

횡령·배임죄 양형기준제도의 준수현황 및 개선방안*

김 혜 정**, 기 광 도***

국 | 문 | 요 | 약

우리 사회의 양형불균형 및 불합리성을 해결하기 위하여 법원조직법의 개정을 통하여 2009년 7월 1일부터 양형기준제도가 시행되었다. 동제도의 목적은 ‘국민의 건전한 상식을 반영하고 국민이 신뢰할 수 있는 공정하고 객관적인 양형’과 ‘합리적 양형’이며, 이러한 목적을 달성하기 위하여, 법관들이 양형과정에서 준수해야한 양형절차, 양형요인 및 기준들을 제시하고, 이러한 양형과정 및 이유를 공개함으로써 기존 형법총칙상의 제도에서 광범위하게 허용되었던 법관의 재량권을 제한하려는 시도이다. 본 연구에서는 횡령·배임죄에 대한 양형기준제도 운영현황을 경험적 자료를 통하여 분석하였다. 본 연구에서 분석된 자료는 횡령·배임죄에 대한 1심 판결사건 3,721건이며, 이러한 자료는 대검찰청의 ‘검찰사건처리정보시스템(Prosecutorial Guideline System: PGS)’을 통하여 확보하였다.

분석결과, 첫째로 횡령·배임죄의 양형기준제도 해당사건인 3,721건 중에서 법원조직법상의 양형기준제도를 적용한 경우는 36.0%로 나타났다. 둘째로 양형기준제도를 적용한 사건 중에서 횡령·배임죄의 선고형 부합도는 91.6%로 나타났다. 셋째로 횡령·배임죄의 선고형량의 결정에서 양형기준제도에서 제시한 횡령·배임죄의 유형 및 양형인자가 중요한 역할을 하는 것으로 분석되었다. 넷째로 횡령·배임죄의 집행유예결정에서도 양형기준제도에서 제시한 요인들의 영향은 유용한 것으로 나타났다. 이러한 결과는 법관들이 양형결정과정에서 양형기준제도의 절차 및 기준을 준수하고 있음을 시사한다. 그러나 분석결과가 횡령·배임죄의 1심 판결문 전부가 아니라 ‘검찰사건처리정보시스템’상의 판결문을 통하여 양형기준제도의 운영현황을 살펴본다는 점에서 일반화하기에는 어려움이 있다. 그렇지만 양형위원회의 「연간보고서」가 양형기준제도의 운영현황 및 효과 등에 관한 충분한 정보를 주지 못하는 상황에서 보완적으로 이해하는데 도움이 될 수 있을 것이라고 생각된다.

❖ 주제어 : 양형, 양형기준제도, 배임죄, 횡령죄, 양형인자

* 본 논문은 2014년 대검찰청 용역보고서의 일부 내용을 발췌하여 보완한 것임을 밝힌다.

** 영남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

*** 대구대학교 경찰행정학과 교수, 사회학 박사. 대구대학교 행정문제연구소.

I. 머리글

양형은 유죄가 확정된 피고인에 대해 형벌의 종류와 정도 및 형벌과 관련된 부수 처분을 결정하는 과정으로서 형사소송의 결론에 해당한다. 과거 무죄 선고율이 불과 1%대¹⁾에 머물고 있던 형사재판의 현실을 감안한다면, 피고인들이나 그와 관련된 사람들에게 유무죄의 판단 못지않게 중요한 것이 양형이 될 수밖에 없고, 그런 점에서 양형은 피고인과 일반인의 형사사법에 대한 신뢰에 중대한 영향을 미친다고 할 수 있다.

그런데 과거 형사재판의 양형에 있어 법관에 따른 양형편차가 심하게 나타난다거나 일부 범죄에 대해서는 사법부가 지나치게 미온적인 태도를 보임으로써 형사재판과 관련하여 “고무줄양형”이라거나 “전과예우”, “유전무죄, 무전유죄” 등과 같은 비판의 목소리가 높았다. 이에 형사재판에서 양형불균형 및 불합리성의 문제를 해결하기 위하여 사법개혁의 일환으로 2007년 1월 26일 법원조직법의 개정을 통하여 1기 양형위원회가 구성되고 1기 양형위원회에 의해 횡령·배임범죄를 비롯하여 국민적 관심이 높은 7개 범죄군을 대상으로 2009년 7월 1일부터 양형기준제도가 시행되었다.²⁾

양형기준제도의 목적은 ‘국민의 건전한 상식을 반영하고 국민이 신뢰할 수 있는 공정하고 객관적인 양형을 실현’(법원조직법 제81조의2 제1항)함으로써 ‘합리적인 양형의 도출’에 있다고 할 수 있다. 이러한 목적을 달성하기 위하여, 양형기준제도는 법관들이 양형과정에서 준수해야 할 양형절차, 양형인자 및 기준들을 제시하고, 양형과정 및 양형이유를 공개함으로써 기존 형법총칙상의 제도에서 광범위하게 허용되었던 법관의 재량권에 대한 제한을 시도하고 있다고 본다.

그러나 양형기준에 법적 구속력을 부여하지 않음으로써(법원조직법 제81조의7 제1항 단서) 법관은 양형기준에 따른 절차 및 기준 등을 준수하지 않아도 양형부당

1) 그러나 지난 2009년 무죄율이 2%로 높아진 이후, 2010년 8%, 2011년 17% 그리고 2012년에는 20%로 나타나고 있다(2006 - 2012 사법연감 참조).

2) 그 이후 2기 양형위원회에서 약취·유인범죄 등 8개 범죄군, 3기 양형위원회에서 증권·금융범죄 등 8개 범죄군, 4기 양형위원회에서 배임수중재범죄 등 8개 범죄군 중 4개 범죄군이 먼저 시행되어 현재 총 27개 범죄군에 대한 양형기준이 시행되고 있다.

의 항소이유가 인정되지 않을 뿐만 아니라 반대로 양형기준을 준수하였다고 해서 양형부당을 이유로 한 항소가 금지되는 것도 아니다.³⁾ 다만, 양형기준에서 벗어나는 판결을 하는 경우에는 판결서에 양형이유를 적시하도록(법원조직법 제81조의7 제2항) 의무화하여 간접적으로 강제하고 있다고 볼 수도 있다.

어느덧 1기 양형기준이 시행된 지 5년이 넘었다. 그렇다면, 이제는 그에 대한 분석을 통해 전반적인 양형기준 운용현황을 살펴볼 수 있을 것으로 본다. 사실 양형기준제도가 시행된 이후, 양형기준제도에 대한 학문적 관심이 높고 그에 대한 연구도 시도되고 있으나, 경험적 자료에 입각한 양형기준제도 운영현황에 대한 연구 및 평가는 부족한 상황이라고 본다. 이에 본 연구에서는 그동안 시행된 양형기준제도의 운용현황을 횡령·배임범죄를 중심으로 살펴보고 그 시행결과를 평가해 봄으로써 보다 효율적인 양형기준제도의 시행을 위한 개선방안을 모색해보고자 한다.

II. 횡령·배임죄에 대한 양형기준 일반론

1. 대상범죄

횡령·배임범죄는 형법뿐만 아니라 다양한 형사특별법에 처벌규정을 두고 있다. 그러나 양형기준을 설정함에 있어 대상범죄군에 포함되는 모든 범죄를 대상범죄로 포함하지 않고, 대상범죄군에 있는 개별범죄를 검토하여 실제 사안에서 적용빈도가 현저히 낮은 개별범죄에 대해서는 양형기준 대상범죄에서 제외하고 있다. 따라서 횡령·배임범죄 양형기준의 적용대상범죄에는 형법 제355조 제1항의 횡령, 동조 제2항의 배임, 형법 제356조의 업무상 횡령·배임, 그리고 ‘특정경제범죄 가중처벌 등에 관한 법률’ 제3조 제1항에 따라 일정한 금액에 해당하는 경우에는 가중 처벌되는 경우 등이 포함된다.

3) 양형위원회, 「양형기준」 2014, 498면. 이러한 점에서 우리 사회는 기존 형법총칙상의 양형제도와 법원조직법상의 양형기준제도 두 유형이 이원적으로 시행되고 있다고 할 수도 있다.

2. 형종 및 형량의 기준

형법상 양형과정은 법정형→처단형→선고형의 순서로 이루어지는 반면, 양형기준은 대상범죄가 어느 유형에 속하는지를 결정한 후, 특별양형인자의 존부 및 그 평가를 통해 기본·감경·가중영역을 결정함으로써 권고형량범위를 도출하고, 권고형량범위 안에서 모든 인자를 종합적으로 고려하여 적합한 선고형을 결정한다. 그와 함께 선고형이 3년 이하인 경우에는 형의 집행유예 여부를 결정한다. 이 과정에서 양형기준이 권고하는 형량범위가 법률상 가중·감경에 의한 처단형 범위와 불일치하는 경우에 법률상 처단형의 상한 또는 하한에 따라야 한다.

