

現 行 保 安 處 分 制 度 의 正 當 性 에 관 한 研 究

孫 徠 權

(建國大學校 法科大學 教授)

< 目 次 >

I. 序 論	2) 比例性의 原則(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)
II. 保安處分의 正當性	III. 우리나라 保安處分制度에 대한 檢討
1. 견해대립	1. 사회보호법상의 보안처분
(1) 正當性否認論	(1) 내용의 요약
(2) 正當性認定論	(2) 正當性의 평가
2. 保安處分의 前提條件	2. 保安觀察法의 保安觀察制度
(1) 違法行爲의 存在	(1) 내용의 요약
(2) 危險性의 存在	(2) 正當性의 평가
(3) 補充性의 原則과 比例性의 原則	IV. 結 論
1) 補充性의 原則(Subsidiaritätsprinzip)	

I. 序 論

형사제재의 종류에는 크게 형벌과 보안처분이 있다. 형벌은 인간의 자유의사에 기초한 책임을 전제한 것이고 또한 죄형균형사상에 입각한 책임원칙이 법치국가적 자유보장원리로서 형법이론의 기초를 이루고 있다. 그러나 책임원칙의 제한을 받는 형벌만으로써 변동된 사회의 범죄문제에 대한 해결책이 될 수 없다. 특히 사회의 급격한 공업화·도시화에 따라 범죄의 질과 양에 급격한 변화가 일어났고 누범·상습범의 격증에 대해서는 책임상당적 형벌만으로는 부족하였다. 또한 책임능

력을 결한 정신질환범죄자의 사회적 위험성에 대해 사회방위를 위한 합목적적 강제조치는 필수불가결한 요청이 되었다. 더욱이 알코올·마약중독자와 같이 형벌의 개선적 효과나 위하적 효과에 부적합한 사람들에게는 새로운 위험제거수단이 필요하게 되었다. 이리하여 특별히 위험한 행위자로부터 사회를 방위하기 위한 합목적적 강제조치로서 형벌을 보충 또는 대체하는 제재수단이 요청되었다. 이 제재조치가 바로 보안처분이다.¹⁾

독일의 경우 보안처분은 형법전에 규정되어 있다. 1973년 10월 1일부로 시행된 제2차 개정형법에 의하여 독일 형법 제61조에 규정된 보안처분의 종류는 크게 자유박탈적 보안처분과 자유제한적 보안처분의 2종으로 되어 있다. 전자에 속하는 것이 정신병원예의 수용(Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus), 중독치료시설예의 수용(Unterbringung in einer Entziehungsanstalt), 사회치료교정시설예의 수용(Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt) 및 보안감호(Sicherungsverwahrung)이고, 후자에 속하는 것이 보호관찰(Führungsaufsicht), 운전면허의 박탈(Entziehung der Fahrerlaubnis) 및 직업금지(Berufsverbot)이다. 이 중에서 사회치료교정시설예의 수용은 그 실시시기가 두번에 걸쳐 연기되었다가 궁극적으로 행형법개정법률(StVollzÄndG) 제2조에 의하여 폐지되었다.²⁾ 그러나 우리나라 형법에는 형사제재로서 형벌(우리 형법상에서는 사형, 징역, 금고, 자격상실, 자격정지, 벌금, 구류, 과료, 몰수 내지 추징)만이 규정되다가 보호관찰, 사회봉사명령 및 수강명령이 추가되었다. 그리고 현재 보안처분은 특별형법의 형태로 규정되어 있다. 현재 우리나라에서 대표적인 보안처분법으로는 누범 상습범에 대한 형벌 이외의 보호감호처분, 심신장애와 알코올중독 내지 마약중독의 범죄자에 대한 치료감호처분, 보호감호소와 치료감호소로부터 가출소된 자에 대한 보호관찰이라는 보안처분을 규정하고 있는 사회보호법을 들 수 있다. 그리고 위험한 사상범죄자에 대한 보안처분법이라는 명목으로 제정되어 실현된 것으로는 1975년 제정의 (구)사회안전법이 있었다. 그런데 동 법률은 과거 사상범죄자로 형집행을 종료한 자에 대해서 법무부장관이 행정처분으로 당시 청주 보안감호소에 강제수용까지 할 수 있게 하였다. 그러나 동 법률은 악법으로서 그 이후 폐지되고 그를 대체하여 제정된 것이 현재의 보안관찰법이다. 즉 보안관찰법은 구금시설에 강제수용까지 할 수 있었던 사회안전법을 폐기하고 보안관찰이라는 사회 내 처우만을 내용으로 하는 대체

1) Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., S. 83; 이재상, 형법총론, 45/1; 손동권, 형법총칙론, 41/1

2) 이에 대한 자세한 소개로는 줄고, 독일의 보안감호에 대한 연구, 법무부 법무자료 167집, 1992, 35면 이하

법률로서 제정된 것이다. 그런데 형벌은 물론이고 보안처분의 형사제재에서도 범죄 예방의 필요성은 물론이고 법치국가적 정당성이 갖추어져야 한다. 즉 범죄예방의 필요성과 법치국가적 정당성의 문제는 별개의 것이다. 우리나라의 사회보호법, (구) 사회안전법 및 보안관찰법이 범죄예방의 필요성에서 입법화된 것은 틀림없다. 그런데 상습범에 대해서는 형법이 형벌을 가중하는 것에 더하여 사회보호법이 보호감호 처분을 또 다시 부과할 수 있도록 한 것, (구) 사회안전법 및 (현) 보안관찰법이 법관에 의한 사법심사 없이 법무부장관이 자유박탈 내지 제한의 처분을 부과할 수 있도록 한 것 등의 법 규정이 과연 법치국가적 정당성을 갖춘 것인가에 대해서는 매우 의심스럽다. 특히 우리나라 판례가 (구) 사회안전법 및 (현) 보안관찰법이 규정한 법무장관의 처분에 대해서도 그것이 과거의 범행에 대한 형벌과는 달리 행위자의 잠재적 재범위험성에 근거하여 부과하는 것이기 때문에 정당하다고 판시한 것은³⁾ 보안처분의 본질(필요성)과 그 정당성을 서로 혼동한 것이 아닌지가 문제된다. 이러한 문제점에 착안하여 아래에서는 보안처분의 정당성에 관한 이론을 먼저 상론하고 이에 기초하여 우리나라 보안처분제도에 대해 평가해 보고자 한다.

II. 保安處分의 正當性

1. 견해대립

보안처분은 형벌 못지 않게 개인의 자유를 박탈 또는 제한하는 것을 내용으로 하고 있으므로 그 자체를 정당화하기 위한 근거를 필요로 한다. 이에 대하여 보안처분, 그 중에서도 신체자유를 완전히 박탈하는 감호처분의 정당성에 대하여 이를 부정하는 견해와 그 정당성을 인정하는 견해의 대립이 있을 뿐만 아니라, 그 정당성을 인정하는 견해도 구체적 논거를 달리한다.

