

집행유예제도의 개선방안에 대한 검토

최 석 윤*

국 | 문 | 요 | 약

집행유예는 법원이 피고인의 유죄를 인정하여 형을 선고하기는 하되 일정한 요건 아래 그 형의 집행을 유예하고 그것이 실효되거나 취소됨이 없이 유예기간을 경과하면 형선고의 효력을 상실시키는 제도이다. 이와 같은 집행유예제도는 본질적으로 ‘처벌에 의한 낙인효과 내지 탈사회화의 최소화’라는 다이버전의 이념을 실현하고 행위자의 자발적인 사회복귀를 촉진하기 위한 현대형사정책의 성과물이라고 할 수 있다.

우리나라에서 형법이 제정된 이후 처음에는 단기자유형의 집행에서 오는 폐해를 막아보자는 의도로 집행유예제도를 고안하였기 때문에 보호관찰과 같은 사회내처우와 결합되지 않은 단순 집행유예를 시행하였다. 그러나 집행유예대상자의 자발적이고 능동적인 사회복귀실현이라는 형사정책적 의미를 살리기 위해서는 대상자의 생활에 대한 지도와 감독이 필요하다는 인식이 보편화됨으로써 1995년 형법개정을 통하여 집행유예제도가 보호관찰 및 사회봉사명령과 수강명령이라는 사회내처우와 결합되었다. 따라서 형법에 의해 죄질이 경미하고 특별한 사회내처우가 없더라도 재범의 위험성이 없는 경우에는 단순 집행유예를 선고하고, 비교적 죄질이 경미하지만 어느 정도의 재범위험성이 있어 보호관찰이나 사회봉사명령 또는 수강명령과 같은 사회내처우를 통하여 그 재범위험성을 제거하고 사회복귀를 촉진할 수 있는 경우에는 사회내처우와 결합된 집행유예를 선고할 수 있게 되었다.

그러나 형법 제62조 내지 제65조에 법적 근거를 두고 있는 우리나라의 집행유예제도는 아직 완전한 형태로 정비되었다고 보기 어렵고, 집행유예의 허용요건, 결정요건, 실효요건, 취소제도 등과 관련하여 해석론의 관점과 입법론의 관점에서 적지 않은 논쟁이 이루지고 있기 때문에 여전히 개선의 여지가 있다. 이러한 맥락에서 현행행법과 관련하여 먼저 집행유예제도의 의의와 법적 성질을 살펴보고, 집행유예제도의 내용과 관련된 개선방안을 검토하였다.

❖ 주제어 : 집행유예, 보호관찰, 사회봉사명령, 수강명령, 형사사법

* 한국해양대학교 해양경찰학과 교수, 법학박사

I. 시작하는 말

주지하다시피 근대에 접어들면서 범죄문제는 주로 경찰, 검찰, 법원, 교정·보호기관 등과 같은 형사사법기관에 의해 처리되어 왔다. 이와 같은 형사사법기관에 의해 이루어지는 수사, 기소, 재판 및 형벌집행이라는 형사사법절차를 통하여 범죄문제를 처리하는 것이 공식적 사회통제체제이다. 그런데 역사적 경험에 근거해서 볼 때 유감스럽게도 대부분의 국가에서 이와 같은 공식적 사회통제체제에 의해 범죄문제가 해결되기 보다는 오히려 더 악화되고 있는 것으로 나타나고 있다. 특히 자유형은 지난 200여 년 동안 형사사법에서 가장 중요한 형사제재로서 역할과 기능을 담당하여 왔지만, 선진국을 비롯한 대다수 국가에서 행형시설을 거쳐 간 전과자의 재범율이 60% 내지 70%에 달하는 것으로 나타남으로써 최근 들어 많은 비판을 받고 있다. 즉 자유형을 집행하는 행형시설이 범죄인을 개선·교화하는 데 실패하였을 뿐만 아니라 ‘범죄대학’ 내지 ‘직업범죄인양성소’로 변질되어 ‘범죄배양효과’를 야기한다는 것이다. 따라서 오늘날 세계적으로 형벌제도에 대한 관심은 바로 자유형제도의 개혁에 집중되고 있다고 해도 과언이 아니다.

자유형제도의 개혁은 자유형의 집행방법을 개선하는 방향과 자유형의 적용영역을 축소하는 방향이라는 크게 두 가지 방향에서 추진되고 있다. 여기서 전자는 행형시설의 인적·물적 자원의 확충 및 인도적이고 효과적인 처우프로그램의 개발과 실시 등을 통하여 시설내처우의 적정성과 실효성을 도모하는 것이다. 그에 반해 후자는 단기자유형을 벌금형으로 대체하거나 기소유예, 선고유예, 집행유예, 가석방 등을 통하여 자유형의 집행영역을 축소하고 사회내처우를 확대하는 것이다. 오늘날 세계적인 추세는 시설내처우의 집행방법을 개선하는 것보다 시설내처우의 집행영역을 축소하고 사회내처우로 전환하는 방향의 개혁에 치중하고 있다고 볼 수 있다. 바로 이와 같은 방향에서 미국, 영국, 독일, 프랑스 등 많은 국가들이 보호관찰, 원상회복, 사회봉사명령, 수강명령 등과 같은 새로운 제재수단을 마련하여 기소유예, 선고유예, 집행유예, 가석방 등과 결합시키거나 독자적 형사제재로 활용하고 있다. 따라서 기소유예, 선고유예, 집행유예, 가석방 등은 역사적 유래나 구체적 내용의 면에서는 차이점이 있지만, 본질적으로 ‘처벌에 의한 낙인효과 내지 탈사회화의 최소화’라는 다이버전의 이념을 실현하고 행위자의 자

발적인 사회복귀를 촉진하기 위한 현대형사정책의 성과물이라는 점에서는 공통점을 가지고 있다.¹⁾

우리나라에서 형법이 제정된 이후 처음에는 단기자유형의 집행에서 오는 폐해를 막아보자는 의도로 집행유예제도를 고안하였기 때문에 보호관찰과 같은 사회내처우와 결합되지 않은 단순 집행유예를 시행하였다. 그러나 집행유예대상자의 자발적이고 능동적인 사회복귀실현이라는 형사정책적 의미를 살리기 위해서는 대상자의 생활에 대한 지도와 감독이 필요하다는 인식이 보편화됨으로써 1995년 형법개정을 통하여 집행유예제도가 보호관찰 및 사회봉사명령과 수강명령이라는 사회내처우와 결합되었다. 따라서 1997년부터 적용되고 있는 형법에 의해 죄질이 경미하고 특별한 사회내처우가 없더라도 재범의 위험성이 없는 경우에는 단순 집행유예를 선고하고, 비교적 죄질이 경미하지만 어느 정도의 재범위험성이 있어 보호관찰이나 사회봉사명령 또는 수강명령과 같은 사회내처우를 통하여 그 재범위험성을 제거하고 사회복귀를 촉진할 수 있는 경우에는 사회내처우와 결합된 집행유예를 선고할 수 있게 되었다. 그러나 형법 제62조 내지 제65조에 법적 근거를 두고 있는 우리나라의 집행유예제도는 아직 완전한 형태로 정비되었다고 보기 어려우며, 집행유예의 허용요건, 결격요건, 실효요건, 취소제도 등과 관련하여 해석론의 관점과 입법론의 관점에서 적지 않은 논쟁이 이루지고 있다. 이러한 맥락에서 여기서는 현행행법과 관련하여 먼저 집행유예제도의 의의와 법적 성질을 살펴보고(Ⅱ), 집행유예제도의 내용과 관련된 개선방안(Ⅲ)을 검토하고자 한다.

1) 기소유예, 선고유예, 집행유예, 그리고 가석방은 행위자의 유죄가 인정되는 경우에도 재범위험성이 없을 때에는 적극적 일반예방의 관점에 의해 제약되지 않는 한 형사절차의 진행을 중단하고 공소제기, 형의 선고, 형의 집행, 또는 잔여형의 집행을 유예한다는 특징을 가지고 있다. 따라서 기소유예, 선고유예, 집행유예, 그리고 가석방은 처벌에 의한 낙인효과 내지 탈사회화를 최소화하고 행위자의 자발적인 사회복귀를 촉진하기 위한 형사정책적 산물이라는 점에서 본질적으로 동일하지만, 범죄의 경중 내지 책임의 경중에 의해 적용형태와 적용단계가 달라진 것이라고 볼 수 있다. 즉 기소유예는 검찰의 수사단계에서 책임이 지극히 경미한 사례에 대해 허용되고, 선고유예와 집행유예는 법원의 재판관계에서 비교적 책임이 경미한 사례에 대해 허용되며, 가석방은 교정기관의 형집행단계에서 책임이 중대한 사례에 대해 일정한 형기를 마친 다음에 비로소 적용되는 것이다.

II. 집행유예제도의 의의와 법적 성질

1. 집행유예의 의의

형법 제62조 내지 제65조와 관련하여 본다면 집행유예는 법원이 피고인의 유죄를 인정하여 형을 선고하기는 하되 일정한 요건 아래 그 형의 집행을 유예하고 그것이 실효되거나 취소됨이 없이 유예기간을 경과하면 형선고의 효력을 상실시키는 제도이다. 연혁적으로 볼 때 집행유예제도는 1830년대 미국에서 고안된 보호관찰(probation)로부터 유래하여 19세기 후반 유럽으로 전래되었는데, 벨기에와 프랑스에서는 집행유예기간이 경과하면 형선고의 효력을 상실시키는 조건부 판결제도(bedigte Verurteilung)로 발전되었고 독일에서는 집행유예기간이 경과하면 형의 집행만 면제하는 조건부 면제제도(bedigte Begnadigung)로 발전되었다.²⁾ 우리나라의 집행유예제도는 집행유예기간이 경과하면 형선고의 효력을 상실시키기 때문에 벨기에와 프랑스에서 발전된 조건부 판결제도의 형태에 해당한다.