범죄유형의 결정은 사건내용에 적합한 범죄유형을 결정하는 과정이다. 양형기준 제도에서 범죄유형분류에 대한 원칙이나 기준은 두지 않고 각 범죄군의 특성에 따라 개별화시켜 양형기준에서 규정하고 있어 그에 따라 해당 유형을 결정하게 되는데, 횡령·배임죄의 유형은 아래의 <표 1>에서 보는 바와 같이, 특별한 유형구분 없이 횡령·배임 금액에 따라 5개의 유형으로 나누고, 각각의 유형에서 감경, 기본, 가중영역을 구분하여 그에 따른 권고형량범위를 제시하고 있다.

<표 1> 횡령·배임죄의 권고형량기준(2014 양형기준)

유형	구분	감경	기본	가중
1	1억 원 미만	~ 10월	4월 ~ 1년4월	10월 ~ 2년6월
2	1억 원 이상, 5억 원 미만	6월 ~ 2년	1년 ~ 3년	2년 ~ 5년
3	5억 원 이상, 50억 원 미만	1년6월 ~ 3년	2년 ~ 5년	3년 ~ 6년
4	50억 원 이상, 300억 원 미만	2년6월 ~ 5년	4년 ~ 7년	5년 ~ 8년
5	300억 원 이상	4년 ~ 7년	5년 ~ 8년	7년 ~ 11년

횡령·배임죄의 감경, 기본, 가중영역은 아래의 <표 2>에 제시되어 있는 특별양형인자에 의하여 결정된다. 따라서 권고형량을 도출하기 위해서는 특별양형인자의 존부를 확인하고, 양형인자 평가원칙에 따라 결정한다. 권고형량범위에서 일반양형인자 등을 종합적으로 고려하여 선고형량을 결정한다.⁴⁾

4) 구체적인 양형인자평가원칙은 2014 양형기준, 510면 이하 참조.

〈표 2〉 횡령·배임죄의 양형인자

구분		감경요소	가중요소
특별 양형 인자	행위	• 사실상 압력 등에 의한 소극적 범행가담 • 손해발생의 위험이 크게 현실화되지 아니한 경우 • 실질적 1인 회사나 가족회사 • 오로지 회사 이익을 목적으로 한 경우 • 임무위반 정도가 경미한 경우	• 대량 피해자(근로자, 주주, 채권자 등을 포함)를 발생시킨 경우 또는 피해자에게 심각한 피해를 야기한 경우 • 범죄수익을 의도적으로 은닉한 경우 • 범행수법이 매우 불량한 경우 • 피지휘자에 대한 교사
	행위자 /기타	• 농아자 • 심신미약(본인 책임 없음) • 자수 또는 내부비리 고발 • 처벌불원 또는 상당부분 피해 회복된 경우	• 동종 누범
일반 양형 인자	행위	• 기본적 생계·치료비 등의 목적이 있는 경우 • 범죄수익의 대부분을 소비하지 못하고 보유하지도 못한 경우 • 소극 가담 • 업무상 횡령·배임이 아닌 경우 • 피해기업에 대한 소유지분 비율이 높은 경우	• 범행으로 인한 대가를 약속·수수한 경우 • 지배권 강화나 기업 내 지위보전의 목적이 있는 경우 • 횡령 범행인 경우
	행위자 /기타	• 심신미약(본인 책임 있음) • 진지한 반성 • 형사처벌 전력 없음	• 범행 후 증거은폐 또는 은폐 시도 • 이종 누범, 누범에 해당하지 않는 동종 및 사기 범죄 실행전과(집행 종료 후 10년 미만)

* 자료: 양형위원회, 「양형기준」(2014).

또한 양형기준제도에 의하면 선고형량이 3년 이하인 경우, 아래의 <표 3>에서 제시하고 있는 참작사유를 고려하여 집행유예여부를 결정한다. 즉 3년 이하의 징역 또는 금고가 선고형으로 결정되면, 법관은 주요 및 일반 참작사유의 존부를 파악하고, 이를 평가하여 규정된 절차 및 기준에 따라 집행유예를 결정한다.⁵⁾

〈표 3〉 횡령·배임에 대한 집행유예 참작사유

구분		부정적	긍정적
주요 참작 사유	재범 위험성	• 동종 전과(5년 이내의, 집행유예 이상 또는 3회 이상 벌금) • 범죄수익을 의도적으로 은닉한 경우 • 범행수법이 매우 불량한 경우	• 사실상 압력 등에 의한 소극적 범행 가담 • 임무위반 정도가 경미한 경우 • 자수 또는 내부비리 고발

5) 집행유예 참작사유의 평가원칙은 형량기준과는 다소 다른 평가원칙을 두고 있다. 구체적인 내용은 2014 양형기준, 525면 이하 참조.

구분		부정적	긍정적
일반 참작 사유	기타	• 미합의 • 실질적 손해의 규모가 상당히 큰 경우 • 피해자에게 심각한 피해를 야기한 경우	• 상당부분 피해 회복된 경우 • 실질적 1인 회사나 가족회사 • 실질적 손해의 규모가 상당히 작은 경우 • 처벌불원
	재범 위험성	• 동종 전과가 있거나 2회 이상 집행유예 이상 전과 • 반복적 범행 • 비난 동기 • 사회적 유대관계 결여 • 진지한 반성 없음	• 기본적 생계·치료비 등의 목적이 있는 경우 • 사회적 유대관계 분명 • 진지한 반성 • 집행유예 이상의 전과가 없음 • 참작 동기 • 피고인이 고령
	기타	• 공범으로서 주도적 역할 • 대량 피해자(근로자, 주주, 채권자 등을 포함)를 발생시킨 경우 • 범행으로 인한 대가를 약속·수수한 경우 • 범행 후 증거은폐 또는 은폐 시도 • 지배권 강화나 기업 내 지위보전의 목적이 있는 경우 • 피해 회복 노력 없음	• 공범으로서 소극 가담 • 범죄수익의 대부분을 소비하지 못하고 보유하지 못한 경우 • 상당 금액 공탁, 일부 피해 회복, 진지한 피해 회복 노력 • 손해발생의 위험이 크게 현실화되지 아니한 경우 • 오로지 회사 이익을 목적으로 한 경우 • 피고인의 건강상태가 매우 좋지 않음 • 피고인의 구금이 부양가족에게 과도한 곤경을 수반 • 피해기업에 대한 소유지분비율이 높은 경우

* 자료: 양형위원회, 「양형기준」(2014).

III. 연구설계

1. 연구모형

본 연구는 횡령·배임죄에 대한 양형기준제도의 적용 및 준수현황 등을 경험적으로 살펴보려는 것이다. 본 연구에서 양형기준제도의 운영현황은 양형기준제도의 적용현황, 선고형량이 권고영역의 범위 내에서 결정되었는지에 대한 부합도, 선고형량의 결정과정에서 양형기준제도에서 제시한 유형 및 양형인자의 영향, 집행유예결정에 양형기준제도에서 제시한 유형 및 집행유예인자의 영향 등을 경험적으로 분석하고자 한다.

그동안 우리 사회에서 양형기준제도의 구조 및 절차 등에 대한 이론적 논의는 활발하게 이루어졌다고 할 수 있지만(최석윤, 2008; 오영근, 2009; 최호진, 2009; 서봉규, 2010; 승재현, 2010; 탁희성 외, 2010; 이현정, 2011; 김재봉, 2013; 박형관, 2014), 양형기준제도에 대한 경험적 연구는 상대적으로 부족한 상황이다(김현석, 2010; 이민삭·박미랑, 2011; 오영근 외, 2011; 대검찰청, 2011; 이상한, 2013; 김혜정, 2014). 특히 양형기준제도의 실무상의 운용현황은 양형자료에 대한 접근의 제약 등으로 활발하게 연구되지 못하였다. 양형기준제도의 운영현황을 공식적으로 파악할 수 있는 자료는 양형위원회의 「연간보고서」라고 할 수 있다. 그러나 양형위원회의 「연간보고서」는 법원의 판결문에 대한 전수조사라는 점에서는 장점이 있으나, 조사과정 및 분석결과상의 문제로 인하여 조사결과에 대한 신뢰성은 부족한 편이다.⁶⁾

최근에는 이러한 연간보고서의 문제점을 보완하기 위하여 다른 형사사법기관인 대검찰청의 검찰사건처리정보시스템(Prosecutorial Guideline System: PGS)에 입력된 자료를 이용하여 양형기준제도의 운용현황에 대한 경험적 연구가 시도되기도 하였다(이민삭·박미랑, 2011). 그러나 이러한 대검찰청의 검찰사건처리정보시스템(PGS)에 입력되어 있는 자료는 양형인자 등에 있어서 검사의 판단 등이 포함되어 있다는 단점이 있다. 이후 검찰사건처리정보시스템에 보관된 판결문분석을 통하여 양형기준제도 운영현황을 파악하려는 시도가 이루어지고 있다(오영근 외 2011; 김혜정·기광도, 2014). 이러한 검찰사건처리정보시스템에 근거한 연구는 자료의 규모, 체계성 등에서 양형위원회의 「연간보고서」를 대체할 수준은 못되며, 아직은 보완적인 수준이다. 또한 양형기준제도의 현황을 파악하는데 사용되는 용어 및 지수화에 대하여 명확한 정의 및 기준이 확립되지 않았기 때문에 연구결과의 해석에서 다소의 오해 및 논쟁의 소지가 남아있다.⁷⁾

- 6) 양형위원회(2013)의 「연간보고서」에서는 양형기준제도의 해당사건 중에서 법관에 의하여 양형기준제도를 적용하여 판결한 것인지를 명확하게 밝히지 않고 있으며, 해당사건을 전수조사하였다고 하지만 조사과정에서 법관에 의하여 ‘명시적으로 기재되지 않은 사건’에 대한 양형인자의 존부판단 및 영역결정 등에 대한 기준을 명확하게 밝히지 않고 있다.
- 7) 양형위원회(2013) 「연간보고서」에 의하면, ‘양형기준 준수율’, ‘양형기준 명시적 기재율’ 등의 지수를 사용하고 있지만, 이러한 지수에 대한 용어정의가 명확하지 않고, 조작적 정의가 정밀하지 못한 상황이다.

