

일부집행유예의 법제화

윤 동 호*

국 | 문 | 요 | 약

사안에 따라 응보적 관점이나 특별예방의 관점을 다양화할 수 있다는 점에서 일부집행유예 법제화는 정당하다. 형사실무도 일부집행유예를 필요로 하고 있다. 피고인에 대한 형벌이나 양형이 실행과 집행유예 사이에서 자리하는 경우도 있기 때문이다. 이 필요성은 법정형이 지나치게 높은 범죄의 경우 더 커진다.

자유형의 일부집행유예 법제화 반대론은 단기실형의 문제점을 강조하지만, 단기실형이 문제일지라도 불법과 책임에 상응하는 응보나 단기의 충격적 형벌의 필요성이 있다면 그 형벌은 집행되어야 하고, 정치인이나 사회지도층의 범죄, 사회적경제적으로 안정된 교통사범이나 경제사범 또는 식품위생사범에 대해서는 ‘짧지만 매서운 충격(short sharp shock)’이 필요할 수 있다. 또한 일부집행유예는 전부집행유예를 잠식하지 않으면서 장기실형을 회피하는 수단이 될 수 있다.

많은 나라들이 일부집행유예 또는 이와 유사한 제도를 도입하여 시행하고 있다. 영미법계의 미국은 연방법에 규정하던 일부집행유예는 폐지했지만, 미국 연방법은 이와 유사한 제도를 가지고 있고, 미국의 캘리포니아주는 일부집행유예를 운영하고 있다. 영국에는 부동의일부집행유예(Custody plus order)가 있다. 대륙법계의 프랑스는 1970년에 일부집행유예를 법제화했다. 오스트리아는 1987년에 일부집행유예를 도입하여 1988년 3월 1일부터 시행하고 있다. 스위스도 2002년 12월 13일 대개혁 또는 신형법으로 불리는 형법개정 때 일부집행유예를 도입하여 2007년 1월 1일부터 시행하고 있다. 가까운 일본도 일부집행유예를 도입하는 법안이 현재 국회에 제출되어 있는데, 반대의 목소리가 거의 없어서 올해 통과될 것으로 전망한다.

- ❖ 주제어 : 일부집행유예, 짧지만 매운 충격, 충격보호관찰, 부동의일부집행유예, 동의일부집행유예 또는 간헐적 구금

*제주대학교 법학전문대학원 조교수, 법학박사.

I. 문제제기

일부집행유예란 개념에는 2가지 전제가 있다. 하나는 집행유예가 가능한 형벌이어야 한다는 것이고, 다른 하나는 그 형벌이 분리가 가능한 것이어야 한다는 것이다. 따라서 형법 제41조가 규정한 9가지 형벌 가운데 사형은 현재 집행유예도 가능하지 않고 분리도 가능하지 않으므로 사형에 대해서는 결코 일부집행유예의 도입 여부를 논할 여지가 없다. 집행유예가 가능하고 분리가 가능한 형벌인 징역형과 금고형, 곧 자유형에 대해서는 일부집행유예의 도입 여부에 관한 논의를 바로 할 수 있다. 분리가 가능하지만 현재 집행유예의 대상이 될 수 없는 벌금형에 대해서는 집행유예의 도입을 전제로 일부집행유예의 도입 여부에 관한 논의를 할 수 있다.

자유형의 일부집행유예란 법원이 ‘징역 1년 6월’이라는 1개의 형을 선고하면서 일부인 1년만 일정 기간 동안 집행유예를 하는 것으로서, 결국 나머지 6월은 실형으로서 바로 집행된다. 이에 건줘 ‘징역 1년 6월’ 전부에 대해 일정 기간 동안 집행유예를 하는 현행 집행유예는 전부집행유예라고 할 수 있다.

현행법의 해석으로도 이런 일부집행유예를 인정할 수 있다는 견해¹⁾도 있으나, 대법원은 현행 형법 제62조 제2항은 일부집행유예를 허용하고 있지 않다고 본다.²⁾ “형을 병과할 경우에는 그 형의 일부에 대하여 집행을 유예할 수 있다”는 문언은 조문의 체계상 예컨대 징역형과 벌금형을 병과할 경우를 의미하므로, 하나의 징역형을 선고할 경우에는 그 형 전부에 대한 집행유예만 가능하다는 것이다. 아울러 대법원은 일부집행유예를 인정하려면 입법으로 별도의 근거규정을 마련해야 한다고 하면서, 이 때 일부집행유예의 요건, 효력, 일부 실형에 대한 집행의 시기와 절차 및 방법 등도 명확히 규정할 필요가 있다고 본다. 일부집행유예를 인정하려면 법제화가 필요하다는 것이다.

현재 자유형의 일부집행유예의 법제화 찬성론³⁾보다는 반대론⁴⁾이 우세하다. 반대

1) 서울동부지법 2006. 11. 9. 선고 2006노892 판결.

2) 대법원 2007. 2. 22. 선고 2006도8555 판결.

3) 김대휘, “형벌제도의 개선방향”, 사법행정 제374호, 1992, 28면; 오영근, “형법개정안의 형벌제도에 대한 검토”, 형사정책연구 제3권 제2호, 1992, 28면; 박상기, “현행 집행유예제도와 형법개정안”, 연세행정논총 제18집, 1992, 216면; 박상기, 형의 집행유예에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993,

론의 주된 논거는 자유형의 일부집행유예는 단기실형의 폐해를 안고 있다는 것이다. 그래서 자유형의 일부집행유예의 법제화는 반대하면서도 벌금형의 일부집행유예 법제화는 찬성하기도 한다.⁵⁾

이 글은 자유형의 일부집행유예의 법제화 방안을 마련하는데 목적을 두고, 먼저, 일부집행유예 법제화의 정당성과 필요성을 논증한다(II). 다음은, 일부집행유예 법제화 반대론의 부당성을 본다(III). 이어 일부집행유예에 관한 외국의 법제화 동향을 보고(IV), 끝으로 이를 참고로 일부집행유예 법제화 방안을 마련한다(V).

II. 일부집행유예 법제화 정당성과 필요성

1. 일부집행유예의 형벌이론적 정당성

형벌의 본질과 기능에 관해 역사적으로 크게 응보적 관점과 예방적 관점의 대립이 있어 왔으나, 한국에서는 현재 두 관점, 곧 ‘책임에 기초한 응보’와 ‘범죄의 예방’에 있다는 입장⁶⁾이 지배적인 가운데 응보적 관점을 배제한 입장⁷⁾도 있다. 두 입장

130면; 김성돈, 자유형제도의 개선방안, 한국형사정책연구원, 1995, 136면; 이운세, “집행유예 양형 실태 및 문제점”, 재판실무자료 2003(하), 양형실무위원회, 2004, 201면; 남영찬, “집행유예제도의 정비”, 형사사법제도 개선을 위한 법관세미나 자료, 사법연수원, 2004. 11, 42면 이하; 윤용규, “한국의 형유예제도: 선고유예와 집행유예”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 2004, 361면.

4) 서보학, “‘일부’집행유예제도와 ”short sharp shock“”, 형사정책 제9호, 1997, 258면 이하와 서보학, “집행유예제도: 입법론적 비판과 대안”, 형사정책 제13권 제1호, 2001, 72면 및 서보학, “형법개정안의 집행유예제도에 대한 평가와 향후 입법과제”, 고려법학 제62호, 2011. 9, 77면 이하가 반대론의 선두에 있고, 권수진, 형사법개정연구[IV] 유예제도의 정비방안, 한국형사정책연구원, 2009, 65면; 최석윤, “집행유예제도의 개선방안에 대한 검토”, 형사정책연구 제20권 제1호, 2009-봄호, 868면; 이천현, “하나의 자유형에 대한 일부집행유예”, 형사판례연구 [16], 2008. 6. 30, 77면 이하; 이승준, “형의 일부집행유예”, 외법논집 제28집, 2007. 11, 331면 이하; 김재중, “집행유예에 관한 판례 동향과 개선방안”, 충북대 법학연구 제19권 1호, 2008, 313면; 최상욱, “현행 형법상 일부집행유예의 가능성과 필요성”, 강원법학 제23권 2006. 12, 66면 이하; 권오걸, “개정 형법상의 집행유예”, 법학연구 제22집, 한국법학회, 2006. 5, 247면; 황정의, “형법상 유예제도의 문제점과 개선방안”, 형사법연구 제22호 (2004 겨울) 특집호, 621면이 이를 갖고 있다.

5) 서보학, “‘일부’집행유예제도와 ”short sharp shock“”, 형사정책 제9호, 1997, 258면 이하.

6) 예컨대 신동운, 형법총론, 법문사, 2006, 7면 이하; 이재상, 형법총론, 박영사, 2010, 4/31; 최석윤,

중 어떤 입장에 따른다 하더라도 일부집행유예는 정당성이 인정되는 제도이다.

가. 절충적인 입장: 형벌의 응보적 관점의 차등화

현행 형법의 집행유예제도는 3년 이하의 자유형(징역이나 금고)을 선고받은 사람 일지라도 그 형벌의 집행을 하지 않을 수 있도록 한 제도이다. 그 취지는 실형보다는 집행유예가 범죄자의 재사회화와 재범 방지에 더 효과가 클 것으로 판단하는 경우에는 실형의 낙인효과를 차단할 필요가 있다는 데 있다. 이는 형벌을 범죄의 예방이라는 기능적 관점에 무게를 둔 것이다.

따라서 현행 전부집행유예에는 형벌의 응보적 관점이 매우 약하다. 현행 집행유예에서는 고통적 성격을 찾기 어렵다. 형사절차의 대상이 될 경우 겪는 고통은 집행유예만의 문제는 아니다. 형벌의 선고 자체의 응보적 효과는 미약하다. 미결구금 상태에서 집행유예일 경우 미결구금은 비공식적 고통이지만, 이는 불구속재판의 증가로 줄어들었다. 1심 공판사건의 접수인원 중 구속과 불구속의 비율을 보면, 2000년에는 구속 50.5%, 불구속 49.5%이었으나 2009년에는 구속 14.0%, 불구속 86.0%를 기록했다.⁸⁾ 따라서 형사실무가 재판에서 이런 점을 우회적일지라도 고려하기 어려워졌다. 집행유예에 대한 임의적 부수처분인 보호관찰이나 사회봉사명령 또는 수강명령은 범죄자의 재사회화 효과를 높이기 위한 것이므로, 이것을 공식적 고통으로 볼 수는 없고, 그렇다 하더라도 그 고통은 범죄자가 저지른 범죄에 견주면 사소한 것이다. 불편하고 번거로움에 불과하다. 그래서 흔히 전부집행유예는 무죄로 인식하는 것이다.

사안에 따라 응보적 관점을 확보하여 그 정도에 차이를 두어서 응보적 관점을 다양화할 필요가 있다. 이런 점에서 일부집행유예가 필요하다. 희미한 응보와 전부에 가까운 예방기능이 필요한 사안도 있고, 이에 대응한 것이 전부집행유예이다. 물론 거꾸로 응보에 가까운 실형과 희미한 예방기능이 필요한 사안도 있고, 이에 대응한 것은 책임의 상한에 가까운 실형의 집행이라고 볼 수 있다. 이 사이에 일부집행유예

“양형기준설정과 관련된 몇 가지 고려사항”, 비교형사법연구 제10권 제1호, 2008, 82면 이하.

7) 김일수, 한국형법II[총론 下], 박영사, 1997, 568면 이하.

8) 2010 범죄백서, 법무연수원, 2011, 240면.

가 있는 것이다.

나. 형벌의 응보적 관점을 배제한 입장: 형벌의 특별예방적 관점의 다양화

형벌의 응보적 속성을 배제하여 일반예방과 특별예방만을 추구하는 입장에서도 일부집행유예는 필요하다. 왜냐하면 특별예방적 관점도 다양화할 필요가 있기 때문이다. 특별예방의 관점에서 보면 범죄자를 교정시설 밖에 두고 사회와 접촉하게 하면서 재사회화와 재범 방지를 추구해야 할 경우도 있지만, 범죄자를 사회와 격리시켜서 교정시설 안에 두는 이른바 충격적 방식으로 재사회화와 재범 방지를 추구해야 할 경우도 있다는 것이다. 따라서 전부집행유예 외에 일부집행유예를 두는 것은 형벌의 특별예방적 관점의 다양화 측면에서도 의미가 있다.

다. 실형과 집행유예의 사이에서: 형벌의 개별화/다양화

결국 실형과 집행유예의 사이에서, 또 전부(全部, Alles)와 전무(全無, Nichts)의 사이에서 다양한 스펙트럼을 인정한다면, 일부집행유예는 이 사이에 있는 것이다.⁹⁾

또한 다양성의 시대에 사안에 따라 형벌의 개별화와 다양화를 추구한다면, 일부집행유예는 바로 형벌의 개별화이자 다양화이다.

2. 일부집행유예의 형사실무상 필요성

가. 사안의 다양성

형사실무도 일부집행유예를 필요로 하고 있다. 피고인에 대한 형벌이나 양형이 실형과 집행유예 사이에서 자리하는 경우도 있기 때문이다. 예컨대 법원은 불법에 따른 책임의 상한을 징역 1년으로 판단하고 있고, 피고인은 피해자와 합의는 보지 못했지만 합의를 보기 위해서 진심으로 노력한 경우, 집행유예의 가장 중요한 요소인 피해자와의 합의가 없다는 이유만으로 징역 8개월의 실형을 선고하거나 피고인

9) 같은 취지: 2007년 11월 2일 스위스연방법원 형사부 판결문(한국형사정책연구원에 근무하는 김유근 박사가 검색해준 자료이다).

