



문서번호 : 10-12-사무-04

수 신 : 헌법재판소

발 신 : 민주사회를 위한 변호사모임

제 목 : 2010헌가82 사건에 대한 민주사회를 위한 변호사모임 의견서

전송일자 : 2010. 12. 7.

전송매수 : 총 22쪽

1. 안녕하십니까. 귀 기관의 발전을 기원합니다.

2. 민주사회를위한변호사모임은 아래 사건에 대한 의견서를 <붙임1>과 같이 제출하며 우리의 의견이 검토되고 판단에 반영되기를 바랍니다.

사 건 헌법재판소 2010 헌가 82 특정 범죄자에 대한 위치추적
전자장치 부착등에 관한 법률 부칙제2조 제1항위헌제청

제 청 법 원 청주지방법원 충주지원

당해사건 당사자 김 성 복

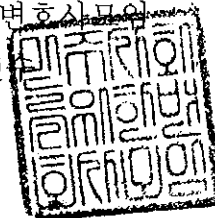
3. 감사합니다.

<붙임 1> 2010헌가82 사건에 대한 민주사회를 위한 변호사모임 의견서

2010. 12. 7.

민주사회를 위한 변호사모임

회장 김선



헌법재판소

귀 중

<붙임 1>

2010헌가82 사건에 대한 민주사회를 위한 변호사모임 의견서

다 음

1. 전자발찌 제도의 개괄

가. 전자발찌 제도의 도입과 확대·강화

전자발찌(위치추적 전자장치, 이하 '전자발찌'라고 합니다) 제도는 2006년 2월 용산 초등학생 성폭행 살인사건¹⁾을 계기로 2007년 4월 섹스폭력 범죄자의 재범방지와 성행 교정을 통한 재사회화를 목적으로 도입되었습니다²⁾. 제정 당시 전자발찌법은 섹스폭력 범죄가 다른 범죄들에 비해 특별히 재범율이 높다는 점을 근거로 섹스폭력 범죄만을 그 적용대상으로 하였으며, 전자발찌 부착기간의 상한은 5년(하한 규정은 없음)으로 규정하고, 전자발찌 부착시 준수사항에 대해서도 규정을 두지 않았습니다. 그리고 범시행은 공포 후 1년 6개월이 경과한 날로부터 시행하기로 정하였습니다(부칙 제1조).

그런데 위와 같은 전자발찌 제도의 도입 이후 2007년 12월 안양 초등학생 살인사건³⁾과 2008년 3월 일산 초등학생 납치미수 사건⁴⁾ 등이 발생하여 아동

- 1) 용산에서 11세였던 초등학생이 성폭행을 당한 후 살해 유기된 사건으로, 범인은 사건 5개월 전 여자아이를 강제추행하였다가 집행유예로 풀려난 바 있는 등 전과 9범의 전력이 있었습니다.
- 2) '특정 섹스폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률'(2007. 4. 27. 법률 제8394호)로 제정되었으며 이후 '특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률'로 개정되었습니다. 이하 총칭하여 '전자발찌법'이라 합니다) 제1조.
- 3) 안양에서 실종된 2명의 초등학생들이 성폭행 등 전과 7범인 범인에 의해 살해된 사건.

상대 범죄에 대한 분노의 여론이 높아지게 되자 법무부는 법시행 이전인 2008년 6월 13일 곧바로 법을 개정하여 전자발찌의 부착기간 상한을 10년으로 높이고, 전자발찌 부착시 외출제한·특정장소에의 출입금지·성폭력치료프로그램 이수 등의 준수사항을 부과하였으며, 이를 위반하면 형사처벌을 할 수 있도록 하는 규정을 신설하였고, 법시행일도 2008년 9월 1일로 앞당겼습니다.

2009년 5월 8일에는 미성년자 대상 유괴범죄에 대하여도 전자발찌를 부착할 수 있도록 법이 개정되었으며, 이후 2008년 조OO 사건⁵⁾ 및 2010년 김OO 사건⁶⁾ 등이 발생함에 따라 다양한 내용의 전자발찌법 개정안이 논의되다가 결국 2010년 4월 15일 전자발찌 부착 대상범죄에 살인죄를 추가하고, 부착기간의 상한을 10년에서 30년으로 높이며(하한 규정도 신설), 부착요건을 완화하고, 피부착자의 주거 이전 및 7일 이상의 국내여행 또는 출국시에는 허가를 받도록 하며, 전자발찌법의 소급적용이 가능하도록 하는 내용으로 개정되었다.

나. 전자발찌 제도의 법적 성격

(1) 판례의 태도

- 4) 일산에서 12년 전 3차례 아동을 성폭행하여 10년간 복역한 범인이 출소 후 2년 만에 또 다시 초등학교를 납치하려다 미수에 그친 사건.
- 5) 2008년 12월 조OO이 8세 여아를 교회 화장실로 끌고 가 강간상해한 사건으로 피해자의 상해 정도가 매우 중하여 사회적인 분노를 일으켰던 사건입니다. 사건 초기에는 잘 알려지지 않았으나 대법원 판결 직전 언론에 보도되어 검찰이 항소를 하지 않은 점 및 법원이 가해자의 음주를 이유로 감경을 한 점 등에 대하여 굉장한 사회적 비판 여론이 형성되었으며, 뒤에서 살펴보는 성폭력 관련 정책의 '과잉형벌화' 경향에 큰 영향을 미쳤습니다.
- 6) 2010년 2월 김OO가 예비 중학생을 납치하여 성폭행한 뒤 살해·유기한 사건으로 조OO 사건 이후 또 다시 아동성범죄에 대한 굉장한 사회적 분노를 일으켰으며, 특히 김OO가 수차례의 성폭행 전과로 복역하면서도 재범방지교육이 전혀 실시되지 않았고, 전과자에 대한 사후관리도 허술하였다는 사실이 밝혀짐에 따라 전자발찌법을 소급하여 적용해야 한다는 논의가 본격적으로 시작되게 되었습니다.