2. 변수의 측정

본 연구에서 사용되는 변수에 대한 정의 및 측정은 다음과 같다. 먼저 양형기준제도의 적용현황은 판결문에 영형기준제도에서 제시한 절차 및 내용에 대한 기재여부로 파악하고자 한다. 양형기준제도에서는 판결문에 적용법률, 처단형범위, 양형기준제도상 범죄유형, 양형인자 기재, 양형인자에 의한 권고형량의 범위 도출, 다수범죄 처리 등을 통한 권고형량의 제시, 집행유예인자 등에 대하여 기재할 것이 권고되어 있다. 그러한 측면에서 양형기준제도의 적용율(application rate)은 선고형량의 범위를 판결문에 명시하였는가의 여부로 파악하고자 한다. 선고형의 권고형량 부합정도는 선고형이 최종 권고형량의 범위 내에서 결정되었는지로 파악하였다. 이러한 선고형의 부합양상은 일치사건과 이탈사건으로 구분되며, 이탈사건의 경우에는 다시 권고영역의 하한 이탈 및 상한 이탈로 구분될 수 있다. 이러한 선고형이 권고형량의 범위 내에서 이루어는 정도는 선고형량의 부합율(accordance rate of sentence length)과 이탈율(departure rate)로 측정하였다. 또한 이러한 횡령·배임죄에 대한 양형기준제도의 적용 및 준수양상이 선고년도, 지방법원/지원, 단독/합의재판 등에 따라 차이가 있는지도 살펴보고자 한다.

그리고 양형기준제도에 제시된 양형인자 및 집행유예인자가 횡령·배임죄의 선고형량 및 집행유예의 결정에 어떠한 영향을 미쳤는지를 분석하고자 한다. 종속변수에 속하는 선고형량은 법관에 의하여 선고된 선고형량으로 파악하였고, 이는 개월 단위로 측정되었다. 또한 집행유예여부는 모조변수(dummy variable)로 변환하여, 집행유예를 0, 실형을 1로 부호화하였다. 집행유예에 대한 분석에서 사용되는 독립변수는 양형기준제도에서 제시한 횡령·배임죄의 유형과 양형인자 및 집행유예 참작사유만을 사용하였다. 이러한 횡령·배임죄에 대한 양형인자는 <표 2>, 집행유예인자는 <표 3>에서 제시한 바와 같고, 각각의 인자들은 모조변인화하였고, 양형인자의 존부를 파악하여 해당되는 경우 1, 해당되지 않을 경우 0으로 부호화하였다. 이러한 양형인자의 존부는 법관에 의하여 기재된 판결문에서 파악된 것이다.

3. 자료수집 및 분석

본 연구에서 분석된 자료는 횡령·배임죄의 1심 판결사건을 대상으로 하였다. 연구의 모집단에 속하는 판결문자료는 대검찰청의 ‘검찰사건처리정보시스템(Prosecutorial Guideline System: PGS)’에 보관되어 있는 자료이며, 1심 판결일자를 기준으로 2011년 1월 1일부터 2013년 12월 31일에 판결된 사건 중에서 양형기준제도의 대상이 되지 않는 무죄판결(형사소송법 제325조), 면소판결(형사소송법 제326조), 공소기각판결·결정(형사소송법 제327조 및 제328조), 소년부송치결정(소년법 제50조) 등 형이 선고되지 않은 판결 및 결정사건, 선고형이 벌금형인 경우와 형법 제37조 후단 경합범, 미수범 및 방조범 등을 분석대상에서 제외⁸⁾하고 양형기준제도에 해당하는 3,721건을 분석대상으로 삼았다.⁹⁾ 더불어 양형기준제도의 준수여부에 대한 분석에 어려움이 있는 이중경합범도 분석대상에서 제외하여, 횡령·배임죄의 단일 죄명 및 동종경합범을 분석대상으로 하였다.

본 연구에서 횡령·배임죄에 대한 양형기준제도의 적용 및 부합도는 교차표 분석, 양형기준제도에 의한 선고형량분석에서는 회귀분석, 집행유예에 대한 분석에서는 로지스틱 회귀분석(logistic regression analysis)을 활용하였다.

Ⅳ. 분석결과

1. 조사자료의 일반적 현황

조사된 분석사건 3,721건의 일반적 현황을 살펴보면 다음과 같다. 1심 판결일시의 경우, 2011년 1,289건(34.6%), 2012년 1,212건(32.6%), 2013년 1,220건(32.8%)으로 나타났고, 법원유형의 경우, 지방법원에서 판결한 경우는 2,765건(74.3%), 지원에서 판결한 건수는 956건(25.7%), 합의부에서 판결한 경우는 596건(16.0%), 단

8) 2014 양형기준, 497면 및 518면.

9) 분석자료의 수집과정은 김혜정/기광도(2014)를 참조.

독으로 판결한 경우는 3,125건(84.0%)로 나타났다. 양형기준제도에 의하여 분류된 횡령·배임 유형의 경우, 1유형은 237건(6.4%), 2유형은 2,035건(54.7%), 3유형은 906건(24.3%), 4유형은 74건(2.0%), 5유형은 15건(0.4%), 불명 7건(0.2%)으로 나타났다.

횡령·배임죄에 대한 양형현황을 살펴보면, 1심 판결의 선고형량(집행유예 포함)의 경우, 6개월 이하 1,417건(38.1%), 12개월 이하 1,455건(39.1%), 24개월 이하 592건(15.9%), 36개월 이하는 187건(5.0%), 48개월 이하 44건(1.0%), 60개월 이하 15건(0.4%), 60개월 초과는 11건(0.2%)로 나타났으며, 이러한 징역형의 평균은 11.71개월, 표준편차는 9.39으로 나타났다. 또한 집행유예 2,314건(62.2%), 실형 1,406건(37.8%)으로 나타났다.

2. 양형기준의 적용현황

법원조직법상의 양형기준제도는 법원에 대하여 법적 구속력을 갖지 않고 권고적 효력을 갖기 때문에, 법관은 양형기준제도 해당사건 중에서 기존의 형법총칙상의 절차에 따라 양형을 할 수도 있고, 양형기준제도상의 절차를 선택할 수도 있다.¹⁰⁾ 법관이 판결문에 양형기준제도에서 권고한 절차 및 내용을 명시적으로 기재하였다면 양형기준제도를 적용한 것으로 파악할 수 있다. 따라서 본 연구에서는 법관이 판결문에 권고형량을 제시(기재)한 경우, 양형기준을 적용한 것으로 분석하였다.¹¹⁾

분석된 횡령·배임죄 3,721건 중에서 판결문에 권고형량을 기재하지 않은 건수는 2,381건(64.0%), 권고형량을 기재한 사건은 1,340건(36.0%), 권고형량을 기재하고 양형이유를 명시적·범주적으로 기재한 경우는 1,252건(33.6%), 권고형량은 제시하고 양형이유는 서술적으로 기재한 경우는 88건(2.4%)으로 나타났다.

<표 4>는 판결년도, 지법/지원, 단독/합의재판부, 횡령·배임 유형 등에 따른 양형기준제도 적용현황을 분석한 것이다. 분석결과, 2011년에 비하여 2013년에 양형기

10) 이러한 두 유형의 양형절차 중에서 어떠한 절차를 선택하여 적용하였는가는 판결문에 기재된 내용을 통하여 파악할 수 있다.

11) 이는 선고형의 권고형량 부합율을 양형기준의 명시적 기재를 바탕으로 분석하기 위함이다(양형위원회, 2013 연간보고서, 260면 이하 참조).

준제도의 적용비율이 감소하였으며, 단독재판부에 비하여 합의재판부의 적용비율이 현저하게 높은 것으로 나타났다. 횡령·배임죄 유형의 경우, 유형의 등급이 높아질수록 양형기준제도의 적용비율이 높은 것으로 나타났다. 이러한 요인들에 의한 양형기준제도 적용여부의 차이는 통계학적으로 유의한 것으로 분석되었다.

