

## 사법개혁추진위원회의 양형제도개선안에 관한 검토

김 혜 정\*

### I. 들어가는 말

2003년 후반기에 대법원 산하에 사법개혁위원회가 설립되어 그동안 사법부의 오랜 과제가 되었던 사법개혁에 관한 논의를 통해 다양한 건의안이 제기되었다. 그 결과 사법개혁위원회가 건의한 사법개혁의 종합적·개혁적 추진을 위하여 올해 초 대통령자문기구로 출범한 ‘사법개혁추진위원회’에서는 올 한해동안 사법개혁과 관련한 다양한 영역에서 구체적인 입법작업을 추진하였고, 그러한 추진내용 중에 ‘양형제도개선’도 포함되어 있다. 이러한 양형제도개선안은 크게 두 가지로 나누어 검토되고 있는데, 그 하나는 ‘양형자료 조사제도의 도입과 양형데이터베이스 시스템의 구축’이고, 다른 하나는 ‘참고적 양형기준제의 도입과 양형위원회의 설치’에 관한 내용이다.

국가형벌권의 행사과정인 형사절차의 전과정, 특히 양형과정에 있어 과학성 및 공정성의 확립이 요구되는 것은 의문의 여지가 없다. 만약 양형과정이 공정하고 적정하게 행하여지지 않는다면 자칫 피고인의 인권을 침해하게 되는 결과가 발생할 수 있을 뿐만 아니라, 나아가 법치국가의 본질을 훼손하는 결과를 가져오게 될 수도 있기 때문이다. 적정하고 균등한 양형은 피고인이나 피해자, 법률가 뿐만 아니라 일반국민들의 관심사이기도 하다. 이처럼 형사재판에서 양형의 중요성은 아무리 강조해도 지나치지 않다고 본다.

그러나 유감스럽게도 그동안 양형의 적정성에 대하여 문제제기를 하는 목소리가

---

\* 영남대학교 법학대학 전임강사

적지 않았음은 이미 주지하는 바이다. 특히 검찰의 구형과 법원의 양형 사이의 큰 편차는 양 기관의 시각차이를 극명하게 보여주는 부분도 있었다.

사실 법원조직법 제54조에 의하면 양형자료조사를 위한 법원조사관을 임명하여 활용할 수 있는 근거가 마련되어 있다. 그러나 양형자료조사를 위한 절차에 관한 규정이 마련되어 있지 않아 지금까지 실현되지 못하고 있었다. 이에 이번 사개추위에서 그에 대한 구체적인 방안을 마련하여 전면적인 양형제도를 개선하면서 양형의 합리화를 도모하고자 하는 목적에서 양형제도개선안을 제시한 것으로 본다.

양형자료 조사제도와 관련하여서는 이미 오래 전부터 소위 ‘양형합리화’ 내지 ‘양형차별화’ 또는 ‘양형개별화’라는 관점에서 도입의 필요성이 많이 제기되어 오던 바이다.<sup>1)</sup> 그러나 양형기준제의 도입과 관련하여서는 그 문제가 단순하지만은 않다. 이에 본 논문에서는 사개추위의 양형제도개선안에 대하여 다음과 같이 크게 두 가지로 나누어 구체적으로 살펴보도록 한다.

## II. 양형자료 조사제도의 도입 및 양형데이터베이스시스템의 구축

### 1. 양형자료 조사제도의 필요성

형사재판에 있어서 근간을 이루는 것은 범죄사실의 인정, 즉 유·무죄확정의 문제와 그 죄책의 범위, 즉 어떠한 종류의 형을 얼마나 과할 것인가 하는 적정 양형의 문제이다. 실질적으로 형사사건에서 유죄로 인정되는 비율이 상당히 높다보니 형사재판에서 피고인을 비롯하여 일반인들이 관심을 기울이고 있는 것은 어느 정도의 형을 받는가 하는 양형의 문제일 것이다. 양형은 단순히 법률적인 사실관계의 확정만으로는 적정한 판단에 도달하기 어렵고, 오히려 중요한 양형사정을 빠짐 없이 확인하고 평가 및 상호형량 한 후에 그것에 기초하여 적절한 형벌의 종류와 정도를 결정하여 부과하는 것이 요구된다고 본다.

특히 현대에 있어 형사절차의 기능이 단순히 피고인의 행위에 대한 유죄인정이나 책임평가에만 국한되는 것이 아니고, 피고인에 대한 적정한 처우수단의 선택에도

1) 그와 관련하여 김혜정, 판결전조사제도의 현황과 개선방안, 한국형사정책연구원, 2002 참조.

중점을 두고 있다고 한다면, 형사소송절차에서의 피고인에 대한 양형은 반드시 과학화, 합리화될 필요가 있다고 본다. 이는 결국 과거의 응보적인 관점에 입각하던 형벌관에서 현대의 특별예방적·목적적 형벌관으로의 변천에 따라 양형과정에서 범죄행위 이외에도 범죄인의 인격적 요소도 동시에 중요시함으로써 형사사법과정에 있어 피고인의 정상자료에 대한 객관적이고 과학적인 조사제도의 필요성이 더욱 커진 것이라고 하겠다.

이처럼 양형의 합리화 내지 개별화라는 관점에서 ‘양형자료조사제도’, 다시 말해 ‘판결전조사제도’<sup>2)</sup>가 당연히 요구된다고 본다. 무엇보다도 보호관찰처분의 성공여부는 적절한 대상자 선정에 많은 영향을 받는다고 할 수 있을 것인데, 이를 위하여 판결전조사가 선행되어야 한다는 것은 주지의 사실이다. 판결전조사는 일반적으로 보호관찰관에 의하여 수행되는 피고인에 대한 다양한 배경정보 즉 성명, 연령, 주소, 직업, 숨은 범죄, 가족자료, 범죄경력과 일반경력, 성장과정, 혼인관계 등 다양한 자료로, 그 중에는 쉽게 알려지지 않는 정보까지도 포함하는 제반 정상자료에 대한 조사로써, 그 보고서는 당해 피고인에 대한 법원의 적정하고 합리적인 양형을 위한 자료로 활용되는 것이다.

