

## 보호감호 제도입 논의에 대한 비판적 검토\*

신 양 균

전북대학교 법학전문대학원 교수

### < 목 차 >

- I. 논의의 전제
- II. 우리나라 보호감호제도의 연혁
- III. 상습(누)범에 대한 대책
- IV. 보호감호제도의 검토
- V. 맺음말

### I. 논의의 전제

형법은 범규범 중에서도 최후의 수단으로 작용해야 한다는 고전적 명제에도 불구하고, 최근의 경향을 보면 형법이 사회변화에 민감하게 반응하고 있으며 특별히 그 법적 효과인 형사제재는 가장 현란하게 변화되고 있는 분야라고 해도 좋을 것이다. 이러한 변화는 형사제재의 종류뿐만 아니라 그 제재가 사용되는 기준이나 정도에도 미치고 있다.

이러한 변화 가운데 가장 큰 특징은, 형사제재가 단순히 회고적인 응보에 그치지 않고 장래의 범죄대책을 위한 예방조치로서 큰 역할이 기대되고 있는 점이라고 할 수 있다. 바꾸어 말하면 예방적 범의보호가 형법의 중요한 기능으로 자리잡고 있는 것이다. 특히 마약거래, 조직범죄, 그리고 중대한 공격범(Aggressionsdelikt) 및 위험한 성범죄자의 범행에 대해서는 형을 가중하는 동시에 예방적 처분도 함께 부과하는 경우가 적지 않다.<sup>1)</sup>

\* 심사위원 : 성낙현, 이정원, 김혜정

투고일자 : 2010. 8. 11 심사일자 : 2010. 8. 22 게재확정일자 : 2010. 9. 13

우리나라에서도 최근에 연쇄살인, 아동성폭력 등 사회의 이목을 집중시키는 사건들이 빈발하면서 형사법의 모든 도구를 사용해서 이에 대처하고 이를 통해 시민의 안전에 대한 요구를 충족시키려는 노력들이 다양하게 이루어지고 있다. 유기자유형의 상한을 15년에서 30년(가중하는 경우에는 50년)으로 대폭 올리고, 상습적 성범죄자에 대한 형을 가중하는 한편 특정 성폭력범죄에 대한 형량을 강화하고, 이른바 「화학적 거세」라고 부르는 성충동 약물치료를 할 수 있도록 하였다. 이 외에도 성범죄를 비롯해서 재범의 위험성이 큰 범죄자의 경우 DNA 프로파일을 DB화할 수 있도록 하고, 성폭력범죄자에 대해 공소시효의 진행정지사유를 추가하는 한편 성폭력범죄자에 대해 위치추적을 위한 전자장치인 전자발찌를 채우고 성범죄자의 신상정보를 공개하도록 함으로써, 사회적 위험성이 큰 범죄자들을 사회적으로 고립시킬 수 있는 모든 방법들을 강구하고 있는 듯한 양상을 보이고 있다.

이런 상황에서 법무부는 사회보호법 폐지 이후에도 꾸준히 보호감호제도의 부활을 검토해 왔고, 특히 최근 잇달아 발생한 성폭력범죄를 계기로 범죄자의 격리를 염두에 둔 보호감호제도의 재도입을 입법화하려는 움직임을 보이고 있음이 언론을 통해 보도된 바 있다.

이론적으로 보면, 보안처분은 형벌이 수행하지 못하는 사회적 기능을 수행하고 있다. 형벌의 본질에 관하여 지배적인 입장이라 할 수 있는 통합설(Vereinigungstheorie)에 따르면, 형벌의 본질은 응보이지만 그 범위 내에서 일반예방과 특별예방의 목적도 동시에 추구해야 한다. 그러나 형벌은 응보로서 불법과 책임의 정도에 따라 그 범위가 정해지게 되므로 사회방위수단으로서는 일정한 한계를 가질 수밖에 없다. 예컨대 책임능력이 없거나 한정된 자의 경우 이들에게는 단지 형벌적응성이 없거나 약할 뿐이지 사회적 위험성은 여전히 존재하고 있으므로 형벌만으로 대응하는 경우에는 사회방위의 목적을 달성하기 어려우며, 설사 책임능력이 있는 자라도 상습범, 알콜이나 마약류 중독자, 노동협오자 등과 같이 장래 재범의 위험성이 있는 자에 대하여는 사회격리라든가 기타 교정, 치료 등의 특별한 조치를 할 필요가 있다. 범죄의 예방 또는 진압을 목적으로 하는 형사정책에서 범죄방지대책으로서 형벌 이외에 보안처분제도의 존립근거가 여기에 있다.

1) 예컨대 독일의 경우 이러한 경향에 대해서는, Eisenberg, Kriminologie, 5.Aufl., 2005, §34 Rdn.62f.

현재 논의되고 있는 보호감호제도의 제도입에 관해서는 두 가지 측면에서 접근이 필요하다. 하나는 이론적으로 상습범 등의 대책으로서 보호감호제도가 불가결한 것인지 하는 근본적인 문제이며, 이 점은 상습범과 같이 재범의 위험성이 큰 자에 대해 형벌이 가지는 한계를 극복하기 위해 자유를 박탈하는 보안처분이 과연 필요한지 하는 차원에서 검토할 필요가 있다. 또 하나는 성폭력범을 비롯한 위험한 범죄자에 대한 대처방안으로서 다양한 제도적 장치가 강구되어 있는 현실에서 별도로 재범의 위험성을 고려한 보호감호제도가 필요한가 하는 문제로서, 이 점은 특별히 누범·상습범을 가중하는 형법과 형사특별법의 규정, 자유형의 상한의 대폭 상향조정, 성충동 약물치료, 위치추적 전자장치, 신상공개 등과 같은 다양한 통제장치에도 불구하고 보호감호제도를 병렬적으로 두는 것이 타당한지를 검토할 필요가 있다.

아래에서는 먼저 보호감호제도를 도입했던 사회보호법이 폐지된 과정과 재차 도입논의가 이루어지고 있는 배경에 대해 살펴보고, 상습(누)범에 대한 일반적인 대처방안을 검토한 다음 현행법 하에서 보호감호제도의 제도입이 필요한가를 차례대로 검토해보기로 한다.

## II. 우리나라 보호감호제도의 연혁

### 1. 폐지과정에 대한 검토

#### 1) 폐지의 경과

1980년 사회보호법의 제정으로 도입된 보호감호제도는 당시 국가보위입법회의라는 초헌법적 기구에 의해 제정되면서 절차적 정당성에 의문이 제기되었고, 구체적인 내용에 대해서도 이중처벌금지의 원칙, 과잉금지의 원칙에 반한다는 지적이 이어졌다. 게다가 실제 운용에 있어서도 피보호감호자를 교육·개선하여 사회복귀를 지원하기보다는 사회로부터 격리시키는 데 중점을 두었고,<sup>2)</sup> 그 결

2) 전두환 정부는 1980년 사회정화 차원에서 폭력사범과 사회풍토문란사범을 소탕한다는 명분으로 삼청교육대를 만들었고, 그 법적 근거로서 사회보호법 제정을 계획하면서 보호감호소소의 위치도 처음에는 '안마도'라는 서해상의 섬으로 정하였다. 이러한 사실은

과 보호감호소를 가출소한 자들의 재범율이 거의 50%에 이르는 문제점을 드러 내기도 하였다. 또한 위험한 중대범죄자로부터 사회를 보호한다는 취지와는 달리 피보호감호자 가운데 70% 이상을 절도범이 차지하고 있었다.