이 합의를 보기 위해 노력했다는 이유만으로 징역 1년에 집행유예 2년을 선고하는 것보다, 피고인에게 징역 8월의 실행과 4월의 집행유예를 선고하는 것이 옳을 수 있기 때문이다.

현재처럼 전부집행유예가 가능한 대상범죄가 ‘3년 이하의 징역이나 금고’를 선고할 경우로서 비교적 장기이므로 이런 필요성이 크고, 예컨대 대상범죄를 ‘5년 이하의 징역이나 금고’로 더 확대하면 이런 필요성은 이에 비례해서 더 커진다.

나. 형벌가중적 형사정책의 제어수단

이런 필요성은 법정형이 지나치게 높은 범죄의 경우 더 커진다. 형벌이 “에스컬레이트화¹⁰⁾”되어가고 있는 상황에서는 그 필요성은 더더욱 커진다. 물론 이 문제는 비정상적인 법정형을 조정하는 것으로 해결하는 것¹¹⁾이 옳지만, 지속적으로 법정형을 가중하는 방식으로 범죄투쟁을 추구하는 현대 형사정책의 경향을 현실적으로 거스르기 어렵다는 점에서 의미가 크다.

III. 일부집행유예 법제화 반대론의 부당성

1. 단기실형으로 인한 악풍의 감염은 집행의 문제

일부집행유예 법제화 반대론은 단기실형에는 악풍의 감염이라는 폐해가 있고, 집행유예제도의 취지는 그런 단기실형의 회피에 있는데, 일부집행유예는 집행유예제도의 그런 본래 취지에 어긋난다고 주장한다.¹²⁾ 어느 정도가 단기실형인지를 두고 다툼이 있을 수 있지만, 이는 곧 예컨대 6개월 이하라면 6개월 이하의 단기실형은 선고하지 않고 집행유예로 대신해야 한다는 말이다.

10) 이 표현은 하태훈, “범치국가에서의 형법과 형사소송법의 과제”, 고려법학 제62호, 2011. 9, 28면.

11) 법무부, 형법(총칙)일부개정법률안 제안 이유서, 2011. 4, 67면.

12) 서보학, “‘일부’집행유예제도와 ‘short sharp shock’”, 형사정책 제9호, 1997, 258면; 최석윤, “집행유예제도의 개선방안에 대한 검토”, 형사정책연구 제20권 제1호, 2009-봄호, 868면.

그러나 첫째, 단기실형이 문제일지라도 불법과 책임에 상응하는 응보나 단기의 충격적 형벌의 필요성이 있다면 그 형벌은 집행되어야 한다.¹³⁾ 정치인이나 사회지도층의 범죄, 사회작·경제적으로 안정된 교통사범이나 경제사범 또는 식품위생사범에 대해서는 ‘짧지만 매서운 충격(short sharp shock)’이 필요할 수 있다. 둘째, 단기실형이 장기실형보다 상대적으로 유용한 제도인데,¹⁴⁾ 일부집행유예는 전부집행유예를 잠식하지 않으면서 장기실형을 회피하는 수단이 될 수 있다. 셋째, 단기실형의 폐해는 형벌의 집행의 문제이지, 양형이나 형벌의 문제가 아니다. 교도소가 이른바 범죄학교라면 그 기간의 장단기는 큰 문제가 아니며 오히려 단기실형보다 장기실형이 더 큰 문제이다. 넷째, 정확히 말하면 집행유예제도의 취지는 특별예방적 관점에서 (단기)실형의 필요성이 없다는 데 있고, 이로써 단기실형이 회피되는 것이지, 단기실형의 회피 그 자체가 집행유예의 목적인 것은 아니다. 만일 단기실형을 회피해야한다면, 독일처럼 6개월 이하의 자유형의 선고는 예외적으로만 가능하도록 하고, 벌금형이 규정되어 있지 않을지라도 자유형을 (일수)벌금형으로 대체할 수 있도록 하는 규정(형법 제47조)을 두는 방식이 옳다고 본다. 따라서 단기실형의 문제를 일부집행유예의 도입을 반대하는 논거로 사용하는 것은 부적절하다고 본다.

2. 단기실형은 일반예방이 아니라 응보 또는 특별예방

일부집행유예 법제화 반대론은 일부집행유예가 특별예방효과를 이용 또는 희생하여 일반예방효과를 거두는 것이어서 문제라고 주장하면서도,¹⁵⁾ 3년 이상의 징역이나 구금의 형을 선고할 경우에만 집행유예를 할 수 있도록 일부집행유예를 법제화해야한다는 견해¹⁶⁾는 일반예방효과를 떨어뜨린다고 비판한다.¹⁷⁾

그러나 먼저 이러한 논리는 정당화되기 어렵다고 본다. ‘3년 이상의 실형’을 통한

13) Alois Birklbauer, "Die teilbedingte Strafnachsicht-Entstehung, Intention und erste Analyse der Praxis-", Moos-FS, 1997, 91면.

14) 한영수, 행형과 형사사범, 세창출판사, 2000, 127면.

15) 서보학, “‘일부’집행유예제도와 ”short sharp shock“”, 형사정책 제9호, 1997, 260면.

16) 박상기, 형의 집행유예에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993, 130면; 박길성, 앞의 논문, 690면.

17) 서보학, “‘일부’집행유예제도와 ”short sharp shock“”, 형사정책 제9호, 1997, 261면 이하.

일방예방효과는 추구해야 하고 특별예방효과는 희생시켜도 되지만, ‘3년 미만의 실형과 결합한 일부집행유예’를 통한 일방예방효과는 추구해서는 안 되고 특별예방효과는 희생시키면 안 된다는 논리이기 때문이다. 또한 단기실형은 일반예방이 아니라 책임에 상응한 응보 또는 특별예방이다. 더욱이 일반예방이 응보나 특별예방을 대신할 수는 없다. 수감율의 증감이 범죄율에 영향을 미친다¹⁸⁾고 해서 정당성을 상실한 응보나 가중적 응보 또는 특별예방적 목적의 구금으로 수감율을 증가시킬 수는 없다. 만일 이렇게 본다면 범죄자를 처벌하는 것은 범죄자 자신을 위한 것이 아니라 타인의 범죄예방을 위한 것이므로, 범죄자를 범죄예방의 도구로 활용하는 것이다. 이처럼 단기실형은 일반예방을 목적으로 한 것이 아니므로, 일반예방을 위해서 특별예방을 희생시키는 것이라고 말할 수도 없다.

3. 단기실형의 응보나 특별예방을 경고로 대체불가, 응보(고통)의 차등화와 다양화

일부집행유예 법제화 반대론은 단기실형의 경고효과는 초범이 겪는 형사절차의 고통으로 충분하다고 주장한다.¹⁹⁾

그러나 단기실형이 목적으로 하는 응보나 특별예방을 형사절차에서 겪는 고통이나 집행유예 선고로 인한 고통과 동일하게 보거나 대체할 수는 없다. 형사절차의 연루로 인해 발생할 경고효과를 단기실형의 응보효과나 특별예방효과와 같게 볼 수는 없다. 범죄자에 대한 형벌이나 양형이 형사절차에서 겪는 고통으로 충분한 경우도 있고, 전부집행유예 선고로 인한 고통으로 충분한 경우도 있지만, 단기실형이 필요한 경우도 있고, 또 단기실형과 일부집행유예 선고로 인한 고통이 필요한 경우도 있다고 봐야한다.

18) 김정욱/채수복, 양형이 범죄억제에 미치는 영향에 관한 연구, 대검찰청, 2011. 7, 73면.

19) 서보학, “‘일부’집행유예제도와 ”short sharp shock“”, 형사정책 제9호, 1997, 260면.

4. 집행유예는 과거와 현재에 근거한 미래의 판단

일부집행유예 법제화 반대론은 집행유예는 재범의 위험성이 없다고 보는 범죄자에게 주어질 수 있는 것으로서, 집행유예 선고는 오로지 특별예방의 관점에 있는 미래지향적 판단이어야 하므로, 여기에는 과거지향적 판단은 개입될 수 없다고 주장한다.²⁰⁾ 그러면서 형법 제62조 단서의 집행유예 결정요건에 해당하여 전부집행유예를 할 수 없는 경우에 한정하여 일부집행유예를 인정해야한다는 견해²¹⁾는 범죄자의 과거를 근거로 집행유예를 판단하는 문제를 안고 있다고 비판한다. 곧 집행유예 여부를 판단할 때 범죄자의 미래만 보고, 과거는 결코 보서는 안 된다는 것이다.

그러나 독일 형법 제56조가 재범의 위험성 여부를 집행유예의 판단기준으로 한 것과 달리, 형법 제62조 제1항은 범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기, 수단과 결과, 범행후의 정황 등 제51조의 양형참작사항을 고려하여 집행유예 여부를 판단하도록 하고 있다는 것을 분명히 할 필요가 있다. 또한 재범의 위험성 여부를 집행유예의 결정적인 판단기준으로 삼는 것이 옳다는 이유로, 형법 제62조 제1항을 재범의 위험성을 의미하는 것으로 해석하거나 이런 해석을 명시적으로 규정한다고 하더라도,²²⁾ 집행유예라고 해서 미래만 보는 것이 아니다. 집행유예는 범죄자의 과거와 현재를 보고, 범죄자의 미래를 판단하는 것이다. 형사실무가 집행유예를 판단할 때 재범의 위험성이 아니라 사안의 경중과 피해회복 여부를 가장 중요한 기준으로 삼는 것²³⁾도 문제이지만, 재범의 위험성만을 오로지 집행유예의 판단기준으로 삼을 수는 없다. 집행유예 여부는 범죄행위 그 자체의 중대성 여부, 피해회복 여부는 물론 범죄자의 과거행적과 현재상황 등을 근거로 하여 장래의 재범의 위험성 여부로 판단해야 한다. 그래서 형법 제62조 제1항도 제51조의 양형참작사항을 고려하도록 한 것이다. 이런 판단과정에서 전부집행유예는 장래 재범의 위험성이 낮다는 점에 방점을 둔 것이라면, 실형은 범한 범죄와 현재 상황에 방

20) 서보학, “‘일부’집행유예제도와 ‘short sharp shock’”, 형사정책 제9호, 1997, 260면.

21) 김성돈, 자유형제도의 개선방안, 한국형사정책연구원, 1995, 136면.

22) 예컨대 최석윤, “집행유예제도의 개선방안에 대한 검토”, 형사정책연구 제20권 제1호, 2009봄호, 868면 이하.

23) 조의연, “21세기 한국의 집행유예제도 -현상과 문제점, 그리고 재선방안-”, 형사정책연구 제17권 제4호, 2006겨울호, 585면.

점을 둔 것이고, 일부집행유예는 범한 범죄와 현재 상황 및 재범의 위험성 모두에 방점을 둔 것이라고 볼 수 있다. 한편 집행유예의 결정요건은 과거 행적에 근거한 재범의 위험성의 법정화로서, 재범의 위험성 여부에 관한 법관의 판단을 제한한 것이다. 정확히 말하면 재범의 위험성 판단의 어려움에서 법관을 구제하기 위한 것이다. 이를 둘 것인지 여부는 재범의 위험성 판단방식에 관한 법정책의 문제이다.

5. 형벌이나 양형의 다양화와 집행의 다양화(가석방)의 구별

일부집행유예 법제화 반대론은 일부집행유예가 노리는 효과는 가석방으로 대체할 수 있다고 주장한다.

그러나 가석방은 법무부장관의 결정에 의한 행정처분에 불과하므로 가석방과 일부집행유예는 그 의미와 기능이 다르다. 가석방은 형벌의 집행의 문제로서 집행의 다양화를 의미하는 반면, 일부집행유예는 형벌 또는 양형의 다양화를 의미한다. 일부집행유예는 판결을 선고할 때부터 행위자의 재사회화 가능성을 예측하고 일정 기간의 응보적 책임형벌이나 충격적 특별예방과 일정 기간의 집행유예를 결합시켜 재사회화 효과를 극대화하려는 것이다. 반면에 가석방은 교정시설 안에서의 수형성적을 판단기준으로 하여 범죄자의 사회복귀를 돕는 것이다.

IV. 일부집행유예에 관한 외국의 법제화 동향

일부집행유예에 관한 외국의 법제화 동향을 보기에 앞서 먼저 집행유예란 개념을 올바르게 이해할 필요가 있다.

1. 집행유예 개념의 올바른 이해

가. 보호관찰과 구별

집행유예(Suspending execution of imposed sentence)와 보호관찰(Probation)은 서로 다른 개념임에도 불구하고 Probation을 집행유예로,²⁴⁾ 또 충격보호관찰(Shock Probation 또는 Split Probation)을 일부집행유예로²⁵⁾ 각각 이해하기도 한다. 물론 집행유예의 경우 흔히 보호관찰이 부과되므로, 틀린 이해는 아니지만, 집행유예와 보호관찰은 엄밀히 구별되는 개념이고, 일부집행유예와 충격보호관찰도 차이가 있다. 충격보호관찰은 전체형기 가운데 일정 기간의 구금과 나머지 비구금기간의 보호관찰이 결합된다는 점에서 일부집행유예와 같지만, 구금기간이 특정되지 않기 때문이다.

