

세미나 자료

우리나라 보호감호제도의 현황과 개선방향

- 보호감호제도 세미나 -

일 자 : 2003년 7월 1일(화) 13:00~17:20

장 소 : 한국교원단체총연합회관 2층 대회의실

한국형사정책연구원

세미나 자료

우리나라 보호감호제도의 현황과 개선방향

— 보호감호제도 세미나 —

일 자 : 2003년 7월 1일(화) 13:00~17:20

장 소 : 한국교원단체총연합회관 2층 대회의실

한국형사정책연구원

개 회 사

먼저 우리 형사정책연구원이 “보호감호제도의 현황과 개선방향”을 주제로 개최한 이번 세미나에 참석해 주신 여러분께 진심으로 감사드립니다.

주지하시는 바와 같이, 우리나라에서는 이미 1980년에 사회보호법을 제정하였습니다. 이에 의하여 정신장애자나 중독자와 같이 처음부터 형벌이 적용될 수 없거나, 혹은 형벌만으로 특별한 위험성을 방지하기에 부적합하다고 판명된 상습범죄자로부터 사회를 보호하고, 그들을 치료·개선시키고자 하는 목적을 가진 보안처분제도가 우리나라에 도입되었습니다. 이는 책임형법에 입각한 형벌만으로는 적극적인 범의보호와 예방의 과제를 충분히 수행할 수 없다는 현실적인 이유에서 그 필요성이 인정되었던 것이라고 생각합니다.

그러나 사회보호법에서 규정하고 있는 보안처분제도 중에서 특히 보호감호제도는, 그것이 상습범죄자에 대한 형사정책상 최후의 수단이라고 할 수 있을 정도로 형벌에 못지 않는 강력한 내용의 제재라는 점에서 그 합헌성과 정당성에 대한 시비가 그치지 않았습니다. 그동안 보호감호제도를 위험한 상습범죄자에 대한 제재라는 본래의 기능을 달성하기 위한 입법적 노력도 계속되었습니다. 즉 두 차례에 걸친 사회보호법의 개정을 통하여 보호감호의 대상범죄는 제한되었고, 그 요건은 엄격하게 고쳐졌을 뿐만 아니라 보호감호의 집행기간도 단축되었습니다. 우리 헌법재판소도 보호감호가 헌법에 위배되지 않는다는 결정을 한 바 있습니다. 그럼에도 불구하고 최근 청송보호감호소에 수감되어 있는 피보호감호자들이 사회보호법의 폐지 및 보호감호대상자의 처우개선을 요구하는 단식농성을 전개하여 보호감호제도는 또다시 사회적 관심의 대상이 된 바 있습니다. 이러한 상황을 반영하여 일부 민간단체들은 다시 보호감호의 합헌성을 재심사할 것을 요구하는 헌법소원을 제기하기에 이르렀고, 이에 얼마 전 법무부에서도 보호감호제도의 개선방안을 발표한 바 있습니다.

오늘 이 세미나에서는 우리나라에 보안처분제도를 도입하게 한 사회보호법의 이념과 입법취지를 검토하면서 우리나라에 도입된 보안처분과 이를 규정하고 있는 사회보호법의 문제점과 개선방안을 분석한 후에, 보호감호제도의 문제점과 개선방안을 중점적으로 검토할 것입니다. 보호감호에 관한 검토는 제도와 운영실태

라는 두 가지 측면에서 진행하고자 합니다. 보호감호제도에 관하여는 상습범 내지 상습누범자에 대한 대책으로서 보호감호제도를 유지할 것인가, 또는 상습범에 대한 형의 가중 내지 부정기의 보안형벌을 도입하는 것이 옳은가라는 보호감호의 필요성에 관한 근본적인 문제점에서 출발하여, 보호감호의 기간이 적정한가 또 그 집행기간을 결정할 수 있는 기관을 누구로 할 것인가와 같은 보호감호를 둘러싼 모든 이론적 실제적 문제점을 다시 조명해 보고자 합니다. 보호감호의 운영실태와 그 개선방안에 관하여는 현행 보호감호소의 위치와 시설 및 보호감호소에서 대상자에 대한 구체적 처우내용이 대상자의 위험성을 제거하여 이들을 사회에 복귀하게 하면서 그들의 재범으로부터 사회를 보호하려고 한 본래의 취지를 달성함에 적합하며, 또 그렇지 못하다면 이를 어떻게 개선해야 할 것인가를 심도 깊게 논의하고자 합니다.

이 세미나에서 귀한 시간을 할애하여 발제를 해 주신 고려대학교 법과대학의 김일수 교수님을 비롯하여 주제발표를 담당해 주신 연세대학교 심희기 교수님 그리고 원광대학교 장규원 교수님께 특히 감사드립니다. 또한 보호감호의 제도와 운영실태에 관한 토론에 참가하여 높은 의견을 내어주시는 학계, 법원 검찰 및 변호사, 그리고 보호감호소의 담당 공무원 등 각계의 전문가님들께도 진심으로 감사드립니다. 또한 이번 세미나준비를 위해 수고해 주신 여러 관계자들의 노고를 치하하는 바입니다.

오늘 이 세미나에서 보호감호 분야에 오랫동안 관심을 가져 주신 학계, 실무계, 사회단체의 여러 전문가들의 심도 있는 토론이 이루어 질 것을 기대합니다. 아무쪼록 이 세미나가 사회보호법분야 특히 보호감호의 제도적인 개선과 그 운영에 관한 보다 합리적인 개선방향이 제시되어 좋은 결실이 맺어지는 계기가 되기를 바라마지 않습니다.

감사합니다.

2003. 7. 1.

한국형사정책연구원

원장

세미나 일정

13:00~13:30 등 록

13:30~13:40 개 회 사 (한국형사정책연구원장)

사 회 : 신 의 기 (한국형사정책연구원 연구실장)

13:40~14:20 제1주제 : 사회보호법의 문제점과 개선방향 9

발 표 : 김 일 수 (고려대학교 법학과 교수)

14:20~14:30 휴 식

14:30~15:50 제2주제 : 현행 보호감호제도의 문제점과 개선방향 27

발 표 : 심 희 기 (연세대학교 법학부 교수)

토 론 : 하 태 훈 (고려대학교 법학과 교수)

김 석 우 (서울지방검찰청 남부지청 검사)

이 상 희 (법무법인 한결 변호사)

김 혜 정 (한국형사정책연구원 부연구위원)

15:50~16:00 휴 식

16:00~17:20 제3주제 : 보호감호의 운영실태 및 개선방안 41

발 표 : 장 규 원 (원광대학교 경찰행정학과 교수)

토 론 : 김 인 겸 (서울고등법원 판사, 국회파견)

조 국 (서울대학교 법학과 교수)

김 영 부 (청송 제2보호감호소 분류심사과장)

송 문 호 (대구 가톨릭대학교 법학부 교수)

제1주제

사회보호법의 문제점과 개선방향

김 일 수

(고려대학교 법학과 교수)

사회보호법의 문제점과 개선방향

김 일 수

(고려대학교 법학과 교수, 법학박사)

I. 서 론

주로 사회보호법(1980.12.18 법률 제 3286호)에 의한 보안처분이 본격 도입된 지도 벌써 20여년이 훨씬 넘었다. 20여년이 지난 지금, 보안처분에 대한 대차대조표를 통해 이른바 형사제재의 이원체계에 대한 종합적인 평가가 필요해 보인다. 보호감호소를 거쳐 온 사람들과 현재 청송보호감호소에 수용된 피보호감호처분자들은 대부분 보호감호처분이 형벌보다 더 수용하기 어려운 제도라는데 인식을 같이 하고 있다. 헌법재판소의 합헌결정¹⁾과 대법원 판결,²⁾ 그리고 여러 번의 사회보호법 개정³⁾에도 불구하고 많은 연구가들도 자유박탈적 보안처분 중 특히 보호감호처분에 대해서는 비판적 시각을 갖고 있다.

이미 잘 알려진 바대로 보안처분은 행위 속에 나타난 행위자의 재범위험성으로 사회를 방위하고 그를 보안 또는 개선하기 위해 과해지는 형벌 이외의 형사제재이다. 형벌은 행위책임에 근거하여 진압적으로 과해지지만 보안처분은 책임과 무관하게 예방적으로 과해지는 조치이다. 책임원칙은 행위자의 위험성 때문에 책임의 정도를 넘어 형벌을 과하는 것을 금지하고 있다. 그런데 구체적인 범행자의 재범위험성이 그의 행위책임의 상한선보다 더 심각한 정도에 이른 경우, 종래의 형벌이론체계 하에서는 그 위험성을 사회가 감수할 수밖에 없었다. 이것은 고전학파의 자유주

1) 헌재 88헌가5, 88헌가44 병합결정; 헌재 89헌가86; 헌재 92헌바28.

2) 대판 83도3161, 89감도524; 대판 90도135, 90감도19; 대판 95도 2162.

3) 1987.12.4 법률 제3993호; 1989.3.25 법률 제4089호; 1994.1.5 법률 제4704호; 1995.1.5 법률 제4993호; 1996.12.12 법률 제5179호.

의적 응보사상의 요체였다. 하지만 근대학과의 예방적 형법사고는 이같은 위험성이 상존할 경우 사회방위를 위해 추가적인 보안처분으로써 형벌을 보완해야 한다는 입장이었다. 역사적으로 보안처분의 입법화는 수십 년간의 학과논쟁이 절충에 이르면서 매듭지어진 결과이다. 독일의 경우 1930년 바이마르 공화국 헌법초안(라트브루흐 초안)에 이원체계가 도입되었다가 나치 집권 직후인 1933년 11월 24일자 「위험한 상습범과 보안처분에 관한 법률」로 입법화된 후 1975년 개정 독일형법전에 편입되었다.

형벌은 행위책임에 의존하나 보안처분은 책임과 무관한 행위자의 장래 위험성에 의존한다. 그러므로 형벌은 책임비난작용과 위해작용을 함께 지니지만, 보안처분은 책임비난작용 없이 단지 위해작용만 한다는 특징만 지닌다. 응보적인 책임상쇄에 기초한 응보사상을 형벌의 목적에서 배제한다면 행위자의 특별예방과 사회적인 일반예방을 주된 목적으로 삼는다는 점에서 형벌과 보안처분 사이에는 아무런 차이도 없다. 다만 형벌은 책임을 기초로 하기 때문에 책임원칙에 의해 제한을 우선적으로 받으나 보안처분은 비례성의 원칙에 의한 제한을 받는다는 점에서 양 제도는 구별된다. 이같은 유사성과 차이 때문에 이원체계 하에서도 형벌과 보안처분의 분리와 집행 그 밖의 운영 등에 관해서는 다양한 양식이 존재할 수 있다.

사회보호법 제정 20여년, 이제 보안처분 제도의 공과를 면밀히 검토해 보고 그 문제점과 개선방향을 검토해 보아야 할 시점에 이르렀다고 생각한다.

II. 사회보호법 상의 보안처분과 그 특성

1. 일반론

사회보호법상 보안처분에는 보호감호, 치료감호, 보호관찰 세 가지 종류가 있다(제3조). 비교법적인 분류에 따른다면 대체적으로 '대인적 보안처분'과 '대물적 보안처분'으로 구분할 수 있는데, 우리나라 사회보호법상 보안처분은 모두 대인적 보안처분에 속함을 알 수 있다. 대인적 보안처분은 다시 '자유를 박탈하는 보안처분'과

'자유를 제한하는 보안처분'으로 세분된다. 전자에는 치료감호처분, 교정원 또는 금절시설수용처분, 보호감호처분, 노동시설수용처분, 사회치료시설수용처분 등이 있다. 후자에는 보호관찰, 선행보증, 직업금지, 주거제한, 주점출입금지, 운전면허박탈 등이 있다. 우리나라 사회보호법상 보호감호와 치료감호는 자유를 박탈하는 보안처분이요, 보호관찰은 자유를 제한하는 보안처분임을 알 수 있다.

보호감호와 치료감호는 이처럼 자유를 박탈하는 보안처분이면서도 전자가 사회방위를 주목적으로 하는 본래적 의미의 보안조치(Sicherungsmaßnahme)인 반면에, 후자가 치료를 주목적으로 삼는 개선처분(Besserungsmaßregel)이라는 점에서 구별된다.

이미 앞서 언급한 바와 같이 책임응보의 관점은 책임과 무관한 보안처분의 목적이 될 수 없다. 보안처분의 중심에 자리 잡은 목적은 일찍이 v. Liszt가 주창했듯이 특별예방에 있다. 하지만 개별적인 보안처분의 종류에 따라 특별예방목적도 구체적으로 세분화될 수 있다. 보호감호처분이 특별예방의 카테고리 중 보안목적에 주력하는 반면, 보호관찰처분이 재사회화목적에 주력하며, 치료감호처분은 이 양 요소를 함께 고려한다.

보안목적 위주의 보호감호처분은 오늘날 대체집행의 원칙과 보안처분에 대한 집행유예 내지 가석방 원칙에서 배제되는 경향이 있다. 이것은 피처분자의 장기간 구금과 고립, 형벌 이상으로 피처분자를 사회적 이단자로 낙인찍는 효과가 크기 때문에 일찍이 Kohlrausch는 이를 징역형의 속임수라는 의미에서 명칭사기(Etikettenschwindel)라고 지칭⁴⁾했는가 하면, H. Mayer도 「사회의 보안필요성을 위해 자기의 자유를 빼앗기는 자는 타인의 목적을 위한 수단으로 전락된다. 원호·교육의 의미를 갖지 않는 보안처분은 형벌이며, 적법성의 한계를 넘어 과해지는 형벌은 인간의 존엄성 및 기독교적 박애사상과 상치된다」고 하여⁵⁾ 다같이 보호감호처분의 정당성을 부인했다.

인간의 존엄성이 구체적으로 보호감호제도 자체를 금지하고 있는지는 의문이다. 다만 이 처분이 법치국가적으로 정당화될 수 없다는가 아니면 남용의 여지가 많은

4) Kohlrausch, ZStW 44(1924), S. 33.

5) H. Mayer, Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962, S. 36, 380; Hall, Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe, ZStW 70, S. 55도 마찬가지 입장이다.

데도 불구하고 이를 방치하는 운용실태 하에서라면 인간의 존엄성 논증도 경청해야 할 목소리라고 해야 할 것이다.

보호감호처분이 법익교량적 관점에서 그리고 기본권의 내재적 제약의 한계를 벗어나지 않는 범위에서는 그 정당성을 부정하기 어렵다.⁶⁾ 한 사람의 자유가 타인의 자유와 안전을 침해할 개연성이 있고, 타인의 자유·안전의 보호가 전체적으로 보아 침해자의 자유박탈에 비해 훨씬 중요한 의미를 가질 만큼 긴박한 사정이 있는 경우라면 침해의 위험원이 되는 그 한 사람의 자유박탈을 자유형의 한계를 넘어 확장하는 보호감호처분은 정당성을 지닐 수 있다. 문제는 그 피처분자의 자유박탈이 사회의 안전을 위한 최후수단으로서 그리고 제한적이고도 엄밀한 법정조건에서 사려 깊은 실무관행에 따라 수행되고 있느냐 하는 것이다.

2. 보호감호

보호감호는 누범 또는 누범적 상습범인으로서 재범의 위험성이 있다고 판단되는 피보호감호자(제5조, 제6조)를 보호감호시설에 수용하여 감호·교화하고 사회복귀에 필요한 직업훈련과 노동(피처분자의 동의가 있는 경우)을 과하는 처분이다(제7조 제1항). 종전에는 재범의 위험성을 요건으로 하지 않는 이른바 필요적 보호감호와 임의적 보호감호 두 가지가 있었으나, 전자에 위헌의 소지가 있다 하여 폐지되고 지금은 임의적 보호감호만 시행되고 있다.

보호감호기간은 특정되지 않기 때문에 일종의 부정기처분인 셈이지만, 최대한 수용기간을 7년으로 한정했다(제7조 제2항). 이 기간 안에서 사회보호위원회가 그 집행 개시 매1년마다 가출소 여부를, 가출소자에 대해서는 매6월마다 집행면제 여부를 심사·결정하도록 되어있다(제25조 제1항). 보호감호와 형이 병과된 경우에는 보호감호가 부정기처분인 속성상 형을 먼저 집행하지만 자격정지는 보호감호와 같이 집행한다(제23조 제1항). 이른바 누적·중복집행주의를 채택한 셈이다.

6) 심재우, 「보안처분제도에 관한 고찰」, 고대 법학논집 제22집(1984), 156면 이하; 이재상, 총론, 552면; 김일수/서보학, 총론, 803면; 배종대, 「보안처분과 비례성원칙」, 법치국가와 형법, 1998, 42면 이하; 독일의 다수설도 마찬가지로 이에 관하여는 Jescheck, LB, 4. Aufl., § 9 II 1 참조 바람.

3. 치료감호

치료감호란 정신장애자, 마약 및 알코올중독자로서 재범의 위험성이 있다고 판단되는 피치료감호자(제18조)를 치료감호시설에 수용하여 이들에게 치료를 위한 조치를 행하는 보안처분이다(제9조 제1항). 외국의 입법례를 보면 정신장애자에 대한 치료처분과는 별도로 마약·알코올중독자에 대한 금절처분(독일 형법 제63조, 제65조 등)을 규정하고 있는데 비해, 우리나라 사회보호법상 치료감호는 이 양자를 통합했기 때문에 이 처분 집행을 위한 수용시설도 동일한 곳이 될 수밖에 없다는 점이 특이하다.

치료감호기간은 피치료감호자가 감호의 필요가 없을 정도로 치유되어 사회보호위원회의 치료감호종료 결정을 받거나 가종료 결정을 받을 때까지로 하고 있어 일종의 절대적 부정기처분인 셈이다(제9조 제2항). 다만 사회보호위원회가 피치료감호자에 대하여 그 집행 개시 후 매6월 종료 또는 가종료 여부를, 가종료 또는 치료위탁된 피치료감호자에 대하여는 가종료 또는 치료위탁 후 매6월 종료 여부를 심사·결정하도록 되어 있다(제25조 제2항). 또한 집행 개시 후 2년이 지난 때에는 상당기간을 특정하여 친족에게 치료감호시설에서 치료하도록 위탁할 수 있다(제28조). 피치료감호자와 그 법정대리인 및 친족은 치료감호의 필요가 없을 정도로 치유되었음을 이유로 사회보호위원회에 그 감호의 종료 여부를 심사·결정하여 줄 것을 신청할 수 있다(제35조의2 제1항). 이 신청은 집행 개시 후 적어도 6개월이 지난 때라야 하며, 만약 이 신청이 기각되었으면 그 후 다시 6개월이 지난 때 재신청할 수 있다(제35조의2 제4항). 치료감호와 형이 병과된 경우에는 치료감호를 먼저 집행하고, 그 집행기간은 형기에 산입한다(제28조 제2항). 이른바 대체집행주의를 채택한 셈이다.

4. 보호관찰

보호관찰은 가출소한 피보호감호자나 피치료감호자를 감호시설 외에서 지도·감독하는 것을 내용으로 하는 보안처분이다. 보호관찰은 ① 피보호감호자가 가출소한 때 또는 병과된 형의 집행 중 가석방된 후 가석방이 취소되거나 실효됨이 없이 잔

형기를 경과한 때, ② 치료감호가 종료된 때 또는 피치료감호자가 치료감호시설 외에서 치료를 위하여 친족에게 위탁된 때 시작된다(제10조 제1항).

보호관찰기간은 3년이다. 다만 친족에게 위탁된 자에 대하여는 계속 보호관찰이 필요하다고 인정되는 경우 사회보호위원회의 결정으로 보호관찰기간을 1차에 한하여 3년간 연장할 수 있다(제10조 제3항). 이 단서조항은 1996년 12월 12일자 사회보호법 개정으로 신설된 것이다. 이 보호관찰기간 만료 전이라도 사회보호위원회의 보호감호 집행면제 또는 치료감호의 종결 결정이 있거나, 피보호관찰자가 다시 감호의 집행을 받게 되어 재수용 되거나 금고 이상의 형의 집행을 받게 된 때에는 보호관찰이 종료된다(제10조 제4항).

