

전자감시제도의 확대와 소급형벌금지의 원칙

정철호, 권영복

전자감시제도는 성폭력범죄, 살인범죄, 미성년자 대상 유괴범죄 등 재범의 위험성이 높고 회복하기 어려운 법익침해를 내용으로 하는 특정범죄를 대상으로 도입되었다. 처음 전자감시제도가 도입될 당시에는 이중처벌금지의 원칙에 반하는 것이 아닌지에 대하여 논란이 야기되었다. 그런 와중에 사회적 여론을 배경으로 2010년 4월 15일 법이 개정되면서 법 시행 이전의 전과자들을 대상으로 전자감시제도를 소급적용하는 내용이 부칙에 규정되었다. 이에 따라 또 다른 문제가 파생되었는데, 전자감시제도의 소급적용이 법 시행 이전의 전과자들의 법적 안정성과 신뢰보호를 침해하고, 나아가 죄형법정주의와 형벌불소급의 원칙에도 위배되지 않는지에 대하여 논란이 야기되었다. 이와 관련하여, 학설과 판례는 태도를 달리하고 있는데, 학설의 주류는 전자감시를 보안처분으로 이해하면서 이를 형벌적 제재수단으로 보아 죄형법정주의 내지 형벌불소급의 원칙에 위배된다고 보는 반면, 판례는 전자감시를 보안처분으로 보면서도 보안처분은 전통적인 형벌적 제재와 본질적으로 구분된다고 보고 소급적용을 하더라도 죄형법정주의나 형벌불소급의 원칙에 위배되지 않는다고 보고 있다. 본 연구에서는 전자감시제도를 형벌적 제재가 아닌 다른 공익보호를 목적으로 하는 기본권 제한적 보안처분으로 이해하고, 죄형법정주의의 내용으로서 형벌불소급의 원칙의 문제가 아니라 법의 효력에 관한 법의 일반원칙으로서 소급효금지원칙의 시각에서 접근하였다. 그리고 그 허용여부는 비례성원칙 내지 상충하는 법익간의 이익형량을 통해 해결하고자 하였다.

주제어: 전자감시제도, 전자감시제도의 법적 근거, 죄형법정주의, 소급형벌금지의 원칙, 비례성 원칙

1. 머리말

하루에 1건 이상의 성폭력범죄, 살인범죄 등 강력범죄사건 기사를 접하고 있는 것이 오늘의 현실이다. 각종의 위협으로부터 국민의 기본적 인권을 보호하는 것은 국가의 당연한 의무임에도 불구하고, 국가는 범죄예방능력에 있어서 한계상황을 보이고 있는 것이 현실이기도 하다. 현재와 같은 위험사회에서는 소극적으로 범죄에 대한 사후대응만으로는 국가는 법익보호 의무를 다하였다고 볼 수 없으며, 적극적으로 범죄에 대한 사전예방을 통해 잠재적 피해자를 보호할 수 있을 때 비로소 의무를 다하는 것이 될 것이다. 범죄에 대한 사전예방을 통해 사회방위 및 국민의 법익보호라는 목적을 달성하기 위해서 입법자는 기존의 방식과는 다른 새로운 보다 효율적인 제도를 강구하기 마련이다. 전자감시제도는 재범위험성이 높은 특정 범죄로부터 사회와 국민을 보호하기 위하여 도입되었으며, 미국·영국·

호주 등 세계 여러 나라에서도 활용되고 있는 제도이다.

그런데 새로운 제도의 도입에서 항상 나타나듯이 전자감시제도 역시 입법과정에서 법이 보호하고자 하는 법적 안정성과 신뢰보호와 같은 또 다른 법적 가치들과 상충을 야기하고 있다. 우리나라에서 전자감시제도는 일반범죄를 대상으로 하는 사회 내 처우제도로써 도입되기보다는 특정 강력범죄로부터 사회를 방위하기 위한 수단으로 도입되었으며, 사회적 여론을 반영하여 여러 차례 개정과정을 거치면서 그 대상이 확대되고 내용도 변화였다. 특히, 2010. 4. 15. 개정에서는 부칙을 신설하여 소급적용을 규정하면서, 전자감시제도의 도입 자체와 관련하여 문제되었던 이중처벌의 문제에 더하여 죄형법정주의 내지 형벌불소급의 원칙과 관련한 또 다른 문제에 대한 논의를 불러왔다. 이와 관련한 현재의 논의들을 보면 결국 전자감시제도의 법적 성격을 어떻게 볼 것인가로 귀착되고 있으며, 그 성격을 형벌적 제재로 볼 것인지 여부에 따라 결론이 달라지고 있다.

따라서 이하에서는 전자감시제도의 확대과정과 그 배경에 대하여 살펴본 후, 특히 전자감시제도의 소급적용과 관련하여 문제시되고 있는 기존의 논의들에 대하여 고찰하고, 이러한 논의방식과 사고를 달리하여 전자감시제도의 성격을 파악함으로써 소급적용이 정당화될 수 있는 여지가 없는지에 대하여 논구하고자 한다.

II. 전자감시제도의 확대 및 그 배경

1. 전자감시제도의 확대

‘특정 범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률(이하 전자장치부착법이라 함)’에 의하면, ‘위치추적 전자감시제도(이하 전자감시제도라 함)¹⁾는 위치추적 전자장치와 위성 등을 전자적 장비를 이용하여 송신된 특정범죄자의 위치정보를 통해 법무부의 위치추적 관제센터에서 특정범죄자의 이동경로를 24시간 추적하고 각종의 준수사항 위반에 대해 대응을 하고, 보호관찰관이 송신된 해당 위치정보를 활용하여 특정범죄자의 지도·감독에 활용하는 방식으로 운영된다.²⁾ 전자장치부착법은

- 1) 법무부는 전자감시제도의 기대효과로 1) 특정범죄에 대한 국민의 불안감을 감소시키고, 피해자에 대한 접근금지 등을 통해 피해자의 보호를 강화할 수 있다는 점, 2) 특정범죄자에 대한 24시간 위치추적을 통해 범죄동기를 사전에 억제하고, 보호관찰관의 특정범죄자에 대한 밀착감독으로 범죄기회를 사전에 차단할 수 있다는 점, 3) 특정범죄자의 위치정보를 수사 및 재판자료로 활용함으로써 특정범죄자에 대한 수사 및 재판에 있어서 효율성을 제고할 수 있다는 점을 들고 있다.
- 2) 여기서 ‘위치추적 전자장치’란 전자파를 발신하고 추적하는 원리를 이용하여 위치를 확인하거나 이동경로를 탐지하는 일련의 기계적 설비를 말하는데, 피부착자의 신체에 부착하여 피부착자의 동일성을 인증하기 위해 휴대용 추적장치와 재택 감독장치에 전자파를 송신하는 ‘부착장치(전자발찌)’, 전자장치가 부착된 사람이 휴대하는 것으로서 위성위치확인시스템(GPS) 및 이동통신망을 통하여 피부착자의 위치를 확인하는 ‘휴대용 추적장치’, 휴대용 추적장치를 보조하는 장치로서 피부착자의 주거지에 설치하여 피부착자의 위치(재택여부)를 확인

전자감시제도를 징역형 종료 이후, 가석방 및 가중료 시, 형의 집행유예 시로 구분하여 규정하고 있다.

일반적으로 전자감시제도는 일반범죄자에 대한 사회 내 처우의 일종으로 도입여부가 논의가 되기 시작하여 제도화되었으나(곽병선, 2002: 77-110; 김용준, 1993: 275-292), 우리나라에서는 도입과정을 보면 특정 유형의 강력범죄자에 대한 강력한 감독수단으로 도입되었으며 그 대상 범위가 확대되어 왔다. 주지하다시피, 2007년 4월 제정된 법률은 특정 성폭력범죄를 대상으로 하고 있었으나, 몇 차례의 개정과정을 거치면서 미성년자 대상 유괴범죄, 살인범죄 및 강도범죄로 그 대상 범죄의 범주가 확대되었다. 또한 위치추적 전자장치 부착기간, 즉 전자감시기간에 있어서도 기존의 10년에서 30년으로 상향되었다. 형기종료 후의 전자감시에 대해서는 보호관찰을 병행하도록 하였다.

