2025

양형기준 해설

❖ 양형기준 해설 ❖

Ⅰ. 서론 ····· 1
양형기준의 의의 ····· 1
양형기준의 적용범위 ····· 1
양형기준의 효력 ····· 3

Ⅱ. 양형기준의 적용 ····· 4
양형기준의 적용대상 ····· 4
양형기준의 적용방법 ····· 7

Ⅲ. 형종 및 형량 기준 ····· 9
범죄유형 결정 ····· 9
권고 영역 결정 ····· 11
형량범위 결정 ····· 20
다수범죄 처리기준에 따른 형량범위 결정 ····· 26
선고형의 결정 ····· 32

Ⅳ. 집행유예 기준 ····· 33
형종 및 형량 기준과 집행유예 기준 ····· 33
집행유예 참작사유의 구분 ····· 33
집행유예 참작사유의 평가원칙 ····· 36
경합범의 집행유예 기준 ····· 40
집행유예 여부의 결정 ····· 40

Ⅴ. 양형기준 적용 사례(단일범 사건) ····· 41
범죄유형 결정 ····· 41
권고 영역 결정 ····· 42
형량범위 결정 ····· 43
선고형 결정 ····· 43
형의 집행유예 여부 결정 ····· 44

Ⅰ. 서론

01 | 양형기준의 의의

양형은 개인의 신체적 자유, 경제적 자유 등을 직접적으로 제한하고, 나아가 생명까지 박탈하는 중대한 결과를 가져올 수 있다. 이와 같이 양형이 갖는 중요성에 비추어 적정하고 합리적인 양형은 형사재판 전체의 공정성과 신뢰성을 확보하기 위한 필수적 요소에 해당한다.

법관이 합리적인 양형을 도출하는 데 참고할 수 있도록 법원조직법 제8편에 따라 설립된 양형위원회가 설정한 기준이 양형기준이다(법원조직법 제81조의6 제1항).

양형위원회는 양형기준을 설정할 때 '1. 범죄의 죄질 및 범정과 피고인의 책임의 정도를 반영할 것', '2. 범죄의 일반예방 및 피고인의 재범 방지와 사회복귀를 고려할 것', '3. 동종 또는 유사한 범죄에 대하여는 고려하여야 할 양형요소에 차이가 없는 한 양형에 있어 상이하게 취급하지 아니할 것', '4. 피고인의 국적 · 종교 및 양심 · 사회적 신분 등을 이유로 양형상 차별을 하지 아니할 것'이라는 네 가지 원칙을 준수하여야 한다(법원조직법 제81조의6 제2항).

02 | 양형기준의 적용범위

1. 물적 범위

양형기준은 구약식 사건에는 적용되지 않고 구공판 사건, 약식명령청구에 대한 공판절차회부 사건 및 약식명령에 대한 정식재판청구 사건에만 적용된다. 위와 같은 양형기준이 적용되는 사건이라도 벌금형을 선택한 경우에는 선거범죄, 교통범죄, 스토킹범죄, 동물보호법위반범죄를 제외하고는 양형기준이 적용되지 아니한다. 양형기준이 벌금형에 관한 기준을 별개로 또는 징역형과 병행하여 제시하거나, 벌금형 선택을 금지하는 명시적인 지침을 설정하지 않는 한, 벌금형을 선택한 경우에는 양형기준이 적용되지 않게 된다.

양형기준은 미수범에 대해서 적용되지 않는다. 다만 살인미수범에 대해서는 양형기준이 적용된다.

양형기준은 공동정범과 교사범에 대해서도 적용된다. 양형인자표에서 대부

분의 공통되는 특별가중인자로 형법 제34조의 “피지휘자에 대한 교사”를 규정하고 있고, 위증죄에서는 일반가중인자로 “위증을 교사한 경우”를 들고 있는 점에서 양형기준이 교사범에 대하여 적용됨을 전제로 하고 있음을 알 수 있다. 그러나 양형기준은 방조범에 대하여 별도의 기준을 제시하고 있지 않으므로 방조범에 대해서는 적용되지 않는다.

2. 인적 범위

양형기준은 내국인과 외국인을 구분하지 않고 적용한다. 소년범에 대하여 성인범과 동일한 양형기준을 설정하는 것은 소년법의 제정 취지에 비추어 바람직하지 않으므로, 양형기준은 소년이 아닌 성인 피고인에 대해서만 적용한다. 소년법은 19세 미만인 자를 소년으로 정하고 있으므로(소년법 제2조), 결국 양형기준은 공소제기 시에 19세에 도달한 피고인에 대하여 적용하게 된다.

3. 시적 범위

양형기준은 양형기준의 효력이 발생된 이후 법원에 공소제기된 범죄에 대하여 적용된다(양형위원회 운영규정 제20조, 대법원 2010. 5. 27. 선고 2010도2076 판결). 양형기준 시행 이전에 공소제기된 사건은 그 이후에 항소가 제기된 경우에도 항소심에서 양형기준을 적용하지 아니한다. 다만 양형기준이 발효되기 전에 법원에 공소제기된 사건에 관하여 형을 양정할 때 양형기준을 참고자료로 삼았다고 하더라도 피고인에게 불리한 법률을 소급하여 적용한 위법이 있는 것은 아니다(대법원 2009. 12. 10. 선고 2009도11448 판결). 양형기준이 설정되지 않은 범죄로 공소제기되었다가, 양형기준이 설정된 범죄로 공소장이 변경된 경우에도 양형기준을 적용한다. 형사재판 진행 중에 양형기준이 변경된 경우에는 공소제기 시의 양형기준을 적용하는 것을 원칙으로 하되, 공소제기 후 양형기준의 변경에 의하여 대상범죄가 양형기준의 적용대상에서 제외되거나 변경된 양형기준에 의한 권고 형량범위가 종전 양형기준에 의한 권고 형량범위보다 가벼운 경우에는 새로운 양형기준을 적용한다.

양형기준이 설정된 후 법정형이 변경되었으나 양형기준이 수정되지 않은 상태에서 공소제기된 경우 양형기준을 그대로 적용하는 것은 부적절하다. 양형기준이 개정 후 법정형과 양형실무를 반영하여 설정된 것이 아니기 때문이다.

03 | 양형기준의 효력

1. 권고적 효력

양형기준은 법관이 형종을 선택하고 형량을 정함에 있어 참고하여야 하지만, 법적 구속력은 갖지 않는 권고적 기준에 해당된다(법원조직법 제81조의7 제1항 단서). 양형기준은 합리적 양형을 정하는 데 참고할 수 있는 구체적이고 객관적인 기준으로서 마련되었고, 그 내용의 타당성에 의하여 일반적인 설득력을 가지는 것으로 예정되어 있기 때문에 법관은 양형기준을 존중하여야 한다(대법원 2009. 12. 10. 선고 2009도11448 판결). 법관이 양형기준을 벗어난 판결을 하는 경우에는 판결서에 양형의 이유를 적어야 한다(법원조직법 제81조의7 제1항 본문, 제2항 본문). 이 경우 양형기준의 의의, 효력 등을 감안하여 당해 양형을 하게 된 사유를 합리적이고 설득력 있게 표현하는 방식으로 그 이유를 적어야 할 것이다(대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도7410, 2010전도44 판결).

양형기준은 제1심 법관은 물론 항소심 법관도 참작하여야 하지만, 제1심 판결이 양형기준을 준수하여야만 적정한 양형으로 평가받는 것은 아니다. 따라서 제1심 양형이 양형기준을 준수하지 아니하였다고 하여 양형부당의 항소이유가 당연히 인정되는 것도 아니고, 양형기준을 준수하였다고 하여 양형부당을 이유로 한 항소가 금지되는 것도 아니다.

2. 양형기준의 적용과 양형이유의 기재

양형기준은 형종 및 형량 기준과 집행유예 기준으로 구성된다. 형종 및 형량 기준은 범죄군별로 범죄유형을 구분한 다음 각 유형별로 감경, 기본, 가중의 3단계 권고 형량범위를 제시하고 있으므로 법관은 양형기준을 적용함에 있어 해당 범죄유형을 찾아 권고 형량범위를 결정한 다음 최종 선고형을 정하게 된다. 이어 선고형이 3년 이하의 징역 또는 금고에 해당하는 경우에는, 실형이 권고되는 경우, 집행유예가 권고되는 경우, 어느 쪽도 권고되지 않는 경우(실형과 집행유예 중에서 선택 가능)를 구분하고 있는 집행유예 기준에 따라 법관은 집행유예 여부를 결정하게 된다.

양형기준이 모든 사례에 예외 없이 적정하고 합리적인 양형을 제시하는 것은 아니므로 구체적 사안에서 양형기준 설정 시 반영하지 못한 고려 사유가 있

거나 양형기준이 정한 양형인자나 참작사유와는 다른 평가를 하여야 하는 특별한 사정이 있을 수 있다. 이러한 경우 법관은 양형의 이유를 밝히고, 양형기준이 정한 양형 사유의 존부에 따라 자동적으로 정해지는 권고 형량범위에 속하지 않는 형량을 선고하거나, 집행유예 여부에 관하여 양형기준상 권고 내용과 다른 결정을 할 수 있다.

구체적으로 예를 들면, ① 양형기준상 기본영역이 권고됨에도 가중영역을 선택할 경우, ② 양형기준상 집행유예가 권고됨에도 실형을 선택할 경우, ③ 양형기준상 가중영역이 권고됨에도 기본영역을 선택할 경우, ④ 양형기준상 실형이 권고됨에도 집행유예를 선택할 경우가 있을 수 있고, ①과 ④ 또는 ②와 ③ 등과 같이 상호간에 중첩되는 경우도 가능하다. 또한 다수범죄 처리기준에 의해 산출된 형량범위 상한을 초과하는 형을 선고하는 경우, 양형기준이 설정된 범죄와 그렇지 아니한 범죄의 경합범에서 전자의 권고 형량범위 하한에 미달하는 형을 선고하는 경우, 행위자/기타인자–특별가중인자를 행위인자–특별감경인자와 동등하게 평가함으로써 일반적인 양형인자 평가원칙에 따르지 않고 권고 영역을 선택하는 경우, 양형기준상 특별양형인자로 포함되지 아니한 사유를 특별양형인자로 평가하여 권고 영역을 정하는 경우 등도 그 예로 들 수 있다.

II. 양형기준의 적용

01 | 양형기준의 적용대상

1. 범죄군의 분류기준

가. 범죄군 분류의 기본원칙

양형위원회는 모든 범죄에 통일적으로 적용되는 단일한 양형기준을 설정하는 방식이 아닌, 개별 범죄의 특성을 반영하여 범죄군별로 독립적인 양형기준을 설정하는 방식을 채택하였다. 즉 보호법익과 행위태양을 기준으로 유사한 범죄군을 통합하고, 그 범죄군 내에서 다시 범죄의 특수성을 고려하여 개별적인 양형기준을 설정하는 방식을 취하고 있다. 양형위원회는 원칙적으로 형법상 동일한 장에 속하는 범죄를 토대로, 형법 및 형사특별법상 개별구성요건과 범죄의 성격 등을 검토하여 같거나 유사한 성격을 가지는 범죄들을 하나의 범

죄군으로 분류하였다.

따라서 양형기준을 적용하려면 먼저 당해 범죄가 어느 범죄군에 속하는지를 살펴보아야 한다. 다만 양형기준상의 범죄군은 기본적으로 형법 또는 형사특별법에 따른 범죄 분류방식에 기초하고 있으므로 대부분은 구분이 명확하지만 그렇지 않은 경우도 있을 수 있다.

예컨대, 성범죄의 경우 형법 제32장 강간과 추행의 죄를 중심으로 각 범죄의 특수성을 고려하여 기준을 설정하되 유사한 성격의 강도강간죄(제38장 절도와 강도의 죄 중 제339조)와 형사특별법인 청소년성보호법, 성폭력처벌법, 특정강력범죄법, 군형법 상의 성범죄를 하나의 범죄군으로 분류하고 있다.

나. 단일 범죄군내의 유형 분류

또한 범죄군별로 개별적 양형기준을 설정하는 방식이 범죄군마다 하나의 형종 및 형량 기준표만을 제시한다는 의미는 아니다. 단일 범죄군내에서도 유형분류에 따라 수개의 독립된 형종 및 형량 기준표가 제시되기도 한다.

성범죄군의 예를 들면 다음과 같다.

