

## 바람직한 양형기준의 방식

오 영 근\*

### 국 | 문 | 요 | 약

2009년 1월까지 마련해야 할 양형기준의 설정에 관한 논의과정에서 눈에 띄는 것은 미국식의 종합적·망라적 양형기준과 영국식의 점진적·개별적 양형기준 중 어느 방식을 도입할 것인가이다. 비록 공식적인 것은 아니지만 대체로 법원측에서는 후자의 방식을, 검찰측에서는 전자의 방식을 선호하고 있는 것처럼 보인다. 학계에서는 영국식의 양형기준보다는 미국식의 양형기준을 많이 소개하고 그 도입을 주장하는 입장이 많았다. 이 논문에서는 위 두가지 방식을 중심으로 새로 도입될 양형기준이 어떤 방식을 따르는 것이 바람직한지를 검토하였다. 그 결과 다음과 같은 결론에 도달하였다.

2007년 개정 법원조직법에서 예상하고 있는 양형기준은 미국의 양형기준제로 보인다. 종래 우리의 양형기준이 법관의 양형감각이었다면, 미국의 양형기준은 과학화·수량화된 형태로 이루어져 있다. 양형이 형사사법제도의 한 내용이고, 피고인 및 일반국민들에게 미치는 영향을 생각한다면, 양형감각에서 양형의 과학화·수량화로의 방향전환은 어쩔 수 없는 대세이고, 또 정당하다고 생각된다.

새로운 양형기준은 양형절차의 세분화, 공동작업화, 양형요소의 수집 및 평가의 과학화를 요구한다. 범죄론이 세분화되어 체계적 단계에 따라 범죄성립 여부를 확인하는 것처럼, 새로운 양형기준제도 하에서는 양형도 세분화되어 체계적 단계에 따라 선고형에 접근해가야 한다. 종래의 양형은 법관 단독의 작업이었지만, 새로운 양형제도 하에서는 양형조사관, 피고인, 변호인과 공동작업이 되어야 한다. 종래의 양형이 법관의 양형감각과 수사 및 재판기록에 나타난 양형 요소에 주로 의존하였다면, 새로운 양형기준제도 하에서는 좀더 다양한 양형요소를 수집하여 과학적으로 평가하고 종합하여 양형이 이루어져야 한다.

2009년 1월까지 양형기준을 설정해야 하지만 현재로서 중요한 것은 소수의 범죄에 대한 것이라고 하더라도 적절한 양형에 기여하여 실무자나 일반국민으로부터 신뢰받는 합리적 양형기준을 만드는 것이라고 할 수 있다.

❖ 주제어 : 양형기준, 망라적 양형기준, 개별적 양형기준, 미국식 양형기준, 영국식 양형기준

\* 한양대학교 법과대학 교수, 법학박사

## I. 서론

2007년 개정법원조직법은 양형위원회와 양형기준을 도입하였고(제81조의2 - 81조의12), 2009년 1월 26일까지는 양형기준을 마련하도록 규정하고 있다(동법 부칙).

어느 나라에서나 양형의 편차나 불균형과 같은 양형의 문제점은 오래 전부터 지적되어 왔고, 그것은 우리나라에서도 마찬가지였다. 이 때문에 학계 뿐만 아니라 실무계에서도 양형의 개선을 위한 다양한 연구를 해왔다.<sup>1)</sup> 그러나 지난 20여년간의 학계나 실무계의 연구결과들을 보면 대개 양형합리화를 위한 총론적, 추상적 연구에 그친 것이 많았다. 실무에 사용될 수 있을 정도의 구체적 양형기준을 개발하기 위해서는 좀더 많은 연구가 이루어져야 한다.

법원조직법이 개정된 이후의 논의과정에서 나타난 것은 미국식의 종합적·망라적 양형기준과 영국식의 점진적·개별적 양형기준 중 어느 방식을 도입할 것인가이다. 비록 공식적인 것은 아니지만 대체로 법원측에서는 후자의 방식을, 검찰측<sup>2)</sup>에서는 전자

1) 1970년대 후반 이래 실무계에서 간행한 양형에 관한 단행본들에는 다음과 같은 것들이 있다. 사법연수원, 형사재판과 양형, 1979; 법원도서관, 민사손해배상산정·형사양형기준의 조사분석(1), 재판자료 제5집, 1980; 법원도서관, 민사손해배상산정·형사양형기준의 조사분석(2), 재판자료 제8집, 1981; 법원행정처, 형사양형기준의 조사분석·관습실태조사(3), 재판자료 제12집, 1982; 법원행정처, 민사손해배상산정·형사양형기준의 조사분석(4), 재판자료 제16집, 1983; 법원행정처, 양형에 관한 형사단독 판사 회의자료, 1991; 법원행정처, 최근의 국회의원선거법 및 지방의회의원선거법위반사건에 대한 양형조사 및 분석 - 당선인에 대한 사건을 중심으로 -, 1994; 법원행정처, 양형적정화 방안 모색을 위한 토론회 결과보고서, 1995; 법원행정처, 양형에 있어서 형사 항소심의 기능과 역할 모색을 위한 토론회 결과보고서, 1996; 법원행정처, 불구속재판 시행의 과제, 1997; 법원행정처, 교통사고범죄와 양형, 1997; 법원행정처, '98 전국 형사재판장 회의 결과 보고서 : 위증·무고·증거인멸, 1999; 법원행정처, 양형실무, 1999; 법원행정처, 불구속재판의 실천과 적정한 양형 : 전국 형사담당 판사회의 결과보고서, 2002; 법원행정처, 양형제도연구위원회 결과보고: 제1-4차 회의, 2002; 법원행정처, 외국의 양형제도 연구, 2003; 법원행정처, 양형실무위원회(상), 2004; 법원행정처, 양형실무위원회(하), 2004; 법원행정처, 양형제도연구위원회 결과보고: 제5-8차 회의, 2004; 법원행정처, 양형제도 개선 전문가 토론회 I, 2005; 법원행정처, 양형제도 개선 전문가 토론회 II, 2005; 대검찰청 양형기준 태스크포스, 영·미 양형위원회 운용실태 보고 : 미국·영국 양형위원회 및 양형기준 운용실태에 관한 보고서, 2007; 양형위원회, 양형위원회 연간보고서 2007, 2008; 대검찰청 양형기준 태스크포스, 미연방 양형위원회 15년 평가보고서, 2008; 대검찰청 양형기준 태스크포스, 미네소타주 양형위원회 1980년 보고서, 2008.

2) 이주형, "미국 연방 양형기준준비에 관한 연구", 해외연수검사연구논문집, 제21집 제1호, 2006, 695-758면; 이주형, "영·미 양형기준제의 장·단점 분석 및 우리나라 도입시 고려사항", 법조, 제57

의 방식을 선호하고 있는 것처럼 보인다. 학계에서는 영국식의 양형기준보다는 미국식의 양형기준을 많이 소개하고 그 도입을 주장하는 입장이 많았다.<sup>3)</sup>

이 논문에서는 위 두 가지 방식을 중심으로 새로 도입될 양형기준이 어떤 방식을 따르는 것이 바람직한지를 검토하기로 한다.

## II. 영미의 양형기준 도입시 검토사항

### 1. 영미와 우리나라의 차이점

외국의 양형기준을 우리나라에 도입하기 위해서는 먼저 양국의 공통점과 차이점을 비교하여 보아야 할 것이다. 먼저 차이점을 비교하여 보면 다음과 같다.

