

2003년도 국가인권위원회  
인권상황 실태조사 연구용역 보고서

## 사회보호법상 보호감호제도 실태연구

[연구책임자 : 송 문 호]

대구가톨릭대학교

# 사회보호법상 보호감호제도 실태연구

국가인권위원회 2003년도 인권상황 실태조사보고서를  
제출합니다.

2003. 12

연구책임자 : 송문호(대구가톨릭대학교)

공동연구원 : 장유식(참여연대)

오창익(인권실천시민연대)

# 목 차

제1장. 서론: 연구의 목적과 필요성 및 연구방법(송문호) .....	1
I. 연구목적 .....	1
II. 선행연구 및 관련연구 분석 .....	3
III. 연구방법 .....	3
1. 문헌연구를 통한 법이론적 고찰 및 외국의 실태파악 .....	3
2. 현지실태조사 등 실증적 연구 .....	4
제2장. 보호감호에 대한 일반이론과 실태(송문호) .....	7
제1절. 보호감호제도의 근본취지와 입법사 .....	7
I. 보호감호의 개념과 근본취지 .....	7
II. 보호감호의 입법사와 발달과정 .....	10
1. 사회보호법상 보호감호의 입법사적 개관 .....	10
2. 독일 보호감호의 입법사적 개관 .....	12
제2절. 보호감호처분과 피보호감호자 일반적 수용현황 .....	14
I. 보호감호처분에 관한 법규정개관 .....	14
1. 보호감호의 요건 .....	14
2. 보호감호처분 절차 .....	15
3. 보호감호의 집행 .....	17

<b>II. 피보호감호자 일반적 수용현황과 교정공무원 현황</b> .....	19
1. 연도별 피보호감호자 수용현황 .....	19
2. 집행 기간별 수용현황 .....	20
3. 죄명별 수용현황 .....	21
4. 남·녀 피보호감호자 수용현황 .....	22
5. 감호소별 범수별 수용현황 .....	24
6. 감호소별 연령별 수용현황 .....	26
7. 감호소별 학력별 수용현황 .....	29
8. 가족관계 .....	31
9. 입소전 직업 .....	33
10. 입소전 경제적 생활수준 .....	34
11. 보호감호소에 근무중인 교정공무원 정원현황 .....	35
<b>제3절. 사회보호법상 보호감호의 실제법적 분석</b> .....	36
<b>I. 보호감호부과의 원인행위</b> .....	36
1. 보호감호부과의 법률상 요건과 입법형식 .....	36
2. 보호감호부과 원인범죄의 죄명별 실태 .....	37
3. 보호감호부과 원인범죄의 합리적 입법을 위한 가이드라인 .....	51
<b>II. 재범의 위험성예측</b> .....	54
1. 보호감호부과의 실질적 요건 - 일반론 .....	54
2. 재범위험성 판단의 실태 - 기출소와 재범률을 중심으로 .....	58
<b>제4절. 사회보호법상 보호감호의 절차법적 분석</b> .....	63
<b>I. 사회보호위원회의 문제</b> .....	63
<b>II. 감정인제도(Sachverständiger)</b> .....	64
<b>III. in dubio pro reo</b> .....	65

제5절. 형사법 전체 체계내에서의 보호감호제도에 대한 검토 .....	66
I. 상습범 및 누범을 규율하는 현행법체계 .....	67
II. 판례의 현행법 적용태도 .....	68
III. 상습범 및 누범에 대한 기존의 논의와 그 평가 .....	70
IV. 근본적인 문제점들에 대한 검토 .....	72
제6절. 보호감호에 대한 외국법 및 실태에 관한 비교고찰 .....	76
I. 머리말 - 형법상 이원주의 국가 .....	76
II. 스위스의 법적 상황과 발전과정 .....	77
1. 스위스 보호감호의 발전과정 .....	77
2. 스위스 보호감호의 현재상황 .....	80
3. 스위스 보호감호의 개정논의와 소결 .....	83
III. 오스트리아의 법적 상황과 발전과정 .....	86
1. 오스트리아 보호감호의 발전과정 .....	86
2. 오스트리아 보호감호의 현재상황과 소결 .....	90
IV. 독일의 법적 상황과 발전과정 .....	91
1. 독일 보호감호의 법적 상황 .....	92
2. 독일 보호감호의 발전과정 .....	93
V. 형법상 이원주의 국가들에 대한 소결 .....	97
VI. 네덜란드의 법적 상황과 발전과정 .....	98
1. 네덜란드 TBS시설의 법적 상황과 발전과정 .....	98
2. 네덜란드 TBS시설 위탁처분의 현재상황 .....	109
3. 비교적 관점에서의 맺음말 .....	114
VII. 미국의 경우와 기타 주요국가 .....	115

제3장. 청송보호감호소의 생활과 처우 (오창익) .....	120
I. 청송보호감호소의 소방 방재 시스템 .....	120
1. 소화기 비치 현황과 화재시 대응 .....	120
2. 화재 발생시 대처 요령과 능력에 대한 점검 .....	122
3. 소결 .....	122
II. 청송보호감호소의 위치와 입지 .....	123
III. 청송보호감호소의 각 시설의 조명과 난방 .....	124
IV. 피감호자들의 건강과 진료 .....	126
1. 옥외운동 .....	126
2. 진료 .....	127
V. 근로보상금의 지급과 사용 .....	128
VI. 생활 거실(사방)의 실태와 문제 .....	131
VII. 교화 프로그램의 운용 .....	132
VIII. 피감호자들의 생활 .....	135
IX. 외부와의 교통 .....	140
제4장. 보호감호제도의 현실적 위상과 문제점 .....	146
제1절. 보호감호에 대한 의식과 현실적 문제점 (송문호) .....	146

<b>제2절. 개별조사 및 대표적 인권침해 사례 (장유식)</b> .....	153
1. 주요한 사건들 .....	153
2. 피감호자에 대한 인권침해 사례 .....	156
3. 출소자들의 사회정착 현황 .....	164
<b>제5장. 사회보호법상 보호감호제도에 관한 해결방안</b> .....	170
<b>제1절. 획기적 개선론 (송문호)</b> .....	170
I. 보호감호제도의 현재의 위상 .....	170
II. 문제의 출발 - 상습범과 누범의 문제 .....	171
III. 현행 보호감호제도의 문제점과 평가 .....	173
IV. 보호감호제도 또는 형벌가중? .....	174
V. 맺음말 - 보호감호제도의 획기적 개선방향 .....	178
<b>제2절. 보호감호 폐지론 (장유식, 오창익)</b> .....	179
I. 의견 제출경위 .....	179
II. 보호감호제의 실태 .....	179
1. 보호감호제의 역사 .....	180
2. 피보호감호자 통계 일반 .....	180
3. 피보호감호자들에 대한 처우 .....	181
III. 보호감호제의 위험성 검토 .....	185
1. 개요 .....	185

2. 보호감호집행의 현실에서 본 위헌성 검토 .....	186
<b>IV. 보호감호제도 존재론 .....</b>	<b>187</b>
1. 개요 .....	187
2. 보호감호개선론 .....	187
3. 보호감호폐지론 .....	189
4. 소결 .....	190
<b>V. 결론 .....</b>	<b>190</b>
<b>제3절. 餘論 : 사회보호법 대체법안 ‘치료보호법’</b>	
<b>(최용규 의원 대표발의)에 대한 의견 (장유식) .....</b>	<b>191</b>
1. 제안 이유 .....	191
2. 개정안의 의의 .....	191
3. 개정안에 대한 평가 .....	191
4. 결론 - 원칙적 찬성 .....	194
<b>부록 1 : 사회보호법 전문 .....</b>	<b>197</b>
<b>부록 2 : 설문지 2종 .....</b>	<b>208</b>
<b>부록 3 : 분류지표 견본 .....</b>	<b>222</b>
<b>부록 4 : 대체법안(최용규 의원 대표발의) .....</b>	<b>223</b>
<b>참고문헌 .....</b>	<b>238</b>



# 표 목 차

<표 1-1> 감호소별 피보호감호자 설문조사 인원 .....	5
<표 1-2> 감호소별 교정공무원 설문조사 인원 .....	5
<표 1-3> 분류지표 표본조사인원 .....	5
<표 2-1> 연도별 피보호감호자 수용현황 .....	19
<표 2-2> 연도별 감호집행 기간별 수용인원 .....	20
<표 2-3> 죄명별 수용인원 .....	21
<표 2-4> 제1감호소 남녀 피보호감호자 수용현황 .....	22
<표 2-5> 제2감호소 남녀 피보호감호자 수용현황 .....	23
<표 2-6> 피보호감호자의 前科回數別 현황(1986년~2001년) .....	24
<표 2-7> 제1감호소 범수별 수용현황 .....	25
<표 2-8> 제2감호소 범수별 수용현황 .....	25
<표 2-9> 제1감호소 연령별 수용현황 .....	26
<표 2-10> 제2감호소 연령별 수용현황 .....	26
<표 2-11> 피보호감호자의 상세연령현황 .....	27
<표 2-12> 제1감호소 학력별 수용현황 .....	29
<표 2-13> 제2감호소 학력별 수용현황 .....	29
<표 2-14> 피보호감호자의 학력현황 .....	30
<표 2-15> 피보호감호자의 입소전 결혼 상태 .....	31
<표 2-16> 입소 직전 피보호감호자의 동거인 현황 .....	32
<표 2-17> 피보호감호자의 감호소 수용 중 이혼 등의 가족해체 경험여부 .....	33
<표 2-18> 피보호감호자의 입소전 직업현황 - 피감호자 직업범주 현황 .....	33
<표 2-19> 피보호감호자의 입소전 생활수준현황 .....	34
<표 2-20> 보호감호소 교정공무원 정원현황 .....	35
<표 3-1> 1987년과 2003 대비 죄명별 수용현황 .....	38
<표 3-2> 피보호감호자의 본범(원인범죄) 죄명현황 .....	39

<표 3-3> 피보호감호자의 범죄 수 현황 .....	40
<표 3-4> 조사인원현황 .....	41
<표 3-5> 최초범행 연령 .....	41
<표 3-6> 범죄회수 .....	42
<표 3-7> 전과형기 .....	43
<표 3-8> 감호유형 .....	43
<표 3-9> 재범기간 .....	44
<표 3-10> 병과형기 .....	44
<표 3-11> 죄 명 .....	45
<표 3-12> 범죄동기 .....	46
<표 3-13> 반복정도 .....	46
<표 3-14> 흉기 및 도구사용 .....	46
<표 3-15> 공범여부 .....	47
<표 3-16> 피해정도 .....	48
<표 3-17> 검거유형 .....	49
<표 3-18> 보호감호처분시 수사 및 재판과정에서 정신과의사나 심리학자 등 전문가의 감정 여부 .....	58
<표 3-19> 연도별 감호집행 기간별 가출소 인원 .....	59
<표 3-20> 연도별 죄명별 가출소 인원 .....	60
<표 3-21> 연도별 범죄횟수별 가출소 인원 .....	61
<표 3-22> 제1감호소 출소자 3년 이내 재범률 .....	62
<표 3-23> 제2감호소 가출소자 재범률 .....	62
<표 4-1> 1942년에서 1971년까지 스위스 보호감호부과현황 .....	78
<표 4-2> 1972년이후 스위스 보호감호부과현황 .....	82
<표 4-3> 오스트리아 보호감호부과현황 .....	89
<표 4-4> 1950년~2000년 독일보호감호부과현황 .....	94
<표 4-5> 보호감호부과자의 범죄별 평균 犯行數와 刑罰宣告數 .....	96
<표 4-6> 1970년~1987년 TBR부과와 집행상황 .....	100

<표 4-7> 1988년~1992년 TBS부과와 집행상황 .....	107
<표 4-8> 1990년~1999년 TBS위탁처분 집행상황과 현황 .....	111
<표 4-9> 위탁처분 피수용자의 특징들 .....	112
<표 5-1> 청송 제 1감호소 소화기 비치 현황 .....	121
<표 5-2> 청송 제 2감호소 소화기 비치 현황 .....	121
<표 5-3> 피보호감호자의 면회횟수 .....	123
<표 5-4> 외부통근의 활성화정도 .....	124
<표 5-5> 조명상태 .....	125
<표 5-6> 종이봉투 공장의 1개월치 근로보상금 지급 내역 .....	128
<표 5-7> 생활용품의 지급 내역과 기준 .....	130
<표 5-8> 일과표 비교 .....	136
<표 5-9> 피감호자가 생각하는 보호감호소와 일반교도소 생활과의 차이 .....	136
<표 5-10> 피감호자가 생각하는 보호감호소가 교도소보다 못한 점 .....	137
<표 5-11> 피감호자가 생각하는 보호감호소가 교도소보다 나은 점 .....	137
<표 5-12> 피감호자가 생각하는 보호감호소내 수용생활 .....	138
<표 5-13> 피감호자가 생각하는 보호감호소의 생활수칙과 규율 .....	138
<표 5-14> 피감호자가 생각하는 생활수칙과 규율적용 .....	139
<표 5-15> 피감호자의 전화, 서신왕래, 접견 등의 외부와의 교통회수 .....	140
<표 5-16> 피감호자의 면회횟수 .....	140
<표 5-17> 피감호자에게 가장 자주 면회를 오는 사람(택일) .....	141
<표 5-18> 피감호자의 편지발신 횟수 .....	141
<표 5-19> 피감호자의 편지발신대상(택일) .....	142
<표 5-20> 피감호자의 편지수신 횟수 .....	142
<표 5-21> 피감호자의 편지수신대상(택일) .....	143
<표 5-22> 피감호자의 외부에 전화사용횟수 .....	143
<표 5-23> 피감호자의 전화사용대상(택일) .....	144
<표 5-24> 피감호자 가족의 감호소 수용사실 인지 여부 .....	144
<표 6-1> 피보호감호자 본인이 현재 가장 걱정하는 사항 .....	146

<표 6-2> 피보호감호자 본인이 출소후 겪게될 가장 어려운 문제 .....	147
<표 6-2-1> 교정공무원이 생각하는 피보호감호자들이 출소 후 겪게 될 가장 어려운 문제 ...	148
<표 6-3> 피보호감호자가 생각하는 보호감호의 기능 중 가장 중요한 것 .....	148
<표 6-3-1> 교정공무원이 생각하는 보호감호기능 중 가장 중요한 것 .....	149
<표 6-4> 피보호감호자의 보호감호제도 폐지의 논의에 대한 의견 .....	150
<표 6-4-1> 교정공무원의 보호감호제도 폐지의 논의에 대한 의견 .....	151
<표 6-5> 피보호감호자가 생각하는 현행 보호감호제도의 개선시 가장 시급한 문제 .....	151
<표 6-5-1> 교정공무원이 생각하는 현행 보호감호제도의 개선시 가장 시급한 문제 .....	152
<표 6-6> 보호감호제도가 범죄성향개선과 사회복귀에 기여하는지에 대한 교정공무원의 의견 .....	153
<표 7-1> 일과표 비교 .....	182
<표 7-2> 2003년 근로보상금 .....	183

## 요 약

사회보호법상 보호감호는 장래에 발생할 매우 위험한 범죄로부터 일반인을 보호하기 위해 사회보안에 초점을 맞춘 형법상 보안처분이다.

본 연구보고서는 현재 폐지론이 거세게 일고 있는 보호감호제도의 근본취지 및 정당성 그리고 법률적, 사실적 문제점 등에 대한 법이론적, 실증적 측면에서 사회보호법상 보호감호제도의 위상을 명확히 하고자 하였다.

이를 위해 보호감호집행의 실제적, 구체적 자료를 확보할 목적으로 2003년 11월 6일에서 8일 사이에 피보호감호자 전체를 대상으로 한 설문조사를 실시하였으며 동시에 보호감호소의 전체 교정직원을 대상으로 하는 설문조사 실시, 허용될 수 있는 범위내에서 보호감호소의 기록조사, 시설 및 운영에 관한 실태를 조사하였다. 이 과정에서 보호감호소내에서 활용하고 있는 분류지표도 조사의 대상에 포함시켰다.

또한 보안처분 및 보호감호에 대한 관련논문 및 판례 등 문헌을 검토, 분석하여 우리 대법원과 헌법재판소 판결들의 구체적 의미를 파악하고 그 해석의 정당성 여부를 판단하기 위해 국내외 문헌을 수집하여 분석하였다.

제2장에서는 먼저 보호감호제도의 근본취지와 입법사를 살펴본 후 보호감호소 제공 자료와 설문조사결과를 토대로 보호감호의 구체적 집행현황을 파악하고 정리하였다. 그리하여 실증적으로 파악된 자료를 근거로 보호감호의 집행현실에 대한 실제법적·절차법적 정당성을 규명하였다. 또한 외국 주요국가의 선진 법제도에 대한 고찰과 입법사 그리고 지금까지의 집행실태에 대한 비교고찰을 위해 주요국가들의 자료를 모아 우리의 현실과 비교하였다.

제3장에서는 현지실태조사과정에서 드러난 보호감호집행의 구체적 현실의 열악함과 반인권적 요소들을 다양한 측면에서 발견하고 정리하였다.

제4장에서는 보호감호제도에 대한 피보호감호자와 교정공무원의 의식과 보호감호소내의 생활에 있어 구체적 문제점들을 주로 설문조사결과를 근거로 정리하였으며 대표적인 인권침해사례들을 조사하여 정리하였다.

마지막으로 제5장은 위의 분석결과들을 종합적으로 고찰하고 현재의 보호감호제도에 대한 반인권적 요소들을 개선하기 위한 해결방안으로서 현 제도의 획기적인 개선책과 더 나아가 보호감호제도폐지를 위한 근거들을 정리하였다.

# 제1장. 서론: 연구의 목적과 필요성 및 연구방법(송문호)

## I. 연구목적

나라마다 차이는 있지만 사회보호법상 보호감호의 원래 명칭은 보안감호(selective-incapacitation, Sicherungsverwahrung)이다. 즉 장래에 발생할 매우 위험한 범죄로부터 일반인을 보호하기 위해 사회보안에 초점을 맞춘 형법상 특별조치인 것이다.

위험한 범죄인으로부터 선량한 시민을 보호하는 것은 형법 또는 국가의 중요한 임무이다. 그러나 형법의 법효과는 개인의 자유와 권리를 침해하는 정도가 막대하여 개인의 존재근거를 말살시킬 수 있을 만큼 그 위력이 대단하므로 항상 신중하여야 하며 법윤리적으로 정당성을 확보하는 노력을 끊임없이 기울여야 한다. 이러한 맥락에서 보호감호는 국가를 막론하고 인권침해 등 가장 논란이 심한 법제도 중의 하나이다. 그러나 보호감호의 문제점은 그 제도 하나의 문제가 아니라 범죄예방 또는 상습누범을 겨냥한 형사법체계 전체의 문제이기도 하다.

우리 형법은 이미 잘 알려져 있다시피 구일본형법과 1940년 일본형법개정초안을 근거로 만들어져 계속 이어져오다 1995년 최소한 부분개정에도 불구하고 현재 일본에도 찾아보기 힘든 군국주의적 색채가 아직 없어지지 않았다. 또한 우리는 서구가 겪은 형법에 있어 개선사상의 르네상스 등 형법의 인도주의적 변화를 겪지 않았다. 오히려 정반대로 범죄와의 전쟁 등을 선포하며 무서울 정도로 무거운 형벌을 규정한 형사특별법을 계속 양산해왔다. 그러나 우리 사회에 범죄가 줄었다는 통계를 아직 본 적이 없다.

이러한 맥락에서 볼 때 우리의 사회보호법에 의한 피보호감호자 중 대부분은 단순절도 및 단순재산범이다. 현재 보호감호부과대상범죄인의 대부분을 차지하는 5~7회의 단순절도를 저지른 범죄인은 보호감호라는 형법상 비상조치를 내려야 할만한 우리 사회의 일반국민에 대한 매우 큰 위험요소인가에 대해서 숙고해보아야 한다. 오히려 낙인이론에 의하면 그들은 사회의 도움을 받아야 할 희생자들일 수도 있다. 오히려 우리가 형사법적으로 전혀 고려하지 않거나 무감각하게 여기거나 대비하지 못했던 곳에 더 큰 위험은 도사리고 있을지도 모른다.

우리 법제도의 모델이 되었던 유럽국가들도 본래 보호감호제도의 취지와는 달리 보호감호 시행초기 사실상 위험한 상습누범들을 규율하지 못하였고 피보호감호자의 많은 수가 단순재산범들이었다. 이는 현재 우리의 현재 보호감호상황과 매우 유사하

다. 따라서 1960년대 말에서 1970년대 초기에 보호감호제도를 규정하고 있었던 국가들에서는 위와 같은 현상은 비례성원칙에 반한다는 비판을 계속 받게 되었고, 이러한 정당한 비판들을 입법자와 실무가 고려하여 형법개정과 실무의 소극적 적용을 유도하였다. 이러한 외국의 역사적 발전과정은 현재 보호감호의 위헌성과 폐지론이 일고 있는 우리의 보호감호제도에도 중요한 참고자료가 될 것이다.

또 한 가지 중요한 사실은 유럽국가들의 경우, 독일 나찌정권의 일정한 시기를 제외하고는 보호감호가 도입되어 우리의 경우처럼 현재까지 4~5천명에서 1500여명수 준으로 대규모로 집행된 적은 없었다. 우리의 경우 상습누범이라는 보호감호와 동일한 범죄인그룹을 겨냥한 상습범가중처벌규정과 누범가중처벌규정이 존재하고, 위 세 가지 제도가 중첩적으로 적용되는 현실을 감안한다면 더욱더 부당하다. 이는 범죄에 대한 우리의 진압적, 예방적 사고를 잘 대변해준다. 무조건적인 진압은 범죄예방의 근본적 해결책이 될 수 없다는 것은 형법의 역사가 말해주며 범죄예방은 형사제재의 효과일 뿐 목적은 될 수 없다.

개별예방사상의 대표적인 제도로써 보호감호는 그 속성상 특별(개별)예방사상의 태생적 취약점인 해결될 수 없는 범죄예측의 어려움, 특별하고 적절한 집행시설의 부재, 집행기간의 부정기적 속성, 범죄예방의 효율성이 미미하고 불충분하다는 점 등의 현실적인 한계를 드러내왔고, 우리가 모델로 삼았다고 할 수 있는 독일 등 여타국가에서도 제기되었던 보호감호에 대한 위와 같은 보편적인 의구심들 역시 아직 극복되지 못하였다.

또한 현재 국가인권위원회에 사회보호법과 관련하여 약115건의 진정이 접수되어 있다고 알려져 있으며 그 대부분은 보호감호의 문제이다. 그동안 운영되어왔던 진압과 억압위주의 150여종에 달하는 형사특별법 중 사회보호법상 보호감호가 현재 대표적인 악법으로 평가되며 현재 폐지론과 개선론에 대한 의견이 다양하게 제기되고 있다.

따라서 본 연구보고서에서는 현재 폐지론이 거세게 일고 있는 보호감호제도의 제도의 원래 취지 및 정당성 그리고 법률적, 사실적 문제점 등에 대한 법이론적, 실증 사회과학적 측면은 물론이고 가능한 다양한 채널을 동원하여 사회보호법상 보호감호 제도의 위상을 전체 형사법체계에서 명확히 하고자 한다. 이를 위해 법윤리적으로 정당하면서도 공공의 이익과 개인의 인권이 조화되는 합목적적인 형사정책적 대안과 입법론적 모델을 찾기 위한 기초자료로 사회보호법의 운영상황 등 전반적인 실태조사를 하였다.

## II. 선행연구 및 관련연구 분석

보안처분(보호감호)은 독일과 한국 모두 쿠데타의 성격을 띤 정권교체에 국회입법과정을 거치지 않고 각각 내각과 국가보위입법회의에서 제정되었으며 특히 독일은 나찌시절, 한국은 오랜 독재기간 중 끊임없이 남용되었다. 그중 인권침해 논란이 가장 심했던 제도가 보호감호이다. 더욱이 그 동안 정치인과 입법자들은 문제해결에 있어 법보다는 대개 정치적 결단에 의존하다보니 운용하기 쉬운 행정법이나 특별법의 형식을 취함으로써 기존의 법이론에 포함하기 힘든 정치색이 강하고 애매한 성격의 법률들이 제정되었으며 그에 대한 경계와 저항의 표시로 학문적 감시기능을 수행하기 위해 형법상 보안처분(보호감호)에서 논의하는 법률들이 많아진 것이 사실이다.

또한 연구자가 부족하다보니 그동안 20세기 초반의 다소 진부하고 단면적인 이론적 기반 위에서 논의들이 소개되어왔고 - 예컨대 대인적, 대물적 보안처분 등의 설명 방식 - 그 결과 사회적·역사적 배경을 충분히 고려하지 않은 채 쏟아져 나오는 형사특별법들을 보안처분이론으로 논의하다보니 순화되지 못한 측면이 발견된다.

이에 더해 위험한 상습누범에 대처하기 위한 개별예방사상의 대표적인 법제도인 사회보호법상 보호감호가 많은 논란에도 불구하고 실시된지 20여년이 지난 현시점에서 경험적·실증적인 연구가 전혀 이루어진 경험이 없다는 사실은 보호감호제도에 대한 실제적 검증이 이루어지지 않고 있다는 반증이 된다.

## III. 연구방법

본 실태조사의 연구방법은 기본적으로 국내외문헌연구로 시작하여 그밖에 국가인권위원회의 도움을 받아 법무부, 청송보호감호소 등 관계기관의 실무통계자료와 함께 보호감호소의 피보호감호자와 보호감호소 직원을 대상으로 하는 설문조사 및 청송보호감호소 현지운영실태조사를 통해 획득한 자료를 활용하여 분석한다. 이를 기초로 사회학적·법치국가적 법이론적 측면에서 보호감호제도를 최종 분석하여 합리적 결론에 도달한다.

### 1. 문헌연구를 통한 법이론적 고찰 및 외국의 실태파악

본 연구는 우선 사회보호법상 보호감호제도에 대한 정확한 이해를 위하여 보안처



분 및 보호감호에 대한 관련 논문 및 판례 등 자료 일체를 검토, 분석하는 방법으로 연구를 시작하였다. 이를 통해 대법원과 헌법재판소 판결들의 구체적 의미를 파악하고 그 해석의 정당성 여부를 판단하기 위해 국내외 문헌을 최대한 수집하여 분석하고자 하였다.

이를 위해서는 지금까지의 국내문헌 및 입법사료를 조사하는 것이 우선이다. 그러나 이에 그쳐서는 현실적으로 서구법학의 수입국으로서 보편적 이성이 제도화된 법제도 연구의 한계가 있을 수 있다. 따라서 우리 법제도의 모델이 되었던 독일어권을 중심으로 한 유럽국가들과 영미법제도에 대한 비교연구가 필요하다. 왜냐하면 서구의 경우 우리가 현재 겪고있는 보호감호제도에 대한 경험적·법이론적 모순들을 30-40년 전에 이미 경험하였고 나름대로 그 극복방안들을 법제도화 하였으며 현재에도 계속 법치국가원리에 합치하는 형법체계를 수립하기 위한 각고의 노력을 기울이고 있기 때문이다. 그러므로 외국의 선진 법제도에 대한 고찰과 입법사 그리고 지금까지의 집행실태에 대한 비교고찰은 매우 중요하다. 이를 위해 주요국가들의 자료를 모아 우리의 제도적 현실과 비교하였다.

## 2. 현지실태조사 등 실증적 연구

본 연구의 기본적인 목적은 사회보호법상 보호감호제도 자체의 반인권적 성격을 규명하는 작업이다. 그러나 사회보호법상 보호감호는 많은 논란에도 불구하고 실시된 지 20여년이 지난 현시점에도 경험적·실증적인 연구가 전혀 이루어진 적이 없다. 이는 보호감호제도에 대한 실제적 검증이 이루어지지 않고 있다는 반증이 된다. 그 대표적인 경우가 보호감호집행의 비인도성이다. 이러한 사실은 출소한 사람들의 비공식적인 증언으로 세간에 알려지게 되었지만 아직 공식적이고 체계적인 조사는 이루어지지 않고 있다. 그 결과로 형벌과 다를 것이 없고 오히려 가혹하기까지 하다는 보호감호집행에 대해 이중처벌논란이 끊임없이 일게 되었고 그 인권침해여부를 이제 구체적 자료와 체계적 조사를 통해 밝혀야 할 필요가 있다고 판단하였다. 따라서 보호감호집행의 실제적, 구체적 내용과 성격을 파악하기 위해 2003년 11월 6일에서 8일 사이에 피보호감호자 전체를 대상으로 한 설문조사를 실시하였다. 전수조사를 목표로 하여 징벌방과 여자피보호감호자까지 포함하여 총1037명을 대상으로 한 설문조사를 실시하였다.

<표 1-1> 감호소별 피보호감호자 설문조사 인원

단위 : 백분율(명)

구 분	빈 도
제1감호소	62.1 (644)
제2감호소	37.9 (393)
합 계	100 (1037)

<표 1-2> 감호소별 교정공무원 설문조사 인원

단위 : 백분율(명)

구 분	빈 도
제1감호소	53.4 (226)
제2감호소	46.6 (197)
합 계	100.0 (423)

같은 맥락에서 본 연구자들은 보호감호소의 전체 교정직원을 대상으로 하는 설문조사 실시, 허용될 수 있는 범위내에서 보호감호소의 기록조사, 시설 및 운영에 관한 운영실태를 조사하였다. 이 과정에서 보호감호소내에서 활용하고 있는 분류지표도 조사의 대상에 포함시켰다. 법무부예규로서 분류처우 업무지침에 따른 분류지표는 서식이 간단함에도 불구하고 피감호자의 범죄전력과 행위양태에 대한 비교적 많은 정보를 담고 있어 청송보호감호소 현지실태조사시 전수조사를 희망하였으나 여러 현실적인 사정으로 약 반수에 가까운 총478명만을 표본적으로 분석할 수밖에 없었다.

<표 1-3> 분류지표 표본조사인원

단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
제1감호소	66.3 (317)
제2감호소	33.7 (161)
합 계	100.0 (478)

이와는 별도로 본 연구자들은 국가인권위원회의 도움을 받아 법무부, 청송감호소 등 국내자료 및 통계를 이용한 분석자료들을 확보하여 이를 토대로 공식적인 외부발

표자료와 실제 설문조사에서 분석, 검토된 자료를 비교하여 실제적 진실을 규명하고자 부분적으로 시도하였다. 또한 지금까지 획득한 외국 실무기관의 통계자료들과 가능하다면 가장 최근에 얻을 수 있는 자료까지 비교하여 국제적 추세 안에서 우리 보호감호제도의 정확한 위상을 파악해보고자 하였다.

## 제2장. 보호감호에 대한 일반이론과 실태 (송문호)

### 제1절. 보호감호제도의 근본취지와 입법사

#### I. 보호감호의 개념과 근본취지

형벌과 보안처분은 형법적 제재의 기초개념이다(소위 二元主義). 형벌에는 형법상 責任主義가 엄격하게 적용되므로 형벌은 책임을 근거로 하여 부과되고 책임의 양을 넘을 수 없다. 따라서 형벌은 책임무능력자나 한정책임능력자에 대하여는 처음부터 적용될 수 없거나 제한적으로 적용된다. 또한 계속 반복적으로 부과되는 고전적 의미의 형벌이 범죄예방의 효과를 전혀 달성하지 못하는 경우도 있다. 이러한 경우 행위자가 재범을 저지를 특별한 위험성이 있을 때 위협되는 장래의 범죄로부터 사회를 보호해야할 형사정책적 필요성이 제기된다.

보안처분이란 형벌로는 행위자의 사회복귀와 범죄의 예방이 불가능하거나 행위자의 특수한 위험성으로 인하여 형벌의 목적을 달성할 수 없는 경우에 형벌을 대체하거나 보완하기 위한 범죄예방적 성질의 목적적 조치를 말한다. 즉, 보안처분은 정신병자, 각종 중독자, 상습누범 등 형법상 책임의 한계를 넘어 위험한 범죄자에 대해 사회를 방위하기 위한 개별(특별)예방적 필요에 의해 근거지워진다. 형벌의 의미와 목적에 대한 논의가 다양한데 반해 보안처분은 행위자의 위험성과 관련하여 장래의 범행을 방지하기 위한 법효과 즉, 개별예방사상의 대표적인 법제도이다.

보호감호의 대상인 매우 위험한 상습누범의 존재한다는 데에는 의심이 없다. 이 세상에 비록 적은 수이긴 하지만 형법에 규정된 형벌을 집행한 후에도 계속 중한 범죄를 저지르는 부류의 사람들이 있으며 일반인에게는 중대한 잠재적 위협으로 인식되고 있다. 이렇게 일반인에게 매우 위협적인 소수의 위험한 범죄인그룹이 존재한다는 사실은 대부분의 범죄학자, 행형전문가 심지어는 형법폐지론자들도 인정하고 있고 다만 그 범위에 대한 의견대립이 있을 뿐이다.<sup>1)</sup>

---

1) Schumann, Karl F., Schutz der Allgemeinheit vor rückfallträchtigen Tätern durch >>selective incapacitation<< - eine Skizze zur Subversivität eines Strafprinzips, in: Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Bd. I, Lüderssen Klaus(hrsg.), S. 456 ff.

이러한 범죄인에 대처하기 위해 예로부터 범죄예방이라는 개별(특별)예방적 필요성을 충족시키려는 적절한 형법적 제재를 구하려는 노력은 나라와 문화에 따라 다양하게 나타나고 있으며 이렇게 본다면 어떠한 형식을 통하여 목적을 달성할 것인가의 논란은 본질적인 문제가 아닐 수도 있겠다. 그러나 소수의 매우 위험한 범죄인으로부터 일반인을 보호하기 위해 어떠한 제도와 형식을 취하고 운영하는가의 문제는 공공의 이익과 개인의 기본권의 충돌을 어떻게 조정하고 화해시킬 것인가에 대한 고민과 역사적 경험의 산물이다.

자유주의적 형법관이 확립되기 이전에는 위험한 상습범인에 대해서 우리나라와 서구<sup>2)</sup> 모두 대체로 매우 무거운 형벌을 과하였으며 무거운 형벌은 보호감호의 기능을 함께 가지고 있었다.

위험한 상습범인에 대해 현대 대부분의 국가가 대처하는 방식은 대체로 보안형으로서 무거운 형벌을 규정하는 방식과 형벌 외에 두 번째 형사제재로서 보호감호를 규정하는 방식이 있다. 우리 현행형법과 특별형법은 처벌의 정당화 근거가 서로 다르다고 생각한 때문인지 누범과 상습범 가중처벌규정을 명확히 구분하여 따로 두고 있으며 이에 더해 사회보호법은 상습누범에 대해서 형벌과는 별도로 보호감호처분을 과할 수 있도록 규정하고 있다. 판례도 이러한 형식적 사고를 충실히 따르고 있다.<sup>3)</sup>

위험한 상습누범을 규율하기위한 보호감호는 보안처분 중 가장 논란이 심하며 비난의 표적이기도 하다. 형벌과 병렬적으로 집행되는 경우 보통 간판사기(Etikettenschwindel)에 비유되며 역사적으로 볼 때 보안처분을 본격적으로 인정하였느냐 여부의 척도로 간주되기도 하였다. 즉, 슈토스(Stoß)가 스위스형법초안에 최초로 보안처분을 규정할 때 정신병자의 문제는 이미 각 주(Kanton)에 존재하던 행정법을 형법에 도입하였으나 전혀 새로웠던 것은 바로 상습누범에 대한 보호감호였다.<sup>4)</sup>

2) 예컨대 1532년 카롤리나 형법전 제176조와 제195조는 범죄예방을 위한 부정기형을 규정하였고 게르만법적 색채가 강한 일반법실무(gemeinrechtliche Praxis)에서 행하던 예외적 형벌(poena extraordinaria)은 범죄에 대한 형식적 요건을 결했음에도 불구하고 피고인이 위험하다고 인정되면 집행되었다. Henkel, Das Sicherungsverfahren gegen Gemeingefährliche, ZStW 57 (1938), S. 711 f.

3) 누범가중처벌과 별도로 상습범가중처벌을 할 수 있다는 판례로는, 대판 1994.9.27, 94도1391; 대판 1991.5.28, 91도741; 대판 1985.7.9, 85감도151; 1982.9.14, 82도1716, 82감도348; 1982.10.12, 82도1865, 82감도383. 이와 같은 형벌가중처벌과는 별도로 보호감호를 부과할 수 있다는 취지의 판례라고 볼 수 있는 것으로는, 대판 1993.10.12, 93감도86; 1985.7.9, 85감도151; 1984.12.11, 84도2474, 84감도379; 1982.9.14, 82도1716, 82감도348.

4) Kaenel, Carl Stoß und das zweispurige System der Strafrechtsfolgen, SchwZStR 101 (1984), S. 4.

우리나라 형법의 모태라고 할 수 있는 독일형법의 경우를 보면, 1909년 독일형법초안은 치료감호를 규정하였으나 상습누범에 대해서는 무거워진 보안형을 규정한 반면 1911년 초안이 보호감호를 형법에 규정하여 비로소 본격적으로 보안처분의 형법적 논의가 전면에서 나타났다고 평가할 수 있다.<sup>5)</sup>

보호감호제도가 생성되게 된 시대적 배경을 살펴보면, 19세기말 자본주의의 병폐로 인한 경제적 계급분화, 물질숭배풍조, 대량실업 등 산업사회의 구조적 모순이 두드러지게 되고 그 결과로 상습누범이 폭발적으로 증가하게 되었다. 이에 그 당시 적절한 대책의 필요성에 대해서는 누구든지 공감하였고 형법적으로는 다만 그 방법상의 차이가 있을 뿐이었다. 이 문제와 관련된 소위 신·구파간의 학파논쟁당시, 형법상 과거에 저지른 범죄를 기준으로 한 책임원칙을 고수하려는 구파의 주장에 맞서 프란츠 폰 리스트(Franz v. Liszt)를 위시한 신파는 범죄예방을 위해 범죄인의 위험성을 기준으로 범죄인 각 개인에게 호소력 있는 다양한 형태의 형벌을 과하여야한다고 주장하였다. 이것이 특별(또는 개별)예방사상이다.

그런데 리스트는 그의 유명한 마부르크강령에서 프롤레타리아출신 상습누범자를 사회의 암적 존재로 판단하였고 제거해야 할 대상으로 생각하였다. 형벌 안에서 그의 생각을 실현시키려했던 리스트는 스위스의 슈토스가 스위스형법개정초안에서 보안처분이라는 제3의 길을 제시하자 초기에는 이를 비웃으며 평가절하 하였다. 그러나 시간이 지나며 보안처분이라는 우회로를 통해 형벌의 책임원칙을 지킬 수 있다고 생각했던 구파의 태도가 누그러들자 리스트는 구파가 마치 자신의 상품을 할부구매하듯 자신의 생각을 점차 받아들이고 있다고 판단하며 보안처분제도를 받아들였고 결국 50여년의 학파논쟁은 신·구파 양자의 승리로 끝났다고 평가된다. 따라서 개별예방사상의 대표적 제도로서 보호감호는 형벌의 모습이 아닌 보안처분(보호감호)이라는 깃발만 바꿔 달았을 뿐 개선불가능하고 위험한 상습누범을 사회에서 격리시키려는 목적으로 고안되었기는 행위자의 위험성을 고려한 형벌가중처벌방식과 그 본질이 동일하다.

위험한 상습누범을 겨냥하여 이를 규율하는 방법은 크게 두 가지로 대별되는데, 그 하나는 형벌가중처벌방식이고 우리의 경우 상습범가중처벌규정과 누범가중처벌규정에서 그 취지를 찾을 수 있다. 또 다른 하나는 보호감호이다. 즉 전자는 리스트를 위시한 신파의 원래 주장이고 후자는 그들의 타협안인 것이다. 현재 대부분의 국가는 위 두 가지 제도 중 각자의 사정에 따라 택일하여 상습누범에 대처하고 있다.

그러나 우리 형법 및 형사특별법의 입법형식과 법원의 법률적용형태를 보면, 상습

---

5) Roxin, Strafrecht, AT., 3. Aufl., 1997, § 4 II Rn. 4 ff.; Frisch, Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung, ZStW (94) 1982, S. 572 ff.

범가중처벌 + 누범가중처벌 + 보호감호를 중첩적으로 인정하고 있으므로 상습누범이라는 동일한 대상을 삼중처벌하고 있다. 즉 범죄예방, 사회보안에 관한 한 학과논쟁 시 신파의 원래 주장과 타협안을 별개의 제도로 오인하고 모두 수용한 결과이다. 원칙적으로는 상습누범에 대한 우리의 형사법체계에 근본적인 문제가 있다.

입법적 측면에서 보면 개화된 문명국가 중에서 우리와 같은 법제도를 취하는 국가는 매우 드물다. 일본은 보호감호제도가 없으며, 독일은 상습범·누범가중처벌규정, 사형제도가 없는 대신 보호감호제도를 운영하고 있고, 스위스는 형벌과 보안감호의 대체주의를 취하나 피보호감호자는 매년 10명을 넘지 않는다. 오스트리아는 누범가중처벌규정이 있으나 보호감호부과건수는 매년 평균 3명이다. 또한 위의 나라들의 피보호감호자는 대부분 힘없는 아동과 여성을 공격하는 성범죄인이며 이러한 종류의 상습누범이 치료받을 가능성을 넓게 열어놓고 있다. 또한 미국 일부 주의 형벌은 사형과 삼진아웃제를 채택하는 등 매우 가혹하나 보호감호제도는 없다.

결국 형벌과 보안처분은 형법상 전혀 다른 차원의 제재라는 점은 이론상 옳으나 현실적으로 양자의 상호교환작용과 역사적 발전과정을 고려한다면 상습누범이라는 하나의 실체에 형벌가중처벌방식과 보호감호 중 어떠한 제재가 합리적이고 적합한가에 대한 논의에서 출발하는 것이 타당하다고 생각된다.

## II. 보호감호의 입법사와 발달과정

### 1. 사회보호법상 보호감호의 입법사적 개관

1953년 현행형법 입법당시 보안처분을 도입할 것인지에 대한 논의가 있었으나 당시의 여러 가지 상황이 보안처분을 도입하기에 적합하지 않아 결정을 일단 미룬바 있다. 그 후 1972년 헌법 제12조 제1항에 보안처분이라는 용어가 등장하게 되었고 잇따라 베트남에서 미국이 패전함으로써 냉전적 사고에 기초한 사회안전법이 1975년에 제정되어 대표적인 악법으로 분류되어오다 1989년 민주화의 조류를 타고 보안관찰법으로 대체되었다.

전형적인 형법상 보안처분이라고 할 수 있는 사회보호법은 그 동안 몇차례 헌법재판소의 결정<sup>6)</sup>과는 무관하게 제정당시 증대한 절차적 흠결이 있었던 것은 숨길 수 없는 사실이다. 동 법은 국회가 아니라 국가보위입법회의라는 일종의 혁명위원회에서

---

6) 최근 판례로는 99헌바7.

제정되었으며 제정과정에서도 정부제출안을 국가보위입법회의의 법제사법위원회가 자구수정만 하고 동 수정안을 본 회의에서 “이의 있습니까?” “이의 없습니다”의 두 마디로 통과시켰다고 한다.<sup>7)</sup>

그러나 1980년 제정된 사회보호법은 사회안전법이나 보안관찰법의 이념적, 체제유지목적적인 성격과는 달리 법치국가의 원칙상 몇 가지 중대한 흠결을 간과한다면 전형적인 형법상의 보안처분을 내용으로 하고 있다. 물론 그 정당성이나 필요성에 관한 논의는 별론으로 한다. 그 제정의 목적은 동법률 제1조에서 “이 법은 죄를 범한 자로서 재범의 위험성이 있고 특수한 교육·개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 보호처분을 함으로써 사회복귀를 촉진하고 사회를 보호함을 목적으로 한다.”고 규정하고 있어 재범의 위험성제거를 통한 사회보호가 핵심적인 내용이다.

1989년 민주화 물결에 합류하여 사회보호법은 약간 순화되기도 하였는데, 소급입법 여부 등에 대한 문제와 사회보호법 제5조 필요적 보호감호 등에 대한 조항이 헌법재판소의 위헌여부에 대한 결정을 기다려야 했다. 당시 법무부에서도 사회보호법에 대한 개정의 필요성을 인식하고 인권에 대한 논란의 소지가 있는 법조문에 대하여 1989년 3월 25일자로 필요적 보호감호삭제 등 동법률을 개정하여 시행하게 되었다. 그후 1989년 7월 14일 헌법재판소에 계류 중이던 위헌제정은 재판부 다수의견으로 적법 결정됨으로써 개정법률을 추진하는 결과가 되었다.

또한 1985년부터 시작되어 1992년 6월 국무회의에서 의결된 형법개정법률안은 상습범에 대한 형의 가중규정을 폐지한 대신 제4장에 사회보호법상의 보안처분제도를 편입시키기도 했지만 아직까지 1980년 제정당시의 원형을 대체로 보존하고 있다.

보안처분은 독일과 한국 모두 쿠데타의 성격을 띤 정권교체기에 국회입법과정을 거치지 않고 각각 내각과 국가보위입법회의에서 제정되었으며 특히 독일은 나찌시절, 한국은 오랜 독재기간동안 끊임없이 남용되었다. 더욱이 그 동안 정치인과 입법자들은 문제해결에 있어 철저한 법률적 검토보다는 대개 정치적 결단에 의존하다보니 운용하기 쉬운 행정법이나 특별법의 형식을 취함으로써 기존의 법이론에 포함하기 힘든 정치색이 강하고 애매한 성격의 법률들이 제정되었으며 이러한 맥락에서 보안처분제도 역시 순화되지 못한 측면이 많아진 것이 사실이다.<sup>8)</sup>

또한 정치적 도구화의 측면은 논외로 하더라도 독일과 같이 학과논쟁을 포함하여 약 50여년간의 학설상의 논쟁을 기초로 수없이 작성된 초안들과 그를 둘러싼 논의들

7) 국가보위입법회의사무처, 국가보위입법회의 회의록제8호, 3면. 이승호, 우리나라의 보안처분류 제재체계에 대한 비판적 검토, 서울대학교 박사학위논문, 1991, 128면에서 재인용.

8) 이승호, 바로 위의 논문; 배종대, 현행 보안처분법의 개선점, 성곡논총 제18집, 1987, 741면 이하 그리고 각종 교과서들.



이 이미 성숙되어 나찌집권이전 바이마르 시대의 유산을 승계한 독일의 입법과정과 그러한 과정이 없었던 우리의 경우와는 동일한 시각에서 볼 수 없다고 생각된다. 위와 같은 측면에서 아래에서는 우리 입법의 모태가 되었다고 할 수 있는 독일 보안처분법의 발달사를 개관해본다.

## 2. 독일 보호감호의 입법사적 개관

독일에서 보안처분에 관한 논의는 19세기말부터 계속되어왔으나 구체적인 입법논의들을 개관해 보면 다음과 같다. 1909년 독일형법초안은 치료감호를 규정하였으나 상습누범에 대해서는 무거워진 보안형을 규정하였다. 반면 1911년 초안이 보호감호를 형법에 규정하여 비로소 본격적으로 보안처분의 형법적 논의가 전면에서 나타났다고 평가할 수 있다.<sup>9)</sup>

그 후 1913년과 1919년의 정부위원회 초안, 1922년 라드부르흐가 작성한 정부초안, 제국의회에 제출된 1925년과 1927년 초안 그리고 1930년 초안에는 개별적인 문제 특히, 보안처분목록의 차이점을 간과한다면 모두 보호감호를 규정하고 있다.<sup>10)</sup>

다만 1927년 초안은 형법상 이원주의를 따르고 있지만 법관은 보호감호를 제외한 보안처분 허용여부만을 선고하고 다른 모든 결정사항은 행정관청에 맡김으로써 다른 초안과는 맥락을 달리하는 특색이 있다. 이는 우리의 경우 1980년 사회보호법 제정당시 법관이 일정한 요건에 해당하면 필요적으로 보호감호를 부과하게 하거나 지금까지 사회보호법에 남아 있는 사회보호위원회의 각종 결정권과 맥을 같이 하는 것이어서 그 배경과 취지가 무엇인지 관심을 끈다.

결국 나찌의 집권과 함께 1933년 11월 24일 상습범인에 관한 법률이 제정됨으로써 50여년간의 논쟁과 수많은 초안들을 뒤로한 채 보호감호는 독일형법에 도입되었다. 규정내용을 보면 제42조의e: “제20조a에 의해서 위험한 상습범인으로 판단되는 자는, 공공의 안전에 필요할 경우, 법원은 형벌과 함께 보호감호를 부과한다.” 여기서 상습범인에 관한 법률에 규정되어 형법에 삽입된 제20조a는 위험한 상습범죄인에 대해 형벌을 가중하고 있어 현행 우리 형법의 태도와 유사하다. 그 후 제2차 세계대전을 거쳐 지금까지 보호감호는 명맥을 유지하고 있는데 그 사이에 있었던 몇 가지 변화들을 개관해보면:

9) Roxin, Strafrecht, AT., 3. Aufl., 1997, § 4 II Rn. 4 ff.; Frisch, Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung, ZStW (94) 1982, S. 572 ff.

10) 독일 보안처분의 역사적 전개과정에 대한 개관은 Song, Grundlagen des Maßregelrechts, 2000, S. 6 ff. 참조.

1970년 4월 1일 첫 번째 형법개정법률에 의해서 그 동안 많은 논란이 있어왔던<sup>11)</sup> 보호감호의 형식적 요건들을 강화해나가고 적용범위를 꼭 필요한 경우로 줄이려는 근본적인 변화를 겪었고, 1975년 1월 1일 두 번째 형법개정법률에 의해서 현행 독일 형법 제66조에 규정되었다. 독일 통일시에 구동독지역에는 형벌을 가중하는 누범규정이 있긴 하였으나 보호감호규정은 없었음에도 불구하고 통일협약에 의해 이 지역에는 보호감호가 적용되지 않았다<sup>12)</sup> 1996년 구동독지역에도 적용되었다.

또 한번의 내용상의 변화는 1998년 독일형법 개정시 제66조 제3항이 신설되어 몇 개의 보안감호부과대상범죄가 추가되었는데 주로 미성년자·要保護者 등에 대한 성범죄, 피보호자 학대, 위험한 상해, 환각상태에서의 범죄 등이다.<sup>13)</sup> 더구나 제3항 후단에서는 위에 열거한 범죄를 저질렀을 때 통상의 보호감호요건을 완화하여 형벌이나 보안처분을 받은 전력이 없어도 보안감호를 과할 수 있는 가능성을 열어놓고 있다. 또한 2002년 8월 제66조a의 보호감호유보조항을 신설하기도 하였다.

이러한 입법은 물론 여러 가지 이유가 있겠지만 당시 사회적 분위기로 보면, 출소 직후 몇일 내에 연쇄적으로 살인을 저지르는 일이 발생한다든가 미성년 소녀를 성적으로 남용하고 살해하는 사례가 끊이지 않고 해당 범인이 연쇄범이거나 같은 종류의 범죄로 이미 형벌이나 보안처분을 받은 사례가 많다는 사실이 밝혀지자 비등하는 여론에 대한 입법자의 대답이었다고 생각된다. 즉, 1998년 1월 '성범죄와 다른 위험한 범죄에 대처하기 위한 법률'이 제정되면서 보호감호는 형법적 논의의 중심으로 등장하였다. 그 배경에는 성범죄를 중심으로 한 폭력성범죄의 재범율과 상승률이 높다는 데에 있다. 특히 여아를 성적으로 남용하고 살해한 소위 '나탈리사건'을 계기로 1996년 독일 전역에서 백만이 넘는 국민이 이러한 사건에 좀더 강한 형사제재를 부과할 것을 촉구하는 서명운동을 전개하였다.<sup>14)</sup>

---

11) 보호감호와 관련해서 매우 자세한 논란이 있었다는 반증으로써의 대표적 공식문서들의 예를 들면: 1962년 초안; Niederschriften Bd. 1, Bd. 3, Bd. 12; Prot. IV; Prot. V; 1. Bericht; 대체초안(AE) 총론과 Begründung외에 수많은 연구서와 논문이 있다.

12) Einigungsvertrag(독일 통일협약), Anlage 1, Kap. III, Sachgebiet C, Abschnitt III Nummer 1(BGBl. II 1990. S. 957)

13) 열거해보면, §§ 174 bis 174c, 176, 179 Abs. 1 bis 3 §§ 180, 182, 224, 225 Abs. 1 oder 2 oder nach § 323a.

14) Rhein. Zeitung vom 12.12.1996

## 제2절. 보호감호처분과 피보호감호자 일반적 수용현황

### I. 보호감호처분에 관한 법규정개관

#### 1. 보호감호의 요건

사회보호법 제5조에 의하면 보호감호는 보호대상자가 다음 중 1에 해당하고 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때에 보호감호에 처한다.

① 동종 또는 유사한 죄로 2회이상 금고이상의 실형을 받고 형기합계 3년 이상인 자가 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 별표의 죄를 범한 때

② 별표에 규정된 죄를 수회 범하여 상습성이 인정될 때

③ 보호감호의 선고를 받은 자가 그 감호의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 별표의 죄를 범한 때

여기서 별표의 죄란, 형법 중 ①형법각칙 제31장 약취와 유인의 죄에 해당하는 범죄 : 제287조(미성년자의 약취, 유인), 제288조(영리등을 위한 약취, 유인, 매매 등), 제289조(국외이송을 위한 약취, 유인, 매매), 제292조(약취, 유인, 매매된 자의 수수 또는 은닉), 제293조(상습범) 또는 그 미수죄, ②형법 제32장 정조에 관한 죄 중에서 : 제297조(강간), 제298조(강제추행), 제299조(준강간, 준강간추행), 제300조(미수범), 제301조(강간 등에 의한 치사상), 제305조(미성년자에 대한 간음, 추행), ③형법 제 38장 절도와 강도의 죄 중에서 : 제337조(강도상해, 치사), 제338조(강도살인, 치사), 제339조(강도강간), 제337조(강도상해), 제338조 전단(강도살인), 제339조(강도강간)의 미수죄, ④형법 제39장 사기와 공갈의 죄 중에서 : 제351조(상습범), 제347조(사기), 제348조(준사기의 상습범에 한함)의 죄 또는 그 미수죄

폭력행위등 처벌에 관한법률 중 ①제2조 제1항 : 상습적으로 상해, 폭행, 체포, 감금, 협박, 주거침입, 퇴거불응, 폭력에 의해 권리행사방해, 공갈, 손괴의 죄를 범한 자, ②제3조 제3항 : 상습적으로 단체나 다중의 위력으로 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보이므로써 제2조 제1항에 열거된 죄를 범한 자 또는 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 죄를 범한 자, ③제6조 : 제2조제1항과 제3조제3항의 미수범

특정범죄가중처벌등에 관한 법률 중 ①제5조의2 : 약취, 유인죄의 가중처벌, ②제5조의4 : 상습강,절도의 가중처벌, ③제5조의5 : 강도상해등 재범자의 가중처벌

특정경제범죄가중처벌등에 관한 법률 중 제3조의죄(특정재산범죄 가중처벌-형법 제 347조의 사기, 제350조의 공갈), 제351조(사기와 공갈의 상습범), 제355조(횡령·배임) 또는 제356조(업무상횡령과 배임)의 죄를 범한 자가 그 범죄행위로 인하여 취득하거나 제3자로 하여금 취득케한 재물 또는 재산상 이익의 가액이 5억원 이상인 경우

「실형」이라 함은 금고이상의 형을 받아 그 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제된 경우의 형을 말한다. 따라서 무죄, 면소, 공소기각의 판결이나 결정, 선고유예 등은 실형에 해당되지 아니하며 형의 집행유예나 벌금형이 선고되어 노역장에 유치된 경우도 실형에 해당되지 아니한다.

그러나 금고이상의 형에 대하여 집행유예가 선고되었으나 그 집행유예가 취소되거나 실효되어 유예된 형이 집행된 때에는 여기의 실형전과에 해당되며 금고이상의 형의 선고와 동시에 미결구금일수 통산으로 석방된 경우, 감형, 특별사면으로 인한 석방의 경우도 실형에 해당한다.

「동종 또는 유사한 범죄」라 함은 전후의 범죄관계에 이어서 다음의 1에 해당하는 경우를 말한다.

- ① 죄명이 같은 경우
- ② 형법각칙의 같은 장에 규정된 죄의 경우
- ③ 형법각칙에 규정된 죄와 그 가중처벌에 관한 죄의 경우
- ④ 형법이외의 같은 법률에 규정된 죄의 경우
- ⑤ 형법이외의 법률에 규정된 죄와 그 가중처벌에 관한 죄의 경우
- ⑥ 죄질, 범죄의 수단과 방법, 범죄의 경향, 범죄의 유형 등을 종합하여 동종 또는 유사한 죄에 속한다고 인정되는 경우

「형기」라 함은 법정형이나 실제로 형이 집행된 기간을 의미하는 것이 아니라 징역이나 금고의 선고형을 말한다.

## 2. 보호감호처분 절차

### 가. 조사

검사는 범죄를 수사함에 있어서 범죄경력·심신장애 등을 참작하여 감호에 처함이 상당하다고 인정되는 자에 대하여는 그에 필요한 자료를 조사하여야 하며 (사회보호법 제12조 제 1항) 사법경찰리는 검사의 지휘를 받아 위 사항에 대하여 조사를 하여야 한다. (동법 제12조 제2항).

감호사건에 대한 수사의 주체인 검사로 하여금 범죄에 대한 공소의 제기 및 유지

를 위한 증거뿐만 아니라 감호의 청구와 그 선고의 전제가 되는 자료를 조사, 수집하도록 한 것이다.

#### 나. 보호구속과 감호영장

보호대상자에 대하여 보호에 처함이 필요하다고 인정되고 다음의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 검사는 관할 지방법원 판사에게 청구하여 감호영장을 발부받아 보호대상자를 보호구속할 수 있다.(동법 제13조 제1항)

- ① 일정한 주거가 없는 때
- ② 증거를 인멸할 염려가 있는 때
- ③ 도망하거나 도망할 염려가 있는 때

사법경찰관은 위 요건에 해당하는 자에 대하여 검사에게 신청하여 검사의 청구로 감호영장을 발부받아 보호대상자를 보호구속할 수 있다.(동법 제13조 제2항).

구속영장에 의하여 구속된 피의자에 대하여 검사가 공소를 제기하지 아니하는 결정을 하고 감호청구만을 하는 때에는 구속영장은 감호영장으로 보며 그 효력을 잃지 아니한다(동법 제 16조). 감호영장이 그 실효성을 갖는 것은 형벌 적용성이 없는 심신 상실자의 경우나, 친고죄 또는 반의사불벌죄에 있어서 고소가 없거나 고소가 취하된 경우, 그리고 기소유예처분 등으로 감호만을 청구하는 때에는 그 필요성이 요구되기 때문이다.

보호구속은 형사소송법상의 구속영장의 청구(형사소송법 제201조 제2항 내지 제4항), 사법경찰관의 구속기간(동법 제202조), 검사의 구속기간(동법 제203조), 영장발부와 법원에 대한 보고(동법 제204조), 구속기간의 연장(동법 제205조), 긴급구속(동법 제206조), 긴급구속과 영장발부기간(동법 제207조), 그리고 동법 제209조(준용규정)의 규정을 준용하며, 감호영장의 청구 및 발부절차와 그 효력을 구속영장의 경우와 대부분 동일하다.

다만, 사회보호법은 보호구속된 보호대상자에 대하여는 보석(형사소송법 제94조, 제96조), 재구속의 제한(동법 제208조), 구속적부심사청구(동법 제214조의 2)의 규정은 적용하지 아니한다(사회보호법 제13조 제4항)고 규정하고 있다.

#### 다. 보호감호의 청구

보호감호의 청구는 검사가 한다. 검사는 감호청구서를 관할 법원에 제출하여야 하며 감호청구서에는 피감호청구인 數에 상응한 부분을 첨부한다. 법원도 공소제기된 사건의 심리결과, 감호에 처함이 상당하다고 인정할 때에는 검사에게 감호청구를 요

구할 수 있다.

보호감호의 청구는 공소제기와 동시에 하는 것이 일반적이다. 그러나 검사는 피의자가 심신상실의 이유로 벌할 수 없는 때, 고소·고발이 있어야 논할 수 있는 죄에서 그 고소·고발이 없거나 취소된 때 또는 피해자의 명시한 의사에 반하여 논할 수 없는 죄에서 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시가 있거나 처벌을 희망하는 의사표시가 철회된 때, 피의자에 대하여 기소유예처분을 한 경우에는 공소제기함이 없이 감호청구만을 할 수 있다(사회보호법 제15조). 또한 검사가 공소를 제기한 사건에 대하여도 제1심판결 선고전까지는 감호청구를 할 수 있으며(동법 제14조 제3항), 법원도 공소제기된 사건의 심리결과 감호에 처함이 상당하다고 인정하는 경우에는 검사에게 감호청구를 요구할 수 있다(동법 제14조 제5항). 약식명령을 청구한 후 감호청구가 있는 때의 약식명령청구는 그 감호청구가 있는 때로부터 공판절차에 의하여 심판하여야 한다(동법 제18조 제3항)

#### 라. 보호감호의 재판

감호사건의 판결은 검사가 독립하여 감호의 청구만을 한 경우를 제외하고 피고사건의 판결과 동시에 선고하여야 한다(사회보호법 제20조 제2항).

그리고 법원은 감호청구된 사건을 심리하여 그 청구가 이유있다고 인정할 때에는 판결로서 감호를 선고하여야 하고, 그 이유가 없다고 인정할 때 또는 피고사건에 대하여 심신상실이외의 사유로 무죄를 선고하거나 사형 또는 무기형을 선고할 때에는 판결로서 청구기간을 선고하여야 한다(동법 제20조 제1항).

또한 법원은 피고사건 또는 감호청구사건에 대하여 형사소송법 제326조 각호(면소의 판결), 동법 제327조 제1호 내지 제4호(공소기각의 판결), 동법 제328조 제1항 각호(공소기각의 결정(법인에 관한 사항은 제외))의 사유가 있을 때에는 감호청구사건에 대하여도 청구기각의 판결 또는 결정을 하여야 한다(사회보호법 제20조 제5항).

보호감호와 치료감호가 경합하는 때에는 치료감호만을 선고하여야 하며, 형의 선고 없이 보호감호만을 선고하는 때에는 감호선고전의 보호구금일수는 그 전부 또는 일부를 보호감호시설에의 수용기간에 산입한다.

### 3. 보호감호의 집행

#### 가. 집행의 순서

보호감호의 집행은 검사가 지휘하며, 검사의 집행지휘는 판결서등본 또는 결정서등

본을 첨부한 서면으로 한다(사회보호법 제22조).

보호구금되지 아니한 자에 대하여 감호를 집행하기 위한 소환, 감호집행장에 의한 보호구인 등에 대해서는 일반 형의 집행과 같다.

보호감호와 형이 병과된 경우(보호감호시설에 수용되어 있는 중에 형을 선고받은 경우를 포함)에는 형을 먼저 집행한다. 다만 자격정지는 보호감호와 같이 집행한다(동법 제23조 제1항). 그러나 치료감호와 형이 병과된 경우에는 치료감호를 먼저 집행한다. 이 경우 치료감호의 집행기간은 형기에 산입한다(동법 제23조 제2항). 그리고 수개의 보호감호판결이 있는 때에는 후에 선고받은 감호만을 집행한다(동법 제23조 제3항).

보호감호가 병과된 수형자의 가석방 구신은 그 수형자를 수용하고 있는 가석방심사위원회가 사전에 사회보호위원회에 동의를 받아야 한다(동법 제26조 제1항). 그리고 보호감호 병과 수형자가 형집행 중 가석방되어 그 기간중에 가석방이 취소되거나 실효됨이 없이 잔형기를 경과한 때에는 보호감호를 집행하지 아니한다. 다만 사회보호위원회에서 보호감호를 집행하기로 결정한 때에는 제외한다(동법 제26조 제2항).

#### 나. 집행의 방법

피보호감호자에 대하여는 보호감호시설에 수용하여 감호, 교화하고, 사회복귀에 필요한 직업훈련과 근로를 과할 수 있다. 다만, 근호는 피보호감호자의 동의가 있어야 한다(사회보호법 제7조 제1항). 또한 보호감호시설의 장은 직업훈련·노동·치료 기타 감호·교화에 필요하다고 인정되는 때에는 적당한 기관에 피보호감호자의 감호 등을 위탁할 수 있다. 이 경우 위탁을 받은 기관은 보호감호시설로 본다(동법 제7조 제2항)고 규정하고 있어 피보호감호자는 보호감호시설과 그에 준하는 시설에만 수용하도록 하고 있다.

또한 동법 제42조에서 보호처분에 관한 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 성질에 반하지 아니하는 범위안에서 형사소송법과 행형법 및 보호관찰 등에 관한 법률의 규정을 준용한다고 규정하고 있어 보호감호를 집행함에 있어 일반수용자에게 적용하고 있는 행형법을 광범위하게 준용할 수 있도록 하였다.

#### 다. 보호감호의 집행기간, 가출소 및 집행정지

피보호감호자의 보호감호시설에의 수용은 7년을 초과할 수 없다(동법 제7조 제3항). 따라서 감호기간이 만료된 피보호감호자는 감호기간만료일에 석방하여야 한다. 그러나 사회보호위원회는 피보호감호자에 대하여 그 집행개시 후 매 1년 가출소여부를,

그리고 가출소한 피보호감호자에 대하여는 매 6월 집행면제여부를 심사·결정한다(동법 제25조 제1항).

그리고 피보호감호자에 대하여 형사소송법 제471조 제1항(검사의 형집행정지 결정) 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 동조의 규정에 따라 검사는 감호의 집행을 정지할 수 있다. 이 경우 감호의 집행이 정지된 자에 대한 관찰은 형집행정지에 대한 관찰의 예에 의한다(동법 제31조).

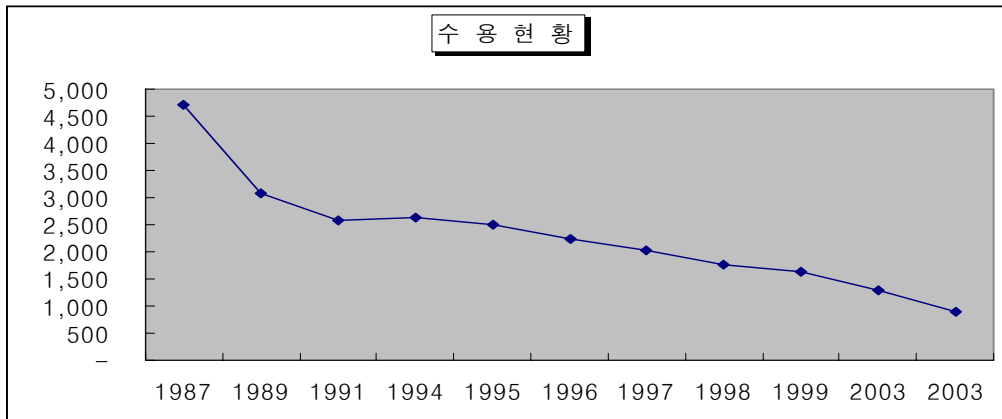
가출소 및 감호의 집행정지에 관한 자세한 내용은 후술한다.

## II. 피보호감호자 일반적 수용현황과 교정공무원 현황

### 1. 연도별 피보호감호자 수용현황

<표 2-1> 연도별 피보호감호자 수용현황 (2003.10.31 보호감호소 제공자료)

	1987	1989	1991	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2003. 10	2003. 12
수용 현황	4,698	3,072	2,579	2,643	2,491	2,239	2,039	1,760	1,640	1,282	890



<표 2-1>에서 볼 수 있는 바와 같이 우리의 경우 보호감호소에 수용중인 피보호감호자는 2003. 10. 31. 현재 1,187명에 이르고 있다. 보호감호제도 시행초기인 1981년부터 5년간은 급격히 수용인원이 증가하였으나<sup>15)</sup> 1980년대 후반에는 4500명선, 1991년

15) 범죄백서 2001, 308면.



에는 2,579명으로 감소하기 시작하였고, 1998년도에는 수용인원이 드디어 2000명 이하로 내려갔다. 숫자상으로는 계속 감소하고 있는 추세이다. 이는 신군부시대와 민주화운동 등 여러 가지 사회상황을 반영하는 것이기도 하겠지만 그 동안 보호감호제도에 대한 위헌여부, 인권침해여부 논란과 비판들이 영향을 끼친 결과라고 추측된다.<sup>16)</sup> 특히 1980년대에서 1990년대로 넘어가며 피보호감호자 수용인원이 1000명 단위씩 감소한데에는 1989년 3월 25일자로 필요적보호감호가 삭제된 배경이 중요한 원인이었다고 할 것이다. 또한 법무부 보도자료에 의하면 2003년 12월 19일 112명을 가출소시킴으로써 피보호감호자 수용인원은 약 890명 정도로 예상되어 최초로 1000명 이하 수준으로 감소되게 되었다고 한다.<sup>17)</sup>

## 2. 집행 기간별 수용현황

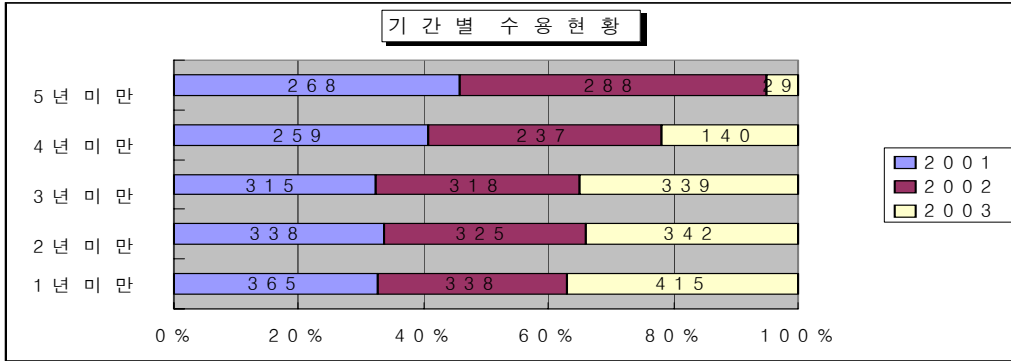
<표 2-2> 연도별 감호집행 기간별 수용인원 (2003.10.31 보호감호소 제공자료)

구분	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
수용인원	2,643	2,491	2,239	2,039	1,760	1,640	1,546	1,597	1,569	1,282
1년미만	450	385	307	309	265	530	413	365	338	415
1년이상 2년미만	503	452	373	329	330	172	378	338	325	342
2년이상 3년미만	487	501	451	397	333	347	286	315	318	339
3년이상 4년미만	418	453	485	392	341	281	251	259	237	140
4년이상 5년미만	785	700	623	612	491	284	218	268	288	29

<표 2-2>는 연도별 보호감호집행 기간별 수용인원을 나타내고 있다. 대표적으로 2003년도 현황을 살펴보면 1년 미만이 415명, 1년 이상 2년 미만이 342명, 2년 이상 3년 미만이 339명, 3년 이상 4년 미만이 140명, 4년 이상 5년 미만이 29명으로 감호기간이 경과할수록 점점 감소하고 있다. 특히 감호기간 3년이 지나면 급격히 감소하기 시작하여 4년이 지나면 대폭 감소하는 양상을 보이고 있다. 이는 3~4년을 고비로 많은 수가 가출소 등 석방된다는 사실을 말해준다.

16) 이러한 입장의 대표적인 문헌들로는 심재우, 보안처분의 한계, 고시연구 1985년 4월, 66면 이하; 이승호, 각주 7); 배종대, 각주 8), 741면 이하 그리고 각종 교과서들.

17) 법무부 보도자료 2003년 12월 19일



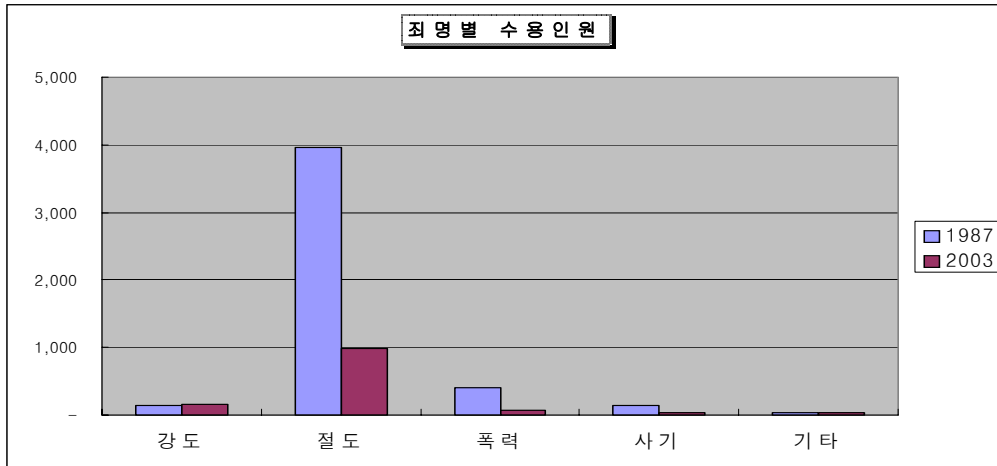
### 3. 죄명별 수용현황

<표 2-3>는 피보호감호자의 감호원인을 죄명별로 분류한 것이다. 절도죄가 계속하여 압도적으로 많은데 대표적으로 1987년에는 전체 감호원인범죄 중 84.1%, 2003년에는 총 수용자 1,282명중 982명으로서 전체의 76.5%를 점하고 있으며 지속적으로 70%~80%대에 머물고 있다. 90년대 들어 평균 70%대에 머물러 미미하게 감소하는 추세이다. 사람의 생명과 신체에 대한 폭력을 수반하지 않는 범죄가 감호원인범죄 중 80%를 상회한다는 사실은 굳이 외국의 통계와 비교하지 않더라도 '형사정책의 부득이한 최후수단'으로서 보호감호의 기본성격을 무색케하는 것이라 하지 않을 수 없다.

<표 2-3> 죄명별 수용인원

(2003.10.31 보호감호소 제공자료)

	1987	1989	1992	1994	1996	1997	1999	2001	2003
강도	148	153	273	280	299	240	230	235	159
절도	3,953	2,531	2,221	1,996	1,606	1,535	1,204	1,187	982
폭력	413	209	280	225	159	128	106	92	67
사기	146	86	86	89	62	55	50	35	36
기타	38	63	51	53	113	81	50	38	38



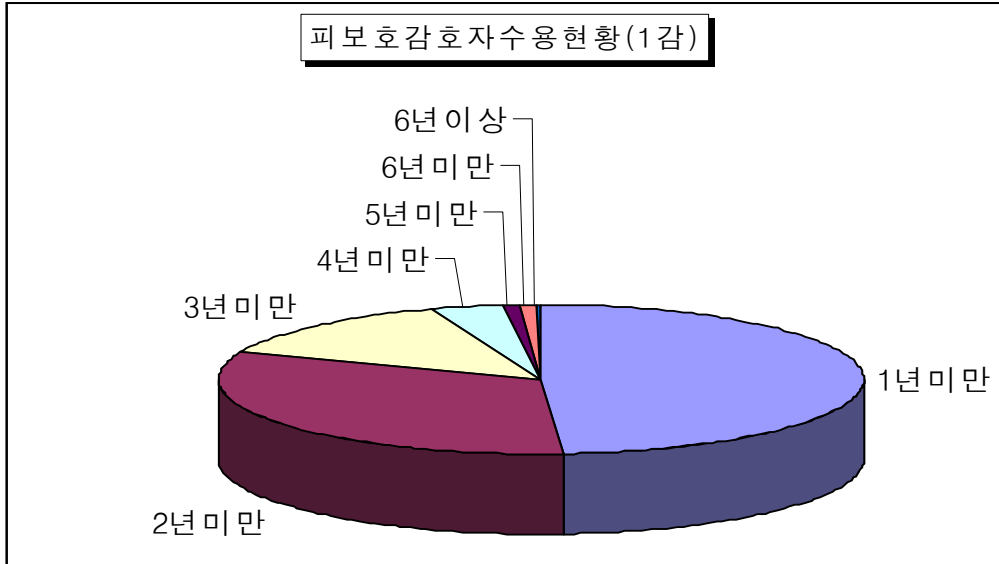
#### 4. 남·녀 피보호감호자 수용현황

청송제2감호소는 남자와 여자 피보호감호자를 수용구분에 따라 구분수용하고 있으며 같은 기간 수용현황은 아래 <표 2-4>와 같다.

여자 피보호감호자는 22명에 그쳐 남자 피보호감호자에 비해 수적으로 매우 적지만 대부분 생계형 또는 생리적 현상에 기인한 단순재산범죄인으로 추측되며 사람을 공격하여 위해를 가할만한 신체적·심리적 조건을 갖추지 않은 경우로 보호감호부과에 있어서 재고를 요하는 범죄인유형이라고 생각된다.

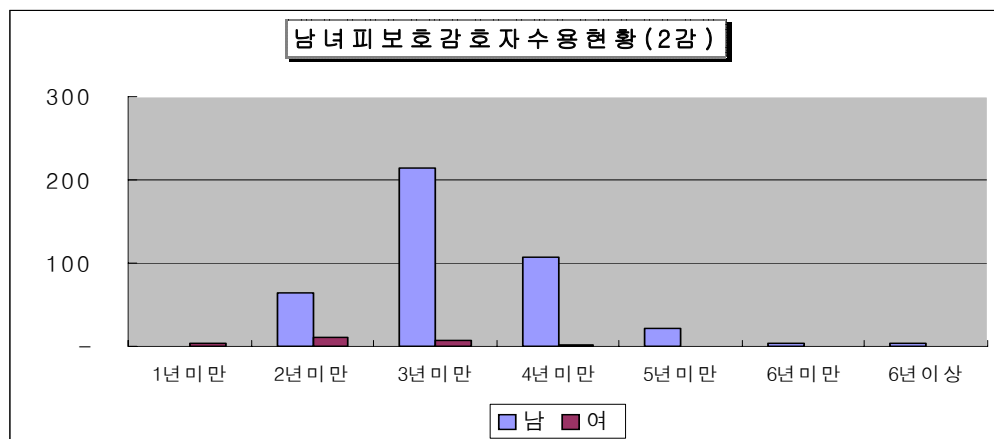
<표 2-4> 제1감호소 남녀 피보호감호자 수용현황 (2003.10.31 보호감호소 제공자료)

구분	합계	1년미만	1년이상 2년미만	2년이상 3년미만	3년이상 4년미만	4년이상 5년미만	5년이상 6년미만	6년이상
계	845	412	272	114	30	8	6	3
남	845	412	272	114	30	8	6	3
여	해당사항없음							



<표 2-5> 제2감호소 남녀 피보호감호자 수용현황 (2003.10.31 보호감호소 제공자료)

구분	합계	1년미만	1년이상 2년미만	2년이상 3년미만	3년이상 4년미만	4년이상 5년미만	5년이상 6년미만	6년이상
계	437	3	75	222	109	21	3	4
남	415	-	65	214	108	21	3	4
여	22	3	10	8	1	-	-	-



## 5. 감호소별 범수별 수용현황

<표 2-6>은 피보호감호자의 前科回數別 분포상황을 나타낸 것이다. 전체적으로 보아 47범사이의 전과회수 피보호감호자가 가장 많은 비율을 차지하고 있다. 1992년까지는 대부분 전과 45범인 자가 가장 많았으나 그 후부터는 전과 6-7범인 자와 비슷해졌다. 우리는 형법각칙상 상습범 가중처벌규정이 있어 범한 범죄수보다 형벌을 받은 숫자가 적을 것이라는 점을 감안한다고 하여도 절도죄 등 단순재산범이 보호감호 처분대상자의 대부분을 차지한다는 사실을 상기한다면 매우 쉽게 보호감호를 부과하고 있는 것이다. 이는 뒤에 살펴보는 것처럼 독일의 경우 절도범과 사기범 등 단순재산범의 경우 약 13회 정도의 형벌선고와 55회 정도의 범죄경력이 있을 때 보호감호를 부과하고 있는 실무의 입장과 비교해보아도 알 수 있다.

