

‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’의 위헌성에 관한 재검토*

최정학**

차 례

- I. 머리말
- II. 개정 내용 개관
- III. 이중처벌의 문제
 - 1. 전자장치 부착처분의 법적 성격
 - 2. 이중처벌 여부
- IV. 과잉처벌금지의 문제
 - 1. 과잉금지의 원칙
 - 2. 전자감시와 과잉금지의 원칙
 - 3. 소결
- V. 소급효 금지의 문제
 - 1. 보안처분과 소급효 금지의 원칙
 - 2. 이른바 ‘진정 소급효’의 문제
 - 3. 소급효 금지 원칙의 의미
- VI. 맺음말

* 이 논문은 2010년 전기 한국방송통신대학교 학술연구비 지원을 받아 작성된 것임.

** 한국방송통신대학교 법학과 조교수, 법학박사

I. 머리말

지난 2010. 4월 「특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률」(이른바 ‘전자발찌법’)이 개정되었다. 이 법은 사실 2007. 4월에 제정되고 2008. 9월부터 시행되었으므로 시행이후 이제 겨우 2년 남짓 되었는데, 그 동안 (다른 법의 개정으로 인한 일부개정을 제외하고) 법률의 내용이 개정된 것만 3차례에 이른다. 그 가운데에서 이번 개정은 그 범위가 가장 큰 것인데, 전자장치 부착의 대상자를 확대하고 그 기간을 대폭 연장하며, 처분명령에 대한 청구요건을 완화하고 이미 형이 확정된 일부 특정 범죄자에 대해서도 장치의 부착이 가능하도록 하는(즉, 소급효의 인정) 등의 내용을 골자로 하고 있다.

이러한 개정은 기왕에 제기되었던 이 법률의 위헌성에 대한 의심을 더욱 크게 만들고 있다. 즉, 별다른 치료 프로그램이 수반되지 않는 전자감시는 단지 재범의 방지를 위한 자유제한처분에 지나지 않으므로 이미 집행된 형벌에 대해 ‘이중처벌’에 해당하게 된다거나, 지나치게 오랜 기간 동안 전자장치를 부착하는 것은 대상자에 대한 과도한 사생활의 침해로서 ‘과잉금지의 원칙’에 어긋나는 것이라는 점 등은 이미 지적되었다.¹⁾ 여기에 더해 이번 개정은 이미 형의 집행이 종료된 일부 특정 범죄인들에 대해서도 이같은 장치의 부착이 가능하도록 함으로써, 이러한 처분에 소급효가 인정될 수 있는지 하는 문제를 추가로 제기하고 있다.

그런데 사실 이러한 개정의 배경이 된 것은 지난 수년간에 발생한 극단적인 성범죄, 특히 아동을 대상으로 한 몇몇 성범죄들이었다. 이에 따라 이 법률의 개정과 함께, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」의 개정을 통해 성범죄자에 대한 ‘신상공개제도’의 기간을 확대하고 지역주민에 대한 신상 고지제도를 도입하며, 「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률」을 제정하여 성범죄자에 대해서 이른바 ‘화학적 거세’ 조치를 할 수 있도록 하는 내용의 특단의 입법들이 마련되었다. 가히 (아동) 성범죄

1) 박혜진, ‘소위 전자장치부착법에 대한 비판적 고찰’, 『형사정책』 20(2), 2008, 225쪽 이하; 줄고, ‘전자감시제도의 도입에 관한 연구 - 특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률’에 대한 비판적 검토’, 『형사정책』 19(2), 2007, 351쪽 이하

‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’의 위헌성에 관한 재검토

에 대한 ‘강성의’ 형사대책이라 할 만하다.

또 이와 같은 성범죄에 대한 특단의 입법들은 형사법 일반에 걸친 ‘엄벌주의’, 즉 형량의 강화와 수사절차에 대한 통제의 완화경향과도 무관하지 않을 것이다. 이미 지난 2010. 4월에 형법이 개정되어 유기징역형의 상한이 대폭 늘어난 바 있고, 전반적으로 수사기관의 권한을 확대하고 그 대상자의 권리를 축소시키는 「경찰관 직무집행법 개정안」이나 「통신비밀보호법 개정안」 등은 국회에 제출되어 있다. 나아가, 사형의 집행을 재개해야 한다거나 보호감호제도를 부활시켜야 한다는 주장도 제기되고 있다.²⁾

요컨대, 현 정부의 형사정책은 점점 더 분명히 ‘중형주의’의 입장을 띠어가고 있으며, 이 글의 대상인 「특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률」도 이러한 맥락에서 분석되어야 할 것이다. 하지만, 중형주의에 대한 본격적인 비판³⁾은 이 글의 범위를 벗어나는 것이다. 여기에서는 다만 이 법률의 개정내용이 갖는 법적 문제점을 특히 그 위헌여부와 관련하여 논해보려 한다.⁴⁾

II. 개정 내용 개관

법률의 내용을 분석하기에 앞서 우선 개정된 내용을 간단하게 정리해보기로 하자. 2007. 4월 제정된 「특정 성폭력 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률」은 시행도 되기 전인 2008. 4월 처음으로 개정되는데, 그 내용은 첫째, 전자장치의 부착기간을 최대 5년에서 10년으로 상향조정하고, 둘째, 전자장치 부착자에게 특정지역이나 장소에 대한 출입금지, 외출제한 등의 특별준수사항을 부과할 수 있도록 하고, 셋째,

2) 2005년에 폐지된 보호감호제도는 최근 ‘보호수용’으로 이름을 바꾸어 법무부의 형법 개정시안에 포함됨으로써 그 부활을 기다리고 있다.

3) 다만 이러한 내용에 대해서는 줄고, ‘앤드류 폰 히르쉬의 형벌이론-신자유주의 형벌이론의 비판’, 『민주법학』 28호, 2005, 264쪽 이하를 참고하기 바란다.

4) 이러한 논의는 기왕에 문제되었던 이 법률의 위헌여부를 보다 명백히 밝히는 데에 기여할 수 있을 뿐만 아니라, 특히 앞으로 예상되는 이 법률에 대한 헌법재판에서 이 글이 제기하는 쟁점이나 논지가 이용될 수도 있을 것이다.

2008. 10월로 예정된 법률의 시행 시점을 같은 해 9월로 앞당긴다는 것 등이었다. 이러한 내용 역시 이번의 개정과 마찬가지로 당시에 사회적으로 문제되었던 몇몇 아동대상의 성범죄를 배경으로 전자장치 부착의 기간을 확대하고 그 내용을 강화한다는 취지로 이해할 수 있을 것이다.

두 번째 개정은 2009. 5월 이루어졌는데, 전자장치 부착의 대상자를 성범죄자 뿐만 아니라 미성년자 대상의 유괴범죄까지 확대한 것이 그 내용이다. 미성년자를 대상으로 한 유괴범죄도 그 결과가 중대하고 재범의 위험성이 높으므로 전자장치의 부착을 통하여 이를 예방하려 한다는 것이 개정의 이유로 제시되었다.

2010. 4월 이루어진 세 번째 개정은 다음과 같은 내용을 포함하고 있다. 첫째, 전자장치의 부착대상이 되는 특정범죄에 살인범죄를 추가하였다(제2조). 둘째, 성범죄에 대해서는 장치의 부착명령을 청구하기 위한 요건을 완화하였다(제5조). 즉, 종래에는 성범죄를 2회 이상 범하고 그 형기의 합계가 3년 이상인 사람이 형의 집행종료 혹은 면제 이후 5년 이내에 다시 같은 범죄를 범한 경우가 가장 대표적인 부착명령 청구의 대상이었는데, 이를 '(한 차례의) 성범죄로 실형을 선고받은 사람이 형의 집행종료 혹은 면제 이후 10년 이내에 같은 범죄를 범한 경우'로 변경함으로써 요구되는 범죄의 횟수를 줄이고 형기합계의 요건을 삭제하며, 재범의 기간도 10년 까지 두 배로 늘리고 있다. 다른 한 편, '13세 미만'의 사람에 대한 성범죄는 단 한 차례의 범행만으로도 장치의 부착대상이 되는데, 이 또한 '16세 미만'의 사람에 대한 성범죄로 개정함으로써 그 대상 범위를 넓히고 있다.

셋째, 전자장치의 부착을 최대 30년까지(가중되는 경우 45년까지) 할 수 있도록 하고, 각 범죄의 법정형에 따른 기간의 하한을 새로 규정하는 등 부착기간을 대폭 상향조정하였다(제9조). 넷째, 전자장치를 부착한 사람은 그 기간동안 의무적으로 보호관찰을 받도록 하고 준수사항 가운데 '주거지역의 제한'을 추가하며 7일 이상의 국내여행이나 출국을 허가사항으로 함으로써, 부가적인 요구사항들을 역시 다소 강화하고 있다(제9조의 2, 제14조). 다섯째, 2008. 9월 이전에 1심 판결이 선고됨으로써 이 법률

‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’의 위헌성에 관한 재검토

의 적용대상이 아닌 사람 가운데에서도 개정법률의 시행 시점에 형 집행 중이거나 형 집행이 종료된 지 3년 이내의 사람들은 다시 이 법률의 적용을 받게 함으로써 전자장치 부착처분의 소급효를 인정하고 있다(법률 제9112호(1차 개정법률) 부칙 제2조). 또 미성년자 대상의 약취·유인죄를 제외한 성범죄와 살인범죄에 대해서는 개정법률의 시행 전에 이루어진 행위에 대해서도 이 법률이 적용되도록 함으로써 역시 마찬가지로 소급효를 인정하고 있다. 나아가 미성년자 대상의 약취·유인과 살인범죄에 대해서도 개정 법률 시행 이전에 받은 실형이상의 형을 그대로 이 법률이 규정한 청구요건에 해당하는 것으로 인정함으로써 역시 소급효가 인정되고 있다고 할 수 있다.(부칙 제2조).