① 일반적 기준의 성범죄{13세 이상 대상 강간죄, 13세 이상 대상 강제추행죄 및 공중밀집장소 추행죄, 13세 이상 장애인, 궁박 청소년 및 19세 이상 피보호 · 피감독자 대상 성범죄, 13세 미만 대상 성범죄(16세 미만 대상 의제강간 등 포함), 군형법상 성범죄}

② 상해의 결과가 발생한 성범죄{13세 이상 대상 상해/치상, 13세 이상 장애인 또는 13세 미만 대상 상해/치상(16세 미만 대상 의제강간 등 포함), 군형법상 성범죄}

③ 사망의 결과가 발생한 성범죄 등에 대한 아홉 가지의 형종 및 형량 기준표가 제시되었다.

2. 양형기준 설정 대상 범죄군의 선정

양형위원회는 국민의 법감정과 국민적인 관심사 뿐만 아니라 범죄의 발생빈도 및 그 사회적 영향 정도 등 다양한 요소들을 고려하여 아래 표와 같이 양형기준을 설정할 대상 범죄군을 선정하였다.

양형위원회	설정대상 범죄군
제1기	살인범죄군, 뇌물범죄군, 성범죄군, 강도범죄군, 횡령 · 배임범죄군, 위증범죄군, 무고범죄군
제2기	약취 · 유인범죄군, 사기범죄군, 절도범죄군, 공문서범죄군, 사문서범죄군, 공무집행방해범죄군, 식품 · 보건범죄군, 마약범죄군
제3기	증권 · 금융범죄군, 지식재산권범죄군, 폭력범죄군, 교통범죄군, 선거범죄군, 조세범죄군, 공갈범죄군, 방화범죄군
제4기	배임수증재범죄군, 변호사법위반범죄군, 성매매범죄군, 체포 · 감금 · 유기 · 학대범죄군, 장물범죄군, 권리행사방해범죄군, 업무방해범죄군, 손괴범죄군, 사행성 · 게임물범죄군
제5기	근로기준법위반범죄군, 석유사업법위반범죄군, 과실치사상범죄군, 도주 · 범인은닉범죄군, 통화 · 유가증권 · 부정수표단속법위반범죄군, 대부업법 · 채권추심법위반범죄군
제6기	명예훼손범죄군, 유사수신행위법위반범죄군, 전자금융거래법위반범죄군
제7기	디지털 성범죄군, 주거침입범죄군, 환경범죄군
제8기	관세범죄군, 정보통신망 · 개인정보 범죄군, 교통범죄 벌금형
제9기	스토킹범죄군, 동물보호법위반범죄군

3. 적용 대상범죄

동일 범죄군에 속하는 모든 범죄가 양형기준의 적용 대상이 되는 것은 아니다.

양형위원회는 다음의 사항을 고려하여 대상 범죄군에 속하는 개별 범죄 중에서도 일정 범위의 범죄만을 양형기준의 우선 적용 대상범죄로 선정하였다.

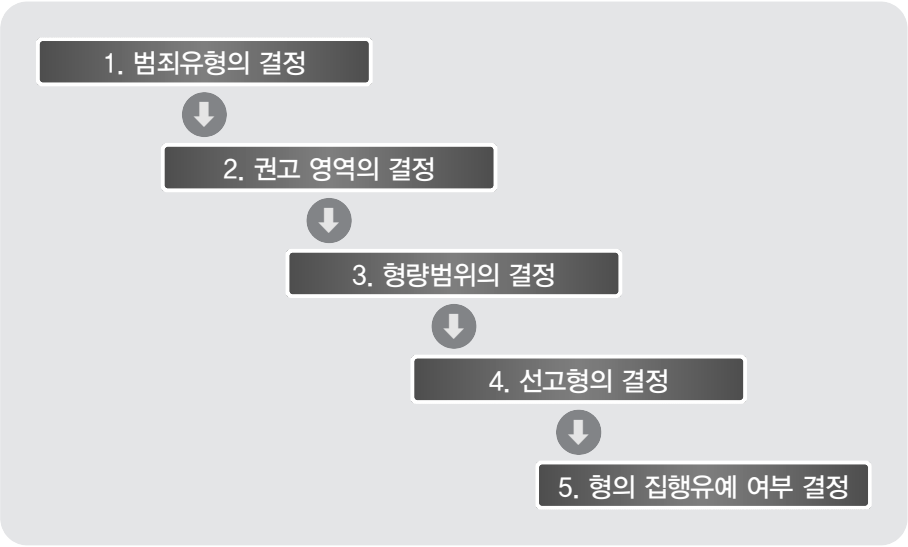
① 양형기준 시행 초기부터 특정 범죄군에 속하는 모든 범죄에 대하여 양형기준을 설정함에 있어서 수반되는 현실적 제약

② 발생빈도가 극히 낮은 범죄의 경우 양형통계에 기초한 형량범위의 설정이나 양형인자 추출 등의 곤란

③ 주된 선고형이 벌금형 이하인 경우 등

따라서 양형기준을 적용하려면 당해 범죄가 속한 범죄군에 대하여 양형기준이 설정되어 있는지 여부, 그리고 양형기준이 설정되어 있다면 그 범죄군 내에서 구체적으로 어떤 구성요건에 대하여 양형기준이 적용되는지 등을 살펴보아야 한다.

02 | 양형기준의 적용방법



양형기준은 다음과 같은 방법으로 적용된다.

1. 범죄유형의 결정

당해 범죄에 적용할 양형기준이 정해지면, 그 범죄가 어느 유형에 속하는지를 결정하여야 한다. 양형기준은 각 유형에 관하여 상세히 정의하고 있으므로 그에 따라 해당 유형을 결정하면 된다.

2. 권고 영역의 결정

양형기준은 범죄유형별로 3단계 권고 형량범위를 제시하고 있으므로 특별양형인자의 존부를 확인하여 이를 비교·평가한 후에 감경, 기본, 가중영역 중에 하나를 선택한다.

3. 형량범위의 결정

권고 영역이 결정되면 각 형종 및 형량 기준표에서 제시된 구간을 형량범위의 기본으로 한다. 다만 아래와 같은 사유를 고려하여 형량범위가 결정된다.

가. 특별조정

특별양형인자가 복수로 존재하는 등의 사유가 있으면 권고 형량범위의 특별조정이 가능하다. 특별조정이란 특별가중인자 또는 특별감경인자가 일방만 복수로 존재하거나 어느 한 쪽이 복수로 많은 경우 양형기준에서 권고하는 형량범위의 하한을 감경하거나 상한을 가중하는 것이다.

나. 서술식 양형기준

특정범죄군은 그 필요성에 의하여 서술식 양형기준을 추가하였다. 서술식 양형기준이란 양형기준표나 양형인자표 하단에 ▷ 표시로 기재되어 있는 것으로, 필요에 따라 형량범위의 상한과 하한을 몇 배로 가중하거나 감경할 수 있다.

다. 법률상 처단형

양형기준이 권고하는 형량범위가 법률상 가중 · 감경에 의한 처단형 범위를 벗어나는 경우에는 법률상 처단형의 상한 또는 하한에 따른 조정을 한다. 따라서 양형기준이 권고하는 형량범위의 하한이 법률상 처단형의 하한보다 낮은 경우에는 법률상 처단형의 하한이 기준이 된다.

라. 다수범죄 처리기준

형법상으로는 형량범위를 결정함에 있어서 누범가중, 법률상 감경, 경합범가중, 정상참작감경의 순으로 고려하여야 하지만, 양형기준은 이러한 요소들의 일부를 양형인자로 반영하였다. 경합범의 경우에는 원칙적으로 형법총칙상의 경합범가중 규정과 구별되는 다수범죄 처리기준을 별도로 두고 있다.

4. 선고형의 결정

위와 같은 과정을 거쳐 형량범위가 결정되면 법관은 구체적 사안에 적합한 선고형을 정하면 된다. 이때 일반양형인자는 물론, 특별양형인자도 종합적으로 고려하여야 하고, 양형기준에서 제시되지 않은 다양한 일반양형인자도 양형에 반영하는 것이 합리적이라고 판단되는 경우에는 종합적으로 고려하여야 한다.

5. 형의 집행유예 여부 결정

3년 이하의 징역 또는 금고가 선고형으로 정해지면, 법관은 그 형의 집행유예 여부를 결정한다. 양형기준은 형종 및 형량 기준과 함께 집행유예 기준도 제시하고 있는데, 주요참작사유를 비교하여 일정한 경우에 실형이나 집행유예를 권고할 수 있도록 하였다.

이하에서는 형종 및 형량 기준과 집행유예 기준으로 나누어 보다 상세히 설명하기로 한다.

Ⅲ. 형종 및 형량 기준

01 | 범죄유형 결정

1. 범죄유형 분류

가. 범죄유형 분류의 필요성

양형기준은 동일한 범죄군에 속한 범죄들을 일정한 기준에 따라 여러 가지 범죄유형으로 분류하고 동일한 범죄유형에 대하여 같은 형량범위를 권고하는 방식을 취하고 있다. 따라서 양형기준이 적정한 형량범위를 권고하기 위해서는 범죄유형이 적절하게 분류되어야 한다.

범죄유형 분류는 본질적으로 유사한 범죄들은 동일하게, 유사하지 않은 범죄들은 다르게 취급함으로써 양형기준의 단순성을 추구하면서도 개별 범죄의 특성을 양형기준에 반영시키고, 범죄유형별 권고 형량을 합리적인 범위로 세분화함으로써 양형의 예측가능성을 높이고 양형기준의 지침적 기능을 보장하기 위해서 필요하다.

범죄유형 간에도 형량범위가 중첩되는 경우가 있으므로 상위 유형에 속하는 사안이 하위 유형에 속하는 사안보다 반드시 무거운 처벌을 받게 된다고 볼 수는 없다. 그러나 유사한 양형이 이루어져야 할 범죄들을 하나의 유형으로 묶어 책임의 경중을 구분한다는 의미에서 유형 분류 자체가 어느 정도 양형지도적 기능을 수행한다고 볼 수 있다.

나. 범죄유형 분류의 원칙

양형기준은 개개의 구성요건별, 양형인자별 또는 사례별로 형량범위를 제시

하는 대신 범죄유형이라는 구분 개념을 설정한 다음 해당 유형별로 형량범위를 제시하고 있다.

형사실체법상의 구성요건은 범죄의 성립요건을 정함과 동시에 가능한 처단형의 한계를 정하는 기능을 하므로 양형기준이 이를 참조하여야 함은 당연하지만, 구체적인 양형요소를 기준으로 보다 세분화된 형량범위를 제시하는 것을 목표로 하는 양형기준으로서는 개별 구성요건에 얽매이지 않는 유형 분류를 할 필요가 있다.

예를 들어, 살인범죄에 있어서는 범행동기와 수법이 극히 다양하여 같은 살인죄라고 하더라도 죄책이 상대적으로 낮은 사안부터 극한 형벌이 부과되어야 할 사안까지 넓게 분포한다. 양형기준이 이러한 차이를 반영할 수 있는 적정한 형량범위를 제시하려면 살인죄라는 동일한 구성요건에 속한 범죄를 일정한 기준에 따라 몇 가지 유형으로 구분하는 것이 필요하다. 살인범죄의 양형기준은 살인죄를 범행의 동기에 따라 제1유형(참작 동기 살인), 제2유형(보통 동기 살인), 제3유형(비난 동기 살인), 제4유형(중대범죄 결합 살인), 제5유형(극단적 인명경시 살인)으로 구분하고 있다.

성범죄의 양형기준은 살인범죄의 양형기준과는 매우 다른 접근방식을 취하고 있다. 즉 성범죄의 양형기준은 범죄행위의 특성이 유사하거나 권고 형량범위가 비슷한 여러 구성요건을 묶는 방식으로 유형을 구분하고 있다. 이러한 접근법의 차이는 우리나라 형사실체법상 구성요건 규정 방식의 차이에서 비롯된 것이다. 살인죄의 경우에는 다양한 살인 형태에도 불구하고 구성요건을 세분화하고 있지 않은 반면, 성범죄의 경우에는 범죄내용, 범행대상, 범행방법, 결합범 여부, 결과적 가중범 여부 등에 따라 구성요건을 다양하게 세분화하고 있다. 결국 성범죄 양형기준은 입법자에 의해 이미 세분화된 다양한 구성요건들을 징역형 3년 이상, 5년 이상, 7년 이상, 10년 이상 등 책임의 경중이 동일하거나 유사한 것들끼리 묶어 주는 방식을 취하였다.

