

형사재판에서의 유·무죄판결 및 선고의 일관성

박 광 배 · 흥 성 진

충북대학교 심리학과 · 중앙대학교 심리학과

기존 연구자들이 정의한 판결 및 선고의 '일관성(consistency)' 개념은 주로 판단자간 일치도 개념이다. 그런데 이 일관성 개념은 같은 사건을 서로 다른 판사들이 독립적으로 판단하는 경우가 실제로는 거의 존재하지 않으므로 실증적 연구를 위하여 실용적인 한계를 가지는 조작적 정의이다. 따라서 필자들은 범규정에 내재한 법이론 혹은 법정신과 실제 선고가 서로 일치하는 정도를 선고의 '일관성'의 한 새로운 개념으로 규정하고, 그 일관성을 규명하는 절차와 방법을 실제 자료를 이용하여 제시하였다. 필자들이 제시한 선고의 일관성의 정의는 기존 연구자들이 차용한 판단자간 일치도 혹은 판단자내의 변산성 개념과 체계적인 관련성을 가지면서, 동시에 보다 더 본질적인 것으로 사료된다. 기존 연구자들이 정의한 일관성의 개념은 서로 다른 판단자들이, 혹은 같은 판단자가 별개의 사건들에서, 동일한 법이론과 법논리에 의해 판단한다는 전제를 가지는 개념들이다. 이 전제가 맞다면, 판단자간 혹은 판단자내의 일치도 뿐만 아니라, 무수히 많은 재판사례들이 취합된 자료에서 법이론과 법논리에 의해 성문화된 양형인자와 선고유형(실형 혹은 집행유예) 사이에 일정한 상관관계가 존재하여야 한다. 본 논문에서는 '일관성' 개념의 더 본질적인 의미가 법이론과 실제 선고 사이의 일치도라는 점을 주시시키고, 그것이 법관의 재량적 판단의 원칙 및 법적용의 융통성과 전혀 상충하지 않는다는 것을 강간치상죄에 관한 실제 자료를 분석하여 예시하였다.

법적 사건과 사실의 발생에서부터 그러한 사실에 대해 책임의 소재를 파악하여 집행하는 법절차의 전과정을 통하여 수 많은 인간의 판단과 결정과정이 개입하기 마련이다. 그중에서도 가장 중요한 판단이 유·무죄판결(verdict)과 선고(sentence)라고 할 수 있다'. 유·무죄판결은 죄 혹은 책임의 유무에 대한 판단이고, 선고는 유죄판결의 전제하에 벌칙의 양을 결정하는 판단

이다. 그런데 유·무죄판결은 '사실(fact)' 이라는 절대적 기준에 준하여 내려지는 판단인 반면에, 선고는 법형평이나 기타 법이론이 기준이 되는 상대적인 판단이다. 따라서 유·무죄판결에 있어서는 그 판단의 타당도가 중요시되는 반면 선고에 있어서는 그 판단의 신뢰도가 중요시 되어야 한다. 유·무죄판결의 타당도는 법적 판단이 실제 존재한 사실과 얼마나 일치하는가의 여부를 말한다. 반면에 선고의 신뢰도는 법적 판단이 얼마나 일관되는가의 여부이다. 그러나 이러한 개념적인 구별에도 불구하고, 법적인 '사실'이 언제나 명백하게 알려지는 것이 아니므로 유·무죄판결에 있어서도 그것의 타당도를 실증적으로 입증하기는 어려운 일이다. 따라서 유·무죄판결과 선고에서 모두 그것의 일관성(consistency)이 학문적 관심의 대상이 된다.

* 초고를 읽어주시고 귀중한 조언을 하여주신 윤 진 교수님께 깊은 감사드립니다. 또한 자료수집을 도와주신 권광중 부장판사님께도 감사드립니다.

1) 한국에서는 판결과 선고의 개념적 구별이 여기에 기술한 것처럼 명확하게 존재하는 것은 아니다. 한국의 형사소송법 제 43 조는 선고를 '판결을 알리는 것'으로 정의하고 있다. 본 필자는 다소 임의적이긴 하지만 영어의 verdict와 sentence를 각각 유·무죄판결과 선고로써 번안한 것에 지나지 않으며, 그 구별이 한국의 법조계에서 일반화되어 있는 용도는 아니다.

우선 유·무죄판결과 선고의 일관성에 관한 미국 및 영국의 연구를 개관하고, 이들 기존연구들이 이용한 일관성 개념과 관계가 있지만 약간 다른 새로운 일관성 개념을 설명한 후, 이 새로운 일관성 개념을 한국의 강간치상죄에 관한 자료에 적용하여 한국에서 강간치상죄에 대한 법관의 선고가 일관된지의 여부를 검증하고자 한다.

판단자간 일치도 및 판단자내 변산성

1. 일관성의 정의

유·무죄판결과 선고에서의 일관성에 대한 이론적 정의는 만약 어떤 특정한 범죄와 범죄인에 대한 재판이 반복적으로 수행될 때(동일한 증거와 증인에 의해) 그 동일한 사안에 대한 재판들의 결과가 동일한 것을 의미한다(Diamond, 1983). 그러나 모든 것이 동일한 사안을 반복적으로 재판하는 일은 거의 없으므로 일관성에 대한 이 정의는 단지 이론적인 정의에 불과하다. 일관성의 또 다른 의미는 비차별성이다. 그런데 만약 모든 절도범에게 손목을 절단하는 형을 선고한다면 이것은 일관된 법 적용이지만 정의로운 법 적용은 아니다. 이와 같이 일관성이 곧 정의로운 법체계를 보장하는 충분 조건은 아니고, 또한 단순히 이론적인 개념이기는 하지만, 적어도 일관성이 결여된 법체계는 정의구현에 있어서 심각한 문제를 내포하게 된다는 점에서 법 적용의 일관성이 중요한 문제가 된다. 법 적용이 예측불가능하거나 온 혹은 우연에 의해 이루어지는 사회는 혼란에 빠지게 될 것이다.

심리학자들이 조작적으로 정의하는 일관성의 개념을 파악하기 위하여 두개의 대표적인 연구들을 간단히 살펴보자. 첫째는 유·무죄판결의 일관성에 관한 연구이고, 두번째 것은 선고의 일관성에 관한 연구이다. Kalven와 Zeisel(1966)은 미국에서 배심원들에 의해 행하여진 3576건의 재판사례에서 담당판사들이 배심원들의 유·무죄 평결에 동의하였는지 아니면 반대하였는지를 조사하였다²⁾. 그 결과 배심원과 판사는 78%의 의견일치를 보였다고 한다. 이것은 말하자면 일관성

개념을 판결하는 사람에 의해서 판결이 좌우되는지의 여부로서 정의한 연구라고 할 수 있다. 그런데 이 판단자간의 일치도가 78%에 이른다는 것은 다른 종류의 판단들에 비하면 매우 높은 일치도이다. 예를들어 정신과 의사들의 환자에 대한 진단은 평균 70%의 일치도를 보이고(Beck, Ward, Mendelson, Mock, Erbaugh, 1962), 내과의사들의 진단은 55%에서 65%의 일치도를 보이고 있다(Elstein, Shulman, and Sprafka, 1978).

선고의 일관성에 관한 대표적 연구가 Diamond와 Zeisel(1975)에 의해 수행되었다. 미국연방법원에서는 경우에 따라서 '선고위원회(sentencing council)'라고 불리는 조직을 활용하여 범죄인에 대한 형량을 결정한다. 사건을 맡은 담당판사는 재판자료들 중에서 선고에 필요한 자료들을 정리하여 위원회에 제출하면, 위원회의 각 구성원들은 그 자료에 기초하여 각자 독립적으로 선고를 결정한다. 그런 후, 회의를 통하여 각 구성원이 정한 선고량에 대한 논의와 검토를 거쳐서 하나의 통일된 선고량을 산출한다. Diamond와 Zeisel(1975)은 시카고와 뉴욕에서 행하여진 900개에 달하는 선고위원회 사례들을 분석한 결과 선고위원회의 각 판사들의 선고가 평균적으로 80% 일치한다는 것을 발견하였다³⁾. 이 연구 또한 앞서 유·무죄판결의 일관성에 관한 연구와 마찬가지로 선고하는 사람에 따라서 같은 사안이 다르게 판단되는지의 여부를 일관성의 개념으로 채택한 연구라고 볼 수 있다. 즉, 유·무죄판결 및 선고의 일관성이라는 개념은 법적 판단이 법리에 의해서 이루어지는가 아니면 판단하는 개인의 독특한 주관적 견해에 의해 좌우되는가의 문제라고 하겠다. 여기에서 판단자간 일치도라는 비율수치의 내용을 좀더 구체적으로 살펴볼 필요가 있다.

예를들어 판사 A와 B가 20개의 동일한 강간사건들에 대하여 선고한 자료가 다음과 같이 정리되었다고 가정하자.

위의 가상적인 자료에서 판사 A와 B의 선고일치도를 구하면 $(7/20) + (8/20) = 0.75$ 이다. 즉, 전체의 75%에서 두 판사가 선고의 일치도를 보인 것이다. 그

2) 판사가 배심원 평결에 반대하여도 판결은 배심원 평결에 준한다.

3) 이들은 선고의 일치도를 산출하기 위하여 '선고'를 집행유예의 거부로서 조작적 정의하였다. 즉, 집행유예 혹은 실형 중에서 택일하는 결정에서의 위원회 일치도를 산출한 것이다.