우리나라 형사소송절차에서 피고인의 인격과 환경적 요소를 조사하여 법원과 범죄자 처우기관에 제공하는 판결전조사제도는 1989년 보호관찰법에 도입되어 실시된 이래, 현재 소년법에 한하여 법원의 요청에 따라 실시되고 있다. 이러한 판결전조사제도는 1995년까지 연간 평균 100건 미만이었던 것이 1996년 이후 2,000건 이상으로 늘어났고 2001년에는 3,901건이 실시되었다.<sup>3)</sup> 그와 함께 현행 법률상 판결전조사의 대상이 소년법에 한정되어 있음에도 불구하고 성인대상자에 대한 판결전조사도 2001년 총 3,901건의 판결전조사 중 630건(16.1%)을 차지한 것<sup>4)</sup>은 법원에서도 수사과정에서 파악되기 곤란한 피고인의 범죄동기, 생활환경, 성장배경, 심리적 특성 등을 조사, 재판의 참고자료로써 양질의 정보를 제공하는 판결전조사제도를 적용시킬 필요성을 인정하고 있는 것이라고 본다.

2) 학계나 실무에서 ‘양형자료조사’라는 용어보다는 ‘판결전조사’라는 용어를 주로 사용하고 있고, 개념상 후자가 전자보다 포괄적이라는 관점에서 ‘판결전조사제도’라고 해야 한다는 견해가 있다(한영수, “양형자료조사제도의 도입과 양형데이터베이스 시스템의 구축”, 사법추위 제1차 양형토론회 자료, 2005. 10. 12, 1면). 그러나 본 논문에서는 양자를 구별 없이 사용하도록 한다.

3) 김혜정, 앞의 보고서, 79면 <표 4> 참조.

4) 법무부, 2001년도 보호관찰 심사분석, 2002, 134면 참조.

이처럼 보호관찰과 밀접한 관련을 가지고 발전되어 온 판결전조사제도가 1997년 성인범에까지 보호관찰을 전면 확대 실시한 이후에, 게다가 실무에서 그 요청이 해마다 늘어가고 있는 현재의 상황에서 아직까지도 성인에 대한 판결전조사의 확대실시를 위한 입법적인 근거가 마련되어 있지 않은 부분에 대해서는 문제제기가 적지 않았다.<sup>5)</sup>

이러한 상황은 2002년 형사사건을 담당하고 있는 법관들에 대한 전화설문결과를 통해서도 잘 나타나고 있다.<sup>6)</sup> 조사결과를 살펴보면, 성인에 대한 판결전조사 필요성여부에 대한 질문에 대하여 필요하다고 생각하는 법관이 51명(39.8%)으로 필요하지 않다고 생각하는 법관 12명(9.4%)에 비해 월등히 많았고, 성인에 대한 판결전조사가 필요하다고 생각하는 이유로 43명(70.5%)이 양형합리화에 도움이 된다는 것에서 그 찬성이유를 찾고 있어, 판결전조사제도가 합리적인 양형에 도움이 된다는 점에서 이해할 수 있을 것으로 본다.

이처럼 판결전조사제도의 필요성에 대한 공감대가 형성되면서, 이번에 사개추위에 의한 사법개혁의 한 과제로 '양형조사제도의 도입'이 제기된 것이라고 본다. 그러나 이러한 양형조사제도가 올바르게 정착하기 위하여 우리의 형사소송체계의 특성상 다음과 같은 구체적인 검토가 병행되어야 할 것이다.

## 2. 조사시기 및 방식의 문제

예전부터 판결전조사제도의 전면적인 도입과 관련하여 제기되었던 문제는 사실인 정절차와 양형절차가 분리되어 있는 미국에서 발달한 동제도를 우리의 형사소송구조에 그대로 접목시킬 수 있을 것인가 하는 것이었다. 이 경우 자칫 법관으로 하여금 피고인에게 불리한 예단을 발생시킬 수 있고, 이는 결국 무죄추정의 원칙 등에 위배될 수 있다는 것이다.

우리의 형사소송구조를 살펴보면, 구형사소송법이 대륙의 개혁된 형사소송법을 모델로 한 직권주의를 기본구조로 하고 있었음에 대하여, 현행 형사소송법은 영미, 특히 미국의 당사자주의를 대폭 도입한 점에 특색이 있다. 그럼에도 불구하고 형사

5) 박상기/손동권/이순래, 형사정책, 2003, 352면 이하 참조.

6) 동 전화설문조사는 전국 법원을 대상으로 조사당시 형사업무를 담당하고 있는 법관들만을 대상으로 하여 무작위로 50%를 선별하여 조사한 결과이다. 김혜정, 앞의 보고서, 99면 이하 참조.

소송법에는 직권에 의한 증거조사가 인정되고 당사자의 소송물에 대한 처분을 인정하지 않는 등 직권주의적 요소가 많이 남아 있음을 부정할 수 없다. 이러한 의미에서 우리 형사소송법은 당사자주의와 직권주의를 조화·배합한 절충적 구조를 취하고 있다고 할 수 있다.<sup>7)</sup> 결국 우리나라 형사소송구조에 영미법적인 요소들이 다수 도입되면서 직권주의 소송구조와 당사자주의 소송구조가 가지고 있는 단점을 보완해가면서 보다 합리적인 소송구조를 찾아가는 하나의 과정으로 생각되어 진다. 이러한 움직임이 한 걸음 더 나아가 공판절차이분제도의 도입을 주장하게 되기도 한다.<sup>8)</sup> 즉 사실인정절차와 양형절차를 이분화하여 양형에 관련되는 사정은 모두 양형절차에 집중시키고, 범죄사실인정절차에서는 범죄사실과 직접적으로 관련된 증거를 중심으로 진행함으로써 엄격한 증거법칙과 적법절차의 원칙에 입각하여 피고인의 방어권을 강화할 수 있다고 하는 것이다.