III. 사회보호법상 보안처분의 문제점

1. 보호감호처분의 문제점

(1) 이중처벌의 문제

보호감호처분에 대한 문제점 중 가장 오랫동안 지적되어 오고 있는 문제점이 이중처벌성이다. 형사제재를 형벌과 보안처분 2원체제로 운용하는 것은 상습범가중처벌에 인박한 형사사법에서 위험한 상습범에 대해서도 일단 형벌완화의 물꼬를 틀 수 있다는 점, 그리하여 형사제재 전반을 형사정책적인 관점에서 보다 합리적으로 재구성할 수 있다는 점에서 진일보한 제도라고 할 수 있다.⁷⁾ 의사책임의 관점에서 상습범에 대한 가중책임의 근거를 찾기는 여간 어렵지 않다. 이같은 곤궁에서 벗어나기 위해 일찍이 Mezger가 생활영위책임(Lebensführungsschuld), Bockelmann이 생활결정책임(Lebensentscheidungsschuld), Engisch가 성격책임(Charakterschuld)을 언급했지만, 곤궁을 제거하는데 성공했다고 보기는 어렵다. 형사정책적인 관점에서 상습범에 대한 형사사법 대응으로 가중된 형벌이 효과적인지는 의문이 아닐 수 없

7) Maurach, Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, 1960, S.16.

다. 가장 최선의 해결책은 못된다하더라도 차선의 해결책으로 보안처분을 끌어 들임으로써 형벌근거책임이 갖는 이 같은 난점을 피해갈 수 있는 길이 열린 셈이다.

하지만 이원주의가 갖는 내재적인 모순은 이로써 끝난 것이 아니다. 왜냐하면 형벌과 보호감호처분이 함께 선고된 행위자는 동일한 판결에서 동시에 일면 의사자유가 있어 그 죄 값을 치루어야 할 사람으로, 타면 의사자유가 없어 보호감호시설에 수용돼야 할 사람으로 다루어져야 하기 때문이다. 한쪽으로는 행위자를 비결정론적 관점에서 의사자유를 지닌 주체로 바라보면서 동시에 다른 한쪽으로는 행위자를 결정론적 관점에서 의사자유를 잃어버린 주체로 바라보는 것은 이론적으로 양자의 대립각만큼 모순의 틈이 깊어 보인다.⁸⁾

이 같은 모순은 법제도와 실무관행에서 형벌에 뒤이어 보안처분을 누적적·연속적으로 집행함으로써 모순 없는 것처럼 위장되고 있다. 하지만 그것은 일시적인 착시효과를 낼 수 있으나 근본적인 해결책이 될 수는 없다. 바로 일순간의 착시효과에서 깨어난 사람마다 보호감호처분은 명칭만 형벌과 다를 뿐, 실질적으로 이중처벌이라는 인식에 도달하게 된다.

이중처벌이라는 인식은 우선 사회보호법 제1조의 목적과 행형법 제1조의 목적을 비교해 보면 그 대동소이함에서 비롯되기 십상이다. 또한 형벌집행 후 교도소에서 감호소로 옮겨진 피감호자는 교도소와 너무도 유사한 수용시설과 수용규칙에 놀라면서 스스로 제2의 순수한 형벌을 다시 받는다는 의식에 사로잡히게 된다.⁹⁾ 그 결과 감호소에서 시작되는 보호감호처분은 위에서 본 사회보호법상의 아름다운 목적에도 불구하고 초장부터 피감호자들의 재생과 거듭남의 의지를 꺾어, 기대되는 처분성과나 소기의 집행목적에 도달할 수 없게 만든다.

(2) 부정기화의 문제

보호감호처분은 최장기간이 7년이지만 그 한도 안에서 언제 출소할 수 있을런지를 가늠하기 어렵다는 점에서 부정기처분에 속한다. 수용기간의 부정기화는 피처분

8) U. Eisenberg, Strafe und freiheitsentziehende Massnahme, 1967, S.7f.

9) 독일에서도 보호감호처분은 동일한 행형시설물 내의 특별하게 구획된 공간에서, 자유시간만 수형자보다 약간 더 넓은 자유를 맞출 수 있다는 점을 제외하고는, 형벌과 실질적인 차이가 없다.

자에게 또 다른 정신적 고통을 가할 뿐만 아니라 인격을 황폐화시키는 악영향을 가져오기 십상이다. 이러한 나쁜 영향력은 특히 재사회화에 필요불가결한 전제인 자발적인 재사회화노력과 협동노력을 고사시킬 수 있다. 더 나아가 부정기처분은 피처분자들로 하여금 적대감을 갖게 하여 더욱 고치기 힘든 사고뭉치로 전락시킬 위험을 내포한다. 이것은 결과적으로 이미 집행된 형벌의 개선효과까지 무효화시킬 수 있다. 형벌효과까지도 변질시킬 수 있는 이 같은 부정기화는 피처분자에게 감내하기 어려운 가혹한 부담으로 인식되기 십상이다.¹⁰⁾

(3) 재범위험과 가출소조건 판단의 어려움

보호감호처분의 선택적 부과조건으로 재범의 위험성이 있어야 한다. 이 위험성은 미래적인 사항이기 때문에 실무적으로 예측에 의해 확정될 수밖에 없다. 여기에는 직관적 예측, 통계적 예측, 인상적 예측, 통합적 예측방법 등이 있다.¹¹⁾ 통계적 예측과 인상적 예측방법을 활용하려면 과학적으로 이를 수행할 수 있는 인력과 장비 같은 자원인프라가 구축되어야 하지만, 우리나라의 사법실무에서 검찰이나 법원의 판단 오류를 예방하고 그 판단능력을 보완해 줄 전문적인 연구인력인프라가 구비되어 있지 못한 실정이다. 결국 판단자들의 직관적인 예측능력에 의존할 수밖에 없다. 천차만별, 백인백태의 직관적 예측능력에 의존하다보면 예측판단은 결국 원님식 재판처럼 자의적인 판단에 흐르기 십상이다. 이처럼 충분한 인프라도 구축하기 전에 보호감호처분제도를 서둘러 도입한 우리나라의 형사사법실무에서 나타난 통계자료를 접하면 이 제도를 활용하고 있는 유럽 여러 나라에 비해 우리나라가 너무 손쉽게 보호감호처분을 남발하고 있지 않은가하는 의구심을 갖게 할 정도이다.¹²⁾

더 나아가 합리적인 형사정책을 고려함이 없는 우리나라의 형사사법에서는 누범

10) 필자는 최근 청송 제2보호감호소에 수용되어 있는 이○○씨(41세, 징역 10년에 보호감호 3년 8개월째)와 조○○씨의 진정서를 받았다. 거기에도 '보호감호는 보호감호 이전의 교정을 부정하고 있다'는 주장이 나온다.

11) 배종대, 앞의 글, 66면 이하.

12) 검찰의 보호감호청구인원은 1981년 2,076명, 1982년 1,723명, 1984년 1,137명, 1985년 883명, 1990년 729명, 1998년 490명, 1999년 620명, 2000년 578명, 2001년 582명, 2002년 655명에 이른다(법무부 보호국 보호과 제공자료). 이미 사양산업에 접어들었다고 일컫는 독일의 보호감호청구인원에 비하면 월등하게 높은 수준이다.

· 상습범이 발생하는 것이 아니라 불합리한 사법운영으로 인해 생산되는 경향이 있다. 노태우 정권시절에 있었던 범죄와의 전쟁이나, 춘·추계도범강조기간 같은 캠페인성 행사가 스치고 지나가면 전과자는 양산되고 만다. 좀도둑으로 소년원을 드나들기 시작한 소년은 성년이 되기도 전에 같은 좀도둑의 누적으로 상습범으로 제조되는 예가 허다하다. 이러한 형사사법풍토 하에서 보호감호처분의 조건인 2회 이상의 누범자나 상습범(제5조, 제6조)의 요건을 충족시키는 것은 어려운 일이 아니다.¹³⁾

사회보호법에는 가출소의 전제조건에 관한 근거규정이 미비되어 있어(제25조 1항), 사회보호위원회가 집행개시 후 1년간의 수용성적을 바탕으로 재범의 위험성이 약화되었는지, 다시 재범할 위험은 없는지를 심사·결정할 수밖에 없다. 이것 또한 예측가능한 합리적인 기준의 잣대가 없어 판단자들의 자의가 개재될 소지가 크다. 대개 위원회는 확실한 판단의 기준 없이 재량으로 보호감호의 목적이 성취되었다고 판단됨으로 가출소한다는 결정을 내리게 된다. 이런 사정 때문에 가출소의 기대가 무산된 수용자들은 수용시설의 관리들이나 법무부관료, 사회보호위원들에 대한 불신으로 가득 차게 되고, 자신을 버려진 2등인간이나 사회적 이단자로 단정한 나머지, 스스로 개과천선하려는 의지의 날개를 접고 만다.

이 같은 상황 하에서 보호감호처분의 목적이 남아 있다면 개선목적은 사실상 제로에 가깝고 순수한 보안목적만 남는다. 실제 피보호감호처분자들은 대부분 비사회적 일탈자군이요 본래 공격적이고 난폭한 살상범죄자나 폭력범 또는 직업적 범죄자군이 아니다. 만약 우리나라도 좀도둑 사례를 경영사법(Betriebjustiz)에 일임하거나 오스트리아 형법처럼 피해원상회복을 조건으로 공소권을 제한하거나 사회봉사명령과 같은 자유형의 대안형을 널리 활용하게 된다면, 보호감호처분의 필요성과 비율은 현저히 낮아질 수 있을 것이다.

(4) 그 밖의 문제점

중요한 논점 중 하나는 상습범의 상습성은 본래 정신의학적·심리학적 치료의

13) 수용된 피보호감호자의 죄명 중 압도적 다수를 차지하는 것이 절도이다. 2002년 현재 총 1,675명의 피보호감호수용자 중 강도 255명, 절도 1,243명, 폭력 99명, 사기 50명, 기타 28명으로 절도가 무려 74.2%를 점한다(법무부 보호국 보호과 제공자료).

대상이지 형벌의 가중처벌이나 보안처분의 대상인가 하는 점이다. 처벌보다는 치료가 형벌의 보충성·최후수단성의 이념에 더 적합한 수단이 되리라는 점은 두말할 필요조차 없다. 이 점에서 사회치료교정원 같은 보다 인간존중적인 보안처분제도의 도입이 필요하며, 그에 비례하여 보호감호처분제도를 역사의 뒤안길로 밀어내는 작업도 필요하다 하겠다.¹⁴⁾

더 나아가 형의 선집행 후 보호감호처분의 후속집행에 들어갈 때, 판결 시 함께 선고된 보호감호처분의 필요성이 여전히 남아있는지를 검증하는 중간심사제가 없다는 점이다. 그 밖에도 누적집행방식을 대체집행방식으로 바꾸고, 그 집행방법도 형벌과 보안처분에서 구별이 드러나게 각각 독자성을 부여하는 문제도 논의해 보아야 할 과제이다. 처분을 전후하여 행해 질 심사·결정의 주체도 사회보호위원회와 같은 행정기구로 할 것인가, 법관의 사법적 판단을 거치게 해야 할 것인가도 심도 있게 논의해야 할 문제로 보인다. 끝으로 가출소준비를 위한 사회복지 프로그램의 활성화방안이 미비하다는 점이다. 이를 위해서는 맨투맨의 집중관찰과 집중준비가 반드시 행하여져야 한다.¹⁵⁾

2. 치료감호처분의 문제점

치료감호처분에서 심각하게 문제되는 점은 첫째, 절대적 부정기처분이라는 점이다. 언제 끝날지도 모르는 치료기간을 수용기간으로 예정해 놓은 상태에서는 피치료감호처분자가 자신의 확고한 의지로 스스로의 치유노력을 경주하기 더욱 어려워진다. 모든 치료의 승패는 치료자와 환자(수용자)의 개인적인 신뢰관계에 달려있다고 해도 지나친 말은 아닐 것이다. 수용자에게 동기부여를 하기 힘든 절대적 부정기처분 하에서 수용시설의 치료종사자들과 수용자 사이의 교육·개선적인 대화나 정신적인 접촉은 그만큼 더 어려워질 수밖에 없을 것이다. 이 같은 소원한 인간관계가 장기화할수록 수용자들은 자신의 처지를 스스로 치유하여 개선상태로 나아가기보다는 자신을 운명에 내맡긴 채 자포자기상태에 빠질 확률이 높아진다.¹⁶⁾

14) 이에 관하여는 A. Wiertz, Strafen-Bessern-Heilen?, 1982, S.103, 122, 139.

15) Jescheck, Lehrbuch, a.a.O., §9II2.

16) U. Eisenberg, Strafe und freiheitsentziehende Massnahme, a.a.O., S.32.

둘째, 치료감호처분과 수용시설의 미분화 문제이다. 현행 사회보호법은 치료감호의 대상으로 정신장애자군(제8조 1항 1호)과 마약습벽·중독자군(제8조 1항 2호 전단)과 알코올습벽·중독자군(제8조 1항 2호 후단) 세 부류를 포함하고 있다. 여기에서 정신장애자군에 대한 치료감호처분은 외국입법례에서도 흔히 있는 일이지만, 마약·알코올중독자에 대해서는 이와 구별되는 금절시설에 수용하는 교정처분이 행해지고 있다.¹⁷⁾ 이러한 제도 자체의 세분은 치료·교정과정의 전문성을 낳고, 그 교정·개선효과를 높일 수 있다. 이 점에서 사회보호법상 보안처분은 더욱 세분화·전문화가 필요하다 하겠다.

더욱이 인격장애 있는 누범자나 성적 충동을 이기지 못하는 범죄성 정신병질자군에 대해서는 사회치료처분이 필요하고 그 피처분자들을 치료·개선하기 위한 사회치료교정원 같은 시설기구가 필요한데, 우리나라 사회보호법에는 아직 이 제도가 없고, 따라서 이를 전담할 전문인력도 준비되어 있지 못한 실정이다. 이런 사정 하에서 이들 정신병질자범죄군은 불행하게도 누범자군으로 간주되어, 보호감호처분의 명예를 지고 갈 수밖에 없다.

3. 보호관찰처분

감호소를 출소하는 자는 모두 가출소자로서 보호관찰처분에 연계된다. 가출소나 위탁개시가 보호관찰처분의개시를 의미한다(제10조 1항). 3년간의 보호관찰기간 중(제10조 3항) 이들 출소자들은 매월 1회 보호관찰소에 출석신고를 해야 한다. 장기수용 후 준비 없이 사회로 던져진 이들이 하루하루 생계유지와 사회적응에도 힘든데 특정일 보호관찰소에 출석하게 하는 일은 이들에게 또 하나의 형벌 못지않은 중압감으로 다가간다. 뿐만 아니라 보호관찰관의 전화접촉이나 지시가 주위사람들에게는 이들을 전과자군으로 인식시키는 결과를 낳고, 따라서 소외감과 속박감은 사회 속에서도 이들의 가슴을 항시 짓누른다.

결과적으로 보호관찰은 가출소자들에게 3중의 처벌로서의 의미를 지닌다.¹⁸⁾ 차라

17) 독일형법 제63조, 64조, 오스트리아형법 제22조, 스위스형법 제43조, 44조, 덴마크형법 제62조, 65조 등.

18) 최근 필자에게 보낸 청송 제2보호감호소 수용자 조○○의 사회보호법 폐지를 호소하는 진정서에

리 안에 있는 것이 더 낳았으리라는 체념과 반항심이 끓어오르면 그들은 영락없이 재범의 나락으로 빠져들고 만다. 가출소자 중 3년 이내에 재범에 이른 사람은 1989년 41.4%, 1990년 45.7%에서 1991년 37.5%, 1992년 32.8%, 1995년 26.7%로 감소추세를 보이다가 1996년 37.4%, 1997년 41.5%, 1998년 46.1%, 1999년 47.9%로 다시 상승세를 타고 있다. 이것은 우리나라 보안처분제도가 아직 실질적인 의미에서 범죄예방과 사회방위역할을 제대로 해내지 못하고 있다는 증거일 수 있다.¹⁹⁾

IV. 사회보호법의 입법정책과 그 개선방향

현재 중요한 쟁점은 사회보호법 중 특히 보호감호처분의 폐지 여부에 쏠려 있다. 폐지론을 염두에 둔 사람들은 보호감호처분이 제5공화국 출범과정에서 야기된 삼청교육대 수용자들을 처리하는 수단으로 급조되었다는 점을 주목한다. 마치 독일의 보호감호처분이 1세대를 넘는 학파논쟁의 와중에서도 설자리를 잡지 못하고 유동하다가 나치집권 직후 전격적으로 입법화된 점을 떠올리면서, 보호감호처분과 같이 뜨거운 논쟁거리는 권위주의시대 위로부터의 밀어붙이기식이 아니고는 함부로 법제화되기 어려운 제도라고 단정한다. 그리고 민주화시대에는 근본으로부터 새로운 논의를 시작해야 하고, 인간다운 형사제재제도, 인간존중적인 형사사법문화를 위해 이를 감연히 폐지하는 것이 옳다는 주장에 이른다.

하지만 사회구조의 급격한 변화, 해체, 산업화·도시화의 결과로 범죄의 질과 양이 달라진 우리사회의 오늘 여기에서 빈발하는 누범·상습범의 격증 앞에 책임형법적인 형벌제도만으로 효과적인 대처가 될 수 있다고 과신하는 것은 비현실적인 낙관론이 아니면 환상일 것이다. 직업적인 누범·상습범의 사회적 위험원에 대한 사회안전망 구축의 일환으로, 그리고 ‘형사정책의 최후 긴급조치’²⁰⁾라는 최후의 보루

서도 ‘보호관찰은 3중 형벌’이라는 언급이 있다.

19) 1984년 25명의 가출소가 시작된 이래 1999년 가출소 인원 457명에 이르기까지 전체 가출소 인원 9,385명 중 3년 이내에 재범인 인원은 3,482명에 달해 평균 37.1%의 높은 재범률을 보여주고 있다(2003년 6월 19일자 법무부 보호국 보호과 제공자료).

20) 이것은 독일형법개정안에 대한 독일 정부의 입장표명 속에 들어 있는 말이다(BT-Drucksache V/4094 S.19).

로 보호감호처분의 존치는 여전히 유효해 보인다. 그 밖에도 책임능력을 결한 정신병약자, 알코올·마약중독자처럼 개선적·위하적 형벌이 적절한 대응수단이 될 수 없는 사람들에게 그 위험제거수단으로 치료감호처분이나 보호관찰처분이 필요불가결하다는 점도 첨언이 필요하지 않을 것이다.

입법정책적으로 폐지가 아니라 개선이라면 중요한 과제는 그 개선방향에 있다.

첫째, 보호감호처분은 재범의 위험성이 있는 범인을 격리시켜 사회를 보호하는 것을 본질적 특성으로 하는 만큼, 이것을 교화교정처분으로 얼버무리지 말고, 순수한 안전처분·보안처분으로 순화될 때 사회적 위험성이 현저하거나 높은 대상범죄군을 명백한 한계를 설정하여 축소시킬 수 있다. 여기에서 더 나아가 실제 운용상에 있어서도 최후의 긴급조치로서만 신중하게 발동하게 된다면 2중처벌이라는 일반인의 오해를 불식시킬 수 있을 것이다.

문제는 피보호감호처분자들이 갖는 이중처벌감을 어떻게 불식시킬 수 있겠느냐 하는 점이다. 안전처분 안에서 의식주·여가선용·시설활용·규율·일과·직업훈련·작업·근로임금 등에 교도소와 비교하여 월등히 개선된 처우가 주어질 때 형벌과 보호감호처분의 차별화를 체감할 수 있을 것이다. 이에서 더 나아가 피보호감호처분자들이 자기 죄값 때문에 수용을 강요받고 있는 것이 아니라 자신의 장래 위험성 때문에 그리고 타인과 사회를 위하여 희생적인 짐을 지고 있는 점을 감안하여 그들이 인간으로서의 품위를 지닌 채 인격적인 처우를 받도록 국가가 세심한 배려를 더해야 한다. 국방의 의무를 다하기 위해 병영생활을 하는 군인들을 우리가 편견을 가지고 대하지 않듯, 안전의무를 다하기 위해 수용생활을 하는 피감자들을 역시 편견 없이 대할 수 있는 제도와 의식현실이 반드시 따르도록 해야 한다.

