

# 미국의 양형가이드라인에 대한 비판적 고찰\*

- 연방양형기준에 대한 분석을 중심으로 -

강 우 예

한국형사정책연구원 연구위원

## < 目 次 >

- I. 서 론
- II. 미국양형기준의 열망과 좌절
- III. 양형기준설정시의 주관성에 대한 고려
- IV. 결 론

## I. 서 론

현재 우리 대법원 산하 양형위원회에서는 양형기준을 구축하기 위하여 지금까지 축적된 판례를 바탕으로 양형인자를 추출하는 작업을 하고 있다. 양형기준 구축에 대한 쟁점 중 가장 논란이 많은 지점은 어떠한 형태의 양형기준을 도입할 것인지에 대한 것이다. 양형위원회에서는 영국과 미국을 비롯한 여러 선진국에서 양형기준을 이미 운영해 본 경험이 있다는 것을 상당히 의식하고 있으며 이러한 국가들의 양형제도와 운영경험에 대한 다방면의 자료를 수집하고 연구를 진행하고 있다. 양형위원회의 이와 같은 활동 전부터 이미 양형을 주제로 다룬 국내 논문들이 상당수 쏟아져 나오고 있으며 현재 양형론은 국내 형법학자들의 초미의 관심이 되고 있다.

한 가지 아쉬운 점은 우리의 양형에 대한 논의에 있어서 풍부하지 못한 부분

\* 심사위원 : 천진호, 김혜정, 이정원

이 있다는 것이다. 양형에서 일정한 법적 기준을 설정한다는 데 있어 나타날 수 있는 기초적이고 근본적인 법이론적 문제에 대해 먼저 짚고 넘어가야 한다. 다시 말하면, 양형론에서는 반드시 법의 지배(Rule of Law)의 의미에 대해서 다시 한 번 음미하는 과정이 생략되어서는 안된다. 순수 재량에 맡겨지던 양형이 일정한 법적 기준을 통하여 규율되어야 한다고 주장하면서 양형에 대한 법의 지배가 어떤 성격을 지니는지에 대한 고민이 없다는 것은 사상누각의 허망한 논의와 다를 바 없다. 바꾸어 말하면 법적 기준이라는 수단이 양형론의 규범적 원칙이라든가 목표라든가 하는 것들을 어느 정도까지 충족시킬 수 있는지 살펴야 한다.

우선 양형론에 있어서 법적 기준으로 사용되는 법개념이나 법원칙들이 가지는 의미와 성질에 대해서 일정정도의 규명이 있어야 한다. 법적 기준은 일도양단식의 엄격한 개념에서부터 대략의 지침에 이르기까지 그 형식적 엄격성에 따른 구분을 할 수 있다. 다른 법영역과 마찬가지로 양형영역에서도 인간의 언어를 사용한 여러 가지 형태의 법적 기준들이 가지고 있는 기본적인 성질을 벗어나기 힘들다. 만일 일도양단식의 법개념을 사용해서 양형기준을 구축한다고 하면 그것이 어떠한 의미와 기능을 가지고 있는지 주의 깊게 살펴보아야 한다. 또한 일도양단식의 법개념이 유용하지 못하다면 어떤 다른 법적 수단이 적합한지를 이해해야 한다. 만일 모든 법적 기준이 무용하다고 밝혀지면 순수 재량만이 남게 될 것이다.

양형기준의 구축이 절실하게 필요하다는 것이 반드시 일정한 양형기준의 정당성까지 보장해 주는 것은 아니다. 필자의 판단으로는 우리와 유사한 동기로 시작한 미국의 양형기준의 구축의 꿈은 현재 사실상 실패했다고 평가하는 것이 솔직하고 올바른 것이다. 미국의 양형기준이 성공적이지 못한 데는 필연적인 이유가 있다. 개개의 사건을 규범적으로 판단하는데 있어 사전에(ex ante) 설득력 있는 양형기준을 제시할 가능성이 있는지에 대하여 아주 조심스럽게 접근하여야 한다. 아래에서 살펴볼 것이지만 미국 연방양형기준표는 너무도 극단적인 형태의 엄격성과 형식성이 드러나도록 구성되어 있다.

그토록 오랫동안 양형을 판사의 재량에 맡겨 놓은 데는 법이론적으로 필연적인 이유가 있다. 범죄체계론을 비롯한 여러 가지 형법이론상의 검토 단계에서 엄격한 개념의 적용으로 희생될 수밖에 없는 개별사건의 구체적 측면은 양형단계에서 다시 고려될 수 있어야 한다. 획일적인 양형기준의 구축은 필연적으로

불합리성과 또 다른 비일관성을 불러오기 마련이다. 본 고에서는 미국의 양형기준의 기본적인 구조와 작동방식에 대한 비판적 검토를 토대로 양형론에 놓여있는 몇가지 기본적인 문제들을 드러내고자 한다. 이를 바탕으로 우리의 양형론의 출발점이 어디여야 하는지에 대해서 제시하고자 한다.

## II. 미국양형기준의 열망과 좌절

### 1. 포괄적 양형기준에 대한 열망 - 미국 양형기준의 대동

#### 1) 파편적·비일관적 양형 관행에 대한 반작용으로써의 포괄적 양형기준

우리의 경우와 마찬가지로 미국에서도 개별 법관에 따라 나타나는 양형 편차에 대한 불만과 비판론이 오랫동안 제기되었다. 전통적인 양형방식 하에서는 판사는 피고인의 행위와 삶, 사건의 정황, 가해자와의 관계 등 어떤 요소든 고려 대상으로 삼을 수 있었다. 이러한 판사에 폭넓게 인정된 양형 재량은 헌법 등에서 부여한 권리는 아니지만 각 사건의 개별적 정의(individualized justice)를 확보하는 마지막 보루로 여겨졌다.<sup>1)</sup>

하지만, 법정형의 범위 내에서 발휘할 수 있는 무제한에 가까운 양형 재량은 당연히 재량남용 가능성에 대한 무수한 의심을 발생시켰다. 양형의 가장 중요한 원칙이던 개별적 정의는 인종, 양성, 전과 등의 편견이 결합된 판단인자들로 오염되었다고 지적되었다.<sup>2)</sup> 나아가 1960년대 이전까지 유행했던 재사회화(rehabilitation) 이념에 따른 부정기형이 실제 복역일수의 심각한 편차를 불러와서 문제를 더 심각하게 했다. 이 편차는 법적 기준에 근거한 것이 아니었고 단지 판사나 가석방위원회(Parole Commission)의 주관적 판단으로 인하여 발생한 것이라는 비판이 일었다.<sup>3)</sup> 이로 인하여 형사사법제도가 근본적으로 공정하고

1) Williams v. New York, 337 U.S. 241, 247(1949); Lockett v. Ohio, 438 U.S. 586, 602-03(1978).

2) Marvin E. Frankel, *Lawlessness in Sentencing*, 41 U. CIN. L. REV. 1, 1972.

3) Robinson/ Smith, *The Effectiveness of Correctional Programs*, 17 CRIME AND DELINQUENCY 67, 1971; Andrew von Hirsch, *Doing Justice: The Choice of Punishment*, 1976, pp. 14-15.

평등하게 정의를 실현하는 시스템이 아니라는 불신이 만연했다.<sup>4)</sup> 형벌론과 양형제도에 대한 근본적인 재검토가 필요한 시점이었다.