첫째, 양형기준의 도입배경이다.<sup>4)</sup> 영국과 미국에서는 부정기형제도에 따른 법관의 양형재량과 가석방위원회의 재량을 통제하고, 좀더 엄격한 형벌로의 전환을 위해 양형기준을 도입하였다. 미국의 양형기준은 기본적으로 ‘범죄에 대한 응분의 대가’(just desert)라고 하는 신응보형적 사고에 기초하여 양형기준을 제정하였다. 범죄등급과 범죄전력을 두 축으로 하여 양형기준을 정하는 것은 이 때문이라고 할 수 있다. 그러나

권 제4호, 2008, 314-373면; 오병주, “양형의 합리화방안에 관한 검토”, 해외연수검사연구논문집, 제16집 제1호, 2001, 5-100면; 위의 대검찰청 태스크포스 간행의 단행본들 등.

- 3) 최용렬, “양형기준법안 도입의 쟁점과 발전방향”, 한국공안행정학회보, 2007, 365-387면; 박용철, “미국의 현대 양형 제도 연구: Blakey 판례와 Booker 판례를 넘어서”, 비교형사법연구, 2005, 331면 이하; 신동준, “미연방양형지침서 하의 양형격차 : 강도죄의 양형에 대한 경험적 연구”, 형사정책, 제17권 제1호, 2005, 337면 이하; 최병문, “미국의 양형제도 - 연방양형기준표와 답변협상 -”, 비교형사법연구, 2000; 최인섭, “양형개혁운동과 양형지침서의 개발-최근 美國의 경우를 중심으로-”, 형사정책, 창간호, 1986; 오영근/최석운, “미국의 양형개혁에 대한 고찰”, 형사법학의 과제와 전망(계산 성시탁교수 화갑기념논문집), 1993, 567-582면 등. 미국식의 양형기준에 대한 회의적 입장으로는, 조준현, “형사질차상 양형기준표에 의한 재판의 의의와 한계”, 저스티스, 제96호, 2007, 161-186면.
- 4) 영국의 경우 줄리안 로버츠/김한균(역), “영국의 양형개혁 : 최근의 동향에 대한 고찰”, 한국형사법학회 한국형사정책연구원, 21세기의 형벌과 양형, 2006; 김한균, “양형의 합리화와 양형기준의 제정 - 영국 양형기준위원회의 양형합리화 정책 -”, 형사정책연구소식, 제91호, 2005. 9.; 조국, “영국의 양형지침 개괄”, 저스티스, 제73호, 2003; 최철환, “영국법상 양형기준제도”, 저스티스, 제89호, 2002 등 참조.

우리나라의 경우에는 법원의 양형이 전반적으로 낮아 범죄투쟁에 효과적이지 못하다는 인식보다는, 다른 범죄에 비해 화이트칼라범죄나 기업인의 범죄들에 대해 지나치게 관대한 형벌이 선고된다는 불만 등을 비롯한 양형편차에 대한 불만이 많았다. ‘유전무죄, 유전무죄’, ‘유전집행유예, 무전 실행’이라고 하는 불만도 이에 속한다.

또한 양형기준의 도입을 통해 형벌목적에서 응보를 강조한다는 사회적, 정치적 배경도 별로 없었다고 할 수 있다. 범죄의 수가 급격히 증가하는 것도 아니고, 교정교화가 실패했다고 평가할만한 증거도 없다. 따라서 우리나라에서는 여전히 양형에서 특별예방과 일반예방이라는 목적을 강조해야 한다.<sup>5)</sup> 특별예방과 일반예방의 목적을 강조하는 경우에는 범죄등급이나 범죄전력 이외에 양형에서 고려해야 할 요소가 훨씬 많아지고, 이러한 요소들을 평가함에 있어서도 단순히 응보만을 강조할 대에 비해 훨씬 더 높은 비중을 두어야 한다.

둘째, 영국과 미국의 법제도는 우리의 것과는 다른 점이 많다. 예를 들어 범죄의 구성요건<sup>6)</sup>이나 형벌이 다르고, 죄수를 바라보는 기준도 다르다. 강도범이 피해자에게 상해를 가한 경우 미국의 양형기준은 범죄등급에서 이를 고려하고 있지만, 우리나라에서는 이미 강도죄(형법 제333조)와는 별도의 구성요건을 두고 있고, 그에 대한 형벌도 다르게 규정되어 있다(형법 제337조). 따라서 미국의 경우 법률에서는 무기징역까지 선고할 수 있다고만 규정하고 있으므로 양형기준에서 강도상해죄에 대해 예를 들어 5년-6년의 징역형을 규정할 수 있다. 그러나 우리나라에서는 형법에서 무기 또는 7년 이상의 징역으로 규정하고 있기 때문에 양형기준에서 5년의 징역으로 규정할 수는 없다. 우리나라의 경우 공갈죄와 같이 흉기휴대의 경우 형벌을 가중하는 규정이 없을 때에만 양형기준에서 흉기를 휴대한 공갈죄에 대한 독자적 양형기준을 정할 수 있을 것이다.

소송법적으로도 영국과 미국에는 유죄협상(plea-bargaining)제도가 있고 이에 따라 유죄답변이 있는 경우 형벌감경의 기준이 있다. 그러나 우리나라에서는 유죄협상제도는 법적으로 허용되지 않고 있다. 따라서 양형기준의 운용에서 미국의 경우와 달라질

5) 같은 취지로, 임상규, “양형의 기본원칙과 양형조건의 구체화”, 형사법연구, 제22권 특집호, 542면 이하; 신치재, “양형의 기본원칙과 형법 제51조의 개정방향”, 중앙대 법학논문집, 제31집 제2호, 2007, 43면.

6) 예컨대 미국의 burglary라는 범죄 경우, 침입절도 등으로 번역되고 있지만, 정확하게는 중죄(felony) 목적의 주거침입이라고 할 수 있는데, 우리나라에는 이러한 구성요건은 존재하지 않는다.

수밖에 없다.

셋째, 미국의 양형기준은 범죄등급을 나누고 있는데, 이 역시 우리나라에서는 그대로 받아들이기 힘들다. 범죄에 중대성이나 심각성에 대한 인식<sup>7)</sup>도 서로 다르기 때문이다. 미국의 양형기준은 범죄행위와 전과를 기준으로 양형범위를 정하고 있는데, 이 역시 그대로 받아들이기는 곤란하다. 범죄는 행위요소와 행위자요소로 이루어지는데, 전과는 행위자요소 중 하나이지 전부는 아니기 때문이다. 전과를 고려하는 것은 행위책임주의에 위반된다는 지적이 있기도 하다.<sup>8)</sup> 따라서 미국식의 격자형 양형기준을 도입한다고 하더라도 전과 이외에 행위자의 직업, 교우관계, 성행 등 다른 요소들을 추가적인 축으로 설정하여 양형기준을 정하여야 할 것이다. 형법 제51조와 법원조직법 제81조의 6 제3항은 이러한 요소들을 고려하라고 규정하고 있으므로 범죄전력만을 고려하는 것은 우리 법률의 취지에 반하는 것이다. 또한 형법 제59조와 제62조는 선고유예나 집행유예의 경우 중요한 양형기준으로 '개전의 정이 현저한 때', '정상에 참작할만한 사유가 있는 때'를 규정하고 있고 다수설은 이러한 개념들을 보통 재범위험성이 없는 때라고 해석된다.<sup>9)</sup> 따라서 우리나라의 양형기준에서는 영미에 비해 특별예방적 요소를 훨씬 더 강조해야 한다.

## 2. 영미와 우리나라의 유사점

위와 같은 차이점에도 불구하고 양형기준을 설정함에 있어 다음과 같은 점을 고려하면 영국이나 미국의 양형기준이 우리나라에서도 효과적으로 활용될 수 있을 것이다.

7) 이에 대해서는, 박철현, “범죄의 심각성에 대한 한-미간 인식비교”, 양형위원회, 양형연구, 제3권, (상).

8) 최석윤, “경험적 연구결과에 기초한 양형요소 분석”, 법원행정처, 양형자료집 I (上).

