

# 형사제재의 실질적 이원주의 정립을 위한 소고\*

## - 재범의 위험성 판단과 관련하여

박상민\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

형사제재의 이원주의체계 내에서 보안처분은, 형벌과 달리, 재범의 위험성을 근거로 선고, 집행 및 종료되는 것이기 때문에, 위험예측을 통해서 실제로 재범을 행할지를 확인하는 문제가 중요하다. 그러나 과학적인 토대를 가진 많은 예측도구들이 발전된다 할지라도, 예측이란 본질적으로 불확실성과 결합되고 그래서 항상 완전히 신뢰할 수 없다는 점이 간과되어서는 안 된다. 한 개인이 부당하게 위험하다고 분류될 수 있다는 점은 특히 중한 범죄의 영역에서는 과소평가되어서는 안 된다. 이에 형사사법 전문가들은 법치국가적 장치를 활용하여 잘못된 예측을 가능한 한 적게 하기 위한 노력을 기울여야 한다. 여기에는 예컨대 재범의 위험성에 근거한 엄격한 형식적·실체적 전제조건 마련, 보안처분 집행을 위해 위험성을 실질적으로 판단하기 위한 시점 및 지속적 심사에 대한 고려, 그리고 보안처분 관련 결정 시 참여권 보장 등의 절차적 정당화 조건을 마련하는 것 등이 해당된다. 이 글에서는 보안처분의 근거이자 한계인 재범위험성에 대해 가능한 한 정확한 판단을 하기 위한 절차적 출발점으로 판단 시기에 관한 논의에 집중하고자 한다. 이에, 우선 이원형사제재체계에서 보안처분 부과를 위한 재범의 위험성 판단과 관련하여 문제되는 현상들을 살펴보고, 현행 형 집행 종료 후 보안처분 관련법이 재범의 위험성에 대한 판단을 잘 반영하여 운용되고 있는지 비판적으로 검토한다. 이렇게 문제를 파악한 후, 형사제재의 실질적 이원주의를 정립하기 위한 해결의 실마리를 - 우리나라뿐만 아니라 독일에서의 기존의 논의들을 참고하여 - 모색해 보고자 한다.

DOI : <https://doi.org/10.36889/KCR.2020.09.30.3.37>

❖ 주제어 : 보안처분, 형사제재 이원주의, 재범의 위험성, 형 집행 종료 후 보안처분

\* 이 논문은 2018년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2018S1A5B5A07073975).

\*\* 충북대학교 법학전문대학원 강사, 법학박사.

## I. 들어가는 말

사회를 충격에 빠뜨린 한 성폭력범죄자의 출소가 얼마 남지 않은 시점에서 청와대 국민청원사이트에는 그 범죄자의 출소를 반대하는 글들이 올라왔고, 이에 출소 후 재범방지대책에 대한 관심 또한 높아지면서 보안처분제도가 다시금 뜨거운 조명을 받고 있다. 2005년에 사회보호법상 보호감호가 폐지된 후에 범죄에 대한 국민적 불안의 해소를 위해 여러 특별형법에서 형벌이 가중되고 형법상 유기자유형의 상한은 두 배로 올라 가중 시 최대 50년까지 사회로부터의 격리가 가능해졌다. 안전에 대한 요구는 형벌 강화 외에 다양한 재범방지조치들의 도입·확장과도 결합되었다. 이미 우리나라에서 형벌은 포화상태라, 요즘의 형벌추세는 그 대안을 보안처분에서 찾는 경향이 없지 않다. 특히 성범죄자의 재범방지를 위해 신상공개, 위치추적전자장치부착, 성충동약물치료 등이 보안처분의 형태로 도입되었으나 그 실효성이나 윤리적 정당성은 끊임없이 문제되고 있고, 재범의 위험성에 근거하지 않은 모습은 죄형법정주의의 보안처분적 요청에 부합할 수 없다. 위험한 것으로 분류된 범죄자를 사회로부터 격리하고자 ‘영원히 가두어 놓음’ 또는 그들에 대한 ‘빈틈없는 감시’라는 현대 형사정책의 키워드 하에서, 리스트(Franz von Liszt)의 제안 중 ‘개선될 수 없는 범죄자(상습범)에 대한 무해화’<sup>1)</sup>가 다시 주장되는 것을 경험한다.

보안처분은, 형벌과 달리, 재범의 위험성을 근거로 선고, 집행 및 종료되는 것이기 때문에, 위험예측을 통해서 실제로 재범을 행할지를 확인하는 문제가 중요하다. 21세기에

1) 리스트는 형벌을 사회의 법익보호를 위한 수단으로 이해했고, 형벌은 장래 범죄의 방지에 기여해야 한다고 주장했다. 형벌에 대한 이러한 예방적 구상에서는 자유의사와 관련한 윤리적 물음들이 더 이상 문제 되지 않고, 오히려 한편으로는 교육적 개선의 가능성 그리고 다른 한편으로는 치료가 되지 않거나 치료를 거부하는 자로부터의 사회보호와 위험방지가 문제된다. 이에 따라 리스트는, 행위자를 유형별로 분류하고 각 유형에 대응하는 제재시스템을 제시했다. 즉, 형벌의 목적 내지 효과를 세 카테고리로 구분하여, 개선능력 있고 개선을 필요로 하는 자에 대한 ‘개선’, 개선을 필요로 하지 않는 범죄자에 대한 ‘위하’ 그리고 개선능력 없는 범죄자에 대한 ‘무해화’(Unschädlichmachung)를 주장하였다. 무해화는 평생 동안 또는 불특정한 기간 동안 가두어둠을 통해서 행해져야 한다고 했다. 형벌을 이렇게 장래 범죄행위의 방지에 관한 목적수단으로 이해하면 그 형벌개념에는 필연적으로 보안처분의 내용이 포함되고, 이에 따라 리스트는 범죄자에 대한 모든 처분을 형벌로 간주했다. 이와 같은 내용들에 대해서는 Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge (Bd. 1), 1905, 163면 이하; Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: ZStW 1883, 36면 이하.

들어오면서 정보기술의 발전으로 과거 우리가 생각하지 못했던 다량의 정보를 수집·분석할 수 있게 됨으로써 예측가능성은 상당히 높아졌다. 4차 산업혁명 시대가 도래한 현재, 빅데이터는 데이터에 기반을 둔 객관적·과학적 접근방식을 통해 현실에 대한 분석력과 대응력을 높여 미래에 대한 예측가능성을 제고시킨다. 그러나 과학적인 토대를 가진 많은 예측도구들이 발전된다 할지라도, 예측이란 본질적으로 불확실성과 결합되고 그래서 항상 완전히 신뢰할 수 없다는 점이 간과되어서는 안 된다. 한 개인이 부당하게 위험하다고 분류될 수 있다는 점은 특히 중한 범죄의 영역에서는 과소평가되어서는 안 된다. (더 이상) 위험하지 않은 행위자의 자유가 희생될 위험이 남아있다는 점에 주의해야 한다.

이에 형사사법 전문가들은 법치국가적 장치를 활용하여 잘못된 예측을 가능한 한 적게 하기 위한 노력을 기울여야 한다. 여기에는 예컨대 재범의 위험성에 근거한 엄격한 형식적·실체적 전제조건에 마련, 보안처분 집행을 위해 위험성을 실질적으로 판단하기 위한 시점 및 지속적 심사에 대한 고려, 그리고 보안처분 관련 결정 시 참여권 보장 등의 절차적 정당화 조건을 마련하는 것 등이 해당된다. 이 글에서는 보안처분의 근거이자 한계인 재범위험성에 대해 가능한 한 정확한 판단을 하기 위한 절차적 출발점으로 판단 시기에 관한 논의에 집중하고자 한다. 이에 이하에서는, 우선 형벌과 보안처분으로 구성된 이원형사제재체계에서 보안처분 부과를 위한 재범의 위험성 판단과 관련하여 문제되는 현상들을 살펴보고, 현행 형 집행 종료 후 보안처분 관련법이 재범의 위험성에 대한 판단을 잘 반영하여 운용되고 있는지 비판적으로 검토한다. 이렇게 문제를 파악한 후, 형사제재의 실질적 이원주의를 정립하기 위한 해결의 실마리를 - 우리나라뿐만 아니라 독일에서의 기존의 논의들을 참고하여 - 모색해 보고자 한다.

## II. 형사제재의 이원주의와 재범의 위험성

### 1. 문제상황

책임원칙에 기초한 인간상에 따르면, 인간은 적법과 불법 사이의 선택상황에 놓인 경

우 스스로 양자 중의 어느 하나를 선택할 수 있는데, 이와 같은 양자택일의 상황에서 인간은 자신이 행하려는 행위가 불법임을 인식한다면 그러한 행위를 회피하고 적법한 행위를 선택한다는 것이다.<sup>2)</sup> 적법한 행위를 결정할 수 있었음에도 그러지 않았다면 그러한 선택에 대한 사회윤리적비난과 응보로 형벌이 부과되는 것이다. 그런데 이러한 책임을 전제하기 어려운 사람에 대해서는 비난가능성을 전제로 하는 형벌을 부과하는 것이 적절하지 않으므로, 법익보호를 위하여 형벌과는 다른 보안처분에 의해서 보완된다.<sup>3)</sup> 그 결과 형벌과 보안처분으로 구성된 형사제재의 이원체계가 형성되었다.<sup>4)</sup> 그래서 전통적인 책임주의의 관점에서 본다면 보안처분은 형벌에 대하여 보충적인 의미를 지닌다.

이러한 형벌과 보안처분의 원칙적인 구별은 형법이 점차로 예방적인 방향으로 설정됨을 통해서 상대화된다.<sup>5)</sup> 특히 집행 단계에서도, 응보에 지향되었던 형 집행은 사회적 법치국가의 원칙들과 조화될 수 없다는 인식 이후에 형벌과 보안처분의 목적설정은 유사해졌다.<sup>6)</sup> ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’ 제1조 또한 형의 집행목적으로, 수형자의 교정교화와 건전한 사회복귀를 도모한다고 규정하고 있다. 즉, 형벌은 집행에서 수형자에게 해악을 부과하는 것이 아니라, 재사회화에 기여해야 한다는 것이다. 보안처분의 기능은 원래 특별예방, 즉 개별행위자를 개선(Besserung) 및 보안(Sicherung)하는 것을 통해서 장래 범죄행위를 방지하는 데 있다. 그것은 행위자에 대한 치료와 보안이 중심을 이루고 있는 치료감호에서 분명하게 확인된다.

