

## 형법개정과 상습누범\* : 위험한 성범죄인에 대한 보호감호제도의 재도입에 관한 논의\*\*

송 문 호\*\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

상습범과 누범은 아주 오래전부터 형사법과 범죄학의 중요한 관심대상이었으며 아직도 풀리지 않고 끊임없이 이어지는 문제로 남아있다. 특히 근래 아동성범죄와 관련하여 논의되는 각종 대책과 그 한계들은 형법이론적으로 요약하면 책임원칙에 따른 형벌의 한계를 드러내주고 있는 문제들이다. 특정범죄에 대해서만 책임감경을 허용하지 않는다는든가, 형벌을 과도하게 늘리는 것은 감정적으로는 동의하지만 이론적으로는 모순이 있다. 사회적인 반향이 클 때마다 개개의 특정범죄들을 계속하여 따로 손질해야하는 도미노현상을 야기하기 때문이며 또 그래왔다. 일시적인 동기에 의한 극단적인 중형·엄벌주의 특별입법은 실제적·과학적 근거와 깊은 고뇌 없이 사회적으로 물의를 빚는 불행한 사건이 발생할 때마다 우발적으로 입법되어 왔다. 그 누적된 피해는 매우 다양하지만, 특히 요즘 논의되고 있는 합리적 양형기준의 대강도 정하기 어려울만큼 혼선을 빚는 결과를 가져왔다.

또한 현재 성범죄 대책으로 논의되고 있는 모든 아이디어와 제도들은 근본적으로는 책임원칙의 한계를 드러내고 있으며 합리적 예방에는 한계가 있다. 이미 범죄가 발생한 후, 사후관리를 엄격하게 한다는 대책은 과거지향적인 사후적 대책으로 책임과 형벌원칙에 의해 대부분 사후약방문이 될 것이며 소아기호중 등 뇌질환 범죄인은 화학적 물리적 거세 후에도 그의 기본성향으로 인해 다른 도구를 사용해 추가범행을 저지를 가능성이 높은 것이다.

이러한 문제에 직면하여 기존의 형사재제체제가 제대로 기능하지 않고 있다는 회의 즉 책임형벌의 전통적인 체계의 예방적 효과에 대한 회의에서뿐만 아니라 증대되는 피해자에 대한 관심, 폭넓게 분산된 범죄인에 대한 처우조치들에 소요되는 비용의 증대, 재정적인 압박, 보다 강한 형벌에 대한 사회의 요구 등을 감안한다면 2000년 이후 독일에서 많은 논란을 딛고 강하게 활성화된 보안감호제도와 사회치료제도를 우리도 재고해볼 필요가 있다고 판단된다.

우리형법개정작업에 있어 상습범, 누범규정의 존폐론 여부와 관련하여 종래에 있어왔던 이론적 정당성에 관한 논쟁보다 그들의 실체를 인정하고 우리가 이미 폐지한 보호감호제도의 재도입 여부를 검토한다.

❖ 주제어 : 상습범, 누범, 성범죄, 보호감호, 사회치료

## I. 머리말

상습범과 누범은 아주 오래전부터 형사법과 범죄학의 중요한 관심대상이었고 아직도 풀리지 않고 끊임없이 이어지는 문제로 남아있다. 특히 최근 우리형법개정논의에서도 IMF시대 도래 이후 경기회복이 미처 되지 않은 상태에서 2001년경부터 또다시 장기적인 경기침체를 맞으면서 날로 심각해져 가고 있는 강력범죄에<sup>1)</sup> 효과적으로 대처하기 위해 부심하고 있으며 역시 그 중요한 관심영역은 상습범과 누범이다. 그러나 이 문제는 그 역사가 오래된 만큼 반복적인 이론논쟁이 예상되고 결국 입법자의 선택의 몫으로 남는다는 것도 이전과 크게 다른 점이 없다.

그러나 종래의 행위형법이나 행위자형법에 대한 입장대립이나 논쟁은 현재는 위험사회에 대한 형사법의 대응방식으로 논의의 중심이 옮겨가 형사법의 패러다임이 전환되어 가고 있다. 위험형법의 범주에는 사회의 산업구조의 변화로 인한 직접적인 위험뿐만 아니라 사회 안에 내재하고 있는 실질적이면서도 전통적인 위험 즉, 사람의 생명, 신체나 자유에 대한 심각한 위험이 이에 포함되지 않는다고 말할 수는 없다. 지식정보산업사회로 발전되어가며 자아가 대량매몰될 위험과 양극화위험이 커가는 현대사회는 오히려 이러한 위험요소들로 인한 매우 위험한 범죄인에 대한 개별예방적 필요는 이전보다 훨씬 더 증가했다고 말할 수 있다. 그 예들로서 언론에서 주기적으로 문제되고 있는 연쇄살인, 문지마 범죄, 아동성범죄 등 인격장애인의 범죄들을 들 수 있다.

정도의 차이를 떠나 매우 위험한 범죄인이 실제로 사회에 존재한다는 데에는 국가를 막론하고 이견이 없다. 일반인에게 매우 위험한 소수의 위험한 범죄인그룹이 존재한다는 사실은 대부분의 범죄학자, 행형전문가 심지어는 형법폐지론자들도 인정하고 있고 다만 그 범위에 대한 의견대립이 있을 뿐이다.<sup>2)</sup>

\*\*\* 이 논문은 2010년도 전북대학교 연구기반 조성비 지원에 의하여 연구되었음”

\*\* 이 논문은 한국비교형사법학회 2009년 추계학술회의(2009.11.06. 한국교총회관)에서 발표한 내용을 보완하여 수정한 것임.

\*\*\* 전북대학교 법학전문대학원 부교수

1) 국가간 강력범죄 비교를 포함한 이에 대한 보다 상세한 논의는 최인섭, 한국의 범죄발생 추세분석: 1964-2001, 한국형사정책연구원, 2002와 최인섭, 한국의 범죄추세 분석, 한국형사정책연구원, 2003 참고.

근대 자유주의적 형법관이 확립되기 이전에는 위험한 범죄인 특히 상습누범에 대해서 동서양 모두 대체로 매우 무거운 형벌을 과하였으며 무거운 형벌은 형벌 외에 다른 형사법적 조치들의 기능을 함께 가지고 있었다.<sup>3)</sup> 위험한 상습누범에 대해 현대 대부분의 국가가 대처하는 방식은 대체로 보안형으로서 무거운 형벌을 규정하는 방식(일원주의)과 형벌 외에 두 번째 형사제재로서 보안처분을 규정하는 방식이 있다(이원주의).<sup>4)</sup> 우리 현행형법과 특별형법은 처벌의 정당화 근거가 서로 다르다고 생각한 때문인지 누범과 상습범 가중처벌규정을 명확히 구분하여 따로 두고 있으며 구 사회보호법의 폐지로 위험한 범죄인에 대해서 누범가중처벌과 별도로 상습범을 가중처벌하여 무거운 형벌만을 과하는 방식을 취하게 되었다.

이 글에서는 우리형법개정작업에 있어 상습범, 누범규정의 존재론 여부와 관련하여 종래에 있어왔던 이론적 정당성에 관한 논쟁보다 그들의 실체를 인정하고 특히 위험한 성범죄인과 관련하여 어떠한 경로를 통해 대응하는 것이 합리적인가에 대한 논의를 하고자 한다.

## II. 상습범, 누범, 보호감호의 정당화근거와 상호연관성

### 1. 상습범, 누범

우리가 최초로 근대법을 본격적으로 접하게 된 *舊의용형법*에서 누범은 제10장

2) Schumann, Karl F., Schutz der Allgemeinheit vor rückfallträchtigen Tätern durch >>selective incapacitation<< - eine Skizze zur Subversivität eines Strafprinzips, in: Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Bd. I, Lüderssen Klaus(hrsg.), S. 456 ff.

3) 상습누범에 대한 서구와 우리나라의 좀 더 자세한 연혁적 고찰로는 필자의 논문, 일제강점초기(1909-1919년)의 누범규정과 관례, 법사학연구 제34호(2006, 10), 75면 이하.

4) Mergen, Die Kriminologie, 3. Aufl., 1995, S. 92. 그러나 합리적 형사정책을 내세우며 등장한 상습범 또는 누범에 대한 가중처벌규정은 낙인이론(labeling process)에 의하면 치명적인 결함을 내포하고 있다. 왜냐하면 원래 낙인이론은 범죄이론이 아니라 상습누범에 관한 이론이기 때문이다. 즉 상습누범에 관한 형법의 규율방식은 국가형벌권의 정당성을 결정적으로 의심받게 할 수 있는 양면적인 속성을 가지고 있는 것이다.

제56조 내지 제59조에서 일반가중처벌사유로 규정하고 있었고 행위자형법원칙을 엿볼 수 있는 상습범은 제23장 제186조에서 상습도박 단 하나만을 무겁게 처벌하고 있었다.<sup>5)</sup> 즉 舊의용형법은 원칙적으로 행위형법을 충실히 따르고 있었다. 형법제정시 초안이유서에는 상습범 엄벌주의를 명백히 표방하고 있으며<sup>6)</sup> 우리 형법제정과 함께 본격적으로 행위자형법이 형법에 반영되었다고 할 수 있다.

이후 현재까지 판례는 상습범으로 가중처벌을 받은 후 누범가중을 할 수 있다는 기본입장을 계속 견지하고 있다.

