

# 自由刑制度에 관한 研究

金 秀 吉\*

## 目 次

- I. 序 論
- II. 自由刑의 一般的 考察
- III. 自由刑의 問題와 改善方案
- IV. 自由刑의 代替手段
- V. 結 論

## I. 序 論

刑罰은 規範侵害行爲가 발생하였을 때 국가가 그 행위에 대해 社會倫理的으로 不承認하고 그 행위자로부터 통상의 자유와 권리영역을 감소시킴으로써 社會일반인의 법의 보호와 社會복귀를 도모하는 公的 制裁手段이다<sup>1)</sup>. 형벌은 그 종류에 따라 財産刑·身體刑·自由刑·名譽刑으로 나누어지는데 그 내용은 社會의 발전과 필요에 의하여 변화하게 된다. 즉 고대와 중세에는 동서양을 막론하고 生命刑과 身體刑이 가장 많이 이용되었고 그 집행방법 또한 잔인하기 이를 데 없는 것이었다. 그러나 18세기 서구 계몽주의사상이 “人間的 尊嚴性”을 일깨워 주면서 점차 死刑과 身體刑의 적용범위를 제한하고 나아가서 제도자체를 폐지 또는 완화하는 경향을 보이는 한편 그 잔혹성을 제거하기 시작하여 차츰 자유형 중심의 刑罰體制로 바뀌어 지금은 모든 국가의 형벌이 자유형 중심으로 운영되고 있다. 우리나라의 경우에도 형사공판사건의 70%이상에 대하여 자유형이 선고되고 있어서 현행 형벌제도에 가장 으뜸을 차지하여 형사정책상 중요한

\* 濟州大學校 法政大學 法學科 教授

1) 김일수, 「형법총론」, 박영사, 1996, p. 613.

위치를 차지하고 있다.

그러나 受刑者를 집행기간 동안 격리 수용하여 再犯하지 못하게 하고(保安) 아울러 教化·改善措置를 취함으로써 범죄하지 않는 사회인으로 복귀시키는(改善) 것을 주된 내용으로 하는 자유형이 그 집행과정에서 올바른 기능을 수행하지 못함으로 인하여 근본적인 개선책이 강구되어야 할 것이다. 특히 현행 형법의 자유형은 懲役과 禁錮의 二元化, 短期自由刑이나 拘留의 인정, 획일적이고 비탄력적인 구금방식 그리고 이로 인한 구금시설내 수용인원이 포화상태 아래에서 운영되고 있기 때문에 범죄자의 再社會化에 적합하지 못한 형벌이라 하겠다. 이를 실증하는 것으로는 과거 10년 동안 교도소내에 수감된 자의 61% 이상이 한 번 이상 자유형의 선고를 받고 入所한 경력을 갖고 있고, 이 가운데 3회 이상 入所經歷者도 25.4% 이상이 되고 있다는<sup>2)</sup> 점이다. 이러한 현상은 자유형의 집행현실을 단적으로 나타내고 있는 것으로 자유형제도의 존재 자체에 대한 의문을 낳고 있는 것이다<sup>3)</sup>.

이에 본고에서는 자유형이 형벌로서의 실효성에 문제가 되고 있다는 인식의 바탕위에 자유형이 가지는 제도적 또는 집행상의 문제점을 찾아 이의 해결을 위한 방안과 대체수단을 제시하려는 데 있다.

## II. 自由刑의 一般的 考察

### 1. 自由刑의 意義

自由刑이란 광의로는 범죄인의 사회생활상의 諸自由權을 박탈 내지 제한하는 형벌로서 國外追放, 流刑, 居住地制限, 拘禁刑 등을 모두 포함하는 의미로 사용되나 협의로는 신체의 拘禁을 통하여 신체적 자유를 박탈하는 것을 내용으로 하는 형벌이다. 그러나 自由刑은 拘禁만을 형벌내용으로 하는 이른바 拘禁刑인 협의 의미로 사용되고 있다. 自由刑은 적용범위가 넓고 그 작용이 크므로 현대의 형벌제도는 원칙적으로 자유형을 중심으로 운영되고 있다.

2) 法務研修院, 「犯罪白書」, 1995, P. 230.

3) 김성돈, "자유형제도의 개선방안", 한국형사정책연구원, 1995, P. 19.

자유형을 刑罰로서 인정하게 된 이유는 그 종류에 따라 차이가 있으나 대체로 다음과 같다.<sup>4)</sup> 첫째로 범죄인을 사회생활로부터 격리시켜 그 자유를 박탈함으로써 法的 害惡으로서의 懲罰性을 충족시키고, 둘째로 범죄인에 대하여 원칙적으로 노동을 강제함으로써 범죄인을 改善·教化하여 질서있는 국민생활에 적응하도록 이끌고, 셋째로 범죄인의 자유를 구속함으로써 그 장래의 범죄적 위험행위에 대해서 사회를 방위하려는 점에 있다고 하겠다. 그러므로 자유형은 자유의 박탈이라는 고통의 부과방법을 통해 一般豫防·改心促求에 기여하는 외에 형기 중 범인의 再犯化를 방지하고 나아가서 시설내에서 범인의 교화개선을 도모하는 矯正教化를 취함으로써 범죄하지 않는 사회인으로 복귀시키도록 하는 保安과 改善이 주된 바탕을 이루게 된다. 이외에도 범죄인의 명예를 떨어뜨리는 작용과 勞役을 통한 국가재정의 도움이 거론되지만 이들이 자유형집행의 현실적 기능에 속하는지는 몰라도 목적이 되는 것은 아니다.<sup>5)</sup>

자유형을 집행함에 있어서는 자유박탈 이외에 고통을 제거하고 受刑者의 인간다운 생활이 보장되어야 할 것이다.<sup>6)</sup> 왜냐하면 헌법 제10조의 “人間尊嚴”에 수형자가 제외되는 것이 아니기 때문이다. 수형자는 그의 범죄행위 때문에 일정기간 자유가 제한될 뿐이고, 그 밖의 점에서는 다른 사람과 차별대우를 받아서는 안된다. 行刑法 제1조는 자유형의 집행목적이 수형자의 사회복귀에 있음을 명백히 하고 있다. 하지만 行刑實現이 선언에 부합하는가 하는 것은 별개의 문제이다.<sup>7)</sup>

## 2. 沿革

범인의 신체를 일정기간 구금하는 것을 내용으로 하는 자유형제도가 국가형벌의 한 종류로서 확립된 것은 그리 오래되지 않았다. 역사적으로 볼 때 “監獄은 拘置(Dentention)를 위해서만 이용되어야지 처벌을 위하여 이용되어서는 안된다”는 로마법상의 원칙에 따라 감옥은 주로 수사나 재판의 집행 또는 벌금형의 집행을 위하여 신체를 일시

4) 鄭榮錫·申洋均, 「刑事政策」, 法文社, 1995, P. 324.

5) 裴鍾大, 「刑法總論」, 弘文社, 1995, P. 615.

6) J. Baumann / U. weber, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1985, S. 601.

7) 裴鍾大, 前掲書, p. 615.

감금해 두는 시설로서의 「牛獄」제도가 시행되고 있었을 뿐<sup>8)</sup> 근대적인 자유형과 같은 합목적적인 범죄인 개선사상은 전혀 찾아 볼 수 없었다.

범죄인의 교화·개선을 목적으로 하는 근대적 자유형이 처음 제도상 발전하기 시작한 것은 16세기경부터라 할 수 있다.<sup>9)</sup> 당시 유럽의 사회적 배경은 엔클로우져(Enclosure)제도의 영향으로 촌락지방의 많은 사람들이 도시로 이주하면서 빈민, 부랑자, 절도범 등으로 거리를 헤매이게 되고, 이들을 수용하여 장기간 矯正과 職業輔導 등을 실시할 시설의 필요성을 느끼게 되었다. 이에 따라 영국에서는 1552년에 브라이드웰(Bridewell)官이 교정과 직업훈련의 목적으로 이용되었고 그 후 비슷한 시설이 여러 곳에 설치되었는데 이들을 통칭 Bridewell이라 불렀다. 그러나 이 Bridewell 제도는 유럽 대륙에서의 矯正院(house of correction)制度의 발전에 결정적인 영향을 주지 못하고 그 후 1596년 네덜란드의 수도인 암스텔담에 창설된 勞役場(tuchthuis, House of Correction)이라는 시설이 그 결정적 역할을 담당하였다.

이 시설은 역시 부랑자, 걸식, 매춘부, 불량소년 등을 수용하되 분리수용하면서 그 각각에 대해 직업과 교화를 시행하여 矯正·更生의 길을 걷게 하였고, 그밖에 시설규모와 운영방법에 있어 크게 모범적이었다고 평가되었다. 특히 암스테르담에 1597년에 설립된 여성을 위한 勞役場(방직공장, Spinnhause)의 출입문 위에는 「두려워하지 말라. 나는 너희들의 惡行에 대하여 복수하려는 것이 아니고 너희를 선도하려는 것이다. 비록 나의 손은 엄하나 나의 마음은 慈悲에 가득차 있다」라는 표어가 적혀 있는 것은 범죄인의 教化·改善이라는 취지를 잘 보여주고 있다.<sup>10)</sup> 그러나 이러한 勞役場制度는 17세기 중

8) M. Grünhut, Penal Reform : A Comparative study, oxford university press, 1948, pp. 11-13.

9) 우리나라에서도 과거 이조시대까지는 자유형의 일종이라 할 수 있는 流刑이나 徒刑이 인정되기도 하였으나 현대적 의미의 자유형제도가 시행된 것은 경술국치 이후 1911년 조선 총독부령 제10조인 조선형사법령에 의하여 일본의 신형법이 우리나라에 적용되면서 부터이다. 徒刑은 正刑인 五刑(笞·杖·徒·流·死)의 하나로 身體刑과 自由刑이 혼합된 형벌이다. 복역기간은 1년부터 3년반까지로 하고, 이를 다시 五等級으로 나누어 각 등급마다 杖刑 10대를 병과하여 관에 구금하고 강제노역을 과하도록 하였다. 이 刑은 그 후 高宗 32년(1885년)에 폐지되었다. 우리나라의 자유형제도의 연혁에 관하여는 김성돈, 「자유형제도의 개선방안」, 한국형사정책연구원, 1994, pp. 25-34.

10) 慎鐵探, 「犯罪學 兼 刑事政策」, 法文社, 1987, pp. 575-576.

업이래 18세기까지 전통적인 위치를 차지하였던 應報思想의 영향을 받아 모처럼 싹트던 자유형제도의 교육적·개선적 특징은 후퇴하고 형벌은 응보로서의 害惡·苦痛이라는 의식이 증대되었다.

이때 應報刑主義의 行刑制度에 대하여 개량의 가치를 들고 현대적 의미의 行刑施設로서의 矯導所制度의 발전에 있어 하나의 결정적인 기여를 한 사람은 영국의 Jhon Howard(1726-1790)이다. 그는 수년간 유럽 각국의 감옥시설을 살펴본 후 1777년 「감옥상대론」(The state of Prisons)을 저술하여 당시 감옥의 弊害에 대하여 예리한 비판을 함과 동시에 그 개선방안을 제시하였다. 그가 제시하고 있는 감옥의 개선방안으로는 완전한 보안조치, 넓은 간격과 만족할 만한 시설, 교도관의 공적 임명 및 충분한 보수 지급, 독립된 행정관청에 의한 통제, 분리수용 및 半獨居制의 실시, 노동을 통한 교화·개선 등이었다.<sup>11)</sup>

이리하여 당시 유럽에서는 이러한 Jhon Howard의 영향을 받아 각국에서 감옥개량운동이 일어났고 18세기말부터는 미국을 비롯하여 국제적인 감옥개량운동이 전개되었다. 그 결과 현대적인 자유형제도가 확립되기 시작하였으며 특히 19세기 말엽에 이르러서는 자유형에 있어서의 保安處分制度가 제창되어 드디어 형벌이 어느 정도의 보안처분을 시인하게 되었고 다시 근래와서는 不定期刑制度가 새로운 각도에서 논의되고 있다.

