

保安處分制度에 관한 研究

金 秀 吉*

目 次

I. 序 論	
II. 保安處分の 意義와 沿革	2. 保安處分 適用에 관한 要件
1. 保安處分の 意義	V. 우리나라의 保安處分制度
2. 保安處分の 沿革	1. 序 說
III. 保安處分과 刑罰과의 關係	2. 社會安全法上的 保安處分
1. 保安處分の 法的性質	3. 社會保護法上的 保安處分
2. 保安處分과 刑罰의 適用關係	4. 社會保護法上 保安處分の 問題點과 改善方案
IV. 保安處分の 種類와 法的前提條件	VI. 結 論
1. 保安處分の 種類	

I. 序 論

社會는 그것에 相應하는 犯罪를 낳는다는 말과 같이 오늘날 사람들의 價値觀과 世界觀이 多樣化하고 社會構造도 이른바 水平的 變化에서 垂直的 變化라고 일컬어질 만큼 激變하고 있음에 따라 여기에 隨伴하여 犯罪도 그 數에 있어 加速的으로 增加하고 있으며 犯罪樣相도 점차 殘酷化 累犯常習化 組織化 低年齡化의 傾向을 띠고 있다. 이에 있어 犯罪에 대한 國家的인 鬭爭手段도 急進의이고도 중요한 變革을 招來하여 最近의 刑事政策의 理念은 犯罪者에 대하여 단 止 應報의인 觀點에서 刑罰의 賦課와 執行을 위한 司法的 正義의 實現에만 머무르지 않고 犯罪로부터의 社會保全과 人道主義에 입각한 犯罪人의 社會復歸에 重點을 두고 있다.

따라서 世界 各國의 現代刑事法은 이러한 刑事政策의 理念을 達成하기 위하여 犯罪의 原因과 犯罪者의 人格에 對應하여 制裁의 體系를 多樣化·個別化함으로써 犯罪人을 教化 改善하여

* 社會科學大學 法學科 助教授

社會復歸를 促進하고 同時に 犯罪로부터 社會를 保護하는데 가장 適合한 制裁手段을 選擇하기 위하여 努力하고 있다. 이러한 努力의 結果 刑罰을 補充하고 代替하는 意味를 가지고 國家가 施行하는 各種의 強制的 措置인 保安處分이 탄생을 보았으며 現在는 그 程度와 形式의 差異는 있지만 刑法典이나 各種의 特別法을 통하여 大部分의 國家들이 刑事政策的인 見地에서 保安處分制度를 規定하고 있다.

그동안 우리 나라에서는 保安處分制度의 必要性을 認定하면서도 法律體制의 未備와 人權侵害의 可能性 때문에 그 採擇이 保留되어 왔었다. 그러나 1972年 12月 27日 改正된 우리 나라 憲法 第10條에서 “누구든지 法律에 의하지 아니하고는 …… 保安處分을 받지 아니한다”고 規定함으로써 保安處分制度에 대한 憲法的 根據가 처음으로 마련되었다. 그후 1980年 12月에 “罪를 犯한 者로서 再犯의 可能性이 있고 特殊한 教育 改善 및 治療가 必要하다고 認定되는 者에 대하여 社會保護處分을 함으로써 社會復歸를 促進하고 社會를 保護할 것을” 目的으로 社會保護法을 制定 公表함으로써 우리 나라에도 保安處分制度가 本格的으로 導入 施行되기 始作하였다.

이 法의 施行으로 現在까지는 刑罰이 適用될 수 없거나 刑罰에 의해서는 改善 내지 社會復歸를 期待할 수 없는 犯罪者에 대한 適切한 對策을 마련하게 하여 우리 나라의 犯罪對策 全般에 걸친 刑事政策的 大 方向轉換을 가져오게 하였다. 따라서 앞으로 保安處分制度가 定着할 수 있도록 이에 관한 理論的 實踐的인 研究의 努力이 더 한층 傾注되어져야 할 것이다.

本稿은 이러한 意味에서 保安處分에 관한 一般的인 理論을 分析·檢討해 보고 이를 바탕으로 우리 나라의 保安處分制度의 現實과 問題點 및 將來의 發展方向에 대하여 살펴보기로 한다.

Ⅱ. 保安處分の 意義와 沿革

1. 保安處分の 意義

保安處分이란 概念은 犯罪의 豫防手段으로서는 一定한 限界가 있는 刑罰을 刑罰 이외에서 補充하기 위한 刑事政策的 實際의 必要에 따라 形成된 것으로 처음부터 理論적으로 構成된 것이 아니므로 이를 一義적으로 定義를 내린다는 것은 困難하다. 그러나 現在의 實踐段階에서 定義를 내린다면 保安處分이란 犯罪에 대한 社會防衛의 方法으로서 刑罰만으로서는 不充分 또는 不適當하므로 刑罰 이외에 刑罰을 補充하고 代替하는 意味에서 犯罪行爲者 또는 犯罪의 危險者에 대하여 國家가 施行하는 犯罪豫防處分이라고 할 수 있다.¹⁾ 따라서 保安處分の 實質은 教化

1) 吉川經夫, 「刑事政策講義」, 東京: 青林書院新社, 1975, p.193.

또는 改善의 方法에 의하여 被處分者를 社會生活에 適應케 하거나 또는 適應不能한 者를 社會로부터 隔離시킴으로써 犯罪로부터 社會를 防衛하려는 데 目的이 있는 것이다.

이러한 保安處分の 意義에 관하여는 各國의 立法形式 또는 學者의 見解에 따라 同一하지 않으나 대개 그 內容에 따라 廣義의 保安處分과 狹義의 保安處分이 있으며, 그 對象의 差異에 따라 對人的保安處分(Persönliche Sicherungsmassnahme)과 對物的保安處分(Sachliche Sicherungsmassnahme)으로 나눈다. 廣義의 保安處分은 犯罪豫防을 위하여 國家가 施行하는 刑罰 이외의 一切의 強制的 措置를 意味하고 반드시 犯罪行爲가 發生됐음을 前提로 하지 않는다. 이에 犯法者 또는 犯罪를 犯할 우려가 있는 者를 教育的 社會福利的 또는 醫學的手段으로서 改善케 하는 非刑罰的 豫防矯正法으로서 國家가 使用하는 改善, 教育, 保護하는 것으로 解釋된다. 이러한 意味에서는 營業所의 閉鎖, 法人의 解散, 不良資材의 沒收 등과 같은 財産에 대한 處分인 對物的保安處分은 勿論 豫防警察行爲나 日曜日에 있어서 酒類販賣의 禁止, 教育無能力者에 대한 親權의 剝奪, 煽動的演說의 停止 등 對人的保安處分도 이에 포함된다.

狹義의 保安處分은 對人的保安處分 중 犯罪者 또는 犯罪的 危險者에 대한 強制處分을 意味한다. 即 狹義의 保安處分은 犯罪行爲 또는 犯罪該當行爲가 있음을 前提로 하여 刑罰과 같이 또는 刑罰의 代替로 反社會的 危險者의 將來의 犯罪行爲를 豫防하기 위하여 行하는 改善, 隔離, 治療, 自由制限 등을 말한다.²⁾

一般的으로 保安處分이라 할 때에는 通常 狹義의 保安處分の 概念을 指稱한다. 이 狹義의 保安處分の 內容을 좀더 細分해 보면, 保安處分이란 特定人의 犯罪行爲 또는 犯罪的行爲를 前提로 하여 그 者의 將來의 危險을 防止하기 위하여 刑罰 이외에 이를 補充 또는 代身하여 裁判所가 宣告하는 그 者에 대한 自由의 剝奪 또는 制限을 隨伴하는 隔離 또는 改善處分이라고 할 수 있다.³⁾ 이렇게 볼 때 保安處分은 그 目的에 있어서는 隔離를 통한 犯罪로부터의 社會防衛와 改善, 教育 및 援護를 통한 犯罪人의 社會復歸라는 兩面性을 가지고 있고, 또한 刑法的性質에 있어서는 刑罰을 代替 또는 補充하는 刑事制裁로서의 特徵을 가지고 있는 것이다.

2. 保安處分の 沿革

保安處分制度가 刑法上 實際問題로서 論議의 對象이 된 것은 1893年 Karl Stooss의 스위스刑法草案 以後의 일이다. 그러나 現代의 保安處分에 해당하는 國家的 強制處分은 古代와 中世에서도 그 例를 찾아 볼 수가 있다. 即 古代社會에서는 政治犯의 國外追放 飲酒로 인한 犯

2) 南興祐, 「刑事政策」, 서울: 博英社, 1980, pp.340~341.

3) 吉川經夫, 前掲書, p.196.

罪防止를 위한 酒類販賣禁止, 竊盜犯, 性犯罪者에 대한 手足 또는 性器切斷의 措置 등은 刑罰의 性格外에 保安處分的 性格을 띠었던 것이며 死刑이 또한 그러한 目的으로 運營되기도 하였다. 中世時代에는 治安維持의 目的上 浮浪者·乞人에 대한 死刑 또는 身體傷害刑 特히 16世紀 獨逸에서도 不定期的 保安拘禁, 矯正拘禁, 勞役場 留置 등의 處分이 있었다.⁴⁾ 그러나 이 時代에 있어서는 아직 刑罰과 保安處分の 區別이 明確한 것은 아니었다.

刑罰과 保安處分을 明白히 區別하고 二元主義의 立場에서 最初로 保安處分에 관한 理論을 展開한 사람은 18世紀末葉 獨逸의 클라인 (Ernst Ferdinand Klein, 1774 ~ 1810) 이다. 그는 刑法理論을 行爲者 中心으로 再編成할 것을 要求하고, 犯罪의 危險性에 대한 國家의 對策은 刑罰 이외에 반드시 害惡을 內容으로 하지 아니하는 保安處分을 認定하고 一般豫防·應報目的의 刑罰制度和 個個人의 危險性에 對應한 特別豫防·矯正目的의 保安處分制度의 本質的 差異를 認定하면서 刑罰과 함께 保安處分の 必要性을 力說하였다. Klein의 保安處分論은 1794年의 「프러시아」 一般地方法 (Allgemeine Landrecht) 에 反映되기도 하였으나⁵⁾ 19世紀에 접어들면서 自由主義的 刑法思想인 罪刑法定主義와 應報刑論의 優勢와 함께 刑罰一元主義의 近代刑法이 탄생하자 保安處分論은 더 이상의 發展을 보지 못하였다.