앞에서도 언급한 바와 같이 집행유예제도는 본질적으로 처벌에 의한 낙인효과 내지 탈사회화를 최소화하고 행위자의 자발적인 사회복귀를 촉진하기 위한 형사정책적 고려에서 비롯된 것이라고 볼 수 있다. 다시 말해서 집행유예는 행위자의 행위가 범죄행위라는 점과 유예기간이 경과하지 않는 한 일정한 경우 언제든지 유예된 형을 집행할 수 있다는 경고를 하면서 선고된 형의 집행을 유예함으로써 처벌에 의한 낙인효과 내지 탈사회화를 최소화하고 행위자로 하여금 자발적이고 능동적인 노력으로 형선고의 효력을 상실시키도록 유도할 뿐만 아니라 필요한 경우 적절한 사회내처우를 통하여 재범의 위험성을 제거하고 행위자의 사회복귀를 촉진하기 위한 형사정책적 제도이다.³⁾ 응보주

2) 집행유예제도의 연혁에 관해서는 예컨대 권오걸, “개정 형법상의 집행유예”, 법학연구 제22집, 한국법학회, 2006, 235면 이하; 박광민, “유예제도에 관한 일고찰”, 성균관법학 제3호, 1990, 105면 이하; 이승준, “화이트칼라범죄에 대한 집행유예”, 법학연구 16권 3호, 연세대학교 법학연구소, 2006, 102면; 전정주, “현행 집행유예제도의 발전방안”, 법학연구 제20집, 한국법학회, 2005, 478면 이하 참조.

3) 집행유예의 형사정책적 기능에 관해 자세한 내용은 예컨대 박광민, 앞의 논문, 101면 이하; 윤용규, “한국의 형유예제도 : 선고유예와 집행유예”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 2004, 353면 이하; 이광수, “개정형법과 집행유예기간 중의 집행유예 문제”, 인권과 정의, 2007. 2, 207면 이하; 전정주, 앞의 논문, 476면 이하; 정영석/신양균, 형사정책, 1996, 483면 참조.

의적 사고에 따르면 재범위험성이 없고 적극적 일반예방의 관점에서 처벌의 필요성이 없는 경우에도 행위자의 유죄가 인정되어 자유형이 선고되면 반드시 그 선고형을 집행하여야 할 것이다. 이러한 경우 자유형의 집행, 특히 단기자유형의 집행은 행위자뿐만 아니라 가족에게도 불필요한 고통을 안겨주고 행형시설 내의 하위문화와 접촉을 통한 탈사회화를 초래하게 된다.⁴⁾ 그러나 오늘날과 같이 세속화된 시민사회에서 국가형벌권은 범죄인의 처벌 그 자체를 목적으로 하는 응보주의적 사고에 의해 정당화될 수 없고, 법익보호와 사회질서유지라는 의미에서 목적적인 책임형벌에 의해서만 정당화될 수 있다.⁵⁾ 따라서 현대의 시민사회에서는 유죄가 인정되는 경우에도 재범위험성이 없고 적극적 일반예방의 관점에서 처벌필요성이 없다면 처벌이 포기 내지 완화될 수 있다는 결론이 나온다. 바로 이와 같은 형사정책적 고려의 산물 가운데 하나가 집행유예제라고 할 수 있다.

이러한 관점에서 볼 때 집행유예는 자유형의 집행에서 비례성원칙 내지 보충성원칙을 실현하는 제도라고 할 수 있다. 왜냐하면 형벌의 보충성 내지 비례성이라는 관점에서 볼 때 자유형의 집행은 반드시 필요한 경우에만 제한되고 자유형의 집행보다 덜 가혹한 다른 수단으로 동일한 목적을 달성할 수 있을 때에는 그 자리를 양보하여야 하는데 집행유예가 바로 그러한 수단에 해당하기 때문이다. 즉 집행유예제도는 유죄가 확정되었지만 재범의 위험성이 없는 비교적 경미한 행위자에 대해 형을 선고하기는 하되 집행을 유예하고 필요한 경우 보호관찰이나 사회봉사명령 또는 수강명령이라는 사회내처우를 통해 처벌의 낙인효과 내지 탈사회화를 최소화하고 행위자의 자발적인 사회복귀를 촉진함으로써 자유형의 집행을 통해 달성할 수 있는 목적을 더 효과적으로 달성할 수 있기 때문이다. 더 나아가 집행유예제도는 재범위험성이 없는 경미한 범죄인들을 사회내처우로 돌림으로써 부차적으로 행형시설의 과밀현상을 완화시키고 중범죄자들에 대해 교정역량을 집중시켜 교정효과를 높이는 동시에 교정비용을 줄일 수 있는 형사정책적 기능도 가지고 있다.

4) 자세한 내용은 예컨대 한영수, *행형과 형사사법*, 2000, 40면 이하 참조.

5) 자세한 내용은 예컨대 박광민, 앞의 논문, 101면 이하; 최석윤, “적극적 일반예방이론과 그에 기초한 양형모델”, *안암법학* 제5호, 1997, 54면 이하 참조.

2. 집행유예의 법적 성질

집행유예의 법적 성질에 대해서는 보안처분설, 형집행의 변경설, 제3의 형사제재설 등 다양한 의견들이 제시되고 있다. 우선 집행유예는 가석방과 같이 보호관찰제도에서 발전하여 보안처분과는 불가분의 관계에 있다고⁶⁾ 하는 보안처분설이 있다. 이에 대해 집행유예에 보호관찰이 당연히 포함되는 것도 아니고 집행유예를 선고할 때 반드시 보호관찰을 명해야 하는 것도 아니라는 점에서 보안처분으로 해석할 수 없으며, 외래적 처우라는 의미에서 특수성을 가진 형집행의 변형이라는 형집행의 변경설이 주장되고 있다.⁷⁾ 이러한 견해는 집행유예기간이 경과하면 형선고의 효력이 상실되기 때문에 결국 시설내에서 집행되어야 할 형이 사회내처우에 의해 대체된다는 점에 기초하고 있다. 더 나아가 집행유예는 단순한 형집행의 변형에 그치는 것이 아니라 일반예방적 관점에서 형집행의 필요가 없고 특별예방적 관점에서 형벌완화가 필요한 경우에 형집행의 대체수단으로 투입되는 제재이기 때문에 독자적인 제3의 형사제재(dritte Spur im Strafrecht)로 이해해야 한다는 제3의 형사제재설이 주장되고 있다.⁸⁾ 집행유예는 형벌과 보안처분의 성격을 모두 가지는 특별한 법률효과로 보는 견해뿐만 아니라 집행유예는 사회내처우의 장점을 살리는 동시에 판결의 경고기능을 유지하면서 보호관찰 등의 보안처분과도 결부될 수 있는 제재라는 점에서 형집행의 전환수단(diversion)으로 이해하는 견해도⁹⁾ 제3의 형사제재설에 포함된다고 볼 수 있다. 그밖에 집행유예를 ‘부담부 집행유예’와 ‘단순 집행유예’로 구분하고 전자는 독립된 형사제재로 후자는 형집행의 변형으로 이해하는 견해도 있다.¹⁰⁾

6) 유기천, 형법학(총론강의), 1985, 369면.

7) 박상기, 형법총론, 2005, 541면; 손동권, 형법총칙론, 2005, 675면; 안동준, 형법총론, 1998, 357면; 이광수, 앞의 논문, 207면; 이재상, 형법총론, 2006, 591면; 이형국, 형법총론, 2003, 419면; 전정주, 앞의 논문, 480면; 정성근/박광민, 형법총론, 2005, 682면; 정진연, “형의 집행유예제도”, 사회과학논총 제7집, 숭실대학교 논문집, 2004, 3면.

8) 김일수/서보학, 형법총론, 2005, 780면; 박미숙, “선고유예의 요건판단과 상고이유”, 형사판례연구 [12], 2004, 433면; 박상진, “개정 형법상의 선고유예 · 집행유예시의 보호관찰 및 수감명령 · 봉사명령의 법적 성격”, 중앙법학 제2호, 1999, 389면 이하; 박양빈, “행형의 이론과 실제”, 교정연구 제4호, 1994, 218면; 윤용규, 앞의 논문, 354면 참조.

9) 임웅, 형법총론, 2005, 623면.

10) 박상기, 앞의 책, 541면; 손동권, 앞의 책, 675면; 오영근, 형법총론, 2006, 790면.