〈표 4〉 양형기준제도 적용현황 분석

		적용	비-적용	전체	x2
판결년도	2011	505 (39,2%)	784 (60,8%)	1289	19,93***
	2012	456 (37,6%)	756 (62,4%)	1212	
	2013	379 (31,1%)	841 (68,9%)	1220	
	소계	1340 (36,0%)	2381 (64,0%)	3721	
지법/지원	지법	1,012 (36,6%)	1,753 (63,4%)	2,765	1,12
	지원	328 (34,3%)	628 (65,7%)	958	
	소계	1340 (36,0%)	2381 (64,0%)	3721	
재판부	합의	495 (83,1%)	101 (16,9%)	596	681,52***
	단독	845 (27,0%)	2,280 (73,0%)	3,125	
	소계	1340 (36,0%)	2381 (64,0%)	3721	
유형	1유형	554 (27,2%)	1,481 (72,8%)	2,035	517,44***
	2유형	343 (37,9%)	563 (62,1%)	908	
	3유형	345 (77,2%)	102 (22,8%)	447	
	4유형	73 (98,6%)	1 (1,4%)	74	
	5유형	12 (80,0%)	3 (20,0%)	15	
	소계	1,327(38,2%)	2,150 (61,8%)	3,477	

*: $p < 0,05$, **: $p < 0,01$, ***: $p < 0,001$.

3. 선고형의 권고형량 부합도

양형기준제도는 양형과정에 대한 다양한 절차 및 기준을 제시하고 있다. 그러한 측면에서 양형기준제도의 준수현황을 다양한 기준에 따라 개별적으로 살펴볼 수 있다. 본 연구에서는 양형기준제도의 다양한 기준 중에서 선고형량이 권고형량의 범

위 내에서 결정되었는지에 초점을 두고 살펴보고자 한다. 즉 권고형량이 제시된 사건 중에서 선고형량이 권고형량의 영역 내에 있는지, 이탈하였는지로 파악하였다. 양형기준제도의 절차 및 요인에 의하여 도출된 권고형량의 범위 내에서 선고형량이 결정되는 비율, 즉 부합율(accordance rate) 및 이탈율(departure rate)로 분석하고자 한다. 선고형의 부합여부는 권고형의 영역 내에서 결정된 경우이며, 하한 이탈은 권고형량 보다 낮게 선고형이 이루어진 경우이며, 상한 이탈은 권고형량 보다 높게 선고형이 결정된 경우이다.

횡령·배임죄의 경우, 판결문에 권고형량을 제시한 사건 1,340건 중에서 권고형량에 부합된 건수는 1,227건(91.6%)이며, 이탈건수는 113건(8.4%)이며, 이탈건수 중에서 하한 이탈건수는 107건(8.0%), 상한 이탈건수는 6건(0.4%)로 나타났다. 양형기준제도를 적용한 경우, 선고형량은 거의 권고형량의 범위내에서 결정되는 것을 확인할 수 있었다. 그러나 이러한 높은 수준의 부합율은 횡령·배임죄에 대한 양형기준제도의 적용율이 상대적으로 낮다는 것을 고려하여 이해하여야 할 것이다.

〈표 5〉 횡령·배임죄의 선고형의 권고형량 부합도 현황분석

		부합건수	비-부합건수	전체	χ^2
판결년도	2011	479 (94.9%)	26 (5.1%)	505	13.23**
	2012	414 (90.8%)	42 (9.2%)	456	
	2013	334 (88.1%)	45 (11.9%)	379	
	소계	1,227 (91.6%)	113 (8.4%)	1,340	
지법/지원	지법	927 (91.6%)	85 (8.4%)	1,012	0.01
	지원	300 (91.5%)	28 (8.5%)	328	
	소계	1,227 (91.6%)	113 (8.4%)	1,340	
재판부	합의	426 (86.1%)	69 (13.9%)	495	30.83***
	단독	801 (94.8%)	44 (5.2%)	845	
	소계	1,227 (91.6%)	113 (8.4%)	1,340	
유형	1유형	545 (98.4%)	9 (1.6%)	554	126.28***
	2유형	311 (90.7%)	32 (9.3%)	343	
	3유형	306 (88.7%)	39 (11.3%)	345	
	4유형	50 (68.5%)	23 (31.5%)	73	
	5유형	5 (41.7%)	7 (58.3%)	12	
	소계	1,217 (91.7%)	110 (8.3%)	1,327	

*: $p < 0.05$, **: $p < 0.01$, ***: $p < 0.001$.

<표 5>는 판결년도, 지법/지원, 단독/합의재판부, 배임/횡령죄의 유형 등에 따른 횡령·배임죄 선고형량의 권고형량 부합률을 분석한 것이다. 분석결과, 판결년도, 단독/합의재판부, 횡령·배임죄 유형 등은 부합율에 통계학적으로 유의한 차이가 있는 것으로 나타났으며, 2011년 이후 부합율은 감소하는 것으로 나타났고, 합의재판부에 비하여 단독재판부의 부합비율이 높은 것으로 나타났으며, 횡령·배임죄 유형의 경우, 유형의 등급이 높아질수록 양형기준제도의 부합비율이 낮은 것으로 나타났다.

4. 선고형량에 대한 분석

다음은 횡령·배임죄의 선고형량에 영향을 미치는 양형기준제도의 양형인자에 대한 분석을 시도하고자 한다. 양형기준제도에 의하여 횡령·배임죄 선고형량의 결정에 고려해야 하는 유형 및 양형인자들은 <표 1> 및 <표 2>에 제시한 바 있다. 양형기준제도에 의하면, 이러한 횡령·배임죄 유형 및 양형인자들을 고려하여, 권고형량을 도출하고, 그러한 권고형량의 범위 내에서 선고형을 결정할 것을 권고하였다. 그러면 양형기준제도에서 제시한 횡령·배임죄의 유형 및 양형인자들이 선고형량의 결정에 어느 정도 영향을 미쳤는지를 분석하고자 한다.

먼저 선고형량에 대한 양형인자분석은 판결문에서 법관에 의하여 양형인자가 명시적으로 기재된 1,252건을 분석대상으로 하였다. 양형기준제도에서 제시된 횡령·배임죄 유형, 특별양형인자, 그리고 일반양형인자들을 독립변수로 하고, 선고된 징역형량을 종속변수로 설정하여 회귀분석(regression analysis)을 시도하였다. 이러한 회귀분석에서는 다른 요인들을 통제한 상황에서의 영향을 살펴볼 수 있다는 장점이 있으며, 표준화된 회귀계수를 통하여 각각의 독립변수들이 종속변수에 미치는 영향에 대한 상대적 크기를 평가할 수 있으며, 이러한 평가는 독립변수간 상호독립적이라는 가정에서 유용하다.

독립변수에 속하는 특별 및 일반양형인자의 분포를 살펴보면 다음과 같다. <표 2>에 제시된 양형요인 중에서 특별양형인자의 경우, 감경인자에 속하는 사실상 압력 등에 의한 소극적 범행가담 1.8%, 손해발생의 위험이 크게 현실화되지 아니한 경우 3.1%, 실질적 1인 회사나 가족회사 5.4%, 오로지 회사 이익을 목적으로 한 경우 0.9%, 임무위반 정도가 경미한 경우 2.4%, 자수 또는 내부비리 고발 0.6%,

처벌불원 또는 상당부분 피해 회복된 경우 29.9% 등으로 나타났으며, 가중인자에 속하는 대량 피해자(근로자, 주주, 채권자 등을 포함)를 발생시킨 경우 또는 피해자에게 심각한 피해를 야기한 경우 5.9%, 범죄수익을 의도적으로 은닉한 경우 1.1%, 범행수법이 매우 불량한 경우 8.1%, 피지휘자에 대한 교사 0.5%, 동종 누범 0.6% 등으로 나타났다.

일반양형인자의 경우, 감경인자에 속하는 기본적 생계·치료비 등의 목적이 있는 경우 2.2%, 범죄수익의 대부분을 소비하지 못하고 보유하지도 못한 경우 5.4%, 소극 가담 2.1%, 업무상 횡령·배임이 아닌 경우 11.6%, 피해기업에 대한 소유지분 비율이 높은 경우 2.0%, 심심미약(본인 책임 있음) 0.2%, 진지한 반성 22.4%, 형사 처벌 전력 없음 19.2% 등으로 나타났다. 또한 가중인자에 속하는 범행으로 인한 대가를 약속·수수한 경우 0.4%, 지배권 강화나 기업 내 지위보전의 목적이 있는 경우 0.4%, 횡령 범행인 경우 34.2%, 범행 후 증거은폐 또는 은폐 시도 0.7%, 이중 누범, 누범에 해당하지 않는 동종 및 사기범죄 실행전과(집행 종료 후 10년 미만) 1.3%로 나타났다.

<표 6>은 횡령·배임범죄에서 양형기준에서 제시된 유형, 특별 및 일반양형인자들이 선고된 징역형량에 미치는 효과에 대한 회귀분석결과를 보여준다. 제시된 값은 보통최소자승법(ordinary least square method)으로 구한 표준화된 회귀계수(β -coefficient)이며, 특별 및 일반양형인자의 경우 통계학적으로 유의미한 결과만을 제시하였다.