런데 이 75% 라는 수치는 높은 것인가 아니면 낮은 것인가? 이 판단을 위해서는 어떤 기준이 필요하다. 위에서 언급한 정신과 의사 혹은 내과의사들의 진단일치도 등이 외부적 기준이 될 수 있다. 이러한 기준과 비교하면 법적인 판단의 일관성이 다른 전문분야에서의 판단일관성에 비하여 결코 낮지는 않다는 주장을 할 수 있다. 그러나 이러한 비교는 법적 판단의 일관성에 대하여 잘못된 결론으로 유도할 위험도 있는데, 그 이유 중의 하나는 선고유형의 일치도는 양자택일하는 판단에서의 일치도인 반면, 정신질환의 진단이나 내과의사의 진단은 무수히 많은 가능성에 대한 판단이므로 당연히 일치도가 낮을 수 밖에 없다. 따라서 이러한 상대적인 비교는 높은 선고일치도를 위해서는 설득력이 약한 증거가 될 수 밖에 없다.

이러한 상대적 기준 이외에 보다 내재적이고 절대적인 기준이 한가지 고려되어야 할 필요가 있다. 그것은 두 판사가 법이론이나 법규정과 같은 공통된 기준에 의해 판단하는 대신에 각자 서로 다른 주관적인 기준들에 의존하여 판단하는 경우, 그들의 선고가 순전히 우연(chance)에 의해서 일치하는 정도가 얼마인가하는 기준이다. 두 판사의 판단이 동일한 기준의 적용에 의하여 내려진다면 그들의 판단들은 높은 상관관계를 보여야 하고, 만약 그들의 판단이 서로 다른 주관적인 기준들에 의해 이루어진다면 그들의 판단들은 서로 독립적(orthogonal)이므로 상관관계를 가지지 못하게 된다. 후자의 경우 몇개의 사례에서 그들의 판단이 일치한다고 하여도 그것은 우연에 의해서 일치하는 것으로 간주된다. 두 판사의 판단이 다른 전문분야에서의 일치도보다 높은 일치도를 보인다고 하더라도, 이 우연에 의한 일치도보다 높지 않으면 그들이 과연 일관된 법이론에 준하여 판단을 하였는지가 의심스럽게 된다. 즉, 우연에 의한 일치도와 비교는 두 판사가 동일한 내재적 판단기준, 이룸하여 법리에 의한 선고를 하였는지의 여부에 대한 암시를 제공한다.

선고가 실형 혹은 집행유예 중 한가지로 결정된다고 가정하는 경우, 우연에 의한 일치도는 해당 지역에서 이루어진 동종의 범죄자들중 집행유예 선고를 받은 범죄자의 비율을 고려하여 산출한다. 예를들어 판사 A와 B가 관할하는 지역에서 그동안 발생한 모든 강간사건에서 용의자가 집행유예를 선고받은 것이 38% 였다

고 가정하자. 만약 두 판사가 동일한 내재적 기준이 아닌 서로 상이한 주관적인 기준에 의하여 선고한다면 그들이 각각 38%의 집행유예선고를 할 것으로 예측된다⁴⁾. 그런데 그들의 판단은 서로 독립적이라고 가정되므로 동일한 사건에서 두판사가 모두 집행유예선고를 할 확률은 $(.38)(.38)=0.14$ 이다. 같은 논리에 의하여 동일한 사건에서 두 판사가 모두 실형을 선고할 확률은 $(0.62)(0.62)=0.38$ 이다. 따라서 서로 다른 주관적 기준을 사용하는 두 판사의 선고가 순전히 우연에 의하여 일치할 확률은 $0.14+0.38=0.52$ 이다. 즉, 집행유예선고가 차지하는 모집단(population)의 기저비율(base rate)이 0.38인 경우 개별적으로 선고하는 두 판사가 순전히 우연에 의해서도 52%는 일치한 다는 것이다. 일반적으로 이 모집단의 기저비율이 0.50에 가까울수록 두 판사의 선고가 우연에 의해 일치할 확률이 낮아지고, 1 혹은 0에 가까와 질수록 그 확률이 높아진다. 따라서 만약에 판사 A와 판사 B의 관할구역에서 그동안 행해진 강간사건에 대한 재판에서 집행유예의 선고가 내려진 기저비율이 이 예에서 처럼 38%라면, 그 두 판사의 선고일치도 75%는 비교적 높은 일치도라고 사료되고, 따라서 이 두 판사는 적어도 서로 전혀 다른 주관적인 기준에 의하여 선고하지는 않는 것으로 사료된다. 그러나 만약 이 지역에서의 집행유예의 기저비율이 15%라면, 이 두 판사의 일치도 75%는 바로 우연에 의한 일치도 $[(.85)(.85) + (.15)(.15) = 0.75]$ 에 지나지 않는다.

2. 유·무죄판결의 일관성

유·무죄판결의 일관성 혹은 타당성을 확보하기 위하여 각국은 여러가지 법체제적인 장치들을 활용하고 있다⁵⁾. 그 대표적인 것이 소송절차법들과 항소제도이다. 소송절차법들은 법적인 판단이 이루어지는 공식적이고 표준화된 절차와 요건을 규정함으로써 법적 판단의 일관성과 공정성을 확보하기 위하여 제정, 시행된다. 이러한 표준화된 판단과정에도 불구하고 타당치 못한 판결이 생길 수 있으므로 이에 대하여 사후적으로 대처하

4) 이것은 소위 '최소자승화(least square)'에 의한 예측치이다. 최소자승화의 개념은 일반적인 통계학 개론서를 참고하라.

5) 선고와는 달리 판결에서의 일관성은 궁극적으로 판결의 타당도를 의미한다는 것을 기억하라.

고, 잘못된 판결이 수정될 수 있는 기회를 보장하기 위한 제도가 항소제도이다. 그런데 아이러니컬하게도 바로 이 항소제도에 의해 판결의 일관성이 저해될 수 있다. Diamond(1983)는 미국의 법체제가 판결의 비밀관성을 초래하는 네가지 구조적인 이유를 지적하고 있다. 첫째는 상급법원에서 재판을 주로 서류심의만으로 이루어지는 경우가 많은데, 이때 용의자나 증인들을 직접 대면하지 못하는 판사가 서류로부터의 심증만 가지고 하급심의 결정을 번복하지 않으려는 경향이 있고, 따라서 만약 하급심에서의 유·무죄판결이 오류인 경우 그것이 수정되기 어렵다는 것이다. 오류에 의한 판결이 존재하면 자연히 일관성이 감소할 수 밖에 없다. 둘째는 선고와는 대조적으로 유·무죄판결(verdict)은 유·무죄의 여부만을 명시할 뿐, 그 이유에 대한 설명이 수반되지 않기 때문에 상급심의 판사가 하급심 판결의 이유에 대하여 이의를 제기할 가능성이 애초부터 박탈되고, 이로 인하여 오류에 의해 내려진 하급심 판결이 수정될 수 있는 기회가 적어진다. 셋째는 미국의 형법체계 내에서 무죄석방판결은 최종판결로서 검사가 항고할 수 없다. 따라서 오류에 의해 내려진 무죄석방판결은 수정될 가능성이 없다. 마지막으로 미국의 소송절차에서 흔히 자행되는 소위 '自認협정(plea bargaining)'이 판결의 타당성을 저해하는 가장 큰 요인중의 하나라고 한다. 자인협정은 피고인이 자신이 유죄임을 인정하면 검사가 그 댓가로서 특정한 구형을 감한다거나, 고소 내용의 일부를 취하하는 피고와 원고 사이의 거래협정을 말한다. Diamond(1983)에 의하면 유죄판결이 난 모든 형사사건의 80-90%가 이 자인협정에 의한 것이라고 한다. 그런데 때로는 실제로는 결백한 피고인이 무거운 선고를 받을지 모른다는 공포심 때문에 그것을 감하고자 자인협정에 응하고 결과적으로 유죄판결을 받는 경우가 있을 수 있고, 이런 경우 판결의 타당성이 훼손될 수 있다. Shari S. Diamond는 이상 열거한 네가지 일관성 저해요인에서 비밀관성의 개념을 판단오류의 개념과 동일시하고 있다. 심리측정이론에서 측정오차(measurement error)가 크면 척도의 신뢰도가 낮아지는 것을 상기하면 이 동일시에 대한 이해가 쉽게 될 것이다. 심리측정이론에서도 척도의 신뢰도는 측정치들 사이의 일치도(상관계수)에 의해 정의되고, 측정오차가 크면 이 일치도가 낮을 수 밖에 없다.

Shari S. Diamond는 같은 논리를 적용하여 법원의 판단오류를 유발하는 요인들이 즉 그 판단의 일관성을 저해하는 요인들임을 적시하였다.

유·무죄판결의 일관성에 관한 연구들 중에는 배심원들의 평결과정에 관한 연구들이 많다. 왜냐하면 많은 재판들에서 유·무죄판결을 내리는 주체가 판사가 아닌 배심원들이기 때문이다. 특히 배심원이 몇사람으로 구성되어야 판결의 일관성이 극대화되는가에 관심의 초점이 모아진다. 이에 대해서는 두가지의 상반된 이론적 관점들이 있다. 첫번째 관점은 통계학의 표집이론에 근거한 관점으로서 배심원은 그 구성원의 숫자가 많을수록 일관된 판결을 창출할 것으로 예측한다. 배심원 평결은 장시간의 토론을 통하여 만장일치된 견해이다. 따라서 이 평결은 여러 사람의 의견들의 평균치라고 개념화할 수 있다. 통계학의 표집이론에 의하면, 표본의 크기가 클수록 표본평균의 변산(평균의 표준오차)이 작아진다. 예를들어 특정한 모집단에서 소규모의 무작위 표본을 추출하고 그 표본의 평균을 구한 후, 다시 같은 규모의 또 다른 무작위 표본을 추출하여 그 평균을 구하는 것을 여러번 반복한다고 가정하자. 이때 각 표본의 크기가 클수록 그 표본평균치들이 서로 더 유사하고, 표본의 크기가 작을수록 표본평균치들이 서로 차이가 많이 나게 된다. 이 표집이론의 일반원칙이 배심원 평결에 적용된다면, 배심원단의 규모가 클수록 각기 다른 배심원단이 동일한 사건에 대한 평결에서 서로 유사한 평균치, 즉 일관된 평결을 산출할 것이다. 이 예측을 좀 더 상식적인 개념으로 이해하자면, 해당 지역사회의 주민들로 부터 선발된 배심원단의 구성원 숫자가 적으면 그 구성원들이 해당 지역사회에서 극단적이거나, 비정상적인 견해를 가진 사람들로 구성될 가능성이 높아지고, 결국 배심원단에 따라서 서로 다른 평결을 내릴 확률도 높아진다. 반면에 배심원단의 규모가 클수록 지역사회의 평균적인 인사가 배심원단에 선발될 확률이 높아지고 따라서 각 배심원단의 유·무죄판결들이 보다 일치하게 된다.