미국의 연방양형위원회에서는 일관되고 안정적인 양형을 위한 양형기준을 수립한다는 목표아래 양형에 주요한 영향을 미치는 양형인자를 뽑아내어 각 양형인자의 가치를 객관적으로 평가하는 작업을 시작했다.<sup>5)</sup> 1984년 양형개혁법안(Sentencing Reform Act)에서는 충분히 평가되고 조합된 양형인자를 바탕으로 구축된 양형기준은 양형 전반을 포괄할 수 있어야 한다고 명시하고 있다.<sup>6)</sup> 여러 가지 양형인자들이 모두 서로 상호 비교할 수 있게 포괄적으로 평가되어야 진정한 일관성을 확보할 수 있기에 이러한 요구를 담은 조항을 삽입했던 것이다. 즉, 개별 사건에서 일어날 수 있는 편차(disparity)없이 전체 사건을 통일되게 통제할 수 있는 양형기준을 마련한다는 목표가 수립된 것이다.<sup>7)</sup>

## 2) 양형인자의 추출과 점수화와 연방양형기준표

양형개혁법에 근거하여 수립된 연방양형위원회는 교정국(the Bureau of Prison officials)에서 과거로부터 축적한 10,500개의 범죄사실기록(criminal disposition)을 기초자료로 사용하여 양형기준의 구축을 시작했다. 우선 이 기초자료들에서 여러 가지 데이터를 뽑아내고 범죄사실, 재범유무, 실복역기간 등의 중요한 양형인자를 수립했다. 추출된 양형인자와 관련된 형량의 평균을 계산하는 작업을 했다. 이 작업을 위해 양형위원회가 사용한 방법론적 기초는 사회학이나 통계학적인 것이었다.<sup>8)</sup> 양형위원회는 이렇게 양형기준을 실증적으로 구축하는 작업은 일회적으로 끝나는 것이 아니라고 했다. 즉, 계속된 연구, 경험과 분석에 기초하여 끊임없이 변화하고 진화하는 양형기준을 선언했다.<sup>9)</sup> 하지만

4) Frankel, *supra* note 2, at 29-40.

5) Von Hirsch/ Nils Jareborg, *Gauging Criminal Harm: Principled Sentencing*, ed. Adrew von Hirsch/ Andrew Aschworth, 1992, pp. 220-232.

6) William W. Wilkins Jr. et al., *The Sentencing Reform Act of 1984: A Bold Approach to the Unwarranted Sentencing Disparity Problem*, 2 CRIM. L.F. 355, 1991, p. 364.

7) Frankel, *supra* note 2, at 45.

8) United States Sentencing Comm'n, *Supplementary Report on the Initial Sentencing Guidelines and Policy Statements*, 1987, pp. 21-26.

9) Guideline Manual Ch. 1, Pt A, 4(2000).

양형개혁법에서 약속한 양형기준의 지속적 개정작업은 지켜지지 않았다.

연방양형기준은 양형인자를 통한 점수산출과 법관의 재량이 혼합되어 작동되도록 제작되었다. 우선 행위 성격(offense characteristics)에 맞추어서 행위 점수가 도출된다. 여기에 피해자 요소(victim-related reason), 행위에서의 역할(role in the offense), 책임 인정 정도(acceptance of responsibility), 사법제도 방해 시도 여부(efforts to obstruct justice) 등의 이유가 있으면 행위 점수를 조정(adjustment)을 한다.<sup>10)</sup> 이렇게 행위점수를 계산한 후에, 행위자의 전과(the past history of criminal record)를 바탕으로 행위자 점수를 계산한다. 양형위원회는 수평축에는 6개 등급의 행위자 점수가 수직축에는 43개 등급의 행위 점수가 있는 양형기준표를 수립했다. 두 가지 축의 결합을 통하여 추정적 양형수준(presumptive sentencing level)이 계산된다. 일정한 추정적 양형수준을 바탕으로 상당한 이유(reasonable reason)가 있으면 양형이탈(departure)을 할 수 있다.<sup>11)</sup> 이 양형이탈이 합리적이고 상당한지 여부가 항소심에서 심사될 수 있다.<sup>12)</sup>

과거 사건에 대한 자료를 실증적으로 분석하고 양형요소들을 조합하여 양형기준을 수립하고 점수계산을 통하여 양형결과를 도출하는 방법은 판사가 양형시 판단하고 평가하는 사고과정과는 밀접한 관련이 있는 것으로 보이지는 않지만 적어도 무수히 많은 경우의 수를 연방양형기준이라는 책자에 통일하는 작업은 마무리 한 것으로 보인다. 즉, 표·조정·기준 이탈과 관련 행위에 대한 수적 계산이라는 접근방법들이 전통적인 양형제도 하에서 관련 사건의 사실들의 총체를 고려하는 판사의 판단을 대체하게 되었다.<sup>13)</sup>

## 2. 미국 양형기준의 방법론상의 문제점들

### 1) 객관성과 일관성에 대한 집착

10) Guideline Manual Ch. 3.

11) 18 U.S.C. § 3553(b).

12) Guideline Manual Ch. 1.

13) Albert W. Alschuler, *The Failure of Sentencing Guidelines: A Plea for Less Aggregation*, 4 FED. SENT. R. 161, 1991, p. 162.

일정한 사건이 일어나기 전에 혹은 사건에 대한 정보를 취득하기 전에(ex ante) 양형을 결정할 수 있는 객관적이며 일관성 있는 기준을 포괄적으로 제시하려는 것은 양형 단계의 특성을 고려하지 않은 접근법이 될 가능성이 짙다. 양형 단계에서는 사건이 가장 구체적이고 총체적인 모습으로 새로운 사실관계들을 드러내기 마련인데 양형의 일관성만을 목표로 포괄적인 기준을 제시할 수 있다고 믿는 것은 상당히 위험한 접근방법이다. 가장 기초적인 시각에서 언급하자면, 수없이 다양한 사실관계에는 법적 기준이 사전에 설정되어 포섭할 수 있는 측면이 있는 반면에 사후적인 평가로 해결할 수밖에 없는 측면도 있다.

예를 들어 살상용 흉기를 사용하여 살인행위를 한 경우도 행위방법의 양태는 대단히 다양하다. 흉기의 종류와 위험도도 여러 가지이며 행위자에 따라 사용방법도 여러 가지가 될 수 있다. 일정한 흉기가 특정한 사건에 있어 가지는 의미는 다른 사건과 절대로 동일할 수 없으며, 흉기의 크기와 종류, 흉기의 사용법, 흉기를 확보하게 된 경위, 피해자의 피해정도, 흉기 사용의 고의와 악의의 정도, 행위상황의 다른 여러 특수성 여부 등은 복잡하게 얽힌 하나의 큰 그림으로 평가해야 한다.<sup>14)</sup> 흉기라는 요소를 분리하고 추상화하여 일정한 점수로 고정하는 접근법을 기본적으로 택하고 있는 미국의 양형기준은 구체성, 타당성을 평가할 여지를 상당부분 차단하는 효과가 있다. 좀 다른 각도로 이야기 하면 모든 형사피고인은 유일한 존재로 평가되어야 하지만<sup>15)</sup> 미국의 양형가이드라인의 접근방식은 특정한 양형요소와 관련 있는 모든 형사피고인들을 무차별적으로 동일하게 취급하는 결과를 낳는다. 각각의 형사사건은 궁극적으로 같은 사건이 하나도 없으며 개별적인 피고인의 상황구체성적 특수성을 고려해야 한다. 일도양단식의 개념화(categorization)로 인하여 드러나는 획일성의 모순과 불합리를 흡수하고 완충할 수 있는 부분이 형사사법절차 어디에선가는 필요하다. 전통적으로 양형은 이러한 측면에서 최소한도의 마지막 보루 역할을 해 왔다.<sup>16)</sup>

미국의 연방 양형가이드라인의 내용 중 가장 비판을 많이 받는 부분이 마약

14) 유사한 취지로 *ibid.*, pp. 162-63.

15) *Eddings v. Oklahoma*, 455 U.S. 104, 110-11(1982); *Lockett v. Ohio*, 438 U.S. 586(1978)(로켓트판결에서 연방대법원은 사형양형시 피고인과 관련된 모든 측면을 제한 없이 고려되어야 한다고 판시하였다. 물론 일반형사사건과 사형양형 사건은 구분이 되어야 하지만 기본적인 원칙과 작동 면에서 크게 다르게 취급해야 할 이유는 없다); Kate Stith/ José A. Cabranes, *Fear of Judging: Sentencing Guidelines in the Federal Courts*, 1998, p. 5.

16) Stith/ Cabranes, *supra* note 15, at 22.