전자발찌 제도에 대해서는 대법원이 여러 차례에 걸쳐 그 법적 성격이 보안처분에 해당함을 확인한 바 있습니다(대법원 2009. 5. 14. 선고 2009전도5 판결, 2009. 9. 10. 선고 2009도6061, 2009전도13 판결).

즉, 대법원은 전자발찌제도에 대하여 “...전자감시제도는, 성폭력범죄자의 재범방지와 성행교정을 통한 재사회화를 위하여 그의 행적을 추적하여 위치를 확인할 수 있는 전자장치를 신체에 부착하게 하는 부가적인 조치를 취함으로써 성폭력범죄로부터 국민을 보호함을 목적으로 하는 일종의 보안처분이다. 이러한 전자감시제도의 목적과 성격, 그 운영에 관한 위 법률의 규정 내용 및 취지 등을 종합해 보면, 전자감시제도는 범죄행위를 한 자에 대한 응보를 주된 목적으로 그 책임을 추궁하는 사후적 처분인 형벌과 구별되어 그 본질을 달리하는 것으로서 형벌에 관한 일사부재리의 원칙이 그대로 적용되지 않으므로, 위 법률이 형 집행의 종료 후에 부착명령을 집행하도록 규정하고 있다 하더라도 그것이 일사부재리의 원칙에 반한다고 볼 수 없다.”라고 판시하여 전자발찌 제도의 성격이 보안처분에 해당함을 명시하였고, 이러한 판단을 근거로 전자발찌 제도가 일사부재리 원칙에 위배되지 않으며 더 나아가 피부착자의 기본권을 과도하게 제한하는 과잉입법에 해당하지 않고 헌법이 보장한 거주이전의 자유를 본질적으로 침해하지도 않는다고 판단하였습니다.

그러나 청주지방법원 충주지원은 전자발찌 제도가 피부착자의 신체의 자유, 인격권 등 기본권을 제한하고 징벌적·규제적 성격이 강하여 전자적 형벌과 유사하다고 하면서, 따라서 형벌불소급의 원칙에 위반된다고 볼 여지가 있으며, 형벌불소급의 원칙이 적용되지 않더라도 신뢰보호의 원칙상 전자발찌 제도를 소급적용하는 것은 헌법 제37조 제2항에서 정한 과잉금지의 원칙에 반하여 헌법에 위배된다는 상당한 의심을 갖게 한다고 하면서 이 사건 위헌제

청결정을 한 바 있습니다(청주지방법원 충주지원 2010. 8. 25. 2010전초1 결정).

(2) 전자발찌 제도의 내용 및 형벌적 성격

전자발찌 및 화학적 거세 제도의 법적 성격을 이해하기 위해서는 그 제도가 과거 행위에 대한 처벌인지, 미래의 범죄예방을 위한 것인지와 같은 추상적인 기준에 의존할 것이 아니라 제도의 구체적인 내용을 살펴 검토할 필요가 있다.

이러한 관점에서 볼 때, 전자발찌 제도는 ① 피부착자의 신체에 24시간 감시장치를 부착하고 있어야 하며 잠을 잘 때나 목욕을 할 때에도 그 장치를 신체에서 분리할 수 없다는 점, ② 감시장치를 항상 부착하여야 하기 때문에 전자발찌 피부착자라는 사실이 주변에 알려질 가능성이 높고, 그러한 경우 실질적으로 수치형 또는 명예형과 같은 형사적 제재로서의 성격을 가지는 점⁷⁾, ③ 단기 자유형을 대체하거나 집행유예시 주로 부착명령을 내리는 외국 입법례와는 달리 형의 종료 이후에도 부착을 명할 수 있고(전자발찌법 제2장), 실제 제도의 운용상황을 보더라도 주로 형 집행 종료 이후 부착을 주로 시행하고 있는 점, ④ 전자발찌 부착명령과 함께 외출제한, 특정 장소 출입금지, 치료프로그램의 이수 및 심지어 주거지역의 제한까지 포함하는 준수사항을 부과할 수 있으며, 이러한 준수사항을 위반할 경우 형사처벌까지 가능한 점(전자발찌법 제9조의2, 제39조), ⑤ 피부착자는 주거를 이전하거나 7일 이상의 국내여행을 하거나 출국을 할 때 미리 보호관찰관의 허가를 받아야 하고, 이를 위반한 경우 부착기간이 연장될 수 있는 점(전자발찌법 제14조 제3항, 제14조의2), ⑥

7) 정현미, 「성폭력범죄대책과 전자감시」, 『형사정책』 제21권 제1호, 2009. 6, 333면

피부착자가 저지른 범죄의 법정형의 상한을 기준으로 전자발찌 부착기간의 상한과 하한이 달리 규정되어 있는 점(전자발찌법 제9조 제1항) 등의 내용을 포함하고 있는바, 이를 종합적으로 고려하여 보면 그 제재의 정도가 상당히 강력하여 형벌과 유사한 성격이 매우 크다고 볼 수 있다.