(1) 正當性否認論

감호처분의 정당성에 대하여 심각한 회의를 보인 학자는 독일의 H. Mayer이다. Mayer는 사회의 보안필요성을 위하여 자기의 자유가 상실되는 자는 다른 사람의

3) 판시내용은 본문에서 소개될 것임.

목적에 위한 단순한 수단으로 그 지위가 전락된다는 것이다. 따라서 원호 또는 교육의 의미를 가지지 않는 보안처분은 그 정당성이 부정되어야 한다고 주장하였다.⁴⁾ 즉, 인간을 사회로부터 제거하려는 모든 감호(jede aus der Gemeinschaft eliminierende Verwahrung)는 인간의 존엄성과 기독교적 박애사상에 배치되므로 폐지되어야 한다는 것이다. 다만 Mayer는 직업적 상습범에 대해서는 형벌의 가중을 통하여서 사회를 방위할 것을 제시하였다. 이에 반하여 선천적 소질에 의하거나 후천적인 사회환경의 영향으로 인하여 사회적응능력이 결여된 자에 대하여는 형의 가중과 감호처분의 어느 것도 선고되어서는 안 된다고 하였다. Hall도 상습범에 대한 감호처분의 정당성을 부정한 학자이다. 즉 “상습범에 대한 감호처분은 범죄인을 인간사회에서 추방하여야 할 해충(Schädling)으로 보는 것이며 인간을 개인으로서는 아니라 물건 또는 무용지물(unbrauchbares Material)로 취급하는 것이므로 그 정당성을 인정할 수 없다”는 것이다.⁵⁾ 다만 Hall은 상습범과는 달리 정신병자 또는 중독자에 대한 감호처분에 대하여는 환자를 위한 원호처분(Fürsorgemaßnahme)임과 동시에 보안의 목적도 달성한다는 점에서 그 정당성을 인정하면서 오히려 정신병자 또는 중독자에 대해서는 원호할 의무가 있다고 주장하였다.

생각건대, Mayer와 Hall이 감호처분, 특히 상습범에 대한 보안감호의 정당성을 부정한 이유로는 피감호자를 희망없는 자로 전락시키고 그를 무용지물로서 취급하는 제도로서 바라본데 있다. 그러나 오늘날 감호처분의 집행은 단순한 제거적 감호가 아니라 피처분자를 교육, 치료 및 원호하여 사회재복귀를 시키는 데에도 목적을 둔다. 따라서 감호처분이 피처분자를 단순히 목적물로 전락시킨다는 Mayer와 Hall의 보안처분에 대한 우려는 오늘날의 실체에 비추어 보면 설득력을 가지기 어렵다.

(2) 正當性認定論

Mayer와 Hall이 감호처분의 정당성을 부정한데 반하여 대부분의 학자들은 감호처분의 정당성을 인정한다. 그러나 학자에 따라 주장하는 근거는 다소 다르다. Welzel과⁶⁾ Bockelmann은⁷⁾ 그 근거를 대상자의 내적 자유의 결함에서 구한다. 즉

4) Mayer, Behandlung der Rezidivisten im deutschen Strafrecht, ZStW 80, S. 159

5) Hall, Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe, ZStW 70(1958), S. 55

6) Welzel, Lb, § 32 III

7) Bockelmann, Schuld und Sühne, S. 21 f.

그들은 “도덕적 자기결정에 의하여 형성된 내적 자유가 전혀 불가능한 자(정신병자) 혹은 나쁜 환경 습관 그리고 소질에 의하여 그것이 불충분한 자는 완전한 사회적 자유를 청구할 수 없으며 여기에 보안처분의 정당성이 있다”고 하였다. 그에 비하여 Sax는 보안처분의 정당성을 형법상의 정당방위이론에서 찾았다. 즉 “보안처분은 구체적인 개인의 자기결정과는 관련이 없기 때문에 필연적으로 행위자의 사회적 위험성에서 바라보아야 하고, 사회에 긴급한 위험성을 가져올 자는 필연적으로 모든 다른 인간외적인 사회파괴요소와 같이 명백한 사회파괴요소로서의 대상으로 취급되어야 한다”고 주장함으로써 보안처분의 대상자를 정당방위의 대상으로 보았다.⁸⁾ 그러나 Nowakowski는 이들의 견해에 대해 다음과 같이 비판하였다. 그는 “피처분자의 人的 性質 때문에 외적 자유에 대한 어떠한 청구를 가지지 못하는 사람이 있다는 견해는 오늘날의 법치국가적 법질서로부터 기대되는 가치형상 및 인간형상과 모순된다. 기본권을 가진 인간의 인격성은 그가 어떻게 존재하고 있고 어떠한 결함을 가졌나를 불문하고 모든 인간에 있어서 존중되어야 한다. 인간의 존엄과 기본적 자유는 직접적으로 인간존재로부터 결과한다. 이러한 가치와 권리의 주체로서의 모든 인간은 평등하다. 이러한 근원적이고 불가피한 인격가치의 평등 위에서 문화국가적 법체계가 세워지는 것이다. 따라서 특정한 사람에 대한 기본권의 제한을 그의 인격의 특성에 편들 수 없다는 데에 근거하는 것은 잘못이다. 또한 외적 자유를 청구할 수 없는 사람이 있다는 관념은 극단적인 위험한 편견이다”고 주장하였다.⁹⁾ 그는 Sax의 견해에 대해서도 “이는 보안처분의 대상자인 위험한 인간을 인간외적인 사회파괴요소와 동일시하여 법 침해자의 인격가치를 실체에 있어 경시하는 견해이다. 뿐만 아니라 피처분자의 위험성은 정당방위의 요건인 현재의 불법적인 침해와는 근본적으로 다른 것이다”고 비판하였다.¹⁰⁾ 결국 Nowakowski는 “보안처분은 합목적적인 형사정책상의 제도이고 보안처분은 바로 이러한 합목적성만에 의하여 정당화된다. 그러나 그것은 법질서를 이탈하는 방법에서 인간을 단순한 수단으로 전락시키는 것을 의미하거나 보안처분이 가치관계적 한계가 없어도 된다는 것을 의미하는 것은 아니다. 인간의 존엄과 가치는 보안처분의 한계가 되어야 한다”고 하여 국가의 합목적성을 위한 기본권제한의 내재적 한계의 측면에서 보안처분의 정당성을 바라보았다.¹¹⁾ Stree도 “개인의 자유권은 사

8) Sax, Die Grundrechte, Bd. 3, 1959, S. 965

9) Nowakowski, Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maßnahmen, in: Weber-FS, S. 108

10) Nowakowski, a.a.O., S. 109

11) Nowakowski, a.a.O., S. 120

회적 구속성을 내포하고 있다. 그러한 사회적 구속성이 내재되어 있는 자유를 범죄에 이미 남용하였고 앞으로 남용할 것이 예상되는 자에 대하여 사회가 그의 자유를 박탈하고 법질서를 유지하기 위하여 보안처분을 통하여 장래의 남용을 예방한다고 할지라도 이는 인간의 존엄과 가치를 침해하는 것은 아니다”고 하여 개인의 기본권 행사의 내재적 한계의 측면에서 보안처분의 정당성을 바라보았다.¹²⁾ 이러한 Nowakowski 내지 Stree의 견해가 보안처분의 정당성 이론으로서 가장 설득력이 있는 것으로 사료된다.