초기 Common Law 시대부터 형의 선고나 집행을 유예하는 관행이 있었다. ‘선고의 정지’로 번역하는²⁶⁾ 형의 유예(Suspension of sentence)가 그것이다. 이는 우리의 선고유예에 해당하는 Suspending imposition of sentence와 우리의 집행유예에 해당하는 Suspending execution of imposed sentence로 구별된다. Suspending execution of imposed sentence는 (배심재판에 의한) 유죄(conviction)가 인정되고 (판사에 의해) 형의 선고(sentence)도 있었지만, 그 형의 집행을 유예하는 것인데, 판사는 그 형의 일부만을 유예할 수도 있으며,²⁷⁾ 이것이 곧 일부집행유예다. 그런데

24) 성백현, “미국 형사재판에 있어서 집행유예(Probation)제도-특히 집행유예의 조건(Conditions of Probation)에 관하여-”, 재판자료 제73집, 법원도서관, 1996, 432면.

25) 예컨대 서보학, “‘일부’집행유예제도와 ”short sharp shock“”, 형사정책 제9호, 1997, 254면.

26) 법원행정처, 외국사법제도연구(6)-각국의 집행유예 제도-, 2009, 4면.

27) American Jurisprudence, 2d, Criminal Law, 2011, §843; 법원행정처, 외국사법제도연구(6)-각국의 집행유예 제도-, 2009, 6면.

Suspending execution of imposed sentence를 판사의 권한으로 인정한 사건도 있지만,²⁸⁾ 법적인 근거가 없는 한 판사에게는 이런 권한이 없다고 본 사건도 있었다.²⁹⁾

보호관찰은 위와 같은 집행유예가 관행적으로 있던 시기에 1841년 미국 보스턴의 John Augustus란 이름의 제화업자가 알코올중독죄로 기소된 자를 보증하면서 판결전조사(presentence investigation)와 함께 탄생한 제도이다.³⁰⁾ John Augustus는 이 알코올중독범죄와 알코올중독범죄자에 관한 상세한 보고서를 재판부에 제출하면서 3주 동안 선고를 연기하고 이 동안 알코올중독죄로 기소된 자를 석방하여 자신의 감독 아래 둘 수 있도록 하는 것을 요구했고, 이 기간이 끝난 후 알코올중독죄로 기소된 자는 자신이 바뀌었음을 판사에게 확인시키고 명목적인 벌금만 받는다.

이렇게 시작한 보호관찰이 형의 유예제도를 밀어내고 전면에 선다.³¹⁾ 보호관찰이 구금형의 대체가 아니라 독자적인 형벌로 선고된 것이다. 이에 따라 미국은 1987년 11월 1일 양형개혁법(Sentencing Reform Act)을 시행하면서, 연방법(18 U.S.C. §3651)이 형의 일부는 구금형을 선고하고 나머지는 보호관찰을 선고할 수 있도록 한 일부집행유예제도도 폐지한다.

나. 가석방과 구별

가석방은 조건부 조기석방제도로써 수형자가 일정한 조건을 충족하면 형기만료 시점 이전에 감독(supervision)을 받을 것을 조건으로 석방시키고 그런 가석방결정이 취소되거나 무효로 되지 않고 일정기간이 경과하면 형의 집행이 종료된 것으로 간주하는 제도이다. 집행유예는 법관이 형을 선고하면서 처음부터 그 형의 전부 또

28) State v. McCoy, 94 Idaho 236, 486 P.2d 247(1971); State v. Burroughs, 113 N.H. 21, 300 A.2d 315(1973); State v. Everett, 164 N.C. 399, 79 S.E. 274(1913).

29) Ex parte U. S., 242 U.S. 27, 37 S. Ct. 72, 61 L. Ed. 129(1916); People v. Howard. 16 Cal. 4th 1081, 68 Cal. Rptr. 2d 870, 946 P.2d 828(1997); State v. Clevenger, 114 Ohio St. 3d 258. 2007-Ohio-4006, 871 N.E.2d 589(2007).

30) John Petersilia, "Probation and Parole", The Handbook of Crime & Punishment, Oxford University Press, 1998, 566면; 법원행정처, 외국사법제도연구(6)-각국의 집행유예 제도-, 2009, 9면 이하.

31) 박상기, 형의 집행유예에 관한 연구, 1993, 24면; 오기두, "미국의 형벌제도", 저스티스 통권 제82호, 2004. 12, 139면; 법원행정처, 외국사법제도연구(6)-각국의 집행유예 제도-, 2009, 20면.

는 일부를 유예하는 것인 반면, 가석방은 법관이 선고한 형을 집행하다가 뒤늦게 형의 집행을 유예하는 것이다.³²⁾

가석방제도는 영국의 식민지였던 호주에서 탄생하여 영국에서 확립된 제도로서 영미법계는 이를 Parole이라고 부른다. 영미법계에서 형의 선고 이후 집행 도중에 부과되는 감독조건인 Parole(선서 또는 맹세, 한국 형법으로는 보호관찰)은 가석방의 조건을 의미하는 반면, Probation은 형을 선고할 때 그 형을 (집행)유예하면서 부과하는 조건을 의미한다고 볼 수 있는데, 그런 조건을 내리는 결정(곧 형의 유예 결정이나 가석방결정)보다 그런 조건을 더 중요하게 부각시켜서 제도에 이름을 붙인 것이라고 볼 수 있다. 독일은 집행유예를 Strafaussetzung(형유예)라고 하고 가석방은 Strafrestauesetzung(잔형유예)라고 한다.

2. 일부집행유예에 관한 외국의 법제화 동향의 개관

영미법계의 미국은 연방법에 규정되어 있던 일부집행유예는 폐지했지만, 미국 연방법은 이와 유사한 제도를 가지고 있고, 미국의 캘리포니아주는 일부집행유예제도를 운영하고 있다. 영국은 1967년 이후 관행적으로 인정하던 일부집행유예를 1982년 3월 29일 효력을 발생한 1977년 형법(Criminal Law Act 1977)이 제47조에서 명문화했다가³³⁾ 1991년 형사사법법(Criminal Justice Act 1991)이 1992년 10월 1일 삭제하였는데, 2003년 형사사법법(Criminal Justice Act 2003)에 다양한 사회처분(Community Sentence)을 추가하면서 감독조건부전부집행유예(Suspended Sentence Order)와 함께 일부집행유예를 다시 도입했다.³⁴⁾ 영국의 현행 집행유예의 체계는 2003년 형사사법법이 세운 것이다. 일부집행유예에는 부동의일부집행유예(Custody plus order)와 동의일부집행유예 또는 간헐적 구금(Intermittent custody order)이 있었는데, 동의일부집행유예는 2004년 1월 1일부터 3년 동안 시범시행을

32) 한영수, “한국과 독일의 가석방제도”, 안암법학 제17호, 2003, 100면.

33) Regina. v. Clarke(Linda) 사건(1982년 5월 20일) 판결문(The Weekly Law Reports, August 6, 1982, 1092면).

34) 법원행정처, 외국사법제도연구(6)-각국의 집행유예 제도-, 2009, 161면의 각주 51; Andrew Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, Cambridge University Press, 2010, 295면.

한 후 2006년 11월 20일 폐지되어서, 현재는 부동의일부집행유예만 남아있다.

대륙법계의 프랑스는 1970년 일부집행유예를 법제화했다.³⁵⁾ 오스트리아는 1987년 일부집행유예를 도입하여 1988년 3월 1일부터 시행하고 있다.³⁶⁾ 스위스도 2002년 12월 13일 대개혁 또는 신형법으로 불리는 형법개정 때 일부집행유예를 도입하여 2007년 1월 1일부터 시행하고 있다.³⁷⁾ 가까운 일본도 일부집행유예를 도입하는 법안(약칭하여 도입안)이 국회에 제출되어 있는데, 반대의 목소리가 거의 없어서 도입안대로 통과될 것으로 전망한다. 독일은 “집행유예(Strafaussetzung)는 그 형의 일부로 제한될 수 없다(형법 제56조 제4항)”고 하여 명시적으로 일부집행유예를 부정하고 있다. 그러나 독일의 가석방은 일부집행유예와 유사한 의미와 기능을 한다고 볼 수 있다.³⁸⁾ 독일은 가석방에 대해 법관이 관여하기 때문이다(형법 제57조).³⁹⁾ 독일은 1975년 법원조직법을 개정하여 주법원 안에 설치한 행형부가 가석방 결정 등을 비롯한 형집행사항을 관할한다.⁴⁰⁾

3. 미국

가. 캘리포니아주의 일부집행유예(Suspending partial execution of imposed sentence)

캘리포니아주는 일부집행유예를 인정하고 있다. 총기위협죄(assault), 직무집행 중인 경찰관이나 소방관에 대한 총기위협죄, 주거등에 대한 발포죄, 직무집행 중인

35) 박상기, 형의 집행유예에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993, 90면.

36) Birkbauer, "Die teilbedingte Strafnachsicht-Entstehung, Intention und erste Analyse der Praxis", Moos-FS, 1997, 83면.

37) 2002년 스위스 개정형법의 개정경위와 주요내용은 이진국, 주요 선진국의 형사특별법제 연구: 스위스 신형법의 주요내용과 정책적 시사점, 한국형사정책연구원, 2008, 32면 이하 참조; 최준혁, “스위스신형법의 형사제재”, 형사정책 제21권 제2호, 2009. 12, 105면 이하.

38) 김대휘, “형벌제도의 개선방향”, 사법행정 제374호, 1992, 28면.

39) 한영수, “한국과 독일의 가석방제도”, 안암법학 제17호, 2003, 112면.

40) 정승환, “형벌집행에 대한 법관의 통제와 형집행법원의 필요성”, 형사법연구 제22호, 2004 겨울, 398면; 정승환, “행형법관(Strafvollzugrichter)의 도입에 관한 고찰”, 형사정책연구 제12권 제4호, 2001·겨울호, 64면 이하.

경찰관에게 충기를 난폭한 방법으로 과시하는 죄는 최소 6개월 구금을 조건으로, 그 밖의 사람에게 충기를 난폭한 방법으로 과시하거나 분쟁 중에 불법적으로 충기를 사용하는 범죄는 최소 3개월의 구금으로 각각 형의 선고나 집행을 유예할 수 있다(California Penal Code 1203. 095).

나. 유사제도

(1) 충격보호관찰(Shock Probation 또는 Split Probation)

흔히 충격보호관찰로 불리는 Shock Probation은 보호관찰의 변형이다. 충격보호관찰은 법원이 범죄자에 대한 구금을 선고하면서, 전체구금형기 중 일부(30일에서 120일)를 구금시킨 후 나머지 기간을 석방시켜 Probation으로 바꾸는 것이다. 범죄자는 구금의 “shock” 후에 석방되어 Probation으로 다시 선고를 받는다. 범죄자는 Probation 중에 간헐적으로 예컨대 주말이나 밤에 Jail에 구금될 수 있다.⁴¹⁾ Shock Probation은 범죄자가 판결을 선고할 때에는 범죄자가 단기구금(Shock Incarceration)에 처해진다는 것을 알지 못하므로 구금 중 예상 밖으로 석방되면 재사회화효과가 더 클 수 있고, 단기구금으로 인한 재범방지효과도 클 것이라는 점에 착안한 제도라고 할 수 있는데, Shock Probation이 몇 개의 주에서 실시되고 있는지는 알려져 있지 않고, 대략 Probation 대상자 중 1%미만이 Shock Probation을 선고 받는다.⁴²⁾

(2) 감독조건부 석방(supervised release)

보호관찰의 또 다른 변형으로 감독조건부 석방이 있다. 법률에 특별규정이 있거나 1년 이상의 징역형을 선고하는 경우, 일정 기간의 징역형 집행 후에 일정 기간 동안 일정한 조건을 이행하도록 하여 석방하는 제도를 말한다. 감독조건부 석방을 선고할 때는 집행할 구금기간을 선고한다는 점에서, 보호관찰과 차이가 있다.

이 제도를 일부집행유예로 이해하는 견해⁴³⁾도 있다. 그러나 이는 일부집행유예와

41) George F. Cole-Christopher E. Smith, Criminal Justice in America, 2008, 267면.

42) 법원행정처, 외국사법제도연구(6)-각국의 집행유예 제도-, 2009, 38면.

다르다고 봐야한다. 일부집행유예는 판사가 선고할 때부터 전체 형기를 정하고 이중 구금기간과 유예기간을 모두 정하지만, 감독조건부 석방의 경우는 판사는 형 집행기간만 정해서 선고하고 감독조건부 석방기간은 양형지침에 따라 정해지기 때문이다.⁴⁴⁾ 오히려 이는 parole, 곧 우리의 가석방에 가깝지만, 가석방과도 차이가 있다. 가석방의 경우는 석방기간을 무사히 경과하면 석방기간의 형기를 집행한 것으로 간주하지만, 감독조건부 석방의 경우는 그 석방기간이 징역형의 대체기간이 아니기 때문이다.

