

영국양형제도의 분석과 국내도입의 문제점 검토*

권 오 걸**

국 | 문 | 요 | 약

본 연구는 현행 영국의 양형시스템의 내용과 문제점을 형사사법법(The Criminal Justice Act) 2003의 내용과 그 시행에 따른 평가를 중심으로 고찰하고, 이러한 영국의 양형시스템에서 우리가 취할 수 있는 거시적 또는 미시적 요소들이 있는지의 여부를 살펴보는 것을 그 목적으로 한다. 영국의 형사사법법(The Criminal Justice Act) 2003은 양형에 있어서의 일관성을 유지하고 상습적인 범죄인을 대상으로 하여 다른 기관들 사이의 공조를 증진시키기 위하여 형사사법체계의 본질적 개혁을 단행하기 위한 개혁의 산물이다. 동법률은 Halliday가 주도한 보고서와 2002년에 발간한 Home Office의 백서를 바탕으로 제정되었다. 동법률은 형사사법안에서의 많은 제안들을 구체화하였으며 특히 사회내처분의 다양화, 구금형의 유연성 확보, 형사절차, 증거 그리고 양형에 관한 많은 개혁적 규정을 담고 있으며 영국의 양형시스템의 근본적 변화를 주도하고 있다. 이러한 CJA 2003의 목표는 형사사법시스템을 재편하는 것이었다. 영국과 우리나라에서의 양형이 가지는 사회적 중요성은 사실상 거의 같다고 할 수 있으며, 양형법률과 양형실무를 내용으로 하는 전체적인 양형시스템이 사회적 정의의 기준을 만족시킴으로서 범죄인과 국민에게 형평과 공정으로서의 형사정의를 전달해주는 기능을 할 수 있는 방향으로 나아가 할 것이다. 이러한 정의(Justice)는 영국의 Home Office 2002의 백서 'Justice for All'에서 명시된 양형정책의 핵심요소로 되어있다. 결국 정의를 구체화 할 수 있는 시스템으로서의 양형제도는 '같은 범죄(Like offences)는 유사하게(similarly) 다루어야 하며, 단지 그들이 한 것(저지른 것) 때문이 아니라 그들이 누구인가 때문에 처벌해서는 안 된다'는 관점위에서 정립되어야 할 것이다.

❖ 주제어 : 양형, 형사사법법 2003, 양형기준, 양형기준위원회, 형사사법시스템

* “이 논문은 2007년 정부(교육과학기술부)의 재원으로 한국학술진흥재단의 지원을 받아 수행된 연구임”(KRF-2007-013-B00108).

** 경북대학교 법과대학 법학부 부교수.

I. 서론

일단 형사 범죄로 유죄로 확인된 사람은 법원에 의하여 형을 선고받을 지위에 있게 된다. 따라서 법원은 형의 선고를 위한 일정한 절차를 진행하고 그 범죄의 중대성을 반영하는 적절한 형벌을 결정하게 된다.¹⁾

형의 선고(양형)는 공중적 비난의 한 형태이며, 많은 경우에 피고인이 특정 직업을 얻거나 전문직에 종사하는 것을 어렵게 하거나 불가능하게 한다. 재판을 받는 피고인의 입장에서 가장 중요한 관심사는 법정형이 아니라 법관이 선고하는 선고형이다. 법정형에 대한 형벌의 감경 또는 가중과정을 거쳐 최종적으로 결정되는 선고형이 피고인의 입장에서는 현실적인 형벌이기 때문이다. 따라서 선고형을 결정하기 위한 양형의 문제는 형사사법에서 가장 중요한 쟁점중의 하나에 속한다.²⁾ 양형의 문제는 근본적으로 왜 형벌이 특별한 사건 또는 행동양식에 대한 적절한 반응으로 간주되는 가로서 다음의 세 가지 문제를 포함한다. 첫째, 특별한 반응은 무엇으로 그리고 왜 만들어 지는가. 둘째, 그 반응이 형벌이라면 어떤 특별한 형벌조건이 선택되어 지는가. 셋째, 무엇이 형벌반응의 특별한 수준인가? 결국 이는 무엇을 처벌하고, 왜 처벌하고 그리고 얼마만큼 처벌하는 가의 문제로서 양형의 중심내용이다.³⁾ 양형시스템은 형사실체법과 형사절차법 그리고 형사정책 등 형사사법전반에 걸친 규범 및 제도와 광범위하게 관련되어 있으며 형사사법시스템 전체의 한 과정인 동시에 전체 형사사법시스템의 작동의 결과일 수도 있다.⁴⁾ 양형정책과 그 발전은 민감하고 복잡하며 그리고 정치적인 간섭과 참여로 인하여 더욱 논쟁적인 영역으로 되어 가고 있다. 그리고 정의롭지 못한 간섭들은 사법부의 독립성과 고결함에 대한 도전으로 비취지

1) Stephen Forster, Criminal Law and Practice, Sweet & Maxwell(2008), p. 463.

2) 박상기, 형법상 法益類型과 法定刑에 관한 小考, 형사법연구 제19권 3호(2007 가을, 통권 제32호)(下), 799면.

3) Susan Easton/ Christine Piper, Sentencing and Punishment, Oxford University Press(2005), p. 5.

4) 양형은 범죄의 발견·체포와 더불어 범죄인에게 그들의 범행에 대한 형벌적 결과를 부과하는 과정의 일부분이다. 만약 법원이 양형부과를 중지하거나 또는 단지 명목상 형벌만 부과한다면 전체 형사사법절차는 명백히 실패할 것이다; Andrew von Hirsch/ Julian v. Roberts, 'Legislating Sentencing Principle', Criminal Law Review, 2004, p. 642.

기도 한다.⁵⁾

전통적으로 영국의 사법부는 양형은 과학이 아니라 하나의 예술(an art)이며 본질적으로 규칙이나 가이드라인의 적용의 문제라기보다는 오히려 판사의 직무집행이라고 주장하면서 광범위한 재량을 옹호하는 경향을 보여 왔다.⁶⁾ 그러나 영국양형에 있어 지난 50년간의 가장 큰 변화의 하나는 사법적 재량의 본질적 영역으로 간주되어 왔던 양형에 있어서의 의회의 보다 증가된 관여라고 할 수 있다.⁷⁾ 영국정부는 양형에 있어서의 불일관성을 제거하고 지속적 범죄인을 감소하고 다른 기관들 사이의 공조를 증진시키기 위하여 형사사법체계의 본질적 개혁을 단행하였다. 형사사법법(Criminal Justice Act : CJA)2000의 규정에 의하여 영국과 웨일즈에서의 분리된 보호관찰업무를 국가보호관찰업무(a national Probation Service)로 통일화하였고 교도소와 보호관찰업무를 2004년에 국가범죄인관리업무에 통합시킴으로써⁸⁾ 중앙집중적 형사사법시스템으로 그 방향을 전환하였다.⁹⁾ 또한 2002년 11월의 여왕의 연설에서 정부는 6개의 형사사법법안을 선포하였다. 이는 성범죄에 관한 법률을 근대화하기 위한 법안, 성범죄에 대한 형벌을 강화하기 위한 법안 그리고 위험한 범죄인으로 부터 사회를 더 많이 보호하기 위한 법안 등이다. 그리고 형사사법법(The Criminal Justice Act) 2003은 양형에 있어서의 일관성을 유지하고 상습적인 범죄인을 대상으로 하여 다른 기관들 사이의 공조를 증진시키기 위하여 형사사법체계의 본질적 개혁을 단행하였다. 동 법률은 Halliday가 주도한 보고서와¹⁰⁾¹¹⁾

5) Stephen Forster, Criminal Law and Practice, Sweet &Maxwell(2008), p.463.

6) Andrew Ashworth, Sentencing and criminal Justice, Cambridge University Press(2005), p. 49

7) Martin Wasik, 'Going round in circles? Reflections on fifty years of change in sentencing', Criminal Law Review(2004), 50th anniversary edition, p. 42.

8) The National Offender Management Service in 2004

9) Susan Easton/ Christine Piper, Sentencing and Punishment p. 24.

10) 동 보고서의 정식명칭은 "Making Punishment Work, Report of the Review of Sentencing Framework for England and Wales"이며, 보고서의 접근의 중심은 법원이 양형절차에 있어서 보다 큰 역할을 하여야 한다는 것과 범죄인들이 석방된 이후에 보호감독 하에서 보다 많은 시간을 보내야 한다는 것에 있다; Catherine Elliott and Frances Quinn, English Legal System, Pearson Longman(2004), p.359.

11) 동 보고서에 대한 보다 상세한 내용은 <http://www.homeoffice.gov.uk/docs/halliday.html> 참조.

2002년에 발간한 내무성(Home Office)의 백서인 '전체를 위한 정의(Justice for All)'를 바탕으로 제정되었다. 동법률은 형사사법안에서의 많은 제안들을 구체화하였으며 특히 사회내처분의 다양화, 구금형의 유연성의 확보, 형사절차, 증거 그리고 양형에 관한 많은 개혁적 규정을 담고 있으며 영국의 양형시스템의 근본적 변화를 주도하고 있다. 이러한 CJA 2003의 목표는 형사사법시스템을 재편하는 것이었다.¹²⁾

본 연구는 현행 영국의 양형시스템의 내용과 문제점을 CJA 2003의 내용과 그 시행에 따른 평가를 중심으로 고찰하고, 이러한 영국의 양형시스템에서 우리가 취할 수 있는 거시적 또는 미시적 요소들이 있는지의 여부를 살펴보는 것을 그 목적으로 한다.

II. 영국 양형의 목적과 원칙

1. 양형의 목적

Halliday 보고서는 양형의 목적에 관해서 특히 강조하고 그 목적들은 범죄감소, 보상, 그리고 처벌을 포함하여야 한다고 주장하였다. 그리고 이를 위해서는 특별히 단기형의 선고와 관련하여 무엇이 효과적인가를 분명히 하여야 하고, 양형의 일관성을 유지하고 재범자에 대한 양형엄격성을 위해서 이전의 범죄경력(전과)에 대한 명확한 기준이 필요하다고 주장하였다.¹³⁾

이러한 제안에 따라서 CJA 2003 제142조 제1항은 '범죄자에 대한 처벌, 범죄의 감소, 범죄자의 개선과 재사회화, 시민보호, 범죄피해자에 대한 배상'을 법원이 범죄자에 대한 판단에서 고려해야할 양형의 목적으로 규정하였다.

전통적으로 영국에서의 양형의 체계화작업은 다양한 목적접근방식(a menu-of-aims" approach)을 채용하는 경향을 보여 왔다. 일반적인 양형의 세부지침(목록)

12) Susan Easton/ Christine Piper, Sentencing and Punishment, p.23.

13) Susan Easton/ Christine Piper, Sentencing and Punishment, p.21.

이 제공되고 양형법관의 작업은 이러한 요소들을 양형에서 종합하는 식으로 진행되어 왔다. 그러나 CJA 1991의 이전부터 이러한 접근 방식은 강한 비판을 받아왔으며,¹⁴⁾ 이에 따라 CJA 1991의 중요한 목표는 양형목적들 사이의 일관성이 있고 순위가 정해진 체계를 확립하는 것이었다.

그러나 CJA 2003은 여전히 양형과정에 대하여 중복적 목적접근(a multi-purpose approach) 방식을 취하고 있다. 이러한 접근 방식에 대해서는 범죄자에 대한 처벌은 양형에서 고려되어야 하는 단지 하나의 기준일 뿐이며, 법원은 범죄의 감소·보상(원상회복)·사회의 보호 그리고 피고인의 개선과 재사회화도 반드시 고려하여야 한다는 비판과 다양한 양형의 목적을 규정하고 있지만 일관성이라는 양형의 원칙에 충실하려는 노력은 그 목적 중에서 오직 처벌의 목적만이 강조되기 쉽다는 등의 비판이 제기되고 있다.¹⁵⁾

2. 양형의 원칙

영국에서의 양형의 원칙은 중대성과 비례성이다.