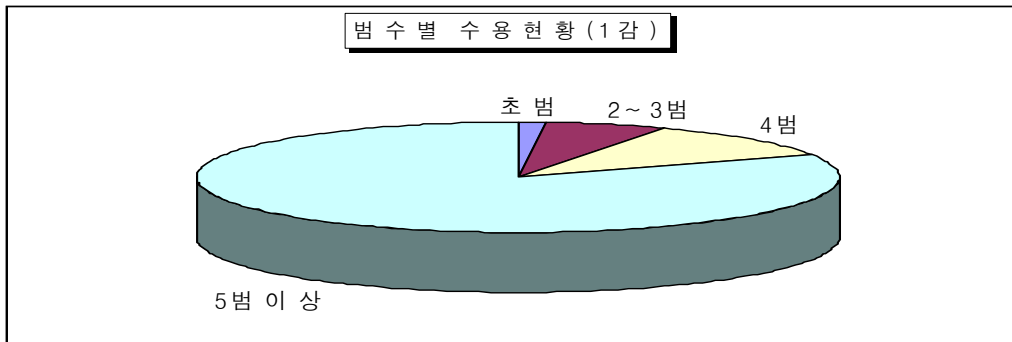
<표 2-6><sup>18)</sup> 피보호감호자의 前科回數別 현황(1986년~2001년)

年度 前科	1986	1987	1989	1991	1993	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
計	4,573 (100)	4,698 (100)	3,072 (100)	2,579 (100)	2,845 (100)	2,491 (100)	2,239 (100)	2,039 (100)	1,760 (100)	1,640 (100)	1,546 (100)	1,603 (100)
初 犯	29 (0.6)	36 (0.8)	9 (0.3)	13 (0.5)	12 (0.4)	16 (0.6)	14 (0.6)	11 (0.5)	9 (0.5)	15 (0.9)	26 (1.7)	15 (0.9)
2 ~ 3犯	298 (6.5)	461 (9.8)	157 (5.1)	158 (6.1)	146 (5.1)	127 (5.1)	99 (4.4)	87 (4.3)	99 (5.6)	88 (5.4)	89 (5.7)	95 (5.9)
4 ~ 5犯	1,514 (33.1)	4,609 (34.2)	1,128 (36.7)	955 (37.0)	965 (33.9)	805 (32.3)	735 (32.8)	594 (29.1)	610 (3.47)	534 (32.6)	458 (29.6)	447 (27.8)
6 ~ 7犯	1,314 (28.7)	1,314 (28.0)	924 (30.1)	764 (29.6)	882 (31.0)	801 (32.2)	730 (32.6)	697 (34.2)	579 (32.9)	554 (33.8)	519 (33.6)	564 (35.1)
8 ~ 9犯	704 (15.4)	647 (13.8)	441 (14.4)	350 (13.6)	406 (14.3)	374 (15.0)	335 (15.0)	311 (15.3)	273 (15.5)	251 (15.3)	246 (15.9)	270 (16.8)
10犯以上	714 (15.6)	631 (13.4)	413 (13.4)	339 (13.1)	434 (15.3)	368 (14.8)	326 (14.6)	339 (16.6)	190 (10.8)	198 (12.0)	208 (13.5)	212 (13.2)

18) 범죄백서 2002, 308면; 범죄백서 1996, 213면.

<표 2-7> 제1감호소 범수별 수용현황 (2003.10.31 보호감호소 제공자료) 단위 : 명

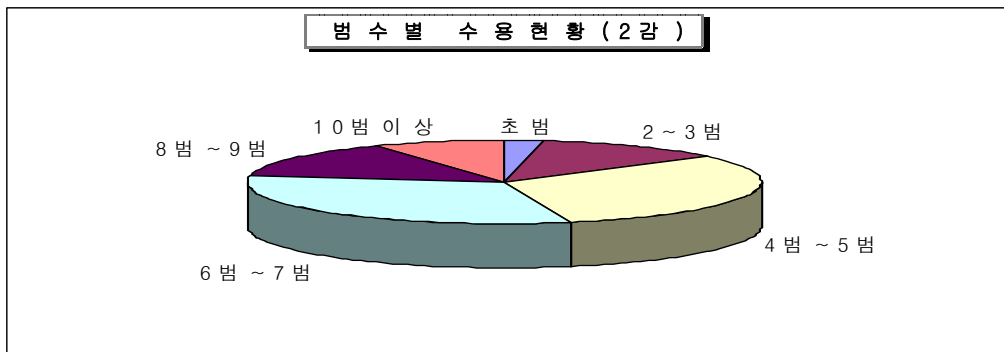
구분	계	초범	2~3범	4범	5범이상
청송1(감)	750	10	47	80	613



제1감호소에서 제공한 자료에 의하면 <표 2-7>에서 볼 수 있는 바와 같이 2003년 10월 31일 현재 제1보호감호소에는 초범이 10명, 전과 2~3범이 47명, 4범이 80명, 5범 이상을 모두 합하여 613명으로 5범 이상이 대부분을 차지하고 있다.

<표 2-8> 제2감호소 범수별 수용현황 (2003.8.31 보호감호소 제공자료) 단위 : 명

구분	계	초범	2~3범	4범~5범	6범~7범	8범~9범	10범이상
청송2(감)	437	11	52	137	138	62	37

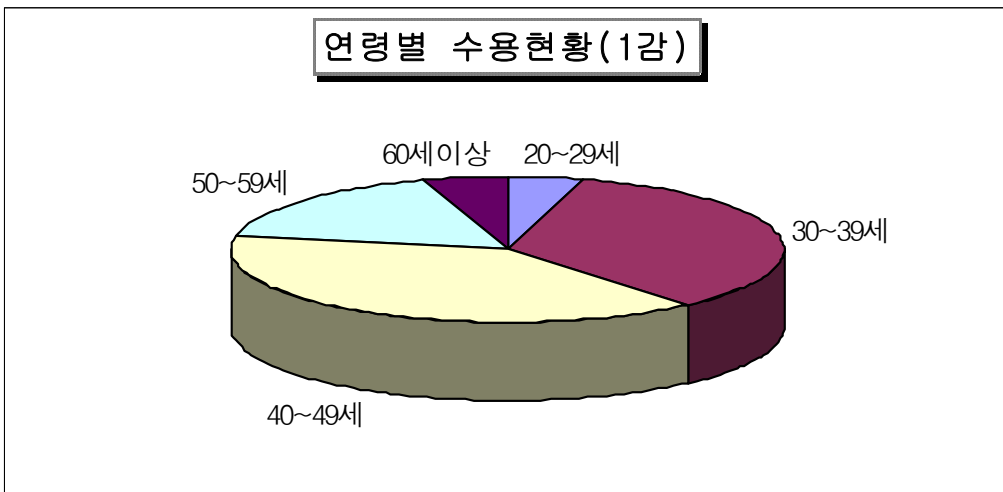


제2감호소에서 제공한 자료에 의하면 <표 2-8>에서 볼 수 있는 바와 같이 2003년 8월 31일 현재 제2보호감호소에는 초범이 11명, 전과 2~3범이 52명, 4~5범이 137명, 6~7범이 138명, 8~9범이 62명, 10범 이상을 모두 합하여 37명으로 4~7범이 가장 많은 수를 차지하고 있다.

## 6. 감호소별 연령별 수용현황

<표 2-9> 제1감호소 연령별 수용현황 (2003.8.31 보호감호소 제공자료) 단위 : 명

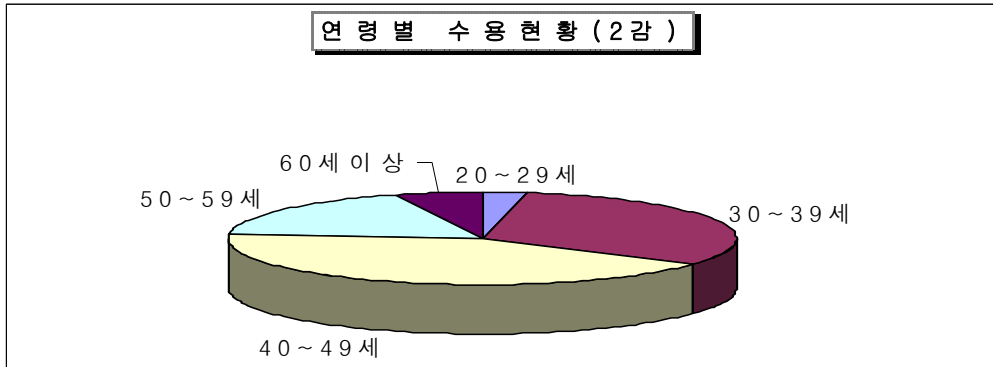
구분	계	20~29세	30~39세	40~49세	50~59세	60세이상
청송1(감)	845	37	290	331	144	43



제1감호소에서 제공한 자료에 의하면 <표 2-9>에서 볼 수 있는 바와 같이 2003년 8월 31일 현재 제2보호감호소에는 20대가 37명, 30대가 290명, 40대가 331명, 50대가 144명, 60세 이상이 43명으로 총 845명이 수감되어 있다.

<표 2-10> 제2감호소 연령별 수용현황 (2003.8.31 보호감호소 제공자료) 단위 : 명

	20~29세	30~39세	40~49세	50~59세	60세 이상
청송2(감)	12	138	185	78	24



제2감호소에서 제공한 자료에 의하면 <표 2-10>에서 볼 수 있는 바와 같이 2003년 8월 31일 현재 제2보호감호소에는 제2보호감호소에는 20대가 12명, 30대가 138명, 40대가 185명, 50대가 78명, 60세 이상이 24명으로 총 437명이 수감되어있다.

전체적인 특징을 정리해 볼 때 피보호감호자를 연령대별로 살펴보면 40대가 가장 많고 그 뒤를 30대가 잇고 있다. 이는 그동안 범죄의 상습성을 조기에 발견하여 대처 하려는 노력이 부족하였고 범죄의 횡수가 빈번해져 범죄전과가 쌓이면 사후적으로 이를 토대삼아 행위자의 상습성을 판단하고 있었다는 추측이 가능하다.

또한 체력이 저하되고 범죄에너지가 상당히 감소되는 연령대인 60세 이상의 피보호감호자도 67명이나 되며 설문조사결과 60대 이상이 5.8%, 70세가 넘는 피보호감호자도 4명이다. 이들에게서 생계형 단순재산범죄이외의 심각한 법익침해가 우려되는 재범의 위험성이 있는지에 대해서도 의문이 제기된다.

**<표 2-11> 피보호감호자의 상세연령현황**

나 이	백 분 율
24	0.1 (1)
25	0.1 (1)
26	0.3 (3)
27	0.6 (6)
28	1.0 (10)
29	1.3 (13)
30	1.6 (16)
31	2.3 (23)
32	2.0 (20)
33	1.9 (19)
34	3.5 (34)
35	3.6 (35)
36	2.5 (25)



37	3.4 (33)
38	4.5 (44)
39	3.9 (38)
40	5.5 (54)
41	3.4 (33)
42	4.5 (44)
43	5.4 (53)
44	5.0 (49)
45	4.6 (45)
46	3.9 (38)
47	3.1 (30)
48	3.2 (31)
49	3.4 (33)
50	3.7 (36)
51	1.9 (19)
52	2.4 (24)
53	2.6 (26)
54	1.6 (16)
55	1.6 (16)
56	1.8 (18)
57	1.4 (14)
58	1.2 (12)
59	1.3 (13)
60	1.0 (10)
61	0.6 (6)
62	1.0 (10)
63	0.5 (5)
64	0.9 (9)
65	0.6 (6)
66	0.1 (1)
67	0.1 (1)
68	0.3 (3)
69	0.2 (2)
70	0.2 (2)
73	0.1 (1)
78	0.1 (1)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (982)</b>

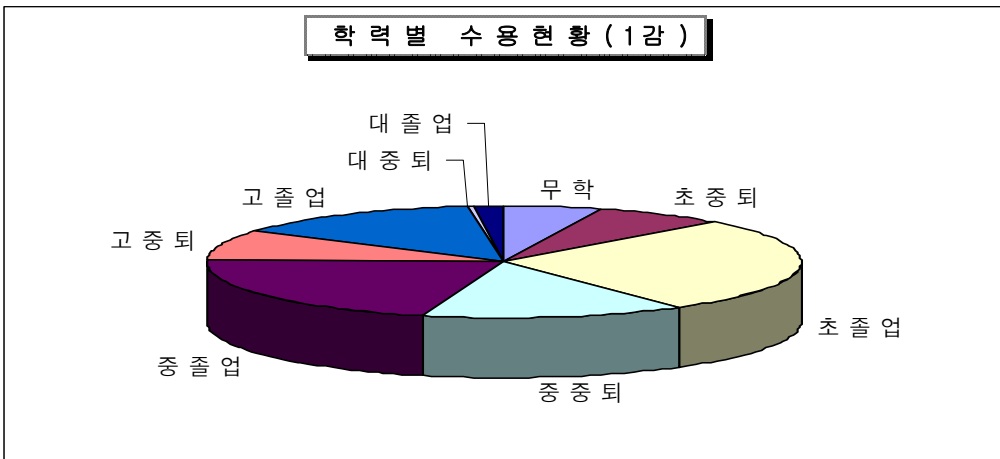
보호감호소 제출자료 등 공식적인 기록 외에 피보호감호자의 실제 나이를 좀더 상세하게 알아보기 위해 설문조사를 실시하여 위와 같은 결과가 나왔다. 40대가 41.8%, 30대가 29.2% 등 전반적으로 보호감호소의 공식기록과 큰 차이가 없었다. 다만 주목할 만한 점은 24세가 최연소자이고 78세가 최고령자였다. 또한 일반적으로 폭력적인 범죄에너지가 현저히 감소되었다고 보여지는 65세 이상이 17명이나 되었으며 70세 이상의 노인도 4명이 수용되어 있었다.

## 7. 감호소별 학력별 수용현황

<표 2-12> 제1감호소 학력별 수용현황

(2003.9.30 보호감호소 제공자료)

구분	계	무학	초등학교		중학교		고등학교		대학교이상	
			중퇴	졸업	중퇴	졸업	중퇴	졸업	중퇴	졸업
청송 1(감)	753	39	56	206	108	160	64	106	2	12

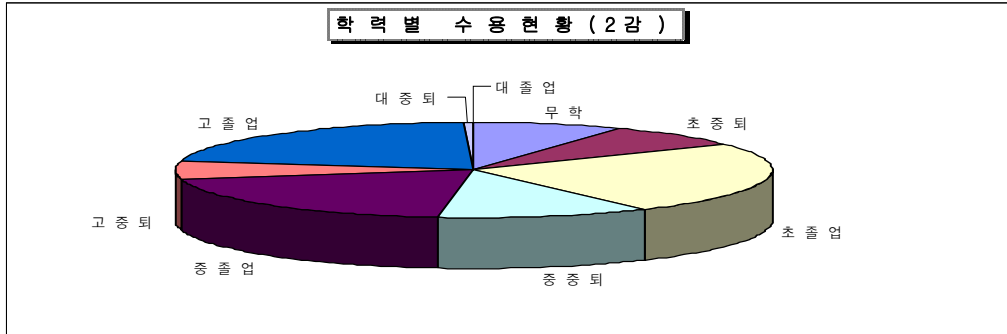


제1감호소의 경우 무학이 39명 초등학교 중퇴나 졸업이 262명, 중학교 중퇴나 졸업이 268명, 고등학교 중퇴나 졸업이 170명, 대학교 중퇴나 졸업이 14명으로 나타나 중졸 이하의 학력이 많은 수를 차지하여 대체로 피보호감호자의 학력이 낮은 것으로 나타났다.

<표 2-13> 제2감호소 학력별 수용현황

(2003.9.30 보호감호소 제공자료)

구분	계	무학	초등학교		중학교		고등학교		대학교이상	
			중퇴	졸업	중퇴	졸업	중퇴	졸업	중퇴	졸업
청송 2(감)	437	35	34	107	51	86	28	94	2	-

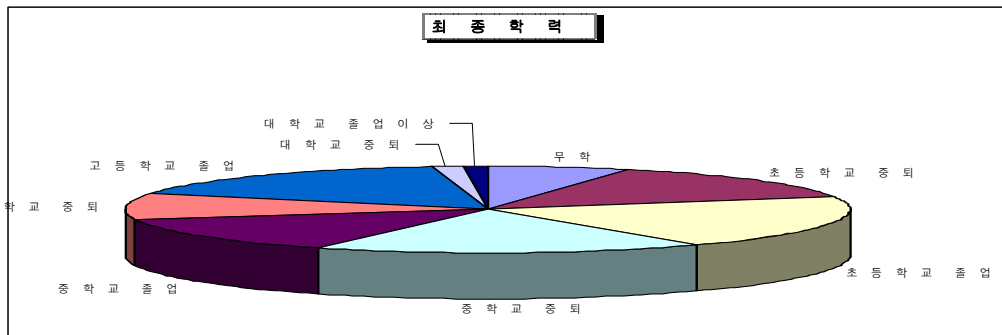


제2감호소도 제1감호소와 사정은 비슷하여 무학이 35명 초등학교 중퇴나 졸업이 141명, 중학교 중퇴나 졸업이 137명, 고등학교 중퇴나 졸업이 122명, 대학교 중퇴가 2명으로 나타나 제1감호소와 마찬가지로 중졸 이하의 학력이 많은 수를 차지하여 대체로 피보호감호자의 학력이 낮은 것으로 나타났다.

<표 2-14> 피보호감호자의 학력현황

단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
무학	6.5 (66)
초등학교 중퇴	13.8 (141)
초등학교 졸업	20.0 (204)
중학교 중퇴	17.5 (179)
중학교 졸업	13.7 (140)
고등학교 중퇴	9.7 (99)
고등학교 졸업	16.5 (169)
대학교 중퇴	1.2 (12)
대학교 졸업이상	1.2 (12)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (1022)</b>



피보호감호자의 학력을 살펴보면 보호감호소 제출자료와 설문조사결과가 비슷하게 중졸이하가 상당부분 다수를 차지하고 있어 일반인이나 수형자보다 평균적으로 낮은 학력을 보유하고 있다. 특히 설문조사결과 중졸이하의 학력은 71.4%에 달했다.

이러한 사실은 피보호감호자들은 아동기 또는 청소년시기부터 열악한 교육환경에 놓여있었다는 사실을 말해 준다고 할 수 있겠다.

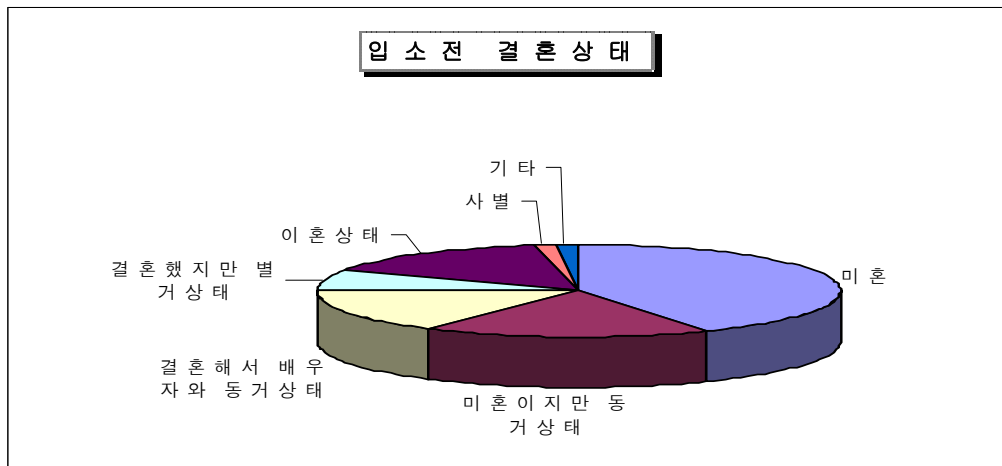
## 8. 가족관계

정상적인 가정생활은 범죄억제작용이 있다고 일반적으로 알려져 있다. 설문조사를 통해 피감호자의 인격이 형성되어온 가장 일차적이고 중요한 환경이면서 건전한 사회복귀의 매우 중요한 열쇠라고 할 수 있는 가정환경을 조사하였다.

<표 2-15> 피보호감호자의 입소전 결혼 상태

단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
미혼	41.9 (427)
미혼이지만 동거상태	18.0 (183)
결혼해서 배우자와 동거상태	15.5 (158)
결혼했지만 별거상태	7.0 (71)
이혼상태	14.9 (152)
사별	1.5 (15)
기타	1.3 (13)
합 계	100.0 (1019)



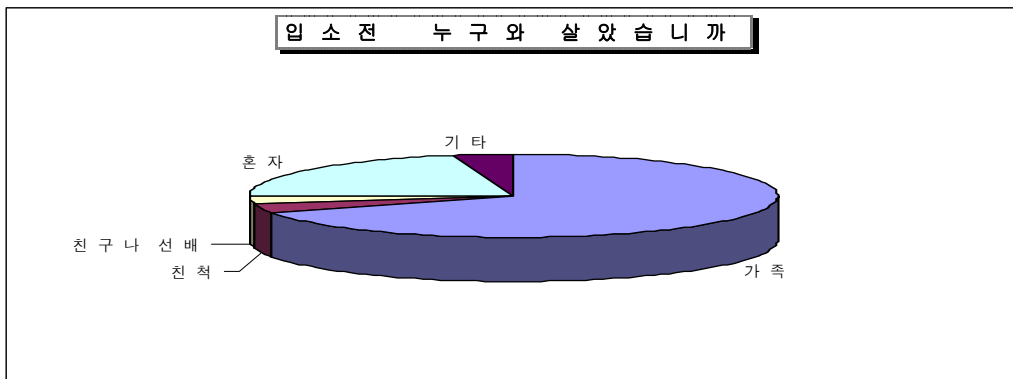
먼저 입소 전 결혼상태를 살펴보면 미혼이 41.9%, 미혼이지만 동거가 18%, 배우자와 결혼해서 동거하는 경우가 15.5%, 결혼했지만 동거상태가 7%, 이혼상태가 14.9%, 사별이 1.5%로 나타났다.

피보호감호자의 약 90% 이상이 30-50대인 점을 감안하고 대부분 결혼하여 배우자와 동거하는 것이 통상적인 가정형태라면, 입소전 정상적인 혼인관계를 유지하고 있었던 비율은 15.5%에 불과했다. 또한 전체 피보호감호자 중 미혼자는 41.9%로 꽤 높은 편이었다. 따라서 대부분의 피보호감호자들이 결혼적령기를 지났음에도 불구하고 정상적인 결혼생활을 할 수 있는 기회가 적었거나 결혼생활을 유지해 나갈 수 있는 여러 조건들이 갖추어져 있지 않았다고 할 수 있겠다.

<표 2-16> 입소 직전 피보호감호자의 동거인 현황

단위 : 백분율(명)

구 분	빈 도
가 족	68.2 (696)
친 척	3.5 (36)
친구나 선배	3.3 (34)
혼 자	21.4 (218)
기 타	3.6 (37)
합 계	100.0 (1021)



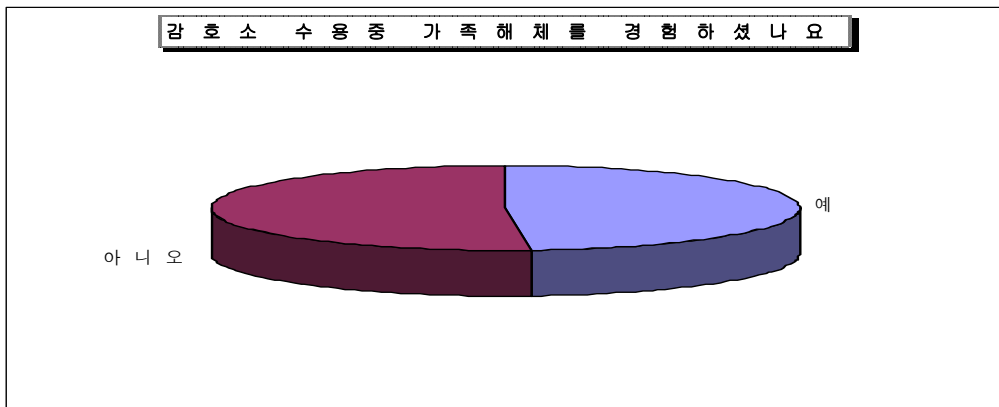
입소직전 피보호감호자의 동거인에 관한 설문에서는 68.2%가 가족이라고 답하였고 3.5%는 친척, 3.3%는 친구나 선배, 21.4%가 혼자 살았다고 답하였다.

입소직전에 가족과 함께 살았다는 대답은 70%에 가까워 대체로 결혼 외에 부자관계 등 수직적인 가족관계는 유지되었었다고 추정되며 21.4%는 동거인이 없이 혼자

지냈던 것으로 나타났다.

<표 2-17> 피보호감호자의 감호소 수용 중 이혼 등의 가족해체 경험여부 단위: 백분율(명)

구 분	빈 도
예	48.5 (479)
아니오	51.5 (508)
합 계	100.0 (987)

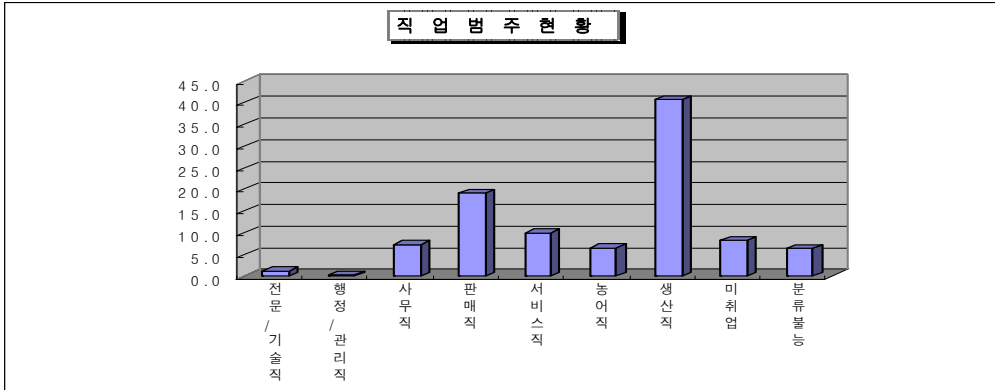


보호감호소 수용 중 이혼 등 가족해체를 경험하였냐는 질문에 48.5%가 경험하였다고 답하였고 51.5%는 경험하지 않았다고 하였다. 즉, 절반에 가까운 피보호감호자는 감호소수용 중 이혼 등 가족해체를 경험한 것으로 나타났다.

## 9. 입소전 직업

<표 2-18> 피보호감호자의 입소전 직업현황- 피감호자 직업범주 현황 단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
전문/기술직	1.2 (11)
행정/관리직	0.3 (3)
사무직	7.3 (69)
판매직	19.2 (182)
서비스직	10.0 (95)
농어직	6.5 (62)
생산직	40.8 (387)
미취업	8.2 (78)
분류불능	6.4 (61)
합 계	100.0 (948)



설문조사에 의하면 피보호감호자의 입소 전 직업은 비교적 다양하게 나타났다. 직군별로 보면 생산직이 387명 40.8%로 가장 높은 비율을 나타내고 있다. 그 외에 전문기술직은 1.2%, 행정관리직 0.3%, 사무직 7.3%, 판매직 19.2%, 서비스직 10%, 농어직 6.5%, 미취업 8.2%로 나타났다.

전체비율 중 비숙련공이나 단순노무자가 268명 28.2%이므로 생산직 중에서도 대부분의 경우는 불안정한 고용상태에 놓여있었다고 할 수 있다. 좀더 자세한 직업현황에서 볼 수 있듯이 판매점원 2.1%, 행사 5.4%, 여관 등의 종업원 4.9%, 품일꾼 1.7% 등 미취업에 가까운 단순임시직종을 감안하면 불안정한 고용상태에 놓였었던 피보호감호자의 비율은 더욱 높아진다.

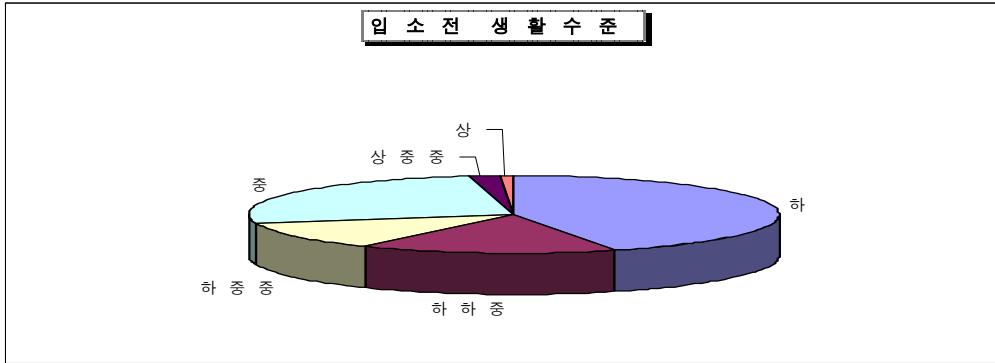
무직(실업상태)이었던 경우는 8.2%에 그쳐 피보호감호자의 대부분은 입소 전에 원래 노동혐오자였거나 무작정 사회를 거부하는 그룹은 아니었다는 추측도 해볼 수 있겠다.

## 10. 입소전 경제적 생활수준

<표 2-19> 피보호감호자의 입소전 생활수준현황

단위 : 백분율 (명)

구 분	백 분 율
하	43.8 (441)
하하중	15.6 (157)
하중중	12.0 (121)
중	25.8 (260)
상중중	2.1 (21)
상	0.8 (8)
합 계	100.0 (1008)



피보호감호자들이 입소 전에 자신의 생활수준을 어떻게 생각하는지를 살펴보면, 가장 낮은 수준인 '하'가 441명에 43.8%로 가장 높은 비율을 보이고 있다. 이와 더불어 '하하중', '하중중' 등 전반적으로 하층에 속하는 경우가 71.3%로 대다수의 피보호감호자들의 입소 전 생활수준은 낮았던 것으로 나타났다. 반면 '중'이라고 답한 사람은 25.8%, '상중중'이라고 한 사람은 2.1%, 상이라고 한 사람은 0.8%이다.

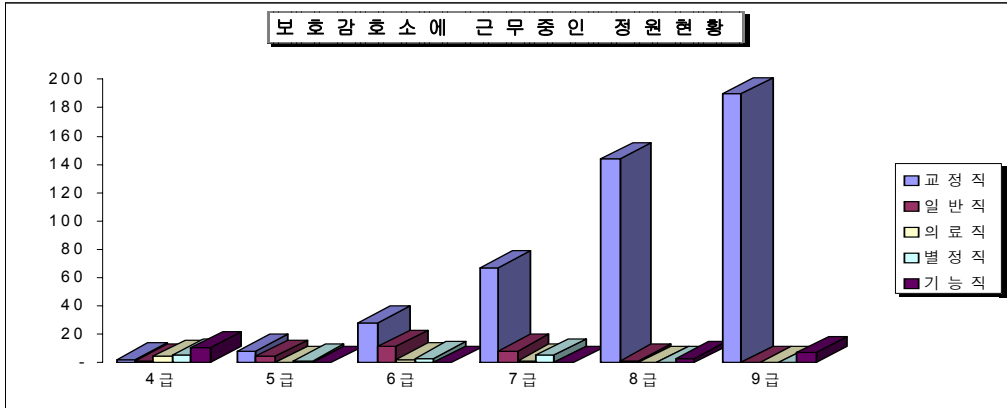
빈곤이 언제나 범죄의 직접적인 원인이 되는 것은 아니지만 약80%에 가까운 피보호감호자가 단순재산범들이므로 그들의 낮은 경제적 생활수준과 상관관계가 있다고 생각되며 대부분 이에 따른 생계형 범죄라고 추측된다.

## 11. 보호감호소에 근무중인 교정공무원 정원현황

<표 2-20> 보호감호소 교정공무원 정원현황 (2003.10.31보호감호소 제공자료) 단위: 명

구분	계	교정직	일반직	의료직	별정직	기능직
4급	22	2	1	4	5	10
5급	13	8	4	-	1	-
6급	44	28	11	2	3	-
7급	81	67	8	1	5	-
8급	148	144	1	-	-	3
9급	197	190	-	-	-	7
기능직	9	-	-	-	-	9





보호감호소에 근무하고 있는 교정공무원은 2003년 10월 현재 총 514명으로 2003년 10월 현재 피보호감호자 1,282명에 대비하면 피보호감호자 2.5명당 교정공무원 1명꼴로 근무하고 있는 것으로 나타났다.

### 제3절. 사회보호법상 보호감호의 실제법적 분석

#### I. 보호감호부과의 원인행위

##### 1. 보호감호부과의 법률상 요건과 입법형식

보호감호처분은 사회보호법 제5조 각호에 해당하는 범죄자로서 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때에 과하여진다. 1. 동종 또는 유사한 죄로 2회 이상 금고이상의 실형을 받고 형기합계 3년 이상인 자가 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 별표의 죄를 범한 때, 2. 별표에 규정된 죄를 수회 범하여 상습성이 인정될 때, 3. 보호감호의 선고를 받은 자가 그 감호의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 별표의 죄를 범한 때이다. 여기서 별표의 죄란: ① 형법의 약취·유인죄, 강간죄, 미성년자 간음·추행죄, 강도상해·강도살인·강도강간, 사기·공갈죄의 상습범 ② 폭력행위 등 처벌에 관한 법률의 죄 ③ 특정범죄가중처벌법의 약취유인, 상습강도·절도, 강도상해범을 비롯하여 ④ 특정경제범죄가중처벌법의 상습사기·공갈·횡령·배임·업무상 횡

령·배임죄로 인한 이득액이 5억원 이상인 범죄 등이 대상이다.

사회보호법상 보호감호에서 우선 범형식적으로 주목할 점은 보호감호부과 대상범죄를 별표에서 특정한 범죄에 한정하고 있다는 점이다. 이는 보호감호부과대상범죄에 대한 명확한 기준을 제시하고 있으므로 형식적으로 타당한 입법이라고 생각한다.

학설의 일치된 견해는 명문규정유무와 관계없이 헌법상 원칙으로서 비례성의 원칙은 보호감호부과는 물론 보안처분 전과정에 항상 적용되며, 입법론적으로는 일반조항으로서 비례성 원칙을 보안처분법에 명시적으로 규정해야 한다고 하고 있다.<sup>19)</sup> 비례성의 원칙은 보안처분의 공리주의적 성격을 적절히 제어하고 남용가능성의 위험을 막아주는 법치국가적 원리이므로 마땅히 존중되어야 한다. 그러나 비례성의 원칙을 사회보호법상 구체적인 개개의 보안처분부과요건에서 실현시키고 있는지는 의문이다. 따라서 개개의 보안처분규정을 의미있게 해석하고 특별한 자유에 대한 침해를 정당화할 수 있게 하기 위해서는 법률에서 특정한 중대한 범죄군을 좀더 자세하게 언급할 필요가 있고 이러한 선상에서 사회보호법의 별표의 범죄들과 형법각칙에서 지금까지 발전시켜온 법익침해의 정도와 가치그룹에 대한 구분원칙들은 특히, 상습범가중처벌 규정들은 개별적인 보안처분규정안에 비례성의 원칙을 실현시키는 데에 형식적인 면에서 중요한 단서를 제공한다.

또한 보안처분의 일차적 목적과 투입기준은 보안 또는 범죄예방이며 그 목적을 달성하기 위해서 꼭 필요한 정도로 개인의 자유를 제한하거나 박탈하여야한다. 개별예방사상의 중요한 구성부분인 개선은 보호감호부과의 단계에서 고려되어서는 안되고 보안처분을 집행할 때 행위자의 위험성을 제거하는 효과적이고 우선적인 수단으로서의 성격을 띤다. 왜냐하면 국가권력이 일차적으로 행위자를 개선시키기 위해 가장 강력한 강제력을 수단으로 하는 형법을 투입하는 것은 국가가 할 일이 아니며 국가활동의 기준으로 삼아서도 안된다.<sup>20)</sup>

그러나 위와 같은 형식적·실질적 원칙들이 보호감호현실에서 실제로 구현되고 있는지는 검토를 요한다.

## 2. 보호감호부과 원인범죄의 죄명별 실태

보호감호대상자는 극히 예외적인 경우를 제외하고는 상습누범자이기 때문에 대체

19) 거의 모든 형법교과서들과 관련논문 참조.

20) 독일 특별예방사상의 개척자인 Grolmann, Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 1798, S. 50은 이미 “국가는 국민의 교육자가 아니므로 행위자의 개선은 형벌목적이 아니다.”라며 개선사상을 부인하였다.

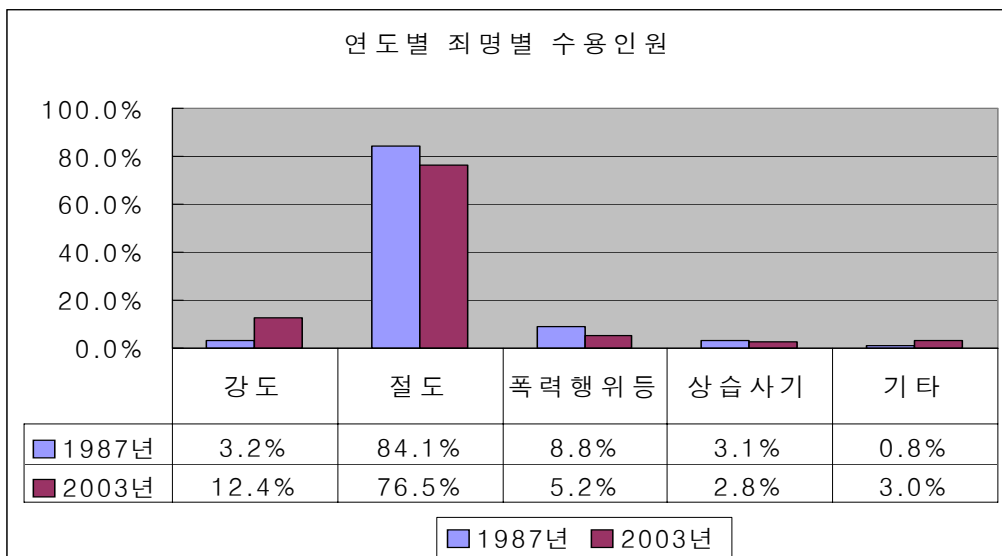
로 수회의 범죄를 저지른 범죄인이다. 따라서 이들의 범죄성향이나 범죄전력을 정확히 파악하기 위해서는 개개인의 자세한 범죄전력과 행위양태를 조사할 필요가 있으나 공식적으로 체계화된 자료는 발견하지 못하였다. 피보호감호자 개개인의 판결록을 일일이 조사하는 방법도 생각해볼 수 있었으나 한정된 시간과 인력으로는 거의 불가능에 가깝다고 할 수 있다.

결국 보호감호소(법무부)에서 제공한 죄명별 일반현황과 피보호감호자 총1037명을 대상으로 한 설문조사 그리고 표본적으로 총478명에 대한 분류지표를 분석하여 위 세 가지 자료에서 도출된 결과들을 살펴보았다.

### 가. 피보호감호자 죄명별 현황

앞의 <표 2-3>에서 공식적인 죄명별 현황은 살펴보았고 전체적 상황은 큰 차이가 없으므로 아래 <표 3-1>에서는 대표적으로 1987년과 2003년 현황을 비교해보았으며 역시 비슷한 경향을 보이고 있다.

<표 3-1> 1987년과 2003 대비 죄명별 수용현황



### 나. 설문조사를 근거로 한 죄명별 현황과 분석

피보호감호자의 공식적인 원인범죄통계나 분류지표에 나타난 원인범죄의 유형은 매우 포괄적인 그룹별로 분류되어있어 설문을 통하여 원인범죄를 좀더 상세하게 분

류하여 조사하였다.

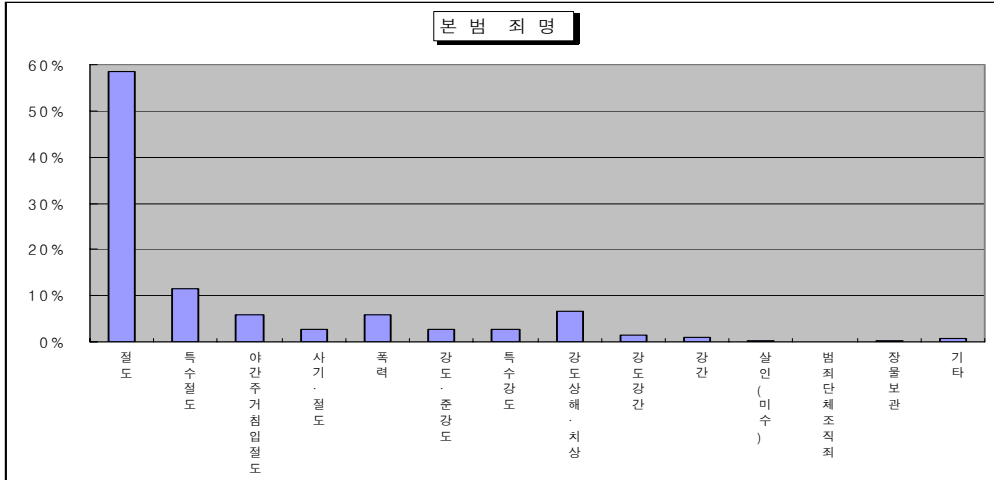
우선 전체범죄 중 가장 많은 비중을 차지하는 절도죄를 행위유형과 위험성의 정도에 따라 세분하여 설문조사를 실시하였다. 그 결과를 살펴보면, 단순절도는 58.5%였고 단순절도죄보다 불법이 가중된 유형으로서 야간주거침입절도는 5.8%, 야간주거침입절도가 침입방법으로 문, 담, 기타 건조물의 일부를 손괴한 경우 (형법 제331조 제1항) 그리고 흥기를 휴대하거나 2인 이상이 합동하여 절도행위를 한 경우 (형법 제331조 제2항)로서 절취행위의 폭력성, 위험성, 집단성으로 인하여 가중처벌되는 특수절도는 11.4%였다.

반면 사람에 대한 공격성과 폭력성으로 인해 비교적 위험한 범죄그룹으로 분류될 수 있는 범죄를 살펴보면 단순폭력은 5.9%, 강도·준강도는 2.6%, 특수강도는 2.6%, 강도상해·치상은 6.6%, 강도강간은 1.4%, 강간은 0.9%, 살인은 0.6%로 나타났다. 그 외 범죄형태인 사기·횡령은 2.8%, 범죄단체조직은 0.1%, 장물보관은 0.3%, 기타가 0.7%로 나타났다.

이 중 비교적 위험성이 덜한 단순폭력을 제외한다면 사람의 생명이나 신체에 직접적으로 피해를 가할 위험성이 큰 범죄인 그룹은 약 15%선인 것으로 추정되고 이들과 같이 위험한 범죄인 그룹이 본래적 의미의 피보호감호대상자여야 한다고 생각된다.

<표 3-2> 피보호감호자의 본범(원인범죄) 죄명현황 단위 : 백분율(명)

구 분	빈 도
절 도	58.5 (583)
특수절도	11.4 (114)
야간주거침입절도	5.8 (58)
사기·횡령	2.8 (28)
폭 력	5.9 (59)
강도·준강도	2.6 (26)
특수강도	2.6 (26)
강도상해, 치상	6.6 (66)
강도강간	1.4 (14)
강 간	0.9 (9)
살인(미수)	0.2 (2)
범죄단체조직	0.1 (1)
장물보관	0.3 (3)
기 타	0.7 (7)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (996)</b>



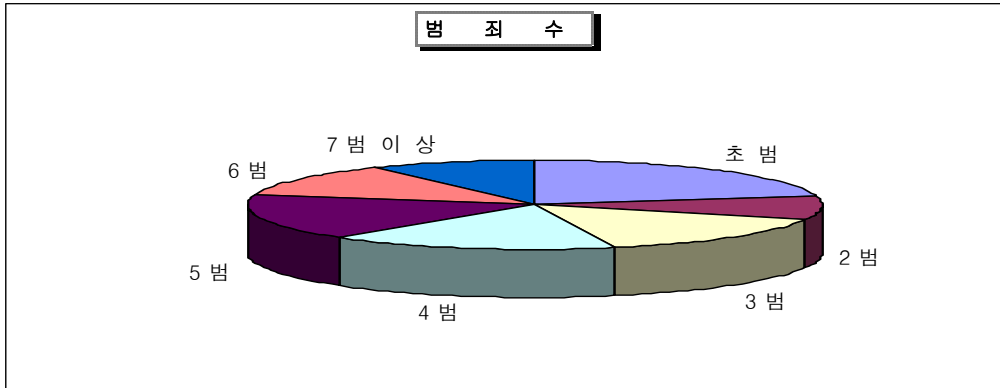
또한 설문조사에 의하면 자신이 범한 범죄수에 대하여 보호감호소가 제출한 통계와는 상당한 차이를 보이고 있다. 예컨대 법무부와 보호감호소 통계에 의하면 초범의 경우 1%미만인데 반해 설문조사에 의하면 초범이 21.8%이므로 매우 큰 차이를 보이고 있다. 그 외의 설문조사결과를 살펴보면 2범이 8.8%, 3범이 14.8%, 4범이 16.4%, 5범이 16.6%, 6범이 12%, 7범 이상이 9.5%로 나타났다.

이러한 결과는 사회보호법의 보호감호부과에 관한 규정을 고려해볼 때 법무부와 보호감호소의 통계가 더 신뢰할만 하다고 생각한다. 추측컨대 자신이 행한 범죄수에 대한 설문조사의 결과는 피보호감호자들의 기억의 한계와 자기보호본능이 맞물려 실제와 다른 대답을 하였다고 할 수 있겠다.

<표 3-3> 피보호감호자의 범죄 수 현황

단위 : 백분율(명)

구 분	빈 도
초범	21.8 (174)
2범	8.8 (70)
3범	14.8 (118)
4범	16.4 (131)
5범	16.6 (132)
6범	12.0 (96)
7범이상	9.5 (76)
합 계	100.0 (797)



**다. 분류지표 분석을 근거로 한 죄명별 현황**

법무부예규로서 분류처우 업무지침에 따른 분류지표는 서식이 간단함에도 불구하고 피감호자의 범죄전력과 행위양태에 대한 비교적 많은 정보를 담고 있어 청송보호감호소 현지실태조사시 전수조사를 희망하였으나 여러 현실적인 사정으로 아래와 같이 제1감호소 317명, 제2감호소 161명, 총478명만을 무작위, 표본적으로 분석할 수밖에 없었다.

<표 3-4> 조사인원현황

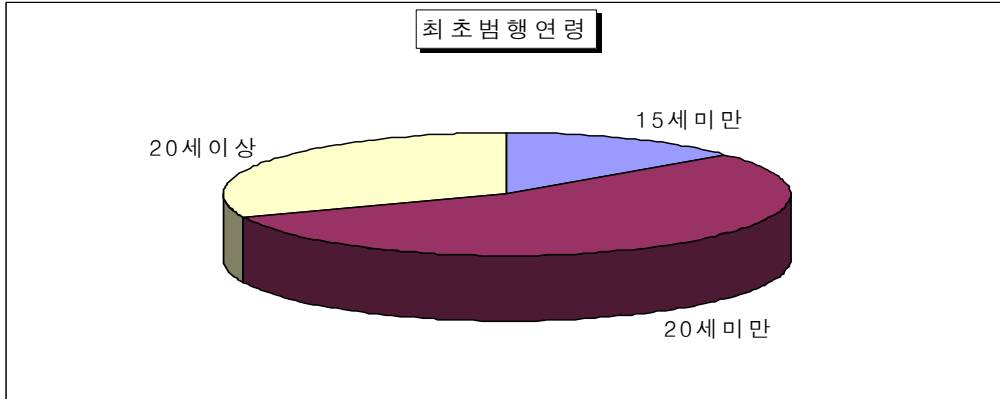
단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
제1감호소	66.3 (317)
제2감호소	33.7 (161)
합 계	100.0 (478)

<표 3-5> 최초범행 연령

단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
15세미만	13.8 (66)
20세미만	55.0 (263)
20세이상	31.2 (149)
합 계	100.0 (478)

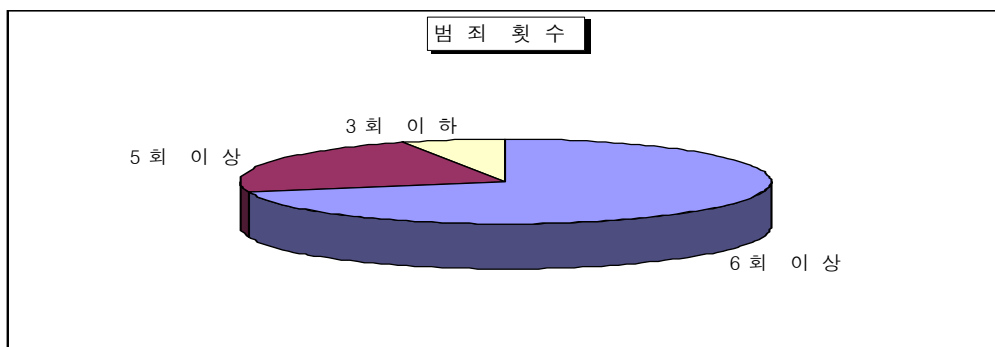


분류지표에 나타난 피보호감호자의 최초 범행연령은 15세 미만이 13.8%, 20세 미만이 55%, 20세 이상이 31.2%로 피보호감호자들은 비교적 일찍 청소년기부터 범죄를 저질렀던 것으로 나타났다.

<표 3-6> 범죄횟수

단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
6회 이상	70.9 (339)
5회 이상	22.8 (109)
3회 이하	6.3 (30)
합 계	100.0 (478)

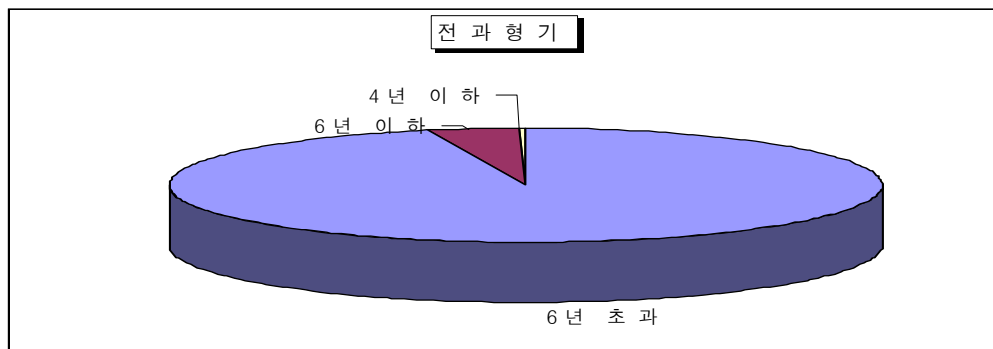


피보호감호자들은 6회 이상 범죄를 저지른 경우가 70.9%, 5회 이하가 22.8%, 3회 이하가 6.3%인 것으로 나타났다. 아쉬운 점은 단순히 범죄횟수만 표시되어 있어 범죄별 범죄횟수를 파악할 수 없었다는 것이다.

<표 3-7> 전과형기

단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
6년 초과	95.6 (457)
6년 이하	4.0 (19)
4년 이하	0.4 (2)
<b>빈 도</b>	<b>100.0 (478)</b>



피보호감호자들의 전체 수형기간은 6년을 초과한 경우가 95.6%로 대다수를 차지하고 있어 비교적 장기의 수형생활을 했던 것으로 나타났다. 그 외 6년 이하는 4%, 4년 이하는 0.4%에 불과했다.

<표 3-8> 감호유형

단위 : 백분율(명)

구 분	빈 도
0	11.5 (55)
3	0.2 (1)
4	33.7 (161)
6	.2 (1)
8	54.4 (260)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (478)</b>



평점(Valid)이 높을수록 피감호자에 대한 긍정적이고 유리한 평가이며 반대로 낮을수록 부정적이고 불리한 평가이다.

<표 3-9> 재범기간

단위 : 백분율 (명)

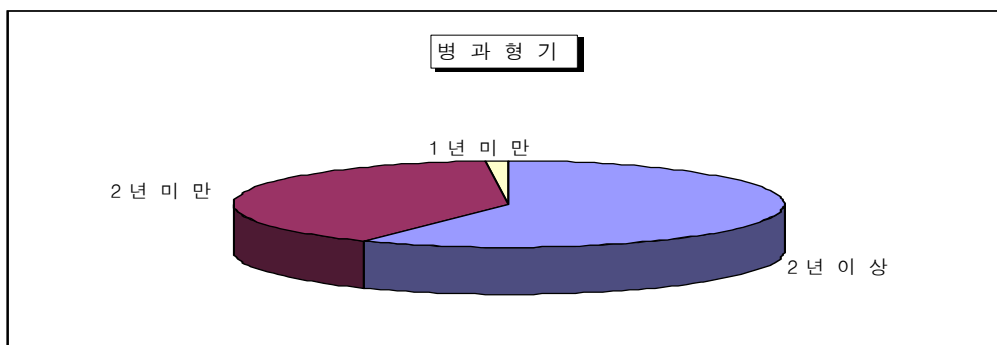
구 분	빈 도
1년이내	69.7 (333)
1-3년이내	25.7 (123)
3년초과,초범	4.6 (22)
합 계	100.0 (478)

피보호감호자들의 재범을 저지르는 빈도정도 또는 속도는 1년 이내가 69.7%로 상당히 높은 비율을 나타냈고 1~3년 이내가 25.7%, 초범이거나 3년을 초과한 경우가 4.6%로 나타났다. 실무상 재범의 빈도가 범죄인의 범죄상습성판단의 중요한 기준이 되고 있다는 사실을 상기한다면 피보호감호자들은 범죄의 유혹에 대해 저항력이 상당히 약한 편이라는 반증이 된다.

<표 3-10> 병과형기

단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
2년이상	59.0 (282)
2년미만	39.7 (190)
1년미만	1.3 (6)
합 계	100.0 (478)

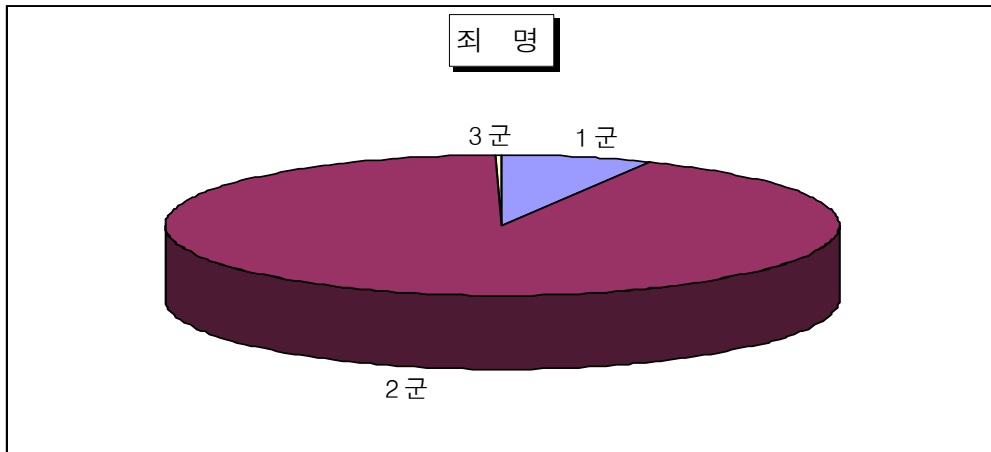


보호감호와 병과된 형벌의 기간을 분석해보면, 2년 이상이 59%, 2년 미만이 39.7%, 1년 미만이 1.3%로 나타났다.

<표 3-11> 죄 명

단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
1군: 존속범행, 특정강력범죄, 방화, 공무집행방해, 향정사범	7.1 (34)
2군: 사기, 횡령, 배임 등, 특가범(절도), 폭력행위 등	92.7 (443)
3군: 단순절도, 단순폭력, 상습도박	0.2 (1)
합 계	100.0 (478)



보호감호부과의 원인이 된 범죄는 2군<sup>21)</sup> 범죄인인 사기, 횡령, 배임 등, 특가범(절도), 폭력행위 등의 범죄가 92.7%를 차지하고 있고 그 중 대부분은 특가범상 절도죄이다. 전형적인 보호감호대상범죄군에 포함될 수 있는 특정강력범죄, 방화죄 등 비교

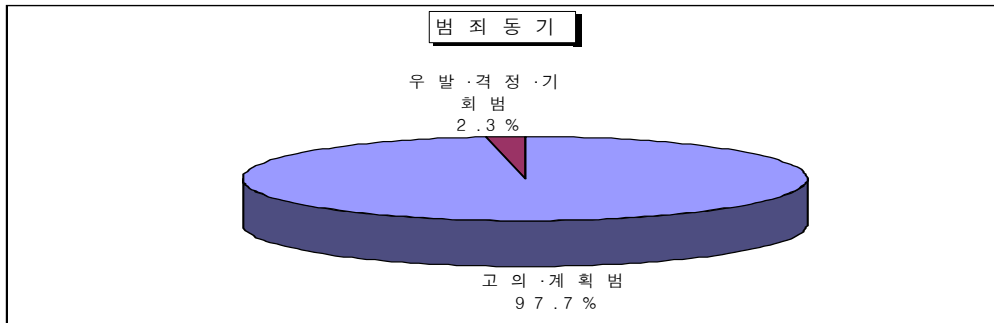
21) 분류지표상에 분류된 범죄군을 필자가 편의상 1, 2, 3 범죄군으로 칭하였음.

적 사람의 생명과 신체에 대해 위협한 범죄인 제1범죄군은 7.1%에 그치고 있다.

<표 3-12> 범죄동기

단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
고의·계획범	97.7 (467)
우발·격정·기회범	2.3 (11)
합 계	100.0 (478)



피감호자의 대부분은 <표 3-12>와 <표 3-13>에서 볼 수 있는 바와 같이 고의(계획)범(97.7%)이자 상습범, 직업범(99.8%)인 것으로 나타났다. 반면 우발범, 격정범, 기회범은 2.3%, 미수범, 단순범은 0.2%에 불과했다.

<표 3-13> 반복정도

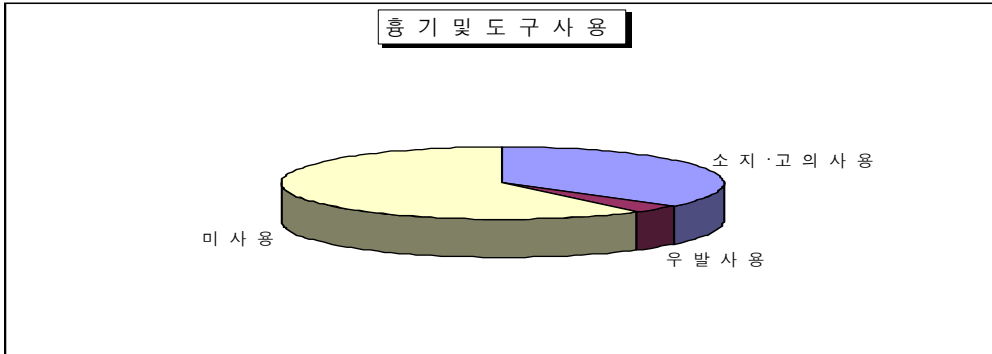
단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
직업범, 치기범	14.9 (71)
상습범	84.9 (406)
미수범, 단순범	0.2 (1)
합 계	100.0 (478)

<표 3-14> 흉기 및 도구사용

단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
소지·고의사용	36.0 (172)
우발사용	3.8 (18)
미사용	60.3 (288)
합 계	100.0 (478)

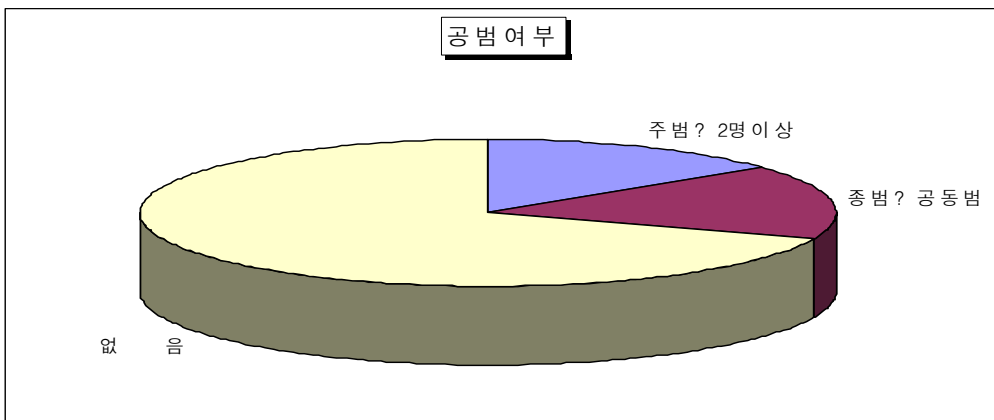


피보호감호자가 범행시 흉기 및 도구를 소지하거나 사용한 경우는 36% 그친 반면 우발사용은 3.8%, 전혀 사용하지 않은 경우가 60.3%로서 피보호감호자의 많은 수는 범행시 흉기 및 도구를 소지하거나 사용하지 않아 사람의 생명이나 신체에 대한 공격성은 그리 위험한 수준이 아니라는 평가가 가능하다.

<표 3-15> 공범여부

단위 : 백분율 (명)

구분	비율 (%)
주범·2명이상	14.4 (69)
종범·공동범	16.5 (79)
없음	69.0 (330)
<b>합계</b>	<b>100.0 (478)</b>

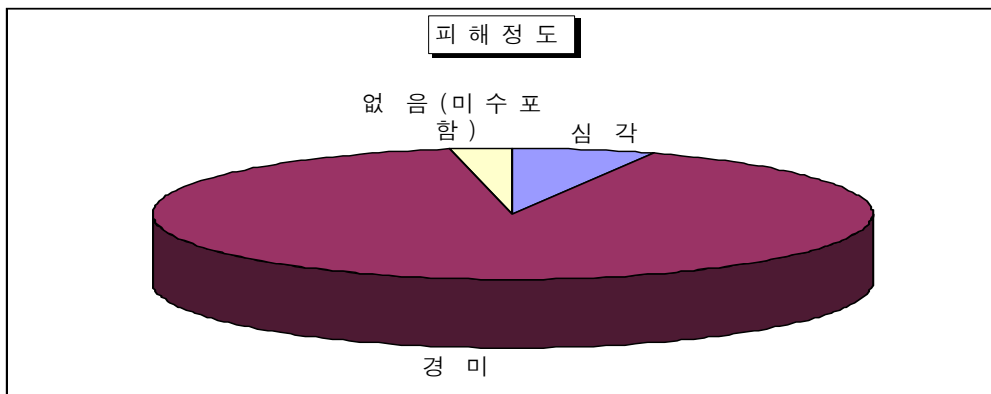


피보호감호자의 범행시 공범여부는 69%가 단독범인 경우이고 중범 및 공동범인 경우가 16.5%, 주범이거나 2명이상인 경우가 14.4%로 나타나 피보호감호자들은 범행시 범행이 조직화되지 않은 경우가 훨씬 많았다.

<표 3-16> 피해정도<sup>22)</sup>

단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
심 각	6.3 (30)
경 미	91.0 (435)
없 음(미수포함)	2.7 (13)
합 계	100.0 (478)



피보호감호자의 범행으로 발생한 피해정도는 91%가 경미한 정도이고 피해가 전혀 없는 경우도 2.7%여서 양자를 합해 93.7%는 피보호감호자의 범죄로 인해 침해된 법익이 심각하지 않은 것으로 나타났다.

22) 법무부 분류처우 업무지침에 의하면:

피해정도: (가) 인명피해

- ① 심각 : 사망, 살해, 상해 1개월 이상 또는 2명 이상의 상해 합계가 1개월 이상, 강간
- ② 경미 : 상해 1개월 미만 또는 2명 이상의 상해 합계가 1개월 미만

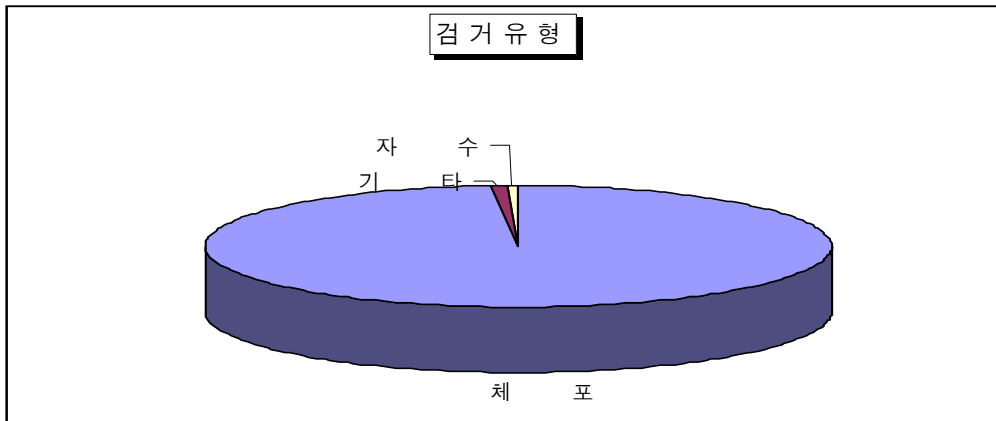
(나) 재산피해

- ① 심각 : 피해액 1억 이상
- ② 경미 : 피해액 1억 미만

<표 3-17> 검거유형

단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
체 포	98.5 (471)
기 타	0.8 (4)
자 수	0.6 (3)
합 계	100.0 (478)



피보호감호자 중 98.5%는 체포되어 검거되었고 자수는 0.6%, 기타 검거유형으로는 0.8%로 나타났다.

#### 라. 분류지표를 통해 본 원인범죄 분석 정리

위에서 볼 수 있는 바와 같이 피보호감호자가 최초로 범행을 저지른 시기는 20세 미만인 피감호자가 68.8%로 비교적 이른 청소년기에 범행을 저지르는 **초범**으로 나타났다. 범죄학에서의 주요관심사는 상습누범을 되도록 일찍 기회범 또는 일회적 범 죄인과 구분해내어 적절한 범죄예방대책을 세우는 일이므로 우선 다각도로 누범의 특징 및 표지를 분석해내는 것이다<sup>23)</sup>.

피보호감호자 중 **초범**이 많으며 보호감호원인범죄가 폭력성향의 범죄가 아닌 대부분 절도 등 단순재산범이고 학력이 낮다는 사실들은 피감호자의 대부분이 어린 시절 또는 청소년기부터 사회적, 경제적으로 불우한 환경에 놓여있었다고 추측된다. 또한 향후 이러한 범죄인그림과 사회적으로 열악한 환경에 처해있는 잠재적 범죄인

23) 예를 들면 Schäffer, Rückfall bei ehemaligen Strafgefangenen: Ergebnisse einer Nachuntersuchung der Tübingerjungtäter-Vergleichsuntersuchung, 1996, 83 ff., 281 ff.

들에 대해 좀더 많은 교육기회와 사회복지혜택이 주어지고 과학적 범죄대책을 기반으로 한 소년형사사법과 행형에 대한 노력을 우선적으로 기울일 필요성이 제기된다 하겠다.

또한 피보호감호자의 전과는 5회 이상이 93.7%, 전과형기는 6년 초과인 경우가 95.6%로 압도적으로 많았다. 즉 피보호감호자들은 대부분 5회 이상의 전과경력이 있으며 6년 넘게 교도소생활을 한 것이다. 초감호자와 재감호자 이상의 비율은 대략 반반정도로 추산된다. 그리고 1년 이내에 재범을 저지르는 경우가 70%정도를 차지하며 전체적으로 3년 이내에 재범을 저지르는 경우가 95.4%로 매우 높은 수치를 기록하고 있다. 따라서 피보호감호자는 범죄의 유혹에 대한 저항력이 약하며 출소 후 기본적인 사회생활조건들의 열악함 등 여러 이유로 재사회화에 어려움을 겪고 있는 것으로 드러났다.

보호감호가 병과되었던 형기는 약 60%정도가 2년 이상이었고 1년 이상인 경우까지 통틀어 보면 총 98.7%로 대부분 최소 1년 이상의 자유형과 함께 보호감호가 부과된다고 할 수 있다.

또한 보호감호의 원인죄명은 위 <표 3-11>에서 볼 수 있는 바와 같이 2군 범죄인인 사기, 횡령, 배임 등, 특가법(절도), 폭력행위 등의 범죄가 92.7%를 차지하고 있고 그 중 대부분은 특가법상 절도죄이다. 특히 특가법상 절도는 그 범죄구성요건이 상습범을 대상으로 하므로 그의 상습성을 근거로 가중처벌하고 이들에 대해 다시 보호감호처분을 내리는 결과가 된다.

전형적인 보호감호대상범죄군이라고 할 수 있는 특정강력범죄, 방화죄 등의 매우 위험한 범죄인 제1범죄군은<sup>24)</sup> 정작 7.1%에 그치고 있다.

피감호자의 대부분은 고의범(97.7%)이자 상습범, 직업범(99.8%)이다. 그러나 범행시 흉기 및 도구를 소지하거나 사용한 경우는 36% 그친 반면 전혀 사용하지 않은 경우가 60.3%로서 피보호감호자의 많은 수는 범행시 흉기 및 도구를 소지하거나 사용하지 않아 사람의 생명이나 신체에 대한 공격성은 그리 위험한 수준이 아니라고 평가된다. 피보호감호자의 범행시 공범여부에 대해서는 약 70%가 단독범인 경우여서 범행이 조직화되지 않은 경우가 훨씬 많았다.

또한 매우 중요한 사실은 범행으로 발생한 피해정도는 91%가 경미한 정도이고 피

---

24) 필자의 견해로는 분류지표상의 죄명별 범죄분류는 조정되어야 할 필요가 있다고 본다. 예컨대 제1범죄군의 경우 그리 위험하지 않으나 공권력에 대한 위협으로 여겨서인지 공무원집행방해 그리고 치료의 대상이 되어야 할 향정사범이 특정강력범죄와 같이 분류하고 있으나 이는 범죄의 범익침해의 정도 행위양태 등을 고려해볼 때 보호감호에 그대로 적용하는 것은 옳지 못하다.

해가 전혀 없는 경우도 2.7%여서 양자를 합해 93.7%는 침해된 법익이 심각하지 않은 것이라는 점이다.

정리해보면, 일반인의 선입관과는 달리 피보호감호자의 많은 수는 불우한 환경으로 인하여 어린 시절부터 범죄에 빠지고 계속적, 누적적으로 범죄를 저질러 수회의 전과가 있지만 일반인에 대해 그리 위험하지 않은 단순재산범인 경우가 많다. 또한 이들의 범죄성향은 많은 수가 사람에 대한 공격성과 폭력성을 드러내지 않았고 조직화되지 않았으며 피해의 정도도 경미하다. 이러한 범죄인 그룹에게 보호감호를 부과하는 것은 형(헌)법상 비례성의 원칙에 어긋나며 이러한 정도의 사회적 위험성으로 인해 형법상 상습범기준처벌과 병렬적으로 개인의 자유를 박탈하는 보호감호를 과하는 것은 헌법상 과잉입법금지의 원칙에도 위배되고 정당화되지 못한다.

결국 보호감호원인범죄를 분석하여 전체적으로 평가할 때 본래 보호감호제도의 취지와 목적에 걸맞게 논의되어야 할 범죄인그룹은 위험한지 않은 범죄인그룹을 제외한 피보호감호자 중 10% 정도이며 이들에 대한 집중적인 관리 및 연구와 투자가 필요하다 하겠다.

### 3. 보호감호부과 원인범죄의 합리적 입법을 위한 가이드라인

이미 행해진 불법에 대한 응보가 아닌 미래의 위험한 잠재적 범죄자의 자유를 침해하기 위해서는 비례성 원칙에 입각해서 일반적으로 높은 정도의 人的 법익이나 침해받았을 때 다시 회복하기 어려운 법익에 대한 위협이 존재하여야 한다.<sup>25)</sup> 일반적으로 단순 재산범죄, 모욕죄등 경미한 범죄로서 양형에서 고려되는 법익침해의 정도가 벌금형에 처해질 범죄, 그리고 보안처분의 성격상 행위양태나 결과가 사회방위와는 거리가 있는 부작위범, 자기위태화범죄(Selbstgefährdungsdelikt)등은 보안처분의 부과대상범죄에서 제외된다. 반면에 자유를 박탈하는 보안처분부과대상범죄에 대한 일반적인 가이드라인은 다음과 같은 위험상태에 대한 두 가지 명제가 기준이 될 수 있겠다: 침해받을 위협에 처해있는 법익이 회복가능성이 있는가 - 예컨대 보통의 단순 경미한 재산범죄는 언제든지 회복가능하다 - 아니면 회복불가능한가<sup>26)</sup> 명제와 잠재적

---

25) Frisch, Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW 102 (1990), S. 385.은 양형도그마틱에서 발달한 포괄적인 레파토리들은 이 경우에도 아주 적절한 기준을 제공하며 최소한 2-3년의 자유형에 처해질 범죄가 대상이 된다고 주장한다. 그러나 실제 적용되는 독일의 형벌은 전반적으로 우리 나라보다 낮다고 보여지며 형사실무에서 실무자들의 인식도 우리 나라와는 차이가 있다고 생각되므로 우리 나라의 상황에 맞는 검토가 필요하다고 생각한다.



피해자의 효과적인 자기보호능력에 대한 (기대)가능성에 대한 명제.<sup>27)</sup> 1998년 독일형법 개정시 제 66 조 3 항이 신설되어 몇 개의 보안감호부과대상범죄가 추가되었는데 주로 미성년자·要保護者 등에 대한 성범죄, 피보호자 학대, 위험한 상해, 중독상태에서의 범죄 등이고<sup>28)</sup> 대체로 앞에서 지적한 일반명제와 일치한다고 생각한다. 더구나 3 항 후단에서는 위에 열거한 범죄를 저질렀을 때 통상의 보호감호요건을 완화하여 형벌이나 보안처분을 받은 전력이 없어도 보안감호를 과할 수 있는 가능성을 열어놓고 있다.<sup>29)</sup>

사회보호법상의 보호감호는 몇몇 예외가 있긴 하지만 대체로 위의 요구를 충족하는 범죄를 별표에 규정하여 출발이 바람직한 입법이라고 할 수 있다. 그러나 동법 제 6 조 2 항에서 동종 또는 유사한 죄를 구체화하면서 위와 같은 엄격성은 의미를 잃고 만다. 즉, 2 호에서 형법각칙의 같은 장에 규정된 죄의 경우라고 하여 예컨대 단순절도와 강도살인은 같은 제 38 장에 규정되어 있으므로 동종 또는 유사한 죄가 된다. 폭행과 협박을 수단으로 하는 강도죄와 단순절도는 행위양태에 있어서나 법익침해의 정도에 있어서 동종 또는 유사한 범죄라고 보기는 어려울 것이다. 같은 맥락에서 4 호에서는 형법이외의 같은 법률에 규정된 죄의 경우라고 규정하고 있고<sup>30)</sup> 더구나 6 호에서는 동종 또는 유사한 죄인가의 판단을 완전히 법관에게 맡기고 있다. 결론적으로 가장 엄격하게 적용되어야 할 형사제재중의 하나인 보호감호의 부과요건에 너무 넓은 확장해석의 가능성을 법률이 먼저 제공하고 오히려 부분적으로 실무에서 그 가능성을 제한하려는 기현상이 나타난다.<sup>31)</sup>

26) 예를 들어 살인죄, 중상해, 폭력을 수반한 성범죄, 미성년자에 대한 성범죄 등.

27) 이와 같은 명제는 역시 치료감호에도 유효하다.

28) 열거해보면, §§ 174 bis 174c, 176, 179 Abs. 1 bis 3 §§ 180, 182, 224, 225 Abs. 1 oder 2 oder nach § 323a.

29) 이러한 입법은 물론 여러 가지 이유가 있겠지만, 미성년 소녀를 성적으로 남용하고 살인하는 사례가 끊이지 않고 해당 범인이 연쇄범이거나 같은 종류의 범죄로 이미 형벌이나 보안처분을 받은 사례가 많다는 사실이 밝혀지자 비등하는 여론에 대한 입법자의 대답이었다고 생각된다.

30) 대법원은 1 내지 3호를 기준으로 삼아 같은 특별법안에 규정되었다는 사실만으로 동종, 유사한 죄가 아니라고 하며 이러한 범문상의 흠결을 관례를 통해 메꾸고 있다. 대판 81감도158 참조

31) 바로 앞의 각주; 대판 2001.3.23, 2001감도11 피감호청구인에 대하여 유죄로 인정되어 확정된 범죄사실이 폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제2항 위반죄이고, 이는 사회보호법 제5조 제1호에 규정된 [별표]의 죄에 해당하지 아니하므로, 결국 사회보호법 제5조 제1호의 보호감호요건을 갖추지 못하게 되었다는 판결; 또한 준강도죄는 보호감호대상이 아니라는 판결

이외에도 관심을 들만한 것으로는 보호감호의 독립청구의 경우이다. 보호감호의 청구는 공소제기와 동시에 하는 것이 일반적이다. 그러나 검사는 피의자가 심신상실의 이유로 벌할 수 없는 때, 고소·고발이 있어야 논할 수 있는 죄에서 그 고소·고발이 없거나 취소된 때 또는 피해자의 명시한 의사에 반하여 논할 수 없는 죄에서 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시가 있거나 처벌을 희망하는 의사표시가 철회된 때 그리고 피의자에 대하여 불기소처분(기소유예)을 한 경우에는 공소제기함이 없이 감호청구만을 할 수 있다(동법 제15조)

보호감호독립청구의 경우에 눈길을 끄는 것은 위<표 2-6~8>에서도 볼 수 있는 바와 같이 초범의 경우에도 보호감호를 부과할 수 있는 가능성을 내포하고 있다는 점이다. 특히 친고죄와 반의사불벌죄의 경우는 성범죄의 경우가 대부분일 것이고 이는 위에서 살펴본 것처럼 1998년 독일형법개정시의 핵심요지와 일맥상통한다.

바람직하건 그렇지 않던 분명한 것은, 분명 보호감호는 행위자의 측면에서 미래의 범죄예방을 목적으로 하는 형사제재이다. 이는 이미 저지른 범죄를 판단기초로 삼고 있는 형벌과는 달리 불확실성을 본질로 하므로 매우 위험한 범죄인에 대해 목적 달성을 위해 반드시 필요하고(필요성의 원칙) 필요하다면 최소한의 침해에 그쳐야 할 것이다(좁은 의미의 비례성의 원칙). 따라서 수많은 논의를 통해 신중함을 기하여 가

---

대판 99감도15 참조; 대판 99감도30에 의하면 ‘사회보호법은 절도죄와 관련해 특가법상 절도죄를 범한 경우만을 보호감호에 처할 수 있도록 규정하고 있다.’고 하여 판례도 점점 보호감호의 적용범위를 제한하려는 경향을 띠어간다고 볼 수 있을 것이다.

이외에도 대판 1982.3.10, 82노59; 1984.2.28, 83감도547에서는 절도죄와 장물죄 또는 장물알선죄는 사회보호법 제6조 제2항 소정의 동종 또는 유사한 죄에 해당하지 아니한다고 하고 있고 대판 1987.12.8, 87감도206는 상해죄와 공갈죄와는 보호감호요건인 동종 또는 유사한 죄에 해당하지 아니한다고 하고 있다. 또한 검사가 보호감호를 청구하였는데 치료감호로 변경하는 등 유연성을 보인 판결로는 91노2018, 하집1991(3),385이 있고 역시 같은 경우로 서울고법 2001노3016, 2001감노199판결에서 재판부는 “피고인은 35세 무렵 실연으로 충격을 받고 고추 한 포대를 훔쳐 징역 6월의 실형을 선고받은 이후 지금까지 고추만 보면 자제하기 어려운 정도의 강한 절도충동을 느껴온 사실이 인정된다”며 검사의 보호감호청구를 변경시켜 치료감호를 선고하였다.

반면에 대판 1983.2.8, 82도2985, 82감도648은 특수강도죄는 본건 상해죄와 범죄의 수단, 방법 등이 유사하다고 인정되므로 보호감호요건인 유사, 동종의 것이라고 하였으며; 대판 1986.12.9, 86감도177은 피감호청구인이 준강도상해죄의 공동정범으로 처벌받은 전과와 이 사건 폭력행위등처벌에 관한 법률위반의 상해죄는 다같이 폭력에 의하여 사람의 생명, 신체를 침해하는 범죄라는 점에서 차이가 없어 그 죄질, 범죄의 수단과 방법, 범죄의 경향, 범죄의 유형 등을 종합하여 볼 때 유사성이 인정되는 범죄라 할 것이므로, 원심이 이를 동종 또는 유사한 죄에 해당한다고 하고 있다. 그러나 바로 앞의 사례들은 사람의 생명과 신체에 대한 범죄의 경우에 보호감호를 부과한 경우이므로 긍정적으로 평가할 수 있다.

장 엄격하게 적용되어야 할 마지막 비상조치로서의 형사제재인 보호감호의 부과요건에 너무 넓은 가능성을 두다보니 보호감호의 본래의 취지와는 달리 남용되거나 남용될 위험성을 항상 내포하고 있게 된 것이다.

따라서 보호감호 집행실무를 보면 2003년 총 1,282명이 보호감호에 처해졌는데 그중 76.5%인 982명의 죄명이 절도죄였으며 80년대 후반과 다른 점은 80%대였던 절도죄가 90년대 이후 70%대로 떨어졌다는 점이다. 보안처분 부과대상범죄에서 제외되어야 할 절도죄의 보호감호 부과율이 이토록 높다는 것은 “형사정책의 마지막 조치”로서 보호감호의 최후 수단적 성격을 무색케 하고 있다. 따라서 제6조를 삭제하거나 손질하여 보호감호부과대상자가 진정으로 위험한 범죄인에 한정되도록 대안을 강구하여야 한다.