자유박탈 보안처분이 자유형과 함께 동일한 판결에서 선고되는 경우에, 형벌의 집행이 (또는 형벌집행의 일부가) 보안처분의 집행을 통해서 대체될 수 있다는 이른바 대체주의 또한 집행에 있어서 형벌과 보안처분의 근접 또는 유사함을 보여준다. ‘치료감호 등에 관한 법률’(이하 치료감호법) 제12조 제2항 제1문에 따르면, 치료감호사건의 판결

2) BGHSt 2, 194, 200 이하 참조; Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1976, 116면 이하.

3) Kaufmann, 앞의 책, 1976, 276면.

4) 주지하는 바와 같이 이원적 형사제재체계는 독일에서 고전적 책임형벌의 주장자들과 특별예방적으로 지향된 목적형벌을 요구했던 리스트 형법학과 사이의 형벌의 본질과 정당화에 관한 오랜 논쟁의 결과이다.

5) Roxin, Strafrecht AT I, 2006, § 3 Rn. 61 이하; Naucke, Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, 1985, 22면 이하; 또한 Höffler/Kaspar, Warum das Abstandsgebot die Probleme der Sicherungsverwahrung nicht lösen kann, in: ZStW 2012, 88면 이하 참조.

6) Calliess/Müller-Dietz, Strafvollzugsgesetz, 2008, § 2 Rn. 8 이하.

은 피고사건의 판결과 동시에 선고해야 하는 것으로 규정되어 있다. 이때 두 형사제재를 통해 최선의 효과를 얻기 위해서는 어떤 순서에 따라 집행되어야 하는지가 문제된다. 치료감호법 제18조는, 치료감호와 형벌이 병과된 경우에 치료감호의 집행은 특별예방적 근거에 의해 원칙적으로 자유형 집행 전에 이루어져야 한다는 것을 규정한다. 이 경우 치료감호의 집행기간은 형 집행기간에 포함된다.<sup>7)</sup> 한편 독일형법 제67조 제2항에 따르면, 보안처분 집행 전에 형벌의 전부 또는 일부 집행을 통해 보안처분의 목적이 더 쉽게 달성되면, 보안처분 집행 전에 형벌의 전부 또는 일부 집행이 선고될 수 있다. 이러한 형벌의 우선집행은 대체주의의 의미·목적에 의해, 형 집행이 치료의 전단계로서 그 목적을 위해 필요한 경우에만 예외적으로 인정되는 것으로 해석된다.<sup>8)</sup> 더 나아가 독일형법 제67조 제3항에 의하면, 형벌과 보안처분 집행의 순서는 피고인의 합목적적인 치료적 처우의 이익을 위해 사후에 변경될 수 있다. 즉, 자유박탈 형사제재의 경우에는 대체주의를 통해 행위자의 효과적인 재사회화가 유연하게 이루어질 수 있는 것이다. 이러한 대체주의는 - 비례성 관점에 기초하여 - 피고인에게 가능한 한 효과적인 치료적 도움이 귀속되게 할 수 있고, 자유형과 자유박탈 보안처분이 중복된 경우에 나타나는 부가적인 사실적 부담을 면하게 할 수 있다.<sup>9)</sup>

문제는, 예컨대 심신장애로 인하여 치료감호를 선고할 정도에는 이르지 않지만 재범의 위험성이 인정되는 성범죄전과자와 같이, 행위에 대한 책임은 인정되나 자기 자신이 불법한 행위로 나아가는 것을 의식적으로 충분히 제어하지 못하는 사람들에 대한 처우이다. 자율적이고 윤리적인 인간상을 전제로 하여 구성된 전통적인 책임주의에 입각하여 형성된 형사법 체계로는 이들에 의하여 발생하는 법익침해에 대응하는 데 적합하지 않은 것으로 보일 수도 있다.<sup>10)</sup> 이에 우리 법률과 법원은, 윤리적 자기결정과 관련된 내적 자

7) 참고로 독일형법의 경우에는, 보안처분이 형벌에 앞서 전부 또는 일부 집행되는 경우에 자유박탈 보안처분의 집행기간은 제67조 제4항에 의해 형벌의 3분의 2까지 종료된 것으로 산정된다. 보안처분의 집행이 종료되면, 산입기간에서 제외된 자유형의 나머지 3분의 1은, 행위자가 사회에서 더 이상 범죄를 저지르지 않을 것이라는 예측이 있는 경우에 행위자의 동의하에 보호관찰을 조건으로 유예될 수 있다(제67조 제5항 제1문).

8) SSW-Jehle, § 67 Rn. 8 이하; MK-Maier, § 67 Rn. 18 이하.

9) Marquardt, Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikarierens von Strafe und Maregel, 1972, 36면; SSW-Jehle, § 67 Rn. 2.

10) 이와 같은 문제제기 하에 전통적인 책임주의가 가지는 법적 의미를 검토한 논문으로 김호기, “전통적 책임주의에 대한 현대적 도전 - 특정 성범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착제도 도입

유 및 형벌감수성(Strafempfänglichkeit)이 있는 자가 중한 범죄행위를 저지른 경우에는 책임에 따른 형벌을 부과하고, 동시에 행위자가 그 범죄를 다시 행할 습벽 내지 상습성 등으로 인해 형 집행 종료 후에도 여전히 위험하다는 확신에 이른 경우에는 그로부터 사회를 보호하기 위해서 보안처분을 함께 선고한다. 그리고 이렇게 책임능력 있는 행위자를 대상으로 하는 보안처분은, 고전적인 이원시스템의 보안처분, 예컨대 치료감호의 경우와 달리 형 집행 종료 후에 비로소 개시된다. 보안처분의 집행이 시작되는 그 시점에 행위자는 그의 범죄행위로 인해 부과된 형벌을 이미 받았고 이를 통해 그의 형법적 책임은 상쇄되어 있지만, 형 선고 시에 예측되었던 재범의 위험성을 근거로 형 집행에 이어서 계속해서 자유가 제한되는 것이다. 덧붙여, 이러한 보안처분은 책임능력 있는 자의 유책한 위법행위를 전제로 형벌과 함께 선고되다 보니 - 물론 보안처분은 행위자의 책임이 아니라, 그 행위로부터 드러나는 위험성을 근거로 선고되고 집행되는 것이지만 - 특별예방기능 외에 일반예방기능이 작용한다. 중한 범죄에 대한 적절한 대응은, 자유보다는 안전에 대한 요구가 더 많이 내포되어 있는 것으로 보이는 국민의 기대에 의하면, 형 집행 종료 후에 이어서 집행되는 보안처분으로 향하기 때문이다. 그런데 이처럼, 책임 있는 상습범 또는 누범임을 이유로 장기의 형을 선고하면서 그 형벌의 집행 효과를 도외시키고 피고사건과 동시에 판단된 위험성을 근거로 보안처분의 집행이 개시되도록 짜여 있는 구조는, 형벌과 보안처분의 집행을 재사회화를 지향하는 조율된 단일 작용으로 이해하는 대체주의 관점에서 봐도, 재범의 위험성을 요건으로 규정하고 있을지라도 실질적으로는 이중처벌적 형사제재로 운용되는 것에 다름없다.

## 2. 관련 현행법 검토

형벌은 본질적으로 행위자가 저지른 과거의 불법행위에 대한 책임을 전제로 부과되는 형사제재임에 반하여, 보안처분은 행위자의 장래 재범위험성에 근거하여 형벌을 대신하거나 추가적으로 부과되어 행위자에 대한 개선 및 보안을 통해 재범을 방지하여 사회를 보호하기 위한 특별예방목적 형사제재이다. 보안처분은 이처럼 재범의 위험성을 제거하기 위한 수단으로 부과된다는 점에서 이 형사제재를 대상자에게 투입하기 위해서는 그

이 가지는 의미”, 형사법연구 제21권 제1호, 2009, 199면 이하 참조.

시점에 반드시 ‘재범을 저지를 상당한 개연성’이 확인되어야만 한다. 헌법재판소 역시 “행위자에 재범의 위험성은 보안처분의 핵심이며, 헌법 제12조 제1항이 규정한 “누구든지… 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”라는 조항에서 구현된 죄형법정주의의 보안처분적 요청은 “재범의 위험성이 없으면 보안처분은 없다”는 뜻을 내포한다고 하겠다.”<sup>11)</sup>고 밝힘으로써, 재범의 위험성에 근거하지 않은 보안처분의 위헌성을 명백히 선언한 바 있다. 이와 같이 보안처분의 부과 근거이자 한계인 재범의 위험성이 전통적인 보안처분 외에 현행 ‘형 집행 종료 후의 보안처분’에도 잘 반영되어 운용되고 있는지 - 여기에서는 주로 문제시되는, 성(폭력)범죄를 대상으로 하는 사회 내 재범방지처분을 중심으로 - 재범위험성 판단을 기준으로 구별하여 검토해봄으로써 문제점을 파악하고 해결책을 모색하는 데 기초를 형성하고자 한다.

### 가. 재범의 위험성 판단 없이 부과 및 집행되는 경우

현행법에는 범죄행위에 대한 대응으로 형벌과 함께 부과되어 보안처분의 일종으로 취급되지만 재범위험성에 대한 판단 없이 형벌 선고와 함께 자동적으로 병과하도록 규정되어 있는 제재들이 존재한다. ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’(이하 성폭력처벌법)상 신상정보 등록(제42조 이하)과 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’(이하 청소년성보호법)상 신상정보 공개(제49조 이하)는 재범의 위험성을 그 부과 및 집행의 법정요건으로 두고 있지 않다. 이 처분들은 재범위험성에 대한 별도의 판단 없이, 보안처분 선고의 계기가 되는 원인범죄(Anlasstat)에 대한 유죄판결이 확정되면 획일적으로 당연히 발생하도록 규정되어 있으며,<sup>12)</sup> 법원 역시 여기에 자신들의 판단이 개입할 여지가 없는 것으로 해석하고 있다.<sup>13)</sup>

신상정보 등록처분의 근거법률인 성폭력처벌법에 의하면 대상범죄로 인한 유죄판결의

11) 헌법재판소 1989.7.14. 선고 88헌가5,8,89헌가44 결정.