(1) 중대성

영국양형에서의 중대성의 요소는 책임과 손해이다. CJA 2003은 법원은 중대성을 판단함에 있어서 범죄인의 책임(culpability)과 범죄인이 야기하거나 야기할 수 있었던 손해(harm)를 모두 고려할 것을 규정하고 있으며,¹⁶⁾ 이러한 범률의 규정은 다시 양형위원회의 양형기준에 의해서 구체화되고 있다. 양형위원회는 2004년 12월 16일 중대성에 관한 일반적 원칙(Overarching principle : seriousness)이라는 양형기준을 발표하였다. 이에 따르면 중대성판단의 출발점은 언제나 반드시 범죄인의

책임이어야 하고, 손해는 언제나 책임의 관점에서 판단되어야 한다. 책임의 정확한 정도는 범죄의 동기, 계획성 및 우발성 여부 그리고 범죄인이 책임 있는 위치에 있었는지의 여부 등의 요소들에 의해서 결정된다.

그리고 만약 범죄인이 계획적으로 그 범죄의 수행에서 요구되는 것 이상의 손해를 야기하였거나 또는 범죄인이 취약한 피해자를 목표로 한 경우에는 책임은 더욱 커진다. 또한 범죄인이 의도하지 않았던 중대한 손해가 야기된 경우에는, 책임은 범죄인이 그 손해를 예견할 수 있었던 정도에 의해서 영향을 받는다.

CJA 2003은 범죄인의 범죄경력, 보석중의 행위, 인종적·종교적 적대심에 의한 행위를 가중의 요소로 규정하였으며,¹⁷⁾¹⁸⁾ 양형기준위원회는 CJA 2003의 규정에 추가하여 책임과 손해의 가중요소를 제시하였다. 이에 따르면 범죄의 계획, 범죄로부터 실제로 초래되는 그 이상의 손해를 야기하려는 의도, 그룹 또는 갱조직 안에서 활동하는 범죄인, 전문적인 범행, 금전적 이익획득을 위한 범죄의 수행, 범죄로부터의 높은 수준의 이익, 증거의 처분 또는 은닉의 시도, 범죄인의 행동에 대한 다른 사람의 경고 또는 우려의 무시, 허가를 받고서 행한 범죄, 취약한 피해자에 대한 계획적인 목표, 알콜이나 마약의 영향 하에서 저지른 범죄, 놀라거나 다친 피해자에 대한 무기의 사용, 범죄를 수행하는 데 필요한 범위를 넘어서는 폭력이나 손해의 야기, 권력의 남용, 신뢰관계의 남용(Abuse of a position of trust) 등의 경우에는 책임이 가중된다.

또한 복합적 피해, 피해자에 대한 특별히 중대한 물리적·심리적 영향의 초래 - 비록 의도되지 않은 경우라도 -, 피해자가 특별히 취약한 경우, 범죄의 위치가 특수한 경우(예컨대 고립된 지역), 공중에게 서비스를 제공하거나 또는 공공분야에서 근무하는 사람에 대한 범죄, 친척 또는 피해자의 자녀·파트너 등 다른 사람의 면전에 서의 범죄, 피해자에게 부가적인 피해를 초래한 경우 - 예컨대 성범죄의 상대방에 대한 사진촬영 -, 재산에 대한 중대한 손실 또는 본질적인 간접적 손실(예컨대 장비의 절취가 피해자의 생명이나 사업에 중대한 장애를 야기한 경우)을 야기한 경우 등에는 손해가 더욱 커지게 된다.

14) Andrew von Hirsch/ Julian v. Roberts, 'Legislating Sentencing Principle'. Criminal Law Review, (2004), p. 640.

15) John Cooper, 'The Sentencing Guidelines Council -A Practical Perspective-', Criminal Law Review, 2008, 6호, p. 279.

16) CJA 2003 s.143

17) CJA 2003, s.143.

18) CJA2003, ss145-146.

그러나 책임을 낮추는 감경요소로 양형기준위원회는 단지 4개만을 제시하고 있다. 이에 따르면 정상적으로 기대되는 것 보다 더 큰 정도의 흥분상태에서의 범행, 정신적 질병이나 장애상황에서의 범행, 범죄인이 어리거나 고령인 경우 - 그것이 개별 피고인의 책임에 영향을 주는 경우 -, 범죄인이 범행에서 단지 작은 역할만을 한 경우는 감경요소로 작용한다.¹⁹⁾

한편 유죄답변(A Plea of Guilty Plea)은 두 가지 근거에서 감경과 관련되어 있다. 우선 그것은 범죄자의 측면에서 후회의 증거일 수 있다. 따라서 조기의 유죄의 인정은 범죄인이 진정으로 그의 행동을 뉘우치고 있다는 것을 보여주는 중요한 감경 요소이다. 둘째로는 범죄인의 후회의 감정의 표출여부에 관계없이, 유죄답변은 피고인이 형의 선고에서 감경을 받은 자격을 부여한다. 왜냐하면 그는 재판의 요구를 자발적으로 피하였기 때문이다. 따라서 법원은 반드시 유죄답변을 양형에서 고려하여야만 한다.²⁰⁾ 한편 양형기준위원회도 2007년 7월 유죄답변 대한 양형기준을 발표하였는데, 이에 따르면 감경은 3단계로 구별된다. 유죄답변이 경찰서 또는 최초의 법정출석과 같은 최초의 합리적 기회에서 시작된 경우에는 최고 1/3까지 감경할 수 있으며,²¹⁾ 공판기일이 확정된 이후인 경우에는 최고 1/4까지, 유죄답변이 재판이 시작된 이후에 이루어진 경우에는 최고 1/10까지 감경이 가능하다. 그리고 이러한 단계에 따라서 형을 선고하는 경우에 판사는 반드시 유죄답변의 결과로서 감경이 없었다면 일반적으로 형량이 어떻게 될 것인가를 언급하여야만 한다.

(2) 비례성

비례성도 영국양형에서 중요한 원칙의 하나에 속한다.²²⁾ 즉 형사사법법(CJA)

19) Philip Plowden, Criminal Litigation in Practice, Northumbria Law Press(2006), p. 137.

20) CJA 2003 s.144

21) Philip Plowden, Criminal Litigation in Practice, p. 138면.

22) 응보이론 안에서는 두 가지의 비례성이 존재한다고 본다. 하나는 기본적 비례성(cardinal Proportionality)이다. 이것은 형벌의 엄격성이 범죄의 중대성과 균형을 가질 것을 요구한다. 그리고 형의 정도(수준)는 구금형의 사용의 제한의 원칙에 따라야만 한다. 두번째의 비례성은 현재의 양형목적에서 더욱 중요한 서수적(ordinal)인 비례성이다. 이것은 적용가능한 상대성을 확립하기 위하여 범죄의 다른 형식과 관련해서 범죄의 중대성에 대한 평가를 요구하는 비례성이다; Andrew Ashworth, Principles of Criminal Law, Oxford University

2003은 ‘법원은 그 범죄가 매우 중대해서 벌금형만을 선고하거나 또는 사회 내 처분만을 선고하는 것은 그 범죄에 정당하지 않다고 판단하는 경우 이외에는 구금형을 선고해서는 아니 된다.’ 또한 ‘구금형은 범죄의 중대성에 비례한다는 법원의 견해에 따라서 가장 최소기간으로 부과되어야 한다’라고 규정하고 있다. 이러한 법률의 규정은 양형결정에 있어서 적절성을 위한 중요한 억제 기능을 발휘하고 있는 것으로 보인다.

양형기준위원회도 CJA 2003 제 143조 1항이 양형의 비례성을 주장하고 있다는 것을 강조함을 통해서 양형실무에서 양형의 목적에 대한 선택과 혼합이 야기할 수도 있는 불일관성을 제거하기 위하여 노력을 기울여 왔다.

III. 영국 양형결정의 공식적 근원

영국에서의 양형결정의 공식적인 근원은 법률, 정의적 양형가이드라인 그리고 사법적 결정이다.²³⁾

1. 법 률

의회에서 통과된 법률들은 영국 양형의 틀을 형성하고 있다. 영국양형의 근원으로 서 법률의 역할은 법관에게 광범위한 권한을 부여하고 그 권한의 사용에 외부적 한계를 정하는 데에 있다. 이러한 외적 경계 안에서 양형실무는 항소법원의 양형에 관한 상당한 재량에 의해서 구체화되어 왔다.²⁴⁾

2001년의 영국 정부가 주도한 Auld Review에서 언급된 목표는 법원이 모든 과정을 간소화하고, 효율성을 증대시키며 그리고 전체 형사사법시스템에 걸쳐 다른 형사사법기관과의 관계의 효율성을 강화함을 통해서 정의를 공정하게 전달하는 것을 보

Press(2006), p. 20.

23) Andrew Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, p. 31.

24) Andrew Ashworth, Sentencing and criminal Justice, p. 32.

장하는 것이었고, 이러한 목표를 위해서 양형 법률의 성문화를 주장하였다.²⁵⁾

또한 정부는 백서인 ‘전체를 위한 정의(Justice for all)’에서 사회보호에 커다란 중요성을 부여하고 형사사법시스템에 대한 시민의 신뢰를 회복하고 소추관·경찰·법원 그리고 보호관찰관 사이의 밀접한 통합에 의해서 시스템의 응집력을 증대시키고, 피해자·증인 그리고 사회를 위한 시스템의 재조정의 필요성을 강조하였다. 이를 위해서 백서는 양형과 사법행정 문제에 대한 입법을 제안하고, 법률에서 양형의 원칙을 규정할 것과 일관성 있는 양형기준을 형성하기 위하여 양형기준위원회의 설립을 제안하였다.²⁶⁾

현재 영국에서 양형과 관련된 법률은 법원법(Coutr Act) 2003, 범죄와 질서위반에 관한 법률(Crime and Disorder Act)1998, 범죄(양형)법(Crime(Sentencing) Act) 1997, 형사사법법률(Criminal Justice Act) 2003, 형사사법법률과 법원법(Criminal Justice and Court Services Act) 2000, 형사사법과 경찰법(Criminal Justice and Police Act) 2001, 형사절차법과 수사절차법(Criminal Procedure and Investigation Act)1996, 가정폭력·범죄 그리고 피해자에 관한 법률(Domestic Violence, Crime and Victims Act) 2004, 형사법원(양형)의 권한에 관한 법률(Powers of Criminal Courts(Sentencing) Act) 2000, 형사절차법(Proceeds of Crime Act)2002, 성범죄에 관한 법률(Sexual Offences Act) 2003 등이다.