그러나 近代의 保安處分の 發達을 促進시킨 根本原因은 19世紀 後半에 이르러 Lombroso의 生來性犯罪人論을 비롯한 實證學派의 勃興과 이미 露骨화된 資本主義社會의 여러가지 弊害의 結果로 犯罪 特히 累犯과 少年犯罪의 激增現象이 나타남에 따라 保安處分の 思想이 再次 擡頭하게 되었다. 特히 이탈리아의 Ferri는 犯罪의 社會的原因을 究明하고 決定論의 立場에서 從來의 道義的責任論을 排斥하고 社會的責任論을 主張하여 刑罰 이외에 널리 「刑罰에 代置할 制度」를 強調함으로써 社會防衛와 保安處分을 結付시켜 놓고 있다.⁶⁾ 한편 獨逸의 Liszt는 1883년에 發表한 Marburg 綱領에서 應報刑을 目的刑으로, 鎮壓刑을 防衛刑으로 轉換할 必要가 있다고 하고 特히 刑罰만으로써 特別豫防의 效果를 거둘 수가 없는 경우에는 保安·改善을 위한 刑事處分을 해야 한다고 主張하면서 刑罰과 保安處分の 一元的 把握을 도모하고, 이와 關聯해서 改善不可能者에 대한 保安處分の 制度를 개발할 것을 力說하였다.

이러한 主張을 具體化하여 保安處分制度를 最初로 體系적으로 刑法典에 導入한 것은 1893年 스위스刑法草案이다. 이 草案은 Carl Stooss 에 의하여 起草되었으므로 보통 Stooss 案이라고 불리운다. Stooss 案은 新·舊 兩派의 立場을 折衷한 것으로서 刑罰 이외에 保安處分이라는 것을 規定하고 이른바 二元主義의 立法을 採擇하였다. 即 그 內容에 있어서 Stooss는 Klein이 主張한 刑罰과 保安處分の 二元主義에 多少 修正을 하여 소위 二元代替主義를

4) 慎鎭探, 「刑事政策」, 서울: 法文社, 1982, p.618; 鄭盛根, “保安處分制度의 史的考察”, 「法學論叢」 第6輯, 檀國大學校 法律學會, 1965, pp.58~66 參照.

5) 安平政吉, 「保安處分法의 理論」, 東京: 酒井書店, 1970, p.64; 鄭盛根, 「刑法總論」, 서울: 法志社, 1983, p.787.

6) 安平政吉, 前掲書, pp.235~240.

定立하고 應報主義와 犯罪豫防主義를 綜合한 社會防衛主義 刑法으로서 罪刑法定主義의 原則에 따라서 責任主義 理論을 確立하고 刑罰의 本質은 應報이지만 犯罪豫防에 있어서는 不充分하므로 刑罰制度를 補充하여 刑法典에 精神病者의 治療와 累犯의 防止를 企圖하고 常習犯人, 職業犯人, 勞動嫌疑者, 알콜中毒者 등을 人類學的 心理學的 및 社會學的原因에 따라 改善 또는 隔離하여 社會에 復歸시키고자 한 것이었다.⁷⁾ 이러한 Stooss 案은 20世紀에 展開된 刑法全面 改正事業의 模範이 되었고 各國의 保安處分立法에 平均的 指針을 提供하여 保安處分制度가 유럽諸國을 비롯한 多數 國家에 傳播되는데 原動力이 되었다.

Stooss 案을 最初로 採擇한 法律은 1908年 英國의 「犯罪豫防法」(Prevention of crime Act)이다.⁸⁾ 이러한 英國의 立法活動은 美國에 影響을 주어 體系的인 制定法은 아니지만 保護觀察法(Probation Act)이나 다른 保護處分法으로서 事實상의 保安處分은 1878年 매사추세츠(Massachusetts) 法을 위시로 하여 各州가 採擇하고 있다.⁹⁾

그 後에 刑法典 中에 保安處分을 規定한 國家로서는 소련(1922), 페루(1924), 스웨덴(1927), 네델란드(1929), 이태리(1930), 덴마크(1930), 멕시코(1931), 필란드(1932), 스위스(1932), 독일(1933), 스페인(1933), 노르웨이(1934), 중국(1935), 콜롬비아(1936), 브라질(1940)¹⁰⁾ 등이 있고 刑法典에 保安處分을 規定하지 아니한 國家에 있어서도 거의 例外없이 少年犯에 대하여 少年法에 의하여 保安處分을 採用하고 있다. 그리고 이 問題는 수많은 國際會議에서도 討議의 對象이 되었고 特히 刑法統一에 관한 國際會議의 第24回 「로마」會議에서 決議된 保安處分에 관한 15 個條의 決議는 保安處分과 刑罰과의 區別, 保安處分에 있어서의 執行猶豫, 累進制의 適用, 保安處分의 前提條件인 行爲者의 危險性, 保安處分의 法的性質, 保安處分의 效力 등에 관하여 模範的인 體系를 이루었다.

이와 같이 保安處分의 導入은 20世紀의 刑事立法에서 하나의 크나큰 課題가 되었지만 우리나라에서는 近年까지도 이에 관한 本格的인 論議가 行해진 바가 없었다. 다만 1953年 新刑法 制定當時 同法典 編纂委員會에서 保安處分制度의 採擇與否에 관한 論議가 있었으나 未備된 法律體制와 保安處分을 憑藉한 人權侵害의 可能性 등 複雜한 社會與件 때문에 이의 採擇을 留保하였다. 그리하여 現行刑法은 保安處分을 전혀 考慮하지 않고 단지 몇 개의 特別法에서 그에 관한 規定이 있을 뿐이다. 即 少年法上의 少年犯에 대한 保護處分(少年法 第30條 이하), 國家保安法上의 公訴留保 對象者에 대한 監視·保導(同法 第20條), 國家保安問題와

7) 鄭盛根, 前揭論文, pp.60~61.

8) T. W. C. Turner, *Kennys Outlines of Criminal Act*, 1952, pp.525~529.

9) Harry E. Barnes and Negley K. Teeters, *New Horizons in Criminology*, 3rd ed., Prentice-Hall, 1959, pp.553~554.

10) 鄭榮錫, 「刑事政策」, 서울: 法文社, 1984, p.256.

11) 金聖培, 「刑事政策」, 서울: 博英社, 1962, p.250.

관련하여 思想犯에 대한 保安處分制度로서 1975年 7월에 制定 公表된 社會安全法이 있었을 정도이다. 그러나 1980年 12월에 社會保護法이 制定 施行되면서 우리 나라에서도 保安處分制度의 本格的인 立法化가 이루어졌다.

Ⅲ. 保安處分과 刑罰과의 關係

1. 保安處分の 法的性質

保安處分の 法的性質에 관하여는 주로 保安處分과 刑罰과의 關係에서 問題가 된다. 即 保安處分の 法的性質이 刑罰과 同質인가 또는 異質的인 것인가에 대한 問題이다. 이에 관하여는 二元論(Zweispurigkeit)과 一元論(Einspurigkeit)의 對立이 있다.

가. 二元論

二元論은 應報刑論者들에 의하여 主張되는 것으로 保安處分을 本質上 刑罰과는 엄격히 區別한다. 그 論據는 ① 刑罰은 過去에 있어서의 犯罪에 대한 것으로서 그 犯罪가운데 表現된 行爲者의 責任에 基礎하여 그에 相當한 應報가 加하여지는 意味임에 대하여 保安處分은 處分の 基礎가 行爲者의 危險性에 있는데 이는 將來의 危險性에 대한 豫防이 保安處分の 目的이다(對未來性). ② 刑罰은 應報로서 그 內容은 害惡이므로 倫理性을 가지나 保安處分은 價值的 倫理的으로 無色한 것이어서 그 內容은 害惡일 必要는 없으며 倫理性과는 無關하다(道德的 無害性). ③ 刑罰은 一般豫防이 目的이나 保安處分은 特別豫防을 目的으로 한다(特別豫防性). ④ 刑罰은 過去의 犯罪에 대한 刑事處分이므로 裁判所의 判決을 받아야 하나, 保安處分은 將來의 危險에 대한 行政處分이므로 裁判所의 判決이 不必要하다(裁判性). ⑤ 刑罰은 그 處分에 있어서 威嚇를 手段으로 하나 保安處分은 加급적 福祉의 保護에 그 根本精神이 있다(福祉性)고 한다.¹²⁾

그러나 刑罰과 保安處分을 이와 같이 엄격하게 二元的으로 區別하는 것은 現代의 法現實에 있어서는 絕對性을 維持할 수 없다는 批判이 提起되고 있다. 그 理由는 刑罰에도 保安處分의 要素가 있고, 거꾸로 保安處分에도 刑罰的 要素가 있기 때문이다.¹³⁾

二元論에 대한 批判을 要約하면 첫째, 刑罰은 단순한 過去의 犯罪에 대한 것에만 局限되는

12) 小野清一郎, 「刑法講義論(上)」, 東京: 有斐閣, 1955, p.216.

13) F. Nowakowski, Maßnahmenkomponent in StGB, in: Festschrift für Christian Broda, 1970, S. 193 ff., 沈在宇, “保安處分制度에 관한 考察”, 「法學論集」, 第22輯, 高麗大學校 法學研究所, 1984, p.146에서 再引用.

것이 아니고, 將來의 犯罪的 危險의 豫防이라는 要素도 갖고 있는 것이며 責任의 基礎에는 行爲者의 反社會性 即 危險性을 考慮해서 決定하지 않으면 안된다. 刑罰을 이와 같이 豫防刑罰로서 理解할 때 그것은 保安處分의 要素를 이미 自體內에 內包하고 있는 것이다. 保安處分이 將來의 犯罪에 대한 事前的 豫防處分이라면 刑罰도 그 점에 있어서 다를 바가 없다. 刑罰을 應報刑이 아닌 目的刑으로 理解하는 限 그것은 결코 過去의 行爲에 대한 事後的 鎮壓刑罰을 意味하는 것은 결코 아니기 때문에¹⁴⁾ 刑罰과 保安處分은 그 範圍를 같이 하는 것이라 할 수 있다.

둘째, 從來의 刑罰의 內容은 應報的 害惡이라 觀念하여 惡에는 惡으로 應報한다는 데 있는 것이고 一般의 確信으로 되어왔던 것이나, 오늘날 刑事法의 思潮는 刑罰은 犯罪現象으로부터 社會를 防衛하고 犯罪人의 改善教育을 통한 再社會化를 目的으로 하고 있기 때문에 결국 刑罰의 應報性이 普遍妥當한 眞理라고 볼 수 있는가에 관하여는 疑問이 提起된다.