[대법원 2007.8.23. 선고 2007도4913]<sup>7)</sup>

상습범과 누범은 서로 다른 개념으로서 누범에 해당한다고 하여 반드시 상습범이 되는 것이 아니며, 반대로 상습범에 해당한다고 하여 반드시 누범이 되는 것도 아니다. 또한, 행위자책임에 형벌가중의 본질이 있는 상습범과 행위책임에 형벌가중의 본질이 있는 누범을 단지 평면적으로 비교하여 그 경중을 가릴 수는 없고, 사안에 따라서는 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 제3조 제4항에 정한 누범의 책임이 상습범의 경우보다 오히려 더 무거운 경우도 얼마든지 있을 수 있다. 이상과 같은 점을 고려하면, 같은 법 제3조 제4항의 누범에 대하여 같은 법 제3조 제3항의 상습범과 동일한 법정형을 정하였다고 하여 이를 두고 평등원칙에 반하는 위헌적인 규정이라고 할 수는 없다.

누범을 가중처벌하는 정당화 근거는<sup>8)</sup> 첫째, 책임의 측면 즉 범인의 생활태도 때

5) 總督府現行 最新朝鮮大法典, 卷二, 明治四十五年

6) 형사법령제정자료집(1), 한국형사정책연구원, 1990, 91면 등.

7) (대판 1991.5.28, 91도741) 특정범죄가중처벌에관한법률 제5조의4 제1항 위반죄에 있어서도 형법 제35조 소정의 누범가중요건에 해당하는 전과가 있을 때에는 누범가중을 하여야한다는 것이 당원의 견해이므로(대판 1981.11.24, 81도2564; 1985.9.10, 85도1434 참조), 위 견해에 따라 누범가중을 한 원심조치는 정당하고 소론과 같이 법률적용을 그르친 위법이 없다. 또한 대법원의 견해에 의하면 위와 같은 이중적 가중처벌과는 별도로 구 사회보호법상 보안처분인 보호감호를 부과할 수 있었다. 비슷한 취지의 헌법재판소 판례로는 (2002. 10. 31. 2001헌바68 전원재판부); 그 외 (대판 1982.5.25, 82도600, 82감도115) 상습범중 일부 소위가 누범기간내에 이루어진 이상 나머지 소위가 누범기간 경과후에 행하여졌더라도 그 행위 전부가 누범관계에 있는 것이다. 상습범중 일부 소위가 사회보호법 공포시행 후에 이루어져 사회보호법의 적용을 받는 이상 나머지 소위가 그 시행 전에 행하여졌더라도 위의 행위전부에 대하여 사회보호법의 적용을 받는다. 같은 취지의 판례로는 대판 1996.3.26, 96도13, 96감도2; 1985.7.9, 85감도151; 1981.11.24, 81도2564, 81감도33.

8) 헌법재판소 전원재판부 1995.2.23, 93헌바43; 안동준, 누범가중의 타당성과 실효성, 비교형사법연

문에 책임이 가중되거나 형벌의 경고기능을 무시하였으므로 책임이 높아졌다는 것이다. 책임을 위와 같이 이해하는 것은 행위자가 그동안 지내온 생활태도를 꾸짖는 생활영위책임(Lebensführungsschuld)의 입장이다. 생활영위책임과 같은 행위자책임론은 행위책임의 원칙을 지향하고 처벌의 근거가 되는 구체적 행위의 정형성을 확보하여 형법의 법치국가적 보장기능을 충족하려는 현대형법의 정신에 어긋나며 현재 이를 지지하는 학자도 거의 없다<sup>9)</sup>. 또한 누범의 대부분은 의지박약, 인격적 결함 또는 사회원조의 결핍 등으로 인한 것이기 때문에 경고기능의 위반이 과연 책임을 가중시킬 수 있는가라는 의문이 제기된다.<sup>10)</sup>

누범가중처벌의 정당화근거 두번째는 형사정책적인 측면에서 재범자로부터 사회를 방위한다는 개별(특별)예방의 보안필요성이다. 개별예방이 추구하는 또 하나의 목적은 改善이지만 개선은 자유형의 가중처벌로는 기대하기 어렵다. 특히 장기간의 사회와의 격리생활은 사회적 고립과 정상적인 사회생활의 단절을 의미하므로 오히려 재범을 부추긴다는 견해가 일반적이다<sup>11)</sup>.

이와 더불어 상습범을 가중처벌하는 정당화 근거는 행위자의 반사회적 성격이나 위험성에서 기인한 성격책임<sup>12)</sup> 또는 생활영위책임이며 상습범이라는 범행자체의 특성이 아니라 범행을 저지른 행위자의 인격적 특성에 착안하였다고 할 수 있다. 이러한 책임론은 학파논쟁에 있어 근대학파의 책임론에 기초를 이루고 있으며 행위자의 위험성을 책임의 근거로 삼거나 책임요소에 행위자의 위험성을 포함시키는 입장이다. 따라서 결론적으로는 형벌안에서 개별예방적 목적을 실현하려 하고 있는 책임론이며 현재에는 그 정당성이 의심스러운 견해라는 것은 이미 위에서 언급하였다.

구, 2000년 제2호, 74면 이하; 신동운, 누범가중의 본질과 요건, 고시연구 1998. 5, 211면이하 참조; 장규원, 누범자 처우에 관한 연구, 형사법연구 제9호, 1997, 355면 이하; 손동권, 상습범 및 누범에 대한 형벌가중의 문제점, 형사판례연구(4), 1996, 112면 이하.

9) 장규원, 바로 위의 논문, 357면에서는 행위책임에 입각하여 객관화된 행위자책임의 관점에서 누범가중의 근거를 찾아야 한다고 하고 있다. 또한 안동준, 바로 위의 논문, 82면에 의하면 형벌을 산정함에 있어 고려하는 행위자의 인격은 책임론에서의 인격이 아니라 행위시의 인격형상일 뿐이라고 한다.

10) 장규원, 앞의 논문, 356면.

11) 이러한 의미에서 누범의 重累犯化現狀에 대해서는 임웅, 누범수용자의 효율적 관리방안, 한국형사정책연구원, 1993, 15면이하 참조.

12) 이영란, 상습범의 상습성 인정기준, 형사판례연구 2권, 1994, 128면; 박정근, 상습범의 가중범정형 폐지의 정당성, 김종원교수화갑기념논문집, 1991, 523면 이하.

이러한 측면에서 상습범은 그 자체가 행위책임주의에 반하므로 폐지하고 보안처분으로 대체하지는 견해가 학계의 다수설이다.<sup>13)</sup> 이러한 문제의식은 오래전부터 있어왔으며 1986년부터 무려 6년여에 걸친 작업을 통해 결실을 본 1992년 개정형법 초안에서 발견할 수 있다. 즉, 상습범에 대하여는 보안처분으로 대처하고 있으므로 형을 가중해야할 필요가 없으며 이러한 입장은 소위원회의 심의과정에서 개정안의 작성에 이르기까지 그대로 유지되었다.<sup>14)</sup> 더 나아가 상습범과 누범규정을 모두 폐지하고 사회방위목적을 보안처분을 통해 달성해야한다는 견해도<sup>15)</sup> 매우 유력하다.

보통 누범이 금고이상의 범죄로 인해 처벌을 받은 객관적 사실이 있는지 여부에 따라 형식적으로 인정되는데 반해 상습범은 행위자의 범죄습벽으로 인해 인정되며 보통 상습범과 누범은 범죄학상으로나 규범적으로 구별된다고 한다<sup>16)</sup>.

그러나 판례를 분석해보면 상습성인정을 위한 구체적인 논거를 제시하고 있지 않으나, 거의 대부분의 경우에 범죄전력과 범행빈도를 상습성인정기준으로 삼고 있으며<sup>17)</sup> 이는 결국 누범성립요건의 핵심사항이다. 다시 말하면 ‘전과 있는 자가 비교적 짧은 기간 내에 자주 범행을 저지르면 상습범으로 인정’되는 것이다.

또한 이론적으로 상습성은 단 1회의 범죄로도 범죄습벽의 발현이라면 인정할 수 있다고 하지만 만약 그러한 경우 현실적으로 어떠한 근거로 논증해낼지 의심스럽다. 상습범과 누범규정은 위험한 범죄인으로부터 장래의 재범을 방지하고자하는 개별 예방사상의 동일한 근본이념에 기초하고 있으며 실제로는 위와 같이 동일한 근거로 적용되고 있다. 따라서 누범 중에 상당수가 상습범과 중첩해 있고 또 상습범은 학설

13) 손동권, 형사법개정연구자료집, 법무부, 2008, 463면; 신동운, 형법총론 제3판, 2008, 815면; 신양균, 상습범에 관한 연구, 1066면; 오영근, 법정형상의 징역형기 조정방안, 형사법연구 제22호(특집호), 2004, 415면; 원형식, 상습범과 누범의 가중처벌의 문제, 형사법연구 제22호(특집호), 2004, 571면; 박정근, 앞의 논문, 530면 이하는 성격책임의 보충성을 인정하면서도 상습범의 법정형은 보통범의 법정형보다 가중하는 데에 반대하고, 보호감호를 강화하는 방안에 찬성한다.

14) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1992, 123면 이하. 다만 누범에 관한 규정은 삭제하지 않았다.

