
碩士學位論文

우리나라 保安處分制度의 實態와 改善方案

指導教授 金 秀 吉



濟州大學校 行政大學院
行政學科司法行政專攻

鄭 君 燮

1994年 12月 日

우리나라 保安處分制度의 實態와 改善方案

指導教授 金 秀 吉

이 論文을 行政學 碩士學位 論文으로 提出함.

1994年 12月 日

濟州大學校 行政大學院
行政學科 司法行政專攻



鄭 君 燮

鄭君燮의 行政學 碩士學位 論文을 認准함.

1994年 12月 日

委員長 .
委 員
委 員

目 次

第 1 章 序 論	1
第 1 節 研究의 目的	1
第 2 節 研究의 方法 및 範圍	2
第 2 章 保安處分의 意義와 沿革	4
第 1 節 保安處分의 意義	4
第 2 節 保安處分制度의 沿革	6
1. 近代以前의 保安處分	6
2. 近代의 保安處分의 發達	7
第 3 章 保安處分의 一般理論	10
第 1 節 保安處分의 法的 性質	10
1. 刑罰과 保安處分의 關係	10
2. 二元論과 그 問題點	10
3. 一元論과 그 問題點	12
4. 代替主義	14
第 2 節 保安處分의 正當性	16
1. 保安處分과 基本의 人權	16
2. 保安處分과 比例·均衡의 法則	17
第 3 節 保安處分의 適用에 관한 要件	19
1. 保安處分 法定主義	19
2. 保安處分의 一般의 要件	21
第 4 節 保安處分의 種類	26
1. 對人的 保安處分	27
2. 對物的 保安處分	31

第 4 章 現行法上 우리나라의 保安處分 制度	33
第 1 節 序 說	33
第 2 節 社會保護法上의 保安處分	35
1. 社會保護法의 意義	35
2. 社會保護法上의 保安處分	36
第 3 節 保護觀察法上의 保護觀察處分	59
1. 保護觀察制度의 意義	59
2. 保護觀察法上의 保護觀察處分	60
第 4 節 少年法上의 保護處分	65
1. 保護處分의 意義	65
2. 少年保護의 原則	68
3. 少年保護處分의 對象	71
4. 少年保護處分의 節次	72
5. 少年保護處分의 種類	76
第 5 節 國事犯에 대한 保安處分	79
1. 保安觀察法上의 保安觀察處分	79
2. 國家保安法上의 保安處分	81
第 6 節 기타 保安處分	81
1. 母子保健法에 의한 不妊施術命令	82
2. 麻藥法上의 治療保護	82
3. 淪落行爲防止法上의 保護指導	82
4. 性暴力 犯罪의 處罰 및 被害者保護 등에 관한 法律上의 保安處分	83
第 7 節 外國의 保護觀察制度	84
1. 美國의 保護觀察制度	85
2. 英國의 保護觀察制度	87
3. 獨逸의 保護觀察制度	90

4. 日本의 保護觀察制度 -----	93
第 5 章 現行 保安處分制度의 問題點과 改善方案 -----	96
第 1 節 序說 -----	96
第 2 節 社會保護法上的 保安處分 -----	97
1. 社會保護法の 改正 內容 -----	97
2. 問題點과 改善方案 -----	98
第 3 節 保護觀察法上的 保護觀察處分 -----	102
1. 保護觀察制度의 一般的 評價 -----	102
2. 問題點과 改善方案 -----	103
第 4 節 保安觀察法上的 保安觀察處分 -----	106
1. 社會安全法の 代替法으로서 保安觀察法 -----	106
2. 問題點과 改善方案 -----	107
第 5 節 少年法上的 保護處分 -----	109
1. 少年保護處分의 實態 -----	109
2. 問題點과 改善方案 -----	110
第 6 章 結 論 -----	112
參 考 文 獻 -----	115
英 文 抄 錄 -----	120



表 目 次

<표 1> 社會保護法上 保護監護의 要件 -----	38
<표 2> 少年 保護處分 節次 -----	73
<표 3> 日本의 保護觀察의 種類 -----	92



第 1 章 序 論

第 1 節 研究의 目的

범죄에 대한 法律效果(Rechtsfolgen der straftat) 또는 制裁에는 刑罰과 保安處分이 있다. 刑罰(Strafe)은 國家가 범죄에 대한 가장 중요한 法律上的 효과로서 犯罪者에 대하여 그의 責任을 전제로 하여 부과하는 法益의 剝奪을 말한다. 그러나 이러한 刑罰만으로는 범죄에 대한 社會防衛의 방법으로서 不充分 또는 不適當하므로, 刑罰이외에 刑罰을 補充하고 代替하는 의미에서 犯罪行爲者 또는 犯罪的 行爲者에 대하여 國家가 施行하는 犯罪豫防處分으로서 刑罰과는 別개인 독자적인 制裁體系로 保安處分(Massnahmen) 制度를 두고 있다.

保安處分을 刑罰과 구별하여 保安處分の 필요성을 강조하고 최초로 保安處分理論을 정립한 학자는 18세기말 독일의 클라인(Ernst F. Klein)이다. 그러나 罪刑法定主義 및 완고한 應報刑 思想의 영향을 받아 특별예방을 이념으로 하는 클라인의 保安處分論은 19세기에 들어오면서 市民的·自由主義的 法治國家가 형성되면서 좌절되었다.

近代的 保安處分の 발달은 19세기 말에 이르러 롬브르조(Cesare Lombroso)를 정점으로 하는 犯罪人類學的 연구와 犯罪統計學的 연구에 의하여 종래의 刑罰이 生來的 犯罪人 또는 常習犯罪人에 대하여는 무력하고, 行爲者의 犯罪的 危險性에 대하여 社會를 防衛할 수 없다는 것을 명백히 인식하게 되었다.

한편 우리나라에서는 1953년 현행 刑法草案을 기초하면서 刑法編纂委員會에서 保安處分の 채용여부에 관하여 논의가 많았으나 채용하지 않기로 하였다. 그러나 급격한 都市化·産業化의 영향으로 犯罪의 樣態가 현격한

변화를 가져온 데다가 累犯者, 精神障礙者에 대한 적절한 犯罪豫防對策의 필요성이 점차 높아짐에 따라 保安處分의 法制化가 요청되기에 이르러, 1975년 7월 16일에 제정된 舊社會安全法과, 1980년 12월 18일 國家保衛立法會議에서 만든 社會保護法에 의해 保安處分制度가 본격적으로 도입 시행되기 시작하였다. 그러나 社會保護法은 사전에 충분한 연구와 공개적인 토론 과정 없이 정치적 과도기에 갑자기 제정되었기 때문에 제도자체에 대한 立法的 불비와 함께 그 운영면에서도 많은 문제점이 지적되어 '89. 3. 25 법률 제 4089호로 개정하기에 이르렀고, 國家의 安全과 社會의 安寧을 유지하기 위하여 國家保安事犯들에게 취하고 있던 舊社會安全法上의 保安處分도 '89. 6. 16 保安觀察法으로 대체되면서 住居制限處分 및 保安監護處分이 삭제·수정 되었다.

現行 憲法은 「누구든지……법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 保安處分을 받지 아니한다」(제 12조 1항)라고 규정함으로써 保安處分法定主義를 명시하였다. 그러나 現行刑法은 전혀 保安處分을 고려하고 있지 않고 다만 특별법에서 별도로 그에 관한 규정을 두고 있을 뿐이며, 이러한 특별법에 의한 保安處分制度도 그 制度나 運營上 여러 가지 問題點을 안고 있다.

따라서 本稿는 이러한 인식하에 우리나라 保安處分制度의 운영실태 및 제기되는 문제점을 적시하고 이에 대한 改善方案을 마련함으로써 保安處分制度가 그 本來的 機能을 다할 수 있도록 하는 데 目的을 두었다.

第 2 節 研究의 方法과 範圍

保安處分制度는 刑罰의 단점을 보완해 줄 수 있는 制度로, 오늘날에 와서는 犯罪人處遇에 있어서 保安處分制度의 필요성이 높아지고 있다. 따라

서 本稿에서는 다음과 같이 保安處分制度에 관하여 理論的인 측면 및 實際的인 운영면에서의 問題點과 改善方案에 관하여 고찰하였다.

本 研究는 총 6 장으로 구성되어 있는데 제 2 장에서는 保安處分制度의 意義와 대두 배경을 밝힌 후, 保安處分制度의 沿革을 근대 이전과 현대로 나누어 고찰하고

제 3 장에서는 保安處分의 일반이론으로 保安處分의 法的 性質 특히 刑罰과 保安處分의 관계에 대하여 살펴본 후, 保安處分의 正當性과 適用要件 및 保安處分의 종류에 대하여 고찰하였으며

제 4 장에서는 현행 각종 특별법에서 시행되고 있는 우리나라 保安處分制度의 전반에 관하여 개관하였다.

제 5 장에서는 제 4 장에서 개관한 保安處分制度 중에서 대표적인 社會保護法上的 保安處分, 保護觀察法上的 保護觀察處分, 保安觀察法上的 保安觀察處分, 少年法上的 保護處分을 중심으로 그 문제점과 개선방안에 관하여 고찰하고

제 6 장에서는 이를 토대로 하여 바람직한 우리나라의 保安處分制度의 改善方案에 관한 綜合的인 意見을 제시하였다.

本 研究는 사실상 시행되고 있는 保安處分制度에 관한 보다 현실적인 연구가 되기 위해 실제적인 조사와 연구방법을 채택하여야 했으나, 여러 가지 要因에 基因해 각종 著書, 論文, 잡지 및 犯罪白書, 靑少年白書 등 文獻을 중심으로 理論的인 研究에 한정하였다.

第 2 章 保安處分の 意義와 沿革

第 1 節 保安處分の 意義

刑罰은 法益과 法的 평화의 보호를 위하여 犯罪에 대하여 투쟁하고 그것을 통하여 尙來의 犯罪를 방지하기 위한 불가결한 제도이다.¹⁾ 따라서 責任主義의 原則에 따라 量定되는 刑罰로는 刑法의 豫防的 課題를 제한된 범위내에서만 수행할 수 있을 뿐 이를 충족시키기 어렵다. 그러므로 犯罪로부터 사회를 保全하고 行爲者의 再社會化를 위하여 통상의 刑罰을 代替하거나 補充하는 處分을 필요로 한다.

이러한 필요에 부응하여 “犯罪에 대한 社會防衛의 方法으로서 刑罰만으로는 불충분 또는 부적당하므로 刑罰이외에 刑罰을 補充하고 代替하는 의미에서 犯罪行爲者 또는 犯罪的 行爲危險者에 대하여 國家가 시행하는 犯罪豫防處分을 保安處分(Maßregeln der Besserung und Sicherung, mesure de sûreté)이라 한다.²⁾

위와 같은 保安處分 制度가 제창되게 된 배경은 다음과 같다.

① 尙來의 道義的 責任論에 基因한 應報刑의 적용만으로는 책임이 없는 자를 모두 刑法의 영역 밖에 방치하게 되므로, 犯罪 및 反社會的 行爲을 할 특별한 위험을 가지고 있는 자에 대하여 社會를 防衛할 方法을 강구하지 않으면 안 된다.

② 尙來의 應報刑은 일정한 刑量의 執行만 종료하면 刑事責任은 해제된 것으로서 罪人을 사회에 방치하게 된다.

③ 責任能力의 具備者라 할지라도 특수한 犯人. 예를 들면 酒精中毒者, 勞動嫌忌者와 같이 刑罰的 위하, 道義的 비난으로서 行爲의 정상적인 동기

1) 李在祥, 「保安處分の 研究」, 法文社, 1978, p. 13.

2) 鄭榮錫, 「刑事政策」, 法文社, 1993, p. 283.

를 형성시킬 수 없는 자에게는 刑罰 이외에 정상의식으로 복귀시키는 특수한 수단을 강구할 필요가 있다.

④ 少年犯罪者에 대하여는 단순히 刑을 科하여 고통을 주는 것보다는 이를 敎化하는 것이 그 犯罪對策으로서 보다 유효하다.

⑤ 종래의 行刑中心의 短期自由刑은 犯罪鎮壓 앞에서는 有害 無價値한 경우가 많다. 따라서 이를 보완하는 특수한 刑事制度가 요청되며, 이 制度의 實行을 위하여 특수한 처분을 필요로 한다.

⑥ 刑罰은 本質上, 과거의 犯罪行爲가 없으면 적용의 여지를 찾아 볼 수 없다. 그러나 違法行爲의 발생이 없다고 할지라도 他의 수단에 의하여 일정인의 社會的 危險이 인정되는 한, 이에 대하여 社會防衛策이 강구되지 않으면 안 된다.³⁾

保安處分은 위와 같은 사항을 발생 원인으로 하는 데에 그 특수한 刑事政策的 의의가 있다. 부언하면, 과장된 個人主義의 責任論과 刑罰概念이 실제적으로는 犯罪와 그 危險性으로부터 社會를 防衛하는 데 한계를 초래하였다는 데에⁴⁾ 犯罪放過의 대책으로 刑罰이외에 保安處分制度의 필요성이 있는 것이다.

保安處分은 廣義와 狹義의 두 가지 의미를 지니고 있는 데 넓은 의미의 保安處分이라고 할 때에는 犯罪를 豫防·鎮壓하기 위하여 國家가 행하는 刑罰 이외의 一切의 강제조치로서, 犯罪行爲者 또는 犯罪的 危險者에 대하여 시행하는 이른바 對人的 保安處分 뿐만 아니라, 몰수, 영업소의 폐쇄, 법인의 해산 등과 같은 재산에 대한 처분인 代物的 強制處分도 여기에 포함한다.⁵⁾

3) 金喜洙, "現代刑事學에 있어서의 保安處分の 意義", 「金鍾壽 博士 回甲 祝賀論文集」, 韓國刑事法學會, 1979, p.369이하.

4) 吳亨燮, "保安處分制度의 改善方向에 관한 研究", 석사학위논문, 연세대학교 행정대학원, 1988, p.6.

5) 鄭榮錫, 前掲書, p.283.

狹義의 保安處分은 직접 犯罪人 또는 犯罪的 危險者에 대하여 일정한 違法行爲가 있을 것을 직접조건으로 하여 과하는 치료·격리 등의 自由剝奪的 내지 自由制限的 處分을 말한다. 보통 保安處分이라고 하면 이를 말하는 데 이 경우에도 保安處分의 구체적인 개념은 實定法上의 내용에 따라 개별적으로 정립될 수 밖에 없을 것이다.⁶⁾

이러한 保安處分의 實質은 教化, 改善 또는 保護의 방법에 의하여 被處分者를 사회생활에 적응하게 하거나 또는 이를 사회생활로부터 격리시켜 사회를 보전하려는 데에 있다.

第 2 節 保安處分制度의 沿革

1. 近代以前의 保安處分

自由刑 대신 死刑과 身體傷害刑이 지배적 역할을 하였던 中世의 刑罰制度로는 刑罰을 받는 개인의 犯罪的 危險으로부터 사회를 극단적으로 보호하였기 때문에 刑罰과 구분되는 保安處分을 제도화할 필요가 없었다.⁷⁾ 近世에 있어서의 犯罪에 대한 刑罰과 犯人의 危險性에 대한 保安處分思想은 독일의 카롤리나刑法典(Constitutio Criminalis Carolina, die peinliche Gerichtsordnung kaiser Karls V. von 1532)에서 찾아 볼 수 있다. 위 법률 제176조는 犯罪行動이 豫想되고 이에 대하여 충분한 將來的 保障을 할 수 없는 경우에 不定期의 保安留置에 처하도록 함으로써 犯罪的 危險者에 대하여 保安處分을 科할 수 있음을 명백히 하였다. 그러나 이 때의 保安處分은 刑罰論과 명백히 구별되지 않는 不定期의 保安拘禁에 지

6) 朴在允, "保安處分", 「刑事法講座 II」, 韓國刑事法學會(編), 博英社, 1984, p. 849.

7) 李炯國, 「刑法總論研究II」, 法文社, 1985, p. 802이하.

나지 않았다.

保安處分을 刑罰과 구별하여 保安處分의 필요성을 강조하고 최초로 保安處分理論을 정립한 학자는 18세기 말 독일의 클라인이다.⁸⁾

그는 保安處分을 刑罰 이외에 행위자의 犯罪的 危險性에 따라 과하여지는 것으로 그 性質이 반드시 害惡을 내용으로 하지 않는다는 개념을 설정하였고 刑罰에 처할 犯罪人이라도 改善, 隔離를 필요로 하는 한 刑罰執行의 내용으로서 保安拘禁의 處分을 과할 수 있다고 하였다. 결국 클라인은 刑罰과는 별개로 과해지는 保安處分을 인정함으로써 당시 警察國家的 思想⁹⁾과 일치하는 특별예방을 위한 保安思想을 刑法理論에 도입하였으며, 나아가 二元主義의 理論的 基礎를 제공한 것이다. 그 후 1794년 클라인은 「프로이센 一般란트法」(Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten vom 5.2.1794, ALR로 약칭)을 입안하면서 犯罪的 경향으로 인하여 사회에 위험을 초래할 우려가 있는 竊盜犯 및 기타의 犯罪者에 대하여 刑罰에 併料하는 保安處分을 규정하였다. 그러나 19세기에 들어오면서 市民的·自由主義的 法治國家가 형성되면서 포이에르바하(Anselm von Feuerbach)를 중심으로 한 罪刑法定主義 및 완고한 應報刑 思想의 영향을 받아 클라인의 保安處分論은 좌절되었다.

2. 近代的 保安處分의 發達

19세기 말에 이르러 롬브르조를 정점으로 하는 犯罪人類學的 연구와 犯罪統計學的 연구에 의하여 전통적인 應報思想의 刑罰이 生來的 犯罪人 또

8) 鄭榮錫, 前掲書, p.285이하.

9) 近世初期의 이른바 警察國家時代에는 일종의 嫌疑刑, 保安監置, 改善拘禁 등의 제도가 보안의 의미를 가지는 犯罪鎮壓의 수단으로 발달하였다. 鄭榮錫, 上掲書, p.285.

는 常習犯罪人에 대하여는 무력하고, 특히 犯罪行爲의 大小에 따라 刑의 輕重을 量定할 것을 요구하는 舊派의 刑法理論下에 있어서는 行爲者의 犯罪的 危險性에 대하여 社會防衛를 할 수 없다는 것이 명백히 인식하게 되었다. 특히 페리(E. Ferri)는 犯罪의 사회적 원인을 중시하여 犯罪에 대한 社會防衛는 刑罰에 의하는 것보다 社會政策에 의하여야 할 것이라고 하면서 社會的 責任論을 주장하였고 刑罰외에 「刑罰의 代用制度」를 강조하였다.¹⁰⁾

여기에 刑法의 刑事政策化의 필요성이 독일의 리스트(Franz von Liszt)一派에 의하여 제창되었고, 리스트는 1883년 「마부르크 綱領」(Marburger Programm)이라고도 불리는 「刑法에 있어서 目的思想」(Der Zweckgedanke im Strafrecht)에서 新派刑法學의 基本思想을 선언하면서, 從來의 應報刑을 行爲者에 대하여 特別豫防의 作用하는 目的刑으로, 鎮壓刑을 防衛刑으로 轉換할 필요가 있으며 나아가 刑罰만으로는 特別예방의 효과를 거둘 수 없는 경우에는 改善·保安을 위한 刑事處分을 하여야 한다고 주장하였다. 다만 리스트는 刑罰 이외에 특별한 刑事政策을 주장한 것이 아니라 刑罰은 순수한 保安刑罰이며, 刑罰과 保安處分의 구별은 불필요하다고 한 것에 불과하였다. 이러한 리스트의 주장을 구체화하여 保安處分制度를 처음으로 體系的으로 刑法典에 도입한 것은 1893년 스위스의 刑法豫備草案(Vorentwurf eines schweischen StGB)이다. 이는 칼 슈토스(Carl Stoos)에 의하여 기초되었으므로 보통 「슈토스 草案」이라고 불리운다.

슈토스 초안¹¹⁾은 新舊兩派의 學說을 折衷한 것으로 刑罰이외에 保安處

10) 鄭榮錫, 上揭書, p.286.

11) 슈토스초안에 규정되어 있는 보안처분의 종류를 보면 다음과 같다.

- (1) 위험성이 있는 責任無能力者, 限定責任無能力者에 대한 治療, 監護處分
- (2) 酒癖犯罪人에 대한 矯正所收用 및 飲食店出入禁止處分
- (3) 勞動嫌忌者에 대한 勞作所收用處分
- (4) 累犯者에 대한 矯正 및 監置處分

분을 규정하여 이른바 二元主義를 채택하였다. 즉, 그는 應報刑論에 기초를 두면서도 刑罰과는 분리된 保安處分制度를 인정함으로써 리스트의 刑事政策的 思想 「目的刑」을 실현함으로써 新舊 兩派의 대립을 지양하는 새로운 길을 제시하였다.

이 「슈토스 草案」은 실로 「刑法典近代化의 指標」¹²⁾로 기능했었다고 말할 수 있다. 즉, 그 후 각국의 刑法草案에서는 언제나 同 草案에서 제시된 바와 같은 제도의 導入問題가 중요 관심사로 거론되었던 것이며, 그 가운데에서 “슈토스 草案”을 최초로 채택하여 입법화한 것은 1908년 영국의 「犯罪豫防法」(The Prevention of Crime Act)이다. 이 법률에 따라 常習犯人에 대하여 석방후에 위험을 방지하기 위한 保安處分으로서 豫防拘禁이 인정되어 1921년부터 실시되었다.

그 이후 독일의 1909년 草案 이래의 모든 刑法典, 스웨덴(1927년), 헝가리(1928년), 네델란드(1929년), 필란드(1932년), 폴란드(1932년), 스페인(1933년), 쿠바(1933년), 중국(1935년), 우루과이(1936년), 스위스(1937년), 시리아(1949년), 브라질(1950년) 등이 刑法典 또는 特別法을 통하여 保安處分을 규정하고 있다.¹³⁾

우리나라의 경우 刑法總則에서는 刑罰에 관한 규정을 두고 있을 뿐이며 保安處分은 인정하지 않고 있었으나 일반적인 犯罪에 대한 保安處分の 필요성이 증대됨에 따라 1980년 12월 18일 법률 제 3286호로 公布·施行된 社會保護法이 제정됨으로써 保安處分制度가 도입되었다.

(5) 釋放者에 대한 保護, 監置處分

(6) 職權 및 親權濫用者에 대한 權利剝奪處分

(7) 危險物의 消却處分

(8) 豫防處分(違法한 行爲를 전제로 함이 없이 과해지는 保安處分)

12) 宮澤浩一, “外國의 保安處分-西歐”, 「刑事政策講座」, 제3권, 1972, 所收, p. 25.

13) 鄭榮錫, 前掲書, p. 288.

第 3 章 保安處分の一般理論

第 1 節 保安處分の法的性質

1. 刑罰과 保安處分の關係

保安處分の法的性質에 있어서는 주로 刑罰과 保安處分の關係가 同質的인가, 異質的인가 하는 것이 문제가 된다. 이에 관하여는 종래 많은 견해가 대립되어 왔으며 이는 基礎理論으로서 應報刑主義를 취하는가, 教育刑 내지 目的刑主義를 취하는가에 따라 두 가지 見解로 나누어진다. 道義的責任論 및 應報理論의 입장에 의하면 刑罰은 本質的으로 과거의 犯罪에 대한 道義的 비난을 요소로 한 應報인데 반하여, 保安處分은 行爲論의 사회적 危險性에 대한 社會保安의 見地에서 장래에 있어서 사회적 侵害의 예방을 위한 社會防衛와 본인의 矯正·教育을 목적으로 하는 처분이다. 또한 刑罰의 기초는 責任이지만 保安處分의 기초는 성격의 危險性이며, 刑罰은 犯罪를 필연적인 전제로 하지만 保安處分은 극단적으로 危險한 性格에 착안한다.¹⁴⁾ 따라서 道義的責任論은 兩者가 서로 법적 성격을 달리한다고 하여 소위 二元論을 취하고 있는 것이다. 반면 目的刑主義는 刑罰과 保安處分을 모두 社會防衛라는 측면에서 법적 성격이 동일하다고 하여 一元論을 취하고 있다.

아래에서는 이러한 두 가지 입장의 理論的 根據와 問題點을 살펴보고 현재의 理論的 傾向에 대하여 알아보기로 한다.

2. 二元論과 그 問題點

14) 森下忠, “刑罰と 保安處分との 關係”, 「刑事政策의 現代的 課題」, 有斐閣, 1977, p.174.

二元論(Zweispurigkeit)은 주로 刑罰의 本質을 應報에 있다고 보는 입장에서, 刑罰과 保安處分은 그 본질 및 내용에 있어 법적 성격을 달리하므로 刑罰과 保安處分은 동시에 宣告되고 중복적으로 執行된다는 主義를 말한다. 따라서 刑罰과 保安處分이 동시에 宣告된 경우, 그 執行면에 있어서 어느 것을 先執行할 것인가의 문제가 있게 된다. 즉 責任無能力者에 있어서는 刑의 宣告가 없기 때문에 先執行 문제가 생기지 않으나, 限定責任能力者 및 完全責任能力者의 경우에는 이 점을 어떻게 정할 것인가가 문제된다.

刑罰과 保安處分이 동시에 宣告된 경우 어느 것을 먼저 執行할 것인가에 있어서 刑罰의 先執行主義와 保安處分 先執行主義가 대립되고 있으나, 二元論의 입장에서는 보통 刑의 先執行原則이 적용된다.¹⁵⁾ 이것은 保安處分은 刑罰을 보충하는 것이므로 刑罰이 執行된 후에 執行되어야 하며, 刑罰은 定期刑임에 반하여 保安處分은 보통 不定期刑이므로 刑罰을 先執行해야 한다는 것을 이유로 한다.¹⁶⁾

二元論을 주장하는 論據는 다음과 같다.

① 刑罰은 責任을 기초로 하나, 保安處分의 기초는 行爲者의 社會的 危險性에 있다. 따라서 刑罰은 責任을 전제로 하기 때문에 責任無能力者에게는 과할 수 없으나, 保安處分은 行爲者의 社會적 危險性이 전제되기 때문에 刑事責任無能力者·限定責任無能力者에게도 과할 수 있다. 즉 保安處分은 刑罰을 보충한다.

② 刑罰은 과거의 犯罪를 대상으로 하나, 保安處分은 장래를 향한 것으로

15) 日本 改正刑法草案 제108조도 刑罰先執行原則을 채택하고 例外的으로 裁判所가 保安處分의 先執行을 命하는 執行順序의 변경을 제109조에 規定하고 있다.

16) P.Noll, Schuld und Prävention...unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, in: Festschrift für H.Mayer, 1966, S.24; 西原春夫, 「刑法總論」, 成文堂, 1983, p. 503.

로, 刑罰은 犯罪의 鎮壓을, 保安處分은 犯罪의 豫防을 목적으로 한다.¹⁷⁾

이상과 같은 論據로 應報刑論者는 刑罰과 保安處分은 그 성질에 있어서 근본적으로 다른 것이라고 하나, 刑罰과 保安處分은 실제 執行에 있어서 二元論的으로 구별할 수 없다는 문제점을 가지고 있다. 즉 保安處分이 비록 犯罪行爲에 대한 일종의 害惡인 刑罰과는 그 내용을 달리하나 실제로는 保安處分의 억압적인 성격으로 인해 사실상 刑罰의 效果를 가지게 되어 刑罰과 保安處分이 중복적으로 시행될 경우 그 대상자는 경우에 따라 양자를 구별하기가 어렵고 가혹한 처벌을 받는다는 생각을 갖게 되어 刑事政策的 效果를 거두기 어려우며 二重處罰의 效果만을 초래할 우려가 있다는 점이 지적되고 있다.

3. 一元論과 그 問題點

一元論(Einspurigkeit)은 주로 刑罰의 本質이 社會防衛, 犯罪의 改善·教化에 있다고 보는 입장으로, 刑罰과 保安處分은 모두 社會防衛와 犯罪人의 改善·教育을 목적으로 하는 것이고 또한 行爲者의 反社會的 危險性을 기초로 하여 과하는 社會防衛處分이므로 양자의 본질적 차이는 없다고 하여 刑罰 또는 保安處分 가운데 어느 하나만을 宣告·執行하면 된다고 한다.¹⁸⁾ 이러한 입장을 취하는 학자로 리스트, 페리, 일본의 牧野 등을 들 수 있으며, 스웨덴, 영국, 덴마크 刑法 등이 이를 채택하고 있다.

一元論을 주장하는 論據를 보면 다음과 같다.

① 刑罰도 改善·隔離를 통한 社會防衛를 목적으로 하고 있다는 점에서

17) 李在祥, 「社會保護法論」, 經文社, 1981, p.60; 李炯國, 前掲書, p.805; 鄭榮錫, 前掲書, p.290; 陳癸鎬, 「刑法總論」, 大旺社, 1984, p.474.

18) 李在祥, 「社會保護法論」, P.58; 李炯國, 上掲書, p.804; 鄭榮錫, 上掲書, P.291.

넓은 의미의 保安處分에 속하는 것이며, 다만 행위자의 성격에 刑罰 적용성이 없는 경우에는 刑罰에 대신하여 保安處分을 과하는 것이므로 양자는 단지 그 정도와 분량상의 차이가 있을 따름이다.

② 古典的 刑罰論과 같이 刑罰을 犯罪에 대한 害惡으로 보는 應報刑論의 입장은 부당하며, 刑罰도 受刑者의 社會復歸에 중점을 두어야 한다.

