 범죄수익의 환수는 몰수의 방법이 아닌 벌금의 방법으로 하는 것이 기본적으로 몰수는 부가형으로서 집행될 것임에도 불구하고 벌금액의 산정에 범죄수익환수가 고려되는 것은 어떠한 의미인지도

부가 설명이 필요할 듯하다.

## 2. 행위자 요소 고려에 의한 대체집행

연방 양형기준에 의한 벌금액의 산정시에는 행위자 요소의 고려사항으로서 납부능력을 고려하여 벌금액을 감경하거나 벌금형 선고 대신 사회봉사명령이나 다른 제재들이 고려된다. 이 경우 우리 법제는 형벌과 보안처분의 이원주의에 따라서 형벌부과시 보안처분의 병행이 원칙이나, 형벌인 벌금을 대체하는 보안처분의 선고는 일원론에 따른 것인지 의문이다.

우리 형법 제62조는 500만원 이하의 벌금형에 대하여 형의 집행유예가 가능하고, 이 경우 제62조의2에 의하여 보호관찰, 사회봉사명령이나 수감명령을 명할 수 있는 바, 이는 형의 선고와 동시에 병행되는 보안처분으로 이해할 수 있다. 그런데, 미국 연방기준에 따르면 벌금부과 대신 대체 제재로서 사회봉사명령 등을 규정한 것으로 보이는데, 이는 형벌과 보안처분의 목적을 동일시하여 일원론에 의한 사회방위처분으로 이해하여야 하는 것인지의 문제이다.

## 3. 교정비용의 고려

연방 양형기준은 벌금형 선고시 부과될 수 있는 보호관찰, 구금형 가석방 등의 기간 중 발생할 수 있는 비용문제를 고려할 수 있다고 본다. 이는 형집행비용에 대한 피고인 부담을 의미한다.

일반적으로 형사재판에서 유죄판결 시에 벌금과 동시에 소송비용부과를 함은, 유죄의 자백을 함으로써 공판절차를 최대한 신속하고 저렴하게(?) 진행할 수 있음에도 불구하고 이를 저지한 피고인에 대한 유책 또는 과책의 의미로 이해할 수 있다. 영국의 형사판결에서도 유죄와 동시에 소송비용의 부담을 판결함은 일반적이며, 때로 소송이 장기화되고 피고인이 이에 악의적인 경우 벌금액수보다 소송비용이 더욱 커지기도 한다. 예컨대, 2013년 Prince's Sporting Ltd. 사건에서 법원은 34,579 파운드의 벌금을 부과하면서 소송비용으로 100,000 파운드를 부과하기도 하였다.<sup>2)</sup>

2) Sentence handed down following fifth corporate manslaughter conviction, 2014/7/17, <https://www.brownejacobs.com/training-and-resources/resources/legal-updates/2014/01/sentence-handed-down-following-fifth-corporate-manslaughter-conviction> (방문일: 2022. 5. 22)

그러나 이와 달리 교정비용을 부담시킨다는 것은 기 부과되는 형벌의 집행비용을 수형자에게 전가한다는 의미인 바, 국가가 형벌이라는 기본권침해작용을 독단적으로 행하면서 그에 드는 비용까지도 부과시키는 것이 타당한지 의문이다. 나아가 형벌로서의 벌금에 향후 장래 예상되는 국가의 불이익을 “예측”만으로 부담시키는 것이 형벌권 작용의 범위 내에 속하는지도 판단해 보아야 할 것이다. 이는 소송비용이 공판절차 종료시점에 과거의 절차에 대한 현실손실액을 산정하여 부담시키는 것과는 다른 차원의 문제로 보인다.