15) 손동권, 형사법개정연구자료집, 463면 이하; 신동운, 앞의 책, 815면; 원형식, 앞의 논문, 566면 이하; 임웅, 앞의 책, 73면 이하; 임웅, 형법총론 개정판, 2002, 619면 이하; 오영근, 앞의 논문, 415면 이하; 그 근본적인 이유에 대해서는 필자의 논문, 상습범 및 누범의 대책에 대한 문제점 - 개별예방적 관점에서의 근본적 검토 -, 형사법연구 제16호(2001), 175면 이하.

16) 대판 1999.11.26, 99도3929, 99감도97 등 판례의 일관된 입장; 독일 판례도 습벽의 원인은 불문한다 Kinzig, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, 1996, S. 54.

17) 상습성을 인정하거나 부정한 대표적인 판례들은 이영란, 앞의 논문, 117면 이하 참조

사적으로도 누범연구로부터 파생분화된 것이다<sup>18)</sup>. 다만 현행법상 상습범과 달리 누범은 범죄인의 사회적 위험성이 법률로 형식화되어 있다는 차이점이 있고 따라서 이러한 입법태도와 판례의 중첩적용은 이중처벌금지의 원칙에 반한다<sup>19)</sup>.

이와 더불어 간과할 수 없는 사실은 우리는 누범과 상습범의 성립범위가 다른 나라에 비해 매우 넓다는 점이다<sup>20)</sup>. 대상범죄도 고의범에 한정치 않고 미수범이나 과실범에도 적용하고 있기 때문에 더욱 그러하다. 이러한 입법태도는 생활영위책임을 인정하지 않고는 설명할 수 없으며 상습범 및 누범의 형벌가중은 형법상 책임영역에서 근거짓기 어렵다<sup>21)</sup>. 아래에서 볼 수 있듯이 실무에서도 어려운 문제들 또한 발생한다.

상습범 및 누범을 가중처벌하는 규정은 개별예방사상에 따른 일종의 보안형(Sicherungsstrafe)이다<sup>22)</sup>. 즉 Liszt가 학파논쟁시 주장했던 신과의 의견이 입법에 반영되어 있다. 독일의 학파논쟁에서는 형벌에서 보안의 목적을 실현시킬 수 없다는 구과의 강력한 반발 때문에 제3의 길인 보안처분을 고안하여 입법하였던 것이다. 즉 범죄예방목적 달성을 위해 어떤 길을 택하는 것이 이상적이거나 합리적인가에 대한 논쟁이었다.

결론적으로 기존의 이론들은 그 출발점이 상습범과 누범이 서로 다른 범죄형태이고 각각의 범죄형태에 대한 가중처벌과 보안처분의 정당성이나 실효성을 따로 분리해서 전혀 상호관계가 없는 것처럼 논의하는 형태로 이루어져 있다. 그러나 앞에서 분석한바와 같이 상습범 및 누범의 가중처벌의 정당화근거와 보호감호의 정당화근거는 공통적으로 개별예방적 필요성이다. 다만 형식적 법논리에 따라 한사람의 상습누범은 개별예방이라는 한 가지 목적을 위해 여러 번의 평가를 받게 될 뿐이다. 우리와 달리 대개의 국가들은 상습범과 누범을 하나로 묶어 형벌을 가중하거나 보

18) 신양균, 앞의 논문, 1993, 1047면 이하.

19) 同擘 손동권, 형사판례연구(4), 1996, 131면 등

20) 장규원, 앞의 논문, 348면 이하 참조

21) Schumann, 앞의 논문, S. 462.

22) 물론 누범규정은 로마법 이래 오래 전부터 인정되어 왔지만 지금처럼 형벌제도가 분화되기 이전에는 무거운 형벌이 개별예방적 사회방위필요성을 충족시켜왔으므로 누범규정 역시 보안형이라고 할 수 있다. 한편 이영란, 앞의 논문, 125면; 박정근, 앞의 논문, 530은 상습범규정만이 보안형으로서의 성격을 띤다고 하지만 필자는 지금까지 논증의 맥락에서 누범규정도 보안형이라고 생각한다.

안처분을 부과하는 방법 중 한 가지를 선택하고 있다.

## 2. 사회보호법 폐지 이전의 보호감호

구 사회보호법상 보호감호대상자는 극히 예외적인 경우를 제외하고는 대부분 상습누범자였기 때문에 대체로 수회의 범죄를 저지른 범죄인이다. 그러나 실제로 위험한 상습누범이었는데 검토해보면 운영실태는 이와 전혀 다른 방향으로 전개되었었다.

<표 1>과 <표 2>은 보호감호가 폐지되기 전 피보호감호자의 감호원인을 죄명별로 분류한 것이다. 절도죄가 계속하여 압도적으로 많은데 대표적으로 1987년에는 전체 감호원인범죄 중 84.1%, 2003년에는 총 수용자 1,282명중 982명으로서 전체의 76.5%를 점하고 있으며 지속적으로 70%-80%대에 머물고 있다. 90년대 들어 평균 70%대에 머물러 미미하게 감소하는 추세이다. 사람의 생명과 신체에 대한 폭력을 수반하지 않는 범죄가 감호원인범죄 중 80%를 상회한다는 사실은 굳이 외국의 통계와 비교하지 않더라도 ‘형사정책의 부득이한 최후수단’으로서 보호감호의 기본 성격을 무색케하는 것이라 하지 않을 수 없다.

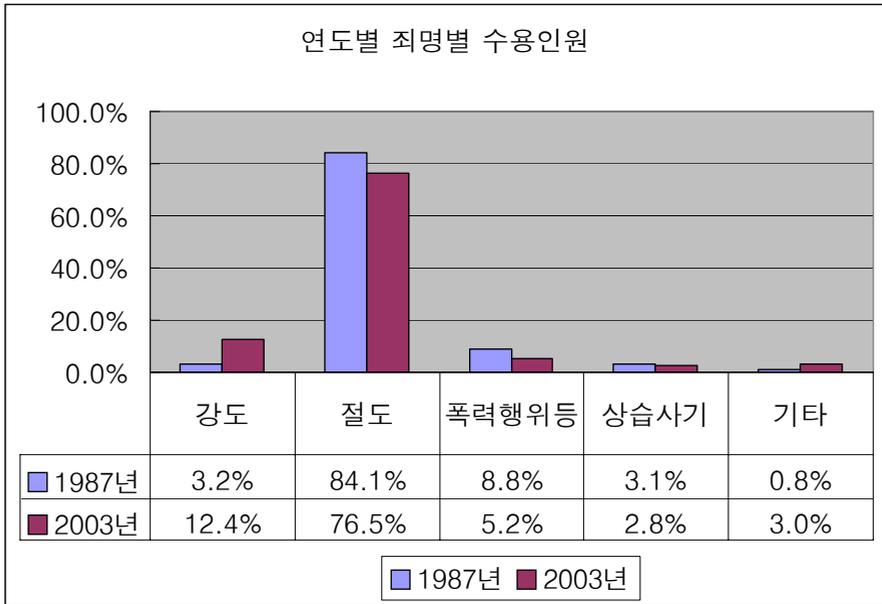
독일어권국가에서 운영되고 있는 보안감호의 실태와 극단적으로 대비될만큼 보호감호를 남용해온 것이 사실이며 보호감호라는 제도 자체의 문제로 인해 보호감호가 폐지되었다기보다는 실무에서 제도의 본질을 제대로 이해하지 못하고 범죄진압적 사고가 앞선 남용의 결과로 폐지되었다는 분석이 정확할 것이다.

〈표 1〉 죄명별 수용인원

(2003.10.31 보호감호소 제공자료)

	1987	1989	1992	1994	1996	1997	1999	2001	2003
강도	148	153	273	280	299	240	230	235	159
절도	3,953	2,531	2,221	1,996	1,606	1,535	1,204	1,187	982
폭력	413	209	280	225	159	128	106	92	67
사기	146	86	86	89	62	55	50	35	36
기타	38	63	51	53	113	81	50	38	38

〈표 2〉 1987년과 2003 대비 죄명별 수용현황 (단위: 명)



2003년 국가인권위원회에서 실태조사를 실시한 결과를 살펴보면<sup>23)</sup> 결국 보호감호원인범죄를 분석하여 전체적으로 평가할 때 본래 보호감호제도의 취지와 목적에 걸맞게 논의되어야 할 범죄인그룹은 위험하지 않은 범죄인그룹을 제외한 피보호감호자 중 10% 정도라는 결론에 이른다.

형법상 이원주의로서 구 사회보호법은 이미 잘 알려진 바와 같이 1980년 신군부의 집권과정에서 국회의 의결을 거치지 않고 국가보위입법회의에서 입법되었으며 그 과정에서 법치국가적 절차의 정당성을 확보하였다고 보기 어렵다. 또한 이러한 연장선상에서 1980년대초 박영두 타살사건과 같은 남용의 기억들도 있는 것이 사실이다. 따라서 사회보호법상 보호감호제도는 그동안 억압적, 진압적 형사사법의 상징적 존재로 인식되어 왔다.

물론 폐지직전의 보호감호제도도 제정당시의 원형을 대체로 보존하고 있고 구체적 법규정, 피감호자의 처우, 재사회화 프로그램부재 등 많은 문제점을 안고 있으며

23) 국가인권위원회, 사회보호법상 보호감호실태연구, (2003. 12), 36면 이하 참고.

보호감호제도의 본래의 취지에 맞지 않게 운영되어오고 있었다.