③ 保安處分이 合目的性을 강조하기는 하나 倫理的으로 무색한 것은 아니며 도리어 社會防衛와의 관계상 行爲者의 反社會的 성격에 대한 평가를 내용으로 한다.¹⁹⁾

이러한 취지에서 刑罰과 保安處分의 一元化를 주장하고 兩者의 통합을 요구하는 것이 一元論이며 그 핵심은 요컨대 刑罰의 應報性을 부정하면서 刑罰과 保安處分 兩者 모두 社會防衛를 위한 合目的的 수단으로 파악한다는 데 있다. 최근의 立法趨勢는 一元論의 방향으로 가고 있지만 다음과 같은 비판이 제기되고 있다.²⁰⁾

먼저 理論적으로 一元論은 刑法上의 大原則인 責任主義에 反하는 것이다. 즉 행위자의 反社會的 危險性만을 척도로 하여 일정한 制裁를 과하게 되면 행위자의 개별 행위에 대한 책임을 넘어서는 소위 生活形成責任을 지는 결과로 되는 것이다. 따라서 行爲者의 責任과 危險性을 合一한 별개의 척도로서 犯罪에 대한 制裁를 결정하는 理論變革을 전제로 하지 않는 한 一元論은 받아들이기 어려운 것이다. 다음으로 刑事政策上으로도 兩者의 중복이 문제로 되는 경우에 一元論이 과연 타당한 해결 방법인가에 대하여 의심스럽다. 예컨대 限定責任能力者의 경우에 現行 刑法과는 달리 그 危險性에 따라 治療監護處分만을 과하는 것은 그 자의 犯罪行爲에 대한 刑罰의 평가를 배제한다는 점에서 타당하다고 할 수 없는 것이다.

19) 鄭榮錫, 上揭書, pp. 291-292.

20) 李在祥, 「保安處分의 研究」, pp. 58-59; 鄭榮錫, 上揭書, p. 292.

4. 代替主義

一元論과 二元論의 折衷의 태도로서 刑罰은 책임의 정도에 따라 언제나 宣告되며 다만 執行段階에 있어서 保安處分에 의하여 대체되거나 일정한 상황에서 保安處分の 執行이 끝난 후에 執行하는 主義를 말한다. 즉 代替主義(Das Vikariierende System)는 宣告에 관하여는 二元論의 입장에 서고 執行의 면에서는 一元論의 입장을 취한다. 스위스刑法, 독일刑法이 원칙적으로 이 主義에 입각하고 있다.²¹⁾

代替主義는 刑罰과 保安處分이 이론상 엄격히 구별됨에도 불구하고 執行의 실제상 구별이 곤란하다는 점에서 執行에 있어서 刑罰을 保安處分에 의하여 교환함으로써 二元論의 原則을 제한하는 것이다.²²⁾ 代替主義는 첫째 刑罰에 대한 保安處分の 우선 執行, 둘째 保安處分 執行기간의 刑期에의 도입, 셋째 保安處分 執行後의 刑罰의 執行에 대한 猶豫의 가능성을 그 내용으로 한다. 이러한 의미에서 대체주의는 刑罰과 保安處分の 관계를 이론적인 면보다 實際적이고 刑事政策的인 면에서 해결하고자 하는 理論이라 할 수 있다.²³⁾

代替主義는 대부분의 刑法學者들에 의하여 긍정적으로 평가되고 있음에도 불구하고 比較法的으로 볼 때에는 큰 비중을 차지하지 못하고 있으며 理論적인 면에 있어서도 다음과 같은 비판이 제기되고 있다.²⁴⁾

① 代替主義는 責任刑法과 일치하지 않는다는 비판이 있다. 마우라흐(Maurach)에 의하면 保安處分の 執行기간의 刑期算入은 刑罰의 量을 책임과 危險性에 의하여 좌우되게 하는 것으로서 責任主義에 反하는 것이 된다고 한다. 그러나 保安處分の 執行에 의하여 刑罰의 執行을 대체한다는 것

21) 李在祥, 「保安處分の 研究」, pp. 52-53.

22) 木林龜二, 「刑法總論」, 有斐閣, 1978, p. 436.

23) 鄭榮錫, 前掲書, pp. 293-294.

24) 李在祥, 「保安處分の 研究」, pp. 60-62.

이 責任主義에 反한다는 이론은 責任主義가 구성적 의미를 갖는 것이 아니라
는 점을 간과한 것이라고 하지 않을 수 없으며, 責任主義의 原則은 責任
의 量에 의하여 결정된 刑量이 언제나 모두 宣告되고 또 宣告된 刑罰이 언
제나 執行되어야 한다는 것을 요구하는 것이 아니다. 또한 保安處分の 執
行이 刑罰의 執行을 대체하는 경우에는 刑罰이 責任에 의하여 결정되는 것
이 명백한 이상 이를 責任主義에 反한다고는 할 수 없는 것이다.

② 代替主義는 刑罰의 機能을 保安處분에 위임함으로써 刑罰과 保安處分
의 적용범위를 불명확하게 한다는 비판이 있다. 브르텐베르거
(Württemberg)에 의하면 保安處分 특히 保安監護는 代替主義에 의하여 적
어도 부분적으로는 一般豫防的 應報刑의 性質을 가지게 되며 따라서 保安
監護는 刑罰과 保安處分을 혼합한 性格을 가지게 된다고 한다. 그러나 刑
罰과 保安處분이 理論上 상이한 구조를 가지고 있고 구체적 단계에 따라
그 기능이 동일하지 않다는 이유만으로 양자의 執行이 반드시 상이한 기능
을 가져야 하는 것이라고는 할 수 없을 뿐만 아니라 刑罰이 保安處分の 執
行에 의하여 대체된다고 하여 保安處분이 刑罰의 機能을 引受함으로써 刑
罰의 性格을 가지게 되는 것도 아니다.²⁵⁾ 즉 保安處分은 그 要件과 目的
에 의하여 구조적 또는 기능적으로 刑罰과 명백히 구별되지만 保安處分の
實質的 效果가 비록 이차적인 의미라고 할 지라도 刑罰의 要素를 포함하는
이상, 刑罰은 保安處분에 의하여 기능적으로 대체될 수 있는 것이다.

③ 代替主義는 正義의 관념에 반하는 부당한 결과를 초래한다는 비판이
있다. 즉 代替主義에 의하면 刑罰과 保安處분이 동시에 宣告된 자에 대하
여는 保安處分の 執行으로 인하여 刑罰의 執行은 종료되므로 刑罰만을 宣
告받은 자에 비하여 유리한 결과를 초래할 뿐 아니라 犯罪行爲를 이유로
醫療的 保安處분이 宣告된 자를 犯行行爲를 범하지 아니한 精神障礙者와

25) H. Maquardt, *Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Massregel*, Berlin, 1972, S. 42-43.

동등하게 취급하게 되어 부당한 것이 된다.²⁶⁾ 그러나 동일한 책임을 가진 두 사람의 行爲者 중 一人에게 다른 요소가 있는 경우에 이를 가볍게 취급하는 것은 正義의 觀念에 반하지 아니할 뿐만 아니라 豫防的 觀點에서 결정됨에 반하여 후자의 기간의 결정에는 다른 一般豫防이 강조되는 것으로 이러한 相異한 處遇는 刑事政策的 觀點에서도 허용되는 것이라고 할 수 있다.²⁷⁾ 이와 같은 代替主義는 그 要件이나 宣告에 관하여는 刑罰과 保安處分の 別개로 행하여져야 함을 인정하면서 양자가 모두 犯罪者의 社會復歸라는 동일한 목적을 추구하고 있고, 또한 保安處分이 비록 副次的이기는 하나 刑罰과 같이 행위자에 대한 害惡的 性格을 가지고 있으므로 刑罰에 의한 機能的 代替가 가능하다고 한다. 이러한 의미에서 代替主義는 현실 적응성이 가장 뛰어난 이론으로 평가될 수 있는 것이다.

第 2 節 保安處分の 正當性

1. 保安處分과 基本的人權

우리 憲法 제12조 제1항은 「누구든지 법률에 의하지 아니하고는 保安處分을 받지 아니한다」고 규정하여 保安處分の 憲法上 根據를 제시하고 있다. 保安處分은 1933년 나치시대에 나치정권에 의하여 최초로 制度化 되었다는 점에서 나치적 思考의 産物이며 人間의 尊嚴과 가치를 부정하고 기본적 人權을 침해하는 제도라는 오해도 있었으나, 오늘날 保安處分은 刑法改正 운동의 중요한 목표로서 제안 되어 온 제도로서 「나치」의 산물이 아니라는 점에 의견이 일치하고 있다.²⁸⁾ 그러나 保安處分이 合目的性의 관

26) Maurach, *Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform*, Verhandlungen des 43 DJT, Bd. 1. Teil. 3, S.19.

27) Maquardt, *Ibid*, S. 49.

점에서 볼 때 人間의 自由를 제한하는 제도로서 人間의 尊嚴과 價値를 규정한 憲法上的 基本權에 관한 규정에 위반되는 것이 아닌가라는 문제가 제기되고 있다.

保安處分制度에 대하여 마이어(H. Mayer)는 “保護監護는 위험한 性癖犯을 사회가 이에 대하여 투쟁하여야 하는 사회의 敵(Feind der Gesellschaft)으로 취급하는 것은 결코 허용될 수 없으며, 保護觀察과 같은 援護的 處分도 人格狀態의 기본적 변경을 의미하는 것이며 恣意性을 배제할 수 없으므로 엄격한 한계내에서 法治國家의 전제가 충족되는 경우에만 허용된다”고²⁸⁾ 비평하고 있다. 그러나 보켈만(Bockelmann), 벨첸(Welzel), 메츠거(Mezger) 등은 “人間社會에 있어서의 완전한 自由는 外的 自由를 理性的으로 이용하고 사회생활을 제한할 수 있는 道德的 自己決定(sittliche Selbstbestimmung)에 의하여 형성된 內的 自由를 가진 자만이 향유할 수 있으며 이러한 내적 자유가 전혀 불가능 하거나(精神病者) 사회적 환경이나 관습 또는 소질에 의하여 불충분한 자(常習犯)는 사회에 대하여 완전한 自由를 청구할 수 없으며 여기에 保安處分の 正當性이 있다”고 주장한다. 특히 노박코브스키(F. Nowakowski)는 “사회는 전체의 善을 위하여 個人의 自由를 제한할 권한이 있다고 하면서 사회의 이익을 보호하기 위하여 合目的性을 이유로 인간의 자유를 제한할 수 없다는 전제는 부당한 것이며, 사회는 개인의 자유를 전체의 이익을 위하여 제한할 권한이 있고 개인은 이러한 제한을 受忍할 義務가 있다고 역설하고 保安處分은 人間을 물건으로 전락시키는 것이 아니라 合目的的인 刑事政策上的 제도이며, 이러한 合目的性에 의하여 保安處分이 正當化된다”고 하고 있다.

2. 保安處分과 比例·均衡의 法則

28) 李在祥, 「保安處分の 研究」, p.27.

29) H.Mayer, Strafrechtsreform für heute und morgen, Berlin, 1962, SS.49-53.

刑事政策上 犯罪放過 수단으로서의 刑罰은 行爲者의 責任의 범위를 넘어 과할 수 없는 일정한 한계를 가지고 있다. 刑罰의 이러한 制約性에서 출발하여 刑罰 이외의 수단에 의하여 刑法의 社會統制機能을 보완하기 위한 제도가 요청되는 것이며 이것이 바로 保安處分制度의 必要性이라고 할 수 있는 것이다. 그러나 保安處分도 刑罰 못지않게 個人의 自由를 剝脫·制限하는 것을 내용으로 하고 있기 때문에 그 자체를 정당화하기 위한 근거를 필요로 하게 된다. 이러한 수단의 正當性을 부여하기 위한 것이 「比例의 原則」(Grundsatz der Verhältnismaßigkeit)이라고 할 수 있다.

保安處分이 궁극적으로 正當性을 확보하려면 그 要件과 效果의 결정은 比例·均衡의 原則에 입각하지 않으면 안된다. 그러므로 刑罰에 있어서 正義의 保障을 나타내는 責任主義와 대비하여 볼 때 保安處分에 있어서는 比例·均衡의 原則이 요구 된다고 할 수 있다.³⁰⁾

比例·均衡의 原則이란 保安處分에 의한 個人의 自由에 대한 침해는 保安處分의 목적이라 할 수 있는 社會防衛와 比例關係에 있어야 함을 의미한다. 독일 刑法 제62조는 「保安處分은 行爲者에 의하여 행하여진 犯罪와 그로부터 기대될 수 있는 행위의 意義가 行爲者로부터 발생하는 危險의 정도와 비례되지 아니하는 때에는 이를 명하지 아니한다」고 규정하고 保安處分의 남용을 막고자 한다.³¹⁾ 일반적으로 이 원칙은 保安處分이 合目的의 일뿐만 아니라 危險性에 상응한 것임을 요구하며 保安處分의 적용이 기도된 목적과 일치하여야 하고 그 수단의 선택에 있어서도 社會와 個人에 대하여 가장 경미한 방법을 선택할 것을 요구한다.

이 原則에의 합치여부를 판단하는 데에는 첫째 행위자가 행한 행위의 犯罪의 意義, 즉 행위의 종류나 犯罪의 輕重·頻度와 장래의 행위에 대한 관련성과, 둘째 그로부터 기대되는 행위의 意義, 즉 法益 侵害의 종류와 정

30) H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 3. Aufl., Berlin, 1978, S.67.

31) 李在祥, 「社會保護法論」, p.34.

도, 셋째 행위로부터 발생할 위험의 정도라는 세 가지 요소가 고려되어야 한다고 보고 있다.³²⁾ 나아가 이 比例·均衡의 原則은 정의의 표상으로서 일반적인 法原理요, 超實定法的인 指導理念으로 작용하여야 한다는 점에서 保安處分の 전과정을 통해 관철되는 것이라고 한다. 그러므로 실제로는 保安處分の 宣告에 대해서 뿐만 아니라 그 執行과 執行 中の 석방 등의 판단에까지 적용되어야 한다.³³⁾ 그러나 이러한 比例性의 原則은 형식적인 원칙에 지나지 않으며 法適用을 위한 規範을 제시하는 것은 아니기 때문에 구체적인 사건을 통하여 正義가 실현될 수 있을 뿐이며, 그 내용은 개별 保安處分에의 適用을 통하여 해결하여야 할 課題라 할 수 있다.

第 3 節 保安處分の 適用에 관한 要件

1. 保安處分法定主義

保安處分法定主義(Gesetzlichkeit der Maßregeln)란 保安處分에 관하여도 刑罰法規에 있어서와 마찬가지로 法定主義의 原則이 인정되어야 함을 말한다.³⁴⁾ 保安處分을 適用함에 있어서는 刑罰에서와 같이 刑罰法定主義 原則을 인정할 것인가 하는 문제, 즉 刑法上의 大原則인 罪刑法定主義의 原則을 준용할 것인가 하는 문제가 제기된다.

保安處分法定主義에 관하여는 이탈리아 刑法 제199조에 「누구든지 법률로써 명시적으로 규정되어 있지 아니한 保安處分이 적용되지 아니하고 또 법률로써 미리 규정된 경우 이외에도 적용되지 아니한다」라고 규정하였고, 프랑스 刑法草案 제7조 제1항도 「어떠한 保安處分도 법률로써 미리 규정된

32) 鄭榮錫, 前掲書, p.312.

33) Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 18Auffl. München, 1976, S. 650.

34) 鄭榮錫, 前掲書, p.307.

경우 및 조건하에서만 적용된다」라고 규정하여 保安處分法定主義를 규정하고 있다. 또 「刑法統一論에 관한 國際會議」(1928년 로마회의)의 결의 제1조에도 「누구든지 법률로써 명시적으로 규정되어 있지 아니하는 保安處分이 적용되지 아니하고 또한 법률상 규정이 없으면 保安處分을 적용하지 아니한다」고 명백히 선언하였다. 保安處分法定主義를 명문상 규정하지 아니한 국가에서도 罪刑法定主義가 시인되고 있는 한 保安處分法定主義의 原則에 입각하고 있다고 보아야 할 것이다.

罪刑法定主義는 法益을 侵害하는 可罰的인 犯罪와 그에 대한 制裁手段인 刑罰을 법률로써 정할 것이 요청되어지고 있는 것으로서, 國家權力의 자의적인 행사로부터 個人의 自由와 財産을 보호하고 나아가서 犯罪者에 대해서도 犯罪에 대한 刑罰을 미리 알려줌으로써 부당한 刑罰을 받지 아니하도록 하는 데 그 意義가 있다. 이와 관련하여 본다면 保安處分도 그 法的性質에 있어서 個人의 自由와 財産에 대한 침해를 내용으로 하고 있다는 점에서 사실상 刑罰과 다름이 없으므로 人權保障의 견지에서 罪刑法定主義의 내용을 준용하여야 할 것이다.

保安處分法定主義를 是認한다면 그 당연한 귀결로서 「慣習法」은 保安處分의 法源이 될 수 없고, 類推解釋에 관하여는 保安處分이 危險性에 대한 合目的的인 조치인 점에 비추어 합리적인 유추해석은 허용된다고 하는 입장도 있으나 被處分者에게 이익이 되지 않는 한 허용되지 않는 것이 타당하다.

溯及效禁止에 관하여는 保安處分에 대하여도 刑罰不溯及의 原則이 적용되느냐에 대한 두 가지 견해가 대립된다. 多數說은 刑罰不溯及의 原則은 실행된 不法에 대한 反作用인 刑罰에 대하여만 적용되며 장래에 대한 예방적 처분인 保安處分에 대하여는 적용되지 않는다는 것이다.³⁵⁾ 學說上 이

35) 이탈리아刑法 제200조 제1항, 독일刑法 제2조 제6항, 프랑스刑法草案 제9조 등.

를 지지하는 입장에서는 刑罰은 과거의 不法에 대한 反作用이므로 效力不遡及이 적용되어야 하겠으나 保安處分은 그와 달리 장래의 위험에 대한 것이므로 그때 그때의 유효 적절한 처분이 가능하여야 한다는 점에 그 근거를 두고 있다.

이에 대해 반대의 견해는 刑罰不遡及의 原則이 刑罰에 대하여만 적용된다고 해석하는 것은 同 原則의 意義를 잘못 해석하는 점이라고 하지 않을 수 없고 행위시에 경미한 刑罰이 규정되어 있는 犯罪에 대하여 保安處分을 적용하는 경우에는 刑罰의 遡及效를 인정하는 경우 못지 않게 個人的 自由가 침해되는 것이므로 刑罰不遡及의 原則은 保安處分에 대하여도 적용되어야 한다는 것이다.

생각컨대 保安處分에 있어서 保安處分法定主義를 인정하는 한 保安處分의 遡及效를 인정하는 것은 個人的 犯罪行爲가 法秩序에 어떻게 평가되고 있는가를 알려준다는 취지와 부합되지 않는 것으로서 타당하다고 할 수 없다. 따라서 保安處分에 대하여도 刑罰과 마찬가지로 遡及效를 인정하지 않아야 할 것으로 思料된다.³⁶⁾

不定期刑禁止에 관하여는 保安處分의 성질상 危險性이 존속하는 한 處分의 효과가 계속되어야 한다는 의미에서 오히려 保安處分에 있어서는 不定期的 原則이 인정되고 있다. 다만 人權保障의 原理에 의해 絶對的 不定期를 억제하고자 대개 立法例는 최고한의 기간을 규정하거나 定期的 審査를 시정한다.

2. 保安處分의 一般的 要件

違法하고 有責한 행위는 刑罰에 있어서는 그 법적 근거가 되고 있지만,

36) 李在祥, 「保安處分の 研究」, pp. 32-33; 鄭榮錫, 前掲書, p. 310 참조.

保安處分도 역시 違法한 行爲가 있는 경우에만 宣告될 수 있다. 다만 保安處分에 있어서의 違法한 行爲의 존재는 刑罰의 경우와는 전혀 다른 의미로서 個人의 自由에 대한 침해의 연결점을 제공한다. 또한 違法한 行爲의 존재와 함께 行爲者의 危險性도 모든 保安處分에 공통된 요건이며, 保安處分의 핵심(Mittelpunkt)이라고 할 수 있다.³⁷⁾ 물론 行爲者의 危險性의 정도는 保安處分의 종류에 따라 다소의 차이가 있으나 여기서는 모든 保安處分에 공통된 일반적 요건으로서 行爲者의 危險性과 일정한 事實의 存在, 즉 犯罪行爲의 意義에 관하여 검토하고자 한다.

1) 保安處分의 基礎로서의 危險性

保安處分은 行爲者에 의한 將來에 기대되는 社會에 대한 공격(Angriff)을 방지하기 위한 제도로써 行爲者의 危險性은 保安處分의 기초일 뿐만 아니라 모든 保安處分의 宣告에 있어서 필요로 하는 實質的 要件이 된다.

(1) 危險性의 內容



保安處分의 危險性은 行爲者에 대하여 장래의 犯罪가 기대되는 蓋然性(Wahrscheinlichkeit)을 의미하며 그 내용은 다음과 같은 요소로 구성되어 있다.

첫째, 行爲者에 의한 장래의 犯罪行爲의 기대는 蓋然性의 정도에 달할 것을 요구하며 단순한 再犯의 可能性 또는 潛在的 危險으로는 족하지 아니하다.³⁸⁾

둘째, 危險性의 정도는 侵害可能性 및 기대되는 침해의 정도에 의하여

37) 李在祥, 上揭書, pp. 42-43.

38) Schönke-Schröder, op.cit., S. 652.

결정된다.³⁹⁾ 특히 自由剝奪保安處分の 宣告를 위하여는 기대되는 행위가 중대한 것이 아니면 안된다. 행위의 중대성의 판단에 있어서는 ① 피해자의 성질 ② 행위실행의 방법 ③ 犯罪 에너지의 정도 ④ 犯罪에 관한 기본관념 등이 기준이 된다.

셋째, 기대되는 행위로 인한 危險性은 사회와 일반인에 대한 것임을 요하지만 반드시 不特定多數人에 대한 위험을 요하는 것이 아니며 일정한 범위의 제한된 사람 또는 特定人에 대한 危險이 있는 경우에도 족하다고 해석된다.

넷째, 危險性의 原因은 사회적인 행위에 대한 思想의 缺如 또는 社會的 行爲에 대한 능력의 결여이며 行爲者의 이러한 상태와 危險性間에는 因果關係가 있어야 한다.⁴⁰⁾

(2) 危險性判斷의 基準

危險性 여부는 行爲者의 人格과 그가 행한 행위를 종합적으로 판단하여 결정하여야 한다. 따라서 危險性의 판단에 있어서는 行爲者의 人格에 대한 판단을 전제로 하며 行爲者의 인격은 行爲者의 出身·父母·家族關係·教育程度·犯罪行爲의 開始時期·犯罪行爲의 種類·行爲者의 犯罪 이전의 社會的 態度·職業·行爲時의 知能과 性格 특히 前科의 有無와 數·再犯의 정도 등을 고려하여 판단한다. 또한 危險性의 判斷은 行爲者의 인격에 대한 판단과 함께 行爲者에 대한 판단을 포함하여야 한다.⁴¹⁾

(3) 危險性判斷의 根據

39) 李在祥, 「保安處分の 研究」, p. 44.

40) 安平政吉, 「保安處分法の 理論」, 酒井書店, 1970, p. 380.

41) 李在祥, 「保安處分の 研究」, pp. 45-46.

危險性 判斷의 根據에 관해서는 세 가지 立法主義가 있다.⁴²⁾ 첫째는 개개의 구체적 사건에 따라 法官으로 하여금 자유롭게 그 危險性을 판단케 하는 형식이며, 둘째는 立法者로 하여금 危險性이 있다고 인정할 수 있는 원인을 결정하게 하는 것이고,⁴³⁾ 셋째는 절충형으로서 立法者가 미리 일반적인 危險性 徵表事由를 결정한 위에 다시 法官이 구체적으로 危險性의 存否를 판단케 하는 主義이다.⁴⁴⁾ 이상의 경우에서 첫째의 것은 法官에게 過重한 부담이 될 뿐 아니라 市民의 自由保障에도 威脅이 된다는 점에서 채택하기 곤란한 방식이며 둘째의 것도 立法으로 일체의 사유를 빠짐없이 法定시킨다는 것은 불가능하고 부적당한 것이라는 점에서 역시 채택하기 곤란하다고 보겠다.

생각하건대 保安處分の 전제가 되는 危險性의 認定은 극히 신중한 판단을 요하므로 적어도 기본적으로는 危險性을 확실히 徵表하는 一定 事實을 法定해 두어야 하겠고 그에 해당하는 사실이 있을 경우 다시 法官이 구체적으로 危險性의 存否를 判斷하도록 하는 것이 타당하다 할 것이다. 따라서 세번째 입장이 사회의 危險防止와 個人의 自由를 고려에 넣은 타당한 것이라 할 수 있다.



(4) 危險性判斷의 時期

保安處分の 전제조건인 危險性에 대한 判斷은 과거의 확정된 사실에 대한 판단이 아니라 미래에 대한 假定的 判斷이며 豫斷(Prognose)으로서의 성격을 가지고 있다. 따라서 危險性 判斷의 基準 時期는 行爲時가 아니라

42) 金永泰, “保安處分の 理論”, 「論文集」 제15집, 부산대학교, 1973, p. 334.

43) 프랑스의 velegation에 관한 법률이 그 대표적 예이다.

44) 이 방식은 일찌기 1911년 Kahl, Liszt, Goldschmidt, Lilienthal의 네 학자 대안과 1933년 Nazis입법이 채택한 것이었다.

保安處分이 宣告되거나 執行되는 시기가 되지 않을 수 없다. 刑罰과 保安處分の 관계에 관하여 褫奪주의 또는 代替主義를 채택하여 保安處分만을 宣告하거나 保安處分을 먼저 執行하도록 하고 있는 法制下에서는 危險性은 判決時를 기준으로 판단하지 않을 수 없다.

이에 반하여 保安處分을 刑罰의 執行이 종료된 후에 執行하도록 규정한 法制에 있어서는 危險性判斷의 기준시기가 判決時인가 또는 執行終了時인가가 문제된다. 이러한 경우에 있어서 이론상으로는 保安處分은 刑罰이 犯罪豫防을 위하여 불충분한 경우에 한하여 적용되어야 한다는 점에서 危險性의 存在는 刑罰의 執行終了時를 기준으로 하여 판단하도록 하는 것이 당연하며, 이러한 의미에서 危險性 判斷은 判決時에 위험할 뿐 아니라 刑罰의 執行終了時에도 위험하는 이중의 危險判斷을 의미한다고 할 수 있다.⁴⁵⁾

2) 保安處分の 基礎로서의 一定한 事實의 存在

保安處分도 刑罰과 마찬가지로 刑法上的 制裁이기 때문에 危險性을 방지하기 위한 일정한 조치를 취하기 위해서는 犯罪行爲의 存在가 전제되어야 한다. 그러나 保安處分の 성질상 犯罪行爲는 刑法上的 구성요건에 해당하고 위법한 행위이면 족하고 반드시 有責할 필요는 없다. 또한 그 犯罪行爲가 保安處分の 본질적 요소인 行爲者의 違法性에 대한 법적 징표가 있는 경우라야 한다.

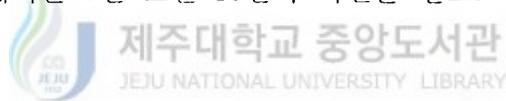
3) 保安處分과 時效

45) 李在祥, 「保安處分の 研究」, p. 47.

保安處分時效에 관하여는 學說의 대립이 있다. 否定說은 대체로 保安處分과 時效制度는 일치하기 어렵다는 이유로 保安處分에 관한 時效를 인정함에 반대한다. 즉 保安處分의 대상인 危險性은 일정 기간의 경과에 의하여 소멸하는 것이 아니므로 時效制度는 부적당하다는 것이다. 이에 반해 肯定說은 人權保障, 즉 개인생활의 法的 安定性을 보장하기 위하여 訴追 및 執行의 兩者에 대하여 時效를 인정하여야 한다고 주장한다.

立法例로는 독일 舊刑法 제42조의 제2항은 「판결이 확정된 때로부터 처분이 執行되지 아니하고 3년이 경과한 때에는 법원의 명령이 있는 경우에 한하여 執行이 가능하며, 그 命命은 處分의 目的上 事後의 수용을 필요로 하는 경우에 한하여 허용된다」고 규정하였고, 현행 독일刑法 제78조 이하에서 保護監護處分 이외의 保安處分에 대한 時效를 규정하고 있다.

현행 우리나라의 社會保護法도 時效를 인정하여 먼저 監護請求의 時效에 대하여는 監護要求된 사건과 동시에 심리하거나 심리할 수 있었던 罪에 대한 公訴時效期間이 경과로 인정된다고 하고(동법 제36조 1항), 監護執行의 時效에 대해서는 7년 또는 15년의 기간을 별도로 정해 놓고 있다(동법 제37조 1항).



第 4 節 保安處分の 種類

保安處分の 種類는 관점에 따라 여러 가지로 구분할 수 있으나, 일반적으로 대상자의 연령에 따라 少年에 대한 保安處分과 成年에 대한 保安處分으로 대별할 수 있고, 또 成年에 대한 保安處分은 그 대상에 따라 對人的 保安處分과 對物的 保安處分으로 二分되며, 다시 對人的 保安處分은 自由剝奪의 정도에 따라 自由剝奪保安處分과 자유를 제한하는 自由制限保安處分으로 구분된다.⁴⁶⁾

少年에 대한 保安處分은 특히 保護處分이라고도 하며 保護處分의 本質은 社會防衛的 思想을 배경으로 하는 保安處分과는 달리 育성과 教化에 있다고 하겠다. 소년에 대한 保安處分은 소년법상 保護處分에서 詳論하기로 하고 여기에서는 주로 成人에 대한 保安處分에 관하여 간단히 살펴 보기로 한다.

1. 對人的 保安處分

1) 自由剝奪的 保安處分

(1) 治療監護處分

治療監護處分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 限定責任無能力者 등에 대한 保安處分으로 대상자를 精神病院 기타 治療施設에 수용하여 치료함으로써 心身障礙에서 올 수 있는 危險性을 제거하고자 하는 것이다. 治療監護處分은 不定期를 원칙으로 하는 것이 일반적이며 그 執行은 刑의 執行에 先行하는 것이 타당하다.⁴⁷⁾

(2) 社會治療處分

이는 醫學的인 治療效果가 기대될 수 없는 精神病疾者를 각종 社會치료

46) 鄭榮錫, 前掲書, p. 295.