특히, 부착대상자가 저지른 범죄의 법정형이 부착대상자의 재범위험성을 평가하는 어떠한 합리적인 척도가 될 수 없음에도, 법정형의 상한을 기준으로 법정형의 상한이 높을수록 부착기간의 하한과 상한을 높게 규정하고 있는 점은 대상자의 사회적 위험성을 전제로 범죄예방을 추구하는 보안처분의 성격에 부합하지 않는 부당한 내용입니다. 그리고 전자발찌와 같은 24시간 감시제도를 형 집행 종료 이후에 주로 실시하는 것은 많은 위헌성 논란 끝에 입법적으로 폐기한 보호감호 제도와 유사한 성격을 가진 것으로서 마찬가지로 위헌적 요소를 다분히 내포하고 있다고도 볼 수 있습니다.

다. 소결

이처럼 전자발찌 제도는 법 제정 후 약 3년, 시행으로부터는 2년 정도 되는 기간 동안 수차례의 개정을 통해 소급적용을 하기까지 이르렀으며, 개정 과정에서 점점 그 처벌적 성격이 강화되어 왔음을 알 수 있습니다. 그런데 이와 같은 개정내용들은 합리적인 검토와 연구에 의해 도출된 것이라기 보다는 사회적으로 이슈화 된 몇몇 강력 성폭력 사건에 대한 여론을 무마하기 위한 보여주기 식 정책으로 추진되었다는 점에서 아래와 같이 많은 문제점을 가지고 있으며, 따라서 이러한 제도를 소급하여 적용한다는 것은 더욱 큰 위헌의 여지가 있다고 할 것입니다.

2. 전자발찌 제도의 문제점 및 위험성

가. 부착대상 범죄의 부당한 확대

전자발찌 제도는 제정 당시 성폭력범죄에만 국한하여 도입되었다가 개정 과정에서 부착대상 범죄가 미성년자 대상 유괴범죄(2009년) 및 살인죄(2010년)로 확대되었습니다. 그런데 문제는 이와 같이 부착대상 범죄를 확대하는데 있어 어떠한 합리적인 근거나 이유가 제시되지 않았다는 점입니다.

정부는 2009년 12월 29일 전자발찌 부착대상 범죄를 살인, 강도, 방화에까지 확대하는 내용 등을 담은 개정안을 제출하면서 “재범억제효과가 탁월한 위치추적 전자감독제도를 살인, 강도, 방화범죄 등 3대 고위험 강력범죄로 확대”⁸⁾한다고 설명한 바 있습니다. 그러나 2009년 대검찰청 범죄현황 분석을 살펴보면, 전체 범죄의 동종 재범률은 35.8%인 것에 비해, 살인, 강도, 방화, 강간 등 강력범죄의 동종 재범률은 16.9%에 지나지 않으며, 특히 방화 범죄의 경우는 7%에 지나지 않아 오히려 동종 재범률이 매우 낮은 편에 속하였습니다⁹⁾. 결국 이와 같은 정부 개정안 중 실제 개정과정에서는 살인죄만이 부착대상범죄로 추가되었으나, 이와 같은 개정내용은 전자발찌 부착대상 범죄를 특정하는데 있어 어떠한 합리적인 판단기준도 존재하지 않음을 여실히 드러내었습니다.

결국 전자발찌 제도는 이중 재범률과 동종 재범률을 구분하지 않은 채 성폭력범죄의 위험성을 비합리적으로 과장하여 도입되었으며, 법 개정과정에서

8) 2009. 12. 29자 정부 제출 전자발찌법 개정안

9) 2010년 개정 이전에 이미 전자발찌 제도가 적용되고 있던 성폭력범죄 및 유괴범죄의 경우에도 2005년~2008년의 4년간 동종 재범률은 각각 14.8%, 15.4%에 불과하여 이들 범죄의 동종 재범률이 높다는 인식은 잘못된 것임을 알 수 있습니다.

도 마찬가지로 합리적인 검토 없이 무분별하게 그 적용대상이 확대되고 있다고 볼 수 있습니다. 물론 동종 재범률이 낮더라도 전자발찌 제도는 특정 범죄자에 대한 재범 방지와 성행 교정을 위한 효율적인 수단으로써 고려될 필요는 있겠으나, 전자발찌 제도에 위험적 요소가 상당히 있다는 점을 고려한다면 적용대상을 무분별하게 확대하는 것은 매우 신중하게 접근할 필요가 있습니다.

나. 부착기간의 문제점

(1) 부착기간의 상한 강화의 문제점

전자발찌의 부착기간은 제정 당시 5년에서 법이 시행되기도 전의 개정으로 그 2배인 10년으로 상향되었으며, 2010년 개정으로 인해 또다시 30년으로 상향조정 되었습니다. 또한, 2010년 개정된 전자발찌법에 의하면 법정형의 상한이 사형 또는 무기징역인 경우 부착기간을 10년 이상으로 정하도록 하는 등 부착대상자가 저지를 범죄의 법정형에 따라 부착기간의 하한을 정하는 규정을 신설하고, 특히 13세 미만자에 대해 특정범죄를 저지른 경우에는 부착기간의 하한을 2배로 가중하도록 하였습니다(전자발찌법 제9조 제1항).