독일의 경우는 매년 약 40-50명 정도가 보안감호에 처해지는데 1998년 형법개정 이후 다소 증가하여 60-70명이 될 것으로 추측된다. 그러나 앞서 살핀 것처럼 보호받아야 할 법익을 위해 보안감호의 투입이 꼭 필요한 경우에 한해 요건을 완화한 경우라고 보아야 할 것이다. 독일도 1970년 형법개정이전에는 우리나라와 비슷한 상황이었으며<sup>32)</sup> 위 개정을 통해 보안감호의 요건을 본질적으로 강화하였고 보안감호의 취약한 정당성에 대한 끊임없는 비판은 실무에서 적용을 계속 줄여나가도록 유도하는데 기여했다.

## II. 재범의 위험성예측

### 1. 보호감호부과의 실질적 요건 - 일반론

보안처분에 있어 행위자의 위험성은 형벌에 있어 이미 행해진 불법행위에 대한 책임을 확정하는 것과 같이 내용적으로 채워져 소송에서 확정되어야 할 보안처분의 실질적 요건이며 가장 중요한 관심사이다. 그러나 유감스럽게도 위험성이라는 개념 자체가 매우 불확실하며 남용의 위험까지 도사리고 있으며<sup>33)</sup> 위험성의 확정은 예측판단(Prognoseentscheidung)에 의존하게 되어 과연 인간의 인식능력이 미래의 법적 행위를

32) 이에 대한 경험적 연구로는 Kinzig, Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, 1996, S. 129 ff.; Grünwald, Sicherungsverwahrung, Arbeitshaus, vorbeugende Verwahrung und Sicherungsaufsicht im Entwurf 1962, ZStW 76 (1964), S. 643 ff.

33) Exner, Die Theorie der Sicherungsmittel, 1914, S. 59는 “위험성은 위험한 개념”이라며 남용의 위험을 경고하고 있다.

어느 만큼 예측할 수 있는가 라는 회의적인 물음이 제기된다.<sup>34)</sup> 그럼에도 불구하고 형법은 불법에 대한 응보와 책임상쇄뿐만이 아닌 이미 형사법 곳곳에 미래에 무엇을 방지하거나 이루려고 하는, 즉 예측판단에 의존하는 형사규범들이 산재해 있다.<sup>35)</sup>

위와 같은 문제를 해결하기 위해 학문과 실무에서는 다음과 같은 세 가지 예측방법에 의존하여 왔다.<sup>36)</sup> 먼저 실무에서 사용되고있는 직관적 예측방법은 법관의 직업 경험과 상식에 의해 행위자의 미래행동을 예측하는 방법으로 법관의 선입관과 세계관에 따라 감정적 요소에 치우칠 위험이 있으며 이를 지지하는 학자는 거의 찾아볼 수 없다.<sup>37)</sup> 다음으로 임상적 예측방법은 심리학자나 정신과의사 등의 전문가가 행위자의 인격구조를 탐구하는 방법으로 많은 작업량과 시간을 소요하므로 소송경제상 바람직하지 않고 현실적으로 이 분야의 전문가가 적은데다 비용도 많이 들어 현실성이 적다. 마지막으로 통계적 예측방법은 우선 범의자에게서 경험적으로 얻어진 요소들을 모아 예측표를 작성하고 다른 범의자의 표지들이 이 요소들에 통계적으로 얼마나 누적되는가를 점수로 환산하는 방법이다. 그러나 이 방법 역시 범의가 발생하는 다양하고 복잡한 상황과 역동적인 과정을 다 고려할 수는 없고 특정한 문화, 특정한 시간적 관련사항들, 특정한 범의인그룹에서 얻어진 통계표를 일반화하기는 애초부터 무리이며 한 지역에서 잘 맞아떨어지는 것 같아 보였던 통계표가 얼마 지나지 않아 다른 지역에서는 낯은 유산이 되어버리는 경우가 종종 발생한다.<sup>38)</sup> 이러한 단점들은 독자적인 경험적 연구방법이나 결과가 축적되어있지 않고 주로 미국의 통계표작성법들을 소개하는 정도에 그치고 있는 우리나라의 경우 잘못된 예측에 사용될 가능성이 크며 미국에서도 과연 이러한 점수법이 제대로 기능을 발휘했는지를 검사해보았는데 특정부분은 무려 최대 86%까지 예측이 빗나갔던 것으로 드러났다.<sup>39)</sup>

34) 법률에서 이 문제를 해결하는 방법으로는 위험성의 판단을 완전히 법관에게 맡기든지, 아니면 '몇회의 전과사실'등과 같이 법률에 일정한 형식적 제한을 두는 방법이 있다.

35) 몇 가지 예를 들면, 각종 유예제도, 가석방, 보안처분에 관한 규정, 소년법, 행형법, 형사소송에 있어 도주의 위험, 증거인멸의 위험 등등은 모두 예측적 요소를 포함하고 있다.

36) 그 외에도 임상예측법과 통계적 방법을 조화시킨 구조예측(Strukturprognose)등이 있다. 이에 관한 요약설명으로는 Kaiser, *Kriminologie*, 3. Aufl., 1996, S. 955 ff.; Göppinger, *Kriminologie*, 5. Aufl., 1997, S. 189 ff.; 배종대, *형사정책*, 1998, 272면 이하 참조.

37) Volckart, *Praxis der Kriminalprognose*, 1997, S. 7는 직관적 방법은 "흑마란 검은 털을 가진 말이다"라고 말하는 것과 같다고 한다; 이 방법을 지지하는 학자는 이재상, 보호감호와 재범의 위험성, 법조 1981. 10월, 47면 이하.

38) Kaiser, *Kriminologie*, 3. Aufl., 1996, S. 966; Frisch, *Strafrechtliche Prognoseentscheidungen aus rechtswissenschaftlicher Sicht*, in; *Prognoseentscheidungen in der strafrechtlichen Praxis*, 1994, S. 69.

이렇게 수용할만한 경험적 범죄예측방법을 구하려는 노력들이 수포로 돌아가지<sup>40)</sup> 역시 보안처분을 적용하는 데에도 커다란 골칫거리가 되었고 실무에서 점점 보안처분의 입지가 위축되는 효과가 나타났다. 더욱이 실무와 학계에서 예측기준으로 사용되는 예컨대 ‘행위자의 종합평가’의 목록(범죄인의 전력, 교육정도, 가족관계, 직업, 정신적·육체적 건강, 전과 등)은 슈토스(Stoß)가 스위스 형법초안을 제시할 때의 목록과 현재까지 별반 차이가 없으며<sup>41)</sup> 법률적으로 세련되었다고 보기 어려운 매우 통속적 기준들임을 알 수 있다. 특히 위험을 단계적으로 구분할 수 있다는 사고에서 출발한 엑스너(Exner)의 개연성이론은 판례와 학계에서 아직도 널리 사용되고 있다. 즉, 행위자가 다시 범죄를 저지를 “고도의; 높은 정도의; 우월한; 확실한; 가능성을 넘은 개연성이 존재한다”라는 표현을 쓰고 있다.<sup>42)</sup>

개연성이란 말은 그 통상적 의미로도 모호하며 과학철학(Wissenschaftstheorie), 철학, 통계학, 심지어는 경험과학들에서조차 ‘개연성’은 0 에서 1 (또는 0 과 100%)사이라고 한다고 한다.<sup>43)</sup> 독일어로 개연성(Wahrscheinlichkeit)의 통상적 의미는 약 70% 정도의 수치를 말하고 범죄예측을 개연성으로 설명하는 입장에 따르면 나머지 30% 즉, 100명중 30명은 부당하게 자유를 박탈당해도 된다는 말이 된다. 그러므로 후리쉬(Frisch)는 이러한 사실에 직면하여 개인에 대한 자유박탈을 도저히 정당화할 수 없으며 헌법상 법률명확성의 원칙과 국가권력의 예견가능성과도 합치할 수 없다고 한다. 따라서 그는 결국 개연성정도로 설명하는 구조와 결별해야 한다고 주장한다.<sup>44)</sup>

최근에는 이렇게 여전히 숙제로 남아 있는 예측판단의 불확실성을 줄이거나 극복하고자하는 노력으로 예측의 문제를 규범적으로 해결하려는 시도가 있는데 후리쉬(Frisch)가 그 대표적인 학자이다. 그의 견해를 간단하게 요약하여 소개해보기로 한다.

후리쉬(Frisch)는 예측이란 인간인식능력의 한계성으로 인해 꼭 제한받아야 하는 것

39) 구체적인 수치비교에 대해서는 이윤호, 형사정책, 1996, 461면 이하 참조.

40) 50-60년대 독일형법개정시 입법자들은 이러한 문제점들을 감지하였으나 그 당시 예측연구에 대해 충분한 근거들이 존재한다고 생각했으며 전망 또한 낙관적이었다고 한다. Frisch, 각주 ), S. 60

41) Stoß, Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch AT., 1893, S. 52.

42) 독일의 판례와 대부분의 교과서, 주석서도 역시 같으며 우리나라의 판례와 학설에 대해서는 서거석, 우리 보안처분법의 과제와 해결방안, 김종원교수화갑기념논문집, 1991, 562면 참조.

43) Frisch, Strafrechtliche Prognoseentscheidungen aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in; Prognoseentscheidungen in der strafrechtlichen Praxis, 1994, S. 79.

44) Frisch, 각주 25), S. 372 ff.; 비슷한 견해로는, 배종대, 형사정책, 275면 이하

은 아니라고 하면서 위험상태(Risikosachverhalten)와 규범목적에 향하여진 교류를 통해서 해결할 수 있다고 한다. 예측을 해야하는 법규정들에 있어 법효과를 유발시키는 기준은 각각 적용되는 (주위와의 관련하에서) 개별적 규범의 해석문제 즉, 규범목적에 합당하게 구체화시키는 문제라고 한다<sup>45)</sup>. 또 다른 구체화의 방법은 규범적 일반지도원칙을 발전시키는 것이다. 예측을 해야하는 법규정들을 적용하는 관건은 행위자로부터 나오는 위험에 대한 이익에 향하여진(interessenorientierte) 평가이다. 따라서 특정한 개인에 대한 침해를 정당화시킬 수 있는 기초는 미래에 향하여진 자연과학적 예측이 아닌 현재의 위험상태 (gegenwärtige Risikosachverhalte)이라고 한다.<sup>46)</sup> 개별 규정의 목적론적 해석을 통해 심사된 지도원칙은 서로 충돌하는 이익을 조정하고 적절한 이익의 화해(Interessenversöhnung)에 적합하게 기여해야한다.<sup>47)</sup> 결국 행위자의 권리에 대한 침해는 현재 명확하게 우월한 이익이 있을 때만 허용되고 정당화된다.

개인의 자유를 침해하는 보안처분은 최소요건으로서 엄격하게 가중된 행위자에 불리한 - 또는 나쁜 - (Schlechtprognose) 예측을 요구하는데 후리쉬(Frisch)는 이 요건을 人的 요소와 상황적 요소 두 가지로 구분한다. 어느 특정한 상황적 환경 하에서 범죄행위로 이끄는 인격구조의 존재<sup>48)</sup> 즉, 어느 특정한 상황에서 비교할만한 일련의 범죄행위가 있거나 규범에 합치하는 행동을 하기가 명백하게 어렵다는 것이 해명될 수 있어야한다고 한다.<sup>49)</sup>

형법상 예측판단의 문제를 규범적으로 해결해보고자 하는 후리쉬(Frisch)의 시도는 예측판단에 있어 일종의 사고전환을 의미하며 비교적 최근의 주장이어서 그런지 다른 문헌에서도 소개하는 정도이고 아직 활발한 논의는 이루어지지 않고 있으며 경험적 연구의 계속되는 실패와 비판에 대한 탈출구로서의 성격이 짙다고 생각된다. 보안처분은 제도의 취지상 형법상 필요성의 원칙에 따라 중대한 상습누범 등 극단적 범죄군(Extremgruppe)을 대상으로 하여야하고, 보다 중요한 것은 보안처분에 있어 이러한 범죄예측의 어려움은 형식화된 법률 즉, 올바른 입법을 통해 어느 정도 해결할 수 있다고 생각하므로<sup>50)</sup> 이는 뒤에 사회보호법의 법률적 문제점을 살펴봄에 생각해보기

45) 예컨대 집행유예는 범죄예방을 위해 꼭 필요하지 않은 경우에는 가능한한 단기자유형의 집행을 피하려는 것이 입법목적이라고 하며 형집행의 효과없이 새로운 범행을 저지르지 않는다는 실제의 기회(eine realistische Chance)가 있으면 형을 유예해야 한다는 것이다. Frisch, 각주 43), S. 112.

46) Frisch, 각주 43), S. 75 ff.; 그의 견해를 지지하는 학자로는 Volckart, 각주 37), S. 59

47) Frisch, 각주 43), S. 95 ff.

48) Frisch는 이러한 인격구조를 밝히는 데에 있어 임상적 예측방법을 선호한다.

49) Frisch, 각주 25), S. 374.

로 한다.

## 2. 재범위험성 판단의 실태 - 가출소와 재범률을 중심으로

보호감호부과의 법률상 형식적 요건과 함께 실질적 부과요건인 재범의 위험성에 대한 판단은 우리의 경우 대부분 전적으로 법관의 직관에 맡겨져 있다. 아래 설문결과 <표 3-18>에서도 볼 수 있듯이 피보호감호자의 93.6% 즉 대부분은 전문가의 감정을 받아본 적이 없다. 즉, 우리의 경우 피보호감호자의 반복적으로 계속되는 범죄에 대한 정신장애나 인격장애여부를 전문적이고 과학적으로 판단하여 범죄유형별로 적절한 대책을 강구하는 제도적, 현실적 여건들이 아직 마련되어 있지 않고 그 필요성에 대한 인식 또한 매우 부족하다. 이는 보호감호의 근본사상인 특별예방사상의 본래의 취지에 반하며 감정인제도의 도입 등 이에 대한 제도적 보완이 이루어져 범죄인의 진단과 재범의 위험성 판단이 좀더 과학적으로 이루어질 필요가 있다.

<표 3-18> 보호감호처분시 수사 및 재판과정에서 정신과의사나 심리학자 등 전문가의 감정여부  
단위 : 백분율 (명)

구 분	빈 도
예	6.4 (64)
아니오	93.6 (941)
합 계	100.0 (1005)

재범의 위험성 판단은 보안처분 전 과정에 미치는데 보호감호부과시와 마찬가지로 특히 가출소여부를 판단하는 기준이 된다. 즉, 재범의 위험성에 대한 긍정적 예측은 가출소를 허가하는 데에 있어 결정적인 기준이 되는 것이다.

연도별 감호집행 기간별 가출소 인원을 살펴보면 <표 3-19>에 나타난 바와 같이 1995년 이전에는 보호감호가 3년 미만 집행된 경우에는 가출소가 전혀 이루어지지 않다가 1996년부터 보호감호 3년 미만 집행자도 조금씩 가출소되었다.

전반적인 특징은 1995년 이전에는 5년 이상 집행된 경우가 가출소자의 대부분을 차지하다가 1996년 이후부터 4년 이상 집행된 경우를 중심으로 가출소가 이루어져 집행기간이 단축되었다는 것이다.

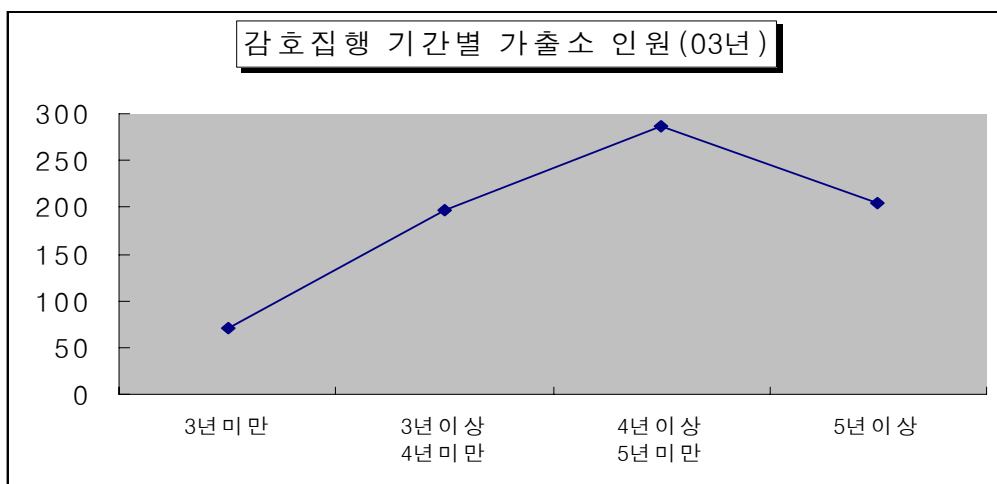
50) Frisch, 각주 25), S. 374.도 보안감호에 있어 스위스 형법과 같은 형식적으로 좀더 명확하고 구체적인 입법으로 이러한 문제를 해결할 수 있다고 한다

이러한 사실이 반증하는 것은 가출소에 있어 보호감호제도의 본래의 취지에서 벗어나 재범의 위험성판단이 제대로 이루어지지 않고 있다는 것이다. 왜냐하면 대부분 감호기간이 길어질수록 즉 시간이 경과하면 자동적으로 가출소의 기회가 오며 이는 재범의 위험성에 대한 고려라기보다 실무에서 보호감호를 단지 부족한 형벌을 매우는 보충적 수단으로 인식하고 실행되어져 왔다고 할 수 있다.

### 가. 연도별 감호집행 기간별 가출소

<표 3-19> 연도별 감호집행 기간별 가출소 인원 (2003.10.31 보호감호소 제공자료) 단위: 명

구분	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
계	570	582	491	559	537	568	462	487	329	338	758
3년미만	-	-	-	40	58	66	35	63	28	75	71
3년이상 4년미만	14	26	29	77	85	95	70	93	86	31	197
4년이상 5년미만	68	90	62	249	259	303	233	219	128	106	286
5년이상	488	466	400	193	135	104	124	112	87	126	204



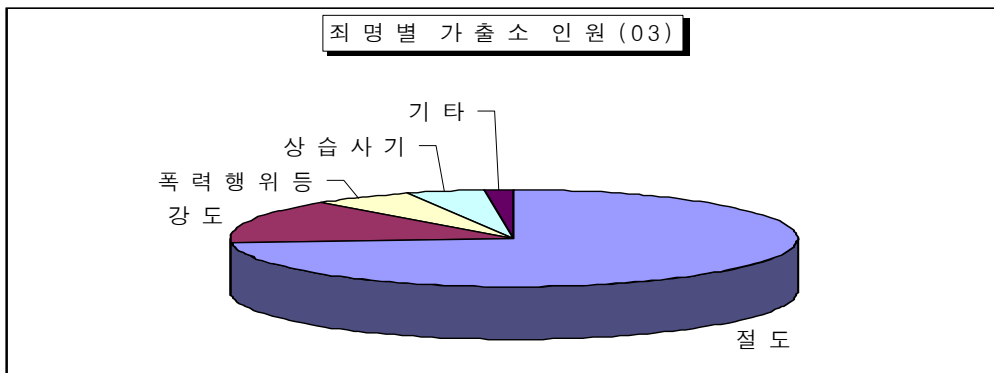
대표적으로 <표 3-19>에 가출소자가 비교적 많은 2003년 현황을 살펴보면 보호감호집행기간 3년 미만이 71명, 3년 이상 4년 미만이 197명, 4년 이상 5년 미만이 286명, 5년 이상이 204명으로 나타났다.



나. 연도별 죄명별 가출소

<표 3-20> 연도별 죄명별 가출소 인원 (2003. 10.31 보호감호소 제공자료) 단위 : 명

구분	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
계	570	582	491	559	501	568	462	487	329	338	758
절도	467	493	369	422	359	472	364	373	265	252	557
강도	48	30	75	59	70	50	49	59	33	54	111
폭력행위등	33	39	31	54	41	22	29	27	16	11	44
상습사기	14	18	10	21	24	18	11	16	7	12	34
기타	8	2	6	3	7	6	9	12	8	9	12



<표 3-20>에서 볼 수 있는 바와 같이 연도별 죄명별 가출소 현황 중 대표적으로 2003년 현황을 보면 절도가 557명, 강도가 111명, 폭력행위 등이 44명, 상습사기가 34명, 기타가 12명 가출소되었다.

이는 가출소가 범죄유형을 크게 고려하지 않고 죄명별 피보호감호자 범죄별 수용 현황과 상응하여 대개 3년에서 5년 즉, 일정기간이 지나면 대개 자동적으로 이루어지고 있음을 알 수 있고 2003년 강도와 폭력행위 등의 범죄인도 155명 가출소된 사실을 보면 재범의 위험성과 그에 대한 장래의 침해가 우려되는 법익의 중대성은 크게 고려되지 않은 것으로 분석된다.

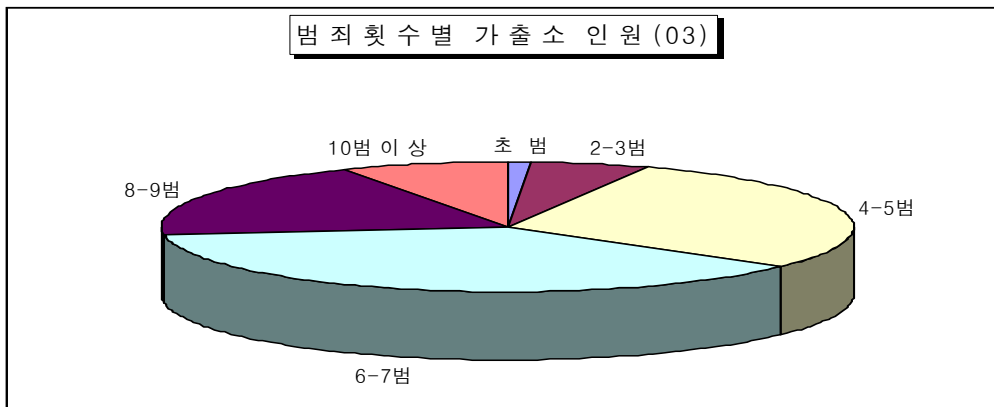
그러나 2003년 12월 19일 법무부 보도자료에 의하면 상습절도 무전취식 등 비교적

사회적 위험성이 낮은 유형의 피보호감호자들에 대해 가출소를 대폭 실시하기로 결정하고 6월 이후 총 937명을 가출소 시켰다고 한다.

#### 다. 연도별 범죄횟수별 가출소

<표 3-21> 연도별 범죄횟수별 가출소 인원 (2003. 10.31 보호감호소 제공자료) 단위 : 명

구분	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
계	570	582	491	559	537	568	462	487	239	338	714
초범	5	1	1	3	2	4	5	6	-	3	8
2-3범	33	30	36	41	26	20	22	44	17	18	40
4-5범	197	253	201	163	167	157	161	195	16	109	206
6-7범	202	162	134	171	173	197	158	140	114	129	267
8-9범	76	71	60	84	88	96	69	63	53	40	138
10범이상	57	65	59	97	81	94	47	39	39	39	55



<표 3-21><sup>51)</sup> 연도별 범죄횟수별 가출소 인원을 보여주고 있다. 대표적으로 2003년 10월 현재 가출소 인원현황을 살펴보면 초범 8명, 2-3범 40명, 4-5범 206명, 6-7범 267명, 8-9범 138명, 10범 이상은 55명이 가출소되었다.

피보호감호자 범죄횟수별 수용현황을 보면 4-7범이 가장 많은 비중을 차지하고 있

51) 위 표<3-19>와 <3-20>에서의 가출소인원은 758명인데 표<3-21>의 가출소인원은 714명이다. 이는 제2감호소 제공자료에서 오류가 있었던 것으로 추정되며, 참고로 제2감호소 제공자료에 의하면 2003년 10월 현재초범 7명, 2-3범이 36명, 4-5범이 184명, 6-7범이 229명, 8-9범이 120명, 10범 이상이 37명으로 613명인데 합계 613명인데 합계 657명으로 표기되어 있다.

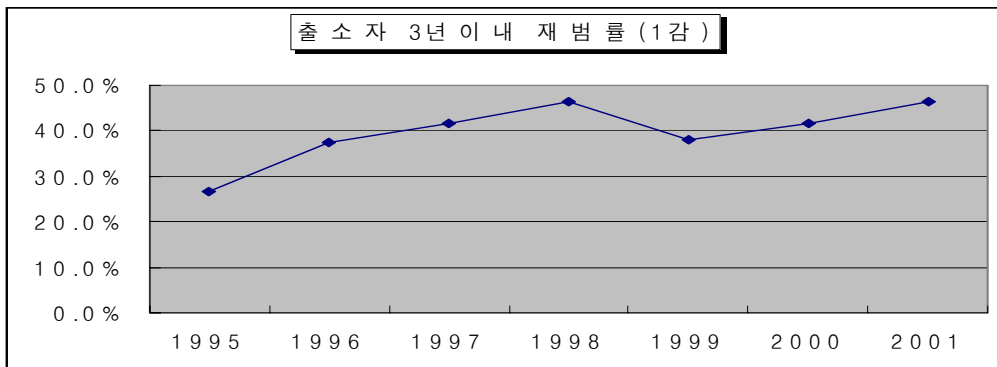
고 이와 상응하여 47범의 가출소인원이 가장 많은 것으로 미루어 보아 일정기간이 지나면 거의 기계적으로 가출소가 이루어지고 있음을 알 수 있다.

전체적으로 정리해보면 대체로 보호감호가 3-5년 정도 집행된 사이에 즉, 일정기간이 경과하면 범죄의 일반인에 대한 위험성과 그에 대한 장래에 침해가 우려되는 법익의 중대성은 크게 고려하지 않은 채 감호소 수용인원에 비례하여 사무적으로 가출소가 이루어지고 있으며 가출소 판단 시 위험성예측 등 감호자 개인에 대한 과학적 분석과 장래에 침해가 우려되는 법익의 경중여부는 진지하게 고려되지 않는다고 생각된다.

#### 라. 재범율

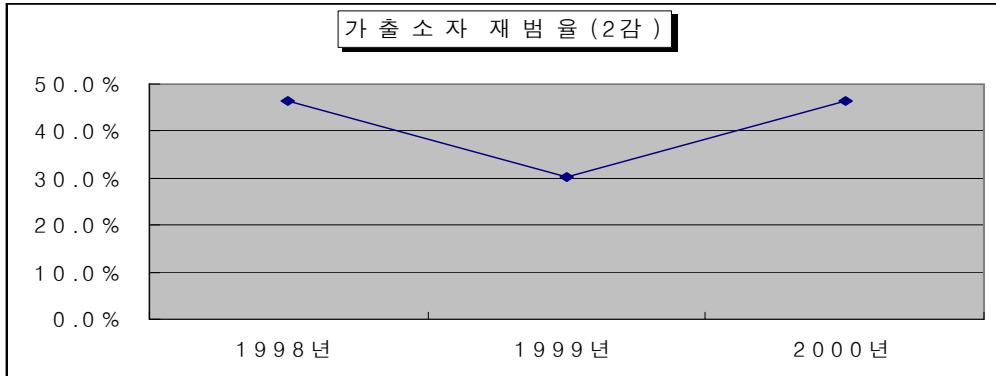
<표 3-22> 제1감호소 출소자 3년 이내 재범률 (보호감호소 제공자료) 단위 : 백분율

구분	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
1(감)	26.7	37.4	41.7	46.4	38.0	41.7	46.4



<표 3-23> 제2감호소 가출소자 재범률 (보호감호소 제공자료)

구분	가출소인원	재범인원	재범율
1998년	565	262	46.4%
1999년	457	438	30.2%
2000년	420	195	46.4%
98년, 99년 가출소자는 전체 가출소자임			



가출소자가 출소하여 사회에 나가 다시 범죄를 저지르게 되는 재범율은 범죄인에 대한 장래의 범죄위험성 예측판단과 보호감호집행의 효율성여부를 반증해주는 중요한 척도이다. 보호감호소에서 제공한 자료에 의하면 최근 몇 년간 재범율은 제1감호소의 경우 1998년 46.4%, 1999년 38%, 2000년 41.7%, 2001년 46.4%로 상당히 높은 편이다.

재범율이 높으면 재범의 위험성 판단이 적어도 재범율의 비율만큼 실패했다는 사실을 증명한다. 특히 최근 재범률은 거의 50%를 육박하고 있어 행형은 물론이고 재범의 위험성 예측과 보호감호집행이 그만큼 실패했다는 사실을 반증한다.

또한 간과할 수 없는 사실은 이 수치는 출소한 피보호감호자만을 대상으로 한 것이기 때문에 재범의 위험성이 없는데 보호감호처분을 받아 자유를 박탈당하고 있는 피보호감호처분자까지 고려한다면 잘못된 재범의 위험성 예측은 훨씬 많아질 것이다.

따라서 재범위험성의 예측에 대한 보다 전문적이고 합리적인 제도가 도입되고 재범방지를 위한 행형과 보호감호집행에 대한 효과적인 프로그램개발에 관심을 기울이며 이를 뒷받침할 적극적인 투자가 따라주길 기대한다.

## 제4절. 사회보호법상 보호감호의 절차법적 분석

### I. 사회보호위원회의 문제

보호처분(보호감호)의 관리와 집행에 관한 사항을 심사·결정하기 위하여 법무부에 사회보호위원회를 둔다(법 제32조). 사회보호위원회는 판사·검사 또는 변호사의 자격

있는 7인 이내의 위원과 의사의 자격이 있는 2인 이내의 위원으로 구성하며, 위원장은 법무부차관이 된다(법 제32조 제2항). 위원회는 피보호감호자에 대한 가출소 및 그 취소와 보호감호면제에 관한 사항, 그리고 피보호감호자에 대한 제7조 제2항의 규정에 의한 위탁에 관한 사항을 심사·결정한다(법 제32조 제3항 1과 1의2).

사회보호위원회는 법무부의 기관으로서 그 구성에 있어 법무부차관이 위원장, 검사가 위원으로 참여하는 점에서 행정기관이므로 그 결정은 일종의 행정처분이다. 따라서 사회보호위원회의 결정은 법원의 판결을 변경하는 것을 의미하며 그의 심사·결정의 대상은 피처분자의 위험성의 존재여부 내지 처분집행계속의 필요성이기 때문에 법원에 의한 보호감호처분의 선고와 똑같은 평가대상이다. 이는 헌법상 보장된 법관에 의한 재판을 받을 권리(헌법 제27조 제1항)를 침해하며 삼권분립의 원칙에도 어긋난다.

이렇게 법원은 보호감호를 선고하기만하고 선고의 실제내용이 되는 집행과 종료에 관한 사항은 행정기관이 전적으로 담당하는 것은 아마도 절차적 정당성이나 피감호자의 권리에 관심을 두기보다 행정의 효율성이나 편의성을 중요시하는 사고방식에서 비롯된 것이라고 할 수 있겠다.

따라서 가출소여부 등의 심사도 사회보호위원회가 아니라 법원에 맡겨져야 하고 이렇게 되면 법원에 의한 재판이기 때문에 당연히 청문권(또는 심문청구권)이나 구속적부심청구권도 피보호감호자에게 보장될 수 있을 것이다.

## II. 감정인제도 (Sachverständiger)

많은 소송법상의 문제 중에 행위자의 범죄성향과 위험성예측판단에 있어 그 확정 여부에 대하여 법관이 확신을 가지는데 큰 도움이 될 수 있다고 생각되는 제도는 법관이 피고인의 인격에 대해 좀더 정확한 인식을 얻기 위해 의사나 전문감정인의 의견을 듣는 제도이다. 독일형사소송법 제246조의a에 의하면 “피고인이 정신병원, 금단시설 또는 보안감호시설에 수용될 것이라고 생각되는 경우에는 공판절차에서 감정인에게 피고인의 상태와 치료전망에 관하여 신문한다. 감정인이 피고인을 아직 검진하지 않은 때에는 공판 전에 이에 관한 기회를 감정인에게 부여하여야 한다.”고 규정하고 있다. 전문적 지식을 지닌 감정인의 의견을 들음으로써 행위자의 범죄성향과 위험성예측에 필요한 정보들을 얻을 수 있는 것이다.

위와 같은 맥락에서 독일형사소송법 제80조의a는 “피의자가 정신병원, 금단시설 또는 보호감호시설에 수용될 것이라고 생각되는 경우에는 미리 사전절차에서 공판에서

할 감정의 준비를 위한 기회가 주어져야 한다.” 이를 위반했을 경우에는 일반적으로 상고사유에 해당한다<sup>52)</sup>).

우리의 경우 사회보호법 제32조에서 보안처분의 관리와 집행에 관한 사항을 심사·결정하기 위하여 사회보호위원회를 두고 있는데 여기에 의사를 참여시켜 전문가의 의견을 청취할 수 있는 길을 열어 놓고 있다. 그러나 그의 임무는 주로 가출소나 가종료등의 사후관리에 집중되어 있고 의사의 자격이 있는 2인 이내의 위원이 처리할 수 있는 실질적인 업무의 양은 당연히 한정적일 수밖에 없어 그 실효성이 의심스럽다고 할 수 있을 것이다.

따라서 보안처분을 운용함에 있어 야기되는 의심스러운 경우들에 대하여 법관이 행위자의 범죄성향을 진단하고 그 위험성을 판단할 때 의심이 생길 수 있는 경우를 최대한 줄여주고 명쾌한 판단근거를 제시할 수 있는 감정인의 전문적 의견청취를 위한 제도적 장치를 보안처분 전과정에 두는 것이 바람직할 것이다.

### III. in dubio pro reo

in dubio pro reo 원칙은 책임과 형벌문제에 관한 실체법적 요건에 대해서 뿐만 아니라 형벌소추를 위한 절차적 요건에도 널리 적용되므로<sup>53)</sup> 형사법에 있어서 왕과 같은 원칙 중 하나이지만 그 의미나 적용범위에 관해서는 놀라울 정도로 불명확하다.<sup>54)</sup> 우선 그 효력의 근거나 출처에 대한 의견들이 다양할 뿐만 아니라 과연 이 원칙의 본질을 구체화하는 것이 가능한가 하는 문제제기가 항상 있어왔다고 할 수 있다.<sup>55)</sup>

전형적으로 책임과 형벌의 영역에서 적용되던 in dubio pro reo 원칙이 범죄인 개인에게 영향력을 행사하여 재범을 방지하려는 개별예방사상의 대표적 법제도인 보안

52) BGHSt 21, 166, 168.

53) Peters, Strafprozeß, 4. Aufl., 1985, 289면.

54) Bruns, Richterliche Überzeugung bei Prognose-Entscheidungen über Sicherungsmaßnahmen, JZ 1958, S. 650.

55) Frisch, Zum Wesen des Grundsatzes “in dubio pro reo”, in; FS für Henkel, 1974, S. 273 ff.; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, S. 107.; 이외에도 실체법적 측면에서 객관적 귀속론과 관련하여 Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 539 ff.는 위험증가이론을 비판하면서 in dubio pro reo 원칙을 근거로 삼는 것은 - 마치 정의관념처럼 - 미묘한 문제마다 애용되긴 하지만 그럴 듯한 개연론일 뿐이며 실질적 확실성을 결여해서 인식론적 어려움에 처하게 되므로 문제해결에 적절치 않다고 한다.

처분에도 그대로 적용되어야하는가 만약 적용된다면 보안처분의 선고와 중지 및 면제의 각 단계에서의 적용범위는 어떻게 할 것인가에 대해서는 다양한 견해들이 주장되고 있다.

결국 보안처분이 운용되는 전과정은 책임과 형벌을 확정하는 절차보다 본질적으로 훨씬 불명확하며 자의적일 위험성이 크다고 할 수 있다. 보안처분에 있어서 이미 행하여진 위법행위는 동기(Anlaßtat)에 불과하고 위험성예측의 징표기능을 수행할 뿐이며 우리의 경우 사회보호법상 보안처분 부과대상 범죄가 매우 포괄적으로 규정되어 있어 종국적으로는 법관의 위험성판단에 의존하여야 한다. 따라서 불완전한 인간의 인식의 한계를 인정한다해도 할 수 있는 모든 수단을 동원하여 과거에 이미 일어난 사실관계에 대한 조사와 평가를 거친 책임인정 및 형벌부과시에 in dubio pro reo 원칙의 의미와 보안처분부과시에 논하여지는 그것과는 본질적으로 그 의미가 다르다고 할 수 있다.

자세히 말하면 책임과 형벌을 정할 때 언급되는 합리적 의심이 있는 경우는 보안처분과 같이 예측을 전제로 하는 형사제재의 경우, 소위 좋은(또는 긍정적)예측도 나쁜(또는 부정적) 예측도 아닌 의심스러운 예측(Fraglich-Prognose) 즉, 중간영역(Mittelfeld)이라고 할 수 있으며 이러한 중간영역은 통계적 예측법을 사용할 때에 약 50%에서 80%에 달할 정도로<sup>56)</sup> 형벌의 경우에 비해 훨씬 넓다.

결국 위의 실체법적 측면의 입법론에서 살펴본 것처럼 보호감호 대상범죄를 한정하여 세밀하게 규정하고 범죄인의 정확한 진단과 재범의 위험성을 판단하기 위해 감정인제도를 도입하여 불확실성을 최대한 줄이는 방법을 강구하여야 한다.

## 제5절. 형사법 전체 체계내에서의 보호감호제도에 대한 검토

보호감호부과대상범죄인은 장래에 범죄를 저지를 높은 위험성이 있는 상습범 및 누범이라는 데에는 이견이 없다. 그렇다면 우리 형사법체계가 이러한 상습범과 누범에 대해서 어떻게 대응하고 있는지를 살펴봄으로써 보호감호의 형사법내에서의 위상이 명확해질 수 있을 것이고 나아가 보호감호의 필요성도 밝혀질 수 있을 것이다.

---

56) Frisch, Prognoseentscheidung im Strafrecht, 1983, S. 42; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 1991, S. 242,에 의하면 이러한 중간영역은 절반정도에 달한다고 한다.

## I. 상습범 및 누범을 규율하는 현행법체계

현행형법과 특별형법은 처벌의 정당화 근거가 서로 다르다고 생각한 때문인지 누범과 상습범 가중처벌규정을 명확히 구분하여 따로 두고 있다. 이를 개관해보면, 누범에 대하여 현행형법 제35조에 일반적 누범가중처벌규정을 두고 있으며<sup>57)</sup> 상습범에 관한 형법규정은 총칙에 일반규정을 둔 누범의 경우와는 달리 각칙에서 상습범을 가중처벌하는 규정을 일일이 열거하고 있다. 즉 상습아편 등 제조·흡식 등(제203조), 상습도박(제246조 제2항), 상습상해·폭행(제264조), 상습체포·감금(제279조), 상습협박(제285조), 상습약취·유인 등(제288조 제3항, 제293조), 상습절도(제332조), 상습강도(제341조), 상습사기·공갈(제351조), 상습장물취득·알선 등(제363조) 등이 가중처벌된다.

이외에도 많은 특별형법들이 상습범과 누범의 가중처벌규정을 명확히 구분하여 독자적인 형태로 구성하고 있다. 먼저 폭력행위 등 처벌에 관한 법률은 제2조 제1항에서 3년 이상의 유기징역에 처하는 범죄들을<sup>58)</sup> 나열하고 있고 동조 제2항에서 야간 또는 2인이상이 공동하여 위 범죄를 저지를 경우 정한 형의 2분의 1까지 가중한 후 동조 제3항에서 동범위반으로 2회 이상의 징역형을 받은 자가 위 범죄를 저지를 경우 누범으로 처벌할 수 있도록 하고 있다. 이에 더하여 동법 제3조 제3항은 집단폭행 등에 대하여 상습범은 무기 또는 7년 이상의 징역에 처하고 동조 제4항에서는 누범처벌 규정을 두고 있다.

또한 특정범죄가중처벌등에 관한 법률은 다양한 형태의 약취·유인의 죄(동법 제5조의2 제5항), 강도(동법 제5조의4 제1항), 절도(동법 제5조의4 제3항) 등의 상습범은 매우 무겁게 처벌하고 있고, 같은 맥락에서 동법 제5조의4 제5항을 통해 위의 죄에 장물취득·알선 등의 죄를 추가하여 누범을 따로 처벌하고 있으며 동법 제5조의5에서는 강도상해·치상과 강도강간의 누범을 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 하고 있다.

특정강력범죄의 처벌에 관한 특례법에 의하면 제2조에서 상습범을 포함한 형법의 폭넓은 죄목과 위에 언급한 특별법에 해당하는 범죄로 가중처벌을 받은 자가 그 집

57) 한편 1992년 형법개정안에서는 제51조에 “禁錮이상의 실형을 선고받은 때부터 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년까지의 기간에 고의로 禁錮이상에 해당하는 죄를 범한 자는 누범으로 처벌한다”라고 규정하고 있다. 역시 제52조에는 “누범의 형은 그 범죄에 정한 형의 장기의 2배까지 가중한다”고 규정하여 현행형법과 같이 형을 가중하고 있다.

58) 상해, 폭행, 체포, 감금, 협박, 주거침입 및 퇴거불응, 폭력에 의한 권리행사, 공갈 손괴 등이다.



행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 위에 언급한 특정강력범죄를 범한 때에는 누범으로서 그 죄에 정한 형의 장기 및 단기의 2배까지 가중한다고 규정하고 있다(동법 제3조).

이외에도 환경범죄의 단속에 관한 특별조치법에 의하면 오염물질 불법배출과 그 과실범, 환경보호지역 오염과 그 과실범, 그리고 여타 범죄의 누범을 무기 또는 5년 이상의 징역에 처하고 있으며, 보건범죄단속에 관한 특별조치법은 부정식품제조 또는 부정의약품제조로 처벌받은 누범을 사형·무기 또는 5년 이상의 징역으로 처벌하고 있다<sup>59)</sup>.

상습범 및 누범의 특별대우는 여기서 그치지 않는다. 사회보호법은 상습누범에 대해서 형벌과는 별도로 보호감호처분을 과할 수 있도록 규정하고 있다. 이와 같이 상습범 및 누범으로 가중처벌되는 범죄와 보안처분이 부과되는 범죄들은 많은 경우 중복되어 있으며 그렇지 않은 경우는 형법의 일반누범규정에 의해 거의 빈틈없이 가중 처벌하고 있다. 이러한 입법태도의 그 정당성 여하는 아래에서 검토하겠지만 결국 현행법체계하에서는 사회적으로 위험하다고 판단되는 범죄인에 대해서는 정상적인 사회생활을 영위할 수 있는 기반을 철저하게 박탈하고 있는 것이다.

## II. 판례의 현행법 적용태도

판례가 상습범 및 누범을 가중처벌하는 규정들의 상호 관계와 이에 더해 보안처분으로서 보호감호와의 관계를 어떻게 이해하고 있는지 대표적인 판례를 들어보면,

【판결요지 (대판 1994.9.27, 94도1391)】 특정범죄가중처벌등에관한법률의 규정 취지는 같은 법조 제1항, 제3항 또는 제4항에 규정된 죄 또는 그 미수죄로 3회 이상 징역형을 받은 자로서 다시 이를 범하여 누범으로 처벌할 경우에는 상습성이 인정되지 않은 경우에도 상습범에 관한 제1항 내지 제4항 소정의 범정형에 의하여 처벌한다는 뜻이라고 새겨지므로, 제1항 내지 제4항에 정한 형에 다시 누범가중한 형기범위 내에서 처단형을 정하는 것이 타당하다. 그렇다면 원심이 유지한 제1심판결이 피고인의 판시행위에 대하여 특가법제5조의4 제5항을 적용한 후 다시 형법 제35조에 의하여 누범가중을 한 조치는 정당하고, 이와 달리 위 특가법 제5조의4 제5항이 누범가중의 특례규정임을 전제로 형법 제35조에 의하여 누범가중을 함이 부당하다는 논지는 채용할 수 없다.

---

59) 이외에도 상습범이 가중처벌되는 경우는 산림법 제117조 제6호; 변호사법 제114조 등등이 있다.

특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의4는 상습절도와 상습강도를 특별히 가중처벌하고 있다. 제5조의4 제5항은 상습범가중을 위해서 상습범요건을 충족하지 못한 경우를 규율하려는 常習犯擬制規定이라고 생각할 수 있다. 왜냐하면 상습범요건을 충족한다면 이미 상습범가중규정이 적용될 수 있으므로 특별히 제5항을 둘 이유가 없기 때문이다<sup>60</sup>. 常習犯擬制規定까지 법률에 따로 두어 얻는 실익은 단순절도죄의 상습범을 가중처벌하는 효과가 있을 뿐이다<sup>61</sup>. 결국 동종반복적 누범을 집행전과 있는 상습범으로 의제함과 동시에 그 범죄인을 상습범과 누범으로 이중적으로 평가하여 이중적으로 가중처벌하고 있다<sup>62</sup>. 물론 판례는 상습범으로 가중처벌을 받은 후 누범가중을 할 수 있다는 기본입장을 계속 견지하고 있다

【판결요지 대판 1991.5.28, 91도741】 특정범죄가중처벌에관한법률 제5조의4 제1항 위반죄에 있어서도 형법 제35조 소정의 누범가중요건에 해당하는 전과가 있을 때에는 누범가중을 하여야한다는 것이 당원의 견해이므로(대판 1981.11.24, 81도2564; 1985.9.10, 85도1434 참조), 위 견해에 따라 누범가중을 한 원심조치는 정당하고 소론과 같이 법률적용을 그르친 위법이 없다.

판례의 견해에 의하면 위와 같은 이중적 가중처벌과는 별도로 사회보호법상 보안처분인 보호감호를 부과할 수 있다고 하고 있다.

【판결요지 (대판 1982.5.25, 82도600, 82감도115)】

가. 상습범중 일부 소위가 누범기간내에 이루어진 이상 나머지 소위가 누범기간 경과후에 행하여졌더라도 그 행위 전부가 누범관계에 있는 것이다.

나. 상습범중 일부 소위가 사회보호법 공포시행 후에 이루어져 사회보호법의 적용을 받는 이상 나머지 소위가 그 시행 전에 행하여졌더라도 위의 행위전부에 대하여 사회보호법의 적용을 받는다<sup>63</sup>.

이러한 입장의 근거로 들 수 있는 판례는

60) 손동권, 상습범 및 누범에 대한 형벌가중의 문제점, 형사판례연구(4), 1996, 131면

61) 이에 대한 자세한 분석은 손동권, 바로 위의 논문, 130면 참고.

62) 동일한 취지로는 대판 1985.7.9, 85감도151; 1982.9.14, 82도1716,82감도348; 1982.10.12, 82도1865,82감도383.

63) 같은 취지의 판례로는 대판 1996.3.26, 96도13, 96감도2; 1985.7.9, 85감도151; 1981.11.24, 81도2564, 81감도33.

【헌법재판소 전원재판부 2001. 3. 21. 99헌바7】 …보호감호와 형벌은 다같이 신체의 자유를 박탈하는 수용처분이라는 점에서 서로 유사한 점이 있기는 하나, 보호감호처분은 재범의(판례집 13-1, 542면) 위험성이 있고 특수한 교육·개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 사회복귀를 촉진하고 사회를 보호하기 위하여 헌법 제12조 제1항을 근거로 한 보안처분으로서 그 본질과 추가하는 목적 및 기능에 있어 형벌과는 다른 독자적 의의를 가진 사회보호적인 처분이므로, 형벌과 보호감호를 서로 병과하여 선고한다고 해서 그것이 헌법 제13조 제1항 소정의 거듭처벌금지의 원칙에 위반된다고 할 수 없다(헌재 1989. 7. 14. 88헌가5등, 판례집 1, 69, 82-83; 헌재 1991. 4. 1. 89헌마17등, 판례집 3, 124, 130; 헌재 1996. 11. 28. 95헌바20, 판례집 8-2, 573, 584 참조).<sup>64)</sup>

【판결요지 (대판 1995. 12. 8, 95도2162, 95감도100)】 사회보호법에 의한 감호처분은 징역형에 병과하는 보호처분의 일종으로서 형벌과 같이 볼 수 없으므로 그것이 헌법과 법률에 정한 죄형법정주의의 원칙에 위반된다고 볼 수 없고, 또 그 보호감호에 관한 규정이 일사부재리의 원칙을 정한 헌법의 규정에 위반한 것이라고 할 수 없다는 것이 대법원의 확립된 견해이므로(대법원 1984. 2. 14. 선고 83도3161, 83감도524 판결, 1990. 3. 27. 선고 90도135, 90감도19 판결 등 참조), 이 점에 관한 상고이유의 주장도 받아들일 수 없다.

즉 우리 형법은 형벌과 보안처분의 이원주의를 채택하고 있기 때문에 역시 상습범이나 누범으로 가중처벌받은 경우에도 각각 독립적으로 보호감호를 부과할 수 있다는 입장이다<sup>65)</sup>. 이와 같은 판례의 일관된 입장은 상습범과 누범을 철저하게 구분하여 규정하고 있는 현행법체계에 상응하는 것이기도 하며 형벌과 보안처분이 도그마틱상 전혀 다른 차원의 형사제재라는 형식적 사고에 충실한 것이기도 하다.

### III. 상습범 및 누범에 대한 기존의 논의와 그 평가

누범을 가중처벌하는 정당화 근거는<sup>66)</sup> 첫째, 책임의 측면 즉 범인의 생활태도 때문

64) 이에 반해 재판관 변정수, 재판관 김진우의 소수의견은 “...결국 형의 선고와 함께 보호감호의 선고를 받은 자는 과거의 전과 때문에 동일한 범죄에 대하여 형벌(누범가중 또는 상습범가중을 한)이라는 이름으로 자유형을 복역하고 다시 보호감호라는 이름으로 자유형을 복역하는 것에 다름없어 이는 결국 헌법 제13조 제1항에 규정된 “동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다” 라는 거듭처벌금지의 원칙에 위반되는 것이라고 아니할 수 없다.”고 하고 있다.

65) 이와 같은 취지의 판례라고 볼 수 있는 것으로는 대판 1993.10.12, 93감도86; 1985.7.9, 85감도151; 1984.12.11, 84도2474, 84감도379; 1982.9.14, 82도1716, 82감도348.

66) 헌법재판소 전원재판부 1995.2.23, 93헌바43; 안동준, 누범가중의 타당성과 실효성, 비교형

에 책임이 가중되거나 형벌의 경고기능을 무시하였으므로 책임이 높아졌다는 것이다. 책임을 위와 같이 이해하는 것은 행위자가 그동안 지내온 생활태도를 꾸짖는 생활영위책임(Lebensführungsschuld)의 입장이다. 생활영위책임과 같은 행위자책임론은 행위책임의 원칙을 지향하고 처벌의 근거가 되는 구체적 행위의 정형성을 확보하여 형벌의 법치국가적 보장기능을 충족하려는 현대형벌의 정신에 어긋나며 현재 이를 지지하는 학자도 거의 없다<sup>67)</sup>. 또한 누범의 대부분은 의지박약, 인격적 결함 또는 사회원조의 결핍 등으로 인한 것이기 때문에 경고기능의 위반이 과연 책임을 가중시킬 수 있는가라는 의문이 제기된다.<sup>68)</sup>

누범가중처벌의 정당화근거 두번째는 형사정책적인 측면에서 재범자로부터 사회를 방위한다는 개별(특별)예방의 보안필요성이다. 개별예방이 추구하는 또 하나의 목적은 改善이지만 개선은 자유형의 가중처벌로는 기대하기 어렵다. 특히 장기간의 사회와의 격리생활은 사회적 고립과 정상적인 사회생활의 단절을 의미하므로 오히려 재범을 부추긴다는 견해가 일반적이다<sup>69)</sup>.

이와 더불어 상습범을 가중처벌하는 정당화 근거는 행위자의 반사회적 성격이나 위험성에서 기인한 성격책임<sup>70)</sup> 또는 생활영위책임<sup>71)</sup>이며 상습범이라는 범행자체의 특성이 아니라 범행을 저지른 행위자의 인격적 특성에 착안하였다고 할 수 있다. 이러한 책임론은 학과논쟁에 있어 근대학파의 책임론에 기초를 이루고 있으며 행위자의 위험성을 책임의 근거로 삼거나 책임요소에 행위자의 위험성을 포함시키는 입장이다. 따라서 결론적으로는 형벌안에서 개별예방적 목적을 실현하려 하고 있는 책임론이며 현재에는 그 정당성이 의심스러운 견해라는 것은 이미 위에서 언급하였다.

---

사법연구, 2000년 제2호, 74면 이하; 신동운, 누범가중의 본질과 요건, 고시연구 1998. 5, 211면이하 참조; 장규원, 누범자 처우에 관한 연구, 형사법연구 제9호, 1997, 355면 이하; 손동권, 각주 60), 112면 이하.

67) 김일수, 새로쓴 형법총론, 제8판, 2000, 751면과 장규원, 바로 위의 논문, 357면에서는 행위 책임에 입각하여 객관화된 행위자책임의 관점에서 누범가중의 근거를 찾아야 한다고 하고 있다. 또한 안동준, 바로 위의 논문, 82면에 의하면 형벌을 산정함에 있어 고려하는 행위자의 인격은 책임론에서의 인격이 아니라 행위시의 인격형상일 뿐이라고 한다.

68) 장규원, 각주 66), 356면.

69) 이러한 의미에서 누범의 重累犯化現狀에 대해서는 임웅, 누범수용자의 효율적 관리방안, 한국형사정책연구원, 1993, 15면이하 참조.

70) 이영란, 상습범의 상습성 인정기준, 형사판례연구 2권, 1994, 128면; 박정근, 상습범의 가중 범정형폐지의 정당성, 김중원교수화갑기념논문집, 1991, 523면 이하.

71) 이재상, 형법각론, 제4판, 2000, 69면.

이에 더해 상습누범에게 과해지는 보호감호는 개별예방사상의 대표적인 법제도이다. 功利主義的 사고에 근거한 범죄예방은 보안처분의 인식의 기초 또는 목적으로 충분하다고 할 수 있다.

결론적으로 기존의 이론들은 그 출발점이 상습범과 누범이 서로 다른 범죄형태이고 각각의 범죄형태에 대한 가중처벌과 보안처분의 정당성이나 실효성을 따로 분리해서 전혀 상호관계가 없는 것처럼 논의하는 형태로 이루어져 있다. 그러나 앞에서 분석한바와 같이 상습범 및 누범의 가중처벌의 정당화근거와 보호감호의 정당화근거는 공통적으로 개별예방적 필요성이다. 다만 형식적 법논리에 따라 한사람의 상습누범은 개별예방이라는 한가지 목적을 위해 세 번의 평가를 받게될 뿐이다. 우리와 달리 대개의 국가들은 상습범과 누범을 하나로 묶어 형벌을 가중하거나 보안처분을 부과하는 방법 중 한 가지를 선택하고 있다.

그러나 우리의 경우 형법전에 누범가중처벌과 상습범가중처벌을 규정함과 동시에 보호감호제도를 인정하고 있다. 그리고 각종 특별형법들이 상습범과 누범의 가중처벌 규정을 지속적으로 확장하여 가중처벌의 범위와 정도만 늘려왔다. 개별예방사상이 간과할 수 없는 장점이 있는 것은 사실이지만 우리는 보안사상을 너무 쉽게 정당하다고 받아들이고 있다. 이 같은 현실은 정당성에 대한 진지한 성찰 없이 끊임없이 실용성만을 추구한 결과라고 생각된다.

#### IV. 근본적인 문제점들에 대한 검토

누범이 금고이상의 범죄로 인해 처벌을 받은 객관적 사실이 있는지 여부에 따라 형식적으로 인정되는데 반해 상습범은 행위자의 범죄습벽으로 인해 인정되며 보통 상습범과 누범은 범죄학상으로나 규범적으로 구별된다고 한다<sup>72)</sup>. 그러나 상습범과 누범의 개념은 매우 불확실하다.<sup>73)</sup> 다만 누범은 전과의 존재와 범행빈도라는 단순한 법률상의 형식적 요건을 충족하면 인정되는 반면에 상습범을 인정하기 위한 요소와 징표들로서는 보통 사회적·교육적 결손상태, 조기범행, 빠른 재범속도를 보이는 범죄 전력, 직업적 범행 여부, 노동혐오와 같은 성격장애 등등을<sup>74)</sup> 들 수 있다.

72) 대판 1999.11.26, 99도3929, 99감도97 등 판례의 일관된 입장; 배종대, 형법총론, 제6판, 2001, 713면; 이재상, 형법총론, 제4판, 1999, 557면.

73) 이에 대한 자세한 논증은 필자의 논문, 상습범 및 누범의 대책에 대한 문제점, 형사법연구 제16호, 2001, 183면 이하.

74) 이외에도 상습성인정을 위한 원인과 징표는 매우 다양하다. 예컨대 Greenwood는 마약남

그러나 판례를 분석해보면 상습성인정을 위한 구체적인 논거를 제시하고 있지 않으나, 거의 대부분의 경우에 범죄전력과 범행빈도를 상습성인정기준으로 삼고 있으며<sup>75)</sup> 이는 누범성립요건의 핵심사항임과 동시에 같은 근거이다. 간단히 말하면 '전과 있는 자가 비교적 짧은 기간 내에 자주 범행을 저지르면 상습범으로 인정'되는 것이다.

이러한 사실은 헌법재판소도 어느 정도 인정하고 있다고 할 수 있다.

【헌법재판소 전원재판부 1995. 3. 23. 93헌바 59】

…재판실무상 상습성 유무를 전과사실에 의존하여 판단하고 있음을 보면 이미 처벌받은 종전의 전과사실을 내세워 상습성을 인정하고 처벌함은 실질적으로 일사부재리의 원칙에 반한다고 주장하나, 살펴보면 이 사건 법률조항이 처벌대상으로 삼고(판례집 7-1, 396면)있는 것은 이미 처벌받은 전범(前犯)이 아니고 후범(後犯)이며 앞서 본 상습성의 위험성 때문에 일반범죄와 달리 가중처벌함에 그 목적을 두고 있으므로 이는 헌법 제13조 제1항 소정의 일사부재리의 원칙에 위배되지 아니하다고 볼 것이다.

이와 더불어 보호감호에 있어 '재범의 위험성'에 대한 판단도 위와 매우 유사하다는 것을 알 수 있다.

【대판 1995.3.10, 94감도69】

…사회보호법 제5조에서 말하는 "재범의 위험성"이라 함은 피감호청구인이 장차 다시 죄를 저지른 것이라는 상당한 개연성이 있는 경우를 말한다 할 것이고…(중략)…기록에 의하면 1949. 2. 9.생인 피감호청구인은 1978. 6. 16. 부산지방법원에서 폭력행위등처벌에관한법률위반죄로 징역 6월에 집행유예 2년을, 1979. 8. 31. 제주지방법원에서 같은 죄로 징역 6월을, 1980. 7. 16. 같은 법원에서 같은 죄 등으로 징역 4년을, 1986. 3. 20. 같은 법원에서 같은 죄로 징역 8월을, 1988. 7. 21. 광주고등법원에서 같은 죄로 징역 1년을, 1993. 5. 14. 제주지방법원에서 같은 죄로 징역 1년을 각 선고받고 같은 해 8. 29. 위 형의 집행을 종료한 사실을 인정할 수 있는바, 위 사실에 의하면 피감호청구인은 1978. 6. 이후 1993.경까지 사이에 같은 죄명으로 무려 6회에 걸쳐 징역형을 선고받아 그 형기합계가 7년 10월이나 되고 실행선고를 받은 형기의 합계만도 7년이 넘고, 위 기간 동안 실행을 선고받아 복역하다가 형기만료로 출소한 다음 얼마 지나지 않아 다시 같은 죄를 저지르는 등 범행을 계속적으로 반복하여 온 사실을 알 수 있고…(후략)

용여부, 실업기간 등을 들기도 한다.

75) 상습성을 인정하거나 부정한 대표적인 판례들은 이영란, 각주 70), 117면 이하 참조

또한 이론적으로 상습성은 단 1회의 범죄로도 범죄습벽의 발현이라면 인정할 수 있다고 하지만 만약 그러한 경우 현실적으로 어떠한 근거로 논증해낼지 의심스럽다. 상습범과 누범규정 그리고 보호감호는 위험한 범죄인으로부터 장래의 재범을 방지하고자 하는 개별예방사상의 동일한 근본이념에 기초하고 있으며 실제로는 위와 같이 동일한 근거로 적용되고 있다. 따라서 누범중에 상당수가 상습범과 중첩해 있고 또 상습범은 학설사적으로도 누범연구로부터 파생분화된 것이다<sup>76)</sup>. 다만 현행법상 상습범과 달리 누범은 범죄인의 사회적 위험성이 법률로 형식화되어 있다는 차이점만이 있고 이점은 보호감호의 경우에도 마찬가지이다. 따라서 이러한 입법태도와 판례의 중첩적용은 명백히 이중(삼중)처벌금지의 원칙에 반한다<sup>77)</sup>.

상습누범의 문제가 최대의 쟁점과 화두로 등장하였던 100여 년 전으로 거슬러 올라가 보아도 이 문제는 명확해진다. 상습범 및 누범을 가중처벌하는 규정은 개별예방사상에 따른 일종의 보안형(Sicherungsstrafe)이다<sup>78)</sup>. 즉 Liszt가 학파논쟁시 주장했던 신과의 의견이 입법에 반영되어 있다. 독일의 학파논쟁에서는 형벌에서 보안의 목적을 실현시킬 수 없다는(책임원칙) 구과의 강력한 반발 때문에 완전히 실용적으로 제3의 길인 보안처분을 고안하여 입법하였던 것이다. 그러나 우리 현행형법 및 형사특별법은 이미 무거운 보안형을 인정하고 있는데도 불구하고 사회보호법상 보호감호를 인정하고 있다<sup>79)</sup>. 즉 강력한 형사제재에 관한 한 학파논쟁시 신과의 원래의 주장과 타협안을 별개의 것으로 오해하고 모두 수용한 결과이다. 이러한 현상은 개별예방사상자체의 취약한 정당성과 범죄학적 무성과 등을 고려한다면 더욱더 부당하다.<sup>80)</sup>

76) 신양균, 상습범에 관한 연구, 허영민박사화갑기념논문집, 1993, 1047면 이하.

77) 同旨 손동권, 각주 60), 131면 등

78) 물론 누범규정은 로마법이래 오래 전부터 인정되어 왔지만 지금처럼 형벌제도가 분화되기 이전에는 무거운 형벌이 개별예방적 사회방위필요성을 충족시켜왔으므로 누범규정 역시 보안형이라고 할 수 있다. 한편 이영란, 각주 70), 125면; 박정근, 각주 70), 530은 상습범규정만이 보안형으로서의 성격을 띠는 것이라고 하지만 필자는 지금까지 논증의 맥락에서 누범규정도 보안형이라고 생각한다.

79) 이러한 경우에 바로 보호감호는 간판사기 또는 이중처벌이라는 비난을 받아 마땅하다.

80) 상습범 및 누범규정과 보호감호의 공통적 근본이념인 개별예방사상은 현재 범윤리적으로 취약한 정당성, 믿을만한 범죄학적 근거의 부재, 개선사상의 실패, 증가해가는 재범율 등으로 중병을 앓고 있으며 심각한 위기에 빠져있다. 이전에 합리적이라고 믿었던 기회범, 상습범, 직업범 등과 반사회적, 비사회적, 사회적으로 무익한 누범자 등의 범죄인 유형분류는 이제 너무 낡았고 해결하지 못할 문제점을 짊어지고 있다고 표현되는 것도 이러한 연장선상에서 이해할 수 있다고 생각한다. Kaiser, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3. Aufl., 1993, 178 f; Hanack, LK, 1992, § 66 Rn. 66 참고.

결국 우리의 경우 보안형을 인정하고 있는 한 개별예방 목적을 달성하기 위한 보호감호라는 별도의 추가장치는 따로 필요하지 않다고 생각한다. 반면에 보호감호를 통해 개별예방적 필요성을 충족하려 한다면 사형이나 상습범, 누범가중처벌규정들을 포함한 무거운 형벌규정들을 폐지하여야 할 것이다. 사회방위라는 개별예방적 필요성의 목적과 실체는 하나이므로 형벌이나 보안처분중 어느 한 경로를 통해서 도달하면 된다고 생각한다. 즉, 이 경우 형벌과 보안처분은 양자택일의 관계에 놓여 있는 것이다<sup>81)</sup>.

소수의 진정으로 위험한 범죄인에 대한 보안필요성도 현실적으로 요구된다. 따라서 우선 근본적으로는 진압으로 범죄를 방지할 수 있다는 믿음을 포기하여야 하고 현실적으로는 동일한 이념과 동일한 근거로 적용되는 상습범과 누범규정을 전과와 범죄빈도(재범속도)를 기준으로 하나의 범죄유형으로 통합하고 법률로써 형식적 요건을 강화하여 소극적으로 운영해야 한다. 또한 무거운 형벌(보안형)과 보안처분을 모두 인정하여 누적적으로 적용하여서는 안되고 그중 어느 하나의 수단만을 선택하여 간판사기라는 오명을 벗어야 할 것이다. 그럼으로써 진정으로 위험한 범죄인에 한해서만 보안필요성이 정당화될 수 있는 것이다. 왜냐하면 옷만 바뀌 입었다고 다른 사람이 되는 것이 아니듯이 위험한 범죄인으로부터 재범예방이라는 개별예방적 목적과 실체는 하나이기 때문이다.

이와 같은 맥락에서 배후에 있는 현실을 생각해 보면, 법률과 판례가 형벌과 보안처분은 전혀 다른 차원의 형사제재이므로 이중처벌은 아니라고 하는 주장은 법이론적으로 옳다. 즉 보호감호는 형법상 순수한 보안처분이기 때문에 존속하고 있다는 생각이 저변에 깔려 있다.

그러나 사회보호법 별표의 죄에서 당연히 보호감호부과대상범죄로 규정되어야 할 살인죄 등 생명에 관한 죄를 규정하고 있지 않은 것을 보면 입법자는 이와 같은 범죄는 형벌로 충분히 대처할 수 있다고 생각하였다는 추측이 가능하고 이러한 무거운 형벌은 이미 범죄예방기능을 수행한다. 그 예로 판례는<sup>82)</sup> 사형의 예방적 기능까지 인정하고 있는데, 물론 사람의 목숨을 빼앗아 범죄예방적 요구를 충족시킨다는 이론구성은 정당화될 수 없지만 현행법상 현실적으로 사형을 당한 사람은 지구상에서 없어지기 때문에 충분히 충족시킬 수 있을 것이다. 설사 지금은 지지자가 없는 생활형성 책임설을 취한다 하더라도 이미 형벌을 통해서 물을 책임은 다 물었으므로 추가적

81) 이러한 맥락에서 누범현상을 보호감호처분으로 대처하지는 견해로는 임웅, 형법총론, 1999, 554면 이하.

82) 헌재 1996.11.28, 95헌바1에 의하면 “사형은...특수한 사회악을 영구히 제거하여 사회를 방어한다는 공익상의 목적을 가진 형벌이다.”



형사제재는 더 이상 필요 없다.

위의 순수한 이원주의적 생각은 우리의 경우 보호감호 집행실무에서 이미 보았듯이 비교적 사회 안에서 감내할 수 있거나 참을 수 있는 지혜를 발휘할 여지가 있는 범죄에 대하여 응보형벌에서 부족하다고 느끼는 부분을 메우기 위한 수단일 때에만 의미가 있다.<sup>83)</sup> 이는 보호감호의 기본취지에 반한다. 보호감호는 보충적 수단이 아니라 최후수단이며 비상조치이다.

우리나라와는 달리 독일은 왜 많은 비판에도 불구하고 최근에는 보안감호의 요건을 완화시켜가며 보안감호를 인정하고 있을까? 우선 행위책임과 행위형벌을 근간으로 삼아 구체적 행위가 가지고 있는 정형성을 확보하여 국민에게 법적 안정성을 도모하기 위해 이미 상습범가중처벌규정과 누범가중규정을 삭제하였다. 독일의 형벌제도 특히, 상한선에 눈을 돌려보면 우리나라보다 실질적으로 아주 낮다. 독일형법이 사형을 폐지한 후 법률상 최고형은 종신형이다. 하지만 종신형도 인간에게서 다시 자유를 되찾을 희망을 빼앗는 것이 인간의 존엄에 반한다는 비판이 줄곧 있어왔고.<sup>84)</sup> 현실적으로는 § 57a를 통해 유예할 수 있으며 사실상 15년을 넘지 않는다. 더구나 종신형은 이미 상징적 존재가 되어 이를 선고하는 일은 거의 일어나지 않는다. 따라서 소수이긴 하지만 아주 위험한 범죄자는 역시 상징적으로 사회에서 격리시켜 일반인의 안정을 도모할 필요성이 있는 것이다.

## 제6절. 보호감호에 대한 외국법 및 실태에 관한 비교고찰

### I. 머리말 - 형법상 이원주의국가

우리는 상습누범그룹에 대처하기 위해 형법상 형벌이외에 사회보호법에서 보호감호를 규정하여 형법상 이원주의를 선택하고 있다. 현재 세계적으로 이러한 전형적인 이원주의적 방식을 취하고 있는 나라는 우리 입법에 지대한 영향을 끼쳐온 독일을 위시한 스위스, 오스트리아 등 독일어권국가들을 중심으로 한 유럽국가들 대부분이다. 현재의 형사제재법에 대한 개혁논의와 형사제재법의 위상을 옹계 위치시키기 위해서

83) 명시적으로 표현하지 않았지만 관례를 통해 본 실무자들의 생각도 형벌과 보안처분이 도그마틱상 확연히 구분됨에도 불구하고 보호감호를 사실상 보충적 형벌의 일종이라고 생각하는 경향이 강하다.

84) BVerGE 45, 187 ff.

는 우선 형사제재는 사회적 측면에서 어떤 임무를 수행해야하는가에 대한 근본적인 물음에서 출발하여야한다. 이러한 물음을 계속 던질 때만이 모든 형사제재의 가장 이상적인 재정립으로의 길이 터진다. 이러한 차원에서 본다면 개개의 형사제재수단들은 새로운 체계를 끊임없이 창출하기도하고 내용적으로 발전되기도 하는 변화를 겪기 마련이다. 이를 위해 선결되어야 될 것은 당연히 우선적으로 법적 정당성에 대한 법 윤리적인 문제, 그리고 부수적인 효과로서 효율성에 대한 고찰이 따라야할 것이다. 이에 더해 이미 우리와 유사한 문제점들과 그 해결에 대한 지혜를 축적해온 외국의 법적 상황과 형사제재실무의 발전현황을 고찰해보는 것도 필수적이다.

따라서 이하에서는 현재 위헌론과 폐지론이 일고 있는 보호감호제도에 대한 객관적이고도 합리적인 위상을 재검토하기 위해 우리 보호감호제도의 모델이 된 독일어 권국가의 보호감호제도의 법적 상황과 발전과정을 개관해 보기로 한다.

## II. 스위스의 법적 상황과 발전과정

### 1. 스위스 보호감호의 발전과정

스위스에서 보호감호제도는 1937년 12월 21일 제정되고 1941년 1월 1일부터 발효된 스위스형법 제42조에 규정되었다. 당시 법규정 제1항과 제5항을 살펴보면:

1. 경범죄와 중범죄로 인하여 이미 수많은 자유형을 선고받은 자가 방탕함 또는 노동혐오로 인한 중범죄와 경범죄를 저지르는 범죄습벽을 드러내고 다시 자유형을 선고받을 경범죄와 중범죄를 저지르면 판사는 무기한으로 감호처분을 내릴 수 있다. 이 경우 선고된 자유형은 보안감호에 대체된다...

5. 피감호처분자는 최소한 3년동안 구금되며, 형벌기간이 더 긴 경우 최소한 형벌기간이 만료될 때까지 구금된다. 이 기간이 경과한 후 관할청은 구금시설공무원의 의견을 경청한 후 보안감호가 더 이상 필요없다고 인정되면 그를 3년동안 조건부 석방한다.

이러한 규정들의 특징은 형식적인 측면과 실질적인 측면에서 보호감호부과요건이 너무 광범위하다는데 있다. 형식적인 면에서 주로 문제시되었던 점들을 살펴보면,

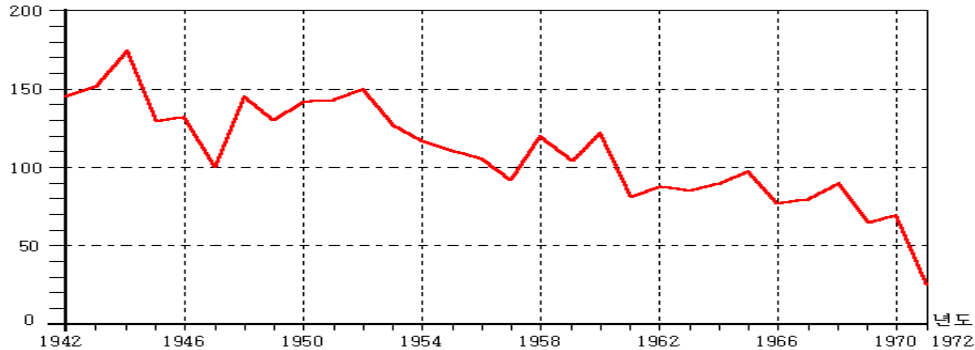
- 이전에 경범죄의 유죄판결을 받은 경우에도 감호부과요건으로 충분하다.
- 자유형을 부과받게 된 동기행위가 경범죄나 중범죄로 충분하다.
- 고의범죄에 한정하지 않았다.

。 감호기간의 상한을 규정하지 않았다.

이전에 ‘수많은(zahlreich)’ 자유형을 선고받았을 것을 요구하는 요건은 특별한 제한을 의미하는 것은 아니다. 왜냐하면 판례에 의하면 불과 4회의 전과가 있음에 불과한데 위의 요건을 충족한다고 판결을 내린 경우가 있기 때문이다.<sup>85)</sup> 또한 실질적 요건으로, 중범죄나 경범죄에 대한 범죄습벽 뿐만이 아니라 그러한 범죄습벽이 방탕함 또는 노동혐오로 인한 것으로 충분하다고 한다. 이외에도 보호감호를 임의적으로 규정해놓았기 때문에 보호감호부과에 특별한 형식적 제한이 없다.<sup>86)</sup> 스위스 보호감호의 특징은 무엇보다도 처음부터 대체주의가 적용되어 감호기간이 형벌기간에 산입된다는 데에 있다. 즉, 감호기간은 최소한 3년이거나 최소한 자유형선고기간동안이다.

이러한 넓은 부과요건 때문인지 보호감호수용실무는 <표 4-1>에서 보는 바와 같이 때에 따라 큰 차이를 보이고 있다. 보호감호가 도입되고 처음 10년 동안 보호감호부과자는 해마다 100명에서 170명 사이를 오갔고 1952년부터 대체로 감소추세에 있었다. 스위스에서 제도도입직후 150명선을 유지하던 보호감호부과자수는 1970년 형법개정 이전에 이미 절반이상 줄었다.

<표 4-1> 1942년에서 1971년까지 스위스 보호감호부과현황<sup>87)</sup>



85) ‘수많은’의 구성요건의 넓은 해석가능성에 대해서 비판적인 입장으로는 Stratenwerth, Zur Rechtsstaatlichkeit der freiheitsentziehenden Massnahmen im Strafrecht. Eine Kritik des geltenden Rechts und des Entwurfs 1965 für eine Teilrevision, ZStrR 82 (1966), S. 340.

86) Rehberg, Die Behandlung der Rückfalligen nach der revidierten Artikeln 42 und 67 StrGB, ZStrR 89 (1973), S. 285.; 이러한 임의적 부과 의미에 대해서는 Hofmann, Die Verwahrung nach Art. 42 StGB, insbesondere in der Praxis der Ostschweizer Konkordatskantone, Diss. Zürich, 1985, S. 18 ff.

87) Hofmann, 바로 위의 책, S. 4.

1971년 스위스형법개정 이전 보호감호에 관한 두 권의 경험적 연구결과가 발표되었는데, 이에 의하면 1970년 제1차 형법개정이전 독일에서 겪었던 어려움들과 같은 종류의 어려움들을 스위스도 겪었다고는 것을 잘 말해준다.

먼저 콘라드는 1970년 토르베르크(Thorberg) 보호감호소에서 1956년에서 1960년 사이에 석방된 100명을 조사하였다.<sup>88)</sup> 그는 이 조사를 통해 보호감호를 부과받게 된 동기행위 중 80,2%의 높은 비율을 차지하는 범죄는 재산범죄라는 사실을 밝혔다.<sup>89)</sup> 행해진 범죄도 그리 무거운 편이 아니어서 77,3%는 자유형을 2년이상 선고받지 않았다. 따라서 콘라드는 의하면 구법 제42조에 의한 보호감호는 주목할만한 위하효과도 재사회화효과도 달성하지 못하였다고 평가한다. 즉, 위험한 상습범을 겨냥했던 보안처분은 소수의 예외를 제외하고는 사소한 작은 범죄들을 규율하게 되었고 반대로 정말로 위험한 범죄인은 제대로 파악하지 못하는 결과를 초래했다고 결론을 내리고 있다.<sup>90)</sup>

이와 비슷한 결론에 도달한 학자는 브뤼크너인데, 그는 1967년 스위스 보호감호소에 수용된 211명의 상습범을 조사하였다. 강간, 변태적인 어린이 성추행, 고의살인, 강도, 고의방화 그리고 중한 재산범죄를 이유로 처벌된 범죄인은 46,4%밖에 되지 않았다고 한다. 스위스형법 제42조는 역시 많은 경우에 중간 또는 작은 재산범죄에 적용되었다고 한다.<sup>91)</sup> 자세히 살펴보면, 보호감호를 부과받게된 동기행위에 대해 2년 이상의 자유형을 선고받은 경우는 25,6%에 불과했고<sup>92)</sup> 수용자의 2/3는 늦어도 3년 6개월 이내에 석방되었으며, 6년 이상 수용되었던 사람은 아무도 없었다.<sup>93)</sup> 브뤼크너에 의하면 석방실무에서 보호감호집행 도중에 사회적 위험성이 제거되었는지 여부는 조사될 수 없으며 피감호자는 그저 기간이 지남에 따라 석방되었을 뿐이라는 사실을 확정할 수 있었다고 한다.<sup>94)</sup>

---

88) Conrad, Das Verhalten von 100 Insassen der Verwahrungsanstalt Thorberg nach ihrer Entlassung. Eine kriminologische Untersuchung von 100 nach Art. 42 StGB Eingewiesenen. Bern u. a.,1973, S. 27 ff.

89) Conrad, 바로 위의 책, S. 59 ff.

90) Conrad, 바로 위의 책, S. 85.

91) Brückner, Der Gewohnheitsverbrecher und die Verwahrung in der Schweiz gemäß Art. 42 StGB. Eine statistische Darstellung. Basel u.a. 1971, S. 33.

92) Brückner, 바로 위의 책, S. 51.

93) Brückner, 바로 위의 책, S. 53 f.

94) Brückner, 바로 위의 책, S. 67: 같은 취지로 Conrad, 각주 88), 83면.

## 2. 스위스 보호감호의 현재상황

위와 같은 경험을 교훈 삼아 스위스형법입법자는 1971년 제2차 형법개정을 통해 보호감호의 법률적 요건들을 강화하였다. 개정된 스위스형법 제42조의 내용을 살펴보면:

1. 이미 수많은 중범죄와 경범죄를 고의로 저질러 그를 이유로 교도소에 복역하거나 노동교육 처분을 받아 적어도 총 2년의 자유를 박탈당하거나, 자유형집행대신 상습범으로서 이미 보호감호처분을 받은 행위자가 종국적으로 석방된 이후 5년 내에 고의로 새로운 중범죄나 경범죄를 저질러 중범죄나 경범죄에 대한 범죄습벽을 드러내면, 판사는 교도소에서 형벌의 집행 대신 보호감호를 부과할 수 있다.

판사는 필요한 경우 범죄인의 정신상태를 감정케 한다...(후략)

4. 피감호자는 최소한 형벌기간의 2/3가 종료될 때까지 수용되며 적어도 3년은 수용된다...(중략) 관할청은 보호감호가 더 이상 필요없다고 인정될 경우 3년 조건부로 석방하며 석방된 자는 보호관찰에 처해진다...(후략)

새로운 규정들은 보호감호부과의 요건들을 강화하였는데 먼저 형식적 측면에서는:

- 수많은 고의의 중범죄나 경범죄로 인한 이전의 유죄판결을 요구하며,
- 구금이 아닌 적어도 2년의 교도소복역형을 이전에 선고받을 것을 필요로 한다

실질적 측면에서는:

- 중범죄나 경범죄에 대한 범죄습벽으로 충분하며
- 이러한 범죄습벽은 고의로 새로운 중범죄나 경범죄를 저지름으로써 드러내져야 한다.

