

양형개혁법률(안)의 합리적 운용방안

吳 英 根*

<目 次>

I. 서 론	III. 양형개혁법률(안)의 합리적 운용방안
II. 양형실무의 문제점 및 양형개혁법률(안)의 내용	IV. 결 어

I. 서 론

참여정부에서 시작된 사법개혁은 이제 거의 실패로 돌아간 듯하다. 실패의 가장 큰 원인은 참여정부의 정치적 무능력이었지만, 개혁추진세력들의 과욕도 중요한 원인이라고 할 수 있다. 사법개혁을 성공시키려면, 선택과 집중의 논리를 도입하여 우리 형사사법제도의 급소를 찾아 가장 심각한 문제점을 찾아내고 우선 그 문제부터 개선해나가는 식으로 신속하게 사법개혁을 추진하였어야 한다. 그러나 온갖 문제점을 찾아내고 개선안까지 마련하려고 하다가 시기를 놓치고 말았기 때문이다.

사법개혁의 실패에도 불구하고 약간의 성과도 있었는데, 그 중 하나가 양형개혁에 관한 것이다. 즉, 사법개혁추진위원회(이하 '사개추위'라 한다)가 마련한 양형개혁방안이 담겨있는 '법원조직법 일부개정법률안'(이하 '법원조직법개정안'이라 한다), '형사소송법 일부개정법률안'(이하 '형사소송법개정안'이라 한다), '보호관찰등에관한법률 일부개정법률안'(이하 '보호관찰법개정안'이라 한다) 등 양형개선을 위한 법률개정안들이 국무회의를 통과하였다. 나아가 법원조

* 한양대학교 법과대학 교수

직법개정안이, 2006년 12월 국회를 통과하여 법률로 성립하였다.

이들 개정법률 및 개정법률안은 한편으로는 양형위원회의 설립과 양형기준의 도입, 다른 한편으로는 양형조사의 충실화를 위한 것이다. 개정법원조직법은 양형기준을 마련하는 데에, 형소법개정안과 보호관찰법개정안은 양형기준의 도입에 따른 양형조사의 충실화를 위한 근거 규정을 마련하는 데에 그 목적이 있다. 이 중 법원조직법개정안은 2006. 12. 22. 국회를 통과하여 개정 법원조직법으로 성립하였다. 형사소송법개정안과 보호관찰법개정안이 언제 국회를 통과할 수 있을지 알 수 없지만, 법원조직법의 개정만으로도 양형개혁의 물꼬는 트였다고 할 수 있다.

따라서 양형개혁법률(안)에 의해 새로 도입된 혹은 도입될 제도의 바람직한 운용방안을 찾아보는 것도 의미 있는 일이라고 할 수 있다. 이를 위해 이 글에서는 그동안의 양형실무의 내용과 문제점들로 지적되어 왔던 것들을 소개하고, 양형개혁법률(안)의 양형위원회나 양형기준표의 활용 등과 같은 여러 가지 양형개혁방안들의 내용 및 장단점을 분석하고, 적정한 양형을 위해 필요한 보완적 방안들을 제시함으로써 새로운 양형개혁법률(안)들을 합리적으로 운용할 수 있는 방안을 모색하기로 한다.

II. 양형실무의 문제점 및 양형개혁법률(안)의 내용

1. 양형실무의 문제점

(1) 문제의 소재

양형 혹은 형의 양정이란 법정형을 기초로 하여 구체적 선고형을 정하는 과정을 말한다. 이를 광의의 양형이라고 한다. 광의의 양형은 법정형에 여러 종류의 형벌이 선택형으로 규정되어 있는 경우 형벌의 종류를 선택하고, 형벌의 가중·감경 여부를 결정하여 처단형을 정하고, 집행유예 혹은 선고유예의 결정, 사회봉사명령·수감명령·보호관찰의 부과여부 결정, 처단형의 범위 내에서 구체적 선고형을 정하는 것 등을 모두 포함하는 개념이다. 이에 대해 협의의 양형이란 광의의 양형 중 집행유예, 선고유예 등의 결정을 배제한 전체 과정을 말한다. 최협의의 양형은 처단형의 범위 내에서 구체적인 선고형을 결정하는 과정만을 의미한다¹⁾.

양형은 형사재판의 결론으로서, 피고인에게는 물론 일반국민들에게도 중대한 영향을 미친다. 형벌의 목적으로 제시되는 응보, 일반예방, 특별예방²⁾이 효과적으로 달성되기 위해서는

1) 오영근, 형법총론, 박영사, 2006, 43/1; 이재상, 형법총론, 박영사, 2006, 41/1.

양형이 적정해야 하기 때문이다. 이와 같은 양형의 중요성에도 불구하고 그동안 실무에서는 양형은 법관의 재량이라는 사고하에³⁾ 양형이 행해짐으로 인해 양형불균형이나 양형에 대한 국민의 불신 등 여러 가지 문제점들이 나타났다. 양형의 문제점들과 그 원인으로는 지적되는 것은 다양하지만, 특히 다음과 같은 사항들을 들 수 있다.

(2) 구체적 양형기준의 부재

형법이나 형사소송법은 양형에 관해 자세한 규정을 두지 않고, 대강의 규정만을 두고 있다. 그런데 양형실무에서는 이러한 대강의 규정들조차 제대로 지켜지지 않거나, 추상적인 규정들로 인해 양형의 불균형이나 바람직하지 못한 양형들이 나타나고 있다고 할 수 있다.

종래 이루어진 양형의 현실을 보면 다음과 같다. 즉, 법관들은 ① ‘사건의 전체적 인상’을 파악하고, ② 이전에 그와 유사한 범죄행위에 대해 선고되었던 형량을 참고하여 일차적 형량을 정한 후, ③ 사건의 특수한 사정을 고려하여 일차적 형량에 수정을 가하여 선고형을 정해 왔다고 할 수 있다⁴⁾. 따라서 양형에서 고려되는 사항은 기본적으로 죄질의 경중, 범행의 동기, 손해의 전보 여부, 피고인의 전과(여기에서 추단되는 재범위험성), 피고인의 경력 등이라고 할 수 있다.

양형에서는 위의 것보다 더 다양한 사항을 참작해야 하는데, 위와 같이 양형에서 참작하는 사항들이 단순한 것도 문제이지만, 더 큰 문제는 이러한 양형사유들을 어떠한 원리에 의해 어떠한 방법으로 참작할 것인가에 대한 구체적 원리나 적용방법 등이 존재하지 않는다는 것이다. 이것은 양형법관들의 잘못만은 아니다. 양형에 관한 체계적이고 양형실무에 사용할 수 있을 정도의 구체적인 이론이 개발되어 있지 않기 때문이다. 범죄성립 여부에 대해서는 구성요건론, 위법성론, 책임론, 미수론, 공범론 등 체계적이고 구체적인 이론들이 개발되어 있고, 이 이론들에 따라 범죄성립 여부를 검토할 수 있다. 그러나 양형에 대해서는 범죄론과 같은 정치한 이론들이 개발되어 있지 못하다. 양형에 관한 이론들이 있기는 하지만 역시 실무에 활용할

2) 이것 이외에도 오늘날에는 회복적 사법(restorative justice)라는 개념이 등장하고 있다. 양형에서의 회복적 사법에 대해서는, Andrew von Hirsch & Andrew Ashworth, ed., *Principled Sentencing*, Oxford: Hart Publishing, 1998, Chapter 7에 수록되어 있는 논문들; 이진국, “회복적 사법이념의 실천방안에 관한 고찰”, 앞의 21세기의 형벌과 양형 각주 5, 71면 이하.

3) 이러한 관례로서, (자수 관련) 대법원 1988. 8. 23. 선고 88도1212 판결; 대법원 1984. 11. 13. 선고 84도 1897 판결; (미결구금일수산입 관련) 대법원 1980. 2. 26. 선고 80도35 판결; 대법원 1983. 11. 22. 선고 83도2528 판결; 대법원 1983. 7. 26. 선고 83도1470 판결; 대법원 1984. 11. 27. 선고 84도2310 판결; 대법원 1986. 10. 28. 선고 86도1669 판결; 대법원 1986. 4. 8. 선고 86도333 판결; 대법원 1986. 5. 27. 선고 86도456 판결; 대법원 1987. 6. 9. 선고 87도691 판결; (물수 관련) 대법원 1957. 7. 19. 선고 4290형상118 판결; 대법원 1955. 10. 18. 선고 4288형상275 판결.

4) 박병훈, “양형심리의 충실화를 위한 몇 가지 방안”, 법원행정처, 바람직한 민·형사소송실무 운영방안(재판자료 제104집), 2004, 679면.

수 있을 정도의 구체적인 수준에 이르지 못하고 있다.