2. 保安處分の 前提條件

형법에서 의미하는 보안처분은 형사제재의 일종이다. 형사제재는 반드시 범죄행

위의 발생을 전제로 하여야 한다. 따라서 아무리 위험한 자라 할지라도 아직 범죄행위를 하지 않은 잠재적 범죄인에 대하여 보안처분을 가할 수는 없다. 그렇기 때문에 보안처분을 선고하기 위한 전제조건은 하나는 적어도 구성요건에 해당하고 위법한 범행(Anlaßtat)이 반드시 있어야 한다. 또 다른 전제조건은 행위자가 앞으로 재범을 범할 위험성이 있어야 한다는 것이다. 이것은 형벌과는 달리 장래의 재범위험성에 대한 대책으로서의 보안처분의 본질상 당연히 요구되는 요건이다. 이들 양자의 구체적 내용은 다음과 같아야 할 것이다.

(1) 違法行爲의 存在

보안처분의 선고를 위하여 위법행위의 존재를 요구하는 것은 2가지 의미가 있다. 그 하나는 형법상 조치의 연결점으로서의 의미이다. 즉 일정한 위법행위가 있을 때 비로소 형사사건의 범주에 들어오게 되고 이에 대한 형사제재의 하나인 보안처분의 간섭대상이 될 수 있다. 다음으로 위험성의 법적 징표로서의 의미이다. 즉 보안처분의 부과는 당해 피처분자의 위험성이 위법행위의 존재에 의해 확실히 외부적으로 징표된 경우에 가능하다. 따라서 위험한 사람에 의하여 범하여진 모든 범죄행위가 보안처분의 선고를 가능케 하는 것이 아니라 행위자의 위험성에 대한 법적 징표가 되는 행위만이 보안처분의 선고요건을 충족시킬 뿐이다. 그러므로 Nowakowski는 예컨대 부녀추행의 습벽을 가진 정신병자에 대하여, 그의 이러한

12) S./S./Stree, § 66 Rn. 3

나쁜 상태 및 성벽과 관계없는 재산범죄를 저질렀다는 이유로 수용처분에 과하여서는 안 된다고 하였다.¹³⁾

(2) 危險性의 存在

보안처분의 전제조건으로서의 행위자의 위험성에 대한 판단은 과거의 행위에 대한 책임의 판단과는 달리 미래에 대한 가정적 판단 즉 예측(Prognose)이다. 여기서 위험성의 대상은 행위자가 장래 형벌로서 처벌되는 행위를 범한 위험, 즉 재범의 위험을 말한다. 그 위험성의 정도는 재범의 확실성을 요하지 않고 그 개연성(Wahrscheinlichkeit)으로 족하다. 그러나 단순한 가능성(Möglichkeit)의 정도는 훨씬 넘어야 한다. 소송절차에 있어 이러한 개연성에 대한 법관의 심증형성은 확신의 정도여야 한다. 법관은 재범의 개연성에 대하여 확신의 심증을 얻지 못하고 "의심스러우면 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)"의 원칙을 적용하여야 한다. 위험성의 판단은 행위자의 인격과 그가 행한 행위에 대한 종합판단(Gesamtwürdigung)이다. 즉 위법행위 자체에서 비롯된 결과적 위험성뿐만 아니라 행위자의 인격으로부터 나온 위험성도 고려되어야 한다. 따라서 행위자의 출신, 가족관계, 교육정도, 초범년령, 행위유형, 범죄 이전의 사회생활, 행위자의 지능과 성격, 전과의 유무와 회수, 재범의 빈도 등은 위험성 판단에 있어서 중요한 의의를 가진다.

위험성에 대한 판단은 확정된 사실에 대한 진단이 아니라 불확정한 미래의 사실에 대한 예측(Prognose)의 성격을 갖고 있으므로 위험성 판단의 기준시기는 행위시기가 아니라 보안처분이 선고되거나 집행되는 시기가 되지 않을 수 없다. 형벌과 보안처분의 양자 중에서 보안처분이 먼저 집행된다면 법관은 위험성의 여부를 판결시를 기준으로 판단하면 되기 때문에 위험성판단의 시기에 대하여 특별한 문제가 제기되지 않는다. 그러나 다른 보안처분에 있어 예외적으로 형벌이 먼저 집행되는 경우와 반드시 형벌이 먼저 집행되는 경우(우리나라 사회보호법이 규정하는 상습범에 대한 보호감호처분의 경우)에는 위험성 판단의 기준시기가 판결시인가 또는 형벌의 집행종료시인가의 문제가 제기된다. 이 경우에 이론상으로는 보안처분은 형벌이 범죄예방을 위하여 불충분한 경우에 한하여 적용되어야 한다는 점에서 위험성의 존재는 형벌의 집행종료시를 기준으로 하여 판단하는 것이 당연하다. 그러나 형벌의 집행종료시를 기준으로 한 위험성의 판단은 법관으로 하여금

13) Nowakowski, a.a.O., S. 112

형벌의 집행이 행위자에게 어떠한 작용을 할 것이며, 형벌의 집행종료후에도 보안처분의 집행이 필요할 것인가를 보안처분의 선고시에 이미 예측하여야 하는데, 그러한 예측은 -특히 자유형의 장기적 집행이 있을 경우에는- 필연적으로 충분한 확실성을 거의 기대할 수 없게 된다. 법관에게 이러한 판단을 하게 하는 것은 그에게 지나친 부담을 주는 것이다. 그렇기 때문에 보안처분의 선고를 위해 요구되는 행위자의 재범 위험성에 대한 판단은 일단 선고시를 기준으로 하는 것이 타당하다. 다만 이 경우 야기되는 이론적 문제점은 독일 형법 제67조 c와 같은 규정에 의하여 다소 해소될 수 있다. 독일 형법 제67조 c의 제1항에 따르면 형벌이 먼저 집행되는 경우 집행법원은 형벌집행의 완료 이전에 처분의 목적이 수용을 여전히 필요로 하는지를 심사하여야 한다. 그리고 보안처분의 선고 후에 상당한 기간(기판력의 발생 후 3년)이 경과하여 이를 집행하게 될 때에도 동일하다(동조 2항). 독일에서는 이 규정에 따른 집행법원의 사후조치에 의해 선고시를 기준으로 한 위험성 판단의 결점은 다소 치유될 수 있다. 그러나 엄격한 증명절차를 거치는 심리법원에 의하지 않고 엄격하지 않은 절차를 거치는 집행법원(Strafvollstreckungskammer)에 의하여 이를 결정하도록 한 것은 피처분자의 보호에 만족스럽지 못하다는 비판이 제기되기도 한다.¹⁴⁾