2003년 국가인권위원회는 사회보호법 문제를 주요 인권현안으로 선정하고 외부전문가들과 함께 사회보호법 TF팀을 구성하였다. TF팀은 2003년 2월부터 12월까지 사회보호법상 보호감호제도의 필요성 검토, 보호감호제도의 문제점 분석, 보호감호제도의 비교법적 연구, 보호감호소 방문조사 등을 진행하는 한편, 같은 해 8월부터 12월까지의 피보호감호자 및 보호감호소 교정공무원 전수조사, 피보호감호자 처우, 보호감호시설 및 운영현황에 대한 실지조사를 벌였다. 그 결과 보호감호제도가 특히 ① 피보호감호자의 재범위험성 판단 등에 있어서 전문적 감정 또는 객관적 분석의 제도적 보장이 결여된 채 운영되고 있는 점은 헌법 제12조(신체의 자유, 적법절차)를 침해할 수 있고, ② 누범·상습범에 대한 보안형으로서 형벌가중규정과 보호감호제도를 병존시키고 있는 것은 헌법 제13조(이중처벌 금지)에 반할 수 있으며, ③ 사회보호위원회에 의한 가출소와 보호감호면제 결정의 실태는 헌법 제27조(헌법상 보장된 법관에 의해 재판 받을 권리)를 침해할 수 있고, ④ 피보호감호자에 대한 현실적 처우 등의 실태는 헌법 제10조(인간의 존엄성, 행복추구권)에 반할 수 있다고 지적하면서, 결론적으로 사회보호법상 보호감호제도가 '제도'로서의 의미를 이미 상실했고, 현 상황에서 보호감호제도의 개선은 분명한 한계가 있으므로 보호감호제도의 근간이 되는 사회보호법을 폐지하는 것이야말로 사회보호와 인권보호라는 국가의 책무에 부합하는 것이며, 심신장애자 등에 대한 치료감호는 별도의 대체입법 마련을 통해 해결해야 한다고 권고하였다.<sup>3)</sup>

그러나 법무부는 사회보호법 폐지에 따른 문제점 등을 고려해서 보호감호제도를 일단 유지하되 대상자를 대폭 줄이는 대체입법을 제정하기로 방향을 잡았다. 법무부는 이미 2003년 5월 보호감호의 수용관리를 보호처분을 담당하는 보호국으로 이관하고 보호감호시설을 신설하는 한편, 피보호감호자의 처우를 개선

---

보호감호가 범죄자 격리에 주된 목적이 있었음을 잘 보여주는 것이라고 할 수 있다. 1980년 1월 25일 계엄이 해제되면서 군부대에서 야만적인 순화교육과 삼청근로봉사를 마친 7천5백명도 다음 해 1월 청송 보호감호소가 개소하기 전에는 여전히 군부대에 수용되어 있었다.

3) 2004.1.12.자 국가인권위원회 전원위원회 결정(사회보호법 폐지 및 치료감호 대체법안 마련 권고)

하며 출소자의 사회복지체계를 수립하고 감호집행기간을 단축하는 것을 내용으로 하는 사회보호법 개정작업을 추진하였고, 2004년 10월에는 절도범을 보호감호대상에서 제외시키고 감호대상자에게도 보석청구권과 구속적부심사권을 인정하는 내용의 '심신장애범·특정상습범 등의 재활치료 및 재범방지에 관한 법률제정안'을 마련하였다.<sup>4)</sup>

국회에서는 2003년 말부터 여야가 여러 차례에 걸쳐 사회보호법 폐지를 위한 법률안을 발의하여<sup>5)</sup> 국회 법사위원회에 상정, 법안심사소위원회까지 회부되었지만, 2004년 16대 국회의 임기만료로 모두 자동폐기되었다. 그 후 17대 국회가 개원된 후 2004년 9월 15일 최용규의원 외 150인이 다시 사회보호법폐지법률안을 발의하여, 같은 해 12월 24일 법제사법위원회에 상정되었고 대체토론을 거쳐 소위원회에 회부된 후, 다음 해에 세 차례에 걸친 소위원회 심사와 공청회를 거쳐 2005년 6월 29일 법제사법위원회안으로 수정의결되었다. 이 안은 6월 29일 국회 본회의에 상정되어 수정가결되었으며, 8월 4일 정부에 의해 폐지, 공포되었다.<sup>6)</sup>

## 2) 폐지에 따른 보완조치

- 4) 이 제정안에 따르면, 절도 등 순수재산범은 보호감호대상에서 제외하고 재범의 위험성이 있는 강도, 성폭력, 고질적 폭력범 등 특정상습범이나 심신장애범, 약물중독범으로 한정되며, 재범의 위험성이 있다고 인정될 수 있는 범위를 축소하고 감호청구 대상범죄 시점을 최종 전과형의 집행종료후 3년 내로 제한해 감호선고 요건을 엄격하게 해 인권 침해 소지를 줄였다. 또한 감호영장이 발부돼 구속되는 보호대상자도 형사 피고인처럼 보석청구권, 구속적부심사청구권 등을 인정받을 수 있게 되며 1년에 한차례씩 받았던 피보호감호자의 가출소 직권심사를 6개월마다 한 번씩 받을 수 있게 되며, 피보호감호자의 원활한 사회복지체를 촉진하기 위해 본인동의를 받아 재활치료를 받도록 해주고 사회적응력을 높인다는 차원에서 접견, 전화통화 등 외부교통권, 텔레비전 시청, 개인의복착용 등을 보장하고 있으며, 피보호감호자의 근로의욕을 높이기 위해 근로보상급 지급 규정도 명문화하였다. 치료감호시설에는 정신질환자와 약물중독범을 나눠 수용토록 하고 약물중독범의 치료감호기간을 2년 이내로 제한했으나, 보호감호시설 수용기간은 종전대로 최대 7년으로 유지하고 각종 사회보호제도를 그대로 유지하였다.
- 5) 2003년 8월 28일 서상섭의원등 14인이 발의한 사회보호법폐지법률안(의안번호 162575), 2003년 12월 5일 최용규의원 등 50인이 발의한 사회보호법폐지법률안(의안번호 162981) 그리고 2003년 12월 6일 이주영의원등 35인이 발의한 사회보호법폐지법률안(의안번호 162983)이 있었다.
- 6) 사회보호법의 폐지와 함께 동법에 포함되어 있던 치료감호제도 역시 격리를 통해 사회안전의 유지에 주안점을 두으로써 인권침해의 문제가 심각하다는 지적이 있었지만, 지지하는 것처럼, 정신장애로 인한 범법행위에 대하여 환자의 치료를 통한 재사회화의 필요성이 인정되어 '치료감호법'이라는 별도의 법률을 신설하게 되었다.

앞서 소개했듯이, 법무부는 보호감호제도를 폐지하는 것에 대해 소극적이었고, 보호감호의 집행상의 문제를 개선하기 위해 대도시 인근에 소규모 감호시설을 여러 개 설치해서 직업교육을 강화하는 등 제도의 미비점을 보완하는 차원에서 문제를 해결하고자 하였다. 그러나 사회 여론과 정치권의 분위기가 보호감호제도를 폐지하는 방향으로 나아가자 법무부도 보호감호제도를 폐지하고 상습범이나 누범에 대해 양형을 강화하는 방안을 검토하게 되었다. 한편 국회에서도 2003년에 제출된 사회보호법폐지법안에 대한 법사위 논의과정에서 일부 의원들이 흉악범 대처방안, 폐지에 따른 부작용 등을 지적하기도 하였다.<sup>7)</sup>

2004년 정치권이 사회보호법을 폐지하는 방향으로 가닥을 잡으면서 이에 따른 보완책 마련이 본격적으로 검토되기 시작하였다. 이에 따라 국회도 사회보호법을 폐지하기로 최종 결정하면서 폐지에 따른 문제점을 고려하여 아래와 같은 보완책을 마련하였다.