의 무게를 바탕으로 양형 범위가 결정되는 부분이다.<sup>17)</sup> 이것이 대단히 부당한 접근 방법이라는 것을 이해하는 데는 그리 깊은 이론적 제시가 필요한 것으로 보이지는 않는다. 왜냐하면, 마약의 객관적 무게가 형사벌의 본질적 내용인 일정한 범공동체의 비난의 수준과는 필연적인 연관이 있어 보이지는 않기 때문이다. 부커(Booker)판결 이전 연방 양형가이드라인이 법원에 강제적 구속력을 지닐 때, 심지어 미국 연방법원에서는 마약을 담은 용기의 무게를 제외한 순수한 마약의 무게를 양형가이드라인 상의 계산 시 고려해야 한다는 판결을 내리기도 하였다.<sup>18)</sup> 형사사법이론과 실무가 마약의 무게로 측정 가능한 것과 같이 형식적 객관성과 일관성만으로 구축되고 정당화 될 수 있는 영역이라면, 양형뿐만 아니라 다른 부분도 그리 복잡하고 미묘한 이론적 논의가 필요하지 않을 것이다. 필자의 판단으로는 미국의 연방 양형가이드라인의 수립에 참여한 사람들이 마약의 무게에 그토록 중시한 것은 우선 객관성에 대한 집착에서 기인한 것이며 다른 한편으로는 객관성 확보라는 목표를 달성하기 힘든 데 대한 좌절의 표현이라고 밖에 볼 수 없다.<sup>19)</sup> 양형개혁법(Sentencing Reform Act)에서 애초 제시한 목표는 단지 해악(harm)의 정도를 기준점으로 삼은 것이 아니라, 행위에 대한 평가에 주된 초점을 맞춘 양형기준의 구축이었다.<sup>20)</sup> 나아가 행위자라든지 다른 여러 가지 정황에 대한 고려도 빠질 수 없는 고려요소라고 명시하고 있어서 선언적이며 표면적으로는 유연함을 어느 정도 갖추어 균형을 맞춘 것처럼 보이도록 했다.<sup>21)</sup> 하지만 양형개혁법의 야심찬 목표에 따라 법관의 재량을 세밀하게 통제할 수 있도록 구성된 객관적이고 포괄적인 양형수단을 마련하려고 시도한 작업은 측정이 가장 용이한 요소들을 구분·배열하는 결과로 흐르고 말았다.

동일한 개념 요소 혹은 개념 인자라고 할지라도 구성요건단계와 양형단계 각각에서는 성질과 역할이 확연히 다르게 나타난다. 일정량의 이상의 마약을 운반

17) Alschuler, *supra* note 13, at 916-919.

18) *Chapman v. United States*, 500 U.S. 453(1991).

19) *United States v. Poff*, 926 F. 2d 588(7th Cir. 1991); *United States v. Webb*, 49 F. 3d 636(10th Cir. 1995). 심지어 양형기준에 따르면 마약의 무게가 무거울수록 형이 높아지는 점에 착안하여, 합정수사를 하는 마약 수사관들에게 보다 많은 양의 마약으로 행위자를 유인하도록 장려하기도 했다. Gerald W. Heaney, *The Reality of Guidelines Sentencing: No End to Disparity*, 28 AM. CRIM. L. REV. 161, 1991, pp. 195-97.

20) Michael Torrey/ John C. Coffee, Jr., *Enforcing Sentencing Guidelines: in the Sentencing Commission and its Guideline*, ed. von Hirsch, 1987, pp. 152-58.

21) 18 U.S.C. §2553(a)(1).

하였을 때 가중처벌 한다는 형벌규정이 만일 존재한다면, 그 행위요건에 대한 해석은 엄격하게 하여야 하고 가능한 한도에서 확대해석은 지양해야 한다. 하지만, 일정량 이상의 마약 운반이 형의 가중을 위한 양형인자가 된다고 하는 것은 보다 구체적이고 가변적이며 실질적인 판단을 위한 고려의 출발점 이상이 되어서는 안 된다. 즉, 양형 시 개념의 폐쇄성과 엄격성을 너무 강조하게 되면 반드시 불합리한 결과가 발생한다. 즉 죄형법정주의라는 대원칙 등의 이유로 일정한 행위에 대한 형벌을 가하는 것에 대한 판단을 판사의 재량에만 맡겨 둘 수 없다. 따라서 행위요소에 대한 엄격하고 형식적인 개념화와 추상화가 필요하다. 전통적인 양형론하에서는 이 엄격한 개념화로 인하여 발생하는 불합리를 양형 단계의 가변성과 유연함으로 어느 정도 흡수할 수 있었다. 양형단계의 유연성은 행위요건단계의 엄격함과 상호 균형을 이루는 관계 속에서 바라보아야 할 필요가 있다.

미국의 연방 양형가이드라인과 같이 엄격함과 형식성이 강화된 형태인 2차원적 표로 대표되는 틀을 통해서 포괄적인 양형기준을 구축하겠다고 하는 것은 문제를 더 악화시킬 수 있다. 이는 2차원의 평면적 표(grid system)라는 틀 아래에서 미래에 일어날 사실을 모두 재단할 수 있다고 여기는 접근방법이다. 양형에 대한 이러한 태도는 필자의 판단으로는 형사사법제도의 근본적 정신을 무시하는 것일 뿐만 아니라 형식적인 인식 도구<sup>22)</sup>를 지나치게 신뢰하는 데서 비롯되었다고 밖에 볼 수 없다. 사실, 단일한 양형기준표로 환원하기에는 양형요소들의 규범적 가치들은 상호 비교할 수 없을 만큼 복잡하다. 연방 양형가이드라인에서 나타나는 이러한 위험은 격자식 표에 한정되지 않는다.<sup>23)</sup>

미국의 도표를 동원하거나 양형요소에 점수를 매기는 방식의 양형기준은 양형요소에 대한 서열을 매기고 일정한 점수를 부과할 수 있다고 믿은 사고에서 출발했다고 볼 수 있다. 양형을 일관성 있게 할 수 있는 기준을 마련한다는 의미는 각각의 양형요소에 대한 객관적 평가가 이루어졌다는 것을 전제로 할 때

22) 미국의 양형기준에서 사용되는 인식·분석 도구들은 규범적인 것과는 거리가 멀다. 따라서 규범적 합리성이나 일관성의 확보는 현재의 미국의 양형기준표로는 요원할 수밖에 없다. 연방양형기준의 설립 후에 양형편차가 줄었다는 보고들은 규범적인 방법이 아닌 실증적인 방법에 기초한 조사에 기초하였다. 유사한 취지로 Alschuler, *Disparity: The Normative and Empirical Failure of the Federal Guidelines*, 58 STAN. L. REV. 85, 2005.

23) 필자의 시각과 유사하게 알슐러(Alschuler) 교수는 과편적으로 양형인자를 추상화하는 방법 자체가 문제가 있다고 지적했다. Alschuler, *supra* note 13.



가능하기 때문이다. 24) 앤드류 폰 허쉬(Andrew von Hirsch)는 응보적 책임(just desert)의 정도에 따른 적합한 양형을 하기 위해서는 양형인자들의 위험성에 대한 평가를 하여 객관적 기준으로써 활용 가능하도록 해야 한다고 주장했다. 즉 주요한 양형요소를 추출하여 각 양형인자가 관련 일반인의 생활기준(living standard)을 위협하는 위험도 별로 서열(scale)을 매기는 것이 필요하다는 것이다.<sup>25)</sup>

이러한 사고는 비단 연방양형기준과 같이 형식적이고 엄격한 도표를 사용하는 지점까지는 나아가지 않더라도 역시 오류의 위험성을 내포하고 있다. 앤드류 폰 허쉬의 방법에는 상당히 모순되는 측면이 있다는 것을 엿볼 수 있다. 양형인자를 일정한 결과적 해악에 기초하여 평가하는 것과 책임의 정도에 기초하여 평가하는 것은 근본적으로 상반되는 접근방법이다.<sup>26)</sup> 허쉬의 양형인자를 객관적으로 서열화하는 것은 특히 전통적인 형사법의 기본 이념인 책임주의에 비추어 보면 그렇게 명쾌하고 단순한 문제가 아니다. 특수폭행과 단순폭행의 객관적 위험도나 책임의 크기가 차이가 난다는 것은 누구나 인식하고 합의 할 수 있는 문제이다. 하지만, 심각한 폭행과 폭행없는 심각한 강제추행, 흉기를 사용한 강간과 완력을 사용한 강도, 절도와 사회질서교란 등등 서로 이질적인 범죄유형들 사이의 단순비교는 불가능하다.

