

의하면 감호자에 대한 수용방법, 분류심사, 분류처우 등은 본형의 수형생활과 조금도 다르지 않습니다.

예를 들어 이들에 대한 일과를 정리하면 다음과 같은 바, 이는 수행자의 생활 바로 그것입니다.

일과:

06:40 기상

06:55 점검

07:10 조식(거실에서 이루어지는 데 교도소보다 부식의 질이 떨어진다는 감호자들의 불만이 있음)

07:10-08:05 아침방송(주로 스포츠뉴스, KBS 아침방송)

08:15 출역(작업장 이동 후 오전 작업 시작)

11:30 중식(작업장)

13:00-15:30 오후작업, 그 후 약40분간의 운동시간 있음

16:10 입실, 점검

16:35 저녁식사

17:30 저녁교과방송

20:30 취침

위와 같은 감호자들의 생활은 모두 법무부 교정국 소속 공무원들에 의해 일반 교도소의 기본적으로 동일하게 실시하고 있습니다.

(4) 감호자들에 대한 근로와 직업교육은 징역형과는 달리 감호자의 동의를 받아 실시하는 것이 원칙이나 현실적으로 감호자들은 근로나 직업교육을 회피할 상황이 아니므로 거의 모든 감호자들이 징역형의 수행자들과 마찬가지로 근로나 직업교육을 받고 있습니다.

청송보호감호소에서 이루어지는 직업교육은 현재 8개 직업군으로 실시되고 있다고 하는데 그 내용은 정보화, 조적, 타일, 건축도장, 정비, 보일러, 이용 및 미용 등입니다. 그 내용 전부가 일반 교도소에서도 현재 실시하고 있는 것으로 어떤 상이점도 발견되지 않으며 근로나 교육의 내용 대부분이 현재의 고도산업화시대를 따라갈 수 없는 내용들입니다. 현재 외부기업으로부터 청송보호감호소측이 용역계약을 맺고 감호자들의 작업을 하는 것은 종이쇼핑백 접기, 머리핀 조립 및 위생비닐장갑포장 등 단순 노동에 불과한 것입니다.

(5) 감호자들은 작업을 통하여 감호소측으로부터 받고 있는 일정금액의 근로보상금을 받고 있는 바 2002년까지의 내역은 다음과 같습니다.

등급	1급	2급	3급	4급	5급	6급	7급
보상금	4,800원	3,900원	3,100원	2,400원	1,900원	1,400원	1,100원

위와 같은 보상금은 사실상 우리의 경제사정에 비추어 감호자들에게 장차 사회복지를 위한 생활정착금의 성격과는 전혀 거리가 먼 것이었습니다. 이런 이유로 2002년 하반기 청송보호감호소에서는 대규모의 감호자 단식투쟁이 일어났고 그 결과 정부는 감호자들에 대하여 근로보상금의 인상을 약속하였고 2003년도부터는 다음 표와 같은 내용으로 근로보상금을 지급하고 있습니다.

등급	1급	2급	3급	4급	5급	6급	7급
보상금	5,800원	4,700원	3,800원	2,900원	2,300원	1,700원	1,400원

대리인들이 청송보호감호소를 내방하여 직접 관계 공무원들에게 확인한 바, 감호자들은 평균 보호감호소에서 4년 반 정도 수용되는 데 이들이 출소할 때 가지고 나가는 근로보상금은 평균 50만원을 넘지 않는다고 합니다.

이런 상황이기 때문에 일부의 감호자들은 위와 같은 근로보상금만으로는 도저히 생활을 할 수 없어 바깥으로부터 영치금을 조달받고 있는데 그 규모는 월간 수령하는 근로보상금보다 훨씬 많은 액수라고 합니다(사실 많은 감호자들이 근로보상금을 사용하는 데는 어려움을 느끼고 있습니다. 근로보상금을 많이 사용하면 처우에서 승급이 어려우므로 감호자들은 그 몇 만원 되지도 않는 근로보상금마저도 자신의 의사대로 사용할 수 없는 처지라고 합니다).

다. 피보호감호자분류처우규칙 및 근로보상금 지급의 위헌성

(1) 보호감호의 집행방법이 헌법상의 기본권을 침해하고 있는 것이라면 이것은 제도로서의 보호감호가 위헌이나 합헌이냐의 문제와는 달리, 공권력에 의한 기본권침해의 문제로서 별도로 다루어져야 할 사항입니다.

(2) 헌법재판소와 대법원이 보호감호제도에 대하여 합헌결정을 할 때, 가장 본질적인 이유로 보호감호의 목적이 형벌의 집행과는 근본적으로 다르다는 것을 전제로 하고 있습니다. 사회보호법 제1조는, 보호감호제도는 죄를 범한 자로서 재범의 위험성이 있고 특수한 교육, 개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 보호처분을 함으로써 사회복지를 촉진하고 사회를 보호함을 목적으로 한다고 규정하고 있습니다. 즉, 보호감호의 첫째 목적은 범죄인의 사회복지이고 다른 하나는 범죄인을 격리함으로써 사회를 보호하는 것입니다. 이 둘의 목적은 동시에 이루어져야 하는 것이고 어느 하나를 포기하면 보호감호의 목

적은 이루어질 수 없습니다. 그런 면에서 볼 때 보호감호제도 자체가 정당성을 가지고 우리 헌법 제12조의 '적법한 절차에 의한 보안처분'이 되기 위해서는 보호감호의 집행이 범죄인의 사회복귀와 사회격리라는 보호감호제도의 목적에 부합되지 않으면 안됩니다. 만일 어떤 보호감호집행이 범죄인의 사회복귀와는 전혀 거리가 있고 오로지 범죄인과 사회를 격리시키는 것으로만 운용된다면 그것은 보호감호가 아닌 철저한 응보형에 다름 아닌 것으로 우리 헌법이 허용하는 적법한 절차에 의한 보안처분의 하나가 될 수는 없을 것입니다.

(3) 이제까지의 헌법재판소의 보호감호제도에 대한 태도는 보호감호처분은 재범의 위험성이 있고 특수한 교육 개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 사회복귀를 촉진하고 사회를 보호하기 위한 보호처분이므로 형벌과 보호감호를 병과한다고 해서 거듭처벌금지의 원칙에 위반되지 않는다(1991.4.1 선고 89헌마17, 85, 100, 109, 12)는 것입니다. 그렇다면 이 논리가 그대로 정당화되기 위해서도 우리의 보호감호처분은 특수한 교육 개선 및 치료를 통해 재범의 위험성이 있는 사람에 대하여 사회복귀를 촉진시키는 집행이 되지 않으면 안됩니다. 만일 그렇지 않고 우리의 보호감호처분이 오로지 범죄인을 두 번 가두어 두는 수단으로 사용되는 것이라면 그 동안의 헌법재판소의 다수 논리에 의해서도 그러한 집행은 위헌이라는 결과가 될 것입니다.

(4) 현재의 보호감호집행방법이 감호자의 사회복귀 프로그램으로서 적절치 않아 목적 위반으로 헌법상의 적법한 절차에 의한 보안처분이 될 수 없다는 현실은 청송보호감호소를 가 보면 바로 알 수 있습니다. 아래에서는 위의 실태에 준해 본 헌법소원에서 위헌으로 지적하는 두 가지만 열거하기로 하겠습니다.

첫째, 감호자를 청송제1, 2 보호감호소에 수용하여 보호감호처분을 집행하는 것은 그 자체로 위헌입니다.

보호감호의 중요한 목적은 감호자를 사회로부터 추방시키자는 데 있는 것이 아니라 이를 교육·개선하여 사회에 복귀토록 하는데 있습니다. 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 합니다. 그리고 그렇게 되기 위해서는 우선 보호감호소의 위치부터 위와 같은 조건에 알맞아야 합니다. 그런데 청구인들이 수용되어 있는 청송보호제1, 2감호소는 수용시설에 있어 일반수형자가 수용되어 있는 교도소와 비교하여 조금도 차이가 없으며(오히려 청송보호감호소는 교정시설의 경비등급상 최고의 경비등급인 초중구급시설과 동일한 것으로서 그 시설의 운용은 행형시설을 담당하는 법무부 교정국 산하의 교정공무원에 의해 이루어지고 있음, 청송보호감호소는 인근에 함께 있는 청송교도소와 시설과 운영방법이 같음) 위치에서부터 보호감호의 목적에 너무도 적합하지 못합니다. 위 감호소들을 서울에서 승용차도 쉬지 않고 달려 4-5시간 이상 소요되는 경북 청송군 진보면의 오지(奧地)에 그곳 지역사회와도 완전히 단절된 곳

(감호소의 3면은 가가지를 광덕산에 포위되어 있음)에 위치해 있어 가족 또는 친지의 방문은 매우 어렵게 되어 있습니다. 이런 곳에 수용되어 있는 감호자들은 사회와 가족·친지로부터의 단절로 인한 고독감, 좌절감, 소외감에 젖을 것이며 사회구성원 의식의 함양은 커녕 자포자기로 인한 반항심만이 커질 것입니다.

그리고 지역적 특성으로 인해, 일반 교도소에서도 이루어지는 외부통근작업이 전혀 이루어지고 있지 않고, 강사 초빙이 어려워서 학과 교육도 과정만 만들었을 뿐 실제 교육이 전혀 이루어지지 않고 있습니다. 이러한 곳에서 어떻게 사회적응훈련이 가능하겠습니까(이것은 이들의 출소 이후 재범율을 보아도 알 수 있습니다. 정확한 통계는 법무부가 가지고 있겠으나 청송보호감호소와 청송교도소의 재소자들의 재범율은 90%가 넘는다고 합니다).

본 대리인들이 이 사건을 위해 청송보호감호소를 방문하였던 바, 그곳의 교정공무원들마저 이구동성으로 현재의 보호감호소시설은 문제가 있다고 하면서 보호감호소는 대도시나 공단 지역으로 옮겨 소규모 시설로 운영되어야 하며 기본적으로 감호자들은 범죄로 인한 형벌을 받는 사람들이 아니므로 원칙적으로 외부의 기업체 등에 출퇴근을 할 수 있도록 시설이 바뀌어야 한다고 말하고 있었습니다.

결론적으로 보호감호제도가 위헌이 아니라 하더라도 현재의 청송보호감호시스템으로는 도저히 보호감호의 목적을 실현할 수 없습니다. 그곳을 관리하고 운영하는 공무원마저 이러한 시설로는 범죄인을 양성하는 것 이외에는 아무 것도 아니라고 하는 자포자기에 빠져 있는 데 어떻게 보호감호의 목적을 이루어 낼 수 있겠습니까.

현재 청구인들에 대하여 청송보호감호소를 집행기관으로 하는 근거는 법무부 훈령 제447호인 피보호감호자분류처우규칙 제5조입니다. 청구인들은 바로 이 근거에 의하여 보호감호라는 미명 하에 형벌과 도무지 조금도 다름이 없는 형벌을 강요 받고 있습니다. 이는 법령에 의해 직접 기본권이 침해되는 상황이라고 할 수 있습니다(위 처우규칙이 법무부 훈령이지만 법규명령의 성격을 가지고 있어 헌법소원의 대상이 된다는 점은 아래에서 다시 논함).

둘째, 청구인들이 청송보호감호소에서 받고 있는 근로보상금의 지급은 강제노역에 다름 아닌 위헌적인 것으로 청구인의 기본권을 직접 침해하고 있습니다.

감호자들이 보호감호기간(최장 7년)을 마치고 사회에 복귀하여 또다시 죄를 짓지 않고 정상적인 사회생활을 할 수 있기 위해서는 이들이 사회에 나가 직업을 가질 수 있게끔 지식과 기능을 가르쳐야 하며 수감 중에도 열심히 근로하여 수입의 일부를 사용(使用)을 위해 쓸 수 있고 가족에게 수입의 일부를 보낼 수 있어야 하며 출소할 때에는 저축금을 가지고 나갈 수 있도록 해야 할 것입니다. 그리고 감호자에 대한 근로보상금이 사회의 최저임금보다 낮아서는 아니 됩니다(2003년 최저임금은 1일 18200원임). 그렇지 않고 이들을 무작정 수용하여 외부와 단절시키기만 한다면 이는 보호감호가 될 수 없는 것입니다.

그런데 현재의 보호감호실정은 감호자에게 그들의 적성에 맞는 직업훈련이나 지식을 가르칠 수 없으며(한 두 가지를 제외하면 모두가 20-30년 전의 교도소에서 실시한 전근대적인 직업교육임)

근로보상금을 7등급으로 나누어 2003년 2월 현재 1일 1400원에서 5800원으로 정해져 있는데 이렇게 낮은 근로보상금(최저임금과 비교하면 대체로 10분의 1의 수준임)은 노역의 착취이지 진정한 근로보상금이라고 할 수 없습니다. 이렇게 낮은 보상금을 보고 근로의욕이 생길 리 없고 또 어떻게 저축을 할 수 있겠습니까.

결국 감호자들은 수감기간을 마치더라도 아무런 밑천도 없이 사회에 나가 자립은 커녕 사회로부터 냉대만을 받는 끝에 또다시 죄를 짓지 않을 수 없을 것이며 종전보다 더 큰 죄를 짓게 될 것입니다. 사실, 많은 감호자들이 출소할 때 근로보상금 적립금으로 기식만을 가지고 나갑니다(2002년 11월 13일자 한겨레신문의 보도에 의하면 청송보호감호소의 출소자들은 짧게는 2년에서 길게는 7년을 감호소에서 생활을 하고 나올 때 손에 쥐는 돈은 50-60만원이라고 합니다.). 이들은 감호소를 나간 뒤 거리를 그 돈으로 단 며칠을 산 다음 바로 범죄를 저지르게 됩니다(현재 청송보호감호소의 감호자의 90% 이상이 절도, 강도 등의 재산범죄인 바, 그것은 위와 같은 현실을 그대로 반영하는 범죄 수치입니다). 손에 든 돈이 몇 천만원이라도 된다면 적당한 생활정착금으로서의 효용도가 있겠지만 단 몇 십만원으로 무엇을 할 수 있겠습니까.