2. 양형기준위원회의 양형가이드라인

항소법원에 의해서 내려진 양형기준판결은 1980년대 양형시스템의 두드러진 특징이며, 그 판결들 중의 다수는 지금도 여전히 유효하게 작용하고 있다. 그러나 범죄와 질서위반에 관한 법률(the Crime and Disorder Act)1998 제80조와 제81조에 의해서 두개의 주요한 변화가 나타났다. 첫째는 양형자문단(a Sentencing Advisory Panel)이 가이드라인의 초안을 작성하기 위하여 창설되었고 양형기준에 대하여 판

범위하게 상담을 하게 되었다. 둘째는, 양형판결을 하기 위한 항소법원의 권한은 양형자문단으로 부터 자문을 받은 범죄에 제한되었다. 비록 자문단의 자문을 항소법원이 반드시 수용하여야 하는 것은 아니지만, 이러한 체제는 인종적으로 가중된 범죄, 어린이 포르노그래피, 강간 및 몇몇의 다른 범죄에 대한 수정된 기준판결을 제시하면서 몇 년 간 계속되었다. 하지만 항소법원에 의한 극히 소수의 단편적 양형기준 관련 판결들 만으로는 특히 형사지방법원(Crown Court) 법관들에게 일관되고 명확한 양형기준을 제시해줄기가 어려웠다. 뿐만 아니라 입법부와 법원 간에 양형정책을 둘러싼 긴장관계도 일정부분 존재해왔다.²⁷⁾ 이에 따라 정부는 백서 ‘전체를 위한 정의(Justice for All)’에서 새로운 위원회의 창설을 제안하였는데, 일반적 양형기준의 필요성과 양형기준의 초안을 검토하는 데 있어서 의회에 역할을 부여하여야 할 중요성이 그 이유였다. 또한 Halliday 보고서에서도 재범을 줄이고 범죄인의 다른 유형에 대한 적합성과 다른 프로그램의 가능성을 알게 하는 데 있어서 무엇이 효과적인가에 관하여 양형관들에게 정보를 제공한다는 공리주의적 목적과 양형관과 다른 형사사법기관 사의의 밀접한 공조를 강조하였다.²⁸⁾ 이러한 제안에 따라서 형사사법법 2003은 양형기준위원회(The Sentencing Guidelines Council)를 창설하면서 양형기준의 발행에 대한 구조를 본질적으로 변화시켰다. 비록 양형기준위원회(SGC)가 창설되었지만 양형자문단은 여전히 존재하면서 그 스스로의 동기에 의해서 가이드라인을 제안할 수 있다. 그러나 이제 그 자문은 항소법원에 대한 것이 아니라 양형기준을 제시할 권한을 가진 새로운 기구인 양형기준위원회에 대한 것으로서,²⁹⁾ 양형자문단은 양형실무·다양한 선고형의 비용과 효율성·사회적 확산 등을 고려하면서 자문서를 준비하기 위한 절차를 따라야만 한다 그리고 각 이해 단체의 반응을 검토하고 양형기준위원회에 자문을 제시한다.³⁰⁾³¹⁾ 양형기준위원회는³²⁾ 새로운 절차에 따라

27) 김한균, 양형의 합리화와 양형기준의 제정-영국 양형기준위원회의 양형합리화 정책-, 형사정책연구소식 제91호(2005,9/10월호), 37면.

28) Susan Easton/ Christine Piper, Sentencing and Punishment, p. 21.

29) CJA s.170.

30) CJA s. 170(9).

31) 애초 양형기준위원회의 설립에 따라 양형자문단의 역할이 유명무실화될 것이라는 우려도 있었으나, 2005년 양형원칙에 대한 양형기준과 유죄답변에 따른 형의 감정에 관한 양형기준제정에 있어서 2004년도 양형자문단의 자문보고서를 대부분 수용함으로써, 그 연구자문기구로서의

25) Susan Easton/ Christine Piper, Sentencing and Punishment, p. 22.

26) Susan Easton/ Christine Piper, Sentencing and Punishment, p. 23.

서 반드시 양형자문단으로 부터 자문을 받은 후에 가이드라인을 발행할 수 있다. 양형기준위원회는 예비적 가이드라인에 대한 견해를 형성하고, 이어서 내무성(Home Secretary)과 의회 그리고 다른 단체에 초안적 가이드라인(a draft guideline)을 발행한다. 이 초안적 가이드라인과 양형자문단의 양형기준위원회에 대한 자문의견서는 동시에 발행된다. 그리고 양형기준위원회는 초안에 대한 비평을 받는데 필요한 2개월이 지난 후에 영국과 웨일즈의 모든 법원에 구속력이 있는 定義的인 최종적 가이드라인(a definitive final guideline)을 발행한다. 법원은 특별한 사건과 관련이 있는 어떠한 가이드라인이라도 고려할 의무를 가지게 되며,³³⁾ 그리고 제시한 범위 밖의 형을 선고하는 경우에는 그 이유를 제시할 의무를 가진다.³⁴⁾

양형가이드라인이 단지 일반적 원칙만을 제시한다면 양형선택의 지침으로서 그렇게 효과적이지 않을 수 있다. 따라서 어떤 효과를 가지기 위해서는 가이드라인은 특별한 범죄유형(분류)별로 제시될 것이 요구되어 왔다.³⁵⁾ 사실 양형기준위원회가 작업을 개시하기 전에는 양형기준위원회가 그러한 역할을 기꺼이 할 것인가라는 회의적인 시각도 있었다.³⁶⁾

그러나 현재 영국 양형기준위원회는 개별범죄를 중심으로 비교적 구체적인 양형기준을 제공하고 있다. 이러한 규정에 따라서 위원회는 2004년 3월부터 그 활동을 개시하였으며, 현재까지 발행된 정의적 기준은 다음과 같다

위상을 유지할 것으로 평가되고 있다; 김한균, 양형의 합리화와 양형기준의 제정 - 영국 양형기준위원회의 양형합리화 정책 -, 37면.

32) 양형기준위원회는 항소법원 형사부 수석법관(Lord Chief Justice)을 의장으로 모두 12인으로 구성된다. 각급법원 법관과 치안판사 등 7인의 위원을 대법원장이 내무성 장관 및 위원회의장과 협의하여 경찰, 검찰, 형사변호인단체, 피해자보호관련민간단체 대표 4인으로 임명한다; CJA 2003 s. 167.

33) CJA 2003 s. 172(1).

34) CJA 2003 s.174(2)(a).

35) Andrew von Hirsch/ Julian v. Roberts, 'Legislating Sentencing Principle', Criminal Law Review(2004), p. 645.

36) Andrew von Hirsch/ Julian v. Roberts, 'Legislating Sentencing Principle', p. 645.

종 류	발행일
반 사회행동에 대한 명령위반(Breach of an Anti-Social Behaviour Order)	2008.12.9 발행
절도와 비주거에 대한 침입강도(Theft and Burglary (non-dwelling))	2008. 12.9 발행
운전에 의한 사망의 야기(Causing death by driving)	2008.7.15 발행
어린이에 대한 폭행과 잔인성(Overarching Principles: Assaults on Children and Cruelty to a Child)	2008 .3.3 발행
보호명령의 위반(Breach of a Protective Order)	2006.12.18 발행
보석 조건의 불이행(Fail to Surrender to Bail)	2007.12 발행
수정된 치안법원의 양형기준(Revised Magistrates' Court Sentencing Guidelines)	2008.8.4 발행
도발적 이유에 의한 살인(Manslaughter by Reason of Provocation)	2005.11.28발행
새로운 양형:형사사법법 2003(New Sentences: Criminal Justice Act 2003)	2005.4.4 발행
가정폭력(Domestic Violence)	2006.12.18발행
중대성(Seriousness)	2005.4.4 발행
유죄답변에 대한 감경(Reduction in Sentence for a Guilty Plea)	2007.7.23발행
강도(Robbery)	2006.8.1 발행
성범죄법(Sexual Offences Act) 2003	2007.5.14 발행

한편 초안적 가이드라인은 다음과 같다.

종 류	발행일
반 사회행동에 대한 명령위반(Breach of an Anti-Social Behaviour Order)	2008.5.23 발행
운전에 의한 사망의 야기(Causing death by driving)	2008.1.9 발행
절도와 비주거에 대한 침입강도(Theft and Burglary (non-dwelling))	2008.3.10 발행

3. 사법적 결정(judicial decision)

(1) 항소법원의 양형기준판결 : 초기부터 형사항소법원은 특정한 절차적 원칙을 형성하면서 양형에 관한 기준을 제시하여 왔다. 하나는 법률상의 최장형의 선고는 가장 최악의 사건을 위하여 보류되어야 한다는 것이고,³⁷⁾ 다른 하나는 법원은 오직 판결이 원칙적으로 잘못된 경우에만(wrong in principle) 양형을 변경하여야 한다는 것이다³⁸⁾. 그러나 양형에 관한 성문화의 요구와 양형기준위원회의 양형기준의 발행에 따라서 항소법원 판결의 선험적 가치는 상당히 변화되고 있다. 그렇지만 양형기준위원회의 양형기준이 제시되지 않고 있는 영역에서는 여전히 중요한 의미를 가지고 있다. 항소법원의 양형기준판결은 특정유형의 범죄에 대한 주요한 감경요소와 가중요소를 고려하면서 양형범위에 대한 적절한 출발점을 제시하고 있는 단일 판결이다.³⁹⁾ 사실 양형기준위원회의 양형기준의 발행으로 인하여 양형기준판결의 의미가 축소되었음에도 불구하고 최근의 몇몇 판결들은 양형가이드라인에 적합한 중요한 것으로 인식되고 있다. 예컨대 Wisniewski(2005)과 Corran et al.(2005)에서 항소법원은 이전의 양형기준판결과 관련 양형자문단의 자문서를 참조하여 아직 정의적 기준의 대상이 되지 않았던 성범죄법 2003에서 규정하고 있는 새로운 범죄에 대한 양형 가이드라인을 제시하였다. 이것은 항소법원이 양형위원회가 정의적 가이드라인을 발행할 수 있을 때까지는 그 갭을 보충하는 역할을 수행하고 있음을 의미한다. 또한 Pace 판결(2005)에서 법원은 억제명령(restraining order)의 위반에 대한 양형을 할 때에 적용할 수 있는 가중요소와 감경요소를 설정하기도 하였으며, Afones 판결(2005)에서도 항소법원은 A급의 마약과 공급과 관련된 현재의 가이드라인을 조정하였다. 그리고 Page et al 판결(2004)에서 항소법원은 상점절도에 대한 양형의 가이드라인을 제시하기도 하였다. 현재 항소법원의 양형기준판결은 양형기준위원회에 의해서 제시되는 정의적 가이드라인 보다는 권위를 덜 가지게 됨은 분명하다. 그렇지만 2004년 이전에 항소법원이 내린 기준판결이 양형위원회에 의해

서 인수될 때 까지는 권위를 가지고 있으며, 보충적 기준판결은 유사한 권위를 가질 것으로 보인다. 한편 최근에는 양형기준위원회는 2005년 3월부터 양형기준판결사건개요집(Guideline Judgements Case Compendium)을 발행하고 있으며, 이는 계속적으로 업데이트되고 있다.⁴⁰⁾

(2) 치안판사법원의 양형가이드라인 : 치안법원에서 다루어지는 일반 범죄에 관한 양형가이드라인이 있다. 이 기준은 치안판사법원과 사법서사회(Justices' Clerks' Society), 지역판사(district judges) 그리고 학자들의 대표로 구성된 단체에 의해서 작성되고 있다.

(3) 실무지침 : 여왕법원행정처(Her Majesty's Courts Service)에서 발행하는 실무지침(Practice Directions)도 일종의 가이드라인의 하나로 간주되고 있다. 이것은 실무에 있어서 통일성을 달성하기 위한 일정한 절차들을 제시하고 있다. 최근에 제시된 실무지침으로는 2008. 2.13일에 발행된 어린이와 관련된 가사사건절차에서의 전문가(Experts in family proceedings relating to children)와 공법개요(Public Law Outline)가 있다.

IV. 영국의 양형 과정

영국은 주지하다시피 배심재판제도를 채택하고 있다. 따라서 판사의 양형은 배심에 의해서 유죄평결이 이루어진 이후의 절차에 해당한다. 따라서 배심의 유죄평결 이후의 양형의 절차를 살펴보기로 한다.

(1) 판결 전 보고서의 제출 : 영국에서 법원은 양형을 하기 전에 일반적으로 판결 전 보고서(a pre-sentence report)와 다른 보고서를 참고한다. 법원은 만약 동

37) Harrison(1909) 2 Cr App R 94.

38) Gumbs(1926) 19 Cr App R 74.

