

현행 형법의 집행유예제도에 대한 해설론

이 승 호*

목 차

- | | |
|------------------------|-----------------------|
| I. 들어가는 말 | 2. 실효사유 |
| II. 집행유예의 요건과 방법 | 3. 취소사유 |
| 1. 「형법」 규정 | IV. 집행유예의 부담부 조건 |
| 2. 집행유예의 선고가 가능한 형의 종류 | 1. 부담부 조건에 관한 「형법」 규정 |
| 3. 판단기준 | 2. 보호관찰 |
| 4. 결격사유 | 3. 사회봉사명령과 수강명령 |
| 5. 방법 — 일부 집행유예의 불허 | V. 유예기간 경과의 효과 |
| III. 집행유예의 실효와 취소 | 1. 「형법」 규정 |
| 1. 「형법」 규정 | 2. 결격사유 및 실효사유와의 관계 |
| | VI. 맺는 말 |

I. 들어가는 말

형의 집행유예(執行猶豫)란 유죄의 피고인에 대하여 형을 선고하기는 하면서도 일정 기간 동안 선고된 형의 집행을 유예하며 무사히 유예기간을 경과하면 형선고의 효력을 상실시키는 제도를 말한다.¹⁾ 따라서 집행유예를 받은 대상자는 유예기간 동안 사회에서 일상생활을 영위할 수 있게 되는데, 그러면서도 유예기간 중에 다시 범행을 하면 그에 대한

* 건국대학교 법과대학 교수

1) 집행유예제도는 연혁적으로 살펴볼 때, 1830년대 미국에서 고안된 probation 제도가 유럽대륙으로 건너가면서 프랑스식의 조건부 판결제도와 독일식의 조건부 특사제도로 발전하였다고 전해지는데, 우리나라의 집행유예는 프랑스식의 조건부 판결제도와 같은 계열에 서 있는 것으로 평가된다(허주욱, 「교정학」, 법문사, 2002, 831면 참조).

논책뿐만 아니라 유예된 형까지 집행되므로 보다 준법적인 생활을 촉구하는 의미를 지니게 된다.²⁾ 결국 형벌이 지니는 최소한의 제재적 효과는 유지하면서도 단기자유형의 폐해를 방지하고 대상자의 사회복귀를 보다 적극적으로 도모하는 제도이므로, 비교적 경한 범죄인에 대한 제재수단으로서 적합도가 높다는 것이 일반의 평가이다.

우리나라에서는 「형법」이 5개 조문(제62조, 제62조의1, 제63조, 제64조, 제65조)에 걸쳐 형의 집행유예에 대한 규정을 두고 있으며, 실무상으로도 최근 들어 감소하는 경향이 있기는 하지만 유죄사건의 35% 정도가 집행유예로 처리되는 실정이다.³⁾ 아울러 집행유예는 보호관찰(保護觀察), 사회봉사명령(社會奉仕命令), 수강명령(受講命令) 등의 사회내처우와 병과되는 것이 통상적인데, 사회내처우에 대한 형사사법의 의존도가 점차 높아져가는 현금의 추세를 감안하면 집행유예제도는 시설내처우와 사회내처우를 연결시키는 절충적 제재로서 그 사용 빈도가 더욱 많아질 가능성을 충분히 내포하고 있는 것으로 판단된다.

하지만 이러한 실제적 가치에도 불구하고 우리나라의 집행유예제도는 전문적이고 종합적인 차원에서의 정비가 아직 완비되지 못한 형편이라고 지적된다. 그리하여 1987년에 법무부가 주관한 형사법 개정 특별심의위원회(刑事法改正特別審議委員會)와 1993년에 국회 법사위(法司委)가 주관한 「형법개정법률(안)」에 대한 공청회에서는 집행유예제도의 개선이 촉구되었고, 2004년도에 성안된 사법개혁위원회(司法改革委員會)의 건의문에서도 집행유예제도의 정비가 형벌제도 개혁의 중요한 아이টে으로 채택되었다. 즉, 현행 형법상 집행유예제도의 주요 내용인

2) 이렇게 사회에서 통상적인 생활을 영위하도록 하면서 일정 기간 동안 준법적 생활을 법적인 의무로 촉구하는 형사제재는 형의 집행유예 이외에 형의 선고유예와 선도조건부 기소유예 제도 등이 있다.

3) 제1심 공판사건의 중국처리인원 중에서 집행유예의 선고를 받는 인원은 2000년에 45.6%, 2001년에 43.5%, 2002년에 40.8%, 2003년에 38.7%, 2004년에 35.2%, 2005년에 33.6%로 조사되고 있다(법무연수원, 「범죄백서」, 2006, 218면 참조).

결격요건, 실효요건, 취소제도 등을 모두 재검점할 뿐 아니라 일부 집행유예라든지 벌금형의 집행유예 등과 같은 새로운 형태의 시스템을 도입하는 문제까지 검토하도록 건의하고 있는 것이다.⁴⁾

이렇게 볼 때 이제는 집행유예제도에 대한 전반적인 검토가 요구되는 시점이라고 판단되는바, 이 글은 그러한 입법적 정비의 바탕을 마련한다는 차원에서 집행유예제도에 관한 현행 형법의 규정을 종합적으로 해석해 보고자 한다. 무릇 어떠한 제도라도 그것의 정비 내지 개선의 작업은 현행 제도에 대한 정확한 이해를 전제로 하여야 올바른 방향이 설정될 수 있다. 바꾸어야 할 것을 바꾸는 것 못지않게 바꿀 필요 없는 것을 바꾸지 않는 것도 성공적인 개혁의 요체인데, 이는 기존의 제도에 대한 충분한 이해가 선행되어야 가능한 일이다. 하지만 집행유예에 대한 그동안의 학술적 논의를 살펴보면 대부분 제도개선에 초점을 맞추고 있어서 현행 형법 규정의 해석 작업에는 충분한 노고가 행해지지 못했다는 것이 이 글의 인식이다. 이에 이 글은 집행유예에 관한 현행 형법의 5개 조문을 체계적으로 해석해 보고자 하는 것이며,⁵⁾ 이를 토대로 발전적인 제도 정비의 기틀이 마련될 수 있을 것이라 판단된다.

II. 집행유예의 요건과 방법

1. 「형법」 규정

집행유예를 선고할 수 있는 요건 및 선고방법에 관하여는 「형법」

4) 사법개혁위원회의 건의문은 집행유예제도의 정비 아이টে으로 ① 집행유예 결격요건, 실효요건의 기준시점 변경, ② 집행유예 기간 중의 집행유예 가능 여부, ③ 일부 집행유예제도의 도입 여부, ④ 집행유예 취소제도의 검토 등을 설정하고 있다 (사법개혁위원회, “사법개혁을 위한 건의문”, 2004. 12. 26면 참조).

5) 입법론적 차원의 논의는 가능한 한 각주로 처리하여 덧붙이는 설명방식을 택하였다.

제62조에 규정되어 있다. 즉, 3년 이하라는 비교적 단기의 자유형(징역 또는 금고)을 선고할 경우에 정상참작(情狀參酌)의 사유가 인정되면 형의 집행을 유예할 수 있도록 하면서, 다만 근시일 내의 전과사실이 있는 경우에는 집행유예가 허용되도록 결격사유(缺格事由)도 함께 규정한다. 아울러 집행유예는 일정기간의 형을 선고하면서 그 형의 집행을 유예하는 것인데, 유예기간은 1년 이상 5년 이하의 기간 중에서 법원이 정하도록 하고 있으며, 집행이 유예되는 형은 선고한 형의 전체가 된다. 집행유예의 요건과 방법에 관한 「형법」의 규정은 다음과 같다.