뿐만 아니라 현재의 근로보상금은 형벌 수행자가 받는 작업상여금 비교하여 보다도 거의 다르지 않은 정도에 불과하며 오히려 더 열악하다고도 할 수 있습니다. 현재 수행자는 1일 500원에서 4000원까지를 받고 있는데 그 구체적인 내역은 다음과 같습니다.

	하		중		상	
	나급	가급	나급	가급	나급	가급
3류	500	600	550	650	600	700
2류	650	750	750	850	850	950
1류	1100	1200	1600	2300	2500	4000

위에서 본대로 종래의 근로보상금은 수행자들의 작업상여금 지급기준 중 1류를 기준으로 그것과 거의 수준으로 책정했음을 알 수 있습니다. 즉, 보호감호소의 근로보상금은 본질적으로 수행자의 그것과 큰 차이가 없이 만든 것이며, 더욱 감호자들은 수행자에 비하여 수용생활상 더 많은 비용이 들어감으로써 수행자들에 비하여 저축은 훨씬 어려운 구조입니다. 각종 생필품과 의료비 및 직업훈련 보충교재의 구입 등은 모두 감호자가 자비 부담해야 합니다. 이런 상황에서는 감호자가 받는 근로보상금은 실제로는 수행자의 그것보다 적

을 수 밖에 없는 것입니다.

따라서 위와 같은 근로보상금제도는 결과적으로 범죄를 국가가 양산하는 체제의 뿌리이고 그것은 무보상의 강제노역 이외에는 아무 것도 아니라고 할 수 있습니다. 국가가 한 인간을 범죄기계로 만들어 사회에 대량 배출하고 있다고도 극언할 수 있는 것이 지금의 청송보호감호소의 현실입니다. 이런 현실이 헌법상 허용된다면 이를 어떻게 범치국가라고 할 수 있겠습니까.

(5) 위와 같은 보호감호처분의 집행현실은 분명 그 동안의 헌법재판소의 다수논리에 의해서도 부인할 수 없는 헌법위반입니다. 곧, 청송보호감호소에서 청구인들에 대하여 보호감호처분을 집행하는 것(그 근거는 '피보호감호자분류처우규칙'임, 본 사건에서는 헌법소원의 대상을 이것으로 삼고 있음)이나, 그러한 과정에서 최저생계비의 10분의 1 수준도 지급하지 않은 근로보상금의 지급은 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)에 위반되는 보안처분이며, 제13조 1항(모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌 받지 아니한다)에 위반되는 이중처벌입니다. 뿐만 아니라 국가의 이러한 보안감호처분집행은 결국 헌법 제10조(모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다)를 위반함으로써 감호자들의 인간으로서의 존엄과 가치 그리고 행복추구권을 침해한다고 할 것입니다.

5. 헌법재판소법상 헌법소원의 형식적 요건과 관련하여

가. '피보호자감호자분류처우규칙'이 헌법소원의 대상이 되는 행정입법인지에 관하여

이른 바 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 것이고 대외적인 구속력을 갖는 것이 아니므로 헌법소원의 대상이 될 수 없습니다. 그러나 행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우나, 재량권 행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 되는 바, 이러한 경우에는 헌법소원의 대상이 될 수 있을 것입니다(헌재 1990. 9. 3. 90헌마13).

또한 법령의 직접적인 위임에 따라 수임행정기관이 그 법령을 시행하는 데 필요한 구체

적인 사항을 정한 것이라면 그 제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시, 훈령, 예규 등과 같은 행정규칙이더라도 그 것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한, 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다고 보아야 할 것입니다(헌재 1992. 6. 26. 91헌마25). 이 사건에서 피보호감호자분류처우규칙은 바로 사회보호법을 시행하기 위해 법무부가 구체적인 사항을 정한 것으로 그 제정형식에 관계없이 법규명령의 성질을 갖는다고 할 것입니다. 따라서 위 처우규칙이 이 사건 헌법소원의 대상이 되는 것은 분명합니다.

청구인들은 위 법무부 훈령에 대해 법령에 대한 헌법소원이 만일 헌법소원의 대상으로 부적격한 경우 예비적으로 초중구급시설로서 청송교도소와 조급도 다른 곳에 청구인들을 수용하는 행위(권력적 사실 행위)는 위헌임을 확인하여 주실 것을 청구하는 바입니다.

나. 보충성과 관련하여

헌법소원은 다른 법률에 구체절차가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후에 심판청구를 하여야 합니다. 그러나 이 사건에서 청구인들이 위헌심판을 받고자 하는 사회보호법 제5조 및 '피보호감호자분류처우규칙 제5조'는 법령자체에 의한 직접적인 기본권침해가 문제되는 경우이므로 그 법령자체의 효력을 직접 다투는 것을 소송물로 하여 일반법원에 소송을 제기할 수 있는 길이 없으므로 바로 헌법소원을 청구할 수 있습니다.

그리고 보호감호처분집행의 경우, 보호감호처분의 집행은 검사가 지휘하도록 되어 있는바(사회보호법 제22조, 형사소송법 제460조), 집행을 받은 자가 집행에 관한 검사의 처분이 부당하다고 생각되면 보호처분을 선고한 법원에 이의신청을 할 수 있습니다. 그러나 대법원에서 이미 보호감호제도의 합헌성을 인정하고 있어 권리가 구체될 가능성이 거의 없을 뿐 아니라 우회적 절차를 요구하는 것 밖에 되지 않아 전심절차 이행의 기대가능성이 없는 경우에 해당합니다.

나아가 청구인들에 대한 청송보호감호소에서의 보호감호집행의 하나인 '근로보상금'의 지급은 그 집행과 관련하여 그 취소를 구하는 것은 현재 어떤 절차에 의해서도 가능하지 않습니다. 물론 사회보호법상 사회보호위원회에 보호처분과 관련된 일정한 권한을 주고 있지만(사회보호법 제32조3항) 어디에도 보호감호처분의 효력을 다투는 권리구제절차는 없습니다. 나아가 보호감호처분은 사법부의 판결에 의해 집행되는 것이므로 그것을 행정처분이라고도 할 수 없으므로 행정심판이나 행정소송의 대상이 될 수도 없어 행정구제도 받을 수 없는 상황입니다. 따라서 근로보상금의 위헌성을 헌법소원으로 다투는 경우에는 보충성의 원칙 문제는 나타나지 않는다고 할 것입니다.

다. 청구기간

(1) 헌법소원은 그 사유가 있음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 있는 날로부터 180일 이내에 청구하여야 합니다(헌법재판소법 제69조1항). 그러나 이 사건 헌법소원은 이러한 규정과 관계없이 헌법소원심판청구가 가능하다고 할 것입니다.

(2) 우선, 법령에 대한 헌법소원은, 법령의 시행과 동시에 기본권의 침해를 받은 경우에는 그 법령이 시행된 사실을 알 날로부터 60일 이내에, 그 법령이 시행된 날로부터 180일 이내에 청구하여야 하고, 법령이 시행된 후에 비로소 그 법령에 해당하는 사유가 발생하여 기본권의 침해를 받게 된 경우에는 그 사유가 발생하였음을 안 날로부터 60일 이내에, 그 사유가 발생한 날로부터 180일 이내에 청구하여야 합니다. 이에 의하면 사회보호법 제5조에 대한 헌법소원은 청구기간이 도과되었다고 볼 수 있습니다.

그러나, 헌법재판소법 제40조 제1항에 의하여 행정소송법 제20조 제2항 단서가 헌법소원심판에 준용됨에 따라 정당한 사유가 있는 경우에는 제소기간의 도과에도 불구하고 헌법소원심판청구는 적법하다고 할 것인바, 정당한 사유라 함은 청구기간 도과의 원인 등 여러가지 사정을 종합하여 지연된 심판청구를 허용하는 것이 사회통념상으로 보아 상당한 경우를 뜻한다고 할 것입니다(헌법재판소 1993. 7. 29. 선고 89헌마31 결정). 이 사건의 경우, 이미 헌법재판소에서 사회보호법 제5조에 대하여 합헌결정이 났기 때문에(헌법재판소 2001. 3. 21. 선고 99헌마7 결정 등), 법률문외한인 청구인들로서는 더 이상 보호감호제도가 쟁쟁의 대상이 될 수 없다고 생각하고 별도로 다투지 않았는바, 청구인들에게 보호감호제도의 위헌여부에 대한 판단을 받기 위하여 심판청구를 허용하는 것이 사회통념상 상당하다고 할 것입니다.

그리고, 헌법재판소는 형식적 요건을 결한 사건에서도, 침해행위가 앞으로도 반복될 위험이 있거나 당해 분쟁의 해결이 헌법질서의 수호 유지를 위하여 긴요한 사항이어서 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우 위헌선언을 하여 왔습니다(헌법재판소 192. 1. 28. 선고 91헌마111결정; 헌법재판소 1992. 4. 14. 선고 90헌마82 등). 헌법재판소는 주로 권리보호이익과 관련된 사안에서 위와 같은 결정을 하였으나, 이는 권리보호이익의 결한 사건에서만 한정에서 판단할 이유가 없으며, 청구기간을 도과한 사건에서도 헌법적으로 그 해명이 중대한 의미를 지니고 있는 경우라면 헌법질서의 수호 유지를 위하여 위헌여부를 판단하여야 할 것입니다. 이 사건의 경우, 청송 제2보호감호소에 있는 감호자 모두가 보호감호처분의 위헌성을 제기하며 이 사건 헌법소원심판청구를 제기하였는데, 이는 단지 청송 제2보호감호소에 있는 감호자들만의 문제가 아니며, 위헌적인 보호감호제도가 존재하는 이상 이로 인한 침해행위가 앞으로도 반복될 것이므로, 헌법질서의 수호 유지를 위하여 위헌여부 판단은 반드시 필요하다고 할 것입니다.

(3) 그리고, 위 규정에서 '사유가 있음을 안 날' 이나 '사유가 있는 날'이라는 것은 공권력의

행사에 의해서 기본권침해가 발생한 날을 기준으로 하는 것인데 이 사건 헌법소원 대상인 '보호감호 집행'과 '피보호감호자분류처우규칙 제5조'의 위헌문제나 근로보상금 지급의 위헌 문제는 단발성의 공권력의 행사가 아니고 청구인들이 청송보호감호소에서 보호감호처분의 집행을 당하고 있는 한 계속적으로 일어나는 문제이기 때문에 위와 같은 제한 규정에 해당할 가능성이 없는 것입니다. 그리고 서신검열과 관련해서는 위 청구기간의 요건을 충족하였습니다.

6. 맺음말

사회보호법상 보호감호제도는 당초 국민적 합의에 기초한 법률이 아니라, 군사쿠데타로 정권을 잡은 전두환 정권이 불법적인 권력찬탈에 대한 비난을 무마하고 신군부의 정당성을 홍보하기 위해 기획된 삼청교육의 만료 시한이 다가오면서 삼청교육생들의 사회복귀를 막고 그들을 장기간 격리시킬 목적으로 만든 법률입니다. 이와 같이 제정된 법률은, 제정 초기부터 이중처벌에 해당한다는 비판이 있어왔고, 청송보호감호소에서는 인권침해 문제가 끊임없이 제기되어 왔습니다.

이제는 더 이상 보호감호제도가 만들어진 역사적 배경에 의해 보호감호제도의 위헌성을 판단할 것이 아니라, 현재 대한민국에서 위 보호감호제도가 어떠한 기능을 하고 있는지 정확히 직시하여 위헌 여부가 판단되어야 할 것입니다.

앞에서 살펴본 바와 같이 보호감호제도는 사실상 이중처벌이며, 현재 청송보호감호소에서 집행되고 있는 실상은 총체적으로 인간의 존엄성에 반한다고 할 것입니다.

법무부를 비롯한 일부에서는 사회보호법상 보호감호제도에 대하여 위헌을 선고하고, 청송보호감호소의 문을 열어주면 당장 사회가 불안해질 것이라고 염려하고 있습니다.

그러나, 이러한 두려움은 입증되지 않은, 과장되고 인위적으로 만들어낸 것에 불과합니다. 1960년 중반 미국 연방대법원은, 변호인의 조력을 받을 권리를 침해당한 상태에서 자백 등의 진술증거를 유죄의 근거로 삼을 수 없다는 판결을 하였는데, 이 판결로 인하여 플로리다 주의 경우 수형자의 약 1/3이 속방되는 결과를 가져왔습니다. 당시 정부관계자와 일반시민들 사이에는 범죄자들이 일시에 석방됨으로 인하여 범죄가 심각하게 증가할 것이라는 우려를 가지고 있었으나, 대규모 석방 이후 범죄율의 변동이 없었다고 합니다. 이는 시민들의 불안감이 다분히 심리적이고 언론이 조장한 측면이 많았다는 것을 보여주었습니다. 그리고, 무엇보다 인권보장에는 타협이나 절충이 있을 수 없습니다.

이미, 헌법재판소에서 사회보호법상 보호감호제도 대하여 합헌결정을 하였으나, 다시 한번 감호자들의 처절한 목소리에 귀를 기울여 주시고, 보호감호제도가 우리 사회에 미치는 영향 등을 진지하게 고려하셔서, 판단하여 주시기 바랍니다.

2003. 6.

