

## 성인범에 대한 형사제재로서 사회봉사의 체계적 지위와 개선방안

정지훈\*

### 국 | 문 | 요 | 약

한국의 법체계에서 사회봉사를 형사제재로 부과하는 방식은 세 가지이다. 첫 번째는 형벌의 집행유예를 선고하면서 임의적 조건으로 부과하고, 위반이 중대한 경우에 집행유예를 취소한다. 두 번째는 일정한 범죄를 저지른 자에게 곧바로 형사절차를 개시하지 않고 그 대신에 보호처분을 부과하는데, 사회봉사명령을 이행하지 않은 경우에는 보호처분을 취소하고 검사 또는 형사법원에 송치한다. 세 번째로는 부과된 벌금을 납부하지 못하여 노역장유치를 해야 할 사람이 검사에게 사회봉사를 신청하고 법원이 허가하면 이행된 사회봉사만큼 벌금을 대체할 수 있다.

형사제재로서 사회봉사의 법적 성격 혹은 본질에 대해서는 ① 보안처분, ② 형벌집행의 변형, ③ 둘 모두의 성격을 가진 제3의 제재라는 논의가 있어 왔다. 하지만 위 첫 번째와 두 번째 유형의 사회봉사명령은 대상자의 재범가능성이 형벌을 부과할 필요가 없을 정도로 긍정적인 예측이 가능한 경우에 부과된다는 점에서, 보안처분적 성격을 인정해서는 안 된다. 세 번째 유형은 이미 부과된 형벌인 벌금을 대체하는 기능을 한다는 점에서 형벌의 집행영역으로 위치지워야 하며, 형벌선고나 집행의 폐해를 피하기 위한 목적을 공유하고 있다.

개선방안으로는, 우선 사회봉사를 보호관찰과 동격으로 선택적으로 병합하도록 할 것이 아니라 보호관찰의 준수사항으로 위치지우도록 해야 한다. 보호관찰관의 지도·감독 없는 사회봉사는 강제노역에 다를 바 없어 재사회화 효과가 의문스럽다는 비판은 학계와 실무를 가릴 것 없이 제기되어 왔기 때문이다. 또한 이를 통해 사회봉사를 제대로 이행하지 않은 경우에 취소하고 형벌을 집행하는 외에는 제재수단이 없기 때문에 초래되는 형식적인 시간 때우기식 집행도 유연하게 대응할 수 있다. 위반의 정도에 따라 무조건 취소하지 않고 다른 준수사항으로의 변경 등이 가능해짐에 따라 실질적인 지도·감독 및 재사회화를 기대해 볼 수 있기 때문이다. 더 나아가 집행유예 또는 보호관찰의 기간을 대상자의 집행상황에 따라 연장하거나 임시해제 등의 방법으로 줄이는 방식도 효율적인 집행과 대상자의 적극적인 이행을 위해 도입이 필요하다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2023.9.30.3.327>.

❖ 주제어 : 사회봉사명령, 보호관찰, 보호처분, 준수사항, 형벌, 보안처분

\* 서울대학교 경찰학부 조교수, 법학박사.

## I. 시작하는 글

2021년 기준으로 사회봉사명령은 65,693건이 부과되었다. 어느 정도의 규모인지 가늠해 보기 위해서 같은 해의 다른 통계와 비교해 보자면, 1심 공판사건 중 유기징역·금고의 실형을 선고 받은 이가 63,800명이고, 79,478명에게는 집행유예가 선고되었다. 또한 전국 교정시설의 1일 평균 수형자는 33,548명인 것으로 집계되어 있다.<sup>1)</sup> 1988년 「소년법」 개정에 의해 도입되었고, 성인범죄자에게 적용되기 시작한 게 1995년 「형법」의 개정을 통한 1997년부터였음에도, 사회봉사명령은 빠르게 한국의 형사제재체계의 핵심적인 수단으로 자리를 잡은 것이다. 이후 2009년부터 확정된 벌금형을 사회봉사로 대신하여 집행할 수 있는 입법이 이루어졌으며, 2016년의 「형법」 개정을 통해서도 벌금형에 대해서도 집행유예가 가능해짐에 따라 형벌 또는 그 집행을 대체하여 사회봉사가 부과될 수 있는 영역은 더욱 넓어졌다.

새로운 형사제재수단을 도입하기 위해서는 학계에서 그 현실의 문제점이나 그에 따른 필요성, 그리고 비교법적인 자료를 소개하는 등의 논의가 시작되고, 공론화된 이후 이를 받아들인 정부나 입법부에 의해서 법률로 제도화되는 절차를 거치는 것이 통상적이다. 하지만 「소년법」에 사회봉사명령이 처음으로 그 모습을 드러내기 전까지도 이에 대한 자세한 소개나 논의가 거의 없었던 것으로 평가된다.<sup>2)</sup> 이후에도 사회 내 처우의 새로운 수단으로 형사정책적 장점이 강조되고 확대하는 흐름이 계속되었을 뿐, 체계적 관점에서 근거 법률에 따른 사회봉사명령의 법적 성격이나 정당성, 제도의 구조적인 문제점에 대한 검토는 현실에서의 활용빈도나 중요성에 비해 눈에 띄지 않는 상황이다. 그 결과 본격적으로 모든 범죄에 대해 시행된 지 25년이 넘었음에도 불구하고, 그 절차나 준수사항, 종료와 위탁에 대한 근거 등 최소한의 사항에 대해서만 법률에 규정해 둔 채로 제도적인 형태나 내용의 변화는 전혀 없었다. 상황이 이러하니 사회봉사명령 제도의 성패는 일선 보호관찰관에게 일임되거나 위탁기관의 선의를 기대하는 수밖에 없게 되었다. 이에 이 글은 이론적 논의의 시작점으로 형사제재로서 사회봉사의 체계적 지위를 검토하고

1) 사회봉사명령의 대상자 수는 2020년에 51,448건이고 2019년에는 49,788건인 것으로 나타나 있다 (법무연수원, 「2022 범죄백서」, 2023, 427면). 1심 공판사건 중 유기징역·금고를 선고 받은 사람 수는 위의 책 310면을, 그리고 전국 교정시설의 1일 평균 수형자는 위의 책 344면.

2) 오영근, “사회봉사명령의 실태”, 「교정연구」 제35호, 한국교정학회, 2007, 2면.

(‘Ⅱ. 현행 법률에 의한 사회봉사의 법적 성격’), 이를 토대로 한 입법적인 개선방안을 제안하고자 한다(‘Ⅲ. 사회봉사의 실효성 확보를 위한 입법방안’).

## Ⅱ. 현행 법률에 의한 사회봉사의 법적 성격

### 1. 형선고가 확정된 이후의 사회봉사

#### 가. 집행유예의 부담부 조건으로 부가되는 사회봉사명령

「형법」은 집행유예의 임의적 조건 중 하나로 사회봉사를 규정하고 있다(제62조의2).<sup>3)</sup> 이와 같이 집행유예를 선고할 때 보호관찰 및 수강명령과 더불어 선택적 조건의 하나로써 사회봉사를 부가할 수 있도록 한 형태는 「형법」 외에도, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 법률」(이하 ‘성폭력처벌법’), 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」(이하 ‘청소년성보호법’), 「아동학대범죄의 처벌 등에 관한 법률」(이하 ‘아동학대처벌법’), 「가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 법률」(이하 ‘가정폭력처벌법’)에서도 찾아볼 수 있다. 이들은 집행에 있어서 공통적으로 「보호관찰 등에 관한 법률」(이하 ‘보호관찰법’)을 준용하기 때문에(동법 제3조 제2항), 사회봉사의 시간이나 준수사항의 부과, 집행유예의 취소나 불복수단 등 내용은 다르지 않다(제59조부터 제64조까지). 다만 위 특별법에서는 예컨대 가정폭력처벌법 제3조의2 제3항<sup>4)</sup>과 같이 수강명령 외에 보호관찰 또는 사회봉사 중 하나 이상의 처분을 병과할 수 있다는 명문의 조항을 두고 있다는 차이가 있을 뿐이다. 각 법률에 흩어져 있는 집행유예의 부담부 조건인 사회봉사명령의 내용을 정리해 보면 <표 1>과 같다.

3) 보다 정확하게 표현하자면, 입법자는 ‘사회봉사명령 위반의 정도가 무거운 때’를 집행유예의 해제조건으로 설정한 것으로 보아야 한다.

4) 제3조의2(형벌과 수강명령 등의 병과) ③ 법원이 가정폭력행위자에 대하여 형의 집행을 유예하는 경우에는 제1항에 따른 수강명령 외에 그 집행유예기간 내에서 보호관찰 또는 사회봉사 중 하나 이상의 처분을 병과할 수 있다.

〈표 1〉 집행유예의 조건으로 부가되는 사회봉사명령의 종류와 내용

| 근거법률         | 형법  | 성폭력범죄<br>처벌법     | 청소년<br>성보호법      | 이동학대<br>처벌법       | 가정폭력<br>처벌법 |
|--------------|---|------------------|------------------|-------------------|-------------|
| 시 간          | 집행유예기간 내 500시간 이내                                       |                  |                  |                   |             |
| 변 경          | 사회봉사의 시간이나 집행방법, 다른 조건으로의 변경 규정은 없음                     |                  |                  |                   |             |
| 판결 전<br>조사   | 임의적<br>(보호관찰법 § 19)                                     | 임의적<br>(동법 § 17) | 임의적<br>(동법 § 22) | 임의적<br>(보호관찰법 준용) |             |
| 병 과          | 보호관찰 또는 수감명령 중 하나 이상의 처분을 동시에 선고 가능                     |                  |                  |                   |             |
| 신고의무         | 보호관찰 대상자의 신고의무와 동일함 <sup>5)</sup>                       |                  |                  |                   |             |
| 준수사항         | 일반준수사항(보호관찰법 제62조 제2항)+특별준수사항(동법 시행령 제19조)              |                  |                  |                   |             |
| 취소사유         | 준수사항이나 명령을 위반하고 그 정도가 무거운 때                             |                  |                  |                   |             |
| 취소효과         | 집행유예 취소   |                  |                  |                   |             |
| 이행여부<br>불복수단 | 집행유예의 취소에 대한 항고(보호관찰법 제47조 및 형사소송법 제335조) <sup>6)</sup> |                  |                  |                   |             |

집행유예의 선택적 조건으로 부과되는 「형법」상 사회봉사명령의 법적 성격이 무엇인지에 대해서는 견해가 나뉘어 왔다. ① 과거의 불법한 책임에 기초하고 있는 제재가 아니라 미래의 위험성으로부터 행위자를 보호하고 사회를 방위하기 위한 합목적적인 조치이므로 보안처분으로 보아야 한다는 주장과,<sup>7)</sup> ② 사회봉사명령은 연혁적·비교법적으로 자유형의 대안으로서 창안되었고 유죄가 인정되는 것을 전제로 하고 있으며 준수사항을 부과하고 일정한 노력에 종사하게 하는 한편 이를 위반한 때에는 유예되었던 형벌을 집행하는 등 형벌적 요소가 강하게 내포되어 있다는 점에서 형벌집행의 변형이라는 입장이

5) 윤웅장, “보호관찰·사회봉사명령·수감명령의 집행 현황”, 「양형실무위원회 2003」(상), 법원행정처, 2004, 195면.