먼저 2005년 8월 4일 폐지된 사회보호법 부칙 제2조는 「이 법 시행 전에 이미 확정된 보호감호 판결의 효력은 유지되고, 그 확정판결에 따른 보호감호 집행에 관하여는 종전의 「사회보호법」에 따른다. 다만, 보호감호의 관리와 집행에 관한 사회보호위원회의 권한은 「치료감호법」에 따른 치료감호심의위원회의 행사한다.」고 규정함으로써, 사회보호법 폐지 이전에 확정된 판결로 보호감호처분을 받아 집행 중인 자에 대해서는 계속 집행이 가능하도록 하였고, 그 관리와 집행은 치료감호심의위원회를 그리고 수용장소는 교도소로 정하고 있다(동 부칙 제4조 참조). 실제로 사회보호법 폐지논의가 시작된 2002년 이후 피보호감호자의 숫자는 대폭 감소하였으나 동법이 폐지되었던 2005년에도 86명이 수용되어 있었고 그 이후에도 2006년 63명, 2007년 58명이 수용되어 있었으며,<sup>8)</sup> 올해 3월 법무부장관이 청송교도소를 방문했던 시점에도 87명이 보호감호처분을 받아 수용 중이었으며, 사회보호법 폐지 이전 보호감호가 결정된 수형자 100명 이상이 입소를 기다리고 있다고 한다.<sup>9)</sup> 따라서 사회보호법 폐지 이후에도 사회보호법은 여전히 '위험한 상습범이었던 자'에 대한 살아 있는 법으로 기능하고 있다고 할 수 있다.

다음으로 보호감호청구의 주요대상이 되었던 상습절도사범이나 성폭력사범

7) 2004년 2월 26일 제245회 국회 법제사법위원회 회의록 17~18면(함승희의원, 김용균 의원 발언).

8) 1996년 이후 피보호감호자 집행현황은 아래와 같다. 법무부 범죄예방정책국 통계

등에 대해 형을 가중하고 일정한 요건 하에 특정강력범죄로 규율하고 있다. 즉 특정범죄가중처벌등에관한법률은 상습절도 등으로 2회 이상 실형을 받아 그 집행을 종료하거나 면제받은 후 3년 이내에 다시 동종의 죄를 범한 때에 그 죄에 정한 형의 단기를 2배까지 가중하도록 하였고, 특정강력범죄의처벌에관한특례법은 형법상 강간추행의 죄 등 성폭력 범죄로 2회 이상 실형을 받은 자가 다시 동종의 범죄를 범한 경우를 이 법의 규율 대상인 특정강력범죄로 추가하였다.

결국 보호감호제도의 폐지에도 불구하고 보호감호대상자 가운데 특히 위험한 상습범의 경우에는 보호감호처분을 대신하는 중형주의를 채택함으로써, 보호감호가 실질적으로는 대상자에 대해 장기구금을 통한 무해화에 목적이 있었음을 간접적으로 드러내고 있다.

## 2. 재도입 논의의 배경

2010년 3월 법무부장관이 청송교도소를 방문한 자리에서 “연쇄살인범이랄지

연도 \ 구분	수용인원	확정판결선고인원	집행개시인원
1996	2,239	264	413
1997	2,039	439	11,489
1998	1,760	-	1,045
1999	1,640	416	388
2000	1,546	410	418
2001	1,603	-	458
2002	1,675	-	453
2003	898	-	282
2004	239	-	284
2005	86	30	223
2006	63	-	138
2007	58	-	-

9) “‘청송’의 마지막 보호감호자들,” 신동아 2010년 5월호, 158면 이하.

아동 성폭행 살인범 등은 원칙적으로 격리를 해야 한다”며 “청송교도소가 최적의 장소”라고 말하면서 보호감호제도의 부활을 시사하였다. 참여정부 하에서 사회보호법에 대한 대체입법을 통해 보호감호제도를 존치하려고 했던 법무부는 사회보호법이 폐지된 이후에도 상습범의 격리라는 차원에서 꾸준히 보호감호제도의 필요성을 느끼고 있었고, 2008년 아동성폭력 사건을 계기로 보호감호제도의 재도입 여부를 본격적으로 검토하기 시작하였으며, 올해 부산에서 발생한 여중생 납치살인사건으로 위험한 중범죄자에 대한 사회적 관심이 급등하자 보호감호제도의 재도입을 추진하겠다는 입장을 공식화한 것이다.

올 4월에는 법무부 산하 형사법개정특별분과위원회 전체회의에서 보호감호제를 형법 개정안에 포함시키기로 의결하고 5월까지 시안을 완성키로 했다고 밝힌 바 있다. 시안에는 흉악범에 한해 상습범·누범가중 규정을 폐지하는 대신 보호감호제를 도입하는 것을 핵심내용으로 하여 보호감호의 적용대상범죄와 상습범의 기준 등 구체적인 내용이 적시될 예정이라고 한다.

그러나 보호감호제도의 도입은 현실적인 장애에 부딪힌 것으로 보인다. 첫째로 국회가 지난 4월 15일 - 의원발의로 이미 제출되어 있던 5개의 형법 일부개정법률안을 법제사법위원회 대안으로 만들어 - 형법 일부를 개정하였다. 그 핵심내용은, ① 유기징역·유기금고의 상한을 현행 15년 이하에서 30년 이하로 높이고, 가중할 때의 상한도 현행 25년까지에서 50년까지로 조정하였으며, ② 사형에 대한 감경을 현행 10년 이상에서 20년 이상 50년 이하로 상향 조정하였고, ③ 무기징역·무기금고에 대한 감경을 현행 7년 이상에서 10년 이상 50년 이하로 상향 조정하는 한편, ④ 무기징역의 가석방요건을 현행 10년에서 20년으로 상향 조정하였고, ⑤ 강간·추행죄 등 성폭력범죄의 상습범에 대한 가중처벌 규정을 신설한 것이다. 이러한 자유형 상한의 상향조정과 성폭력범죄에 대한 상습범 가중규정 신설로 상습범에 대한 보호감호제도의 필요성이 상대적으로 약화된 것이다. 둘째로 보호감호제도는 형법전에 포함시켜 도입하는 방안이 추진되고 있는데, 위 형법개정으로 이미 법무부가 만들어놓은 형법개정안이 법정형의 조정 등 전면적으로 재검토되어야 할 상황에 처해있고, 게다가 사회적 합의를 거쳐 국회가 이미 폐지한 보호감호제도를 부활시키는 내용을 형법개정안에 포함시킬 경우 국회 논의과정에서 법무부의 형법개정안 자체가 무산될 우려가 있다.

따라서 보호감호제도의 재도입은 올해초 법무부가 의욕적으로 검토한 것과는



달리 상당한 어려움이 예상된다. 그러나 상습범과 누범의 경우 책임주의에 따른 형벌 이외에 별도의 제재를 통해 재범을 방지하기 위해서 보호감호제도가 불가피하다는 의식은 사회보호법이 폐지될 당시부터 법무부가 가지고 있던 기본인식이라는 점을 감안한다면 보호감호제도 재도입을 위한 논의는 계속될 것으로 보인다.