이상의 개정법률에 대해서는 몇 가지 쟁점을 기준으로 그 위헌여부를 생각해 볼 수 있다. 그 쟁점은 다시 세 가지 정도로 정리될 수 있는데, 이중처벌의 문제, 과잉금지의 문제, 그리고 소급효의 문제가 그것이다. 이하에서 순서대로 검토해 본다.

Ⅲ. 이중처벌의 문제

1. 전자장치 부착처분의 법적 성격

전자장치의 부착과 같은 자유제한 처분에 대해서 가장 먼저 제기되는 문제는 역시 이중처벌에 관한 것이다. 우선 전자장치의 부착이 형벌이 아닌 보안처분의 성격을 가진다고 파악되는 한, 일단은 이중처벌의 문제를 피할 수 있을 것이다. 형벌과 보안처분은 그 목적과 기능 등이 서로 뚜렷이 구분되는 형사제재라는 것이 학설⁵⁾과 판례⁶⁾의 확고한 입장이기 때문이다. 그러나 이에 대해서도 이미 지난 2005년 사회보호법이 규정하는 보호감호처분이 형벌과 같은 성격과 기능을 가지고 있음을 이유로 폐지되었다는 사실을 상기해 보면 문제는 그리 간단치 않다.

5) 이재상, 『형법총론(제6판)』, 박영사, 2009, 261쪽; 신동운, 『형법총론(제3판)』, 법문사, 2008, 821쪽

6) 헌법재판소 1989.7.14. 88헌가5등 (병합); 대법원 1997. 6. 13. 선고 97도703 등

본래 미국에서 시작된 전자감시제도는 보호관찰, 특히 가택구금이나 통금시간 등을 부가조건으로 갖는 보호관찰처분에 대해서 그 조건을 잘 준수하고 있는지를 감시하기 위한 수단으로 시작되었다. 따라서 그 대상자도 처음에는 음주운전이나 절도범과 같이 경미한 범죄인으로서 재범 위험성이 낮고, 폭력적이지 않으며 본인이 희망하는 경우 등으로 한정되었고, 폭행이나 성범죄, 마약범죄 등은 여기에서 제외되었던 것이다.⁷⁾ 그러던 것이 최근 미국 등지에서 특히 성범죄자들을 대상으로 장기간 전자감시처분을 부과하는 새로운 종류의 사회보호처분이 등장하고 있다.⁸⁾ 하지만, 이것은 대상자에 대한 관찰과 원조를 통하여 사회적응을 돕겠다는 종래의 전자감시제도의 취지와는 달리, 일방적인 감시와 통제를 함으로써 재범을 방지하고 적극적으로 사회를 보호하겠다는 ‘(사회)방위처분’으로 그 성격이 바뀐 것으로 보아야 할 것이다.

우리의 경우 전자감시제도는 처음부터 성범죄와 같은 중범죄를 대상으로 그것도 짧지 않은 부착기간을 규정함으로써 적극적인 방위처분으로서의 성격을 드러내었다. 그리고 이후의 개정을 통하여 대상범죄가 미성년자에 대한 유괴와 살인으로 확대되고, 그 기간도 대폭 늘어남으로써 이와 같은 성격을 더욱 분명히 하였다.⁹⁾

물론 방위처분이라 하여 보안처분의 성격을 갖지 않는 것은 아니다. 본래 보안처분이란 상습범과 같이 특별한 대책이 요구되는 범죄인에 대한 ‘개선처분’과 함께 범죄인으로부터 사회를 방위하기 위한 ‘보안처분’의 내용을 동시에 가지고 있는 것이기 때문이다.¹⁰⁾ 이 가운데 어느 쪽의 성격이 강한가 하는 것은 구체적인 보안처분에 따라 달라질 수 있는 것일

7) 김혜정, ‘성폭력 범죄자에 대한 전자팔찌 적용가능성에 대한 검토’, 『형사정책연구』 16(3), 2005, 242쪽

8) 미국 플로리다 주의 ‘제시카 런스퍼드법(Jessica Lunsford Act)’과 콜로라도주의 ‘성범죄자 평생감시법(Sex Offender Life Time Supervision Act)’, 아이오와주의 ‘성범죄자법(Sex Offender Act)’ 등이 여기에 해당한다. 최근 외국의 전자감시제도에 대한 개관으로는 정현미, ‘성폭력범죄 대책과 전자감시’, 『형사정책』 21(1), 2009, 328쪽 이하를 참조.

9) 우리의 전자감시 제도가 미국이나 유럽 등지의 원래 제도와는 다른 성격의 것이라는 점에 대해서는 학자들 사이에서도 어느 정도 동의가 이루어진 듯 하다. 예컨대 김혜정, 위의 글, 240쪽, 247-8쪽; 정현미, 위의 글, 322쪽, 332쪽 등.

10) 신동운, 앞의 책, 820-821쪽

터이지만, 적어도 보안처분 내지 방위처분의 성격이 강할수록 보다 엄격한 형벌의 형태와 내용을 가지게 될 것이라는 점은 부인하기 어려울 것이다.¹¹⁾ 우리의 전자감시제도는, 비록 이번 개정을 통해 보호관찰이 함께 이루어지도록 의무화하기는 했지만, 대상자에 대한 치료와 개선보다는 재범방지를 위한 감시와 통제에 역점을 둔 강력한 ‘사회방위처분’이다. 따라서 형식적으로는 이것이 보안처분의 하나라고 볼 수도 있겠지만, 그 내용에 비추어 보면 자유를 제한하고 행동을 통제하는 ‘형벌의 성격을 가진’ 보안처분이라고 할 수 있는 것이다.

혹 전자장치 부착에 부가되는 준수사항의 하나로서 ‘치료 프로그램의 이수’가 포함되어 있으므로(제9조의2 제1항) 이것이 개선처분의 성격도 함께 가지고 있는 것이 아닌가 하는 주장이 있을 수 있다. 그러나 우리의 경우에는 치료처분은 물론 보호관찰 전체가 전자감시를 위한 부수적인 역할에 불과한 것이라는 인상이 짙다. 보호관찰 자체가 이번 개정에서야 비로소 의무화되었을 뿐 아니라 준수사항의 부가도 1차 개정에서 처음으로 도입된 것이고, 치료 프로그램의 경우에도 그 부과가 단지 법원의 재량사항으로 규정되어 있는 등, 전체적으로 (전자)감시를 위해 보조적으로 마련된 것이라고 판단되기 때문이다. 또 만약 감시가 아니라 치료처분이 성범죄를 위한 핵심대책이라면 이것은 전자감시의 시행 이후가 아니라 형의 집행단계에서부터 이루어졌어야 한다는 지적도 귀 기울일만 하다.¹²⁾

2. 이중처벌 여부

전자장치의 부착처분에 대한 법적 성격을 위와 같이 파악한다면, 형벌과의 관계에서 이것이 이중처벌에 해당한다고 볼 수 있는 여지도 전혀 없지는 않을 것이다. 다만, 형벌과 보안처분을 엄격히 구분하고 양자 사이에는 이중처벌의 관계가 성립하지 않는다는 원칙을 유지하고 있는 판례의 입장에서 보면 전자감시에 대해서 새로운 결론을 얻어내기는 쉽지

11) 그리고 이러한 방위처분의 성격이 극단에 이르러 형벌과 사실상 같다는 평가를 받은 것이 바로 위에 언급한 사회보호법의 경우라고 할 수 있을 것이다.

12) 정현미, 앞의 글, 342쪽

않을 것이다.¹³⁾

하지만 보안처분 가운데에서도 일면적으로 사회방위만을 강조하는 자유제한적 보안처분 - 예컨대, 보호감호 - 은 그 내용이 형벌과 중복된다고 볼 수 있는 경우가 많을 것이다. 전자장치의 부착은 대상자의 이동의 자유와 같은 신체의 자유를 제한하는 방위적 보안처분으로서 다소간 형벌의 성격을 갖는다고 볼 수 있고, 이러한 범위에서 이중처벌의 금지 원칙을 위반한 것으로 보아야 할 것이다.

IV. 과잉처벌금지의 문제

1. 과잉금지의 원칙

과잉금지의 원칙이란 국가가 국민의 기본권을 제약하는 경우에도 일정한 제한원리, 즉 통상 필요성, 적합성, 그리고 좁은 의미의 비례의 원칙으로 요약되는 ‘비례성의 원칙’을 따라야 한다는 것을 의미한다. 형벌이나 보안처분과 같은 형사제재의 경우에 명문으로 이와 같은 비례의 원칙을 규정한 조항은 없다. 하지만, 형사제재는 국민의 기본권을 가장 강하게 침해하는 국가권력의 수단이라는 점에서 당연히 이러한 원칙이 적용되는 것으로 보아야 할 것이다. 더욱이 형벌이나 보안처분과 관련해서는 그 절차 뿐만 아니라 ‘내용’도 법에 따른 ‘적정’한 것이어야 함을 의미하는 ‘적법절차의 원칙’을 규정한 헌법 제13조를 통하여 이 원칙이 적용되는 것으로 볼 수도 있고, 나아가 더욱 넓게는 ‘법치주의’가 실현되는 한 모습으로 이를 파악할 수도 있다.¹⁴⁾

특히 보안처분은, 형벌이 ‘책임주의’라는 기본원리에 의하여 그 양이

13) 다만 헌법재판소는 2003.6.26, 2002헌가14, 청소년의성보호에관한법률 제20조 제2항 제1호 등 위헌제청사건에서 재판관 5명의 위헌의견으로 아동대상 성범죄자에 대한 신상공개가 “형벌과 다른 목적이나 기능을 가지는 것도 아니면서, 형벌보다 더 가혹할 수도 있”는 “수치형”의 성격을 갖는다고 한 바 있다.

14) 보안처분과 비례성원칙의 관계, 특히 이 원칙이 보안처분에 적용되는 경우 그 자세한 내용에 대해서는 배종대, ‘보안처분과 비례성원칙’, 김일수/배종대 편, 『법치국가와 형법』, 세창출판사, 1998, 38쪽 이하를 참조.

‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’의 위헌성에 관한 재검토

제한됨에 비하여, 그 무제한적인 적용을 통제할 명시적인 제한원칙이 없다.¹⁵⁾ 따라서 보안처분에 대해서는 그 남용을 방지하기 위해서 비례의 원칙이 더욱 중요한 의미를 갖는다고 할 수 있는데, 전자감시와 관련해서는 구체적으로 몇 가지 점에서 이 원칙의 위반여부가 문제된다. 이하에서 순서대로 살펴보기로 하자.

2. 전자감시와 과잉금지의 원칙

(1) 처분의 실효성 - 적합성의 요건

어떤 제재에 대한 비례성원칙의 심사에서 통상 맨 먼저 이루어지는 것은 추구하는 목적에 비추어 그 수단이 효과적인 것인가 하는 목적적합성에 관한 것이다. 전자감시처분의 목적은 ‘재범의 방지’를 통해 ‘특정범죄로부터 국민을 보호하는’ 것이므로(제1조), 결국 이와 같은 목적에 이 처분이 얼마나 유용한가 하는 것이 판단기준이 될 것이다.

사실 이 문제에 대해서는 보다 많은 자료, 특히 외국의 예에 대한 검토가 필요하지만, 현재로서는 초기의 경미한 범죄에 대한 전자감시처분에 대한 긍정적인 평가가 간헐적으로 발견될 뿐이고,¹⁶⁾ 성범죄와 같은 중범죄에 대해서는 그 효과가 특별히 보고된 바가 없다.¹⁷⁾ 그도 그럴 것이, 성범죄에 대해 전자감시처분을 도입한 것은 가장 빠른 미국의 경우가 2000년대 초반으로 아직 채 10년도 되지 않았기 때문이다.

이러한 사정은 우리도 마찬가지여서 이제 시행된지 2년 정도가 지난

15) 참고로 독일형법은 제62조에서 보안처분에 대한 제한원리로서 비례의 원칙을 명시하고 있다.

16) 예컨대 독일에서는 2002년 5월 헤센(Hessen)주의 프랑크푸르트 지역에서 전자감시제도를 시범실시하였는데 그 결과 긍정적인 성과가 입증되었고, 스웨덴에서도 음주로 인한 교통범죄자에게 전자감시 처분을 부과하여 재범율이 감소하는 효과를 얻었다고 한다. 김혜정, 앞의 글, 246쪽. 또 영국에서도 전자감시 처분의 전반적인 명령 이행율이 83%에 달한다는 보고가 있다. 김재중, ‘한국의 전자감시제도 및 그 발전방향’, 『법학연구』18(1), 경상대학교, 2010, 42쪽

17) 김혜정, 위의 글, 262쪽. 다만 그 효과에 대한 추측만이 있을 뿐이다. 관련 내용은 전영실 외, 『성폭력범죄의 유형과 재범억제방안』, 한국형사정책연구원, 2007, 553-554쪽을 참조.

전자감시 처분의 실효성을 말하기에는 아직 너무 이르다고 할 수 있을 것이다. 법무부는 이에 대해서 이 제도의 시행일인 2008년 9월부터 2010년 2월까지의 피부착자 총 535명 중에서 재범은 단 6명에 지나지 않았으며, 특히 성범죄를 다시 저지른 경우는 단 1명에 지나지 않았다는 사실을 밝히고 있다.¹⁸⁾ 하지만 이러한 통계 역시 기본적으로 그 대상기간이 너무 짧다는 결정적인 한계를 안고 있다.

결국 특히 성범죄와 같은 중범죄에 대한 전자감시의 효과는 아직 충분히 입증되지는 않았다고 볼 수 밖에 없다. 다만 효과가 좋으리라는 일반적인 추측만 있을 뿐이다. 모든 제도가 언제나 그 효과를 충분히 보장받 고서야 시행되는 것은 아니겠지만, 적어도 대상자의 신체의 자유를 제한 하고 기본권을 침해하는 형사제재는 그 도입에 있어서 신중을 기해야 하고, 예상되는 효과와 부작용에 대해서도 면밀한 사전 검토가 필요하다고 할 것이다. 이러한 점에서 보면, 우리의 경우에 전자감시 처분의 도입은 다소 성급했다는 인상을 지울 수 없다.

그러나 이러한 점만으로 이 처분이 그 추구하는 목적에 적합하지 않은 수단이라고 단정할 수는 없고, 결국 비례성 원칙에 대한 위반 여부는 이것이 침해하는 이익과 보호하는 이익을 비교하여 판단할 수 밖에 없다. 이에 관해서는 후술한다.

(2) 대상자의 적절성 - 필요성의 요건

1) 대상범위의 확대

다음으로 검토되어야 할 것은 과연 이러한 처분이 적절한 사람들을 대상으로 하여 규정되어 있는가 하는 점이다. 달리 말해, 이러한 사람들에게 대해서는 (재범의 방지라는 목적을 위해) 이러한 처분이 반드시 필요한가 혹은 좀 더 가벼운 다른 처분으로도 같은 효과를 달성할 수 있는가 하는 ‘처분의 필요성’에 대한 의문이라고 할 수 있을 것이다.

우선 개정법률은 전자장치 부착처분의 대상자를 종래의 성범죄자에서

18) 진정구, 『특정범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 일부개정법률안(정부제출) 검토보고』, 법제사법위원회 전문위원실, 2010.2, 5쪽

미성년자 대상의 약취·유인범과 나아가서 살인범에까지 확대하고 있다. 이러한 대상자의 확대는 애초 전자감시를 살인과 강도, 방화 등 일반적인 중범죄에로까지 확장하려 했던 법무부의 의도가 국회 논의 과정에서 상당부분 축소된 것이라고 할 수 있다.¹⁹⁾ 그러나 법무부는 형법의 개정시안을 통해 보호관찰 대상자에 대해서 전자감시 처분을 부과할 수 있도록 하고 그 대상자로서 보호감호나 치료감호를 종료 또는 가중료 한 경우를 들고 있는데, 보호감호의 대상자는 다시 강도, 방화, 상해, 강간 등의 일반 중범죄를 규정하고 있으므로, 만약 이대로 형법의 개정이 이루어진다면 결국 이러한 범죄를 저지른 사람은 보호감호와 함께 전자장치 부착을 조건으로 하는 보호관찰까지 받을 수 있다는 결과가 된다.

하지만 이렇게 무분별한 전자감시 처분의 확대는 크게 우려할 만한 일이라고 하지 않을 수 없다. 여기에는 아마도 2가지 전제, 즉 전자장치의 부착은 대상자의 권리를 크게 해하지 않는 경미한 처분에 불과하고, 반대로 그 효과는 재범을 방지하는 데 있어서 뛰어나다는 판단이 자리잡고 있는 듯 하다. 그러나, 위에서 보았듯이, 이 두 가지 문제는 반론의 여지가 있고 아직 충분히 입증되지 않은 것으로서 전자감시와 같이 기본권을 침해하는 보안처분의 정당화 근거로서 상당한 설득력을 갖는다고 보기 어렵다. 나아가 설령 앞으로 전자감시의 실효성이 어느 정도 입증된다 하더라도 이와 같이 그 대상범죄를 쉽게 확장해도 되는 것은 아니다. 아무리 경미하다 할지라도, 전자감시 처분은 대상자의 사생활을 침해하는 국가의 권력작용으로서 이른바 ‘국가감시망’의 확대를 의미하는 것이다. 따라서 국가는 이것이 문제되는 범죄의 재발을 막기위해 반드시 필요한 처분이고, 같은 목적을 달성하기 위해 다른 수단을 이미 충분히 동원해 보았다는 사정 등을 먼저 입증해야 하기 때문이다.

그러므로 이 같은 관점에서 볼 때 개정법률에 의한 전자감시 처분 대상자의 확대는 그 정당성에 상당한 의심의 여지가 있다. 전자장치의 부착이 살인범죄 등에 대하여 얼마만한 재범방지 효과가 있는지도 알 수 없거니와, 재범을 막기위한 다른 조치는 불가능한지, 즉 전자감시 처분이

19) 제288회 국회 법제사법위원회 법안심사 제1소위원회 회의록, 제2호, 2010. 3. 23, 6-8쪽

반드시 필요한 것인지가 쉽게 납득되지 않기 때문이다. 법무부의 의도대로라면, 모든 범죄에 전자감시 처분이 부과되어야 하는지도 모른다. 재범의 가능성은 언제나 있기 때문이다. 그러나 이것이 지나친 국가개입의 확대라는 것은 자명한 일이다.

2) 성범죄의 경우

다음으로 처음부터 전자감시 처분은 성범죄를 대상으로 도입된 것이었다. 따라서 이 경우의 필요성 여부가 처분 전체의 정당성과 관련하여 중요한 의미를 갖게 되는데, 그 검토를 위하여 우선 다음의 사항, 즉 우리 사회에서 성범죄가 과연 어느 정도로 발생하고 있고, 특히 그 재범율이 어느 정도 되는가를 살펴보기로 하자. 이것은 형벌 이외에 별도의 보안처분으로서 전자감시가 반드시 필요한지를 판단하기 위한 하나의 기준을 제공해 줄 수 있을 것이다.

최근 5년간 우리 사회에서 발생한 성범죄 발생건수는 다음과 같다.²⁰⁾

<표 1> 성범죄 발생건수 (2004-2008)

2004	2005	2006	2007	2008
11,105	11,757	13,573	13,634	15,094

성범죄의 경우 일반 범죄보다도 훨씬 더 많은 수의 암수범죄가 있음을 감안하면 실제 발생하는 범죄는 이 보다 더 많을 것이라고 추측되지만, 아쉽게도 그 정확한 숫자는 알 수 없다. 문제는 성범죄의 발생 건수에 있어서 특별히 급격한 증가현상은 보이지 않는다는 점이다. 이것은 우리의 경우에 전자감시 처분의 도입이, 일반적으로 성범죄가 증가한 데 따른 것이라기 보다는 특정한 몇몇 사건에 대한 즉자적 반응이라는 것을 암시해 준다.