사회보호법상 보호감호는 탄생의 불행한 배경과 인권침해사례 등 지금까지 왜곡된 집행현실만을 본다면 마땅히 폐지되어야 할 법률로 비추어지겠지만 보호감호제도의 본래의 취지, 형사법체계 전체에서의 위상, 미래의 형사법이 나아가야 할 방향 등의 관점에서 본다면 제도자체에 대해서는 다시 한 번 철저한 검토를 거쳐야 할 필요가 있다고 생각된다. 우리의 입법모델이 되었던 독일의 경우도 약 50여년의 학과 논쟁을 뒤로 한 채 나찌의 집권과 함께 국회입법과정을 거치지 않고 내각에서 보호감호 등 보안처분제도가 입법되어 나찌정권기간 중 계속 남용되었다. 제2차 세계대전에서 패전한 후 외국에 의해 전범재판을 받아야 하는 상황과 전후 인도주의적 형법관이 주류를 이룰 때에도 보호감호제도는 지금까지 폐지되지 않았고 오히려 근래에는 특히 성범죄와 관련하여 활성화되는 경향까지 보이고 있는 이유를 생각해볼 필요가 있다. 이는 형법상 보호감호제도 자체에 문제가 있는 것이 아니라 어떻게 운영하는가에 따라 문제점을 노출시키는 차원이라고 이해할 수 있다. 상습누범에게 과해지는 보호감호는 개별예방사상의 대표적인 법제도이다. 功利主義的 사고에 근거한 범죄예방은 보안처분의 인식의 기초 또는 목적으로 충분하다고 할 수 있다.

### Ⅲ. (아동)성범죄와 보안처분

#### 1. 우리의 상황

〈표 3〉 주요 어린이 성범죄 이후 발표된 대책<sup>24)</sup>

2006년 2월 용산 초등생 성추행·살인사건	어린이 성범죄자 치료감호제도 도입, 유전자 정보은행 설치 시도, 성범죄자 신상공개 확대, 전자발찌 도입
2007년 4월 제주 초등생 납치·살인사건	친고죄 폐지, 성폭력전담 수사제도 도입
2007년 12월 안양 초등생 납치·살인사건	이른바 헤진·예슬법 제정(가석방 금지, 어린이 성추행 살인범에게 무기징역과 사형 선고), 유전자 정보은행 설치, 위치 추적용 전자태그 부착 등

24) 한겨레신문, 2009년 10월 22일자.

2009년 10월 조두순 사건	유기징역 상한 폐지, 신상공개 확대, 유전자 정보 영구보존, 전자발찌 부착 연한 30년으로 확대
------------------	---

최근 조두순 사건으로 국내여론이 들끓었다는 사실은 다시 설명하지 않아도 될 것이다. ‘미국 같으면 4060년형인데’<sup>25)</sup>라는 제하에 유사한 언론보도들은 형벌이 너무 가볍거나 술취한 상태에서의 심신미약으로 인한 형량감경이 이루어져 형량이 너무 가볍다는 것이다. 또한 다시 범인이 사회에 나올 경우 그 범죄인의 위험성이 크므로 사형에 처해야한다는 여론도 만만치 않았다. 급기야 대법원의 확정판결이 난 사건에 대해 대통령까지 이례적으로 “참담하다. 그런 사람들은 평생 격리시키는 것이 마땅하지 않느냐”고 발언함에 따라 각종 대책들이 쏟아져 나왔다. 국회에서는 신낙균의원이 형법 제32장 미성년자에 대한 성범죄를 포함한 강간과 추행의 죄에 대하여는 심신미약 또는 농아자라는 이유로 감경을 적용하지 아니한다는 법안을 발의하였다. (안 제306조의2 신설). 역시 성폭력범죄의 처벌 및 피해자 보호등에 관한 법률 일부개정법률안에도 비슷한 내용을 담은 법안을 발의하였다.

그러나 사실 이러한 사건은 이번이 처음이 아니라는 것도 주지의 사실이다. 위 논의에서도 한눈에 알 수 있다시피 각종 대책과 그 한계들은 형법이론적으로 요약하면 책임원칙에 따른 형벌의 한계를 드러내주고 있는 문제들이다. 특정범죄에 대해서만 책임감경을 허용하지 않는다는든가, 형벌을 과도하게 늘리는 것은 감정적으로는 동의하지만 이론적으로는 모순이 있다. 사회적인 반향이 클 때마다 개개의 특정 범죄들을 계속하여 따로 손질해야하는 도미노현상을 야기하기 때문이며 또 그래왔다. 일시적인 동기에 의한 극단적인 중형·엄벌주의 특별입법은 실체적·과학적 근거와 깊은 고뇌 없이 사회적으로 물의를 빚는 불행한 사건이 발생될 때마다 우발적으로 입법되어 왔다. 그 누적된 폐해는 매우 다양하지만, 특히 요즘 논의되고 있는 합리적 양형기준의 대강도 정하기 어려울만큼 혼선을 빚는 결과를 가져왔다.<sup>26)</sup>

현재의 상황도 성범죄에 관한 이전까지 있었던 입법동기나 형태와 크게 다르지 않은 것으로 단순히 여론에 반응하는 일회성의 전시효과만을 남길 가능성이 농후하

25) 한국경제, 2009년 10월 6일자.

26) 특히 성범죄와 관련하여 손철우, 양형기준의 합리성 검토와 개선방향에 관한 지정토론문, 한국비교형사법학회 2009년 추계학술회의(2009.11.06. 한국교총회관) 발표자료집, 별도원고 10면 이하.

다. 왜냐하면 형벌만을 무겁게 규정한다고 해서 성범죄가 줄어들거나 재범률이 낮아지지 않는다는 것은 그동안의 경험적 통계들을 보아도 쉽게 알 수 있기 때문이며 대체로 비이성적인 정신상태의 성범죄인에겐 그의 이성적인 책임을 묻는 높은 형벌이 범죄예방효과가 없을 것이기 때문이다.

또한 현재 성범죄 대책으로 논의되고 있는 모든 아이디어와 제도들은 근본적으로는 책임원칙의 한계를 드러내고 있으며 합리적 예방에는 한계가 있다. 이미 범죄가 발생한 후, 사후관리를 엄격하게 한다는 대책은 과거지향적인 사후적 대책으로 책임과 형벌원칙에 의해 대부분 사후약방문이 될 것이며 소아기호중 등 뇌질환 범죄인은 화학적 물리적 거세 후에도 그의 기본성향으로 인해 다른 도구를 사용해 추가 범행을 저지를 가능성이 높은 것이다.<sup>27)</sup> 또한 우리도 여자어린이 강간살인사건 등 사회적으로 커다란 반향을 일으킨 사건들이 서구 못지않게 발생하고 있다. 이러한 종류의 사건들의 범죄인은 대부분 동종 전과가 수회 있는 인격장애자로 판단된다.

현재 성범죄를 일반적으로 규율하는 법률로는 형법, 형사소송법뿐만 아니라 성범죄특별법인 성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률 그리고 아동과 청소년에 대한 성범죄의 특별법적 성격을 가진 아동복지법, 청소년보호법, 청소년의성보호에 관한법률 등이 있다. 위 법률들은 성범죄에 대해 대부분 무거운 형벌을 규정하고 있으며 법률의 흠결여부는 별론으로 하더라도 대체로 범죄진압과 가중처벌에 초점을 두고 있다.

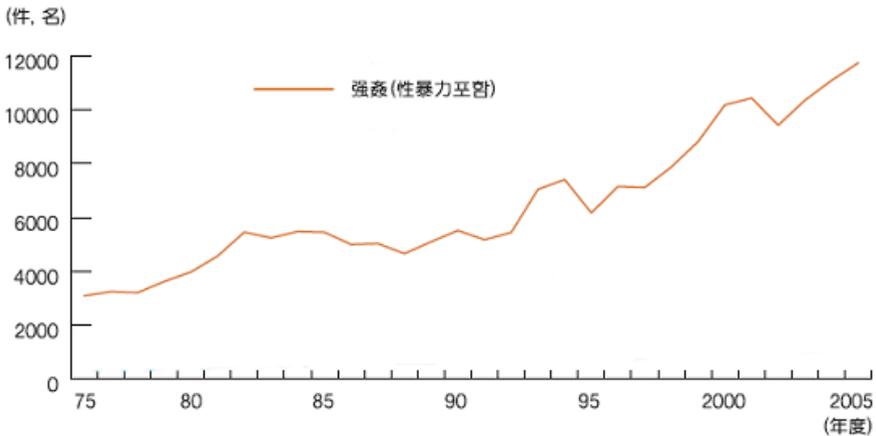
이러한 법률들이 얼마나 기능하였는가는 단순통계에서도 잘 드러나는데<sup>28)</sup>, 지난 10년간 성폭력범죄는 강간죄의 경우 2배가 늘어났으며 성폭력 특별법은 4배, 청소년성보호법 위반이 2배가량 증가했다. 또한 대표적 성범죄인 강간(강간 및 성폭력 특별법위반 포함)죄의 추이를 살펴보면, 아래 표에서 볼 수 있다시피 1976년 3,087

27) 한겨레신문, 2009년 10월 22일 검색. 그러나 성폭행범의 왜곡된 성의식을 그대로 둔 채 성욕만 줄인다고 성범죄가 감소하지는 않는다. 경기대 이수정 교수(범죄심리학)는 “성폭행범 처벌이 강화되고 화학적 거세를 실시하면 화성 연쇄 성폭행 살인사건과 같은 강력범죄가 늘어날 것이다”고 말한다. 성범죄자들의 특성상 범을 두려워하기보다는 범망을 피하기 위해 완전범죄를 추구할 가능성이 높기 때문이다. 이를 극복하기 위해 화학적 거세를 실시하는 곳에서는 약물사용과 심리치료를 병행한다.