4. 영국

가. 영국의 일부집행유예에 대한 올바른 이해

(1) 1977년 형법 제47조의 일부집행유예

1977년 형법 제47조의 일부집행유예를 김용진은 아래와 같이 소개하고 있다.⁴⁵⁾

“범죄가 상당히 무거워서 3월 이상 2년 이하의 구금형이 적정한 형이고 그 형의 전부를 집행유예하는 것이 부적당할 뿐만 아니라 그 형을 사회봉사명령으로 대체하는 것도 부적당한 경우 일부집행유예를 선고하는데, 이 때 즉시 집행되어야 할 형기는 최소 28일 이상이어야 하고 최대 전체 형기의 3/4 이하이어야 한다. 유예기간은 법원이 따로 정하는 것이 아니고 일부실형의 형기를 마치고 출소한 날부터 전체 형기의 마지막 날까지이다.”

그러나 1977년 형법 제47조의 일부집행유예가 가능한 구금형의 하한은 6개월이고,⁴⁶⁾ 즉시 집행되어야 할 형기, 곧 실행기간은 최소 구금형의 하한의 1/4 이상, 곧

43) 박길성, “1개의 형을 선고하면서 그 형기의 일부에 대해서는 실형을 선고하고 나머지 일부에 대해서만 집행유예를 선고하는 것이 가능한지 여부(소극)”, 대법원판례해설 제70호, 2007년 상, 670면.

44) 오기두, “미국의 형벌제도”, 저스티스 통권 제82호, 2004. 12, 140면.

45) 김용진, 영국의 형사재판, 청림출판, 1995, 104면.

46) Where a court passes on an adult a sentence of imprisonment for a term of not less than six months and not more than two years, it may order that, after he has served part of the sentence

1개월 보름이어야 한다.⁴⁷⁾ 따라서 14일 또는 28의 실행은 선고될 수 없다.

또한 김용진은 ‘R. v. Clarke 1982’를 각주로 달아서 영국의 집행유예가 아래와 같이 선고되고 있다고 소개하고 있다.⁴⁸⁾

“일반 대중의 법감정에 부응하기 위해서 상당기간의 징역형이 요구되나 피고인의 구체적 사정을 고려할 때 그 전부의 징역형이 가혹한 경우, 예컨대 중한 범죄를 범한 초범이나 처음으로 징역형을 선고받은 피고인 또는 오래 전에 징역형을 선고받은 경력이 있는 피고인에게 주로 일부집행유예를 선고한다.”

그런데 1977년 형법 제47조가 1982년 3월 29일 효력을 발생한 이후 처음 나온 판결로 보이는 Regina v. Clarke(Linda) 사건(1982년 5월 20일) 판결은 일부집행유예를 아래와 같이 설명하고 있다.⁴⁹⁾

“판사는 일부집행유예를 선고하기 전에 다음과 같은 질문을 스스로에게 던져야한다. 첫째, 구금형을 실제로 선고할 필요가 있는 사건인가? 만일 그렇지 않은 사건이라면 비구금형을 선고해야하고, 구금형의 선고가 필요한 사건이라면 둘째, 다음과 같은 질문을 스스로에게 해야 한다. 구금형에 동등한 사회봉사명령을 부과할 수는 없는가? 또는 그 전부를 집행유예를 할 수는 없는가? 이런 문제들은 매우 세심한 고려를 해야 한다. 판사가 유죄의 확신이 서지 않는다는 이유로 손쉽게 일부집행유예를 선택할 수 있다. 이런 유혹에 빠져서는 안 된다. 사회봉사명령이나 전부집행유예를 선고할 수 있다면, 물론 그렇게 해야 한다. 그렇지 않다면 세 번째 질문을 던져야한다. 어느 정도가 최소한의

in prison, the remainder of it shall be held in suspense[Regina. v. Clarke(Linda) 사건(1982년 5월 20일) 판결문(The Weekly Law Reports, August 6, 1982, 1092면)]

47) Regina. v. Clarke(Linda) 사건(1982년 5월 20일) 판결문(The Weekly Law Reports, August 6, 1982, 1095면).

48) 김용진, 영국의 형사재판, 청림출판, 1995, 105면.

49) The Weekly Law Reports, August 6, 1982, 1094면 이하.

적정 형기인가? 초범자에게는 구금의 단기실형이 충분한 충격일 수 있다. 어떤 경우에는 제47조가 규정한 최소형기(6개월의 1/4인 1개월 보름)보다 더 짧은 14일이나 28일이 충분할 수 있다. 그런 사건에서는 일부분의 집행유예 없이 그것이 판사의 명령이 되어야 한다. 단기실형을 선고할 경우 이에 추가하여 벌금이나 배상명령이 적절하다면 이를 부과할 수 있다.

구금형이 필요하지만, 단기실형은 충분하지 않고 또 그 전부를 집행유예하는 것이 적정하지 않다면 일부집행유예를 검토해야한다. 이 때 가장 조심해야 할 것은 일부집행유예의 선고권한을 선고형기를 늘리는 방식으로 사용해서는 안 된다. 정확하게 어떤 경우에 일부집행유예를 선고하는 것이 좋을지 만족스럽게 예상하는 것은 가능하지 않지만, 본 재판부가 생각하는 일반적인 유형은 최소 6개월의 구금이 당연한 중대한 범죄이지만, 그 전부의 집행유예를 충분히 정당화할 만큼의 관대한 완화사정은 존재하지 않는 사건이다. 여기에 해당하는 사례를 드는 것은 위험할 정도로 어려운 일이지만, 감히 시험적으로 몇 가지 사례를 들면, 첫째, 항상 구금의 실형을 받았던 단 한 번의 중대한 폭력 행위이다. 둘째, 현재는 18개월이나 2년의 구금형을 정당화할만한 강도죄(burglary)이지만, 그 범죄자의 이력을 보면 그 구금형이 제한되는 것이 적합한 경우이다. 셋째, 단기실형을 선고하기에는 불충분한 공공기관에 대한 사기나 신용카드사기. 넷째, 도박에 사용된 재물의 총액의 1/2정도의 도박자금을 대고 하는 도박. 다섯째, 신뢰를 깨뜨리는 방식의 절도. 여섯째, 자신을 고용한 사람에 대한 절도. 이런 사건들이 공중에는 해를 주지 않지만 수행자에게는 이익을 주는 일부집행유예의 모범사례들이다.

본 재판부는 형벌체계에 관한 자문위원회의 말을 그대로 인용하여 소개하려고 한다. ‘우리는 일부집행유예를 다음과 같은 신뢰할만한 범죄학의 지식 중 하나를 개발하는 올바른 수단으로 평가한다. 처음으로 교도소에 보내진 많은 범죄자들은 바로 이어서 다시 범죄를 범하지 않는다. 우리는 일부집행유예를 short, sharp shock[짧지만 매우 충격]을 집행하는 수단이나 전부집행유예를 대체하는 것으로 보지 않고, 교도소에 일정 기간 수감되어야만 하지만 범죄에 적당한 최소형기의 단지 작은 부분만 수감되더라도 결국 효과적으로 억제될 수 있는 중대한 초범자나 최초수행자에게 특별히 적용될 수 있는 것으로 본다. 우리는 이것이 바로 일부집행유예의 주요 역할이라고 본다.

본 재판부는 일부집행유예를 선고할 만한 다른 유형으로 다음을 제시한다. 최종 구금기간이 상당히 오래 전에 있었던 범죄자이다. 이런 범죄에 대해서는 공공의 거부감을 표시하고 다른 사람에 대한 억제책으로서 단기실형의 선고 이상의 것이 요구되지만, 특별한 범죄자의 상황으로 인해 일부의 단기실형과 잔여형기의 집행유예의 위협만으로도 행위자가 한 짓에 대한 응보이자 장래의 재범 방지에 충분한 사건이면 일부집행유예가 적합하다.”

(2) 동의일부집행유예 또는 간헐적 구금(Intermittent custody)의 폐지

아이를 가진 여성범죄자들이 가족들과 떨어지지 않게 해주고, 범죄자들의 사회복귀에 도움을 주려는 취지에서 2003년 형사사법법 제183조-제186조에 도입되었던 동의일부집행유예⁵⁰⁾를 2004년 1월 1일부터 3년 동안 시범시행을 하였는데, 내무부(Home Office)는 동의일부집행유예를 위한 구금시설을 증대한 범죄자들을 위해 사용하여 교도소 과밀수용 문제해결에 보탬이 되도록 하기 위해서 2006년 11월 20일 폐지하기로 결정했다.⁵¹⁾ 시범시행기간 동안 폭력범죄, 절도, 공공질서범죄, 사기, 문서위조 등의 죄로 모두 447명이 동의일부집행유예 선고를 받고, 교도소 담장 밖에 특별히 건축된 주거단지의 78개 방에서 구금되어 주말이나 평일을 보냈는데, 의도는 좋았지만 비용에 견줘 만족할 만한 성과는 내지 못했다는 평가를 받았기 때문이다. 판사들은 직장이나 아이를 돌봐야하는 범죄자들에게 주로 동의일부집행유예를 선고하였는데, 그 선고의 88%는 주말구금이었고, 그 나머지는 모두 주중구금이어서 시설이 충분히 이용되지 않았던 것이다.

나. 부동의일부집행유예(Custody plus order)

2003년 형사사법법 제181조와 제182조가 규정하고 있는 집행유예⁵²⁾는 위 동의

50) Barry Mitchell & Salim, Criminal Justice & Sentencing 4th Edition, Oxford University Press, 2008, 273면 이하; 법원행정처, 외국사법제도연구(6)-각국의 집행유예 제도-, 2009, 163면.

51) http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/6109886.stm.

52) Barry Mitchell & Salim, Criminal Justice & Sentencing 4th Edition, Oxford University Press, 2008, 272면; 법원행정처, 외국사법제도연구(6)-각국의 집행유예 제도-, 2009, 161면 이하; http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web_new_sentences_guideline1.pdf.

일부집행유예에 건취 부동의일부집행유예라고 할 수 있다. 일부집행유예에 피고인의 동의가 필요하지 않기 때문이다.

부동의일부집행유예는 12개월 미만의 구금형을 선고할 때만 가능하다. 선고되는 기간은 주(week)단위로 표시되어야 하고, 기간은 최소 28주부터 최대 51주를 넘지 않아야 하지만, 해당 범죄가 허용하는 기간을 초과해서는 안 된다.

법원은 실행기간을 특정하고 허가를 받고 구금되지 않는 기간, 곧 전체형기 중 구금기간을 제외한 나머지 기간(약칭하여 유예형기) 중 따라야 하는 제182조 제1항의 허가조건을 1개 이상 명령해야 한다. 조건부석방명령이라고 할 수 있다. 제182조가 규정하고 있는 석방허가조건에는, 2003년 형사사법법이 구체적으로 규정하고 있는 무급노동(제199조), 특정활동(제201조), 프로그램참여(제202조), 특정활동금지(제203조), 외출금지(제204조), 출입금지(제205조), 감독받음(제213조), 25세 이하인 경우는 수감(제214조) 등이 있다. 이 가운데 외출금지나 출입금지의 경우에는 전자감시(제215조)를 받아야한다. 이런 허가조건은 재범방지를 목적으로 한 것이다.

이때 실행기간은 2주 이상 13주 이하이어야 하고, 유예형기는 26주 이상 이어야 한다. 제181조에 따라 둘 또는 그 이상의 구금형을 선고할 경우에는 그 구금형의 합산기간이 65주를 초과해서는 안 되고, 이 가운데 합산한 구금기간은 26주를 초과해서는 안 된다.

5. 프랑스

프랑스의 전부집행유예는 자연인은 물론 법인에 대해서도 가능하고, 구금형은 물론 벌금형에 대해서도 가능하다. 구금형에 대한 집행유예에는 단순집행유예(le sursis simple)와 보호관찰을 조건으로 삼는 보호관찰부집행유예(le sursis avec mise à l'épreuve)⁵³⁾가 있다. 보호관찰부집행유예의 경우 보호관찰 대신에 사회봉사명령을 부과할 수 있지만, 이는 피고인이 거부하거나 법정에 불출석한 때에는 선고할 수 없다(제132-54조). 이와 달리 일부집행유예(sursis partiel)는 구금형에 대해서만

53) 이를 통제부 집행유예라고도 부른다(김경호, “프랑스의 형집행관사(Juge de l'application des peines)”, 외국사법연수논집[23], 재판자료 제103집, 2003, 513면).

가능하고, 단순집행유예와 보호관찰부집행유예는 있지만, 사회봉사명령부집행유예(le sursis assorti de l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général)는 없다.⁵⁴⁾

가. 중죄나 경죄의 구금형에 대한 단순일부집행유예

(1) 요건

중죄나 경죄의 구금형에 대한 단순집행유예는 5년 이하의 구금형을 선고할 경우에 가능하고, 그 범죄를 범한 때부터 그 이전 5년 동안에 중죄나 경죄를 범하여 징역형이나 구금형을 선고받은 때에는 집행유예를 선고할 수 없는데(형법 제132-30조), 법원은 구금형의 일부에 한해 5년의 범위 안에서 집행유예를 한다는 취지의 결정을 할 수 있다(형법 제132-31조 제3항).

(2) 취소

구금형의 선고를 내용으로 하는 모든 새로운 유죄판결은 형의 종류와 상관없이 기존의 단순일부집행유예를 취소한다(형법 제132-36조 제1항). 단순일부집행유예의 선고가 취소되는 경우 먼저 선고된 형은 나중에 선고된 형에 흡수되지 않고 집행되지만, 법원은 이유를 붙인 특별한 결정에 의해 기존에 선고된 집행유예를 취소하지 않거나 기존에 선고된 집행유예를 법원이 정하는 기간 동안 부분적으로만 취소한다는 취지의 결정을 하여 취소를 면제할 수 있는데, 법원은 이런 취소면제의 효과를 기존에 선고된 하나 또는 여러 개의 집행유예에 한정할 수 있다(형법 제132-38조).

