

---

---

## 사상과 양심의 자유 증진을 위한 인권세미나 : 보안관찰법을 중심으로

---

---

| 일 시 | 2007. 6. 21.(목) 15:00 - 18:20

| 장 소 | 국가인권위원회 배움터2(11층)

## 일 정 표



- 일시 및 장소 : 2007. 6. 21(목) 15:00 - 18:20, 국가인권위원회 배움터2  
 ○ 프로그램(사회 : 최영애 국가인권위원회 상임위원)

시 간	내 용
15:00~15:10	인사말 / 최영애 (국가인권위원회 상임위원)
<b>제 1 부 기 조 발 제 및 실 태 보 고</b>	
15:10~15:30	1. 기 조 발 제 <ul style="list-style-type: none"> <li>• 사상·양심의 자유를 둘러싼 헤게모니 싸움(20분)</li> <li>- 김 형 태(변호사, 천주교 인권위원회 이사장)</li> </ul>
15:30~16:00	2. 보안관찰대상자 인권 상황 실태 보고(30분) (1) 박 성 희(민주화실천가족운동협의회 간사) (2) 김 경 환(보안관찰대상자, 전 월간 『말』 기자)
16:00~16:10	휴 식
<b>제 2 부 이 론 적, 실 제 적 쟁 점 분 석 및 토 론</b>	
16:10~16:30	• 발제1 : 보안관찰법의 근본적 문제점(20분) - 송 문 호(전북대학교 법과대학 교수)
16:30~16:50	• 발제2 : 보안관찰처분 관련 소송을 통해 본 제도적 개선과제(20분) - 이 상 희(변호사, 법무법인 한결)
16:50~17:05	• 토론1 : 보안관찰제도의 실질적 운용(15분) - 법무부 공공형사과
17:05~17:20	• 토론2 : 보안관찰법의 타당성(15분) - 김 용 철(변호사, 법무법인 바른)
17:20~17:30	휴 식
<b>제 3 부 종 합 토 론</b>	
17:30~18:10	발제자, 토론자 및 참석자 토론(40분)
18:10~18:20	폐 회 사



**<1부> 기초발제 및 실태보고**

- 1. 사상·양심의 자유를 둘러싼 헤게모니 싸움 ..... 1  
김 형 태 (변호사, 천주교 인권위원회 이사장)
- 2. 보안관찰대상자 인권 상황 실태 보고
  - (1) 박 성 희 (민주화실천가족운동협의회 간사) ..... 11
  - (2) 김 경 환 (보안관찰대상자. 전 월간 『말』 기자) ..... 29

**<2부> 이론적, 실제적 쟁점 분석 및 토론**

- 발제1. 보안관찰법의 근본적 문제점 ..... 37  
송 문 호 (전북대학교 법과대학 교수)
- 발제2. 보안관찰처분 관련 소송을 통해 본 제도적 개선과제 ..... 65  
이 상 희 (변호사, 법무법인 한결)
- 토론1. 보안관찰제도의 실질적 운영 ..... 75  
법무부 공공형사과
- 토론2. 보안관찰법의 타당성 ..... 87  
김 용 철 (변호사, 법무법인 바른)

기조발제

## 사상 · 양심의 자유를 둘러싼 헤게모니 싸움

김 형 태 (변호사, 천주교인권위원회 이사장)

# 사상 · 양심의 자유를 둘러싼 헤게모니 싸움

김 형 태 (변호사, 천주교인권위원회 이사장)

## 1. 머리말 : 「재범의 위험성을 예방」?

2003년 송두율 교수에 대한 국가보안법재판과정에서 북한의 주체사상을 철학적으로 정립한 것으로 알려진 황장엽은 「사람이 모든 것의 주인」이라는 명제가 주체사상의 핵심이고 의식의 능동적 측면을 강조한 사상이라고 설명하면서 자신은 남쪽에서 주체사상을 널리 전파하고 싶다고 증언했다. 80년대 학생운동권에서 소위 주사파를 자처하다 전향하여 국가정보원 관련기관에서 사상감정을 하고 있는 사람들도 비슷한 취지의 증언을 했다. 황장엽은 주체사상을 세계를 설명하는 진리로 믿고 “그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적 존재가치가 허물어지고 말 것”이라고 여기고 있음이 분명하다.

헌법재판소에 따르면 “양심이란 세계관 · 인생관 · 주의 신조 등은 물론 이에 이르지 아니하여도 보다 널리 개인의 인격형성에 관계되는 내심에 있어서의 가치적 · 윤리적 판단도 포함된다. 그러므로 양심의 자유에는 널리 사물의 시시비비나 윤리선악과 같은 윤리적 판단에 국가가 개입하여서는 아니 되는 내심의 자유는 물론 이와 같은 윤리적 판단을 국가권력에 의하여 외부에 표명하도록 강제받지 아니할 자유까지 포괄한다.”(1998. 7. 16. 96헌바 35)

헌법재판소는 양심에 관하여 이런 판단도 하고 있다.

“어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어서 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의

인격적 존재가치가 허물어지고 말 것이라는 강력하고 진지한 마음의 소리”(1996.

### 3. 27. 96헌가 11)

일반적으로 양심의 자유는

- ① 개인의 세계관·윤리관·가치판단의 기준을 형성하는데 있어 국가가 개입 또는 강제할 수 없으며
- ② 이러한 “생각”을 외부에 표현하지 않을 자유가 있으며, 내심을 외부에서 추정해서는 안되며,
- ③ 양심상 결정을 표현하거나 행동으로 실현할 경우 표현의 자유로 보호받으며 그 한계는 헌법 제37조 제2항 국가안전보장, 질서유지, 공공복리를 위해 필요한 경우 최소한의 제한이 가능하다.

황장엽의 주체사상에 대한 소신은 현재 공안당국이 문제삼고 있지 않으며 더 나아가 황장엽은 이러한 양심상의 결정을 널리 전파하고 싶다고 하여 외부로 표현할 자유까지 주장하고 있다. 그런데 국가인권위가 2002년 인권상황 실태조사보고서로 제출한 「보안관찰 대상자 인권침해 실태」에 따르면 보안관찰 처분 대상자들이 “사상 전향을 거부하”거나 “준법정신이 희박”하거나, “국가보안법 철폐와 양심수 석방을 주장”한다는 등의 이유를 들어 매 3개월마다 누구를 만났는지, 어디로 여행 했는지, 무슨 활동을 했는지를 국가에 신고하라면서 위반시에는 벌금 등 형사처벌을 하고 있다.

북한 주체사상을 정립한 황장엽의 소신도 양심의 자유 범주에 들어가는데 보안관찰 대상자의 소신을 알아보기 위해 매3개월마다 활동 내역의 신고를 강요하는 현실은 매우 모순된다.

보안관찰법은 「특정 범죄를 범한 자에 대하여 재범의 위험성을 예방하고 건전한 사회복귀를 추진하기 위하여 보안관찰 처분을 한다.」고 규정하고 있다.

이 법은 ① 국가보안법 같은 양심·사상의 자유와 관련된 「특정 범죄」만을 다루고 있고 ② 재범의 「위험성을 예방」한다는 규정을 통해 내심을 추지하고 단죄하는 측면에서 전형적인 사상통제법이다.

사회적 해악이 더 명백한 일반형사범에 대한 사회보호법은 이미 폐지하였으면서 사상범의 내심을 감시하는 보안관찰법을 유지하는 것은 사회방위라는 최소한

#### 4 사상과 양심의 자유 증진을 위한 인권세미나 : 보안관찰법을 중심으로

의 명분도 찾기 어렵다.

국가보안법과 비교하여도 국보법은 구성요건에 있어 형식적으로나마 「행위」를 처벌함에 반하여 보안관찰법은 “어떤 일의 옳고 그름을 판단함에 있어 그렇게 행동하지 아니하고는 자신의 인격적 존재가치가 허물어지고 말 것 이라는 강력하고 진지한 마음의 소리” 즉 양심을 외부에서 추정하고 판단하여 이를 근거로 지속적으로 양심을 감시하고 처벌한다는 점에서 국가보안법 보다 더 심하게 기본권의 본질적 내용을 침해하는 악법이다.

황장엽이 주체사상을 믿건, 국가보안법위반자가 국가보안법은 철폐되어야 한다고 믿건 이를 근거로 자신의 활동이나 같은 생각을 가진 사람들과의 만남을 일일이 신고하라는 법은 헌법상 양심의 자유를 보장하고 있는 헌법 논리에 명백히 위반된다.

한편, 「재범을 예방」하는 것도 아니고 도대체 재범의 「위험성을 예방」한다고 되어 있는 법규정 형식은 언어논리의 기본에도 어긋난다. 위험성을 어찌 예방한다는 말인가. 위험성을 예방한다는 조문속에 이미 내심을 추지하겠다는 의도가 들어있다.

## 2. 인류역사는 사상 통제의 역사.

인류의 역사에서 모든 다툼은 이익과 생각의 차이 두 가지로 그 원인이 귀결된다. 이익의 다툼 아니면 생각의 다툼, 그중에서도 생각의 차이에서 비롯된 다툼이 훨씬 뿌리 깊게 오래가고 싸움의 양상도 극렬하다. 종교전쟁이 그 어떤 전쟁보다 길고 잔혹했다. 개인이나 집단의 행동은 결국 생각에서 비롯되므로 자신과 생각이 다른 개인이나 집단을 말살하려는 것은 어찌보면 방위차원에서 자연스런 일이다.

정치·경제·사회·문화·종교에 이르기까지 역사는 기존 사상체계를 통해 자신을 유지하려는 집단과 이와는 다른 새로운 사상·생각 사이의 싸움의 역사다.

부족국가에서 지방분권적 영주를 거쳐 절대왕권, 부르조아 계급의 대두에 이르기까지 정치, 경제적으로 끊임없이 전시대 권력에 대해 저항을 하는 정치, 경제

사상이 등장했고 기독교·불교·유교 모두 세계관, 신앙관을 놓고 새로운 해석이나 신앙을 철저히 탄압하였다. 니케아 종교회의에서 삼위일체를 부인하는 기독교 사상은 이단으로 처형되고, 개인의 해탈을 부인하고 돈오돈수를 주장하는 혜능의 선불교도 탄압을 받았으며, 조선시대 유교는 주자가 해석한 성리학 이외에는 양명학 등이 철저히 배척되었다.

20세기 한국사회 역시 냉전 이데올로기 대립과 남북분단으로 말미암아 미국식 자본주의 이외에 다른 정치경제 사상은 사회의 안전을 위협하는 적으로 철저히 말살되었다.

### 3. 법 논리가 아닌 헤게모니 싸움.

국가보안법과 보안관찰법은 미국식 자본주의를 유일한 정치경제체제로 상정하는 특정 세계관의 독주를 위한 장치이다. 현대 세계에는 북유럽 사민주의, 프랑스·독일 사민주의, 미국 자본주의, 구 소련 계획경제 사회주의, 중국의 혼합형 경제 등 다양한 세계관에 기초한 다양한 경제체제가 존재한다. 그럼에도 특정세계관만을 강요하는 위 법들은 자유·평등·정의의 실질 내용으로 하고 있는 「자유민주적 기본질서」라는 우리 헌법의 근본 규범에 정반대된다.

하위법이 헌법의 근본규범보다 더 상위에 있는 현실은 법 논리로는 설명이 안된다.

헌법재판소는 국가보안법에 관해 “그 용어가 지나치게 자의적이고 그 적용 범위가 광범위하여 만일 문리 그대로 해석·운영한다면 헌법상의 언론·출판·학문·예술의 자유를 위축시킬 우려와, 헌법 제19조의 양심의 자유를 침해할 가능성이 있고 법 운영 당국에 의한 자의적 법집행을 허용할 소지가 있어 법치주의 및 죄형법정주의에 저촉될 소지가 생겨날 것이며 평화적 통일에 관한 헌법전문과 제4조에 양립하기 어려운 문제가 생길 수”있다고하여 법 논리적으로 위헌임을 밝히면서도 “남북간에 전쟁이 있었고 아직도 대치 상태”라는 비 법률적인 이유를 들어 국가의 안전·존립을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 경우“에 적용하면 한정적으로 합헌이라는 정치적 판단을 내리고 있다. (1990.

#### 4. 2. 헌가 113)

보안관찰법에 관해서도 마찬가지다.

“이 법상의 보안관찰처분은 보안관찰처분 대상자의 내심의 작용 문제삼은 것이 아니라 보안관찰처분 대상자가 보안관찰 해당범죄를 다시 저지를 위험성이 내심의 영역을 벗어나 외부에 표출되는 경우에 재범의 방지를 위하여 내려지는 특별예방적 목적의 처분이므로.. 양심의 자유를 보장한 헌법규정에 위반된다고 할 수 없다.”고 한다. (1997. 11. 27. 92헌바 28)

보안관찰법에 따르면

① 과거 행한 범죄의 내용 ② 매 3개월마다 신고하는 활동, 여행, 만난 사람 모임 등을 기초로 재범의 위험성을 판단 할 수밖에 없다.

누구를 만나고 무슨 일을 했는지를 근거로 그 사람의 내심이 무슨 생각을 하고 있는지, 생각을 바꾸지 않고 계속 유지하고 있는지를 판단하고 이를 토대로 재범을 꿈꾸고 있다고 외부의 보안관찰처분심의위원회가 추정하여 판단한다는 것은 결국 내심의 영역에 대한 판단이다. 앞에서 살핀대로 국가인권위 보고서에 드러난 실례를 보아도 검찰은 사상전향을 거부하거나 국가보안법 철폐를 주장하거나 심지어 자신이 억울하게 허위자백을 강요당했다는 호소를 하거나 결혼을 안하고 있는 이유를 들어 재범을 꿈꾸고 있다는 식으로 내심을 추정하고 있는 것이 현실이다. 정당의 당직자로 금강산 통일 행사에 참가한 활동을 들어 ‘강원도 고성을 통해 방북하여...접촉하’였다면서 재범의 위험성이 있다고 주장하고 있기도 하다.

그런데도 헌법재판소는 외부적 활동을 통해 결국에는 내심을 추정하는 보안관찰법 구조와 현실을 애써 외면하고 누구를 만나고 무슨 활동을 했는지를 가지고 위험성이 “외부에 표출되는 경우”라고 둘러 대는 것은 건강부회·아전인수식 해석이다.

마치 구 국가보안법 시대 때 대법원이 적을 이롭게 할 목적을 별도로 입증할 필요가 없고 북한과 동일한 주장을 하는 것 자체에서 이적 목적이 추정된다고 판단했던 것과 비슷한 논리다.

국가보안법 철폐를 주장하거나 과거 같이 구속되었던 동료들을 만난다는 이유로 내심이 전혀 바뀌지 않고 있으며 따라서 재범을 꿈꾸고 있다고 추정하는 것은 개인의 세계관에 국가가 개입할 수 없으며 내심을 외부에서 추정해서는 안된

다는 양심의 자유에 관한 헌법 논리를 외면한 것이다.

이러한 양심상 결정이 외부로 표현되는 경우 국가안전보장 등을 침해하면 그 「행위」를 처벌하면 되는 것이다. 그 활동이 별도로 법을 위반하지 않는 이상 그 행위를 근거로 사상전향을 하지 않았다는 식으로 내면을 추지하고 재범의 위험성이 있다고 판단하는 것은 양심의 자유를 형해화 시키는 터무니없는 행위이다.

이처럼 국가보안법과 보안관찰법에 대해 양심의 자유라는 헌법 논리가 아니라 특정세계관의 유지라는 상황 논리를 가지고 법해석을 하고 운영하는 것이 지금의 현실이다.

대한민국의 수도가 서울인 것은 관습헌법이라며 행정수도이전법을 이 관습헌법에 위반한 것이라고 위헌 판정한 헌법재판소 결정 역시 법해석이 법 논리가 아닌 헤게모니 싸움임을 보여준 대표적 사례 가운데 하나다.

#### 4. 헌법정신의 회복을 위한 민주적 통제.

1987년 6월 항쟁이후 20년간 절차적 민주주의는 일정정도 진전을 보았다. 그러나 이 절차적 민주주의 가운데서도 유독 사상의 자유를 둘러싼 민주적 제도 진전은 전혀 없다.

국가보안법과 보안관찰법은 길고 긴 폐지논의에도 불구하고 끈질기게 명맥을 유지하고 있으며 특정세계관의 독주를 꿈꾸는 개인과 집단의 무기로 다시 각광받을 날을 기다리고 있다.

반면에 기본권이 아니라 제도보장에 불과한 재산권 관련 제도들은 돈 벌 자유의 무한한 보장을 향해 나가고 있다. 재벌집중과 불투명성을 타파할 목적으로 시행되던 출자 총액 제한제도는 2007. 2. 관련법개정을 통해 적용대상이 340개 기업에서 22개로 줄었다.

우리 헌법 제119조 제2항에는 “국가는 균형있는 국민 경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다.”고 하여 제도보장으로서의 재산권에 관하여 경제 민주화를 위한 규제를

명시하고 있다. 그런데도 대기업집단 (재벌)은 끊임없이 돈 벌 자유의 무한한 보장을 요구하고 있으며 곧 체결될 한미자유무역 협정은 미국 자본에게까지 무한대의 경제적 자유를 보장하고 부동산 정책, 조세제도, 환경, 교육 정책 등 공공복리를 위한 국가의 공공정책을 무력화 시키고 미국 자본이 우리나라를 상대로 소송까지 할 수 있도록 하는 자유를 보장하고 있다.

절차적 민주주의의 최소한의 요구인 사상·양심의 자유는 여전히 국가보안법, 보안 관찰법에 의해 그 본질적 부분이 훼손되고 있는 현상과 돈 벌 자유의 무한한 보장은 그 근본에 있어서 동일한 배경을 가지고 있다고 보여진다.

양극화, 부의 집중 등 실체적 민주주의의 퇴보가 이루어지고 있는 현 상황에서 국가보안법, 보안관찰법 폐지라는 최소한의 절차적 민주주의의 요구는 그리 쉽게 해결 될 것 같지 않다.

법 논리가 이익의 헤게모니에 의해 훼손되는 현실 속에서 입법·행정·사법부의 구성과 운용에 대한 국민의 민주적 통제를 이루어 가는 것이 제일 중요한 과제라고 생각된다.

**인간 존엄성의 부인과 자기검열을 강요당하는 사람들**  
**- 보안관찰대상자들의 이야기**

박 성 희 (민주화실천가족운동협의회 간사)

# 인간 존엄성의 부인과 자기검열을 강요당하는 사람들

## - 보안관찰대상자들의 이야기

박 성 희 (민주화실천가족운동협의회 간사)

### 들어가는 말

민가협은 2002년 보안관찰대상자 50명에 대한 면대면 인터뷰를 통한 실태조사를 진행한 바 있다. 그 작업을 통해 보안관찰법 적용대상자들의 생생한 목소리를 통해 법 자체의 문제점과 적용과정의 왜곡된 실태를 드러내보였다. 당사자들로서는 자신의 내밀한 부분을 드러내보이는 어려운 작업이었다. 이후 조사에 참여했던 대상자들과 소통하면서 이 법 적용과정이 전혀 달라지지 않고 있다는 사실을 확인하게 되었다. 특히 사회적 목소리를 낸 데 대한 반향이 전혀 없다는 점에 대해 사회구성원으로서의 소외감, 좌절감, 냉소 등을 토로했다. 심지어는 처분 갱신 여부 심사과정에서 면제결정을 받은 당사자들은 이전 심사과정 당시와 똑같은 질문에 똑같이 대답을 했는데 면제결정이 내려졌다는 사실을 지적하며 어이없어 했다. 동시에 갱신결정을 받은 피처분자들에 대한 부적절한 죄의식마저 보였다.

보안관찰처분 면제결정을 받았다 하더라도 대상자 지위이기 때문에 보안관찰법 적용은 영구적으로 지속된다. 따라서 구체적 실태보고로서 2002년 실태조사는 여전히 유효하다할 것이다. 이에 2002년 실태조사 보고서를 다시 한번 살펴보고자 한다. 피보안관찰자 35명, 면제자 5명, 처분대상자 2명, 처분취소자 8명을 대상으로 보안관찰처분대상자, 보안관찰처분 결정 절차, 처분 결정 및 갱신, 처분

내용, 취소소송 실태, 보안관찰제도가 의식에 미치는 영향 등 적용과정 별 인권 침해실태를 조사했다.

## 1. 적용 실태보고

먼저 보안관찰법 제3조는 “보안관찰해당범죄 또는 이와 경합된 범죄로 금고이상의 형을 선고받고 형기합계가 3년 이상인 자로서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 사실이 있는 자”를 보안관찰처분대상자로 명시하고 있다.

### 1) 보안관찰대상자

보안관찰처분대상자의 의무사항으로 출소전 신고와 출소 사실 및 변동사항 신고 의무가 부과된다. 출소 전 신고 내용은 보안관찰법 시행령에 규정하고 있는데 다음과 같다.

1. 원적, 본적, 주거(실제로 생활하는 거처), 성명, 생년월일, 성별, 주민등록번호
2. 가족 및 교우관계, 입소 전의 직업
3. 본인 및 가족의 재산상황
4. 학력, 경력
5. 종교 및 가입한 단체
6. 병역관계
7. 출소 예정일
8. 출소 후의 거주 예정지 및 그 도착예정일
9. 보안관찰해당범죄 사실의 요지, 판결법원, 판결연월일, 죄명, 적용법조, 형명, 형기
10. 보안관찰해당범죄이의 전과관계
11. 법 제20조 3항(국내에 가족이 없는 등의 이유로 법무부 장관의 결정으로 거소제공을 받은 경우)에 해당하는 경우에는 거소제공 결정일자와 제공된 사회복지시설 등의 명칭 및 그 소재지

위 내용의 신고서를 5부를 작성하여 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 해당 교도소 등의 장은 보안관찰심의위원회, 거주예정지 관할 검사 및 경찰서장, 국가안전기획부장(현 국정원)에 출소 예정일 2개월 전까지 송부하고 교도소 보존(시행규칙)을 규정하고 있다.

보안관찰처분대상자는 출소 후 7일 이내에 거주예정지 관할 경찰서장에게 출소사실을 신고(법 6조 1항 후단)해야 하는데 출소일, 출소 교도소, 출소사유 기타 필요한 사항 등을 기재, 2명 이상의 신원보증인의 서명날인과 함께 제출해야 한다. 신원보증인이 없을 경우 그 사유를 명기해야하며 또 출소 전 신고사항에 변동이 생기면 7일 이내에 변동 사항을 관할 경찰서장에게 신고해야 한다. 실제 조사결과를 살펴보면 보안관찰처분대상자 출소 당시 교도소 등의 장은 출소 사실 및 변동사항 신고 의무 등을 고지해야 할 의무가 있음에도 지켜지지 않은 사례가 총 50건 가운데 17건이었다.

- ◇ **[사례 41]** 출소 직후 출소 신고 거부를 이유로 두 달 동안 경찰관이 여러차례 집을 전화하고 방문하여 가족들이 상당히 불편해하고 불안해했다. 특히 어머니는 그 당시 항암치료를 받고 계셨는데 내 일로 괴로움을 당하셔서 병세가 악화되어 돌아가신 것 같아 늘 마음에 사무친다.
- ◇ **[사례 1]** 출소 직후부터 담당경찰관이 1달에 1~3번 집으로 찾아와 “출소신고를 거부하고 협조하지 않으면 불리할 줄 알아라, 다른 대상자들은 다 했는데 왜 당신만 특별하게 구느냐. 이런 식으로 하면 좋을 것 하나도 없다” 등의 고압적인 자세로 말했다. 그래도 출소 신고를 하지 않으니까 1차례 경고장을 보내왔으며, 며칠 뒤 3명의 형사가 타자기를 들고 집으로 찾아와 신고양식서 작성을 요구했다.
- ◇ **[사례 31]** 출소 하자마자 경찰이 부모님 댁으로 전화를 해서 “아드님이 출소신고를 안하면 사회생활을 하기 힘듭니다. 빨리 하라고 하세요”라고 이야기를 한 적이 있다. 그래서 어머니가 나에게 애원을 하셨고 결국 한 달 후에 출소 신고를 했다.
- ◇ **[사례 8]** 경찰이 출소신고 하라는 전화를 새벽 5시반이나 밤12시 등 시도때도 없이 해서 초등학교생인 아들과 딸이 “아빠, 또 들어가?” “아빠, 무슨 일

있어?”라고 물으며 깜짝깜짝 놀라며 불안해했다. 처음에는 출소신고를 해야 할 필요성이 없고 부당하다는 생각을 해서 계속 거부하다가 아이들이 내가 또 붙잡혀갈까봐 불안해하는 등 가족들의 고통이 너무 커서 출소 후 3개월 후에 경찰서에 가서 출소신고를 할 수 밖에 없었다.