절차상 사실인정절차와 양형절차를 구분 짓고 있지 않은 우리 형사소송법은 범죄사실의 인정에 대해서는 극히 상세한 절차를 두고 있지만, 양형자료의 조사를 위한 절차나 과정에 대해서는 전혀 언급을 하고 있지 않다. 오히려 동법은 제321조 제1항에 “범죄의 증명이 있는 때에는 … 판결로써 형을 선고하여야 한다”라고 규정하고 있고, 제325조에 “범죄사실의 증명이 없는 때에는 판결로써 무죄를 선고하여야 한다”라고 규정하여 사실인정과 동시에 재판의 결론이 나오도록 하고 있다. 또 제275조의 2에는 “피고인은 유죄의 판결이 확정될 때까지 무죄로 추정된다”라고 하여 무죄추정의 법리를 명문화하고 있다. 이러한 소송구조하에서 유죄판결이 나오기 전에 공판절차와 병행하여 피고인의 인격 등에 관한 조사를 행하는 것은 그 자체가 절차의 통일성을 해치는 것이 될 뿐만 아니라, 피고인을 범인으로 생각하는 예단을 품게 할 염려가 있어 피고인의 무죄추정의 이익을 해하는 것으로 되기 쉽다. 더욱이 그 조사에 의하여 얻어진 증거나 자료가 사실인정의 증거로써 이용되는 것을 방지할 보장이 없다는 점도 문제점으로 지적되고 있다.

이와 같이 현행 우리 형사소송체계 하에서 양형조사를 실시하게 되는 경우 발생할 수 있는 문제점들은 현재 또 다른 관점에서 논의되고 있는 시민의 사법참여와 관련하여 우리의 형사소송이 배심제를 채택하게 된다면 자연스럽게 해결되는 측면이 있겠지만, 그 이전이라도 충분히 고려될 여지는 있다고 판단된다.

7) 이재상, 형사소송법, 2001, 41면 참조.

8) 이재상, 앞의 책, 51면 이하; 배종대/이상돈, 형사소송법, 2004, 35면 이하 참조.

우리 형사재판의 실재를 보면, 비록 사실인정절차와 양형절차가 분리되어 있지는 않지만 소송과정에서 유죄의 개연성이 인정된 뒤에 비로소 양형의 심리에 들어가는 것이 일반적이라고 한다. 따라서 현행 소송체계에서 법관이 사실인정이 적어도 내 부적으로 성립한 시기, 즉 유죄심증을 얻은 후에 판결전조사를 요청하는 방식으로 운용을 한다면 앞에서 언급한 문제점을 어느 정도 피할 수 있다고 할 수 있다. 특히 우리나라 형사사건의 약 90% 이상이 자백사건이라고 한다. 따라서 판결전조사 범위와 관련하여서는 피고인이 소송과정에서 유죄를 다투지 않거나 혹은 유죄를 시인하는 사건 그리고 피고인이 동의하는 사건에 한하여 법원이 판결전조사를 시행하는 방안을 검토해볼 수 있을 것이라고 본다.<sup>9)</sup>

예컨대 판결전조사시기와 관련하여서는 조사의 개시시기에 대하여는 크게 제한을 가하기보다는, 형사재판절차가 개시된 이후, 즉 기소 후 변론종결전에 조사를 실시하게 하고, 다만 예단방지를 확실하게 하기 위하여 그 조사된 보고서를 법원에 제출하는 시기만은 비록 형식적인 구분은 없다고 하더라도 실질적인 유죄확정 이후로 한다면 어느 정도 예단배제의 문제점을 해결할 수 있을 것이라고 본다.<sup>10)</sup>

이러한 양형보고서는 법관의 요청에 따라 조사관이 정상관계의 조사를 행하고 그 결과를 서면으로 보고하는 것으로써 이는 사실인정에 영향을 미쳐서는 안될 것이고 단지 법관이 조사서의 자료를 기초로 합리적인 양형결정에 도움을 주기 위한 자료로 이해해야 할 것이다. 무엇보다도 판결전조사의 내용은 양형결정에 있어서 당사자에게 상당한 영향을 미칠 수 있는 것이므로 그 내용에 대하여 피고인에게 반대신문권 등을 인정하여 충분히 다룰 수 있는 기회를 보장할 필요가 있다고 본다.

### 3. 조사기관에 관한 문제

만약 판결전조사가 본격적으로 도입되어 전면 확대 실시되는 경우 그 조사기관을

9) 이러한 판결전조사의 시기에 대하여 “피고인이 유죄를 인정하였다거나 사실인정에 대해 이의제기를 하지 못하도록 확정된 때부터 실시하여야 한다”는 견해가 있는가 하면(정영석/신양균, 형사정책, 1997, 474면), 또 다른 관점에서 “피고인의 유죄자백 또는 이의불제기부터로 규정하면 인권침해의 우려가 사라지고 이러한 조사를 위한 어느 정도의 직권주의 방법의 도입은 실제적 진실발견의 소송법원리에 합한다”라고 주장하는 견해도 있다(신진규, 범죄학 겸 형사정책, 1989, 630면).

10) 비슷한 견해로 김재봉, “양형조사제도 도입과 양형데이터베이스 구축”, 사개추위 제1차 양형토론회 자료, 2005. 10. 12, 2면; 한영수, 앞의 자료, 3면 참조.