청구인들의 대리인

법무법인 신화 담당변호사 박 찬 운

법무법인 한결 담당변호사 이 상 희

법무법인 산하 담당변호사 장 유 식

법무법인 청지 담당변호사 박 민 재

헌법소원재판소

귀중

<헌법소원 결의서 분석결과>

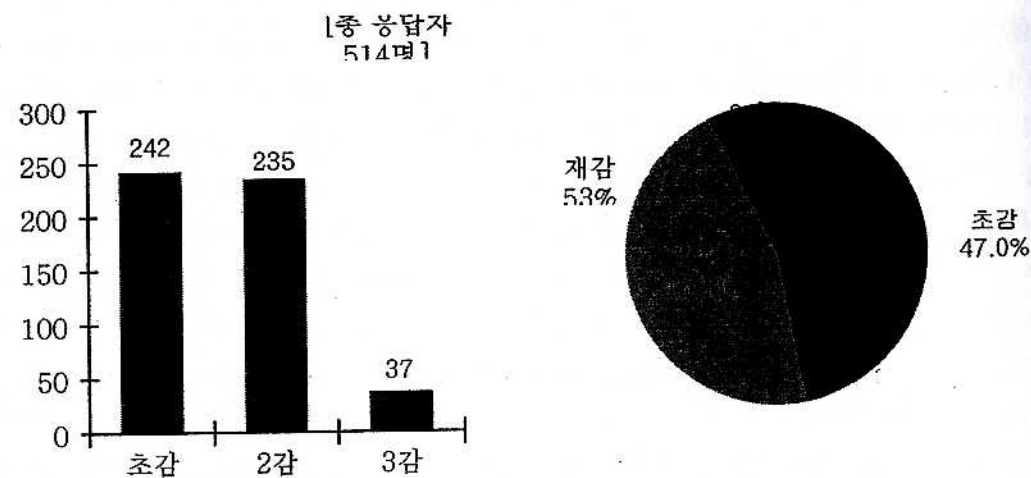
- 대상 : 청송 제2보호감호소 피보호감호자분 중 헌법소원 위임자 600여명
- 시행 : 2003년 5월 12일~5월 22일
- 문항 : 총 44문항 가운데(세부질문 19개) 객관식 36문항, 주관식 9문항
- 한계 : 설문대상자가 피보호감호자라는 특수한 신분의 사람들이고 감호소에 대한 외부의 접근이 용이치 않은 관계로 설문의 취지 및 각 문항에 대한 설명 및 피감호자분들의 정확한 이해가 부족했기 때문에 설문조사 결과에는 일정한 한계가 존재함
- 총응답자 : 516명
- 내용 : 총 44문항 가운데 피보호감호자들의 현실적 상황을 알리기 위해 필요하다고 판단되는 20문항에 대해 설문조사 결과를 발표하기로 함
- 분석 : 설문분석은 각 문항별 응답자 수를 기준으로 수치가 산출됨
백분율은(%) 소수점 두자리에서 반올림함

1. 감호전과

-> 문항 총 응답자 514명

- 1) 초감 242명(47.0%)
- 2) 2감 235명(45.7%)
- 3) 3감 37명(7.2%)

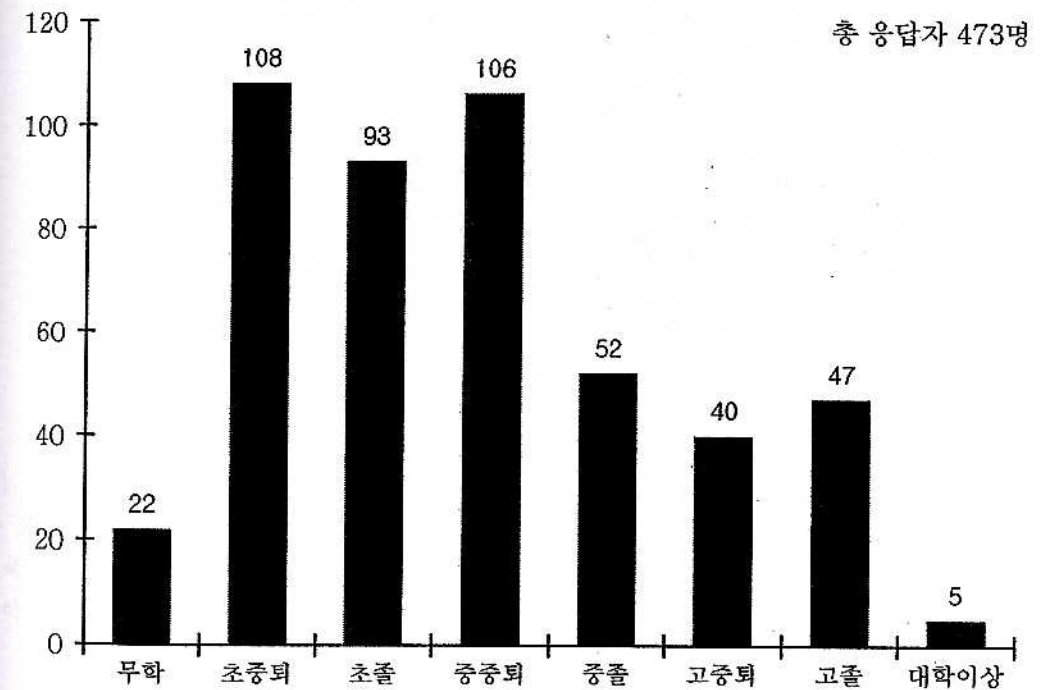
초감(242명) vs 재감(272명)-> 47% vs 53%



1. 학교는 어디까지 다니셨습니까?

-> 문항 총 응답자 473명

- 1) 전혀 다니지 않았다 22명(4.65%)
- 2) 초등학교 중퇴 108명(22.83%)
- 3) 초등학교 졸업 93명(19.66%)
- 4) 중학교 중퇴 106명(22.41%)
- 5) 중학교 졸업 52명(10.99%)
- 6) 고등학교 중퇴 40명(8.45%)
- 7) 고등학교 졸업 47명(8.45%)
- 8) 대학교 이상 5명(1.05%)

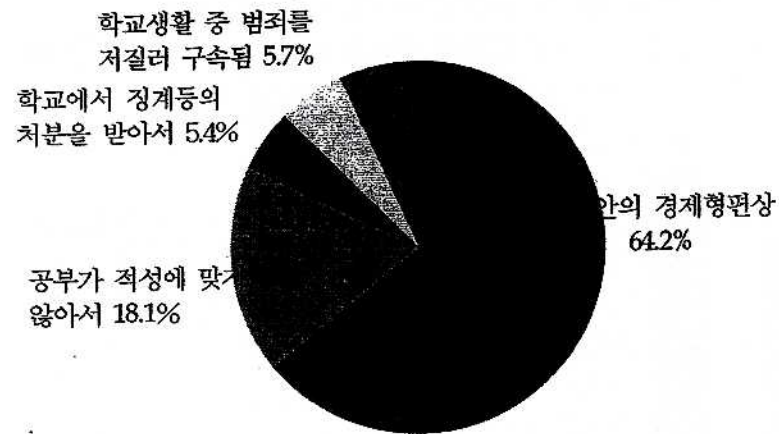


1-1. 고등학교 중퇴자 이하의 학력을 가진 분만 답해주세요

학교를 나와 같이 다니게 된 이유는 무엇입니까?

-> 문항 총 응답자 349명

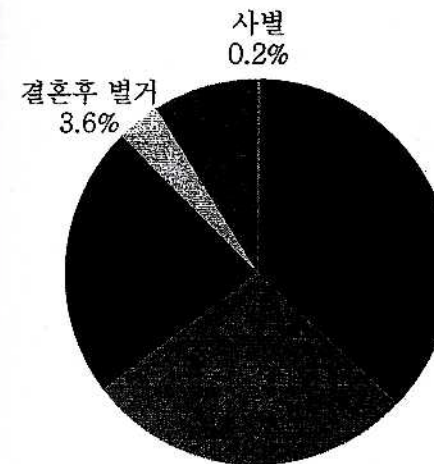
- | | |
|------------------------|--------------|
| 1) 집안의 경제형편상 | 224명(63.18%) |
| 2) 공부가 적성에 맞지 않아서 | 63명(18.05%) |
| 3) 학교에서 징계 등의 처분을 받아서 | 19명(5.44%) |
| 4) 학교 생활 중 범죄를 저질러 구속됨 | 20명(5.73%) |
| 5) 기타 | 23명(6.59%) |



2. 감호소에 들어오기 전(구속 전) 결혼상태는?

-> 문항 총 응답자 468명

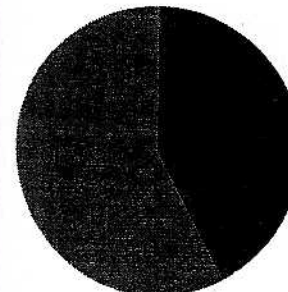
- | | |
|-----------------|--------------|
| 1) 미혼 | 172명(36.75%) |
| 2) 동거상태 | 130명(27.77%) |
| 3) 결혼했음 | 107명(22.86%) |
| 4) 결혼은 했지만 별거상태 | 17명 (3.63%) |
| 5) 이혼상태 | 41명(8.76%) |
| 6) 사별 | 1명 (0.21%) |



2-1. 기혼자 분들은 감호소 생활 중 이혼했거나 이혼 소송을 했던 경험이 있나요?

-> 문항 총 응답자 284명

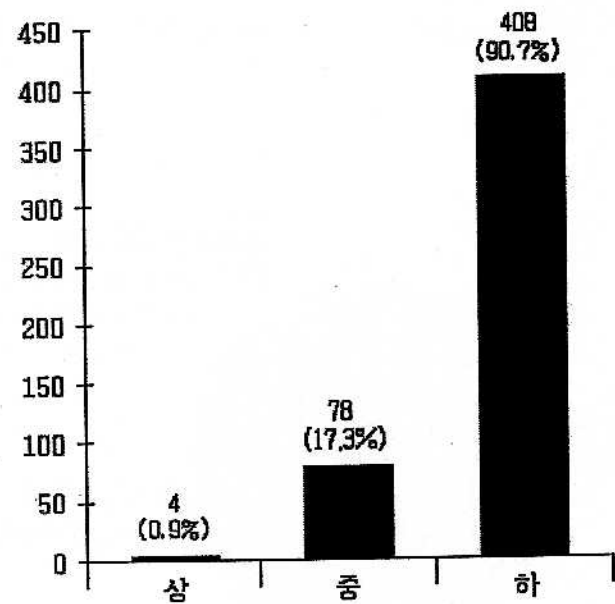
- | | |
|--------|--------------|
| 1) 예 | 120명(42.25%) |
| 2) 아니오 | 164명(57.74%) |



3. 감호소에 들어오기 전(구속 전) 경제수준은?

-> 문항 총 응답자 485명

1) 상	4명 (0.82%)
2) 중	78명 (16.08%)
3) 하	403명 (83.09%)

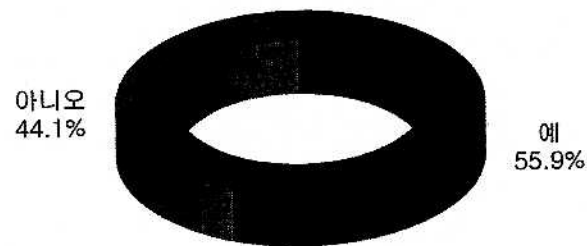


-> 이 문항의 경우 경제수준에 대한 기준을 제시되지 못한 한계가 존재함

4(11). 외부에서 정기적으로 영치금을 넣어주는 사람이 있습니까?

-> 문항 총 응답자 454명

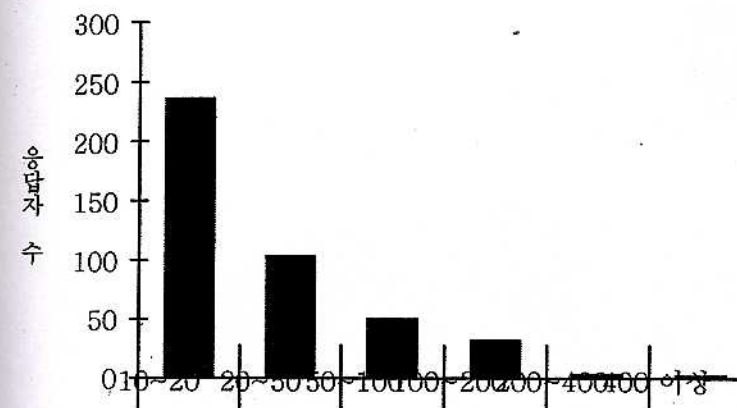
1) 예	254명 (55.94%)
2) 아니오	200명 (44.05%)



5(11-5). 감호소 생활 중 현재까지 저축한 돈은 얼마나 됩니까?

-> 문항 총 응답자 432명

1) 10~20만원	237명 (53.86%)
2) 20~50만원	104명 (24.07%)
3) 50~100만원	51명 (11.80%)
4) 100~200만원	33명 (7.63%)
5) 200~400만원	4명 (0.92%)
6) 400만원 이상	3명 (0.69%)

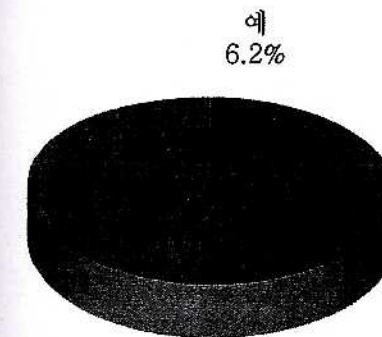


(단위 : 만원)

6(12). 당신은 작업 및 직업훈련을 통해 배운 내용이 출소 후 직장을 구하거나 돈을 버는데 사용될 수 있다고 생각하십니까?

-> 문항 총 응답자 467명

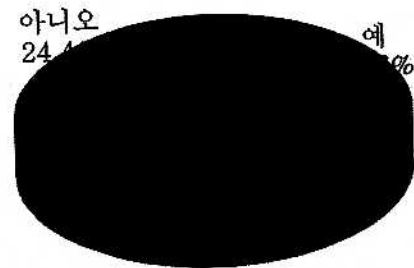
1) 예	29명 (6.20%)
2) 아니오	438명 (93.79%)



7(13). 당신은 앞으로 출소하면 돌아갈 곳이 있습니까?

-> 문항 총 응답자 467명

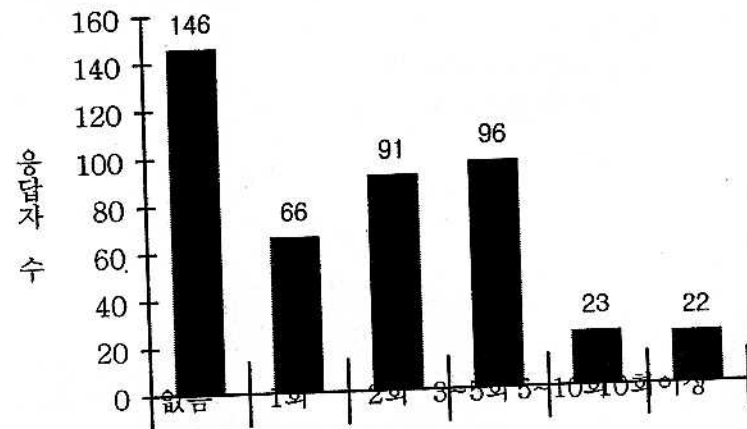
- | | |
|--------|---------------|
| 1) 예 | 353명 (75.58%) |
| 2) 아니오 | 104명 (24.41%) |



8(15-1). 지난 한해동안 가족과 접견은 몇 번이나 하셨습니다?

