

한국공법학회-한국형사정책연구원 공동학술대회

민주적 법치국가와 형사사법 거버넌스

2021. 4. 30. (금)

14:00~18:30

장소 ZOOM 화상회의, L타워 데이지홀(5층)

주최 한국형사정책연구원·한국공법학회 공동 주최

◆ 한국공법학회-한국형사정책연구원 공동학술대회 ◆

민주적 법치국가와 형사사법 거버넌스 일 · 정 · 표

1부 개회식

14:00~14:20

개회식 사회 **정필운** | 한국공법학회 기획이사, 한국교원대 교수

- 개회선언
- 국민의례
- 개회사
- 환영사
- 기념사진촬영

김종철 | 한국공법학회 회장, 연세대 교수

한인섭 | 한국형사정책연구원장

2부 주제 발표 및 토론

14:20~17:40

주제1. 새로운 형사사법 거버넌스와 입헌주의

14:20~15:20

사회 **박준휘** | 한국형사정책연구원 범죄·예방처우연구실 실장

발표 **박규환** | 영산대 교수

지정토론 **강석구** | 한국형사정책연구원 형사법제연구실 실장

주제2. 중형주의와 입헌주의

15:20~16:20

사회 **이천현** | 한국형사정책연구원 선임연구위원

발표 **이권일** | 동아대 교수

지정토론 **서주연** | 한국형사정책연구원 부연구위원, 변호사

주제3 전자감독제도와 법치국가원리

16:40~17:40

사회 **임현** | 한국공법학회 기획이사, 고려대 교수

발표 **김지선** | 한국형사정책연구원 선임연구위원

지정토론 **김현정** | 건국대 이주·사회통합연구소 전임연구원

3부 종합토론 및 폐회식

17:40~18:30

종합토론 사회 **윤지영** | 한국형사정책연구원 입법정책연구실 실장

신옥주 | 전북대 교수

김한균 | 한국형사정책연구원 선임연구위원

박규환 | 영산대 교수

이권일 | 동아대 교수

김지선 | 한국형사정책연구원 선임연구위원

폐회식 사회 **김대근** | 한국형사정책연구원 부패·경제범죄연구실 실장

- 폐회사

한인섭 | 한국형사정책연구원장

목 차

개회사	7
김종철 한국공법학회장, 연세대 교수	
환영사	9
한인섭 한국형사정책연구원장	
주제 1 법치주의 구조변동과 형사사법 거버넌스	11
발 표 박규환 영산대 교수 _13	
지정토론 강석구 한국형사정책연구원 형사법제연구실 실장 _38	
주제 2 중형주의와 입헌주의	41
발 표 이권일 동아대 교수 _43	
지정토론 서주연 한국형사정책연구원 부연구위원, 변호사 _67	
주제 3 전자감독제도와 법치국가원리	71
발 표 김지선 한국형사정책연구원 선임연구위원 _73	
지정토론 김현정 건국대 이주·사회통합연구소 전임연구원 _111	
종합토론	115
신옥주 전북대 교수	

개 · 회 · 사

존경하는 한국공법학회 회원 여러분, 그리고 한국형사정책연구원 한인섭 원장님을 비롯한 연구원 여러분,

오늘도 감염병재난으로 온 지구가 고통을 겪고 있는 시점입니다만 우리 한국공법학회가 한국형사정책연구원과 더불어 “민주적 법치국가와 형사사법 거버넌스”를 주제로 기획 학술대회를 공동으로 개최하게 되어 한편으로는 조심스러우면서도 기쁜 마음입니다.

한국공법학회는 현민 유진오 박사님을 초대회장으로 1957년 창설되어 지난 60여년간 “우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서” 제정된 대한민국 헌법의 민주적 법치국가 원리에 입각하여 모두가 공존·공생·공영하는 공법학을 지향하여 왔습니다. 국가 형사정책수립과 범죄방지에 이바지하기 위해 1988년 설립된 한국형사정책연구원은 우리나라의 법무·형사정책 분야의 국책연구기관으로 형사사법 거버넌스 연구의 메카라고 할 수 있습니다.

오늘 이 두 주체가 함께 “민주적 법치국가와 형사사법 거버넌스”를 위한 학술적 공론장을 열게 된 것은 헌법정신에 입각하여 인권이 보장되고 민주공화적 정치공동체와 생활공동체를 구축하려는 고유의 목적을 한껏 더 고양시키는 과정이라고 생각합니다.

우리 대한민국은 산업화와 민주화의 동시달성이라는, 2차대전 후 지구촌에서 보기 드문 괄목할 성과를 달성한 민주공화국입니다. 그러나 민주화 이후에도 지속적으로 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 미진한 개혁과제가 산적해 있습니다. 무엇보다 형사사법영역에서 헌법재판소와 법원과 같은 사법기관은 물론 검찰과 경찰과 같은 법집행기관의 지위와 역할 및 상호관계를 국민의 신체의 자유를 비롯한 기본적 인권의 보장을 중심으로 재편하는 과제는 지속적으로 추진되어야 할 헌법 및 행정법과 형사법의 기본현안이라고 할 것입니다.

그동안 우리 공법학계와 형사법학계 및 법실무계에서는 공법학과 형사법학이라는 구분된 학문영역의 세부과제에 집중하느라 헌법을 정점으로 하는 민주적 법치국가의 구축이라는 공통의 과제를 상대적으로 소홀히 해 온 아쉬움이 없지 않습니다. 저는 오늘의 공동기획 학술대회가 한국공법학회와 한국형사정책연구원이 서로 협력하면서 그동안의 아쉬운 간극을 메우고, 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 보장하는 국가의 기본적 책무를 다하는 민주적 법치국가와 형사사법 거버넌스의 새 장을 구축하는, 작지만 올림이 큰 첫 걸음이 될 수 있기를 염원합니다.

이번 공동학술대회를 위하여 한국형사정책연구원과 한국공법학회의 많은 분들이 기획 단계와 집행단계까지 열과 성을 다하여 주셨습니다. 일일이 호명할 수 없는 이 분들과 같이 각자 주어진 소임을 묵묵히 다하는 민주시민이 중심이 되는 공동체야말로 진정한 민주공화국임을 믿습니다. 이처럼 많은 분이 노고를 아끼지 않으신 학술향연이 감염병 재난으로 현장 발표와 화상대회로 제한적인 공간속에서 치러질 수 밖에 없는 안타까움도, 감염병에도 불구하고 민주적 법치국가와 형사사법 거버넌스를 향한 불타는 학술적 열정에 의해 더욱 의미있게 승화될 것으로 믿어 의심치 않습니다.

감사합니다.

제40대 한국공법학회 회장 **김종철** 올림

환 · 영 · 사

여러분 안녕하십니까?

한국형사정책연구원장 한인섭입니다.

오늘 역사와 전통을 사랑하는 한국공법학회와 저희 한국형사정책연구원이 「민주적 법치국가와 형사사법 거버넌스」라는 주제로 공동학술대회를 개최하게 되어 무척 기쁩니다. 형사법의 주요 쟁점이 헌법적 가치와 평가를 반영하는 헌법적형사법의 시대를 맞아, 평소 형사법·형사정책적 분석을 해 온 저희 기관에서는 공법학회의 우수한 학자들과의 부단한 교류를 통해 민주법치국가의 내실을 채우고픈 열망이 가득합니다.

오늘날 우리 형사사법은 수많은 변화와 도전에 처해있습니다. 오래 전부터 사회 각계에서 요구한 사법개혁과 검찰개혁은 여전한 아쉬움도 있고 일부 진행 중인 것도 있지만, 상당부분 성과를 내어 오늘에 이르렀다는 점을 부인할 수 없을 것입니다. 형벌의 엄격한 적용과 보안처분의 다양화를 통한 국가형벌권의 변화를 비롯하여, 검경 수사권 조정과 고위공직자범죄 수사처의 설립, 자치경찰제의 도입 등은 그동안 우리 시민사회가 기울여 온 노력의 성과라고 할 것입니다. 한편 이러한 변화의 추진과정에서 헌법의 핵심가치인 인권·자유·평등의 조화로운 균형점을 추구하려는 노력이 어떻게 달성되고 있는지도 진지하게 검토할 필요가 있겠습니다.

그동안의 개혁성과에 대한 비판적 성찰과 학문적 탐구, 그리고 민주적인 공론화를 본격적으로 논의할 시점입니다. 이를 통해 우리는 시민사회에 형사사법개혁의 방향을 구체적으로 제시해야 합니다.

한국공법학회와 공동으로 개최하는 학술대회 〈민주적 법치국가와 형사사법 거버넌스〉는 바로 이러한 지점에서 요구됩니다. 형사사법 거버넌스는 법원과 헌법재판소, 검찰, 경찰과 같은 국가기구의 지위와 역할 및 기능과의 관계에서 중요합니다. 또한 각종 형사제재수단의 범위와 한계를 설정하고 운용하는 차원에서도 형사사법 거버넌스의 논의가 필요합니다.

형사사법개혁 차원의 다양한 층위의 논의와 함께 법치국가의 구조변동과 형사사법 거버넌스의 미래를 모색하는 일, 오늘날 중형주의와 입헌주의의 관계를 성찰하는 일, 그리고 법치국가적 전망 하에서 전자감독과 같은 새로운 보안형법의 의미와 가능성을 탐색하는 일 모두 지금 당장 우리가 고민해야 하는 실천적 과제입니다.

이와 같은 형사사법개혁의 주요 쟁점과 문제의식에 대한 법치국가적 성찰은, 헌법과 헌법 이론의 전망 하에서 보다 실천성을 갖는다는 점에 대해서는 새삼 강조할 필요가 있겠습니다. 오늘 이 자리의 고민과 대화를 통해 형사사법개혁의 전망과 가능성을 보다 구체적으로 모색할 수 있기를 바랍니다. 오늘을 출발점으로 하여 앞으로 한국공법학회와의 학술교류를 정례화할 수 있기를 바랍니다.

감사합니다.

2021년 4월 30일

한국형사정책연구원장 **한 인 섭**

◆ 한국공법학회-한국형사정책연구원 공동학술대회 ◆

주제 1.

법치주의 구조변동과 형사사법 거버넌스

발 표 박규환 | 영산대 교수

지정토론 강석구 | 한국형사정책연구원 형사법제연구실 실장

법치주의 구조변동과 형사사법 거버넌스¹⁾

- 현 정부의 검찰개혁에 대한 과도기적 평가와 함께

박규환 | 영산대 법학과 교수

차 례

- I. 서
- II. 법치주의의 구조변동
 - 1. 진화하는 법치주의
 - 2. 공공성과 공공복리의 개념변화
- III. 법치주의 이념의 역사적 발전과정
 - 1. 19세기
 - 2. 20세기
- IV. 법치주의 구조변동의 21세기적 요인들
 - 1. 정보영역
 - 2. 문화영역
 - 3. 생태주의이론의 발전들-생태민주주의
 - 4. 자본주의의 재구성
 - 5. 협력적 법치국가(Der kooperative Rechtsstaat) 개념
- V. 결어-형사사법 거버넌스의 바람직한 방향
- VI. 보론-현 정부의 검찰개혁에 대한 평가
 - 1. 비교법 연구와 법과 문화의 관계
 - 2. 검찰개혁과 헌법
 - 3. 검사의 영장청구권

1) 본 발표문에는 소폭 수정된 저자의 기존 연구결과가 포함되어 있습니다(해당 부분은 각주로 표시함).

I. 서

Rule of Law가 Rule by Law²⁾로 되는 순간 주권자인 국민의 기본권 보장을 최고의 목표로 하는 법치주의의 이념은 무너진다. 한편 법치주의는 민주주의와 긴장관계를 가질 수 있는데³⁾ 법치주의의 약점-비윤리적 사고방식의 확대 재생산이 법을 도구화 하여 실천되는 경우-이 발견되는 지점에서는 그 정도가 더 심해진다. 미투운동이나 선거운동과정 등에서 사회 기득권층이 보여주는 탈도덕화 행태는 법에만 저촉되지 않으면 문제없다는 식의 소위 ‘묻지마 법치주의’라는 자조적 표현을 가능케 해준다. 반대로 법을 통치나 억압의 도구로 악용하는 -법치주의라는 방패를 내세워- 행태 또한 법치주의에 대한 국민의 신뢰를 저하시킨다.

최근 진행되고 있는 검찰개혁은 형사사법 거버넌스와 관련해 중요한 이슈를 한국사회에 던져주고 있다. 본 논고에서는 그간 많은 이론적·실무적 연구가 진행된 검찰개혁의 이슈를 ‘법치주의의 구조적 변동’이라는 시대적 분석의 틀에서 조명해 본다.

II. 법치주의의 구조변동

1. 진화하는 법치주의

법치주의는 자기 목적적 개념이 아니다. 법치주의는 주권자인 국민의 자유와 권리를 최대한 보장하는 것을 목표로 하며 때문에 시대의 변화와 흐름을 반영하여 진화한다. 독일에서 1933년 까지 스멘트(R. Smend), 슈미트(C. Schmitt)의 헌법관이 지지를 받지 못했던 상황⁴⁾은 이러한 법치주의의 속성을 역으로 반증해 준다.

독일 근대국가 형성에서 행정부가 기본권에 기속된다는 것에는 이론이 없었으나 사법부와 입법부의 기본권 기속성에 대해서는 논의가 없었다. 하지만 독일기본법 제1조 제3항에서 입법, 행정, 사법의 기본권 기속성을 명문으로 규정함으로써 말미암아 법치주의의 내용은 한층 더 기본권 친화적으로 발전하였다.

2) 서보학, 검찰의 현주소와 법치주의의 위기, 법과 사회 제39권, 2010, 83쪽; 양천수, 민주적 법치국가의 내적 갈등, 법학연구, 연세대학교 법학연구원, 제28권 제3호, 2018, 286쪽.

3) 권경휘, 법치주의와 민주주의의 관계: 하버마스의 관점에 대한 비판적 고찰, 법학연구, 연세대학교 법학연구원, 제24권 제1호, 2014,

4) Hesse, Bestand und Bedeutung der Grundrechte, EuGRZ, 1978, 430쪽 참조.