47) 立法例로는 우리나라의 社會保護法 제8조, 영국의 精神衛生法 제60조, 제72조, 제73조, 미국의 規範刑法典 제4장 제8조, 독일형법 제63조, 오스트리아형법 제21조, 스위스형법 제43조, 日本의 改正刑法草案 제98조 등이 이를 채택하고 있다.

시설, 예컨대 환경요법, 행동요법, 작업요법, 정신요법 등을 행하는 시설에 수용하는 것을 말한다. 48)

(3) 矯正處分

矯正處分은 飲酒 또는 麻藥類 사용의 習癖이 있는 자나 中毒者에 대해 禁斷施設에 수용, 주정 또는 만취상태에서 오는 犯罪的 危險性을 제거하기 위한 治療·矯正 등을 내용으로 하는 保安處分이다. 49)

(4) 勞作處分

勞作處分은 流浪, 乞人, 賣春婦, 勞動嫌忌者 등이 常習的으로 犯罪를 범하는 경우 이들에 대하여 刑을 宣告함에 있어서 그 재판과 함께 宣告하는 勞動改善處分으로 대상자를 勞作所에 수용, 작업에 종사케 함으로써 근면하고 규율있는 생활에 적응되도록 한다. 50)

(5) 保護監護(保安監護)處分

思想犯罪人, 常習犯罪人, 固執性犯罪人, 累犯的 危險性이 있는 強力犯 등 自由刑의 執行을 종료하였다라도 다시 犯罪를 반복할 염려가 있는 특수한 犯罪人에 대하여 特別施設에 수용하는 처분을 말한다. 51)

48) 덴마크형법 제70조, 네델란드형법 제37조 등이 이를 인정하고 있다.

49) 입법례로는 우리나라 사회보호법 제8조, 독일형법 제64조, 스위스형법 제44조 등.

50) 현재 스위스형법 제100조, 프랑스형법 제274조 등이 이를 인정하고 있다.

51) 영국의 범죄예방법, 스위스형법 제42조, 오스트리아형법 제23조, 독일형법 제66조 등이 채택하고 있다.

2) 自由制限의 保安處分

(1) 保護觀察

保護觀察은 자유상태의 犯罪人에 대한 社會的 援護에 의하여 犯罪人の 社會復歸와 교육의 목적을 달성하고자 하는 刑事政策上 가장 중요한 의미를 가지는 제도로서, 犯罪人에 대하여 刑罰을 執行하지 아니하고 犯罪人으로 하여금 정상적인 사회생활을 영위하게 하면서 일정한 遵守事項을 命令하고 이를 준수토록 援護的 指導에 의하여 更生을 피하려는 제도이다.

保護觀察은 특히 成人과 初犯 및 婦女子에 관하여는 가장 실효성 있는 제재 수단으로 인정되고 있다. 保護觀察은 먼저 英·美法에서 保護觀察附 執行猶豫 내지 假釋放制度로서 발전되었고 후에 大陸法界에 있어서도 執行猶豫를 기초로 하여 自由制限의 保安處分 영역으로 확대되었다. 우리나라의 경우 大陸法界의 保護觀察制度를 받아들여 舊社會安全法 제4조, 社會保護法 제10조, 少年法 제30조 1항 6호 등이 이를 규정하고 있다.⁵²⁾



(2) 善行保證

善行保證은 刑의 執行猶豫를 宣告하거나 假釋放을 명하는 경우 상당한 금액 기타 有價證券을 제공하게 하거나 保證人을 세워 保證期間 중에 犯罪를 범한 경우⁵³⁾ 保證金 沒收라는 심리적 압박에 의하여 선행을 확보하려는 保安處分의 일종이다.⁵⁴⁾

52) 입법례로는 네델란드형법 제14조, 독일형법 제68조 등.

53) 스위스, 이탈리아 형법은 보증금을 국고에 귀속, 프랑스형법 초안에서는 피해자의 배상에 충당케 하고 있다.

54) 입법례로는 영국의 형사재판법 제11조 1항, 이탈리아형법 제237조, 스위스형법 제57조, 프랑스형법 초안 제58조 등.

(3) 職業 등의 禁止

이 제도는 직업이나 營業活動을 濫用하여 違法한 行爲를 범할 위험이 있는 자에 대하여 당해 직업이나 영업에 종사하는 것을 일시적 또는 영구적으로 금지시키는 제도이다.⁵⁵⁾

(4) 居住制限

이 제도는 思想犯罪人 등 주로 특정한 犯罪者에 대하여 일정한 주거지 이외의 지역에서의 住居를 制限하는 처분이다.⁵⁶⁾

(5) 國外追放

國外追放은 外國人犯罪者에 대한 처분으로서, 外國人犯罪者의 국내체류가 公共의 安寧秩序에 위험하다고 인정되는 경우에 행하여지는 처분이다. 우리나라에서도 행정처분이기는 하나 出入國管理法 違反, 禁錮이상의 刑을 받고 석방된 外國人에 대하여 國外로 強制退去 시킬 수 있도록 하고 있다.⁵⁷⁾

(6) 飲酒店出入禁止

犯罪의 原因이 알콜음료의 과음에 있는 경우 그 責任無能力을 이유로 방

55) 입법례로는 스위스형법 제54조, 독일형법 제70조, 프랑스형법 초안 제79조, 그리스형법 제16조 등.

56) 입법례로는 이탈리아형법 제215조, 스위스형법 제16조 등.

57) 출입국관리법 제45조.

면된 자에게 알콜음료의 과음을 막고자 하는 保安處分이다. 58)

(7) 斷種·去勢

斷種은 사람의 생식능력을 불가능하게 하는 것이고, 去勢는 생식능력을 불가능하게 함은 물론 生殖腺(睪丸 또는 卵집)을 제거하는 것을 의미한다. 이것은 犯罪的 소질이 유전한다는 것을 전제로 하여 주로 常習犯에 대하여 행하여 지는 것이다. 去勢는 나치스 시대에 유대인의 斷種을 위하여 채용되었던 것이나 終戰後 인간의 존엄과 가치를 침해하는 非人道的인 것이라 하여 1946년 聯合國管理委員會法 제11호에 의해 폐지되었으나 근래에 와서 스웨덴, 덴마크, 노르웨이, 핀란드 등이 保安處分으로 활용하고 있다.

斷種은 현재 犯罪對策으로서 刑事政策上의 문제일 뿐 아니라 國民優生學的 입장에서 중요한 사회문제로 되어 있다. 우리나라의 母子保健法도 국민보건 향상을 목적으로 불임수술을 인정하고 있다.

(8) 運轉免許剝奪



운전면허의 박탈은 교통안전을 보호하기 위하여 운전자로서 의무를 위반하여 違法한 行爲를 한 자에게 운전이 不適合한 사유가 있는 사실이 판명된 경우에 운전면허를 취소하는 처분이다. 대부분의 나라에서는 이 처분을 行政處分으로서 인정하고 있으나 독일에서는 이를 刑法上(제69조)의 保安處分으로서 인정하고 있다.

2. 對物的 保安處分

58) 스위스형법 제56조, 이탈리아형법 제215조, 체코슬로바키아형법 제61조 등.

對物的 保安處分은 犯罪로부터의 法益侵害의 위험을 방지하기 위하여 犯罪와 관련된 一정한 物件에 대하여 과해지는 保安處分으로 沒收, 營業施設의 閉鎖, 法人의 해산 등이 있다.

1) 沒收

沒收은 犯罪行爲에 제공하였거나 제공하려는 물건 또는 犯罪行爲로 인하여 생긴 물건이 인간의 安全과 道德, 公共의 秩序를 위태롭게 할 경우 재산을 剝奪하는 貨物的 保安處分이다. 沒收의 法的 性格에 대하여는 刑罰의 한가지로 보려는 견해, 保安處分의 한가지로 보는 견해, 兩者의 性格을 併有하는 것으로 보는 견해 등이 대립되고 있다. 우리나라의 現行 刑法은 沒收를 財産刑의 一종인 附加刑으로 규정하고 있으나 실질적으로는 保安處分의 性格을 가지고 있다.⁵⁹⁾ 이탈리아刑法 제240조, 스위스刑法 제58조가 이를 인정하고 있다.

2) 營業所의 閉鎖·法人의 解散

犯罪에 이용되는 營業所를 일시적 또는 영구적으로 폐쇄시키거나 犯罪와 관련있는 法人組織 그 자체의 해산을 명령함으로써 犯罪의 危險을 방지하려는 처분이다. 프랑스刑法 제335-1조가 이를 규정하고 있다.

59) 鄭榮錫, 前掲書, p. 304.

第 4 章 現行法上 우리나라의 保安處分 制度

第 1 節 序 說

우리나라의 行刑制度는 1894년의 甲午更張을 분기로 하여 구획된다. 즉, 갑오경장 이전의 행형제도는 生命刑, 笞杖刑, 徒刑 및 流刑制度를 중심으로 하는 엄격한 刑罰制度가 중심을 이루었고, 또 형벌의 집행을 위한 일시적 拘禁의 방법으로서 소박한 拘禁制度도 있었다.⁶⁰⁾ 그러나 갑오경장 이후에는 開化史上이 행형제도의 획기적인 개편을 초래하여 1894년 11월에는 監獄規則이 제정되어 犯罪者의 改過遷善을 염두에 둔 一種의 계급처우법으로 볼 수 있는 징역표라는 것이 제정되었다.⁶¹⁾

그후 刑事制度의 지속적인 발전으로 1912년 수형자에 대한 누진처우제도와 함께 假出所規則(총독부령 제33호)이 제정되고 1937년 假釋放審査規程(총독부령 제9호)이 제정·실시되었는데 이러한 일련의 조치는 保安處分의 일종인 保護觀察制度의 출발점이라 할 수 있다.⁶²⁾

1961년 9월 군사혁명정부에 의해 새로이 更生保護法이 제정·공포됨으로써 종래의 司法保護라는 명칭대신 갱생보호라는 용어를 사용하게 되었으나 내용은 구법령과 다를 바 없었다. 그러다가 1963년 2월 更生保護法改正(법률 제1276호)으로 소년원의 퇴원자 및 가퇴원자까지 포함되었고 갱생보호기간을 통합하고 법무부장관의 감독하에 更生保護會를 두고 그 산하기관으로 특별시, 직할시, 도에 8개의 지부와 교도소 소재지에 9개의 지소를

60) 朴道亨·金鎔宇, 「行刑法學」, 國民書館, 1971, p.10.

61) 權仁鎬, 「行刑史」, 國民書館, 1973, p.411.

62) 그러나 본래적 의미의 보호관찰에 접근한 更生保護活動은 1943년 3월에 朝鮮司法保護事業令, 司法保護委員會, 司法保護觀察規則 등이 제정됨으로써 시작되었다고 하겠다.

설치하였다.⁶³⁾

우리나라 입법사상 본질적 의미의 保護觀察을 채택한 것은 1958년 少年法(법률 제489호) 제정에서 비롯된다. 동법에서는 少年犯罪人에 대한 保護處分の 하나로 保護觀察處分을 할 수 있도록 규정하여 처음으로 保護觀察이라는 용어가 법문화된 것이다. 그러나 少年法上 채택된 保護觀察制度는 그 규정에 따른 세부시행 규정이 마련되지 못해 保護觀察法이 제정될 때까지 사실상 그 실현을 보지 못하였다.

우리나라에서의 保安處分制度는 1953년 新刑法制定時 同法編纂委員會에서 그 채택여부를 신중히 검토·논의한 적이 있었으나 미비된 법률체계와 保安處分을 빙자한 人權侵害의 가능성 등 당시의 복잡한 사회여건 때문에 당분간 이의 채택을 留保하였다.⁶⁴⁾ 그러나 급격한 都市化·産業化의 영향으로 犯罪의 樣態가 현격한 변화를 가져 온데다가 累犯者·精神障礙者·少年非行者 등에 대한 적절한 犯罪 방알의 필요성이 점차 높아짐에 따라 保安處分の 法制化가 제기되어 오다가 1975년에 國家安保問題와 관련하여 思想犯에 대한 保安處分制度로서 「社會安全法」이 제정되었고 1980년 12월 18일 一般常習犯 등에 대한 社會保護法이 제정됨으로써 1981년부터 우리나라에도 保安處分制度가 본격적으로 도입·시행되기 시작하였다.

이어서 1989년에는 社會安全法을 保安觀察法(법률 제4132호)으로 改稱하고 保護觀察處分도 保安觀察處分으로 변경했으나 이는 모두 本質的 의미의 保護觀察이라기 보다는 任意的 類似保護觀察에 속한다 할 것이므로 1989년 保護觀察法이 제정되어 시행되기 이전에는 保護觀察의 유사 내지는 변형된 형태로 실시되어 왔다고 할 수 있다.

현행헌법은 「누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 保安處

63) 柳寅鶴, “韓國更生保護制度의 問題點에 관한 考察”, 「論文集」 8집, 漢陽大學校, 1974, p. 222.

64) 법전편찬위원회, 형법초안이유설명서 제3의 3, 「보안처분의 유보」 참조.

분을 받지 아니한다」(제12조 제1항)고 규정하여 保安處分の 法的根據를 제공하고 있다. 그러나 刑法에는 保安處分에 관한 규정을 두고 있지 않으며 다만 특별법인 社會保護法, 保護觀察法, 保安觀察法, 少年法, 國家保安法⁶⁵⁾, 母子保健法⁶⁶⁾, 麻藥法⁶⁷⁾, 淪落行爲等 防止法⁶⁸⁾, 性暴力犯罪 處罰 및 被害者保護等에 관한 法律⁶⁹⁾ 등에 이를 규정하고 있을 뿐이다.⁷⁰⁾

이상의 각종 특별법에 의한 保安處分은 少年法上的 保護處分을 제외하고는 모두 일정한 行政機關에 의하여 행정작용의 일종으로서 행하여지고 있다는 데 그 특색이 있다. 여기서는 중요한 保安處分 法律인 社會保護法上的 保安處分, 保護觀察法上的 保護觀察處分, 少年法上的 保護處分에 대해서 중점적으로 고찰하고 끝으로 犯罪者에 대한 효율적인 處遇方案으로 刑事政策上 가장 중요한 의미를 가지는 제도의 하나로 시행되고 있는 外國의 保護觀察制度에 대해 살펴보고자 한다.

第 2 節 社會保護法上的 保安處分

1. 社會保護法の 意義



社會保護法⁷¹⁾은 수개의 刑을 받거나 수개의 罪를 犯한 者(단, 과실로 인하여 罪를 범한 자는 제외) 및 心身障礙者·麻藥類 中毒者 및 알코올 中毒者로서 罪를 범하여 再犯의 危險性이 있고 특수한 敎育·改善 및 治療가 필

65) 공소보류자에 대한 2년간의 감시·보호처분(제20조).

66) 일정한 환자에 대한 불임시술명령(제15조 제2항).

67) 마약중독자에 대한 6월 이내의 강제수용·치료(제50조).

68) 윤락녀를 보호지도소에 수용보호(제7조).

69) 성폭력 범죄를 범한 자에 대한 보호관찰(제16조), 보호감호(제17조).

70) 立法豫告된 刑法改正 法律案에서는 總則 第 4章(第 92條에서부터 109條까지)에서 保安處分の 種類와 要件 및 對象을 규정하고 있다.

71) 1980. 12. 18 제정(법률 제3286호), 1989. 3. 25 개정(법률 제4089호).

요하다고 인정되는 자에 대하여 社會復歸를 촉진하고 사회를 보호하기 위하여 保護處分을 할 것을 규정하고 있다(동법 제1조, 제2조 참조).

社會保護法이 비록 保護處分이라는 용어를 사용하고 있지만 社會保護法에서 규정하고 있는 保護處分이 그 性質上 保安處分이라는 점에서 異論이 있을 수 없다.⁷²⁾ 따라서 우리 現行法上の 刑罰體系는 保安處分에 의하여 補完되고 그 결과 刑罰과 保安處分이라는 二元的인 制裁體系가 형성되기에 이르렀다고 할 수 있다.

우리 刑法은 心身障礙者나 中毒者와 같이 처음부터 刑罰이 적용될 수 없는 자, 刑罰에 의하여는 犯罪人의 改善 내지 社會復歸를 기대할 수 없는 犯罪人에 대한 대책을 전혀 마련하지 못하고 있다.

社會保護法은 現行法上の 이러한 미비점을 보완하여 常習犯罪者와 心身障礙者·麻藥 및 알코올 中毒者에 대한 保安處分(保護處分)을 하기 위하여 제정된 법률로서 罪를 범한 保安處分 대상자에 대하여 刑罰을 대신하거나 이를 보충하여 保安處分을 과하게 함으로써 刑法上の 刑罰에 관한 규정을 보완하는 特別法으로 이해하지 않을 수 없다.⁷³⁾

社會保護法上の 保護處分의 종류로는 保護監護·治療監護 및 保護觀察의 세 종류가 있다(동법 제3조).

2. 社會保護法上の 保安處分

1) 保護監護

(1) 保護監護의 意義

72) 裴鍾大, “現行 保安處分法の 改善點”, 「성곡논총」 제18집, 1987; 李在祥, 「社會保護法論」, 1981, p.11; 李炯國, 前掲書, pp.813-819 참조.

73) 李在祥, 「社會保護法論」, p.13.

保護監護는 同種 또는 類似한 罪⁷⁴⁾로 수개의 형을 받거나 수개의 罪를 범한 자, 또는 心身障礙者·癲藥中毒者 및 알코올 中毒者로서 罪를 범한 경우 그 犯罪事實로 인하여 常習性이 인정되는 경우에 적용되는 保安處分이다.

(2) 保護監護의 要件

保護監護는 保護對象者가 다음 중 하나에 해당하고 再犯의 危險性⁷⁵⁾이 있다고 인정되는 때에는 保護監護에 처한다(제5조).

첫째, 同種 또는 類似한 罪로 2회 이상 禁錮이상의 實刑을 받고 합계 3년이상인 자가 最終刑의 전부 또는 일부의 執行을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 <표 1>의 罪를 범한 때

둘째, <표 1>에 규정된 罪를 수회 범하여 常習性이 인정될 때

셋째, 保護監護의 宣告를 받은 자가 그 監護의 전부 또는 일부의 執行을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 <표 1>의 罪를 범한 경우이다.



74) 同種 또는 類似한 罪란 ① 罪名이 같은 경우, ② 刑法 各 則의 같은 章에 규정된 罪의 경우, ③ 刑法 各 條에 규정된 罪와 그 加重處罰에 관한 罪의 경우, ④ 刑法 이외의 같은 법률에 규정된 罪의 경우, ⑤ 刑法 이외의 법률에 규정된 罪와 그 加重處罰에 관한 罪의 경우, ⑥ 罪質·犯罪의 수단과 방법, 犯罪의 傾向, 犯罪의 類型 등을 종합하여 同種 또는 類似한 罪에 속한다고 인정되는 경우이다(동법 제6조 2항).

75) 대법원은 제5조에서 말하는 “再犯의 危險性”이란 被監護請求人이 장차 범죄를 저지를 것이라는 상당한 蓋然性이 있는 경우를 말한다고 하는 것이고, 그 再犯의 危險性을 판단함에 있어서는 피고인의 연령·성격·가족관계·재산정도·전과사실·개전의 정 등의 사정과 保護監護의 요건이 되는 犯罪事實, 즉 범죄의 동기 및 수법·전에 범한 범죄와의 시간적 간격 등 여러 사정을 종합하여 엄격히 판단하여야 한다고 보고 있다(1986. 3. 8. 87 감도 195. 判月<217> 154 同旨 1986. 12. 9. 86 감도 133 등). 즉, 再犯의 危險性의 판단은 미래를 예측하는 문제로서 인간인식의 한계밖에 있다. 따라서 예측의 정확성에 접근하기 위하여는 예측방법이나 예측에 필요한 자료 등 가능한 모든 과학적 방법을 동원하여야 하며, 미래의 불확실성에 대한 부담이 피고인에게 돌아가서는 안된다: 裴鍾大, 「刑法總論」, 弘文社, 1993, pp. 658-659.

〈표 1〉 社會保護法상 保護監護의 요건

구 분	내 용
형 법	<ul style="list-style-type: none"> ○ 제287조(미성년자 약취, 유인, 매매)내지 제289조(국외이송, 약취, 유인 등) 제292조(제287조 내지 289조에 해당하는 하는 경우로 인한 약취, 유인, 매매된 자의 수수 또는 은닉) 제293조(상습범, 추행 등 목적)의 罪 또는 그 미수죄 ○ 제297조(강간) 내지 제303조(업무상 위력 등에 의한 간음) 제305조(미성년자 의제 강간 등)의 罪 ○ 제337조(강도상해, 치상) 내지 제339조(강도강간)의 罪 또는 제337조 전단(강도상해) 제338조 전단(강도살인) 제339조의 미수죄 ○ 제351조(상습사기 등-제347조, 사기) 제348조(준사기-상습범에 한함)의 罪 또는 그 미수죄
폭력행위등 처벌에 관한 법률	<ul style="list-style-type: none"> ○ 제2조 1항(상해, 폭행, 체포감금, 협박, 주거침입, 폭력에 의한 권리행사 방해, 공갈, 손괴의 상습범), 제3조 3항(집단폭행등의 상습범), 제6조(미수범-제2조 1항과 제3조 3항의 미수범에 한함)의 罪
특정犯罪 가중 처벌등에 관한 법률	<ul style="list-style-type: none"> ○ 제5조의 2(약취, 유인죄의 가중처벌) ○ 제5조의 4(상습강 절도죄 등의 가중처벌) ○ 제5조의 5(강도상해 등 재범자의 가중처벌)의 罪
특정경제犯罪 가중처벌등에 관한 법률	<ul style="list-style-type: none"> ○ 제3조(5억원이상 사기, 공갈, 횡령, 배임 등)의 罪

(3) 保護監護의 內容

가. 保護監護의 期間

保護監護 시설에의 수용은 7년을 초과할 수 없다(社會保護法 제7조 3항).

保護監護의 期間은 그 처분을 執行한 날로부터 가산한다. 이 경우 초일은 시간을 계산함이 없이 1일로 산정한다. 保護處分の 執行에 위반한 기간은 그 保護處分 期間에 산입하지 아니한다(동법 제40조 1·2항).

保護監護는 被保護監護者의 개선과 社會復歸를 위한 노력을 추진하는 것이라고 하지 않을 수 없다. 따라서 保護監護의 기간이 경과하기 전에도 被保護監護者의 釋放을 위한 심사기간을 규정하여 일정한 기간이 경과하면 반드시 그 釋放與否를 심사하도록 하고 있는 대다수의 입법례와⁷⁶⁾ 같이 社會保護法은 社會保護委員會는 被保護監護者에 대하여 그 執行개시 후 매 1년 假出所 여부를 假出所한 被保護監護者에 대하여 매 6월 執行免除 여부를 審査·決定하도록 규정하고 있다(동법 제 25조 1항).

社會保護委員會의 審査와 決定을 위하여 保護監護所의 長은 6월마다 被監護者의 동태·행장의 양부·치료정도 기타 필요한 사항을 社會保護委員會에 보고하여야 한다. 또한 被監護者에 대한 假出所가 상당하다고 인정하는 경우에는 檢事에게 그 사항을 통보하여 社會保護委員會에 審査를 신청하도록 요청할 수 있다. 다만 假出所는 執行開始 후 2년이 경과하고 改悛의 情이 현저하여 再犯의 危險性이 없다고 인정되는 때에 한한다(동법 시행령 제11조).

被保護監護者가 社會保護委員會의 決定에 의하여 假出所한 때에는 保護觀察이 개시되며(제10조 제1항 제1호), 被保護觀察者가 遵守事項(동법 제10조 1항)이나 기타 保護觀察에 관한 指示·監督에 위반한 때는 社會保護委員會의 決定으로 假出所를 취소하고 다시 監護를 執行할 수 있다.(동법 제30조 1항) 그러나 被保護觀察의 保護觀察期間이 만료된 때에는 監護의 執行이 면제되며, 被保護觀察者가 관찰성적이 양호한 때에는 社會保護委員會는 그 이전이라도 決定으로 監護의 執行을 면제할 수 있도록 하고 있다.

76) 서독형법(제67조의 e), 덴마크 형법(제66조) 2년, 벨기에 사회방위법은 3년(제28조) 등.

이 경우 保護觀察도 종료한다(동법 제27조).

나. 保護監護의 執行方法

保護監護의 宣告를 받은 자에 대하여는 保護監護施設에 수용하여 監護·敎化하고 社會復歸에 필요한 직업훈련과 근로를 과할 수 있다. 다만 근로는 被保護監護者의 동의를 있는 때에 한한다(동법 제7조 1항). 이는 법에 의하지 않은 강제노역은 憲法이 금지하고 있기 때문이다(헌법 제 12조 1항).

保護監護의 執行場所는 통상의 受刑者가 위험한 常習犯으로부터 나쁜 영향을 받는 것을 방지할 필요가 있기 때문에 刑罰의 執行과는 장소적으로 분리될 것이 요구된다. 따라서 대부분의 국가에서는 保護監護를 특별시설 또는 矯正施設 또는 矯正施設의 特別課에서 執行하도록 하고 있으며⁷⁷⁾ 瑞西刑法은 명문으로 保護監護를 初犯을 위한 시설 또는 勞動敎育施設로부터 분리하여 執行하여야 한다고 규정하고 있다(瑞西刑法 제42조 제2항).

社會保護法은 保護監護施設⁷⁸⁾로서 保護監護所를 설치할 것을 예상하고 있으며(동법시행령 제13조 제1항), 保護監護施設이 설치될 때까지 矯導所 및 기타 대통령령이 정하는 시설을 監護施設로 대응할 수 있도록 하고 있다(동법 부칙 제4조 시행령 부칙 제2조 1항).

保護監護의 執行⁷⁹⁾에 있어서는 被保護監護者의 敎化와 社會復歸에 필요한 心身鍛鍊과 技術敎育 및 職業訓練이 특히 강조되지 않을 수 없다(시행령 제2조 1항). 保護監護所의 長은 이와 같은 監護·敎化와 職業訓練 및 근로에 필요하다고 인정되는 때에는 적당한 기관에 被保護監護者의 監護

77) 서독형법 제140조 참조.

78) 우리나라의 보호감호시설로는 청송에 제1감호감호소와 제2감호소가 있다.

79) 1992. 12. 31 현재 수용중인 피보호감호자는 2,911명에 이르고 있다. 法務研修院, 「犯罪白書」, 1993, p.262.

등을 위탁할 수 있다(동법 제7조 2항). 다만 保護監護所의 長이 監護 등을 위탁하고자 할 때에는 위탁받은 기관, 위탁할 기관 및 위탁의 내용 등을 명시하여 미리 社會保護委員會의 승인을 얻어야 하며, 위탁받은 기관의 長은 위탁의 내용에 따라 被保護監護者의 敎化和 社會復歸에 필요한 조치를 하여야 한다. 이 경우 위탁받은 기관은 保護監護所로 보게 된다(시행령 제3조 제2항, 제3항).

社會保護法은 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 성질에 반하지 아니하는 범위안에서 刑事訴訟法과 行刑法의 규정을 준용하고 있다(동법 제42조).

다. 保護監護의 執行順序

社會保護法은 保護監護와 刑罰이 併科된 경우(保護監護施設에 수용되어 있는 중에 刑을 宣告받은 경우를 포함한다)에 刑을 먼저 執行하도록 함으로써 保護監護에 관하여 二元主義의 태도를 채택하고 있다(동법 제23조 1항).

社會保護法이 이와 같이 二元主義를 취하고 있는 것은 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 자를 단순히 刑罰만을 宣告받은 자보다 유리하게 처우하는 부당한 결과를 초래할 뿐 아니라, 刑罰과 保安處分の 執行上의 구별을 위태롭게 하는 것이며 둘째 保護監護의 刑事政策上의 최후의 수단으로서의 성질은 刑罰을 포함한 다른 수단을 거친 후에 保護監護에 들어갈 것을 요구한다는 점 등을 이유로 한다고 사료된다.⁸⁰⁾

刑罰과 保護監護의 執行순서가 문제되는 것은 自由刑과 保護監護가 병과

80) 李在祥, 「社會保護法論」, p.115.

된 때에 한하며 資格停止刑은 保護監護와 같이 執行한다. 그리고 수개의 保護監護 판결이 있는 때에는 후에 宣告받은 監護만을 執行하도록 하고 있다(동법 제23조 2항).

라. 保護監護의 終了와 執行停止

被保護監護者が 保護監護期間이 만료한 때에 또는 기간이 경과하기 전이라도 被保護監護者が 社會保護委員會의 決定에 의하여 가출소되어 保護觀察期間이 만료된 때에는 監護의 執行이 면제되며 따라서 保護監護는 終了한다(동법 제27조 1항).

保護觀察의 기간이 만료되기 전이라 할 지라도 社會保護委員會는 被保護觀察者が 관찰성적이 양호한 때는 결정으로 監護의 執行을 면제할 수 있으며 이 경우 保護觀察도 종료한다(동법 제27조 2항).

保護監護의 執行中에 被保護監護者에 대하여 刑事訴訟法 제471조 제1항 각 호의 1에 해당하는 사유가 있는 때에는 동조의 규정에 따라 檢事는 監護의 執行을 정지할 수 있다. 이 경우 監護의 執行이 정지된 자에 대한 觀察은 刑 執行 정지자에 대한 觀察의 예에 의한다(동법 제31조).

마. 保護監護의 節次

社會保護法은 제3장에서 保護處分の 節次에 관한 규정을 두고 있으며 그 가운데는 保護監護와 治療監護에 공통되는 규정과 保護監護 또는 治療監護에만 적용되는 규정이 포함되어 있다. 여기서는 保護監護와 治療監護에 공통된 규정과 保護監護에 대하여만 적용되는 절차를 검토하기로 한다.