- ◇ [사례 28] 출소하기 전부터 경찰이 가족에게 ‘보안관찰처분대상자니까 출소신고를 해야 한다. 안 할 경우 사법처리가 된다’는 등의 고지를 했다. 그래서 출소 2일 후에 가족들 성화에 못 견뎌 경찰서에 가서 신고서를 제출했다.
- ◇ [사례 41] 출소한 지 1년 1개월이 지난 후, 출소신고를 하지 않았다고 집 앞에서 11시가 넘은 늦은 밤 형사들에게 연행되었다. 작은 체구의 여성인 나 한 사람을 붙잡으려고 형사 두 명이 양팔을 붙들고 이웃들이 다 보는데서 경찰서로 끌고 갔다.
- ◇ [사례 2] 출소 한 후 복학하여 학업에 열중하고 있었음에도 출소신고를 하지 않았다는 이유로, 출소 2년 9개월이 지난 후 등굣길에서 경찰에 긴급체포 되었다. 36시간 동안 유치장에 수감되어 있다가 풀려났지만 기소되어 1심에서 100만원의 벌금형이 내려졌다.
- ◇ [사례 14] 출소 5일 후에, 경찰서에 출소신고를 하러갔더니, “집회나 인권단체에는 가지 말라”, “출소한 사람들을 만나거나 전화를 하지 말라”고 했다.
- ◇ [사례 7] 보안관찰처분 결정 전부터 ‘집회에 나가지 말라, 안 지키면 다시 잡아갈 수 있다’고 협박하고 죄인취급을 하면서 겁을 주었다. 그것이 무서워서 옳지도 않은데 따르고 했던 것이 억울하고 분하다.
- ◇ [사례 43] 출소 후 목장에 가서 일을 시작한 지 한달 가량 되었을 때, 담당 형사가 목장으로 찾아온 적이 있다. 경찰이 목장주인에게 “이 사람은 사상이 불순하고 독침을 가지고 다니는 사람이니 조심하라”는 말을 해서 쫓겨난 적이 있다.
- ◇ [사례 20] 처분 전에 한달에 한 번 정도 전화를 해서 잘 지내느냐고 물어보고 응대를 안하면 며칠에 한번씩 전화를 하기도 했다. 전화를 해서 “결혼은 안하나”, “직장 알아봐줄까” 등 현 신분이 불안정하니까 안정될 수 있도록 도움을 주겠다는 이야기를 했다. 그러나 사생활을 침해한다는 생각이 들어서 불쾌했다.

## 2) 보안관찰처분결정(피보안관찰처분자)

보안관찰처분은 검사의 청구에 의해 보안관찰심의위원회가 심의, 의결하고 법무부 장관이 결정하게 되어 있다. 법무부 장관은 검사의 청구서와 자료에 의해 심사하는데 이를 위해 보안관찰심의위원회를 두고 있다. 위원회는 보안관찰처분 결정 뿐 아니라 그 기각의 결정, 면제 또는 취소 결정, 보안관찰처분의 취소 또는 기간 갱신결정등을 심의 의결한다. 그러나 대부분 피조사자들은 검사가 자신에 대해 왜 보안관찰처분이 필요하다고 판단했는지 알지 못한 채 검사의 청구원인을 유추하는 등으로 짐작하는 경우가 많았다. 또한 보안관찰처부 및 갱신을 위한 조사시, 경찰이나 검사는 보안관찰대상자에게 원사건과 관련된 질문이나 사상 전향여부를 묻거나 고압적인 태도를 보임으로써, 보안관찰대상자의 과거를 억지로 상기시키고 불안감이나 굴욕감을 느끼게 하고 있다. 특히 대상자의 북한관, 정치관 캐어물음으로써 결국 사상검열 과정으로 가고 있음을 지적했다. 이 조사과정에서 자신이 여전히 과거 원사건의 잣대에 평가되는 사람이라는 그래서, 여전히 ‘낙인’을 찍힌 채 살아가야 한다는 절망감을 느끼는 것으로 드러났다.

- ◇ **[사례 41]** 출소신고를 하지 않자 검찰에서 조사를 받았다. 그 당시에는 아직 피보안관찰자도 아니었는데 젊은 담당검사가 굉장히 고압적으로 대했다. 심지어는 “이거 죄질이 나쁘구만, 다 알면서도 고의로 신고의무를 어겼어”라며 격하고 심한 표현을 쓰고 함부로 대해서 ‘이미 형을 살고 나왔음에도 3~4년 전 원사건으로 조사받던 때와 하나도 다를 게 없구나’라는 생각이 들었다.
- ◇ **[사례 12]** 출소 후 경찰서로 자진출두하여 출소신고서를 작성했다. 그런데 이름, 생년월일 등 기본적인 사항외에도 원사건에 대한 것을 자꾸 물어서 굉장히 불쾌했다. 또한 보안관찰처분 청구를 위해 조사를 받으러 검찰청에 갔는데 검사 서기가 또 원사건에 대해 물어서 너무 괴로웠다. 이미 끝난 원사건을 들먹여서 나를 다시 죄인 취급을 하고 그에 대해 다시 묻는 것은 나를 고문하는 것과 같다.
- ◇ **[사례 15]** 1차 갱신을 위한 조사에서 “만약 북이나 일본에서 사람이 찾아오면 어떻게 할 것이냐” 등을 물어보았다.
- ◇ **[사례 13]** 검찰에서 보안처분과 갱신을 위한 조사를 3회 받았다. 괴로운 것

은 분명히 전에 조사한 자료가 있을 것인데도 불구하고 2회 갱신조사에서도 앞서 했던 것과 똑같은 내용을 물어서 나의 과거를 들춰낸다는 것이다. 예를 들어 나의 과거 사상에 대해 물으며 “지금의 생각은 어떠냐”, “함께 했던 친구들은 지금 뭐하는가” 등을 묻고 이에 “그때의 내 생각에 잘못된 것도 있는 것 같다”는 이제는 꺼내기 싫은 대답을 여러번 하는 것이 무척 싫다. 또 “친구들이 뭐하는지 모른다”고 사실대로 말해도 거짓말 하는 것은 아닌 가하는 의심의 눈초리로 자꾸 캐어묻는다. 사람의 진심에는 관심이 없고 처음부터 ‘빨갱이, 거짓말쟁이’로 낙인 찍어놓고 대하는 것이 기분 나쁘다. 출소 후 과거의 일을 잊고, 일상적인 삶을 살면서 지내는데도 검찰청이나 경찰서에만 가면 과거의 사람이다.

### 3) 보안관찰처분 결정 및 갱신

법무부 장관은 검사의 청구가 있을 때 위원회 심의의결을 거쳐 보안관찰처분 부과 또는 취소 결정을 내린다. 기간 갱신 결정 역시 같은 절차로 진행된다. 보안관찰처분 기간은 2년이다. 이 기간 중 행정소송을 통해 결정이 취소되거나 2년의 기간이 경과하면 보안관찰처분이 종료하고 보안관찰대상자의 지위로 돌아간다. 당사자로 복귀한 자는 ‘변동사항 신고’ 의무를 지게 된다. 한편 법무부 장관은 보안관찰대상자 가운데 1. 준법정신 확립되어 있을 것 2. 일정한 주거와 생업이 있을 것 3. 대통령령이 정하는 신원보증인 있을 것 등의 요건이 갖춘 경우에는 보안관찰처분 면제 결정을 할 수 있다. 면제결정은 위의 요건을 갖춘 보안관찰대상자나 검사가 청구할 수 있다. 이때 처분 면제를 신청하는 보안관찰대상자는 1. 법령을 준수할 것을 맹세하는 서약서 2. 주민등록 등본 기타 주거가 일정함을 인정할 수 있는 서류 3. 재직증명서 기타 생업이 일정함을 인정할 수 있는 서류, 4. 2인 이상의 신원보증인의 신원보증서를 제출해야 한다. 검사의 경우에는 1. 준법정신 확립 2. 일정한 주거와 생업을 갖춘 보안관찰대상자의 정상을 참작하여 위험성이 없다고 인정되는 때 면제결정을 청구할 수 있다.

처분결정을 받은 이들에 대한 주요한 판단근거로 작용한 조사결과를 살펴보면 대부분 사례에서 처분결정이 매우 자의적인 판단에 의해 좌우되고 있음을 알 수 있다.

- ◇ [사례 36] 출소 후에도 보안관찰법의 위법성을 주장하며 출소신고를 거부했으며
- ◇ [사례 9] 범정이 중하여 장기복역하였고...
- ◇ [사례 28] 죄질이 중하여 장기복역하였고...
- ◇ [사례 32] 행형 성적이 좋지 않다... 이런 저런 이유로 648여 식을 불식하였다...
- ◇ [사례 2] 범행에 대해 반성하지 않는 등...
- ◇ [사례 24] 사상전향을 거부할 뿐만 아니라...
- ◇ [사례 9] 양심선언을 통해 고문과 구타에 의한 강제전향으로 자신은 비전향자라고 주장하고
- ◇ [사례 22] 간첩죄를 저지르고도 그것이 조작사건이라고 주장하는 것으로 보안관찰의 필요가 있음
- ◇ [사례 48] 자신의 지난날 잘못을 뉘우치지 않고 재판부의 선고결과에 대하여 불만을 품고 있고
- ◇ [사례 35]...보안관찰대상자 신고를 거부하는 등 준법정신이 희박하다....
- ◇ [사례 14] 수감생활 중.. 심여회에 걸쳐 ‘국가보안법 철폐, 양심수 전원석방’ 등을 요구하며 단식을 하였고
- ◇ [사례 41] 국가보안법과 준법서약제 폐지를 주장하고 있고 ..
- ◇ [사례 24] 헌법상 보장된 사상의 자유를 침해하는 국가보안법과 보안관찰제도도 폐지되어야한다고 하면서...
- ◇ [사례 48] 국가보안법 등에 대하여 반감을 가지고 있는 등 불순세력과 접촉 가능성 및 재범의 우려가 농후....
- ◇ [사례 27] 장기출소자 환영집회 등 여러행사에 참여하는 등 ...
- ◇ [사례 1] 출소 후 피보안관찰자들과 계속 회합하면서 재야단체에서 주관하는 각종 집회(민가협 목요집회, 98민중대회)에 참석하는 등 재범의 위험성이 있으므로...
- ◇ [사례 49] 수감 당시 자신의 자서전을 발간한 경력이 있고 ....
- ◇ [사례 12] 아직 결혼을 안 해서 생활이 안정되지 못하고..
- ◇ [사례 29] 전처와 이혼한 후 아직 재혼하지 않고 있으며...
- ◇ [사례 4] 정부의 생활보조금 등으로 어렵게 생활하고 있으며...

- ◇ [사례 9] 출소 후 일정한 직업 없이 전북 전주, 김제, 남원 일대에서 막노동에 종사하며 건축현장 노동일, 고물수집일, 배달 관리인으로 생계를 유지하는 등 생활이 불안정하고...
- ◇ [사례 8] 일정한 직업없이 처의 노동수입으로 생계유지, 하류의 불안정한 생활을 하고...
- ◇ [사례 11] 주거가 불안정하며 생업이 없어 생활이 안정되어 있지 않는 등 재범위 위험성이 있다고 사료된다
- ◇ [사례 43] 일본인 무역회사 한국지사 대표로 근무하며 본인의 수입과 의사인 처의 수입으로 안정된 생활을 하고 있으나 수시로 일본으로 여행하며 불순분자들과의 접촉가능성이 있고, 재야인사, 보안관찰대상자들과의 접촉이 있는 등을 고려해 볼 때 재범의 위험성이 있으므로..
- ◇ [사례 29] 39세로 활동능력이 왕성하며...
- ◇ [사례 48] 장기복역으로 사회적응이 부진한 채, 사회활동이나 대인관계 접촉을 거의하지 않는데다가...
- ◇ [사례 28] 인터넷 사용을 잘하므로 복과 연락을 쉽게 취할 수 있어서...
- ◇ [사례 4] 민가협 등 재야단체에 출입하여 문제 인사들과 수시 접촉...

#### 4) 보안관찰 취소소송

보안관찰처분 결정에 이의가 있을 경우 결정이 집행된 날로부터 60일 이내에 서울고등법원에 소를 제기할 수 있다. 그러나 행정소송법에 따르면 취소소송은 1심 관할법원은 피고의 소재지 행정법원이며 소 제기기간은 처분 등이 있음을 안 날로부터 90일 이내에 제기하도록 규정하고 있다. 그런데 보안관찰법은 일반행정소송에 비해 소 제기 기한도 30일 짧으며, 행정법원의 1심 재판을 받을 권리를 배제하고 있으며 행정소송법 상 집행정지제도나 민사소송법상의 가처분제도를 준용하지 않고 있다. 특히 취소소송을 제기하더라도 소송이 끝나기 전에 처분 기간 2년이 만료되어 버리면, 사법적 판단도 제대로 받지 못한 채 소 각하 판결을 받게 되어 그로 인한 불이익을 당할 수 밖에 없다. 그러나 취소소송을 통해 승소하여 처분이 취소되면 보안관찰대상자 신분이 된다. 따라서 조사결과를 보면 처분 취소소송에서 승소를 했던 이들도 신분의 불안정서로 인해 불안감을 느끼고,

정신적 스트레스를 받고 있는 것으로 나타났다.

- ◇ [사례 2] 2002.2.1 보안관찰처분을 받고, 2002.4.8 보안관찰처분 취소소송을 냈다. 소송 중에도 담당 경찰이 여전히 출소신고를 종용하며 집으로 한 번 찾아왔고, 전화도 1~2회 한 적이 있다. 지금은 우편으로 3개월마다 한번씩 정기신고 양식을 보내오고 있다.
- ◇ [사례 29] 취소소송 중에도 한 달에 한번 꼬박꼬박 전화연락을 했으며 두 달에 한번씩 경찰이 찾아와 만났다.
- ◇ [사례 35] 현재는 처분 취소자이지만 (보안관찰처분이) 다시 청구될 수도 있다는 생각이 들면 심란해진다. 또 지금의 남북화해분위기에서 금강산 관광을 하고 싶기도 하다. 그러나 언제 다시 이 건을 빌미 삼을지도 모른다는 생각에 소극적이다.
- ◇ [사례 36] (보안관찰처분이 취소된) 현재도 미행이나 도청에 대해 신경이 쓰인다. 언제 다시 피보안관찰처분자가 될지 모르기 때문에 매사에 조심스럽다.
- ◇ [사례 41] 승소해서 처분 취소자인 지금도 여전히 언제든 다시 처분이 내려질 수 있으므로 ‘완전한 승소가 아닌 잠정적 승소상태’이다. 그래서 승소판결 직후에는 홀가분했으나 지금은 늘 불안감이 남아있다.

## 2. 적용실태에 드러난 보안관찰법 문제점

### 1) 이중처벌 금지 등 헌법 위반

보안관찰 대상자 요건은 형 집행이후 보안관찰해당범죄를 ‘재범’한 이유로 처벌(또는 가중처벌)하는 것이 아닌 동종의 죄를 재범할 ‘우려’가 있다는 추상적 이유를 들어 보안관찰처분을 내리는 것은 동일한 범죄로 거듭 처벌하는 것으로 헌법의 이중처벌 금지(제13조 1항, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다) 충돌하고 있다. 또 형기 합계 3년이라고만 규정함으로써 단 한번의 보안관찰해당 범죄를 행함에도 재범의 위험성 여부를 판단 받아야하는 보안관찰처분대상자가 되는 실정이다. 또 신고하지 않았다는 이유만으로 처벌을 받을 수 있다는 규정은

죄형법정주의를 위반하고 있다.

보안관찰법이 실제적으로 광범위한 기본권 제한을 초래하고 형벌과 마찬가지로 효과를 지니고 있음에도 보안관찰처분을 법무부 산하의 위원회가 심의 의결하고 법무부 장관이 결정하도록 규정하고 있는 헌법 제27조 소정의 ‘법관에 의한 재판받을 권리’를 침해하고 있다. 비록 헌재가 보안처분의 사법부 관할 원칙을 부정하는 결정<sup>1)</sup>을 내렸다하더라도 보안관찰도 형사제재의 일종인 이상, 행정처분으로 그 부과를 할 수 있다는 주장은 헌법이 정한 삼권분립의 원칙에 어긋난다 할 것이다.

## 2) 사생활 침해

의무사항과 관련하여 보안관찰처분이 내려지기 전에 신고의무를 부과하고 이행하지 않을 경우 처벌할 수 있다. 또한 시행령 11조는 ‘보안관찰처분대상자의 동태보고’를 명시하고 있는데 관할 경찰서장은 관할구역 내 거주하고 있는 보안관찰처분대상자에 대하여 “죄를 범한 때, 사망한 때, 소재가 불명하거나 도주한 때, 보안관찰해당범죄를 범할 우려가 있는 때, 국외에 여행을 할 때 등 해당사유가 발생할 경우 관할 검사에게 보고하도록 하고 있다. 보안관찰해당범죄를 범할 우려가 있는 때라는 규정은 매우 추상적이고 모호하여 사법경찰관의 무제한적인 동태파악을 가능하도록 하고 사법경찰관리의 자의적 판단에 따라 사생활을 침해를 가능성을 내포하고 있다.

거주지 관할 경찰서장은 보안관찰법에 따라 출소 전 교도소 등의 장으로부터 보안관찰처분대상자 발생 통고(법 6조 3항), 출소예정일 2월 전에 보안관찰처분대상자 신고, 출소 직후 출소통보(시행령)를 받게 된다. 따라서 보안관찰대상자 본인의 신고가 없더라도 이미 대상자 파악 및 보안관찰처분 필요성 유무 판단 자료는 확보되는 현실이다. 그럼에도 본인으로 하여금 출소 후 신고할 것을 강요하고 있는 것은 무의미하고 불필요한 처사일 것이다.

## 3) 모호하고 자의적인 판단 근거로 양심 사상의 자유 침해

한편 재범의 위험성이라는 보안관찰처분 판단요건은 기본권 제한이 심각한 보

1) 헌재, 92헌바28, 보안관찰법제2조등 위헌소원. 헌재1997.11.27

안관찰처분에 있어 위험성의 객관성을 명확히 입증하는 것으로 엄격히 해석되어야 함에도 법무부는 명확하고 구체적인 입증을 하지 못하고 있다. 따라서 이러한 판단기준들로 인해 보안관찰처분이 ‘행위의 반사회성’이 아니라 ‘내심의 반사회성’을 평가하며 부과되므로 양심과 사상의 자유를 침해하는 것으로 나타나고 있다.

또 처분 갱신횟수가 제한이 명시되지 않음으로써 절대적 부정기형으로 사실상 사상범에 대해 평생동안 공식적 감시 및 통제장치로 두겠다는 발상에 다름 아니다. 또 면제결정 요건으로 준법정신 확립과 법령 준수 서약서 제출 등은 면제를 미끼로 준법서약서와 준법정신 확립을 요구하고 그것을 표현하지 않는다 하여 ‘면제’신청을 기각하는 불이익을 주는 것은 양심의 자유를 명백히 침해하고 있다.

### 3. 개선되지 않고 있는 보안관찰대상자들의 인권침해

최근의 보안관찰처분 결정은 줄어들고 있는 것으로 나타났다<sup>2)</sup>. 그러나 법 자체의 문제점과 인권침해 당사자의 고통을 성찰한 결과로 보기는 어렵다. 특히 법무부가 지난달 ‘2007년~2011년 국가인권정책기본계획(NAP)’에 보안관찰제도 그대로 유지하며 운영 개선을 발표했는데 이는 그동안 당사자들이 간절히 호소해 온 보안관찰법의 인권침해 고통을 외면한 기만적인 내용이다.

당사자들이 양심의 자유 침해 등으로 귀결되는 구체적인 일상들을 아무리 호소하고 공감되지 않는 고통과 공동체내에서 감시 통제되어야 할 대상으로 낙인찍혀 살아갈 것을 강요하는 현실은 여전히 지속되고 있다. 2002년 조사이후 새로이 추가된 사례들을 살펴보고자 한다.

#### 1) 한총련 학생 김대원씨 사례

김대원씨(38세)는 1998년 한총련 대표로 방북한 뒤 2000년 8월 귀국한 뒤 4년형을 선고받고 복역하다 2003년 4월 30일, 참여정부 출범 즈음한 양심수 사면조치로 출소했다. 출소 한지 7개월 뒤인 2003년 11월 29일 보안관찰법상 ‘보안관찰

2) 2006년 8월 현재 피보안관찰자 74명(2006년 국감자료)

처분 대상자'로서, 출소 후 7일 내에 거주지 관할경찰서장에게 출소사실을 신고 의무를 이행하지 않았다는 혐의로 관할 강진경찰서에 체포되었다. 이후 불구속 기소되어 재판이 진행 중이다.

그러나 김씨는 수감기간 동안 정서적 불안 행동들을 보여 전문적인 치료 필요성이 제기되기도 했으며, 출소 이후 가족들과 지인들의 도움에 힘입어 사회적응을 위해 노력하는 중이었다. 현재까지도 뚜렷한 직업이나 사회적 관계를 형성하지 못하고 고문치료 기관의 도움으로 일상을 유지하고 있는 형편이다. 따라서 김대원씨에게 시급한 일은 그의 사회적응 노력에 관심을 기울이고 적절한 환경을 배려하는 일이다.

보안관찰법 적용대상자로서 “재범의 위험성”이라는 관점에서 김대원씨를 판단한다면 본인의 의지와 더불어 김대원씨의 연령, 정신적 건강상태 등을 고려할 때 현실적인 가능성은 의문이다. 그럼에도 법무부는 김대원씨가 다시 ‘한총련 대표로 선발되어 방북할 가능성’을 고집하고 있는 셈이다.

## 2) 남북어부 정영씨 사례

정영(66세)씨는 강화도에서 태어나 가정형편이 어려워 초등학교를 중퇴하고 농사짓다가 1965 동네주민 백 여 명과 조개잡이를 갔다가 풍랑으로 인해 배가 납북되었다. 22일 만에 관문점을 통해 귀환하여 함께 납북된 사람들과 함께 관할 강화경찰서 형사들에게 조사받고 풀려났다. 이후 자녀교육을 위해 인천으로 이사한 뒤 인천제철에 근무하던 중 1983년 9월 13일, 안기부 인천분실 수사관들에 의해 강제연행 되었다. 영장이 청구된 10월 22일까지 40여일 동안 불법구금된 상태에서 고문수사를 받았다. 정영씨의 혐의는 ‘1965년 피납당시 북한에 살던 친척 정진구한테 포섭되어 귀환한 후, 1969년 납파된 정진구로부터 공작금을 수수하였고, 1971년 정진구와 대동월북하여 노동당에 가입한 뒤 공작금을 수수하고 그 뒤로도 3차례 더 납파되었던 정진구와 접선하면서 강화도 인근 경찰서 위치 및 교통편 등 국가기밀을 탐지누설하여 간첩하였다’는 것이었다.

대법원에서 무기징역을 선고받고 18년을 복역하다 1998년 8월15일 광복절 사면조치로 했다.

1998년 출소이후 현재까지 보안관찰처분 처분이 지속적으로 갱신되어 현재까지

이르고 있다. 담당 검사는 기간 갱신 청구사유로 정영씨가 ‘자신의 범행을 뉘우치지 않은 채 억울하게 형을 살았다고 말하는 점을 이유로 “보안관찰 해당범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정할 충분한 이유가 있”다는 이유로 제시했다.

정영씨는 3개월마다 동향 보고 등을 한번도 빠뜨리지 않고 성실하게 이행했다. 신고의무 뿐 아니라 민가협 등의 단체와 연락하지 말라는 경찰의 요구사항도 그대로 수용하는 등 경찰이 지시하는 모든 사항을 이행했음에도 매번 처분갱신결정이 내려졌다. 경찰은 정영씨가 성실한 의무이행에도 처분이 취소되지 않은 사실에 불만을 표시할 경우 자녀 진로문제 등을 언급했다. 결국 정영씨는 고문조작된 사건 피해자로서 억울함을 호소하는 의사표현도 자제해 왔으며 본인의 의사와는 상관없이 경찰이 요구하는 범위 내의 매우 제한적이고 폐쇄적인 사회적 관계를 유지해 왔다. 또한 가족 및 자녀들의 안전문제가 자신의 행동에 달려있다는 초조감과 두려움으로 일상의 언행을 의사표현을 자유로이 할 수 없었다고 토로했다.

검찰의 보안관찰 적용논리를 따르면 ‘정영씨가 다시 납북되고 포섭되어 간첩행위를 저지를 가능성이 있어 감시’해야 한다는 결론이다. 현실적으로 가능한 일인지 검찰 스스로 대답해야 할 일이다. 그러나 역으로 정영 선생 입장에서 피보안관찰처분 결정은 ‘국가가 과거의 고문 조작사건을 다시 저지를 수 있다’는 가능성으로 해석된다. 따라서 현재의 정영 선생은 고문으로 조작된 사건 피해자로서의 억울함과 더불어 언제든지 자신을 잡아가두고 고문 조작할 수 있는 국가권력에 대한 두려움 속에서 하루하루의 삶을 이어가고 있는 형국이다.

### 3) 강순정 선생 사례

강순정씨는 올해 78세로 1996년 범민련 관련 활동관련 국가보안법 위반 혐의로 구속기소된 뒤 4년 6월 형을 선고받고 1998년 8월 15일 특별사면으로 출소했다. 이후 피보안관찰처분이 지속적으로 연장되었으나 보안관찰법의 불복종 차원에서 의무이행을 거부했다. 그러던 중 2006년 11월 국가보안법 위반 혐의로 다시 구속되었다. 검찰은 기소사실 가운데 국가기밀 수집탐지전달 혐의 대상으로 “「보안관찰대상자 인권침해실태」(국가인권위원회 2003년 연구용역 논문), 제3차보안관찰진술요구에 대한 거부서” 포함시켰다.