책임 정도를 객관화 하는 것이 힘들다는 것은 미국의 유잉(Ewing) 판결 등에서 어느 정도 드러난다. 캘리포니아의 삼진아웃제도에 대한 위헌소송과 관련한 유잉 판결을 비롯한 일련의 판결들에서 연방대법원은 일정한 범죄에 대하여 형벌의 정도가 지나치다는 것을 판단할 기준을 제시하는 것을 사실상 포기한 것으로 보인다.<sup>27)</sup> 일정한 행위요소들에 대한 법정형의 정도를 책정하는 것은 형사

24) Andrew von Hirsch/ Nils Jareborg, Gauging Criminal Harm in Principled Sentencing, ed. Andrew von Hirsch/ Andrew Aschworth, 1992, pp. 220-232.

25) 앤드류 폰 허쉬나 앤드류 애쉬워드(Andrew Aschworth)를 위시한 일련의 학자들이 주장하는 것과 같이 양형인자를 객관적인 해악의 정도에 따라 일정정도 정량화할 수 있다는 시각은 대단히 새로운 것이라기보다 규범론을 보다 객관화하고 계량화할 수 있다고 보는 조엘 파인버그(Joel Feinberg)의 오래된 주장과도 유사한 측면이 있다. Joel Feinberg, Harm to Self, 1986, p. 300.

26) 결국 폰 허쉬의 책임기준에 따른 양형인자의 서열화라고 하는 것은 사실적인 침해도나 위험도에 대한 평가에 지나지 않는다. 폰 허쉬의 저작들을 살펴보면 비난가능성이라는 책임 내용의 본질적인 부분에 대한 평가가 슬그머니 사라진다. von Hirsch, *supra* note 24, at 231. 필자의 판단으로 형사적 책임과 사회적 위험도라는 두 가지 개념 사이에는 상당한 간극이 존재하는 이질적인 것이다.

적 비난을 가하는 권한 있는 자 즉 입법자의 주관적인 판단에 맡길 수밖에 없다고 선언했다. 범죄에 적절한 형벌인지 여부에 대하여 유일하게 헌법적인 기준을 들어 판결했던 솔렘(Solem)판결에서 연방대법원은 판단 대상인 행위에 대한 형벌과 유사한 다른 범죄행위에 대한 형벌을 비교하는 그리 효과적으로 보이지 않는 기준 외에는 제시하지 못하였다.<sup>28)</sup> 이후 연방대법원의 판결에서 솔렘 판결의 기준은 받아들여지지 않는다.<sup>29)</sup> 각 범죄에 대한 형벌들 간의 정도를 평가할 기준을 헌법소송적으로 작동할 만큼 구체적으로 고안하기가 거의 불가능해 보였던 것이다.

우리 법원에서 흔히 사용되는 “정상을 참작하여” 혹은 “제반상황을 고려하여”와 같은 표현은 적어도 양형에 있어서는 완전히 무책임한 표현은 아니며 법이론적으로도 일정정도 의미를 지닌다. 사건을 총체적으로 고려한다는 것을 크게 다른 용어를 들어 설명할 수 없다. 전통적으로 양형단계에서 판사들은 행위, 행위자 그리고 피해자와 같은 요소들만 고려하는 것이 아니라 절차적으로 나타나는 불합리를 조정하기 위해서도 사용되었다. 증거의 확실성 정도(weight of evidence), 수사의 적절성 정도(reasonableness of search), 절차상의 권리보호 정도에 따라서 양형의 정도가 각 개별 사건에 따라 차이를 보여줄 수 있다.<sup>30)</sup>

## 2) 과학적 방법에 대한 과도한 신뢰

객관적으로 범죄행위의 위험도와 책임을 측정하여 양형의 일관성을 확보하자

27) *Rummel v. Estelle*, 445 U.S. 263(1980) (범죄와 형벌의 비례성 여부를 연방헌법으로 판단할 수 없다고 판시했다); *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277(1983) (범죄와 형벌이 지나치게 비례하지 않는다면 연방헌법 증보 제8조의 비례의 원칙(proportionality)에 위배된다고 판시했다); *Harmelin v. Michigan*, 501 U.S. 957(1991) (범죄에 대한 적절한 형의 부과를 심사하는 객관적 기준으로써의 비례성의 원칙의 적용을 거부했다); *Ewing v. California*, 538 U.S. 11(2003) (비례성 원칙의 적용을 역시 거부했다).

28) 솔렘 판결의 다수 견해는 럼멜 판결의 파월 판사의 소수 의견을 그대로 차용한 것이다. *Rummel*, 217 U.S., at 386-87 (Powell, J., dissenting) (파월 대법관은 비례성을 판단하는 기준으로 세 가지를 제시하였다. (1) 행위의 중대성과 형벌의 가혹성, (2) 동일한 관할지역에서 다른 유형의 행위에 대한 형의 정도, (3) 다른 관할 지역에서 동일한 행위에 대한 형의 정도. 앞에서 살핀 것처럼 이 기준들은 이후 연방대법원의 판결들에서 승인받지 못했다).

29) *Harmelin*, 501 U.S., at 957.

30) Frankel, *supra* note 2, at 25-26; Robert M. Cover, *Violence and the Word*, 95 YALE L.J. 1601, 1986.

는 시각은 과학적 방법론에 대하여 적극적인 친화력을 보인다. 예를 들어, 프란시스 앨런(Francis Allen)은 행동과학의 발달이 청소년의 전과나 경험 등 성숙도에 대한 이해도를 높여서 양형기준 마련에 보다 나은 기초를 제공할 가능성이 있다고 주장했다.<sup>31)</sup> 맥고다(McGautha) 판결에서 사형양형 판단과 관련하여 불가지론적 입장을 고수한 할란(Harlan) 대법관은 아이러니하게도 현상학, 사회학, 심리학 등이 충분히 발달하면 양형은 객관적인 사실에 대한 과학적인 계산으로 대체될 가능성이 있을 것이라는 기대를 표명했다.<sup>32)</sup> 실제 연방 양형가이드라인은 상당부분 규범적인 방법 보다는 사회학적·통계적 방법에 기운 접근방법을 사용하여 수립되었다.<sup>33)</sup> 양형론에 있어서 과학적 방법론에 의지하는 것은 폰 허쉬와 같이 양형요소의 가치를 등급화·서열화 하는 것보다 객관성이라는 목표에 더욱더 형식적으로 접근하려고 하는 방식이다. 계량화, 평균화와 수량화라는 방법을 통해서 일관성을 획득하는 것은 부분적인 양형기준의 구축만으로는 충분하지 못하며 전반적이고 포괄적인 틀과 기준을 제시하는 지점으로 나갈 수밖에 없다.

연방 양형가이드라인을 구축할 때, 과거의 연방 형사 사건 중 가장 전형적인 사건(typical cases) 10,000여개에 대한 분석을 통하여 일정한 양형인자(categories)들을 뽑아내고 각 양형인자가 평균적으로 어느 정도의 형량과 연결되는지를 추산하였다.<sup>34)</sup> 이렇게 과거 축적된 사건들로부터 양형인자를 뽑아내어 평균적인 형량과 관련지어 일정정도의 계량화하는 방식은 실제 양형 당시의 개별 사건에서 판사가 행한 피고인에 대한 비난의 평가가 몇 단계나 단절되고 추상화되는 결과를 낳는다. 우선, 존재하는 판결을 재료로 한 양형 데이터 추출을 위하여 어떠한 양형인자가 어느 정도로 중요한 것인지 판단하는 작업 자체에는 당해 사건들의 판사의 판단과는 별개로 양형가이드라인 구축자의 규범적인 시각이 별도로 배어 들어갈 수밖에 없다. 나아가 재료가 된 과거 판결들의 양형결과만 놓고 평균화·계량화 하는 것은 개별사건에 있어서 일정한 형벌 목적에 따라 구체적인 사건의 사실관계의 미묘한 성격을 고려한 판사들의 규범적 사고 과정을 너무도 단순화하거나 전혀 다른 성격의 방법으로 대체하는 것이다.