제62조(집행유예의 요건) ① 3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간형의 집행을 유예할 수 있다. 다만, 금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 형을 병과할 경우에는 그 형의 일부에 대하여 집행을 유예할 수 있다.

2. 집행유예의 선고가 가능한 형의 종류

(1) 징역 또는 금고의 형

우선 집행유예는 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우에만 가능하다. 즉, 자유형에 대해서만 집행유예가 허용되며 그것도 비교적 단기인 3년 이하의 자유형을 선고하는 경우에만 집행유예의 선고가 가능하도록 「형법」은 규정하고 있다.⁶⁾

6) 현행 형법이 집행유예 요건에서의 대상범죄에 대한 자유형의 상한을 3년으로 하는 것은 외국의 법제와 비교하여 볼 때 넓은 범위로 평가된다는 것이 일반의 인식이다. 즉, 독일 형법(제56조)과 오스트리아 형법(제43조)은 2년 이하, 스위스

(2) 구류형에 대한 집행유예 선고의 불가능

그런데 3년 이하의 자유형 선고를 집행유예 부과 요건으로 설정하면서도 자유형의 종류에서 구류를 제외한 점이 특기할 만하다. 이는 30일 미만의 구류는 그 자체가 경미한 형벌이기 때문에 집행유예라는 관대한 처벌기제가 사용될 필요성이 없다는 인식을 깔고 있는 것으로 판단된다.

(3) 벌금형에 대한 집행유예 선고의 불가능

같은 맥락에서 징역 및 금고보다 가벼운 형벌인 벌금형에 대한 집행유예를 허용하지 않은 것도 우리 형법상 집행유예 관련 규정의 특이사항이다. 결론적으로 자유형, 그 중에서도 비교적 단기의 징역과 금고의 형만을 집행유예의 대상 형벌로 규정하여, 집행유예를 장기의 자유형과도 연결시키지 않고 그러면서 초단기의 구류형 및 자유형보다 가벼운 형벌로 취급되는 벌금형과도 절연시키는 독특한 입법태도를 취하고 있다.⁷⁾

형법(제41조)은 18개월 이하로 하고 있는 것이다. 이러한 넓은 범위 설정에 대해서는 선진적인 제도라고 찬성하는 견해도 있고(김일수·서보학, 『새로운 형법총론』 제9판, 2002, 776면), 그 범위가 지나치게 넓다는 비판도 있다(진계호, 『형법총론』 제7판, 2003, 641면). 특히 넓은 범위 설정을 찬성하는 견해 중에서는 프랑스의 형법이 5년 이하의 자유형을 선고하는 경우에 집행유예의 선고를 가능하게 규정하고 있음을 거론하면서 3년 이하도 부족하고 5년 이하로 늘릴 것을 제안하는 의견도 있다(김대휘, “형벌제도의 개선방안: 형사재판제도의 개선”, 『사법행정』, 제374호, 1992. 2, 24면 참조).

7) 입법론적 차원에서는 자유형의 집행유예를 허용하면서 벌금형의 집행유예를 허용하지 않는 현행 형법의 입법태도에 대하여 비판이 제기된다(강동변, “재산형의 문제와 개선방향”, 『형사정책』, 제5호, 1990, 92면; 박상기, “형의 執行猶豫에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 1991, 129면; 서보학, “집행유예제도: 입법론적 비판과 대안”, 『형사정책』, 제13권 제1호, 2001, 71면 참조). 즉, 자유형에 대해서도 집행유예라는 ‘또 한번의 기회제공’을 허용하면서 자유형보다 가벼운 형벌인 벌금형에 대해서는 집행유예의 문을 닫아버리는 것은 형평에 맞지 않는 측면이 있기 때문이다. 특히 벌금형을 선고하는 경우에도 대상자가 벌금을 납입하지 못하면 노역장에 유치되는데 그러한 사례에서도 집행유예가 불가능해지는 셈이므로, 이는 결국 벌금형의 집행이 자유형의 집행보다 더 가혹해지는 결과가 초래되어 불합리하다는

3. 판단기준

(1) 정상참작의 사유

집행유예를 선고할 것인지를 판단함에 있어서는 「형법」 제51조가 규정하는 양형조건(量刑條件)에 비추어 피고인에게 정상참작의 사유가 있는가 하는 점이 기준으로 작용한다. 여기서 집행유예 선고의 실질적 요건으로 제시되는 「형법」 제51조의 사항은 범인의 연령·성행·지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기·수단과 결과, 범행 후의 정황 등으로 소위 일반적인 양형조건을 말한다. 따라서 이러한 양형조건의 고려는 법원이 양형판단을 함에 있어서 당연히 참작해야 할 사항이므로, 결국 「형법」 제62조 제1항은 집행유예의 선고를 결정함에 있어서 의거해야 할 판단기준으로는 정상참작 사유만을 규정하고 있는 셈이다.

따라서 「형법」 제62조 제1항이 규정하는 정상참작 사유가 무엇을 의미하는지 규명해야 하는데, 다수의 견해는 ‘재범 위험성 여부’를 기준으로 정상참작 여부를 판단하도록 권하는바,⁸⁾ 이러한 이해가 타당하다고 판단된다.⁹⁾

지적이 제기되는 것이다.

8) 정상참작 사유를 ‘재범의 위험성 없음’으로 이해하는 것이 다수의 견해이다(박상기, 「형법총론」, 박영사, 2004, 542면; 배종대, 「형법총론」 제6판, 홍문사, 2004, §184-4; 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2003, §43-7; 임웅, 「형법총론」, 법문사, 2002, 626면). 하지만 문리적 해석을 중시하여 정상참작 사유는 과거의 사정을 판단하는 것이고 재범의 위험성은 미래를 예측하는 사정이므로 구별되어야 한다는 견해도 제시된다. 이렇게 재범 위험성 여부는 미래예측적 개념이지만 정상참작 사유는 과거 회고적인 것으로 구분된다는 견해는 오영근, 「형법총론」, 박영사, 2005, 791면 참조. 하지만 이 견해도 입법론적으로는 정상참작 사유를 ‘재범 위험성이 없다고 판단될 때’로 개정할 것을 제안한다. 판례는 별다른 이야기를 하지 않으나, 참고로 선고유예 판단기준인 ‘개전의 정상이 현저한 때’의 의미를 “반성의 정도를 포함하여 널리 「형법」 제51조가 규정하는 양형의 조건을 종합적으로 참작하여 볼 때 형을 선고하지 않더라도 피고인이 다시 범행을 저지르지 않으리라는 사정이 현저하게 기대되는 경우”를 뜻한다고 판시한다(대법원 2003. 3. 20. 2001도6138 판결).

9) 입법론적 차원에서는 현행 형법이 집행유예 선고의 실질적 판단기준으로 제시하는

(2) 판단시점

집행유예 선고의 실질적 기준인 정상참작 사유의 인정 여부는 범행 당시가 아니라 판결 선고시를 기준으로 판단한다는 것이 일반적인 견해이다. 정상참작의 사유가 재범 가능성의 판단기준으로 작용하는 것이라면 그것은 재판을 하는 시점에서 판단해야 할 것이기 때문이다.