이로 인해 법관들은 자신의 경험 및 동료법관과의 의견교환 등을 통해 형성된 원칙들에 의존하여 양형을 하게 된다. 이는 과학적 양형이 아니라 감(感)에 의한 양형이라고 평가되어도 과언이 아니라고 할 수 있다⁵⁾.

(3) 양형사실에 대한 조사의 부족

형법 제51조는 범인의 연령, 성행, 지능 등 양형참작사유를 규정하고 있다. 그러나 어떤 방법으로 이러한 사항들을 참작하여야 하는지에 대한 형사소송법의 규정은 없다. 이 때문에 양형현실에서는 검사나 피고인이 제출하는 증거들에서 위와 같은 요소들을 파악하게 된다. 그러나 피고인이 부인을 하는 사건에서는 양형에 관한 여러 가지 요소들이 포함되어 있는 증거들이 공판정에서 심리되지만, 자백사건에서는 증거에 대한 심리가 충실히 이루어지지 않기 때문에 양형조건들도 공판정에서 충실하게 심리될 수 없다. 이 때문에 공소사실 자체나 변호인의 반대신문사항에 포함되지 아니한 양형요소의 파악은 주로 판사의 기록검토를 통하여 이루어지게 되었다.

이러한 문제점은 판결전조사제도의 시행을 통해 어느 정도 해결될 수 있다⁶⁾. 그러나 우리나라에 아직도 판결전조사제도가 성인사건에 대해서는 법률에 규정되어 있지 않고, 소년형사 사건에 대해서 그것도 보호관찰, 사회봉사·수감명령을 하는 경우와 같이 제한된 범위에서만 임의적으로 할 수 있도록 규정되어 있다(보호관찰등에 관한 법률 제19조).

실무 현실에 있어서도 소년형사사건에 대한 판결전조사가 꾸준히 증가하고 있기는 하지만, 아직 충분하지 못한 편이다. 예를 들어 2001년도와 2002년도 소년형사공판사건의 총수는 각각 9,483, 8,305건이지만, 판결전 조사가 이루어진 것은 각각 3,901건, 3,667건으로서 전체 사건의 절반에도 미치지 못하고 있다⁷⁾.

학설도 양형사실 중 범죄의 성립여부와 관계되는 사실에 대해서는 증거능력이 있는 증거에 의해 적법한 증거조사를 거치는 엄격한 증거가 요구된다고 하지만, 그 이외의 양형사실의 인

5) 위의 논문, 680면; 조의연, “21세기 한국의 집행유예제도 - 현상과 문제점, 그리고 개선방안 -”, 한국형사법학회·한국형사정책연구원, 21세기의 형벌과 양형, 2006. 12., 145-146면은 집행유예와 관련하여 법관의 양형관행상의 문제점을 제시하고 있다. 그러나 이 사례들에서도 법관들이 양형의 원리가 없기 때문에 감에 의해 선고할 형이 가혹하다 혹은 가볍다 등을 판단하고 있음이 나타나고 있다.

6) 판결전조사제도에 대해서는, 이상철, 판결전조사제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994; 법무부 보호국, 판결전조사 분석 2006, 법무부, 2006; 김봉길, “판결전조사에 대한 소고”, 보호, 제3호, 1996; 최석윤, “판결전조사제도”, 형사정책, 제12권 제2호, 2000; 이창한, “판결전조사제도의 비교법적 고찰”, 보호, 제12호, 2001; 김혜정, “성인에 대한 판결전조사제도의 필요성 : 실무현황을 중심으로”, 보호관찰, 제2호, 2002; 정창호, “영국의 판결선고전 양형조사제도”, 법원행정처, 외국의 양형제도 연구, 2003; 장제영, “판결전조사 전문화 방안”, 보호, 제16호, 2004, 195면 이하 등 참조.

7) 법무연수원, 2003년 범죄백서, 2004, 235면, 342면.

정은 자유로운 증명방법에 의해도 족하다고 한다. 이 때문에 어떤 범위에서 양형사실을 고려해야 하는지, 양형사실에 당사자간에 다름이 있는지의 여부, 당사자간에 다름이 있다면 어떤 양형사실을 인정할 것인가, 어떤 방법과 절차에 의해 인정할 것인가, 범죄사실이 아니라 양형사실에 대한 오인이 있는 경우 어떻게 할 것인가의 문제들은 거의 다루어지지 않고 있다.

(4) 작량감경의 남용

형법 제53조의 작량감경은 법정형이 지나치게 가혹한 경우 이를 시정하기 위한 취지에서 인정되는 것이라고 할 수 있다. 우리 형법에는 외국에 비해 법정형이 높게 규정되어 있는 범죄가 많으므로 작량감경을 인정할 여지는 있다.

그러나 형법이 경합범에 대해 병과주의가 아닌 가중주의를 취하고 있으므로 처단형이 너무 높아질 염려는 그리 많지 않고, 과도한 법정형으로 인한 문제점은 입법에 의해 시정해야 할 사항이고 작량감경에 의해 시정할 사항이 아니다. 작량감경은 법관이 피고인에게 은혜(恩惠)를 베푼다고 하는 권위주의사고가 반영된 것이라고 할 수 있고, 작량감경에는 구체적 요건을 필요로 하지 않는 광범위한 재량을 인정하는 것으로서 남용의 우려가 있다는 지적이 있다⁸⁾.

(5) 범죄간의 불균형

양형의 출발점은 법정형이므로 법정형이 높은 범죄에 대한 선고형은 법정형이 낮은 범죄에 대한 선고형보다 높은 것이 자연스러울 것이다. 개별적인 사안에서는 다를 수 있지만, 전체범죄를 기준으로 보면 법정형이 높은 범죄에 대해 높은 선고형이 선고되어야 한다.

그러나 양형현실에서는 이와는 반대현상이 벌어지고는 한다. 예를 들어 공무원범죄에 대해서는 다른 범죄에 비해 가벼운 형벌이 선고되고 있다. 2002년의 경우 제1심 형사공판사건의 전체 범죄에 대한 집행유예율은 62.9%이다. 죄명별로 보면, 도박과 복표에 관한 죄 81.1%, 상

8) 개별범죄의 양형을 실증적으로 조사·분석한 연구들에 의하면, 선고형이 법정형의 하한에 집중되어 있다(이재상/박미숙, 강도죄의 양형에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1991, 65-66면; 이병기, “강력범죄의 양형”, 형사정책연구, 제5권 제4호, 1994, 91면; 오영근/이상용, “법정형과 선고형의 적정화를 위한 모색”, 양형연구자료집, 한국형사정책연구원, 1996, 98-102면. 이 연구들은 10여년 전의 것이지만 현재에도 이러한 현상은 계속되고 있다고 할 수 있다). 이렇게 선고형이 법정형에 하한에 집중되는 것은 법관의 작량감경을 통해서 가능한 것이다. 그런데 법정형과 선고형의 괴리가 너무 큰 것이 문제라고 한다면, 법관의 작량감경의 빈번한 행사 역시 문제라고 할 수 있을 것이다. 이러한 의미에서 작량감경제도를 폐지하거나 제한하는 방향으로의 개선이 이루어져야 할 필요가 있다는 주장이 제기되기도 한다. 한편, 독일과 우리나라의 법정형과 선고형을 비교하여 우리나라의 선고형이 현저히 낮은 것은 아니라는 주장은, 하명호, “독일과 우리나라의 범죄구성요건, 법정형, 선고형의 비교분석”, 법원행정처, 외국의 양형제도 연구, 2003, 627면, 631면, 634면 등. 영국과 우리나라의 선고형을 비교하여 영국의 선고형이 대체로 우리나라보다 높다는 의견은, 이희기, “영국과 우리나라의 범죄구성요건, 법정형, 선고형의 분석”, 법원행정처, 외국의 양형제도 연구, 2003, 499면, 501면, 505면 등. 기타 이상원, “주요 범죄에 대한 각국의 양형 비교”, 법원행정처, 양형제도 연구위원회 결과보고 II, 2004, 45-91면 및 이 논문에 대한 토론문 등도 참조.

해와 폭행의 죄 51.7%, 과실치사상의 죄 76.7%, 절도와 강도의 죄 50.3%, 사기와 공갈의 죄 47.6%, 횡령과 배임의 죄 58.9%, 장물에 관한 죄 64.4%, 교통사고처리특례법위반죄 76.8%, 도로교통법위반죄 73.5%, 폭력행위등처벌에관한법률위반죄 70.5%임에 비해, 뇌물죄를 포함한 공무원의 직무에 관한 죄(직권남용, 직무유기, 뇌물죄 등)에 관한 집행유예율은 81.4%였다⁹⁾. 이는 전체범죄의 집행유예율에 비해 20% 정도가 높고, 도박과 복표에 관한 죄보다도 0.3%가 높은 것이다. 이에 의하면 공무원의 직무에 관한 죄는 도박과 복표에 관한 죄와 같거나 가벼운 범죄가 된다.