둘째, 부정기처분을 출소가능시기를 가늠할 수 있는 단계적 처분형식으로 바꿀 필요가 있다. 가출소의 기준을 입법적으로 명백히 해 두어야 하고, 비례성의 원칙이 적용될 수 있는 구체적인 준거점도 명문으로 실시해 두는 것이 좋다. 실제 운용상으로는 가출소준비를 위한 대인집중배려제도를 도입하여 사회복귀능력을 향상시켜야 하고, 가출소의 길도 지금보다 훨씬 넓힐 필요가 있다. 신체구속의 장기화는 인격의 성숙에 유해할 뿐만 아니라 개과천선은 절망에서 나오지 않고 희망과 신뢰에서 생겨나기 때문이다.²¹⁾

셋째, 보호감호처분의 경우 형벌의 집행행은 부득이해 보인다. 하지만 형의 선고 시 선고된 보호감호처분을 연속 집행할 필요가 있는지는 그간의 행형효과를 고려해서 (행형이 악을 행하는 고정이 아니라 선을 조장하는 과정이라면) 반드시 법원에 의한 중간심사제도를 거치도록 해야 할 필요가 있다. 이른바 중간심사제도의 도입은 시급하다. 오스트리아형법 제24조 2항은 보호감호처분을 형벌과 누적적으로 집행하되(동법 제23조), 수용시설에 넘기기 전, 법원이 직권으로 다시 보안처분필요성을 검토하도록 하고 있다.

만약 보호감호처분에 이와 같은 중간심사제도가 없다면 누적집행방식(Kumulieren)이 아니라 대체집행방식(Vikariieren)을 고려해야 할 것이다. 스위스형법 제42조 5항은 상습범에 대한 보호감호처분에 필요한 대체집행방식을 적용하고 있다. 형사제재에서 응보관념을 배제하고 일반예방에 대한 특별예방 우위를 고려할 때, 대체집행방식은 사회일반인의 법익보호와 피처분자의 사회복귀를 돕는 형사제재제도에 가장 적합한 수단으로 보인다. 다만 대체주의가 보안처분의 집행이 형기에 산입되고 남은 나머지 부분에 대하여 형벌의 집행을 고집하거나 형벌이 집행되고 남은 보호감호처분의 집행을 굳이 고집한다면 그것은 응보관념의 잔재일 뿐 재사회화를 위한 형사정책에 이롭지 못하다. 대체집행방식을 채택하는 한 원칙적인 일몰제도 함께 고려해야 하는 이유가 여기에 있다.

넷째, 보호감호처분을 행형법의 광범위한 준용 하에 두는 것은 좋지 않다. 안전처분으로서의 특성을 살리려면 형벌집행과는 다른 독자적인 집행방법과 그 근거법률을 강구해야 할 필요가 있다. 원칙적으로 강화된 안전조치 아래서 이른바 non-intervention이나 division방법을 널리 승요해 적용해 보았으면 좋겠다.

다섯째, 우리 형법개정시에는 사회보호법상 보안처분제도를 국제적 안전규범이나 비교법적 평균수준에 맞도록 손질해야 함은 물론 이를 형사제재의 하나로 형법전에 편입시키고 그 집행과정에 수반되는 결정도 중요한 것은 사법적인 판단의 대상으로 삼았으면 좋겠다.

21) 보호감호처분 기간을 단기자유형인 경우 그 이내로, 중·장기자유형인 경우 그 1/2 이내로 축소하여 부과하도록 하는 방안도 고려해 볼직하다.

V. 결 론

현대적인 보안처분이 도입·시행된 지 20여년이 지난 지금 우리는 다시 새로운 범죄, 새로운 위협에 시달리고 있다. 보안처분의 도입이 과거 신군부의 권위주의정권의 산물이라고 하겠지만, 그 이해득실의 평가는 정치적 평가와 달리 객관성과 중립성을 지닌 과학적인 방법으로 검증되어야 할 것이다.

최근 각계각층에서 논의되는 사회보호법의 개정 또는 폐지론은 제도 자체가 갖고 있는 치명적인 해악성 때문이라기보다 우리의 실무관행이나 운용방식의 전근대성이 도무지 민주화의 발전수준에 미치지 못하고 있기 때문으로 보인다. 비록 불완전한 제도라도 인간존중과 인간사랑의 정신을 따라 선하게 운용된다면 그 불완전성을 충분히 보완·수정할 수 있을 것으로 짐작된다.

차제에 보안처분제도의 개선과 운영에 정부차원의 각별한 관심과 사회의 공동노력이 있기를 기대해 마지않는다. 인간의 비극적인 단면인 죄와 벌의 문제해결에 천사표 해결책은 없어 보인다. 흠결을 솔직히 인정하는 겸손과 차선의 해결책을 강구하는 노력이 문제해결의 실마리를 이끌어 낼 수 있으리라 생각한다. 이러한 삶의 자세가 바로 Goethe가 일찍이 말했던 *sensus humanitatis*가 아닐까 생각해 본다.

제2주제

현행 보호감호제도의 문제점과 개선방향

심 회 기

(연세대학교 법학부 교수)

현행 보호감호제도의 문제점과 개선방향

- 隱蔽된 無力化 戰略과 直觀的인 未來豫測의 苛酷性 -

심 희 기

(연세대학교 법학부 교수)

I. 문제제기

최근에 보호감호에 관한 헌법소원심판청구가 다시 제기되었다. 1988년과 1996년 사이에 보호감호의 위헌성을 다투는 헌법소원사건이 여러 건 있었지만 헌법재판소는 구 사회보호법(1989.3.25. 법률 제4089호로 개정되기 전의 것) 제5조 제1항을 제외하면 '1989년에 개정된 사회보호법상의 보호감호'는 합헌이라는 결정을 거듭 선고한 바 있다. 그러므로 최근에 제기된 헌법소원심판청구 사건에 대한 헌법재판소 결정의 결말은 대강 예측이 가능하다. 그러나 헌법재판소가 과거의 결정을 반복하는 사례도 없지 아니하므로 헌법재판소 결정의 결말을 미리 단언할 필요는 없다.

사회보호법이 시행된 1980년 이래 보호감호는 싫든 좋든 한국 형사정책의 중추적 역할을 담당하는 제도가 되어 버렸다. 그런데 지금 피보호감호자(이하 '피감호자'로 약칭함)들은 전례 없이 강한 몸짓으로 보호감호의 폐지를 절규하고 있다. 그러므로 현재의 시점에서 보호감호가 가지는 형사정책적 의미를 재검토할 필요는 절실한 것이다. 이 글에서는 1989년과 1996년 사이에 선고된 4개의 헌법재판소 결정에 나타난 보호감호에 관련된 '법적 논변들과 담론들'을 재검토하여 그 논리성과 과학성을 비판적으로 검토하고 현행 보호감호제도의 문제점과 개선방향을 총론적으로 제시해 보려고 한다.

II. 보호감호에 관한 '관념적 본질론'의 비논리성 비판

“보호감호의 주된 내용은 행형법상의 자유형의 내용과 실질적으로 차이가 없으니 (중략) 거듭처벌금지의 원칙에 위반”된다는 위헌론에 대하여 88헌가5 결정의 다수의견은

“보호감호와 형벌은 비록 다같이 신체의 자유를 박탈하는 수용처분이라는 점에서 집행상 뚜렷한 구분이 되지 않는다고 하더라도 그 본질, 추구하는 목적과 기능이 전혀 다른 별개의 제도이므로 형벌과 보호감호를 서로 병과 하여 선고한다 하여 헌법 제13조 제1항에 정한 이중처벌금지의 원칙에 위반되는 것은 아니다.”

라고 주장하였으며 1989년 이후 이 주장이 한국의 법공동체의 ‘유권적인 논변’으로 통용되어 왔다. 그러나 이 논변은 비논리적이다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, ‘본질’은 ‘경험적 실재’(empirical reality)의 세계에 존재하는 것이 아니므로 ‘보호감호의 본질이 형벌의 본질과 다르다’고 주장하는 것은 적어도 학력과 교육수준이 낮은 피감호자들에게는 내용적으로 공허한 주장이다. 어른으로부터 엄한 체벌을 당하여 우는 아동에게 체벌을 가한 어른이 “미운 자를 징벌하기 위한 체벌은 불법이지만 교육목적상의 체벌(이른바 ‘사랑의 때’)은 합법이다. 왜냐하면 전자(미운 자를 징벌하기 위한 체벌)와 후자(교육목적상의 체벌)는 본질이 전혀 다른 별개의 것이기 때문”이라고 혼계하면 그 혼계의 설득력이 얼마나 지속될 수 있을 것인가?

둘째, 88헌가5 결정의 다수의견은 보호감호와 형벌의 ‘기능이 다르다’고 주장하고 있지만 현실세계에서 보호감호가 형벌과 다른 어떤 기능을 하고 있는지에 대한 실증은 제시된 바 없다. 물론 보호감호는 현실세계에서 ‘모종의 기능’을 수행하고 있을 것이다. 그러나 보호감호가 현실세계에서 순기능(보호감호필요론자가 주장하는 사회방위와 행위자의 사회복귀)을 하지 못하고 역기능(예를 들어 출소자의 재범을 예방하기는커녕 재범자를 양산하는 공장으로 기능하는 것)을 하고 있다면 88헌가5 결정의 다수의견의 주장은 정당성을 상실할 것이다.

위와 같은 ‘관념적 본질론’은 세계적 규모에서 전개될 수 있는 논증차원에서는 매

우 설득력이 약한 논증이다. 독일을 중심으로 하는 독일어권 국가들은 대부분이 형벌과 구분되는 한국의 보호감호와 유사한 이원적 형사제체계를 가지고 있다. 한국의 형사사법 담당자들이 창안해 낸 보호감호 발상은 독일어권 국가들에서 창안해 낸 보호감호 발상에서 차용하여 온 것이다. 독일어권 국가들에서 창안해 낸 제도를 한국에 차용하여 오면서 ‘본질, 목적, 기능’ 등 ‘손에 잡히지 아니하는’(elusive) 불확실한 개념으로 그 정당성을 강변함은 우스꽝스러운 일이다. 가까운 이웃나라 일본에서는 보호감호제도를 도입하지 아니하였다. 미국을 비롯한 영어권 국가에서도 형벌을 집행한 후 계속하여 보안감호를 집행하는 2원적 발상을 관철하는 제도는 가지고 있지 않다. 그러면 그 나라들에서는 왜 ‘본질 목적 기능’상 ‘정당하고 유용’한 보호감호 유사의 이원적 형사제체를 운영하지 않는가?

‘실질에 기초한 반론’을 유권해석권의 권위를 무기로 ‘관념적 본질론’으로 잠재우는 논변은 본질을 가장한 ‘논리적 폭력’이거나 건전한 토론을 회피하는 우격다짐일 가능성이 있다. 종래까지 ‘유권적 해석’의 권위로 통용되어 온 ‘관념적 본질론’이 건강해지려면 보호감호가 행형의 실무에서 ‘형벌과 본질적으로 다른 모습으로 집행’되고 있음을 실천적으로 보여 주어야 한다. 그러나 종래의 ‘관념적 본질론’은 보호감호가 형벌과 본질적으로 다름을 입증·실천하려는 기미를 충실하게 보여주지 못하고 있다.

III. ‘관념적 본질론’ 속에 은폐된 ‘무력화 전략’

그런데 여기서 필자는 ‘관념적 본질론’ 속에 은폐된 ‘모종의 전략’이 있는 것이 아닐까, 있다면 그 전략의 특성이 무엇일까 하는 의문을 제기하고 싶다. 이하에서 ‘관념적 본질론’ 속에 은폐된 ‘모종의 전략’을 정황증거를 동원하여 형상화 시켜 보자.

종래 보호감호를 운영하여 왔던 교정당국의 보호감호에 관한 ‘객관적 실천’은 피감호자를 감호소에 격리시켜 ‘사회를 보호’(그래서 보호감호의 근거법률의 명칭은 ‘사회보호’법이다)하자는 수준에서 크게 벗어나지 못하고 있다. 헌법재판소는 1988.12.17. 청송보호감호소에 대한 검증을 실시하였는데 헌법재판소의 다수의견도

피감호자가 “수용되어 있는 청송보호감호소나 청송교도소의 보호감호대용시설에 있어서 보호감호집행의 실정이 청구인들(피감호인들) 주장과 같이 2,607평의 협소한 방에 5명 내지 8명씩을 수용하고 있는 등 그 시설이나 처우방법 등이 열악하여 이로써 인간의 존엄과 가치가 충분히 보장되어 있다고는 할 수 없[다]”고 인정하고 있다. 89헌마17 결정의 반대의견에서 변정수 재판관은 보호감호의 발상이 “혹시 이들을 영구히 치료될 수 없는 인간쓰레기로 보아 단순히 사회로부터 격리시키자는 의도가 아닌지 의심스럽다”는 의혹을 제기한 바 있다.

변정수 재판관의 의혹은 일리 있는 의혹이다. 보호감호의 주안점이 ‘피감호자의 개선·교화나 재사회화에 있다’고 상정하면 도저히 납득할 수 없는 비합리적 조치들이 실무에서 지속적으로 실천되고 있기 때문이다. 그런데 생각을 180도 바꾸어 보호감호의 주목적을 오히려 피감호자를 ‘단순히 사회로부터 격리 수용’하는 것으로 설정·파악하면 종래의 형사사법담당자들의 보호감호집행정책은 아주 자연스럽게 설명될 수 있다.

한국의 형벌은 이미 수용자의 ‘개선·교화나 재사회화’(이하 ‘재사회화’로 약칭함)를 추구하고 있다. 실형을 복역한 출소자가 또 다시 실형복역의 원인이 되었던 범죄와 ‘동종 또는 유사한 범죄’를 범하면 교정당국의 입장에서는 수형자가 교도소의 ‘재사회화’ 교육을 충실히 습득하지 아니하였으므로 분노가 치밀 것이다. 그래서 교정당국은 재범자를 누범 혹은 상습범으로 규정하여 행위책임 보다 무겁게 처벌한다. 이것이 한국형벌의 누범가중, 상습범가중 조항(형법 제35-36조, 제264조등)의 의미이다. 그런데 누범가중, 상습범가중으로 행위책임기간보다 장기간 복역 후 출소한 자가 또다시 3범, 4범을 범하면 교정당국은 더욱 분노하여 이 자를 상습누범 등으로 규정하여 또 다시 행위책임을 초과하는 형벌로 엄히 문책한다. 교정당국은 이에 그치지 아니하고 이미 두 번에 걸쳐 ‘재사회화’ 조치를 취하였는데도 개선되지 아니하였으므로 이 자들에게 더 이상의 ‘재사회화’ 투자를 행함은 불필요한 것이므로 이런 자들(위험한 범죄인과 재범의 위험성이 있는 상습범)에게 합당한 마지막 조치로서 물리적으로 재범을 불가능하게 하는 ‘격리수용조치’를 취한다. 이것이 보호감호이다. ‘관념적 본질론’ 속에 은폐된 ‘전략’은 ‘무력화 전략’(incapacitation strategy)으로 자리매김할 수 있다. 무력화 전략의 모습을 좀 더 상세하게 형상화시키면 다음

과 같이 될 것이다.

어떤 위험한 범죄인을 감옥에 수감하면 감옥 안에서라면 몰라도 그가 바깥세상에서 범죄를 다시 범할 가능성은 완벽하게 차단된다. 바깥세상 사람들은 ‘범죄인의 감옥수감’이 발휘하는 이 효과를 가리켜 사회가 ‘방위’, 혹은 ‘보호’된 것으로 생각한다. 교정당국은 감옥수감으로 수감자에게 최소한 무력화 효과를 달성할 수 있지만 보호감호가 도입된 1980년 이전에 한국의 교정당국은 감옥수감에 무력화 효과 외에 일반예방, 특별예방, 재사회화 효과를 부여하려고 시도하였다. 그런데 수감자에게 ‘특별예방’이나 ‘재사회화’ 효과를 부여하려면 적지 않은 비용이 든다. ‘무력화 전략’이란 시설수용자의 ‘재사회화’에 소요되는 비용을 최소화하면서도 장차 바깥세상의 범죄발생율을 최소화 하려는데 집중하는 전략이다. 위험한 범죄인을 무력화시키려면 감옥수감이 필요하고 감옥수감은 피감호자에게 고통을 가하는 것이므로 무력화 전략은 응보이념(just desert)과 결합되기 쉽다.

1980년부터 보호감호를 운영하여 온 한국의 교정당국이 보호감호의 주안점이 무력화에 있다고 솔직하게 명시하였다면 아래와 같이 ‘왜 보호감호를 재사회화 목적에 합당하게 운영하지 아니 하는가’ 하는 도전을 받지 않았을 것이다. 내심의 발상은 무력화에 두고 있으면서도 겉으로는 오히려 ‘재사회화’를 추구한다고 은폐하다 보니 여기저기서 모순이 발생하고 위에서 검토한 ‘관념적 본질론’과 같은 우격다짐이 출현하게 된 것이다. 그러면 왜 교정당국은 ‘재사회화’를 추구한다는 허구적인 장식물을 포기하지 못하는가? 적나라한 재사회화 이념의 포기는 비인도적이라는 윤리적 반발에 부딪치기 때문일 것이다. 현행되고 있는 보호감호에 무력화 전략의 측면이 넘치고 ‘재사회화’ 이념이 희박하기 때문에 다음과 같은 비판이 가능하게 된다.

“ 청송보호감호소나 청송교도소의 보호감호대용시설은 수용시설에 있어 일반수형자와 피감호자 사이에 별다른 차이가 없는 것은 차치하더라도 우선 위치에서부터 보호감호의 목적에 너무도 적합하지 못하다. 위 감호소들[은] 서울에서 승용차도 쉬지 않고 달려 5시간 이상 소요되는 경북 청송군 진보면의 오지(奧地)에 그곳 지역 사회와도 완전히 단절된 곳에 위치해 있어 가족 또는 친지의 방문은 매우 어렵게 되어 있다. 이런 곳에 수용되어 있는 피감호자들은 사회와 가족·친지로부터의 단

절로 인한 고독감·좌절감·소외감에 젖을 것이며 사회구성원 의식의 함양은커녕 자포자기로 인한 반항심만이 커질 것이다. 이러한 곳에서 어떻게 사회적응훈련이 가능하겠는가.

둘째, 피감호자들이 보호감호기간(최장 7년)을 마치고 사회에 복귀하여 또다시 죄를 짓지 않고 정상적인 사회생활을 할 수 있기 위해서는 이들이 사회에 나가 직업을 가질 수 있게끔 지식과 기능을 가르쳐야 하며 수감 중에도 열심히 근로하여 수입의 일부를 사용(使用)을 위해 쓸 수 있고 가족에게 수입의 일부를 보낼 수 있어야 하며 출소할 때에는 저축금을 가지고 나갈 수 있도록 해야 할 것이다. 그리고 피감호자에 대한 근로보상금이 사회의 최저임금보다 낮아서는 아니 된다. 그렇지 않고 이들을 무작정 수용하여 외부와 단절시키기만 한다면 이는 보호감호가 될 수 없다. 그런데 현재의 보호감호실정은 피감호자에게 그들의 적성에 맞는 직업훈련이나 지식을 가르치고 있는지 의문이며, 근로보상금을 9등급으로 나누어 1991.3. 현재 1일 600원에서 3,300원으로 정해져 있는데(평균 지급액 834원이고, 교도소 수형자의 작업상여금 1일 100원 내지 3,000원과 별 차이 없다), 이렇게 낮은 근로보상금은 노역의 착취이지 진정한 근로보상금이라고 할 수 없으며 이렇게 낮은 보상금을 보고 근로의욕이 생길 리 없고 또 어떻게 저축을 할 수 있겠는가. 결국 피감호자들은 수감기간을 마치더라도 아무런 밑천도 없이 사회에 나가 자립은커녕 사회로부터 냉대만을 받는 끝에 또다시 죄를 짓지 않을 수 없을 것이며 종전보다 더 큰 죄를 짓게 될 것이다. 이상에서 지적한 것 외에도 현행 보호감호집행방법은 개선할 점이 한두 가지가 아닐 것이다. 국가의 재정형편 운운하지만 재정형편으로 제도에 알맞은 보호감호집행을 할 수 없다면 차라리 보호감호제도를 철폐해야 하지 재정형편을 이유로 국민의 부당한 인권침해가 용납될 수는 없다. 현재 우리의 수감자 처우 수준은 위 최저기준규칙이 정한 기준에 못 미치는 정도가 아니라 비교할 수 없이 열악한 것이 아닌가 생각되고 피감호자들을 수용하고 있는 청송보호감호소나 보호감호대용시설에서의 보호감호집행상태가 교육개선보다는 혹시 이들을 영구히 치료될 수 없는 인간쓰레기로 보아 단순히 사회로부터 격리시키자는 의도가 아닌지 의심스럽다.”