다. 범죄유형 분류의 기준

모든 범죄군에 일률적으로 적용되는 범죄유형 분류의 원칙이나 기준은 존재하지 않는다. 범죄군별 유형 분류의 기준은 범죄군에 따라 범행동기 및 목적, 범행수단, 행위태양, 피해자의 연령, 결합되는 범죄의 내용, 상습성, 전과, 이득액 등으로 다양하게 개별화되어 있다. 양형기준의 유용성을 높이기 위해서는 유사한 속성을 가지거나 유사한 형사책임을 지우는 것이 합당한 범죄들을

하나의 유형 내에 포함시킬 필요가 있는데, 그와 같은 유형 분류를 하기 위해서는 개별 범죄군의 특성이 충분히 반영되도록 하는 다양한 분류기준을 채택하지 않을 수 없다.

양형기준은 기본적으로 해당 범죄군에 속한 범죄들의 양형 과정에서 매우 중요하게 고려되는 양형요소를 기준으로 유형을 분류하고 있다. 특별구성요건이 양형 과정에서 중요한 가중 · 감경요소로 참작될 수 있음은 물론이지만, 반드시 유형 분류의 기준이 된다고 보기는 어렵다. 그것이 유력한 양형요소에 해당되더라도 전체적인 양형기준에 적용될 만한 일관성 있는 분류 기준으로 삼을 수 없는 경우도 있고, 보다 중요한 분류 기준이 존재하는 경우도 있기 때문이다.

2. 범죄유형 결정

구체적 범죄의 양형 과정에서 형종 및 형량의 기준을 참고하기 위해 먼저 범죄유형을 결정해야 한다. 예를 들어, 살인범죄 양형기준에는 위에서 본 바와 같이 제1유형(참작 동기 살인)부터 제5유형(극단적 인명경시 살인)까지 5개의 유형이 있다. 그러므로 양형기준을 적용하고자 하는 구체적 살인범죄가 5개의 유형 중 어디에 해당하는지 결정해야 한다. 양형기준은 각 범죄군마다 [유형의 정의]를 두어 각 유형이 어떤 경우를 의미하는지 기술하고 있다. 양형기준상의 [유형의 정의]를 참고하여 범죄유형을 결정한다.

예를 들어, 배우자를 살해한 경우라도 의처증 또는 의부증으로 배우자를 살해하거나 배우자에 대한 불만으로 배우자를 살해한 때에는 가정불화로 인한 살인에 해당하여 제2유형의 보통 동기 살인이 되나, 불륜관계 유지를 위해 배우자를 살해한 때에는 금전, 불륜, 조직이익 목적 살인에 해당하여 제3유형의 비난 동기 살인이 된다.

02 | 권고 영역 결정

1. 양형인자의 구분

양형인자는 ① 다양한 양형인자의 기본적인 성격(행위인자, 행위자인자/기타인자), ② 책임의 경중에 영향을 미치는 내용(가중인자, 감경인자), ③ 그 정도(특별양형인자, 일반양형인자)에 따라 구분된다.

양형인자를 수치화, 계량화할 경우 양형의 예측가능성을 높일 수 있는 반면, 다양한 양형인자들을 일률적으로 취급하는 객관적인 기준을 제시하기 어려울 뿐만 아니라 양형 결정 과정이 획일화됨으로 인하여 구체적으로 타당한 양형을 실현하기 어려운 문제점이 있다.

이에 따라 양형위원회는 다양한 양형인자들을 구분함으로써 양형인자를 수치화 또는 계량화하지 않으면서도 양형인자와 양형의 상관관계를 양형기준에 합리적으로 반영하고, 양형의 객관적 논증이 가능하도록 하였다.

양형기준은 양형인자를 먼저 감경인자와 가중인자로 구분한 다음 양형에 미치는 영향력을 고려하여 특별양형인자와 일반양형인자로 나누고 이를 다시 행위인자와 행위자/기타인자로 세분하고 있다.

가. 가중인자와 감경인자

먼저, 양형인자는 가중인자와 감경인자로 구분된다. 가중인자는 책임을 증가시키는 역할을 하는 인자를 말하고, 감경인자는 그와 반대로 책임을 감소시키는 역할을 하는 인자를 말한다.

양형위원회는 과거 양형실무에 대한 통계분석에 기초하면서 적절한 규범적 조정을 거쳐 법관이 양형 과정에서 고려하여야 할 가중인자와 감경인자를 선정하여 분류하였다.

나. 특별양형인자와 일반양형인자

양형인자는 특별양형인자와 일반양형인자로 구분된다. 특별양형인자는 당해 범죄유형의 형량에 큰 영향력을 갖는 인자로서 권고 영역을 결정하는 데 사용되는 인자를 말한다. 일반양형인자는 그 영향력이 특별양형인자에 미치지 못하는 인자로서 권고 영역을 결정하는 데에는 사용되지 못하고, 결정된 권고 형량범위 내에서 선고형을 정하는 데 고려되는 인자를 말한다.

예컨대, 특별가중인자가 1개 존재하고 일반감경인자가 다수 존재하더라도 특별양형인자만을 기준으로 가중영역을 선택하여야 한다. 특별양형인자는 권고 영역을 결정하는 역할을 담당하는 것은 물론이고, 결정된 권고 영역 내에서 선고형을 정하는 경우에도 일반양형인자와 함께 종합적으로 고려된다는 점을 유의하여야 한다.

위와 같이 특별양형인자만이 권고 영역을 결정하는 역할을 담당하게 되므로, 어떤 인자를 특별양형인자로 설정할 것인지는 극히 중요한 문제이다. 양

형위원회는 양형실무에 대한 통계분석을 토대로 입법자의 의사, 국민의 양형에 대한 인식, 양형정책적 고려 등을 심도 있게 검토하여 특별양형인자를 추출하였다.

다만 범죄군별로 개별적인 양형기준을 설정하는 이상 특별양형인자와 일반양형인자의 구별이 모든 범죄군에서 절대적일 수는 없으므로 어떤 범죄군에서 특별양형인자로 취급된 양형요소가 다른 범죄군에서는 일반양형인자로 취급되는 경우가 발생할 수 있다.

또한, 특별양형인자와 일반양형인자의 구별이 반드시 명확한 것은 아닌데, 그로 인한 문제점은 위에서 본 바와 같이 권고 영역간 형량범위의 중첩을 통해 보완하도록 하였다.

다. 행위인자와 행위자/기타인자

양형인자는 다시 행위인자와 행위자/기타인자로 구분된다. 뒤에서 보는 양형인자의 평가원칙에 따르면, 같은 특별양형인자 상호간에는 행위인자를 행위자/기타인자보다 중하게 고려하도록 되어 있는데, 이는 양형의 대원칙인 '행위책임의 원칙'이 실현되도록 행위인자를 다른 인자보다 우월하게 평가하도록 한 것이다.

양형기준은 범죄행위 자체에 관련되는 요소를 행위인자로, 범죄행위가 아닌 피고인 자신에 관련되는 요소 및 범행 후의 정황에 관련되는 요소 등을 행위자/기타인자로 분류하고 있다.

예컨대, 계획적 범행, 잔혹한 범행수법 등은 행위인자로, 처벌불원, 자수, 상당 금액 공탁, 전과 등은 행위자/기타인자로 분류하였다. 다만 행위인자와 행위자/기타인자의 구별이 반드시 명확한 것은 아니다.

라. 양형인자표에 열거되지 아니한 양형인자

특별양형인자는 권고 영역을 결정하는 요소로서 양형기준이 제시한 것으로 한정된다. 따라서 개별 사안에서 어떠한 특별양형인자 못지 않게 중요한 양형요소가 있다고 하더라도 그것이 양형기준에서 제시된 것이 아니라면 특별양형인자에 준하여 취급할 수 없다.

만일 위와 같은 양형요소를 배제한 양형기준상 권고 영역의 형량범위가 당해 사안에 적절하지 않다고 판단된다면 법관은 그러한 양형요소의 존재를 이유로 양형기준을 벗어난 양형을 할 수 있을 것이다. 양형위원회는 양형기준에

반영되지 않은 것으로서 양형실무에서 반복적으로 인정되는 특수하고 전형적인 양형요소가 있을 경우 양형기준을 개정하여 그것을 특별양형인자로 반영하게 될 것이다.

반면 일반양형인자는 권고 영역의 형량범위 내에서 양형에 영향을 미치는 요소로서 양형기준이 제시한 것으로 한정되지 않는다. 권고 영역을 결정하는 요소와는 달리 권고 형량범위 내에서 고려하는 요소에는 특별한 제한을 두기 어렵기 때문이다.

양형기준이 일반양형인자를 예시한 이유는 해당 범죄유형의 전형적인 양형인자가 양형심리과정에서 누락되는 것을 방지하고, 검사와 피고인의 양형인자에 관한 공방을 활성화하며, 다양한 양형인자에 대한 법관의 종합평가를 용이하게 하기 위해서이다.

마. 법률상 가중 · 감경사유인 양형인자와 정상참작감경사유인 양형인자

형법은 양형인자를 법률상 가중 · 감경사유와 정상참작감경사유로 구분하고 있지만 양형기준은 그와 같은 구분에 따라 양형인자의 적용을 달리 정하고 있지 않다.

즉 법률상 가중 · 감경사유와 특별양형인자를 동일하게 취급해서는 안 된다. 일반적으로 법률상 가중 · 감경사유가 중요한 양형요소라고 할 수 있지만, 개별 범죄별로 구체적으로 살펴보면 보다 중요한 양형요소가 법률상 가중 · 감경사유가 아닌 정상참작감경사유의 형태로도 존재할 수 있다.

따라서 법률상 가중 · 감경사유인 양형인자가 모두 특별양형인자로 분류되는 것이 아니고 특별양형인자 중에는 정상참작감경사유인 양형인자도 많이 포함되어 있다.

2. 양형인자의 존부 확정

양형기준은 범죄군과 범죄유형에 따라 양형인자를 구분해 놓았고, 특별양형인자에 따라 권고 영역에 따른 형량범위가 산출되며, 권고 형량범위 내에서 선고형을 결정하는 구조로 되어 있다.

따라서 당해 사건에서 양형인자가 존재하는지 여부를 확정하는 것이 권고 영역 및 형량범위 결정, 나아가 선고형을 결정하는 출발점이 된다. 특히, 권고 영역은 특별양형인자를 고려하여 결정되므로 당해 사건에서 특별양형인자의 존부를 확정하는 것이 양형기준의 적용과정에서 매우 중요한 부분을 차지하게 된다.

법관은 충분한 양형심리를 통해 양형자료를 조사 · 평가하여 양형인자의 존부를 확정하여야 한다. 양형심리를 통해 복수의 특별양형인자가 존재하는 것으로 확정되었다면, 양형인자의 평가를 통해서 권고 영역을 결정하게 된다.

양형인자의 개수 산정과 관련하여 유의할 점은, 양형인자표상 "●"로 구분되어 있는 것을 기준으로 개수를 산정하여야 한다는 것이다. 따라서 하나의 "●" 내에 여러 가지 인자가 나열되어 있는 경우 그 중 하나 이상에 해당하더라도 한 개의 양형인자로 산정하여야 한다.

예를 들면, 강간죄(13세 이상 대상)의 특별양형인자 중 하나인 "● 가학적 · 변태적 침해행위 또는 극도의 성적 불쾌감 증대"의 경우 "가학적 · 변태적 침해행위"에 해당하면서 동시에 "극도의 성적 불쾌감 증대"에 해당하더라도 특별양형인자는 2개가 아닌 1개에 해당하는 것으로 산정하여야 한다.

3. 양형인자의 평가 원칙

가. 양형인자 평가원칙의 필요성

양형인자의 평가원칙을 제시하지 않을 경우 평가기준의 부재로 인하여 양형기준이 양형의 지침으로서의 역할을 제대로 수행하지 못하게 될 우려가 있다. 따라서 모든 사안에서 수리적으로 답이 도출되는 기계적인 평가원칙까지는 수립하지 않더라도 대부분의 사안에서 합리적인 형량범위를 결정해 줄 수 있는 객관적인 평가원칙을 수립할 것이 요청된다.

나. 양형인자 평가원칙의 개요

먼저 특별양형인자는 일반양형인자에 비하여 양형에 대한 영향력이 큰 인자로서 일반양형인자보다 중하게 고려된다. 앞에서 언급한 것처럼 특별양형인자는 3단계 권고 영역 자체를 변동시킬 수 있도록 한 반면, 일반양형인자는 결정된 권고 영역 내에서 선고형을 정할 때 고려되도록 함으로써 양자의 영향력과 그에 따른 역할을 구분하였다.