특히, 2010. 4. 15. 개정된 (구)전자장치부착법에서는 부칙조항을 신설하여 전자감시제도가 도입되기 전인 과거의 특정범죄자에게도 전자감시제도를 소급적용할 수 있도록 하였다. 즉, 감시제도가 처음 시행되기 전에 저지른 성폭력범죄,³⁾ 미성년자 대상 유괴범죄, 살인범죄⁴⁾에 대하여도 2010년 4월 개정된 (구)전자장치부착법의 전자감시제도를 적용하도록 함으로써, 2008. 9. 1. 법이 시행되기 이전에 제1심 판결을 선고받은 사람들 중 2004년 개정된 법이 시행될 당시 징역형 등의 집행 중이거나 집행이 종료, 가중료·가출소·가석방 또는 면제된 후 3년이 경과하지 아니한 경우에는 전자감시를 할 수 있도록 하였다(부칙 제2조 제1항 내지 제4항). 2010년 4월 개정법에 의한 전자장치 부착명령의 판결은 그 이전에 저지른 사람에게도 적용하도록 하고(부칙 제3조),⁵⁾ 개정된 법에 의한 보호관찰 규정도 그 이전에 부착명령이 확정되었거나 부착명령의 집행이 개시된 사람에게도 적용하도록 하였다(부칙 제4조). 또한, 2010년 4월 개정법에 따른 부착기간 연장, 준수사항 추가·변경이나 준수사항의 추가, 변경 또는 삭제 등에 규정이 있어서도 그 이전에 부착명령의 판결로 부착명령이 확정되었거나 부착명령의 집행이 개시된 사람에게도 적용하도록 하였다(부칙 제6조). 아울러, 가석방, 가출소 또는 가중료 시의 전자장치부착의 규정은 살인범죄를 저질러 2010년 4월 개정된 법이 시행될 당시 형의 집행, 보호감호 또는 치료감호 중에 있는 사람에 대하여도 적용하도록 하고(부칙 제7조), 집행유예 선고 시의 전자장치 부착명령도 살인범죄를 저질러 2010년 4월 개정된 법이 시행될 당시 재판 중인 사람에 대하여도 적용하도록 하였다(부칙 제8조).

2. 전자감시제도의 확대 배경

하는 ‘재택 감독장치’로 이루어진다(전자장치부착법 제2조 제4호, 시행령 제2조).

- 3) 다만, 법률 제9112호 특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률 일부개정법률 부칙 제2조의 개정규정에 따라 부착명령 청구의 대상이 되는 성폭력범죄의 경우에는 적용하지 아니한다(구 전자장치부착법 제2조 제1항 단서).
- 4) 개정된 법 시행 전에 살인범죄를 저질러 징역형의 실행 이상의 형을 선고받은 사람은 개정규정에 따른 실행 이상의 형을 선고받은 것으로 간주하고 있다(구 전자장치부착법 제2조 제4항).
- 5) 다만, 법률 제9112호 특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률 일부개정법률 부칙 제2조의 개정규정에 따라 부착명령 청구의 대상이 되는 성폭력범죄의 경우에는 적용하지 아니한다.

1) 사회적 여론 및 만연된 강력범죄현상의 반영

전자장치부착법이 처음 제정되어 2010. 4. 15. 법 개정이 이루어지기까지를 전후하여 지속적으로 발생한 강력범죄⁶⁾는 사회에 커다란 충격을 안겼다. 이로 인해 형성된 사회적 여론은 이에 대하여 강력한 처벌로 대응함과 동시에 전자감시제도의 확대 실시를 독촉하는 계기로 작용하였다. 2009년에 실시된 여론조사⁷⁾에서 무려 응답자의 95.9%가 성폭력범죄자에 대하여 전자발찌 부착을 지속해야 한다고 답하였다는 사실에서도 이를 알 수 있다.

2005년 이후 꾸준히 발생하며 줄어들지 않는 살인, 강도, 강간, 유괴 등 강력범죄의 높은 재범률 역시 강력한 처벌의 필요성과 전자감시제도의 확대에 영향을 미쳤다. 통계에 의하면, 2005년 이후 5년 동안 강력범죄는 꾸준히 발생하였는데, 이 중 특히 강간범죄가 꾸준히 증가하고⁸⁾ 재범률도 가장 높은

6) 이를 개략적으로 나열하면 다음과 같다: ① 2004. 7. 유영철 사건(2003. 9. 11. 형기만료(강간) 출소 직후부터 2004. 7.까지 약 10개월간 22명의 여성을 연쇄 살해, 사체 유기), ② 2006. 2. 용산 초등생 성폭행·살해사건(미성년자 강제추행으로 2005. 9. 8. 징역1년 집행유예 2년을 받은 상태에서, 2006. 2. 18. 허모양(11세)을 성폭행하고 살해한 후 사체를 소각), ③ 2007. 3. 발생한 제주 양지승 어린이 사건(상습사기로 2004. 4. 29. 청송교도소에서 만기출소 후 2007. 3. 16. 양모양(9세)을 자신의 움막으로 유인 후 성추행하고 살해하여 사체를 유기), ④ 2008. 3. 발생한 일산 초등학교생 납치 미수 사건(2005. 12. 가석방(성폭력) 이후, 2008. 3. 26. 경기도 고양시에서 강모양(10세)을 아파트 엘리베이터에서 폭행하고 납치하려다 미수에 그침), ⑤ 2007. 9. 발행한 보성 어부 연쇄(2007. 8. 31. 남녀 1명을 어선에 태운 후 성욕을 느껴 남자를 익사시킨 후 성추행을 시도하다 미수에 그치자 익사시킴, 이후 9. 25. 여행을 온 여성 2명을 어선에 태운 후 성추행을 시도하다 미수에 그치자 익사시킴), ⑥ 2007. 12. 발생한 혜진·예슬 사건(2004. 7. 14. 노래방 도우미를 토막살해 한 이후, 2007. 12. 25. 이혜진(10세)과 우예슬(8세) 양을 자신의 주거로 유인, 성폭행하고 살해한 후 사체를 유기), ⑦ 2008. 12. 발행한 조두순 사건(2008. 12. 11. 08:30경 안산시에서 등교하는 피해자 송모양(8세)을 인근 교회 화장실로 끌고 가 수차례 강간하고 실신한 피해자를 수돗물이 틀어진 화장실 바닥에 방치하고 도주함으로써 사망 가능성 야기), ⑧ 2009. 1. 발생한 강호순 사건(2005. 10. 장모와 처를 살해한 이래 2006.~2008.까지 경기 서남부에서 연쇄적으로 7명의 여성을 납치 살해, 사체 유기), ⑨ 2010. 2. 발행한 김길태 사건(2009. 6. 26. 만기출소(성폭력) 후 2010. 1. 20대 여성을 성폭행하고 감금하여 수배상태에서 2010. 2. 24. 19:10경~21:00경 부산 소재 피해자 이모양(12세)의 주거지에 침입하여 피해자를 납치, 강간하고 목졸라 살해한 후 건물 옥상 물탱크에 사체 유기), ⑩ 2010. 6. 발생한 김수철 사건(2006년 미성년자 강제추행(합의) 후 2010. 6. 7. 10:00경 서울 영등포구 신길동 소재 한 초교 운동장에서 방과후 수업을 위해 등교중인 이모양(8세)을 문구용 칼로 위협, 진 피의자의 주거지로 끌고가 강간), ⑪ 2010. 6. 발생한 동대문 초등생 성폭행 사건(2010. 6. 26. 12:30경 서울 동대문구 장안동의 한 주택가에서 피해자(6세)를 피해자의 집으로 유인, 강간하려 하였으나 미수에 그침). 이후에도 최근 제2의 조두순 사건으로 알려진 나주 어린이 납치 성폭행 사건, 제주 올레길 여성 살인 사건 등 사회를 경악케 하는 강력범죄가 꾸준히 발생하고 있다.

7) 2009. 9. 실시된 (주)한국리서치 전화설문조사 결과.

8) 2005-2009년 강간범죄 발생건수 현황

년도	2005년	2006년	2007년	2008년	2009년
강간건수	11,757 (0.62%)	13,573 (0.74%)	13,634 (0.69%)	15,094 (0.69%)	16,156 (0.75%)
전체건수	1,893,896	1,829,211	1,965,977	2,189,452	2,168,185

※ 자료: 대검찰청(2011년).

것으로 나타났다(아래 <표 1> 참조). 2006년 이후 2009년까지 성폭력범죄 전과자들의 재범기간을 분석한 결과 3년 이내 동종 재범률이 70.4%에 달하는 것으로 나타남에 따라, 이들에 대한 재범억제가 바로 성폭력범죄의 재발을 막는 중요한 정책이라는 인식을 사람들에게 심어주었다.⁹⁾

<표 1> 2005-2009년 평균 살인, 강간 등 주요범죄 전과자 동종 재범률

구분	2005년	2006년	2007년	2008년	2009년	평균(합계)
살인	9.3% (53/567)	11.7% (68/580)	9.8% (56/569)	10% (60/600)	10.7% (76/711)	10.3% (313/3,027)
강도	27.5% (518/1,882)	28.4% (536/1,886)	27.4% (520/1,896)	26.7% (652/2,445)	28.7% (963/3,361)	27.8% (3,189/11,470)
방화	7.5% (54/719)	7.0% (48/688)	7.2% (45/625)	7.3% (68/935)	6.7% (62/925)	7.1% (277/3,892)
강간	14.7% (671/4,554)	14.3% (756/5,302)	14.5% (686/4,722)	15.3% (1,024/6,667)	16.2% (1,107/6,820)	15.1% (4,244/28,065)
유괴 (약취유인)	21.4% (15/70)	15.3% (10/65)	9.0% (5/55)	14.9% (20/134)	13.8% (19/138)	14.9% (69/462)

※ 자료: 대검찰청(2011년).