<모형 1>은 횡령·배임범죄의 유형, 즉 횡령 및 배임액이 선고된 징역형량에 미치는 영향을 보여준다. 양형기준에서 제시된 유형의 경우, 징역형량에 정(+)의 영향을 미치는 것으로 나타났고, 징역형량에 대한 유형요인의 설명력도 61%로 높게 나타났다. 이러한 결과는 횡령·배임범죄에서 양형기준의 유형구분은 징역형량 도출에 중요한 기준이라는 것을 확인하게 한다.

<모형 2>는 횡령·배임범죄의 유형양상과 특별가중인자 및 특별감경인자가 징역형량의 도출에 미치는 영향을 분석한 것이다. 횡령·배임범죄의 유형요인이 미치는 영향은 <모형 1>과 차이가 없는 것으로 나타났다. 횡령·배임범죄의 특별감경인자 중에서는 소극적 가담, 손해위험 현실화 안됨, 1인 회사, 회사 이익, 업무 위반 경미, 처벌불원 등 부(-)의 영향을 미치는 것으로 나타났고, 특별가중인자 중에는 범행수법

불량, 대량 피해자 발생, 범죄 수익 은폐 등이 정(+)'의 영향을 미치는 것으로 나타났다. 이러한 횡령·배임범죄의 유형 및 특별양형인자들이 징역형량에 미치는 영향력은 70%로 증가한 것으로 나타났다. 이러한 결과는 징역형량의 도출에 양형기준제도에서 제시된 특별가중인자 및 특별감경인자들이 영향을 미쳤다는 것을 알려준다.

<모형 3>은 횡령·배임범죄의 유형양상과 특별가중인자 및 특별감경인자, 일반가중인자 및 일반감경인자 등이 권고형의 도출에 미치는 영향을 분석한 것이다. 횡령·배임범죄의 유형양상과 특별가중 및 감경인자 등이 징역형량에 미치는 영향은 <모형 2>와 차이가 없으며, 일반감경인자 중에서는 범죄수익 소비·보유 못함이 부(-)의 영향을 미치는 것으로 나타났고, 일반가중인자 중에서는 미약하지만 지배권 강화 요인이 정(+)'의 영향을 미치는 것으로 분석되었다. 이러한 요인들에 의한 설명력은 71%로 <모형 2>에 비하여 거의 증가하지 못하였다. 이러한 결과는 양형기준에서 제시된 일반양형인자들은 선고형량의 도출에 거의 영향을 미치지 못한다는 것을 시사한다.

〈표 6〉 횡령·배임범죄의 선고형량에 대한 회귀분석결과

		횡령·배임죄의 선고형량		
		모형 1	모형 2	모형 3
유형		.78***	.75***	.76***
특별감경요인	소극적 가담		-.07***	-.05***
	손해위험 현실화 안됨		-.03*	-.02
	1인 회사		-.07***	-.07***
	회사 이익		-.06***	-.05***
	임무 위반 경미		-.07***	-.05***
	처벌불원		-.08***	-.08***
특별가중요인	대량 피해자		.15***	.14***
	범죄수익 은닉		.11***	.10***
	범행수법 불량		.15***	.15***
일반감경요인	범죄수익 소비/보유 못함			-.05**
일반가중요인	횡령범행			.04*
	지배권 강화			.08***
F 값		1972.49***	225.02***	112.68***
R 2		.61	.70	.71
사례수		1252	1252	1252

*: $p < 0.05$, **: $p < 0.01$, ***: $p < 0.001$

5. 집행유예에 대한 분석

다음은 횡령·배임죄의 집행유예 및 실행여부를 결정하는 요인에 대하여 분석하고자 한다. 집행유예에 대한 분석은 선고형량이 36개월 이하의 사건과 집행유예인자를 판결문에 범주적으로 기재한 사건을 대상으로 분석하고자 한다. <표 7>은 집행유예결정요인에 대하여 법관의 판결문 기재현황을 보여준다. 양형기준제도에 의하면, 선고형량이 36개월 이하인 경우에는 집행유예여부를 결정하고, 그 이유를 판결문에 기재할 것을 권고하고 있다. 이는 집행유예나 실행을 결정할 경우에는 그에 대한 이유를 밝힐 것을 요구한 것이다. 선고형량이 36개월 이하인 사건 1,196건 중에서 집행유예인자를 범주적으로 명확하게 기재하지 않은 사건은 654건(54.5%)이며, 범주적으로 기재한 사건은 542건(45.3%)이다. 그리고 집행유예인자를 범주적으로 기재한 사건 중에서 집행유예는 447건, 실행사건의 경우에는 95건으로 나타났다. 집행유예여부를 결정하고 그 이유를 판결문에 양형기준제도에서 제시하는 범주적으로 명확하게 기재한 경우는 상대적으로 낮은 것으로 나타났다. 이러한 결과는 집행유예의 경우, 양형상의 중요성에도 불구하고 그 이유를 명확하게 밝히지 않고 있다는 것을 시사한다.

<표 7> 집행유예인자에 대한 판결문 기재현황

		설시여부		
		명시적 기재 안함	명시적 기재 함	전체
집행유예 여부	집행유예	295 (39.8%)	447 (60.2%)	742
	실행	359 (79.1%)	95 (20.9%)	454
	전체	654 (54.7)	542(45.3%)	1,196

본 연구에서 집행유예에 대한 분석은 선고형량이 36개월 이하이며, 법관에 의하여 집행유예인자가 범주적으로 기재된 사건 542건을 대상으로 하였다. 여기에서는 법관의 집행유예 및 실행결정이 양형기준제도에서 제시된 집행유예인자에 의하여 어느 정도 결정되었는지를 분석하고자 한다. 횡령·배임죄의 집행유예 및 실행여부에 대한 분석은 로지스틱 회귀분석(logistic regression analysis)을 시도하였다. 로지

스틱 회귀분석은 종속변수가 이항변수이고, 독립변수가 명목적일 경우 유용한 분석 방법이다.

횡령·배임죄의 집행유예에 대한 분석모형에서 종속변수는 집행유예·실형여부이며, 집행유예를 0, 실형을 1로 부호화하였다. 이러한 집행유예·실형여부에 영향을 미치는 독립변수로는 양형기준제도에서 제시한 횡령·배임죄의 유형, 주요 및 일반 참작사유 등으로 구성하였다.

먼저 독립변수에 속하는 횡령·배임죄의 집행유예 참작사유의 분포를 살펴보면 다음과 같다. 주요참작사유의 경우, 부정적 참작사유에 속하는 동종 전과(5년 이내의, 집행유예 이상 또는 3회 이상 벌금) 10건(1.8%), 범죄수익을 의도적으로 은닉한 경우 3건(0.3%), 범행수법이 매우 불량한 경우 24건(4.4%), 미합의 188건(34.7%), 실질적 손해의 규모가 상당히 큰 경우 27건(5.0%), 피해자에게 심각한 피해를 야기한 경우 8건(1.5%)으로 나타났으며, 긍정적 참작사유에 속하는 사실상 압력 등에 의한 소극적 범행 가담 21건(3.9%), 임무위반 정도가 경미한 경우 20(3.7%), 자수 또는 내부비리 고발 2건(0.4%), 상당부분 피해 회복된 경우 123건(22.7%), 실질적 1인 회사나 가족회사 33건(6.1%), 실질적 손해의 규모가 상당히 작은 경우 69건(12.7%), 처벌불원 157건(29.0%)으로 나타났다.

일반참작사유의 경우, 부정적 참작사유에 속하는 동종 전과가 있거나 2회 이상 집행유예 이상 전과 31건(5.7%), 반복적 범행 44건(8.1%), 비난 동기 2건(0.4%), 사회적 유대관계 결여 4건(0.7%), 진지한 반성 없음 19건(3.5%), 공범으로서 주도적 역할 10건(1.8%), 대량 피해자(근로자, 주주, 채권자 등을 포함)를 발생시킨 경우 1건(0.2%), 범행으로 인한 대가를 약속·수수한 경우 1건(0.2%), 범행 후 증거은폐 또는 은폐 시도 5건(0.9%), 피해 회복 노력 없음 57건(10.5%)으로 나타났으며, 긍정적 참작사유에 속하는 기본적 생계·치료비 등의 목적이 있는 경우 21건(3.9%), 사회적 유대관계 분명 143건(26.4%), 진지한 반성 197건(36.3%), 집행유예 이상의 전과가 없음 335건(61.8%), 참작 동기 31건(5.7%), 피고인이 고령 13건(2.4%), 공범으로서 소극 가담 11건(2.0%), 범죄수익의 대부분을 소비하지 못하고 보유하지도 못한 경우 36건(6.6%), 상당 금액 공탁, 일부 피해 회복, 진지한 피해 회복 노력 81건(14.9%), 손해발생의 위험이 크게 현실화되지 아니한 경우 15건(2.6%), 오로지

회사 이익을 목적으로 한 경우 3건(0.6%), 피고인의 건강상태가 매우 좋지 않음 6건(1.1%), 피고인의 구금이 부양가족에게 과도한 곤경을 수반 25건(4.6%), 피해기업에 대한 소유지분비율이 높은 경우 18건(3.3%)으로 나타났다.