9) 관례도 “형법 제59조 제1항에 형의 선고를 유예할 수 있는 요건으로 규정된 개전의 정상이 현저한 때란 죄를 깊이 뉘우치고 있는 것을 의미하는 것으로서 범죄사실을 부인하는 경우에는 죄를 뉘우친다고 할 수 없어 형의 선고유예를 할 수 없다”고 하였다(대법원 1999. 11. 12. 선고 99도3140 판결). 그러나 이후 태도를 변경하여 “선고유예의 요건 중 '개전의 정상이 현저한 때'라고 함은, 반성의 정도를 포함하여 널리 형법 제51조가 규정하는 양형의 조건을 종합적으로 참작하여 볼 때 형을 선고하지 않더라도 피고인이 다시 범행을 저지르지 않으리라는 사정이 현저하게 기대되는 경우를 가리킨다고 해석할 것이고, 이와 달리 여기서의 '개전의 정상이 현저한 때'가 반드시 피고인이 죄를 깊이 뉘우치는 경우만을 뜻하는 것으로 제한하여 해석할 것은 아니다”라고 한다(대법원 2003. 2. 20. 선고 2001도6138 전원합의체 판결).

첫째, 영국과 미국의 경우에도 지역간, 법관간 양형편차가 심각한 문제로 제기되었고, 양형기준의 도입을 통해 이러한 문제를 어느 정도 해결할 수 있었다. 우리나라의 경우 지역간, 법관간 양형편차가 영미처럼 심한 것은 아니라고 하더라도 여전히 심각한 문제이고, 특히 사회적 강자에 대한 가벼운 형벌의 선고가 양형기준 도입의 중요한 배경이 되었다는 것을 부정할 수 없다. 이러한 점을 고려한다면 영미의 양형기준의 방법론은 우리에게도 적용될 수 있는 가능성이 있다. 또한 형벌목적 중 특별예방이나 일반예방을 강조한다고 하더라도 형벌의 응보의 기능을 부정할 수 없고 이 경우 범죄의 중대성이 양형의 출발점이라고 할 수 있으므로, 응보를 주된 형벌목적으로 인정하지 않는다고 하여도 양형기준을 도입하는 데에는 별 문제가 없다.

둘째, 미국의 양형기준은 전과만을 한 축으로 하고 있지만, 범죄인요소에서 전과는 가장 중요한 것 중의 하나라고 할 수 있다. 따라서 전과 이외의 범죄인요소를 종합하여 이것과 행위요소를 결합하여 선고형의 범위를 정하는 방법을 도입하는 것도 불가능한 것은 아니다.

셋째, 영미의 법제도와 우리나라의 법제도가 다른 점이 있더라도 유사한 형태의 제도들은 있게 마련이다. 예를 들어 유죄답변에 따른 형벌감경이 인정된다면, 우리나라에서도 자백이나 수사절차에의 협조, 공범증인 등에 대한 형벌감경을 양형기준에서 인정할 수 있을 것이다.

넷째, 범죄의 심각성과 관련하여 일치하지 않는 범죄들도 있지만, 대부분의 범죄에서는 심각성의 정도가 상당부분 일치할 수 있을 것이다. 한 예로 우리나라의 경우에는 범죄등급을 법정형 혹은 처단형을 기준으로 나눌 수 있을 것이다. 영국과 미국에서 가중적, 감정적 요소로 작용하는 것들은 알콜이나 약물의 영향하에 행한 범행을 제외하고는<sup>10)</sup> 거의 비슷하다고 할 수 있다.

10) 우리나라에서는 알콜이나 약물의 영향 하에 행한 범행이라는 것이 책임감경 혹은 형벌감경사유가 되는 경우가 많지만, 영미에서는 오히려 형벌가중사유가 된다.

### Ⅲ. 영미 양형기준의 도입가능성

#### 1. 미국의 격자형 양형기준의 도입가능성

##### 가. 지적되는 문제점들

미국의 수량화된 격자형 양형기준의 문제점으로 다음과 같은 것들이 지적되고 있다<sup>11)</sup>. 첫째, 미국식 양형기준은 너무 기계적이고 피고인의 형량을 도표화, 수식화, 계량화 한다는 것은 무모한 것이다.

둘째, 이와 같이 획일화된 계량화방식으로 인해 구체적 사안에 나타나는 개별적 양형요소를 고려할 수 없도록 한다. 이 때문에 구체적 사건에서 타당한 양형을 이끌어 내기 위해 양형기준을 우회하거나, 유죄협상을 통해 양형을 조절하는 현상도 나타나고 있다.

셋째, 미국식 양형기준은 전반적으로 형기를 증가시켜 수감율을 높이는 문제점이 있다. 특히 연방의 양형기준은 판사의 재량권을 인정하지 않으므로써 2003년도의 연방의 평균 수감자의 수가 주의 평균 수감자 수의 2배에 달하였다는 지적도 있다.

넷째, 미국의 양형기준에 의하면 양형재량이 판사로부터 검사로 옮겨갈 뿐이고, 이 때문에 양형불균형의 문제점이 해결되는 것이 아니라 새로운 형태로 나타난다는 것이다. 양형기준이 도입된 이후 양형편차 내지 양형불균형이 줄었다는 객관적인 증거도 별로 없다.

다섯째, 범죄등급과 범죄전력만을 가지고 양형범위를 정하기 때문에 다른 양형요소들 예컨대 범죄인의 연령과 같은 중요한 요소들이 양형기준에 반영되어 있지 않다.

##### 나. 평 가

위와 같은 문제점 지적이 타당성을 지니고 있음은 물론이지만, 이것이 미국식 격자형

11) 영국과 비교하여 미국의 양형제도의 문제점을 소개한 것으로서, 김현석/이재권, “영국 양형제도”, 대법원 사법정책실, 해외 양형제도 자료집, 2007, 42-45면; 박형관, “영국식 양형기준제의 특징과 도입방안에 관한 소고”, 대검찰청, 형사법의 신동향, 2006년 제2호, 2006. 6., 108-110면 참조; 조준현, 앞의 논문, 161 - 186면.

양형기준을 도입할 수 없는 충분한 근거가 되는 것은 아니다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 구체적 사건의 개별적 양형요소를 반영할 수 없다고 하지만, 여기에서 구체적 사건의 개별적 양형요소가 무엇인가가 문제될 수 있다. 미국의 양형기준이 범죄등급과 전과를 두 축으로 하여 양형을 하므로 개별적 양형요소를 반영할 수 없다는 비판은 타당성이 있다고 할 수 있다. 그러나 다른 한편 개별적 양형요소라고 하는 것에도 문제가 있을 수 있다. 양형요소는 매우 많지만, 구체적 사건을 접하게 되는 판사나 당사자들은 일정한 양형요소를 지나치게 강조하는 경향이 있을 수 있다. 그리고 이와 같은 감정적·직관적 요소를 과대평가하게 된다. 그러나 모든 양형요소를 한꺼번에 고려한다면 개별적 양형요소에 대한 정확한 평가가 이루어질 수 있다. 개별적 양형요소를 강조할 경우 대체로 나무는 보고 숲은 보지 못하는 경향이 있음을 부정할 수 없다. 따라서 모든 다양한 양형요소들을 정당하게 평가한 후에 균형있는 양형에 도달할 수 있도록 해야 한다. 이를 위해서는 양형요소들을 수치화·계량화하는 미국식 양형기준의 발상은 필요하다고 할 수 있다.