28) 특히 성폭법을 포함한 강간죄는 1998년 7,886건에서 2007년 13,634건으로 10년간 거의 두배 가까이 이를 정도로 증가하였음을 알 수 있다. 범죄백서, 2008, 62면 참조.

건에서 2005년 11,757건으로 지난 30년간 약 3.8배 증가하였다. 연도별로 보면 대체로 지속적인 증가추세를 유지하고 있으며 2005년에 11,757건으로 전년대비 5.9% 증가하였다.

〈표 4〉



위 사실에서 알 수 있다시피 성범죄를 규율하는 각종법률들이 시행되고 있지만 성범죄의 증가율과 재범율은 가파르게 상승하고 있으며 특히 청소년을 대상으로 한 성폭력사범의 재범률은 2006년 기준 83.4%에 달한다고 한다<sup>29)</sup>. 성범죄의 근본적인 예방과 대책에는 무력한 결과라 하지 않을 수 없다.

아동에 대한 성범죄의 실태에 국한해서 살펴도 이러한 경향은 크게 다르지 않다. 2008년 범죄백서에 나타난 통계를 보면 15세 이하 아동에 대한 성폭력을 포함한 강간죄의 경우 피해자가 여아인 경우 2006년 1224건에서 1619건으로, 남아인 경우 113건으로 매우 높은 수치이며<sup>30)</sup> 보통 드러난 수치의 10배 정도로 추산하는 숨은 (암수) 범죄까지 감안한다면 우리의 미래인 아동에 대한 성범죄의 문제는 우리사회가 해결해야 하는 큰 숙제라 하지 않을 수 없다.

29) 중앙일보 2006년 2월 22일자, 2면

30) 범죄백서, 2008, 69면

〈표 5〉 13세미만 미성년자에 대한 성폭력범죄 발생현황<sup>31)</sup>

연도	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
성폭력범죄	8,830	10,189	10,495	9,435	10,365	11,105	11,757	13,573	13,634	15,094
13세미만 (여아)	447	536	477	517	581	620	821	889	954	1,114
13세미만 (남아)	31	25	26	31	28	20	38	43	88	68

더욱이 사형 또는 무기징역과 같은 법률상 가장 높은 형벌은 법원을 비롯한 형사사법기관의 입증부담을 증가시키게 되는데, 성범죄의 특성상 피해자가 범죄 피해 사실을 쉽사리 드러내지 못하여 숨은(암수) 범죄가 훨씬 많은데다 은밀한 장소와 기회에 행해지는 경우가 많아 가해자의 범죄사실을 입증하기 힘들게 된다. 이는 아동성범죄나 정신지체장애인의 경우에 더욱 두드러지게 나타난다. 따라서 이전의 법률들과 마찬가지로 맥락에서 아동성범죄의 근본적인 예방과 대책에는 적절치 않은 조치들이라고 판단된다.

특히 아동에 대한 성범죄는 성인에 대한 성범죄에 비해 아동의 특성상 여러 판단 능력과 자기보호능력이 현저히 떨어지며 사회적 보호망이 결여되어 있다는 현실적인 문제들 이외에 형사소송상으로도 지능과 기억능력이 성숙하지 않아 진술의 증거능력이 제대로 인정되기 어려우며 여러 형사절차상 실제적 진실발견의 과정에서 오히려 심리적·물리적으로 아동의 인격형성에 반복적인 해를 끼칠 가능성이 높아지는 등의 문제점들을 안고 있다. 또한 아동성범죄자는 대체로 소아기호증이라는 정신병질을 지녀 재범의 확률이 높다는 점도 성인에 대한 성범죄와 또 다른 특징들이다.

우리 형사법에 의하면 성범죄인 만기출소자는 보호관찰 대상이 아니고, 2005년 사회보호법이 폐지되어 상습 성범죄자들에 대한 사후관리대책이 어려운 실정이다.<sup>32)</sup> 현재 치료감호법상 치료감호제도가 실시되고 있으나 피치료감호자는 정신분

31) 1998년부터 2009년도 대검찰청 범죄분석을 참고하여 재구성한 것임.

32) 물론 폐지 이전의 사회보호법은 제도의 본래 취지와는 달리 절도 등 단순재산범죄를 보호감호처분하는 경우가 약 85%에 달하여 상습성범죄인을 제대로 규율하지 못하였다.

열증 등 대부분 만성 정신질환자로서 책임무능력자나 한정책임능력자이며 상습성 범죄인과 같이 형법상 책임능력이 인정되는 경우가 많은 인격장애인은 같은 방식으로 치료되기 어려우므로 현행법상 상습성범죄인의 전문적인 사후관리 내지 치료체계는 매우 험겨운 현실이다.

이에 반해 미국을 비롯한 서구 선진국들은 성범죄에 대한 효과적인 대처방안들을 오랫동안 고민해 왔으며 그동안 축적된 다양한 경험을 바탕으로 성범죄인의 특별처우에 대한 법률을 제정하고 있는 동시에 적절한 치료프로그램을 시행하고 있다.<sup>33)</sup>

이러한 맥락에서 그동안 단순처벌 위주의 정책에서 개별예방의 근본정신에 따라 개선가능한 자와 개선불가능자를 분류하여, 근본치료 또는 치료되기 어려운 싸이코패스와 같은 경우 사회에서의 격리로의 형사정책적 패러다임의 전환이 필요하다. 이러한 전제아래 상습성범죄인에 대한 근본적인 대책과 예방책들을 찾아 잠재적인 희생자를 최소화하기 위해 소아기호중 등의 인격장애 상습성범죄인에 대한 합리적인 사후관리 내지 치료체계를 전문화하여 우리의 형사사법체계에서 실현될 수 있는 한 방법으로서 현재 독일에서 활발히 시행되고 있는 보안감호와 사회치료제도에 대해 살펴본다.

## 2. 독일의 상황

독일의 형법, 보안처분 그리고 행형체계의 현재 경향은, 위협의 차단과 법질서의 방어라는 목적을 새로운 가벌성의 창설과 형벌가중이 아니라, 보안처분과 행형을 통하여 달성하려 한다는 것이다.<sup>34)</sup> 형벌목적과 관련하여 그 본질상 책임형법의 개입이 허용되지 않는 영역 즉 범죄인의 책임의 한계를 넘어서면 안되는 영역에 대하여 사회방어사상을 통하여 형법적 예방효과를 관철시키려고 노력한다. 개별화된 재

33) 김은경, 성폭력에 대한 새로운 대응방안, 형사정책연구소식, 2009 가을호, 2면 이하; 또한 미국에서는 ‘사고가 행동을 이끈다’는 인지행동모델에 기반해 지난 1985년부터 콜로라도 주의 성범죄자 치료·감시 프로그램(SOTMP) 등을 포함, 50여개 주에서 성범죄자 교정 프로그램을 실시하고 있다. 특히 알래스카주, 하와이주 등에서는 성범죄자의 가석방 자격을 취득하기 위한 전제조건으로 치료 프로그램 이수를 의무화하고 있다.

34) 김유근, 독일의 형법, 보안처분 그리고 행형체계의 현대적 발전과정에 대한 고찰, 교정연구 제42호 (2009), 195면 이하.

사회화기능과 관련하여 자유의지에 그 기초를 두는 형법의 책임개념 그리고 책임형벌은 신경과학적 심리학적 또는 반사회적성향<sup>35)</sup>으로 인하여 상습적인 재범의 위험성이 상존하는 범죄인에 대하여 제대로 기능하지 않는다는 경험에서 나온 것이다.<sup>36)</sup> 이들 범죄인으로부터 법질서를 방어하는 데에는 한계가 있다는 인식에서 출발하여 개별화된 치료를 통한 범죄인의 재사회화뿐만 아니라 그러한 재사회화를 통한 국가의 보호의무의 이행을 달성하고자 한다. 즉 범죄인의 개별적인 재사회화는 법질서의 방어라는 목적을 위하여 도구화되어 가는 경향을 보여준다.

이러한 변화는 무엇보다도 기존의 형사제재체제가 제대로 기능하지 않고 있다는 회의 즉 책임형벌의 전통적인 체계의 예방적 효과에 대한 회의에서만뿐만 아니라 증대되는 피해자에 대한 관심 폭넓게 분산된 범죄인에 대한 처우조치들에 소요되는 비용의 증대, 재정적인 압박, 보다 강한 형벌에 대한 사회의요구 등에 그 이유가 있었다.<sup>37)</sup> 그 대표적인 것이 2000년 이후 많은 논란을 딛고 강하게 활성화된 보안감호제도와 사회치료제도이다. 그리고 그 핵심적인 범죄그룹은 (아동)성범죄인이다.

1990년대 중후반부터 지금까지 독일에서는 미성년 소녀를 성적으로 남용하고 살인하는 사례가 계속되었고 해당 범인이 연쇄범이거나 같은 종류의 범죄로 이미 형벌이나 보안처분을 받았던 사례가 많다는 사실이 언론에 집중적인 관심을 받으면서 이에 대한 대책을 요구하는 여론의 목소리가 높았다. 이에 대한 대책을 강구할 수밖에 없는 상황에서 성범죄를 중심으로 한 형사법 전반에 걸친 논쟁이 일게 되었으며 새로운 입법과 형사정책적 대책들이 나오게 되었다. 성범죄에 대한 보다 강력한 대책의 중심에 있었던 제도들은 이전까지만 해도 이미 잊혀져 거의 고사(枯死)상태에 있었던 형법 제66조의 보안감호와 행형법상 사회치료제도이다.