-> 문항 총 응답자 444명

- | | |
|-----------|---------------|
| 1) 없음 | 146명 (32.88%) |
| 2) 1회 | 66명 (14.86%) |
| 3) 2회 | 91명 (20.49%) |
| 4) 3~5회 | 96명 (21.62%) |
| 5) 5~10회 | 23명 (5.18%) |
| 6) 10회 이상 | 22명 (4.95%) |

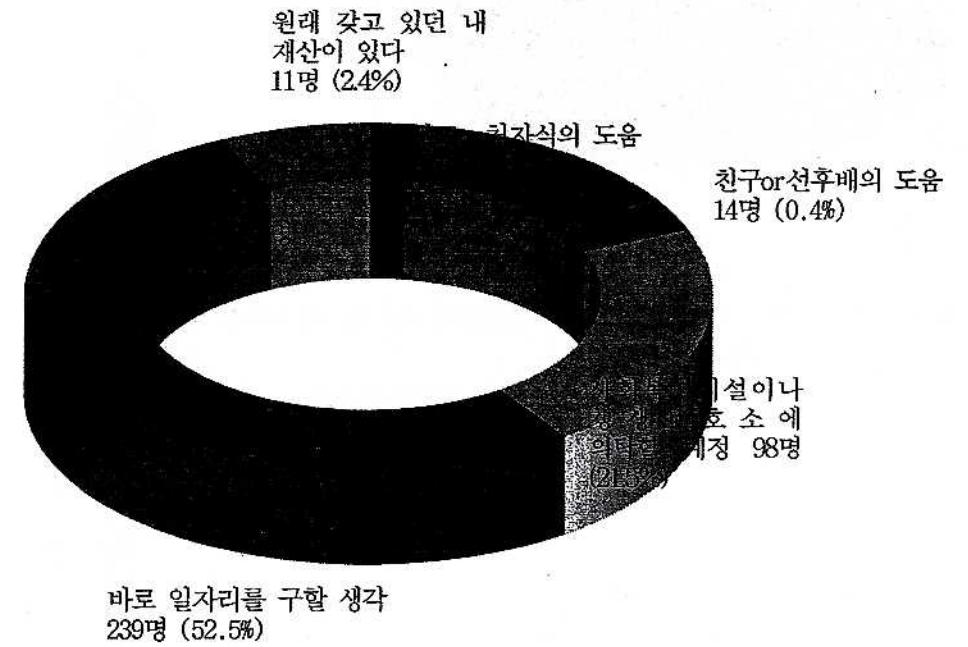


[접견 횟수]

9(17). 출소 후 당장 생계를 어떻게 유지할 생각이십니까?

-> 문항 총 응답자 455명

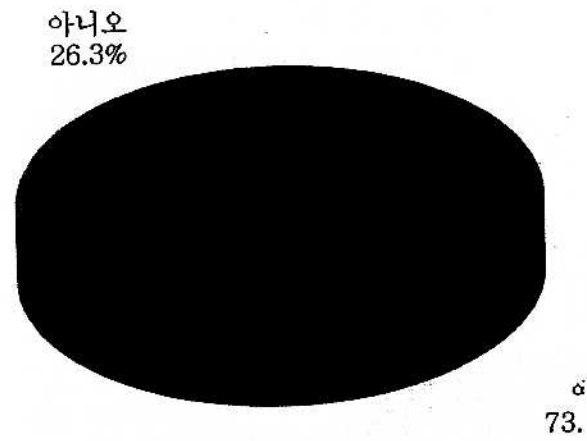
- | | |
|---------------------------|---------------|
| 1) 원래 갖고 있던 내 재산이 있다 | 11명 (2.41%) |
| 2) 부모 또는 처자식의 도움 | 61명 (13.40%) |
| 3) 친구 또는 선후배의 도움 | 14명 (0.41%) |
| 4) 사회복지시설이나 갹생보호소에 의탁할 예정 | 98명 (21.53%) |
| 5) 바로 일자리를 구할 생각 | 239명 (52.52%) |
| 6) 기타 | 32명 (7.03%) |



10(18). 출소 후 다시 죄를 지지르지 않을 자신이 있습니까?

-> 문항 총 응답자 452명

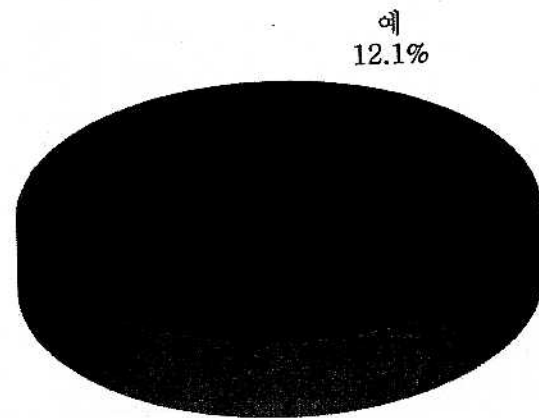
- 1) 예 333명 (73.67%)
- 2) 아니오 119명 (26.32%)



11(19). 보호감호 생활이 다시는 죄를 짓지 않겠다고 결심하는데 도움을 주었다고 생각하십니까?

-> 문항 총 응답자 464명

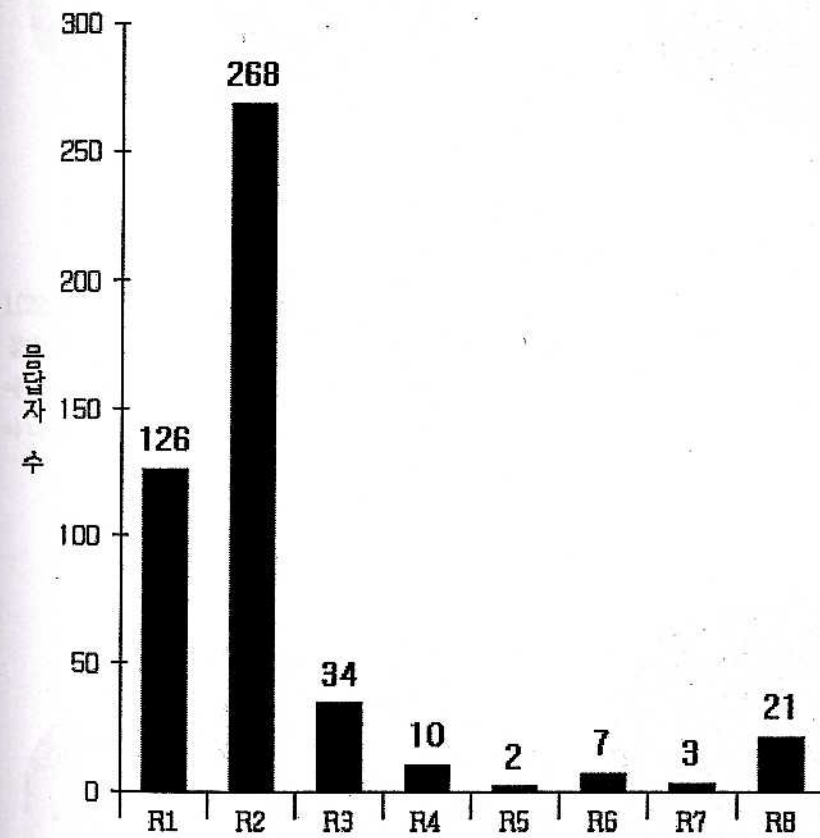
- 1) 예 56명 (12.06%)
- 2) 아니오 408명 (87.93%)



12(19-2). 출소자들이 다시 죄를 범하지 않도록 하기 위해서는 무엇이 가장 필요하다고 생각하십니까?
(한가지만 선택해주세요)

-> 문항 총 응답자 471명

- 1) 직장알선 126명 (26.75%)
- 2) 출소 후 생활에 필요한 일정금액의 지원 268명 (56.90%)
- 3) 취업하기 쉬운 감호소 내 직업 훈련 실시 34명 (7.21%)
- 4) 감호자 적성에 맞는 감호소내 작업장 배치 10명 (2.12%)
- 5) 학과교육의 확대실시 2명 (0.42%)
- 6) 감호소내 종교활동의 강화 7명 (1.48%)
- 7) 감호자와 상담직원의 지속적인 상담 3명 (0.63%)
- 8) 기타 21명 (4.45%)

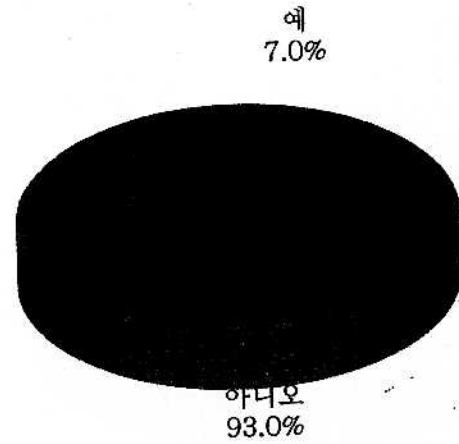


R1 : 직장알선
 R2 : 출소 후 생활에 필요한 일정금액의 지원
 R3 : 취업하기 쉬운 감호소 내 직업 훈련 실시
 R4 : 감호자 적성에 맞는 감호소내 작업장 배치
 R5 : 학과교육의 확대 실시
 R6 : 감호소내 종교활동의 강화
 R7 : 감호자와 상담직원의 지속적인 상담
 R8 : 기타

13(20). 감호소 수감 시 귀휴를 가본 적이 있습니까?

-> 문항 총 응답자 416명

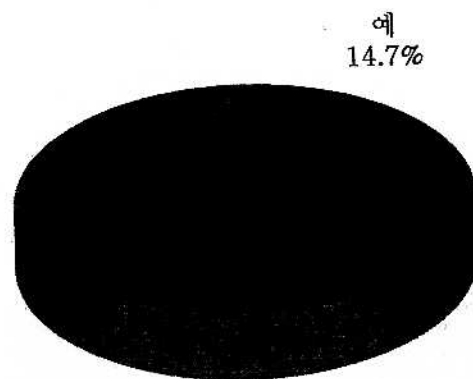
- 1) 예 29명 (6.97%)
- 2) 아니오 387명 (93.02%)



14(21). 감호소 수감 시 사회견학을 가본 적이 있습니까?

-> 문항 총 응답자 468명

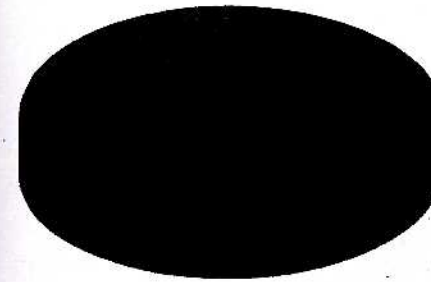
- 1) 예 69명 (14.74%)
- 2) 아니오 399명 (85.25%)



15(22). 감호소에서 가출소 심사를 받아본 적이 있습니까?

-> 문항 총 응답자 464명

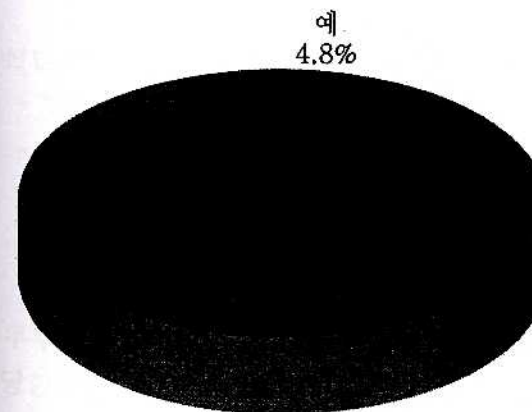
- 1) 예 422명 (90.94%)
- 2) 아니오 42명 (9.05%)



15-1(22-1). 가출소 심사를 받은 적이 있다면 심사가 공평하다고 생각하십니까?

-> 문항 총 응답자 461명

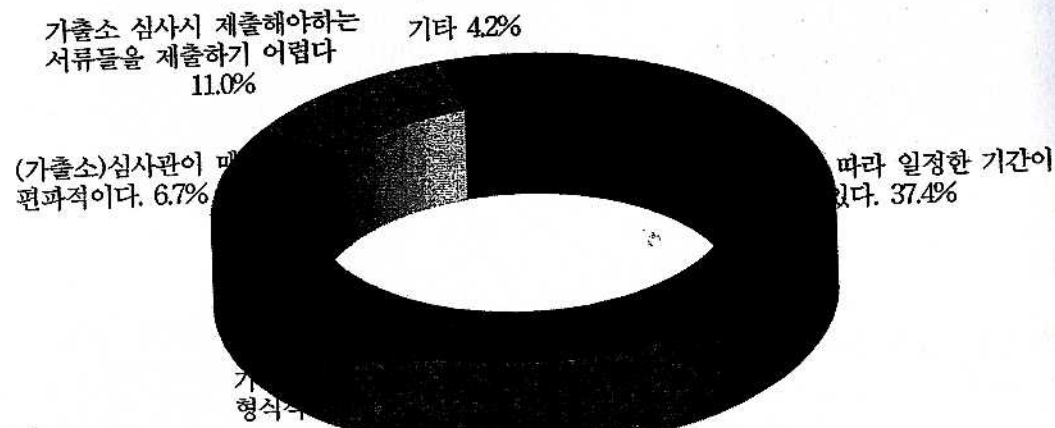
- 1) 예 22명 (4.77%)
- 2) 아니오 439명 (95.22%)



15-2(22-2). 가출소 심사가 불공평하다면 그 이유는?(모두 고르세요)

-> 문항 총 응답 950

- | | |
|-----------------------------------|--------------|
| 1) 죄명에 따라 일정한 기간이 정해져있다 | 356 (37.47%) |
| 2) 가출소 심사가 매우 형식적이다 | 385 (40.52%) |
| 3) (가출소)심사관이 매우 편파적이다 | 64 (6.73%) |
| 4) 가출소 심사 시 제출해야하는 서류들을 제출하기가 어렵다 | 105 (11.05%) |
| 5) 기타 | 40 (4.21%) |



16(23). 보호감호소의 처우 가운데 가장 큰 불만은?(구체적으로)

17(24). 마지막으로 하고 싶은 말을 자유롭게 써주세요.