배심원의 크기와 유·무죄판결의 일관성 사이의 관계에 관한 또 다른 이론적 관점은 사회심리학의 집단역학(group dynamics) 이론에 근거한다. 집단이 협의나 토론에 의하여 통일된 의사결정을 하는 상황에서 만약 집단구성원의 숫자가 많으면 한 개인의 의사나 의견

이 개선되는 양과 시간이 제한된다. 즉, 각 개인이 보다 소극적인 입장에 놓이게 된다. 이런 경우 흔히 한, 두 사람의 매우 적극적이고 공격적인 인사의 의견에 의해서 전체 집단의 의사결정이 휩쓸려가는 경우가 많고, 결국 그 집단의 의사결정과정에서 주도적인 역할을 하는 인사가 누구냐에 따라서 집단의 결정이 달라질 가능성이 높아진다. 이것을 소위 '집단극화현상(group polarization phenomenon)' 이라고 부른다(Lamm and Myers, 1978). 따라서 집단역학이론은 배심원의 크기가 클수록 동일한 사건에 대하여 각기 다른 배심원단이 서로 상이한 판결을 내릴 가능성이 높다고, 즉 판결의 일관성이 낮아질 것이라고 예측한다.

배심원단의 크기와 판결의 일관성 사이의 관계에 대한 두가지 상반된 이론적 예측들 중에 어떤 것이 옳은지를 결정하기 위하여 모의실험들(simulation studies)이 수행되었다(Zeisel and Diamond, 1974; Saks, 1977). 이 모의실험들에서는 전형적으로 6명 혹은 12명의 배심원단을 구성하고 그들로 하여금 특정한 범죄사건에 관한 평결을 내리도록 요구하였다. 결과는 표집이론의 예측과 일치하였다. 즉, 배심원의 숫자가 많을수록 동일한 사건에 대하여 서로 다른 배심원단들의 평결이 일치하는 비율이 높아졌다.

한국에서는 배심원 제도가 채택되고 있지 않기 때문에 배심원단의 크기와 판결의 일관성 사이의 관계에 관한 미국연구들이 직접적인 적용가능성을 가지지 않는다. 그런데 미국에서 일부 학자들이 배심원 제도가 위헌인지의 여부에 대하여 의문을 제기하면서 단독판사에 의한 판결과 배심원에 의한 판결중 어떤 것이 더 일관된지에 대한 관심이 생기게 되었다(Diamond, 1983)⁶⁾. 즉, 만약 법 전문가인 판사에 의한 판결이 배심원에 의한 판결보다 더 일관되지 않는다면 구태여 배심원제도의 위헌 여부를 논할 이유가 없다는 것이다(Lempert, 1981). 이 점을 규명하기 위하여 Diamond(1983)는 영국, 런던의 치안법원(magistrates' court)의 세계의 법정에서 현장연구를 수행하였다. 이 현장연구로부터 단독판사 혹은 법교육을 받지

않은 행정관들에 의한 판결과 선고를 채록한 후⁷⁾, 런던의 다른 판사들과 다른 행정관들에게 면담을 통하여 같은 사례들에 대한 판결과 선고를 하도록 하였다. 이 연구의 결과는 법전문가인 판사가 비전문가보다 동일한 사안에 대하여 일반적으로 더 엄격한 판결 및 선고를 한다는 것이다. 그런데 흥미로운 사실은 법전문가인 판사들중에 어떤 사안에 대하여 특히 엄한 판결과 선고를 하는 판사는 다른 사안에 대하여 특히 가벼운 판결과 선고를 하는 경향이 있다는 것이다. 즉, 단독판사의 판단은 배심원들에 의한 집단적 판단에 비하여 재판과 재판 사이에서 매우 큰 폭으로 엄한 판단과 경한 판단 사이를 유동하는 경향이 있다는 것이다. 이 연구는 유·무죄판결 및 선고의 일관성 개념에 대해서 지금까지 사용해온 '판단자간 일치도' 뿐만 아니라 '판단자내 변산'을 고려해야한다는 점을 시사한다. McFatter(1986)도 또한 실험연구를 통하여 거의 모든 것이 동일하도록 조작된 범죄들의 피고인에 대한 판단이 같은 판사내에서 매우 큰 폭의 차이를 보인다는 것을 보고하였다. 즉, 두개의 사건 A와 B가 모든 법적인 요소에서 동일한 것인데도 불구하고 같은 판사가 이들에 대하여 매우 다른 판결을 하였다.

반면에 한국에서는 김지현(1992)이 법전문가(사법연수원생)와 비전문가(일반 대학생)의 '구형량'에 관한 연구를 수행한 바, 비전문가가 전문가보다 무거운 형을 구형하는 경향이 있음을 발견하였다. 이 결과는 방금 기술한 영국에서의 연구결과와 상반되는 것이다. 이처럼 상반된 결과가 도출된 이유는 명확하지 않지만 몇가지 가능성을 생각해볼 수 있다. 첫째, 영국의 자료는 실제 재판현장에서 수집한 현장자료인 반면 김지현(1992)이나, 그와 동일한 결과를 보고한 Carroll과 Payne(1977)의 연구는 실험연구였다. 따라서 실험연구가 일반적으로 직면하는 생태계적 타당도(ecological validity)의 문제가 개입되어있을 가능성이 있다. 미국이나 영국에서 배심원에 의한 재판이 행해지는 경우에 물론 그 배심원들이 법전문가들은 아니지만 해당 사건의 재판수행에 필요한 법적 지식이나 주의사항 등을 판사 및 관계자들로부터 충분히 주지한 상태에서 재

6) 배심원 제도의 위헌 가능성은 매우 복잡한 사례의 경우, 법에 대해서 문외한인 지방주민들에게 판결을 맡기므로서 형사피의자가 '정당한 법의 절차'에 의해 재판받을 권리가 있음을 규정한 수정헌법 제 5조에 저촉되는 것이 아닌가하는 의문이다.

7) 영국의 치안법원은 지방법원과 같은 하급심 법원인데 단독판사가 재판을 하기도 하고 법이나 재판에 관한 정식교육을 받지 않은 행정관들이 배심재판을 하기도 한다.

판에 임하게 된다. 따라서 실제 재판현장에서의 '비전문가'는 김지현(1992) 연구에서의 대학생 피험자들과는 매우 다른 성향의 사람들이다. 김지현(1992)의 연구결과가 일반화될 수 있는 영역은 재판에 참여하는 비전문가들의 판단이라기 보다는 범죄 및 범죄인에 대한 일반인들의 태도라고 사료된다. 심지어는 비전문가들 뿐만 아니라, 판사 등의 법전문가들도 연구목적에 의한 실험 상황에서의 응답과 실제 재판현장에서의 판단이 매우 다르다고 한다(Andrews, Robblee, Saunders, Huartson, Robinson, Kiessling, and West, 1987). 둘째, 영국의 연구는 선고량을 비교한 것인데 반하여 김지현(1992)과 Carroll과 Payne(1977)의 연구는 구형량을 비교한 것이다. 특정한 범죄에 대하여 법전문가와 비전문가가 가질 수 있는 차이들 중에 대표적인 것이 그 범죄에 대하여 법이 정하고 있고, 또한 판례 및 법관행에 의하여 일반적으로 부과되는 형량에 대한 지식이다. 따라서 김지현(1992)의 결과가 비전문가에 비하여 전문가가 더 관대하다는 것을 의미하는 것이 아니라, 비전문가에 비하여 전문가가 실제 선고량에 가까운 더 현실적인 구형을 한다는 것을 의미하는 것일 수 있다. 셋째, 김지현(1992)의 연구에서의 '전문가'는 아직도 훈련중인 법수련생들이나 반면, 영국연구에서의 전문가는 노련한 현역 판사들이었다. 이우선(1980)에 의하면 법관이 선고형을 정할 때 주로 그 법관이 과거에 선고한 동종범죄에 관한 구체적인 경험이 기초가 된다고 한다(p. 305). 경력이 오래된 현역 판사는 그동안 매우 심각한 범죄들도 많이 다루어 보았을 것이므로 이러한 경험이 맥락효과(context effect)를 유발하여 보다 엄격한 판단자로 변모해 있을 가능성이 있다. Pepitone과 DiNubile(1976)은 심각한 범죄에 관한 내용을 읽은 피험자는 그러한 심각한 범죄를 읽지 않은 피험자보다 그 이후에 제시되는 다른 범죄사실에 대하여 더 심각한 것으로 지각한다는 연구결과를 보고한 바 있는데, 이것이 맥락효과이다. 만약 그렇다면 한국의 사법연수생들이 판사 혹은 검사가 되어 심각한 범죄를 많이 직접 다루어 본 후 내리는 선고나 구형은 영국의 법 전문가들처럼 보다 엄격해질지도 모른다.