(3) 補充性的 原則과 比例性的 原則

1) 補充性的 原則(Subsidiaritätsprinzip)

보안처분법에는 보충성의 원칙이 적용된다. 이에 의하면 더 경미한 처분으로도 행위자의 위험성으로부터 사회를 충분히 방위할 수 있다면 중한 보안처분을 과할 수 없다. 문제는 보충성의 원칙이 보안처분의 대체선고를 통해 적용되어야 하는가(즉 중한 보안처분의 선고를 완전히 배제하여야 하는가) 아니면 그 중한 보안처분의 집행유예를 통하여서만 적용되어야 하는가에 있다. 독일의 경우에 보충성의 원칙은 완전한 대체선고를 통해서 적용하는 것보다 단지 그 집행유예를 통해서만 적용하는 것이 형사정책적으로 더 유리하다는 생각이 지배적이다.¹⁵⁾ 예컨대 수용처분보다 경미한 보호관찰로도 행위자의 재범을 방지하기에 충분하다고 하더라도 수용처분을 보호관찰로 완전히 대체하여 선고하지 않고, 수용처분을 가하되 보호관

14) Hanack, LK, Vor § 61 Rn. 56

15) Hanack, a.a.O., Rn. 60

찰과 결합된 유예처분을 선고하여 항상 그 유예처분의 철회가능성(Widerrufsvorbehalt)을 확보하는 것이 형사정책적으로 유리하다는 것이다. 이러한 사고가 독일 형법에도 반영되어 있다(독일 형법 제67조의 b, 제67조의 c). 독일 형법 제67조의 b에 의하면 “법원이 정신병원 또는 중독치료시설에의 수용을 명하는때에 특별한 사정상 처분의 목적이 보호관찰을 통하여서도 달성될 수 있다고 기대되는 경우에는, 법원은 곧바로 보호관찰을 위하여 그 집행을 유예한다”. 그리고 제67조의 c 1항에 의하면 “자유형이 동시에 명하여진 수용처분 보다 앞서서 집행되는 경우에는 법원은 형집행의 종료전에 처분의 목적이 아직도 수용을 필요로 하는지의 여부를 심사한다. 수용이 필요하지 아니한 경우에는 법원은 수용의 집행을 보호관찰을 위하여 유예한다”. 우리나라 사회보호법에는 독일과 같이 보충성의 원칙에 기초하여 처음부터 또는 형벌집행의 종료전에 원래의 자유박탈 보안처분을 유예하고 그 보다 경한 보호관찰을 명하는 제도는 없고, 단지 피보호감호자가 병과된 형의 집행중 가석방된 후 그 가석방이 취소되거나 실효되지 않고 잔형기를 경과한 때에 원래 예정되었던 중한 보호감호처분의 집행이 아니라 그 보다 경한 보호관찰이 개시될 수 있도록 한 규정은(동 법 제10조 제1항) 어느 정도 보충성의 원칙을 구현한 것이라 할 수 있다.

2) 比例性의 原則(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)

형벌 및 보안처분의 형사제재에는 법치국가적 한계가 있게 마련이다. 형벌의 경우에 그 한계는 책임원칙에 의해 이루어진다. 반면에 보안처분의 경우에는 비례성의 원칙에 의해 이루어진다. 그런데 독일 형법은 비례성의 원칙을 명문으로 규정하였다. 즉 독일 형법 제62조는 「보안처분은 행위자에 의하여 행하여졌거나 기대되는 행위의 의의와 그로부터 발생한 위험성과 비교하여 비례성을 결한 경우에는 선고될 수 없다」고 규정하고 있다. 이는 독일 헌법상의 과잉금지(Übermaßverbot)의 원칙을 보안처분법에 반영한 것이다. 독일 형법의 명문규정상 비례성의 원칙이 특정한 보안처분의 선고에 있어서 적용되는 것은 명백하다. 그러나 그 적용의 범위는 이에 한하지 않는다는 것이 일치된 견해이다. 예컨대 수개의 보안처분중에서 구체적인 경우에 어느 것을 선고할 것인가에 대한 문제의 판단에 있어도 비례성의 원칙은 적용된다. 이에 관하여 독일형법은 제72조 1항에서 「수개의 처분에 관한 요건이 충족된 경우에 그 중 하나의 처분에 의하여 소기의 목적이 달성될 수 있는 경우에는 그 처분만을 선고한다. 이 경우에는 수개의 적합한 처분중에서 행위자에게 가장 가벼운 처분을 우선시켜야 한다」고 규정하여 보안처분의 기도된 목적을

해하지 않는 한 그 수단의 선택은 피처분자에 대하여 가장 경미한 방법을 채택할 것을 요구하고 있다. 더 나아가 독일에서 비례성의 원칙은 보안처분의 선고에 있어서만 적용되는 것이 아니라 선고된 보안처분의 집행과 보안처분을 집행중인 자의 석방에 관한 판단 등 전체적인 보안처분법의 영역에서 적용되는 원칙으로 인정된다. 비록 우리나라의 사회보호법이 명문으로 비례성의 원칙을 규정하고 있지는 않지만 헌법에서 확립된 비례성의 원칙 그 자체와 상기한 독일의 것과 같은 내용은 우리나라에서도 그대로 인정되어야 할 것이다.

III. 우리나라 保安處分制度에 대한 檢討

1. 사회보호법상의 보안처분

(1) 내용의 요약

사회보호법이 규정하고 있는 보안처분의 대상자는 상습범과 누범, 그리고 심신장애의 상태에 있거나 마약 또는 알코올에 중독된 범죄자이다. 그런데 우리나라에서는 누범과 특정한 상습범에 대해서는 형벌을 가중하는 것과 사회보호법이 보호감호처분이라는 보안처분을 가하는 것의 이중의 대책으로 되어 있다. 사회보호법 제5조는 상습범에 대한 보호감호의 요건으로서 재범의 위험성을 요구한다. 여기의 재범의 위험성이라 함은 재범의 가능성만으로는 부족하고, 피감호청구인이 장래에 다시 죄를 범하여 법적 평온을 깨뜨릴 고도의 개연성이 있어야 하고, 그 판단 기준은 피감호청구인의 직업과 환경, 연령, 가족관계, 당해 범행 이전의 행적, 그 범행의 동기, 회수, 수단, 범행 후의 정황, 개전의 정 등 제반 사정을 종합하여 판단하여야 하고, 또 당해 범행이 상습의 습벽에 의한 것이라 하여 재범의 위험성이 반드시 있다고 할 수 없다(대판 1999.5.14, 99도791, 99감도22). 형벌과의 선고 및 집행관계는 다음과 같다. 사회보호법상의 상습범에 대한 보호감호처분은 대개 형벌과 병과하여 기간의 확정없이 선고된다. 그 집행은 형이 먼저 집행된 후에 보호감호가 집행되며 집행의 최상한은 7년이다(사회보호법 제7조 3항). 형집행시 가석방되어 무사히 잔형기를 경과하면 원칙적으로 보호감호의 집행이 면제되나(동법 제26조 2항), 그렇지 않은 경우에는 형집행후 보호감호가 집행되고 1년에 한차례씩 사회보호위원회의 심사에 의하여 가석방될 수 있다(제25조 1항). 심신장애와 중독