IV. 선택적 무력화 전략의 성공조건: 재범 위험성의 정확한 예측

사회보호법 상의 보호감호가 추구하는 무력화 전략은 무력화 전략 중에서도 '선택적 무력화 전략'(selective incapacitation strategy)에 속한다.

보호감호가 무력화시키려는 대상은 '특정한 범죄를 수행'(charge-based)한 자 모 두라기보다는 그 중에서도 특정한 성향(trend)을 지니고 있는(selective-based) 자이다. 선택적 무력화 전략은 매우 '경제적인 발상'이기 때문에 형사사법자원부족에 시달리는 교정당국의 효율성 추구정책에 잘 합치될 수 있다. 왜 그런가?

너무 많은 사람들을 무력화시키려면 감옥건설에 막대한 비용이 들기 때문에 교정당국은 많은 사람들을 무력화 시키는 정책을 수행할 수 없다. 따라서 예를 들어 범죄를 거듭하는 습성이 있는 경력범죄자(career criminals)·상습범 등이 무력화의 1차적 대상이 되기 십상이다. 그런데 문제는 범죄성향을 가지고 있는 자를 어떻게 가려낼 것인가 하는 점이다. 손쉬운 발상은 '과거에 전과가 많은 사람들이 미래에도 재범할 것'이라는 예측이다. 어느 기간동안 바깥세상에서 100건의 절도가 발생하였는데 100명이 각각 1개씩의 절도를 행한 것이 아니라 10명이 9건씩 절도를 행하였고 10명이 1건씩 절도를 행한 것으로 판명되었다고 하자. 이런 사실을 목도한 교정당국은 9건씩 절도를 행한 자가 미래에도 재범할 위험성이 있다고 판단하기 쉽다. 그러므로 9건씩 절도를 행한 자들을 가려내서 그들만 별도로 격리수용하면 범죄율도 줄이고 감옥건설에 투자한 투자 효율도 높아서 매우 경제적인 것이다. 사회보호법은 9건씩 절도를 행하는 범죄성향이 있는 자들을 어떻게 가려내고 있는가?

사회보호법은 전과가 많은 사람들을 보호감호의 예비후보자군(候補者群)으로 설정하고 있다. 보호감호의 예비후보자군은 ㉠ 특정범죄목록에 있는 범죄로 인한 실형선고가 중첩된 자로서 동종 또는 유사한 죄를 범한 자(이하 '실형전과 중첩자'로 약칭함), ㉡ 특정범죄목록에 있는 범죄의 상습범죄자, ㉢ 보호감호전과자로서 동종 또는 유사한 죄를 범한 자(이하 '보호감호 전과자'로 약칭함)의 세 가지이다. 다음에 보호감호의 최종대상자로 낙점되려면 예비후보자에게 장차 동종 또는 유사한 죄를 범할 위험성(이하 '재범의 위험성'으로 약칭함)이 예측되어야 한다.

보호감호가 추구하는 '선택적 무력화 전략'이 성공적으로 수행되려면 ㉣ 예비후

보자군의 설정이 적절하여야 하고 ⑥ '재범의 위험성' 예측이 정확히 수행되어야 한다. 현재 ⑤ '예비후보자군'의 설정에 대하여는 '절도, 사기 등의 재산범죄자'를 특정 범죄목록에서 삭제하거나 실무운용상 대폭 줄이고 폭력범죄나 성폭력범죄 중심으로 전환시켜야 한다는 주장이 제기되고 있다. 필자는 시민에 대한 설문조사를 하여 시민들이 어떤 범죄를 가장 두려워하고 불편해하고 있는가를 고려하여야 할 일이라 생각한다. 다음에 '재범의 위험성' 예측은 '법률가의 직관'으로 해결하여야 할 사항으로 해석되고 있지만 '재범의 위험성' 예측에 범죄학자 등 사회과학자들이 참여할 기회가 활짝 열려야 할 것이다. '재범의 위험성' 예측을 '법률가(검사의 판사)의 직관'에 맡기는 것은 지극히 자의적인 것이다.

V. 재범의 위험성 예측의 어려움과 인권적·헌법적 문제

⑤ 예비후보자군의 설정이 적절하고 ⑥ '재범의 위험성' 예측이 정확히 수행될 수 있다면 선택적 무력화 전략은 형사사법자원을 효율적으로 사용할 수 있는 좋은 수단이 될 것이다. 그러나 선택적 무력화 전략에 관한 실증적 범죄학의 연구성과에 의하면 경력범죄자 중 더 이상의 재범을 하지 않을(dropping out) 확률이 지속적으로 20-30%에 달한다. 그러나 이것은 어디까지나 개인차를 무시한 통계적 확률에 지나지 아니한다. 즉 일정한 경력 범죄자들의 모집단에서 일정 비율의 사람들은 고위험자(high-rate offender)群에 속한다고 할 수 있지만 구체적으로 어느 누가 '고위험자'인가를 예측하는 것은 매우 어렵다는 것이다. 고위험자 예측의 오류 형태는 두 가지가 있을 수 있다.

하나는 (1) 否定誤謬(false negatives, 고위험자를 저위험자로 판정)의 가능성이고 또 하나는 (2) 肯定誤謬(false positive, 저위험자를 고위험자로 판정)의 가능성이다. 이 중 특히 긍정오류의 가능성은 인권적·헌법적 문제를 초래한다. 또한 실사 긍정오류가 없다고 가정 하더라도 장래 범하여질 범죄를 근거로 현재 구금하는 것은 위헌적인 예방구금(preventive detention)이다. 다른 한편 긍정오류가 있어도 오류가 없는 부분만큼은 정당한 것이고 '형사사법의 운영에는 수시로 미래를 예측(구속의

요건으로서 도망의 우려 등), 하여야 하므로 긍정오류의 가능성은 정상적인 것'이라는 반론이 예상된다. 그러나 그것은 자유민주주의 사회가 용납할 수 없는 주장이다. 그런데 실증적 연구결과에 의하면 재범가능성 예측의 긍정오류는 48-55%에 달하는 것으로 보고 되고 있다.

헌법재판소는 95헌바20 결정에서 재범의 위험성은 "그 의미가 사회적으로 인식되어 있어서 법원에 의한 법의 해석과 적용이 일반에게 예측될 수 있다"고 판시하고 있는데 범죄학적인 물이해가 엇보인다. 88헌가5 결정에서 법무부 장관은 "보호감호 제도는 검사가 감호청구를 신중하게 함에 따라 청구인원이 연평균 14.5% 감소"한다고 발언하였는데 해마다 "검사가 감호청구를 신중"하게 하는 이유는 암암리에 검사도 긍정오류의 가능성을 두려워하기 때문이다. 그런데 청구인원을 하필 연평균 14.5% 감소되도록 조정하는 과학적 근거는 무엇일까 궁금하다.

VI. 보호감호에 의한 무력화 전략의 구사가 범죄율감소에 미친 영향의 검증

인권적·헌법적 문제를 논외로 한다고 하더라도 교정당국이 1980년대부터 구사한 선택적 무력화 전략은 그들이 그렇게 강조한 범죄율 감소에 과연 얼마나 기여하였을까? 88헌가5 결정에서 법무부 장관은 다음과 같이 주장하였다.

"종래 상습범에 대한 대책으로 상습범의 가중처벌에 관한 규정만 있던 때에는 법원의 선고형량이 대체로 가벼워 운영에 미흡한 점이 있었던 것으로 보아야 할 것이다. 그러나 사회보호법에 따른 보호감호제도가 시행된 뒤에는 보호감호의 주 대상 범죄라고 할 절도범죄의 증가율은 1980년부터 1987년까지 5.7% 증가에 그친데 비하여 전체범죄는 같은 기간에 57.4% 증가하여 절도범죄의 증가율이 대폭 둔화되었음을 알 수 있고, 특히 전체 피보호감호자의 5분의 1을 점하고 있는 소매치기 범죄는 오히려 23.5%나 감소하는 등 보호감호제도는 이미 상습범죄에 대한 대책으로 그 효과를 발휘하고 있다."

“1980년부터 1987년까지 5.7% 증가에 그친데 비하여 전체범죄는 같은 기간에 57.4% 증가하여 절도범죄의 증가율이 대폭 둔화”된 것은 보호감호 덕분이 아닐 수도 있다. 경험적인 범죄학 연구성과에 의하면 범죄율 하락에 가장 중요한 것은 ‘법 집행의 확실성’에 있다. 감옥수감에 중점을 둔 형사정책의 수행으로 범죄율을 감소시켰다는 범죄학적 실증은 아직 보고 된 바 없다.”

VII. 결 어

소수의 경력범죄자들·상습범들이 많은 비율의 중범죄를 거듭 범한다는 명제는 아직 더 검증이 필요하다. 경력범죄자들·상습범들을 대상으로 한 ‘선택적 무력화 전략’은 그 효용과 유용성이 검증되지 아니한 채 세계 여러 나라에서 막연한 법경제학적 관점에서 그 실험이 계속되고 있다. 그러나 검사와 판사, 혹은 범죄학자가 특정의 경력범죄자가 장래 행하여질 재범의 가능성이 있음(혹은 가능성의 높낮이)을 정확히 판별해 내리라고 기대하는 것은 지극히 위험한 도박이다. 특히 긍정오류의 광범한 가능성은 ‘선택적 무력화 전략’에 대한 인권적·헌법적 문제제기를 잠재울 수 없다. 독일어권 국가들에서, 그리고 미국(삼진아웃 법)에서 ‘선택적 무력화 전략’이 구사되고 있으므로 한국에서도 그 실험을 계속 못할 이유가 없다고 강변하는 ‘관념적 본질론자’가 있을 수 있다. 그러나 미국에서 ‘선택적 무력화 전략’이 구사되고 있는 배경에는 미국사회에서 약물범죄와 강력범죄가 감당할 수 없을 정도로 급증하는 현상과 범죄피해자들의 형사사법시스템에 대한 들끓는怨聲이 존재한다. 그러나 한국에서는 중범죄가 증가하고 있기는 하지만 미국이나 독일처럼 심각하지 아니하다. 1980년대에 사회보호법이 시행될 당시에 절도 등의 재산범죄가 무력화 전략을 취하여야 할 정도로 크게 문제될 상황은 아니었으며 당시의 시민사회에서 절도범을 근절하여 달라는 피해자운동이 일어난 것도 아니었다. 그러므로 ‘사회보호법의 보호감호 발상이 선심행정에서 비롯된 것이 아닐까’ 하는 의혹은 근거 없는 의혹이 아니다.

보호감호 중에 있는 피감호자의 전과가 매우 높은 것이 사실이지만 그들의 존재

형태가 재사회화 노력이 먹히지 않는 경력범죄자인지 아니면 교도행정의 재사회화 노력이 불충분하거나 모순투성이의 보호감호집행의 부산물인지 면밀한 검토가 필요하다.

보호감호제도를 운영하는데 소요되는 자원과 비용을 보호관찰 분야로 전용하여 교도소 재소자들의 재사회화에 힘쓰는 것이 더 효율적인 자원활용이다(보호감호폐지론). 아직 한국에서는 재사회화 이념에 대한 불신을 논할 만큼 재사회화에 크게 노력을 기울여 본 적이 없다. 재소자들에 대한 재사회화에 크게 노력을 기울이지도 못한 상태에서 조급한 마음으로 선택한 무력화 전략이 보호감호가 아닌가 한다.

제3주제

보호감호의 운영실태와 개선방안

장 규 원

(원광대학교 경찰행정학과 교수)

보호감호의 운영실태와 개선방안

장 규 원

(원광대학교 경찰행정학과 교수)

I. 머리말

형벌이라는 형사제재로는 누범이나 상습범의 재범을 효과적으로 대응하기 어렵다는 인식과 그러한 사람들을 사회로부터 격리시켜야 한다는 주장과 함께 보안처분이라는 형사제재가 등장하게 되었다. 보안처분의 개념에 대해서는 여러 견해가 제시되고 있으나, 일반적으로 장차 범죄를 저지를 위험성이 있는 범죄인의 또 다른 범죄를 방지하고 이를 통해 사회를 방위하기 위하여 부과되는 형벌 이외의 형사제재 수단을 말한다.

오늘날 보안처분제도는 많은 국가가 채택하고 있으며,¹⁾ 우리도 또한 헌법 제12조 제1항에 “...누구든지 법률에 의하지 아니하고는...처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”라고 하여 보안처분의 근거를 헌법에 분명히 밝히고 있다. 현행 형법은 보안처분에 관한 일반적 규정을 두고 있지 않고 형사특별법에서 규정하고 있다. 즉 사회보호법상의 보호감호·치료감호·보호관찰을 비롯하여 소년법상의 보호처분, ‘보호관찰 등에 관한 법률’에 의한 보호관찰, 보안관찰법에 의한 보안관찰을 비롯하여 마약법상 마약중독자의 강제수용·치료, 모자보건법상 일정한 환자에 대한 불임수술명령 등이 있다.

사회보호법은 죄를 범한 자로서 재범의 위험성이 있고 특수한 교육·개선 및 치료가 필요한 자에 대하여 사회복귀를 촉진하고 사회를 보호할 목적으로 부과되는 보안처분을 규정하고 있다(제1조 참조). 보안처분의 대상자는 고의의 범행으로 인하

1) 법제처, 각국의 보안처분제도 연구 (법무자료 제167집), 1975 참조.

여 여러 형을 받거나 여러 죄를 범한 사람(과실범은 제외)과 심신장애자 또는 마약류·알코올 기타 약물중독자로서 죄를 범한 사람이다(제2조). 사회보호법은 보호감호·치료감호 및 보호관찰을 일정한 요건에 따라 형벌과 병행 또는 형벌에 우선하여 집행할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 사회보호법에 대하여 본래의 뜻과 목적에도 불구하고 입법과정에서부터 끊임없이 개정·폐지 또는 위헌성의 논란이 제기되었다. 이는 사회보호법이 정치적 과도기에 충분한 연구와 공개적인 논의 없이 제정되어 규정상의 문제점이 있었고 또한 운용상에서도 많은 문제점이 나타났기 때문이다. 이 글은 최근에 논란이 되고 있는 사회보호법의 보호감호의 운용실태를 살펴보고, 그 문제점이 무엇인가, 어떻게 개선하는 것이 바람직한가를 제시하고자 한다.

II. 보호감호 내용과 운영실태의 개관

1. 보호감호처분의 내용

사회보호법, 사회보호법시행령, 사회보호법시행규칙은 보호처분의 종류와 내용 및 결정절차와 집행관계를 규정하고 있는 법령이다. 한편 관련·부속법령으로는 보호감호시설에 수용된 피보호감호자에게 과하는 근로의 대상으로 지급되는 근로보상금의 관리에 관한 필요사항에 대한 '피보호감호자 근로보상금 관리규칙'과 피보호감호자에 대한 분류심사를 과학적으로 실시하여 그에 적절한 수용 및 교육을 시행하고 교화개선의 정도에 따라 처우를 점차 완화함으로써 효율적인 사회복귀를 촉진하기 위한 '피보호감호자 분류처우규칙'이 있다. 아래에서는 보호감호의 내용에 대하여 간략하게 살펴본다.

사회보호법상 보호감호의 주요한 대상은 위험한 상습범이다(제1조, 제5조 제1항). 보호감호는 형과 동시에 선고하며(제20조 제2항), 보호감호와 형이 병과된 경우에 있어서는 형의 집행을 끝난 후에 감호처분을 집행한다(제23조 제1항). 이는 보안처분과 형벌과의 관계에 있어서 이원주의(이원중복처벌주의)에 따른 것이다. 사회보호법에서의 이러한 태도는 보호감호가 형벌의 기능을 대체할 때에는 중대한 위험성으

로 인하여 형과 함께 보호감호까지 선고받은 사람이 단순히 형만을 선고받은 사람보다 유리하게 처우될 수 있다는 것과 보호감호의 성질상 형벌을 포함한 다른 제재수단을 거친 후에 보호감호의 집행에 들어갈 것이 요구된다는 것에 그 근거를 찾을 수 있다.²⁾

사회보호법은 제2장에서 보호처분의 요건과 내용, 제3장에서 보호처분의 절차에 관한 규정을, 제4장에서는 보호처분의 집행에 관한 규정을 그리고 제5장에서는 보호처분의 관리와 집행에 관한 사항을 심사·결정하기 위한 사회보호위원회의 규정을 두고 있다.

가. 보호감호의 요건

보호감호는 사회보호법 제5조에 해당하는 범죄자로서 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때에 과하여진다: (1) 동종 또는 유사한 죄로 두 차례 이상 금고 이상의 실형을 받고(제6조 제1항, 제2항 참조), 형기 합계 3년 이상인 사람이 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 별표의 죄³⁾를 범한 때, (2) 별표에 규정된 죄를 여러 차례 범하여 상습성이 인정될 때, (3) 보호감호의 선고를 받은 사람이 그 감호의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 별표의 죄를 범한 때이다. 따라서 사회보호법에서의 보호감호 요건으로 재범의 위험성과 상습성이 중요한 요소가 된다.

(1) 상습성이란 반복되는 행위에 의하여 얻어진 성벽(性癖)을 말하며,⁴⁾ 일반적으로 상습범이란 성격상 소질 또는 관행에 의하여 획득된 내부적 성벽으로 인하여 반복하여 범죄를 행하고 또 이를 반복할 성벽이 있는 사람을 말한다.⁵⁾

상습범에 대하여는 형을 가중하는 주의와 부정기형을 인정하는 주의 및 보안처

2) 이에 대하여는 Schönke/Schröder/Stree, Strafgesetzbuch. Kommentar, 24.Aufl., 1991, §67 Rd.11.

3) '별표의 죄'란 보호감호의 대상이 되는 범죄로서 다음과 같다: ① 형법의 약취·유인죄, 강간죄, 미성년자 간음·추행죄, 강도상해·강도살인·강도강간, 사기·공갈죄의 상습범, ② 폭력행위 등 처벌에 관한 법률의 죄, ③ 특정범죄 가중처벌법의 약취유인, 상습강·절도, 강도상해범을 비롯하여 ④ 특정범죄가중처벌법의 상습사기·공갈·횡령·배임, 업무상횡령·배임죄 등이 대상이 된다.

4) Chang, Rückfall und Strafzumessung, 1993, SS.12-30.

5) Göppinger, Kriminologie, 4.Aufl., 1980, S.449.

분을 인정하는 주의가 있다. ① 형을 가중하는 태도는 책임주의와 관련된 것이다. 즉 상습범은 생활태도와 생활형식에 의하여 상습범이 되었다는 점에서 책임이 가중된다는 것이다. 그러나 형을 가중하는 태도에 대해서는 책임을 떠난 보안형벌로서 책임주의에 반할 뿐 아니라 행위자의 종래의 모든 범죄적 반사회성을 책임판단의 기초로 한 것은 부당하고, 형의 가중이 상습범의 사회복귀에도 아무런 도움을 주지 못한다는 비판이 제기된다. ② 부정기형은 형을 선고할 때에 기간을 특정하지 않고 그 기간이 형의 집행단계에서 결정되는 것을 말한다.⁶⁾ 부정기형을 인정하는 태도에 대해서는 형벌이 보안처분의 기능을 인수하는 것으로서 형벌을 제한하는 책임주의에 반하고,⁷⁾ 우리나라 소년법분야에서 도입되어 있는 부정기형이 사실상 수형자의 사회복귀 내지 교육에 아무런 효과를 기대하지 못하고 있는 점에 비추어 부정기형도 상습범에 대한 적절한 제재라고는 할 수 없다는 비판이 있다. ③ 보안처분은 형벌에 의해서 효과를 기대할 수 없는 범죄자에 대하여 과하여지는 것일 뿐만 아니라, 상습범에 대한 형의 가중이나 부정기형의 도입이 책임주의의 원칙과 형사정책적 고려에 의하여 정당화될 수 없는 이상 보안처분은 상습범에 대한 적절한 대책이라 할 수 있다.⁸⁾

우리나라에서는 상습범에 대해 형법에 의한 형의 가중과 사회보호법에 의한 보호감호를 채택하고 있다.

(2) 재범의 위험성이란 보호감호처분 대상자가 장래에 죄를 범하여 법적 평온을 침해할 현저한 개연성을 뜻한다.⁹⁾ 재범 위험성의 인정은 피고인의 연령, 가정관계, 학력·직업, 전과관계, 최종전과로 인한 출소시기와 당해 범행간의 시기, 그 기간동안의 행적, 당해 범행의 동기와 횡수, 범행후의 정황 등 제반 사정을 종합하여 판단해야 하며, 보호감호처분이 그 대상자에게 미치는 영향을 고려할 때 재범의 위험성 여부에 관한 판단 기준은 엄격히 해석하여야 한다.