셋째, 刑罰은 一般豫防을 目的으로 하고 保安處分은 特別豫防을 目的으로 한다고 하는 區別은 妥當하지 않다. 왜냐하면 刑罰은 一般豫防뿐만 아니라 特別豫防을 目的으로 하며, 또 保安處分도 特別豫防뿐만 아니라 一般豫防의 效果도 가지고 있기 때문이다. 保安處分은 行爲者의 危險性을 除去하기 위한 治療이므로 오로지 特別豫防만을 目的으로 한다고 생각할 수 있으나 그것도 自由剝奪의 不利益이 수반되어 있는 刑事處分이므로 一般豫防의 效果를 無視할 수 없을 것이다. 保安處分도 強制로 自由를 剝奪한다는 점에서는 刑罰과 마찬가지로 一種의 害惡이다. 오히려 常習犯이나 累犯에 대한 一般豫防의 效果는 特別豫防보다 더 큰 意義를 가지고 있다 하겠다. 따라서 保安處分은 이 점에서는 가장 強力한 一般豫防의 手段이라고 할 수 있을 것이다.¹⁵⁾ 다만 刑罰은 犯罪鎮壓으로서 一般豫防을 第一次의 目的으로 하고 그 目的에 反對되지 않는 限度에 있어서 第二次의 特別豫防作用을 하고, 保安處分은 犯罪豫防으로서 第一次의 特別豫防目的을 위하여 存在하는 것이고, 그 效果인 自由剝奪이 間接的으로 一般豫防作用을 한다고 볼 수 있으나 이를 엄격히 區別할 수 없는 問題이다.

넷째, 刑罰은 刑事處分이기 때문에 裁判所의 判決을 받아야 하고, 保安處分은 단순히 行政處分이므로 裁判所의 判決이 不必要하고 行政行爲에 속한다고 하나, 近來에 와서 各國의 例를 보면 保安處分도 裁判所에서 하고 있을뿐 아니라 刑罰과 保安處分의 代替를 認定한 나라도 있다. 따라서 保安處分과 刑罰은 그 內容 機能 目的에 있어서 差異가 있는 것이 아니라 다만 그 形式的 根據에 있어서 差異가 있을 따름이다.¹⁶⁾

14) 沈在宇, 前揭論文, pp.147~148.

15) E. Dreher, Liegt die Sicherungs Verwahrung im Sterben?, DRIZ, 3/1957, S. 52., 沈在宇, 前揭論文, p.148에서 再引用.

16) 沈在宇, 前揭論文, pp.150~151.

다섯째, 刑罰은 주로 倫理的인 것이고 保安處分은 倫理的으로 無色하다고 하나 이는 倫理觀에 대한 見解의 差異이다. 保安處分도 역시 社會秩序를 侵害할 危險性이 있는 者에 대한 處分은 社會倫理的 要素를 內包하고 있다.

나. 一元論

一元論은 目的刑論 내지 教育刑論을 支持하는 近代學派에 의하여 主張되는 것으로 保安處分과 刑罰과는 그 本質이 同質的이라고 한다. 刑罰과 保安處分은 다 같이 犯人的 改善 教育和 社會의 保全을 目的으로 하는 것이고, 行爲者의 反社會性을 基礎로 하여 科하는 社會防衛處分이므로 兩者는 本質的으로 差異가 없다고 한다. 即 兩者는 모두 反社會的 性格을 가진 者에 대한 社會防衛의 措置이고, 다만 行爲者의 性格이 刑罰適應性이 없는 경우에는 刑罰에 代置하여 保安處分을 科하는 것이므로 兩者의 差異가 있다면 단지 그 程度와 分量에 있어서 差異가 있을 따름이고 그 本質에 있어서는 同一하다고 한다.¹⁷⁾ 一元論에 대해서도 첫째, 刑罰에서 應報의 性格을 除去하기 困難하고 둘째, 刑法上 責任主義의 拋棄를 意味하므로 不當하며 셋째, 實際 施行上 刑罰과 保安處分의 重複이 問題되는 경우에 과연 一元論이 刑事政策上 妥當한 解決方法이 될 수 있는가¹⁸⁾ 등 많은 批判이 提起되고 있다.

요컨대 刑罰의 本質을 教育 내지 矯正刑으로 파악할 때는 犯罪로부터의 社會保全과 犯人的 教化·改善을 위하여 刑罰을 科하는 것만으로서 그 目的을 達成할 수 없고 犯罪의 豫防 또는 鎮壓의 對策으로서 刑罰 이외에 保安處分이 당연히 要請되겠으나¹⁹⁾ 現在까지는 一般的으로 保安處分을 刑罰에 대한 補充의 附隨的인 것으로서 理解하고 있는 狀況에 있다. 그러나 二元論의 許多한 問題點과 함께 刑罰과 保安處分의 區別自體가 이미 相對的인 것으로 되었을 뿐만 아니라 現代의 國際的인 刑事思潮가 一元化의 方向으로 進展하고 있고 刑罰과 保安處分을 統合하기 위한 理論의 實踐의 努力이 推進되고 있음도 또한 否定할 수 없는 사실이기 때문에 刑罰과 保安處分의 機能的 一元化를 向한 진지한 摸索이 이루어져야 할 것이다.

2. 保安處分과 刑罰의 適用關係

가. 代替性的 問題

保安處分과 刑罰의 性質에 관하여 이른바 代替性的 問題가 있다. 即 保安處分을 刑罰에 代替選擇할 수 있는가 또는 刑罰의 補充으로서 併科할 수 있는가의 問題이다. 이에 관하여 二元

17) H. Schultz, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts, 2 Aufl, Bern, 1974, S.33.

18) 李在祥, 「保安處分の 研究」, 서울: 法文社, 1978, pp.58~59.

19) 李敬鎭, “保安處分에 대한 考察,” 「論文集」第2輯, 韓國海洋大學 海運研究所, 1983, p.93.

論은 그 理論的 歸結로서 併科의 原則을 認定하나 代替의 原則은 許用되지 아니한다고 하고, 一元論은 兩者間의 本質的 差異를 認定하지 않기 때문에 代替의 原則을 認定하게 되는 結論이 나온다.

刑罰과 保安處分을 그 本質에 있어서 峻別하고 現實의 機能을 度外視할 때에는 保安處分은 應報나 贖罪에는 맞지 않으므로 責任을 解消하기 위하여는 併科의 原則이 妥當할 것이다. 그러나 刑罰과 保安處分은 法益剝奪 自由制限이라는 同質性을 갖는 한편 社會防衛와 犯罪人의 教化 改善이라는 同一한 目的을 갖는 것이고 特히 自由剝奪的 保安處分은 自由剝奪이라는 점에서 刑罰과 마찬가지로 同種의 苦痛을 本人에게 주는 것이므로 결국 保安處分은 그 目的에 따라 刑罰을 補充하여 併科할 뿐 아니라 自由롭게 代替될 수 있도록 해야 할 것이다.²⁰⁾ 最近의 立法例에서는 이러한 代替의 原則을 採擇하는 傾向이 顯著하다(西獨刑法 第 67 條 및 스위스 刑法 第 42 條).

나. 執行의 順序問題

刑罰과 保安處分이 同時에 宣告된 경우에 그 執行順序의 問題가 있다. 이에 관하여는 「刑罰先執行主義」와 「保安處分先執行主義」가 있는데, 各國의 立法例는 一定하지 않다. 二元論의 立場에서는 刑罰의 執行이 終了된 後에 執行되는 것이 보통이다. 이와 같이 二元論下에서 刑罰을 保安處分보다 먼저 執行하는 理由는 첫째, 保安處分은 刑罰을 補充하는 手段에 不過할 뿐 아니라 둘째, 刑罰은 그 期間이 特定되어 있음에 反하여 保安處分은 不定期이므로 刑罰을 먼저 執行하여야 한다는 點에 있다. 그러나 保安處分이 宣告될 정도의 犯人은 精神障礙나 藥物의 依存性 등 異狀한 人格的 障礙要素와 違法行爲와의 相關關係가 顯著한 者이므로 刑罰의 特別豫防的 效果를 위해서는 이 人格的 障礙要素의 除去가 時急하며 刑의 執行에 의한 責任의 解消는 그 後라도 支障이 없기 때문에²¹⁾ 保安處分先執行의 原則이 妥當하다고 하겠다. 우리 社會保護法은 保護監護는 刑罰을 先執行하고 治療監護는 刑보다 먼저 執行하도록 하고 있다.

다. 宣告機關의 問題

保安處分의 宣告를 어떤 機關에서 담당할 것인가는 保安處分의 性質을 어떻게 볼 것인가에 따라 理論上 差異가 생길 것이다. 保安處分을 行政處分으로 理解하고 刑事司法的인 것이 아니라고 하는 立場에서는 그 宣告機關을 法院으로 할 것이 아니라 行政機關이 담당하게 될 것이고, 이에 反하여 本質上 保安處分을 刑事司法的인 것으로 理解하는 立場에서는 그 宣告는 原則적으로 法院이 담당한다는 結論에 이르게 된다. 그러나 實際에 있어서는 保安處分의 性格이

20) 鄭盛根, 前掲書, p.791; 朴在允, “保安處分,” 「刑事法講座 II」, 서울: 博英社, 1984, pp.862~863.

21) 西原春夫外 三人, 「刑事政策講座」 第三卷, 東京: 成文堂, 1972, p.9.

行政處분이냐 司法處분이냐 하는 문제와 그것을 宣告하는 機關이 行政機關이냐 司法機關이냐 하는 문제는 必然的인 關係가 있는 것이 아니고 保安處分の 實際機能과 關聯하여 考慮해야 할 것이다.

생각컨대 保安處分도 그 內容과 目的에 있어 刑罰과 다를 바 없고 法益剝奪 내지 自由制限의 不利益處分이라는 點 또한 刑罰과 마찬가지로 正確 公正이 要求된다는 點을 勘案할 때 保安處分の 宣告機關은 法院으로 하여 담당하도록 하는 것이 바람직하다. 오늘날 保安處分の 法的性質을 行政處分이라고 보는 學者들까지도 그 宣告機關은 人權保障의 見地에서 法院이어야 한다고 主張하는 意見이 有力하다.²²⁾ 最近의 立法傾向도 保安處分을 法院의 權限에 속하게 함으로써 保安處분에 關하여 刑事處分說에 입각하는 趨勢이다.²³⁾

IV. 保安處分の 種類와 法的前提要件

1. 保安處分の 種類

保安處分の 種類는 各國의 立法例에 따라 相異하며 그 分類도 또한 그 區別의 基準에 따라 여러가지로 나누어진 다. 各國의 刑法, 刑法草案 또는 單行法에 規定되어 있는 保安處分の 種類를 比較法的으로 分類해보면 편의상 크게 對人的 保安處分과 對物的 保安處分으로 나누어진 다.

가. 對人的 保安處分

對人的 保安處分은 將來의 犯罪行爲를 防止하기 위하여 特定人에 대하여 宣告되는 保安處分을 意味한다. 이 對人的 保安處分은 다시 處分の 實質的 內容에 따라 自由剝奪의 保安處分과 自由制限의 保安處分으로 分類할 수 있다.

1) 自由剝奪의 保安處分

(가) 監護治療處分

監護治療處分은 精神病者, 神經衰弱者, 히스테리 患者 및 聾啞者 등과 같은 責任無能力者 또는 限定責任能力者 등 心神障碍로 인하여 犯罪를 行하는 者에 대하여 不起訴 혹은 無罪의 宣告 또는 刑의 執行後에 再犯을 防止하기 위하여 監護 또는 治療하는 收容處分이다. 이 監護治療處分은 대개 不定期를 原則으로 하고 그 期間 中에 定期的 審査, 保護觀察, 試驗的 釋放을 할 수 있다.