12) 청소년성보호법 제49조 제1항 제3호에서는 “죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 자”라고 규정하여 재범위험성에 대한 판단을 요하고 있으나, 이는 “형법 제10조 제1항에 따라 처벌할 수 없는 자”의 경우에 해당하는 것이기 때문에 유죄판결과 동시에 선고되어 형 종료 후에 집행되는 처분을 대상으로 하는 본 논문에서는 고려에서 제외하였다.

13) 예컨대 대법원 2014.11.13. 선고 2014도3564 판결(“등록대상자의 신상정보 제출의무는 법원이 별도로 부과하는 것이 아니라 등록대상 성범죄로 유죄판결이 확정되면 성폭력 특례법의 규정에 따라 당연히 발생하는 것이고, 위 유죄판결에서 선고유예 판결이 제외된다고 볼 수 없다.”).

확정만으로 자동적으로 신상정보 등록처분이 부과되고, 선고형에 따라 등록정보의 관리 기간을 구분하여 재범의 위험성 여부와 상관없이 특정 기간의 경과로 종료된다. 또한 일정기간 내에는 등록면제를 신청도 할 수 없게 해 놓았으며, 피처분자의 개선 정도나 재범위험성 증감 여부를 판단하기 위한 법원의 중간심사절차도 마련되어 있지 않다. 결국 신상정보 등록처분의 부과 및 집행을 위한 절차에서 법원의 사법적 판단이 개입할 여지는 없어 보인다. 대상자에 따라 재범의 위험성이 다를 수 있음에도 아무런 심사 없이 무조건적으로 신상정보 등록 또는 공개처분을 부과하고 일률적으로 집행하는 이러한 입법태도는 ‘재범의 위험성이 없으면 보안처분은 없다’는 보안처분에 대한 죄형법정주의의 요청에 합치될 수 없어 정당화될 수 없다.<sup>14)</sup>

더욱 심각한 문제는 법원이 피고인에 대해 장래 범죄를 저지를 가능성이 낮다고 판단한 경우에도 이와 상관없이 위의 처분이 무조건 부과될 수 있다는 사실이다.<sup>15)</sup> 법원이 피고사건에 대해 유죄판결을 하면서, “개전의 정상이 현저”하여 형의 선고를 유예하거나(형법 제59조) “정상에 참작할 만한 사유”가 있어서 형의 집행을 유예하는 경우(형법 제62조)와 같이, 형의 선고나 집행이 필요 없을 정도로 재범의 위험성이 미약하거나 개선되었다고 판단된 자를 해당 처분의 적용에서 제외할 수 있는 규정이 전혀 마련되어 있지 않다. 뿐만 아니라 자유형의 집행을 받고 있다가 “그 행상이 양호하여 개전의 정이 현저”하고 일정기간이 경과되어 형법 제72조의 가석방 요건을 충족한 후 가석방심사위원회에 의해 석방된 자나 치료감호심의위원회로부터 치료감호의 종료 또는 가중료 결정을 받은 자도 또한 재범의 위험성이 낮다는 판단하에 가석방 되거나 또는 치료감호가 종료·가중료 되었음에도 불구하고 이러한 판단과 상관없이 위 처분의 적용대상자로 포섭된다.

신상정보 공개처분과 관련해서 청소년성보호법에서는 제49조 제1항 단서에 “그 밖에 신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정”이 인정되는 경우에만 신상정보 공개명령을 선고하지 않도록 하고 있다. 재범의 위험성을 소극적 요소 중 하나로 해석할 수도

14) 그럼에도 불구하고 헌법재판소는 양형판단에 의해 무조건 부과되는 신상정보 등록처분의 위험성을 부정하였다(헌법재판소 2017.5.25. 선고 2016헌마141 결정 등). 이에 대한 비판적 고찰로 정지훈, “성범죄자 신상정보 등록제도의 위험성과 무용성 - 헌법재판소 결정과 법무부 개정안에 대한 문제점을 중심으로”, 저스티스 통권 제155호, 2016, 131면 이하 참조.

15) 마찬가지로 문제제기로 정지훈, 앞의 논문, 142면.

있지만,<sup>16)</sup> 동법에는 검사가 신상정보의 공개를 청구하기 위한 조사 또는 법원의 판결을 위한 조사에 관한 내용 등 대상자의 위험성을 판단하기 위한 절차가 전혀 마련되어 있지 않다.

반면 헌법재판소는 취업제한 처분에 국한해서 이러한 자동명과형 보안처분의 위험성을 지적하였고,<sup>17)</sup> 이러한 위험결정의 대상이었던 청소년성보호법은 2018년 관련 규정을 개정하였다. 입법자는, 특정한 범죄를 저지르고 그로 인해 형벌 또는 치료감호를 선고받는 자에게 동시에 취업제한 명령을 부과하는 판단주체를 법원으로 명시하면서, 동 조항에 단서를 붙여 “다만, 재범의 위험성이 현저히 낮은 경우”에는 취업제한 명령을 선고할 수 없도록 제한하였다(제56조 제1항). 재범의 위험성을 소극적 요건으로 규정한 것이다. 이와 함께 같은 조 제3항에다가 “법원은 제1항에 따라 취업제한 명령을 선고하려는 경우에는 정신건강의학과 의사, 심리학자, 사회복지학자, 그 밖의 관련 전문가로부터 취업제한 명령 대상자의 재범 위험성 등에 관한 의견을 들을 수 있다”는 조항을 신설하여, 법원이 재범의 위험성에 대한 실질적인 판단을 거친 후에 취업제한을 결정할 수 있도록 절차를 마련해 놓았다. 하지만 재범위험성 판단을 형벌 선고시라는 과거에 고정시켜 둔 채로 중간심사절차도 마련해 놓지 않아 취업제한 처분의 개시시점에서 확인된 위험성에 근거할 수 없다. 취업제한이 선고된 시점에 재범의 위험성이 확인되고 취업제한의 기간이 확정되었다고 하더라도 그 집행기간 동안에 재범위험성은 변할 수 있고, 또 그 기간이 경과한다고 해서 자동적으로 위험성이 소멸되는 것도 아니다. 하지만 청소년성보호법에는 일단 부과된 취업제한을 계속하거나 중단, 종료 여부를 판단하는 사후적인 심사 절차가 발견되지 않는다.

#### 나. 대상사건 판결 시 재범의 위험성 판단 후 형 집행 종료 후 바로 개시되는 경우

이와 달리 ‘전자장치 부착 등에 관한 법률’(이하 전자장치부착법)에서는 해당 처분을 검사가 청구하고 법원이 선고하기 위해서는 재범의 위험성이 인정될 것을 명문으로 규정

16) 예컨대 대법원 2012.1.27. 선고 2011도14676 판결.

17) 헌법재판소 2016.3.31. 선고 2013헌마585 결정; 헌법재판소 2016.4.28. 선고 2015헌마98 결정; 헌법재판소 2016.7.28. 선고 2015헌마359, 914 결정 등.

해 놓고 있다. 또한 이러한 처분을 청구하기 위해서 필요한 경우 재범의 위험성에 대한 조사를 할 수 있거나 의무적으로 행하도록 규정하고 있기에(전자장치부착법 제6조), 언뜻 보면 재범위험성을 근거로 부과되고 집행되는 보안처분의 모습을 띠는 것으로 보인다. 그러나 재범의 위험성은 보안처분의 선고에서만이 아니라 집행개시 후 종료까지 모든 단계에서 중심적인 역할을 하는 것이기 때문에, 법원은 선고된 보안처분이 여전히 필요한지, 보안처분을 변경하거나 유예 내지 종료해야 하는지 등에 관한 판단을 위해 행위자의 재범위험성을 지속적으로 심사해야 한다. 그리고 이때 재범위험성의 존재 및 정도에 관한 판단에 대해서는 심사 당시의 상황이 결정적이어야 한다. 따라서 법문상 재범의 위험성을 규정해 놓았다 하더라도 자유형의 집행 종료 후에 별도의 심사 없이 형벌과 동시에 선고되었던 처분을 개시하는 구조하에서는 집행개시 시점에 실제로 확인된 재범의 위험성에 근거하여 집행된다고 할 수 없다. 사회 내 보안처분은 자유형의 집행이 종료된 후에 개시되는데 처분의 집행을 시작할 때에는 선고된 때와 이미 상당한 시간적 간격이 발생하고 행형효과에도 차이가 있어, 이에 따라 실제 처분이 집행되는 시점에서의 위험성 유무나 정도는 과거와 동일할 수가 없게 된다.<sup>18)</sup> 아울러 심사 당시의 위험성 예측에 근거하지 않은 보안처분 집행은 피처분자의 자유(권)를 침해한다.<sup>19)</sup> 하지만 전자장치부착법에는 형 종료 시나 처분의 집행 전에 이러한 사정변경을 확인할 수 있는 절차가 마련되어 있지 않다.

그 밖에 전자장치부착법 제9조 제1항은, 피고사건 범죄의 법정형에 따라 그 법정형이 중할수록 더 오랫동안 전자장치를 부착하도록 기간을 정하고 있는데, 이는 그 처분이 선고 시에는 재범의 위험성을 근거로 부과되는 보안처분의 형식을 가지고 있더라도 더 이상의 재범위험성 판단 없이 대상범죄를 직접적 근거로 집행되는 형벌의 연장일 뿐이라는 것을 보여준다. 대상범죄는 행위자가 장래 재범을 저지를 것인지 여부를 판단하는 데 하나의 중요한 징표이지만, 그 대상범죄경력 자체를 근거로 보안처분이 부과되고 집행되어

18) 이러한 문제점을 대법원도 지적하고 있다(대법원 2012.5.10. 선고 2012도2289 판결; 대법원 2014.2.27. 선고 2013도12301 판결).