나아가 더욱 문제되는 것은 재범율이다. 일반적으로 성범죄는 다른 범

20) 대검찰청, 『범죄분석』, 2005 ~ 2009에서 추출한 것임. 다만 이 통계는 형법상의 성범죄만을 대상으로 한 것으로, 특별법 위반의 경우까지 포함하면 그 숫자가 다소 늘어날 것으로 생각된다.

죄들에 비해 재범율이 높고, 따라서 이를 막기위해 특단의 처분이 필요하다는 것이 전자감시를 도입하기 위한 주요한 근거로 주장되었다. 성범죄의 재범율에 대해서는 여러 분석이 있고,²¹⁾ 심지어 이것이 52%에 이른다는 보고도 있지만,²²⁾ 좀 더 체계적인 분석에 의하면 이것은 대략 14%정도 된다고 한다.²³⁾ 그리고 이것은 2005년에서 2008년까지 최근 4년간 다른 범죄의 평균 재범율, 예컨대 살인(10.2%), 강도(27.4%), 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(43.9%), 절도(44.9%) 등²⁴⁾에 비하면 그리 높은 것이 아니라고 할 수 있다.

이러한 내용들을 통해 성범죄가 별로 심각하지 않다거나 재범 방지의 필요가 크지 않다는 것을 증명하려 하는 것은 아니다. 다만, 성범죄에 대한 전자감시 처분의 도입이 이 범죄가 갑자기 늘어났기 때문이라거나 원래부터 재범율이 높은 탓은 아니라는 것, 따라서 이러한 점을 이유로 성범죄에 대한 이 처분의 필요성을 주장하는 것은 충분한 설득력을 갖지 못한다는 것을 보이려 했을 뿐이다.

사정이 이와 같다면 성범죄에 대한 전자감시 처분의 필요성은 이 범죄가 갖는 피해의 심각성에서 찾을 수 밖에 없다. 혹자의 표현대로 “평생을 정신적 불구로 살게 만드는”²⁵⁾ 성범죄, 특히 아동에 대한 성범죄는 우리 모두 최선을 다해 예방해야 하는 것임에 틀림없다. 그러나 이와같이 피해의 측면에서만 전자감시 처분의 필요성을 찾는다면, 피해의 정도가 결코 가볍지 않은 다른 범죄들과의 관계에서 성범죄만의 특수성을 별도로 설명할 수 있어야 할 것이다.

21) 사실 ‘재범율’자체가 그리 믿을 만한 통계가 되지 못한다는 주장도 있다. 재범의 정의나 재범의 대상이 되는 ‘동종’범죄의 범위 여부, 그리고 재범 측정의 기간에서의 차이 등으로 인해 연구자마다 다른 결과가 나올 수 있기 때문이다. 보다 자세한 내용은 이수정, 김경옥, ‘성범죄 재범율에 관한 바른 이해와 재범 방지 대안 모색’, 『한국심리학회지 : 사회 및 성격』 19(3), 2005, 85-86쪽; 줄고(2007), 360-361쪽 참조.

22) 여의도 연구소, 『성범죄자 전자위치확인제도 도입방안』, issue brief 05-02, 2005, 8쪽

23) 전영실 외, 위의 보고서, 130쪽

24) 각각 대검찰청, 『범죄분석』, 2006 ~ 2009에서 계산하였음.

25) 진수희, ‘전자팔찌는 너무나 ‘인권적’이다’, 『한겨레 21』 제599호, 2006. 3. 7

(3) 비례의 원칙

1) 이익의 형량

마지막으로, 특정범죄에 대한 전자감시의 필요와 목적적합성이 인정된다 하더라도, 이것은 추구하는 목적에 비례하여 최소한의 권리침해를 내용으로 해야 한다는 좁은 의미의 비례의 원칙에 의한 제한을 받아야 한다. 이에 대해서는 우선 이 처분으로 인해 침해되는 개인의 이익과 보호되는 사회의 이익을 비교해보는 것이 필요하다.

먼저 이 처분으로 인해 침해되는 대상자의 이익으로는 사생활의 비밀과 이동의 자유와 같은 다소간의 신체의 자유를 들 수 있다. 전자감시 처분은 일정한 장치의 부착을 통하여 대상자의 위치를 계속하여 파악하는 것을 내용으로 하므로 ‘사생활의 비밀’ 또는 ‘사생활 형성의 자유’를 침해하는 것으로 보아야 할 것이다. 또 이것이 간접적으로 이동의 자유를 제한함은 물론이고, 주거제한이나 특정한 장소·지역에의 출입금지와 같은 조건과 결부되어지면 직접적으로 이동의 자유를 포함한 신체의 자유를 제약하게 된다. 나아가 이 처분이 신체에 부착된 특정한 장치를 노출시킴으로써 대상자의 사회통합을 오히려 저해하게 된다는 주장도 있다.²⁶⁾ 즉 전자감시장치가 드러나게 되면 주위의 인간관계에서 어려움을 겪게 되는 것은 물론, 취업 등에서도 사실상의 차별을 받게 됨으로써 사회 재적응에 적지 않은 장애를 갖게 된다는 것이다.

반면 이 처분을 통해 얻을 수 있는 사회의 이익이란 무엇일까. 말할 것도 없이 가장 먼저 ‘재범의 방지’를 들 수 있다. 반복되지만, 전자감시처분은 대상자의 위치를 파악하는 내용의 감시와 통제를 통하여 재범을 예방하는 것을 최우선의 목표로 하는 적극적인 사회방위처분이라 할 수 있다.

그렇다면 이제 이 두 이익 사이의 형량은 어떻게 판단될 수 있을까. 앞서 살펴본 바와 같이 전자감시처분으로 인한 효과를 아직 잘 알 수 없는 것이라면, 문제는 이로 인해 침해되는 이익을 어느 정도 무겁게 평가하느냐

26) 김혜정, ‘전자감시제도의 적용가능성에 대한 검토’, 『형사정책』 12(2), 2000, 125쪽; 윤영철, ‘우리나라의 전자감시제도에 관한 비판적 소고’, 『형사정책연구』 19(3), 2008, 209쪽

‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’의 위헌성에 관한 재검토

나가 중요한 기준이 될 듯하다. 그리고 이에 대해서는 극단적인 두 지점의 평가가 가능하다. 즉 한 편에서는 ‘경미한 사생활의 침해’에 불과하고 ‘형사제재로서 갖는 최소한의 권리침해’라고 보는 반면,²⁷⁾ 다른 한 편에서는 ‘중대한 자유제한적 보안처분’으로서 이미 폐지된 ‘보호감호의 전자적 부활’²⁸⁾이라고까지 표현하고 있다.

그런데 이 문제에 대해서는 개정법률이 전자장치의 부착기간을 최장 30년까지 연장하고 있다는 점도 추가로 고려되어야 한다. 전자장치의 부착은 신체의 자유에 대한 제한 뿐만 아니라 심리적·정신적 구금효과를 수반하므로 그 기간이 지나치게 길지 않아야 한다는 것이 초기의 원칙이었지만,²⁹⁾ 이것이 특정 중범죄에 대하여 장기간의 처분으로 변화하였다는 점은 이미 위에서 살펴본 바와 같다. 그런데 이와 같은 오랜 시간 동안 전자감시 처분을 받게 되면 예측할 수 없는 어떤 문제가 발생할지 모르거니와, 또한 설령 이러한 문제가 없다 하더라도 이렇게 장기간의 감시처분은 결코 가벼운 정도의 사생활에 대한 침해라고 보기는 어려울 것이다.

또 이와 함께 현재의 전자감시 처분이 각각 다른 성격과 책임을 갖는 범죄자에 대해 획일적인 한 가지 방식으로 이루어지고 있다는 점도 지적할 수 있다.³⁰⁾ 개정법률은 처분의 대상자를 미성년자에 대한 약취·유인이나 살인범죄에로 확장하고 있음은 이미 살펴보았거니와, 같은 성범죄라 하더라도 형의 집행이 종료된 경우와 집행유예 또는 가석방 상태에 있는 경우, 또 각각의 경우에 대해서도 구체적인 범죄의 성격이나 범죄인의 상태에 따라서 그 처분의 내용을 다양화하여 집행할 수 있을 것이다. 이러

27) 예컨대, 제288회 국회 법제사법위원회 법안심사 제1소위원회 회의록, 제1호, 2010. 3. 22, 6쪽

28) 윤영철, 앞의 글, 211쪽

29) 김혜정, 앞의 글(2000), 128쪽

30) 전자감시의 방법으로는 첫째, 전화선을 이용하여 피감시자의 응답을 통해 소재유무를 확인하거나 피감시자에게 부착된 소형발신기의 무선신호를 수신장치가 탐지하여 중앙감시 컴퓨터에 전송하는 ‘제1세대 방식’과 둘째, 위성통신기술(GPS)을 이용하여 피감시자의 위치를 확인하는 ‘제2세대 방식’, 그리고 피감시자가 출입금지구역에 들어가는 경우 신호음이 울리거나 알콜이나 약물의 음용여부를 원격지에서 확인하는 등 위치확인 과 피감시자의 신체에 대한 통제를 결합하는 ‘제3세대 방식’ 등이 있다. 우리는 이 가운데에서 제2세대 방식을 채택하고 있다. 정현미, 앞의 글, 323쪽

한 방법으로는 예컨대, 음성감독 시스템이나 이전 세대의 전자감시 방법을 이용하여 대상자의 권리침해 정도를 줄이거나 대상자에 따라 하루 중 감시되는 시간을 달리하는 방법 등이 제안될 수 있다.³¹⁾ 여하튼 이와 같이 집행방법을 다양화하는 것은, 전자감시 처분으로 인해 침해되는 이익이 보호되는 이익에 비해 과중하다거나 구체적인 경우에 (좁은 의미의) 비례의 원칙을 벗어나는 것이라는 비판을 다소 완화시키는 한 방법도 될 수 있을 것이다.

2) 기타 관련 문제

그 밖에 (좁은 의미의) 비례의 원칙과 관련하여 다음과 같은 몇 가지 문제를 추가로 지적할 수 있다.