4. 결격사유

(1) 결격사유의 의의

피고인의 범죄가 비교적 경미하고 양형조건에 비추어 정상참작의 사유가 인정된다고 하더라도, 대상범죄가 초범이 아니라 재범이면서 전과 후 일정 기간 내에 범해진 경우에는 집행유예의 선고가 제한되는데, 그러한 제한요건을 집행유예의 결격사유(缺格事由)라고 한다. 그리하여 범죄의 경미성과 정상참작 인정이 집행유예를 선고하기 위한 적극적 요건이라면, 결격사유는 집행유예의 선고를 제한하는 소극적 요건이 된다. 이렇게 소극적 요건인 결격사유를 설정하는 것은 피고인이 기존의 법집행 효과를 무시하면서 재범을 범한 경우에는 대상범죄가 아무리 경미하더라도 집행

정상참작 사유는 집행유예의 복합적 성격에 비추어 볼 때 지나치게 단순하고 복잡적이라는 지적이 있다. 그리하여 판단기준을 다양화하여 명시하는 것이 필요하다고 하는데, 이와 관련하여 독일 형법의 입법태도가 모델로 제시되곤 한다(한영수, “유예제도의 개선방안”, 『형사법연구』, 제22호 특집호, 2004, 595면; 서보하, “집행유예제도: 입법론적 비판과 대안”, 『형사정책』, 제13권 제1호, 2001, 65면 참조). 즉, 독일 「형법」은 제56조에서 집행유예 선고의 판단기준을 선고되는 본형의 형기에 따라 세 유형으로 구분하여, 독일 「형법」 제56조는 ① 6월 이하의 자유형을 본형으로 선고하는 경우에는 피고인에 대한 긍정적 사회예측만이 집행유예 선고의 조건으로 고려되며, ② 본형이 6월 이상 1년 미만일 때에는 피고인에 대한 긍정적 사회예측과 함께 범죄의 수호를 위해 형의 집행이 특별히 요청되지 않을 것이 판단기준으로 고려되고, ③ 본형이 1년 이상 2년 이하일 경우에는 그에 덧붙여서 범죄행위 및 행위자의 인격에 놓여 있는 특별한 사정과 원상회복을 위한 피고인의 노력이 집행유예 선고의 판단기준으로 요구된다고 규정한다.

유예의 부과가 피고인의 차후 재범 가능성을 차단해 주지 못함이 경험적으로 입증되었다는 판단에 입각한 것으로 이해된다.¹⁰⁾

(2) 결격사유의 개정

문제는 이러한 결격사유를 어떻게 설정할 것인가 하는 점인데, 종래 『형법』은 “금고 이상의 형의 선고를 받아 집행을 종료한 후 또는 집행이 면제된 후로부터 5년을 경과하지 아니한” 경우로 규정하고 있었다. 하지만 이러한 형식의 결격사유 규정은 첫째, 5년의 기간이 범행시가 아니라 판결 선고시를 기준으로 판단하도록 되어 있기 때문에 형사사법의 조치와 처리가 어떠한 시기에 행해지느냐에 따라 집행유예 허용 여부가 좌우되는 불합리함이 있고, 둘째, 결격기간의 시작시점에 대한 언급이 없기 때문에 대상범죄가 전과범죄보다 먼저 범해진 경우에도 결격요건에 해당될 수 있는 비정상적인 현상이 발생한다는 비판을 받게 되었다.

그리하여 2005년 7월의 『형법』 개정에서는 위 두 점에 대한 비판이 수용되어 집행유예의 결격사유가 “금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우”로 개정되었다. 즉, 결격기간에 해당하는지 판단하는 시점을 범행시로 명시함으로써 결격요건의 해당 여부가 순전히 피고인 측의 사유에 의해서만 판단되도록 하였고,¹¹⁾ 결격기간의

10) 정진연, “형의 집행유예제도”, 『사회과학논총』, 제7집, 숭실대학교 사회과학연구원, 2004, 4면 참조. 그런데 이에 대해서 집행유예가 피고인의 특성에 맞추어 형사 제재를 다양화하자는 가치를 바탕에 깔고 있는 것임에도 과거의 전과라는 형식적 기준에 의존하여 무조건 집행유예의 선고를 불허하는 결격사유는 양형의 구체적 타당성을 결여하여 옳지 못하다는 또 다른 차원의 비판도 제기되기도 한다(결격사유 폐지론에 대하여는 한영수, “유예제도의 개선방안”, 『형사법연구』, 제22호 특집호, 2004, 598-599면 참조). 이러한 주장은 결격사유 폐지론으로 연결되는데, 비교법적으로도 미국과 독일의 형사법 체계는 집행유예의 결격사유를 규정하고 있지 않다.

11) 이렇게 판단시점을 ‘판결 선고시’에서 ‘범행시’로 앞당기면 피고인에게 불리하게 되므로 이를 보완하기 위해 결격기간을 ‘5년’에서 ‘3년’으로 앞당겼다고 설명된다.

시작시점에 대해서도 전(前) 범죄의 ‘판결이 확정된 때부터’라고 못 박음으로써 집행유예의 대상범죄는 적어도 전과범죄의 판결이 확정된 후에 범해진 경우에만 결격요건에 해당될 수 있도록 정돈된 것이다.

(3) 금고 이상의 ‘형’의 의미

다만 이러한 개정에도 불구하고 「형법」 제62조 제1항 단서는 전과범죄에 선고된 형을 개정 전과 같이 단순히 ‘금고 이상의 형’이라고 규정하는 데, 그렇다면 전과범죄에 대하여 실형(實刑)이 아니라 집행유예가 선고되었던 경우에도 후(後) 범죄인 대상범죄에 대한 집행유예가 불가능한지의 문제가 제기된다. 즉, 결격사유에서의 ‘금고 이상의 형’은 실형만을 의미하는 것인지, 집행유예까지 포함되는 것인지 논란이 되는 것이다. 이에 관하여는 ‘금고 이상의 형’이 집행유예를 포함하는 것이므로 집행유예 기간 중에는 재차 집행유예를 선고하는 것이 불가능하다는 견해¹²⁾와 ‘금고 이상의 형’은 실형만을 의미하므로 집행유예를 받은 경우에는 유예기간 중이라도 재차 집행유예가 가능하다는 견해가 대립된다.¹³⁾

판례는 「형법」 제62조 제1항 단서의 “금고 이상의 형”은 원칙적으로 실형뿐 아니라 집행유예까지 포함하므로 집행유예 기간 중의 집행유예 선고는 허용되지 않지만,¹⁴⁾ 동시적 경합범의 관계에 있는 수죄(數罪)를 따로 재판하는 경우 일부 범죄에 대해 집행유예가 선고되었다 하여

12) 손해목, 「형법총론」, 법문사, 1998, 1200면; 이재상(2003), 앞의 책, §43-13; 이형국, 「형법총론」, 법문사, 1996, 479면; 임웅(2002), 앞의 책, 626면; 정성근, 「형법총론」, 법지사, 1998, 778면.

13) 김성천·김형준, 「형법총론」, 동현출판사, 1998, 613면; 박상기, 「형법총론」, 박영사, 2004, 542면; 배중대, 「형법총론」, 홍문사, 2004, §184-10; 이정원, 「형법총론」, 법지사, 1999, 531면; 백원기, “집행유예 기간 중에 발각된 범죄에 대한 집행유예 선고의 가능여부”, 「형사판례연구」, 7, 203면

14) 형의 집행유예의 선고를 받은 자도 그 집행유예 기간 중에는 변호사법 제5조 제2호 소정의 “금고 이상의 형을 받은 자”에 해당한다(대법원 1971.3.9. 선고 70누 167).