양형기준은 아래와 같은 복수 특별양형인자 평가원칙을 마련하고 있다.

복수 특별양형인자(살인범죄 양형기준)

복수의 특별양형인자가 있는 경우에는 아래와 같은 원칙에 따라 평가한 후 그 평가 결과에 따라 형량범위의 변동 여부를 결정한다.

① 같은 숫자의 행위인자는 같은 숫자의 행위자/기타인자보다 중하게 고려한다. 다만 처벌을 원하지 않는 피해자 또는 유족의 의사는 행위인자와 동등하게 평가할 수 있다.

② 같은 숫자의 행위인자 상호간 또는 행위자/기타인자 상호간은 동등한 것으로 본다.

③ 위 ①, ② 원칙에 의하여도 형량범위가 확정되지 않는 사건에 대하여는 법관이 위 ①, ② 원칙에 기초하여 특별양형인자를 종합적으로 비교 · 평가함으로써 형량범위의 변동 여부를 결정한다.

평가원칙은 크게 두 가지로 요약할 수 있다.

하나는 '행위인자 우월 원칙'이고, 다른 하나는 '같은 성격의 특별양형인자 동등 원칙'이다.

즉 양형의 대원칙인 '행위책임의 원칙'을 실현하기 위해 원칙적으로 행위인자를 행위자/기타인자보다 중하게 취급하고, 같은 행위인자 상호간 또는 같은 행위자/기타인자 상호간에는 특별감경인자와 특별가중인자를 동등하게 보아 개수를 기준으로 상쇄되도록 하였다.

다만 살인, 성범죄, 강도, 횡령 · 배임, 약취 · 유인 · 인신매매, 사기, 절도 등에 있어서는 행위자/기타인자 중 피해자 또는 유족의 '처벌불원'을 행위인자와 동등하게 평가할 수 있도록 하는 예외를 인정하였는데, 이는 피해 회복을 통해 피해자 보호라는 형사정책적 목적을 달성하기 위한 것이다.

양형인자를 수치화 또는 계량화하지 않은 이상 위와 같은 평가원칙에 의하여 모든 사안의 형량범위가 절대적으로 결정되는 것은 아니다. 또 행위인자 우월 원칙의 적용 결과 가중적 구성요건에 해당하는 범죄에 대한 권고 형량범위가 기본적 구성요건에 해당하는 범죄에 대한 권고 형량범위보다 더 낮아지는 권고형량의 불균형 문제가 발생하기도 한다. 복수 특별양형인자의 평가원칙에 의하여 합리적인 형량범위가 확정되지 않는 예외적인 경우에는 양형을 담당하는 법관이 다양한 양형인자를 종합적으로 평가하여 최종적으로 형량범위를 정하게 된다.

양형인자에 대한 평가 결과 가중요소가 큰 경우에는 가중적 형량범위를, 감경요소가 큰 경우에는 감경적 형량범위를, 가중요소와 감경요소가 동등한 경우에는 기본적 형량범위를 선택할 것을 권고한다.

다. 양형인자 평가원칙의 구체적 적용방법

양형인자 평가원칙에 의하면, 특별감경인자가 많거나 중할 경우에는 감경영역이, 특별가중인자가 많거나 중할 경우에는 가중영역이 권고된다.

또한, 행위인자 우월 원칙에 따라 동수의 행위인자인 특별감경인자와 행위자/기타인자인 특별가중인자가 있을 경우에는 감경영역이, 동수의 행위인자인 특별가중인자와 행위자/기타인자인 특별감경인자가 있을 경우에는 가중영역이 권고된다.

특별감경인자와 특별가중인자가 모두 없는 경우, 양자가 동수이고 그 성격도 같은 경우에는 기본영역이 권고된다.

구체적인 평가방법을 설명하면 다음과 같다.

우선, '행위인자–특별감경인자'와 '행위인자–특별가중인자'의 수를 비교하여 서로 상쇄하고 남은 특별양형인자의 수를 구하고, '행위자/기타인자–특별감경인자'와 '행위자/기타인자–특별가중인자'의 수를 비교하여 서로 상쇄하고 남은 특별양형인자의 수를 구한다.

그후, 남은 특별양형인자의 수에 따라 다음과 같이 평가한다.

① 남은 특별양형인자가 없을 경우에는 기본영역이 권고된다.

② 남은 특별양형인자에 가중인자와 감경인자가 섞여 있지 않을 경우의 판단방법은 다음과 같다.

남은 특별양형인자가 가중인자일 때에는 가중영역이 권고되고, 남은 특별양형인자가 감경인자일 때에는 감경영역이 권고된다.

유의할 부분은, 뒤에서 보는 형량범위의 특별 조정에 따라 남은 특별감경인자의 수가 2개 이상일 때에는 감경영역 하한의 1/2을 낮춘 것이 권고 형량범위가 되고, 남은 특별가중인자의 수가 2개 이상일 때에는 가중영역 상한의 1/2을 높인 것이 권고 형량범위가 된다는 점이다.

예컨대, 감경영역이 '2년 – 4년'이고 남은 특별감경인자가 2개 이상일 경우에는 '1년 – 4년'이 권고 형량범위가 되고, 가중영역이 '4년 – 6년'이고 남은 특별가중인자가 2개 이상일 경우에는 '4년 – 9년'이 권고 형량범위가 된다. 이 경우 남은 특별양형인자가 행위인자인지, 행위자/기타인자인지는 불문한다.

③ 남은 특별양형인자에 가중인자와 감경인자가 섞여 있을 경우의 판단방법은 다음과 같다.

ⅰ) '행위인자–특별감경인자'와 '행위자/기타인자–특별가중인자'가 있을 경우에는 '행위인자–특별감경인자'가 많거나 동수일 때 감경영역이 권고된다.

같은 숫자의 행위인자와 행위자/기타인자 상호간에는 행위인자가 중하게 고려되어야 한다는 원칙이 적용되기 때문이다. '행위인자-특별감경인자'가 2개 이상 많을 경우에는 권고 영역 하한의 1/2을 낮추어 형량범위를 정함은 앞에서 설명한 바와 같다.

ii) 반면 '행위자/기타인자-특별가중인자'가 많을 때에는 특별양형인자를 종합적으로 비교 · 평가하여 감경영역, 기본영역, 가중영역 중에서 적정하다고 판단되는 영역이 권고 영역이 된다. '행위자/기타인자-특별가중인자'의 수가 2개 이상 많더라도 마찬가지이다. 즉 가중영역이 권고되거나 그 권고 영역 상한의 1/2을 높여 형량범위를 정하는 것도 아니다.

'행위자/기타인자-특별감경인자'와 '행위인자-특별가중인자'가 있을 경우에도 동일한 방법으로 권고 영역을 정한다. 즉 '행위인자-특별가중인자'가 많거나 동수일 때에는 가중영역이 권고되고, '행위자/기타인자-특별감경인자'가 많을 때에는 특별양형인자를 종합적으로 고려하여 권고 영역을 정한다.

특별양형인자의 개수가 동일한 경우

[형량범위 결정 사례]

(1) 제1사례

구분	감경	가중
행위	피해자 유발(강함)	존속인 피해자
행위자/기타		

- 위 사례의 경우 행위인자인 특별가중인자와 행위인자인 특별감경인자가 각각 1개씩 존재하고, 같은 성격의 특별양형인자 동등 원칙에 의하여 같은 행위인자인 '피해자 유발(강함)'과 '존속인 피해자'가 상쇄되므로, 기본영역을 선택

(2) 제2사례

구분	감경	가중
행위		존속인 피해자
행위자/기타	자수	

- 위 사례의 경우 특별가중인자와 특별감경인자가 각각 1개 존재하나, 행위책임 원칙에 의하여 행위인자를 행위자/기타인자보다 중하게 평가하여야 하므로 행위인자인 '존속인 피해자'를 보다 중하게 고려하여 가중영역을 선택
- 만약 위 사례에서 특별감경인자로 '자수'가 아닌 '처벌불원'이 존재하고, 해당 기준에서 피해회복을 통한 피해자 보호라는 형사정책적 측면을 고려하여 '처벌불원'을 행위인자와 동일하게 평가할 수 있도록 하고 있는 경우라면 가중영역이 아닌 기본영역을 선택 가능

(3) 제3사례

구분	감경	가중
행위	과잉방위, 미필적 살인의 고의	계획적 살인 범행
행위자/기타		특정강력범죄(누범)

- 위 사례의 경우 특별가중인자와 특별감경인자가 각각 2개 존재하나, 행위인자인 '과잉방위(또는 미필적 살인의 고의)'와 '계획적 살인 범행'은 상쇄되고, 남은 인자인 '미필적 살인의 고의(또는 과잉방위)'와 '특정강력범죄(누범)'의 경우 행위책임 원칙에 의하여 행위인자인 전자가 중하게 고려되므로 감경영역을 선택

특별양형인자의 개수가 상이한 경우

(1) 제1사례

구분	감경	가중
행위	피해자 유발(강함)	
행위자/기타	청각 및 언어 장애인	반성 없음

- 위 사례의 경우 행위자/기타인자인 '청각 및 언어 장애인'과 '반성 없음'은 상쇄되나, '피해자 유발(강함)'이 특별감경인자로 남아 있으므로 감경영역을 선택
  ☞ 행위책임 원칙에 의하여 행위인자인 '피해자 유발(강함)'을 행위자/기타인자인 '반성 없음'보다 중하게 고려하고, 여기에 '청각 및 언어 장애인'이라는 특별감경인자가 추가로 존재하여 감경영역을 선택하였다는 설명도 가능

(2) 제2사례

구분	감경	가중
행위		계획적 살인 범행
행위자/기타	청각 및 언어 장애인, 자수	

- 위 사례의 경우 행위인자인 '계획적 살인 범행'은 행위자/기타인자인 '청각 및 언어 장애인' 또는 '자수'와 비교하여 개별적으로는 중하게 고려되나, 행위자/기타인자가 행위인자보다 많아 평가원칙만으로는 바로 3단계 형량범위 중 특정 영역이 결정되지 않음
- 이 경우 법관은 특별양형인자의 영향력을 종합적으로 평가하여 3단계 형량범위 중 특정 영역을 결정

03 | 형량범위 결정

1. 형량범위의 결정 과정

양형기준에 의한 최종 형량범위의 결정은 각 유형별로 제시된 3단계 권고영역 중 하나를 선택한 다음 이를 조정하는 과정을 거쳐 이루어진다. 구체적으로, ① 양형인자의 존부 확정 → ② 복수 특별양형인자의 평가 → ③ 형량범위의 특별 조정 및 서술식 기준 적용 → ④ 다수범죄 처리기준 적용의 순으로 진행된다. 이는 형사실체법에 따른 처단형의 도출 과정과는 다르므로, 뒤에서 보는 바와 같이 양형기준상 권고 형량범위와 법률상 처단형의 관계에 따른 형량범위의 추가 조정이 필요한 경우도 있다.

2. 형량범위의 설정 근거 및 내용

가. 형량범위의 설정 근거

양형기준은 전형적 사건에 대한 객관적이고 합리적인 지침을 제공하는 역할을 하여야 한다. 따라서 양형위원회는 양형실무에 대한 통계분석을 기초로 원칙적으로 종전 양형실무의 70% 내지 80%를 반영하여 형량범위를 설정하였다. 다만 양형실무에 대한 개선 의견이 높고, 보다 엄정한 양형을 바라는 국민적 공감대가 형성되어 있는 범죄 및 법정형이 상향 조정된 범죄에 관해서는 형량범위를 설정할 때 적절한 규범적 조정이 이루어졌다.

나. 권고 영역과 형량범위

양형기준은 범죄군을 여러 유형으로 분류하고, 각 유형에 상응하는 일정한 형량범위를 부여하였다. 예컨대, 살인범죄군의 제1유형에 속한 범죄에 대하여는 '징역 3년 – 8년'이라는 형량범위가 제시된다.

이와 같이 유형 분류만으로도 형량범위가 전체 법정형 범위 내에서 일정한 구간으로 제한되지만, 양형기준은 이에 그치지 않고 각 유형의 형량범위를 다시 감경영역, 기본영역, 가중영역이라는 3단계 권고 영역으로 나눈 다음 각 사안별로 존재하는 구체적인 양형인자를 비교 · 평가하는 방법으로 3단계 권고 영역 중 적정한 영역을 선택하도록 하고 있다. 이를 통해 양형기준의 지침적 기능과 양형의 예측가능성을 보다 강화하였다.