소위 입법형성재량을 폭 넓게 인정하는 경향-사법자제와 같이 표현되기도 하는-은 입법부에 대한 국민의 신뢰를 전제로 하고 있다. 포스트모던시대로 전환되면서 진리의 상대화 경향이 뚜렷이 나타났고 이로 인해 공동체보다는 개인(혹은 특정집단)이 우선되는 사상적 영향이 확대 되고 있다.⁵⁾ 이러한 경향은 전통적으로 법학에서 인정되던 ‘공공복리(공익)’ 개념을 형해화시키고 있는데, 예를 들면 입법부의 경우, 대의민주주의 제도 하에서 국민에게 권한을 위임받은 국회의원들이 국가공동체 전체의 이익보다는 자신의 지역구 이익을 더 중시하는 경향으로 나타나고 있다. 때문에 전통적 전제로 가지고 있던 입법부에 대한 국민의 신뢰(국익우선)는 해체되고 있다. 이러한 흐름이 일시적이고 지역적인 영향에서 비롯된 것이 아니라 급변하는 세계질서(자원고갈과 기후변화, 산업자본주의에 이어 문화자본주의의 등장, 금융자본주의의 자기 목적적 활동 등)와 사상적 전환기(진리의 상대화 경향)의 영향을 받아 비롯된 것이라면 거시적 관점에서 법치주의의 내용을 재구성 할 필요가 있다. 이러한 변화는 이미 역사적으로 두 번에 걸쳐 발생했다.⁶⁾

구체적 사례로 범위를 좁혀 입법부를 예를 들면 입법형성재량의 폭을 좁히는 방향으로 법치주의의 내용을 재구성해야 할 필요가 있다. 국민적 요구로 개혁이 명백히 필요한 시대에 있어서는 이러한 내용이 더욱 강조되어야 하는데 입법형성재량이라는 이론 뒤로 개혁입법을 지연시키거나 불충분하게 규정하는 경우에는 적극적으로 ‘다양한 통제’가 이루어 질 수 있도록 법치주의 내용⁷⁾을 재구성(예: 권력분립원칙⁸⁾)해야 한다는 것이다.⁹⁾

5) 최근 들어 국내에서 발생한 대표적 사례로 의사파업을 들 수 있다. 전통적으로 생명을 존중하는 직업윤리를 가지고 있다고 생각해 사회적 존경을 받던 의사직업군에 대한 사회적 기대가 해체되고 모든 개개의 집단이 자신의 이익을 위해 활동하는 것이 당연하다는 혹은 불가피하다는 의식이 일반적으로 수용되고 있다. 이러한 현상은 환자의 건강이나 생명보다 의사집단의 이익을 대변하던 당시 다수 여론의 흐름에서 확인 할 수 있다. 그 밖에 사법부의 재판개입사건이나 문체부 블랙리스트 사건으로도 이러한 경향은 확인된다.

6) 拙稿, 세시대, 두전환기, 네가지 기본권의 성격, 연세법학연구 제11집 제1,2권 병합, 2005.

7) 법치주의의 내용으로 적법절차, 권력분립, 포괄적위임입법금지, 신뢰보호원칙(파생원칙) 등등을 든다, 성낙인, 헌법학, 2021, 273쪽 이하.

8) 거의 270년 전에 주창된 삼권분립(몽테스키외, 법의정신, 1748)이론은 오늘날에도 대부분의 헌법국가에서 핵심원리로 수용되고 있지만 몽테스키외 당시의 시대적 배경에서 바라본 시민의 (정치적) 자유보장을 위한 ‘권력분립원칙’과 오늘날 사용되는 ‘권력분립원칙’이 같은 내용이라고 보기는 힘들다. 다만 각 시대적 요구를 반영하여 시민의 자유를 더 잘 보장하기 위한 이론적 노력이라는 점은 같다고 할 것이다: 현대국가의 기능과 권력행사가 수직적·수평적 측면에서 모두 다차원적으로 분화되었으면서도 상호 연결되어 행사되고 있기 때문에 고전적 삼권분립이론을 새롭게 구성하고자 하는 이론적 시도들이 있었다. 이에 대한 소개로는 “시대상황의 변화와 새 권력분립제의 모색”: 허영, 헌법이론과 헌법, 2010, 918쪽 이하, “기타 권력분립모델”: 장영철, 국가조직론, 2020, 163쪽 이하.

9) 독일연방헌법재판소는 입법자의 재량이 실질적 정의 실현을 위해 “적정한 시간 내에 입법을 할 의무”에 의해 제한된다고 한다, BVerfGE3, 225 (238). 또한 헌법제정권력은 긴급하게 개혁이 필요한 법상태를 기한 없이 방치하는 것을 입법자에게 허용하지 않는다고 한다, BVerfGE 25, 167 (179).

2. 공공성과 공공복리의 개념변화¹⁰⁾

1) 공공성

“공익에 대한 관점은 시간의 흐름에 따라서 변화·발전한다.”¹¹⁾ 21세기의 공공성 개념이 중세 봉건시대의 공공성 개념¹²⁾과 다른 것은 물론이다. 하버마스는 근대국가이후 당시의 경제 구조와 관련해 발전된 ‘시민적 공공성(bürgerliche Öffentlichkeit)’이 결국 ‘여론(öffentliche Meinung)’이 되는데¹³⁾ 이러한 여론이 언론권력(Medienmacht)에 의해 조작이 가능한 시대-‘공공성의 구조변동(Strukturwandel der Öffentlichkeit)’¹⁴⁾을 가져온 요소-가 되었다고 보고 있다.¹⁵⁾

자유주의적 시민적 법치국가는 국가와 사회의 구분을 전제로 최소한의 국가개입을 전제로 하지만 사회적 법치국가에서는 국가의 개입이 요구되기에 국가와 사회의 구분이 교착되며 전통적인 가족의 역할(실업, 사고, 질병, 노후보장 등)을 복지국가가 대신(Sozialstaatliche Garantien)하게 된다.¹⁶⁾ 이러한 현상은 국가사회 이원론을 전제로 발전한 법원리의 변화를 가져오는데 대표적인 것이 ‘공법의 사법화(Privatisierung des öffentlichen Rechts)’와 ‘사법의 공법화(Publizierung des Privatrechts)’이며 이는 노동법에서 잘 나타났다(임금계약의 경우 엄격한 의미에서 사법적 성격을 상실하였다고 보고 있다).¹⁷⁾ 헌법에서도 재산권의 절대불가침성 대신 재산권의 사회기속성이 규정되게 된다. 이러한 현상이 자유주의적·시민적 법치주의의 근본토대를 형성한 사적자치의 원칙에 변동을 가져왔음은 물론이다. 사적자치에 제한을 가한 대표적 일반이론인 ‘기본권의 제3자적 효력(대사인적 효력) 이론’은 일반적으로 독일과 한국의 학계와 실무에서 수용되고 있지만 기본권의 제3자적 효력

10) 본 연구에서는 공공성, 공공복리가 넓은 의미의 공익에 포함된다고 본다.; 한편 ‘공익신고자 보호법’ [시행 2020. 11. 20.] [법률 제17300호] 제2조는 “공익침해행위”를 국민의 건강과 안전, 환경, 소비자의 이익, 공정한 경쟁 및 이에 준하는 공공의 이익을 침해하는 행위라고 규정하고 있으며, 467개 법률의 별칙에 해당하는 행위 등이 이에 해당한다.

11) F. Fleiner, Einzelrecht und öffentliches Interesse, 1908, 32-33쪽; 최송화, 공익론-공법적 탐구-, 서울대학교출판부, 2004, 85쪽 각주 50번에서 재인용.

12) 하버마스는 중세의 공공성이 왕, 귀족, 종교세력 등 특정계층을 위한 개념이라고 하면서 당시의 공공성을 “repräsentative Öffentlichkeit”라고 표현한다. 이 용어는 “顯示의 공공성(최송화, 위의 책, 112쪽)”, “과시적 공공성(위르겐 하버마스, 한승원역, 공론장의 구조변동-부르주아 사회의 한 범주에 관한 연구, 나남, 2019)”으로 번역되기도 한다.

13) Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit-Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft, suhrkamp, 1990, 85쪽.

14) 하버마스는 공공성의 구조변동을 가져온 3가지 요소를 1)국가와 사회의 분리에서 교착화 경향으로 인한 ‘국가의 사회화(Vergesellschaftung des Staates)’와 ‘사회의 국가화(Verstaatlichung der Gesellschaft)’ 현상 2)복지국가 원칙의 헌법적 편입, 복지국가가 실현을 위한 과정에서 나타난 관료화·법제화 경향 3)언론권력의 등장으로 보고 있다. 위의 책, 21쪽 이하.

15) 위의 책, 28쪽.

16) 위의 책, 242쪽.

17) 위의 책, 235-236쪽.

의 적용구조와 정도에 관해서는 아직도 그 내용이 명쾌하게 규명되지 못하고 있다.

2) 공공복리

공공복리의 개념은 공동체와 관련된 ‘주체의 일반성’-Wohl der Allgemeinheit- 혹은 이익의 성격을 표징하는 일반적인 최선(allgemeine Beste)을 뜻하는 객관적인 일반성의 의미로 이해된다.¹⁸⁾ 객관적 측면에서 공공복리는 공익의 전체로서 단순한 사익의 집적과 다르다.¹⁹⁾ 공익과 사익의 갈등관계는 당연하며 이러한 갈등과 대립에 대한 구속력 있는 결정을 내리고, 그러한 결정을 강제로 관철하기 위해 국가라는 제도가 필요하고 “상충되는 힘을 공공복리 실현으로 조정 및 유도²⁰⁾”하여 헌법이 허용한 범위 내에서 통합을 이루는 것이 중요하다. 법치주의 원리도 개인의 기본권을 보호함으로 갈등과 대립을 해소하는 역할을 하기에 통합기능을 수행하는 헌법의 통합적 기능과 연관된다.²¹⁾ 공공복리증진은 선한 의도가 아니라 선한 활동의 문제인데 이를 잘 보여주는 것이 조세법률이며 단체가 일반이익과 이웃의 이익을 위해서 자신의 정당한 이익을 자발적으로 포기한 경우 조정적 보상을 제공하는 것으로 조세혜택을 주는 경우가 그러하다.²²⁾

공공복리를 위해 국가는 법적, 제도적, 경제적 영역에서 외적인 조건을 만들고 보장할 수 있을 뿐 ‘좋은 삶’에 직접 참여할 수는 없다.²³⁾ 때문에 사회적 공감대와 구별되지만 특수한 정당성이 인정되는 국가의 독자적 공공복리 형성을 위한 개입을 제외하면, 공공복리에 대한 사회적 공감대가 독자적으로 형성되는 영역에 입법권에 의한 외적인 규율은 필요가 없어진다.²⁴⁾

기본권은 공공복리에 동참을 위한 법적 자격을 가지는데 신체적, 정신적, 경제문화적 기반이 기본권이 행사되는 자유의 영역에 놓여있고 공동체의 삶이 근본적으로 기본권의 뿌리로부터 성장하기 때문이기에 국가의 간섭은 공공복리 필요성에 따른 정당성이 요구된다.²⁵⁾

자유주의 국가는 덕성을 요구하지 않고 자유를 보장하기에 기본권 주체가 공공복리의 요청에 기여하면서 자신의 사적 이익대신 공익에 기여할 기회를 열어줄 뿐이기에, 기본권 주체에게 공공복리가 필요로 하는 기본권 활동과 더불어 기본권 윤리를 발전시킬 헌법적

18) Isensee, 이덕연·강태수 편역, 언어와 헌법 그리고 국가, 신조사, 2013, 362쪽.

19) 위의 책, 363쪽

20) 위의 책, 363쪽

21) 정필운·박선웅, 갈등의 치유, 대립의 통합 과정에서 헌법의 기능, 연세법학 제26호, 2015, 58쪽.

22) Isensee, 이덕연·강태수 편역, 위의 책, 370쪽.

23) 위의 책, 400쪽.

24) 위의 책, 401쪽.

25) 위의 책, 402쪽.

기대는 할 수 있어도 그 헌법적 기대를 충족할 것을 담보할 수는 없다.²⁶⁾

절차는 다양한 이익들을 조정하고 존중하는 방향으로 정향되지만 민주적인 법률이 형식적 정당성을 넘어 공공복리 부합성까지 보장하는 것은 아니기에 형식적 민주적 정당성이 필연적으로 공공복리에 부합하는 실체적 정당성을 이끈다고는 볼 수 없다.²⁷⁾ 이는 민주주의 원리가 국가목표행위 대신 그 국가권력의 원천인 국민의 의사를 대상으로 하는 것에서 기인한다.²⁸⁾ 따라서 구속력 있는 민주적 결정이 윤리적인 공공복리의 정당성 문제까지 담보하는 것은 아니다.²⁹⁾ 즉, “헌법국가의 제도들은 다수의 합법성과 공공복리의 정당성이 항상 일치하지 않을 수 있다는 것을 전제로 한다.”³⁰⁾

3) 小結

공공성은 자본주의 경제구조의 탄생으로 인한 구조변동을 경험하였다. 후술하는 ‘자본주의의 재구성’은 21세기에 들어 시대적 변화를 가져오고 있고 이는 법치주의의 구조 변동을 가져오고 있다.

헌법상의 공공복리개념이 기본권주체가 사익대신 공익에 기여할 기회를 제공할 뿐 기본권 윤리를 강제할 방법은 없기에 글로벌 거대경제주체의 등장과 세계인구의 대규모 이동으로 인한 가족과 문화를 기반으로 한 민족적 국가개념의 희석화 현상 등 21세기에 새롭게 등장하고 있는 그래서 전통적 개념들을 해체하고 있는 -특별히 관념적 국경과 국적의 해체 현상- 경향들로 인해 국가공동체 내의 공공복리 개념의 모호성과 다양성이 또한 법치주의의 구조 변동을 가져올 것이라고 생각한다.

전통적 정치세력보다는 오히려 이러한 시대변화에 빠르고 적극적으로 적응해 정치적 이슈를 선도하고 있는 시민단체들에 대해서는 정당과 일반결사 사이의 어딘가에 위치하는 법적지위를 부여해 그 활동을 촉진할 필요가 있다. 후술하는 소위 ‘협력적 법치국가’에서는 이러한 구조가 더욱 요청되어 진다.