22) 須久木主, 「刑事政策」, 東京: 有斐閣, 1969, p. 206.

23) 李珍雨, 「社會安全法講解」, 서울: 法文社, 1975, pp. 31~41 參照.

英國의 精神衛生法 (Mental Health Act)의 경우는 收容期間을 1年을 原則으로 하되 必要한 경우에는 更新할 수 있도록 하고 있다(同法 第43條). 그런데 心身障礙者에 대한 保安處分은 犯罪性 精神障礙者의 犯罪性を 除去하기 위한 改善處分인 이상 그 期間에 制限을 두지 않는 것이 保安處分의 本質上 當然하다고 하겠다.²⁴⁾ 어떻든 心身障礙者에 대한 特別한 措置를 두게 된 것은 그들에게는 刑罰을 科할 수 없거나 傳統의인 刑罰이 不適當한 것이지만 犯罪의 危險性을 가진 者들을 그대로 放置하기도 社會防衛上 困難하다는 데 있다.

(나) 禁絶施設收容(矯正所)

이 處分은 麻藥, 알콜, 睡眠劑, 幻覺劑, 기타 藥物中毒者에 대한 治療 改善措置로 酩酊이나 麻醉狀態에서 오는 犯罪的 危險性을 除去하기 위하여 一定期間 矯正所 및 禁絶施設에 收容하여 그 習癖을 治療 矯正함을 內容으로 하는 保安處分이다. 收容治療期間은 國家에 따라 一般적으로 1年 6月 내지 3年의 期間으로 制限되어 있지만 西獨刑法(同法 第64條)을 비롯한 多數 國家에서는 2年으로 規定되어 있다. 이는 行爲者에 대한 治療期間은 이 期間으로 充分하다는 考慮에 基礎를 두고 있지만,²⁵⁾ 그러나 出所後 after care와의 結合이 더욱 緊要하다.

(다) 勞働施設收容處分

이는 浮浪者, 乞人, 賣春婦 등 放蕩한 生活習性에 젖은 勞働嫌忌者가 그로 인하여 常習적으로 犯罪을 犯할 때, 그들에 대하여 刑을 宣告하는 경우에 그 裁判과 함께 宣告하는 勞働改善處分이다. 이 處分을 받은 者는 一定한 勞作所에 收容되어 一定한 作業에 從事케 함으로써 非行危險을 除去하고 勤勉 規律있는 習慣을 馴致시킨다(스위스刑法 第100條 및 프랑스刑法 第274條).

勞作處分의 本質은 改善이 第一次의인 것이고 保安의 思想은 第二次의인 것이다. 그러나 오늘날 改善·教育刑의 執行이 이루어지고 있는 限 懲役刑으로서 그러한 目的은 充分히 達成할 수 있으므로 勞作處分이 하나의 特殊한 制度로서 存在할 必要가 있는가 하는 疑問이 提起됨으로써²⁶⁾ 이 制度는 점차 廢止되는 傾向에 있다.²⁷⁾

(라) 保安拘禁(豫防處分)

保安拘禁은 自由刑의 執行을 終了하였더라도 아직 改善의 狀態에 이르지 아니하여 이를 放

24) Theodor Lenckner, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, in Göppinger-Witter, Handbuch der forensischen Psychiatrie, Tübingen, 1972, S.192.

25) 李在祥, 前掲書, p.38.

26) 安平政吉, 前掲書, p.345.

27) 西獨刑法은 1969年의 第一刑法改正法律을 통하여 이 保安處分을 廢止하였으며 스위스에서도 1971年의 改正을 통하여 18歲이상 35歲이하의 青年에 대해서만 適用토록 하였다.

置하면 再犯의 憂慮가 있는 特殊犯罪人에 대하여 豫防所 또는 保安監置施設에 收容處分하는 것을 말한다. 그 對象은 各國의 立法例에 따라 一定하지 아니하나 대체로 思想犯, 常習犯人, 固執性犯人 및 自由刑執行 終了後의 累犯의 危險性 있는 強力犯을 犯할 염려있는 者에 대하여 行한다(西獨刑法 第 66 條). 그러나 保安拘禁은 理論上 또는 實際 運營面에서 많은 問題點이 提起됨으로 인하여, 그것은 保安處分의 看板 밑에 숨겨진 刑罰이므로 이는 看板詐欺(Etikettenschwindel)²⁸⁾에 不過하다는 批判을 받고 있다.

(마) 社會治療處分

社會治療處分은 人格의 顯著한 障礙로 인하여 社會에 危害를 加하도록 行動하여 犯罪를 行한 行爲者에 대하여 一定期間 社會治療施設에 收容하여 그들의 社會化를 促進하게 하는 治療處分이다.²⁹⁾ 그 方法으로서는 作業療法, 精神療法(Psychotherapie), 接觸療法(Kontakttherapie), 環境療法(Milileutherapie), 行動療法(Verhaltenstherapie), 集團處遇, 藥理學的, 外科의 措置 등이 行하여진다.³⁰⁾

社會治療處分은 行爲者를 改善·教育시켜 社會化를 시킨다는 點에 있어서는 科學的이고 有效한 處遇方法이라고 할 수 있다. 그러나 獨立된 많은 社會治療施設의 設置와 必要한 專門職員의 確保가 問題點으로 指摘되고 있다.

2) 自由制限的 保安處分

(가) 保護觀察

이 制度는 有罪가 認定된 犯罪人에 대하여 矯正施設內의 收容處罰하지 않고 一定한 期間 善行의 維持를 條件으로 刑罰의 全部 또는 一部執行을 留保하여 社會內에서 自由를 주고 國家에서는 專門機關의 個別的인 觀察, 即 監督과 援護를 통하여 적극적으로 그의 更生과 社會復歸를 도와주는 刑事司法制度이다.³¹⁾ 이 制度는 英美法系의 國家에 있어서 發展되었는데 法律上 制度로서 最初의 立法은 1878年 美國 「마사추세츠」푸로베손法(Massachusetts probation law)이다.

이 法이 實施됨에 따라 民間篤志家에 의한 保護觀察活動이 國家公權으로 國家財政과 公務員

28) H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2 Aufl. Berlin, 1972, S.69.

29) 西獨刑法 第 65 條는 社會治療施設에 收容할 수 있는 行爲者로서 다음과 같은 네가지의 行爲者 類型을 規定하고 있다. ①重大한 人格的 障礙下에 있는 危險한 累犯者 ②性的衝動犯 ③滿 27 歲 미만의 性癖 犯罪者 ④行爲者의 社會復歸를 위하여 社會治療施設에의 收容이 적합하다고 인정되는 責任無能力者와 限定責任能力者 등이다.

30) G. und R. Mauch, Sozialtherapie und die Sozialtherapeutische Anstalt, Stuttgart, 1971, S.82.

31) Edwin H. Sutherland and Donald R. Cressey, Criminology, 8th ed., J. B. Lippincott Co., 1970. pp.461~462.

에 의하여 實施되는 制度로 發展하게 되었으며 그 후 「미시피」州를 除外한 美國 全州와 英國에 傳播되고 歐洲大陸 諸國에서도 뒤따라 이를 制度化하여 採用 發展하게 되었다. 保護觀察 制度는 自由刑의 執行에 수반하는 弊害를 除去할 뿐 아니라 保安拘禁의 代替 또는 補充하는 手段으로서 그 刑事政策上的 價値는 높이 評價되고 있다.³²⁾

(나) 善行保證

善行保證은 刑의 執行猶豫 또는 假釋放을 宣告하는 경우 相當한 金額 其他 有價證券을 提供하게 하거나 保證人을 세워 對象者에 대하여 心理的 壓迫感을 줌으로써 將來의 善行을 保證할 것을 內容으로 하는 保安處分의 一種이다(스위스刑法 第57條). 따라서 善行保證은 執行猶豫 또는 假釋放이 取消될 경우에는 그 提供된 保證金을 沒收하거나 保證人으로부터 定하여진 保證金을 納付케 한다.

(다) 其他의 保安處分

其他의 保安處分으로서 ① 職業 등의 禁止(西獨刑法 第70條, 덴마크刑法 第70條 등) ② 居住制限(브라질刑法 第93條, 그리스刑法 第73條 등) ③ 國外追放(이태리刑法 第235條) ④ 飲酒店出入禁止(이태리刑法 第234條) ⑤ 運轉免許剝奪(西獨刑法 第69條) ⑥ 斷種·去勢 등이 있다.

나. 對物的 保安處分

對物的 保安處分은 犯罪 및 그 法益侵害의 危險을 防止하기 위하여 一定한 物件에 대한 國家的 強制措置를 意味한다. 여기에는 沒收, 營業所 閉鎖, 法人의 解散 등이 해당한다.

1) 沒收

沒收는 犯罪行爲에 提供하였거나 提供하려는 物件 또는 犯罪行爲로 인하여 生하였거나 取得한 物件 등 人間의 安全과 道德, 公共의 秩序를 危殆롭게 하는 財産을 剝奪하는 것을 內容으로 한다. 沒收의 法律的 性質을 保安處分으로 理解할 것인가 또는 刑罰로 볼 것인가에 대하여는 各國의 立法例와 學者들의 見解가 一致되지 않고 있다.³³⁾ 그러나 通說은 形式的으로는 一種의 刑罰이지만 實質的으로는 一種의 對物的 保安處분에 가깝다고 본다.

刑法史的으로 보면 沒收는 본래 自由刑·罰金 등과 같이 犯人에 대한 應報的인 制裁로서 刑罰로서의 性質을 가지고 있었으나, 近代刑法에서는 罰金刑과 沒收刑을 分離시켜서 沒收를 附加刑으로 하고 形式的으로는 刑罰로 하면서 實質的으로는 保安處分的 性格을 지니게 하고 있

32) 李在祥, 前掲書, p.143.

33) 沒收를 保安處分의 一種으로 規定한 立法例는 이태리刑法 第236條 내지 第240條, 스위스刑法 第58條 등이다.

다. 現行法上으로 沒收는 犯人으로부터 社會的 危險物을 除去하여 犯罪反復의 危險性을 豫防하고, 또 犯罪로 인한 不當한 利得을 剝奪하게 한다는 一種의 保安處分의 性質을 가지고 있다 하겠다. 特히 一定한 경우에는 犯人 이외의 者의 所有에 속하는 物件의 沒收를 許用하는 것은 沒收의 保安處分의 性格을 더욱 明白히 하고 있다.³⁴⁾ 다만 獨逸에서는 一般적으로 沒收는 하나의 單一目的을 위한 것이 아니라 複合的인 目的을 갖는 것이므로 그 法的 性質은 沒收의 必要性에 따라 刑罰이나 保安處分이나를 決定할 것으로 理解되었다고 한다.³⁵⁾

2) 營業所 閉鎖와 法人의 解散

營業所 閉鎖는 犯罪에 利用되고 있는 營業施設을 一時的으로 또는 永久히 閉鎖시키는 處分을 말하며, 法人의 解散은 一定한 事由가 있을 때 當該法人을 解散시켜 犯罪의 危險을 豫防하는 措置이다.