19) 이러한 문제의식하에 헌법재판소는 2017년 개정되기 전의 ‘성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률’상 성충동약물치료의 선고조항에 대하여 “치료명령 선고 시점에는 치료명령의 요건이 충족되었다고 하더라도 그 집행 시점에는 사정변경이 발생할 수 있다. … 10년, 20년 후의 먼 장래의 재범의 위험성을 현재의 선고 시점에서 판단하는 것에는 한계가 있을 수밖에 없다”면서 치료명령을 과잉금지원칙 위반이라고 판단하였다(헌법재판소 2015.12.23. 선고 2013헌가9 결정).

서는 안 된다.<sup>20)</sup> 아무리 행위의 특성이 재범의 개연성과 밀접하며 불법성의 정도가 무거운 범죄를 범한 자라고 할지라도 이와는 별개로 재범의 위험성이 있는지를 판단하여 그 결과에 따라 처분의 부과나 종료를 결정하는 것이 보안처분의 기본범리에 부합하는 입법 태도이다. 더불어 이러한 전자장치부착 처분의 형벌적 성격은 전자장치부착법 제9조 제2항에서도 나타난다. 이에 의하면, 여러 개의 특정범죄에 대하여 동시에 부착명령을 선고할 때에는 법정형이 가장 중한 죄의 부착기간 상한의 2분의 1까지 가중하되 각 죄의 부착기간의 상한을 합산한 기간을 초과할 수 없고, 다만 하나의 행위가 여러 특정범죄에 해당하는 경우에는 가장 중한 죄의 부착기간을 부착기간으로 한다고 하여, 형벌에 있어서 경합범 처벌례(형법 제38조 제1항 제2호, 제40조)에 상응한다. 그러나 이러한 규정은, 전자장치부착 처분이 근거로 해야 하는 재범의 위험성과 수 개의 보안처분의 경합시 적용되어야 하는 비례성 원칙을 고려하지 않는다.

#### 다. 형 집행 종료 전 한번 더 재범의 위험성 판단 기회가 마련되어 있는 경우

피고사건에 대한 형벌과 함께 동시에 선고되지만 형 집행 종료 전에 재범의 위험성을 다시 판단하여 부과된 처분의 개시 여부 등을 결정하는 방식도 찾을 수 있다. ‘성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률’(이하 성충동약물치료법)에서는 해당 처분을 검사가 청구하고 법원이 선고하기 위해서는 재범의 위험성이 인정될 것을 명문으로 규정해 놓고 있으면서, 이와 더불어 피고사건 판결 시 징역형과 함께 치료명령을 받았더라도 형 집행이 종료되기 전에 치료명령이 집행될 필요가 없을 정도로 개선되어 재범위험성이 없음을 이유로 치료명령의 면제를 신청할 수 있도록 하는 규정을 두고 있다(제8조의2). 또한 청소년성보호법상 취업제한 처분의 경우에는 2018년 개정법률의 부칙을 통해 구법에 의해 취업제한 대상자가 된 자에 한해서 당사자의 신청에 따라 취업제한의 기간을 변경하거나 면제 결정까지 받을 수 있도록 규정함으로써, 기존의 취업제한 대상자도 사후에 다시 판단 받을 수 있는 기회를 제공하고 있다.

이와 같은 입법형태는 앞에 서술된 두 유형, 즉 판결의 대상범죄를 저질렀다는 사실만

20) 헌법재판소도 대상범죄의 행위태양이나 책임, 불법성의 경중은 행위자의 재범의 위험성을 판단함에 있어 중요한 요소 가운데 하나임을 분명히 지적하고 있다(헌법재판소 2016.3.31. 선고 2015헌마688 결정).

으로 필요적 보안처분을 부과하는 경우나 또는 재범의 위험성을 부과근거로 규정하고 있지만 실제로 처분을 개시할 때에는 위험성에 대한 별도의 판단이 없는 경우보다는, 재범의 위험성을 고려한다는 측면에서 보안처분의 기본 법리에 더 부합할 수 있다. 그런데 대상자의 면제신청 등을 통해서 재범의 위험성을 다시 판단하는 방식은 정당한 대안이 되는 데에는 충분하지 않은 것으로 보일 뿐만 아니라, 각 법률은 내용상 입법적 결여 또한 내포하고 있다. 즉, 성충동약물치료법상 치료명령의 집행면제 신청은 “징역형의 집행이 종료되기 전 12개월부터 9개월까지의 기간에 하여야 한다”고 규정되어 있는데(제8조의2 제2항), 여기서 ‘징역형의 집행’에는 가석방 기간이 포함되므로, 가석방의 가능성을 고려할 때, 이는 개선의 정이 현저하다는 긍정적인 준법예측을 인정받아 가석방 중인 자에게 정반대의 요건인 위험성을 근거로 하는 치료명령의 부과를 원칙으로 하면서 신청자에 한해 예외적으로 면제할 수 있다는 모순적인 구조를 포함한다.<sup>21)</sup> 또한 청소년성보호법 부칙상 취업제한의 경우(법률 제15352호 부칙 제4조)에는 법원이 취업제한의 기간 등을 정할 때 개별적인 판단에 의할 수 있게 되었지만, 그 처분을 결정하는 근거로 재범의 위험성이 적극적 요건으로 명시되어 있지 않은 등 보안처분의 정당화 조건을 충족시키기에는 여전히 미흡하다.

나아가 사회 내 보안처분은 형벌이 집행되고 난 후에 개시되는데, 그 보안처분의 부과 여부를 형벌과 동시에 판단하여 선고하도록 되어 있는 현행 절차 하에서는, 대상사건 판결 시와 보안처분 집행개시 사이에 변화할 수 있는 재범위험성의 존재 여부 및 정도를 보안처분의 개시 전에 다시 판단하도록 하는 기회가 있다고 하더라도, 대상자의 위험성에 관한 판단은 양형 과정과 분리되기 어렵고 이로 인해 발생하는 이중처벌 논란에서도 벗어나기 힘들다.<sup>22)</sup>

21) 정지훈, “보안처분의 정당화 과제와 개선방안”, 형사법연구 제32권 제1호, 2020, 73면.

22) 형벌과 보안처분을 동시에 선고하도록 설계되어 있는 현행 제도 아래에서는 그 어떠한 사회 내 보안처분도 집행개시 시점에서 확인된 실질적 위험성에 근거하여 부과될 수 없으므로, 현행 입법방식은 위험성에서 벗어나기 어렵다는 취지의 주장은 이미 정지훈, “재범의 위험성과 보안처분의 정당화 과제 - 성범죄자에게 부과되는 사회 내 보안처분을 중심으로”, 형사법연구 제28권 제3호, 2016, 17면 이하; 또한 정지훈, 앞의 논문(2020), 72-73면 참조.

### Ⅲ. 형사제재의 실질적 이원주의 구성을 위한 재범의 위험성 판단

#### 1. 재고의 필요성 및 논의현황

형사제재체계 이원주의의 본래 취지는, 책임에 따른 형벌과 그로 인해 발생하는 사회 보호 흠결을 재범위험성을 근거로 행위자의 개선을 내용으로 하는 보안처분을 통해서 형벌에 보충하여 메우려는 것이다. 그런데 보안처분은 누구도 확실하게 예측할 수 없는 장래 재범위험성을 근거로 부과되는 것이기 때문에 이로 인해 당사자의 자유권이 중대하게 침해될 수 있다. 이에 국가는, 잘못된 예측으로 인해 당사자의 자유가 부당하게 침해되지 않도록 재범의 위험성에 대해 가능한 한 확실하게 판단할 수 있는 절차를 형성해야 할 의무를 진다. 이러한 측면에서 앞에서 살펴본 현행 사회 내 보안처분 관련법은 재범의 위험성 판단 시기와 절차 등과 관련하여 재고될 필요가 있다.

일단 모든 보안처분은 재범의 위험성을 근거로 해야 하고, 책임이 인정되어 형벌과 함께 부과되는 경우 중 현행 치료감호와 같이 대체집행이 가능한 자유박탈 보안처분은, 집행과 관련해서 그 방향은 형벌과 보안처분 모두 재사회화적 특별예방으로 동일하므로, 양자의 차이를 강조할 것이 아니라, 집행목적 달성을 위해 최대한 노력하는 ‘병행’이 중요하다. 이에 치료감호는 피고사건 선고 후 형 집행 전에 곧 집행될 수 있기 때문에 대상사건 판결 시에 재범의 위험성에 대한 확신을 전제한다. 그에 비해 사회 내 보안처분은 책임에 따른 형벌집행이 종료된 후에 개시되는 것이라는 점에서 시설 내 보안처분과 시스템적 차이가 있다. 그럼에도 피고사건에 대한 형벌을 선고하면서 동시에 형 집행 종료 후 개시되는 보안처분의 근거인 재범위험성까지 함께 판단하도록 하는 것은, 법관으로 하여금 형벌의 집행이 대상자에게 어떠한 영향을 미칠 것인지를 미리 예측하거나 혹은 행형의 실패를 전제하고서 형벌의 집행 종료 후에도 보안처분의 집행이 필요한 것인지를 형벌의 선고 시에 미리 판단해야 함을 의미한다. 이러한 현행 사회 내 보안처분의 구조적 결함에 대해서 우리 법원도 부분적으로는 인정하고 있다. 형의 집행을 종료한 시점을 기준으로 재범의 위험성을 판단해야 한다는 견해는 일찍이 1989년 구 사회보호법 제5조 제1항에 대한 위헌법률심판에서 제기된 바 있고,<sup>23)</sup> 대법원은 형벌과 보안처분

23) 헌법재판소 1989.7.14. 선고 88헌가5,8,89헌가44 결정.