(가) 保護事件의 搜查

檢事는 犯罪을 搜查함에 있어서 犯罪經歷·心身障礙 등을 참작하여 監護에 처함이 상당하다고 인정되는 자에 대하여는 그에 필요한 자료를 조사하여야 한다(동법 제12조 1항). 사법경찰관리(특별 사법경찰관리를 포함한다)는 檢事의 지휘를 받아 제1항의 규정에 의한 조사를 하여야 한다(동법 제12조 2항). 搜查의 주체인 檢事로 하여금 犯罪과 公訴의 提起와 維持를 위한 증거뿐만 아니라 監護의 請求, 필요한 자료를 조사·수집토록 한 것이다.

社會保護法은 拘束令狀을 받을 수 없는 保護對象者의 監護가 필요한 경우 監護令狀制度를 두어 保護對象者에 대하여 監護에 처함이 필요하다고 인정되고, ① 일정한 住居가 없는 때, ② 증거를 인멸할 염려가 있는 때, ③ 도망하거나 도망할 염려가 있는 때의 하나에 해당하는 사유가 있는 때는 檢事는 관할 지방법원 判事에게 請求하여 監護令狀을 발부받아 保護對象者를 保護拘束(보호구금과 보호구인을 포함한다) 할 수 있고 사법경찰관도 위의 요건에 해당하는 자에 대하여 檢事에게 신청하여 檢事의 청구로 관할지방법원 判事의 監護令狀을 발부받아 保護對象者를 보호구속할 수 있다(동법 제13조 1·2항)고 규정하고 있다.

그러나 拘束令狀에 의하여 拘束된 被疑者에 대하여 檢事가 公訴를 제기하지 아니하는 결정을 하고 監護請求만을 하는 때에는 拘束令狀은 監護令狀으로 보며 그 효력을 잃지 아니한다(동법 제16조).

이러한 保護拘束에는 刑事訴訟法上的의 拘束令狀의 請求(동법 제2항 내지 제4항), 사법경찰관의 拘束期間(동법 제202조), 檢事의 拘束期間(동법 제203조), 令狀發付와 법원에 대한 보고(동법 제204조), 拘束期間의 연장(동법 제205조), 緊急拘束(동법 제206조), 緊急拘束과 令狀發付期間(동법 제207조) 및 동법 209조의 준용규정을 준용한다(社會保護法 제13조 3항).

그러나 監護令狀制度는 刑罰의 執行可能性의 담보라는 소송확보 (Vertahrens sicherung)의 목적을 달성하기 위한 拘束令狀과는 달리, 保護對象者의 危險性으로부터 일반인을 보호하기 위한 순수한 豫防的·政策的 성격을 가지는 것으로서⁸¹⁾, 社會保護法은 保護拘束된 保護對象者에 대하여 刑事訴訟法上的 保釋의 請求(동법 제94조), 職權保釋(동법 제96조), 再拘束의 制限(동법 제208조) 및 拘束의 適否審査(동법 제214조의 2)의 규정을 적용하지 아니한다고 규정하고 있다(동법 제13조 4항).

(나) 保護監護의 請求

保護監護의 請求는 檢事가 한다. 檢事가 監護의 請求를 함에는 監護請求書를 관할법원에 제출하여야 한다. 監護請求書에는 被監護請求人의 성격 기타 被監護請求人을 특정할 수 있는 사항, 請求의 原因이 되는 事實, 適用法條, 기타 대통령령으로 정하는 사항을 기재하여야 한다(동법 제14조 제 1, 2항).

保護監護의 請求는 일반적으로 公訴의 提起와 동시에 하게 된다(시행령 제9조 1항). 그러나 檢事는 公訴提起한 사건의 제 1심 판결의 宣告전까지 監護請求를 할 수 있고(동법 제14조 3항), 또한 被疑者가 刑法 제10조 제1항(심신장애)의 규정에 해당되어 벌할 수 없는 때, 告訴·告發이 있어야 논할 수 있는 罪에서 그 告訴·告發이 없거나⁸²⁾ 취소된 때 또는 被害者의 명시한 意思에 반하여 논할 수 없는 罪에서 처벌을 희망하지 아니하는 의사

81) K.Lenkner, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, in Göppinger-witter, Handbuch der forensischen Psychiatrie, 1972, S.153.

82) 고소·고발이 있어야 논할 수 있는 罪에서 그 고소·고발이 없는 때라 함은 고소권이 존재함에도 고소인이 고소권을 행사하지 아니하는 경우는 물론 고소기간의 도과 등으로 고소권 자체가 소멸되어 이미 유효한 고소를 할 수 없게 된 경우까지를 포함한다. 大判 1986. 2. 11. 85도 2623, 85감도 386. 判月<187> 194.

표시가 있거나 처벌을 희망하는 意思表示가 철회된 때, 被疑者에 대하여 刑事訴訟法 제247조(起訴便宜主義와 公訴 不可分) 1항의 규정에 의하여 공소를 제기하지 아니하는 결정을 한 때에는 公訴를 제기함이 없이 독립하여 監護만을 청구할 수 있다(동법 제15조).

法院은 監護請求가 있는 때에는 지체없이 監護請求書의 부분을 被監護請求人 또는 변호인에게 송달하여야 한다. 다만 公訴提起와 동시에 監護請求가 있는 때에는 제 1회 공판기일전 5일까지, 被告事件審理中에 監護請求가 있는 때에는 다음 공판 기일전 5일까지 송달하여야 한다(동법 제14조 4항).

保護監護의 請求에 관하여는 不告不利의 原則이 적용된다. 따라서 檢事의 監護請求가 없는 한 監護 事件은 법원에 계속되지 아니하며 법원은 監護가 請求된 사건에 대하여만 심판할 수 있다. 그러나 법원은 公소제기된 사건의 심리 결과 監護에 처함이 상당하다고 인정될 때에는 檢事에게 監護請求를 요구할 수 있다(동법 제14조 5항).

(다) 監護의 裁判



保護監護는 法院의 判決에 의하여 宣告된다. 법원은 監護請求된 事件을 審理하여 그 請求가 이유 있다고 인정될 때에는 判決로서 監護를 宣告하여야 하고, 그 이유 없다고 인정될 또는 被告事件에 대하여 心神喪失 이외의 사유로 無罪를 宣告하거나 死刑 또는 無期刑을 宣告할 때에는 判決로서 請求棄却을 宣告하여야 한다(동법 제20조 1항). 다만 被告事件 또는 監護事件에 대하여 刑事訴訟法 제326조의 각호(免訴의 判決), 제327조(公訴棄却의 判決) 제1호 내지 제4호 및 제328조(公訴棄却의 決定) 제1항 각호(제2호 후단은 제외한다)의 사유가 있는 때에는 監護請求事件에 대하여도 請求

棄却의 判決 또는 決定을 하여야 한다(동법 제20조 5항).

監護事件의 判決은 被告事件의 判決과 동시에 宣告하여야 한다. 다만, 동법 제15조의 檢事의 獨立請求 규정에 의한 監護請求의 경우에는 그러하지 아니하다(동법 제20조 2항). 監護宣告의 判決 이유에는 要件으로 되는 事實證據의 要旨와 적용법조를 명시하여야 한다(동법 제20조 3항). 監護事件을 심리한 결과 保護監護와 治療監護의 요건이 경합하는 때에는 治療監護만을 宣告하여야 한다(동법 제20조 4항).

刑의 宣告없이 保護監護만을 宣告하는 때에는 監護宣告前의 保護拘禁日數(拘束令狀에 의한 拘禁日數를 포함한다)는 그 전부 또는 일부를 保護監護시설에의 수용기간에 算入한다(동법 제20조 6항). 監護의 判決에 대하여는 檢事 또는 被監護請求人和 刑事訴訟法 제339조 내지 제341조에 규정된 자는 刑事訴訟法의 절차에 따라 上訴할 수 있다(동조 제7항). 被告事件의 判決에 대하여 上訴 및 上訴의 棄却·取下가 있는 때에는 監護請求事件의 판결에 대하여도 上訴 및 上訴의 棄却·取下가 있는 것으로 본다. 上訴權回復 또는 再審의 청구나 非常上告가 있는 때에도 이와 같다(동조 제8항).

監護令狀에 관한 社會保護法 제13조 제1항의 규정은 법원의 被監護請求人을 保護拘束하는 경우에 이를 준용하고, 刑事訴訟法 제28조(必要的 辯護) 및 제283조(國選辯護人)의 규정은 제5조(保護監護) 및 제8조(治療監護) 제1항 제1호에 규정된 자의 監護請求事件에 이를 준용한다(동법 제21조).

(라) 保護監護의 執行節次

保護監護의 執行은 檢事が 지휘하며 檢事는 判決書謄本 또는 決定書謄本을 첨부한 서면으로 한다(동법 제22조). 保護拘禁되지 아니한 被保護監護

者와 被治療監護者에 대한 監護를 執行하기 위하여 檢事는 被監護者를 소환할 수 있다. 이 경우 被監護者가 도망하거나 도망할 염려가 있는 때 또는 現在地를 알 수 없는 때에는 소환함이 없이 監護執行狀을 발부하여 保護狗引할 수 있으며 監護執行狀은 監護令狀과 동일한 效力이 있다(동법 제 24조).

2) 治療監護

(1) 治療監護의 意義

治療監護는 心神障礙者·麻藥類 中毒者 및 알코올 中毒者로서 罪를 범한 자에 대하여 治療監護施設에 수용하여 치료하는 保安處分을 말한다(동법 제2조 2항 및 제9조 1항).

再犯의 危險性⁸³⁾을 가지고 있음에도 불구하고 刑罰을 과할 수 없거나 刑罰의 효과를 기대할 수 없는 犯罪性 心身障礙者(심신미약) 및 中毒者에 대한 刑事司法上의 대책은 常習犯과 非行少年의 처우에 관한 문제와 함께 오늘날 세계 각국에서 가장 중요한 刑事政策上의 문제가 되고 있다. 그러나 우리 刑法은 責任主義原則의 당연한 결과로서 心身障礙者의 행위를 벌하지 아니하거나 그 형을 경감하는 규정을 두고 있을 뿐(刑法 제10조, 心身障礙者) 心神障礙者나 中毒者에 대한 保安處分에 관하여는 아무런 규정을 두지 않고 있다.

83) 여기서 再犯의 危險性이라 함은 피감호청구인이 장래에 다시 심신미약의 상태를 일으켜 범행을 다시 저지를 상당한 개연성이 있는 경우를 말하고, 그 재범의 위험성의 유무를 피감호청구인의 판결선고 당시의 질환의 상태와 완치여부, 치료의 난이도, 향후 치료로 완치될 가능성과 기간 및 치료를 계속 받을 수 있는 환경 여부를 종합하여 객관적으로 판단하여야 할 것이다. 大判 1984. 5. 22. 84감도 103. 총람 형법 10조 15.

心身障礙者와 中毒者에 대한 治療監護는 被治療監護者의 치료 내지 개선과 함께 社會 復歸 및 社會安全의 目的(Sicherungszweck)을 동시에 달성하기 위한 제도이지만, 전자의 목적이 보다 중요시 되는 保安處分이라는 점에 의견이 일치하고 있다.⁸⁴⁾

社會保護法은 心身障礙者와 中毒者에 대한 상이한 내용의 保安處分을 통합하여 治療監護라는 保安處分을 한다는 점에 그 특색이 있다.

(2) 治療監護의 要件

治療監護는 保護對象者가 다음 각호의 하나에 해당하고 再犯의 危險性이 있다고 인정되는 때에 행해진다(동법 제8조). 心身障礙者로서 刑法 제10조 제1항의 규정에 의하여 벌할 수 없거나 제10조 제2항의 규정에 의하여 刑이 감경되는 자가 禁錮 이상의 刑에 해당하는 罪를 범한 때이거나 마약·향정신성약품·대마 기타 남용되거나 해독작용을 일으킬 우려가 있는 물질이나 알코올을 음식·섭취·흡입·흡연 또는 주입받는 습벽이 있거나 그에 중독된 자가 禁錮 이상의 刑에 해당하는 罪를 범한 때이다.

治療監護가 치료에 중점을 둔 治療的 處分인 것은 사실이지만 그것은 동시에 身體의 自由를 제한하는 강제적인 권력작용으로서 個人의 人權과 불가분의 관계에 있다. 특히 監護期間의 不定期性으로 인하여 治療監護는 자유침해의 정도에 있어서 保護監護와 비교하더라도 결코 경미하다고 할 수 없다.⁸⁵⁾ 이러한 의미에서 社會保護法은 治療監護의 要件으로 犯罪行爲를 요구하고 있으며, 여기서 犯罪行爲는 保安處分을 宣告하기 위한 원인(Anlass)이 될 뿐만 아니라 이를 정당화하는 根據(Grund)가 되고 있다.⁸⁶⁾

84) Lenckner, op. cit., S.187.

85) Stratenwerth, Zur Rechtsstaatlichkeit freiheitsentziehender Massnahmen, SchwZStr. 83. 362.

86) Horn, Systematischer Kommentar, S. 441.

(3) 治療監護의 內容

가. 治療監護의 期間

治療監護의 기간은 被治療監護者가 監護의 필요가 없을 정도로 治癒되어 社會保護委員會의 終了決定을 받을 때 까지이다(동법 제9조 2항). 社會保護法은 治療監護의 기간에 대하여 아무런 제한을 두고 있지 아니하므로 被治療監護者가 완치되어 社會保護委員會의 終了決定이 없으면 終身까지 監護를 계속할 수 있다.⁸⁷⁾ 이는 병원의 입원환자에 대하여 미리 그 치료기간을 결정할 수 없는 것처럼 監護에 필요한 적정기간을 결정할 수 있는 科學的·合理的 근거가 없을 뿐만 아니라 保安의 면에서도 危險性이 존속하는 한 監護를 계속하여야 하기 때문이다.

그러나 社會保護委員會는 동법 제8조 제1항 제1호 전단의 규정에 의한 被治療監護者 또는 후단에 규정된 者 중 治療監護만을 宣告받은 자가 그 執行 개시 후 2년을 경과한 때에는 상당한 기간을 정하여 그 친족에게 治療監護施設 外에서의 치료를 위탁할 수 있다. 治療監護와 刑이 併科되어 刑期 상당의 治療監護를 執行 받은 자도 또한 같다(동법 제28조 제1,2항).

치료의 위탁을 받을 수 있는 親族은 民法 제777조에 규정된 친족으로 한다. 다만 社會保護委員會는 상당하다고 인정하는 경우에는 그 외의 친족에게도 치료의 위탁을 할 수 있다(동법 시행령 제12조 1항).

위와 같은 治療監護者에 대한 치료의 위탁은 治療監護所로부터 假出所로서의 性質을 가지고 있기 때문에 치료의 계속성과 실효성을 확보하기 위하

87) 서독형법, 서서형법, 그리스형법, 덴마크형법 및 벨기에의 사회방위법 등 대부분의 입법례는 심신장애자에 대한 치료감호에 관하여 감호의 기간에 제한을 두지 않고 있다. 이에 반하여 이태리, 프랑스와 같이 치료감호의 기간의 단기를 규정하고 있는 국가도 있다. 李在祥, 「保安處分の 研究」, p.83 참조.

여, 社會保護委員會가 치료의 위탁을 決定함에 있어서는 被治療監護者의 친족으로부터 治療監護施設 외에서의 입원·치료를 보증하는 뜻의 서약서를 제출받아야 하고 서약서에는 그 친족과 被治療監護者의 성명, 연령, 본적, 주거, 직업및 치료를 받을 병원명 등을 기재하여야 한다(동법 제28조 3항, 시행령 제12조 1항).

社會保護委員會는 被治療監護者에 대하여 그 執行開始後 또는 치료위탁 후 매 6월 종료여부를 審査 決定하도록 하고 있다(동법 제25조 2항).

치료의 위탁 또는 治療監護의 終了決定을 위하여 治療監護所의 長은 2월 마다 被監護者의 동태·행장의 양부·치료정도 기타 필요한 사항을 社會保護委員會에 보고하여야 하고 治療監護의 終了 또는 治療의 委託이 상당하다고 인정하는 경우에는 檢事에게 그 사항을 통보, 社會保護委員會에 審査를 신청하도록 요청할 수 있다(시행령 제11조).

나. 治療監護의 執行方法

治療監護는 被治療監護者에 대하여 治療監護施設에 收容하여 치료를 위한 조치를 한다(제9조 1항). 治療監護는 주로 醫療的인 관점에서 執行되어야 하며, 被治療監護者를 치료하고 그의 정신상태를 개선하는데 중점을 두면서 필요한 범위내에서 監督과 指導가 이루어져야 한다는 점에 대하여는 의문의 여지가 없다. 被治療監護者에 대하여는 心身障礙의 정도 또는 시행령 제4조에 규정된 물질이나 알코올의 식음 등의 습벽 및 중독된 구분에 따라 분리 수용한다(동법 시행령 제 5조).

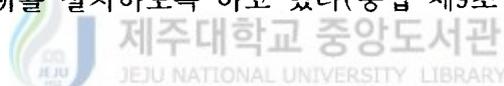
治療監護에 대한 執行상의 원칙이 동일함에도 治療監護施設을 어떻게 구성할 것인가에 대하여는 다음과 같은 세 가지 입법태도로 나누어진다.

첫째는 被治療監護者를 정신병원과 같은 일반적인 의료시설에서 監護하

는 것으로서 心身障礙者에 대해서는 정신병원의 의료적 처우가 가장 적합하다는 근거로 日本과 英國⁸⁸⁾ 취하고 있다. 그러나 一般精神病者와 犯罪性 精神病者를 동일한 시설에서 수용 치료하는 것이 부적절하다는 결론이 있다.

둘째로는 一般矯導所 내의 의무실 또는 별도의 醫療矯導所에서 監護를 執行하는 방법(미국의 뉴욕 주립병원, 연방 수형자 의료시설 등)으로서 保安의 면에서 利點이 있으나 치료를 가장 중요한 목적으로 하는 心身障礙者에 대한 保安處分의 本質에도 반하는 것이라는 비판을 면할 수 없다.

따라서 心身障礙者의 治療와 保安의 目的을 동시에 고려하기 위하여는 治療監護를 위한 特別施設 또는 特別 精神病院을 설치하는 것이 가장 합리적이라고 하지 않을 수 없다. 다수의 입법례가 채택하고 있는 제도이기도 하다.⁸⁹⁾ 그러나 心身障礙者의 監護를 執行하기 위한 특별시설의 설치는 정신과 전문의를 포함한 인적자원의 확보와 예산상의 조치가 뒷받침되지 않고는 불가능하다. 따라서 社會保護法은 被治療監護者를 위한 治療監護施設로서 治療監護所를 설치하도록 하고 있다(동법 제9조 3항).



다. 治療監護의 執行順序

心身喪失者에 대한 治療監護와 檢事가 독립하여 治療監護만을 請求한 때에는 治療監護만 宣告되므로 별문제가 일어나지 않는다. 그러나 心身微弱者와 中毒者에 대한 治療監護는 刑罰과 동시에 宣告 되므로 刑罰과 治療監護를 어떻게 執行할 것인가가 문제된다. 社會保護法은 保護監護의 경우와

88) 그러나 영국의 정신위생법은 危險性이 현저한 犯罪性 心身障礙者를 특수병원에 수용하도록 하고 있다.

89) 서독에서는 刑法에 의하여 保安處分이 선고된 心身障礙者와 정신병자 간호법에 의하여 구법원에서 監護宣告를 받은 자를 수용하기 위하여 내무부에서 주립 정신병원을 설치하고 있다.

는 달리 治療監護는 刑보다 먼저 執行하며 이 경우 治療監護의 執行기간은 刑期에 산입한다(동법 제23조 1항). 治療監護의 내용과 실태는 대통령령이 정하는 바에 의하여 공개하여야 한다(동법 제23조 2).

라. 治療監護의 終了와 執行停止

治療監護는 기간의 제한이 없기 때문에 社會保護委員會의 終了決定에 의하여만 종료된다(동법 제9조 2항). 被治療監護者가 治療監護施設 외에서의 치료를 위하여 친족에게 위탁되어 3년의 保護觀察 기간을 경과한 때에도 社會保護委員會의 保護觀察의 終了決定이 없으면 治療監護는 종료되지 아니하며, 한편 社會保護委員會는 保護觀察의 기간이 경과하기 전에도 관찰성적이 양호한 때에는 治療監護의 終了決定을 할 수 있다(동법 제10조 제3항, 제27조 제1항 참조). 治療監護의 執行停止는 保護監護의 경우와 같다.

(4) 治療監護의 節次

가. 治療監護 事件의 調査

檢事는 犯罪를 搜查함에 있어서 心身障礙 등을 참작하여 治療監護에 처함이 상당하다고 인정되는 자에 대하여는 그에 필요한 자료를 조사하여야 하며 사법경찰관리도 檢事의 指揮를 받아 위의 사항을 조사하여야 한다(동법 제12조). 治療監護者에 대하여 治療監護에 처함이 필요하다고 인정되는 때에는 監護令狀을 발부받아 保護對象者를 보호·구속할 수 있음도 保護監護의 경우와 같다. 監護令狀은 특히 治療監護에 있어서 그 기능을 발휘

하게 된다. 刑事訴訟法上的의 拘束令狀은 刑法의 執行을 확보하기 위한 제
도이므로 心身障礙者의 保護拘束을 위한 유효한 수단이 될 수 없기 때문이
다. 監護令狀에 관하여는 保護監護의 경우와 같다.

나. 治療監護의 請求

治療監護도 檢事가 監護請求書를 법원에 제출함으로써 請求한다.⁹⁰⁾ 監
護請求書의 기재사항 및 監護請求의 방법(동법 제14조), 監護의 獨立請求
(제15조), 監護請求와 拘束令狀의 효력(제16조) 등은 保護監護의 請求와
같다. 다만 동법 제8조 제1항의 규정에 의하여 治療監護를 請求함에는 精
神科 專門醫의 진단 또는 감정이 있어야 한다(동법 시행령 제10조).

다. 治療監護의 裁判

治療監護의 재판에 있어서 被治療監護人이 刑法 제10조 제1항의 규정에
의한 心身障礙로 公判期日에의 출석이 불가능한 경우에는 법원은 被治療監
護人의 출석없이 開廷할 수 있다(동법 제17조).

被疑者가 刑法 제10조 제1항의 心身障礙로 인하여 벌하지 아니한다는 규
정에 해당되어 檢事가 治療監護만을 독립하여 청구한 治療監護請求事件의
공판 개시후 被監護請求人에 대하여 刑法 제10조 제1항의 규정에 의한 心
身障礙가 아니라는 명백한 증거가 발견된 경우, 검사의 청구가 있는 때에
는 법원은 刑事訴訟法의 규정에 의한 공판절차로 이행하도록 社會保護法은
규정하고 있다(동법 제18조 제1항). 이러한 경우 治療監護를 請求한 때에

90) 치료감호 청구인원은 1990년까지는 90명 선을 넘지 아니하였으나 1991년에 이
르러 100명이 넘어섰고 1992년에는 111명으로 비교적 큰 폭으로 증가하였다: 法務
研修院, 前掲書, p.170.

公訴를 제기한 것으로 보며, 治療監護請求書는 公訴狀과 동일한 효력을 가지고, 공판절차 이행전의 심리는 공판절차에 의한 심리로 본다. 이 경우 公訴狀에 기재한 사항은 刑事訴訟法 제298조의 규정에 의한 절차에 따라 변경할 수 있다(동조 제2항).

略式命令을 請求한 후 監護請求가 있는 때에는 略式命令請求는 그 監護請求가 있는 때로부터 공판절차에 의하여 심판하여야 한다(동조 제3항). 治療監護請求事件이 공판절차로 이행하는 경우 被告人의 출석없이 진행된 공판의 내용은 公判調書의 낭독 기타 적당한 방법으로 被告人에게 告知하여야 한다(동법 제19조).

治療監護請求事件에 대한 판결은 保護監護의 경우와 같다(동법 제19조). 心身喪失者와 心身微弱者에 대한 治療監護請求事件은 辯護人없이 開廷하지 못하며, 변호인이 없거나 출석하지 아니한 때에는 국선변호인을 선정하여야 한다(동법 제21조 2항).

治療監護의 執行절차도 保護監護에서 본 바와 같다.

3) 保護觀察

제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

(1) 保護觀察의 意義

保護觀察은 가출소한 被保護監護者와 치료위탁된 被治療監護者를 감호시설외에서 指導·監督하는 保安處分이다(동법 제10조, 제11조).

犯罪人の 사회에의 재편입 내지 社會復歸(Resozialisierung)는 장래 犯罪로부터 사회를 보호하기 위한 가장 확실한 수단이며, 犯罪豫防을 위한 刑法上의 가장 중요한 목표가 되지 않을 수 없다.⁹¹⁾ 犯罪人の 社會復歸를

91) Deltler von Bülow, Geschichte und Ziele der Strafrechtserform, Bulletin Nr.151, S.1518.

촉진하기 위하여는 종래의 刑罰의 權威的 효과가 최소한 일정한 犯罪人에 대하여는 무의미하다는 것이 밝혀진 이상 새로운 制裁의 체계를 확립할 것이 절실히 요청된다고 할 것이다.

여기서 자유상태에 있는 犯罪人의 지도는 刑事司法의 중요한 사명으로 등장하게 되며 이러한 자유상태의 犯罪人에 대한 사회적 지도에 의하여 犯罪人의 社會復歸와 교육의 목적을 달성하고자 하는 刑事政策上 가장 중요한 의미를 가지는 제도가 바로 保護觀察이다.

保護觀察制度에 관해서는 제3절 保護觀察法上的 保護觀察處分에서 상술하고 여기서는 社會保護法上的 保護觀察處分에 대하여 알아 보고자 한다.

(2) 保護觀察의 要件

社會保護法上 保護觀察이 개시되는 경우는 다음 두 가지 경우가 있다(社會保護法 제10조).

첫째, 被保護監護者가 가출소한 때 또는 併科된 刑의 執行 중 가석방된 후 그 가석방이 취소되거나 실효됨이 없이 잔형기를 경과한 때로(제10조 1항 1호) 이 경우 社會保護委員會는 被保護監護者에 대하여 그 執行 개시후 매 1년마다 가출소 여부를, 가출소한 被監護者에 대하여는 매 6월마다 執行면제 여부를 審査·決定할 수 있고(제25조 1항) 이에 의해 가출소된 被監護者에 대하여는 保護監護를 保護觀察로 대체한다. 또한 保護監護가 併科된 受刑者가 가석방기간 중 그 가석방이 취소되거나 실효됨이 없이 잔형기를 경과한 때에는 保護監護를 執行하지 아니한다. 다만, 社會保護委員會에서 保護監護를 執行하기로 결정한 때에는 그러하지 아니한다고 규정하고 있다(제26조).

둘째, 被治療監護者가 治療監護施設 외에서의 치료를 위하여 親族에게

위탁된 때(제10조 1항 1호) 保護觀察이 개시된다.

이 경우 社會保護委員會는 治療監護만을 宣告받은 被監護者가 그 執行개시 후 2년을 경과한 때에는 상당한 기간을 정하여 그 친족에게 治療監護시설 외에서의 치료를 위탁할 수 있도록 하고 있다(제28조). 이때 社會保護委員會가 치료의 위탁을 결정함에 있어서는 被治療監護者의 친족으로부터 治療監護施設 외에서의 입원치료를 보증하는 뜻의 서약서를 제출 받아야 한다(제28조 3항).

保護觀察對象者는 법정신고 기간내에 주거지를 관할하는 保護觀察所에 출석하여 서면으로 신고해야 하는데 被保護監護者가 保護監護施設에서 가출소되거나 被治療監護者가 治療監護施設 외에서의 치료를 위하여 친족에게 위탁된 때에는 被監護者 또는 그 친족은 대통령이 정하는 바에 따라 출소 후의 거주예정지 기타 필요한 사항을 사전에 監護施設의 長에게 신고하고 출소 후 1월 이내에 거주·직업·치료를 받는 병원 기타 필요한 사항을 서면으로 신고하여야 한다(제29조 1항).

그리고 被保護監護者가 병과된 刑의 執行 중 가석방된 후 그 가석방이 취소되거나 실효됨이 없이 잔형기가 경과되어 刑期가 만료된 때에는 大統領令이 정하는 바에 따라 刑期 만료 후 1월 이내에 주거·직업· 기타 필요한 사항을 保護觀察擔當者에게 서면으로 신고하여야 한다(제29조 2항).

(3) 保護觀察의 內容

가. 指導와 監督

保護觀察은 被保護觀察者의 再犯防止를 위하여 생활의 援護를 주고, 그로부터 일반인을 보호하기 위하여 엄격한 감독을 통하여 외래적으로 監護하는 것으로서, 指導와 監督이라는 상호 충돌관계에 있는 이중적 기능은

保護觀察의 本質的 내용이 되고 있다.

保護觀察은 사회의 안전과 행위자의 社會復歸라는 특별예방적 관점에서 그의 생활형성에 대한 指導와 監督의 필요성이 중요시되며, 이러한 指導와 監督은 被保護觀察者에게 遵守事項의 부과에 의해 보증된다. 따라서 保護觀察에 있어서의 준수사항의 부과 및 指示·監督은 강압적 권력적 성질을 가지게 된다. 그러나 保護觀察은 이와 같은 소극적 제한적인 기능을 가짐에 그치는 것이 아니라 被保護觀察者에게 改善·敎育을 통한 적극적인 援護의 기능을 가지지 않으면 안된다.

여기서 保護觀察制度는 개인과 집단면담, 친척에 의한 충고, 직업과 유저의 알선, 개인이나 집단과의 관계의 중개, 금전관리의 원조 등의 방법에 의하여 犯罪人의 갱생을 원호하고 社會復歸를 용이하게 하는 刑事政策上의 중요한 기능을 수행할 수 있게 되는 것이다.

나. 遵守事項의 賦課 및 指示·監督

被保護觀察者에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 社會保護委員會로부터 遵守事項이 부여되며, 被保護觀察者는 이를 성실히 이행하고 保護觀察擔當者의 指導와 監督에 순응하도록 규정되어 있다(동법 시행령 제6조 2항).

被保護觀察者에게 부과되는 遵守事項으로는

- ① 주거지에 상주하고 生業에 종사할 것.
- ② 악습을 버리고 虞犯者들과 交際·會合하지 아니할 것.
- ③ 再犯의 기회나 충동을 줄 수 있는 물건을 소유, 소지 및 사용하지 아니할 것.
- ④ 再犯의 기회나 충동을 줄 수 있는 장소에 출입하지 아니할 것.
- ⑤ 피해자에 대한 피해를 보상하고 선행을 할 것.