이러한 개정에도 불구하고 역시 불확실한 것은 이미 저지른 범죄의 종류, 경중과 저지를 것이 예상되는 범죄 등에 대한 형식적 규정이 없이 구법과 같이 '수많은'범죄를 저지를 것으로 규정하고 있다. 주목할만한 또 한가지는 독일이나 오스트리아의 경우처럼 행위자의 구성요건적 표지로 '일반인에 대한 위협성'이나 '장래범죄의 우려'라는 법률적 요건을 두지 않고 있다.

독일의 경우와 마찬가지로 스위스문헌에서도 '범죄습벽'에 대한 명확한 정의는 찾아보기 어려웠다. 예컨대 레베르크의 정의에 의하면 "이전에 성과없이 부과된 형벌을

받은 범죄를 통해 징표되고 보호감호가 부과된 범죄를 통해 증명된 사실들이 행위자의 특별한 누범위험성에 영향을 미치지 못하여 계속됨이 행위자의 인격에서 드러나면...”<sup>95)</sup>이라고 하고 있다. 이는 쉬트라텐베르크가 지적한 바와 같이 “본질적으로 다른 가능성이 없으므로 범죄로 인한 범죄습벽과 범죄습벽으로 인한 범죄라는 순환논리로 근거지을 뿐이다.”<sup>96)</sup>

신법에서도 구법처럼 보호감호의 대체주의와 임의적 부과요건들은 여전히 유지되었다. 괄목할만한 것은 1976년 스위스연방법원이 임의규정들에 대해 이전에는 그리 중요하게 생각하지 않았던<sup>97)</sup> 비례성원칙의 의미를 처음으로 강조하였으며 동기행위와 예상되는 범죄가 특별히 중한 범죄여야 한다고 선언하였다.<sup>98)</sup> 그 후 이 판례는 보호감호를 소극적으로 부과하는 결과를 낳았으며 동기행위가 중간범죄인 경우 보호감호부과를 포기할 수 있었다.<sup>99)</sup> 구체적으로 보면 연방법원은 세 번 또는 네 번의 주거침입절도로 30만원미만의 물건을 절취하고 120여만원 정도의 물건을 손괴한 경우 보호감호를 과하지 않았다.<sup>100)</sup> 이러한 판결은 실은 입법자의 의도에 반하는 것이었다. 그리 중하지 않은 범죄를 저지르는 상습범은 보호감호의 대상에서 제외하고자하는 신청이 스위스국회에서 거부되었었기 때문이다.<sup>101)</sup> 간과할 수 없는 점은 역시 의사의 감정이 임의적으로 이루어졌었다는 점<sup>102)</sup>과 보호감호기간의 상한선이 없다는 점이다.

우리와 같이 스위스에서도 처음부터 겪었던 어려운 점은 보호감호의 집행이 통상적인 자유형의 집행과 별반 다르지 않다는 점이다. 이러한 점은 상습범에 대한 보안처분이 본질적으로 책임을 초과하는 부정기자유형과 다르지 않다는 비판이 즉시 제기되었었고<sup>103)</sup> 독립적인 보호감호의 집행을 요구하게 되었다.<sup>104)</sup>

95) Rehberg, Fragen bei der Anordnung und Aufhebung sichernder Massnahmen nach StrGB Art. 42-44, ZStrR 83 (1977), S. 214; Stratenwerth, 각주 ), S. 344.에 의하면 “범죄습벽이란 다른 아닌 바로 행위자의 누범성향이다.”라고 한다.

96) Stratenwerth, Strafrecht. AT II, Strafen und Massnahmen, 1. Aufl., Bern, 1989, S. 335.

97) Hofmann, 각주 86), S. 105 ff.

98) BGE 102 IV 12 (14).

99) BGE 118 IV 213.

100) 스위스형법에서 재량의 범위에 있어 비례성원칙의 의미에 대해서는 Stratenwerth, 각주 96), S. 335.

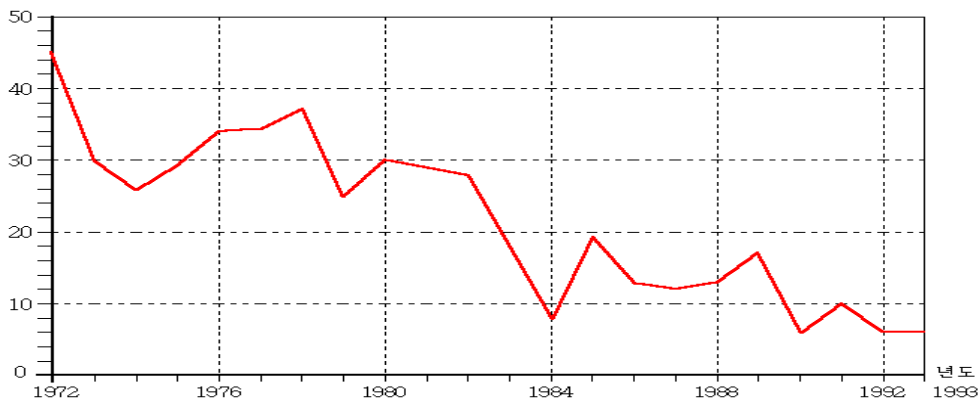
101) Hofmann, 각주 86), S. 109; Rehberg, 각주 86), S. 286.

102) Hofmann, 각주 86), 16 ff.; BGE 118 IV 105.

103) Schultz, Die zweite Teilrevision des Schweizerischen Strafgesetzbuches, ZBJV 106

스위스형법개정 이후 보호감호는 집행실무에서 계속 의미를 잃어갔다. <표 4-2>에서 볼 수 있는 바와 같이, 1983년 이후 피보호감호자는 매년 20명을 넘지 않았고 1990년 이후에는 10명을 넘지 않았다. 자세히 살펴보면 1984년 말에는 제42조에 의한 피감호자가 총 55명이었고 1986년 41명, 1987년 39명, 1988년 31명, 1989년 25명, 1990년 22명, 1991년 18명, 1992년 10명, 결국 1993년에는 한자리수인 9명으로 줄었다.<sup>105)</sup>

<표 4-2> 1972년 이후 스위스 보호감호부과현황



호프만의 연구에 의하면, - 그의 연구는 형법개정 후 1971년 7월 1일부터 1980년 12월까지 스위스 동부지역에서 보호감호가 부과되거나 집행된 자들을 대상으로 하였다 - 형법개정 이후에도 보호감호의 본래의 취지와는 달리 실질적으로는 재산범이 보호감호대상범죄의 대부분이었고 드물게 성범죄와 문서에 관한 죄가 있었으며 신체와 생명을 보호범익으로 하는 범죄는 없었다고 한다.<sup>106)</sup> 그럼에도 불구하고 그는 이전부터 요구되어왔던 작은 범죄들에 대한 보호감호가 매우 소극적으로 부과되고 있다는 사실을 주목해야한다고 한다.<sup>107)</sup>

또한 호프만은 보호감호집행과 관련하여, 연구대상 피감호자 중 법률상 최소감호기간 경과 후에 1년 이상 지나서 석방된 경우는 단 3건뿐이었다고 한다.<sup>108)</sup> 대부분의

(1970), S. 21; Stratenwerth, 각주 17), S. 345.

104) Hofmann, 각주 86), S. 136 ff.

105) 1995년 8월 21일 스위스연방청통계.

106) Hofmann, 각주 86), S. 34 f.

107) Hofmann, 각주 86), S. 42 ff.

석방기준은 집행 중 불만 없는 태도와 특징이었다고 한다.<sup>109)</sup> 석방이 거부된 근거로는 대부분 마지막 집행 후 짧은 기간 내에 다시 범죄를 저지르게 되는 자는 좀더 준비가 필요하다는 것이었다.<sup>110)</sup> 조건부석방이 취소되는 경우는 통상 새로운 범죄를 저지르는 경우라고 한다.<sup>111)</sup>

### 3. 스위스 보호감호의 개정논의와 소결

보호감호제도에 대한 끊임없는 문제제기와 현실적인 의미상실에 직면하여 스위스에서도 다양한 개혁요구가 있어왔다. 그중 스위스형법의 전면개정을 위한 한스 슐츠의 형법총칙 개정초안과 보고서를 살펴보도록 한다.

그에 의하면 보호감호는 폐지되어야 한다.<sup>112)</sup> 그 근거로 드는 것은 독일 등 여타국가에서도 제기되었던 보호감호에 대한 보편적인 의구심들이다. 즉 스위스형법 제42조는 사실상 위험한 상습누범들을 규율하지 못하였고, 해결될 수 없는 범죄예측의 어려움, 특별하고 적절한 집행시설의 부재, 집행기간의 상한선 부재, 범죄예방의 효율성이 미미하고 불충분하다는 점 등을 그 근거로 들고 있다.

슐츠가 제안하는 대안으로는 사회치료시설을 도입하여 재산범죄의 상습누범에 대해서는 동시에 그러한 범죄인을 겨냥한 정신이상자에 대한 감호제도의 요건들을 강화함으로써 제42조를 폐지함으로써 생길 수 있는 공백을 메워야 한다고 한다.<sup>113)</sup>

1993년 전문가위원회는 형법총칙 개정초안을 제출하였는데 지금까지의 비판들을 고려하고 슐츠의 제안을 받아들여 제42조의 보호감호를 폐지하고 그 자리에 제68조에 따른 전혀 새로운 감호제도를 규정하고 있는데 주요한 내용을 보면 다음과 같다:

제59조 (1) 보안처분으로 발생하는 감호자의 인격권에 대한 침해는 그에게 존재하는 치료필요성과 장래에 발생할 범죄의 개연성 및 중한 정도의 견지에서 비례성의 원칙에 반하지 않는다고 보일 때에만 보안처분은 부과된다.

108) Hofmann, 각주 86), S. 154.

109) Hofmann, 각주 86), S. 156 f.

110) Hofmann, 각주 86), S. 161.

111) Hofmann, 각주 86), S. 170 ff.

112) Schultz, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches "Einführung und Anwendung des Gesetzes" des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Bern, 1987, S. 187.

113) Schultz, 바로 위의 책, S. 181.



제60조 (1) 판사는 제61조 - 제68조의 보안처분을 결정할 때 감정인의 감정을 기초로 한다. 감정서는 피고인의 치료에 대한 필요성과 전망 그리고 장래의 범죄의 종류와 개연성, 보안처분집행의 가능성 등을 밝힌다.

제68조 (1) 행위자가 심각한 인격장애 하에서 모살, 고의살인, 중상해, 강간, 방화죄를 저질러 누군가를 육체적, 정신적 또는 물질적으로 심한 손해를 입히거나 입히게 할 때는, 위와 견줄만한 다른 범죄를 방지하기 위하여 법관은 필요할 때에는 형벌과 함께 보호감호를 선고한다.

(2) 행위자에게 자유형이 부과되는 한 보안처분의 집행은 연기된다. 형벌집행이 끝나고 석방되는 시점이 보호감호부과 후 2년 이상 경과하였으면 판사는 보안처분이 아직 필요한지 여부에 대한 새로운 감정서에 근거하여 결정하여야 한다.

(3) 보호감호는 자유형과 같이 집행된다...(후략)

보호감호에 대한 형법개정초안의 새로운 핵심적인 요건을 살펴보면:

먼저 심각한 인격장애를 요구하고 있다는 점이며(제68조 (1)) 이러한 범죄인은 원칙적으로 형벌집행의 대상이다. 또한 감정인의 감정을 필수적으로 하고 있다(제60조 (1)). 이전에 받은 형벌과 이미 부과된 자유형에 대한 요건 그리고 '범죄습벽'이라는 표지를 완전히 삭제하였다. 일반조항으로서의 성격을 띤 하지만 동기행위로서 다양하고 중요한 범죄목록을 규정하고 있다. 범죄예측의 요건으로 예상되는 범죄가 중한 범죄를 방지하기 위한 것일 것을 요구하고 있다. 보호감호는 자유형과 같이 집행되며(제68조 (3)) 대체주의는 폐지되었다(제68조 (2)).

자유형이 집행된 후 감호의 필요성을 감정인의 감정에 근거하여 다시 한 번 심사하도록 하고 있다(제68조 (2)). 보호감호집행 중 심사기간은 처음 시작할 때는 2년이 고 그 후 해마다 행해져야 한다(제68조 (7)). 범죄예측의 문제점을 감소시키기 위해<sup>114)</sup> 매 3년마다 법원은 추가적으로 새로운 감정서에 따라 판단해야 한다. 감호기간의 상한선을 정하지 않았다. 보안처분전체에 비례성의 원칙이 명시적으로 적용되며(제59조 (1)) 특징적인 것은 치료필요성이 고려의 요건으로 규정되어 있다는 점이다.

스위스형법의 개정초안에서 주목할만한 점은, 제68조에서 정말로 위험한 범죄인에 한정해서 보호감호를 규정하고 있는 매우 실용적인 길을 선택했다는 점이다. 그리고 보호감호를 부과하는 데에 있어 '범죄습벽'이라는 실체적 요건을 삭제한 것은 환영할 만 하지만 '심각한 인격장애'라는 요건을 둬으로써 과연 이 요건이 간단하고도 법치

114) Baechtold, Revision mit Perspektive? NKP 4/1993, S. 14.

국가적으로 문제없이 적용될 수 있는가에 대한 의문은 여전히 남는다. 왜냐하면 인격 장애를 충분하고도 깊게 확정할 수 있을까라는 심각한 진단의 어려움이 남아있기 때문이다.<sup>115)</sup> 또한 보호감호부과의 형식적 요건을 거의 완전히 포기하다시피 하고 있기 때문에 부과결정을 완전히 예측에 의존해야하는 어려움도 간과할 수 없다. 집행의 측면에 있어서도 자유형과 보호감호사이에 차이가 없다는 점은 실무에서 형벌과 보안처분을 서로 다르게 형성할 수 있는 가능성을 완전히 포기하였다는 의미이다. 그러나 보호감호의 집행을 자유형이 집행되는 동안 범죄인의 발달상태에 따라 결정할 수 있도록 유연하게 규정하고 있는 점은 긍정적으로 평가할 수 있을 것이다.<sup>116)</sup>

종합적으로 볼 때 스위스형법 제42조의 개정에도 불구하고 적어도 80년대까지는 정말로 위험한 상습누범뿐만이 아니라 그리 중하지 않은 누범에 대해서도 보호감호가 부과되었으며 이러한 불합리를 극복하기 위해 지속적으로 형법개정을 도모하고 있으며 실무에서도 90년대 이후에는 보호감호부과자가 10명 이하로 감소하였다. 판례도 비례성의 원칙을 선언하며 이러한 결과에 기여하였다. 아마도 이러한 보호감호가 쇠퇴하게된 이면에는 제67조에 규정된 형벌가중으로 장기의 자유형이 부분적으로 기여하지 않았을까 추측된다.<sup>117)</sup>

스위스의 경우에도 보호감호부과의 실제적 요건인 '범죄습벽'개념에 대한 충분하고도 법치국가적으로 의문이 제기되지 않을만한 정의는 찾아볼 수 없었다. 그 전통적인 속성상 상습범에 대한 보호감호는 어쨌든 이제는 더 이상 큰 의미로 받아들여지지 않는다. 이와 같은 맥락에서 심각한 인격장애라는 개정형법초안의 표지도 설득력 있는 개념은 아니라고 할 수 있겠다.

---

115) Dünkel/Van Zyl Smit, Die Behandlung von Gefangenen mit langen Haftstrafen und Ausgestaltung des Langstrafenvollzugs im international Vergleich, in: Müller-Dietz/Walter: Strafvollzug in den 90er Jahren. Perspektiven und Herausforderungen, 1995, S. 133. 이와는 다른 입장에서 '심각한 인격장애'의 개념은 너무 좁다고 평가하는 견해로는 Wiprächtiger, Das Massnahmenrecht der Expertenkommission - Verbesserte Hilfe für die Täter und verbesserter Schutz für die Allgemeinheit, ZStrR 112 (1994), S. 423 f.

116) Wiprächtiger, 바로 위의 책, S. 424. 이와는 반대로 일반인에 대한 보호를 소홀히 하고 있다는 입장에서 비판적인 견해로는 Schnell, Teilweise quer in der Landschaft. Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Kriminalistik 1994, S. 286.

117) 이러한 추측을 뒷받침할만한 구체적인 통계자료는 입수하지 못하였다. 누범규정에 관해서는 Rehberg, 각주 86), S. 273 ff. 비교.

### III. 오스트리아의 법적 상황과 발전과정

#### 1. 오스트리아 보호감호의 발전과정

오스트리아에서 제도화된 가장 무거운 보안처분으로서 위험한 누범자에 대한 시설 수용은 제23조에 규정되어 있다. 이러한 보안처분은 이미 1909년<sup>118)</sup>, 1912년, 1927년 초안, 위원회초안 1960년과 1962년, 법무부초안 1964년, 정부제출안 1966년, 1968년과 1972년에 규정되어 있었고 드디어 1975년 오스트리아형법에 도입되었다.<sup>119)</sup> 제도의 이름은 보호감호(Sicherungsverwahrung)와 구분짓기 위해 의식적으로 선택했다고 한다.<sup>120)</sup> 규정의 주요한 내용을 살펴보면:

제23조 (1) 만 24세가 경과한 자가 최소한 2년의 자유형이 선고되었다면 법원은 동시에 위험한 누범자에 대한 시설수용<sup>121)</sup>을 부과해야 한다,

1. 그 선고가 전적으로 또는 주로 한 개 또는 수 개의 신체와 생명, 자유, 타인의 재산 성범죄, 중독성독물에 관한 법률 제6조 제1항, BGBl. Nr. 234/1951등의 고의범죄이거나 한 개 또는 수 개의 일반인에 위험한 범죄로 이루어진 것인 경우,

2. 그 범죄인이 전적으로 또는 주로 1호에 정한 종류의 범죄로 인해 이미 두 번 각각 6월 이상의 자유형을 선고받고, 선고받은 범죄 이전에 18세가 지난 후 최소한 18개월 형벌시설에 구금되었었던 경우,

3. 범죄습벽으로 인하여 1호에 정한 종류의 범죄를 저지를 염려가 있는 자 또는 주로 위와 같은 범죄로 생계를 이어가는 자, 그 외에도 중한 결과를 수반하는 위와 같은 범죄를 저지를 자.

(2) 정신이상 범죄인을 위한 시설수용의 요건에 해당하는 범죄인은 위 수용에서 제

118) 오스트리아에서 1909년 이전의 역사에 대해서는 Eder-Rieder, Die freiheitsentziehenden vorbeugenden Maßnahmen. Eine Betrachtung in materiellrechtlicher, prozessualer und vollzugsrechtlicher Sicht, Wien, 1985. S. 1 ff.

119) 아마도 도입이 늦었던 이유는 법률상 이미 높은 형벌이 규정되어 있었기 때문이라고 추측한다. Eder-Rieder, 바로 위의 책, S. 1 ff., 144 ff.; Moos, Die vorbeugenden Maßnahmen im neuen österreichischen Strafrecht, in: Bundesministerium für Justiz: Zum neuen Strafrecht, Stein, 1973, S. 60 ff.

120) Eder-Rieder, 바로 위의 책, S. 145.

121) 원어를 그대로 인용해보면: Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter.

외된다...(후략)

제24조 (전략)… (2) 위험한 누범자에 대한 시설수용은 자유형이후에 집행한다. 위험한 누범자에 대한 시설수용에 범죄인을 이송하기 전에 법원은 수용이 아직 필요한지를 심사한다.

제25조 (1) 보안처분은 부정기로 부과된다. 보안처분은 그 목적이 (역자첨가: 달성될 때까지) 요구되는 기간동안 집행된다. (중략)…위험한 누범자에 대한 시설수용은 10년을 초과할 수 없다.

(2) 보안처분의 증지는 법원이 결정한다.

(3) (전략)…위험한 누범자에 대한 시설수용이 아직 필요한지 여부는 적어도 해마다 법원이 심사한다.

오스트리아 보호감호제도의 특징들을 간추려보면:

- 24세가 지나야 선고한다<sup>122)</sup>;
- 이전에 형벌을 받은 범죄와 동기행위를 비교적 상세히 규정하고 있다.<sup>123)</sup>
- 각각 최소한 6개월의 단 2회의 이전형벌이 요건이다.
- 따라서 이전에 총 18개월 형벌시설에 구금되었었을 것만을 요한다.
- 이전 형벌시설구금은 18세 이후에 이루어져야 한다.
- 각 보호감호기간은 10년으로 한정되어있다.

오스트리아의 경우 보호감호부과의 형식적 요건이 상당히 넓은 편이어서 법관의 재량범위가 매우 크고 요건이 상당히 영성하여 동시에 비례성의 원칙에 반한다는 비판들이 제기되어왔다.<sup>124)</sup>

역시 오스트리아형법에도 확정하기 어렵고 비현실적인 범죄습벽과 직업범죄인의 개념을 보호감호부과의 핵심기준으로 삼고 있다.<sup>125)</sup> 이러한 개념의 핵심은 “자유형을

122) 이와 같은 선고시점에 대한 비판적 입장으로는 Eder-Rieder, 각주 118), S. 145; Pallin, Wiener Kommentar, 1984 § 23 Rn. 6.

123) 그럼에도 불구하고 이 규정이 가지는 의미는 그리 크지 않다는 비판적 입장으로는 Eder-Rieder, 각주 118), S. 157.

124) Pallin, 각주 122) § 23 Rn. 3.

125) 이 개념의 난점들에 대한 설명과 비판으로는 Pallin, 각주 122) § 23 Rn. 24; Einem,

부과함에도 불구하고 수회의 누범"을 저지른 경우를 의미할 뿐이라고 한다.<sup>126)</sup> 따라서 범죄습벽의 개념은 광범위하게 형식적 요건이 확정됨으로써 끝나거나 이러한 요건을 충족한 자는 이미 상습 또는 직업범으로 간주되어버리거나 적어도 그럴 위험이 상존한다고 한다.<sup>127)</sup>

따라서 학설상 이러한 범죄인그룹의 윤곽을 정하거나 독자적인 의미를 찾으려는 성공적인 시도는 찾아보기 어려우며 다만 에더-리더는 좀더 정확한 기준을 제시하고 있진 않지만 상습범과 직업범의 유형을 구분하여 각각의 위험성을 예측해야한다고 주장한다.<sup>128)</sup> 다른 주장은, 범죄습벽은 행위자의 내면상태로서 그의 생활형식, 성격의 특징이며 특정범죄를 계속적으로 자주 저지르는 데에서 범죄습벽의 징표를 발견할 수 있다고 한다. 그러나 다른 요소의 중요성은 여전히 불명확하다고 할 수 있다.<sup>129)</sup> 또한 마이어호퍼/리더는 아주 간결하게 표현하고 있는데 상습범죄인을 확정하고 범죄를 예측하는 기준으로 "피고인의 범죄이력을 근거로 하여 그의 범죄행태가 점점 빨라지면 의심할 바 없다"고 하고 있다.<sup>130)</sup>

범죄예측문제 특히 개연성의 기준을 정할 때 오스트리아형법에서도 다른 나라와 같은 문제점들이 발견된다.<sup>131)</sup> 이에 사용되는 용어들을 살펴보면, 재범에 대한 염려, 단순히 적은 정도가 아닌 개연성, 높은 개연성, 고도의 개연성, 상승된 개연성, 확실하게 확정된 높은 위험성 등으로 다양하다.<sup>132)</sup>

또한 오스트리아형법에 의하면 제39조에서 누범의 형벌가중규정을 두고 있다. 이에 의하면 누범자의 범죄가 동일한 해로운 성향에 의한 것일 때에는 선고받은 자유형의 장기 1/2을 가중처벌하도록 하고있다.<sup>133)</sup> 이로 인해 발생하는 가중된 책임형벌과 책

---

“Sicherungsverwahrung” in Österreich. Zur Einführung der Maßnahme nach §23 StGB. Wien, 1981, S. 55 ff.

126) Eder-Rieder, 각주 118), S. 152; Einem, 바로 위의 책, S. 61.

127) Eder-Rieder, 각주 118), S. 152; Einem, 바로 위의 책, S. 58.

128) Eder-Rieder, 각주 118), S. 152 f.

129) Pallin, 각주 122) § 23 Rn. 19.

130) Mayerhofer/Rieder, Das österreichische Strafrecht. Erster Teil, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. Wien, 1994, S. § 23 Nr. 30.

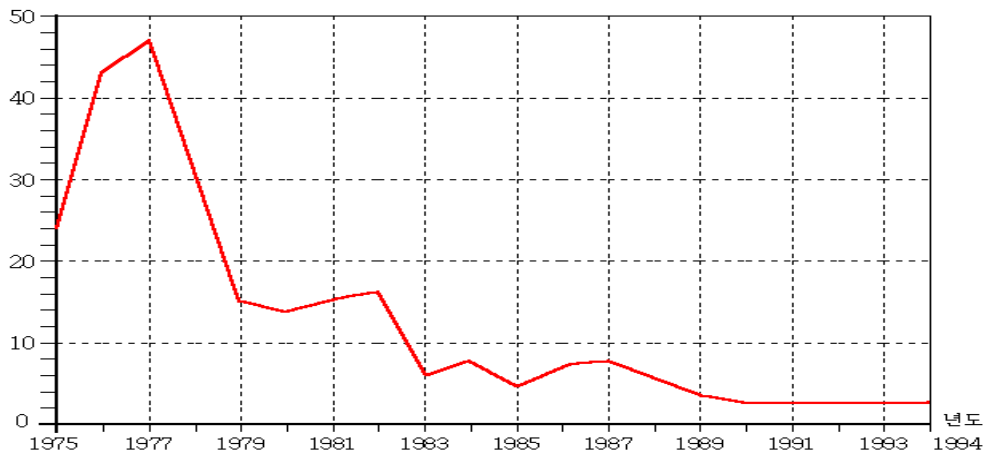
131) Kaiser, Ist das Maßnahmensystem im Kriminalrecht noch zu retten? in: FS. für Pallin, Wien 1989, S. 199.

132) Nowakowski, Die Maßnahmenkomponente im StGB, FS. für Broda, S. 205; Eder-Rieder, 각주 ), S. 70 f.; Mayerhofer/Rieder, 각주 130), § 23 Nr. 18

임과 관계없는 보안처분과의 경합문제는 아직 풀리지 않는 문제로 남아 있다.<sup>134)</sup> 따라서 제39조와 제23조를 근거로 이전의 형벌에 대한 두 번의 평가 즉, 이중처벌의 위험이 있다고 하겠다.<sup>135)</sup> 이와 같은 맥락에서 보호감호는 사실상 형벌의 성격을 가지지 않는가라는 의문이 제기된다.<sup>136)</sup>

오스트리아에서도 위와 같은 풀리지 않은 수많은 문제점이 제기되는 이유는 제23조의 보호감호는 오스트리아형법에서 가장 논란이 많은 제도로 분류되고 있다는 사실을 상기한다면 그리 놀랄만한 일은 아니다.<sup>137)</sup> 이러한 논란은 오스트리아만의 문제가 아니라 스위스와 독일에서도 항상 제기되어왔으며 최근 보호감호제도가 실무에서 거의 의미를 상실하는 원인이 되었던 것이다.

<표 4-3> 오스트리아 보호감호부과현황



위 <표 4-3>에 의하면 보호감호는 1975년 오스트리아형법에 도입되고 1977년 47명이 부과된 것을 정점으로 해마다 그 수가 현저히 감소하였으며 1983년부터는 10명

133) 우리나라 형사법체계상 상습범, 누범에 대한 형벌가중처벌규정과 보호감호부과규정의 독립적 규정형태와 적용의 부당성에 관한 근본적 비판에 대해서는 필자의 논문, 상습범 및 누범의 대책에 대한 문제점, 형사법연구 제16호, 175면 이하 참조.

134) Pallin, 각주122) § 23 Rn. 34; Kaiser, 각주 131), S. 192 f.

135) 오스트리아 실무에서 나타난 구체적인 사례들에 대해서는 Einem, 각주 125), S. 102 ff.

136) Triffterer, Österreichisches Strafrecht, AT., 2. Aufl., Wien, 1994, Kap. 19 Rn. 12.

137) Triffterer, 바로 위의 책, Kap. 19 Rn. 95; Kaiser, 각주 131), S. 192.

아래로 감소하였다. 같은 해 1983년 전체 집행자수는 90명으로 최고조에 이르렀으나 1987년까지는 그 절반이하(42명)로 감소하였다.

오스트리아에서 보호감호에 대한 경험적 연구는 그리 많지 않은 것 같다. 아이넨은 1975년부터 1977년 사이에 보호감호부과자 148명중 137명을 조사하였다.<sup>138)</sup> 이 연구에 의하면 보호감호부과자의 이전에 받은 형벌 수는 평균 12.4회였고 감호부과시 평균연령은 37.5세였다.<sup>139)</sup> 보호감호부과의 동기행위는 76.7%가 타인의 재산에 관한 범죄였고 그 중 강도죄는 단 4건뿐이었다.<sup>140)</sup> 법원은 이전에 형벌을 받은 경력에서 자주 형벌가중사유의 근거뿐만 아니라 동시에 보호감호부과시 범죄습벽의 증거로 도출하였다.<sup>141)</sup>

마이어호퍼에 의하면 1985년 존베르크(Sonnberg)에 수용되어있는 피보호감호자 76명중 90%정도는 절도와 사기범이었고<sup>142)</sup> 60세가 넘는 사람은 5명이었다.<sup>143)</sup> 이 시기 오스트리아에서 가장 오랫동안 수용되었던 경우는 6년이라고 알려져 있다.<sup>144)</sup> 가출소하여 2년반에서 4년사이의 기간동안 1/3은 더 이상 범죄를 저지르지 않았다.<sup>145)</sup>

## 2. 오스트리아 보호감호의 현재상황과 소결

오스트리아입법자는 보호감호에 대한 그동안의 비판을 받아들여 1987년 형법개정 법률을 통해 1988년 3월 1일부터 발효된 형법에서 보호감호부과요건을 강화하였다.<sup>146)</sup> 이때부터 제23조 보호감호는 타인의 재산에 대한 범죄의 경우 사람에게 대해 폭력을 사용하거나 폭력으로 위협을 가하는 경우에만 적용되었다.<sup>147)</sup> 새로운 규정에 따

---

138) Einem, 각주 125), S. 81 ff.

139) Einem, 각주 125), S. 84.

140) Einem, 각주 125), S. 91 ff.

141) Einem, 각주 125), S. 102 ff.

142) Mayerhofer, Die Krise der Sicherungsverwahrung, in: Rückfallkriminalität. Führerscheinenzug, Kriminologische Gegenwartsfragen 17., 1986, S. 31 ff.

143) Mayerhofer, 바로 위의 책, S. 39.

144) Mayerhofer, 바로 위의 책, S. 43.

145) Mayerhofer, 바로 위의 책, S. 45.

146) BGBl 1987/605.

147) 이 부분 원래 조문을 그대로 인용해보면, ...gegen fremdes Vermögen unter Anwendung oder Androhung von Gewalt gegen eine Person,...

라 이전 제23조에 의해 수용되었던 피감호자들은 거의 석방되었고 1990년 이후 해마다 단 3명만이 보호감호소에 수용되었다. 따라서 사실상 보호감호는 폐지되었다라고 말할 수 있을 것이다.<sup>148)</sup>

오스트리아에서는 제39조 누범의 형벌가중규정에 의해 장기의 자유형을 선고하는 사례가 늘어남으로써 상습범죄인에 대한 보호감호의 이러한 퇴조를 부분적으로 만회하였다고 할 수 있으며 다른 측면에서는 제21조 제2항의 정신이상자 치료처분을 활성화하여 공백을 보완하였다고 할 수 있다. 이를 뒷받침하는 통계를 살펴보면 3년 이상의 장기의 자유형이 선고된 예가 1988년 264명, 1989년 284명, 1990년 302명, 1991년 336명, 1992년 360명으로 보호감호의 퇴조 후 계속 증가하였다.<sup>149)</sup> 역시 정신이상 범죄인을 위한 시설에 수용된 자의 수도 1988년 130명에서 1994년 170명으로 증가하였다.

보호감호에 관한 오스트리아의 상황을 전반적으로 개관해보면: 오스트리아에서도 1975년에야 도입된 보호감호제도에 대한 근본적 문제점들인 '범죄습벽' 개념의 무용성, 범죄예측의 불확실성, 넓은 부과요건으로 인한 비례성원칙 위반, 불충분한 집행상황 등에 대한 비판들이 상존하고 있다. 특히 제21조 제2항의 정신이상 범죄인을 위한 시설수용 그리고 제39조의 누범형벌가중과 보호감호와의 명확한 구별문제는 오스트리아 보호감호제도의 정당성을 더욱 어렵게 만들고 있다.

80년대 중반의 경험적 연구들은 오스트리아 피보호감호자의 대부분이 재산범들이었고 높은 연령층이었다는 사실을 보여줬다. 그 후 국제적 추세에 따라 형법개정을 통해 단순재산범이 보호감호부과 대상범죄에서 제외되었으며 매년 피보호감호자가 3명으로 줄었고 사실상 보호감호제도는 폐지되었다고 이야기할 수 있게 되었다. 그 결과 제39조의 누범형벌가중 규정적용으로 형벌이 상향조정되었고 제21조 제2항의 정신이상 범죄인을 위한 시설수용이 활성화되었다. 후자의 경우는 논란이 심한 보안처분을 피해하려는 노력과 치료에 중점을 두는 실무의 입장이라고 이해할 수 있으며 긍정적으로 평가할 수 있겠다.

#### IV. 독일의 법적 상황과 발전과정

148) 이미 보호감호폐지를 요구했던 대표적인 목소리들로는 Mayerhofer, 각주 142), S. 31; Eder-Rieder, 각주 118), S. 212 f.

149) Kaiser, Neue Wege im schweizerischen Maßnahmenvollzug, ZStW 100 (1988), S. 245.



## 1. 독일 보호감호의 법적 상황

나찌의 집권과 함께 1933년 11월 24일 상습범인에 관한 법률이 제정됨으로써 50여 년간의 논쟁과 수많은 초안들을 뒤로한 채 보호감호는 독일형법에 도입되었다.<sup>150)</sup> 그 후 제2차 세계대전을 거쳐 지금까지 보호감호는 명맥을 유지하고 있는데 그 사이에 있었던 몇 가지 변화들을 개관해보면:

1970년 4월 1일 첫 번째 형법개정법률에 의해서 그 동안 많은 논란이 있어왔던<sup>151)</sup> 보호감호의 형식적 요건들을 강화해나가고 적용범위를 꼭 필요한 경우로 줄이려는 근본적인 변화를 겪었고, 1975년 1월 1일 두 번째 형법개정법률에 의해서 현행 독일 형법 제66조에 규정되었다. 독일 통일시에 구동독지역에는 형벌을 가중하는 누범규정이 있긴 하였으나 보호감호규정은 없었음에도 불구하고 통일협약에 의해 이 지역에는 보호감호가 적용되지 않았다가<sup>152)</sup> 1996년 구동독지역에도 적용되었다.

1970년 형법개정으로 독일형법 제66조에 의한 보호감호부과요건은 우리보다 강화된 요건들을 규정하고 있다. 요약해보면, ① 적어도 1년 이상에 해당하는 자유형을 이미 이전에 두 번 이상 선고받았을 것, ② 그로 인해 최소한 2년을 집행 받았을 것, ③ 당해 판결시 적어도 2년 이상의 자유형을 선고받았을 것, ④ 범죄습벽으로 인하여 일반인에게 위험한 현저하게 무거운 범행을 저지를 우려가 있을 것 등이다. ①~③까지는 형식적 요건이고 ④는 실질적 요건이다.

또 한번의 내용상의 변화는 1998년 독일형법 개정시 제66조 제3항이 신설되어 몇 개의 보호감호부과대상범죄가 추가되었는데 주로 미성년자·要保護者 등에 대한 성범죄, 피보호자 학대, 위험한 상해, 환각상태에서의 범죄 등이다.<sup>153)</sup> 더구나 제3항 후단에서는 위에 열거한 범죄를 저질렀을 때 통상의 보호감호요건을 완화하여 형벌이나 보안처분을 받은 전력이 없어도 보호감호를 과할 수 있는 가능성을 열어놓고 있

150) 규정내용을 보면 제42조의e: “제20조a에 의해서 위험한 상습범인으로 판단되는 자는, 공공의 안전에 필요할 경우, 법원은 형벌과 함께 보호감호를 부과한다.” 여기서 상습범인에 관한 법률에 규정되어 형법에 삽입된 제20조a는 위험한 상습범죄인에 대해 형벌을 가중하고 있어 현행 우리 형법의 태도와 유사하다.

151) 보호감호와 관련해서 매우 자세한 논란이 있었다는 반증으로써의 대표적 공식문서들의 예를 들면: 1962년 초안; Niederschriften Bd. 1, Bd. 3, Bd. 12; Prot. IV; Prot. V; 1. Bericht; 대체초안(AE) 총론과 Begründung외에 수많은 연구서와 논문이 있다.

152) Einigungsvertrag(독일 통일협약), Anlage 1, Kap. III, Sachgebiet C, Abschnitt III Nummer 1(BGBl. II 1990. S. 957)

153) 열거해보면, §§ 174 bis 174c, 176, 179 Abs. 1 bis 3 §§ 180, 182, 224, 225 Abs. 1 oder 2 oder nach § 323a.

다.<sup>154)</sup> 즉, 성범죄 등 폭력적이고 공격적인 범죄인에 대해 초범의 경우에도 보호감호를 과할 수 있게 하였다. 또한 범죄인의 위험성이 계속 인정되는 한, 처음 보호감호가 부과된 경우 10년이라는 기간의 상한선을 상대화 시켰다(제67d조 제3항).<sup>155)</sup>

위와 같은 최근의 법개정은 물론 여러 가지 이유가 있겠지만, 독일에서 보호감호는 우리와는 달리 성범죄분야에서 가장 중추적인 역할을 담당하고 있다는 실제적 통계가 법의 변화를 요구했다고 볼 수 있을 것이다.

## 2. 독일 보호감호의 발전과정

### 가. 1970년 제1차 형법개정법률 이전

1933년 보호감호가 형법에 도입된 후 보호감호는 실무에서 대규모로 적용되었다. 1934년에서 1945년까지 대략 15,000~16,000명이 보호감호를 선고받았다. 자세히 보면 1934년 3723명, 1935년 1464명, 1936년 946명, 1937년 765명, 1938년 964명, 1939년 1827명, 1940년 1916명, 1941년 1651명, 1942년 9월 30일까지 1095명이다. 슈미트에 의하면<sup>156)</sup> 1937년 보호감호소에 수용된 자는 3258명이라고 한다. 부분적으로는 설명하기 어려울 만큼 심한 변동이 있었던 사실들이 눈에 띈다.<sup>157)</sup>

제2차 세계대전 즉 1945년 이후 1970년 이전까지는 이전에 비해 보호감호 부과횟수가 현저하게 줄어들었다. 1950년에서 1969년까지는 <표 44>에서 볼 수 있는 바와 같이 한 해 100명~200명대를 유지하고 있다. 1961년 3월 31일 기준으로 총 673명이

154) 이러한 입법은 물론 여러 가지 이유가 있겠지만 당시 사회적 분위기로 보면, 미성년 소녀를 성적으로 남용하고 살인하는 사례가 끊이지 않고 해당 범인이 연쇄범이거나 같은 종류의 범죄로 이미 형벌이나 보안처분을 받은 사례가 많다는 사실이 밝혀지자 비등하는 여론에 대한 입법자의 대답이었다고 생각된다. 즉, 1998년 1월 ‘성범죄와 다른 위험한 범죄에 대처하기 위한 법률’이 제정되면서 보호감호는 형법적 논의의 중심으로 등장하였다. 그 배경에는 성범죄를 중심으로 한 폭력범죄의 재범율과 상송률이 높다는 데에 있다. 특히 여아를 성적으로 남용하고 살해한 소위 ‘나탈리사건’을 계기로 1996년 독일 전역에서 백만이 넘는 국민이 이러한 사건에 좀더 높은 형벌을 과할 것을 촉구하는 서명운동을 전개하였다.(Rhein. Zeitung vom 12.12.1996)

155) 이외에도 2003년부터 성범죄인은 형집행(석방)후 사회치료시설에 의무적으로 수용하도록 하고 있다(독일 행형법 제9조)

156) Schmidt, E., Sicherungsverwahrung in Zahlen, DJ 1938, S. 192.

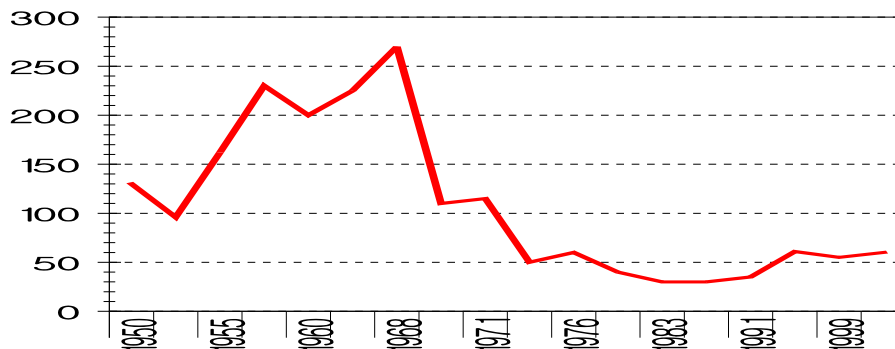
157) 독일연방법무성 Prot. V, 276; Anm. der Schriftleitung bei Exner, Wie erkennt man den gefährlichen Gewohnheitsverbrecher? DJ 1943, S. 377.

보호감호소에 수용되어 있었고 1966년 3월 31일 기준으로 총 899명, 1970년에는 718명이 보호감호소에 수용되어 있었다. 그 중 여자는 5%정도이고 연령별로 보면 1970년 3월 31일 기준 25~45세 사이가 51%, 45~65세 사이가 34.6%, 5.4%는 65세 이상이었다. 이 기간동안 평균 보호감호 기간은 3~4년 사이라고 한다<sup>158)</sup>

여기에서 주목할 점은 이 기간 동안 출판된 몇 가지 경험적 연구에 의하면 현재 우리의 보호감호 집행과 매우 유사한 점을 발견할 수 있다는 것이다. 먼저 호르스트 코테(Horstkotte)<sup>159)</sup>의 1964년 통계분석에 의하면 총905명의 보호감호 수용자 중 폭력범죄인은 9%, 폭력을 수반하지 않은 성범죄인은 15%, 재산범죄인은 76%였다고 한다.

또한 그린발트(Grünwald)<sup>160)</sup> 1958년~1961년 사이를 대상으로 보호감호수용자중 절도범은 55%, 사기범은 20%였으며, 샤텔트(Schachert)<sup>161)</sup>에 의하면 1945년~1959년 사이에 보호감호소에 수용되었다가 석방된 140명을 대상으로 조사한 결과 보호감호를 부과할 만큼 중한 범죄를 전혀 저지른 적이 없었다. 절도범들은 그저 자주 식료품, 옷가지, 기호품, 자전거, 작은 가축 등을 훔쳤고 그 가액은 100마르크를 넘는 경우가 별로 없었다. 범죄 전체를 통해서 얻은 수확도 1000마르크를 넘지 못했다.<sup>162)</sup>

<표 4-4> 1950년~2000년 독일보호감호부과현황



158) Grünwald, Sicherungsverwahrung, Arbeitshaus, vorbeugende Verwahrung und Sicherungsaufsicht im Entwurf 1962, ZStW 76 (1964), S. 641.

159) Horstkotte, 14. Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, S. 277.

160) Grünwald, Sicherungsverwahrung, Arbeitshaus, vorbeugende Verwahrung und Sicherungsaufsicht im Entwurf 1962, ZStW 76 (1964), S. 643.

161) Grünwald, 바로 위의 논문, S. 643 ff.에서 재인용.

162) 이외에도 이와 비슷한 경험적 연구결과를 발표한 사람들로 Geisler, Goedecke, Wetterich, Weihrauch, Steinhilper, Neuwirth, Hellmer 등이 있다.

#### 나. 1970년 제1차 형법개정법률 이후

일반인에게 진정으로 위험한 범죄인을 형사정책상 어쩔 수 없이 격리시키고자 하는 목적으로<sup>163)</sup> 보호감호가 형법에 도입된 후 제1차 형법개정법률까지는 전혀 그 목적과 취지에 부합하지 않게 실행되어온 데 대한 경험적, 규범적 측면에서의 비난과 반성은 보호감호의 근본적인 변화를 지속적으로 요구하였다. 이에 더해 보안처분의 근본이념인 개별예방사상도 그 빈약한 경험적 연구결과와 범죄예측의 어려움으로 인해 쇠퇴의 길로 접어들게 되었다.<sup>164)</sup>

이에 입법자는 보호감호의 적용을 최대한 줄여 진정으로 일반인에게 위험한 범죄인에게만 보호감호를 적용하려는 노력을 기울이게 되었고<sup>165)</sup> 보호감호 부과의 형식적, 실질적 요건들이 강화되었다. 이에 부응하여 보호감호의 적용건수는 <표 44>에서 볼 수 있는 바와 같이 1970년을 기점으로 현저하게 줄어들게 되었다. 예컨대 1965년 3월 31일 1413명이 보호감호처분을 받아 수용되어있었고 그 중 여자는 228명이었다. 그런데 1970년에는 급감하여 718명(그 중 여자는 22명), 1980년부터는 전체 거의 200명 수준을 유지하고 있다. 즉 매해 평균 30명~40명에게 보호감호처분을 내려 보호감호에는 이제 “잊혀진”, “빈사상태”라는 수식어가 따라다닐 정도이다. 예를 들면 1988년부터 1993년까지 평균적으로 평균 매해 32명이 - 1990년 여자 한 명을 포함하여 - 보호감호에 처해졌다.<sup>166)</sup> 독일에서 보호감호는 1990년대 중반까지만 해도 폐지는 단지 시간문제일 뿐이라고 보일 정도로 이미 끝난 모델로 여겨지고 있었다. 따라서 그 사이 보호감호는 연방과 지방의회에서 입법활동의 대상으로 더 이상 쳐다보지 않는 영역이었다.<sup>167)</sup>

표본적으로 1990년에서 1993년까지의 통계를 보면 법원은 실제로 중하고 위험한 범죄인에게만 보호감호를 과하려 노력했다는 것을 알 수 있다. 이 기간 4년 동안 총 128명이 보호감호에 처해졌는데 그 중 78%가 중한 성범죄인 이다(아동에 대한 성범죄: 6명, 강간죄: 31명, 성적 강요: 6명). 그 외에도 고의 살인죄 (14명), 중강도죄(34

163) 따라서 보호감호를 비상조치(Notmaßnahme)라고 표현하기도 한다.

164) 이에 대하여는 필자의 논문, 상습범 및 누범의 대책에 대한 문제점, 형사법연구 제16호 (2001 겨울), 175면 이하 참조; 역시 필자의 논문, 사회보호법상 보호감호에 대한 비판적 고찰, 형사법연구 제13호 (2000년 6월), 289면 이하 참조.

165) 제1차 형법개정법률 이후 보호감호의 부과건수와 대표적 경험적 연구결과들에 대한 간단한 요약으로는 Hanack, Leipziger Kommentar, 11 Aufl. 1992 § 66 Rn. 26 ff.

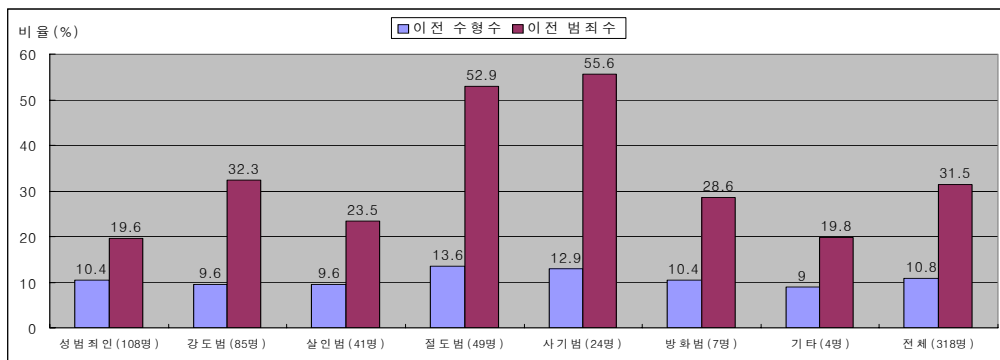
166) Göppinger, Kriminologie, 5. Aufl., 1997, S. 806 f.

167) Kinzig, Neues von der Sicherungsverwahrung, StV 2002, S. 500.

명), 중상해죄(7명), 그 외 일반인에게 위험한 범죄(2명) 등이다. 반면 사람의 신체에 대한 폭력을 수반하지 않은 범죄로는 주거침입(10명), 특수절도(2명), 사기(8명), 문서 위조(4명) 등이며 이 기간 보호감호 4년을 선고받은 유일한 여자는 사기죄를 이유로 하는 경우였다.<sup>168)</sup> 추측컨대 이러한 경우들은 제66조의 요건에서 말하는 경제적으로 중대한 손실을 끼쳤거나 수많은 전과가 있는 경우라고 생각된다.

이를 뒷받침하는 자료로써, 아래<표 4-5>는 현재 독일 보호감호의 집행추세를 파악하기 위해 1997년 비교적 최근에 킨찌히(Kinzig)가 발표한<sup>169)</sup> 경험적 연구결과이다.<sup>170)</sup>

<표 4-5> 보호감호부과자의 범죄별 평균 犯行數와 刑罰宣告數<sup>171)</sup>



<표 4-5>는 보호감호부과자의 범죄별 평균 犯行數와 刑罰宣告數를 나타내는데 무엇보다도 주목할 점은 폭력을 수반하지 않은 절도범은 보호감호부과이전에 무려 13,6회의 형벌선고와 52,9회의 범행, 그리고 사기범은 무려 12,9회의 형벌선고와 55,6회의 범행전력이 있어야 비로소 보호감호를 선고한다는 점이다. 이는 다른 범죄의 경우 약 10회의 형벌선고와 20~30회의 범행전력만으로 충분하다고 보는 데에 반해 단순 재산범죄의 경우 매우 엄격한 요건을 요구한다는 것을 알 수 있다.

마지막으로 1998년 형법개정으로 보호감호부과요건이 대폭 완화되었는데 현실적으로는 어떠한 변화를 가져왔는지 살펴볼 필요가 있다. 형법개정을 전후한 보호감호적

168) Göppinger, 각주 166), S. 807.

169) Kinzig, Die Praxis der Sicherungsverwahrung, ZStW 109 (1997), S. 122 ff.

170) 킨찌히가 연구대상으로 설정한 그룹은 1981년에서 1993년까지 바이에른, 바덴-뷔르템베르크, 노르트라인-베스트팔렌 3개 주의 보호감호처분자 318명이다.

171) Kinzig, Die Praxis der Sicherungsverwahrung, ZStW 109 (1997), S. 137.

용건수를 살펴보면 1997년 46건; 1998년 61건; 1999년 55건; 2000년 인지된 범죄건수 6,264,723건중 3,335,356건이 해결되었는데<sup>172)</sup> 보안감호 부과건수는 60건에 그쳤다. 즉, 형법개정에도 불구하고 개정전과 거의 변화가 없음을 알 수 있다.

결론적으로 말하면, 이러한 개정에도 불구하고 독일에서 법관이 보호감호를 매우 소극적으로 적용하고 있다는 것을 알 수 있다. 독일에서 보호감호는 무기형과 같이 매우 상징적인 의미만을 가지고 있다고 할 수 있다.<sup>173)</sup> 어쨌든 현재 독일에서 보호감호에 대한 입법과 논의가 활성화되고 있는 현상은 국제적으로 매우 드문 일에 속한다. 그러나 그 이유는 역시 상습범가중처벌규정도 누범가중처벌규정도 없을 뿐만 아니라 전체적으로 가벼운 형벌체계에서 기인한다.

## V. 형법상 이원주의 국가들에 대한 소결

범죄학에서의 주요관심사는 상습누범을 좀더 일찍 기회범 또는 일회적 범죄인과 구분해내어 적절한 범죄예방대책을 세우는 일이므로 우선 다각도로 상습누범의 특징 및 표지를 분석해내는 것이다<sup>174)</sup>. 그러나 상습누범의 원인과 행위양태는 매우 다양하고 역동적이며<sup>175)</sup> 설사 이러한 다양한 표지들을 통계적 방법으로 설명한다해도 특정 상습누범자가 다시 범죄를 저지를 것인지 또는 그만 둘 것인지를 설명할 수 있는 실용적 이용가능성은 현실적으로 매우 적다<sup>176)</sup>.

따라서 개별예방사상의 대표적 제도로서 보호감호는 그 속성상 개별예방사상의 태생적 취약점인 해결될 수 없는 범죄예측의 어려움, 특별하고 적절한 집행시설의 부재, 집행기간의 부정기적 속성, 범죄예방의 효율성이 미미하고 불충분하다는 점 등의 현실적인 한계를 드러내게 되고 우리가 모델로 삼았다고 할 수 있는 독일 등 여타국가에서도 제기되었던 보호감호에 대한 위와 같은 보편적인 의구심들을 극복하지 못하였다.

---

172) <http://www.bka.de/pks/pks2001/index2.html>

173) Frisch, Sicherheit durch Strafrecht?, GS. für Ellen Schlüchter, 2002, S. 681.

174) 예를 들면 Schäffer, Rückfall bei ehemaligen Strafgefangenen: Ergebnisse einer Nachuntersuchung der Tübingerjungtäter-Vergleichsuntersuchung, 1996, 83 ff., 281 ff; Göppinger, 각주 ), S. 313

175) Mergen, Die Kriminologie, 3. Aufl., 1995, S. 379 ff.

176) Bock, Kriminologie, 2. Aufl., 2000, S. 102 는 Tracy/Wolfgang/Figlio의 필라델피아의 출신집단연구의 예를 들어 설명한다.

결국 독일, 오스트리아, 스위스형법들은 본래 제도의 취지와는 달리 보호감호 시행 초기 사실상 위험한 상습누범들을 규율하지 못하였고 피보호감호자의 대부분이 단순 재산범들이었다. 이는 현재 우리의 보호감호상황과 정확히 일치한다. 따라서 일찍이 독일어권국가들에서는 위와 같은 현상은 비례성원칙에 반한다는 비판을 받게되고 이러한 정당한 비판들을 입법자와 실무가 고려하다보니 보호감호는 상징적인 존재로 남아 현실적으로는 거의 고사상태에 이르렀다고 할 수 있다. 이러한 역사적 발전과정은 현재 보호감호의 위헌성과 폐지론이 일고 있는 우리의 보호감호제도에도 시사하는 바가 크다.

또 한가지 흥미로운 사실은 독일어권국가들의 경우, 독일의 나찌정권초기를 제외하고는 보호감호가 도입되어 우리의 경우처럼 현재까지 4~5천명에서 1500여명수준으로 대규모로 집행된 적은 없었다. 우리의 경우 상습누범이라는 보호감호와 동일한 범죄인그룹을 겨냥한 상습범가중처벌규정과 누범가중처벌규정이 존재하고, 위 세가지 제도가 중첩적으로 적용되는 현실을 감안한다면 더욱더 부당하다. 이는 범죄에 대한 우리의 진압적, 예방적 사고를 잘 대변해준다. 무조건적인 진압은 범죄예방의 근본적 해결책이 될 수 없다는 것은 형법의 역사가 말해주며 범죄예방은 형사제재의 효과일 뿐 목적은 될 수 없다. 이제는 우리의 형법상 철저한 이원주의적 사고를 재검토해야 한다.

## VI. 네덜란드의 법적 상황과 발전과정 - 보안과 개선의 조화

### 1. 네덜란드 TBS시설의 법적 상황과 발전과정

#### 가. 네덜란드 TBR의 발전과정

고전학파의 영향을 받아 형성된 1881년 네덜란드형법은 귀책능력이 없는 행위자를 치료원호시설에 수용하는 단 하나의 보안처분만을 규정하고 있었다.<sup>177)</sup> 따라서 귀책능력이 감경된 자(한정책임능력자)에게는 대부분 낮은 감옥(자유)형을 부과하였고 이와 결합하여 규정된 귀책무능력자에 대한 단 하나의 보안처분으로는 사회를 효과적으로 보호할 수 없다는 사실을 사람들은 곧바로 인식하였다.<sup>178)</sup> 그 당시 네덜란드 형법학계에서 신파의 목소리가 점점 더 높아갔음에도 불구하고 “정신질환자법률

177) 오늘날 제37조의 “De plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis”.

178) Sagel-Grande, Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem der Niederlande, ZStW 103 (1991), S. 734.

(Psychopaths Acts)”을 통해 보안처분이 확대되기까지는 1911년 제1차 법률초안 이후 1928년까지 기다려야 했다.

정신질환자법률에 의해 새로이 도입된 제도가 “terbeschikkingstelling van de Regering”(이하 통상의 경우처럼 약칭 TBR이라 함)이다. TBR은 범행시 인격발달장애나 정신활동의 병적 장애가 있었으나 책임이 탈락하지 않고 행위자에게 결과가 귀속될 수 있었던 경우를 규율하였다. 이러한 범죄인그룹에 대해서는 공공질서유지의 견지에서 필요할 때 법관의 결정으로 형벌을 선고하면서 통상 제한없는 연장가능성을 두고 최소 2년 행정청에 처분을 위임하였다. 이때 집행의 순서는 정해져 있지 않았지만 통상 형벌이 먼저 집행되었다.<sup>179)</sup>

보안감호는 1929년 제43조에 도입되었다.<sup>180)</sup> 제43조에 의해 형식적으로는 이전에 최소한 각각 6개월 이상 3회, 모두 합쳐 8년의 감옥형을 선고받았던 자가 최소한 1년의 감옥형을 선고받으면 감호처분을 내렸다. 또한 동기행위가 2년의 감옥형인 경우 6년의 전과 그리고 동기행위가 3년의 감옥형인 경우 4년의 전과가 있을 것을 요건으로 하고 있었다.<sup>181)</sup> 실제적 요건으로는, 법관이 장래의 범죄를 예방하기 위해 보안감호가 필요하고 주어진 상황을 고려하여 정당화된다고 여기면 충분했다. 감옥형과 연결된 보안감호기간은 5년 이상 10년 이하로 정해져 있었다.

그러나 보안감호에 관한 규정들은 한 번도 효력을 발생한 적이 없었다. 그 이유는 한편으로는 보안감호가 작은 범죄의 상습범에게 너무 가혹하다고 생각하였고 다른 측면에서는 위험한 범죄인에 대해서는 TBR이 더 적절한 제재라고 생각했기 때문이라고 한다.<sup>182)</sup>

---

179) Sagel-Grande, Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in den Niederlanden, in: Jescheck, Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht, 1983, S. 425.

180) Art. 43 ff. “Bewaring van beroeps- en gewoontemisdadigers”

181) V. D. Landen, Straf en maatregel, Een onderzoek naar het onderscheid tussen straf en maatregel in het strafrecht. Arnhem, 1992, S. 266.

182) Sagel-Grande, 각주 179), S. 429.



<표 4-6> 1970년~1987년 TBR부과와 집행상황<sup>183)</sup>

년도	무조건적 TBR 부과건수	1년이상의 자유형과 병과	전체 TBR 집행건수
1970	131	14	985
1975	99	18	461
1980	85	20	391
1981	79	14	406
1982	97	19	409
1983	97	22	429
1984	90	22	440
1985	105	28	452
1986	105	28	467
1987	74	22	482

TBR은 시행초기 상당히 높은 적용율을 보이다가 1933년 법률에 의해 예컨대 재산 범의 경우 3회 이상의 누범에게 적용되는 등 제한적으로 적용되었다. 위 법률이 폐지된 후 1947년부터 TBR수용자는 급격히 증가하였고 적절한 수용시설부족으로 수용자들은 조기에 석방되었다. 동시에 누범자가 증가하면서 위 처분의 효과를 믿지 못하게 되어 법원은 점점 장기의 자유형선고에 의존하는 경향을 보이게 되었다.<sup>184)</sup> 그리하여 1960년부터는 TBR부과자 수가 100명에서 150명 사이로 줄었고 1978년에는 최저 68명이었다. 1980년에는 전체수용자가 400명 이하로 줄어들었다. 이때부터 위 <표 4-6>에서 볼 수 있는 바와 같이 수용자 수는 늘기 시작했다

에머릭은 1970년대 말에서 1980년대초 사이 TBR수용자들을 연구한 두 권의 연구를 발표하였다. 그의 첫 번째 저서는 1974년 7월 1일에서 1979년 6월 30일 사이 589명의 수용자를 대상으로 하였다.<sup>185)</sup> 또한 두 번째 저서에서는 1979년 1월 1일부터 1983년 12월 31일 사이에 TBR집행에서 석방된 436명을 연구하였다.<sup>186)</sup>

183) v. Emmerik, De maatregel tbs. Een overzicht in cijfers, justitiële verkenningen 19 (1993) Nr. 3, S. 11.에서 인용.

184) Sagel-Grande, 각주 178), S. 736.

185) v. Emmerik, Recidivism among psychiatric offenders, Hague, 1985, S. 2.

186) v. Emmerik, Tbs en recidive. Een vervolgstudie naar de recidive van ter beschikking gestelden van wie de maatregel is beëndigt in de periode 1979-1983, Arnhem, 1989, S.

그에 의하면 TBR수용자 대다수는 폭력 또는 성범죄인 이었다. 첫 번째 조사에서는 83%가 1989년 발표된 두 번째 조사에서는 73%가 폭력 또는 성범죄인 이었다.<sup>187)</sup> 그 후 통계에 의하면 TBR수용자의 1983년 99%, 1985년 95%, 1987년 93%가 폭력 또는 성범죄인 이었다.<sup>188)</sup> 다시 말해 네덜란드에도 폭력을 수반한 범죄를 동기로 하지 않는 경우에도 보안처분을 받은 경우가 있었지만 그 수는 매우 적었다는 것을 알 수 있다. 또한 TBR수용자중 대략 1/5정도는 초범이었고 40%~50%정도는 최소한 5회의 전과가 있었다.<sup>189)</sup> 놀라운 사실은 80%는 보안처분과 함께 선고된 자유형이 1년을 넘지 않았다는 것이다.<sup>190)</sup> TBR부과시 평균연령은 26세에 불과했다.<sup>191)</sup>

1974년에서 1979년 사이 처분이전에 집행된 형벌을 제외하고 시설내 집행기간은 평균 40개월로 알려져 있다.<sup>192)</sup> 또한 1979년에서 1983년 사이 석방자들을 대상으로 조사한 바에 의하면, 형벌집행기간을 포함하여 시설내 집행기간은 평균 62개월이었다. 눈길을 끄는 것은 성범죄인의 집행기간은 96개월이었다는 점이다.<sup>193)</sup> 최소한 2년 6월 이상의 비교적 장기수형자의 경우에는 TBR시설내 집행기간이 자유형의 두 배에 달했다.<sup>194)</sup>

## 나. 네덜란드 TBS시설 위탁처분의 개관

### 1) 형벌과의 관계

네덜란드는 1988년 보안처분법을 개정하였다. 이 때 이원주의(二元主義)를 유지할 것인지 여부는 논의되지 않았었으며<sup>195)</sup> 독일어권국가와 같은 보안감호제도의 도입도 고려하지 않았다. 그 대신 네덜란드는 위험한 상습누범으로부터 사회를 보호하기 위

1.

187) v. Emmerik, 각주 185), S. 2 f.; v. Emmerik, 각주 186), S. 2.

188) Sagel-Grande, 각주 178), S. 737.

189) v. Emmerik, 각주 185), S. 3.에 의하면 초범은 16%, 최소한 5회전과 이상자는 대략 50% 정도라고 한다; v. Emmerik, 각주 ), S. 3.에는 초범 22%, 5회전과 이상자는 40%라고 한다.

190) v. Emmerik, 각주 186), S. 2 f.

191) v. Emmerik, 각주 186), S. 3; Barth, "Bist du gefährlich?", Der Spiegel, Heft 42 (1995), S. 137.

192) v. Emmerik, 각주 185), S. 3 f.

193) v. Emmerik, 각주 186), S. 3.

194) v. Emmerik, 각주 185), S. 7.

해 여전히 두 종류의 상이한 법제도를 취하고 있다.

네덜란드형법은 보안감호의 기능중 일부분을 양형시 가중처벌의 가능성을 뒀으로써 충족시키고 있다. 네덜란드형법은 책임원칙에 근거하고 있긴 하지만 여기서 책임은 독일형법처럼 형벌의 상한선에 대해 제한기능을 가지고 있지 않다.<sup>196)</sup> 따라서 판사는 양형의 영역내에서 행위자의 위험성을 고려할 수 있다. 예컨대 네덜란드형법학에서 자주 언급되고 논란이 되는 “흑기사(Schwarzer Reiter)” 판례에서 네덜란드최고법원은 책임의 양을 초과해서 처벌하는 것을 금지하는 원칙이 네덜란드법에는 존재하지 않는다고 천명하였다. 이에 따라 네덜란드최고법원은 장기의 자유형은 보안처분집행보다 사회를 좀더 효과적으로 보호할 수 있다는 논거로 귀책능력이 감정된 범죄인에 대해 15년의 자유형과 함께 보안처분을 선고하였다. 따라서 네덜란드에는 형벌과 보안처분의 구분이 희미하며 하프만은 이러한 상황을 “눈에는 두 개의 눈, 이에는 두 개의 이(Auge um zwei Augen, Zahn um zwei Zähne)”라고 빗대어 말하기도 하였다.<sup>197)</sup> 통계적으로 전체 자유형 수형자 중 3년 이상의 비교적 장기의 수형자는 1986년 2.0%에서 1994년 3.2%로 증가하였다.

추정되는 위험성을 이유로 한 장기화된 자유형과 이에 더해 보안처분부과가능성이 중첩하여 경합하는 체계에 대한 학설상의 비판들이 당연히 제기된다. 먼저 범죄와 형벌 사이 균형성의 원칙에 위배된다는 비판이 제기된다.<sup>198)</sup> 또한 형벌을 임의적으로 연장함으로써 형벌과 보안처분을 구분하는 원칙이 실용적인 사고에 의해 희생된다는 비난을 받는다.<sup>199)</sup> 법원이 특별예방적 기능을 포함한 형벌을 선고하는 진정한 이유는, 사법기관이 보기에 TBR/TBS시설에의 집행으로는 사회를 보호하기에 충분치 못하다고 생각하기 때문이다. 그들의 눈에는 치료불가능한 범죄인들의 경우에 오직 장기의 자유형만을 통해 사회를 보호할 수 있다고 비취지는 것이다.<sup>200)</sup> 양형시 고려하는 위험성의 의미에도 불구하고 네덜란드형법전은 양형을 구성하는 일반적인 누범규정을 가지고 있지 않다. 누범규정은 그저 특정한 범죄들 또는 범죄인그룹을 규정하고 있을 뿐이다. 이를 통해 네덜란드 법관들은 형사제재의 선택과 양형에 있어서 매우 큰 자유를 누리고 있는데 이는 동시에 법의 불명확성과 불평등성의 위험을 동시에 내포하

195) Krul-Steketee, TBR: verleden, heden en toekomst, NJB 1988, S. 1377.

196) Sagel-Grande, 각주 178), S. 738.

197) Sagel-Grande, 각주 178), S. 738.

198) Haffmans, De berechting van de psychisch gestoorde delinquent, 1989, S. 102.

199) V. D. Landen, 각주 181), S. 492.

200) Haffmans, 각주 198), S. 101.

고 있는 것이다.<sup>201)</sup>

## 2) TBS시설 위탁처분의 법률규정과 집행

기존의 TBR제도는 1988년 보안감호기능의 일부분을 담당하는 새로운 형태의 TBS (terbeschikkingstelling)로 대체되었다.<sup>202)</sup> TBS제도는 두 가지 형태로 존재하는데 국가원호에 의한 위탁(제37조a 이하)과 국가원호 외에 위탁(제38조 이하)이다. 법률개정의 목적은 동기행위의 요건을 강화하여 보안처분의 적용범위를 줄이는 데에 있으며 보안처분의 기간을 줄이고 전체적으로 정교화하는 데에 있다.<sup>203)</sup> 나아가 피처분자의 권리를 확대하였다.

국가원호로 인한 위탁(제37조a 이하)은 피의자가 범행시 인격발달장애나 정신활동의 병적 장애가 있고, 행한 범행이 법률상 최소한 4년의 자유형을 규정하고 있거나 법률에 열거된 범죄를 저질렀을 때, 그리고 타인의 안전이나 사람 또는 재산에 대한 일반적인 보안의 필요성이 있을 때 보안처분의 부과를 요구할 것을 요건으로 하고 있다. 이로써 네덜란드 입법자는 더 이상 모든 범죄에 자유박탈적 보안처분의 적용이 허락되지 않는다는 입장을 취하였다.

네덜란드형법은 형식적 측면에서 범죄인의 전과를 요건으로 하지 않는다. 따라서 초범에게도 제37조a에 의한 보안처분을 선고할 수 있다.<sup>204)</sup> 만약 행위자가 전과가 있다면 물론 법관은 제37조a 제3호에 의해 위탁처분을 내릴 때 이전에 행한 범죄의 횟수(Vielfältigkeit)를 고려해야 한다. 위탁처분은 심리장애범죄인에 해당하는 것이므로 제37조a는 범행시 행위자의 정신능력이 발달장애상태였거나 병적 장애가 있었을 것을 요구한다. 이 때 정신병이 이미 행한 범죄에 대해 인과적일 필요는 없다. 통상 귀속능력이 감경된 경우라고 할 수 있다.<sup>205)</sup>

더 나아가 제37조a 제1항 제3호는 국가원호로 인한 위탁은 타인의 안전 또는 사람이나 재산의 일반적 안전을 보안처분 부과시 요건으로 규정하고 있다. 이에 반해 범죄에 대한 특정한 성향은 필요치 않다. “사람이나 재산의 일반적 안전”이라는 표현은 구법 “공공질서의 중요성”이라는 표현을 대체한 것이다. 이 개정의 배경은, 공공질서

201) Sagel-Grande, 각주 179), S. 414.

202) 이외에도 제37조는 책임무능력 범죄인만을 대상으로 하는 치료와 원호시설에의 수용을 규정하고 있다.

203) Sagel-Grande, 각주 178), S. 732.

204) Sagel-Grande, 각주 178), S. 743.

205) Sagel-Grande, 각주 178), S. 742.

를 위협할 수 있는 많은 범죄가 존재하나 그럼에도 불구하고 정신장애인이 그 범죄를 저지를 때 그 주변에 전혀 위험하지 않는 많은 범죄가 존재한다는 데에 있다. 역시 여기에는 TBS부과를 제한하는 데에 기여하려는 입법자의 노력이 반영되어 있다. 이러한 기대에 맞추어 행위자의 위험성 판단시 동기행위의 중대성과 함께 범죄인의 전과기록에 중점을 두고 있다.

이와 더불어 제37조a는 보안처분부과시에 행위자의 인격을 고려하도록 의무화하고 있다. 제37조b 제2호는 심리학자를 포함하여 서로 다른 전문분야의 최소한 두명의 행태학자(behavioural experts, gedragsdeskundige)들이 행위자를 조사한 후에 국가원호로 인한 위탁을 부과할 수 있다고 규정하고 있다. 이 감정서는 법관의 판결을 구속하지는 않는다. 행태학자들은 행위자의 정신상태와 위험성에 대한 평가를 제출한다.<sup>206)</sup> 놀랍게도 네덜란드 형법학에서 범죄예측문제는 그리 중요하게 다루어지지 않는다고 한다.<sup>207)</sup>

1988년 형법개정에서 입법자는 형벌과 TBS의 관계를 새로이 규율하였다. 법관은 제37조a 제2호에 따라 TBS를 부과함과 더불어 형벌을 면제할 수 있다. 여기서 네덜란드법관은 책임원칙에 구속되지 않는다는 것을 보여주기도 한다.<sup>208)</sup> 그러나 학설에서는, 형벌은 우선적인 법적 제재이며 심리적으로 건강한 범죄인과 장애가 있는 범죄인을 구분하는 것이 어렵다는 이유를 논거로 형벌과 보안처분의 중복집행을 인정한다. 실무는 TBS와 더불어 선고되는 자유형 중 소수의 사례만이 1년이상의 자유형에 해당한다며 형벌과 보안처분의 중복집행의 부담을 완화하고 있다. 형사소송법 제561조에 의해 TBS는 통상 자유형집행 후에 집행된다.<sup>209)</sup>

네덜란드 보안처분법의 오래된 특징은 보안처분부과를 특정한 기간으로 제한하고 있는 점이다. 이는 피처분자의 자유권을 강조한 측면뿐만 아니라 상대적으로 짧은 수용기간을 유지하는 데에도 기여하였다. 따라서 보안처분의 연장에 대한 심리적 부담이 보안처분이 무기한이며 종료가 법원의 별도의 결정을 요구하는 다른 나라보다 크다. 이러한 특징에도 불구하고 입법자의 주관심사는 무엇보다도 작은 범죄들의 경우에 TBS집행기간을 더욱 제한하려는 데에 있었다. 그러나 이와 더불어 피처분자 입장에서는 실제 자신의 집행기간 그리고 보통 선고된 자유형 대신 내려지는 TBS기간이 현저하게 높아질 수 있다는 가능성이 있어 매우 불확실하다는 점을 불편하게 생각하

---

206) Sagel-Grande, 각주 178), S. 744; Barth, 각주 191), S. 137.

207) Sagel-Grande, 각주 178), S. 744.

208) Haffmans, 각주 198), S. 99.

209) Sagel-Grande, 각주 178), S. 743.

고 있다.

따라서 입법자는 제38조d 제1호의 국가원호로 인한 무조건적 위탁의 경우 보안처분기간을 근본적으로 제한하였다. TBS처분은 이전처럼 우선 2년간 부과된다. 제38조d 제2호에 의해 검사의 신청으로 법원에 의해 1년 또는 2년, 최대 4년까지 연장이 가능하다. 그 외의 연장은 오직 제38조e에 요건들이 규정되어 있다. 즉, 위탁이 첫째, 1인 또는 수인의 신체의 완전성을 침해하거나 위협을 야기한 중범죄나 경범죄에 의해 부과되었으며 둘째, 타인의 안전 또는 일반인의 안전을 위해 연장을 필요로 할 때이다. 입법자는 보안처분은 행위자의 위험성을 제거할 때까지 집행되어야한다는 일반적 한계의 모순을 법치국가적 원리를 근거삼아 결론을 도출하였다.<sup>210)</sup> 위탁에 있어서 절대적 부정기는 포기된 것이다.

위탁의 연장절차는 형사소송법 제509조의o 이하에서 규정하고 있으며 피처분자에게 강한 법적 지위를 부여하고 있다. 피처분자는 聽聞權, 변호인선임권, 증인과 감정인 소환권, 기록열람권에 대한 근본적인 권리, 항고권 등을 행사할 수 있다. 또한 처분의 연장 때마다 새로운 정신과의사의 감정서를 작성해야 한다.

검찰은 매 6년마다 외부감정인에게 감정서를 의뢰해야한다.<sup>211)</sup> 흥미로운 것은 법원의 결정 중 감정인의 조언에 반하여 석방을 명하는 결정이 꾸준히 늘어나는 것으로 파악된다. 1974년에서 1979년 사이 이러한 결정의 비율은 14%에서 37%까지 증가하였으며<sup>212)</sup> 1983년까지는 50%<sup>213)</sup>, 그 후 수년동안 무려 70%까지 증가하였다.<sup>214)</sup> 이러한 현상으로부터 추측할 수 있는 것은, 실무에서 보안처분집행이 점점 자유형이 변형된 것처럼 되어가고 있다고 볼 수도 있겠다. 왜냐하면 보안처분집행기간은 치료에 대한 고려나 감정서에 의한 위험성예측보다는 자유형이 부과되었을 가상의 기간에 방향이 설정되어있다고 할 수 있기 때문이다. 이를 이유로 사회보호가 제대로 이루어지지 않았는지는 불투명하다. 또한 감정인들이 행위자의 위험성을 많은 경우에 과대평가하여 아마도 기간의 절대적 상한선을 도입해야 했다는 추측도 가능하다.

네덜란드형법에는 비례성의 원칙을 명시적으로 규정하지 않았다. 이는 보안처분의 기간에 대한 위의 규정이 바로 비례성원칙의 표현에 해당하기 때문이며 제37조a 제3호의 행위의 중대성과 행위자의 전과에 의존하여 행위자의 인격에 대한 감정인의 감

---

210) Sagel-Grande, 각주 178), S. 750.

211) Sagel-Grande, 각주 178), S. 753 ff.

212) v. Emmerik, 각주 185), S. 4.

213) v. Emmerik, 각주 186), S. 13.

214) Sagel-Grande, 각주 178), S. 755.

정서를 고려한 위탁은 비례성원칙의 산물로 간주되고 있다.<sup>215)</sup>

보안처분이 부과될 환자는 치료시설에 수용되기 전에 먼저 우트레히트에 있는 F. S. Meijers 연구소에서 1952년부터 실시해 온 상세한 의료검사를 받는다. 이때 보안처분을 받는 자의 필요에 따라 어떠한 시설이 가장 적합한지를 확정한다. 여기서 기준이 되는 요소들은 인격장애, 이미 행해진 범행의 종류, 행위자의 도주의 위험성과 일반인에 대한 위험성, 필요한 치료 등인데 마지막 기준이 고려사항의 대부분을 차지할 만큼 중요하다.<sup>216)</sup> 네덜란드의 보안처분집행에 있어서 사설시설과 국가시설 중에 제 37조d 제2호에 따라 사설시설이 우선한다.

치료에 있어서 기준이 되는 것은 피보안처분자에게 점차적으로 자유를 허용할 수 있을 것인가이다. 법률에 규정된 휴가와 조건부석방은 사회로 복귀하는 단계들이다. 치료방법들로써 들 수 있는 것은 다양한 형태의 심리치료, 약물치료 그리고 물리치료 등 좁은 의미에서의 정신과치료들과 사회치료학적으로 구성된 생활환경시설 안에서의 사회치료 그리고 비언어치료, 창의력과 표현력치료, 운동치료 등의 방법이 동원된다.<sup>217)</sup> 환자들은 주거공동체내에서 일상적으로 생활하지만 예외적으로 보안과 치료의 사유로 대개는 기간이 한정되어 개인적인 치료를 필요로 하는 경우가 있다.<sup>218)</sup> 유의할 점은 법률에 규정된 휴가는 (제38조의g) 조건부석방과 규칙적으로 연결되어 있다는 점이다.

1987년 1월 29일 의결된 보안처분의 적용에 관한 사항 개정내용들은 1988년 9월 1일 발효되었으며 집행에 있어서 보안처분이 적용된 사람들을 잠정적으로 규율한다. 여기서는 거주 주의사항범위 내에서 최소한 일주일에 1회 한 시간의 방문을 받아들이는(제3조) (제한할 수 있는) 권리와 매일 최소한 네시간 자신의 방밖에서 다른 수용자들과 교제할 권리(제4조) 그리고 항고절차(제20조 이하)를 규정하고 있다. 이를 통해 네덜란드에서 보안처분법의 집행에 대한 자세한 새로운 규정이 마련될 때까지의 공백을 메우려고 시도하고 있다. 이미 계획되어있는 “원호로 인한 위탁집행” 기본법은 계속 의결되지 못하였고 이에 따라 위 잠정적 규정이 수차례 연장되었다.<sup>219)</sup> 그 후 1997년 10월 1일 발효된 위탁처분기본법은 (Entrustment Order Principles Act) 위

215) Sagel-Grande, 각주 178), S. 742.

216) 절차에 관해서는 Barth, 각주 191), S. 137.

217) 자세한 내용에 대해서는 Barth, 각주 191) 참고.

218) Sagel-Grande, 각주 178), S. 745.

219) Sagel-Grande, Neue Entwicklungen im niederländischen Maßregelrecht, ZStW 106 (1994), S. 869 f.

에서 언급한 사항들과 그 외 시설 내 생활에 관한 자세한 사항들을 규율하고 있다.<sup>220)</sup>

위탁의 집행에 대한 이 밖의 개별적인 문제들은 집행적용규칙에 규정되어 있다.<sup>221)</sup> 예를 들어 휴가의 허가에 관한 결정준비에 관한 사항, 보호관찰을 위한 휴가의 동행 그리고 허가받지 않은 시설부재(이탈)의 효과, 결정된 연장의 이행절차 또는 보안처분의 종료, 사적 원호시설이 인원을 수용할 수 있기 위해 주의해야할 규정들, 적응을 충족시키기 위한 보호관찰의 임무규정들 등의 내용을 담고 있다.