2. 保安處分 適用에 관한 要件

가. 保安處分法定主義

保安處分을 適用함에 있어서는 刑罰에서와 같이 罪刑法定主義의 原則을 準用할 것인가 하는 問題가 있다. 保安處分도 그 法的 性質에 있어서 個人的 自由와 財產 등을 剝奪 또는 制限을 內容으로 하고 있다는 점에서 刑罰과 何等の 差異가 없으므로 人權保障의 見地에서 罪刑法定主義와 같이 保安處分法定主義의 原則이 認定되어야 할 것이다.³⁶⁾ 保安處分法定主義에 관하여는 1930年 이태리刑法(同法 第199條)과 프랑스刑法草案(同草案 第7條) 등에서는 法定主義의 原則을 明文으로 規定하고 있다.

保安處分法定主義를 明文上 規定하지 아니한 國家에서도 罪刑法定主義를 宣言한 各國 憲法의 趣旨로 보아 당연히 保安處分法定主義에 입각하고 있다고 보아야 할 것이다. 우리나라 現行憲法 第11條 1項에서도 「누구든지 法律에 의하지 아니하고는 …… 保安處分을 받지 아니한다」고 規定하여 保安處分에 있어서의 法定主義를 確認하고 있다.

保安處分法定主義를 是認한다고 하면 이에 관련하여 慣習法은 保安處分의 法源이 될 수 없고, 保安處分의 解釋에 있어서도 處分을 받을 者에게 不利益이 되는 類推解釋도 許用해서는 안 될 것이다.³⁷⁾ 그러나 刑罰不遯及의 原則이 保安處分에 관하여도 適用되는가에 대해서는 見解가 對立되고 있다. 刑罰不遯及의 原則을 保安處分에 대하여도 適用해야 한다는 解釋은 保安處分法을 適用함에 遯及效를 認定한다면 保安處分法定主義와 矛盾되고 또한 刑罰의 遯及效를 認

34) 鄭盛根, 前掲書, p.758.

35) H. Jescheck, a. a. O., S.597.

36) 鄭榮錫, 前掲書, pp.265~266.

37) 安基伯, “保安處分” 「考試界」通卷 第63號, 1962.5. p.59.

定하는 경우에 못지 않게 個人的 自由가 侵害되는 것이므로 刑罰不遯及의 原則은 保安處分에 대하여도 適用되어야 할 것이라 한다.³⁸⁾

이에 反하여 刑罰不遯及의 原則을 保安處分에 대하여 適用할 수 없다고 主張하는 見解는 刑罰은 過去の 不法에 대한 反作用이므로 刑罰不遯及의 原則이 適用되어야 하겠으나 保安處分은 그와는 달리 將來의 危險에 대한 것이므로 遯及效를 原則으로 하여야 한다는 것이다. 그 理由는 保安處分の 根據가 責任에 있는 것이 아니라 將來의 危險으로부터 一般을 保護할 必要性和 行爲者의 社會復歸에 있는 이상 어떤 措置가 行爲者의 未來의 不法을 防止할 것인가가 行爲時에 이미 確定될 必要는 없으며 그때 그때의 合目的的인 處分이 可能하여야 한다는 점에 根據를 두고 있다.³⁹⁾

保安處分法定主義가 罪刑法定主義와 同一한 理論的 根據에서 是認된다고 하면 당연히 保安處分法の 效力遯及도 認定할 수 없게 될 것이다. 그런데 罪刑法定主義의 派生的 原則으로서 刑事不遯及의 原則은 行爲者에게 不利益한 刑事事後立法의 遯及을 禁止시킴으로써 個人的 自由와 權利를 保障하려는 데 있는 것이므로 行爲者에게 有利한 경우까지 그 遯及效를 排除하는 것은 아니다. 따라서 事後立法에 의하여 行爲者에게 有利한 경우에 遯及效를 認定하는 것은 罪刑法定主義의 根本精神에 反한다고 할 수 없다. 우리의 現行刑法 第1條도 이러한 관점에서 第1項에서는 行爲時法主義를 宣言하면서 例外的으로 第2項과 第3項에서는 行爲者에게 有利한 때에는 刑法의 遯及效를 認定하고 있다. 刑罰不遯及의 原則을 위와 같은 意味에서 볼 때, 將來에 대한 豫防處分이고 裁判時에 現存하는 危險性에 대하여 行하여지는 것이므로 裁判時의 保安處分法이 行爲時의 保安處分法 보다도 行爲者에게 有利하게 된 경우에는 新法の 效力을 遯及시키는 것은 妥當하다고 하겠다.

各國의 一般的인 立法例도 保安處分에 관해서는 刑罰法規와는 달리 遯及效를 原則으로 하여 裁判時法에 따르고 있다. 예컨대 1930年 이태리刑法(同法 第200條 第1項), 1934年 프랑스刑法改正草案(同草案 第9條), 1935年 나치스獨逸刑法(同法 第2條 a의 第4項), 1928年 第2回 刑法統一에 관한 로마會議의 決議 第3條 第1項 등은 모두 이러한 趣旨를 規定하고 있다. 특히 西獨 現行刑法 第2條 第6項에서도 「保安處分에 관하여는 法律에 다른 規定이 없는 때에는 裁判時의 有效한 法律에 의하여 裁判한다」고 規定하여 保安處分에는 刑罰不遯及의 原則이 適用되지 않는다는 態度를 明白히 하고 있다.

38) F. Nowakowski, Zur Rechtsstaatlichkeit der Vorbeugenden Massnahmen, Festschrift f. v. Weber, 1963, S.119, 李在祥, 前掲書, pp.32~33에서 再引用.

39) R. Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4 Aufl, Karlsruhe, 1971, S.140.

나. 保安處分の 前提條件

保安處分은 行爲者의 危險性으로부터 社會를 防衛하기 위한 合目的的 處分이기는 하지만 그것은 同時에 被處分者의 自由를 剝奪 또는 制限하는 處分이므로 保安處分の 賦課를 위하여는 諸國의 實定法에 의하여 論해져야 할 것이다. 保安處分の 前提條件에 관한 法的 規制는 各國의 制度 및 各種의 處分에 따라 差異가 있으나 諸國의 立法例를 보면 保安處分 賦課의 前提條件으로서는 一定한 共通要素가 存在하고 있음을 發見할 수 있다. 即 그 첫째 條件은 「一定한 違法行爲의 存在」이고, 둘째 條件은 「行爲者에게 一定한 危險性이 存在하는 것」이다.

1) 違法行爲의 存在

保安處分은 危險한 行爲者로부터 社會를 保護하고자 하는 것이지만 반드시 事전에 刑法上의 違法行爲가 있어야 한다. 따라서 「犯罪없으면 保安處分 없다」는 原則이 必要하다. 勿論 事前的 違法行爲 없이 行爲者의 危險한 狀態만 있으면 刑事上의 保安處分을 科할 수 없는 것은 아니지만 그것은 刑事司法의 使命이 아니라 行政法上 또는 後見的인 措置의 課題에 不過하다. 이와 같이 保安處分이 違法行爲의 存在를 條件으로 하는 所以는 一定人이 一定한 行爲事實이 있으므로 비로소 刑事事件에 관련되는 것이고, 이에 따라 비로소 刑事保安處分の 干涉對象이 될 수 있다는 意味이다.

그러나 모든 犯罪行爲가 保安處分の 要件이 되는 것은 아니며 行爲者의 危險性을 徵表하는 行爲만이 保安處分の 對象이 된다.⁴⁰⁾ 即 保安處分の 對象이 되는 行爲는 保安處분에 의하여 除去하고자 하는 行爲者의 危險性을 徵表하는 一定한 性質의 行爲이어야 하고 또한 그 行爲는 行爲者의 危險한 狀態에서 發生한 것이어야 한다. 그것은 一定數, 一定한 種類, 一定한 刑에 해당하는 犯罪가운데서 그 行爲者의 危險性이 客觀的으로 徵表되어 있어야 한다. 그러한 行爲者의 危險要素들은 常習性, 中毒性, 精神狀態의 非正當性, 性的 衝動性이며 이것은 保安處分の 構成要件에 該當한다.⁴¹⁾

2) 危險性的 存在

行爲者의 危險性은 保安處分の 基礎이며 保安處分の 宣告에 있어서의 實質的 要件이라 할 수 있다. 이 危險性은 行爲者에 대하여 將來에 刑罰로서 處罰되는 行爲, 即 犯罪가 期待되는 蓋然性을 意味하고 單純한 再犯의 可能性이나 潛在的 危險性 만으로는 不足하다. 그러므로 過去の 違法行爲나 將來에 期待되는 違法行爲가 行爲者의 特殊한 危險性을 徵表하고 있더라도 再犯의 危險性이 없거나 또는 危險性이 있기는 하나 蓋然性이 없을 때에는 保安處分을 科하거나 계속할 수 없다.

40) Jong-Dae Bae, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Maßregelrecht des StGB(Diss), 1984, S.72ff., 沈在宇, 前揭論文, p.163에서 再引用.

41) 沈在宇, 前揭論文, pp.163~164.

危險性의 程度는 侵害可能性 및 期待되는 侵害의 程度에 따라 決定해야 하는데,⁴²⁾ 그것은 重大한 違法行爲에 局限되어야 한다. 따라서 重大한 違法行爲가 아닌 輕微한 犯罪가 期待되는 경우에 保安處分을 科할 수 없다. 무엇이 「重大한 違法行爲」인가에 관하여 西獨刑法은 被害者에게 精神的, 肉體의으로 重大한 被害를 입히거나 經濟的으로 重大한 損害를 입히는 行爲(同法 第 66條 第 1項 3號 參照)라고 例示하고 있다. 그러므로 輕微한 犯罪의 危險을 理由로 한 保安處分의 宣告는 許用되지 않는다고 보아야 한다.⁴³⁾

危險性 判斷의 基準은 行爲者의 人格과 그가 行한 行爲와의 綜合判斷에 의하여 行하여져야 한다. 그리고 違法性의 判斷은 過去의 確定된 事實에 대한 判斷이 아니라 未來에 대한 假定的 判斷이며 豫測(Prognose)으로서의 性格을 가지고 있으므로 그 判斷의 時期는 行爲時가 아니라 保安處分이 宣告되거나 執行되는 때라고 解釋된다.⁴⁴⁾

V. 우리나라의 保安處分制度

1. 序 說

우리 나라의 刑法典에는 保安處分에 관한 規定은 전혀 두지 않고 있을 뿐만 아니라 體系的인 立法도 이루지 못한 狀態에 있었다. 다만 여러 法律 중에 行政處分의 性格을 띤 保安處分의 要素를 지닌 特別法인 倫落行爲 등 防止法 第 7條(1961.11.9), 麻藥法 第 50條(1957. 4.23), 母子母 健法 第 9條(1973. 2.28), 傳染病豫防法 第 29條 내지 第 33條(1954. 2. 2), 少年法 第 30條(1953.7.24) 등에서 定하는 各種의 處分이 散在해 왔을 뿐이다. 그러나 이의 導入問題가 刑法·刑事政策學系에서 꾸준히 提起되고 輿論의 뒷받침 속에 1975년에 社會安全法과 1980年 12月 18日 法律 第 3286號로서 公布 施行된 社會保護法이 制定됨으로써 우리 나라에도 保安處分制度가 本格的으로 導入되어 施行되기 始作했다.