6) 「형법」 제64조 제2항에 의해 사회봉사명령의 위반 여부 및 그 정도에 따라 집행유예가 취소될 수 있으므로 결국 「형사소송법」 제335조의 절차에서는 사회봉사를 충실히 이행했는지 여부가 쟁점이 된다. 이와 달리 법원이 선고한 사회봉사명령의 내용이나 시간에 대한 불복은 명령위반 또는 양형부당을 사유로 하는 상소절차에 의한다.

7) 안성훈·박정일, 「벌금대체 사회봉사제도의 시행성과와 발전방안」, 한국형사·법무정책연구원, 2011, 31면; 이영란, “사회봉사명령의 양형과 효과에 관한 경험적 연구”, 「형사정책」 제12권 제1호, 한국형사정책학회, 2000, 28면; 최호진, “사회봉사명령과 소급효금지의 원칙”, 「법학논총」 제31권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2011, 314면. 한편 별다른 설명 없이 교과서에서 보안처분에 위치시키고 있는 문헌으로 배종대, 「형법총론」(제17판), 홍문사, 2023, [196]/16; 임웅, 「형법총론」(제13정판), 법문사, 2022, 743면.

개진되어 왔으나,<sup>8)</sup> ③ 불법에 대한 응보라는 전통적인 형벌의 색채를 완전히 벗어버리지 않으면서도 개별교화적 기능과 재사회화의 기능을 추구하려는 제도로써 형벌과 보안처분의 성격을 동시에 갖는 제3의 처분 혹은 제재수단이라는 설명이 다수를 차지하고 있는 것으로 보인다.<sup>9)</sup>

대법원은 “형법 제62조의2의 규정에 의하여 형의 집행을 유예하는 경우에 명하는 사회봉사명령은 형벌 그 자체가 아니라 보안처분의 성격을 가지는 것”<sup>10)</sup>이라면서 판단의 근거에 대해서는 따로 적시하지 않았는데,<sup>11)</sup> 이후 다른 판례에서는 “사회봉사는 자유형의 집행을 대체하기 위한 것”<sup>12)</sup>이라고 실시한 바 있다. 이에 비해 헌법재판소는 “형법상의 사회봉사명령은 자유형의 집행을 유예하는 경우에만 할 수 있는 부수처분으로서, 범죄인의 재범 방지와 사회복귀를 주된 이념으로 한다는 점에서 보안처분의 성질을 가지면

8) 김수길, “사회봉사명령제도에 관한 고찰”, 「법과 정책」 제5호, 제주대학교 법과정책연구원, 1999, 8면; 정동기, “사회봉사명령제도의 연구”, 한양대학교 법학박사학위논문, 1997, 16면. 한편 형법상 사회봉사명령은 형벌을 대체하는 제제도 아니고 재범의 위험성을 방지하기 위한 예방적 처분이라고 볼 수도 없으므로 제재체계상 지위와 관련해서는 제3자의 제재적 성격을 가지지만, 그 제재수단이 형사제재체계 내에서 가지고 있는 외부적 모습은 형벌에 결부되어 있으므로 형벌집행의 변형이라고 보아야 한다는 김성돈, 「형법총론」(제8판), SKKUP, 2022, 863면.

9) 김혜정, “사회내처우의 형사정책적 기능에 관한 소고 - 사회봉사명령제도를 중심으로 -”, 「보호관찰」 제11권 제1호, 한국보호관찰학회, 2011, 142면; 박미숙, “형사제재로서 사회봉사명령의 의의와 전망”, 「형사법연구」 제17호, 한국형사법학회, 2002, 97면; 박형남, “사회봉사명령제도의 적절한 운용 방안”, 「사회봉사·보호관찰 제도 해설」, 법원행정처, 1997, 15면; 성낙현, “사회봉사명령의 현실과 독립된 형사제재로서의 발전방안”, 「중앙법학」 제17권 제2호, 중앙법학회, 2015, 271면; 손동권·김재윤, 「형법총론」, 율곡출판사, 2019, §41/33; 원혜옥, “사회봉사명령의 의의 및 범위”, 「보호관찰」 제11권 제1호, 한국보호관찰학회, 2011, 251면; 이경제·최석윤, “한국의 사회봉사명령제도”, 「형사정책연구」 제8권 제4호, 한국형사·범무정책연구원, 1997, 197면.

10) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2006도4741 판결.

11) 다만 대법원이 「형법」 제62조의2 제1항에 의한 집행유예시 부과되는 보호관찰의 성격을 판단함에 있어, “위 조항에서 말하는 보호관찰은 형벌이 아니라 보안처분의 성격을 갖는 것으로서, 과거의 불법에 대한 책임에 기초하고 있는 제재가 아니라 장래의 위험성으로부터 행위자를 보호하고 사회를 방위하기 위한 합목적적인 조치”라고 판시한 부분을 보면(대법원 1997. 6. 13. 선고 97도703 판결), 보호관찰과 동격으로 집행유예의 임의적 조건인 사회봉사명령을 보안처분이라고 실시한 이유를 짐작해 볼 수는 있다.

12) 대법원 2008. 4. 11. 선고 2007도8373 판결(“형법과 보호관찰 등에 관한 법률의 관계 규정을 종합하면, 사회봉사는 형의 집행을 유예하면서 부가적으로 명하는 것이고 집행유예에 되는 형은 자유형에 한정되고 있는 점 등에 비추어, 법원이 형의 집행을 유예하는 경우 명할 수 있는 사회봉사는 자유형의 집행을 대체하기 위한 것으로서 500시간 내에서 시간 단위로 부과될 수 있는 일 또는 근로활동을 의미하는 것으로 해석되므로”).

서 한편으로 자유형의 집행유예에 부가하여 근로를 부과하는 자유형 집행의 대체수단으로서 형사제재적인 성격도 가지고 있다”<sup>13)</sup>고 실시하였는데, 사회봉사명령의 이중적 성격을 인정하고 있다는 점에서 ③의 견해와 다르지 않다고 입혀진다.

지금까지 사회봉사명령의 법적 성격에 대한 논의는 여가시간의 박탈과 노동의 강제라는 해악적 성격 및 예방목적 가운데 무엇이 초점을 맞추는지에 따라 판단하는 방식이 반복되어 왔다. 이미 행해진 불법의 응보·속죄라는 측면이 강조되면 형벌의 영역으로 위치시키고, 재사회화라는 특별예방목적은 보안처분적 성격으로 파악되었던 것이다. 그런데 오늘날 형벌의 목적 중에 적극적 특별예방 또한 형벌의 목적에 포함된다는 사실을 부정하지 않는다면, 다시 말해 특별예방이 두 축의 공통목적임을 인정할 수밖에 없다면 어떠한 형사제재가 대상자의 교화·개선목적을 위해 투입된다고 해서 이를 보안처분(의 속성)이라고 단정지을 수 없다.<sup>14)</sup> 양자의 구별기준은 형식적으로 형법전에 열거된 형벌의 종류에 포함되는가 혹은 자유의 박탈 등과 같은 집행수단의 외양에만 초점을 맞출 것이 아니라,<sup>15)</sup> 이원주의 형사제재체계 안에서 부과근거가 무엇이고 그에 맞춘 제재수단인지에 따라 판단되어야 한다.

현행 규정 체계 안에서 사회봉사명령은 형벌이 확정된 이후에 그 집행을 일정 기간 유예하는 동시에 선택적으로 결합하여 그 조건 또는 부수처분으로서만 부가될 수 있으므로, 집행유예와 독립하여 개별적으로 선고될 수 없다.<sup>16)</sup> 그렇다면 사회봉사명령이 독립적인 형사제재가 아닌 이상 그 법적 성격은 집행유예의 체계적 지위와 함께 파악되어야

13) 헌법재판소 2012. 3. 29. 2010헌바100.

14) 정역형도 수행자의 재범방지와 사회복귀를 형벌목적으로 삼고 있다는 점에서, 사회봉사명령이 이를 주된 이념으로 하고 있다고 해서 그것이 보안처분으로 판단해야 할 논거가 될 수 없다는 지적으로 한영수, “벌금미납자의 사회봉사 집행의 현황과 발전방안”, 『형사정책연구』 제26권 제3호, 한국형사·법무정책연구원, 2015, 68면.

15) 형식적 판단의 예로써 “사회봉사명령 또는 수강명령은 형의 종류를 정하고 있는 형법 제41조에 해당되지 않고, 그 목적이 과거의 불법에 대한 책임에 기초하고 있는 제재가 아니라 대상자의 건전한 사회복귀의 촉진 및 범죄예방을 통한 복지증진과 사회보호에 있으며, 원칙적으로 대상자가 자유로운 정상생활을 영위할 수 있도록 행해진다는 점에서 형벌과 본질적인 차이가 있으므로, 이를 이중처벌금지원칙에서 말하는 ‘처벌’로 보기 어렵다”는 헌법재판소 2013. 6. 27. 2012헌바345·364(병합).

16) 대법원 2008. 4. 24. 선고 2007도8116 판결(“형법은 사회봉사명령을 집행유예에 수반되는 부수처분으로 설정하여 사회봉사명령을 집행유예기간 내에 집행하도록 하고 그 명령위반의 정도가 무거운 경우를 집행유예 취소의 요건으로 삼고 있는 점에 비추어, 사회봉사명령이 위법한 경우 형의 집행유예 부분에 위법이 없더라도 그 부분까지 전부 파기하는 것이 타당하다”).

하는 게 마땅하다.<sup>17)</sup> 집행유예는 형의 선고에 있어서 그 정상(情狀)이 가볍고 재범에 대한 형의 현실적 집행의 필요가 없다고 인정되는 경우, 즉 사회 내 처우를 통해서 개선·교화가 가능하다는 ‘긍정적인’ 예측에 근거하여 부과되는 것이다.<sup>18)</sup> 이를 재범의 위험성 요건으로 보다 명확하게 표현해 보면, ‘자유형뿐만 아니라 벌금까지도 집행할 필요가 없다고 판단될 정도로 재범가능성이 낮거나 없다고 판단될 때’에 해당한다.<sup>19)</sup> 그리고 이러한 정상참작사유는 판결시 「형법」 제51조의 양형조건에 대한 전체적인·종합적인 관점에서 판단되는 것이다.