<표 8>은 횡령·배임죄 집행유예에 대한 로지스틱 회귀분석결과를 보여준다. 집행유예에 대한 분석모형에서는 횡령·배임죄의 유형을 제외하고는 집행유예결정에 통계학적으로 유의한 독립변수만을 제시하였으며, 제시된 값은 비표준화된 회귀계수(b), Wald 통계치, 승산비(odds ratio, $\text{Exp}(B)$)이다.¹²⁾

분석결과는 횡령·배임죄 유형은 집행유예의 결정에 영향을 미치지 못하는 것으로 나타났다. 양형기준제도에서 제시한 유형등급은 선고형량의 결정에는 중요한 영향을 미치는 것으로 나타났으나, 선고형량이 결정된 이후 집행유예·실형결정에는 영향을 미치는 못하는 것으로 나타났다. 이러한 결과는 선고형량의 결정과 집행유예·실형결정은 다른 요인에 의하여 영향을 받는다는 것을 시사한다.

주요 부정적 참작사유에서는 ‘범행수법이 매우 불량한 경우’, ‘미합의’, ‘실질적 손해의 규모가 상당히 큰 경우’, 일반 부정적 참작사유에서는 ‘반복적 범행’, ‘피해 회복 노력 없음’ 등은 실형결정에 정(+)의 효과를 미치는 것으로 나타났으며, 주요 긍정적 참작사유에서는 ‘실질적 손해의 규모가 상당히 작은 경우’ 일반 긍정적 참작사유 ‘참작동기’ 등의 요인들이 횡령·배임죄의 집행유예·실형결정에서 부(-)의 효과를 미치는 것으로 분석되었다. 이러한 결과는 양형기준제도에 의하여 제시된 집행유예 참작들이 적절하게 반영되었다는 것을 의미한다.

횡령·배임죄의 실형결정에 상대적으로 중요한 요인은 ‘미합의’, ‘범행수법이 매우 불량한 경우’ 등으로 나타났다. 이러한 결과는 양형기준제도에서 제시한 바와 같이 주요 참작사유에 근거하여 집행유예가 결정되었다는 것을 의미한다. 또한 위의 모형에서 독립변수에 의한 종속변수에 대한 설명력을 반영하는 결정계수 중에서

12) 로지스틱 회귀분석에서 종속변수가 이항변수이기 때문에 최대우도(maximum likelihood) 추정방법을 적용하고, 독립변수의 통계적 유의성은 Wald검증(χ^2 의 다변량방식)과 우도비 검증(log likelihood ratio test)으로 하며, 종속변수에 대한 독립변수의 설명량을 파악하는 결정계수(R²)는 로그우도 함수값을 활용하기 때문에 유사 결정계수(pseudo R²)라고 하며 Cox와 Snell의 R²와 Nagelkerke R²가 있으며, 종속변수에 대한 독립변수의 효과크기는 BIC($\text{BIC} = \text{Wald} - \ln N(\text{사례수})$)로 파악하며, 승산비(odds ratio, $\text{exp}(b)$)를 통하여 종속변수에 대한 독립변수의 발생가능성의 정도를 파악한다(김순귀·정동빈·박영술, 2003; 홍세희, 2011; 이희연·노승철, 2013).

Nagelkerke R²는 .66으로 나타났으나, 로지스틱 회귀분석에서 결정계수는 참고하는 수준으로 이해하여야 한다.

〈표 8〉 횡령·배임죄의 실행여부에 대한 로지스틱 회귀분석결과

		횡령·배임죄의 실행여부		
		B	Wald	Exp(B)
유형		.21	.59	1.23
주요참작사유: 부정적	범행수법이 매우 불량한 경우	4.97	12.46***	144.07
	미합의	2.72	30.94***	15.22
	실질적 손해의 규모가 상당히 큰 경우	2.45	5.40*	11.55
주요참작사유: 긍정적	실질적 손해의 규모가 상당히 작은 경우	-1.25	5.62*	.29
일반참작사유: 부정적	반복적 범행	1.41	4.96*	4.09
	피해회복 노력 없음	.98	4.40*	2.68
일반참작사유: 긍정적	참작동기	-2.32	3.98*	.09
상수		-2.51	12.87***	.08
-2 Log Likelihood		225.69		
모델 카이제곱/df		274.73***/39		
Cox와 Snell의 R ²		.40		
Nagelkerke R ²		.66		
사례수		542		

*: $p < 0.05$, **: $p < 0.01$, ***: $p < 0.001$

V. 횡령·배임죄에 대한 양형기준제도의 평가 및 개선방안

1. 평가

횡령·배임죄에 대하여 2011년 1월부터 2013년 12월까지 선고된 1심 판결문을 대상으로 분석한 결과를 바탕으로 양형기준제도의 운영현황을 평가하면 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째로 양형기준 적용대상사건 3,721건 중에서 법원조직법상의 양형기준제도를 적용한 경우, 즉 판결문에 권고형량을 기재한 경우는 36.0%(1,340건)로 나타났다.

이러한 결과는 횡령·배임죄의 양형과정에서 양형기준에 따른 기재가 상대적으로 낮은 것을 의미한다.¹³⁾ 특히 앞의 <표 4>에서 제시된 바와 같이, 합의부 사건인 경우에는 양형기준에 따라 권고형량을 기재한 적용사건이 495건(83.1%)으로 상당히 높게 나타난 반면, 단독사건인 경우에는 양형기준에 따라 권고형량을 기재하지 않은 비적용사건이 2,280건(73.0%)으로 높게 나타나고 있고, 또 유형별로는 제3유형부터 제5유형까지는 권고형량을 기재한 적용사건의 비율이 높은 반면, 제1유형과 제2유형에서는 권고형량을 기재하지 않은 비적용사건의 비율이 높게 나타나고 있다. 이러한 현상은 횡령·배임죄의 경우, 단독사건과 같이 경미한 사건이 많고, 이 경우 대체적으로 형량이 낮아 법관이 양형이유를 구체적으로 기재할 필요를 느끼지 못하는 것으로 설명될 수 있다.¹⁴⁾

둘째로 양형기준의 준수현황을 양형기준제도를 적용한 사건(즉 판결문에 권고형량을 기재한 사건) 중에서 선고형의 권고형량 부합도로 파악하였다. 횡령·배임죄에서 선고형의 권고형량 부합도는 91.6%(1,227건)로 아주 높게 나타났다. 물론, 이러한 선고형의 권고형량 부합도는, 대상판결 총 3,721건 중 판결문에 양형기준을 기재한 1,340건(36.0%)에 대한 비율로, 판결문에 양형기준을 기재하지 않은 2,381건(64.0%)는 포함되지 않음으로써 양형기준제도에 대한 적용율이 낮다는 한계와 이러한 선고형의 권고형량 부합도가 양형기준제도의 준수현황을 파악하는 일부분에 지나지 않고 아직 경험적으로 파악하지 못한 영역이 남아있지만, 이는 법관들이 양형기준제도상의 절차 및 기준을 준수하고 있음을 의미한다. 다만, 그 차이가 미미하지만, 앞의 <표 5>에서 제시된 바와 같이, 단독사건보다 합의부 사건에서 부합율이 다소 떨어진다거나 제1유형의 경우 부합율이 98.4%를 상당히 높게 나타나 것에 반해, 제4유형, 제5유형과 같이 중한 유형으로 갈수록 부합율이 낮아지는 것은 법원의 온정주의 형선고경향으로 평가될 수도 있다.

셋째로 횡령·배임죄의 선고형량의 결정에서 양형기준제도에서 제시한 횡령·배임죄의 유형 및 양형인자의 영향을 분석한 결과, 횡령·배임죄 유형요인은 선고형의 결정에 중요한 영향을 미치는 것으로 나타났고, 특별양형인자들도 선고형량의 결정

13) 횡령·배임사건에서 판결문에 양형이유를 기재하지 않은 비율도 2011년 9.7%, 2012년 5.8%으로 나타나고 있다(양형위원회, 2012년 연간보고서).

14) 양형위원회, 2010 연간보고서, 279면.

에 중요한 역할을 하는 것으로 나타났다. 양형기준제도에 제시된 유형 및 양형인자에 의한 선고형 설명력은 71%정도로 높게 나타났다. 특히 특별양형인자 중에 “농아자”, “심신미약”, “자수”, “동종누범”을 제외한 모든 인자들이 선고형량의 결정에 유의미한 것으로 나타나고 있다.

마지막으로 횡령·배임죄의 집행유예여부에 양형기준제도에서 제시한 요인들의 영향을 살펴본 결과, 양형기준제도의 집행유예인자들의 영향은 높은 것으로 나타났다. 그러나 집행유예를 결정하는 과정 및 요인에 대해서는 아직도 법관에 의하여 명확하게 기재하지 않는 경향이 강하게 남아있다고 평가 할 수 있다.