나머지 범죄에 대해 집행유예의 선고를 불가능하게 하면 하나의 재판과 정에서 처리하는 경우와 비교하여 피고인에게 불리하게 되는 불합리가 발생하므로 이러한 경우에 한해 「형법」 제62조 제1항 단서의 “금고 이상의 형”은 실형만을 의미하는 것으로 해석한다는 입장을 취한다.¹⁵⁾

(4) ‘3년까지의 기간’이 수식하는 범위

마지막으로, 개정 전의 「형법」에서는 결격기간의 판단시점을 판결 선고시로 하였으므로 범행시와 판결 선고시 사이에 결격기간이 완료된 경우 어떻게 처리할 것인지의 문제가 제기되지 않았지만, 개정 「형법」은 결격기간의 판단시점을 범행시로 앞당기고 있다. 그렇다면 판결 선고시가 언제인지는 결격기간과 전혀 상관이 없는지, 아니면 3년의 결격기간 동안에 범행도 일어나고 판결 선고도 행해지는 경우에만 결격사유에 해당하는 것인지가 문제될 수 있다. 즉, 개정 「형법」 제62조 제1항 단서의 “3년까지의 기간에 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우”에서 ‘3년까지의 기간’은 ‘범한 죄’만을 수식하는 것인지, 그에 덧붙여 ‘형을 선고하는’까지 수식하는 것인지 해석상 논란이 제기될 수 있다는 것이다. 개정 「형법」이 결격기간을 종래의 5년에서 3년으로 앞당긴 이유가 판단시점을 판결 선고시에서 범행시로 변경함에서 비롯되는 피고인의 불리함을

15) 「형법」 제62조 제1항 단서에서 규정한 “금고 이상의 형의 선고를 받아 집행을 종료한 후 또는 집행이 면제된 후로부터 5년을 경과하지 아니한 자”라는 의미는 실형 선고를 받고 집행 종료나 집행 면제 후 5년을 경과하지 않은 경우만을 가리키는 것이 아니라 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간이 경과하지 않은 경우를 포함하나 「형법」 제37조의 경합범 관계에 있는 수죄가 전후로 기소되어 각각 별개의 절차에서 재판을 받게 된 결과 어느 하나의 사건에서 먼저 집행유예가 선고되어 그 형이 확정되었을 경우 다른 사건의 판결에서는 다시 집행유예를 선고할 수 없다면 그 수죄가 같은 절차에서 동시에 재판을 받아 한꺼번에 집행유예를 선고받을 수 있었던 경우와 비교하여 현저히 균형을 잃게 되므로 이러한 불합리가 생기는 경우에 한하여 위 단서 규정의 ‘형의 선고를 받아’라는 의미는 실형이 선고된 경우만을 가리키고 형의 집행유예를 선고받은 경우는 포함되지 않는다고 해석함이 상당하다(대법원 1989. 9. 12, 87도2365 전원합의체 판결).

보정하기 위한 것이었다면 마땅히 3년의 결격기간은 범행시에만 적용된다는 전제를 입법자가 일응 가지고 있었다고 이해해야 할 터이지만, 이렇게 3년이라는 결격기간을 범행시에만 적용시키면 3년의 기간 내에 범행이 행해졌더라도 5년이 지난 후에 판결이 선고되는 사안에서는 개정 전의 「형법」과 비교하여 피고인에게 명백하게 불리해지는 문제가 발생하게 된다. 따라서 피고인에게 유리한 해석을 위해서는 ‘3년까지의 기간’은 범행시뿐 아니라 형의 선고시까지지를 수식하는 것으로 이해하는 것이 바람직하리라 판단된다. 이 점에 대해서는 유예기간 경과의 효과에 대한 「형법」 제65조의 규정을 해석하면서 보충설명을 하기로 한다.¹⁶⁾

5. 방법 — 일부 집행유예의 불허

(1) 병과형의 선고에서의 일부 집행유예

집행유예는 일정 기간을 정하여 선고된 형의 집행을 유예하는 것인데, 「형법」 제62조 제1항은 1년 이상 5년 이하의 기간 중에서 법원이 구체적인 유예기간을 정하도록 하고 있다. 통상 선고된 형의 기간보다 긴 기간을 유예기간으로 설정하며, 법원은 판결주문에 집행유예의 기간을 명시하게 된다. 문제는 법원이 집행유예의 결정을 내릴 때 그 유예의 대상은 반드시 선고형의 전체여야 하는가, 아니면 선고형의 일부만 집행을 유예하고 나머지는 집행하는 방식의 집행유예도 가능한가 하는 점이다. 우선 「형법」 제62조 제2항은 “형을 병과할 경우” 형의 일부에 대해 집행유예를 선고할 수 있다고 규정하므로, 병과형(並科刑)을 선고하는 경우에는 일

16) 「형법」 제65조를 전제하면 이러한 결격기간 문제는 전과범죄에 대한 형사 제재가 실행인 경우로 국한된다. 후술하겠지만 전과범죄에 대해 집행유예가 선고된 경우에는 유예기간의 경과로 말미암아 집행유예의 선고가 효력을 상실하여 적어도 법률상으로는 집행유예의 선고가 없었던 것으로 취급되기 때문에 유예기간 경과 후에는 범행이나 판결 또는 그 무엇이 행해지더라도 집행유예의 결격요건에 해당될 여지가 없어지는 것이다.

부에 대한 집행유예가 가능하다. 즉, 징역형과 벌금형 혹은 추징 등과 같은 이종(異種)의 형을 병과하여 선고하는 경우에 징역형에 대해서만 집행유예를 선고하는 것은 가능하며, 아울러 「형법」 제37조 후단의 경합범 관계에 있는 수죄에 대하여 동종(同種)이지만 별개의 형을 선고하는 경우에도 그 중 일부에 대해 집행유예를 선고하는 것이 가능하다.

(2) 하나의 형을 선고하는 경우의 일부 집행유예

하지만 형을 병과하는 경우가 아니라 하나의 형을 선고하면서 그 중 일부만 집행을 유예하는 것,¹⁷⁾ 즉 2년의 징역형 중에서 1년 6개월만 집행을 유예하고 6개월의 형은 집행하는 방식의 집행유예는 「형법」 제62조 제2항에 의해서도 허용되지 않는다는 것이 일반적인 견해이다.¹⁸⁾

III. 집행유예의 실효와 취소

1. 「형법」 규정

집행유예는 형을 집행하지 않고 유예해 주더라도 대상자가 재범을 하지 않으며 준법적인 생활을 해 나갈 것이라는 기대에 입각하여 대상자

17) 이렇게 일부 집행유예란 법원이 형을 선고하면서 형의 일부에 대해서만 집행을 유예하는 제도를 말한다. 일부만 형의 집행을 받고 초기에 석방된다는 점에서 가석방과 유사하나, 가석방은 조기석방의 여부와 시기가 처음부터 정해지지 않고 행형기관에 의해 사후에 결정된다는 점에서 조기석방 여부와 시기가 처음부터 법원에 의해 결정되는 일부 집행유예와 차이점을 보인다(서보학, “일부 집행유예제도와 short sharp shock”, 『형사정책』, 제9호, 1997, 253면 참조).

18) 하지만 우리의 현행 법제 하에서도 하나의 형의 일부에 대한 집행유예가 허용된다는 주장을 펴는 문헌도 있다. 대표적인 것이 박희수, “우리 형법상 일부 집행유예의 선고가 가능한가”, 『법률신문』, 제1814호, 1989. 1. 23. 19면인데, 이에 대한 비판으로는 박상기, “형의 집행유예에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 1991, 114-115면 참조.