31) Francis A. Allen, *A Matter of Proportion*, 4 GREEN BAG 2d 343, 2001, p. 349

32) *MaGautha v. California*, 402 U.S. 183, 217(1971).

33) Stephen Breyer, *The Federal Sentencing Guidelines and the Key Compromises upon which They Rest*, 17 HOFSTRA L. REV. 1, 1988, pp. 12-15.

34) *ibid.*, at 6.

앞에서 언급하였듯이 하나의 양형인자는 그 자체로 큰 의미를 가지는 것이 아니다. 하나의 양형인자를 다른 양형인자와 유기적으로 연결하여 고려할 때만이 구체적 사건에 대해서 올바르게 이해할 수 있다. 하나의 양형인자가 다른 양형인자와 연관되는 방식은 단순히 계량화된 수의 합산이 될 수 없다. 때로는 하나의 양형인자가 다른 모든 양형인자 보다 압도적인 규범적 무게가 있을 수 있으며, 때로는 여러 양형인자 간의 세밀한 관련 속에서 전체적인 사건의 그림을 그려보아야 왜 특정한 비난수준과 연결될 수 있는지 판단할 수 있다.<sup>35)</sup> 실제로 연방 항소심 판사 시절 연방양형기준을 구축하는 데 참여한 브라이어 대법관은 양형기준 구축의 재료가 된 과거의 사건에서 나타나는 양형인자의 양태가 그대로 이후의 사건에도 동일하게 나타나리라는 보장이 없다고 고백했다.<sup>36)</sup> 뉴저지 대법원에서 사형양형과 관련하여 시도한 기준설정은 점수화·계량화하는 방법의 위험성을 여실히 보여주고 있다. 뉴저지 대법원은 사형선고 사건들 간에 일관성이 없다는 지적을 해소하기 위해서 일정한 사건에서 발견되는 가중요건의 수와 감경요건의 수를 비교해서 가중요건의 수가 감경요건의 수보다 적은 경우 배심원의 사형양형을 재심사하도록 하는 기준을 만들고자 했다.<sup>37)</sup> 점수화 또는 계량화하는 것은 명폐합과 단순합과는 연관이 있을 지라도 정당화와 규범적 일관성 나아가 규범적 정확성과는 아무런 관련이 없는 것으로 보인다.

연방 양형가이드라인에 의해서도 조정(adjustment)이나 기준 이탈(Departure)이라는 것이 가능하여, 행위자가 좋은 시민이었다거나, 노인이었다거나, 질병이 있었다거나, 가정문제에 대한 고려점수 등의 구체적 타당성을 고려할 여지가 마치 있는 것처럼 보인다.<sup>38)</sup> 하지만 연방 양형가이드라인의 기준표에 의하여 고정시킨 수량과 점수는 이미 적절한 규범적 비난의 정도를 표현하는 것과는 거리가 멀며 평균적이고 수량적인 사회학적 방법론을 통과한 전혀 다른 성격의 결과물에 지나지 않는다. 따라서 판사가 기준 이탈에 의하여 사건을 구체적으로 고려

35) Aaron Rappaport, *The Logic of Legal Theory: Reflection on the Purpose and Methodology of Jurisprudence*, 73 MISS. L. J. 559, 2004, p. 581. (라파포트는 양형기준의 합리적 재구축이라는 목표와는 별도로 양형기준을 구축하는 방식들이 규범적(prescriptive)인 것과는 거리가 있을 수 있다고 지적했다).

36) Breyer, *supra* note 32, at 9-10.

37) David S. Baime, Report to the New Jersey Supreme Court: Proportionality Review Project, 1999, p. 149.

38) Guideline Manual ch. 3; 18 U.S.C. § 3553(b).

하여 실질적 규범적 시각을 통하여 재조정 하겠다고 하더라도 기준 이탈에 의한 양형결과는 규범적인 것이라고 부를 수 없으며, 과학적이지도 규범적이지도 않는 이상한 조합이 되어버린다.<sup>39)</sup> 다른 말로 하면, 기준 이탈이 필요 없는 사건은 소위 과학적 방법에 의하여 일정한 양형이 부과된 것이고, 기준 이탈이 행해지는 사건은 과학적 방법에 부수적으로 규범적 고려라는 꼬리표가 붙는 형태가 된다. 연방판사들은 연방양형기준표를 구축한 방법과 연방양형기준표를 따라 나가며 일정한 점수를 매기고 그 결과로 일정한 형량을 연결시키는 기준들이 무엇인지 그리고 그것이 어떠한 사고 내지 판단과정에 근거했는지 알 수 없다. 즉, 비난이라는 형사벌의 필요불가결한 측면과 연방 양형가이드라인의 적용과정이 어떠한 연관이 있는지 이해하는 것은 불가능에 가깝다고 토로하고 있다.<sup>40)</sup> 설령, 절충론의 한 형태로 일정정도 평균적인 기준점을 설정하는 것이 필요불가결하다고 하더라도, 데이터 분석·조합식 방법을 동원하여 재량의 상한과 하한을 극단적으로 좁게 설정한 양형기준의 수립은 양형단계에서 반드시 고려되어야 할 중요한 가치에 눈을 가리고 확실성을 가장한 표나 수량에 시선을 고정하는 것이다.<sup>41)</sup>

역설적으로 애초 양형기준이 구축되자마자, 명쾌하고 단순화된 양형기준으로 일관된 양형을 하겠다는 목표가 흐려졌다고 연방양형위원회는 고백하고 있다.<sup>42)</sup>

39) 연방양형가이드라인에서 본래의 양형요소의 점수에서 이탈할 수 있는 Adjustment라든가 Departure가 가능한 요건을 한정하여 규정해 놓은 것이 과학적 시각에 근거하는지 혹은 순수 규범적 시각에 근거하는지 이해하기 힘들다. 가령, 미국에서 특유하게 발달한 사형양형의 경우에 보다 나은 결정을 위해서는 적어도 감경요건에 대해서는 예시적으로만 규정해야 한다는 규정은 개별사건의 구체적 타당성의 최대한 고려라는 규범적 시각을 최대한 반영한 것이다. 강우예, 미국의 사형법에 대한 연구, 법학논문집 제31집 제1호, 2007, 300-307면 참조. 개별적 사건의 규범적 무게를 평가하는 데 있어 사형에 근접하는 자유형의 경우는 어떠한 방법에 기초하여야 하는가? 15년 형은? 7년형은? 어느 정도 형의 중대함에 비추어 양형 시 고려되어야 할 요건은 어느 정도까지 한정될 수 있는가? 법정형의 정도에 따라 고려되어야 할 양형인자의 차별성에 대해서 정확하게 설명해주는 어떠한 자료도 아직 발견할 수 없다. 그에 대한 사고의 단초로, 강우예, 앞의 논문, 301-302면 참조. 다만 규범적 무게가 늘어날수록 형사사법제도에 대한 해석의 밀도가 증가한다는 일반적인 설명밖에는 할 수 없다. Cover, *supra* note 29, at 1622.

40) Alschuler *supra* note 13, at 901-911.

41) 이러한 견지에서 일부 학자들은 연방 양형가이드라인 구축시 사용한 방법은 과학을 빗자한 가짜 방법론이라고 격렬하게 비판하고 있다. Kate Stith/ José A. Cabranes, *Fear of Judging: Sentencing Guidelines in the Federal Courts*, 1998, p. 5.

42) United States Sentencing Comm'n, *Supplementary Report on the Initial Sentencing Guidelines and Policy Statements*, June 18, 1987, p. 13.