사회보호법 폐지를 위한 공동대책위원회

문서번호 : 03-06-19

수신 : 강금실 법무부 장관님 (참조: 정동기 보호국장님)

발신 : 사회보호법 폐지를 위한 공동대책위원회

제목 : **법무부 보호감호제 개선안에 대한
의견수렴 과정에 대한 질의서**

날짜 : 2003년 6월 19일(총 2매)

유해정 인권운동사랑방 02-741-5363/ 019-307-4418

문의 : 김덕진 천주교인권위원회 02-777-0643/ 016-706-8105
antiboho@list.jinbo.net

1. 귀 기관의 건승을 바랍니다.

2. 사회보호법 폐지를 위한 공동대책위원회(이하 공대위)는 2003년 3월 11일 22개의 시민·인권 단체들이 모여 사회보호법의 반인권성과 위헌성을 알려내기 위해 만든 연대기구로, 현재 총 26개 단체가 함께 '사회보호법 폐지'를 목표로 활동하고 있습니다.

3. 법무부는 지난 5월 29일 보호감호 개선방안을 발표하면서 이에 대한 의견수렴 등을 위해 아래와 같은 일정 및 계획을 발표했 바 있습니다.

- 아 래 -

■ 개선방안에 대한 법무부 주요 추진일정은 다음과 같음

- '03. 6. 2. 법무부 정책위원회 안건 상정
- '03. 6. 중 보호국·교정국 공동 「보호감호 혁신 추진기획단」 구성
- '03. 6. ~8. 세미나 및 공청회 개최, 관련기관 의견조회 등 여론 수렴 후 법무부(안) 최종 확정

■ 법무부는 동 혁신 방안의 추진이 인력과 시설의 확충을 필요로 하여 관계부처 협의 등 상당한 시간과 절차가 소요될 것으로 예상됨에 따라, 우선 피보호감호자 처우관련 규정의 개정, 근로보상금 인상 추진, 가출소 확대 등 현 상태에서 가능한 부분부터 점진적으로 시행하여 현재 수용중인 대상자들에 대해서도 실질적인 처우개선이 이루어 질 수 있도록 배려할 예정임

4. 공대위는 법무부의 계획 및 향후 일정과 관련해 아래와 같은 내용의 질의(정보공개 요청)를 하는 바입니다.

사회보호법 폐지를 위한 공동대책위원회

문서번호 : 03-06-19
 수신 : 민주사회를위한변호사협회
 발신 : 사회보호법 폐지를 위한 공동대책위원회
 제목 : **사회보호법 관련 헌법소원 협조 요청**
 날짜 : 2003년 6월 19일(총 1매)
 유해정 인권운동사랑방 02-741-5363/ 019-307-4418
 문의 : 김덕진 천주교인권위원회 02-777-0643/ 016-706-8105
 antiboho@list.jinbo.net

1. 사회보호법 폐지를 위한 공동대책위원회(이하 공대위)는 2003년 3월 11일 22개의 시민·인권 단체들이 모여 사회보호법의 반인권성과 위헌성을 알려내기 위해 만든 연대기구로, 현재 총 26개 단체가 함께 '사회보호법 폐지'를 목표로 활동하고 있습니다.
2. 언론보도를 통해 이미 접하셨겠지만 공대위는 지난 6월 17일 청송보호감호소에 수감중인 감호자 616분의 위임을 받아 사회보호법에 대한 헌법소원을 제기한 바 있습니다. 하지만 잘 아시다시피 616분 모두 보호감호를 부과 받아 집행에 들어가신 지 2~3년 이상 경과되신 분들로 '사회보호법은 위헌이다'라는 요지의 헌법소원을 제기하기에는 청구인 자격상 부적합합니다. 이는 지난 17일 제기된 헌법소원이 원활한 재판의 도모보다는 우리나라 행형사상 그 유례를 쉽게 찾아볼 수 없는 집단소송이라는 의미에서 그 상징성과 운동성에 초점을 맞추어져 진행됐기 때문입니다.
3. 이에 따라 공대위는 사회보호법의 위헌성과 관련해 다시금 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 계획입니다. 그러나 사회보호법과 관련해 청구인 자격이 있으신 분들을 공대위 차원만으로는 파악하기가 매우 어려운 조건이기에 민변에 아래와 같은 협조를 부탁드립니다. 민변 회원 가운데 아래의 사건을 담당하고 계시거나 인지하고 계신 분들은 오는 7월 20일까지 공대위로 연락주시길 부탁드립니다.

<대상>

- 1) 보호감호가 청구되어 재판 계류 중에 있는 자
- 2) 보호감호집행에 들어간지 1개월 미만인자

4. 민변의 많은 협조와 도움을 부탁드립니다.

정보공개청구서

※ 접수일자		※ 접수번호	
청구인	이름 (법인명등 및 대표자)	유해정 (인권운동사랑방)	주민등록(여권·외국인등록) 사업자(법인·단체)등록번호
	주소 (소재지)	서울시 종로구 명륜2가 8-29 3층 (02-741-5363)	
	신분	<input type="checkbox"/> 일반개인 <input type="checkbox"/> 학생 <input type="checkbox"/> 교수·교사 <input type="checkbox"/> 법인 <input checked="" type="checkbox"/> 단체 <input type="checkbox"/> 외국인 <input type="checkbox"/> 외국법인 <input type="checkbox"/> 외국단체 <input type="checkbox"/> 기타()	
정보내용		1. 2000년 이후부터 현재까지 청송제1감호소 및 청송 제2감호소에 수감중인 피보호감호자의 감호 전과비율 (예: 2000년 1감호소 초감 명(%), 2감 명(%)) 등) 2. 가출소와 관련해 - 2000년 이후부터 현재까지 가출소 자중 가출소가 취소된 인원과 그 사유 - 2000년 이후부터 현재까지 보호감호 집행 년수에 따른 가출소율 (예: 보호감호 3년자 중 가출소 %) - 사회보호법 법제정 이후부터 현재까지 보호감호 만기출소인원 3. 2000년 이후부터 현재까지 보호관찰 대상인원 및 보호관찰의 주된 내용 4. 사회보호법 제정 이후 총 보호감호 부과자 및 집행인원 5. 사회보호법 제정 이후 총 보호관찰 부과자 및 집행인원	
사용목적		<input type="checkbox"/> 학술연구 <input type="checkbox"/> 사업관련 <input checked="" type="checkbox"/> 행정감시 <input type="checkbox"/> 쟁송관련 <input type="checkbox"/> 재산관련 <input type="checkbox"/> 기타()	
공개방법		<input type="checkbox"/> 열람 <input type="checkbox"/> 시청 <input checked="" type="checkbox"/> 사본·출력물 <input type="checkbox"/> 복제물 <input type="checkbox"/> 인화물 <input type="checkbox"/> 기타()	
공공기관의정보공개에관한법률 제8조제1항 및 동법시행령 제4조의 규정에 의하여 위와 같이 정보의 공개를 청구합니다. 2003년 6월 19일 청구인 유해정 법무부 보호국 귀하			
*접수증 발부 바랍니다.			

접수증

접수번호	청구인 이름
접수자	직급
	이름 (서명 또는 인)
귀하의 청구서는 위와 같이 접수되었습니다. 2003년 월 일	

사회보호법 폐지를 위한 공동대책위원회

문서번호 : 03-0624-01

수 신 :

발 신 : 사회보호법 폐지를 위한 공동대책위원회

제 목 : “사회보호법은 왜 반인권 악법인가?”
- 지역단체 활동가 및 시민 간담회 개최 요망

날 짜 : 2003년 6월 24일

문 의 : 원불교인권위 김치성 02-813-3316/ 011-9634-9225 (지역 간담회 준비주최)
인권운동사랑방 유해정 02-741-5363/ 019-307-4418
천주교인권위원회 김덕진 02-777-0643/ 016-706-8105

1. 귀 단체의 건승과 활동가분들의 강건을 바랍니다.
2. 주지하시다시피 사회보호법 폐지를 위한 공동대책위원회는 사회보호법 폐지 실현을 위해 지난 3월 11일 결성된 이래 현재 26개의 민간단체가 참여하여 활동하고 있습니다.
3. 사회보호법의 근거한 보호감호제도의 문제는 이 시대의 가장 소외 받은 인권의 사각지대로 그 문제점은 지난 20여년간 수회에 걸쳐 지적돼온 바 있습니다. 그리고 최근에는 청송 제2보호감호소의 피보호감호자들이 사회보호법 폐지를 요구하며 11일 동안 단식농성을 벌이기도 했습니다.
4. 하지만 문제의 심각성과 기간 사회보호법 폐지를 위한 공대위의 활동에도 불구하고 매번 공대위 회의와 대응 활동 등이 서울을 중심으로 진행되고 있어 지역에서 거점을 두고 활동하는 활동가들과의 참여는 물론 의견소통 역시 어려운 상황입니다. 이에 공대위는 기간 공대위의 활동보고를 겸해 사회보호법에 대한 활동가들의 이해와 지역에서의 논의 촉발을 위해 지역에 거점을 두고 있는 활동가 및 시민들과의 간담회 등의 자리를 마련할 수 있기를 바랍니다.
5. 자세한 자리의 상은 아래 안을 참조하시기 바라며, 이에 대한 답변을 부탁드립니다.

(단, 자리의 상은 확정된 안이 아닙니다.)

- 사회보호법은 왜 반인권 악법인가(가안) -

목적 사회보호법 중 보호감호제도를 중심으로, 지역에 거점을 두고 활동하는 활동가들 및 시민들의 사회보호법의 문제를 이해를 높이고 지역에서 위 문제에 대한 논의 촉발 유도를 위해

일시 2003년 7월 매주 금요일 또는 토요일 중 1일

(간담회 등의 자리 후에 뒷풀이로 끈끈한 연대를 다지는 것은 어떨까요?)

형식 단체 활동가 간담회 혹은 회원 및 일반시민까지 확대한 간담회 등 모두

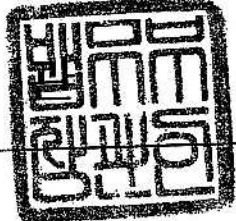
(자리와 형식에 구애받지 않고 단체의 상황과 조건에 맞는 자리였으면 합니다. 공대위 사무국 역시 단체에서 원하는 상에 맞게 참석자 및 내용을 준비할 계획입니다)

- 내용
1. 불거리 - 관련 영상물 상영 (PD 수첩 약 10~15분)
 2. 이야기거리 1. 청송보호감호소의 운영 및 실태(청송출소자 증언을 중심으로)
2. 사회보호법의 폐지의 정당성(반인권성과 위험성을 중심으로)
3. 사회보호법 폐지 운동의 활성화 방안
 3. 질의응답 및 토론

우 427-720 /주소 경기도 과천시 중앙동 1 /전화(02)503-7066 /전송 (02)503-7068
 보호과 과장 김현정 검사 이용주 사무관 류남진 담당자 이한철

정보(□ 공개 ■ 부분공개 □ 비공개) 결정통지서

문서번호 보호 61307-564
 수신 유해정(인권운동사랑방) 귀하

접수일자	2003. 5. 6.	접수번호	32
청구정보내용	2003년 현재, 1. 피보호감호자의 출소 시 생활보호대상자 신청을 및 생활보호대상자 지정 후 재범율(죄명별 분류) 2. 피보호감호자의 재범율 및 죄명별 분류 3. 피보호감호 출소자에 대한 정부차원의 사회연계 프로그램 여부 - 기관 및 내용, 예산 등		
공개내용	청구정보내용 2, 3. (별첨)		
비공개 (전부 또는 일부) 사유	1. 피보호감호자의 출소 시 생활보호대상자 신청을 및 생활보호대상자 지정 후 재범율(죄명별 분류)은 현재 파악되어 있는 통계가 없어 공개 불가		
공개방법	직접공개		
	간접공개	공개내용회신	
공개일시	공개장소		
수수료	우편요금	수수료감면액	계
	원	원	원
귀하의 정보공개 청구에 대한 결정내용을 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제11조 제1항 및 제3항의 규정에 의하여 위와 같이 통지합니다. 2003년 6월 일 법무부장관 			

(첨부)

공개내용

2. 피보호감호자의 재범율 및 죄명별 분류

□ 재범율

- 보호감호 가출소자의 재범율

· 1984년도~2000년도 재범율 : 32.9%
 (가출소인원 9,867명 중 재범인원 3,249명)

· 2000년도 재범율 : 46.8%
 (가출소인원 487명 중 재범인원 228명)

※ 1999년 이전 가출소자의 재범율은 가출소 후 3년 이내 금고이상의 실형이나 보호·치료감호 선고자를, 1999년 이후 가출소자의 재범율은 가출소 후 2년 이내 금고이상의 실형 선고자를 대상으로 재범율 산정

□ 죄명별 분류

2002년 12월 31일 현재 감호집행중인 피보호감호자 1,675명 중 강도 255명, 절도 1,243명, 폭력 99명, 사기 50명, 기타 (강간, 강제추행, 준강간, 강간치상, 강간치사, 미성년자간음, 미성년자약취·유인 등) 28명으로 분류됨

3. 피보호감호 출소자에 대한 정부차원의 사회연계 프로그램 여부
 (기관 및 내용, 예산 등)

□ 기관 : 한국갱생보호공단, 사단법인 담안선교회

- 한국갱생보호공단

한국갱생보호공단은 1995. 6. 1. 설립되어 2003년 현재 전국에 12개 지부, 5개 출장소를 두고 있으며, 출소자의 건전한 사회복귀촉진과 효율적인 범죄예방활동을 전개함으로써 개인 및 공공의 복지를 증진함과 아울러 사회를 보호하기 위하여 형사처분 또는 보호처분을 받은 자로서 자립갱생을 위한 보호의 필요성이 인정되는 자에게 숙식제공,

직업훈련, 취업알선, 기타 자립지원과 사후관리를 해 주고 있음
(2003년도 국고보조금 : 51억 8,100만원 책정)

- 사단법인 담안선교회

서울 중랑구 면목동 639-12 소재, 담안재활원을 운영하여 토너·
카트리지 재생업을 하면서 피보호감호 출소자들을 취업시켜 사회복귀를
촉진시킴과 아울러 선교회 생활관에서 출소자 숙식제공, 취업알선 등
을 해 주고 있음 (2003년도 국고보조금 : 1억 700만원 책정)

보호감호제도를 위한 변명

2003. 6.