다. 형량범위의 중첩

1) 개념

양형기준이 제시하는 형량범위는 같은 범죄유형 내의 3단계 권고 영역 사이에서 중첩된다. 양형기준에 의하면, 특별양형인자의 존부 확인 및 그에 대한 평가를 통하여 범죄유형별 권고 영역이 기계적으로 결정되므로 양형기준의 객관성이 증대되는 반면, 그와 같은 과정에서 일반양형인자의 영향력이 전혀 고려되지 않고, 각 사안별로 존재하는 특별양형인자의 중대성의 차이가 제대로 반영되기 어려워 개별 사안에서 구체적 타당성이 있는 양형이 곤란하게 될 우려가 있다. 이러한 단점을 보완하기 위하여 양형기준은 권고 영역 사이에 형량범위가 일정 부분 중첩되도록 하고 있다.

2) 권고 영역 사이의 형량범위의 중첩

권고 영역 사이의 형량범위의 중첩은 특별양형인자만으로 권고 영역을 결정함으로 인한 불합리, 나아가 특별양형인자와 일반양형인자의 엄격한 구별이 곤란한 문제점을 보완하고, 복수의 특별양형인자가 존재하는 경우 양형인자 상호간의 영향력이 양형에 적절하게 반영되도록 하는 완충 역할을 담당함으로써 합리적 양형이 가능하도록 한다.

3) 범죄유형 사이의 형량범위의 중첩

권고 영역 사이에서와 마찬가지로 범죄유형 사이에서도 형량범위가 중첩되는 경우가 있는데, 이는 유형 분류의 기준으로 사용된 양형요소 하나의 영향력이 지나치게 되는 것을 방지하고 구체적으로 타당한 양형을 이끌어내기 위해서이다.

3. 형량범위의 특별조정

가. 개념

특별가중인자 또는 특별감경인자 일방만 복수로 존재하거나 특별가중인자가 특별감경인자보다 복수로 많은 경우(반대의 경우도 동일)에도 양형기준의 준수율을 높이고 보다 적정한 양형을 실현하도록 하기 위하여 이를 양형기준의 권고 형량범위에 반영할 필요가 있다. 양형위원회는 아래와 같이 양형기준상 권고 형량범위의 특별조정원칙에 따라 그 하한을 감경하거나 그 상한을 가중할 수 있도록 하였다.

형량범위를 특별 조정한 결과 25년을 초과하게 되는 경우에는 무기징역형을 선고할 수도 있다.

나. 방식

양형기준상 권고 형량범위의 특별 조정

① 특별양형인자에 대한 평가 결과 가중영역에 해당하는 사건에서 특별가중인자만 2개 이상 존재하거나 특별가중인자가 특별감경인자보다 2개 이상 많을 경우에는 양형기준에서 권고하는 형량범위 상한을 1/2까지 가중한다. 그 결과 상한이 25년을 초과하는 경우에는 무기징역을 선택할 수 있다.

② 특별양형인자에 대한 평가 결과 감경영역에 해당하는 사건에서 특별감경인자만 2개 이상 존재하거나 특별감경인자가 특별가중인자보다 2개 이상 많을 경우에는 양형기준에서 권고하는 형량범위 하한을 1/2까지 감경한다.

다. 사례 (일반사기)

구분	감경	가중
행위		불특정 또는 다수의 피해자를 대상으로 하거나 상당한 기간에 걸쳐 반복적으로 범행한 경우
행위자/기타		동종 누범

일반사기 1억 원 미만(소유형 1) 유형의 가중영역 형량범위는 징역 1년 ~ 2년 6월이나, 위 사례의 경우 특별가중인자가 2개이므로 양형기준에서 권고하는 형량범위 상한을 1/2까지 가중함 ⇨ [권고 형량범위] 징역 1년 ~ 3년 9월[=2년 6월 + (2년 6월 × 1/2)]

4. 서술식 양형기준

가. 개념

살인범죄, 성범죄, 강도범죄 등의 양형기준에서는 통상의 형량 기준 이외에 별도의 서술식 기준이 제시되어 있다. 살인미수죄의 형량 기준을 살인기수죄의 형량범위보다 일정 비율로 감경하여 산출하거나, 성범죄, 강도범죄 등에서 특정강력범죄(누범)이나 특정범죄가중(누범)에 해당하는 경우 권고 형량범위의 상한과 하한을 각 1/2 가중하도록 하고 있는 것이 그것이다. 따라서 서술식 기준이 적용되어야 할 범죄에 해당하는지, 관련된 양형인자가 있는지 여부를 확인하여 그에 해당하면 서술식 기준을 적용하여 범죄유형을 분류하거나 형량범위를 조정하여야 한다.

서술식 기준에 의하여 형량범위의 상한과 하한을 가중한 결과 25년을 초과하게 되는 경우에는 무기징역형을 선고할 수 있다.

나. 사례 [강간죄(13세 이상 대상)]

유형	구분	감경	기본	가중
1	일반강간	1년6월 – 3년	2년6월 – 5년	4년 – 7년
2	청소년 강간	2년6월 – 5년	4년 – 7년	6년 – 9년
3	친족관계에 의한 강간/주거침입 등 강간/특수강간	3년6월 – 6년	5년 – 8년	7년 – 10년
4	강도강간	5년 – 9년	8년 – 12년	10년 – 15년

▷ 성년 유사강간은 1유형에 포섭하되, 형량범위의 상한과 하한을 2/3로 감경
▷ 청소년 위계 · 위력간음/유사성교는 2유형에 포섭
▷ 특정강력범죄(누범)에 해당하는 경우에는 형량범위의 상한과 하한을 1.5배 가중하되, 그 형량범위와 특정강력범죄(누범)에 해당하지 않는 동종 누범을 적용한 형량범위의 상한 및 하한을 비교하여 중한 형량범위에 의한다.
▷ 강도강간죄의 특정범죄가중(누범)에 해당하는 경우에는 형량범위의 상한과 하한을 1.5배 가중하되, 그 형량범위와 특정범죄가중(누범)에 해당하지 않는 동종 누범을 적용한 형량범위의 상한 및 하한을 비교하여 중한 형량범위에 의한다.

⇨ 성년 유사강간은 위 서술식 양형기준에 따라 기본영역이 1년8월(= 2년6월 × 2/3) ~ 3년4월(= 5년 × 2/3)이 됨

5. 형량범위와 법률상 처단형의 불일치 조정

가. 형량범위와 법률상 처단형의 범위가 불일치하는 경우

1) 적용 방식

양형기준이 권고하는 형량범위가 법률상 가중/감경에 의한 처단형 범위를 벗어나는 경우에는 당연히 법률상 처단형의 상한 또는 하한을 따라야 한다. 즉 양형기준이 권고하는 형량범위의 상한이 법률상 처단형의 상한보다 높은 경우에는 법률상 처단형의 상한이 기준이 되고, 양형기준이 권고하는 형량범위의 하한이 법률상 처단형의 하한보다 낮은 경우에는 법률상 처단형의 하한이 기준이 된다. 그와 달리 양형기준이 권고하는 형량범위의 상한이 법률상 처단형의 상한보다 낮은 경우 또는 양형기준이 권고하는 형량범위의 하한이 법률상 처단형의 하한보다 높은 경우에는 법률상 처단형의 범위 내에서 양형기준상 형량범위가 제시되었으므로 법률상 처단형을 고려하여 양형기준상 형량범위를 다르게 하여서는 안 된다.

2) 사례 [강간죄(13세 이상 대상)]

1. 법률상 처단형의 범위 : 징역 3년~30년
2. 양형기준에 따른 권고형의 범위
[유형의 결정] 성범죄 > 01. 일반적 기준 > 가. 강간죄(13세 이상 대상) > [제1유형] 일반강간
[특별양형인자] 없음
[권고영역 및 권고형의 범위] 기본영역, 징역 2년6월~5년
[처단형에 따라 수정된 권고형의 범위] 징역 3년~5년(양형기준에서 권고하는 형량범위의 하한이 법률상 처단형의 하한과 불일치하는 경우이므로 법률상 처단형의 하한에 따름)

나. 법률상 임의적 감경사유인 양형인자

1) 법률상 임의적 감경사유의 반영 필요성

양형인자가 법률상 임의적 감경사유에 해당하는 경우(예를 들어, 형법 제52조 제1항의 규정에 의한 자수) 양형의 과정에서 이를 어떻게 반영할 것인지가 문제된다. 법률상 임의적 감경사유인 양형인자가 존재하는 경우에 반드시 법률상 감경사유로 고려하여야 한다고 보면 형법상 필요적 감경사유와 임의적 감경사유의 구별이 무의미해진다. 그렇다고 법률상 임의적 감경사유가 존재하는 경우에 법률상 감경 여부를 전적으로 재판부의 재량적 판단에 맡기게 되면 재판부별로 양형편차가 발생할 우려가 있다. 결국 양형위원회는 법률상 임의적 감경사유인 양형인자가 존재하는 경우 양형기준에 따라 특별감경인자 또는 일반감경인자로서 고려하되, 만일 법정형을 감경하지 않으면 권고 형량범위가 포섭되지 않는 상황에서 법관이 법률상 감경을 하지 않기로 하는 경우에는 정상참작감경을 하도록 함으로써 대립되는 두 가지 견해를 절충하였다. 따라서 양형기준은 법률상 임의적 감경사유인 양형인자가 존재하고 그것이 반영된 권고 형량범위가 법정형보다 낮은 경우에는 법률상 감경사유 또는 정상참작감경사유 중 어느 한 가지로 고려하도록 권고하고 있다.

2) 사례 (자수한 경우) ⇨ 자수를 법률상 감경사유 또는 정상참작감경사유로 고려함

1. 법률상 처단형의 범위 : 징역 1년6월~15년
2. 양형기준에 따른 권고형의 범위
   [유형의 결정] 강도범죄 > 01. 일반적 기준 > [제1유형] 일반강도
   [특별양형인자]
   – 감경요소: 자수
   [권고영역 및 권고형의 범위] 감경영역, 징역 1년6월~3년

※ 자수를 법률상 감경사유 또는 정상참작감경사유로 고려하지 않을 경우
1. 법률상 처단형의 범위 : 징역 3년~30년
2. 양형기준에 따른 권고형의 범위
   [유형의 결정] 강도범죄 > 01. 일반적 기준 > [제1유형] 일반강도
   [특별양형인자]
   – 감경요소: 자수
   [권고영역 및 권고형의 범위] 감경영역, 징역 1년6월~3년
   [처단형에 따라 수정된 권고형의 범위] 징역 3년(양형기준에서 권고하는 형량범위의 하한이 법률상 처단형의 하한과 불일치하는 경우이므로 법률상 처단형의 하한에 따름)

04 | 다수범죄 처리기준에 따른 형량범위 결정

1. 경합범 가중과 다수범죄 처리기준

경합범과 관련하여 양형기준은 형법 총칙과 다른 다수범죄 처리기준을 정하고 있는데, 이는 형법 총칙에 따른 처단형 산출과정과 양형기준에 따른 권고형량범위 산출과정이 근본적으로 다르기 때문이다.

우선 형법 총칙은 경합범 가중을 한 다음 정상참작감경을 하도록 하고 있는 반면, 양형기준은 단일범을 기준으로 법률상 필요적 가중 · 감경사유는 물론 임의적 감경사유와 정상참작감경사유까지 모두 고려하여 유형을 분류하고 권고 영역을 정한 다음 경합범 처리를 하는 순서를 따르고 있다.

또한 형법 총칙에 따른 경합범 가중은 경합범에 있어서 가능한 형량범위의 한계를 정한다는 목적을 가지지만, 양형기준에 있어서의 경합범 처리는 개별 경합범마다 적정하다고 판단되는 형량범위를 제시해 주는 데 그 의미가 있다.

결국 형법 총칙과 같이 기본범죄 형량의 일정 비율을 가산하는 방식으로는 양형기준이 추구하는 목적을 달성하기 곤란하므로 양형기준은 형법 총칙과는

다른 처리방식을 채택하게 되었다. 형법 총칙의 경합범 가중방식과 구별하기 위하여 양형기준은 "다수범죄 처리기준"이라는 명칭을 사용하고 있다.