에게 부여하는 또 하나의 기회이다. 따라서 집행유예를 받은 대상자가 유예기간 동안에 다시 범죄를 범한다든지 유예기간 동안 사법당국의 합법적이고 정당한 지시를 따르지 않는다면 유예한 형을 다시 집행해야 할 것인바, 이러한 보완책이 집행유예의 실효(失效) 및 취소(取消) 제도이다. 현행 형법은 대상자가 집행유예 기간 중에 재범을 하면 선고된 집행유예가 실효되도록 하고 있으며, 재범까지는 아니더라도 사법당국의 지시를 따르지 않으면 집행유예를 취소할 수 있도록 규정한다. 아울러 현행 형법은 집행유예 결정사유의 존재가 집행유예를 선고한 이후에 발각된 경우도 집행유예의 취소사유에 포함시킴으로써 결정사유로 인한 집행유예 배제를 재판 후까지 연장시켜 철저하게 감독하고 있다. 집행유예의 실효와 취소에 관한 현행 「형법」 규정을 정리하면 다음과 같다.

제63조(집행유예의 실효) 집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 고의로 범한 죄로 금고 이상의 실형을 선고받아 그 판결이 확정된 때에는 집행유예의 선고는 효력을 잃는다.

제64조(집행유예의 취소) ① 집행유예의 선고를 받은 후 제62조 단행의 사유가 발각된 때에는 집행유예의 선고를 취소한다.

② 제62조의2의 규정에 의하여 보호관찰이나 사회봉사 또는 수강을 명한 집행유예를 받은 자가 준수사항이나 명령을 위반하고 그 정도가 무거운 때에는 집행유예의 선고를 취소할 수 있다.

2. 실효사유

(1) 실효사유의 의의

집행유예의 실효란 일정 사유가 있는 경우 집행유예의 선고가 당연히 효력을 상실하는 것을 말한다. 이렇게 당연히 효력이 상실되므로 집행유예의 실효는 적어도 법원이 선고한 집행유예라는 관대한 처분의

의미를 완전히 상실시킬 정도의 잘못이 대상자에게 확인되는 경우라야 한다.

(2) 실효사유의 개정

실효사유를 어떻게 설정할 것인지 문제되는데,¹⁹⁾ 종래 「형법」은 “유예기간 중 금고 이상의 형의 선고를 받아 그 판결이 확정되는 때”에 집행유예가 실효된다고 규정하였다. 따라서 금고 이상의 형이 실행만을 의미하는지 집행유예까지 포함되는지 논란의 여지를 지니고 있었고, 아울러 범행시가 언제였는지 불문하고 유예기간 중에 금고 이상의 형을 내용으로 하는 판결이 확정되기만 하면 집행유예가 실효되므로 집행유예 기간 전에 범한 범죄에 대해서도 동 기간 중에 판결이 확정되면 집행유예가 실효되는 불합리가 발생한다는 비판이 제기되었다.

그리하여 이러한 비판을 수용하여 개정 「형법」은 실효사유를 “집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 고의로 범한 죄로 금고 이상의 실형을 선고받아 그 판결이 확정된 때”로 변경하였다. 따라서 이렇게 개정된 형법체계에서는 집행유예를 실효시키는 후(後) 범죄는 금고 이상의 실형 판결이 확정된 경우로 한정되고, 그에 덧붙여서 후 범죄가 고의 범인 경우에만 선고된 집행유예가 실효된다. 아울러 후 범죄가 범하여진

19) 입법론적으로는 실효사유를 취소사유로 바꾸어야 한다는 견해가 있다. 즉, 집행유예의 유예기간 중에 범죄를 범한 경우 집행유예의 효력을 당연히 상실시킬 것이 아니라 법원의 취소처분을 거쳐 상실시키는 것이 적절하다는 것이다. 이와 관련하여 대부분의 외국 입법례는 법원의 취소처분을 요구하는 형태로 유예기간 중의 범행을 처리하고 있다. 즉, 독일 형법은 집행유예에 당연히 부가된 보호관찰의 기간 중에 재범을 하여 집행유예의 기초가 된 기대를 충족시키지 못했음이 입증된 때에는 법원이 집행유예를 취소할 수 있도록 하고 있으며(독일 형법 제56조의f 제1항 제1호와 제2항 참조), 프랑스 형법은 단순 집행유예에 있어서 중죄 또는 경죄의 경우에는 5년 이내 위경죄의 경우에는 2년 이내의 기간 동안에, 그리고 보호관찰부 집행유예에 있어서는 보호관찰 기간 동안에 유죄판결을 받은 경우에 중전의 집행유예를 취소하도록 규정하고 있는 것이다(프랑스 형법 제132-35조, 제132-36조, 제132-37조, 제132-48조 참조).

시기는 유예기간 중이어야 하므로, 집행유예 전에 범한 죄는 유예기간 동안에 금고 이상의 실형 판결이 확정되더라도 이미 선고된 집행유예의 효력을 상실시키지 않는 것으로 명확하게 정리되었다.

(3) ‘유예기간 중’이 수식하는 범위

하지만 결격요건에서와 마찬가지로, 범행시만 유예기간 중이면 되는지, 판결의 확정도 유예기간 내에 행해져야 하는지는 개정 「형법」의 실효사유를 해석함에 있어서 새로운 논란거리로 제기된다. 즉, 개정 전의 형법은 판결 확정의 시점이 유예기간이어야 한다고 규정하였기 때문에 범행시를 둘러싼 논의는 생기더라도 판결 확정시는 확실히 유예기간 내인 경우로 제한되었지만, 개정 「형법」은 범행시에 일차적인 초점을 맞추고 있으므로 이제는 판결 확정시는 실효사유 충족 여부를 판단함에 있어서 변수가 되는 것인지 아닌지 논란이 될 수 있는 것이다. 다시 말하여 개정 「형법」의 실효사유가 규정하는 ‘유예기간 중’이라는 문구가 ‘고의로 범한 죄’만을 수식하는지, 아니면 ‘판결이 확정된 때’까지 적용되는지 문제된다는 이야기이다. 그러나 이 논제는 적어도 해석론 상으로는 후술하는 「형법」 제65조의 유예기간 경과의 효과와 관련하여 어렵지 않게 해결된다. 즉, 「형법」 제65조는 집행유예의 유예기간이 경과하게 되면 형선고의 효력이 상실된다고 규정하므로 그 이후에는 집행유예를 실효시켜서 선고된 형을 집행하도록 하는 것이 법적으로 불가능해지기 때문이다. 따라서 「형법」 제63조의 실효사유에서 규정하는 ‘유예기간 중’이라는 기간은 범행시뿐 아니라 판결 확정시까지 수식하는 것으로 해석될 수밖에 없다는 것이 일반적인 견해이다.

3. 취소사유

(1) 취소사유의 의의

집행유예의 취소사유란 일정 사유가 있는 경우에 선고된 집행유예를 취소하여 유예된 형을 집행하도록 하는 제도를 말한다. 법원에 의해 취소라는 재판절차를 거친다는 측면에서 당연히 집행유예의 선고가 효력을 잃게 되는 실효와 구별되며, 따라서 실효 다음 단계의 제재라고 할 수 있다. 현행 형법은 본래적 의미의 취소라고 할 수 있는 재량적(임의적) 취소 이외에 법원이 반드시 집행유예를 취소해야 하는 필요적 취소까지 규정하고 있다.