예컨대, 우리 법제에서도 「치료감호 등에 관한 법률」제 2조의3은 치료명령에 대하여 규정하면서, 통원치료를 받을 필요가 있고 재범의 위험성이 있는 자를 치료명령대상자로 규정한다. 그리고 동법 제44조의2에서 치료명령대상자에 대하여 형의 선고 또는 집행유예시 치료명령을 부과하고 제44조의9를 통해 치료기간 동안 치료비용의 부담을 자비부담 원칙으로 규정하고 있다. 치료명령은 명백히 범죄위험성 있는 자에 대한 사회방위처분임이 명백함에도 불구하고, 그에 대한 비용부담을 피명령자에게 전가함으로써, 불이익을 강제하는 국가가 그 집행비용을 개인에게 부담시키는 결과를 초래하고 있는 점과 매우 유사하다. 그러나 비록 그것이 피고인으로부터 유발된 위험의 결과라 하더라도 형집행비용을 피집행자에게 부담시키는 것이 바람직한지 의문이다. 나아가 우리 법제상 치료명령 자비부담은 치료과정에서 기 발생한 현실적 비용청구임과 달리 벌금형 산정시 “장래 발생할 것이 우려”되는 비용까지도 고려함이 타당한지 고민하여야 할 것이다.

#### 4. 법인의 양형 산정방식

##### 가. 개인과 법인의 분리가능성

미국 연방 양형위원회는 명백히 개인과 법인을 분리한다. 개인에 대한 형벌이 처벌(punishment)과 무력화·자격 박탈(incapacitation)을 목적으로 한다면, 법인에 대한 형벌은 원상회복(restitution)과 벌금(fines)이 핵심이라고 본다. 따라서 형량을 정할 때도 개인에 대해서는 '범죄의 중대성'이 가장 먼저 고려되고 기본적 위반수준을 산정함에 토대가 되지만, 법인에 대해서는 '원상회복 여부'가 우선 고려된다.

미국 연방 양형기준 제8장은 “교도소에 구속할 수 없는 법인”에 대해 합당한 책임을 계산하기 위한 것으로 이해한다. 또한 법인의 범죄능력에 대하여 동일성이론을 취하는 영미법계에서는 법인처벌이 예외라고 할 수도 없다.

그런데 우리 법제는 양벌규정을 전제로 하여, 특별법상 개인처벌에 종속하는 법인의 선임·감독의무 위반이 법인처벌의 핵심이 된다. 이 경우 과해지는 벌금의 형태도 법률에 따라 배수벌금제와 총액벌금제가 선택적으로 규정되어 있다. 그러나 법인과 개인을 달리 평가할 법적 근거가 명확하지 않음에도 불구하고, 우리 법제상으로도 개인과 법인을 분리하여 양형기준을 정립하는 것이 가능할지 검토가 필요할 것이다.

#### 나. 컴플라이언스 프로그램의 적용문제

특히 미국의 컴플라이언스 프로그램의 운영에 대하여는 많은 점에서 비판이 가해진다. 연방 양형기준은 기소된 법인이 '범죄행위가 있던 시점에 실효적으로 작동하는 준법감시·윤리 프로그램이 있었다면' 벌금 수위를 정하는 과실점수(culpability score)를 3점 차감 조정한다. 그런데 동 조항의 하단에는 '조직의 고위 임원이 범죄에 가담하거나 범죄행위를 묵인한 경우 앞의 감경 사유를 적용하지 않는다'고 명시함으로써, 임원의 범죄에의 가담 또는 묵인이 '실효적'인 준법감시·윤리 프로그램의 운영을 부인하는 요인임을 명확히 하고 있다. 따라서 해당 프로그램의 운영만으로는 벌금 감경의 요소라고 단정할 수 없게 된다.

이에 더하여 '종업원이 5000명 이상인 조직에서 고위 임원이 범죄에 가담하거나 범죄를 용인한 경우는 과실점수 5점을 가중'한다고 규정하고 있는 바, 이와 같은 점은 반드시 컴플라이언스 프로그램이 감경요소라고 할 수 없게 된다.

특히 해당 범죄 행위가 '시장에 대한 위협'이나 '공공 부패'에 해당하는 경우에는 양형기준에 의해 산정한 벌금 액수를 추가로 상향할 수도 있다는 점 또한 해당 프로그램의 운영이 감경요소라고 하기 어려운 이유이기도 하다.