(3) 효과

중죄나 경죄의 구금형에 대한 단순일부집행유예의 판결은 ①그 확정일로부터 5년 안에 ②새로이 범한 중죄나 경죄로 집행유예가 없는 유죄, 곧 전부실형의 판결을 받아서 집행유예가 취소되지 않는 한 무효인 것으로 간주된다(형법 제132-35조). 곧

54) Roland M. Schneider/Roy Garré, Basler Kommentar Strafrecht I, Vor Art. 42, 2007, 방주 24; 법원행정처, 외국사법제도연구-각국의 집행유예제도-, 2009, 322면; 법무부, 프랑스 형법, 2008, 11, 64면 이하.

처음부터 형의 선고가 없었던 것과 같은 상태로 된다. 다만, 집행이 유예되지 않았던 일수벌금형이나 벌금형 또는 벌금형의 일부는 소멸되지 않는다(형법 제132-39조).

나. 중죄나 경죄의 구금형에 대한 보호관찰부일부집행유예

(1) 요건

중죄나 경죄의 구금형에 대한 보호관찰부집행유예도 원칙적으로 5년 이하의 구금형을 선고할 경우에만 가능하지만, 법정누범의 경우에는 예외적으로 10년 이하의 구금형을 선고할 경우에도 가능한데, 구금형의 일부에 대해서도 가능하고, 그 구금형의 일부는 5년을 초과할 수 없다(형법 제132-42조 제2항). 보호관찰부집행유예의 결격요건⁵⁵⁾에 해당하는 경우에도 보호관찰부일부집행유예는 선고할 수 있다(형법 제132-41조 제3항 단서).

집행유예기간 중 보호관찰을 받아야 한다. 이 때 법원은 피고인에게 보호관찰을 조건으로 한 유예기간 동안 준수해야 할 의무를 고지하고 이 기간 동안 새로운 범죄에 대한 유죄판결이 있거나 부과된 통제처분과 특별의무를 위반한 경우에 발생할 결과에 대해 주의를 주어야 한다. 법원은 보호관찰대상자의 품행이 만족할만하다고 판단한 경우에는 유죄판결에 대한 무효선언도 가능하다는 것도 고지해야 한다(형법 제132-40조, 제132-41조).

보호관찰기간은 12개월 이상 3년 이하에서 법원이 결정하는데, 법정누범의 경우는 이 기간이 5년으로 연장되며, 재차 법정누범인 경우에는 7년으로 연장된다(형법 제132-42조).

(2) 취소

보호관찰부집행유예를 선고받은 자가 그 판결확정 이후 보호관찰기간 중에 새로

55) 하나는, 동일하거나 이에 준하는 경죄로 이미 2회의 보호관찰부집행유예가 수반된 유죄판결을 받은 경우이거나 그 경죄가 법정누범인 경우이고, 다른 하나는, 중죄, 폭행경죄, 성범죄의 경죄, 폭행의 가중사유를 수반한 경죄(A)에 대한 것으로서, 이와 동일하거나 준하는 범죄로 이미 보호관찰부집행유예가 수반된 유죄판결을 받은 경우이거나 그 죄(A)들이 법정누범인 경우이다.

이 중죄나 경죄를 범하여 집행유예를 수반하지 않는 징역형이나 금고형, 곧 실형을 선고받은 경우 판결법원은 형집행판사⁵⁶⁾의 의견을 들은 후 집행유예의 전부 또는 일부의 취소를 명할 수 있다(형법 제137-47조 제1항, 제132-48조).

보호관찰부집행유예가 수반된 형이 선고된 후에 다시 동일한 태양의 유죄판결이 선고된 경우 집행유예 선고의 취소와 함께 구금형 전부의 집행을 명하는 결정이 내려진 때에는 먼저 선고된 형을 우선 집행하지만, 이유가 부기된 특별한 결정에 의해 먼저 선고된 형의 전부 또는 일부의 집행을 면제하는 경우에는 그렇지 않다(형법 제132-50조).

형집행판사도 보호관찰부집행유예를 선고받은 자가 그 판결확정 이후 집행력있는 보호관찰에 따른 통제처분을 따르지 않거나 특별의무를 준수하지 않는 경우에는 형사소송법에 규정된 절차에 따라 보호관찰부집행유예를 취소할 수 있다(형법 제137-47조 제2항). 집행유예의 일부 취소는 1회에 한하고, 집행유예의 일부 취소는 보호관찰처분의 집행을 종료시키지 않으며, 집행유예 없는 판결의 효과를 부여하지도 않는다(형법 제132-49조). 집행유예의 전부나 일부의 취소를 명하는 경우 법원은 이유가 부기된 특별한 결정에 의해 가집행으로 유죄판결을 받은 자를 행형시설에 수용할 수 있다(형법 제132-51조).

(3) 효과

보호관찰부일부집행유예의 경우에도 집행유예의 선고가 취소되지 않으면 그 형의 선고는 효력을 잃는다(형법 제132-52조 제2항).

56) 형집행판사제도는 프랑스가 보호관찰부집행유예제도를 도입할 때 함께 신설한 제도로, 형의 선고 이후 집행할 때의 사정에 맞추어 형을 집행할 수 있게 하여 형집행의 적정과 피고인의 인권을 보장하기 위한 제도이다(대법원, 『바람직한 형사사법시스템의 모색』 토론회 자료집[II], 2004, 460면).

6. 오스트리아의 자유형의 일부집행유예(Bedingte Nachsicht eines Teils der Strafe)

오스트리아는 자유형은 물론 벌금형에 대해서도 전부 또는 일부의 집행유예가 가능하고, 다른 나라와 달리 자유형의 일부집행유예의 경우 일부실형을 벌금형으로 대체할 수 있도록 하고 있으며, 집행유예 기간 중 재범방지를 위해 필요하다면 준수 사항이나 보호관찰을 부칠 수 있도록 하고 있다(형법 제43조 이하).⁵⁷⁾

가. 요건

법원은 6개월 이상 2년 이하의 자유형을 선고할 경우, 그 전부에 대해 집행유예(Bedingte Strafnachsicht)의 요건을 충족하지 못하였다고 할지라도, 그 일부에 대해 형법 제43조⁵⁸⁾에 따라 집행유예가 가능하다면, 그 자유형의 일부 대신에 360일을 상한으로 벌금형을 선고할 수 있다(형법 제43a조 제2항).

법원은 6개월 이상 2년 이하의 자유형을 선고할 경우, 특히 범죄자의 과거 판결에 비추어 그 전부에 대한 집행유예는 물론이고 제43a조 제2항의 일부집행유예도 선고할 수 없는 경우에도, 제43조의 요건에 따라 그 자유형의 일부에 대해 집행유예를 할 수 있는데, 실형기간의 하한은 1개월이고 전체형기의 1/3을 초과해서는 안 된다(형법 제43a조 제3항). 따라서 상한은 8개월이다.

법원은 2년 이상 3년 이하의 자유형을 선고할 경우, 범죄자가 추가적인 범행을 범하지 않을 고도의 개연성이 존재한다면, 제43조의 요건에 따라 그 자유형의 일부에 대해 집행유예를 할 수 있는데, 실형기간의 하한은 1개월이고 전체형기의 1/3을 초과해서는 안 된다(형법 제43a조 제4항). 따라서 상한은 12개월이다. 이런 기간 설정은 가석방은 전체형기의 1/2 또는 최소 3개월 이상이 집행되어야 가능하다는 점

57) 법무부, 오스트리아 형법, 2009. 12, 31면 이하.

58) 법원은 범죄자에게 2년 이하의 자유형을 선고할 경우에, ①오로지 형집행의 위협만으로 또는 이와 함께 다른 처분으로도 추가적인 범행을 못하게 하기에 충분하고, ②형을 집행하여 다른 사람의 범행에 부정적 영향을 미칠 필요가 없다면, 법원은 1년 이상 3년 이하의 기간 형의 집행을 유예해야 하는데, 이 경우 특히 범행의 종류, 범죄자의 인격, 책임의 정도, 전력, 범행 후의 태도 등을 고려할 수 있다.

을 고려한 것이다.

일부집행유예의 경우 실형기간에 대해서는 가석방이 허용되지 않는다는 규정을 제46조 제4항 3문⁵⁹⁾에 두고 있었으나,⁶⁰⁾ 2007년 형법을 개정하여(2009년 12월 31일 효력발생) 이 규정을 삭제했다.⁶¹⁾ 따라서 현재 오스트리아의 일부집행유예의 경우 실형기간에 대한 가석방이 허용된다.

집행유예기간(die Probezeit)은 1년 이상 3년 이하이지만, 법원이 집행유예의 취소를 하지 않고 집행유예기간을 5년까지 연장할 수도 있다. 법원은 집행유예기간 중 범죄자가 추가적인 범죄를 범하지 못하도록 하는 것이 필요하거나 합목적적일 때에는 준수사항을 부과하거나 보호관찰을 명령해야한다(형법 제50조).

나. 취소

법원은 집행유예기간 동안 범한 범죄로 범죄자를 재판할 때 그 범죄자가 추가적인 범죄를 범하지 못하도록 할 필요가 있다고 판단할 때는 전부 또는 일부의 집행유예를 취소하고 형벌을 집행해야한다(형법 제53조). 집행유예기간 중 범죄자가 공식적인 경고에도 불구하고 준수사항을 악의적으로 따르지 않거나 보호관찰관의 영향에서 지속적으로 벗어나는 경우 법원은 범죄자의 범죄를 방지하기 위해 필요하다면 집행유예를 취소하고 형을 집행해야 한다.

다. 효과

집행유예가 취소되지 않으면, 형벌은 최종적으로 집행이 유예될 수 있고, 형의 집행기간의 기산점은 판결의 효력이 발생하는 시점이다(형법 제43조 제2항).

59) Eine bedingte Entlassung aus einem solchen Strafteil ist ausgeschlossen.

60) Foregger/Fabrizy, StGB Kurzkommentar, Wien 2006, 방주 4.

61) <http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bundesnormen/NOR40093637/NOR40093637.pdf>[2011년 12월 22일 방문]

7. 스위스의 자유형의 일부집행유예(Teilbedingte Strafen)

스위스의 집행유예는 벌금형, 사회봉사, 자유형의 전부 또는 일부에 대해 가능한데, 자유형의 경우 전부집행유예는 6월 이상 2년 이하의 자유형에 대해서만 가능하고, 일부집행유예는 1년 이상 3년 이하의 자유형에 대해서 가능하다.⁶²⁾ 따라서 1년 이상 2년 이하의 자유형을 선고할 경우에는 판사는 실형, 전부집행유예, 일부집행유예 중 하나를 선택할 수 있다. 스위스가 2007년부터 시행된 2002년 개정형법에서 일부집행유예를 도입한 것은 실무의 오래된 요구(특히 프랑스어를 사용하는 주)에 따른 것이다.⁶³⁾

가. 요건

법원은 행위자의 책임(Verschulden)을 충분히 고려하기 위해 필요한 경우 1년 이상 3년 이하의 자유형의 집행을 유예할 수 있다(형법 제43조 제1항).

여기서 책임(Verschulden)이란 구체적 범행의 불법내용과 책임내용을 포함하는 개념으로서, 범위반에 대한 비난가능성의 정도라고 할 수 있다.⁶⁴⁾ ‘책임의 충분한 고려’라는 요건이 전부집행유예와 일부집행유예를 구별하는 중요한 기준이다. 이 밖에는 전부집행유예의 실체적 요건을 충족해야 일부집행유예를 할 수 있다. 이것이 법률의 체계는 물론 목적론적 해석에 부합한다.⁶⁵⁾

법원이 집행유예를 하는 경우 전부인지 일부인지에 관계없이 2년부터 5년의 기간 안에서 유예기간을 정하는데, 집행유예기간 동안에 법원은 보호관찰을 명하고 준수사항을 부과할 수 있다(형법 제44조). 자유형의 일부집행유예의 경우 실형기간과 유예형기는 모두 6개월 이상이어야 하고(형법 제43조 제3항), 실형기간은 전체 형기의 1/2를 초과할 수 없다(형법 제43조 제2항). 따라서 실형기간의 하한은 6개월이고 상한은 18개월이다. 전부집행유예와 달리 일부집행유예의 경우는 실형기간을

62) 한국형사정책연구원, 스위스 형법전, 2009, 12, 36면 이하.

63) Roland M. Schneider/Roy Garré, Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 43, 2007, 방주 2.

64) 2007년 11월 2일 스위스연방법원 형사부 판결문(한국형사정책연구원에 근무하는 김유근박사가 검색해준 자료이다).

65) Roland M. Schneider/Roy Garré, Basler Kommentar Strafrecht I, Art. 43, 2007, 방주 9.

산정할 때 미결구금기간을 공제하는 것이 중요하다. 형법 제86조의 가석방에 관한 규정은 실행부분에 대해서 적용되지 않는다(형법 제43조 제3항).