그러나 이와 같은 부착기간의 강화 역시 어떠한 합리적인 기준이나 근거 없이 추진되었다는 점에서 문제의 소지가 있습니다. 전자발찌 제도에 대한 국회 법제사법위원회 전문위원 검토보고서에 의하면 종신기간 동안 부착을 허용하는 것은 미국의 3개 주에 불과하며, 나머지 국가들은 호주 빅토리아주 15년, 뉴질랜드 10년, 영국 8년, 프랑스 6년, 스페인 5년 정도에 불과합니다. 그리고 전자발찌 제도를 먼저 시행한 이들 국가에서도 아직까지 장기부착에 따

른 부작용에 대한 연구가 부족하며, 따라서 6개월 이상의 전자감시는 부적절하다는 연구결과도 있는데¹⁰⁾, 우리나라에서는 아직까지 부착기간이 지나치게 짧아 문제가 된 사례가 발생하지 않았음에도 무분별하게 부착기간을 상향하여 부작용에 대한 우려를 자아내고 있습니다.

(2) 부착기간의 하한 강화의 문제점

부착기간의 하한 역시, 외국 입법례 중 유일하게 하한을 규정하고 있는 미국의 경우를 보더라도 하한이 3년, 2년, 1년 등으로 규정되어 가장 중한 범죄에 대하여도 최대 3년의 하한만이 적용된다는 점을 고려하면, 법정형에 사형 또는 무기징역이 규정되어 있는 범죄의 경우 최소 10년 이상 전자발찌를 부착하도록 하고 있는 현행 전자발찌법의 내용은 지나치게 과도함을 알 수 있습니다. 이러한 과도한 하한의 설정은 법원으로 하여금 시건 및 부착대상자의 특성에 따라 부착기간을 탄력적으로 적용할 재량권을 박탈함으로써 기본권 침해가 문제될 소지도 있는데, 아래 (3)항에서 보는 바와 같이 법원은 상당수의 사건에서 법에 규정된 최하한의 기간을 부착기간으로 선고하고 있는바, 이는 전자발찌법에 규정된 하한이 지나치게 높게 설정되었다는 점을 반증하는 것입니다.

또한, 앞서 언급한 바와 같이 선고형도 아닌 법정형의 상한을 기준으로 부착기간의 상한과 하한을 달리하는 것은 어떠한 합리적인 근거도 없으며, 보안처분의 성격과도 모순되는 점이 있습니다. 특히, 최근에 신설되거나 개정되는 성폭력 범죄에 대한 처벌규정들은 법정형의 하한은 높지만 상한의 경우엔 사형이나 무기징역형을 규정하지 않는 경우도 있는데, 이러한 점을 감안하면 부

10) 김혜정, 「성폭력범죄자에 대한 전자발찌 적용가능성에 관한 검토」, 『형사정책연구』 제16권 제3호, 2005, 245면

착기간의 상한 및 하한에 대한 현행 규정은 더더욱 부당합니다.

예를 들어, 13세 미만 강간, 친족강간죄는 법정형의 하한이 각각 10년 및 7년으로 규정되어 있으나 유기징역형만 규정되어 있고, 특수강간, 강간치상죄는 법정형의 하한이 모두 5년으로 규정되어 있으나 무기징역형도 함께 규정되어 있어 법정형의 하한이 더 중한 13세 미만 강간죄나 친족강간죄를 범하더라도 특수강간죄나 강간치상죄에 비하여 훨씬 낮은 전자발찌 부착기간의 하한(전자는 3년, 후자는 10년)이 적용되는 부당한 결과가 발생하게 됩니다. 반대로, 단지 법정형에 사형 또는 무기징역이 규정되어 있다는 이유만으로 죄질이나 실제 선고형과는 전혀 관계없이 10년 또는 20년의 엄청난 하한이 적용될 수도 있는데, 이에 대해서는 아래 (3)항에서 자세히 살펴보도록 하겠습니다.

또한, 13세 미만의 사람에 대해 범행을 한 경우에는 무조건적으로 부착기간의 하한을 2배로 가중하고 있는 내용(전자발찌법 제9조 제1항 단서) 역시 법원의 판단재량을 완전히 박탈하여 지나치게 과중한 하한을 규정한 것이며, 유독 13세 미만의 피해자라는 요소만을 하한 가중의 사유로 볼 합리적인 근거가 없다는 점에서 문제가 많습니다.

(3) 판례 분석을 통해 본 전자발찌 부착기간의 문제점

2008년부터 2010년 사이에 선고된 전자발찌 부착명령 관련 판례 83건 중 1심 판결 46건을 분석한 내용¹¹⁾에 따라 분석 대상판결의 사건별 평균 전자발찌 부착기간을 2010년 개정 전후와 선고형량을 기준으로 분류하여 보면 다음

11) 이경환, 「전자발찌 제도의 실패와 문제점」, 『(가) 사법정의와 여성』(발간예정), 민주주의를 위한 변호사 모임 여성인권위원회

과 같습니다.

	5년 미만	5년 이상 10년 미만	10년 이상 15년 미만	15년 이상	합계
2010. 4. 15. 개정 이전 사건별 평균 부착기간 (사건수)	2.7년 (7건)	3.6년 (5건)	8년 (8건)	7.8년 (10건)	6년 (30건)
2010. 4. 15. 개정 이후 사건별 평균 부착기간 (사건수)	8년 (8건)	8년 (2건)	10년 (2건)	17.5년 (4건)	10.6년 (16건)

위 내용을 살펴보면 개정 전후를 불문하고, 대체로 선고형량에 비례하여 부착기간이 정해짐을 확인할 수 있습니다. 다만, 2010년 개정 전후를 비교하여 보면, 개정 이후 사건들의 경우 선고형이 10년 이상 15년 미만인 경우를 제외하고는 개정 전에 비해 부착기간이 모두 큰 폭으로 상향되었음을 알 수 있는데, 선고형이 10년 미만인 경우에는 새롭게 신설된 부착기간의 하한 규정에 기인하며, 15년 이상의 경우에는 상한의 상향조정 및 성폭력 사건에 대한 최근 우리 사회의 강경 처벌 분위기가 반영된 것으로 보입니다.