12)

### 3. 刑法上の 自由刑

현행 형법은 자유형을 범죄의 종류·성격 및 결과에 따라 懲役·禁錮·拘留의 3종으로 구별하고 있다. 그 어느 것이나 受刑者를 교도소내에 구금한다는 점에서 같다(제67조, 제68조).

懲役은 수형자를 교도소내에 구치하여 定役에 복무하게 하는 것을 내용으로 하는 것으로 자유형 가운데 가장 무거운 형벌이다(제67조). 징역에는 有期와 無期の 2종이 있다. 無期는 기한이 없으므로 수형자에게 再社會化의 의지를 꺾어 버리고 사회복귀의

11) Jhon Howard의 연구업적에 관하여는 M. Grünhut, op. cit., pp. 23-42.

12) 鄭榮錫·申洋均, 前掲書, p. 326.

희망을 차단하는 非人道性이 짙은 제도이다. 그러나 無期刑도 10년이 경과한 후에는 가석방이 가능하다는 점(제72조 1항)에서 자유형의 사회복귀적 기능을 포기한 것은 아니다. 有期懲役은 1월 이상 15년 이하이나 형을 가중하는 때에는 25년까지로 한다(제42조).

禁錮는 수형자를 교도소내에 구치하여 자유를 박탈한다는 점에서 징역과 같다. 다만 금고는 징역과 달리 명예를 존중한다는 취지에서 의무적인 定役을 부과하지 않는다. 그러나 行刑法은 수형자의 신청이 있으면 작업을 과할 수 있도록 하고 있다(제38조). 禁錮는 자유형의 내용 중 수형자의 명예를 저하시키는 작용을 그 중요한 요소로 보고 過失犯이나 政治犯과 같은 다소 범인의 명예를 존중할 필요가 있는 자에게 과한다는 점에서 名譽的 拘禁이라고 이해하여 왔다. 금고도 징역과 같이 無期와 有期가 있으며 그 刑期는 징역의 경우와 같다.

拘留도 수형자를 교도소내에 구치하는 것을 내용으로 하는 형벌이다. 다만 그 기간이 1일 이상 30일 미만이라는 점에서 징역·금고와 다르다(제46조). 구류는 형법전에 예외적인 경우에만 적용되고<sup>13)</sup> 주로 輕犯罪處罰法 기타 單行法規에 규정되어 있다. 구류는 자유형의 일종이라는 점에서 형사소송법상(제69조이하) 재판확정전의 법원의 강제처분인 拘禁이나 또는 罰金·科料를 납부하지 않을 때의 換刑處分인 勞役場留置(제69조 2항, 제70조, 제71조)와 구별된다.

#### 4. 自由刑의 現況

현행 형법은 刑事上의 制裁手段인 刑罰로서 제41조에 死刑·懲役·禁錮·資格喪失·資格停止·罰金·科料, 沒收 등 9종을 규정하고 있다. 이를 刑罰에 의하여 박탈되는 법익의 종류에 따라 분류하면 生命刑·自由刑·財産刑 및 名譽刑의 4종이 된다. 형법이 규정하고 있는 형벌 중 死刑은 生命刑이고 懲役·禁錮·拘留는 自由刑이며 資格喪失·資格停止는 名譽刑이고 罰金·科料 및 沒收는 財産刑이다.

현재 自由刑은 주로 重한 犯罪에 대한 制裁로서 활용되고 있는 것이 일반적이는데, <표

13) 예컨대 公演淫亂罪(제245조), 暴行罪(제260조 1항), 過失傷害罪(제266조 1항), 脅迫罪(제283조 1항), 自動車不法使用罪(제331조의 2), 便宜施設不正利用罪(제348조의 2).

1)은 1991년부터 1995년까지의 제1심 형사공판사건의 처리인원을 내용별로 나타낸 것이다. <표1>에서 보는 바와 같이 자유형이 선고된 비율은 매년 전체 형사사건 가운데 70%이상을 상회하고 있다. 1995년의 경우 제1심공판사건 중 자유형의 선고를 받은 자는 115,809명으로 전체 처리인원의 73.0%을 차지하고 있고<sup>14)</sup> 그 다음이 14.5%를 차지한 財産刑이다. 이와 같이 우리나라에서는 자유형이 刑事制裁의 主種을 이루고 있고 재산형의 비중은 외국에 비하여 현저히 낮은<sup>15)</sup> 특징을 나타내고 있다.

<표1> 제1심 형사공판사건 재판결과별 누년비교표

구분 연도	합 계	생명형	자유형	자격형	재산형	선고 유예	무죄	형의면제 ·면소	공소기각 판결·결정	관 심 위반	소년부 송 치	기타
1991	154,829 (100.0)	35 (0.0)	112,727 (72.8)	26 (0.0)	24,650 (15.9)	1,634 (1.1)	634 (0.4)	45 (0.0)	4,429 (2.9)	2 (0.0)	6,789 (4.4)	3,858 (2.5)
1992	147,065 (100.0)	26 (0.0)	104,980 (71.4)	10 (0.0)	25,296 (17.2)	1,359 (0.9)	615 (0.4)	52 (0.0)	3,965 (2.7)	8 (0.0)	7,292 (5.0)	3,462 (2.4)
1993	162,598 (100.0)	21 (0.0)	116,943 (71.9)	13 (0.0)	25,397 (15.6)	1,441 (0.9)	764 (0.5)	99 (0.1)	4,657 (2.9)	6 (0.0)	10,094 (6.2)	3,163 (1.9)
1994	145,961 (100.0)	35 (0.0)	105,269 (72.1)	8 (0.0)	22,331 (15.3)	1,574 (1.1)	822 (0.6)	63 (0.1)	4,881 (3.3)	4 (0.0)	8,229 (5.6)	2,745 (1.9)
1995	158,724 (100.0)	19 (0.0)	115,809 (73.0)	16 (0.0)	23,035 (14.5)	1,441 (0.9)	656 (0.4)	41 (0.0)	6,567 (4.2)	30 (0.0)	8,935 (5.6)	2,175 (1.4)

주 : 1. ( )내 수는 구성비(%)임  
 2. 자유형에는 집행유예도 포함되어 있음.  
 자료 : 法院行政處, 「司法年鑑」, 1996, p. 676.

14) 자유형이 선고된 115,809명 중 집행유예를 선고받은 자는 76,883명으로 66.4%를 차지하고 있다. 法院行政處, 司法年鑑, 1996, p. 667.

15) 安綱準, “短期自由刑制度의 現代的 課題”, 車鏞碩博士華甲記念論文集 下卷, 法文社, 1994, p. 1059.

### Ⅲ. 自由刑의 問題와 改善方案

오늘날 刑罰制度 가운데 대표적인 자유형이 범죄대책으로서의 行刑政策的 입장에서 볼 때 완전무결하다고 볼 수 없고 많은 결함이 내포되어 있다고 하겠다. 즉 범죄인을 수형시설내에 구금하였을 경우 그 폐단은 동료수형자로부터 받는 범죄적 성향의 증대와 출소후 지속될 수 있는 인간관계는 再犯의 위험성을 갖게 되고 뿐만 아니라 受刑生活를 마친 범죄인에 대한 사회적 냉대와 범죄인 스스로가 수형생활의 경험으로 自己卑下意識과 직업적 좌절감, 그리고 그 가족이 겪는 고통 등은 자유형의 집행이 언제나 효과적인 行刑방법이 아니라는 점을 보여준다.<sup>16)</sup> 따라서 근대적 의미에서의 수형자에 대한 개선·교화의 역할이라는 점에서 보면 현대의 자유형제도 자체가 많은 수정을 받아야 할 것이다. 오늘날 이러한 점과 관련하여 논의되고 있는 중요한 것으로는 自由刑의 單一化, 短期自由刑의 弊害, 無期自由刑의 違憲性, 不定期自由刑制度 등이다.

#### 1. 自由刑의 單一化

自由刑의 單一化 문제는 懲役·禁錮·拘留라는 3가지 종류의 자유형을 통합하여 하나로 단일화해야 한다는 논의이다.<sup>17)</sup> 이러한 단일화의 요구는 수형자의 再社會化라는 特別豫防的 刑罰目的이 강조되면서 강하게 주장되고 있지만<sup>18)</sup> 아직도 우리나라를 비롯하여 대부분의 국가가 자유형의 종류를 다양화하여 형식적인 구별을 하고 있다.

16) 박상기, “형의 집행유예에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 1993, p. 5.

17) 자유형의 단일화 논의는 징역과 금고의 구별을 폐지해야 한다는 부분적 단일화론과 구류도 포함하여 단일화해야 한다는 완전단일화론이 있다. 그러나 구류의 존재문제는 단기자유형의 폐지 및 그 대체수단의 문제와 관련하여 일반적으로 논의되고 있으므로 보통 자유형의 단일화 논의는 징역과 금고 구별의 폐지여부에 국한되고 있다. 이에 대하여 구류도 기간상의 차이가 있을 뿐 定役에 복무하지 않는다는 점에서 금고와 동일함으로 단일화의 대상에 포함시켜 논의하려는 견해도 있다. 김성돈, 전제논문, p. 71 ; 鄭榮錫·申洋均, 前掲書, p. 332.

18) 자유형의 단일화 논의는 이미 1878년 스톡홀름 제2회 국제형법형무회의와 1950년 헤이그회의 및 1951년 베르린회의에서 계속 국제적으로 논의되었다. 그 결과 영국, 헝가리, 불가리아, 스웨덴, 체코슬로바키아, 독일, 오스트리아 등이 단일자유형을 형법규정에 명문화하게 되었다.



懲役과 禁錮를 구별하는 근거로는 첫째, 범죄를 범한 범인에 대하여 일률적인 추상적 획일주의에 빠질 것이 아니라 思想犯이나 過失犯과 같이 破廉恥하지 아니한 동기에서 범해지는 그런 범죄에 대해서는 파렴치범보다 우대하여 처우하는 것이 국민의 도의감정에 들어맞는다. 둘째, 過失犯이나 政治犯과 같이 非破廉恥犯에 대해서는 작업강제를 수반하지 않고 금고형을 부과하는 것이 범죄인의 명예감정을 존중하는 처사가 되어 민주주의의 기초인 상대주의 세계관에 부합한다. 셋째, 思想犯이나 過失犯의 대다수는 일반 범죄자와는 다른 성격적 특색을 지니므로 행형에 있어서 특별한 배려가 필요한데 이러한 점을 모두 행형의 담당자의 재량에 둘 것이 아니라 입법과 재판의 단계에서 징역과 금고를 구별하는 것이 인권보장에 기여할 뿐만 아니라 行刑上 수형자의 분류가 아직도 충분히 이루어지지 않는 상태에서 징역과 금고의 구별을 존치시켜야 한다. 넷째 禁錮刑을 선고받은 자도 신청에 의하여 작업에 종사할 수 있으므로 行刑目的에 따른 합리적 처우가 가능하다. 다섯째, 禁錮刑을 유치하는 것이 형벌의 다양화의 취지에 합치된다는 것이다.<sup>19)</sup>

그러나 형벌의 목적이 수형자의 개선과 재사회화에 둔다면 우선 矯正行政政策의 일관성을 위해서 수형자가 破廉恥犯이나 否의 여부에 따라 징역형과 금고형으로 구별하는 것은 타당하지 않다.<sup>20)</sup> 懲役이나 禁錮이나의 구별 기준인 破廉恥性의 여부판단은 국민의 가치판단과 밀접한 관련을 갖고 있어서 시대와 더불어 변화하는 개념이고 따라서 그것이 객관적 기준을 정하기 어렵고 어느 정도 자의적인 기준이 될 수 밖에 없다. 그리고 현행 우리 刑法典이 진정한 국민의 객관적 판단의 기초 위에서 징역형은 破廉恥犯에 대해서 금고형은 非破廉恥犯에 대해서 法定刑으로 부과되어 있느냐 하면 반드시 그러한 것만은 아니다. 예컨대 內亂·外患, 間諜, 國家保安法違反 등과 같이 思想犯·政治犯으로 볼 수 있는 범죄 및 무면허로 운전한 자는 징역형이 부과되어 있으나(도로교

19) 법무부, 「형법개정법률안 제안이유서」, 형사법개정자료(XIV), 1992, p. 51 ; 慎鎮探, 前掲書, p. 582.