둘째, 양형기준의 도입으로 수감자의 수가 늘었다는 것은 두가지 면에서 평가할 수 있다. 하나는 수감자의 수가 늘었다는 결과가 반드시 부정적으로 평가되어야만 하는 것은 아니라는 것이다. 그 동안의 양형이 형벌의 확실성을 보장하지 못하였다면, 이것이 문제이지 새로운 양형기준의 도입으로 수감자의 수가 늘었다는 것이 문제는 아닐 수 있다. 다만, 수감자의 수가 늘어남으로 인해 과잉구금의 문제를 해결해야 할 조치는 필요할 것이다. 다른 하나는 수감자의 수가 늘었다는 것은 형벌의 확실성 보장이라고 하는 양형개혁의 목표 때문이지 수량화·계량화된 양형기준 때문은 아니라고 할 수 있다. 수감자의 수를 늘리지 않고서도 양형의 수량화·계량화는 얼마든지 가능하다.

셋째, 미국식 양형기준이 법관의 양형재량을 제한함으로써 인해 양형불균형이나 지역이나 법관내지 법원간 양형편차를 줄였다는 점은 인정해야 할 것이다.<sup>12)</sup>

미국식 양형기준의 가장 큰 문제점은 범죄등급과 범죄전력이라는 두가지 요소만으로 양형범위를 설정하여 다양한 양형요소의 중요성을 필요한만큼 충분히 반영하지 못하고 있다는 데에 있다. 특별예방이나 일반예방에 관련된 다양한 요소를 고려하고 이를 적정

12) 정상환, “미국식 양형기준 도입에 관한 연구”, 대검찰청, 형사법의 신동향, 2006년 제2호, 2006. 6., 81-83면.

하게 평가한다면 미국식 수량화·계량화된 양형기준이 객관적이고 적절한 양형에 도움을 줄 수 있을 것이다.

## 2. 영국 양형기준제도의 도입가능성

### 가. 지적되는 문제점들

영국의 양형기준에 대해서는 다음과 같은 문제점들이 지적되고 있다.

첫째, 개별 범죄별로 양형기준을 마련하고 있어 모든 범죄들에 대해 양형기준을 마련하기까지는 시간이 걸린다.

둘째, 미국의 양형기준은 판사의 양형재량의 범위를 대폭 줄이고, 어떤 형벌이 선고될지를 예측할 수 있다. 이에 비해 영국의 양형기준은 판사의 양형재량의 범위가 줄어들기는 하지만 그 정도가 미미하고 이에 따라 어떠한 형벌이 선고될지는 여전히 판사에게 달려있고, 일반인들이 예측하기 어렵다. 예를 들어 영국의 양형기준에 의하면<sup>13)</sup> 16세 이상의 강간피해자에 대해서는 출발점이 8년이고, 양형범위는 6년 - 11년 사이이다. 이것은 우리나라 형법상 강간죄의 양형범위인 3년 - 15년 사이의 징역보다는 좁지만, 여전히 지나치게 넓다고 할 수 있다.

셋째, 강도, 강간 등과 같은 중대한 범죄에 대해서는 양형지침이 마련되어 있지만, 폭행이나 재물손괴 등과 같이 덜 중대한 범죄에 대해서는 양형지침이 마련되어 있지 않다.

### 나. 영국식 양형기준제도의 도입가능성

영국은 개별적·점진적 양형기준을 채택하고 있고, 판사의 양형재량을 넓게 인정하기 때문에 양형개혁을 바라는 국민의 요구에 부응하기는 어렵다는 문제점이 있다.<sup>14)</sup>

그러나 개별 범죄마다 고려해야 할 양형요소의 종류나 우선순위가 다르기 때문에 미국식의 획일화된 양형기준보다는 영국식으로 개별 범죄에 따른 양형기준을 마련하는 것

13) 영국의 자세한 양형기준은 [www.sentencing-guidelines.gov.uk](http://www.sentencing-guidelines.gov.uk)의 Guidelines → Sentencing Guidelines Council guidelines → Final guidelines를 참조할 것.

14) 영국식 양형기준제의 도입가능성에 대한 검토로, 박형관, “영국식 양형기준제의 특징 및 도입 가능성에 대한 소고”, 대검찰청 검찰미래기획단, 형사법의 신동향, 2006년 제2호, 97면 이하.

이 시행착오의 위험성을 줄이는 방법이라고 할 수 있을 것이다. 예를 들어 뇌물죄와 재산 범죄의 경우 전자에서는 공무원의 직급, 수수인가 요구인가, 약속인가가 매우 중요한 양형요소로 작용하지만, 재산범죄에는 이것이 그다지 중요한 양형요소가 아닐 수 있다. 따라서 궁극적으로는 미국식보다 더 다양한 양형요소를 고려하고 적절한 선고범위를 설정해주는 양형기준을 마련하도록 하되, 이 작업은 매우 많은 시간과 노력을 필요로 하는 작업이라고 판단된다. 그러므로 영국식으로 개별범죄에 따라 양형요소의 종류, 우선순위, 평가방법 등에 대해 별도로 정하는 것이 더 현실적인 방법이라고 생각된다.

다만, 영국식의 양형기준은 너무 간단하다고 할 수 있으므로, 법원조직법 제81조의6 제3항에 기재되어 있는 양형요소 중에서 행위요소와 행위자요소를 결합하여 격자형 또는 점수형으로 어느 정도 자세한 양형기준을 설정하는 것이 바람직하다. 예를 들어 행위요소를 세로축으로 하고, 행위자요소를 가로축으로 하여 각각의 점수를 산출하여 그 교차점에서 양형범위를 정하도록 하는 방법이나, 행위요소와 행위자요소를 각각 점수화하여 이를 합산하여 양형범위를 정하도록 하는 방법 등을 생각할 수 있을 것이다.

## IV. 바람직한 양형기준의 방식

### 1. 우리에게 맞는 양형기준의 설정

영국이나 미국의 양형기준 중 어느 것도 우리나라에 그대로 도입할 수는 없고, 우리나라에 맞는 독자적 양형기준을 설정해야 한다. 죄수, 양형관련 법률이 많은 부분 미국이나 영국과는 다르기 때문에 미국이나 영국식의 양형기준을 그대로 따르는 것은 불가능하고, 우리의 법률에 맞는 양형기준을 설정해야 한다. 영국이나 미국의 연방 혹은 여러 주의 양형기준이나 관행 혹은 제도들은 우리나라의 양형기준을 설정할 때 참고 자료로 활용할 수 있을 뿐이다. 그 이유는 크게 세가지를 들 수 있다.

첫째, 앞서서도 언급한 것과 같이 양형위원회가 설정할 양형기준은 형법이나 형사소송법의 규정에 우선할 수 없다. 예를 들어 절도죄에 대해 미수감경을 할 경우 우리나라에서는 형법 제55조, 형법 제329조에 의해 3년 이하의 징역이나 500만원 이하의 벌금형

만을 선고할 수 있도록 양형기준을 마련해야 하고, 미수감경을 하는 한 4년의 징역이나 700만원을 선고할 수 있는 양형기준을 설정할 수는 없다.

우리나라에서 절도미수범에 대한 양형기준을 설정할 때에는 영미와는 달리 먼저 장애미수를 감경할 수 있는 양형기준을 마련해야 하고, 이어서 감경된 혹은 감경되지 않은 장애미수범에 대한 양형기준을 마련해야 한다. 장애미수는 임의적 감경이기 때문에 법관은 미수감경을 할 수도 있고 안 할 수도 있으며, 이에 따라 선고형의 범위도 큰 차이가 있게 된다. 따라서 이 단계에서부터 감경여부에 관한 기준이 필요한데, 이 역시 양형기준이라고 할 수 있다.

그런데 이것은 미수범의 처단형이 결정된 이후 선고형을 정하기 위한 양형기준과는 약간 그 성격이 다르다고 할 수 있다. 처단형에서 선고형을 정하기 위한 양형기준에서는 다양한 행위요소와 행위자요소를 고려할 수 있다는 것이 분명하지만, 장애미수에 대한 형벌감경 여부를 결정하는 양형기준에서도 다양한 행위요소와 행위자요소를 고려할 수 있는가에 대해서는 부정해야 할 것이다. 예를 들어 절도죄의 장애미수이지만, 범행동기에 대한 비난가능성이 약한 경우 이를 근거로 해서는 작량감경은 할 수 있어도 장애미수에 대한 형벌감경은 할 수 없다고 해야 할 것이다.