2. 양형기준의 개선방안

가. 양형기준제도의 실질적인 준수에 대한 인식 변화

양형기준제도의 목적은 앞에서 언급한 바와 같이, ‘국민의 건전한 상식을 반영하고 국민이 신뢰할 수 있는 공정하고 객관적인 양형을 실현’함으로써 합리적인 양형을 도출하는데 있고, 양형기준은 이를 위해 제시된 기준이다. 이러한 양형기준은 형량범위뿐만 아니라 양형인자 등을 제시하여 법관의 양형재량을 합리화하려는 취지를 담고 있다. 따라서 양형기준에 따른다는 것은 단순히 권고형량범위 안에서 선고형을 도출하는 형식적인 준수뿐만 아니라 양형기준이 제시하고 있는 절차와 그 내용, 즉 양형인자의 정의내용 및 양형인자의 평가원칙 등 양형인자에 대한 올바른 판단과 해당되는 경우 집행유예에 대한 올바른 판단 등 실질적인 준수까지도 포함하는 것으로 이해해야 할 것이다.¹⁵⁾

그런 점에서 양형기준의 준수여부를 파악하는데 있어서 지금까지와 같이 선고형이 권고형량의 범위 안에서 이루어졌느냐에 대한 판단뿐만 아니라 양형인자에 대한 평가 등을 포함하여 양형기준제도에서 제시하고 있는 절차와 그 내용에 대한 판단이 올바르고 적절하게 이루어졌는지도 포함되어야 할 것으로 본다. 특히, 집행유예

15) 양형기준의 이탈문제와 관련하여 권고형량범위를 벗어난 진정이탈과 권고형량범위 안에서 선고형을 결정하였지만 양형인자 평가원칙에 부합하지 않는 부진정이탈로 구분하여 양형기준 준수여부를 분석한 논문으로 김한균(2014) 참조.

를 결정하는 과정 및 요인에 대해서는 앞의 <표 7>에서 보는 바와 같이, 아직 법관에 의하여 명확하게 기재하지 않는 경향이 강하게 남아있지만, 3년 이하의 선고형이 결정되는 경우에는 집행유예 여부에 대한 판단도 양형기준에서 제시하고 있는 절차 중의 하나라는 점에서 구체적으로 적시될 필요가 있다.

국민이 신뢰할 수 있는 공정하고 객관적인 양형을 도출하기 위한 기준이라는 양형기준의 본질적 의미를 달성하기 위해서는 지속적인 양형기준의 합리화를 위한 노력이 요구된다고 본다. 그리하여 앞으로는 형사재판에서 막연하고 추상적인 양형부당을 다투기 보다는 피고인이나 검사가 보다 구체적으로 양형인자의 존부 및 그 채택여부도 양형부당에서 다룰 수 있어야 할 것으로 본다.

나. 양형의 투명성 확보를 위한 양형기준 기재의 의무화

양형기준제도가 도입됨으로써 양형의 투명성과 객관성을 확보할 수 있게 되었고 양형에 대한 예측도 가능하게 되었다. 다만, 국민의 사법에 대한 신뢰를 높이기 위해서는 앞에서 언급한 바와 같이, 양형기준제도의 실질적인 준수도 중요하겠지만, 법원의 국민에 대한 양형이유의 설명도 중요하다는 점에서 판결문에 양형이유를 기재하는 것이 필요하다고 본다.¹⁶⁾

물론 양형기준제도는 법적 구속력이 없고 권고적 효력만을 갖고 있기 때문에 법관이 반드시 판결문에 양형기준제도에서 제시하고 있는 방식에 따라 양형이유를 작성해야할 의무는 없다.¹⁷⁾ 그러나 양형기준에 대한 기재가 이루어지지 않는 이상, 설사 양형기준에 부합하게 선고하였다고 하더라도 이를 확인하는 것은 쉽지 않다.¹⁸⁾ 이는 앞의 <표 4>와 <표 5>에서 보는 바와 같이, 선고형의 권고형량 부합율이 91.6%로 높게 나타남에도 판결문에 양형기준을 기재한 적용율이 36.0%인 상황에

16) 독일에서도 형사소송법 제267조 제3항에서 양형결정에 대한 이유를 판결이유서에 명시하도록 하고 있다.

17) 이와 관련하여, 양형기준에 대해 법적 구속력까지는 부여하지 않더라도 법원조직법 제81조의7 제1항의 “존중”을 “준수”로 개정하여 실질적인 구속력을 강화하는 방안을 모색해 볼 필요는 있을 것으로 본다(오영근 외, 2011).

18) 양형위원회에서는 양형기준 부합을 분석에 있어 양형기준이 기재되지 않은 판결문의 경우에도 양형조사관을 통해 사실관계 등을 파악하여 양형기준의 준수여부를 파악하고 있으나, 이는 자칫 조사자의 주관이 개입될 수 있는 위험을 배제하기 쉽지 않다고 본다.

서는 양형의 공정성·객관성에 의문이 제기될 수 있는 이유이기도 하다.

무엇보다도 법률전문가인 법관이 판결에서 양형이유를 설명하는 것은 법률적 약자인 피고인과 피해자에 대한 배려일 수 있을 것이다. 판결문에 양형이유를 구체적으로 적시함으로써 피고인의 입장에서 양형판단에 이른 근거를 쉽게 이해하고 납득하게 된다면 양형부당을 이유로 한 항소사건을 줄일 수도 있을 것이라는 점에서 소송경제에도 효과적일 수 있다고 본다. 국민의 입장에서는 판결문을 통해 양형에 대한 신뢰를 형성할 수 있다는 점에서 양형과정 및 양형에 대한 투명성과 신뢰성을 보다 높일 수 있을 것으로 본다. 따라서 판결문에 양형이유의 기재를 의무화하는 방안을 모색해 볼 필요가 있다.

물론 횡령·배임죄의 경우, 그 금액이 수십만 원에서부터 수백억 원에 이르기까지 상당히 넓은 스펙트럼을 갖고 있어, 횡령·배임 금액이 많지 않은 수많은 경미한 사건까지 모두 양형기준에 맞추어 양형이유를 기재할 것을 법관에게 요구하는 것이 현실적으로 무리일 수도 있다.¹⁹⁾ 또 판결문에 양형기준을 실시하는 것만으로 양형의 투명성이 확보된다고 단언할 수도 없다는 점에서 양형기준의 명시적 기재를 의무화하는 것에 의문을 제기할 수도 있을 것으로 본다.

그러나 판결문에 양형기준에 따른 양형이유를 명시적으로 기재한다면, 양형기준이 제시하고 있는 절차에 따라 그 내용이 적절하게 반영되었는지 판단할 수 있고, 그 내용이 부당하다고 판단되는 경우에 이를 바탕으로 양형부당을 다룰 수도 있다는 점에서 양형이유의 명시적 기재는 양형의 투명성과 신뢰성을 높이는 출발점이 될 수 있을 것으로 본다. 따라서 오히려 수많은 횡령·배임사건에서 양형이유기재의 부담을 경감하면서도 양형이유를 통일적으로 기재할 수 있는 방안²⁰⁾을 모색하는 것이 현시점에 더 필요한 것이 아닌가 생각된다.

19) 이는 앞의 분석에서 단독사건과 제1유형에서 양형기준에 따른 권고형량을 기재하지 않은 비적용사건의 비율이 높은 것과 그 의미를 같이 한다고 본다.

20) 그 한 예로 2012년 9월부터 성범죄 대상 양형기준을 기재하는 방식에 관한 설명은 김한균(2014), 각주 58번 참조.

다. 권고형량범위 및 양형인자에 대한 재검토

현재 양형기준의 권고형량범위는 과거 양형기준 시행이전에 선고된 양형의 70-80% 수준에서 그 범위가 설정되어 기본영역의 형량범위는 물론 가중영역 형량범위도 법정형에 비하여 상당히 낮게 설정되어 있고, 감경·기본·가중영역의 권고형량범위가 상당히 넓은 뿐만 아니라 권고형량범위가 중첩되어 있는 것에 대한 비판이 제기되고 있다(서봉규, 2010; 이주형, 2009). 특히 권고형량범위가 감경, 기본, 가중 3영역에 모두 걸쳐있는 것은 특별양형인자를 통한 권고형량범위의 이동에 대한 의미를 퇴색시킬 수 있다는 점에서 양형의 신뢰성에 부정적 영향을 줄 수 있을 뿐만 아니라, 이로 인해 양형기준제도를 마련하여 합리적 양형에 대한 기준을 제시하려던 상황이 그다지 개선되지 못했다는 비판을 면하기 어렵게 되었다.

양형기준을 마련할 당시, 권고형량을 결정함에 있어 설사 법정형의 범위 내라고 하더라도 아무런 객관적 근거 없이 종래의 선고형량을 무시하고 양형기준의 형량범위를 높이는 것은 자칫 양형기준을 통해 새로운 입법을 하는 역할을 담당할 수 있어 신중하게 접근할 필요가 있다는 점에서 종래 선고된 형량통계를 바탕으로 결정할 수밖에 없다는 논거는 일면 타당성이 있어 보인다. 그러나 횡령·배임죄에 대해 양형기준을 시행한지도 5년 정도 지났다면 그사이 양형기준의 적용에 대한 자료도 충분히 축적되었을 것이라고 생각되는 만큼 과거의 자료가 아닌 양형기준 시행이후의 자료를 분석하여 권고형량범위를 현재의 상황에 맞게 재검토하는 작업도 필요할 것으로 본다.