을 동시에 선고하는 구조하에서는 형벌집행 후 보안처분의 집행이 개시되기까지 상당한 시간적 간격이 발생하여 재범의 위험성도 달라질 수 있으므로 나중에 개시되는 보안처분의 부과근거와 필요성이 별개로 입증되어야 한다고 설시한 바 있다.<sup>24)</sup>

이러한 문제점을 해결하기 위해, 보안처분을 대상사건 판결과 동시에 선고하되, 형 집행 중에 재범의 위험성을 다시 심사하도록 하는 중간심사절차를 두어 형 집행 종료 전에 한 번 더 평가해 보자는 견해<sup>25)</sup>를 비롯하여, 형 집행 종료 후 보안처분 개시 전에 이미 선고되었던 보안처분의 집행유예나 임시해제 여부를 판단하지는 법률안<sup>26)</sup>도 개진되었다. 이렇게 형 선고와 함께 보안처분도 법원에 의해 확정되었지만 형 집행 종료 후 개시하기 전에 그 집행 여부를 의무적으로 다시 심사하는 중간심사방안은, 앞에서 검토한 현행 입법 태도보다 재범위험성을 근거이자 한계로 삼는 보안처분 이론에 훨씬 더 부합한다. 나아가 형벌과 보안처분을 동시에 판단하는 절차를 그대로 두면서 중간심사절차를 중복적으로 설치하는 접근방식만으로는 현행 제도의 문제점이 완전히 극복될 수 없으므로, 양형 판단과 위험성 판단을 준별하면서 행형의 효과 등을 고려한 재범위험성 판단을 위해 모든 사회 내 보안처분의 부과 여부는 피고사건 판결 시가 아니라 아예 형벌집행이 종료되는 시기에 법원이 판단하도록 하는 방안<sup>27)</sup> 또한 제안되어 있다. 이 방안은, 자유형과 사회 내 보안처분의 병과와 같이 대체집행이 어려운 경우에는, 형 선고 시에 보안처분 부과 여부를 판단하지 않은 채 형벌을 우선 집행하고 만기출소 전에 행형효과 등을 고려하여 보안처분 부과 여부를 처음으로 판단하도록 한다는 점에서, 형벌과 보안처분의 집행에 있어서 특별예방목적은 단절적으로 파악하지 않고 실제로 집행을 개시하기 위해 필요한 재범위험성을 확인한다는 측면에서 더 발전적인 것으로 보인다. 이 제안과 유사하게 애초에 형벌과 보안처분을 병과하지 않고 형 집행 종료 시에 보안처분 부과 여부를 위한 재범위험성을 별개로 판단하는 입법형태는 전자장치부착법의 2008년 부칙 제2조에서 발견된다. 이에 의하면, 2008년 법률 개정 전 형벌 선고 당시에는 전자장치부착처분의 대상자가 아니었지만 형 집행 종료 시점의 출소예정자나 출소임박자에 대해서

24) 대법원 2012.5.10. 선고 2012도2289 판결; 대법원 2014.2.27. 선고 2013도12301 판결; 대법원 2014.12.11. 선고 2014도6930 판결.

25) 예컨대 김혜정, “보안처분의 체계적 입법화를 위한 소고”, 형사법연구 제25권 제4호, 2013, 149면.

26) 이를테면 2011년 형법총칙개정안 제83조의5 보호수용의 집행유예.

27) 정지훈, 앞의 논문(2016), 26면 이하.

성폭력범죄를 다시 저지를 위험성이 있다고 판단되면 개정법률을 소급적으로 적용하여 검사의 청구와 법원의 판단에 의해 전자장치부착 처분을 부과할 수 있도록 하였다. 이러한 구조는 형 집행 종료 시 보안처분 개시 전에 재범의 위험성을 판단하여 그때 보안처분을 확정적으로 부과될 수 있다는 측면에서 독일형법의 유보적·사후적 보안감호제도와 대비될 수 있다.

## 2. 독일형법에 따른 선고의 유보 규정과 사후적 선고

보안감호(Sicherungsverwahrung)는 자유박탈 보안처분의 일종으로 현재 우리 형법에는 존재하지 않는다.<sup>28)</sup> 그런데 - 물론 ‘시설 내’와 ‘사회 내’라는 차이가 있기는 하지만 - 중한 범죄를 저지른 자가 책임에 따른 형벌을 부과받고 이와 함께 장래 그러한 범죄를 또다시 저지를 위험성으로 인해 자유형 집행 종료 후 이어서 개시된다는 점에서 우리 현행 사회 내 보안처분과 닮아있다. 그래서 독일의 보안감호제도를 이해하고 논의 상황을 파악하는 것은 우리 현행 형 집행 종료 후 보안처분의 좀 더 나은 구조를 모색하고 형벌의 특별예방기능을 보충하는 보안처분의 제자리를 찾는 데 필요한 작업이라고 생각한다.

독일에서는, 책임에 따른 형벌 집행이 종료되었음에도 출소 후 재범을 저지를 위험이 있는 소위 위험한 범죄자에 대해서 어떻게 대처해야 하는가에 관한 대답이 보안감호제도의 확장과 결합되었다. 즉, 독일형법 제66조에 따른 보안감호는 대상사건 판결 시의 재범위험성을 근거로 부과된다. 그러므로 판결 시에 보안감호를 부과할 정도의 위험성이 예측될 수 없으면 보안감호는 선고되어서는 안 된다. 그렇다 보니 형 집행 동안에 위험한 범죄행위에 관한 습벽이 증명되는 사실이 나타나도 행위자는 석방될 수밖에 없다. 이에, 대상사건을 판결할 때 형벌과 함께 보안감호를 부과하지 못하는 경우에도 형 집행 종료 시에 다시 보안감호를 선고할 수 있는 가능성으로 보안감호의 유보(Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung)와 보안감호의 사후적 선고(Nachträgliche

28) 1980년 사회보호법이 제정되면서 보안처분으로서 보호감호가 마련되었는데, 이중처벌과 인권침해 논란으로 2005년 폐지되었다. 그럼에도 그 후 보안감호제도의 도입 필요성은 지속적으로 제기되어 2011년 형법(총칙)개정법률안에서는 형법전 안에서 보호수용이라는 이름으로 규정되었고, 2014년에는 보호수용법이 입법예고 되면서 그 제도의 도입은 꾸준히 논의되고 있다.

Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung) 규정이 신설된 것이다.<sup>29)</sup> 특히 보안감호의 유보 규정은 2002년에 제정되고 2010년에 그 대상이 확대되었는데, 이는 자유형 집행 종료 후의 위험성을 대상사건 판결 시에 법원이 미리 확신할 수 없다는 점에 기인한다.<sup>30)</sup>

독일형법 제66조a 보안감호의 유보 규정 내용을 살펴보면, 우선 대상사건 판결 시에 보안감호 선고를 유보할 수 있는 전제조건은 두 가지 유형으로, 하나는 독일형법 제66조 제3항 제1문에 따른 범죄행위<sup>31)</sup>로 인해 유죄판결 받은 경우(제1항)이고, 다른 하나는 중한 범죄목록<sup>32)</sup>에 해당하는 경우(제2항)이다. 형 선고 시점에 이러한 형식적 전제조건은 존재하지만, 법원이 피고인의 위험성에 대해 개연적이기는 하지만 충분한 확신을 가질 수 없는 경우에, 보안감호의 선고를 유보할 수 있다. 그 후 형 집행이 종료되기 전에 (여기에는 가석방되어서 잔형이 집행된 경우도 포함된다) 법원은, 행위자가 사람들에게 정신적·신체적으로 심하게 해를 입히는 중한 범죄행위를 다시 저지를 것인지에 대해서, 행위자와 그의 범죄행위, 그리고 추가로 형 집행 동안 행위자의 변화를 종합적으로 평가하여, 유보된 보안감호의 선고 여부를 결정한다.

한편, 보안감호의 사후적 선고 규정은 2004년 도입 당시 적용 대상이 다음의 두 그룹이었다. 하나는, 대상사건 판결 시점에 독일형법 제66조에 따른 보안감호 또는 제66조a

29) 유보적 보안감호의 경우는 BT-Drs. 14/9041, 1면; SSW-Jehle, § 66a Rn 1; MK-Ullenbruch / Morgenstern, § 66a Rn. 2. 사후적 보안감호의 경우는 BT-Drs. 15/2887, 1면; 15/3346, 1면 이하; SSW-Jehle, § 66b Rn. 1; NK-Bllinger/Dessecker, § 66b Rn. 5 f.; MK-Ullenbruch/Drenkhahn, § 66b Rn. 1.

30) BT-Drs. 14/4865, 6면; NK-Bllinger/Dessecker, § 66a Rn. 7; SSW-Jehle, § 66a Rn. 1; MK-Ullenbruch/Morgenstern, § 66a Rn. 2.

31) 여기에는 다음의 범죄유형이 해당된다: 생명, 신체적 불가침성, 인격적 자유 또는 성적 자기결정에 반하는 고의(적) 범죄행위로 인해서 2년 이상의 자유형이 선고되는 경우, 국가를 위협하게 하는 중한 폭력범죄의 예비, 테러 자금조달, 테러단체 조직, 외국에서의 범죄단체와 테러단체와 몰수, 피보호자에 대한 성적 남용(강간 내지 강제추행), 피구금자(수형자, 관청에 감호된 자 또는 시설 내 환자와 요부조자)에 대한 성적 남용, 공무원 지위를 이용한 성적 남용, 자문·치료 또는 원호 관계를 이용한 성적 남용, 아동에 대한 성적 남용, 성적 침해; 성적 강요 및 강간, 미성년자의 성적 행위 조장, 청소년에 대한 성적 남용, 특수상해, 피감독자에 대한 학대·가혹행위.

32) 이에 대해서는 다음의 범죄유형이 규정되어 있다: 생명, 신체적 불가침성, 인격적 자유, 성적 자기결정에 반하는 하나 또는 수 개의 범죄로 인해서, 제28절에 따라 또는 제250조(중강도), 제251조(강도치사)에 따라, 제252조(준강도)나 제255조(강도에 준하는 공갈)와의 결합에서도 5년 이상의 자유형이 선고된 경우.

의 유보를 위한 형식적 전제조건이 존재했는지라도 재범의 위험성을 개연적으로도 인정하기 어려워 보안감호를 선고는 물론 유보도 할 수 없었지만, 형 집행 종료 전에 행형기간 동안 일반인에 대한 위험성을 드러내는 사실(들)이 확인됨으로 인해 위험한 것으로 분류된 수형자(구형법 제66조b 제1항과 제2항)이고, 다른 하나는, 독일형법 제63조에 의해 정신병원에 수용되어 있던 자가 그의 책임능력을 배제하거나 감경하는 심신장애 상태가 개선되어서 정신병원수용의 종료가 선고되었지만, 일반인에 대한 위험성이 (여전히) 높은 것으로 확인되는 자(구형법 제66조b 제3항)이다.