39) Andrew Ashworth, Sentencing and criminal Justice, p. 38.

40) 보다 구체적인 내용은 <http://www.sentencing-guidelines.gov.uk/guidelines/other/courtappeal/default.asp> 참조.

보고서를 획득하는 것이 불필요하다고 판단하지 않는 한 구금형의 선고를 고려하는 경우에는 반드시 이를 제출받아야 한다.⁴¹⁾ 하지만 법원이 이를 제출받지 않았다고 해서 그 형의 선고가 무효인 것은 아니다.⁴²⁾ 그리고 법원은 추가적인 조건이 부가된 사회재활명령의 선고(예컨대 마약 치료 센터 또는 심리 치료 등), 특정한 보호감독명령 등의 사회 내 처벌을 부과하는 경우에도—보고서가 불필요하다고 판단하지 않는 한—보고서를 제출받아야만 한다.

이러한 판결 전 보고서는 일반적으로 양형에 관한 권고를 내용으로 하지 않는다. 그것은 범죄사실에 대한 객관적인 요약, 범죄와 피고인의 행위 그리고 피고인의 범죄에 대한 태도를 분석함으로써 법원을 지원하기 위한 것이다. 또한 동 보고서는 피고인의 사회적 환경을 고려하고 특별히 그의 재범의 위험성을 언급하기도 한다. 피고인은 판결 전 보고서의 사본을 가질 수 있으며 실무적으로는 변호인은 법정에 도착하는 순간 법원의 보호관찰사무원으로부터 사본을 입수하게 된다. 또한 법원은 판결 전 조사보고서 이외에도 의료적 치료보고서, 알콜이나 마약 재활센터의 적합성에 대한 평가 등을 제출받을 수도 있다. 한편 CJA 2003은 범죄인이 18세 이하가 아니거나 또는 서면보고서가 요구되지 않는 경우에는 구두로 판결 전 보고를 하는 것을 허용하고 있다.⁴³⁾

(2) 휴정 : 일반적으로 피고인에 대한 판결 전 보고서가 완성되는 기간을 위하여 치안법원(the magistrate' court)은 2주까지, 만약 피고인이 구금상태인 경우에는 3주까지 양형을 위한 재판을 휴정할 수 있다. 형사지방법원(Crown Court)은 이에 대한 독자적 권한을 가진다.

(3) 범죄사실의 요약 : 검사는 범죄의 사실을 요약하여 법원에 제출하고, 피고인의 성격과 전력에 대한 증거를 제출하여야 한다. 이 경우에 검사는 절대로 피고인에게 부과되는 실제의 양형에 대하여 어떠한 영향을 행사하여서도 아니 된다. 양형은 전적

41) CJA 2003 s. 156(법원은 가중요소와 감경요소를 포함한 범죄의 환경에 관하여 이용가능한 모든 정보를 고려하여야만 한다).

42) Philip Plowden, Criminal Litigation in Practice, p. 138.

43) CJA 2003 Section 12.

으로 법원의 일이며, 검사의 의무는 단지 법원을 지원함에 있기 때문이다.⁴⁴⁾ 또한 경찰은 혐의의 요약과 중요한 사실의 상세한 내용과 함께 피고인의 나이와 환경에 관한 개인적인 정보를 담고 있는 전과 기록서를 미리 준비하게 된다. 전과기록서의 핵심은 일반적으로 최근의 범죄혐의와 관련성이 있는 다른 유죄혐의에 대한 상세한 내용이다. 만약 현재의 범죄가 사회 내 처분의 기간동안에 이루어졌다면 법원은 사회 내 처분을 취소하고 새로운 형을 선고할 것인지의 여부를 고려할 수 있다.

(4) 고려되는 범죄들(offences to be 'taken into consideration' : TICs)

양형에 있어서 법원은 원칙적으로 피고인이 유죄라고 확인된 범죄 또는 피고인이 유죄라고 답변한 범죄에 대해서만 고려하여야 한다. 이에 대한 예외는 피고인이 고발되거나 유죄혐의를 받지 아니한 다른 범죄를 인정하기로 준비한 경우로서 이 범죄들이 양형에서 고려되기를 원하는 경우이다. 이것은 피고인이 자신의 모든 전력을 깨끗이 하고 미결정인 채로 남아있는 더 이상의 범죄가 없다는 것을 확실히 해두는 하나의 방법이다.⁴⁵⁾ TICs에 해당하는 범죄들에 대하여 앞으로 더 이상의 소추의 위험성이 없을 것이라는 것을 의미하게 된다.⁴⁶⁾ 한편 TICs는 일반적으로 법원 앞에서의 범죄와 동일한 범죄이어야 한다.

향소법원은 Miles 사건(2006)에서⁴⁷⁾ TICs에 대한 기준을 제시하였다. 이에 따르면 TICs는 피고인의 명시적인 동의가 있는 경우에만 가능하고, TICs는 전체 범죄(overall criminality)와 관련을 가진다. 그리고 법원은 피고인이 경찰을 지원하였다는 점에 무게를 두어야 한다 — 피고인의 동의가 없었다면正義가 밝혀지지 않았을 수 있었던 범죄를 명확히 한 경우에는 특별히 그러하다 —. 일부 사건에서는 TICs는 어떠한 것도 추가하지 않을 수도 있으며 부과된 형의 선고에 아무런 영향을 주지 않을 수도 있다. 그러나 반대로 TICs는 만약 그들이 계획적인 범죄성의 패턴을 보여

44) Stephen Forster, Criminal Law and Practice, Sweet & Maxwell(2008), p.503.

45) Philip Plowden, Criminal Litigation in Practice, p. 140.

46) 한편 TICs는 표본범죄들(specimen offences)과는 구별된다. 표본범죄는 예컨대 검사가 50 또는 60개의 이익사기의 고발에서 하나의 사실에 대해서만 소추한 경우를 말한다. 따라서 만약 피고인이 주요한 고발사건을 인정하지 않는다면 피고인은 단지 그가 유죄평결을 받은 범죄에 대해서만 형을 선고받을 수 있다; Kidd[1998] 1 Cr App R (S) 243.

47) R. v Miles[2006]EWCA Crim 256.

주는 경우, 보석 중의 범죄인 경우, 이전 형의 선고 이후의 범행인 경우에는 형의 본질적인 증대를 초래할 수 도 있다.

(5) Newton hearing⁴⁸⁾ : 피고인은 그 범죄가 실제로 매우 중대한 동기하에서 이루어졌다고 주장하면서 유죄답변을 할 수도 있다. 예컨대 피고인은 상대방에 대하여 단지 한방의 가격만 하였다는 것에 기초해서 유죄답변을 할 수도 있다. 이러한 경우에 법원은 반드시 피고인에게 이를 입증할 수 있는 기회를 제공하여야만 한다(Newton hearing). 이러한 기회를 제공하지 않은 경우에는 피고인의 주장이 진실인 것으로 인정하여 양형판단을 하여야 한다. 이러한 Newton hearing은 법원이 적절한 양형을 위하여 피고인에 의해서 유죄답변이 이루어진 경우이라도 사실의 문제를 고려할 수 있는 효과적인 실무적 중요성을 가지고 있는 것으로 이해되고 있다.⁴⁹⁾ 법원은 검사와 피고인이 답변의 기초에 동의한 경우에도 독자적인 동기에 의해서 Newton hearing을 실시할 수도 있다. Newton hearing에서 판사는 배심 없이 판사석에 앉게 되며, 소추측 증인은 이때 소환된다. 그리고 엄격한 증거법칙에 따른 증명과 증거의 기준이 적용된다. 주의할 점은 만약 Newton hearing이 시행되고 법원이 사건에 관한 피고인의 주장을 수용하지 않는 경우에는, 피고인은 유죄답변을 통해 얻을 수 있는 신용의 일부를 잃을 수도 있다는 점이다.⁵⁰⁾

(6) 형 선고의 연기 : 법원은 형사법원(양형)의 권한에 관한 법률 2000[PCC(S) 2000] 제1조에 따라서 형의 선고를 연기할 수 있다. 이러한 연기의 목적은 법원에 대하여 유죄평결 이후의 피고인의 행동이나 사정의 어떤 중요한 변화를 고려하는 것을 허용하기 위함이다. 연기의 최대기간은 6개월이며 연기의 권한은 그렇게 하는 것이 정의의 이익에 합치한다고 판단되는 경우에만 행사할 수 있다.⁵¹⁾ 연기의 기간 동안 피고인은 부가적 조건을 수행할 것을 요구받을 수도 있다. 그리고 이러한 요구

48) Newton hearing은 1982년의 R. v Newton 77 Cr.App.R.13에서 유래되었다; Stephen Forster, Criminal Law and Practice, p.490.

49) Stephen Forster, Criminal Law and Practice, p.490.

50) Stevens [1986] 8 Cr App R (S) 291.

51) Philip Plowden, Criminal Litigation in Practice, p. 141.

에 대한 피고인의 이행 여부는 양형에서 고려되어 질 수 있다.

V. 현행 영국양형제도의 문제점

CJA 2003의 시행에 따른 양형에 관한 근본적인 개혁조치들에 대해서 긍정적인 견해와 비판적인 견해가 동시에 제기되고 있다. 영국변호사협회(The Bar Council), 형사변호사협회(The Criminal Bar Association) 등은 刑事司法的 問題를 정치적으로 이용하는 것을 비판하는 연합성명을 발표하였으며, 정부는 더 많은 변화를 시도하기 전에 양형기준위원회가 충분히 작동되고 새로운 양형체계가 자리를 잡을 때까지 기다려야만 한다고 주장하였다. 또한 CJA 2003은 동일한 범죄에 대한 이전의 범죄경력에 관한 증거의 제출을 허용함으로써 무죄인을 유죄로 할 위험성을 증대 시킴으로서 잠재적 非正義를 초래하고, 국가이익을 위하여 너무 많이 균형을 이동시켰다는 비판도 제기되고 있다. 그러나 이에 반하여 범죄에 대한 논쟁은 1970년대 이래 영국정치를 지배하여 왔으며, 범죄·법 그리고 질서에 관한 문제들은 본질적으로 국가와 시민사이의 관계에 관한 근본의문에서 출발하기 때문에 원래부터 그 속성상 정치적인 것이며, 또한 이러한 논의는 내부적으로는 사회적인 다양화와 개개인의 자기 이익을 바탕으로 하여 사회가 어떻게 서로 결합될 수 있는가의 문제라는 의미에서 정부의 입법의도를 긍정적으로 평가하는 견해도 있다⁵²⁾ 현행 양형에 관해서 제기되는 문제점들을 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

1. 양형법률의 복잡성

영국의 양형관련 법률을 연구하려고 하는 자는 누구나 법률의 양과 복잡성에 충격을 받을 수 있다.⁵³⁾ 1948년 이래로 영국양형입법의 특징이 되었던 양형 개혁에 대한

52) Susan Easton/ Christine Piper, Sentencing and Punishment, p. 25.

53) D. A. Thomas, 'Sentencing Reform : England and Wales' The Politics of sentencing reform, Clarendon Press Oxford(1995), p. 138.

점진적인 접근은 수많은 법률규정으로 나타났으며, 그들 중의 다수는 너무 자주 개정되어 원래의 입법 의도와는 거의 관계를 가지지 않는 경우도 많았다. 그리고 종종 법률규정의 올바른 내용을 확인하는 것이 어려울 지경이었으며 – 그 해석의 문제는 차지하고라도⁵⁴⁾ –, 제정되었지만 시행도 되지 않고 수정되어 주어진 사건에 어떤 법률이 적용되어야 하는가의 문제가 발생하기도 하였다.