생각건대 집행유예를 제3의 형사제재로 이해하는 견해가 타당하다. 왜냐하면 집행유예는 단순히 형집행의 변형에 그치는 것이 아니라 형의 집행을 유예하는 것을 통해 행형시설에서 자유형을 집행하는 것에 의해 나타날 수 있는 처벌의 낙인효과 내지 탈사회화를 최소화하고 행위자의 자발적인 사회복귀를 촉진함으로써 궁극적으로 재범을 방지하기 위한 제도이기 때문이다. 다시 말해 집행유예는 형선고의 경고기능을 유지하면서도 단순히 집행을 유예하거나 필요한 경우 사회내처우를 동원함으로써 형벌의 요소와 보안처분의 요소를 모두 가지고 있기 때문이다. 그리고 집행유예의 이러한 성질은 보호관찰이나 사회봉사명령 또는 수강명령이라는 사회내처우와 결합여부에 따라 달라지는 것도 아니다. 왜냐하면 단순 집행유예도 행형시설에서 자유형을 집행하는 것보다 집행유예를 통하여 형선고의 경고기능을 유지하면서 처벌의 낙인효과 내지 탈사회화를 최소화하고 행위자의 자발적 사회복귀를 촉진함으로써 궁극적으로 재범을 방지하는 데 더 유리하다는 고려에서 비롯된 것이기 때문이다. 따라서 지극히 경미하고 재범의 위험성이 없는 경우에는 특별한 사회내처우도 불필요하기 때문에 단순 집행유예가 선고되고 비교적 경미하고 재범의 위험성이 크지 않지만 어느 정도 재범의 위험성이 남아 있는 경우에는 보호관찰이나 사회봉사명령 또는 수강명령이 결합된 부담부 집행유예가 선고된다고 할 수 있다.

Ⅲ. 집행유예제도의 내용과 개선방안

1. 집행유예의 요건

형법 제62조 제1항은 “3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 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”고 규정하고 있다. 따라서 집행유예는 ① 3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우이어야 하고, ② 정상에 참작할 만한 사유가 있을 것,

그리고 ③ 금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄가 아닐 것이라는 세 가지 요건이 충족될 때 선고될 수 있다.

가. 3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우

형법 제62조 제1항에 따르면 집행유예는 3년 이하의 징역 또는 금고의 형을 선고할 경우에만 가능하다. 여기서 3년 이하의 징역 또는 금고의 형은 법정형이 아니라 선고형을 의미한다. 따라서 자격상실, 자격정지, 벌금, 구류, 과료 또는 벌금을 납부하지 못할 때에 이루어지는 노역장유치처분의 경우에는 집행유예가 허용되지 않는다. 그리고 형법 제62조 제2항에 따르면 형을 병과할 경우에는 그 형의 일부에 대하여 집행유예를 할 수 있다. 따라서 징역형과 벌금형 또는 추징 등과 같은 이중의 형을 병과하여 선고하는 경우에 징역형에 대해서만 집행유예를 선고할 수 있으며, 형법 제37조 후단의 경합범으로서 판결이 확정된 죄와 그 판결확정 전에 범한 죄의 관계에서 동종이지만 별개의 형을 선고하는 경우에도 그 중 일부에 대해 집행유예를 선고할 수 있다. 그러나 형을 병과하는 경우가 아니라 하나의 형을 선고하면서 그 중 일부에 대해 집행유예를 선고할 수 없다는 것이 현행형법에 대한 일반적 해석론이다.¹¹⁾ 즉 3년의 징역형 중 2년은 유예하고 1년은 집행하는 방식의 집행유예는 허용되지 않는다는 것이다. 이와 같은 집행유예의 요건과 관련하여 다음과 같은 개선방안이 논의되고 있다.

첫째, 현행형법의 해석론에 의할 때 벌금형에 대해 선고유예는 가능하지만 집행유예가 불가능한 실정인데, 이와 관련하여 노역장유치는 실질적으로 자유형과 동일하다는 점을 근거로 벌금형에 대한 집행유예가 가능하도록 형법을 개정해야 한다는 입법론이 제기되고 있다. 특히 집행유예제도의 개선방안을 논의하는 대부분의 국내학자들은 벌금형보다 더 무거운 형벌인 자유형에 대해서는 집행유예를 인정하면서 벌금형에 대해 집행유예를 인정하지 않는 것은 모순이며, 벌금미납으로 인한 노역장유치에서도 단기

11) 물론 현행형법에서도 하나의 형의 일부에 대한 집행유예가 허용된다는 극히 소수의 의견도 있다. 예컨대 박회수, “우리 형법상 일부 집행유예의 선고가 가능한가”, 법률신문 제1814호, 1989. 1. 23. 19면; 그에 대한 비판으로는 박상기, 형의 집행유예에 관한 연구, 한국형사정책연구원 연구보고서, 1993, 114면 이하 참조.

자유형의 폐단이 문제되기 때문에 벌금형에 대한 집행유예제도의 도입이 필요하다고 주장한다.¹²⁾ 그런데 벌금형에 대해서는 선고유예가 가능하며, 선고유예는 집행유예의 대상이 되는 범죄에 비해 불법과 책임의 관점에서 훨씬 더 경미한 범죄에 대해 허용되는 제도라는 것을 고려할 필요가 있다. 이러한 관점에서 선고유예제도의 개선을 통하여 벌금형의 선고유예를 활성화하는 것이 바람직하고, 기존의 선고유예제도를 개선하기 어렵다면 벌금형의 집행유예를 도입할 필요가 있다는 의견도 제시된다.¹³⁾ 그러나 선고유예제도의 개선이 어렵다면 집행유예제도의 개선도 어렵기는 마찬가지일 뿐만 아니라 선고유예제도와 집행유예제도의 본질적인 차이점을 고려할 때 벌금형에 대해서는 선고유예제도를 활성화하는 방안을 찾는 것이 타당하다. 그리고 경제적 능력에 따른 불평등이나 노역장유치에 따른 단기자유형의 폐해라는 벌금형의 문제는 일수벌금형제도의 도입, 벌금형에 대한 연납과 분납의 활성화, 사회봉사명령을 통한 노역장유치의 집행 등과 같은 벌금형제도 그 자체의 개선을 통해 해결하는 것이 바람직하다.

둘째, 집행유예가 가능한 3년의 상한선은 비교법적으로 볼 때 집행유예범위가 확대된 경우에 해당하기 때문에 상한선을 낮추어야 한다는 의견, 적절하다는 의견, 오히려 우리나라의 법정형이 비교법적으로 볼 때 외국의 경우에 비해 더 높기 때문에 상한선을 더 높여야 한다는 의견 등이 제시되고 있다.¹⁴⁾ 여기서 상한선을 높이자거나 낮추자는 의견도 입법론적 제안에 해당한다. 비교법적으로 볼 때 독일과 오스트리아는 2년 이하의 자유형에 대해 집행유예를 인정하고 있고 스위스는 18개월 이하의 자유형에 대해 집행유예를 인정하고 있기 때문에 3년 이하의 자유형을 상한선으로 한 것은 지나치게 범위를 확대한 것으로 볼 수도 있을 것이다. 그러나 집행유예가 가능한 상한선을 단순 비교하는 것은 곤란하고 각국의 법정형과 선고형을 면밀히 비교분석한 후에 판단하여야 문제이다. 특히 프랑스는 5년 이하의 자유형에 대해서 집행유예를 인정하고 있고

12) 예컨대 권오걸, 앞의 논문, 238면; 박상기, 앞의 보고서, 129면; 서보학, “집행유예제도 : 입법론적 비판과 대안”, 형사정책 제13권 제1호, 2001, 68면 이하; 이승준, 앞의 논문, 104면 이하; 전정주, 앞의 논문, 494면 이하; 정진연, 앞의 논문, 209면 이하 참조.

13) 예컨대 한영수, “유예제도의 개선방안 - 선고유예와 집행유예의 개선방안 -”, 형사법연구 제22호, 2004, 591면.

14) 예컨대 김대휘, “형벌제도의 개선방향”, 사법행정, 1992. 2, 24면; 서보학, 앞의 논문, 62면 이하; 이승준, 앞의 논문, 102면 이하; 전정주, 앞의 논문, 495면 이하; 정진연, 앞의 논문, 208면 이하 참조.

우리나라의 법정형이 외국에 비해 매우 높게 설정되어 있다는 점을 감안한다면 오히려 상한선을 더 높여야 한다는 의견이 더 설득력이 있는 것으로 보인다. 그러나 우리나라에서는 현재 작량감경제도가 있고, 장차 형법개정을 통해 작량감경제도가 폐지될 경우에도 과도한 법정형이 적정한 범위로 조정될 가능성이 있기 때문에 국제적인 추세에 따라 당분간 3년의 상한선을 유지하는 것이 바람직하다.

셋째, 실형과 집행유예라는 양극단의 선택 이외에 중간형태로서 형의 일부에 대한 집행유예가 가능하도록 형법을 개정하여야 한다는 입법론이 제기되고 있으며,¹⁵⁾ 이러한 입법론에 대해 양형의 불균형과 단기자유형의 남발을 우려하면서 반대하는 의견도 제시되고 있다.¹⁶⁾ 그리고 자유형에 대한 일부집행유예는 집행유예제도의 취지에 맞지 않기 때문에 허용될 수 없는 반면에 벌금형에 대한 일부집행유예는 경제적 불평등의 해소와 노역장유치의 방지에 도움이 되기 때문에 인정하여야 한다는 의견도 있다.¹⁷⁾ 생각건대 자유형에 대한 일부집행유예를 인정하는 것은 집행유예제도의 취지와 모순이고 벌금형에 따르는 경제적 불평등과 노역장유치의 폐해는 벌금형제도와 선고유예제도의 개선을 통하여 해결할 문제이기 때문에 자유형뿐만 아니라 벌금형에 대한 일부집행유예도 인정하지 않는 것이 타당하다.