장애미수의 형벌감경을 위한 양형기준에서는 범행의 진행단계나 중지미수에 이르게 할 정도의 자의성은 없더라도 그에 버금가는 중지의사가 있었다는 것 등만이 고려사항이 될 수 있을 뿐이다. 예를 들어 판례가 공포심에서나 놀라서 중지한 경우 중지미수가 아닌 장애미수를 인정하고,<sup>15)</sup> 이에 따라 미수감경 여부도 법관이 결정하게 된다. 미수감경에 대한 양형기준을 마련할 경우 이런 경우들이나 실행의 착수 직후 범행이 자의성 없이 중단된 경우 등의 요소들만을 고려해야 하고, 이런 요소들 이외에 다양한 범행동기, 범행수단, 범죄상황 등을 고려하는 것은 허용되지 않는다고 해야 한다. 만약 이러한 요소들도 고려하기 위해서는 법률을 개정해야 하고, 법률이 개정되기 전에는 법률의 하위에 있는 양형기준에서 이러한 요소들을 고려해서는 안될 것이다.

심신미약자에 대한 감경(형법 제10조 제2항), 자수감경 등과 같은 임의적 감경 사유가 있는 경우, 불능미수나 중지미수에서와 같은 임의적 면제사유가 있는 경우 등에 대한 양형기준을 마련하고, 여기에서 결정된 처단형을 기준으로 선고형에 이르는 양형기

15) 대법원 1999. 4. 13. 선고 99도640 판결; 대법원 1997. 6. 13. 선고 97도957 판결.

준을 마련해야 하는 문제도 역시 영미의 양형기준 설정에서는 크게 문제되지 않는 것이라고 할 수 있다.

둘째, 무엇이 우리에게 맞는 양형기준인가에 대해서는 다양한 논의가 필요하다. 그러나 영미와는 달리 우리나라에서는 적어도 응보 목적 보다는 특별예방 목적을 우선시하고, 이에 따라 다양한 행위자요소들을 파악·평가하여 이를 양형기준에 반영하는 방식으로 이루어져야 할 것이다. 이런 의미에서 범죄전력을 지나치게 강조하는 미국식의 양형기준은 우리에게 맞지 않는다고 할 수 있다.

특별예방의 목적을 강조하는 양형기준에서는 행위자요소의 파악과 평가가 중요하다. 행위자요소를 파악하고 평가하는 것은 많은 시간과 노력을 요하기 때문에 이러한 요인 또한 양형기준을 설정하는 데에 고려하여야 할 것이다. 예를 들어 행위자요소를 강조하는 양형기준을 마련해 놓았다 하더라도, 판결전조사를 위한 인적·물적 조건을 충족시켜 놓지 않는다면 행위자요소를 고려하여 적절한 양형에 도달한다는 것은 공염불에 불과할 것이기 때문이다.

셋째, 행위요소나 행위자요소를 어떻게 평가할 것인가는 양형기준 설정에 핵심적 문제가 될 수 있을 것이다. 여기에는 양형요소들을 점수화하는 방식과 단순한 나열방식이 있을 수 있다. 후자는 양형요소에 대한 평가를 전적으로 법관에게 맡기는 방식이고, 전자는 양형요소에 대한 평가를 좀더 객관화하고 그 선택만을 판결전조사관이나 법관에게 맡기는 방식이라고 할 수 있다. 이들 중 어느 것을 선택할 것인가도 매우 중요한 문제이다.

그러나 영국은 물론이고 미국연방의 양형기준과 같이 범죄의 중대성과 범죄전력이라는 두 변수만을 이용해 일차방정식 방식으로 선고형을 결정하려는 방식보다는 우리 현실과 법규에 맞게 좀더 다양한 양형요소를 고려하여 다차방정식에 의해 선고형을 결정하는 방식을 선택하여야 할 것이다.

## 2. 양형기준 설정대상 범죄

### 가. 망라적 양형기준과 개별적 양형기준

양형기준을 설정할 때에 모든 범죄에 일률적으로 적용되는 망라적 양형기준을 만드

는 방식과 일부 범죄에만 적용되는 개별적 양형기준을 마련하는 방식이 있다. 궁극적으로는 모든 범죄에 대해 양형기준을 마련해야 하지만, 이것이 모든 범죄에 공통되는 양형기준을 만들어야 한다는 의미는 아니다. 범죄의 성격상 양형요소에 대한 평가는 달라질 수 있기 때문이다. 예를 들어 폭행죄에서는 행위수단이 매우 중요한 양형요소가 될 수 있지만, 사기죄에서는 기망수단보다는 기망대상자나 이득액이 매우 중요한 양형요소가 될 수 있다. 이 때문에 폭행죄와 사기죄에 공통적으로 적용되는 양형기준을 만들기 보다는 각각의 범죄의 특성을 살린 별개의 양형기준을 마련하는 것이 바람직할 것이다.

따라서 모든 범죄에 공통적으로 적용되는 망라적 양형기준을 마련할 것이 아니라 개별적 범죄에 대한 양형기준을 마련하고 이어서 다른 범죄에 대한 양형기준을 만드는 것이 좀더 합리적 방안이 되리라고 생각된다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 모든 범죄에 공통되는 양형기준을 만드는 것은 바람직하지 않으므로 개별 범죄에만 적용되는 양형기준을 마련하는 것은 매우 방대한 작업이 될 것이다. 개별 범죄마다 별개의 양형기준을 마련해야 하기 때문이다. 이러한 방대한 작업을 빠른 시일 내에 해내려고 하는 것은 과욕이라고 할 수 있다. 나아가 졸속으로 양형기준이 만들어질 경우 피고인은 물론 일반국민들이나 법관, 판결전조사관 등 양형종사자들에게 피해를 줄 수 있다.

둘째, 어느 개별범죄에 대한 양형기준을 마련하였다 하더라도 양형기준은 변경될 수 있다. 법정형이 바뀌거나, 구성요건이 변경되거나, 양형요소에 대한 평가가 달라지거나, 사회적 상황이 바뀌거나, 이전에 고려하지 않았던 양형요소들을 고려해야 할 필요성이 있을 수 있기 때문이다. 모든 범죄에 대한 양형기준을 마련하게 되면 이러한 변화의 필요성에 신속하게 대응하는 것이 어렵다.

셋째, 양형기준을 설정하여 시행하기 위해서는 많은 인적·물적 조건이나 프로그램 등이 갖추어져야 한다. 그런데 모든 범죄에 양형기준을 적용하게 되면 단시간에 또 한꺼번에 지나치게 많은 조건들을 갖추어야 한다. 이러한 조건들이 갖추어지지 않은 상태에서 양형기준을 시행하게 될 경우 양형기준에 문제가 있는 것인지 아니면 그 시행을 위한 기반조성에 문제가 있는 것인지 정확하게 파악하기 어렵고 이에 따라 개선방안도 찾기 어렵게 된다.

따라서 일부 범죄에 대한 양형기준을 마련하고 그것을 시행하면서 문제점을 찾아내고, 개선방안을 마련하여 수정한 후 다른 범죄에 대한 양형기준을 마련하는 방식으로 하는 것이 시행착오를 줄일 수 있는 방법이라고 할 수 있다.

#### 나. 양형기준 설정대상 범죄의 선정

개별범죄에 대한 양형기준을 마련할 경우 어떤 범죄부터 양형기준을 마련할 것인가가 문제될 수 있다. 이 문제에 대해서는 다양한 답이 있을 수 있지만, 다음과 같은 방식으로 선정하면 될 것이다.