독일에서 보안감호는 1988년부터 1993년까지 평균적으로 평균 매해 30여명이 부과되었다.<sup>38)</sup> 보안감호는 1990년대 중반까지만 해도 이미 끝난 모델로 여겨지고 있었으며 연방과 지방의회에서 입법활동의 대상으로 더 이상 쳐다보지 않는 영역이

35) 상습누범자는 신경과학적 또는 심리학적 이유에만 있지 않는 점에 대해서는 NK-Bölinger/Polläne 2.Auf., Rn. 9와 28 zu §61 참조.

36) 독일형법 제46조 제1항 참조.

37) 김유근, 앞의 논문, 199면.

38) Göppinger, Kriminologie, 5. Aufl., 1997, S. 806 f.

었다.<sup>39)</sup> 그러나 1998년 1월 26일 “성범죄 및 기타 위험한 범죄행위에 대한 대책법”을 통해 제 66 조 3 항이 신설되어 몇 개의 보안감호부과대상범죄가 추가되었는데 주로 미성년자要保護者 등에 대한 성범죄, 피보호자 학대, 위험한 상해, 중독상태에서의 범죄 등이다<sup>40)</sup>. 더구나 3 항 후단에서는 위에 열거한 범죄를 저질렀을 때 통상의 보안감호요건을 완화하여 형벌이나 보안처분을 받은 전력이 없어도 보안감호를 과할 수 있는 가능성을 열어놓았으며 2002년에는 ‘유보적 보안감호’, 2004년에는 ‘사후적 보안감호’, 도입 등 보호감호 부과요건을 계속 완화하고 있다.<sup>41)</sup>

또한 성범죄인에 대한 사회치료 시설에의 수용을 활성화시키기 위하여 위 법률에서는 지금까지의 ‘자율적인 집행’을 ‘의무적인 집행’으로 전환하였다. 즉, 제174조 내지 제180조 그리고 제182조와 관련된 성폭력범죄자가 2년 이상의 자유형을 선고 받은 경우는 이 법률에 따라 2003년 이후에 적합하다고 인정된 경우에 의무적으로 행형법상 사회치료를 받게 하고 있다(독일 행형법 제9조 제1항).<sup>42)</sup>

39) Kinzig, Neues von der Sicherungsverwahrung, StV 2002, S. 500.

40) 열거해보면, §§ 174, 174a, 174b, 174c, 176, 179 Abs. 1 bis 4, 180, 182, 224, 225, 323a.

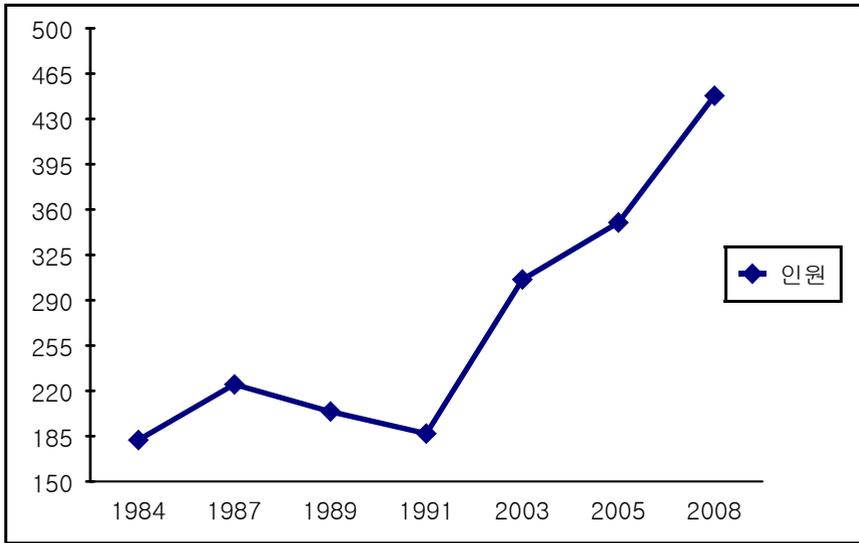
41) 이러한 입법은 물론 여러 가지 이유가 있겠지만, 예컨대 Natalie사건 등 미성년 소녀를 성적으로 남용하고 살인하는 사례가 끊이지 않고 해당 범인이 연쇄범이거나 같은 종류의 범죄로 이미 형벌이나 보안처분을 받은 사례가 많다는 사실이 밝혀지자 비등하는 여론에 대한 입법자의 대답이었다고 생각된다. 또한 현재까지 이러한 현상의 배경이 된 대표적 사건들로는 ‘SV bei Heranwachsenden’, Mitja-Fall, Brummi-Mörders, Carolin-Fall, Levke und Felix-Fall 등이 있다.

42) 독일 행형법 제9조 (사회치료시설에의 수용)

① 수형자가 형법 제164조 내지 제180조 또는 제182조에 규정한 범죄행위로 인하여 2년 이상의 자유형을 선고 받고 제6조 제2항 2문 또는 제7조 4항에 따른 사회치료 시설에서의 처우가 적합한 경우에는, 사회치료 시설에 수용하여야 한다. 처우의 목적이 수형자의 인격에 근거한 이유로 달성될 수 없는 경우에는 퇴소시켜야 한다.

② 기타 수형자는 그의 재사회화를 위하여 특별한 치료 방법과 사회적 원조가 적합하다고 인정될 경우에는, 그의 동의하에 사회치료 시설에 수용할 수 있다. 이 경우 수용을 사회치료 시설의 장의 동의를 필요로 한다.

〈표 6〉 독일 보안감호수용인원



그 보안감호수용인원추세를 대체적으로 보면, 1984년 182명<sup>43)</sup> 1987년 225명, 1989년 204명, 1991년 187명<sup>44)</sup> 2003년 306명, 2005년 350명, 2008년 3월 1일 현재 448명이다.<sup>45)</sup>

한편 사회치료시설 그 자체만 살펴봐도, 시설은 보통 독자시설과 일반 교도소 내에서 부대시설 또는 과의 형태를 취하기도 하지만 향후 독자시설의 수를 늘리리라고 예상된다.<sup>46)</sup> 시설 현황의 변화를 대략적으로 살펴보면 1974년에는 350명을 수용할 수 있었던 10개의 소위 모델시설들이<sup>47)</sup> 있었으며 1998년 22개로 정체된 상태의 시설은 2002년 31개로 늘었고 이에 상응하여 확보된 수용가능인원은 917명에서<sup>48)</sup> 1201명으로 늘었다.<sup>49)</sup> 2005년 3월 31일 등록된 독일전역의 사회치료시설의

43) Feest (Hrsg.), Kommentar zum Strafvollzugsgesetz, Neuwied 2006, S. 639.

44) Kinzig, Die Praxis der Sicherungsverwahrung, ZStW 109 (1997), S. 131.

45) [http://de.wikipedia.org/wiki/Sicherungsverwahrung#cite\\_note-8](http://de.wikipedia.org/wiki/Sicherungsverwahrung#cite_note-8) 2010년 1월 30일 검색.

46) 시설에 대한 전반적인 개관은 Kröniger, Silke (Bearb.), Sozialtherapie im Strafvollzug, 2004: Ergebnisübersicht zur Stichtagserhebung zum 31. 3. 2004, Wiesbaden: KrimZ., S. 31.

47) Hanack, LK, 10 Aufl., § 65 Rn. 34 참조.

48) 1997년에는 수용가능인원이 853명에 그쳤다고 한다. Schwind/Böhm, Strafvollzugsgesetz, 3. Aufl., 1999, § 9 Rn. 2.

수는 45개이며 수용가능인원은 1829명에 달하여 수년 새에 대폭적으로 증가하였다. 일부 학자들은 이에 그치지 않고 이러한 증가추세가 당분간 계속되어 독일 전역에 3000-4000명의 수용가능인원에 상응하는 사회치료시설이 설립될 것이라고 예상하고 있다.<sup>50)</sup> 새로 건설한 그리고 앞으로 건설할 독자적인 사회치료시설이 늘어났다는 사실과 그러한 계획이 매우 구체적이라는 사실은 단순히 시설의 수적 증가의 의미를 넘어 일반병원과 필적할만한 질적 향상을 가져옴과 동시에 전반적으로 이러한 경향의 시너지효과를 가져오게 됨을 의미한다.<sup>51)</sup>

원대한 포부로 논의를 시작하여 1969년에 태어난 사회치료제도는 봉우리상태로 약 30년을 움츠리고 있다가 비로소 꽃을 피우게 된 계기는 위에서 본 바와 같이 성폭력범죄에 대한 강력한 대책의 필요성 때문이었다. 현실적으로 나타난 그 결과를 살펴보면, 성범죄로 인한 사회치료시설에 수용된 인원은 1997년 191명에서 2004년에는 870명으로 약 355%로 증가한 것으로 나타나고 있다.<sup>52)</sup> 사회치료 시설에 수용된 전체인원 가운데 성범죄로 인한 수용인원 점유율도 1997년에는 23.2%였으나 2004년도에는 55.4%로 매우 가파른 증가추세이다.