2010년 전자발찌법 개정 이후 사건 16건 중 5건을 제외한 11건(약 69%)은 모두 개정법에 따른 부착기간의 하한에 해당하는 부착기간을 정하고 있는데,

이는 입법적으로 부착기간의 하한이 지나치게 높게 설정되어 법원이 판단재량을 갖지 못하고 법률에 규정된 최하한을 선고할 수밖에 없다는 점을 보여주며, 입법적으로 하한의 설정이 과도하게 규정되었다는 점을 확인할 수 있습니다.

특히 법정형에 사형, 무기징역이 규정된 경우 부착기간의 하한을 10년(13세 미만자를 범행대상으로 한 경우에는 2배 가중)으로 규정한 것은 매우 과도한 규정으로서, 성폭력 관련 범죄들의 법정형을 정함에 있어 사형 또는 무기징역의 규정 여부에 대해 엄격한 기준을 가지고 입법을 한 것이 아님에도 어떤 특정한 죄명에 해당되는지에 따라 부착기간이 크게 달라지는 불합리한 결과가 발생할 수 있습니다.

이와 같은 문제점을 상징적으로 보여주는 것이 부산지방법원 2010. 7. 21. 선고 2010고합324, 2010전고34 판결이라고 할 수 있는데, 위 사건의 경우 부착대상자가 비록 죄질이 나쁜 특수강도강간의 범행을 저지르기는 하였으나 초범의 미성년자이고, 성폭력범행은 강제추행 1회에 그쳤으며, 피해자와 합의한 점 등 여러 감경적 양형사유로 인해 두 차례나 감경되어 장기 3년, 단기 2년 6월의 형이 선고되었음에도 불구하고, 전자발찌의 부착기간에는 그러한 감경 사유가 전혀 고려되지 못하고 개정법에 따라 20년의 부착기간이 정해졌습니다. 이는 위 2010년 전자발찌법 개정 후 분석대상 판결 16건 중 두 번째로 높은 부착기간으로서, 과연 사건의 구체적인 내용을 감안하여 볼 때, 법률상 부착기간의 하한을 이와 같이 과도하게 규정하는 것이 바람직한 것인지 심각한 의문을 일으킵니다.

이처럼 개정된 전자발찌법에 의한 부착기간의 상한 및 하한 규정은 법원의

재량을 사실상 박탈하여 과도한 부착기간을 강제함으로써 부착대상자의 기본권을 침해하고 있습니다.

다. 형벌불소급의 원칙 위반

우리 헌법은 제13조 제1항에서 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며...”라고 규정하여 형벌불소급의 원칙을 언급하고 있으며, 제12조 제1항 후문에서는 “... 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”라고 규정하여 처벌과 보안처분을 나란히 열거하고 있습니다.

그런데 헌법재판소는 개정되기 전의 사회보호법상 보호감호처분의 위헌성이 문제된 사례에서 “... 신체에 대한 자유의 박탈을 그 내용으로 하는 보호감호처분은 형벌과 같은 차원에서의 적법한 절차와 헌법 제13조 제1항에서 정한 죄형법정주의의 원칙에 따라 비로소 과해질 수 있는 것이라 할 수 있고, 따라서 그 요건이 되는 범죄에 관한 한 소급입법에 의한 보호감호처분은 허용될 수 없다고 할 것이다.”라고 판시하여 보안처분에 대해서도 형벌불소급의 원칙이 적용될 수 있다는 입장을 취한 것으로 보입니다(헌법재판소 1989. 7. 14. 선고 88헌가5 결정).

대법원 역시 가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상 사회봉사명령에 대한 사례에서 “그런데 가정폭력처벌법이 정한 보호처분 중의 하나인 사회봉사명령은 가정폭력범죄를 범한 자에 대하여 환경의 조정과 성행의 교정을 목적으로 하는 것으로서 형벌 그 자체가 아니라 보안처분의 성격을 가지는 것이 사실이나, 한편으로 이는 가정폭력범죄행위에 대하여 형사처벌 대신 부과되는

것으로서, 가정폭력범죄를 범한 자에게 의무적 노동을 부과하고 여가시간을 박탈하여 실질적으로는 신체적 자유를 제한하게 되므로, 이에 대하여는 원칙적으로 형벌불소급의 원칙에 따라 행위시법을 적용함이 상당하다.”라고 판시하면서 사회봉사 및 수강명령의 상한이 100시간에서 200시간으로 확대된 신법을 적용한 원심결정을 파기환송한 바 있습니다(대법원 2008. 7. 24. 선고 2008어4).

또한, 학계의 다수설도 소급효금지의 의의는 소급적인 자유의 제한 내지 박탈을 금지하는데 있는데, 자유의 제한이라는 점에서 보안처분은 형벌과 실질적으로 동일하며, 만약 보안처분에 대하여 법률의 소급적 적용을 허용하면 형벌불소급의 원칙은 실질적 의미를 상실하게 된다는 이유로 보안처분에 대하여도 형벌불소급의 원칙이 적용되어야 한다는 입장입니다.