형법 총칙에 따른 처단형 산출과정

법정형 → (형종 선택) → 누범가중 → 법률상 필요적 가중 · 감경 → 법률상 임의적 감경 → **경합범 가중** → 정상참작감경 → 처단형의 범위 결정 → 선고형 결정

양형기준에 따른 권고 형량범위 산출과정

범죄유형의 결정 → 특별양형인자에 대한 평가 및 형량범위의 결정(법률상 필요적 가중 · 감경사유, 임의적 감경사유 및 정상참작감경사유의 반영) → **다수범죄 처리기준의 적용** → 선고형 결정

2. 다수범죄 처리기준의 개요

양형기준에서 설정된 다수범죄 처리기준의 내용은 다음과 같다.

다수범죄 처리기준

- **적용범위**
  양형기준이 설정된 범죄 사이의 형법 제37조 전단 경합범에 대하여 적용한다. 다만 양형기준이 설정된 범죄와 양형기준이 설정되지 아니한 범죄 사이의 형법 제37조 전단 경합범에 관하여는 그 하한은 양형기준이 설정된 범죄의 양형기준상 형량범위의 하한에 따른다.
- **기본범죄 결정**
  기본범죄는 형종 선택 및 법률상 가중/감경을 거친 후 형이 가장 중한 범죄를 의미한다. 다만 위 범죄의 양형기준상 형량범위 상한이 이와 경합되는 범죄의 양형기준상 형량범위 상한보다 낮은 경우에는 경합되는 범죄를 기본범죄로 한다.
- **처리방법**
  - ▶ 2개의 다수범
    기본범죄의 형량범위 상한에 다른 범죄의 형량범위 상한의 1/2을 합산
  - ▶ 3개 이상의 다수범
    기본범죄의 형량범위 상한에 다른 범죄 중 형량범위 상한이 가장 높은 범죄의 형량범위 상한의 1/2, 두 번째로 높은 범죄의 형량범위 상한의 1/3을 합산
  - ▶ 하한의 특칙
    기본범죄의 형량범위 하한보다 다른 범죄의 형량범위 하한이 높은 경우에는 다수범죄 처리 결과로 인한 형량범위 하한은 다른 범죄의 형량범위 하한으로 함

3. 다수범죄 처리기준의 적용범위

가. 형법 제37조 전단 경합범

다수범죄 처리기준은 기본적으로 경합하는 모든 범죄에 대하여 양형기준이 설정된 경우에 적용된다.

양형기준이 설정된 범죄와 양형기준이 설정되지 아니한 범죄가 경합하는 경우에는 다수범죄 처리기준은 물론, 일부 범죄에 설정되어 있는 양형기준을 적용하는 것조차 곤란하다. 따라서 이러한 경합범에 대하여는 다수범죄 처리기준과 양형기준을 적용하지 않는 방안도 상정해 볼 수 있으나, 실무상 경합범으로 기소되는 사례가 많고, 대부분의 중죄에 대한 양형기준의 설정이 완료되어 경합범 전체의 처벌수준이 양형기준 설정 범죄를 중심으로 이루어질 개연성이 크다는 점에서 양형기준은 양형기준이 설정된 범죄와 양형기준이 설정되지 아니한 범죄가 경합하는 경우에도 양형기준이 설정된 범죄의 권고 형량범위의 하한을 준수하도록 하는 규정을 두고 있다. 이렇게 함으로써 양형기준이 설정된 범죄가 별도로 기소된 경우보다 낮게 처벌됨으로 인한 양형의 불균형을 부분적으로 해소하고, 중죄를 중심으로 한 양형기준의 적용효과를 실질적으로 구현할 수 있다. 위와 같은 처리방식은 양형기준이 설정된 범죄가 기본범죄가 되거나 형사책임이 더 무거운 경우에 한정되지 않는다.

한편, 양형기준이 설정된 기본범죄와 그 기본범죄에 전형적으로 수반되는 범죄가 경합하는 경우에는 다수범죄 처리기준을 적용하는 대신 경합범죄를 기본범죄 양형기준에 있어 하나의 양형인자로 반영하기도 하였다.

경합범죄를 양형인자로 반영한 사례

사례 1) 살인범죄 특별양형인자

구분		감경요소	가중요소
특별양형인자	행위		사체손괴 강도강간범인 경우(4유형)
	행위자/기타		

사례 2) 사문서범죄 일반양형인자

구분		감경요소	가중요소
일반양형인자	행위		위 · 변조 등을 행한 자가 당해 위 · 변조된 문서를 행사한 경우
	행위자/기타		

사례 3) 사기범죄 특별양형인자

구분		감경요소	가중요소
특별양형인자	행위		범행수법이 매우 불량하거나 재판절차에서 법원을 기망하여 소송사기 범죄를 저지른 경우
	행위자/기타		

[양형인자의 정의]

범행수법이 매우 불량한 경우

– 장부조작, 문서위조 등의 방법을 적극적으로 동원하여 범행한 경우

※ 사기범죄를 저지르면서 문서의 위조 또는 변조 범행이 수반된 경우에는 다수범죄로 취급하지 아니하고 문서에 관한 범행을 양형인자로만 취급한다.

나. 형법 제37조 후단 경합범

형법 제37조 후단 경합범은 전체 사건에서 차지하는 비중이 매우 적다. 그리고 그 처리방식을 제시하려면 판결이 확정된 범죄에 대하여도 충분한 양형조사가 이루어져야 하지만 현실적으로 매우 곤란하며, 판결이 확정된 범죄의 선고형 형량과 집행유예 여부에 따른 다양한 처리방식을 제시하기가 쉽지 않다. 따라서 이를 고려하여 양형기준에서는 형법 제37조 후단 경합범에 대하여 별도의 처리방식을 제시하지 않았다. 그 결과, 양형기준 설정 대상범죄와 형법 제37조 후단 경합범이 있는 경우에는 양형기준이 적용되지 않는다.

다. 상상적 경합범

양형기준에서는 상상적 경합범에 대하여도 별도의 처리방식을 제시하지 않았다. 따라서 상상적 경합범의 경우 개별 범죄의 권고 형량범위 중에서 높은 것이 반드시 적용되는 것은 아니다.

다만 상상적 경합범에 있어서도 양형기준을 적절히 참조할 필요가 있다는 측면에서 상상적 경합관계에 있는 개별 범죄의 형량범위 중 가장 높은 하한을 상상적 경합범 전체의 하한으로 취급하는 방안도 검토해 볼 수 있다.

4. 다수범죄 처리 순서

가. 기본범죄 결정

기본범죄는 원칙적으로 법정형에서 출발하여 형종 선택, 법률상 가중 · 감경을 거친 이후의 형량범위의 상한이 높은 범죄가 된다는 점에서 형법 총칙의 그것과 동일하다. 다만 위와 같은 방식에 따른 기본범죄의 양형기준상 형량범위 상한이 이와 경합되는 범죄의 양형기준상 형량범위 상한보다 낮은 경우에는 경합되는 범죄를 기본범죄로 하는 예외를 두고 있다. 위와 같은 예외를 둔 이유는 경합범 전체의 형량범위가 양형기준상 형량범위가 가장 높은 단일범의 형량범위보다 낮아질 수도 있기 때문이다.

예컨대, 살인범죄 양형기준에서 제1유형 감경영역(3년 – 5년)이 권고되는 존속살해죄와 제2유형 기본영역(10년 – 16년)이 권고되는 일반살인죄가 경합하는 사례를 상정해 보자. 다수범죄 처리기준에서 정한 바와 같이 기본범죄의 형량범위 상한에 다른 범죄의 형량범위 상한의 1/2을 가중한다고 할 때 일반살인죄를 기본범죄로 보면 다수범죄 처리기준을 적용한 최종 형량범위는 '10년 – 18년6월'[일반살인죄 제2유형 기본영역(10년 – 16년) + 존속살해죄 제1유형 감경영역 상한 5년의 1/2을 합산하여 18년6월]이 된다. 반면, 존속살해죄를 기본범죄로 보면 그 최종 형량범위는 '10년 – 13년'[존속살해죄 제1유형 감경영역의 하한(3년)보다 일반살인죄 제2유형 기본영역의 하한(10년)이 높으므로 하한은 10년이며, 상한은 존속살해죄 제1유형 감경영역 상한 5년 + 일반살인죄 제2유형 기본영역 상한 16년의 1/2인 8년을 합산하여 13년]이 된다. 이처럼 형법 총칙상의 경합범 가중에 있어서와 같이 존속살해죄를 기본범죄로 보게 되면 다수범 전체의 형량범위가 다수범의 일부를 이루는 일반살인죄의 형량범위보다 낮아지는 문제점이 발생하게 된다. 이 경우에는 다수범죄 처리 기준에 따라 양형기준상 권고 형량범위가 높은 일반살인죄를

기본범죄로 보는 것이 실무 감각에도 부합하고 상대적으로 적정한 형량범위도 도출할 수 있다.

이러한 원칙과 예외를 모두 고려하면, 기본범죄는 결과적으로 양형기준상 권고 형량범위의 상한이 높은 범죄가 된다.

나. 다수범죄의 형량범위 산출

양형기준은 형법 총칙의 경합범 가중과 마찬가지로 권고 형량범위의 상한만을 높이는 방법을 채택하고 있다. 그러나 구체적인 상한의 가중방법은 형법 총칙과 달리 다수범이 2개인지, 3개 이상인지에 따라 각기 다른 합산 방법을 제시하고 있다.

① 기본범죄: 권고 형량범위의 상한이 가장 높은 범죄로 선택

② 2개의 다수범: 기본범죄의 형량범위 상한 + 다른 범죄의 형량범위 상한의 1/2

③ 3개 이상의 다수범: 기본범죄의 형량범위 상한 + 다른 범죄 중 형량범위 상한이 가장 높은 범죄의 형량범위 상한의 1/2 + 형량범위 상한이 그 다음으로 높은 범죄의 형량범위 상한의 1/3

④ 결과적으로 다수범죄 처리기준에 의하여 가중될 수 있는 최대값은 기본범죄 형량범위 상한의 5/6

5. 특정 범죄군에 있어서 동종경합범 처리기준 특칙

범죄로 인한 이득이나 피해의 액수나 수량을 기준으로 하여 형종 및 유형을 분류하는 뇌물범죄, 횡령 · 배임범죄, 사기범죄, 식품 · 보건범죄, 증권 · 금융범죄, 조세범죄, 공갈범죄, 배임수증재범죄, 변호사법위반범죄, 근로기준법위반범죄, 석유사업법위반범죄, 관세범죄에 있어서는 동종경합범에 대한 별도의 처리기준을 두고 있다.

양형기준은 동종경합범의 경우에 포괄일죄의 경우에 준하여 원칙적으로 액수를 합산하여 그 합산금액을 기준으로 유형과 권고 영역을 결정하도록 하되, 형량범위가 지나치게 상향되지 않도록 하한을 특별 조정하는 규정을 두고 있다. 즉 합산 결과 합산 전과 비교하여 가장 중한 단일범죄 보다 유형이 1단계 높아지는 경우에는 합산 후 유형의 권고 형량범위 하한을 1/3 감경하고, 유형이 2단계 이상 높아지는 경우에는 하한을 1/2 감경하되, 가장 중한 단일범죄에 적용되는 유형의 형량범위 하한을 한도로 한다.

한편, 동종경합범과 이종경합범이 결합되어 있는 경우에는 먼저 동종경합범에 대한 처리방법을 적용하여 산출한 형량범위를 기준으로 일반적인 다수범죄 가중방법을 적용하여야 한다.

뇌물범죄에 있어서 다수범죄 처리기준 특칙

● **동종경합범 처리방법**

▶ 원칙
수수, 요구, 약속한 뇌물액 또는 공여, 공여 약속, 공여의 의사표시를 한 뇌물액을 합산한 금액을 기준으로 유형을 결정하되, 그 유형 중에서 제반 사정을 고려하여 적정하다고 판단되는 형량범위 영역을 선택

▶ 하한의 특별 조정
다만 합산 결과 ① 가장 중한 단일범죄보다 유형이 1단계 높아지는 경우에는 형량범위 하한의 1/3을 감경, ② 가장 중한 단일범죄보다 유형이 2단계 이상 높아지는 경우에는 형량범위 하한의 1/2을 감경하되, 가장 중한 단일범죄에 적용되는 유형의 형량범위 하한을 한도로 함

● **이종경합범 처리방법**

▶ 2개의 다수범
기본범죄의 형량범위 상한에 다른 범죄의 형량범위 상한의 1/2을 합산

▶ 3개 이상의 다수범
기본범죄의 형량범위 상한에 다른 범죄 중 형량범위 상한이 가장 높은 범죄의 형량범위 상한의 1/2, 두 번째로 높은 범죄의 형량범위 상한의 1/3을 합산

▶ 하한의 특칙
기본범죄의 형량범위 하한보다 다른 범죄의 형량범위 하한이 높은 경우에는 다수범죄 처리 결과로 인한 형량범위 하한은 다른 범죄의 형량범위 하한으로 함

▶ 동종경합범이 포함되어 있는 경우
먼저 뇌물범죄 동종경합범에 대한 처리방법을 적용하여 산출된 형량범위를 기준으로 이종경합범 처리방법을 적용

05 | 선고형의 결정

단일범의 경우에는 권고 형량범위 내에서, 경합범의 경우에는 단일범의 권고 형량범위를 기초로 다수범죄 처리기준을 적용하여 산출한 형량범위 내에서 최종 선고형을 정하게 된다. 이때 일반양형인자는 물론, 특별양형인자도 종합적으로 고려하게 된다. 앞에서도 언급한 바와 같이 양형기준이 제시하고 있는

일반양형인자는 예시적인 것에 불과하므로 개별 사안에 존재하는 다양한 양형 요소 중 당해 사건의 양형에 반영하는 것이 적절하다고 판단되는 요소는 양형기준에 제시되지 않은 것이더라도 일반양형인자로 함께 고려할 수 있다.