6) 부정기형제도에 관한 이론적 고찰과 소년사범의 실제적인 측면에서 제도의 운영실태와 문제점에 대해서는 오영근/최병각, 부정기형제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993 참조.

7) 이재상, 보안처분의 연구, 법문사, 1978, 117면 이하 참조.

8) Lenckner, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, In: Göppinger/Witter (Hrsg.), Handbuch der forensischen Psychiatrie I, 1972, S.201.

9) Kaiser, Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise? 1990, S.14ff.; Schönke/Schröder/Stree, a.a.O., §66, Rd.35.

상습성이 인정되는 때에는 일반적으로 재범의 위험성도 인정된다. 그러나 재범의 위험성과 상습성은 그 판단기준이 서로 다르다. 상습성의 판단 및 인정은 어디까지나 과거와 현재에 있었거나 있는 사실에 근거한다. 이에 반하여 재범의 위험성은 과거와 현재의 사실만을 근거로 하는 것이 아니라 미래의 결과를 판단의 근거로 하는 것이다. 이와 같이 상습성과 재범의 위험성은 그 판단의 기준이 다르기 때문에 상습성이 인정된다는 사실만으로 재범의 위험성이 당연히 인정된다고 판정할 수는 없다(대법원 1992.9.22. 92감도13). 상습성이 있다고 할지라도 특별한 사정으로 인하여 죄를 범하였고, 더 이상 그러한 사정이 존재하지 아니하여 재범의 위험성이 없다고 판단되는 경우도 있기 때문이다.

재범의 위험성은 행위자와 범죄행위 사실의 '종합적인 평가'(Gesamtwürdigung)에 의하여 판단하여야 한다. 즉 행위자가 행한 범죄사실 뿐만 아니라 죄를 범하게 된 배후에 있는 모든 사정과 그 과정을 종합하여 위험성 판단을 하여야 한다. 재범의 위험성 판단에 있어서 행위자와 관련하여 검토하여야 할 기준은 다음과 같다. 행위자의 직업과 환경, 당해 범행 이전의 행적, 그 범행의 동기, 수단, 범행 후의 정황, 개전의 정 등이다(대법원 1986.9.9. 86감도156; 1989.8.8. 89감도108; 1990.9.25. 90감도144; 1991.11.12. 91감도128; 1992.9.22. 92감도13).

나. 보호감호의 내용

사회보호법은 피보호감호자를 보호감호시설에 수용하여 사회복귀에 필요한 직업훈련과 노동을 부과하며, 노동은 피보호감호자의 동의가 있는 때에 한하도록 정하고 있다(제7조 제1항). 한편 보호감호시설의 장은 필요한 직업훈련과 노동 기타 감호·교화에 필요하다고 인정할 때에는 적당한 기관에 감호를 위탁할 수 있다(같은 조 제2항). 보호감호를 독립하여 선고할 때를 제외하고는(제15조), 보호감호는 형벌과 함께 선고한다(제20조 제2항). 보호감호시설에 수용되어 있는 동안에 형을 선고받은 경우를 포함하여 감호와 형이 병과된 때에는 형을 먼저 집행한다(제23조 제1항). 보호감호는 7년의 감호기간이 경과하거나 가출소한 피보호감호자에 대한 보호관찰기간이 만료되었을 때 종료한다(제7조 제3항, 제27조 제1항). 사회보호위원회는 보호관

찰에 대한 집행면제결정을 할 수 있고, 이 결정으로 보호감호는 종료한다(제27조 제2항). 한편 검사도 일정한 사유가 있을 때 감호집행을 정지할 수 있다(제31조).

(3) 감호기간이 만료된 피보호감호자는 감호기간만료일에 석방된다(제7조 제3항, 제42조, 행형법 제54조 제3항). 그러나 보호감호의 기간이 경과하기 전에도 피보호감호자가 사회보호위원회의 결정에 의하여 가출소되어 보호관찰기간이 만료된 때에는 감호의 집행을 면제된다(제27조 제1항). 이에 따라 사회보호위원회는 피보호감호자에 대하여 그 집행개시 이후 매1년 가출소여부를 심사·결정한다(제25조). 요건과 심사요청절차 등에 관하여 살펴보면 다음과 같다(피보호감호자 분류처우규칙 제98조 내지 제103조 참조).¹⁰⁾ ① 감호집행개시 이후 2년이 경과한 경우로서, 감호행장 '가'와 '나'급에 해당하는 대상자로서 가출소가 적당하다고 인정되는 사람과 감호행장 '다'와 '라'급에 해당하는 대상자로서 개전의 징이 현저하고 사회생활에 적응할 수 있다고 인정되는 사람이다. ② 요건해당자는 감호소장이 가출소심사위원회에 가출소심사신청을 부의 한다.¹¹⁾ 가출소심사위원회의 찬성결정이 있는 경우, 감호소장은 관계서류를 첨부하여 관할검찰청 검사에게 가출소 심사를 요청한다.¹²⁾ ③ 감호자가 가출소한 때에는 감호소장은 사전에 가출소자의 본적, 입소 전 주소, 성명, 생년월일, 성별, 출소후의 거주예정지를 비롯하여 기타 필요한 사항을 감호자로부터 신고 받는다(사회보호법시행령 제14조 제1항). 감호소장은 감호자가 가출소하면 사회보호위원회와 출소 이후 거주예정지 관할의 보호관찰담당자에게 출소통보를 한다(같은 조 제2항). 감호소장은 감호자가 출소 이후 1월 이내에 보호관찰담당자에게 서면신고를 하도록 고지하며, 사회보호위원회에서 결정된 준수사항을 고지하여야 한다(제29조 제1항, 시행령 제13조). 한편 사회보호법 제30조에 의하여 가출소가 취소되어 관할 보호관찰담당자로부터 가출소취소결정의 통보를 받았을 경우에는 감호소장은 보호감호소 소재지를 관할하는 지방검찰청 내지 지방검사에게 보호구인을

의뢰한다. 이 경우 사회보호법 제30조 제1항에 의하여 가출소된 자의 가출소 기간 일수는 보호감호의 기간에 산입하지 아니한다(제30조 제2항).

형사소송법 제471조 제1항의 각호에 해당하는 사유가 있는 때에는 즉 ① 형의 집행으로 인하여 현저히 건강을 해하거나 생명을 보전할 수 없을 염려가 있는 때, ② 연령 70세 이상인 때, ③ 잉태 후 6월 이상인 때, ④ 출산후 60일을 경과하지 아니한 때, ⑤ 직계존속이 연령 70세 이상 또는 중병이나 불구자로 보호할 다른 친족이 없는 때, ⑥ 직계비속이 유년으로 보호할 다른 친족이 없는 때, ⑦ 기타 중대한 사유가 있는 때에는 감호소장은 관할검사에게 감호집행정지를 요청할 수 있다(제31조, 행형법 시행령 제17조).

(4) 보호감호의 관리와 집행에 관한 사항을 심사·결정하기 위하여 법무부에 사회보호위원회를 둔다(제32조). 사회보호위원회는 판사·검사 또는 변호사의 자격 있는 7인 이내의 위원으로 구성하며, 위원장은 법무부차관이 된다(같은 조 제2항). 위원은 위원장의 요청으로 법무부장관이 임명 또는 위촉한다(시행령 제15조 제1항). 사회보호위원회는 전문적 지식과 덕망이 있는 사람 가운데 위원장의 제청으로 법무부장관이 위촉하는 자문위원을 둘 수 있다(제32조 제4항). 자문위원은 10인 이내로 하고, 위원회의 심사·결정에 필요한 사항에 관하여 자문에 응한다(시행령 제15조 제5항).

사회보호위원회는 매월 1회 이상 회의를 개최하여 보호처분의 관리와 집행에 관한 사항을 심사·결정하고 있다. 보호감호집행중 교화·개선되고 사회복귀능력을 구비한 대상자에 대하여는 가출소제도를 적극 시행하고 있다. 가출소자중 보호관찰기간이 2년 이상 경과되고 일정한 직업에 종사하는 등 정상적인 사회활동을 하고 있는 사람에 대하여는 감호집행면제결정을 한다.¹³⁾

2. 피보호감호자의 교정처우실태

사회보호법 제7조 제1항과 사회보호법시행령 제3조 제1항의 규정에 의거하여 보호감호의 선고를 받은 사람(이하 '피보호감호자'라 한다)을 수용하기 위하여 1981년

10) 김종정, 피보호감호자의 교정처우실태, 한국형사정책연구원, 1998, 144-151쪽.

11) 가출소심사위원회는 3인 이상 5인 이내의 위원으로 구성된다. 위원장은 당해 감호소장이 되고 위원은 판사, 검사 또는 사회명망가 중에서 위촉한다(피보호감호자 분류처우규칙 제100조 제1항).

12) 감호소장은 사회보호법시행령 제11조 제1항에 따라 6월마다 감호자의 동태, 행장의 양호상태등의 사항을 사회보호위원회에 보고하여야 하는 바, 이는 사회보호위원회에서 가출소 심사를 할 때에 참고자료가 된다.

13) 장규원, 보호감호의 실태와 개선방안, 한국형사정책연구원, 1993, 59쪽.

10월 2일 대통령령 제10476호로 청송 제1·2·3보호감호소를 개설하였으며, 1983년 3월 9일 대통령령 제11066호로 청송 제1보호감호소를 청송교도소로, 청송 제2·3보호감호소를 각각 청송 제1, 2보호감호소로 개편하였다.¹⁴⁾

가. 수용 실태

(1) 수용은 국가가 강제력을 행사하여 사람의 자유를 박탈 구금하는 것이므로 그 집행은 일정한 조건에 따른 절차에 의하여 이루어져야 한다. 보호감호소의 수용대상자는 보호감호병과판결을 받은 수형자와 독립감호청구로 그 집행지휘를 받은 사람, 그리고 보호감호병과수형자로 그 형의 집행을 마친 사람이다. 보호감호소의 수용정원은 피보호감호자의 개별적 처우, 감호교육의 효과와 건강관리에 영향을 미치게 된다. 보호감호소의 수용인원을 과연 몇 명으로 하는 것이 관리상 그리고 처우상 가장 적정한 것인가가 문제된다. 2001년을 기준으로 보호감호소에 수용중인 피보호감호자는 1,603명에 이르고 있다(<표-1> 참조).

<표-1> 피보호감호자 집행현황(1992-2001)

(단위: 명)

연 도	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
집행인원	2,911	2,845	2,643	2,491	2,239	2,039	1,760	1,640	1,546	1,603

출처: 범죄백서 2002.

(2) 보호감호소에 수용된 사람의 절대 다수는 절도범이다. 2002년 법무부 보호국 통계에 따르면, 피보호감호자의 73.7%가 절도범이고, 강도 15.3%, 폭력 5.5%, 상습사기 3.1%로 나타났다. 1992년 이후의 통계에서도 절도가 제일 많은 것으로 나타난다(<표-2> 참조).

14) 법무부, 법무부사, 1987; 정봉교, “피보호감호자의 처우실태와 개선방안”, 제8회 학술회의발표회 자료집, 한국교정학회, 1994, 8쪽.

<표-2> 보호감호원인죄명별 현황(1992-2001)

연 도	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
집행인원	2,911 (100)	2,845 (100)	2,643 (100)	2,491 (100)	2,239 (100)	2,039 (100)	1,760 (100)	1,640 (100)	1,546 (100)	1,603 (100)
강 도	273 (9.4)	278 (9.8)	280 (10.6)	308 (12.4)	299 (13.4)	272 (13.3)	248 (14.1)	230 (14.1)	226 (14.6)	246 (15.3)
절 도	2,221 (76.3)	2,143 (75.3)	1,996 (75.5)	1,853 (74.3)	1,606 (71.7)	1,502 (73.7)	1,252 (71.1)	1,204 (73.4)	1,132 (73.2)	1,181 (73.7)
폭 력	280 (9.6)	250 (8.8)	225 (8.5)	182 (7.3)	159 (7.1)	129 (6.3)	126 (7.2)	106 (6.5)	94 (6.1)	89 (5.5)
상습사기	86 (3.0)	89 (3.1)	89 (3.4)	74 (3.0)	62 (2.8)	55 (2.7)	53 (3.0)	50 (3.0)	49 (3.2)	50 (3.1)
기 타	51 (1.7)	85 (3.0)	53 (2.0)	74 (3.0)	113 (5.0)	81 (4.0)	81 (4.6)	50 (3.0)	45 (2.9)	37 (2.4)

출처: 범죄백서 2002

* ()안은 분포백분율.

(3) 피보호감호자의 전과회수별 실태를 살펴보면, 1998년까지는 전과 4-5범이 다수를 차지하였으며,¹⁵⁾ 1999년부터는 전과 6-7범이 가장 많았고 다음으로 전과 4-5범이 많은 것으로 나타났다. 2001년도에는 전과 4범 이상자가 1,493명으로서 전체 93.1%를 차지하고 있다(<표-3> 참조).

<표-3> 전과별 현황(1992-2001)

연 도	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
집행인원	2,911 (100)	2,845 (100)	2,643 (100)	2,491 (100)	2,239 (100)	2,039 (100)	1,760 (100)	1,640 (100)	1,546 (100)	1,603 (100)
초 범	11 (0.4)	12 (0.4)	13 (0.5)	16 (0.6)	14 (0.6)	11 (0.5)	9 (0.5)	15 (0.9)	26 (1.7)	15 (0.9)
2~3범	161 (5.5)	146 (5.1)	131 (5.0)	127 (5.1)	99 (4.4)	87 (4.3)	99 (5.6)	88 (5.4)	89 (5.7)	95 (5.9)
4~5범	1,042 (35.8)	965 (33.9)	864 (32.7)	805 (32.3)	735 (32.8)	594 (29.1)	610 (34.7)	534 (32.6)	458 (29.6)	447 (27.8)
6~7범	865 (29.7)	882 (31.0)	834 (31.6)	801 (32.2)	730 (32.6)	697 (34.2)	579 (32.9)	554 (33.8)	519 (33.6)	564 (35.1)
8~9범	419 (14.4)	406 (14.3)	393 (14.9)	374 (15.0)	335 (15.0)	311 (15.3)	273 (15.5)	251 (15.3)	246 (15.9)	270 (16.8)
10범 이상	413 (14.2)	434 (15.3)	408 (15.4)	368 (14.8)	326 (14.6)	339 (16.6)	190 (10.8)	198 (12.0)	208 (13.5)	212 (13.2)

출처: 범죄백서 2002

* ()안은 분포백분율.

15) 법무연수원, 범죄백서, 2002, 307쪽.

(4) 피보호감호자의 학력은 낮은 것으로 나타난다. 2001년도의 경우 초등학교 졸업자가 550명으로 전체의 34.3%를 차지하고 있고, 그 다음이 중학교 졸업, 고등학교 졸업, 그리고 무학의 순으로 나타났고, 대학 졸업자의 경우는 0.5%인 7명에 불과하다. 그래서 초등학교 졸업 이하인 피보호감호자는 50.5%에 해당하는 809명으로 나타났다(<표-4> 참조).

<표-4> 피보호감호자 학력별 현황(2000-2001)

구 분	무 학	초등졸	중 졸	고 졸	대 졸
2000	1,546 (100)	338 (21.9)	623 (40.3)	393 (25.4)	186 (12.0)
2001	1,603 (100)	259 (16.1)	550 (34.3)	483 (30.1)	304 (19.0)

출처: 범죄백서 2002

* ()안은 분포백분율.

이에 대하여 실제로 있어서는 학력이 더 낮을 것으로 추정된다. 피보호감호자들 스스로가 못 배운 것이 부끄러워 학력을 부풀리는 경우도 있을 수 있고, 또한 중졸·고졸이라고 해도 정상적인 교육과정이 아닌 교도소나 소년원에서 검정고시 등을 통해 취득한 학력이 있다고 추측할 수 있기 때문이다.¹⁶⁾

(5) 보호감호소에서 가출소한 사람의 재범율은 평균적으로 35.9%에 달하고 있다(<표-5> 참조).¹⁷⁾

<표-5> 피보호감호자 재범율 및 재범 당시 범죄 유형

구 분	가출소 인원	재범인원	재범율(%)
1993	570	216	37.9
1994	582	190	32.6
1995	491	131	26.7
1996	559	209	37.4
1997	535	223	41.7
1984~1997	8,358	3,001	35.9

16) 유해정, "사회보호법, 왜 인권의 문제인가", 사회보호법 무엇이 문제인가? 토론회 자료집, 2003 (<http://antiprison.org>).

17) 이의 통계는 유해정, "사회보호법, 왜 인권의 문제인가", 사회보호법 무엇이 문제인가? 토론회 자료집, 2003 (<http://antiprison.org>)에서 따온 것이다.

구 분	계	절 도	폭 력	사 기	기 타
가출소 인원	8,358	6,978	856	318	206
재범인원	3,001(100%)	2,462(82%)	387(12.9%)	116(3.9%)	36(1.2%)
재범율	35.9	35.3	45.2%	36.5%	17.5

* 재범율 통계는 가출소 후 3년 동안의 재범율임

* 2001년 국정감사 자료

피보호감호자의 많은 수가 절도 등 생계형 범죄라 할 수 있다. 따라서 이들 범죄의 원인과 책임은 개인으로만 돌릴 수 있는 것은 아니다. 피보호감호자의 재범을 줄이기 위해서는 범죄의 상습화를 야기하는 빈곤의 문제, 사회적 불평등과 빈부 격차 등을 해소하기 위한 사회 정책적 노력이 요구된다고 하겠다.

나. 분류수용 및 처우

(1) 피보호감호자의 분류는 그 분류의 적정이 교화개선의 정도에 따른 처우와 피보호감호자의 효율적인 사회복귀를 위한 기초가 되기 때문에 중요한 의미를 가진다. 피보호감호자의 분류심사는 신입심사, 정기재심사 및 수시 재심사의 세 가지 종류로 나누어 실시된다.¹⁸⁾ 신입심사는 감호집행이 개시되어 감호소에 입소한 후 1월 이내에, 정기재심사는 신입심사후 매1년마다, 수시 재심사는 심사사유가 발생한 날로부터 1월 이내에 각각 실시한다.

신입심사의 경우, ① 신체상태, ② 출생, 성장과정, ③ 가정환경, 생활환경, ④ 보호자의 유무, 근친, 교우관계, ⑤ 직업경력, ⑥ 교양, 교육정도, ⑦ 지능, 성격 및 정신상태, ⑧ 직업·교육 등의 적성, 지향, ⑨ 갇혀있는 정도, 장래의 생활설계, ⑩ 갇혀있는 정도, 장래의 생활설계, ⑪ 현재의 행동, 심리상태, ⑫ 처우과정(행형 성적, 감호성적 등), ⑬ 기타 수용·처우상 필요한 사항을 심사하며, 정기재심사는 위의 사항 중 필요한 사항에 대하여 실시한다. 한편 수시 재심사는 ① 신입심사에 오류가 있음이 발견된 때, ② 규율을 위반하여 징벌이 요구될 때, ③ 강급·체급의 사유가 발생한 때, ④ 징벌을 감경·면제하기로 결정된 때, ⑤ 감호 및 안전사고의 진

18) 이하의 내용은 김종정, 앞의 책, 1998, 54-61쪽; 장규원, 앞의 책, 1993, 62-65쪽에서 참조하여 정리한 것이다.

압 및 방지에 공로가 있을 때, ⑥ 가출소 조건이 갖추어졌거나 귀휴심사상 필요가 있다고 인정할 때, ⑦ 이송의 시행 및 분류급의 변경이 필요한 때, ⑧ 개별처우지침을 변경하거나 보완할 필요가 있을 때, ⑨ 기타 감호소장이 재심사가 필요하다고 인정할 때 등의 경우에 심사사유가 발생한 날로부터 1월 이내에 실시한다.

(2) 피보호감호자의 분류는 교정성 분류급과 처우성 분류급으로 나누고 있다(피보호감호자 분류처우규칙 제9조). 교정성 분류급은 교정효과의 기대가능성에 따른 분류로서 A급은 교정효과 기대가능성이 높은 자, B급은 교정효과 기대가능성이 보통인 자, C급은 교정효과 기대가능성이 낮은 자로 구분한다. 한편 처우성 분류급은 피보호감호자에 대한 처우의 내용에 따른 분류이다(<표-6> 참조).