3. 선고의 일관성

미국법은 일반적으로 유·무죄판결보다는 선고에서

판사에게 더 많은 재량권을 부여하고 있다(Rich, Sutton, Clear, and Saks, 1981). 예를 들면 일단 유죄판결을 받은 은행강도의 경우 판사는 집행유예에서부터 20년 징역형 사이의 형을 재량에 의해 선고할 수 있다. 또한 유·무죄판결과는 별도로 선고가 너무 과하다거나 경하다는 이유만으로 항소할 수 없기 때문에⁸⁾, 유·무죄판결의 일관성을 확보하기 위한 두가지 제도적 장치들인 소송절차법과 항소제도가 선고의 일관성을 확보하는데는 별로 기여하지 못하게 된다. 이러한 이유로 Frankel(1973)은 선고를 '무질서의 법(law without order)'이라고 묘사하였다. 유·무죄판결에 비하여 선고는 그 일관성을 확보하기 위한 제도적 장치가 미비하고 따라서 판단자의 특수성에 의한 비밀관성이 개입될 소지가 크다고 본다. 따라서 유·무죄판결과 선고는 모두 인간의 판단 및 결정과정이지만, 그중에서도 특히 선고의 일관성이 보다 더 심리학적인 연구를 필요로 하고, 또한 심리학 자체도 선고의 일관성에 관한 연구들로부터 인간의 판단 및 결정과정에 관하여 많은 새롭고 유용한 지식을 획득할 수 있다.

만약 판사들이 동일한 재판사태에 대하여 서로 다른 형량을 선고한다면 이러한 비밀관성을 유발하는 가능한 원인들 중의 하나가 판사의 개인적 성향일 것이다. 즉, 어떤 판사는 다른 판사보다 선고에 있어서 엄하거나 관대한 개인적 성향이 있을 가능성이 있다. Gaudet, Harris, John(1933)과 Thomsen(1962)은 판사들의 재판기록을 열람하고 어떤 판사는 다른 판사에 비하여 집행유예를 선고하는 비율이 월등히 높다는 것을 발견하였다. 그러나 이러한 자료는 그 판사들이 특별히 관대한 성향을 가지고 있기 때문인지, 아니면 그들이 재판한 사안들이 비교적 가벼운 사안들이었기 때문인지를 구별할 수 없으므로, 판사들이 개인적 성향에 따라서 선고한다는 증거가 되지는 못한다.

이러한 미비점을 보완하기 위하여 Diamond(1981)은 동일한 사례에 대하여 여러명의 판사가 선고한 자료(선고위원회 자료)를 분석하였는데, 이 자료로부터 두 가지의 지수를 산출하였다. 첫째는 각 판사가 다수의

8) 선고에 명백한 불공정성(예를 들면 피고인이 비만하거나 수면을 기른다는 이유로 판사가 선고량에 1년 징역을 더 첨가하는 것)이 개입되었다는 것이 확실할 때는 선고에 대해서만 항소할 수 있다.

재판사례에서 선고한 형량의 평균을 구하였고, 둘째는 그것의 표준편차를 구하였다. 평균은 특정한 판사가 다른 판사에 비하여 일반적으로 관대하거나 엄한 성향이 있는지를 말해줄 수 있고, 표준편차는 비교적 심각한 범죄와 비교적 가벼운 범죄에 대해서 각 판사의 선고가 얼마나 극단화되는지를 말해준다. Diamond(1981)는 판사들이 이 평균과 표준편차에서 모두 차이를 보이는 것을 발견하였다. 즉, 각 판사는 성향적으로 엄하거나 관대할 뿐만 아니라, 어떤 판사는 다른 판사에 비하여 극단적으로 엄한 선고와 극단적으로 관대한 선고를 번갈아 내린다는 것을 암시한다.

판사의 개인적 성향뿐만 아니라 사안의 속성도 선고의 비밀관성을 초래할 수 있다. 예를들어 피고인 X가 어린아이를 살해하였는데, X는 전과가 전혀 없는 초범이라고 하자. 이런 경우, 한 판사는 범죄의 심각성을 강조하여 엄한 선고를 하는 반면에, 다른 판사는 초범이라는 정상참작의 요소를 강조하여 비교적 관대한 선고를 할 수 있다. 또한 고학력자에 의한 범법행위(탈세, 공금횡령 등)는 그것이 고학력자에 의한 것이라는 사실에 의하여 엄한 선고를 유발하게 되지만, 통계적으로 고학력의 범법자는 재범하는 확률이 저학력의 범법자보다 낮고, 이 낮은 재범확률은 엄한 선고를 할 필요가 없음을 시사한다. 이런 경우에도 판사가 어떤 측면에 더 주목하는가에 따라 선고량이 달라질 수 있고, 따라서 선고의 비밀관성이 초래될 수 있다. 실제로 Diamond(1981)는 선고위원회의 자료에서 판사들의 선고가 가장 많이 불일치한 사례들을 조사한 결과 이러한 상충요인들이 그 사례들 속에 내재해 있음을 발견하였다.

선고의 비밀관성을 유발하는 또 하나의 요인이 선고목적이다. 선고목적은 선고를 하는 사람이 형량부과에 대해서 가지는 철학적인 가치관으로서 응보(retribution)의 목적과 범죄감소(crime reduction)의 목적이 대별된다⁹⁾. 응보목적의 선고는 범죄인의 과거행적에 초점을 맞추어 죄의 중요성에 상응하는 형량을 정하는 것인 반면에, 범죄감소목적의 선고는 미래에 있을 범죄를 최소화하기 위한 방편으로서 형량을 결정하는 공리

주의적인 선고철학이다(Cross, 1975). Hogarth(1971)는 각 판사가 선호하는 선고목적과 선고종류(실행 혹은 집행유예) 사이에 상관관계가 있음을 발견하였다. 그러나 이 상관관계가 곧 선고종류가 선고목적에 의해서 정해진다는 것을 의미하지는 않는다. 왜냐하면 판사들이 자신이 결정한 선고종류를 정당화하기 위한 수단으로서 특정한 선고 목적을 선호한다는 대답을 했을 가능성이 배제되지 않았기 때문이다. 이 문제를 해결하기 위하여 McFatter(1978)는 한집단의 피험자에게는 응보목적으로 선고하라고 지시하고, 다른 한 집단의 피험자에게는 범죄감소의 목적으로 선고하라고 지시하였다. 이러한 노골적인 지시를 준 결과 두집단에서의 선고가 매우 체계적인 차이를 보인다는 것을 발견하였는데, 일반적으로 범죄감소의 목적으로 선고할 때 응보목적으로 선고할 때보다 더 무거운 형량이 선고되었다. 김지현(1992)은 전술한 연구에서 비전문가가 전문가보다 더 무거운 형을 구형하고, 동시에 비전문가가 전문가보다 더 범죄감소(제지 : deterrence)의 목적으로 구형하는 것을 발견하였다. 이 결과로부터 범죄감소의 목적에 의한 선고가 응보목적에 의한 그것보다 더 무거운 구형을 초래할지도 모른다는 가능성이 유추되었다.

그런데 만약 실제 법정에서의 구형이나 선고에서 McFatter(1978)와 김지현(1992)의 실험연구결과와 같이 미래에 있을 범죄를 감소시킬 목적에 의해 더 무거운 구형이나 선고가 이루어진다면 이것은 피의자가 아직 범하지 않은 미래의 범행이나 혹은 미래에 다른 사람에 의해 범해질 범행에 대하여 미리 현재의 피의자를 응징하는 것과 같다. 이것은 법의 남용 혹은 오용이 될 수 있다. 따라서 어떤 경우에 범죄감소의 목적이 더 무거운 선고를 유발하고, 어떤 경우에 그렇지 않은지에 대하여 체계적 연구의 뒷받침이 필요하고(Diamond and Herhold, 1981), 이러한 연구에 기초하여 법관들에 대한 사법연수 등의 교육절차를 통하여 법의 오용이 발생하지 않도록 제도적인 보완이 이루어져야 한다. 더군다나 미래에 있을 범죄를 감소시킬 목적으로 내려지는 선고가 과연 그 목적을 달성하는지에 대하여 지금까지의 체계적 연구들은 부정적인 결과를 보고하고 있다(Lipton, Martinson, and Wilks, 1975; Brody, 1976). 즉, 일반제지(deterrence)의 목적으로 선고를 하여도 그 이후에 유사한 범죄가 줄어들지 않으며, 개

9) 범죄감소의 선고목적은 일반제지(general deterrence), 개인제지(special deterrence), 그리고 갱생(rehabilitation) 등으로 세분되기도 한다(McFatter, 1982; Bartol, 1991).

인제지(special deterrence) 혹은 갱생(rehabilitation) 목적으로 선고하여도 재범율이 줄어들지 않는다는 것이다¹⁰⁾ 예를들면 사형제도를 옹호하는 입장은 그 제도가 일반제지의 효과를 가질 것이고 따라서 범죄감소에 기여할 것이라고 주장하는 반면에, 사형제도의 폐지를 주장하는 입장은 사형제도는 살인과 폭력이 정당화될 수 있다는 묵시적인 메시지를 담고 있으므로 오히려 강력범죄의 증가에 기여한다는 것이다. 그런데 사형제도의 효용성에 대하여 최근에 Lore와 Schultz(1993)는 다음과 같이 기술한 바 있다(p. 22). “사형제도의 장기적 제지효과를 파악해내고자 시도된 모든 연구들이 실패하였다(virtually all studies that have attempted to isolate a long-term deterrent effect of state executions have failed to do so).” 이러한 일반적인 경향의 영향으로 현재 미국 법원의 선고는 전체적으로 응보목적에 의한 선고라고 한다(von Hirsch, 1976, 1985; Fogel, 1975). 선고목적이 통일되어가는 이러한 경향은 선고의 일관성에 기여하는 긍정적인 효과를 초래할 것으로 기대된다.