경찰의 구속영장을 살펴보면 피보안관찰자 동거의 전화통화 내역을 포함한 누구를 만나고 무엇을 건네주고 받았는지 등 말 그대로 ‘일거수 일투족’을 구속사유로 기술하고 있다. 보안관찰 처분에 따른 경찰의 활동을 그대로 국가보안법 위반 혐의사실로 인용해 인신구속 사유로 악용하는 수사관행을 보여주고 있다. 한편 검찰은 이를 바로잡기는 커녕 국회도서관, 국립중앙도서관, 국가인권위원회 자료실 등에서 원하는 사람은 누구든지 받아볼 수 있는 「보안관찰대상자 인권침해실태」 보고서를 국가기밀로 기소했다. 이같은 경찰, 검찰의 모습은 보안관찰법 관련 적용규모, 처분갱신 시기 등을 3급기밀로 규정하고 있는 과도한 폐쇄성<sup>3)</sup>과 더불어 수집된 내용들을 관련 법규로 확대적용, 적용기관의 실적을 올리기로 활용하는 문제점이 지적되어야 할 것이다.

한편 강순정 선생에 대한 1심 법원은 국가기밀 관련 혐의를 기각했으며 현재 항소심을 예정하고 있다.

## 나오는 말

인간의 존엄성은 법과 제도로 확립할 때만이 유지될 수 있다. 양심, 사상의 자유, 정치적 의사표현의 자유, 사생활보호는 우리사회에서 기본권 중의 기본권으로 인정된 지 오래이다. 단 한 번의 과거 전력을 문제삼아 국가가 모호한 잣대를 들이대며 개인의 내면을 감시하고 ‘사회위험세력’으로 낙인찍는 행위는 국가권력에 복종을 요구하기 위해 법을 악용하는 야만이다. 우리가 이 자리에서 보안관찰법 문제를 이야기하는 이 시각에도 몇몇의 보안관찰법 적용 대상자들은 동향과 악을 나온 경찰들에게 시달리고 있거나 자신의 행위가 보안관찰처분에 영향을 미치지 않을까 하는 자기검열을 진행하고 있을 것이다.

---

3) 이와 관련해서 법무부와 더불어 사법부의 냉전적 공안시각을 확인할 수 있다. 대법원은 보안관찰 관련 통계자료가 정보공개 대상이 아니라고 판결했다(2004. 3. 18. 선고 2001두 8254 전원합의체 판결). 대법원은 “그 통계자료의 분석에 의하여 대남공작활동이 유리한 지역으로 보안관찰처분대상자가 많은 지역을 선택하는 등으로 위 정보가 북한정보기관에 의한 간첩의 파견, 포섭, 선전선동을 위한 교두보의 확보 등 북한의 대남전략에 있어 매우 유용한 자료로 악용될 우려가 없다고 할 수 없으므로,” 비공개정보에 해당한다고 판시했다.

2003년 출소한 뒤 보안관찰대상자 출소 신고를 하지 않았다는 이유로 운전면허 시험장에서 체포된 하영옥씨 사례, 보안관찰대상자라는 이유로 방북이 불허된 민주노동당 대협국장 손준혁씨 사례 등 검찰의 모호하고 자의적 잣대 앞에 보안관찰법 적용대상자들은 일상을 위협받고 있다. 자신의 의지와 생각대로 살아갈 수 없는 고통을 강요하는 현실은 바로잡혀야할 시급한 인권침해상황이다.

보안관찰법은 사회안전법 대체입법이라는 그 기원과 연혁을 살펴볼 때 법 적 정당성을 상실하고 시대적 흐름에도 맞지 않다. 법무부가 NAP에서 보안관찰제 적용과정의 문제점을 인정해 개선해나가겠다는 계획을 밝혔지만 이는 눈앞에 드러난 진실에 대해 눈을 감아버리는 판단이다. 지금이라도 보안관찰법 적용대상자들이 호소하는 인권침해의 고통에 귀기울여 응답해야할 것이다.

**“이마 위로 계속 떨어지는 작은 물방울”  
- 국가의 저항도 길들이기**

김 경 환 (보안관찰법 불복종 실천 중)

# “이마 위로 계속 떨어지는 작은 물방울”

## - 국가의 저항도 길들이기

김 경 환 (보안관찰법 불복종 실천 중)

지금부터 제가 하려는 얘기는 듣기에 따라 너무도 하찮고 사소한 일일지도 모르겠습니다. 아마도 제 얘기를 듣고 나서, ‘머 저 정도 일이라면 견딜만하겠네’라고 생각하실 분도 계실지 모르겠습니다. 제 생각엔 바로 이 지점에, 이 작고 하찮은 듯 보이는 일들 속에 보안관찰법이 일상적이고 지속적으로 한 사람의 정신과 인권을 파괴하는 현실이 유지, 용인되고 있다고 생각합니다. 여기에 보안관찰법의 심각한 본질이 숨어 있는 것 같습니다.

제 소개를 좀 해야 할 것 같습니다. 저는 1999년 월간 말 기자로 일하다가 이른바 민족민주혁명당 사건, 줄여서 민혁명 사건이라 합니다만, 이 사건에 연루돼서 국가보안법 위반으로 4년 6월형을 선고받았습니다. 3년9개월의 형기를 복역하고 2003년 4월30일 특별사면조치로 세상 밖으로 나올 수 있었습니다. 그런데 제가 감옥 문을 나서는 순간 기다리고 있던 것은 자유가 아니었습니다. 보이지 않는 감옥이랄까, 보안관찰법이라는 족쇄가 덜커 채워졌던 겁니다. 그때 출소하고 나서 이제 4년2개월의 세월이 지나는 셈인데, 감옥살이보다 더 긴 세월을 보안관찰 대상자로서 살아왔습니다.

4년 가까운 세월 동안 징역살이를 하고 나온 사람이 제정신을 가졌다면, 범법

이나 위법을 하려는 사람은 없을 것입니다. 그런데 저는 출소 순간 보안관찰법이라는 것이 있고, 당신이 그 대상자이고, 그러니까 나가자마자 관할 경찰서에 신고할 의무가 있다는 사실을 알았습니다. 당연히 고민스러울 수밖에요. 거 웬만하면 법 지키며 살자, 위법을 해서 불이익을 당하지 말자, 이런 마음가짐이었는데 보안관찰법이 뭔지를 구체적으로 알고 나서는 번민이 생기는 겁니다.

우선 제가 잘했든 못했든 실정법을 어겼고, 그래서 그 대가를 치렀는데 왜 또 다시 감시와 처벌의 대상이 돼야 하는지 이해하기 어려웠습니다. 제가 그 전에 국가보안법을 어겼고, 그 정도가 심각하니 앞으로도 그럴 것이라는 가정 하에 또 다른 법을 적용한다는 것인데, 행위가 없는데 어떤 근거로 그렇게 판단할 수 있는지, 그걸 도무지 모르겠다는 것이었습니다. 미리 거미줄 같은 신고 의무를 부과하고 그걸 지키지 않으면 형사처벌 하겠다는 논리는 위협이지 법이 할 일이 아닌 것 같았습니다.

또 앞서 말씀드렸듯이 저는 웬만하면 법을 지키면서 살고 싶었습니다. 무엇보다 법을 어기면 그로인한 불편함과 불이익이 크기 때문에 준법하고 싶은 거지요. 세상에 범죄자로 살아가고 싶은 사람이 어디 있겠습니까. 그런데 보안관찰법은 애초에 지킬 수 없도록 만들어졌습니다. 제가 국가의 ‘저강도 길들이기’에 적극 협조하고 충성한 대가로 얻을 수 있는 것은 아무 것도 없습니다. 피보안관찰자가 되거나 기껏해야 보안관찰대상자로 평생을 살아 갈 수밖에 없습니다. 죽어서야 벗을 수 있는 이 법을 제가 지킬 수 있는 방법은 처음부터 없었습니다.

몇날며칠 간의 고민 끝에 저는 이 법을 지킬 수 없다고 판단했습니다. 법의 취지나 목적, 내용이 헌법상 부여된 여러 권리와 양심의 자유를 심각하게 침해할 뿐 아니라, 준법을 하더라도 불이익에서 벗어날 수 없기 때문입니다. 저는 언론매체나 인권 단체 소식지에 이 법을 지킬 수 없다고 선언했고, 지금까지 대상자 신분으로 4년여를 살아왔습니다. 이제부터 제가 지난 4년 간 이 법으로 인한 인권 침해 사례를 말씀드려야겠습니다. 앞서도 말했듯이 일상적이고 소소한 일들이 어떻게 한 사람의 정신을 메마르고 황폐화하는 지를 엿볼 수 있을 것입니다. 어

편 사람의 이마 위로 작은 물방울을 계속 떨어뜨린다면 처음에는 아무렇지도 않겠지만 결국 미치광이가 될 수밖에 없을 것입니다.

지난 4년 동안 저는 이사를 두 번 했습니다. 그러니까 제 관할 경찰서와 검찰이 세 번 바뀌었다는 뜻입니다. 서울 잠실에 살 때는 송파경찰서, 경기도 일산으로 이사했을 때는 일산경찰서, 지금 서울 신사동의 서부경찰서, 이런 식으로 담당이 바뀌었습니다. 송파서에서는 두 차례인가 경찰이 찾아와서 출소 신고를 하라고 종용했고, 이를 거부하면 출석 요구서를 보내왔습니다. 이런 일들은 매번 관할이 바뀔 때마다, 4년 동안 반복되었습니다.

일산 대화동에 이사했을 때, 빌라 단지 경비원이 들려준 얘기인데, 하루는 형사가 찾아와서 저의 차량 종류와 번호를 묻고 갔다고 합니다. 또 관리사무소에 들러 이것저것 묻고 갔다고 합니다. 한번은 집으로 형사가 전화를 했는데, 제 휴대전화 번호를 묻더랍니다. 아들 아이가 전화를 받았는데 “아빠, 형사 같은 사람이 전화를 했는데, 아빠 전화번호를 묻기에 안 알려줬다, 잘했지?” 이러는 겁니다. 형사가 신분을 밝히지 않아도 못한 아버지의 신세를 아는 아이는 번호를 알려주는 것이 좋지 않다고 판단한 겁니다. 차라리 아이가 번호를 알려주었다면 가슴이 그토록 아프지는 않았을 겁니다.

제가 대통령소속 의문사진상규명위원회에서 보고서팀장으로 일할 때였습니다. 한번은 일산서 담당 형사가 급한 목소리로 전화를 했습니다. 검찰에서 원시 신고를 하지 않았다고 해서 체포영장을 발부했다는 것입니다. 그때가 2004년 10월인가 그랬는데, 동료직원들이 크게 걱정을 하면서 대책을 논의했던 일이 있습니다. 저는 그때 직장을 그만두는 것이 좋겠다는 생각까지 했습니다. 왜냐하면 저의 신분으로 인해 과거청산이라는 중차대한 과제를 수행하는 데 지장을 초래해서는 안 되겠다고 생각했기 때문입니다. 우려했던 상황이 오지는 않았지만 임기가 끝날 때까지 노심초사할 수밖에 없었습니다.

은평구 신사동으로 이사를 하고, 제가 하는 일에 필요해서 대형운전면허를 취

득해야 할 일이 생겼습니다. 그때 저는 일산에서 저를 담당했던 형사에게 전화를 했습니다. 기소중지 상태라면 면허를 취득할 수 없다고 생각했기 때문인데, 담당 형사는 면허 취득을 할 수 없고, 들어와서 조사를 받으라 했습니다. 한 일주일 시름에 겨워 한숨만 쉬다가, ‘조사를 받자, 면허도 못 따고, 출국도 안 되고, 이런 상태로는 불편해서 살 수가 없다, 눈 딱 감고 조사 받자’ 이런 생각에 출두를 결심했던 적도 있습니다. 그러다 경찰서에 출두해 담당 형사 책상 앞에서 죄인처럼 조사 받을 생각을 하니 도저히 할 수가 없었습니다. ‘에라, 부딪혀 보자, 면허 안 주면 없는 대로 살자’ 이렇게 생각하고 면허 시험을 봤습니다. 다행히 면허는 받았는데, 그때 면허를 줄 수 없다는 형사의 말이 엄포인지 뭔지 알 도리가 없었습니다. 최근에야 공소시효가 지났다는 사실을 알았습니다.

최근에는 이런 일도 있었습니다. 제 아내가 은평구 신사동에서 빵집을 경영하는데, 서부경찰서 형사가 불쑥 찾아온 겁니다. 그러면서 “김경환씨 잘 있냐, 요새 뭐하고 지내냐” 묻다가 갔다는 겁니다. 그때 저는 지방에 있다가 아내의 전화를 받았는데, 슬프고 격앙된 목소리로 “도대체 왜 이런 일로 형사가 가게까지 찾아오게 만드냐”며 저를 원망하는 겁니다. 저야 제 선택이니 감당해야 할 고통이지만, 제 가족이야 무슨 죄가 있어서 이렇게 한 번씩 긴장하고 불쾌하고 괴로워야 합니까. 이미 저의 4년 가까운 감옥살이로 폐쇄할 만큼 폐쇄해진 가정입니다. 그걸 다시 일으켜 세우지도 못하고 힘겨워하고 있는데, 일상적으로 감시와 침해에 노출되고 있으니 참 안타깝고 괴롭기 짝이 없습니다.

최근에 저는 담당형사로부터 검찰이 저를 법무부 보안관찰심의위원회에 보안관찰 처분을 결정해 달라는 취지의 청구서를 제출했다는 사실을 알았습니다. 제가 보안관찰 대상자로서 의무를 이행하지 않는 등 재범의 우려가 상당하기에 처분을 내리라는 취지라는 것입니다. 예상은 한 일이기엔 별로 특별한 감흥이 없지만, 앞으로 더 많은 세월을 이런 일로 시달려야 할 지 걱정도 많습니다.

제가 앞서 ‘저강도 길들이기’라는 단어를 쓴 적이 있습니다. 보안관찰법의 전신인 사회안전법은 ‘고강도 길들이기’ 법입니다. 국가보안법 등을 어겨서 처벌하고

전향하지 않으면 다시 2년씩 무한 갱신한 무소불위의 국가폭력이 바로 사회안전법이었습니다. 이 법이 폐지되면서 대체된 것이 보안관찰법인데 90년대 초반 해도 이를 어기면 체포하고 구속했습니다. 그러다가 지금까지는 인신을 구속하거나 하는 일은 드물어졌지만, 여전히 일상적인 감시와 처벌을 계속하고 있습니다.

저강도나 고강도나 길들이기라는 점에서는 본질이 똑같습니다. ‘길들이기’라는 말이 뭔가요. 국가가 일방적으로 어떤 기준을 정해놓고 그 기준에 부합하지 않는 사상이나 신념체계를 용납하지 않겠다는 것입니다. 한 마디로 국가가 하라는 대로 ‘대가리’를 숙이라는 것인데, 민주주의 사회에서 이런 폭력이 수십 년 동안 계속해서 용인돼 오고 있는 것입니다. 이걸 힘없는 한 개인이 어떻게 해야 하는 걸까요. 양심상 도저히 지킬 수 없는 법이라는 이름의 폭력을 도대체 어떻게 해야 하는 걸까요.

저는 마틴 킹 목사의 언급처럼, 악법은 어겨서 꺾 수밖에 없다고 생각합니다. 제가 용감하고 힘이 있어서 이러는 게 아니라, 할 수 있는 일이 그것밖에 없어서 이러고 있는 겁니다. 저강도든 고강도든 이것은 상대적인 개념입니다. 몸이 약한 사람은 감기에도 쓰러질 수 있습니다. 또 제 아무리 강건한 사람일지라도 수년 동안 감기에 걸린 상태로는 생명을 보전할 수 없습니다. 저는 제가 정상적인 상태에서 비정상적인 상태로 보이지 않는 동안 조금씩 이동하는 것이 아닌가 하는 불안한 의심을 가질 때가 많습니다.

언젠가 저는 한 인터넷 신문과의 인터뷰에서 ‘국가가 나를 날마다 강간한다’고 강하게 표현한 적이 있습니다. 강간이라 하면 힘이 센 자가 힘이 약하거나 무력한 존재를 폭력으로 제압하고 씻을 수 없는 상처를 준다는 것인데, 국가가 저를 그러고 있습니다. 물리적인 폭력만이 폭력이 아닙니다. 때론 정신적 폭력이 더 무섭고 강력한 힘을 발휘할 수 있습니다. 힘없는 한 개인을 국가와 법이라는 이름의 폭력이 계속해서 짓누르고 조롱하고 헐뜯는데 이걸 ‘강간’이라는 말 말고 무엇으로 표현해야 하는지요. 저는 단 하루도 보안관찰법을 의식하지 않고 살아온 적이 없습니다. 그런 저를 주변에서는 ‘예민해서 그렇다’ 그러는데 이게 무슨

성품의 문제입니까? 아니 누군가 나를 감시하고 지켜보고 있는데, 그걸 의식하지 않고 살아가는 것이 대범한 겁니까. 그런 둔감함 속에 이 법이 생명을 이어가고 있는 것이 아닐까요.

저는 불안과 두려움, 모멸감 속에 살다가 마른 삭정이처럼 바싹 말라버린다 해도 어쩔 수 없이 지금처럼 살 수밖에 없을 것 같습니다. 제가 나름대로 이 법에 협조하지 않는 것은, 그것이 또 다른 사람의 피해로 이어질 수도 있다고 생각하기 때문입니다. 도대체 얼마나 많은 사람들이 이 법으로 인해 고통 받았고, 또 고통 받을지 알 수가 없습니다. 나는 물론 다른 사람의 고통을 바라지 않기에 이 법에 동조할 수가 없는 것입니다.

저는 거창한 이념도 목표도 갖지 않고 하루하루를 살아가는 평범한 시민일 뿐입니다. 저의 요구는 소박합니다. 그저 다른 사람들처럼 신분증 잃어버려도 재발급 때문에 걱정하지 않아도 되고, 국내든 국외든 마음껏 여행할 수 있었으면 하는 것입니다. 제가 굳이 저의 '결백'을 입증하지 않아도 그저 평범한 한 사람의 시민으로 대해주는 것입니다. 더 이상 이처럼 야만적인 폭력의 시간이 이어지지 않기를 바랍니다.

## 보안관찰법의 근본적 문제점

송 문 호 (전북대학교 법과대학)

# 보안관찰법의 근본적 문제점

송 문 호 (전북대학교 법과대학)

## I. 보안관찰법 이전의 역사적 개관

국가보안법 폐지에 대한 논의가 활발했던 만큼<sup>1)</sup> 국가보안법과 같은 맥락에서 간과할 수 없는 법률은 보안관찰법이다. 이 두 법률은 동일한 하나의 실체를 대상으로 하는 법률들로서 명칭과 형식만 달리하는 동전의 앞뒷면과 같은 법률이므로 국가보안법폐지에 대한 논의와 더불어 보안관찰법의 폐지여부에 대한 논의도 필수적으로 따라주어야 한다고 생각한다. 이 글에서는 국가보안법과 함께 국사범 또는 사상범을 규율 대상으로 하는 보안관찰법의 법률적 정당성을 검토해 보는 데에 그 목적이 있다.

현재 사상범을 통제하는 대표적 법률로서 교도소에 구금하는 국가보안법과 동 대상자를 사회 내에서 감시하는 보안관찰법은 완벽한 한 세트를 이루고 있다. 다만 보안관찰법은 그 울타리가 국가보안법에 비해 느슨하지만 “느슨한 울타리는 언제든지 교도소의 담으로 바뀔 수 있다는 점”<sup>2)</sup>을 계속 각인시키고 있다.

위와 같은 사상범통제의 기본구조는 일제시대로 거슬러 올라가는데, 이를 크게 세단계로 나누어 간단하게 살펴보면<sup>3)</sup>:

1) 예컨대 한겨레신문, 2004년 7월 22일자. 당시 열린우리당은 의원 30여명으로 구성되는 ‘국가보안법 폐지 입법 추진위원회’를 구성하고, 공론 형성 및 입법 조사활동을 벌인 뒤 폐지법안을 내기로 결정한 바 있다.

2) 이승호, 보안관찰법 폐지론, 법과 사회, 제5호, 1992. 01, 197면.

첫 단계는 무단통치의 시기로 일제는 1910년 병합직전 ‘집회취체(取締)에 관한 건’, 통감부시기의 ‘보안법’, ‘신문지법’, ‘출판법’(1970) 등을 연장하여 실시하여 식민지배에 장애가 되는 언론, 집회와 단체를 광범위하게 제한하였고 3·1 운동 직후에는 조선총독부령으로 ‘정치에 관한 범죄 처벌의 건’을 제정·공포하여 사상 통제를 강화하였다.

두 번째 단계는 문화정치의 시기로서, 당시 러시아 혁명의 영향으로 국내에 유입된 사회주의 사상의 이념적 기초위에 민족운동이 전개될 수 있는 터전이 형성되었으며 식민자본주의의 전개로 노동자계급이 형성되어 각종 노동쟁의나 소작쟁의가 빈발하였다. 일제는 사회주의 사상을 기초로 한 민족운동탄압의 필요성을 느껴 1925년 5월 12일부터 치안유지법을 시행하였으며 동법은 조선의 민족해방 사상 및 운동을 탄압하는 대표적 법률로 자리매김하게 된다.

세 번째 단계는 일제의 식민지 세계전략이 노골화 된 시기로서, 1929년말부터 세계자본주의가 경제공황을 맞게 되고 국제노동운동이 확대되었으며 식민지민족해방투쟁이 여러 나라에서 본격화되게 된다. 이 시기에 치안유지법의 개정(1928년, 1941년), ‘조선사상범보호관찰령’, ‘조선사상범예방구금령(1941년)’ 등이 만들어졌다.<sup>4)</sup>

1936년 5월 공포되고 동년 11월 일본에 시행된 사상범보호관찰법은 12월 제령 제16호 ‘조선사상범보호관찰령’으로 조선에 시행되었는데, 이는 사상범 본인을 보호하여 재범의 위험을 방지하고 그 사상 및 행동을 관찰하는 것을 목적으로 하고 있다. 대상자는 당시 치안유지법위반자 가운데 집행유예, 기소유예, 형집행종료 또는 가출소한 자에 대하여 필요하다고 인정되는 때에 보호관찰소와 보호관찰심사회가 보호관찰을 행하는 것을 규정하고 있다. 이 법에 의해 치안유지법은 권력적인 사상전향의 체계를 완전히 갖추게 되었다고 평가할 수 있다. 즉, 지금의 국가보안법과 보안관찰법과의 관계 및 법률목적, 구성 등과 놀라울 정도로 일치한다.<sup>5)</sup>

3) 자세한 내용은 조국, 한국근현대사에서의 사상통제법, 역사비평, 1988년, 여름호, 321면 이하.

4) 일제가 발표한 사상범의 수는 1930년에 38,779명이던 것이 1934년에 66,055명으로 증가되었으며 당시 군국주의적 경향을 잘 보여주는 일례이다. 조국, 위의 논문, 326면.

5) 또한 조선총독부보호관찰심사회 관제에 따르면 심사회는 회장 1인 및 위원 6인으로 조직되었는데 예비위원 4인까지 모두를 조선총독부 사법부내 고등관 및 학식, 경험있는 자가운데 조선총독이 이를 임명하는 것으로 되어있다. 보호관찰소는 모두 7군데 있었는데

특히 조선사상범보호관찰령은 ‘전향(轉向)’자만을 대상으로 하고 있는데 이는 법 체계내에서 소위 ‘사상범’이라는 개념을 정착시키게 된다. 전향의 기준은 1933년 사법성형사국장통첩으로 하달된 ‘치안유지법위반 수형자에 대한 조사방법의 건’에 의하면 “국체변혁사상, 혁명사상을 방기하였는가”를 기준으로 하여 전향여부를 결정하고 “일본정신을 체득하여 실천궁행에 이른”때에만 관찰을 면제하는 철저한 사상 통제를 실시하였다. 그리고 1937년 2월 사상보호단체 ‘대화숙(大和塾)’을 설치하여 사상범으로 지목된 자는 무조건 가입을 강제하고 연좌식으로 감시를 받게 했다.

결국 어느 사회든지 체제이데올로기의 일반적 강요는 그 체제의 유지·강화가 위기에 처하고 어려워질수록 그 정도가 심해진다는 것을 위에서 일제의 사상범 규율체계에서도 엿볼 수 있다.

보안관찰법이 제정된 배경을 간단히 살펴보면, 1975년 4월 30일 베트남에서 미국이 패전하자 대대적인 반공캠페인과 함께 1975년 5월 13일 긴급조치 제9호를 발동하고 일종의 ‘비상전시체제’하에서 제정된 일련의 입법<sup>6)</sup> 중 사회안전법의 후속대체법이다.

사회안전법은 일제하의 조선사상범보호관찰령(1936)의 보호관찰제도와 1941년 개정된 치안유지법 제3장의 예방구금제도를 고스란히 승계하여 규정해 놓고 있으며 ‘보안감호’, ‘주거제한’, ‘보호관찰’의 세 가지 처분을 내용으로 하고 있었다.<sup>7)</sup>

사회안전법을 제정하게 정치적 동기는 첫째, 유신헌법체제로의 전환과정에서 긴급조치 등으로 정치적 반대세력을 탄압하다가 국내외의 반대여론에 밀려 시행한 1975년 2월 대특사로 풀려난 이들에 대한 통제필요성과 둘째 50년대 이후에 국가보안법, 국방경비법 등의 위반으로 수감생활을 하던 이들이 70년대 들어서면서 출소하기 시작하였으므로 베트남전의 국제정세와 함께 반공이데올로기를 정점

---

당시 경성, 함흥, 청진, 평양, 신의주, 대구, 광주에 있었다. 이외에도 자세한 것은 김명환, 일제의 사상통제와 그 법체계, 1986, 서울대학교석사학위논문, 63면 이하와 99면 이하 참조; 조국, 위의 논문, 344면 이하 대비표 참조.