조정, 기준 이탈, 누적, 행위요소와 행위자 요소의 조합 등등 연방양형기준의 구성이 너무 복잡하여 정확히 적용하는 것조차 어렵게 되었다. 이처럼 양형기준이 복잡한 모습을 가지게 된 이유는 본래 여러 가지 복잡한 차원 속에 존재하는 양형현실로 인한 것이다. 이처럼 복잡하고 다층적인 현실을 포착하려는 연방양형기준은 단순하고 명쾌하고자 한 애초 목표가 시작부터 좌절되었다. 부커 판결 이전에 연방양형기준이 강제적 효력을 지닐 때에 불합리하고 복잡하고 이해불가한 양형기준에 대한 불만의 표시로 상당수의 연방 판사들은 양형기준에 불복했을 뿐만 아니라 종종 연방 판사직을 그만두는 경우도 있었다.<sup>43)</sup> 행위에 정확히 부합하는(just desert) 형량의 부과라는 양형기준 구축의 애초의 목표는 복잡한 덧셈과 뺄셈과 여러 가지 예외 인자들의 계산과 격자형 표 간의 상호관계 속으로 사라졌다.<sup>44)</sup>

### 3) 형사적 비난으로서 양형에 대한 상위 방법론의 위협성

전통적인 양형판단을 규율하고 지배할 일정한 방법론을 제시하는 것에 대한 논의는 양형단계를 진정으로 지배하고 있는 규범적 실체에 대한 고려를 배제하고 이루어 질 수는 없다. 양형기준에 의해 도출된 결론이 정당화되기 위해서는 양형기준을 수립하는 방법과 수립된 양형기준 자체가 단지 형식적 일관성 확보에 기여하는 데 그치는 것이 아니라 양형 본래의 목적과도 필연적 연관이 있어야 한다. 오스틴 로브그로브(Austin Lovegrove)는 양형기준은 양형목적(sentencing policy)을 충분히 반영하는 동시에 수량적 분석의 정확성(the precision of the quantitative analysis)을 확보할 수 있는 것이어야 한다고 주장하고 있다.<sup>45)</sup>

하지만, 수량적 분석의 정확성을 기하는 것이 규범적 정당성 즉 양형 목적 달성을 보장하는 것과 필연적으로 연결되어야 한다는 것은 너무 지나친 요구처럼 들린다. 우선 가장 큰 문제는 형사벌에는 응보(retribution), 예방(deterrence), 재사회화(rehabilitation) 혹은 격리(incapacitation)라는 전혀 상반된 네 가지 목적이

43) Alschuler, *supra* note 13, at 924.

44) Breyer, *supra* note 32, at 18.

45) Austin Lovegrove, *Judicial Decision Making, Sentencing Policy, and Numerical Guidance*, 1988, pp. 177-180.



존재한다는 것이다. 단적으로 양형 시 판사가 네 가지 형사벌의 목적 중 어떤 것을 우선시해야 하는 지에 대한 가이드라인이 전혀 없다. 어떠한 형벌 목적을 선택할 것인지는 대체적으로 시대정신을 따르거나 상황구체적으로 판단할 수밖에 없다. 나아가 이 상반된 규범목적들을 반영하는 양형 수단이 과연 실증적인 방법을 통하여 수량화·계량화 되어 비교될 수 있는지 또한 의문이다.<sup>46)</sup> 문제를 더 심각하게 하는 것은 양형기준의 성과를 판단하는 중요한 부분인 각 양형들의 일관성을 평가할 때에도 규범적이 아니라 실증적인 접근법이 사용되고 있다는 점이다.<sup>47)</sup>

라파포트(Rappaport)가 지적하였듯이, 양형가이드라인은 여러 가지 형벌 목적들이 혼합된 형태로 구축될 수밖에 없으며 이것은 양형의 일관성 확보라는 양형가이드라인의 가장 큰 목표달성을 어렵게 할 수 있다.<sup>48)</sup> 일정한 규범적 실체(substance) 즉 규범적 목표를 설정하는 데도 이미 양형론은 큰 어려움을 내포하고 있거니와 어떠한 규범적 목표에 어떤 규범적 형식 혹은 수단이 부합하고 어울리겠는가라는 문제에 부딪히면 양형에 있어서 고려해야 할 요소들의 조합들은 무한대로 복잡해진다. 양형인자를 추출하고 배열하는 방법에 있어 이 모든 복잡성을 일관성이라는 목표 하나로 제거할 수 있는가? 미국에서 구축된 특히 연방에서 사용하는 양형기준표는 이러한 복잡한 고려를 수량화, 체계화하는 결과를 가져오는데 이는 진정으로 고려해야 할 것들을 배제해야 하는 효과가 있다. 가변적이면 가변적인 채로 내버려 두는 것도 상당한 의미가 있다. 다만 가변적인 부분을 어떻게 정당화시키며 일반 시민들이 그 결론을 어떻게 수용하는지가 오히려 보다 중요한 초점이 되어야 한다.

### 3. 미국 양형가이드라인의 사실상의 실패 선언?

블레이크리(Blakeley) 판결<sup>49)</sup>과 부커(Booker) 판결<sup>50)</sup>에서 연방대법원은 각각 위

46) Jeffery O. Cooper, *Judicial Opinion and Sentencing Guideline*, 8 FED. SENT. R. 46, 1995.

47) Alschuler, *supra* note 22.

48) Aaron J. Rappaport, *Rationalizing the Commission: the Philosophical Premises of the U.S. Sentencing Guidelines*, 52 EMORY L.J. 557, 2003, pp. 562-63.

49) Blakeley v. Washington, 542 U.S. 296(2004).

50) United State v. Booker, 543 U.S. 220(2005).

싱턴 주 양형가이드라인과 연방 양형가이드라인에 대하여 위헌판결을 내렸다. 연방대법원이 위헌판결을 내릴 시 근거로 삼았던 것은 연방헌법 증보 제6조의 배심에 대한 권리(right to trial by jury)이다. 우선 연방대법원은 일정한 양형인자가 일정한 범위의 형량을 결정지을 수 있다면 그 양형인자에 대해서는 합리적인 의심의 여지없이 증명해야 한다고 판시하여 워싱턴 주 양형가이드라인과 연방 양형가이드라인을 위헌 판결했다.<sup>51)</sup> 블레이크리 판결과 부커 판결의 위헌결정시 연방헌법 증보 제6조를 근거로 한 것은 이미 아프렌디(Apprendi) 판결에서 예고된 것이었다. 하지만 아프렌디 판결은 양형기준의 자체의 적절성과 합리성에 대한 의문에 답을 할 수 있는 내용을 담고 있지 않았다. 즉, 증명을 요하는 사실요소가 일정한 형량을 결정할 때 그 사실요소에 대해서는 반드시 합리적인 의심이 없을 때까지 증명하여 배심원의 심사를 받아야 한다는 다분히 절차적인 기준을 적용해서 양형가이드라인 구성 자체의 정당성에 대한 의문은 우회해서 비껴나갔다.<sup>52)</sup>

아프렌디 판결 이후에 연방대법원은 양형가이드라인이 진정 작동 가능한 것인지 혹은 계속 이전과 동일한 법적 효력을 유지해야 하는지에 대해 일정정도 견해를 표명할 수밖에 없었다. 연방대법원 대법관직에 오르기 전에 스스로 연방 양형가이드라인을 구축하는 데 참여한 브라이어 대법관은 부커판결의 주문에서, 아프렌디 판결과 블레이크리 판결에서 요구한 연방헌법 증보 제6조의 기준으로 인하여 연방 양형가이드라인이 원래의 모습대로 작동하는 것이 불가능하다고 지적하였다. 따라서 연방 양형가이드라인은 더 이상 법적으로 구속력을 상실하게 된다고 했다. 하지만, 항소심에서 상당성(reasonableness) 기준과 정의의 건전한 작동(sound administration of justice) 기준을 통하여 양형가이드라인에 기대지 않은 양형에 대해서도 적절히 심사할 수 있다고 했다.<sup>53)</sup>

브라이어 판사의 부커 판결에서의 이러한 태도는 두 가지 정도의 의미로 요약할 수 있다. 첫째로, 법적 구속력 부분을 삭제해서 연방헌법 증보 제6조로 인해서 양형가이드라인이 지나치게 엄격하게 적용되는 것을 피할 수 있다. 둘째로, 양형가이드라인 자체는 법적 구속력을 상실했지만 완전히 사멸하지 않고 일

51) 아프렌디 판결, 블레이크리 판결과 부커 판결에서 연방헌법 증보 제6조의 적용이 가지는 의미를 간명하게 요약하면 양형인자와 일정한 상·하한을 가진 형과 연결되면 양형인자를 구성요건과 동일하게 취급하겠다는 것이다.