2) 전자감시제도의 실효성

전자감시제도의 실효성에 대한 강한 신뢰도 전자감시제도의 확대에 영향을 미쳤다고 볼 수 있다. 전자장치부착법이 시행된 2008년 이후 2009년까지 전자감시대상자의 동종범죄 재범률을 근거로, 법무부는 전자감시제도가 특정 범죄자의 재범억제와 국민의 불안감 감소에 효과가 있다는 점을 강조하고 있는 것에서도 알 수 있다.¹⁰⁾ 실제로 통계에 의하면, 2008. 9. 1. 전자감시제도가 시행된 이후 2010년까지 전자감시 대상자는 총 867명으로,¹¹⁾ 이 중 동종범죄를 재범한 자는 단 1명(0.11%)로 나타났고, 이중재범까지 고려해도 총 재범자는 6명(0.69%)에 불과한 것으로 나타났다(<표 2> 참조). 이는 전자

9) 2005-2007년 평균 강간범죄 전과자 동종 재범 기간 현황

구분	강간 전과자 수	동종 재범자 수		
		계	3년 이내 재범	3년 초과 재범
2009년	6,820	1,107	776(70.1%)	331
2008년	6,667	1,024	720(70.3%)	304
2007년	4,722	686	490(71.4%)	196
2006년	5,302	756	528(69.8%)	228
4년합계	23,511	3,573	2,514(70.4%)	1,059

※ 자료: 대검찰청(2011년).

10) 법무부는 특정 범죄자에 대한 24시간 위치추적을 통해 범죄동기를 사전에 억제할 수 있고, 보호관찰관의 특정 범죄자에 대한 밀착 감독으로 범죄기회를 사전에 차단할 수 있으며, 전자장치를 분리, 손상하는 경우 또는 피해자 접근금지 및 치료 프로그램 이수, 외출제한, 출입금지, 주거지역의 제한, 그 밖에 부착명령을 선고 받은 사람의 재범방지와 성행교정을 위하여 필요한 사항 등 특별준수사항을 위반할 경우 신속·강력한 형사 처벌이 가능하다는 전자감시제도의 유효성의 근거로 들고 있다.

11) 2008년 전자감시제도 시행 이후 전자감독 집행 누적 현황

감시제도가 상습성이 강한 특정범죄의 재범억제에 효과를 보이고 있는 제도임을 부정할 수 없을 것으로 보인다. 2010년 실시된 여론조사에서도 응답자의 75.8%는 전자감시제도의 재범억제효과를 인정하고 있는 것으로 나타났다.¹²⁾

<표 2> 2008-2010년 전자감시 대상자의 재범률 현황

구분	인원	재범률
총 부착자	867	
성폭력 재범자	1	0.11%(동종 재범률)
총 재범자	6	0.69%(총 재범률)

※ 자료: 대검찰청(2011년).

3) 전자감시제도의 공백에 대한 제도적 보완 요청

이러한 상황에서 전자감시제도의 확대, 특히 소급입법 추진에 결정적인 영향을 미친 사건이 발생하였는데, 이로 인하여 전자감시제도가 시행되기 이전에 특정범죄 전과를 가지고 있어 전자감시의 대상에서 제외된 자에 의하여 또 다른 희생자가 발생하면서 전자감시제도 도입 이전의 전과자에 대해서까지 전자감시제도를 확대하여야 한다는 여론이 형성되었다. 즉, 2009. 6. 26. 성폭력범죄를 범하고 만기 출소한 후 2010. 1. 20대 여성을 성폭행하고 감금하여 수배상태에서 2010. 2. 24. 부산 소재 피해자 주거지에 침입하여 당시 12세의 여중생을 납치, 강간하고 목졸라 살해한 후 건물 옥상 물탱크에 사체를 유기한 소위 ‘김길태 사건’으로 잘 알려진 사건이 발생함에 따라, “전자감시제도 시행 이전의 전과자인 김길태에게 전자발찌를 부착했다라면 제2의 희생자를 막을 수 있었을 것”이라는 여론이 공감대를 형성하였다. 이처럼 전자감시제도가 제도 시행 이전의 특정범죄 전과자에 대한 재범방지와 피해자 보호에 있어서 공백을 가지고 있다는 점이 문제점으로 지적됨에 따라, 과거의 흉악범죄 전과자로부터 무고한 희생자가 발생하는 것을 방지하자는 사회적 여론은 전자감시제도의 소급입법 시행에 결정적인 계기로 작용하였다.

III. 전자감시제도의 소급입법과 소급형벌금지의 원칙

구분	집행인원					형기종료		
	계	가석방	가중료	가출소	집행유예	계	일반	소급
2008년	188	186	1	-	1	-	-	-
2009년	347	329	12	-	5	1	1	-
2010년	332	230	7	2	20	73	13	60
계	867	745	20	2	26	74	14	60

12) (주)한국리서치 전화설문조사(2010. 9).

1. 국내의 견해 대립(학설 및 판례)

1) 위험적인 제도로 보는 견해

다수의 학자는 전자감시제도의 소급적용을 형벌불소급의 원칙에 반하는 것으로 보고 있다. 일부 견해는 독일연방헌법재판소의 태도를 인용하면서 현행 전자감시제도는 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위배되고 신뢰보호의 원칙에도 반한다는 이유로 위헌이라는 태도를 보이고 있다(이창섭, 2011: 202-206). 또한 전자감시제도는 형사적 제재의 일종이지만 이중처벌금지의 원칙은 적용되지 않는다고 보지만, 전자감시제도의 소급적용 특히 확정판결 이후에 더 나아가 형집행이 종료된 사안에 대해서까지 소급효를 인정하는 진정소급적용은 인정될 수 없다는 견해도 있다(김혜정, 2011: 323). 전자감시제도는 사회보호라는 목적만이 강조되고 있다고 지적하면서, 헌법재판소가 인정하고 있는 진정소급효의 예외에 해당하지 않는데도 불구하고 전자감시제도의 소급효를 인정하는 것은 실질적 죄형법정주의에 반한다는 견해도 있다(윤상민, 2010: 217). 전자감시제도의 방법과 효과에 대하여 의문을 제기하는 견해는 전자감시제도의 소급적용에 있어서도 같은 견해를 표할 수밖에 없을 것이다(정현미, 2009: 344; 김봉수, 2011: 61).

헌법재판소의 결정에서도 9인 중 5인의 재판관은 전자감시제도의 소급입법에 대해 위헌의견을 밝히고 있다. 이 중 4인의 재판관은 소급규정 시행 당시 이미 ‘징역형 등의 집행이 종료(가중료·가출소·가석방 등의 경우는 제외)된 후 3년이 경과되지 아니한 사람’에게까지 전자감시제도를 확대하는 것은 “이미 자신의 범죄행위로 인한 형사제재가 종료되었다는 신뢰를 보호하기 위한 어떠한 절차도 마련하지 아니하였다는 점에서 피해의 최소성원칙에 반할 뿐 아니라, 출소 당시 재범의 위험성에 대한 평가 없이 이미 사회로 복귀하여 국가의 관리감독을 벗어난 형 집행 종료자가 사회인으로서 정상적인 생활에 대하여 가졌던 신뢰이익의 침해는 결코 작다고 할 수 없고, 더욱이 입법자의 의사에 따라 과거의 범죄행위에 대하여 언제까지라도 다시 재범의 위험성을 평가 받을 수 있다는 법적 불안정성과 불이익은 재범 방지라는 보안처분의 목적을 충분히 감안한다 하더라도 정당화되기 어렵다.”는 이유로 형 집행 종료자의 신뢰를 과도하게 침해하여 과잉금지원칙에 위배된다고 한다.¹³⁾ 또한 1인의 재판관은 대상자에게 미치는 실제적 효과 등에 비추어 전자감시제도는 형벌에 못지않게 강한 ‘형벌적 성격’을 가진 형사상 제재이므로, “범행 당시에 이미 전자장치 부착의 근거가 되는 법률이 제정, 시행되고 있었어야 함에도 불구하고, 전자장치부착법이 제정, 시행되기 이전에 성폭력범죄를 저지른 자에 대해서도 소급하여 전자장치 부착을 명할 수 있도록 하는 것은 헌법 제13조 제1항 전단의 소급처벌금지에 위배된다.”고 한다. 즉, 죄형법정주의 내지 그 내용인 소급형벌금지원칙에 위배된다는 것이다.¹⁴⁾

13) 헌재결 2012.12.27. 2010헌가82 등 재판관 4인의 일부위헌 의견.

14) 헌재결 2012.12.27. 2010헌가82 등 재판관 1인은 전부위헌 의견.