이와 같은 이유에서 집행유예는 재범의 위험성에 대한 부정적인 예측이나 형벌의 한계로 인하여 부과되는 보안처분이나 그 성격을 가진 제3의 제재로 분류해서는 안 된다. 뉘우치는 정상이 양호한 범죄인에 대한 양형책임을 판단근거로 하여 그 결과인 형벌에 결부되어 있다는 점에서 ‘형집행의 전환수단’ 또는 ‘형집행의 변형’으로 이해함이 타당하다.<sup>20)</sup> 이러한 전환·변형수단으로서의 사회봉사명령은 독자적인 형벌로 규정되어 있지

- 17) 실무상 「형법」의 사회봉사명령을 독립된 형이 아니라 집행유예에 부가형으로 도입된 것으로서 한 덩어리의 양형 형식으로 이해·운용하고 있으므로, 집행유예에 대하여는 불복하지 않으면서 사회봉사명령의 상소만은 불가능하다는 설명으로 이현승, “사회봉사명령 및 수강명령의 운용실태와 개선방안”, 「양형실무위원회 2003」(상), 법원행정처, 2004, 115면과 박이규, “형법 제62조의2에 의한 사회봉사명령의 허용범위”, 「사법」 제1권 제5호, 사법발전재단, 2008, 347면.
- 18) 독일 「형법」 제56조에는 집행유예의 요건 중 “형의 선고 자체로 행위자에게 이미 위하의 목적을 달성하고 형집행을 하지 않더라도 장래 행위자가 더 이상 범죄를 범하지 않을 것으로 기대되는 경우”를 명시해 놓고 있다. 한국 「형법」 제62조에는 이러한 요건 대신에 “정상에 참작할 만한 사유”가 있는 경우로 규정되어 있는데, 이를 독일의 조문내용과 동일하게 해석하는 서술이 일반적이다(예컨대, 이재상·장영민·강동범, 「형법총론」(제10판), 박영사, 2019, §43/7).
- 19) 집행유예의 선고요건으로서 정상참작사유를 이와 같이 해석하는 견해로 손동권·김재운, 앞의 책, §39/19; 오영근, 「형법총론」(제5판), 박영사, 2019, 540면.
- 20) ‘형집행의 전환수단’(division)이라는 표현은 임웅, 앞의 책, 706면. 조건부 유죄판결제도를 채택하고 있는 한국의 집행유예는 형벌을 선고하고 그 집행만 유예하는 것이므로 외래적(사회내)처우라는 의미에서 특수성을 가진 형벌집행의 변형으로 보는 견해로 김성돈, 앞의 책, 858면; 이재상·장영민·강동범, 앞의 책, §43/2; 정성근·박광민, 「형법총론」(제5판), 삼영사, 2011, 702면. 독일에서는 집행유예제도의 법적 성격에 대하여 형집행의 변형(Modifikation der Strafvollstreckung)으로 파악하는 게 일반적이라고 한다[Bernd von Heintschel-Heinegg, 「München Kommentar zum StGB」(4. Auflage) Band 2(§§38-79b), C. H. BECK, 2020, §56 Rn. 1(Karl-Heinz Groß/Gabriele Kett-Straub 집필 부분)]. 그리고 독일 「형법」 제56조b는 집행유예 대상자에게 부과할 수 있는 의무사항 혹은 부담사항(Auflagen)을 규정하고 있는데, 제2항 제3호에 “기타 공익을 위한 급부를 제공할 것”(gemeinnützige Leistungen zu erbringen)이 사회봉사명령의 근거가 된다. 이러한 의무사항은 불법에 대한 속죄·응보의 형벌성격을 갖는다고 설명되며[Adolf Schönke /Horst Schröder, 「Strafgesetzbuch Kommentar」(29. Auflage), C. H. Beck, 2019, §56b Rn. 1(Jörg Kinzig 집필부

않지만, 범죄행위에 대한 형사제재를 형벌과 보안처분으로 이원화할 경우 책임원칙에 귀속되는 형벌에 결부되어 있다. 그로 인해 집행유예의 기간 산정<sup>21)</sup>뿐만 아니라 취소나 실효 없이 유예기간을 경과한 때에 이미 선고되었던 형벌은 장래를 향하여 효력을 잃게 되어 집행할 수 없게 된다(제65조). 반대로 대상자가 보호관찰의 준수사항이나 사회봉사 명령을 위반하고 그 정도가 무거운 때에는 집행유예를 취소하고 책임의 질과 양에 따라 선고되었던 형벌이 집행될 수 있도록 규정한 것 역시 이러한 법적 성격으로 설명된다(제64조).

이와 같이 현행법상 집행유예의 선택적 조건 또는 부수조치로서만 작동하는 사회봉사 명령은, 양형판단의 결과로서 대상자의 재범가능성이 낮거나 없다고 인정된 경우에 그에 근거하여 부가되는 것이다. 그렇다면 전술한 바와 같이 자유형뿐만 아니라 벌금까지도 집행할 필요가 없다는 긍정적 예측에 터잡아 선고된 형벌의 집행을 유예하면서 동시에 사회봉사명령을 부기한 것에 대하여, 부담부 조건에만 부정적인 재범의 위험성을 근거로 하는 보안처분적 성격을 인정하는 것은 모순적일 수밖에 없게 된다.<sup>22)</sup> 그럼에도 불구하고 한국 법체계에서 그 법적 성격을 논의함에 있어서 - 영국의 사회봉사제도에 강한 영향을 받은 탓인지<sup>23)</sup> - 사회봉사명령만을 따로 다루는 방식이 널리 퍼져있었다. 하지만 사회봉사명령의 법적 성격은 형사제재체계 내에서 집행유예의 체제적 지위에 대한 논의와 별개일 수 없으며, 따라서 그 결론은 형집행의 전환수단 또는 형집행의 변형으로서 이원주의 안에서는 형벌에 영역에 속한다고 보아야 한다.

분]), 그렇기 때문에 자유제한적 보안처분인 행장감독(Führungsaufsicht)에서는 부과할 수 없다(제68조b).

- 21) 실무에서는 죄의 경중에 따르거나 형이 중할수록, 또는 집행유예 기간이 길수록 사회봉사시간이 길어지는 현상이 확인된다(“사회내 처우 운영에 관한 법관들의 의식조사”, 「양형실무위원회 2003」(상), 법원행정처, 2004, 239면).
- 22) 단순 집행유예제도는 형집행의 변형이라고 보면서도 보호관찰이나 사회봉사·수감명령이 수반되는 집행유예의 경우에는 형벌과 보안처분의 중간영역에 해당하는 제3의 제재방법이라는 견해로 박상기, 「형법총론」(제6판), 박영사, 2004, 541면; 손동권·김재윤, 앞의 책, §39/13; 오영근, 앞의 책, 539면. 집행유예는 형집행의 전환수단으로 보면서도 사회봉사명령은 보안처분으로 분류하고 있는 임웅, 앞의 책, 743면.
- 23) 1988년 개정 「소년법」상 사회봉사명령제도는 별다른 논의나 선행연구가 없는 상태에서 영국의 사회봉사명령제도를 대폭 참고하여 도입한 것이라는 설명으로 오영근, 앞의 논문, 2면.



## 나. 미납벌금의 대체수단으로서 사회봉사

「벌금 미납자의 사회봉사 집행에 관한 특례법」(이하 ‘벌금미납자법’)이 2009년부터 법률 제9523호로 시행됨에 따라, 형벌의 일종인 벌금이 확정된 경우에도 사회봉사로 이를 대체할 수 있게 되었다. 「형법」 제69조 제1항에 따르면 법원은 벌금을 선고받아 확정되었는데도 30일 내에 납입하지 않은 사람에게 1일 이상 3년 이하의 노역장유치를 명한다. 그런데 이러한 벌금형의 징역형화는 애초에 자유형 집행의 폐해를 막기 위해 벌금형을 선고한 취지에 역행할 뿐만 아니라 경제적 불평등이 형벌에도 이어지는 결과를 초래할 수밖에 없게 된다. 이에 노역장유치로 인한 구금이 실무상 징역형과 동일하게 집행됨에 따른 범죄학습, 가족관계 단절 등의 여러 가지 문제점을 해소하고자, 벌금 납입의사가 있으나 경제적인 이유로 벌금을 낼 수 없는 사람에게 노역장 유치에 앞서 미납벌금을 사회봉사로 대체하여 집행할 수 있는 방법이 마련된 것이다.

법원에 의해 선고되는 사회봉사 ‘명령’과는 달리, 500만원 이하의 벌금이 확정되었지만 내지 않은 사람이 스스로 검사에게 사회봉사를 신청하고, 검사는 일정한 요건에 해당하지 않는 한 법원에 사회봉사로의 대체를 청구하여야 한다(동법 제4조와 제5조). 법원은 벌금 미납자의 경제적 능력, 사회봉사 이행에 필요한 신체적 능력, 주거의 안정성 등을 고려하여 사회봉사 허가 여부를 결정한다. 법원으로부터 사회봉사로의 대체를 허가받은 대상자는 그 주거지를 관할하는 보호관찰소의 장에게 신고하고 원칙적으로 보호관찰관이 집행한다(제8조와 제9조). 법원은 통상 벌금 10만원을 노역장유치 1일로 환산하는데, 이를 다시 8시간의 사회봉사로 대체한다.<sup>24)</sup> 이에 따르면 예를 들어 500만원의 벌금을 부과받고 전액 미납한 사람은 총 400시간의 사회봉사를 원칙적으로 6개월 이내에 이행해야 한다(제11조). 사회봉사 대상자는 그 이행을 마치기 전이라도 벌금의 전부 또는 이미 집행한 사회봉사시간에 상응한 금액을 공제하고 남은 벌금을 납부하고 사회봉사를 종료할 수 있다(제12조).

대상자가 기간 내에 사회봉사를 마치지 못하였거나 보호관찰관의 지시 등 준수사항을 위반한 경우에 검사는 사회봉사의 취소를 법원에 청구하고 법원이 이를 인용하면 대상자는 남은 사회봉사기간에 해당하는 미납벌금을 7일 이내에 내야 하는데, 그 기간이 지나

24) 노역장유치 1일이 사회봉사 8시간에 해당한다는 명문규정은 없으나 일반적으로 법원이 기준으로 사용하고 있다는 설명으로 한영수, 앞의 논문, 89면.

도 납부하지 않으면 노역장에 유치한다(제14조). 이와 같이 벌금미납자법은 벌금형의 환형처분인 노역장유치를 다시 사회봉사로 대체집행하는 법적 근거이다. 이에 따라 사회봉사는 전부 또는 일부 모두 벌금납부에 갈음하는 효과를 갖고 벌금의 전부 또는 일부납부 역시 사회봉사시간으로 산정된다. 따라서 그 법적 성격은 전형적인 형벌집행의 변형이라고 보아야 한다.<sup>25)</sup>

## 2. 보호처분으로 부과되는 사회봉사명령

사회봉사명령의 또 다른 운영형태는 가정법원에 의해 단독으로 부과될 수 있는 보호처분에서 찾을 수 있다. 가정폭력처벌법은 1997년 제정될 때부터 보호관찰법에 의한 사회봉사명령을 보호처분의 종류로 준용하였고, 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」(이하 ‘성매매처벌법’)은 2004년 제정시부터, 그리고 「아동학대의 처벌 등에 관한 특례법」(이하 ‘아동학대처벌법’) 역시 2014년에 처음 시행될 때부터 규정하고 있었다. 그렇지만 「소년법」의 보호처분과는 달리, 위 법률의 사회봉사명령에 대한 학계와 실무의 관심은 찾기 힘든 수준이다. 물론 개별 법률에 대한 문제를 다루면서-특히 피해자 보호의 관점에서-보호처분의 내용과 개선방안이 포함되어 있지만 그 중 하나인 사회봉사명령의 법적 성격을 논의의 대상으로 삼은 글을 찾기 어려운 게 엄연한 현실이다. 보호처분으로서의 사회봉사명령은 특정범죄를 저지른 성인범죄자인데도 불구하고, 형사제재체계 내에서 어떠한 위치에 있는지 「소년법」의 그것과 별개로 논의된 경험이 없는 것이다.<sup>26)</sup>

주지하다시피 「소년법」은 19세 미만의 반사회성이 있는 소년은 정신·신체적으로 미숙하기 때문에 범죄충동에 빠지기 쉽지만 동시에 개선·교화의 가능성도 높다는 대상의

25) 권수진 등 5인, 「벌금대체 사회봉사의 실태와 효율적 운용방안에 관한 연구」, 한국형사·법무정책연구원, 2022, 19면; 박광민·이인근, “벌금대체 사회봉사제도의 실효성 확보방안”, 「성균관법학」 제 24권 제3호, 성균관대학교 법학연구원, 2012, 519면; 안성훈·박정인, 앞의 연구보고서, 27면; 한영수, 앞의 논문 69면.