<표 7>에 나타난 것처럼 이를 성범죄 유형별로 보면, 2004년의 경우, 가장 많은 비율을 차지하고 있는 유형은 아동에 대한 간음 등이 49.8%(433명)이었으며, 다음으로 강간 및 강제추행이 41.8%(364명)로 큰 차이가 없었다. 반면 1997년에는 아동에 대한 간음 등이 32.5%(62명)에 불과하여, 강간 및 강제추행은 59.7%(114명)보다 낮은 비율을 보이고 있었다. 이러한 현상은 2000년을 기점으로 바뀌기 시작하였으며 그 결과는 성범죄에 대한 강력한 대책을 원했던 입법자의 의도대로 충실히 나타난 것이라고 할 수 있다.

49) Schüler-Springorum, Sexualstraftäter-Sozialtherapie, GA 2003, S. 580.

50) Alex, Sozialtherapie unter den Bedingungen der Gesetzesverschärfungen seit 1998 unter besonderer Berücksichtigung von vorbehaltener und nachträglicher Sicherungsverwahrung, StV 2006, S. 105

51) Schüler-Springorum, 위의 논문, GA 2003, S. 581.

52) 성범죄현황에 관해서는 Kröniger, Silke (Bearb.), 위의 책, 40면 이하 참조. 한국형사정책연구원, 성폭력·성매매 가해자 교정·교화프로그램연구, 2005에서 재인용.

〈표 7〉 성범죄 유형별 사회치료시설 수용현황

구분	성범죄 유형별						합계
	강간/강제추행 (§§177, 178)		아동에 대한 간음등 (§§176, 176a)		기타 성범죄 (§§174, 179, 180-184b)		
	수	점유율	수	점유율	수	점유율	
1997	114	59.7	62	32.5	15	7.9	191
1998	123	54.9	87	38.8	14	6.3	224
1999	143	45.4	157	49.8	15	4.8	315
2000	162	41.8	200	51.5	26	6.7	388
2001	196	44.9	203	46.5	38	8.7	437
2002	235	44.7	244	46.4	47	8.9	526
2003	293	42.8	327	47.7	65	9.5	685
2004	364	41.8	433	49.8	73	8.4	870

#### IV. 개별예방적 규범목적으로서 보호감호

위험한 상습누범에 대한 단순한 형벌부과는 항상 책임원칙에 따라 이미 범죄가 벌어진 후 사후에 해결하는 방식이며 범죄피해의 정도가 심각한 범죄의 경우 위험성을 예방하는 데에는 취약하다.

다만 범죄자의 측면에서 미래의 범죄예방을 목적으로 하는 형사제재는 이미 저지른 범죄를 판단기초로 삼고 있는 형벌과는 달리 불확실성을 본질로 하므로 매우 위험한 범죄인에 대해 목적 달성을 위해 반드시 필요하고(필요성의 원칙) 필요하다면 최소한의 침해에 그쳐야 할 것이다(좁은 의미의 비례성의 원칙). 따라서 수많은 논의를 통해 신중함을 기하여 가장 엄격하게 적용되어야 할 마지막 비상조치로서의 형사제재는 본래의 취지와는 달리 남용되거나 남용될 위험성을 항상 내포하고 있게 되므로 더욱 신중을 기해야 할 것이다.

책임원칙을 근간으로 대륙법계 법제를 취하고 있는 우리의 현실을 감안하고 형벌 일원주의의 문제점을 고려하여 보호(안)감호제도의 획기적 개선을 통한 제도입필요

성의 구체적인 근거와 대안을 정리하면 아래와 같다.

(1) 형벌의 본질은 전통적으로 불법행위를 선택한 자의 행위에 대한 비난이다. 형벌일원주의를 취할 경우 누범이나 상습범에 대한 형벌가중의 근거는 범죄인의 성격 책임이나 생활영위책임이 되고 이는 형벌이 보호감호의 기능, 즉 사회의 범죄예방 기능을 동시에 떠안게 되는 결과가 된다. 형벌가중방식은 행위책임과 행위형법을 근간으로 삼아 구체적 행위가 가지고 있는 정형성을 확보하여 국민에게 법적 안정성과 형벌의 예측가능성을 도모하기 어려운 결과를 초래할 가능성이 크다. 또한 범죄인의 성격(인격)이나 인생을 잘못 살았다는 비난은 그 근거가 불명확하고 일정부분 사회의 책임을 개인에게만 떠넘겨 비난하는 결과를 초래해왔고 현재 이를 지지하는 학자도 거의 찾아볼 수 없다.

따라서 서구에서는 사회안전의 목적을 추구함과 동시에 사회치료 등 원조적 관점에서의 보안처분을 오래전부터 시행해왔고 이는 보안과 개선의 두 가지 목표를 달성하고자 하는 균형감각의 대표적 산물이다.<sup>53)</sup>

위와 같은 문제의식은 우리 형사법학자들 사이에서 오래전부터 있어왔고 그 흔적을 1992년 개정형법초안에서 발견할 수 있다. 즉, 상습범에 대하여는 보안처분으로 대처할 수 있으므로 형을 가중해야할 필요가 없으며 이러한 입장은 형법개정 소위원회 심의과정에서 개정안의 작성에 이르기까지 그대로 유지되었다.<sup>54)</sup> 형법과 각종 형사특별법에 산재해 있는 개별적 상습범가중처벌규정과 일반적 누범가중처벌규정을 먼저 정비하고 삭제하는 것이 바람직하다.

(2) 보호감호제도를 탄생시킨 개별(특별)예방의 출발점은 과학적이고 합리적인

53) 반면 형벌가중처벌방식의 가장 극단적인 예로 들고 있는 캘리포니아를 중심으로 한 미국의 삼진아웃법의 경우 아이에게서 피자를 훔친 세 번째 범죄로 인해 종신형을 선고받은 경우와 같이 (Jerry Williams 사례) 과도한 형벌권의 행사로 인한 인권침해사례들이 알려져 있으며, 영국은 보안처분 대체법률 Imprisonment for Public Protection (IPP)을 통해 18세 이상 성인에게 부정기형을 선고하였는데 현재 4170명이 수감중이다. 즉, 형벌일원주의를 취한다고해서 형벌권 남용에 대한 인권 침해논란이 사라지는 것은 아니다. [http://www.hmprisonservice.gov.uk/adviceandsupport/prison\\_life/lifesentencedprisoners/](http://www.hmprisonservice.gov.uk/adviceandsupport/prison_life/lifesentencedprisoners/) 2009년 10월 27일 검색.

54) 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1992, 123면 이하.

형사정책이다. 우리가 형벌을 단지 범죄에 대한 응보로만 이해한다면 소년범이나 초범을 따로 취급하거나 각종 유예제도 등을 이해할 수 없다. 개별예방사상이 가장 먼저 형법에 받아들여진 것도 이러한 분야이다. 마찬가지로 맥락에서 위험한 상습누범도 아주 제한적인 범위에서 일반범죄인과 달리 취급하는 것이다.

이러한 측면에서 보호감호의 형식적 요건들을 강화해나가고 적용범위를 꼭 필요한 경우로 줄이려는 노력이 필요하다. 독일의 경우와 마찬가지로 이는 특히 요즘 우리 사회에 큰 반향을 일으키고 있는 아동성범죄와 관련하여 유효한 대안이 될 것이다.

즉, 행해진 불법에 대한 응보가 아닌 미래의 위험한 잠재적 범죄자의 자유를 침해하기 위해서는 비례성 원칙에 엄격하게 입각해서 일반적으로 높은 정도의 人的 법익이나 침해받았을 때 다시 회복하기 어려운 법익에 대한 위협이 존재하여야 한다.<sup>55)</sup> 형사법적으로 위험한 범죄인에 대한 예방적 조치가 발동될 수 있는 일반적인 가이드라인은 다음과 같은 위험상태에 대한 두 가지 명제가 기준이 될 수 있겠다. 침해받을 위험에 처해있는 법익이 회복가능성이 있는가 - 예컨대 보통의 단순 경미한 재산범죄는 언제든지 회복가능하다 - 아니면 회복불가능한가의<sup>56)</sup> 명제와 잠재적 피해자의 효과적인 자기보호능력에 대한 (기대)가능성에 대한 명제.<sup>57)</sup> 다시 말해 주로 미성년자要保護者 등에 대한 성범죄, 피보호자 학대, 위험한 상해, 중독상태에서의 범죄 등이 대표적인 경우가 될 수 있겠다.

다만 사회보호법폐지 이전의 보호감호제도와 달리 원래 근본취지에 맞게 제도의 목적이 실현되기 위해 전제되어야 할 몇 가지 제도적 보완책이 필요하다.

보호감호부과와 그 집행의 실질적 요건이며 본질인 범죄인의 범죄성향과 장래 재범위험성예측에 대한 과학적인 판단절차가 의무화되어야 한다. 따라서 보호감호의 부과와 가출소 등 보안처분 전과정에 있어 전문적이고 객관적인 감정과 판단이 수반되어야 할 것이다.

55) Frisch, Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW 102 (1990), S. 385는 양형도그마틱에서 발달한 포괄적인 레파토리들은 이 경우에도 아주 적절한 기준을 제공한다고 한다.

56) 예를 들어 살인죄, 중상해, 폭력을 수반한 성범죄, 미성년자에 대한 성범죄 등.

57) 이와 같은 명제는 역시 다른 예방적 형사법적 제재에도 유효하다.