2) 합헌적인 제도로 보는 견해

헌법재판소의 입장이다. 헌법재판소는 특정 성폭력범죄 전과자에 대하여 전자감시를 소급적용하도록 한 2010년 4월 개정된 전자장치부착법 부칙 조항에 대한 위헌법률심판과 헌법소원심판 사건에서 위헌정족수 6인에 미달하여 합헌결정을 한바 있다.¹⁵⁾

헌법재판소는 전자감시제도를 전통적인 형벌과 구별되는 비형벌적 보안처분의 일종이라 전제하고서 소급효금지 원칙의 적용을 받지 아니한다는 입장을 취하고 있다. 즉, 헌법재판소는 “전자감시제도는 전통적 의미의 형벌로 볼 수 없다는 점, 성폭력범죄자의 성행교정과 재범방지를 도모하고 국민을 성폭력범죄로부터 보호한다는 공익을 목적으로 하며 피부착자의 행동 자체를 통제하는 것도 아니라는 점에서 처벌적인 효과를 나타내지 않는다는 점, 피부착자의 기본권 침해를 최소화하기 위하여 수신자료의 이용을 엄격히 제한하고 있고 재범의 위험성이 없다고 인정되는 경우에는 부착명령을 가해제할 수 있도록 하고 있다는 점 등을 이유로, 형벌과 구별되는 비형벌적 보안처분으로 소급효금지원칙이 적용되지 아니한다.”고 하였다.

또한, 헌법재판소는 전자감시제도의 소급적용이 가지는 기본권을 제한하는 측면에 대해서도 기본권 제한의 원리인 과잉금지원칙에 위배되지 않는다고 판시하였다. 헌법재판소는 소급조항은 개정 전 법률로는 전자감시의 대상자에 포함되지 아니한 성폭력범죄자의 재범에 효과적으로 대처할 만한 수단이 없다는 우려 아래 대상자의 범위를 확대한 것으로서, 성폭력범죄의 재범을 방지하고 성폭력범죄로부터 국민을 보호하고자 하는 목적의 정당성과 수단의 적절성이 인정된다고 하였다. 또한 전자감시제도는 장래 위험성을 방지하기 위한 보안처분으로서 피부착대상자에 대한 부착 여부는 이를 판단하는 당시를 기준으로 판단하므로, 소급조항이 신설되기 전 형 집행 종료자 등이 부착명령 대상자가 되지 아니할 것이라는 기대를 가졌다고 하더라도 그 신뢰의 보호가치가 크다고 보기 어려운 반면, 입법자는 재범의 위험성에 대하여 검사와 법원이 판단하도록 하면서 적용요건 및 부착명령의 청구기간을 비교적 엄격하게 제한하고 있으므로 소급조항이 전자감시의 대상자 범위를 소급하여 확대하였다고 하여 대상자들의 신뢰이익의 침해 정도가 과중하다고 볼 수 없다고 하였다. 아울러 성폭력범죄로부터 국민(특히 여성과 아동)을 보호한다는 공익은 매우 큼에도 불구하고, 개정 전 법률은 형 집행 종료자 등에 대하여는 적용되지 않으므로써 가장 재범률이 높은 사람들에 대한 대책이 전무한 실정이었음을 고려

15) 현재결 2012.12.27. 2010헌가82 등(위헌결정의 정족수 6인에 미달하여 합헌으로 결정); 사안에서 甲은 2006. 10. 20. 대전지방법원 천안지원에서 성폭력범죄(13세미만 미성년자 강간등)로 징역 4년을 선고받고 그 형이 확정되어 2010. 8. 6. 형의 집행을 종료하였는데, 검사는 2010. 7. 26. 징역형의 집행 종료일까지 6개월 미만인 남은 사람을 대상으로 甲을 포함하여 전자장치 부착명령을 청구하였고¹⁾, 그 사건 계속 중 법원은 직권으로 위헌법률심판을 제청하였다. 또한 乙은 2007. 11. 15. 서울고등법원에서 성폭력범죄(강간등상해)로 징역 3년 6월을 선고받고 그 형이 확정되어 2010. 8. 12. 형의 집행을 종료하였는데, 형 집행을 종료하기 전인 2010. 7. 30. 서울남부지방법원은 乙에 대하여 10년간 위치추적 전자장치 부착명령을 선고하였고, 乙은 부칙조항에 대하여 위헌법률심판제청신청을 한 후 법원이 신청을 기각하자 2011. 12. 23. 헌법소원(위헌소원)심판을 청구하였다.

하면, 소급조항의 입법목적은 매우 중대하고 긴요한 공익이라 할 것이므로 법의 균형성원칙에도 위반되지 않는다고 하였다.

2. 외국의 사례

1) 프랑스 헌법위원회의 결정

프랑스의 경우 전자감시처분의 소급입법에 대하여 합헌으로 보고 있다. 프랑스 헌법위원회는 재범 위험성이 높은 범죄인을 시설에 강제수용하는 ‘보안유치제도’를 도입하면서 이미 재판이 확정되어 수용 중인 재소자에게도 형기종료 후 보안유치를 할 수 있도록 하는 법안에 대하여 보안유치가 보안처분이지만 신체의 자유를 중대하게 침해한다는 이유로 법 시행 당시 재소중인 자에 대한 소급효를 인정하는 것은 위헌으로 본 반면, 그에 대한 대안으로 우리의 보호관찰과 유사한 ‘보안감시’와 전자발찌를 채우는 ‘전자감시처분’을 재소자에 대해서 소급적으로 부과하는 것은 헌법상 허용된다고 보았다.¹⁶⁾

2) 독일 연방헌법재판소의 결정

독일 연방대법원과 연방헌법재판소는 사후 보호감호처분에 대하여 헌법상 소급효금지원칙에 위배되지 않는다는 입장이었으나 유럽인권법원의 결정 후 태도가 바뀌었다.¹⁷⁾

독일은 2004. 7. 23. 형법 제66조 b에 ‘보안감호수용의 사후적 명령’을 신설하였는데, 검찰은 어린이를 성폭행한 혐의로 1997. 11. 19. 법원에서 징역 7년을 선고받고 2004. 12. 6. 석방이 예정되어 있는 사람에 대해 이 규정을 적용하여 내린 ‘보안감호수용의 사후적 명령’이 문제가 되었다. 독일 연방대법원에서는 “보안처분 규정은 신설된 형법 규정의 효력발생 전에 유죄를 선고받은 피고인에게도 제한 없이 적용되고, 헌법상 소급효금지 규정에도 위반되지 않는다.”며 비즈바덴 지방법원의 결정을 파기하고 대상자에게 보안감호수용을 결정하였다.¹⁸⁾

또한, 독일은 1998년 ‘성범죄 및 기타 위험한 범죄와의 투쟁에 관한 법률’에 따라 종전 10년이었던 보안감호수용 최장기간 규정을 폐지하고 무기한 보안감호수용을 도입하였는데, 1986년에 자유형 5년 및 보안감호 수용 판결을 받아 2001년경 자유형과 판결 당시 10년이었던 보안감호수용 최장기간을 모두 복역한 사람에 대해 이 법률을 소급적용하여 계속 수용함으로써 법적 문제가 야기되었다. 이에 대하여 독일 연방대법원과 연방헌법재판소는 보안감호수용은 당해 범죄를 진압하기 위한 책임에 상응한 제재가 아니라, 장래의 범죄를 방지하기 위한 예방적 처분이라는 이유로 헌법상의 소급효금지원칙과 이중처벌금지 원칙에 반하지 아니한다며 피감호인의 청구를 기각하였다. 그러나 이에 대해 피보호감

16) Le Conseil constitutionnel Décision. 2008. 2. 21. 2008-562 DC.

17) BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011.

18) BGH, 2 Senat, 2 StR 9/05 vom 1.7. 2005.

호자는 유럽인권법원에 소송을 제기하였는데, 유럽인권법원은 독일의 보안감호수용 실태 등에 비추어 일반형벌과의 차이점을 인정할 수 없고 따라서 그 소급적용은 유럽인권협약에 위반한다고 결정하였다 (김성규, 2012: 248).¹⁹⁾

이후 독일은 보호감호의 사후연장에 의한 소급효금지 적용에 대한 유럽인권법원의 결정을 수용하여 2010. 12. 22. ‘보호감호법률 및 부수규정의 개정에 관한 법률’을 통해 형법 및 소년법원법의 보호감호 관련 규정을 개정하여 2011. 1.부터 발효되었다. 개정 전 형법의 보호감호처분 규정은 10년의 상한기간을 규정하고 있었으나, 개정된 형법에서는 10년의 상한기간을 폐지하고 10년의 집행기간 종료 후 심사의무를 도입하였다. 그러나 2011. 5. 4. 독일 연방헌법재판소는 이에 대해서도 헌법상 신뢰보호의 원칙에 위배된다는 이유로 위헌결정을 하였다.²⁰⁾

IV. 전자감시제도의 소급입법 위헌논쟁에 대한 검토

1. 서설

성폭력범죄 등 특정범죄는 범죄자 본인이 가지고 있는 상습적 습성에 의하여 저질러지고 있으며, 이러한 특성으로 인하여 재발 가능성이 높다. 이로 인해 국민은 이런 범죄행위에 의해 기본적 인권을 유린당할 수 있는 한층 더 높은 잠재성 위험성에 노출될 수밖에 없다. 이러한 범죄가 가지는 심각성은 개인의 기본적 인권을 유린당한다는 외에, 그로 인하여 초래되는 악 영향이 피해자의 인생 전체에 대하여 미쳐 삶 전체를 황폐화시킨다는 점, 피해자와 피해자가 속해 있는 가족·사회와의 관계성을 단절 시키고 오히려 사회적 편견이 가세하여 피해자가 오히려 범죄인처럼 취급되고 있는 것이 사실이라는 점, 범죄의 고통이 피해자뿐만 아니라 그 가족들에게까지 미쳐 피해자의 가족 전체를 붕괴시키는 결과를 초래한다는 점, 그리고 이러한 부작용은 헌법이 보장하고자 하는 가족제도 등 헌법의 기본제도와 질서를 붕괴시키게 된다는 점에 있다. 이는 이미 사회와 국가 및 그 구성원들의 현실적 경험을 통해 명백하고도 철저하게 검증된 사실이다.