26) 위의 책, 404-405쪽.

27) 위의 책, 407쪽.

28) 위의 책, 408쪽.

29) 위의 책, 408쪽.

30) 위의 책, 408쪽.

Ⅲ. 법치주의 이념의 역사적 발전과정³¹⁾

1. 19세기

1) 시민적 법치국가의 생성

19세기의 정치무대는 프랑스혁명사상의 영향과 봉건제도와의 이념적 대결 속에서 전개되었다. 이는 동시에 수천년간 지속되온 귀족지배구조의 광범위한 청산을 의미하는 것이었으며 이를 통해 사회구조는 중요한 전환점을 맞았고 또 그 구조의 변경을 진행시켜 가고 있었다.

진보적인 자유주의 시민계급의 시대는 19세기에 시작되었다.³²⁾ 진보적 자유주의 (Liberalismus) 는 그 사상적 뿌리를 자연법사상에서 찾을 수 있다. 이 자유주의 사상은 정치적 주체로서 그리고 자유로운 재산의 소유자로서의 인간의 자유사상에 그 근원을 두고 있었다. 반면에 17·18세기의 절대왕정주의는 경제생활 영역에 있어서의 개개인이 최적의 경제적 지위를 획득하는데 있어서 국가적 후견역할(staatliche Bevormundung)을 하는데 실패했다.

정치적 자유와 재산권의 보장이라는 두 축을 기본으로 한 자유주의 사상은 결국 기본권이 라는 용어를 사용하지 않았을 뿐, 오늘날 헌법국가에서 폭 넓게 자리잡은 기본권적 가치를 이미 지니고 있었다고 평가할 수 있다. 즉, 자유주의 사상은 이미 ‘기본권적 징표’를 함유하고 있었던 것이다.³³⁾

18세기와 19세기의 전환기에 법치국가 이념이 새로운 시대의 사상으로 나타났다. 이는 봉건영주지배체제에 대한 자유시민계급의 투쟁의 결과로 이루어 낸 것이다. 시민적 법치국가는 무엇보다도 절대적 경찰국가(absolutistischer Polizeistaat)의 반대개념으로서 이해되어진다.³⁴⁾

2) 시민적 법치국가의 특징

시민적 법치국가의 기초사상은 국가가 시민의 자유와 재산을 안전하게 보호(Sicherung) 하여야 한다는 것을 주요내용으로 한다. ‘개인의 복리(Das Wohl des Individuums)’는 시

31) 拙稿, 세시대, 두전환기, 네가지 기본권의 성격, 연세법학연구 제11집 제1,2권 병합, 2005, 220쪽 이하의 내용을 소폭 수정하였다.

32) Mitteis/Lieberich, Deutsche Rechtsgeschichte, 19. Aufl. 1992, 440-441쪽.

33) Ebel, Rechtsgeschichte, Bd. II Neuzeit, 1993, Rn. 645.

34) Katz, Staatsrecht, 15. Aufl. 2002, 82쪽.

민적 법치국가의 핵심적인 내용이다. 그리고 평등한 대우, 개인적 자유 그리고 영업의 자유와 취득한 재산권의 보장은 시민계급의 안전을 보장하는 역할을 한다.³⁵⁾

‘계약자유’의 원칙(Vertragsfreiheit)은 私法영역에 있어서 이시대의 중요한 변화로 꼽을 수 있다.³⁶⁾ 또한 ‘개인의 복리(Das Wohl des Individuums)’의 현실적 보장을 위한 인권의 보편적 수용과 그 구조적 실현 원리인 권력분립의 원칙은 일반적으로 효력을 갖는 법률을 통해 실현될 수 있었고 또한 보장될 수 있었다. 이러한 배경으로 인해 시민적 법치국가원리는 국가권력의 자의적 행사로부터의 시민의 권리를 방어하는 것에 초점을 맞추어 그 구체적인 내용을 형성하게 된다.³⁷⁾ 때문에 공법영역에서의 정치적 자유와 평등 실현을 위한 노력은 국가의 자의적 권력행사를 방어하는 것과 일치하게 되었다.³⁸⁾

3) 시민의 위상

이상에서 살펴본바와 같이 기본권은 개인생활영역으로의 국가권력 침해에 대항하면서 그 내용을 형성하였다. 즉, 당시대 기본권 기능의 기본성격은 평등원리와 사적자치 그리고 법률생활관계를 개인 스스로 자유롭게 형성할 수 있는 국가 공동체 내에서의 私法생활영역을 보호해야 하는 것으로 규정되어 졌고 개인적 자유의 실현영역을 방어 해야만 하는 내용을 가질 수밖에 없었던 것이다.

이러한 시대적 배경으로 인해 ‘시민’과 ‘국가’가 법률생활 속에서 가지는 법이론적 관계구조와 ‘시민’과 ‘시민’이 법률생활속에서 가지는 법률적 관계구조의 평가는 본질적으로 구분될 수밖에 없었던 것이다.³⁹⁾

2. 20세기

1) 시민적 법치국가 변화의 맹아

산업혁명은 결국 私法秩序의 구조적 변경을 초래했다. 봉건적 토지 소유제도의 틀 아래 형성되었던 각종 법률들은 더 이상 효력을 가질 수 없었을 뿐 더러 자본가 계급의 부의 축

35) 위의 책, 82쪽.

36) Wesel, Geschichte des Rechts, 2. Aufl. 2001, 448쪽.

37) Katz, 앞의 책, 82쪽.

38) Ebel, Rechtsgeschichte, Bd. II Neuzeit, 1993, Rn. 646.

39) Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 30. Aufl. 1998, 142쪽.

척과는 상반되게 소외계층으로 새롭게 발생한 당시대 노동자 계층을 위한 새로운 “私法의 사회적 과제”가 강조되기 까지 하였다.⁴⁰⁾ 이런 영향아래 “노동헌법(Arbeitsverfassung)”⁴¹⁾이 존재하였으나 영업의 자유나 계약의 자유와 같은 내용의 실효성 확보는 요원하기만 하였다. 계약당사자의 실질적 평등이 존재하지 않았기 때문이다. 오히려 봉건적 요소들이 그대로 사법영역에 잔존하고 있었다.⁴²⁾

2) 사회국가원리

전술한 시대적 배경으로 인해 전통적 시민적 법치주의 하에서의 기본권이해 즉, 그 기능과 그 기능으로부터의 기본권의 내용확정은 20 세기 들어 변화를 요구하게 되었고 또 그 변화가 초래되기 시작하였다.⁴³⁾ 시민적 법치국가원리 내에서의 기본권의 기능과 내용은 본질적 의미에서 더 이상 20세기의 변화된 새로운 사회질서 즉, 사회국가적 과제의 요청을 충족하기 힘들어 졌다.⁴⁴⁾ 당시대에는 개개인의 사회적 위상이 시민적 법치국가원리의 틀 안에서 이해되어 질 수 밖에 없었으며 당시의 개개 구성원은 ‘사회적 형상(das soziale Gefüge)’이 어느 정도로 변화해 나갈지에 대해 알 수 없었다. 이러한 사회발전 과정을 염두에 두고 결국 현행 독일 기본법은 20세기의 기술적, 경제적 그리고 사회적 발전의 성과들을

40) 게르만 법학자(Germanist)인 Gierke(1841-1921)는 법학의 사회적 과제(die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft)를 강조했다. 그는 보수가문 출신이었고 스스로를 법의 생성이 ‘국민정신(Volkgeist)’으로부터 확정된다는 역사법학파의 ‘후예(Sproß)’라고 보았다. 그는 ‘현대사법의 특별한 사회적 과제(die besonderen sozialen Aufgaben eines modernen Privatrechts)’를 폭넓은 인식과 요구로서 제시하였다. 판덤편법학의 세세하고(atomisierenden) 개인주의적인(individualisierenden) 기본방법론에 반대하여 ‘대중적, 독일적, 사회적 보통 私法(ein volkstümliches, ein deutsches, ein soziales gemeines Privatrecht)’을 만들 것을 주장하였다. Gierke의 논문들은 당시대를 앞서가는 것들 이었고 그중에서도 주목할 만한 것은 노동법의 발전에 관한 것이었는데 사회적으로 동등한 의미에서의 자유로운 근로계약과 그 안에 규정된 노동의 상품성(개인적 권리의 관점 -die personenrechtlichen Momente- 으로 인식되어지고 성실근무계약 -Treudienstvertrag- 으로서의 근로계약으로 귀결되는)에 관한 것이 그 한 내용 이었다: Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 1999, 379쪽.

41) 여기서 말하는 노동헌법(Arbeitsverfassung)은 Th. Ramm이 “Die deutsche Arbeitsverfassung im Vormärz(1815-1848)”이라는 논문에서 언급한 것이다. 여기서의 3월은 1848년 독일의 3월 혁명을 지칭한다. 그는 1848년 이전의 시대기술에서 이미 노동헌법에 대해 언급하고 있으며 국가가 지배하는 (노동, 경제, 사회 헌법의 통합으로서의) 전체헌법 질서의 한 부분으로 보고 있다. 영업의 자유의 도입은 개개인에게 이러한 전체헌법질서의 한 부분을 규정한 것으로 인식되었다고 한다. Ramm의 견해에 의하면 영업의 자유는 개인과 공동체(질서의 수범자로서의 개인들의 통합체)로부터 인정받고 확정된 다른 자유권들처럼 (국가권력으로부터 보호영역이 설정된 자유로서) 부분적인 것이었다. 이에 관해 자세한 것은 위의 책, 379쪽 참조.

42) 이런 이유로 복지국가를 지향하며 바이마르 헌법이 제정되었지만 독일내 정치혼란과 경제공황 그리고 나찌의 등장으로 인해 빛을 보지 못하고 사라졌다; 물론 이 당시 국가는 사회적 보호(Der soziale Schutz)를 시도하였다. 이에 관해 자세한 것은 위의 책, 380쪽; 중세 이후의 독일에서의 사회 문제의 기원과 사회보장원리에 대한 자세한 내용에 관해서는 전광석, 독일사회보장법론, 법문사, 1994, 45쪽 이하 참조.

43) 헤벌레 교수는 ‘급부국가(Leistungsstaat)’와 ‘급부사회(Leistungsgesellschaft)’라는 표현을 통해 이러한 현상을 설명했는데 이는 ‘급부(Leistung)’를 ‘국가의 공공복리기능의 징표(als Merkmal der staatlichen Gemeinwohlfunktionen)’로 파악했기 때문이다, Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDstRL 30, 1972, 46쪽 이하; 그는 ‘급부권(Leistungsrecht)’이 가지는 고유의 능동적 사회형성적 측면이 협조적, 의사소통적, 참여적, 절차적, 조직적 형태와 관련된 내용을 전면으로 부각시켰다고 강조한다, 같은 글, 47-48쪽.

44) 헤벌레 교수는 전통적인 자유권적 기본권이론 접근은 ‘국가 공동체(Gesellschaft)’에서의 불평등을 초래하였으며 이는 국가가 국가의 권한 내에서 자유를 보장하였기 때문이라고 하면서 ‘변화된 기본권의 이론적 접근(unter geänderten Bezugspunkten der Grundrechte)’은 ‘국가공동체 내에서의 사회적 생활관계(im sozialen Leben der res publica)’에서 ‘통일적(insgesamt)’으로 효과를 나타낼 수 있는 새로운 기본권 이론 구조형성을 요청하고 있다고 평가하였다, 위의 글, 67-69쪽.

법에 흡수하여 독일 기본법 제20조 제1항(sozialer Bundesstaat)과 제28조 제1항(sozialer Rechtsstaat)에서 ‘사회국가원리(Sozialstaatlichkeit)’⁴⁵⁾를 규정하였고 이로 인해 사회적 법치국가(Der soziale Rechtsstaat) 개념이 발전 되게 되었다.⁴⁶⁾

사회적 법치국가 원리의 도입으로 인해 국가는 개인의 자유를 침해하지 않아야 할 뿐 아니라 더 나아가 적극적으로 국민의 다양한 기본권이 적극적으로 펼쳐질 수 있도록 보장하는 수준까지 요청되게 되었다. 이러한 요청에 대한 해결의 이론적 출구가 기본권의 본질(이중성의 발견)과 기능 그리고 그 기능으로부터 확정되는 기본권 내용해석에 대한 변화된 인식 하에서 헌법 이론적으로 설명이 가능하게 되었다.⁴⁷⁾

이러한 사회적 법치국가 원리는 공법영역에 있어서 또 하나의 축인 행정법학의 공권 이론에도 중요한 변화를 초래 했는데 주로 질서행정과 재무행정을 바탕으로 한 권력적 행정작용에서 유래되는 ‘국가적 공권이론’이 급부행정과 유도행정으로 대표되는 “20세기적 비권력적 행정작용”⁴⁸⁾으로 인해 ‘개인적 공권이론’으로까지 발전한 것이 그 내용이다.⁴⁹⁾

3) 시민의 위상

‘국가공동체(Gesellschaft)’⁵⁰⁾의 통합과정은 ‘급부국가(Leistungsstaat)’ 혹은 사회적 법치 국가의 개념을 통해 구체적으로 발전되었다고 볼 수 있다.⁵¹⁾ 사회국가 원리는 형식적 자유가 아닌 실질적 자유 실현의 기회를 더 확대 보장하였으며 그를 위해 공동체 구성원으로서의 시민의 능동적 참여를 요구하였다. 하지만 이는 동시에 고도화된 ‘급부사회 (Leistungsgesellschaft)’⁵²⁾의 ‘공공복리(Gemeinwohl)’ 실현을 위한 수많은 ‘공동체의 과제(Gemeinschaftsaufgaben)’

45) 헤벌레 교수는 사회국가조항이 한편으로는 한정된 자원을 바탕으로 한 급부청구들과 다른 편으로는 ‘사회적 요청(soziale Ausgestaltungen)’ 들을 실현하기 위한 권한과 헌법과제들에 대해 정당성을 부여함으로써 ‘실질적 기본권실현 조건을 조성(Schaffung materieller Grundrechtsvoraussetzungen)’ 하는데 기여한다고 하면서 ‘이것이 자유 조성적 힘 (dies ist ihre freiheitsschaffende Kraft!)’이라고 표현하고 있다. 위의 글, 95쪽.

46) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1999, Rn. 209.

47) “기본권의 이중적 성격(Doppelcharakter der Grundrechte)”은 1972년에 헤벌레 교수의 저서 “Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz”에서 강조되었다. 그는 “기본권기능(Grundrechtsfunktion)”의 이해 방식을 기본권에 관한 침해적 사고방식을 넘어서 적극적 권리실현의 사고로 전환해야 한다고 주장하였다. Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz, 1983, 70쪽 이하; 독일 연방헌법재판소도 1958년 1월 15일의 판결(BVerfGE 7, 198: Lüth Urteil) 이래로 기본권이 객관적 가치질서의 성격을 가지고 있다고 일관된 입장을 보인다.

48) 김성수, 일반행정법-행정법이론의 헌법적 원리-, 홍문사, 7판, 2014, 126-127쪽.

49) 위의 책, 144쪽 이하; 김남철, 행정법강론, 박영사, 2014, 80쪽 이하.

50) 원어적 번역은 ‘사회’이나 법치주의 발전을 기본권과 관련하여 헌법이론 적으로 고찰한다는 측면에서 ‘국가공동체’로 번역하였다.

51) 헤벌레 교수는 시민과 국가의 ‘법적 관계(das Rechtsverhältnis)’가 ‘법적주체(Subjektion)’로서가 아니라 공공의 이익과 개인의 이익이 견련되면서 종종 상호 조정되어 지는 그리고 ‘급부관계(Leistungsverhältnisse)’에 있어서 서로 ‘연관성(aufeinander angewiesenen)’을 갖는 참여자들 사이의 ‘의사소통(Kommunikation)’과 ‘협력(Kooperation)’을 통해 특징 지워 진다고 한다. Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDstRL 30, 1972, 59쪽, 이는 기존의 ‘정적인 분석방법(법적주체)’이 아닌 ‘동적인 분석방법’을 통해 시민과 국가의 관계를 구성한 것이며 Konsens의 통합이라는 헌법적 가치를 실현하기 위한 국가공동체 통합과정의 고찰과정에서 나온 당연한 결과라고 생각된다.

52) 위의 글, 61쪽 이하 참조.

들을 수행하기 위해 기본권적 자유를 위협하는 요소로 등장할 위험성도 지니게 되었다.

국가공동체내에서 다양한 사회적 과제들을 수행해야할 국가의 업무는 늘어만 갔다.⁵³⁾ 이러한 배경 하에 시민의 위상은 사회적 과제들을 수행하기 위해 넓은 의미에서 국가의 ‘사회적 동반자(Sozialpartner)’⁵⁴⁾로 변화 될 수 있었고 이런 위치로 인해 다시 기본적 자유권과 그 실현에 영향력을 확대할 수 있었다. 국가에 ‘대한(gegen)’ 시민의 위치는 급부국가와 급부사회로부터의 ‘상호의존성(Interdependenz)’의 결과로 인해 (그리고 공동체의 통합을 촉진시키기 위한) 국가를 ‘위한(für)’ 위치로 변화 되었다.

IV. 법치주의 구조변동의 21세기적 요인들⁵⁵⁾

1. 정보영역

“공동체는 개인적 의사소통의 집합체이다(Gesellschaft ist personale Kommunikation).”⁵⁶⁾ 라는 야콥스의 말처럼 기본권의 실제적 효력의 근본적 성질은 국가와 국민 사이의 “의사소통(Kommunikative Kraft)”이다. 즉 기본권이 어느 정도로 헌법생활 속에서 국가 공동체 통합을 촉진하는 실제적 효력을 나타내고 있는가는 어느 정도로 국민과 국가가 의사소통을 원활하게 하고 있는가의 문제와 일치한다. 국가 공동체 구성원들의 통합을 위한 기본권의 (역할)기능발전단계는 바로 이 국가와 국민의 의사소통의 발전단계와 일치한다. 과거에는 거리적, 기술적 제약으로 인해 이 의사소통의 원활성이 활발하지 못했으나 과학의 발전을 통한 통신기술의 발전은 바로 이 국가와 국민의 의사소통의 속도를 빠르게 해주고 거리를 단축시켜주었다. 이런 이유로 기본권의 역할에 19세기의 단순한 침해 사고적, 방어적 내용과 더불어 20세기의 적극적 권리요청적, 급부청구적 내용이 새롭게 추가되기에 이르렀다.

53) 시장실패로 인한 정부의 개입은 결국 정부실패라는 현상을 다시 초래하게 되었다.

54) Häberle, 앞의 글, 62쪽.

55) 拙稿, 세 시대, 두전환기, 네 가지 기본권의 성격, 연세법학연구 제11집 제1,2권 병합, 2005, 226쪽 이하의 내용과 拙稿, 생태주의, 생태민주주의, 법치주의-변화하는 정치·사회질서의 입법정책적 의미, 법제, 2015.3., 66쪽 이하를 수정·보완 하였다.

56) Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, 1997, 53쪽; 야콥스 교수는 ‘규범(Norm)’이 ‘의사소통(Kommunikation)’을 이끄는 지도적 기준으로 가능할 때 즉, 어떠한 행동을 그러한 의사소통에 이어 해야 할지를 결정할 때 공동체가 형성된다고 하면서 ‘개개인의 행동(das Verhalten der Individuen)’이 ‘일반인의 행동(Verhalten von Personen)’으로 정의 될 수 있다면 이러한 개념정의는 외부에서 형성되어서는 안되며 규범복종적인 의사소통 안에서 다루어져야 한다고 한다, Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, 1997, 52-53쪽; 루만(Luhmann)은 공동체 안에서의 의사소통들이 ‘서로 불충분하게 이루어 질 때(nicht selbst genügt)’ ‘법규(Recht)’가 이러한 ‘시간의 간격(Zeitproblem)’을 해소할 수 있다고 한다, Kirste, Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewußtseins, 1998, 315쪽.

이러한 정보 순환 속도의 촉진은 민주주의 원리의 실질적 가치의 핵심 자유와 평등을 더욱 견고히 하는데 도움이 된다.⁵⁷⁾ 특히 불평등의 영역에서 이제는 국민개개인 각자가 무엇이, 왜 그리고 어디서 불평등이 발생하고 있는지를 정보혁명을 통해 손쉽게도 정확하게 인식할 수 있게 되었다.

21세기 새로운 국가공동체질서 내에서 기본권의 기능은 정보혁명의 도움으로 말미암아 광범위한 영역에서의 국가행위의 공정성과 투명성 그리고 공동체 통합을 위한 개개인 상호간, 국가와 국민 상호간의 '협력'을 보장해 주는 쪽으로 발전할 것이다. 또한 정보혁명으로 말미암아 변화되고 있는 국가공동체 질서의 구조적 변화는 발전된 형태의 법치주의의 원리를 요구하고 있다.

2. 문화영역

기본권은 '문화창조적 기능(Der kulturschaffende Charakter)'을 지니고 있다.⁵⁸⁾ 이는 기본권의 '적극적 지위(status activus)'에서 나타나는 것이다. 독일 기본법은 문화창조적 규정으로서 제5조 제3항에서 학문과 예술의 자유를, 제5조 제1항에서 문화적 정보 평등을, 제12조에서 직업으로서의 문화를, 제14조에서 정신적 소유권으로서의 문화창작물을 그 내용으로 파악할 수 있다고 한다.⁵⁹⁾

우리헌법에서는 기본권의 문화창조적 기능의 근거를 직접적으로는 헌법조문에 규정된 문구에서 찾을 수 있다. 전문에서는 "...문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게 하며,..."라고 규정하고 있으며, 제9조에서는 "국가는 전통문화의 계승·발전과 민족문화의 창달에 노력하여야 한다"고 하고 있고, 제69조에서는 대통령 취임선서에서 "민족문화의 창달에 노력"할 것을 선서하도록 규정하고 있다. 간접적으로는(헤벌레 교수가 언급한바와 같이) 제22조 제1항 학문과 예술의 자유에서, 제21조 제1항에서 도출되는 문화정보접근권과 제15조 직업선택의 자유에서 나오는 직업으로서의 문화에서 그리고 제23조 제1항에서 나오는 정신적 소유권으로서의 문화창작물에서 파악 되어 질 수 있다.

57) 하지만 법학적 관점에서 인터넷은 부정적 측면을 또한 가지고 있다. 예를 들면 이러한 빠른 순환 속도는 적법 절차 원리에 중대한 위협요소가 될 수 있다. 이에 관해 자세한 내용은 Germann, Gefahrenabwehr und Strafverfolgung im Internet, Dunker und Humblot, Berlin, 2000, 468쪽 이하 참조.

58) Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 1998, 20쪽, 헤벌레 교수는 'Der Grundrechtsstatus des Kulturschaffenden'이라는 표현을 사용했다.: 拙稿, Die Drittwirkung der Grundrechte des Grundgesetzes im Vergleich zum koreanischen Verfassungsrecht, Diss., 2004, 181쪽: (<http://sundoc.bibliothek.uni-halle.de/diss-online/04/04H143>)에서는 기본권이 '문화창조적 성격(Der kulturschaffende Charakter der Grundrechte)'을 가지고 있다고 주장하였다.

59) Häberle, 앞의 책, 20쪽.

사회적 법치국가에서는 기본권의 문화창조적 기능이 본격적으로 작동하지 못하였다. 이는 실질적 법치국가의 이념에도 불구하고 공동체의 과제가 사회적 기본권의 현실화를 통한 약자의 보호로 집중되었기 때문이다. 하지만 정보혁명을 통한 자본과 정보의 순환속도 축진이 그리고 국가와 국민, 국민과 국민의 ‘협력(Kooperation)’이 사회적 기본권의 현실적·가속적 기능 활성화를 통해 필요한 사회적 과제를 포화점까지 실현시킨다면 그 후에는 헌법 제정자들이 의도했던 기본권의 문화 창조적 기능이 활발히 작동할 수 있을 것으로 생각된다. 설령 포화점에 이르지 못한다고 하더라도 문화자본주의⁶⁰⁾가 부정적 측면으로 주도하고 있는 문화의 독특성과 개별성의 상실을 “기본권의 문화적 해석(die kulturelle Interpretation der Grundrechte)”을 통해 조정⁶¹⁾할 수 있는 주요한 기본권의 기능으로 작동할 실효성이 있을 것으로 생각된다. 또한 ‘문화로의 평등한 접근’은 인간의 존엄과 인격권 실현을 위해 주요한 핵심가치로 자리매김할 것 이다.⁶²⁾ 이러한 기본권의 기능추가가 법치주의 구조변동에 영향을 줄 것임은 물론이다.

3. 생태주의이론의 발전들-생태민주주의⁶³⁾

1) 小序

로이 모리슨은 ‘산업주의’ 개념을 정의하면서 단순한 기계생산체제만을 의미하는 것이 아니라 하나의 문명체제를 의미하며 때문에 세계와 인간의 삶의 방식을 조직하는 방식이 산업주의라고 하면서 산업주의 문명을 “전 세계적인 경제, 정치, 사회적 체제”로 보고 있으며 이러한 체제에서 “생산과 소비의 극대화, 이익과 권력의 극대화”라는 두 가지 명제가 중요한 역할을 한다고 하고 있다.⁶⁴⁾ 이 두 가지를 극대화 시켜 나감에 있어서 나타나는 결과로 “서식지의 파괴, 종의 멸종을 넘어 삶의 모든 측면을 병들게 하고 있다”고 진단하면서 이러한 현상은 기술적인 것의 영향으로 나타난 것이 아니라 사회적인 것에 기인한다고 한다.⁶⁵⁾

60) 자본주의의 새로운 형태로 ‘문화자본주의(sog. kultureller Kapitalismus)’가 20세기에 들어 점차로 논의되기 시작하였다. 문화산업이 창출해 내는 생산품들은 문화를 해체시키고 있으며 문화를 거래 가능한 요소로 변화시키고 있다. 이 때문에 특색 없는 문화의 세계화가 빈번히 경고 되어 지고 있다. Rifkin, Das Verschwinden des Eigentums(The Age of Access), 2000, 183-249쪽: 국내에서는 ‘소유의 종말’이라는 제목으로 번역되었다.

61) 예를 들면 무분별한 음반·영화 등의 수입을 통해 이루어지는 ‘문화공격’을 조정하기 위한 국민의 문화적 기본권 침해여부 심사; 경제조항의 문화적 해석을 통해 (자국의 문화유산을 보존하기 위한) 무분별한 문화생산품의 생산을 조정; 기본권의 문화적 해석을 통한 자국 언어의 고유성 보존 등

62) 이는 또한 소위 ‘협력적 법치주의’ 국가원리 하에서 개인과 개인 그리고 개인과 국가가 협력을 해야 하는 당위적 요청으로 귀결되게 한다.

63) 심층(혹은 근본)생태주의, 생태공동체주의, 사회적 생태론, 생태사회주의에 대한 설명은 拙稿, 생태주의, 생태민주주의, 법치주의-변화하는 정치·사회질서의 입법정책적 의미, 법제, 2015.3., 60쪽 이하

64) Morrison, 노상우·오성근 옮김, 생태민주주의, 교육과학사, 2005, 34쪽.

65) 위의 책, 36쪽.