그런데 社會安全法은 처음으로 體系的인 保安處分을 規定하였지만 保安處分에 관한 一般法이 아니고 思想犯罪對策의 一環으로 刑法上 內亂·間諜罪 등을 犯한 者와 國家保安法 등 違反事犯에 대하여 刑終了 後에도 再犯 危險性이 있을 때에는 保護觀察, 住居制限 및 保安監護의 處分을 할 수 있도록 規定함으로써 이는 「特定犯罪」에 관한 保安處分으로서 一般的인 保安處分制度와 關聯지을 수 없는 것이었다. 그러나 社會保護法은 犯罪一般에 대한 保安處分法

42) 安平政吉, 前掲書, p.382.

43) 李在祥, 前掲書, pp.44~45; 沈在宇, 前掲論文, pp.164~165.

44) 李在祥, 前掲書, p.46.

으로서 社會安全法과는 달리 一定한 犯罪에 局限되는 것이 아니고 널리 再犯의 危險이 있는 모든 種類의 犯罪에 대한 處分을 行하게 하는 眞正한 意味의 保安處分이다.⁴⁵⁾ 따라서 以下에서는 特定犯罪로서 反國家事犯에 관한 社會安全法상의 保安處分과 一般的 意味의 保安處分인 社會保護法상의 保安處分으로 區分하여 考察하고자 한다.

2. 社會安全法상의 保安處分

社會安全法은 1975年 8月 16日 法律 第 2769號로 公布·施行되었는데(1980年 12月 31日 法律 第 3318號로 改正), 이로써 우리는 처음으로 國事犯에 관한 것이지만 비로소 事實上 意味에서의 保安處分制度를 가지게 되었다. 社會安全法 第1條에는 「이 법은 特定犯罪를 다시 犯할 危險性을 豫防하고 社會復歸를 위한 教育·改善이 必要하다고 認定되는 者에 대하여 保安處分을 함으로써 國家의 安全과 社會의 安寧을 維持함을 目的으로 한다」라고 規定하고 있다. 이 規定은 바로 社會安全法 制定의 目的에 관한 規定인 同時에 保安處分의 意義를 規定한 것이라 볼 수 있다.

社會安全法 第2條에는 保安處分의 對象者인 特定犯罪가 무엇인가를 規定하고 있는데, 여기에는 ① 刑法상의 內亂罪(第 87條 내지 90條)와 外患罪(第 92條~101條) ② 軍刑法상의 叛亂罪(第 5條~8條)와 利敵罪(第 9條 第 2項 및 第 11條 내지 第 16條) ③ 國家保安法(第 3條 내지 第 9條)에 해당하는 罪를 犯한 者로서 禁錮이상의 刑의 宣告를 받고 그 執行을 받은 事實이 있는 者에 대하여 保安處分을 한다고 規定하고 있다.

同法에서 規定한 保安處分은 同法 第3條에 規定하고 있는 바, 그 種類로는 ① 保護觀察處分(第 4條) ② 住居制限處分(第 5條) ③ 保安監護處分(第 6條) 등 3種類가 있다. 期間은 다 같이 2年으로 하고 處分機關인 保安處分審議委員會의 議決로 얼마든지 그 更新이 可能하다(同法 第8條). 이러한 保安處分의 決定은 檢事의 請求로 法務長官이 行하며 法務部內에 設置되는 保安處分審議委員會의 審査結果를 參考로 決定하게 되어 있다(同法 第13條·第15條). 그리고 刑罰과의 調整에 있어서는 刑罰先執行으로 일관하고 있으며(同法 第24條) 時效에 관하여는 아무런 規定을 두고 있지 않으나 解釋上 이는 時效를 否認한 것으로 보고 있다.

3. 社會保護法상의 保安處分

가. 社會保護法의 意義와 立法趣旨

社會保護法은 「罪를 犯한 者로서 再犯의 危險性이 있고 特殊한 教育, 改善 및 治療가 必要

45) 朴在允, 前掲書, pp. 863~864.

하다고 認定되는 者에 대하여 保護處分을 함으로써 社會復歸를 促進하고 社會를 保護함을 目的으로 制定된 것이다(同法 第1條). 本法은 從來의 立法과는 달리 一定한 犯罪에 局限되는 것이 아니고 널리 再犯의 危險性이 있는 모든 種類의 犯罪人을 그 對象으로 하고 있다는 점에서 우리 나라에 있어서 最初의 一般의인 保安處分法이라는 데에 큰 意義가 있다고 하겠다. 특히 社會保護法에 의하여 처음으로 司法處分으로서의 保安處分을 導入함으로써 犯罪에 대한 法的效果로서 刑罰만을 規定하고 있던 우리 刑法上的 刑罰體系를 保安處分에 의하여 補完되고 그 結果 刑罰과 保安處分이라는 二元的인 制裁體系가 形成됨에 이르렀다고 할 수 있다.⁴⁶⁾

社會保護法이 規定하고 있는 保護處分の 對象者는 ① 數個의 刑을 받거나 數個의 罪를 犯한 者(過失로 인하여 罪를 犯한 者는 除外) ② 犯罪를 目的으로 하는 團體 또는 集團의 首魁 및 幹部인 者 ③ 心神障礙者·麻藥類中毒者 및 알코올 中毒者이다(同法 第2條). 그런데 外國의 保安處分制度들이 주로 常習犯對策과 精神障礙性·中毒性 犯罪로서 考案되고 있는데 비하여 우리 나라의 制度가 組織犯罪對策까지도 考慮하고 있다는 점이 그 特色이라 할 수 있다.

나. 保安處分の 種類 및 內容

社會保護法이 規定하는 保安處分(保護處分)의 種類는 自由剝奪的 保安處分으로서의 「保護監護」와 「治療監護」 그리고 自由制限的 保安處分으로서의 「保護觀察」등 세 種類가 있다(同法 第3條). 以下에서 이들을 簡略하게 살펴보기로 한다.

1) 保護監護

保護監護는 西獨刑法上的 保安監護(Sicherungsverwahrung)에 해당하는 것으로서 被保護監護者를 保護監護施設에 收容하여 一定期間 監護·教化함을 內容으로 하는 處分이다. 그 對象은 同種 또는 類似한 罪로 實刑을 받고, 一定期間內에 다시 同種 또는 類似한 罪를 犯하고 再犯의 危險性이 있는 者, 數個의 犯罪事實로 인하여 常習性이 認定되는 者 및 犯罪를 目的으로 하는 團體 또는 集團 首魁 및 幹部인 者이다(同法 第5條 第1項과 2項).

保護監護는 沿革上으로나 比較法的으로 볼 때 危險한 常習犯人을 長期間 拘禁·隔離함으로써 社會防衛를 꾀하는데 重點을 두고 있는 處分이다. 그렇지만 그 保護監護의 實施는 犯罪人을 社會復歸 시키는 目的을 가진 教化·改善의 努力이 전혀 排除되는 것은 아니다.⁴⁷⁾ 따라서 保護監護는 犯罪者를 社會에 復歸시킴으로써 完全한 社會防衛를 꾀하는 制度라 하겠다.

社會保護法은 必要的 保護監護와 任意的 保護監護의 두 種類를 規定하고 있는데 이들 兩者

46) 李在祥, 「社會保護法論」, 서울: 經文社, 1981, p.11.

47) Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 18 Aufl. München, 1976, S.659.

는 각기 그 對象과 要件을 달리하고 있다. 必要的 保護監護는 同種 또는 類似犯罪의 反復에 의하여 常習을 나타내는 累犯의 常習犯人을 對象으로 하며(同法 第5條 第1項), 法律에 規定된 要件에 해당하면 반드시 保護監護를 宣告하여야 한다. 必要的 保護監護의 期間은 10年이며 다만 保護對象者가 50歲 이상인 때에는 7年이다.

任意的 保護監護는 再犯危險性의 判斷과 관련하여 法院의 裁量이 許用되는 경우로 保護對象者의 하나는 常習犯이고 다른 하나는 犯罪目的의 團體 또는 集團의 首魁 및 幹部인 者이다(同法 第5條 第2項). 任意的 保護監護期間은 7年이다. 保護監護와 刑罰이 併科된 경우에는 保護監護의 執行은 刑罰의 執行이 끝난 다음에 開始된다(同法 第23條 第1項 本文).

2) 治療監護

治療監護는 心神障礙者, 麻藥類 中毒者 및 알콜中毒者 등의 被治療監護者를 治療監護施設에 收容하여 이들에게 治療를 위한 措置를 行함을 內容으로 하는 處分이다(同法 第9條). 外國立法例에 있어서의 精神病院收容處分과 禁絶施設收容處分을 하나로 統合한 것이다(西獨刑法 第63條와 第64條 參照). 治療監護는 被治療監護者의 治療 내지 改善과 함께 社會防衛라는 安全의 目的을 同時에 達成하는 制度이지만 前者의 目的이 보다 重要視되는 데에 그 本質이 있다.⁴⁸⁾

治療監護에도 必要的인 것과 任意的인 것의 두 種類가 있다. 社會保護法은 第8條 第1項 第1號에서 心神障礙者로서 刑法 第10條 第1項의 이른바 心神喪失者가 禁錮 이상의 刑에 해당하는 犯罪을 犯한 때에는 再犯危險性을 要件으로 함이 없이 必要的으로 治療監護에 處하도록 規定하고 있다. 또한 同法 第8條 第1項 第2號와 第3號에서는 刑法 第10條 第2項의 이른바 心神微弱者와 麻藥類中毒者 및 알콜中毒者가 禁錮 이상의 刑에 해당하는 罪를 犯한 때에는 再犯危險性을 要件으로 하여 裁量으로 治療에 處할 수 있도록 規定하고 있다. 그러므로 同法은 心神喪失者의 治療監護의 경우에는 再犯의 危險性을 判斷할 必要없이 規定된 要件에 해당하면 治療監護를 宣告하도록 規定하고 있고, 限定責任能力者와 中毒者에 대해서는 再犯의 危險性이 있음을 必要條件으로 規定하고 있다.