위와 같은 헌법재판소 및 대법원의 판단과 학계의 태도에 비추어 볼 때, 이 사건에서 문제되는 전자발찌 제도의 경우 단지 그 법적 성격이 보안처분에 해당한다는 이유만으로 위헌의 여지가 없다고 결론내리는 것은 부당합니다. 오히려 앞서 살펴본 전자발찌 제도의 형벌적 성격을 감안하면, 형벌불소급의 원칙을 적용하는 것이 타당하며 아무런 제한 없이 전자발찌 제도의 소급적용을 허용하고 있는 이 사건 법률규정은 위헌으로 선언되어야 합니다.

라. 과잉금지 원칙 위반

가사, 백보를 양보하여 보안처분에 대하여는 형벌불소급의 원칙이 적용되지 않는다고 판단하더라도, 이 사건 법률조항은 진정소급입법에 해당하는데 이를 통해 달성하고자 하는 입법목적에 비하여 소급적으로 인정된 부작대

상자의 기본권이 과도하게 침해되므로 신뢰보호의 원칙 및 과잉금지 원칙에 위반하여 위헌으로 선언되어야 합니다.

즉, 이 사건 법률조항은 재범의 위험성이 높은 성폭력 범죄의 특성을 감안하여 성폭력 전과자를 감시·감독함으로써 재범을 방지하고 하는 입법 목적을 가지고 있으나, 앞서 살펴본 바와 같이 성폭력 범죄의 동종재범율은 다른 범죄에 비하여 높기는커녕 오히려 낮은 것으로 통계상 확인되는바, 소급적용을 통해서까지 전자발찌 제도를 적용할 필요성이 있는지 의문입니다.

또한, 재범 억제에 방법은 전자발찌 제도 외에도 성폭력범죄자에 대한 체계적인 교육·치료프로그램의 실시(특히, 청소년인 성폭력범죄자에 대해서는 가해자교육이 재범예방에 매우 큰 효과가 있다는 여러 연구결과가 알려져 있습니다), 기존의 보호관찰 제도를 활용한 전과자 관리, 경찰에 의한 전과자 관리 등 대안적인 방법이 충분히 있습니다. 더구나 우리나라에서는 이미 시행하고 있는 보호관찰 제도를 포함하여 이와 같은 대안적인 제도들을 충분히 내실 있게 시도해본 경험도 없기 때문에, 재범 방지를 위해서는 불가피하게 전자발찌 제도와 같이 기본권 침해적인 수단이 필요하다는 주장도 설득력이 없습니다. 법무부는 이미 최근부터 출소가 임박한 성폭력범죄자들을 대상으로 집중적인 성폭력 예방 교육프로그램을 실시하고 있으며, 경찰 역시 올해의 김OO 사건 이후 철저한 재범자 관리를 천명한 바 있는데 이와 같은 대안적인 제도들의 성과를 평가하기도 전에 전자발찌 제도를 소급적용하기로 한 것은 그야말로 성폭력범죄자의 기본권을 무시한 포퓰리즘적 정책의 전형이라고 할 것입니다.

더구나 외국의 입법례에서도 알 수 있듯이 전자감시 제도는 현행 전자발

찌 제도와 같은 24시간 감시제도만 있는 것이 아니라 대상자로 하여금 일정 시간에 제한된 공간 내(예컨대 주거지)에 있음을 보고하도록 하여 확인하는 방식, 출입제한 지역을 설정한 뒤 이를 위반한 경우에만 확인이 가능한 방식 등 단계별로 감사의 정도가 다른 다양한 형태의 감시제도가 있습니다. 그럼에도 불구하고 위에서 살펴본 바와 같이 과도한 부착기간의 상한과 하한을 적용해야 하는 가장 엄격한 24시간 감시제도를 소급적용하는 것은 최소침해의 원칙에 반하는 것으로서 진정소급입법의 정당성이 인정된다고 볼 수 없습니다.

마. 소결

따라서 이 사건 법률조항은 형벌불소급의 원칙에 위반되며, 형벌불소급의 원칙이 적용되지 않더라도 신뢰보호의 원칙 및 과잉금지의 원칙에 위배되므로 위헌으로 선언되어야 합니다.

3. 이 사건 판단에 있어 고려해야 할 사항

가. 최근 성폭력 관련 정책의 '과잉형벌화' 경향

최근 몇 년간 우리나라에서는 국민들의 공분을 일으키게 한 몇몇 성폭력 사건¹²⁾들이 크게 이슈화되면서, 이와 관련하여 새로운 대책들이 대거 도입되는 등 성폭력 정책에 있어 많은 변화가 이루어졌습니다. 대표적인 것들만 언급해보더라도, 전자발찌 제도의 도입(2007년), 성폭력범죄자에 대한 치료감호

12) 용산 초등학교 성폭행 살인사건(2006년), 안양 초등학교 살인사건(2007년), 일산 초등학교 납치 미수 사건, 청조 지적장애인 성폭행 사건(2008년), 조두순 사건(2009년), 김길태 사건, 김수철 사건(2010년) 등

도입(2008년), 아동성폭력 법정형 상향(2008년), DNA 정보수집 근거법률 제정(2009년), 전자발찌 제도 강화 및 소급적용, 흉악범 신상공개, 징역형 상한 확대, 공소시효 연장(DNA 증거 등) 및 정지, 아동·청소년 성폭력 비친고죄화, 신상정보등록 및 공개제도 강화, “소위 화학적 거세 제도”의 도입 등(2010년)이 있었습니다.