어디로 할 것인가가 문제될 것인데, 지금까지의 논의를 보면, 양형조사도 양형권의 일부라는 관점에서 조사기관을 법원소속으로 하자는 견해와 보호관찰과의 연관성을 주장하면서 법무부 소속으로 하자는 견해 그리고 업무의 독립성을 강조하는 관점에서 독립된 제3의 기관으로 하자는 견해로 대립되어 왔다.

이와 관련하여 법무부는 1995년 개정 형법규정에 맞추어 1997년 보호관찰의 전면적인 확대 도입과 함께 성인 형사범에 대하여도 판결전조사제도의 확대실시를 위하여 ‘보호관찰등에관한법률’ 제19조 제1항을 개정하여 지금까지 판결전조사제도가 보호관찰을 조건으로 하는 선고유예 및 집행유예의 선고를 전제로 하여 필요한 사항을 조사함으로써 향후 보호관찰을 선고할 것이라는 예단을 주는 문제점을 없애고 보호관찰과 관계없이 심리중인 모든 형사사건의 양형에 참고하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 법원의 재량으로 판결전조사를 할 수 있게 하자는 취지로 개정하려는 시도가 있었으나 법원행정처의 반대에 부딪쳐 무산되었다.<sup>11)</sup> 그 반대이유로 현재의 보호관찰관이 동 조사를 담당하는 것은 타당하지 않다고 하여 조사기관의 문제가 중요하게 대두되었다.<sup>12)</sup>

합리적인 관점에서 판단한다면, 법원 소속의 법원조사관으로 하여금 양형자료조사를 실시하도록 하는 것이 바람직하다고 할 것이나, 현 보호관찰조직이 이미 소년에 대하여 판결전조사를 실시하여 왔고, 또 위에서 언급한 바와 같이, 일부 법원에서는 현재의 보호관찰관을 통해 일부 성인에 대한 판결전조사도 시행한 바 있으며 또 판결전조사가 보호관찰과 밀접한 관련을 가진다는 점에서 현재의 보호관찰조직을 우선 활용하는 것이 실용적인 관점에서 타당하다고 본다.<sup>13)</sup> 이러한 근거로 ① 연혁적으로 보호관찰과 판결전조사는 밀접하게 결부되어 발전되어 왔고, 피고인에 대한 처우를 그 실시가능성이나 효용성과 분리시켜 생각하는 것은 바람직하지 않은 점, ② 판결전조사(양형)자료로서 피고인의 인격, 환경, 생활태도 등은 심층적인 것일수록 보다 유용할 수 있으므로 보호관찰의 과정에서 수집·축적된 자료가 활용되

11) 정동기, 사회봉사명령제도의 연구, 한양대학교 박사학위논문, 1997, 122면 이하 참조.

12) 박형남, “사회봉사명령제도의 적절한 운용방안”, 사회봉사·보호관찰제도 해설, 법원행정처, 1997, 37면 이하 참조.

13) 2002년 판결전조사기관에 대한 전화설문 당시, 총 69명의 응답자 중 성인에 대한 판결전조사도 역시 소년범처럼 보호관찰소에서 실시하는 것이 좋다고 응답한 법관이 26명(37.7%)으로 가장 많았고 그 다음으로 법원소속기관으로 하는 것이 좋다고 응답한 경우가 20명(29.0%), 잘 모르겠다고 응답한 경우가 11명(15.9%), 제3의 독립기관이 좋다고 응답한 경우가 9명(13.0%)의 순으로 나타났다(김혜정, 앞의 보고서, 106면 참조). 비슷한 견해로 김재봉, 앞의 자료, 4면; 한영수, 앞의 자료, 4면 참조.

는 것이 바람직하다는 점, ③ 보호관찰과정에서 집적된 자료수집의 경험, 노하우 등을 활용할 수 있다는 점, ④ 보호관찰의 활성화에 도움이 된다는 점, ⑤ 법원조직법 제54조에 근거한 법원소속의 조사관제도를 새로이 구성하는데 따른 비용증가나 경험부족의 문제가 발생할 수 있다는 점, ⑥ 현재 법률상 인정되는 소년에 대한 조사나 사실상 실시되는 성인에 대한 조사를 보호관찰소에서 주관하고 있으며, 특히 소년에 대한 조사와 성인에 대한 조사기관을 달리할 경우 법률상·업무상 혼란이 발생할 수 있다는 점, ⑦ 비교법적으로 살펴볼 때, 보호관찰관의 소속이 법원이든 행정부이든 판결전(양형)조사를 보호관찰관에게 부과하는 경우가 많다는 점 등을 들 수 있다.<sup>14)</sup>

생각건대 궁극적으로 이러한 보호관찰조직이 법원체제로 편입되는 것이 바람직하다고 볼 것이나, 이는 차후에 좀 더 구체적으로 검토되어야 할 문제라고 본다.

#### 4. 양형데이터베이스시스템의 구축

이번 사개추위안에서 이러한 양형조사제도와 함께 언급되는 것이 소위 양형DB구축의 문제이다. 우선 이러한 양형DB구축은 그 목적을 어디에 두고 있느냐에 따라 그 추진방향이 달라질 수 있다고 본다. 즉 양형편차의 해소와 양형의 균형성 확보에 중점을 둘 것인가 아니면 재범방지에 중점을 둘 것인가에 따라 입출력정보의 범위가 달라질 수 있을 것이라고 본다. 양자는 교정관련자료 특히 사후 재범 여부 자료의 취급에 있어서 달라지게 될 것이기 때문이다.<sup>15)</sup>

기본적으로 양형의 문제는 형을 선고하는 법관의 업무에 속한다는 전제 하에서 출발하면, 양형에 관한 DB구축의 과제는 법원 내부과제에 속한다고 할 수 있다. 따라서 법원 내 DB구축을 전제하여 법원 내부에서 축적된 판례를 종합적으로 분석하여 추진하는 것이 합리적일 것이라고 생각한다.<sup>16)</sup>

이렇게 구축된 양형DB를 법원 이외에 다른 기관 더 나아가 개인에게도 공개할 것인가의 문제가 제기되고 있다. 이에 사개추위안에는 제1안으로 형사담당판사 등 법원 내부에만 공개하는 방안, 제2안으로 검찰 등 국가기관까지 공개하는 방안, 제3안으로 변호사협회 등 관련 타 기관까지 공개하는 방안, 제4안으로 외부에 전면

14) 김재봉, 앞의 자료, 4면 참조.