### III. 상습(누)범에 대한 대책

#### 1. 일반론

일반적인 범죄자와는 달리 상습범은 “성격상의 소질로 인해 존재하거나 습관에 의해 얻어진 내적 성벽(Hang)의 결과로 반복해서 법을 위반하고 법을 반복해서 위반하는 경향이 있는 인격을 가진 자”를 말한다.<sup>10)</sup> 그러나 상습범이라는 행위자 유형에서 가장 결정적인 기준이 되는 상습성, 즉 법을 반복해서 위반하는 경향이란 주로 그 판단시점에 선행하는 범죄행위를 기준으로 판단할 수밖에 없기 때문에, 상습범이란 수차례에 걸쳐 범죄를 범한 (광의의) 누범 가운데 한 유형으로서 문제되는 경우가 대부분이고 따라서 상습누범<sup>11)</sup> 혹은 상습의 정도에는 이르지 않더라도 지속적으로 범행을 반복하는 누범의 유형 가운데 하나로 파악하면 족한 것으로 보는 경향이 있다.<sup>12)</sup>

상습범 내지 누범에 대해서는 통상의 형벌만으로 적정한 처벌과 사회의 방위에 미흡하다는 인식에 따라 다양한 대책들이 제시되고 있는데, 주로 형벌과 보안처분을 어떤 형태로 활용할 것인지에 관심이 모아지고 있다.<sup>13)</sup>

10) 독일 제국법원의 판례(RGSt 68, 155)에 따른 개념정의이다. 이 판례에 따르면, 반복의 위험을 현저하게(im besonderer Masse) 나타나는 자를 위험한 상습범이라고 부른다.

11) 일본 개정형법초안은 제58조에서 “6월 이상의 징역에 처해진 누범자가 다시 죄를 범하여 누범으로서 유기징역을 받고 처벌될 경우에 범인이 상습자로 인정될 때에는 이를 상습누범으로 한다”고 규정함으로써, 상습누범이라는 개념을 법률에 명시하고 있다.

12) 신양균, “상습범에 관한 연구,” 「현대공법이론의 전개」(석정 허영민박사 화갑기념논문집 간행위원회), 1993, 1044면.

13) 이에 대해서 자세한 소개는, 최병각, “상습범의 법제와 개선방향,” 비교형사법연구 제3권 제2호, 266면 이하 참조.

첫째로 상습범에 대해 형벌만을 부과하는 방식이 있는데, 여기서 과해지는 형벌은 단순히 형을 가중하는 방식 이외에도 부정기형을 과하는 방식과 종신형을 과하는 방식이 있다. 이 가운데 최근까지 주목을 받고 있는 것이 형의 가중(extended punishment)인데, 영국에서는 「형사사법법」(Criminal Justice Act 1967) 제37조를 통하여 상습누범에 가까운 위험한 범죄자에 대해 선고형을 확장하는 제도(extended sentence)를 도입하였고 이 제도는 「형사법원의 권한에 관한 법률」(Powers of Criminal Courts Act 1973, 2000년 일부 개정) 제85조를 통해 현재 시행되고 있는데, 선고형을 확장할 수 있는 대상자에 대해서는 형사사법법(Criminal Justice Act 2003) 제227조에서도 명시하고 있다. 이 제도는 18세 이상의 특정한 폭력범죄자나 성범죄자에 대해 적용되는데, 법원은 동종의 범죄를 저지름으로써 공공에 대해 중대한 해악을 야기할 심각한 위험이 있는지를 고려해야 한다. 법이 정한 형기로는 또 다른 범죄를 예방하거나 재사회화를 담보하려는 목적에 적합하지 못한 경우에 선고형을 확장하는데, 본래의 형기에다 확장된 기간을 가산해서 선고할 수 있도록 하는 제도이다. 즉 폭력범죄의 경우에는 4년 미만의 형을 선고해서는 안되고, 확장기간은 성범죄의 경우에는 10년, 폭력범죄의 경우에는 5년을 초과하지 못한다. 선고형 확장의 기간은 당해 범죄에 대해 허용된 상한을 초과할 수 없도록 하고 있다. 영국의 경우 상습범 자체보다는 중한 범죄의 반복이라는 점에 중점을 두고 대책을 세우고 있는 점에 주목할 필요가 있다.<sup>14)</sup>

둘째로 보안처분으로 대처하는 방식이다. 영국의 1948년 형사사법법의 예방구금(preventive detention), 스웨덴의 1927년 형법의 억류(internierung) 그리고 스위스의 1937년 형법의 감호(Verwahrung), 그리고 독일 형법의 보안감호(Sicherungsverwahrung)가 여기에 해당한다. 그러나 일반적인 보안처분의 경우와는 달리, 개인이 범죄를 저지를 수 없도록 오랫동안 억류하는 것은 장기간의 감호를 통해서만 가능하다는 인식을 바탕으로, 형벌이 효과를 거둘 수 없는 행위자에 대해 무해화조치(Unschädlichmachung)를 하는 것이다.<sup>15)</sup> 이러한 경향을 단적으로 보여주는 것이 2002년 개정된 스위스 형법이다.<sup>16)</sup>

14) 신양균, 앞의 논문, 1060면.

15) Stooss, Motive zu dem Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, Allg. T., 1893. S.49ff.; Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT II, 1989, §1 N.35에서 재인용.

16) 이주희, “스위스 형법총칙의 전면개정 - 형사제재 규정을 중심으로 -”, 형사정책연구

원래 2002년 개정형법 제64조 제1항은 보호감호의 대상범죄를 모살, 고살, 중상해, 강간, 강도, 인질, 방화, 생명에 대한 위협야기 또는 그 밖에 법정형 장기 5년 또는 그 이상의 형으로 규정된 범죄로 나열하고<sup>17)</sup> 당해 범죄로 인하여 타인의 육체적, 정신적 또는 성적 완전성을 침해하였거나 침해하고자 하였을 경우에 감호를 명할 수 있으며, 제64조 제1항 a호는 초범에 대한 감호도 가능하도록 하였다. 또한 법원은 행위자의 인격적 특징, 행위상황, 행위자의 전체적 생활상태에 기초하여 행위자가 동종범죄를 범할 것이 진지하게 예상되는 경우 또는 범죄와 관련된 일시적이거나 지속적인 정신장애에 기초하여 행위자가 동종범죄를 범하고 제59조의 처분(시설내 치료처분, 정신장애처우)에 대한 명령을 이행하지 않을 것이 진지하게 예상되는 경우에만 행위자에 대한 보호감호를 명할 수 있도록 하고 있다. 그러나 2006년 3월 24일 형사제재법 관련규정을 일부 개정하여 감호대상범죄 중 “법정형이 최장 10년 또는 그 이상으로 규정된 범죄”라는 문언을 “법정형이 최장 5년 또는 그 이상으로 규정된 범죄”로 변경하여 보호감호의 대상범죄를 확대하였고, 제65조는 법원이 행위자에 대한 유죄판결과 자유형을 선고한 이후에 행위자에게 보호감호의 요건이 존재한다는 사실이 밝혀진 경우 사후적으로 재심절차에 따라 보호감호를 명할 수 있도록 하는 사후적 보호감호제도도 도입하였다. 이러한 개정은 위험한 범죄인으로부터 공공의 안전을 확보하기 위하여 신설된 것인데, 2007년 12월 21일 개정형법은 다시 제64조에 제1의2항을 신설하여 보호감호의 대상을 확대시켰을 뿐만 아니라 행위자에 대한 무기의 보호감호를 명할 수 있는 근거를 마련하였다.

셋째로, 비록 예외적이긴 하지만, 형의 가중과 보호감호를 병과하는 이원주의를 들 수 있다. 예컨대, 오스트리아에서는 행위책임을 전제로 하는 누범(Rückfall)에 대해 형을 가중하는 한편 위험한 누범 등에 대해서는 이와 함께 감호처분을 명할 수 있도록 하고 있다.