법 무 부

보호국장 鄭 東 基

I. 글머리에

1-1 보호감호제도를 포함한 보호행정의 책임을 맡고 있는 보호국장으로서 보호감호제도를 위한 변명을 하고자 합니다. 지난 3월 보호국장으로 부임한 저는 그동안 폐지 주장을 포함하여 보호감호제도에 대한 각계각층의 의견을 충분히 들었다고 생각합니다. 저는 학자들의 저서를 통하여 보호감호제도에 대한 이론적 설명과 비판을 들었고, 실무에 종사하는 분들의 경험담과 경험에서 우러나오는 비판도 들었습니다. 청송보호감호소에 가서 그곳에서 피보호감호자를 관리하고 교육하는 일선 교도관들의 이야기도 들었고, 제도 폐지를 주장하며 관식(官食) 거부라는 집단행동을 하는 피보호감호자들의 이야기도 들었습니다. 제도 자체에 대한 전문적 식견이 부족해 보이는 일반 국민들의 포장되지 않은 생생한 의견도 인터넷을 통하여 잘 들었습니다.

1-2. 이 과정에서 저는 한편으로는 보호감호제도를 폐지하자는 주장에 낙담하기도 했고, 근거 없는 왜곡과 선동행위에 대하여 분노와 우려를 느끼기도 했습니다. 다른 한편으로는 보호감호제도의 필요성을 역설하고 이를 옹호하는 일반 국민들과 일부 피보호감호자의 주장에 고무되기도 했습니다. 저는 솔직히 청송감호소에 가서 피보호감호자들을 면담하면서 어려움을 겪을 때에는 서둘러 보호감호제도 혁신방안을 마련한 것을 후회하기도 하였습니다. 제 입장에서는 보호감호제도가 엄연히 존재하는 상태에서 범죄를 저지르는 경우 형벌과 보호감호처분을 받게 된다는 사실을 잘 알면서도 범죄를 저질러 보호감호소에 수용되어 있는 사람들이 자신들의 책임을 다했다는 커녕 제도가 위험적이라고 주장하면서 관식을 거부하는 등 집단행동에 나서는 세계적으로 유례를

찾기 힘든 이런 황당한 사태에 심한 충격을 받았기 때문입니다. 반면에 “지금 바로 석방하고 내보는 게 능사가 아니다. 나는 지금 내보낸다면 다시 범죄를 저지르는 수밖에 없다”는 나이 먹은 피보호감호자의 말을 듣고는 보호감호제도가 이런 어려움에 있는 사람에게 실질적인 보호가 되는 제도로 변화되어야겠다는 점을 깊이 깨달았습니다. 결국 이렇게 각계각층의 다양한 의견을 듣고 나서는 제가 한 일이 옳바르고 시의적절한 일이었다는 확신을 가지게 되었습니다. 그래서 오늘은 보호감호제도에 관심을 가지고 계신 여러분들에게 보호감호제도의 장래를 위하여 제가 평소 지니고 있던 소신의 일단을 말씀드리고자 합니다.

II. 폐지론에 대하여

2-1. 보호감호제 도입의 배경에 대하여는 삼청교육이라는 어두운 과거 문제가 늘 제기되는 태생적 한계로 제기되고 있지만, 그 근본은 결국 사범의 범죄에 대한 온정적(soft on crime) 태도에 기인한 것이라는 점은 부인할 수가 없습니다. 즉, 고질적 상습범이나 중범죄자에 대한 형벌이 지나치게 가볍고 온정적이었던 법제도나 사범 시스템이 보호감호제도 탄생의 밑거름이었다는 것은 누구나 인정하고 있는 사실입니다. 즉, 이러한 문제로 인하여 고질적 상습범과 강력범죄에 대한 대책으로 보호감호제도가 탄생하게 된 것입니다. 또 지금 수용되어 있는 피보호감호자들은 삼청교육의 대상자들도 아니고, 삼청교육과는 아무런 관련이 없는 순수한 상습범죄자들이라는 점입니다. 이들은 사회보호법이 수차의 개정을 통하여 시행되고 있는 상태에서 여러 차례 범죄로 인하여 형벌을 받은 뒤 다시 죄를 저지르면 자신이 어떻게 처분된다는 사

실을 누구보다도 잘 알고 있으면서도 범죄를 다시 저질렀던 사람들이라는 점을 분명히 하고자 합니다.

2-2. 그동안 제기된 보호감호제도에 대한 비판론은 여러 가지 논거가 있으나, 가장 중요한 것은 이중처벌이라는 점과 보호감호제도가 과연 재범방지에 효과가 있느냐 하는 점이라고 생각합니다. 물론 보호감호의 대상이 된 범죄의 대다수가 절도라는 점에 대하여도 강력한 문제제기가 있었습니다.

2-3. 먼저 보호감호제도가 이중처벌이라고 하는 주장에 대하여 말씀드리고자 합니다. 징역형과 비교해 볼 때 보호감호제도도 대상자를 구금시설(拘禁施設)에 수용한다는 점에서 기본적으로 동일하다는 점에 대해서는 이의가 없습니다. 이 점과 관련하여 참고로 예를 하나 든다면 주민등록이 말소된 경우 주민등록법에 의하여 행정벌인 과태료를 낼 뿐 아니라 다시금 형사입건되어 향토예비군설치범위반죄 등으로 벌금형을 선고받는데, 위 과태료나 벌금형이 모두 금전을 내야하는 성질의 처분이라고 하여 이를 이중처벌이라고 하지는 않는다는 점입니다. 어쨌든 징역형과 보호감호 사이에는 대상자의 노역을 강제하는지 여부와 그 구체적인 처우 면에서 상당한 차이가 있습니다. 즉, 징역형을 받은 사람에 대해서는 노역(勞役)이 강제되지만, 피보호감호자의 경우에는 본인 신청하는 경우에 한하여 노역을 허용하게 됩니다. 그 외에도 교육·직업훈련, 수용밀도, 가족의 면회허용, 서신, 전화 등 처우면에서 상당한 차이가 있습니다. 그러나 가장 근본적인 차이는 결국 그 제도의 취지라고 할 수 있습니다. 즉, 형벌은 과거의 범죄행위의 책임에 대하여 적정한 대가(just deserts)로서 과하여지는 것이고, 보안처분은 장

래의 재범위험성을 제거하기 위하여 사회방위 처분으로서 과하여지는 것이므로 그 근본적인 취지와 성질에 있어서 차이가 있는 것입니다. 다만, 현대 문명국가에서 형벌도 교육형주의라는 이념을 표방하고 있어 '사실상' 동일하다고 하지만, 그렇다고 하여 그 근본 취지나 성질이 달라지는 것은 아니라 할 것입니다. 나아가 양자가 모두 사회복귀와 재사회화라는 목적을 추구하고 있다고 강변하더라도 근본이 달라지는 것은 아닙니다. 여기에 관해서는 "형벌과 보안처분은 양자택일적인 것이 아니고 모두 범의보호와 재사회화에 봉사하는 점에는 변함이 없다. 양자의 구별은 형사정책적으로 형벌은 책임원리에 의하여, 보안처분은 우월적인 공공의 이익 원리에 의하여 인도된다는 점에만 존재하는 것이며 목적은 일원적(一元的)이고 제재(制裁)는 이원적(二元的)이라고 해석하는 것에 의하여 해결할 수 있다"고 하는 록신(Roxin) 교수의 설명이 해답이 될 것입니다. 보안처분제도를 시행하는 나라들은 대체로 같겠지만, 자료상 나타난 것을 보면, 덴마크, 노르웨이 등 북구제국에서의 보안감호도 교도소내의 특별구획이나 별도의 구금시설에서 집행하고 있는데, 교도소와 처우 면에서 본질적인 차이는 없습니다. 독일에서도 보안감호 시설인 바이에른(Bayern)주의 슈트라우빙(Straubing) 감호소와 통상의 누범(累犯)교도소인 함부르크(Hamburg)시의 폴스뷔텔(Fuhlsbüttel) 교도소의 처우는 상호 차이가 없다는 점이 지적되었지만, 그러나 형벌과 보안처분은 그 정당성의 근거 및 본질에 있어서 엄격히 구별될 수 있으므로 보안처분 자체를 부인하는 논거로는 되지 못한다는 것이 지배적인 견해입니다.

2-4. 다음으로는 보호감호제도가 과연 재범방지에 효과가 있느냐라는 회의론에 대한 말씀을 드리고자 합니다. 보호감호제도의 운용 결과를

일률적으로 통계수치로 나타낼 수는 없습니다. 그러나 일반적으로는 재범율을 분석하여 과연 그 제도가 효과가 있는지를 판단해 보는 방법을 취하고 있습니다. 1984년부터 2000년까지 가출소한 피보호감호자들의 재범율은 평균 32.9%(출소후 3년 기준)에 이르고 있습니다. 그리고 만기출소자를 포함한 재범율은 33.5%('94~'96)에 이르고 있습니다. 출소한 피보호감호자의 약1/3이 재범을 한다는 통계가 되겠습니다. 매우 높은 편으로 생각됩니다. 그러나, 이것을 교도소 출소자들과 비교해 보았으면 합니다. 편의상 같은 기간 통계로 비교할 수 있는 재입소율을 보면, 교도소의 경우는 23.7%('94~'96)에 이르고 있습니다. 교도소 출소자보다는 높은 편입니다. 외국의 경우와 비교한다면, 일본의 경우는 41.4%, 영국 33.4%, 뉴질랜드 37.1%, 호주 37.4%로 물론 캐나다와 같이 13.1%에 불과한 나라도 있기는 합니다만, 대다수 국가들보다는 다소 낮은 형편입니다. 그렇다면 법원에 의하여 '재범의 위험성'이 현저히 높은 것으로 판단되었던 피보호감호자에 대한 처우의 효과가 그리 비관적인 것은 아니라고 생각합니다. 교도소 재소자의 평균 전과가 2.2범이나, 피보호감호자의 평균 전과가 6.6범이라는 점을 감안하면 이해가 갈 수 있다고 봅니다.

2-5. 여기에서 한 가지 덧붙인다면, 피보호감호자들이 출소한 이후 재범을 하는 것은 대부분의 책임이 보호감호 처우의 문제점에 기인하는 것이기는 하겠으나, 결국은 출소자 본인들과 그들을 받아들이는 우리 사회 전체의 책임이기도 하다는 점을 잊어서는 안 된다는 점입니다. 보호감호제도의 책임을 회피하고자 하는 것이 아니라 범죄자의 재범방지 및 사회복귀의 문제는 사회 전체가 나서야 해결될 문제라는 점을 지적하고자 하는 것입니다. 일각에서는 감호소 내에서 기능사자격 등을

따서 사회에 나가보았자 취직을 위해서는 도움이 되지 않는다는 피보호감호자의 이야기를 거론하여 보호감호제도의 실효성을 공격합니다. 맞습니다. 그러나 우리가 운전면허를 취득한 경우와 비교해 보는 것도 한 방법이라고 할 수 있습니다. 운전면허를 취득했다고 해서 즉시 서울 시내에서나 고속도로에서 차를 운전하고 다니지 못합니다. 일정한 기간 시내 연수도 받고 다른 사람의 경험담도 듣고 때로는 조수 노릇도 하는 등 애를 써야 초보운전 딱지를 달고 운전을 합니다. 그래도 서툴러서 누구나 초기에는 크고 작은 사고를 내는 것이 일반적입니다. 이때 누가 그 운전면허가 소용이 없다고 합니까? 마찬가지로 자격증 자체가 취직을 보장하는 것이 아니라, 출소 후 본인으로서 그것을 토대로 굵은 일부터 시작해서 숙련도를 높이려는 인내와 노력이 필요하고, 초보운전자를 피해가거나 격려하는 시민정신처럼 출소자를 이해하고 도와주는 성숙한 시민의식이 있어야 비로소 재범율도 낮추고 고질적이고 상습적인 범죄자를 조금이라도 줄일 수 있는 것 아니겠습니까. 그만큼 보호감호를 비롯한 범죄자 문제는 사회 전체의 여건을 성숙시켜야 할 문제이지 단순히 보호감호제도라든지 보호감호소의 처우만이 문제의 근원이라고 생각하는 사고방식은 타당하지 않다는 것입니다.

2-6. 다음으로 보호감호소에 수용중인 피보호감호자의 대부분인 70% 이상이 절도관련죄라는 지적에 대하여는 그들은 대부분 조직 소매치기범이나 흉기·절단기 이용 주거침입절도 등으로 단순절도죄를 범한 사람들이 아니라는 점을 명백히 하고자 합니다. 그들은 단순한 줌도둑이나 생계형 절도범이 아니라 여러 차례 형벌을 받고도 계속 범죄를 저지르는 조직적 소매치기나 전문적 절도범이라는 말씀입니다. 폐지론자

들은 절도죄가 무슨 위험성이 있느냐고 묻습니다. 물론 단순절도죄, 예컨대 상점에서의 소매 물건 절도나 쉽게 접근할 수 있는 곳에서 남의 눈을 속이고 훔치는 정도의 절도에 대해서는 그렇게 지적할 수 있습니다. 그러나, 보호감호의 대상이 되는 절도는 그런 유형이 아닙니다. 주거침입을 전제로 하는 절도나 흉기를 소지한 절도, 또는 조직적 소매치기범들과 같이 전문적·조직적 절도범죄자들이 85%를 상회합니다. 이들은 피해자에게 발각되거나 피해자가 반항하는 경우 언제든지 강도로 돌변하는 위험한 범죄자들이라고 아니할 수 없습니다. 또 이러한 범죄의 피해자는 주로 서민들입니다. 그래서 피해액이 비교적 적고 마치 경미한 범죄인 것처럼 인식이 되고 있는 것입니다. 시내버스나 지하철을 이용하는 서민들의 지갑을 털다 보니 피해액은 5만원 내지 10만원 수준이 되는 것입니다. 우리는 1970년대와 80년대초 소매치기들이 극성을 부리던 상황을 기억합니다. 그러나 지금은 그렇게 심각한 수준은 아닙니다. 왜 그럴까요? 조직적 소매치기들의 대부분이 보호감호소에 수용되어 있고 또 보호감호 대상이 되는 소매치기 전과자들이 합부로 범죄를 저지르지 못하고 있기 때문입니다. 이런 것들이 통계로는 설명할 수 없는 보호감호제도의 효과라고 생각합니다. 참고로 외국의 예를 들어 보면, 덴마크 등 북구제국에서의 보안감호 대상자들도 대부분 상습절도 범죄자들이고, 독일의 경우에도 대상자의 8.2%가 절도범이라는 점을 말씀드립니다.