26) 예컨대 보호처분인 사회봉사명령 근거법률로 「소년법」을 비롯하여 가정폭력처벌법과 성매매처벌법을 열거하면서도, 그 법적 성격에 대해서는 별개로 나누어 같은지 다른지에 대한 검토를 생략한 채로 한꺼번에 논의하고 있는 문헌으로 최호진, 앞의 논문, 312면 이하. 한편 교과서 중에서 거의 유일하게 「소년법」과 별개로 가정폭력처벌법, 성매매처벌법의 보호처분을 따로 구분한 다음 모두 보안처분에서 다루고 있는 문헌으로 김일수·서보학, 「형법총론」(제13판), 박영사, 2019, 626면과 629면.

특이성을 중심에 놓고, 장애지향적 관점에서 이들이 건전하게 성장하도록 환경과 품행의 교정을 위한 보호처분 등 형사처분에 관한 특별조치를 부과할 수 있도록 한다(동법 제1조). 그렇다면 형사절차를 우회하기 위한 수단의 확보라는 입법목적은 공유하더라도, 가정폭력범죄자나 18세 미만의 피보호자를 확대한 경우, 성매매나 알선 등과 같이 대부분 성인에 의해서만 범해지는 특정범죄를 저지른 자에게 부과되는 보호처분은 그 목적이나 기능, 내용이 소년과 구분되어야 하는데도 불구하고(혹은 유사하더라도 그 이유가 설명되지 않은 채로), 「소년법」의 제재수단에만 초점을 맞춰 마치 단일한 보호처분인 것처럼 설명되어져 왔다.

하지만 보호처분으로 부과되는 사회봉사명령의 종류와 내용을 정리한 [표 2]에서 보여지는 바와 같이, 입법자는 이미 「소년법」상 사회봉사명령과 성인범죄자에게 부과하는 수단 사이에 간과할 수 없는 차이를 설정해 두고 있다. 그 외에 구조적인 측면을 살펴보면, 「소년법」은 19세 미만자의 사건을 우선적으로 소년 보호사건으로 소년부의 관할로 정하고(제3조), 조사 또는 심리한 결과 금고 이상의 형에 해당하는 범죄사실이 발견된 경우 그 동기와 죄질이 형사처분을 할 필요가 있다고 인정하면 결정으로써 사건을 관할 지방법원에 대응한 검찰청 검사에게 송치하도록 하여 ‘원칙적 소년부-예외적 형사절차’의 관찰형태이며(제7조 제1항), 보호처분이 결정된 이후 이를 이행하지 않는다고 해서 형사절차로 전환되지 않는다(제38조).

반면 가정폭력처벌법 등 성인범에 대한 보호처분인 사회봉사명령으로의 절차는 예외적이다. 해당사건이 발생하면 우선적으로 일반적인 형사절차부터 개시되고 나서 이후에 검사 또는 법원이 가정보호사건으로 규율하는 것이 적절하다고 인정하는 경우에 한하여 가정법원에 송치할 수 있고, 판사는 가정보호사건으로 송치받은 경우에도 심리의 결과 그렇지 않다고 판단되면 ‘다시’ 검사에게 송치하거나 법원에 이송할 수 있도록 규정하고 있기 때문이다. 대상자가 사회봉사명령을 이행하지 않거나 그 집행에 따르지 않은 경우에도 보호처분을 취소하고 검사에게 송치하거나 법원에 이송하여 다시 형사절차로 복귀시킬 수 있다. 이 뿐만 아니라 「소년법」에 의하면 14세 미만자에게는 사회봉사명령을 부과할 수 없도록 명시함으로써(동법 제32조 제3항),<sup>27)</sup> 보호처분의 성격이나 내용이 대

27) 2007년 12월 21일 법률 제8722호로 개정되면서, 구법에서는 보호관찰처분시 사회봉사명령을 병과할 수 있는 연령을 16세 이상으로 설정하였는데 14세로 낮춘 것이다.

상자에 따라 다르게 구성될 필요가 있다는 점도 반영되어 있다.

〈표 2〉 보호처분으로 부과되는 사회봉사명령의 종류와 내용

| 근거법률        | 가정폭력처벌법                               | 아동학대처벌법                      | 성매매처벌법                                | 소년법                 |
|-------------|---------------------------------------|------------------------------|---------------------------------------|---------------------|
| 관할법원        | 가정법원                                  |                              |                                       | 가정법원소년부<br>지방법원소년부  |
| 시 간         | 200시간 이내(기간 제한 없음)                    |                              | 100시간                                 | 200시간 이내            |
| 종 료         | 법원이 결정                                |                              |                                       | 전부이행 <sup>28)</sup> |
| 변 경         | 종류변경과<br>총 400시간까지 연장<br>(한 차례만)      | 종류변경과<br>총 400시간까지 연장        | 종류변경과<br>총 200시간까지 연장<br>(한 차례만)      | 종류변경은 가능<br>연장은 불가  |
| 조시명령        | 임의적(§ 21)                             | 판사·검사의 결정 전<br>조사(§ 25·§ 44) | 가정폭력처벌법 준용                            | 임의적(§ 11)           |
| 병 합         | 명문으로 가능                               |                              |                                       |                     |
| 신고의무        | 보호관찰법 준용(동법 § 32)                     |                              |                                       |                     |
| 준수사항        | 보호관찰법 준용(동법 § 32)                     |                              |                                       |                     |
| 불이행<br>제재수단 | 5백만원 이하의<br>과태료(§ 65) 또는<br>사회봉사명령 취소 | 취소만 가능                       | 1천만원 이하의<br>과태료(§ 63) 또는<br>사회봉사명령 취소 | 없음                  |
| 취소사유        | 보호처분 미이행 또는 집행거부                      |                              |                                       | 처분시 19세 이상인<br>경우   |
| 취소효과        | 검사에게 송치하거나 법원에 이송                     |                              |                                       | 검사송치                |
| 불복수단        | 부과·변경·취소에 대한 항고                       |                              |                                       | 부과·변경만 항고           |

28) 2007년 12월 21일 법률 제8722호로 개정되기 이전에는 동법 제33조 제4항에 단기보호관찰 또는 보호관찰이 종료되거나 가해제되었을 경우에는 병과된 사회봉사봉사명령을 집행하지 아니한다는 단서를 두고 있었다. 그런데 개정 이후 현행법률에 이르기까지 이 단서가 삭제됨에 따라 보호관찰과 별도로 부과된 사회봉사명령이 이행되지 않은 상태에서 보호관찰의 종료 혹은 가해제된 경우 어떻게 처리할 것인지가 문제된다. 이를 두고 대상자에게 유리한 규정이 삭제되었다고 해서 불리한 효과가 발생한다고 볼 수 없으므로 개정 전과 같이 보호관찰이 종료 또는 가해제된 이후에는 사회봉사가 아직 이행되지 않았더라도 이를 강제할 수 없다는 견해로 성낙현, 앞의 논문, 263면. 하지만 구법에서는 사회봉사명령이 장·단기 보호관찰을 부과할 경우에만 가능한 구조였는데, 이를 2007년 개정에 의해 독립적으로 부과할 수 있도록 변경된 취지를 고려한다면 병합하여 부과하더라도 보호관찰의 종료나 가해제 여부와 상관 없이 사회봉사명령에 설정된 시간을 전부 이행해야만 종료되는 것으로 보는 것이 개정취지로 보인다.

또한 해석론으로도, 예컨대 검사가 보안처분인 전자장치 부착을 청구하기 위한 요건으로 보호처분인 사회봉사명령을 받은 전력을 근거 법률에 상관없이 동일하게 취급해야 하는지도 문제될 수 있다.<sup>29)</sup> 특히 「소년법」 제32조 제6항에서는 “소년의 보호처분은 그 소년의 장래 신상에 어떠한 영향도 미치지 아니한다”고 규정함으로써, 보호처분을 받은 사실은 그 소년의 장래 신상에 이롭지 못한 일체의 자료로 할 수 없음을 명시적으로 선언하고 있다. 반면 성인을 대상으로 한 다른 보호처분의 근거법률에는 그러한 내용이 없다. 이 때문에 재범의 위험성을 판단하는 절차에서 이를 어떻게 고려해야 할 것인가에 대해 의견이 다를 수 있다.

이러한 상황에서 성인에게 부과되는 사회봉사명령의 법적 성격이 무엇인지에 대해 명시적으로 밝혀 놓은 2008년 대법원의 결정에 주목할 필요가 있다.<sup>30)</sup> “가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법이 정한 보호처분 중의 하나인 사회봉사명령은 가정폭력범죄를 범한 자에 대하여 환경의 조정과 성행의 교정을 목적으로 하는 것으로서 형법 그 자체가 아니라 보안처분의 성격을 가지는 것”이라면서도, “그러나 한편으로 이는 가정폭력범죄 행위에 대하여 형사처벌 대신 부과되는 것으로서, 가정폭력범죄를 범한 자에게 의무적 노동을 부과하고 여가시간을 박탈하여 실질적으로는 신체적 자유를 제한하게 되므로, 이에 대하여는 원칙적으로 형벌불소급의 원칙에 따라 행위시법을 적용함이 상당하다”고 보아 보안처분이지만 형벌적 성격 때문에 소급적용이 허용되지 않는다고 판시한 바 있다.<sup>31)</sup>

29) “소년법에 의한 보호처분을 받은 사실도 상습성 인정의 자료로 삼을 수 있다”는 입장을 견지하던 법원은(대법원 1990. 6. 26. 선고 90도887 판결 등), 성폭력범죄자에게 전자장치의 부착을 청구하기 위한 요건 중 하나인 “성폭력범죄를 2회 이상 범하여(유죄의 확정판결을 받은 경우를 포함한다) 그 습벽이 인정된 때”를 적용함에 있어(「전자장치 부착 등에 관한 법률」 제5조 제1항 제3호), 대법원 2012. 3. 22. 선고 2011도15057, 2011전도249 전원합의체 판결을 통해 부정한 바 있다(“피부착명령청구자가 소년법에 의한 보호처분을 받은 전력이 있다고 하더라도, 이는 유죄의 확정판결을 받은 경우에 해당하지 아니함이 명백하므로, 피부착명령청구자가 2회 이상 성폭력범죄를 범하였는지를 판단할 때 소년보호처분을 받은 전력을 고려할 것이 아니다”). 그렇다면 만약 성인이 가족구성원에게 성폭력범죄를 범하여 가정폭력처벌법에 의한 보호처분인 사회봉사명령을 부과받은 경우도 마찬가지로 위 법률조항의 ‘성폭력범죄를 범한 경우’에서 제외하는 해석이 타당한지에 대해서는 이견이 있을 수 있다(위 전원합의체 판결에서도 보호처분을 받은 경력을 포함시켜야 한다는 4인의 반대의견이 있었음).

30) 대법원 2008. 7. 24.자 2008어4 결정.