의 범죄자가 재범의 위험성이 있는 경우에는 치료감호소에 수용하여 치료를 위한 조치를 행한다. 치료감호시설에의 수용기간에는 제한이 없다. 즉 피치료감호자가 감호가 필요없을 정도로 치유되어 사회보호위원회의 종료결정을 받을 때까지로 한다(동법 제9조 제2항). 형벌과 치료감호가 동시에 선고된 때에는 치료감호가 刑보다 먼저 집행된다. 이 때 치료감호기간은 형기에 산입한다(동법 제23조 제1항 단서). 그리고 사회보호법은 가출소한 피보호감호자와 치료위탁된 피치료감호자를 감호시설 외에서 지도·감독하는 것을 내용으로 하는 보안처분으로서 보호관찰을 규정하고 있다. 즉, 피보호감호자가 가출소한 때 또는 병과된 형의 집행중 가석방된 후 그 가석방이 취소되거나 실효되지 않고 잔형기를 경과한 때, 치료감호가 가종료된 때 또는 피치료감호자가 치료감호시설 밖에서 치료하기 위하여 친족에게 위탁된 경우에 보호관찰이 개시된다(동법 제10조 제1항).

(2) 정당성의 평가

사회보호법이 규정하고 있는 보안처분은 재범의 위험성이 강한 누범, 상습범, 알콜중독 및 마약중독에 의한 범죄자를 대상으로 하고, 위법한 범죄행위의 존재를 전제로 하며, 법원에 의한 사법심사를 통하여 부과되기 때문에 그 정당성에 대한 다툼은 적은 편이다. 특히 우리나라 판례는 보호감호처분과 형벌은 신체의 자유를 박탈하는 수용처분이라는 점에서 유사하나, 보호감호처분은 재범의 위험성이 있고 특수한 교육 개선이 필요하다고 인정되는 자에 대하여 사회복귀를 촉진하고 사회를 보호하기 위한 보안처분으로서 헌법 제12조 제1항에 근거를 두고 있으며, 그 본질과 목적 및 기능에 있어서 형벌과는 다른 독자적 의의를 가진 사회보호적인 처분이므로, 형과 보호감호를 병과하여 선고한다고 해서 헌법 제13조 제1항 후단의 일사부재리의 원칙에 위배된다고 할 수 없다고 판시하고 있다(헌재 1996.11.28, 95헌바20). 그러나 일사부재리의 원칙과 관계되는 이중처벌의 문제는 보호감호의 대상되는 상습범을 나누어 살펴보아야 한다. 수개의 동종행위를 범하여 재판받는 상습범에 대한 보호감호처분은 그 전제되는 수개의 동종행위에 대해 포괄입죄로서 형벌을 가중하는 한 이중처벌금지원칙의 위반문제는 발생할 여지가 없다. 왜냐하면 이 경우에 형벌가중의 근거는 수개의 행위로 인한 행위책임의 가중에 있고 보호감호처분의 근거는 행위자의 재범위험성에 있어 그 근거가 서로 상이하기 때문이다. 이렇게 보면, 상습범에 대한 보호감호제도가 마련된 이상 형법상의 상습범 가중규정은 전면적으로 폐지하여야 한다는 주장¹⁶⁾ 필연적인 구속력은 없다. 그

러나 수개행위가 포괄범죄로서 가중되는 이러한 상습범을 넘어서 하나의 행위를 하였지만 집행전과 때문에 상습범이 인정되는 자에 대해서도 형벌을 가중하는 것은 정당성을 가지기 어렵다. 예컨대, 형집행을 받은 후 동일 또는 동종의 범죄를 반복한 이유가 범죄인의 의지박약, 인격적 결함, 재사회화적 행형의 실패 또는 사회원조의 결핍과 같이 행위자의 행위책임이라고 볼 수 없는 경우에도 형벌을 가중하는 것은 행위책임의 원칙에 반한다. 이러한 상습범에 대하여 형벌을 가중하는 것은 책임과 운명을 혼동한 것이라 보지 않을 수 없다. 따라서 이러한 집행전과 상습범에 대하여 형법상의 형벌가중과 사회보호법상의 보안처분의 이중제재를 부과하는 것은 헌법에 보장된 「이중처벌금지의 원칙」에 반할 수 있다.¹⁷⁾

그리고 사회보호법상의 보호감호처분 그 자체에 대해서는 다음과 같이 비판할 수 있다. 상습범에 대한 보호감호는 책임원칙의 제한을 받는 형벌로서는 사회방위를 다 할 수 없는 경우에 이용되는 불가피한 최후의 형사정책적 제도가 되어야 한다. 우리나라 사회보호법도 1989년의 법개정을 통하여 보호감호가 어느 정도 최후의 수단으로서의 기능을 실현하고 있다고 판단된다. 그러나 아직도 완전한 정당성을 얻기에 부족하다. 전술한 바와 같이 우리나라 사회보호법에는 독일과 같이 보충성의 원칙에 기초하여 법관이 처음부터 자유박탈의 치료감호처분을 유예하고 그 보다 경한 보호관찰을 명하는 Probation형태의 제도는 없다. 그리고 형벌집행 이후 감호처분의 집행시점에 중한 감호처분 대신에 경한 보호관찰을 명하는 제도도 없다. 단지 사회보호법상의 보호관찰은 보호감호에 병과된 형벌의 집행시에 가석방된 후 그 가석방이 취소되거나 실효되지 않고 잔형기를 경과한 자와 보호감호와 치료감호의 상태에서 (가)출소된 자에게 부과될 수 있을 뿐이다. 그러나 보호감호가 최후의 수단으로서만 기능하기 위해서는 독일 형법과 같은 Probation형태의 보호관찰이 사회보호법에 도입되어야 한다. 그리고 현행 사회보호법에 의하면 형집행의 종료후에 피처분자는 재범의 위험성과 감호의 필요성에 관한 심사 없이 자동적으로 감호시설에 수용되고 1년이 지난후에야 비로소 가출소 여부를 심사하도록 되어 있다. 또한 1년 이후의 심사도 법원이 아니라 사회보호위원회의 결정에 의한다. 이러한 부분은 보호감호가 형벌을 보충하는 최후의 수단으로서 제한되어야 하는 범위를 이탈하는 것이다. 따라서 우리나라에도 보호감호보다도 먼저 집행되는 형벌의 집행종료 이전에 보호감호처분의 목적이 아직도 수용을 필요로 하는지의

16) 박정근, 상습범의 가중법정형폐지의 정당성, 김중원교수 화갑기념논문집 제1권, 521면 이하

17) 이에 대한 더 자세한 논술로는 졸고, 상습범 및 누범에 대한 형벌가중의 문제점, 형사판례연구[4], 1996년, 105면 이하

여부를 법관으로 하여금(적어도 준사법적인 독립기관으로 하여금) 심사하게 하는 독일형법 제67조의 c와 같은 규정이 갖추어져야 한다. 이 규정이 갖추어져야만 우리나라 보호감호제도는 그 선고와 집행의 양면에서 위험한 상습범에 대한 사회방위를 위해 필수불가결한 최후의 형사정책적 제도가 되는 자격을 가질 수 있게 된다.