나. 정상에 참작할 만한 사유가 있을 것

일반적으로 정상에 참작할 만한 사유는 형의 집행 없이 선고만으로도 피고인에게 충분한 경고로 작용하여 장래에 재범을 하지 않을 것으로 기대되는 상황을 의미하는 것으로 해석된다.¹⁸⁾ 그리고 재범위험성에 대한 판단시점은 일반적으로 판결선고시로

15) 예컨대 박상기, 앞의 보고서, 113면 이하; 오영근, “형법개정안의 형벌제도에 대한 검토”, 형사정책연구 제3권 제2호, 1992, 28면.

16) 자세한 내용은 예컨대 손동권, “집행유예의 요건과 예외”, 비교형사법연구 제8권 제1호, 204면 이하 참조.

17) 예컨대 서보학, “‘일부’집행유예제도와 “short sharp shock””, 형사정책 제9호, 1997, 258면 이하; 이승준, 앞의 논문, 106면 이하 참조.

18) 예컨대 권오걸, 앞의 논문, 239면; 김일수/서보학, 앞의 책, 782면; 박상기, 앞의 책, 542면; 배종대, 형법총론, 2008, 826면; 손동권, 앞의 책, 676면; 윤용규, 앞의 논문, 358면; 이광수, 앞의 논문, 192면; 이재상, 앞의 책, 593면; 임웅, 앞의 책, 625면; 전정주, 앞의 논문, 482면; 정성근/박광민, 앞의 책, 684면.

이해하고 있다. 이와 같은 집행유예의 요건과 관련하여 다음과 같은 개선방안이 논의되고 있다.

첫째, 재범위험성은 미래예측적인 개념이지만 정상에 참작할 만한 사유가 있다는 것은 과거회고적인 것이기 때문에 정상에 참작할 만한 사유가 있다는 것을 재범위험성이 없다는 의미로 해석하기는 곤란하고, 다만 입법론적으로 ‘재범위험성이 없다고 판단될 때’라고 개정하는 것이 바람직하다는 견해가 있다.¹⁹⁾ 그런데 형법 제62조 제1항은 양형의 조건으로서 제51조에 규정된 ‘범인의 연령·성행·지능과 환경’, ‘피해자에 대한 관계’, ‘범행의 동기·수단과 결과’, ‘범행후의 정황’ 등을 종합적으로 고려하여 ‘정상에 참작할 만한 사유’를 판단하도록 하고 있다. 여기서 형법 제51조는 범죄인의 재사회화 필요성과 가능성에 대한 검토와 양형에서 법관의 고려사항을 미리 예시적으로 규정한 것으로 볼 수 있다.²⁰⁾ 그리고 재범위험성을 판단하기 위해서는 행위자의 개인적 범죄성향뿐만 아니라 행위와 환경도 고려하여야 한다.²¹⁾ 따라서 정상에 참작할 만한 사유가 과거회고적인 것이라고 하더라도 미래예측적인 재범의 위험성이 없다는 의미로 해석될 수 없는 것은 아니라고 보인다. 이처럼 해석론의 차원에서도 ‘정상에 참작할 만한 사유’라는 요건은 ‘재범위험성이 없다고 판단될 때’로 파악할 수 있지만, 죄형법정주의의 명확성원칙에 비추어 입법론적으로 해결하는 것이 바람직하다고 생각한다.

둘째, 독일형법을 참조하여 집행유예의 적용대상과 정상참작사유를 세분화하자는 의견이 있다.²²⁾ 독일형법은 집행유예가 선고될 수 있는 자유형을 3단계로 구분하여 각각 요건을 달리하고 있다. 즉 6개월 미만의 자유형인 경우에는 피고인에 대한 긍정적 예측이 인정되면 집행유예가 선고될 수 있고, 6개월 이상 1년 미만인 경우에는 긍정적 예측에 추가하여 법질서의 방위를 위해 형의 집행이 요구되지 않아야 집행유예가 선고될 수 있으며, 1년 이상 2년 이하인 경우에는 앞의 두 가지 요건에 추가하여 범죄행위와 행위자의 인격에 대한 종합적인 평가결과 형의 집행을 유예하여야 할 특수한 사정이

19) 오영근, 앞의 책, 791면.

20) 황정익, “형법상 유예제도의 문제점과 개선방안”, 형사법연구 제22호, 2004, 615면.

21) 예컨대 Frisch, Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung, 1971, 204면 이하; Zipf, Die Strafmaßrevision, 1969, 119면 이하 참조.

22) 예컨대 서보학, “집행유예제도 : 입법론적 비판과 대안”, 64면 이하; 이승준, 앞의 논문, 116면 이하; 한영수, 앞의 논문, 594면 이하 참조.

인정되어야 집행유예가 선고될 수 있다. 세 번째 단계에서 특수한 사정은 원상회복을 위한 피고인의 노력 등을 포함한다. 이와 유사하게 우리형법에서도 1년 미만인 경우, 1년 이상 2년 미만인 경우, 2년 이상 3년 미만인 경우로 구분하고 정상참작사유를 세분화하자는 것이다. 이와 같이 집행유예의 적용범위와 정상참작사유를 세분화하더라도 여전히 집행유예의 핵심적인 판단요소는 재범위험성이라고 할 수 있다. 왜냐하면 법질서의 방위라는 적극적 일반예방의 관점뿐만 아니라 특별한 사정도 결국은 불법과 책임 및 재범위험성이라는 관점과 관련성 속에서 판단될 수 있기 때문이다.

셋째, ‘정상에 참작할 만한 사유’를 ‘재범위험성이 없다고 판단될 때’로 개정하고 집행유예의 적용대상과 정상참작사유를 세분화하더라도 실무상 재범위험성에 대한 판단의 가능성이 문제될 수 있다. 왜냐하면 어떤 사정이 재범위험성과 관련되는지는 전적으로 경험과학의 문제이고, 이러한 문제를 해결하기 위하여 법관은 범죄학 내지 그와 관련된 학문분과의 방법론과 경험법칙에 의존할 수밖에 없기 때문이다.²³⁾ 더 나아가서 재범위험성에 대한 예측은 경험적으로 충분히 검증된 범죄학적 이론과 방법론이 존재하고 이러한 범죄학적 이론과 방법론을 현실적인 재판에 적용할 수 있을 때에만 가능한데, 아직까지 이러한 전제조건이 충족되지 않고 있다. 즉 오늘날 재범위험성을 예측하기 위한 방법으로 통계적 예측, 임상적 예측, 구조적 예측, 직관적 예측 등이 동원되고 있지만, 방법론상의 한계와 내재적 한계로 인하여 재범위험성이 극단적으로 높거나 극단적으로 낮은 예외적인 경우를 제외한 대부분의 경우에는 적중률이 높지 않기 때문에 신뢰성이 떨어진다는 문제가 있다.²⁴⁾ 이러한 맥락에서 볼 때 우리나라에서 재범위험성에 대한 판단은 거의 전적으로 법관의 직관적 판단에 의존하고 있는 실정이지만, 이것은 사실상 법관에게 불가능한 것을 요구하는 것이나 마찬가지라고 볼 수 있다. 이와 같은 상황에서는 덴마크, 노르웨이, 스웨덴 등의 입법례를 참조하여 특정한 폭력범죄의 경우에는 전과자에 대한 집행유예를 제한하고, 그 밖의 범죄에 대해서는 재범위험성과 관련된 집행유예의 요건을 삭제하고 일정한 기간 내의 모든 자유형에 대해 집행유예가 가능하도록 형법을 개정하는 방안도 고려해볼 필요가 있다.²⁵⁾

23) 예컨대 Frisch, 앞의 책, 204면 이하; Zipf, 앞의 책, 119면 이하 참조.

24) 자세한 내용은 예컨대 최석윤, “통설적 양형모델에 대한 비판적 고찰”, 동암이형국교수회갑기념논문집, 1998, 784면 이하; Hart-Hönig, Gerechte und Zweckmäßige Strafzumessung, 1992, 52면 이하 참조.

다. 금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄가 아닐 것

형법 제62조 제1항 단서에 따르면 ‘금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄’에 대해서는 집행유예가 허용되지 않는다. 그리고 형법 제64조 제1항은 제62조 제1항 단서를 집행유예의 필요적 취소사유로 규정하고 있다. 따라서 형법 제62조 제1항 단서는 집행유예의 결정사유인 동시에 필요적 취소사유라고 할 수 있다.²⁶⁾

종래의 형법 제62조 제1항 단서는 “금고 이상의 형의 선고를 받아 집행을 종료한 후 또는 집행이 면제된 후로부터 5년을 경과하지 아니한 자에 대하여는 예외로 한다.”고 규정하고 있었다. 그리고 종래의 형법 제64조는 종래의 형법 제62조 제1항 단서를 집행유예의 취소사유로 규정하고 있었다. 이와 같은 종래의 형법 제62조 제1항 단서와 제64조에 대해서는 크게 두 가지 비판이 제기되었다.²⁷⁾ 첫째, 5년의 기간이 범행시가 아니라 판결 선고시를 기준으로 판단하도록 되어 있기 때문에 형사사법의 조치가 어떠한 시기에 행해지느냐에 따라 집행유예의 허용여부가 좌우되는 불합리함이 있다는 것이었다. 둘째, 결정기간의 시작시점에 대한 언급이 없기 때문에 대상범죄가 전과범죄보다 먼저 범해진 경우에도 결정사유에 해당될 수 있는 비정상적인 현상이 생겨난다는 것이다. 현행형법은 이러한 비판을 수용하여 결정사유를 ‘금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄에 대하여 선고하는 경우’로 개정하였다. 현행형법은 결정사유의 기준시점을 범행시점으로 개정함으로써 결정사유의 해당여부를 형사사법의 조치시기가 아닌 피고인의 사정으로 판단되도록 하였고, 결정사유의 시작시점을 ‘판결이 확정된 때부터’라고 명확히 함으로써 집행유예의 대상이 되는 범죄는 적어도 전과범죄의 판결이 확정된 이후에 발생한 경우에만 결정요건에 해당될 수 있도록 정리되었다.