20) 독일은 종래 重懲役, 輕懲役, 禁錮, 拘留라는 4단계의 상이한 자유형을 두고 있었으나 새로운 형법개정에 의하여 유기징역은 1월 이상 15년 이하로 규정하고(독일형법 제38조 2항) 금고와 구류를 폐지함으로써 단일자유형제도를 채택하고 있다. 오스트리아 형법 제18조 2항도 유기자유형을 1월 이상 20년이하로 규정하여 구류를 자유형에 포함시키고 금고를 규정하지 않고 있으며 이태리는 15일에서 24년까지의 자유형과 위증죄에 있어서는 5일에서부터 3년까지의 자유형을 두고 있다.

통법 제109조), 운전 과실로 인해 사람을 致死케한 경우에는 금고형이 法定刑으로 부과 (형법 제267조, 제268조)되어 있어 사리에 맞지 않는 결과가 된다.<sup>21)</sup>

또한 行刑에 있어서 과실범이나 정치범에 대하여 범죄인의 명예감정을 존중하여 처우를 달리한다는 명목으로 定役의 복무 여부를 내세우는 것은 전근대적인 勞動賤視思想의 잔재에 불과한 것이다. 현대에 있어서 근로는 인간으로서 당연히 종사하여야 할 의무이다. 노동을 신성한 것으로 본다면 定役을 부과하는 것이 명예훼손이 될 수 없다.<sup>22)</sup> 더욱 教育刑主義의 입장에서는 노동을 통한 矯正·教化作業은 범죄자의 재사회화 목적을 지향하는 교육수단<sup>23)</sup> 이고 단순히 고통을 주기 위한 노예적 노동만은 아니다.

矯正施設내에서 矯正作業에 종사하지 않는 단순한 拘禁이 오히려 본인에게는 고통이다. 우리나라의 경우 금고수형자의 70% 정도가 請願作業에 종사하고 있으며, 일본의 경우에도 70%이상이 그러하다.<sup>24)</sup> 그러므로 수형자의 破廉恥性 여부에 따라 작업의 면제를 인정하는 금고형은 부당하다고 할 것이며 그것은 유엔이 정한 「수형자처우를 위한 최저기준」(Standard minimum rules for the treatment of prisoners) 제71조의 “모든 수형자는 의무관에 의해 결정된 신체적·정신적 특성에 따라 작업에 종사해야 한다”라는 취지와도 맞지 않는 것이다.<sup>25)</sup>

다음으로 破廉恥性의 여부에 따라 징역과 금고를 구별할 때 징역에 처해지는 자는 破廉恥犯이라는 烙印이 찍혀 이러한 굴욕을 당한 수형자의 마음에 적개심과 반항심을 불러일으키고 사회복귀가 어렵게 된다.<sup>26)</sup> 그리고 형의 집행에 있어서도 矯正行政政策의 일관성을 유지하기 위해 그 단일화가 필요하다. 동일한 拘禁施設內에 수용하면서 일부는 定役에 복무하게 하고 일부는 복무하지 않게 하는 것은 경비의 二重化·收容行政의 불편 등이 있고 矯正主義 行刑政策을 일관성 있게 추진하는데 지장이 있으므로 실제에 있어서는 금고 수형자도 징역 수형자와 같이 취급하게 될 것이다.<sup>27)</sup>

21) 허일태, “자유형제도의 문제와 개선방향에 관한 연구”, 「刑事政策」제5호, 韓國刑事政策學會, 1990, p. 68.

22) 김일수, 전계서, p. 634 ; 李在祥, 前掲書, p. 501.

23) G. Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 1989, S. 80.

24) 鄭榮錫·申洋均, 前掲書, p. 335.

25) 上掲書, p. 334.

26) 허일태, 전계논문, p. 68.

27) 金龍俊·李淳吉, 「矯正學」, 考試院, 1995, p. 75.

이러한 점등을 고려해 보면 자유형을 징역형과 금고형으로 구별하여 집행하는 것보다는 이를 단일화하는 것이 바람직하다.<sup>28)</sup> 다만 자유형을 단일화하는 경우에도 수형자의 개성에 따른 과학적 분류를 하고 그러한 분류에 따른 처우를 하도록 개선하여 자유형의 기본목적인 범인의 改善과 再社會化를 실질적으로 실현할 수 있는 교육훈련이나 의료적 처우방법을 비롯한 開放處遇<sup>29)</sup>의 확대와 週末拘禁 등의 구금방식을 도입하여 矯導作業 기타 필요한 처우를 단력적으로 운용되어야 할 것이다.<sup>30)</sup>

## 2. 短期自由刑

短期自由刑이란 拘留 및 단기간의 懲役 또는 禁錮를 말한다. 短期라는 용어는 다분히 상대적 개념이므로 어느 정도의 기간을 단기자유형이라고 하겠느냐에 관하여는 종래부터 다양한 견해가 제시되어 왔다. 1946년의 國際刑法 및 刑務會議에서는 3월이하를 단기자유형이라고 규정하였지만 1960년 런던에서 열린 犯罪防止와 受刑者處遇에 대한 國際聯合 제2차 회의에서는 6월 이하를 短期自由刑으로 이해하면서 특수한 경우에 한해서는 3월 이하일 때에만 단기자유형이라고 하였다.<sup>31)</sup> 독일 형법(제47조)과 오스트리아 형법(제37조)에서는 6월 이하를 단기자유형으로 정의하고 왔고, 우리나라에서도 일반적으로 6월이하를 단기자유형으로 보고 있다. 그러나 미국에서는 1년 이하를 주장하는 견해도 있다.

短期自由刑이 형사정책상의 문제로 논의되게 된 이유는 형벌 특히 자유형은 본질적으로 수형자를 教化·改善함으로써 그들로 하여금 범죄를 범하지 않게 한다는 이른바

28) 같은 입장으로는 金大彙, "行刑制度의 改善方案", 「司法行政」, 1992. 2, p. 21 ; 金龍俊·李淳吉, 前掲書, p. 75 ; 김일수, 전게서, p. 634 ; 裴鍾大, 前掲書, p. 617 ; 宋光燮, "現代刑罰制度의 問題點 및 改善方案(上)", 「矯正」, 통권 제191호, 1994. 3, p. 48 ; 李在祥, 前掲書, p. 501 ; 吳英根, "刑法改正案의 刑罰制度에 관한 檢討", 「형사정책연구」, 한국형사정책연구원, 1992·여름, p. 21 ; 李炯國, 「刑法總論」, 法文社, 1995, p. 447 ; 鄭盛根, 「刑法總論」, 法志社, 1994, p.657 ; 陳癸鎬, 「刑法總論」, 大旺社, 1996, p. 669 ; 崔根燦, "刑罰에 관련된 問題狀況", 「法學研究」제3권 제1호, 忠南大學校 法學研究所, 1992, p. 138.

29) 개방처우에 관한 전반적인 고찰은 이병기·송성신, "개방처우제도에 관한 연구", 한국형사정책연구원, 1995.

30) 鄭榮錫·申洋均, 前掲書, p. 335 ; 허일태, 전계논문, p. 69.

31) 安銅準, 前掲論文, p. 1055.

特別豫防의 作用과 부차적으로는 사회 일반인을 威嚇警戒하여 범죄를 범하지 않게 하는 一般豫防의 作用 및 效果를 가지게 하는데 있다. 그러나 단기자유형은 각국의 행정 경험에 비추어 보면 이 양작용 및 효과를 모두 기대할 수 없고<sup>32)</sup> 오히려 그것은 형벌로서 무가치할 뿐만 아니라 폐해가 많은 형벌이므로 이를 폐지하던가 아니면 다른 제도로서 代替할 것을 주장한 데서부터 비롯되었다.

그럼에도 불구하고 아직도 세계 각국에서 立法者나 刑事實務家들이 단기자유형을 폐지하지 못하고 활용하는 이유가 무엇일까? 여기에서 단기자유형이 형벌로서 그 존치를 주장하는 논거를 정리해 보면 다음과 같다.

첫째, 短期自由刑은 형벌의 목적에 비추어 볼 때 一般豫防이나 特別豫防의 관점에서 전혀 無用이 아니다.<sup>33)</sup> 즉 경제사범과 교통범죄에 있어서 단기자유형이 범인의 再社會化에 효과적인 형벌수단이 될 수 있을 뿐만 아니라, 그런 범죄에 있어서 단기자유형은 잠재적 범죄예방에도 적극적으로 기여를 할 가능성이 높다. 그렇다면 단기자유형의 수단으로서만이 범죄의 일반예방과 범인의 사회복귀에 기여하는 그런 범죄인에 대해서는 무조건적으로 단기자유형의 역기능만을 강조하는 것은 잘못이라고 한다.<sup>34)</sup>

둘째, 短期自由刑은 현행 형벌체계 내에서 불가결하여 이를 代替할 만한 적절한 수단이 갖추어져 있지 않다는 것이다. 따라서 만약 단기자유형을 송두리째 삭제해 버린다면 적절한 형벌을 찾지 못해 가혹한 형을 선고하게 되거나 반대로 지나치게 관대한 형벌을 부과할 수밖에 없는 결과로 나가게 된다.<sup>35)</sup>

셋째, 短期自由刑도 자유박탈을 수반한다는 점에서 수형자 자신에게 省察의 기회를 주게 되고 그것도 상당히 충격적인 방법이 될 수가 있다. 또한 자유형으로서 범인만이 처벌되므로 형벌의 자기 책임의 원리에도 충실하고 각자에게 공평하게 집행된다는 점에서 正義의 요청에도 부합된다는 것이다.<sup>36)</sup>

32) Kaiser, Kriminologie, Ein Lehrbuch, 2. Aufl., 1988, S. 529.

33) H. Welzel, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission Bd 1, 1956, S. 101.

34) 허일태, 전계논문, p. 72.

35) 安銅準, 前掲論文, p. 1061.

36) Heiboron은 단기자유형이 과해지므로서 일정한 기간동안 범죄가 집행유예나 벌금형의 적용을 받지 않을 정도로 무겁다는 것이 인정되면 부자나 가난한 자에 대하여 같은 작용을 한다는 점에서 벌금형에서 볼 수 없는 정의에 합치되는 효과가 있으며 단기자유형은 법률의 엄격성을

넷째, 일반적으로 지적되고 있는 단기자유형의 弊害는 단기자유형 자체에서 나오는 것이 아니라 오히려 刑罰一般이 안고 있는 공통된 폐해이거나 아니면 현실적인 형집행 여건이 미비로 빚어지는 바가 크다. 그러므로 단기자유형을 폐지하기보다는 이러한 환경이나 여건의 개선에 노력해야 한다는 것이다.<sup>37)</sup>

이에 대하여 短期自由刑은 현행 형사체제내에서는 타당하지 않다고 보는 견해는 다음과 같다.<sup>38)</sup>

첫째, 집행기간이 짧기 때문에 행형과정에서 범죄인에 대해 적극적으로 직업훈련, 성격개선 등 사회복귀를 위한 개선·교화의 효과를 거둘 시간적 여유가 없다.

둘째, 행위자가 단기자유형을 받음으로서 그가 익숙해진 환경으로부터 끄집어 내어 그의 사회적 교제에 대해서 심각한 손상을 입힌다. 특히 자격상실, 결혼문제, 사회의 차별대우 등 원래부터 대체로 어려운 그의 사회적 상황을 더욱 더 악화시킬 수 있다.

셋째, 短期自由刑을 집행할 경우 수형자는 이른바 “無錢有罪·有錢無罪”와 같은 社會否定的 價値視角을 지닌 在所者 社會集團의 副次文化(Subkultur)의 물을 먹게 된다.

넷째, 短期自由刑을 받은 자도 重犯罪者와 마찬가지로의 前科者란 낙인이 찍힌다.

다섯째, 短期自由刑을 무제한으로 허용하면 수형자의 양산을 초래하여 결국 구금시설이 복잡화될 때 무질서, 통제곤란, 다른 수형자들로부터의 범죄적 악성감염 등이 야기되어 도리어 새로운 범죄수법을 전수받기 쉽다. 특히 이들을 위한 막대한 人的·物的 資源이 요구됨으로 단기자유형을 포기하면 재정적으로 많은 절약을 하게 된다.<sup>39)</sup>

여섯째, 짧은 형기는 사회일반에 대한 一般豫防的 威嚇效果가 적으며 그것이 남용되는 경우에는 자유형의 일반적 위신이 저락될 수도 있다.