<표 4-7> 1988년~1992년 TBS부과와 집행상황<sup>222)</sup>

년도	무조건적 TBS 부과건수	TBS 종료건수	전체 TBS 집행건수
1988	90	77	492
1989	94	95	493
1990	95	63	522
1991	117	91	547
1992	98	64	597

법률적인 여러 제한들에도 불구하고 연도별 TBS시설 부과건수는 이전의 TBR과 비교하여 감소하지 않았다. 오히려 전체적으로 TBS시설의 수용자는 증가하였다. 특히 1993년과 1994년에는 TBS시설 수용은 약 200여건 정도로 대폭 증가하였다고 알려졌다. 결국 새로운 법률을 통해 이러한 보안처분을 줄여보고자 하는 기대는 빛나갔다.

TBS시설 수용자 중 폭력성의 동기행위로 인해 수용된 범죄인의 비율은 그사이 90%를 상회하는 수준으로 증가하였다.<sup>223)</sup> 단순재산범죄에 대해서는 일반적으로 더 이상 TBS가 부과되지 않는다. TBS시설 수용자의 평균연령은 1990년 32세로 젊은 편이었다.<sup>224)</sup> TBS시설 수용자 중 정신병자의 비율은 1978년 3%에서 1990년 27% 증가한 반면 인격장애로 인한 범죄인의 비율은 같은 기간동안 75%에서 60%로 감소하였

220) Act of 25 June 1997, Stb. 280 (Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden)

221) "Reglement tenuitvoerlegging terbeschikkingstelling" vom 6.6.1988.

222) v. Emmerik, De maatregel tbs. Een overzicht in cijfers, justitiele verkenningen 19 (1993) Nr. 3, S. 11.에서 인용.

223) v. Emmerik, 각주 222), S. 15 f.; Barth, 각주 191), S. 137 역시 90%를 상회한다고 한다.

224) v. Emmerik, 각주 222), S. 18.



다.<sup>225)</sup> 수용자 중 25%는 외국인 출신이며 그중 반절은 수리남이나 서인도제도출신이었다.<sup>226)</sup>

#### 다. 네덜란드 TBS에 대한 중간평가와 소결

법무부의 견해에 의하면 학설상의 부정적인 견해<sup>227)</sup>들과 반대로 원호로 인한 TBS는 전반적으로 고수되어야 한다고 한다.<sup>228)</sup> 범죄예방을 강화하려는 정책은 폭력성범죄인의 비율을 높이는 방식으로 TBS시설 수용자의 비율을 구성하려고 하였다. 역시 구금완화의 기회에 대한 요건들도 강화되었다.<sup>229)</sup> 또한 보안처분으로서 정신병원으로의 이송(가능성)을 수월하게 할 수 있도록 규정하고 있다.<sup>230)</sup> 그리고 (종종 넓게 처분을 원하는) 감정서의 질이 좀더 향상되고 좀더 엄격하게 수용을 인정해야 한다고 한다.<sup>231)</sup> 학설에 의하면 자유형과 보안처분의 집행순서의 문제는 새로이 구성되어야 한다고 한다.<sup>232)</sup> 포켄스 위원회(called the Fokkens Committee)는 보안처분법이 개정이나 보완이 필요한지 여부를 연구하였는데, 자유형 이전에 보안처분을 집행하고 법관의 허가 하에 일찍 휴가를 실시할 것을 추천하였다.<sup>233)</sup>

네덜란드의 국가원호에 의한 위탁(TBS)은 보안감호를 대체하는 제도이다. 감호가 필요할 때 즉, 위험한 누범자에 대한 범죄예방의 필요성이 양형을 통해 만족될 수 있을까지의 문제는 여전히 알 수 없다.<sup>234)</sup> 여기에는 오직 치료필요성이라는 문제만 남는다.

주목할만한 점은 네덜란드는 위탁(TBS)을 폭력성범죄인과 대개 비교적 젊은 범죄인에게 제한하려는 목적을 이미 달성한 것처럼 보인다. 여기에는 동기행위의 범죄목록

---

225) v. Emmerik, 각주 222), S. 14.

226) v. Emmerik, 각주 222), S. 17.

227) V. D. Landen, 각주 181), 452 ff.

228) Sagel-Grande, 각주 219), S. 871.

229) v. Emmerik, 각주 185), S. 4; v. Emmerik, 각주 186), S. 4.

230) Sagel-Grande, 각주 219), S. 872 ff.

231) Sagel-Grande, 각주 219), S. 874.

232) Sagel-Grande, 각주 219), S. 875.

233) Sagel-Grande, 각주 219), S. 876.

234) 현실적으로 네덜란드에서 형벌과 보안처분의 구분이 점점 희미해져간다는 견해로는 Tak, Essays on Dutch Criminal Policy, 2002, p. 176.

이 이전 형벌경력을 폭넓게 포기하고 있다는 사실이 확실히 도움이 된다. 범죄성향을 요구하고 있지 않은 것도 보안처분법을 합리적으로 근거지우는 데에 기여하고 있는 것 같다. 역시 보안처분의 연장을 새로운 감정서뿐만 아니라 명시적으로 새로이 부과하는 것이라고 선언하여 보안처분의 기간을 엄격하게 제한하고 있는 점도 박수를 받을 만하다.

법률규정상 광범위한 감정평가서의 도움에도 불구하고 원호에 의한 위탁에 있어 신뢰할만한 정신의학적 진단에는 문제가 있을 수 있다. 특히 범죄인의 광범위한 그룹을 문제점이 있는 정신병개념에 통합할 수 있는지가 문제된다.

다른 측면에서는 범죄인의 정신상태에 해당하는 요건들을 통해 네덜란드에서는 피보안처분자에게 형벌과 유사한 단순한 감호(격리)가 아니라 특별한 치료를 제공하고 있다. 또한 법률상 이미 확보된 절차법상, 집행법상 피보안처분자의 지위를 강화하고 확장하여 '보안감호는 간판사기라는 비난에 대처하려는 네덜란드입법자의 노력이 눈길을 끈다.

## 2. 네덜란드 TBS시설 위탁처분의 현재상황

### 가. 장기수용자의 문제

최근 들어 TBS위탁처분시설은 장기수용자문제로 커다란 압력에 시달리고 있다. 법원은 치료와 연결된 위탁처분을 점점 더 많이 부과하고 있으나 정신질환을 앓고 있는 범죄인이 석방되는 숫자는 감소하고 있다. 이러한 경향의 주원인은 폭력성범죄나 성범죄와 같은 심각한 범죄가 증가하고 있으며 그 중 특히 알코올중독이나 마약중독의 정신장애 범죄인들이 증가하고 있다는 데에 있다. 이러한 요인은 치료의 기간을 평균적으로 증가시켰다. 정신병을 앓고 있는 많은 범죄인들은 6년간 치료를 받은 후에도 사회로 안전하게 돌아갈 준비가 되지 않으며 법원은 계속적으로 치료를 포함한 위탁처분을 확장하고 있다. 최근 조사에 의하면 현재 위탁처분시설에 있는 정신병을 앓고 있는 범죄인의 5-7%는 1980년대 초기부터 지금까지 시설에 머무르고 있으며, 15%는 10년에서 12년 동안 시설에 머물러 있었다. 1987년 이후 6년간의 치료에도 불구하고 정신병을 앓고 있는 범죄인중 45%이하만이 석방되었다.<sup>235)</sup>

1994년 위탁처분시설에 8년 이상 머물고 있는 위탁처분 피수용자수를 조사하였는데 당시 장기수용자는 48명이었다. 1997년 이 숫자는 11명으로 증가하였으며<sup>236)</sup> 지금

235) Parliamentary Papers, Session 1999-2000, nos. 24587 and 26562, subno. 44, p. 2.

236) Specific regime for chronic TBS patients, NJB 1998, pp. 1018-1019.

도 증가하고 있다. 장기간의 치료에도 불구하고 정신장애범죄인은 여전히 사회에 큰 위협으로 남아있다.

이러한 계속적인 위험한 범죄인들을 위해 최근 20명을 수용할 수 있는 장기수용시설을 설립하였다. 이러한 범죄인그룹은 무엇보다도 정신적으로 지능이 떨어지는 성범죄인들이다. 정신분열증을 앓고 있는 경우와 조만간에 장기수용시설을 필요로 하는 계속적이고 잠재적인 누범그룹이 있는데, 이들에게는 좀더 장기수용의 필요성이 있다. 전체 위탁처분시설수용자 중 25%는 장기수용이 적합하다고 평가된다.<sup>237)</sup>

정신장애범죄인이 장기적으로 수용되어야 하는지를 평가하기 위해서 4개의 기준이 구성되어있다.

- \* 범죄인은 최소한 6년동안 폐쇄된 시설에서 정신치료를 받았어야하고;
- \* 적어도 두개의 위탁처분시설에서 정신장애범죄인을 치료하려는 노력을 기울였어야 하며;
- \* 정신치료가 정신장애범죄인의 위험성이나 정신장애를 실질적으로 감소시키지 못했어야 하며;
- \* 정신장애범죄인이 통상적인 정신병원이나 공공정신보건의 일부분의 형태로서 통상적인 정신치료시설로 이송되는 데에 적합하지 않아야 한다.

장기수용시설은 정신치료를 우선시하지 않는다. 정신장애범죄인을 치료를 통해 바꾸려고 노력하는 대신에 정신장애범죄인을 보안시설이 된 장기수용시설에 받아들인 다든지, 범죄인이 아직도 가지고 있는 제한적이거나 긍정적인 능력들을 복돋우는 좀 더 제한적인 목표가 추구된다. 장기수용시설의 일상체제는 정신장애범죄인이 악화되는 것을 방지하고 가능한 한 그들에게 의미있는 생활을 할 수 있도록 부양하는 것들을 목표로 한다. 장기수용시설에 적합한 정신장애 범죄인에 대한 예측은 대체로 나쁘다. 12년이상 치료를 받았던 사람은 만성적인 정신장애범죄인이 되는 것 같다고 한다. 장기수용시설에 머무는데 드는 비용은 1일 225유로이며 통상적인 위탁치료시설은 1일 340유로이다.<sup>238)</sup>

## 나. 수용능력의 문제

위탁처분명령의 2/3는 감옥형벌의 선고에 부가하여 부과된다. 위탁처분명령이 감옥

---

237) Tak, 각주 234), p. 189.

238) Tak, 각주 234), p. 190.

형과 결합하여 부과되지 않을 때에는 곧바로 위탁처분명령이 수행된다. 그러나 위탁 처분시설의 수용능력이 부족하기 때문에 심각한 문제를 야기한다. 그 결과로 정신장애범죄인은 치료가 시작되기 전에 再留置施設에서 기다려야한다.

위탁처분기본법 제12절은 위탁처분명령이 내려진 후 6개월 이내에 위탁처분시설에서 명령이 개시해야한다고 정하고 있다. 이러한 조치가 불가능하다면 법무부장관은 6개월의 기간에 3개월 연장할 수 있다.

청소년보호와 형법이행심의회<sup>239)</sup>는 시설 내에 자리가 생길 때까지 총 12개월의 기간은 허용된다고 정하였다. 위 심의회는 정신장애범죄인이 위탁처분시설에서 치료가 시작될 수 있기 전에 12개월 이상 再留置施設에서 머물러야하는 경우에 정신장애범죄인은 1개월에 565유로, 이에 더해 3개월마다 113유로의 재정적 보상을 받게 된다고 정하였다.

<표 4-8> 1990년~1999년 TBS위탁처분 집행상황과 현황<sup>240)</sup>

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
부과건수	95	117	117	134	199	180	196	156	141	120
처분종료	63	91	64	49	59	84	64	64	73	86
재유치시설대기	18	32	42	71	109	158	170	167	171	148
현 수용자	527	546	591	674	769	848	949	1094		
수용능력	405	506	541	570	607	630	728	866	970	1175
부족	122	40	50	104	162	218	221	228		
치료의 조건부 종료	27	41	42	63	72	79	95	101	80	76
탈출자					20	7	7	6	6	2

1999년과 2000년 법무부는 再留置施設에 수용되어 위탁처분시설의 자리를 기다리고 있는 동안의 실질적인 금전을 정신장애범죄인에게 지불하였다.<sup>241)</sup>

수용능력부족의 주원인은 위탁처분이 종료되거나 위탁처분시설에서 공공정신보건의 통상적인 정신치료시설로 이송되는 수보다 위탁처분이 부과되는 수가 훨씬 많기

239) 정식명칭은 Raad Voor de Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming.

240) Source: Ministry of Justice, Prison Department.

241) Parliamentary Papers, Session 1999-2000, nos. 26562, subno. 44.

때문이다. 따라서 input, throughput 과/또는 output 사이의 심한 불균형이 존재하는 것이다.<sup>242)</sup>

#### 다. TBS시설 피처분자의 특징분석

최근 위탁처분시설의 피처분자들은 역사적으로 볼 때 상당히 변화하였다. 60년대에는 정신장애범죄인의 반절이상인 재산범죄로, 1/3정도가 성범죄 그리고 1/10정도가 폭력성범죄로 위탁치료시설에 보내어졌다.

70년대 이후에는 주로 심각한 폭력범죄를 저지른 정신장애범죄인에게 위탁처분이 부과되었었다.

1990년 이후에는 위탁처분시설의 피처분자들에 대한 상세한 정보를 이용할 수 있게 되었다. 지난 10년간 피처분자들의 중요한 특징들을 살펴보면:

<표 4-9> 위탁처분 피수용자의 특징들<sup>243)</sup>

구 분	1990. 6. 30	1995. 1. 1	1999. 1. 1
- 성별			
남성	97%	95%	95%
여성	3%	5%	5%
- 평균연령			
조회한 날	31	36	34
처분부과시	26	27	29
- 문화적 배경			
네덜란드인	76%	72%	68%
터키인/모로코인	4%	5%	7%
서인도제도/수리남출신 네덜란드인	12%	15%	15%
- 예상되는 필요한 치료			
8년 이상의 장기수용	5%	5%	8%
정신보건시설	12%	11%	8%
감독하에서의 생활	22%	23%	22%
자립	38%	28%	42%
기타	23%	32%	20%
- 가족관계			
독신		76%	75%
결혼		8%	8%

242) Tak, 각주 234), pp. 196.

243) Source: Criminaliteit en rechtshandhaving 2000, op.cit., pp. 308-309.

이혼		14%	16%
과부		2%	1%
- 교육수준			
무학	17%	4%	5%
초등학교	72%	83%	83%
고등학교	11%	13%	13%
- 직업수준			
실업		68%	48%
비숙련공		19%	32%
- 수입원			
노동		28%	27%
사회보장		58%	54%
무수입		6%	9%
기타		7%	10%
- 중독여부			
아니다	39%	30%	36%
그렇다	61%	70%	64%
- 이전의 자유형선고			
없다	21%	33%	30%
있다	79%	67%	70%
- 이전의 위탁치료처분			
없다	92%	91%	92%
있다	8%	9%	8%
- 저지른 범죄의 특징들			
공격적 요소	96%	100%	100%
성적인 요소	34%	28%	28%
재산적 요소	27%	26%	30%
방화(죄)	9%	12%	10%
- 진단데이터			
인격장애	60%	75%	80%
정신장애	24%	23%	25%
중독성 장애		23%	25%

- \* 남성이 압도적 다수이다.(여성 5%);
- \* 거의 대부분이 이혼상태이거나 독신이다(90%);
- \* 위탁처분시설 피처분자들의 교육수준은 낮으며 지능도 낮다;
- \* 대략 피처분자의 반절정도는 범죄를 저지를 당시 실업상태였으며 1/4정도는 비숙련공으로 일하였다;
- \* 시설피처분자의 2/3는 마약, 알코올 또는 도박에 중독되어 있었으며;

\* 2/5는 그의 유년시절 일부분을 하나 또는 그 이상의 소년시설의 보살핌과 원조 하에 보냈다.

토착인(순수 네덜란드인)이 아닌 정신장애범죄인의 수가 늘어나고 있으며 역시 중독성의 정신장애범죄인의 수도 증가하고 있다(1998: 68%). 또한 거의 모든 정신장애범죄인은 폭력성을 띤 범죄를 저질렀던 것으로 나타난다.<sup>244)</sup>

<표 4-9>에서 특징적인 점은 위탁처분제도(TBS)는 100%폭력성범죄를 규율하고 있으며 우리에게서 생소한 인격장애범죄인이 70%-80%를 점하고 있다는 점이다. 정신장애범죄인의 진단에 대한 데이터는 시설내의 정신장애범죄인이 10년 전보다 더욱더 심각한 정신병을 앓고 있다는 것을 보여준다. 정신장애범죄인의 정신병 또는 인격장애의 비율은 상대적으로 변하지 않은 채 유지되고 있다. 그러나 정신장애범죄인에 대한 치료는 중독으로 인한 추가적 장애들로 인해 점점 더 복잡해졌다고 할 수 있다.<sup>245)</sup>

### 3. 비교적 관점에서의 맺음말

네덜란드의 위탁처분제도(TBS)는 우리나라의 사회보호법상 치료감호와 매우 유사한 제도이다. 그러나 네덜란드의 경우 형법 제37조에서 보안처분으로서 귀책이 불가능한 자(책임무능력자)를 정신병원에 수용하는 규정을 두고 있다면 제37a에서 규정하고 있는 위탁처분제도(TBS)는 기본적으로는 대부분 부분적으로 귀책가능한 자(한정책임능력자)를 규율하고 있다.

이러한 네덜란드의 위탁처분제도(TBS)가 우리의 법제와 다르거나 우리 형사사법에 참고가 될만한 대표적인 점들을 간추려본다면 다음과 같다.

상습누범에 대처하는 전략을 비교해보면 우리의 경우 누범에 대해 형법상 일반가중처벌규정, 상습범에 대한 개별적 가중처벌규정, 사회보호법상 보호감호제도, 한정책임능력자에 대한 부분적인 치료감호 부과 가능성 등을 통해 상습누범에 대한 비난(형벌)과 범죄예방(보안처분)을 위해 형법상 가능한 모든 수단을 동원하여 철저히 진압하고 있다. 그러나 상습누범의 건전한 사회복귀를 위한 특별한 노력은 일반적으로 매우 빈약하다고 할 수 있다.

네덜란드의 경우 상습누범에 대처하는 형법상 일차적 방법은 양형시 누범가중처벌규정에 의존하지만 우리의 경우와 달리 그 대상범죄는 재산범죄와 같은 작은 범죄도

244) Tak, 각주 234), pp. 198.

245) Tak, 각주 234), p. 199.

규정하고 있음에도 불구하고 실무에서 실제로 적용되는 경우는 모두 폭력성범죄이다. 남은 문제는 형벌을 통한 비난이 어려우나 사회방위의 필요성이 제기되는 경우에 대한 배려이고 이를 위해 보안처분으로서 위탁처분제도(TBS)를 운영하고 있다. 위탁처분자의 70%-80%는 우리에게서 생소한 인격장애(personality disorder)범죄인, 정신 발달장애범죄인(mangelhafte Entwicklung der Geistestätigkeit)이다. 이들에게는 수사에서부터 석방까지 정신·심리전문가와 예산을 투자하여 사회치료 또는 의료적 치료(a socio-therapeutic approach or treatment approach)에 중점을 두고 있으며, 이는 단순한 진압 대신 범죄에 대한 관용과 공존의 철학이 담겨 있다고 할 수 있다.<sup>246)</sup>

또한 위탁처분제도(TBS)의 입법과 구체적 운영에 있어서도 대상범죄를 심각한 폭력성범죄로 한정하고 있으며, 실무통계상으로도 100% 폭력성범죄를 대상으로 하고 있고, 피처분자에게 다양한 형태의 권리를 부여함과 더불어, 처분의 부과, 연장, 석방 등 각 단계에서 정신·심리전문가의 판단을 요건으로 하며 처분기간을 엄격히 제한하여 형법상 비례성의 원칙을 법률에 표현하고 실무에서도 충실하게 따르고 있다고 할 수 있다.

결론적으로 네덜란드의 위탁처분제도(TBS)와 그 구체적 운영에서 엿볼 수 있는 것은 상습누범에 있어 사회보호와 치료필요성의 목표를 동시에 달성하고자 하는 입법과 실무의 뛰어난 균형감각이며<sup>247)</sup> 네덜란드에서 보안감호제도가 1929년 제43조에 도입되었다가 한 번도 효력을 발생한 적이 없었다는 사실도 이를 잘 대변해준다.

## VII. 미국의 경우와 기타 주요국가

누범을 규율하는 소위 누범법(recidivist laws)은 각 주마다 부분적으로 매우 다양하다. 여기서는 그 대표적인 경우로서 캘리포니아 주의 상황을 간단히 살펴본다.

누범을 규율하는 캘리포니아의 양형규정은 누범법(recidivist laws)의 가장 논란이 심한 경우이다. 이 규정의 발단은 당시 세간의 이목을 끌었던 18세의 김버 레이놀즈

246) 진정한 개선은 형을 가하는 측과 수형자의 인격교류를 통해서 수형자는 자기의 죄값을 진정으로 받아들이는 과정을 통해서 기대할 수 있다. 그러나 이러한 기본적인 여러 사정 특히 인격발달장애로 인해 조건이 갖추어져 있지 않거나 기대할 수 없다면 서구에서는 바로 사회치료시설에의 수용가능성을 열어놓고 있다.

247) 2003년 8월 네덜란드 Nijmegen대학의 Peter J.P. Tak교수와의 인터뷰에서 알 수 있었던 사실은 누범그룹에 대한 투자와 특별관리(특히 사회치료)는 계속 반복적으로 행해지는 범죄에 대한 전반적 형사절차 즉, 수사에서 자유형의 집행과정보다 비용 면에서도 우월하다고 한다.



(Kimber Reynolds) 사건이다. 그녀는 1992년 6월 29일 캘리포니아 고향에서 그녀의 손지갑을 강탈하려했던 조 데이비스(Joe Davis)에게 총격 당한다. 이 범인은 이미 다양한 종류의 폭력성 범죄로 여러 번 유죄판결을 받은 바 있으며 불과 2개월 전 보호관찰부 석방되었었다. 피살자의 아버지 마이크 레이놀즈(Mike Reynolds)는 이 점을 중시하여 누범자를 처벌하기 위한 법률을 작성하였는데 모든 미국인이 알고 있는 야구용어로 "스트라이크 세 개면 아웃된다(Three strikes and you are out)"라고 명명하였다. 이 법률초안은 어떤 범죄인이 두 번째로 형벌을 선고 받으면 그 두 번째 범행에 선고된 형의 두 배를 부과할 것을 규정하고 있으며 세 번째 범행에 대해서는 부정기의 종신자유형을 선고하도록 규정하고 있다.

마이크 레이놀즈는 먼저 자신의 제안을 관철시키려고 노력하였으나 별 성과가 없었다. 1993년 4월 두 명의 의원이 의회에서 발의하였으나 거부되었다. 유권자운동을 통해 자신의 제안을 관철시키려는 시도도 충분히 서명을 받아내지 못해 좌절되었다.<sup>248)</sup>

그러나 1993년 10월 그를 지지하게 되는 엄청난 일이 발생하게 된다. 당시 12세였던 폴리 클라스(Polly Klaas)가 그녀 부모의 집으로부터 약취당하여 잠시 후 살해된 채로 발견되었다. 범행을 자백한 리처드 알렌 데이비스(Richard Allen Davis)는 누범이었다. 그는 형법체계를 거부하는 상징이 되었고 그의 전과기록에는 다른 범죄들과 함께 약취로 인한 유죄판결을 두 번 받은 적이 있었다. 그의 마지막 형벌은 약취, 상해, 강도로 인한 16년의 자유형이었고 그중 반절만이 집행되었었다. 이 범행에 대해 대중은 크게 분노하였고 이로 인해 재차 새로이 발의된 법률은 인정을 받게 되었다.<sup>249)</sup> 이 시점부터 직접적으로 선거에도 영향을 미쳤다. 이미 알려진 범죄증가추세는 선거전에 있어 중요한 역할을 하였고 누구도 범죄에 대해 유화적인 입장을(soft on crime) 취하려하지 않았다. 1994년 3월 삼진아웃법률은 의결되었고 곧바로 발효되었다.<sup>250)</sup> 이리하여 캘리포니아형법 제667조 (b)항에서 (j)항까지 위 내용이 삽입되게 되었다.

마이크 레이놀즈는 여기서 만족하지 않았다. 이제 그는 유권자운동을 통해 그 법률

248) Vitiello, "Three strikes" and the Romero Case: The Supreme Court restores democracy, 30Loy. L.A. L. Rev. (1997) pp. 1654 이하

249) 캘리포니아 주민들에 의한 지지의 원인에 대해 비판적인 의견으로는 Tyler/Boeckmann, Three strikes and you are out, but why? The Psychology of public support for punishing rule breakers, L & Soc. Rev. 2 (1997), pp. 255.

250) Sze, A tale of Three strikes: Slogan triumphs over substance as our bumper-sticker mentality comes home to roost, 28 Loyola L.A. L. Rev. (1995), pp. 1053.

을 州憲法에 규정하여 개정되거나 약화되는 것을 방지하려하였다. 11월 8일 캘리포니아 선거인의 72%는 제안(Proposition) 184에 동의하였고 캘리포니아 주헌법의 일부가 되었다. 그리하여 이제 이 규정을 개정하거나 폐지하려면 총회뿐만 아니라 상원의 2/3의 찬성으로만 가능하게 되었다.<sup>251)</sup>

1993년 이후 23개 州가 좀더 강한 처벌을 하기위해 스스로 삼진아웃법을 모델로 삼은 법률을 공포하거나 이미 존재하던 법률을 보완하였다. 이 규정들은 법관 과/또는 검사에게 어떤 경우에 형벌을 가중할 것인가, 얼마만큼의 전과에 의해 형벌이 가중되는가, 그리고 어떠한 범행을 “스트라이크”로 규정할 것인가 하는 사항들에 대한 재량을 인정하는가 하는 점에서 구분된다. 역시 이 법률들은 최근의 유죄판결이 얼마나 고려되는가 그리고 어떠한 형벌이 따르는가에 따라 차이가 있다.<sup>252)</sup> 이러한 모든 점들에 있어서 캘리포니아법률은 가장 강경한 입장을 취하고 있다. 캘리포니아의 규정들은 양형의 엄격성과 법관의 재량을 인정하지 않는다는 점들에 있어서 다른 州들과 구분된다. 설사 로메로(Romero)판결에서 미약한 정도이긴 하지만 법관의 재량을 인정했다하더라도 캘리포니아의 삼진은 모든 종류의 세 번째 범죄를 통해 발효되며 이러한 종류의 법률 중에 가장 극단적이다.

삼진아웃규정은 시초부터 심한 논란에 휩싸였다. 가장 자주 제기되는 반대의 논거는 이 법률은 감옥수행자를 증가시킬 것이고 캘리포니아주는 이 비용을 감당하지 못할 것이라는 점이다. 따라서 삼진아웃법 반대자들은 가장 효과적인 해결책을 발견하였는가에 대한 문제를 제기한다.<sup>253)</sup> 반면 삼진아웃법에 찬성하는 입장에서는 이 법률은 폭력성범죄를 감소시킬 것이라고 한다. 그러나 삼진아웃규정의 적용에 있어 세 번째 범행이 폭력성범죄인가의 여부는 중요하지 않기 때문에 이 법률은 많은 경우 폭력적 범죄가 아닌 경우에 적용된다.<sup>254)</sup>

그 외에 형법체계는 완전하게(full) 적용되는 경우보다 형법적 유죄판결에 있어서 많은 경우 협상(plea-bargaining)에 이른다. 이러한 법적 상황 하에서 피고인은 세 번째 유죄판결은 무기의 자유형으로 끝나며 그가 법정에서 갓을 때 잃을 것은 없지만 얻을 것은 많다는 것을 안다. 법원에서 형사사건은 우선적으로 처리되어야 하기 때문에 이 새로운 법률은 민사사건의 처리에 부담을 안길 수도 있다.<sup>255)</sup>

---

251) Cal. Const. art. XVIII, § 1.

252) Vitiello, "Three strikes": Can we return to rationality? JCrim 1997, p. 400.

253) Sze, 각주 250), p. 1058.

254) Sze, 각주 250), p. 1062.

255) Sze, 각주 250), pp. 1081.

삼진아웃법의 또 다른 결과로서 감옥수형자의 노쇠화를 초래할 것이라고 예측된다. 캘리포니아형법 제667조의(c) (3)에 의하면, "이전의 (중)범죄 판결과 현재의 (중)범죄 판결 사이의 시간적 간격은 형벌의 선고에 영향을 미칠 수 없다."<sup>256)</sup> 따라서 성인이 젊었을 때 폭력성범죄를 저질렀다면 그가 나이 들어 범죄를 저지른 경우 세 번째 스트라이크가 되어 종신형을 선고받게 되는 것이다.<sup>257)</sup> 노쇠한 수감자는 젊은 수감자보다 더 많은 비용이 든다고 한다. 그러나 이렇게 상승된 비용은 이미 잘 알려진 사실, 즉 나이가 들수록 특히 폭력성 범죄는 감소한다는 논거로 정당화되지 못한다.<sup>258)</sup>

삼진아웃규정에 반대하는 사람들은 삼진아웃에 의한 양형은 무거운 범죄에 대해 가벼운 형벌을, 덜 무거운 범죄에 대해 중한 형벌을 부과하는 결과를 초래한다고 비판한다. 삼진은 첫 번째 폭력범죄에 적용되지 않고 처벌될 범죄에 큰 영향을 미친다.<sup>259)</sup>

#### 기타 주요국가들의 상황:

##### - 프랑스 -

1970년까지 있었던 보호감호와 유사한 유형제도(relegation)는 보안관찰(tutelle penale)로 대체되었으나 1981년 이마저 폐지되었다. 이후 보호감호로 볼 수 있는 제도는 없으며 장기화된 자유형이 그 기능을 이어 받았다고 볼 수 있다. 다양한 범죄에 대한 형벌가중적 누범규정과 함께 자유형 부과시 최소한 10년의 보안기간(periode de surete)을 과할 수 있는 가능성을 규정하고 있다. 특정한 기간동안 수용자는 석방될 수 없다.

##### - 스웨덴 -

심리장애자를 위한 특별한 원호를 위한 수용외에 1981년 이후 자유박탈적 보안처분은 존재하지 않는다. 다만 중누범에 대해서는 정해진 형벌범위에서 4년까지 확대되는 특별한 양형규정이 있다.

##### - 영국 -

위험한 상습누범에 대한 보안처분은 없다. 'preventive detention'도 'extended sentence'도 범죄예방의 기대를 충족시켜주지 못하였다. 현재 자유형을 통해서 범죄에

256) 원문을 인용하면: "The length of time between the prior felony conviction and the current felony conviction shall not affect the imposition of sentence".

257) Vitiello, 각주 248), pp. 1684.

258) Vitiello, 각주 252), p. 437.

259) Sze, 각주 250), p. 1063.

방의 필요성을 충족시키고 있다.(근거법: CJA 1991) 결과적으로 보호감호가 자유형으로 대체되었다고 할 수 있다.

- 스페인 -

상습범은 보호감호에 처하거나 노동시설(노역장)에 유치한다. 단, 사회치료시설에 수용할 수 있는 가능성이 있다.

- 이태리 -

우리나라와 비슷한 비판들이(예측의 어려움, 집행의 부당성, 형벌과 누적적 적용) 줄곧 제기되어왔다. 현재는 폐지가 목전에 와 있다고 평가한다. (Musco, ZStW 1990, 462 ff.)

- 헝가리 -

보호감호는 이론적 측면과 현실적 적용 양면에서 격렬하게 비판받은바 있다. 보호감호수용자의 80%는 재산범죄인이었으며 따라서 1989년 12월 폐지되었다. 현재 위험한 상습누범에 대해 자유형을 연장하는 방법을 채택하고 있다.

- 호주 -

대부분의 주가 위험한 상습누범에 대해서 부정기 자유형을 채택하고 있다.

세계는 위험한 상습누범에 대해 부정기의 자유형으로 대처하거나 치료에 중점을 두는 두가지 경향이 지배적이다.

## 제3장. 청송보호감호소의 생활과 처우 (오창익)

### I. 청송보호감호소의 소방 방재 시스템

교도소나 감호소 같은 집단 수용시설에서의 소방방재 대책은 아무리 강조해도 지나침이 없을 것이다. 대규모 집단이 수용되어 있고, 또한 탈주나 도주 방지가 강조되는 구금시설이기에 철저한 소방방재 대책이 마련되지 않으면, 자칫 대규모 인명피해로 이어질 가능성이 높기 때문이다.

조사팀은 청송 현지에서의 실지 조사를 통해 보호감호소의 소방 방재 대책을 점검해보았다. 점검 결과 보호감호소의 소방 방재 대책은 화재 등의 사태에 매우 취약하고, 화재시 곧바로 대규모 인명피해로 이어질 가능성이 높다는 것이 확인되었다. 즉시 보완책이 강구되어야 할 필요성이 강력하게 제기되었다.

#### 1. 소화기 비치 현황과 화재시 대응

조사팀은 작업장과 행정공간, 그리고 생활 사동에 비치된 소화기 상태를 점검해보았다. 소화기 비치 상태는 1감호소와 2감호소의 차이가 없었는데, 소화기의 경우 구입연도가 오래되거나, 충전이 제대로 되지 않은 경우가 많고, 특히 생활 사동의 경우 복도(근무 중인 교도관이 머물고 있고, 연탄난로가 위치한 곳)에 소화기가 비치되지 않고, 화재시 교도관이 열쇠를 이용하여 2개의 문을 열고 들어가야 하는 사동 복도 앞 창고에 비치되어 있어서 화재시 전혀 쓸모가 없다는 것이 확인되었다. 소화기가 화기 근처에 위치하여, 화재발생시 즉각적인 화재진압을 해야 한다는 상식에 크게 배치되는 상황이었다.

작업장이나 행정사무실 등에 비치된 소화기는 생활사동의 경우보다는 나았으나, 난로의 옆에 비치하지 않고, 근무자의 책상 옆의 구석에 비치함으로써 역시 접근성이 떨어졌다.

조사팀은 소화기 비치 현황/ 소화기 제작 연월/ 소화기 최종점검일/ 소화기 접근 가능성에 대해 다음의 도표와 같은 실지 조사를 진행하였다.

이중 소화기 접근 가능성에 대해서는 접근 가능성이 매우 높은 경우(눈에 잘 띄는 곳에 소화기가 비치되어 있고, 교도관들이나 피감호자들도 소화기가 어디 있는지 정확히 파악하고 있는 경우)에는 5점을, 그저 그런 경우에는 3점을, 접근이 거의 불가능

한 경우에는 0점을 부과하였다.

<표 5-1> 청송 제 1감호소 소화기 비치 현황

위치 장소	소화기 제작년월	최종점검일	접근가능성	기타
8 舍棟 下	1999. 10.	2003. 10. 15	0	
8 舍棟 中	1999. 10	2003. 10. 15	0	
7 舍棟 下	표지훼손으로 판독 불가	2003. 10. 15	0	
3 舍棟 下	판독 불가	2003. 10. 15	0	
강당(교회당) 전면	1986. 10	2003. 10. 15	5	
강당 전면 우측	표지 훼손으로 판독 불가	2003. 10. 15	5	
강당 전면 좌측	1986. 10	2003. 10. 15	5	
강당 무대 뒷쪽	1980. 2	2003. 10. 15	5	
6 舍棟 下	1980	2003. 10. 15	0	
직업훈련장(자동차)	1987	2003. 10. 15	3	

생활 舍棟의 경우에는 소화기가 별도의 잠금장치가 설치된 창고에 비치되어 있었고, 이 창고에 있는 소화기를 작동시키기 위해서는 사동 복도 입구에 설치된 문의 잠금장치와 창고의 잠금장치 등 2개의 잠금장치를 풀어야 가능했다.

<표 5-2> 청송 제 2감호소 소화기 비치 현황

위치 장소	소화기 제작년월	최종점검일	접근가능성	기타
5 舍棟 下	1996	11. 4	0	사동 복도 건너편 창고에 위치
5 舍棟 中	1995.1	11. 4	0	사동 복도 건너편 휴게실에 위치
6 舍棟 下	1997	11. 4	0	사동 복도 건너편 창고에 위치
6 舍棟 中	1995	10. 4	0	사동 복도 건너편 창고에 위치
전화실	1990.11	11. 4	5	충전되지 않음/ 근무자 뒤편에 위치
7공장(자동차 정비훈련)	1997	11. 4	3	충전되지 않음
6공장(타일 훈련)	1990.11	11. 4	3	소화기 제작연월은 판독이 불가하여 최종 충전 연월을 대신 표기
10공장(양복)	1991	10. 4	3	
9공장(종이가방 大)	1995	10. 4	3	
8공장(조직)	1995	11. 4	3	
취사장	1995	11. 4	5	접근가능은 좋으나, 제대로 충전되지 않음

--	--	--	--	--

## 2. 화재 발생시 대처 요령과 능력에 대한 점검

화재가 발생했을 때의 대처 요령과 대처 능력에 대해 교도관과 감호자들에 대해 인터뷰를 진행하여 알아본 결과, 감호자는 전원이 단한차례의 화재 관련 교육을 받은 적도 없고, 감호소의 구조나 감호소 측의 화재시 대응으로 볼 때, 매우 취약한 상황이라는 점을 지적하였다.

교도관들의 경우에는 상식적인 선에서 대처 요령을 답변하였으나, 사동 근무자의 경우, 화재 발생시 어떻게 행동해야 할지에 대한 구체적인 지침을 전혀 갖고 있지 않음을 확인하였다.

즉, 생활사동에서 화재가 발생했을 때, 근무자들이 어떤 순서로 행동을 해야 하는지, 생활거실 문을 먼저 개방하여야 하는지, 아니면 화재 상황을 먼저 상부에 보고해야 하는지, 또는 화재 진압을 먼저 해야 하는지 등에 대한 지침이 마련되어 있지 않았으며, 해당 근무자들도 어떻게 행동해야 하는지에 대해 숙지하지 못하고 있었다.

## 3. 소결

현재 1감호소에는 교도관 243명과 감호자 750명이 상주하고 있으며, 2감호소에는 교도관 244명과 감호자 437명이 상주하고 있다. 이처럼 감호소에는 상당히 많은 인원이 상주하고 있는데 비해, 화재에 대한 대책이 거의 마련되어 있지 않음을 확인할 수 있었다.

연탄난로의 경우에 난로 옆에 플라스틱 페트병을 잘라서 만든 防火砂와 防火水를 플라스틱 양동이에 담아놓고 있었으나, 화재진압을 위한 효과는 의심스러웠다. 청송 감호소가 輿地이고, 다수인 보호시설임을 감안하면, 감호소에서의 화재를 초동에 진압하지 못할 경우 대형참사로 이어지기 쉬운 취약성을 갖고 있음에도 불구하고, 소화기 등을 통해 효과적인 초동 진화와 대피방도는 거의 마련되어 있지 않음을 확인할 수 있었다.

이에 대해 감호소 측은 외부 시설과 달리 감호자들이 담배를 피우지 못하고, 인화물질을 소지할 수 없기 때문에 화재의 우려가 적다고 말하고 있으나, 담배나 인화물질의 소지 때문에 발생하는 경우 외에도 전기 누전, 연탄난로에 의한 화재 등 다양한 화재 원인이 상존하고 있는 상황에서 감호자들이 인화물질을 소지하지 않고 있다는 이유만으로 소방방재 대책을 철저히 마련하지 않은 것은 매우 큰 문제라고 판단된다.

## II. 청송보호감호소의 위치와 입지

청송보호감호소는 경상북도 청송군 진보면에 위치하고 있으며, 청송교도소와 함께 일종의 구금시설 단지를 이루고 있다. 청송보호감호소가 위치한 경상북도 청송군은 32,379명의 인구<sup>260)</sup>에 재정자립도는 14.5%에 지나지 않은 매우 적은 규모이다. 청송군은 별다른 산업시설도 없으며, 전체 면적의 82.3%가 임야로 이뤄져 있다. 청송군은 청송군 홈페이지가 군의 환경친화성을 자랑할 정도로 깨끗한 자연환경이 잘 보존되어 있으나, 이는 청송군이 격오지로서 사회보호법상의 목적인 “특수한 교육. 개선”과 “사회복귀를 촉진”하기 위해서 결코 적합하지 않은 지역임을 보여주고 있다. 특히 조사팀은 청송보호감호소 교도관들과의 면담 과정을 통해 감호소가 위치한 청송군 진보면 지역이 맹장수술 같은 기초적인 진료서비스조차 제공되지 않는 오지이며, 맹장수술의 경우 차량으로 1시간 정도 걸리는 안동시까지 이동해야 가능하다는 사실을 확인할 수 있었다.

청송보호감호소는 외정문(外正門) 입구 앞에 강이 흐르고, 감호소 뒤편은 산악지역으로 된 지형적 조건으로 일종의 천혜의 요새와도 같은 곳으로 “사회와의 격리”라는 측면에서는 상당한 효과를 보고 있으나, “사회복귀를 촉진”하기 위해서는 매우 취약한 환경에 처해 있다. 또한 청송보호감호소가 교통 등의 입지가 매우 불편한 오지에 위치해 있다보니, 가족 친지들의 면회 등 외부와의 교통도 용이하지 않은 상황이다. 이러한 점 역시 피보호감호자들의 사회복귀 촉진과 재범의 우려를 불식시키기 위한 교화활동을 오히려 방해하는 입지조건임을 보여준다.

실제로 조사팀이 피감호자들을 대상으로 설문조사를 실시한 결과에 따르면 월 2회 이상 면회를 피감호자가 전체 응답자의 9.8%에 불과한 현실<sup>261)</sup>은 보호감호소가 오지에 위치함으로써, 가족. 친지로부터의 면회가 용이하지 않음을 보여준다.

<표 5-3> 피보호감호자의 면회횟수

구 분	빈 도
월 1회	30.1 (294)
월 2회	3.7 (36)
월 3회	3.1 (30)

260) 청송군 홈페이지(www.cs.go.kr) 일반 현황 참고

261) 피감호자들을 대상으로 한 설문 B13. "귀하는 보호감호소에서 어느 정도 면회를 하시는가요?"에 대해 월 2회 이상의 면회를 하고 있다고 응답한 피감호자는 9.8%에 불과하였다.



월 4회	1.0 (10)
월 5회이상	2.0 (20)
없다	34.7 (339)
기타	25.3 (247)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (976)</b>

또한 오지에 위치하여 기본적인 진료서비스를 비롯한 다양한 서비스에서 배제되고, 교도관들도 자녀 교육 등에서 상당한 불이익을 당하는 등, 교도관들의 근무여건도 매우 열악한 상태이다.

조사팀이 교도관들을 대상으로 진행한 “보호감호소에서 외부통근이 어느 정도 활발하게 운영되고 있나”를 묻는 설문조사<sup>262)</sup>에 대해 교도관들의 66.7%는 ‘전혀 활발하지 못하다’고 응답하였고, 18.4%는 ‘대체로 활발하지 못한 편이다’라고 응답하였다. 반면, ‘대체로 활발한 편’이라거나 ‘매우 활발하다’고 응답한 교도관은 전체의 3.9%에 지나지 않았다. 이같은 교도관들의 응답은 보호감호소가 오지에 위치하여, 피감호자들의 재사회화 등, 사회보호법의 법 목적의 구현에 지장을 초래하고 있는 현실을 확인시켜 주고 있다.

**<표 5-4> 외부통근의 활성화정도**

구 분	빈 도
전혀 활발하지 못하다	66.7 (268)
대체로 활발하지 못한 편이다	18.4 (74)
보통이다	10.9 (44)
대체로 활발한 편이다	2.7 (11)
매우 활발하다	1.2 (5)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (402)</b>

### III. 청송보호감호소의 각 시설의 조명과 난방

262) 교도관들을 대상으로 한 설문 B12- 7 "보호감호소에서는 다음 사항들이 어느 정도 활발하게 운영되고 있다고 생각하십니까?(외부통근)

조사팀은 청송감호소의 생활 사동과 작업장, 행정공간 등에 대하여 조명상태와 난방상태를 점검하였다.

조명상태는 피감호자들이 자연채광으로 독서나 작업을 할 수 있을 만큼이 유지되어야 하고, 인공조명인 경우에도 시력에 장애가 없을 정도로 충분히 제공되어야 하는 것이 원칙<sup>263)</sup>이다. 그러나 생활거실의 경우 주간에도 인공조명을 사용하고 있음에도 불구하고, 원활한 독서나 작업에 지장을 받을 정도로 조도가 낮았음이 확인되었다.

조사팀은 생활사동의 경우 83곳 이상을 점검하였다. 온도의 경우에는 조사시기가 겨울철이 아니어서 실제 온도를 측정하는 방식의 조사는 무의미하였고, 조도 측정도 감호소 측의 거부로 주간에 진행되어 햇빛이 들지 않는 야간의 경우, 조명이 생활하기에 적절한 것인지의 여부에 대하여 살필 여건은 아니었다.

그러나 비록 맑은 날 주간에 측정한 것이기는 하나, 맑은 날 주간임에도 불구하고, 피보호감호자들이 생활하는 사방에 조명을 밝힌 상태에서 측정한 조도가 일상적인 생활이 어려울 정도로 낮은 것으로 나타나 충격을 주었다.

다음은 주간임에도 불구하고, 생활하기에 불편한 정도의 조명상태를 보인 사방들이다.

<표 5-5> 조명상태

구분	사방 칭호	조도(단위 : 룩스)	비고
1감호소	6사 하 2방	111	
	6사 하 3방	140	
	6사 하 4방	126	
	6사 하 6방	126	
	6사 하 8방	92	
	6사 하 10방	85	
	6사 하 11방	105	
	6사 하 12방	109	
	6사 하 14방	102	
	6사 하 15방	136	
	6사 하 16방	72	
	6사 하 17방	134	

263) [수용자 처우에 관한 최저기준규칙] 11조는 다음과 같은 규정하고 있다. “수용자들이 생활하거나 작업해야 할 모든 장소들에서는 a) 유리창은 수용자들이 자연채광으로 독서나 작업을 할 수 있을 만큼 커야 하고... b) 인공조명은 수용자들이 시력을 상하지 않고 독서나 작업을 할 수 있을 정도로 충분히 제공되어야 한다.”

	6사 하 18방	89	
2감호소	5사 중 1방	41	
	6사 하 1방	90	
	6사 하 2방	120	
	6사 하 7방	130	
	6사 하 9방	70	

이러한 조사결과는 앞서 밝힌대로 주간에 실시된 것이고, 그것도 하루중 가장 채광이 좋은 오전 11시에서 오후 2시 사이에 조사된 것이다.

그럼에도 불구하고, 조도가 낮은 사방은 41룩스를 기록하였다는 것은, 사방의 조명상태가 생활하기에 극히 불편한 상태임을 보여주고 있다.

#### IV. 피감호자들의 건강과 진료

보호감호소측에서는 피감호자들의 건강 관리를 위해 1일 1회의 옥외 운동 허용과 의무과를 통한 진료활동을 벌이고 있다고 밝히고 있다.

##### 1. 옥외운동

옥외 운동의 경우, 감호소측이 밝힌 1일 1회의 운동이 제대로 지켜지고는 있었으나, 운동장에는 피감호자들의 건강관리와 체력증진을 도울만한 별다른 시설이 구비되어 있지 않았다.

피감호자들에게 단순히 1일 1회의 운동시간을 허용하는 것이 중요한 것이 아니라, 피감호자들이 일상의 대부분을 채광과 환기가 열악한 실내의 제한된 공간에서 생활한다는 점을 고려할 때, 운동시간은 피감호자들의 정신건강과 신체 건강을 위해 매우 중요한 요소이다.<sup>264)</sup>

264) 피감호자(수용자)들의 옥외 운동에 대해 영국 런던의 킹즈 칼리지 부설 국제교도소연구 센터의 앤드루 코일은 다음과 같이 언급하고 있다. “신선한 공기를 쬐어야 하는 최소한의 권장시간은 매일 한 시간이다... 이 시간 동안 수용자들은 비교적 넓은 면적 위에서 걸어 다닐 수 있어야 하고 가능한 경우에는 자연식물의 성장을 바라볼 수도 있어야 한다. 몇몇 국가들에서 다수의 수용자들을 매일 한시간 동안 담으로 둘러싸인 조그만 마당에 내보내는 관행은 옥외에서 운동할 기회를 제공하여야 한다는 책임을 완수하는 것이라고 할 수

운동장은 1감호소의 경우 가로 100미터 세로 57.3미터의 대운동장과 가로 38.1미터와 세로 22.1미터의 소운동장 등 2면으로 구성되어 있었고, 운동시설은 농구대 1조와 팔굽혀펴기 기구 2조가 구비되어 있었다. 운동시간은 취업자의 경우에는 1일 40분을 허용하고 있었고, 미취업자의 경우에는 1일 1시간을 허용하고 있었다.

2감호소의 경우, 가로 62미터 세로 72미터의 운동장만을 사용하고 있었고, 운동시설은 농구대 1조, 족구장<sup>265)</sup> 1면, 테니스장 2면, 팔굽혀펴기 기구 2조가 구비되어 있었다. 2감호소의 경우 독거수용자와 병자들을 위한 운동장은 따로 마련되어 있으며, 운동시설도 1감호소보다는 나은 편이었으나, 운동시간은 1감호소와 마찬가지로 취업자의 경우 1일 40분, 미취업자의 경우에는 1일 1시간을 허용하고 있었다.

## 2. 진료

진료는 매우 열악한 상태임을 확인할 수 있었다. 피감호자들은 외부와 격리된 공간에서 생활하기에 각종 질병에 취약한 상황에 놓여져 있으나, 각종 질병을 예방하고, 진료할 체계는 제대로 마련되어 있지 않았다.

이에 대해서는 보호감호소측에서도 “환자들의 요구를 따라가지 못한다”<sup>266)</sup>고 인정하면서, 피감호자들의 진료 문제를 보호감호소의 가장 취약점으로 꼽았다.

청송 제 1보호감호소측이 밝힌 자료에 의하면 2001년도의 총 의료비는 98,227,000원으로 피감호자 1인당 101,895원이 지불되었고 이중 43,000,000원은 기본예산으로, 55,227,000원은 추가예산으로 구성되어 있다. 이중 46,910,295원은 의약품 구입에, 51,316,705원은 외부 병원 진료비에 쓰여졌다.

---

없다. 그러한 조그만 마당은 사실상 지붕없는 감방이라고 할 수 있기 때문이다.”- [교도소 관리에 대한 인권적 접근] 중에서, 영국 외무부 발행

265) 족구장, 테니스장이 구비되어 있다고는 하나, 정식 규격의 넓이로 된 코트와는 비교할 수 없을 정도로 좁은 공간이었다. 이 경우 “족구와 테니스를 할 수 있는 공간”이라고 표현하는 것이 보다 정확하다.

266) 의무과장, 소장 등 직원들과의 인터뷰 과정에서 예외없이 진료 문제에 대한 고충에 대해 청취할 수 있었다. 특히 응급환자의 경우 소내에는 적정한 진료시설과 인력이 없기 때문에 외부진료를 해야 하는데, 보호감호소가 위치한 청송군 진보면의 경우, 맹장수술 등의 응급수술을 할 수 있는 시설조차 마련되어 있지 않아서 차량으로 이동해도 1시간 이상 소요되는 안동시내까지 나가야 한다는 고충을 털어놓았다.

그러나 1감호소에서 1년 동안 투약을 포함한 진료를 받은 연인원은 129,608명으로 1회 진료당 758원을 사용했다는 사실을 확인할 수 있다. 연인원 129,608명 중에서 투약을 받은 114,660명을 제외한 14,948명이 진료 처치를 받았는데, 비전임의 의무과장 1명만이 자격있는 의사인 1감호소에서 일과 시간 내에 감호소 측이 밝힌 연인원 14,948명을 처치한다는 것은 불가능한 일이다.

감호소내에서의 진료는 예산과 인력의 부족 때문에 원천적으로 불가능한 상태이고, 약품의 구입, 외부진료 등의 비용의 거의 대부분을 피감호자들의 자비로 부담하여야 하는 실정이다. 외부진료도 신청자들은 많지만, 호송시 인력부족 등을 이유로, 외부진료 신청이 상당히 밀려 있는 상태였고, 이에 대한 피감호자들의 불만이 매우 높은 상황이었다.

## V. 근로보상금의 지급과 사용

아래의 표는 청송보호감호소 작업장 중 특정한 작업장을 골라, 이 작업장에서 1개월 동안 지급한 근로보상금의 내역을 정리한 것이다.

<표 5-6> 종이봉투 공장의 1개월치 근로보상금 지급 내역<sup>267)</sup>

공장명	근로성적 등급	근로보상금(단위 : 원)	비고
위탁3공장	3	114,000	
위탁3공장	5	67,200	
위탁3공장	6	47,170	
위탁3공장	6	50,150	
위탁3공장	6	47,170	
위탁3공장	6	46,700	
위탁3공장	6	51,000	
위탁3공장	6	48,450	
위탁3공장	6	24,650	
위탁3공장	6	51,000	
위탁3공장	6	42,870	
위탁3공장	6	60,770	
위탁3공장	6	51,000	
위탁3공장	7	39,900	
위탁3공장	7	27,300	
위탁3공장	7	42,000	
위탁3공장	7	42,350	

위탁3공장	7	42,000	
위탁3공장	7	26,600	
위탁3공장	7	42,000	
위탁3공장	7	28,000	
위탁3공장	7	11,900	
위탁3공장	7	12,600	
위탁3공장	7	20,300	
위탁3공장	7	42,000	
위탁3공장	7	28,000	
위탁3공장	7	42,000	
위탁3공장	7	28,000	
위탁3공장	7	42,000	
위탁3공장	7	42,000	
위탁3공장	7	28,000	
위탁3공장	7	38,850	
위탁3공장	7	42,000	
위탁3공장	7	39,200	

이 표에 근거하면 35명의 피감호자들이 1개월 동안의 작업을 통해 벌어들인 수입은 총 1,451,130원이고, 이는 1인당 피감호자들이 월평균 41,461원의 수익을 얻는다는 것을 의미한다. 평균은 41,461원이었지만, 행장급수가 높아서 월 114,000원을 받는 피감호자가 있고, 행장급수가 낮은 피감호자의 경우에는 월 11,900원을 받는 경우가 있는 것으로 확인되어, 그 편차는 무려 10배에 달하고 있다.

오랜 구금생활로 인해 가족 등 외부로부터의 경제적 지원을 받기 어려운 피감호자들은 작업상여금을 통해 소내 생활을 할 수 밖에 없는데, 이는 피감호자들의 입소 전 경제적 생활수준이 대부분 하 - 중 사이<sup>268)</sup>로 입소 전부터 가난했다는 점, 면회를 자주 하지 못한다는 점<sup>269)</sup>, 보호감호소 수용 중에 이혼 등의 가족해체를 경험한 피감호

267) 행장등급이 높을수록 구금연수가 높은 피감호자로, 행장등급 3급은 5년 이상의 피감호자를 뜻한다. 청송보호감호소측에 의하면 2001년 한해동안의 1인당 평균 근로보상금 지급액은 55,960원이고 2002년 한해동안의 1인당 평균 근로보상금은 56,198원이라고 한다.

268) 피보호감호자들에 대한 설문 A6 참고. 피보호감호자들에게 입소 전 생활수준을 물은 결과, '상'이라고 답한 사람은 0.8%, '상중중'이라 답한 사람은 2.1%이었고, 97.1%는 중 이하의 생활을 했다고 응답하였다.

269) 피보호감호자들에 대한 설문 B13 참고. 피보호감호자들 중에서 월 2회 이상의 면회를 진행한다는 응답자는 9.8%에 지나지 않았고, 34.7%의 피감호자들은 전혀 면회를 하지 못하

자들이 절반가량 된다는 점<sup>270)</sup> 등을 고려하면, 피감호자들은 외부의 지원 없이 거의 대부분 자신의 근로를 통해 얻은 근로보상금만으로 감호소내 생활을 영위하고 있다는 실상을 확인할 수 있다.

그러나 피감호자에게 지급되는 일상용품의 경우, 지급되지 않는 품목이 많고, 지급되는 품목의 경우에도 지급기준이 실생활을 영위하는 매우 부족하기 때문에 자변 구입을 통해 일상 생활용품(아래 표 참조)을 구입하여야 하고, 영양의 보충과 간식을 위해 마아가린, 식빵, 쏘시지, 과자류, 사탕류, 우유, 유산균발효유, 사이다, 콜라 등의 물품을 따로 구입해야 하는 실정이다.

<표 5-7> 생활용품의 지급 내역과 기준

물품명	지급기간	지급기준	연간 급여횟수	비고
치약	1개월	50g	3회	
치솔	3개월	1개	4회	
세면비누	1개월	70g	6회	
세탁비누	1개월	100g	4회	
면수건	4개월	1개	3회	
화장지	1개월	1개	12회	여성은 남성의 2배를 지급/ 1개는 50미터
런닝셔츠	3개월	1착	4회	
팬티	3개월	1착	4회	
양말	3개월	1켤레	4회	
운동화	6개월	1켤레	2회	

따라서 근로보상금으로 각 피감호자들이 수령한 금액으로는 일상용품의 구입과 반찬 등 식료품의 구입에도 부족한 실정이어서, 근로보상금이 출소(기출소) 이후의 생활 정착자금으로 쓰이기는 불가능한 실정이다. 또한 그 액수도 미미하여, 근로보상금의 전액을 저축한다고 하여도 출소 이후의 생활정착, 즉 재사회화를 위해서는 크게 부족한 실정이고, 당장의 감호소 내 생활을 영위하는 데에도 부족한 실정이다.

는 것으로, 25.3%의 피감호자들은 거의 면회를 하지 못하는 것으로 드러났다.

270) 피보호감호자들에 대한 설문 B17 참고. 피보호감호자들중에서 48.5%가 이혼 등의 가족해체를 경험하였다고 답변하였다.

## VI. 생활 거실(사방)의 실태와 문제

한국 교정시설의 가장 취약한 문제로 지적되는 과밀수용의 문제는 청송보호감호소에서 여전하였다. 특히 조사팀이 현지 조사를 진행한 2003년 11월에는 가출소 인원의 확대 등으로 인하여, 피감호자의 수가 격감했음에도 불구하고, 과밀 수용의 문제는 해소되지 않았다.

피감호자들의 수용 방법에 대해 [피보호감호자 분류 처우 규칙]<sup>271)</sup> 제 6조는 “감호자는 독거수용함을 원칙으로 한다. 다만, 소장은 수용. 처우 또는 교육교화상 필요하다고 인정하는 경우에는 혼거수용 할 수 있다”고 규정하고 있다.

즉, 생활 거실에 피감호자를 수용하는 원칙은 ‘독거’인데, [규칙]이 원칙으로서의 ‘독거’수용을 이행하지 않아도 좋을 단서조항을 두고 있고, 보호감호소 측은 이 단서조항을 근거로 피감호자 전원<sup>272)</sup>을 혼거수용하고 있다.

과밀수용의 문제가 발생하는 것도 시설의 부족 때문만은 아니었다. 가출소 인원의 확대에 의해 생활거실의 상당수를 공방(空房)으로 두고 있으면서도, 관리의 편의 때문에 과밀수용을 고집하고 있었다. 또한 사회보호법상의 제반 운용을 행형법에 준하도록 한, 규정에 따라 기존의 교정시설이 정하고 있는 생활거실의 과밀한 정원이 그대로 적용되고 있는 실정이다.

이에 따라 보호감호소의 수용원칙이라고 할 수 있는 독거수용의 원칙, 인간적인 생활을 영위할 수 있는 최소한의 공간의 허용 등은 일반 교정시설의 경우와 마찬가지로 보호감호소에서도 무시되고 있었다.

생활거실은 최근 난방을 위한 사방 바닥공사와 창호 공사 등을 마친 여사(女舍)의 경우를 제외하고는 열악한 상태였다.

난방은 일부 라이에이터 방식의 난방 공사가 진행되고 있기도 하였으나, 대부분의 경우에는 사동의 1개층의 난방을 1대의 연탄난로로 해결하고 있었다.

사방의 바닥재는 나무였고, 마루바닥 같은 형식으로 되어 있었다. 이러한 마루바닥 구조는 온기가 없기 때문에 여름에는 냉방의 효과가 있을지 모르지만 겨울철 난방의 효과로는 취약했다.

화장실은 약 0.4평 정도의 공간으로 일률적으로 배치되어 있으며, 프라이버시를 위

271) 법무부 훈령 제 447호, 2001. 7. 30

272) 본인이 강력하게 원하는 경우나, 징벌을 받고 있는 경우, 또는 징벌 여부를 정하기 위한 조사를 받고 있는 경우에는 독거 수용을 하고 있었으나, 이 경우 징벌기간이나, 조사기간 동안의 독거 수용은 피감호자들에게 그 자체로 ‘징벌’로 인식될 만큼 열악하였다.



한 비닐 칸막이는 설치되어 있었으나, 매우 좁았기 때문에 한 생활거실에서 생활하는 피감호자들이 동시에 사용하는데 취약함을 보여주었다. 또한 세면에 필요한 온수의 보급이 되지 않는 구조였다.

생활거실은 피감호자들의 특성에 따라 종교방의 형식으로 꾸며지기도 하였고, 피감호자들의 독서를 위해 약간의 책이 비치되어 있기도 하였는데 조사팀이 확인한 결과, 보호감호소 측에서 지급하였거나 보호감호소에서 빌린 책은 한자 공부를 위한 책이 유일하였고, 나머지 모든 책은 개인이 구입한 것이었다.

일부 사동의 경우 생활거실 앞의 복도에 서가를 꾸며 놓기도 하였으나, 피감호자들의 이용은 미비하였고, 대부분의 필요한 도서는 자변구입을 통해 충당하는 것으로 확인되었다.

## VII. 교화 프로그램의 운용

청송보호감호소측에 의하면 피감호자들을 위해 학과교육, 근로 취업 및 직업 훈련, 기타 교화프로그램들을 운영함으로써, 피감호자들의 사회화를 돕고, 재범의 방지에 기여하고 있다고 한다.

소측에 의하면 2001년에 248명, 2002년에 249명의 피감호자들이 학과교육을 이수하였으며, 학과교육은 한글해독, 문장표현, 수리계산, 생활양식 등의 과목을 교육하는 초등기초반, 도덕, 국어, 산수, 사회, 자연, 실과 등의 과목을 교육하는 초등과, 도덕, 국어, 국사, 사회, 수학, 과학, 영어 등의 과목을 교육하는 중등과, 국민윤리, 국어, 국사, 정치경제, 수학, 과학, 영어 등의 과목을 교육하는 고등과 등 4단계로 분류되어 있다.

이런 학과교육의 성과로 2001년 81명, 2002년 52명의 피감호자들이 검정고시에 합격하는 성과가 있기도 하였다.

보호감호소에서는 가방, 바구니, 악세사리, 돌가공, 머리핀, 위생장갑, 종이장갑 등의 제작을 위탁 작업으로 진행하고 있으며, 목공, 인쇄, 철공, 영농, 축산, 블록, 취사, 세탁, 영선, 청소, 이발, 간병, 원예 등의 근로 작업을 진행하고 있다. 또한 미장, 조적, 이미용, 타일, 원예, 양재 등의 과목이 직업훈련 과목으로 선정되어, 이를 통해 2001년 110명, 2002년 121명의 피감호자들이 해당 분야의 자격증을 취득하는 성과가 있기도 하였다.

보호감호소측은 이외에도 다양한 사회적응교육을 진행하고 있다고 밝히고 있는데, 이는 '출소후 일상생활에 필요한 각종 정보를 습득하고, 수용생활에서 오는 불안정한 정서요인을 해소하여 사회적응력을 도모'하기 위한 신문 구독, '수형자의 사회복귀에

필요한 정보와 지식을 습득시키거나 고지사항을 전파'하기 위한 방송, '운동경기를 통하여 감호자들에게 질서의식과 협동심 및 정서함양을 도모하고, 명랑한 수용분위기를 조성하여 체력단련과 갱생의욕을 고취'하기 위한 체육대회, '사회적응력 배양 및 봉사활동 전개로 공동체의식 함양과 지역사회와 유대강화'를 위한 사회견학 및 봉사활동, '사회현장 체험 기회를 확대하여 사회적응력을 배양하고, 가족과의 연계강화를 통한 안정된 수용생활 도모'를 위한 귀휴, '가족과의 연계강화를 통하여 심적 안정을 도모하고, 안정된 수용생활을 유도'하기 위한 부부만남의집 운영, '사진을 비치함으로써 감호자들에게 정서를 함양하고 심적 안정을 도모하고, 가족과의 유대관계 강화를 목적으로 하는 가족사진 비치 및 자기 사진 송부, '국가관 확립 및 준법정신을 함양하여 건전한 인격형성과 심신단련을 도모하며 수용질서를 확립하고, 출소 후 건전한 민주시민으로 생활할 수 있는 자질을 배양'하기 위한 정신교육을 진행하고, '감호자의 덕성 함양 및 심성순화'를 위하여 각종 종교 프로그램을 운영하고 있다고 밝히고 있다.

그러나 조사팀은 보호감호소측이 밝히고 있는 이 같은 교정교화를 위한 프로그램들은 형식적으로 운영되고 있으며, 피감호자들을 위한 배려보다는 대외적 홍보를 위하여 진행되고 있음을 쉽게 확인할 수 있었다.

초등기초, 초등, 중등, 고등의 4단계로 분류된 학과교육의 필요성과 효과에 대해서는 피감호자나 교도관 모두 별다른 불만이나 문제점을 제기하지 않았으나, 근로 작업과 직업훈련에 대해서는 상당히 많은 문제점이 지적되었다.

특히 목공, 인쇄, 철공, 영농, 축산, 블록, 취사, 세탁, 영선, 청소, 이발, 간병, 원예 등의 근로 작업이나 미장, 조적, 이미용, 타일, 원예, 양재 등의 직업훈련의 경우, 그 과목이 한정되고, 격변하는 시대적 산업 환경을 반영하지 못한 시대착오적 과목들로, 출소(가출소) 이후의 사회생활에 별다른 도움이 되지 못하는 것으로 확인되었다. 다음은 최근 언론보도를 통해 밝혀진 청송보호감호소에서 가출소한 이모씨와 김모씨의 사연이다.

소매치기 전과 6범인 이모(45)씨는 지난 9월22일 징역 5년6개월에 보호감호 5년 형기를 마치고 청송 보호감호소를 가출소했다. 이전 수형 생활까지 합쳐 지금까지 삶의 반 가까이 사회와 떨어져 생활한 그는 다시는 범죄를 저지르지 않겠다는 생각에 감호소에서 전기설비와 미장 기능사 자격까지 땀다. 하지만 담장 밖 사회 현실은 냉혹하기만 했다. 그는 출소 후 일을 하기 위해 자격증과 상관없는 막노동판에도 찾아가 봤지만 매번 '퇴짜'를 맞았다. 가족 한 명 없는 그로서는 갈 곳도 없다. (세계일보, 2003년 12월 9일자)

보호감호소에서 가출소한 이들은 세상 밖으로 나온 이후 하루에도 수십 번씩 재범 유혹에

시달린다고 호소했다. 재범 우려가 높다는 이유만으로 징역형 몇 년에 보호감호 몇 년까지 사회와 단절돼 지내는 사이 이미 가족은 뿔뿔이 흩어졌고 보호감호소에서 배운 기술을 받아줄 만한 곳도 딱히 없기 때문이다.

◆위협받는 생계=이들의 생계 문제는 청송보호감호소 외문을 지나 낮은 거리에 나서면서부터 부딪치게 된다. 감호소 수감 기간 하루에 봉투 110~140개를 붙이며 손에 쥐는 일당은 1300~5000원. 가출소하면서 많아야 50만원 정도가 주머니에 들어 있다. 가출소자들은 한결 같이 “하루 빨리 직장을 구해야 한다는 절박함과 현실 사이에 넘지 못할 벽이 놓여 있었다”고 말했다. 감호소 내에서 탄 자격증은 실습을 제대로 하지 않아 ‘휴지조각’에 불과해 인정하는 곳이 없었고 전과자 신분이 드러나기라도 하면 막노동판에서조차 발붙이기가 쉽지 않았다고 한다.

지난 7월 가출소한 김모(43)씨. 감호소에서 탄 조적(벽돌쌓기) 자격증을 곳곳에 내밀었으나 벽돌 앞·뒷면조차 구별하지 못하는 그를 써주는 공사현장은 어디에도 없었다. 미장 자격증은 ‘전과자’라는 낙인에다 ‘가짜’ 취급만 받았다. 김씨는 “가출소 이후 거쳐 가는 보호관찰 기간이 끝나면 깊은 산속으로 들어가 자식 놔들하고 나물이나 뜯어 먹고 살겠다”고 체념했다.(세계일보 2003년 12월 10일자)

이처럼 근로 작업과 직업훈련은 출소 이후의 생계대책을 마련하는 등의 피감호자들의 생계대책을 돕기 위한 것이기보다는 감호소 측에는 피감호자들의 사회화를 위해서 무언가 하고 있다는 일종의 알리바이를 제공하고, 피감호자들은 가출소에 유리한 근거를 확보하기 위한 자격증을 확보하기 위해 마지못해 응하고 있는 실정이다.

감호소 측에서는 이를 보완하기 위하여 자동차 정비 교육, 컴퓨터 교육 등도 진행하고 있으나, 제대로 된 교육이 진행되지 않는 것은 마찬가지였다.

컴퓨터교육은 인터넷 연결이 되지 않은 컴퓨터로 한글 타자, 엑셀 등의 기본적인 교육이 진행되고 있을 뿐이어서, 인터넷 정보검색 등 필수적인 기능을 원천적으로 습득할 수 없는 상태였고, 자동차 정비 교육 역시 비슷한 상황이었다.

더욱 심각한 것은 보호감호소 측이 밝히고 있는 ‘다양한 사회적응’을 위한 교화 프로그램의 운용이었다. 감호소측이 제시한 교화 프로그램의 내용으로는

①신문 구독 ②방송 ③체육대회 ④사회 견학, 봉사활동 ⑤귀휴 ⑥부부만남의집 ⑦가족사진 비치 및 자기 사진 송부 ⑧정신교육 ⑨종교 프로그램이 있다.

그러나 ①신문 구독은 피감호자가 자기 돈으로 구독하는 것으로서 감호소측이 운영하는 교화프로그램으로 볼 수 없는 것이고,

②방송 또한 피감호자들에게 감호소측의 고지사항을 전달하는 기능을 수행하는 것

은 물론이고, 일방적인 정보만을 제공하고 있는 실정이다. 그러나 방송의 경우, 방송 자체가 지니는 오락적 기능으로 인하여 피감호자들의 호응은 높은 편이었다.

③체육대회는 그 성격상 감호소측이 밝히고 있는 '질서의식과 협동심 및 정서함양을 도모하고, 명량한 수용분위기를 조성'하는데 도움이 되고 있지만, 1년 동안 겨우 1회밖에 개최되지 않고 있는 실정이다.

④사회 견학, 봉사활동 역시 교화 프로그램으로서의 효과는 높으나, 1년 동안 8회밖에 진행되지 않았고,

⑤귀휴는 단지 59명의 피감호자만을 대상으로 진행하였고,

⑥부부만남의집 운영은 7명의 피감호자들을 대상으로 진행하였다. 이는 효과 높은 교화프로그램을 매우 형식적으로, 그것도 극히 제한된 인원만을 대상으로 진행하고 있는 실정을 확인시켜 주고 있다.

⑦가족사진 비치 및 자기 사진 송부는 가족사진 접수 인원이 107명, 사진 송부인원이 60명으로 그 참여도 저조한 상태였고, 조사팀이 생활 거실을 직접 확인한 결과 가족의 사진을 비치하여 두고 있는 피감호자는 거의 없었음을 확인하였고, 이 역시 형식적으로 서류상으로만 진행되는 교화 프로그램임이 확인되었다.

⑧정신교육은 연 10회를 개최하였으나, 그 효과가 검증되지 않았고, 청송보호감호소가 오지에 위치한 관계로 양질의 강사진을 섭외하기 어려운 원천적인 한계가 반영되고 있었다.

⑨종교 프로그램의 운용은 교화 프로그램으로서의 의의는 있으나 소측이 진행하는 프로그램이 아니라, 외부의 종단이 보호감호소를 방문하여 진행하는 것이었다.

## VIII. 피감호자들의 생활

피감호자들의 생활은 일반 교도소의 수형자의 그것과 전혀 다르지 않다. 소내 일과의 진행에 있어서 사회보호법의 목적인 '사회복귀를 촉진'하기 위한 별도의 배려는 없었다.

다음은 청송보호감호소의 피감호자들의 일과표와 일반 교도소 수형자의 일과표를 비교한 것이다.

<표 5-8> 일과표 비교

청송보호감호소 피감호자들의 일과표		일반 교도소 수형자의 일과표	
기상	06:40	기상	06:30
청소, 점검, 조식, 오전방송	06:40 - 08:05	청소, 명상, 조식, 오전방송	06:30 - 08:00
오전 작업	08:15 - 11:30	오전 작업	08:00 - 12:00
중식(작업장), 휴식	11:30 - 13:00	점검, 중식, 휴식	12:00 - 13:00
오후 작업, 점검	13:00 - 16:10	오후 작업, 점검	13:00 - 18:00
입실, 점검	16:10 - 16:45	석식	18:00 - 18:30
석식, 휴식	16:45 - 17:30	청소, 휴식	18:30 - 19:00
저녁 교화방송	17:30 - 20:30	방송교육, 자습, 독서, 오락	19:00 - 20:00
취침	20:30	방송교육, 자기 노작, 반성	20:00 - 21:00
		취침	21:00

“보호감호소의 생활이 일반 교도소의 생활과 비교하여 어느 정도 다르냐”고 묻는 설문<sup>273)</sup>에 의하면 ‘같다’는 응답이 65.6%, ‘조금 다르다’는 응답이 7.9%로 같거나 비슷하다는 응답이 73.5%가 나왔다. 이에 반해 ‘많이 다르다’는 응답은 17.4%, 전혀 다르다는 응답은 8.3%로 다르다는 응답이 25.7%가 나왔다.

<표 5-9> 피감호자가 생각하는 보호감호소와 일반교도소 생활과의 차이

구 분	빈 도
같다	65.6 (666)
조금 다르다	7.9 (80)
많이 다르다	17.4 (177)
전혀 다르다	8.3 (84)
모르겠다	0.9 (9)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (1016)</b>

피감호자들은 대체로 보호감호소가 일반 교도소와 다르지 않다고 생각하고 있었으며, 이는 일과의 진행, 생활 거실 등 보호감호소 시설의 상태 등의 일반 교도소와 다  
 273) 피감호자 대상의 설문 B1. "귀하는 보호감호소의 생활이 일반 교도소 생활과 비교하여 어느 정도 다르다고 생각하십니까?"

르지 않고, 피감호자들을 위한 별도의 교화프로그램이 운용되지 않고 있는 현실에 기인한 것으로 파악된다.

<표 5-10> 피감호자가 생각하는 보호감호소가 교도소보다 못한 점

구 분	빈 도
더욱 엄격한 생활규율	7.2 (49)
더욱 열악한 수용시설의 환경	46.4 (318)
직원의 비인격적 대우	12.8 (88)
전화·서신·접견등 외부와의 교통 제한	3.8 (26)
주·부식의 질과 양	12.1 (83)
부실한 직업교육	9.5 (65)
못하지 않다	2.8 (19)
기타	5.4 (37)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (685)</b>

피감호자들은 보호감호소가 일반 교도소보다 못한 점을 묻는 설문<sup>274)</sup>에 대해 “열악한 수용시설의 환경”(46.4%), “직원의 비인격적 대우”(12.8%), “주·부식의 질과 양”(12.1%), “부실한 직업교육”(9.5%), “더욱 엄격한 생활규율”(7.2%), “전화, 서신, 접견 등 외부와의 교통 제한”(3.8%), 등의 순으로 그 이유를 꼽았다.

<표 5-11> 피감호자가 생각하는 보호감호소가 교도소보다 나은 점

구 분	빈 도
자율적인 작업참여	3.3 (32)
수용질서 및 규율의 완화	1.2 (12)
인격적 대우	1.1 (11)
전화·서신·접견등 외부와의 교통	24.8 (239)
주·부식의 질과 양	1.5 (14)
내실있는 직업교육	0.8 (8)
나은 점이 전혀 없다	63.6 (612)
기타	3.5 (314)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (962)</b>

274) 피감호자 대상의 설문 B6. "귀하는 교도소의 생활과 비교하여 보호감호소가 교도소보다 못한 점은 무엇이라고 생각하십니까"

보호감호소가 일반 교도소보다 나은 점을 묻는 설문에 대해서는 63.6%가 “나은 점이 없다”고 응답하였고, 24.8%의 피감호자가 “전화, 서신, 접견 등 외부와의 교통”이 낫다고 답변하였다.

즉, 피감호자의 다수는 보호감호소가 일반 교도소와 비슷하게 운영되면서도, 구체적인 사항에 있어서는 일반 교도소보다 못하다는 의견을 피력하였다.

**<표 5-12> 피감호자가 생각하는 보호감호소내 수용생활**

구 분	빈 도
상당히 힘들다	71.9 (732)
힘든 편이다	25.0 (255)
괜찮은 편이다	1.4 (14)
상당히 괜찮다	0.8 (8)
모르겠다	0.9 (9)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (1018)</b>

또한 조사팀이 “보호감호소내 수용생활에 대해 어떻게 느끼고 있나”고 묻는 설문275)에 대해서는 “상당히 힘들다”는 응답이 71.9%, “힘든 편이다”는 응답이 25.0%로 96.9%의 피감호자들의 수용생활을 힘들게 느끼고 있음을 확인할 수 있었다.

피감호자들의 보호감호소에서의 생활을 힘들게 느끼고 있다는 것은 사회보호법의 “사회보호와 사회복귀 촉진”이라는 목적과 달리 보호감호가 실질적으로는 ‘처벌’의 효과를 지니고 있는 것을 확인하게 하여주고 있다.

**<표 5-13> 피감호자가 생각하는 보호감호소의 생활수칙과 규율**

구 분	빈 도
매우 엄하다	37.0 (377)
엄한 편이다	50.8 (517)
느슨한 편이다	6.8 (69)
매우 느슨하다	1.2 (12)
모르겠다	4.2 (43)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (1018)</b>

“보호감호소의 생활 수칙과 규율에 대해 어떻게 생각하냐”는 설문276)에 대해서는

275) 피감호자 대상의 설문 B2

“매우 엄하다”는 응답이 37.0%, “엄한 편이다”는 응답이 “50.8% 였고, “느슨한 편이다” 또는 “매우 느슨하다”는 응답은 8.0%에 불과하였다. 피감호자들의 87.8%는 보호감호소의 생활 수칙과 규율이 엄하다고 생각하고 있었으며, 생활 수칙과 규율이 엄하다고 생각되는 현실은 보호감호소의 운영이 일반 교도소의 운영과 거의 다르지 않음에서 오는 것으로 파악된다.

피감호자들의 처우는 [피보호감호자 분류 처우 규칙]<sup>277)</sup>에 의거하여 집행되고 있는데, 이 역시 일반 교도소의 수형자들을 대상으로 하는 [수용자 분류 처우 규칙]의 내용과 크게 다르지 않다.

또한 [피보호감호자 분류 처우 규칙]마저 “할 수 있다”는 모호한 규정으로 되어 있어서, 피감호자들의 체감하는 생활 수칙과 규율은 매우 엄격하게 운영되고 있다.

**<표 5-14> 피감호자가 생각하는 생활수칙과 규율적용**

구 분	빈 도
매우 공정하다	1.0 (10)
공정한 편이다	10.0 (101)
불공정한 편이다	47.9 (485)
매우 불공정하다	36.6 (371)
모르겠다	4.5 (46)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (1013)</b>

생활수칙과 규율이 엄격하게 운영되고 있다는 것도 문제였지만, 더 큰 문제는 이러한 수칙과 규율이 공정하게 적용되고 있는가의 여부였다. 이에 대한 설문<sup>278)</sup>에 대해 피감호자들의 47.9%는 “불공정한 편이다”라고 응답하였고, 36.6%는 “매우 불공정하다”고 응답하였으며, “매우 공정하다”는 응답자는 1.0%, “공정한 편이다”는 응답자는 10.0%에 그쳤다. 피감호자들의 86.5%는 생활 수칙이나 규율이 불공정하게 운영되고 있다고 응답하였다.

276) 피감호자 대상의 설문 B3

277) 법무부 훈령 447호, 2001. 7. 30

278) 피감호자 대상의 설문 B 4 “귀하는 생활수칙과 규율이 어떻게 적용되고 있다고 생각하십니까?”



## IX. 외부와의 교통

피감호자들에게 있어서 전화, 서신 왕래, 접견등의 외부와의 교통은 교정교화와 사회화를 위해 매우 중요한 사항이지만, 피감호자들의 오랜 구금생활로 인한 가정의 해체, 청송보호감호소의 지정학적 위치 등으로 인해 외부와의 교통은 활발하지 못한 상황이었다.