그러나 종래와 마찬가지로 현행형법도 ‘금고 이상의 형’에 대한 해석을 둘러싼 의견

25) 자세한 내용은 Dünkel, Stafaussetzung zur Bewährung und Bewährungshilfe im internationalen Vergleich, in: ders./Spieß (Hrsg.), Alternativen zur Freiheitsstrafe, 1983, 409면 이하 참조.

26) 자세한 내용은 예컨대 손동권, 앞의 논문, 208면 이하; 이승호, “집행유예의 결정사유에 대한 고찰”, 지송 이재상교수 정년기념논문집, 2008, 346면 이하 참조.

27) 예컨대 배종대, 앞의 책, 826면; 이승호, 앞의 논문, 347면.

대립을 완전히 해결하지 못한 것으로 보인다. 이것은 ‘집행유예기간 중의 범죄행위에 대한 집행유예’의 문제인데, 이와 관련하여 종래 부정설, 여죄설, 그리고 긍정설의 의견 대립이 있었다. 부정설은 ‘금고 이상의 형’은 실행뿐만 아니라 집행유예도 포함하기 때문에 집행유예기간 중에는 재차 집행유예를 선고할 수 없다는 입장이다.²⁸⁾ 그에 반해 긍정설은 ‘금고 이상의 형’은 실행만을 의미하므로 집행유예기간 중의 범죄행위일지라도 재차 집행유예를 선고할 수 있다는 입장이다.²⁹⁾ 그리고 여죄설은 ‘금고 이상의 형’은 원칙적으로 실행뿐만 아니라 집행유예도 포함하기 때문에 집행유예기간 중에는 재차 집행유예를 선고할 수 없지만, 동시적 경합범의 관계에 있는 수죄를 따로 재판하는 경우 일부 범죄에 대해 집행유예가 선고되었다고 하여 나머지 범죄에 대해 집행유예의 선고를 불가능하게 하면 하나의 재판과정에서 처리하는 경우와 비교하여 피고인에게 불리하게 되는 불합리가 발생하므로 이러한 경우에 한하여 ‘금고 이상의 형’은 실행만을 의미하는 것으로 해석한다는 입장이다.³⁰⁾ 형법개정에서 종래 여죄설을 취한 판례의 입장을 반영하여 결격사유를 조정하였기 때문에 여죄설은 더 이상 의미가 없지만, 긍정설과 부정설의 의견대립은 여전히 해결되지 않고 있다. 생각건대 처벌의 낙인효과 내지 탈사회화를 최소화하고 행위자의 자발적 사회복귀를 촉진한다는 집행유예제도의 취지뿐만 아니라 집행유예의 실효에 관한 형법 제63조를 고려할 때 긍정설이 타당하다. 그리고 현행형법 제62조 제1항 단서의 ‘3년까지의 기간에 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우’에서 ‘3년까지의 기간’이 ‘범한 죄’만을 수식하는 것인지 아니면 ‘형을 선고하는 경우’도 수식하는 것인지에 대해 해석상 논란이 야기될 수 있다. 이와 관련하여 ‘3년까지의 기간’은 범행시점뿐만 아니라 형의 선고시점도 수식하는 것으로 이해하는 것이 바람직하다는 의견이 제시된 바 있으며,³¹⁾ 대법원도 재판도중에 집행유예기간이 경과

28) 예컨대 손해목, 형법총론, 1997, 1200면; 이재상, 앞의 책, 593면 이하; 이형국, 앞의 책, 479면.

29) 예컨대 권오걸, 앞의 논문, 246면; 김일수/서보학, 앞의 책, 784면; 박상기, 앞의 책, 543면; 배종대, 앞의 책, 828면; 백원기, “집행유예기간중 발각된 범죄에 대한 집행유예선고의 가능 여부”, 형사판례연구 17, 1999, 203면; 신동운, 형법총론, 2003, 751면; 윤용규, 앞의 논문, 359면; 이정원, 형법총론, 2001, 531면; 전정주, 앞의 논문, 489면; 정성근/박광민, 앞의 책, 687면; 최상욱, “자유형의 정비방향”, 비교형사법연구, 2005, 148면.

30) 대판 1989. 9. 12, 87도2365(전원합의체판결); 대판 1992. 8. 14, 92도1246; 대판 1997. 10. 13, 96도118 참조.

31) 예컨대 이광수, 앞의 논문, 210면; 이승호, 앞의 논문, 356면 이하 참조.

한 경우에는 집행유예기간 중에 범한 죄에 대해 다시 집행유예를 선고할 수 있다고 판결함으로써 ‘3년까지의 기간’은 범행시점뿐만 아니라 형의 선고시점도 수식하는 것으로 정리되었다.³²⁾

이와 같은 집행유예의 결격사유와 관련된 개선방안을 살펴보면 집행유예의 결격사유는 집행유예제도의 취지에 반하기 때문에 완전히 폐지하고 법원의 판단에 맡겨야 한다는 의견뿐만 아니라³³⁾ 결격사유를 완전히 폐지하는 것은 곤란하고 완화하는 방향으로 개선하여야 한다는 의견도 있다.³⁴⁾ 비교법적으로 살펴보면 미국, 독일, 오스트리아 등은 집행유예의 결격사유를 두고 있지 않고 프랑스, 스위스, 일본 등은 집행유예의 결격사유를 두고 있다. 그러나 프랑스와 스위스의 경우 결격요건이 되는 전과범죄의 형사제재를 실행으로 제한하고 있기 때문에 집행유예기간 중의 집행유예는 당연히 허용된다. 그리고 일본의 경우도 집행유예의 결격사유를 규정하면서 집행유예를 결격요건에 포함시키고 있기 때문에 집행유예기간 중의 집행유예는 원칙적으로 금지되지만, 예외적으로 선고할 형이 1년 이하의 자유형인 경우에는 집행유예기간 중이라도 1회에 한하여 재차 집행유예를 허용하고 있다. 이러한 관점에서 집행유예의 결격사유가 되는 범죄를 고의범으로 한정하고 선고할 형이 1년 이하의 자유형인 경우에는 집행유예기간 중이라도 1회에 한하여 재차 집행유예를 허용하자는 것이다.³⁵⁾ 생각건대 집행유예의 결격사유를 폐지하면 집행유예기간 중의 집행유예문제도 명쾌하게 해결될 수 있고 집행유예제도의 취지와도 부합할 뿐만 아니라 결격사유를 폐지하더라도 전과에 의해 피고인의 재범가능성이 높은 것으로 판단되면 재판단계에서 충분히 집행유예를 배제할 수 있기 때문에 폐지론은 설득력이 매우 큰 것으로 보인다. 그러나 집행유예의 결격사유에 대한 폐지론은 피고인의 재범위험성에 대한 판단이 가능하다는 전제에서 출발하고 있기 때문에 문제가 있는 것으로 보인다. 따라서 재범위험성에 대한 예측을 집행유예의 요건에서 제외하는 방안을 제시하는 입장에서는 금고 이상의 실형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 살인, 상해, 강도, 강간 등과

32) 대판 2007. 2. 8, 2006도6196.

33) 예컨대 서보학, 앞의 논문, 67면 이하; 진정주, 앞의 논문, 490면 이하; 한영수, 앞의 논문, 598면 이하; 황정익, 앞의 논문, 620면 참조.

34) 예컨대 이승호, 집행유예제도의 개선방안에 관한 연구, 대검찰청용역보고서, 2005, 28면 이하 참조.

35) 자세한 내용은 예컨대 이승호, 앞의 보고서, 33면 이하 참조.

같은 특정한 폭력범죄를 고의로 범한 경우를 집행유예의 결정사유로 인정하는 것이 바람직하다고 본다.

2. 집행유예의 부담부조건

현행형법 제62조의2 제1항은 “형의 집행을 유예하는 경우에는 보호관찰을 받을 것을 명하거나 사회봉사 또는 수감을 명할 수 있다”고 규정하고 있다. 따라서 집행유예는 대상자의 사회복귀를 촉진하기 위한 제도이기 때문에 보호관찰이나 사회봉사명령 또는 수감명령과 같은 사회내처우를 병과하는 것이 일반적이다. 종래에는 사회내처우와 결합되지 않은 단순집행유예를 시행하였지만, 집행유예제도의 형사정책적 의미를 살리기 위해서는 집행유예대상자의 생활에 대한 지도와 감독이 필요하다는 인식이 보편화됨으로써 1995년 형법개정을 통하여 집행유예제도가 보호관찰 및 사회봉사명령과 수감명령이라는 사회내처우와 결합된 것이다.