31) 원심인 부산지방법원은, 2006. 7. 말경에 있었던 재항고인의 이 사건 폭행행위에 대하여 재판시법인 가정폭력처벌법 제41조, 제40조 제1항 제5호, 제4호를 적용하여 재항고인에게 6개월간 보호관

이를 두고 대법원은 보안처분에 대하여 일률적으로 소급효금지의 대상이 되는지를 판단하는 것이 아니라,<sup>32)</sup> 개별적 법률에 산재되어 있는 다양한 형태의 제재수단의 성격에 따라 결정하는 개별적 적용설이라고 평가된다.<sup>33)</sup> 그런데 거의 모든 교과서에서 보안처분에 대한 소급금지원칙의 적용 여부를 다루면서, 위 판례를 소개하고 있는데 법적 성격에 대한 별다른 검토 없이 보안처분임을 전제한 채로 소급적용이 타당한지에 대해서만 설명하고 있다.<sup>34)</sup> 「소년법」의 보호처분과 마찬가지로 성인범죄자에게 부과되는 사회봉사명령 역시 보안처분으로 파악하는 입장이 일반적으로 받아들여지고 있는 것으로 생각된다.<sup>35)</sup>

형벌은 책임원칙의 테두리 안에서 작동되고, 보안처분의 경우에는 부과근거인 재범의 위험성을 상쇄할 수 있는 제재수단을 통해서 형벌의 바깥에서 구현되도록 한 형사제재체계가 이원주의임은 더 이상의 설명을 요하지 않는다. 전술한 바와 같이 두 축은 특별에 방목적을 공유하고 있기 때문에 그 영토의 구획은 집행수단의 외양이나 기본권 침해의 정도가 형벌적인지 여부가 아니라, 형벌을 적용할 수 없거나 실패한 한계지점에 보안처분이 투여되는 경우에만 정당화될 수 있는 것이다.<sup>36)</sup> 그러므로 형벌의 보충성뿐만 아니

---

찰을 받을 것과 200시간의 사회봉사 및 80시간의 수감을 명하였다. 그런데 원심이 적용한 보호처분에 관한 위 규정은 이 사건 폭행행위 이후인 2007. 8. 3. 법률 제8580호로 개정된 것으로서 개정 전 가정폭력처벌법에는 사회봉사 및 수감명령의 상한이 각각 100시간으로 되어 있다가 위 개정 당시 각각 200시간으로 그 상한이 확대된 것이다.

- 32) 위의 결정과 달리 대법원은 「형법」의 집행유예시 부과된 보호관찰을 개정 전 범행을 저지른 자에게 소급하여 적용(대법원 1997. 6. 13. 선고 97도703 판결)하고, 보안처분인 위치추적 전자장치 부착 기간을 연장한 규정에 대한 소급적용도 인정하였으며(대법원 2010. 12. 23. 선고 2010도11996, 2010전도86 판결), 신상정보공개명령제도를 시행하기 전에 범한 범죄자에게도 적용하도록 판시한 바 있다(대법원 2011. 3. 24. 선고 2010도14393, 2010전도120 판결).
- 33) 판례의 입장을 개별적 적용설로 설명하는 이재홍, “보호관찰과 형벌불소급의 원칙”, 「형사판례연구」(7), 박영사, 1999, 30면 이하. 개별적 적용설에 찬동하면서 가정폭력처벌법의 사회봉사명령은 형벌 대응적인 성격이 더 강하므로 소급금지원칙을 적용한 대법원의 결정이 타당하다는 견해로 최호진, 앞의 논문, 317면.
- 34) 예컨대 전술한 바와 같이 김성돈, 앞의 책, 863면에서는 「형법」에 의한 사회봉사명령을 형집행의 변형이라고 파악하면서도, 보호처분인 사회봉사명령의 법적 성격을 보안처분이라고 실시한 대법원의 판단에 대해서는 언급하지 않은 채로 보안처분에 대하여 소급금지원칙을 적용하지 않는 입장만을 비판하고 있다(위의 책, 87면과 88면). 물론 형벌과 보안처분 모두에 대해 예외 없이 소급금지원칙을 적용해야 한다는 입장에서 보면 사회봉사명령의 법적 성격이 무엇인지에 대해서는 다를 필요가 없기 때문에 생략했을 수도 있다.
- 35) 보호처분은 그 근거법률이 무엇이든 간에 보안처분의 속성을 지니고 있으며, 보호처분의 일종으로 부과되는 사회봉사명령도 보안처분의 성격을 지니고 있다는 견해로 한영수, 앞의 논문, 68면.

라 보다 효율적인 재사회화나 사회복귀를 위해 ‘형벌을 부과할 필요가 없다’고 판단되어 부과되는 제재수단을 -「형법」 제41조에 열거되어 있지 않다거나 형벌의 범죄예방적 기능과 목적을 외면한 채로 -보안처분이라고 단정 지어 왔던 주류적인 이해는,<sup>37)</sup> 재범의 가능성이 높다는 부정적인 판단과 서로 정반대인 긍정적인 예측을 판단의 근거로 동일시하는 오류를 피할 수 없게 된다. 이러한 논리를 가장한 통념은 보안처분(保安處分)이 단순히 재범의 가능성이 있다고 투입되는 형사제재가 아니라 그 명칭 그대로 국가나 사회의 안전을 위해서만 부과될 있다는 법치국가적 정당화 조건을 침식(侵蝕)한다.<sup>38)</sup>

그렇다면 보호처분은 언제 부과되는지를 살펴볼 필요가 있다. 이를 위해서 가정보호 사건을 송치받은 판사가 심리 끝에 보호처분을 하지 아니한다는 불처분결정을 한 실무상 사유가 무엇인지 알아본다(가정폭력처벌법 제37조. 성매매처벌법과 아동학대처벌법 모두 이 조항을 준용). 먼저 ‘범죄사실 자체가 인정되지 않을 때’가 보호처분을 할 수 없는 대표적인 경우이고(가정폭력처벌법 제37조 제1항 제1호 전단), 사건의 성질·동기 및 결과, 가정폭력행위자의 성행, 습벽 등에 비추어 가정보호사건으로 처리하는 것이 적당하지 아니하다고 인정되는 경우로는 송치된 ‘범행내용이 중한 때’이다. 후자의 경우에 판사는 불처분결정 및 관할법원에 대응하는 검찰청의 검사에게 송치하거나 송치했던 법원에 다시 이송하는 결정을 하여야 한다(동조 제2항 제2호).<sup>39)</sup>

이를 뒤집어 보면 이 때 가정법원 단독판사가 부과하는 사회봉사명령은 범죄사실이 인정되지만 일반 형사절차(와 그 법적 효과인 형벌)에서 다루지 않아도 보호처분으로 대

36) 보안처분은 책임원칙의 한계로 인하여 형벌부과가 제한될 때에 특별히 요구되는 것이므로 형벌선고 및 형벌집행의 폐해를 방지하기 위한 보호처분은 보안처분으로 분류할 수 없다는 손동권·김재윤, 앞의 책, §41/34

37) 행위자의 사회복귀나 재범의 위험성을 고려하여 ‘형벌을 부과할 필요가 없는 경우’에 형벌대체수단으로 부과되는 제재는 형벌이 아니라 보안처분이라고 해야 한다는 서술로, 예컨대 김성돈, “보호관찰의 실효성 확보방안”, 「형사정책」 제18권 제1호, 한국형사정책학회, 2006, 35면. ‘형벌을 부과할 필요가 없는’ 범죄자에 대한 개선조치이므로 사회봉사명령은 보안처분의 성격을 갖는다는 설명으로 최호진, 앞의 논문, 314면.

38) 보안처분은 형벌을 보충하는 것임에 대하여 보호처분은 형벌을 회피하는 것이므로 보호처분의 목적에 보안처분에서 말하는 격리 내지는 보안의 목적이 파고 들어갈 여지가 없다는 지적으로 최종식, “소년부상 보호처분의 본질에 관한 고찰”, 「소년보호연구」 제3권, 한국소년정책학회, 2001, 232면.

39) 이상의 내용은 법원행정처가 2015년 발간한 「가정보호재판실무편담」을 참조하여 정리했다는 정현희, “가정폭력사건에 대한 법제도 운영 현황과 개선방안”, 「젠더법학」 제10권 제2호, 한국젠더법학회, 2019, 40면과 41면의 내용에서 인용한 것이다.

상자의 개선이 가능하다는 긍정적인 예측이 근거로서 요구되는 것이다. 이후에 결정을 불이행하거나 집행에 따르지 않는 대상자는 다시 검사 또는 형사법원으로 옮겨진다는 점에서, 보호처분은 유죄의 일종인 집행유예와 사회봉사명령을 부가하는 경우보다도 대상자에게 형벌을 동원할(절차도) 필요가 없다고 판단되었을 때 부과한다는 걸 의미한다. 이는 가정폭력이나 성매매와 같은 특정범죄군에 한하여 가해자와 피해자의 관계 등을 특수성을 고려하겠다는 정책적인 결단에 근거한다. 다시 말해 이러한 목적으로 투입되는 보호처분을 책임원칙의 한계로 인하여 형벌부과가 제한되는 것을 보완하거나 대체하려는 제재수단으로 분류할 수 없다고 보아야 타당한 것이다. 결론적으로 보호처분인 사회봉사명령은 형벌, 특히 자유형의 부과에도 불구하고 부정적인 재범의 위험성이 확인된 자로부터 사회방위를 위해 부과되는 보안처분으로 분류할 수 없고, 그렇다고 형벌 그 자체로 볼 수도 없다.

그런데 위의 법률 모두 범죄사실을 보호처분 부과 전제로 하여 형사재판절차에 준한 심리절차를 거쳐 보호처분을 결정하도록 규정하고 있으며, 불처분결정 또는 취소된 경우 형벌이 선고될 수 있는 절차로 복귀하게 된다. 뿐만 아니라 사회봉사명령이 확정되어 이행한 자에게 같은 범죄사실로 다시 공소를 제기할 수 없도록 명시하고 있다는 점에서, 「헌법」 제13조 제1항 후단의 범죄와 형벌 간 이중처벌금지원칙을 보호처분에 대해서까지 적용한 취지로 이해할 수 있다.<sup>40)</sup> 현행 법률 체계가 이렇다면 보호처분으로서의 사회봉사명령은 이원주의 안에서 형벌(및 그 부과절차)과 결부되어 있는 형벌대체처분으로 보아야 할 것이다.

40) 「헌법」이 일사부재리(一事不再理)의 원칙을 직접 규정하고 있는 것은 형사처벌에 한하는 것이지만, 보호처분이 소년에 대하여 가급적 형벌을 피한다는 요청에서 생긴 대체처분이라 하더라도 국가에 의한 강제처분의 하나라는 점에서 볼 때, 「소년법」상 보호처분을 받은 소년에 대하여 다시 공소를 제기할 수 없도록 한 동법 제53조는 「헌법」 제13조 제1항의 일사부재리원칙을 근거로 하여 구체화한 것이라는 설명이 일본의 다수설이라고 소개하는 문헌으로 최종식, 앞의 논문, 237면.