첫째, 비교적 많은 양형요소를 고려할 필요가 없는 범죄들에 대한 양형기준을 마련하는 것이다. 예를 들어 교통사고에 의한 업무상과실치사상죄의 경우에는 - 피고인의 재범가능성과 관련된 다양한 양형요소를 고려해야겠지만 - 일차적으로는 피해의 규모, 과실의 정도, 피해회복 여부 등 좀더 전형적인 양형요소들이 문제가 될 수 있고, 이에 따라 좀더 용이하게 양형기준을 설정할 수 있을 것이다.

둘째, 업무상 횡령·배임죄, 뇌물죄 등과 같이 양형불균형이 특히 문제되고 있는 범죄들에 대한 양형기준을 마련하는 것이다.

셋째, 발생빈도가 높은 범죄에 대한 양형기준을 먼저 마련하고 발생빈도가 낮은 범죄들에 대한 양형기준을 추후에 마련하는 것이다. 예를 들어 절도죄, 폭행죄 등은 가장 많이 발생하는 범죄인데, 이들 범죄들에 대한 양형기준을 먼저 마련하고, 내란죄, 외환죄 등과 같이 잘 발생하지 않는 범죄들에 대한 양형기준을 마련하는 것이다.

넷째, 살인죄, 강도죄, 강간죄 등의 강력범죄와 같이 일반인들의 관심이 높고 범죄에 대한 두려움을 높이는 범죄들 대한 양형기준을 먼저 마련한 후, 기술적이거나 범죄에 대한 두려움이 낮은 범죄들에 대한 양형기준을 마련하는 것이다.

### 3. 점진적 양형기준의 필요성

점진적으로 양형기준을 마련하는 방안의 가장 큰 문제점은 일부 범죄에 대해서는 양형기준을 적용하고, 다른 범죄에 대해서는 전통적인 방법으로 양형을 함으로써 혼란

이 생길 수 있다는 것이다. 그러나 모든 범죄에 적용되는 양형기준이 완전하지 않은 상태로 만들어져 전면적으로 시행되는 것은 이러한 혼란보다 훨씬 더 많은 혼란을 초래할 수 있다. 선택과 집중을 통해 합리적인 양형기준이 마련되는 경우에는 다른 범죄들에 대해서도 종래의 방법에 의해 양형을 하기 보다는 새로운 양형기준을 적용하려는 실무에서의 노력이 있을 수 있게 된다.

따라서 현재로서 중요한 것은 얼마나 많은 범죄에 대해 양형기준을 마련하는 것인가 보다는 얼마나 합리적인 양형기준을 마련하는 것인가이다. 이 질문에 대해서는 모든 범죄에 적용되는 양형기준을 한꺼번에 마련하는 것보다는 점진적으로 양형기준을 마련한다고 하는 답이 좀더 정답에 가까울 것이다.

#### 4. 양형기준의 설정시기

점진적 양형기준을 마련한다고 할 경우 어떤 시간적 계획에 따를 것인가가 문제된다. 2009년 1월까지 양형기준을 마련하라는 것이 법원조직법의 요구이므로 이 때까지 적어도 망라적 양형기준은 만들지 못하더라도 일정 범죄에 대한 양형기준을 마련해야 해야 한다. 그러나 점진적으로 양형기준을 만든다고 할 경우 양형의 중요성에 비추어볼 때 지나치게 빨리 모든 범죄에 대한 양형기준을 마련하려고 하기 보다는 충분한 시간을 두고 양형기준을 만들어 나아가야 할 것이다.

양형기준이 양형의 모든 문제점을 해결해 주는 것은 아니고, 전통적인 양형방법이 무조건 양형이 잘못된 것이라고 할 수 없고, 특정범죄에 대한 양형기준을 참고하여 전통적 양형방법에 변화를 준다면 어느 정도 합리적 양형을 할 수 있다고 할 수 있기 때문이다. 따라서 일단 5 - 10개 정도의 범죄에 대한 양형기준을 마련한 뒤 3 - 4년간 양형기준을 시행하여 전통적 양형방법과 비교하여야 한다. 이를 통해 실제적 및 절차적 문제점이나 기타의 문제점을 찾아내어 양형기준을 수정하고, 이를 바탕으로 다른 범죄에 대한 양형기준을 만들어 가는 방법을 취해야 한다. 이 경우 모든 범죄에 대한 양형기준을 마련하는 것은 적어도 10년 정도의 장기계획 하에 이루어져야 할 것이다.

## 5. 양형요소의 반영방식

### 가. 단순나열 방식과 계량화·점수화 방식

어떤 양형요소를 반영할 것인가는 앞서도 언급한 바와 같다. 응보나 일반예방의 목적을 강조할 경우 주로 행위요소 혹은 객관적 요소를 고려하면 된다. 그러나 특별예방의 목적을 강조하거나 응보 및 일반예방의 목적과 함께 특별예방의 목적도 고려해할 경우에는 행위자요소 혹은 인적 요소 등을 고려해야 하므로 훨씬 더 많은 양형요소에 대한 조사와 평가가 필요하게 된다.

양형요소를 고려하는 경우 양형요소들을 단순히 나열하는 방식과 양형요소들을 계량화·수량화하는 방식을 생각해볼 수 있다. 후자에 비해 전자의 방식이 법관의 양형재량을 좀더 넓게 인정하는 방식이라고 할 수도 있다. 양형요소를 계량화·수량화할 경우에도 일정한 양형요소에 어떤 점수를 부여할 것인가의 재량은 여전히 남아있지만, 점수 부여에서 법관보다는 판결전조사관이 좀더 많은 재량을 가질 가능성이 있다. 어느 경우나 법관 혹은 판결전조사관의 양형재량이 합리적으로 행사될 수 있도록 하는 통제방안은 필요하다고 할 수 있다. 특히 우리나라에서는 사람들 사이에 학연, 혈연, 지연 등으로 긴밀한 관계가 형성되어 있어서 범죄사실이 아닌 양형사실의 조사 및 평가와 관련하여서는 판결전조사관에 대한 다양한 청탁이나 로비가 이루어질 수 있기 때문이다.

### 나. 계량화·점수화의 필요성

나열식과 계량화·점수화 방식 중에서는 어쩔 수 없이 계량화·점수화하는 방안으로 나아갈 수밖에 없다고 생각된다. 양형요소를 단순히 나열하고 이에 대한 평가를 전적으로 법관에게 맡기는 것은 기존의 양형관행과 별로 다를 것이 없다. 현행형법 제51조나 법원조직법상의 양형참작사유는 열거적인 것이 아니고 예시적인 것이기 때문에 기존의 양형에서도 양형요소들을 참작하기 위해서는 당연히 양형요소들을 나열해야 하기 때문이다.

그런데 양형에서 중요한 것은 양형요소를 나열하는 것이 아니라 이를 어떻게 평가하고 양형요소 사이의 경중이나 우선순위를 판단하고 이것이 어떻게 작용하여 선고형에

이르게 하는가이다. 평가없는 양형요소의 나열이란 무의미하다. 양형요소를 점수화·계량화하지 않더라도 양형요소에 대한 평가는 이루어지는데, 이 경우 점수화·수량화하는 것에 비해 구체적인 근거를 제시하지 않아도 되는 것 뿐이다.