(2) 재량적 취소

우선 「형법」 제62조 제2항에 규정된 재량적(임의적) 취소는 집행유예를 받은 대상자가 보호관찰의 준수사항이나 사회봉사 및 수감의 명령을 위반하고 그 정도가 무거운 때에 법원이 취할 수 있는 조치이다. 즉, 실효사유인 “금고 이상의 실형을 선고받은 고의범”이 아니더라도 비교적 중한 위법이 확인될 때 법원이 재량적으로 판단하여 집행유예를 취소하고 형을 집행할 수 있도록 한 것이다.²⁰⁾

(3) 필요적 취소

그런가 하면 「형법」 제64조 제1항은 필요적 취소에 관해 규정하고 있는데, 그 사유는 집행유예를 선고받은 후에²¹⁾ 집행유예 결정사유가 발각된 경우이다. 즉, 대상자에게 결정사유에 해당하는 전과범죄가 있기

20) 입법론적 차원에서는 보호관찰이나 사회봉사명령 및 수감명령을 선고받은 대상자가 해당 조건을 일정 부분 이행한 경우에는 집행유예를 취소하더라도 이미 감당한 조건 수행을 감안하여 향후 집행될 형기를 산정해야 한다는 주장도 제기된다.

21) 여기에서 집행유예의 선고란 집행유예의 확정판결을 의미한다고 보는 것이 판례의 입장이다(대결 2001. 6. 27. 2001모135 참조).

때문에 애당초 집행유예의 선고가 불가능하였으나 이를 인식하지 못하고 집행유예가 선고된 경우, 사후에라도 그러한 결격사유가 발각되면 선고된 집행유예를 필요적으로 취소하도록 하여 재판 당시의 실수를 사후에 보정하는 제도가 집행유예의 필요적 취소인 것이다. 이러한 필요적 취소제도에 관하여는 형사사법이 알아내야 할 일의 흠결을 사후에 대상자에게 전가시키는 것이므로 타당하지 못하다는 비판이 제기되고 있다.²²⁾

IV. 집행유예의 부담부 조건

1. 부담부 조건에 관한 「형법」 규정

집행유예는 유죄의 판결을 선고하면서 형을 집행하지 않고 대상자를 사회에서 생활하도록 허용하는 제도이므로 집행유예가 소기의 성과를 거두기 위해서는 대상자를 사회 속에 그대로 방치해서는 안 되고 일정한 관리를 행할 필요가 있다. 즉, 대상자가 사회 내에서 준법적인 생활을 영위하는지 감시할 필요도 있으며 또한 정상적인 사회생활을 꾸리기 위해 요구되는 기초적인 사항들을 지원해 줄 필요도 있는 것이다. 아울러 실형을 집행하지는 않더라도 사회 내에서 감당해 낼 수 있는 특정 종류의 제재를 부과할 필요도 있는데, 그럼으로써 집행유예의 형사제재로서의

22) 즉, 입법론적 차원에서는 결격사유의 사후발각으로 인한 집행유예의 필요적 취소의 경우 피고인에게 진술거부권을 인정하고 피고인에게 불리한 사실에 대한 거증책임을 검사에게 부과하는 근대 형사법의 원칙에 위배되는 것이므로 폐지되어야 한다는 주장이 제기되며, 같은 맥락에서 1992년과 1996년에 법무부에서 작성된 「형법」 개정안은 결격사유의 사후발각으로 인한 집행유예의 필요적 취소제도를 폐지하였으며, 2004년의 사법개혁위원회 건의문도 형벌체계의 합리적 재정립의 방안으로서 「형법」 제64조 제1항의 삭제를 건의한 바 있다.

의미가 갖추어지는 것이기 때문이다.

1995년 전의 「형법」은 이러한 집행유예 대상자의 관리 시스템을 갖추고 있지 않았으나, 1995년의 「형법」 개정에서 보호관찰, 사회봉사명령, 수강명령이라는 소위 집행유예의 부담부 조건이 신설되었다. 즉, 집행유예를 선고하는 대신에 대상자에게 보호관찰, 사회봉사명령, 수강명령을 수행하도록 하여 집행유예의 형사 제재로서의 효과를 담보하고, 대상자가 그러한 부담을 이행하지 않으면 집행유예를 취소하여 유예된 형을 집행할 수 있도록 한 것이다. 아울러 이러한 보호관찰, 사회봉사명령, 수강명령은 그 중 하나만 택해야 하는 것이 아니라 동시에 병과적으로 명할 수 있다는 것이 판례의 태도이다.²³⁾ 집행유예의 부담부 조건에 관한 「형법」의 규정은 다음과 같다.

제62조의2(보호관찰, 사회봉사·수강명령) ① 형의 집행을 유예하는 경우에는 보호관찰을 받을 것을 명하거나 사회봉사 또는 수강을 명할 수 있다.

② 제1항의 규정에 의한 보호관찰의 기간은 집행을 유예한 기간으로 한다. 다만, 법원은 유예기간의 범위 내에서 보호관찰기간을 정할 수 있다.

③ 사회봉사명령 또는 수강명령은 집행유예기간 내에 이를 집행한다.

23) 「형법」 제62조의2 제1항은 “형의 집행을 유예하는 경우에는 보호관찰을 받을 것을 명하거나 사회봉사 또는 수강을 명할 수 있다.”고 규정하고 있는바, 그 문리에 따르면, 보호관찰과 사회봉사는 각각 독립하여 명할 수 있다는 것이지, 반드시 그 양자를 동시에 명할 수 없다는 취지로 해석되지는 아니할 뿐더러, 「소년법」 제32조 제3항, 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호 등에 관한 법률」 제16조 제2항, 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제40조 제1항 등에는 보호관찰과 사회봉사를 동시에 명할 수 있다고 명시적으로 규정하고 있는바, 일반 형법에 의하여 보호관찰과 사회봉사를 명하는 경우와 비교하여 특별히 달리 취급할 만한 이유가 없으며, 제도의 취지에 비추어 보더라도, 범죄자에 대한 사회복귀를 촉진하고 효율적인 범죄 예방을 위하여 양자를 병과할 필요성이 있는 점 등을 종합하여 볼 때, 「형법」 제62조에 의하여 집행유예를 선고할 경우에는 같은 법 제62조의2 제1항에 규정된 보호관찰과 사회봉사 또는 수강을 동시에 명할 수 있다고 해석함이 상당하다(대법원 1998. 4. 24. 98도98).

2. 보호관찰

(1) 보호관찰의 의의

보호관찰이란 범죄인이 사회 내에서 정상적으로 생활하면서 국가기관인 보호관찰관(保護觀察官)의 지도와 원호, 그리고 감독을 받도록 하는 제도이다. 집행유예의 핵심적 요소로서 이러한 보호관찰이 담보되어 있기 때문에 집행유예는 형사 제재로서의 의미를 지니고 아울러 형사정책적 목적도 달성될 수 있는 것으로 설명된다.²⁴⁾

(2) 재량적 부과 — 선고와 기간

하지만 현행 「형법」은 이러한 보호관찰을 집행유예의 필수적인 부담부 조건으로 규정한 것은 아니고, 법원이 재량으로 명할 수 있도록 하고 있다. 즉, 집행유예를 선고하면서 보호관찰에 부하지 않는 경우도 있을 수 있다는 이야기이다. 아울러 보호관찰을 명하는 경우에 그 기간을 어느 정도로 할 것인지도 집행유예의 기간 내에서 법원이 결정할 수 있다는 것이 현행 「형법」의 태도이다. 물론 「형법」은 원칙적으로 보호관찰의 기간을 집행유예의 기간과 동일하게 하고 있지만, 그러면서도 예외적으로 법원이 집행유예의 기간 내에서 보호관찰의 기간을 정할 수 있도록 하고 있으므로, 실질에 있어서 보호관찰의 기간은 법원의 판단에 의해 결정되는 셈이다.