첫째, 개정법률에 의해 전자감시의 기간이 대폭 상향조정되었다는 점이다. 물론 개별 범죄의 법정형에 따라 감시기간의 상한선이 규정되어 있고 이것은 다시 개별 사건에서 범죄자에 알맞은 정도로 판단될 것이므로, 구체적인 경우에는 그 형평성에 문제가 없을 것이라는 주장이 가능하다. 하지만 일단 장기의 감시처분이 가능하도록 하는 규정이 마련된 이상, 제도로서의 전자감시 처분에 대하여 비례의 원칙 위반의 의심이 제기될 수 있다. 형법에 의하면 살인이나 강간, 미성년자에 대한 약취·유인범죄는 각각 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역, 3년 이상의 징역, 10년 이하의 징역에 해당하는 중범죄들이다. 따라서, 특히 형 집행 종료자에 대해 전자감시 처분을 부과하는 경우, 결코 가볍지 않은 징역형을 복무한 이후 다시 장기의 전자감시 처분을 집행하는 것은 지나치게 과중한 형사제재가 부과되는 것이 아닌가 하는 생각이 드는 것이다.

둘째, 개정법률이 전자감시 처분의 청구요건을 상당히 완화하고 있다는 점도 여기에서 고려되어야 한다. 개정법률에 의하면, 성범죄의 경우 2차

31) 정현미, 앞의 글, 339쪽. 예컨대 미국의 아이오와주에서는 재범의 위험이 낮거나 행형성적이 좋은 경우에는 음성확인장치(Voice Verification), 재범의 위험이 높은 경우에는 무선추적장치(Radio Frequency), 재범의 위험이 매우 높고 피해자에게 접근하거나 도주전력이 있는 사람에게는 위성추적장치(GPS)를 부착하도록 하고 있다고 한다. 김한균, 강은영, 『성폭력범죄의 양형분석 및 재범방지를 위한 성폭력범죄자 사후관리방안』, 법무연수원, 2006, 201쪽.

례의 범죄가 10년 이내에 행해지기만 하면 (성범죄로 인해 전자감시 처분을 받은 적이 있거나, 2차례 이상의 성범죄가 습벽으로 인한 것임이 인정된 때에는 이러한 시간의 제한도 필요없게 된다) 감시처분을 청구할 수 있고, 미성년자 대상의 약취·유인이나 살인의 경우에는 단 한 차례의 범죄에 대해서도, 그리고 두 차례 이상의 범죄에 대해서는 반드시 감시처분을 청구하도록 규정하고 있다. 그런데 이렇게 대폭 완화된 청구의 요건은 처분 대상자의 범위를 크게 넓히는 결과가 되어, 그 기간의 확대와 함께 이 처분이 지나치게 쉽고 폭넓게 이루어지도록 하여, 결국 비례의 원칙에 반하는 것이 아닌가 하는 의심을 일으키게 한다.

셋째, 이와 관련하여 ‘재범의 위험성’ 요건의 문제를 지적할 수 있다. 논자에 따라서는, 청구대상 범죄 가운데 (두 차례 이상의 미성년자 약취·유인과 살인범죄를 제외하고) 대부분의 경우에 재범의 위험이 인정되는 경우로 한정하고 있으므로, 이것이 과도한 제재가 되지는 않을 것이라는 주장을 할 수 있기 때문이다. 그러나 ‘재범의 위험성’에 대해서는, 이것이 여전히 그 내용이 구체화 되지 않은 개념이어서 보다 더 정확한 판단의 방법이 개발되어야 한다고 보는 것이 일반적이고,³²⁾ 나아가 이것이 대상자에 대한 형사사법처분의 근거가 될 수 있는가에 대한 근본적인 회의까지도 제기된다.³³⁾ 우리의 경우에 실무에서 ‘재범의 위험성’판단은 대개 피고인이 같은 범죄의 전과를 몇 차례나 가지고 있는가 하는 것을 기준으로 이루어진다고 한다. 여기에 더해 위험성 판단이 잘못된 경우, 즉 재범의 위험성이 없다고 하여 처분을 부과하지 않았을 때 그 대상자가 같은 범죄를 저지른 경우에 판단주체인 사법기관에 쏟아질 비난을 의식하여 그 기준을 매우 너그럽게 볼 가능성도 배제할 수 없다.³⁴⁾ 결국 이러한 점들을 종합하여 보면 ‘재범의 위험성’ 요건이란 다소간 형식적인 것으로

32) 정현미, 앞의 글, 343쪽

33) 예컨대 미국의 범죄심리학자 모나한(Monahan)은 “범죄의 예측결과는 범죄인이 동일한 조건 아래에 있다는 전제 하에서, 그것도 가까운 장래에 한해서 신뢰할 수 있을 뿐”이며, “이러한 결과를 형사사법기관의 처분근거로 사용하는 것은 권고할 만한 일이 아니”라고 말한다. George B. Vold, Thomas J. Bernard, Jeffery B. Snipes, *Theoretical Criminology(5th ed.)*, Oxford Univ. Press, 2002, 74-76쪽.

34) 정현미, 위의 글, 343쪽

서 처분 대상자의 범위를 제한하는 실질적인 역할은 하지 못하고 있다고 볼 수 밖에 없다.

3. 소 결

이상에서 검토한 바와 같이, 전자감시 처분은 과잉금지원칙의 세 가지 요건, 즉 적합성, 필요성, 최소침해성의 모든 부분에서 그 위반의 의심이 있다. 우선 그 실효성이 아직 충분히 입증되지 않은 상태이고, 여타의 경우에는 물론이고 성범죄에 대해서도 그 발생수와 재범률에 비추어 볼 때 이 처분이 반드시 필요하다는 점에 대한 설득력이 부족하며, 이 처분으로 인해 얻을 수 있는 이익이 침해되는 이익보다 크다는 확증이 없을 뿐만 아니라, 그 기간의 확대와 청구요건의 완화로 구체적인 경우에 지나치게 과도한 처분이 부과될 가능성이 있기 때문이다.

이러한 점들은 청소년 성범죄자에 대한 신상공개제도에 관한 헌법재판소의 판결³⁵⁾ 가운데 다수 재판관의 위헌의견을 떠올리게 한다. 즉 “무릇 형벌은 개인의 자유와 안전에 대한 중대한 침해를 가져오는 탓에 국가적 제재의 최후수단(ultima ratio)으로 평가된다. 그런데 이미 그러한 형벌까지 부과된 마당에, 형벌과 다른 목적이나 기능을 가지는 것도 아니면서, 형벌보다 더 가혹할 수도 있는 신상공개를 하도록 한 것은 국가공권력의 지나친 남용이다. 더구나, 신상공개로 인해 공개대상자의 기본적 권리가 심대하게 훼손되는 데에 비해 그 범죄억지의 효과가 너무도 미미하거나 불확실한바, 이러한 점에서도 법익의 균형성을 현저히 잃고 있다고 판단된다.”는 것인데, 여기에서 ‘신상공개’를 ‘전자감시’로 바꾼다면 이러한 판단은 전혀 그릇된 것이 되고 마는 것일까.

V. 소급효 금지의 문제

위에서 살펴본 바와 같이, 개정법률은 원래 제정법률의 시행시점인

35) 헌법재판소 2003.6.26, 2002헌가14

2008. 9월 이전에 1심 판결이 선고되어 이 법률의 적용대상이 아닌 사람들 가운데에서도 개정법률의 시행 시점에 형의 집행 중이거나 집행 종료 이후 3년 이내의 사람들에 대해서는 다시 이 법률을 적용할 수 있도록 함으로써 전자감시처분의 소급효를 인정하고 있다. 또 성범죄와 살인범죄에 대해서는 개정법률의 시행 이전에 범한 범죄에 대해서도 전자장치의 부착을 청구할 수 있게 하여, 이른바 ‘재판시 법주의’를 채택함으로써 역시 마찬가지로 소급효를 인정하고 있다. 나아가 미성년자 대상의 약취·유인과 살인범죄에 대해서도 개정 법률 시행 이전에 받은 실형이상의 형을 그대로 이 법률이 규정한 청구요건에 해당하는 것으로 인정함으로써 역시 소급효를 인정하고 있다. 이 밖에도 부착기간이나 의무적인 보호관찰의 시행, 피부착자의 신고의무 등 개정법률에서 변화된 거의 모든 내용에 대해서도 소급효가 인정되고 있다(부칙 제3조 이하). 이와 같은 소급효의 인정은 보안처분에 대해서도 소급효 금지의 원칙이 적용되는가 하는 문제와 관련되어 위헌논란을 불러일으키는데, 자세한 내용을 아래에서 검토해 보기로 하자.

1. 보안처분과 소급효 금지의 원칙

보안처분에 대한 소급효 금지 원칙의 적용여부에 대해서는 종래 다음과 같은 세 가지 입장이 주장되어 왔다.

첫째, 보안처분에 대해서도 형벌과 마찬가지로 소급효 금지의 원칙이 엄격하게 적용되어야 한다는 주장으로서 학계에서 다수설의 태도라 할 수 있다.³⁶⁾ 이 입장은 보안처분도 형사제재이 하나이고 대상자의 기본권에 대한 제한이 그 내용이므로 형벌과 같이 소급효 금지의 원칙이 적용되어야 한다고 본다. 즉 “형사피고인이 국가의 형사제재 앞에 불이익을 입게 되는 관점으로부터 보면, 형벌과 보안처분이 개인의 자유에 위해를 가하는 위해작용을 한다는 점에서 차이가 없”으며, “자유주의의 요청은

36) 김성돈, 『형법총론』, 성균관대학교 출판부, 2008, 72쪽; 김일수/서보학, 『형법총론』, 박영사, 2006, 64쪽; 배종대, 『형법총론』, 홍문사, 2009, 93쪽; 임웅, 『형법총론』, 법문사, 2008, 21쪽; 오영근, 『형법총론』, 박영사, 2009, 55쪽; 정성근/박광민, 『형법총론』, 삼지원, 2008, 18쪽 등

형벌이든 보안처분이든 개인의 자유와 안전에 불리하게 작용할 수 있는 가능성을 죄형법정주의를 통해 억제하고자 하는 것”³⁷⁾이므로 보안처분에 대해서도 소급효는 금지되는 것으로 보아야 한다는 것이다.