일단 양형요소를 수집하게 되면 수집한 판결전조사관은 양형요소를 평가해야 하고, 이를 양형의견에 반영해야 한다. 이 경우 법관은 판결전조사관의 양형수집과 양형요소에 대한 평가 및 양형의견에 대해 다시 평가를 하게 된다. 만약 법관이 판결전조사관의 활동과 의견을 긍정적 평가할 경우에는 판결전조사관의 양형의견이 받아들여지게 되고, 부정적 평가를 할 경우에는 판결전조사관의 의견과 다른 양형을 하게 된다. 여기에서도 법관이 판결전조사관의 의견을 받아들이지 않은 이유가 있을 것이다. 단순 나열식인 경우에는 그 이유를 구체적으로 제시하지 않아도 될 수 있지만, 점수화·계량화 방식인 경우에는 좀더 구체적 이유를 제시해야 하는 차이가 있을 뿐이다. 그러나 양형실제에 있어서는 구체적 이유를 제시해야 하는가 하지 않아도 되는가의 차이는 그리 크지 않다고 생각된다. 왜냐하면 자신도 만족할 수 있는 양형에 도달하려고 노력하는 법관의 경우 다른 누구보다도 자신을 설득할 근거를 갖추어야 하기 때문이다.

## 6. 양형기준의 예시(강도죄의 경우)

### 가. 강도죄의 양형요소

법원조직법 제81조의6 제3항은 양형기준 설정시에 범죄의 유형 및 법정형(제1호), 범죄의 중대성을 가중하거나 감경할 수 있는 사정(제2호), 피고인의 연령, 성행, 지능과 환경(제3호), 피해자에 대한 관계(제4호), 범행의 동기·수단 및 결과(제5호), 범행 후의 정황(제6호), 범죄전력(제7호), 그 밖에 합리적인 양형을 도출하는 데 필요한 사항(제8호) 등을 고려하도록 하고 있다.

제1호 법정형과 관련하여 단순강도죄의 법정형은 3년 이상 15년 이하의 징역(제333조), 특수강도죄의 법정형은 무기 또는 5년 이상 15년 이하의 징역(제334조 제1항), 강도상해·치상죄의 법정형은 무기 또는 7년 이상 15년 이하의 징역(제337조), 강도치상죄의 법정형은 무기 또는 10년 이상 15년 이하의 징역(제338조 후단), 강도살인죄의

법정형은 사형 또는 무기징역(제338조 전단)이다. 따라서 흉기를 휴대하거나 상해를 입힌 경우 영국에서는 양형기준에서 형벌의 가중을 결정하지만, 우리 형법에서는 단순강도죄의 양형기준과 특수강도죄의 양형기준을 별도로 마련해야 한다.

현행법상 단순강도기수죄의 최고형은 15년의 징역이고, 최저형은 1년 6월의 징역에 집행유예이다. 최고형인 15년의 징역에 처해질 단순강도기수죄를 상정해본다면, 객관적 행위요소로서 폭행·협박이 매우 심하고 잔인한 형태로 장시간 이루어졌고, 강취한 재물의 액수가 매우 크고 또한 피해자에게 매우 중대한 의미가 있는 것이어야 한다. 피해자도 매우 열악한 상황에 있어야 하거나 피고인이 은혜를 입거나 피고인을 신뢰하는 관계에 있어야 할 것이다. 주관적 행위요소로는 피고인에게 확정적 고의가 있고, 범행이 계획적이며, 동기가 매우 악독하거나 잔인하여야 한다. 행위자요소로서 강도의 상습성이 있지는 않지만(상습성이 인정되는 경우에는 별도의 구성요건이 마련되어 있기 때문이다), 강도나 그 밖의 범죄 전과가 많고, 범행에 대한 반성이 없고, 피해자에게 피해를 회복하지 않고 오히려 피해자를 비난하고, 평소 성격이 포악하고, 가정생활, 학교생활, 직장생활을 원만하게 하지 못하고 있고, 범죄자들과의 교우관계가 돈독하여 재범가능성이 높고, 피고인의 환경도 범죄를 유발할 수 있는 것이어야 한다.

최저형인 1년 6월의 징역형에 집행유예를 선고할 수 있는 경우를 상정해 본다면, 객관적 행위요소로서 폭행·협박이 항거불가능의 수준에 이르렀지만 가장 가벼운 형태로 이루어졌고, 강취한 재물의 액수가 매우 작고 또한 피해자에게 그리 타격을 주지 않아야 한다. 범행도 야간보다는 주간에 이루어져야 한다. 피해자도 열악한 상태에 있지 않은 사람이어야 한다. 주관적 행위요소로는 피고인에게 미필적 고의가 있고, 범행이 충동적이거나 우발적이고, 동기도 참작할만한 것이어야 한다. 행위자요소로서 미성년은 아니어도 연령이 낮고, 초범이고, 범행에 대해 깊이 반성하고, 피해자에게 피해를 회복하고 사과하였으며, 평소 성격이 온순하고, 가정생활, 학교생활, 직장생활 등을 원만히 하였으며, 일정한 직업이나 학업에 종사하고, 교우관계도 원만하여 재범가능성이 없고, 환경도 범죄를 유발하지 않을 수 있는 환경이어야 할 것이다.

이를 정리하면 다음과 같다.

제2호 범죄의 중대성을 가중하거나 감경할 수 있는 사유와 관련하여, 행위자요소는 제3호 등에 규정되어 있으므로 제2호의 가중감경사유는 행위요소로만 평가해야 할 것이

다. 범죄의 중대성을 가중할 수 있는 사유는 특수강도나 강도상해치상, 강도살인치사 등이 있을 수 있으나 이는 별개의 구성요건이므로, 단순강도죄의 중대성을 가중·감경할 수 있는 사유라고 볼 수는 없다. 따라서 단순강도죄의 중대성을 가중·감경할 수 있는 사유는 제5호의 범행의 동기·수단 및 결과와 관련하여 논해야 할 것이다. 범행수단이 흉기나 위험한 물건이거나 2인 이상이 강도죄를 범한 경우 역시 특수강도죄의 문제가 된다.

단순강도죄에서 형을 가중·감경할 수 있는 사유는 계획성여부, 범행동기, 범행의 결과, 범행장소, 범행시간, 피해자 등이 있을 수 있다. 이 러한 사정들을 종합하여 책임범위를 설정해야 하는데, 이는 종래의 단순강도기수죄에 대한 판결을 분석한 후<sup>16)</sup> 이를 수정하는 방법으로 해야 할 것이다. 강도죄가 3년 이상의 징역으로 되어 있으므로, 책임범위의 하한은 원칙적으로 3년 이상이어야 한다. 그리고 책임범위의 상한과 하한은 비교적 넓게 인정되어야 할 것이다. 그래야 일반예방과 특별예방의 목적을 고려할 수 있는 여지가 커지기 때문이다.<sup>17)</sup>

## 나. 양형요소의 평가

책임범위를 설정한 후 그 범위에서 일반예방과 특별예방 관련 양형요소를 평가해야 한다. 일반예방적 요소로서 범행 후의 정황에는 범행에 대한 사회일반인의 태도, 범행의 빈도 등을 고려하고, 특별예방적 요소로는 범죄전력, 재범가능성, 개전의 정, 자백이나 수사기관에의 협조 여부, 범죄인의 성격, 직업상태, 학업상태, 교우관계, 가정환경, 사회환경 등을 평가하여야 한다.

이를 위해서는 개별요소들에 대한 점수를 산정하여 합산한 후 일정 점수 이상인 경우에는 가중, 일정 점수 이하인 경우에는 감경을 하되, 가중한 형은 책임범위의 상한을 초과할 수 없지만, 감경한 형은 책임범위의 하한에 미달될 수 있다.

책임범위에 미달된 경우에는 정상에 특히 참작할만한 사유가 있는가를 검토해야 하

16) 미국에서도 양형기준을 마련하기 위해 기존의 판결을 분석하는 작업이 이루어졌다. 우리나라 강도죄의 양형을 분석한 것으로서, 이재상/박미숙, 강도죄의 양형에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1992.