나. 취소

집행유예의 선고를 받은 사람이 유예기간 중에 중죄 또는 경죄를 범하여 장래에도 범죄를 범할 것이 예견되는 경우에는 전부 또는 일부 집행유예된 형을 취소한다. 형법 제49조를 적용하여 새로운 범죄의 형벌과 함께 전체형을 정하기 위해서 취소된 형벌의 종류를 변경할 수 있다. 이 경우 선고해야 할 전체형기가 6개월 이상이거나 제41조⁶⁶⁾에 따라 6개월 미만의 실형을 선고해야 할 경우이면, 실형을 선고할 수 있다(형법 제46조 제1항).

집행유예의 선고를 받은 사람이 유예기간 중에 중죄 또는 경죄를 범하였어도 장래에 범죄를 범할 것이 예견되지 않는 경우에는 전부 또는 일부 집행유예된 형을 취소하지 않고, 법원은 그 사람에게 경고나 유예기간을 1/2까지 연장할 수 있으며, 연장된 유예기간 동안 보호관찰을 명하고 준수사항을 부과할 수 있는데, 기간의 연장이 유예기간이 만료된 후에 결정된 경우에는 그 연장은 명령이 내려질 날부터 시작한다(형법 제46조 제2항).

새로운 중죄 또는 경죄에 대한 판결을 관할하는 법원이 집행유예의 취소에 관해서도 결정하는데(형법 제46조 제3항), 유예기간이 만료된 후 3년이 경과한 때에는 집행유예된 형의 취소를 명할 수 없다(형법 제46조 제5항).

다. 효과

집행유예의 선고를 받은 사람이 유예기간이 만료할 때까지 자신이 공공의 안전에 위협이 되지 않는다는 것을 스스로 입증한 때에는 유예된 형을 집행하지 않는다(형법 제45조).

66) 법원은 전부집행유예의 요건을 충족하지 않거나 벌금형 또는 사회봉사의 집행을 기대할 수 없는 경우에는 6개월 미만 자유형의 실형을 선고할 수 있다.

8. 일본의 도입안의 일부집행유예

일본은 2000년 이후 교도소의 과잉수용과 재범의 증가가 심각해지자 2010년 2월 법무성 법제심의회는 이에 대한 대책으로 일부집행유예제도와 사회공적활동명령제도의 도입안을 마련한다.⁶⁷⁾ 이 도입안은 2011년 10월 국회에 제출되어 참의원에서 가결된 이후에 중의원에 법안이 넘어갔으나, 정국사정에 의해서 국회회기가 연장되지 않고 이번 국회에서 다시 심의될 예정인데, 올해 5월말까지는 법안이 국회를 통과할 것으로 본다.⁶⁸⁾

가. 요건

도입안의 일부집행유예 형태는 2가지이다. 하나는, 초입자에 대한 일부집행유예이고, 다른 하나는, 약물사용사범에 대한 일부집행유예이다. 초입자에 대한 일부집행유예의 경우 유예기간 중 보호관찰을 부칠 수 있다. 곧 보호관찰 여부가 재량적이다(임의적 보호관찰). 이와 달리 약물사용사범에 대한 일부집행유예의 경우에는 유예기간 중 보호관찰을 반드시 부쳐야 한다(필요적 보호관찰).

초입자에 대한 일부집행유예의 대상은 이른바 초입자이다. 이는 아래와 같은 사람을 말한다. 첫째, 이전에 범죄를 범하였다고 하더라도 금고 이상의 형을 선고받은 적이 없는 자, 둘째, 이전에 금고 이상의 형을 선고받은 적이 있다 하더라도 제25조에 따라 전부집행유예를 받은 자, 셋째, 이전에 금고 이상의 형을 선고받은 적이 있다 하더라도 그 집행의 종료 또는 면제를 받은 날부터 5년 이내에 금고 이상의 형을 선고받은 적이 없는 자.

약물사용사범에 대한 일부집행유예의 대상은 약물사용사범으로서, 초입자가 아니더라도 상관없다. 약물사용사범은 아래와 같은 사람을 말한다. 첫째, 규제약물 혹은 독극물의 자기사용·단순소지에 관한 죄(약칭하여 약물사용범죄)를 범한 사람이

67) 森本 正彦(법무위원회 조사실), “刑の一部執行猶豫制度・社会貢献活動の導入に向けて”, 立法と調査 2011. 7, No. 318(참의원사무국기회조정실편집·발행), 67면 이하. 이에 관한 최근 논문으로는 太田 達也 “刑の一部執行猶豫と社会貢献活動—犯罪者の改善更生と再犯防止の観点から”, 刑法雑誌 51卷3号, 2012년 3월.

68) http://www.shugiin.go.jp/index.nsf/html/index_gian.htm.

다. 둘째, 약물사용범죄와 동시에 다른 범죄를 범한 사람이다.

두 일부집행유예 모두 첫째, 3년 이하의 징역 또는 금고의 선고를 할 경우이어야 한다는 것, 둘째, 범정(犯情)의 경중, 그 밖의 사정을 고려하여 필요하고 상당하다고 인정되는 경우이어야 한다는 것을 공통요건으로 한다. 다만, 약물사용사범에 대한 일부집행유예의 경우는 여기에 덧붙여 약물범죄에 관한 경향을 개선하는 것이 필요하다고 인정되어야 한다는 요건이 필요하다.

일부집행유예의 선고형 가운데 유예형의 기간을 어느 정도로 할 것인지에 관해 명시적인 규정이 없다. 그 이유를 법무성 당국은 형사책임의 중함이나 시설내처우의 필요성의 정도 등을 고려하여 기간을 유연하게 정할 수 있도록 제한을 두지 않은 것이라고 설명하고 있다. 따라서 3년의 형기 가운데 1개월만을 실행, 곧 구금형기로 하고, 남은 2년 11개월을 유예형기로 하는 것도 가능하지만, 이런 극단적인 경우는 시설내처우와 사회내처우를 연계하여 재범방지 및 개선갱생을 도모한다는 일부집행유예의 취지에 부합하지 않는다.

일부집행유예의 기간도 1년 이상 5년 이하이다. 이 경우 유예기간은 그 형의 집행이 유예되어 있지 않은 기간의 형의 집행을 종료한 날부터 기산하는 것으로 한다. 다만, 실행기간의 집행을 종료한 때에 다른 집행해야 할 징역 또는 금고가 있는 때는 일부집행유예의 기간은 그 집행해야 할 징역 또는 금고의 집행을 종료한 날 또는 그 집행의 면제를 받은 날로부터 기산한다. 일부집행유예의 선고형 가운데 실행부분에 대해 가석방제도를 적용할 수 있는지에 관해 명시적인 규정은 없으나 법무성 당국은 실행부분에 관해 가석방이 가능하다고 설명하고 있다. 일부집행유예가 선고된 경우일지라도 형의 집행단계에서 재범방지 및 개선갱생을 도모할 수 있도록 할 필요가 있다는 것이다. 아울러 법무성 당국은 가석방의 기준형기를 실행부분뿐만 아니라 집행유예된 형을 포함한 전체 형기로 해야 한다고 설명하고 있지만, 실행기간을 기준형기로 하여 가석방을 판단해야 한다는 해석도 불가능한 것은 아니다.

나. 취소

초입자에 대한 일부집행유예의 경우 아래에 해당하면 일부집행유예의 선고를 받드시 취소해야 한다(필요적 취소사유). 첫째, 일부집행유예 선고 후에 다시 죄를 범

하여 금고 이상의 형을 받은 경우, 둘째, 일부집행유예 선고 전에 범한 다른 범죄로 금고 이상의 형을 받은 경우, 셋째, 일부집행유예 선고 전에 다른 범죄에 대해 금고 이상의 형을 받아서 그 형에 대해 형법 제25조 규정에 따른 전부집행유예의 선고를 할 수 없는 것이 밝혀진 경우. 그러나 아래에 해당하면 일부집행유예 선고를 취소를 취소할 수 있다. 곧 취소가 재량적이다(임의적 취소사유). 첫째, 일부집행유예 선고 후에 다시 죄를 범하여 벌금에 처해진 경우, 둘째, 보호관찰이 부과된 자가 준수하여야 할 사항을 준수하지 않은 경우

약물사용자에 대한 일부집행유예의 취소사유는 위 초입자에 대한 일부집행유예의 필요적 취소사유 가운데 ‘일부집행유예 선고 전에 다른 범죄에 대해 금고 이상의 형을 받아서 그 형에 대해 형법 제25조 규정에 따른 전부집행유예의 선고를 할 수 없는 것이 밝혀진 경우’를 제외한 나머지 모두이다.

일부집행유예 선고를 취소한 때는 집행유예 중의 다른 금고 이상의 형에 대해서도 그 유예의 선고를 취소해야 한다.

다. 효과

일부집행유예의 선고가 취소되지 않고 그 유예의 기간을 경과한 경우에는 그 형을 실행기간으로 감경함과 동시에 당해 사건의 실행의 집행이 종료된 시점에서 형의 집행을 받아 종료한 것으로 한다.

V. 일부집행유예 법제화 방안

1. 일부집행유예의 요건

전부집행유예가 가능한 경우에도 일부집행유예를 할 수 있도록 하면 법관이 일부집행유예를 선호할 가능성이 높아져 전부집행유예의 활용이 실질적으로 축소되는 효과가 생길 수 있으므로, 일부집행유예를 법제화하더라도 3년 이상의 징역이나 구금의 형을 선고할 경우에만 일부집행유예를 할 수 있도록 해야 한다는 견해⁶⁹⁾가 있

다. 또 형법 제62조 단서의 집행유예 결정요건에 해당하여 전부집행유예를 할 수 없는 경우에 한하여 일부집행유예를 할 수 있도록 해야 한다는 견해⁷⁰⁾도 있다.

앞서 말했듯이 일부집행유예는 형벌이나 양형의 다양화를 추구하는 것이다. 이는 3년 이하의 징역이나 구금의 형을 선고할 경우에는 추구해서는 안 되고, 또 전부집행유예를 할 수 없는 경우에만 추구해야하는 것은 아니다. 따라서 일부집행유예가 전부집행유예를 보충하는 의미에 그치도록 법제화하는 것은 옳지 않다고 본다.

일부집행유예를 통해 형벌이나 양형의 다양화를 어느 정도까지 추구할 것인지는 입법정책의 문제라고 본다. 오스트리아나 스위스처럼 상한을 3년으로 할 수도 있고, 일본의 도입안처럼 초입자나 약물사용사범에 한정할 수도 있으며, 프랑스처럼 최대 5년(법정누범인 경우는 10년)까지 가능하도록 할 수도 있다. 형법에는 하한이 7년 이상의 자유형이 많이 있으므로 집행유예의 대상을 3년 6개월 이하의 징역이나 금고로 개정하자는 견해⁷¹⁾도 있다.

1심 공판사건의 중국처리인원을 보면 집행유예를 선고받은 인원의 비율이 최근 지속적으로 하락하고 있다.⁷²⁾ 일부집행유예가 이런 전부집행유예 선고율을 더욱 떨어뜨릴지 아니면 (장기)실형을 회피하는 수단이 될 수 있을지 알 수 없지만, 일부집행유예의 법제화로 전부집행유예의 선고율이 하락될 수 있다는 우려에 무게를 두어서 제도의 부정적 효과를 완화시키면서 (장기)실형의 회피효과가 넓게 발생할 수 있도록 제도를 마련할 필요가 있다. 이런 점에서 집행유예의 대상을 5년 이하의 징역이나 금고를 선고할 경우로 확대할 필요가 있다고 본다.

다만, 이렇게 되면 형법 제53조의 작량감경규정이 존재하는 상황에서 판사의 양형재량권이 지나치게 커진다는 문제점이 있지만, 2009년 7월 1일 시행된 양형기준제의 확대 및 정착이 이런 우려를 감소시킬 수 있으며, 또한 이 점은 아래에서 보듯이 실행기간에 제한을 두는 방식으로 완화할 수 있다고 본다.

69) 박상기, 형의 집행유예에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993, 130면; 박길성, 앞의 논문, 690면.

70) 김성돈, 자유형제도의 개선방안, 한국형사정책연구원, 1995, 136면.

71) 전정주, “현행 집행유예제도의 발전방안”, 법학연구 제20집, 2005. 11, 497면.

72) 1심 공판사건의 중국처리인원을 보면 집행유예를 받은 인원의 비율이 2000년에 45.6%로 시작하여 2001년 43.5%, 2002년 40.8%, 2003년 38.7%, 2004년 35.2%, 2005년 33.6%, 2006년 30.3%, 2007년 32.0%, 2008년 30.8%, 2009년 29.5%를 기록했다(2010 범죄백서, 법무연수원, 2011, 243면).

2. 일부집행유예의 효과

가. 형 집행의 면제

일부집행유예의 준수에 대해 어떤 효과를 줄 것인지의 문제를 다루기에 앞서 전 부집행유예의 준수에 대해 형선고를 실효시키는 효과를 주고 있는 현행 형법이 옳은 것인지 먼저 검토해야한다.

현행 형법은 집행유예선고가 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 때에는 형의 선고는 효력을 상실하도록 하고 있다. 이처럼 현행 형법이 집행유예 준수의 효과로 형선고의 실효를 주고 있지만, 대법원은 형선고의 법률적 효과가 없어질 뿐 형선고가 있었다는 사실 자체가 없어지는 것은 아니라는 논리로 집행유예를 준수한 자일지라도 선고유예를 할 수 없다고 보고,⁷³⁾ 또 형의 집행종료 후 7년 이내에 집행유예의 판결을 받고 그 기간을 무사히 경과하여 7년을 채우더라도 형법 제81조의 “형을 받음이 없이 7년을 경과”하는 때에 해당하지 않아서 형의 실효를 선고할 수 없다고 본다.⁷⁴⁾ 이런 해석은 집행유예 준수에 대해 선고의 실효라는 강한 효과를 줌으로써 재사회화와 집행유예 준수의 충실성을 제고한다는 취지에 부합하지 않는다고 하면서, 공무원자격상실 등과 같은 효과는 개별 법령으로 유지한다고 하더라도 위와 같은 경우는 집행유예 준수의 효과를 인정해야 한다는 견해⁷⁵⁾도 있다.