治療監護의 期間은 被監護者가 完治되어 社會保護委員會의 終了決定을 받을 때까지이다(同法 第8條 第2項). 이것은 完治되지 않으면 終身토록 監護施設에 收容되어 있어야 한다는 것을 意味한다. 治療監護에 刑이 併科된 경우에 保護監護의 경우와는 달리 代替主義를 택하여 그 執行順序는 治療監護를 刑보다 먼저 執行하며, 治療監護의 執行期間은 刑期에 算入한다(同法 第23條 第1項 但書).

48) Schönke—Schröder, a. a. O., S. 650.

3) 保護觀察

保護觀察는 保護監護나 治療監護와 같이 判決宣告에 의하는 것이 아니라 假出所한 被保護監護者와 被治療監護者가 治療委託된 때에 당연히 開始되는 處分이다. 따라서 이 制度는 執行猶豫 및 假釋放과 結合된 保護觀察과는 다른 西獨刑法上 行狀監督 (Führungsaufsicht)에 해당하는 處分이다.⁴⁹⁾ 그런데 保護觀察는 犯罪防止 手段으로서의 有權의인 「監視·監督的」機能과 對象者의 社會復歸를 支援하는 非權力的인 「補導·援護的」機能 등 두 가지 機能을 그 本質的 要素로 하고 있으며, 특히 保護觀察擔當者와 對象者와의 밀접한 人格的 結合이 犯罪人의 社會復歸에 重要한 役割을 하고 있다.⁵⁰⁾ 그러므로 이 保護觀察는 施設內에서 自由를 剝奪하지 않고 施設 外에서 自由로운 狀態에서 觀察를 받는 것이므로 再社會化를 促進시킬 뿐만 아니라 自由剝奪의 保安處分을 代替 내지 補充하는 手段으로 그 刑事政策的 意義는 크다고 할 것이다.

社會保護法上 保護觀察의 開始는 첫째, 被保護監護者가 假出所한 때 또는 併科된 刑의 執行중 假釋放된 후 그 假釋放이 取消되거나 失效됨이 없이 殘刑期를 經過한 때 (同法 第10條 第1項 第1號) 둘째, 被治療監護者가 治療監護施設 外에서의 治療를 위하여 親族에게 委託된 때 (同法 第10條 第1項 第2號)이다.

保護觀察의 內容은 被保護觀察者에 대하여 一定한 場所에의 出入制限이나 特定物品의 使用 禁止, 기타 遵守事項을 賦課하고 被保護觀察者는 그러한 遵守事項을 誠實히 履行하고 保護觀察擔當者의 指導와 監督에 順應하여야 하는 것이다 (同法 第11條). 遵守事項의 內容은 一般的으로 法規의 遵守 (observance of all law)와 善行의 維持 (maintenance of good behavior)를 根幹으로 하고 있는데,⁵¹⁾ 社會保護法 施行令 第6條 第2項은 被保護觀察者의 遵守事項을 具體적으로 規定하고 있다.

保護觀察의 期間은 3年으로 하고 있으나, 3年前이라도 社會保護委員會의 保護監護의 執行 免除 또는 治療監護의 終了決定이 있거나 保護觀察이 開始된 者가 다시 保護監護 또는 治療監護의 執行을 받게 되어 再收容되거나 禁錮 이상의 刑의 執行을 받게 된 때에는 保護觀察이 終了된다 (同法 第10條 第3項).

다. 保護處分의 節次와 執行

保護處分 (保安處分)의 節次는 檢事가 犯罪經歷, 心神障礙 등을 參酌하여 監護請求書를 管轄法院에 提出하면 (同法 第12條 및 第14條), 法院은 審理結果 理由가 있다고 認定할 때는

49) 西獨刑法 第68條 參照: 朴在允, 前掲書, p.864.

50) David Dressler, Probation and Parole, New York: Columbia Univ., Press, 1956. pp.153~154.

51) Edwin H. Sutherland and Donald R. Cressey, Op.cit., p.470.

判決로써 監護를 宣告하며(同法 第 20 條 第 1 項 前段), 監事件의 判決은 被告事件의 判決과 同時에 宣告한다(同法 第 20 條 第 2 項 前段). 다만 第 15 條의 規定에 의한 監護請求의 경우에는 그러하지 아니한다(同法 第 20 條 第 2 項 後段).

保護處分의 執行은 檢事가 指揮하며(同法 第 22 條 第 1 項), 保護處分의 執行에 관한 事項을 審査·決定하기 위하여 法務部에 法務部次官을 委員長으로 하는 判事·檢事 또는 辯護士의 資格이 있는 7 人 以內의 委員으로 構成된 社會保護委員會를 두고 있다(同法 第 32 條 第 1 項과 第 2 項).

4. 社會保護法上 保安處分의 問題點과 改善方案

가. 保護監護

1) 社會保護法은 必要的 保護監護에 대하여는 再犯의 危險性을 要件으로 하지 아니하고 法律에 規定된 要件에만 해당하면 再犯의 危險性이 없는 경우에도 保護監護를 宣告할 수 있도록 規定하고 있다(同法 第 5 條 第 1 項). 그러나 이같은 規定의 태도는 保安處分制度의 本質에 反하는 것이다. 保護監護는 危險한 常習犯으로부터 一般을 保護하기 위하여 行하여지는 處遇手段이며 실제의 內容은 行爲者의 自由를 完全히 剝奪하는 刑罰과 같은 것이라고 勘案할 때, 再犯의 危險性을 法定要件으로 規定하고 法官에게 危險性 判斷에 대한 裁量權이 주어져야 할 것이다.

2) 社會保護法은 保護監護의 對象속에 危險한 常習犯 이외에 犯罪를 目的으로 하는 團體 또는 集團의 首魁 또는 幹部인 者에 대하여까지 擴大 適用시킴으로써(同法 第 5 條 第 2 項 第 2 號) 組織犯罪對策으로 利用하려는 것에 立法上 問題가 있다.

組織犯罪에 대한 對策으로서는 刑法의 總則上 共犯規定 및 各則上 合同犯 加重處罰規定과 함께 犯罪團體 組織罪까지 두고 있으며 集團의 暴力行爲 등에 대하여는 「暴力行爲 등 處罰에 관한 法律」로 加重處罰하고 있다. 그럼에도 불구하고 常習性 없는 犯罪團體의 幹部까지 保護處分으로써 7 年의 保護監護를 處하게 한 것은 人權保障의 見地에서 問題가 있다고 하겠다. 따라서 組織犯罪對策은 다른 次元에서 講究하더라도 保安處分의 適用에 있어서는 이를 除外하도록 하는 것이 바람직하다.⁵²⁾

3) 社會保護法은 保護期間을 一定한 要件에 해당될 경우에는 일률적으로 10 年 또는 7 年으로 規定해 놓고 있어서(同法 第 5 條) 法院의 判斷의 여지가 事實上 排除되어 있다. 保護監護는 保護對象者의 危險性을 對象으로 하는 教育的 改善的 處分이므로 그 期間은 危險性

52) 朴在允, “우리나라 保安處分制度의 改善方案,” 「法學論叢」 第 5 輯, 國民大學校, 1982, p.111 ; 鄭盛根, 前揭書, p.800.

의 存否에 따라 定할 수 있도록 法官에게 彈性性있는 裁量의 여지를 주어야 할 것이다.

4) 社會保護法은 保護監護의 執行이 刑과 併科된 경우에는 刑을 먼저 執行하도록 하는 (同法 第23條 第1項 本文) 刑罰先執行主義를 原則으로 하고 있다. 刑罰先執行主義를 採擇한 理由는 첫째, 保護監護가 刑罰의 機能을 代替하게 될 때에는 重大한 危險性으로 인하여 自由刑과 함께 保護監護까지 宣告받은 者를 단순히 刑罰만을 宣告받은 者보다 有利하게 處遇하는 不當한 結果를 招來하고 둘째, 保護監護는 刑事政策上 最後의 手段으로서의 性質은 刑罰을 포함한 다른 手段을 거친 후에 保護監護에 들어갈 것을 要求한다는 점 등을 理由로 한다고 생각된다.⁵³⁾ 그러나 理論上 刑의 特別豫防의 效果를 期待하려면 오히려 異狀한 人格의 要因부터 除去하여야 된다는 刑事政策的 立場에서 治療監護와 같이 處分先執行主義로 轉換하는 것이 바람직하다. 國際的인 刑法改正方向도 이러한 趣旨에 따르고 있다.⁵⁴⁾

나. 治療監護

1) 社會保護法은 第8條 第1項 第1號에서 「心神障礙者로서 刑法 第10條 第1項의 規定에 의하여 罰할 수 없는 者가 禁錮 이상의 刑에 해당하는 罪를 犯한 때」에는 再犯의 危險性 與否에 대한 判斷이 없이 必要的으로 治療監護에 處하도록 規定되어 있다. 이 規定은 心神障礙로 인한 責任無能力者는 禁錮 이상의 刑에 해당하는 罪를 犯한 것 자체에서 再犯의 危險性이 있다고 擬制하고 있는 것 같다. 그러나 실제로는 그렇지 않을 수도 있는 것이므로 法官에 의한 危險性 判斷이 必要할 것이다.

실제로 再犯의 危險性이 없는데도 必要的으로 處分을 科한다면 그것은 保安處分의 本質에 反할 뿐만 아니라 刑法 第10條 第1項의 趣旨에도 反하게 되는 것이다. 따라서 治療監護를 科하기 위해서는 再犯의 危險性을 그 要件으로 하는 法定化가 있어야 할 것이다.

2) 社會保護法은 治療監護의 期間에 대하여 「治療가 끝날 때까지」라는 일종의 無制限의 處分으로 되어있다 (同法 第8條 第2項). 勿論 心神障礙者에 대한 治療監護는 犯罪性 心神障礙者의 犯罪性을 除去하기 위한 改善處分이므로 그 期間에 制限을 두지 않는 것이 保安處分의 性質上 當然하다고 할 것이다.⁵⁵⁾ 그러나 社會保護法이 治療監護의 期間에 대하여 아무런 制限을 두지 않고 있는 것은 自由의 侵害에 대한 法治國家의 比例性의 原則에 어긋나며 非人道的이기 때문에 옳지 않다고 생각된다. 그러므로 治療期間에 一定한 上限線을 긋고 그 上限期間이 지나면 保護觀察로 돌려서 監視·監督해야 할 것이다. 뿐만 아니라 社會保護法은 同一한 治療監護의 對象者라고 하여 비교적 短期間이면 治療될 수 있는 中毒者를 精神病者와 마

53) 李在祥, 「社會保護法論」, p.115.

54) 朴在允, 前揭論文, p.116.