(3) 준수사항

아울러 보호관찰은 대상자에 대한 지도와 원호, 그리고 감독을 성공적

24) 이렇게 보호관찰이 붙어 있기 때문에 집행유예가 활용될 수 있으며, 이를 통해 형사 제재가 시설내처우와 사회내처우로 양분될 수 있다고 하는 것이 일반적인 설명이다. 그리하여 보호관찰제도는 사회내처우로의 전환을 통한 단기자유형의 폐해 극복과 교도소 증설 억제 등의 국가예산 절감 등의 기능을 하게 된다고 설명한다 (오영근, “보호관찰제도의 현황과 과제”, 『보호』, 통권 14호, 2002, 10, 8-9면 참조).

으로 수행하기 위하여 대상자에게 지켜야 할 일정한 준수사항을 요구하게 된다. 이와 관련하여 『보호관찰 등에 관한 법률』은 보호관찰 대상자에게 모두 적용되는 준수사항으로 ① 주거지에 상주하고 생업에 종사할 것, ② 범죄로 이어지기 쉬운 나쁜 관습을 버리고 선행을 하며 범죄를 행할 우려가 있는 자들과 교제하거나 어울리지 말 것, ③ 보호관찰관의 지도·감독 및 방문에 순응할 것, ④ 주거를 이전하거나 1월 이상의 국내외 여행을 할 때에는 미리 보호관찰관에게 신고할 것 등을 요구하는데, 이를 일반적 준수사항이라고 한다(보호관찰 등에 관한 법률 제32조 제2항). 그리고 이에 덧붙여서 법원이나 보호관찰심사위원회는 대상자의 특성에 맞추어 특별 준수사항을 요구할 수도 있는데, 그것의 내용은 통상 ① 재범의 기회나 충동을 줄 수 있는 장소에 출입하지 아니할 것, ② 사행행위에 빠지지 아니할 것, ③ 주류를 과도하게 마시지 아니할 것, ④ 마약·향정신성의약품·대마 기타 남용되거나 해독작용을 일으킬 우려가 있는 물질을 사용하지 아니할 것, ⑤ 가족의 부양 등 가정생활에 있어서 책임을 이행할 것 등이 된다(보호관찰 등에 관한 법률 시행령 제19조).²⁵⁾

3. 사회봉사명령과 수강명령

사회봉사명령이란 범죄인으로 하여금 일정 시간 동안 보수를 받지 않고 공익적인 봉사활동에 종사하도록 요구하는 형사 제재를 말하며, 수강명령이란 범죄인으로 하여금 일정 시간 동안 지정된 기관에 출석하여 강의 내지 훈련을 받게 하는 형사 제재이다. 사회봉사명령과 수강명령은 통상 보호관찰과 같이 부과되지만, 앞에서 설명한 바와 같이 보호관찰

25) 보호관찰 제도의 활용상황과 보호관찰이 현행 형사사법 시스템 속에서 차지하는 비중이 얼마나 커져 가는지 등에 대해서는 한영수, “보호관찰의 실시현황과 발전전망 — 특히 법·제도적 차원에서”, 『보호』, 통권 14호, 2004. 10, 7-12면 참조.

의 부과가 재량적이기 때문에 경우에 따라서는 보호관찰 없이 사회봉사 명령이나 수강명령만이 요구될 수도 있다. 하지만 집행에 있어서는 사회봉사명령과 수강명령은 보호관찰에서와 같이 보호관찰소가 담당기관으로 된다(보호관찰 등에 관한 법률 제15조). 아울러 사회봉사명령과 수강명령은 집행유예기간 중에 집행하는데, 원칙적으로 사회봉사명령은 500시간, 수강명령은 200시간을 초과할 수 없도록 규정되어 있다(보호관찰 등에 관한 법률 제59조 제1항).

V. 유예기간 경과의 효과

1. 「형법」 규정

「형법」 제65조는 집행유예의 효과라는 표제하에 유예기간 경과로 인한 효과를 규정하고 있다. 즉, 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과하면 형선고의 효력을 상실시키고 있는 것이다.²⁶⁾ 이렇게 형의 선고가 효력을 잃는다는 것은 형의 집행이 면제된다는 정도가 아니라 처음부터 형의 선고가 없었던 상태로 되돌아간다는 의미이므로 집행유예는 피고인에게 말 그대로 또 한번의 기회를 제공하는 형사 제재인 것이다. 하지만 형의 선고가 효력을 잃는다 하더라도 이는 형선고의 법률적 효과가 없어진다는 뜻이지 형의 선고가 있었다는 기왕의

26) 독일 형법은(제56조 제1항) 유예기간 경과의 효과를 형 면제로 규정하고 형선고 자체는 살아 있지만 선고된 형의 집행이 면제되는 것으로 해결하여 우리의 경우와 차이를 보이고 있다. 독일 형법이 유예기간 경과의 효과를 형 면제로 설정하는 것은 이미 선고된 형의 효과를 법원의 판단 이후에 발생한 사정에 의해 상실시키는 것은 법리적으로 타당하지 않다는 점을 근거로 한다고 설명되는데, 대상자의 권익을 위해서는 우리의 법제에서처럼 형선고 자체의 효력을 상실시켜 주는 것이 더 유리함은 말할 나위가 없다.

사실까지 없어지는 것은 아니라는 점에 주의를 요한다.²⁷⁾ 이에 관한 「형법」 규정은 다음과 같다.

제65조(집행유예의 효과) 집행유예의 선고 받은 후 그 선고의 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 때에는 형의 선고는 효력을 잃는다.

2. 결격사유 및 실효사유와의 관계

집행유예에 있어서 유예기간이 경과하면 형의 선고가 효력을 잃게 된다는 「형법」 제65조의 규정은 집행유예의 결격사유 및 실효사유의 범위를 해석함에 있어서 나름의 중대한 의미를 지니게 된다는 지적이 있다. 우선 집행유예의 결격사유는 현행 「형법」이 “금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우”로 규정하고 있는데, 여기서의 ‘금고 이상의 형’에 집행유예가 포함된다는 판례의 입장을 따르면 실행뿐 아니라 집행유예의 판결이 확정된 자도 이후의 범죄를 재판받음에 있어서는 집행유예 결격요건에 해당하게 된다. 하지만 결격사유에 해당하는 기간을 정함에 있어서 문제가 제기되는데, 실행의 경우에는 법문에 명시된 바대로 집행이 종료되거나 면제된 후 3년까지의 기간이 되겠지만, 집행유예의 경우에는 「형법」 제65조가 유예기간의 경과로 형선고의 효력이 상실된다고 하고 있으므로 마땅히 유예기간이

27) 「형법」 제65조가 정하는 집행유예의 선고를 받은 후 그 선고의 실효 또는 취소됨이 없이 집행유예기간을 경과한 때에는 형의 선고는 효력을 잃는다는 취지는 형의 선고의 법률적 효과가 없어진다는 것일 뿐 형의 선고가 있었다는 기왕의 사실 자체까지 없어진다는 뜻이 아니므로 위 전단의 집행유예기간을 무사히 경과하여 형의 선고자체가 효력을 상실함으로써 「형법」 제81조가 정하는 7년의 기간이 경과한 것이라는 소론 논지는 독자적 견해에 지나지 아니하여 채용할 수 없다(대결 1983. 4. 2. 83모8).