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

53) Booker, 543 U.S., at 220-224.

정한 힘을 발휘하도록 했다. 연방헌법 증보 제6조로 인하여 엄격한 형식성이 한층 가중된 양형가이드라인은 더 이상 용인될 수 없었다. 결국 양형가이드라인을 준수하거나 또는 무시하는 판사의 상반된 태도들이 모두 허용되는 양형가이드라인의 이상한 효력만 남았다.<sup>54)</sup>

부커 판결이 내비치는 문제들의 보다 근본적인 면을 바라볼 필요가 있다. 즉 연방 양형가이드라인을 비롯한 미국의 양형가이드라인들이 노출하고 있는 약점들은 아프렌디와 블래클리 판결을 거쳐 부커 판결의 판시내용과 같은 모순된 결론이 나게 한 것이다. 여기서 중요한 것은 양형법을 지배해야 하는 기본적인 원칙에 대하여 관심을 놓치지 않는 것이다. 또한 개별 사건 간의 규범적 차이를 비일관성으로 파악할 수밖에 없는 실증적 방법에 대한 비판적 시선의 긴장을 늦추지 말아야 한다. 이러한 작업이 없는 현재의 상태로는 미국의 양형기준이 모범적 선례라고 평가받기는 힘들다.

### III. 양형기준설정시의 주관성에 대한 고려

응보, 예방, 격리, 재사회화 등의 목적이 합리적으로 선택되어 일정한 형을 가하는 적절한 선택을 하는 것으로 모든 문제가 끝이 나는 것이 아니다. 야심차게 기획되었던 재사회화 이념 하에 실시된 부정기형은 유사한 행위를 범한 수형자의 수감기간이 수감기관에 따라 너무도 차이가 많이 나는 문제를 발생시켰다.<sup>55)</sup> 재사회화라는 일면 정당한 목적 하에 결정되고 운영되는 양형과 행형제도가 합리적이거나 정당하지 못하다고 인식될 수 있는 것이다. 여기서 필자는 일반인들이 양형기준을 통과한 양형결과를 어떻게 받아들이고 있는지가 양형기준의 정당성을 최종적으로 평가하는 기준이 될 것이라 주장하고자 한다.

앞에서 지적한 대로 아무리 잘 짜여진 양형기준도 모든 양형인자 혹은 양형

54) 하지만 연방하급심의 대부분의 판사는 연방양형기준이 강제적 효력을 잃은 후에도 대부분 연방양형기준을 그대로 적용하여 판결하고 있다. John H. Chun, *Setting Post-Booker Sentencing on a New Course*, 41-JUN Md. B.J. 62, 2008. 복잡한 양형기준의 구성으로 인하여 개개별 판사가 양형기준을 따를지 아니면 무시할지에 대한 판단을 하는 것이 너무도 난해하기 때문인 것으로 보인다. 이는 법원 보다는 입법부의 작업이어야 한다.

55) Breyer, *supra* note 32, at 5-6.

에 영향을 미치는 사실들을 모두 예측할 수 없다. 나아가 일정한 사실요소들을 평가하는 가치판단의 시각들은 시간의 흐름에 따라 끊임없이 변하는 것이어서 객관적으로 묶어 둘 수 있는 성격이 아니다. 여러 가지 각도에서 주관적 시각과 법감정 혹은 변화되는 가치들이 반드시 개입될 수밖에 없는 영역이 양형이다. 즉 각각의 사건들의 사실관계에 대한 총체적인 평가의 정도가 양형의 정당성을 평가하는 주된 기초이지 추상적이거나 일반적인 기준이 중요한 초점이 아니다.

물론 현재의 기계적인 미국의 양형기준이 불합리하고 한계에 부딪혔기 때문에, 완벽한 재량에 맡겨진 과거의 양형기준의 시대로 돌아가야 한다는 것은 아니다. 과거의 완벽한 재량이 보장된 시대처럼 매번 새롭고 개별적인 판단을 판사들에게 맡겨둘 수는 없다.<sup>56)</sup> 하지만 현재 미국의 양형 기준과 같이 추상화되고 고립된 양형 인자가 특정한 양형결과로 연결되는 양형제도는 바람직하지 못하다. 사건의 전반적인 모습과 유기적 연관이 최대한 살아있는 양형기준을 마련해야 한다.

알버트 알슐러(Albert Alschuler)는 전형적인 사건유형(a paradigmatic case)을 추출하여 양형의 기초로 삼는 것이 보다 바람직하다고 주장했다.<sup>57)</sup> 전형적인 사건유형을 어느 정도까지 추출할 수 있는 지에 대한 의문에 대해서는 별로 중요하다고 하더라도, 적어도 사건의 총체적인 모습을 추상화 혹은 파편화 시키지 않는 양형기준이 현재의 미국식 양형기준 보다는 현실적이고 합리적인 것으로 보인다. 즉 사건의 총체성을 잃지 않고도 일관성을 유지할 수 있는 기준을 가능하게 하는 새로운 접근법이 필요하다.

사건의 유기적이고 전체적인 모습을 그대로 둔다는 것은 가변성과 주관성을 양형판단에 개입시키는 것을 의미한다. 따라서 문제는 가변성과 주관성에 노출된 채 내릴 양형판단자의 결론을 어떻게 일반 시민들이 보다 폭 넓게 동의할 수 있도록 하는가가 될 것이다. 규범적 가변성이 최대한도로 증폭이 되면 결국 절차적인 방법을 사용할 수밖에 없다.<sup>58)</sup> 현재 통용되는 양형기준은 사건에 대해서 양형 양형인자 등의 법적 기준을 매개로 주로 판사인 양형판단자 단독의 작

56) Frankel, *supra* note 2 at 46; Alschuler, *supra* note 13.

57) Alschuler, *supra* note 13.

58) Juergen Habermas, *Truth and Justification*, Trans. Barbara Fultner, 2003, p. 264. ("일정한 가치에 대한 사회적 합의가 증발되면, 정의 자체는 규범의 편파적인 정당화에 오염될 수밖에 없다. 이렇게 정의가 침식되는 상황이 좀 더 지속되면, 정의는 보다 절차적인 것으로 전환된다").

업만으로 충분하다. 하지만 사건의 유기적이고 총체적인 모습을 사장시키지 않는 양형기준을 사용할 시 복수의 사람이 개입되어야 주관성과 유동성이 무한대일 수 있는 가능성을 어느 정도는 줄일 수 있어야 한다. 사전에 포괄적이고 완벽한 법적인 기준을 마련하는 것이 어렵다면 결국 판단자를 합리화해야 한다.

#### IV. 결 론

30-40년이 넘는 기간 동안 미국에서는 수많은 학자들, 입법가들 그리고 판사들은 오랫동안 법적 기준에게는 미지의 세계로 알려져 있던 양형에 법적 기준의 수립이라는 야심찬 계획에 참가하였지만, 양형기준수립 이전 시대보다 양형이 보다 진정 합리적이고 바람직하게 이루어지고 있다는 합의된 평가는 없는 것으로 보인다. 이미 수없이 많은 인적 물적 자원이 투입된 양형기준들은 애초의 목표뿐만 아니라 원래의 모습까지 잃어가고 있다. 나아가 양형기준에 대하여 처음부터 다시 검토해야 하는 것이 아닌가 하는 목소리가 부커 판결이후 더 커지고 있는 형세이다.