둘째, 이에 대해서 보안처분에 관한 법률은 장래를 향하여 범죄인으로부터 재범의 위험성을 제거하기 위하여 제정되거나 개정되는 것이므로 소급효 금지의 원칙이 적용되지 않는다거나,³⁸⁾ 치료감호나 보호관찰은 형벌집행에 산입되거나 피고인을 위한 합목적적 처분이므로 소급효의 적용을 허용하여도 괜찮다는 주장³⁹⁾이 있다. 또 이것은 종래 우리 대법원의 태도이기도 하였다.⁴⁰⁾ 이러한 입장은 보안처분은 형벌과 달리 본질적으로 ‘장래의 위험성’을 대상으로 하는 ‘예방적 처분’이므로 그 성질상 과거에 대하여 적용되는 소급효가 당연히 예정되어 있다는 전통적인 이원주의에 근거하고 있다고 볼 수 있다.

셋째, 이와 같이 어떤 처분이 형벌인가 혹은 보안처분인가에 따라 소급효 금지원칙의 적용여부가 달라지게 되는 것을 지나치게 형식적이라고 비판하면서 그 처분의 ‘실질적 내용’에 따라 이것이 결정되어야 한다는

37) 김일수, ‘보안처분과 형벌불소급의 원칙’, 법률신문 제2627호, 1997. 9. 15면

38) 신동운, 『형법총론(제3판)』, 법문사, 2008, 40쪽, 822쪽

39) 손동권, 『형법총론』, 율곡출판사, 2006, 40쪽; 김성천/김형준, 『형법총론』, 동헌출판사, 2005, 45쪽

40) “ ... 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.” 대법원 1997. 6. 13. 선고 97도703. 이 판결에 대해서는 형법상의 보호관찰과 치료감호법의 보호관찰을 구별하여, 후자는 재범의 위험성이 있다는 비판적 전망에 기초한 보안처분으로서 소급효가 허용되지만, 전자는 정상에 참작할 만한 사유가 있다는 낙관적 전망에 기초한 것으로서 다만 형의 선고유예나 집행유예의 실효성을 높이기 위한 것에 불과하므로 소급효 금지의 원칙이 그대로 적용되어야 한다는 지적이 있다. 신동운, ‘선고유예·집행유예시의 보호관찰의 법적 성질과 소급효 금지의 원칙’, 『현대 형사법의 쟁점과 과제』, 동암이형국교수 화갑기념 논문집, 법문사, 1998, 822-824쪽. 하지만 이것은 후술하는 새로운 판례의 입장과는 다소 다르다고 할 수 있는데, 이 비판이 형법에 규정된 보호관찰을 실질적으로 보안처분의 성격을 가지고 있지 않는 것으로 보는 반면, 판례는 보안처분임이 인정되는 처분에 대해서도 경우에 따라서는 소급효 금지원칙이 적용될 수 있다고 보기 때문이다.

주장이 있을 수 있다. 이것이 새로운 대법원의 태도라고 할 수 있는데, “가정폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법이 정한 보호처분 중의 하나인 사회봉사명령은 가정폭력범죄를 범한 자에 대하여 환경의 조정과 성행의 교정을 목적으로 하는 것으로서 형벌 그 자체가 아니라 보안처분의 성격을 가지는 것이 사실이다. 그러나 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 행위 시범을 적용함이 상당하다”⁴¹⁾고 하여, 보안처분에 대해서도 일정한 경우에는 소급효 금지의 원칙이 적용된다는 점을 분명히 보여주고 있다.⁴²⁾

문제는 어떤 경우에 소급효 금지원칙이 적용된다고 볼 수 있는가 하는 판단기준일 터인데, 위와 같은 단 하나의 판례를 통하여 이를 정확히 추출한다는 것은 다소 무리가 따르는 일이지만, 판례의 내용으로 비추어 볼 때 역시 ‘처분의 실질적 내용’이 어떠한 것인지, 즉 어느 정도로 대상자의 신체의 자유와 같은 기본권을 제약하고 있는가 하는 것에 달려있다고 볼 수 있을 것 같다.⁴³⁾

그렇다면 이러한 기준으로 전자감시 처분의 소급효 금지원칙 적용여부

41) 대법원 2008.7.24, 2008어4 결정

42) 물론 대법원과 달리 헌법재판소는 이전에 이미 사회보호법의 보호감호에 대하여 소급효가 금지된다는 결정을 내린 바가 있다. “사회보호법이 규정하고 있는 보호감호 처분이 보안처분의 하나이고, 보안처분은 행위자의 사회적 위험성에 근거하여 부과되는 것으로서 행위자의 책임에 근거하여 부과되는 형벌과 구별되는 것이기는 하지만, 상습범에 대한 보안처분인 보호감호처분은 그 처분이 행위자의 범죄행위를 요건으로 하여 형사소송절차에 따라 비로소 과해질 수 있는 것이고, 신체에 대한 자유의 박탈을 그 본질적 내용으로 하고 있는 점에서 역시 형사적 제재의 한 태양이라고 볼 수 밖에 없다. 헌법이 제12조 제1항 후문에서 “……법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다”라고 규정하여 처벌과 보안처분을 나란히 열거하고 있는 점을 생각해 보면, 상습범등에 대한 보안처분의 하나로서 신체에 대한 자유의 박탈을 그 내용으로 하는 보호감호처분은 형벌과 같은 차원에서의 적법한 절차와 헌법 제13조 제1항에 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.” 헌재 1989.7.14, 88헌가5.

43) 이재홍, ‘보호관찰과 형벌불소급의 원칙’, 『형사판례연구 7』, 박영사, 2000, 31-33쪽은 이를 그 처분이 ‘형벌적 성격’을 갖고 있느냐가 기준이 되는 것이라고 표현한다.

를 판단해 보면 어떤 결론에 이르게 될까. 이 또한 위에서 본 과잉금지원칙의 경우와 마찬가지로 결국 이 처분의 내용을 어느 정도로 심각하게 받아들이느냐 하는 데에 달려있게 될 것이다.⁴⁴⁾ 전자감시 처분의 자세한 내용은 이미 위에서 검토하였으므로 다시 반복할 필요는 없을 터이지만, 십수년이 넘는 장기의 사생활 침해와 이동의 자유 제한을 가볍게 볼 수 없는 기본권 침해라고 본다면, 소급효 금지원칙의 적용에 관해서도 역시 이를 쉽게 부인하기는 어려울 것이다.

2. 이른바 ‘진정 소급효’의 문제

한편 개정법률은 이 법률의 최초 시행시점인 2008. 9월 이전에 이미 제1심 판결이 선고된 사람들 가운데에서도 개정법률의 시행시점에 형의 집행 중이거나 집행 종료 후 3년 이내의 사람들에게는 다시 이 (개정)법률이 적용될 수 있도록 함으로써 이른바 전자감시 처분의 ‘진정소급효’를 인정하고 있다.

통상 보안처분에 대해서 문제되는 소급효란 행위시점에는 법률로 규정되어 있지 않던 보안처분이 재판 당시에 새로운 법률로서 시행되고 있을 때, 이를 법률 시행 이전의 행위에 대해서도 적용할 수 있는가 하는 것을 말한다. 즉, 형법 제1조 제1항이 선언하고 있는 ‘행위시 법주의’의 예외로서 ‘재판시 법주의’가 적용될 수 있는가 하는 문제인 것이다. 그리고 보안처분에 대해서 소급효를 인정할 수 있다고 주장하는 학자들은 보통 그 이유로 보안처분의 근거가 되는 ‘재범의 위험성’ 판단은 사후적으로, 즉

44) 법률의 개정 당시 국회는 소급효에 대한 규정이, 특히 아래에서 살펴보는 이른바 ‘진정소급효’와 관련하여, 앞으로 위헌판결을 받을 수도 있다는 점을 인식하고 있었다. 그럼에도 불구하고 이러한 개정을 강행한 것은 전자감시처분의 권리침해 정도가 심하지 않아 그 위험여부에 대해 법원의 판단을 한 번 받아볼만 하다고 생각한 듯하다. 관련 내용은 제288회 국회 법제사법위원회 법안심사 제1소위원회 회의록, 제1호, 2010. 3. 22, 6쪽, 13쪽 참조. 그런데, 이러한 국회의 태도는 다소 문제가 있는 것이라고 생각한다. 즉, 입법기관으로서 국회는 가능한 헌법에 위배되지 않는 법률을 제정(또는 개정)하는 것이 그 의무이지, 일단 위헌의 의심이 있는 법률을 만들어 놓고 이를 사후에 법원의 판단을 받아보겠다는 자세는 국민에 대한 책임과 배려를 소홀히 한 것이라고 볼 수 밖에 없다. 적어도 이러한 법률이 위헌결정을 받기 전 까지 이루어진 권리에 대한 침해는 구제받기 어려운 손해를 야기할 것이기 때문이다.

‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’의 위헌성에 관한 재검토

행위 당시의 시점이 아니라 법관의 판단 당시인 재판 시점에 이루어져야 한다는 것을 들고 있다.⁴⁵⁾

따라서 설령 보안처분에 대해 소급효를 인정한다 하더라도 이것은 다만 ‘재판시 법주의’를 의미하는 것일 뿐이고 이미 판결의 선고를 통하여 법관의 판단이 이루어진 후에는 이것이 적용될 수 없다고 보아야 한다. 그런데 개정법률은 이와 같은 통상의 한계를 뛰어 넘어 이미 재판이 확정되어 형의 집행 중에 있거나 심지어 집행이 종료된 사람들에 대해서도 새로운 법률에 의한 전자감시 처분을 할 수 있도록 하였으므로, 이를 일반적인 보안처분의 소급효와 구별하여 ‘진정소급효’라고 볼 수 있는 것이다.