현행형법 제62조의2 제1항의 해석과 관련하여 집행유예를 선고하면서 보호관찰과 사회봉사 또는 수감을 동시에 명할 수 있는지에 대해서 적극설과 소극설의 의견대립이 있다. 대법원은 “집행유예제도의 취지와 범죄자에 대한 사회복귀를 촉진하고 효율적인 범죄예방을 위하여 병과할 필요성이 있는 경우에는 모두 동시에 명할 수 있다”고 하여 적극설의 입장을 취하고 있다.³⁶⁾ 집행유예제도의 취지에 비추어 볼 때 범죄자의 사회복귀촉진과 효율적인 범죄예방을 위하여 병과의 필요성은 충분히 인정될 수 있다. 그러나 법치국가적 형법이론에 따르면 그와 같은 필요성이 인정된다고 해서 곧바로 법률문에 부합하지 않는 방식으로 해석하는 것은 허용되지 않는 유추에 해당하기 때문에 법률개정을 통하여 명확히 해결하는 것이 바람직하다.

이와 같이 형법은 집행유예의 부담부조건으로 보호관찰이나 사회봉사명령 또는 수감명령을 허용하고 있는데, 집행유예의 실효성을 확보하고 형사제재의 다양화를 도모하기 위해 집행유예의 부담부조건을 다양한 유형으로 확대할 필요가 있다. 예컨대 가택구금과 외출제한, 전자감시, 원상회복명령, 치료명령 등의 제도가 검토될 수 있을 것이다.³⁷⁾

36) 대판 1998. 4. 24. 98도98.

가. 보호관찰

보호관찰은 유죄가 인정된 범죄인에 대하여 교정시설에 수용하지 않고 자유로운 사회생활을 허용하면서 일정한 전문지식을 갖춘 보호관찰관이나 보호위원의 지도·원호로 건전한 사회복귀를 도와줌으로써 재범의 방지와 아울러 범죄로부터 사회를 방위하고자 하는 사회내처우의 수단이라고 할 수 있다. 이러한 보호관찰제도의 개념을 광의와 협의로 나누어 본다면, 우선 좁은 의미의 보호관찰은 범죄인이나 비행소년에 대하여 실시되는 지도·감독 및 원호를 내용으로 하는 보호처분을 의미한다고 할 수 있다. 그에 반해서 넓은 의미의 보호관찰은 협의의 보호관찰뿐만 아니라 이에 부수하거나 결합된 처분을 포함하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 광의의 보호관찰은 사회봉사명령이나 수감명령 등과 같이 보호관찰제도와 관련을 맺고 발전해 온 모든 사회내처우를 포함한다고 볼 수 있다.³⁸⁾ 다른 한편으로 보호관찰제도를 그것의 발전과정이나 제도적인 면에서 살펴 본다면, 비행소년에 대한 보호처분으로서의 보호관찰과 같이 종국처분으로서의 보호관찰, 형의 집행유예나 선고유예의 조건으로서의 보호관찰(Probation), 가석방자나 가퇴원자에 대한 보호관찰(Parole)의 형태로 나누어 볼 수 있는데, 그 형태에 따라 보호관찰의 개념과 법적 성격이 구체적으로 달리 파악될 수 있을 것이다.

우리나라에서 보호관찰제도는 1963년 개정소년법에 의해 처음으로 법제화되었으며,³⁹⁾ 1995년 형법개정에 의해 1997년부터 성인범죄인에 대해서도 보호관찰제도를 실시할 수 있게 되었다. 우리나라에서 보호관찰제도를 도입하여 시행하게 된 것은 우리나라 교정분야에서 가장 획기적인 발전의 하나라고 평가할 수 있을 것이다. 보호관찰제도가 도입되기 이전의 상황에서는 법원이 범죄인에 대해 완전한 구금이 아니면 무조건적 석방이라는 극단적인 결정을 할 수밖에 없었지만, 보호관찰제도의 도입에 의해 범죄인에 대한 처우는 크게 시설내처우와 사회내처우로 나누어지게 되었으며, 더 나아가 시설내처우보다 사회내처우에 교정의 중심이 이동될 수 있는 계기가 되었다.⁴⁰⁾ 그러나 우리나라의 보호관찰제도는 제도적인 측면과 인적·물적 인프라의 측면에서 아직 불완전한

37) 자세한 내용은 예컨대 이승호, 앞의 보고서, 52면 이하; 한영수, 앞의 논문, 606면 참조.

38) 정동기, 사회봉사명령제도의 연구, 한양대학교 박사학위논문, 1997, 9면 이하 참조.

39) 보호관찰제도의 도입에 관한 자세한 연혁은 예컨대 이무웅, “보호관찰제도의 발전적 과제”, 보호통권 제4호, 1997, 102면 이하; 정동기, 앞의 논문, 106면 이하 참조.

40) 오영근, “보호관찰 시행 10년의 회고”, 형사정책연구 통권 제40호, 1999, 6면.

상태에 있기 때문에 개선의 여지가 크다고 할 수 있다. 즉 우리나라의 보호관찰제도는 제도정비의 측면에서 재판전서비스제도를 도입하고⁴¹⁾ 판결전조사제도를 확대할 필요가 있으며, 인적·물적 인프라의 측면에서 보호관찰관을 증원하고 보호관찰소를 증설함으로써 실효성을 담보할 필요가 있다.⁴²⁾

아무튼 형법 제62조의2 제2항에 따르면 집행유예와 결합되는 보호관찰의 기간은 원칙적으로 집행을 유예한 기간과 같지만, 법원은 유예기간의 범위 내에서 필요에 따라 보호관찰기간을 달리 정할 수 있도록 하여 법원의 재량여지를 인정하고 있다. 그리고 보호관찰제도의 목적을 달성하기 위하여 보호관찰등에관한법률 제32조 제2항은 모든 보호관찰대상자에게 일반적으로 적용되는 일반준수사항을 규정하고 있고, 동조 제3항은 법원과 보호관찰심사위원회가 일반준수사항 이외에 보호관찰등에관한법률시행령 제19조에 규정된 범위 내에서 피고인의 특성 등을 고려하여 부과할 수 있는 특별준수사항을 규정하고 있다.

나. 사회봉사명령과 수강명령

사회봉사명령은 유죄가 인정된 범죄인에 대하여 교정시설에 구금하는 대신 자유로운 생활을 하도록 허용하면서 일정시간 무보수로 사회에 유익한 근로를 하도록 명령하는 제도이다. 이것은 사회에 대한 범죄피해의 배상 및 속죄의 기회를 줄 뿐만 아니라 범죄인의 근로정신을 함양하고 자긍심을 회복시켜 건전한 사회복귀를 도모하기 위한 것이다. 사회봉사명령은 여가시간을 박탈한다는 점에서 처벌효과가 크고 공공의 이익증진에 효과적이며, 범죄인의 구금에 필요한 인력·예산을 절감할 수 있다는 장점을 가지고 있다. 우리나라에서 실시하고 있는 사회봉사활동분야는 자연환경보호, 수해·산불 등 자연재해 복구, 양로원·고아원 등 복지시설봉사, 장애인·독거노인 등 목욕·외출보조, 저소득·서민층을 위한 주택수리·보일러공사·도배 등 생활지원, 응급실·보조환자간병 등 병원지원, 모내기·벼베기 등 농촌봉사, 문화재보호, 공공시설봉사, 공익사업보조 등 매우 다양하다.

41) 재판전서비스제도의 내용과 도입방안에 관해서는 예컨대 최석윤, “재판전서비스제도의 구체적 도입방안에 관한 연구”, 비교형사법연구, 제9권 제1호, 2007, 368면 이하 참조.

42) 보호관찰제도의 정비방안에 관해서는 예컨대 최석윤, “보호관찰제도의 정비방안에 관한 일고찰”, 형사정책연구, 제16권 제2호, 2005, 211면 이하 참조.

수감명령은 약물중독, 가정폭력, 성폭력 등으로 유죄가 인정된 습관·중독성 범죄인 또는 비행소년을 교도소나 소년원 등에 구금하는 대신 자유로운 생활을 허용하면서 보호관찰소 또는 지정기관에서 일정시간 강의, 심리치료 등 교육을 받게 하는 제도이다. 이것은 준법의식고취, 범죄해악성 자각, 심성계발과 자아확립, 사회적응력배양 등을 목적으로 한다.

형법 제62조의2 제3항에 따르면 사회봉사명령과 수감명령은 집행유예기간 내에 집행하며, 보호관찰등에관한법률 제59조 제1항에 따르면 형법 제62조의2에 의한 사회봉사명령은 500시간을 초과하지 못하고 수감명령은 200시간의 범위를 초과하지 못한다.

3. 집행유예의 실효와 취소

가. 집행유예의 실효

형법 제63조는 “집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 고의로 범한 죄로 금고 이상의 실형을 선고받아 그 판결이 확정된 때에는 집행유예의 선고는 효력을 잃는다”고 규정하고 있다. 여기서 ‘금고 이상의 실형의 선고’는 집행유예판결 이후에 행해져서 집행유예기간 중에 판결이 확정된 경우를 말하고, 실형 가운데 집행유예는 당연히 포함될 여지가 없다.⁴³⁾ 따라서 집행유예기간 중에 고의로 범한 범죄에 의해 금고 이상의 실형을 선고받아 확정된 경우에만 집행유예가 실효되고 선고된 형이 집행된다.