⑥ 기타 被保護觀察者의 선도를 위하여 특히 필요하다고 인정되는 사항이다.

保護觀察擔當者는 被保護觀察者에게 위와 같은 遵守事項의 이행을 奮勵하기 위하여 또는 被保護觀察者를 指導·監督하기 위하여 필요한 경우 保護觀察對象者를 출석케 하여 사실을 확인하거나 관계자에게 필요한 협조를 요청할 수 있다(동법 시행령 제6조).

被保護觀察者가 社會保護法 제11조에 의해 賦課된 遵守事項을 위반하거나 제28조 3항의 친족이 서약을 위반한 때는 社會保護委員會의 決定으로 가출소 또는 치료의 위탁을 취소하고 다시 保護를 執行할 수 있다(동법 제30조).

다. 保護觀察의 期間

保護觀察의 기간은 3년으로 한다. 다만 3년전이라도 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 개시된 자가 다시 保護監護 또는 治療監護의 執行을 받게 되어 재수용되거나 禁錮이상의 刑의 執行을 받게 된 때에는 保護觀察은 종료토록 규정되어 있다(社會保護法 제10조 3항).

(4) 保護觀察의 擔當機關

被保護觀察者에 대한 遵守事項의 賦課 및 指示·監督과 그 위반시의 제재에 관한 사항은 社會保護委員會가 결정하게 되어 있으나(社會保護法 제32조 3항 3호) 社會保護委員會의 결정에 의해 지시된 遵守事項의 執行·監督은 일선 保護觀察擔當者에 의해 執行되는 것이며 保護觀察擔當者의 임명에

있어서 이들의 자격과 지위 임명 등에 관해서는 전혀 법규정이 없다. 그러나 保護觀察制度의 성패여부는 직접 保護觀察對象者와 접촉하면서 指導하는 保護觀察擔當者에 의해 결정된다고 할 수 있기 때문에 이들의 임명에 관한 사항은 중요한 것이라고 하겠다.

第 3 節 保護觀察法上の 保護觀察處分

1. 保護觀察制度의 意義

保護觀察制度는 犯罪人에 대한 社會內 處遇의 하나로서, 有罪가 인정된 犯罪인에 대하여 矯導所 또는 少年院 등 矯正施設에 수용·처벌하는 대신 일정한 기간을 정하여 社會內에서 정상적인 자유활동을 허용한 상태에서 전문지식과 소양을 갖춘 保護觀察官으로부터 주어진 遵守事項에 대한 指導·監督과 援護를 받게하여 건전한 社會復歸를 도와줌으로써 再犯의 防止와 나아가 犯罪로부터 社會를 防衛하고자 하는 새로운 刑事政策手段이다.

保護觀察制度는 일반적으로 刑의 猶豫附 保護觀察制度(Probation)와 假釋放附 保護觀察制度(Parole)의 두 종류⁹²⁾로 나눌 수 있으나 兩者가 統合되어 使用되는 것이 보편적이며⁹³⁾, 현행 保護觀察法도 이와 같다.

92) Probation은 有罪가 입증되어 상당한 刑을 賦課할 수 있으나 그 刑의 宣告나 執行을 猶豫하고 社會內에서 그 猶豫期間 중 國家機關에 의하여 指導·監督·援助 등 強制的(有權的)인 保護觀察을 받게 하는 制度, 즉 保護觀察附執行(宣告)猶豫制度이다. 이에 대하여 Parole은 自由刑 또는 保護處分을 받고 一定期間 동안 矯導所나 少年院 등 일정한 矯正施設에서 矯正處遇를 받고 있는 者에 대하여 假釋放과 假退院 등을 許可하여 社會內에서 一定期間 중 國家機關 등에 의하여 指導·監督·援助 등 保護觀察을 받게 하는 制度, 즉 保護觀察附假釋放制度라는 점에서 兩者는 사실상 상당한 차이가 있다. 그러나 Probation과 Parole은 다 같이 犯罪人을 施設內에 收容하지 아니하고 國家機關의 監督下에 社會內에서 保護監督을 행하는 社會內處遇라는 점에서 이를 保護觀察로 통일하여 이해하여도 무방할 것이다. David Dressler, *Practice and theory of probation and parole*, 2nd ed., Columbia Univ. press, 1969, pp.97-98.

우리나라는 그동안 更生保護法, 少年院法, 社會保護法 등에 부분적으로 保護觀察에 관한 규정을 두고 있었는데 保護觀察制度를 전면적으로 도입하기 위한 준비단계로서 1983. 2. 4.부터 가석방자와 가퇴원자를 대상으로 保護觀察의 시험실시를 시작하였으며 1988. 12. 31. 保護觀察法이 제정되어 1989. 7. 1. 부터 少年犯罪者에 대한 체계적인 保護觀察制度를 실시하기에 이르렀다.

成人犯罪者에 대하여는 1989. 3. 25. 社會保護法의 개정으로 保護監護出所者 등에 대해서 限定的으로 保護觀察이 실시되고 있다.

2. 保護觀察法上の 保護觀察處分

1) 保護觀察對象者

保護觀察法上の 保護觀察對象者는 ① 刑法上 保護觀察을 조건으로 刑의 宣告猶豫를 받은 소년이나 刑의 執行猶豫를 받은 소년(刑法 제59조~제62조, 保護觀察法 제3조, 제24조, 제25조), ② 少年法の 적용을 받은 소년원생이나 소년교도소 수용자 중 가퇴원, 가석방 허가를 받은 소년(少年法 제65조, 제66조, 少年院法 제44조, 保護觀察法 제3조, 제30조) ③ 少年法上 가정법원 또는 법원 소년부로부터 保護處分으로서 保護觀察決定을 받은 소년(소년법 제32조 제1항, 제2호, 제3호)으로 되어 있다.

그리고 현행 成人에 대한 保護觀察은 社會保護法上 가출소 및 치료위탁된 자(社會保護法 제10조)가 동법 제42조의 2의 규정에 따라 保護觀察對象者로서 保護觀察法上 保護觀察官 및 保護委員의 保護觀察을 받도록 하고 있다.

93) 菊田幸一, 「保護觀察の 理論」, 有信堂, 1969, p.3.

그 외 유사제도로써 更生保護法上의 觀察保護와 刑事訴訟法上 起訴便宜主義에 따른 善導條件附 起訴猶豫制度가 있으나 이는 모두 임의적 또는 행정처분적인 것으로 保護觀察法上의 有權的 保護觀察과는 다른 것이다. 이하에서는 保護觀察法上의 保護觀察에 관하여 詳述한다.

2) 保護觀察 擔當者

保護觀察은 전국 12개의 保護觀察所와 9개의 支所에서 소년의 保護觀察 업무와 병행하여 형사정책, 교육학, 사회사업학, 심리학 등 保護觀察에 필요한 전문적 지식과 소양을 갖춘 保護觀察官과 保護觀察官을 도와 保護觀察대상자를 指導·援護해 주는 민간봉사자인 保護委員이 담당하고 있다.

3) 保護觀察의 內容

(1) 保護觀察의 開始

保護觀察은 법원의 判決이나 決定이 확정된 때 또는 가석방이나 가퇴원이 허가된 때로부터 開始된다고 규정(동법 제34조)하고 있다. 그러나 실제적인 개시일은 법원으로부터 保護觀察에 관한 判決이나 決定이 확정되거나 가석방, 가퇴원이 된 때로부터 10일 이내, 본인이 신고한 날로부터 개시된다(동법 시행령 제17조). 이 경우 保護觀察對象者는 法定申告期間內에 주거지를 관할하는 保護觀察所에 출석하여 서면으로 신고하도록 하고 있다.

(2) 保護觀察의 實施

우리나라의 保護觀察(Probation and Parole)은 罪를 범한 자로서 再犯防止를 위하여 체계적인 社會內 處遇가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 指導·援護를 함으로써 건전한 社會復歸를 촉진하고 개인 및 공공의 복지를 증진함과 아울러 사회를 보호함을 목적으로 하며 그 주된 내용은 指導와 援護이며 방법은 保護觀察對象者의 생활근거지를 중심으로 하는 社會內 處遇(Community Based Treatment)로 되어 있다(同法 第1條 참조).

여기서 指導는 강제적·권위적인 측면이 강하고 援護는 복지적인 측면이 강하여 양자간에는 상반되는 양면성을 가지나 保護觀察의 성격상 어느 일면만 강조하게 되면 조화를 잃어 保護觀察의 효과를 거둘 수 없다. 따라서 保護觀察은 법적 뒷받침에 따른 社會事業(Social Case Work)으로 권위적 측면의 指導와 복지적 측면의 援護가 공존하여야 하기 때문에 이를 가리켜 刑罰과 福祉의 혼혈아라고도 한다.⁹⁴⁾

가. 指導

保護觀察官 및 保護委員은 保護觀察對象者의 再犯을 방지하고 건전한 社會復歸를 촉진하기 위하여 필요한 지도를 하도록 규정하고 있다(동법 제38조). 동법상 指導 方法으로는, ① 保護觀察對象者와 긴밀한 접촉을 가지고 항상 그 행동 및 환경 등을 시찰하는 것 ② 保護觀察對象者에 대하여 法定遵守事項을 이행함에 적절한 지시를 하는 것 ③ 기타 保護觀察對象者가 사회의 선량한 일원이 되는 데 필요한 조치를 취하는 것 등으로 되어 있다.

保護觀察對象者는 法定遵守事項⁹⁵⁾으로서 ① 住居地에 상주하고 생업에

94) 小川太郎, 「自由刑의 展開」, 一粒社, 1964, p.178.

95) 保護觀察法을 적용받는 모든 保護觀察對象者가 지켜야 할 일반적인 사항(동법

종사할 것 ② 惡習을 버리고 善行을 하며 犯罪性이 있는 자들과 交際, 會
晤하지 아니할 것 ③ 保護觀察官 및 保護委員의 指導訪問에 응할 것 ④ 주
거를 이전하거나 1월 이상의 국내외 여행을 할 때는 미리 保護觀察官에게
신고하여야 하며, 特別遵守事項⁹⁶⁾으로는 ① 再犯의 기회나 충동을 줄 수
있는 장소에 출입하지 말 것 ② 射行行爲에 빠지지 말 것 ③ 주류를 과도
하게 음용하지 말 것 ④ 麻藥·香精神性 醫藥品·大麻·기타 남용되거나 해독
작용을 일으킬 우려가 있는 물질을 사용하지 말 것 ⑤ 가족부양 등 가정생
활에 있어서 책임을 이행할 것 등이나 필요한 경우 保護觀察對象者의 특성
에 따라 선택 또는 추가로 부여할 수도 있도록 하고 있다(동법 시행령 제
20조).

나. 援護

保護觀察官 및 保護委員은 保護觀察對象者가 自助의 노력을 함에 있어,
그의 改善과 自立을 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 적절한 援護를 한
다(동법 제39조). 援護의 방법은 ① 숙소 및 취업알선 ② 직업훈련의 기회
제공 ③ 환경개선 ④기타 본인의 건전한 社會復歸를 위하여 필요한 원조
등으로 되어 있다.

援護의 실시과정에서 얻은 직무상의 비밀은 엄수하여야 하며 保護觀察對
象者 및 관계인의 人權은 존중되어야 한다.

(3) 保護觀察期間

제37조 2항).

96) 保護觀察對象者의 특성에 따라 부과. 個人的 犯罪性向을 교정하기 위한 사항
(동법 제37조 3항).

保護觀察의 期間은 保護觀察對象者가 결정되는 법적 근거에 따라 달라지며, 保護觀察期間의 진행시점은 형식적인 개시 시점과 같으며 保護觀察 개시초일은 保護觀察期間에 산입토록 하고 있다(동법 시행규칙 제20조). 그리고 保護觀察對象者의 성적이 양호하여 保護觀察審査委員會로 부터 保護觀察 假解除 결정이 된 자는 假解除 중 保護觀察은 실시되지 않으나 保護觀察期間은 진행된다(동법 제55조).

(4) 保護觀察對象者의 制裁措置

保護觀察法은 保護觀察對象者가 遵守事項을 위반 또는 위반할 危險性이 있다고 의심할 상당한 이유가 있는 때에는 保護觀察所長은 遵守事項의 이행을 촉구하고 刑의 執行 등 불이익한 처분을 받을 수 있음을 경고하도록 규정하고 있으며(동법 제43조), 遵守事項을 위반하였거나 위반하였다고 의심할 상당한 이유가 있고 ① 일정한 주거가 없는 때 ② 동법 제42조의 규정에 의한 소환에 불응한 때 ③ 도망 또는 도망할 염려가 있는 때에는 保護觀察所長은 관할 地方檢察廳의 檢事에게 신청하여 檢事의 請求로 관할지방법원 판사의 拘引狀을 발부받아 拘引할 수 있다(동법 제44조). 또한 保護觀察所의 長은 다음 각 호의 신청이 필요하다고 인정되는 때에는 拘引한 保護觀察對象者를 少年鑑別所 또는 收容施設에 유치할 수 있도록 하고 있다(동법 제45조). 즉, ① 保護觀察을 조건으로 한 刑의 宣告猶豫의 失效 및 執行猶豫의 취소청구 신청 ② 가석방, 가퇴원의 취소신청 ③ 保護處分의 변경신청 등의 필요가 있다고 인정되는 때로 규정하고 있다.

6) 保護觀察의 終了

保護觀察은 그 기간을 경과하거나 保護觀察을 조건으로 한 刑의 宣告猶豫 失效 및 執行猶豫 취소, 가석방 및 가퇴원의 취소, 保護處分の 변경 不定期刑의 종료결정 등 保護觀察의 종료사유가 발생하여 그 처분이 확정되면 그 기간전이라도 종료토록 하고 있다(동법 제54조).⁹⁷⁾

또한 保護觀察對象者가 保護觀察期間 중 法定遵守事項을 잘 지키고 건전한 생활태도로 保護觀察成績이 良好한 때에는 保護觀察所長의 신청에 의하여 직권으로 保護觀察을 假解除할 수 있다(동법 제55조).

第 4 節 少年法上的 保護處分

1. 保護處分の 意義

소년에 대한 保護處分은 일종의 保安處分이나, 일반적인 保安處分은 犯罪에 대한 예방처분으로서 社會防衛思想을 배경으로 하는 刑事政策的處分으로 주로 成人에 대한 것인 반면, 保護處分은 소년자신을 건전하게 육성한다는 福祉的·教育的인 면을 가진 처분으로 특히 少年에 대한 保安處分이라 할 수 있다.

靑少年犯罪는 靑소년의 자유의사보다는 非行을 유발하고 조장하는 環境的 요인에 의해 영향을 더 받는 것으로 많은 연구결과 지적되어 왔다. 靑소년들은 그들의 合理的인 思考와 判斷에 기초한 意思決定을 할 수 있을 정도로 성숙되고 완성되어 있지 못하며, 環境과 외부자극에 쉽게 반응하고, 감수성이 예민하다는 것도 靑少年 犯罪가 環境的 影響에 좌우되고 있다는 것을 뒷받침해 준다.

97) 1992. 12. 31. 현재 총 29,073명에 대하여 보호관찰을 실시, 그 중 12,962명에 대해서는 보호관찰을 종료하고 나머지 16,111명에 대해서는 보호관찰을 계속중에 있다; 法務研修院, 前掲書, p.318.

靑少年 犯罪者는 사회적 여건과 환경이 그들이 사회적으로 건전하게 성장할 수 없도록 만들었기 때문에, 처벌의 대상이 되어서는 안되며 오히려 治療保護되어야 한다.⁹⁸⁾ 즉, 靑少年 犯罪者는 첫째, 그들의 미성숙으로 인한 환경의 영향으로 非行을 하게 되므로 그들에게 책임을 묻기 보다는 오히려 나쁜 환경으로 부터 保護받아야 하고, 둘째 아직도 성장단계에 있어 감수성이 예민하고, 셋째 犯因性도 그리 심각하지 않기 때문에 이들에 대한 敎化·改善의 가능성이 높으며, 넷째 미래의 가능성이 있는 靑少年에게 처벌이 주는 부정적 낙인은 지나친 시련이기에 이들은 刑事處分이 될 것이 아니라 보호되어야 한다.⁹⁹⁾

保護處分은 罪를 범한 소년(犯罪少年), 刑法에 저촉되는 행위를 한 12세 이상 14세 미만의 소년(觸法少年), 실제로 刑法에 저촉되는 행위를 하지 않았으나 常習的인 음주·약물사용 등 장래에 刑法에 저촉되는 행위를 할 우려가 있는 소년(虞犯少年)의 保護事件을 소년부 판사가 심리하여 이들 소년의 敎化·改善과 保護를 위하여 소년의 環境을 調整하거나 性行을 矯正할 것이 요구되어 소년에 대한 處分이 필요하다고 인정될 때 決定으로서 하는 處分을 말한다.

現行 少年法은 소년의 보호자나 보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 자에게 監護를 위탁하거나(1호 처분), 保護觀察官의 단기보호관찰을 받게 하거나(2호 처분), 保護觀察을 받게 하거나(3호 처분), 兒童福祉法上的 아동복지시설이나 소년보호시설에 監護를 위탁하거나(4호 처분), 병원 또는 요양소에 위탁하거나(5호 처분), 단기로 소년원에 送致하거나(6호 처분), 소년원에 送致(7호 처분)할 수 있도록 규정하고 있다(소년법 제32조

98) 李潤鎭, “保護觀察의 合理的 運營을 위한 提言(上)”, 『矯正』 通卷 158號, 1989. 6. pp.22-23.

99) 소년범죄인은 성장 발육기 내지 인격형성단계에 있다는 점에서 입법, 사법, 행형의 모든 면에서 일반성인범과 구별하여 특별한 보호와 처우를 받고 있음은 이를 잘 대변해 주고 있다.

1항).

保護處分の 本質은 무엇보다도 먼저 「育成」이고 「教化」이어야 한다. 따라서 판단력과 자제력이 부족하고 被影響性이 크며 被固着性이 강하다는 등의 靑少年의 특성과 그들에 의한 犯行의 동기가 단순한 충동과 우발성이 강하고 그들의 犯因性이 일시적 경우가 많다고 해서 少年審判은 소년이 범한 非行 그 자체보다는 少年의 非行을 유발한 소년의 인격과 환경을 고려하여 소년에 대한 保護의 필요성에 초점을 맞추고 있다.

保護處분이 이러한 保護主義(protectionism)의 思想的 理念을 배경으로 이루어지고 있지만 保護處分 그 자체가 靑少年의 건전한 育成·教化에 주안점을 두는 동시에, 그 소년이 다시 非行을 하여 사회에 불안과 危害를 주지 아니하도록 하는 刑事政策的 수단인 하나이므로, 少年保護處分은 社會防衛를 위한 刑事政策的·司法的 성격의 본질을 내포하고 있다.¹⁰⁰⁾

少年保護處分の 결과는 그 소년의 장래의 신상에 어떠한 영향도 미치지 아니하며(소년법 제32조 5항), 전문가의 진단과 소년감별소의 감별결과 및 少年調査課의 調査結果를 참작하여(동법 제6, 10, 11, 12조) 소년의 保護性을 해소하고 건전한 육성을 기하기 위하여 環境調整 및 소년의 性行矯正措置를 행하고(동법 제1조), 소년의 要保護性의 변화에 따라 保護處분이 변경 또는 취소될 수 있다(동법 제37조, 38조)는 점 등이 少年保護處分の 복지형성적 본질이라고 할 수 있다.

결과적으로 少年保護處分은 保安處分에 가까운 刑事政策이지만 궁극적으로 犯罪 내지 非行少年의 건전한 육성과 보호를 목적으로 問題된 少年의 그 要保護性을 제거하고 가정과 사회환경을 적절히 調整하여 소년과 사회를 犯罪로부터 保護하려는 일련의 활동이라 할 수 있다. 따라서 少年保護處分은 非行少年에 대한 적극적인 保護·育成을 위한 教育措置¹⁰¹⁾인 동시에

100) 鄭榮錫, 前掲書, p. 334; 조대현, 「少年院 送致處分에 관한 研究」, 「靑少年犯罪研究集」 제4집, 法務部, 1986, p. 49.

가장 진보적인 刑事政策의 목적 및 이념과도 일치하는 것이다. 102)

2. 少年保護의 原則

1) 人格主義와 規範主義

少年保護處分에 있어서는 非行少年의 과거의 行爲와 行狀과 같이 그 個性과 環境을 중시하는 데, 그 主眼點은 人格과 要保護性에 있다. 보호절차에는 教育的 機能과 司法的 機能이 서로 교차하나 객관적인 非行事實의 有無와 내용이 무시되어서는 아니됨은 물론, 사건의 수리 또는 保護處分인가 刑事處分인가의 決定(소년법 제32조 참조)에 있어서는 소년의 人格에 내재하는 犯罪的 危險性의 판단과 평가가 매우 중요하다. 요컨대 目的主義·人格主義·規範主義의 교차 가운데에서 少年保護의 기능을 이해하여야 할 것이다.

2) 豫防主義



少年保護는 犯罪로부터 소년과 사회를 미연에 보호하기 위해 犯罪를 범한 소년뿐만 아니라 장차 犯罪를 범할 염려가 있는 이른바 「虞犯少年」도 그 대상으로 하여 소년이 사회적으로 不適應한 상태에 빠지지 아니하도록

101) 현행 소년법에 의하면, 少年犯에 대하여는 원칙적으로 保護處分(동법 30조 이하)을 행하여 그 교육개선을 기하고, 刑事處分을 할 경우도 사형이나 무기형의 완화(동법 제53조), 상대적 부정기형의 채용(동법 제54조), 행형상 특별한 教育刑主義에 입각하고 있다.

102) 따라서 소년보호는 교육적 측면, 사회복지적 측면, 형사정책적 측면을 모두 나타낸다: 金鍾源, “少年犯罪에 대한 矯正의 現況·問題點 및 改善方案”, 「論說集」 제5집, 法務諮問委員會, 1981, p. 293.

保護·育成하려고 한다(소년법 제4조 3호 참조). 즉 非行에 빠진 자라도 목전의 처우에 시종하지 않고 장래를 전망하여 再非行을 예방하는 것을 중요시한다. 少年事件의 調査審判에 있어서 豫測(豫後: Prognose)이라는 것이 중요한 문제로 되는 것도 이 때문이다.

3) 個別主義

少年에 대한 保護措置를 강구함에 있어서는 소년 개개인을 1건으로 독립하여 취급하고, 그 개성을 중시하여 人間性을 인식하는 것이 중요하다. 人間은 누구나 각기 다른 個性을 가지고 각기 다른 社會環境 가운데 살고 있는 것이므로 여기에서의 個別主義는 개별화된 處遇를 의미한다.

少年法 제9조의 對象少年의 個性·環境 등에 대한 정확한 규명을 필요로 하는 이유가 바로 여기에 있다.

4) 科學主義와 專門家의 診斷

近代의 少年保護는 事案의 判斷·處遇의 理論과 方法에 있어서 法律家에 게만 의존하지 아니하고 人間關係·人間行動에 관한 醫學·心理學·教育學·社會學·기타 專門的인 科學的 知識을 활용하고 있는 것을 하나의 특징으로 하고 있다. 또한 調査 또는 審理를 함에 있어서 정신과의사·심리학자·사회사업가·교육자·기타 전문가의 진단 및 少年鑑別所의 鑑別結果의 의견을 참작하도록 하고 있다(소년법 제9조, 12조 참조). 各國의 少年保護에 관한 법률은 거의 예외없이 이 原則을 규정하고 있다(일본 소년법 제9조 참조).

5) 教育主義

少年保護는 소년의 건전한 育成을 主眼으로 하고 현실로 문제되어 있는 소년 및 그 환경의 治療·改善·指導 등의 조치를 강구하는 것이다. 非行少年은 성격의 결함, 가정환경 또는 사회환경 등에 지배되어 不良化 되어 있는 경우가 허다하므로 이들을 敎化·育成하여 정상적인 생활을 회복하게 하는 데에 중요한 教育의 目的이 있다고 하겠다.¹⁰³⁾

6) 協力主義

원래 司法은 國家의 독점적 색채가 강하다. 그러나 少年保護에 있어서는 司法과 行政, 官과 民의 상호 협력이 요청되며 소년과의 關係人 및 關係機關은 물론 사회 전반에 걸쳐 少年保護活動에 相互扶助·協力이 이루어질 수 있도록 國民的 유대감이 뒷받침 되지 않으면 안 된다. 따라서 少年保護는 司法의 권위를 배경으로 하면서도 강한 庶民的 색채를 지니고 있어, 전통적인 刑事處分이나 恩惠的인 사회사업과는 다른 성격과 특색이 있다고 할 것이다.

7) 密行主義(非公表性)

保護少年의 更生을 피하고 사회생활에 적응케 하며 그 건전한 육성을 기한다는 少年保護의 이념을 구현하기 위해서는 소년의 과거의 非行을 공표한다든가 함부로 신문·잡지 등에 게재하는 것은 금물이다. 이러한 비공표성은 소년의 명예와 情操를 존중하여 그들이 절망에 빠지지 않도록 함은

103) 소년법 제1조 참조.

물론 人權保障의 견지에서나 再犯防止라는 刑事政策的 견지에서도 극히 중요한 것이다. 소년법 제68조의 報道禁止는 이러한 原則에 따른 것이다.¹⁰⁴⁾

3. 少年保護處分の 對象

1) 要保護性の 問題

少年保護處分은 소년부 판사가 少年非行事件을 審理한 결과 소년에 대하여 그 環境의 調整과 性行의 矯正을 위하여 처벌이 아닌 保護處分の 필요가 있다고 인정된 때에 決定으로서 하는 處分을 말하는 것으로서, 審理의 주대상은 非行 자체가 아니라 非行少年의 과거의 行爲·行狀과 같이 그 개성과 환경이다. 少年保護處分은 非行少年의 人格과 要保護性이 중요한 기준임에는 틀림이 없으나 그 의미가 확실한 것은 아니다.

그러나, 少年保護處分은 소년의 건전한 育成을 主眼으로 하고 현실로 문제되어 있는 소년 및 그 환경에 治療·改善·指導 등의 조치를 강구하여 정상적인 생활을 회복하게 하는 데에 목적이 있음을 상기하여 볼 때 要保護性의 기준은 再非行可能性과 性行의 矯正 및 改善可能性이 必要充分條件으로 충족되어야 한다고 여겨진다.¹⁰⁵⁾ 여기서 再非行可能性과 矯正·改善 가능성이 必要充分條件으로 되어야 하는 것은 非行에 빠진 자라도 그 목전의 처우에 시종하지 않고 장래를 전망하여 再非行을 예방하는 것을 중시하기 때문이다.¹⁰⁶⁾ 따라서 要保護性이란 소년에 대한 적절한 保護의 結어로

104) 소년법 제68조는 “이 법에 의하여 조사 또는 심리 중에 있는 保護事件 또는 刑事事件에 대하여는 성명, 연령, 직업, 용모 등에 의하여 그 자가 당해 본인으로 推知할 수 있는 정도의 사실이나 사진을 신문지 기타 출판물에 게재 또는 방송할 수 없다”고 규정하고 있다(일본 소년법 제61조, 독일 청소년재판소법 제48조 등 참조).

105) 오신남, “少年犯에 대한 保護處分の 研究”, 「家庭法院事件의 諸問題」, 法院行政處, 1983, p. 797.

방치한다면 非行性이 심화되고, 오히려 保護處分에 의한 矯正可能性이 크다고 인정되는 경우라고 말할 수 있다.

2) 實際對象少年

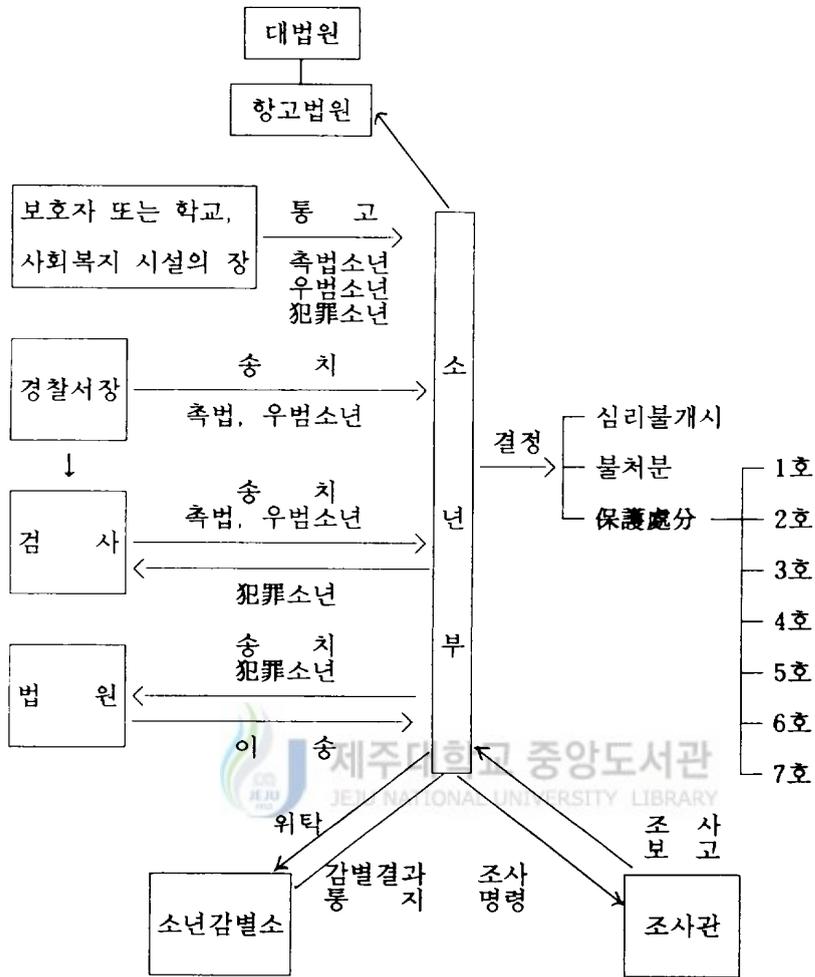
少年保護處分은 소년법 제4조 1항이 규정하는 犯罪少年, 觸法少年, 그리고 虞犯少年을 그 대상으로 하고 있다. 犯罪少年은 犯罪構成要件에 해당하는 違法·有責한 行爲를 한 14세 이상 20세 미만의 소년을 말하며, 觸法少年은 刑罰法令에 저촉되는 行爲를 한 12세 이상 14세 미만의 刑事未成年者를 일컫는다. 또한 虞犯少年이란 보호자의 정당한 감독에 복종하지 아니하는 성벽이 있고 정당한 이유없이 가정에서 이탈하며, 犯罪性이 있는 자 또는 부도덕한 자와 교제하거나 자기 또는 타인의 덕성을 해롭게 하는 성벽이 있는 자로서 그의 성격 또는 환경에 비추어 장래 刑罰法令에 저촉되는 行爲를 할 우려가 있는 12세 이상의 소년을 말한다(동법 제4조 1항).