<표-6> 피보호감호자의 교정성·처우성 분류

교정성 분류급		처우성 분류급	
A	교정효과 기대가능성이 높은 자	V	직업훈련이 필요한 자
B	교정효과 기대가능성이 보통인 자	E	교과교육이 필요한 자
C	교정효과 기대가능성이 낮은 자	R	근로가 필요한 자
		G	생활지도가 필요한 자
		T	전문적 치료가 필요한 자
		S	특별한 양호가 필요한 자

(3) 피보호감호자의 처우는 개선도에 따라 단계별로 완화기로 하는 누진방법을 채용하고 있다. 피보호감호자의 행장급은 가, 나, 다, 라, 마급의 5단계로 구분하여 처우하며(피보호감호자 분류처우규칙 제10조 제1항), '가'급은 개방시설에서 사회적 처우를, '나'급은 반개방시설에서 대폭적으로 향상된 처우를, '다'급은 완화시설에서 향상된 처우를, '라'급은 반폐쇄시설에서 다소 완화된 처우를, '마'급에서는 폐쇄시설에서 제한된 처우를 한다(<표-7> 참조).

개선의 정도를 수량으로 나타낸 것이 과학적인 방법이라고 할 수 있는가는 의문이 제기된다. 보호감호 기간 단계별로 구분하여 처우할 수 있는 근거를 가지고 있는 것만으로도 그 유용성은 긍정적으로 생각할 수 있다.

<표-7> 피보호감호자의 행장급 분류

가	개방시설에서의 사회적 처우
나	반개방시설에서 대폭적으로 향상된 처우
다	완화시설에서의 향상된 처우
라	반폐쇄시설에서 다소 완화된 처우
마	폐쇄시설에서 제한된 처우

다. 처우의 실태

사회보호법은 피보호감호자들의 처우에 관하여 별다른 규정을 하지 않고 있으며 제42조에 피보호감호자의 처우에 관하여 행형법을 준용하도록 규정하고 있다. 또한 '피보호감호자 분류처우규칙' 제100조는 "감호자의 분류, 처우 등에 관하여 이 규칙에서 특별히 정한 규정이 있는 경우를 제외하고는 보호처분의 성질에 반하지 아니하는 범위 안에서 행형법, 동 시행령, 수형자 분류처우규칙 및 분류업무지침 등 교정관계 법령 또는 교정관행에 따른다"고 명시하고 있어, 사실상 피보호감호자의 처우는 모든 부분에 걸쳐 수형자의 관계규정을 따르고 있다. 따라서 수용생활과 직접적으로 관련된 내용은 행형법에 준하여 처우를 받게 되며, 피보호감호자들의 분류처우는 '피보호감호자 분류처우규칙'에 따라 처우를 받는다. 그러나 이 역시 내용적으로 수형자에게 적용되는 '수형자분류처우규칙'의 내용과 거의 같다.

피보호감호자의 교정처우는 점건·서신·급여·의료·교육과 교회·근로취업과 직업훈련으로 구분할 수 있다. 처우방법으로는 수형자의 경우와 같이 개선의 정도에 따라 단계별로 완화해 가는 누진처우의 방법과 행장등급의 구분없이 동일한 처우를 하는 두 가지 방법을 병행하고 있다(피보호감호자 분류처우규칙 제6장 참조).¹⁹⁾ 여기서는 점건·교육·근로취업과 직업훈련·징벌·의료를 중심으로 피보호감호자의 처우 실태를 살펴본다.²⁰⁾

19) 김종정, 앞의 책, 1998, 66쪽.

20) 여기서 제시되는 통계는 김종정, 앞의 책, 1998, 47-265쪽; 법무연수원, 범죄백서, 2002; 유혜정, 앞의 자료, 2003; 장규원, 앞의 책, 1993, 62-73쪽에서의 조사연구의 결과이며, 이 결과를 중심으로 처우의 실태를 살펴본다.

(1) 피보호감호자는 오랜 기간동안 사회로부터 격리·단절되어 있기 때문에 (가) 출소 이후 사회정착에 많은 어려움이 생긴다. 따라서 피보호감호자의 성공적인 사회복귀를 위해서는 가능한 접견·서신 등을 통해 외부와 접견교통권을 확대시켜야 한다. 여기서 특히 접견은 피보호감호자의 가족 등과 유대관계의 지속을 위해 매우 중요한 통로이다.

피보호감호자 분류처우규칙에 의하면 피보호감호자 접견의 일반적인 실시 기준은 수형자와 큰 차이가 없다(피보호감호자 분류처우규칙 제13조와 수형자분류처우규칙 제46조 참조). 그러나 피보호감호자의 경우는 보호감호소장의 허가에 의해 그 실시횟수를 사실상 철폐한 것과 다름없이 실시하고 있다.²¹⁾ 그럼에도 한 조사연구의 결과에 따르면 피보호감호자의 65.5%가 보호감호 집행기간 내내 면회자가 아무도 없거나 접견횟수가 1~2에 불과한 것으로 나타났다.²²⁾ 보호감호소의 지리적 여건, 가족의 경제적 어려움 또는 피보호감호자와 가족과의 유대관계가 붕괴되어 상호간 소원한 관계가 되어버린 것이 원인이라 할 수 있다. 그러나 이러한 사정을 충분히 감안한다 해도, 보호감호소의 접견횟수는 수용인원이 비슷한 다른 일반 교도소와 비교해 보았을 때 상당히 적은 편이다(<표-8>참조).²³⁾ 피보호감호자들의 사회로부터의 고립감 등을 짐작할 수 있다.

<표-8> 1일 평균 면회 현황

(단위: 명)

구 분	청송1감	공 주	원 주	청송2감	제 주	경 주
1일 면회인원	3	52	130	4	125	129
전체 수용자	949	894	1,249	634	642	646

* 2000년 국정감사 자료

(2) 보호감호소에서 피보호감호자에 대한 교육은 생활지도교육, 일반교육, 학과교육, 정신교육, 사회 적응교육 등이 중심으로 운영되고 있다.

<표-4>에서와 같이 대부분의 피보호감호자들의 학력이 매우 낮기 때문에, 사회 생활에 기초가 될 수 있도록 무학자나 교과지도를 필요로 하는 피보호감호자에 대

21) 김종정, 앞의 책, 1998, 220쪽.

22) 김종정, 앞의 책, 1998, 220-221쪽.

23) 유해정, 앞의 자료(<http://antiprison.org>), 2003 참조.

하여는 그에 필요한 내용의 교과지도를 하고 있다(피보호감호자 분류처우규칙 제26조). 피보호감호자들의 학과교육에 대한 기대는 상당한 것으로 나타난다(90.1%). 한편 학과교육 성적우수자는 검정고시 응시 기회를 배려하여 공인 학력을 취득할 수 있도록 하고 있다. 그러나 학과교육 이수자 중에서 검정고시 합격자 비율은 많지 않은 것으로 보인다. 이는 피보호감호자들이 대부분 나이가 많고, 또한 학업에 대한 집중력이 부족한 데서 기인한 것으로 보인다.

장기간 사회로부터 격리 구금되어 제한된 공간 내에서 수용생활을 계속하는 피보호감호자들에 있어서 무엇보다도 중요한 것은 사회 적응교육이다. 피보호감호자 분류처우규칙은 사회 적응교육을 위해 도서열람, 신문열독, TV·라디오 시청, 체육 행사, 오락회, 사회견학 등에 대하여 규정하고 있다.

행정급 '가'와 '나'급의 피보호감호자에게 사회견학을 허가하고 있다. 그러나 교화상 필요한 경우에는 그 외의 피보호감호자에게도 허가할 수 있기 때문에 실제로는 모든 피보호감호자가 사회견학을 할 수 있다(피보호감호자 분류처우규칙 제35조). 한편 사회 적응력을 배양하고 가족과의 연계 강화를 통한 안정된 수용생활을 꾀하기 위해 귀휴제도를 운영하고 있다(행형법 제44조, 피보호감호자 분류처우 규칙 제85조, 귀휴시행규칙 제2조). 그러나 그 취지에 따라 피보호감호자에게 더욱 강화되어야 할 귀휴나 사회견학과 같은 사회적 처우는 계호상의 문제, 보호관계의 불확실, 범죄경력 등의 제약 때문에 그 실적이 수형자보다 적은 것은 것으로 나타난다(<표-9> 참조).²⁴⁾

<표-9> 보호감호소에서의 사회적 처우운영

구 분	매우 활발	대체로 활발	보통	대체로 활발 못함	전혀 활발 못함	계
귀 휴	4(3.5)	4(3.5)	28(24.3)	40(34.8)	39(33.9)	115(100)
사회견학	3(2.6)	10(8.8)	50(43.8)	41(36.0)	10(8.0)	114(100)

출처: <http://antiprison.org> (유해정, 1998)

(3) 피보호감호자가 보호감호소 내외에서 노무에 종사하는 것을 근로취업이라 한다. 일반 교도소에서 수형자들의 징역(懲役)과는 달리 근로는 종사하고 있는 노무에

24) 김종정, 앞의 책, 1998, 263쪽.

강제성이 부여되어 있지 않다는 데 있다. 즉 징역은 수형자의 선택이나 의사결정에 관계없이 그들에게 부과하는 강제적인 정역(定役)이다(형법 제67조, 행형법 제35조 제1항 참조). 따라서 만일 수형자가 정당한 이유 없이 징역을 거부할 때에는 그에 상응한 징벌을 감수하여야 한다(수용자 규율 및 징벌에 관한 규칙 제3조 제3호). 피보호감호자의 근로는 교화개선의 수단이며, 범죄에 대한 응보관념이나 교화를 위한 강제성이 배제된 자율성에 바탕을 두고 있다. 따라서 피보호감호자가 동의하지 않은 근로는 인정되지 않으며, 그 내용도 피보호감호자의 근로의욕을 높이고 직업상 유용한 지식이나 기능을 습득할 수 있는 것이어야 한다(사회보호법 제7조, 피보호감호자 분류처우규칙 제41조 참조). 그러나 피보호감호자의 근로취업은 일반 사회 근로자의 사계약에 의한 근로자 노동과는 분명 다르다. 피보호감호자의 근로취업은 계약이 아니라, 동의와 거부를 선택할 수 있는 교화 수단의 하나라 한다. 한편 피보호감호자는 인간으로서 보장받을 수 있는 가장 기본적인 것을 제외하고는 노동관계 법률, 사회보장관계 법률, 사법상의 계약 등에 관하여 대부분 적용을 제한 받는다.²⁵⁾

2003년 5월 현재 청송 제2보호감호소에서 실시되고 있는 작업은 거실에서 행하는 작업으로 '위생비닐장갑 개수 세어 포장하기'와 '종이 쇼핑백에 손잡이용 끈 끼어 접기' 등 2개로 단순작업이다. 여성 피보호감호자의 경우 작업은 식당에서의 취사(9명) 뿐이다. 이러한 현실을 볼 때 작업을 통해 근로정신을 함양하고 원활한 사회복귀를 돕겠다는 작업의 취지달성과 피보호감호자들의 성공적인 사회복귀는 어려울 것이라 생각된다.²⁶⁾ 한편 일반 교도소에서 실시하고 있는 외부통근작업이 보호감호소에서는 실시되지 않고 있다. 외부통근작업은 수형자가 교정시설 밖의 외부기업에 취업하여 출·퇴근하는 제도로써 수형자의 자율성과 책임성을 함양시키고 기능 향상을 통해 사회적응능력을 배양하여 출소 후 취업을 용이하게 하고 자립 재활의 기반을 마련한다는 취지에서 마련된 제도이다. 일반교도소에서는 2002년 12월 현재 전국 28개 교정시설에서 1일 평균 1,710여명이 64개 기업체에 취업하여 봉제, 가구 공예, 전자제품 조립 등의 작업을 하고 있으며, 취업자들도 강한 갱생 의욕을 보이고 있어 교정교화 프로그램으로서 성공적이라는 평가를 받고 있다.²⁷⁾ 보호감호

25) 김종정, 앞의 책, 1998, 110쪽.

26) 유해정, 앞의 자료(<http://antiprison.org>), 2003에서 인용.

27) 법무부 교정국, 교정행정 개선, 2003 참조.

소가 너무나 오지(輿地)에 위치해 있다보니 인근에 작업을 하러 나갈 공장도, 작업을 위탁해오는 기업체도 없는 까닭에 외부통근작업을 실시하지 못하고 있을 뿐만 아니라 적절한 대책을 세우지 못하고 있는 실정이다.

직업훈련은 수형자가 출소 후 사회에서 안정된 직업을 취업할 수 있도록 그들에게 적성에 맞는 기술을 가르치고 기능을 습득시키는 기술교육을 말한다. 현재 보호감호소에서의 직업훈련은 정보화교육을 비롯해 타일, 건축도장, 보일러, 미용 등 10개의 직업훈련이 실시되고 있다(<표-10> 참조).²⁸⁾ 자격증 합격률은 90%를 상회하지만, 직업훈련 시설의 낙후와 설비의 미비, 자격증 취득 위주의 교육 등으로 사회에서는 활용하기 어렵다는 것이 지적된다.

<표-10> 직업훈련 내용과목

남 성	여 성
58개 직종 (자동차정비, CNC 선반, 전자기기, 컴퓨터 수리, 승강기 수리, 제과제빵 등)	6개 직종(한식 조리, 미용, 한복, 양장, 기계자수, 피부미용)

* 2000년 국정감사 자료

피보호감호자의 근로에 대해서는 일정한 보상금을 지급하고 있다(피보호감호자 분류처우규칙 제41조). 보상금의 지급을 위하여 지급 기준과 관리 방법을 따로 '피보호감호자근로보상금 지급규정'(2002.12.3 예규작업 제650호)을 두고 있다. 근로보상금 지급의 취지는 근로의욕을 고취하고 작업활성화를 꾀하는 것에 있으며, 근로보상금은 근로성적 등급에 따라 결정하며 등급별 기본일액은 <표-11>과 같다. 하루 일당으로 받는 피보호감호자들의 근로보상금은 1,400원에서 5,800원 수준으로, 법정 1일 최저 임금이 18,200원이라는 사실을 감안한다면 상당한 차이가 나는 액수이다. 더욱이 의약품과 일용 잡화 등을 별도로 구매해 사용해야하는 감호소 내 조건상 매달 필요한 지출을 감당하기에도 역부족이다. 적은 근로보상금은 사회 정착금으로서의 기능을 전혀 못하고 있다.²⁹⁾

28) 유해정, 앞의 자료(<http://antiprison.org>), 2003에서 인용.

29) 대부분의 피보호감호자들은 출소할 때 40~100만원 정도를 가지고 보호감호소를 나오게 된다. 그러나 이 정도의 돈으로는 장기 구금으로 인해 가족이 해체되거나 가족들과의 관계가 소원해진 피보호감호자들에게는 사회에서 불과 며칠을 생활 할 수 있는 액수밖에 되지 못한다(2003년 6월 17일 MBC PC수첩 참조).

<표-11> 근로성적 등급별 기본일액표

(단위: 원)

구 분	1급	2급	3급	4급	5급	6급	7급
기본일액	5,800	4,700	3,800	2,900	2,300	1,700	1,400

출처: 피보호감호자 근로보상금지급규정

(4) 수용 중 규율을 위반한 피보호감호자는 '수용자규율 및 징벌에 관한 규칙'의 적용을 받는다. 즉 이 규칙은 행형법 제45조 내지 제48조의2 및 사회보호법 제42조의 규정에 의하여 수형자·미결수용자 및 피보호감호자가 준수하여야 할 규율과 그 위반행위에 대한 조사·징벌절차 및 징벌양정기준 등 징벌처분에 관하여 필요한 사항을 규정하고 있으며, 이 규칙은 교도소·소년교도소·구치소 및 그 지소와 감호소의 수용자에 대하여 적용한다(제1조와 제2조 참조).

징벌이란 수용자가 수용 질서의 유지를 위한 규율에 위반하였을 경우, 그 수용자에게 과하는 불이익처분을 말한다. 징벌은 그 내용이 '필요한 최소한도'이어야 하고, 그 수단으로서는 '최후의 수단'이며, 방법으로서는 '발생원인과 위반 내용의 정확한 분석'이라는 기준이 반드시 따라야 한다. 피보호감호자는 약 80% 이상이 보호감호소의 생활수칙과 규율이 엄하다고 한다.³⁰⁾ 징벌을 하나의 교화 수단으로 본다면, 그 제도에 맞는 구체적인 프로그램이 필요하고, 그 프로그램은 개별 규율 위반자에 따라 특성화되어야 할 필요가 있다. 또한 징벌의 운용에 관한 프로그램은 일정한 기본 범주 안에서 보다 적극적인 교화 방법이 되어야 하겠다.

(5) 피보호감호자의 수용 전력은 평균 7범 이상이고 40대 이상의 연령이 전체 수용인원의 2/3를 차지하고 있으며 질병에 노출된 수용자의 과다와 질병의 다양성에 비해 의료 수요 욕구에 대한 충족이 이에 미치지 못하여 수용질서 유지에 항상 어려움을 겪고 있다. 이들 수용자들이 겪고 있는 질병으로는 고혈압, 당뇨, 위장장애, 간염 등 내과질환, 신경계 등 복합적으로 발병되는 구금성 질환이 주종을 이루고 있다.³¹⁾ 그러나 인근에 종합병원 등 의료기관이 없어 45km떨어진 안동시 소재 의료기관을 이용하므로 소요 시간이 50여분 걸리고 계호 등 보안상의 어려움이 있어 원활한 환자 처치가 어려운 형편이다.³²⁾

30) 김종정, 앞의 책, 1998 참조.

31) 박현희, "보호감호업무의 소고", 교정 (3월호), 1999 참조.

III. 형사제재 이원주의의 개관

사회보호법은 그 출발점에서부터 문제가 있는 것은 사실이다.³³⁾ 최근에 제기되고 있는 보호감호제도의 근본적인 문제점과 개선방향을 찾기 위해서는 그 제도를 담고 있는 사회보호법의 정당성부터 따져야 할 것이다. 사회보호법은 사법적 의미의 보안처분을 규정하고 있기에 보안처분의 필요성 또한 생각할 문제이다. 오늘날 형벌과 보안처분제도, 즉 형사제재의 이원주의를 운영하고 있는 현실에서 형벌과 보안처분의 관계 또한 되짚어 보아야 할 것이다. 이러한 내용들이 분명해져야 보호감호제도가 과연 필요한 것인가, 정당한 것인가, 어떠한 바람직한 틀을 갖춰야 할 것인가를 이야기 할 수 있다.

1. 우리나라 보안처분의 연혁

(1) 형벌의 의의와 목적에 관하여 여러 가지의 논의가 있지만, 형벌은 응보를 본질로 하며 책임원칙에 따르면 일반예방의 목적과 특별예방의 목적을 가진다고 하는 견해가 지배적이다.³⁴⁾ 그러나 응보적 책임형벌만으로는 사회의 변화에 따른 범죄의 다양화 및 누범과 상습범, 집중범(Intensivtäter)³⁵⁾의 급증을 비롯하여 책임능력을 물을 수 없는 사람, 알코올·마약중독자와 같이 형벌의 위하적·개선적 효과가 기대되지 못하는 범죄인에게는 제재수단으로서의 한계를 가지게 되었다.

형벌은 과거의 범죄행위에 대한 제재수단으로 이에 책임주의의 원칙이 적용되지만, 보안처분은 범죄행위에서 나타난 행위자의 장래의 위험성에 의하여 과해지는 점에서 본질적인 차이가 있다. 한편 보안처분은 사법처분이라는 점에서 행정처분과

32) '의료'에 관한 실태는 몇 가지 자구수정 이외에 전체 내용을 유해정, 앞의 자료, 2003에서 따왔다.

33) 이에 대해서는 유해정, 앞의 자료, 2003; 한영수, "사회보호법상의 보호감호제도와 독일 보안감호제도의 비교고찰", 사회보호법 무엇이 문제인가? 토론회자료집, 2003 (<http://antiprison.org>); 문부식, 잃어버린 기억을 찾아서-광기의 시대를 생각함, 삼인, 2002 등의 문헌 참조.

34) Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I, 1992, S.43.