그에 반해 개정 전의 형법 제63조는 “집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 금고 이상의 형의 선고를 받아 그 판결이 확정된 때에는 집행유예의 선고는 효력을 잃는다”라고 규정하였다. 따라서 개정 전의 형법에 의하면 범죄를 범한 시점에 상관없이 집행유예기간 중에 금고 이상의 형의 선고를 받아 그 판결이 확정되기만 하면 집행유예는 실효되는 것으로 보았다. 즉 집행유예판결 이전에 범한 죄라도 그 범죄가 집행유예기간 중에 금고 이상의 형의 선고를 받아 그 판결이 확정되면 집행유예는 실효되었다. 그리고 개정 전의 형법에서 ‘금고 이상의 형의 선고’에 대한 해석과 관련하여 ‘실형의 선고’만을 의미한다는 견해와 ‘실형의 선고뿐만 아니라 집행유예의 선고’도 포함된다는 견해

43) 예컨대 권오걸, 앞의 논문, 248면 이하; 배중대, 앞의 책, 830면; 이승호, 앞의 보고서, 38면 이하; 전정주, 앞의 논문, 484면; 정진연, 앞의 논문, 218면 참조.

가 대립하였으며, 대법원은 후자의 입장이었다. 따라서 대법원의 입장에 따르면 집행유예기간 중에 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받으면 이전의 집행유예선고의 효력은 상실될 수밖에 없었다. 그러나 이와 같은 결론은 집행유예제도의 취지와 목적에 반한다는 인식에 기초하여 집행유예의 실효가 ‘집행유예기간 중에 고의로 범한 죄로 금고 이상의 실형을 선고받아 그 판결이 확정된 때’에 한정되는 것으로 개정하였다.

따라서 집행유예판결 이전의 범죄로 금고 이상의 실형을 선고받아 그 판결이 확정된 경우뿐만 아니라 집행유예기간 중의 범죄라도 과실범에 의한 경우와 실행확정이 아닌 경우에는 집행유예가 실효되지 않는다. 다만 개정형법에서도 집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 고의로 범한 죄로 금고 이상의 실형을 선고받아 ‘집행유예기간 중에’ 그 판결이 확정된 때에만 집행유예가 실효되는지 아니면 ‘집행유예기간 경과 후에’ 그 판결이 확정된 때에도 집행유예가 실효되는지와 관련하여 논쟁의 여지가 남아 있다. 그런데 집행유예의 유예기간이 경과하면 형선고의 효력이 상실된다고 규정한 형법 제65조와 “재판도중에 집행유예기간이 경과한 경우에는 집행유예기간 중에 범한 죄에 대해 다시 집행유예를 선고할 수 있다”고 한 대법원의 판결에⁴⁴⁾ 따르면 범행시점과 판결시점이 모두 집행유예기간 중에 있는 경우에만 집행유예가 실효된다고 보아야 한다.

그런데 이와 같은 집행유예의 실효사유와 관련하여 대부분의 외국입법례는 유예기간 중의 범죄를 취소사유로 규정하고 있을 뿐만 아니라⁴⁵⁾ 구체적 타당성을 제고한다는 관점에서도 취소사유로 하는 것이 바람직하다는 입법론이 제시되고 있다.⁴⁶⁾ 생각건대 비교법적 관점과 구체적 타당성을 고려한다면 집행유예기간 중에 고의로 범죄를 범하여 금고 이상의 실형이 확정된 경우라고 할지라도 검사의 청구와 법원의 취소처분이라는 판단절차를 거쳐서 효력을 상실시키는 것으로 형법 제63조를 개정하는 것이 바람직하다.

나. 집행유예의 취소

형법 제64조 제1항은 “집행유예의 선고를 받은 후에 제62조 단행의 사유가 발각된

44) 대판 2007. 2. 8. 2006도6196.

45) 예컨대 독일 형법 제56조의f 제1항 제1호와 제2항; 프랑스 형법 제132-35조, 제132-36조, 제132-37조, 제132-48조 참조.

46) 예컨대 이승호, 앞의 보고서, 40면 이하; 정진연, 앞의 논문, 219면.

때에는 집행유예의 선고를 취소한다”고 규정하고 있다. 따라서 집행유예의 선고를 받은 후에 집행유예의 결정사유, 즉 금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄에 대하여 형을 선고받은 사실이 발각되면 집행유예의 선고는 반드시 취소된다. 그러므로 형법 제64조 제1항은 집행유예의 필요적 취소사유에 해당한다. 여기서도 ‘금고 이상의 형’은 실형만 의미하는지 아니면 실형뿐만 아니라 집행유예도 포함하는 것인지에 대해 논쟁이 발생할 수 있다. 즉 집행유예의 실효에 관한 형법 제63조에 명문으로 ‘금고 이상의 실형’으로 규정되어 있기 때문에 체계적 해석의 관점에서 동법 제62조 제1항 단서에 규정된 ‘금고 이상의 형’도 실형만 의미하고 집행유예를 포함하지 않는 것으로 보아야 한다는 견해가 있는 반면,⁴⁷⁾ 양조문의 체계적 관련성을 부인하면서 실형뿐만 아니라 집행유예도 포함한다는 견해도 있다.⁴⁸⁾ 이러한 결정사유는 집행유예기간 중에 발각되어야 하므로 이미 집행유예기간이 경과하고 형의 선고의 효력이 상실된 후에 발각된 경우에는 집행유예를 취소하지 못한다.⁴⁹⁾ 그리고 ‘집행유예의 선고를 받은 후’란 집행유예선고의 판결이 확정된 후를 의미하기 때문에 결정사유가 집행유예선고의 판결이 확정되기 전에 발각된 경우에는 집행유예는 취소되지 않는다.⁵⁰⁾

그런데 집행유예결정사유의 사후발각을 필요적 취소사유로 하고 있는 것은 우리나라와 일본에만 있는 독특한 제도이고 결정사유의 발각에 대한 책임을 전적으로 피고인에게 부담시키는 법치국가적 문제점을 안고 있기 때문에 이에 대한 개선방안으로 다양한 의견이 제시되고 있다.⁵¹⁾ 즉 집행유예결정사유의 사후발각을 임의적 취소사유로 변경하자는 의견, 다시 형을 정하는 것으로 개정하자는 의견,⁵²⁾ 취소사유에서 배제하자는 의견 등이 있다. 생각건대 집행유예의 결정사유에 대해서는 모든 기록을 손에 넣고 있을 뿐만 아니라 재판의 주체인 법원이나 수사의 주체인 검사가 판결을 선고하기 전에 발견하여야 할 책임이 있음에도 불구하고 그러한 사유의 사후발각에 대한 책임을 헌법

47) 예컨대 배종대, 앞의 책, 831면.

48) 예컨대 이광수, 앞의 논문, 203면 이하.

49) 대결 1999. 1. 12, 98도151.

50) 대결 1976. 4. 14, 76도12; 대결 1982. 1. 19, 81도44; 대결 2001. 6. 27, 2001도135.

51) 자세한 내용은 예컨대 이승호, 앞의 보고서, 41면 이하; 정진연, 앞의 논문, 220면 이하 참조.

52) 예컨대 황정익, 앞의 논문, 642면.

과 형사소송법상의 진술거부권을 가지고 있는 피고인에게 전적으로 부담시키는 것은 법치국가적 관점에서 문제가 있다. 따라서 집행유예결격사유인 사후발각을 필요적 취소사유로 하고 있는 형법 제64조 제1항은 폐지하는 것이 바람직하다.

그에 반해 형법 제64조 제2항은 “제62조의2의 규정에 의하여 보호관찰이나 사회봉사 또는 수감을 명한 집행유예를 받은 자가 준수사항이나 명령을 위반하고 그 정도가 무거운 때에는 집행유예의 선고를 취소할 수 있다”고 규정하고 있다. 따라서 형법 제64조 제2항은 집행유예의 임의적 취소사유에 해당한다. 이와 관련하여 준수사항이나 명령을 위반한 경우에 법원은 집행유예를 전부 취소하거나 제재하지 않고 방치하는 것 이외에 제3의 조치방법이 없기 때문에 이에 대한 개선방안이 필요하다는 지적과 함께 집행유예를 취소할 경우에도 이미 이행한 급부를 형기에 반영하는 방안이 마련되어야 한다는 지적이 있다.⁵³⁾ 비교법적으로 살펴보면 독일 형법 제56조f 제2항은 집행유예기간을 연장하거나 의무사항 또는 지시사항을 추가로 부과하는 방법으로 집행유예의 취소를 대신할 수 있는 가능성을 열어두고 있으며, 제56조f 제3항은 집행유예가 취소될 경우에 집행유예기간동안 이행한 급부를 형기에 산입할 수 있도록 규정하고 있다. 생각건대 준수사항이나 명령을 위반한 경우에도 사회복귀의 가능성이 남아 있다면 집행유예를 취소하지 않고 보호관찰기간의 연장, 추가적인 사회봉사명령 또는 수감명령 등과 같은 다른 수단을 통해 다시금 사회복귀의 기회를 부여하고, 부득이 집행유예를 취소하는 경우에도 유예기간동안 이행한 급부를 형기에 산입할 수 있도록 형법을 개정하는 것이 바람직하다.

4. 집행유예의 효과

형법 제65조는 “집행유예의 선고를 받은 후 그 선고의 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 때에는 형의 선고는 효력을 잃는다”고 규정하고 있다.⁵⁴⁾ 따라서 형의 집행이 면제될 뿐만 아니라 처음부터 형의 선고가 없었던 것으로 된다. 그러나 형의

53) 자세한 내용은 예컨대 서보학, 앞의 논문, 77면 이하; 이승호, 앞의 보고서, 43면 이하; 전정주, 앞의 논문, 492면 이하; 정진연, 앞의 논문, 221면 이하; 한영수, 앞의 논문, 609면 이하 참조.