이와 같이 독일의 보안감호제도는, 형벌과 동시에 부과되는 형태뿐만 아니라 형 선고시에 행위자의 재범위험성에 대해 확신을 갖지 못해서 선고를 유보하거나 아예 형 집행 종료 후에 선고하는 세 가지 형태로 구분되어 있고, 이들은 서로 연계되어 위험한 범죄자로부터 사회를 보호하는 데 생길 수 있는 흠결을 빈틈없이 메우고자 한다. 그렇다 보니 사실상 세 유형의 경우 모두 우선은 보안감호 부과를 위한 재범의 위험성을 형 선고시에 판단하고 그때 보안감호를 선고할 정도로 재범위험성에 대한 확신을 갖지 못한 경우에 유보적·사후적 보안감호가 고려되는 것이기 때문에, - 독일형법 제66조a 제3항 제2문에 행형 동안의 행동에는 단지 보충적인 의미가 부여된다고 규정되어 있더라도<sup>33)</sup> - 실무적으로는 결국 형 집행 동안 수형자의 행동이 재범위험성 예측에 결정적인 요소가 될 것이다. 그런데 사회와 격리되어 있는 형 집행시설에서의 생활은 사회에서 자유로운 상태에서의 생활과 달리 인위적이기 때문에, 행형 동안의 수형자의 행동 등은 사회에서 준법생활을 할지에 관한 판단에 대해서는 제한적인 의미만을 가질 뿐이다.<sup>34)</sup> 이러한 재범의 위험성 예측문제는 대상사건 판결과 수년 후의 보안처분에 관한 판결 사이에 인과관계 없이 형벌이나 보안처분 집행시설에서의 행동만을 가지고 사회 내에서의 재범 여부를 판단하는 (구) 사후적 보안감호의 경우에 더 강화되었고,<sup>35)</sup> 행위자의 위험성을 충분히 징표할 수 있을지에 대한 의심하에 행위자의 자유를 예방적·무기한적으로 박탈하는

33) 이에 관해서 BT-Drs. 17/3403, 30면; MK-Ullenbruch/Morgenstern, § 66a Rn. 94, 97.

34) Boetticher, Nachbetreuung nach Straf- und Maßregelvollzug, in: Egg (Hrsg.), Ambulante Nachsorge nach Straf- und Maßregelvollzug, 2004, 41면; SSW-Jehle, § 66a Rn. 4; MK-Ullenbruch/Morgenstern, § 66a Rn. 25 이하; Laubenthal, Die Renaissance der Sicherungsverwahrung, in: ZStW 2004, 740면; Rasch/Konrad, Forensische Psychiatrie, 2014, 386면 이하.

35) MK-Ullenbruch/Drenkhahn, § 66b Rn. 24, 52 이하; LK-Rissing-van Saan/Peglau, § 66b Rn. 21 이하 참조.

것이 가능했던 구형법 제66조b 제1항과 제2항의 사후적 보안감호는 비례성원칙 위배 등을 이유로<sup>36)</sup> 폐지되었다.

이러한 사후적 보안감호와 유사한 형태가 우리 성충동약물치료법 제22조에도 규정되어 있다. 이에 의하면, 검사는 성폭력범죄를 저질러 징역형 이상의 형이 확정되었으나 피고사건 판결 시 치료명령이 선고되지 아니한 수형자 중 성도착증 환자로서 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되고 약물치료를 받는 것을 동의하는 사람에 대하여 정신건강의학과 전문의의 진단이나 감정을 받아 그의 주거지 또는 현재지를 관할하는 지방법원에 치료명령을 청구할 수 있고, 법원은 이러한 청구가 이유 있다고 인정하는 때에는 결정으로 치료명령을 고지한다. 치료처분을 피고사건의 형벌과 함께 선고받지 않고 그 이후인 수형생활 중 결정된다는 점에서 사후적 보안감호와 비슷한데, 여기서는 피고사건에서 이미 이유 없다고 판단되어 기판력이 발생하였음에도 불구하고 치료를 명분으로 확정된 실체재판을 다시 심판하겠다는 것과 다름없다는 해석<sup>37)</sup>이 가능하다. 비록 양형과 위험성의 판단 시점이 다르다고 할지라도 이러한 사후적 결정은 일사부재리의 원칙에 합치될 수 없다는 비판에서 벗어나기 어렵다.

현재 독일의 사후적 보안감호는 구 독일형법 제66조b 제3항의 형태가 유지되고 있는데, 이에 의하면 피고사건의 책임에 따른 형벌이 아니라 정신병원수용 보안처분이 보안감호 집행에 선행함으로써 인해, 형 집행 종료 후 개시되는 보안처분의 도그마틱을 의심스러운 방식으로 무너뜨린다는 점에서 비판이 제기된다. 정신병원에 수용될 정도의 심신장애 상태가 개선되었다는 확인을 통해, 보안감호가 선고될 수 있기 위한 전제인 원인행위와 장래 저지를 것으로 예측되는 중한 범죄행위 사이의 연관관계는 (더 이상) 존재하지 않는다.<sup>38)</sup> 또한 책임을 감경하거나 조각하는 심신장애 상태에서의 범죄행위로 인해 재범의 위험성이 예측되어 오랫동안 정신병원에 있었지만 그러한 장애가 (더 이상) 존재하지 않는 자로부터, 다른 사람을 정신적·신체적으로 심하게 해를 입히는 중한 범죄행위를

36) Kinzig, An den Grenzen des Strafrechts - Die Sicherungsverwahrung nach den Urteilen des BVerfG, in: NJW 2004, 912면; Mushoff, Strafe-Maregel-Sicherungsverwahrung, 2008, 426면 이하; Höffler/Kaspar, 앞의 논문, 97면 이하; SSW-Jehle, § 66b Rn. 8 이하.

37) 정지훈, “성충동 약물치료법의 위헌성”, 형사정책연구 제27권 제1호, 2016, 155면 이하.

38) MK-Ullenbruch/Drenkhahn, § 66b Rn. 23 이하; Waterkamp, Anmerkungen zu den Urteilen des BVerfG vom 5. 2 und 10.2.2004, in: StV 2004, 273면.

저지를 것이라는 확신을 가지기는 쉽지 않은 것으로 보인다.<sup>39)</sup> 이러한 규정으로 인해 실제로는 위험하지 않지만 위험한 것으로 평가되어 자유가 부당하게 박탈당할 수 있는 경우가 계속 증가할 수 있다는 점이 우려된다.

이와 같이 사후적 보안감호나 유보적 보안감호는 (원래의) 보안감호와 함께 연계해서 규정되어 있음으로 인해 적법절차원칙이나 실효성 등의 측면에서도 문제가 될 수 있다. 이에 보안감호의 세 가지 형태를 하나의 사후적 보안감호로 통합하여 형기의 마지막에 행위자의 재범위험성을 처음으로 판단하자는 제안<sup>40)</sup>도 있었고, 단일한 유보적 보안감호 형태가 비례성원칙 뿐만 아니라 일반인의 안전요구까지도 고려한 것이라는 견해도 주장되었다.<sup>41)</sup>

### 3. 형 집행 종료 후 사회 내 보안처분에 대한 새로운 구상

이러한 독일형법의 보안감호제도와 관련된 논의를 참고하여 우리 현행 형 집행 종료 후 보안처분의 구조적 문제를 해결할 수 있는 실마리를 찾아 형사제재체계의 실질적 이원주의 정립을 위한 새로운 방안을 구상해 보고자 한다. 보안처분이 근거로 하는 재범의 위험성은 장래 예측과 관련된 것으로 한번 결정되면 고정불변인 개념이 아니기 때문에, 오랜 시간의 자유형 집행이 종료된 후에 개시되는 것이면 형벌과 함께 동시에 확정적으로 선고될 것이 아니라 행형 동안에 치료 등 재사회화를 위한 개선 노력을 최대한 하고 그 후에 이어서 보안처분을 개시하고자 할 때 그때 보안처분 부과에 관한 재범의 위험성을 판단해야 한다.

그렇다면 일단은 - 사후적 보안감호의 단일 형태와 같이 - 책임이 인정되는 범죄자에 대해서는 그에 따른 형벌을 선고하고 형 집행 종료 시에 보안처분을 위한 재범의 위험성 여부를 ‘처음으로’ 판단하는 구조가 고려될 수 있다. 그런데 이에 대해서는 몇 가지 반론이 가능할 것으로 보인다. 우선, 행형 종료 시 누가 보안처분 부과의 재범위험성을 별개로 심사받는지 그 대상자를 선정하는 기준이 모호하다. 형사제재는 개인이 형법상 범죄

39) SSW-*Jehle*, 66b Rn. 6; Sch/Sch-*Stree/Kinzig*, § 66b Rn. 9.

40) Sächsischen Referentenentwurf von 2009.

41) 대표적으로 *Kreuzer*, *Kriminalpolitische und rechtliche Aspekte der Reform des Sicherungsverwaltungsrechts*, in: *Gewaltdelinquenz*, 2011, 379면 이하.