### Ⅲ. 사회봉사의 실효성 확보를 위한 입법방안

#### 1. 구조적인 집행결손

전체 사회봉사명령 중에서 집행유예의 부담부 조건으로 부가되는 경우는 약 85% 를 상회한다.<sup>41)</sup> 이러한 명령 또는 거기에 수반된 준수사항을 위반하고 정도가 무겁다고 평가된 때에는 집행유예를 취소할 수 있다(「형법」 제64조 제2항). 이는 형사제재인 집행유예의 실효성을 확보하기 위한 조치로서, 임의적 취소사유로 규정해 두고 법원의 판단에 일임하고 있다. 그런데 법원실무상 대부분은 사회봉사명령의 종류나 방법, 대상이 되는 시설을 지정하지 않고 총시간만을 선고하고 있다.<sup>42)</sup> 가장 큰 원인으로는 법원이 사회봉사를 집행할 시설과 내용에 대한 정보를 갖고 있지 않다는 점이 꼽힌다.<sup>43)</sup> 그런데 보호관찰법에서는 법원이나 법원의 장이 보호관찰소장에게 사회봉사명령의 집행상황에 대한 보고를 요구할 수 있다(제60조 제3항).<sup>44)</sup> 「보호관찰 및 사회봉사명령 등에 관한 예규」에서도 보호관찰소장이 매년 2월 말일과 8월 말 사이에 관할법원의 장 등에게 집행상황을 통보하도록 하고 있지만, 업무부담 등을 이유로 실질적으로 실현되지 않고 전체 집행인원수와 집행기관 등에 대한 대략적인 통계만이 제공되고 있다고 한다.<sup>45)</sup> 이와 같

41) 집행유예의 부담부 조건으로 부과된 사회봉사명령의 비율은 2019년부터 2021년까지 각각 85%, 86.8%, 88.9%에 이르는 것으로 나타나 있다(법무연수원, 앞의 책, 427면).

42) 보호관찰법 제59조 제1항에서는 사회봉사명령의 기간은 반드시 정하도록 하였지만, 제2항은 그 분야와 장소 등을 지정할 수 있다고만 되어 있으며, 「보호관찰 및 사회봉사명령 등에 관한 예규」 제7조 제1항에도 사회봉사의 종류나 방법 및 그 대상이 되는 시설의 지정 등을 임의적인 사항으로 규정해 놓고 있다. 형사담당법관들에 대한 설문조사 결과에 의하면 82.5%가 사회봉사 수강할 강의를 종료나 방법 및 그 대상이 되는 시설을 지정하지 않았다고 한다(김경, “사회봉사명령 등 사회내 처우의 실효성 확보방안”, 「양형실무위원회 2003」(상), 법원행정처, 2004, 216면).

43) 김경, 위의 논문, 216면.

44) 김경, 위의 논문, 224면에 의하면 본인이 형사재판장으로 근무하는 동안에 자신이 선고한 사회내 처우에 대한 집행상황실태를 통보받은 적이 없으며 다른 형사재판장들도 마찬가지였다고 기술하고 있다. 반면 위 설문조사에서 이러한 통보내용이 사회 내 처우 재판을 하는데 도움이 된다고 생각하는 법관의 응답비율은 약 80%에 이르고 있다(위의 책, 245면).

45) 또한 위 예규에 따르면 지방법원·가정법원의 장은 필요한 경우 소속 법원 공무원으로 하여금 관할 구역 내에 있는 위탁집행기관이나 대상자 교화·개선에 적당하지 여부 및 운영·집행실태를 조사할 수 있으며(제11조 제3항), 집행방법 등의 시정을 요구하거나 일반적인 위탁지정을 취소할 수 있다(동조 제4항). 사회봉사시설이 대상자의 교과·개선에 부적절하다고 인정하는 경우에 개별적인 위

이 정보가 막혀 있는 상황에서 위반의 정도가 무거운지에 대한 판단기준이 구체적이거나 명확할 수 없음은 당연하다. 무엇보다 위반사유가 질적으로나 양적으로 다양할 수밖에 없음에도 불구하고 집행유예를 취소하거나 방치하는 양극단의 선택 외에는 다른 대안이 전혀 마련되어 있지 않다.<sup>46)</sup> 이에 따라 법원은 집행유예의 취소에 소극적으로 접근할 수밖에 없는데,<sup>47)</sup> 그럼에도 불구하고 사회봉사명령의 집행지시에 고의적으로 불응하는 등의 사유로 제재 조치된 사례 중에서 약 30% 정도는 집행유예의 취소까지 동원해야 했던 것으로 나타났다.<sup>48)</sup>

결국 법원은 대상자와 집행현황을 제대로 파악하지 못한 상태에서 양자택일을 강요받는다는 점에서 집행유예가 취소된 사안과 그렇지 않은 대상자 사이에 본질적인 차이가 있는지 의문스럽다. 단순히 정해진 사회봉사명령의 집행을 넘어 그 운영을 전적으로 감

---

타지정을 취소할 수 있는 권한은 사회봉사를 명한 법원에도 인정된다(동조 제5항). 하지만 법관 중에 위와 같은 집행상황의 감독권에 대한 경험이 있는 비율은 고작 1.9%에 불과한 것으로 조사된 바 있다(「양형실무위원회 2003」(상), 248면). 반면 판결 후의 집행상황에 대한 법원의 감독필요성에 대해서는 75.2%가, 그리고 위탁집행기관에 대한 집행상황감독의 필요성에 대해서는 응답한 법관 중 78.9%가 그렇다고 답변한 바 있다(위의 책, 246면과 247면).

- 46) 보호관찰법 제64조에서는 사회봉사명령을 위반하거나 그에 따른 준수사항을 위반한 대상자에게 경고, 구인, 유치, 보호처분의 변경을 할 수 있도록 규정하고 있다. 하지만 구인, 유치는 위반에 대한 직접적인 제재라기 보다는 집행유예 취소 등을 위해서 그의 신병을 일시적으로 확보하기 위한 수단일 뿐이다(한영수, “사회내제재의 실효성 확보방안에 관한 연구”, 「형사정책연구」 제18권 제13호, 한국형사·법무정책연구원, 2007, 454면). 2006년도 사회봉사명령 대상자 중에 집행유예 취소가 인용된 위반사유는 미신고와 소재불명이 각각 32.24%와 35.52%로 가장 높고, 집행집시에 불응하여 무단불참한 경우는 17.49%이며, 취소신청 인용율도 51.75%, 49.62%, 45.07%로 미신고가 가장 높은 것으로 조사된 바 있다(법무부, 「2006년 사회봉사명령·수감명령 집행분석집」, 2007, 43면).
- 47) 위의 설문조사에서 사회봉사명령 불이행으로 집행유예 취소신청이 접수된 경우 대상자를 심문하여 특별한 사정이 없으면 취소한다는 의견이 23.4% 정도인데 비해, 심리 결과 도저히 목적을 달성할 수 없는 예외적인 경우에만 취소한다는 비율은 46.2%, 보호관찰관의 경고조치를 2,3회 정도 무시하였다는 사정이 인정되면 취소한다는 응답은 15.2%를 차지하고 있다(“사회내 처우 운영에 관한 법관들의 의식조사”, 앞의 책, 49면). 실제 2006년도에 사회봉사명령의 준수사항 위반자에 대해 집행유예의 취소를 신청하여 인용된 비율은 50.27%인 것으로 조사되었다(법무부, 위의 책, 43면).
- 48) 법무연수원, 앞의 책, 433면. 대상자가 보호관찰의 소환에 응하지 않거나 준수사항 등을 위반한 경우 검사에 청구에 의해 판사가 발부한 구인장으로 구인할 수 있는데(보호관찰법 제39조), 이들에 대하여 집행유예의 취소를 청구하기 위해 필요하다고 인정되면 수용기관에 유치할 수 있다(동법 제42조 제1항 제1호). 그런데 위의 통계를 보면 구인과 유치, 집행유예의 취소 조치를 받은 인원수에 큰 차이가 없다. 그렇다면 각각 약 30% 정도를 차지하는 것으로 집계되지만 실상은 구인된 인원이 거의 집행유예취소로 이어진다는 해석이 가능하다.

당해야 하는 보호관찰관의 입장에서는 명백한 취소사유라고 판단되지 않는 한, 불성실한 대상자를 적극적으로 관리·감독할 수단도 없는 환경에서 자신의 직무태만이나 무능력으로 평가될 수도 있는 위험을 감당할 것을 기대하기는 어려울 수밖에 없다. 사회봉사명령의 진정한 집행실태가 지금까지처럼 앞으로도 공유되지 않을 이유를 단순한 업무상 부담이나 관행으로만 돌릴 수 없는 이유가 여기에 있다. 상황이 이러하다면 사회봉사명령을 형식적으로 시간만 때우거나 전부 이행하지 않은 상태임에도 집행유예기간의 경과로 종료되어 버리는 사례가 통계의 이면에 얼마나 있을지 가늠하기 어렵다.<sup>49)</sup> 이와 같이 수치로 드러나지 않는 집행결손은 결국 위반자에 대한 대응수단의 빈곤이라는 현행 법률의 구조가 상당한 원인을 제공하는 것으로 진단해야 마땅할 것이다.

## 2. 위반 정도에 연동되는 다양한 제재수단의 확충

### 가. 보호관찰과 사회봉사명령

「형법」이 1995년에 개정되면서 제62조의2를 통해 집행유예의 조건으로서 보호관찰과 사회봉사, 수강명령을 도입한 이후 지금까지 동일한 형태를 유지하고 있다. 법문상으로는 “형의 집행을 유예하는 경우에는 보호관찰을 받을 것을 명하거나 사회봉사 또는 수강을 명할 수 있다”고 되어 있어, 서로 병과할 수 있는지 여부가 분명하지 않지만 「형사소송규칙」에서는 둘 이상 병과할 수 있음을 명시해 두었다(제147조의2 제4항).<sup>50)</sup> 법원 역시 위 규정을 “보호관찰과 사회봉사는 각각 독립하여 명할 수 있다는 것이지, 반드시 그 양자를 동시에 명할 수 없다는 취지로 해석되지는 아니”한다고 해석함으로써,<sup>51)</sup>

49) 보호관찰법 제63조에 제1항에 따르면 사회봉사 대상자는 그 집행을 완료하거나 형의 집행유예기간이 지난 때, 그리고 집행유예의 신고가 실효·취소된 때에 종료된다. 실제 2006년 전국 보호관찰소에서 사회봉사 집행불능 사유 중 집행유예 기간 경과가 35.91%를 차지하여 가장 높은 비율이었다(법무부, 앞의 책, 36면). 최근 통계를 보아도 전체 사회봉사명령의 종료 사유 중 매년 20% 내외가 부분집행이나 처분변경 등의 사유로 부과된 시간을 모두 채우지 않은 채로 종료된다(법무부 범죄예방데이터과, 「2022년 범죄예방정책 통계분석」, 2023, 244면).

50) 문언해석상 「형법」 제62조의2 제1항의 ‘명하거나’는 선택가능성을 의미하므로 이를 병과가능성으로 해석하는 것은 피고인에 불리하여 죄형법정주의 위반이라는 비판으로 오영근, 앞의 논문 24면; 임응, 앞의 책, 712면. 법문의 해석뿐만 아니라 보호관찰과 사회봉사와 수강명령을 보호관찰과 동등한 병렬적 지위를 부여한 입법취지에도 위배된다는 주장으로 정동기, “사회봉사명령제도의 현황과 개선방안”, 「법조」 제506호, 법조협회, 1998, 11면.

이러한 세 가지 수단의 관계를 각각 독립적인 제재수단으로 파악하면서 법원의 판단에 의해 한 번에 병과할 수 있다는 태도를 취한다.