이상에서 短期自由刑의 존재에 대한 논거를 살펴본 바와 같이 단기자유형제도가 가

보이는데 있어 확실히 형벌인 성질을 명백히 하여 일반예방의 견지에서 있어 단기자유형은 유지되어야 한다고 했다. Paul Heilbron, Die Kurze Freiheitsstrafe, 1908, S. 83 (宋光燮, “現行刑罰制度의 問題點 및 改善方案(下)”, 『矯正』 통권 제192호, 1994. 4, p. 33에서 재인용).

37) 허일태, 전계논문, p.72.

38) 김성돈, 전계논문, pp. 94-95 ; 김일수, 전계서, p. 634 ; 裴鍾大, 前掲書, p. 616 ; 宋光燮, 前掲論文(下), p. 34 ; 慎鎮揆, 前掲書, pp. 582-583 ; 安銅準, 前掲論文, p. 1067 ; 李在祥, 前掲書, p. 502 ; 李炯國, 前掲書, p. 447 ; 鄭榮錫·申洋均, 前掲書, p. 330.

39) Kasier, a.a.O, S. 536.

지는 상대적 가치는 여러 관점에서 평가될 수 있고<sup>40)</sup> 현행 형법의 형사제재체계내에서도 활용할 수밖에 없는 것이 현실이다. 따라서 단기자유형을 무조건적이고 단순한 폐지는 옳지 못하다. 다만 우리의 행형여건 아래서 볼 때 단기자유형의 弊害는 여러 측면에서 적지 않다고 여겨지므로 단기자유형의 폐지에 관한 문제와 관련하여 그 폐해를 가능한 한 극소화하고 단기자유형을 효과적으로 활용하기 위한 방안이 함께 모색되어야 한다.

첫째, 短期自由刑制度의 활용을 억제하기 위한 제한규정을 들 필요가 있다.<sup>41)</sup> 즉 法秩序防衛나 犯人の 再社會化에 불가피하게 필요한 경우에 한하여 부과할 수 있도록 하는 제한규정을 마련하는 것이다. 독일 형법에 있어서 자유형의 단기는 1월 이상으로 제한되어 있으나(제38조 1항), 제47조에서는 6월이하의 자유형은 “범죄행위 또는 행위자의 인격에 자유형의 선고가 범죄자에게 영향을 미치거나 법질서를 보호하기 위하여 불가피하다고 인정되는 특별한 사정이 있는 경우”에 선고하고 그러한 사정이 없는 경우에는 원칙적으로 罰金刑으로 代替하도록 제한하고 있다.

둘째, 短期自由刑을 부과하여 이를 집행하는 경우에도 그 집행은 週末拘禁, 休日拘禁, 半拘禁制 등과 같은 執行變形制度<sup>42)</sup>를 적극 활용할 수 있도록 해야 한다. 이는 그동안 지적되어 온 단기수형자들이 교도소내에서의 범죄감염 위험을 줄일 수 있을 뿐만 아니라 자유형의 집행시 필연적으로 나타나는 사회적 관계의 단절 내지 “사회생활에 있어서 삶의 터전의 초토화”를 방지할 수 있다.<sup>43)</sup>

셋째, 短期自由刑을 폐지하였을 경우 그 공백을 메워 줄 다른 代替手段을 마련해야 한다. 단기자유형을 존치시켜야 한다는 입장에서도 마찬가지다. 종래 단기자유형의 대체수단으로 거론된 것으로는 罰金刑에의 換刑, 刑의 宣告猶豫와 執行猶豫制度의 활용, 起訴猶豫制度의 확대운용, 無拘禁強制勞動, 損害賠償命令, 保護觀察, 善行保證, 社會奉仕命令 및 受講命令 등이 있어 왔다. 그러나 오늘날의 국가, 사회구조와 형벌체계상 罰金刑에의 換刑, 保護觀察, 社會奉仕命令, 受講命令 및 執行猶豫가 그 대표적이라 할 수 있다.

40) H. Welzel, a.a.O., S. 101.

41) 김성돈, 전계논문, p. 112.

42) 이에 관하여는 慎鐵探, 前掲書, pp. 583-584.

43) 김성돈, 전계논문, p. 113.

참고로 우리나라에서 지난 5년간 제1심 형사공판사건 가운데 短期自由刑이 선고된 경우를 보면 <표2>와 같다. 1995년의 경우 제1심 형사공판사건 중 有期懲役이나 有期禁錮의 실형을 선고받은 자 중에서 1년 미만의 형을 선고받은 자가 17,449명(15.1%)으로 제일 많고, 다음이 1년이상 3년 미만이 14,352명(12.4%), 3년이상 5년 미만이 3,078명(2.6%)의 순으로 비교적 단기형의 비율이 높은 것으로 나타나고 있다. 定期刑을 받은 전체 인원 에 대하여 1년미만의 정기형을 선고받은 비율을 연도별로 보면 1991년에는 43.8%였으나 1994년에는 47.3%, 1995년에는 48.1%로 높아졌다. 이와 같은 결과는 短期自由刑의 폐해도 불구하고 현실적으로 단기자유형을 선고하지 않을 수 없는 사건들이 많은 비중을 차지하고 있음을 나타낸 것이라 하겠다.

<표2> 제1심 형사공판사건 중 유기징역 및 금고선고인원

구분 연도	자유형 합 계	정 기 형						집행유예	부정기형
		무기	10년이상	5년이상	3년이상	1년이상	1년미만		
1991	112,727 (100.)	121 (0.1)	343 (0.3)	1,052 (0.9)	3,203 (2.9)	13,633 (12.1)	14,284 (12.7)	76,241 (67.6)	3,850 (3.4)
1992	104,980 (100.0)	91 (0.1)	320 (0.3)	1,117 (1.1)	3,305 (3.1)	12,261 (11.7)	13,894 (13.2)	70,824 (67.5)	3,168 (3.0)
1993	116,943 (100.0)	109 (0.1)	320 (0.3)	1,101 (0.9)	3,560 (3.0)	13,304 (11.4)	17,048 (14.6)	78,056 (66.7)	3,445 (3.0)
1994	105,269 (100.0)	76 (0.1)	392 (0.4)	1,363 (1.3)	3,425 (3.2)	11,742 (11.1)	15,227 (14.5)	70,445 (66.9)	2,599 (2.5)
1995	115,809 (100.0)	82 (0.1)	354 (0.3)	990 (0.8)	3,078 (2.6)	14,352 (12.4)	17,449 (15.1)	76,883 (66.4)	2,621 (2.3)

주 : 1. "구분"란의 "집행유예"란을 제외한 남은 실형 사건임.

2. ( )내 수는 구성비(%)임.

자료 : 法院行政處, 「司法年鑑」, 1996, p. 677.

<표2>에 나타난 有期懲役(禁錮)宣告 현황을 보면 1년미만의 비율만 나타나 있고 6개월 미만의 단기자유형은 지표로 나타나 있지 않다. 그러므로 6개월 미만의 단기자유형 선고비율을 추측해 보기 위해서 공판사건처리인원 뿐만 아니라 형사사건전체 즉 공판

사건, 즉결심판사건의 처리인원도 함께 살펴보아야 할 것이다. 즉결심판사건의 처리내용에는 구류가 포함되어 있는데 자유형의 일종인 구류는 그 기간이 1일 이상 30일 미만으로 되어 있어 6월 미만의 短期自由刑에 해당하기 때문이다.

〈표3〉에서 즉결심판사건 처리내용을 보면 1990년의 경우 처리된 총 582,701명 중 拘留가 선고된 인원은 10.1%인 58,603 명이다. 그러나 1993년에는 7.9% 그리고 1994년에는 처리된 총 1,087,975명 중 5.1%인 55,749명에 대해서만 구류가 선고되어 그 비율은 점차 감소추세에 있지만 구류선고 빈도는 공판사건에서 1년 미만의 자유형 실행선고에 비해 약 3.7배 가량 선고되고 있다.

이와같이 1년 미만의 실행선고를 받은 자가 매년 17,000여명을 넘어서고 있고 또한 즉결심판사건 처리내용 가운데 55,000명 이상이 구류가 선고되고 있음으로 인하여 교도소의 적정수용인원을 과도하게 초과하는 요인이 되고 있다. 〈표4〉에 의하면 1996년 9월 12일 현재 矯正施設의 수용인원은 59,660명으로 나타났다. 이는 수용정원인 57,360명보다 2,300명을 초과하는 숫자이다. 이 중 청주교도소는 정원의 477명을 초과 수용하고 있으며 영등교도소도 정원의 379명을 초과하여 교도소의 과밀화 현상을 나타내고 있다.

〈표3〉 즉결심판사건 처리내용(1990년-1994년) (단위 : 명)

구분 연도	계	구류	벌금	과료	선고유예	무죄	형의면제 · 면소	검찰청 송 치	기타
1990	582,701 (100)	58,603 (10.1)	476,782 (81.8)	39,458 (6.8)	3,304 (0.6)	728 (0.1)	3,008 (0.5)	793 (0.1)	25 (0.0)
1991	771,417 (100)	64,728 (8.4)	299,263 (38.8)	400,043 (51.9)	3,317 (0.4)	659 (0.1)	2,534 (0.3)	828 (0.1)	45 (0.0)
1992	576,496 (100)	56,030 (9.7)	161,283 (28.0)	353,749 (61.4)	2,447 (0.4)	464 (0.1)	1,980 (0.3)	517 (0.1)	26 (0.0)
1993	807,823 (100)	64,176 (7.9)	185,670 (23.0)	552,506 (68.4)	2,204 (0.3)	537 (0.1)	2,088 (0.3)	610 (0.1)	32 (0.0)
1994	1,087,975 (100)	55,749 (5.1)	200,722 (18.4)	826,405 (76.0)	1,768 (0.1)	699 (0.1)	1,900 (0.2)	718 (0.1)	14 (0.0)

주 : ( )안은 %

자료 : 法務研修院 「犯罪白書」, 1995, p. 211.



〈표4〉 전국 교정시설 및 정원 25% 초과시설 수용인원 현황 (단위 : 명)

구분 소별	수용정원	수 용 인 원 (초과%)		
		현원	기결	미결
계	57,360	59,660	32,901	26,759
서울지방교정청	20,610	22,401	8,130	14,271
대구지방교정청	19,000	19,054	12,293	6,761
대전지방교정청	8,800	8,568	6,016	2,552
광주지방교정청	8,950	9,637	6,462	3,175
홍 성 교 도 소	600	752(25.3%)	421	331
대 구 교 도 소	2,700	3,414(26.5%)	1,511	1,904
성 동 구 치 소	2,000	2,533(26.7%)	311	2,222
영 등 포 교 도 소	1,400	1,779(27.1%)	1,195	584
경 주 교 도 소	500	671(34.2%)	260	411
청 주 교 도 소	1200	1,677(39.8%)	927	750

자료 : 제181회 정기국회감사자료, 사법감시, 제7호, 1996. 12, p. 14.