이러한 현상은 자본주의체제나 공산주의 체제 모두에서 나타나는 현상으로 보고 있으며 이는 양 체제가 산업주의를 추구한다는 점에서 즉, 자본주의적 산업주의는 개인과 이익을 중심으로 공산주의적 산업주의는 집단과 권력을 중심으로 ‘균형화’ 대신 ‘극대화’를 추구하고 있다는 점에서 그렇다고 한다.⁶⁶⁾ 결국 그는 이러한 모순을 극복하기 위해서는 생태주의 문명이라는 새로운 체제가 필요하며, 농업주의 문명이 산업주의 문명으로 전환되면서 사회적 격변을 겪었듯이 산업주의 문명이 생태주의 문명으로 바뀌는 과정에서도 역시 매우 큰 격변이 수반될 것으로 예측한다.⁶⁷⁾

2) 생태적 공공성

생태민주주의를 징표 하는 핵심개념으로 생태적 공공성(The Ecological Commons) 개념을 들 수 있다. 모리슨은 개인의 권리·의무에 더해 **공동체(마을, 시, 도, 국가, 세계를 모두 아우르는 개념으로서의 공동체)의 권리·의무**라는 개념을 추가하면서 개인의 권리·의무와 공동체의 권리·의무가 균형을 이루는 활동영역이나 공간이 공공성의 내용이 된다고 한다.⁶⁸⁾ 공원, 공중화장실 등이 단순한 물리적 공간 이상을 의미하며 이러한 공공성(공공영역)을 공동체 구성원들이 사용할 권리를 가지지만 **사용의 결과에 대한 책임도** 동시에 져야 함을 강조한다.⁶⁹⁾ 또한 생태적 **지속가능성**은 경제나 자연법칙에 따라 그 토대가 마련되는 것이 아니라 **‘윤리’와 ‘규범’에 기초한 사회적 선택**에 그 토대를 둔다고 한다.⁷⁰⁾

3) 과도체제로서의 산업생태주의

산업주의문명이 생태주의문명으로 진보하는 가운데 위치한 과도기적 산업생태주의는 생태적 공공성이 보장되는 범위에서만 생산과 소비를 허용하여야 하며 다음과 같은 세 가지 상호 연관된 기본전제들을 중시해야 한다고 한다.⁷¹⁾

66) 위의 책, 36쪽.

67) 위의 책, 38쪽.

68) 위의 책, 253쪽; 사이토 준이치는 **어떠한 이익이나 가치가 공공적이냐를 결정하는 것은 국가가 독점하는 것이 아니라 “시민상호의 의견형성-의사형성의 과정”을 통해 결정**된다고 보고 있는데 이러한 관점에 의하면 생태적 공공성 개념은 생태민주주의의 내용을 구체화 시키고 경계 지우는데 일조한다고 볼 수 있다, 사이토 준이치, 윤대석·류수연·윤미란 옮김, 민주적 공공성 - 하버마스과 아렌트를 넘어서, 이음, 2009, 5쪽.

69) Morrison, 앞의 책, 253쪽.

70) 위의 책, 254쪽.

71) 위의 책, 313-314쪽.

“*환경 파괴적이고 지속불가능한 생산물과 생산방식을 지양하고 그 대신에 지속가능하고 유익한 생산물과 생산방식을 새로이 채택한다.

*효율성을 지속적으로 추구하고, 자원과 에너지 사용시 생겨나는 폐기물을 제거한다.

*재활용에 초점을 맞추어 생산과 소비 방식을 개발한다. 재활용 방식에는 산업폐기물을 재활용 해서 생산을 위한 에너지원으로 쓰는 것이 포함되어 있다.”

모리슨은 이러한 내용이 산업주의사회를 생태민주주의사회로 변화시키기 위한 실제적인 행동방식이라고 하며 이를 산업생태주의라 부르고 있다.

4) 小結

산업자본주의 원리에 의하면 공해방지시설을 의무화하고 아니면 오염배출금이나 특별부담금을 공해 유발 산업생산자에게 부과할 수 있을 뿐 사업자체(예를 들면 생수산업, 화학오염물질 배출 산업 등)를 전면적으로 금지할 수는 없다. 그러나 생태적 공공성 개념을 도입하면 공동체가 사회적 선택으로 생수산업 등에 대한 제한을 강화할 수도 있고 아예 사업자체를 금지할 수도 있게 된다.⁷²⁾ 재산권 행사에 있어서 사회기속성을 판단하는 기준과 내용이⁷³⁾ 관련 공동체의 선택에 유보되는 것이다. 이러한 구조는 산업자본주의가 가지는 무한생산과 무한소비라는 흐름에 역행하는 결과를 가져올 수 있기에 용인되기 힘들고 따라서 개별 공동체의 결정에 판단의 기준이 유보되기 보다는 중앙집권적인 세력이 이러한 내용을 결정하도록 체제를 구축할 수밖에 없고 그간 법체계를 포함한 사회구조가 그렇게 형성되어 왔다. 그리고 그러한 토대위에 공해유발 사업자들은 계속해서 사회적·법적 정당성을 유지하여 왔다. 단순화 시킨다면 깨끗한 물(혹은 석유화학제품)을 공급하기 위해서는 물을 상품화 시켜 가격을 매겨야 한다는 것이고 누군가는 그러한 자원고갈(혹은 공해유발)사업을 통해 이윤을 획득한다는 것이다.

생태민주주의 체제하에서는 이러한 행위의 정당성은 그간 법적 판단의 기준으로 사용되어 왔던 공공복리, 재산권행사의 사회기속성 등의 내용에 더해 생태적 공공성이 판단 기준으로

72) 현 헌법이론 하에서는 영업의 자유를 제한한다고 평가될 수 있으나 법치주의의 구조가 발전적으로 변화되고 생태적 공공성이 비례원칙 판단의 기준으로 도입된다면 헌법적 판단의 결과가 달라질 수 있다. 생태적 비례원칙에 대한 소개로는 즐고, 생태적 기본권 도입에 관한 연구-지배에서 공존으로, 공법학연구 제19권 제1호, 2018, 118쪽 이하.

73) 정혜영 교수는 생태적 환경국가로의 시대적·헌법적 전환에 대해 기술하면서 ‘법질서의 생태화’에 대한 논의(Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 34)가 이미 시작되었다고 한다. 정교수는 법치국가와 환경국가의 헌법적 갈등상황(독재적 생태국가에 대한 우려와 재산권 보장정도)에 대해 분석하면서 “어떻게 환경국가적 요소가 법치국가에서 자유보장적 출구를 찾을 수 있을 것인가”가 중요한 화두가 된다고 한다. 정혜영, 환경국가와 재산권-재산권자에 의한 환경보호를 중심으로-, 공법학연구 제14권 제1호, 2013, 277면 이하; ‘생태적 헌법국가’이론에 대한 연구로는 한상운, 현행 헌법상 환경국가원리에 관한 연구, 공법연구 제34집 제4호 제1권, 2006, 293쪽 이하.

추가되어 그 사안의 정당성이 판단 될 것이고, 그 판단의 주체도 궁극적으로는 중앙집권화된 국가권력이 아닌 지역사회의 공동체가 되게 된다. 이러한 변화는 결국 국민주권원리의 원래적 이상을 실현하는데 기여할 것이고 그러한 구조는 국민주권원리의 최대한의 실현을 위해 현시대가 차선책으로 선택한 대의민주주의 원리에 구조적 수정을 가져올 것 이다.

기존 질서와 체제의 변화를 가져왔고, 또 가져오고 있는 과도적 시대에 인터넷, 기후변화, 자원고갈이라는 테마가 매우 중요한 역할을 수행하고 있음을 부인할 수는 없을 것 같다. 이렇게 변화하는 체제질서는 기존에도 그랬듯이 법치주의의 구조변동을 가져오고 있다.

현 산업자본주의 시대가 모순된 질서를 가져왔고 그러한 질서는 수정되어야 한다는 것에 는 기존체제 내에서 변혁을 주장하던 체제변혁을 통해 변화를 주장하던 공통된 시각인 것으로 보인다. 또한 양자모두 지역단위의 소규모 생산방식⁷⁴⁾이 현실적으로 변화를 가져올 출발점이 된다는 것에도 인식을 같이 하고 있다. 이러한 인식의 변화에는 앞에서 소개한 생태주의 이론들이 중요한 영향을 미쳤음이 분명하다. 특히 생태민주주의 이론과 생태적 공공성 개념은 법치주의 구조변동에 주요한 영향을 주는 요인이 될 것이다.

‘협력’과 관련하여 생태주의 이론들의 영향이 뚜렷이 나타나는데 기존의 사회적 법치국가 틀 내에서는 공공복리 증진을 위해 국가와 국민 사이의 협력이 강조되었지만 소위 ‘협력적 법치국가(Der koöperative Rechtsstaat)’ 구조 속에서는 ‘국가와 국민’ 사이의 협력에 더해 ‘국민과 국민’, ‘국가와 국가’사이의 협력(이는 결국 범지구적 협력을 촉진한다)이 추가적으로 강조되게 된다는 점에서 그렇다.

4. 자본주의의 재구성

실업과 늘지 않는 소득은 자본주의를 위태롭게 하고 있다. 이를 극복하기 위해 노사협력이 요구되는데 노사관계가 적대적인 나라마저도 위태로운 자본주의 제도에서의 생존을 위해 ‘협력’(노동자에게는 일자리에 대한 권리를 보장하고 경영진에게는 특정한 상황에서 경쟁력을 위해 임금인상 억제를 노동자들이 동의해 주는 소위 stakeholding)하는 방향으로 전환되어져 갈 것이다.⁷⁵⁾

74) 지역단위의 공동생산체제를 현 산업자본주의 체제에서 나타나는 모순된 현상과 질서들을 변혁시키는 출발점으로 보고 있는데 이러한 출발점은 에너지망에 대한 인터넷 스마트그리드 시스템(제러미 리프킨, 안전한 옮김, 3차 산업혁명, 민음사, 2013, 78쪽 이하)이나 3D 프린터와 같은 수공업적 하이테크 도구(High-tech self-providing)들의 등장으로 단순한 이상이 아니라 매우 설득력 있는 현실적 대안으로 유력하게 제기되고 있다.

75) 로버트 하일브로너, 윌리엄 밀버그, 홍기빈 옮김, 자본주의 어디서 와서 어디로 가는가, 미지북스, 2020, 501-502쪽

인구증가와 이민, 불평등의 심화, 글로벌화, 순기능과 역기능을 가진 자본축적의 욕망, 생태문제의 과부하, 서비스산업의 탈산업화, 경제적 동인의 탈윤리화는 자본주의 시스템의 재구성을 요구하고 있다.⁷⁶⁾ 리베카 헨더슨 교수는 극심한 불평등과 생태적 과부하를 가져온 자본주의를 재구성하자는 주장을 하는데 예를 들면 ESG(Environmental, Social and Governance)를 측정가능한 지표로 바꾸어 재무시스템에 반영하여 -환경 및 사회문제 해결의 비용과 편익을 반영해- 기업평가를 함으로 투자자들에게 투자동인을 준다는 것이다.⁷⁷⁾ 또한 자본주의 재구성을 위해 필요한 공공재(공익)문제에는 ‘협력’이 해결책임을 강조한다.⁷⁸⁾

무한경제성장을 기치로 화석연료에 기반한 1차, 2차 산업혁명 시대에는 국가단위, 정부주도, 중앙집권형으로 권력이 행사되었지만 지속가능한 경제발전이 강조되는 3차 산업혁명의 시대는 인터넷과 재생에너지를 기반으로 하는 분산적이고 ‘협업’적인 수평적 권력구조가 형성될 것으로 본다.⁷⁹⁾ 이 3차 산업혁명 시대의 소유개념은 변화를 가져와 전통적인 소유보다는 공유개념이 확대 될 것이다. 즉 19, 20세기에는 사유 재산권이 중요한 가치였지만 21세기에는 거대한 글로벌 네트워크에 접근하는 것(정보와 소통)이 중요해 졌다.⁸⁰⁾ 인터넷과 함께 성장한 세대는 사유재산권 확보를 위해 경쟁한 세대와는 달리 공동의 이익을 위한 ‘협력’에 능숙하며 재화와 서비스를 공유하는 데에도 개방되어 있고 전체의 행복에 기여하는 것이 자신의 행복을 감소시킨다고 생각하는 대신 증가시킨다고 생각한다.⁸¹⁾ 리프킨은 ‘산업시대’가 ‘협업시대’로 빠르게 이행할 것이기에 인류는 이에 대한 대비를 해야 한다고 한다.⁸²⁾

3차 산업혁명은 인터넷 스마트그리드 시스템을 이용한 에너지 교환⁸³⁾이나 맞춤형 생산이 가능한 수공업적 하이테크 도구(High-tech self-providing 예:3D 프린터)들을 통해 그동안 원가절감을 위해 사용했던 대량생산 대량소비방식을 합리적 가격의 맞춤형생산을 통한 맞춤형 소비를 가능케 할 것이고 이로 인해 한정된 자원배분의 최적화가 가능해짐에 따라 자원교환을 위한 상호간의 소통과 ‘협력’이 더욱 강조되는 시대가 될 것이다.⁸⁴⁾

76) 위의 책, 513쪽 이하.

77) 리베카 헨더슨, 임상훈 옮김, 자본주의 대전환, 어크로스, 2021, 72-73쪽.

78) 위의 책, 74-77쪽.

79) 제러미 리프킨, 안진환 옮김, 3차 산업혁명, 민음사, 2013, 230-231쪽, 273쪽.

80) 위의 책, 306쪽

81) 위의 책, 304쪽 이하.

82) 위의 책, 379쪽.

83) 에너지 인터넷에 관해서는 위의 책, 78쪽 이하.

84) 위의 책, 3부 ‘협업의 시대’ 참조.