2-7. 피보호감호자들은 대부분 범죄전력이 많은 사람들입니다. 전과별로 구분해 보면 전과 6~7범이 36.8%, 8~9범이 16.8%, 10범 이상이 13.1%로 66.7%가 6회 이상 처벌을 받은 전력이 있습니다. 피보호감호자의 2/3가 전과 6범 이상이라는 말씀입니다. 이들은 이미 수 차례에

걸쳐 교도소 수형(受刑) 생활을 해왔고, 그럼에도 불구하고 재범에 이르렀기 때문에 보호감호처분을 받게 된 것입니다. 보호감호가 그들을 가족 및 사회로부터 격리시키고 절연시키는 것이 아니라 그들 대부분은 범죄를 저지르고 수 차례의 교도소 수용생활을 하는 가운데 이미 사회나 가족과의 유대관계가 단절되어 있는 것입니다. 즉, 대부분의 피보호감호자들은 감호소에 오기 이전에 이미 가정·사회와의 유대관계가 절연되어 있다는 말씀입니다. 그래서 어느 나라나 고질적 상습범죄자(habitual offenders)에 대해서는 마땅한 대책이 없어 고심하고 있는 것입니다. 고질적 상습범죄자에 대하여 보호감호제도를 갖고 있지 않은 나라를 소개해 보겠습니다. 미국의 예를 들어 보는 것이 이해가 쉽겠지요. 잘 아시는 바와 같이 미국에서는 여러 차례 범죄를 저질러 3회에 걸쳐 유죄판결을 받으면 최소한 25년 이상 무기징역까지 처하는 "삼진아웃제(three-strikes law)"라는 제도가 있습니다. 1994년에 주민 70%의 전폭적인 찬성으로 이 법을 가장 먼저 입법한 캘리포니아주의 경우 삼진아웃을 받은 사람들이 2000년 현재 5,000여명에 이르고 있다고 합니다. 이 5,000여명은 최소 25년의 징역을 살아야 하고 그들에 대해서는 가석방도 허용되지 않습니다. 그런데 그들의 약 70% 정도가 비강력(nonviolent) 범죄라고 합니다. 미국에서의 강력범죄는 살인, 강도, 강간, 방화 등의 죄를 말하니, 비강력범죄의 대종을 이루는 것은 물론 절도관련 범죄가 아니겠습니까. 삼진아웃제의 실패를 들어 보겠습니다. 1995년에 K마트에서 153달러 상당의 비디오를 바지 속에 넣고 나오다 검거된 범죄자(전과 2범)에게는 징역 50년형이 선고되었고, 2000년에 골프숍에서 1,200달러 상당의 골프채를 훔치다 검거된 범죄자(전과 4범)에게는 징역 25년형이 선고된 바 있습니다. 물론 미국에서도 위헌시비는 있었고, 위헌심판 청구도 있었습니다. 그러나 금년 3월에 미국 연

방대법원은 위 두 사건과 관련하여 제기된 위헌심판청구사건에 대하여 삼진아웃제는 연방헌법에 위반되지 않는다는 합헌판결을 한 바 있습니다. 우리에게 시사하는 바가 적지 않으리라고 생각합니다.

III. 변명과 반성

3-1. 그러나 이렇게 말씀드리려고 하여 현행 보호감호제도의 운용이 모두 잘 되고 있었다고 말씀드리려는 것은 아닙니다. 우리 현행 보호감호제도의 운영은 분명히 보호감호제도의 이상에는 미치지 못하는 것이 사실이라고 자인합니다. 그러나 그렇다고 하여 또 현재의 보호감호제도가 비판론자나 폐지론자들이 주장하는 바와 같이 반인권적이고 반문명적인 제도는 아니라고 감히 단언하고자 합니다. 보호감호제도를 비롯한 모든 사법제도는 다른 제도와 마찬가지로 그 사회의 일반적 수준과 비례하고 있다고 생각합니다. 현재 범죄자가 아닌 실업자, 노숙자, 고아, 장애인 등을 수용하는 다른 복지시설도 예산 사정 등으로 여러 가지 어려움을 겪고 있는 현실에서, 보호감호제도의 이상만을 좇아 막대한 예산을 들여 보호감호소의 시설이나 운영 및 처우를 실업자나 노숙자 등의 경우보다 현저히 높게 하거나 초현대식으로 할 수는 없는 노릇입니다. 이러한 측면에서 보호감호제도의 개선방향은 혁신적이기는 하지만, 적절한 수준에서 제한될 수밖에 없으리라고 생각합니다.

3-2. 어떻든 현재의 보호감호제도에는 개선이 필요한 부분이 많이 있습니다. 이 부분에 대해서는 부인하지 않겠습니다. 그런데 이러한 문제점들이 이제까지 지속적으로 지적되어 온 것임에도 그동안 근본적인 검토가 없었다는 점에 대해서는 자괴감을 느낍니다. 저로서는 그 근본원

인이 현재와 같은 보호감호제도가 제도 운영 및 가출소심사는 보호국에서, 시설의 운영 및 피보호감호자 수용관리는 교정국에서 각 담당하는 이원(二元) 체제에 있다고 생각합니다. 실제로 수용관리를 하는 측의 의견과 애로사항이 제대로 전달되지 않았고, 그들의 위기감을 본부 차원에서 피부로 느끼지 못한 것이 그 원인이 아닌가 생각하는 것입니다. 그래서 이러한 문제점을 해결하기 위하여 이를 보호국으로 일원화(一元化)하기로 하는 과감한 결정을 한 것입니다. 이 결정은 쉽지 않았습니다. 적정한 시설부지의 선정·매입과 차질 없는 시설의 신축 상의 어려움, 중범죄자에 대한 시설 운영 경험의 부족, 향후 인력관리의 애로 등은 확고한 신념과 끊임없는 노력이 필요한 일이라고 생각합니다. 이런 문제 때문에 그동안 보호감호소의 운영을 시설 운영의 경험이 많은 교정국에 맡겨 놓았고, 보호국에서는 감히 이를 인수하려고 할 수가 없었던 것이라고 생각합니다. 물론 보호감호소의 운영주체를 보호국으로 바꾼다고 하여 일시에 모든 문제가 해결되리라고 생각하지는 않습니다. 지속적으로 문제점을 발굴하고 개선하려는 노력을 기울여야 할 것으로 생각합니다. 저로서는 많은 어려움이 예상되지만 최선의 노력을 경주할 생각입니다.

IV. 개선방안에 대하여

4-1. 저희는 최근에 보호감호제도 혁신방안을 발표한 바 있습니다. 이미 보도는 되어 잘 알고 계시겠지만, 그 골자를 다시 말씀드리면 먼저 사회복지법을 개정하여 보호감호기간을 법관이 사실상 정하도록 하면서 본인이 가출소심사 신청을 할 수 있도록 할 예정입니다. 또 대도시 공단 인근 지역에 감호소를 신축, 이전하고, 사회친화적(社會親和的)

처우를 실시하며 맞춤형 사회복지 프로그램을 운영하겠다는 것입니다. 즉, 보호감호의 기간을 다소 단축하고 피보호감호자들이 조기에 사회에 복귀할 수 있도록 사회친화적 처우를 실시하겠다는 것이 골자입니다. 저로서는 그 중에서도 가장 중요한 것이 대도시 공단 인근지역으로 소규모의 시설을 신축하여 이전하는 것이리라고 생각합니다. 현재의 보호감호소에서 제기되는 대부분의 문제들이 보호감호소가 청송이라는 오지에 소재하고 있는 데서 기인한다고 저는 믿습니다. 보호감호소가 대도시 공단 인근지역에 있어야 외부 통근작업도 가능하고 작업물량의 확보도 용이하게 되어 작업상여금도 충분히 지급할 수 있고 또 직업훈련의 숙련도도 높일 수 있다고 생각되기 때문입니다. 결국 피보호감호자의 사회복지 가능성을 상당히 높일 수 있게 되는 것입니다. 또 피보호감호자들의 출소 후 사회복지를 지원하는 일도 보다 용이하게 될 것으로 생각합니다. 따라서 이 점에 대하여 총력을 다하여 실현시키고자 합니다. 개선방안은 보호감호제도의 이상형에 가장 근접하는 방안이고 또 저로서는 실현가능성이 충분하다고 확신하고 추진하고자 합니다. 그밖에 처우 면이나 시설 면에서의 개선방안에 대해서는 폐지론자들 사이에서도 대체로 이견이 없는 것으로 알고 있습니다만, 다양한 의견을 충분히 참고하여 가족이나 사회에서 유대가 절연된 피보호감호자들에게 실질적인 도움이 되는 방향으로 개선될 수 있도록 최선의 노력을 경주할 예정입니다.

4.2. 그런데 사회복지법의 개정문제에 대해서는 많은 의견이 제기되고 있는 것으로 알고 있습니다. 사회복지법의 개정에 대해서는 열린 자세로 임하고자 합니다. 저로서는 현재 우리나라의 범죄상황에 비추어 보호감호 대상자가 너무 많다고는 생각하지 않으나, 혹시라도 있을

수 있는 억울한 사람이 나오지 않도록 그 요건을 엄격하게 하거나 감호기간의 상한(上限)에 일부 제한을 두는 방법 모두 수용할 수 있다고 생각합니다. 제법의 위협성 이외에도 '비례(比例)의 원칙'이나 '사회에 대한 현저한 위협성' 등을 요건으로 지적되기도 합니다. 사실은 이러한 요건들이 현재의 사회복지법 아래서도 적용이 되고 있다고는 생각합니다만 이를 명문으로 규정하는 것도 좋은 방법으로 생각됩니다.

4.3. 또한 형벌과 보호감호를 같이 선고하되 형벌이나 보호감호 양자 중 일부를 먼저 집행하고 그 집행기간을 형기나 보호감호집행 기간에 산입해 주는 등 형태의 대체주의(代替主義)도 논의가 가능한 것이라고 생각합니다. 그러나 대체주의는 보호감호의 상한이 폐지되어야 가능하다고 생각합니다. 대체주의를 도입하는 방안도 여러 가지가 있겠으나, 형벌과 보호감호 중 기간이 장기인 것을 먼저 집행하는 방안이 주장되고 있습니다. 현재와 같이 7년의 상한을 유지하면서 이런 방식을 취한다면 결국 강도, 강간 등 강력범죄보다는 상습절도 범 죄자가 불리하게 될 가능성이 많습니다. 왜냐하면 절도의 경우는 비교적 형기가 짧기 때문에 형기를 초과하는 보호감호를 집행하게 되는 반면 강력범들은 장기형을 선고받을 확률이 높아 사실상 보호감호가 면제되는 경우가 많을 것이기 때문입니다. 즉, 절도의 경우에는 형과 보호감호를 중복하여 집행하는 결과가 되고, 강력범의 경우에는 형만을 집행하는 결과가 나타날 것이라는 말씀입니다. 보호감호제도의 취지를 살리기가 쉽지 않을 것으로 보입니다. 독일의 경우와 같이 보호감호의 상한을 폐지하거나 기간을 연장할 수 있게 된다면 보호감호기간에 형기를 산입하는 방안이 가능하게 될 것입니다. 신중한 검토가 필요하겠습니다.

44. 그런데 여기에서 한 가지 지적하고 싶은 것은 외국의 입법례나 제도를 소개할 때에 우리나라 제도와 비교하는 것은 좋으나, 어느 쪽이 앞섰거나 좋다고 하는 판단은 신중한 검토를 요한다는 점입니다. 어느 제도이든지 그 제도는 그 나라의 사회·문화·경제적 환경에 따라서 유사하면서도 다른 모습으로 시행되게 마련이기 때문입니다. 폐지론자들도 독일의 제도와 우리 제도를 비교하는데, 비교를 하면서 마치 모든 면에서 독일의 제도가 옳거나 앞선 제도로 소개하는 듯한 인상을 받았습니다. 그러나, 꼭 그렇지는 않습니다. 물론 독일의 경우 요건이 엄격한 것은 좋으나, 독일에는 우리나라에서 위헌적인 것이라고 크게 비난받고 폐지된 필요적 보호감호제도가 있습니다. 물론 그 요건에서는 다소 차이가 있겠지요. 그리고 보호감호 기간의 상한이 없었습니다. 종전에는 보호감호 기간의 상한을 10년으로 규정하고 있었으나, 1998년 법개정에 의하여 상한이 폐지되고 다만 10년이 경과한 때에 보호감호를 계속할 필요가 있는지 여부를 심사하도록 하고 있습니다. 반면 우리나라는 필요적 보호감호는 폐지되었고, 보호감호 기간의 상한이 7년에 불과합니다. 또 대상자가 소수라고는 하나 독일에서는 보호감호를 교도소내의 중구금 시설에서 집행하고 있습니다. 이렇게 볼 때 어떻게 독일의 보호감호가 무조건 모든 면에서 앞선 제도라고 할 수 있겠습니까. 대상자가 소수라고 하는데, 그 나라의 범죄유형이나 발생건수, 사회적 우려의 대상이 되는 범죄의 유형 등등을 종합적으로 판단해 보아야 할 것입니다. 또 미국의 경우에는 보호감호제도가 없이도 범죄가 잘 통제된다고 생각하는 분들도 있습니다. 그럴까요? 미국의 경우에는 범죄에 대한 형벌제도가 우리나라와는 근본적으로 다릅니다. 우리는 여러 건의 범죄를 저지른 경합범의 경우 가장 중한 죄의 정한 형에 1/2을 가중하도록 규정하고 있습니다. 그래서 수십 건의 범죄를

저지르더라도 형벌은 기껏 2~3년의 징역형에 그치는 것이 대부분입니다. 형의 하한(下限)을 가중하여 높이는 것이 아니라 상한(上限), 즉 장기(長期)만을 가중하는 제도이기 때문에 그렇습니다. 이러한 문제는 누범(累犯)의 경우에도 마찬가지입니다. 그러나 미국의 경우에는 그렇지 않습니다. 형기를 모두 합산합니다. 그래서 징역 150년, 200년의 형이 선고되기도 합니다. 실제로 몇 해 전에 미국에서 강간 등 범죄를 저지르고 한국으로 도망와 범죄인인도 절차에 따라 미국으로 송환된 재미교포 청년에 대해 선고된 형은 161년의 징역형이었습니다. 그런데 미국에서는 이것으로도 모자라 앞서 말씀드린 “삼진아웃제”를 시행하고 있습니다. 이것을 미국식 보호감호제라고 하면 잘못일까요? 이렇게 봐도 우리 보호감호제도가 그렇게 문제가 많은 것입니까. 진지한 성찰이 필요하다고 생각합니다.