### 3. 無期自由刑

형법에서 자유형의 일종으로 규정하고 있는 無期刑은 死刑과 함께 현행 형법이 인정하고 있는 가장 엄한 형벌종류로서 범죄자를 사회로부터 영원히 격리시키는 것을 그 내용으로 하는 자유형집행의 방법이다. 형법의 인도주의적 경향은 당연한 귀결로써 死刑制度는 이미 많은 국가에서 폐지되었으나 無期自由刑은 아직까지 重한 犯罪者에 대한 국가의 범죄투쟁의 수단으로서 대부분의 국가에서 시행되고 있다. 특히 死刑制度를 폐지한 국가에서는 사형제도가 가졌던 一般豫防效果를 대신할 수 있는 형벌로서 無期自由刑의 존재의의가 강조되고 있다. 〈표5〉는 1986년부터 1995년까지 제1심 형사공판사건에 罪名別로 무기자유형이 선고된 분포상황이다. 〈표5〉에 의하면 10여년간 무기자유

형이 선고된 인원은 930명이며 이 기간에 사형을 선고받은 사람은 230명이다.<sup>44)</sup>

〈표 5〉 제1심 형사공판사건 죄명별 무기형(징역·금고)인원수 1986년~1995년 비교표

죄명 연도	합계	폭발물 에 관 한 죄	방화	살인 의죄	상해 치사	정조에 관한죄	강도	강도 상해 치사	강도 살인 치사	강도 강간	국가 보안법	폭력행위 등처벌에 관한법률	특가법	기타
1986	88	-	-	49	1	1	1	2	20	3	4(1)	-	5	1
1987	81	-	-	46	1	2	3	-	24	1	-	-	4	-
1988	65	1	-	39	-	-	1	3	9	2	1	-	8	1
1989	70	-	2	40	-	1	3	3	11	-	-	1	9	-
1990	150	-	-	68	1	-	4	9	39	13	-	1	15	-
1991	121	-	2	67	1	1	3	4	24	-	-	-	14	4
1992	91	-	1	49	-	-	4	4	16	2	1	1	13	-
1993	109	-	2	65	1	-	-	-	26	3	4	1	7	-
1994	76	-	-	47	-	1	-	1	18	1	-	-	6	2
1995	82	-	-	45	1	-	-	3	24	2	-	3	2	2

주 : “국가보안법” 중 ( )내 인원수는 구 반공법(1980. 12. 31 폐지) 위반사건의 인원  
수이고 이는 본란에는 포함시키지 아니하였음.

자료 : 法院行政處, 「司法年鑑」, 1996, p. 677.

물론 이들 모두가 대법원의 확정판결 결과는 아니기 때문에 다소 줄어들 수 있을 것이다. 최근 들어 死刑의 선고가 줄고 無期自由刑 선고가 다소 늘어나고 있는 현상은 刑事司法의 실무에 있어서 사형선고의 회피가 무기자유형의 선고로 이전되고 있음을 의미한다고 평가할 수 있으나 외국에 비하여 지나친 重刑中心主義로 나아가고 있다고 하겠다.<sup>45)</sup> 무기자유형은 주로 殺人罪, 強盜殺人 등과 같이 사람의 생명을 해친 범죄자에게 선고되고 있다. 이것은 인간의 생명은 국가가 보호해야 할 최고의 法益이며 또한 최고

44) 法院行政處, 「司法年鑑」, 1996, p. 676 참조.

45) 무기자유형의 선고에 관한 외국의 실태는 김성돈, 전계논문, pp. 80-81 ; 허일태, 전계논문, pp. 63-64 참조.

의 법익을 침해하는 범죄에 대해서는 가장 엄한 형벌의 종류를 부과하여야 한다는 형사정책적 입장을 반영하고 있는 것이다.<sup>46)</sup>

그러나 無期自由刑制度가 현대 국가의 형벌목적에 부합하는가에 관하여는 상당한 문제가 있다. 헌법적인 기본권 보장은 일정한 한계는 있지만 원칙적으로 범죄인에게도 적용되는 것이므로, 무기자유형과 같이 수형자를 사회로부터 완전히 격리시키는 형벌제도가 과연 정당한 것인가라는 문제가 당연히 제기된다. 형벌집행의 과정에서 무기자유형이 수형자에게 그의 기본적 인권의 본질적 내용을 그대로 보장한다고 해도 실제로는 거의 보장되지 않는 것이 현실이다. 따라서 자유로운 인격발전에 관한 자유권의 본질적 내용은 실질적으로 침해된 것이나 다름없다고 하겠다.<sup>47)</sup>

또한 無期自由刑은 헌법상의 「人間的 尊嚴과 價値에 대한 존중요구」와 합치되는지 여부가 문제된다. 그 이유는 무기자유형은 수형자의 신체적 자유를 일생동안 완전히 박탈하는 것을 뜻하므로<sup>48)</sup> 장기간의 자유박탈은 대부분의 수형자에게 심한 “人格障礙 (Persönlichkeitsstörungen)”을 초래하기 때문이다.<sup>49)</sup> 만약 무기형에 의한 장기간의 구금 생활로 그 수형자의 인간성에 명백한 파괴가 일어난다면 그 같은 무기형은 인격의 倫理性을 파괴할 수 있기 때문에 헌법 제10조에 보장된 인간의 존엄에 반할 수가 있다.

<sup>50)</sup>

다음으로 無期自由刑은 범죄인에게 社會復歸와 改過遷善의 의욕을 상실케 하여 자유형의 목적에 배치된다고 하겠다. 왜냐하면 자유형의 목적이 수형자를 교도소에 구금하여 범죄를 예방하고 그를 개선교육시켜 사회복귀와 재사회화에 두는 特別豫防的 刑罰이라고 할 때 再犯의 우려가 전혀 없다고 판단되는 無期囚도 당연히 출소 가능성이 주어지고 기회가 부여되어야 함에도 불구하고 출소의 기회가 근본적으로 우연한 국가의 은혜적인 行政處分에 의존하기 때문이다.<sup>51)</sup>

46) 김성돈, 전계논문, p. 80.

47) 金日秀, 「韓國刑法Ⅱ(總論下)」, 博英社, 1992, pp. 661-662.

48) 무기자유형을 선고받았다고 해서 모든 수형자가 구금되는 것은 아니고 그 상당수는 일정한 조건에 의하여 형집행이 면제된다. 그러므로 무기형은 실질적인 의미에서 不定期自由刑의 일종이다. Kaiser, a.a.O., S. 532.

49) H. H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil 3, Aufl., 1978, S. 617.

50) 허일태, 전계논문, p. 62.

51) 상계논문, p. 63.

이상에서 볼 때 무기자유형은 형벌의 예방적 필요에 의해서 요구되는 제도라 하겠으나 분명한 사실은 무기자유형제도는 인간존엄의 침해와 형벌목적의 실현에 배치된다고 하겠다. 따라서 무기자유형제도가 그 집행의 정당성을 가지기 위해서는 무엇보다도 무기자유형으로 인한 인격파괴를 방지해야 한다.

이를 위한 방안으로서는 먼저 교도소 시설과 그 운영을 인간 중심적 방식으로 개선하여 실질적으로 수형자의 사회복귀에 기여하도록 해야 할 것이다. 범죄인은 犯罪鬪爭의 단순한 대상으로 취급할 것이 아니라 인간의 個人的·社會的 實存의 기본적 전제조건들은 범죄인을 다루는 행형과정에서도 유지되어야 한다.<sup>52)</sup>

다음으로 無期自由刑은 수형자에게 개과천선의 의욕 내지 희망을 상실케하여 결국은 人格障礙를 일으키는 요인이 되므로 수형자를 구금하지 않더라도 社會防衛目的을 달성할 수 있고 또한 수형자에게 再犯의 위험이 없다고 인정되는 경우에는 無期囚라도 그의 人格障礙가 발생되기 전에 단순한 行政處分方法이 아닌 司法的 審査에 의한 假釋放 등의 방법에 의하여 출소할 수 있도록 보장되어야 한다.<sup>53)</sup>

假釋放이 行政處分으로 이루어지게 되면 거기에 행정청의 恣意가 개입할 수 있고 가석방의 전제조건인 行刑成績을 미끼로 해서 수형자의 권리가 침해될 수도 있으며 때로는 가석방이 정치적 수단으로 악용될 측면이 없지 않다.

현행 형법 제72조는 “무기의 집행 중에 있는 자가 그 行狀이 양호하여 改悛의 情이 현저한 때에는 10년이 경과한 후 行政處分으로 가석방할 수 있다”고 규정하여 無期囚에게 가석방의 기회가 주어지고 있다. 그러나 이는 어디까지나 단순한 행정기관의 行政處分에 의존하고 있으므로<sup>54)</sup> 無期囚에 대한 가석방 인정은 일정한 요건이 충족되면 당연히 수형자가 청구할 수 있는 권리가 아니라 국가의 은혜적인 처분에 맡겨 있어서 현행 無期自由刑制度는 수정되어야만 한다.

52) 金日秀, 「韓國刑法Ⅱ(總論下)」, p. 662.

53) 독일인 경우 보호관찰부 가석방을 받은 무기수들이 다른 범죄자 그룹의 경우에 비해 재범의 위험성이 오히려 적다고 한다. Kaiser, a.a.O., S. 590.

54) 독일 형법 제57조에서는 “무기자유형도 15년의 형이 경과하고 더 이상의 집행을 할 특히 중한 책임이 보이지 않고 집행이 면제된 경우에 수형자가 다시 범죄를 범하지 않을 것이라는 점이 확인되고 이에 대한 수형자의 동의가 있으면 법원은 그 무기수를 가석방하여야 한다”고 규정하여 필요적 가석방제도를 택하고 있다.

우리나라 형사사법상에서 無期刑 假釋放者의 형집행기간별 인원현황을 보면 <표6>과 같다. 이 표에 의하면 無期囚들의 형집행기간이 상당히 장기화되고 있음을 알 수 있다.

<표6> 무기별 가석방자의 형집행기간별 인원(1990년-1994년)

기간 연도	계	12년미만	14년미만	16년미만	18년미만	20년미만	14년이상
1990	10	-	-	-	5	2	3
1991	23	-	-	1	18	3	1
1992	18	-	-	9	6	3	-
1993	9	-	-	-	5	3	1
1994	7	-	-	-	7	-	-

자료 : 法務研修院, 犯罪白書, 1995, P. 270.

#### 4. 不定期自由刑制度

不定期刑은 재판에서 刑의 宣告時 自由刑의 기간을 확정하지 않고 刑의 집행의 상황 즉 受刑者의 行刑成績에 따라 사후적으로 刑의 집행종료를 결정하고 따라서 그 때에 그 기간이 정하여지는 것을 말한다. 그리고 不定期刑은 재판에서 그 刑期를 일정한 長期(상한)와 短期(하한)로 정하여 선고하는 相對的 不定期刑과 전혀 刑期를 정하지 않고 선고하는 絶對的 不定期刑(예컨대 “징역에 처한다”고만 선고하는 것)의 두 가지로 나누어진다.

현행 형법은 定期刑을 원칙으로 하고 있고, 다만 특별법인 少年法에 의하여 少年에 대해서만 相對的 不定期刑을 인정하고 있다.<sup>55)</sup> 그런데 현행 형법의 정기형제도에 있어서도 假釋放<sup>56)</sup>이 인정되고 있으므로 실질적으로는 형기를 不定期化하고 또한 無期自由

55) 소년법 제60조 1항은 “소년이 법정형 장기 2년 이상의 유기징역에 해당하는 죄를 범한 때에는 그 법정형기의 범위내에 장기와 단기를 정하여 선고한다. 단 장기는 10년, 단기는 5년을 초과하지 못한다”라고 규정하고 있다.

56) 형법 제72조 내지 제76조 참조.

刑도 假釋放과 결합됨으로서 실질적으로는 일종의 絶對的 不定期刑이 된다고 할 수 있다. 그러나 이와 같은 이른바 量刑段階에서의 不定期刑化는 진정한 의미의 不定期刑인 선고형식으로서의 不定期刑과는 엄격히 구별해야 한다.<sup>57)</sup>

현행 소년법에 따라 자유형이 선고된 소년범죄자의 선고내용을 보면 <표7>과 같다. 이 표에 의하면 不定期刑을 선고받은 경우가 1991년에는 3,850명으로 전체 소년형사사건 16,499명 가운데 23.3%를 차지하였으나 1992년에는 19.0%, 1993년에 18.5%, 1994년에 15.9% 그리고 1995년에는 전체 소년형사사건 17,422명 가운데 15.0%만이 不定期刑을 선고받았다. 이를 1991년과 비교해 볼 때 不定期刑 선고비율은 8.3%가 낮아지고 있고 또한 매년 감소추세를 보이고 있다. 그 내용을 보면 장기 2년 이내가 1,689명(9.8%), 장기 5년 이내가 330명(1.9%), 장기 10년이내가 73명(0.4%)으로 나타나고 있다.