6) 유신체제하에서 박정희대통령은 당시 총력안보궐기대회를 잇달아 열어 위기감을 조성하면서 긴급조치 제1호에서 제7호까지를 총괄하고 적용범위를 확대함과 더불어 처벌규정을 강화하는 긴급조치 제9호를 발동하였다. 뒤이어 1975년 7월 16일에는 국회에서 사회안전법, 민방위기본법, 방위세법, 교육관계법개정안 등의 전시입법들을 국회회기 만료직전에 휴회선언을 한 틈을 타 새벽 3시에 여당의원들만 참석한 가운데 날치기 통과시켰다. 자세한 것은 조국, 위의 논문, 336면 이하 참조.

7) 조국, 위의 논문, 337면.

으로 한 통치구조에 닥친 커다란 위기감은 결국 사회안전법의 제정으로 귀결되었다. 현재에도 보안관찰의 구체적 상황은 국가기밀로서 공개된바 없지만 당시 사회안전법도 그러하였다. 1988년 당시 증언을 통해 알 수 있는 것은 피보안감호자의 평균연령은 만 64세이며 거의가 30년 전후의 구금생활을 하였다는 정도이다.

사회안전법은 유신독재의 대표적인 악법으로 분류되어오다 1989년 민주화의 조류를 타고 보안관찰법으로 대체되었다. 보안관찰법에 대해서는 그동안 그 상징적 의미는 물론 법이론적으로도 신고의무 부과 및 의무위반시 처벌이 사생활의 비밀과 자유라는 기본권 보장에 대한 적법절차 원리, 과잉금지 원칙, 죄형법정주의, 무죄추정의 원칙, 평등의 원칙에 위반되거나 신체의 자유를 침해하는 것이 아닌가 하는 위헌논란이 끊이지 않았고 절차적으로도 법관에 의한 재판을 받을 권리 침해여부, 권력분립원칙에 위반되는 입법인지여부 등의 논쟁이 계속되고 있다.<sup>8)</sup>

이 글에서는 위의 여러 가지 문제점 중 보안관찰법이 과연 단순한 행정처분인지 또는 기존의 형법상 보안처분으로 볼 수 있을 것인지의 여부와 입법형식의 정당성, 헌법재판소와 대법원의 형법상 보안처분에 행정처분의 침투에 대한 관용적 태도와 문제점, 그리고 보안관찰대상자에게 넓은 의미의 형벌을 과할 필요성과 당위성여부를 비판적으로 검토해보고자 한다.

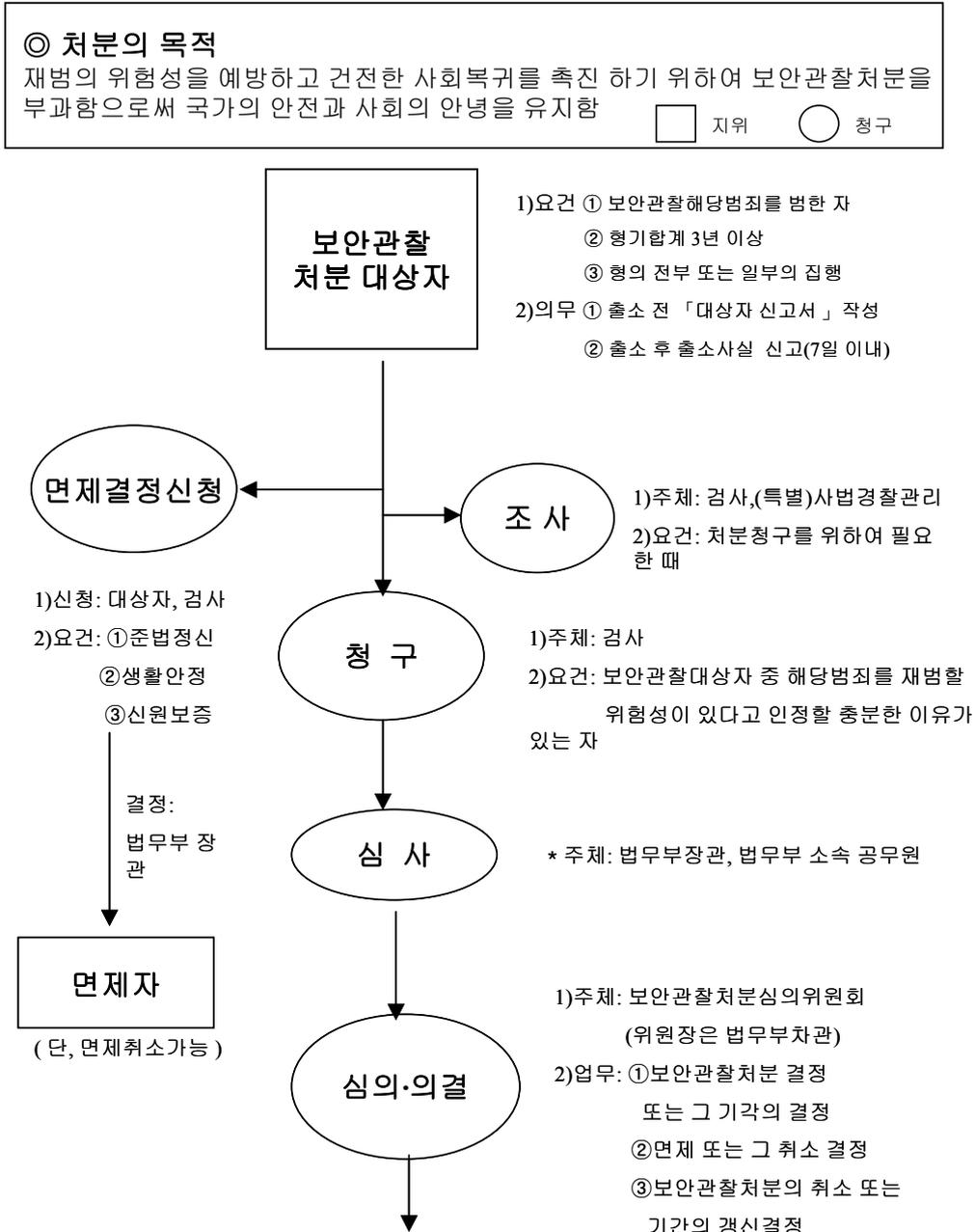
## II. 보안관찰법 개관

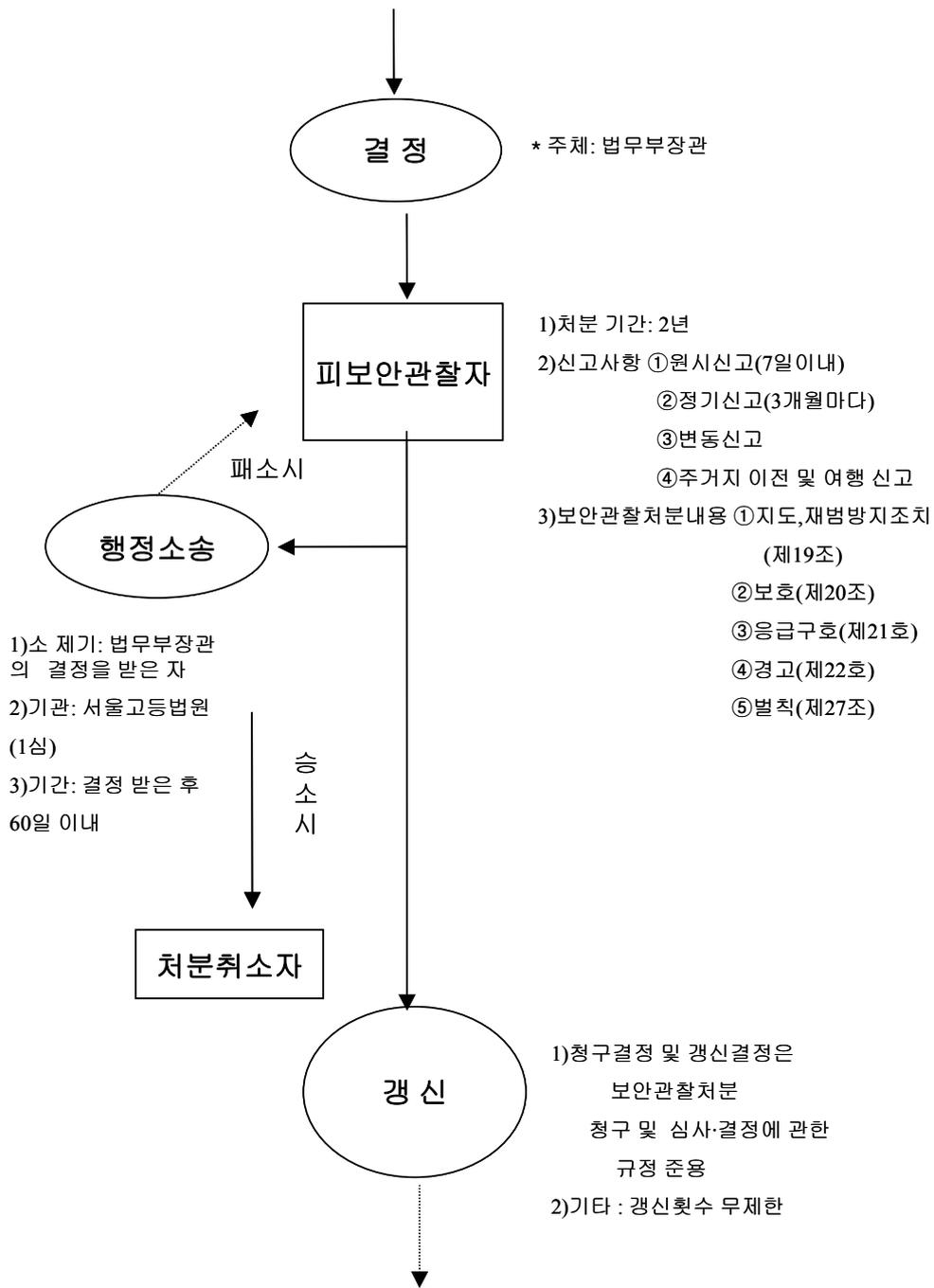
보안관찰법은 주로 국가보안법상의 범죄 등을 범한 국사범 또는 사상범에 대하여 “재범의 위험성을 예방하고 건전한 사회복귀를 촉진하기 위하여” (법 제1조) 보안관찰처분을 부과하기 위한 법이다. 보안관찰처분은 법무부장관의 결정으로 부과되며 검사 및 사법경찰관리가 집행한다. 보안관찰의 내용은 각종 신고, 지도·조치의 준수이고 대상자 및 피처분자가 신고를 이행하지 않거나 조치에 불응한 때에는 형벌을 과한다 (법 제27조). 보안관찰처분 기간은 2년이고 무제한으로 갱신할 수 있다. 처분절차를 전체적으로 개관해보면 아래와 같다.

---

8) 이에 관한 최근 헌법재판소판례로는 헌법재판소 2003. 6. 26. 2001헌가17, 2002헌바98(병합) 전원재판부 【보안관찰법제27조제2항위헌제청·보안관찰법제27조제2항등위헌소원】이 있다.

## 보안관찰처분 흐름도





보안관찰처분은 그 대상자 중에서 보안관찰해당범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정할 만한 충분한 이유가 있어 재범방지를 위한 관찰이 필요한 자에 대하여는 보안관찰처분을 한다(동법 제4조). 그러나 보안관찰처분대상자는 보안관찰처분을 받기 이전의 신분임에도 출소전 신고, 출소사실 신고, 변동사항 신고의 의무를 지게 된다.<sup>9)</sup> 검사는 보안관찰처분의 청구를 위하여 필요한 때에는 보안관찰처분대상자, 청구의 원인이 되는 사실과 보안관찰처분을 필요로 하는 자료를 조사할 수 있다(동법 제9조). 보안관찰처분 청구는 검사가 보안관찰청구서를 법무부장관에게 제출함으로써 행한다(동법 제8조). 법무부장관은 검사가 제출한 처분청구서와 자료에 의하여 청구된 사안을 심사하며 심사를 위하여 필요한 때에는 법무부소속공무원으로 하여금 조사하게 할 수 있다(동법10조). 보안관찰처분에 관한 사안을 심의, 의결하기 위하여 법무부 아래에 보안관찰처분심의위원회를

9) 보안관찰처분대상자의 신고(출소 전): 보안관찰처분대상자는 대통령령이 정하는 바에 따라 그 형의 집행을 받고 있는 교도소, 소년교도소, 구치소, 유치장, 군교도소 또는 영창에서 출소전에 거주예정지 기타 대통령령으로 정하는 사항을 교도소등의 장을 경유하여 거주예정지 관할경찰서장에게 신고해야 한다.(동법 제6조 1항 전단) 또한 동법 시행령(제6조 1항)에 따르면 이때 신고할 내용은, 1.원적, 본적, 주거(실제를 생활하는 거처), 성명, 생년월일, 성별, 주민등록 번호 2.가족 및 교유관계 3.입소전의 직업, 본인 및 가족의 재산상황 4.학력, 경력 5.종교 및 가입한 단체 6.병역관계 7. 출소예정일 8.출소 후의 거주예정지 및 그 도착예정일 9.보안관찰해당범죄 사실의 요지, 판결법원, 판결연월일, 죄명, 적용법조, 형명, 형기 10.보안관찰해당범죄외의 전과관계 11.법 제20조 제3항(국내에 가족이 없는 등의 이유로 법무부장관의 결정으로 거소제공을 받은 경우)에 해당하는 경우에는 거소제공 결정일자와 제공된 사회복지시설 등의 명칭 및 그 소재지이다. 보안관찰처분대상자는 이 신고서를 5부 작성하여야 하는데, 교도소등의 장은 이렇게 작성된 신고서를 보안관찰처분심의위원회, 거주예정지 관할 검사 및 경찰서장에게 각1부씩 송부하게 된다.(동법 시행령 제6조2항) 나머지 2부에 대해서는 시행규칙에 명시되어 있는 바, 신고서 중 1부를 국정원장에게 송부하는 때에는 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 보안관찰처분대상자의 출소예정일 2개월 전까지 송부하여야 한다.(규칙 제5조 3항)

출소사실 및 변동사항 신고: 보안관찰처분대상자는 출소후 7일 이내에 그 거주예정지 관할경찰서장에게 출소사실을 신고하여야 한다.(동법 제6조 1항 후단) 출소사실 신고를 하는 때에는 출소일, 출소교도소, 출소사유 기타 필요한 사항을 기재한 신고서를 작성, 제출하여야 하며, 신고서에는 2인시상의 신원보증인이 서명, 날인해야 한다. 신원보증인이 없는 때에는 그 사유를 명기해야 한다.(동법 시행령 제9조 1항) 또한 보안관찰처분대상자는 교도소등에서 출소한 후 출소전 신고사항에 변동이 있을 때에는 변동이 있는 날부터 7일 이내에 그 변동된 사항을 관할경찰서장에게 신고하여야 한다.(동법 제6조2항 전단) 다만, 거소제공을 받은 자가 주거지를 이전하고자 할 때에는 미리 관할경찰서장에게 제18조 제4항 단서에 의한 신고를 하여야 한다.

두고 있다. 위원회는 위원장 1인과 6인의 위원으로 구성하는데, 위원장은 법무부 차관, 위원은 학식과 덕망이 있는 자로 그 과반수는 변호사의 자격이 있는 자이어야 한다. 위원회는 보안관찰처분을 결정할 뿐 아니라 그 기각의 결정, 면제 또는 그 취소결정 보안관찰처분의 취소 또는 기간의 갱신결정 등을 심의, 의결한다(동법 제12조).

법무부장관은 검사의 청구가 있을 때 ‘보안관찰처분심의위원회’의 의결을 거쳐 보안관찰처분의 부과 또는 취소 등의 결정을 내린다. 법무부 장관은 위원회의 의결과 다른 결정을 할 수 없고, 다만 보안관찰처분대상자에 대하여 위원회의 의결보다 유리한 결정을 할 수 있다(동법 제14조). 취소의 청구, 심사 결정은 보안관찰처분청구 및 심사, 결정에 관한 규정이 준용된다(동법 16조).

피보안관찰자는 보안관찰처분결정 고지를 받은 날이 속한 달부터 매 3월이 되는 달의 말일까지 다음 각호의 사항을<sup>10)</sup> 지·과출소장을 거쳐 관할경찰서장에게 신고하여야 한다(동법 제18조 2항).

보안관찰법에 의한 법무부장관의 결정을 받은 자가 그 결정에 이의가 있을 때에는 행정소송법이 정하는 바에 따라 그 결정이 집행된 날부터 60일 이내에 서울고등법원에 소를 제기할 수 있다. 다만, 면제결정신청에 대한 기각결정을 받은 자가 그 결정에 이의가 있을 때에는 그 결정이 있는 날부터 60일 이내에 서울고등법원에 소를 제기할 수 있다(동법 제23조). 행정소송에 관하여 이 법에 규정한 것을 제외하고는 행정소송법을 준용한다. 다만, 행정소송법 제18조 및 제23조와 동법 제8조 제2항에 의하여 준용되는 민사소송법 중 가처분에 관한 규정은 준용하지 아니한다(동법 제24조).

### III. 보안관찰법의 법적 성격

헌법재판소는 보안관찰법상 보안관찰처분에 대해 사회보호법과 동일한 차원에서 보안처분으로 정의내리고 있다.

---

10) 1. 3월간의 주요활동사항 2. 통신·회합한 다른 보안관찰처분대상자의 인적사항과 그 일시, 장소 및 내용 3. 3월간에 행한 여행에 관한 사항(신고를 마치고 중지한 여행에 관한 사항을 포함) 4. 관할경찰서장이 보안관찰과 관련하여 신고하도록 지시한 사항

【헌법재판소 2003. 6. 26. 2001헌가17, 2002헌바98(병합) 전원재판부】

사회보호법상 보호감호, 치료감호는 법원의 재판에 의하여 이루어지고 보호관찰은 피보호감호자의 가출소, 치료감호의 가종료 등의 경우에 법률의 규정에 의하여 당연히 개시되는 까닭으로 ... (중략) ... 보안처분대상자 중 보안관찰처분대상자에게만 형벌로 강제되는 신고의무를 부과한다고 하여 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없다... (중략) ... 보안처분의 하나인 보안관찰처분은 특정범죄(보안관찰해당범죄)를 범한 자에 대하여 재범의 위험성을 예방하고 건전한 사회복귀를 촉진하여 사회방위를 도모하고자 하는 공공의 필요에서 기본권을 제한하는 국가공권력의 행사로서 용인되는 것이므로 입법목적의 정당성이 인정된다 할 것이다.

좀더 명확하게 언급한 판례로는:

【헌법재판소 전원재판부 1997. 11. 27. 92헌바28】

보안관찰법상의 보안관찰처분은, 우리나라의 다른 보안처분인 사회보호법상의 보호감호(사회보호법 제5조)·치료감호(사회보호법 제8조)·보호관찰처분(사회보호법 제10조) 및 보호관찰등에관한법률상의 보호관찰처분(보호관찰등에관한법률 제1조, 제3조)과 비교하여 보면, ① 위 다른 보안처분과 마찬가지로 대상자의 "사회적 위험성"을 그 처분의 본질적 요건으로 하고 있고(법 제4조 제1항), ② 중점의 차이는 있으나 대상자의 교육개선과 국가사회방위를 목적(법 제1조)으로 하고 있으므로 이 법상의 보안관찰처분도 보안처분의 일종이라고 보아야 할 것이다.

반면 대법원은 아래의 판례에서 볼 수 있듯이 보안관찰의 본질을 행정작용의 일종으로 파악하고 있는 듯하다.

【대법원 1999. 2. 12, 98두11861】

보안관찰법상의 보안관찰처분은 처분대상자가 이미 실행한 행위에 대한 책임

을 물어 과하는 제재조치가 아니라 장래에 그 법 소정의 특정범죄를 범할 위험성을 미리 예방하여 국가의 안전과 사회의 안녕을 유지하는 한편, 처분대상자의 건전한 사회복귀를 촉진토록 하는 것을 본질로 하는 예방조치로서의 행정작용인 점에서 형벌과는 그 본질을 달리하는 것이므로... (후략)<sup>11)</sup>

보안관찰법에 대해 지적할 수 있는 근본적인 문제점은 크게 범형식적 측면과 범내용적 측면이 있는데 내용적으로는 형법과 형사특별법상 범죄를 원인행위로 하는 형법상 보안처분임에도 불구하고 처분의 전 과정을 행정절차에 의하도록 하고 있는 기이한 구조에 문제의 원인이 있다. 따라서 보안관찰법상 보안관찰에 대한 본질과 개념규정은 이러한 원인을 정확히 파악하고 규명하는 데에서 출발하여야 할 것이다.

우선 위의 판례들에서 볼 수 있는 바와 같이 보안관찰법의 본질이 형법인가 행정법인가에 대해서는 명확하지 않으며 학설상 견해도 나뉘어 있다.<sup>12)</sup> 형법과 다른 범영역을 구분하는 것은 그 속성상 각 법의 고유하고도 전반적인 지배원리에 따라 법절차, 법효과면에서 구체적인 법률간에 큰 차이를 보이고 있으므로 실무상으로도 학문적으로 매우 중요하고도 근본적인 문제에 속한다. 특히 형법은 당벌성(strafwürdig)과 요벌성(strafbedürftig)이 있을 때에만 적용되고 법치국가적원리에 따라 필요성의 원칙과 비례성의 원칙이 다른 법에 비해 매우 엄격하게 적용되며 다른 범영역에서는 해결할 수 없는 불가결한 경우에만 적용되어야만 하는 최후수단성(ultima-ratio)을 특징으로 하고 있기 때문에 형법과 유사한 범영역과의 구별은 더욱 중요해진다고 할 수 있다.<sup>13)</sup>

경찰의 미래에 향한 범죄예방적 행정처분이나 형벌과 보안처분 등 형법상 모든 조치들은 국가의 공권력 또는 강제력이 동원된다는 점에서 공통점이 있다. 그러나 행정처분은 (법)도덕적인 성격과는 거리가 멀다. 형법과 비교해 볼 때 경찰행정법상 행동이상자(Verhaltensstörer)의 개념은 모든 도덕적 평가와 관계가 없다.<sup>14)</sup> 다

11) 같은 의견의 최근 판례로는 대법원 2002. 8. 23. 선고 2002두3911.

12) 보안관찰법의 본질에 관한 국내학설의 개괄적 정리는 박지현, 보안관찰법에 대한 연구, 서울대학교 석사학위논문, 1999, 25면 이하 참조.

13) 이에 대한 전반적인 설명은 이재상, 형법총론, 제5판, 2003, 4면 이하; 비교적 상세한 논증은 배종대, 형법총론, 제7판, 2004, 38면 이하; 독일의 논의에 대한 개관은 Roxin, Strafrecht, AT., Bd. I, 3. Aufl., § 2 Rn. 1 ff.

만 어떤 사람의 행동이 장래에 어떻게 변화할 것인가에 관심이 있을 뿐이다.

예컨대 어떤 행동이상자가 형법상 책임능력이 있는가의 여부는 경찰(행정)법상 문제되지 않는다. 즉 예방적 경찰행정법은 어떤 행동이상자의 주관적 행위능력이나 그의 내면상태에 대해 묻지 않는다. 다만 경찰관직무집행법이나 정신보건법 등과 같이 법률에서 요구하는 일정한 요건에 - 예를 들어 급박한 위험성의 존재 여부 등 - 해당하면 행동이상자에게 강제조치가 행해질 뿐이다. 따라서 범죄예방적 행정처분은 행동이상자에 대한 비난을 본질로 하지 않는다.

즉, 형법상 책임있는 자에게 “당신은 사회윤리적으로 비난 받을만한 나쁜 또는 악한 행위를 하였다”라고 말할 수 있는 반면, 질서위반자(또는 피행정처분자)에게는 “당신은 틀린 또는 규정에 맞지 않게 행동하였다”라고 말할 수 있을 것이다.<sup>15)</sup>

특히 범죄예방적 경찰처분은 행위자에 대한 비난적 성격을 결하고 있으므로 행동이상자는 형법상 범죄인과 다른 기본형식이 적용된다. 좀더 자세히 말하면 공공의 안전과 질서를 위협하거나 교란하는 행동이상자의 속성은 부차적으로 과거에 이미 행한 그의 행동을 고려할 수 있지만 범죄예방적 경찰처분에 있어 결정적인 것은 행동이상자를 비난하기 위한 것이 아니며 형법상 책임과는 전혀 관계가 없다는 것이다.<sup>16)</sup> 즉 과거의 행정위반사항은 미래에 역시 그러한 위반을 할 것인가에 대한 예측의 기초이고 미래의 위험을 방지하기 위한 판단에 기여할 뿐이다.<sup>17)</sup> 경찰행정법에 있어서 과거 행동의 중심적 의미는 위험과 교란행위를 제거하기 위해 누구를 제재해도 되는가에 있다. 즉 법상태교란자 또는 행동이상자는 단지 가능한 危險源 그 자체로서 그에게 귀속될 수 있는 그에게서 야기된 위험과 危險源의 제거를 요구하게 되는 법주체이며 필요한 경우 강제력으로 관철할 수 있는 법주체이다. 따라서 그에게는 일정한 행위를 하지 않거나 위험을 제거하기만하면 되고 개전의 정과 같은 내면적 悔悟를 처분부과의 요소로 하지 않는다.<sup>18)</sup> 물론 이 경우에도 국가의 강제력이 동원되므로 필요성의 원칙과 비례성

14) 이러한 의미에서 “도덕적 블랙박스(eine moralische black box)”라는 표현을 쓰기도 한다.

15) Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 125.

16) 독일의 경우 이 점에 대해서는 이견이 없다고 한다. Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl., 1995, Rn. 210 ff.

17) Lagodny, 각주 13), 1996, S. 112 ff.

18) 도로교통에 있어서 반복적인 주차위반이나 속도위반 등의 예에서 그 의미를 떠올릴 수 있다.

의 원칙이 적용된다.

이러한 측면에서 법규정의 형식을 떠나 내용적으로 사실상 사상전향을 보안관찰처분의 내용과 면제의 요건으로 정하고 있는 모든 규정들은<sup>19)</sup> 행정처분의 본질적 속성상 보안관찰법이 이미 행정법의 기본원리와는 거리가 멀다는 사실을 반증하고 있다.

그러나 위에서 볼 수 있는 바와 같이 경찰행정법은 형법상 보안처분과 그 본질적 구조가 매우 유사하다는 것을 어렵지 않게 알 수 있다. 보안처분도 형법상 책임에 기초한 비난과 전혀 관계가 없으며 행위자의 위법한 행위는 미래의 위험성을 판단하는 예측의 기초일 뿐이다.

형법상 보안처분과 행정처분의 이론구조가 유사한 근본적인 원인은 형법상 보안처분의 뿌리가 행정법 특히 경찰행정법이라는 점이다.<sup>20)</sup> 현대적 의미의 보안처분을 최초로 도입한 쉬토스의 스위스형법초안에 의하면 보안처분부과시 “(형)법

---

19) 예컨대, 보안관찰처분의 면제: 법무부장관은 보안관찰처분대상자중 일정한 요건을 갖춘 경우에 대하여는 보안관찰처분을 하지 아니하는 결정을 할 수 있다. (동법 제 11조) 이 때 일정한 요건은 1. 준법정신이 확립되어 있을 것 2. 일정한 주거와 생업이 있을 것 3. 대통령령이 정하는 신원보증에 있을 것

면제결정의 절차는 2가지 방법이 있는 바, 보안관찰처분대상자의 신청과 검사의 신청이 모두 가능하다. 먼저 보안관찰처분 대상자는 위 3가지 면제요건을 갖추었을 때, 면제 결정을 신청할 수 있다.(동법 제 11조 1항) 신청방법은 관할경찰서장에게 다음의 서류를 첨부한 신청서를 제출하여야 한다.(동법 시행령 제 14조 1항) 1. 법령을 준수할 것을 맹세하는 서약서, 2. 주민등록 등본 기타 주거가 일정함을 인정할 수 있는 서류, 3. 재직증명서 기타 생업이 일정함을 인정할 수 있는 서류, 4. 2인 이상의 신원보증인의 신원보증서.

20) 독일의 일반적 견해 Schröder, Die Vereinheitlichung der Strafe und der sichernden Maßnahmen, ZStW 66 (1954), S. 191; Freund, Strafrecht, AT., 1998, S. 11 비고; Kammeier, Maßregelrecht, 1996, S. 72 f. u. 248 f.는 독일형법 제2조 6항 소급효금지 예외규정이 보안처분의 행정법적 성격을 나타낸다고 한다.; 우리의 경우 보안처분의 소급효를 인정한 판례로는 【대법원1997. 6. 13. 97도703】 보호관찰은 형벌이 아니라 보안처분의 성격을 갖는 것으로서, 과거의 불법에 대한 책임에 기초하고 있는 제재가 아니라 장래의 위험성으로부터 행위자를 보호하고 사회를 방위하기 위한 합목적적인 조치이므로, 그에 관하여 반드시 행위 이전에 규정되어 있어야 하는 것은 아니며, 재판시의 규정에 의하여 보호관찰을 받을 것을 명할 수 있다고 보아야 할 것이고, 이와 같은 해석이 형벌불소급의 원칙 내지 죄형법정주의에 위배되는 것이라고 볼 수 없다.; 또한 Kaiser, Befinden sich die kriminalrechtlichen Maßregeln in der Krise?, 1990, S. 6 Fn. 15에 의하면 현재의 보안처분에 관한 연구수준은 1914년 Exner의 저작 “Theorie der Sicherungsmittel”을 뛰어넘지 못하고 있으며 그 원인은 보안처분의 경찰행정법적 성격 때문일 것이라고 분석한다.

관은 행정법적 기능을 수행한다”<sup>21)</sup>라고 하고 있으며 그의 스위스형법초안이유서에서 범죄예방의 권한이 경찰에게만 인정된다는 것은 권력분립의 올바른 원칙을 오해한 것이라고 하고 있다<sup>22)</sup>.

실제로 우리의 경찰행정법을 살펴봐도 이러한 점은 쉽게 발견할 수 있다. 경찰법(제3조)과 경찰관직무집행법을 기초로 한 경찰의 임무는 국민의 자유와 권리를 보호하며 공공의 질서와 안정을 유지하기 위한 범죄예방과 위험방지에 있다. 여기서 ‘위험’이란 예측판단(Prognose)을 전제로 공공의 안정과 질서를 해할 충분한 蓋然性으로 해석된다. 즉 경찰행정법상 경찰의 임무는 형법상 보안처분의 목적 및 이론구조와 매우 유사하다.<sup>23)</sup> 따라서 보안관찰이 형법상 보안처분으로서 인정될 수 있을 것인지와 인정된다면 형법상 보안처분으로서의 범치국가적 정당성을 구비하고 있는지에 대한 검토가 필요하다.

독일의 학과논쟁에 있어서 보안처분이론이 본격적으로 논의되었던 바이마르시대에 벨링은 보안처분은 형법이 아니며(“Nichtstrafrecht”) 행정법의 업무를 떠맡은 것이라고 하였다<sup>24)</sup>. 보안처분은 형법보다 경찰행정법에 본질적으로 더 가깝고<sup>25)</sup> 합목적적인 견지에서 단지 실용적인 이유로 형사사법에 포함되어 있다는 것이 대체적인 견해이다.<sup>26)</sup>

그럼에도 불구하고 학설사적인 면에서 보안처분이 형법전으로 들어오게 된 결정적인 논거는 대체로 세가지 점으로 요약될 수 있다<sup>27)</sup>: 첫째, 보안처분은 개인의 자유에 대한 심각한 침해이므로 인권의 감시자로서 전문적인 형사법관이 부과하

21) Stooß, Strafe und sichernde Massnahme, SchwZStr. 18 (1905), S. 4.

22) Stooß, Motive zu dem Vorentwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches, AT, 1893, S. 35.

23) 자세한 것은 김남진, 행정법 II, 제7판, 2003, 262면 이하; 김동희, 행정법 II, 제9판, 2003, 171면 이하 참조.

24) Beling, Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung, 1922, S. 51 u. 113 ff.

25) 이에 관한 다양한 표현들을 살펴보면 “사랑 받지 못한 입양아(Horn)”, “학문적 발전영역(Zipf)”, “해결되지 않은 긴장상태(Kammeier)”, “의미없는 출생의 실수(Gössel)”, “다음 세대에서 더 나은 고찰을 기대해야할 과도기적 해결(Hanack)” 등등이 있다.

26) 이에 대한 명시적인 언급으로는 Reinhard von Hippel, Reform der Strafrechtsreform, 1976. S. 35 ff.

27) Exner, Die Theorie der Sicherungsmittel, 1914, S. 187 ff.; Kammeier, Maßregelrecht, 1996, S. 68 ff.

여야하고, 둘째, 행위자의 위험한 상태에 대한 서로 다른 판단으로 인하여 형사법관이 형벌능력을 그리고 행정법관(Verwaltungsrichter)이 행위자의 위험성을 모두 부인하는 경우 행위자의 위험성에도 불구하고 형벌과 행정처분 둘 다 부과되지 않아 법적 안정성이 흔들릴 가능성이 있고, 마지막으로 형사법관이 행위자의 위험성을 확정하기 위해 행위자의 성격, 인적관계 등을 조사해야할 경우, 똑같은 조사를 행정청이 반복하게 되어 소송경제상<sup>28)</sup> 바람직하지 않다는 점들이다.

오늘날 형법상 보안처분은 어느 위험한 범죄인으로부터 오직 장래의 범죄를 방지한다는 공공의 이익과 안녕이라는 공리주의적 목적에 의해 정당화되며 다른 목적 예컨대 일반인에 영향을 끼친다거나, 법평화상태를 회복한다거나, 책임의 상쇄 등과는 전혀 관계가 없고 개별예방적 측면에서의 행위자의 위험상태만이 고려된다.<sup>29)</sup>

형법상 보안처분제도는 여러 개념요소들을 가지고 있지만 행정법과 구별되는 핵심적인 요소는 이미 행하여진 위법행위의 존재와 그에 기한 재범의 위험성이다.<sup>30)</sup> 위법행위는 보안처분에 있어 개별예방사상의 핵심적·실질적 요건이다. “이것은 형법이 모든 형법적 제재는 최소한 하나의 위법행위를 필요로 한다는 결론으로서 ‘심정형법’을 배제하는 것과 동일한 법치국가적 고려에 기초한다.”<sup>31)</sup> 이미 행하여진 위법행위의 존재 없이 개인에게 개별예방을 동기로 한 침해는 처음부터 정당화되지 못한다.<sup>32)</sup> 반면 경찰행정법적 관점에서는 이러한 요건을 필요로 하지 않으며 어떤 개인을 위험한 상태 자체로 볼 뿐이다.

오늘날 여러 형태로 보안처분위기론의 목소리가 높아져가긴 하지만 보안처분은 형법상 여전히 명맥을 유지하고 있으며 각국은 전반적으로 보안처분의 포기보다는 형식적 요건들을 강화해나가고 적용범위를 꼭 필요한 경우로 줄이려는 경향을 띠고 있다. 보안처분은 형법의 억압적이고 예방적인 다소 이율배반적인

28) Flandrak, Die persönlichen Sicherungsmittel im Strafrecht und im Strafverfahren, 1932, S. 4는 소송의 합목적성과 경제성을 가장 주요한 이유로 들고있다.

29) Frisch, Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem, ZStW 102 (1990), S. 343 u. 358.

30) 형법상 보안처분에 관한 문헌 중 일반론에서는 위와 같은 설명을 하고 개별적인 법률을 검토하면서 행정법을 형법상 보안처분에 포함하여 설명하는 경우가 일부 나타난다.

31) 배종대, 위험의 종합판단, 판례연구 제4집, 1986, 고려대학교 법학연구소, 91면.

32) Frisch, 각주 27), S. 343 u. 376 ff.

목적은 동시에 충족시키며 현재까지 유효적절하게 존치시킬만한 타협의 산물이라고 생각된다.

그러나 보안처분은 책임원칙을 기초로 한 형벌의 본질과 체계적으로 생소하며 부과에서 석방까지 보안처분을 관통하는 실질적 요건인 재범의 위험성에 관한 범죄예측 또한 매우 불확실한 개념이다. 따라서 보안처분 대상자는 일차적으로 형법상 현실적으로 매우 위험한 범죄군을 대상으로 하여야 한다. 이러한 범죄군의 경우 장래의 범죄를 예측하기가 비교적 쉽고 범치국가적 원리에 비추어보아도 그의 자유를 박탈하는 것을 정당화할 수 있을 것이다. 여기서 위험한 범죄인은 대개는 이미 여러차례 무거운 범죄를 저지른 전력이 있는 상습누범이며 대부분의 경우 대부분 법률에서 명시적으로 원인범죄의 중대성과 횡수를 정하고 있다.<sup>33)</sup> 특히 독일은 이에 더해 형법 제62조에 비례성의 원칙을 명확히 규정하고 공리주의적 사고의 확장을 우려하여 보안처분의 남용을 미연에 방지하고 있다.

이처럼 형법상 보안처분으로 평가되기 위해서는 법률이 그 절차나 내용면에서 범치국가적 정형화의 요구에 충실하여야 한다.<sup>34)</sup> 왜냐하면 보안처분은 개인의 자유와 권리에 미치는 영향력이나 해악은 형벌에 못지않거나 오히려 형벌을 능가한다고 볼 수 있기 때문에 적어도 보안처분을 부과하기 위해서는 책임형벌을 정하는 정도와 상응하는 엄격한 실제적 요건심사와 형사절차를 거치도록 하여야 한다.

위 판결에서 볼 수 있는 바와 같이 헌법재판소는 이러한 점들을 간과하고 전반적으로 보안관찰을 포함하여 형법상 보안처분을 매우 넓은 의미로 해석하고 있음을 알 수 있다. 그러나 ‘미래의 범죄를 방지하기 위한 국가(사회)적으로 조직화된 강제조치’<sup>35)</sup>라고 해서 모두 다 형법상 보안처분이 되는 것은 아니다.

헌법재판소의 견해는 “...보안처분 대상자의 “사회적 위험성”을 그 처분의 본질

33) 예컨대 보호감호의 경우 이에 관한 자세한 설명은 필자의 논문, 사회보호법상 보호감호에 대한 비판적 고찰, 형사법연구 제13호, 2000, 294면 이하 참조, 독일어권국가들의 법률개관과 집행실태에 관해서는 필자의 논문, 독일어권 국가들의 상습누범에 대한 형법상 이원주의, 법조 2003. 8., 231면 이하 참조.

34) 이에 대한 상세한 것은 배종대, 현행 보안처분법의 개선점, 성곡논총 제18집, 1987, 752면 이하 참조.

35) 이러한 입장에서 보안처분에 대한 사회학적 접근을 시도한 학자로는 이승호, 우리나라 보안처분의 역사적 전개, 형사정책 제 7 호, 1995, 65면 이하 참조.

적 요건으로 하고 있고…그 대상자의 교육개선과 국가사회방위를 목적으로 하고 있으면<sup>36)</sup>, … 1972. 12. 27. 개정헌법 이래 보안처분제도를 헌법상의 제도로 수용하여 왔으므로 헌법의 규정에 따라 어떠한 형태의 보안처분제도를 마련하느냐의 문제는 헌법에 위반되지 아니하는 한 오로지 입법권자의 형성의 자유에 속한다고 할 것이다.”<sup>37)</sup>라고 하여 보안처분의 개념을 행정처분의 경우도 포함하여 넓게 이해하고 있으며 그동안 보안관찰 등 위헌논란이 심했던 처분들에 대해 계속 합헌결정을 내려왔다.<sup>38)</sup>

결국 헌법재판소의 입장을 종합해보면, 보안처분의 본질과 목적은 매우 포괄적인 의미에서 재범방지를 위한 목적처분이므로, 이에 충실하고 내용적으로 실질적 정의에 부합하느냐는 부차적인 문제이며 입법절차가 헌법에 위반되지 않는 한 다양한 종류의 형사제재는 정당화된다는 결론에 이르게 된다.

형사제재에 대한 근거를 현실에 부합하고 법윤리적으로 합당하게 순화하려는 노력에 앞서 입법자의 의도에 맞추어 다양하게 근거지우려는 입장은 자칫 국가형벌권을 통해서 사회를 방위할 수 있다는 신념을 강화하고 다양한 형태의 형사제재를 모두 인정하는 결과를 초래하여 범죄현실보다 과다한 국가형벌권행사를 초래할 우려가 있다.<sup>39)</sup>

36) 【헌법재판소 전원재판부 1997. 11. 27. 92헌바28】

37) 【헌법재판소 전원재판부 2001. 7. 19. 2000헌바22】

38) 개인적 견해에 의하면 위헌여부가 좀더 진지하게 고려될 수도 있었던 사항으로는 예컨대, 보안관찰법에 의한 신고의무위반, 헌법재판소 2003. 6. 26. 2001헌가17, 2002헌바98 (병합); 헌법재판소 전원재판부 2001. 4. 26. 98헌바79·86,99헌바36(병합) [각하·위헌·합헌] 【보안관찰법 부칙 제2조 제2호 등 위헌소원, 구 국방경비법 위헌소원】

39) 이는 우리의 특별형법에서 전반적으로 나타나는 특징들로서, 범죄진압을 위한 전쟁수준의 국가권력행사에 대한 그동안의 믿음과 이를 위한 편의성 추구라고 생각된다. 따라서 보안처분의 법치국가적 원칙에 따른 절차적 정당성이나 피보안처분자의 기본적인 권리에 관심을 두기보다 범죄관련 행정의 효율성이나 편의성을 중요시하는 사고방식에서 비롯된 것이라고 할 수 있겠다. 이와 같은 맥락에서 사회보호법도 보호처분의 관리와 집행에 관한 사항을 심사·결정하기 위하여 법무부에 사회보호위원회를 둔다(사회보호법 제32조)고 규정하여 전 과정이 사법처분이어야 할 형법상 전형적인 보안처분법에도 보호처분선고를 제외하고는 행정처분을 규정하고 있다. 형법상 보안처분을 논의하면서 이와 유사한 행정법들을 포함시키는 것은 형사법률가들의 부담을 가중시킬 뿐만 아니라 그 범위가 방만해져 형법상 보충성의 원칙에도 반한다. 구분할 것은 정확히 구분하여 보안처분이론을 순화시킬 필요가 있으며 그렇지 못할 경우 사회보호법의 사회보호위원회와 같은 행정기구가 형법에 침투하여 사법판단을 좌지우지하는 현상이 벌어지는 것이다.

헌법재판소의 견해처럼 보안관찰처분을 보안처분으로 본다면 절차상 무엇보다도 사법처분으로서의 요건을 갖추어야 한다. 이는 학설사적으로 보아도 보안처분이 형법으로 다루어진 결정적인 이유 중에 하나이며 본질적으로 행정법상의 과태료부과 등과는 달리 형사제재는 그 기본권침해의 정도가 크므로 일반적으로 사법권의 통제하에 두어야 한다는 원칙에 따른 당연한 귀결이다.

그러나 이에 대한 헌법재판소의 기본입장은:

【헌법재판소 전원재판부 1997. 11. 27. 92헌바28】

(전략)…적법절차의 원칙에 의하여 그 성질상 보안처분의 범주에 드는 모든 처분의 개시 내지 결정에 법관의 판단을 필요로 한다고 단정할 수 없고, 보안처분의 개시에 있어 그 결정기관 내지 절차와 당해 보안처분으로 인한 자유침해의 정도와의 사이에 비례의 원칙을 충족하면 적법절차의 원칙은 준수된다고 보아야 할 것이다. 그런데 이 법상 보안관찰처분의 심의·의결은 법무부내에 설치된 보호관찰처분심의위원회에서 하고, 그 위원장은 법무부차관이 되며, 위원은 학식과 덕망이 있는 자로 하되, 그 과반수는 변호사의 자격이 있는 자로 구성하도록 하고 있으므로(법 제12조 제1항·제3항), 위 위원회는 어느 정도 독립성이 보장된 준사법적기관이라고 할 수 있고, 앞에서 본 바와 같은 이 법상의 보안관찰처분의 자유제한의 정도를 고려하면 위 위원회에서 보안관찰처분을 심의·의결하는 것은 적법절차의 원칙 내지 법관에 의한 정당한 재판을 받을 권리를 침해하는 것은 아니라 할 것이다.…(중략)…이상 살펴 본 바와 같이 위 조항들은 우리나라의 자유민주적기본질서, 북한공산주의자들과 대치하고 있는 현실적 상황 등을 고려한 것으로서 그 법이 추구하는 입법목적의 정당성, 국민에게 부과되는 자유제한의 정도, 보안관찰처분심의위원회의 구성과 보안관찰처분의 개시 및 불복절차에 비추어 적법절차의 원칙이 요청하는 합리성, 정당성 및 절차적 공평성을 갖추고 있다고 할 것이므로 헌법 제12조 제1항 후문의 적법절차의 원칙에 위배되지 아니한다.

보안관찰처분은 처음부터 끝까지 행정처분으로 일관하고 있으며 법원의 사법적 사후통제도 전혀 없다. 또한 각종 신고의무, 지도내용 등 자유제한의 정도와 동법 제27조의 처벌규정으로 피처분자의 의무위반에 대해 가볍지 않은 형벌을

제재수단으로 선택하고 있는 점<sup>40)</sup>, 형벌집행 후 피처분자에게 부가적으로 과해지는 자유제한처분이라는 점, 처분의 남발을 통제할 수 있는 견제기관이 필요하다는 점을 고려한다면 내용상 법률의 폐지여부의 논의를 별론으로 하더라도 헌법 제12조 제1항에 따라 보안관찰처분 전과정을 사법처분으로 함이 옳다.

**요약하면:** 보안관찰처분은 형법상 일반범죄의 재범예방이 아닌 사상범 또는 정치범 (보안관찰법 제2조)에 대한 감시와 간섭을 내용으로 하고 있고 위 보안관찰 흐름도에서 볼 수 있는 바와 같이 보안관찰처분결정과 집행 및 취소를 행정기관이 담당하고 있으며 이의가 있을 때에는 행정소송법이 적용되므로 (보안관찰법 제23조 와 제24조) 범죄에 대한 형법상의 제재인 보안처분이라고 보기 어렵다.<sup>41)</sup> 또한 내용적으로 사실상 사상전향을 요구하는 보안관찰처분은 행위자에 대한 윤리적 성격의 비난과는 관계가 없는 행정처분의 본질에도 부합하지 않는다. 전체적으로는 행정처분이면서 내용적으로는 형법적 요소를 내포하고 있다고 할 수 있다. 즉 일반 법이론으로는 설명할 수 없는, 행정처분도 형법상 보안처분도 아닌 독특한 형태의 처분이며 본질적으로 사상범을 규율하기 위한 편의적인 발상에서 나온 애매한 처분이다.

#### IV. 보안관찰법의 필요성과 당위성 검토

보안관찰법은 사실상 장기 좌익수들의 관리 감시를 명분으로 제정된 법이지만 시행 10여년이 지난 지금에는 오히려 80~90년대 시국사범들이 주된 타겟이 되고

40) 이 문제에 대한 자세한 비판은 김순태, 보안관찰법에 관한 연구, 한국방송통신대학교 논문집, 제32집 (2001. 8), 153면 이하; 민주주의법학연구회 위헌의견서, “보안관찰처분 대상자의 출소 후 미신고 등의 처벌규정”, 민주법학 제19호 (2001), 326면 이하.

41) 이재상, 형법총론, 제5판, 2003, 611면은 “보안관찰법의 보안처분은 새로운 범죄를 요건으로 하지 않는 행정기관에 의한 행정작용”이며 보안처분이 아니라고 하며 배종대, 형법총론, 제7판, 2004, 757면은 헌법상 사법절차적 기본권과 양심자유권을 침해하므로 폐지되어야 한다고 한다. 같은 취지로 보안관찰법을 냉전시대의 유물로 보고 폐지해야 한다는 견해는 서거석, 우리보안처분법의 과제와 해결방안, 김종원교수화갑논문집, 1991, 568~570면; 반면 다수설은 우리나라 보안처분법을 설명하면서 보안관찰을 보안처분의 종류에 포함시키고 있다. 오영근, 형법총론, 2002, 922면; 정영일, 형법개론, 개정판, 2004, 354면; 김일수, 형법총론, 제8판, 2000, 798면; 박상기, 형법총론, 제6판, 2004, 564면 이하; 임웅, 형법총론, 개정판, 2002년, 659면.

있으며 근래에는 동법상 출소사실신고 불이행을 이유로 한 경우가 빈번하다.<sup>42)</sup> 보안관찰에 관한 자세한 사항은 국가기밀에 속하여 공식적으로 공개된 바가 없지만<sup>43)</sup> 대부분의 경우 국가보안법위반사항이라는 사실이 이를 반증한다.<sup>44)</sup>

보안관찰법에서 일컫는 “보안관찰해당범죄”라 함은 동법2조에 열거되어 있듯이,

- ① 형법상 내란의 죄 중 내란목적의 살인죄(형법 제88조), 이 죄의 미수죄(제89조), 예비, 음모, 선동, 선전죄(제90조), 외환의 죄 중 외환유치죄(제92조), 여적죄(제93조), 모병이적죄(제94조), 시설제공이적죄(제96조), 물건제공이적죄(제97조), 간첩죄(제98조) 및 이상 죄의 미수죄(제100조), 예비, 음모, 선동, 선전죄(제101조)
- ② 균형법상 반란의 죄 중 반란죄(제5조), 반란목적 군용물탈취죄(제6조), 및 이상죄의 미수죄(제7조), 예비·음모·선동, 선전죄(제8조), 이적목적의 죄 중 이적목적반란불보고죄(제9조2항), 군수 및 군용시설제공 이적죄(제11조), 군용시설등과괴이적죄(제12조), 간첩죄(제13조), 일반이적죄(제14조), 및 이상 죄의 미수죄(제15조), 예비, 음모, 선동 선전죄(제16조)
- ③ 국가보안법상 목적수행죄(제4조) 및 이 죄의 미수, 예비, 음모죄. 자진지원죄(제5조 1항, 그 중 제4조 1항 6호 해당행위, 즉 선전, 선동, 허위사실 날조유표 행위는 제외), 금품수수죄(제5조 2항) 및 이죄의 미수죄(제6조 4항),

42) 민주주의법학연구회 위헌의견서, 각주 38), 326면

43) 이에 관한 최근 대법원판례로는 【대법원 2004. 3. 18. 선고 2001두8254 전원합의체 판결요지】 [다수의견] 보안관찰처분을 규정한 보안관찰법에 대하여 헌법재판소도 이미 그 합헌성을 인정한 바 있고, 보안관찰법 소정의 보안관찰 관련 통계자료는 우리나라 53개 지방검찰청 및 지청관할지역에서 매월 보고된 보안관찰처분에 관한 각종 자료로서, 보안관찰처분대상자 또는 피보안관찰자들의 매월별 규모, 그 처분시기, 지역별 분포에 대한 전국적 현황과 추이를 한눈에 파악할 수 있는 구체적이고 광범위한 자료에 해당하므로 '통계자료'라고 하여도 그 함의(含意)를 통하여 나타내는 의미가 있음이 분명하여 가치중립적일 수는 없고, 그 통계자료의 분석에 의하여 대남공작활동이 유리한 지역으로 보안관찰처분대상자가 많은 지역을 선택하는 등으로 위 정보가 북한정보기관에 의한 간첩의 파견, 포섭, 선전선동을 위한 교두보의 확보 등 북한의 대남전략에 있어 매우 유용한 자료로 악용될 우려가 없다고 할 수 없으므로, 위 정보는 **공공기관의정보공개에관한법률 제7조 제1항 제2호** 소정의 공개될 경우 국가안전보장·국방·통일·외교관계 등 국가의 중대한 이익을 해할 우려가 있는 정보, 또는 **제3호** 소정의 공개될 경우 국민의 생명·신체 및 재산의 보호 기타 공공의 안전과 이익을 현저히 해할 우려가 있다고 인정되는 정보에 해당한다.