그러나 법정형을 비교하여 보면 도박과 복표에 관한 죄와 공무원의 직무에 관한 죄 사이에는 현격한 차이가 있다. 도박과 복표에 관한 죄 중 가장 무거운 범죄인 상습도박죄나 도박장 개장죄의 법정형이 3년 이하의 징역이다. 이에 비해 공무원의 직무에 관한 죄 중 가장 가벼운 범죄인 직무유기죄(제122조)나 피의사실공표죄(제126조)의 법정형이 1년 이하 또는 3년 이하의 징역임에 비해, 가장 무거운 범죄인 수뢰후부정처사죄(제131조 제1항)의 법정형은 1년 이상의 징역이다. 여기에 특정범죄가중처벌등에관한법률 제2조는 i) 수뢰액이 1억원 이상인 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역, ii) 수뢰액이 5천만원 이상 1억원 미만인 때에는 7년 이상의 유기징역, iii) 수뢰액이 3천만원 이상 5천만원 미만인 때에는 5년 이상의 유기징역에 처하도록 규정하고 있다. 이상을 보면 도박과 복표에 관한 죄에 대한 선고형과 공무원의 직무에 관한 죄의 선고형 사이에 얼마나 심각한 불균형이 있는지 알 수 있다.

2005년의 경우 제1심 공판사건의 평균 집행유예 선고율이 32.1%인데 비해 공무원에게 내려진 집행유예 선고는 42.5%로 평균 집행유예선고율보다 10.4%가량 높았다. 항소심에서도 공무원에게 내려진 집행유예 선고율은 전체범죄 평균 집행유예선고율 12.4%보다 7.7% 높은 20.1%인 것으로 나타났다. 선고유예와 무죄율 역시 10.6%와 2.3%로 전체범죄에 대한 평균 선고유예율과 무죄율에 비해 각각 8%와 1% 정도 높았다¹⁰⁾.

이에 대해 공무원의 경우 징역형을 선고받게 되는 경우 공무원자격의 박탈이라는 추가적 불이익이 있다는 점을 감안하면 선고형이 그다지 불균형한 것은 아니라는 의견이 있을 수 있다. 그러나 공무원의 직무에 관한 죄의 법정형을 입법할 당시 입법자가 이러한 불이익을 이미 고려하였다고 할 수 있으므로, 다시 법관이 이를 고려할 필요는 없다고 할 수 있다.

9) 문형배, “뇌물 등 부정부패사범에 대한 양형의 적정화 방안”, 양형실무위원회, 재판실무자료(하), 2003, 13면.

10) <http://www.lawtimes.co.kr/LawNews/News/NewsContents>. 2006. 9. 22.(법률신문 인터넷사이트); 김영철, “형사재판과 양형”, 법률신문, 제2861호(2000. 2. 21.자).

(6) 항소심의 형감경관행

항소심은 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역 또는 금고가 선고된 사건 이외의 사건에 대해서는 양형에 대한 최종심이라고 할 수 있다. 우리나라 제1심의 선고형은 법정형의 하한에 집중되고 있어서 대부분의 사건이 사형, 무기 또는 10년 이상의 징역 또는 금고 이외의 형이 선고되고 이 경우에도 선고형 자체가 그리 높다고 말하기는 어렵다. 따라서 이러한 사건들의 양형에서 항소심의 역할은 매우 중요하다고 할 수 있다.

그런데 제1심판결에 대해 항소를 하게 되면 항소심에서 형을 감경해주는 관행이 있었고, 현재도 완전히 사라졌다고 할 수 없다. 예를 들어 과거에는 항소심의 양형원리가 제1심의 양형원리와 달라 제1심에서는 비교적 중한 형을 선고하고, 피고인이 항소하면 항소심에서는 형벌을 감경하거나 집행유예를 선고하는 등의 관행이 있어 제1심판결의 7, 80%가 항소심에서 파기되는 시절도 있었다고 한다¹¹⁾. 다른 연구에 의하면, 1970년대 중반부터 1990년대 중반까지의 20년 동안 원심파기율은 30%에서 60% 정도로 두 배 가량 상승하였고, 형감경으로의 변경율은 90%에서 95%까지 상승하였는데¹²⁾, 이러한 경향은 이후에도 지속되고 있다.

(7) 양형적정을 위한 편법사용

중한 범죄들 중에는 존속살해죄, 강도상해죄 등과 같이 7년 이상의 징역에 처하는 범죄가 있다. 7년 이상의 징역이라는 법정형을 입법한 취지는 정상에 참작할만한 사유가 있다고 하더라도 기수범에 대해서는 집행유예를 선고하지 말라고 하는 입법자의 의사를 객관적으로 표시한 것이라고 할 수 있다.

그러나 실행선고가 가혹하다고 판단될 경우 법관들은 편법을 써서라도 다시 한 번 감경을 하기도 한다. 이 경우 가장 흔하게 동원되는 방법이 피고인이 음주로 인해 심신미약상태에 있었다는 이유를 드는 것이다. 물론 피고인이 범행당시 심신미약이었다면 이를 이유로 감경할 수 있을 것이다. 그러나 법관이 심신미약이 아니었다고 확신하고 있음에도 불구하고 피고인에게 실행을 선고하는 것이 가혹하다고 생각하여 심신미약을 인정하는 것은 양형재량의 남용에 해당한다고 할 수 있다. 법관이 가진 선한 동기가 이러한 재량권 남용행위를 정당화시키거나 법관의 책임을 조각시킬 근거가 될 수는 없다. 왜냐하면 피고인에 대한 형벌이 가혹할 경우 위와 같은 편법이 아니라 사면이나 감형 등과 같은 정당한 수단을 통해 구제해야 하기 때문이다.

11) <http://www.lawtimes.co.kr/LawNews/News/NewsContents>. (법률신문 인터넷사이트, 오세빈, “1심 판사의 양형에 관한 소고”)

12) 김상균, “우리나라 및 주요 외국의 형사항소심 양형 현황과 양형에 관한 항소심의 역할과 방향 모색”, 법원행정처, 양형에 있어서 형사항소심의 기능과 역할 모색을 위한 토론회 결과보고서, 1996, 203-207면; 조배숙, “양형에 관한 항소심의 기능”, 법원행정처, 양형적정화방안 모색을 위한 토론회 결과보고서, 1995, 110-111면 등.

2. 양형개혁법률(안)의 내용

위와 같은 문제점들 때문에 양형개혁을 위한 다양한 방안이 제시되었다. 법원은 양형자료 조사표의 활용¹³⁾, 양형데이터베이스시스템의 구축¹⁴⁾ 등의 방안을 도입하였다. 이것 이외에 공판절차이분¹⁵⁾, 양형기준제의 도입¹⁶⁾, 판결전조사제도 및 양형조사제도의 도입 등의 방안도 주장되었다, 이중 양형개혁법률(안)은 주로 양형기준제와 판결전조사제도 및 양형조사제도를 도입하는 것을 내용으로 하고 있다.

(1) 개정 법원조직법

개정 법원조직법은 양형위원회와 양형기준에 대해 규정하고 있다. 즉, 객관적인 양형을 실현하기 위하여 대법원에 양형위원회를 두고(제81조의2 제1항), 양형위원회는 위원장 1인을 포함한 13인의 위원으로 구성하되, 위원장이 아닌 위원 중 1인은 상임위원으로 하고(제81조의3 제1항). 위원장 및 위원의 자격과 임기에 대해 규정하였다(제81조의3 제2, 3, 4항).

또한 양형기준의 설정·변경의 원칙 및 고려사항 등에 대해 규정하였다(제81조의6). 그러나 양형기준이 법적 구속력을 갖지는 않는 것으로 하였다(제81조의7).

(2) 형사소송법개정안

형사소송법개정안의 주요내용은 양형조사관에 대한 제척·기피·회피(안 제25조), 기소전 검사의 양형조사(제195조의2), 법원의 양형조사(안 제297조의3), 양형조사의 방법과 절차(안 제279조의4 및 제279조의5) 등에 관한 것이다.

첫째, 법원은 공소가 제기된 사건에 대하여 일정한 경우 조사관에게 양형자료의 조사를 명할 수 있다(제297조의3).

둘째, 검사는 「형법」 제51조에 규정된 사항에 대하여 조사하여야 하는데, 이 경우 검찰청의 소재지 또는 피의자의 주거지를 관할하는 보호관찰소 또는 지소의 장에게 조사를 요구할 수 있다(제195조의2).