<표 5-15> 피감호자의 전화, 서신왕래, 접견등의 외부와의 교통횟수

구 분	빈 도
상당히 많다	4.7 (46)
많은 편이다	23.8 (234)
적은 편이다	45.0 (443)
상당히 적다	21.5 (212)
모르겠다	5.0 (49)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (984)</b>

전화, 서신 왕래, 접견등의 외부와의 교통을 얼 만큼 많이 한다고 생각하냐고 묻는 설문(279)에 대해 피감호자들은 “상당히 많은 편이다” - 4.7%, “많은 편이다” - 23.8%, “적은 편이다” - 45.0%, “상당히 적다” - 21.5%고 응답하였다. 즉, 피감호자들의 66.5%가 외부교통을 적게 하고 있다고 응답하였다.

<표 5-16> 피감호자의 면회횟수

구 분	빈 도
월 1회	30.1 (294)
월 2회	3.7 (36)
월 3회	3.1 (30)
월 4회	1.0 (10)
월 5회이상	2.0 (20)
없다	34.7 (339)
기타	25.3 (247)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (976)</b>

279) 피감호자들을 대상으로 한 설문 B15 "귀하의 전화, 서신 왕래, 접견등의 외부와의 교통 횟수는 다음중 어디에 해당하신다고 생각하십니까?"

<표 5-16>에서 볼 수 있는 바와 같이, 어느 정도 면회를 하나를 묻는 설문<sup>280</sup>에 대해 피감호자들은 “월 1회”(30.1%), “월 2회”(3.7%), “월 3회”(3.1%), “월 4회”(1.0%), “월 5회 이상”(2.0%)라고 응답하였고, 면회가 없다는 응답이 34.7%, 기타가 25.3%였다. 즉 월 2회 이상 면회를 하는 피감호자가 9.8%에 지나지 않는 것으로 확인되었다.

<표 5-17> 피감호자에게 가장 자주 면회를 오는 사람(택일)

구 분	빈 도
부모	19.8 (175)
형제	24.3 (215)
자녀	1.7 (15)
배우자	6.8 (60)
친구	4.9 (43)
친척	2.7 (24)
애인	0.6 (5)
종교교회위원	5.3 (47)
사회복지가	0.2 (2)
없다	30.4 (269)
기타	3.4 (30)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (885)</b>

피감호자들을 가장 자주 면회하러 오는 외부인사들을 묻는 설문<sup>281</sup>에 대해 피감호자들은 “형제”(24.3%) “부모”(19.8%), “배우자”(6.8%), “종교교회위원”(5.3%), “친구”(4.9%), “친척”(2.7%), “자녀”(1.7%), “애인”(0.6%) 순으로 응답하였고, 면회 오는 사람이 “없다”고 응답한 피감호자는 30.4%였다.

<표 5-18> 피감호자의 편지발신 횟수

구 분	빈 도
월 1회	27.1 (271)
월 2회	19.5 (195)
월 3회	12.8 (128)
월 4회	8.5 (85)
월 5회이상	15.0 (150)
없다	12.5 (125)
기타	4.7 (47)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (1001)</b>

280) 피감호자들을 대상으로 한 설문 B13. "귀하는 보호감호소에서 어느 정도 면회를 하시나요?"

281) 피감호자들을 대상으로 한 설문 B14. "가장 자주 면회를 오는 사람은 누구입니까?"(택일)

어느 정도 편지를 보내냐고 묻는 설문<sup>282</sup>에 대해 피감호자들은 “월1회”(27.1%), “월 2회”(19.5%), “월 3회”(12.8%), “월4회”(8.5%), “월 5회 이상”(15.0%)라고 응답하였고, “보내지 않는다”는 응답은 12.5%였다.

<표 5-19> 피감호자의 편지발신대상(택일)

구 분	빈 도
부모	25.7 (218)
형제	26.8 (227)
자녀	3.4 (29)
배우자	6.7 (57)
친구	5.3 (45)
친척	3.9 (33)
애인	0.8 (7)
종교교회위원	12.4 (105)
사회복지가	0.9 (8)
없다	11.6 (98)
기타	2.5 (21)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (848)</b>

또한 피감호자들이 편지를 보내는 대상<sup>283</sup>은 “형제”(26.8%), “부모”(25.7%), “종교교회위원”(12.4%), “배우자”(6.7%), “친구”(5.3%), “친척”(3.9%), “자녀”(3.4%) 순으로 나타났다.

<표 5-20> 피감호자의 편지수신 횟수

구 분	빈 도
월 1회	32.8 (329)
월 2회	20.2 (202)
월 3회	11.7 (117)
월 4회	5.1 (51)
월 5회이상	9.3 (93)
없다	14.6 (146)
기타	6.4 (64)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (1002)</b>

이에 비해 어느 정도의 편지를 받는가를 묻는 설문<sup>284</sup>에 대해 피감호자들을 “월 1  
 282) 피감호자들을 대상으로 한 설문 B9. "귀하는 보호감호소에서 어느 정도 편지를 보내시나요?"  
 283) 피감호자들을 대상으로 한 설문 B10. "귀하는 누구에게 가장 자주 편지를 보내시나요?"  
 "(택일)

회”(32.8%), “월 2회”(20.2%), “월 3회”(11.7%), “월 4회”(5.1%), “월 5회 이상”(9.3%)라고 응답하였고, 받는 편지가 “없다”는 응답이 “14.6%”였고, 기타가 6.4%였다.

<표 5-21> 피감호자의 편지수신대상(택일)

구 분	빈 도
부모	14.7 (133)
형제	28.0 (253)
자녀	3.5 (32)
배우자	6.1 (55)
친구	6.9 (62)
친척	3.8 (34)
애인	0.7 (6)
종교교회회원	18.8 (170)
사회복지가	0.8 (7)
없다	12.9 (117)
기타	3.9 (35)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (904)</b>

편지를 누구로부터 가장 많이 받느냐는 질문<sup>285</sup>에 대해서는 “형제”(28.0%), “종교교회회원”(18.8%), “부모”(14.7%), “친구”(6.9%), “배우자”(6.1%), “친척”(3.8%), “자녀”(3.5%) 순으로 응답하였고, ‘없다’는 응답도 12.9%가 되었다.

<표 5-22> 피감호자의 외부에 전화사용횟수

구 분	빈 도
주 1회	29.5 (297)
주 2회	12.9 (130)
주 3회	14.7 (148)
주 4회	8.2 (83)
주 5회이상	19.8 (199)
없다	7.7 (78)
기타	7.1 (72)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (1007)</b>

284) 피감호자들을 대상으로 한 설문 B11. "귀하는 보호감호소에서 어느 정도 편지를 받으시나요?"

285) 피감호자들을 대상으로 한 설문 B12. "귀하는 누구로부터 가장 많이 편지를 받으시나요?"

외부에 전화를 사용하는 횟수를 묻는 설문<sup>286)</sup>에 대해 피감호자들은 “주 1회” - 29.5%, “주 2회” - 12.9%, “주 3회” - 14.7%, “주 4회” - 8.2%, “주 5회 이상” 19.8% 전화를 사용한다고 응답하였고, 전화를 사용하지 않는다는 응답은 7.7%였다.

<표 5-23> 피감호자의 전화사용 대상(택일)

구 분	빈 도
부모	32.4 (276)
형제	30.1 (256)
자녀	3.2 (27)
배우자	7.6 (65)
친구	3.6 (31)
친척	4.0 (34)
애인	0.5 (4)
종교교회위원	6.1 (52)
사회복지가	0.2 (2)
없다	10.0 (75)
기타	2.2 (19)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (851)</b>

전화를 사용하는 경우에 누구에게 가장 자주 전화를 하냐는 질문<sup>287)</sup>에 대해서는 “부모”(32.4%), “형제”(30.1%), “배우자”(7.6%), “종교교회위원”(6.1%), “친척”(4.0%), “친구”(3.6%) 순으로 응답하였다.

<표 5-24> 피감호자 가족의 감호소 수용사실 인지 여부

구 분	빈 도
가족 모두가 안다	66.8 (675)
일부만 안다	21.6 (218)
아무도 모른다	5.2 (53)
가족이 없다	5.8 (59)
무응답	0.5 (5)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (1010)</b>

이러한 응답은 피감호자가 보호감호소에 수용되어 있다는 사실을 가족 모두가 안

---

286) 피감호자들을 대상으로 한 설문 B7. "귀하가 보호감호소에서 외부에 전화를 사용하는 횟수는 몇 회인가요?"

287) 피감호자들을 대상으로 한 설문 B8. "귀하는 누구에게 가장 자주 전화를 하시나요?"

다는 응답이 66.8%에 지나지 않았던 설문<sup>288)</sup> 응답이나, 보호감호소 수용중 이혼 등의 가족해체를 경험한 적이 있는지를 묻는 설문<sup>289)</sup>에 대해 “그렇다”고 답한 응답자가 48.5%에 달하는 점을 반영하고 있는 것으로 보인다.

---

288) 피감호자들을 대상으로 한 설문 B16. "귀하의 가족들은 귀하가 현재 보호감호소에 수용되어 있다는 사실을 알고 있나요?" "가족 모두가 안다"는 응답은 66.8%였고, "일부만 안다"는 응답이 21.6%, "아무도 모른다"는 5.2%, "가족이 없다"고 응답한 피감호자는 5.8%였다.

289) 피감호자들을 대상으로 한 설문 B17. "귀하는 보호감호소 수용중 이혼 등의 가족 해체를 경험하셨나요"라는 질문에 대해 "예"라고 답한 응답자는 48.5%였고, "아니오"라고 답한 응답자는 51.5%였다.

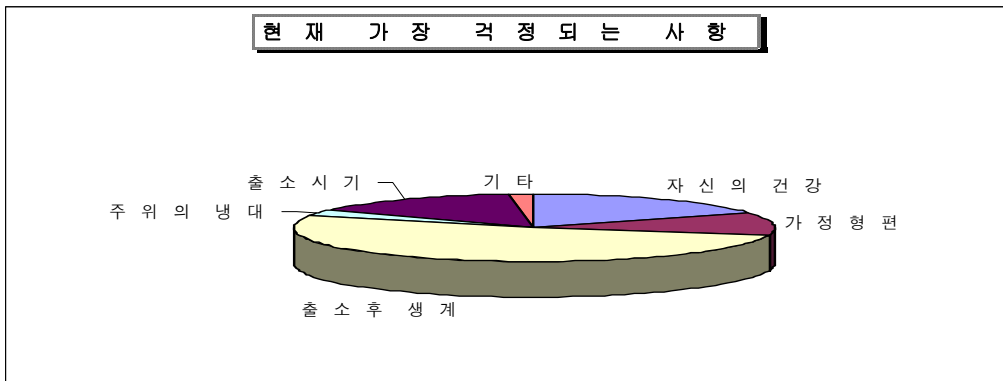
## 제4장. 보호감호제도의 현실적 위상과 문제점

### 제1절. 보호감호에 대한 의식과 현실적 문제점(송문호)

보호감호제도를 운영함에 있어서 피보호감호자와 교정공무원이 감호소생활에서 실제로 느끼는 문제점과 보호감호제도의 개선사항, 재사회화의 효과 그리고 이를 토대로 보호감호제도에 대한 전반적인 견해를 파악하고자 그와 관련된 설문조사를 실시하여 이하 대체적인 결과들을 도출하였다.

<표 6-1> 피보호감호자 본인이 현재 가장 걱정하는 사항 단위 :백분율(명)

구 분	빈 도
자신의 건강	17.6 (146)
가정형편	10.6 (88)
출소후 생계	52.7 (438)
주위의 냉대	3.1 (26)
출소시기	14.2 (118)
기타	1.8 (15)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (831)</b>



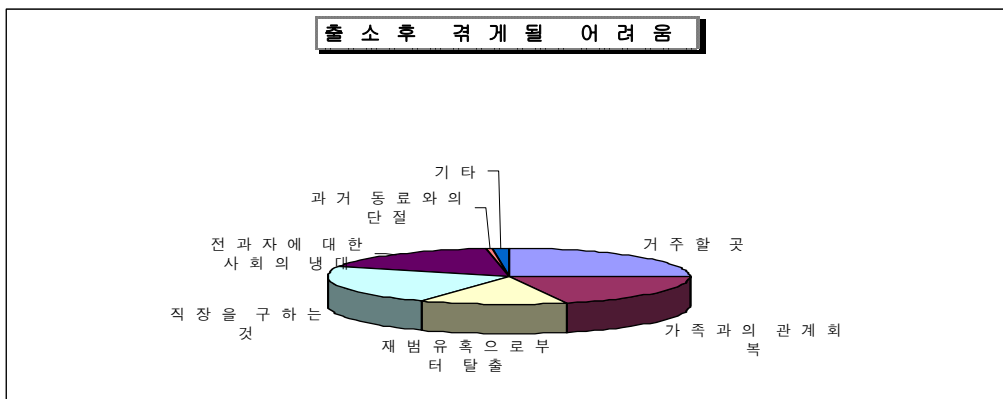
피보호감호자들은 본인이 현재 가장 걱정하는 사항으로 52.7%인 438명이 출소후에 생계라고 대답하여 생계형 범죄동기와 관련이 있는 것으로 보이고 10.6%가 가정형편이라고 대답하여 출소 후 일상적이고 기본적인 생활조건들에 대한 걱정이 가장 우선하는 것으로 나타났다. 반면 당면한 관심사라고 추측할 수 있는 출소시기에 대한 걱

정은 14.2%에 그쳤다. 그 외 자신의 건강에 대한 걱정은 17.6%, 주위의 냉대에 대한 걱정은 3.1%로 나타났다.

따라서 출소 후 정상적인 사회생활을 영위할 수 있는 여건들이 피감호자들에게는 가장 큰 걱정이고 이에 대한 사회적 차원에서의 제도적, 체계적인 배려가 재범방지에 근본적인 기여를 할 수 있을 것이라고 생각된다.

<표 6-2> 피보호감호자 본인이 출소후 겪게 될 가장 어려운 문제      단위 : 백분율(명)

구 분	빈 도
거주할 곳	25.2 (193)
가족과의 관계회복	19.5 (149)
재범유혹으로부터 탈출	13.6 (104)
직장을 구하는 것	22.5 (172)
전과자에 대한 사회의 냉대	17.4 (133)
과거 동료와의 단절	0.7 (5)
기타	1.3 (10)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (766)</b>



위 <표 6-1>과 유사한 질문으로서 피보호감호자들이 출소 후 사회에 나갔을 때 예상되는 가장 어려운 문제로서 25.2%가 거주할 곳이라고 답하였고 22.5%가 직장을 구하는 것, 19.5%가 가족과의 관계회복 그리고 17.4%가 전과자에 대한 사회의 냉대라고 대답함으로써 오랜 구금생활로 인하여 출소 후 정상적인 사회생활을 위한 의식주 해결 등과 관련된 가장 기본적인 조건들에 대한 문제들로 어려움을 겪을 것으로 예상했다. 반면 재범유혹으로부터의 탈출은 13.6%에 그쳤다.



<표 6-2-1> 교정공무원이 생각하는 피보호감호자들이 출소 후 겪게 될 가장 어려운 문제  
단위 : 백분율(명)

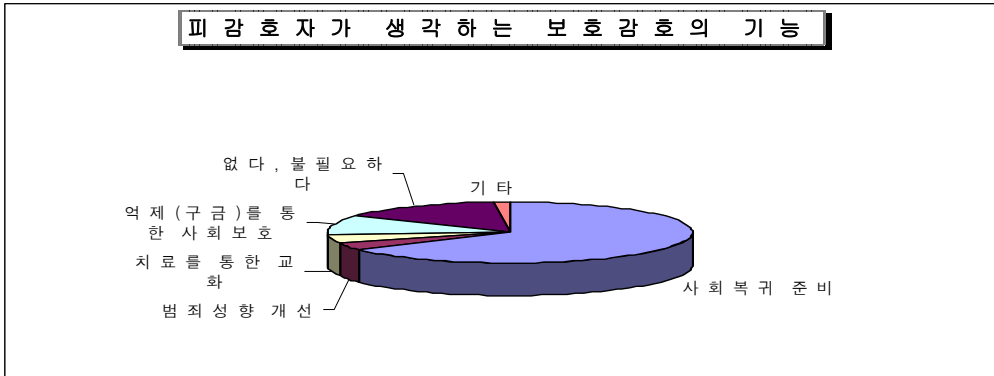
구 분	빈 도
거주할 곳	16.5 (58)
가족과의 관계회복	4.6 (16)
재범유혹으로부터 탈출	44.4 (156)
직장을 구하는 것	19.1 (67)
전과자에 대한 사회의 냉대	7.1 (25)
과거 동료와의 단절	3.1 (11)
기타	5.1 (18)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (351)</b>

보호감호소 교정공무원에게 위의 <표 6-1> 피보호감호자에게 한 것과 같은 질문을 한 결과 가장 많은 44.4%가 재범유혹으로부터의 탈출이라고 답하였고 다음으로 직장을 구하는 것이 19.1%, 거주할 곳이 16.5%, 전과자에 대한 사회의 냉대가 7.1%, 가족과의 관계회복이 4.6%, 과거 동료와의 단절은 3.1%로 나타났다.

위의 결과를 놓고 볼 때 피보호감호자와 교정공무원과의 인식차를 뚜렷이 느낄 수 있다. 피보호감호자들이 출소 후 예상되는 가장 어려운 문제로 당장 거주할 곳이나 직장구하기를 우선적으로 꼽은 반면 교정공무원은 재범유혹으로부터의 탈출이라 답하였다. 다시 말하면 피보호감호자들은 정상적인 사회생활에 필요한 기초적인 환경에서 어려움을 호소하며 다시 범죄에 빠진다면 본인이 처한 열악한 환경이 범죄원인이 된다고 생각하는 반면 교정공무원은 피보호감호자의 원래적 범죄소질에서 범죄원인을 생각하는 경향이 강하다고 추론할 수 있겠다.

<표 6-3> 피보호감호자가 생각하는 보호감호의 기능 중 가장 중요한 것 단위 : 백분율(명)

구 분	빈 도
사회복귀 준비	65.4 (593)
범죄성향 개선	3.7 (34)
치료를 통한 교화	4.7 (43)
억제(구금)를 통한 사회보호	9.9 (90)
없다, 불필요하다	14.7 (133)
기타	1.5 (14)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (907)</b>



보호감호자들은 보호감호의 구체적인 의미를 어떻게 생각하는지에 대하여 질문을 한 결과 보호감호의 가장 중요한 기능은 사회복귀준비가 65.4%로 가장 높은 비율을 차지

하였고 없거나 불필요하다고 대답한 경우가 14.7%, 구금을 통한 사회보호가 9.9%, 치료를 통한 교화가 4.7%, 범죄성향개선이 3.7%로 나타났다.

다시 말해 많은 피보호감호자들은 보호감호의 가장 중요한 기능을 사회복귀를 준비하는 것으로 생각하는 반면 현실적으로는 위 <표6-1>과 <표6-2>에서 나타난 것처럼 사회생활의 가장 기초적인 조건인 당장 거주할 곳이나 생계대책이 가장 걱정되는 것으로 나타났다. 피감호자의 제도에 대한 의식과 그들의 현실적인 조건들 사이에 커다란 괴리가 있음을 알 수 있다.

또한 주목할 만 한 점은 보호감호제도를 치료를 통한 교화나 범죄성향개선으로 생각하는 비율은 모두 8.4%로 저조하여 피보호감호자들은 처음부터 보호감호제도의 개선작용은 염두에 두지 않은 경우가 대부분을 차지한다고 할 수 있다.

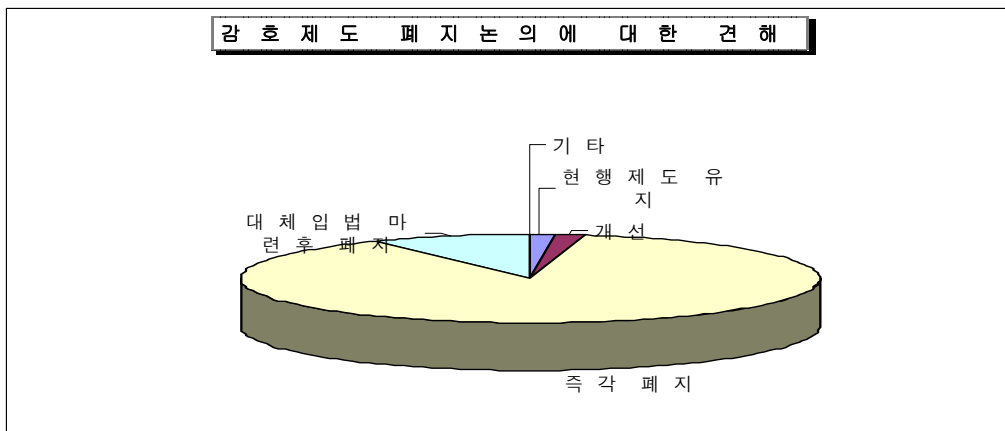
<표 6-3-1> 교정공무원이 생각하는 보호감호기능 중 가장 중요한 것      단위 : 백분율(명)

구 분	빈 도
사회복귀 준비	39.0 (153)
범죄성향 개선	17.6 (69)
치료를 통한 교화	5.4 (21)
억제(구금)를 통한 사회보호	28.6 (112)
없다, 불필요하다	2.8 (11)
기타	6.6 (26)
합 계	100.0 (392)

보호감호의 기능에 대한 피보호감호자에게 한 질문과 똑같은 질문을 교정공무원에게 한 결과 사회복지준비가 39.0%로 가장 높은 비율을 차지하여 수치상의 차이는 있지만 피보호감호자와 마찬가지로 보호감호의 가장 중요한 기능을 사회복지준비라고 생각하였다. 다음으로 28.6%가 억제(구금)을 통한 사회보호라고 답하여 비교적 높은 비율을 나타내고 있고, 17.6%가 범죄성향개선, 5.4%가 치료를 통한 교화라고 답하였으며 2.8%가 없거나 불필요하다고 대답하였다.

<표 6-4> 피보호감호자의 보호감호제도 폐지의 논의에 대한 의견      단위 : 백분율(명)

구분	빈도
현행제도 유지	1.3 (13)
개선	1.8 (18)
즉각 폐지	87.9 (862)
대체입법 마련 후 폐지	8.9 (87)
기타	0.1 (1)
합계	100.0 (981)



현재 논의되고 있는 보호감호제도의 폐지에 대한 피보호감호자들의 견해는 즉각 폐지가 대다수인 87.9% 대체입법마련 후 폐지가 8.9%로 나타나 폐지를 전제로 하는 의견이 모두 96.8%로 압도적인 다수를 차지하고 있다. 피보호감호자들의 그 동안 폐지주장과 함께 수차례의 단식투쟁을 상기한다면 당연한 결과라고 생각된다. 그 외 현행제도유지는 1.3%, 개선은 1.8%로 나타났다.

<표 6-4-1> 교정공무원의 보호감호제도 폐지의 논의에 대한 의견      단위: 백분율(명)

구 분	빈 도
현행제도 유지	5.0 (21)
다소 개선	26.1 (109)
대폭 개선	24.6 (103)
즉각 폐지	6.9 (29)
대체입법 마련후 폐지	17.9 (75)
기타	19.4 (81)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (418)</b>

바로 위 <표 6-4>와 똑같은 질문을 교정공무원에게 한 결과 피보호감호자의 경우와 다른 결과로서 26.1%는 다소 개선, 24.6%는 대폭 개선이라고 하여 약 절반정도가 개선해야한다고 답하였다. 현행제도를 유지해야한다는 입장은 5%에 그쳤다. 반면 대체입법을 마련한 후 폐지해야한다는 의견은 17.9%, 즉각 폐지해야 한다는 의견은 6.9%로 나타났다.

결론적으로 보호감호제도의 폐지여부에 대해서는 피보호감호자와 교정공무원사이에 현격한 인식차이를 보이고 있는데 피보호감호자는 보호감호제도를 즉각 폐지해야 한다는 의견이 압도적으로 월등한 반면 교정공무원은 대체로 개선하여 운영해야 한다는 의견을 가지고 있었다. 또한 현행제도를 유지해야한다는 의견이 피보호감호자는 1.3%, 교정공무원은 5.0%에 그쳐 보호감호의 현행법제도에 문제점이 있다는 인식은 양자가 크게 다르지 않았다.

<표 6-5> 피보호감호자가 생각하는 현행 보호감호제도의 개선시 가장 시급한 문제      단위 : 백분율(명)

구 분	빈 도
치료위주의 교화활동	4.1 (27)
내실있는 교육 및 직업훈련	3.1 (20)
복지처우 중심의 지원	8.0 (52)
최저임금 수준의 근로보상금 지급	30.1 (196)
도시 인근으로 이전설치	10.9 (71)
교도관이 아닌 감호직의 관리	4.5 (29)
감호인원의 대폭 감소	8.8 (57)
가출소 기회의 확대	25.2 (164)
기타	5.4 (35)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (651)</b>

현행 보호감호제도를 개선할 경우 우선적으로 고려해야할 사항에 대한 질문에는 피보호감호자의 30.1%가 최저임금수준의 근로보상금지급이라고 답하였고 그 뒤를 이어 25.2%는 가출소기회의 확대, 10.9%는 도시인근으로 이전설치, 8.8%가 감호인원의 대폭 감소, 8.0%가 복지처우중심의 지원이라고 답하였으며 그 외 4.5%는 교도관이 아닌 감호직의 관리, 4.1%는 치료위주의 교화활동, 3.1%는 내실있는 교육 및 직업훈련이라고 답하였다.

피보호감호자들은 보호감호제도 개선에 있어서 근본적인 문제일 수 있는 감호인원의 대폭감소(8.8%)보다는 감호소 생활에 있어서 당장 눈앞에 닥친 문제인 최저임금수준의 근로보상금지급(30.1%)이나 가출소기회의 확대(25.2%)를 우선적으로 꼽았다.

<표 6-5-1> 교정공무원이 생각하는 현행 보호감호제도의 개선시 가장 시급한 문제

단위 : 백분율(명)

구 분	빈 도
치료위주의 교화활동	4.9 (16)
내실있는 교육 및 직업훈련	29.9 (97)
복지처우 중심의 지원	4.6 (15)
최저임금 수준의 근로보상금 지급	8.0 (26)
도시 인근으로 이전설치	29.0 (94)
교도관이 아닌 감호직의 관리	9.3 (30)
감호인원의 대폭 감소	1.9 (6)
가출소 기회의 확대	1.9 (6)
기타	10.5 (34)
<b>합 계</b>	<b>100.0 (324)</b>

현행 보호감호제도를 개선할 경우 우선적으로 고려해야할 사항에 대한 같은 질문을 교정공무원에게 한 결과, 29.9%가 내실있는 교육 및 직업훈련이라고 답하였고 그 뒤를 이어 29%는 도시인근으로 이전설치, 9.3%는 교도관이 아닌 감호직의 관리, 8.0%는 최저임금수준의 근로보상금지급이라고 답하였으며 그 외 4.9%는 치료위주의 교화활동, 4.6%는 복지처우중심의 지원이라고 하였다. 반면 감호인원의 대폭 감소와 가출소기회의 확대에 대해서는 공히 1.9%만이 응답하여 피보호감호자와 인식차를 드러냈다.

결국 60%의 정도의 교정공무원은 보호감호제도의 개선은 사회복지를 위한 감호소내의 구체적 처우내용을 개선해야한다고 생각한다고 추측된다.

<표 6-6> 보호감호제도가 범죄성향개선과 사회복귀에 기여하는지에 대한 교정공무원의 의견  
단위 : 백분율(명)

구 분	빈 도
상당히 도움이 될 것이다	8.1 (34)
다소 도움이 될 것이다	30.4 (128)
별로 도움이 되지 않는다	23.3 (98)
전혀 도움이 되지 않는다	11.6 (49)
모르겠다	26.6 (112)
합 계	100.0 (421)

교정공무원에게 그 동안의 실무경험을 통해 보호감호가 피보호감호자의 범죄성향 개선과 사회복귀에 사실상 기여하고 있다고 생각하는지에 대한 질문을 하여 보호감호가 피보호감호자의 개선에 도움이 되는지를 간접적으로 알아보았다. 이에 30.4%가 다소 도움이 될 것이라고 답하였고 상당히 도움이 될 것이라는 8.1%에 그쳤으며 모르겠다가 26.6%, 별로 도움이 되지 않는다가 23.3%, 전혀 도움이 되지 않는다는도 11.6%에 달하였다.

전반적으로 보아 교정공무원은 보호감호가 피보호감호자들의 범죄성향개선이나 사회복귀에는 별 도움이 되지 않는다는 의견이 우세한 것으로 나타났다.

## 제2절. 개별조사 및 대표적 인권침해사례 (장유식)

### 1. 주요한 사건들

청송감호소의 인권침해사례와 관련되어 사회적으로도 꽤 널리 알려진 사건 몇 가지를 먼저 소개하기로 한다.

#### 가. 1984년 박영두 치사사건<sup>290)</sup>

1980년 삼청교육대로 끌려간 박영두 씨는 삼청교육 후 정식재판 없이 이른바 ‘쪽지

290) 지난 2000년 의문사진상규명위원회는 박씨의 죽음이 교도관들의 집단구타에 의한 사망이라고 밝히고, 박 씨의 행위를 민주화운동이라고 규정했다.

감호'로 보호감호를 부과 받았다. 청송 제1감호소에 수감된 박씨는 조교들의 무참한 인권침해에 항의해 동료들과 함께 시위를 벌이다 주동자로 지목돼 군사재판에서 15년의 형을 선고받았다.

이후 박씨는 동료 피보호감호자들과 함께 '보호감호철폐' '재소자 처우 개선' 등을 주장했으며 이일로 계기로 특수시설인 7사동에 수감됐다. 또한 지하실로 끌려가 교도관들로부터 모진 구타와 고문을 받았는데, 폭행 후 방치되어 있다가 결국 사망했다. 당시 국립과학수사연구소는 박씨의 사인을 심장마비라고 판정했으며, 검사는 별도의 조사를 하지 않았고 감호소측은 가족에게 시신도 보여주지도 않은 채 화장해 버렸다.

감추어진 진실을 알리기 위한 피보호감호자들의 노력은 눈물겨웠다. 당시 피감호자들은 박씨의 사인을 알리고 감호소의 실상을 알리려 외부병원 치술을 삼키는 등의 자해투쟁을 벌였고, 1985년 9월 19일 박영두씨 사망사건 1주기를 맞아 7사동의 재소자들이 8사동을 3일간 점거했으나 무장한 교도관들 앞에서 결국 자진해산했다.<sup>291)</sup> 감호소측은 피감호자들이 난동과 탈주를 꾀했다는 허위발표를 했으나, 아무도 형사 입건시키지는 않았다.

#### 나. 1987년 7.31 사건(청송 2감호소 단식농성)<sup>292)</sup>

사회보호법에 대한 불만과 상여금 차등지급, 작업 정량 과다 책정에 대한 항의의 표시로 단식이 진행되었다.

당시 하루 상여금이 5백 원에서 4천원까지 책정돼 있었지만 대다수 피감호자들은 누진처우가 7 ~ 9등급으로 최하 수준인 5백 원 상당의 근로보상금을 받았다. 이에 따라 7년간 복역한 피감호자들도 출소시 수중에 10-20만원을 챙겨 나가기 어려운 실정이었다. 또한 제1감호소에 비해 우량수가 모여 있는 제2감호소의 경우 부식 등 처우가 제1감호소보다 열악했다.

공장마다 연락이 닿아 피감호자의 대다수가 피감호자에 대한 처우 개선과 사회보호법 개선 등을 요구하며 단식에 참여했다. 단식 3일째 한명씩 강제급식 당했으나 주모자 5명 등은 여전히 음식을 거부하자 감호소측은 이들을 지하실로 끌고 가 고문과 구타를 가했다고 한다.

주모자로 지정된 5명이 징벌을 받았고, 여성을 포함해 모두 8명이 안동교도소로 이송됐다가 3일 만에 제1감호소로 돌아왔다.

291) 98년 당시 피보호감호자 조세형 씨의 소송문 내용 중

292) 99년 인권운동사랑방 '청송 출소자 간담회' 내용 중에서

#### 다. 1993년 5.29 사건(청송 2감호소 중심)<sup>293)</sup>

동료 피감호자와 다투던 김재열 씨가 교도관들에게 끌려간 후 의문사했다. 이에 대해 감호소측은 자살이라고 결론 내렸으나, 피감호자들은 교도관들의 폭행에 의한 사망이라고 주장, 진상규명을 요구하였으며 문민정부에 대해 피감호자에 대한 대사면 약속이행 및 상여금 인상 등을 주장하는 시위를 벌였다.

피감호자들은 사동에 바리케이트 친 후 항의단식을 진행했으나 농성 하루 만에 최루탄 등으로 진압됐다.

핵심인물 17명이 징벌을 받았으며 3명은 공무집행 방해로 추가형을 받아서 안동 교도소를 거쳐 대구교도소로 이송됐다. 이일을 계기로 당시 250원을 받던 훈련생들의 근로보상금이 500원으로 인상됐다.

#### 라. 2002년 피감호자들의 단식농성

2002년 피감호자들은 지난 4월과 10월, 11월에 걸쳐 세 차례의 단식농성을 진행했다. 당시 이들의 단식농성은 가출소의 확대, 근로보상금의 인상 등으로 언론 및 법무부에 의해 호도되었으나 이들의 본질적인 주장은 '사회보호법의 폐지'였다.

이일을 계기로 지난 2003. 3. 11. 26개 인권단체, 시민단체가 참여한 가운데 [사회보호법 폐지를 위한 공동대책위원회]가 결성되었으며, 피감호자들의 처우와 관련한 헌법소원이 제기됐다.

#### 마 2003년 피감호자들의 단식농성

2002년에 있었던 세 차례의 단식과 연초 [사회보호법 폐지를 위한 공동대책위원회] 결성을 계기로, 2003년은 어느 해보다도 보호감호제에 대한 사회적 관심이 고조되었던 시기였다.

이에 따라 주무부서인 법무부에서도 5. 29. 보호감호제 개선안을 내놓는 등 청송감호소의 인권상황은 현상적으로 다소 호전되었으나, 상당한 시간이 지났음에도 불구하고 제자리를 맴도는 보호감호제 폐지논의, 법무부의 애매모호한 태도, 국회에서의 일정 지연 등으로 인해 2003년에도 5월과 9월, 2차례의 단식농성이 벌어졌다. 특히, 9월 말-10월초에 이루어진 단식농성은 그동안 소극적이었던 제1감호소 수용자들도 대거 참여하여, 제1감호소와 제2감호소를 통틀어 800여명의 피감호자가 농성에 가담하였다.

293) 99년 인권운동사랑방 '청송 출소자 간담회' 내용 중에서



그러나, 불행하게도 단식농성중인 10월 4일, 제1감호소 강모씨(37세)가 식도출혈로 사망하는 사건이 발생했는데, 부검결과 복막염이 장시간 방치되어 발생한 사고로 밝혀져 감호소의 열악한 의료시설이 다시 한번 도마 위에 오르기도 했다.

## 2 피감호자에 대한 인권침해 사례<sup>294)</sup>

### 가. 성장환경에 대한 사회적 대책이 필요

피보호감호자의 대부분이 우리사회의 하층계층 출신으로 범죄의 양상 역시 절대다수가 절도 등 생계형 범죄이다. 따라서 이들 범죄의 원인과 책임은 개인에게 모두 전가될 것이 아니라 상당 부분 우리사회가 나누어 져야할 필요가 있다. 즉 범죄 발생을 억제하기 위해서는 범죄의 상습화를 초래하는 빈곤의 문제, 사회적 불평등과 빈부 격차 등을 해소하기 위한 사회정책적 노력이 절실하다. 그러나 이러한 점을 간과하고 범죄의 원인과 그 책임을 오로지 범죄인 개인에게 지워 형벌 이외의 추가적 구금을 강요하는 것은 해결책이 될 수 없다.

#### <사례 1> 정OO(45), 살인 등, 형기 10년에 보호감호

“의붓아버지의 자녀들의 잦은 구타로 10살 때 가출했으나 14살이 되었을 무렵 어떻게 알았는지 큰형이 찾아와 집에 끌려가 신나게 매맞고 3일 정도 누워있었습니다. 그 후 언제 또 매맞을지 모르는 불안 때문에, 공포 때문에 또 다시 가출하게 되었습니다. 그리고는 3일 낮 밤을 걸어갔습니다. 아마도 천안쯤으로 생각됩니다. 거기서 3일을 굶으니 눈에 보이는 것이 없었고 지나가는 여자의 지갑을 훔쳤습니다. 그러나 불들려서 소년원에 가게돼 1년 실형을 살았습니다. 출소 후 아는 사람도 없고 집에도 갈 수 없어서 소년원에서 맞았던 사람들을 찾아갔습니다. 그들과 어울리다 다시 어떤 아주머니의 가방을 훔친 죄로 인천소년원에서 2년을 살게 됐습니다. 거기서 범죄도 배우고 매 맞고 싸우면서 세상에서 잘 나가는 사람들을 미워하게 됐습니다. 그리고 삶에 대한 미련도 없었습니다. 저를 누가 기다려주지도 않고 기억하지도 않는다는 생각에 그냥 하루하루를 살게 된 것입니다.”

#### <사례 2> 박OO(40), 특수절도, 형기 4년에 보호감호

“아버지와 둘째형이 문제였습니다. 야구방망이로 매 맞고 가끔은 나무에 매달아놓

294) 아래에 소개되는 사례는 주로 피감호자들과의 면담내용에 의존한 것으로서, 사실확인 절차가 이루어진 것은 아님을 밝힌다.

고 밥도 먹지 못하게 하였습니다. 그래서 형을 피해 다니다가 동네 형들과 어울려서 싸움도 하러 다니고 담배도 배웠습니다.(중략) 15살 때 아버지의 폭행으로 집을 나왔습니다. 대구역 앞에서 구두닦이 생활을 하였습니다. 5명이 같이하면서 잘 지내고 있었는데 다른 패거리들과 싸우다가 경찰서에 끌려가 집단폭행 및 폭력혐의로 결국은 소년원에서 2년 만에 출소했습니다.(중략) 물론 저 자신이 문제입니다. 싸움이나하고 참을성이 부족하고 학교 다닐 때 조금만 더 열심히 하였어도 가정 폭력으로부터 벗어날 수 있었을 텐데 말입니다. 그러나 그것은 저의 능력의 한계였고 그 다음은 아버지의 어머니에 대한 폭력, 형의 저에 대한 폭력입니다. 아버지가 술을 드시고 오시는 날은 공포의 시간이었습니다.(중략) 저는 엄청난 공포감으로 초등학교 6학년 때까지 (잠자리에서) 오줌을 싸곤 했습니다."

## 나. 집필 및 접견제한

집필과 접견은 피감호자들의 사회적 소통을 가능하게 재사회화를 준비하는 중요한 과정이다. 그러나, 보호감호소의 집필과 접견 실태는 일반 교도소의 그것과 전혀 다르지 않아 인권침해논란이 끊이지 않고 있다.

아래 사례는 보호감호소가 재소자를 철저히 외부와 격리하고, 부당한 처우에 대하여 불복할 수 있는 방법들을 원천적으로 봉쇄, 누구로부터 감독이나 견제도 없이 감호자들의 인권을 짓밟아 왔음을 보여준다.<sup>295)</sup>

### <사례> 유OO, 97년 보호감호소 출소

청송 제2보호감호소에 있던 유OO는 1992. 4. 20부터 1992. 4. 25.까지 교도관들의 부당한 처우에 대하여 형사고소를 하였다가 무혐의 결정이 내려진 사안과 관련하여 고소인에게 무혐의 결정을 고지하지 않았다는 이유로 처분고지의무이행심판청구를 하기 위해 집필(문서를 작성하는 것) 신청을 하였으나 감호소측이 허가하지 않았고, 위 허가하지 않은 처분에 대해 법무부장관예의 청원 및 고소를 하고자 집필신청을 하였는데 역시 불허처분을 당했으며, 다시 위 불허처분에 대해 다시 직권남용 등을 이유로 고소를 하고자 집필신청을 하였으나 계속 불허 당했다.

또한 유OO는 1992. 8. 6. 그의 어머니와 면회하는 과정에서 교도관들로부터 가혹행위를 당했으니 변호사를 선임해 달라고 요청하였는데, 면회실에서 입회하고 있던 교도관이 즉시 원고의 입을 막고 손목을 비틀어 면회실 밖으로 끌고 나갔다.

295) 사회보호법폐지를 위한 공동대책위원회 소책자 '보호감호와 싸우는 사람들' 중에서

이후 유OO는 소송을 통해 감호자가 집필을 하기 전에 미리 그 내용을 담당교도관에게 알리지 않았다는 이유로 집필을 허가하지 않는 것은 위법하며, 행형법에서 접견 내용을 이유로 접견을 중단할 수 있도록 한 규정이 없으므로 위 접견 중단도 위법하다고 판단을 이끌어 낸 바 있다.

#### 다. 규율 및 가혹행위

피보호감호자들에 대한 독방수용 및 징벌과 계구 사용 역시 별도의 규정 없이 행형법에 따라 수형자들의 내부규칙이 그대로 적용되고 있다. 97년 형사정책연구원의 실태조사에 따르면 조사대상자 376명 가운데 80%이상이 생활수칙과 규율이 엄격하다고 지적한 바 있으며, 또한 청송보호감호소 설립 초기부터 지난 90년 중반까지 감호소내 가혹행위는 줄을 이었다.

##### <사례1> 윤OO, 97년 보호감호소 출소

윤OO는 청송감호소 교도관들로부터 집단구타를 당하고 이에 대해 형사고소를 진행한 무혐의 결정이 내려지자 법원에 재정신청을 하였다. 이에 대해 청송보호감호소 측은 윤OO에게 재정신청을 취하를 요구하며 협박과 회유를 일삼았으나 윤OO는 이를 거부한 바 있다. 하지만 윤OO는 출소 후 법원에서 자신의 이름과 무인이 찍힌 재정신청 취하서를 발견, 이에 대해 1998. 3.경 당시 교도관과 소장을 사문서 위조 혐의로 대검찰청에 고소했으나 도리어 무고죄로 기소 당해 현재 재판 중이다.

##### <사례2> 김OO, 2003. 7. 가출소

"교도소에서 징역형을 복역하다가 만기를 3일 앞두고 만기방으로 들어가는 날 담배 소지 혐의로 적발되어 조사를 받는 과정에서 손발이 묶인 채로 심하게 폭행을 당했고 손과 발을 한데 묶어서 제대로 걸음을 걸을 수 없는 상태로 독방에서 조사실이 있는 보안과까지 걸어가게 한다든지 이루 말로 다할 수 없는 폭행을 당했습니다. 그리고 결국 금치 2개월의 징벌을 받아 감호소로 이송이 되었고 이송이 된 후에도 계속하여 징벌을 집행하였는데 연쇄라는 쇠사슬 계구를 채운 채 금치 2개월을 집행하였습니다."

##### <사례3> 박OO, 제2감호소 1사 중층 수용중

1996년 12월 처음 구속이 될 때는 다소 저능이라고 할 수는 있어도 다른 사람들과 공동생활을 하는 데는 그다지 문제가 없다고 여겨지던 사람이었는데 심한 난청으로

보청기를 사용하지 않으면 공동생활이 불가능하다는 이유로 장기간 독방에 수용함으로써 차츰 정도가 심해져서 지금은 일 년 열두 달 동안 방 안에서 단 한 발짝도 방 밖으로 나오려고 하지 않는다고 한다. 뿐만 아니라 하루 종일 혼자서 중얼거리며 특히 밤에는 큰소리로 중얼거리며 잠을 못 이루기 일쑤다. 밥그릇도 씻지 않고 밥을 그대로 받아먹고, 씻지도 않으며 차마 말로 표현할 수 없을 정도로 인간 이하의 생활을 하고 있다. 보호감호 재범이라는 이유로 5년이 넘었지만 가출소를 시키지 않고 있으며 결국에는 정신질환자로 판명을 받았지만 정신과 치료는커녕 독방에만 수용한 채 방치하여 점점 상태가 악화되고 있다.

<사례4> 정OO, 제2감호소 1사 중층 수용중

정신이 이상하여 독방에 수용된 사람으로 봄·여름·가을·겨울 구별 없이 하루 종일 방 안에서 옷을 흘랑 벗고 서서 창 밖을 내다보고 있으며, 물만 보면 씻으려고 한다는 이유로 독방에 수용하여 식수 이외의 물은 공급을 차단하고 있다. 특히 이런 경우에는 정신과 치료를 받게 한다든지 하루빨리 가출소 시켜서 치료를 받을 수 있도록 해 주어야 함에도 전혀 치료도 해 주지 않고 가출소나 집행정지도 시켜주지 않고 독방에 수용한 채 방치하고 있어서 상태가 점점 더 심각해지고 있다. 이 사람은 일 년 열두 달 동안 방 밖에 한 번 안 나오고 햇빛 한 번 안 쬐는 실정이다.

<사례5> 이OO, 교육생

유치원에 다니던 아들을 두고 구속이 되어 징역형(12년)을 복역하고 감호집행 9개월째 되었을 때 군에 입대하여 백일 휴가를 하루 앞둔 아들이 영내 화장실에서 스스로 목숨을 끊었다. 징역형만 복역하고 출소하였다면 이런 일이 일어나지 않았을지도 모른다고 본인은 생각하고 있다.

군 입대를 앞둔 외아들의 손이라도 한 번 잡아보고 마음이라도 달래주려고 제1감호소에서 실시하는 가족합동 접견을 신청하였으나 조건이 안 된다고 불허하였고, 결국 아들이 죽어 한 줌의 재가 되고 난 후에야 귀휴를 허가하였다. 아들의 군 입대는 '귀휴'의 사유가 됨에도 불구하고 피감호자들이 잘 몰라서 신청을 하지 않는 경우가 많다고 한다.

## 라. 의료 현실

열악한 의료현실은 매우 심각하다. 치료가 제때 이루어지지 않는 것은 물론이고, 원칙적으로 자비부담을 해야 제대로 된 치료를 받을 수 있다. 가족들이 피감호자가

구속이 된 후에도 감호자 몫의 의료보험료를 납부하는데도 의료보험의 혜택을 받지 못하고 전액 현금을 지불하고 외부병원에서 치료를 받아야 하는 경우가 비일비재하다.

어렵사리 외부병원에서 치료를 받게 되더라도, 치과수술이나 내시경 같은 간단한 수술은 물론이고 두 시간이 넘는 잇몸소파수술을 받는데도 아예 한쪽 손의 수갑조차 풀어주지 않으며 수용시설에 돌아올 때까지 완전히 상체가 뾰뾰 묶인 상태로 식사와 용변을 해결하며 수 시간을 지내야 한다. 병원에 입원을 해야 하는 경우는 환자의 손목과 병원 침상을 수갑으로 연결해 두거나 심한 경우는 쇠사슬로 발목과 침상을 묶어두는 경우까지 있다고 한다. 호송과 수술, 진료과정에서 환자로서의 인권은 철저히 무시당하고, 짐승 취급을 당하는 것이다.

돈만 있으면 수용시설에서 의사의 진단 없이 진통제나 감기약을 무제한 사먹을 수 있고, 실제 환각제로 복용되거나 약물중독을 일으키기도 하는 것도 문제이다.

<사례1> 장OO, 제2감호소 수감 중

수형(受刑)기간 중에 발병을 했는지 감호기간 중에 발병을 했는지 정확히 알지 못하지만 간염이 발병하였으나 치료를 방치하여 간경화로 발전하였고, 간경화로 발전 후에도 치료를 방치하여 현재는 간암으로 발전할 가능성이 있다. 자신의 돈으로 치료할 입장이 아니고, 감호소측에서 치료를 해주는 것도 아니며, 가출소를 통해 가족이 치료할 수 있는 것도 아니다.

<사례2> 박OO, 2001. 10. 경 제1감호소 독방에서 사망

징역 7년형을 복역하는 동안 꾸준히 두통을 호소하였는데 정밀 진찰 없이 계속 방치하여 오다가 징역형 만기를 앞두고 흡연 혐의로 금치 2개월의 징벌을 받아 징벌 집행 중 제1감호소로 이송되었고, 제1감호소에서 계속하여 징벌을 집행하였다. 계속하여 두통을 호소하였지만 징벌 중이라는 이유로 의무과에 연출하여 진찰을 하는 것 자체가 거부되었고(징벌자는 관구실이나 보안과의 허락이 필요하므로), 거의 의식이 없는 상태가 되어서야 의무과 연출을 허락하고 의무과에 근무하는 교사가 박OO의 발바닥이나 옆구리를 자극해 본 후 아직 의식은 있다면서 방치하여 결국 사망에 이르렀다.

<사례3> 조석영, 2003. 8. 가출소

앞 이빨이 빠져 전액 자비부담으로 이빨을 해 넣으려고 하자 “입치 후에 입치가 잘못되어 이의를 제기하는 경우가 많다”면서 ‘입치가 잘못되어도 이의를 제기하지 않겠으며 민·형사상 이의를 제기하지 않겠다’는 서약서를 쓰게 한 후 가족으로부터

“차후에 아무런 이의제기를 하지 않을 뿐 아니라 비용을 부담하겠다”는 동의서를 쓰게 한 후에야 입치를 해 주었다.

<사례4> 박OO, 제2감호소 수용중

2003. 7. 경 외부병원에서 전문의의 진찰을 받은 결과 정밀진찰을 해 보자는 소견이 있었는데 감호소측에서 “정밀진찰을 받으려면 자비 부담으로 하라”고 하여 항의하는 과정에서 기물을 파손하고 폭언을 하여 징벌에 처해졌다. 박OO는 감호소 직원을 직무유기 등으로 고소하였으나 감호소 측에서도 기물손괴 등의 혐의로 맞고소를 제기하여 결국 쌍방 고소취하를 하였다.

마. 직업훈련

직업훈련은 정보화교육을 비롯해 타일, 건축도장, 보일러, 미용 등 10개의 직업훈련이 실시되고 있으며 자격증 취득률이 90%를 상회하지만, 작업훈련시설의 낙후와 설비의 미비, 자격증 취득 위주의 교육 등으로 인해 사회에서는 사용하기 어려운 기술들이다. 특히 여성의 경우는 미용밖에 직업훈련이 실시되지 않는다.

또한 자격증 취득과정과 관련해 피감호자들은 “자격증 합격률 등을 내세워 관련 직업훈련교사나 담당 공무원의 근무고가 성적을 평가하고 공치사를 하다보니 ‘부정부패’가 만연한다”고 지적한다.

<사례 1> 김OO(44), 강도, 형기 5년에 보호감호, 2003년 1월 가출소

“타일직업훈련을 받았습니다. 직사각형 크기의 공간을 정해놓고 타일을 적당한 크기로 붙였다 떼었다하는 형태로 수십 회를 반복했습니다. (중략) 시험보기 이틀 전인가 도면이 나돌았습니다. 그 도면의 크기와 붙여야할 타일을 정해 놓고 달달 외우는 식으로 가서 시험을 보았습니다. 결과는 성공적이었지요.”

<사례 2> 조OO, 제2감호소 수용중

“시험문제가 사전에 유출되는 것은 몇 가지 유형의 실기시험 문제가 반복해서 수십 년 동안 출제되기 때문에 실기시험 재료 준비 목록만 보면 어떤 문제인지 금방 파악 할 수 있고, 직업 훈련 공과가 워낙 오래된데다가 낙후된 기능인 탓에 관련 기능교사에 종사하는 직업훈련교사가 극히 일부이므로 극소수의 직업훈련교사가 거의 이동이 없이 같은 감호소에 근무하고 있으며 감독위원 또한 그러하여 부정적 상호협력이 나타나지 않는가 생각합니다.”

<사례3> 신OO, 여자

여자 감호자들의 경우는 취업장이 직원식당 한 곳으로 정해져 있어서 직원식당 출역인원을 제외하고는 근로기회 자체가 박탈되고 있다. 또한, 여자 감호자들은 직업훈련을 받고 싶어도 직업훈련생제도가 운영되고 있는 것은 오로지 2003년도에 신설된 미용공과밖에 없어 희망인원을 모두 수용하지 못하고 있으며, 직업훈련생 선발시 보호감호 기간이 오래된 사람은 가출소가 가까웠다는 이유로 배제되고 있다.

**바. 학과교육**

대부분의 피보호감호자들의 학력이 매우 낮다는 지적에 따라 지난 90년대에 감호소에는 학사반이 신설됐다. 하지만 학사반엔 교육과정이나 교재 등이 따로 마련돼 있지 않으며 단순히 거실하나를 학사 반으로 지정해놓은 것에 불과하다. 또한 어렵게 검정고시를 통과하거나 학사학위를 취득했다고 해도 출소 후 지원 및 사회정착 프로그램들이 마련돼 있지 않다.

<사례 1> 김OO(44), 강도, 형기 5년에 보호감호, 가출소

지난 2월 10일 독학사 학위수를 받은 김OO(44·국문학)씨는 보호감호자로서 처음으로 독학사가 되는 영예를 안았다. 그는 86.42점의 우수한 성적으로 특별상을 받았으며, 지난 97년 고졸 검정고시에서는 경북지역 수석을 차지하기도 했다.

가난과 가정형편상 중학교 2학년 때 학업을 포기한 후 훌쩍 커버린 조카에게서 온 편지에 써 있는 영어단어 하나를 읽지 못한 자신이 부끄러워 못 다한 공부를 교도소 안에서 시작한 그는 95년 중졸 검정고시를 패스하고, 97년에는 고졸 검정고시에 합격했다. 7년간의 노력 끝에 02년 학사고시를 패스한 그는 지난 1월 형기 5년과 보호감호 5년 만에 가출소했다. 이러한 재기의 노력에도 불구하고 그는 지금 막노동판을 전전하고 있다.

<사례2> 조OO, 2003년 가출소

제1감호소에서 선발시험을 거쳐 학사고시(독학학위취득)반에 편성이 되었고, 제2감호소 이송 후에도 학사고시반에 편성되고 학사고시 응시가 보장된다는 확인을 제1감호소측으로부터 받았다. 그 후 제1감호소측에서 전혀 교재를 지급하지 않아서 자비로 학사고시 1, 2차 교재를 구입하여 만 8개월 동안 공부하다가 제2감호소로 이송이 되었는데 막상 제2감호소에서는 학사고시반에 편성이 안 되었을 뿐 아니라 담당자와 담당부서 등의 계획적인 방해(편파 처우)와 불법행위(답안지 변조)에 의해 학사고시에

응시할 수도 없게 되었다. 그 후 이러한 처우에 대하여 행정소송을 제기하여 바로잡으려 하였으나 여러 가지 협박과 회유로 정상적인 소송행위를 방해받았다.

#### 사. 사회정착 프로그램

피보호감호자의 대부분에게는 장기간의 구금생활로 오는 사회적응에 대한 두려움이 존재한다. 또한 이들의 많은 수는 가족이 이미 해체됐거나 마땅히 돌아갈 곳이 없는 사람들로 감호소 출소 이후 일정기간 변화된 사회에 적응하고, 새로운 삶을 준비할 수 있는 제도적 장치가 마련되어야한다. 하지만 현 보호감호제도는 이러한 '사회복귀의 완충장치'를 전혀 마련해놓지 않고 있다. 그나마 존재하는 갱생보호공단 역시 돌아갈 곳이 없거나 장기간의 구금생활로 병든 감호자들에게는 그 문턱이 너무 높기만한 곳이다.

<사례> 김OO, 2003년 5월 2일 가출소

가출소 전에 갱생보호공단에 일정기간 체류하는 것이 가능한지 여부를 확인해 갱생보호공단으로부터 '숙식제공' 결정을 받았다. 가출소후 갱생보호공단을 찾아갔지만, 공단 측은 "가출소 직전 받은 갑상선수술 때문에 근로가 어렵다"는 이유로 김OO의 체류를 거부했다. 이에 대해 갱생보호공단측은 "환자요양을 목적으로 수용할 수 없고 대상자가 취업(노동 및 직장에 취업)하여 저축을 하여 출소 후 자립할 수 있는 여건을 마련하는 곳"이라며 김OO에 대한 체류거부가 정당하다고 주장하였다.

#### 아. 기타

대표적인 인권침해 사례 2가지만 예시한다. 특히 첫 번째 사례는 보호감호제가 과연 무엇을 위해 존재하는가 하는 의문을 던진다.

<사례1> 이OO, 2003. 11. 가출소

1998년 보호감호소 수용중 기관지 폐협착증이 악화되었다. 감호소측은 국가가 치료를 담당할 수 없다는 이유로 감호개시 6개월만(1999. 4. 경)에 보호감호 집행정지를 통해 이OO를 석방시켰다. 이OO은 조실부모하고 누나만이 유일한 혈육이었는데, 누나의 도움과 본인이 신문광고 판촉 등을 하면서 번 돈으로 수술을 받았고, 4년 6개월 동안 직장에 다니면서 성실히 생활하였다. 그러던 중 2002년 4월 보호감호집행정지가 취소되었고(이때 검사는 조사만 받으면 다시 수감되지 않아도 될 것처럼 언질을 주었



다 한다), 이OO는 재수감되었다. 이유는 집행정지의 사유가 해소되었다는 것이다. 물론 질병치료가 끝났으므로 집행정지취소가 가능하겠지만, 3년 이상 성실한 사회인으로 생활한 사람을 다시 수감한 것은 이해가 가지 않는 일이다. 이OO는 재수감후 건강이 악화된 상태에서 적절한 치료를 받지 못하다가 2003. 11. 재수감 1년 7개월 만에 가출소하였다.

#### <사례2> 반공교육을 통한 사상의 자유 침해

감호자들은 일년에 한두 번 정도 의무적으로 귀순용사 반공강연을 듣게 하는데 이는 사회의 일반 관념으로 보면 사상의 자유를 침해하는 것이고 감호자의 입장에서 보더라도 직업훈련시간을 허비하게 하는 경우라고 할 수 있다. 특히 능률급으로 근로보상금이 지급되는 종이가방접기 취업장이나 비닐위생장갑 세어 담기 취업장의 감호자는 반공강연을 듣게 할 경우 그 시간에 작업을 못하게 되므로 근로보상금의 손실이 불가피하다.

### 3. 출소자들의 사회정착 현황

#### 가. 개요

대부분의 출소자들이 사회정착에 실패하는데 그 원인이 개인에서 기인하는 경우도 있지만 사회구조적인 문제나 전과자 특히 감호소 가출소자에 대한 의식 부족에서 기인하는 경우가 흔하다.

2003년 보호감호 폐지논의가 계속되고 있는 상황에서 특히 하반기 들어 법무부는 가출소를 크게 확대하고 있다. 주로 절도, 소매치기 등 보호감호제가 완전폐지되지 않고 존속하더라도 보호감호 대상범죄에서 제외될 만한 범죄유형을 중심으로 가출소가 대규모로 이루어지고 있는데, 이들 범죄는 재범의 위험성이 강력범죄보다 오히려 높다는 점에서, 적절한 갱생대책없이 무분별하게 확대되는 가출소가 오히려 피감호자들에 대한 사회적 인식을 악화시키는데 기여하고 있다는 지적이 있다.

#### 나. 사례보고

아래의 사례들은 출소자들의 사회정착과정에서의 어려움을 직간접적인 인터뷰를 통해 정리한 것이다. 대부분 일자리를 구하기가 어렵고, 일자리를 구하더라도 장기구급에 의한 체력저하로 견디기가 어렵다.

특히, 사례4에서 나타나는 것처럼 감호소 가출소자들이나 교도소, 소년원 출소자들을

집단으로 수용하면서 일자리와 숙식을 제공하는 업체들의 대부분은 근로환경이 열악하고 국민연금이나 의료보험, 산재보험, 퇴직금 등이 법대로 시행되지 않고 있다. 결국 장시간 근로시간에 수준이하의 저임금, 형편없는 주거환경 등은 사회정책에 도움을 준다기 보다는 노동력 착취가 아닌가 하는 의심을 하게 한다.

<사례1> 유OO, 2003. 8. 22 가출소

정상적인 정신상태가 아닌 감호자가 가출소후 보호관찰소에 대한 신고의무를 게을리 하였다는 이유로 가출소가 취소되어 다시 구속이 된 사례이다. 구속 후 정신상태가 올바르지 못하다는 이유로 독방에 수용되었고, 정신과 치료 없이 방치하고 있다. 유OO는 “자기는 죄가 없는데 왜 빨리 내보내주지 않느냐”는 주장만 계속하고 있다고 한다. 일반적인 경우라면 가출소 신고 의무를 게을리 했다는 이유만으로 가출소가 취소된 수감자는 우선적으로 다시 가출소가 허락되는데, 유OO는 만기가 다 채워지기 직전에 가출소되었다. 만기 직전에 가출소하는 것의 또 다른 문제점은 출소자에게 계속적으로 의무부담을 지운다는 것이다. 즉, 차라리 가출소를 시키지 말고 만기출소를 시키면 보호관찰소에 대한 신고의무(3년)를 면할 수 있을 뿐만 아니라, 초기 정착금 지급도 가능한 것으로 알려져 있기 때문이다.

<사례2> 이OO(46세), 소매치기, 2003. 9. 가출소

고아 출신으로 호적도 없이 생활하다가 감호소에서 호적을 만들었으며, 징역 5년과 보호감호 5년을 복역하고 9월 22일 가출소했다.

감호소 생활 중 직업훈련과 일본어 공부를 열심히 했으나, 미미한 근로보상금, 교재구입, 생활비 지출 때문에 정착금을 적립하지 못했다. 가출소할 때 50여만 원의 근로보상금을 가지고 출소했는데 출소 후 갈아입을 겹옷 두 벌과 속옷을 사고 나니까 4일 만에 돈이 21,000원밖에 남지 않았다. 아침에 일어나 이 돈으로 아침밥과 점심을 사 먹고 나면 저녁에 잠을 잘 돈이 없다고 판단하여 아침밥도 굶고 일자리를 찾아다니다가 국군의 날 행사를 하는 곳까지 오게 되었고, 국군의 날 행사장에 운집한 사람들을 보자 당장 소매치기를 하고 싶은 유혹이 강하게 일어 몇 번이나 소매치기를 시도하려고 하다가 차마 하지 못했다.

출소자 동료의 집에서 신세를 지면서 다른 동료가 건네준 10만원을 가지고 일자리를 찾아다녔다. 마침내 구리 수산시장에서 야간 24:00부터 다음날 14:00까지 수산물을 하역하고 상차하는 일자리를 얻어 하루에 진통제를 4알씩 복용하면서 1개월 정도 일을 했으나 장기 구금으로 인한 체력의 약화 때문에 온 몸이 붓고 피로가 심하여 결국 견디지 못하고 그만두었다.

그 후 기거하던 출소자 동료의 가족이 이사를 하여야 해야 했기 때문에 갈 곳이 없어졌고 다시 처음에 10만원을 도와주었던 출소자 동료의 집에 임시로 기거하면서 일자리를 찾기 위해 열심히 돌아다녔으나 한 달이 다 되도록 일자리를 찾지 못하자 중국에 위장결혼을 하면 300만원 정도 받을 수 있다는 다른 출소자의 권유로 중국에 가려고 시도하였다. 그러다가 대전에서 중국교포 위장결혼 사건이 터지자 다시 감옥에 가는 것이 너무 겁이 나서 그것도 포기하고 다시 일자리를 찾아 나섰으나 실패하고 결국 다시 소매치기를 시작하였다. 그러나 소매치기는 여러 사람이 운집한 곳에서 범행을 해야 하므로 발각될 우려가 많아 감옥에 갈 것에 대한 두려움 때문에 하루 종일 범행 대상을 물색하다가 지쳐 돌아오기 일쑤였다. 그러자, 강도 전과가 있는 다른 동료는 “강도짓을 하면 사람을 묶어만 놓으면 마음대로 할 수 있으니까 강도짓을 하자”고 유혹해 지금 마음이 흔들리고 있다.

<사례3> 정OO(50), 소매치기, 2003년 출소

가족이 사망신고를 해버린 상태에서 출소해서, 호적을 되살리는 데만 50여일을 소비했다. 출소하여 가족들의 품으로 돌아왔으나 자신을 사망신고한 데 대한 원망의 마음이 완전히 사그라지지 않고 있어서 가족과의 갈등이 조금 있는 상태였다. 그런데다 출소 후 호적을 되살리는데 많은 시간과 경비를 허비하느라 경제적인 여력이 없는 가족들의 경제적인 도움을 기대하기도 어려워졌고 더구나 조금이라도 도움을 기대할 수 있었던 여동생이 교통사고를 일으켜 더욱 사정이 어려워졌다. 그런 상황에서 동대문 시장에 겨울옷을 사러 나왔다가 소매치기를 하고 있는 출소자 동료를 우연히 만나 다시 소매치기를 하기로 의기투합하고 현재 소매치기를 하고 있다.

<사례4> 김OO(37), 소매치기, 2003. 10. 출소

고아출신으로 1999년 청송제1보호감호소에서 호적을 만들었다. 출소하기전 평소에 교통이 있었던 수녀님으로부터 일자리를 소개받아 출소하면서 곧바로 직장으로 가서 숙식 제공에 월 80만원의 월급(상여금, 의료보험, 산재, 국민연금 없음)을 받기로 하고 취업하였다.

가구를 만들어 백화점이나 대형 매장에 납품을 하는 업체로서 김OO가 맡은 일은 가구를 백화점이나 대형 매장에 운반하는 일이었는데 일의 성격상 밤낮 구별 없이 일해야 하고 무거운 짐을 차에 싣고 가서 매장으로 운반하는 일이라서 체력이 왜소하고 장기구급때문에 체력이 약화된 것도 한 가지 원인이지만 평소에 그런 일을 해본 경험도 없고 근본적으로 체력이 약했던 김OO는 진통제를 먹어가면서 일했지만 힘에 부쳤다. 더구나 주민등록증이 없으므로 월급을 수령할 은행통장도 만들지 못하

고 의료보험증도 발급 받지 못한 상태라서 병원에 진료를 받으러 갈 수도 없었다. 마침 불법체류 외국인 근로자 문제와 맞물려 주민등록증 발급이 계속 미뤄졌고 부득이 직장에 이틀간의 휴가를 얻어 주민등록증을 발급받으려고 노력했으나 허사였고 마침 휴가를 얻은 김에 일자리를 알선해준 수녀님의 도움으로 병원에 들러 진찰을 받은 결과 과격한 노동은 피하고 안정을 취하라는 진단을 받아 직장을 그만두게 되었는데 직장을 그만두자 기거할 공간마저 잃게 되었다.

다시 수녀님의 도움으로 현재는 고시원에 방을 얻어 전철에서 잠상인으로 생활하고 있는데 끊임없이 범죄의 유혹에 시달리고 있다.

<사례5> 윤OO(48), 여, 소매치기, 2003. 10. 출소

육사 출신 아버지의 유복한 가정에서 성장하였으나 어릴 적부터 엄한 아버지와 잘 적응하지 못하고 가출하여 범죄를 하게 되었다. 그 후 손아래 여동생도 같은 소매치기가 되었고 지금 그 여동생 역시 청송 제2보호감호소에 수감 중이다.

출소하여 결혼을 앞둔 딸의 집에서 기거하게 되었는데 감호소에서 잇몸 치료를 제대로 받지 못하여 어금니를 대부분 뽑고 틀니를 해야 할 형편이었으며, 출소를 앞두고 있는 여동생의 출소 전에 여동생과 함께 기거할 잠자리라도 마련을 해야 한다는 생각과 결혼을 앞둔 딸에게 무엇인가 해 주어야한다는 강박관념에 시달리면서도 범죄의 유혹을 참고 식당 등에 취업을 하려고 부단히 노력하였으나 자신이 가지고 있는 실력에 비해 자격증이 없다는 이유로 너무나 형편없는 보수를 제시하는 바람에 번번이 취업에 실패했다.

그러던 중 이빨 치료비와 딸의 혼사를 위한 양가 상견례 날짜가 잡히는 등 경제적 인 앞으로 압박이 심해질 것이라는 걱정이 심화되었고, 결국 집 앞 이마트에 물건을 사러 갔다가 유혹을 이기지 못하고 소매치기를 하다가 현장에서 체포되었다. 체포된 후 자신이 그 이마트와 다른 백화점 등에 출입한 장면이 CCTV에 촬영된 시각에 일어난 소매치기 사건은 모두 윤OO의 소행이라는 추궁을 받고, 방어권 행사는 엄두도 내지 못한 채 모두 시인을 했다. 이에 출소할 때 감호소에서 받은 근로보상금과 과거의 폐물까지도 모두 범죄로 취득한 물건이라면서 압수하여 갔으며, 언론에도 대대적으로 공개되어 출소자들에 대한 사회적 인식을 부정적으로 만들고 있다.

<사례6> 김OO(44), 집털이전문, 2002. 12. 20. 가출소

가출소할 때 수녀님이 운영하는 교정복지 법인에 취업이 되어 숙식제공에 월 80만 원을 받기로 하고 취업을 했다. 그곳 역시 두부와 묵을 만드는 공장인데 종업원 대부분이 출소자 출신이고 20명 이상의 종업원이 취업하고 있는데도 불구하고 월급과 숙

식 제공 이외에는 아무런 복지 혜택이나 의료보험의 혜택을 받지 못하고 있고 주거 환경이 너무나 비위생적이었다. 출소자들의 생활에도 문제가 많지만 생산하는 식품 자체에도 위생적인 많은 문제점이 노출되고 있다. 또한 갱생을 도와준다는 명목으로 종업원들의 월급도 강제로 관리하고 있으며 종업원들을 현재 건설 중인 공장의 건설 노동자로도 활용하고 있다.

<사례7> 김OO(46), 소매치기, 2003. 8. 22. 가출소

가출소 직전 귀휴를 나왔는데, 귀휴를 나오는 아들에게 맛있는 것이라도 사 먹이겠다며 김OO의 아버지가 은행에 돈을 찾으러 가다가 교통사고를 당해 출소할 때는 중환자실에서 의식이 없는 상태였다. 식구라고는 아버지와 단 둘이었는데 교통사고 역시 아버지의 과실이 51%로 산정되어 기본적인 치료비 외에 부수적인 치료비나 물리치료기구 등은 자비로 구입을 해야 할 형편이었다. 가족이 없고 아버지는 의식불명인 상태였으므로 교통사고 조사가 잘못되었을 수 있다고 판단한 김OO는 출소하여 아버지의 병간호와 교통사고의 진실을 밝히고자 백방으로 노력하였으나 허사였다. 그동안 생계활동을 전혀 하지 못하고 아버지의 신용카드를 이용하여 외상으로 의료기구나 생계를 유지하였던 그는 결국 다시 범죄를 계획하게 되었는데, 우리나라에서 범죄를 할 경우 다시 보호감호를 받을 것을 우려하여 일본으로 나가서 소매치기를 하려고 여권을 발급받았으나 비자 발급이 안 되자 여권을 위조하기로 마음먹고 중국교포에게 주민등록증 위조를 부탁, 역시 아버지의 카드로 300만원을 대출받아 주민등록증 위조 비용으로 지출하고 주민등록증을 위조하였으나 위조한 주민등록증으로 여권을 신청하는 과정에서 주민등록증 위조 사실이 발각되어 현재 도피생활을 하면서 도피생활을 계속하기 위해 역시 소매치기로 연명하고 있다.

<사례8> 전OO(47), 소(한우)전문털이범

출소하여 고물장수를 하기 위해 근로보상금으로 고물 자동차를 구입하여 고물장사를 시작했는데 돈을 아끼느라 자동차 종합보험에 가입하지 않고 자동차를 운행하다가 교통사고를 일으켜 피해자와 합의금으로 2000만원을 지급해야 했다. 아내가 빚을 얻어 합의를 하였으나 너무나 암담해진 그는 결국 다시 범죄를 하여 빚이라도 다 갚자고 마음먹고 범죄를 시작하였고 결국 2000만원의 빚도 갚지 못한 채 다시 체포되었다.

<사례9> 정OO(45), 집털이, 2003. 10. 출소

출소 전부터 위 사례8의 전OO와 연락이 되고 있었는데 출소 후 여러 차례 전OO

으로부터 범행에 동참하여 운전을 해 줄 것을 종용받았으나 거절하였고 그 과정에서 두 차례 술자리를 함께 한 적이 있었다. 그 후 전OO이 잘못되어 경찰이 공범 및 여죄수사를 하는 과정에서 "전OO의 휴대전화 통화 내역에 범죄를 함께 할 것을 제의한 사실이 있고 범죄를 하여 취득한 돈으로 함께 술을 마신 것도 죄가 된다"면서 주소지인 동생의 집에 경찰이 들이닥쳤다. 겁에 질린 정OO는 범죄에 대한 얘기를 한 것이 혹 범죄음모의 죄가 되거나 술을 함께 먹은 것이 공범으로 몰릴 우려가 있다고 생각하고, 도피하기 시작했고 현재 서울로 상경하여 일자리를 알아보고 있으나 혹여 있을 경찰의 추적을 염려하여 신분이 노출되지 않는 직장을 선택하느라 어려움을 겪고 있다.

## 제5장. 사회보호법상 보호감호제도에 관한 해결방안

### 제1절. 획기적 개선론 (송문호)

#### I. 보호감호제도의 현재의 위상

사회보호법은 이미 잘 알려진 바와 같이 1980년 신군부의 집권과정에서 국회의 의결을 거치지 않고 국가보위입법회의에서 입법되었으며 그 과정에서 법치국가적 절차의 정당성을 확보하였다고 보기 어렵다. 또한 이러한 연장선상에서 1980년대초 박영두 타살사건과 같은 남용의 기억들도 있는 것이 사실이다. 따라서 사회보호법상 보호감호제도는 그동안 억압적, 진압적 형사사법의 상징적 존재로 평가되어 왔다.

물론 현재의 보호감호제도도 제정당시의 원형을 대체로 보존하고 있고 구체적 법규정, 피감호자의 처우, 재사회화 프로그램부재 등 많은 문제점을 안고 있으며 보호감호제도의 본래의 취지에 맞지 않게 운영되어오고 있다.

그러나 사회보호법은 정치범죄나 사상범죄가 아닌 일반범죄와 연결된 각종 처분 즉, 보호감호, 치료감호, 보호관찰 등을 규정하고 있는 우리나라 형법상 유일하고 전형적인 보안처분에 관한 법률이다. 생각이나 신념이 다르다고 처벌받는 법률은 고전적, 현대적 의미의 법치국가적 원칙에 어긋나며(心情刑法금지 원칙) 헌법상 양심의 자유를 침해할 수 있고 우리의 보안관찰법이나 국가보안법 등이 이러한 내용을 담고 있다고 할 수 있다.

사회보호법상 보호감호는 탄생의 불행한 배경과 인권침해사례 등 지금까지 왜곡된 집행현실만을 본다면 마땅히 폐지되어야 할 법률로 비추어지겠지만 보호감호제도의 본래의 취지, 형사법체계 전체에서의 위상, 미래의 형사법이 나아가야 할 방향 등의 관점에서 본다면 제도자체에 대해서는 다시 한 번 철저한 검토를 거쳐야 할 필요가 있다고 생각된다.

예컨대 우리의 입법모델이 되었던 독일의 경우도 약 50여년의 학파논쟁을 뒤로 한 채 나찌의 집권과 함께 국회입법과정을 거치지 않고 내각에서 보호감호 등 보안처분 제도가 입법되어 나찌정권기간 중 계속 남용되었다. 제2차 세계대전에서 패전한 후 외국에 의해 전범재판을 받아야 하는 상황과 전후 인도주의적 형법관이 주류를 이룰 때에도 보호감호제도는 지금까지 폐지되지 않았고 오히려 근래에는 활성화되는 경향

까지 보이고 있는 이유를 생각해볼 필요가 있다. 이는 형법상 보호감호제도 자체에 문제가 있는 것이 아니라 어떻게 운영하는가에 따라 문제점을 노출시키는 차원이라고 이해할 수 있다고 해석할 수 있을만한 예에 해당한다고 할 수 있겠다.

## II. 문제의 출발 - 상습범과 누범의 문제

이 세상에는 비록 적은 수이긴 하지만 형법에 규정된 형벌을 집행한 후에도 계속 위험한 범죄를 저지르는 부류의 사람들이 있으며 일반인에게는 중대한 잠재적 위험으로 인식되고 있다. 이러한 범죄인에 대처하기 위해 예로부터 범죄예방이라는 필요성을 충족시키려는 효과적인 형법적 제재를 구하려는 노력은 나라와 문화에 따라 다양하게 나타나고 있으며 이러한 욕구가 상존하는 한 어떠한 형식(보호감호 또는 형벌가중)을 통하여 목적을 달성할 것인가의 논란은 부차적인 문제일 수도 있겠다.

위험한 상습범인에 대해 현대 대부분의 국가가 대처하는 방식은 대체로 보안형으로써 무거운 형벌을 규정하는 방식(행위책임을 넘어 형벌가중)과 형벌 외에 두 번째 형사제재로서 보호감호를 규정하는 방식이 있다. 우리 현행형법과 특별형법은 처벌의 정당화 근거가 서로 다르다고 생각한 때문인지 누범과 상습범 가중처벌규정을 명확히 구분하여 따로 두고 있으며 이에 더해 사회보호법은 상습누범에 대해서 형벌과는 별도로 보호감호처분을 과할 수 있도록 규정하고 있다. 판례도 이러한 형식적 사고를 충실히 따르고 있다.<sup>296)</sup> 따라서 우리는 가능한 모든 형사제재를 동원하여 상습누범에 대처하고 있다.

현재 일반적 견해에 의하면 누범가중처벌의 정당화근거는 형사정책적인 측면에서 재범자로부터 사회를 방위한다는 개별(특별)예방의 보안(사회보호)필요성이다. 개별예방이 추구하는 또 하나의 목적은 改善이지만 개선은 자유형의 가중처벌로는 기대하기 어렵다. 특히 장기간의 사회와의 격리생활은 사회적 고립과 정상적인 사회생활의 단절을 의미하므로 오히려 재범을 부추긴다는 견해가 일반적이다<sup>297)</sup> 이는 현재의 보

296) 누범가중처벌과 별도로 상습범가중처벌을 할 수 있다는 판례로는, 대판 1994.9.27, 94도1391; 대판 1991.5.28, 91도741; 대판 1985.7.9, 85감도151; 1982.9.14, 82도1716, 82감도348; 1982.10.12, 82도1865, 82감도383. 이와 같은 형벌가중처벌과는 별도로 보호감호를 부과할 수 있다는 취지의 판례라고 볼 수 있는 것으로는, 대판 1993.10.12, 93감도86; 1985.7.9, 85감도151; 1984.12.11, 84도2474, 84감도379; 1982.9.14, 82도1716, 82감도348.

297) 이러한 의미에서 누범의 重累犯化現狀에 대해서는 임웅, 누범수용자의 효율적 관리방안, 한국형사정책연구원, 1993, 15면이하 참조.



호감호에도 동일하게 적용된다.

이와 더불어 상습범을 가중처벌하는 정당화 근거는 행위자의 반사회적 성격이나 위험성에서 기인한 성격책임<sup>298)</sup> 또는 생활영위책임<sup>299)</sup>이며 상습범이라는 범행자체의 특성이 아니라 범행을 저지른 행위자의 인격적 특성에 착안하였다고 할 수 있다. 이는 형벌안에서 개별예방적 목적을 실현하려 하고 있는 책임론이다.

이에 더해 상습누범에게 과해지는 보호감호는 개별예방사상의 대표적인 법제도이다. 功利主義的 사고에 근거한 범죄예방은 보안처분의 인식의 기초 또는 목적으로 충분하다고 할 수 있다.

결론적으로 우리의 형사제재들은 그 출발점이 상습범과 누범이 서로 다른 범죄형태이고 각각의 범죄형태에 대한 가중처벌과 보안처분의 정당성이나 실효성을 따로 분리해서 전혀 상호관계가 없는 것처럼 논의하는 형태로 이루어져 있다. 그러나 앞에서 분석한바와 같이 상습범 및 누범의 가중처벌의 정당화근거와 보호감호의 정당화근거는 공통적으로 개별예방적 필요성이다. 다만 형식적 법논리에 따라 한사람의 상습누범은 개별예방이라는 한 가지 목적을 위해 세 번의 다른 평가를 받게 될 뿐이다.

우리와 달리 대개의 국가들은 상습범과 누범을 하나로 묶어 형벌을 가중하거나 보안처분을 부과하는 방법 중 한 가지를 선택하고 있다. 형벌가중과 보안처분의 중첩적용을 인정하는 소수의 국가의 경우 보안처분은 예산과 전문인력을 투자하여 대부분 인격 장애자의 치료에 치중하고 있다(예컨대 네덜란드의 TBS위탁처분 - 이른바 사회치료적 접근)<sup>300)</sup>.