그런데 현실의 법원은 사회봉사명령을 단독으로 집행유예의 조건으로 부가하는 비율이 70%를 넘는다. 보호관찰을 병과한 비율이 25% 내외인 것과 비교하면 거의 2배에 이상의 차이를 보이는 것이다.<sup>52)</sup> 하지만 이러한 현실과는 다르게 집행을 담당하는 보호관찰관은 물론이고 신고하는 법관 모두 집행의 효율성을 제고하기 위해서는 보호관찰을 함께 부과함이 효율적이라는데 의견을 같이 하고 있다.<sup>53)</sup> 단순히 사회봉사명령을 단독으로 부과하고 노동의 집행만을 강조한다면 이를 통해 실질적인 재사회화목적이 달성될지 의문일 뿐만 아니라, 특히 전술한 바와 같은 실무환경에서는 사회봉사명령이 시간 때우기식 강제노역으로 전락될 위험도 크다. 오히려 사회봉사명령을 집행하는 동안에 보호관찰의 집행을 병과하면 준수사항의 부과 등을 통해 적절한 원호와 지도·감독이 실현가능해질 수 있다.<sup>54)</sup> 그렇다면 보호관찰과 사회봉사명령을 병과할 수 있는 개선방안의 정당성과 실효성을 확보하는 작업의 성패 여부는, 대상자의 부담을 최소화하면서 집행의 효과를 극대화할 수 형태로 결합시킬 수 있는지에 달려있다.

우선적으로 생각해 볼 수 있는 방안으로는, 보호처분으로서의 사회봉사명령과 같이 다른 보호처분으로 변경하는 현행법의 방식을 집행유예의 조건에도 적용하는 방식이다. <표 2>에서 보드시피 「소년법」의 사회봉사명령은 보호관찰법 제64조 제2항에 의해서 다른 보호처분으로 변경될 수 있고,<sup>55)</sup> 그 밖에 가정폭력처벌법(제45조)와 아동학대처벌

51) 대법원 1998. 4. 24. 선고 98도98 판결.

52) 법무부 범죄예방데이터과, 앞의 책, 232면에 따르면, 2017년부터 2021년까지 성인에게 사회봉사 단독으로 집행유예에 부가한 비율은 각각 69.1%, 71.5%, 72.6%, 72.9%, 74.6%인 것으로 나타났다. 같은 기간 동안 보호관찰과 병과한 비율은 30.9%, 23.5%, 27.4%, 27.1%, 25.4%이다.

53) 사회봉사만이 부과된 대상자에 대한 일반준수사항의 내용은 보호관찰 대상자의 경우와는 달리 집행지시에 따를 것과 주거이전이나 여행 등을 신고하도록만 규정되어 있어, 예를 들어 음주운전으로 면허가 취소되어 사회봉사명령을 받은 사람이 그 기간 중 무면허운전을 한 경우와 같이 동종 제벌을 하더라도 준수사항을 위반한 것이 아니라고 강변하는 사례가 적지 않다고 한다. 또한 중범 범죄전력이 많은 자, 약물사범, 무면허·음주운전사범 등과 같이 상습성이나 제벌의 위험성이 있는 경우 및 봉사명령 시간이 긴 경우에는 보호관찰을 병과함이 상당하다고 한다(이현승, 앞의 논문, 140면과 151면).

54) 영국과 같이 독립적인 제재로서 사회봉사명령을 운용하기에는 보호관찰관의 절대부족 등 기본적인 집행여건이 열악하다는 지적으로 김혜정, 앞의 논문, 146면.

55) 제49조(보호처분의 변경) ① 보호관찰소의 장은 「소년법」 제32조 제1항 제4호 또는 제5호의 보호처분에 따라 보호관찰을 받고 있는 사람이 보호관찰 기간 중 제32조의 준수사항을 위반하고

법(제40조), 그리고 성매매처벌법(제16조)에는 보호처분의 종류뿐만 아니라 기간까지 변경할 수 있는 근거조항을 직접 두고 있다. 이러한 형태로 운영하려면 법원이 사회봉사명령부 집행유예를 선고한 이후 사정변경에 따라 보호관찰로 변경하거나 병과할 수 있도록 개정해야 한다. 하지만 집행유예의 조건으로 부가되는 사회봉사명령은 독립된 형이 아니라 집행유예의 부가형으로만 규정된 것으로서 양자는 분리될 수 없는 하나의 양형 형식으로 이해·운용되고 있으므로,<sup>56)</sup> 위반자에게 사회봉사를 보호관찰로 변경하거나 둘을 병과하기 위해서는 집행유예를 취소해야 한다.

#### 나. 집행유예취소의 대체수단

또 다른 대안으로는 사회봉사명령을 보호관찰의 준수사항으로 위치시키는 방법이다. 현행 법률체계에서 대상자가 사회봉사명령에 비해 보호관찰이 부가되었을 때 가장 부담을 느낄 수 있는 부분은 보호관찰관의 ‘집행에 관한 지시’를 넘어서 ‘지도·감독’에 따라야 한다는 점이다(보호관찰법 제32조 제2항 제3호 및 제62조 제2항 제1호). 양자의 신고의무는 사실상 동일하고 특별 준수사항은 부과되지 않으면 차이가 없기 때문이다. 결국 보호관찰에 의하면 대상자는 사회봉사의 집행 외적인 생활영역까지 지도·감독에 따라야 하는 부담이 - 사회봉사 피집행자에 비하여 - 추가적으로 발생하게 된다. 하지만 사회봉사명령 역시 여가시간의 제한과 일정 시간 동안 노동이 강제된다는 점에서 보호관찰만 부과받은 경우 보다 결코 가볍다고만 평가하기는 어려울 것이다. 또한 보호관찰은 대상자의 성적이 양호할 경우 임시해제도 가능하다(제52조).

그렇다면 집행유예의 부담부조건으로는 보호관찰만 부가‘할 수’ 있도록 규정하고(물론 보호관찰 없는 집행유예도 가능) 사회봉사명령은 준수사항으로 두어서 대상자의 상태에 따라 처음부터 병과할 수도 있고, 아니면 부과하지 않았다가 위반행위의 정도에 대응

그 정도가 무거워 보호관찰을 계속하기 적절하지 아니하다고 판단되면 보호관찰소 소재지를 관할하는 법원에 보호처분의 변경을 신청할 수 있다.

**제64조(준용 규정)** ② 사회봉사·수강명령 대상자의 준수사항이나 명령 위반에 따른 경고, 구인, 유치, 집행유예 취소 및 보호처분 변경 등에 관하여는 제37조부터 제45조까지, 제46조, 제46조의2부터 제46조의5까지, 제47조 및 제49조를 준용한다

56) 예컨대 “피고인들에게 선고된 징역형의 집행유예와 사회봉사명령은 서로 불가분의 관계에 있”으므로 사회봉사명령처분에 위협이 있으면 이와 결합된 집행유예도 자체의 위법여부와 관계없이 전부 파기해야 한다는 대법원 2008. 4. 11. 선고 2007도8373 판결.

하여 법원이 추가적으로 선고하거나 사회봉사명령이 이미 집행 중인 경우에는 그 시간을 연장할 수 있도록 하는 입법방안이 재사회화를 위해 보다 효과적인 수단이 될 수 있다고 생각된다.<sup>57)</sup> 이를 통해 얻을 수 있는 이익은 무엇보다 집행유예의 선고취지를 취소로 몰각시키지 않고, 준수사항의 변경과 추가를 통해 대상자의 위반행위에 지금보다 훨씬 다양하게 단계적으로 대응할 수 있는 방법이 가능해진다는 점이다.

반대로 보호관찰이 만료되기 전이라도 재사회화 효과가 뚜렷한 경우에는 임시해제가 되고, 그 경우 준수사항의 전부 또는 일부도 함께 면제할 수 있도록 하여 대상자의 자발적이고 적극적인 참여의식을 고취시키는 효과도 기대해 볼 수 있다. 사회봉사가 보호관찰의 준수사항 중 하나로 자리를 잡으면, 대상자의 부담이 증가하는 것이 아니라 불필요하게 과대처방되어 형식적으로 만기까지 집행되어 왔던 사회봉사명령의 구조조정도 기대해 볼 수 있다. 그리고 이러한 방식은 벌금미납자에 대한 사회봉사에도 적용할 필요가 있다. 벌금대체 사회봉사의 집행이 취소되거나 중단되는 사유 중에서 준수사항 위반과 벌금완납이 각각 30%와 40% 정도의 비중을 차지하는 것으로 조사되는데,<sup>58)</sup> 보호관찰관의 지도·감독과 위반 정도에 따른 탄력적 운영을 통해 벌금을 납부할 능력이 없는 자가 노역장유치로 가는 폐해를 감소시킬 수 있는 동시에 환형처분인 사회봉사를 단지 벌금납부기한의 연장수단으로만 악용해 왔던 사례에 대해서는 강력한 압박이 될 수 있기 때문이다. 다만 그 형태는 사회봉사명령에 보호관찰관의 지도·감독을 포함한 다양한 준수사항을 부과할 수 있도록 설계되어야 할 것이다.

독일 「형법」은 집행유예를 취소하는 대신에 의무사항(제56조b)이나 준수사항(제56조c)을 추가로 부과하는 방법을 운영하고 있다(제56조f 제2항 제1호). 더 나아가 처음에 선고한 보호관찰 기간의 절반을 넘지 않는 선까지는 연장이 가능하다(동항 제2호). 오스트리아 역시 법원이 집행유예를 취소하지 않고 이미 선고받은 기간을 포함하여 최대 5년까지 연장할 수 있으며, 준수사항을 새로 부과할 수도 있다(제53조). 이를 한국의 개선방

57) 사회봉사명령을 보호관찰의 준수사항으로 부과하는 주장으로 김혜정, 앞의 논문, 146면. 사회봉사명령은 종래의 준수사항과는 달리 기본권제한적 요소를 가지고 있기 때문에 보호관찰법에 규정할 것이 아니라 보호관찰명령과 나란히 독자적인 수단으로서 「형법」에 규정하되, 법원이 보호관찰을 받을 것을 명하는 경우에만 추가적으로 부과하는 입법형태를 제안하는 견해로 김성돈, 앞의 논문, 39면.

58) 법무부 범죄예방데이터과, 앞의 책, 248면.

안에 적용해 보면, 기간의 연장조치 보다는 기간 내 준수사항의 추가와 시간의 연장이 우선적으로 동원되어야 한다. 그리고 이렇게 늘어난 준수사항을 집행하기 위해 기간을 늘려야 하거나, 반대로 대상자의 위험성이 이미 집행된 보호관찰과 준수사항만으로 부족하다고 평가되면 그 기간을 늘리고 거기에 맞춰서 준수사항을 연장하거나 새롭게 추가해야 할 것이다. 집행유예 기간 보다 보호관찰이 짧은 경우에는 그 범위에서 연장할 수 있도록 하고, 둘의 기간이 동일한 경우에는 예측가능성 측면과 집행유예 취소와의 형평성 차원에서 독일과 같이 처음 선고된 집행유예 기간의 2분의 1 또는 상한인 5년을 넘어서지 못하도록 하는 사후적 연장의 한계도 필요해 보인다.<sup>59)</sup> 이와 함께 독일 「형법」 제 56조a 제2항과 같이 집행유예기간 중에 임시해제를 뛰어 넘어 아예 그 기간을 하한(한국은 1년)까지 단축할 수 있는 방안의 도입도 적극적으로 고려해 볼 수 있겠다.