조사를 명령 또는 요구받은 법원조사관 또는 보호관찰관은 판결전조사 또는 양형조사를 하

13) 이에 관한 설명은, 광병훈, 앞의 논문, 652면 이하.

14) 이에 대해, <http://www.lawtimes.co.kr/LawNews/News/NewsContents.aspx?kind=&serial=18352> (인터넷 법률신문, 2007. 1. 2.). 대법원은 뇌물·살인·사기·교통사고·도로교통법위반 등 5개 범죄의 양형 기준 정보DB 구축을 2005년말에 완료하고 일선 법관들을 상대로 시스템 테스트를 거쳐 2006년말 시범가동을 하였다.

15) 이에 대해서는, 하태훈, “공판절차 이분론(상)”, 형사정책연구, 제6권 제4호, 1995, 117면 이하.

16) 오병주, “양형의 실태 및 합리화방안에 관한 연구 - 실증적·비교법적 고찰을 中心으로 -”, 한양대학교 박사학위 논문, 2001.

고 조사보고서를 작성해야 한다(형소법개정안 제297조의4, 제297조의5; 제195조의2 제2항).

(3) 보호관찰법개정안

개정안 제19조의2는 검사로부터 양형의 조건에 관한 조사를 요구받은 보호관찰(지)소의 장 및 보호관찰관의 양형조사에 관해 규정하였다.

III. 양형개혁법률(안)의 합리적 운용방안

1. 양형위원회와 양형기준

개정 법원조직법은 여러 가지 양형개혁 방안 중 양형위원회를 설치하고 참고적 양형기준을 도입하는 방안을 채택하였다. 개정 법원조직법이 참고적 양형기준을 도입하기로 한 것은 양형개혁의 필요성과 양형기준에 대한 법관들의 거부감 사이에서의 타협점을 찾은 것이라고 할 수 있다¹⁷⁾. 그러나 참고적 양형기준이 도입된 것은 양형개혁의 중요한 첫걸음을 내디딘 것이라고 할 수 있다. 비록 법관이 양형기준에 기속되는 것은 아니지만, 구체적 사건에서 법관은 자신이 생각하는 선고형과 양형기준에 의한 선고형(처단형)을 비교할 수밖에 없게 될 것이기 때문이다. 그리고 양자 사이에 차이가 나는 경우에는 자연스럽게 그 이유를 제시해야 하는 심리적 부담을 느끼게 될 뿐만 아니라 개정 법률에서도 이유를 제시하도록 규정하고 있다.

이런 의미에서 적절한 양형기준을 제정하는 것이 앞으로의 양형개혁의 성패를 좌우할 것이라고 생각된다. 적절한 양형기준을 마련하기 위해서는 양형의 목적에 대한 결정이 먼저 이루어져야 한다. 그리고 양형목적은 달성하기 위해 어떤 범죄요소와 어떤 범죄인요소들을 어느 정도, 어떤 순서로 양형에 반영할 것인가를 결정해야 한다. 그리고 이러한 요소들을 양형기준에 반영할 때에 기존의 법원의 관행을 어느 정도, 어떤 범위에서 고려할 것인가 및 기존의 양형관행과는 다른 바람직한 양형요소들을 어떻게 양형기준에 반영할 것인가도 숙고해야 한다.

양형기준의 제정 못지않게 구체적 사건에서 양형기준에 적용할 양형사실로서 범죄요소와 범죄인요소를 파악하는 것이 중요하다. 양형사실의 조사는 형사소송법개정안과 보호관찰법개정안에 규정되어 있지만, 이 법률안들이 국회를 통과하지 못하고 있기 때문에 양형개혁의 두 가지 과제 중 하나는 아직 미정인 상태로 남아있다고 할 수 있다.

17) 1990년 법원행정처가 판사, 검사, 변호사, 대학교수를 대상으로 실시한 설문조사에서는 참고적 양형기준에 대하여 70%이상이 찬성하였으나, 그 해 법관세미나에 참석한 법관의 대다수는 이를 반대하였다고 한다. 하태훈, “양형기준과 양형과정의 합리화방안”, 형사법연구, 제9호, 1996, 258면.

이하에서는 개정 법원조직법상의 양형위원회의 문제, 양형기준의 문제, 판결전조사제도의 문제 등을 검토하기로 한다.

(1) 양형위원회

1) 양형위원회 구성의 중요성

양형위원회를 사법부관할로 두는가 아니면 행정부나 입법부의 관할로 두는가에 대해서는 논란이 있지만¹⁸⁾, 개정 법원조직법은 대법원에 양형위원회를 두기로 하였다(제81조의2 제1항).

양형은 법관의 법 적용 문제이기는 하지만, 양형기준은 법관이 양형을 함에 있어서 지켜야 할 일종의 규칙이기 때문에 양형기준을 제정하거나 개정한다는 것은 입법으로서의 성격을 지니고 있다. 또 양형편차를 줄이기 위한 수단으로서 전국의 모든 법관들이 양형기준을 적용해야 한다는 점을 강조하고, 양형기준은 법관만이 아니라 검사, 보호관찰관, 판결전조사관 등도 준수해야 하는 것이라고 한다면 양형기준을 적용하는 것은 행정으로서의 성격도 지니고 있다.

그러나 지금까지는 법관이 거의 단독으로 양형을 하였다고 할 수 있고, 양형기준에 의해 가장 영향을 많이 받은 것은 법관이라고 할 수 있으므로, 양형위원회를 대법원에 두는 것은 자기구속의 원리에 의한 자기개혁이라는 측면에서 바람직하다고 할 수 있다. 그러나 이제까지 사법부가 자기개혁에 그다지 적극적이지 않았다고 할 수 있다면, 양형위원회의 위원들의 선정과 이들의 활동이 장차의 양형개혁에서 중요한 역할을 하게 될 것이다.

2) 위원장과 상임위원

개정 법원조직법 제81조의4에 의하면, 12인의 위원 중 1인의 상임위원이 있다는 것은 분명하지만, 위원장이 상임인지 아닌지는 분명하게 나타나지 않는다¹⁹⁾. 그러나 양형기준위원회 업무의 중요성을 생각하면 위원장은 당연히 상임이어야 할 것이다. 이 경우 13인의 위원 중 상임위원은 2명이 되고, 11명의 위원은 비상임위원이 된다. 각종 위원회에서 볼 수 있듯이, 비상임위원들이 적극적으로 어떤 의제를 개발하거나 논의되는 의제를 심층적으로 연구하는 경우는 극히 드물다. 비상임위원들은 위원장과 상임위원 및 사무기구에서 제시하는 의제에 대해 찬성, 반대 혹은 수정의견을 내는 소극적인 역할을 하는 데에 그치는 것이 상례이다.

따라서 위원장과 상임위원의 선임이 매우 중요하다고 할 수 있다. 위원장이 비상임위원일 경우에는 고위직 법관이 위원장으로 선임될 가능성이 높다고 할 수 있다. 이 경우 상임위원은

18) 미국의 양형위원회에 대해서는 박홍우, “미국 연방기준제의 실제 적용범위”, 법원행정처, 외국의 양형제도 연구, 2003, 101면.

19) 미국의 양형위원회에 대해서는 <http://www.uscc.gov/general/commbios99.htm> 참조.

법관 출신이 아닌 위원으로 임명하는 것이 양형위원회의 균형을 위해 바람직할 것이라고 생각된다. 위원장이 상임일 경우에도 법관 출신 인사가 위원장이 될 가능성이 크다고 생각된다. 따라서 이 경우에도 상임위원은 비법관출신 인사로 임명하는 것이 바람직할 것이다.

3) 비상임위원

양형위원회의 비상임위원 12인은 법관 4인, 검사 2인, 변호사 2인, 법학교수 2인, 학식과 경험있는 자 2인으로 구성되는데, 이 중에 상임위원은 학식과 경험있는 자 중에서 임명될 가능성이 높을 것이다. 따라서 법학교수 2인, 학식과 경험있는 자 1인을 어떻게 선정할 것인가가 문제될 것이다.

법학교수 2인은 대법원장이 임의로 선정할 수도 있겠지만, 한국형사법학회, 한국비교형사법학회, 한국형사정책학회 등에서 추천하는 법학교수 중에서 임명하는 것이 바람직하다고 생각된다. 대법원장이 임의로 선정한 법학교수보다는 학회에서 추천한 법학교수들이 훨씬 더 소신 있고, 책임감 있게 업무를 수행할 가능성이 크기 때문이다. 한편, 오늘날 범죄피해자보호의 중요성이 강조되고, 양형에서 범죄피해자에 대한 고려 역시 중요하다는 점을 인식한다면, 법학교수 2인과 학식과 경험있는 자 1인 중 1인은 범죄피해자보호에 대한 학식과 실무경험이 있는 자 중에서 선정하는 것이 바람직할 것이다.