5. 협력적 법치국가(Der kooperative Rechtsstaat) 개념⁸⁵⁾

1) 법이론적 접근

헌법은 그가 내포한 법치국가적 원리에 따라 국가에게 헌법의 효력의 정도와 내용형태에 관해 일정한 방식으로 그 내용을 구체화할 의무를 준다.⁸⁶⁾ 법치국가원리는 한 국가공동체 내에서 살아가는 개개인의 존재와 공동생활을 위해 필수 불가결한 전체 법질서와 그 방향을 설정해 주며 또한 그러한 전체 법질서의 유지를 보장한다.⁸⁷⁾ 그러나 법치국가라고 하여도 모든 것을 법으로 형상화 해 낼 수는 없다. 때문에 법치국가 원리가 적용되는 국가공동체 내에서도 법적으로 규율할 수 없거나, 규율되지 않거나, 부분적으로만 규율되어지는 헌법생활의 광범위한 영역들이 발생하게 된다. 그럼에도 불구하고 법치국가 원리는 그의 정당성과 확고한 효력을 당시대 공동체 구성원들의 합의(Konsens)⁸⁸⁾에 따라 펼치게 된다. 법치국가 원리는 현시대의 문제들과 동떨어진 탁자위의 이론이 아니며 또한 변해서는 안 되는 부동성을 지닌 원칙도 또한 아니다. 이점과 관련해서는 법치국가원리의 중요한 중심축인 법적 안정성의 문제와의 충돌을 어떻게 해결 할 것 인가가 문제되어진다. Hesse는 이점에 관해 법에 대한 기속력은 규범이 현실화(Aktualisierung)되고 구체화(Konkretisierung)되어 질 때 실현 되는 것이며, 삶의 조건이나 그런 것의 사안적 성질에 의해 자의적으로 변경될 수는 없다고 하면서, 주어진 시대적 요청과 변화 요구력은 법해석의 한계가 설정된 곳 까지만 탄력적으로 움직일 수 있다고 한다.⁸⁹⁾

“기본권의 공공복리 실현 기능(Die Gemeinwohlfunktion der Grundrechte)”⁹⁰⁾은 국가 공동체 구성원들의 통합을 선도하면서 사회국가적 정의를 달성하기 위한 기회 균등의 원칙(Chancengleichheit)을 보장하여 주었다. 경제적, 사회적, 문화적 약자 계층에 대한 보호와 지원은 지금도 사회적 법치국가 원리에 의해 실현되어지고 있다. 21세기를 새롭게 변화시킨 정보 혁명은 국가공동체 과제인 국민 개개인의 사회적 기본권의 실현을 놀랍도록

85) 拙稿, 기본권 기능의 발전과정 분석을 통한 법치주의 이론의 재구성, 공법학연구 제5권 제1호, 2004, 202-206쪽의 내용을 발췌하여 그간의 상황을 반영하여 수정하였다.

86) 권력분립원칙을 예로 제시 할 수 있으며 이에 관한 자세한 논의는 Hesse, Grundzuege des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, C. F. Mueller, Heidelberg, 20판. 1999, 86쪽.

87) 위의 책, 86쪽.

88) 이 용어의 정확한 이해를 위해서는 허영, 한국헌법론, 박영사, 2001, 39쪽 참조.

89) Hesse, 앞의 책, 87쪽.

90) 20세기 사회적 법치국가 원리 속에서 중요한 역할을 했던 기본권의 공공복리 실현 기능(Die Gemeinwohlfunktion der Grundrechte)에 관한 자세한 내용은 Haebler, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDstRL 30, de Gruyter, Berlin New York, 1972, 90쪽 이하 참조.

빠르게 가속화 시켜주고 있다. 이제 21세기는 “양과 질”의 보장 문제 뿐 아니라 “참여(Beteiligung)”의 보장 문제로 국가 공동체 구성원 각각의 인식이 변해가고 있다. 실제로 현대 사회적 법치국가 속에서 생활하는 국민의 국가에 대한 요구들은 “단순한 급부의 보장”을 요구하던 정도를 넘어서 “좀 더 많고 좋은 급부(mehr und bessere Leistung)”를 청구하는 것은 물론 이제는 민감한 국가 행정행위의 실현 과정에 공동으로 참여하기를 바라고 있다. 정보 혁명으로 말미암은 국가공동체 구조의 구조적 변화⁹¹⁾들은 바로 이 “참여(Beteiligung)”를 가능하게 하도록 도와주고 있으며 이것은 곧 새로운 기본권 기능의 추가요청으로 나타나 질 것이다.

2) 법정책적 접근

과학기술의 발전으로 점점 좁아지는 세계화 추세와 더불어 다각화된 현대 문화 자본주의 사회를 국가가 통제하거나 조절하려는 노력들은 이제 한계에 다다르고 있을 뿐 더러 전통적인 자본주의의 원리속의 “보이지 않는 손”을 묶어버리는 역작용 까지 하고 있다. 기본권의 (역할)기능에 19세기의 침해사고적 유형을 극복하고 20세기의 급부청구적 사고를 추가함으로써 20세기의 사회적 불평등의 심화로 말미암아 야기될 수도 있었던 국가공동체 통합의 상실을 막아주었다. 이는 당시 법학자들의 시대적 사명이었다고 생각된다. 21세기를 주도하고 있는 정보혁명으로 인해 무엇이 정의에 반하는가를 쉽게 인식할 수 있게 된 공동체 내의 개개인들과 그들로부터 요구되는 국가 행정 전반에 관한 “참여요구”⁹²⁾에 대한 발전된 법학적 이론을 찾아내지 못한다면 시민세력으로부터, “정의에 반하는 법에 대한 저항운동”⁹³⁾이 시작될 수도 있을 것이다. 이는 곧 법치주의의 원리의 수정 요청으로 연결될 것이다. 21세기 정보혁명 시대에서 개인의 다양한 기본권들이 최대한 보장될 수 있도록 허용될 수 있는 범위 내에서 최적의 법학이론을 제시 하는 것이 21세기를 살아가는 법학자들의 시대적 사명이라고 생각된다.

91) 21세기의 국가와 사회구조의 새로운 변화와 질서에 관해서는 Czempiel, Weltpolitik im Umbruch, C. H. Beck, Muenchen, 2판, 1993 참조

92) 행정절차법은 이런 의미에서 실제적 의미를 가진다.; 행정절차와 행정절차법의 기능과 법치주의의 실현과의 관련성에 관한 내용으로는 김성수, 행정법 I, 법문사, 1998, 492쪽.

93) 법의 내용적 정당성이 중요하다는 의견에는 김부찬, 한국 법치주의의 의의 및 한계, 법과 정책(제주대학교 법과 정책연구소), 제5호, 1999, 252쪽; 김형남, 정보화시대 법치주의의 의미와 새로운 과제, 성균관 법학, 제14권 제2호, 2002, 135쪽 이하.

3) 공법학영역에서의 “협력적 법치국가(Der kooperative Rechtsstaat)” 개념

환경법상 “협력의 원칙”⁹⁴⁾이나 “자기통제협약(Selbstbeschränkungsabkommen)”⁹⁵⁾은 행정법 영역에서 규제철학에 대한 인식의 전환이 진행되어 가고 있으며 앞으로는 다각도의 협의와 대화를 통한 협력적 수단이 각종 행정법 영역에서 강조되기 시작 할 것이라는 좋은 예로 제시 될 수 있다.

Ritter는 이미 1979년에 그의 논문 “Der kooperative Staat(협력적 국가)”에서 헌법이 항상 변화하고 있는 법치국가원리의 내용을 새롭게 구체화 시킬 경우 주의 하여야 할 5가지 전제조건을 제시 하였다.⁹⁶⁾

독일 공법학계에서 “협력적 (법치)국가”라는 표현은 행정법 영역과 관련하여 몇 편의 논문에서 찾아지며⁹⁷⁾ 한국에서는 김성수 교수가 “협조적 법치국가(kooperativer Rechtsstaat)”라는 용어를 그의 행정법 교과서 서문에서 사용하였다.⁹⁸⁾

4) 협력적 기본권 실현(Kooperative Grundrechtsverwirklichung)

헤벌레 교수는 국제법적 관점에서 “협력적 기본권 실현”은 헌법국가들 사이에서 진행되어져야 할 당연한 결과라고 한다.⁹⁹⁾ 이 시각을 국가공동체 범위 내에서 응용한다면 국가와 국민 그리고 국민 상호간의 “협력적 기본권 실현”은 협력적 법치주의 국가원리가 지니는 당연한 결과이다. 기본권 기능에 대한 이러한 인식의 전환은 정보 혁명을 통해 무엇이 정의이며 무엇이 불평등인지를 쉽게 인식하게 된 국민 개개인 상호간에 발생하는 기본권 충돌 사례¹⁰⁰⁾들의 해결을 합리적으로 달성할 수 있으며 이는 결국 국가공동체의 실질적 통합과 전체 법질서의 안정¹⁰¹⁾에도 기여할 것이다.

94) 김성수, 환경법상 협력의 원칙, 공법연구, 제28집 제2호, 2000, 445쪽.

95) 김성수, 독점규제와 법치주의, 공법연구, 제29집 제2호, 2001, 82쪽.

96) Ritter, Der kooperative Rechtsstaat, AoeR 104, Mohr, Tuebingen, 1979, 413쪽.

97) Benz, Kooperative Verwaltung, Nomos, Baden-Baden, 1994, 13쪽 이하; Voigt(Hrsg.), Der kooperative Staat. Krisenbewaeltigung durch Verhandlung?, Nomos, Baden-Baden, 1995; Treutner, Kooperativer Rechtsstaat, Nomos, Baden-Baden, 1998; Kim, Sung-Soo/ Nishihara, Hiroshi, Vom paternalistischen zum partnerschaftlichen Rechtsstaat, Nomos, Baden-Baden, 2000, 19쪽 이하.

98) 김성수, 앞의 책, 1998; “kooperative”라는 단어는 “협조” 혹은 “협력”이라고 번역될 수 있으나 “협조”라는 단어는 국민의 행동방식에 수동적 의미가 내포되어 있다는 생각을 줄 수 있고, “협력”이라고 번역하는 것이 “국가와 국민의 대등한 위치”를 더 잘 설명해 준다고 생각되어 이 글에서는 “협조”라는 단어 대신 “협력”이라는 단어를 사용하였다.

99) Haerberle, Der kooperative Verfassungsstaat, in: Verfassung als oeffentlicher Prozess, Dunker und Humblot, Berlin, 2판, 1996, 439쪽.

100) 정보혁명을 통한 정보의 무한한 공개경향과 계속해서 성숙되어가는 국민 법의식으로 말미암아 앞으로는 이런 사건이 더욱 증가할 것이다. 1958년 개인 상호간의 기본권 충돌에 관한 사건을 연방헌재판소가 처음으로 판결한 이후 사인간의 기본권 충돌에 관한 판례는 전체 각급 법원을 합쳐 1989년까지 31년 동안 불과 35건 이던 것이 1990년부터 2003년까지의 13년 동안의 각급 법원의 판례는 무려 83건으로 증가 하였다. 이는 인터넷을 통한 정보혁명의 시작 시기와 거의 일치 한다.

101) 기본권의 제3자적(대사인적) 효력처럼 公法영역과 私法영역의 대립적 방향의 인식방법을 탈피하여 협력적 방향의 인식방법으로 전환한다

5) 小結

정보혁명은 헌법생활에서 개개인의 정보접근 범위와 속도를 확대 가속시켰다. 이는 알권리와 관련된 기본권 뿐 만 아니라 전반적 기본권 목록의 내용들이 상당히 적극적으로 활동할 수 있는 물꼬를 열어주었고 이런 영향으로 말미암아 사회적 법치국가의 행정작용들은 행정기관이 원하든 원하지 않든 점점 더 투명성을 요청받고 있다. 이런 시대적 변화는 국민의 국정행위로의 적극적 참여를 가능케 함으로 고전적인 침해 사고적 기본권 이해나 급부요청의 이해를 넘어 이제는 “적극적인 참여 보장”이라는 쪽으로 시대의 물줄기가 틀어지고 있다. 이 “참여 보장”으로 말미암아 야기될 절차적 과정¹⁰²⁾의 다양성과 복잡성은 원활한 절차의 진행을 위해 시민과 국가 그리고 시민과 시민사이의 “협력(Kooperation)”을 강조하게 될 것이다.

V. 결어-형사사법 거버넌스의 바람직한 방향

이상에서 살펴본 바와 같이 21세기는 ‘협력의 시대’이다. 이러한 시대적 흐름은 지난 두 번의 전환을 가져온 법치주의 시스템의 세 번째 구조변동을 초래할 것이다. 이러한 틀에서 바라보면 형사사법 거버넌스가 다층화·다양화 되는 방향으로 정향되는 것이 시대적 요청에 부합한다.

공수처 출범¹⁰³⁾, 국가경찰 자치경찰¹⁰⁴⁾, 수사와 기소의 분리, 수평적 조직문화의 확대와 상호간의 협력은 위에서 살펴본 21세기의 특징인 ‘협력’을 잘 구현할 형사사법 거버넌스의 제도적 구성이라고 평가할 수 있다. 물론 수사기관이 가지는 권력의 특수성을 고려하면 법치주의 이론에 따른 긍정적 평가를 넘어서 실무적으로 제도가 안착 하는 데에는 과도적 조정기간이 필요할 것으로 생각된다.

면 결국 전체 법질서의 개별성을 인정하는 동시에 전체적 법질서의 통일성을 유지하는데도 법이론적으로 무리가 없을 것이다.

102) 법치국가 원리와 관련하여 참여와 절차를 대화이론의 측면에서 설명한 것으로는 이준일, 법치국가원리의 이론적 이해, 안암법학, 제10집, 1999, 26-29쪽.

103) 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률(약칭: 공수처법)[시행 2020.7.15.] [법률 제16863호, 2020.1.14., 제정]

104) 국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률(약칭: 경찰법)[시행 2021.1.1.] [법률 제17689호, 2020.12.22., 전부개정]도 경찰조직 내에서의 협력이 강조되는 방향으로 구성되었기에 시대적 흐름에 부합한다. 다만 현실적으로는 안정된 운영에 일정한 과도기적 시간이 필요할 것으로 보인다.

VI. 보론-헌 정부의 검찰개혁에 대한 평가

1. 비교법 연구와 법과 문화의 관계

검찰개혁과 관련하여 공수처 설치, 수사권 조정 등등에 관한 비교법적 연구결과들이 그간 많이 발표되었다. 해외사례를 인용하면서 정파적으로 그 통계를 사용하는 경우도 왕왕 보인다. 때문에 우선 우리가 왜 비교법 연구를 하는지에 대한 기초를 점검하는 차원에서 본 항을 기술한다.

각국의 헌법사는 그 역사적 배경이 상이하기에 외국의 사례를 맹목적으로 수용하는 것은 분명 지양해야 한다. 하지만 외국의 사례를 연구하는 것은 우리에게 주는 시사점이 있기 때문이고 그 시사점 중에서도 이론적 형성과 그 작동원리의 이론적 이해는 우리의 역사와 문화를 반영한 토착화된 법률제도를 만들기 위해 반드시 필요한 작업이다. 예를 들면 서양의 법치주의 이론의 발전사, 권력분립원리의 변천사, 죄형법정주의의 등장배경 등등은 우리에게 매우 큰 시사점과 이론적 기초를 놓을 수 있게 해 준다. 왜냐하면 우리는 다른 문화와 풍토에 살지만 ‘인간’이라는 보편적 속성-선이던 악이던-을 고려한 일반화 될 수 있는 보편적 안전장치인 ‘제도(예를 들면 법치주의, 죄형법정주의, 조세법률주의 등등)’와 ‘인권’ 개념을 가지고 있기 때문이다.