형벌이 더 이상 호소력을 발휘하지 못하거나 형벌을 제대로 수용할 수 없는 소수의 위험한 인격장애인에 대한 정확한 진단 및 인격치료를 위한 과학적인 대책이 필요하다. 그럼으로써 보호감호제도는 인격장애인으로서는 재범의 위험성이 있고 특수한 교육과 개선이 필요하다고 인정되는 매우 위험한 범죄인에 대하여 실시되어야 하며, 사회복귀를 촉진하는 방법의 범위 내에서만 피보호감호자의 기본권이 제한되어야 한다.

보호감호소의 지리적 위치, 수용생활, 의료시설, 작업환경, 근로보상금의 현실화, 재사회화를 위한 교육 전반과 사회적응 프로그램의 내용과 운영 등 피보호감호자에 대한 처우도 현실에 맞게 갖추어야 한다. 피보호감호자는 이미 형벌을 받은 사람들이므로 반구금상태와 같이 수형자보다는 자유로운 상태에서 실질적으로 건전하게 사회에 복귀할 수 있는 교육프로그램 등이 개발되어 실시되어야 바람직하다.

(3) 보호감호제도는 행형의 실패를 범죄인에게 돌리는 결과를 초래한다는 주장은 현대 행형법의 교정이념에 비추어 옳은 견해이다. 그러나 계속 형벌가중의 방식을 고수한다면 보호감호에 집중되었던 집행의 부당성에 대한 비난은 형벌집행의 경우에도 마찬가지로 일 것이다.

(4) 형벌가중처벌방식을 취할 경우 법관의 판단에 의존하는 양형도 법률규정상 매우 범위가 넓고 비정형적이며 불완전한 기준을 가지고 있으며 법률로 형식화하기가 어렵다.

(5) 소수의 위험한 상습누범그룹에 대한 투자와 특별관리(특히 사회치료)는 그들이 계속 범죄를 저질러 반복적으로 이루어지는 범죄에 대한 전반적 형사절차에 드는 비용 즉, 범죄수사에서 자유형의 집행과정에 걸친 전과정에 쓰이는 것보다 비용면에서도 우월하다. 참고로 네덜란드의 TBS위탁처분제도는 우리의 보호감호와 치료감호가 혼합된 형태의 제도이며 100% 공격(폭력)성범죄인을 대상으로 하고 약 70%는 인격발달장애사이거나 정신활동장애자이다. 이들에게는 전문가들이 투입되어 하루 400유로(한화추산 약54만원)정도의 경비를 들여 치료하고 있다.<sup>58)</sup>

(6) 보호감호를 획기적으로 개선하여 운영한다면 향후 합리적이고 인도주의적 관

58) 2003년 8월 네덜란드 Nijmegen대학의 Peter J.P. Tak교수와의 인터뷰에서 알 수 있었던 사실임. 좀 더 자세한 내용은 필자의 논문, 네덜란드 TBS시설 위탁처분에 관한 연구, 비교형사법연구 제5권 2호, 2003, 425면 이하.

점에서 재편되어야할 사형제도 등 과도한 형벌들을 줄이고 정리하는 데에 이론적 탈출구를 열어놓을 수 있는 가능성을 확보하게 되는 장점이 있다.

(7) 지금도 가끔 나오는 사형집행의 필요성에 대한 대안이 될 수 있다. 우리는 10년 이상 사형집행을 하지 않아 사실상 사형폐지국이 되어있다. 공든 탑을 무너뜨릴 수 없다.

## 참고문헌

- 국가인권위원회, 사회보호법상 보호감호실태연구, (2003. 12)
- 김유근, 독일의 형벌, 보안처분 그리고 행형체계의 현대적 발전과정에 대한 고찰, 교정연구 제42호(2009)
- 김은경, 성폭력에 대한 새로운 대응방안, 형사정책연구소식, 2009 가을호
- 박정근, 상습범의 가중법정형폐지의 정당성, 김종원교수화갑기념논문집, 1991
- 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 1992
- 손동권, 형사법개정연구자료집, 법무부, 2008
- 손동권, 상습범 및 누범에 대한 형벌가중의 문제점, 형사판례연구(4), 1996
- 손철우, 양형기준의 합리성 검토와 개선방향에 관한 지정토론문, 한국비교형사법학회 2009년 추계학술회의(2009.11.06. 한국교총회관) 발표자료집, 별도원고
- 송문호, 일제강점초기(1909-1919년)의 누범규정과 판례, 법사학연구 제34호(2006, 10)
- 송문호, 네덜란드 TBS시설 위탁처분에 관한 연구, 비교형사법연구 제5권 2호, 2003송문호, 상습범 및 누범의 대책에 대한 문제점 - 개별예방적 관점에서의 근본적 검토 - , 형사법연구 제16호(2001)
- 신동운, 형법총론 제3판, 2008
- 신동운, 누범가중의 본질과 요건, 고시연구 1998. 5
- 안동준, 누범가중의 타당성과 실효성, 비교형사법연구, 2000년 제2호
- 오영근, 법정형상의 징역형기 조정방안, 형사법연구 제22호(특집호), 2004
- 원형식, 상습범과 누범의 가중처벌의 문제, 형사법연구 제22호(특집호), 2004
- 이영란, 상습범의 상습성 인정기준, 형사판례연구 (2), 1994
- 임웅, 형법총론 개정판, 2002
- 임웅, 누범수용자의 효율적 관리방안, 한국형사정책연구원, 1993
- 장규원, 누범자 처우에 관한 연구, 형사법연구 제9호, 1997
- 總督府現行 最新朝鮮大法典, 卷二, 明治四十五年
- 최인섭, 한국의 범죄발생 추세분석: 1964-2001, 한국형사정책연구원, 2002와 최인섭, 한국의 범죄추세 분석, 한국형사정책연구원, 2003

한국형사정책연구원, 성폭력·성매매 가해자 교정·교화프로그램연구, 2005

형사법령제정자료집(1), 한국형사정책연구원, 1990

Alex, Sozialtherapie unter den Bedingungen der Gesetzesverschärfungen seit 1998  
unter besonderer Berücksichtigung von vorbehaltener und nachträglicher  
Sicherungsverwahrung, StV 2006

Feest (Hrsg.), Kommentar zum Strafvollzugsgesetz, Neuwied 2006

Frisch, Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen  
Rechtsfolgensystem, ZStW 102 (1990)

Göppinger, Kriminologie, 5. Aufl., 1997

Hanack, Leipziger Kommentar, 10 Aufl.

Kinzig, Neues von der Sicherungsverwahrung, StV 2002

Kinzig, Die Praxis der Sicherungsverwahrung, ZStW 109 (1997)

Kinzig, Die Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand, 1996

Kröniger, Silke (Bearb.), Sozialtherapie im Strafvollzug, 2004

Mergen, Die Kriminologie, 3. Aufl., 1995

Bölinger/Polläne, Nomos Kommentar, 2.Auf.

Schüler-Springorum, Sexualstraftäter-Sozialtherapie, GA 2003

Schumann, Karl F., Schutz der Allgemeinheit vor rückfallträchtigen Tätern durch  
>>selective incapacitation<< - eine Skizze zur Subversivität eines  
Strafprinzips, in: Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?,  
Bd. I, Lüderssen Klaus(hrsg.)

Schwind/Böhm, Strafvollzugsgesetz, 3. Aufl., 1999.

## Strafrechtsreform und gewohnheitlicher Rückfall

Song, Moon-Ho\*

Die Strafschärfung für die Rückfall und Gewohnheitsverbrecher ist schwer im Rahmen des Schuldprinzips begründbar, da diese Vorschriften nicht tat- sondern taterorientiert sind. Schliesslich beruhen die Vorschriften der Rückfall, Gewohnheitsverbrecher und Sicherungsverwahrung gemeinsam auf der Individualprävention (insbesonderen Sicherungsbedürfnissen) gegen wirklich gefährlichen Täter.

Die Strafe soll die Reaktion auf die in der Vergangenheit liegende Schuld, die Maßregel(SV) die Reaktion gegenüber der für die Zukunft drohenden Gefährlichkeit des Täters darstellen. Individuelle Rückfallverhütung - insbesondere gegen gefährlichen Sexualstraftäter - ist Sicherungsverwahrung passend.

Wenn die Sicherungsverwahrung in Korea beibehalten werden soll, so sollte sie beschränkt werden auf diejenigen Hangtäter, von denen schwersten Straftaten zu erwarten sind.

Die verschiedene Fragestellung haben in der zweiten Hälfte der neunziger Jahre in Deutschland durch die Sexualstraftäterproblematik. In jüngerer Zeit haben sich die rechtlichen Rahmenbedingungen sozialtherapeutischen Anstalten durch das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26.1.1998 noch einmal grundlegend geändert. Danach ist es ab 1.1.2003 Pflicht, unter bestimmten Bedingungen Sexualstraftäter in eine sozialtherapeutische Anstalt aufzunehmen und dort zu behandeln.

Individuelle Rückfallverhütung ist eng mit der Prognose, konkreten Vollzug und der Therapie verknüpft. In diesem Sinne fordert Verfasser in Korea weitere Beschäftigung und Zusammenarbeit von Psychiatern und Juristen mit der

---

\* Associate Professor, Chonbuk National University, Law school

klinischen Behandlungsmethode gegen schwere Persönlichkeitsstörung und Einführung der Sozialtherapie, um schwere Sexualstraftäter zu resozialisieren.

❖ Key words : Gewohnheitsverbrecher, Rückfall, Sexualstraftat, Sicherungsverwahrung, Sozialtherapie