그러나 우리의 경우 형법전에 누범가중처벌과 상습범가중처벌을 규정함과 동시에 보호감호제도를 인정하고 있다. 그리고 각종 특별형법들이 상습범과 누범의 가중처벌 규정을 지속적으로 확장하여 가중처벌의 범위와 정도만 늘려왔다. 개별예방사상이 간과할 수 없는 장점이 있는 것은 사실이지만 우리는 보안사상을 너무 쉽게 정당하다고 받아들이고 있다. 이 같은 현실은 정당성에 대한 진지한 성찰 없이 끊임없이 실용성만을 추구한 결과라고 생각된다.

문제의 핵심은 바로 여기서 출발한다. 결국 우리의 경우 상습누범의 개선에 대한 특별한 조치가 없는 상황에 비추어본다면, 보안형을 인정하고 있는 한 개별예방목적 달성을 위한 보호감호라는 별도의 추가장치는 따로 필요하지 않다고 생각한다. 반면에 보호감호를 통해 개별예방적 필요성을 충족하려 한다면 사형이나 상습범, 누

298) 이영란, 상습범의 상습성 인정기준, 형사판례연구 2권, 1994, 128면; 박정근, 상습범의 가중법정형폐지의 정당성, 김종원교수화갑기념논문집, 1991, 523면 이하.

299) 이재상, 형법각론, 제4판, 2000, 69면.

300) 자세한 것은 본 보고서 제2장 제6절 참조

범가중처벌규정들을 포함한 무거운 형벌규정들을 폐지하여야 할 것이다. 사회방위라는 개별예방적 필요성의 목적과 실체는 하나이므로 형벌이나 보안처분중 어느 한 경로를 통해서 도달하면 된다고 생각한다. 즉, 형벌가중과 보안처분은 양자택일의 관계에 놓여 있는 것이다<sup>301)</sup>.

### III. 현행 보호감호제도의 문제점과 평가

(1) 법률과 판례가 형벌과 보안처분은 전혀 다른 차원의 형사제재이므로 이중처벌은 아니라고 하는 주장은 형식적 법이론상으로 옳다. 그러나 우리의 경우 누범가중처벌과 상습범가중 등의 보안형으로서 형벌가중규정이 있고 사형규정도 있다. 이에 더해 보호감호를 부과하는 것은 이중(삼중)처벌에 해당하며 헌법상 과잉입법 금지의 원칙(헌법 제 37 조 제 2 항)에 반하고 형벌의 부수성의 원칙을 무시한 입법이라고 할 수 있겠다. 또한 헌법 제12조 제1항에 규정된 적법절차에 의한 보안처분에 해당될 수 없다고 생각된다.

향후 입법적으로 형벌과 보호감호 두 가지 방식중 하나를 선택하여야 한다.

(2) 보호감호는 형법상 최후의 비상조치이다. 보호감호부과대상범죄인의 대부분을 차지하는 5~7회의 절도를 저지른 범죄인은 형법상 비상조치를 내려야 할만한 우리 사회의 위험요소는 아니다. 사람의 생명과 신체에 대한 구체적 위험을 수반하지 않는 범죄가 보호감호원인범죄 중 80%를 상회한다는 사실은 '형사정책의 부득이한 최후수단'으로서 보호감호의 기본성격을 무색케하는 것이라 하지 않을 수 없다. 보호감호의 원인범죄는 절도를 중심으로 한 단순재산범죄가 90% 이상이며 그 중 대부분은 특가법상 절도죄이다. 특히 특가법상 절도는 상습범을 대상으로 하고 있음에도 불구하고 이들에 대해 다시 보호감호처분을 내리고 있으며, 전형적인 보호감호대상범죄라 할 수 있는 특정강력범죄, 방화죄 등 매우 위험한 범죄는 10% 미만에 불과하였다.

현재 보호감호처분을 받는 많은 수의 피보호감호자는 불우한 환경으로 인해 청소년시기부터 누적적으로 범죄를 저질러 수회의 전과가 있지만 단순재산범죄인 경우가 많으며, 또한 이들의 범죄성향은 사람에 대한 공격성과 폭력성을 드러내지 않았고 조직화되지 않았으며 피해의 정도도 경미하다고도 볼 수 있다.<sup>302)</sup>

301) 자세한 것은 본 보고서 제2장 제5절 참조. 이러한 맥락에서 누범현상을 보호감호처분으로 대처하지는 견해로는 임웅, 형법총론, 1999, 554면 이하.

302) 자세한 것은 본 보고서 제2장 제6절 참조

오히려 낙인이론에 의하면 그들은 사회의 도움을 받아야할 희생자들일 수도 있다. 또한 법률적으로도 가장 엄격하게 적용되어야할 마지막 비상조치로서의 형사제재인 보호감호의 부과요건에 너무 넓은 가능성을 두다보니 보호감호의 본래의 취지와는 달리 남용되거나 남용될 위험성을 항상 내포하고 있게 되었다. 이는 보호감호의 기본취지에 반한다. 보호감호는 보충적 수단이 아니라 최후수단이며 비상조치이다.

따라서 이러한 정도의 범죄인들에게 사회적 위험성으로 인한 형법상 상습범가중처벌과 병렬적으로 개인의 자유를 박탈하는 보호감호를 부과하는 것은 비례성의 원칙에 어긋나며 헌법상 과잉처벌금지의 원칙에도 위배될 소지가 크다.

(3) 사회보호법 제5조는 보호감호 판결시 재범의 위험성 유무의 판단을 통해 보호감호부과에 대한 판단을 법관이 하도록 하고 있으나, 동 법 제25조에 의하면 피보호감호자에 대한 가출소, 집행면제 등을 법무부장관이 임명·위촉(사회보호법 제32조, 동법시행령 제15조)하는 사회보호위원회가 심사하여 결정하도록 하고 있다.

이는 법원이 아닌 보호감호집행기관이 가출소 여부 등을 결정하는 것으로서 헌법 제12조 제1항 적법절차 및 제27조 헌법과 법률이 정한 법관에 의한 재판받을 권리를 침해한다고 볼 수 있다.

(4) 교도소와 다를 것이 없거나 오히려 그 보다 못한 피보호감호자에 대한 열악한 처우, 재사회화 프로그램 부실과 부재, 그로 인한 사회적응력 저하 등의 문제점들도 사회보호법상 보호감호의 근본취지에 맞지 않는다.<sup>303)</sup>

#### IV. 보호감호제도 또는 형벌가중?

상습누범에 대해 사회를 보호하고자 하는 일반국민과 국가의 의지가 사라지지 않는 한 향후 우리의 형사법체계에도 형벌가중처벌방식 또는 보호감호제도 중 하나를 선택해야한다. 상습누범에 대처하기 위해 어떤 길을 선택하는 것이 효과적이고 현명 한가에 대한 판단은 단정적으로 말하기 어려운 매우 미묘한 문제이다.

그러나 대륙법계 법제를 취하고 있는 우리의 현실을 감안하고 형벌일원주의의 문제점을 동시에 지적하여 보호감호제도의 획기적 개선을 통한 존치와 형벌의 손질필요성의 근거를 들면 다음과 같다.

---

303) 자세한 것은 본 보고서 제3장과 제4장 참조.

(1) 형벌의 본질은 전통적으로 불법행위를 선택한 자의 행위에 대한 비난이다. 형벌 일원주의를 취할 경우 형벌가중의 근거는 범죄인의 성격책임이나 생활영위책임이 되고 이는 형벌이 보호감호의 기능, 즉 사회의 범죄예방기능을 동시에 떠안게 되는 결과가 된다.

범죄인의 성격(인격)이나 인생을 잘못 살았다는 비난은 그 근거가 불명확하고 일정 부분 사회의 책임을 개인에게만 떠넘겨 비난하는 결과를 초래해왔고 현재 이를 지지하는 학자도 거의 찾아볼 수 없다. 즉, 형법이론상 불우한 가정환경, 교육환경, 사회환경하에서 성장하여 인격형성에 장애가 있는 경우 사회도 애초부터 돌보거나 도움을 주어야 할 일정책임이 있음을 인정한다면 이에도 불구하고 개인의 인격에게만 책임을 돌리는 결과는 부당하다.

따라서 서구에서는 사회치료 등 원조적 관점에서의 처분을 오래전부터 시행해왔고 이는 보안과 개선의 두 가지 목표를 달성하고자 하는 균형감각의 대표적 산물이다.

또한 형벌가중방식은 행위책임과 행위형벌을 근간으로 삼아 구체적 행위가 가지고 있는 정형성을 확보하여 국민에게 법적 안정성과 형벌의 예측가능성을 도모하기 위한 지속적인 노력들을 간과하는 결과를 초래할 가능성이 크다.

형벌가중처벌방식의 가장 극단적인 예로 들고 있는 미국의 삼진아웃법의 경우 - 캘리포니아를 중심으로 23개주가 채택하고 있음 - 아이에게서 피자를 훔친 세 번째 범죄로 인해 종신형을 선고받은 경우와 같이 (Jerry Williams 사례) 과도한 형벌권의 행사로 인한 인권침해사례들이 알려져 있으며 많은 비판을 받고 있는 이유도 바로 여기에 있다.

위와 같은 문제의식은 형사법학자들 사이에서 오래전부터 있어왔다고 생각되며 그 흔적을 1992년 개정형법초안에서 발견할 수 있다. 즉, 상습범에 대하여는 보안처분으로 대처하고 있으므로 형을 가중해야 할 필요가 없으며 이러한 입장은 형법개정 소위원회 심의과정에서 개정안의 작성에 이르기까지 그대로 유지되었다.<sup>304)</sup>

따라서 형법과 각종 형사특별법에 산재해 있는 개별적 상습범가중처벌규정과 일반적 누범가중처벌규정을 먼저 정비하고 삭제하기를 제안한다.

(2) 보호감호제도를 탄생시킨 특별(개별)예방의 출발점은 과학적이고 합리적인 형사정책이다. 우리가 형벌을 단지 범죄에 대한 응보로만 이해한다면 소년범이나 초범을 따로 취급하거나 각종 유예제도 등을 이해할 수 없다. 특별(개별)예방사상이 가장 먼저 형법에 받아들여진 것도 이러한 분야이다. 마찬가지로 맥락에서 상습누범도 아주 제한적인 범위에서 일반범죄인과 달리 취급하는 것이다.

304) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1992, 123면 이하.

형법상 개별예방 또는 보안처분제도에 대한 반대의 목소리에도 불구하고 주목해야 할 점은, 개별예방사상은 인본주의와 합리성의 한 단면으로서 형법에 받아들여졌으며 너무 성급하게 포기해서는 안 된다는 점이다. 이러한 측면에서 보호감호도 위기의 목소리가 높아져가긴 하지만 오늘날 여전히 명맥을 유지하고 있으며 보호감호의 폐지보다는 형식적 요건들을 강화해나가고 적용범위를 꼭 필요한 경우로 줄이려는 경향을 띠고 있다. 이러한 형법상 이원주의는 형법의 억압적이고 예방적인 다소 이율배반적인 목적을 동시에 충족시키며 현재까지 유효적절하게 존치시킬만한 타협의 산물이라고 생각된다.

결국 범죄인의 치료와 개선을 위한 프로그램도입과 개발은 비난이 본질인 형벌보다 100% 개별예방사상의 표현인 보안처분이 이론적으로 훨씬 가깝다.

다만 과학적이고 합리적인 형사정책을 기치로 출발한 개별예방사상을 담고 있는 보호감호제도가 그 근본취지에 맞게 실현되기 위해 전제되어야 할 몇 가지 제도적 보완책이 필요하다.

- 보호감호부과와 그 집행의 실질적 요건이며 본질인 범죄인의 범죄성향과 장래 재범위험성예측에 대한 과학적인 판단절차가 의무화되어야 한다. 따라서 보호감호의 부과와 가출소 등 보안처분 전 과정에 있어 전문적이고 객관적인 감정과 판단이 수반되어야 할 것이다.
- 형벌이 더 이상 호소력을 발휘하지 못하거나 형벌을 제대로 수용할 수 없는 소수의 위험한 인격장애인(예컨대, 상습성범죄인)에 대한 정확한 진단 및 인격치료를 위한 과학적인 대책이 필요하다. 그럼으로써 보호감호제도는 인격장애인으로서 재범의 위험성이 있고 특수한 교육과 개선이 필요하다고 인정되는 매우 위험한 범죄인에 대하여 실시되어야 하며, 사회복지를 촉진하는 방법의 범위 내에서만 피보호감호자의 기본권이 제한되어야 한다.
- 만약 보호감호가 폐지되어야 한다면 인격장애범죄인을 치료감호의 부과대상으로 포함시키는 방법도 고려할 수 있을 것이다.
- 청송보호감호소의 지리적 위치, 수용생활, 의료시설, 작업환경, 근로보상금의 비현실성, 재사회화를 위한 교육 전반과 사회적응 프로그램의 내용과 운영 등 피보호감호자에 대한 현실적 처우도 대폭적으로 개선되어야 한다. 피보호감호자는 이미 형벌을 받은 사람들이므로 반구금상태와 같이 좀더 자유로운 상태에서 실질적으로 건전하게 사회에 복귀할 수 있는 교육프로그램 등이 개발되어 실시되어야 바람직하다.

(3) 보호감호제도는 행형의 실패를 범죄인에게 돌리는 결과를 초래한다는 주장은 현

대 행형법의 교정이념에 비추어 옳은 견해이다.

그러나 계속 형벌가중의 방식을 고수한다면 현실적으로 지금과 사정이 크게 나아지리라고 생각되지 않는다. 더욱이 우리 행형의 현실적 관심대상은 초범이나 1-2년 수형자들에게 집중되어 있으므로 행형종사자들의 마인드가 크게 전환되고 예산문제 등이 해결되지 않는 한 보호감호에 집중되었던 집행의 부당성에 대한 비난은 형벌집행의 경우에도 여전히 유효할 것이다. 또한 매우 위험한 특수한 범죄성향의 범죄인들이 일반 수형자들과 구분되지 않아 제도적으로 그의 인격장애교정은 더욱 멀어질 가능성이 크다.

(4) 형벌가중처벌방식을 취할 경우 법관의 개인판단에 의존하는 양형도 법률규정상 매우 범위가 넓고 비정형적이며 불완전한 기준을 가지고 있으며 법률로 형식화하기가 어렵다.

(5) 소수의 위험한 상습누범그룹에 대한 투자와 특별관리(특히 사회치료)는 그들이 계속 범죄를 저질러 반복적으로 이루어지는 범죄에 대한 전반적 형사절차에 드는 비용 즉, 범죄수사에서 자유형의 집행과정에 걸친 전 과정에 쓰이는 것보다 비용 면에서도 우월하다. 참고로 네덜란드의 TBS위탁처분제도는 우리의 보호감호와 치료감호가 혼합된 형태의 제도이며 100% 공격(폭력)성범죄인을 대상으로 하고 약 70%는 인격발달장애자이거나 정신활동장애자이다. 이들에게는 전문가들이 투입되어 하루 400 유로(한화추산 약54만원)정도의 경비를 들여 치료하고 있다.<sup>305)</sup>

(6) 보호감호를 획기적으로 개선하여 운영한다면 향후 합리적이고 인도주의적 관점에서 재편되어야할 사형제도 등 과도한 형벌들을 줄이고 정리하는 데에 이론적 탈출구를 열어놓을 수 있는 가능성을 확보하게 되는 장점이 있다.

형사사법전체와 구체적 행형의 현실과 마인드가 변하지 않는 한, 보호감호에 쏟아졌던 비판들은 결국 형벌가중처벌방식을 취한다 해도 마찬가지로 될 것이다. 보호감호제도의 시발점이 되었던 대륙법계 서구유럽의 대부분 국가들은 100여년의 세월동안 여러 변천과정을 겪으면서도 대부분 아직도 보호감호를 존치하고 있으며 합리적 형사정책의 관점에서 재구성하려는 노력을 계속 경주하고 있다.

현재 우리의 논의와 문제점들은 실제로 1960년대 서구유럽에서 겪었던 상황과 매

305) 2003년 8월 네덜란드 Nijmegen대학의 Peter J.P. Tak교수와의 인터뷰에서 알 수 있었던 사실임. 좀더 자세한 내용은 본 보고서 제2장 제6절 VI. 참조.

우 유사하다. 그러나 1970년을 기점으로 서구 대부분의 국가들은 보호감호제도를 폐지하기보다 인도주의적 관점에서 범죄인의 개선과 심각한 폭력성범죄만을 대상으로 하여 재편성하는 길을 택했다. 그렇지 않은 나라는 프랑스와 영국의 경우 장기자유형의 가능성을 열어놓고 보호감호를 폐지하였으며 헝가리는 민주화의 물결과 함께 1989년 12월 폐지되었다.

## V. 맺음말 - 보호감호제도의 획기적 개선방향

그 동안 우리나라의 입법자(정치인)들은 문제해결에 있어 법치국가적 원칙보다는 대개 정치적 결단에 의존하다보니 운용하기 쉬운 행정법이나 특별법의 형식을 취함으로써 기존의 법이론에 포함하기 힘들거나 내용상 중첩되는 정치색이 강하고 애매한 성격의 법률들이 양산되었으며 법률들을 일반화하여 상식으로 표현하려는 노력이 적었던 것이 사실이다. 따라서 보호감호제도에 대해서도 심도 있는 논의를 할 수 있는 여유와 기회를 가질 것을 제안하며 절도범과 같은 단순재산범을 보호감호대상범죄에서 제외하는 등 대부분의 공감대를 이룬 부분에 대해서는 우선적으로 운영의 묘를 살려 출소시키는 등의 조치가 있어줄 것을 제안한다.

서구의 경우 지금까지의 보호감호 발전과정은 단순재산범 또는 사회가 감내할만한 범죄는 보호감호대상범죄에서 제외시키고, 사람의 생명이나 신체에 대해 진정으로 위협한 범죄인을 보호감호대상범죄로 한정하고 있다. 또한 진정한 개선은 형을 가하는 국가와 수형자의 인격교류를 통해서, 수형자는 자기의 죄값을 진정으로 받아들이는 과정을 통해서 기대할 수 있다. 그러나 이러한 기본적인 여러 사정, 특히 인격발달장애로 인해 그럴만한 인격적 조건이 갖추어져 있지 않거나 기대할 수 없다면 사회에도 일정부분 책임을 인정하고 공존의 지혜를 발휘하여 서구에서는 진압대신 사회치료시설이나 병원에서의 수용가능성을 열어놓고 있다. 어쩌면 이는 보호감호를 규정하고 운영하는 필수조건일 수도 있겠다.

또한 보안처분은 불확실한 개념인 행위자의 장래의 위험성과 범죄예측에 의존하므로 일차적으로 형법상 매우 위험한 범죄군을 대상으로 한다. 이러한 범죄군의 경우 장래의 행위를 예측하기가 비교적 쉽고 법치국가적 원리에 비추어보아도 그의 자유를 박탈하는 것을 정당화할 수 있을 것이다. 여기서 위험한 범죄인은 대개는 이미 여러 차례 범죄를 저지른 전력이 있는 상습누범이며 법률에서 형식적으로 이 범죄횟수를 미리 정하는 것이 바람직하다. 만약 비교적 경미한 범죄에 대한 보안의 필요성이 있을 경우 50-60회 이상의 범죄전력을 지녔음을 요하며 피해액수가 매우 큰 경우로

한정하는 것이 바람직하다. 이 때 보호감호부과대상범죄에 대한 일반적인 운곽은 침해받을 위험에 처해있는 법익이 회복불가능 하거나 잠재적 피해자가 효과적으로 스스로의 법익을 보호할 가능성이 없는 경우이다.

법률을 규정하는 형식은 일반법인 형법전에 규정하여 감시기능을 보다 쉽게 하고 형식적으로는 현재 상습범가중처벌규정처럼 보안처분이 부과되는 범죄를 각칙에서 일일이 열거해주는 것이 바람직한데, 형법각칙에서 지금까지 발전시켜온 법익침해의 정도와 그 평가에 대한 구분원칙들은 이 때에도 중요한 기준이 될 것이다. 예를 들어 보통 실무에서 들고 있는 강력범죄, 신체에 대한 폭행을 수반하는 범죄, 미성년자에 대한 성범죄, 결과불법이 특히 중한 경우(중상해와 같이 '重' 이란 말이 붙은 범죄)등을 들 수 있다.

마지막으로 사회보호위원회 대신 보호감호 전 과정의 사법절차화, 중간심사제도 도입, 보호감호유보판결제도, 전문가의 감정의 의무화, 집행에 있어 인격치료와 재사회화를 위한 프로그램개발과 시행은 다시 한 번 강조해도 지나침이 없다고 할 수 있겠다.

## 제2절. 보호감호 폐지론 (장유식, 오창익)

### I. 의견 제출경위

2003년은 지난 23년간 인권의 사각지대로 방치되어 왔던 보호감호제도가 감옥인권, 사법인권의 중요한 이슈로 제기된 해이다. 이미, 지난해 청송보호감호소에서는 사회보호법의 폐지를 주장하는 피보호감호자들의 단식농성이 3차례 진행되었고, 올해에도 단식은 계속되었다. 민주사회를 위한 변호사모임, 인권운동사랑방 등 인권시민단체들을 중심으로 '사회보호법 폐지를 위한 공동대책위원회'가 구성되어 보호감호제 폐지를 위한 다양한 활동을 전개하고 있다. 한편, 대한변호사협회를 비롯한 법조단체에서는 보호감호제의 폐지를 권고하는 의견서를 발표하였으며, 국회에는 여야를 망라한 사회보호법 폐지법안이 제출되어 있는 상태이다.

### II. 보호감호제의 실태



## 1. 보호감호제의 역사

(1) 1980년 신군부는 '불량배 일제검거에 관한 계엄포고 13호'를 발동해 전국에서 6만7백55명을 검거하고 이 중 3만9천7백42명을 군부대로 강제 이송한 후 삼청교육을 실시했다.

삼청교육의 만료시한이 다가오면서 정부는 교육생들이 곧바로 사회에 복귀하도록 하지 않고 장기격리를 결정했으며, 청송보호감호소를 설치하게 된다. 교육생들에게 '보호감호'처분이 내려졌고, 이러한 일련의 조치를 뒷받침하기 위해 사회보호법이 제정되었다.

(2) 사회보호법은 지금까지 다섯 차례의 개정이 있었다. 1989. 3. 25. 세 번째 개정에서 일정한 죄를 범한 경우에 '반드시' 보호감호나 치료감호에 처하도록 한 소위 '필요적 보호감호'가 폐지되었으나, 보호감호제의 골격은 그대로 유지된 채 오늘에 이르고 있다.

## 2. 피보호감호자 통계 일반<sup>306)</sup>

(1) 한국형사정책원(1998)의 [피보호감호자의 교정처우실태] 연구조사결과와 법무부 법무연감(2002)에 따르면, 입소 전 하층의 생활수준이었던 사람이 전체의 55.7%를 차지하고 있는 반면 상층은 1.6%에 그치고 있다. 학력수준을 보면 무학 16.2%, 초졸 34.3%, 중졸 30.1%인 반면 대졸은 0.4%에 불과하다. 결국 피보호감호자들의 대다수가 학력이 낮은 빈곤계층 출신이다.

(2) 한편, 피감호자들의 죄명을 보면 절도 74%, 강도15.3%, 폭력 5.6%, 사기 3.1% 등으로 나타나고 있다. 법 시행 20년 동안 절도범들이 피보호감호자의 절대 다수를 점하는 통계는 거의 변함이 없었다. 범죄동기를 보면 81.6%의 사람이 생활비나 기타 유흥비를 위해 죄를 저지른 것으로 나타나고 있다.

(3) 피보호감호자들은 보호감호로 인해 장기수용 되면서 사회적응력마저 저하된 상태로 출소하다보니 다시 범죄를 저지르는 악순환이 되풀이되고 있다. 2000년 국정감사 통계자료에 의하면 청송보호감호소 출소자들이 다시 보호감호를 선고받는 비율이 35.5%이고, 청송보호감호소 담당자에 의하면 위 출소자들이 다시 죄를 저질러 유죄판

306) 최근 통계는 본보고서 각종 통계 참조.

결을 받는 비율이 80%가 넘는다고 한다.

### 3. 피보호감호자들에 대한 처우

#### 가. 교도소와 동일하거나 오히려 열악함

청송보호감호소는 경북 청송군 진보면에 위치해 있는데 삼면이 반변천으로 둘러싸여있고 뒷면에는 광덕 산이 있는 오지 중에 오지라고 할 수 있다.

교도소와 마찬가지로 독거수용 원칙은 지켜지지 않고, 채 2평이 안되는 작은 방에 5명씩 수감돼 있어 칼잡을 자는 경우도 흔하며 최소한의 사생활도 보장되지 않고 있다. 여름에는 높은 습기와 곰팡이에 시달리고 겨울에는 난방시설이 따로 없어 대부분의 피보호감호자들이 동상과 치질, 피부병으로 고생하고 있다. 화장실 칸막이조차 제대로 설치되어 있지 않아 동료나 교도관들에게 개방된 상태로 용변을 본다. 철창감시탑 등도 교도소와 같다.

피보호감호자들은 자신들의 옷 색깔이 파란색에서 황토색으로 바뀌는 것만 빼고 교도소 수용자와 다름없다고 말하고 있다. 오히려 언제 출소할지 알 수 없는 상황에서 교도관들의 눈치를 계속 살펴야 하고, 비인격적 대우를 감수해야 한다는 점에서 오히려 교도소보다 못하다고 하소연하기도 한다.

#### 나. 행형법을 준용함

보호감호제도를 규정하고 있는 사회보호법은 피보호감호자의 처우에 관한 내용은 담고 있지 않다. 다만, 제42조에서 피보호감호자 처우에 대하여 행형법을 준용한다고 규정하고 있을 뿐이다. 그리하여 수용생활과 직접 관련된 의료, 징벌, 집필, 귀휴 뿐 아니라 징벌이나 수감 등 계구 사용도 교도소 수형자에 대한 것과 거의 동일하게 이루어지고 있다. 피보호감호자들의 집견, 전화, 서신 등의 처우에 대한 규정인 '피보호감호자 분류처우규칙'은 형의 집행을 받고 있는 수형자에게 적용되는 '수형자 분류처우규칙'과 내용이 거의 동일하다.

한편, 보호감호 집행은 교도소에서 근무하는 일반 교도관이 담당하는데, 이들은 사회보호법의 취지에 맞는 상습범의 재사회화를 위한 별도의 훈련이나 교육과정 없이 근무하고 있다. 피보호감호자 처우와 집행의 최종 책임도 일반 교도소를 운영·총괄하는 법무부내 교정국이 담당하고 있으며 가출소 부분만 떼어서 보호국에서 처리하고 있는 실정이다.

## 다. 피보호감호자의 생활

### 1) 일과표

피감호자들의 생활은 일반 교도소와 다를 바가 없다. 참고로 피보호감호자와 교도소수형자의 일과표를 비교하면 아래표와 같다(봄, 가을 기준).

<표 7-1> 일과표 비교

청송감호소 감호자일과표		교도소 수용자 동작시간표	
기상	6:40	기상	6:30
청소, 점검, 조식, 오전방송	6:40~8:05	청소, 명상, 조식, 오전방송	6:30~8:00
오전 작업	8:15~11:30	오전 작업	8:00~12:00
중식(작업장), 휴식	11:30~13:00	점검, 중식, 휴식	12:00~13:00
오후 작업, 점검	13:00~16:10	오후 작업, 점검	13:00~18:00
입실, 점검	16:10~16:45	석식	18:00~18:30
석식, 휴식	16:45~17:30	청소, 휴식	18:30~19:00
저녁 교화방송	17:30~20:30	방송교육, 자습, 독서, 오락	19:00~20:00
취침	20:30	방송교육, 자기노작, 반성	20:00~21:00
		취침	21:00

### 2) 서신과 접견

보호감호소에서도 교도소에서와 마찬가지로 소장의 허가를 받아야 편지를 주고받을 수 있고, 소장이 그 내용을 모두 검열하며 편지의 내용이 부적당하다고 판단하는 경우 피보호감호자의 동의 없이 폐기처분하고 있다.

또한 교도소와 마찬가지로 접견 시간이 제한되어 있다. 청송보호감호소는 찾아가는 데에 많은 시간이 걸리고 피보호감호자들의 가정형편이 대부분 어려운 상황이라 접견 오는 가족들이 거의 없다. 이런 현실을 반영하듯 보호감호소의 접견실은 일반 교도소와 달리 겨우 1개에 불과하며 그나마 늘 한산한 편이라고 한다.

### 3) 의료현실

장기간의 수용과 불균형한 영양섭취, 그리고 적은 일조량과 운동부족으로 많은 피보호감호자들이 각종 질병에 걸려 있다. 외부진료를 신청해도 3개월 이상 기다려야 하기 때문에 작은 병도 큰 병이 되어 손을 쓸 수 없는 지경에 이르기도 한다. 2003년

10월에는 청송 제1감호소에서 집단단식농성에 참여했던 피보호감호자 1명이 복막염이 터졌는데도, 응급조치를 할 수 있는 의료시설이 전무했기 때문에 허무하게 사망하기도 했다.

외부진료를 받으려고 하여도, 예외적인 경우를 제외하고는 대부분 본인이 비용을 부담해야 하는데, 국민건강보험이 적용되지 않아 일반인들보다 비싼 진료비를 부담해야 한다. 결국 비용부담 때문에 진료를 포기하는 사람도 많다. 그리고 의사가 적절한 진료도 하지 않고 피보호감호자가 원하는 대로 진통제나 감기약 등을 처방하여 일부 감호자들의 경우 약물남용문제가 발생하기도 한다.

한편, 많은 피보호감호자들에게 정신과 치료가 필요한데도 방치되고 있다. 정신이상 증세를 보이지 않더라도 장기간 구금에 따른 우울증과 미래에 대한 불안 등으로 상담치료가 필수적인데, 이 또한 전혀 이루어지지 않고 있다. 1997년 형사정책연구원은 조사대상의 50%정도가 자살충동을 느낀다는 보고서를 내놓았다.

#### 4) 작업과 근로보상금

현재 남자 피보호감호자는 거실에서 실시되고 있는 '위생비닐작업 개수 세어 포장하기'와 '종이쇼핑백에 손잡이용 끈 끼어 접기' 작업을 하고, 여자 피보호감호자는 사동 청소와 직원 식당에서 일을 하고 있다. 그런데 하나같이 단순작업에 불과해 숙련된 기술을 배울 수 있는 일이 아니다.

청송보호감호소는 대도시에 위치한 교도소와 달리 사방이 농지로 둘러싸인 극단적인 오지에 위치해 있다보니 인근에 작업을 하러 나갈 공장(외부통근제도)도, 작업을 위탁해 오는 사업주도 찾아보기 힘들다.

하루 8시간씩 일하는 피보호감호자들은 근로보상금이라는 이름으로 하루 평균 3천 원가량을 받지만 1달 동안 모아봐야 고작 10만원도 되지 않는다. 그나마 지난해 세 차례의 단식농성을 통해 인상되었지만 1일 최저임금이 1만 8천2백 원인 현실을 감안한다면 터무니없는 액수라고 할 수 있다. 중요한 것은 작업보상금이 출소 후 사회에 정착하기 위해 필요한 기초 비용도 되지 못한다는 점이다.

<표 7-2> 2003년 근로보상금

작업등급	1급	2급	3급	4급	5급	6급	7급
보상금	5,800원	4,700원	3,800원	2,900원	2,300원	1,700원	1,400원

보호감호소에서 지급하는 일용잡화(속옷, 휴지, 비누, 운동화, 신문 등)등의 질이 매

우 낮고 공급량도 매우 부족하여 별도로 구입해야 한다. 이처럼 보호감호소 생활 동안 각종 지출이 이어져 출소할 때 주머니에 돈 1백만 원조차 갖고 나가기 어렵다.

#### 5) 교육·직업훈련

사회보호법의 목적은 재범의 위험성이 있는 자에게 교육과 훈련을 시키는 것인데, 실제로 감호소에서 시행되고 있는 학교교육과 직업훈련은 유명무실하다는 비판을 받고 있다. 학과교육을 위해 학사 반을 설치하였으나 교육과정은 따로 마련되어 있지 않고 책마저 지원해 주지 않고 있으며, 교도소의 경우 외부강사가 방문하여 강의를 하기도 하는데, 청송보호감호소는 오지라는 지역적 특성으로 방문하려는 외부 강사가 없는 실정이다.

직업훈련에는 정보화교육을 비롯해 타일, 건축도장, 보일러, 미용 등이 있고, 자격증 취득이 가능하다. 그러나 이론과 실습이 모두 불충분해 자격증을 취득하여도 사회에 나오면 사용하지 못한다. 그래서 피보호감호자들은 보호감호소에서 이뤄지는 교육과 훈련이 '사회복귀' 프로그램이 아닌 '사회능력 제거' 프로그램이라고 강하게 반발하고 있는데, 1999년 한 출소자가 법무부에 자신의 자격증을 모두 반납한 사례도 있다.

#### 6) 출소 준비

장기간 사회로부터 격리된 피보호감호자들이 출소 후 문화적 충격 등으로 사회적응에 어려움을 겪기 쉬운데, 이런 충격을 최소화하고 사회적응을 원활히 한다는 취지에서 감호소에서는 귀휴제도와 사회견학 등의 프로그램을 두고 있다. 피보호감호자를 일정기간 감호소 밖, 사회에서 생활하도록 하는 귀휴제도는 외국의 경우 재소자 재활 프로그램 출소준비 프로그램으로 활용된다.

그러나 청송감호소의 경우 귀휴의 사유를 가족의 사망, 회갑 등의 경조사와 각종 훈련과 시험 등으로 제한하고 있으며, 기간도 수용기간 중 3주 이내인데 실제로 활용되는 경우가 거의 없다. 사회견학도 농촌 일손 돕기 등이 제한적으로 이뤄지고 있다. 귀휴나 사회견학의 원래 취지인 수용생활에서 오는 고립감과 사회와의 간극을 줄이기 위한 의미는 살펴보기 어렵다.

#### 7) 가출소 심사

사회보호법에서 '수용기간을 7년 이내로 할 것'을 규정하고 있으나, 대부분의 피보호감호자들은 가출소로 청송보호감호소의 문을 나서고 있다. 1996년 법무연감에 따르면 수용기간은 대부분 3년 이상 4년, 5년 사이에 가장 높은 분포로 나타났다.

피보호감호자는 매년 가출소 여부를 심사받을 수 있다. 법무부 산하의 사회보호위원회가 가출소 여부를 심사하지만 감호소장이 올린 예비명단을 확정하는데 불과하다는 평가이다. 외국의 경우 가출소와 가석방은 그 투명성과 공정성을 높이기 위해 법원이 직접 결정을 내린다. 가출소는 재범의 위험성과 사회복귀 준비정도를 기준으로 결정하는 것이 원칙이었으나, 실제로는 죄명에 따라 절도는 3~4년, 강도는 5년, 기타 범죄는 6년 이상이라는 공식에 맞추어 가출소제도가 운영되고 있다. 피보호감호자 개개인에 대한 심사는 거의 이루어지지 않고 있다. 최근 몇 달 사이 보호감호제의 존재가 논란되면서, 청송 제2보호감호소를 중심으로 가출소가 크게 확대되고 있는데, 실제로 강력범은 그 대상에서 제외되고 주로 단순 절도, 소매치기를 중심으로 출소후 대책 없이 무작정 가출소를 단행함으로써, 재범율을 크게 높이는(30%이상) 부작용이 생기고 있다.

### Ⅲ. 보호감호제의 위헌성 검토

#### 1. 개요

(1) 그동안 헌법재판소는 그 동안 수차례에 걸쳐 사회보호법상의 보호감호제도의 위헌성을 다루어 왔으나, 보호감호제도의 현실을 우려하면서도 '제도 자체'는 위헌이 아니라는 결론을 유지하여 왔다. 이와 같은 헌법재판소의 결론은 '제도 자체'의 헌법 위반 여부, 즉 보안처분의 제도적 당위성에 초점을 맞춘 결과라고 판단된다.

(2) 그러나, 국가인권위원회의 접근은 보호감호의 '집행방법'이 헌법상의 기본권을 침해하는지에 초점을 맞추고자 한다. 형사정책적으로 형벌과 보호감호제도를 이원적으로 병존시키는 것 자체가 위헌이 아니라고 해도 공권력에 의해 기본권침해가 이루어진다면, 그것은 헌법적 차원의 문제이기 때문이다.

(3) 사회보호법 제1조는 "보호감호제도는 죄를 범한 자로서 재범의 위험성이 있고 특수한 교육, 개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 보호처분을 함으로써 사회복귀를 촉진하고 사회를 보호함을 목적으로 한다"고 규정하고 있다. 즉, 보호감호의 목적은 범죄인의 사회복귀와 사회방위라고 볼 수 있다. 이 둘의 목적은 동시에 이루어져야 하는 것이고 어느 하나를 포기하면 보호감호의 목적은 이루어질 수 없다. 보호감호처분이 위와 같은 목적에 부합되는지를 살펴본다.

## 2. 보호감호집행의 현실에서 본 위헌성 검토

### 가. 보호감호의 현실이 교도소 수형생활과 다른가

보호감호의 중요한 목적은 피감호자를 사회로부터 추방시키자는 데 있는 것이 아니라 이를 교육·개선하여 사회에 복귀토록 하는데 있다. 따라서 보호감호소에서의 생활은 사회생활의 일부가 되어야 하고 일반사회생활과 사이에 되도록 차이가 없어야 하며 가족·친지나 일반 사회인과의 접촉이 쉽게 자주 이루어질 수 있는 조건을 갖추어야 한다. 그렇게 되기 위해서는 우선 보호감호소의 위치와 시설의 내용에서 위와 같은 조건에 알맞아야 한다. 그런데 앞에서 살펴본 대로 피감호자들이 수용되어 있는 청송제1, 제2감호소는 시설에 있어 일반 교도소와 비교하여 조금도 차이가 없으며 보호감호의 목적과 무관한 오지에 설치되어 있다.

### 나. 보호감호소 수용은 사회복귀에 도움이 되는가

피감호자들이 보호감호기간(최장 7년)을 마치고 사회에 복귀하여 또다시 죄를 짓지 않고 정상적인 사회생활을 할 수 있기 위해서는 사회적응에 필요한 지식과 기능의 교육이 필요하다. 또한 보호감호기간동안 사회정착에 필요한 상당액의 저축이 가능해야 한다. 그러나, 앞에서 살펴본대로 피보호감호자들이 출소와 함께 손에 쥐는 돈은 불과 1백만 원을 넘지 않는다(평균 5-60만원)

자립은커녕 사회로부터 또다시 외면당하고, 재범의 구렁텅이에 빠지기 십상이다. 최근 '사회보호법 폐지를 위한 공대위'가 자체 조사한 내용에 의하면, 설문조사에 응한 수용자 516명 중 초감이 242명(47%), 재감이 235명(45.7%), 3감이 37명(7.2%)으로 수용자 중 절반이 이미 보호감호를 경험한 것으로 나타났다.

### 다. 보호감호의 현실은 기본권의 과잉제한의 소지는 없는가

보호감호제도는 형의 집행이 아니라 사회복귀를 촉진하기 위한 것이므로, 보호감호 처분을 할 때 응보적 성격은 없어야 하고 오직 사회복귀를 촉진하는 범위 내에서만 피감호자의 기본권이 제한되어야 한다.

그러나 집행의 현실을 보면, 사회복귀와는 무관하게 서신을 검열하고, 동료나 교도관이 볼 수 있는 상태에서 용변을 보아야 하며, 감시탑, 감시등, 철창, 안에서 열 수 없고 밖에서만 열리는 방문 등 사생활의 비밀이 전혀 보장되지 않고, 2평 남짓한

좁은 공간에서 약 46명의 인원이 함께 냉난방 시설이 전혀 갖추어지지 않은 상태에서 생활하며 운동시간도 제한되고 있다. 물론 선거권 등도 전면적으로 제한되고 있다. 인간으로서의 존엄성과 행복추구권의 침해소지가 있다.

#### 라. 소결

위와 같은 상황을 고려하면 현재의 청송보호감호소에서의 보호감호의 집행은 그 제도 자체의 위헌성 문제를 떠나 범죄를 국가가 양산한다는 비판을 받을 수도 있는 심각한 상황이라고 평가할 수 있다. 보호감호처분의 집행현실은 헌법 제12조 1항(모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지 법률에 의하지 아니하고는 체포, 구속, 압수, 수색 또는 심문을 받지 아니하며, 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌, 보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다) 및 제13조 1항(모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다)에 위반될 가능성이 높다. 더부어 헌법 제10조(모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다)와도 충돌된다고 할 수 있다.

### IV. 보호감호제도 존폐론

#### 1. 개요

보호감호제에 운명에 대해서는 현재 크게 두 가지 입장이 있다. 하나는, 제도를 존속시키고 인권침해적 요소를 최소화시킨다는 보호감호개선론이고, 둘째는 제도 자체를 폐지하자는 보호감호폐지론이다. 각각의 주장의 요지를 살펴보기로 한다.

#### 2. 보호감호개선론

가. 현재 보호감호제가 문제가 있다는 사실에 대해서는 아무도 부정하지 않는다. 최소한 획기적인 개선이 있어야 한다는 점에 대해 사회적 합의가 있다. 다만, 보안처분으로서의 보호감호제는 '제도'로서 존치해야 한다는 주장이 있는데, 그 요지는 다음과 같다.



나. 첫째, 보호감호제는 이중처벌이 아니다. 보호감호와 형벌은 자유를 박탈하는 수용처분이라는 점에서 유사하나, 보호감호는 재범의 위험성이 있고 특수한 교육, 개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대해 사회복귀를 촉진하고 사회보호를 위해 헌법 제12조 1항을 근거로 한 보안처분으로 그 본질과 추구하는 목적 및 기능에서 형벌과 같다고 할 수 없다.

둘째, 보안처분은 적법절차 등에 위반되는 처분이라고 할 수 없다. 헌법 제12조에서도 '적법절차에 의한 보안처분'을 허용하고 있어 보호감호의 근거로 하고 있는바, 그 내용은 입법권자의 형성의 자유에 속하는 문제이다. 재범의 위험성 판단을 감호기간 중에 법관이 아닌 사회보호위원회가 행사하는 것은 헌법 제27조의 재판청구권을 침해한다는 주장도 있으나, 재범의 위험성 판단은 본질상 감호기간중에 할 수밖에 없으므로 불가피한 경우라고 할 것이다.

셋째, 보호감호처분은 선진외국에서도 실시하고 있는 보안처분의 일종이다. 현재, 독일을 비롯해서 스웨덴, 덴마크, 벨기에, 오스트리아, 스위스 등 대륙법 국가를 중심으로 사회방위와 행위자의 사회복귀를 목적으로 보호감호처분이 여전히 시행되고 있다. 반면, 미국 등 보호감호가 없는 나라들은 삼진아웃제 등 엄격한 양형제도를 가지고 있어 비교의 대상이 되지 않는다.

넷째, 보호감호 집행현실이 열악한 것은 사실이지만, 그것이 제도의 존재 자체를 부인하지는 않는다. 보호감호집행의 현실적 여건이 불만족스럽다고 해서, 재범의 위험성이 있는 사람들에 대하여 특수한 교육·개선을 함으로써 사회복귀를 촉진하고 사회를 보호하고자 하는 독자적인 목적을 가진 보호감호제도가 곧바로 위험적인 것은 아니다.

다섯째, 보호감호제가 당장 폐지된다면, 사회에 범죄가 만연하게 될 것이다. 재범위험성이 높은 피감호자들을 일시에 사회에 내놓는다면, 일반 국민들이 불안해할 것이고 절도 등 범죄의 급격한 증가가 예상된다.

다. 보호감호제의 주관부서인 법무부도 지난 5월 29일, 주무부서를 교정국에서 보호국으로 이관하고, 대도시 인근 지역에 보호감호시설을 신설하는 한편, 피보호감호자 처우의 획기적 개선, 출소자 사회복귀 지원시스템 강화, 감호집행 기간의 단축, 가출소 기회 대폭 확대를 내용으로 하는 보호감호제 개선방안을 내놓았다. 법무부는 보호

감호의 폐지나 개선이냐에 대해 공식적인 입장을 내놓지 않은 채 위 개선방안을 내놓았는데, 대도시 인근에 보호감호시설을 신설하겠다는 계획은 보호감호제의 존치를 전제로 한 것이라고 볼 것이다.

### 3. 보호감호폐지론

가. 현재, 보호감호제의 즉각적 폐지에 대해 공식적인 입장을 피력한 측은 '사회보호법 폐지를 위한 공대위', 대한변호사협회, 한나라당 인권위원회 이다. 보호감호폐지론의 핵심적 주장은 다음과 같다.

나. 첫째, 우리나라의 사회보호법은 유럽의 보호감호제와 출발부터 다르다. 누범이나 상습범문제의 해결을 의도한 것이라기보다는, 이른바 신군부가 삼청교육대에 수용된 사람들을 그냥 내보낼 수 없어 도입한 제도이다. 이는 보호감호제와 같은 극단적인 형사정책이 동원될 논리적 근거가 전혀 없었다는 것을 의미한다.

둘째, 우리에게 독일과 달리 누범과 상습범 등을 가중처벌할 수 있는 특별형법 조항들이 있다. 그런 조항을 그대로 두고 보호감호 제도를 유지하는 것은 명백한 인권 유린이다. 누범과 상습범에 대해 가중처벌하면서 그것도 못미더워 형기가 만료된 뒤까지 가둬두어야 한다는 주장은 교도행정의 실패를 미리 전제하는 것일 뿐만 아니라 이중처벌에 대한 노골적 옹호와 다를 바 없다.

셋째, 우리의 낙후된 교도행정 현실을 고려할 때 보호감호제를 유지하면서 인권유린을 방지한다는 것은 비현실적인 주장이다. 존치론의 주장대로 보호감호제도가 일반 형벌과 다른 목적을 달성하기 위해서는 대도시 인근에 소규모 감호시설을 다수 신설해야 할 것이나, 님비(NIMBY)현상과 예산문제, 일반 교도소와의 형평성논란을 해결하면서 유럽 수준의 보호감호시설을 운영할 능력이 과연 있는지 의심스럽다.

넷째, '형벌일원주의'에 의해서도 사회보호법의 목적인 '범죄인의 사회복귀 및 재사회화'는 얼마든지 달성될 수 있다. 만일 그것으로 달성할 수 없다면 그것은 수형자들의 책임이라기 보다는 행형제도를 잘못 시행한 국가의 책임일 것이다. 범죄를 줄이는 길은 인권유린 현실부터 고치는 데 있다. 인권보호라는 확고한 철학을 바탕으로 진지하고 장기적인 교도정책을 제시하는 것이야말로 최선의 사회방위수단이다.

다섯째, 보호감호제를 당장 폐지한다고 해서 큰 혼란이 있을 것이라는 것은 기우에

불과하다. 보호감호제를 폐지하더라도 누범이나 상습범을 가중처벌하는 규정을 그대로 적용하면 그만이다. 법원에서는 이를 양형에 고려하게 될 것이다. 인권침해논란이 끊이지 않는 제도를 유지하는 것이야말로 오히려 사회적 혼란과 불안감을 가중시킨다.

다. 보호감호제의 폐지를 주장하는 입장에서는 보호감호제를 유지하면서 개선운영하는 것은 도리어 혼란을 가중시킬 것이라고 주장한다. 보호감호폐지 이후에는 형벌로의 일원화, 양형 합리화, 보호관찰제도의 강화, 갇생보호 등 출소자에 대한 사회복지 프로그램 확대 등을 그 대안으로 제시하고 있다.

#### 4. 소결

보호감호제의 개선론과 폐지론 모두 현행 제도와 집행현실의 문제점에 대해서는 공감대를 형성하고 있다. 다만, 대도시 인근에 새로운 보호감호시설을 설치하여 보호감호제를 제도로서 유지할 것인가, 아니면, 곧바로 제도를 폐지할 것인가의 차이가 있는 것으로 보인다. 다시 말해 보호감호제를 존치시켜야 한다는 입장에서도 현재의 청송감호소가 더 이상 감호소로 운용되어서는 안된다는 점에 동의하고 있다는 것이다.

### V. 결론

(1) 보호감호제도는 상습범죄자와 특별히 위험성 있는 범죄자에 대해서 응보형 제도의 결함을 보충하기 위해 고안되었으나, 현대 문명국가의 형사정책, 우리나라의 특수한 사정을 고려해서 재해석할 필요성이 제기된다.

(2) 특히, 보호감호의 집행현실은 다분히 헌법위반의 소지가 있다. 헌법 제10조(인간의 존엄성, 행복추구권), 제12조(적법절차), 제13조(이중처벌), 제27조(재판청구권) 등이 쟁점이 되는 기본권이다.

(3) 또한 지금까지 시행된 보호감호제도는 재범의 위험성을 낮추고, 범죄자의 사회복지 준비하고, 사회를 방위한다는 본연의 목적달성에도 실패한 것으로 평가된다..

(4) 따라서, 현행 사회보호법상 규정되어 있는 보호감호제는 '제도'로서도 그 의미를 상실하였다고 본다. 따라서 보호감호제를 없애고, 그 근간이 되는 사회보호법을 폐지할 것을 권고한다. 같은 법에서 규정하고 있던 '심신장애자에 대한 치료감호제'에 대해서는 대체입법을 권고한다.

(5) 보호감호제가 폐지되고 감호소가 사라질 경우, 별도의 사회적 치료처분이 필요한 '특별히 위험성 있는 범죄자(성범죄자 등의 강력범죄)에 대한 처우의 필요성이 제기된다.

### **제3절. 餘論 : 사회보호법 대체법안 '치료보호법' (최용규의원 대표발의)에 대한 의견 (장유식)**

#### **1. 제안 이유**

현행 사회보호법에 의한 보호감호처분은 이중처벌이라는 주장이 있고 그 집행실제 있어서도 인권침해적 요소가 많아 위헌소지가 있기 때문에 이를 폐지하고, 이 사회보호법의 폐지로 인해 방치될 수밖에 없게 된 치료감호대상자인 정신질환 범죄자 등에 대하여 보호와 치료를 함으로써 그의 사회복귀를 돕고 정신질환자의 범죄로부터 사회를 보호하려는 것임

#### **2. 개정안의 의의**

가. 현행 사회보호법에서 치료감호부분만을 정리하여 기본적인 법안의 골격으로 삼음

나. 다만, 현행 치료감호에 대한 규정은 인권침해적 요소가 많기 때문에 일부 조항을 개선

#### **3. 개정안에 대한 평가**

가. 다음과 같은 점들은 기존의 사회보호법의 문제점을 개선한 것으로서 긍정적인 변화로 평가됨

- 법안의 명칭을 치료감호라고 하지 않고 ‘치료보호’라고 하여 ‘치료’가 우선임을 명시한 점(명칭)
- 치료보호대상자를 기존의 사회보호법과는 달리 형법 등 처벌규정에 의해 특정함으로써 그 범위를 명확히 한 점(법안 제2조 제3호)
- 치료보호의 요건에서 ‘재범의 위험성’을 법원이 판단하도록 한 점(법안 제6조)
- 관할 지방법원 판사가 치료보호영장을 발부하는 때에 정신과 전문의의 의견을 필수적으로 듣도록 한 점(법안 제9조 제1항)
- 보호구속의 경우, 그 기간을 10일로 하고, 1회에 한하여 10일의 범위내에서 연장할 수 있도록 하여 기간의 제한을 둔 점(법안 제10조 제2항)
- 보호구속된 피치료보호청구인에 대하여 사회보호법은 형사소송법상 보석, 재구속의 제한, 체포·구속적부심 등의 규정을 적용하지 않고 있는데, 이중에서 보석을 제외한 나머지 규정을 삭제한 점(법안 제10조 제5항)
- 법원이 치료보호의 결정을 할 때 ‘지정치료보호시설의 정신과 전문의의 감정과 정신보건법에 의한 정신보건전문요원의 관찰의견’을 필수적으로 참조하도록 한 점(법안 제17조 제1항)
- 보조인제도를 두어 보호자 외에 변호사가 치료보호청구사건에 개입하여 피보호자의 보호가 가능케 한 점(법안 제22조)
- 치료보호시설에의 수용기간에 대해 기존 사회보호법에서 제한을 두지 않고 있었던 점을 개선하여 ‘3년’을 넘지않도록 한 점(법안 제23조 제2항)
- 지정치료보호시설의 지정제도를 신설하고 관련규정을 둔 점(법안 제24조)
- 치료보호내용등의 공개에 대한 규정을 신설하여, 투명성을 제고하고 동시에 개인신상에 대한 보호도 염두에 둔 점(법안 제29조)
- 치료위탁 개시가능기간을 종전 사회보호법의 2년에서 ‘1년’으로 축소조정한 점(법

안 제32조 제1항)

○ 사회보호위원회 대신 설치되는 '치료보호심의위원회'의 구성에 있어 전체 9인중 정신 과 전문위 4인 이상이 참여하도록 하여 전문성을 높인 점(법안 제39조 제1항)

○ 다른 법률의 준용에 있어서 종전 사회보호법에서 규정되어 있던 행정법을 삭제하여 치료보호가 구금시설과 다르다는 점을 분명히 한 점(법안 제59조)형사소송법과 보호관찰등에관한법률

이상은, 인권보호에 진일보한 입법으로 환영함

나. 그러나, 법안에는 다음과 같은 점들이 지적되어야 할 것으로 보임

(1) 우선, 치료보호심의위원회를 법원이 아닌 법무부 산하에 두도록 한 점은 문제가 있음

심의위원회는 법원 산하에 두는 것이 바람직함

치료보호심의위원회는 치료보호처분 및 보호관찰의 관리와 집행에 관한 사항을 심사·결정하기 위한 기구인데, 결국 피치료보호자의 인신의 자유에 대한 절대적 권한을 갖고 있음

치료보호처분을 법원이 내린 이상, 그 해제에 대한 결정도 심의위원회의 의견을 들어 법원이 내리는 것이 바람직하다고 판단됨

심의위원회가 법무부에 의해 주도될 경우(법무부 차관이 위원장) 치료 보호 시설이나 집행 기관의 기관 이기주의가 무의식적으로라도 작용하여 공정한 결정을 왜곡시킬 가능성이 있음

(2) 외래치료명령제 등 시설외 처우에 대한 고려가 없다는 점도 아쉬움

법안은 치료보호기간을 3년으로 제한하고, 치료위탁도 1년경과후 가능케 하는 등 시설내 보호에 대한 개선점이 눈에 띄나, 외래치료명령제 등 시설외 처우에 대한 고려가 부족하여, 시설 퇴소후 어떻게 정신장애인에 대한 사회적 처우를 한다는 것인지 내용이 불명확함

외래 치료 명령제는 치료보호나 입원치료가 종료된 후라든가, 치료보호 입원 치료

가 필요 없는 상태이지만 외래 치료를 하지 않으면 재범의 우려가 있는 병(충동 조절 장애, 생리전 증후군 등)에서 외래 치료를 명령하고, 심의위원회의 권고에 따르지 않고 무단히 외래 치료를 중단하면, 유보했던 형을 집행하거나 기소절차를 진행하는 제도로서, 현재 가정폭력방지법에 유사한 제도가 있음

외래치료명령제가 도입되면 현행 보호관찰 제도를 외래치료명령제로 변경하면 될 것임

### (3) 기타

○ 치료보호가 심신장애자의 인권을 침해하지 않는 제도가 되기 위해 '치료의 필요성'을 요건으로 할 필요성이 있음(법안 제6조 또는 제7조에 삽입)

○ 치료보호영장과 관련하여, 악용의 소지를 없애기 위해 요건을 엄격히 규정할 필요가 있고, 예컨대 법안 제9조 제1항 1호의 경우 "다시 같은 유형의 범죄를 저지를 우려가 있다는"을 "즉시 동일한 범죄를 행하리라는" 상당한 의심이 있을 때로 강화(법안 제9조 제1항 1호 수정)

○ 지정치료보호시설의 자격과 관련하여, 지방자치단체의 공립의료시설 중 상당 부분이 민간에 위탁되어 있어서 사설 의료기관과 마찬가지로 운영되고 있어, 영리 목적으로 운영될 우려가 많고 치료보호기간 연장의 가능성도 있으므로, 국립정신병원 혹은 국립의료시설로 제한하는 것이 바람직할 것으로 보임(법안 제24조에 삽입)

○ 다른 법률의 준용과 관련하여 치료와 관련된 부분은 의료법과 정신보건법을 준용토록 하는 것이 필요할 것으로 보임(법안 제59조 삽입)

○ 심실미약자의 경우 그 치료처분이후 남은 형기를 어떻게 해야 할 것인가의 문제인데, 치료이후 치료효과의 지속, 재범위험성이 없다고 판단할 때는 형의 집행을 유예, 또는 면제하는 방식도입이 필요하다고 봄(법안 신설)

## 4. 결론 - 원칙적 찬성

치료보호법(최용규 의원 대표발의)는 기존에 서상섭의원이 대표발의한 '심신장애자

등의범죄방지및치료보호에관한법률안' (2003. 9.)과 비교할 때, 진일보한 입법으로 범죄와 연관된 심신장애인들에 대한 사회적 처우라는 입장에서 올바른 방향을 취하고 있는 것으로 보이므로 입법에 적극적으로 찬성함

다만, 치료보호위원회의 설치 등 몇 가지는 아쉬운 점이 있으며, 재검토가 필요하다고 생각됨



## - 부 록 -

- 부록 1 : 사회보호법 전문
- 부록 2 : 설문지 2 종
- 부록 3 : 분류지표 견본
- 부록 4 : 대체법안(최용규 의원 대표발의)

## ● 부록 1 : 사회보호법 전문

### 제1장 총칙

\*제1조 【목적】 이 법은 죄를 범한 자로서 재범의 위험성이 있고 특수한 교육.개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 보호처분을 함으로써 사회복귀를 촉진하고 사회를 보호함을 목적으로 한다.

\*제2조 【보호처분대상자】 이 법에 의한 보호처분대상자(이하 "보호대상자"라 한다)는 다음과 같다. <개정 89.3.25, 96.12.12>

1. 수개의 형을 받거나 수개의 죄를 범한 자(과실로 인하여 죄를 범한 자는 제외한다)
2. 심신장애자 또는 마약류.알코올 기타 약물류중독자로서 죄를 범한 자

\*제3조 【보호처분의 종류】 보호처분의 종류는 다음과 같다.

1. 보호감호
2. 치료감호
3. 보호관찰

\*제4조 【감호사건의 관할】 1)감호사건의 토지관할은 감호사건과 동시에 심리하거나 심리할 수 있었던 사건의 관할에 따른다.

2)감호사건의 제1심 재판은 지방법원 및 지방법원지원 합의부의 관할로 한다. 이 경우 피감호청구인에 대한 감호사건과 피고사건의 관할이 다른 때에는 감호사건의 관할에 따른다.

### 제2장 보호처분

\*제5조 【보호감호】 보호대상자가 다음 각호의 1에 해당하고 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때에는 보호감호에 처한다.

1. 동종 또는 유사한 죄로 2회이상 금고이상의 실형을 받고 형기합계 3년 이상인 자가 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 별표의 죄를 범한 때
2. 별표에 규정된 죄를 수회 범하여 상습성이 인정될 때
3. 보호감호의 선고를 받은 자가 그 감호의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 별표의 죄를 범한 때 <전문개정 89.3.25>

\*제6조 【실형 및 동종.유사죄】 1)제5조에서 "실형"이라 함은 금고이상의 형을 받아 그 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제된 경우의 형을 말한다.

2)제5조에서 "동종 또는 유사한 죄"라 함은 전후의 범죄관계에 있어서 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 말한다.

1. 죄명이 같은 경우
2. 형법 각칙의 같은 장에 규정된 죄의 경우
3. 형법 각칙에 규정된 죄와 그 가중처벌에 관한 죄의 경우

4. 형법이외의 같은 법률에 규정된 죄의 경우
5. 형법이외의 법률에 규정된 죄와 그 가중처벌에 관한 죄의 경우
6. 죄질, 범죄의 수단과 방법, 범죄의 경향, 범죄의 유형등을 종합하여 동종 또는 유사한 죄에 속한다고 인정되는 경우

\*제7조 【보호감호의 내용】 1)보호감호의 선고를 받은 자(이하 "피보호감호자"라 한다)에 대하여는 보호감호시설에 수용하여 감호.교화하고, 사회복귀에 필요한 직업 훈련과 근로를 과할 수 있다. 다만, 근로는 피보호감호자의 동의가 있는 때에 한 한다.

2)보호감호시설의 장은 직업훈련.근로.치료 기타 감호.교화에 필요하다고 인정되는 때에는 적당한 기관에 피보호감호자의 감호 등을 위탁할 수 있다. 이 경우 위탁 받은 기관은 보호감호 시설로 본다. <개정 96.12.12>

3)보호감호시설에의 수용은 7년을 초과할 수 없다. <신설 89.3.25>

4)제1항 및 제2항의 규정에 의한 보호감호시설과 감호.교화의 방법 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

\*제8조 【치료감호】 1)보호대상자가 다음 각호의 1에 해당하고 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때에는 치료감호에 처한다.

1. 심신장애자로서 형법 제10조제1항의 규정에 의하여 벌할 수 없거나 동조 제2항의 규정에 의하여 형이 감경되는 자가 금고이상의 형에 해당하는 죄를 범한 때

2. 마약.향정신성의약품.대마 기타 남용되거나 해독작용을 일으킬 우려가 있는 물질이나 알코올을 식음.섭취.흡입.흡연 또는 주입받는 습벽이 있거나 그에 중독된 자가 금고이상의 형에 해당하는 죄를 범한 때

2)제1항제2호의 남용되거나 해독작용을 일으킬 우려가 있는 물질은 대통령령으로 정한다. <전문개정 89.3.25>

\*제9조 【치료감호의 내용】 1)치료감호의 선고를 받은 자(이하 "피치료감호자"라 한다)에 대하여는 치료감호시설에 수용하여 치료를 위한 조치를 한다.

2)치료감호시설에의 수용은 피치료감호자가 감호의 필요가 없을 정도로 치유되어 사회보호위원회의 치료감호의 종료결정을 받거나 가중료결정을 받을 때까지로 한다. <개정 96.12.12>

3)제1항의 규정에 의한 치료감호시설과 치료 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정 한다. <전문개정 89.3.25>

\*제10조 【보호관찰】 1)보호대상자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 보호관찰이 개시된다. <개정 96.12.12>

1. 피보호감호자가 가출소한 때 또는 병과된 형의 집행중 가석방된 후 그 가석방이 취소되거나 실효됨이 없이 잔형기를 경과한 때

2. 치료감호가 가중료된 때 또는 피치료감호자가 치료감호시설외에서의 치료를 위하여 친족에게 위탁된 때

2)제1항제1호 후단의 경우에는 사회보호위원회의 가출소결정이 있는 것으로 본다.

3)보호관찰의 기간은 3년으로 한다. 다만, 제1항제2호의 규정에 의한 피보호관찰자에 대하여

는 계속 보호관찰이 필요하다고 인정되는 경우 사회보호위원회의 결정으로 보호관찰기간을 1차에 한하여 3년간 연장할 수 있다. <개정 96.12.12>

4)보호관찰기간 만료전이라도 사회보호위원회의 보호감호의 집행면제결정 또는 치료감호의 종료결정이 있거나 보호관찰이 개시된 자(이하 "피보호관찰자"라 한다) 가 다시 보호감호 또는 치료감호(이하 두 감호를 합하여 "감호"라 한다)의 집행을 받게 되어 재수용되거나 금고이상의 형의 집행을 받게 된 때에는 보호관찰이 종료 된다. <신설 96.12.12>

\*제11조 【피보호관찰자의 준수사항】 1)피보호관찰자는 보호관찰등에관한법률 제32조 제2항의 규정에 의한 준수사항을 성실히 이행하여야 한다.

2)사회보호위원회는 피보호관찰자의 특성을 고려하여 제1항의 규정에 의한 준수사항외에 치료 기타 특별히 준수하여야 할 사항을 따로 과할 수 있다. <전문개정 96.12.12>

### 제3장 보호처분의 절차

\*제12조 【조사】 1)검사는 범죄를 수사함에 있어서 범죄경력,심신장애등을 참작하여 감호에 처함이 상당하다고 인정되는 자에 대하여는 그에 필요한 자료를 조사하여 야 한다.

2)사법경찰관(특별사법경찰관을 포함한다. 이하 같다)는 검사의 지휘를 받아 제1항의 규정에 의한 조사를 하여야 한다.

\*제13조 【감호영장】 1)보호대상자에 대하여 감호에 처함이 필요하다고 인정되고 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 검사는 관할 지방법원판사에게 청구하여 감호영장을 발부받아 보호대상자를 보호구속(보호구금과 보호구인을 포함한다. 이하 같다)할 수 있다.

1. 일정한 주거가 없는 때
2. 증거를 인멸할 염려가 있는 때
3. 도망하거나 도망할 염려가 있는 때

2)사법경찰관은 제1항의 요건에 해당하는 자에 대하여 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할 지방법원판사의 감호영장을 발부받아 보호대상자를 보호구속할 수 있다.

3)제1항 및 제2항의 규정에 의한 보호구속에는 형사소송법 제201조제2항 내지 제4항, 제202조 내지 제207조 및 제209조의 규정을 준용한다.

4)보호구속된 보호대상자에 대하여는 형사소송법 제94조,제96조,제208조,제214조의2의 규정을 적용하지 아니한다.

\*제14조 【감호청구】 1)감호의 청구를 함에는 검사가 감호청구서를 관할 법원에 제출하여야 한다. 감호청구서에는 피감호청구인수에 상응한 부분을 첨부하여야 한다.

2)감호청구서에는 다음 사항을 기재하여야 한다.

1. 피감호청구인의 성명 기타 피감호청구인을 특정할 수 있는 사항
2. 청구의 원인이 되는 사실
3. 적용법조
4. 기타 대통령령으로 정하는 사항

3)검사는 공소 제기한 사건의 제1심판결의 선고 전까지 감호청구를 할 수 있다.

4)법원은 감호청구가 있는 때에는 지체 없이 감호청구서의 부분을 피감호청구인 또는 변호인에게 송달하여야 한다. 다만, 공소제기와 동시에 감호청구가 있는 때에는 제1회 공판기일 전 5일까지, 피고사건심리중에 감호청구가 있는 때에는 다음 공판기일 전 5일까지 송달하여야 한다.

5)법원은 공소 제기된 사건의 심리결과 감호에 처함이 상당하다고 인정할 때에는 검사에게 감호청구를 요구할 수 있다.

**\*제15조 【감호의 독립청구】** 검사는 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 공소를 제기함 이 없이 감호청구만을 할 수 있다.

1. 피의자가 형법 제10조제1항의 규정에 해당되어 벌할 수 없는 때
2. 고소고발이 있어야 논할 수 있는 죄에서 그 고소고발이 없거나 취소된 때 또는 피해자의 명시한 의사에 반하여 논할 수 없는 죄에서 처벌을 희망하지 아니하는 의사표시가 있거나 처벌을 희망하는 의사표시가 철회된 때
3. 피의자에 대하여 형사소송법 제247조제1항의 규정에 의하여 공소를 제기하지 아니하는 결정을 한 때

**\*제16조 【감호청구와 구속영장의 효력】** 구속영장에 의하여 구속된 피의자에 대하여 검사가 공소를 제기하지 아니하는 결정을 하고 감호청구만을 하는 때에는 구속영장은 감호영장으로 보며 그 효력을 잃지 아니한다.

**\*제17조 【피치료감호청구인의 불출석】** 피치료감호청구인이 형법 제10조제1항의 규정에 의한 심신장애로 공판기일에의 출석이 불가능한 경우에는 법원은 피치료감호청 구인의 출석 없이 개정할 수 있다.

**\*제18조 【공판절차로의 이행】** 1)제15조제1호의 규정에 의한 치료감호청구사건의 공판 개시후 피감호청구인에 대하여 형법 제10조제1항의 규정에 의한 심신장애가 아니라는 명백한 증거가 발견된 경우에 검사의 청구가 있는 때에는 법원은 형사소송법의 규정에 의한 공판절차로 이행하여야 한다.

2)제1항의 경우에는 치료감호를 청구한 때에 공소를 제기한 것으로 보며, 치료감호청구서는 공소장과 동일한 효력을 가지고, 공판절차이행전의 심리는 공판절차에 의한 심리로 본다. 이 경우 공소장에 기재할 사항은 형사소송법 제298조의 규정에 의한 절차에 따라 변경할 수 있다.

3)약식명령을 청구한 후 감호청구가 있는 때에는 약식명령청구는 그 감호청구가 있는 때로부터 공판절차에 의하여 심판하여야 한다.

**\*제19조 【공판내용의 고지】** 제18조의 규정에 의하여 공판절차로 이행하는 경우에 피고인의 출석 없이 진행된 공판의 내용은 공판조서의 낭독 기타 적당한 방법으로 피고인에게 고지하여야 한다

**\*제20조 【감호의 판결등】** 1)법원은 감호청구된 사건을 심리하여 그 청구가 이유 있다고 인정할 때에는 판결로써 감호를 선고하여야 하고, 그 이유 없다고 인정할 때 또는 피고사건에 대

하여 심신상실이외의 사유로 무죄를 선고하거나 사형 또는 무기형을 선고할 때에는 판결로써 청구기각을 선고하여야 한다. <개정 89.3.25>

2)감호사건의 판결은 피고사건의 판결과 동시에 선고하여야 한다. 다만, 제15조의 규정에 의한 감호청구의 경우에는 그러하지 아니하다.

3)감호선고의 판결이유에는 요건으로 되는 사실, 증거의 요지와 적용법조를 명시하여야 한다.

4)보호감호와 치료감호의 요건이 경합하는 때에는 치료감호만을 선고하여야 한다. <개정 89.3.25>

5)법원은 피고사건에 대하여 형사소송법 제326조 각호, 제327조제1호 내지 제4호 및 제328조 제1항 각호(제2호 후단은 제외한다)의 사유가 있는 때에는 감호청구사건에 대하여도 청구기각의 판결 또는 결정을 하여야 한다. 감호청구사건에 대하여 위와 같은 사유가 있는 때에도 또한 같다.

6)형의 선고 없이 보호감호만을 선고하는 때에는 감호선고전의 보호구금일수(구속영장에 의한 구금일수를 포함한다. 이하 같다)는 그 전부 또는 일부를 보호감호시설에의 수용기간에 산입한다. <개정 89.3.25>

7)검사 또는 피감호청구인과 형사소송법 제339조 내지 제341조에 규정된 자는 형사소송법의 절차에 따라 상소할 수 있다.

8)피고사건의 판결에 대하여 상소 및 상소의 포기.취하가 있는 때에는 감호청구사건의 판결에 대하여도 상소 및 상소의 포기. 취하가 있는 것으로 본다. 상소권회복 또는 재심의 청구나 비상상고가 있는 때에도 또한 같다.

\*제21조 【준용규정】 1)제13조제1항의 규정은 법원의 피감호청구인을 보호구속하는 경우에 이를 준용한다.

2)형사소송법 제282조 및 제283조의 규정은 제5조 및 제8조제1항제1호에 규정된 자의 감호청구사건에 이를 준용한다. <개정 89.3.25>

#### 제4장 보호처분의 집행

\*제22조 【집행지휘】 1)보호처분의 집행은 검사가 지휘한다.

2)제1항의 규정에 의한 지휘는 판결서등본 또는 결정서등본을 첨부한 서면으로 한다.

\*제23조 【집행순서 및 방법】 1)보호감호와 형이 병과된 경우(보호감호시설에 수용되어 있는 중에 형을 선고받은 경우를 포함한다)에는 형을 먼저 집행한다. 다만, 자격정지는 보호감호와 같이 집행한다. <개정 89.3.25, 96.12.12>

2)치료감호와 형이 병과된 경우에는 치료감호를 먼저 집행한다. 이 경우 치료감호의 집행기간은 형기에 산입한다. <신설 96.12.12>

3)수개의 보호감호판결이 있는 때에는 후에 선고받은 감호만을 집행한다. <개정89.3.25>

\*제23조의2 【감호내용등의 공개】 이 법에 의한 보호감호와 치료감호의 내용과 실태는 대통

령령이 정하는 바에 의하여 공개하여야 한다. <본조신설 89.3.25>

\*제24조 【소환, 감호집행】 1)보호구금 되지 아니한 피보호감호자와 피치료감호자(이하 이 둘을 합하여 "피감호자"라 한다)에 대한 감호를 집행하기 위하여 검사는 피감호자를 소환할 수 있다.

2)소환에 응하지 아니한 때에는 검사는 감호집행장을 발부하여 보호구인할 수 있다.

3)제2항의 경우에 피감호자가 도망하거나 도망할 염려가 있는 때 또는 현재지를 알 수 없는 때에는 소환함이 없이 감호집행장을 발부하여 보호구인할 수 있다.

4)감호집행장은 감호영장과 동일한 효력이 있다.

\*제25조 【기출소.가중료등의 심사.결정】 1)사회보호위원회는 피보호감호자에 대하여 그 집행개시 후 매 1년 기출소여부를, 기출소한 피보호감호자에 대하여 매 6월 집 행면제 여부를 심사.결정한다. <개정 89.3.25, 96.12.12>

2)사회보호위원회는 피치료감호자에 대하여 그 집행개시 후 매6월 종료 또는 가중료여부를, 가중료 또는 치료위탁된 피치료감호자에 대하여는 가중료 또는 치료위탁후 매6월 종료여부를 심사.결정한다. <개정 96.12.12>

\*제26조 【형의 가석방과 보호감호】 1)행형법 제49조의 규정에 의한 가석방심사위원회 는 보호감호가 병과된 수형자에 대하여 가석방을 구신하기 전에 사회보호위원회의 동의를 받아야 한다.

2)제1항의 피보호감호자가 가석방기간중 그 가석방이 취소되거나 실효됨이 없이 잔형기를 경과한 때에는 보호감호를 집행하지 아니한다. 다만, 사회보호위원회에서 보호감호를 집행하기로 결정한 때에는 그러하지 아니하다.

\*제27조 【보호감호의 집행면제등】 1)보호관찰기간이 만료된 때에는 제10조제1항 제1호의 규정에 의한 피보호관찰자에 대하여는 보호감호의 집행이 면제되고, 동항제2호의 규정에 의한 피보호관찰자에 대하여는 치료감호가 종료된다.

2)사회보호위원회는 제10조제1항제1호의 규정에 의한 피보호관찰자가 관찰성적이 양호한 때에는 보호감호의 집행면제를, 동항제2호의 규정에 의한 피보호관찰자가 관찰성적 및 치료경과가 양호한 때에는 치료감호의 종료를 결정할 수 있다. <전문개정 96.12.12>

\*제28조 【치료의 위탁】 1)사회보호위원회는 제8조제1항제1호 전단의 규정에 의한 피치료감호자가 그 집행개시후 2년을 경과한 때에는 상당한 기간을 정하여 그 친족에게 치료감호시설에서의 치료를 위탁할 수 있다. 제8조제1항제2호 후단에 규정된 자중 치료감호만을 선고받은 자도 또한 같다. <개정 89.3.25>

2)사회보호위원회는 치료감호와 형이 병과되어 형기상당의 치료감호를 집행 받은 자에 대하여는 상당한 기간을 정하여 그 친족에게 치료감호시설에서의 치료를 위탁할 수 있다.

3)제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 사회보호위원회가 치료의 위탁을 결정함에 있어서는 피치료감호자의 친족으로부터 치료감호시설에서의 입원.치료를 보증하는 뜻의 서약서를 제출받아야 한다.

\*제29조 【피보호관찰자등의 신고의무】 1)피보호관찰자 또는 그 친족은 대통령령이 정하는 바

에 의하여 출소후의 거주예정지 기타 필요한 사항을 사전에 감호시설의 장에게 신고하고 출소후 10일 이내에 주거, 직업, 치료를 받는 병원 기타 필요한 사항을 보호관찰관에게 서면으로 신고하여야 한다. <개정 96.12.12>

2)피보호감호자가 병과된 형의 집행중 가석방된 후 그 가석방이 취소되거나 실효됨이 없이 잔형기가 경과되어 형기가 만료된 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 형기 만료 후 10일 이내에 주거,직업 기타 필요한 사항을 보호관찰관에게 서면으로 신고하여야 한다. <개정 96.12.12>

\*제30조 【가출소등의 취소와 감호의 재집행】 1)사회보호위원회는 피보호관찰자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 결정으로 가출소,가종료 또는 치료의 위탁을 취소하고 다시 감호를 집행할 수 있다. <개정 96.12.12>

1. 고의로 금고이상의 형에 해당하는 죄를 범한 때
2. 제11조의 준수사항 기타 보호관찰에 관한 지시,감독에 위반한 때
3. 제10조제1항제2호의 규정에 의한 피보호관찰자가 증상이 악화되어 치료감호가 필요하다고 인정되는 때

2)제1항의 경우에 가출소중의 일수는 보호감호시설에의 수용기간에 산입하지 아니 한다. <개정 89.3.25>

\*제31조 【감호의 집행정지】 피감호자에 대하여 형사소송법 제471조제1항 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 동조의 규정에 따라 검사는 감호의 집행을 정지할 수 있다. 이 경우 감호의 집행이 정지된 자에 대한 관찰은 형집행정지자에 대한 관찰의 예에 의한다.

## 제5장 사회보호위원회

\*제32조 【사회보호위원회】 1)보호처분의 관리와 집행에 관한 사항을 심사,결정하기 위하여 법무부에 사회보호위원회(이하 "위원회"라 한다)를 둔다.

2)위원회는 판사,검사 또는 변호사의 자격이 있는 7인이내의 위원과 의사의 자격이 있는 2인이내의 위원으로 구성하며, 위원장은 법무부차관이 된다. <개정89.3.25>

3)위원회는 다음 각호의 사항을 심사,결정한다. <개정 96.12.12>

1. 피보호감호자에 대한 가출소 및 그 취소와 보호감호면제에 관한 사항
  - 1의2. 피보호감호자에 대한 제7조제2항의 규정에 의한 위탁에 관한 사항
  2. 피치료감호자에 대한 치료의 위탁,가종료 및 그 취소와 치료감호종료여부에 관한 사항
  3. 피보호관찰자에 대한 준수사항의 부과 및 지시,감독과 그 위반시의 제재에 관한 사항
  4. 기타 제1호 내지 제3호에 관련된 사항
- 4)위원회에는 전문적 학식과 덕망이 있는 자중 위원장의 제청으로 법무부장관이 위촉하는 자문위원을 둘 수 있다.

5)위원회의 구성,운영,서무 및 자문위원의 위촉 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

\*제33조 【심사】 1)위원회는 심사 자료에 의하여 제32조제3항에 규정된 사항을 심사한다.



2)위원회는 제1항의 규정에 의한 심사를 위하여 필요한 때에는 법무부소속 공무원으로 하여금 결정에 필요한 사항을 조사하게 하거나 피감호자 및 피보호관찰자(이하 이 둘을 합하여 "피보호자"라 한다) 기타 관계자를 직접 소환·심문하거나 조사 할 수 있다.

3)제2항의 규정에 의하여 조사의 명을 받은 공무원은 다음 각호의 권한을 가진다.

1. 피보호자 기타 관계자의 소환·심문 및 조사

2. 국·공립기관 기타 공·사단체에의 조회 및 관계 자료의 제출요구

4)피보호자 기타 관계자는 조사공무원의 소환·심문 및 조사에 응하여야 하며, 국·공립기관 기타 공·사단체는 제3항의 규정에 의한 조회나 자료제출의 요구를 받은 때에는 국가기밀 또는 공공의 안녕질서에 유해한 것이 아니면 이를 거부할 수 없다.

**\*제34조 【의결 및 결정】**

1)위원회의 회의는 위원장을 포함한 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다. 다만, 가부동수인 때에는 위원장이 결정한다.

2)결정은 이유를 붙이고 출석한 위원들이 기명날인한 문서로써 한다.

**\*제35조 【검사의 심사신청】**

1)피보호자의 주거지(시설에 수용된 경우에는 그 시설을 주거지로 본다)를 관할하는 지방검찰청 또는 지청의 검사는 제32조제3항에 규정된 사항에 관하여 위원회에 그 심사·결정을 신청할 수 있다.

2)제1항의 규정에 의한 신청을 함에 있어서는 위원회에 심사신청서 및 신청사항의 결정에 필요한 자료를 제출하여야 한다. 이 경우 자료의 조사에 관하여는 제12조의 규정을 준용한다.

3)제2항의 규정에 의한 신청서를 제출할 때에는 감호시설의 장이나 보호관찰관의 의견을 들어야 한다. <개정 96.12.12>

4)감호시설의 장 또는 보호관찰관은 검사에게 제1항의 규정에 의한 신청을 하도록 요청할 수 있다. <개정 96.12.12>

**\*제35조의2 【피치료감호자등의 심사신청】**

1)피치료감호자와 그 법정대리인 및 친족은 피치료감호자가 감호의 필요가 없을 정도로 치유되었음을 이유로 위원회에 감호의 종료여부를 심사·결정하여 줄 것을 신청할 수 있다.

2)제1항의 규정에 의한 신청을 함에 있어서는 위원회에 심사신청서 및 심사신청이 유에 대한 자료를 제출하여야 한다.