2. 保安觀察法의 保安觀察制度

(1) 내용의 요약

보안관찰법은 소위 思想犯이라고 부를 수 있는 동 법 제2조 소정의 특정범죄를 범한 자에 대하여 재범의 위험성을 예방하고 사회복귀를 촉진하기 위하여 보안관찰 처분을 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 이 법은 월남이 공산화된 것에 위기의식을 느낀 당시정권에 의하여 1975년 제정된 (구) 社會安全法이 사상범을 법무부장관의 행정처분으로 당시 청주 보안감호소에 마구잡이 수용하였던 악폐를¹⁸⁾ 탈피하고자, 그 법률을 폐기하고 보안관찰이라는 사회내 처우만을 내용으로 하는 대체법률로서 제정된 것이다. 대상자 중 보안관찰해당범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정할 충분한 이유가 있어 재범의 방지를 위한 관찰이 필요한 자에 대하여는 보안관찰처분을 하고(제4조 1항), 보안관찰처분을 받은 자는 이 법이 정하는 바에 따라 소정의 사항을 주거지 관할경찰서장에게 신고하고, 재범방지에 필요한 범위 안에서 그 지시에 따라 보안관찰을 받아야 한다(2항). 보안관찰처분의 기간은 2년으로 한다(제5조 1항). 법무부장관은 검사의 청구가 있는 때에는 보안관찰처분심의위원회의 의결을 거쳐 그 기간을 갱신할 수 있다(2항). 이 법에 의한 법무부장관의 결정을 받은 자가 그 결정에 이의가 있을 때에는 행정소송법이 정하는 바에 따라 그 결정이 집행된 날부터 60일 이내에 서울고등법원에 소를 제기할 수 있다. 다만, 제11조의 규정에 의한 면제결정신청에 대한 기각결정을 받은 자가 그 결정에 이의가 있을 때에는 그 결정이 있는 날부터 60일 이내에 서울고등법원에 소를 제기할 수 있다(제23조). 이 조문이 국민의 재판받을 권리를 침해하는 위헌이 아닌지가 문제되었다. 이에 대해 판례는 “보안관찰법상 보안관찰처분의 심의·의결은 법무부

18) 아무런 새로운 범죄를 저지르지도 않은 자에 대하여 아무런 사법심사없이 행정처분으로서 구금할 수 있게 한 (구) 사회안전법은 우리 나라 입법 역사상 대표적인 악법으로서 지칭된다.

내에 설치된 보호관찰처분심의위원회에서 하고, 그 위원장은 법무부차관이 되며, 위원은 학식과 덕망이 있는 자로 하되, 그 과반수는 변호사의 자격이 있는 자로 구성하도록 하고 있으므로(보안관찰법 제12조 제1항·제3항), 위 위원회는 어느 정도 독립성이 보장된 준사법적 기관이라고 할 수 있는 점 등을 고려하여 보안관찰법 제23조 본문에서 보안관찰처분에 대한 취소소송은 바로 서울고등법원에 제소하도록 한 것으로 보이므로, 그것이 헌법상 보장된 기본권인 재판청구권의 본질적 내용을 침해하거나 비례의 원칙에 어긋나는 것으로 볼 수는 없고, 같은 조에서 정한 제소기간 60일은 결코 그 기간이 지나치게 짧아 국민의 재판청구권 행사를 불가능하게 하거나 현저히 곤란하게 한다고 할 수 없고, 물론 행정소송의 관할이나 제소기간에 관하여 일반법인 행정소송법을 배제하고 그 보다 짧은 제소기간과 일반행정소송과 다른 관할을 보안관찰법에 규정함으로써 국민이 착오를 일으키는 사례가 있을 수 있으나 이러한 사태는 특별법과 일반법과 다른 규정을 두는 경우에는 언제나 발생할 가능성이 있는 것이며, 그러한 이유만으로 그 규정이 헌법상의 평등의 원칙에 위반되는 것으로 볼 수는 없고, 1998. 3. 1.부터 시행된 개정 행정소송법에 따라 입법자가 개별행정법규를 정비하면서 불복절차를 거의 통일시키고 있음에도 불구하고 보안관찰법 제23조 본문을 종전과 같이 그대로 두고 있는 것은 물론 바람직하지는 않지만 이는 다른 행정절차와 달리 보안관찰처분에 따른 분쟁을 되도록 빨리 확정하고자 하는 입법자의 뜻이 반영된 것으로서 이를 탓하여 헌법에 위반된다고 볼 수는 없다”고 판시하였다(서울고법 2000.4.19, 2000아106). 그러나 본 법에 규정한 것을 제외하고는 행정소송법을 준용한다. 다만, 행정소송법 제18조 및 제23조와 동 법 제8조 제2항에 의하여 준용되는 민사집행법중 가처분에 관한 규정은 준용하지 아니한다(제24조). 그런데 이 조문의 단서에 대한 위헌성이 문제되었다. 이에 대해 우리 나라 헌법재판소는 “보안관찰처분을 다투는 행정소송에서는 다른 행정소송사건에서와는 달리 집행정지를 전혀 할 수 없도록 한 보안관찰법 제24조 단서의 심판대상조항의 입법목적은 충분한 심리가 이루어지지 않는 신청절차에서 부적절하게 보안관찰처분의 집행이 정지되지 않도록 하려는 것이지만, 이러한 목적은 집행정지 내지 가처분을 원천적, 일률적으로 봉쇄하는 방법으로만 달성된다고 하기 어렵다. 이러한 입법수단의 선택은 행정적인 편의나 효율성에 치중한 것으로 볼 수 있는 반면, 그로 인해 피보안관찰자로서는 사생활의 자유나 표현의 자유와 같은 중요한 기본권에 대한 상당범위의 제한을 수반할 수 있는 보안관찰처분의 적법여부에 대한 법원의 판단을 받을 수 있는 기회를 실질적으로 제한 받고, 경우에 따라서는 박탈당하기도 한다. 이 법률조항은 피보안관찰자로 하여금 상당범위의 자유제한을 감내하도록 요구하는 보안관찰처분의 적법여부를 다투

는 소송절차의 내용을 형성함에 있어서 피보안관찰자의 기본권보장이 합리적 이유 없이 축소되도록 하였다는 점에서 그 내용이 합리성과 정당성을 갖춘 것이라고 볼 수 없으므로 적법절차원칙에 위배된다”고 판시하였다(헌재 2001.4.26, 98헌바79·86, 99헌바36(병합) 전원재판부).