이와 같은 최근의 성폭력 정책 흐름을 살펴보면, “아동성폭력 사건에 대한 강력 대처” 및 “가해자에 대한 감시 및 처벌의 강화”라는 경향성이 뚜렷하게 드러나고 있는데, 성폭력 문제에 대한 정부의 강력한 의지 및 대응에도 불구하고 과연 이러한 정책흐름이 전체 성폭력 문제의 해결을 위한 올바른 접근법인지에 대해 많은 의문이 제기되고 있습니다. 그리고 더 나아가 최근에 도입된 성폭력 정책 중 가장 대표적이라고 볼 수 있는 전자발찌 제도나 화학적 거세 제도에 대해서는 제도도입 이후에도 위헌성에 대한 논란 및 국가형벌권이 남용되고 있다는 지적이 계속되고 있는 상황입니다.

정부는 이와 같은 성폭력 정책들이 우리 사회의 성폭력 문제를 해결하기 위해 가해자의 권리가 제한되는 측면이 있더라도 어쩔 수 없이 도입되어야 할 필요성이 있다고 주장하나, 아래에서 보는 바와 같이 최근 성폭력 관련 정책의 과잉형벌화 경향은 오히려 우리 사회의 성폭력 문제를 해결하는데 있어 걸림돌로 작용할 가능성이 매우 큽니다.

나. 성폭력에 대한 왜곡된 인식의 강화

먼저 최근의 성폭력 정책이 사회적으로 공분을 일으키는 아동성폭력과 같은 특정 유형의 성폭력에만 집중되는 것은 성폭력에 대한 왜곡된 인식을 강화할

우려가 있습니다.

성폭력 범죄에 대해서는 엄벌주의와 온정주의라는 상반된 두 가지 반응이 공존하게 되는데, 최근에 주로 문제된 아동성폭력 사건과 같은 경우 사형제나 사회로부터의 영원한 격리, 화학적 거세, 심지어 물리적 거세까지 논의되는 것은 바로 이러한 엄벌주의 경향의 대표적인 예시라고 할 수 있습니다. 반면, 피해자가 성인이고 가해자와 밤늦게까지 함께 술을 마시다가 성폭력을 당한 경우, 피해자가 청소년이지만 가출을 했고 성폭력으로 인해 임신을 한 사실이 주변에 알려지게 되자 고소를 한 경우, 피해자가 장애인이지만 피해 사실에 대한 진술이 일관되지 못하고 목격자가 없는 경우 등과 같이 피해자를 의심할만한 정황이 존재하는 경우에는 믿기 어려울 만큼의 가해자에 대한 온정주의가 나타나게 됩니다. 가해자가 술에 취해 실수를 한 것이라거나, 피해자에게도 일부 책임이 있다거나, 이런 일로 가해자의 인생을 망쳐야 하겠냐는 등의 가해자 옹호논리는 성폭력 수사·재판 과정에서 쉽게 접할 수 있는 것들입니다.

문제는 최근 연이어 발생한 사건들과 같은 극단적 유형의 성폭력 사건만이 지나치게 강조될수록, 그 반작용으로 그와 같은 극단적인 경우가 아닌 성폭력에 대하여는 그 심각성을 과소평가하고 가해자와 피해자 사이의 사적인 문제로 치부하거나, 가해자에 대한 처벌을 불필요한 것으로 생각하는 온정주의의 폐해가 더욱 심하게 나타날 수 있다는 점입니다. 성폭력 사건의 대부분이 가해자와 피해자가 서로 아는 관계에서 발생하고, 대다수의 가해자들이 이에 대해 피해자와 합의된 관계였다거나, 피해자가 먼저 유혹을 했다고 주장하고, 잘못을 인정하더라도 술에 취해 발생한 단순한 실수에 불과하다는 변명을 한다는 점을 고려할 때, “어느 날 낯선 성인이 나타나 연약한 아동을 상대로 하

여 흉악하고 파렴치한 범행을 저지른다”는 왜곡된 범죄이미지의 재생산¹³⁾은 대다수 성폭력 사건의 해결에 있어 상당한 걸림돌로 작용할 가능성이 매우 큽니다¹⁴⁾.

다. 특정 개별 가해자에 대한 과도한 책임 전가

과잉형벌화 정책은 특정 사건의 개별 가해자에 대한 분노의 여론을 그대로 반영하고 있습니다. 즉, 가해자는 나쁜 사람이고 형사처벌을 한 이후에도 우리 사회의 위험요소가 될 수 있으므로, 성폭력 문제를 해결하기 위해서는 위험인물을 철저히 감시와 통제하는 것으로 해결해야 한다는 논리입니다. 그러나 이러한 논리전개는 자칫 모든 책임을 가해자 개인에게만 전가하고 우리 사회의 성폭력 관련 제도의 문제를 간과하게 하는 오류를 범할 수 있습니다.

즉, 최근에 문제된 사건들만 보더라도 경찰수사의 문제점이나 정부·지자체·교육당국의 예방대책의 미비, 경찰·검찰·법원 등 사건관계자들의 잘못된 인식 또는 실무관행, 피해자 보호체계의 미비 등 제도적, 구조적 문제점이 많이 지적되었음에도 이에 대한 대책은 부수적으로만 다루어질 뿐이고 가해자에 대한 엄중 처벌만이 주된 의제로 설정되고 있는 것입니다. 성폭력 문제는(아동 성폭력을 포함하여) 최근에 갑자기 등장한 새로운 사회문제가 아니며, 또한

13) 이호중, 「아동성폭력 재범방지정책의 인권법적 쟁점」, 『아동성폭력 재범방지정책과 인권 토론회 자료집』, 국가인권위원회, 2010. 7, 77면 참조

14) 특히, 화학적 거세의 경우에는 성폭력 범죄가 “가해자의 참을 수 없는 욕구”에 의해 발생하는 것이라는 잘못된 인식을 강화할 우려도 있습니다. 이임혜경, 「언론 밖 세상에 주목하자」, 『아동성폭력 재범방지정책과 인권 토론회 자료집』, 국가인권위원회, 2010. 7, 98~99쪽 참조

예전부터 이미 충분히 심각한 문제였다는 점을 고려하면, 이와 같은 의제 설정은 가해자에게 모든 책임을 전가함으로써 지금까지의 정책오류를 은폐하고 사회적 비난을 피하려는 의도로 충분히 해석될 수 있습니다¹⁵⁾.