<표7> 제1심 소년형사공판사건 재판현황(1990년-1994년) (단위 : 명)

구분 연도	계	사형	무기	정기형	부 정 기 형					집행 유예	벌금	기타
					계	장기10 년이내	장기5 년이내	장기3 년이내	장기2 년이내			
1990	17,014 (100)	2 (0.0)	7 (0.1)	981 (5.8)	3,885 (22.8)	92 (0.5)	356 (2.1)	923 (5.4)	2,514 (14.8)	4,667 (27.4)	598 (3.5)	6,874 (40.4)
1991	16,499 (100)	-	5 (0.0)	852 (5.2)	3,850 (23.3)	66 (0.4)	403 (2.4)	1,046 (6.3)	2,335 (14.2)	4,492 (27.2)	566 (3.4)	6,734 (40.9)
1992	16,651 (100)	-	-	623 (3.7)	3,168 (19.0)	86 (0.5)	301 (1.8)	914 (5.5)	1,867 (11.2)	4,886 (29.3)	618 (3.7)	7,356 (44.2)
1993	19,602 (100)	-	5 (0.0)	740 (3.8)	3,614 (18.5)	57 (0.3)	547 (2.8)	798 (4.1)	2,212 (11.3)	4,928 (25.1)	477 (2.4)	9,838 (50.2)
1994	16,331 (100)	-	-	347 (2.1)	2,599 (15.9)	77 (0.5)	204 (1.2)	671 (4.1)	1,647 (10.1)	4,367 (26.7)	448 (2.7)	8,570 (52.5)
1995	17,422 (100)	-	5 (0.0)	281 (1.6)	2,621 (15.0)	73 (0.4)	330 (1.9)	529 (3.0)	1,689 (9.7)	4,703 (27.0)	502 (2.9)	9,310 (53.4)

주 : ( )은 %

자료 : 法務研修院, 「犯罪白書」, 1995, P. 203 ; 法院行政處, 「司法年鑑」, 1996, P. 590.

57) 鄭榮錫·申洋均, 前掲書, P. 339.

刑期の 相對的 또는 絶對的 不定期刑制度는 근대 矯正主義 行刑概念(교육형론, 개선형론, 목적형론)에 그 이론적 근거를 두고 있다. 이에 의하면 범죄자를 하나의 犯罪病患者라고 생각하고 이 犯罪病의 치료는 확정할 수 없는 것이고 그리고 이미 교정이 다 된 범죄자의 계속 구금은 무의미하기 때문에 刑의 量定은 行刑단계에서 최종적으로 결정할 성질의 것이라는 것이다. 그러나 不定期刑 중 絶對的 不定期刑制度는 罪刑法定主義의 原則에 반하는 제도로서 수형자의 형기를 영구히 미확정상태에 두게 되므로 인권 옹호사상 용납할 수 없다. 또한 범죄사실이 증대함에도 불구하고 교정이 필요없다고 해서 早期에 석방해 버리는 것은 一般豫防政策上 용납할 수 없는 태도라고 하여<sup>58)</sup> 널리 배척되고 있다.

이에 대하여 相對的 不定期刑制度의 경우에는 그러한 문제점이 적고 責任刑論, 應報刑論者의 입장에서는<sup>59)</sup> 반드시 배척하기만 할 성질이 아니라고 본다. 그 이유는 범죄자에 대한 責任刑量의 결정은 상대적일 수 밖에 없는 것이고, 또한 그 확정도 곤란한 것이므로 일정 범위내에서 刑期の 上限과 下限을 선고하는 것은 이론적으로 용납될 수 있기 때문이라고 한다.<sup>60)</sup> 그런데 不定期刑은 자유형의 理想이며 文化국가의 理念이겠지만 부정기형의 전면 실시는 罪刑法定主義의 原則에 반하고 또한 行政과 司法의 혼동을 가져올 위험이 많으므로<sup>61)</sup> 絶對的 不定期刑制度는 현실적으로 배척되어야 할 것이다.

그러나 矯正行刑의 입장에서 볼 때 相對的 不定期刑制度는 형벌목적인 사회복귀이념의 현실적인 실현 가능성을 높여 수형자에 대한 개선목적을 달성하고(再社會化), 범죄로부터 사회를 방위할 수 있다는(保安)점에서는 가장 적합한 방법이라 하겠다. 왜냐하면 초범자나 범죄성이 계속되지 않고 再犯의 우려가 없는 자에게 受刑期間을 단축하여 불가피하게 구금하는 것을 예방하고 또한 명백히 사회복귀할 준비가 되어 있지 않는 범죄인을 석방하는 것을 예방함으로써 구금기간에 대한 결정이 수형자의 사회복귀와

58) 慎鎮揆, 前掲書, P. 585.

59) 부정기형제도의 채택에 반대하는 입장에서는 부정기형제도가 행위자의 책임의 정도를 넘어선 자유의 구속을 가능하게 한다는 점에서 책임주의에 반한다고 한다. 鄭榮錫·申洋均, 前掲書, P. 342 ; 허일태, 전계논문, p. 60.

60) 金龍俊·李淳吉, 前掲書, p. 78.

61) 부정기형제도에 관한 찬·반양론의 이론적 근거는 오영근·최병각, "부정기형제도에 관한 연구", 한국형사정책연구원, 1993, pp. 37-44 ; 鄭榮錫·申洋均, 前掲書, pp. 340-341 참조.

사회의 안전을 충분히 조화시키는 선에서 이루어질 수 있기 때문이다.<sup>62)</sup> 이와 같이 受刑期間을 처우의 진도에 따라 결정될 수 있음은 사회나 수형자 모두에 대해 이익이 된다고 할 수 있다.

矯正理念의 구별을 재판단계에서 고려되는 것이 마땅하다고 볼 때 재판단계에서 相對的 不定期刑을 도입하면 矯正理念에 대한 국민일반의 이해가 증진되고 나아가 국민의 교정이념에의 협조태도가 증진될 수 있다는 의미에서<sup>63)</sup> 不定期刑制度의 확대채택은 바람직하다고 본다. 그런데 우리나라와 같이 교정시설이 인적 구성면이나 물적 설비면에서 미흡한 행형수준을 고려하면 相對的 不定期刑을 도입하더라도 그 소기의 효과를 기대하기는 어렵다. 따라서 상대적 부정기형제도가 成人犯에의 확대채택을 위하여는 矯導施設이 수형자를 教化·改善할 수 있도록 인적·물적 설비의 철저한 확충·보완이 선행되어야 한다. 특히 부정기형제도의 핵심내용은 범죄원인에 대한 과학적 탐구와 각 범죄인의 범죄원인에 상응한 처우의 개별화라고 할 수 있으므로 이를 위한 교정전문가를 확보할 것이 필요하여 전문가에 상응하는 권한을 부여하여 활동여건을 조성해야 할 것이다.<sup>64)</sup>

#### IV. 自由刑의 代替手段

지금까지 현행 자유형제도의 각 문제점과 함께 그 개선방안을 개괄적으로 살펴보았다. 현재 자유형에 대신할 수 있는 대안적 제재수단으로서 논의되고 있는 것으로는 여러 종류가 있으나 UN보고서에 따르면 여기에는 재판전의 대체처분, 재판상의 대체처분, 재판 후의 대체처분 등 3종류를 들고 있다.<sup>65)</sup> 이들 중 본래의 자유형의 대체수단의 의의를 갖고 거론될 수 있는 형벌제도는 裁判上의 代替處分을 의미하기 때문에 이를

62) 오영근·최병각, 전개논문, p. 43.

63) 慎鎮揆, 前掲書, p. 587.

64) 부정기형제도의 문제점과 개선방안에 관하여는 김성돈, 전개논문, p. 90 ; 오영근·최병각, 전개논문, pp. 89-101 ; 鄭榮錫·申洋均, 前掲書, p. 342.

65) 이들 각 처분의 내용에 관하여는 鄭甲燮, “自由刑의 代替하는 刑事處分”, 『矯正研究』 제5호, 1995, pp. 34-41 참조.



중심으로 하여 고찰하기로 한다.

裁判上 代替處分으로서는 ① 裁判上の 戒告·譴責 ② 原狀回復·損害賠償 ③ 資格制限·權利剝奪 ④ 罰金 ⑤ 執行猶豫와 宣告猶豫 ⑥ 社會奉仕命令·受講命令 ⑦ 週末拘禁·休日拘禁·休暇拘禁·半拘禁制·家宅拘禁 등을 들 수 있다.<sup>66)</sup> 여기에서는 오늘날 형벌체계상 자유형의 대체수단으로서 대표적이라 볼 수 있는 罰金刑, 執行猶豫와 宣告猶豫, 保護觀察, 社會奉仕命令 및 受講命令을 중심으로 하여 현행 형법과 관련하여 검토해 보기로 한다.

### 1. 自由刑의 罰金刑으로 轉換

罰金刑은 범죄인에게 일정한 금액의 지불을 강제로 부담시키는 것을 내용으로 하는 형벌이다. 벌금형은 원래 公刑罰이 아니라 個人的 賠償制度로서의 성질을 가진 賠償金(Wergeld) 또는 贖罪金(Buße)으로서 인정되어 오던 것이나<sup>67)</sup> 19세기 이후 기존의 형벌의 중심이었던 生命刑과 身體刑을 대신하여 자유형이 중심적인 형벌로 되면서 자유형 특히 단기자유형의 폐해가 인식되면서 이러한 제재수단으로 발달하게 되었다.

罰金刑은 자유형의 집행으로 수형자에게 미치는 부정적 영향을 방지할 수 있을 뿐만 아니라 재산을 박탈함으로써 制裁를 과한다는 점에서 자본주의사회에 시의적절하고 적합한 형벌로 평가되면서 특히 단기자유형의 대안적 제재수단으로서 실제로 가장 많이 적용되는 형벌이다.<sup>68)</sup> 그러나 벌금형은 자유형을 완전히 代替하는 데에는 일정한 한계가 있다고 하겠다.

罰金刑은 수형자의 자력에 따라 형벌로서의 효과가 다르며 벌금형의 집행이 직접 피고인의 가족에 영향을 미치게 되어 형벌의 일신전속적 성질을 침해하고 특히 재산이 많이 있는 자에 대하여는 一般豫防이나 特別豫防의 효과를 기대할 수 없으며<sup>69)</sup> 경우에 따라서는 벌금을 내기 위하여 새로운 범죄를 범할 수도 있다.<sup>70)</sup> 더욱이 벌금형은 범행

66) 상계논문, pp. 36-40.

67) 李在祥, 前掲書, p. 502.

68) H. H. Jescheck, a.a.O., S. 628.

69) 李在祥, 前掲書, p. 503.

70) 이병기·신의기, 「벌금형의 운용과 집행의 효율성 제고방안」, 한국형사정책연구원, 1994, p. 21.

에 대하여 일정한 금액이 예정되어 있는 결과 범죄자의 빈부의 차를 고려됨이 없이 범죄사실에 대해서만 결정되므로 貧者의 경우 벌금형은 자유형의 대안적 효과를 제대로 발휘하지 못하는 실정이다.<sup>71)</sup>

현행 형법은 總額罰金刑制度<sup>72)</sup>와 一時納入方法을 취하여 이의 納入을 담보하기 위하여 勞役場留置를 규정하고 있다. 勞役場留置는 벌금형의 납부를 강제함으로서 벌금형의 실효성을 확보하기 위한 일정액의 비율로 산정된 기간동안 자유형과 동일하게 교도소 내에서 자유를 박탈하게 된다(行刑法 제1조). 이 경우에는 본래 단기자유형의 폐해를 시정하기 위하여 등장한 벌금형이 다시 단기자유형의 성질을 갖는 勞役場留置로 되돌아가게 되어 벌금형의 본래의 형사정책적 장점을 잃어 버리게 된다. 우리 형법에 있어 노역장유치를 당하거나 유치명령을 받게 될 자는 대부분이 경제적 약자일 것이기 때문에 벌금액이 고액인 경우에는 더욱 심각하다.<sup>73)</sup> 이와 같이 벌금을 납부하지 못하는 경제적 약자에 대해서 재판관의 재량으로 벌금형을 자유형으로 환형시키는 노역장유치제도를 代替自由刑 또는 換刑處分이라고 부른다.