또한 현재의 CJA 2003이 아직 완전히 정착되기도 전에, 형사사법과 이민법(The Criminal Justice and Immigration ACT) 2008이 5월8일 왕립허가(the Royal Assent)를 받았다.⁵⁵⁾ 이 법률은 양형과 관련된 매우 광범위한 규정을 포함하고 있으며, 특히 동법률은 CJA 2003에서 규정하고 있는 수형자들의 조기석방에 관한 많은 수정규정을 담고 있다.⁵⁶⁾

2. 양형기준위원회의 양형기준의 문제점

일반적으로 실무가들은 양형기준위원회의 성공 또는 실패를 판단하는 기준으로서 예견가능성·일관성·유연성을 들고 있다. 이러한 기준에 의할 때 현행 시스템은 예견가능성과 일관성은 어느 정도 유지하고 있는 것으로 평가되고 있다. 따라서 가장 대표적인 문제점의 하나였던 피고인이 어떤 법원 또는 어떤 판사 앞에서 재판을 받는가에 달려있다고 인식되었던 양형결과에 대한 불만도 이제 어느 정도는 불식되었다는 견해도 있다.⁵⁷⁾⁵⁸⁾

그러나 문제는 유연성의 희생에 있다. 현재의 시스템에 대한 형사실무가들로 부터의 가장 큰 불만의 하나는 양형과정이 유연한 양형제도를 희생하면서 하나의 점수를 부여하는 과정처럼 되었다는 것이다. 즉 일관성과 예측가능성의 지나친 강조는 사법부의 재량을 대폭 축소시켰다는 것이다. 예견가능성과 일관성이 양형제도에 있어서 중요한 것은 사실이지만, 사법적 재량과 사법적 신뢰의 유지를 위해서 필요할 때에는

54) D. A. Thomas, 'Sentencing Reform : England and Wales' p. 140.

55) Sentencing news, 2008.5.21, Sweet & Maxwell Ltd, p.5.

56) Sentencing news, 2008.5.21, Sweet & Maxwell Ltd, p.5.

57) John Cooper, 'The Sentencing Guidelines Council- A Practical Perspective-', p. 280.

58) John Cooper, 'The Sentencing Guidelines Council- A Practical Perspective-', p. 279.

유연성을 가져야 한다. 이처럼 유연성이 후퇴하는 이유로는 제도적으로는 CJA 2003 제172조 제1항(a)와 제174조 제2항이 법원에 대하여 양형기준위원회의 기준을 고려할 것을 요구하고 있고, 또한 만약 법원이 양형의 가이드라인의 범위를 넘어서 양형을 할 때에는 그 이유를 명시할 것을 요구하고 있기 때문이며, 실무적으로는 다수의 판사들은 그들의 판단이 가능한 한 항소의 대상이 되지 않도록 하기 위하여 양형기준을 적절한 판단을 위한 유용한 도구로서가 아니라 오히려 항소를 예방하기 위한 도구로서 사용하고 있다는 점 등에 있는 것으로 보여 진다.⁵⁹⁾

3. 양형의 가중요소와 감경요소의 불균형

다수의 국가들이 양형에 관한 중요한 가중요소와 감경요소를 법률적 기초위에서 규정하고 있는 것처럼,⁶⁰⁾ 영국과 웨일즈에서도 4개의 가중요소와 1개의 감경요소가 법률에 규정되어 있다. 가중요소로는 보석 중에 범한 범죄,⁶¹⁾ 인종적 또는 종교적 원인에 의한 범죄,⁶²⁾ 장애 또는 성적 경향에 관련된 범죄,⁶³⁾ 이전의 범죄경력이며,⁶⁴⁾ 그리고 유일한 감경요소는 유죄답변이다.⁶⁵⁾

또한 양형기준위원회도 책임 및 손해와 관련된 요소들을 제공하고 있다. 그러나 여기에는 목록상의 불균형이 있는 것으로 지적되고 있다. 단지 4개의 요소만이 책임이나 손해의 정도를 감소시킬 수 있다고 규정된 반면에 31개의 요소들은 형을 증대시키는 것으로 규정되어 있다. 또한 가정 폭력에 관한 기준에서도 가중요소는 7개인 반면에, 감경요소는 단지 2개만 제시되어 있다. 성범죄가이드라인에서도 가중요소에 대해서는 189개의 언급이 있지만, 감경요소에 대해서는 단지 45개만이다. 치안판사법원(Magistrates' Court)이 제시한 16개의 일반적 범죄에 대한 양형기준안에서

59) John Cooper, 'The Sentencing Guidelines Council - A Practical Perspective -', p. 280.

60) Julian V. Roberts, 'Aggravating and Mitigating Factors at Sentencing: Towards Greater Consistency of Application', Criminal Law Review(2008), p. 268.

61) CJA 2003 s. 143(3).

62) CJA 2003 s. 145(2).

63) CJA 2003 s. 146(2).

64) CJA 2003 s. 143(2).

65) CJA 2003 s. 144(1).

도 감경요소는 거의 언급되어 있지 않다.

양형의 가중요소와 감경요소 사이의 이러한 불균형은 다른 나라의 양형기준시스템에서는 거의 발견되지 않는다. 예컨대 North Carolina 에서는 가이드라인들은 20개의 가중요소와 21개의 감경요소를 특정하고 있다.⁶⁶⁾

감경요소에 대한 결여 또는 상대적 불균형은 양형법관들의 관심을 감경보다는 오히려 가중의 방향으로 집중하게 할 수 있는 위험이 존재한다.

4. 교도소 과밀화

현재 영국의 양형시스템과 관련하여 가장 중요한 사회적 이슈의 하나로 등장하고 있는 것은 바로 교도소의 과밀화문제이다. 즉 양형시스템의 관리를 통하여 교도소의 수감인구를 적절하게 조절할 수 있는가의 문제이다.⁶⁷⁾

수감인구의 팽창은 입법적 변화, 범죄발견의 증대, DNA와 같은 과학기술의 사용, 경찰관의 수적 증가, 사회 내 처벌의 위반에 대한 집행의 증가 등에 기인한다.

영국은 지금 수감비율로 측정할 때 수감되는 사람의 숫자에 있어서 서유럽에서 가장 선두에 있다. CJA 2003에 따라서 치안판사법원의 양형에 관한 권한이 12개월까지로 증가하였기 때문에 수감인구는 더 증가할 것으로 예상된다. Woolf 卿(Lord

66) North Carolina Sentencing and Policy Advisory Commission Manual.

67) 영국에서 1995년에 수감인구는 처음으로 50,000명을 초과한 것으로 나타났다(Home Office 1996.6). 그리고 2000년에는 64,600명, 2001년에는 66,300명, 2002년 5월에는 70,894명으로서 여기에는 4,150명이 여성이고, 66,744명은 남성이었다. 2003년 10월10일에는 73,835명, 2004년 10월 8일에는 74,730명, 2005년 2월 7일에는 73,085명 이었다. 이러한 증가는 앞으로도 계속될 것이다. 그렇지만 2008년에는 70,200명에 이르도록 계획되어있다. 이는 2000년의 국가통계에 기초하여 구금비율과 선고형의 기간이 2000년 수준을 유지한다는 가정하에서 기초되었다. 그러나 이러한 Home Office의 구상은 CJA2003의 효과를 고려하지 않았다. 따라서 가능한 양형변화를 고려한다면 가장 비관적인 예상은 2009년 7월에는 109,600명에 이를 것이라고 한다. 그러나 현재의 수감인구가 앞으로 증가할 것인지 그리고 그 증가비율은 어떠한 것인지에 대하여는 분명하지 않다. 다만 가까운 장래에 중대한 감소를 보일 것 같지는 않다. 2,300개의 교도소 추가 건설을 통하여 교도소의 과밀화를 해결하기 위한 추가자금이 따로 책정되어 있다. 그리고 교정청이 자른 선박교도소를 찾고 있다고 보고되고 있다; Susan Easton/Christine Piper, Sentencing and Punishment, p. 14.

Woolf)은 교도소의 과밀화는 재사회화에 수용할 수 없는 장애이며, 판사들은 그들이 부과하는 양형이 얼마나 많은 납세자들에게 비용을 납부하게 하는 것인지를 알아야만 하고, 교도소는 정말로 수감 받을 만 하고 또 그것이 필요한 사람만을 위해서 보존되어야 한다는 견해를 일관성 있게 주장하였다.⁶⁸⁾ 또한 Igor 판사도 ‘수감자가 과밀화에 직면하고 – 예컨대 하나의 일인용 감방을 다른 죄수와 나누어 사용한다고 한다면 – 감옥에서의 적절한 운동이 부족한 경우에는 양형에서의 처벌조건은 감경되어야만 한다’고 하였다.⁶⁹⁾

교도소의 과밀화에 관한 문제의 특징은 사건을 개별적으로 그리고 최종적으로 공정하게 처리하여야 하는 판사의 고유한 사법적 재량권이 침식될 수 있으며, 교도소 수용인구를 양형시스템의 작동을 통하여 해결하려는 접근은 양형정책과 교도행정이 전도되는 근본적인 문제에 봉착하게 된다는 점이다.⁷⁰⁾

5. 前科에 대한 고려

영국에서 2003년까지의 前科에 관한 지배적인 양형의 원칙은 Queen Case에서 항소법원에 의해서 처음으로 채택되었던 누적적인 감경혜택의 감소(Progressive loss of mitigation)의 원칙이었다. 이 원칙에 의하면 감경의 정도는 첫 번째 범죄까지는 확장 된다.⁷¹⁾ 그러나 그 감경의 정도는 계속적인 범행과 더불어서 감소되고, 여러 개의 범죄로 법원에 오게 되었다면 행위자는 그의 범행의 중대성에 적절한 정도의 처벌을 받아야만 한다. CJA 1991은 이러한 원칙을 명문화하였고 – 비록 법문이 어색하고 다소 오해의 소지가 있지만 – CJA1993에서의 수정안은 이전의 범행이 적절하게 고려될 수 있음을 명확히 하는 것을 목적으로 하였다.

68) Guardian, 17April, 2007

69) John Cooper, 'The Sentencing Guidelines Counsil- A Practical Perspective-', CLR 2008, 6호, p. 286.

70) Martin Wasik, 'Sentencing guidelines in England and wales-state of art?', Criminal Law Review(2008), p.261.

71) Andrew von Hirsch/ Julian v. Roberts, ' Legislating Sentencing Principle', Criminal Law Review(2004), p. 647.

Halliday 보고서에서도 이전의 범죄경력에 기초하여 증가될 수 있는 형의 중대성의 정도에 상한을 요구하였다. 따라서 이전 범죄경력의 효과는 범행의 중대성으로부터 나타나는 객관적 제한에 언제나 종속되어야만 하고, 반복적으로 작은 범죄를 범하는 범죄자가 상당한 수준에 달하는 증가된 처벌을 받아서는 안 된다고 강조하였다.