17) 이는 책임은 일정한 폭으로 확정될 수 있고, 이 범위에서 예방목적을 고려하여 선고형을 정한다고 하는 소위 책임범위이론 혹은 판단여지이론(Spielraumtheorie)에 따른 것이다. 이에 대해서는 김일수, “형법상 책임과 예방과의 관계”, 법학논총(한양대), 제2집, 1985, 291-322면.

는데, 행위자요소를 모두 고려하여 재범가능성이 없다고 판단되는 때에 집행유예를 선고할 수 있다.

## 다. 구체적 예

예를 들어 단순강도기수죄의 책임범위를 ①1년 6개월 - 3년, ②3년 - 5년, ③5년 - 7년, ④7년 - 9년, ⑤9년 - 11년 ⑥11년 - 13년, ⑦13년 - 15년 등 7단계로 정해놓고 각 범위 안에서 일반예방과 특별예방의 목적을 고려하도록 한다.

7단계의 책임범위는 다음의 방법에 의해 결정하면 될 것이다.

첫째, 책임범위를 총 100점으로 하여 계산하되, 행위요소 중 객관적 요소와 주관적 요소에 각각 70점과 30을 배점한다.

둘째, 객관적 요소 중 행위의 주체, 객체, 태양, 상황 등에 각 10점을 배정하고, 결과(취득액)에 30점을 배정한다. 주관적 요소 중 고의의 내용, 계획성, 동기 등에 각각 10점을 배정한다.

셋째, 각 요소에 대해 점수를 매기고 이를 합산한다. 합산 점수가 30점 이하이면 1단계, 31점 - 40점이면 2단계, 41-50점이면 3단계, 51-60점이면 4단계, 61-70점이면 5단계, 71-80점이면 6단계, 80점 이상이면 7단계로 정한다.

넷째, 책임범위가 결정되면, 각 범위를 네 단계로 나눈다. 예를 들어 책임범위가 4단계여서 선고형의 범위가 5년 - 7년 이상으로 정해지면, ①5년 - 5년 6개월, ②5년 6개월 - 6년, ③6년 - 6년 6개월, ④6년 6개월 - 7년 등 4단계로 나눈다.

다섯째, 형벌목적 중 일반예방에 20점, 특별예방에 80점을 배정한다. 여섯째, 일반예방관련 양형요소 중 사회일반인의 감정, 처벌의 필요성 등에 각 10점을 배정하고, 각각의 요소에 따른 점수를 매긴다. 특별예방 관련요소 중 개선의 정 10점, 전과 20점, 재범가능성 10점, 환경, 10점, 성행 10점, 교우관계나 직장관계 10점, 기타 10점 등을 배정한다.

일곱째, 각 항목에 대해 점수를 매겨 합산 한 후, 합계가 50점 이하는 1단계, 51점 - 70점, 71점 - 90점, 90점 이상은 4단계로 정한다. 예를 들어 책임범위가 4단계이고, 형벌목적관련 양형요소 점수가 3단계라면 책임범위 4단계의 선고형 범위는 5년 - 7년이 고 이 중 3단계에 속하므로 선고형은 6년 - 6년 6개월의 범위에서 정해지도록 하는 것이다.

## V. 결 어

2007년 개정 법원조직법에서 예상하고 있는 양형기준은 미국의 양형기준제로 보인다. 종래 우리의 양형기준이 법관의 양형감각이었다면, 미국의 양형기준은 과학화·수량화된 형태로 이루어져 있다. 양형이 형사사법제도의 한 내용이고, 피고인 및 일반국민들에게 미치는 영향을 생각한다면, 양형감각에서 양형의 과학화·수량화로 방향전환은 어쩔 수 없는 대세이고, 또 정당하다고 생각된다. 종전의 감각적 양형에 익숙해있던 법관들에게 양형의 과학화·수량화는 매우 불편하고, 불공정하게 느껴질 수 있다. 법관의 양형재량의 통제는 사법부의 독립을 훼손하는 것으로 여겨질 수도 있다.

그러나 감각은 사람에 따라, 장소나 주변상황에 따라 달라질 수 있고, 나무는 보지만 숲을 보지 못하는 한계가 있다. 이런 의미에서 미국의 과학화·수량화된 양형기준을 우리나라에 도입하는 것은 매우 의미있는 일이라고 생각된다. 영국식 양형기준은 지나치게 간단하여 모처럼 우리나라에서 양형기준을 도입하려는 취지에 맞다고 보기 어렵다.

새로운 양형기준은 양형절차의 세분화, 공동작업화, 양형요소의 수집 및 평가의 과학화를 요구한다. 범죄론이 세분화되어 체계적 단계에 따라 범죄성립 여부를 확인하는 것처럼, 새로운 양형기준제도 하에서는 양형도 세분화되어 체계적 단계에 따라 선고형에 접근해가야 한다. 종래의 양형은 법관 단독의 작업이었지만, 새로운 양형제도 하에서는 양형조사관, 피고인, 변호인과의 공동작업이 되어야 한다. 종래의 양형이 법관의 양형감각과 수사 및 재판기록에 나타난 양형요소에 주로 의존하였다면, 새로운 양형기준제도 하에서는 좀더 다양한 양형요소를 수집하여 과학적으로 평가하고 종합하여 양형이 이루어져야 한다.

2009년 1월까지 양형기준을 설정해야 하지만 이것이 모든 범죄에 대한 양형기준을 설정해야 하거나, 모든 범죄에 공통적으로 적용할 수 있는 양형기준을 설정해야 한다는 의미는 아니다. 모든 범죄에 공통적으로 적용되는 양형기준을 설정하려고 하는 것은 시간상으로 무모하고, 범죄의 특성을 잘 반영할 수도 없어서 오히려 득보다는 실을 초래할 수 있다. 양형기준을 설정할 때에는 점진적으로 설정하는 방법이 좀더 바람직하다고 생각된다. 기존의 양형에 문제점이 있는 것은 사실이지만, 철저히 못한 새로운 양형기준을 마련하여 시행하는 것은 보다 많은 문제점을 초래하게 된다. 따라서 중요한

것은 소수의 범죄에 대한 것이라고 하더라도 적정한 양형에 기여하여 실무자나 일반국민으로부터 신뢰받는 합리적 양형기준을 만드는 것이라고 할 수 있다.

## Desirable Type of Sentencing Guideline in Korea

OH, Young-Keun<sup>\*</sup>

The Revised Court Constitution Act 2007 in Korea introduced the new system of the sentencing committee and sentencing guideline. The Korean Sentencing Committee which was organized in April 2007, must make a sentencing guideline by the end of January 2009. Now a days there are much disputes about what type of sentencing guideline the Korean Sentencing Committee should adopt.

The disputes are on the whole divided two categories. The one is asserting to introduce the american type of sentencing guideline of which the characteristics is comprehensive for all crimes and mathematical. The other is asserting to introduce the english type of sentencing guideline in which the sentencing guideline are made for individual crime and the sentencing grade is not so strict as in american type of sentencing guideline. The important difference between two types is that the former permits much less discretion of the judge compared with the latter.

The purpose of this article is to suggest which type of sentencing guideline should be introduced into Korea. The contents of this article is as follows.

I. Introduction

II. The Important Things to Consider

III. The Possibility of Introducing Two Types of Sentencing Guideline

IV. The Desirable Type of Sentencing Guideline

V. Conclusion

The conclusion of this article is as follows;

---

<sup>\*</sup> Professor, College of Law Hanyang University, Ph.D. in Law

On the whole, the american type of sentencing guideline is more desirable than english type and it is more desirable to make the sentencing guideline for individual crime as in England than to make a comprehensive sentencing guideline as in America.

❖ Keywords : Sentencing Guideline, Sentencing Guideline for All Crimes, Sentencing Guideline for Individual Crime, American Sentencing Guideline, English Sentencing Guideline