44) 국가인권위원회, 보안관찰대상자 인권침해실태, 2002년도 인권상황실태보고서, 12면 이하.

예비, 음모죄(제6조 5항), 편의제공죄 중 총포, 탄약, 화약 기타 무기를 제공한 죄(제9조 제1항) 및 이 죄의 미수죄(제9조 3항), 예비·음모죄(제9조 제3항, 제4항)가 이에 해당한다.

또한 보안관찰법 부칙 2조는 : 이 법 시행당시 구 형법 제81조 내지 제85조·제87조(제86조의 미수죄를 제외한다) 및 제88조(제86조에 해당하는 죄를 제외한다), 구 비상사태하의범죄처벌에관한특별조치령 제3조 내지 제5조, 법률 제10호 구 국가보안법 제1조 내지 제4조, 법률 제85호 구 국가보안법 제1조 내지 제5조, 법률 제500호 구 국가보안법 제6조 내지 제20조(제17조 제4항을 제외한다)·제21조 제1항·제25조 및 제28조(제17조 제4항·제21조 제2항 내지 제4항의 예비·음모·미수범을 제외한다), 법률 제549호 구 국가보안법 제2조 내지 제8조(제1조의 미수범, 예비, 음모를 제외한다), 법률 제643호 반공법 제6조 및 제7조, 구 국방경비법 제32조 및 제33조, 구 해안 경비법 제8조의2 및 제9조를 위반한 범죄를 보안관찰해당범죄에 망라시키고 있다.

나아가 보안관찰법은 “보안관찰해당범죄 또는 이와 경합된 범죄로 금고이상의 형의 선고를 받고 형기합계가 3년 이상인 자로서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 사실이 있는 자”(법 제3조)를 보안관찰처분대상자로 명시하고 있다.

①②③의 범죄유형은 형법상 이미 처벌규정이 있거나 그 공범유형으로 처벌될 수 있는 범죄들이다. 형법외의 법률들은 단지 형벌이 가중되어 있거나 행위유형이 세분화되어 있는 형태를 취하고 있다. 그 외의 국가보안법이 특수하게 규정하고 있는 행위유형은 ‘사회질서의 혼란을 조성할 우려’, ‘금품을 수수한’ 등 범죄성립에 의문이 제기되는 개방적 구성요건들이다.<sup>45)</sup> 더욱이 보안관찰대상이 되는 대부분의 범죄들은 법률의 목적을 달성하고도 남을 만큼 매우 무거운 형벌로 처벌하고 있다. 예컨대 내란목적의 살인죄(형법 제88조)는 사형이나 무기징역, 외환의 죄 중 외환유치죄(제92조) 역시 사형 또는 무기징역, 여적죄(제93조)는 절대적으로 사형 하나만으로 처벌하고 있다. 그 외 균형법과 국가보안법상 보안관찰 대상 범죄도 대부분 사형, 무기징역, 장기의 자유형으로 처벌하여 보안관찰처분의 필요성을 논하기 이전에 이미 형벌의 필요성과 비례성의 원칙에 위배되지 않는가 하는 의문이 제기될 정도이다.

45) 이에 대한 자세한 분석과 비판으로는 이승호 각주 4), 199면 이하 참조.

이에 더해 역시 형법상 명확성의 원칙에 위배될 수 있는 ‘준법정신 확립’, ‘사회의 선량한 일원’ 등을 요구하는 개방적 구성요건으로 매우 포괄적인 간섭과 감시를 받아야하는 보안관찰법이 과연 필요하고 법치국가적으로 정당한 것인지는 의문이 아닐 수 없다.

이러한 문제들의 전체적이고 근본적인 원인은 보안관찰법은 사상범을 규율하는 법이며 양심의 자유 및 표현의 자유에 위배되는 "사상전향"을 핵심적인 기준으로 하여 부과 여부를 결정하고 있다는 점이다. 현재 우리에게 보안관찰법이 과연 필요하고 정당화 될 수 있을 것인지를 생각해보기 위해 헌법재판소의 결정을 한 예로 들어보면:

【헌법재판소 전원재판부 2001. 4. 26. 98헌바79,86,99헌바36(병합) : 보안관찰법 부칙 제2조 제2호 등 위헌소원, 구 국방경비법 위헌소원 결정요지】

- 성립절차상의 중대한 하자로 효력을 인정할 수 없는 처벌규정을 근거로 한 범죄경력을 보안관찰처분의 기초로 삼는다면 헌법 제12조 제1항 후단에서 말하는 "법률과 적법한 절차"에 의하여 이루어지는 보안처분이라 할 수 없으므로, 구 국방경비법 제32조, 제33조의 유효한 성립여부는 이를 위반하여 처벌받은 경력이 있는 자를 보안관찰처분대상자로 하도록 규정한 보안관찰법 부칙 제2조 제2호의 심판대상조항이 적법절차원칙에 위배되는지 여부와 바로 관련된다.
- 미군정기 법령의 체계와 제정· 공포방식 및 관련자료에 비추어 볼 때 구 국방경비법은 군정장관이 직권에 의하여 "법령"으로 제정한 것이거나, "조선경비청에 대한 규정"을 개정하는 "기타 법규"로서 군정청관보에의 게재가 아닌 다른 방법에 의하여 공포한 것이라고 볼 수 있고, 특히 구 국방경비법 제32조, 제33조는 1948. 7. 5. 전부터 이미 존재하고 있었다고 볼 수 있는 점, 같은 법은 정부수립후 1962. 1. 20. 폐지될 때까지 유효한 법률로 취급받고 유효한 법률이었음을 전제로 입법이 되는 등 국민들과 법제정당국 및 법집행당국 등에 의하여 실질적으로 규범력을 갖춘 법률로 승인된 점 등을 종합

하여 볼 때 구 국방경비법의 유효한 성립을 인정함이 합리적이므로, 구 국방경비법 제32조와 제33조의 성립절차상 하자로 인하여 심판대상조항이 헌법 제12조 제1항 후문의 적법절차원칙에 위배된다고 볼 수는 없다.

위 판결에서 보안관찰처분의 원인이 되어 쟁점이 되고 있는 법률은 구 국방경비법인데 이는 부칙 제2조에 규정되어있다. 위 법은 전시법률로서 이미 1962년에 폐지되었으며 무엇보다도 보안관찰대상범죄 중 국가보안법과 비교해 볼 때 1991년 11월 22일의 부칙추가에 의해 1991년의 국가보안법개정시 폐지된 처벌규정의 경우 보안관찰해당범죄목록에서 제외된 사실과 균형을 잃고 있다. 지금도 보안관찰해당범죄목록에 남아있는 이유는 다만 이미 오래된 전시범죄들에 대한 실체적이고 공식적인 판단이 아직 없었을 뿐이라고 추측된다.

또 하나 구 국방경비법은 법률제정절차상 “실제 공포되었다는 관보나 제정경위에 관한 직접적인 자료는 발견되지 않고 있어서 그 성립여부나 경위에 관한 의문이 제기되고 있다.”<sup>46)</sup> 설사 구 국방경비법을 제정당시의 시대상황에 비추어 유효하게 성립된 법률이라 인정한다 하더라도 이러한 법률을 근거로 이미 오래 전에 폐지된 법률에 의해 처벌된 사람들을 현 시점에 보안관찰을 부과하는 것은 다시 생각해 보아야할 문제이다.

사건개요를 보면<sup>47)</sup> 피보안관찰자들은 이미 노쇠하며 오랜 수형생활로 인해 그들의 신념을 관철하려는 의도에서 무장봉기를 도모하거나 간첩행위를 할만한 능

46) [대법원 1999. 1. 26. 선고 98두16620, 공 1999상, 389]. 미군정장관이 직권으로 제정, 공포한 군정청 법령 내지 남조선과도정부 법령은 그 공포 형식에 관하여 제한이 없었으므로(그럼에도 불구하고 미군정청은 관보에 의해 법령을 공포하는 관행을 지켰으나 자료에 의하면 1948. 7. 초부터 미 군정청 공보부는 사실상 기능을 정지하였고 같은 달 하순무렵에는 미군정청이 곧 수립될 대한민국 정부로 통치권을 이양하는 작업을 거의 마무리하였으므로 1948. 7. 5. 무렵에는 위 관행을 따르지 않았을 가능성이 있다) 구 국방경비법은 당시 법규에 따라 군정장관이 직권에 의하여 남조선과도정부 법령(South Korean Interim Government Ordinance)의 하나로 제정하여 군정청관보에의 게재가 아닌 다른 방법에 의하여 공포한 것이라고 볼 수 있다는 것이 대법원의 견해이다.

47) 청구인 김○명은 1953. 7. 25. 중앙고등군법회의에서 구 국방경비법(1962. 1. 20. 법률 제 1003호로 제정된 군형법과 같은 날 법률 제1004호로 제정된 군법회의법에 의하여 폐지되기 전의 것, 이하 '구 국방경비법'이라고 한다) 제32조, 제33조 위반죄로 사형을 선고 받은 뒤 육군총참모장의 확인과정에서 무기징역으로 감형되었고, 청구인 안○섭은 1951. 11. 21. 중앙고등군법회의에서 구 국방경비법 제32조, 제33조 위반죄로 무기징역형을 선고받았는데, 청구인들은 복역하던 중 1995. 8. 15. 모두 형집행정지로 출소하였다.

력이 없다고 생각된다. 또한 현재의 시대상황에 비추어 그들의 신념을 관철시킬 사회적 분위기도, 조건들도 주어지지 않았다. 즉 동종의 범죄를 다시 저지를 구체적 위험성이 없다. 따라서 형벌 또는 보안처분이든 행정처분이든 재범방지를 위해 국가공권력이 투입될 필요성과 정당성을 상실하고 있다.<sup>48)</sup>

한 사회를 지배하는 규율과 처벌의 본질적 속성은 푸코의 분석에 잘 나타나 있다.

푸코: “규율중심적 형벌의 대상이 되는 것은, 규칙위반, 규칙을 따르지 않는 일체의 사항, 모든 일탈행위이다. 기준미달이라는 막연한 내용도 처벌할 수 있는 사항이 된다. 예를 들어 병사는 요구되는 수준에 도달하지 못한 때마다 ‘죄’를 범하는 것이며, 아동의 ‘죄’란 경미한 규칙위반과 과제달성의 무능력인 것이다. 프러시아군의 <보병교범>은 충을 다루는 방법을 제대로 배우지 못하는 병사는 ‘가능한 한 가혹하게’ 처리해야 한다는 규칙을 부과 하였다. 마찬가지로 학생이 전날의 교리문답을 기억하지 못하면, 그날 하나도 틀리지 않도록 철저히 기억하게 만든다. 다음 날에도 그것을 되풀이 시켜야 한다. 또한 선체로, 무릎을 꿇은 채로 두손을 합장하고, 그 내용을 가만히 듣도록 하거나 어떤 다른 벌을 부과할 수도 있다.”<sup>49)</sup>

보안관찰법의 근본은 일제의 군국주의적 시대상황과 우리의 군사독재기간 중의 가치관을 표현하고 있다. 한 가지 가치관에 따른 사상범의 형사처벌은 현대사회에 있어서 일반적이고 일상적인 것은 아니다. 비교법적으로 보아도 세계대전 전후로 하여 일종의 위기입법으로서 한시적으로 기능하였던 것이다.<sup>50)</sup> 현재에는 주요국가들의 경우 그 유례를 찾아보기 힘들다.<sup>51)</sup>

따라서 비교대상이 될만한 독일의 형법사를 살펴보면 제2차 세계대전 당시 나찌즘의 정치사회사상의 기초가 된 종족개념을 축으로 매우 다양하고 방대한 입법의 예를 들 수 있다.<sup>52)</sup> 심지어는 혈통과 정신의 동일성(die Einheit von Blut

48) 같은 취지에서 이른바 체제수호는 기존의 형법과 사회보호법으로도 충분하다는 견해는 배종대, 사회안전법 및 보안관찰법에 관한 비판적 고찰, 법과 사회, 창간호 (1989), 43면 이하.

49) 푸코, 감시와 처벌, 오생근 역, 1994, 269면.

50) 이에 관한 비교법적 고찰은 박지현, 각주 10), 1999, 96면 이하.

51) 김순태, 각주 38), 156면.

und Geist)의 원칙에 따라 독일여자가 흑인과 춤을 춰도 처벌받았다. 이와 같이 한 가지 이념에의 열광적인 추종은 종종 정상적이고 건전한 이성을 마비시킨다.

이외에도 나찌시대 형법과 형법학의 특징들을 살펴보면 우리 군사독재의 경우와 매우 유사하다는 것을 알 수 있다.<sup>53)</sup> 몇 가지 예를 들면, 일반조항들의 남용, 법적용자의 이익에 맞춘 법서열의 계산된 불명확성, 불확정적인 법개념<sup>54)</sup>, 결과형법에서 의사형법으로의 전환, 종래의 침해범 중심의 형법에서 위험범 중심의 형법으로의 전환<sup>55)</sup>, 그리고 정치적 목적에 유용한 형법의 도구화과정으로 경찰법화의 경향 등을 들 수 있다. 특히 나우케는 이를 경찰과 형사사범은 한 집에 살았다는 뜻으로 형법의 경찰화(Verpolizeilichung des Strafrechts)라 칭하기도 한다.<sup>56)</sup>

역사적으로 주목할 만한 사실은 보안관찰법의 모델이라고 할 수 있는 1936년 제정된 일본의 사상범보호관찰법은 범죄자의 갱생보호가 아니라 제2차 세계대전 직전 군국주의적 정책에 반대하는 인사들을 탄압하는 데에 목적이 있었다. 이 법은 제2차 세계대전 후 미군정에 의해 모범인 치안유지법과 더불어 전격 폐지되었다.<sup>57)</sup> 사회안전법은 1989년 폐지됐고, 사상전향제도 역시 1998년 폐지됐다. 또 사상전향제도를 대체한 준법서약제도도 2003년 폐지됐다. 그러나 출소한 비전향 장기수들은 지금도 ‘보안관찰법’에 의해 자신의 일상을 신고할 의무를 강제 받고 어길 경우 적지 않은 형벌이 부과된다.

독일의 경우에 임의적 보안처분으로서 우리의 보안관찰과 유사한 처분으로 추측되는 경찰관찰(Polizeiaufsicht)이 있었다. 그러나 이 제도는 법치국가원리에 비추어 의문점이 제기되었었고 범죄대책에 적합하지 않다고 판단되어 실무에서는 거의 적용되지 않았다고 한다. 따라서 제1차 세계대전 이후 모든 초안들에서 자취

---

52) 이에 대한 전반적인 개관으로는 Wagner, Das Strafrecht im Nationalsozialismus, in: Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, 1992, S. 141 ff.

53) 이에 대한 포괄적인 연구서는 Säcker(hrsg.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, 1992,

54) Rütters, Die Ideologie des Nationalsozialismus in der Entwicklung des deutschen Rechts von 1933 bis 1945, in: Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, 1992, S. 17 ff.

55) Wagner, Das Strafrecht im Nationalsozialismus, in: Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, 1992, S. 156.

56) Nauke, NS-Strafrecht als Teil einer längeren Entwicklungslinie im Strafrecht? in: Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, 1992, S. 236 ff.

57) 박지현, 각주 10), 10면.

를 감추었다. 그 대신 1911년 초안부터 소위 보호관찰제도(Schutzaufsicht)가 제안되었는데, 이는 경찰이 배제되고 특정 범죄인의 석방초기에 개인적으로 집중적인 원호를 위해 고안되었다고 한다.<sup>58)</sup> 이러한 제도들은 현재 형법상 보안처분으로서 독일형법 제68조 이하 보호관찰제도가 되었으며 제2차 세계대전 후 우리의 보안관찰법과 같은 법률은 그 유례를 찾아보기 힘들다.

다수설과 헌법재판소의 입장에 따라 보안관찰법을 형법으로 이해하고 좀더 근본적으로 형법이론에 비추어 보아도 보안관찰법의 정당성은 매우 의심스럽다. 어떤 행위를 범죄화하는 것은 형벌이 꼭 필요하고 유일한 수단일 때에만 정당화된다. 이는 법치국가적 요청에 따른 형법의 부수성의 원칙 최후수단성의 원칙에 비추어 당연한 귀결이다.<sup>59)</sup> 따라서 확정할 수 없는 범익을 보호하기 위한 범죄구성요건 즉, 감정, 가치관, 도덕적 견해 등은 범익의 자격을 상실한다.<sup>60)</sup> 형법의 대원칙 중의 하나인 사상 때문에 처벌받지 않는다는 원칙(cogitationis poenam nemo patitur)에 따라 형법이 특정이념을 지향하는 것은 금지되어 있다.<sup>61)</sup> 이념지향적 형법은 오히려 불필요하고도 해로운 것이며 쓸모없는 사회적 충돌을 야기할 뿐이다.<sup>62)</sup> 이는 형사입법의 헌법상 한계에 관한 쾨프와 라드부르흐의 논설에서 좀더 명확해진다.

쾨프: “관용의 요구는 기본적으로 세계관에 관한 논쟁이나 정치적 논쟁에 형법을 무기로 사용하는 것을 금하는 것을 말한다. 이는 다원주의 사회에서 근본원리를 의미한다. 왜냐하면 평화적인 공존생활과 공격적 태도의 철폐가능성은 이해심이 깊고, 자제력이 강하고 양보와 협조를 하는 시민을 전제로 한 관용을 통해서 얻어지기 때문이다. 따라서 관용이란 이탈행동을 극복할 수 있는 사회의 능력을 말한다. 그러므로 관용은 -정당한- 서로간의 일치하려는 노력과 사회적 변화의 현실사이에 있어서 완충지역의 역할을 한다. 따라서 관용은 개방되고 진보적인 발전을 하게 되는 결정적 생활원칙이다. 관용의 원리에서 볼 때 사회적 공동생활을 영위하는 기능적 능력이 침해

58) Hanack, LK, Vor § 68, Rn. 16-17.

59) Günther, Die Genese eines Straftatbestandes, JuS 1978, S. 11.

60) Roxin, 각주 11), § 2, Rn. 5. u. Rn. 35.; Frisch, An den Grenzen des Strafrechts, FS. für Stree u. Wessels, 1993, 69 ff.에 의하면 이에 관한 본격적인 논의는 독일의 경우 18세기말 실질적 범죄개념을 둘러싼 논의에서부터 발견할 수 있다고 한다.

61) Roxin, 각주 11), § 2, Rn. 11.

62) Roxin, 각주 11), § 2, Rn. 12.

될 위험 때문에 입법자의 개입이 불가피하다고 보지 않는 한, 국가는 특히 종교적이거나 세계관적으로 논쟁이 되는 분야에 개입하지 말아야 한다.”<sup>63)</sup>

라드부르흐: “확신범은 개선되어야 할 자도 아니고 응보되어야 할 자도 아니다. 단지 생각이 다른 자이며 그와는 반박하고 논쟁할 수 밖에 없다.”<sup>64)</sup>

이제 우리도 헌법에 규정된 자유민주주의 기본원칙에 따라 다원화된 가치가 공존하고 자유롭게 논의되어 다수가 지지하는 보편적인 가치관이 살아남아 통용되어야 한다. 보안관찰법은 이제 전체주의적 역사적 유물로 평가받을 때가 되었으며 오히려 늦은 감마저 든다.

## V. 맺음말

원칙적으로 행위자가 어떠한 사상으로 인해 범죄를 저질렀느냐 또는 법률위반을 하였느냐는 형법의 관심대상도 행정처분의 관심대상도 아니다. 이는 심정형벌금지의 원칙과 행정법의 본질에 따른 당연한 귀결이다. 신념을 관철하기 위한 방화는 방화죄, 살인은 살인죄, 재물파손은 손괴죄로 처벌하면 그만이다. 오히려 간통죄, 음란물에 관한 죄 등 형법상 범죄도 넘쳐날 지경이다. 국가형사사법의 효율성, 경제적인 측면을 고려하더라도 불필요한 사회적 마찰을 야기하고 형사사법업무를 가중시키는 사상을 이유로 한 공권력의 행사와 형사제재는 이제 없어져야 한다.

우리 역사상 제대로 성립된 내란죄, 외환죄, 반란죄는 과연 몇 회이며 우리 사회에서 얼마나 자주 일어났는지를 생각해볼 필요가 있다. 전형적인 보안관찰해당 범죄인 내란죄와 반란죄의 유죄판결을 받은 전두환 전대통령이 현재 보안관찰처분을 받고 있는지도 의문이다. 이러한 대표적인 사례들은 보안관찰법이 과거 독재정권을 유지시키기 위한 도구에 불과했다는 사실을 잘 대변해준다. 이제 국가보안법 폐지논의와 함께 보안관찰법의 폐지를 서두를 때가 되었다고 생각된다.<sup>65)</sup>

63) Zipf, Kriminalpolitik, 김영환, 허일태, 박상기 역, 1993, 169면 이하.

64) Radbruch, Rechtsphilosophie, 최종고 역, 1989, 226면 이하.

65) 같은 취지로 국제엠네스티가 17대 국회의원들에게 보내는 공개서한, 국제엠네스티 2004. 7/8.

## 보안관찰처분 관련 소송을 통해 본 제도적 개선 과제

이 상 희 (변호사, 법무법인 한결)

# 보안관찰처분 관련 소송을 통해 본 제도적 개선 과제

이 상 희 (변호사, 법무법인 한결)

## 1. 서론

보안관찰법 제2조에서 열거하는 ‘보안관찰해당범죄’는 사상범만 예정하고 있지 않으며 반국가적 범죄 혹은 혹은 정치범이라고 볼 수 있다.

그러나 보안관찰법이 전체적으로 사상범에 대한 통제를 목적으로 하는 법이라고 보는 이유는, ① 보안관찰법 시행령과 시행규칙에서 ‘전향’이라는 용어를 사용하고 있다는 점(시행령 제8조 제1항, 시행규칙 제17조 제3항 등. 1998년에 전향제도가 폐지되었음에도 불구하고 아직까지 전향이라는 용어를 사용하고 있다<sup>1)</sup>), ② 보안관찰법은 일본 제국주의의 사상범 보호관찰법의 제정 취지 및 법규정 형식을 계승한 법이라는 점, ③ 보안관찰해당범죄인 국가보안법상 각종 범죄들은 정치범죄 중에서도 친북적 또는 용공적 사상을 가진 정치범죄를 특별히 규정한

---

1) 현행법상 ‘전향’은 보안관찰법 시행령, 시행규칙과 북한 이탈 주민의 보호 및 정착지원에 관한 법률 시행령에서만 인정되고 있다.

이전에 귀휴시행규칙, 가석방심사규정, 가석방 심사 등에 관한 규칙에서도 ‘전향’이라는 제도를 인정하였으나, 전향제도를 폐지하면서 이 용어도 삭제하였다.

1998. 10. 10. 가석방 심사 등에 관한 규칙 개정 이유에서 전향 폐지의 이유를 다음과 같이 밝히고 있다. ‘공안사범에 대한 전향제도가 헌법상 보장된 양심의 자유를 침해할 수 있다는 비판이 제기됨에 따라, 가석방 심사시 국가보안법위반 등의 수형자에 대하여는 사상의 전향여부를 심사하도록 되어 있던 것을 앞으로는 준법서약서를 제출하게 하여 준법의지를 심사하도록 하려는 것임’

것이라는 점 등 때문이다<sup>2)</sup>.

법무부의 보안관찰처분 운용과 보안관찰처분에 대한 사법부의 재판 내용을 검토하면, 보안관찰처분제도의 허구성과 사상범에 대한 통제라는 점이 명확히 드러난다.

## 2. 보안관찰처분의 문제점

가. 보안관찰법은, 대상범죄로 형의 집행을 받고 다시 위 범죄를 범할 위험성이 있다고 인정할 충분한 이유가 있어 재범의 방지를 위한 관찰이 필요한 경우에 한해 인정하고 있다. 즉, ‘재범의 위험성’과 ‘관찰의 필요성’을 그 요건으로 하고 있다.