지난 후에 범한 범죄는 ‘3년 이내’라는 요건을 충족하더라도 결격사유에 해당하지 않게 된다. 다시 말하여 집행유예는 실형과 달리 법문이 정한 3년이라는 기간보다는 유예기간 내에 죄를 범하였는지 여부가 결격사유 판정의 중요한 기준으로 작용한다는 이야기이다. 그리고 이러한 기준은 대상범죄의 범행시점에 관한 요청만이 아니라 대상범죄에 대한 판결 선고의 시점도 역시 유예기간 내여야 한다고 요구하게 된다. 왜냐하면 유예기간의 경과로 형선고의 효력이 상실되므로 비록 유예기간 내에 범죄를 범했다 하여도 유예기간 경과 후에 판결을 선고하는 경우에는 앞서 선고된 집행유예는 법적 효력이 없어져서 대상범죄를 집행유예의 결격사유로 옴아멜 기제가 사라지기 때문이다. 이렇게 볼 때 집행유예의 판결을 받은 자가 다시 범행을 하였을 때 그 범죄에 대한 집행유예가 불가능해지기 위해서는 해당 범죄는 유예기간 내에 범해졌을 뿐 아니라 해당 범죄에 대한 판결의 선고까지도 유예기간 내에 행해져야 한다. 즉, 집행유예 기간 내에 범행과 판결이 모두 행해지는 경우여야 그러한 범죄에 대해서는 결격사유의 규정이 발동되어 집행유예를 선고할 수 없게 되는 것이다. 그리하여 이러한 맥락에서 결격사유의 ‘형’에 집행유예를 포함시키는 우리 판례의 입장은 결국 “집행유예 기간 중의 집행유예 선고가 불가능하다.”는 의미로 설명되었던 것이다.

아울러 이러한 문제 상황은 집행유예의 실효사유를 해석함에 있어서도 동일하게 발생한다. 즉, 현행 「형법」은 집행유예를 선고받은 자가 유예기간 내에 금고 이상의 실형에 해당하는 고의범이면 집행유예가 실효되어 유예된 형이 집행된다고 규정하는데, 유예기간 중에 실효사유에 상당하는 범죄를 범했다 할지라도 유예기간이 경과해 버리면 「형법」 제65조에 의해 형의 선고가 효력을 상실하므로 그 후에 해당 범죄에 대해 금고 이상의 실형 판결이 확정된다 하더라도 전에 선고한 집행유예를 실효시켜 유예된 형을 집행할 수 없게 되는 것이다. 따라서 「형법」이 규정하는 집행유예의 실효사유는 유예기간 중에 고의로 범죄를 범할

뿐만 아니라 그에 대하여 금고 이상의 실형 판결도 유예기간 내에 확정되는 경우로만 제한된다는 결론이 도출된다. 이는 곧 집행유예의 실효에 관한 「형법」 제63조의 규정, “집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 고의로 범한 죄로 금고 이상의 실형을 선고받아 그 판결이 확정된 때”에서 ‘유예기간 중’은 ‘고의로 범한’ 뿐 아니라 ‘판결이 확정된 때’까지를 모두 수식하는 것으로 해석된다는 이야기가 된다.

결국 「형법」 제65조의 규정이 「형법」 제62조 제1항의 결격사유와 「형법」 제63조의 실효사유를 기간의 면에서 모두 제약하게 된다는 것인데, 이에 대해서는 불공평 초래의 가능성을 지적하는 견해도 제시되지만,²⁸⁾ 앞에서 설명한 바와 같이 결격사유와 실효사유를 제한하는 것이 피고인에게 유리하다는 측면에서 수용할 수 있는 법리로 판단된다.

VI. 맺는 말

앞에서 설명한 바와 같이 현행 「형법」의 집행유예제도는 3년 이하의 자유형을 선고할 경우 정상참작 사유라는 비교적 포괄적인 기준에 의해 허용의 가능성을 열어 주면서도 전과범죄를 결격사유 및 실효사유로 규정하여 재범자에 대한 집행유예의 허용을 엄격히 제한하고 있다. 게다가 선고된 집행유예에 대한 취소제도 역시 재량적 취소뿐만 아니라 필요적 취소까지 규정하여 집행유예의 문을 한층 좁힌다. 그런가 하면

28) 우선 결격사유와 관련하여 제기되는 반론은 범행의 시점이 유예기간 내여야 한다는 점은 그렇다 치더라도 판결 선고시까지 유예기간 내에 행해질 것을 요구한다면, 이는 형사사법의 처리가 언제 이루어지는가에 따라 피고인에 대한 형사 제재의 내용이 달라질 수 있음을 뜻한다는 것이다. 다시 말하여 유예기간 내에 범죄를 범한 피고인에 대하여 재판절차가 빨리 진행되어 유예기간 내에 판결이 선고된다면 집행유예의 혜택을 부여할 수 없으나, 형사사법 절차가 지연되어 유예기간을 넘어서 판결이 선고되는 경우에는 집행유예의 선고가 가능해지는 불공평이 생겨난다는 것이다. 아울러 이러한 문제제기는 실효사유에 있어서도 마찬가지이다.

벌금형에 대해서는 애당초 집행유예를 인정하지 않으며, 자유형에 있어 서도 집행유예 기간 중의 집행유예를 허용하지 않는다. 나아가 집행유예 의 방법에 있어서도 일부 집행유예를 인정하지 않는 등 전반적으로 집행유예의 실제적 활용에 인색한 것이 사실이다.

그리하여 입법론적 차원에서는 현행 집행유예제도를 보다 전향적으로 개편할 것을 요구하는 목소리가 적지 않다. 하지만 집행유예의 허용에 대한 제약 없는 관용은 형벌의 실효성을 약화시켜서 자칫 형사사법의 혼란을 초래할 가능성이 있다는 지적도 무시할 수는 없다고 판단한다. 따라서 향후 집행유예제도의 정비에 필요한 부분을 정확히 선별하여 단계적으로 추진하는 것이 바람직하리라 생각되는바, 이 글은 그러한 기획을 위한 준비작업이라고 할 것이다.

(투고일 2007년 7월 28일, 심사일 2007년 8월 3일, 게재확정일 2007년 8월 6일)

주제어 : 집행유예, 보호관찰, 사회봉사명령, 수강명령, 결격사유, 실효사유

[Abstract]

A Study on the Interpretation of Current Statutes of a Suspended Sentence with Probation

Seung-Ho Lee*

A suspended sentence with probation has been used as the important method of punishment in South Korea since the latter part of twentieth century. We also prospect that its role will be increasingly enlarged in criminal justice as the principal status of penal mechanism shifts from imprisonment to the treatment in community. So we need to make our system of probation more efficient and more flexible so that it plays an adequate role in the stage of penal enforcement. As a preliminary study, this paper concentrates on the interpretation of the current statutes of a suspended sentence with probation, which are constituted by five provisions of Criminal Law. The first task to be done in this paper is to explain the essential condition of a suspended sentence with probation. In addition, the causes of invalidation and cancellation are also summarized with the supportive and critic opinions of current provisions. Though this paper is mainly interested in the interpretation of current statutes, some legislative alternatives are also introduced in footnotes.

Key Words : probation, a suspended sentence, treatment in community

* Professor, College of Law, Konkuk University