이는 2020년 OO전자 부회장에 대한 파기환송심에서 미국 연방양형기준이 언급되면서 준법감시제도가 실효적으로 운영되면 양형조건으로 고려할 수 있다고 법원이 언급한 점에서 사회적으로 관심의 대상이 된 바 있다. 그러나 발표문에서도 명확히 언급한 바와 같이 이는 개인과 법인의 벌금형 산정기준을 분리함을 전제로 하여 법인에게 적용되는 요소임에도 불구하고, 개인과 법인의 벌금형 산정을 분리하지 않은 채 이를 도입할 경우 기업의 대표자의 면책 또는 감경요소로서 악용될 우려가 있다.



## 5. 구간방식에 따른 문제

미국의 점수제는 구간방식이 아니라도 위반수준에 따른 벌금형 형량범위 기준표가 위반수준에 대한 하한과 상한을 제시함으로써 구간설정방식과 유사한 면이 있다.

그런데 과거의 양형기준 설정시 논의들을 살펴보면, 양형기준의 정립에 있어서 항상 날카로운 대립각이 되는 지점은 양형기준 설정의 근본이 무엇인가의 문제이다. 즉, 과거의 판결례를 통한 통계치를 기준으로 하여 경험적 분석을 바탕으로 한 결과와 해당 범죄가 가지는 고유의 불법성에 대한 규범적 판단을 바탕으로 한 양형기준 중에서 어느 것이 보다 정의로운가 또는 공정한 형벌량인가는 각 양형위원회 기수별로 양형기준을 정립할 때마다 첨예하게 대립되어 왔다. 또한 양형기준 정립에 있어서 감경, 기본, 가중 영역 간에 중첩구간이 필요한가 또는 감경영역과 가중영역간에는 최소한의 점중첩을 넘어서는 구간중복은 금지되는가 여부 역시 항상적으로 논의의 대상이 되었다.

벌금형 양형기준을 정립한다고 하더라도, 그와 같은 문제는 여전히 논의될 것으로 보인다. 발표자께서는 미국식의 양형기준을 고려하였을 경우 그와 같은 하한과 상한 사이에서 위반수준 별 중첩구간의 발생에 대하여 어떠한 견해를 가지고 계신지 추가적인 의견이 있을 것으로 기대한다.

## 6. 벌금형 독자적 양형기준 정립여부

양형기준 정립 초기 종합적·망라적 설정방식을 주장하던 견해들은 개별적 설정을 통해서는 주요 범죄들 간의 비례성을 준수하기 어려우므로 통일적인 양형 및 교정정책을 수립하기 어렵다는 점 및 양형의 일관성이나 투명성 및 객관성을 달성하기 어렵다는 점 등을 지적하였다.<sup>3)</sup> 그러나 이러한 비판에 대하여는 지나친 계량화가 오히려 양형을 기계적으로 전락시킬 우려가 있을 뿐만 아니라, 이는 범행비례적인 법정형이 완전히 정비되어 있을 때에만 의미가 있다고 논박하였다.<sup>4)</sup>

그럼에도 불구하고 개별적 선정방식은 근본적으로 체계부합적 또는 일관성 있는 기준정립이 어렵다는 근본적인 문제를 내포하게 된다. 또한 주요 범죄들을 서열화하는 과정을 거치지 않음으로써 범죄가 가지는 불법비례적인 양형산정이 어려우며, 개별 양형구간의

3) 승재현, “우리나라 양형위원회 양형기준 모델의 타당성 평가”, 법조 제59권 제1호, 법조협회, 2010, 104면; 이주형, “최초 양형기준에 대한 비판적 고찰”, 형사법의 신통향 통권 제21호, 대검찰청, 2009, 21면.

4) 오영근, “바람직한 양형기준의 방식”, 형사정책연구 제20권 제1호, 한국형사법무정책연구원, 2009, 359면; 최석윤, “양형기준 법안에 관한 비판적 검토”, 한양법학 제22권 제2집, 한양법학회, 2011, 421면 등.

형량상·하한에 기준이 없어서 그 폭이 일관성을 가지기 어렵고,<sup>5)</sup> 기본영역의 양형구간이 해당 범죄의 법정형의 하한보다 낮게 선정됨을 방지할 수 없을 뿐만 아니라, 개별 범죄군에 적용되는 양형인자들의 통일적 정비가 쉽지 않다는 점 등이 그 한계로 지적될 수 있다.