35) 집중범(Intensivtäter)은 범죄의 종류·경중 및 빈도에 있어서 특히 사회적 위험성이 높은 다중범의 형태(Mehrfachschaff)를 띠고 있다; 이에 대하여는 Chang, aa.O., S.33ff.; Kaiser, Intensivtäter, In: KKW, 3.Aufl., 1993, S.178ff.; Kerner, Mehrfachstäter, "Intensivtäter" und Rückfälligkeit, In: KrimGegfr 17(1986), S.102ff.; Schneider, Kriminologie, 1987, S.314. 참조.

구별되며, 사법처분중 형사처분이라는 점에서 손해배상과 같은 민사처분과 구별된다.

현대적 의미의 보안처분은 1893년 스위스 형법학자 슈토스(Stoß)에 의하여 스위스 형법예비초안에서 제시되었다.³⁶⁾ 형사제재 이원주의가 슈토스의 초안에서 제시된 이후 유럽의 여러 나라에서 보안처분제도를 입법화하게 되었으며, 오늘날 대부분의 국가는 보안처분을 형법전 내지 특별법에 규정하고 있다.³⁷⁾ 우리나라는 일제시대의 치안유지법에 따른 예비검속(豫備檢束)에 의한 보호조치를 비롯하여, 해방이후 보안처분적 제재가 시행되었다.³⁸⁾

1972년 제4공화국헌법에서 보안처분에 관한 헌법적 근거를 마련하였다. 그러나 법률에서 보안처분이라는 용어를 처음으로 사용한 것은 1975년 제정된 사회안전법(1975.7.16, 법률 제2769호)이다. 사회안전법은 반국가사범에 대하여 형집행종료 후에도 재범위험성이 있고 사회복귀를 위한 교육·개선이 필요하다고 인정될 때에는 보호관찰, 주거제한 그리고 보안감호의 처분을 할 수 있도록 규정하였으며(같은 법 제3조) 이들 처분을 총괄하여 보안처분이라고 하였다. 그러나 사회안전법에서의 보안처분은 위법행위를 전제로 하여 장래의 위험성에 대처하기 위한 처분이라는 점에서 보안처분적 제재의 성격을 띠고 있으나, 보안처분심의위원회의 의결을 거쳐 법무부장관에 의하여 처분이 결정되기 때문에 사법처분으로서의 보안처분은 아니었다(같은 법 제17조).³⁹⁾

상습범, 정신장애범죄자 그리고 마약류와 알코올 중독자 등 특히 위험한 범죄인에 대하여 사회보호와 교육·개선 및 치료를 위한 감호와 보호관찰을 행하는 보호처분제도를 마련하기 위하여 정부는 사회보호법의 제정을 제안하고 당시의 입법기관을 대신했던 국가보위입법회의에서 1980년 법률 제3286호로 공포하게 되었다.⁴⁰⁾ 한편 1992년 형법개정법률안에서는 형사정책적 요청에 부응한 형벌제도와 형량정비와 형사특별법의 형법으로의 통합이라는 형법개정의 기본방향에 따라 현행 사회보

36) 이재상, 사회보호법론, 1981, 30쪽.

37) 다른 나라의 보안처분제도에 관하여는 법제처, 앞의 자료, 1975; 법무부, 외국의 보안처분제도 연구(법무자료 제167집), 1992 참조.

38) 이에 대한 자세한 내용은 이승호, 우리나라의 보안처분류 제재체계에 대한 비판적 검토- 처분대상자의 관점에서, 서울대학교 박사학위논문, 1991, 19면 이하 참조.

39) 사회안전법은 1989년 5월 28일 사회안전법개정법률에 의해 보안관찰법으로 바뀌고 주거제한처분 및 보안감호처분이 삭제되고 보안관찰처분만 존치하고 있다.

40) 국가보위입법회의, 국가보위입법회의통과법률집(제1집), 1981, 139면 이하 참조.

호법상의 보호처분제도를 개정형법안에 편입시켰다.⁴¹⁾

2. 보안처분의 필요성과 정당성

(1) 보안처분의 필요성은 형벌만으로는 형법의 기능이 충분히 수행되지 못한다는 현실적인 이유에서 찾을 수 있다.⁴²⁾ 즉 형법은 인간의 공동생활에 있어서 불가결한 가치를 보호하기 위하여 형벌이라는 제재수단을 발동하지만, 형벌은 책임을 전제로 한다. 형벌이 이미 발생한 범죄행위에 대한 사후적 제재라는 관념과 행위책임을 엄격하게 고수하면 행위자의 특이한 성격적 결함으로 인하여 이에 대한 교화·개선의 필요성이 인정될 때, 재범의 개연성이 현저할 때 또는 형벌을 부과할 수 없는 책임무능력자의 재범위험성에 대한 보안·개선 그리고 치료의 목적은 책임을 기초로 하는 형벌로는 달성할 수 없다.

보안처분은 바로 이러한 형벌의 제약성에서 출발하여, 형벌을 가할 수 없거나 행위자의 사회적 위험성으로 인하여 형벌에 의하여 목적을 달성할 수 없는 경우에 형벌을 대체하거나 또는 형벌을 보완하는 예방적 성격의 제재를 의미한다. 여기에서 보안처분의 필요성이 인정된다. 따라서 보안처분은 형벌보충적·대체적 기능을 찾을 수 있다.⁴³⁾

(2) 보안처분이 필요한 제도라고 하더라도, 보안처분도 형벌과 마찬가지로 대상자에 일정한 부담이나 자유의 제약이 부과되는 제재수단이다. 따라서 아무런 원칙도 없이 자의적으로 부과어진다면 국민의 자유와 인권의 보장에 문제가 된다. 특히 보안에 중점을 두는 보호감호의 경우는 자유를 제한하는 정도가 크다는 점에서 정당성의 문제가 제기된다. 따라서 보안처분은 몇가지 지도원리하에서만 정당성이 확보될 수 있다. 법치국가의 이념에 상응하는 보안처분의 지도원리로는 보안처분법

41) 이로써 기존의 형사제재의 이원주의에 근본적인 변화를 가져온 것은 아니지만, 특별법에 규율되어 있던 보호처분제도를 형법에 편입하여(제3장 형과 제4장 보안처분) 형사제재체계의 통일성을 이루게 되었다.

42) 송문호, "사회보호법상 보호감호에 대한 비판적 고찰", 형사법연구(제13호), 한국형사법학회, 2000, 289쪽.

43) Jakobs, Strafrecht. A.T., 2.Aufl., 1991, S.31ff.; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. A.T., 5.Aufl., 1996, S.74ff.; Kaiser, aa.O., 1990, S.5.

정주의, 적법절차원리, 그리고 비례성원칙이 있다.

죄형법정주의의 원칙은 형법의 기본원칙으로서 국가의 부당한 형사제재로부터 국민의 인권과 자유를 보장하여 주는 역할을 하고 있다. 보안처분도 형벌과 같은 형사제재이다. 따라서 이 원칙은 보안처분을 과하는 경우에도 적용되어야 한다. 이에 죄형법정주의 일반원칙인 성문법주의, 법률불소급의 원칙, 명확성의 원칙, 유추해석의 금지 등이 보안처분에서도 지켜져야 한다.

헌법 제12조 제1항은 보안처분에 대한 적법절차를 규정하고 있다. 적법절차란 누구든지 적정한 법의 절차에 의하지 아니하고는 생명·자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다는 원칙으로서 법률의 실체와 절차가 적정할 것을 요구한다. 보안처분을 과하기 위해서는 근거가 되는 법률이 정당한 절차에 의하여 만들어져야 할뿐만 아니라, 내용의 면에 있어서도 정당한 법이어야 하며, 법관의 선고에 의해서만 가능하도록 그에 대한 사법절차가 입법적으로 확립되어야 한다. 적법절차를 무시한 보안처분은 헌법위반이 되어 위헌심사의 대상이 된다.

구성요건에 해당하고 위법하며 유책한 행위는 형벌의 근거가 된다. 보안처분을 과하기 위해서도 구성요건에 해당하고 위법한 행위가 있어야 하고 다시 위법한 행위를 할 상당한 위험성이 있어야 한다. 형벌이 책임원칙에 의하여 제한되듯이 보안처분은 비례성의 원칙에 의하여 제한된다. 비례성의 원칙이란 행위자에 의하여 행하여진 범죄와 장래에 기대될 범죄의 위험성 정도와 균형을 종합적으로 고려하여 필요한 정도 내에서 제한한다는 원칙이다. 보안처분을 규정한 사회보호법은 비례성 원칙에 대한 명문규정이 없으나,⁴⁴⁾ 오늘날 법치국가사상이 인간의 존엄과 가치를 모든 법질서에 우선시키고 있기 때문에 이 원칙이 무시되어서는 안된다.

3. 형벌과 보안처분의 관계

형벌과 보안처분의 관계는 비교법적으로 이원주의, 일원주의, 대체주의의 세 가지 입법태도를 살펴볼 수 있다.

44) 현행 형법에는 책임원칙도 명문의 규정이 없다. 1992년 개정형법에서는 책임원칙은 제44조 제1항에 이의 원칙을 명시하고 있으나 비례성의 원칙은 규정하고 있지 않다; 법무부, 형법개정법률안 제안이유서(형사법개정자료 XIV), 1992, 57면 이하 참조.

(1) 이원주의는 형벌과 보안처분이 동시에 선고되고 중복적으로 집행하는 태도이다. 형벌과 보안처분의 목적이 본질적으로 다르다는 점에서 출발한다. 즉 형벌은 책임을 기초로 과거행위에 대한 응보의 목적을 지닌데 반하여, 보안처분은 행위자의 장래의 위험성에 대한 대책이라는 목적을 지녔다는 점이다. 이러한 전제에 따라 이원주의는 형벌과 보안처분을 동시에 선고하고 중복적으로 집행할 것을 요구한다. 일반적으로 보안처분은 형벌의 집행종료 후에 집행한다. 이원주의는 형벌과 보안처분의 구별이 이론상으로는 가능하지만 실제로는 불가능하고, 형벌과 보안처분이 중복적으로 집행되는 경우 그 대상자는 가혹한 처벌을 받는다는 생각을 갖게되어 형사정책적 효과를 기대하기 어렵다는 비판이 제기된다.

(2) 일원주의는 형벌과 보안처분의 목적은 본질적으로 같다고 보고, 형벌과 보안처분 중 어느 하나만을 선택적으로 적용하는 제도이다. 형벌과 보안처분이 범죄자의 개선 및 사회복귀라는 목적에서 동일하므로 형벌의 특별예방적 효과를 기대할 수 없는 경우에는 형벌의 적용을 배제하고 보안처분을 적용해야 한다는 생각이다. 실제에 있어서 보안처분 집행의 성격은 형벌과 같다.⁴⁵⁾ 형벌과 보안처분의 목적 동일성에 근거한 일원주의는 책임과 위험성의 구분이 모호하게 되며 책임원칙을 배제 내지는 약화시키는 결과를 초래하게 된다는 비판이 제기된다. 일원주의에 의하면 형사제재로서 형벌과 보안처분은 하나가 되어 형법은 결국 순수한 보안처분법으로 남게 된다고 한다.⁴⁶⁾

(3) 대체주의는 책임주의에 따라 형벌을 선고하되 그 집행단계에 있어서는 보안처분에 의하여 대체하거나 일정한 조건하에 보안처분의 집행이 종료한 후 형벌을 집행하는 제도이다. 이원주의와 일원주의를 절충한 형태이다. 보안처분은 행위자의 개선을 목적으로 하기 때문에 행위자에 대한 특별예방적 처분을 우선으로 여긴다는 것이 이론적 근거이다. 보안처분의 우선집행, 보안처분 집행기간의 형기산입, 보안처분 집행 후의 형벌집행의 유예가능성 등이 대체주의의 특징이며, 형벌과 보안처분의

45) 따라서 보안감호는 보안처분이란 이름하에 감추어진 형벌이며, 이에 명칭사기 또는 간판사칭(Etikettenschwindel)에 불과하다는 문제가 제기된다(하태훈, "현행 보안처분제도의 문제점과 개선방안", 형사정책 제5호, 한국형사정책학회, 1990, 101쪽 참조).

46) 이재상, 사회보호법론, 경문사, 1981, 64쪽.

관계에서 이론적인 면보다는 실질적인 면을 강조하고 형사정책적인 고려를 중시한다. 대체주의도 비판이 제기되지만, 형벌과 보안처분의 본질상의 차이를 인정하면서 조화를 꾀한다는 점에 바람직하다. 이원주의적 형사제재에 있어서 응보의 관념을 배제하고 특별예방을 일반예방보다 우선적으로 고려한다면, 대체주의가 일반인의 법의 보호와 범죄자의 사회복귀를 돕는 형벌관에 가장 적합한 것이라 할 것이다.

IV. 보호감호의 문제점과 개선방안

1. 보호감호는 폐지되어야 하는가

우리나라의 보호감호는 집행과 처우, 그리고 보호감호소의 위치와 시설 등으로 형벌과 다름이 없다. 따라서 초기부터 보호감호제도는 이중 처벌의 논란과 위헌시비가 끊이지 않고 있으며, 그 실효성에 대한 강한 의문이 제기되고 있다. 먼저 보호감호제도를 폐지시켜야 하는가에 관한 논점부터 시작하자.

(1) 여러 가지 근거가 나온다. 보호감호라는 제도 자체가 이중 처벌에 해당하기에 위헌이며, 따라서 폐지해야 한다는 주장이다. '이중 처벌'이라는 것을 놓고 볼 때에는 당연히 문제가 된다. 그러나 보안처분의 본질과 필요성을 생각한다면 보안처분의 한 종류인 보호감호의 폐지가 아닌 개선이 요구되는 사안이다. 우리의 경우 보호감호는 형벌과 보안처분의 관계에서 이야기되는 이원주의를 취하고 있기 때문에, 형벌을 집행하고 그리고 보호감호를 집행한다. 그러기에 이중 처벌 또는 이중 형벌이라는 생각을 떨칠 수 없다. 그러나 이원주의가 아닌 대체주의를 취한다면 논점은 달라질 수 있다.

오늘날의 형법관이 확립되기 이전에는 예컨대 보호감호의 직접적인 대상이 되는 위험한 상습범죄자에 대해서 대체로 무거운 형벌을 부과했으며, 그 무거운 형벌은 보안처분의 기능을 함께 가지고 있었다.⁴⁷⁾ 독일의 형법학자 리스트(Liszt)는 위험한

47) 송문호, 앞의 글, 2000, 292쪽.

상습범죄자에 대해 부정기의 보안형을 부과할 것과 목적형벌에 따라 형벌과 보안처분이 범죄예방기능을 완전히 수행하여야 한다고 주장하였다. 한편 쾰러(Köhler)는 형사제재의 이원주의는 '모순의 극치'이며, 위험한 정신장애 범죄자는 행정법상 원호(Fürsorge)처분으로 정상적인 범죄자는 보안처분 대신에 형벌을 부과해야 한다고 한다.⁴⁸⁾ 이러한 생각들은 뉘앙스를 달리하며 여러 근거를 제시하지만 대체로 생활영위 책임이나 책임요소에 행위자의 위험성을 포함하는 입장이라 할 수 있다. 행위책임을 그 뿌리로 하고 있는 오늘날 형법체계에서는 의심스러운 견해이다.⁴⁹⁾ 또한 형벌을 보안처분으로 대체하자는 주장도 형법상 책임원칙에 따라 많은 문제를 가지고 있다.

(2) 한편 독일도 우리의 보호감호와 유사한 보안감호(Sicherungsverwahrung, §66StGB)를 활용하고 있다는 점을 보호감호 폐지의 반대 논거로 해석하는 주장도 있다. 즉 외국의 입법례에서도 보호감호제도와 같은 규정이 있기 때문에 보호감호제도를 옹호한다는 것이며, 이에 대하여 두 가지 관점에서 비판을 제기하고 있다:⁵⁰⁾ "첫째, 독일은 전통적으로 다른 유럽국가에 비하여 상당히 강성(強性)의 범죄대책을 유지하고 있는 국가라는 점이다. 부정기형과 유사한 보안처분제도는 이미 영국에서는 1967년에, 프랑스는 1970년과 1981년 두 번에 걸쳐, 스웨덴은 1981년에 각각 폐지한 바 있다.⁵¹⁾ 유럽에서 이미 이 제도를 폐지한 국가가 많음에도 불구하고 이 사실은 애써 무시하고 유독 독일의 예를 들어 현행 사회보호법상의 보호감호제도를 계속 유지하자는 것은 타당하지 않다. 둘째, 독일의 보안감호제도는 전제조건이나 적용요건 및 그 집행방법이나 적용대상 등 여러 가지 면에서 우리 사회보호법상의 보호감호제도와 상이한 점이 많다. 겉모습은 비슷하지만 실제에 있어서는 내용적으로 큰 차이가 있는 제도라는 사실이다. 따라서 이처럼 실제로는 큰 차이가 있는 보안처분제도를 동일한 것으로 보고 현행 보호감호제도를 옹호하는 것은 논리적 타당성을 결여한 것이다"라고 문제제기하고 있다.

두 번째로 들고 있는 내용, 즉 독일의 보안감호는 전제조건이나 적용요건, 그리고 그 집행방법이나 적용대상 등 여러 가지 면에서 우리 사회보호법상의 보호감호

48) Köhler, Strafrecht. A.T., 1997, S.41ff.(이에 대해서는 송문호, 앞의 글, 2000에서 재인용한 것임).

49) 송문호, 앞의 글, 2000, 293쪽.

50) 한영수, 앞의 자료, 2003.

51) Frisch, Maßregeln der Besserung und Sicherung, ZStW 102(1990) S.352.

와는 다르다는 것에는 수긍할 수 있다. 그러나 첫 번째로 들고 있는 내용은 다른 해석이 가능하다. 1967년 영국에서의 보안감호 폐지, 1970년 프랑스에서의 Relegation과 tutelle penale 제도 등을 포기하였으나, 아울러 위험한 상습누범에 대하여 높은 형벌 부과 가능성을 열어두었다. 이는 곧 형벌과 보안처분의 (형벌중심) 일원론의 생각과 그 맥을 같이 한다고 할 수 있는 것이다. 그렇다면 행위자적 책임을 따지는 것이 된다.

(3) 보안처분제도 또는 개별예방주의에 대한 다양한 반대의 목소리에도 불구하고 새겨야 할 점은, 개별예방 또는 특별예방사상은 인본주의와 합리성의 한 단면으로서 형법에 받아들여졌으며, 따라서 너무 성급하게 포기해서는 안된다는 것이다. 보호감호의 경우에서도 대체주의를 통해서 개선할 필요가 있으며, 보호감호의 포기보다는 형식적 요건들을 강화해 나가고 적용범위를 꼭 필요한 경우로 줄여 나가는 방향을 모색하여야 할 것이다.⁵²⁾

2. 사회보호법은 폐지되어야 한다

(1) 사회보호법 제42조에 의하면 보호처분에 관하여 이 법, 즉 사회보호법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 성질에 반하지 아니하는 범위 안에서 형사소송법과 행형법의 규정을 준용하도록 하고 있다.

보안처분은 형벌과 본질적으로 성질이 다른 형사제재에 속한다. 이에 보안처분에 형사소송법과 행형법을 준용하는 것이 보안처분의 이념에 부합되는지의 의문이 제기된다. 책임을 전제로 하는 형벌이라는 재제에 관한 절차법인 형사소송법과 행형법을 장래의 위험성을 전제로 하여 범죄인의 개선 또는 격리를 목적으로 하는 보안처분에서도 그대로 준용함에 문제가 있다 할 것이다. 견해에 따라서는 별도의 보안처분집행법을 제정해야 한다고 한다.⁵³⁾ 그러나 행형법에 보안처분에 관한 별도의 장을 신설하면 족할 것이다.⁵⁴⁾

52) 이에 대한 구체적 방안은 송문호, 앞의 글, 2000; 한영수, 앞의 자료, 2003의 내용을 참조.

53) 배종대, 형법총론, 2002, 604쪽.

54) 독일행형법에는 제3장에 '자유박탈을 수반하는 보안처분에 대한 특별규정'(Besondere Vorschriften

(2) 1992년 법무부 형사법개정특별심의위원회에서 확정된 형법개정안은 현행 사회보호법상의 보안처분제도를 형법전에 편입시켰다. 이로써 특별법인 사회보호법에 규율되어 있던 보호처분제도가 형법에 편입되어 형사제재의 이원주의체계에 있어서 통일성을 이루게 되었다.