이와 달리 집행유예 준수의 효력을 형의 면제나 집행을 면제로 할 필요가 있다는 견해⁷⁶⁾도 있다. 그 이유는 형사실무는 동시적 경합범을 따로 재판하여 일부에 대해 먼저 집행유예가 선고된 후에 나머지에 대해 집행유예를 선고할 수 있다고 보는 예외적인 경우가 아닌 한,⁷⁷⁾ ‘금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄인 경우에는 집행유예를 선고할

73) 대법원 2008. 1. 18. 선고 2007도9405 판결.

74) 대법원 1983. 4. 2. 자 83도8 결정.

75) 서보학, “형법개정안의 집행유예제도에 대한 평가와 향후 입법과제”, 고려법학 제62호, 2011. 9, 83면 이하.

76) 조의연, “21세기 한국의 집행유예제도 - 현상과 문제점, 그리고 개선방안”, 형사정책연구 제7권 제4호, 2006-겨울호, 589면 이하.

77) 대법원 1989. 9. 12. 선고 87도2365 전원합의체판결.

수 없다’는 형법 제62조 단서의 집행유예의 결격요건에서 ‘금고 이상의 형’에 실행 뿐만 아니라 집행유예된 형도 포함시키면서,⁷⁸⁾ 그 집행유예의 선고가 실효된 경우는 집행유예를 할 수 있다⁷⁹⁾고 보므로, 집행유예의 실효요건 중 ‘유예기간 중 고의로 범한 죄로 금고 이상의 실형을 선고받아 그 판결이 확정’의 의미를 ‘유예기간 중 고의로 범한 죄로 유예기간 중은 물론 그 이후에 금고 이상의 실형을 선고받은 판결이 확정된 때’가 아니라 대법원처럼 ‘유예기간 중 고의로 범한 죄로 유예기간 중에 금고 이상의 실형을 선고받은 판결이 확정된 때’로 보면,⁸⁰⁾ 판결확정 시점을 유예기간 후로 미루기 위해 재판을 지연시키는 문제가 있다는 것이다.

집행유예는 형의 집행을 유예하는 것이므로, 집행유예 준수에 대해서는 집행유예된 부분의 형에 대해서만 집행을 하지 않는 것이 옳다고 본다. 이런 점에서 집행유예 준수에 대해서는 독일 형법 제56g조처럼 형면제(Straferlaß)가 아니라 스위스나 오스트리아처럼 형의 집행면제로 하는 것이 옳다고 본다. 형면제판결은 판결확정 전의 법정사유로 인한 판결로서, 유죄판결인 (일부)집행유예판결과 구별되는 독자적인 판결형태이기 때문이다. 마치 형법 제1조 제3항이 ‘재판확정 후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 때에는 형의 집행을 면제한다’고 하고 있는 것처럼, ‘집행유예의 선고를 받은 후 그 선고의 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 때에는 유예된 형의 집행을 면제한다’로 하는 것이다.

이런 필요성은 일부집행유예의 경우 더 커지며, 또한 이것이 옳다. 왜냐하면 일부집행유예의 경우 실형과 집행유예의 결합이고, 실형의 집행을 이미 마친 것이므로, 집행유예의 효과로 형 선고의 효력 자체를 상실시키는 것은 옳지 않기 때문이다. 따라서 일부집행유예의 경우 실형의 집행 후 일부집행유예기간이 경과하면 잔여형의 집행이 면제된다고 본다. 이처럼 집행유예의 효과를 형의 집행면제로 하면, 일본의 도입안처럼 일부집행유예의 효과를 전부집행유예의 효과(‘형 선고의 효력을 잃는다’)와 구별하여 ‘선고가 취소되지 않고 그 유예의 기간을 경과한 경우에는 그 형을 집행이 유예되어 있지 않은 기간을 형기로 하는 징역 또는 금고의 형을 감경함과

78) 대법원 2007. 7. 27. 선고 2007도768 판결.

79) 대법원 2007. 2. 8. 선고 2006도6196 판결.

80) 대법원 2007. 2. 8. 선고 2006도6196 판결.

동시에 당해사건의 형의 집행이 종료된 시점에서 형의 집행을 받아 종료한 것으로 한다'고 규정할 필요도 없다.

나. 형 집행의 종료시점과 형법 제62조의 집행유예의 결격요건 및 형법 제35조의 누범

일부집행유예의 경우 형 집행의 종료시점을 언제로 볼 것인지 문제되고, 이에 따라 형법 제35조의 누범과 형법 제62조의 집행유예의 결격요건의 적용 여부가 달라지는 문제가 있다는 견해⁸¹⁾가 있다. 그러나 일부집행유예의 경우 언제 형의 집행이 종료된다고 볼 것인지의 문제와 일부집행유예의 경우에 형법 제62조의 집행유예의 결격요건과 형법 제35조의 누범을 어떻게 볼 것인지의 문제는 구별해서 봐야 한다.

(1) 일부집행유예의 경우 형 집행의 종료시점

일부집행유예의 경우 형 집행의 종료시점을 논하기에 앞서 먼저 집행유예에 대해 '형 집행의 종료' 여부를 논할 수 있는지 생각해 봐야 한다. 왜냐하면 시효의 정지에 관한 형법 제79조도 '시효는 형의 집행의 유예나 정지 또는 가석방 기타 집행할 수 없는 기간은 진행되지 않는다'고 하여, '형의 집행'이란 개념에서 '형의 집행유예'는 제외하고 있기 때문이다. 다만, 집행유예가 취소되거나 실효되면 형이 집행되므로, 집행유예의 경우도 형의 집행 여부를 논할 수 있다.⁸²⁾

그러나 앞서 말했듯이 집행유예의 결격요건 중 '금고 이상의 형 ... 그 집행을 종료하거나 면제된 후'란 말에서 '형'의 의미를 '실행' 뿐만 아니라 '집행유예형'도 포함하여 파악하는 대법원에 따르면, 집행유예의 경우에도 형의 집행종료란 개념을 인정할 수 있다.

그런데 일부집행유예제도를 도입하면서 집행유예 준수의 효과에 대해 형 집행의

81) 박길성, 앞의 논문, 688면 이하.

82) 최동렬, "형법 제62조 제1항 단서의 "금고 이상의 형을 선고한 판결"에 집행유예를 선고한 판결이 포함되는지 여부 및 집행유예 기간 중 재범한 피고인에 대하여 형을 선고할 때 집행유예 기간이 이미 도과한 경우 재차 집행유예의 선고가 가능한지 여부", 대법원판례해설 제70호(2008 상반기), 2008. 1, 172면.

면제를 부여하는 개정을 하면, 이런 대법원의 해석은 무리가 없게 된다. 왜냐하면 ‘금고 이상의 실형’이나 취소나 실효된 ‘금고 이상의 집행유예형’은 ‘그 집행을 종료하거나’에 걸리고, 취소나 실효가 되지 않고 준수된 ‘금고 이상의 집행유예형’은 ‘그 집행을 면제하거나’에 걸리기 때문이다.

이렇게 하면 당연히 일부집행유예의 경우, 그 집행유예가 취소나 실효되지 않는 한 형 집행의 종료시점은 곧 형 집행이 면제되는 시점으로서 집행유예기간을 무사히 경과한 때이다. 일부집행유예는 전부실효도 아니고 전부집행유예형도 아닌 실효와 집행유예형의 결합이므로, 실효의 집행이 종료되는 것으로는 부족하고, 집행유예된 형의 집행도 면제되어야 일부집행유예형이 종료된다고 볼 수 있기 때문이다.

(2) 일부집행유예의 경우 형법 제62조의 집행유예의 결격요건

이와 같이 개정을 하면서, 형법 제62조의 집행유예의 결격요건 중 전범(前犯)의 ‘금고 이상의 형’은 ‘금고 이상의 실형’은 물론 ‘금고 이상의 전부집행유예형’도 포함한다고 보는 대법원의 해석을 유지하면, ‘금고 이상의 일부집행유예형’도 당연히 ‘금고 이상의 형’에 포함되고, 또한 집행유예 기간 중의 범죄에 대해서는 결코 다시 집행유예를 선고할 수 없다.

그러나 집행유예의 결격요건을 둘 것인지 여부, 결격요건을 둔다면 그 범위를 실효에 한정할 것인지 아니면 일부집행유예형은 물론 전부집행유예형도 포함할 것인지 여부는 후범(後犯)의 재범위험성 판단과 관련하여 법관에게 어느 정도 재량을 줄 것인가라는 입법정책의 문제이다.

그런데 현행처럼 집행유예의 결격요건을 유지하면서 전범(前犯)의 ‘금고 이상의 형’에 금고 이상의 ‘실형’은 물론 금고 이상의 ‘전부 또는 일부의 집행유예형’도 포함한다고 본다 하더라도, 적어도 집행유예 기간 중의 범죄에 대해서는 다시 집행유예의 선고가능성을 열어두는 것이 합리적이다. 집행유예 기간 중의 범죄로 인해 집행유예가 실효되면서 유예된 형도 집행해야 하고, 또 집행유예 기간 중의 범죄에 대한 형도 바로 집행해야 하므로 처벌이 지나치게 가혹할 수 있기 때문이다.⁸³⁾

83) 남영찬, “집행유예제도의 정비”, 형사사법제도 개선을 위한 법관세미나 자료, 사법연수원, 2004. 11, 39면.

이와 관련하여 법무부가 2011년 3월 25일 국회에 제출했던 형법 일부개정안(의안번호: 1811304)은 금고형의 폐지를 전제로 현행 일본 형법 제25조 제2항⁸⁴⁾을 모델로 삼아 ‘형의 집행유예를 받은 자에게 유예기간 중에 범한 죄로 1년 이하의 징역형을 선고하는 경우에 특히 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 한 차례에 한정하여 다시 형의 집행을 유예할 수 있다’고 규정하고 있다. 일부집행유예를 도입하면서 이런 규정을 신설할 필요가 있다. 다만, 두 번째 집행유예는 ‘1년 이하의 자유형’을 선고할 경우로 제한한 것은, 첫 번째 집행유예는 ‘3년 이하의 자유형’을 선고할 경우에 가능하다는 점을 감안한 것이다. 그런데 일부집행유예를 도입하면서 첫 번째 집행유예를 ‘5년 이하의 자유형’을 선고할 경우에 가능하다고 개정하면, 두 번째 집행유예는 이에 맞춰 ‘3년 이하의 자유형’을 선고할 경우로 규정하여, 위 규정은 ‘형의 일부 또는 전부의 집행유예를 받은 자에게 유예기간 중에 범한 죄로 3년 이하의 자유형을 선고하는 경우에 특히 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 한 차례에 한정하여 다시 형의 일부 또는 전부의 집행을 유예할 수 있다’로 해야 한다.

(3) 일부집행유예의 경우 형법 제35조의 누범

누범가중규정은 여러 차례 합헌이라는 판단을 받았지만,⁸⁵⁾ 행위책임원칙은 물론 평등원칙, 비례원칙, 일사부재리원칙에 어긋나므로⁸⁶⁾ 이는 폐지하는 것이 옳다고 본다.

그러나 누범가중규정을 그대로 둔다면, 실행기간이 동일할 경우 전범이 전부실형인 경우는 누범가중을 하고, 일부실형인 경우는 누범가중을 하지 않는 것이 형평에 어긋난다고 볼 수 있다.⁸⁷⁾ 오히려 실행기간이 동일하다면, 전부실형의 불법이나 책임보다 일부집행유예의 불법이나 책임이 더 크다고 볼 수 있기 때문이다. 따라서

84) 전범(前犯)이 금고 이상의 전부집행유예형일지라도, 보호관찰을 받고 있지 않고, 후범(後犯)이 ‘1년 이하의 징역이나 금고’를 선고할 경우이면 전부집행유예가 가능하다고 규정하고 있다. 또한 일본의 도입안은 전부집행유예를 받은 초입자에 대해서는 일부집행유예가 가능하도록 규정하고 있다.

85) 헌법재판소 2011. 05. 26, 2009헌바63 결정; 헌법재판소 2002. 10. 31, 2001헌바68 결정; 대법원 2006. 5. 26. 선고 2006도1640 판결; 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007도4913 판결; 대법원 2006. 12. 8. 선고 2006도6886 판결.

86) 오영근, 형법총론, 박영사, 2005, 40/60.

87) 이런 지적은 박길성, 앞의 논문, 689면의 각주 61면.

대법원은 전범(前犯)이 전부집행유예가 아니라 실형인 경우에만 누범가중을 할 수 있다고 보지만,⁸⁸⁾ 일부집행유예의 경우에도 누범가중을 할 수 있다고 봐야 한다. 이때 그 기준은 전체형기가 되어야 한다. 일부집행유예형은 일부실형과 일부집행유예가 결합한 독자적인 형벌로 볼 수 있기 때문이다.