54) 집행유예의 효과에 관한 자세한 내용은 예컨대 정준섭, “집행유예 기간경과의 효과로서의 ‘형의 선고는 효력을 잃는다.’의 의미”, 비교형사법연구 제9권 제1호, 2007, 139면 이하 참조.

선고가 효력을 잃는다는 것은 형의 선고의 법률적 효과가 없어진다는 것일 뿐 형의 선고가 있었다는 사실 자체까지 없어지는 것은 아니다.⁵⁵⁾ 따라서 공무원의 자격상실 등과 같은 형선고에 의해서 발생한 이제까지의 법률효과에는 영향을 미치지 않으며, 집행유예의 선고를 받고 그 유예기간을 무사히 경과한 자에 대하여 선고유예의 선고가 불가능하다.⁵⁶⁾ 그리고 형의 집행종료 후 7년 이내에 집행유예의 판결을 받고 그 기간을 무사히 경과하여 7년을 채우더라도 형법 제81조의 ‘형을 받음이 없이 7년을 경과’하는 때에 해당하지 아니하여 형의 실효를 선고할 수 없다.⁵⁷⁾

이와 같이 집행유예기간의 경과에 의해 형선고의 법률적 효과만 상실되고 사실적 효과는 남는 것으로 이해하는 대법원의 입장을 비판하면서 집행을 전제로 한 법률적 효력은 소멸되지만 집행을 전제로 하지 않는 법률적 효력은 소멸하지 않는 것으로 이해 하자는 견해가 있다.⁵⁸⁾ 형의 선고와 관련된 법률적 효력이 소멸하였다면 사실적 효력에 근거하여 장래에 법적 불이익을 부과하는 것은 모순이기 때문에 집행을 전제로 한 법률적 효력과 집행을 전제로 하지 않는 법률적 효력으로 나누고 집행을 전제로 한 법률적 효력만 소멸하는 것으로 이해하는 것이 적절한 것으로 보인다.

IV. 맺는 말

지금까지 현행형법과 관련하여 집행유예제도의 의의와 법적 성질을 살펴보고, 집행유예제도의 내용과 관련된 개선방안에 대해 검토하였다. 앞에서 검토한 내용을 간략히 정리하면서 결론을 맺자면 다음과 같다.

첫째, 벌금형에 대한 집행유예제도의 도입은 바람직하지 않다. 왜냐하면 이미 벌금형에 대한 선고유예가 인정되고 있을 뿐만 아니라 선고유예와 집행유예의 본질에 비추어 볼 때 기존의 선고유예제도를 개선하여 벌금형에 대한 선고유예를 활성화하는 것이 바

55) 대결 1983. 4. 2, 83모8; 대판 1995. 12. 22, 95도2446; 대판 2003. 12. 26, 2003도3768; 대판 2007. 2. 8, 2006도6169.

56) 대판 2003. 12. 26, 2003도3768.

57) 대결 1983. 4. 2, 83모8.

58) 예컨대 정준섭, 앞의 논문, 159면 이하.

람직하기 때문이다. 그리고 경제적 능력에 따른 불평등이나 노역장유치에 따른 단기자유형의 폐해라는 벌금형의 문제는 일수벌금형제도의 도입, 벌금형에 대한 연납과 분납의 활성화, 사회봉사명령을 통한 노역장유치의 집행 등과 같은 벌금형제도 자체의 개선을 통해 해결하는 것이 바람직하다.

둘째, 집행유예제도의 취지와 국제적인 추세에 비추어 볼 때 집행유예가 가능한 상한은 3년 이하의 자유형이 적절하다. 우리나라의 법정형이 외국에 비해 매우 높게 설정되어 있기 때문에 오히려 상한선을 높여야 한다는 의견도 있다. 그러나 우리나라에서는 작량감경이 인정되고 있고 장차 형법개정을 통하여 작량감경제도가 폐지될 경우에도 과도한 법정형은 적절한 범위로 조정되어야 한다.

셋째, 형의 일부에 대한 집행유예는 인정하지 않는 것이 바람직하다. 왜냐하면 자유형에 대한 일부집행유예를 인정하는 것은 집행유예제도의 취지와 모순이고 벌금형에 따르는 경제적 불평등과 노역장유치의 폐해는 벌금형제도와 선고유예제도의 개선을 통하여 해결할 문제이기 때문이다. 따라서 자유형뿐만 아니라 벌금형에 대한 일부집행유예도 인정하지 않는 것이 타당하다.

넷째, 특정한 폭력범죄의 경우에는 전과자에 대한 집행유예를 제한하고, 그 밖의 범죄에 대해서는 재범위험성과 관련된 집행유예의 요건을 삭제하고 일정한 기간 내의 모든 자유형에 대해 집행유예가 가능하도록 형법을 개정하는 방안도 고려해볼 필요가 있다. 왜냐하면 재범위험성에 대한 예측이 사실상 거의 불가능하기 때문이다.

다섯째, 재범위험성에 대한 예측을 집행유예의 요건에서 제외하자는 입장에서 금고 이상의 실형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 살인, 상해, 강도, 강간 등과 같은 특정한 폭력범죄를 고의로 범한 경우를 집행유예의 결정사유로 인정하는 것이 바람직하다. 이와 같이 제한된 결정사유를 인정하면 집행유예기간 중에 범한 범죄에 대한 집행유예의 문제는 저절로 해결될 수 있다.

여섯째, 집행유예의 실효성을 확보하고 형사제재의 다양화를 도모하기 위해 집행유예의 부담부조건을 다양한 유형으로 확대할 필요가 있다. 예컨대 가택구금과 외출제한, 전자감시, 원상회복명령, 치료명령 등이 검토될 수 있다.

일곱째, 비교법적 관점과 구체적 타당성을 고려할 때 집행유예기간 중에 고의로 범죄를 범하여 금고 이상의 실형이 확정된 경우라고 할지라도 검사의 청구와 법원의 취소처

분이라는 판단절차를 거쳐서 효력을 상실시키는 방식으로 형법 제63조를 개정하는 것이 바람직하다.

여덟째, 집행유예결격사유의 사후발각을 필요적 취소사유로 하고 있는 형법 제64조 제1항은 폐지하는 것이 바람직하다. 왜냐하면 판결을 선고하기 이전에 결격사유를 발견해야 할 책임이 국가기관에 있음에도 불구하고 사후발각에 대한 책임을 진술거부권을 가지고 있는 피고인에게 전적으로 부담시키는 법치국가적 문제점을 안고 있기 때문이다.

아홉째, 준수사항위반이나 명령위반을 집행유예의 임의적 취소사유로 규정하고 있는 형법 제64조 제2항도 개선이 필요하다. 즉 준수사항이나 명령을 위반한 경우에도 사회복귀의 가능성이 남아 있다면 집행유예를 취소하지 않고 보호관찰기간의 연장, 추가적인 사회봉사명령 또는 수강명령 등과 같은 다른 수단을 통해 다시금 사회복귀의 기회를 부여하고, 부득이 집행유예를 취소하는 경우에도 유예기간동안 이행한 급부를 형기에 산입할 수 있도록 형법을 개정하는 것이 바람직하다.

열째, 형법 제65조에 규정된 집행유예의 효력과 관련하여 집행을 전제로 한 법률적 효력과 집행을 전제로 하지 않는 법률적 효력으로 나누고 집행을 전제로 한 법률적 효력만 소멸하는 것으로 이해하는 것이 적절하다. 왜냐하면 형의 선고와 관련된 모든 법률적 효력이 소멸한다면 사실적 효력에 근거하여 장래에 법적 불이익을 부과하는 것은 모순이기 때문이다.

A Study on the Improvement of Suspended Sentence

Choi, Suk-Yoon^{*}

Suspended sentence is defined as a type of criminal sanction under which a defendant is allowed to remain free in the community, subject to court-imposed conditions. If the defendant runs afoul of the law again or violates the imposed conditions, the suspended sentence may be revoked and the offender imprisoned. But, if criminal offender serve the suspension period without a major wrong doing while retaining their ordinary social life, that sentence is not realized.

Suspended sentence is a widely used from punishment, primarily because it is cost-effective and humanitarian. It is usually given to first-time or minor offenders. Nowadays the trends of offender-treatment head forward community treatment because of labeling effects of imprisonment. Suspended sentence is one of this trend. In other words, suspended sentence adopted as a criminal policy in order to overcome the bad effects of imprisonment and to realize the ideals of rehabilitation as the goal of punishment. Recently suspended sentence in korean criminal law is revised. The important revised contents are requisite of suspended sentence, reasons for disqualification of suspended sentence, and reasons for cancel of suspended sentence. However, we are not satisfied with the application of our current criminal law as a criminal policy. That is to say, current suspended sentence system in korean criminal law is still far from the original intention of this system.

Therefore korean suspended sentence should be expanded and our current criminal law should be revised in order to accomplish the goal of suspended sentence system. In this point of view, the meaning and character of suspended sentence are reviewed and several improvement measures of suspended sentence

^{*} Professor, Department of Maritime Police, Korea Maritime University, Ph.D. in Law

are offered in this article.

❖ Keywords : suspended sentence, probation, community service order,
attendance center order, criminal justice