양형 영역에 있어 법적 기준이나 기술들은 다른 어떤 영역 보다 조심스럽게 고려되어야 한다. 우선, 재량에 오랫동안 맡겨져 왔던 부분을 법적 기준을 들어 통제하는 것이 어떤 효과를 가져올지에 대한 고민이 있어야 한다. 나아가, 재량을 통제하고자 하는 규범적 목표가 무엇인지 명확히 하여야 한다. 이미 특별예방론 즉 재사회화 이론은 미국뿐만 아니라 시도해 본 여러 나라에서 실효성과 정당성 확보에 문제가 있다고 평가되었다. 예방이론은 완전히 무시하지는 못하지만 일관성 있는 매력적 형벌론이라고 보기 힘들다. 응보이론도 형벌론을 완벽하게 장악하지 못했다. 이처럼 규범적 목표를 설정하는 것조차 힘들며 목표에 비추어 적절한 규범적 수단을 선택하는 것은 더더욱 어려운 과제이다. 아마도 규범적 정확성과 일관성을 확보하기 위한 경우의 수는 무한대여서 불가능이라는 단어와 가장 가까울 것이다.

이러한 법이론적 현실을 고려치 않고 양형에 대한 논의를 한다는 것은 성공적인 양형기준의 구축을 포기한다는 것과 다름없다. 양형영역에 법적 기준의 수립이라는 야심찬 목표를 추진하는 데 있어 가능한 부분과 가능하지 않은 부분을 구분할 필요가 있다. 양형기준의 수립은 그 이면에 법적 기준수립이 어려운

측면이 있다는 점에 대한 명료한 인식이 있어야 보다 성공적일 수 있다. 객관성에 대한 맹신은 합리적이고 이성적인 양형기준의 수립을 요원하게 할 것이다.

주제어 : 양형, 법의 지배, 미국양형기준, 부커 판결, 아프렌디 판결



## 참 고 문 헌

- Baime, David S., Report to the New Jersey Supreme Court: Proportionality Review Project, 1999.
- Feinberg, Joel, Harm to Self, 1986.
- Habermas, Juergen, Truth and Justification, Trans. Barbara Fultner, 2003.
- Stith, Kate/ Cabranes, José A., Fear of Judging: Sentencing Guidelines in the Federal Courts, 1998.
- United States Sentencing Comm'n, Supplementary Report on the Initial Sentencing Guidelines and Policy Statements, 1987.
- Von Hirsch, Andrew, Doing Justice: The Choice of Punishment, 1976.
- Von Hirsch, Andrew/ Nils Jareborg, Gauging Criminal Harm: Principled Sentencing, ed. Adrew von Hirsch & Andrew Ashworth, 1992.
- Allen, Francis A., A Matter of Proportion, 4 GREEN BAG 2d 343, 2001.
- Alschuler, Albert W., The Failure of Sentencing Guidelines: A Plea for Less Aggregation, 4 FED. SENT. R. 161, 1991.
- \_\_\_\_\_, Disparity: The Normative and Empirical Failure of the Federal Guidelines, 58 STAN. L. REV. 85, 2005.
- Breyer, Stephen, The Federal Sentencing Guidelines and the Key Compromises upon which They Rest, 17 HOFSTRA L. REV. 1, 1988.
- Cover, Robert M., Violence and the Word, 95 YALE L.J. 1601, 1986.
- Chun, John H., Setting Post-Booker Sentencing on a New Course, 41-JUN Md. B.J. 62, 2008.
- Frankel, Marvin E., Lawlessness in Sentencing, 41 U. CIN. L. REV. 1, 1972.
- Heaney, Gerald W., The Reality of Guidelines Sentencing: No End to Disparity, 28 AM. CRIM. L. REV. 161, 1991.
- Rappaport, Aaron, The Logic of Legal Theory: Reflection on the Purpose and Methodology of Jurisprudence, 73 MISS. L. J. 559,

2004.

\_\_\_\_\_, Rationalizing the Commission: the Philosophical Premises of the U.S. Sentencing Guidelines, 52 EMORY L.J. 557, 2003.

Robinson/ Smith, The Effectiveness of Correctional Programs, 17 CRIME AND DELINQUENCY 67, 1971.

Torrey, Michael/ Coffee, Jr., John C., Enforcing Sentencing Guidelines: in the Sentencing Commission and its Guideline, ed. von Hirsch, 1987.

Von Hirsch, Andrew/ Jareborg, Nils, Gauging Criminal Harm in Principled Sentencing, ed. Andrew von Hirsch/ Andrew Aschworth, 1992.

Wilkins Jr., William W., et al., The Sentencing Reform Act of 1984: A Bold Approach to the Unwarranted Sentencing Disparity Problem, 2 CRIM L.F. 355, 1991

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

Blakeley v. Washington, 542 U.S. 296(2004).

Chapman v. United States, 500 U.S. 453(1991).

Eddings v. Oklahoma, 455 U.S. 104(1982).

Ewing v. California, 538 U.S. 11(2003).

Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957(1991).

Lockett v. Ohio, 438 U.S. 586(1978).

MaGautha v. California, 402 U.S. 183(1971).

Rummel v. Estelle, 445 U.S. 263(1980).

Solem v. Helm, 463 U.S. 277(1983).

United State v. Booker, 543 U.S. 220(2005).

United States v. Poff, 926 F. 2d 588(7th Cir. 1991).

United States v. Webb, 49 F. 3d 636(10th Cir. 1995).

Williams v. New York, 337 U.S. 241(1949).

[Abstract]

## **The Critical Analyses of the American Sentencing Guidelines**

-Based on the Analyses of Federal Sentencing Guidelines-

Kang, Wu-Ye

Researcher, Korean institute of Criminal Justice Policy

If we want to establish workable sentencing laws, we should know what is really imbedded in the sentencing area. Ignoring fundamental and basic issues in the sentencing area will establish the sentencing structures that prevent our eyes from seeing justice in the criminal law. I dare to say that what is urgent is to acknowledge what we don't know and what is our limitation, rather than what kind of tools, method and polices we have.

The sentencing area cannot be understood by resorting to typical categorization. The categorization that is understood to guarantee consistency of sentences has been actually disturbing consistency. The currently developed sentencing guidelines make different cases similarly and similar case differently. They have brought another big injustice. The factors and their combination that should be considered in calculating culpability of a defendant are inevitably endless. What about motives of an offender? What about his or her reputation of society? What about his unique situation of psychology and family history? What about relation with victim? What about his remorse? What about level of strength of evidence? What about totality of these circumstances related to a defendant's life story? Every human language has this dilemma arising from categorization because a language itself makes things general and abstracts things. Furthermore, mathematical and sociological methods do not work well to understand moral aspects of criminal litigation. Our dream to structure the sentencing guidelines that

guarantee consistency and reduce disparity in every aspect seem to be far remote. However, requirement of fundamental justice for the sake of human beings is so urgent.

If we see a series of cases of the Supreme Court, such as Ewing and Apprendi, in light of individualized justice, we can understand why the Supreme Court cannot answer the questions in sentencing laws clearly. Even in the most recent case Booker, the Supreme Court do not still suggest what are the good sentencing laws. By analyzing the relation between Ewing and Apprendi, we can see how firmly the subjective aspects stick to the sentencing area. If the Supreme Court notifies the real merit of sentencing laws, the issues of sentencing laws will be more easily and clearly resolved.

Our starting point should be the acknowledgement of subjective and moral aspect of criminal sentencing. Simple categorization of factors and their mechanical applications means the ignorance of the most important aspect. Consistency of sentencing should be pursued within this kind of limitation of subjectivity. How could we justify facial consistency of sentences to the prejudice of the significant values and principles of sentencing laws? On the center of the sentencing area, there are human beings who we should not treat lightly for the benefit of simple policies. In my opinion, the communicative way of sentencing seems to be more reasonable even if it is not also perfect. The first goal of communicative way might be to identify the unacceptable disparity under constitutional value.

Key Words : Sentencing, Rule of Law, American Sentencing Guidelines, Booker Case, Apprendi Case