55) Theoder Lenckner, a. a. O., S.192.

찬가지로 收容期間의 上限線 없이 한데 묶어 놓고 있는데 이러한 態度는 立法上의 未備다 하겠다.⁵⁶⁾ 대부분의 立法例는 中毒者의 監護期間을 1年 6月 내지 3年의 範圍內에서 制限하고 있으며, 통상 2年으로 制限하고 있는 것이 一般의이다. 中毒者의 治療監護의 期間은 2年으로 限定할 것이 必要하다.

다. 保護觀察

1) 社會保護法은 保護觀察을 保護監護 또는 治療監護로부터 假出所한 者에 대하여만 認定하고 있을 뿐인데(同法 第10條 第1項), 이는 立法論上 保護觀察의 適用範圍가 너무 制限되고 있다. 保護觀察이 犯罪人의 更生保護와 犯罪로부터 社會의 防衛라는 見地에서 刑事政策的 社會經濟的으로 그 意義가 매우 크다는 것을 勸案할 때,⁵⁷⁾ 保護觀察對象者는 保安處分을 받은 者에게 限할 것이 아니라 刑罰을 받은 者가 假釋放되거나 執行猶豫된 때에도 保護觀察이 適用될 것이 要望된다.⁵⁸⁾ 이 制度를 執行猶豫, 宣告猶豫, 假釋放되는 者에 대하여 擴大適用함으로써 收容으로 인한 短期自由刑의 弊害로부터 犯罪人을 保護할 수 있으며 또한 受刑生活의 短縮으로 인한 無氣力과 自虐을 除去하여 更生意慾을 鼓吹시킬 수 있다. 短期自由刑의 弊害를 是正한 執行猶豫라 할지라도 社會內에서 適當한 指導와 生活與件을 助成하여 주지 않은 채 그대로 放置하면 그 再犯의 可能性은 높아지지만 할 것이다.

2) 犯罪에로의 性癖을 가지고 특히 어떤 犯罪를 職業的 常習的으로 犯하는 犯罪人에 대하여는 刑의 執行을 終了하였더라도 保護觀察이 適用될 것이 要望된다.⁵⁹⁾ 受刑者들이 出所後 社會에 復歸하는 過程 中에 出所後 2~3個月 사이가 특히 再犯의 誘惑과 葛藤이 심하여 이 期間을 가장 넘기기 어려운 고비로 대개의 常習犯들은 이 期間 中에 累犯에 빠지게 된다고 한다. 그래서 이 期間을 “累犯孵卵期間” 또는 犯罪豫防을 위한 “두번째 機會”(Second chance)⁶⁰⁾로 부르고 있는바, 이 期間은 出所者들의 社會復歸 成功與否에 있어 決定的 時期라 할 수 있다.⁶¹⁾ 따라서 社會로부터 隔離된 矯正施設에서 상당한 期間 拘禁되었다가 다시 社

56) 李在祥, 「社會保護法論」, p.149.

57) Edwin H. Sutherland and Donald R. Cressey, op. cit., pp.476~481; Harry E. Barnes and Negley K. Teeters, op. cit., p.777.

58) 法務部에서는 1983年에 保護觀察制度의 導入基盤을 助成하기 위한 準備段階로서 釜山·大田·全州 등 地檢管內에서 假釋放者 中 更生保護法에 의한 觀察保護對象 中에서 一部를 선정하여 更生保護 委員에 의한 保護觀察을 試驗實施하던 것을 1984年 3月부터는 全國的으로 試驗實施하고 있다. 그러나 保護觀察制度를 確立하기 위한 保護觀察法의 制定은 現在까지도 이루어지지 않고 있다. 이에 관한 詳細는 法務部, 「保護觀察試驗實施指針」, 1983; 法務部, 「假出所한 被保護監護者에 대한 保護觀察實施指針」, 1984 參照.

59) 西獨刑法 第68條 第1項 第1號는 常習犯에 관한 第48條의 要件下에서 有期의 自由刑을 받은 者에 대하여 保護觀察을 宣告할 수 있다고 規定하고 있다.

60) Herber A. Bloch and Gilbert Geis, Man, Crime and Society, New York: Random House, 1962, p.547.

61) M. Grünht, Penal Reform: A Comparative Study, Oxford University Press, 1948, p.316.

會로 釋放되어 나오는 常習累犯者들에 대하여는 保護觀察에 의한 援護와 함께 監視·監督을 받아야 할 必要가 있다고 思料된다. 이러한 경우에 保護觀察을 開始하기 위하여는 行爲者에게 再犯의 危險性 卽 否定的 豫斷(negative prognose)이 있을 것을 要한다.⁶²⁾

3) 社會保護法은 前述한 바와 같이 保護監護 또는 治療監護로부터 假出所한 者에 限해서만 保護觀察을 認定하고 있기 때문에 保護監護의 執行을 終了한 者에 대하여는 아직도 危險性이 있는가를 불문하고 保安處分の 執行은 終了하지 않을 수 없다. 그러나 常習犯에 대한 保安處分인 保護監護에 관하여는 期間滿了로 인하여 釋放된 경우에도 保護觀察이 開始되도록 하는 것이 타당하다.⁶³⁾ 이는 전혀 改善되지 않거나 完全히 改善되지 아니한 채 釋放되는 경우에는 再犯의 危險性이 있으므로 그 轉換期間 동안은 保護觀察에 의한 監視와 監督을 받아야 할 必要가 있기 때문이다. 危險性이 常存하는 데도 이에 對處할 措置를 講究하지 아니하는 것은 刑罰權의 無責任한 拋棄를 意味하는 것이다.⁶⁴⁾

VI. 結 論

오늘날 날로 심각하여 가는 犯罪現實에 비추어 從來의 劃一的인 刑罰執行만으로는 犯罪防止 手段으로서 이미 克服할 수 없는 限界를 보이게 됨으로 인하여 여기서 보다 效果的인 犯罪對策을 講究하기 위하여 刑罰의 補充 내지 代替로서 保安處分制度가 必要하게 되었다. 우리나라에서도 保安處分制度의 必要性을 認定하고 1980년에 社會保護法의 制定으로 이 制度를 導入하여 從來의 刑罰이 가지고 있던 機能上的 未備點을 補充하고 刑罰이 처음부터 適用될 여지가 없거나 刑罰로서는 犯罪者의 改善을 위한 效果를 期待할 수 없는 者와, 刑罰에 의하여는 特別한 危險性을 充分히 防止할 수 없음이 判明된 者에 대한 適切한 對策을 講究하고 있다.

그런데 保安處分이 犯罪人和 社會를 保護하려는 現代刑事政策上 가장 바람직한 制度이기는 하지만 그 施行過程에는 많은 問題點이 提起되고 있다. 따라서 우리는 保安處分制度에 대한 正當한 認識과 充分한 研究를 바탕으로 하여 우리의 實情에 알맞는 保安處分制度를 確立하여 犯罪人の 改善과 社會防衛를 期하여야 할 것이다. 이를 위하여는 다음과 같은 施策方案이 講究되어져야 한다.

62) 李在祥, 「社會保護法論」, p.181.

63) 西獨刑法은 保護監護의 期間滿了로 인하여 釋放된 者에 대하여 法律의 規定에 의하여 당연히 保護觀察을 開始하도록 하고 있다. (同法 第67條 a 第4項)

64) 李在祥, 「社會保護法論」, p.184; 沈在宇, 前揭論文, pp.184 - 185.

첫째, 社會安全法 社會保護法 등 特別法으로 採擇되고 있는 住居制限, 保護監護, 治療監護 등 各種의 保安處分을 體系的 統一的으로 規律할 수 있도록 統合하든가 더 나아가 刑罰體系의 統一을 위하여 保安處分을 刑法에 受容하는 것이 바람직하다. 刑罰과 保安處分은 同一한 目的을 위한 刑事制裁 手段으로서 그 機能이 같으며⁶⁵⁾ 또 世界各國의 現實은 保安處分에 관한 規定을 刑法典에 規定함으로써 犯人の 社會復歸에 萬全을 期하고 있다.

둘째, 保安處分은 단순히 犯人の 危險性만을 前提로 하는 無條件的인 豫防措置가 아니고 一定한 可罰的 違法行爲와 前科 등을 前提로 하는 刑事法上的 制裁인 이상 그 節次와 執行에 관하여 철저한 法的統制를 確保하여 保安處分이 濫用되지 않도록 하여야 한다.

셋째, 現在의 保安 및 保護處分은 法官에 의한 司法節次를 전혀 排除하거나 法官의 裁量을 認定하지 않고 있는 바, 刑事制裁의 個別化 理念에 逆行하고 있다. 그러므로 保安處分에 있어서 그 必要의 與否, 期間 및 種類에 대하여 法院에 상당한 裁量을 부여하도록 해야 한다.

넷째, 保護觀察對象者를 保護監護 및 治療監護로부터 假出所한 者에 限할 것이 아니라 保護監護를 終了한 者, 執行猶豫, 宣告猶豫 및 假釋放되는 者에게 까지도 擴大適用할 것이 要望된다.

끝으로 이와 같은 補完作業과 더불어 保安處分制度가 本來의 目的대로 充分히 발휘될 수 있도록 制度的으로 完全한 醫療·教育施設의 設立과 이 施設의 活用을 위한 人的·物的資源의 確保가 있어야 한다.

65) 沈在宇, 前掲論文, p.187.

Summary

A Study on the Measure of Security

Kim, Soo-Kil

The measure of security has been needed as a complement to or as a substitution of penalty because the former uniform execution of penalties no longer is an appropriate step of crime prevention in terms of the present intensifying reality of crimes. The necessity of the Measure of Security has been accepted also in Korea, which has introduced and executed this system by means of establishing the Protection of Social Act on December in 1980.

This paper aims at investigating the present situation and the problems of the Measure of Security in Korea and suggesting the improvement scheme, with the general theory of this system and the Protection of Social Act as the central point.

Although the Measure of Security is a desirable system intended to protect criminals and the society simultaneously, but many problems are being raised in the process of its execution. For that reason the Measure of Security that is adapted to Korean actual circumstances is to be settled on the basis of good perception and adequate study of this system.

As the policies for establishing the Measure of Security the following plans should be devised.

First, the Measure of Security that is suitable for Korea must be accommodated in the criminal law by integrating and setting in good condition all sorts of Measures of Security such as the Security of Social Act, the protection of Social Act, the probation, the habitation restriction, the protective detention and the curative detention which are adopted as special laws.

Second, the principle of legality is to be applied correspondingly because the Measure of Security is a criminal punishment that brings about deprivation and restriction of individual liberty. And exhaustive legal control must be ensured concerning the procedure and execution of the measure of security.

Third, medical and educational facilities must be established sufficiently in order to protect the society from crimes and make criminals return to the society by edifying them. In addition human and material resources should be ensured for utilizing these facilities.