이와 같은 진정소급효에 대해서는 무엇보다 우선 보안처분은, 그 법적 성격이 형벌이 아니라 할지라도, 형사제재의 하나로서 여전히 헌법 제12조 제1항의 규율대상이라는 점을 지적할 수 있다. 따라서 보안처분 또한 법률과 ‘적법한 절차’에 따라 부과되어야 하는데, 이 때 적법한 절차란 다만 형식적인 절차에 있어서 법률의 내용에 따라야 한다는 것 뿐만 아니라 그 법률의 실체적인 내용이 합리적이고 정당해야 한다는 것을 의미하므로, 전자감시 처분에 대해 진정소급효를 인정하는 것은 이러한 원리에 반하는 것으로 보아야 한다. 왜냐하면, 비록 개정법률은 소급효의 적용대상을 (개정법률의 시행시점에) ‘형 집행 중이거나 집행 종료 이후 3년 이내의 사람’으로 제한하고 있지만, 논리적으로는 진정소급효를 인정하는 이상 그 대상은 무제한으로 확대될 수 있을 것이고, 그렇다면 이것은 도저히 합리적인 내용의 법이라고는 볼 수 없기 때문이다. 예컨대 유죄의 확정판결을 받고 형 집행을 종료한 후 10년 혹은 20년이 지난 사람에 대해서도 새로운 내용의 보안처분을 부과할 수 있다면, 이것은 국가의 형벌권이 지나치게 확장된 ‘불합리’한 것이라고 볼 수 밖에 없을 것이다.⁴⁶⁾

45) 김혜정, ‘보안처분과 소급효 금지원칙과의 관계’, 『한국 형법학의 새로운 지평: 심은 김일수 교수 화갑기념논문집』, 박영사, 2006, 10쪽 이하. 김혜정 교수는 이렇게 보안처분에 대해 ‘재판시 법주의’를 인정하는 것은 재범의 위험성 판단을 재판시점으로 미루는 것으로써 피고인에게 유리한 것이라고까지 말하고 있다. 그러나 통상 보안처분의 소급효가 문제되는 경우는 행위시점 이후에 새로운 보안처분이 법률로 규정된 때이므로, 이것이 피고인에게 유리하다고는 보기 어려울 것이다.

또한 이러한 소급효는 헌법 제13조 제1항이 규정하는 ‘거듭처벌금지의 원칙’, 즉 ‘일사부재리의 원칙’에 대한 위반이 아닌가하는 의심을 갖게 한다. 물론 형벌과 보안처분은 그 목적과 기능, 본질 등에서 서로 구분되는 별개의 제재이므로 이를 병과하더라도 이중처벌에 해당하지 않는다는 것이 우리 판례의 확고한 입장⁴⁷⁾이기는 하지만 이 경우에는 형벌과 보안처분이 하나의 재판에서 동시에 선고되는 것이고, 개정법률이 규정하는 경우는 이미 수년전에 재판이 확정되어 형을 집행하고 있거나 집행이 종료된 사람을 대상으로 하는 것임을 간과해서는 안된다. 즉 후자의 경우는, 보안처분에 대한 통상의 부진정소급효와는 달리, 이미 한 번 사법심사의 대상이 되었던 사람을 새로운 법률을 이유로 다시 재판하는 것으로서 전형적인 ‘일사재리’에 해당하게 되는 것이다.

아울러 개정법률은 형 집행 중 또는 집행 종료 이후 3년 이내인 사람에게 전자감시 처분을 부과함에 있어, 이를 법원의 ‘결정’으로 명령하도록 하고 있다(법률 제9112호(1차 개정법률) 부칙 제2조 제2항, 제3항). 결정은 판결과는 달리 구두변론에 의하지 않을 수 있으며(형사소송법 제37조 제2항), 재판서의 방식과 재판고지의 방법 등에 있어서 그 엄밀성이 완화된다(같은 법률 제38조, 제42조). 따라서 이것은 피부착자에게 다소 불리한 재판의 형식이라고 볼 수 있고, 특히 만약 법원이 당사자에게 변론의 기회를 주지않게 되면 이른바 ‘청문권(聽聞權)’을 박탈하는 결과가 됨으로써, 중대한 절차상의 흠결을 야기하게 될 것이다. 따라서, 이 또한 이 법률의 소급효에 관한 절차가 ‘적법 절차’ 조항을 위반한 것이라고 인정될 수 있는 여지를 넓혀주는 것이라고 할 수 있다.

46) 이와 관련하여 개정법률에 대한 국회에서의 논의과정은, 3년이라는 기간의 제한이 “재범의 가능성이 대개 3년 이내에 높다”는 판단에 근거하여 이루어졌음을 보여주는 데, 이에 대해서는 우선 과학적인 근거가 제시되지 않고 있을 뿐만 아니라, 나아가 논리적으로는 소급효의 적용기간이 3년이든, 5년이든, 10년이든 아무런 차이가 없다는 점을 지적할 수 있다. 제288회 국회 법제사법위원회 법안심사 제1소위원회 회의록, 제1호, 2010. 3. 22, 6쪽

47) 위의 주 6) 참조

3. 소급효 금지 원칙의 의미

이렇게 본다면 보안처분에 대해서는 어떠한 내용의 소급효라도 모두 허용된다는 극단적인 입장을 제외한다면, 소급효에 관한 한 개정법률은 위헌이라는 판단을 면치 못하게 될 것이다. 그러나 여기에 대해서도 예외가 인정될 수 있는 가능성이 있는데, 지난 1996년 헌법재판소가 ‘5·18 민주화운동 등에 관한 특별법’에 대한 판결에서 보여주었듯이, 소급효의 인정으로 인해 얻을 수 있는 ‘공익’과 이로 인해 침해되는 개인의 ‘신뢰 보호’를 비교형량하여 전자가 후자보다 ‘월등히 중대’하다고 인정되는 경우에는 소급효를 인정하는 것도 헌법에 위배되지 않는다고 판단할 수 있기 때문이다.

그러나, 이러한 논리에 대해서는 우선 소급효 금지의 원칙, 나아가서 죄형법정주의는 바로 이러한 경우, 즉 표면적으로는 ‘정의’에 반하고 불합리한 결과를 낳는 것 같지만, 장기적으로는 ‘법적 안정성’의 달성을 통하여 정의의 실현에 이바지하는 경우를 상정하여 만들어진 원리라는 점을 지적할 수 있다. 예컨대, 아무리 나쁘고 부정의해 보이는 행위일지라도 그것이 법률을 통해 범죄로 규정되어 있지 않으면 처벌할 수 없다는 원칙은, 이를 처벌할 수 없음으로써 생겨나는 불합리가 법률에 의하지 않은 (자의적인) 처벌권력의 남용으로 초래되는 혼란과 무질서, 그리고 국민 권리에 대한 침해보다는 낫다는 지혜에 근거한 것이다. 이러한 예외를 허용할 수 있다고 주장하는 사람들은, 이것은 ‘극히 예외적’인 것이고 이를 통해 얻는 공익이 침해되는 사익보다 ‘월등히 우월’하다는 점을 내세우지만, 과연 어느 경우에 극히 예외적으로 월등한 공익이 인정될 수 있는지는 불확실할뿐더러, 다만 주관적인 판단에 따라 달라질 수 있는 것이다. 사실 개인의 보호를 위하는 것 같은 ‘법적 안정성’과 명백히 부정한 범죄를 (소급효를 통해서라도) 처벌하는 것을 비교하면, 그 이익형량의 결과는 대부분 후자의 편으로 기울게 되겠지만,⁴⁸⁾ 죄형법정주의는 바로 이러한 때에 국가권력의 남용을 막고 ‘객관적인’ 법질서를 유지하기 위한 제한원리라는 의미를 갖는 것이다.

48) 김영환, ‘공소시효와 형벌불소급의 원칙’, 『형사판례연구』 5, 박영사, 1999, 26쪽

이러한 맥락에서 소급효 금지의 원칙과 죄형법정주의의 본래적인 의미를 재발견할 수 있게 되는데, 그것은 이러한 원리들이 다만 구체적인 사건에서 개인의 신뢰이익이나 불처벌에의 기대를 보호하기 위한 것이 아니라 국가권력에 대한 ‘객관적인’ 제한을 통하여 국민 일반의 자유와 권리를 확대하기 위한 것이라는 사실이다.⁴⁹⁾ 따라서 위에서 예로 든 헌법재판소의 논리는 잘못된 것인데, 왜냐하면 문제되는 상황에서는 보호되는 공익이 침해되는 사익보다 우월하게 판단될 가능성이 언제나 대단히 높을 뿐만 아니라, 기본적으로 ‘정의의 실현’ 대 ‘개인의 신뢰이익 보호’라는 대립구도가 죄형법정주의의 본래의 취지를 올바르게 파악하지 못한 채 설정된 것이기 때문이다.

그러므로 적어도 개인의 범죄행위에 관한 한, 아무리 그 불법의 정도가 크다 하더라도, 죄형법정주의나 소급효 금지원칙을 후퇴시키면서까지 이를 처벌해야 한다는 주장은 받아들이기 어렵다. 죄형법정주의는 바로 이러한 경우에 국가 형벌권의 확장을 막기 위한 것을 그 내용으로 하고 있기 때문이다. 다만 소급효 금지원칙을 포함한 죄형법정주의가 물러설 수 밖에 없는 경우가 있을 수 있는데, 그것은 바로 국가 권력자 자신이 범죄의 주체가 되었던 때이다. 이러한 때는 개인의 범죄행위와는 사뭇 다르다고 할 수 있는데, 그 이유는 국가 권력자는 형벌권의 행사주체이며, 죄형법정주의와 같이 “피지배자를 보호하기 위하여 창출된 모든 제도를 권력자 자신이 이용하는 것은 불가능”⁵⁰⁾하다고 보아야 하기 때문이다. 다시말해, 죄형법정주의는 “그 기원에서 볼 때 국가의 자의적 행위로부터 (시민을) 보호하기 위한 것이므로 국가권력의 담당자는 이 원칙의 적용을 요구할 수 없”⁵¹⁾고 처음부터 그 적용대상이 아니라고 보아야 한다.