그러나 CJA 2003에는 이러한 제한에 관한 규정이 없다. CJA 2003의 제143조 제 2항은 '만약 전과범죄가 현재의 범죄와 충분한 관련성이 있는 최근의 범죄로 판단되는 경우에는 개별적 전과는 형의 증가요소로 취급하여야 한다'고 규정하고 있기 때문에 반대적 태도에 있다고 할 수 있다. 오히려 CJA 2003은 범죄인의 이전의 범죄경력에 점진적으로 보다 큰 역할을 부과함으로써 영국과 웨일즈에서의 양형을 비례성의 원칙에 기초한 모델로부터 심각할 정도로 이동시켰다고 평가할 수 있다.⁷²⁾ 그리고 이전의 범죄경력을 가진 범죄인에게 부과되는 양형엄격성의 증대(형량의 증대)는 최근에 지속적으로 상승하고 있는 수용인구에 대한 본질적인 증가로 나타날 것으로 예상된다. 영국의 교도소 통계에 따르면 2002년의 성인남자의 수용인구의 거의 80%가 최소한 1번의 전과를 가지고 있다. 어렵잡아서 남자수용인구의 2/3가 2번 또는 3번 이상의 범죄경력을 가지고 있으며, 1/3은 10번이 넘는 것으로 보고되고 있다. 범죄자의 다수가 잠재적인 범죄경력을 가지게 되고 이에 따른 상습범죄의 증가는 수용인원과 교도소 시스템의 비용에 있어서 중대한 증가를 초래하게 될 것으로 보인다.⁷³⁾ CJA 2003의 제143조 2항은 각각의 이전의 범죄경력에 어떠한 상위의 경계에 대한 고려 없이 가중되어야 한다고 규정하고 있기 때문에 한계의 설정을 어렵게 하고 있으며, 각각의 이전범죄가 어느 범위까지 인가에 대하여는 특정하고 있지 않다. 이러한 방식으로 前科를 고려해야하는 법률의 규정에 의해서 법원은 상습범죄인에 대해서는 거의 의무적으로 증가된 형을 선고하여야 하기 때문에 사실상 양형재량을 통제받게 된다. 또한 법원에 대하여 교도소의 수용인구를 고려한 형의 선고를 강조함으로써 결국은 양형 법관을 딜레마에 빠지게 할 가능성을 초래하고 刑事司法正義의 한 요소로서의 양형의 본질을 심각하게 훼손할 수 도 있다. 또한 범죄인의 범죄경력에 적절한 범위까지는 고려될 수 있으나 범죄인에 대한 비난가능성의 정도

72) Andrew von Hirsch/ Julian v. Roberts, 'Legislating Sentencing Principle', p. 650.

73) Andrew von Hirsch/ Julian v. Roberts, 'Legislating Sentencing Principle', p. 647.

에 상응하는 적절한 정도를 넘어서는 것은 곤란하다.

이러한 문제점 때문에 이전의 범죄경력에 대한 영향을 규제하고 제한하기 위한 양형기준위원회의 기준의 중요성이 더욱 부각되고 있다. 전과의 의무적 고려에서 발생하는 양형본질의 훼손을 방지하고 교도소의 과밀화를 해소하기 위한 최선의 방법은 양형기준위원회가 전과를 가진 범죄인의 경우에 있어서도 범죄경력의 중대성에 기초하는 확실한 비례성의 한계를 설정하는 것이다.⁷⁴⁾

6. 판사의 양형 재량권

전통적으로 영국에서는 판사들은 양형에 관한 한 판례법의 전통아래에서 광범위한 양형재량을 행사하여 왔다. 그러나 양형법률의 출현과 양형기준위원회의 양형기준의 제시, 양형에 관한 정치적 관심 등의 외부적 환경들은 이러한 양형재량의 행사에 대해서 일정한 제한으로 작용하고 있다. 실제로 일부판사들은 양형위원회의 양형기준을 벗어날 수 없는 법률의 공식인 것처럼 취급하고 있으며, 비 법률전문가인 치안판사(magistrates)들도 때때로 양형기준을 돌에 새겨진 것처럼 취급하고 있다고 변호사들은 비판을 제기 한다.⁷⁵⁾ 따라서 이러한 법률적·정치적 상황은 판사의 재량권을 침해하는 외적 조건으로서 이러한 조건에서 양형의 본질에 충실한 양형실무를 정립하는 것이 중요한 과제로 등장하고 있다.

VII. 영국식 양형기준제의 국내도입의 문제점

2007년 1월 26일에 개정된 법원조직법(제81조의 2 내지 제81조의 12)에 근거하여 우리나라에서도 2007년 5월 양형위원회가 공식적으로 출범하였다. 양형위원회는 2009년 4월 26일 까지 양형기준을 마련하여야 하는데, 양형위원회가 결정한 양형기준제는 범죄유형별로 형량 범위를 세분화한 뒤 양형인자를 특별·일반인자와

74) Andrew von Hirsch/ Julian v. Roberts, 'Legislating Sentencing Principle', p. 651.

75) Martin Wasik, 'Sentencing guidelines in England and Wales—state of art?', p. 261.

가중·감경요소로 구분해 양형에 반영하는 방식이다. 이러한 방식에 따르면 개별 범죄유형의 특성이 충분히 반영되고 재판부가 합리적인 판단에 따라 판결을 할 수 있어 양형의 구체적 타당성을 기할 수 있다는 것이 양형위원회의 설명이다. 양형위원회는 우선적으로 살인·성범죄·강도·뇌물·위증·무고·횡령·배임 등 8개 범죄유형에 대해 양형기준을 마련하는 한편 양형기준 대상 범죄를 점차 늘려가기로 했다.⁷⁶⁾ 이에 따라서 양형위원회는 2008년 11월 24일 살인죄·뇌물죄·성범죄에 대한 양형기준안에 대한 공청회를 실시하는 등 양형기준에 대한 구체적 작업에 박차를 가하고 있다. 이러한 양형위원회의 접근 방식은 사실상 미국식의 양형기준제도 보다는 영국식의 양형기준제도에 가깝다고 할 수 있다. 영국 양형기준제도는 통일적이고 전체적인 양형기준을 한꺼번에 설정하는 방식을 채택하고 있는 미국식 양형기준제도에 비하여 기존의 관행이나 법적 안전성을 크게 흔들지 않고 점진적인 양형개혁을 추진할 수 있다는 장점이 있다.⁷⁷⁾

이러한 개별적 양형기준방식은 사실상 재판부의 재량권을 폭넓게 인정한 방식으로 검찰의 안과 배치되는 방식이다. 검찰은 특별인자와 일반 양형인자의 구분이 모호해 양형의 객관성을 보장하는데 일정부분 한계가 있다고 지적하고 있다. 양형위원회는 이러한 문제점을 극복하기 위해 양형인자의 평가방식에 대해 “양형인자의 구체적이고 객관적인 평가를 위해 최선의 노력을 다한다”는 규정을 두었지만 의무사항은 아니다. 비록 양형위원회가 만드는 양형기준이 법적 구속력을 가지는 것은 아니지만 법관은 양형기준을 존중하여야 하고 이 기준을 벗어난 판결을 하는 경우에는 국민이 납득할 수 있도록 판결문에 그 이유를 기재하여야 한다. 따라서 양형위원회의 출범으로 국민의 상식을 반영하는 양형이 이루어지고 불합리한 양형편차가 줄어들 것이며, 양형에 대한 예측가능성이 높아짐으로서 궁극적으로 사법에 대한 국민의 신뢰가 높아질 것으로 기대하고 있다.⁷⁸⁾

한편 국민의 형사재판 참여에 관한 법률이 2008년 1월 1일부터 시행됨에 따라서

76) 특히 제벌 중수 등의 기업 범죄와 같은 화이트칼라 범죄에 대해 지나치게 ‘온정적’이라는 논란을 불식시키려 횡령과 배임을 대상 범죄에 포함 한 것이 특징이다; 법률신문 2008.7.29 일자.

77) 박형관, “영국식 양형기준제의 특징 및 도입가능성에 관한 소고”, 대검찰청, ‘양형기준제에 관한 연구’(2007), 91면.

78) 최석윤, 양형위원회와 양형이론, 형사정책연구 제18권 제3호(통권 제71호, 2007 가을호), 422면.

종전까지의 우리의 재판시스템에 일대 전환을 가져오고 있다. 동 법률의 시행에 따라서 일부의 중범죄에 대하여⁷⁹⁾ 일반국민이 배심원의 자격으로 사실인정의 절차에 참여할 수 있게 되었다.⁸⁰⁾ 또한 동 법률은 배심원이 재판장의 처벌범위와 양형조건 등에 관한 설명을 듣고 난 후 양형에 관한 토의를 하고 의견을 개진하도록 규정하는 동시에 이를 배심원의 권한으로 규정함으로써⁸¹⁾ 일반국민이 양형절차에 참여하는 것을 인정하고 있다. 이것은 전통적인 배심제도하에서 배심원은 오로지 사실인정과 유무죄인정절차에만 참여하고, 양형은 전적으로 법관의 권한으로 되어있는 것과 전혀 다르다. 국민의 형사재판 참여에 관한 법률에서의 양형에 관한 배심원의 의견개진은 유·무죄에 관한 평결과 달리 다수결이나 만장일치에 의하지 않고 개별적 의견개진의 방식에 의한다. 범조경합, 상상적 경합, 실체적 경합, 법률적 가중·감경, 작량

79) 동법률 제5조에 규정된 대상범죄는 다음과 같다(1. 「형법」 제144조제2항 후단(특수공무집행 방해치사), 제164조제2항 후단(현주건조물 등 방화치사), 제172조제2항 후단(폭발성물건파열치사), 제172조의2제2항 후단(가스·전기 등 방류치사), 제173조제3항 후단(가스·전기 등 공급방해치사), 제177조제2항 후단(현주건조물 등 일수치사), 제188조 후단(교통방해치사), 제194조 후단(음용수혼독치사), 제250조(살인, 존속살해), 제252조(촉탁·송납에 의한 살인 등), 제253조(위계에 의한 촉탁살인 등), 제259조(상해치사·존속상해치사), 제262조 중 제259조 부분(폭행치사), 제275조제1항 후단 및 제2항 후단(유기 등 치사), 제281조제1항 후단 및 제2항 후단(체포·감금 등 치사), 제301조(강간 등 상해·치상), 제301조의2(강간 등 살인·치사), 제305조 중 제301조·제301조의2 부분(미성년자간음추행 상해·치상·살인·치사), 제324조의4(인질살해·치사), 제337조(강도상해·치상), 제338조(강도살인·치사), 제339조(강도강간), 제340조제2항 및 제3항(해상강도상해·치상·살인·치사·강간), 제368조제2항 후단(중손괴치사). 2. 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호(뇌물), 제4조의2제2항(체포·감금 등의 치사), 제5조제1호(국고 등 손실), 제5조의2제1항·제2항·제4항·제5항(약취·유인), 제5조의5(강도상해·치상·강도강간), 제5조의9제1항·제3항(보복범죄), 「특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제5조제4항제1호(배임수재), 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제5조(특수강도강간 등), 제6조(특수강간 등), 제9조(강간 등 상해·치상), 제10조(강간 등 살인·치사). 3. 「법원조직법」 제32조제1항제3호에 따른 합의부 관할 사건 중 대법원규칙으로 정하는 사건 4. 제1호부터 제3호까지에 해당하는 사건의 미수죄·교사죄·방조죄·예비죄·음모죄에 해당하는 사건. 5. 제1호부터 제4호까지와 「형사소송법」 제11조에 따른 관련 사건으로서 병합하여 심리하는 사건).

80) 현행 국민의 형사재판 참여에 관한 법률상의 배심원의 평의 및 평결은 전통적인 배심제도와 다른 두가지 특징을 가지고 있다. 첫째는 배심원의 평결은 기속적 효력을 가지지 않고 권고적 효력을 가진다. 둘째는 배심원의 평의 및 평결방식에 관하여 배심제와 참심제의 특징을 혼용한 독특한 방식을 취하고 있다.

81) 국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제12조 및 제46조 제4항.