3)위원회가 제1항의 규정에 의한 신청을 기각하는 경우에는 결정서에 그 이유를 명시하여야 한다.

4)제1항의 규정에 의한 신청은 치료감호의 집행이 개시된 날부터 6월이 경과한 후에 하여야 한다. 신청이 기각된 경우에는 6월이 경과한 후에 다시 신청할 수 있다. <본조신설 89.3.25>

제6장 보칙

\*제36조 【감호청구의 시효】 1)감호청구의 시효는 감호청구된 사건과 동시에 심리하거나 심리할 수 있었던 죄에 대한 공소시효기간의 경과로 완성된다.

2)감호청구된 사건은 판결의 확정이 없이 감호청구가 있는 때로부터 15년을 경과하면 청구의 시효가 완성된 것으로 본다.

\*제37조 【감호의 시효】

1)감호의 선고를 받은 자는 그 판결이 확정된 후 집행을 받음 이 없이 다음의 기간을 경과함으로써 시효가 완성되어 그 집행이 면제된다. <개 정 89.3.25>

1. 보호감호와 제8조제1항제1호의 치료감호는 10년

2. 제8조제1항제2호의 치료감호는 7년3. 삭제 <89.3.25>

2)시효는 감호의 집행정지 또는 가출소.가종료 기타 집행할 수 없는 기간은 진행되지 아니한다. <개정 96.12.12>

3)시효는 피보호자를 체포함으로써 중단된다.

\*제38조 【감호의 선고와 자격정지】

감호의 선고를 받은 자는 그 감호의 집행이 종료 되거나 면제될 때까지 다음 각호의 자격이 정지된다.

1. 공무원이 되는 자격

2. 공법상의 선거권과 피선거권

3. 법률로 요건을 정한 공법상 업무에 관한 자격

\*제39조 【감호의 실효】 1)감호의 집행을 종료하거나 집행이 면제된 자가 피해자의 피해를 보상하고 자격정지이상의 형 또는 감호의 선고를 받음이 없이 7년을 경과한 때에는 본인 또는 검사의 신청에 의하여 그 재판의 실효를 선고할 수 있다. 이 경 우에는 형사소송법 제337조의 규정을 준용한다.

2)감호의 집행을 종료하거나 집행이 면제된 자가 자격정지이상의 형 또는 감호의 선고를 받음이 없이 10년을 경과한 때에는 그 재판이 실효된 것으로 본다.

\*제40조 【기간의 계산】 1)보호처분의 기간은 그 처분을 집행한 날로부터 기산한다. 이 경우 초일은 시간을 계산함이 없이 1일로 산정한다.

2)보호처분의 집행에 위반한 기간은 그 보호처분기간에 산입하지 아니한다.

\*제41조 【군법 피적용자에 대한 특칙】

1)군사법원법 제2조제1항 각호의 1에 해당하는 자에 대한 보호처분사건에 관하여는 군사법원은 법원의, 군검찰부검찰관은 검사의, 군사법경찰관리는 사법경찰관리의 이 법에 의한 직무를 행한다. <개정87.12.4, 94.1.5>

2)군사법원법 제2조제1항 각호의 1에 해당하는 자에 대한 보호처분의 관리와 그 집행사항을 심사.결정하기 위하여 국방부에 군사회보호위원회를 둔다. <개정87.12.4>

3)군사회보호위원회의 구성과 운영에 관하여는 위원회에 관한 규정을 준용한다.

4)군사법원, 군검찰부검찰관 또는 군사회보호위원회는 보호대상자가 군사법원법 제2조제1항 각호의 1에 해당하는 자가 아님이 명백한 때에는 당해 보호처분사건을 대응하는 법원.검사 또

는 위원회에 이송한다. 이 경우 이송 전에 한 조사.청구.재판.신청.심사 및 결정은 이송 후에도 그 효력에 영향이 없다. <개정 87.12.4,94.1.5>

5)법원.사건 또는 위원회는 보호대상자가 군사법원법 제2조제1항 각호의 1에 해당 하는 자임 이 명백한 때에는 보호처분사건을 대응하는 군사법원.군검찰부검찰관 또는 군사회보호위원회 에 이송한다. 이 경우 이송 전에 한 조사.청구.재판.신청.심사 및 결정은 이송 후에도 그 효력 에 영향이 없다. <개정 87.12.4, 94.1.5>

\*제42조 【다른 법률의 준용】 보호처분에 관하여 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하 고는 그 성질에 반하지 아니하는 범위 안에서 형사소송법과 행형법 및 보호 관찰등에관한법 른의 규정을 준용한다. <개정 96.12.12>

\*제42조의2 삭제 <96.12.12>

## 제7장 벌칙

\*제43조 【벌칙】 1)피감호자가 감호집행자의 정당한 명령에 반항 또는 불복종하거나 도주한 때에는 1년 이하의 징역에 처한다.

2)피감호자 2인 이상이 공동하여 제1항의 죄를 범하거나 폭행.협박 또는 손괴의 행위를 한 때에는 7년 이하의 징역에 처한다.

3)감호를 집행하는 자가 피감호자를 도주하게 하거나 이를 용이하게 한 때에는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

4)감호를 집행하는 자가 뇌물을 수수.요구 또는 약속하고 제3항의 죄를 범한 때에는 2년 이 상의 유기징역에 처한다.

5)타인으로 하여금 보호처분을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실 을 신고한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

6)감호청구사건에 관하여 피감호청구인을 모해할 목적으로 형법 제152조제1항의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

7)보호처분사건에 관하여 형법 제154조.제233조 또는 제234조(허위작성진단서의 행사에 한한 다)의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역 또는 금고에 처한다. 이 경우에는 10년 이하의 자격 정지를 병과한다.

8)제28조제2항의 규정에 의하여 치료의 위탁을 받은 친족이 그 서약에 위반하여 피치료감호 자를 도주하게 하거나 이를 용이하게 한 때에는 3년 이하의 징역 또는 100만 원 이하의 벌금 에 처한다.

## 부칙

\*제1조 (시행일) 이 법은 공포한 날로부터 시행한다.

\*제2조 (경과조치) 이 법 시행 전에 금고이상의 형을 받아 그 전부 또는 일부의 집행을 받거

나 면제된 자는 제5조제1항제1호 및 제2항제1호의 적용에 있어 실행을 받은 자로 본다.

\*제3조 (경과조치)

①이 법에 의한 보호관찰담당자의 직무는 보호관찰담당자가 임명될 때까지 피보호관찰자의 주거지를 관할하는 경찰서장이 행한다.

②경찰서장은 피보호관찰자의 보호관찰을 소속 사법경찰관에게 위임할 수 있다.

\*제4조 (경과조치) 이 법에 의한 감호시설이 설치될 때까지 교도소 및 국·공립병원과 기타 대통령령이 정하는 시설을 이 법에 의한 감호시설로 대응할 수 있다.

\*제5조 (경과조치) ①이 법 시행당시 1980년 8월 4일 선포된 계엄포고 제13호에 의거하여 특정시설에 수용되어 있는 자로서 재범의 위험성이 있다고 인정되는 자에 대하여는 위원회는 제5조제2항에 정한 기간의 범위 안에서 기간을 정하여 결정으로 보호감호에 처할 수 있다.

②감호시설의 소재지를 관할하는 지방검찰청 또는 지청의 검사는 제1항의 규정에 의한 피보호감호자가 충분히 교화되고 개선의 정이 현저하다고 인정되는 때에는 위원회에 피보호감호자의 출소를 신청할 수 있다.

③제1항의 규정에 의한 피보호감호자에 대하여는 제38조의 규정을 적용하지 아니한다.

④제1항의 규정에 의한 보호감호는 제5조제1항제2호의 적용에 있어서는 보호감호로 보지 아니한다.

● 부록 2 : 설문지 2 종

**보호감호제도의 운영실태와 개선방안  
(피보호감호자용)**

안녕하십니까?

국가인권위원회에서는 사회보호법상의 보호감호제도에 대한 근본적인 검토를 위하여 사회보호법 태스크포스팀을 운영하고 있으며, 보호감호제도의 검토와 관련하여 보호감호제도의 운영실태와 개선방안에 대한 연구 과제를 발주한 바 있습니다. 이 설문지는 실태조사의 일환으로 우리나라에서 운영하고 있는 보호감호제도의 각종 처우 등의 운영에 대하여 전반적으로 살펴보고 그에 대한 개선방안을 모색하기 위한 것입니다.

따라서 각 설문에 대한 여러분의 솔직한 응답은 우리나라 피보호감호자 교정처우의 개선방안을 정립하는 기초 자료로 귀중하게 활용될 것입니다. 여러분 한 분 한 분의 성의 있고 솔직한 응답이 연구 결과에 큰 도움이 되오니, 다소 번거로우시더라도 끝까지 응답해 주시기를 부탁드립니다.

설문을 통해 말씀해주신 내용은 무기명으로 통계 처리되어 학술적 목적으로만 사용되며 개인의 신상은 완전하게 비밀이 보장됩니다.

연구에 협조하여 주셔서 대단히 감사합니다.

2 0 0 3 년 1 0 월

국 가 인 권 위 원 회 사 회 보 호 법 연 구 용 역 팀

기관명		조 사 일 시	월      일
-----	--	---------	----------

국 가 인 권 위 원 회





\_\_\_7) 못하지 않다                      \_\_\_8) 기타 (                      )

B7. 귀하가 보호감호소에서 외부에 전화를 사용하는 회수는?

- \_\_\_1) 주 1회                      \_\_\_2) 주 2회                      \_\_\_3) 주 3회  
\_\_\_4) 주 4회                      \_\_\_5) 주 5회이상                      \_\_\_6) 없다  
\_\_\_7)기타(                      )

B8. 귀하는 누구에게 가장 자주 전화를 하시나요? (택일)

- \_\_\_1) 부모                      \_\_\_2) 형제                      \_\_\_3) 자녀  
\_\_\_4) 배우자                      \_\_\_5) 친구                      \_\_\_6) 친척  
\_\_\_7) 애인                      \_\_\_8) 종교교회위원                      \_\_\_9) 사회복지가  
\_\_\_10) 없다                      \_\_\_11)기타(                      )

B9. 귀하는 보호감호소에서 어느 정도 편지를 보내시나요?

- \_\_\_1) 월 1회                      \_\_\_2) 월 2회                      \_\_\_3) 월 3회  
\_\_\_4) 월 4회                      \_\_\_5) 월 5회이상                      \_\_\_6) 없다  
\_\_\_7)기타(                      )

B10. 귀하는 누구에게 가장 자주 편지를 보내시나요? (택일)

- \_\_\_1) 부모                      \_\_\_2) 형제                      \_\_\_3) 자녀  
\_\_\_4) 배우자                      \_\_\_5) 친구                      \_\_\_6) 친척  
\_\_\_7) 애인                      \_\_\_8) 종교교회위원                      \_\_\_9) 사회복지가  
\_\_\_10) 없다                      \_\_\_11)기타(                      )

B11. 귀하는 보호감호소에서 어느 정도 편지를 받으시나요?

- \_\_\_1) 월 1회                      \_\_\_2) 월 2회                      \_\_\_3) 월 3회  
\_\_\_4) 월 4회                      \_\_\_5) 월 5회이상                      \_\_\_6) 없다  
\_\_\_7)기타(                      )

B12. 귀하는 누구로부터 가장 많이 편지를 받으시나요? (택일)

- \_\_\_1) 부모                      \_\_\_2) 형제                      \_\_\_3) 자녀  
\_\_\_4) 배우자                      \_\_\_5) 친구                      \_\_\_6) 친척  
\_\_\_7) 애인                      \_\_\_8) 종교교회위원                      \_\_\_9) 사회복지가  
\_\_\_10) 없다                      \_\_\_11)기타(                      )



B13. 귀하는 보호감호소에서 어느 정도 면회를 하시는가요?

- \_\_\_1) 월 1회                      \_\_\_2) 월 2회                      \_\_\_3) 월 3회  
\_\_\_4) 월 4회                      \_\_\_5) 월 5회이상                \_\_\_6) 없다  
\_\_\_7)기타(                      )

B14. 가장 자주 면회를 오는 사람은 누구입니까? (택일)

- \_\_\_1) 부모                      \_\_\_2) 형제                      \_\_\_3) 자녀  
\_\_\_4) 배우자                    \_\_\_5) 친구                      \_\_\_6) 친척  
\_\_\_7) 애인                      \_\_\_8) 종교교회위원            \_\_\_9) 사회복지가  
\_\_\_10) 없다                      \_\_\_11)기타(                      )

B15. 귀하의 전화, 서신왕래, 접견등의 외부와의 교통 회수는 다음중 어디에 해당하신다고 생각하시나요

- \_\_\_1) 상당히 많다              \_\_\_2) 많은 편이다              \_\_\_3) 적은 편이다  
\_\_\_4) 상당히 적다              \_\_\_5) 모르겠다

B16. 귀하의 가족들은 귀하가 현재 보호감호소에 수용되어 있다는 사실을 알고 있나요

- \_\_\_1) 가족 모두가 안다        \_\_\_2) 일부만 안다              \_\_\_3) 아무도 모른다  
\_\_\_4) 가족이 없다              \_\_\_5) 무응답

B17. 귀하는 보호감호소 수용중 이혼 등의 가족해체를 경험하셨나요

- \_\_\_1) 예                              \_\_\_2) 아니오

**III. 다음은 직업훈련 및 교화 상담 등에 대한 질문입니다.**

C1. 귀하는 보호감호소에서 직업훈련을 받으셨나요

- \_\_\_1) 예                              \_\_\_2) 아니오

C2. 보호감호자의 사회복지를 위하여 실시하는 직업훈련의 가장 심각한 문제점은 무엇이라고 생각하시나요

- \_\_\_1) 단순한 업무                      \_\_\_2) 낮은 근로보상금

- \_\_\_3) 출소후 생계에 도움 안 됨                      \_\_\_4) 형식적인 훈련내용
- \_\_\_5) 노후된 훈련방식                                \_\_\_6) 원하는 훈련 없음
- \_\_\_7) 문제없음                                         \_\_\_8) 기타 (                                )

C3. 귀하는 감호 생활 중 어려움에 부딪혔을 때 주로 누구와 상담을 하시나요?

- \_\_\_1) 종교교화위원            \_\_\_2) 정복교도관            \_\_\_3) 사복 교도관
- \_\_\_4) 동료감호자            \_\_\_5) 혼자서 해결            \_\_\_6) 가족 친척
- \_\_\_7) 기타 (                                )

C4. 보호감호기간중 귀하의 건강상태는 어떻게 되었나요?

- \_\_\_1) 많이 나빠졌다                                    \_\_\_2) 조금 나빠졌다
- \_\_\_3) 변함없다                                         \_\_\_4) 모르겠다

C5. 귀하가 현재 가장 걱정하시는 사항은 무엇인가요?

- \_\_\_1) 자신의 건강            \_\_\_2) 가정형편                                \_\_\_3) 출소후 생계
- \_\_\_4) 주위의 냉대            \_\_\_6) 출소시기                                \_\_\_7) 기타 (                                )

C6. 귀하는 보호감호자들이 출소후 겪게 될 가장 어려운 문제는 무엇이라고 생각하십니까?

- \_\_\_1) 거주할 곳                                         \_\_\_2) 가족과의 관계회복            \_\_\_3) 재범유혹으로부터 탈출
- \_\_\_4) 직장을 구하는 것            \_\_\_5) 전과자에 대한 사회의 냉대
- \_\_\_6) 과거 동료와의 단절            \_\_\_7) 기타(                                )

C7. 귀하는 보호감호의 기능중 가장 중요한 것은 무엇이라고 생각하십니까?

- \_\_\_1) 사회복지 준비                                \_\_\_2) 범죄성향 개선
- \_\_\_3) 치료를 통한 교화                                \_\_\_4) 억제(구금)를 통한 사회보호
- \_\_\_5) 없다, 불필요하다                                \_\_\_6) 기타 (                                )

C8. 귀하는 보호감호제도 폐지의 논의에 대하여 어떻게 생각하시나요?

- \_\_\_1) 현행제도 유지                                \_\_\_2) 개선 (☞ C9로)
- \_\_\_3) 즉각 폐지                                         \_\_\_4) 대체입법 마련후 폐지            \_\_\_5) 기타 (                                )



11		-		-		
12		-		-		
13		-		-		
14		-		-		
15		-		-		
16		-		-		
17		-		-		
18		-		-		
19		-		-		
20		-		-		

※ 설문 작성에 참여하여 주심에 감사드립니다. 제출하시기 전에 최종적으로 빠진 문항이 없는지 다시 한번 검토하여 주십시오.

## 보호감호제도의 운영실태와 개선방안 (교도관용)

안녕하십니까?

국가인권위원회에서는 사회보호법상의 보호감호제도에 대한 근본적인 검토를 위하여 사회보호법 태스크포스팀을 운영하고 있으며, 보호감호제도의 검토와 관련하여 보호감호제도의 운영실태와 개선방안에 대한 연구 과제를 발주한 바 있습니다. 이 설문지는 실태조사의 일환으로 우리나라에서 운영하고 있는 보호감호제도의 각종 처우 등의 운영에 대하여 전반적으로 살펴보고 그에 대한 개선방안을 모색하기 위한 것입니다.

따라서 각 설문에 대한 여러분의 솔직한 응답은 우리나라 피보호감호자 교정처우의 개선방안을 정립하는 기초 자료로 귀중하게 활용될 것입니다. 여러분 한 분 한 분의 성의 있고 솔직한 응답이 연구 결과에 큰 도움이 되오니, 다소 번거로우시더라도 끝까지 응답해 주시기를 부탁드립니다.

설문을 통해 말씀해주신 내용은 무기명으로 통계 처리되어 학술적 목적으로만 사용되며 개인의 신상은 완전하게 비밀이 보장됩니다.

연구에 협조하여 주셔서 대단히 감사합니다.

203년 10월

국가인권위원회 사회보호법 연구용역팀

기관명		조사일시	월	일
-----	--	------	---	---

# 국 가 인 권 위 원 회

**I. 다음은 귀하의 일반적인 사항에 대한 질문입니다.**

A1. 귀하의 직종은 무엇입니까?

- 1) 교정직                       2) 교회직                       3) 분류심사직  
 4) 직업훈련직                 5) 기타(                      )

A2. 귀하의 직급은 무엇입니까?

- 1) 9급                               2) 8급                               3) 7급  
 4) 6급                               5) 5급 이상

A3. 귀하께서 교정공무원으로 근무한지는 얼마나 됩니까?

- 1) 1년 미만                       2) 3년 미만                       3) 5년 미만  
 4) 7년 미만                       5) 10년 미만                       6) 15년 미만  
 7) 15년 이상

A4. 귀하께서는 교정공무원으로서의 자신의 역할에 만족하시나요?

- 1) 매우 만족한다                       2) 비교적 만족한다                       3) 다소 불만이다  
 4) 매우 불만이다                       5) 모르겠다

A5. 현재 근무하고 있는 보호감호소에서는 얼마나 근무하셨습니다?

- 1) 1년 미만                       2) 3년 미만                       3) 5년 미만  
 4) 7년 미만                       5) 10년 미만                       6) 15년 미만  
 7) 15년 이상

A6. 귀하께서는 보호감호소에 근무하는 자신의 역할에 만족하시나요?

- 1) 매우 만족한다                       2) 비교적 만족한다                       3) 다소 불만이다  
 4) 매우 불만이다                       5) 모르겠다



- \_\_\_3) 별로 도움이 되지 않는다                      \_\_\_4) 전혀 도움이 되지 않는다  
\_\_\_5) 모르겠다

B7. 귀하는 보호감호자에게 실시하는 학과교육에 대하여 어떻게 생각하십니까

- \_\_\_1) 상당히 도움이 될 것이다                      \_\_\_2) 다소 도움이 될 것이다  
\_\_\_3) 별로 도움이 되지 않는다                      \_\_\_4) 전혀 도움이 되지 않는다  
\_\_\_5) 모르겠다

B8. 귀하는 보호감호자들이 출소후 겪게 될 가장 어려운 문제는 무엇이라고 생각하십니까

- \_\_\_1) 거주할 곳    \_\_\_2) 가족과의 관계회복  
\_\_\_3) 재범유혹으로부터 탈출                      \_\_\_4) 직장을 구하는 것  
\_\_\_5) 전과자에 대한 사회의 냉대                      \_\_\_6) 과거 동료와의 단절  
\_\_\_7) 기타(    )

B9. 보호감호자의 사회적응에 가장 유익하다고 생각하는 교정프로그램은 무엇이라고 생각하십니까

- \_\_\_1) 직업훈련    \_\_\_2) 근로를 통한 기술함양  
\_\_\_3) 학과교육    \_\_\_4) 정신교육  
\_\_\_5) 종교교육    \_\_\_6) 개별상담  
\_\_\_7) 기타(    )

B10. 보호감호자의 교화개선에 효과적인 교화프로그램은 무엇이라고 생각하십니까

- \_\_\_1) 교화강연    \_\_\_2) 영화상영    \_\_\_3) 종교행사  
\_\_\_4) 총집교회    \_\_\_5) 체육행사    \_\_\_6) 위문공연  
\_\_\_7) 소내방송    \_\_\_8) 자매결연    \_\_\_9) 기타(    )

B11. 보호감호자에 대한 가출소는 어떻다고 생각하십니까

- \_\_\_1) 상당히 쉽다    \_\_\_2) 쉬운 편이다  
\_\_\_3) 어려운 편이다    \_\_\_4) 상당히 어렵다  
\_\_\_5) 모르겠다

B12. 보호감호소에서 다음 사항들이 어느 정도 활발하게 운영되고 있다고 생



각하십니까

①매우    ②대체로    ③보통    ④대체로    ⑤전혀  
 활발    활발한    이다    활발하지    활발하지  
 하다    편이다       못하다    못하다

-1 취업알선	___	___	___	___	___
-2 귀 휴	___	___	___	___	___
-3 사회참관	___	___	___	___	___
-4 가 출 소	___	___	___	___	___
-5 근로취업	___	___	___	___	___
-6 체육활동	___	___	___	___	___
-7 외부통근	___	___	___	___	___
-8 의료처치	___	___	___	___	___

**III. 다음은 보호감호제도에 대한 질문입니다.**

C1. 귀하는 보호감호제도 기능중 가장 중요한 것은 무엇이라고 생각하십니까

- |                 |                                 |
|-----------------|---------------------------------|
| ___1) 사회복지 준비   | ___2) 범죄성향 개선                   |
| ___3) 치료를 통한 교화 | ___4) 억제(구금)를 통한 사회보호           |
| ___5) 없다, 불필요하다 | ___6) 기타 (                    ) |

C2. 귀하는 보호감호제도 폐지의 논의에 대하여 어떻게 생각하시나요

- |                      |                                 |
|----------------------|---------------------------------|
| ___1) 현행제도 유지        | ___2) 다소 개선 (☞ C3으로)            |
| ___3) 대폭 개선 (☞ C3으로) | ___4) 즉각 폐지                     |
| ___5) 대체입법 마련후 폐지    | ___6) 기타 (                    ) |

C3. 보호감호제도의 개선이 필요한 경우 가장 시급한 것은 무엇이라고 생각하십니까

- |                    |                         |
|--------------------|-------------------------|
| ___1) 치료위주의 교화활동   | ___2) 내실있는 교육 및 직업훈련    |
| ___3) 복지처우 중심의 지원  | ___4) 최저임금 수준의 근로보상금 지급 |
| ___5) 도시 인근으로 이전설치 | ___6) 교도관이 아닌 감호직의 관리   |

\_\_\_7) 감호인원의 대폭 감소  
\_\_\_9) 기타 ( )

\_\_\_8) 가출소 기회의 확대

C4. 법무부에서는 보호감호제도 개선을 위해 보호감호를 전담할 감호직을 선  
발하겠다고 발표하였습니다. 기회가 주어진다면 전직할 의향이 있습니까

\_\_\_1) 기꺼이 전직하겠다

\_\_\_2) 전직할 의향이 조금 있다

\_\_\_3) 전직할 의사가 없다

\_\_\_4) 모르겠다

C5. 귀하는 보호감호제도가 범죄성향개선과 사회복귀에 도움이 된다고 생각  
하십니까

\_\_\_1) 상당히 도움이 될 것이다

\_\_\_2) 다소 도움이 될 것이다

\_\_\_3) 별로 도움이 되지 않는다

\_\_\_4) 전혀 도움이 되지 않는다

\_\_\_5) 모르겠다

※ 설문 작성에 참여하여 주심에 감사드립니다. 제출하시기 전에 최  
종적으로 빠진 문항이 없는지 다시 한번 검토하여 주십시오.

● 부록 3 : 분류지표 견본

항 목	점수 가중치	2	1	0	평점	비 고
1. 최초범행 연령	1	20세 이상	20세 미만	15세 미만	1	소년부충기,기소유예,선 고유예 이상의 범행
2. 범죄횟수	4	3회 이하	5회 이하	6회 이상	4	본범을 포함한 금고이상 의 실형집행 횟수
3. 전과형기	3	4년 이하	6년 이하	6년 초과	·	2항목 내용의 해당형기 를 합산한 기간
4. 감호유형	4	초감호자	재감호자	3감호이상자	8	
5. 재범기간	3	3년 초과, 초범	1년-3년 이내	1년 이내	·	2항목의 최종 형이 종 감표,면제된 날부터 독립감 호:가출소 또는 감호집행 정지취소 원인의 범죄 병과형의 최초범행일
6. 병과형기	4	1년 미만	2년 미만	2년 이상	·	독립감호자는 2점사 항 을 적용함
7. 죄 명	3	단순절도, 단순폭력, 상습도박	사기, 횡령, 배임 등, 특가법(절도), 폭력행위 등	존속범행, 특정강력범죄 특정강력범죄 공무집행방해 , 향정사범	3	병합 또는 추가형 등이 있는 경우에는 그중 중 한사항부터 우선적용함
8. 범죄동기	4	과실범	우발,격정, 기회범	고의,계획범	·	
9. 반복정도	3	미수범, 단순범	상습범	직업범, 치기범	3	기회범: 사려부족,유혹등 에 의해 우연히 기회가 주어 져 범행한 죄 직업범:비사회적,능동적, 의도적 성질을 갖고 생계수단으 로 직업삼아 범 행한 죄
10. 흉기 및 도구 사용	2	미사용	우발사용	소지,고의사 용	·	
11. 공범여부	2	없음	중범, 공동범	주범, 2명이상	4	
12. 피해정도	1	없음(미 수포함)	경미	심각	1	
13. 검거유형	1	자수	기타	체포	·	
14. 상훈여부	1	자격등을 3회이상 취득	자격등을 1-2회 취득	자격등을 미취득	·	자격등취득: 각종 고시 합격, 자격취득, 대회입 상 및 표창등의 상훈결 과임 독립감호자는 2점사항을 적용함
15. 징벌여부	3	없음	1-2회	3회 이상	6	
16. 보호관계	4	가족교통 있는자	가족외교통있 는자	교통이전무 한자	8	1년이내 서신,접견,전화 사용 여부
17. 상담결과	5	자력 개선 의지가 강한 자	자력 개선 의지가 있는 자	자력 개선 의지가 없는 자	·	

## 부록 4 : 대체법안(최용규 의원 대표발의)

### 치료보호법

(최용규 의원 대표발의)

#### 제안이유

현행 사회보호법에 의한 보호감호처분은 이중처벌이라는 주장이 있고 그 집행실제 있어서도 인권침해적 요소가 많아 위험소지가 있기 때문에 이를 폐지하고, 이 사회보호법의 폐지로 인해 방지될 수밖에 없게 된 치료감호대상자인 정신질환 범죄자 등에 대하여 보호와 치료를 함으로써 그의 사회복귀를 돕고 정신질환자의 범죄로부터 사회를 보호하려는 것임.

#### 주요골자

가. 범죄행위를 하였으나 심신장애로 공소를 제기하지 아니하는 처분을 받거나 형법 제10조제1항의 규정에 의하여 무죄의 확정판결 또는 동법 동조제2항의 규정에 의하여 형이 감경되어 선고유예 또는 집행유예의 확정판결을 받은 자를 치료보호대상자로 함(안 제2조제3호).

나. 법원은 검사의 청구가 있거나, 치료보호대상자가 재범의 위험성이 있어 그의 정신장애상태를 치료하고 사회복귀를 촉진하기 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 직권으로 치료보호사건으로 심리할 수 있음(안 제6조).

다. 검사는 피의자가 심신장애로 치료보호를 받을 필요가 있다고 인정되는 때에는 관할 지방법원에 공소제기와 동시에 치료보호를 청구할 수 있음(안 제7조).

라. 검사는 피의자가 형법 제10조제1항의 규정에 해당되어 공소를 제기하지 아니한다는 처분을 한 때에는 공소를 제기함이 없이 치료보호청구만을 할 수 있음(안 제11조)

마. 법원은 치료보호사건을 심리하여 그 청구가 이유 있다고 인정할 때에는 결정으로써 치료보호처분을 하여야 하고, 그 이유 없다고 인정할 때에는 결정으로써 청구기각을 하여야 함(안 제16조).

바. 법원은 치료보호사건에 대한 결정을 할 때에는 지정치료보호시설의 정신과 전문의의 감정과 정신보건전문요원의 관찰의견을 참조하여야 함(안 제17조제1항).

사. 치료보호처분의 결정이 확정된 때에는 당해 결정에 관계된 범죄행위에 대하여 공소를 제기할 수 없음(안 제21조).

아. 치료보호의 결정을 받은 자에 대하여는 판사가 지정한 지정치료보호시설에 수용하여 치료를 위한 조치를 함(안 제23조제1항).

자. 치료보호와 형이 병과된 경우에는 치료보호를 먼저 집행함. 이 경우 치료보호의 집행기간은 형기에 산입하되 잔여 형기의 집행을 유예하거나 면제할 수 있음(안 제28조).

차. 검사는 보호구속되지 아니한 피치료보호자에 대한 치료보호를 집행하기 위하여 피치료보호자를 소환할 수 있고, 피치료보호자가 소환에 응하지 아니한 때에는 검사는 치료보호집행장을 발부하여 보호구인할 수 있음(안 제30조제1항 및 제2항).

카. 심의위원회는 피치료보호자에 대하여 그 집행개시후 매 6월 종료 또는 가중료 여부를 심사·결정하고, 가중료 또는 치료위탁된 피치료보호자에 대하여 가중료 또는 치료위탁후 매 6월 종료여부를 심사·결정함(안 제31조제1항 및 제2항).

타. 피치료보호자에 대한 치료보호가 가중료된 때 및 피치료보호자가 치료보호시설 외에서 치료받기 위하여 보호자에게 위탁된 보호관찰이 개시됨(안 제33조제1항).

파. 보호관찰기간이 만료된 때에는 피보호관찰자에 대하여 치료보호가 종료됨(안 제36조제1항).

하. 치료보호처분 및 보호관찰의 관리와 집행에 관한 사항을 심사·결정하기 위하여 법무부에 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 5인의 위원과 정신과 전문의의 자격이 있는 4인의 위원으로 구성된 치료보호심의위원회를 둠(안 제39조제1항 및 제2항)

거. 지정치료보호시설의 장은 치료보호처분의 결정을 받은 피치료보호자에 대하여 치료 및 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 범위내에서 보건복지부령이 정하는 바에 따라 피치료보호자의 행동을 제한할 수 있음(안 제48조).

너. 피치료보호자, 그의 보호자 및 보조인은 보건복지부령이 규정하는 바에 따라 보건복지부장관에게 피치료보호자의 처우개선에 관한 청원을 할 수 있음(안 제50조).

더. 치료보호를 집행하는 자가 피치료보호자를 도주하게 하거나 이를 용이하게 한 때에는 1년 이상의 유기징역에 처함(안 제59조제1항)

러. 타인으로 하여금 치료보호처분을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고한 자는 10년 이하의 징역에 처함(안 제60조).

법률 제 호

## 치료보호법률안

### 제1장 총칙

제1조(목적) 이 법은 심신장애 상태에서 범죄행위를 한 자 또는 마약류·알코올 기타 약물 중독자에 대하여 적절한 치료와 처우를 위한 필요한 절차 등을 규정함으로써 그의 개선과 범죄의 재발을 방지하여 사회복지를 촉진하는 것을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. “심신장애”라 함은 정신병(기질적 정신병을 포함한다)·인격장애·알코올 및 약물중독 기타 비정신병적(非精神病的) 정신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 없거나 미약한 상태를 말한다.

2. “보호자”라 함은 정신보건법 제21조의 규정에 의한 보호의무자를 말한다.

3. “치료보호대상자”라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 범죄행위를 하였으나 심신장애로 공소를 제기하지 아니하는 처분을 받거나 형법 제10조제1항의 규정에 의하여 무죄의 확정판결 또는 동법 동조제2항의 규정에 의하여 형이 감경되어 선고유예 또는 집행유예의 확정판결을 받은 자를 말한다.

가. 형법 제119조 및 제120조에 규정한 행위

나. 형법 제164조 내지 제167조, 제169조, 제172조 내지 제173조 및 제174조에 규정한 행위

다. 형법 제177조 내지 제180조 및 제182조 내지 제184조에 규정한 행위

라. 형법 제185조 내지 제188조, 제190조 및 제191조에 규정한 행위

마. 형법 제194조 내지 제197조에 규정한 행위

바. 형법 제207조 및 제214조 내지 218조에 규정한 행위

사. 형법 제250조 내지 제255조 및 제257 내지 262조에 규정한 행위

아. 형법 제276조 내지 제281조에 규정한 행위

자. 형법 제287조 내지 제293조에 규정한 행위

차. 형법 제297조 내지 제302조 및 제305조에 규정한 행위

카. 형법 제329조 내지 제343조에 규정한 행위

타. 국가보안법 제3조 내지 제12조에 규정한 행위

파. 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 제5조 내지 제14조의2에 규정한 행위

4. “치료보호사건”이라 함은 제7제1항 및 제10조의 규정에 의한 신청과 관련된 사건을 말한다.

5. “지정치료보호시설(指定治療保護施設)”이라 함은 피치료보호청구인 및 피치료보호자를 수용하여 치료·관찰하는 시설을 말한다.

제3조(관할) ①치료보호사건의 토지관할은 처우사건과 동시에 심리하거나 심리할 수 있었던 사건의 관할에 따른다.

②치료보호사건의 제1심 재판관할은 지방법원합의부 및 지방법원지원 합의부로 한다. 이 경우 치료보호를 청구한 치료보호대상자(이하 “피치료보호청구인”이라 한다)에 대한 치료보호사건과 피고사건의 관할이 다른 때에는 치료보호사건의 관할에 따른다.

제4조(이송) ①법원은 치료보호대상자에 대한 적절한 처우를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 결정으로 그 관할에 속하는 치료보호사건을 다른 관할법원에 이송할 수 있다.

②법원은 치료보호사건이 그 관할에 속하지 아니한다고 인정되는 때에는 결정으로 관할 지방법원에 이송하여야 한다.

제5조(관할의 병합) 법원은 동일한 치료보호대상자에 대하여 수 개의 치료보호사건이 관련된 때에는 병합하여 심리하여야 한다.

## 제2장 치료보호사건의 절차등

제6조(치료보호) 법원은 제7조의 규정에 의한 검사의 청구가 있거나, 제2조제3호의 규정에 의한 치료보호대상자가 재범의 위험성이 있어 그의 정신장애상태를 치료하고 사회복귀를 촉진하기 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 직권으로 치료보호사건으로 심리할 수 있다.

제7조(검사의 치료보호의 청구) ①검사는 피의자가 심신장애로 치료보호를 받을 필요가 있다고 인정되는 때에는 관할 지방법원에 공소제기와 동시에 치료보호를 청구할 수 있다.

②검사는 치료보호대상자에 대한 치료보호를 청구함에 있어서 치료보호청구서를 관할법원에 제출하여야 한다.

③치료보호청구서에는 다음 사항을 기재하여야 한다.

1. 피치료보호청구인의 성명 기타 피치료보호청구인을 특정할 수 있는 사항
2. 청구의 원인이 되는 사실
3. 적용법조
4. 기타 대통령령으로 정하는 사항

④검사는 공소 제기한 사건의 제1심판결의 선고 전까지 보호대상자에 대하여 치료보호를 청구할 수 있다.

⑤법원은 치료보호청구가 있는 때에는 지체 없이 치료보호청구서의 부분을 피치료보호청구인, 피치료보호청구인의 보호자 또는 보조인에게 송달하여야 한다. 다만, 공소제기와 동시에 치료보호청구가 있는 때에는 제1회 공판기일전 5일까지, 피고사건심리중에 치료보호청구가 있는 때에는 다음 공판기일전 5일까지 송달하여야 한다.

⑤법원은 공소 제기된 사건의 심리결과 치료보호에 처함이 상당하다고 인정할 때에는 직권으로 공소가 제기된 당해 사건을 치료보호사건으로 심리할 수 있다. 이 경우 피치료보호청구인에게 제9조제1항 각호의 규정에 해당하는 사유가 있을 때에는 결정으로 그를 보호구속할 수 있다.

제8조(조사) ①검사는 범죄를 수사함에 있어서 피의자의 심신장애상태를 참작하여 치료보호를 청구함이 상당하다고 인정되는 자에 대하여는 그에 필요한 자료를 조사하여야 한다.

②사범경찰관리(특별사범경찰관리를 포함한다. 이하 같다)는 검사의 지휘를 받아 제1항의 규정에 의한 조사를 하여야 한다.

제9조(치료보호영장) ①검사는 피치료보호청구인에게 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 관할지방법원 판사에게 치료보호영장을 발부받아 그를 보호구속(보호구금과 보호구인을 포함한다. 이하 같다)할 수 있다. 다만, 현재 정신보건법에 의해 보호 또는 치료를 받고 있는 경우는 그러지 아니한다.

1. 그의 심신장애의 상태에 비추어 다시 같은 유형의 범죄를 저지를 우려가 있다는 상당한 의심이 있을 때
2. 일정한 주거가 없는 때
3. 증거를 인멸할 염려가 있는 때

4. 도망하거나 도망할 염려가 있는 때

②사법경찰관은 제1항의 요건에 해당하는 자에 대하여 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할지방법원 판사의 치료보호영장을 발부받아 보호대상자를 보호구속할 수 있다. 이 경우 제1항 본문 단서의 규정을 준용한다.

③관한 지방법원판사는 제1항 및 제2항의 규정에 의하여 치료보호영장을 발부하는 때에는 정신과 전문의의 의견을 참조하여야 한다.

제10조(보호구속등) ①치료보호영장이 발부된 피치료보호청구인은 즉시 관할 법원에서 가장 가까운 지정치료보호시설에 보호구속하여야 한다.

②제9조제1항 및 제2항의 규정에 의한 보호구속은 각각 10일을 초과할 수 없다. 다만, 법원은 피치료보호청구인에 대한 조사 또는 심리를 위해 필요하다고 인정하는 때에는 판사는 검사의 청구에 의하여거나 직권으로 1회에 한하여 결정으로 10일의 범위내에서 이를 연장할 수 있다.

③제9조제1항 및 제2항의 규정에 의한 보호구속에는 형사소송법 제201조제2항 내지 제4항·제202조 내지 제205조 및 제209조의 규정을 준용한다.

④제9조제1항의 규정에 의해 보호구속된 피치료보호청구인은 형사소송법 제214조의2의 규정에 따라 그 보호구속의 적부심사를 청구할 수 있다. 이 경우 동법 중 “체포영장 또는 구속영장에 의하여 체포 또는 구속된 피의자”는 “치료보호영장에 의하여 보호구속된”으로, “체포 또는 구속”을 “보호구속”으로 각각 본다.

⑤보호구속된 피치료보호청구인에 대하여는 형사소송법 제94조 및 제96조의 규정을 적용하지 아니한다.

제11조(치료보호의 독립청구) 검사는 피의자가 형법 제10조제1항의 규정에 해당되어 공소를 제기하지 아니한다는 처분을 한 때에는 공소를 제기함이 없이 치료보호청구만을 할 수 있다.

제12조(치료보호청구와 구속영장의 효력등) ①구속영장에 의하여 구속된 피의자에 대하여 검사가 공소를 제기하지 아니하는 결정을 하고 치료보호청구만을 하는 때에는 구속영장은 치료보호영장으로 보며 그 효력을 잃지 아니한다.

②검사는 제1항의 규정에 의하여 치료보호를 청구한 피치료보호청구인을 즉각 가장 가까운 지정치료보호시설로 이송하여야 한다.

제13조(피치료보호청구인의 불출석) 피치료보호청구인이 형법 제10조제1항의 규정에 의한 심신장애로 공판기일예의 출석이 불가능한 경우에는 법원은 피치료보호청구인의 출석 없이 개정할 수 있다.

제14조(공판절차로의 이행) ①법원은 제11조의 규정에 의한 치료보호청구사건의 공판개시후 피치료보호청구인에 대하여 형법 제10조제1항의 규정에 의한 심신장애가 아니라는 명백한 증거가 발견된 경우에는 결정으로 형사소송법의 규정에 의한 공판절차로 이행하여야 한다. 이 경우 치료보호를 청구한 때에 공소를 제기한 것으로 보고, 치료보호청구서는 공소장과 동일한 효력을 가지며, 공판절차이행전의 심리는 공판절차에 의한 심리로 보고, 치료보호영장은 구속영장과 동일한 효력을 가진 것으로 본다.



②제1항의 경우 공소장에 기재할 사항은 형사소송법 제298조의 규정에 의한 절차에 따라 변경할 수 있다.

③법원은 제1항의 규정에 의해 공판절차로 이행된 사건의 피고인이 치료보호영장에 의하여 보호구속된 경우에는 그 신병을 구치소 또는 교도소로 이송하여야 한다. 이 경우 그 피고인의 이송을 법원사무관에게 명하거나 당해 관할구역의 검사에게 위탁할 수 있다.

제15조(공판내용의 고지) 제14조의 규정에 의하여 공판절차로 이행하는 경우에 피고인의 출석 없이 진행된 공판의 내용은 공판조서의 낭독 기타 적당한 방법으로 피고인에게 고지하여야 한다.

제16조(치료보호의 결정등) ①법원은 치료보호사건을 심리하여 그 청구가 이유 있다고 인정할 때에는 결정으로써 치료보호처분을 하여야 하고, 그 이유 없다고 인정할 때에는 결정으로써 청구기각을 하여야 한다.

②치료보호사건의 결정은 피고사건의 판결과 동시에 하여야 한다. 다만, 제11조의 규정에 의한 치료보호청구의 경우에는 그러하지 아니하다.

③법원은 제1항의 규정에 의하여 치료보호처분을 결정한 때에는 피치료보호자가 치료보호를 받아야 할 지정치료보호시설을 지정하여야 한다.

④법원은 피고사건에 대하여 형사소송법 제326조 각호, 제327조제1호 내지 제4호 및 제328조제1항 각호(제2호 후단은 제외한다)의 사유가 있는 때에는 치료보호청구사건에 대하여도 청구기각의 결정을 하여야 한다. 치료보호청구사건에 대하여 위와 같은 사유가 있는 때에도 또한 같다.

제17조(전문가의 감정등) ①법원은 제16조제1항의 규정에 의한 결정을 할 때에는 지정치료보호시설의 정신과 전문의의 감정과 정신보건법 제7조의 정신보건전문요원의 관찰의견을 참조하여야 한다.

②제1항의 규정에 의하여 감정 의뢰받은 정신과 전문의 및 의견을 의뢰받은 정신보건전문요원은 당해 감정서 또는 관찰의견서를 작성함에 있어서 피치료보호청구인의 병상(病狀)에 기초하여 치료보호의 필요성 여부에 관한 의견을 제시하여야 한다.

제18조(청구의 각하) ①법원은 검사가 피치료보호청구인에 대하여 제7조 및 제11조의 규정에 의한 청구가 있는 경우 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 결정으로 이를 각하하여야 한다.

1. 피치료보호청구인의 범죄행위가 인정되지 아니한 경우
2. 피치료보호청구인이 제2조제1호의 규정에 의한 심신장애가 아닌 경우
3. 기타 치료보호사건으로 처리하는 것이 적절하지 아니하다고 판단되는 경우

②검사는 제1항제2호의 규정에 해당하여 청구를 각하하는 결정이 확정된 때에는 당해 결정에 관계된 범죄행위에 대하여 다시 제7조 또는 제11조의 규정에 의한 청구를 할 수 없다.

제19조(범죄행위준부에 대한 심리의 특칙) ①법원은 보호대상자에 대하여 제7조 또는 제11조의 규정에 의한 치료보호청구가 있는 경우에 필요가 있다고 인정하는 때에는 제18조제1항제1호의 사유에 해당하는지 여부에 관하여 별도의 합의부에서 심리한다는 취지의 결정을 할 수

있다.

②처우사건을 심리하는 법원은 제1항의 규정에 의한 심리를 하는 동안 처우사건을 종국시키는 결정(제18조제1항제3호의 규정에 의한 청구의 각하를 제외한다)을 할 수 없다.

제20조(항고등) ①검사 또는 피치료보호청구인, 피치료보호청구인의 보호자, 변호인은 형사소송법의 절차에 따라 법원의 결정에 대하여 항고할 수 있다.

②피고사건의 판결에 대하여 상소 및 상소의 포기·취하가 있는 때에는 치료보호사건의 결정에 대하여도 항고 및 항고 포기·취하가 있는 것으로 본다. 상소권회복 또는 재심의 청구나 비상상고가 있는 때에도 또한 같다.

제21조(결정의 효력) 제16조의 규정에 의한 치료보호처분의 결정이 확정된 때에는 당해 결정에 관계된 범죄행위에 대하여 공소를 제기할 수 없다.

제22조(보조인) ①치료보호청구인의 보호자, 변호사는 치료보호청구사건의 보조인이 될 수 있다.

②법원은 피치료보호청구인에게 보조인이 없는 경우 그의 심신장애의 상태를 고려하여 필요하다고 인정되는 때에는 변호사를 보조인으로 선정할 수 있다.

### 제3장 치료보호의 내용 및 지정치료보호시설

제23조(치료보호의 내용) ①치료보호의 결정을 받은 자(이하 “피치료보호자”라 한다)에 대하여는 제16조제3항의 규정에 의하여 지정된 지정치료보호시설에 수용하여 치료를 위한 조치를 한다.

②치료보호시설에의 수용은 치료보호의 결정이 확정된 날부터 3년의 기간 내에서 제39조의 규정에 의한 치료보호심의위원회(이하 “심의위원회”라 한다)가 피치료보호자의 심신이 더 이상 보호의 필요가 없을 정도로 치유되었다고 판단하여 치료보호의 종료 또는 가종료(假終了)의 결정을 할 때까지로 한다.

제24조(지정치료보호시설의 지정) ①제2조제5호의 규정에 의한 지정치료보호시설은 국가 및 지방자치단체가 설립·운영하는 국공립의료시설 또는 정신보건법 제10조의 규정에 의해 설치된 정신요양시설로 보건복지부장관이 지정한다.

②보건복지부장관은 제1항의 규정에 의해 정신요양시설을 지정치료보호시설로 지정하는 경우 그 시설의 장의 동의를 얻어야 한다.

③지정치료보호시설에는 정신과 전문의 및 정신보건법 제7조의 규정에 의한 정신보건전문요원을 두어야 한다.

④국가는 지정치료보호시설에 대하여 보건복지부령이 정하는 바에 따라 시설의 설치 및 운영에 필요한 경비를 보조하여야 한다.

⑤제1항의 규정에 의한 치료보호시설의 기준, 운영, 치료, 제4항의 규정에 의한 경비보조 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제25조(지정의 사퇴) ①지정치료보호시설의 지정을 받은 정신요양시설이 그 지정을 사퇴하고자 할 때에는 사퇴일로부터 1년 전에 보건복지부장관에게 사퇴의사를 통보하여야 한다.

②보건복지부장관은 제1항의 규정에 의해 사퇴의사를 통보받은 때에는 그 의사를 통보받은 날부터 1년이내에 그 지정을 철회하고 이를 당해 시설의 장에게 통지하여야 한다.

제26조(지정의 취소) 보건복지부장관은 그 지정치료보호시설이 이 법에 의한 치료의 목적에 적합하지 않다고 판단되거나 제24조제3항의 규정에 의한 정신과 의사 및 정신보건전문요원을 두지 않은 경우에 그 지정을 취소할 수 있다.

#### 제4장 치료보호처분의 집행

제27조(집행지휘) ①치료보호처분의 집행은 검사가 지휘한다.

②제1항의 규정에 의한 지휘는 결정서등본을 첨부한 서면으로 한다.

제28조(집행순서 및 방법) 치료보호와 형이 병과된 경우에는 치료보호를 먼저 집행한다. 이 경우 치료보호의 집행기간은 형기에 산입하되 잔여 형기의 집행을 유예하거나 면제할 수 있다.

제29조(치료보호내용등의 공개) 이 법에 의한 치료보호의 내용과 실태는 대통령령이 정하는 바에 의하여 공개하여야 한다. 이 경우 본인 또는 그의 보호자의 동의가 있는 경우를 제외하고는 치료보호대상자의 개인신상에 관한 것은 공개하여서는 안 된다.

제30조(소환, 치료보호집행) ①검사는 보호구속되지 아니한 피치료보호자에 대한 치료보호를 집행하기 위하여 피치료보호자를 소환할 수 있다.

②피치료보호자가 소환에 응하지 아니한 때에는 검사는 치료보호집행장을 발부하여 보호구인할 수 있다.

③제2항의 경우에 피치료보호자가 도망하거나 도망할 염려가 있는 때 또는 현재지를 알 수 없는 때에는 소환함이 없이 치료보호집행장을 발부하여 보호구인할 수 있다.

④치료보호집행장은 치료보호영장과 동일한 효력이 있다.

제31조(가중료등의 심사·결정) ①심의위원회는 피치료보호자에 대하여 그 집행개시후 매 6월 종료 또는 가중료 여부를 심사·결정한다.

②심의위원회는 가중료 또는 제32조제1항 및 제2항의 규정에 의해 치료위탁된 피치료보호자에 대하여 가중료 또는 치료위탁후 매 6월 종료여부를 심사·결정한다.

제32조(치료의 위탁) ①심의위원회는 심신장애자등이 치료보호만을 선고받고 치료보호시설에 수용된 후 1년을 경과한 때에는 상당한 기간을 정하여 그 보호자에게 지정치료보호시설외에서의 치료를 위탁할 수 있다.

②심의위원회는 치료보호와 형이 병과되어 형기상당의 치료보호를 집행 받은 자에 대하여는 상당한 기간을 정하여 그 보호자에게 지정치료보호시설외에서의 치료를 위탁할 수 있다.

③심의위원회는 제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 치료의 위탁을 결정함에 있어서 피치료보호자의 보호자로부터 지정치료보호시설외에서의 입원·치료를 보증하는 뜻의 서약서를 제출받아야 한다.

④치료의 위탁에 필요한 비용은 피치료보호자 또는 그의 보호자가 부담한다. 다만, 당해 피치료보호자 또는 그의 보호자가 이를 부담할 능력이 없을 때에는 보호자가 국가에게 그 비용

의 전부 또는 일부를 보조해 줄 것을 신청할 수 있다.

⑤제4항 단서의 규정에 의한 국가의 비용보조신청과 심사는 심의위원회가 담당하고 그 절차, 심사의 기준 및 경비보조내역에 관하여는 대통령령으로 정한다.

### 제5장 보호관찰

제33조(보호관찰) ①다음 각호의 1에 해당하는 때에 보호관찰이 개시된다.

1. 피치료보호자에 대한 치료보호가 가중료된 때
2. 제32조제1항 및 제2항의 규정에 의해 피치료보호자가 치료보호시설 외에서 치료받기 위하여 보호자에게 위탁된 때

②보호관찰의 기간은 3년으로 한다. 다만, 심의위원회가 계속 보호관찰이 필요하다고 인정하는 경우는 그 결정으로 보호관찰기간을 1차에 한하여 2년간 연장할 수 있다.

③보호관찰기간의 만료전이라도 심의위원회의 치료보호의 종료결정이 있는 때에는 보호관찰이 종료된다.

④보호관찰이 개시된 자(이하 “피보호관찰자”라 한다)가 다시 치료보호의 집행을 받게 되어 재 수용된 때에는 보호관찰이 종료된다.

제34조(피보호관찰자의 준수사항) ①피보호관찰자는 保護觀察등에 관한法律 제32조제2항의 규정에 의한 준수사항을 성실히 이행하여야 한다.

②심의위원회는 피보호관찰자의 특성을 고려하여 제1항의 규정에 의한 준수사항외에 치료 기타 특별히 준수하여야 할 사항을 따로 부과할 수 있다.

제35조(피보호관찰자등의 신고의무) 피보호관찰자 또는 그 보호자는 대통령령이 정하는 바에 따라 치료보호의 가중료 또는 종료 후의 거주예정지 기타 필요한 사항을 사전에 치료보호시설의 장에게 신고하고 가중료 또는 종료 후 10일 이내에 주거, 직업, 치료를 받는 병원 기타 필요한 사항을 보호관찰관에게 서면으로 신고하여야 한다.

제36조(치료보호의 집행면제등) ①보호관찰기간이 만료된 때에는 피보호관찰자에 대하여 치료보호가 종료된다.

②심의위원회는 피보호관찰자의 관찰성적 및 치료경과가 양호한 때에는 치료보호의 종료를 결정할 수 있다.

제37조(가중료 취소와 치료보호의 재집행) 심의위원회는 피보호관찰자가 다음 각호의 1에 해당하는 때에는 결정으로 가중료 또는 치료의 위탁을 취소하고 다시 치료보호를 집행할 수 있다.

1. 제34조의 준수사항 기타 보호관찰에 관한 지시·감독에 위반한 때
2. 제33조제1항의 규정에 의하여 보호관찰을 받고 있는 피보호관찰자가 증상이 악화되어 치료보호가 필요하다고 인정되는 때

제38조(다른 법률과의 관계) 보호관찰에 관하여 이 법에 규정된 것을 제외하고는 保護觀察등에 관한法律을 적용한다.

### 제6장 치료보호심의위원회

제39조(치료보호심의위원회) ①치료보호처분 및 보호관찰의 관리와 집행에 관한 사항을 심사·결정하기 위하여 법무부에 치료보호심의위원회를 둔다.

②심의위원회는 판사·검사 또는 변호사의 자격이 있는 5인의 위원과 정신과 전문의의 자격이 있는 4인의 위원으로 구성하고, 법무부장관이 위촉한다.

③심의위원회의 위원장은 법무부차관이 된다.

④심의위원회는 다음 각호의 사항을 심사·결정한다.

1. 피치료보호자에 대한 치료의 위탁·가중료 및 그 취소와 치료보호종료여부에 관한 사항
2. 피보호관찰자에 대한 준수사항의 부과 및 지시·감독과 그 위반시의 제재에 관한 사항
3. 제32조제4항의 규정에 의한 치료위탁경비보조신청에 관한 심사 및 결정
4. 기타 제1호 내지 제2호에 관련된 사항

⑤심의위원회의 구성·운영·사무 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제40조(결격사유) 다음 각호의 1에 해당하는 자는 심의위원이 될 수 없다.

1. 국가공무원법 제33조 각호의 1에 해당하는 자
2. 제41조의 규정에 의하여 심의위원에서 해촉된 후 3년을 경과하지 아니한 자
3. 이 법, 의료법, 약사법, 정신보건법 또는 마약류관리에관한법률을 위반하여 금고이상의 실형을 선고받고 그 집행이 종료(집행이 종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 집행이 면제되지 3년이 경과하지 아니한 자

제41조(심의위원의 해촉) ①법무부장관은 심의위원이 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 당해 심의위원을 해촉할 수 있다.

1. 심신장애로 인하여 직무수행이 불가능하거나 현저히 곤란하다고 인정되는 때
2. 직무태만·품위손상 기타 사유로 인하여 심의위원으로서 적당하지 아니하다고 인정되는 때

제42조(심사) ①심의위원회는 심사 자료에 의하여 제39조제4항에 규정된 사항을 심사한다.

②심의위원회는 제1항의 규정에 의한 심사를 위하여 필요한 때에는 법무부소속 공무원으로 하여금 결정에 필요한 사항을 조사하게 하거나 피보호자(피치료보호자 및 피보호관찰자를 말한다. 이하 같다) 기타 관계자를 직접 소환·심문하거나 조사할 수 있다.

③제2항의 규정에 의하여 조사의 명을 받은 공무원은 다음 각호의 권한을 가진다.

1. 피보호자 기타 관계자의 소환·심문 및 환경조사
2. 국·공립기관 기타 공공단체·민간단체에의 조회 및 관계자료의 제출요구

④피보호자 기타 관계자는 조사공무원의 소환·심문 및 조사에 응하여야 하며, 국·공립기관 기타 공공단체·민간단체는 제3항의 규정에 의한 조회나 자료제출의 요구를 받은 때에는 국가기밀 또는 공공의 안녕질서에 유해한 것이 아니면 이를 거부할 수 없다.

제43조(의결 및 결정) ①심의위원회의 회의는 위원장을 포함한 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다. 다만, 가부동수인 때에는 위원장이 결정한다.

②심의위원회는 제1항의 규정에 의한 결정을 함에 있어 지정치료보호시설의 장 또는 보호관찰소장으로 하여금 의견서를 제출하도록 하여 이를 참조하여야 한다.

③지정치료보호시설의 장 또는 보호관찰소장은 제2항의 규정에 의한 의견서를 제출하기 전에 피치료보호자의 담당 의사 또는 보호관찰관으로 하여금 피치료보호자의 상태 및 예후 그리고 치료보호종료의 타당성 여부에 관해 의견을 구하여야 한다.

제44조(심의위원의 제척 및 기피) ①심의위원은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 치료보호사건에 관한 심사·의결에서 제척된다.

1. 심의위원이 당해 피치료보호자와 친족관계에 있거나 있었던 경우
2. 심의위원이 당해 치료보호사건에 관하여 증언이나 감정을 한 경우
3. 심의위원이 피치료보호자의 대리인으로 관여하거나 관여하였던 경우
4. 심의위원이 당해 치료보호사건과 관련된 사건에 관한 수사, 재판 또는 다른 법률에 의한 구제절차에 관여하였던 경우

②피치료보호자, 그의 보호자 또는 보조인은 심의위원에게 심사·의결의 공정을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우에는 위원장에게 기피신청을 할 수 있으며 위원장은 당사자의 기피신청에 대하여 심의위원회의 의결을 거치지 아니하고 결정한다. 다만, 위원장이 결정하기에 상당하지 아니하는 경우에는 심의위원회의 의결로 결정할 수 있다.

③심의위원이 제1항 각호의 1의 사유 또는 제2항의 사유에 해당하는 경우에는 스스로 그 진정의 심의·의결을 회피할 수 있다.

제45조(검사의 심사신청) ①피보호자의 주거지(시설에 수용된 경우에는 그 시설을 주거지로 본다)를 관할하는 지방검찰청 또는 지청의 검사는 제39조제4항에 규정된 사항에 관하여 심의위원회에 그 심사·결정을 신청할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 신청을 함에 있어서는 심의위원회에 심사신청서 및 신청사항의 결정에 필요한 자료를 제출하여야 한다. 이 경우 자료의 조사에 관하여는 제8조의 규정을 준용한다.

③제2항의 규정에 의한 신청서를 제출할 때에는 치료보호시설의 장 또는 보호관찰관의 의견을 들어야 한다.

④치료보호시설의 장 또는 보호관찰관은 검사에게 제1항의 규정에 의한 신청을 하도록 요청할 수 있다.

제46조(피치료보호자등의 심사신청) ①피치료보호자와 그의 보호자 및 보조인은 피치료보호자가 치료보호의 필요가 없을 정도로 치유되었음을 이유로 심의위원회에 치료보호의 종료여부를 심사·결정하여 줄 것을 신청할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 신청을 함에 있어서는 심의위원회에 심사신청서 및 심사신청이유에 대한 자료를 제출하여야 한다.

③심의위원회가 제1항의 규정에 의한 신청을 기각하는 경우에는 결정서에 그 이유를 명시하여야 한다.

④제1항의 규정에 의한 신청은 치료보호의 집행이 개시된 날부터 6월이 경과한 후에 하여야 한다. 신청이 기각된 경우에는 6월이 경과한 후에 다시 신청할 수 있다.

#### 제7장 피치료보호자의 수용 및 감독

제47조(지정치료보호시설의 의무) 지정치료보호시설의 장은 피치료보호자의 치료와 보호 및 관찰을 위해 필요한 조치를 하여야 한다.

제48조(행동제한등) 지정치료보호시설의 장은 제16조의 규정에 의하여 치료보호처분의 결정을 받은 피치료보호자에 대하여 치료 및 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 범위내에서 보건복지부령이 정하는 바에 따라 피치료보호자의 행동을 제한할 수 있다. 다만, 피치료보호자의 전화통화 및 서신수발, 보호자 및 보조인과의 면담은 원칙적으로 제한할 수 없으나 담당 정신과 의사가 필요하다고 인정하는 경우에는 그 횟수를 제한할 수 있다.

제49조(무단퇴원자에 대한 조치) ①피치료보호자가 무단으로 지정치료보호시설에서 퇴원하려 하거나 퇴원한 때에는 지정치료보호시설의 직원이 이를 제지하거나 무단 퇴원한 피치료보호자를 귀환 조치시켜야 한다.

②지정치료보호시설의 직원이 제1항의 규정에 의한 제지 또는 귀환조치를 하기 어려운 때에는 당해 지정치료보호시설의 장이 관할 경찰관서의 장에게 이에 필요한 지원을 요구할 수 있다.

③경찰관은 무단으로 퇴원한 피치료보호처분자를 발견한 때에는 즉시 이를 당해 지정치료보호시설의 장에게 통지하여야 한다. 이 경우 경찰관은 당해 지정치료보호시설의 장에게 신병을 인도할 때까지 그 자를 경찰서 또는 피치료보호자를 보호하기 적당한 시설에 유치할 수 있다.

제50조(처우개선외 청원) ①피치료보호자, 그의 보호자 및 보조인은 보건복지부령이 규정하는 바에 따라 보건복지부장관에게 피치료보호자의 처우개선에 관한 청원을 할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 청원의 제기, 청원의 심사 기타 필요한 사항에 관해서는 보건복지부령으로 정한다.

제52조(운영실태등 점검 및 개선명령) ①보건복지부장관은 매 3월마다 지정치료보호시설의 운영실태 및 피치료보호자에 대한 처우상태를 점검하여야 한다.

제53조(개선명령) 보건복지부장관은 제50조제1항의 규정에 의한 청원의 검토 및 제52조의 규정에 의한 점검결과 개선 또는 시정이 필요하다고 인정되는 때에는 지정치료보호시설의 장에게 그에 상응한 조치를 하도록 명할 수 있다.

## 제8장 보칙

제54조(치료보호청구의 시효) ①치료보호청구의 시효는 치료보호청구된 사건과 동시에 심리하거나 심리할 수 있었던 죄에 대한 공소시효기간의 경과로 완성된다.

②치료보호청구된 사건은 결정의 확정 없이 치료보호청구가 있는 때로부터 15년을 경과하면 청구의 시효가 완성된 것으로 본다.

제55조(치료보호의 시효) ①피치료보호자는 그 결정이 확정된 후 집행을 받음이 없이 10년을 경과하면 시효가 완성되어 그 집행이 면제된다.

②시효는 치료보호의 가중료 기타 집행할 수 없는 기간은 진행되지 아니한다.

③시효는 피치료보호자를 체포함으로써 중단된다.

제56조(치료보호처분과 자격정지) 치료보호처분을 받은 자는 그 치료보호의 집행이 종료되거나 면제될 때까지 다음 각호의 자격이 정지된다.

1. 공무원이 되는 자격
2. 다른 법률에 의한 선거권과 피선거권
3. 법률로 요건을 정한 업무에 관한 자격

제57조(기간의 계산) ①치료보호처분 및 보호관찰의 기간은 그 처분을 집행한 날로부터 기산한다. 이 경우 초일은 시간을 계산함이 없이 1일로 산정한다.

②치료보호처분 및 보호관찰의 집행에 위반한 기간은 처분기간에 산입하지 아니한다.

제58조(군법 피적용자에 대한 특칙) ①군사법원법 제2조제1항 각호의 1에 해당하는 자에 대하여 치료보호처분사건에 관한 직무를 행함에 있어서는 군사법원은 법원, 군검찰부검찰관은 검사, 군사법경찰관리는 사법경찰관리의 직무를 각각 행한다.

②군사법원법 제2조제1항 각호의 1에 해당하는 자에 대한 치료보호처분의 관리와 그 집행사항을 심사·결정하기 위하여 국방부에 군치료보호위원회를 둔다.

③군치료보호위원회의 구성과 운영에 관하여는 보호위원회에 관한 규정을 준용한다.

④군사법원, 군검찰부검찰관 또는 군치료보호위원회는 치료보호대상자가 군사법원법 제2조제1항 각호의 1에 해당하는 자가 아님이 명백한 때에는 당해 치료보호처분사건을 대응하는 법원·검사 또는 보호위원회에 이송한다. 이 경우 이송 전에 한 조사·청구·재판·신청·심사 및 결정은 이송 후에도 그 효력에 영향이 없다.

⑤법원·검사 또는 보호위원회는 치료보호대상자가 군사법원법 제2조제1항 각호의 1에 해당하는 자임이 명백한 때에는 치료보호처분사건을 대응하는 군사법원·군검찰부검찰관 또는 군보호위원회에 이송한다. 이 경우 이송 전에 한 조사·청구·재판·신청·심사 및 결정은 이송 후에도 그 효력에 영향이 없다.

제59조(다른 법률의 준용) 치료보호처분에 관하여 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 성질에 반하지 아니하는 범위 안에서 刑事訴訟法 및 保護觀察등에 관한法律의 규정을 준용한다.

## 제9장 벌칙

제60조(도주방조등) ①치료보호를 집행하는 자가 피치료보호자를 도주하게 하거나 이를 용이하게 한 때에는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

②치료보호를 집행하는 자가 뇌물을 수수·요구 또는 약속하고 제1항의 죄를 범한 때에는 2년 이상의 유기징역에 처한다.

③제32조제1항 및 제2항의 규정에 의하여 치료의 위탁을 받은 보호자가 피치료보호자를 도주하게 하거나 이를 용이하게 한 때에는 3년 이하의 징역 또는 1000만 원 이하의 벌금에 처한다.

제61조(허위사실의 신고) 타인으로 하여금 치료보호처분을 받게 할 목적으로 공무소 또는 공무원에 대하여 허위의 사실을 신고한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.



제62조(모해등) 치료보호청구사건에 관하여 피치료보호청구인을 모해할 목적으로 형법 제152조제1항의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역에 처한다.

제63조(허위진단서작성등) 치료보호처분사건에 관하여 형법 제154조·제233조 또는 제234조(허위작성진단서의 행사에 한한다)의 죄를 범한 자는 10년 이하의 징역 또는 금고에 처한다. 이 경우에는 10년 이하의 자격정지를 병과한다.

## 부 칙

제1조(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다.

제2조(폐지법률) 사회보호법은 이를 폐지한다.

제3조(치료보호처분에 대한 경과조치) 이 법 시행 전에 종전의 社會保護法에 의하여 치료보호처분을 받은 자는 이 법에 의하여 치료보호처분을 받은 것으로 본다.

제4조(치료감호시설등에 대한 경과조치) 이 법 시행당시 종전의 社會保護法상의 치료감호시설과 그 소속 공무원은 이 법에 의한 지정치료보호시설과 그 소속공무원으로 본다.

제5조(군사회보호위원회에 대한 경과조치) 이 법 시행당시 종전의 社會保護法 제41조제2항의 규정에 의해 설치된 군사회보호위원회는 이 법 제58조제2항의 규정에 의해 설치된 군치료보호위원회로 본다.

제6조(다른 법률의 개정) ①保安觀察法중 다음과 같이 개정한다.

제25조제3항중 “社會保護法에 의한 監護”를 “치료보호법에 의한 치료보호”로 한다.

②司法警察官吏의職務를行할者와 그職務範圍에 관한法律중 다음과 같이 개정한다.

제3조제3항중 “保護監護所·治療監護所(社會保護法 附則 第4條의 규정에 의하여 治療監護施設로 代用되는 시설을 제외한다. 이하 같다) 또는 그 支所의 長은 당해 監護所 또는 그 支所내에서”를 “지정치료보호시설의 장은 당해 지정치료보호시설 내에서”로 하고, 제5조제2의2호중 “保護監護所·治療監護所 또는 그 支所의 長”을 “지정치료보호시설의 장”으로 한다.

③國民年金法중 다음과 같이 개정한다.

제77조의2제1항제5호중 “社會保護法에 의한 保護監護施設 또는 治療監護施設”을 “치료보호법에 의한 지정치료보호시설”로 한다.

④放送法중 다음과 같이 개정한다.

제13조제3항제6호중 “社會保護法에 의한 保護處分”을 “치료보호법에 의한 치료보호 또는 보호관찰”로 한다.

⑤定期刊行物の登錄등에 관한法律중 다음과 같이 개정한다.

제9조제1항제4호중 “社會保護法에 의한 保護處分”을 “치료보호법에 의한 치료보호 또는 보호관찰”로 한다.

⑥出入國管理法중 다음과 같이 개정한다.

제84조제2항 및 제86조제2항중 “保護監護所·治療監護所 또는 少年院의 長”을 각각 “지정 치료보호시설 또는 少年院의 長”으로 하고, 제84조제2항중 “保護監護處分 또는 治療監護處分을 받고 收容된 후 出所한 때 또는 少年法에 의하여 少年院에 收容된 후 退院한 때”를 “치료 보호법에 의하여 지정치료보호시설에 수용되거나 少年法에 의하여 少年院에 收容된 후 退院한 때에는”으로 한다.

⑦國家人權委員會法중 다음과 같이 개정한다.

제2조제2호 가목중 “보호감호소, 치료감호소”를 “지정치료보호시설”로 한다.

⑧民願事務處理에 관한法律중 다음과 같이 개정한다.

제15조제2항제3호중 “보호감호처분·치료감호처분”을 “치료보호처분”으로 한다.

⑨腐敗防止法중 다음과 같이 개정한다.

제21조제2항제2호 및 제40조제2항제2호중 “보호감호처분·치료감호처분”을 각각 “치료보호 처분”으로 한다.

⑩行刑法중 다음과 같이 개정한다.

제29조제1항중 “治療監護所”를 “지정치료보호시설”로 한다.

## - 참고 문헌 -

- 김일수, 『새로쓴 형법총론』, 제8판, 2000
- 박정근, 상습범의 가중법정형폐지의 정당성, 『김종원교수화갑기념논문집』, 1991
- 법무부, 『범죄백서』 1996, 2001, 2002
- 법무부, 『형법개정법률안 제안이유서』, 1992
- 법무부 훈령 제 447호, 2001. 7. 30
- 법무부 보도자료 2003년 12월 19일
- 법무부 『분류처우 업무지침』
- 배종대, 현행 보안처분법의 개선점, 『성곡논총 제18집』, 1987
- 배종대, 『형사정책』, 1998
- 배종대, 『형법총론』, 제6판, 2001
- 사회보호법폐지를 위한 공동대책위원회 소책자 『보호감호와 싸우는 사람들』
- 서거석, 우리 보안처분법의 과제와 해결방안, 『김종원교수화갑기념논문집』, 1991
- 손동권, 상습범 및 누범에 대한 형벌가중의 문제점, 『형사판례연구(4)』, 1996
- 송문호, 사회보호법상 보호감호에 대한 비판적 고찰, 『형사법연구 제13호』 (2000년 6월)
- 송문호, 상습범 및 누범의 대책에 대한 문제점, 『형사법연구 제16호』
- 신동운, 누범가중의 본질과 요건, 『고시연구』 1998. 5
- 신양균, 상습범에 관한 연구, 『허영민박사화갑기념논문집』, 1993
- 심재우, 보안처분의 한계, 『고시연구』 1985년 4월
- 안동준, 누범가중의 타당성과 실효성, 『비교형사법연구』, 2000년 제2호
- 이승호, 『우리나라의 보안처분류 제재체계에 대한 비판적 검토』, 서울대학교 박사학위논문, 1991
- 이영란, 상습범의 상습성 인정기준, 『형사판례연구 2권』, 1994
- 이윤호, 『형사정책』, 1996
- 이재상, 『형법총론』, 제4판, 1999
- 이재상, 『형법각론』, 제4판, 2000
- 임웅, 『누범수용자의 효율적 관리방안』, 한국형사정책연구원, 1993
- 임웅, 『형법총론』, 1999
- 장규원, 누범자 처우에 관한 연구, 『형사법연구 제9호』, 1997

- Baechtold, Revision mit Perspektive? *NKP* 4/1993
- Barth, "Bist du gefährlich?", *Der Spiegel*, Heft 42 (1995)
- Bock, *Kriminologie*, 2. Aufl., 2000
- Brückner, *Der Gewohnheitsverbrecher und die Verwahrung in der Schweiz gemäß Art. 42 StGB. Eine statistische Darstellung*. Basel u.a. 1971
- Bruns, Richterliche Überzeugung bei Prognose-Entscheidungen über Sicherungsmaßnahmen, *JZ* 1958
- Conrad, *Das Verhalten von 100 Insassen der Verwahrungsanstalt Thorberg nach ihrer Entlassung. Eine kriminologische Untersuchung von 100 nach Art. 42 StGB Eingewiesenen*. Bern u. a., 1973
- Dünkel/Van Zyl Smit, Die Behandlung von Gefangenen mit langen Haftstrafen und Ausgestaltung des Langstrafenvollzugs im international Vergleich, in: Müller-Dietz/ Walter: *Strafvollzug in den 90er Jahren. Perspektiven und Herausforderungen*, 1995
- Eder-Rieder, *Die freiheitsentziehenden vorbeugenden Maßnahmen. Eine Betrachtung in materiellrechtlicher, prozessualer und vollzugsrechtlicher Sicht*, Wien, 1985
- Einem, "Sicherungsverwahrung" in Österreich. Zur Einführung der Maßnahme nach §23 StGB. Wien, 1981
- Einigungsvertrag*(독일 통일협약), Anlage 1, Kap. III, Sachgebiet C, Abschnitt III Nummer 1(BGBl. II 1990. S. 957)
- Exner, *Die Theorie der Sicherungsmittel*, 1914
- Exner, Wie erkennt man den gefährlichen Gewohnheitsverbrecher? *DJ* 1943
- Frisch, Zum Wesen des Grundsatzes "in dubio pro reo", in: *FS für Henkel*, 1974
- Frisch, Das Marburger Programm und die Maßnahmen der Besserung und Sicherung, *ZStW* (94) 1982
- Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988
- Frisch, Die Maßnahmen der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, *ZStW* 102 (1990)
- Frisch, Strafrechtliche Prognoseentscheidungen aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: *Prognoseentscheidungen in der strafrechtlichen Praxis*, 1994
- Frisch, Sicherheit durch Strafrecht?, *GS. für Ellen Schlüchter*, 2002
- Grolmann, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, 1798
- Grünwald, Sicherungsverwahrung, Arbeitshaus, vorbeugende Verwahrung und

- Sicherungsaufsicht im Entwurf 1962, *ZStW* 76 (1964)
- Göppinger, *Kriminologie*, 5. Aufl., 1997
- Haffmans, *De berechting van de psychisch gestoorde delinquent*, 1989
- Hanack, *Leipziger Kommentar*, 11. Aufl. 1992 § 66
- Henkel, Das Sicherungsverfahren gegen Gemeingefährliche, *ZStW* 57 (1938)
- Hofmann, *Die Verwahrung nach Art. 42 StGB, insbesondere in der Praxis der Ostschweizer Konkordatskantone*, Diss. Zürich, 1985
- Kaenel, Carl Stooß und das zweispurige System der Strafrechtsfolgen, *SchwZStR* 101 (1984)
- Kaiser, Neue Wege im schweizerischen Maßnahmenvollzug, *ZStW* 100 (1988)
- Kaiser, Ist das Maßnahmensystem im Kriminalrecht noch zu retten? in: *FS. für Pallin*, Wien 1989
- Kaiser, *Kriminologie*, 3. Aufl., 1996
- Kaiser, *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3. Aufl., 1993
- Kinzig, *Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand*, 1996
- Kinzig, Die Praxis der Sicherungsverwahrung, *ZStW* 109 (1997)
- Kinzig, Neues von der Sicherungsverwahrung, *StV* 2002
- Krul-Steketee, TBR: verleden, heden en toekomst, *NJB* 1988
- Mayerhofer, Die Krise der Sicherungsverwahrung, in: Rückfallkriminalität. Führerscheinenzug, *Kriminologische Gegenwartsfragen* 17., 1986
- Mayerhofer/Rieder, *Das österreichische Strafrecht. Erster Teil, Strafgesetzbuch*, 4. Aufl. Wien, 1994
- Mergen, *Die Kriminologie*, 3. Aufl., 1995
- Moos, Die vorbeugenden Maßnahmen im neuen österreichischen Strafrecht, in: *Bundesministerium für Justiz: Zum neuen Strafrecht*, Stein, 1973
- Nowakowski, Die Maßnahmenkomponente im StGB, *FS. für Broda*
- Pallin, *Wiener Kommentar*, 1984 § 23
- Peters, *Strafprozeß*, 4. Aufl., 1985
- Rehberg, Die Behandlung der Rückfälligen nach der revidierten Artikeln 42 und 67 StrGB, *ZStrR* 89 (1973)
- Rehberg, Fragen bei der Anordnung und Aufhebung sichernder Massnahmen nach StrGB Art. 42-44, *ZStrR* 83 (1977)
- Rhein. Zeitung* vom 12.12.1996

- Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25. Aufl., 1998
- Roxin, *Strafrecht, AT.*, 3. Aufl., 1997
- Sagel-Grande, Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in den Niederlanden, in: Jescheck, *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht*, 1983
- Sagel-Grande, Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem der Niederlande, *ZStW* 103 (1991)
- Sagel-Grande, Neue Entwicklungen im niederländischen Maßregelrecht, *ZStW* 106 (1994)
- Schäffer, *Rückfall bei ehemaligen Strafgefangenen: Ergebnisse einer Nachuntersuchung der Tübingerjungtäter-Vergleichsuntersuchung*, 1996
- Schmidt, E., Sicherungsverwahrung in Zahlen, *DJ* 1938
- Schnell, Teilweise quer in der Landschaft. Zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches, *Kriminalistik* 1994
- Schultz, Die zweite Teilrevision des Schweizerischen Strafgesetzbuches, *ZBJV* 106 (1970)
- Schultz, *Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches "Einführung und Anwendung des Gesetzes" des Schweizerischen Strafgesetzbuches*, Bern, 1987
- Schumann, Karl F., Schutz der Allgemeinheit vor rückfallträchtigen Tätern durch >>selective incapacitation<< - eine Skizze zur Subversivität eines Strafprinzips, in: *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Bd. I, Lüderssen Klaus(hrsg.)
- Song, *Grundlagen des Maßregelrechts*, 2000
- Stoß, *Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch AT.*, 1893
- Stratenwerth, Zur Rechtsstaatlichkeit der freiheitsentziehenden Massnahmen im Strafrecht. Eine Kritik des geltenden Rechts und des Entwurfs 1965 für eine Teilrevision, *ZStrR* 82 (1966)
- Stratenwerth, *Strafrecht. AT II, Strafen und Massnahmen*, 1. Aufl., Bern, 1989
- Sze, A tale of Three strikes: Slogan triumphs over substance as our bumper-sticker mentality comes home to roost, *28 Loyola L.A. L. Rev.* (1995)
- Tak, *Essays on Dutch Criminal Policy*, 2002
- Triffterer, *Österreichisches Strafrecht, AT.*, 2. Aufl., Wien, 1994

- Tyler/Boeckmann, Three strikes and you are out, but why? The Psychology of public support for punishing rule breakers, *L & Soc. Rev.* 2 (1997)
- v. Emmerik, *Recidivism among psychiatric offenders*, Hague, 1985
- v. Emmerik, *Tbs en recidive. Een vervolgstudie naar de recidive van ter beschikking gestelden van wie de maatregel is beëdigd in de periode 1979-1983*, Arnhem, 1989
- v. Emmerik, *De maatregel tbs. Een overzicht in cijfers, justitiële verkenningen* 19 (1993) Nr. 3
- V. D. Landen, *Straf en maatregel, Een onderzoek naar het onderscheid tussen straf en maatregel in het strafrecht*. Arnhem, 1992
- Vitiello, "Three strikes" and the Romero Case: The Supreme Court restores democracy, *30Loy. L.A. L. Rev.* (1997)
- Vitiello, "Three strikes": Can we return to rationality? *JCrim* 1997
- Volckart, *Praxis der Kriminalprognose*, 1997
- Wiprächtiger, Das Massnahmenrecht der Expertenkommission - Verbesserte Hilfe für die Täter und verbesserter Schutz für die Allgemeinheit, *ZStrR* 112 (1994)