국가는 국민의 인간으로서의 존엄과 가치, 생명과 신체의 자유, 건강하고 건전한 인격체로서 성장할 수 있는 인격의 성장 발현권, 헌법이 근간을 두고 있는 가족제도에 위협이 되는 제반 위험요소들을 제거하여 국민에게 이러한 제반 위험으로부터 안전할 권리를 보장해줄 의무가 있다. 국민의 기본적 인권과 헌법상 기본 제도와 질서 및 원리를 보호하고 수호할 의무가 있다. 이러한 의무는 사전적인 방법과 사후적인 방법을 통해 이루어져야 하고, 특히 이들 범죄의 경우 사전적 예방이 중요하여 이를

19) Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 17. Dezember 2009, Beschwerde Nr.19359/04, in: Neue Juristische Wochenschrift 2010, p.2495.

20) BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011.

방지할 수 있는 적극적인 제도들이 마련되어야 한다. 사후적인 처벌과 교화 및 치료라는 소극적 방법에만 안주하는 것은 국가가 부담하고 있는 의무를 반(半) 이상 포기해버린 것이라고 할 수 있다. 이러한 관점에서 위치추적 전자장치 부착명령 제도는 유효한 제도로서 '헌법적 정당성'을 가지고 있다.

2. 전자감시제도의 법적 성격과 소급형벌금지의 원칙

피해자의 생명, 신체, 정신, 인격을 유린하고 이로 인한 피해의 휴유증은 장기간 또는 일생동안 지속시키고 재범률이 높은 성폭력 범죄자를 국가적 감독 없이 방치하는 것은 사회에 크나큰 위험을 안기고 국민들에게 언제 현실화될지 모르는 잠재적 위험성을 감수하라는 것과 다름이 없는바, 전자감독 제도를 통해 재범의 위험이 있는 일정한 성폭력범죄자의 재범을 방지하고 성행을 교정하며 궁극적으로는 국민의 기본적 인권을 실질적으로 보호하기 위한 제도를 마련하는 것은 오늘날 위험사회에서 국가가 취해야 할 중요한 의무 중의 하나임이 분명하다. 특히 아동 미성년자들은 과거와 현재 그리고 미래에도 영원한 사회적 약자일 수밖에 없으며, 아동 미성년자의 실종사건 및 유괴사건은 살인·성폭행 등 흉악 범죄로 이어질 가능성이 크다는 사실이 경험적 사실로 인지하고 있는 것이 현실인바, 각종의 흉악 범죄로부터 사회적 약자인 아동 미성년들이 희생양이 되지 않도록 예방적 조치를 강구하는 것은 국민적 요청임을 떠나 헌법적 요구이기도 하다.

그런데, 사회와 국가 및 그 구성원들의 중대한 법익 침해를 사전에 예방하기 위해, 행위자의 재범위험성을 근거로 하여 행위자에 대한 교육·치료 및 재사회화 등을 위해, 위치추적 전자장치 부착명령을 하는 것의 법적 성격이 문제될 수 있다. 이에 대하여는 일종의 보안처분의 성격을 가지고 있다고 보는 것이 일반적이며 대법원과 헌법재판소의 태도이기도 하며 타당하다고 생각한다. 그러나 모든 형태의 보안처분을 실질적으로 형사처벌로 이해하여 형집행 종료자에 대하여 보안처분을 과하는 것은 이중처벌에 해당한다거나 이를 소급적용하는 경우에는 죄형법정주의 또는 소급형벌금지의 원칙에 위반된다는 태도는 적절하지 않다. 또한 헌법재판소²¹⁾와 대법원²²⁾의 견해처럼 보안처분의 실질적 내용

21) 헌재결 92헌바28(보안처분은 그 본질, 추구하는 목적 및 기능에 있어 형벌과는 다른 독자적 의의를 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).

22) 대판 97도703(개정 형법 제62조의2 제1항에 의하면 형의 집행을 유예를 하는 경우에는 보호관찰을 받을 것을 명할 수 있고, 같은 조 제2항에 의하면 제1항의 규정에 의한 보호관찰의 기간은 집행을 유예한 기간으로 하고, 다만 법원은 유예기간의 범위 내에서 보호관찰의 기간을 정할 수 있다고 규정되어 있는바, 위 조항에서 말하는 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, 재판소의 규정에 의하여 보호관찰을 받을 것을 명할 수 있다고 보아야 할 것이고, 이와 같은 해석이 형벌불소급의 원칙 내지 죄형법정주의에 위배되는 것이라고 볼 수 없다); 96타56115(구 사회안전법(1989. 6. 16. 법률 제4132호에 의해 '보안관찰법'이

을 고려하지 않은 채 보안처분이라는 이유만으로 이중처벌금지의 원칙, 죄형법정주의, 소급형벌금지의 원칙과 무관하다고 보는 것도 문제가 있다. 사건으로는 실질적으로 인신구속과 같은 정도의 강한 기본권 제한을 내용으로 하는 보안처분의 경우에는 행위시법주의를 규정한 헌법 제13조 제1항 및 형법 제1조 제1항의 취지는 법정안정성 내지 신뢰보호가 강하고 보장하는 데에 있다고 할 것이므로, 소급형벌의 원칙과 이중처벌금지의 원칙이 엄격하게 적용될 수 있다고 본다.²³⁾

다만, 전자장치부착법상 전자감시제도는 이에 미치지 않은 기본권 제한적인 보안처분으로 이해하여, 전자감시제도를 통해 보호하고자 하는 법익(재방방지를 통한 사회보호와 피해자의 보호)이라는 관점에서 특정범죄자의 기본권 제한이 비례성의 원칙을 위반하지 않는지의 관점에서 접근하여야 한다고 본다.²⁴⁾ 이러한 시각에서 전자감시제도의 소급입법과 관련하여서는 소급형벌금지의 원칙으로 접근할 이유는 없으며, 다만 일반적인 법원칙으로서 소급입법금지의 원칙과 전자감시제도를 통해 보호받는 법익 사이에서 이익형량의 문제로 접근하여야 한다고 생각한다.²⁵⁾ 과거에 범죄를 범한 자들에 대하여 위치추적 전자장치 부착명령을 할 수 있도록 제도화 한 것과 관련하여서는 보안처분이라는 이유로 소급입법금지 원칙 내지 소급효금지 원칙이 애당초 문제 될 여지가 없다고 보는 것보다는, 소급입법금

란 명칭으로 전문 개정되기 전의 것) 소정의 보안처분은 처분 대상자가 이미 실행한 행위에 대한 책임을 물어 과하는 제재조치가 아니라 장래에 그 법 소정의 특정 범죄를 다시 범할 위험성을 미리 예방하여 국가의 안전과 사회의 안녕을 유지하는 한편 처분 대상자를 교육·개선시켜 사회에 복귀토록 하려는 것을 본질로 하는 예방조치로서의 행정작용인 점에서 형벌과는 그 본질을 달리할 뿐만 아니라, 위법한 보안처분의 결정에 대하여 행정소송을 제기할 수 있는 길이 열려져 있었으며, 그 법의 입법 목적이 자유민주적 기본질서를 부정하고 적화통일을 노리는 호전적인 북한정치집단과 휴전선을 경계로 대치하고 있는 우리나라의 특수한 안보 여건하에서 만일의 사태에 대비하여 간첩 등 반국가범죄를 다시 범할 위험성을 예방하고 사회복귀를 위한 교육·개선이 필요하다고 인정되는 자에 대하여 보안처분을 실시함으로써 국가의 안전과 사회의 안녕을 유지하려는 데에 있었던 이상, 같은 법 제2조, 제3조 제3호, 제6조 내지 제17조, 제19조, 제28조 및 부칙조항이 헌법이 보장하는 죄형법정주의, 무죄추정의 원칙, 형벌불소급의 원칙, 일사부재리의 원칙, 신속한 공개재판을 받을 권리, 신체의 자유, 평등권, 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권을 밝힌 헌법규정에 위반된다고 볼 수 없다).

23) 일부 견해는 전자감시제도와 관련하여 독일연방헌법재판소 판례를 인용하여 위헌이라는 의견을 개진하고 있으나(이창섭, 2012), 독일연방헌법재판소에서 문제된 사안은 보호감호로 실질적으로 인신을 구속하는 내용으로 실질적으로 형사처벌과 같이 할 수 있으나, 우리나라의 전자감시제도를 독일에서 문제된 보호감호와 동일시하는 것은 문제가 있다고 본다.