오스트리아 형법 제39조 제1항은 「행위자가 이미 2회에 걸쳐 동일한 해로운

소식 제104호, 2007, 32면.

17) 따라서 보호감호제도는 중범죄에 한해 적용되지만, 스위스 형법상 단순절도죄(제139조)나 일반적인 재산범죄들은 법정형의 장기가 5년으로 규정되어 있기 때문에 대부분의 범죄가 보호감호의 대상이 된다. 도중진/김유근/김현우, 형사특별법 정비방안(15) 주요선진국의 형사특별법제 연구: 주요외국의 형법개정내용과 특별형법전과의 관계, 형사정책연구원 연구총서 08-18-15, 2008, 25면.

성향에 기인한 행위로 자유형을 선고받아 적어도 그 일부를 미결구금 또는 보안처분의 집행과 결합된 자유박탈의 산입만으로도 복역하였을 때, 그가 19세 이상이고 동일한 해로운 상황에서 새로이 범행한 때에는 해당하는 자유형 또는 벌금형의 상한을 2분의 1까지 가중할 수 있다. 그러나 유기자유형의 상한은 20년을 초과할 수 없다.»고 규정하고 있으며, 형법 제23조는 「24세가 된 이후에 적어도 2년의 자유형을 선고할 경우, 1. 오로지 또는 주로 생명과 신체, 자유, 타인의 재산(사람에 대한 폭력을 행사하거나 위협하면서 하는 경우에 한한다), 성적 완전성과 자기결정권에 대한 1개 또는 그 이상의 고의에 의한 가벌적 행위, 마약법 제28조의a, 1개 또는 그 이상의 고의에 의한 공공위험의 가벌적 행위로 인한 유죄판결이 선고된 경우, 2. 이미 두 번에 걸쳐 오로지 또는 주로 제1호에 열거된 종류의 범행으로 각기 6월 이상의 기간 동안 자유형을 선고받고 그로 인해 판결이 선고된 행위를 하기 전에 19세가 된 이후에 적어도 18개월간 형사구금에 처해졌던 경우, 3. 제1호에 열거된 종류의 가벌적 행위에 대한 성벽으로 인해 또는 주로 그러한 가벌적 행위로 인해 생계를 유지하는 경향이 있기 때문에 중한 결과를 초래하는 또 다른 그러한 가벌적 행위를 저지를 것이 우려되는 경우에는 법원이 위험한 누범자에 대한 시설수용(Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfalltäter)을 ‘함께’(zugleich) 명하여야 한다.»고 규정하고 제24조 제2항은 위험한 누범자에 대한 시설수용은 - 수용이 여전히 필요한가를 직권으로 심사한 후에 - 자유형 다음에 집행하도록 규정하고 있다.

결국 세계적인 추세는 형의 가중이나 보호감호 등의 보안처분 가운데 어느 하나를 선택하는 경향을 보이고 있는데, 우리나라는 최근에 보호감호제도를 폐지하면서 그 보완대책으로 상습범 가중을 확대하는 경향을 보이고 있다. 그러나 앞서 소개한 것처럼 법무부는 누범 및 상습범 가중규정의 폐지를 전제로 보호감호제도를 다시 도입할 것을 검토함으로써 다시 독일이나 스위스의 방식으로 선회하려는 것으로 보인다.

## 2. 상습범에 대한 형 가중의 이론적 검토

형법은 아편에 관한 죄(제203조), 상해와 폭행의 죄(제264조), 체포와 감금의 죄(제279조), 협박의 죄(제285조), 약취, 유인, 매매된 자의 수수 또는 은닉

(제293조), 강간과 추행의 죄(제305조의2), 절도와 강도의 죄(제332조, 제341조), 사기와 공갈의 죄(제351조), 장물의 죄(제363조)에 대해 상습으로 죄를 범한 경우 형을 가중하는 규정을 두고 있다.<sup>18)</sup> 그런데 이와 같이 상습범에 대해 형을 가중하는 것이 이론적으로 타당한지에 대해서는 논란이 있다. 즉 종래 누범과 상습범에 대해 형을 가중하는 방식이 책임주의에 반한다는 비판이 제기되면서 상습범에 대해 형을 가중하는 각칙규정들을 폐지해야 한다는 주장과 여기에 반대하는 주장이 대립해 왔는데, 보호감호제도가 폐지되면서 이 논의는 새로운 국면을 맞이하고 있다.

먼저 폐지론의 입장에서는, 상습범은 범죄의 습벽이라는 행위자책임에 근거하고 있으므로 행위책임의 원칙에 반하며, 상습범 가운데 의지박약으로 인하여 어쩔 수 없는 상황에서 범죄를 반복하는 자가 많은데 행위책임은 물론 인격책임의 관점에서 형을 가중하는 것은 정당화되기 어려우며, 더우기 형사정책적인 면에서도 보안처분과 함께 형을 가중하는 태도는 바람직하지 않다고 한다.<sup>19)</sup> 뿐만 아니라 상습범에 대해서는 양형단계에서 고려하면 족하다거나 상습범에 대한 형의 가중과 보호감호처분은 모두 행위자책임에 근거하고 있어 양립할 수 없는 제도이므로 그 가운데 하나는 폐지되어야 하고, 택일하라면 책임주의에 반하는 상습범 가중이 폐지되어야 한다는 지적이 있다.<sup>20)</sup> 또한 상습범이 포괄일죄로 인정됨으로써 오히려 경합범에 의하여 가중처벌되는 경우에 비하여 가볍게 처벌되어 결과적으로 부당한 결과를 가져온다는 비판도 있다.

18) 현행법은 상습범에 대해 다양한 형태로 형을 가중하고 있는데, ① 각조에 정한 형의 2분의 1을 가중하는 방식(예컨대 제203조 아편의 죄 등), ② 형의 상한과 하한을 모두 가중하는 방식(예컨대 제363조 장물의 죄 등), ③ 하한만 가중하는 방식(예컨대 제286조 영리목적 약취 등) 그리고 ④ 상한만 가중하는 방식(예컨대 밀항단속법 제4조 제2항 밀항교사방조 등)이 있다. 물론 상습범 일반에 대해 형을 가중하는 총칙규정을 두고 있는 것은 아니므로 각칙에 가중규정이 없는 상습범에 대해서는 양형상 고려하면 족하다.

19) 형법개정연구회, 형사법개정연구(IV) 형법총칙 개정안 : 죄수·형벌 분야, 2009, 10~11면.

20) 원형식, "상습범과 누범의 가중처벌의 문제," 형사법연구 제22권, 2004, 575면, 585면. 또한 보안처분을 포기하고 형벌을 강화하는 경우 위험한 상습범뿐만 아니라 전체범 죄자를 대상으로 적용될 수 있는 가능성을 열어놓음으로써, 결국 형사제재일원주의가 책임원칙을 포기하고 보안형벌로 나아갈 수밖에 없고 이 경우 형벌의 장기화는 물론 부정기화의 필요성까지 등장하게 되고 예방이념에 따른 국가형벌의 남용가능성까지도 열어놓을 위험성을 부정하기 어렵다는 지적도 있다. 김혜정, "독일의 최근 동향을 통해 바라본 우리 보안처분제도의 재조명," 「법조」 2008/10, 95면.