그러나, 실제 법무부의 운용실태를 보면, 재범가능성에 대한 충분한 이유와 예방을 위한 관찰의 필요성이 전혀 없으며, 막연한 추측과 추정적 판단 및 자의적 판단에 가까운 재량으로 구체적 근거 없이 재범 가능성을 말하고 있다.

나. 소송에서 법무부장관이 처분의 사유로 주장하는 내용들은 다음과 같다.

- 1) 보안관찰처분의 사유가 된 형사 재판과 관련해서 범행 부인.
- 2) 전과의 중대성
- 3) 전향 거부
- 4) 교도소에서 국가보안법 철폐, 양심수 석방 외치며 단식
- 5) 교도소에서 김일성 사망 소식을 듣고 애도 표시
- 6) 출소 후 각종 집회에 국가보안법 철폐, 양심수 석방을 위해 활동
- 7) 보안관찰법에서 정한 신고의무 불이행
- 8) 보안관찰법위반으로 재판
- 9) 고정된 직업이나 수입이 없다는 점.
- 10) 사노맹 활동으로 구속, 수감됐으면서도 사회주의 사상을 포기하지 않은 것.

---

2) ‘한국사회의 개혁과 입법과제’, 민주사회를 위한 변호사 모임, 490쪽

- 11) 복과 연계를 맺기 쉬운 인권단체에서 활동하고 있는 점.
- 12) 운동권 학생 및 재야인사와 수시 접촉 하고 있다는 점.
- 13) 과거범행을 전혀 반성하지 않는 것.
- 14) 국가보안법위반 장소인 일본을 자주 왕래하고 있다는 것(참고로, 일본에서 책을 출판하고 강연하는 등 경제활동 무대가 일본이었음)
- 15) 보안관찰처분 사유나 해당범죄에 해당하지 않은 사실인데, 소송에서 새롭게 주장. 그러나 주장에 대한 사실 여부를 입증하지 못함.

다. 위 사유들을 보면 알 수 있듯이, 보안관찰해당범죄의 재범 가능성 표지와는 전혀 무관하다.

법원도 보안관찰처분 취소를 구하는 소송에서 법무부장관의 처분 사유가 재범의 위험성과 직접 관련이 없다는 판단을 많이 하였다(서울고등법원 2004. 4. 16. 선고 2003누8151 판결 등).

법원의 판단 사유들을 살펴보면 다음과 같다.

- 복역 중 국가보안법 폐지 및 양심수 석방 등을 요구하며 여러 차례 단식을 하였고 사상전향을 거부하였다는 점은 양심의 자유 내지는 의사표현의 자유의 영역 내에 속하는 것으로 이와 같은 점만으로 보안관찰 해당범죄를 다시 저지를 위험성이 있다고 볼 충분한 사유가 될 수 없음.
- 출소 후 신고 거부 행위에 대해 보안관찰법 위반 죄로 기소되어 벌금형을 선고 받았다고 하더라도, 그에 대한 처벌은 별론으로 하고 이를 재범의 위험성을 인정할 자료로 삼기는 곤란함.
- 보안관찰범위반 사건 조사과정에서 진술을 거부하는 등 조사에 비협조적이었다는 점은 보안관찰해당범죄를 다시 저지를 개연성과는 직접적인 관련이 없는 사정이어서 재범의 위험성을 인정할 근거 없음.
- 출소 후 운동권 학생 및 재야 인사와 수시로 접촉을 하고 있다고 하더라도, 일상적인 사회생활상의 접촉 차원을 넘어 보안관찰 해당범죄와 관련되

는 구체적인 회합을 가졌거나 그와 관련된 이념적, 정치적 활동을 하였다고 인정할 아무런 자료가 없는 이상 그와 같은 사정만으로 재범의 위험성이 있다고 보기 어렵고, 원고가 출소 후 사회적응기간이 짧다는 점을 처분의 사유로 삼을 수 없음.

라. 이상과 같이, 법무부는 그들이 주장하는 보안관찰처분제도의 취지 등을 고려하여 법에서 정한 처분사유에 따라 보안관찰처분을 하는 것이 아니라, 보안관찰해당범죄 내용, 즉 과거 행위에 기초하여 처분을 내리고 있다.

더구나 인권침해 문제로 1998. 8. 폐지된 전향여부를 가지고 보안관찰처분 여부를 판단하는 것은 시대착오적인 것으로, 구태연한 반인권적 행태를 되풀이 하는 것이다.

개인이 어떤 사상을 가지고 있느냐는 전적으로 그 사람의 자유이다. 어떤 사상을 가지고 있느냐에 따라 처우를 달리하는 경우 양심의 자유를 침해하는 것일 뿐 아니라 평등권도 침해하는 것이므로 사상 전향 요구 자체가 위헌이다. 따라서 전향 거부를 이유로 원고의 재범위험성을 판단하는 것은 또 한번 양심의 자유를 침해하는 것이다.

마. 법무부가 보안관찰처분이 개인에게 미치는 영향을 너무 가볍게 생각하는 경향이 있다. 소송을 진행하다 보면, ‘보안관찰처분이 뭐가 불편한데 소송까지 제기하느냐’라는 반응들을 보일 때가 많다.

그러나 자신의 자발적인 의사와 무관하게 자신에 관한 사항을 신고해야 한다는 것, 그리고 국가로부터 재범의 위험성이 있는 자로 낙인 찍히는 것, 그것 자체가 인간의 존엄성을 해치는 일이다.

### 3. 보안관찰처분에 대한 사법부 판단의 한계

가. 헌법재판소는 보안관찰처분이 합헌이라고 판시하였다(헌법재판소 1997. 11. 27. 선고 92헌바28 판결).

양심의 자유와 관련하여 헌법재판소는, ‘보안관찰법상의 보안관찰처분은 보안관찰처분대상자의 내심의 작용을 문제 삼는 것이 아니라, 보안관찰처분 대상자가 보안관찰 해당 범죄를 다시 저지를 위험성이 내심의 영역을 벗어나 외부에 표출되는 경우에 재범의 방지를 위하여 내려지는 특별예방적 목적의 처분이므로, 양심의 자유를 보장한 헌법규정에 위반된다고 할 수 없다’고 하였다.

그러나, 법원은 내심의 영역을 벗어나 외부에 표출된 것과 재범의 위험성과의 직접 관련성을 판단하지 않고, 보안관찰제도를 통해 개인의 신념과 사상을 통제하고 있다.

대표적인 것이, 몇 년 전 세상을 떠난 고 이영기씨 사건이다.

#### 나. 고 이영기씨 사건 개요

한국민주청년단체 협의회 조국통일위원회 준비위원장으로 활동하던 중 구국전위에 가입하여 국가보안법 위반죄로 유죄판결을 받았다.

보안관찰처분 사유로 법원에서 인정한 사실관계는 다음과 같다.

- 북역 중 국가보안법철폐 및 양심수 석방, 한보비리 철저 수사, 대선자금 공개 요구하면서 6회 단식
- 출소 후 미신고, 보안관찰관련 조사를 위한 출석요구서 받았으나 불응.
- 주민등록지에 주로 거주하지 아니하고, 새로운 청년회 사무실에 자주 출입하며, 일정한 직업이 없다는 점
- 출소 후 대구경북 양심수 후원회 간사, 민주주의 민족통일 대구 경북연합 집행위원장으로 활동하면서 단체 구성원들과 접촉하고 각종 집회를 주도하였는바. 주요 활동 내용은,
  - ① 민주노총 대구지역본부 주최로 개최된 민중대회 중 부분대회에 참석하였다가 경찰서 정문 앞에서 연행자 석방을 위한 항의 연좌농성 주도,
  - ② 양심수 후원회 주최로 개최된 양심수 석방 및 국가보안법 철폐 집회와, 미국의 한반도 전쟁 책동 반대와 국가보안법 완전철폐를 위한 집회에 참여,
  - ③ 민주주의 민족통일 대구경북연합 주최로 개최된 미국의 경제침탈, 전

쟁책동 반대와 민중생존권 사수를 위한 시·도민 결의 대회 참여

④ 대구경북지역 민족민주열사 명예회복과 진상 규명을 위한 대책위원회 주최 추모식과 IMF 반대 민중 대회 참여,

⑤ 국가보안법 폐지를 위한 집회 참여,

⑥ 대구경북지역 민족민주열사 합동 추모제 및 6월 항쟁 계승 시·도민 결의대회 참여,

⑦ 민주주의 민족통일 대구경북 연합 주최로 개최된 ‘국가보안법 철폐를 위한 토요일 한마당’에 참석하여 국가보안법 철폐 주장,

- 검찰 조사시 국가보안법과 보안관찰법은 철폐되어야 하고, 자신은 앞으로 보안관찰법에 따른 신고를 하거나 조사에 응할 의사가 없다고 진술.

다. 법원의 판단에 대하여

(1) 처음 보안관찰처분 취소 소송을 담당한 고등법원은 처분의 위법성을 인정하였다.

그러나, 대법원은 원고가 6회에 걸친 단식투쟁, 사상적 전향 거부, 신고의무 불이행, 검찰의 출석 요구 불응, 미군 철수와 국가보안법 철폐를 주장하는 집회, 시위 주도 등 여러 사정에 비춰 재범 위험성이 없지 않다며 파기 환송 판결을 내렸다.

그리고 다시 서울고등법원은, ‘재범의 위험성이란 장래에 다시 죄를 범할 개연성이 될 수 밖에 없으며, 그 유무도 처분대상자의 전력이나 성격, 환경 등 제반 사정에 종합하여 판단할 수 밖에 없다’고 한 뒤,

‘원고가 처벌 받은 국가보안법 위반죄의 범정이 중하고 그로 인하여 장기간 복역하면서 수차 국가보안법 폐지 주장을 내세워 단식 투쟁을 감행한 점, 출소 후에도 미전향의 상태에서 국가보안법의 철폐 뿐 아니라 “미국의 경제 침탈 전쟁책동 반대와 미군축출”을 주장하는 각종 집회, 시위를 여러 차례 주도함으로써 종전의 투쟁적인 성향을 여전히 드러내고 있는 점, 그 밖에도 국가보안법이나 보안관찰법의 폐지를 주장하면서 보안관찰법에 따른 신고의무를 의도적으로 위반하고 있을 뿐 아니라, 앞으로도 보안관찰법에 따른 신고를 하거나 조사에 응할 의사가 없다고 주장하는 등 대한민국의 실정법 질서에 대한 도전적인 행동을 취

하고 있는 점 등의 제반 사정에 비추어 보면, 보안관찰법 제3조 소정의 보안관찰 처분대상자에 해당하는 원고가 보안관찰해당범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정할 충분한 이유가 있어 재범 방지를 위한 관찰이 필요하다 할 것이다'라고 판시하였다.

(2) 발제자가 총 5건의 보안관찰처분 취소 소송을 진행하였는데, 5명 모두 수감 중 국가보안법 철폐를 주장하며 단식을 하였고, 보안관찰법에서 정한 신고 의무 등을 이행하지 않았으며, 일부는 출소 후에도 국가보안법 폐지 등을 주장하였다. 이영기씨처럼 안정된 직장을 구하지 못한 사람도 있다.

그런데, 왜 이영기씨만 대법원에서 보안관찰처분이 적법하다는 판단을 받았을까? 이영기씨가 다른 사람과 다른 점은, 이영기씨만이 전국연합 지역사무실에서 통일운동을 하였다는 것이다.

국가보안법을 통해 민간 통일운동을 억압해온 국가는, 보안관찰법이라는 또 다른 통제 수단을 갖고 통일과 관련한 사람들의 사상과 활동들을 철저히 감시하며 억압하고 있다. 통일운동을 한다고 하여 그것이 바로 보안관찰해당범죄의 재범 위험성과 직접 관련되어 있다고 할 수 없다. 처분 기관은 재범 위험성과 직접 관련되어 있는 위험표지를 찾아야 한다.

그러나, 체제안정을 위해 사상을 통제하려는 국가권력의 입장에서는, '특별예방'이라는 명목하에 국민들의 사상을 광범위하게 간섭하고 움아매려는 유혹으로부터 벗어나 기란 쉽지 않을 것이고, 보안관찰제도는 그 유혹을 달성하는데 매우 용이한 수단으로 작용하고 있다.

많은 국가보안법위반 사건에서도 보여주듯이 통일운동과 좌파운동이라면 우선 색안경을 쓰고 판단하려는 사법부에게, 보안관찰처분 사건에서만은 그 색안경을 벗을 거라고 기대하기란 국가보안법을 폐지하는 일만큼 어려운 일일 것이다.

## 4. 결론

이와 같은 문제는 보안관찰처분 제도가 갖고 있는 속성으로부터 발생한다.

보안관찰처분의 존립기반은, 인권침해로 위헌성 시비가 끊이지 않은 국가보안법이다.

그리고 처분의 판단 요소인 ‘재범의 위험성’을 처분 대상자의 전력이나 성격, 환경 등으로부터 판단하도록 하고 있기에, 처분 기관으로서는 상당한 재량권을 가지고 있다.

국가권력이, 완벽하게 절제된 권력을 행사하지 않는 이상 보안관찰제도는 이와 같은 속성으로 인권침해 문제가 끊임없이 발생할 수 밖에 없다.

보안관찰제도는 ‘국가의 안전과 사회의 안녕 유지’와 ‘처분대상자의 건전한 사회복귀 촉진’이라는 두 가지 목적과 무관하게, 양심과 사상을 억압하는 기제로 사용되려는 속성을 갖고 있고 실제 그렇게 사용되고 있다.

# 보안관찰제도의 실질적 운영

법무부 공공형사과

# 보안관찰제도의 실질적 운영

법무부 공공형사과

## 1. 서론

보안관찰법은 1975. 7. 16.부터 시행되어 오던 구사회안전법을 1989. 6. 16. 전면 개정된 법률로서 종전에 인권침해의 논란이 있었던 보안감호, 주거제한, 보호관찰을 모두 폐지하는 대신 그 요건과 내용을 전혀 달리하는 새로운 보안관찰처분을 신설한 것이다.

보안관찰법은 종전의 사회안전법과는 달리 보안관찰 해당범죄에서 형법상의 내란죄와 일반이적죄, 국가보안법상의 반국가단체구성, 찬양·고무, 회합·통신 및 편의제공 등의 죄를 제외하여 대상범죄를 대폭 축소하였고,<sup>1)</sup> 보안관찰처분의 요건을 금고이상의 형의 선고를 받고 그 형기합계가 3년 이상인 자로서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 사실이 있는 자<sup>2)</sup>로 함으로써, 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행을 받은 사실이 있는 자를 요건으로 하는 종전의 사회안전법상의 보안처분 요건보다 훨씬 엄격하게 규정하고 있다.

또한 보안관찰법상 피보안관찰자는 주거지 이동 등 소정사항을 신고하고 재범방지에 필요한 범위 안에서 동태관찰과 사회복귀를 위한 지도를 받아야 하는 외 활동상 별다른 제약이 없을 뿐만 아니라,<sup>3)</sup> 그 밖에도 보안관찰법은 피보안관찰자의 개

---

1) 보안관찰법 제2조

2) 동법 제3조

3) 동법 제18조, 제19조

선과 자위를 위하여 주거 또는 취업알선, 직업훈련기회의 제공, 환경개선 및 원조 등을 할 수 있도록 하고<sup>4)</sup> 부상·질병 기타 긴급한 사유가 발생하였을 때는 응급구조를 할 수 있도록 하는 한편<sup>5)</sup>, 나아가 국내에 가족이 없는 보안관찰처분대상자 또는 피보안관찰자에게는 사회복지시설등에 거소를 제공할 수 있도록 하여<sup>6)</sup> 보안관찰대상자 또는 피보안관찰자의 재범방지과 사회복지를 위하여 특별배려를 하고 있는 등 중전의 사회안전법상의 보안처분과는 그 내용과 성격을 전혀 달리하고 있다.

이하에서는 보안관찰법과 관련한 우리나라 헌법재판소의 결정과 보안관찰과 유사한 외국의 입법례를 살펴본 후, 발제자들이 제기하는 몇몇 쟁점에 대하여 상술하면서 보안관찰 제도의 실질적 운영을 위한 법무부의 노력도 함께 설명하도록 하겠다.

## 2. 보안관찰법에 대한 헌법재판소 결정

### 가. 보안관찰처분의 합헌성<sup>7)</sup>

#### (1) 보안관찰처분의 본질

보안관찰법상의 보안관찰처분은, 우리나라의 다른 보안처분인 사회보호법상의 보호감호(사회보호법 제5조)·치료감호(사회보호법 제8조)·보호관찰처분(사회보호법 제10조) 및 보호관찰등에관한법률상의 보호관찰처분(보호관찰등에관한법률 제1조, 제3조)과 비교하여 보면, ① 위 다른 보안처분과 마찬가지로 대상자의 “사회적 위험성”을 그 처분의 본질적 요건으로 하고 있고(법 제4조 제1항), ② 중점의 차이는 있으나 대상자의 교육·개선과 국가·사회방위를 목적(법 제1조)으로 하고 있으므로 이 법상의 보안관찰처분도 보안처분의 일종이라고 보아야 할 것이다.

#### (2) 보안관찰처분은 일사부재리 원칙에 반하지 않음

보안처분은 그 본질, 추구하는 목적 및 기능에 있어 형벌과는 다른 독자적 의

---

4) 동법 제20조 제1항, 제2항

5) 동법 제21조

6) 동법 제20조 제2항, 제4항

7) 헌법재판소 1997. 11. 27. 선고 92헌바28 결정

의를 가진 사회보호적인 처분이므로 형벌과 보안처분은 서로 병과하여 선고한다고 해서 그것이 헌법 제13조 제1항 후단 소정의 거듭처벌금지의 원칙에 해당되지 아니한다고 할 것인데, 이 법상의 보안관찰처분 역시 그 본질이 헌법 제12조 제1항에 근거한 보안처분인 이상, 형의 집행종료후 별도로 이 법상의 보안관찰처분을 명할 수 있다고 하여 헌법 제13조 제1항이 규정한 일사부재리의 원칙에 위반하였다고 할 수 없다.

### (3) 보안관찰처분은 법관에 의한 정당한 재판을 받을 권리를 침해하지 아니함

우리나라의 자유민주적기본질서, 북한공산주의자들과 대치하고 있는 현실적 상황 등을 고려한 것으로서 그 법이 추구하는 입법목적의 정당성, 국민에게 부과되는 자유제한의 정도, 보안관찰처분심의위원회의 구성과 보안관찰처분의 개시 및 불복절차에 비추어 적법절차의 원칙이 요청하는 합리성, 정당성 및 절차적 공정성을 갖추고 있다고 할 것이므로 헌법 제12조 제1항 후문의 적법절차의 원칙 내지 법관에 의한 정당한 재판을 받을 권리를 보장하고 있는 헌법 제27조 제1항에 위배되지 아니한다.

### (4) 보안관찰처분은 양심의 자유에 반하지 아니함

헌법이 보장한 양심의 자유는 정신적인 자유로서 어떠한 사상·감정을 가지고 있다고 하더라도 그것이 내심에 머무르는 한 절대적인 자유이므로 제한할 수 없는 것이나, 보안관찰법상의 보안관찰처분은 보안관찰처분대상자의 내심의 작용을 문제삼는 것이 아니라, 보안관찰처분대상자가 보안관찰해당범죄를 다시 저지를 위험성이 내심의 영역을 벗어나 외부에 표출되는 경우에 재범의 방지를 위하여 내려지는 특별예방적 목적의 처분이므로, 양심의 자유를 보장한 헌법규정에 위반된다고 할 수 없다.

## 나. 출소 후 신고의무의 합헌성<sup>8)</sup>

### (1) 적법절차의 원리나 신체의 자유를 침해하지 아니함

8) 헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2001헌가17 결정

보안관찰대상자의 출소 후 신고의무는 대상자가 출소 후 자신이 신고한 거주 예정지로 돌아와 실제로 거주하게 되었는지를 확인하고 대상자에 대한 선도 내지 관찰을 위하여 본인의 인적사항을 명확히 파악하여야 할 필요성에서 인정되는 것으로 출소 후 이루어지는 절차인 보안관찰처분의 청구 및 그 면제 역시 모두 위 출소 후 상황에 따라 이루어지는 점에 비추어 출소 후 신고는 보안관찰처분 여부의 시발점이 된다고 할 수 있을 만큼 보안관찰처분에 있어서 중요한 절차를 이루는 부분으로 출소 전 신고와는 큰 차이가 있다. 또한 위와 같은 신고의무 부과 및 의무위반시 처벌에 관하여 법적 근거를 마련하는 것이 사생활의 비밀과 자유라는 기본권 보장 측면에서도 입법목적 달성을 위해 적절하므로 적법 절차 원리, 과잉금지의 원칙, 죄형법정주의, 무죄추정의 원칙에 위반되거나 신체의 자유를 침해한다고 볼 수 없다.

## (2) 평등의 원칙에 부합

사회보호법상 보호감호, 치료감호는 법원의 재판에 의하여 이루어지고 보호관찰은 피보호감호자의 가출소, 치료감호의 가종료 등의 경우에 법률의 규정에 의하여 당연히 개시되는 까닭으로 보호처분대상자에게 보호처분 여부 판단에 필요한 특정한 내용을 신고할 의무를 부과하는 것은 불필요하거나 부적절하다는 점에서 위 신고의무를 부과하는 규정은 존재하지 않는 것으로 보여지고, 보호관찰대상자가 신고의무를 이행하지 않을 때 입는 구인, 선고유예의 실효 또는 집행유예의 취소 등의 실질적 불이익을 감안하면 보안관찰처분대상자가 출소 후 신고의무 위반으로 형사처벌되는 것과의 사이에 형평이 맞지 않을 정도의 불합리한 차별이 있다고 할 수 없으므로 보안처분대상자 중 보안관찰처분대상자에게만 형벌로 강제되는 신고의무를 부과한다고 하여 평등의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

## (3) 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해한 것이 아님

보안관찰처분대상자에게 신고의무를 부과하고 그 의무를 이행하지 않는 경우를 처벌하는 이 사건 조항이 기본권을 직접 침해한다고 보거나 이 사건 조항에 의하여 기소될 경우에는 헌법소원이나 형사재판절차를 통하여 법관에 의한 재판을 받을 수 있는 등 이 사건 조항자체에 대하여는 얼마든지 권리구제를 받을 수

있는 수단이 마련되어 있으므로 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해하는 것이 아니다.

#### (4) 권력분립원칙에 위배되지 아니함

보안관찰법 제6조 제1항 전문 후단이 보안관찰처분대상자에게 출소 후 신고의무를 법 집행기관의 구체적 처분(예컨대 신고의무부과처분)이 아닌 법률로 직접 부과하고 있기는 하나 위 조항은 보안관찰처분대상자 중에서 일부 특정 대상자에게만 적용되는 것이 아니라 위 대상자 모두에게 적용되는 일반적이고 추상적인 법률규정이므로 법률이 직접 출소 후 신고의무를 부과하고 있다고 하더라도 처분적 법률 내지 개인적 법률에 해당된다고 볼 수 없으므로 권력분립원칙에 위배되지 아니한다.

### 3. 보안관찰제도에 관한 외국 입법례

#### 가. 싱가포르의 국내안전법

전국 또는 일부지역의 안보, 기본역무의 보장 또는 경제생활에 유해한 행위를 방지하기 위하여 필요한 경우 치안장관이 2년 이내의 범위에서 장관 지점 구금소에 구금하도록 구금명령을 할 수 있고, 그 기간은 연장이 가능하며 그 회수에 는 제한이 없다.

#### 나. 대만의 정치반란조례와 감란시기검숙비첩조례

내란, 외환, 간첩죄 등을 범한 사람으로서 불기소 결정이나 형의 감경, 면제 판결을 받은 사람에 대하여 비첩안건 심판기관의 심리를 거쳐 최고치안기관이 3년 이하의 감화교육처분을 할 수 있고, 이 경우 감화교육처소에 수용하여 학교방시과 군사적 관리를 병행 실시한다.

#### 다. 미국의 국내안전법<sup>9)</sup>

비상사태하에서 간첩 또는 태업행위를 범할 위험이 있거나 타인과 이를 공모할 위험이 있다고 믿을 만한 상당한 이유가 있는 자에 대하여 법무부장관이 구금명령을 발할 수 있고 이러한 비상구금에 대하여는 9인으로 구성된 구금심사위원회에 이의를 제기할 수 있고 위원회의 결정에 불복이 있는 경우에는 전속관할을 가지는 연방순회항소법원에 제소할 수 있다.

#### 라. 일본의 파괴활동방지법

폭력주의적 활동을 행한 단체가 계속 또는 반복하여 폭력주의적 파괴활동을 할 염려가 분명하다고 인정하기 충분한 이유가 있는 경우에는 6개월의 기간 내에서 집회, 시위, 행진이 금지될 수 있고 기관지의 인쇄, 배포가 금지될 수 있고 간부 혹은 구성원의 경우 단체 내 업무수행을 당할 수 있으며 단체 자체에 대한 해산을 명할 수도 있다.

#### 마. 독일의 행장감독

법률이 특히 행장감독을 규정하고 있는 범죄로 인하여 6월 이상의 자유형을 선고받은 때에 법원은 재범의 위험이 있는 경우에 형에 부가하여 행장감독을 명할 수 있고 법원은 피처분자의 행장에 영향을 미치는 지시를 통해 금지 또는 작위의무를 부과하며 그 지시사항을 위반하고 그로 인해 행장감독처분의 목적을 위태롭게 한 자는 1년 이하의 자유형에 처하도록 규정하고 있다.