49) 보다 자세한 내용은 김영환, 위의 글, 24-25쪽. 또 벨케(Welke)는 이를 다음과 같이 표현한다. “죄형법정주의는 국가의 형사사법을 이성적 한계 내로 억제하고 권력자의 수중에 있는 유효한 복종의 수단으로서 법이 순수한 억압의 수단으로 변질될 위험에 저항하는 가능성을 제공한다.” Wanja Andreas Welke, 'Rückwirkungsverbot zugunsten staatliche Kriminalität?', *Kritische Justiz* 28, Heft 3, 1995 (한상훈 옮김, ‘소급효 금지원칙의 의의와 한계’, 『민주법학』 10, 1996), 126-127쪽

50) 벨케, 위의 글, 131쪽

51) 같은 글, 131-132쪽

‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’의 위헌성에 관한 재검토

전자감시 처분의 대상범죄, 특히 (아동) 성범죄가 피해자의 일생에 치유하기 어려운 상처를 남기는 심각한 범죄이며 가능한 이를 예방하기 위해 모든 조치를 취해야 한다는 입법취지에는 심분 공감의 간다. 그러나 이를 위해서 소급효 금지의 원칙과 같은 죄형법정주의마저 무너뜨려야 하는가 하는 문제는 쉽게 동의하기 어려운 일이다. 당장에는 중대한 범죄에 대해 더 엄격한 형사제재를 부과하는 듯 하여 만족감을 얻을 수 있을지 모르지만, 이것은 죄형법정주의와 같은 국가 형벌권의 근본적인 제약원리를 훼손하는 것을 의미하고 장래에 이것이 또 다른 범죄행위에 대한 형벌권의 확장에 어떤 영향을 미칠지는 아무도 예상할 수 없기 때문이다.

VI. 맺음말

지난 2010. 4월에 개정된 ‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률’은 그 대상자의 범위를 확대하고 청구요건을 완화하며 부착기간을 연장하고 일부 범죄자들에게 소급효를 인정하는 등 처벌범위와 정도를 크게 확대하는 것을 그 내용으로 하고 있다. 성범죄자에 대한 신상공개의 확대나 약물치료의 도입 등 일련의 강성정책과 그 기초를 같이하고 있다고 보이는 이러한 개정은, 그러나 몇 가지 부분에서 위헌의 의심을 갖게 한다.

이 글은 이중처벌의 금지, 과잉금지원칙, 그리고 소급효 금지원칙과 같은 3가지 관점에서 이 법률의 위헌성 여부를 검토해본 것이다. 성범죄, 특히 아동을 대상으로 하는 성범죄에 대해서 형벌을 더욱 엄격히 하고 전자감시와 같은 보안처분을 통해서라도 그 재발을 예방하고자 하는 이 법률의 취지를 이해 못하는 바는 아니지만, 그러나 이러한 형사제재의 강화는 우리 헌법과 형법이 보장하는 일련의 제약원리 아래에서 이루어져야 할 것이다. 반복되지만, 이러한 형벌권의 제약원리는 피해자의 인권 및 범죄로부터 사회 일반의 보호와 범죄인의 권리라는 대립하는 두 가치를 적정한 선에서 조화시켜 주는 지도원리일 뿐만 아니라 국가 형벌권의 남용을 억제하여 이로부터 국민의 자유와 권리를 보장하고 객관적인 법

질서를 유지하게 하는 법치주의의 기능을 담당하기 때문이다.

이러한 맥락에서 최근 계속되는 강성 형사정책과 그에 따른 법률의 개정들은 다소 과도한 것이 아닌가 여겨진다. 정부와 국회는 사회적 관심이 집중된 몇몇 범죄로 인해 갑작스레 법률을 개정하기 보다는 좀 더 차분하게 이러한 현상이 발생하게 된 원인을 따져보고 그에 대한 근본적인 대책을 세우는데 더 많은 노력을 하여야 할 것이다. 본래 현명한 형사정책이란 단순히 형벌만을 강화하는 것이 아니라 범죄의 원인이 되는 여러 요인들을 밝혀 그에 대해 합리적이고 효과적인 사회적 대책을 함께 실천해 나가는 것이다. 과도한 처벌과 형사제재가 범죄문제를 해결하는 특효약이 되지 못한다는 것은 지금까지의 역사가 증명해 주는 바이다.

주제어 : 전자감시, 이중처벌(금지), 과잉금지원칙, 소금효금지, 비례의 원칙

참 고 문 헌

- 김영환, ‘공소시효와 형벌불소급의 원칙’, 『형사판례연구』 5, 박영사, 1999
- 김일수, ‘보안처분과 형벌불소급의 원칙’, 법률신문 제2627호, 1997. 9
- 김재중, ‘한국의 전자감시제도 및 그 발전방향’, 『법학연구』18(1), 경상대학교, 2010
- 김한균, 강은영, 『성폭력범죄의 양형분석 및 재범방지를 위한 성폭력범죄자 사후관리방안』, 법무연수원, 2006
- 김혜정, ‘보안처분과 소급효 금지원칙과의 관계’, 『한국 형법학의 새로운 지평: 심은 김일수 교수 화갑기념논문집』, 박영사, 2006
- _____, ‘성폭력 범죄자에 대한 전자팔찌 적용가능성에 대한 검토’, 『형사정책연구』 16(3), 2005
- _____, ‘전자감시제도의 적용가능성에 대한 검토’, 『형사정책』 12(2), 2000
- 박혜진, ‘소위 전자장치부착법에 대한 비판적 고찰’, 『형사정책』 20(2), 2008
- 배종대, ‘보안처분과 비례성원칙’, 김일수/배종대 편, 『법치국가와 형법』, 세창출판사, 1998
- 신동운, 『형법총론(제3판)』, 법문사, 2008
- _____, ‘선고유예·집행유예시의 보호관찰의 법적 성질과 소급효 금지의 원칙’, 『현대 형사법의 쟁점과 과제』, 동암 이형국교수 화갑기념 논문집, 법문사, 1998
- 여의도 연구소, 『성범죄자 전자위치확인제도 도입방안』, issue brief 05-02, 2005
- 윤영철, ‘우리나라의 전자감시제도에 관한 비판적 소고’, 『형사정책연구』 19(3), 2008
- 이수정, 김경옥, ‘성범죄 재범율에 관한 바른 이해와 재범 방지 대안 모색’, 『한국심리학회지 : 사회 및 성격』 19(3), 2005
- 이재상, 『형법총론(제6판)』, 박영사, 2009
- 이재홍, ‘보호관찰과 형벌불소급의 원칙’, 『형사판례연구 7』, 박영사, 2000
- 전영실 외, 『성폭력범죄의 유형과 재범억제방안』, 한국형사정책연구원, 2007
- 정현미, ‘성폭력범죄 대책과 전자감시’, 『형사정책』 21(1), 2009
- 진수희, ‘전자팔찌는 너무나 ‘인권적’이다’, 『한겨레 21』 제599호, 2006. 3. 7
- 진정구, 『특정범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착 등에 관한 법률 일부개정법률안(정부제출) 검토보고』, 법제사법위원회 전문위원실, 2010.2
- 최정학, ‘전자감시제도의 도입에 관한 연구 - ‘특정 성폭력범죄자에 대한 위

치추적 전자장치 부착에 관한 법률'에 대한 비판적 검토', 『형사정책』
19(2), 2007

_____, '앤드류 폰 히르쉬의 형벌이론-신자유주의 형벌이론의 비판', 『민주
법학』 28호, 2005

대검찰청, 『범죄분석』, 2005 ~ 2009

제288회 국회 법제사법위원회 법안심사 제1소위원회 회의록, 제1호, 2010. 3. 22

제288회 국회 법제사법위원회 법안심사 제1소위원회 회의록, 제2호, 2010. 3. 23

Welke, Wanja Andreas, 'Rückwirkungsverbot zugunsten staatliche Kriminalität?',
Kritische Justiz 28, Heft 3, 1995 (한상훈 옮김, '소급효 금지원칙의 의의와
한계', 『민주법학』 10, 1996)

Vold, George B., Bernard, Thomas J., Snipes, Jeffery B., *Theoretical Criminology*(5th
ed.), Oxford Univ. Press, 2002

A Review on the Constitutionality of the “Electronic Surveillance Law”

Choi, Cheong-Hak*

In April 2010, the “Electronic Surveillance Law” was revised again. This time is the third change since it has been issued, in April 2007. Among those revisions, this one has the most changes in its content. The changes are as follows.

First, it made the period of surveillance longer up to 30 years and the requirements for the request of the Court's Order much broader. Second, including murder, it added other crimes for electronic surveillance. Third, it made the law retroactive in that it is effective to any criminal who is in the mid of the sentence and within 3 years after the termination of the sentence.

This revision, however, in some respect, is very doubtful whether it is constitutional or not. This essay has made three points that can be a criteria for the judgement of the constitutionality of this law. Firstly, in Double Jeopardy, if we see the electronic surveillance as one of the punishment, the law is unconstitutional. Therefore, this essay tried to prove that the surveillance, at least, has some characteristic of a punishment. Secondly, this law might be against constitutional proportionality, because the period of surveillance is too long and the precondition of the Court's Order is too easy. Furthermore, basically the electronic surveillance can impair the privacy so that it is unconstitutional if the loss of private rights are lager than the probability of the prevention of the repetition of the crime. Thirdly and lastly, retroactivity is strictly prohibited in the Constitution. It is the case even if the electronic surveillance is not a punishment but a treatment for social security. Because it has some similarity with the punishment as it restricts 'the freedom of movement'. Moreover, the law can apply to a criminal who already got his(her) sentence before this revision. This is certainly

* Assistant Professor, Department of Law, Korea National Open University

unacceptable constitutionally, because, even the retroactivity of the social security treatment is effective only to the time of trial.

Key Words : Electronic Surveillance, Constitutionality, Double Jeopardy, Proportionality, Retroactivity