4. 少年保護處分の 節次

少年保護處分の 절차는 <표 2>와 같이 요약될 수 있으며 이에 대한 자세한 기술은 다음과 같다.

106) 이시균, “短期少年院 送致制度의 效率的 施行方案”, 「青少年犯罪研究」 제8집, 法務部, 1990, p.153.

〈표 2〉 少年保護處分 節次



1) 送致 및 通告

(1) 送致

가. 警察署長의 送致

犯罪少年은 검찰청에 送致하지만(소년법 제4조 1항 1호), 觸法少年(소년법 제4조 1항 2호) 및 虞犯少年(소년법 제4조 1항 3호)은 경찰서장이 관계 서류와 증거물 등 참고자료를 첨부하여(소년법 제5조) 직접 관할 少年部에 送致하여야 한다(소년법 제4조 2항).

나. 檢事의 送致

少年에 대한 被疑事件을 충분히 수사하여 벌금, 구류, 과료 등 벌금이하의 刑에 해당하는 사유가 있다고 인정될 때나 犯罪의 혐의가 없더라도 檢事가 合目的的으로 판단하여 保護處分에 해당하는 사유가 있는 경우에 송치서에 증거물 등 참고자료를 첨부하여 少年部에 送致하여야 한다(소년법 제49조 1항).

다. 法院의 送致

제 1심 법원 및 항소심 법원을 포함한 법원은 소년에 대한 被告事件을 送致決定을 하는 데 필요한 충분한 事實審理의 결과 벌금이하의 刑에 해당하는 犯罪이거나 保護處分에 해당하는 사유가 있다고 인정될 때에 決定으로 事件을 관할 少年部에 送致하여야 한다(소년법 제50조).

(2) 通告

少年法 제4조 1항의 각 호의 하나에 해당하는 少年을 발견한 保護者 또는 학교와 社會福祉施設의 長은 이를 관할 少年部에 구두 또는 서면으로 通告할 수 있다(소년법 제4조 3항).

2) 少年保護事件의 調査와 審理

送致 또는 通告에 의하여 少年法院에 계속된 少年保護事件에 대해서 소년부 판사는 필요한 전문지식을 활용하여 소년과 보호자 등의 性行, 經歷, 家庭環境 등을 규명하고(소년법 제9조) 관련 전문가의 진단과 少年鑑別所의 감별결과의 의견을 참작하여 調査·審理한다(소년법 제12조).

또한 事件의 調査·審理에 필요하다고 인정될 때는 保護者 또는 療養所, 少年鑑別所, 또는 기타 적당하다고 인정되는 시설 또는 개인에게 決定으로서 監護를 위탁하는 임시조치를 취할 수 있다(소년법 제18조 1항).

3) 終局決定

少年部 判事は 송치서와 調査官의 조사보고에 의하여 事件의 審理를 개시할 필요가 없다고 인정될 때에는 審理를 개시하지 않는다는 審理不開始 決定을 할 수 있으며(소년법 제19조 1항), 반대로 審理를 개시할 필요가 있다고 인정한 때에는 審理開始 決定을 하여야 한다(소년법 제20조 1항).

審理의 결과 保護處分이 필요없거나 保護處分을 할 수 없다고 인정할 때에는 不處分決定을 내리고(소년법 제29조 1항), 調査審理의 결과 禁錮이상의 刑에 해당하는 犯罪事實이 발견된 경우, 그 동기와 罪질이 형사처분의 필요가 있다고 인정한 때나 檢事가 送致한 事件의 調査審理 결과 그 동기와 罪質이 禁錮이상의 刑事處分을 할 필요가 있다고 인정된 때 및 처분의 계속 중 본인이 처분 당시 20세 이상이거나 調査審理의 결과 20세 이상임이 판명된 때에는 決定으로서 당해 事件을 관할지방법원에 대응하는 검찰청의 檢事에게 送致하여야 한다(소년법 제7조).

또한, 소년부는 少年法 제50조의 규정에 의하여 송치받은 事件을 조사 또는 審理한 결과 본인이 20세 이상인 것이 판명되면 決定으로서 송치한 법원에 다시 이송하여야 한다(소년법 제51조). 그러나, 審理의 結果 保護處分の 필요가 있다고 인정한 때에는 決定으로서 소정 각 호에 해당하는 保護處分을 終局 決定으로서 하게 된다(소년법 제32조 1항).

5. 少年保護處分の 種類

1) 保護者 등 監護委託

保護者 또는 보호자를 대신하여 소년을 보호할 수 있는 자에게 監護를 위탁하는 것으로서(소년법 제32조 1항 1호) 사실상 소년을 종전의 환경으로 되돌려 보내는 것이다. 여기서 말하는 保護者란 법률상 監護와 教育의 의무가 있거나 현재 少年을 監護하고 있는 사람(소년법 제2조)을 말하고, 保護者를 대신하여 少年을 監護할 수 있는 者란 自願保護者 등 保護를 대신할 수 있는 사람을 일컫는다.

少年法 개정전에는 심판전 소기의 수용기간에 非行性이 감염되고 낙인찍힌 채로 아무런 환경의 개선도 없이 적당한 보호능력도 없었거나 실패했던 保護者에게 그대로 돌려보내 사실상 훈계석방과 같아서¹⁰⁷⁾ 그 실효를 거두기 어렵다¹⁰⁸⁾는 비판이 있었다. 그러므로 改正 少年法에서는 이를 시정하기 위해서 좋지 못한 환경이 개선되지 않거나 保護者의 保護能力이 불완전한 경우 등에는 보호자를 대신하여 少年을 監護할 수 있는 自願保護者 등에게 위탁하도록 하고 있다.

107) 오신남, 前掲論文, p. 797.

108) 조대현, 前掲論文, p. 49.

2) 保護觀察

保護觀察官의 保護觀察을 받게 하는 處分으로서(소년법 제32조 1항 2호 및 3호) 2호 처분은 6개월간의 단기로 그리고 3호 처분은 2년간의 장기로 保護觀察을 받게 하는 것이며, 3호 처분의 경우는 1차에 한하여 1년 미만의 기간동안 관찰기간을 연장할 수 있다(소년법 제33조 2항 및 3항).

保護觀察은 법무부장관의 위촉을 받은 민간인 自願保護者인 保護委員¹⁰⁹⁾의 도움을 받아 保護觀察官에 의하여 행하여지는 것으로 觀察對象者의 再犯防止와 社會復歸의 촉진을 위한 제반의 指導·援護活動이다(保護觀察法 제1조). 즉 지금까지의 소년원 등 시설수용에 대한 악몽감염과 낙인 등의 부정적 비판과 矯正·敎化 효과의 부족으로 인한 社會內 處遇의 필요성에 부응한 保護處分이라고 할 수 있다.¹¹⁰⁾

또한, 保護觀察의 효과를 고양하기 위해서 처분 당시 16세 이상의 소년에 대하여 2호 처분인 경우는 50시간, 3호 처분자에게는 200시간 이하의 社會奉仕命令이나 受講命令의 부수처분을 동시에 명할 수 있다(소년법 제32조 3항 및 33조 4항). 社會奉仕 命令은 양로원, 고아원, 장애인수용시설 등 봉사를 필요로 하는 시설이나 공원 등 공공장소나 시설에서 각종의 社會奉仕活動을 함으로써 자신의 非行에 의한 피해를 보상하고 건전한 市民精神과 勤勞精神을 함양케 하기 위한 것이다. 한편, 受講命令은 交通犯罪, 幻覺劑 吸入 등의 非行少年에게 강의나 교육을 받게 하는 것으로서 현재는 서울적십자 청소년복지관의 푸른교실과 시립동부 아동상담소의 희망교실에서 실시하고 있다.¹¹¹⁾

109) 보호위원은 보호관찰소장의 추천으로 법무부장관이 위촉하며 1992. 12. 31. 현재 8,312명이 위촉되어 있다.

110) 보호관찰제도에 대한 자세한 내용은 본 논문 제4장 제3절 참조.

111) 강지원, “社會奉仕 命令, 受講命令의 效率的 施行方案”, 「青少年犯罪研究」 제8집, 法務部, 1990, pp. 51-86 참조.

3) 少年保護施設 保護委託

兒童福祉法上の 아동복지시설이나 기타 少年保護施設에 監護를 위탁하는 處分으로서(소년법 제32조 1항 4호) 國家保護施設인 소년원 送致處分과 社會處遇의 중간쯤에 위치하는 처분으로 볼 수 있다. 대체로 性行이 양호하거나 底年齡 非行少年으로서 적당한 보호자가 없는 경우 兒童福祉法上の 복지시설이나 社會福祉事業法上の 사회복지법인에 그 監護를 위탁하는 처분이다.

4) 病院 및 療養所 委託

病疾있는 非行少年을 치료하기 위해서 병원이나 요양소에 위탁하는 處分이다(소년법 제32조 1항 5호). 그러나, 監護費用의 일부 또는 전부를 부담해야 하는 보호자의 능력이 없거나 보호자가 없는 경우 國家가 부담하는 것이 원칙이나 이에 대한 특별한 규정이 없으며, 대부분의 非行少年의 保護者가 監護費用을 부담할 수 없는 경우이므로 지금까지는 거의 처분되지 않는 유명무실한 處分¹¹²⁾이나 앞으로는 그 활용이 보다 필요해 질 것으로 보인다.

5) 少年院 送致

非行과 性行을 개선하기 위해서는 시설내에 수용하여 敎化할 필요성이 절실한 소년을 少年院에 送致하는 處分으로서 6호 처분과 7호 처분이 있다

112) 홍경호, “法院과 少年保護團體와의 協力”, 「青少年犯罪研究」 제2집, 法務部, 1986, pp. 71-92.

(소년법 제32조 1항 6호 7호). 6호 처분은 단기간의 集中敎化로도 교화개선이 가능한 소년을 6개월 미만의 단기간 少年院에 수용하는 것이며, 7호 처분은 수용기간이 결정되지 않은 사실상의 不定期刑으로서 법률상 23세까지도 수용이 가능한 가장 강력한 保護處分이다.

그러나, 심지어 審理結果 소년원 송치가 바람직하다고 판단되는 경우일 지라도 판사의 少年院에 대한 否定的 認識과 소년원 송치가 장기간의 강제 수용을 요한다는 점에서 어느 정도 기피되고 있다.¹¹³⁾

第 5 節 國事犯에 대한 保安處分

1. 保安觀察法上的 保安觀察處分

1) 意義

保安觀察法¹¹⁴⁾은 옛날의 社會安全法¹¹⁵⁾을 전면 개정하여 대체 立法된 것이다. 保安觀察法은 동법 제2조(보안관찰 해당 犯罪)의 소정의 特定 犯罪를 범한 자에 대하여 再犯의 危險性을 예방하고 건전한 社會復歸를 촉진하기 위하여 保安處分을 할 수 있도록 규정하고 있다(동법 제1조). 保安觀察處分에 관한 決定은 檢事의 請求에 의하여(동법 제1조) 법무부 保安觀察處分 審査委員會(위원장 법무부 차관)의 심의·의결을 거쳐 법무부 장관이 행하는 行政處分이다(동법 제12조, 14조).

113) 홍경호, 上揭論文, pp. 71-92.

114) 1988. 6. 16 법률 제4132호, 1991. 11. 22 법률 제4396호로 개정.

115) 1975. 7. 16 법률 제2679호로 제정, 특정범죄자의 再犯의 豫防 및 社會復歸를 위한 保安處分으로 保護觀察處分, 住居制限, 保護監護處分을 할 수 있도록 하였다. 그러나 특정범죄자를 대상으로 하고 있어 일반범죄자의 갱생이나 사회복귀를 목적으로 하는 본래 의미의 保護觀察制度와는 큰 차이가 있어 폐지되었다.

保安觀察處分을 받은 자는 保安觀察處分 決定告知를 받은 날로부터 7일 이내에 주거·교우관계·종교 및 가입한 단체 등 동법 제18조 1항 각 호가 규정하는 사항을 매 3개월마다 3월간의 주요활동 사항, 通信, 會合한 다른 保安觀察處分對象者의 인적사항과 그 일시 및 내용, 3월간에 행한 여행에 관한 사항 등을 관할 경찰서장에게 신고하여야 한다(동법 제18조 참조). 이를 위반한 경우에는 3년 이하의 징역이나 5년 이하의 자격정지 또는 100만원 이하 벌금의 벌칙을 과하는 (동법 제27조) 自由制限的 保安處分이다.

2) 保安觀察 해당 犯罪

- ① 刑法上의 内亂目的의 살인(제88조), 내란목적의 살인미수(제89조), 내란목적의 예비·음모·선동·선전(제87조 해당하는 罪 제외, 제90조), 外患 留置(제92조) 내지 間諜의 外患의 罪(제98조), 외환의 罪의 미수범(제99조의 미수범 제외, 제100조), 외환목적의 예비·음모·선전·선동(99조의 일반 利敵 제외, 제101조)
- ② 軍刑法上의 반란의 罪 및 利敵의 罪(제5조 내지 제8조, 제9조 제2항 및 제11조 내지 제16조)
- ③ 國家保安法上의 목적수행(제4조), 자진지원 금품수수(제1항 중 제4조 제1항 제6호에 해당하는 행위 제외) (제5조), 잠입 탈출(제6조) 제9조(편의제공) 제1항, 제3항(제2항의 미수범은 제외), 제4항이 있다.

3) 保安觀察處分의 對象

保安觀察處分 對象者는 保安觀察 해당 犯罪 또는 이와 경합된 犯罪로 禁

錮 이상의 刑의 宣告를 받고 그 刑期 합계가 3년 이상인 자로서 刑의 전부 또는 일부의 執行을 받은 사실이 있는 자이다(동법 제3조). 또한 이에 해당하는 자 중 保安觀察 해당 犯罪를 다시 범할 危險性이 있다고 인정할 충분한 이유가 있어 再犯의 防止를 위한 관찰이 필요한 자에 대하여도 保安觀察處分을 한다(동법 제4조).

4) 保安觀察處分의 期間

保安觀察處分의 기간은 2년이다(동법 제5조 1항). 그러나 法務部長官은 檢事의 請求가 있는 때에는 保安觀察處分 審査委員會의 決定을 거쳐 그 기간을 갱신할 수 있도록 하고 있다(동조 제2항). 갱신에 대한 제한은 없기 때문에 종신토록 계속 될 수도 있다. 保安觀察에 관한 소송은 行政訴訟法을 준용하도록 하고 있다(동법 제24조).

2. 國家保安法上的 保安處分

國家保安事犯에 대한 특별한 조치는 舊 國家保安法 제12조, 제18조에 규정된 輔導拘禁의 시초로 전형적인 保安拘禁의 제도였던 것이다.

現行 國家保安法上的 保安處分은 監視와 輔導이다. 國家保安法 제20조 제3항은 公訴保留를 받은 자가 법무부장관이 정한 監視·輔導에 관한 규칙에 위반한 때에는 公訴保留를 취소할 수 있도록 규정하고 있다. 이는 保安觀察法上的 保安觀察處分과 그 취지를 같이 하지만 公訴提起 전단계의 保安處分이라는 점에 그 특색이 있다.

第 6 節 기타 保安處分

1. 母子保健法에 의한 不妊手術命令

母子保健法에서는 의사가 환자를 진단한 결과 遺傳性으로 인한 정신분열증, 조울증, 간질증, 정신박약, 운동신경원질환, 혈우병, 현저한 犯罪 경향 있는 유전성 정신장애 등의 질환에 걸린 것을 확인하고 그 疾患의 遺傳 또는 傳染을 防止하기 위하여 不妊手術을 행하는 것이 공익상 필요하다고 인정할 때에는 보건사회부장관에게 不妊手術 對象者의 발견을 보고하고, 보건사회부장관은 그 환자에게 不妊手術을 받도록 命令할 수 있도록 규정(동법 제15조 1, 2항 및 시행령 제16조) 하고 있는데 이는 母性의 生命과 健康을 保護하고 건전한 子女의 出産과 養育을 도모함으로써 國民保健向上에 이바지하기 위한 것이다(동법 제1조).

2. 麻藥法上的 治療保護

麻藥法 제50조는 보건사회부장관 또는 시·도지사는 麻藥中毒者에 대하여 治療保護審査委員會의 심의를 거쳐 治療保護를 받도록 할 수 있으며 治療保護期間은 6월 이내로 규정하고 있다(동조 2항 및 3항).

3. 淪落行爲防止法上的 保護指導

淪落行爲防止法 제7조는 淪落行爲를 防止하여 國民의 풍기정화와 人權의 존중에 기여하기 위하여 淪落行爲의 습벽이 있는 자와 환경 또는 성행으로 보아 윤락행위를 하게 될 현저한 우려가 있는 여자(要保護女子)에 대해서 보건사회부장관이 지정하는 保護指導所에 수용 보호 하도록 하고 있

다(동조 제1항).

保護內容은 ① 要保護女子의 신상 기타 문제에 관하여 그 상담에 응하고, ② 要保護女子의 성격, 가정 또는 그 환경 등에 대하여 원인을 탐구하고 필요한 지도를 행하며, ③ 要保護女子의 동태와 분포상황 등을 상시 조사파악하고, ④ 선량한 직업의 알선 등을 해 주는 것이다(동조 제2항 참조).

4. 性暴力 犯罪의 處罰 및 被害者保護 등에 관한 法律上的 保安處分

1994. 1. 5 법률 제4702호로 제정된 동 법률은 性暴力 犯罪을 예방하고 그 피해자를 보호하며, 국민의 人權伸張과 건강한 社會秩序의 확립에 이바지함을 목적으로 하고 있다(동법 제1조).

1) 性暴力 犯罪者에 대한 保護觀察

法院이 性暴力犯罪을 범한 자에 대하여 刑의 宣告를 猶豫할 경우에는 1년 동안, 刑의 執行을 猶豫할 경우에는 그 執行猶豫 기간내에서 일정기간 동안 保護觀察을 받을 것을 명할 수 있도록 하고 있다. 다만, 性暴力 犯罪을 범한 자가 소년인 경우에는 반드시 保護觀察을 명하여야 한다(동법 제16조 제 1,2항).

또한 性暴力犯罪을 범한 자로서 刑의 執行 중에 가석방된 자는 가석방기간 동안 保護觀察을 받는다. 이 경우 가석방을 허가한 행정관청이 保護觀察의 不必要性을 인정할 때에는 예외로 한다(동법 제16조 3항).

2) 性暴力 犯罪者에 대한 保護監護

특수강도강간 등(제5조), 특수강간 등(제6조), 친족관계에 의한 강간 등(제7조), 장애인에 대한 준강간 등(제8조), 강간 등 상해·치상(제9조), 강간 등 살인·치사(제10조), 업무상 위력 등에 의한 추행(제11조), 제5조 내지 제11조의 미수범(제12조) 등의 罪를 범한 자는 社會保護法 제5조의 별표에 규정된 罪로 보고 保護監護에 처하도록 하고 있다(동법률 제17조).

第 7 節 外國의 保護觀察制度

오늘날의 保護觀察制度의 직접적인 기원은 1941년 미국의 존어거스터스(John Augustus)가 사용하기 시작한 것이다.

그리고 입법상으로는 1878년 미국의 마사츄세츠 주의 법이 효시로서 여기서는 처음으로 Probation이라는 용어를 사용하는 등 오늘날 본제도가 가지고 있는 모든 요소를 갖추어 있어 이 법을 표준으로 하여 미국내는 물론이고 전세계에 전파되게 되었다.

보호관찰의 의미가 포함된 Probation이라는 용어는 英·美法系 國家에서 刑의 猶豫制度和 결부되어 활용되어 왔으며, 오늘날 이 용어는 保護觀察附 刑의 宣告猶豫나 刑의 執行猶豫를 내포하는 有權的 保護觀察의 의미로 사용되고 있다.

英·美法系에서는 통상 Probation과 함께 假釋放과 결부된 保護觀察을 의미하는 Parole이라는 용어가 사용되고 있기 때문에 여기서 Probation과 Parole은 犯罪人을 사회내에서 자유롭게 생활하면서 선량한 시민으로 복귀할 수 있도록 有權的으로 指導하고 援護한다는 점에서는 공통점을 가지나 Probation은 법원의 社會處分에 의한 保護觀察이며 Parole은 행정기관의 行政處分에 의한 保護觀察이라는 점에서 그 내용과 의미를 달리한다.

保護觀察制度를 비교적 늦게 도입한 독일에서는 英·美의 Probation이 아닌 프랑스·벨기에식 條件附 判決制度를 기초로 하였다. 그러나 少年法 제 24조, 제28조는 英·美의 Probation과 비슷한 성격의 保護觀察制度를 규정하고 있으며 1975년 시행된 新西獨刑法總則에서는 保護觀察(Schutzaustricht) 이외에도 危險한 犯罪者로부터 社會의 安全保障을 위한 指導觀察(Führungsaufsicht)이라는 保安處分的 性格의 제도가 신설되어 다른 나라에 비해 保護觀察의 과제가 더 넓다고도 말할 수 있다.

이하에서는 비교적 保護觀察制度가 확립된 美國, 英國, 獨逸, 日本의 保護觀察制度에 대해서 검토하고자 한다.

1. 美國의 保護觀察制度

1) 概觀

美國은 1878년 마사추세츠 州에서 保護觀察法을 제정 시행한 이래 1917년에는 워싱턴 州을 제외한 全 州가 소년에 대한 保護觀察制度를 채택 시행했으며 21개 州가 成人制度를 포함하여 실시하게 되었다.

1925년에는 聯邦保護觀察法(Federal Probation and Parole Law)이 제정·시행되었고 1963년 州로 승격한 알라스카 州가 州保護觀察法을 제정함으로써 50개 州가 입법활동을 완료했다.

그러나 각 州의 특성에 따라 保護觀察 對象範圍나 組織 實施狀態 등이 다양화되자 1963년 矯正標準에 관한 特別委員會(Special Committee on Correctional Standards)에서 保護觀察標準(Standard for Probation)을 작성·공포하기에 이르렀다. 116)

116) The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, Task Force Report on Corrections, Washington Government Printing

2) 保護觀察對象者의 選定

美國의 保護觀察制度는 그 대상자를 선정하는 데 신중을 기하고 있으며 各州가 判決前 調査制度를 채택하고 保護觀察에 부칠 수 없는 犯罪를¹¹⁷⁾ 법적으로 규정하기도 한다.

미국의 判決前 調査制度는 被告人에 대하여 有罪가 인정되고 保護觀察의 적격성이 있는 경우 법원이 판결宣告전에 그 사건을 保護觀察官에게 송부하여 환경, 前力, 前科, 성격, 가정환경, 犯罪동기 등을 조사·제출하도록 하고 있다. 법원은 被告人에 대하여 有罪(Conviction)가 인정되고 保護觀察官의 調査書를 참작하여 그 犯罪가 保護觀察에 부칠 것을 禁하지 않는 것이면 刑의 宣告猶豫나 刑의 執行猶豫를 하면서 保護觀察에 부한다.

3) 保護觀察의 實施方法

美國의 保護觀察 實施방법은 監督과 援護 두 가지로 대별할 수 있으며 감독은 保護觀察對象者의 遵守事項 이행여부와 동시에 그것을 준수하도록 제약요소를 가함으로써 保護觀察의 실효성을 확보하려는 것이고,¹¹⁸⁾ 援護는 복지적 차원의 내용으로 대상자의 自力·自立意志를 고취시키며 주변환경을 調整·改善하여 社會復歸를 가져오게 하는 것이다.¹¹⁹⁾ 保護觀察 기간은 1967년 대통령 特別委員會에서 작성한 保護觀察 標準에서 成人은 1년

Office, 1967, pp.206-207.

117) 미국에서 보호관찰에 부할 수 없는 범죄는 살상무기불법소지자, 방화, 강도, 무기소지야간절도, 살인, 살인목적주거침입, 살인교사, 열차폭발, 유괴, 탈옥범, 2개이상 전과자 및 강간범 등으로 주로 인신살상범이나 상습범으로 되어 있다.

118) E.H.Sutherland and D.R.Cressy, op. cit., p.462.

119) 李泰彦, 「保護觀察法論」, 螢雪出版社, 1990, p.39.

이상 5년 이하, 少年은 21세를 상한으로 하여 不定期로 하도록 규정하고 있다.

保護觀察의 條件은 대상자에 따라 개별화 되어야 하는 데 미국에서 일반적으로 주어지는 遵守事項의 내용은 法令遵守·飲酒 및 麻藥使用禁止·不良交友와의 交際禁止·夜間外出禁止·賭博惡習禁止·家族扶養義務 등으로 되어 있다.

保護觀察 기간 중 대상자가 遵守條件을 위반하면 保護觀察處分은 취소되고 猶豫되었던 刑이나 殘刑期間을 복역시킬 수 있도록 하고 있는 반면, 대상자의 行狀이 양호하면 保護觀察을 조기 면제해 주기도 한다.

또한 保護觀察에 처해진 자가 遵守事項 위반이나 중대한 과오없이 주어진 기간이 경과되면 保護觀察은 자동적으로 終了되는 것으로 되어 있다.

2. 英國의 保護觀察制度

1) 概觀



英國의 現代的 保護觀察制度는 1841년 버킹검 지방판사인 힐 (M. D. Hill)이 少年犯罪者 중 改悛의 情이 현저한 자를 보호자에게 위탁한 뒤 官吏로 하여금 그 소년을 예고없이 방문하여 성적표를 작성하게 함으로써 실효를 거둔데서 비롯된 것이라고 할 수 있다.

그 후 1887년 初犯者 保護觀察法(The Probation of First Offender Act)이 제정·시행되면서 保護觀察制度가 본격화 되었다.

1925년에는 刑事裁判法(The Criminal Justice)에 법원의 保護觀察官 임명권과 保護觀察官에 대한 전문적인 훈련제도를 규정했고, 1948년에는 同法에 美國制度를 대폭 도입하여 判決前 調査制度 등을 실시했다.¹²⁰⁾

1970년대에 들어서면서 處遇의 다양화를 추구하였고 그 일환으로 1972년 社會奉仕 任命制度를 채택·시행하면서 성공을 거두었으며 20년이 지난 오늘날에도 그 적용 건수가 증가하고 있다.

英國의 保護觀察官의 임용은 22세 이상 65세 이하의 자로서 Social Worker 자격증을 취득한 자로 하고 그 외의 자가 임용될 경우에는 조건부로 채용하기도 한다.

英國에도 保護觀察官의 업무를 보조할 수 있도록 自願奉仕者를 활용하고 있으며 自願奉仕者(Volunteer)는 保護觀察所長 또는 保護觀察官이 保護觀察委員會에 추천하고 동위원회에서 면담한 후 위촉하며 임기는 1년으로 연임가능토록 되어 있다.¹²¹⁾

2) 保護觀察對象者

英國에서의 保護觀察 對象者는 형사법원 권한법에 의한 保護觀察命令, 아동 및 소년법상의 監督命令, 형사재판법상의 社會奉仕命令, 監督命令附 宣告猶豫 등으로 결정된다.

保護觀察命令은 법원이 17세 이상의 자에 대하여 犯罪의 質과 特性을 포함한 諸環境을 고려하여 적당하다고 판단되는 경우 刑罰을 宣告하는 대신 명령하는 것이고 監督命令은 치안법원을 제외한 소년법원이나 지방법원이 17세 미만의 자를 대상으로 宣告할 수 있도록 하고 宣告時 3년 이내의 기간을 명령에 지정하도록 하고 있다.

社會奉仕命令은 법원이 징역을 宣告할 수 있는 犯罪에 대하여 有罪認定時 犯罪者의 동의를 얻어 宣告할 수 있도록 했으며 刑事權限法에서는 40시

120) U.N. Department of Social Affairs, Probation and Related Measures, New York, 1951, pp.111-129.

121) 原田楨一, “英國의 保護觀察制度概要”, 『犯罪와 非行』, 1974. 8, No.1, p.178.

간 이상 240시간 이내로 하고 있다.

3) 保護觀察實施

英國의 犯罪者 保護觀察法(Probation of Offenders Act, 1907)은 보증금(Recognizance)에 의한 保護觀察 실시규정을 두고 保護觀察對象者가 조건을 위반하거나 再犯하는 경우에는 보증금을 沒收하고 원래의 犯罪에 대한 刑을 宣告할 수 있도록 하였는데, 대상자가 그를 助言(Advise)하고 원조(Assist)하며 돕는(Befriend) 保護觀察監督下에 있어야 하는 것이 중요 요건으로 되어 있다.

保護觀察命令은 대상자에 따라 법원이 정한 6월 이상 3년 이내의 지정 기간에 保護觀察가 실시 된다.

對象者는 주어진 기간 내 법원이 지정한 豫定居住地 즉결재판구역내의 保護觀察官 감독을 받도록 하고 있다. 또한 대상자에는 保護觀察期間 선행유지, 직업 및 주거지역 변동보고, 保護觀察官 접촉유지 및 監督監修 등의 일반준수 사항이 부여된다. 대상자가 준수사항을 위반하면 감독법원이나 宣告법원은 保護觀察官의 보고에 따라 召喚, 拘引할 수 있고 원래 犯罪에 대한 刑을 宣告할 수 있다. 保護觀察 명령기간 중 대상자가 범한 罪로 有罪判決을 받으면 保護觀察命令은 그 효력을 상실한다.