(2) 양형기준

1) 양형기준 설정·변경의 원칙

개정 법원조직법 제81조의6은 양형기준 설정·변경의 원칙과 양형기준 설정·변경시의 고려사항을 나누어 규정하고 있다.

양형기준 설정·변경의 원칙으로 제일 먼저 범죄의 죄질, 범정, 피고인의 책임을 규정하고 (제1호) 일반예방과 특별예방을 그 다음에 규정한 것은 양형에서 가장 중요시해야 할 목적은 응보라는 것과, 양형은 책임에 상응해야 한다는 것을 선언한 것이라고 할 수 있다(제2호). 제 3, 4호는 양형의 비례성과 평등성을 강조한 것이라고 할 수 있다.

그러나 응보, 일반예방, 특별예방의 목적 중 양형의 목적으로 정당화될 수 있는 것은 특별예방이라고 할 수 있다²⁰⁾. 국가는 정당한 목적을 추구해야 하는데 응보란 맹목적이고 감정적이고, 일반예방은 범죄인을 범죄예방을 위한 수단으로 취급하는 것²¹⁾이기 때문이다. 결국 범죄인의 개선, 교육을 통한 재범방지만이 정당한 목적이 될 수 있다.

20) 차용석, 형법총론강의(I), 고시연구소, 1998, 73면; 오영근, 앞의 책, 박영사, 2006, 41/10.

21) Sol Rubín, *The Law of Criminal Correction*, 2nd. ed., St. Pual: West Publishing Company, 1973, 748면

이러한 의미에서 양형기준의 설정·변경의 원칙으로 규정된 제81조의6 제2항 제1호는 응보의 목적을 강조한 것이라기보다는 “양형은 책임에 상응해야 한다”, “형벌은 책임의 한도를 초과할 수 없다”고 하는 책임주의원칙을 강조한 것이라고 해석해야 할 것이다.

2) 양형기준 설정·변경시 고려사항

개정 법원조직법 제81조의6 제3항은 양형기준 설정·변경시 고려사항을 규정하고 있는데, 제3호, 제4호, 제5호, 제6호는 형법 제51조와 동일하고, 제1호, 제2호, 제7호, 제8호가 새로이 규정된 것이라고 할 수 있다. 이 중 제8호는 당연한 규정이므로, 제1호, 제2호, 제7호를 새로이 규정한 것이 어떤 의미를 갖는가가 문제될 수 있다. 제1호와 제2호는 범죄의 행위자요소보다는 행위요소를 강조한 것이라고 할 수 있고, 제2호에는 행위자요소가 포함될 수도 있지만, 가장 중요한 행위자요소가 제7호에 규정되어 있기 때문에 역시 행위요소를 강조한 것이라고 할 수 있다.

요약을 하게 되면, 개정 법원조직법의 양형기준 설정·변경시의 고려사항들도 형법 제51조에 비해 특별예방 보다는 응보나 일반예방의 목적이 강조된 것이라고 할 수 있다.

3) 양형기준의 설정방법

양형기준을 설정하는 경우 영국식으로 개별범죄에 따라 각각 양형기준을 설정하는 방법²²⁾과 미국식으로 계량화된 양형기준표²³⁾를 만드는 방법을 생각할 수 있다.

두 가지 방법 중에서는 후자의 방식이 더 낫다고 생각된다. 과거 컴퓨터기술이 발달하지 않았던 시기에는 계량화된 양형기준을 만들고 적용하는 것이 매우 어려운 작업이라고 할 수 있지만, 오늘날과 같이 컴퓨터기술이 발달한 상황에서는 모든 범죄들에 공통적 혹은 개별적으로 적용될 수 있는 양형인자들을 분석하고 이들을 양형기준표에 적용하는 것이 그다지 어려운 일이 아니기 때문이다. 따라서 양형위원회의 사무기구(개정 법원조직법 제81조의9)에는 반드시 양형에 관한 기본적인 지식이 있으면서 컴퓨터분석 및 작업을 전문적으로 할 수 있는 인력들이 확보되어야 한다.

22) 영국의 양형기준에 대해서는, 조국, “영국의 양형지침 개괄”, 저스티스, 제73호, 2003, 132면 이하; 김한균, “양형의 합리화와 양형기준의 제정 - 영국 양형기준위원회의 양형합리화 정책 -”, 형사정책연구소 식, 제91호, 2005. 9., 36-40면; 영국식 양형기준제의 도입가능성에 대한 검토로, 박형관, “영국식 양형기준제의 특징 및 도입 가능성에 대한 소고”, 대검찰청 검찰미래기획단, 형사법의 신통향, 제2호, 2006, 97면 이하.

23) 미국의 양형기준에 대해서는, 오영근/최석운, “미국의 양형개혁에 대한 고찰”, 형사법학의 과제와 전망 (계산 성시탁교수 화갑기념논문집), 1995, 577면 이하.

4) 양형기준설정·변경에서 강조되어야 할 사항

가. 지역간, 법관간 편차의 문제

양형기준을 설정할 때에 지역간, 법관간 양형의 차이를 극복할 수 있는 기준들을 제시해야 함은 물론이다.

그러나 우리나라의 경우 법관들이 전국을 순환하는 근무를 하기 때문에 지역간 양형차이는 그리 심각한 문제라고 할 수 없다.

법관간의 양형차이는 양형기준표가 만들어지는 경우 어느 정도 극복될 수 있을 것이다. 다만, 양형기준이 기속력을 갖고 있지 못하므로 양형기준을 이탈하는 양형을 하는 경우 법관 사이의 편차를 극복할 수 있는 방안은 마련해야 할 것이다. 이는 물론 상소심에 의한 양형심사라도 어느 정도 극복될 수 있을 것이다. 그러나 양형기준 이탈율이 큰 법관과 양형기준 이탈율이 적은 법관이 있고 이탈율의 차이가 큰 경우에는 공평한 양형이 이루어지고 있는가에 대한 의구심이 있을 수 있기 때문이다.

나. 형벌의 종류나 유예 결정의 기준

양형기준을 만들시에 무엇보다 주의해야 할 사항은 선고유예나 집행유예를 선고할 수 있는 경우 및 실형을 선고할 수 있는 경우, 징역이나 금고형을 선고할 수 있는 경우와 벌금형을 선고할 수 있는 경우 등에 관한 세밀한 기준을 마련하는 것이다. 이는 현재 우리나라의 형사재판에서 가장 심각한 문제점 중의 하나가 사실심리의 불충분 및 이를 양형에서 해소하려는 관행과 전관예우로 인한 양형에 대한 불신이라고 할 수 있기 때문이다.

현재에도 법관들은 과도한 업무에 시달리고 있고, 이 때문에 집중심리나 공판중심주의에 의한 심리 등 범죄사실 유무에 대한 충분한 심리가 이루어지지 못하고 있는 실정이다. 사실심리가 충실하지 못하기 때문에 법관은 유무죄에 대한 확신없이 양형을 하게 되고, 이 경우 가장 손쉬운 방법은 유죄의 심증의 정도에 따라 양형의 정도를 정하는 것이다.

법관도 검사도 변호인도 피고인이 범죄사실을 자백하게 되면 사건이 빨리 끝나고 업무부담에서 벗어날 수 있으므로 피고인이 자백하는 것을 선호할 수밖에 없게 된다. 이를 뒤집어 말하면 법관의 입장에서는 피고인이 자백을 하더라도 그가 유죄라는 확신을 할 수 없게 된다. 따라서 예를 들어 법관에게 90%의 유죄의 심증이 있는 경우 이론상으로는 10%의 의심이 있으므로 무죄판결을 해야 하지만, 피고인이 무죄라는 확신도 없으므로 피고인에게 유죄를 선고하되 집행유예나 선고유예 또는 벌금형 등 가벼운 형을 선고하는 타협적 양형을 하게 된다. 여기에 전관예우의 폐습으로 인해 전관이 변호를 하는 사건에 대해서는 더욱이 타협적 양형

을 하려는 유혹을 받을 수 있다.

법관의 심증 정도에 따른 타협적 양형의 문제는 공판절차 이분제도가 도입되는 경우 많이 해소될 수 있을 것이다. 그러나 공판절차 이분제도가 도입될지, 도입된다고 해도 언제 도입될지 불분명한 상황이므로 이러한 타협적 양형을 막을 수 있는 양형기준이 마련되어야 한다.

이를 위해서는 어떤 경우에 징역형 및 금고형을 선고할 수 있고, 어떤 경우에 벌금형을 선고할 수 있는가에 대한 뚜렷한 양형기준과, 징역형 및 금고형의 선고유예를 선고할 수 있는 경우, 집행유예를 선고할 수 있는 경우, 실형을 선고해야 하는 경우 등에 대한 뚜렷한 양형기준이 마련되어야 한다.