미국의 경우에는 매우 복잡하고 다단계로 되어 있어서 종합적·망라적 설정방식이라고 하기도 낯선 면이 있지만, 기본적으로는 종합적·망라적 설정방식이라고 할 수 있다. 물론 전반적으로 기본점수 산정과 고려요소 반영 및 특별인자 감안 등이 개별 범죄군의 특수성에 따라 상이한 면이 있어서 기본적 양형기준제가 희석되는 면이 있지만, 기본은 우리 양형기준제와는 다르다.

만일 벌금형 양형기준을 자유형 양형기준과 연동하여 기 정립된 양형구간에 비례하여 벌금형 양형기준을 설정하지 않고 독자적으로 정립하고자 한다면, 미국식의 종합적이고 망라적인 설정방식을 벌금형에만 독자적으로 도입할 수 있는 가능성이 있는지에 관하여 고견을 듣고자 한다.

### III 벌금형 양형기준 정립과 일수벌금제(공정벌금제)와의 조화

#### 1. 일수벌금제 도입의 필요성과 문제

특히 벌금형의 부과는 유죄판결을 받은 자에게 얼마만큼의 경제적 고통을 부과하는 것이 정의로운 것인가의 문제를 항상 야기하여 왔다. 사회적으로 정의로운 벌금형을 부과하는 제도가 가능할 것인가 및 벌금형 납부 의무의 불이행이 신체적 활동의 자유권을 박탈하는 대체자유형(환형처분)으로 변경되는 지점을 어떻게 결정하고 부정의한 대체집행을 방지할 것인가는 벌금형이 정의로운 형벌로서 자리매김하기 위하여 해결하여야 할 과제이기도 하다.

1975년 형법개혁법률(Strafrechtsreformgesetz)을 통해 일수벌금형을 도입한 독일은 당시 일수벌금형을 통해 다수의 단계를 통한 벌금형 산정이 유죄판결을 받은 자의 상이한 경제적 상황에 따른 유연한 형벌적 대처를 실현하고, 빈곤한 벌금미납자들이 대체집행을 통해 자유형으로 형이 변질되는 현상을 방지할 수 있는 이상적인 제도라고 판단하였다.

5) 류부근, “우리나라 양형기준에 관한 고찰”, 형사법연구 제24권 제4호, 한국형사법학회, 2012, 264면; 최호진, “양형기준의 합리성 검토와 개선방향”, 비교형사법연구 제11권 제2호, 한국비교형사법학회, 2009, 92면.

반면 우리나라의 경우 현대적 형벌제도가 구축된 이래로 총액벌금제를 고수함으로써, 그동안 가난한 범죄자가 보다 가벼운 벌금형 대신 보다 무거운 자유형을 선고받아 집행유예로 풀려나기를 희망하거나 거액의 벌금형을 악의적으로 미납하여 황제노역을 받는 등으로 인하여 사회적 비판을 받아 왔다. 총액벌금제는 형벌부과에 있어서 형종을 먼저 결정하고 불법성에 비례하는 형량을 금전적 액수로 환산함으로써, 누구든지 범행비례적 형벌을 받는다는 공평성의 측면을 강조하게 된다.<sup>6)</sup>

이는 적정한 벌금액수의 산정을 통한 국민들의 사법에 대한 신뢰도를 제고하고, 벌금형이 형벌 본연의 목적달성에 적합한 형벌로서 정착될 것을 목적으로 하는 바, 공정하고 투명한 사법의 실현을 통해 사법정의를 구축하기 위한 노력의 일환이다. 이와 같은 입법적 움직임에 고려할 때, 법원은 적정한 벌금형을 산정할 수 있는 제도적인 개선안을 확보하고 이에 따른 실무적 운용을 통해 벌금형 제도 본연의 목적을 달성할 수 있도록 하여야 할 것이다.