이상에서 개관한 기존 연구들은 일관성을 판단자간 일치도 혹은 판단자내의 변산성으로 정의하고 있다. 이러한 정의가 가지는 한가지 단점은 특히 한국과 같은 상황에서 같은 재판사례에 대하여 각기 다른 판사들이 독립적으로 판결하는 경우가 거의 없으므로 실제로 법원의 판결이 얼마나 일관되는지의 여부를 판단하기 위하여 활용할 수 없다는 것이다. 항고나 상소가 이루어지는 경우에도 상급법원에서의 판단이 하급법원에서의 판단과 ‘독립적(independent)’ 이라고 할 수 없기 때문에 판결의 일관성을 파악하는데는 심각한 한계가 있다. 따라서 기존 연구자들이 정의한 일관성의 개념을 유지하면서도, 일관성 여부에 관한 실증적 검증에 쉽게 적용할 수 있는 새로운 일관성의 조작적 정의가 필요하다.

법이론과 선고의 일치도

앞서 유·무죄판결 및 선고의 일관성이라는 개념은

10) 범죄인을 갱생 혹은 교화시키는 것이 불가능하다는 의미가 아니라, 형벌을 부과하는 것이 범죄인에 대하여 갱생효과 혹은 교화효과를 가진다는 생각에 대한 회의를 의미한다.

법적 판단이 법리에 의해서 이루어지는가, 아니면 판단하는 개인의 독특한 주관적 견해에 의해 좌우되는가의 문제라고 하였다. 이러한 일관성개념을 기존 학자들은 주로 판단자간의 판결 및 선고의 일치도로서 조작적 정의하거나, 혹은 한 사람의 판단내에서 그것들이 극대화되는 현상으로 조작적 정의하였다. 이러한 조작적 정의가 가지는 논리적인 정당성은 만약 법관들이 법이론이나 법논리에 의해 판결하고 선고한다면 각 법관들이 적용하는 법이론이나 법논리가 큰 차이가 나지 않을 것이고, 따라서 누가 판단을 하든 그 사람이 법전문가인 한 유사한 판결이나 선고가 내려지게 될 것이라는 논리이다. 반면에 법관들이 그러한 통일된 법논리나 법이론을 사용하지 않고 개인적인 가치관이나 기분, 피의자에 대한 주관적 인상 등에 기초하여 유·무죄판결 및 선고를 한다면 판단자간 혹은 판단자내의 변산이 커지게 될 것이다. 따라서 선고의 일관성에 대한 보다 직접적인 개념정의는 법관에 의한 선고가 법이론 혹은 법적 추론(legal reasoning)이 정하는 바와 일치 하는 정도, 혹은 법관에 의한 선고가 법정신을 구현하는 정도이다.

모든 법규정은 마땅한 이유 혹은 법정신이 있어서 그러한 법정신을 구현할 목적으로 여러 가지의 차별적인 범죄분류와 죄의 경중을 정해놓은 것이다. 그러나 그러한 법규정의 실제 적용은 재량권의 범위내에서 사안의 특수성을 고려하여 융통성있게 이루어져야 하는 것도 사실이지만, 법적용의 융통성을 고려하더라도 법체계의 기반이 되는 법정신의 구현이 완전히 무시되어서는 안 될 것이다. 소위 죄형법정주의라는 형벌의 기본원리는 어떤 행위가 범죄가 되고 이에 대하여 어떤 형벌이 과하여지느냐는 미리 성문의 법률로써 규정되어야 한다는 것이다(정영석, 1985). 이러한 성문화된 법의 존립에 대한 정당성을 부여하는 법정신이 실제 적용의 융통성 속에서 어떻게 유지되는가 하는 점이 법을 통한 정의구현의 핵심을 이루게 된다. 예를들면 강간범의 경우 만약 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하거나 2인 이상이 합병하여 강간죄를 범했을 때에는 가중적 구성요건이 되어 단순강간죄보다 무거운 형이 선고되어야 한다. 한국의 형법은 이와 같은 특수강간죄에 대하여 무기 또는 5년 이상의 징역으로 처벌토록 규정하고 있고, 이는 친고죄가 아니다(특가법 제 5조의 7 제 1항). 반면에 단순 강간죄(형법 제 297조)는 3년 이상의 유기징역에 처

하도록 규정되어 있고, 이는 최고죄이다. 따라서 커다란 쪽의 재량적 용통성 내에서도 만약 특수강간죄와 단순강간죄를 구별하는 법정신이 구현된다면, 평균적으로 특수강간죄에 대하여 내려지는 선고량이 단순강간죄에 대하여 내려지는 선고량보다 적어도 통계적으로 유의미하게 많아야 할 것이다. 이론적으로 논하면, 단순강간의 경우는 3년 이상의 한계가 있는 유기징역에 처하도록 규정되어 있고, 특수강간의 경우는 5년 이상의 한계가 없는 무기징역까지 처하도록 되어있으므로, 모든 특수강간범에게 내려진 선고량의 평균은 모든 단순강간범에게 내려진 선고량의 평균보다 '최소한 2년'이 높아야 할 것이다. 왜냐하면 여러가지 정상참작의 요소들이나 그밖의 재량적 가감을 요하는 인자들은 특수강간범과 단순강간범에 거의 비슷한 확률로 개입할 것이고, 따라서 그러한 인자들에 의해 유발되는 선고량의 차이는 모든 범죄건수를 평균할 때 서로 상쇄될 것이기 때문이다.

이 논리를 좀 더 명확히 표현하기 위하여 모든 단순강간범에게 내려진 선고량의 빈도분포와 모든 특수강간범에게 내려진 선고량의 빈도분포가 아래의 그림 1과 같다고 가정하자. 피고인 A는 특수강간범이고, 피고인 B는 단순강간범이라고 하자. 개개인의 피고인에게 언도된 선고를 비교할 때는 아래의 그림과 같이 특수강간범 A에게 내려진 선고량이 단순강간범 B에게 내려진 선고량보다 작을 수 있다. 왜냐하면 각 개인피고인에 대한 기중요인과 경감요인이 모두 다를 것이고, 법관은 각 사례의 특수성을 용통성있게 고려하여야 하기 때문이다. 그러나 두가지 다른 죄형에 대한 선고량분포의 평균은 아래 그림과 같이 법이 정한 바 차이(최소한 2년)를 제대로 반영하여야 한다. 선고의 일관성에 관한 이러한 통계적 개념의 한가지 장점은 성문법이 정한 형벌의 양을 충실히 준수하는 것과 법관의 재량적 판단의

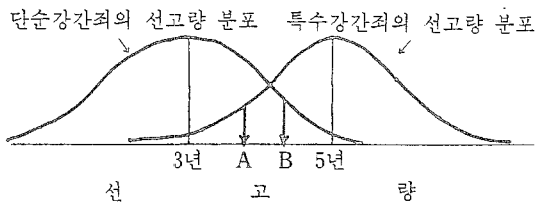


그림 1. 단순강간죄와 특수강간죄의 가상적인 선고량 분포

용통성을 보장하는 것 사이에 아무런 개념적 상충이 존재하지 않게 된다는 것이다. 이러한 선고의 일관성이 확립되면 성문법의 합목적성이 장기적, 전체적으로 구현되면서도, 동시에 각 개개의 사례에서 법적용의 경직성을 유발할 필요없이 각 사례의 특수성이 고려된 재량적 판단이 얼마든지 가능하다.

이상의 논의를 한마디로 압축하자면, 법이 정하는 量刑因子¹¹⁾가 실제 선고되는 형량에 반영되는가의 문제이고, 이를 좀 더 구체적으로 말하면 법이 정하는 양형인자와 선고량 사이에 상관관계가 있는가의 문제이다. 그러나 이러한 보다 본질적인 의미에서의 선고의 일관성에 관한 실증적 연구는 필자들이 아는 한 아직 국내에서 수행된 바 없다¹²⁾. 따라서 여기에서는 한국에서 이루어지고 발표된 실제 재판자료를 필자가 재분석한 내용중의 일부를 보고하고자 한다.

1. 이우선(1980) 자료의 재분석

이우선(1980)은 전국의 34개 지방법원에서 수집한 강간죄 및 강간치상죄의 재판기록 155건을 바탕으로 양형인자에 대한 분석을 보고하면서 그의 분석에서 유의미한 것으로 나타난 양형인자들의 원자료(raw data)를 논문의 부록으로 첨부하였다. 그런데 이우선(1980)에 의해 선별된 양형인자들의 유의미도는 엄격한 통계적 영가설 검증에 의한 것이 아니고, 각 인자범주에서의 집행유예 및 실행선고의 비율차이에 대한 주관적 판단에 의한 것이었다. 예를들면, 범행동기에 계획성이 있는 강간치상범의 10%가 집행유예의 선고를 받은 반면, 우발적인 동기에 의한 강간치상범의 72%가 집행유예를 선고받았으므로, 이 비율의 차이에 의해 범행동기(계획적 혹은 우발적)는 유의미한 양형인자라고 결론지었다. 비율차이에 의한 이러한 주관적 판단도 매우 유용한 지식습득의 수단이 될 수 있지만, 이우선(1980)에 의해 분석된 자료는 동종의 모든 범죄에 관한

11) 형법 제 51조는 범죄일반에 관한 양형인자로서 범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자와의 관계, 범행동기, 수단과 결과, 범행후의 정황을 정해놓고 있다.

12) 성범죄자의 양형인자에 관한 대표적인 최근의 연구로는 Simester와 Simester(1990)가 있다. 그러나 양형인자를 선고의 일관성 측면에서 조명한 연구는 필자가 아직 발견하지 못하였다.

것이 아니고 그중의 일부가 표집된 자료이므로, 이 표본자료의 분석을 통하여 동종의 모든 범죄에 대한 양상을 추론하기 위하여는 통계학적인 이론과 기법을 이용해야만 한다. 따라서 본 필자는 강간치상죄에 있어서 이우선(1980)이 주관적으로 신고를 예측하는데 유의미한 것으로 파악한 양형인자들을 객관적인 통계검증을 하여 모집단에서의 양상을 추론하고자 한다.