이에 비하여 존치론의 입장에서는, 형법도 예외적으로 행위자책임을 인정할 수 있으므로 상습범 가중이 책임주의에 반하는 것은 아니며, 상습범 가중은 상습성으로 말미암아 그 위험성이 가중된다고 본 데 따른 것이므로, 죄형간의 균형을 잃었다거나 형벌이 달성하고자 하는 목적에 반하는 것이라고 보기 어렵고 비례의 원칙이나 과잉금지의 원칙에 반하는 규정이라고 볼 수도 없다고 한다.<sup>21)</sup> 또한 형사특별법을 형법에 완전히 흡수할 때까지 상습범을 폐지하는 것은 시기상조이며, 오히려 재범위험성의 판단기준이 모호하고, 대상자에게 이중 처벌로 받아들여질 수 있을 뿐만 아니라 실효성과 부정기처분의 석방시기가 불명확한 보호감호를 폐지해야 하고,<sup>22)</sup> 이런 취지에서 보호감호처분이 폐지된 현실에 비추어 보면 상습범의 가중을 폐지하자는 주장은 설득력이 떨어진다고 한다.<sup>23)</sup> 다만 상습범을 그대로 두더라도 행위자의 습벽만으로 상습성을 인정해서는 안되고, 동종범행의 반복이라는 객관적 행위요소를 고려해야 하며, 상습범 가중의 근거는 단순한 습벽이 아니라 범죄의 반복에서도 찾아야 하고, 3회 이상 동종범죄의 반복이라는 객관적 요소와 그러한 범행에서 표출된 행위자의 범행에의 습벽이라는 주관적 요소를 모두 고려해야 한다고 한다. 다만 상습범 가중은 특별법을 포함하여 형의 3분의 2를 가중하는 것이 적정하며, 상습범과 누범 규정을 전과와 범죄빈도(재범속도)를 기준으로 하나의 범죄유형으로 통합하고 법률로써 형식적 요건을 강화하여 소극적으로 운영해야 한다고 보완방안이 제시되기도 한다.<sup>24)</sup>

상습범에 대한 형 가중 없이 현행 형벌체계만으로 위험한 상습범 내지 상습 누범에 대처할 수 있는지에 대해서는 형사정책의 차원에서 우려의 시선이 적지 않다. 그러나 이러한 우려는 위험한 상습범에 대해 특별법이 지나치게 중형을 규정하고 있는 점을 고려해서 실무에서 양형을 관대하게 하고 있다는 또 다른 측면에서 비롯된 것이므로, 현행법 자체가 위험한 상습범에 대해 양형 단계에서 가중된 형을 확보하는 데 한계가 있다고 보기는 어려운 측면이 있다. 따라서 법정형의 폭이 비교적 넓은 우리 형법 하에서 낮은 법정형으로 인해 상습범 가중

21) 헌법재판소 전원재판부, 1989.9.29. 89헌마53결정; 헌법재판소 전원재판부, 1995. 3.23. 93헌바59결정.

22) 최병각, 앞의 논문, 285면.

23) 한상훈, “형법 및 형사특별법상 재산범죄 가중처벌규정의 문제점과 개선방안,” 형사법연구 제26호, 2006, 146면.

24) 형법개정연구회, 앞의 책, 12~13면 참조.

을 폐지할 수 없다는 주장은 그리 설득력이 없어 보인다.<sup>25)</sup> 또한 종래의 보호감호처분이 상습누범의 재범방지라는 본래의 기능을 제대로 수행하지 못했기 때문에 폐지되었다는 이유로 이제 상습범 가중을 통해 그 기능을 대체해야 한다는 주장 역시 받아들이기 어렵다. 상습범 가중을 통해서 그러한 재범방지기능을 수행할 수 있는지 여전히 의문스럽기 때문이다.

상습범의 상당 부분은 의지가 박약한 정신질환자, 인격장애자, 재사회적 행형이 실패하거나 사회적 원조가 결여된 자이다. 따라서 형의 가중이 문제해결의 유일한 열쇠라는 생각은 이들에 대한 치료와 지원보다 장기간 격리 내지 무해화라는 방안이 효과적이라는 인식에서 출발한 것이라고 보지 않을 수 없다.

#### IV. 보호감호제도의 검토

상습범에 대해 형을 가중하는 것이 타당하지 않다면 보호감호를 통해 그 결함을 보충하려는 태도는 설득력이 있는가? 이 문제는 이론적 측면과 실제적 측면을 나누어 살펴볼 필요가 있다.

##### 1. 이론적 측면

상습범에 대해 행위자의 성벽 내지 사회적 위험성을 근거로 형을 가중하는 것이 타당하지 않다 하더라도 그의 성벽을 치료하고 위험성을 제거하기 위한 조치로서 보호감호를 실시하는 것도 바람직하지 않은가는 별도의 검토를 요하는 측면이 있다.<sup>26)</sup>

현재 위험한 상습범에 대해 보호감호로만 대응하고 있는 독일에서는 1960년대 형법개정을 둘러싼 논의상황에서 보호감호가 형사제재로서 정당성을 가지는가에 대해 근본적인 의문들이 제기된 바 있다.<sup>27)</sup> 범죄자에게 책임에 따른 형벌

25) 같은 취지로, 앞의 책, 17면.

26) 자세한 것은, 신양균, 앞의 논문, 1068~1069면.

27) 예컨대 H. Mayer는 나치 시대의 역사적 경험을 전제로 하면서, 일정한 사람을 그 위험성을 근거로 공동체로부터 배제하는 (당시의 독일형법 제42조에 따른) 보안감호(Sicherungsverwahrung)는 그 적용요건이 매우 불명확하고 또한 형벌과 병과됨으로써 행위자에게 이중의 부담을 지우는 결과로 되므로 책임주의에 반할 뿐만 아니라 공공복

을 부과한 다음 다시 재범의 위험성을 근거로 보호감호를 할 수 있도록 하는 것은 마치 범죄자를 사회에 해를 끼치지 못하도록 만들어져야 할 "쓸모없는 도구"로 보는 것이라는 비판이 있었다. 그러나 독일의 다수설에 따르면, 개인의 자유에는 거기에 내재하는 사회적 제약(Sozialbindung)이 있게 마련이며 이러한 자유를 범죄를 통해 남용하거나 남용할 것이 예상되는 경우에는 공동체가 그 자유를 박탈하고 이를 통해서 범질서를 유지할 목적으로 또 다른 남용을 예방하는 것은 인간의 존엄을 해하는 것이 아니라고 한다. 따라서 비례의 원칙을 기초로 자유박탈의 요건과 범위를 필요불가결한 범위 내로 정하여 보안감호처분을 과한다면 이것은 헌법상 문제되지 않으며, 이러한 처분은 사회방위를 위하여 실제로 불가결하게 필요한 것이고 또한 국가의 자기방어권을 위해 필요한 방어라고 할 수 있다고 한다.<sup>28)</sup>

우리 헌법재판소도 구 사회보호법상 보호감호제도에 대해 죄형법정주의, 일사부재리의 원칙에 반하지 않으며,<sup>29)</sup> 재범의 위험성의 소멸 정도에 따른 단계적인 사회복귀절차를 규정하고 있으므로 더 구체적인 사회복귀절차를 규정하지 않았다고 하여 헌법 제12조 제1항의 신체의 자유 내지 적법절차의 원칙에 위반된다고 할 수 없고, 보호감호보다 형을 먼저 집행하는 것이 양자의 본질과 목적에 비추어 상당하고 합리적이라고 보았다.<sup>30)</sup>

다만 일반적인 보안처분의 경우와는 달리 보호감호가 대상자의 개선보다는 보안 내지 격리에 중점을 두고 있는 처분이라는 점을 감안한다면, 이 제도는 - 보안처분을 형벌로 대체하지 않는 한 - 범죄인을 개선시킴으로써 사회로 통합시키기보다 보호감호라는 이름 아래 이미 형기를 마친 범죄인을 사회로부터 격

---

리를 위한 수단으로 인간을 학대하는 것이므로 마땅히 폐지되어야 한다고 주장하고, 위험한 성벽범죄자에 대해 범죄자로서 생활을 영위한 것에 대한 마땅한 형벌로서 보안감호를 주장한다면 이는 형의 가중(보안형, Sicherheitsstrafe)이라는 방법으로 대처함이 타당하다고 보았다. H.Mayer, Strafrecht AT, 1953, S.380.