그러나 총액벌금제의 대체방안으로 제시되는 일수벌금제라 하더라도, 이를 시행하는 국가들에서는 이미 해당 제도의 문제점이 지적되고 있는 실정이다. 예컨대 이미 지난 50여년 동안 일수벌금제를 시행한 독일의 경우에도 검찰과 법원 실무상 사실조사의 불충분성 및 부정확성, 일수벌금제에 대한 일반 국민의 인식 저하, 수입 상태에 대한 범죄자의 적극적인 항변절차의 미활용, 이의제기절차로 인하여 받을 수 있는 불이익의 위험성, 최저생계비조차도 지급자족할 수 있는 경제적 무능력자에 대한 일수벌금 산정의 문제 등이 비판점으로 지속적으로 제기되어 왔다.<sup>7)</sup>

## 2. 일수벌금제와 벌금형 양형기준 정립과의 관계

### 가. 일수벌금제와 총액벌금제의 혼용가능성

일수벌금제의 전면도입에 찬성하는 입장<sup>8)</sup>은 다음과 같은 논거를 든다. 첫째, 일수벌금

6) 그러나 벌금형의 일반적 비판점을 그대로 투영하고 있는 총액벌금제에 관하여 그간 지속적으로 일수벌금제의 도입이 주장되어 왔고, 최근 21대 국회에 들어와서는 일수벌금제의 도입(이탄희 의원 대표발의(의안번호 2104271) 및 소병철 의원 대표발의(의안번호 2106693) 형법 일부개정안), 벌금형 산정에 있어서 피고인의 경제적 사정 참작(정성호의원 대표발의(의안번호 2102396)), 노역장 유치제도 개선(신영대 의원 대표발의(2102274) 형법 일부개정안) 등 벌금형제도의 개선을 위한 입법 움직임이 활발하게 진행 중에 있다.

7) 이와 관련한 자세한 내용은 김성룡, “독일의 일수벌금형 운영 40년 결산이 주는 시사”, 형사법의 신통향 통권 제54호, 대검찰청, 2017/3, 156면 이하 참조.

8) 김일수, “형법개정과 제재제도의 개선방향”, 형사정책 제5호, 한국형사정책학회, 1990, 19면 이하; 서보학, “벌금형제도 소고: 비판과 입법론적 대안”, 형사정책연구 제10호, 한국형사정책연구원, 1998, 79면 이하; 오영근, “형법개정안의 형벌제도에 대한

제의 전면도입론에 따르면 공평한 사법정의는 범죄자의 경제적 사정에 따른 차등 벌금의 산정에 의하여 실현가능하다고 본다. 우선 총액벌금제 하에서도 이미 실무상 범죄자의 경제적 사정이 양형에서 고려되고 있으나, 그 구체적인 기준이나 반영방법에 대한 명확한 방안이 없으므로 양형에의 반영이 법관이나 법원마다 서로 다른 것이 실정이다.

둘째, 총액벌금제 하에서 판결문에 표시된 총액 그 자체만으로는 행위자의 불법과 책임의 양이 정확히 드러나지 않는다. 셋째, 개인의 경제적 사정이 반영된 납부 벌금액이 산정됨으로써 벌금액의 미납부 또는 납부불가능한 경우를 축소함으로써, 노역장 유치나 사회봉사명령과 같은 다른 형벌로의 환형처분 가능성을 낮출 수 있다. 그리고 이를 통해 벌금 미집행에 따른 형벌의 변질을 막을 수 있다. 넷째, 개인의 경제적 사정에 따른 벌금산정은 궁극적으로 벌금형의 집행가능성을 높임으로써 벌금형이 가지는 고유의 장점, 즉 사회내에서의 개선·교화라는 형사정책적 목적을 충분히 달성할 수 있게 된다. 다섯째, 환형처분으로서 노역장 유치와 같은 대체자유형의 집행가능성을 낮춤으로써 단기자유형의 폐해로부터 벌금미납자를 보호할 수 있고, 법원의 입장에서는 판결시 노역장유치기간을 산정해야 하는 부담감을 줄일 수 있게 된다. 여섯째, 벌금형 산정시 불법에 비례하는 일수를 먼저 산정함으로써 자유형과의 비교가 가능해 지고 자유형과 벌금형이 선택형인 경우 양자간의 합리적 환산이 가능해 진다. 마지막으로 법인에 대한 벌금형의 부과시 법인에 자산상태에 따른 실효성 있는 벌금액을 산정함으로써 법인에 의한 범죄예방에 보다 효과적이다.