〈표 1〉 강간치상죄의 양형인자와 신고유형의 관계에 대한 카이자승검증

양형인자	범주	n	집행유예비율	카이자승	p
집단불량성	있 음	53	7.5%	38.51	0.00
	없 음	59	64.4%		
전과	재범	29	34.4%	0.15	0.70
	초범	83	38.5%		
범행동기	계획	60	10.0%	41.70	0.00
	우발	52	69.3%		
범행수단	총기	36	27.8%	2.14	0.14
	수족	76	42.1%		
상해부위	성기부위	69	24.6%	12.68	0.00
	기타부위	43	58.1%		
범행횟수	다수	21	19.0%	3.75	0.05
	일회	91	41.8%		
윤간여부	다수	70	15.7%	37.80	0.00
	단독	42	73.8%		
피해자인	없음	89	34.8%	1.32	0.25
	있음	23	47.8%		
처벌희망	희망	54	4.7%	50.82	0.00
	불희망	58	69.0%		

이우선(1980)은 자료분석을 통하여 강간죄 및 강간치상죄에 대한 형기가 2년 6월 내지 3년에 집중되어 있고, 그 변산이 극히 적으므로 형기를 신고의 지수로 삼는 것이 무의미하다고 지적하였다. 심지어는 강간치상죄의 경우 형법 제 301조는 5년 이상의 징역에 처하도록 규정하고 있음에도 불구하고 실제로는 112명중 8명만이 5년 이상의 형을 선고받았다. 따라서 강간죄 및 강간치상죄에 있어서는 신고의 실질적 의미는 집행유예냐 아니면 실형(2년 6월 내지 3년)이냐의 여부에 있다고 사료되므로 이우선(1980)과 마찬가지로 여기에서도

선고를 두개의 범주를 가지는 범주변인으로 조작적 정의하였다. 또한 이우선(1980)의 자료는 강간치상죄를 제외한 나머지 죄목에서는 매우 적은 사례수가 분포되어 있어서 분석의 의미가 없으므로 여기에서는 강간치상죄(N=112)만을 재분석하였다.

이우선(1980)은 강간치상죄에 대하여 집행유예를 예측하는 양형인자 9개를 선별하였다: (1) 불량집단성 (2) 전과 (3) 범행동기 (4) 범행수단 (5) 범행횟수 (6) 윤간여부 (7) 피해자인인성 (8) 상해의 부위 (9) 처벌희망유무. 불량집단성은 범죄조직 등의 가담여부이고, 전과는 범인의 범죄전력의 유무이고, 범행동기는 계획성인지 우발성인지의 여부이고, 범행수단은 흉기 사용의 여부이고, 범행횟수는 1회인지 그 이상인지의 여부이며, 윤간여부는 단독범행이었던지 아니면 공범이 있었는지의 여부이고, 피해자인인성은 유, 무로 이분화되었고, 상해의 부위는 처녀막 파열 등의 성기부위인지 아니면 신체의 다른 부위인지의 여부이고, 처벌희망유무는 피해자가 범인의 처벌을 희망하는지 아닌지의 여부이다. 이 9개의 변인들 각각을 신고유형의 두범주(집행유예, 실형)와 교차하여 2×2 교차분할표를 만들고 그에 대하여 카이자승검증을 수행하였다. 그 결과가 표 1에 제시되었다.

표 1에서 집행유예비율은 양형인자의 각 범주에 속한 사례중 집행유예를 선고받은 사례의 비율이다. 예를 들면, 전체 112명의 강간치상범중 83명이 초범이었는데 집행유예비율이 38.5%라는 것은 이 83명의 초범중 $83 \times 0.385 = 32$ 명이 집행유예를 선고받았다는 것을 의미한다.

표 1에 제시된 9개의 양형인자들은 모두 이우선(1980)의 주관적인 판단에 의해서 신고유형에 대한 예측력이 유의미한 것으로 선별된 것들이다. 그러나 객관적인 통계검증을 해본 결과 그들중 전과, 범행수단, 피해자인인성은 신고유형에 대한 예측력이 유의미하지 않았다($p > 0.05$)¹³⁾. 피의자의 전과와 범행수단이 강간치

13) 동일한 자료에 대하여 9개의 가설검증을 한 것이므로 제 I종 오류의 가능성을 통제하기 위한 Bonferroni 절차를 적용하면 '범행횟수'도 유의미하지 않은 인자로 판단될 것이다. 그러나 이 자료는 본 연구자가 사전 가설을 가지고 직접 수집한 자료가 아니므로 그러한 통계적 엄격성을 여기에서는 유보하기로 하였다.

상죄의 선고에 대하여 통계적으로 유의미한 예측력을 가지지 않는다는 것은 다소 놀라운 사실이다. 그러나 전과가 유의미한 예측력을 가지지 못한 것은 어느 정도 납득할 수 있는 이유가 있다. 이우선(1980)은 누범전과와 집행유예기간중에 있는 피고인은 다시 집행유예를 선고받는 것이 불가능하므로 집행유예 예측에 의미가 없어서 분석에서 제외하였다¹⁴⁾. 누범전과자와 집행유예기간중에 있는 피고인에게는 다시 집행유예를 선고하지 못하도록 법으로 정해놓은 것은 전과를 선고에 고려하려는 제도적인 장치이기는 하지만, 개개인 법관의 판단에 심리적으로 개입하는 요인이 아니므로 심리학적인 입장에서 이들을 제외한 것은 타당한 조치였다고 사료된다. 그러나 아무튼 그러한 사전조치에 의하여 여기에서의 전과는 집행유예가 가능한 전과를 의미하고(이우선, 1980, p.320), 집행유예가 가능하다는 이유로 많은 집행유예가 실제로 선고되었다고 볼 수 있다. 만약 탈락된 자료가 다시 재입력된다면 전과는 집행유예 선고를 예측하는 유의미한 인자가 될 것으로 기대된다.

그러나 흥기사용은 앞서 자세히 설명한 바와 같이 가중적 구성요건으로서 특수강간죄에 해당함에도 불구하고 범죄수단이 선고유형과의 상관관계를 가지지 않는다는 것은 성문화된 법규정에 내재하는 법의도나 법논리가 현실에서는 도외시되는 것이 아닌가하는 우려를 자아낸다.

이러한 우려는 유의미하지 않은 양형인자에만 해당되는 것이 아니고 유의미한 양형인자에도 해당된다. 표 1에 의하면 범행횟수가 집행유예의 여부를 결정하는데 유의미한 인자임을 나타낸다. 즉, 1회 강간한 경우보다 2회 이상 강간한 경우에 집행유예 선고를 받는 비율이 유의미하게 낮다. 그런데 대법원 판례(1970.9.29, 70도 1516)에 의하면 동일한 폭행,脅迫을 이용하여 수회 간음한 때에는 단순일죄가 성립한다고 한다. 따라서 표 1에 나타난 범행횟수와 선고유형 사이의 유의미한 상관관계는 전술한 대법원 판례와 비교하여 법리적인 검토의 필요성을 시사한다. 다만 범행횟수 요인의 유의미도가 그렇게 크지 않아서 이것이 과연 정말로 강간치

상죄의 유의미한 양형인자임을 결정하기 위해서는 보다 많은 자료를 검토해 볼 필요가 있다.

표 1에서 강간치상죄에 대한 유의미한 양형인자로서 재확인된 6개의 변인을 이용하여 집행유예를 예측하는 변별분석(discriminant analysis)을 한 결과 예측적중률 92.86%가 산출되었다. 이것은 이우선(1980)보다 세계가 더 적은 갯수의 변인들에 의한 예측임에도 불구하고, 이우선(1980)이 집행유예선고를 예측하기 위하여 사용한 두가지 방법에서 산출된 적중률(91%)보다 약간 더 높은 적중률이다. 변별분석 결과, 실제로는 실형이 선고되었는데, 집행유예가 선고된 것으로 잘못 예측된 긍정오류(false positive)는 5.7%였고(70명중 4명), 실제로는 집행유예가 선고되었는데 실형이 선고된 것으로 잘못 예측된 부정오류(false negative)는 9.5% 였다(42명중 4명). 이 변별분석에서 기저율(base rate)은 원자료의 비율(실형 70명과 집행유예 42명)이 그대로 이용되었고, 모든 독립변인은 위에서 설명된 바와 같이 이분화되었다. 이 6개의 독립변인들 중 가장 큰 변별력을 보인 변인은 피해자의 처벌희망이었다(Wilks' Lambda=0.54628, p<0.0001).

반면에 이우선(1980)에 의해서 유의미하지 않은 양형인자로 판단되어 누락된 변인들 중에 통계적인 유의미성을 가지는 변인들도 있다. 그 대표적인 것이 피고인 및 피해자의 연령이다. 이 변인들의 원자료는 제시되지 않았지만, 각 범주에서의 빈도가 교차분할표의 형태로 제시되어 통계검증이 가능하였다¹⁵⁾. 이들의 나이를 20세 혹은 18세를 기준으로 미성년과 성인으로 구분하고, 그 각각의 연령범주에서 피고인이 집행유예선고와 실형선고를 받은 사례의 빈도를 구한 것이 표 2에 제시되었다.

표 2의 빈도자료에 기초하여 피고인 연령과 선고유형의 관계, 그리고 피해자 연령과 선고유형의 관계를 파악하기 위한 두개의 카이제곱검증을 하였다. 피고인 연령과 선고유형의 관계는 유의미하였고($\chi^2(1) = 8.247, p<0.01$), 피해자 연령과 선고유형의 관계도 유의미하였다($\chi^2(1) = 11.689, p<0.01$). 따라서 강간치상

14) 누범에 대하여 현행 형법 제 35조는 “금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 자는 누범으로 처벌한다”고 규정하고 있다.

15) 기본적인 자료를 충실히 보고하신 이우선 변호사의 학문적 성실성에 경의를 표한다. 또한 귀중한 자료를 활용할 수 있도록 허락해주신 후의에 감사드린다.