다. 가중, 감경의 정도 문제

형벌의 종류나 선고유예·집행유예 여부를 공정하게 결정하기 위해서는 개정 법원조직법 제81조의6 제3항 제2호의 범죄의 중대성을 가중하거나 감경할 수 있는 사정 등을 자세히 규정해야 할 뿐만 아니라 가중, 감경의 정도에 대해서도 규정해야 할 필요가 있다.

양형단계에서 가중이 문제될 수도 있을 것이다. 예를 들어 삼진아웃제도와 같은 것을 가중 사유로 규정한다면, 이는 범죄인처벌에 중대한 영향을 미치는 양형기준이 설정되는 것이라고 할 수 있다. 그러나 선고형이 법정형의 하한에 집중되어 있는 우리 현실에서는 감경사유를 보다 자세하게 규정해야 할 것이다.

현재 형법 제53조는 작량감경의 요건을 ‘범죄의 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때’라고만 추상적으로 규정하고 있는 반면, 형법 제55조는 그 감경의 정도가 매우 크도록 규정하고 있다²⁴⁾. 작량감경도 법률상 감경과 같은 방법으로 해야 하므로 역시 감경의 정도가 너무 높다는 문제점이 있다고 할 수 있다. 따라서 감경의 정도를 세분하는 방식을 고려해 보아야 할 것이다²⁵⁾.

2. 양형조사와 판결전조사

(1) 임의적 조사와 필요적 조사

양형기준과 양형조사는 합리적 양형을 위한 두 축이라고 할 수 있다. 아무리 양형기준이 잘 만들어졌다 하더라도 양형사실이 제대로 조사되지 않거나 양형기준을 잘못 적용하는 경우

24) 이렇게 감경의 정도가 크기 때문에 무기징역을 감경할 경우 15년이 넘는 징역을 선고할 수 있는가에 대해 논란이 벌어지기도 하였다(대법원 1992. 10. 13. 선고 92도1428 판결).

25) 감경제도의 문제점과 개선방안을 지적한 것으로, 이천현, “감경제도의 문제점과 개선방안”, 한국형사법학회·한국형사정책연구원, 21세기의 형벌과 양형, 2006, 276-278면.

에는 합리적인 결론이 도출될 수 없기 때문이다. 양형사실은 공판심리과정에서도 파악될 수 있지만, 공판절차에서는 아무래도 유무죄의 판단에 집중할 수 없기 때문에 양형사실에 대한 조사는 불충분하다고 할 수 있다. 이 문제는 판결전조사를 통해 해결될 수 있다.

그러나 현재 판결전조사제도는 소년법에 대해 보호관찰, 사회봉사명령, 수강명령을 하는 경우에만 규정되어 있다(보호관찰등에 관한 법률 제19조). 따라서 적절한 양형을 위해서는 판결전조사제도를 전면적으로 도입해야 할 필요가 있다.

아직 형사소송법개정안과 보호관찰법개정안에 의하면 양형조사는 보호관찰관의 양형조사와 법원조사관의 양형조사로 나뉜다. 형사소송법개정안은 검사의 양형조사는 필요적 조사인 반면 법원의 판결전조사는 임의적 조사로 규정하고 있다(제195조의2 제1항, 제297조의3 제1항).

검사의 양형조사도 피의자나 변호인의 동의를 얻어야 하므로 임의적으로 운용될 가능성이 많으므로 검사의 양형조사나 법원의 판결전조사나 임의적이긴 마찬가지라고 할 수도 있을 것이다. 그러나 법원의 판결전조사는 필요적 조사를 원칙으로 하고, 검사의 양형조사는 임의적 조사를 원칙으로 하는 것이 적절한 양형과 소송경제를 위해 더 합리적이라고 할 수 있다. 왜냐하면 유무죄확정절차에서 양형사실이 충분히 현출되기는 어렵고, 법관이 양형을 할 때에는 형법 제51조에 기재되어 있는 사항을 참작해야 하기 때문에 판결전조사가 필요한 경우가 훨씬 많을 것이기 때문이다. 또한 피의자나 피고인이 무혐의나, 공소권이 없거나, 무죄 등으로 인하여 형사소추가 개시되거나 계속될 수 없을 가능성이 있으므로 너무 일찍 양형조사를 할 필요는 없기 때문이다. 따라서 형사소송법개정안 제195조2 제1항 제1문은 삭제하고, 동 제297조의3 제1항 본문과 단서의 ‘… 할 수 있다’는 ‘… 하여야 한다’로 고쳐야 할 것이다.

(2) 조사기관의 통일

형사소송법개정안은 검사의 양형조사는 보호관찰관등이, 판결전조사는 법원의 양형조사관이 하도록 규정하고 있다. 이는 보호관찰관이 판결전조사를 담당하게 될 경우 법관이 법원 소속이 아닌 보호관찰관을 지휘·통제하기 어려울 수도 있다는 것을 염려한 것으로 보인다. 이는 보호관찰법개정안 제19조의2 제2항 제2문이 “이 경우 보호관찰관은 양형조사관으로서 그 사건에 관하여 검사의 지시에 응하여야 한다”고 규정하고 있는 데에서 엿볼 수 있다. 즉, 형사소송법개정안과 보호관찰법개정안은 판결전조사나 양형조사를 담당하는 공무원을 검찰과 법원의 관할 하에 두어 각각 보호관찰관과 법원조사관을 지휘·감독하기에 용이하게 하려는 것이라고 할 수 있다.

그러나 양형조사의 전문성이나 성격을 고려한다면, 조사기관이 통일되는 것이 바람직하다고 보인다. 법원이 소년에게 보호관찰등을 선고하기 위한 판결전조사는 보호관찰관소의 장에

게 명하면서(보호관찰등에 관한 법률 제19조 제1항), 기타 형사사건은 법원조사관에게 명하는 것은 균형에 맞지 않는다. 또한 법원에 조사관제도를 두어도 보호관찰소와 같이 대규모의 조직을 둘 수 없게 되면, 소년조사관제도의 경우처럼 유명무실하게 운영될 위험성도 있기 때문이다²⁶⁾. 따라서 비교적 규모가 크고, 조사에 대한 경험과 전문가들을 확보하고 있는 보호관찰소가 양형조사와 판결전조사를 모두 담당하게 하는 것이 바람직하다.

또 보호관찰관이 양형조사를 하고, 법원의 양형조사관이 판결전조사를 하는 것은 소송경제에 반할 수도 있다. 검사의 양형조사와 법원의 판결전조사를 모두 인정하는 것이 바람직하다고 할 수 있지만, 이렇게 이중적으로 조사하기 보다는 보호관찰소가 모든 조사를 맡아 절차의 진행단계에 따라 탄력적으로 조사하면 될 것이기 때문이다.

(3) 조사기관의 양형의견

형사소송법개정안은 보호관찰관과 법원조사관에게 각각 양형조사보고서와 판결전조사보고서를 제출할 것을 규정하고 있지만(제297조의5, 제195조의2 제2항), 이들 조사관들이 양형의견 등을 제시할 수 있는지에 대해서는 언급하고 있지 않다.

그러나 보호관찰관이나 양형조사관은 형사사법에서 법관, 검사 및 변호사와는 또 다른 의미의 전문가라고 할 수 있고, 검사의 소추권행사나 법관의 양형에서 전문가의 의견을 반영할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 따라서 양형조사보고서나 판결전조사보고서에 조사관들이 의견을 제시할 수 있도록 해야 한다. 검사나 법관이 이러한 의견에 기속되는 것이 아님은 물론이지만, 전문가인 조사관들의 의견은 검사나 법관의 재량을 어느 정도 합리적으로 제한할 수 있는 수단이 될 수 있을 것이다.

(4) 조사기관의 독립성

양형조사와 판결전조사를 담당하는 조사관들은 형사사법의 전문가라고 할 수 있다. 전문가들에게는 그에 걸맞는 대우를 해주고 권한도 인정해 주어야 한다. 업무수행의 독립성도 보장해 주어야 한다. 그러나 형사소송법개정안은 이들을 검찰, 법원의 지휘·감독 하에 두고 있다고 할 수 있다. 그러나 이렇게 되면 전문적인 조사가 이루어지기 어려울 수도 있고 조사관이 쓸데없는 조사를 해야 하는 경우도 있을 것이다. 조사관들이 조사를 해도 이를 어떻게 활용할 것인가에 대한 의견을 제시하기도 어려울 것이다.

따라서 전문가인 조사관들이 그 전문지식을 잘 활용하여 조사업무를 수행할 수 있도록 조직이나 권한의 독립성을 보장해 주어야 할 것이다.