법관은 모든 요소를 고려하여 합리적인 판단 하에 양형기준이 권고하는 형량범위를 벗어나는 선고형을 결정할 수도 있다. 그러나 이때에는 판결서에 양형의 이유를 적어야 한다(법원조직법 제81조의7 제2항).

양형을 담당하는 법관은 양형기준에 나타난 행위책임의 원칙, 양형인자의 질적 구분 등에 기초하여 당해 사건에서 가장 적합한 형을 선고하도록 노력하여야 한다.

Ⅳ. 집행유예 기준

01 | 형종 및 형량 기준과 집행유예 기준

양형기준은 책임단계와 예방단계를 구별하는 전제에서 형종 및 형량 기준과 별도로 집행유예 기준을 두고 있다. 다만 입법자가 책임의 경중을 예방영역에 반영하는 기준으로 '3년 이하의 징역 또는 금고'를 제시하고 있으므로 형종 및 형량 기준을 통해 3년을 초과하는 징역 또는 금고가 권고되는 영역에서는 집행유예 여부에 대한 기준이 제시되는 결과가 된다.

02 | 집행유예 참작사유의 구분

1. 집행유예 참작사유 구분의 의미

양형기준은 양형인자를 구분하고 있는 것과 마찬가지로 집행유예 참작사유도 구분하고 있다. 즉 양형기준은 집행유예 참작사유를, ① 집행유예를 긍정적으로 고려하게 하는 긍정적 요소와 그와 반대로 집행유예를 부정적으로 고려하게 하는 부정적 요소로 구분한 다음, ② 긍정적 요소와 부정적 요소 내에서 집행유예 결정에 대한 영향력의 정도에 따라 주요참작사유와 일반참작사유로 구분하고, ③ 다시 주요참작사유 또는 일반참작사유 내에서 재범의 위험성 등 관련 요소와 기타 요소로 구분하는 경우도 있다.

별도로 집행유예 기준을 설정한 취지를 충분히 살리기 위해서는 순수하게 재범의 위험성만으로 집행유예 여부를 결정하도록 하는 방안도 검토해 볼 수 있으나 재범의 위험성에 관한 연구와 통계분석이 상대적으로 충분하지 않은 점, 재범의 위험성에 대한 예측이 객관적으로 가능한지 여부에 대하여 논란이 있을 수 있는 점 등을 고려하여 집행유예 참작사유를 재범의 위험성 관련 요소로만 한정하지 않았다.

집행유예 참작사유는 양형인자와 마찬가지로 범죄군별로 개별적으로 제시된다. 다만 같은 범죄군 내에서 양형인자표는 여러 개로 나뉘어 제시되더라도 집행유예 참작사유표는 하나로 통합되어 제시될 수도 있다. 예컨대, 성범죄군에서 양형인자표는 일반적 기준의 성범죄{13세 이상 대상 강간죄, 13세 이상 대상 강제추행죄 및 공중밀집장소 추행죄, 13세 이상 장애인, 궁박 청소년 및 19세 이상 피보호 · 피감독자 대상 성범죄, 13세 미만 대상 성범죄(16세 미만 대상 의제강간 등 포함), 군형법상 성범죄}, 상해의 결과가 발생한 성범죄{13세 이상 대상 상해/치상, 장애인(13세 이상) 또는 13세 미만 대상 상해/치상(16세 미만 대상 의제강간 등 포함), 군형법상 성범죄} 및 사망의 결과가 발생한 성범죄 등에 관하여 아홉 가지가 제시되지만 집행유예 참작사유표는 하나만이 제시되었다.

2. 주요참작사유와 일반참작사유

주요참작사유는 집행유예 여부 결정에 큰 영향을 미치는 요소로서 직접적으로 실형을 권고하거나 집행유예를 권고하는 기능을 갖는다. 반면, 일반참작사유는 그 자체만으로는 실형을 권고하거나 집행유예를 권고하는 기능을 갖지 못한다. 다만 뒤에서 보는 바와 같이 주요참작사유에 의하여 실형이 권고되거나 집행유예가 권고될 경우에 이를 실형 또는 집행유예를 선택할 수 있는 경우로 변경하는 역할을 수행할 수 있다.

비록 일반참작사유가 위와 같은 소극적 기능만을 담당하고 있기는 하지만 양형실무상 법관이 집행유예 여부를 결정함에 있어 참작하여야 할 요소들을 풍부하게 제시하고 이를 종합적으로 고려하도록 유도하는 역할을 수행한다. 또한 동일한 범죄군 또는 범죄유형에 속한 범죄들에서 공통적으로 고려되어야 할 참작사유가 누락되지 않도록 하는 역할도 수행한다.

3. 양형인자와 집행유예 참작사유

가. 형량 결정 과정에서는 기본영역이 존재하는 관계로 특정 양형인자가 존재하는 경우 또는 부존재하는 경우 중 어느 하나만을 가중요소 또는 감경요소로 삼을 수 있다. 특정 양형인자가 존재하는 경우를 감경요소로 선정한 경우라면 그것이 부존재하는 경우는 기본영역이 될 뿐이다. 예를 들어, 처벌불원이라는 양형인자가 존재하는 경우를 특별감경요소로 선정하였음에도 그것이 존재하지 않는 사정을 다시 특별가중요소로 선정하는 것은 부적절하다. 처벌불원이라는 양형인자가 존재하지 않는 사정을 특별가중요소로 삼게 되면 위 양형인자와의 관계에서는 기본영역이 부정되는 결과가 되고 기본영역 없이 감경영역과 가중영역 중에서만 택일하는 방식으로는 구체적 타당성이 있는 양형을 도출하기 어렵기 때문이다.

나. 집행유예 여부를 결정할 때 고려하는 집행유예 참작사유는 그와 다르다. 연속하는 여러 형량 영역 중에서 하나를 선택하는 형량 결정과는 달리 집행유예 여부를 결정할 때는 집행유예와 실형이라는 두 가지의 선택 여지밖에 없는 특성이 있기 때문이다. 집행유예 기준도 뒤에서 보는 바와 같이 실형 권고, 집행유예 권고, 선택 가능 등 세 가지 경우로 구분된다고 볼 수 있다. 그러나 형량 기준은 기본영역을 기준으로 하여 특별양형인자의 존부에 따라 감경영역, 가중영역이 선택될 수 있는 구조를 취하고 있음에 반하여, 집행유예 기준은 선택 가능이 기본으로 작용하는 것이 아니라 주요참작사유에 따라 실형 권고와 집행유예 권고 여부를 판단한 다음 어느 쪽도 권고되지 않는 경우에 선택 가능이 되는 형태로 구성되어 있다는 점에서 설정방식 자체가 다르다.

집행유예 참작사유에서는 어떤 참작사유의 존재를 부정요소(또는 긍정요소)로 설정하였다고 하더라도 그 부존재를 긍정요소(또는 부정요소)로 설정할 수 있다는 점에서 형종 및 형량 기준의 양형인자와 다르다. 예를 들어, 집행유예 기준에서는 처벌불원이라는 요소의 존재를 집행유예 주요긍정사유로 삼으면서 동시에 처벌불원이라는 요소가 존재하지 않는 사정을 집행유예 주요부정사유로 설정할 수 있다.

03 | 집행유예 참작사유의 평가원칙

1. 집행유예 참작사유 평가원칙의 필요성

양형기준은 양형인자에 관한 평가원칙을 두고 있는 것과 마찬가지로 집행유예 참작사유에 관한 평가원칙을 두고 있다. 이는 양형기준의 지침적 기능과 양형의 예측가능성을 높이기 위한 것이다.

2. 집행유예 참작사유 평가원칙의 개요

먼저 주요참작사유는 일반참작사유에 비하여 집행유예 여부의 결정에 있어 영향력이 큰 요소이므로 일반참작사유보다 중하게 고려된다.

나아가, 실형 또는 집행유예에 대한 권고 기준은 주요참작사유에 대한 평가를 기초로 설정하였는데, 형량 기준과는 다소 다른 평가원칙을 마련하였다. 이는 형량 기준과는 달리 집행유예 기준에서는 실형 또는 집행유예 중 택일적 선택만이 가능하다는 점을 고려할 필요가 있기 때문이다.

보다 구체적으로 살펴보면 다음과 같다. 예를 들어, 제2유형 살인범죄의 형량범위는 아래 표에 나타난 것처럼 감경영역, 기본영역, 가중영역의 3단계로 구분되어 있으면서도 각 영역이 일부 중첩됨으로써 개별 양형인자의 지나친 영향력을 조정하면서 구체적으로 타당한 양형이 가능하게 한다.

7	10	12	15	16	무기
감경	감경/기본	기본	기본/가중	가중	

집행유예 기준에 관하여도 구체적으로 타당한 양형의 실현을 위해서는 형량범위의 중첩 구간에 해당하는 구간을 어떻게 해결할 것인지가 문제된다.

집행유예	?	실형/ 집행유예	?	실형

위 표에서 ‘?’에 해당하는 구간을 ‘실형’ 또는 ‘집행유예’ 중 하나로 한정하는 방안도 고려할 수 있으나, 그럴 경우 개별 집행유예 참작사유의 영향력이 지나치게 커질 뿐 아니라 형량 기준과는 달리 집행유예 기준에서는 일정 범위 내에서 참작사유를 다시 종합적으로 평가할 수 있는 과정이 남아 있지 않아 결과

적으로 불합리하거나 편차가 큰 양형이 유발될 수 있다. 따라서 양형기준은 아래 표와 같이 '?'에 해당하는 구간을 실형 또는 집행유예를 모두 고려할 수 있는 경우로 정하고, 실형 또는 집행유예 관련 요소가 분명하게 나타나는 사건에서만 집행유예 여부에 대한 권고를 하는 방안을 선택하였다.

집행유예	실형/집행유예	실형

그 결과 주요참작사유에 있어 긍정적 사유와 부정적 사유가 복수로 차이나고, 일반참작사유에 의하여 위와 같은 차이를 희석시켜 다르게 평가할 여지가 없는 경우에 한하여 집행유예 여부를 권고하는 아래와 같은 평가원칙이 수립되었다.

집행유예 참작사유 평가원칙

- 권고되는 형이 금고형 · 징역형인 경우 그 집행유예 여부를 판단함에 있어 주요참작사유는 일반참작사유보다 중하게 고려함을 원칙으로 하되, 권고 기준은 아래와 같다.
  ① 주요긍정사유만 2개 이상 존재하거나 주요긍정사유가 주요부정사유보다 2개 이상 많을 경우에는 집행유예를 권고한다.
  ② 주요부정사유만 2개 이상 존재하거나 주요부정사유가 주요긍정사유보다 2개 이상 많을 경우에는 실형을 권고한다.
  ③ 위 ① 또는 ②에 해당하나 일반부정(긍정)사유와 일반긍정(부정)사유의 개수 차이가 주요긍정(부정)사유와 주요부정(긍정)사유의 개수 차이보다 많은 경우이거나, 위 ① 또는 ②에 해당하지 않는 경우에는 집행유예 참작사유를 종합적으로 비교 · 평가하여 집행유예 여부를 결정한다.