이처럼 전범(前犯)이 일부집행유예형인 경우에도 누범가중을 할 수 있다는 점은 누범가중규정에 명문화하지 않더라도 해석으로도 가능하리라고 본다. 누범요건인 ‘금고 이상의 형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후’라는 문언에서 ‘형’은 실형은 물론 일부집행유예형도 포함하지만, 전부집행유예형은 포함되지 않는다고 해석하는 것이다.

다. 형의 시효

형의 시효는 실형을 전제로 한 제도라고 봐야 한다. 앞서 말했듯이 형법 제79조는 집행유예기간은 형의 시효가 정지된다고 보고 있기 때문이다. 따라서 형의 시효는 일부집행유예의 경우 전체형이 아니라 실형을 기준으로 형의 시효의 기간과 정지 여부를 판단해야 한다고 본다.

3. 일부집행유예의 집행절차와 집행방법

가. 집행절차

실형기간을 집행한 후에 유예형기를 집행해야 한다. 구금과정에서 자신의 책임을 인식하도록 한 후에 집행유예기간을 거치면서 사회에 적응할 수 있도록 하는 것이 옳기 때문이다. 일본의 도입안도 시설내처우의 효과가 사회내처우로 계속 이어지도록 하기 위해 ‘형의 일부의 집행유예의 기간은 그 형의 집행이 유예되어 있지 않은 기간의 형의 집행을 종료한 날부터 기산하는 것으로 한다’고 명시하고 있다. 이런 규정에 이어서, 일본의 도입안은 일부집행유예의 경우 일부실형의 집행을 종료한 때에 다른 집행해야 할 징역 또는 금고가 있는 때는 형의 일부집행유예의 기간은

88) 대법원 1983. 8. 23. 선고 83도1600 판결.

그 집행해야 할 징역 또는 금고의 집행을 종료하거나 면제를 받은 날로부터 기산하는 것으로 한다고 규정하고 있다.

나. 실행기간의 제한 여부와 실행기간에 대한 가석방의 허용 여부

미국과 영국 그리고 오스트리아와 스위스의 일부집행유예는 실행기간에 제한을 두고 있다. 이와 달리 프랑스와 일본 도입안은 실행기간에 제한을 두지 않고 있다. 실행기간에 제한을 두지 않는 것이 원칙적으로 옳다고 본다. 그래야 일부집행유예가 추구하는 형벌 및 양형의 다양화가 가능하기 때문이다. 그런데 앞서 말했듯이 전부나 일부의 집행유예가 가능한 대상을 ‘5년 이하의 징역 또는 금고의 형’으로 확대하면, 실행기간에 제한을 두는 방식으로 판사의 양형재량권을 제한할 필요가 있다. 이에 따라 일부집행유예의 실행기간은 1월 이상 전체형기의 1/2 이하로 제한하는 견해⁸⁹⁾를 법제화에 반영할 필요가 있다고 본다.

일본 도입안처럼 일부집행유예의 경우 실행기간에 대해 가석방이 허용되도록 하여, 형 집행 단계에서도 다양성을 추구할 필요가 있다고 본다. 이는 가석방을 금지하는 명시적인 규정을 두지 않으면 된다. 다만, 일부집행유예의 경우에 가석방을 허용하면, 예컨대 실행기간이 6개월인 경우 형법 제72조 제1항에 따라 이 기간의 1/3인 2개월 이후에는 가석방이 가능해지게 되는데, 이런 단기의 수형은 수형자 관리가 교도기관에 부담이 될 수 있고, 교정성적을 평가하기에는 지나치게 짧은 기간이어서 합리적인 교정을 기대하기 어렵다고 볼 수 있다. 따라서 일부집행유예가 도입되면 스위스나 오스트리아처럼 최소 3개월 이상 수형을 해야 가석방이 가능하도록 개정할 필요가 있다.

라. 유예형기 중 보호관찰, 사회봉사명령, 수강명령 여부

일본 도입안의 약물사용사범에 대한 일부집행유예의 경우와 프랑스의 보호관찰 부일부집행유예의 경우는 유예형기 중 보호관찰이 필수적이다.

89) 남영찬, “집행유예제도의 정비”, 형사사법제도 개선을 위한 법관세미나 자료, 사법연수원, 2004. 11, 43면.

그러나 형벌 또는 양형의 다양성을 위해 실행기간에 제한을 두지 않은 것처럼 유예형기 중 보호관찰 여부도 법원의 재량으로 하여 범죄의 불법과 범죄자의 책임에 맞는 합리적인 판단이 이루어질 수 있도록 하는 것이 옳다고 본다. 같은 취지에서 보호관찰에 추가할 수 있는 사회봉사명령이나 수강명령의 부과 여부도 법원의 재량으로 하는 것이 옳다고 본다. 다만, 이 때 일부집행유예를 법제화하면서 보호관찰 외에 사회봉사명령이나 수강명령을 추가적으로 부과할 수 있다는 대법원의 입장⁹⁰⁾을 명확히 할 필요가 있다.

90) 대법원 1998. 4. 24. 선고 98도98 판결.

참고문헌

- 권오길, “개정 형법상의 집행유예”, 법학연구 제22집, 한국법학회, 2006. 5.
- 김경호, “프랑스의 형집행판사(Juge de l'application des peines)”, 외국사법연수논집 [23], 재판자료 제103집, 2003.
- 김대휘, “형벌제도의 개선방향”, 사법행정 제374호, 1992.
- 김재중, “집행유예에 관한 판례 동향과 개선방안”, 충북대 법학연구 제19권 1호, 2008.
- 남영찬, “집행유예제도의 정비”, 형사사법제도 개선을 위한 법관세미나 자료, 사법연수원, 2004. 11.
- 박길성, “1개의 형을 선고하면서 그 형기의 일부에 대해서는 실형을 선고하고 나머지 일부에 대해서만 집행유예를 선고하는 것이 가능한지 여부(소극)”, 대법원판례해설 제70호, 2007년 상.
- 박상기, “현행 집행유예제도와 형법개정안”, 연세행정논총 제18집, 1992.
- 서보학, “‘일부’집행유예제도와 ”short sharp shock“”, 형사정책 제9호, 1997.
- 서보학, “집행유예제도: 입법론적 비판과 대안”, 형사정책 제13권 제1호, 2001, “형법 개정안의 집행유예제도에 대한 평가와 향후 입법과제”, 고려법학 제62호, 2011. 9.
- 성백현, “미국 형사재판에 있어서 집행유예(Probation)제도-특히 집행유예의 조건(Conditions of Probation)에 관하여-”, 재판자료 제73집, 법원도서관, 1996.
- 오기두, “미국의 형벌제도”, 저스티스 통권 제82호, 2004. 12.
- 오영근, “형법개정안의 형벌제도에 대한 검토”, 형사정책연구 제3권 제2호, 1992.
- 윤용규, “한국의 형유예제도: 선고유예와 집행유예”, 비교형사법연구 제6권 제2호, 2004.
- 이경재, “영국 치안판사법원의 경미사건처리제도”, 형사정책 제20권 제1호(2008).
- 이승준, “형의 일부집행유예”, 외법논집 제28집, 2007. 11.
- 이응세, “집행유예 양형실태 및 문제점”, 재판실무자료 2003(하), 양형실무위원회, 2004.
- 이천현, “하나의 자유형에 대한 일부집행유예”, 형사판례연구 [16], 2008. 6. 30.
- 이회기, “영국과 우리나라의 범죄구성요건, 법정형, 선고형 비교분석”, 외국의 양형제도 연구, 법원행정처, 2003.

- 전정주, “현행 집행유예제도의 발전방안”, 법학연구 제20집, 2005. 11.
- 정승환, “형법집행관(Strafvollzugsrichter)의 도입에 관한 고찰”, 형사정책연구 제12권 제4호, 2001·겨울호.
- _____, “형법집행에 대한 법관의 통제와 형집행법원의 필요성”, 형사법연구 제22호, 2004 겨울.
- 조의연, “21세기 한국의 집행유예제도 - 현상과 문제점, 그리고 개선방안”, 형사정책연구 제7권 제4호, 2006·겨울호.
- 최동렬, “형법 제62조 제1항 단서의 ”금고 이상의 형을 선고한 판결“에 집행유예를 선고한 판결이 포함되는지 여부 및 집행유예 기간 중 재범한 피고인에 대하여 형을 선고할 때에 집행유예 기간이 이미 도과한 경우 재차 집행유예의 선고가 가능한지 여부”, 대법원판례해설 제70호(2008 상반기), 2008. 1.
- 최상욱, “현행 형법상 일부집행유예의 가능성과 필요성”, 강원법학 제23권 2006. 12.
- 최석운, “양형기준설정과 관련된 몇 가지 고려사항”, 비교형사법연구 제10권 제1호, 2008.
- _____, “집행유예제도의 개선방안에 대한 검토”, 형사정책연구 제20권 제1호, 2009·봄호.
- 최준혁, “스위스신형법의 형사제재”, 형사정책 제21권 제2호, 2009. 12.
- 하태훈, “법치국가에서의 형법과 형사소송법의 과제”, 고려법학 제62호. 2011.
- 한영수, “한국과 독일의 가석방제도”, 안암법학 제17호, 2003.
- 황정익, “형법상 유예제도의 문제점과 개선방안”, 형사법연구 제22호 (2004 겨울) 특집호.
- 권수진, 형사법개정연구[IV] 유예제도의 정비방안, 한국형사정책연구원, 2009.
- 김성돈, 자유형제도의 개선방안, 한국형사정책연구원, 1995.
- 김용진, 영국의 형사재판, 청림출판, 1995.
- 김정욱/채수복, 양형이 범죄억제에 미치는 영향에 관한 연구, 대검찰청, 2011. 7.
- 박상기, 형의 집행유예에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993.
- 박성래, 가석방의 운영실태와 개선방안, 한국형사정책연구원, 2004.
- 법무부, 오스트리아 형법, 2009. 12.
- 법무부, 프랑스 형법, 2008. 11.
- 한국형사정책연구원, 스위스 형법전, 2009. 12.
- 법무부, 형법(총칙)일부개정법률안 제안 이유서, 2011. 4.

- 법원행정처, 외국사법제도연구(6)-각국의 집행유예 제도-, 2009.
- 신은영, 현행 가석방제도에서 사법적 기능의 보완방안, 고려대학교 법학석사, 2011. 2.
- 오영근, 형법총론, 박영사, 2005.
- 이진국, 주요 선진국의 형사특별법제 연구: 스위스 신형법의 주요내용과 정책적 시사점, 한국형사정책연구원, 2008.
- 한영수, 형형과 형사사법, 세창출판사, 2000.
- 대법원, 『바람직한 형사사법시스템의 모색』 토론회 자료집[II], 2004.
- 2010 범죄백서, 법무연수원, 2011.
- 森本 正彦, “刑の一部執行猶豫制度・社會貢獻活動の導入に向けて”, 立法 と 調査 2011. 7, No. 318(참의원사무국기획조정실편집·발행).
- 太田達也 “刑の一部執行猶予と社会貢献活動一犯罪者の改善更生と再犯防止の観点から”, 刑法雑誌 51卷3号, 2012년 3월.
- American Jurisprudence, 2d, Criminal Law, 2011, §843.
- John Petersilia, "Probation and Parole", The Handbook of Crime & Punishment, Oxford University Press, 1998.
- George F. Cole-Christopher E. Smith, Criminal Justice in America, 2008.
- Sentencing Council, Section 132 report: Resource Impact of the Government's proposals on Suspended Sentence Orders, 2011.
- Ministry of Justice, Sentencing Statistics: England and Wales 2009 Statistics Bulletin, 2010.
- Andrew Ashworth, Sentenceing and Criminal Justice, Cambridge University Press, 2010.
- Barry Mitchell & Salim, Criminal Justice & Sentencing 4th Edition, Oxford University Press, 2008.
- Alois Birklbauer, "Die teilbedingte Strafnachsicht-Entstehung, Intention und erste Analyse der Praxis-", Moos-FS, 1997.
- Birklbauer, "Die teilbedingte Strafnachsicht-Entstehung, Intention und erste Analyse der Praxis", Moos-FS, 1997.

Foregger/Fabrizy, StGB Kurzkommentar, Wien 2006.

STATISTIK AUSTRIA, Gerichtliche KRIMINALSTATISTIK 2010, Wien 2011.

Roland M. Schneider/Roy Garré, Basler Kommentar Strafrecht I, 2007.

Legislation of partially suspended sentence

Yun, Dong-Ho*

For variety of penalty or sentencing, partially suspended sentence ought to be legislated. The court need to partially suspended sentence. If imprisonment is necessary, and if a very short sentence is not enough, and if it is not appropriate to suspend the sentence altogether, then partial suspension should be considered.

There is argument opposed to legislation of partially suspended sentence. Because partially suspended sentence has problem of short imprisonment. But some offender need short, sharp shock. Through partially suspended sentence, long imprisonment can be avoided.

Many country have partially suspended sentence. For example Swiss, Austria, France. U.K. has custody plus order. Custody plus order is a kind of partially suspended sentence. U.S.A. has shock probation similar to partially suspended sentence.

❖ Key words : partially suspended sentence, short, sharp shock, Shock Probation, Split Probation, Custody plus order, Intermittent custody

투고일 : 3월 9일 / 심사(수정)일 : 3월 26일 / 게재확정일 : 3월 26일

*An assistant professor, School of Law, Jeju National University, Ph. D. in Law.