〈표 2〉 피고인과 피해자의 연령구분에 따른 선고유형의 빈도

선고유형	피고인 연령 (20세 기준)		피해자 연령 (18세 기준)	
	미만	이상	미만	이상
집행유예	10	32	13	29
실형	36	34	45	25

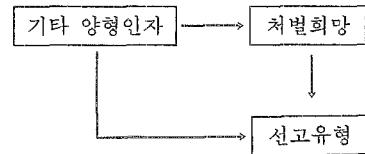
죄에 대한 선고유형을 정하는데 피고인의 연령과 피해자의 연령이 모두 고려되고 있음을 알 수 있다. 피해자가 18세 미만인 경우는 그 이상인 경우보다 실행선고가 내려지는 비율이 월등하게 높다. 그런데 피고인 연령에 따른 선고유형의 분포에 있어서 한가지 주목할 사항이 있다. 이우선(1980)은 논문의 초두에 다음과 같이 기술하였다. “(피고인이) 소년인 경우에 있어서는 소년법 제 2조, 제 54조 등에 의하여 형기의 범위 등이 충분히 고려되어 있을 뿐만 아니라, 실제에 있어서도 소년들은 개선할 수 있는 기회가 많을 것으로 보고 관용을 베푸는 것이 일반적인 경향이라고 할 것이다.” 그러나 표 2의 자료를 보면 피고인의 연령이 20세 미만일 때, 그 이상일 때보다 오히려 실행을 받을 확률이 더 높다¹⁶⁾. 이우선(1980)은 강간치상죄중 18건이 소년부로 송치된 사건이고, 이들을 분석에서 제외하였다고 밝히고 있다 (p. 310). 그러나 만약 이들이 모두 재판을 받고 집행유예선고를 받았다고 해도 여전히 20세 미만의 피고인이 실행을 받을 가능성(64명중 34명)이 집행유예를 받을 가능성(64명중 28명)보다 더 높다는 사실에는 변함이 없다. 이것이 강간치상죄에 한하여 존재하는 특수한 경우인지, 아니면 일반적인 경향인지는 다른 죄에 대한 자료들이 분석된 후라야 명확해질 것이지만, 적어도 강간치상죄에 있어서는 소년법의 논리가 적용되지 않고 있을 가능성을 시사한다. 만약에 그렇다면 그 이유는 무엇일까?

하나의 가능성은 20세 미만의 소년에 의해 범해지는 강간치상죄가 성인에 의한 범죄보다 더 포악하거나 혹은 죄질이 나쁠 가능성이다. 또 하나의 가능성은 강간치상죄가 소년에 의해 범해지는 경우, 법관들이 그 피

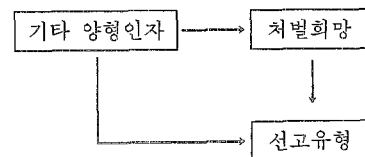
고인을 더 가증스럽다고 인지할 가능성들에 대해서 이우선(1980)에는 피고인 연령의 원자료가 제시되지 않아서 본 논문에서는 판가름 할 방도가 없는 것이 안타깝다. 후속 연구가 이 점을 규명하면 좋을 것이다.

2. 모형검증

선고유형에 영향을 주는 인자들이 개별적으로 파악되었다고 하여도 그 인자들이 서로 독립적이지 않으면 과연 그들중 어떤 것이 선고에 직접적으로 영향을 주고, 어떤 것은 다른 인자에 영향을 주므로써 선고유형에 간접적인 영향력을 가지는지를 파악하는 것이 중요하다. 이 점과 관련하여 표 1의 결과에서 한가지 주목할 사항이 있다. 표 1은 선고유형에 대한 양형인자들 중 가장 강력한 인자는 처벌희망의 유무라는 것을 암시한다. 또한 변별분석에서도 이 사실이 재확인되었다. 이 사실이 주목할만한 이유는 강간치상죄는 친고죄가 아니기 때문이다. 따라서 이론적으로는 피해자가 피고인에 대한 처벌을 희망하건 안하건 선고에 영향을 주어서는 안 된다. 여기에서 우리는 표 1에서 유의미한 것으로 나타난 양형인자들이 실제로는 모두 피해자의 처벌희망여부에 영향을 주고 선고유형에는 아무런 직접적인 영향을 주지 않는데, 단지 처벌희망여부가 선고에 대하여 강력한 예측변인이므로 간접적인 경로를 통해서 유의미한 예측력이 산출된 것인지의 여부를 판단해볼 필요가 있다. 즉, 다음과 같은 두개의 모형중 어떤 것이 자료에 의해 반영되고 있는지 파악해볼 필요가 있다.



〈모형 A〉



〈모형 B〉

16) 한국의 현행법은 14세 이상 20세 미만을 소년이라 정의하고 있다.

만약 <모형 B>가 <모형 A>보다 자료에 의해 선호된다면 이것은 선고유형에 영향을 직접 주는 것은 오직 피해자의 처벌희망뿐이라는 것을 의미하고, 이때에는 강간치상죄를 비친고죄로 규정한 법리와 심각한 상충이 발생할 가능성에 대하여 법이론적인 논의와 검토가 필요하게 될 것이다. 이 가능성을 검증하기 위하여 위계적 선형로그분석(log-linear analysis)을 수행하였다. 위의 두 모형을 서로 상호비교하기 위한 위계적 선형로그분석의 구체적인 방법과 내용은 박광배(1992)에 자세히 설명되어 있다(p. 92). 두 모형의 차이는 '기타양형인자'로부터 '선고유형'으로 이어지는 경로의 존재 여부이다. 이 경로의 존재에 대한 판단을 위하여 두 모형이 자료와 합치하는 정도를 산출하고, 그 차이를 구하여 그 경로를 가지지 않은 <모형 B>가 그 경로를 가지는 <모형 A>보다 합치도에 있어서 유의미하게 열등한지의 여부를 검증한다. 만약 <모형 B>의 합치도가 <모형 A>의 합치도보다 유의미하게 열등하면 <모형 A>가 선호되고, 그렇지 않으면 보다 간단한 <모형 B>가 선호된다. 두 모형을 선형로그분석의 모형표기방법으로 표기하면 다음과 같다.

<모형 A> [기타양형인자*처벌희망]

[처벌희망*선고유형] [기타양형인자*선고유형]¹⁷⁾

<모형 B> [기타양형인자*처벌희망]

[처벌희망*선고유형]

선형로그분석에 의한 검증 결과, <모형 A>의 합치도 지수인 우도비카이제곱(likelihood ratio chi-square)은 유의미하지 않아서 ($L^2=78.813$, $df=109$, $p=0.987$), <모형 A>는 자료를 잘 설명하는, 혹은 자료와 잘 합치하는 모형으로 사료된다. <모형 B>의 우도비카이제곱은 유의미하여 ($L^2=146.293$, $df=114$, $p=0.022$), <모형 B>는 자료에 의해서 기각된다. <모형 B>와 <모형 A>의 합치도 차이($146.293-78.813=67.48$)는 두 모형의 자유도 차이($114-109=5$)에서 매우 유의미하므로, 결론적으로 <모형 B>는 <모형 A>에 비하여

유의미하게 열등한 모형으로 간주되고, 따라서 <모형 A>가 선호된다.

3. 논 의

<모형 A>가 선호된다는 사실, 그리고 그 모형의 자료에 대한 합치도가 좋다는 사실은 강간치상죄의 선고유형에 대한 법관의 결정이 전적으로 피해자의 처벌희망에만 의존되어 있지 않다는 것을 의미하고, 따라서 강간치상죄를 비친고죄로 규정한 법정신이 전체적으로 구현되고 있다고 판단된다. 그러나 세부적으로는 법에 종사하는 전문가들이 한번쯤은 검토할 필요가 있는 잠재적인 문제들이 시사되었다. 우선 범죄수단(흉기사용의 여부)과 피고인 연령은 법이론적으로 선고유형과 특정한 상관관계가 존재하여야 할 것으로 사료되는데, 실제로는 범죄수단에 대해서는 그러한 상관관계가 관찰되지 않았고, 반면에 피고인 연령에 대해서는 예상과 반대되는 관계가 관찰되었다. 둘째, 범행회수와 처벌희망은 이론적으로는 선고유형과 무관하여야 하는데 실제로는 상관관계를 가지는 것으로 나타났다. 이러한 이론과 실제 사이의 비일관성에 대하여 그 진위 및 해결방안 등이 모색되어야 한다.

범행회수에 대해서는 전술한 대법원 판례가 의미하는 바를 보다 명확히 정립할 필요가 있다. 대법원 판례는 동일한 폭행, 쯤임을 이용하여 수회 간음한 때에는 단순일죄가 성립한다는 것인데, 여기에서 말하는 '수회 간음'의 의미는 거의 동일한 때와 장소(200m)에서 반복된 간음행위를 지칭한다. 아마도 이우선(1980)의 자료에 1회 이상의 범행회수로 기록된 사례들 중에는 이러한 경우도 있었지만, 또한 수일, 수개월, 수년에 걸친 반복적인 강간사례도 포함되었을 가능성이 있다. 그런데 만약 대법원 판례가 의미하는 '수회 간음'이 동일한 때와 장소에서 이루어진 반복적인 간음행위만을 지칭하고, 장기간에 걸친 반복적인 간음행위만을 지칭하고, 장기간에 걸친 반복적인 강간죄로 간주한다면, 장시간에 걸친 반복적 강간과 같은 장소, 같은 시간에서의 반복적 강간은 서로 분리된 자료로서 분석, 검토되어야 한다. 앞으로 법전문가와 심리 학자의 공동연구 등을 통하여 이러한 미비점이 보완되어야 한다. 더구나 선고의 일관성에 관한 이러한 개념화는 아직 새로운 시도이고, 따라서 이 개념의 보다 치밀한 활용을 위하여 후속적인 논

17) 기타양형인자는 5개의 변인(집단불량성, 범행동기, 상해부위, 범행회수, 유간여부)이므로 기타양형인자와 처벌희망 혹은 선고유형의 상호작용항은 실제로는 다섯개씩의 상호작용항들을 내포하고 있다. 피고인의 연령과 피해자의 연령은 유의미한 양형인자인 것으로 밝혀졌으나 이우선(1980)에 의해 원자료가 제시되지 않아서 선형로그분석에는 포함되지 못하였다.