28) Schönke/Schröder/Stree, StGB Kommentar, 27.Aufl., 2006, §66 Rdn.3.

29) 보호감호처분과 형벌은 신체의 자유를 박탈하는 수용처분이라는 점에서 유사하나 보호감호처분은 재범의 위험성이 있고 특수한 교육개선이 필요하다고 인정되는 자에 대하여 사회복귀를 촉진하고 사회를 보호하기 위한 보안처분으로서 헌법 제12조제1항에 근거를 두고 있으며 그 본질과 목적 및 기능에 있어서 형벌과는 다른 독자적 의의를 가진 사회보호적인 처분이므로 형과 보호감호를 병과하여 선고한다고 해서 헌법 제13조제1항후단의 일사부재리의 원칙에 위배된다고 할 수 없다고 보았다. 헌법재판소 전원재판부 2001.3.21, 99헌바7.

30) 헌법재판소 전원재판부 1996.11.28, 95헌바20.



리시킬 수 있는 기간을 연장시키는 제도로서 이른바 「상표사기」라는 비판을 면하기 어렵고, 실제 보안처분의 대상자들도 자신의 책임범위를 넘어서는 이러한 처분을 자신이 감수해야 할 대가로 생각하지 않을 것이다. 또한 사회방위가 개인의 희생을 정당화시킬 수 있는지에 대해 여전히 논란이 남아 있다.

## 2. 실제적 측면

보호감호제도의 이론적 정당성을 수용한다 하더라도 이를 집행하는 요건, 절차 또는 집행실태가 정당하지 못하다면 제도로서의 정당성을 인정받기 어렵다. 특히 현재 문제되고 있는 성폭력범죄자나 위험한 중범죄자의 경우 사회규범을 무시하고 공격적인 행태를 보이면서 규범의식이 결여된 이른바 '반사회적 인격장애'에 해당한다는 점을 감안하면, 사후억제가 아니라 조기발견을 통한 사전치료가 보다 효과적이며 이들에 대한 단순 격리는 출소 이후의 재범방지에 도움이 되지 않는다. 따라서 이들에 대해 충분한 사회치료수단이 전제되지 않는 보호감호는 보안처분 본래의 취지를 살릴 수 없다는 점을 염두에 둘 필요가 있다. 또한 이미 사회보호법 하에서 보호감호제도의 문제점이 다양한 형태로 지적되었다.

구 사회보호법상 보호감호의 집행실태를 보면, 피감호자들은 교도소와 유사한 중구금시설인 보호감호소에 구금되고 교도소의 수형자와 동일한 처우를 받았으며, 피보호감호자를 위한 교화개선 프로그램 및 직업교육도 수형자를 위한 것과 다르지 않았고, 이는 보호감호가 오로지 위험한 범죄인을 보호감호소에 수용하여 사회로부터 격리시키는 데 주된 목적이 있음을 보여주는 것이었다고 할 수 있다. 보호감호시설도 교도소와 별 차이가 없고 오히려 교정시설의 경비등급 중 최고 경비등급에 해당하는 초중구금시설이고 지리적으로도 외부로부터 고립되어 있어 가족과 친지와 접촉, 통근작업 등이 어려운 상태이며 교육과정도 수형자와 별다른 차이가 없어 피보호감호자의 근로의욕고취나 사회적 자립에 도움이 되지 못하였다는 지적을 받았다. 이렇게 보호감호가 집행에 있어서 형벌과 다르지 않다면 보호감호제도는 존재할 이유가 없다. 범죄인은 장래의 범죄방지, 즉 특별예방을 위하여 보호감호에 처해지기 때문에 보호감호는 특별예방 이외에 응보와 일반예방을 목적으로 하는 형벌과는 다르게 집행되어야만 정당화될 수 있는 것이다.<sup>31)</sup>

또한 재범의 위험성이라는 기준이 자의적 판단가능성을 내포하고 있다는 점도 지적되고 있다.<sup>32)</sup> 구 사회보호법 하에서 보호감호처분을 명하거나 사회보호위원회가 집행개시 후 1년간의 수용성적을 바탕으로 가출소 여부를 심사하는 경우, 재범의 위험성이 판단기준이 된다. 그런데 재범의 위험성은 미래의 상황에 대한 예측을 필요로 하는 부분으로서, 현재 이를 위한 전문인력이 확보되지 않아 정확한 예측이 곤란하고 실무적으로도 판단자의 직관적인 사후예측에 의존할 수밖에 없으며, 이 때문에 객관적 판단이 곤란한 기준을 가진 보호감호제도는 이미 그 남용이나 자의적 운용의 가능성을 내포하고 있다는 지적도 유력하다.

사회보호법 폐지 이후 경과규정에 의해 현재 교도소에 복역하고 있는 피보호감호자의 경우 보호감호 집행이 적절하게 이루어지고 있는가? 법무부가 보호감호제도 재도입의 필요성을 내세우고 걱정된 집행을 통해 그 문제점을 해소하려고 한다면, 당장 현재 수용 중인 피보호감호자에 대해서 교화와 치료를 목적으로 한 프로그램을 개발해 시범적으로라도 보호감호의 취지를 살리는 방향으로 걱정된 집행이 이루어져야만 할 것이다. 그렇지만 그 대답은 긍정적이라고 할 수 없다. 최근 언론에 보도된 피보호감호자의 집행실태는 과거에 지적되어 온 문제점들이 그대로 드러나 있는 것으로 보인다.<sup>33)</sup> 과연 보호감호제도가 다시 도입되더라도 종래의 문제점들이 해소될 수 있는지 의심스러운 대목이다.

## V. 맺음말

헤겔은 「법철학 강요」에서 ‘형법전이 모든 시대에 그대로 적용될 수 있는 것은 아니다’라고 지적하면서, 안정된 사회에서는 동요하고 있는 사회보다 범죄에

31) 김선복, “사회보호법상 보호감호의 문제점”, 비교형사법연구 제5권 제2호, 2003, 794~795면.

32) 또한, 성폭력범죄, 미성년자 대상 유괴범죄 그리고 살인범죄의 경우, 위치추적 전자장치를 통해 사회내 처우의 방법으로 재범의 위험성을 고려하고 있는 점을 감안하면(「특정범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률」 제5조 참조), 재범의 위험성이 있다는 점이 반드시 보호감호를 통해서만 해소될 수 있는 문제는 아니라 할 것이다.

33) 앞에 소개한 신동아 2010년 5월호 “‘청송’의 마지막 보호감호자들,”이라는 기획기사의 내용 참조.

대해 경한 형으로 대응할 수가 있다고 하였다. 사회가 안정될수록 대부분의 범죄에 대해 사회는 강력한 형벌로 대응할 필요가 없게 된다. 따라서 모든 범죄에 대해 형벌을 비롯한 형사제재의 인플레이 현상을 보이는 것은 올바른 선택이라고 하기 어렵다. 특히 외국에 비해 사회질서가 잘 유지되고 있는 우리 현실에서 유기자유형의 상한을 일률적으로 2배로 인상한 형법개정은 형벌 포퓰리즘(Populism) 또는 '빈대 잡으려 초가삼간 태우는' 격이라는 비판을 면하기 어렵다.