형법개정안의 긍정적인 측면은 다음과 같다. ① 보안처분제도를 형법전에 편입시켰다는 점이다. ② 감호의 집행순서에 관해서 보호감호와 치료감호의 판결이 있는 때에는 치료감호를 먼저 집행하도록 하고 있다. 또한 정신장애자에 대한 치료감호 처분과 마약·알코올 등의 중독자에 대한 치료감호처분의 판결이 있는 때에는 후자를 먼저 집행하도록(제107조 제5항) 규정하고 있다. 이와 같은 보안처분의 집행순서는 보안처분의 목적이 보안처분 대상자를 격리수용하여 사회를 보호하려는 보안목적만 있는 것이 아니라, 교화·개선과 치료를 통한 범죄인의 재사회화에 있다는 점을 고려한 것이며, 자유박탈적 보안처분이 부과된 범죄인에게 재사회화시도의 가능성이 열려 있어야 한다는 점에서 타당하다고 본다. 한편 '보호처분'이라는 명칭을 '보안처분'으로 하였으며, 보안처분의 종류로 보호감호(제93조, 제95조), 치료감호(제96조, 제97조) 및 보호관찰(제102조, 제103조)을 규정하고 있다.

그러나 형법개정안은 사회보호법상의 보호처분에 관한 규정 중 일부를 내용의 변경없이 그대로 형법에 옮겨 규정하고 있다. 즉 사회보호법의 보호처분의 종류, 보호감호의 요건과 내용을 비롯하여 치료감호의 요건과 내용, 보호관찰의 대상 및 내용에 관한 규정과 보호처분의 집행의 순서와 방법에 관한 규정 등이 '제4장 보안처분'(형법개정안 제92조~제109조)에 놓이게 되었다.⁵⁵⁾

(3) 범죄자 처벌의 형벌제도, 그리고 위험한 상습범죄자 또는 누범자의 처우를 위한 보안처분제도로 구축된 형사제재의 이원주의를 제대로 구현하기 위해서는 1996년 개정형법과 같이 형법전에 형벌의 장(章)과 보안처분의 장을 같이 놓는 것이 바람직하다. 아울러 행형법 또한 수형자만을 대상으로 하는 것이 아닌 보안처분

über den Vollzug der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung, §§129~138)을 두고 있다.

55) 이 점은 형사제재체계의 개정에 대한 부정적 평가의 근거가 되고 있다. 즉 1989년의 사회보호법의 개정에도 불구하고 많은 문제점을 안고 있는 보호처분제도를 내용적인 수정과 보완없이, 자구적 변경만을 가한 채 단순히 장소적으로 이전시켰기 때문이다.

대상자도 같이 규율할 수 있도록 피하여야 할 것이다. 이러한 의미에서 사회보호법은 폐지함이 마땅하다.

3. 보호감호는 개선되어야 한다

(1) 보호감호는 결국 위험한 상습범죄인 내지 상습누범자가 그 대상자가 된다. 일반적으로 보아 상습범죄인은 사실상 개선불가능이므로 많은 국비를 들여 교정한다는 것은 무의미하고 따라서 범죄로부터 사회를 보호한다는 사회방위의 차원에서 격리수용이야말로 보호감호의 실제적 목적이라는 견해가 나올 수도 있다.⁵⁶⁾ 그러나 이러한 상습누범자 내지 상습범죄인이 모두 개선불가능이라고는 단언할 수 없다. 결국은 분류제도의 과학화·전문화를 통하여 개선가능한 자와 개선이 불가능한 자를 가려내고, 그 결과 개선가능한 상습누범자에 대하여는 재범위험성을 제거하고 사회복귀를 추진하기 위하여 집중적인 노력이 요구되는 것이다. 한편 개선이 곤란한 위험한 상습누범자의 경우에는 사회의 안전을 위하여 격리수용의 필요성이 강조될 수밖에 없다.

따라서 개선가능한 상습누범자 또는 범죄인에게는 '교정처우'에 치중한 보호감호 처분과 개선이 곤란한 상습누범자 또는 범죄인에게는 '격리수용'에 치중한 보호감호 처분의 이원적 제도운영의 필요성이 제기된다.⁵⁷⁾ 실제로 청송보호감호소의 옆에 초중구급시설인 청송 제2교도소가 개설된 바 이에 따라 보호감호처분의 이원적 운영의 적극적 검토가 가능하다.

(2) 보호감호처분 제도의 운영이 실효성을 거두기 위하여는 수용시설을 가급적 소규모로 분산하고 또한 가능한 산업시설이 많은 중·대도시와 가까운 장소에 설치하여야 한다. 이는 보호감호소에서의 처우는 사회적응능력 배양에 중점을 둔 직업훈련강화 등의 효율적인 실시가 요구됨에 그 이유가 있다. 종래 구금제도의 미비점을 보완 내지 대응하는 제도로써 될 수 있는 대로 일반사회에 접근시키고 또 사회

56) 이러한 예로서는 미국의 소위 선택적 무력화(Selective incapacitation; Unschädlichmachung)를 들 수 있다.

57) 임웅, "누범수형자의 효율적 관리방안", 형사정책연구 제3권 제1호, 1992, 252쪽 이하 참조.

와 교통케 하여 사회접근을 쉽게 하려는 처우의 사회화 경향을 들 수 있다.⁵⁸⁾

이러한 취지에서 보호감호에서 무엇보다 시급한 개선은 개방시설에서의 처우이다. 전통적인 시설처우에서 탈피하여 수형자에 대한 형벌의 인도주의와 형벌의 교정효과 및 형벌의 경제성 등의 관점에서 수형자의 자율적 생활이 허용되는 제도이다. 개방적 처우가 수용자의 사회 재적응과 신체적·정신적 건강촉진에 유익하고, 교도작업과 직업훈련의 운영에 효율적이라는 것은 1955년 제네바에서 개최된 제1회 유엔범죄방지 및 범죄자 처우회의에서 채택된 '개방시설에 대한 권고결의안'에서 강조되었다. 보호감호의 시행에 있어서도 개방적 처우를 실시하여 수용정원 300~500명의 소규모 보호감호소를 도시 근교에 설치 운영하는 방안이 강구되어야 하겠다. 이러한 토대에서 외부 기업체 통근 작업 등을 실시할 수 있고, 그를 통하여 피보호감호자의 사회적응력을 배양할 수 있을 것이다.

(3) 보호감호소 조직의 합리화가 요구된다. 보호감호소의 조직과 관련하여, 일반 교도소와 보호감호소의 직원들의 차이점을 고려하여, 특히 보호감호소 직원들의 전문화가 요구된다. 현행의 조직운영의 구조는 보호감호소 자체의 직원의 인사·조직·운영 등은 법무부 교정국에서 실시하고 있으며, 피보호감호자들의 가출소 업무 등은 법무부 보호국에서 실시하고 있다. 이에 혼란을 제거하기 위하여 업무의 일원화가 요구된다.

(4) 행형시설에서의 교육의 주된 목적은 수형자를 교정·교화하여 건전한 국민사상과 근로정신을 함양하고 기술교육을 실시하여 사회에 복귀하게 하는 것이다(행형법 제1조 참조). 현재 보호감호소에서 실시하고 있는 정신교육, 종교교육, 학과교육 및 직업훈련에 대한 문제점은 일반적인 교정교화에 있어서 제기되는 문제점과 유사하다. 이에 그 문제점과 개선방안을 다음과 같이 간단히 살펴 본다:

첫째, 교육의 개선과 체계적 운용이 요구된다. 현재 시행중인 학과교육은 거의가 검정시험을 대비하기 위한 체제로 되어 있으며, 그 혜택 또한 일부 희망자에게 한정되어 있는 등 피보호감호자에 대한 전반적인 학과교육은 실효를 거두지 못하고

58) 사회내처우에 관한 자세한 내용은 오영근, 범죄인의 사회내처우에 관한 연구- 미국의 사회복귀이론과 제도를 중심으로, 서울대학교 법학박사학위논문, 1988 참조.

있다. 따라서 현재의 검정시험 위주의 교육방식을 과감히 탈피하여 초·중·고등 과정교육에 더욱 치중하여 내실화를 기해 교육의 혜택을 받고자 하는 피보호감호자는 빠짐없이 받도록 하여야 할 것이다. 이와 아울러 교육시설과 교육환경에 과감한 투자가 있어야 하겠다. 피보호감호자의 자립·자활의지 및 준법정신의 함양을 목적으로 하는 정신교육과 도덕성을 회복하여 진실한 삶을 영위토록 함에 목적을 둔 종교교육을 위하여 지도력과 덕망을 갖춘 전문가를 확보하는 것이 중요한 과제라 하겠다. 한편 학과교육의 강사부족의 해결 및 내실화를 위하여는 외국의 예와 같이 교사, 심리사, 사회사업사 등으로 세분하여 교사에게는 학과교육만을 전담케 하는 방안이 검토되어야 할 것이다.

둘째, 사회적응교육의 강화가 절실하다. 보호감호소에 수용되어 있는 피보호감호자의 특성으로 보아 학과교육 외에도 사회교육과정이 강화되어야 한다. 피감호자가 출소후 사회에서 직면하는 제문제를 원활히 해결할 수 있도록 대인관계의 능력을 배양하고 건전한 사회인으로 육성시키기 위하여는 사회견학 등을 통한 사회적응교육이 강화·실시되어야 할 것이다. 보호감호소의 교육은 대부분이 시설내 교육으로 실시되고 있다. 시설내 교육과 훈련의 결함을 보완하기 위하여 감호시설의 근처에 있는 사회교육기관과 결연을 통하여 더욱 효과적인 사회적응교육을 실시할 수 있을 것이다.

셋째, 직업훈련이 개선되어야 하겠다. 보호감호소에서의 직업훈련은 새로운 기술의 습득보다는 취업에 도움이 되지 못하는 사양 직종에 대한 훈련에 그치고 있다. 오늘날 고도산업화의 추세에 비추어 효과적인 직업훈련의 실시를 위해서는 취업유망직종의 개발, 우수한 직업훈련교사의 확보, 외부출장 직업훈련의 강화, 직업훈련 시설 및 장비의 과감한 투자를 비롯하여 훈련수료생의 사후지도 등이 고려되어야 할 것이다.

(5) 여기에서는 보호감호대상자의 처우의 한 방법으로써 사회치료처우의 도입에 대하여 살펴보고자 한다.⁵⁹⁾ 사회치료는 의학적, 심리학적, 사회학적, 교육학적 등 오늘날 생각할 수 있는 모든 가능한 방법에 의해 범죄행위를 사회행동의 과정에서 떨

59) 이에 대하여는 장규원, "독일형법 제65조의 삭제와 상습누범자의 대책", 형사정책연구소식(통권 제 16호), 1993, 8쪽 이하 참조.

수 있는 한 정상화(사회화) 시키며, 사회복귀를 적극적으로 돕고 나아가 재범방지를 목적으로 한다. 사회치료는 개개의 대상자가 사회생활 집단에서 다른 사람과 관계하면서 그 사람에 대한 문제점이나 결함을 스스로 자각하여 서서히 자력으로 생활을 극복할 수 있도록 하는 생활극복기술(Lebensbewältigungstechnik)을 습득시켜 건전한 생활을 유지할 수 있도록 도와주며 인도하는 것이라고 말한다. 사회치료의 방법에는 정신분석치료, 정신요법, 진단요법, 행동요법, 접촉요법, 작업요법, 약물요법, 음악요법 등을 들 수 있다.⁶⁰⁾ 사회치료의 개념은 그 치료방법의 다양성과도 같이 상당히 폭넓다는 것을 알 수 있다. 결국 사회치료는 범죄인의 사회복귀를 도와주는 처우 목적에 따라 그들의 행동 또는 사고 변화에 대응하기 위한 모든 방법의 종합 개념이라 설명할 수 있다.⁶¹⁾

독일에서는 1960년대 형법개정작업에서 소위 대안과 교수들에 의하여 제안된 '사회치료시설에의 수용'이라는 새로운 제도를 입법화함으로써 처우가 곤란한 사람에 대하여 대처하고자 하였다.⁶²⁾ 그 대상자는 ① 중대한 인격장애에 따른 상습누범자, ② 위험한 성적 충동범, ③ 재범위험성이 있는 미성년 범죄자, ④ 정신장애범죄자의 4가지 행위자로 하였다. 사회치료처우의 실시는 그 근거조문인 형법 제65조의 삭제에 의해 소위 '보안처분에 의한 해결'(Maßregelösung)이 포기되었으나, 독일 행형법 제9조에 의한 이른바 형의 '집행에 의한 해결'(Vollzugslösung)에 의하여 계속되고 있는 제도이다.

사회치료처우의 기본은 이른바 사회치료법을 통해 중한 폭력성 누범자에 대하여 가능한 짧은 기간 동안에 폐쇄시설 내에서의 처우를 회피하면서 개방적인 분위기 속에서 지역사회의 협력아래 일반사회의 각종 시설이나 기관을 활용하여 사회복귀의 추진을 목표로 한다. 이를 위하여 다음의 기본원칙을 정하고 있다. ① 선고받은

60) Göppinger, a.a.O., 1980, S.411.

61) 사회치료라는 용어는 형법, 형사정책 분야에서는 비교적 새로운 개념이다. 그러나 이의 개념은 1947년에 이미 빅터 본 바이체커(Viktor von Weizsäcker)에 의해 논의되기 시작 하였다; Steller, Sozialtherapie statt Strafvollzug, 1977, S.11ff. 참조. 그는 이 개념을 환자의 사회환경을 바꾸는데 도움이 되는 정신요법적 방법으로 이해하였다. 그러나 당시에는 '사회치료'를 이용하여 범죄자를 처우한다는 발상에는 이르지 못하고, 1966년 형법개정대안 제69조에 '사회치료시설에의 수용'(Die Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt)이 새로운 개선처분의 하나로 제안된 이래 형사법 영역의 용어로서 사용되었다(Alternativ-Entwurf eines StGB, A.T., 2.Auf., 1969, S.133ff. 참조).

62) 사회치료시설 수용처분은 정신병원에서의 수용(제63조), 금단시설에서의 수용(제64조), 보호감호시설에서의 수용(제66조)과 함께 자유박탈적 보안처분의 하나로서 구상하였다.

형기내에서 가능한 한 유효하면서 또한 집중적인 처우를 실시하며, 처우결과의 좋고 나쁨으로 형기의 연장 또는 단축을 하지 않는다. ② 치료상 필요하다 하여 확실치 않은 기간처우는 지양한다. ③ 특별한 신뢰관계, 부담, 자주성을 전제로 한 치료에 대해서는 대상자의 동의에 따라 비상근 치료전문가에게 의뢰한다. ④ 교육적인 면에서 집단 마라톤회의 등을 통하여 보다 적극적인 인간관계를 경험시킨다. ⑤ 작업, 교육프로그램, 공동생활, 여가시간에 관한 계획은 사전에 구체적으로 결정하게 한다. ⑥ 사회훈련, 학과교육, 시설내부에서의 치료처치 등에 대해서는 대상자 모두가 시간적으로도 충분히 그리고 끝까지 해낼 수 있는 기간을 설정한다.

사회치료처우의 제1단계는 폐쇄시설에 수용한다. 수용인원과 직원수는 거의 비슷한 비율로 한다. 이 단계에서는 과거의 생활태도 등에 관하여 총점검하고 아울러 장기적이고 안정적인 미래의 생활설계의 확립이 중심이 된다. 처우의 두 번째 단계는 개방시설에서의 처우이다. 즉 대부분의 수용자는 자매시설이라고 하는 개방시설로 이송된다. 자매시설수용 규칙에 반할 경우에는 중앙시설로 보내어진다. 제2단계에서는 개방적 분위기 속에서 수용자의 완전한 자립을 그 처우 목표로 한다. 따라서 가능한 일반 노동자와 동일한 노동조건, 임금조건으로 취업을 시킨다거나 작업훈련을 시킨다. 제3단계에서는 남은 형기 동안 보호관찰에 진행된다. 물론 이 기간 중에도 대상자가 희망한다면 교육, 직업훈련, 여가시간 활동에 대한 원조를 제공한다. 이렇듯 사회치료처우에서 피하는 것은 폐쇄시설에서의 처우기간을 단축하고 개방적 분위기에서의 사회 복귀를 목표로 한다는 점에 있다.

사회치료처우를 우리의 형행에 도입한다고 한다면, 특히 상습누범적 경향을 갖고 있는 범죄자에 대한 처우의 한 가지 실험으로써 보호감호소에서 이 처우를 실시해 본다면 어떻게 될까? ‘꿈과 같은 이야기’라고 하여 구태의연한 형사정책에 만족하고 있을 것이 아니라 본다. 꿈과 같다고 생각할 수 있는 구상을 하나씩 구체화 해나가는 것이 수형자를 위한 처우와 사회 안전과의 조화를 겨냥한 형사정책을 이끌어 낼 수 있을 것이다.

참고문헌

- 국가보위입법의회, 국가보위입법회의통과법률집(제1집), 1981.
- 문부식, 잃어버린 광기를 찾아서- 광기의 시대를 생각함, 삼인, 2002.
- 박현희, “보호감호업무의 소고”, 교정 (3월호), 1999.
- 법무부, 외국의 보안처분제도 연구 (법무자료 제167집), 1992.
- 법무부, 형법개정법률안 제안이유서(형사법개정자료 XIV), 1992.
- 법무부 교정국, 교정행정 개선, 2003.
- 송문호, “사회보호법상 보호감호에 대한 비판적 고찰”, 형사법연구 (제13호), 한국형사법학회, 2000.
- 오영근, 범죄인의 사회내처우에 관한 연구- 미국의 사회복귀이론과 제도를 중심으로, 서울대학교 법학박사학위논문, 1988.
- 오영근/최병각, 부정기형제도에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1993.
- 유해정, “사회보호법, 왜 인권의 문제인가”, 사회보호법 무엇이 문제인가? 토론회 자료집, 사회보호법 폐지를 위한 공동대책위원회, 2003 (<http://antiprison.org>).
- 이승호, 우리나라의 보안처분류 제재체계에 대한 비판적 검토- 처분대상자의 관점에서, 서울대학교 박사학위논문, 1991.
- 이재상, 보안처분의 연구, 법문사, 1978.
- 이재상, 사회보호법론, 경문사, 1981.
- 임웅, “누범수형자의 효율적 관리방안”, 형사정책연구 (제3권 제1호), 한국형사정책연구원, 1992.
- 장규원, “독일형법 제65조의 삭제와 상습누범자의 대책”, 형사정책연구소식 (통권 제16호), 한국형사정책연구원, 1993.
- 장규원, 보호감호의 실태와 개선방안, 한국형사정책연구원, 1993.
- 정봉교, “피보호감호자의 처우실태와 개선방안”, 제8회 학술회의발표회 자료집, 한국교정학회, 1994.
- 하태훈, “현행 보안처분제도의 문제점과 개선방안”, 형사정책 (제5호), 한국형사정책학회, 1990.

- 하태훈, "형법개정안의 보안처분제도에 대한 평가", 형사정책연구 (통권 제10호), 한국형사정책연구원, 1992.
- 한영수, 사회보호법상의 보호감호제도와 독일 보안감호(Sicherungsverwahrung)제도의 비교고찰, 사회보호법 무엇이 문제인가? 토론회 자료집, 사회보호법 폐지를 위한 공동대책위원회, 2003 (<http://antiprison.org>).
- Chang, Gyu-Won, Rückfall und Strafzumessung. Rechtsvergleichende Untersuchung zur Behandlung des Rückfalls im deutschen und koreanischen Strafrecht und kritische Studie zur Strafschärfung wegen Rückfalls, 1993
- Göppinger, H., Kriminologie, 4.Aufl., 1980.
- Jakobs, G., Strafrecht. A.T., 2.Aufl., 1991.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5.Aufl., 1996.
- Kaiser, G., Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise? 1990.
- Lenckner, Th., Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, In: Göppinger/Witter (Hrsg.), Handbuch der forensischen Psychiatrie I, 1972.
- Liszt, Franz von. Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik, In: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd.2 (1892-1905), 1905.
- Roxin, C., Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I, 1992.
- Schönke, A./H. Schröder/W. Stree, Strafgesetzbuch. Kommentar, 24.Aufl., 1991.

보호감호제도 세미나 자료집

우리나라 보호감호제도의 현황과 개선방향

발행인 / 이 재 상

발행처 / 한국형사정책연구원
서울시 서초구 우면동 142
전화 (02) 575-5282~9
팩스 (02) 571-7488

발행일 / 2003년 6월 30일

등 록 / 1990.3.20. 제21-143호

인 쇄 / 성민기업(주) (02) 571-5700

※ 본서 내용의 무단복제를 금함

[비매품]