英國에서의 監督命令制度는 아동(Child: 14세 미만자) 및 소년(Young Person: 14세 이상 17세 미만자)의 非行防止와 곤경에 처한 아동 그리고 그 가족에 대한 지원과 社會事業 제공을 우선으로 한다는 철학에 그 기초를 두고 있다.

監督命令은 소년에 대한 保護觀察命令과 비슷하나 保護觀察命令 宣告시에는 본인의 동의를 선행되어야 하나, 監督命令時에는 특정한 준수사항에

대한 동의를 요하지만 명령자체의 宣告에는 본인의 동의를 요하지 않는다는 데에 중요한 차이점이 있다. 監督命令을 받은 자에게도 선행유지·직업 또는 주거변경보고, 감독관과의 접촉유지 등의 일반준수사항이 부과되며, 이를 위반한 경우에는 罰金 또는 收監命令을 宣告할 수 있다.

3. 獨逸의 保護觀察制度

1) 概觀

獨逸에서는 영·미의 Probation을 모형으로 한 것이 아니라 프랑스·벨기에식 條件附判決制度를 기초로, 執行猶豫와는 다른 형식을 취했다.¹²²⁾ 1911년 刑法 개정안에 保護觀察(schutzaufsicht)이라는 용어를 사용한 후 1922년 소년복지법에 명문화하여 少年犯에 국한하여 필요한 경우 保護觀察을 실시하도록 하였다.

그 후 1953년 미국의 保護觀察制度를 도입해서 소년이 執行猶豫를 받으면 保護觀察에 부치도록 규정하고 1956년 刑法草案에 시험적 刑의 延期制度和 保安監察이라는 2종의 제도를, 1962년 刑法草案에서는 保安監察이라는 용어를 指導監察이라는 용어로 변경하면서 英·美型的 指導와 援護를 증점으로 하는 保護觀察制度로 접근하게 되었다.

獨逸은 保護觀察制度를 도입한 이래 成人보다 少年에 대하여 중점적으로 활용하였으며 1975년 제 12차 刑法改正時 成人까지 保護觀察 범위를 확대하여 전면적인 保護觀察을 실시하고 있다. 이것은 危險한 犯罪者로부터 자유의 박탈보다는 援護를 통한 社會安全을 보장하기 위한 것으로서,¹²³⁾

122) 李在祥, “西獨의 保護觀察 制度”, 「少年保護觀察制度 資料研究」, 제5집, 法務部, 1986, p.11.

123) Jescheck, Die Kriminalpolitische Konzeption des Alternativ Entwints, ZStW 80, 1968, S.86.

刑期終了 후에도 社會復歸가 어렵다고 판명된 위험한 犯罪者까지 保護觀察官의 지도가 이루어지고 있어 다른 나라에 비해 保護觀察의 과제가 더 넓다고도 말할 수 있다.

獨逸은 聯邦刑法, 刑法施行法, 少年裁判法, 行刑法 등에 保護觀察에 관한 원칙을 규정하고 세부적인 규정은 各州 保護觀察法에 위임·시행하고 있는 실정이다.

2) 保護觀察對象者

獨逸의 保護觀察對象者는 成人犯罪의 경우 刑의 宣告猶豫者, 刑의 執行猶豫者 및 가석방자로 하고, 宣告猶豫者는 再犯 우려가 없고 최근 3년간 경고하는 刑의 宣告猶豫를 받은 일이 없는 자로 하며 執行猶豫는 再犯의 우려가 없다고 기대되는 자에 한하여 保護觀察에 부칠 수 있도록 하고 있다.¹²⁴⁾

소년의 경우에는 이미 警告處分을 받고 있거나 刑罰執行 없이도 保護觀察로서 바른 생활을 할 것이 기대되는 때에는 소년의 인격, 전력, 생활환경, 기대효과 등을 고려하여 1년 이하의 自由刑을 宣告할 경우 保護觀察附 執行猶豫를 宣告할 수 있도록 하고 있다.

가석방은 재소자가 2월 이상의 自由刑 執行을 마쳤을 뿐만 아니라 刑期의 3분의 2를 복역하고 장래에 대한 유리한 사회적 예측이 있는 자와 1년 이상의 自由刑 執行을 마치고 刑期의 2분의 1을 복역한 경우 改悛의 情이 현저하여 殘刑을 執行하지 아니하여도 再犯하지 않을 것이 기대되는 경우에 허가하여 保護觀察을 실시할 수 있도록 하고 있다.

124) 李武雄, 「保護觀察制度論」, 圖書出版 豊南, 1992, p.112 참조.

3) 保護觀察實施

獨逸에서는 刑의 宣告를 유예받은 때는 1년 이상 3년 이하의 기간동안 保護觀察을 받아야 하며, 指示事項이 부과되지 않고 猶豫된 刑의 宣告를 받지 아니하면 법원은 保護觀察 기간 경과 후 종료되었음을 확인한다.

刑의 執行猶豫를 宣告 받는 경우는 2년 이상 5년 이하의 保護觀察을 받도록 법원이 그 기간을 정하도록 하고 있다.

保護觀察 期間은 사후적으로 2년까지 단축하거나 기간 경과전에 5년까지 연장시킬 수도 있으며 소년의 경우 2년 이상 3년 이내로 법원에 그 기간을 정하도록 하고 있다.

假釋放의 경우는 2년 이상 5년 이하의 保護觀察이 실시되며 그 기간은 가석방 결정과 동시에 개시되고 사후적으로 2년까지 단축 또는 5년까지 연장할 수 있으나 기간 단축은 殘刑期間 이하로 단축할 수 없도록 하고 있다.

法院은 保護觀察對象者에게 遵守事項과 指示事項을 부과한다. 遵守事項으로는 犯罪로 인한 損害回復, 공공시설을 위한 일정금액납입, 공익을 위한 급부제 등이며, 指示事項은 주거지, 교양, 노동, 자유시간, 경제관계 등에 관한 질서 및 명령준수, 일정한 기간동안 법원 또는 지정기관에 대한 신고, 虞犯者와의 접촉금지, 가족 부양의무 등이다.

保護觀察對象者가 保護觀察 실시기간 중 遵守事項이나 指示事項을 위반하는 경우 법원은 刑의 宣告猶豫 및 執行猶豫 또는 假釋放의 취소나 다른 조치를 취할 수 있도록 하고 있다.

保護觀察對象者가 執行猶豫 또는 假釋放이 취소되지 않고 保護觀察期間이 경과하면 법원은 刑을 면제하며 保護觀察期間 중 고의의 범행으로 6월 이하의 自由刑 宣告를 받으면 刑의 면제를 취소할 수 있도록 하고 있다.

4. 日本의 保護觀察制度

1) 概觀

日本에서의 保護觀察制度는 1949년 初犯者 豫防更生法の 제정으로 狹義의 更生保護制度和 함께 執行猶豫者에 대한 保護觀察이 실시되었다.

戰後 미국의 영향을 받은 日本은 1951년 刑法의 일부 개정과 1954년 執行猶豫者 保護觀察法을 제정하여 保護觀察制度를 도입하면서 미국과 더불어 가장 모범적인 保護觀察制度를 수립하게 되었다.

그러나 日本은 刑事司法 체계상 다음 몇 가지 점에서 미국과 구별되어진다. 첫째, 아직도 宣告猶豫制度가 없고 둘째, 가정법원의 保護處分을 받은 자나 婦女輔導院에서 가퇴원된 자도 保護觀察에 붙일 수 있다. 셋째, 또한 미국에서는 保護觀察制度를 州知事가 관장하나 일본에서는 法務省에서 취급하며, 넷째 保護觀察의 직접 담당자는 保護司¹²⁵⁾ 들이나 미국에서는 專門的인 公務員인 保護觀察官이 담당한다.¹²⁶⁾

日本에서는 犯罪가 사회에서 발생했으므로, 犯罪者의 更生도 사회환경내에서 이루어져야 한다는 기본적인 원칙하에서 專門的인 保護觀察官 외에 民間篤志家인 保護司의 협동에 의해 효과적으로 保護觀察을 실시하고 있다.

2) 保護觀察對象者

125) 民間篤志家인 保護司의 주요업무는 (1) 보호관찰 대상자의 指導, 監督과 輔導·援護, (2) 교도소, 소년원 등의 피수용자의 환경조사, (3) 범죄예방활동 등이 다. 森下忠, 「刑事政策 II」, 成文堂, 1985, p. 326.

126) 関健埴, “各國保護觀察制度의 比較研究”, 「海外派遊檢事 研究論文集」 제3집, 法務部, 1981, pp. 103-107.

現行 日本의 保護觀察 法令下에서는 保護觀察을 <표 3>과 같이 5종류로 분류하고 있는데 1호 관찰은 독립처분이고, 4호 처분은 probation형 保護觀察이며, 2호 3호 그리고 5호 관찰은 parole형 保護觀察이다.

<표 3> 日本의 保護觀察의 種類

종류(명칭)	대상자	관찰기간	주요관계 법률
1호 관찰	가정법원에서 보호 처분을 받아 관찰에 붙여진 소년	20세까지. 단 최소한 2년은 계속한다. 예외적으로 23세까지 행한다.	소년법, 범죄자 예방 갱생법(제33조 1항 1호)
2호 관찰	소년원에서 가석방된 소년	가퇴원 기간	범죄자 예방 갱생법
3호 관찰	형무소에서 가석방된 자	잔형기간, 무기형은 종신	범죄자 예방 갱생법
4호 관찰	보호관찰부 집행유예 선고를 받은 자	유예기간	형법, 집행유예자 보호관찰법
5호 관찰	婦女輔導院에서 퇴원된 자	가 보도처분의 잔형기	婦女輔導法

자료 : 森下忠, 前掲書, p. 319.


제주대학교 중앙도서관
 JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

3) 保護觀察實施

日本에서의 保護觀察은 指導·監督과 輔導·援護를 주로 한다. 지도·감독은 指示되어진 遵守事項을 잘 지키도록 指導하며 監督하는 것이고 輔導·援護는 대상자로 하여금 취업, 직업보도, 의료조치, 숙소알선 및 환경을 조성해 주고 更生에 필요한 助言, 連結, 更生保護會를¹²⁷⁾ 비롯한 다른 기관에 의뢰하여 이들에게 적합한 輔導와 援護를 부탁하는 것이다.

保護觀察期間은 소년법상 독립처분으로 保護觀察 對象者가 된 소년은 20

127) 갱생보호회는 국가의 허가와 재정적 원조로 운영되는 기관으로 위탁이 있는 경우에는 대상자에 대해 任意的 갱생보호를 실시함으로써 二重的인 보호관찰제도를 운영하고 있다.

세까지이며 20세까지 2년의 기간이 안 되는 경우는 2년이 될 때 까지 연장 실시된다. 犯罪者 豫防法上 가퇴원·가석방된 자의 保護觀察期間은 가퇴원 기간과 刑期이며 無期刑의 경우 終身까지로 되어 있다. 刑法上 執行猶豫와 함께 保護觀察處分이 된 자의 경우는 猶豫期間 그리고 婦女輔導法上 가석방된 자는 輔導處分の 殘餘刑期가 保護觀察期間으로 되어 있다.

保護觀察의 終了는 執行猶豫 또는 假釋放의 기간이 만료되거나 취소 및 정지되는 경우이며 1호 保護觀察의 경우는 해제되는 경우이다.

保護觀察이 停止되는 경우는 假釋放者가 주거로 지정받은 장소를 이탈하여 소재불명이 된 때, 保護觀察所長이 事情을 조사한 후 담당자의 의견을 들어 地方更生保護委員會에 신청하여 停止 決定이 된 때이다.¹²⁸⁾

少年에 대한 1호 관찰의 경우에 保護觀察所長이 대상자의 更生 의지가 명백하여 더 이상 保護觀察이 불필요하다고 인정될 때, 담당자의 신청에 따라 해제를 결정할 수 있도록 되어 있는 데 이때, 保護觀察의 해제는 1호 관찰의 경우 保護觀察이 최소한 1년 이상 실시된 자 중에서 3개월 동안 계속 성적이 양호한 자에 한하여 시행한다.



128) 森下忠, 「형사정책 II」, pp. 323-324.

第 5 章 現行 保安處分制度의 問題點과 改善方案

第 1 節 序 說

保安處分은 特定犯罪者에 대하여 刑罰賦課만으로는 刑事制裁로서의 목적 달성에 부적합하거나 또는 刑罰이 허용되지 않는 경우에 施行하는 處分이다. 즉, 應報的 刑罰概念이 현실적으로 犯罪豫防 및 鎮壓에 있어 한계를 드러내자 이에 대한 補完策으로 刑法의 영역에 들어온 것이며, 대부분의 선진 입법례는 保安處分에 관한 규정을 刑法總則 중에 刑罰과 함께 규정하고 있다.

그러나 우리나라에서는 憲法 제12조 1항에 保安處分의 法的 根據를 제공하고 있을 뿐 刑法에는 그 根據를 두고 있지 않아 刑事制裁임에 틀림없는 自由制限的·自由剝脫的 保安處分이 行政處分性을 띠므로서 司法的 性格의 결여 등으로 違憲의 소지를 내포하고 있다 하겠다. 따라서 社會保護法 등 각종의 保安處分을 통합·정비하여 刑法總則에 수용하고 독립적인 장을 신설하여 處分의 種類·對象·期間·刑과의 관계 등 그 원칙의 기본적 사항만을 규정하도록 하고, 그 절차에 필요한 구체적인 사항은 刑事訴訟法과 行刑法에 규정하도록 하는 것이 바람직 하다고 할 것이다.

保安處分은 그 성격상 불가피한 것이 아닌 한 지금처럼 特別法으로 산만하게 흩어져 있는 각종 保安處分을 하나의 保安處分으로 묶어 刑法典에 편입시켜 司法處分이자 刑事處分의 성격을 갖도록 함이 保安處分의 本質이나 人權保障의 측면에서 볼 때 타당하다.

이하에서는 現行 特別法에 의한 각종 保安處分制度의 問題點과 改善方案에 대해 살펴보기로 한다.

第 2 節 社會保護法上的 保安處分

1. 社會保護法の 改正 内容

社會保護法の 중요한 개정내용으로는 무엇보다도 再犯의 危險性에 대한 판단없이 宣告하는 필요적 保護監護와 재범의 危險性이 인정되는 경우의 임의적 保護監護의 구별(舊社會保護法 제5조 1항과 2항 비교)을 폐지하고 行爲者의 再犯의 危險性을 保護監護와 治療監護의 要件으로 명시(제5조, 제8조)한 것이다. 또한 保護監護의 대상이 되는 犯罪를, 犯罪를 목적으로 하는 단체 또는 집단의 수괴 및 간부인 자를 삭제 축소·조정하였고(제5조), 保護監護의 기간을 舊法(필요적 保護監護 10년, 임의적 保護監護 7년)과는 달리 미리 정해 놓은 것이 아니라, 7년의 상한기간 내에서 법원의 재량으로 정할 수 있도록 하였다(제7조 3항). 治療監護의 종료기간은 완치된 때에서 監護의 필요가 없을 정도로 치유된 때(제9조 2항), 假出所 여부의 심사시기는 매 2년에서 매 1년으로 단축(제25조) 개정하였다. 그리고 被治療監護者 등의 監護 종류 여부에 대한 審査請求權(제35조의 2)을 신설하였다.

이와 같은 개정은 종래의 必要的 保護監護處分이 再犯 危險性의 판단없이 前科가 있다는 이유만으로, 즉 법률에 규정된 요건만 충족되면 반드시 宣告하도록 되어 있어 再犯의 危險性을 전제로 하는 保安處分의 本質과도 부합될 수 없었다는 데서 매우 긍정적으로 평가할 수 있다.

또한 保護監護가 刑罰 이외에 二重으로 부과되는 自由剝奪的 處分이기 때문에 刑事政策上 최후 수단이어야 함을 고려한다면, 그 處分의 對象이 되는 犯罪의 種類를 엄격히 제한하고 그 상한기간을 정하여 그 한도 안에서 比例性의 原則에 따라 법원이 결정하도록 한 것은 바람직 하다고 볼 수

있다.

그러나 이와 같은 긍정적인 평가에도 불구하고 改正된 社會保護法은 여전히 많은 改善되어야 할 점을 안고있다. 이에 대해서는 이하에서 살펴보기로 한다.

2. 問題點과 改善方案

1) 保護處分の 執行方法

(1) 保護監護處分

現行法은 保護監護處分이 刑에 병과된 경우 刑을 먼저 執行하도록 규정하고 있어(제23조), 犯罪者는 법원이 宣告한 刑期를 다 마치고도 檢事의 請求에 의해 일정 기간을 더 격리 수용토록 되어 있어 二重執行主義를 취하고 있음을 알 수 있다. 이와 같은 執行 순서는 刑을 保護監護處分 후에 執行함으로써, 保護監護處分에서의 敎育·改善의 효과가 刑執行 과정에서 상실될 우려가 있다는 점을 고려한다면 타당하다 하겠다. 그러나 犯罪人의 改善·敎化라는 現行刑罰思想에 합치될 뿐만 아니라 동일 犯罪에 대해 二重으로 處罰한다는 비판을 면하기 위해서는 刑執行 후의 危險性 여부에 대한 재심사 결과 危險性이 현저하다고 판단되는 때에 한하여 宣告된 保護監護處分을 執行하거나 아니면 保護監護를 먼저 執行하는 방법이 타당하다고 할 수 있다.¹²⁹⁾ 保安處分 보다 刑罰을 먼저 執行하는 것은 保安處分

129) 金日秀, 「韓國刑法 II」, 博英社, 1992, p.777; 徐巨錫, “現行 保安處分制度의 問題點과 改善方案에 관한 考察”, 「論文集」 제30집, 全北大學校, 1988, p.96; 河泰勳, “現行 保安處分制度의 問題點과 改善方案”, 「刑事政策」 제5호, 韓國刑事政策學會, 1990, p.100.

이념에 정면으로 배치된다. 130)

또한 保護監護處分에 있어서 현행법의 二重執行主義는 保護監護處分 시설에 수용 이전에 아무런 심사없이 자동적으로 保護監護 處分이 執行되고 1년이 지난 후에야 비로소 가출소 여부를 심사하도록 되어 있는 규정도 개선되어야 한다. 왜냐하면 行刑法의 목적인 受刑者의 再社會化(行刑法 제1조)의 노력으로 矯導所 내에서 敎化·改善이 될 수 있으며 이로써 保護監護의 요건인 再犯의 危險性이 적어지거나 없어질 수도 있기 때문이다.

(2) 治療監護處分

① 社會保護法은 治療監護處分의 기간을 “監護의 필요가 없을 정도로 치유되어” 社會保護委員會의 종료결정을 받을 때 까지로 하여 그 상한기간을 정해 놓지 않고 있는 것은 타당하지 않다. 왜냐하면 治療監護處分은 치유가 되지 않는 한 종신토록 監護施設에 수용되어 身體行動의 自由가 剝脫되는, 즉 身體行動의 自由를 侵害하는 處分인 만큼 법관의 판단에 따라 그 기간을 결정하도록 하여야 하며 일개 行政機關으로서의 성격을 띤 社會保護委員會에게 治療監護 기간의 결정권을 부여하는 것은 타당하지 못하기 때문이다. 따라서 처음부터 치유가 불가능 하다고 판단되는 경우와 일정 기간 치료처분 후 계속적인 치료로서도 치유가 불가능하다고 판단되는 경우에는 監護施設에의 收用免除 내지 終了決定을 내리고 엄격한 保護觀察의 대상으로 하는 것도 생각해 볼 수 있다.

이로써 治療監護施設에 치료효과를 기대할 수 없는 자로 인해 治療監護 시설내의 분위기가 악화될 수 있는 점을 예방하고 한정되어 있는 人的¹³¹⁾.

130) 斐鍾大, 前掲書, 1993, p.666.

131) 보건사회부에서 정한 병원의 의사정원은 입원환자 20명당 의사 1명이다. 공주치료감호소는 500명상이므로 병상기준으로는 25명의 의사가 필요하고 1993년 10

物的資源¹³²⁾을 치료 가능한 대상자에게 집중 투입하여 그 효율성의 극대화를 이룩할 수 있을 것이다.

② 社會保護法 제23조 1항은 監護와 刑이 병과된 경우 治療監護는 刑보다 우선 執行하도록 代替主義를 취하고 있다. 이는 治療監護處分을 刑罰보다 우선 執行하는 것이 行爲者의 再社會化라는 保安處分의 목적이 충분히 달성할 수 있다는 점에 理論的 根據를 가지고 있다. 그러나 責任無能力者의 경우에는 刑罰을 과할 수 없기 때문에 당연히 保安處分이 刑罰을 대신하여 執行되지만 限定責任能力者나 麻藥·알콜 中毒者에 있어서 刑罰과 治療監護가 동시에 宣告되는 경우에는 代替主義에 따라서 治療監護가 먼저 執行되고 그 기간을 刑期에 산입하도록 규정되고 있다.

이 규정은 治療監護施設 내에서 치료목적이 달성되지 않을 경우 종신토록 治療監護시설에 수용되는 경우¹³³⁾와 같이 刑罰執行의 가능성이 없게 되는 경우에는 문제가 되지 않으나, 治療監護施設에서의 치료가 성공적이어서 治療監護 執行處分의 終了與否審査(제25조)에 따라 終了決定이 있는 경우는 문제를 야기 시킨다. 왜냐하면 현행 社會保護法은 治療監護의 執行기간이 刑期에 미달되는 경우 殘刑의 처리에 관한 규정을 두고 있지 않기 때문이다. 이 경우 현행 法解析上 殘刑이 執行되어야 하는 데, 治療處分으로 얻은 再社會化 효과가 刑執行으로 무위화 될 수 있기 때문에 불합리하다.¹³⁴⁾ 따라서 保安處分의 執行으로 달성된 改善效果가 刑罰의 執行

월 현재 피치료감호자가 622명이므로 병상기준으로는 32명의 의사가 적정인원이 되나 치료감호소의 경우 8명의 의사와 4명의 공중보건의를 있다; 치료감호소 자료.

132) 치료감호집행중인 피치료감호자 수용인원은 1981년 감호집행이 개시된 이래 매년 증가하여 1992. 12. 31. 현재 602명에 이르고 있으나 공주치료감호소의 가동 병상수는 500병상으로 수용인원이 병상수보다 초과되고 있다.

133) 치료감호시설에의 수용기간은 不定期로 되어 있고 그 상한선이 없어 감호의 필요가 없는 때까지 치유되는 때에 비로소 종료가 되도록 되어 있기 때문이다.

134) 金日秀, 「刑法總論」, 博英社, 1990, p.734; 沈在宇, 「保安處分の限界」, 「考

으로 상실됨을 막기 위해서는 殘刑을 執行하는 것 보다는 가석방되어야 한다.

治療監護處分이 刑罰보다 먼저 執行된다 하더라도 刑의 일부를 먼저 執行하는 방법도 생각해 볼 수 있다. 특히 마약중독자 등이 치료를 거부하거나 소극적일 때 治療監護보다 더 불리한 刑罰執行을 경험하게 함으로서 경고적 기능을 갖게 하여 被治療監護處分者의 치료의 효율성을 높일 수도 있다.

2) 社會保護委員會 制度

社會保護法은 保護處分의 관리와 執行에 관한 사항을 審査·決定하기 위하여 법무부에 社會保護委員會를 두도록 하고 있다(제32조). 社會保護委員會는 被保護監護者에 대하여 가출소 여부를, 가출소한 被保護監護者에 대하여는 執行免除 여부를, 被治療監護者에 대하여는 治療處分의 終了與否를 審査·決定한다(제25조). 이 규정에 의하면 保護監護處分의 宣告는 법원이 담당하지만 그 법정기간내의 執行 및 종료에 관한 모든 결정권은 社會保護委員會에 귀속 된다고 볼 수 있다. 그런데 社會保護委員會는 法的性格 면에서 볼 때 법무부에 속하는 하나의 行政委員會로서 성격을 가질 뿐이므로 憲法上 保障된 법관에 의한 재판권을 받을 권리(헌법 제27조 1항)에 어긋날 뿐만 아니라, 保護處分 宣告時에 재판했던 법원이 被保護處分者의 특별한 인격과 再犯의 危險性에 대해서 더 잘 알고 있다는 점을 고려할 때 법원에 의한 危險性 여부와 處分執行의 필요성 여부를 심사하도록 하는 것이 더 合理的일 수 있다 하겠다. 물론 社會保護法도 제33조에서 社會保護委員會가 被監護者 및 被保護觀察者를 審問할 수 있도록 규정하고 있으

試研究」, 1985. 4, p.76.

나 여기에서는 “필요한 때”라는 제한이 있기 때문에 被保護處分者의 審問請求權에 대한 보장이 사법절차에 의한 것보다 완전하지는 못하다.

第 3 節 保護觀察法上的의 保護觀察處分

1. 保護觀察制度의 一般的 評價

“刑事政策의 꽃” 또는 “刑事政策의 호프” 라고 일컬어져 온 保護觀察이 독립된 법제도로써 확립되어 그 운영이 체계화 되면서 일반적으로 다음과 같은 가치를 지닌다고 평가되고 있다.

- ① 과잉구금에서 올 수 있는 시설내 처우의 폐단을 제거하고,
- ② 犯罪人이 일반사회와 정상적 관계를 유지함으로써 보다 용이하게 犯罪性を 矯正할 수 있고 또 犯罪人이라는 낙인(Stigma)이 찍히지 않음으로써 그는 일반사회로부터 소외되지 않는다. 이것은 그의 社會復歸를 보다 용이하게 해 준다.
- ③ 사회의 재정적 코스트가 절약된다. 犯罪人의 비생산성과 가족 부양에 소모되는 비용을 고려하면 더욱 그러하다.
- ④ 保護觀察活動을 덧붙이게 되므로 執行猶豫와 宣告猶豫를 안심하고 할 수 있고 또 그 수를 증가시킬 수 있다.
- ⑤ 財政的·人的 코스트를 절감함으로써 그 여유를 시설내 처우의 개선에 집중시킬 수 있다.
- ⑥ 법원이나 檢事의 입장에서 보면 犯罪人은 有罪판결을 받지는 않지만 결국 감독사항 위반이나 再犯으로 인하여 刑罰에 복종케 할 수도 있으므로 刑罰의 효과를 기할 수 있다.
- ⑦ 保護觀察의 효과에 관한 추적조사나 실증적 연구의 결과는 일치하지

는 않지만 재범율이 감소된다고 보고하고 있다.¹³⁵⁾

2. 問題點과 改善方案

1) 問題點

保護觀察이 독립된 법제도로써 확립되어 그 체계적 운영이 기대되기에 이르렀으나 현단계에서는 少年만을 대상으로 하고 있어 제도적으로 미흡한 실정이다.

1989년 社會保護法 개정시 동법 제42조의 2를 신설하여 동법상의 保安觀察 對象者에 대한 담당자의 직무는 保護觀察法上的 保護觀察官 및 保護委員이 담당하도록 함으로써 일부 특수한 成年犯罪人만을 保護觀察 대상자로 흡수한 것은 우리나라의 成年犯罪가 전체 犯罪 발생건수의 90%가 넘는다¹³⁶⁾는 사실을 감안할 때 다행스러운 일이나 현행 保護觀察法上 保護觀察對象者는 소년에 국한되어 있어 保護觀察制度 실시의 根本目的이 犯罪者의 再犯防止와 함께 건전한 시민으로 自立更生하도록 하는 데 있으므로 일반 成年犯罪까지의 保護觀察對象者 확대가 불가피한 사실이라고 생각된다.

保護觀察은 사람을 다루는 사람과 사람과의 全人格的인 對面關係라고 볼 때 科學的 技法 만으로 그 효과를 거둘 수 있는 것은 아니다. 서로의 信賴와 敬意에 찬 정서적 측면이 處遇效果를 좌우하는 요소라고 볼 때에는 인생 경험이 있고 봉사정신이 풍부한 人格者에 의한 保護觀察도 높이 평가하여야 할 것이다. 그러나 保護委員은 科學性·專門性을 갖추지 못하고 명예직으로

135) Sanford H. Kadish, *Crime and Justice*, 1983, p.1258: 보호관찰제도를 시행한 이후 1992. 12. 31.까지 소년범법자를 지도·원호한 결과 재범자는 9.1%에 불과하였다(文化體育部, 「青少年白書」, 1993, p. 488).

136) 法務研修院, 前掲書, p.95.

서 넓은 활동이 기대되지 않는다 든가 호의적이긴 하지만 人權侵害的 脫線 行爲가 있을 수 있다는 우려도 있다.

또한 保護觀察은 被觀察者의 改善·更生의 목적을 달성하기 위하여 그를 指導하고 援護하는 활동을 내용으로 하고 있는 데 여기에서의 指導(제38조)는 對象者로 하여금 그 遵守事項(제37조)을 지키도록 하는 제활동으로서 被觀察者가 遵守事項을 위반하였을 때에는 시설내 수용이라는 엄격한 조치를 받게할 수 있도록 하고 있어(제43조, 제44조) 權威的·指示的 측면이 강조되고 있다.¹³⁷⁾

2) 改善方案

① 保護觀察附 宣告猶豫·執行猶豫 및 保護觀察附 假釋放 등을 決定함에 있어서 決定機關의 재량권 행사가 不正義·不平等하다든가 衡平觀念에 반한다는 의식을 조성하지 않도록 하여야 한다. 宣告猶豫, 執行猶豫, 假釋放 등의 결정자체에도 法定條件 외에는 客觀的·類型的 사유가 결여되기 쉬운 데 거기다가 保護觀察의 宣告를 하는 것과 하지 않는 것을 선택함에 있어서 합리성의 보장이 가장 중요하다.