행위를 저질렀을 때 형사절차에서 법원으로부터 부과될 수 있는 것으로, 위법한 행위를 전제로 한다. 이에 형벌과 마찬가지로 보안처분 또한 일탈행동의 임의적인 유형이 아닌, 형법에 규정되어 있는 구성요건에 관련되어 있다. 다만 보안처분은 형벌과 같이 위법행위로부터 실현된 책임에 대한 대응이 아니라, 그 위법행위로부터 표출되는 행위자의 재범위험성에 대한 반응이다. 그리고 행위자로부터 범해진 위법행위는 보안처분 신고를 하는 데 필요한 위험성예측을 위한 기초를 형성한다. 그래서 보안처분을 부과할 수 있는 계기이면서 원인이 되는 위법행위는 보안처분 신고의 시작점이면서 재범위험성의 징후를 나타내는 것이어야 한다. 이러한 대상사건 범죄행위는 보안처분을 신고하는 데 필수적인 전제조건으로, 이를 통해 국가의 자의적 형벌권 행사로부터 개인이 보호될 수 있으며 보안처분의 법치국가성이 보장될 수 있다. 그런데 사후적 신고의 구조에 의하면 보안처분의 신고에 관한 결정은 원인범죄 내지 이전행위로부터 광범위하게 떨어져 있다. 자유형 집행 종료 시 재범의 위험성을 판단할 전제조건으로서 범죄목록을 정해 놓겠지만 그것이 충족되는 수형자 전부가 사회 내 보안처분의 대상자로 추상적으로 분류되어 있는 것이기 때문에 그로 인해 당사자는 물론 법원 및 집행관청도 불필요한 부담을 지게 될 수 있다. 그 밖에, 행형 동안 치료나 교육 등의 재사회화조치를 받고 난 후에 그 당시의 재범위험성을 판단하는 데 아무래도 형 집행시설의 감정인이나 교도관 등의 진술에 결정적으로 영향을 미치는 것은 행형 동안의 수형자 행동일 것인데, 이는 사회에서의 생활과 다르기 때문에 위험성 예측의 기초를 형성하는 데 부족할 것으로 보인다.

이에 책임에 따른 형 집행이 종료된 후에 재범위험성을 근거로 개시되는 보안처분의 경우에는 - 마치 유보적 보안감호의 단일 형태와 같이 - 대상사건 판결 시에 보안처분의 신고를 유보하는 구조가 앞에서 언급한 이른바 사후적 보안처분의 결함을 보완할 수 있지 않을까 한다. 이러한 신고의 유보 모델의 본질적인 특수성은 절차의 이(二) 단계성에 있다. 즉, 형 신고 시에 보안처분 부과 원인범죄를 확인하고 재범의 위험성이 개연적으로 인정되면 형 집행 종료 시까지 보안처분의 신고를 유보하고, 그 후 형 집행 종료 시에 그 시점에 재범예측과 관련된 사실들을 고려하여 위험성이 확실하게 인정되면 유보된 보안처분을 신고하는 것이다.

이는 앞에서 언급한 중간심사형 모델, 즉 형 신고 시에 보안처분도 함께 확정적으로 신고하되 보안처분 개시 전에 재범의 위험성을 의무적으로 다시 심사하는 구조에서도

재범위험성 판단의 첫 번째 시점에서는 예측의 상대적 확실성만으로 선고될 수 있고, 형 집행 종료 전인 두 번째 시점에서의 위험성예측에 보안처분 개시가 종국적으로 결정되는 것이기 때문에 법효과적인 측면에서는 차이가 없다는 점이 언급될 수 있다. 그러나 형 집행 종료 후에 개시되는 보안처분을 미리 확정적으로 선고하는 것과 그것을 유보하는 것은 당사자 입장에서는 차이가 있다. 그리고 형 집행 종료 시까지 보안처분의 선고를 유보하는 것을 통해서 수형자가 행형에서 이루어지는 치료와 재사회화조치에 적극적으로 참여하는 데 동기부여를 할 수 있고 이로 인해 재사회화 효과를 높일 수 있다.

또한 이러한 선고의 유보 모델은, 재범의 위험성이 장래 불확실성을 전제로 하는 개념이라는 측면에서 좀 더 정확한 예측을 위한 대안일 수 있다. 이를 통해 당사자의 자유개입과 관련한 비례성원칙과 판단의 현실성에도 더 부합하게 된다. 대상사건 판결 시 보안처분의 선고를 유보하는 것이기 때문에 형 집행 종료 후 보안처분 부과여부를 종국적으로 결정하기 위해서는 형 집행 동안 위험성예측을 위한 ‘새로운’ 사실이 요구될 수도 있다. 예컨대 판결 시점에 개연적인 위험성이 80%로 어림잡아질 수 있다고 하면, 나머지 20%는 두 번째 시점에서 새로운 사실을 통해 확보되어야 할 것으로 생각될 수 있다. 물론 형 집행 종료 시 두 번째 예측을 위해 대상사건 판결 후 형 집행 중의 수형자의 행동들이 고려된다. 그러나 꼭 형 선고 시에는 없었던 새로운 사실이 행형 동안에 나타나야 재범의 위험성이 확정될 수 있는 것은 아니고, 형 선고 시에 확인되었던 것이 형 집행 종료 후에도 여전히 개선되지 않은 상태로 있는 것도 위험성 판단에 확신을 줄 수 있다. 물론 행형 동안의 행동은 보안처분의 선고를 근거지우는 위험성 판단에 관한 충분한 지표는 아니지만, 그 형 집행 중의 변화뿐만 아니라 행위자의 인격성, 그의 환경 그리고 형법적 개입의 영향과 같은 여러 요소 등을 토대로 하여 아무래도 두 번의 심사를 통해 위험성 예측은 더 많은 사실에 기초하게 될 것이고 이로 인해 좀 더 정확한 판단이 가능할 수 있다.

그밖에, 절차의 두 단계를 통해 법원이 형 선고 시에 재범의 위험성에 대해 충분히 확신을 갖지 못했던 사람에 대해서도 보안처분을 선고할 수 있는 기회가 마련됨으로 인해 위험한 범죄자로부터 사회를 보호할 가능성이 확장되었다는 점, 반면 형 선고 시 재범의 위험성 존재에 관한 의심에도 불구하고 안전지향적인 현재 형사정책이나 대중의 분위기에서 사회보호를 위해 보안처분을 선고할 가능성이 큰데 선고를 유보함으로써 인해

최소한 이를 막을 수 있다는 점 또한 장점으로 언급될 수 있다.

이와 같은 보안처분 선고의 유보 구조가 장래 재범의 위험성이라는 누구도 확실하지 못하는 개념을 근거이자 한계로 하는 보안처분의 본질에 비교적 상응할 수 있을 것으로 생각된다. 대상사건 판결에서 보안처분 선고가 종국적이 아니라 유보적인 것이기 때문에, 보안처분 선고의 유보가 넘쳐날지도 모른다는 우려가 있을 수 있다. 그러나 선고의 유보를 위해서도 엄격한 형식적·실체적 조건들이 법원에서 심사된다. 유보 모델의 대강을 구상해 보면, 먼저 대상사건 판결 시 형 집행 종료 후 개시되는 보안처분의 선고를 유보하는 대상은 제한되어야 한다. 그 범죄목록에 대해서는 현행 각 법률이 참고될 수 있다. 예컨대 단순한 재산범죄와 중대한 인적 피해가 없는 범죄는 제외되어야 한다. 그리고 중한 (성)폭력범죄 등의 이전 범죄행위 내지 전과의 존재뿐만 아니라, 판결의 대상범죄에 대해 가령 5년 이상의 자유형으로 유죄판결을 받고, 판결 시에 재범위험을 인지하게 하는 행위자 및 행위에서의 특수성(예를 들어 성도착증 등)이 구체적으로 확인될 수 있으면, 개인적 법익에 대한 범죄행위의 구성요건 유형 중에 중(대)한 범죄행위의 초범자도 고려될 수 있다. 습벽 내지 상습(성)이 고려되어야 하는 경우에, 이 개념들은 일반적으로 행위의 빈번함·규칙성·연속성과 결합되기 때문에, 초범자의 경우에는 범죄행위에 관한 습벽(상습성)이 인정되기 어려울 것이지만 감정인의 소견 등을 참고하여 판단될 수 있을 것이다. 이와 같이 보안처분 선고를 위한 전제조건으로서 제한된 대상범죄(원인범죄)와 재범의 위험성을 나타내는 전형적인 표지들을 토대로 대상사건 판결 시 보안처분 선고의 유보 후에 실제로 보안처분의 집행이 개시될 수 있는 시기에 재범의 위험성 판단이 별개로 이루어져야 한다. 위험성 예측에 대한 단계지움은 좀 더 정확한 판단에 도움을 줄 수 있다. 즉, 위험성을 개연적으로 확인하는 첫 번째 단계는 말하자면 적격심사의 한 유형을 의미하고, 그 적격은 확장된 평가기간을 통해서 더 넓은 기초에 근거된 예측을 통해서 심사될 수 있고 더 확실해질 수 있다. 이렇게 형 집행 종료 시에 법원은 재범의 위험성을 근거로 형 집행 종료 후 이어지는 보안처분에 대해 결정한다.<sup>42)</sup>

한편 보안처분의 종국적 선고가 방지될 수 있기 위해서, 행형 기간 동안에 특히 보안처분 선고가 유보된 수형자들의 재사회화에 노력하는 집행관청의 의무가 규정되어야 한

42) 이를 위해서는 행형법원의 설치가 필요할 것인데, 그와 관련해서는 ‘보안처분의 전면적 사법처분화’라는 주제로 후속논문에서 구체적으로 다룰 예정이다.

다. 즉, 형 집행관청은 형벌과 함께 재범의 위험성을 근거로 보안처분의 선고가 유보된 수형자에게는 그 재범위험성을 제거하기 위한 특별한 치료와 원호를 해야 한다. 이에 상응해서 수형자는 구체적인 개선조치를 신청하거나 취소를 요청할 수도 있다. 그리고 형 집행 종료 전 적절한 때에 법원은 행형에서 전반적으로 충분한 원호가 제공되었는지 등 집행관청의 의무준수에 대해 감독할 수 있는 규정이 마련되어야 한다. 집행시설에서는 수형자에게 치료제공을 했는데 수형자가 그것을 거부해서 더 이상의 치료제공을 중지했다는 것은 충분한 원호 제공이 아니다. 오히려 교육 및 치료 처분에 참여할 수 있도록 장려하고 꾸준히 반복되는 시도와 노력이 행해져야 한다.