24) 이에 대하여는 정철호·권영복, 특정범죄자에 대한 위치추적 전자감시제도의 정당성에 관한 고찰, 한국민간경비학회보 2013년 11월 호에서 기술하였다.

25) 법 제정 이전에 범죄를 저지른 자들에 대하여 까지 법의 효력을 미치게 하는 것은 소급입법 특히 진정소급입법에 해당한다고 볼 수 있으므로 법의 효력에 관한 일반원칙으로 '소급효금지 원칙'에 위배되지 않는지에 대하여서는 검토될 부분이 있다고 본다. 과거에 범죄를 범한 자들에 대하여 위치추적 전자장치 부착명령을 할 수 있도록 제도화한 것과 관련하여서는, 위 판례와 동일한 입장을 취한다면 특별히 문제될 것이 없으나, 필자는 형벌과 같은 극단적인 형태의 처벌을 포함하여 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법이 과거 종료된 사건을 대상으로 소급 적용되는 경우에는 소급입법금지 원칙 내지 소급효금지 원칙의 문제로 별도로 검토하여야 한다고 본다.

지 원칙 내지 소급효금지 원칙의 문제, 정확히는 소급입법금지 원칙 내지 소급효금지 원칙의 예외의 문제로 다루어 검토되어야 하고 아울러 소위 과잉금지원칙 내지 비례원칙에 위반되는지 여부가 검토되어야 한다고 본다.

3. 일반적인 법원칙으로서 소급입법금지의 원칙

헌법 제13조제1항은 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다”라고 규정하고 있다. 보안처분을 헌법 제13조제1항에서 말하는 ‘처벌’로 보지 않는 한, 특정범죄자에 대한 전자감시제도는 여기에는 해당하지 않는다. 그러나 일반적으로 법원칙에 해당하는 법적안정성 내지 신뢰보호의 관점에서 인정되는 소급입법금지의 원칙에 위배되는지 여부에 대한 별도의 검토는 필요하다.

국민의 권리를 제약하는 내용의 소급입법은 인정되지 않는다는 것이 일반적이다. 소급입법에는 진정소급입법과 부진정소급입법으로 구분할 수 있는데, 일반적으로 진정소급입법은 금지되는 반면 부진정소급입법은 허용된다고 보고 있다. 다만 부진정소급입법 역시 소급적용으로 인한 개인의 불이익과 소급입법으로 확보되는 공익 사이에 현저히 형평성에 반하는 결과가 초래되는 경우에는 이를 허용되지 않는다고 보고 있다.²⁶⁾ 이와 반대로, 진정소급입법도 헌법적으로 중대한 가치가 있는 이익을 보호하기 위하여 필요한 경우에는 예외적으로 허용되는 것으로 보고 있다.²⁷⁾

2010. 4. 15. 개정된 (구)전자장치부착법 부칙에서 규정한 전자감시제도의 소급적용은 법 시행 이전에 특정범죄를 범한 자들까지 전자감시의 대상으로 삼고 있어 진정소급입법에 해당한다. 따라서 전자감시제도의 소급규정이 예외적으로 허용될 수 있는 경우로 볼 수 있는지에 대하여 검토할 필요가 있다. 법치주의원리는 개인의 법적 안정성의 이념 내지 신뢰보호의 필요성뿐만 아니라 헌법상 중대한 공익적 가치 실현, 변화된 헌법 현실, 국민의 법 감정 등도 포함되는 것으로 이해하여야 한다고 볼 것이므로, 개인의 신뢰보호 이익에 우선하는 월등한 공익을 인정할 수 있는 경우에는 소급입법이 헌법적으로 정당화될 수 있다.²⁸⁾ 즉, 기존의 법에 의하여 형성되어 이미 굳어진 개인의 법적 지위를 사후

26) 헌재결 1998. 11. 26. 97헌바58 등.

27) 헌재결 1996. 2. 16. 96헌가2,96헌바7,96헌바13.

28) 진정소급입법과 관련하여 대표적인 사례로 거론될 수 있는 법률로는 ‘친일반민족행위자 재산의 국가귀속에 관한 특별법’을 들 수 있는데, 헌법재판소는 관련 사건에서 각하 결정을 하였으나 소급입법금지의 예외사유로 허용될 수 있는 대표적인 입법이라 생각한다. 다만, 헌법재판소는 “친일재산국가귀속특별법 제3조는 친일재산은 그 취득·증여 등 원인행위시에 이를 국가의 소유로 하도록 정하고 있으나, 이 사건 부동산과 관련하여 친일재산국가귀속특별법 제4조에 의하여 설치된 ‘친일반민족행위자재산조사위원회’의 친일재산 여부 결정(친일재산국가귀속특별법 제5조, 제7조)이 아직 이루어지지 않았으므로 기본권 침해의 자기관련성 또는 현재성이 인정되지 아니한다. 그런데 위 조항들은 친일재산조사위원회 등의 친일재산 조사 및 결정 등 집행행위를 예정하고 있어 기본권 침해의 직접성이 인정되지 아니하며, 한편 친일재산조사개시 자체는 친일재산 여부에 관한 개별적 조사행위 및 친일재산귀속결정과 별도의 독립적인 공권력행사는 아니라고 할 것이고, 친일재산조사위원회의 친일재산조사방법(실지조사·자료제출요구·진술청취 등)에 대하여는 친일재산국가귀속특별

입법을 통하여 제한하는 것 등을 내용으로 하는 진정소급입법은 개인의 신뢰보호와 법적안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의하여 특단의 사정이 없는 한 헌법적으로 허용되지 아니하는 것이 원칙이나, 진정소급입법이라 하더라도 기존의 법을 변경하여야 할 공익적 필요는 심히 중대한 반면에 그 법적 지위에 대한 개인의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 상대적으로 적어 개인의 신뢰이익을 관철하는 것이 객관적으로 정당화될 수 없는 경우에는 예외적으로 허용될 수 있다. 진정소급입법이 허용되는 예외적인 경우에는 일반적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었거나 법적상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할만한 신뢰의 이익이 적은 경우와 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우, 그리고 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등을 들 수 있다.²⁹⁾³⁰⁾

과거에 특정범죄를 범한 자들에 대하여 전자감시제도를 소급적용할 수 있도록 제도화한다고 하더라도 헌법상 정당화될 수 있다고 본다. 성폭력범죄 등 특정 범죄의 경우 상습성에 기인하여 재범률이 높으며 살인 등 극단적인 인권유린으로 이어지는 경우가 상당수일 뿐만 아니라, 이들 범죄로 인하여 인간사회와 국가의 구성원으로서 한 한 인간의 존엄과 가치라는 헌법의 최고가치의 근간을 뒤흔들고 이들이 속한 가족 전체를 파괴하는 것으로 범죄 이후에 다시 회복하기조차 어려운 것이어서 사후적으로 대응하는 것은 국가가 헌법적 의무를 태만히 하는 것으로 밖에 볼 수 없다. 생명과 인격을 직접적인 대상으로 삼고 있는 범죄는 재산적인 법익을 보호하는 범죄와 동일시 할 수는 없는 것이다. 헌법에서 말하는 공익(公益)이라는 것이 순전히 사회적·국가적 법익으로 한정할 수 없는 것이며, 인간이 누구의 방해도 받지 않고 사회적 존재로서 건강하고 건전하게 성장 발달할 수 있는 기회를 보장하는

법 제21조에 의하여 이익신청이 가능하며, 친일재산 국가귀속결정에 대하여는 친일재산국가귀속특별법 제23조 제2항에 의한 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있으므로 이러한 구제절차를 거치지 아니한 채 헌법소원심판을 청구하는 것은 부적법하다(헌법재판소법 제68조 제1항 후문)”는 이유로 각하하였다. 헌재결 2008. 7. 1. 2008헌마388.

29) 헌재결 1998. 9. 30. 97헌바38 참조.

30) 헌법재판소는 ‘5.18민주화운동 등에 관한 특별법 제2조제1항 등 위헌제정 사건’에서 소급입법금지의 원칙이 허용될 수 있는 요건에 대하여 밝히고 있다(헌재결, 1996. 2. 16. 96헌가2: 형벌불소급의 원칙은 “행위의 가벌성” 즉 형사소추가 “언제부터 어떠한 조건하에서” 가능한가의 문제에 관한 것이고, “얼마동안” 가능한가의 문제에 관한 것은 아니므로, 과거에 이미 행한 범죄에 대하여 공소시효를 정지시키는 법률이라 하더라도 그 사유만으로 헌법 제12조 제1항 및 제13조 제1항에 규정한 죄형법정주의의 파생원칙인 형벌불소급의 원칙에 언제나 위배되는 것으로 단정할 수는 없다. 공소시효가 아직 완성되지 않은 경우 위 법률조항은 단지 진행 중인 공소시효를 연장하는 법률로서 이른바 부진정소급효를 갖게 되나, 공소시효제도에 근거한 개인의 신뢰와 공소시효의 연장을 통하여 달성하려는 공익을 비교형량하여 공익이 개인의 신뢰보호이익에 우선하는 경우에는 소급효를 갖는 법률도 헌법상 정당화될 수 있다. 위 법률조항의 경우에는 왜곡된 한국 반세기 헌정사의 흐름을 바로 잡아야 하는 시대적 당위성과 아울러 집권과정에서의 헌정질서파괴범죄를 범한 자들을 응징하여 정의를 회복하여야 한다는 중대한 공익이 있는 반면, 공소시효는 행위자의 의사와 관계없이 정지될 수도 있는 것이어서 아직 공소시효가 완성되지 않은 이상 예상된 시기에 이르러 반드시 시효가 완성되리라는 것에 대한 보장이 없는 불확실한 기대일 뿐이므로 공소시효에 대하여 보호될 수 있는 신뢰보호이익은 상대적으로 미약하여 위 법률조항은 헌법에 위반되지 아니한다).