保護觀察制度를 운영함에 있어서 그 제도가 발달된 英·美의 발전과정¹³⁸⁾을 면밀히 연구·검토하여 그 활용도를 높이면서 부작용을 제거해 나가도록 노력하여야 할 것이다. 그러기 위해서는 保護觀察의 決定에서부터 법의 적정절차의 보장, 법원과 觀察審査委員會의 決定의 公正性·客觀性·衡平性·위원회 사이의 均衡性을 보장토록 하여야 한다. 또한 이를 위해서는 공통 지침의 작성, 相關기관과의 협의회·연수회의 개최 등이 바람직하다.

法の 適正節次 保障面에서 결정의 근거 자료를 열람하여 다룰 수 있는

137) 李武雄, 前掲書, p.199.

138) 본 논문 pp.85-89 참조.

기회를 제공하고, 假釋放·假退院의 決定 및 그 취소 등의 과정에 신청자에게 聽聞의 기회를 제공하고, 決定이 거부된 경우에는 그 이유를 고지해 주며 또한 決定에 불복이 있는 경우에는 訴願 등의 구제방법도 고려해야 할 것이다. 왜냐하면 공정한 決定에서 부터 保護觀察의 성패여부는 좌우되기 때문이다.

② 공공의 보호를 위해서는 收容處遇에 의하여만 矯正될 수 있는 경우를 제외하고는 다소의 再犯 危險性이 있더라도 적절한 保護觀察에 의하여 그것을 해소할 수 있으리라는 판단이 서는 경우에는 保護觀察에 처하도록 함이 바람직하다 할 것이다. 再犯 可能性이 없으면 觀察에 회부할 필요가 없기 때문이다.

③ 保護觀察은 保護觀察機關도 있지만 직접 觀察을 담당하는 자는 관찰 대상자의 거주지를 관할하는 保護觀察所 소속의 保護觀察官과 그를 보조하는 保護委員이다. 따라서 保護觀察制度의 성패는 觀察者와 對象者와의 人間關係에 있기 때문에 그 觀察擔當者의 우열에 달려 있다고 해도 과언이 아니다.

효과적인 保護觀察을 위해서는 觀察擔當者와 保護觀察處分對象者 간의 깊은 이해와 신뢰성을 바탕으로 한 價値意識의 共有를 필요로 한다. 그러기 위해서 觀察擔當者는 일정한 법정자격¹³⁹⁾을 갖추어야 할 뿐만 아니라 少年問題에 대한 의식이 확고하고 책임감과 열의를 구비하여야 한다. 우리의 경우 保護觀察官은 國家公務員으로서 刑事政策이나 社會學 등의 行態科學의 專門的 知識을 바탕으로 그 역할이 기대되고 있다. 그러나 保護委

139) 미국의 보호관찰관은 사회과학을 전공한 대학졸업자 또는 대학원 졸업자들로 충원되는 경향이지만 교육적으로 훈련된 지원자가 없는 경우에는 학위 없는 지방자를 고용하는 수도 있다(Kadish, op. cit., p.1257).

員은 그 지역성·민간성·친밀성 등에 의하여 지역사회에서 덕망과 신망이 있는 각계인사로 위촉되며 명예직으로서 과학성·전문성을 갖추지 못하고 있다. 保護觀察의 효율적 업무수행을 위해서는 保護觀察對象者의 생활현장에서 직접 保護觀察을 실시하는 保護委員의 역할은 대단히 중요한 것이다. 따라서 保護委員은 신중한 선발과 교육훈련을 통하여 職務의 專門性을 함양하도록 하여야 하겠다.

第 4 節 保安觀察法上的 保安觀察處分

1. 社會安全法の 代替法으로서 保安觀察法

1975년의 社會安全法과 비교하여 볼 때 保安觀察法에 대하여 긍정적인 평가를 내릴 수 있는 것은 무엇보다도 처분 목록을 한정시켜 住居制限處分과 保安觀察處分을 삭제시킨 점이다. 舊 社會安全法에 의한 保安處分 내용은 刑事的 制裁임이 명백하고, 헌법상의 거주이전의 자유와 법관의 영장에 의한 身體拘禁을 내용으로 하는 基本權(헌법 제12조, 제14조)을 침해하는 制裁이면서도 법원의 司法處分에 의하지 아니하고 檢事의 請求(구 사회안전법 제12조)에 의해 법무부 산하의 保護處分審査委員會(같은 법 제15조)의 의결을 거쳐 법무부장관이 決定하므로(같은 법 제 17조) 이는 분명한 헌법위반이라고 아니할 수 없었다.¹⁴⁰⁾

또한 思想犯에 대한 保安觀察은 단순한 再犯豫防의 측면보다는 思想을 監視하고 干涉한다는 점에서 국민의 良心 自由權(헌법 제19조)에 대한 중대한 침해가 된다. 이것은 免除決定의 요건으로 되어 있는 준법정신의 확립(보안관찰법 제11조 1항 1호)에서 명백하다. 따라서 保安觀察法은 舊

140) 金日秀, 「韓國刑法 II」, p. 773.

社會安全法이 가지고 있던 反人權的 요소를 그대로 유지하고 있는 것으로 볼 수 있어 保安觀察處分은 保安處分으로 정당화될 수 없어 폐지되어야 한다는 견해¹⁴¹⁾도 있다.

2. 問題點과 改善方案

1) 司法處分으로서의 保安觀察處分

① 위에서 살펴본 바와 같이 保安觀察處分은 종래의 社會安全法上的의 保護觀察處分에 해당하는 것으로서 그 내용에 있어서는 社會安全法上的의 保護觀察處分, 즉 처분대상자의 신고의무(社會保護法 제29조, 保安觀察法 제6조)와 社會保護法 제11조의 保護觀察의 내용과 保安觀察法 제19조의 保安觀察의 내용에 있어서 자유제한적 처분이라는 점에서 保安觀察處分을 司法的 처분인 保安處分으로 이해할 수 있다. 保安觀察法은 제1조의 목적에서 “再犯 危險性의 豫防”을 명시하고 있고, 제4조에서 保安觀察處分은 保安觀察 해당 犯罪를 다시 범할 危險性이 있다고 인정되는 때에 재범의 방지를 위하여 내려지는 處分임을 분명히 하고 있어 이를 뒷받침해 주고 있다. 또한 保安觀察處分도 違法하고 책임있는 犯罪行爲를 전제로 한다는 점에서 司法處分이다.¹⁴²⁾

② 그럼에도 불구하고 현행 保安觀察法은 保安觀察處分의 요건과 처분결정 등 保安觀察處分審査委員會의 의결을 거쳐 법무부장관이 내리는 행정처분으로 규율하고 있다.

141) 裴鍾大, 前掲書, p. 665; 이항용, “우리나라 保安處分制度에 관한 研究”, 碩士學位 論文, 漢陽大學校 行政大學院, 1991, pp. 53-54.

142) 河泰勳, 前掲論文, p. 107.

첫째, 保安處分은 違法行爲의 존재와 그 위법행위로부터 예측할 수 있는 再犯의 危險性을 필수적 요건으로 하고 있으나, 保安觀察法上的의 保安觀察處分은 罪를 범할 危險性을 새로 범한 犯罪로부터가 아니라 그 해당 犯罪를 범한 사실이 있다는 것으로부터 판단하기 때문에 다른 保安處分法上的의 保安處分과 그 요건을 달리하고 있다.¹⁴³⁾ 따라서 保安觀察處分은 誤用으로 인한 人權侵害의 가능성이 크다고 볼 수 있어 罪를 범할 危險性의 판단도 법원에 의하는 것이 아니라 법무부장관에 의한다는 점을 고려할 때 더욱 그러하다.

둘째, 保安觀察法上的의 保安觀察處分은 처분과 기간 갱신 여부 등에 관해서 법무부장관이 결정하도록 하고 있다(제14조 1항, 제16조 1항).

셋째, 법무부장관의 결정을 받은 자가 그 결정에 異意가 있을 때에는 행정소송으로 소를 제기할 수 있도록 하고 있다(제23조 이하).

2) 自由制限的 處分の 司法的 節次要求

이상에서 살펴본 바와 같이 현행 保安觀察法上的의 保安觀察處分이 再犯의 危險性이 인정되는 때에 再犯의 防止를 위하여 내려지는 처분임에 비추어 볼 때, 社會保護法上的의 保安處分과 다를 바 없고 특히 동법의 保護觀察處分의 내용과 유사하다 하겠다.

保安觀察法은 그 처분의 내용과 목적에 비추어 볼 때 분명히 刑罰 이외의 刑事制裁인 保安處分이므로 保安處分의 宣告절차 뿐만 아니라, 宣告내용을 변경하는 절차도 당연히 司法節次에 의하여야 한다.¹⁴⁴⁾

143) 金日秀, 「刑法總論」, p.741.

144) 沈在宇, 前掲論文, p.74; 沈在宇, “刑罰과 保安處分”, 「考試研究」, 1988. 4, p.46 이하.

第 5 節 少年法上の 保護處分

1. 少年保護處分の 實態

現行 少年法上 保護處分은 보호자 등 위탁(1호), 단기보호관찰(2호), 보호관찰(3호), 아동복지시설 등 위탁(4호), 병원·요양소위탁(5호), 단기 소년원 송치(6호), 소년원 송치(7호) 등의 7가지의 처분이 있으나 실무상 5호처분의 활용에는 거의 없는 실정이고 1호, 2호, 3호처분에 한정되고 있다.

1988. 12. 31. 少年法 개정 이후 少年保護事件의 處分實態를 보면 1989년에는 전체 19,516명중 1호처분은 9,053명으로 46%, 2호, 3호처분은 6,992명으로 36%이었으나, 1992년에는 少年保護事件의 전체 20,833명으로 6% 증가한데 비해 1호처분은 3,967명으로 16% 감소하였으나 2호, 3호의 保護觀察處分은 13,385명으로 109%나 증가율을 보였고, 全體 保護事件에서의 차지하는 비율은 64.2%를 나타내고 있다.¹⁴⁵⁾

또한 1989년부터 1992. 12. 31. 까지의 총 47,013명의 少年犯法者를 保護觀察에 의해 指導·援護한 결과 再犯者는 9.1%인 4,268명에 불과하여 그 성과가 상당한 것으로 나타나고 있으며 社會奉仕命令 및 受講命令을 병행 실시하여 건전한 시민정신을 함양하는 등 착실한 실적을 거두어 왔다.¹⁴⁶⁾

그러나 현재 保護觀察對象者 수에 비해 保護觀察官의 수가 현저히 부족하고, 病疾있는 非行少年을 치료하기 위한 시설의 미비와 監護費用 부담 규정이 마련되어 있지 못하는 등 효율적인 운영이 되지 못하고 있는 실정이다.

145) 法務研修院, 前掲書, p. 205.

146) 文化體育部, 前掲書, p. 488.

2. 問題點과 改善方案

현행법하에서 保護處分은 거의 1호 처분(보호자 등 감호처분)과 2호, 3호 처분(보호관찰)에 한정되어 있고 矯正處分을 행할 수용시설이 미비할 뿐만 아니라, 전문적인 矯正要員의 부족으로 개별 소년의 특성에 따른 적절한 처우를 행하기 어려운 형편에 있다.¹⁴⁷⁾ 또한 소년부 판사가 6호, 7호 처분, 즉 少年院 送致를 결정하는 경우에 少年保護의 취지에서 위탁기간을 특정하지 않는 것은 타당하다고 할 수 있으나, 그 결과 소년원 送致處分을 기피하거나 좌절감을 느끼게 되고 처우과정이 경직화되는 폐단이 있다.

따라서 소년의 특성에 따른 다양한 保護處分을 신설하여 효과적으로 실시할 수 있도록 할 필요가 있는 데¹⁴⁸⁾ 이를 위해서는 少年保護處分이 少年의 건전한 育성과 保護라는 이념 아래,

먼저, 非行少年에 대한 철저한 調査 分類와 그에 상응한 個別的이고 科學的인 處遇가 되도록 하고,

둘째, 非行성과 要保護性의 정도에 따라 自願保護者 위탁처분을 활성화하여 非行少年의 성공적인 社會復歸에 민간 참여 확대 기회를 갖도록 하며,

셋째, 保護觀察制度가 保護觀察官의 과다한 업무량 등의 이유로 아직까지 효율적으로 운영되지 못하고 있음에도 불구하고 保護觀察處分을 받은

147) 현재 5호 처분을 하기 위한 특별히 마련된 시설이 전무한 형편이고, 따라서 수용처분으로서는 6호, 7호 처분만이 활용되고 있으며, 이를 위하여 전국에 서울, 대구, 부산, 광주, 안양, 춘천, 대전, 충주, 전주, 청주, 제주 등 11개 소년원이 설치되어 있고 소년원 직원 711명중 교원자격 소지자는 269명이다(靑少年白書, 1993, p. 489).

148) 이 점에 관하여는 西原春夫, “保護處分의 多樣化”, 「少年改正法」, 成文堂, 1971, pp. 251-260 참조.

비행소년이 긍정적으로 나타난 사실¹⁴⁹⁾을 감안할 때 保護觀察所를 가능한 많은 지역에 설치하고 保護委員 등 社會資源을 적극 활용하여 非行少年이 효율적으로 保護觀察될 수 있어야 할 것이다.

넷째, 위탁시설에 대한 충분한 지원을 통해서 시설수준을 향상시키고 非行少年의 필요에 상응한 다양한 처우 프로그램을 개발하고 이를 위한 우수 전문인력을 확보하여 수용위주의 위탁에서 나아가 명실공히 보다 사회적인 처분이 될 수 있도록 해야 할 것이다.

다섯째, 諸非行에 대한 준형벌적인 무거운 保護處分을 통한 犯罪抑制와 시설수용에 따른 부정적 폐해를 고려하여 少年院 送致를 제도적으로 장·단기로 나누기 보다는 少年院 送致期間을 과거와 같이 一元化하고 少年의 非行에 대해 科學的으로 調査·分類하여 다양한 종류와 기능을 가진 專門化된 少年院에서 處遇하여 이들의 改善 정도에 따라 가퇴원시켜 保護觀察을 받도록 하는 것이 좋을 것 같다.¹⁵⁰⁾



149) 본 논문 p.108 참조: 李潤鎭, 「少年保護處分の 效果分析」, 한국형사정책연구원, 1991, p.88.

150) 李潤鎭, 上揭書, pp.105-107.

第 6 章 結 論

이상에서 保安處分에 관한 일반적 이론과 우리나라의 保安處分制度의 실태와 여러 가지 問題點 및 改善方案에 대하여 고찰하였다.

이미 살펴본 바와 같이 오늘날 서구제국을 비롯한 세계 각국의 刑法들은 犯罪人의 社會復歸를 효율적으로 달성하기 위하여 刑法上의 制裁 또는 法的 效果를 合目的的·合理的으로 재판성하는 데 그 특징이 있고 이러한 노력의 하나로 西歐 刑法學에서는 刑罰編에서 保安處分의 個別化의 이념 아래 실정에 알맞은 최선의 방법을 찾기에 힘쓰고 있다. 그러나 우리나라에서는 保安處分制度가 아직까지 刑法典에 편입되지 않고 몇몇 特別法에 의존하고 있는 실정이다.

刑罰은 이미 저질러진 犯罪事實에 대한 應報的 措置로서 사회내에서의 犯罪의 일반예방효과를 최대한 증진시키는 것을 기본 목표로 하는 것임에 반하여 保安處分은 이미 저질러진 犯罪事實과는 관계없이 장래의 犯罪危險性에 대응해서 防衛的인 예방조치로 本人 個個人의 犯罪行爲로부터 社會를 防衛하고자 하는 것을 기본 목표로 하고 있다. 그러나 國家社會를 운영하고 社會內의 法秩序를 확립하고자 함에 있어서 팽배된 個人主義的 責任論이나 應報的 刑罰概念이 현실적으로 犯罪豫防 및 鎮壓에 있어서 그 한계를 보이고 있기 때문에, 犯罪放過의 대책을 강구하는 刑事政策上 필수적인 제도로 刑罰이외에 保安處分制度의 必要性이 인정되어 대다수의 國家는 이를 채택하고 있는 것이다.

이와같이 保安處分制度가 必要性和 그 正當性이 인정된다고 하더라도 合目的性에 의한 효율성의 추구에 급급한 나머지 濫用되거나 誤用되어서는 안되므로 保安處分은 구체적으로 대상자에게 宣告·適用함에 있어서는 그 처분의 正當性, 즉 그 宣告의 구체적 타당성이 담보되어야 할 엄격한 제약

으로서 法治國家原理의 支配, 현저한 危險性의 存在, 일반인을 위한 社會保護의 요청과 犯罪人을 위한 個人保護의 요청이 고려되는 均衡比例의 原則이라는 要件이 具備되어야 하는 것이다.

아래에서는 지금까지 살펴 본 현행 우리나라의 保安處分制度의 問題點과 改善方案에서 중요한 점만 要約한다.

첫째, 社會保護法 적용 保護觀察對象者는 주로 常習累犯者 또는 心身障礙者 등인 점을 감안할 때 이들은 再犯 우려가 높고 사회적응능력의 결여로 자립생활이 어려운 자들이므로 保護觀察法 적용 保護觀察對象者보다 오히려 指導 및 援護 측면의 保護觀察이 더욱 실질하게 요청되는 자들이라고 할 수 있다. 그러나 현실적인 법체계상 이들에 대한 保護觀察은 指導監督에 관한 사항은 社會保護法이 적용되고, 援護的 측면의 直接保護는 更生保護法이 적용되며, 保護觀察擔當者는 保護觀察法上的 保護觀察官과 保護委員으로 되어 있어 적극적인 援護가 어려운 형편이다. 따라서 更生保護法上的 保護觀察官의 直接保護로 개정할 필요가 있다고 본다.

둘째, 比例性의 原則에 부합되어야 한다. 自由制限的, 自由剝脫的인 수단으로 基本權을 침해하는 保安處分은 그로 인해 침해된 個人的 法益과 그 處分으로 얻어지는 社會保護 사이에 比例關係가 있어야만 정당화될 수 있다는 점은 法治國家의 原則上 당연히 인정되어야 하고 이에 따라 比例性의 요구는 立法과 해석원리로서 채용되어야 한다. 예를 들어 刑執行후 保護監護施設 수용전의 危險性의 재심사 필요성, 治療監護處分의 상한기간 설정 등의 規程 등은 개정해야 할 것이다.

셋째, 현행 保安觀察法은 保安觀察處分의 要件과 處分決定 그리고 이에 대한 異議方法에 있어서 行政處分으로 규율하고 있다. 刑事制裁 수단인 保安處分은 처분의 宣告뿐만 아니라 宣告의 내용을 변경하는 決定도 법원의 裁判에 의하여야 한다. 이와 같이 처분의 宣告와 釋放 등의 決定을 적

법한 司法節次에 맡김으로써 憲法上·刑事訴訟法上的 司法的 基本權이 被處分者에게 보장될 수 있을 것이다.

넷째, 被保護監護者, 被治療監護者에 대한 가출소 여부 등의 심사도 社會保護委員會가 아니라 법원이 행해져야 한다. 가출소여부 등의 심사를 社會保護委員會에서 행하는 것은 憲法上 保障된 법관에 의한 재판을 받을 權利(제27조 1항)에도 어긋나기 때문이다. 保安處分의 前提條件으로 하고 있는 再犯의 危險性의 판단은 保護處分 宣告時에 재판했던 법원이 被保護處分者에 대해서 더 잘 알고 있다는 점을 고려할 때 社會保護委員會보다 합리적일 수 있다는 관점에서 당해 법원이 하여야 할 것이다.

다섯째, 保護觀察制度의 성패는 그 觀察擔當者의 우열에 달려 있다고 해도 과언이 아니다. 따라서 효율적인 保護觀察을 실시하기 위해서는 전문적인 保護觀察官을 필요로 하게 된다. 이를 위한 保護觀察官의 선발은 일정한 國家試驗(관찰관 자격시험)制度를 두어 이에 합격한 자 중에서 책임감과 열의를 구비한 자로 선정함이 바람직하다 하겠다.

끝으로 우리나라의 保安處分制度는 法規程이나 運用의 實際에 있어서 매우 미흡한 실정이다. 따라서 特別法으로 산만하게 흩어져 있는 각종 保安處分을 하나의 保安處分法으로 개정하고 保安處分 담당 人力의 專門性 확보와 불충분한 處遇施設의 擴充으로 被處分者들의 실질적인 治療·改善 및 원활한 指導·教化·保護를 통해 社會復歸의 목적을 달성할 수 있을 때, 犯罪의 豫防 또는 鎮壓을 目的으로 하는 保安處分制度가 그 本來的 機能을 다 할 수 있을 것이다.

參 考 文 獻

1. 國內文獻

- 權仁鎬, 「行刑史」, 國民書館, 1973.
- 金洪春, 「刑法改正試論」, 博英社, 1984.
- 金日秀, 「韓國刑法 II」, 博英社, 1992.
- 金日秀, 「刑法總論」, 博英社, 1990.
- 文化體育部, 「青少年白書」, 文化體育部, 1993.
- 朴道享·金鎔宇, 「行刑法學」, 國民書館, 1971.
- 朴相基, 「刑法總論」, 法文社, 1994.
- 裴鍾大, 「刑法總論」, 弘文社, 1993.
- 法務部, 「社會保護法 業務處理指針」, 法務部, 1981.
- 法務研修院, 「犯罪白書」, 1993.
- 李武雄, 「保護觀察制度論」, 圖書出版 豐南, 1992.
- 李在祥, 「保安處分の 研究」, 法文社, 1978.
- 李在祥, 「社會保護法論」, 經文社, 1981.
- 李泰彦, 「保護觀察法論」, 螢雪出版社, 1990.
- 李炯國, 「刑法總論研究 II」, 法文社, 1985.
- 鄭盛根, 「刑法總論」, 法文社, 1990.
- 鄭榮錫, 「刑事政策」, 法文社, 1993.
- 陳癸鎬, 「刑法總論」, 大旺社, 1984.
- 강지원, “사회봉사명령·수감명령의 효율적 시행방안”, 「青少年犯罪研究」 제8집, 법무부, 1990.
- 金秀吉, “保安處分制度에 관한 研究”, 「社會發展研究」 제2집, 濟州大學校

- 社會科學大學 社會發展研究所, 1986.
- 金秀吉, “保護觀察制度에 관한 研究”, 「論文集」 제26집, 濟州大學校, 1988.
- 金然相, “韓國青少年犯罪의 實態와 對策”, 碩士學位論文, 忠南大學校 大學院, 1993.
- 金永泰, “保安處分의 理論”, 「論文集」 제15집, 釜山大學校, 1973.
- 金鍾原, “少年犯罪에 대한 矯正의 現況·問題點 및 改善方案”, 「論說集」 제5집, 法務諮問委員會, 1981.
- 金喜洙, “現代刑事學에 있어서의 保安處分의 意義”, 「金鍾壽 博士 回甲 祝賀 論文集」, 韓國刑事法學會, 1979.
- 閔健植, “各國 保護觀察制度의 比較 研究”, 「海外派遣檢事 研究論文集」 제3집, 法務部, 1981.
- 朴英洙, “韓國少年保護觀察制度의 運營實態 및 運營上 問題點”, 「青少年犯罪 研究」, 法務部, 1991.
- 朴在允, “保安處分”, 「刑事法講座 II」, 韓國刑事法學會(編), 博英社, 1984.
- 朴在允, “우리나라 保安處分制度의 改善方向”, 「法政論叢」 제5집, 國民大學校, 1982.
- 裴鍾大, “現行 保安處分法의 改善點”, 「성곡논총」 제18집, 1987.
- 徐巨錫, “現行 保安處分制度의 問題點과 改善方案에 관한 考察”, 「論文集」 30집, 全北大學校, 1988.
- 沈在宇, “保安處分의 限界”, 「考試研究」, 1985.
- 沈在宇, “保安處分制度에 관한 考察”, 「法學論集」 제22집, 高麗大學校, 1984.
- 沈在宇, “刑罰과 保安處分”, 「考試研究」, 1988.
- 오신남, “少年犯에 대한 保護處分의 研究”, 家庭法院事件의 諸問題, 法院行政處, 1983.

- 吳亨燮, “保安處分制度의 改善方向에 관한 研究”, 碩士學位論文, 延世大學 行政大學院, 1988.
- 柳寅鶴, “韓國更生保護制度의 問題點에 관한 考察”, 「論文集」 제8집, 漢陽大學校, 1974.
- 李昇鎬, “우리나라의 保安處分類 制裁體系에 대한 批判的 檢討”, 博士學位 論文, 서울대학교 대학원, 1991.
- 이시균, “短期少年院 送致制度의 效率의 施行方案”, 「青少年犯罪研究」 제8 集, 法務部, 1990.
- 李潤鎬, “保護觀察의 合理的 運營을 위한 提言(上)”, 「矯正」通卷 158 호, 1989.
- 李潤鎬, 「少年保護處分の 效果分析」, 韓國刑事政策研究院, 1991.
- 李在祥, “西獨의 保護觀察制度”, 「少年保護觀察制度 資料研究」 제5집, 法 務部.
- 이항국, 「刑事總論研究 II」, 法文社, 1985.
- 이항용, “우리나라 保安處分制度에 관한 研究”, 碩士學位論文, 漢陽大學校 行政大學院, 1991.
- 조대현, “少年院 送致處분에 관한 研究”, 「青少年 犯罪研究」 4集, 法務 部, 1986.
- 車鏞碩, “保護觀察의 諸問題(上)”, 「考試研究」, 1990. 2.
- 崔炳山, “保安處分制度에 관한 研究”, 碩士學位論文, 忠南大學校 大學院, 1990.
- 河泰勳, “現行 保安處分制度의 問題點과 改善方案”, 「刑事政策」 5號, 韓國 刑事政策學會, 1990.
- 홍경호, “法院과 少年保護團體와의 協力”, 「青少年犯罪研究」 2集, 法務部, 1986.

2. 外國文獻

- 菊田幸一, 「保護觀察の理論」, 有信堂, 1969.
- 宮澤活一, “外國의 保安處分-西歐”, 「刑事政策講座」 제3권, 1972.
- 木林龜二, 「刑法總論」, 有斐閣, 1978.
- 森下忠, “刑罰と 保安處分との 關係”, 「刑事政策의 現代的 課題」, 有斐閣, 1977.
- 森下忠, 「刑事政策 II」, 成文堂, 1985.
- 西原春夫, “保安處分의 多樣化”, 「少年改正法」, 成文堂, 1971.
- 西原春夫, 「刑法總論」, 成文堂, 1983.
- 小川太郎, 「自由刑の展開」, 一粒社, 1964.
- 安平政吉, 「保安處分の理論」, 酒井書店, 1970.
- 原田植一, “英國의 保護觀察制度 概要”, 「犯罪와 非行」, 1974. 8, No.1.
- P.F. Cromwell, Jr., G.G. Killinger, H.B. Kerper & C.Walker, Probation and parole in the Criminal Justice System, 2nd ed., New York West Publishing Co., 1985.
- Deltler von Bülow, Geschichte und Ziele der Strafrechtsreform, Bulletin Nr.151, S.1518.
- David Dressler, Practice and Theory of Probation and Parole, 2nd ed., Columbia Univ. press, 1967.
- Horn, Systematischer Kommentar, S.441.
- H.Jescheck, Die Kriminalpolitische Konzeption des Alternativ Entwinfs, ZStw 80, 1968.

- H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, At. 3, Aufl., Berlin, 1978.
- K. Lackner, Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit, in Göppinger-Witter, Handbuch der forensischen Psychiatrie, Tübingen, 1972.
- H. Marquardt, Dogmatische und Kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Massregel, Berlin, 1972.
- H. Mayer, P. Noll, Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts, in Festschrift für, 1966.
- H. Mayer, Strafrechtsreform für heute und morgen, Berlin, 1962.
- Maurach, Die Kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, Verhandlungen des 43 Djt.
- Samford H. Kadish, Crime and Justice, 1983.
- Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 18 Aufl., München, 1976.
- Stratenwerth, Zur Rechtsstaatlichkeit Freiheitsentziehender Massnahmen, SchwZStr. 83, 337.
- E.H. Sutherland and D.R. Cressey, Principle of Criminology, 10th ed., New York: J.B. Lippincott Co., 1978.
- U.N. Department of Social Affairs, Probation and Related Measure, U.N., New York, 1967.
- The President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, Task Force Report on Correction, Washington Government Printing Office, 1967.

Summary

A STUDY ON POINTS AT ISSUES AND REFORM MEANS
OF SECURITY MEASURE SYSTEM IN KOREA

Jung, Goon-Sub

Graduate School of Public Administration,

Cheju National University

Cheju, Korea

(Supervised by Professor kim, Soo-Gil)

The Security measure systems is aimed at preservation of public order and correction of the dangerous criminals in the case of the punishment(Strafe) has failed to perform the ultimate goal of the criminal law.

In Korea, the security measure system was introduced when new-born 'protection of society Act' in Dec. 18, 1980 has adapted.

The constitution provides that "no person shall be... placed under the security measure system except as provided by law"(Cons. 12, 1).

But the Constitution has no provision of methods, characteristics, limits, and application of judicial process.

The constitution delegates these provisions to sub-laws.

But such sub-laws are diverse, therefore the kinds of the security measure system are numerous, the methods and agencies of the operation are multilateral, from which some problems are derived. Therefore, this thesis aims to review the security measure system in Korea, and to suggests some reform means.

The results of this study are as follows.

1. As a kind of security measure, 'probation' for toxic offenders such as dangerous recidivist and criminally insane person should be based on Rehabilitative - Protection Act instead of based on Social - Protection Act.
2. For legitimation of the security measure system, the proportional principle should be accepted.
3. According to the application of judicial process and the expansion of better treatment, the essence of civil rights for offenders should be assured.
4. According as probation officers are to be trained specially and selection measures of officers are to be prepared professionally, professional agency in this field should be ensured.
5. Yet the kinds of security measure are still scattered in all the criminal fields and the special law in our country.

Hence, their integration into a sanction is should be

leaded.

Conclusively, we have to our best endeavors for the natural functionings of the security measure system by the achivement of the rehabillitation, the ultimate goal of the security measure system. Also, the most importants of the all are the preperations of the professionals and the expension of the better treatment.