26) 소년보호사건의 경우 조사제도의 문제점에 대해서, 한국소년법학회, 소년법, 세창출판사, 2006, 222면.

(5) 조사보고서의 공개

미국의 경우 판결전조사보고서의 공개를 인정하지 않았다가 연방법률에서 판결전조사보고서의 공개를 권고하는 규정을 두었고, 현재는 판결전조사보고서를 공개하고 있다²⁷⁾.

형사소송법개정안은 판결전조사보고서나 양형조사보고서의 공개뿐만 아니라 이에 대한 의견진술에 대해 규정하고 있는데(제297조의5, 제195조의2 제2항). 이는 타당한 태도라고 할 수 있다.

IV. 결 어

양형의 중요성과 복잡성 및 어려움을 고려한다면, 양형과정에는 범죄사실확정에 못지않은 많은 사람들이 참여해야 하고, 당연히 공개적으로 이루어져야 하며, 객관적 기준에 의해 이루어져야 한다. 이러한 과정 중에 양형의 구체적 상황에서 부딪치게 되는 문제들을 해결할 수 있는 원리들이 개발될 수 있을 것이다. 따라서 양형을 법관의 단독작업이 아니라 법을 적용하는 과정이라고 하고, 여기에 공식적, 합법적으로 많은 사람들이 관여할 수 있도록 해야 한다. 공식적, 합법적으로 양형에 관여하는 사람이란 다름 아닌 보호관찰관, 양형조사관, 검사, 변호인, 범죄피해자 등이다. 그리고 이들은 이전과 같이 학연, 혈연, 지연으로 얽혀있는 사람들이나 전판변호사가 제공하는 양형사실이 아니라 법률에 규정되어 있는 양형사실을 가지고 양형에 관여하는 것이다.

개정 법원조직법과 형사소송법개정안, 보호관찰법개정안 등은 과학적인 양형을 할 수 있는 기본적인 틀을 마련한 것이라고 할 수 있다. 따라서 이 틀을 어떻게 활용하느냐가 앞으로 우리나라 양형개혁의 성패를 좌우한다고 할 수 있다.

개정 법원조직법은 양형위원회와 양형기준에 관한 규정을 두었는데, 이 규정들이 실효성을 갖기 위해서는 먼저 양형위원회의 구성이 합리적으로 이루어져야 한다. 양형위원회의 위원장과 위원을 대법원장이 임명하도록 한 것은 입법부와 행정부가 양형이 법관의 고유권한이라는 점을 인정하였다는 점에서 사법부에 대한 예의를 다 한 것이라고 할 수 있다. 대법원장은 법관의 고유영역 수호라는 편협한 관점에서 벗어나 양형개혁이 일반국민들 뿐만 아니라 법관의 부담도 덜어준다는 관점에서 양형위원회의 구성에 좀더 개방적 자세를 보여야 할 것이다.

적정한 양형을 위한 두 축은 양형기준과 양형사실의 조사라고 할 수 있다. 형사소송법개정

27) 미국의 판결전조사보고의 역사, 절차, 내용, 문제점 등에 대해서, Joel Samaha, Criminal Justice, Belmont: Wadsworth, 2000, 346면; <http://www.cjcg.org/pubs/psi/psireport.html> 등 참조.

안과 보호관찰법개정안이 국회를 통과할 경우 양형은 새로운 국면을 맞이할 것이다. 종래 법관이 혼자 하면 충분하다고 생각하였던 양형의 상당 부분을 양형조사관이나 보호관찰관 등이 떠맡게 되고, 이에 따라 양형은 법관과 이들 조사관들 사이에 공동작업으로서의 성격을 가질 수 있기 때문이다. 양형조사관과 보호관찰관은 단순히 양형사실을 조사하는 업무뿐만 아니라 조사된 양형사실에 양형기준을 적용하거나 혹은 적용하지 않더라도 조사된 양형사실을 기초로 하여 자신의 의견을 법관에게 제시하게 될 것이다. 법관이 물론 이 의견에 기속되는 것은 아니지만, 보호관찰관등의 양형의견을 거부할 경우 합리적인 근거를 제시해야 하는 심리적 부담은 지게 될 수 있다.

이 때문에 경우에 따라서는 양형조사관이나 보호관찰관을 누구의 관할 하에 둘 것인가를 놓고 법원과 검찰 혹은 법원과 행정부 사이에 다툼이 있을 수 있다. 그러나 법원의 양형조사관과 보호관찰관이 양형의 일부분을 담당하고 있다면, 이들은 법원이나 검찰의 지휘·감독을 받지 않는 독립성을 가져야 할 것이다. 법원조사관이 법관의 지휘·감독을 받게 될 경우 양형에서의 공동작업은 사실상 불가능하게 된다. 보호관찰관이 양형조사에 대해 검찰의 지휘·감독을 받게 될 경우 독자적인 양형의견 제시는 불가능할 것이다. 이런 의미에서 양형조사를 담당하는 양형조사관들이 독립적으로 활동할 수 있고, 독립적으로 양형의견을 제시할 수 있는 방안도 마련되어야 할 것이다.

개정 법원조직법과 형사소송법개정안 및 보호관찰법개정안이 마련됨으로써 법관의 사무실에서 이루어지던 양형은 좀 더 넓은 세계에 공개되는 계기를 맞았다. 이러한 계기를 자신의 권한영역이 침해받았다거나, 법관이 성역을 무너뜨렸다는 관점에서 바라보아서는 안된다. 양형합리화는 피고인의 정당한 권리를 보장하면서도, 정당한 범죄인처벌이라고 하는 공익을 실현하는 것일 뿐만 아니라, 직접적으로는 법관으로부터 어렵고도 복잡한 양형부담을 덜어주는 것이기 때문이다.

(논문게재 확정일자 2007.04.16)

주제어 : 양형개혁법률(안), 양형기준, 양형위원회, 판결전조사, 양형조사

<참고문헌>

* 단행본

- 강구진, 형사소송법원론, 학연사, 1982.
- 김두섭/기광도, 교통범죄양형에 관한 실태분석 - 교통사고처리특별법 위반사건을 중심으로 -, 한국형사정책연구원, 1996.
- 김혜정, 판결전조사제도의 현황과 개선방안, 한국형사정책연구원, 2002
- 대법원, 바람직한 형사사법시스템의 모색 결과보고서(I) -미국·영국의 형사사법시스템, 2004
- 법무연수원, 2003년 범죄백서, 2004.
- 법원도서관, 민사손해배상산정·형사양형기준의 조사분석(1), 재판자료 제5집, 1980.
 민사손해배상산정·형사양형기준의 조사분석(2), 재판자료 제8집, 1981.
- 법원행정처, '98 전국 형사재판장 회의 결과 보고서 : 위증·무고·증거인멸, 1999.
 교통사고범죄와 양형, 1997.
 민사손해배상산정·형사양형기준의 조사분석(4), 재판자료 제16집, 1983.
 불구속재판 시행의 과제, 1997.
 불구속재판의 실천과 적정한 양형 : 전국 형사담당 판사회의 결과보고서, 2002.
 양형실무, 1999.
 양형실무위원회(상), 2004.
 양형실무위원회(하), 2004.
 양형에 관한 형사담당 판사 회의자료, 1991.
 양형에 있어서 형사 항소심의 기능과 역할 모색을 위한 토론회 결과보고서, 1996.
 양형적정화방안 모색을 위한 토론회 결과보고서, 1995.
 양형제도 개선 전문가 토론회 I, 2005.
 양형제도 개선 전문가 토론회 II, 2005.
 양형제도연구위원회 결과보고: 제1-4차 회의, 2002
 양형제도연구위원회 결과보고: 제5-8차 회의, 2004.
 외국의 양형제도 연구, 2003.
 최근의 국회의원선거법 및 지방의회의원선거법위반사건에 대한 양형조사 및 분석 - 당선인에 대한 사건을 중심으로 - 1994.
 형사양형기준의 조사분석·관습실태조사(3), 재판자료 제12집, 1982.
- 배종대/이상돈, 형사소송법, 홍문사, 2006.
- 부산지방법원, 본·지원 형사담당판사 양형토론회 결과보고서, 1998.
- 사법연수원, 형사재판과 양형, 1979.
- 서울고등법원, 서울고등법원 관내 형사합의부 양형실무토론회 결과보고서, 2005.
- 서울남부지방법원, 양형 토론 자료(실무연구 III), 2003.
- 서울지방법원, 개정형법의 신설 범죄에 대한 분석: 양형연구위원회 연구 결과 보고, 1997.
 양형연구위원회 연구보고서, 1997.
- 안동준, 형법총론, 학연사, 1998.
- 오병주, “양형의 실태 및 합리화방안에 관한 연구 - 실증적·비교법적 고찰을 중심으로 -”, 한양대학교 박사학위 논문, 2001.
- 오영근, 형법총론, 박영사, 2006.
- 이상철, 판결전조사제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994.
- 이재상, 형법총론, 박영사, 2006.
- 이재상/박미숙, 강도죄의 양형에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1991
- 이천현, “감경제도의 문제점과 개선방안”, 한국형사법학회·한국형사정책연구원, 21세기의 형벌과 양형, 2006.
- 임웅, 형법총론, 법문사, 2006.
- 정성근/박광민, 형법총론, 삼지원, 2006.
- 차용석, 형법총론강의(I), 고시연구사, 1998.