것은 개인적 공권으로의 의미를 넘어 헌법이 추구하고 보장해야 할 가장 중요한 객관적 가치 내지 공익적(公益的) 가치를 이루고 있는 것이다. 잠재적 위험성이 한층 강화된 범죄로부터 이러한 헌법상 최고의 공익적 가치가 유린되는 것을 방지하기 위한 것으로, 모든 국가의 구성원 내지 사회적 존재로서 인간은 이에 공감하고 이를 수용할 수밖에 없는 것이다. 2010년 4월 개정된 (구)전자장치부착법 부칙 제2조를 신설한 것은, 가장 중요한 헌법적 가치인 인간으로서의 존엄과 가치에 정면으로 유린하고 자신의 인격을 발현하여 건전하고 건강하게 성장 발달할 수 있는 인간 고유의 권리가 훼손되는 것을 사전적·예방적으로 보호하기 위한 것이라 할 수 있다.³¹⁾

급격하게 변화된 현실을 무시하고서는 헌법이 실질적으로 규범력을 가지고 있다고 말할 수는 없다. (구)전자장치부착법 부칙의 소급규정은 우리 헌법이 당면하고 있는 현실을 반영하여 헌법이 국가의 기본법으로서 본연의 역할을 다할 수 있도록 한 것이다. 또한 국가의 구성원으로서 국민적 합의를 규범적으로 확인하여 국민과 함께 살아 숨 쉬는 헌법이 되도록 하기 위한 것이다. 성폭력범죄 전과자의 동종 재범률이 2005년부터 2009년까지 최근 5년간 15.1%에 이르고, 이들 동종재범자 중 4년 이내 재범률은 무려 70.4%에 달하고 있는 현실을 무시하고, 예컨대 2009년 9월 여론조사 시 응답자의 95.9%가 성폭력범죄자에 대해 전자발찌 부착을 지속해야 한다고 응답하여 전자감독제도에 대한 높은 신뢰를 표시하였고, 2010년 9월 여론조사에서도 응답자의 88.6%가 전자감독제도에 대해서 알고 있으며 75.8%는 이 제도가 재범억제 효과가 있다고 답하는 등 국민적 관심과 지지를 받고 있는 등 잠재적 피해자인 국민이 범죄로부터 보호받기를 원하고 있다는 현실을 무시하는 것이야 말로 헌법에 반하는 것이다. 밖으로 드러나지 않으면서도 상습성에 지배되어 높은 재범률을 보이는 범죄에 대하여 국가가 취할 수 있는 최선의 방법은 가장 효과적인 방법을 동원하여 상습성이 범죄로 재현될 수 있는 기회를 봉쇄하는 것이다. 앞에서 살핀 법무부의 범죄분석에서처럼 전자감시기간 중 동종재범자는 재범률이 0.11%에 불과할 만큼 재범억제효과가 뚜렷이 나타나고 있다면, 성폭력범죄자에 대한 전자감시제도의 소급입법은 국민의 안전보호라는 중대한 공익상의 요구에 부합하는 것이라고 볼 수 있다.

4. 전자감시제도의 진정소급입법과 비례성의 원칙

성폭력범죄자 출소자 등에 대한 전자감시제도는 헌법상 정당성을 가지는 것으로, 국가가 현재 처해 있는 사회적 현실에서 고려할 수 있는 가장 효과적인 방법이며, 이로 인하여 보호되는 공익적 가치는 인간의 생명과 존엄성 및 가치 그 자체이며 이는 헌법이 존재해야 하는 근본이 되는 최고의 가치라고

31) 특히 최근 범죄 경향에 의하면 아동이 성폭력이나 약취·유인, 살인 등의 최대 피해자가 되고 있다. 아동의 권리와 관련하여서는 어디든 이유로 헌법상 보장된 권리를 부당하게 제한받을 이유가 없거니와, 우리나라는 1991년 11월 20일 비준서를 유엔에 제출하여 1989년 11월 20일 유엔총회에서 채택된 국제적 인권 조약인 유엔아동권리협약에 가입하고 1991년 12월 20일 발효되었으나, 동 협약은 아동의 생존, 보호, 발달, 참여의 권리 등 아동 인권과 관련된 모든 권리를 규정하고 있다. 특히, 동 협약 제6조는 아동이 고유의 생명권을 가진 권리주체로서 가능한 최대한도로 아동의 생존과 발달을 국가로부터 보장받는다라고 규정하고 있다.

할 수 있는 반면, 이러한 전자감시제도는 그 법적 성격이 형벌이라기보다는 보안처분으로 볼 수 있고 이로 인해 자유가 완전히 박탈당하는 것이 아니며 자유가 제한당하는 것이어서 수인할 수 있는 정도라 할 것이다. 법 개정 이전의 특정범죄자에 대한 전자감시제도는 헌법상 정당화될 수 있는 소급입법이라 할 것이며, 이러한 제도로 인해 확보할 수 있는 공익과 이로 인한 권리 제한 사이에 심히 균형성 내지 비례성을 상실한 것으로 볼 수도 없다.

헌법 제37조제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”라고 규정하고 있다. 일반적으로 동 조항은 이른바 과잉금지원칙 내지 비례원칙을 규정하고 있는 것으로 보고 있다. 즉, 헌법적으로 보호되고 있는 두 개의 법익이 서로 충돌하는 경우에 헌법은 과잉금지원칙 내지 비례원칙을 통해 양자를 비교형량하여 합리적으로 제한하도록 함으로써 법익 간에 실질적인 조화를 이루도록 요구하고 있다. 그러나 과잉금지원칙 내지 비례원칙이 문제되는 경우에도, 어떠한 수단을 통해 궁극적으로 보호하고자 하는 법익의 중요성 등을 고려하는 등 개별적 사안마다 달리 판단할 것이지 일률적으로 판단할 것은 아니다. 특정범죄자에 대한 전자장치 부착명령은 국민들이 가장 불안하게 여기는 성폭력범죄의 피해로부터 국민의 안전을 보호하기 위한 공익상의 목적을 위해 특정범죄자의 자유로운 생활을 완전히 박탈하는 것이 아니라 일부 제한하는 것으로 보호되는 공익이 훨씬 클 뿐만 아니라, 헌법상 기본권의 본질적 침해에 해당되지 않는다. 특정범죄자에 대한 전자감시제도는 기본권 주체인 국민이 기본권 보호의무자인 국가에 대하여 안전권의 보호를 보장해줄 것을 요청하는 권리 행사에 대한 적절한 조치 내지 대응 수단이라고 하는 측면에서 접근하는 것이 타당하고, 이로 인하여 부수적으로 초래되는 결과는 자유의 박탈이 아닌 ‘자유 제한’에 해당하며, 이러한 제도의 근거 입법은 목적의 정당성과 방법의 적절성 및 피해의 최소성을 갖추고 있으며, 서로 상충하는 법익 사이의 이익형량이라는 측면에서도 법익균형성을 충족하고 있다.

참고로, 입법자들은 모든 성범죄자를 대상으로 전자감시제도를 소급적용은 하지 않고, 성폭력범죄를 저질러 2008년 9월 1일 제도 시행 전 제1심판결을 선고받아 실형 이상의 형이 확정된 사람 중 2010년 7월 16일(개정법 시행일) 기준으로 징역형 등의 집행 종료, 가중료·가중소·가석방 또는 면제된 지 3년이 지나지 아니한 출소자와 징역형 이상의 형, 치료감호 또는 보호감호 집행중인 수형자를 대상으로 하는 등 법적용 대상을 축소하기 위한 노력을 하고 있음을 알 수 있다. 이는 최근 3년간 성폭력범죄를 재범한 성폭력범죄 전과자 중 3년 이내 재범자 비율이 70.5%에 달하는 점을 고려하여 소급범위를 합리적으로 제한한 것이다.