15) 김재봉, 앞의 자료, 6면 참조.

16) 한영수, 앞의 자료, 6면 참조.



공개하는 방안 등이 제시되고 있다.

생각건대 제4안에서와 같이 외부에 전면 공개하는 부분은 부적절한 부분이 있다고 본다. 양형자료는 해당 당사자의 사생활과 밀접한 많은 내용을 담고있을 것인데, 자칫 일반인에게까지 모두 공개하게 되는 경우 사생활침해라는 또 다른 법익침해가 초래될 수 있다고 보기 때문이다. 그러나 검찰의 경우 기소유예여부나 구형량의 결정에 활용할 수 있고, 보호관찰기관이나 교정기관은 적절한 프로그램의 개발이나 집행에 이용가능하며, 구체적인 사안에서 합리적인 양형이 이루어졌는지 여부를 판단할 필요가 있는 변호사나 학문적 연구의 필요성이 있는 형사법 교수들에게는 그 접근성이 허용될 필요성이 있다고 판단된다.<sup>17)</sup>

### III. 참고적 양형기준제의 도입과 양형위원회 설치

#### 1. 참고적 양형기준제의 도입문제

형사재판에 있어서 사실인정, 즉 유·무죄의 확정은 제1단계의 절차이고, 유죄로 인정되는 사건에 있어서 형의 종류와 범위를 정하는 형의 양정은 제2단계의 절차라고 할 수 있다. 그런데 앞에서 언급한 바와 같이, 형사사건에서 유죄로 인정되는 비율에 비추어 볼 때 무죄로 인정되는 비율은 거의 없다고 할 정도로 매우 적다.<sup>18)</sup> 따라서 형사재판에서 피고인을 비롯하여 일반인들이 관심을 기울이고 있는 것은 어느 정도의 형을 받는가 그리고 동일 또는 유사한 형사사건의 피고인들에게 과연 균등하게 형이 과하여지고 있는가 하는 양형의 문제일 것이다. 양형은 단순히 법률적인 사실관계의 확정만으로는 적절한 판단에 도달하기 어렵고, 각종 형벌제도의 가치 또는 기능에 대한 정확한 인식, 당해 사건에 대한 사회의 반응에 대한 정확한 평가 그리고 그 양형결과가 사회적·개인적으로 어떻게 나타날 것인가를 기초로 그 전체를 정확히 분석, 평가하여 결정해야 하는 어려운 작업이다.

현행 형법상 양형의 기준이 없는 것은 아니다. 즉 형법 제51조는 양형의 일반적 인 기준을 규정하고 있다. 그러나 형법 제51조는 공식적 프로그램으로 작용하기에

17) 김재봉, 앞의 자료, 7면; 한영수, 앞의 자료, 7면 참조.

18) 법원행정처, 사법연감, 2000.

는 그 내용이 너무나 일반적이어서 구체적인 지침을 주지 못하는 선언적 규정에 그치고 있다. 그 결과 양형은 법률에 의한 공식프로그램이 아닌 법원의 직업전통과 같은 비공식프로그램에 따라서 결정되는 결과를 가져오게 되었다. 그리고 형법 제 51조가 규정하고 있는 것과 같은 행위자의 총체적인 삶을 토대로 행위자에게 부과할 구체적인 형량을 계산하는 것은 불가능하다.<sup>19)</sup>

뿐만 아니라 양형은 상대적이고 다면적인 가치에 대한 평가와 판단을 요구한다는 점에서 법관에게 정신적 부담을 지우는 부분이라고 본다. 또한 법정에 나타난 수많은 양형자료들 중에서 어떠한 것이 어떻게 참작되며, 그 참작된 결과가 구체적인 형량에 어떠한 영향을 미치는가 라는 기본적인 문제들에 대한 뚜렷한 합의를 이룬다는 것이 현실적으로도 매우 어려운 작업이라고 본다. 그러나 이러한 양형작업의 어려움을 감안하더라도 실무상 행해지고 있는 양형불균형에 대해서는 비판이 제기되지 않을 수 없다.<sup>20)</sup> 따라서 양형과정에서 법관의 개인차가 미치는 영향을 가능한 한 줄이고, 형벌목적 및 형사정책적 견지에서 가장 합리적이라고 생각되는 형을 과할 수 있도록 양형과정의 공정성과 투명성의 보장이 요구된다는 것은 주지의 사실이다. 이러한 관점에서 소위 '참고적 양형기준제 도입' 논의가 제기되고 있다고 본다.

그러나 이러한 양형기준제 도입이전에 선결과제로 법정형의 정비가 이루어져야 할 것이다. 법정형은 합리적 양형의 기초가 된다고 할 것인데, 현재 우리의 형사사법은 과다한 특별법의 제정으로 가중처벌주의를 무분별하게 실현해 오고 있을 뿐만 아니라 그 과정에서 일반법과 특별법 사이에 법정형의 불균형까지도 초래하고 있는 부분이 있다. 양형은 좁은 의미에서는 구체적 사건에 대한 법관의 형선고를 의미하지만, 넓게 보면 양형은 입법자에 의한 법정형의 범위정립-법관의 형선고-법원이나 행정부의 사후적 형변경조치라는 일련의 과정 속에 놓여 있다. 법관의 형선고에서 양형의 합리화는 중요한 과제임에는 틀림없지만, 그것은 개별범죄에 대한 법정형의 합리화과정이 선행되어야 개혁의 의미를 가질 수 있다고 본다.<sup>21)</sup>

이러한 필요성에 근거하여 미국식의 '양형기준제'의 도입을 주장하는 견해가 있

19) 배종대, “형벌이론에서 본 법원이 양형”, 양형적정화 방안 모색을 위한 토론회 토의자료, 1995, 86-87면.