다른 견해로 일수벌금제와 총액벌금제 이원론을 주장하는 입장에서는 우선 법인범죄에 대하여는 일수벌금을 산정함이 현실적으로 곤란하고, 전면시행이 초래할 경제상황 조사비용을 고려한다면, 일부 범죄에 대해서만 한정적으로 도입하자고 본다. 이에 따르면 법인범죄는 총액벌금제를 유지함이 타당할 것이다.<sup>9)</sup> 앞선 국회 발의안들도 이러한 견해를 반영하여 법인범죄는 총액벌금제로 하고 있다.

총액벌금제 유지론이 없는 것은 아니나, 총액벌금제 유지론도 완전히 일수벌금제를 부정하지는 않는다. 다만 우리 현실에 도입자체가 어렵다는 점을 전제로 하여, 대다수의

검토”, 형사정책연구 제3권 제2호, 1992, 25면 이하; 이영란, “벌금형제도 소고: 벌금양형을 중심으로”, 형사법연구 제9호, 한국형사법학회, 1997, 221면 이하; 이용식, “벌금형의 제도적 개선방안에 대한 연구”, 형사법 개정연구 자료집, 법무부, 2008, 528면 이하; 이진국, “일수벌금제의 도입에 관한 소고”, 법학논총 제27권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2010, 74면 이하; 최정학, “일수벌금제도의 도입에 관한 연구”, 형사정책 제25권 제2호, 한국형사정책학회, 2013, 77면 이하; 오경식, “일수벌금형제도의 도입방안에 대한 제언”, 법학논총 제20권 제2호, 조선대학교 법학연구소, 2013, 533면 이하 등 참조.

9) 이진국, 일수벌금제의 도입에 관한 소고”, 법학논총 제27권 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2010, 74면 이하.

급여생활자에게 불리한 새로운 형태의 불공정한 형벌제도가 될 것이라는 점을 지적한다.<sup>10)11)</sup> 또한 일수벌금제의 성패는 피고인의 경제적 사정에 대한 정확한 조사에 대한 국민의 신뢰에 달려 있는바, 정확한 조사의 선행이 이루어지지 않는다면 오히려 불평등을 심화시키고 형사사법제도에 대한 국가신뢰를 저하시키게 됨을 우려하는 견해가 있다.<sup>12)</sup> 이들 견해들은 총액벌금제의 타당성이나 잇점을 주장함이 아니라, 반대로 일수벌금제가 초래할 또 다른 불평등을 고려하여 일수벌금제를 반대함으로써 총액벌금제를 유지할 것을 주장한다.

한편, 일수벌금제는 범죄의 불법성과 관련 없이 재산의 총량이 형벌량을 결정하는 주된 변수가 되어, 부자에게 더 많은 벌금을 부과하는 결과가 되므로 책임주의에 반할 뿐만 아니라 자본주의의 부인으로 귀결된다고 비판하기도 한다.<sup>13)</sup>

마지막으로 일수벌금제 일부 시행후 전면도입론은 일수벌금제 도입에 대하여 시기상조라고 보는 견해를 전제로 하면서, 사회적 여건이 충분히 성숙한 후에 전면도입이 가능하다고 본다. 따라서 부분적으로 시행을 하고, 시행경과에 대한 충분한 분석 후에 전면도입을 주장한다. 여기에서 일수벌금제 전면도입이 불가능한 사회적 여건이란, 현실적으로 범죄자의 경제적 능력을 정확히 조사하여 파악할 수 있는 방법이나 제도가 구축되지 않은 상태에서 전면도입은 오히려 폐해를 조장할 우려를 의미한다. 즉, 일수벌금제가 국민의 사법신뢰를 구축하기 위해서는, 범죄자의 경제적 사정에 대한 정확한 조사가 전제로 되어야 하나, 반대로 정확한 경제여건 조사가 선행되지 않는 경우 벌금형 부과에 의한 불평등을 심화시키고 사법신뢰는 보다 실추될 것으로 본다.