감경 등 대단히 기술적인 양형 절차는 일반국민에게 큰 부담으로 이어질 수도 있기 때문에 양형에 비전문가인 일반국민이 다수결에 의할 경우 이러한 전문적이고 객관적인 양형기준과 모순될 가능성이 있어 집단적 결정방식을 채택하지 않은 것이다. 반면 재범의 위험성, 피고인의 반성여부, 피해의 충분한 배상 등 개별적 양형요소의 존부에 대한 판단에 일반인의 건전한 상식이 요구되기도 하고, 또 양형기준의 범위 내에서 국민의 상식적 감정도 반영할 필요가 있으므로 개별적으로 의견을 개진할 수 있도록 한 것이다.⁸²⁾ 그러나 양형절차는 사실인정 절차와 달리 고도의 법률문제를 다루는 절차이며, 특히 양형자료는 피고인의 사생활과 관련된 인격적·사회적 상황과 밀접한 관련이 있기 때문에 개별 배심원이 적극적으로 의견을 개진하는 것이 얼마나 가능할지 의문이다. 과학적이고 객관적인 양형기준이 없는 상황에서 이러한 제도의 취지를 살리는 것은 불가능하다.⁸³⁾ 따라서 현실적으로 시민배심원을 위한 양형기준의 마련이 매우 중요한 문제로 등장하고 있다.⁸⁴⁾ 국민의 형사재판 참여에 관한 법률에 따른 배심원의 양형절차에의 참여는 양형의 본질론 그리고 개인의 인격권의 보호 등과 관련하여 보다 깊이 있는 논의가 필요한 영역이다.

영국은 기본적으로 Common Law의 법제 국가이다. 또한 배심제, 치안판사제, 유죄협상제도 등 우리나라에서 시행되지 않는 제도들이 오랜 기간 뿌리를 내리고 있는 나라들이다. 따라서 영국의 양형시스템을 도입하는 경우에도 당연히 영국과 우리나라의 사법체계의 상이점을 고려하여야 할 것이다. 즉 형사법의 기초를 무시하고 양형시스템만을 도입하는 경우에 예상하지 않은 부작용이 나타날 수 있을 것이다. 특히 치안판사제도의 경우와 같이 정규법관이 아닌 법관에 의해서 형사사건 처리가 이루어지는 영국의 사법제도 중 양형기준만을 그대로 도입하는 경우에는 법원이나 검찰의 업무가 가중될 수 있으며, 더 근본적으로는 양형의 결과에 대하여 당사자들이 과연 승복할 것인가의 문제가 발생할 수 있다. 또한 새로운 양형기준제를 도입하고자

82) 한상훈, '입법동향분석: 국민의 형사재판참여에 관한 법률(안)을 중심으로', 형사법연구 제24호(2006), 314면.

83) 도중진, '배심원의 권한과 의무', 비교형사법연구 제9권 제2호(2007), 63면.

84) 따라서 현재의 양형위원회의 활동과 국민의 형사재판참여에 관한 법률의 시행상의 문제점들은 많은 상호관련성을 가지고 있으며, 이에 대한 입체적인 평가가 형사사법시스템의 관점에서 이루어져야 할 것이다.

하는 경우에, 그에 따른 비용문제를 신중히 검토하여야 할 것이다. 이러한 영국과 우리의 법체계의 뿌리와 실무현실의 상이점에도 불구하고 영국의 양형제도와 우리의 양형제도에 관한 규범이 지니고 있는 유사점을 포함한 공통개념을 定式化할 당위성은 존재한다.⁸⁵⁾ 양형이 가지고 있는 사회적 중요성은 양국에 공통된 문제이기 때문이다. 결국 영국의 양형제도의 국내 도입의 문제는 평면적인 관점이 아니라 양형의 본질에 기초를 둔 상대적 또는 입체적 관점에서 연구되어야 할 것으로 본다.

현재 그 어느 때보다도 우리의 양형개혁에 대한 국민의 관심이 높아지고 있다. 물론 이러한 사정은 지금까지 양형에 이르는 과정이나 양형의 기준 등이 일반 공중에 알려지지 않아 사법 불신이 생길 수 있는 측면이 많았던 점도 그 원인의 하나라고 할 수 있다. 또한 양형에 관해서는 사법부의 독자적인 업무영역이라고 성역시 한데서도 그 원인이 있다고 본다. 앞서 본 것처럼 객관적이고 투명하며 공개적인 양형기준을 설정하는 문제는 비단 법원만의 문제는 아니다. 현재 활동 중인 양형위원회의 적극적인 역할을 기대하면서 CJA 2003을 중심으로 한 영국양형제도의 국내의 도입 여부를 검토해보기로 한다.

- ① 현행 영국의 양형기준과 관련한 기구는 양형기준위원회와 양형자문단의 2원적 시스템이다. 물론 최종적인 양형기준은 양형기준위원회가 발행하지만 양형자문단의 검토를 필수적으로 거쳐야 하기 때문에 사실상 두 기구가 영국 법원에 대하여 양형기준을 제공한다고 할 수 있다. 이러한 이원적 시스템은 보다 신중하고 실효성 있는 양형기준을 발행할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 양형기준의 발행이 지연된다는 현실적인 문제에 봉착할 수 있다. 따라서 현재의 영국식의 2원적 양형기준발행체제는 도입하지 않는 것이 옳다고 본다.
- ② 영국의 CJA 2003과 같이 양형에 관한 기본 법률을 입법화하고, 양형의 목적과 양형의 기본인자를 명문화하는 것이 바람직하다고 본다. 또한 영국의 양형기준발행의 시스템과 같이 양형의 기본인자를 법률에 규정하고 그에 대한 구체적인 가중과 감경의 요소를 양형위원회에서 제시하는 것이 양형의 일관성과 객관성을 확보하는 데 도움이 될 것으로 판단된다. 한편 앞에서 살펴본 것처럼 영국의 현행

85) 최달곤/정동호, 비교법과 사회이론, 고려대학교 출판부(1983), 87면.

양형기준제의 가중요소와 감경요소의 지나친 불균형에 대한 우려의 목소리가 높다. 가중요소에 대한 상대적인 강조는 피고인과 변호인의 양형에 대한 불만을 증대시킬 수 있으며, 판사의 입장에서 감경을 위한 재량의 폭이 지나치게 축소되는 결과를 초래할 수도 있다. 따라서 양형위원회에서 제시하는 양형의 기준에서는 가중요소와 감경요소의 균형을 유지하는 것이 중요하다.⁸⁶⁾

- ③ 비록 양형에 있어서는 증거법칙이 완화된다고 있지만, 법원은 그럼에도 불구하고 특별한 양형요소에 대해서는 증명적 기초를 확실히 하는 것이 필요하다. 가중요소는 검사에 의해서 합리적 의심을 넘는 증거가 요구되고, 감경요소에 대해서는 피고인은 단지 개연성의 균형의 정도로 증명하면 된다. 따라서 양형기준위원회에서 발행하는 양형기준은 법관 뿐 아니라 변호인을 위해서도 가중요소와 감경요소의 제시와 더불어 그에 대한 증명의 정도를 명확히 해주는 것이 필요하다. 왜냐하면 변호인이 증명의 기준을 명확하게 인식하고 있는 경우에는 그들이 법원에 제출하는 요소들에 대하여 더욱 주의를 기울이게 될 것이기 때문이다.⁸⁷⁾
- ④ 현재 우리나라에서 시행되고 있는 양형위원회의 활동에 있어서, 양형기준의 시한을 정하고 있는 것은 옳지 않다고 본다. 양형기준은 양형의 본질론과 양형에 따른 국민의 법감정, 양형과정과 결과에 대한 비용 등을 종합적으로 고려한 결과물이어야 한다. 그러나 일정한 시한을 정해놓고서 양형기준을 제시하는 경우에는 충분한 공감대가 형성되지 않은 채로 시한에 쫓겨서 졸속으로 발행될 가능성이 없다. 따라서 특별한 시한을 정함이 없이 각 범죄별로 양형기준을 발행하는 영국의 절차가 옳다고 생각한다.
- ⑤ 양형관련정보의 데이터베이스화에 대하여 영국은 영형기준 초안과 결정된 최종적인 양형기준을 온라인상에 게시하고 있으며, 이에 대해서는 모든 사람이 접근할 수 있도록 하고 있다. 따라서 어느 누구라도 특정 범죄의 양형기준을 확인하고

86) 한편 양형위원회가 개제한 2008년 11월 24일의 양형기준에 관한 공청회의 결과 양형기준은 전반적으로 개별 범죄의 특성을 잘 반영했다는 평가를 받기도 했지만, 여전히 법관의 주관적 판단의 여지가 남아있다는 비판과 함께 가중·감경요소를 좀 더 세분화하고 양형인자별 질적 차이를 고려해야한다는 비판도 제기되었다; .법률신문 2008.11.26.

87) Julian V. Roberts, 'Aggravating and Mitigating Factors at Sentencing: Towards Greater Consistency of Application', Criminal Law Review(2008), p. 268.

이를 통하여 자신의 범죄에 대한 양형에 대한 예측이 가능하다. 이러한 양형정보의 데이터베이스시스템은 법관이 개인적 경험과 감각에 의한 양형이 아니라 통계에 기초한 과학적이고, 합리적인 양형을 가능 하에 할 것으로 기대된다. 따라서 이것은 우리의 양형시스템에도 조속히 도입되어야 한다고 본다.⁸⁸⁾

- ⑥ 영국식의 판결 전 보고서의 제출을 도입할 필요가 있다. 물론 사실인정절차와 양형절차가 분리되어 있는 영국의 양형절차상의 판결 전 조사제도를 우리의 형사소송 구조에 접목시키는 경우, 자칫 법관으로 하여금 피고인에게 불리한 예단을 발생시킬 수 있고 이는 결국 무죄추정의 원칙 등에 반할 수 있다. 그러나 판결 전 보고서는 양형에 관한 권고를 내용으로 하지 않는다. 그것은 범죄사실을 객관적으로 요약하고, 범죄와 피고인의 행위·피고인의 범죄에 대한 태도를 분석함으로써 법원을 지원하기 위한 것이다. 따라서 오히려 피고인에게 적절한 양형을 부과하기 위한 긍정적인 자료로서 활용될 수 있다. 물론 판결 전 조사제도는 양형이나 교정·보호활동의 모든 문제를 해결할 수 있는 만병통치약이 아니라 그러한 문제를 해결하는 데 기여할 수 있는 보조수단에 불과하다. 그러나 판결 전 조사제도가 경험적 직관이나 선례에 의존하여 왔던 종래의 주먹구구식 관행을 개선할 수 있는 중요한 수단들 가운데 하나라는 사실을 인정하는 것이 타당하다.⁸⁹⁾
- ⑦ 양형기준은 권위와 존경을 받을 만한 기구에서 발행되어야 하고 광범위한 논의를 거친 합리적인 과정의 결과이어야 한다. 또한 발행된 양형기준을 재검토하고 수정할 수 있는 과정이 존재하여야 한다.⁹⁰⁾ 현재 우리의 양형위원회는 법원조직법에 그 근거를 두고 대법원의 산하기구로서 규정되어 있다. 따라서 공정하게 운영되어야 할 양형위원회의 활동이 사법부에 의해서 그 중립성이 위축될 소지가 있다

88) 물론 이에 대해서는 양형데이터베이스가 공개될 경우 동일하지 않은 사안에서 조차 법관의 양형에 대한 부당을 주장하며, 자칫하면 논쟁의 쟁점이 법관에 대한 양형데이터베이스의 적용 문제로 변질될 수 있으며, 법관은 자신의 책임으로 행한 양형결정을 양형 데이터베이스시스템에 의한 기계적 결정으로 미루는 무책임으로 범할 수 있다는 이유에서 양형데이터베이스 시스템에 구축된 자료들은 법원 내부에서 형사법관들만을 위한 양형의 자료로만 활용되는 것이 바람직하다는 견해는 류전철, 양형결정의 정당화에 관한 고찰, 21세기 형법과 양형, 한국형사법학회, 한국형사정책연구원 주최 국제학술회의 발표집(2006.12), 399면.

89) 류전철, 양형결정의 정당화에 관한 고찰, 401면.

90) Martin Wasik, 'Sentencing guidelines in England and wales—state of art?', p. 254.