20) 특히 검찰의 구형과 법관의 양형의 편차에 대하여 검찰의 많은 문제제기가 있는 것으로 안다. 그러한 이유에서 지난 2000년부터 대검에서 소위 “양형시스템 구축을 위한 프로젝트”가 진행된 것으로 알고 있으며, 2005년 9월에 법무부장관의 양형기준을 입법화하겠다는 발표는 그에 근거한 것이라고 판단된다.

21) 이호중, “양형기준제의 도입과 양형위원회의 설치”, 사개추위 제2차 양형토론회 자료, 2005.10.18, 1면 참조.

다. 그러나 미국식의 계량화된 양형기준제가 우리의 법현실에 합리적인 대안이 될 수 있는가에 대하여는 의문이 든다. 미국 연방 및 대부분 주의 양형기준표를 살펴 보면, 양형기분표의 ‘범죄등급’ 측은 각 범죄마다 기본적인 등급을 부여하고, 일정한 가중사유나 감경사유가 존재하는 경우 기본등급을 조정하는 방식에 의하게 된다. 또한 미국식의 통일적인 양형기준표는 총론적 양형인자에 대한 평가가 획일화되는 단점이 있다. 결국 이러한 문제점들로 인해, 미국에서 양형기준제도를 시행한 1987년 이후 양형기준제의 목표였던 양형편차를 극복하는 결과도 가져오지 못하면서 양형은 과거에 비하여 더 엄격해졌다는 조사결과가 나와 있다.<sup>22)</sup>

독일에서도 양형을 통계적인 모델에 의해 수량화하려는 시도가 없었던 것은 아니지만, 그러한 수량화모델에 대해서 대부분의 독일학자와 실무가들이 반대의견을 표명했으며, 양형에 대해서는 규범적 원칙의 법제화와 이론적 체계화라는 합리화방식을 취하고 있다.<sup>23)</sup> 결국 독일에서는 주로 양형에 관한 법률규정의 보완 및 이에 관한 해석론의 정립을 통해 양형의 합리화를 추구하게 되었다.

일본은 법원간의 양형편차를 최소화하기 위해서 각 재판부가 선고하는 사건에 대하여 범죄사실의 개요, 양형사유, 선고형 등을 기재한 표를 만들어 양형참고자료로 활용하고 있다고 한다. 또한 판결문에 양형이유를 상세히 기재하여 이를 토대로 사건의 개요, 선고형, 주된 양형사유에 관하여 일목요연하게 알아볼 수 있는 표를 만들어 양형조사책자를 발간하고 있지만, 이러한 자료는 구속력이 없는 참고자료에 지나지 않는다고 한다.

따라서 ‘참고적 양형기준제’를 입법하기에 앞서 과연 합리적인 양형기준을 제시할 수 있을 것인지, 그것이 우리의 법문화에 어떤 영향을 미칠 수 있을 것인지에 대한 철저한 검토가 선행되어야 한다고 본다.

## 2. 양형기준제의 방식

또 다른 관점에서 설사 양형기준을 제시한다고 해도 모든 범죄에 적용할 수 있을

22) 김형두, “양형제도개선 전문가 토론회 발표문”, 사개추위 제1차 양형토론회 자료, 2005.10.12, 11면 이하 참조.

23) 독일연방대법원의 지배적인 견해인 재량여지이론에 따르면 ① 구체적인 개별사례에서 구체적 형량을 도출할 수 있는 법정형의 범위가 확정된 상태에서, ② 행위가 형벌범위에 편입되는 정도를 고려하고, 마지막으로 ③ 예방적 고려라는 3단계의 과정으로 양형이 이루어진다고 한다(BGH, NStZ, 1983, S. 407; BGH, StV, 1985, S. 234 참조).

지는 의문이다. 오히려 계량화가 가능하고 정형적인 사건으로 제한해야 할 것으로 보이는데, 그렇다고 형법과 형사특별법상에 규정된 수많은 죄명 가운데서 양형인자를 유형화할 수 있는 범죄를 선정한다는 것이 용이한 일도 아니라고 본다. 양형인자를 유형화 할 수 있기 위해서는 첫째로 전형적 행위유형이 존재하는 범죄일 것, 둘째로 다중·다양한 변수들이 가능한 한 많이 존재하지 않는 범죄일 것, 셋째로 양형인자의 도식화가 가능한 범죄일 것, 넷째로 차후에 귀납적 검증이 가능한 양형인자를 가진 범죄일 것 등이 필요한 요건으로 제시될 수 있다.

이러한 기준에 입각하여 2000년 당시 서울지검에 근무하는 150명의 검사에게 양형인자표를 배부하여 검토를 거쳐 아래의 <예시>에서와 같은 양형인자표를 작성한 바 있다. 그러나 이러한 양형인자표를 작성하는 과정에게 끊임없이 제기된 의문은 사실 동일한 죄명이라고 하더라도 각각의 구성요건을 이루는 행위태양과 결과불법의 정도가 천차만별이기 때문에 객관적으로 용인될 수 있는 양형인자들을 추출하여 분류하는 것이 쉽지 않을 뿐만 아니라 객관성을 담보하기는 더더욱 어려운 상황이 아닌가라는 점이다. 양형이 단순히 과학과 합리의 상징인 숫자의 옷을 입는다고 해서 양형의 합리화가 이루어지는 것은 아니라고 보기 때문이다.