V. 맺음말

전자감시제도의 소급적용의 계기가 된 것은 전자장치부착법 시행 이전에 성범죄 전과자 신분의 김

길태가 20대 여성을 성폭행하고 감금한 혐의로 지명수배를 받고 있던 중 부산에서 13세의 예비 여중생을 납치하여 살인한 후 사체를 유기한 사건이었다. 당시 “김길태에게 전자발찌를 부착하기만 하였다면 그러한 끔찍한 제2의 범행과 희생자는 없었을 것이었다.”는 여론이 일었다. 전자감시제도의 소급효가 인정되지 않는다면 재범위험성이 있는 특정 강력범죄자들로부터 잠재적 피해자들이 사회에 방치될 것이고 이로 인해 국민의 안전이 크게 위협받게 될 것이라는 우려는 입법자들로 하여금 전자장치부착법의 개정을 통해 이에 대한 대책을 강구하도록 촉구하는 계기가 되었다. 그러나 전자감시제도의 도입단계에서도 일었던 위헌논란은 전자감시제도의 소급입법 과정에서 재현되었는데, 그 이유는 법적인 정성과 신뢰보호에 기초를 두고 있는 헌법 제13조 제1항의 행위시법주의 내지 죄형법정주의 및 그 내용으로서 형벌불소급의 원칙에 위배될 소지가 있다는 것 때문이었다.

이와 관련하여서는 다시 원론으로 돌아가 전자감시제도의 법적성격이 문제시되고 있는데, 다수의 학설처럼 전자감시제도를 일종의 형사적 제재를 내용으로 하는 보안처분의 일종으로 이해하면서 죄형법정주의 내지 소급형벌금지의 원칙에 위배된다는 이유로 전자감시제도의 소급적용을 부정하는 견해와, 대법원과 헌법재판소의 견해처럼 전자감시제도를 전통적인 책임주의에 기초를 두고 있는 형벌적 제재와는 달리 장래의 범죄예방과 사회방위에 목적을 둔 보안처분은 구분된다고 하면서 보안처분은 죄형법정주의나 소급형벌금지의 원칙과는 무관하다는 이유로 전자감시제도의 소급적용을 인정하는 견해로 대별된다. 그러나 앞에서 살펴보았듯이, 모든 보안처분을 형벌적 제재의 일종으로 단정하거나 이와 반대로 보안처분은 형벌적 제재와 전혀 별개로 보는 것은 지양하여야 하며, 기본권 제한의 정도를 기준으로 인신구속에 상응하는 정도의 기본권 제한을 내용으로 하는 경우에는 죄형법정주의의 실질적 보장이라는 측면에서 형벌불소급의 원칙이 적용될 수 있다고 본다. 다만 그 외의 대부분의 보안처분은 사회방위라는 공익보호의 목적을 달성하기 위해 불가피하게 부가되는 기본권 제한적인 성격의 보안처분으로 이해하는 것이 타당하다. 따라서 이러한 경우에는 법의 효력에 관한 일반원칙으로서 소급효금지원칙과 보안처분으로 인해 초래되는 기본권 제한과 보안처분을 통해 달성하고자 하는 공익 사이에서 발생하는 비례성의 원칙, 특히 법익형량의 문제의 시각에서 접근하는 것이 타당하다고 본다.

이러한 관점에서 볼 때, 전자장치부착법 시행 이전의 특정범죄 전과자를 대상으로 하는 전자감시제도의 소급적용은 일반적으로 허용되지 않는 진정소급입법에 해당하지만, 위에서 살펴본 바처럼 헌법상 급박하고 중대한 가치가 있는 법익을 보호하기 위해 예외적으로 허용되는 경우라 할 것이다. 또한 전자감시제도의 소급적용으로 인해 특정범죄자에게 초래되는 기본권 제한과 소급적용으로 인해 달성하고자 하는 보호법익을 비교형량할 때 법익균형성을 유지하고 있다고 할 것이다.

참고문헌

곽병선. 2002. 사회내처우로서 전자감시에 의한 보호관찰 도입방안. 형사정책. 13(2): 77-110.

- 권영성. 2010. 헌법학개론. 경기: 법문사.
- 김봉수. 2011. 전자감시장치 부착의 법적 성격과 확대적용에 대한 비판적 고찰. 법학논고, 36: 55-78.
- 김용준. 1993. 미국의 출소자 전자감시제도에 관한 연구. 한국공안행정학회보, 2: 275-292.
- 김재중. 2010. 성폭력범죄자에 대한 전자감시제도. 법학연구, 18(1): 203-232.
- 김혜정. 2000. 전자감시제도의 도입 및 운영에 관한 예비연구. 한국형사정책연구원.
- 김혜정. 2000. 전자감시제도의 적용가능성에 대한 검토: 전자감시는 새로운 행형의 신호탄인가? 형사정책, 12(2): 107-136.
- 김혜정. 2011. 전자장치부착명령의 법적 성격과 제 문제. 법조, 660: 299-331.
- 문정민. 2008. 성범죄자 전자감시제도에 대한 고찰. 법학연구, 29: 221-241.
- 박찬걸. 2010. 특정 성범죄자의 신상정보 활용제도의 문제점과 개선방안: 성범죄자 등록·고지·공개 제도를 중심으로. 법학논총, 27(4): 99-120.
- 오현석. 2013. 특수범죄처벌에관한특별법이 소급형법임에도 여전히 위헌이라 할 수 없다는 견해의 오류에 관한 연구: 위헌을 위헌이라 할 수 없다? 사법, 23: 243-267.
- 윤영미. 2013. 2012년 헌법 중요 판례. 인권과 정의, 432: 6-21.
- 윤영철. 2008. 우리나라의 전자감시제도에 관한 비판적 소고: 특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률을 중심으로. 형사정책연구, 19(3): 201-228.
- 이재홍. 1999. 보호관찰과 형벌부소급의 원칙. 판례월보, 341: 21-32.
- 이창섭. 2011. 위치추적 전자장치 부착명령의 법적 성격과 형벌불소급의 원칙. 형사정책, 23(2): 187-211.
- 장연화. 2010. 위치추적 전자장치 부착제도의 법적 성격과 소급효금지원칙의 적용에 관한 연구. 보호관찰, 20(2): 137-162.
- 정현미. 2009. 성폭력범죄대책과 전자감시. 형사정책, 21(1): 321-349.
- 조준현. 2010. 형벌이념과 형법의 발전, 형벌과 보안처분의 수렴. 한국교정학회소식, 48: 7-46.
- 한수웅. 2013. 헌법학. 경기: 법문사.
- 황일호. 2009. 사회내 교정의 수단으로서의 전자감시제도. 교정연구, 44: 7-30.

鄭哲昊: 독일프라이부르크대학교에서 박사학위를 취득하고, 현재 안동대학교 법학과 교수로 재직 중이다. 주요 논문으로는 “행위자의 범행전후의 태도에 대한 양형관련성(2003)” 등이 있으며, 관심 분야는 아동범죄, 양형이론 등이다(jeong041@andong.ac.kr).

權寧福: 동국대학교에서 박사학위를 취득하고, 현재 세한대학교 소방행정학과 교수로 재직 중이다. 주요 논문으로는 “전·의경의 손해배상청구권 제한의 문제점과 해결방안(2012)” 등이 있으며, 관심 분야는 소방·방재, 재난관리, 국가보훈 등이다(himmel8043@naver.com).

투 고 일: 2013년 10월 30일

수 정 일: 2013년 11월 23일

게재확정일: 2013년 11월 30일

The Expansion of the Electronic Monitoring System and the Prohibition of Retrospective Punishment

Cheol Ho Jeong, Young Bok Kwon

Electronic Monitoring system was introduced to prevent the specific crimes in high recidivism rate and that arouses irrecoverable invasion to legal interests such as sexual crimes, murders, and kidnaps of under-aged person. In the initial stage of it's introduction, there were controversial arguments on the possibility of violation of the principle of double punishment prohibition. In the meantime, based on the public opinion, the legislators provided the supplementary provision on 15 of April in 2010, which allows retroactive application to ex-convicts who commit a crime before the enforcement of the act of attachment of electronic device for position tracking. Due to this, there was another argument which doubts about the fact whether retroactive application of Electronic Monitoring system violates legal security, protection of trust of criminals and then the principle of legality and the principle of non-retroactivity of punishment. On this argument, there is certain perspective discrepancy between the theoretical view point and the judicial precedent. The main stream of the theory consider Electronic Monitoring system as a measures of security in the characteristic of punitive sanctions so that this system is against the principle of legality and the principle of non-retroactivity of punishment. Meanwhile, the judicial precedent considers Electronic Monitoring system as a measures of security which is not for punitive sanctions, but for securing society through the prevention of crime, so that the retroactive application of the system is not against the principle of legality and the principle of non-retroactivity of punishment. In this study, we consider the electronic monitoring system as measures of security, limiting basic human right for the protection of public interests, not as a punitive sanctions or securing society through the prevention of crime. We take on the approach that the retroactive application of the system corresponds with the principle of retroactive prohibition as the general principles of law, not the principle of non-retroactivity of punishment derived from the principle of "nulla poena[nullum crimen] sine lege". Therefore, we tired to solve the problem of allowance of the retroactive application of the system through the principle of proportion and careful measurement between the invaded interest and the possibly protected interest by the retroactive application.

Key words: electronic monitoring system, legal basis of electronic monitoring, principle of legality, prohibition of retrospective punishment, balance of legal interest