고 생각한다. 또한 양형위원의 구성에 있어서 영국은 사법부와 경찰·검찰·변호인단체와 피해자보호관련 민간단체의 대표로 구성되어 있으며, 우리는 사법부와 검찰·변호사·학계·언론계와 여성단체의 대표로 구성되어 있다. 우리의 경우에는 피해자보호를 위한 단체의 대표는 포함되어 있지 않다. 형사범죄와 불법의 형성에 있어서 피해자의 위치를 고려한다면 피해자와 관련하여 대표성을 갖는 위원이 포함되는 것이 바람직하다고 생각한다.

VIII. 결 론

지금까지 영국의 양형제도를 분석하고 그 문제점과 국내도입의 문제를 고찰하였다. 영국과 웨일즈에서의 양형시스템의 구조와 내용을 평가하는 데 주요한 어려움은 형사사법시스템이 계속적인 변화의 과정에 있다는 점이다. 양형은 국가형벌을 부과하는 형사사법체계의 한 과정으로서, 어떤 기준에 의하여 얼마만큼의 형벌을 부과할 것인가가 양형의 핵심이다. 양형은 우리나라와 영국은 물론 세계 각국에서 국민의 관심의 대상이 되고 있으며, 다수의 국민들은 더 강력한 처벌, 가혹한 양형정책을 원하고 있다. 실제로 대법원 양형위원회가 공정하고 객관적인 양형기준 설정에 반영할 목적으로 전국 성인 남녀 1,000명과 판·검사와 변호사, 교수 등 전문가 2,294명을 대상으로 실시한 ‘양형에 대한 인식’에 대한 설문조사에서 전문가의 72.5%가 ‘범죄자에 대한 법원의 형벌이 관대하다’고 응답했다. 반면 ‘엄격하다’고 응답한 전문가는 4.3%에 불과했으며 나머지 23.3%는 ‘보통’이라고 대답했다. 이에 비해 일반인의 경우에는 59.2%가 ‘관대하다’, 34.7%가 ‘보통이다’, 6.1%가 ‘엄격하다’라고 각각 응답했다.⁹¹⁾⁹²⁾ 양형시스템은 법관과 국민, 가해자와 피해자, 수사 및 소추기관과

91) 또한 전문가의 경우 검사(96.8%), 교도관(84.9%), 경찰(83.4%) 순으로 법원의 형사판결이 관대하다는 평가를 내렸다. 법관은 64.4%가 관대하다는 의견을 보인 반면 3.0%만이 엄격하다고 응답했다. 이에 비해 형사법교수(18.8%)와 변호사(10.7%)는 다른 전문가 그룹에 비해 범죄인에 대한 법원양형이 엄격하다는 평가를 내렸다. 특히 법관의 경우는 근무경력이 높을수록 관대하다는 의견이 감소한 반면, 검사는 경력이 많을수록 관대하다는 의견이 증가하는 반대현상을 보여 눈길을 끌었다. 한편 일반인 중에는 대졸이상(62.3%)과 월400만원 이상의 고소득층

변호인 등 수많은 이해관계가 내재되어 있는 영역이다. 또한 이론적으로는 책임에 상응한 형벌을 부과하여야 한다는 책임원칙과 양형의 과정과 결과를 주목하고 있는 수많은 이해관계인들의 법감정, 즉 이념과 현실이 서로 갈등구조를 형성하고 있는 영역이라고 할 수 있다.

영국과 우리나라에서의 양형이 가지는 사회적 중요성과 현실적 문제점은 거의 같다. 구금형의 선고로 인한 범죄인 개인이 가지는 가정해체·실직 등의 불이익, 교도소의 과밀화 문제, 더욱 근본적으로는 양형의 과정과 결과에서 나타나는 불공평의 문제들 - 예컨대 특정 그룹이 가혹한 처벌의 대상이 되거나 또는 외견상으로는 중립적인 양형정책이 다른 효과를 가져오는 경우 -, 그리고 판사의 양형재량에 대한 축소 등은 양국에서 심각한 논의의 대상이 되고 있는 문제들이다. 다만 법체계의 상이함과 법문화의 상이함에서 오는 시스템의 내용과 작용에 있어서 다소의 차이가 발견되고 있다. 그러나 이러한 부분들은 보다 적극적인 비교법적·실무적 비교를 통하여 선택적으로 채택할 수 있을 것으로 본다.

양형법률과 양형실무를 내용으로 하는 전체적인 양형시스템은 사회적正義의 기준을 만족시킴으로서 범죄인과 국민에게 형평과 공정으로서의 형사정의를 전달해주는 기능을 할 수 있어야 한다. 이러한 정의(Justice)는 영국 정부의 백서 ‘전체를 위한 정의(Justice for All)’에서 명시된 양형정책의 핵심요소이기도 한다. 결국正義를 구체화 할 수 있는 시스템으로서의 양형제도는 ‘같은 범죄(like offences)는 유사하게(similarly) 다루어야 하며, 그들이 한 것(저지른 것) 때문이 아니라 단지 그들이 누구인가 때문에 처벌해서는 안 된다’는 관점위에서 정립되어야 할 것이다.

(64.3%)에서 관대하다고 보는 비율이 상대적으로 높았다. 또 ‘양형의 일관성에 대한 인식조사’에서는 일반인의 73.9%와 전문가의 63.3%가 ‘형벌에 관한 법원판결에 일관성이 없다’고 응답해 전문가 그룹에 비해 일반인들의 비율이 더 높게 나타났다; 법률신문 2008년 6월 18일 자, 1면.

92) 영국에서도 사망을 야기한 운전자에 대한 처벌에 대한 설문조사에서 조사 대상자의 거의 절반이 양형이 일반적으로 관대하다는 견해를 가지고 있으며, 특히 33%는 너무 관대하다고 답하였다; Julian V. Roberts/Mike Hough and Jessica Jakobson/Nick Moon and Alan Bredee, 'Public Attitude to the Sentencing of offence involving death by driving', Criminal Law Review(2008, 7호), p. 528.

양형에 대하여 국민은 양형과정의 객관성 보다는 결과의 객관성에 더 많은 관심을 가지는 것이 일반적이다. 그러나 양형을 통한 正義는 과정의 객관성을 통한 결과의 객관성과 공정성이어야 한다. 이러한 의미에서 결과의 객관성에 상대적 가치를 부여하고 있는 미국식의 양형제도 보다는 영국식의 양형기준제도가 더 타당하다고 생각한다. 영국이나 우리나라에서의 양형기준위원회의 설치의 의미는 접근의 통일성(uniformity of approach)에 있으며, 결과의 통일성(uniformity of outcome)에 있는 것이 아니다. 접근의 통일성은 측정하기 어려운 일임에는 틀림이 없다. 그러나 이를 위한 법적·제도적인 장치를 마련하고 이를 시행하는 노력이 계속되어야 할 것이며, 우리의 양형위원회도 이러한 접근의 통일성을 위한 실천적인 결과물을 제시하여야 할 것이다.

참고문헌

- 김한균, 양형의 합리화와 양형기준의 제정-영국 양형기준위원회의 양형합리화 정책-, 형사정책연구소식 제91호(2005,9/10월호).
- 도중진, '배심원의 권한과 의무', 비교형사법연구 제9권 제2호(2007).
- 박상기, 형법상 法益類型과 法定刑에 관한 小考, 형사법연구 제19권 3호(2007 가을. 통권 제32호)(下).
- 최달곤/정동호, 비교법과 사회이론, 고려대학교 출판부(1983).
- 최석윤, 양형위원회와 양형이론, 형사정책연구 제18권 제3호(통권 제71호, 2007 가을호)
- 한상훈, '입법동향분석: 국민의 형사재판참여에 관한 법률(안)을 중심으로', 형사법연구 제24호(2006).
- Stephen Forster, Criminal Law and Practice, Sweet & Maxwell(2008).
- Andrew Ashworth, Sentencing and criminal Justice, Cambridge(2005).
- Andrew von Hirsch/ Julian v. Roberts, ' Legislating Sentencing Principle', Criminal Law Review(2004).
- Blackstone's, Statutes on Criminal Justice & Sentencing, Oxford University Press(2007).
- D. A. Thomas, 'Sentencing Reform : England and Wales' The Politics of sentencing reform, Clarendon Press Oxford(1995).
- John Cooper, 'The Sentencing Guidelines Council A Practical Perspective', Criminal Law Review(2008. 6호).
- Julian V. Roberts, ' Aggravating and Mitigating Factors at Sentencing: Towards Greater Consistency of Application', Criminal Law Review, 2008.
- Martin Wasik, 'Sentencing guidelines in England and wales-state of art ?-', Criminal Law Review, (2008).
- Martin Wasik, 'Going round in circles? Reflections on fifty years of change in sentencing', Criminal Law Review(2004), 50th anniversary edition.
- North Carolina Sentencing and Policy Advisory Commission Manual.
- Philip Plowden, Criminal Litigation in Practice, Northumbria Law. Press(2006).
- Susan Easton/ Christine Piper, Sentencing and Punishment, Oxford(2005).

Analysis of the England Sentencing System and Introduction to the domestic Sentencing System *

Kwon, Oh-Geol**

Once the defendant is convicted either after trial or having entered a guilty plea, the court will proceed to a sentencing hearing and determine the appropriate sentence that reflects the seriousness of the offence. The court will then pronounce in the open court the imposition of sentence. Sentencing policy and its development is sensitive and complex and is becoming more controversial with increasing political interference and intervention. Much of the new sentencing framework is found in the Criminal Justice Act 2003 and Halliday Report of a Review of the Sentencing Framework for England and Wales. Central to the approach of Halliday Reviews is that the courts should have a greater role in the implementation of sentences and offenders should spend more time under supervision after their release from custody. He also wanted to see a greater predictability in sentencing so that the sentencing practice would have a greater different effect on potential offenders.

In the history of the development of sentencing guidelines in England and Wales, Guidelines originated from two separate sources in the 1980s. These were the Magistrates' Association and the Court of Appeal. The Crime and Disorder Act 1998 created the Sentencing Advisory Panel(SAP), a body with a diverse membership, to assist and advise the Court of Appeal in the promulgation of sentencing guidelines. The Panel

* This work was supported by the Korea Research Foundation Grant funded by the Korean Government(MOEHRD)"(KRF-2007-013-B00108)

** Professor of Law School, Kyungpook National University.

and the Court of Appeal worked together effectively in this way 1999 to 2003, at which point the Sentencing Guidelines Council(SGC) was established. The Criminal Justice Act 2003, ss. 167-173 has established a new Sentencing Guidelines Council(SGC). The Council, composed mainly but not exclusively of sentencers, took over the task of issuing sentencing guidelines, with Panel performing much the same function as before, but now advising the Council rather than the Court of Appeal. The existing structure for issuing guidelines in the England and Wales, taking the SGC and the SAP together, is unique.

Guidelines are issued by a body which commands authority and respect, and Guidelines are the product of a rational process involving wide consultation. Also there is a process in place for ongoing review and revision of guidelines. The most difficult point to analysis the sentencing system in the England and Wales is that the current sentencing system is among the change. In generally citizen have a more interest in the result of sentencing rather than process of sentencing. In Korea the Sentencing Guidelines Council(SGC) was established in May 2007. The meaning of establishing the Sentencing Guidelines Council(SGC) in the Korea as well as the England and Wales is not in the uniformity of outcome, but in the uniformity of approach.

Therefore Korea Sentencing Guidelines Council must try to achieve not the uniformity of result but the uniformity of approach.

❖ Keywords : Sentencing, Sentencing Guidelines Council, Criminal Justice Act 2003, the Uniformity of approach, Sentencing policy, Prison Population

투고일 : 2008. 11. 10 / 심사(수정)일 : 2008. 11. 26 / 게재확정일 : 2008. 12. 5