### 4. 보안관찰과 관련한 지적에 대한 고찰

#### 가. 개요

발제자들이 제시한 보안관찰과 관련한 지적은 재범의 위험성에 대한 자의적

---

9) 1950년 제정, 1972년 폐지

판단, 보안관찰법의 사상통제법적 성격, 절차상 사법처분으로서의 요건 흠결 등이 주된 쟁점으로 파악된다. 이에 대하여 상술하기 전에 이미 이러한 지적이 헌법재판소에서 다른 사건에서 제기되었던 문제였고 헌법재판소에서 해당 주장을 받아들이지 않고 합헌결정을 했었다는 점을 밝혀둔다.

## 나. 재범의 위험성에 대한 자의적 판단 관련

보안관찰처분의 판단 요소인 ‘재범의 위험성’을 처분대상자의 전력이나 성격, 환경 등으로부터 판단하도록 하고 있기에 처분기관으로서 상당한 재량권을 가지고 있기 때문에 인권침해의 소지가 높다는 지적이 있다.

하지만, 보안관찰법상의 보안관찰처분은 처분대상자가 이미 실행한 행위에 대한 책임을 물어 과하는 제재조치가 아니라 장래에 그 법 소정의 특정범죄를 범할 위험성을 미리 예방하여 국가의 안전과 사회의 안녕을 유지하는 한편, 처분대상자의 건전한 사회복귀를 촉진토록 하는 것을 본질로 하는 예방조치로서의 행정작용인 점에서 형벌과는 그 본질을 달리하는 것이므로, 이와 같은 보안관찰처분을 하기 위하여는 보안관찰법 제4조 제1항이 정하는 바에 의하여 보안관찰처분대상자가 보안관찰해당범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정할 충분한 이유가 있어 재범의 방지를 위한 관찰이 필요한 경우이어야 하고, 여기서 말하는 재범의 위험성이란 장래에 다시 죄를 범할 개연성이 될 수 밖에 없으며, 그 유무도 처분대상자의 전력이나 성격, 환경 등 제반 사정을 종합하여 판단할 수 밖에 없다.<sup>10)</sup>

또한, 보안관찰법은 보안관찰처분의 면제요건으로 「1. 준법정신이 확립되어 있을 것, 2. 일정한 주거와 생업이 있을 것, 3. 대통령이 정하는 신원보증인 있을 것」을 요구하고 있어 이는 재범의 위험성을 판단하는 하나의 기준으로 작용하고 있다.

게다가 법무부는 재범의 위험성에 대한 자의적 판단을 배제하기 위하여 보안관찰처분위원회의 위원 7인 중 과반수가 넘는 4인을 대통령이 임명하는 외부위원으로 위촉하고 있으며, 외부위원 중 고등법원 부장판사를 반드시 포함시켜 심의에

10) 대법원 2002. 8. 23. 선고 2002두3911호 판결

더욱더 공정을 기하고 있다. 또한, 2006년도부터는 보안관찰처분대상자에 대한 법무부 사안조사공무원이 형식적인 서류심사를 하지 않고 대상자를 소환하거나 직접 출장가서 면담조사를 하는 등 조사를 강화하고 원하는 사람에 한하여 대상자를 위원회에 출석시켜 진술의 기회를 주며, 2006. 3. 15. 대검에서는 일선청에 재범의 위험성을 엄격하게 심사하여 면제청구를 확대하도록 지시공문을 하달하는 등 재범의 위험성을 엄격하게 심사하기 위한 다양한 노력을 기울이고 있다.

## 다. 보안관찰법의 사상통제법적 성격 관련

보안관찰법이 국가보안법 같은 양심·사상의 자유와 관련된 특정범죄만을 다루고 있고, 재범의 위험성을 예방한다는 규정을 통해 내심을 추지하고 단죄하는 측면에서 전형적인 사상통제법이라는 지적이 있다.

하지만, 전술한 바와 같이 국가보안법상의 반국가단체구성, 찬양·고무, 회합·통신 및 편의제공 대부분에 대하여는 보안관찰 해당범죄에서 모두 제외하였고, 형법상 내란목적 살인죄, 외환의 죄, 군형법상의 반란, 반란목적의 군용물탈취, 군대 및 군용시설제공, 군용시설등 파괴, 간첩, 일반이적죄와 국가보안법 상의 목적수행, 자진지원·금품수수, 잠입·탈출, 총포 등 제공 등 양심·사상과 무관하게 국가안전보장을 위태롭게 하는 행위들에 대하여만 보안관찰 해당범죄에 포함시켰기 때문에 양심·사상의 자유와 관련된 특정범죄만을 보안관찰법이 다루고 있다고 보기는 어렵다.

또한, 재범의 위험성 역시 보안관찰해당범죄를 다시 저지를 위험성이 내심의 영역을 벗어나 외부에 표출되는 경우에 외부에 표출된 행위를 기초로 판단을 하기 때문에 내심을 추지하고 단죄한다는 지적 역시 그대로 받아들이기 어렵다.

라. 절차상 사법처분으로서의 요건 흠결 관련

보안관찰은 전체적으로 행정처분이면서 내용적으로는 범죄인의 비난가능성을 고려하여 형법적 내용을 포함하고 있으므로 사법처분으로서의 요건이 필요하다는 지적이 있다.

하지만, 보안관찰처분은 피보안관찰자에게 각종 신고의무만을 부담하게 할 뿐 그 신고의무 외에는 별다른 의무를 부과하거나 신체의 자유 내지 거주·이전의 자유 등에 대한 제한을 거의 가하지 아니하고 있기 때문에, 국가의 안전과 사회

의 안녕을 유지하기 위하여 필요한 최소한의 자유제한적인 의무만을 부과하고 있으므로 형사별로서의 제재라기 보다는 오히려 행정상의 의무 부과에 가깝다고 할 수 있다. 또한, 보안처분의 종류에는 구 사회보호법상의 보호감호처분이나 구 사회안전법상의 보안감호처분과 같이 피감호자를 일정한 감호시설에 수용하는 전면적인 자유박탈적인 조치부터 이 법상의 보안관찰처분과 같이 단순히 피보안관찰자에게 신고의무를 부과하는 자유제한적인 조치까지 다양한 형태와 내용의 것이 조내하므로 각 보안처분에 적용되어야 할 적법절차의 원리의 적용범위 내지 한계에도 차이가 있어야 함은 당연하다.

결국, 각 보안처분의 구체적 자유박탈 내지 제한의 정도를 고려하여 그 보안처분의 심의·결정에 법관의 판단을 필요로 하는지 여부를 결정하여 한다고 할 것인데, 행정상의 의무 부과에 가까운 보안관찰 처분에 대하여는 법관의 판단까지 필요하다고 보이지 아니하고, 외부위원이 과반수를 점하고 그 중 현직 고등법원 부장판사까지 참여하는 위원회에서 심의·의결하는 현행 위원회 운영이 적법절차의 원칙에 따른 것이라고 할 것이다.

## 5. 결론

보안관찰처분은 행정적 제재의 성격을 띠는 국가안전보장을 위한 최소한의 장치로서, 일사부재리의 원칙에 반하지 아니할 뿐만 아니라 법관에 의한 정당한 재판을 받을 권리나 적법절차의 원리를 침해하지 아니하고, 양심·사상의 자유와 관련된 죄명은 보안관찰 해당범죄가 아니고 내심의 영역을 벗어난 행위를 재범의 위험성을 판단하는 기준으로 삼는다는 측면에서 양심의 자유를 침해하지도 않는다.

또한, 보안관찰처분에 의하여 피보안관찰자에게 부과되는 유일한 의무인 신고의무는 적법절차의 원리나 신체의 자유를 침해하지 아니하고 평등의 원칙에 부합하며 법관에 의한 재판을 받을 권리를 침해한 것이 아니고, 권력분립원칙에 위배되지 않으므로 합헌이라고 할 것이다.

보안관찰제도와 관련한 입법례는 미국, 독일, 일본, 대만, 싱가포르에도 유사한

제도가 있고, 각 나라마다 자유제한의 정도를 달리하긴 하지만 국가안전보장을 위한 형벌 이외의 제도적 장치를 갖추고 있다.

마지막으로, 보안관찰을 위한 재범의 위험성은 외부위원이 과반수인 보안관찰 처분심의위원회의 구성, 법무부 사안공무원의 재범의 위험성에 대한 실질적 조사, 보안관찰처분대상자에 대한 출석, 진술 기회 부여 등을 통하여 매우 엄격하게 판단하므로 자의적 판단의 가능성이 없어 인권침해의 우려가 상당부분 불식되어 있다고 할 것이다.

결론적으로 보안관찰 제도는 현행 헌법 상 국가안전보장을 위하여 인정되는 제도로서, 보안관찰 제도 전반을 검토하지 않고 보안관찰에 관한 일부 사례에서 나타난 문제점을 근거로 제도 전체를 폐지하기보다는 보안관찰 제도를 실질적으로 운영하여 재범의 위험성을 엄격하게 판단함으로써 자의적 판단으로 인한 인권침해의 소지를 없애는 것이 훨씬 합리적인 방안이 아닐까 생각한다.

## 보안관찰법의 타당성

김 용 철 (법무법인 바른 변호사)

# 보안관찰법의 타당성

김 용 철 (법무법인 바른 변호사)

## I. 재범방지는 법치국가의 당연한 목표

재범의 방지는 법치국가라면 당연한 목표이다.

재범방지는 범죄인 본인의 사회복귀를 위해서나 국가의 존립, 안전이나 국민의 생명, 신체의 보호를 위해서 반드시 필요하고, 법치국가라면 법률제도로서 재범 방지 대책을 시행하여야 한다는 것은 법률가가 아니라도 누구나 수긍할 것이다.

## II. 일반 형사범에 대한 재범방지 대책

### 1. 서

보안관찰법에 대하여 양심의 자유, 표현의 자유, 사상의 자유 등을 침해하는 악법이라고 비판하는 시각이 있는데, 보안관찰법에 대한 비판론자들이 일반 형사범에 대한 재범방지 대책에 대하여도 헌법상 보장되는 기본적 인권을 침해한다는 이유로 이의 폐지·개정을 주장하여 왔는지에 대하여 필자는 시류에 둔감하여서인지 정확히 알지 못한다.

성폭력범죄자에 대한 전자팔찌 착용 등으로 재범방지대책을 강화하자는 논의에 대하여도 보안관찰법 비판론자들이 어떤 입장을 견지하여 왔는지 이 또한 필

자로서는 알 수가 없지만 과연 전자팔찌 착용에 대하여도 보안관찰법에 대한 비판논거와 마찬가지로 국민의 인권보호를 위하여 도입되어서는 안 된다고 비판의 목소리를 높였는지가 궁금할 따름이다.

## 2. 보호관찰 제도의 개관

### 가. 목적

보호관찰등에관한법률(이하 ‘보호관찰법’이라 칭함)은 ‘죄를 범한 자로서 재범 방지를 위하여 보호관찰, 사회봉사·수감 및 갹생보호 등 체계적인 사회 내 처우가 필요하다는 인정되는 자에 대하여 지도·원호를 함으로써 건전한 사회복귀를 촉진하고, 효율적인 범죄예방활동을 전개함으로써 사회를 보호함을 목적으로 한다’라고 규정하고 있다.

### 나. 보호관찰대상자

보호관찰법상 보호관찰 대상자는 보호관찰을 조건으로 형의 선고유예나 집행유예를 선고받은 자 등이다.

### 다. 보호관찰대상자의 준수사항

보호관찰법에는 보호관찰대상자의 준수사항으로

- ▶ 주거지에 상주하고 생업에 종사할 것
- ▶ 범죄로 이어지기 쉬운 나쁜 습관을 버리고 선행을 하며 범죄를 행할 우려가 있는 자들과 교제하거나 어울리지 말 것
- ▶ 보호관찰관의 지도·감독 및 방문에 순응할 것
- ▶ 주거를 이전하거나 1월 이상의 국내외 여행을 할 때에는 미리 보호관찰관에게 신고할 것
- ▶ 법원 및 심사위원회는 판결의 선고 또는 결정의 고지를 함에 있어서 위의

준수사항 외에 대통령령이 정하는 범위 안에서 본인의 특성 등을 고려하여 특별히 준수하여야 할 사항을 따로 과할 수 있다.

※ 특별준수사항(보호관찰법 시행령 19조)

- ◆ 재범의 기회나 충동을 줄 수 있는 장소에 출입하지 아니할 것
  - ◆ 사행행위에 빠지지 아니할 것
  - ◆ 주류를 과도하게 마시지 아니할 것
  - ◆ 마약 등 남용되거나 해독작용을 일으킬 우려가 있는 물질을 사용하지 아니할 것
  - ◆ 가족의 부양 등 가정생활에 있어서 책임을 이행할 것
- 등으로 규정하고 있다.

## 라. 준수사항 위반시의 조치 내용

보호관찰법은 ‘보호관찰대상자가 준수사항을 위반하였거나 위반하였다고 의심할 상당한 이유가 있고, 일정한 주거가 없거나 소환에 불응한 경우 또는 도망 염려가 있는 때에는 48시간 동안 구인할 수 있고, 보호관찰 조건부 선고유예의 실효 또는 집행유예의 취소신청을 위하여 법원의 허가를 받아 20일간 유치할 수 있다’고 규정하고 있다.(보호관찰법 39조, 41조 ~ 43조)

## Ⅲ. 보안관찰 제도 개관

### 1. 서

앞에서 살펴본 것처럼 일반 형사범에 대한 재범방지 제도로서의 보호관찰 제도가 시행되고 있는데, 국가의 존립·안전을 위태롭게 하는 국가안보침해사범에 대한 재범방지대책으로서의 보안관찰 제도를 개관하여 봄으로써 과연 보안관찰법이 대폭 개정될 필요가 있는지, 아니면 폐지되어야 할 정도로 악법인지에 대하여 비교·검토하여 보고자 한다.

## 2. 목적

보안관찰법은 ‘특정범죄를 범한 자에 대하여 재범의 위험성을 예방하고 건전한 사회복귀를 촉진하기 위하여 보안관찰처분을 함으로써 국가의 안전과 사회의 안녕을 유지함을 목적으로 한다’라고 규정하고 있다.

※ 보호관찰법의 목적과 비교하여 볼 때 보안관찰법의 목적이 양심의 자유, 사상의 자유, 표현의 자유 침해와는 전혀 무관함을 알 수 있다.

## 3. 보안관찰해당범죄

○ 보안관찰법은 보안관찰해당범죄로

- 형법의 내란목적의 살인 및 살인미수(형법 제88조, 89조), 내란목적의 살인 예비·음모·선동·선전(형법 제91조), 외환유치, 여적, 모병이적, 시설제공이적, 시설파괴이적, 물건제공이적, 간첩 및 위의 죄의 미수범과 예비·음모·선전·선동(형법 제92조 ~ 98조, 100조)
- 군형법의 반란 및 반란목적의 군용물탈취와 이의 미수·예비·음모·선전·선동, 반란불고지, 이적의 죄
- 국가보안법의 목적수행(반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 그 목적수행을 위한 행위), 자진지원·금품수수(반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자를 지원할 목적), 잠입·탈출, 편의제공(총포, 탄약, 화약 기타 무기를 제공한 자와 이의 미수·예비·음모)

※ 이른바 사상의 자유, 양심의 자유, 표현의 자유, 학문의 자유와 일부라도 관련이 있는 국가보안법 제7조의 찬양·고무 등 죄는 대상이 아님

등을 규정하고 있다.

▶ 위에서 언급된 보안관찰해당범죄는 대한민국의 존립·안전을 지키고 대한민국 국민의 생명과 재산을 지키려면 발본색원(拔本塞源), 추적필포(追跡必

捕)하여 엄벌(嚴罰)하여야 하는 중대 범죄임

- ▶ 이와 같은 중범죄에 대하여는 검찰, 국가정보원, 경찰, 군수사기관은 물론이고 온 국민이 합심하여 이들 범인이 자유 대한민국의 존립·안전은 말할 것 없고, 국민의 생명, 신체에 조금의 위해라도 가하지 못하게 하여야만 할 것임

※ 자유 대한민국의 국민 중 그 어느 누가 이들 범죄(범죄입증이 있을 경우)에 대하여 관대히 처벌함을 용인할 것인가?

#### 4. 보안관찰처분 대상자

- 보안관찰법상의 보안관찰처분대상자는 ‘보안관찰해당범죄 또는 이와 경합된 범죄로 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 형기합계가 3년 이상인 자로서 형의 전부 또는 일부의 집행을 받은 사실이 있는 자’로 제한하고 있다.

※ 대한민국의 존립·안전과 직결되는 중대한 범죄를 저지른 자라고 할지라도 집행유예를 선고받은 자는 보안관찰처분 대상자가 아님

#### 5. 보안관찰처분의 요건

- 보안관찰법은 ‘보안관찰처분대상자 중 보안관찰해당범죄를 다시 범할 위험이 있다고 인정할 충분한 이유가 있어 재범의 방지를 위한 관찰이 필요한 자에 대하여는 보안관찰처분을 한다’라고 규정하고 있다.

※ 보안관찰해당범죄가 대한민국의 존립·안전과 직결되는 중대 범죄임을 감안할 때 재범의 위험성이 충분한 경우로 제한할 것이 아니라 재범의 위험성이 상당한 경우로 완화함이 타당하다고 할 것임

(대한민국의 존립·안전에 직결되는 중대범죄를 저지르고 형기합계 3년 이상인 자가 일부라도 복역하고서 또 다시 동종의 중대범죄를 저지를 충분한 이유가 있는 경우라면 이미 대한민국의 존립·안전은 심각한 위협에 직면한 경우이므로

로 재범의 위험성은 **상당한** 경우로 완화하여야 할 것임)

- ※ 아울러 법무부에서는 ‘보호관찰법의 준수사항’ 규정과 같이 ‘보안관찰처분대상자의 준수사항’(인권침해라는 지적을 받지 않도록 하기 위하여 과거의 보안관찰처분심의위원회 자료, 행정소송에서의 판시사유 등을 참고할 필요가 있을 것임)을 열거적으로 규정하고, 보안관찰처분대상자 준수사항을 위반하였을 경우에는 재범의 위험성이 상당한 경우로 볼 수 있도록 보안관찰법의 개정을 검토할 필요가 있다고 할 것임

## 6. 보안관찰처분을 받은 자의 의무

- 보안관찰법은 ‘보안관찰처분을 받은 자(피보안관찰자)는 보안관찰처분결정 고지를 받은 날부터 7일 이내에 주거, 직원 등을 신고하여야 한다’고 규정하고 있음(보안관찰법 제18조)
- 그 외 3개월마다 3월간의 주요활동사항 등을 신고하여야 하고, 신고사항에 변동이 있을 때에는 변동신고를 하여야 하며, 거주지 이전이나 국외 여행 등에 대하여도 신고하여야 함
- ※ 일반 형사범에게 적용되는 보호관찰법에도 보호관찰대상자는 주거, 직업, 생활 계획 기타 필요한 사항을 관할 보호관찰소의 장에게 신고하여야 한다고 규정하고 있고(보호관찰법 제29조 2항),  
보호관찰대상자의 준수사항으로 주거이전이나 1월 이상의 국내외 여행시 신고하도록 규정하고 있는데(보호관찰법 제32조)

대한민국의 존립·안전에 직결되는 중대범죄를 저지른 피보안관찰자에게 신고 의무를 부과하는 것을 사상의 자유, 양심의 자유 등 기본적 인권을 침해하는 악법조항이라고 하는 것은 일반 형사범에 대한 보호관찰과 비교해 봐도 터무니없는 주장이라고 할 것이고, 국가안보는 전혀 염두에 두지 않는 형식논리적인 주장이라고 비판받을 여지가 충분하다고 할 것임

## 7. 보안관찰처분의 면제

- 법무부장관의 직권 면제권(보안관찰법 11조 1항)과 보안관찰처분대상자의 신청에 의한 보안관찰처분면제가 인정됨(동법 11조 2항)

## 8. 보안관찰처분에 대한 쟁송구제 제도

- 보안관찰법에 의한 법무부장관의 결정을 받은 자가 그 결정에 이의가 있을 때에는 행정소송법에 따라 그 결정이 집행된 날부터 60일 이내에 서울고등법원에 소를 제기할 수 있음(보안관찰법 23조)

## IV. 결 어

일반 형사범에 대한 재범방지 대책에는 보호관찰 외에 사회봉사명령도 있다.

필자가 변호사 활동을 하면서 의뢰인이나 가족 등으로부터 들은 바로는 사회봉사명령이 재범방지대책으로 가장 실효성이 있다고 한다.

예컨대 120시간의 사회봉사명령을 받았다면 1일 8시간씩 15일을 봉사해야 한다.

직장인이라면 회사에 무슨 핑계를 대서라도 15일간의 휴가를 받아야 하고, 가족이나 친척에게는 15일간 회사업무로 출장을 간다고 핑계를 대야 하며, 직장의 상사나 동료, 부하에게는 그 반대로 가족과 휴가를 갔다 왔다고 하면서 대면서 자신의 과거 범행을 후회하며 억지로라도 사회봉사를 하여야 한다.

일반 형사범에 대한 재범방지는 사회에 대한 일반예방효과도 있지만 본인에 대한 특별예방효과가 주된 목적일 것이다.

대한민국의 존립·안전과 국민의 생명, 신체의 보호와 직결되는 보안관찰처분은 피보안관찰자에 의한 재범의 위험성 방지라는 목적 중 국가와 사회에 대한 일반예방적 효과 달성이 주된 목적이 되어야 한다.

왜냐하면 피보안관찰자의 재범으로 인한 피해는 국가의 존립·안전을 직접적으로 해하고, 그 경우 국민의 생명, 신체는 절대로 안전할 수 없기 때문이다.

앞에서 일반 형사범에 대한 보호관찰 제도와 국가안보침해 범죄 중 중대범죄

자에 대한 보안관찰처분 제도를 개괄적으로 살펴보았는데, 보호관찰제도와 보안관찰제도를 비교·검토하여 봐도 보안관찰제도가 법적, 제도적으로 사상의 자유, 양심의 자유, 표현의 자유, 거주이전의 자유 등 기본적 인권을 본질적으로 침해한다는 일부의 잘못된 시각에 근거한 비판은 전혀 타당하지 않다.

일반 국민들을 상대로 보호관찰제도의 구체적 내용과 보안관찰제도의 구체적 내용을 상세히 알렸을 때 대다수 국민들이 보안관찰제도의 필요성을 인정할 것이라고 필자는 확신한다.

필자의 개인적 견해로는 보안관찰제도의 개관에서 일부 언급하였지만 보안관찰제도는 좀더 완화되는 방향으로 개정할 필요성이 있다고 본다.

즉 보안관찰의 요건으로서 재범의 위험성이 충분한 경우를 재범의 위험성이 상당한 경우로 완화하고, 재범의 위험성 판단에 대하여 검사의 자의적 판단을 막고, 따라서 보안관찰처분심의위원회에서 객관적이 사실을 토대로 보안관찰처분 또는 면제를 심의할 수 있도록 재범의 위험성을 인정할 요건사실을 보안관찰법에 구체적으로 열거하는 방향으로 법개정이 필요하다고 제안하고 싶다.

발제 내용 중 ‘보안관찰처분 관련 소송을 통해 본 제도적 개선과제’(법무법인 한결 변호사 이상희) 내용에 나타난 바와 같이 서울고등법원의 판시내용과 대법원의 판시 내용을 종합하면 재범의 위험성을 인정할 수 있는 요건사실을 범문화할 수 있을 것이라고 판단된다.

현재 대한민국과 반국가단체인 북한 간에 정치적, 문화적, 경제적으로 충분히 교류하고 있다고 하더라도 국가안보의 관점에서 보면 북한은 여전히 대한민국의 반국가단체이다.

정치, 경제, 문화적 교류와는 별도로 국가안보에는 한치의 틈도 허용되어서는 안된다.

국가안보를 위한 법률은 비록 국가안보침해사범이 발생하지 않아 사문화되고 있다고 하더라도 그 법률은 존치되어야만 한다.

요즘 언론에서 국가보안법위반 사범이 검거되었다는 보도내용을 잘 접할 수 없다.

‘국가보안법위반자가 없으니 국가보안법을 폐지하자’는 주장은 ‘평화시대이므로 군대를 해산하자’는 주장과 같다.

무릇 국가의 흥망은 평화시대 때부터 잉태된다는 것은 과거 역사가 말해주고 있다.

지금 자유대한민국은 국가안보침해사범에 대하여 너무나 지나치게, 아니 무책임하다 할 정도로 관대하다는 것이 필자의 소감이다.

국가안보 법률과 제도는 백만분의 일의 가능성에도 대비되어야 한다.

‘보안관찰해당범죄자에 대하여 왜 그렇게 관대하게 대우하자고 하느냐’며 반문할 필요가 있다는 것이 필자의 결론이다.

---

## 사상과 양심의 자유 증진을 위한 인권세미나: 보안관찰법을 중심으로

---

| 인 쇄 | 2007년 6월 일

| 발 행 | 2007년 6월 일

| 발행인 | 안 경 환

| 발행처 | 국가인권위원회

| 주 소 | (100-842) 서울특별시 중구 무교동길 41  
금세기빌딩 (을지로1가 16번지)

| 전 화 | (02) 2125-9728 | F A X | (02) 2125-9733

| Homepage | [www.humanrights.go.kr](http://www.humanrights.go.kr)

| 인쇄처 | 도서출판 한학문화

| 전 화 | (02) 313-7593 | F A X | (02) 393-3016

---