탁희성/김해정, 양형분석시스템을 위한 양형인자 유형화에 관한 연구, 법무부용역과제, 2000.
 한국소년법학회, 소년법, 세창출판사, 2006.
 한국형사법학회/한국형사정책연구원, 21세기의 형벌과 양형, 2006.

* 논문

- 강진철, “양형에 대한 법해석학적 고찰”, 법학연구 제12집, 한국법학회, 2003.
 광병훈, “양형심리의 충실화를 위한 몇가지 방안”, 법원행정처, 바람직한 민·형사소송실무 운영방안(재판자료 제104집), 2004.
 광병훈, “미국 에리조너주의 양형제도”, 법원행정처, 외국의 양형제도, 2003.
 김봉길, “판결전조사에 대한 소고”, 보호, 제3호, 1996.
 김상균, “양형의 적정화를 위한 실천적 방안”, 법원행정처, 양형적정화 방안 모색을 위한 토론회 결과보고서, 1995.
 ……………, “우리나라 및 주요 외국의 형사항소심 양형 현황과 양형에 관한 항소심의 역할과 방향 모색”, 법원행정처, 양형에 있어서 형사항소심의 기능과 역할 모색을 위한 토론회 결과보고서, 1996
 김일수, “공판절차의 이분론”, 월간고시 1983. 12.
 김한균, “양형의 합리화와 양형기준의 제정 - 영국 양형기준위원회의 양형합리화 정책 -”, 형사정책연구소식, 제91호, 2005. 9.
 김현식, “영국출장 결과보고”, 사법개혁추진위원회, 사법개혁추진위원회자료, 2005.
 김혜정, “성인에 대한 판결전조사제도의 필요성 : 실무현황을 중심으로”, 보호관찰, 제2호, 2002.
 문형배, “뇌물 등 부정부패사범에 대한 양형의 적정화 방안”, 양형실무위원회, 재판실무자료(하), 2003.
 박영재, “미국 뉴욕주의 양형제도”, 법원행정처, 외국의 양형제도, 2003.
 박형관, “영국식 양형기준제의 특징 및 도입 가능성에 대한 소고”, 대검찰청 검찰미래기획단, 형사법의 신동향, 제2호, 2006.
 여미숙, “미국 캘리포니아 주의 양형제도”, 법원행정처, 외국의 양형제도, 2003.
 오영근, “양형론소고”, 강원법학, 창간호, 1987.
 오영근/이상용, “법정형과 선고형의 적정화를 위한 모색”, 양형연구자료집, 한국형사정책연구원, 1996.
 오영근/최석운, “미국의 양형개혁에 대한 고찰”, 형사법학의 과제와 전망(계산 성시탁교수 화갑기념논문집), 1995.
 이다 마코토/도종진(역), “일본 양형법의 개혁 동향”, 한국형사법학회/한국형사정책연구원, 21세기의 형벌과 양형, 2006.
 이병기, “강력범죄의 양형”, 형사정책연구, 제5권 제4호, 1994.
 이상원, “미국의 주 양형제도의 변천과 현황”, 법원행정처, 외국의 양형제도, 2003.
 이상원, “주요 범죄에 대한 각국의 양형 비교”, 법원행정처, 양형제도연구위원회 결과보고 II, 2004.
 이상철, “일본의 판결전조사제도 도입 시도 당시의 논의 내용 및 그 이후의 상황”, 법원행정처, 외국의 양형제도 연구, 2003.
 이승환, “미국 일리노이주의 양형제도”, 법원행정처, 외국의 양형제도, 2003.
 이진국, “회복적 사법이념의 실천방안에 관한 고찰”, 한국형사법학회·한국형사정책연구원, 21세기의 형벌과 양형, 2006.
 이창환, “판결전조사제도의 비교법적 고찰”, 보호, 제12호, 2001.
 이형국, “양형의 원리와 조건에 고찰”, 연세논총, 1986.
 이희기, “영국과 우리나라의 범죄구성요건, 법정형, 선고형의 분석”, 법원행정처, 외국의 양형제도 연구, 2003.
 임상규, “양형의 기본원칙과 양형조건 의 구체화”, 형사법연구, 제22호 특집호, 2004.
 장재영, “판결전조사 전문화 방안”, 보호, 제16호, 2004; 법무부 보호국, 판결전조사 분석 2006, 법무부, 2006.
 정창호, “영국의 판결전고건 양형조사제도”, 법원행정처, 외국의 양형제도 연구, 2003.
 정철호, “양형이론에 대한 고찰”, 형사정책, 제15권 제2호, 2003.
 조국, “영국의 양형지침 개발”, 저스티스, 제73호, 2003.
 조매숙, “양형에 관한 항소심의 기능”, 법원행정처, 양형적정화방안 모색을 위한 토론회 결과보고서, 1995.
 조의연, “21세기 한국의 집행유예제도 - 현상과 문제점, 그리고 개선방안 -”, 한국형사법학회·한국형사정책연구원, 21세기의 형벌과 양형, 2006.
 줄리안 로버츠/김한균(역), “영국의 양형개혁 : 최근의 동향에 대한 고찰”, 한국형사법학회·한국형사정책연구원, 21세기의 형벌과 양형, 2006.
 천진호, “일본의 양형제도”, 법조협회, 각국의 양형제도, 2002.

- 최석윤, “경험적 연구결과에 기초한 양형요소의 분석”, 한국형사법학회·한국형사정책연구원, 21세기의 형벌과 양형, 2006.
-, “판결진조사제도”, 형사정책, 제12권 제2호, 2000.
- 최철환, “영국법상 양형기준제도”, 저스티스, 제89호, 2002.
- 하명호, “독일과 우리나라의 범죄구성요건, 법정형, 선고형의 비교분석”,
- 하태훈, “공판절차 이분론(상)”, 형사정책연구, 제6권 제4호, 1995.
-, “양형기준과 양형과정의 합리화방안”, 형사법연구, 제9호, 1996.
-, “양형합리화를 위한 양형심리절차의 도입”, 한국형사법학회·한국형사정책연구원, 21세기의 형벌과 양형, 2006.
- 홍석범, “영국의 형사소송절차 개관”, 형사재판의 제문제, 제4권, 2003.

<Abstract>

For the Effective Enforcement of the Sentencing Reform Acts

OH, Young Keun

The Korean Committee for the Enforcing the Reform of Criminal Justice System has made the Reform Drafts of the Courts Organization Act, the Criminal Procedure Law and the Probation Act in 2005(These Drafts are called 'the Sentencing Reform Acts' in this article). And those Drafts were submitted to the Parliament in the same year. Among those the Draft of Court Organization Act passed the Parliament in 2006. Even though the Drafts of the Criminal Procedure Law and the Probation Act has not yet passed the Parliament, the basis for sentencing reform has been established.

The purpose of this article is to make some suggestions for enforcing the new systems in the Sentencing Reform Acts more effectively. The contents of this article is as follows.

I. Introduction

The purpose, the research method and the extent of research are described.

II. The Problems of Sentencing Practices and the Contents of the Sentencing Reform Acts

1. The Problems of Sentencing Practices

- (1) The Absence of Concrete Sentencing Guidelines
- (2) Insufficiency of the Presentence Investigation System
- (3) The Abuse of the Sentencing Discretion
- (4) Sentencing Disparity among Crimes
- (5) The Abuse of the Sentencing Discretion by the Appellate Court

(6) The Adoption of the expedients

2. The Contents of the Sentencing Reform Acts

(1) The Reformed Courts Organization Act

(2) The Reform Draft of the Criminal Procedure Law

(3) The Reform Draft of the Probation Act

III. Suggestions for the Effective Enforcement of the Sentencing Reform Acts

1. Sentencing Committee and Sentencing Guidelines

2. Presentence Investigation by the Court and the Prosecutor

IV. Conclusion

*Key Words : Sentencing Reform Acts, Sentencing Guidelines, Sentencing
Committee, Presentence Investigation, Sentencing Investigation
by Prosecutor*