풍토(문화)와 법의 관계성에 대해서는 몽테스키외가 법의정신에서 이미 기술한 적이 있을 정도로 그 연구역사가 오래되었다. 법인류학적으로도 법체계의 변화는 연구되고¹⁰⁵⁾ 그 속에서 우리는 “법률적 수준들의 역동성”을 확인할 수 있다.¹⁰⁶⁾

때문에 한국의 헌정사와 사정기관들의 그간의 과오와 개혁과정, 인신보호에 대한 수사기관들의 수사문화의 변천 과정을 제외하고 단순히 비교법적 연구를 제시하며 이론적으로 제도의 당위성을 주장하는 태도는 지양되어야 한다.

105) “문화의 한 빠뜨릴 수 없는 부분으로서 우리가 법이라고 분류하는 사회현상은 정태적인 실체가 아니다.”, 레오폴드 포스피실, 이문웅 옮김, 법인류학, 민음사, 1992, 211쪽.

106) 앞의 책, 200쪽 이하.; 바벨론, 페르시아, 로마, 이슬람 제국의 급격한 영토 팽창은 정복지를 효과적으로 통치하기 위한 법제도의 정비를 가져왔는데 이러한 정비는 토착민의 문화를 인정 내지 존중하면서 진행되는 유화적 법제도 정비가 진행된 적도 있고 토착민의 문화를 억압하면서 진행된 법제도의 정비도 있었다. 고대 바벨론, 페르시아, 로마 등 당시의 법과 문화의 관계에 대해서는 성경 곳곳에서도 발견된다: 에스라1:1-4, 느헤미아 2:9, 다니엘3:18, 사도행전22:25; 이슬람 제국의 영토 확장기에는 유화책[예를 들면 토착민 인재등용, 제한적 토착종교인정]과 억압책[예를 들면 비개종자 담미(دمي) 대한 법적차별과 인두세 부과: 이는 코란 9:29을 법원(法源)으로 하는 샤리아법을 근거로 했디]을 병행하였다.

2. 검찰개혁과 헌법

헌법이론적으로 헌법은 사회통합을 위해 개방성을 가져야 하는데 그러지 않을 경우 작금의 논의들이 -특히 정파적 이해관계에 따라- 촉발될 수 있다. 우리헌법가치가 지켜야 하는 근본적 헌법결단을 헌법에 규정하고 나머지 구체적 실현방법은 시대의 변화를 민주주의 원리에 따라 실정법체계속에 담을 수 있도록 개방성을 견지해야 하는데 그렇지 않을 경우 이번 경우와 같이 각 집단의 이해관계에 따라 헌법을 방패로 한 극한 대립을 야기 할 수 있다. 최악의 경우 이러한 상황(헌법이 가지는 개방성의 간과)이 헌법이 가지는 사회통합적 기능을 마비시킬 수도 있다.

우리 헌정사를 보면 유독 ‘신체의 자유’와 관련된 오남용 사례가 많았기에 이를 방지하기 위한 노력으로 인신보호와 관련된 법률적 수준의 내용들을 헌법사항으로 격상시켜 담고 있다.¹⁰⁷⁾ 이는 물론 기성세대의 아픔을 다음세대에게는 물려주지 않으려는 제도적 장치의 마련이지만 헌법이론적 토대를 충분히 검토했는지에 대해서는 의문이 남는다.

검찰개혁 일반에 대해서는 그동안 학계에서 많은 연구가 발표되었기에 그 내용에 대해서는 관련 연구를 소개하는 것으로 대신하고¹⁰⁸⁾ 검찰개혁과 관련해 주로 논의되는 헌법문제들은 공수처 설치가 위헌인지¹⁰⁹⁾, 검찰총장의 헌법적 지위는 무엇인지¹¹⁰⁾, 검사의 영장청구권이 헌법사항인지 여부인데 다음에서는 헌법개정이 필요한 검사의 영장청구권에 대해서 살펴본다.

3. 검사의 영장청구권

“영장주의란 형사절차와 관련하여 체포·구속·압수 등의 강제처분을 함에 있어서는 사

107) 일반적이지 않은 헌법조항내용을 통해 당해국의 헌법현실을 역으로 파악하기도 하는데 형사소송법적 내용이 헌법에 규정된 우리나라 헌법 제12조를 통해 1987년 헌법개정 당시의 시대상을 파악할 수 있다.; 2015년 예멘 개정헌법안 126조는 아동의 전쟁동원금지를 명문으로 규정하고 있다.

108) 서보건, 고위공직자범죄수사처 설치 및 운영에 관한 법률(공수처)에 대한 법제도적 과제와 전망, 공법학연구, 제21권 제4호, 2020; 전찬희, 이병근, 수사 기소 시스템 부리를 통한 독립적 검찰 권력의 견제에 관한 연구, 법이론실무연구 제6권 제2호, 2018; 拙稿, 고위공직자범죄수사처(공수처)의 독립성과 정치적 중립성 제고 방안에 대한 연구, 한국부패학회보 제23권 제3호, 2018; 장영수, 검찰개혁과 독립수사기관(고위공직자범죄수사처)의 설치에 관한 검토, 형사정책연구 제28권 제1호, 2017; 윤영철, 이창수, 국민의 직접 참여를 통한 검찰 기소권의 효과적인 통제방안에 관한 고찰, 법학연구, 충남대법학연구소, 제27권 제3호, 2016; 김용태, 한국 헌법과 검찰제도, 서울법학 제21권 제3호, 2014; 김인회, 검찰의 수사권 및 공소권 남용연구, 법과 사회 제39권, 2010; 김인회, 견제와 분산을 위한 검찰개혁과제 재검토, 민주법학 제43권, 2010; 서보학, 검사독점적 영장청구제도에 대한 비판과 입법론적 대안, 비교형사법연구 제12권 제1호, 2010; 이현환, 검찰개혁- 원인과 처방, 헌법학연구 제16권 제1호, 2010; 하태훈, 검찰권 통제 및 검찰제도 개혁방안, 법과 사회 제37권, 2009; 한상훈, 외국의 검찰제도와 한국검찰 개혁에 대한 시사점, 법과 사회 제37권, 2009; 조국, 현 시기 검찰·경찰 수사권 조정의 원칙과 방향, 서울대 법학 제44권, 제4호, 2005; 한인성, 최근 한국의 정치부패에 대한 검찰과 특검의 도전, 서울대 법학 44권 3호, 2004; 백광운, 신동일, 이천현, 바람직한 검찰개혁의 방향, 한국형사정책연구원, 2003; 이창호, 검찰개혁의 방향과 과제, 민주법학 제24호, 2003

109) 공수처는 출범으로 인해 헌법현실이 되어 이러한 논란이 불필요하게 되었다.

110) 김용규, 검찰총장의 헌법상 지위, 미국헌법연구, 제17권 제1호, 2006; 검찰총장은 헌법 제89조 국무회의의 심의사항으로 언급되고 있다. 저자는 헌법 제65조(탄핵대상), 제62조(정부위원 국회출석 답변)도 헌법상 관련 조항으로 보고 있다.

법권 독립에 의하여 그 신분이 보장되는 법관이 발부한 영장에 의하지 않으면 아니된다는 원칙이고, 따라서 영장주의의 본질은 신체의 자유를 침해하는 강제처분을 함에 있어서는 중립적인 법관이 구체적 판단을 거쳐 발부한 영장에 의하여야만 한다는 데에 있다.”¹¹¹⁾

제헌헌법 제9조는 “체포, 구금, 수색에는 법관의 영장이 있어야 한다”는 조항이 1962년 제5차 개정헌법 제10조 제3항에서 “...구금... 에는 검찰관의 신청에 의하여 법관이 발부한 영장을 제시하여야 한다.”고 규정하여 검사를 영장신청자로 명문으로 규정하였는데 헌법재판소는 제5차 개정헌법에서 “검찰관의 신청”이라는 요건을 추가한 이유를 형사소송법의 연혁과 관련해 이해하고 있다. 제정형사소송법(1954. 9. 23. 법률 제341호) 제201조 제1항은 “피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조 제1항 각 호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사 또는 사법경찰관은 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다”고 규정한 것이 1961. 9. 1. 형사소송법 개정(법률 제705호)을 통해 제201조 제1항에서 “피의자가 죄를 범하였다고 의심할 만한 상당한 이유가 있고 제70조 제1항 각 호의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사는 관할지방법원판사의 구속영장을 받아 피의자를 구속할 수 있다”고 규정했고 이 내용이 1962년 헌법개정에 반영되었다는 것이다. 이러한 법개정이 법률전문가인 검사가 수사단계에서 영장을 신청하도록 해 사법경찰관의 무분별한 영장신청을 제한해¹¹²⁾ 국민의 기본권을 보장하기 위한 것이지만 당시 비대한 경찰권력¹¹³⁾을 제한하기 위한 조치였음은 당시의 시대상을 볼 때 의심할 여지가 없다.

이제 시대가 변해 영장신청남발이 문제가 아니라 오히려 자의적 영장신청이 법치주의에 심각한 손상을 주고 있다. 그 중에서도 불기소 처분이 문제되어 검찰권한의 분산을 통한 제도적 정비와 하고 있는 과정이다. 만약 헌법이 개정되고 형사소송법 개정을 통해 검사 이외의 수사기관이 영장을 청구하도록 제도가 바뀐 후 이전에 우리가 겪었던 영장신청남발의 문제가 다시 사회적 문제가 된다면 아마 다시 검사로 한정해야한다는 여론이 조성될 수도 있겠고 그러한 여론은 민주주의 원리를 작동시켜 다시 ‘검사’만이 영장을 신청하도록 하는 법개정으로 이어질 수도 있겠다. 여하튼 검사의 영장청구 조항은 법률사항이지 헌법적 사항이 아니기에¹¹⁴⁾ 개헌시 삭제되어야 하는 조항이다.¹¹⁵⁾

111) 헌재 1997. 3. 27. 96헌바28 등, 판례집 9-1, 313 [전원재판부] 형사소송법 제70조제1항 등 위헌소원

112) 이에 대해 당시의 사법경찰관리 직무규정에 따르면 영장청구실무에서는 검사를 경유해 법원에 영장을 신청 했기에 실질적인 검사의 영장 심사가 이루어졌다는 반론이 있다. 성문규, 헌법상 영장신청권과 인권과의 무관계성에 대한 고찰-영장관련 조항의 개헌 및 입법경위를 중심으로-, 저스티스 통권 제162호, 2017, 14쪽 이하.

113) 1949년 6월 6일 반민족행위특별조사위원회(반민특위)를 경찰병력이 습격하였는데 당시 반민특위 특별검찰부장은 검찰총장이었다. 1960년 4월 19일에는 경찰의 발포로 “하층 노동자 61명, 고등학생 36명, 무직자 33명, 대학생 22명, 국민학생과 중학생 19명, 회사원 10명, 기타 5명 등 186명의 시민이 사망했다. 그 밖에 부상자도 6,026명이나 되었다.”, 이근호, 한국사를 움직인 100대 사건, 청아출판사 (<https://100.daum.net/encyclopedia/view/63XX66000113> 검색일:2021.4.23.)

114) 헌법적 사항으로 보는 견해는 방희선, 검사 영장청구권의 법적 의의와 타당성 검토(下), 法叢(Vol.677), 2013, 50쪽 이하 참조.

115) 같은 의견 명재진, 헌법문제로서의 검찰개혁, 헌법학연구 제17권 제4호, 2011, 83쪽.; 명재진 교수는 헌법개정시 중요한 검토내용으로

영장청구가 기속행위라서 기계적으로 이루어진다면 적법성 통제를 하기가 쉽겠지만 재량행위라면 어떠한 형태로 재량행위의 통제가 이루어지고 있는지를 우선 살펴볼 필요가 있다. 또한 법치주의와 중요한 연결점을 갖는 재량행위가 영(零)으로 수축되고 있는 현대 행정법의 경향¹¹⁶⁾을 염두에 둘 필요도 있다.

“검찰의 정치적 중립성 의무와 민주적 법의 지배에 대한 책임 등을 규정한 포르투갈 헌법, 검찰의 정의 실현과 시민과 공익을 지키는 책무를 강조하는 스페인헌법, 검찰의 법률감독을 위한 국가기관성을 강조한 중국헌법, 검찰총장의 의회 상원선출규정을 둔 러시아헌법”을 제시하고 있다.; 이집트헌법(2014)의 경우 검찰의 업무와 검찰총장의 임명 및 임기에 대해 189조에서 규정하고 있으며 경찰에 대해서도 206조(경찰의 업무)와 207조(최고경찰회의)에서 규정하고 있다. 197조에서는 행정검찰에 대해 규정하고 있다.

116) 김성수, 일반행정법 -행정법이론의 헌법적 원리-, 제6판, 홍문사, 2012, 203쪽.

지정토론

형사정책가의 관점에서 법치주의의 미래

강 석 구 | 한국형사정책연구원 형사법제연구실 실장

발표자는 19세기 ‘시민적 법치국가’가 국가공동체로의 통합과정을 통하여 20세기 ‘사회국가’로 변천하고, 21세기 정보혁명, 기본권의 문화창조적 기능 심화, 산업주의문명에서 생태주의문명으로의 진보, 자본주의의 재구성 등을 통하여 공동체 운영에 대한 시민 참여와 국가와 시민, 시민과 시민 간의 협력이 강조되는 ‘협력적 법치국가’(der kooperative Staat)로 변화하고 있다고 예측하고 있다. 또한, 이러한 ‘협력의 시대’라는 흐름에서는 형사사법 거버넌스가 다층화·다양화되는 방향으로 정향되는 것이 시대적 요청에 부합하며, 공수처 출범, 자치경찰 도입, 수사와 기소의 분리, 수평적 조직문화의 확대와 상호 간의 협력 등은 21세기의 특징인 ‘협력’을 잘 구현하고 있다고 평가하고 있다.