(2) 정당성의 평가

전술한 바와 같이 형사제재로서의 보안처분을 부과하기 위해서는 엄격한 법치주의적 요건이 요구된다. 그 요건은 구성요건에 해당하고 위법한 범행(Anlaßtat)이 반드시 있어야 하고, 그 행위자가 앞으로도 재범을 범할 위험성이 인정되어야 하며, 법원에 의한 사법통제를 거쳐서 선고하여야 하는 것이다. 즉, 아무리 위험한 자라 할지라도 그러한 요건을 갖추지 못한 경우에는 보안처분을 부과하여서는 안 된다. 그런데 우리나라의 사법기관은 이러한 보안처분의 법치주의적 한계를 무시하는 태도를 지금까지 취하고 있다. (구)사회안전법의 위헌성에 대하여 대법원은 다음과 같이 판시하여 그 합헌성을 인정하였다: “사회안전법 소정의 보안처분은 처분대상자가 이미 실행한 행위에 대한 책임을 물어 과하는 제재조치가 아니라 장래에 그 법 소정의 특정범죄를 다시 범할 위험성을 미리 예방하여 국가의 안전과 사회의 안녕을 유지하는 한편 처분대상자를 교육 개선시켜 사회에 복귀토록 하려는 것을 본질로 하는 예방조치로서의 행정작용인 점에서 형벌과는 그 본질을 달리 하는 것이므로 이와 같은 사회안전법상의 보안처분은 헌법이 보장하는 재판을 받을 권리와 일사부재리의 원칙 또는 양심의 자유에 관한 규정 및 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다는 내용 기타 기본적인 인권보장을 밝힌 헌법규정에 위반된다고 볼 수 없다”(대법원 1987.8.18. 선고 87누64 판결). 그리고 (구)사회안전법을 대체한 보안관찰법에 대해서도 헌법재판소는 다음과 같이 합헌성을 인정하고 있다: “보안관찰법상의 보안관찰처분은 대상자의 “사회적 위험성”을 그 처분의 본질적 요건으로 하고 있고(법 제4조 제1항), 중점의 차이는 있으나 대상자의 교육·개선과 국가·사회방위를 목적(법 제1조)으로 하고 있으므로 이 법상의 보안관찰처분도 보안처분의 일종이라고 보아야 할 것이다. 보안처분은 그 본질, 추구하는 목적 및 기능에 있어 형벌과는 다른 독자적 의의를 가진 사회보호적인 처분이므로 형벌과 보안처분은 서로 병과하여 선고한다고 해서 그것이 헌법 제13조 제1항 후단 소정의 거듭처벌금지의 원칙에 해당되지 아니한다고 할 것인데, 이 법상의 보안관찰처분 역시 그 본질이 헌법 제12조 제1항에 근거한 보안처분인 이상, 형의 집행종료후 별도로 이 법상의 보안관찰처분을 명할 수 있다고 하여 헌법 제13조

제1항이 규정한 일사부재리의 원칙에 위반하였다고 할 수 없다. 우리나라의 자유민주적기본질서, 북한공산주의자들과 대치하고 있는 현실적 상황 등을 고려한 것으로서 그 법이 추구하는 입법목적의 정당성, 국민에게 부과되는 자유제한의 정도, 보안관찰처분심의위원회의 구성과 보안관찰처분의 개시 및 불복절차에 비추어 적법절차의 원칙이 요청하는 합리성, 정당성 및 절차적 공평성을 갖추고 있다고 할 것이므로 헌법 제12조 제1항 후문의 적법절차의 원칙 내지 법관에 의한 정당한 재판받을 권리를 보장하고 있는 헌법 제27조 제1항에 위배되지 아니한다”(헌재 1997.11.27. 92헌바28 全員裁判部).

그러나 전술한 대법원의 합헌론에도 불구하고 (구)사회안전법은 아무런 새로운 범죄를 저지르지 않은 과거의 사상범죄자를 대상으로 아무런 법원에 의한 사법심사 없이 자유침해의 처분(특히 사람을 감금하는 감호처분)을 부과할 수 있도록 하였기 때문에 극도로 인권침해적인 악법으로서 평가받았던 것이다. 즉, 그 법률에 규정된 처분은 그 명목과는 달리 형사제재로서의 보안처분이 될 수 있는 자격을 전혀 못 갖춘 것이었다. 그리고 (구)사회안전법의 대체법률인 현재의 보안관찰법상 보안관찰에 대해서도 형사제재로서의 보안처분성이 부정되어야 한다. 왜냐하면 여기의 보안관찰도 아직 처벌받지 않은 새로운 범죄행위에 대해서 사법기관이 사법심사를 거쳐 부과하는 것이 아니고, 이미 사상범으로 처벌받은 범죄자에 대해 법무부장관(행정기관)이 행정처분으로 부과하는 것이기 때문이다. 여기의 보안관찰과 유사한 기능을 가지고 역시 행정기관이 부과하는 형법이 규정한 가석방부 보호관찰(소위 parole를 규정한 형법 제73조의 2), 사회보호법이 규정한 가출소부 보호관찰의 제도가 정당성을 인정받는 것은 그것이 가석방 가출소의 은혜적 조치에 대한 보완수단으로서 사용되기 때문이다. 그런데 여기의 보안관찰은 이러한 은혜적 조치 없이 형벌의 집행을 정상적으로 완료한 사상범죄자에게 행정기관이 부과하는 것이기 때문에 그 정당성을 인정받기 어려운 것이다. 즉 현재의 보안관찰제도는 전술한 우리나라 헌법재판소의 태도와는 달리 일사부재리의 원칙, 이중처벌금지의 원칙, 국민의 재판받을 권리를 다소 침해하는 것으로 해석되어야 한다. 이러한 문제점을 간과한 우리나라 사법부의 태도는 잘못 이해된 보안처분관에 터 잡은 것이다. 따라서 사상범죄자에 대한 보안관찰처분도 형법 내지 사회보호법과 같이 가석방 가출소와 결합하여서만 행정기관이 부과하는 방향으로 새로이 입법조치되어야 할 것이다.