#### IV. 맺는 글

범죄예방은 언론의 주목을 받는 강력범죄나 특이성향의 범죄인에 대한 대응만으로 달성되지 않는다. 초범이나 경미한 범죄를 저지른 자들을 온전하게 사회로 복귀시켜 사회구성원으로 안착시키는 제도의 구축과 집행노력이야말로, 예상가능하게 범죄를 줄일 수 있는 확실한 방법임은 제언을 요하지 않는다. 1997년 이후 형사법적 영역에 본격적으로 도입되기 시작한 사회봉사가 빠른 시일 내에 핵심적 수단으로 자리를 잡은 것은 바로 이러한 관점과 기대에 기반하고 있다. 지금까지 살펴본 바에 의하면 다양한 근거법률에 의해 작동하고 있는 사회봉사는 형벌의 폐해를 극복하기 위해 형벌집행을 전환·변경하거나 형벌을 대체하는 사회내 제재수단으로서 공통점을 갖는다. 그러한 형사정책적 취지에 반대하는 입장은 보이지 않는다. 오히려 학계와 실무, 입법자 모두에게 형사제재로서의 사회봉사는 게임체인저(game changer)로 환영받으면서 기존의 적용분야는 물론이고 독립적 형사제재로 보다 적극적으로 확대운영해야 한다는 일관된 방향으로 논의가 진행되어 왔다.

이러한 분위기에서 생산된 선행연구의 흐름을 살펴보면, 운영구조에 대한 비교법적인

59) 김성돈, 앞의 논문 41면; 한영수, 각주 46의 논문, 456면.

자료를 소개하는 논문이 도입시기에는 주류를 이루었고, 이후에는 집행실태나 운영현황에 대한 실증적인 설문조사 또는 통계작성과 같은 접근을 통해 운영상 문제점을 지적하고 집행현실에 대한 실무적인 차원의 개선방안을 제시하는 방식이 반복되어 왔다. 이와 같은 의제설정과 그 결과의 필요성 및 가치와는 별개로, 법률적 관점에서 사회봉사제도의 법적 성격이나 구조적인 문제에 대한 학술적 논의가 활발하다고 평가하기는 어려운 상황이다. 하지만 이론적인 토대가 구축되지 않은 채로 사회봉사라는 최신의 제재수단을 투입하는 것만으로 그 취지가 실현될 거라는 접근은 말 그대로 낙관적인 몽상에 불과하다.

자유형 등의 형벌은 선고 자체로서 그 내용이 확정되는데 비해, 사회봉사는 구체적인 시설이나 봉사방법 등의 집행을 어떠한 관점으로 실현하는지에 따라 제재의 내용이 구성되고 그 성공 여부가 판가름나게 된다. 비록 저지른 범죄에 대한 형사제재로서 부과되지만 사회봉사명령이 성공적인 사회복귀수단으로 기능하기 위해서는 대상자가 자발적인 참여를 통해 사회에 속죄·배상하는 경험을 제공할 수 있어야 한다. 오늘날 교정처우의 기본방향은 시설 안과 바깥을 가리지 않고 대상자를 단순한 교정 처우의 객체로 보지 아니하고 교정 관계자와 수용자가 상호신뢰에 입각하여 자발적으로 규율을 지키고 처우 프로그램에 참여함으로써 상호학습을 통한 영향력을 주고 받도록 꾀하는 것이다.<sup>60)</sup>

보안처분은 형벌의 집행에도 불구하고 재사회화에 실패한 자들에게 투여하는 형사제재이므로 말 그대로 최후수단으로서 억압적이고 감시적인 특성을 피할 수 없다. 그러므로 형벌의 집행 또는 형사절차로의 회부가 필요없다고 판단된 자에게 적용되는 사회봉사명령의 본질을 보안처분으로 파악하거나 그 성격을 인정하는 형식적이고 낡은 이원주의적 관점으로 현행법상 사회봉사를 접근하면 위와 같은 집행목표의 실현은 그 조준점이 불투명해 질 수밖에 없다.<sup>61)</sup> 형벌집행 방식을 변형하거나 형사절차를 우회하는 전환 또는 대체수단으로 파악하는 이론적 토대가 구축되어야 형사제재로서 사회봉사가 추구해야

60) ‘자기화’란 사회화에 비해 개인의 자기노력·자기결정·자기선택이라는 적극적 요인을 스스로 구성하고 발전시키는 면을 의미하고, 범죄인의 자기화는 규범합치적인 문제해결을 위한 주체성을 회복하여 자신에 의해 저질러진 불법에 대해 책임을 지야 한다는 의식을 새롭게 할 수 있도록 동기를 제공해야 한다는 설명으로 김일수, 「형법학원론」(보정판), 박영사, 1992, 1147면.

61) 특히 형벌과 보안처분의 성격을 모두 가졌다가 어느 한 쪽으로 볼 수 없기 때문에 제3의 제재 또는 수단으로 파악하는 다수의 견해는, 이에 대한 학술적 논의를 사회봉사명령의 투입목적과 실현 방향과 상관없는(혹은 무의미한) 탁상공론으로 가두어버리는 결과를 초래할 위험성이 있다.



하는 방향이 흔들림없이 명확해 질 수 있고, 제도적인 설계도 그러한 목적을 실현할 수 있는 형태로 재편되어야 하기 때문이다. 이 글이 법적 성격의 규명에 많은 분량을 할애한 후, 사회봉사의 집행에 있어서 유연성을 확보하고자 하는 개선방안에 집중한 이유 역시, 이제는 사회봉사를 투입하는 자체에 만족할 것이 아니라 실효성을 확보하기 위한 구조적인 방안을 제안하고자 하는데 있었기 때문이다.

## 참고문헌

### 1. 국내 단행본

- 권수진 등 5인, 「벌금대체 사회봉사의 실태와 효율적 운용방안에 관한 연구」, 한국형사·법무정책연구원, 2022.
- 김성돈, 「형법총론」(제8판), SKKUP, 2022.
- 김일수·서보화, 「형법총론」(제13판), 박영사, 2019.
- 박상기, 「형법총론」(제6판), 박영사, 2004.
- 법무부 범죄예방데이터과, 「2022년 범죄예방정책 통계분석」, 2023.
- 법무연수원, 「2022 범죄백서」, 2023.
- 법원행정처, 「양형실무위원회 2003」(상), 2004.
- 배종대, 「형법총론」(제17판), 홍문사, 2023.
- 손동권·김재윤, 「새로운 형법총론」, 을곡출판사, 2019.
- 안성훈·박정일, 「벌금대체 사회봉사제도의 시행성과와 발전방안」, 한국형사·법무정책연구원, 2011.
- 오영근, 「형법총론」(제5판), 박영사, 2019.
- 이재상·장영민·강동범, 「형법총론」(제10판), 박영사, 2019.
- 임 용, 「형법총론」(제13정판), 법문사, 2022.

### 2. 국내 논문

- 김성돈, “보호관찰의 실효성 확보방안”, 「형사정책」 제18권 제1호, 한국형사정책학회, 2006.
- 김수길, “사회봉사명령제도에 관한 고찰”, 「법과 정책」 제5호, 제주대학교 법과정책연구원, 1999.
- 김혜정, “사회내처우의 형사정책적 기능에 관한 소고 - 사회봉사명령제도를 중심으로 -”, 「보호관찰」 제11권 제1호, 한국보호관찰학회, 2011.
- 박미숙, “형사제재로서 사회봉사명령의 의의와 전망”, 「형사법연구」 제17호, 한국형사법

- 학회, 2002.
- 박이규, “형법 제62조의2에 의한 사회봉사명령의 허용범위”, 『사법』 제1권 제5호, 사법발전재단, 2008.
- 성낙현, “사회봉사명령의 현실과 독립된 형사제재로서의 발전방안”, 『중앙법학』 제17권 제2호, 중앙법학회, 2015.
- 박형남, “사회봉사명령제도의 적정한 운용방안”, 『사회봉사·보호관찰 제도 해설』, 법원행정처, 1997.
- 오영근, “사회봉사명령의 신동향”, 『교정연구』 제35호, 한국교정학회, 2007.
- 원혜옥, “사회봉사명령의 의의 및 범위”, 『보호관찰』 제11권 제1호, 한국보호관찰학회, 2011.
- 이경재·최석윤, “한국의 사회봉사명령제도”, 『형사정책연구』 제8권 제4호, 한국형사·법무정책연구원, 1997.
- 이영란, “사회봉사명령의 양형과 효과에 관한 경험적 연구”, 『형사정책』 제12권 제1호, 한국형사정책학회, 2000.
- 이재홍, “보호관찰과 형벌불소급의 원칙”, 『형사판례연구』(7), 박영사, 1999.
- 이현승, “사회봉사명령 및 수강명령의 운용실태와 개선방안”, 『양형실무위원회 2003』(상), 법원행정처, 2004.
- 정동기, “사회봉사명령제도의 현황과 개선방안”, 『법조』 제506호, 법조협회(1998).
- 정현희, “가정폭력사건에 대한 법제도 운영 현황과 개선방안”, 『젠더법학』 제10권 제2호, 한국젠더법학회, 2019.
- 최종식, “소년법상 보호처분의 본질에 관한 고찰”, 『소년보호연구』 제3권, 한국소년정책학회, 2001.
- 최호진, “사회봉사명령과 소급효금지의 원칙”, 『법학논총』 제31권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2011.
- 한영수, “사회내제재의 실효성 확보방안에 관한 연구”, 『형사정책연구』 제18권 제13호, 한국형사·법무정책연구원, 2007.
- \_\_\_\_\_, “벌금미납자의 사회봉사 집행의 현황과 발전방안”, 『형사정책연구』 제26권 제3호, 한국형사·법무정책연구원, 2015.

### 3. 외국 문헌

Heintschel-Heinegg, Bernd, 『München Kommentar zum StGB』(4. Auflage) Band 2(§§38-79b), C. H. BECK, 2020.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst, 『Strafgesetzbuch Kommentar』(29. Auflage), C. H. Beck, 2019.

## The Systemic Status and Improvement Measures of Community Service Orders as a Criminal Sanction for Adult Offenders

Jeong, Ji-Hoon\*

In the legal system of South Korea, there are three methods of imposing community service order as a criminal sanction. First, it is imposed with probation as a discretionary condition while pronouncing the suspension of punishment, and the probation can be revoked in cases of serious violations. Second, for individuals who commit certain crimes, the criminal procedure is not immediately initiated. Instead, protective dispositions are imposed. If the community service order is not fulfilled, the protective disposition is revoked, and the case is transferred to the prosecutor's office or the court to initiate criminal proceedings. Third, for those unable to pay imposed fines and facing forced labor facility recruitment, the individual may apply for community service to the prosecutor. If the prosecutor requests and the court approves, the community service performed replaces the fine amount.

There has been a discussion about the legal nature of community service order as a criminal sanction. It should be situated within the domain of penalties, as a transitional measure, in cases where there is a positive predictability of the individual's potential for reoffending being sufficiently low to obviate the need for imposing a punishment (as in the first and second instances mentioned), or where it serves as a substitute for an already imposed penalty, namely a fine. In essence, it should be regarded as a diversion aimed at avoiding the drawbacks of a penalty verdict or execution.

---

\* Assistant Professor of School of Police at Seowon University.

As for improvement measures, first, community service order should not be selectively merged with probation, but rather positioned as a requirement under probation. This order without the guidance and supervision of probation officers is akin to forced labor, casting doubt on its effectiveness for rehabilitation. Furthermore, in cases of inadequate fulfillment of community service, there is currently no punitive recourse other than revoking it and reverting to the execution of the penalty once again. If imposed as a requirement under probation, even in cases of violation, it would allow for the possibility of altering the terms rather than an automatic revocation. Furthermore, to achieve flexible and effective implementation along with special preventive purposes, active participation by the individuals involved should be enabled. Such procedures should not be limited to the counseling, guidance, and support of probation officers. Oversight and approval from the court are necessary for matters related to the execution of community service orders, including modifications.

❖ Key words: community service order, probation, condition of release, protective disposition, punishment, security measure