이와 유사하게, 전면적 시행과정에서 발생할 시행착오를 최대한 축소하기 위해서는 일부 범죄유형에 시범적으로 도입하면서 양자를 병행하자는 주장이 있다. 이에 따르면 교통관련범죄나 질서위반범죄, 식품위생법위반 등과 같은 경제범죄 순으로 일수벌금제를 도입하되 나머지 일반범죄는 총액벌금제를 유지함이 타당하다고 본다.<sup>14)</sup>

10) 강동범, “재산형의 문제와 개선방안-벌금형을 중심으로”, 형사정책 제5호, 한국형사정책학회, 1990, 90면 이하; 신의기, “벌금형 제도의 문제점과 개선방안: 일수벌금형제도를 중심으로”, 형사정책연구 제27권, 1996, 126면 등.

11) 다만, 해당 논거를 제시한 시기가 1990년대라는 점에서 21세기를 기점으로 그와 같은 주장이 더 이상 설득력을 가질 수 있는지는 재고하여야 할 것이다.

12) 이기현, “일수벌금제도에 대한 고찰”, 형사정책연구 제18권 제3호, 한국형사법무정책연구원, 2007, 491면 이하.

13) 박기석, “벌금형의 개선방안”, 형사정책 제12권 제2호, 한국형사정책학회, 2000, 20면 이하.

14) 최호진, 일수벌금제에 대한 비교법적 고찰 및 국내도입가능성 연구, 형사법개정연구자료집Ⅳ, 법무부, 2011, 903면 이하.

## 나. 총액벌금제를 전제로 하는 벌금형 양형기준인가 여부

만일 벌금형 양형기준을 징역형 양형구간에 연동하는 방식이 아니라, 범죄군별 개별적 산정을 기본으로 한다면 양형구간이 벌금액의 상·하한으로 정해질 것인지 불법비례적인 일수산정의 방식으로 할 것인지 결정해야 할 것이다. 일수벌금제는 범행에 비례하는 불법의 양을 일수로 선 결정한 후 피고인의 경제적 사정을 고려한 일일 벌금액수를 산정하기 때문에, 벌금형의 양형구간을 벌금액수로 산정하게 되면 양자 간에 벌금액 결정에 있어서 양립하기 어려운 면이 있다.

반면 현재 발의 중인 통한 일수벌금제 도입을 목적으로 하는 형법개정안들은 일수벌금제에도 불구하고 법인 벌금은 총액으로 할 것을 단서로 두고 있다. 즉, 법인의 벌금형은 여전히 총액벌금제로 하고자 한다.

생각건대 법인에 대한 벌금형을 산정함에 있어서 일수벌금제를 적용하게 되면 일수정액의 산정함에 있어서 상당히 복잡한 문제를 발생시킨다. 기업의 매출을 기준으로 할 것인지, 영업이익을 기준으로 할 것인지, 자산총계로 할 것인지에 대한 기준설정이 쉽지 않다. 또한 개인의 소득을 산출하는 방식과는 다르게 기업의 이익을 산출하는 방식은 경제적 상황에 따라 다양한 방식으로 설정되므로 법인에 대한 양벌규정의 경우에는 현행법의 총액벌금제를 그대로 유지하려는 것이 개정안의 의도가 아닌가 추측된다.

또한 경미범죄는 약식명령이나 즉결심판에 의하여 해결되므로 구공판 사건이 되지 않을 가능성이 있지만, 경미범죄가 구공판 사건이 되더라도 경미범죄까지 일수벌금제를 도입할 것인지에 대하여 회의적인 견해<sup>15)</sup>에 따르면 경미범죄도 총액벌금제로 남아 있게 된다. 이 경우에도 벌금형의 양형기준 정립방식의 문제가 연동된다.