현행 형법 제69조에서는 일종의 換刑處分으로서 벌금을 납부하지 아니한 자는 1일 이상 3년 이하의 기간동안 勞役場에 留置하여 작업에 복무하게끔 규정하고 있으므로 인하여 벌금을 납입불능시에는 다른 특별규정이 없는 한 3년 이하의 노역장유치를 할 수 밖에 없다. 벌금형 집행에 있어서 노역장유치가 최후수단으로 사용될 수밖에 없는 경우에 그 폐해를 극소화할 수 있는 방안으로서 벌금형의 집행유예와 延納·分納制의

71) 물론 각 범죄의 경제적 능력에 대응하여 벌금액을 결정함으로써 司法의 평등을 기하고 벌금형의 실효성을 확보하기 위한 방안으로 日數罰金刑制度를 도입하는 방안을 고려할 수 있으나, 우리나라에서는 형법개정의 과정에서 도입요구가 강하게 제기되었지만 아직 채택되지 않았다. 그러나 일수벌금형제도도 범죄자의 경제적 능력에 대한 정확한 조사,확정이 실제로 어렵고 또한 실제에 있어 법관이 먼저 벌금형의 총액을 정하고 이를 일수와 일수정액으로 분할하여 선고하므로써 이 제도 본래의 취지를 상실시킬 위험성이 있다. 이 제도의 장단점에 관하여는 姜東汜, “財産刑의 問題와 改善方案”, 「刑事政策」제5호, 韓國刑事政策學會, 1990, pp. 88-89 ; 慎鎮揆, 前揭書, pp. 592-594 ; 이병기·신의기, 전계논문, pp. 78-81 ; 鄭榮錫·申洋均, 前揭書, pp. 392-393.

72) 총액벌금형제도는 부자는 돈으로 가난한 자는 몸으로 때우는 결과를 초래하여 부자와 가난한 자 사이에 불평등을 초래한다는 약점을 지니고 있다. G. H. Jescheck, a.a.O., S. 700.

73) 姜東汜, 前揭論文, p. 87.

도입 나아가서 자유형의 가석방 제도와 같이 노역장에 유치된 자의 行刑實積에 따라 미리 석방시킬 수 있는 제도가 거론되고 있다.<sup>74)</sup>

그러나 근본적으로는 자유형의 대체수단으로 등장한 벌금형이 수형자의 경제적 능력 결여로 인해 다시 자유형으로 회귀하는 代替自由刑 대신에 自由刑의 代替手段으로 개선하기 위한 방법이 강구되어야 한다.<sup>75)</sup> 여기에는 형법 제70조와 관련하여 벌금미납의 경우 바로 勞役場에 留置할 것이 아니라 社會內 制裁手段의 일종인 社會奉仕命을 부과하여 일정시간 사회봉사를 하도록 하고 이를 성실히 이행하지 않는 경우 勞役場留置를 하도록 하는 근거규정을 마련하도록 하는 것이<sup>76)</sup> 바람직하다.

## 2. 宣告猶豫制度和 執行猶豫制度

오늘날 자유형의 집행으로 인한 폐해를 방지하고 범죄자의 사회복귀를 효율적으로 추구한다는 목표아래 自由刑의 代替手段으로서 가장 널리 활용하는 제도 중의 하나가 宣告猶豫制度和 執行猶豫制度이다. 현행 형법에서도 이미 이 제도를 두고 있는데 제1심 형사공판사건 가운데 宣告猶豫를 받은 자의 비율은 1% 내외에 불과하지만 執行猶豫를 받은 자의 비율은 평균 66% 이상을 점하고 있다.<sup>77)</sup> 다만 현행 형법상 猶豫制度가 자유형의 집행을 대체하는 대안적 제재수단으로서 가장 중요한 장치의 하나로 여겨 널리 활용되고 있지만 여기에도 미흡한 점이 적지 않다. 이하에서는 宣告猶豫制度和 執行猶豫制度로 나누어 현행 형법과 관련하여 그 문제점과 개선방안을 검토해 보기로 한다.

74) 이에 관하여는 姜東汜, 前掲論文, p. 93 ; 김일수, 「형법총론」, p. 638 ; 朴相基, 「刑法總論」, 博英社, 1996, p. 638 ; 裴鍾大, 前掲書, p. 618 ; 宋光燮, 前掲論文, p. 47 ; 慎鎮揆, 前掲書, p. 595 ; 李在祥, 前掲書, p. 504 ; 李普寧, 「刑事政策」, 第1法規, 1996, p. 424 ; 鄭榮錫·申洋均, 前掲書, p. 398.

75) 김성돈은 대체 자유형제도를 자유형의 대체수단으로서 형법 제70조의 勞役場留置를 삭제하고 대신에 社會奉仕命을 부과할 수 있도록 규정하여야 한다고 주장한다. 김성돈, 前掲論文, p. 115.

76) 吳英根, 前掲論文, P. 29.

77) <표 1>과 <표 2> 참조.

## 1) 宣告猶豫制度

### (1) 要件

형법 제59조 1항의 宣告猶豫는 현행 형법상에서 가장 輕한 有罪判決로서 再犯의 위험이 가장 적은 오직 初犯者에 대해서만 부과할 수 있도록 되어 있다.<sup>78)</sup> 그러나 이 조건은 과거의 前科를 문제삼아 선고유예의 대상에서 배제하는 것은 집행유예의 제한규정과 비교하여 형평성에 문제가 있다.<sup>79)</sup> 그러므로 이를 초범으로 제한하되 예외를 인정하여 任意的 條件化하는 것이 타당하다. 예컨대 과거 3년 이내의 기간동안 前科가 없어야 한다는 것과 같이 기간을 제한하는 방법 등으로 그 요건을 완화하는 것이다.<sup>80)</sup>

### (2) 失效條件

형법 제61조는 宣告猶豫의 失效에 관하여 “형의 선고유예를 받은 자가 유예기간 중 자격정지 이상의 형에 처한 판결이 확정되거나 자격정지 이상의 형에 처한 前科가 발견된 때에는 유예한 형을 선고한다”고 규정하고 있다. 그런데 선고유예 당시 수사가 미흡하여 피고인의 前科를 발견하지 못하였는데 裁判 후 前科가 발견되었다는 이유만으로 선고유예를 실효한다면 이는 一事不再理의 原則과 피고인의 陳述拒否權을 보장하고 있는 헌법 뿐만 아니라 형사소송법상 舉證責任의 原則에도 위배된다고 하겠다. 再社會化刑法의 特別豫防優位の 관점에서 볼 때 宣告猶豫失效制度는 이러한 형사정책의 방향과 반드시 일치하는 것이 아니다.<sup>81)</sup>

그러므로 제61조에 “선고유예를 받은 자에게 자격정지”이상의 형에 처한 전과가 발견된 때를 선고유예의 실효사유에서 삭제하고 “유예기간 중에 범한 죄”로 내용을 바꾸는 것이<sup>82)</sup> 좋다고 본다.

78) 형법 제62조 단서는 집행유예 있어서 “ 금고이상의 형을 선고받아 집행을 종료한 후 또는 면제된 후로 5년을 경과”하면 전과자라 할지라도 형의 집행유예를 받을 수 있게 되어 있다.

79) 김성돈, 전개논문, p. 117.

80) 朴相基, 「刑法總論」, p. 545.

81) 김일수, 「형법총론」, pp. 671-672.

82) 김성돈, 전개논문, p. 119.

(3) 保護觀察

保護觀察處分은<sup>83)</sup> 社會奉仕命令 및 受講命令制度和 함께 脫應報的 刑事政策의 일환으로서 刑事制裁의 自由化·人間化·合理化의 실현에 기여할 수가 있다는 점에서 집행유예와 선고유예의 핵심이며 형사정책상 가장 중요한 요소가<sup>84)</sup> 된다고 할 수 있다. 형법 제59조의 2 제1항은 보호관찰에 관하여 “형의 선고를 유예하는 경우에 재범방지를 위하여 지도 및 원호가 필요한 때에는 보호관찰을 명할 수 있다”고 규정하여 선고유예시에는 집행유예와는 달리 보호관찰만을 條件附負擔處分으로 하고 社會奉仕命令과 受講命令을 제외시키고 있는데 이는 입법상의 불비라 하겠다.<sup>85)</sup> 선고유예가 본래 자유형의 폐해를 줄이기 위한 施設外(社會內)制裁手段의 하나로 도입된 제도임을 인정하는 한 社會內處遇 내지 開放處遇의 한 방법으로 고안된 보호관찰과 함께 사회봉사명령과 수강명령 등도 선고유예시에 과할 수 있도록 해야 한다.

2) 執行猶豫制度

(1) 요건

형법은 懲役 또는 禁錮의 刑을 선고할 때에만 執行猶豫를 할 수 있도록 하고 罰金刑을 선고할 때에는 집행유예를 내릴 수 없도록 하였다(제62조 1항). 물론 벌금형에 있어서는 단기자유형의 폐해가 없고 벌금형의 집행유예를 인정하면 벌금형이 형벌로서 효

83) 保護觀察이란 범죄인의 재범방지와 사회복귀를 촉진하기 위하여 교정시설에 수용하지 않은 자유상태에 있는 범죄인을 지도·감독하는 제도로서 개정 형법에서 신설한 것이다. 종래 우리나라에서는 주로 소년범에게 적용하는 보호관찰 등에 관한 법률상의 보호관찰(보호관찰 등에 관한 법률 제3조, 소년법 제32조 1항 2호 3호)과 사회보호법상 보호감호처분 및 치료감호처분을 받고 가출소 또는 위탁된 자에게 적용하는 보호관찰(사회보호법 제10조와 제11조)등 2가지 종류의 보호관찰이 있었다. 그러나 형법 제59조의 2와 제62조의 2의 신설로 소년범에게만 적용하던 보호관찰이 성인 범죄자에게도 널리 적용할 수 있게 되었다. 보호관찰에 관한 상세한 내용으로는 金俊鎬·姜東汎, “保護觀察制度의 實態 및 改善方案”, 「刑事政策研究」, 제6권 제4호(통권 제24호), 1995· 겨울, pp. 53-77 ; 배임호, “소년보호관찰 프로그램의 효과적 운영 방안에 관한 연구”, 「矯正研究」, 제6호, 韓國矯正學會, 1996, pp. 245-278 ; 李武雄, 「保護觀察制度論」, 圖書出版豊南, 1992.

84) J. Baumann / U. Weber, a.a.O., S. 699.

85) 형법 제62조 2 제1항은 “형의 집행을 유예하는 경우에는 보호관찰을 받을 것을 명하거나 사회봉사 또는 수강을 명할 수 있다”고 규정하고 있다.

과를 많이 잃는다는 이유로 집행유예를 인정할 필요가 없다는 주장이 있다. 그러나 벌금형이 징역·금고보다 가벼운 형일 뿐만 아니라 벌금을 납부할 수 없을 경우 勞役場 留置를 하게 되어 실질적으로 자유형과 동일하게 된다는 점을 고려할 때 벌금형에 대해서도 집행유예의 길을 열어 두는 것이 타당하다고 본다.<sup>86)</sup>

한편 執行猶豫期間 중의 執行猶豫를 인정해야 할 것이다. 형법 제62조 1항 단서에 의하면 “금고 이상의 형의 선고로 받아 집행을 종료한 후 또는 집행이 면제된 후로부터 5년을 경과하지 아니한 자에 대하여는 예외로 한다”라고 하여 집행유예기간 중 금고 이상의 형의 선고를 받으면 재차 집행유예를 할 수 없게 되어 있다.<sup>87)</sup> 그러나 이는 비교적 경미한 범죄를 범한 자에게 단지 범죄의 반복만을 이유로 하여 실행을 집행하는 것은 가혹할 뿐만 아니라 형사정책적 측면에서 역효과를 초래할 수가 있으므로<sup>88)</sup> 집행유예기간 중이라 하더라도 특히 형의 집행을 유예함이 상당하다고 인정되는 정상이 있는 경우에는 다시 한 번 더 집행유예의 길을 열어 두는 것이 바람직하다.

## (2) 保護觀察, 社會奉仕命令, 受講命令

형법 제62조의 2 제1항은 “刑의 執行을 유예하는 경우에는 保護觀察을 받을 것을 명하거나 社會奉仕 또는 受講을 명할 수 있다”고 규정함으로써 刑의 執行을 猶豫하는 경우 保護觀察과 社會奉仕命令<sup>89)</sup> 또는 受講命令<sup>90)</sup>이 선택적으로만 부과될 수 있는 것인지

86) 김성돈, 전개논문, p. 121 ; 김일수, 「형법총론」, p. 535 ; 陣葵鎬, 前掲書, p. 702.