특히 각 인자들간의 가중치를 어떻게 산정 할 것인가도 중요한 문제로 작용할 수 있을 것인데, 이것이 계량화할 수 있는 부분인가에 대하여는 역시 의문이 드는 부분이다. 설사 이러한 작업이 가능하다고 하더라도, 무엇보다도 이러한 가중치를 결정하기 위해서는 기존의 재판기록과 선행연구를 중심으로 우리 법원에서 어떤 인자에 중요한 가치를 두고 있는지에 대하여 가능한 많은 케이스에 대한 실증검토를 통해 계량화하는 작업이 선행되어야 할 것으로 본다. 그러한 작업에 대한 합리적인 근거가 제시되지 못할 때 과연 설득력이 있을지도 의문이지만, 분명히 전제되는 사실은 다양한 유형의 사건에 대한 검토작업이 반드시 선행되어야 한다는 것이다.

이러한 관점에서 사개추위는 ‘참고적 양형기준제’를 제시하고 있다. 즉 양형기준에 의해 법관을 구속하기보다는 제시된 양형기준을 적용할 것을 권고하는 입장을 궁극적으로 채택하고 있는 것이다. 다만 법관이 이러한 참고적 양형기준을 따르지 않을 경우 판결문에 그 이유를 구체적으로 적시하도록 그 의무를 부과할 예정이라고 한다. 이는 양형과 관련하여 지나치게 법관을 구속하지 않고 일정부분 법관의 재량을 인정하면서 양형편차를 최소화하는 방향으로 나아갈 수 있다는 관점에서 합리적인 방안이라고 본다.

### 3. 양형위원회의 설치문제

이러한 양형기준제와 함께 언급되는 것이 소위 ‘양형위원회’의 설치문제이다. 양형에 대한 구체적인 기준을 검토하고 그 기준안을 제시하기 위한 양형위원회의 소속을 대법원 산하로 할 것인가 아니면 행정기구로 할 것인가 또는 입법부 소속으로 할 것인가라는 문제가 제기되고 있는 것이다.

우선 이러한 양형위원회의 설치와 관련하여 국회에 소속시켜야 한다는 견해에 따르는 경우, 자칫 사법부의 독립이 형해화될 수 있는 위험성이 있다는 관점에서 타당하지 않다고 본다. 미국의 경우도 대개는 사법부 소속의 독립기구로 양형위원회가 설치되어 있다. 양형위원회의 가장 중요한 역할이 법관의 형선고시 적용되는 양형기준을 정립하는데 있는 것이라면 이는 대법원 산하의 독립기구로 구성하는 방안이 가장 바람직하다고 본다.<sup>24)</sup>

## IV. 맺는 말

양형은 범죄사실의 인정, 즉 유죄의 확정에 못지 않은 중요성을 갖고 있다. 이는 범죄로부터의 사회방위와 범죄자의 건전한 사회복귀를 위해서는 비록 유죄가 인정되는 경우에도 당해 피고인에 대하여 과연 어떤 처우를 어떤 수준과 강도로, 혹은 어떤 방법으로 처벌하는 것이 적정하고 타당한지를 결정하는 문제가 형사사법의 정책적 효과성의 확보에 있어 대단히 중요한 요소가 되는 것이기 때문이다. 이러한 점에 비추어 볼 때 양형은 형사사법절차의 종국적 도달점이면서도 범죄인처우와 관련하여 좁은 의미에 있어 형사정책의 출발점이라고 볼 수 있다. 이러한 양형이 적정하고 합리적으로 이루어지도록 하기 위하여는 무엇보다 객관적이고 과학적인 양형자료 조사제도가 마련되어야 한다. 이러한 양형과정에 과학적 합리성을 부여하여 줄 수 있는 제도적 장치가 곧 판결전조사, 즉 양형자료조사라고 할 수 있을 것이다.

이러한 양형자료조사제도 도입을 논의함에 있어 조사관의 소속문제는 다양한 기관사이의 이해관계가 얽힌 중대한 사항인 것처럼 보일 수도 있으나, 사실 논의의 핵심은 ‘조사관의 소속을 법원으로 할 것인가 아니면 법무부 등 행정부로 할 것인가

24) 이호중, 앞의 자료, 7면 참조.

가 또는 독립된 제3의 기관으로 할 것인가'의 문제가 아니라 '형사사법과정 전반에 비추어 과연 누가, 어떤 직무상의 전문성을 가지고 현재 우리의 형사절차 하에 어느 시점에 수행하는 것이 동조사제도의 기능과 취지에 가장 합당하게 실행될 수 있는가'의 문제로 귀착된다고 본다. 그런 관점에서 판단한다면 현재의 보호관찰조직을 활용하는 것이 실효성이 있다고 판단된다.

그와 함께 양형편차가 법관 개개인의 형벌판 내지 형사정책적 태도에 기인하는 것일 경우에는 양형에 대한 불신을 초래할 수도 있다. 따라서 양형과정에 있어서 법관의 개인차가 미치는 영향을 가능한 한 줄이고, 형벌목적 및 형사정책적 견지에서 가장 합리적이라고 생각되는 형을 과할 수 있도록 양형과정의 공정성과 투명성의 보장이 요구되는 것에는 이견이 없을 것으로 안다. 그렇다고 하더라도 양형단계에서 법관을 구속하는 양형기준법을 만들어 모든 범죄에 일괄적으로 적용하는 것이 과연 합리적인 방안인지에 대하여는 개인적으로 의문이 든다. 특히 양형의 합리화 문제는 일반시민 기본권과 직접적인 관련이 있는 문제로 사전에 충분한 검토 없이 성급하게 입법하는 것은 바람직하지 않다고 본다. 그런 관점에서 당연히 양형위원회 출범전에 양형기준 도입에 관한 실무와 학계의 충분한 연구가 필요하다는 것은 재론의 여지가 없다고 본다.