#### IV. 나오며

현행 형사제재는 책임과 재범의 위험성이라는 두 개의 확고한 요소에 의해 지지되고 있는 것 같지만, 실상은 - 특히 형 집행 종료 후 이어서 개시되는 보안처분의 경우 - 대상사건 판결 시에 보안처분이 형벌과 동시에 선고됨으로 인해 양형 단계에서 책임을 근거로 하는 형벌과 책임에 무관한 보안처분을 포괄해서 단일하게 파악하는 것으로 보인다. 대상사건 판결에서 보안처분을 선고하는 것은 책임보다 적게 형벌을 부과하는 데 영향을 미칠 수도 있고, 반대로 재범의 위험성이 양형에 대한 판단 시 형벌강화적으로 고려될 수도 있다. 이때 보안처분은 유책하게 범죄를 저지른 행위자에 대해서 부과되는 형벌과 마찬가지로 사회윤리적 비난가능성에 기초한 해악 부과로 이해되고 투입된다. 이러한 보안처분의 사실상 계속 처벌을 방지하고 본래의 집행목적을 달성하기 위한 절차적 첫걸음으로 이 글에서는 재범위험성의 판단과 관련하여 보안처분 선고의 유보 구조를 제안하였다. 이러한 구상은 기존의 전통적인 보안처분 시스템과 조화되면서, 보안처분이 부과되는 대상을 가능한 한 정확하게 들어맞을 수 있도록 함으로써 당사자는 물론 법원 및 집행관청의 불필요한 부담을 방지하고자 하는 한편, 국민의 안전요구 또한 고려한 것이다. 또한 범죄예측 시 남아있는 불확실로 인한 부담을 일방적으로 행위자에게 지게 하지 않음으로써 안전에 대한 일반인의 요구와 피고인의 정당한 자유 사이의 적절한 균형을 이루고자 하는 것이다.

그리고 형 집행 종료 후 이어지는 보안처분은, 행위자가 자신의 책임에 대한 형벌을 다 받고 불특정한 재범위험성 예측을 근거로 집행되는 것인 만큼, 보안처분의 선고 또는 집행은 가능한 피해져야 한다는 점이 강조되어야 할 것이다. 이를 위해 형 집행에서 이미 충분한 재사회화노력(예컨대 치료, 직업 교육 내지 훈련, 사회적 트레이닝 또는 집행 완화조치 등)이 심리학적 또는 정신의학적 감정 및 소견을 참고하여 교정직원과 전문가 등의 참여하에 계획·실시되어야 한다. 형 집행에서 개선 및 치료를 위해 투자된 비용은 그 후 보안처분 집행을 피하는 것을 도울 수 있다. 형 집행에서 성공하지 못한 재사회화를 현행 형 집행 종료 후 사회 내 보안처분이 만회하기는 쉽지 않다. 오히려 사회 내에서의 준법생활을 형 집행 종료 전에 보호관찰 조건부 가석방 등의 집행완화조치를 통해 연습·훈련하는 것이, 형 집행 후에 당사자의 의지에 반해서 보안처분을 집행하는 것보다 더 의미있는 것으로 보인다.

이렇게 형 집행 동안 행형 목적 달성을 위한 최대한 노력을 하고 집행 종료 시에 보안처분 부과를 위한 재범의 위험성이 (여전히) 존재하는지를 판단하여, 그리고도 남아있는 재범위험성에 대해서는 본래 형벌의 특별예방기능을 보충하는 역할을 하는 보안처분이 부과될 수 있다. 자유형 또는 자유박탈 보안처분인 치료감호 집행으로 인해 오랜 기간 사회와 격리된 후에도 재범의 위험성이 존재한다는 예측 하에 출소되는 자에 대해서는 효과적인 감독과 원호에 대한 긴박한 형사정책적 필요가 존재한다. 이때 사회 내 보안처분은 형 집행에서의 재사회화조치의 연장으로 이해될 수 있도록 그 형상을 갖춰야 한다. 이러한 의미에서 예컨대 전자장치부착은, 필요하면, 치료적 구상을 포함하여 사회 내의 생활로 넘어가는 과도기에 투입될 수 있을 것이다. 전자장치부착처분이 진정한 보안처분이기 위해서는, 그러한 과도기에 당사자의 사회복귀를 돕는 재범방지조치의 하나로 다루어져야 할 것이다.<sup>43)</sup>

보안처분 집행개시 후에도 꾸준한 재범위험성 심사를 통해 보안처분이 비례적으로 실시될 수 있도록 해야 하고, 이때 법관이 정확한 판단을 하기 위해서 감정인의 평가 내지 소견을 참고하는 것뿐만 아니라 당사자의 의견을 청취하는 절차 등을 통해 여러 정보를 얻을 수 있는 장이 마련되어야 한다.

43) 박학모, “보안처분제도의 재구성을 위한 성찰과 제언”, 보호관찰 제14권 제1호, 2014, 36면.

## 참고문헌

- 김혜정, “보안처분의 체계적 입법화를 위한 소고”, 형사법연구 제25권 제4호, 2013, 131-152면.
- 김호기, “전통적 책임주의에 대한 현대적 도전 - 특정 성범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착제도 도입이 가지는 의미”, 형사법연구 제21권 제1호, 2009, 199-222면.
- 박학모, “보안처분제도의 재구성을 위한 성찰과 제언”, 보호관찰 제14권 제1호, 2014, 7-57면.
- 정지훈, “재범의 위험성과 보안처분의 정당화 과제 - 성범죄자에게 부과되는 사회 내 보안처분을 중심으로”, 형사법연구 제28권 제3호, 2016, 3-40면.
- 정지훈, “성범죄자 신상정보 등록제도의 위험성과 무용성 - 헌법재판소 결정과 법무부 개정안에 대한 문제점을 중심으로”, 저스티스 통권 제155호, 2016.8., 124-164면.
- 정지훈, “보안처분의 정당화 과제와 개선방안”, 형사법연구 제32권 제1호, 2020, 63-117면.
- Calliess, Rolf-Peter / Müller-Dietz, Heinz* Strafvollzugsgesetz, 11. Aufl., 2008.
- Kaufmann, Arthur* Das Schuldprinzip: eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 2. Aufl., 1976.
- Kindhäuser, Urs / Neumann, Ulfrid / Paeffgen, Hans-Ullrich*, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl., 2017. (NK-Bearbeiter, § Rn.)
- Marquardt, Helmut* Dogmatische und kriminologische Aspekte des Vikariierens von Strafe und Maßregel: eine Untersuchung auf der Grundlage des § 67 StGB in der Fassung des Zweiten Gesetzes zur Reform des Strafrechts (2. StrRG) vom 4. Juli 1969, 1972.
- Heintschel-Heinegg, Bernd von / Joecks, Wolfgang (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2: §§ 38-79b StGB, 3. Aufl., 2016. (MK-Bearbeiter, § Rn.)

- Mushoff, Tobias* Strafe-Maßregel-Sicherungsverwahrung: eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention, 2008.
- Naucke, Wolfgang* Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff, 1985.
- Rasch, Wilfried / Konrad, Norbert* Forensische Psychiatrie: Rechtsgrundlagen, Begutachtung und Praxis, 4. Aufl., 2014.
- Roxin, Claus* Strafrecht: allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., 2006.
- Satzger, Helmut / Schluckebier, Wilhelm / Widmaier, Gunter (Hrsg.), StGB: Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl., 2014. (SSW - Bearbeiter, § Rn.)
- Schönke, Adolf / Schröder, Horst* Strafgesetzbuch: Kommentar, 30. Aufl., 2019. (Sch/Sch - Bearbeiter, § Rn.)
- Boetticher, Axel* Nachbetreuung nach Straf- und Maßregelvollzug, in: Egg, Rudolf (Hrsg.), Ambulante Nachsorge nach Straf- und Maßregelvollzug: Konzepte und Erfahrungen, 2004, 15-54면.
- Höffler, Katrin / Kaspar, Johannes* Warum das Abstandsgebot die Probleme der Sicherungsverwahrung nicht lösen kann - Zugleich ein Beitrag zu den Aporien der Zweispurigkeit des strafrechtlichen Sanktionssystems, in : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) Vol. 124, 2012, 87-131면.
- Kinzig, Jörg* An den Grenzen des Strafrechts - Die Sicherungsverwahrung nach den Urteilen des BVerfG, in: Neue juristisch Wochenschrift (NJW), 2004, 911-914면.
- Kreuzer, Arthur* Kriminalpolitische und rechtliche Aspekte der Reform des Sicherungsverwahrungsrechts, in: Gewaltdelinquenz, 2011, 367-385면.
- Laubenthal, Klaus* Die Renaissance der Sicherungsverwahrung, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) Vol. 116, 2004, 703-750면.
- Liszt, Franz von* Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882), in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge; Erster Band: 1875 bis 1891, 1905, 125-179면.

*Liszt, Franz von* Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) Vol. 3, 1883, 1-47면.

*Waterkamp, Stefan* Anmerkungen zu den Urteilen des BVerfG vom 5. 2 und 10.2.2004, in: Strafverteidiger (StV), 2004, 267-273면.

## Proposal for the establishment of practical Dualism in Criminal Sanctions

### - Regarding the Risk of Recidivism

Park, Sang-Min\*

In the Dual Criminal Sanction System, Security Measures are sentenced, executed, and terminated based on the Risk of Recidivism, unlike punishment, so it is important to check whether recidivism is actually committed through risk prediction. However, even if many predictive tools with scientific foundations are developed, it should not be overlooked that predictions are inherently combined with uncertainty and are therefore not always completely reliable. The fact that an individual can be classified unreasonably as dangerous should not be underestimated, especially in the realm of serious crime. Therefore, criminal justice experts should make efforts to make as few false predictions as possible by using the rule of law instruments. These include, for example, the preparation of strict formal and practical prerequisites based on the risk of recidivism, consideration of the timing and continuous review for practically determining the risk for the execution of security disposition, and procedural justification such as guaranteeing the right to participate in decisions related to security measures. In this article, will focus on the discussion on the timing of the judgment as a procedural starting point for making a judgment on the risk of recidivism, which is the basis and limitation of the security measures. So, first, the current situation in question related to the judgment of the risk of recidivism for imposition of security measures in the dual criminal sanction system is examined, and critically reviewed whether the current security measures related laws are well reflected and operated. After grasping the problem in this way, will

---

\* Lecturer, Chungbuk National University, Ph.D, in Law

try to find a clue for a solution to establish a substantial dualism of criminal sanctions by referring to existing discussions.

❖ key words: Massregel der Besserung und Sicherung, Dual Criminal Saction System, Risk of Recidivism, vorbehaltene bzw. nachträgliche Sicherungsverwahrung