의와 연구가 많이 수행될 필요가 있다.

결 론

본 논문에서 필자들은 법규정에 내재한 법이론 혹은 법정신과 실제 선고가 서로 일치하는 정도를 선고의 '일관성(consistency)'의 한 개념으로 규정하고, 그 일관성을 규명하는 절차와 방법의 일례를 보이고자 노력하였다. 본 논문에서 필자들이 제시한 '일관성'의 정의는 기존 연구자들이 차용한 판단자간 혹은 판단자내의 일치도 개념과 체계적인 관련성을 가진다. 기존 연구자들이 정의한 판단자간 혹은 판단자내 일치도라는 개념은 서로 다른 판단자들이, 혹은 같은 판단자가 별개의 사건들에서, 동일한 법이론과 법논리에 의해 판단 한다는 전제를 가지는 개념들이다. 이 전제가 맞다면, 판단자간 혹은 판단자내의 일치도 뿐만 아니라, 무수히 많은 재판사례들이 취합된 자료에서 법이 성문화한 양형인자와 선고유형 사이에 일정한 상관관계가 발견되어야 한다. 반면에 각 재판사례에 대한 판결 및 선고가 법정형을 도의시킨 채 내려진다면 그러한 상관관계가 발견되지 않을 뿐만 아니라 판단자간 혹은 판단자내의 일치도도 존재할 수 없게 된다. 다시 말하면 본 논문에서 필자들은 '일관성' 개념의 더 본질적인 의미는 법이론과 선고의 일치도라는 점을 주지시키고, 그것이 법관의 재량적 판단 원칙 및 법적용의 융통성과 전혀 상충하지 않는다는 것을 예시하고자 노력하였다. 기존의 개념에 비하여 이 새로운 일관성 개념이 가지는 장점은 선고의 일관성 여부를 검증하기 위한 실증적 연구에 쉽게 적용할 수 있다는 실용성이다. 반면에 판단자간 일치도로 정의된 기존의 일관성 개념은 같은 사례를 서로 다른 판사들이 독립적으로 판결하는 경우가 실제로는 거의 존재하지 않으므로 매우 비실용적인 조작적 정의이다. 그러나 예를 보이기 위하여 법규정과 법개념을 다소 작위적으로 단순화하거나 혹은 반대로 지나치게 확대한 느낌이 없지 않다. 예를들면, 친고죄의 개념은 재판의 성립요건에 관련된 개념인데 여기에서는 선고유형의 결정에 관련된 개념으로 다소 확대적용하였고, 그러한 확대적용의 타당성에 대하여 논의의 여지가 남아 있다. 이러한 미비점도 앞으로 법전문가와 심리학자의

협력을 통하여 보다 명확하게 개선될 필요가 있다.

참 고 문 헌

- 김지현(1992). 법 전문가와 비전문가의 선고목적 선호와 형량결정과정에서 미치는 선고맥락의 효과. 석사학위청구논문. 서울대학교 대학원 심리학과 사회심리전공.
- 박광배(1992). 빈도분석. 서울:성원사.
- 이우선(1980). 정조에 관한 죄의 양형인자에 대한 분석(특히 강간죄 및 강간치상죄). 재판 자료 제 5집. 서울:법원행정처.
- 정영석(1985). 형법총론. 서울:법문사.
- Andrews, D.A., Robblee, M.A., Saunders, R., Huartson, K., Robinson, D., Kiessling, J. J., and West, D. (1987). Some psychometrics of judicial decision making: Towards a sentencing factors inventory. *Criminal Justice and Behavior*, 14, 62-79.
- Bartol, C.R. (1991). *Criminal Behavior: A Psychological Approach*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall.
- Beck, A.T., Ward, C.H., Mendelson, M., Mock, J.E., and Erbaugh, J.K. (1962). Reliability of psychiatric diagnoses: A study of consistency of clinical judgments and ratings. *American Journal of Psychiatry*, 119, 351-357.
- Brody, S.R. (1976). *The Effectiveness of Sentencing - A Review of the Literature*. London: Her Majesty's Stationary Office.
- Carroll, J.S. and Payne, J.W. (1977). Crime seriousness, recidivism risk, and causal attributions in judgments of prison term by students and experts. *Journal of Applied Psychology*, 62, 595-602.
- Cross, R. (1975). *The English Sentencing System*. London: Butterworths.
- Diamond, S.S. (1981). Exploring patterns in sentence disparity. In B.D. Sales (Eds.), *Per-*

- spectives in Law and Psychology* : Vol. II .
The Trial Process. New York : Plenum.
- Diamond, S.S. (1983) . Order in the court : Consistency in criminal-court decisions. In C.J. Scheirer and B.L. Hammonds(Eds.), *The Master Lecture Series*, Volume 2 : Psychology and the Law. Washington D.C. : American Psychological Association.
- Diamond, S.S. and Herhold, C.J. (1981) . Understanding criminal sentencing : Views from law and social psychology. In G.M. Stephenson and J. H. Davis (Eds.), *Progress in Applied Social Psychology* . Chichester : Wiley.
- Diamond, S.S. and Zeisel, H. (1975) . Sentencing councils : A study of sentence disparity and its reduction. *University of Chicago Law Review*, 43, 109-149.
- Elstein, A.S., Schulman, L.S., and Sprafka, S. A. (1978) . *A Medical Problem Solving : An Analysis of Clinical Reasoning*. Cambridge : Harvard University Press.
- Fogel, D. (1975) . *We Are the Living Proof : The Justice Model for Corrections*. Cincinnati : Anderson.
- Frankel, M. (1973) . *Criminal Sentences : Law without Order*. New York : Hill and Wang.
- Gaudet, F.J., Harris, G.S., and St. John, C.W. (1933) . Individual differences in the sentencing tendencies of judges. *Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, 23, 811-816.
- Hogarth, J. (1971) . *Sentencing as a Human Process*. Toronto : University of Toronto Press.
- Kalven, H., Jr. and Zeisel, H. (1966) . *The American Jury*. Boston : Little, Brown.
- Lamm, H. and Myers, D.G. (1978) . Group-induced polarization of attitude and behavior. In L. Berkowitz (Eds.), *Advances in Experimental Social Psychology*. New York : Academic Press.
- Lempert, R.O. (1981) . Civil juries and complex cases : Let's not rush to judgment. *Michigan Law Review*, 80, 68-132.
- Lipton, D., Martinson, R. and Wilks, J. (1975) . *The Effectiveness of Correctional Treatment : A Survey of Treatment Evaluation Studies*. New York : Praeger.
- Lore, R.K. and Schultz, L.A. (1993) . Control of human aggression : A comparative perspective. *American Psychologist*, 48, 16-25.
- McFatter, R.M. (1978) . Sentencing strategies and justice : Effects of punishment philosophy on sentencing decisions. *Journal of Personality and Social Psychology*, 36, 1490-1500.
- McFatter, R.M. (1982) . Purposes of punishment : Effects of utilities of criminal sanctions on perceived appropriateness. *Journal of Applied Psychology*, 67, 255-267.
- McFatter, R.M. (1986) . Sentencing disparity : Perforce or perchance? *Journal of Applied Social Psychology*, 16, 150-164.
- Pepitone, A. and DiNubile, M. (1976) . Contrast effects in judgments of crime severity and the punishment of criminal violators. *Journal of Personality and Social Psychology*, 33, 448-459.
- Rich, W.D., Sutton, P.L., Clear, T.D., and Saks, M.J. (1981) . *Sentencing Guidelines : Their Operation and Impact on the Courts*. Williamsburg : National Center for State Courts.
- Saks, M.J. (1977) . *Jury Verdicts*. Lexington : Heath.
- Simester, A.P. and Simester, D.I. (1990) . Analysing sexual offence sentences : An empirical approach. *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 23, 269-283.
- von Hirsch, A. (1976) . *Doing Justice : The Choice of Punishment*. New York : Hill and Wang.

von Hirsch, A. (1985). *Past or Future Crimes :
Deservedness and Dangerousness in the
Sentencing of Criminals*. Manchester : Man-
chester University Press.

Zeisel, H. and Diamond, S.S. (1974) . Convincing
empirical evidence on the six-member jury.
University of Chicago Law Review, 41,
281-295.

Consistency in Criminal Court Decisions

Kwang B. Park and Sung-Jin Hong

Choongbuk National University · Chung-Ang University

Former researchers conceptualized consistency in criminal sentencing as the agreement between different judges on the same criminal cases. A difficulty associated with this definition of consistency is the fact that a single case is seldom judged by multiple judges. Since it is extremely rare to find the cases in which different judges independently deliver sentences, the empirical verification of the consistency in sentencing based upon the former definition is hard to accomplish. The present paper suggests a new operational definition of the consistency in sentencing as the correlation between the sentencing factors codified by statutes and the actual sentencing outcomes. This new definition is systematically related to that by the former researchers. The former definition is based upon the assumption that the agreement between different judges occurs due to the same statutory principles underlying their judgments. If this assumption is met and thus the judgments of different judges agree with one another, the actual sentencing outcomes which are rendered by many different judges should be correlated with the sentencing factors codified by statutes. This new definition of consistency in sentencing do not create any conflict with the principle of discretion regarding criminal sentencing. A data set on sexual assault was reanalysed in order to describe the analytic procedure of verifying the consistency in sentencing by using the new definition of the consistency.