그러한 연구를 바탕으로 양형기준을 마련한다고 하더라도, 계량화 작업이 가능한 일부 특정범죄로 그 범위를 한정하여 일본과 같이 구속력이 없는 참고적 양형기준표를 만들고 전체적인 양형편차와 관련하여서는 법관들이 내부적인 검토와 조율이 필요한 것이 아닌가 라고 생각한다. 양형기준제도가 양형의 모든 문제를 해결해 줄 수 있는 것은 아니라고 본다. 이는 단지 개별법관들간의, 혹은 지역 법원들간의 양형편차를 축소함으로써 양형의 예측가능성을 확보할 수 있는 절차적인 방안에 지나지 않는다고 보기 때문이다. 결국 범죄의 구체적인 정상은 천차만별일 수밖에 없다고 생각한다면, 구체적인 범죄에 적합한 형의 선고에 있어서 법관의 재량을 일정부분 허용하는 것이 합리적이라고 본다.

주제어 : 양형제도, 양형자료조사, 판결전조사, 사법개혁, 양형기준제, 양형위원회

<예시> 마약류범죄의 양형인자표<sup>25)</sup>

공 통 인 자	인적관련 인자	성별	1. 남자 2. 여자
		연령	1. 10세 이하 2. 11-20세 이하 3. 21-30세 이하 4. 31-40세 이하 5. 41-50세 이하 6. 51-60세 이하 7. 61세 이상
		직업	1. 전문관리직 2. 사무직 3. 판매서비스직 4. 생산직 5. 자영업 6. 농업, 어업, 임업, 축산업 7. 공무원, 군인 8. 학생 9. 무직 10. 기타
		학력	1. 무학 2. 초등학교 졸업 3. 중학교 졸업(중퇴포함) 4. 고등학교 졸업(중퇴포함) 5. 대학교 졸업(재학, 중퇴포함) 6. 대학원 재학 이상
		가족관계	1. 미혼 2. 기혼동거 3. 이혼, 사별 4. 동거(사실혼)
		부양가족유무	1. 유 2. 무
	범죄경력 인자	생활정도	1. 상 2. 중 3. 하
		동종전과전력	1. 징역(금고)형 회 2. 집행유예 회 3. 선고유예 회 4. 벌금형 회 5. 보호처분 회 6. 기타 회 7. 해당없음
		이종전과전력	1. 징역(금고)형 회 2. 집행유예 회 3. 선고유예 회 4. 벌금형 회 5. 보호처분 회 6. 기타 회 7. 해당없음
		재범기간	1. 6개월 이하 2. 6개월 초과 1년 이하 3. 1년 초과 2년 이하 4. 2년 초과 3년 이하 5. 3년 초과 4년 이하 6. 4년 초과 5년 이하 7. 5년 초과
		누범전과유무	1. 유 2. 무
		경합범 유무	1. 유 2. 무
		집행유예중 여부	1. 집행유예기간중 2. 집행유예기간중 아님
		가석방중 여부	1. 가석방기간중 2. 가석방기간 아님
		보석, 형집행 정지중 여부	1. 보석, 형집행정지기간중 2. 보석, 형집행정지기간중 아님
	신병관계 인자	구속여부	1. 구속 2. 불구속
		최초구속시	1. 계속구속상태 2. 적부심 석방 3. 보석석방 4. 기타

25) 예시된 양형인자표는 탁희성/김혜정, 양형분석시스템을 위한 양형인자 유형화에 관한 연구, 한국형사정책연구원 법무부 용역보고서, 2000에서 인용.

개 별 인 자	범행사실 관련인자	고의 여부	1. 유		
------------------	--------------	-------	------	--	--



개 별 인 자	범행당시 정황과 관련된 인자	불법수익의 은닉, 가장, 돈세탁 여부	1. 유      2. 무
		밀조, 밀수, 밀매 거래시 무기소지 여부	1. 유      2. 무
	범행이후 정황과 관련된 인자	재범가능성 여부	1. 유      2. 무
		피고인의 반성, 참회 여부	1. 양호      2. 보통      3. 불량
		피고인의 자수, 자백 여부	1. 유      2. 무
		여죄수사에의 협조여부	1. 적극적      2. 소극적      3. 전무
	해당 죄명	1. 마약류관리에관한법률위반(마약)      2. 마약류불법거래방지에관한법률위반 3. 마약류관리에관한법률위반(향정)      4. 마약류관리에관한법률위반(대마)	

[Zusammenfassung]

## Reformsmaßnahmen über das Strafzumessungssystem von “Presidential Committee on Judicial Reform”

Kim, Hye-Jeong

Wenn man die strafrechtliche Resozialisierung als Justizaufgabe in richterlicher Verantwortung versteht, sind auch Richter dazu berufen, fachliche Maßstäbe und Methoden der Erforschung des Angeklagten mit zu entwickeln und an den einschlägigen Dienstbesprechungen teilzunehmen. Damit wird dem Gedanken Rechnung getragen, dass ein Urteil den Methoden der Pädagogik und nicht der strikten Rechtsanwendung zuzurechnen ist. Für diese Festlegung kommt es hauptsächlich auf den persönlichen Eindruck an, den sich das Gericht vom Angeklagten in der Hauptverhandlung verschaffen konnte. Dafür kann eine “Erforschung vor dem Urteil” gebracht werden. Aufgabe der “Erforschung vor dem Urteil” ist es, an der Erforschung der Persönlichkeit eines Angeklagten oder Verurteilten mitzuarbeiten.