결론적으로 일수벌금제의 도입을 앞두고 벌금형의 양형기준 정립방식을 무엇을 기준으로 할 것인지, 총액벌금제와 일수벌금제가 양립할 경우 벌금형의 양형기준도 나누어져야 하는지 등에 관한 문제의식 없이 쉽게 벌금형의 양형기준을 정립하기는 어려울 것이다.

미국의 경우에도 일부 지역에서는 일수벌금제를 도입하였다고 기술하고 있는 바, 총액벌금제를 토대로 하는 양형기준제와 일수벌금제가 조화가능성이 있는지, 일수벌금제의 양형고려요소와 총액벌금제의 양형고려요소가 동일하게 평가될 수 있는지 여부 등이 고려되어야 할 것이다. 이에 관하여 미국에서 시행되는 일수벌금제의 경우 기존의 양형기준제와

15) 최호진, 앞의 보고서, 903면 이하 참조.

어떠한 연관 방식을 취하고 양형고려요소들이 평가되는지 추가적인 설명을 듣고자 한다.

#### IV 마치며

양형정립의 목적은 법원조직법 제81조의2에서 양형위원회 설립목적으로 명시한 “국민의 건전한 상식을 반영하고 국민이 신뢰할 수 있는 공정하고 객관적인 양형의 실현”에 있다. 또한 양형위원회의 구성을 법관, 검사, 변호사, 교수, 학식과 경험이 있는 자로 다양하게 구성하는 이유도 사법부 뿐만 아니라 일반인의 의견을 담을 수 있는 양형정립을 위함이라고 할 수 있다. 지난 13년 동안 양형위원회도 이와 같은 목적을 고민하고 보다 적정하고 합리적인 양형기준을 정립하기 위하여 경주해 왔다. 이 또한 그 노고를 치하할만 하다.

그럼에도 불구하고 여전히 남아 있는 사법불신, 특히 빈익빈 부익부를 실현하는 양형 또는 권력 있는 자에게 관대한 양형이라는 의혹 또한 양형위원회의 몫이자 안고 가야 할 숙제이다. 사법개혁의 핵심에는 언제나 사법의 민주적 정당성과 국민의 사법신뢰 회복이 있어 왔다. 그리고 사법개혁의 일환으로 출범한 양형위원회 역시 사법민주화와 사법신뢰 구축으로부터 어느 한 지점도 자유로울 수 없다. 양형위원회의 존재 이유이기 때문이다.

국가형벌권의 실현은 형벌부과의 공평성, 신속성, 정확성을 통해서 국민의 신뢰를 담보할 수 있는 바, 올바른 양형기준은 형벌부과의 공평성 또는 공정성을 확보하기 위한 필수적인 요소에 해당한다. 법원조직법(제81조의6 제2항) 역시 양형기준 정립의 원칙으로 범죄의 죄질, 범정 및 피고인의 책임의 정도, 일반예방과 피고인의 재범방지 및 사회복귀, 합리적인 차별과 평등, 불합리한 양형상의 차별 철폐를 명문화하고 있다. 양형기준의 정립이 법률이 요청하는 해당 원칙들을 준수하고 사법신뢰를 구축하기 위하여 끊임없이 경주하여야 함은 물론이며, 국민에 헌신하는 양형기준이 되도록 노력하여야 할 것이다. 이는 가장 빈번히 부과되는 벌금형에 있어서는 특히 국민의 많은 관심의 대상이 될 것이며, 그와 같은 양형기준의 목적이 충실히 반영되어야 할 것이다. 더욱이 벌금형은 형벌부과의 공평성에 있어서, 배분적 정의를 어떻게 실현하여야 할 것인가의 문제가 가장 핵심이 될 것이다. 발표자께서는 이와 관련하여 미국의 양형기준을 매우 상세히 설명하였고, 이를 통하여 비교법적으로 우리 법제에 시사하는 행간의 의미를 찾아야 할 것이다.





양형연구회 제8차 심포지엄

## 벌금형 양형기준의 모색

발 행 처 | 양형위원회 운영지원단

인 쇄 | 경성문화사 02)786-2999

발 행 일 | 2022년 5월