3. 집행유예 참작사유 평가원칙의 구체적 적용방법

집행유예 기준은 참작사유를 활용하여 실형 권고, 집행유예 권고, 선택 가능의 세 가지 판단이 가능하도록 하고 있다. 집행유예 참작사유를 평가한 결과 실형이 권고되거나 집행유예가 권고되지 않으면 집행유예와 실형을 선택할 수 있다. 집행유예 기준에는 형량범위표와 같은 권고 결과를 표시하는 별도의 표는 없으나 참작사유표를 이용하여 실형 권고, 집행유예 권고, 선택 가능의 세 가지 경우를 상정하고 있다고 할 수 있다.

실형이나 집행유예가 권고되는지 여부는 주요참작사유만으로 개수를 비교하여 판단한다. 주요긍정사유만 2개 이상 있거나 주요긍정사유가 주요부정사

유보다 2개 이상 많으면 집행유예가 권고되고, 주요부정사유만 2개 이상 있거나 주요부정사유가 주요긍정사유보다 2개 이상 많으면 실형이 권고된다.

실형과 집행유예 중 하나를 선택할 수 있는 경우는 다음의 두 가지이다. 먼저, 주요긍정사유와 주요부정사유의 개수가 동일하거나 1개 밖에 차이가 나지 않을 때에는 참작사유를 종합적으로 고려하여 집행유예 여부를 판단한다. 또한 주요참작사유 중 긍정사유 또는 부정사유의 어느 일방이 2개 이상 차이 나도록 많은 경우에도 일반부정(긍정)사유와 일반긍정(부정)사유의 개수 차이가 주요긍정(부정)사유와 주요부정(긍정)사유의 개수 차이보다 많을 때에는 역시 참작사유를 종합적으로 고려하여 집행유예 여부를 판단한다.

[집행유예 여부 결정 사례]

실형이 권고되는 경우

(1) 제1사례(살인미수)

구분	부정적	긍정적
주요참작사유	계획적 살인 범행, 중한 상해, 피해 회복 없음	형사처벌 전력 없음
일반참작사유		진지한 반성

- 위 사례의 경우 주요부정사유가 주요긍정사유보다 2개 이상 많고, 일반긍정사유도 1개에 불과하므로 실형을 권고

(2) 제2사례(뇌물수수)

구분	부정적	긍정적
주요참작사유	적극적 요구, 청탁내용이 불법하거나 부정한 업무집행과 관련된 경우	
일반참작사유		수사개시 전 뇌물 반환

- 위 사례의 경우 주요부정사유만 2개 이상 존재하고, 일반긍정사유도 1개에 불과하므로 실형을 권고

집행유예가 권고되는 경우

(1) 제1사례(살인미수)

구분	부정적	긍정적
주요참작사유	계획적 살인 범행	동기에 있어서 특히 참작할 사유가 있는 경우, 경미한 상해, 처벌불원 또는 실질적 피해 회복(공탁 포함)
일반참작사유	사회적 유대관계 결여	범행 후 구호 후송

- 위 사례의 경우 일반긍정사유와 일반부정사유의 개수는 동일하나, 주요긍정사유가 주요부정사유보다 2개 이상 많으므로 집행유예를 권고

(2) 제2사례(뇌물수수)

구분	부정적	긍정적
주요참작사유		현저한 개전의 정, 뇌물액이 1,000만 원 미만인 경우
일반참작사유		

- 위 사례의 경우 주요긍정사유만 2개 이상 존재하므로 집행유예를 권고

실형과 집행유예 모두 선택 가능한 경우

(1) 제1사례(살인미수)

구분	부정적	긍정적
주요참작사유	중한 상해	
일반참작사유		진지한 반성

- 위 사례의 경우 주요부정사유가 1개에 불과하여 실형이 반드시 적합하다고 단정하기 어려우므로 실형과 집행유예 모두 선택 가능

(2) 제2사례(뇌물수수)

구분	부정적	긍정적
주요참작사유	적극적 요구	현저한 개전의 정, 뇌물액이 1,000만 원 미만인 경우
일반참작사유	동종 전과 및 동종 징계전력	

- 위 사례의 경우 주요긍정사유가 주요부정사유보다 1개 많은 것에 불과하여 집행유예가 반드시 적합하다고 단정하기 어려우므로 실형과 집행유예 모두 선택 가능

04 | 경합범의 집행유예 기준

현재의 집행유예 기준은 단일범에 한하여 적용된다. 경합범은 매우 다양한 형태로 존재하므로 그 모든 사례를 상정하여 집행유예 기준을 설정하기가 곤란하기 때문이다.

05 | 집행유예 여부의 결정

형의 집행유예 여부 결정은 형종 및 형량 기준에 의하여 정해진 선고형이 '3년 이하의 징역 또는 금고'인 경우에만 문제되는데, 법관은 먼저 집행유예 참작사유의 존부를 확정한 다음 집행유예 참작사유의 평가원칙을 통해 권고되는 실형 또는 집행유예를 선택하거나 평가원칙에서 어느 쪽도 권고하지 않는 경우에는 집행유예 참작사유를 종합적으로 비교 · 평가하여 집행유예 여부를 판단한다.

만일 집행유예 참작사유로 제시되지 않은 요소가 존재함으로써 집행유예 기준에 따라 권고된 실형 또는 집행유예의 결론이 당해 사건에서 적절하지 않다고 판단된다면 법관은 위 요소의 존재를 이유로 집행유예 기준을 벗어난 판결을 할 수 있을 것이다.

V. 양형기준 적용 사례(단일범 사건)

피해자의 가게에서 직원으로 일하던 피고인은 딸의 병원비를 마련하기 위하여 늦은 밤에 화장실 창문을 통하여 가게에 침입하여 금고에 보관 중이던 현금 26만 원과 식재료를 훔침. 피고인은 해당 범행 전까지 단 한 번도 범행을 저지르지 아니하였고, 범행을 인정한 구체적 경위, 피해 회복 또는 재범 방지를 위한 자발적 노력 여부 등을 조사, 판단한 결과 피고인이 자신의 범행에 대하여 진심으로 뉘우치고 있다고 인정됨

01 | 범죄유형 결정

1. 일반재산에 대한 절도

유형	구분	감경	기본	가중
1	방치물 등 절도	– 6월	4월 – 8월	6월 – 1년
2	일반절도	4월 – 10월	6월 – 1년6월	10월 – 2년
3	대인절도	6월 – 1년	8월 – 2년	1년 – 3년
4	*침입절도*	*8월 – 1년6월*	*1년 – 2년6월*	*1년6월 – 4년*

유형의 정의

1. 일반재산에 대한 절도

라. 제4유형(침입절도)

- ***사람의 주거, 간수하는 저택, 건조물이나 선박 또는 점유하는 방실에 침입하여 행하는 절도를 의미한다.***

※ 야간이 아닌 경우, 주거침입죄와 절도죄의 실체적 경합범에 해당하나, '침입절도'의 범죄유형으로 분류하고 다수범죄로 취급하지 아니한다.

- [유형의 정의]를 참고하여 범죄유형을 결정 ⇨ 절도범죄 양형기준의 대유형 1 일반재산에 대한 절도 중 소유형4 침입절도 유형에 해당

02 | 권고 영역 결정

구분		감경요소	가중요소
특별 양형 인자	행위	● 범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우 ● *생계형 범죄* ● *실내 주거공간 외의 장소에 침입한 경우(4유형)*	● 흉기를 휴대한 경우 또는 야간손괴 주거침입 또는 야간손괴건조물 등 침입(4유형) ● 범행을 조직적으로 분담해서 행한 경우(상습범인 경우 제외) ● 특수한 수법, 도구 또는 조직을 이용한 범행을 반복하여 행한 경우(상습범인 경우) ● 개인적 피해 또는 사회적 피해가 상당히 중하고, 그 피해가 회복되지 아니한 경우 ● 피지휘자에 대한 교사
	행위자 /기타	● 청각 및 언어 장애인 ● 심신미약(본인 책임 없음) ● 자수 ● 처벌불원 또는 실질적 피해회복(공탁 포함)	● 특정범죄가중(누범)에 해당하지 않는 동종 누범 ● 상습범인 경우

● 양형심리 후 [양형인자의 정의]를 참고하여 특별양형인자의 존부를 확정

양형인자의 정의

나. 생계형 범죄

● **다음 요소 중 하나 이상에 해당하는 경우를 의미한다.**
- **궁핍한 가계상황을 벗어나기 위한 경우**
- ***치료비, 학비 등을 마련하기 위한 경우***
- **그 밖에 이에 준하는 경우**

● 특별감경인자 2개 존재(생계형 범죄 / 실내 주거공간 외의 장소에 침입한 경우)
⇨ 양형인자 평가결과 감경요소가 큰 경우이므로 '감경영역'에 해당

유형	구분	*감경*	기본	가중
4	침입절도	*8월 – 1년6월*	1년 – 2년6월	1년6월 – 4년

03 | 형량범위 결정

● 감경영역의 형량범위는 '8월 ~ 1년6월'이나, 특별감경인자가 2개 존재하므로 '특별조정'으로 형량범위 하한의 1/2까지 감경 ⇨ 형량범위는 '4월(=8월 × 1/2) ~ 1년6월'

04 | 선고형 결정

구분		감경요소	가중요소
특별 양형 인자	행위	● 범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우 ● *생계형 범죄* ● *실내 주거공간 외의 장소에 침입한 경우(4유형)*	● 흉기를 휴대한 경우 또는 야간손괴 주거침입 또는 야간손괴건조물 등 침입(4유형) ● 범행을 조직적으로 분담해서 행한 경우(상습범인 경우 제외) ● 특수한 수법, 도구 또는 조직을 이용한 범행을 반복하여 행한 경우(상습범인 경우) ● 개인적 피해 또는 사회적 피해가 상당히 중하고, 그 피해가 회복되지 아니한 경우 ● 피지휘자에 대한 교사
	행위자 /기타	● 청각 및 언어 장애인 ● 심신미약(본인 책임 없음) ● 자수 ● 처벌불원 또는 실질적 피해회복(공탁 포함)	● 특정범죄가중(누범)에 해당하지 않는 동종 누범 ● 상습범인 경우
일반 양형 인자	행위	● 소극 가담	● 2인 이상 합동한 경우 ● 산림문화 · 휴양에 관한 법률 제35조 제2항, 산림보호법 제54조 제1항에 해당하는 경우
	행위자 /기타	● 심신미약(본인 책임 있음) ● *진지한 반성* ● *형사처벌 전력 없음* ● 상당한 피해 회복(공탁 포함)	● 특정범죄가중(누범)에 해당하지 않는 이종 누범, 누범에 해당하지 않는 동종 전과(집행 종료 후 10년 미만) ● 합의 시도 중 피해 야기(강요죄 등 다른 범죄가 성립하는 경우는 제외)

● 결정된 형량범위 '4월 ~ 1년6월'의 범위 내에서 특별양형인자(생계형 범죄, 실내 주거공간 외의 장소에 침입한 경우)와 일반양형인자(진지한 반성, 형사처벌 전력 없음)를 종합적으로 고려하여 선고형 결정

05 | 형의 집행유예 여부 결정

구분	부정적	긍정적
주요 참작 사유	● 조직적 또는 전문적 범행 ● 반복적 범행 ● 흉기를 휴대한 경우 또는 야간손괴주거침입 또는 야간손괴건조물 등 침입 ● 동종 전과[5년 이내의, 금고형의 집행유예 이상 또는 3회 이상 벌금(집행유예 포함)] ● 개인적 피해 또는 사회적 피해가 상당히 중함 ● 피해 회복 없음	● 공범의 범행수행 저지 · 곤란 시도 ● 범행가담에 특히 참작할 사유가 있는 경우 ● ***생계형 범죄*** ● ***형사처벌 전력 없음*** ● 처벌불원 또는 실질적 피해회복(공탁 포함)
일반 참작 사유	● 2회 이상 금고형의 집행유예 이상 전과 ● 사회적 유대관계 결여 ● 약물중독 또는 알코올중독 ● 진지한 반성 없음 ● 공범으로서 주도적 역할 ● 범행 후 증거은폐 또는 은폐 시도 ● 합의 시도 중 피해 야기(강요죄 등 다른 범죄가 성립하는 경우는 제외)	● 피해 경미 ● 금고형의 집행유예 이상의 전과가 없음 ● 사회적 유대관계 분명 ● 자수 ● ***진지한 반성*** ● 공범으로서 소극 가담 ● 피고인의 건강상태가 매우 좋지 않음 ● 피고인의 구금이 부양가족에게 과도한 곤경을 수반 ● 상당한 피해 회복(공탁 포함)

● 주요 긍정적 참작사유가 2개 존재(생계형 범죄, 형사처벌 전력 없음)

⇨ 집행유예 권고