라. 예산·인력 등 사회적 자원의 비효율적 분배

성폭력 사건은 피해자의 신고율이 10%에도 못미칠 정도로 암수범죄가 많으며, 기소율은 약 50%, 기소된 이후에도 친고죄 규정으로 인하여 처벌을 받지 않고 종결되는 사건이 많다는 점을 고려하여 보면, 전자발찌 제도가 적용되어 실효를 가둘 수 있는 사건의 비율은 매우 미미하다는 점을 알 수 있습니다.

오히려 암수범죄가 많은 성폭력범죄의 특성을 감안하면, 성폭력사건의 신고율을 높힐 수 있는 피해자 지원체계의 강화(피해자보호시설, 아동성폭력전담상담기관 등)와 가해자에 대한 처벌을 담보할 수 있는 수사·사법담당자들에 대한 교육, 관련전문가 양성 및 전문가와의 유기적 협력시스템 구축 등의 노력이 좀 더 근본적이고 영향력이 많은 대책이 될 수 있을 것입니다. 그 밖에도 청소년가해자들에 대한 실효성 있는 교육 실시, 학교·학원 주변 지역의 안전망 구축 등 지속적으로 예산 및 인력을 투입하여 추진해야 할 정책들이 산적해 있습니다.

그러나 정부가 사용할 수 있는 예산과 인력은 한정되어 있으므로, 특정 정책에 대한 강조는 필연적으로 나머지 정책들에 대한 유보 또는 부실한 진행을 가져올 수밖에 없습니다. 예컨대, 전자발찌 제도의 경우 지금까지 2008년

15) 같은 취지로 언론보도가 성범죄자에게만 집중되어 성폭력 사건이 발생한 맥락이나 환경과 같은 구조적 문제를 놓치고 있다는 점을 지적한 글로는 이용성, 「인권위 토론편」, 『아동성폭력 재범방지정책과 인권 토론회 자료집』, 국가인권위원회, 2010. 7, 86~87쪽

약 86억 원, 2009년 약 23억 원 등 100억 원 이상의 예산이 전자발찌 시스템 구축 등에 사용되었는데, 성폭력사범에 대한 교육운영예산이 연간 1억~2억 원 사이이고, 성폭력 피해자에 대한 치료지원 예산(2007년 여성가족부)은 약 5억 정도인 점¹⁶⁾을 감안하여 볼 때, 보다 근본적으로 전자발찌 제도가 성폭력범죄의 예방에 얼마나 필요하고 우선적으로 추진되어야 할 정책인지를 검토해볼 필요가 있습니다.

마. 소결

이처럼 현행 전자발찌 제도는 우리 사회의 성폭력 문제의 해결을 위해 꼭 필요한 제도라기보다는 사회적으로 크게 이슈화된 강력 성폭력 사건들로 인한 여론을 의식하여 여론의 입맛에 맞도록 국가형벌권을 남용·강화하려는 경향 속에서 도입되었으며, 소급적용을 가능케 한 이 사건 법률규정의 경우에도 소급적용의 필요성이나 부작용에 대해 충분한 검토나 사회적 논의를 거치지도 않고 정치적인 목적과 이해관계로 인해 급하게 입법된 측면이 있습니다.

따라서 이 사건 법률조항을 합헌적으로 해석해야 할 필요성은 거의 없다고 볼 것이며, 진정으로 우리 사회의 성폭력 문제를 제대로 해결하고자 한다면 기본권 침해적인 이 사건 법률조항에 대해 위헌선언을 함으로써 과잉 형벌화 정책만으로 모든 문제를 해결하고자 하는 최근의 성폭력 정책 흐름에 경종을 울릴 필요가 있습니다.

16) 변혜정, 「성폭력 관련 공공지출에 대한 성인지적 분석」, 『공공지출이 성불평등에 미치는 영향』, 한국여성정책연구원 성인지예산센터, 2008, 273쪽

4. 결론

전자발찌 제도와 같은 감시제도는 한 번 도입되면 더욱 더 확대되거나 감시의 수준이 높아지는 방향으로 발전하는 경향이 있으며(이미 미성년자 대상 유괴범죄 및 살인죄로 대상범죄가 확대되었으며 정부는 전자발찌의 부착대상을 점점 확대시킬 계획을 가지고 있는 것으로 보입니다), 이를 돌이켜서 제도 자체를 폐지하는 것은 거의 불가능하게 됩니다.

위에서 살펴본 바와 같이, 현행 전자발찌 제도는 거의 형벌과 같은 정도의 내용과 성격을 가지고 있으며, 이미 범죄사실에 대한 판결이 확정되어 수형생활을 하고 있는 범죄자들을 대상으로 소급적용을 하는 것은 형벌불소급의 원칙 또는 신뢰보호·과잉금지의 원칙에 위배되므로 이 사건 법률조항에 대해 위헌선언을 하여 주시기 바랍니다.

2010. 12. .

헌법재판소

귀 중