문제는 사회가 중대한 위협이라고 느끼고 경한 형사제재로는 사회가 불안을 느끼는 경우이다. 이 경우에는 사회와 법의 변화에 따른 중한 제재의 정당성 내지 한계가 문제된다. 2004년 5월 보호감호제도 폐지를 위한 사회적 분위기가 무르익고 있었을 당시 검찰의 고위간부가 '보호감호제를 위한 변명'이라는 글을 언론사에 보내어 "(보호감호제도가 폐지될 경우) 상습범죄나 조직범죄의 발호가 예상되는 만큼 신중하게 검토돼야 한다"고 지적하고, 보호감호제도 폐지의 부작용에 대해 "과거 범죄와의 전쟁을 부르짖던 시절처럼 사형제도가 확대되고 법정형을 대폭 상향하는 특별법 제정과 개정이 오히려 줄 이을 것"이라며 우려했다. 최근 성폭력범죄의 증가와 이에 대처하기 위한 형법이나 특별법의 중형주의, 무해화 시도 등은 이러한 예상이 현실로 나타난 것이라고 할 수 있는가?

결론적으로 말하면, 아니다. 법률이나 제도의 폐지가 특정 범죄의 증가를 초래한다는 경험조사는 찾아보기 힘들고, 다만 법집행기관들의 법집행을 어렵게 만드는 요인이 될 수 있을 뿐이다. 또한 성폭력범죄의 증가는 가정, 학교 및 지역사회 기능 약화와 사회적 유해환경의 증가 그리고 인격장애 등 개인적 차원의 결함 등이 복합적으로 작용한 결과라고 보아야 한다. 따라서 사회 자체의 근본적인 문제에 대한 성찰 없이 형법의 근간을 위협하는 제도의 변화를 통해 문제를 해결하려는 시도는 바람직하지 못하다. 이는 제도에 대한 내성(耐性)으로 인해 보다 강도 높은 제도를 도입하거나 범죄통제의 네트워크를 강화하는 방향으로 나아갈 수밖에 없다. 어찌 보면 과거 보호감호제도의 도입이 1980년대 이후 우리 사회의 범죄통제시스템을 새롭게 강화시켰고 결과적으로 또 다른 강화방안을 가져오는 신호탄이 되었는지도 모를 일이다. 그 동안 법집행기관이 상습범의 문제를 다루어온 방식에 근본적인 변화가 수반되지 않는 한 형사제재의 종류를 형벌에서 보안처분으로 변경한다거나 형사제재의 수위를 높인다는 현상적인 변화만으로는 결코 문제가 해결될 수 없다.

범죄예방을 위한 시스템에 완결된 형태란 존재하지 않는다. 범죄예방을 위해 부심하는 정책입안자들은 꾸준히 새로운 시스템을 개발하거나 과거의 억압적 시스템을 복원하려고 노력할 것이다. 그러나 현재 발생하고 있는 연쇄살인이나 성폭력이 보호감호제도의 부활이라는 방법으로 억제될 수 있다는 확신이 없다면 그러한 제도의 부활을 통해 희생될 수 있는 소수의 인권이 우선 고려되어야 한다는 것을 결론으로 삼을 수밖에 없다. 이것이 법치국가 원리를 지향하는 우리 헌법의 요청이기도 하기 때문이다.

주제어 : 상습범, 보호감호제도, 중형주의, 사회보호법, 범죄통제시스템

## 참 고 문 헌

- Bartsch, Sicherungsverwahrung. Recht, Vollzug, aktuelle Probleme, 2010.
- Bruhn, Die Sicherungsverwahrung im Jugendstrafrecht, 2010.
- Eisenberg, Kriminologie, 5.Aufl., 2005.
- Flaig: Die nachträgliche Sicherungsverwahrung, 2009.
- Mayer, H., Strafrecht AT, 1953, S.380.
- Pollähne; in: rmgard Rode(Hrsg.), Probleme unbefristeter Freiheitsentziehungen. Lebenslange Freiheitsstrafe, psychiatrische Unterbringung, Sicherungsverwahrung, 2010.
- Schönke/Schröder/Stree, StGB Kommentar, 27.Aufl., 2006, §66 Rdn.3.
- Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, AT II , 1989
- 김선복, “사회보호법상 보호감호의 문제점”, 비교형사법연구 제5권 제2호, 2003.
- 김혜정, “독일의 최근 동향을 통해 바라본 우리 보안처분제도의 재조명,” 「법조」 2008/10.
- 도중진/김유근/김현우, 형사특별법 정비방안(15) 주요선진국의 형사특별법제 연구: 주요외국의 형법개정내용과 특별형법전과의 관계, 형사정책연구원 연구총서 08-18-15, 2008.
- 신양균, “상습범에 관한 연구,” 「현대공법이론의 전개」(석정 허영민박사 화갑기념논문집 간행위원회), 1993.
- 이주희, “스위스 형법총칙의 전면개정 - 형사제재 규정을 중심으로 -”, 형사정책연구소식 제104호, 2007.
- 원형식, “상습범과 누범의 가중처벌의 문제,” 형사법연구 제22권, 2004.
- 한상훈, “형법 및 형사특별법상 재산범죄 가중처벌규정의 문제점과 개선방안,” 형사법연구 제26호, 2006.
- 최병각, “상습범의 법제와 개선방향,” 비교형사법연구 제3권 제2호.
- 형법개정연구회, 형사법개정연구(IV) 형법총칙 개정안 : 죄수·형벌 분야, 2009.

[Abstract]

## A Critical Approach to Reintroduction of Preventive Detention Against Dangerous Habitual Offender

Shin, Yang-Kyun

Professor, Law school, Jeonbuk National University

With increasing sensational crimes, such as serial murders and child sex offenders, the government makes a good amount of efforts into coping effectively against such crimes and fulfilling the needs of civil security.

By means of reveling up the maximum of definite period of imprisonment from 15 years to 30 years(in case of aggravation, 50 years), allowing to obligate certain sexual offenders wearing an electronic anklet that identifies their location, to use medical drug for chemical castration of dangerous and habitual sexual offenders, to maintain database for DNA Profiles of dangerous offenders and to release personal information of sexual and dangerous offenders, it seems to makes all efforts necessary for keep dangerous and serious offenders isolated from society.

Under these circumstances, ministry of justice considers reintroduction of preventive detention, although it was withdrawn by abolishing the Social Protection Act in 2006, because preventive detention had many theoretical and practical problems. So we should review the necessity and possibility of its reintroduction by improving the system of preventive detention.

In this article, At the first I reviewed the background and process of the abolished Social Protection Act and background of discussing the reintroduction of the system. And I took a general view of theoretical and practical validity of aggravating the punishment or taking measurement of preventive detention aiming chiefly at segregation of dangerous offender from society.

Finally, because there is no prefect system of crime prevention, a public policy maker seeks to develop new system of crime prevention or to restore the past effective system for assuring public security and corresponding with phenomenal demand of the public. But if there is no definite proof that the new repressive or preventive system is able to handle the serial murders or sexual violences, we should consider primarily the human rights of minority, who might be the sacrificial of the defective system. This is the demand of our constitution, which is oriented toward a principle of a country governed by law.

Key words : dangerous habitual offender, preventive detention, tendency to severe punishment, Social Protection Act, crime control system