87) 형법개정법률안 제62조 제1항은 “형의 집행유예를 받은 자에게 집행유예기간 중에 범한 죄로 1년 이하의 징역이나 금고의 형을 선고하는 경우에 특히 정상에 참작할 만한 사유가 있을 때에는 다시 그 형의 집행을 유예할 수 있다”고 규정하여 형을 집행하지 않아도 피고인을 사회에 복귀시킬 수 있게 하는 집행유예제도의 취지에 비추어 집행유예의 길을 열어 놓았지만 현행 형법에는 채택되지 않았다.

88) 박상기, 전개논문, p. 123.

89) 社會奉仕命令이란 유죄가 인정된 범죄자를 일정기간 내에 지정된 시간동안 무보수로 일정한 勞役에 종사하도록 하는 社會內 處遇制度의 하나이다. 保護觀察이 범죄인에 대한 보호관찰담당자의 지도와 감독을 내용으로 하는 소극적인 제도인데 반하여 社會奉仕命令은 범죄자 개인으로 하여금 사회에 유익한 자주적인 봉사행위를 요구하는 점에서 적극적 성격이 강하다고 할 수 있다. 최근 새로운 형사정책프로그램으로 여러 나라의 형사법에서 활용되고 있는 이 제도는 근로가 무보수이고 의무적이라는 점에서 刑罰的 要素를 내포하고 있고 범죄인이 자신의 노동을 통해 범죄로 인해 피해를 받은 사회에 대하여 무엇인가를 돌려준다는 점에서 상징적으로 賠償的 의미와 함께 精神的 贖罪感을 유도해 내는 수단으로 작용하는 것으로 과거지향적인 특징을 지니며, 궁극적으로

아니면 중첩적인 부과도 허용되는지 관해서는 명확하지 않다. 그러나 이를 엄격히 해석하면 집행유예기간에는 3가지 조건 가운데 어느 하나만 선택적으로 부과하고 社會奉仕命令과 受講命令은 保護觀察과 결합하여 부과할 수 없는 것으로 보아야 한다.<sup>91)</sup>

그런데 집행유예시의 조건이 집행유예의 목적달성이라는 측면을 고려할 때 가급적이면 다양한 형식을 취하여 보호관찰과는 별도로 사회봉사명령 또는 수강명령만을 독립적으로 부과하거나 아니면 보호관찰처분과 함께 사회봉사명령 혹은 수강명령을 동시에 併科할 수 있는 가능성을 열어 주어야 한다. 왜냐하면 보호관찰기간 중이라 할지라도 간헐적으로 수강을 하게 한다거나 사회봉사활동을 하게 하는 것이 被保護觀察者의 사회복귀를 위해 효과적일 수도 있으며 크게 부담이 되지 않을 것이기 때문이다. 또한 이를 가능하게 함으로서 사회봉사활동기관으로 하여금 보호관찰업무에 참여하게 하는 역할분담의 기회도 제공할 수 있다고 본다.<sup>92)</sup>

### (3) 執行猶豫의 失效와 取消

#### ① 失效

형법 제63조는 “집행유예의 선고를 받은 자가 유예기간 중 금고 이상의 형의 선고를

---

범죄자의 사회복귀를 추구하는 방법이 될 수 있다는 의미에서 자유형의 새로운 대체수단으로 높이 평가되고 있다. 사회봉사명령은 집행유예기간내 이를 집행한다(형법 제62조의 2 제3항).

우리나라 및 외국의 사회봉사명령제도에 관한 전반적인 고찰은 김영환 외 3인, “사회봉사명령제도에 관한 비교법적 연구”, 한국형사정책연구원, 1992 ; 김성돈, 전제논문, pp. 137-147 ; 김일수, 「형법총론」, pp. 669-670 ; 曹俊鉉, “成人에 대한 社會奉仕命令制度”, 「형사정책연구」, 제7권 제3호(통권 제27호), 1996·가을, pp. 5-37.

90) 受講命令이란 유죄판결을 받은 범죄인이 자유형의 집행 대신에 지정된 사회교육 교화시설에서 일정시간 이상의 강의 또는 학습을 받도록 명함으로서 人性을 계발하고 性行을 교정하여 사회에 정상적으로 복귀할 수 있도록 촉진하는 社會內處遇制度의 하나이다. 이 제도도 형법개정에 의하여 保護觀察處分 및 社會奉仕命令과 함께 성인범죄자에게 널리 적용할 수 있게 되었는데, 受講命令은 집행유예기간내에 이를 집행한다(형법 제62조 2 제3항). 우리나라 및 외국의 수강명령제도에 관한 전반적인 고찰은 김일수, 「형법총론」, p. 670 ; 이병기·노성호, “수강명령제도와 교육내용에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 1995.

91) 朴相基, 「刑法總論」, p. 553 ; 吳英根, 前揭論文, p. 29.

92) 朴상기, 전제논문, p. 123.

받아 그 판결이 확정된 때”를 집행유예의 失效條件으로 규정하고 있다. 이 때 禁錮 이상의 형에는 實刑의 선고뿐만 아니라 형이 선고된 이상 그 집행을 유예한 경우도 포함된다.<sup>93)</sup> 그런데 형법이 執行猶豫의 失效事由로 집행유예기간 중에 죄를 범할 것을 요건으로 하지 아니하고 “猶豫期間 중 禁錮이상의 刑의 선고를 받아”라고 하여 범죄가 언제 범하여졌는지를 불문한 것은 타당치 않다.

執行猶豫가 좀 더 特別豫防的 觀點에서 실시되려면 단지 집행유예기간 중에 형이 선고되었다는 이유로 失效시킬 것이 아니라 집행유예를 받은 판결 이후의 범죄에 대한 형이 선고되어 확정된 경우로 축소되어야 한다. 즉 집행유예가 실효되는 것은 집행유예기간 중에 범죄를 범한 경우로 한정되어야 할 것이다.<sup>94)</sup>

## ② 取消

執行猶豫의 取消要件에 대하여 형법은 “집행유예의 선고를 받은 후 금고 이상의 형의 선고를 받아 집행을 종료 한 후 또는 집행이 면제된 후 5년을 경과하지 아니한 자(제62조 단서)라는 것이 발견된 때에는 집행유예의 선고를 취소한다(제64조 1항)”라고 규정하고 있다. 이를 이유로 한 執行猶豫의 取消은 任意的이 아니고 必要的이다. 그러나 재판전에 있었던 前科를 발견하지 못하였다는 것을 이유로 하는 “必要的 取消”는 타당하지 않다고 본다.<sup>95)</sup> 집행유예의 취소는 집행유예기간 중 집행유예선고의 조건이 피고인의 귀책사유로 인하여 달성될 수 없을 때에 내려져야 한다. 따라서 취소사유를 현행 형법과 같이 必要的인 取消로 할 것이 아니라 任意的인 것으로 하여 형사정책적 판단의 여지를 남기는 것이 합리적이라고 본다.

다음으로 執行猶豫의 取消은 선고된 형을 전부 집행하게 됨으로 인하여 제1심에서 집행유예를 선고할 경우에猶豫되는 형은 선고될 때 보다 장기화하는 경향이 없지 않다. 그 결과 집행유예가 취소되어 형이 집행되는 경우에는 결과적으로 적정한 刑期보다

93) 大判 1979. 9. 14. 79 모 30.

94) 독일형법 제56조의 f, 스위스형법 제41조 3항, 오스트리아 형법 제53조 1항은 유예기간 중에 죄를 범하였을 것을 요건으로 하고 있다.

95) 집행유예의 취소사유에 전과사실이 미발견까지도 포함시키는 태도가 집행유예제도의 본래의 취지에 적합하지 못하다는 비판은 선고유예의 실효사유에 대한 비판의 것이 그대로 타당하다.



무거운 형을 선고받은 것과 같게 될 수가 있다. 그러므로 집행유예를 취소하는 경우에는 선고형의 전부를 집행하기 보다는 取消事由의 輕重에 따라 일부에 대한 집행도 허용하여 단기집행을 통한 충격효과를 기대해 보는 것도 검토해 볼 필요가 있다. 이 경우 집행할 有期는 당연히 법원에서 결정해야 한다.<sup>96)</sup>

이외에도 현행 형법은 “제62조의 2의 규정에 의하여 保護觀察이나 社會奉仕 또는 受講을 명할 집행유예를 받은 자가 준수사항이나 명령을 위반하고 그 정도가 무거운 때에는 법원의 재량으로 집행유예의 선고를 취소할 수 있다”고 제64조 2항에 규정하고 있다. 이는 제64조 1항의 취소요건과는 달리 취소는 必要的이 아니라 任意的으로 하여 형사정책적 고려하에 재량적 판단을 할 수 있도록 하였는데 큰 의의가 있다고 하겠다. 다만 취소여부를 판단하는 기준으로서 “그 정도가 重한 때에는”이라는 규정이 명확하지가 않아 다소 문제의 소지가 있다. 그러나 준수사항이나 명령위반의 회수가 위반정도를 기준으로 판단하리라 생각되나<sup>97)</sup> 보다 구체적으로 명시할 필요가 있다.

## V. 結 論

오늘날 刑事制裁體系에 있어서 가장 핵심적인 위치를 차지하고 있는 自由刑은 범죄인을 집행기간 동안 격리수용하여 再犯하지 못하게 하고 아울러 教化·改善措置를 취함으로써 건전한 사회인으로 복귀시키려는데 그 목적이 있다고 하겠다. 그러나 이러한 자유형이 범죄자에 대한 改善의 效果와 威嚇의 效果도 주지 못하여 오히려 受刑者에 대한 사회적 낙인만을 찍고 사회에 대한 受刑者의 적개심을 조장시켜 급기야 犯罪學校의 구실만 하게 되는 등 각종 폐해가 뒤따르게 되는 부작용만 남게 되었다. 이에 자유형제도의 정당성과 그 존재자체에 대하여 의문을 제기하지 않을 수가 없다. 따라서 자유형이 본래의 형태로 그 기능을 다하기 위하여는 다음과 같이 개선되어야 한다.

첫째, 현행 형법상 懲役, 禁錮, 拘留라는 세가지 종류의 自由刑을 통합하여 하나로 단일화해야 한다. 이를 위한 전제로서는 자유형의 기본목적인 범죄인의 改善과 再社會化

96) 박상기, 전계논문, pp. 118-120.

97) 상계논문, p. 126.

를 실질적으로 실현할 수 있는 教育訓練과 開放處遇의 확대, 矯導作業 기타 필요한 處遇를 탄력적으로 운용되어야 한다.

둘째, 6개월 미만의 短期自由刑의 存廢와 관련하여 그 폐해를 극소화하고 이의 활용을 억제하기 위한 제한규정이 마련되어야 하며, 週末拘禁, 休日拘禁, 半獨居制와 같은 執行變形制度를 도입되어야 할 것이다. 특히 短期自由刑의 代替手段으로 활용하기 위한 社會內 制裁手段을 충분히 정비하여 적극 활용하도록 해야 한다.

셋째, 無期自由刑制度를 단순한 行政處分이 아닌 司法的 審査에 의한 假釋放이 이루어지도록 하고 여기에는 반드시 保護觀察, 社會奉仕命令, 受講命令 중 어느 하나를 조건으로 하여 社會內 處遇를 필요적으로 부과한다.

넷째, 矯正施設이 수형자를 教化·改善할 수 있도록 인적·물적 설비의 철저한 확충과 보안을 전제로 하여 成人犯에 대한 相對的 不定期刑制度의 채택이 요청된다.

다섯째, 宣告猶豫制度和 執行猶豫制度를 활성화할 수 있도록 그 요건을 완화하는 한편 刑의 執行猶豫時 선택적으로만 부과하도록 되어 있는 保護觀察과 社會奉仕命令 또는 受講命令을 동시에 併科할 수 있는 가능성을 열어 주고 이를 적극 활용하도록 한다. 이의 모든 것은 自由刑의 執行으로 인한 폐해를 방지하고 범죄자의 효율적인 사회복귀 달성에 크게 기여할 것이다.