44. 다소 빛나갔습니다만, 법개정문제에 대해서는 여러 나라의 입법례를 참고하는 것은 좋은 방법이나, 이를 피상적으로 훑어보고 결론을 내리는 식이 아니라 그 나라의 사회·경제·문화적 환경과 아울러 범죄현상에 이르기까지 심도 있는 연구를 거쳐 참고하고 우리나라의 현실에 적합한 방향으로 결론을 이끌어야 할 것입니다. 앞으로 세미나와 공청회를 비롯한 여러 기회를 통하여 법개정 방향에 대한 광범위한 의견을 수렴하여 가장 합리적인 방안을 만들어내도록 하겠습니다.

V. 글을 맺으며

5-1. 결론적으로, 범죄에 대한 국가의 대응방법은 다양하여야 하고 어떠한 범죄나 어떤 범죄자에 대해서도 충분한 대응력이 있어야 한다고

생각합니다. 사형제도에 대해서도 폐지론이 강력히 제기되고 있지만 이를 폐지할 수는 없는 것입니다. 국가의 범죄 대응력의 다양성 때문입니다. 우리는 지난 5년 동안 사형을 선고하고도 단 한 명도 사형을 집행한 일이 없습니다. 그러나 사형제도는 의연히 존재하고 효력을 발휘하고 있습니다. 사형제도의 위하적(危嚇的) 효과와 아울러 최악의 범죄에 대한 최후의 수단으로서 엄연히 존재하고 있는 것입니다. 마찬가지로 고질적 상습범에 대하여 보호감호제도는 필요한 것입니다. 고질적 상습범에 대해서는 보호감호제도가 보안처분인 동시에 부차적 효과로서 위하적 효과를 지니고 있기 때문입니다. 조직폭력의 소강상태나 조직적 치기배의 소강상태 등은 눈에 보이지 않는 보호감호제도의 효과입니다. 국가가 고질적 상습범에 대하여 오로지 형벌 이상의 아무런 수단도 갖고 있지 못하다면 무슨 결과가 나타나겠습니까.

5-2. 보호감호제도가 폐지된다면, 과거 사회보호법 개정에 따라 가출소를 대폭 확대하여 일시에 다수의 피보호감호자를 석방하자 야간주거침입절도와 폐강도가 횡행하여 사회를 불안에 떨게 하였던 것처럼 고질적 상습범죄자들의 격증과 조직범죄의 횡행은 불을 보듯 훤히 예측되고 있습니다. 이때 뒤늦게 보호감호제도의 필요성을 느낀다고 하여 다시 부활시킬 수 있겠습니까. 저로서는 불가능하다고 봅니다. 오히려 과거 범죄와의 전쟁을 부르짖던 시절처럼 사형제도가 확대되고 법정형을 대폭 상향하는 특별법의 제·개정이 줄을 이을 것입니다. 보호감호제도가 나름대로 막고 있었던 '형벌의 인플레이션 현상'이나 사형과 같은 가혹한 형벌의 확대가 그 해답이 될 수밖에 없을 것입니다. 몇 년 전에도 우리나라에서 강력범죄가 급증하자 그 대책의 일환으로 연구대상이 된 것이 미국의 '삼진아웃제(three-strikes law)'였습니다. 결국 이를 도

입하지 아니한 이유 중의 하나가 현재의 보호감호제도라도 그러한 기능을 충분히 할 수 있다는 점이었습니다. 앞으로 보호감호제도가 폐지된 후 그 기능을 담당할 제도로써 예상되는 해결방안이 이런 것들이 아니겠습니까. 폐지론에 대한 신중한 검토가 필요하다고 생각합니다.

5-3. 마지막으로 언급할 것은 일각에서는 보호감호 제도가 마치 우리나라에만 있는 반인권적 제도라고 주장하고 있습니다만, 보호감호제도는 앞서 본 바와 같이 독일을 비롯하여 덴마크, 노르웨이, 벨기에, 이태리, 스페인 등 대부분의 유럽국가에서 시행되고 있는 제도입니다. 폐지론을 주장하기에 급급하여 사실을 왜곡하는 것은 옳지 못합니다. 또한 폐지론자들은 보호감호와 같은 보안처분을 폐지한 나라들이 많다고 하면서 프랑스와 스웨덴의 예를 들고 있습니다만, 제 소견으로는 이는 적절치 못한 예라고 생각합니다. 먼저 1970년 및 1981년에 보안감호제도를 폐지하였다는 프랑스의 경우를 예로 들어보겠습니다. 프랑스는 과거에 상습범죄자에 대한 보안처분으로서 식민지유형(relégation)을 실시하였습니다. 이는 중죄로 두 차례 형벌을 선고받은 상습범죄자들에게 징역형의 집행이 종료된 후 식민지에 유배하여 종신구금을 하는 처분이었습니다. 이 식민지유형이 식민지의 소멸로 불가능해지자 형사후견제도(tutelle pénale)로 바뀌면서 1970년에 폐지된 것입니다. 이 형사후견제도는 식민지유형의 대상이 된 범죄자를 국내에 수용하거나 보안관찰을 실시하는 것으로 이것도 1981년에 폐지되었습니다. 프랑스의 식민지유형이나 형사후견제도는 부가형적 성격을 가지는 제도로 전통적 보안처분과는 다소 성질을 달리하는 것이라고 할 수 있습니다. 그리고 스웨덴의 경우는 1962년 형벌과 보안처분 일원주의를 실현한 형법의 개정으로 1965년부터 형벌과 보안처분이 일원화되어 양자의 구별

이 없습니다. 감치(internment)라는 처분(스웨덴에서는 형벌·보안처분을 포괄하는 상위개념으로 「paföljd」 <효과 또는 제재>라는 용어를 쓰고 있습니다)이 보안처분과 비슷한 처분입니다만, 이것이 폐지되더라도 다른 형태의 시설내 처분으로 대체되었을 것으로 생각합니다. 이는 우리와 같이 이원주의(二元主義)를 취하는 국가와 비교하기는 어려운 예이고, 또 무엇이 폐지되어 어떻게 변화되었다는 것인지 구체적인 자료 제시가 없어 그 신빙성이 의심스럽습니다.

5-4. 어쩌든 오늘의 이 논의가 사회보호법의 장래를 위해서는 매우 좋은 계기가 되리라고 생각합니다. 그러나, 범죄에 대한 국가의 대응능력을 함부로 약화시키는 것은 타당하지 않습니다. 잠재적인 피해자인 대부분의 선량한 국민에 대해서도 깊은 관심을 가져야 합니다. 보호감호제도의 문제는 결국 잠재적 피해자를 상징하는 사회의 보호와 고질적 상습범죄자들의 인권이라는 두 가지 문제를 균형 있게 해결하는 방향으로 검토되어야 한다고 생각합니다. 가족이 없고 직업이 없는 피보호감호자들에 대한 실질적 보호차원에서도 검토될 필요가 있습니다. 이 점에 대한 진지한 검토와 현명한 판단을 기대합니다.

세미나 자료

우리나라 보호감호제도의 현황과 개선방향

- 보호감호제도 세미나 -

일 자 : 2003년 7월 1일(화) 13:00~17:20

장 소 : 한국교원단체총연합회관 2층 대회의실

한국형사정책연구원

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

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

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

감사합니다.

2003. 7. 1.

한국형사정책연구원

원장

이재홍

세미나 일정

13:00~13:30 등 록

13:30~13:40 개 회 사 (한국형사정책연구원장)

사 회 : 신 의 기 (한국형사정책연구원 연구실장)

13:40~14:20 제1주제 : 사회보호법의 문제점과 개선방향 9

발 표 : 김 일 수 (고려대학교 법학과 교수)

14:20~14:30 휴 식

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

발 표 : 심 희 기 (연세대학교 법학부 교수)

토 론 : 하 태 훈 (고려대학교 법학과 교수)

김 석 우 (서울지방검찰청 남부지청 검사)

이 상 희 (법무법인 한결 변호사)

김 혜 정 (한국형사정책연구원 부연구위원)

15:50~16:00 휴 식

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

발 표 : 장 규 원 (원광대학교 경찰행정학과 교수)

토 론 : 김 인 겸 (서울고등법원 판사, 국회파견)

조 국 (서울대학교 법학과 교수)

김 영 부 (청송 제2보호감호소 분류심사과장)

송 문 호 (대구 가톨릭대학교 법학부 교수)

제1주제

사회보호법의 문제점과 개선방향

김 일 수

(고려대학교 법학과 교수)

사회보호법의 문제점과 개선방향

김 일 수

(고려대학교 법학과 교수, 법학박사)

I. 서론

주로 사회보호법(1980.12.18 법률 제 3286호)에 의한 보안처분이 본격 도입된 지도 벌써 20여년이 훨씬 넘었다. 20여년이 지난 지금, 보안처분에 대한 대차대조표를 통해 이른바 형사제재의 이원체계에 대한 종합적인 평가가 필요해 보인다. 보호감호소를 거쳐 온 사람들과 현재 청송보호감호소에 수용된 피보호감호처분자들은 대부분 보호감호처분이 형벌보다 더 수용하기 어려운 제도라는데 인식을 같이 하고 있다. 헌법재판소의 합헌결정¹⁾과 대법원 판결²⁾ 그리고 여러 번의 사회보호법 개정³⁾에도 불구하고 많은 연구가들도 자유박탈적 보안처분 중 특히 보호감호처분에 대해서는 비판적 시각을 갖고 있다.

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

1) 헌재 88헌기5, 88헌기44 병합결정; 헌재 89헌기86; 헌재 92헌바28.

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

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

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

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

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

II. 사회보호법 상의 보안처분과 그 특성

1. 일반론

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. 보호감호

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

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

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

3. 치료감호

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

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

4. 보호관찰

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

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

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

III. 사회보호법상 보안처분의 문제점

1. 보호감호처분의 문제점

(1) 이중처벌의 문제

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

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

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

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

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

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

(2) 부정기화의 문제

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

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

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

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

(3) 재범위험과 가출소조건 판단의 어려움

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

더 나아가 합리적인 형사정책을 고려함이 없는 우리나라의 형사사법에서는 누범

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

11) 배종대, 앞의 글, 66면 이하.

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

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

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

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

(4) 그 밖의 문제점

중요한 논점 중 하나는 <상습범의 상습성은 본래 정신의학적·심리학적 치료의

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

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

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

2. 치료감호처분의 문제점

치료감호처분에서 심각하게 문제되는 점은 첫째, 절대적 부정기처분이라는 점이
언제 끝날지도 모르는 치료기간을 수용기간으로 예정해 놓은 상태에서는 피치
료감호처분자가 자신의 확고한 의지로 스스로의 치유노력을 경주하기 더욱 어려워
진다. 모든 치료의 승패는 치료자와 환자(수용자)의 개인적인 신뢰관계에 달려있
고 해도 지나친 말은 아닐 것이다. 수용자에게 동기부여를 하기 힘든 절대적 부정
기처분 하에서 수용시설의 치료종사자들과 수용자 사이의 교육·개선적인 대화나
정신적인 접촉은 그만큼 더 어려워질 수밖에 없을 것이다. 이 같은 소원한 인간관
계가 장기화할수록 수용자들은 자신의 처지를 스스로 치유하여 개선상태로 나아가
기보다는 자신을 운명에 내맡긴 채 자포자기상태에 빠질 확률이 높아진다.¹⁶⁾

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

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

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

둘째, 치료감호처분과 수용시설의 미분화 문제이다. 현행 사회보호법은 치료감호
의 대상으로 정신장애자군(제8조 1항 1호)과 마약습벽·중독자군(제8조 1항 2호 전
단)과 알코올습벽·중독자군(제8조 1항 2호 후단) 세 부류를 포함하고 있다. 여기에
서 정신장애자군에 대한 치료감호처분은 외국입법례에서도 흔히 있는 일이지만, 마
약·알코올중독자에 대해서는 이와 구별되는 금절시설에 수용하는 교정처분이 행해
지고 있다.¹⁷⁾ 이러한 제도 자체의 세분은 치료·교정과정의 전문성을 높고, 그 교정
·개선효과를 높일 수 있다. 이 점에서 사회보호법상 보안처분은 더욱 세분화·전
문화가 필요하다 하겠다.

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

3. 보호관찰처분

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

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

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

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

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

IV. 사회보호법의 입법정책과 그 개선방향

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

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

서도 '보호관찰은 3중 형벌'이라는 언급이 있다.

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

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

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

입법정책적으로 폐지가 아니라 개선이라면 중요한 과제는 그 개선방향에 있다.

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

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

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

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

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

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

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

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

V. 결 론

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

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

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

제2주제

현행 보호감호제도의 문제점과 개선방향

심희기
(연세대학교 법학부 교수)

현행 보호감호제도의 문제점과 개선방향

- 隱蔽된 無力化 戰略과 直觀的인 未來豫測의 苛酷性 -

심 희 기

(연세대학교 법학부 교수)

I. 문제제기

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

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

II. 보호감호에 관한 '관념적 본질론'의 비논리성 비판

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

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

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

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

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

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

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

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

III. '관념적 본질론' 속에 은폐된 '무력화 전략'

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

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

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

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

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

과 같이 될 것이다.

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

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

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