특히 현재와 같이 특별양형인자의 질적 판단 없이 단순히 특별양형인자의 수에 따라 권고형량구간을 이동하는 상황²¹⁾에서는 감경과 기본영역 혹은 기본과 가중영역과 같이 2개 영역 정도에서의 중첩구간은 어느 정도 인정될 필요가 있을 것으로 보인다. 그러나 감경, 기본, 가중의 3개 영역에 중첩되는 권고형량범위는 개선될 필요가 있다고 본다. 이는 자칫 특별양형인자를 통한 구간이동의 실질적인 의미를 퇴색시킬 위험이 있다고 보기 때문이다. 더욱이 횡령·배임죄의 경우 앞의 <표 1>에서

21) 이와 관련하여 양형인자에 가중치를 부여해야 한다는 주장도 제기될 수도 있으나, 모든 사안에서 양형인자에 동일한 가중치를 인정하는 것이 적절한 것인가에 대해서는 반론이 제기될 수 있다는 점에서 그 타당성에 의문이 제기되기도 한다.

보는 바와 같이 2, 3, 4, 5유형에서 대략 2년~3년 정도의 비교적 넓은 권고형량범위로 구성되어 있어 가급적 중첩구간은 필요최소한으로 좁히려는 노력이 필요할 것으로 본다.

양형인자와 관련하여서도 앞의 <표 6>에서 보는 바와 같이, 횡령·배임죄의 선고형량의 도출에 특별양형인자가 영향을 미치는 것으로 나타나고 있기는 하지만, 그 중에는 “농아자”, “심신미약” 등과 같이 전혀 특별양형인자로서 적용이 되지 않는 양형인자도 존재하는 것으로 나타나고 있다. 그렇다면, 선고형도출에 유의미한 영향을 주는 양형인자와 그렇지 못한 양형인자를 구분하여 전체적인 양형인자의 수정작업이 필요할 것으로 보인다. 특히 일반양형인자의 경우에는 선고형량의 도출에 거의 영향을 미치지 못하는 것으로 나타나고 있다. 물론 선고형의 도출은 권고형량범위 안에서 일반양형인자뿐만 아니라 다양한 인자를 종합적으로 검토하여 선고할 수 있다고 하고 있으나, 이는 자칫 구체적인 선고형 도출에 대하여 알 수 없음으로써 양형의 객관성 또는 양형에 대한 신뢰성을 약화시킬 수 있다는 점에서 유의미한 일반양형인자를 발굴하여 가급적 양형기준에 명시해주는 것이 필요할 것으로 보인다. 이를 위해서는 재판실무에서 어떤 새로운 양형인자가 실제로 고려되고 있는지 등에 대한 지속적인 모니터링과 그에 대한 분석이 필요할 것으로 본다.

VI. 맺음글

사법개혁의 일환으로 사법부에 대한 국민의 불신을 해소하기 위해 도입된 양형기준제도는 앞으로도 해결해야 할 문제가 남아 있기는 하지만, 어느 정도 양형의 투명성과 객관성, 그리고 예측가능성도 확보할 수 있게 되었다. 물론 지속적인 모니터링을 통해 권고형량에서부터 양형인자에 대한 수정과 보완이 요구되는 부분이 있다. 이를 위해 앞으로도 양형기준제도에 대한 이론적인 검증뿐만 아니라 양형기준의 운영현황에 대한 경험적인 검증이 계속되어질 필요가 있다.

본 연구에서 분석한 결과는 대검찰청의 ‘검찰사건처리정보시스템(PGS)’에 보관된 1심 판결문중, 횡령·배임죄만을 분석하여 양형기준제도의 운영현황을 살펴보았

다는 점에서 일반화하기는 어려움이 있다. 그러나 양형위원회의 「연간보고서」에서 일부 불명확한 용어정의 및 지수화, 판결문 조사과정, 자료의 분석과정 등으로 양형기준제도의 운영현황 및 효과 등에 관한 적절한 정보를 주지 못하는 상황에서 양형기준제도의 운영현황을 보완적으로 이해하는데 도움이 될 수 있을 것이라고 생각된다.

참고문헌

- 김순광정동반박영술. 2003. 「로지스틱 회귀모형의 이해와 응용」. 서울: 한나래아카데미.
- 김재봉. 2013. 「우리나라의 양형기준제도의 문제점과 개선방안」 대검찰청 정책용역연구 보고서.
- 김한균. 2014. “양형기준 존중과 양형기준을 벗어난 판결”, 「형사정책」 제26권 제3호: 165-190.
- 김현석. 2010. “양형기준의 시행성과와 향후과제”, 「형사정책연구」 제82권: 7-41.
- 김혜정. 2014. “양형기준의 시행결과를 통해 바라본 뇌물죄 처벌의 적정성에 관한 소고”. 「형사정책연구」 제98권: 159-183.
- 김혜장기광도. 2014. 「양형기준제의 현황 및 개선방안: 실증적 분석방법을 중심으로」, 대검찰청 정책용역연구 보고서.
- 박형관. 2014. “우리나라 양형기준 설정방식과 양형위원회 운용 방식에 관한 점검 및 개선방안”. 「형사정책」 제26권 제2호: 7-42.
- 대검찰청. 2011. 「양형백서」.
- 서봉규. 2010. “현행 양형기준의 문제점과 개선방안”, 「홍익법학」 제11권 제2호: 33-67.
- 승재현. 2010. “우리나라 양형위원회 양형기준모델의 타당성 평가”, 「법조」 제640호: 87-135.
- 양형위원회. 2014. 「양형기준」.
- 양형위원회. 2013. 「연간보고서」.
- 오영근. 2009. “바람직한 양형기준의 방식”. 「형사정책연구」 제20권 제1호: 347-370.
- 오영근 외 3인. 2011. 「양형 관련 판례 평석을 통한 양형기준 개선 방안 연구」, 대검찰청 정책용역연구 보고서.
- 이민식박미랑. 2011. 「양형기준 시행현황 분석 및 개선방안에 관한 연구 II: 통계적 분석을 중심으로」, 대검찰청 용역과제 보고서.
- 이상한. 2013. “양형실태 분석을 통한 양형기준 개선방안 고찰 - 양형기준 시행 후의 횡령·배임죄 판결을 중심으로 -”, 「형사법연구」 제25권 제2호: 243-270.

- 이주형. 2009. “최초 양형기준에 대한 비판적 고찰”, 「형사법의 신동향」 통권 제21호: 45-93.
- 이호중. 2010. “우리나라의 양형기준에 대한 비판적 분석”, 「형사법연구」 제22권 제1호: 241-272.
- 이현정. 2011. “책임범위이론에 기초한 현행 양형기준의 개선방안”. 「비교형사법연구」 제13권 제1호: 21-48.
- 이희연·노승철. 2013. 「고급통계분석론」. 고양: 문우사.
- 최석윤. 2008. “양형기준설정과 관련된 몇 가지 고려사항”. 「비교형사법연구」 제10권 제1호: 71-97
- 최호진. 2009. “양형기준의 합리성 검토와 개선방향”, 「비교형사법연구」 제11권 제2호: 81-103.
- 탁희성·김한균·김성언·최석윤. 2010. 「형사정책과 사법제도에 관한 연구(IV): 양형기준 제 시행에 따른 양형합리화정책 성과분석 및 평가」, 한국형사정책연구원.
- 홍세희. 2011. 「이항 및 다항 로지스틱 회귀분석」. 파주: 교육과학사.

An Empirical Study on Practice of Korean Sentencing Guideline on Embezzlement/Breach of Trust Crime

Kim, Hye-Jeong*·KiKwang-Do**

Korean Sentencing Guideline System(KSGS) was introduced in July 1st, 2009 Court Constitution Act, to control the judges' discretion and to improve rational sentencing; 1) assuring severity of punishment and crime deterrence, 2) avoiding disparity and discrimination of sentencing. Since then, 27 crime categories are applied in KSGS. There are many disputes over KSGS in normative and empirical perspectives. The goal of this article is to investigate on judges' practices of Korean Sentencing Guideline on Embezzlement/Breach of Trust Crime.

The data analysed in this study were obtained from sentencing in court of first instance in Korea, kept files in Prosecutorial Guideline System(PGS) of the Supreme Prosecutor's Office. The data consists of a total of 3,721 of sentencing of Embezzlement/Breach of Trust Crime sentenced between January 1, 2011 and December 31, 2013. We used Regression analysis and Logistic regression analysis.

The results indicate that judges' application rate KSGS on Embezzlement/Breach of Trust Crime was 36.0%, and accordance rate of sentence length of KSGS was 91.6%. Such results rates seem to suggest that judges' are accepting KSGS rather well. After KSGS has been introduced, transparency in judges' sentencing practices has indeed improved, but other effects have not yet been tested empirically.

And we wish this study to contribute to the understand and explanation of Sentencing Guideline System in our society. From our study, it is implied that future research should attempt to develop a more considerable empirical study.

* Professor, Yeungnam University Law School, Ph. D. in Law.

** Professor, Department of Police Administration, Daegu University. Ph. D. in Sociology.

❖ Keyword: Sentence, Sentencing Guideline System, Embezzlement, Breach of Trust Crime, Sentencing factor.