IV. 結 論

본문에서 기술한 바와 같이 보안처분은 형벌과 같이 범죄(자)에 대해 부과되는 형사제재이다. 형벌이 과거의 행위에 대한 책임상당적 형사제재임에 반하여 보안처분은 행위자의 장래의 재범위험성에 대한 사회방위적 형사제재이다. 우리나라 판례는 형벌과 보안처분의 이러한 본질상 차이에 기초하여 사회보호법, (구)사회안전법 및 보안관찰법의 보안처분제도에 대해 정당성을 인정하고 있다. 그러나 이러한 보안처분의 본질론은 재범위험성이 큰 행위자에 대한 형사제재의 필요성을 인정하는 것일 뿐이고, 보안처분의 법치국가적 정당성까지 근거지울 수는 없다. 보안처분의 내용은 대상자의 자유를 박탈하거나 제한하는 것이다. 이러한 형사제재의 부과는 범죄행위와 재범의 위험성을 전제요소로 하여서 법원에 의한 사법심사를 거쳐 이루어져야만 최소한의 정당성을 유지할 수 있다. 따라서 (구) 사회안전법이 이미 형벌을 정상적으로 집행완료한 사상범죄자를 대상으로 하여서 법무부장관의 행정처분으로서 그의 자유를 박탈하거나 제한하도록 한 것은 정당성을 유지할 수 없었다. 그리고 (현) 보안관찰법과 같이 보안처분의 내용이 자유제한으로 제한되었다고 하여서 그 정당성이 인정될 수도 없다. 형법 및 사회보호법이 가석방 내지 가출소와 결합하여 보호관찰을 행정기관으로 하여금 부과한 것은 정당성을 인정받을 여지가 충분히 있다. 자유제한의 보호관찰이 가석방 내지 가출소의 은혜적 조치와 결합되기 때문이다. 그러나 보안관찰법상의 보안관찰은 그러한 은혜적 조치 없이 자신의 죄 값을 모두 치른 자에게 적용되는 것이기 때문에 정당성을 유지할 수 없는 것이다.

반면에 범죄행위와 재범의 위험성을 전제로 하여서 법원의 사법심사를 거쳐서 부과되는(그리고 가출소와 결합하여 행정처분이 이루어지는) 사회보호법상의 보안처분은 최소한의 정당성 요건은 갖추고 있다. 다만 보안처분은 특수한 범죄자에 대한 형벌 이외의 부가적 형사제재이기 때문에 그 부과 집행은 최후의 수단으로서 필요한 최소한에 그쳐야 한다. 특히 재범의 위험성이 제거된 자에 대해서는 보안처분이 집행되어서는 안 된다. 따라서 상습범에 대해 형벌과 보호감호의 이중제재가 선고된 경우에 형벌집행만으로서 이미 재범위험성이 제거되면 보안처분은 집행되어서는 안 된다. 이를 실현하기 위해서는 형벌집행이 종료하는 시점에 재범의 위험성과 보안처분집행의 필요성을 심사하는 제도가 갖추어져야 할 것이다. 그리고 중한 감호처분의 대상자라 할지라도 경한 보호관찰만으로 사회방위의 목적을 달성할 수 있는 경우에는 감호처분을 유예하고 보호관찰을 명할 수 있는 제도와 형벌집행 이후 감

호처분의 집행시점에 중한 감호처분 대신에 경한 보호관찰을 명할 수 있는 제도가 사회보호법에 도입되어야 할 것이다.

《 参 考 文 献 》

I. 國內

- 김성천/김형준, 형법총론, 동현출판사, 1998.
- 김일수, 한국형법 I [총론 상], II [총론 하], 박영사, 1992.
- 박상기, 형법총론, 박영사, 1999.
- 박상기/손동권/이순래, 형사정책, 한국형사정책연구원, 제5판.
- 박정근, 상습범의 가중법정형폐지의 정당성, 김종원교수 화갑기념논문집 제1권.
- 배종대, 형법총론, 법문사, 1999
- 손동권, - 독일의 보안감호에 대한 연구, 법무부 법무자료 167집, 1992.
- 상습범 및 누범에 대한 형벌가중의 문제점, 형사판례연구[4], 1996.
- 형법총칙론, 율곡출판사, 2001.
- 이재상, 형법총론, 박영사, 1999.
- 이형국, 형법총론연구 II, 법문사, 1989.
- 정성근, - 형법총론, 법지사, 1996.
- 정영석, 형법총론, 법문사, 1983.
- 진제호, 형법총론(제2판), 대왕사, 1996.

II. 國外

- Bockelmann, Schuld und Sühne, 1957
- Dreher/Tröndle: Kommentar, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 40. Aufl.
- Hall, Sicherungsverwahrung und Sicherungsstrafe, ZStW 70(1958)
- Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl.
- Jescheck/Ruß/Willms: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Fünfter Band(1989) und Sechster Band(1988), 10. Aufl.
- Lackner/Kühl: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 23 Aufl., 1999
- Maurach/Zipf, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil 1, 6. Aufl., 1983
- Mayer, Behandlung der Rezipidisten im deutschen Strafrecht, ZStW 80 (1968)
- Neumann/Jung: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl. 1995
- Nowakowski, Zur Rechtsstaatlichkeit der vorbeugenden Maßnahmen, in:

Weber-FS

Roxin, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1992

Rudolphi/Horn/Samson: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II, 4. Aufl.

Schönke/Schröder/Bearbeiter: Strafgesetzbuch Kommentar, 23. Aufl.

Schmidhäuser, Studienbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1982

Wassermann(Gesamtherausgeber): Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, 1990

Welzel, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 1969

Wessels, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 27. Aufl.

Zusammenfassung

Untersuchung über die Rechtfertigung der Massregeln der Besserung und Sicherung in Korea

Dong-Kwun Son

(Juristische Fakultät der Kon-Kuk Universität)

Heute in Lehre und Rechtsprechung besteht Einigkeit darüber, daß die nach der Tatschuld bemessene Strafe der vorbeugenden Aufgabe des Strafrechts nicht gerecht werden kann. Die Strafe muss daher durch Massregeln der Besserung und Sicherung ergaenzt werden. Die Massregeln der Besserung und Sicherung haben ausschliesslich den Zweck, der kuenfige Gefaehlichkeit des Taeters durch heilende, fuersorgerische oder sichernde Eingriffe zu begegnen. Dieser Zweck der Massregeln ist im Prinzip nicht zu beanstanden. Jodoch haben die Massregeln nicht nur zweckmaessig zu sein, sondern beduerfen auch der Gerechtheit. Problematisch ist aber besonders die Rechtfertigung der Sicherungsverwahrung im koreanischen Gemeinschaftsschutzgesetz, da es sich hierbei um eine rein eliminierende Massregel gegen voll schuldfaehige Taeter aus Gruenden des Schutzes der Gemeinschaft gegen von ihrer Seite zu erwartende schwere Straftaten handelt. Die Rechtfertigung des Sicherungsaufsichts im koreanischen Sicherungsaufsichtsgesetz ist auch sehr umstritten, da es sich hierbei um die Natur der vom Justizminister angeordneten Verwaltungsmassnahme handelt. Mein Beitrag in dieser Arbeit soll den Leser ueber diese Problematik ausfuehrlich unterrichten. Endziel dieser Arbeit ist der Vesuch zu finden, wie die Massregeln der Besserung und Sicherung in Korea sowohl der Beduerftigkeit als auch der Rechtfertigung entsprechen kann.