이러한 발표의 전제가 되는 상황에 대해서는 일정 부분 공감할 수 있지만, 그러한 상황을 전제로 인류사회가 협력적 법치국가로 변화하고 있다고 볼 수 있는지는 다음과 같은 이유에서 선뜻 공감하기 어렵다.

첫째, 21세기의 인류는 오늘날의 국가체제를 변함없이 지켜낼 수 있을 것인가?

인류가 국가라는 체제를 고안한 것은 길게 보더라도 5,000년이 되지 않으며, 극히 일부 지역에 해당하는 일이었다. 인류역사 전체로 볼 때 찰나에 지나지 않으며, 초기 국가체제의 중심에 섰던 신(神)은 인간인 왕(王)으로, 귀족으로, 대의자(예: 대통령, 국회의원 등)로 대체되었고, 초기 국가체제의 중심에 섰던 가치 중에서는 법(法)만이 남았다. 이것 역시 전 지구적인 현상이라고 말할 수는 없다.

르네상스 또는 산업혁명 이후 수백 년 간 이어져온 국가체제의 변화 속에서 개인이 중심에 서기는커녕 자본과 기업이 중심에 서는 ‘자본주의’, 사람의 집단이 중심에 서는 ‘사회주의’, 신치(神治)로 회귀하는 ‘이슬람원리주의’ 등이 혼재하며 지역에 따라 개인이 자본, 사회, 종

교 등에 매몰되어 점점 더 힘을 잃어가고 있다. 그러한 과정 속에서 자본의 집약체인 기업은 국가권력과 국가영역을 초월해가고 있다.

자본주의에 기반한 기업인 애플, 마이크로소프트, 아마존, 알파벳, 페이스북, 테슬라, 사회주의를 기반한 기업인 텐센트, 알리바바, 이슬람 석유권력에 기반한 아랍코 등의 자본이 지배하는 오늘날, 1개 지역국가의 법(法)이 이들 자본을 통제하거나, 이들 기업을 초월한 인류공동체를 구축할 수 있을 것인가?

더욱이 과학기술의 심화에 따라 정보와 통신은 인류에게 유용한 차원을 넘어서서 스스로 사유하고 결정할 수 있는 새로운 체제로 진화하고 있으며, 지역국가 또는 인류국가가 승인하지 않은 새로운 화폐, 즉 암호화폐가 인류사회에서 통용되기 시작했다. 자본과 정보가 현재는 인류가 고안한 또 다른 인간군인 ‘법인’(法人) 내지는 기업이 통제하고 있는 것처럼 보이지만, 머지않은 미래에 독립적인 AI에 대체될 가능성도 적지 않다. 그런 만큼, 인류가 전통적인 국가체제를 지키거나, 자기 지역의 국가체제를 지켜낼 수 있을 것이라고는 기대하기 어렵다고 생각한다.

둘째, 21세기의 인류는 협력과 참여를 원할까?

미국의 시각에서는 미국 자본주의가 중국 사회주의를 흡수하고 있는 것으로 보일지 모르지만, 중국의 시각에서는 중국 사회주의가 미국 자본주의를 흡수하고 있는 것으로 보일 수 있다. 하지만 인류는, 인류가 편해보고자 고안한 문명과 물질에 흡수되어 가고 있을 수도 있다.

어쩌면 앞으로의 미래사회에서는 인류가 설정한 모든 경계는 무너질 수 있고, 인류가 신뢰한 모든 가치도 무너질 수 있다. 결국 인류는 국가와 사회의 대체재를 찾을 수밖에 없고, 산업과 자본은 새로운 시대가치를 향해 이전하지 않을 수 없을 것이다. 그런 만큼 새로운 시대가치를 먼저 선점한 이들이 앞으로의 미래사회에서 중심(重心)이 될 수밖에 없을 것이다.

그런데 그 변수 역시 문명이다.

자본과 정보가 중심이 된 신(新) 문명체제가 스스로 존속하기 위한 전제는 인간이 아니라 에너지(energy)이고, 인류가 에너지 먹이사슬의 경쟁자가 될 수밖에 없다면 독립적 AI의 관점에서는 인류를 말살 내지 박멸하지 않을 수 없을 것이다. 하지만 인류의 말살 내지 박멸

이 신 문명체제의 파멸로 이어진다면 독립적인 AI의 관점에서는 신 문명체제의 가치에 최적화된 인간만을 존속시키려 할 것이고, 가족, 사회, 국가, 공동체와 같은 인류의 '무리'는 해체 또는 파편화시키려 할 가능성이 높다.

그래서 21세기의 인류는 이미 선택의 기로에 놓여있다고 생각한다. 여기서 문명의 진보를 멈추고 스스로 구축한 것들을 모두 말살할 것인지, 아니면 살아남기 위해 인류가 통제할 수 없는 신 문명체제에 겸허히 순응할 것인지 말이다. 그런 만큼, 협력이나 상생, 더 나아가 공공과 공익과 같은 피상적 가치보다는, 오히려 개인주의의 심화 또는 탈윤리·탈종교·탈사회의 심화와 같은 현실적 가치가 인류의 미래와 어울린다고 생각한다.

셋째, 탈(脫) 형사정책을 향한다.

개인주의의 심화 또는 탈윤리·탈종교·탈사회의 심화는 전통적인 국가체제를 지탱해온 '법'을 해체해가는 과정이라고 생각할 수 있다. 그 어떤 것도 정당하지 않으면서, 동시에 모든 것이 정당한 세계로 인류는 진입하고 있다. 전통적 국가권력의 핵심이었던 형벌권력과, 형벌권력의 도구가 되어온 경찰·검찰 등 수사기관과 형사사법기관부터 무력화하기 위한 시도는 점점 더 가속될 수밖에 없다.

그래서 자치경찰 도입, 수사와 기소의 분리, 수평적 조직문화의 확대와 상호 간의 협력 등 최근의 움직임도 인류사회가 협력적 법치국가로 진보하고 있기 때문에 그런 것이라고는 생각하지 않는다. 오히려 전통적 국가체제의 해체과정에서 법과 권력의 해체는 당연한 수순이라고 생각하며, 종교 또는 윤리에 기반하여 기본적으로 세속적 행복을 좌악시킬 수밖에 없는 전통적 형사정책에 기반한 국가는 다른 체제 또는 국가와의 경쟁에서 스스로 도태될 수밖에 없을 것이라고 생각한다.

지나친 디스토피아적 몽상(夢想)일 수도 있지만, 이것이 발표자의 '협력적 법치국가론'에 선뜻 동의하지 못하는 이유이다. 법치주의는커녕 법과 국가의 존속조차도 장담하기 어려운 정도로 세상이 빠르게 변하고 있기 때문이다.

그렇다면 우리는 어떻게 미래를 대비해야 할 것인가? 그 해답을, 헌법학자와 형법학자가 함께 찾아낼 수 있기를 기대한다.

◆ 한국공법학회-한국형사정책연구원 공동학술대회 ◆

주제 2.

중형주의와 입헌주의

발 표 이권일 | 동아대 교수

지정토론 서주연 | 한국형사정책연구원 부연구위원, 변호사

중형주의와 입헌주의

- 중형주의의 헌법적 정당화를 중심으로

이권일 | 동아대 법학전문대학원 교수

차 례

- I. 들어가며
- II. 중형주의의 의미와 원인
 - 1. 중형주의의 의미
 - 2. 중형주의 현상과 원인
- III. 중형주의의 목적과 헌법상의 인간상
 - 1. 중형주의의 목적
 - 2. 헌법상 인간상에 따른 중형주의의 정당화
- IV. 중형주의의 헌법적 정당화
 - 1. 헌법상 인간상과 중형주의의 헌법적 정당화
 - 2. 중형주의와 비례성의 원칙
 - 3. 중형주의와 체계정당성과 평등원칙
- V. 나가며

참고문헌

I. 들어가며

“오늘날 사회전반에 팽배한 형벌의존증후군이 일상화되고 있다. 많은 사람들이 자신의 신변안전에 대한 불안감을 가지고 있으며, 이 안전에의 불안에 대응하기 위한 이유로서 엄벌주의의 이데올로기(Ideologie)가 힘을 얻어 형사입법을 움직이고 있다. 아동을 대상으로 한 성범죄의 빈발, 흉악범죄의 증가, 범죄자의 연소화, 범죄피해자의 권리보호와 양형에 대한 사회적 관심의 증대, 범죄피해에 대한 불안감 증대에 따른 체감치안의 악화 등 이들 범죄경향들에 대한 적절한 대처를 위해...”¹⁾

형법의 중벌화주의에 대한 2011년 이재석 교수의 논문 서론 부분이다. 10년 전의 글이지만 이 부분은 중형주의에 대한 현재의 사회적 현상을 설명하기에 부족함이 없어 보인다.

특이한 성범죄(특히 아동에 대한), 강력범죄 등의 범죄행위, 또는 우리 사회에서 이슈가 되는 사회유해적 행위가 등장할 때마다 처벌규정을 신설하거나 형법보다 처벌을 무겁게 하는 형사특별법의 제·개정을 통해, 또는 기존의 형벌 규정의 법정형을 높이는 방법을 통해 이에 대해 대응하고자 하는 경향이 강하다. 이는 일반시민들의 강력한 처벌요구와 정치권에서의 중형주의 입법에 의한 대응의 방식으로 나타나게 된다. 최근 가장 이슈가 되었던 사례로 소위 민식이법(2019년 12월 24일 신설된 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의 13)을 통한 어린이보호구역에서의 사고(유발)운전자에게 부과되는 중형을 들 수 있겠다.

이러한 형벌의 강화로 사회문제를 해결하고자 하는 경향을 중벌주의, 중형주의, 엄벌주의, 강벌주의라고 명명하고, 때로는 형벌의 표플리즘(Penal Populism), 또는 고강도형벌정책 경향이라고도 지칭되고 있다.²⁾

명칭이 어찌 되었든 앞서 설명한 중형주의는 새로운 현상이나 우리나라에 국한된 현상은 아니지만³⁾, 이에 대한 많은 논의와 우려가 학계에서 있었음에도 불구하고 여전히 유효하게 실현되고 있다. 여기에서는 헌법의 관점에서 이러한 중형주의가 정당화 될 수 있는지에 대해 살펴보도록 한다.

1) 이재석, 형법의 重罰化 입법경향에 관한 비판적 고찰, 법학연구 44, 한국법학회, 2011, 200쪽

2) 안나현, 중형주의적 형벌정책에 관한 비판적 연구, 법학논집, 제23권 제1호, 2016, 306쪽; 박경규, 법정형의 적정성 판단기준의 상세화 및 입법환경의 개선을 통한 고강도형벌정책 경향의 감소방안, 형사정책, 제31권 제1호, 2019; 추지현, 엄벌주의 보편성에 대한 비판적 검토 : 연구의 동향과 쟁점, 형사정책연구, 제28권 제2호, 2017

3) 이와 관련해서는 추지현, 엄벌주의 보편성에 대한 비판적 검토 : 연구의 동향과 쟁점, 형사정책연구, 제28권 제2호, 2017, 158쪽 이하 참조

II. 중형주의의 의미와 원인

1. 중형주의의 의미

이를 위해서는 우선 중형주의의 의미를 규정할 필요가 있다. 위에서 서술한 바와 같이 이러한 현상은 여러 단어로 사용되고 있고, 이 용어들은 거의 유사한 의미를 지니고 있다고 생각된다.

하지만 이 용어가 헌법이나 법률에서 명시적으로 정의된 개념은 아니기에 중형주의의 의미를 파악하는 것으로 이 글이 시작하고자 한다.

먼저 첫 번째 의미는 형을 중하게, 즉 사형, 계구사용, 신체형, 공개적인 모욕과 굴욕 등 형벌의 종류를 중하게 또는 엄하게 규정하는 것을 들 수 있겠다.⁴⁾ 사형집행을 재개하라는 요구, 아동·청소년 성범죄에 물리적 거세, 성충동약물치료 등의 형벌을 가능하도록 하는 요구와 같은 것을 예로 들 수 있겠다.

둘째는 법정형의 상향조정⁵⁾, 처벌규정의 신설⁶⁾, 가벌성의 범위를 확장하거나 공소시효를 연장하는 방안⁷⁾, 각종 보안처분을 강화하여 범죄행위에 대처하고자 하는 경향⁸⁾을 들 수 있겠다.⁹⁾ 우리의 경우 특히 각종 형사특별법(폭력행위등 처벌에 관한 법률, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률, 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 등을 예로 들 수 있다)의 제·개정을 통해, 그리고 형법의 개정을 통해 이루어지고 있다. 무차별적인 구금¹⁰⁾과 무관용 처벌 정책도 이에 해당한다.¹¹⁾

헌법재판소도 엄벌주의와 중벌주의라는 용어는 여러 사건에서 사용하였다. 각종 형사특별법에 대한 심사에서 주로 중벌주의라는 용어를 쓰고¹²⁾, 가중처벌을 허용하는 법률을 심사하는 경우 엄벌주의라는 용어를 쓰는데¹³⁾, 헌법재판소가 이를 특별히 정의한 경우는 없

4) 안나현, 중형주의적 형벌정책에 관한 비판적 연구, 법학논집, 제23편 제1호, 2016, 306쪽

5) 소위 윤창호법이라 불리는 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의11 개정을 통한 법정형 상향

6) 소위 민식이법이라 불리는 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의13 신설

7) 형사소송법 제253조의2 개정을 통한 살인죄의 공소시효 폐지(2007년 이미 15년에서 25년으로 연장되는 개정을 하였고, 2015년 완전히 폐지)

8) 이에 대해서는 강지현, 자유박탈적 보안처분에 대한 비판적 검토 - 보안형벌과 보호수용제도 비판 -, 비교형사법연구, 제17권 제4호, 2015 참고; 최근 조두순이 출소하면서 이미 폐지된 보호감호제도의 부활에 대한 입법옹직임이 있다.(술이 만든 '보호감호' 盧가 폐기했는데...文이 되살리나, CBS노컷뉴스 2020.11.29., <https://www.nocutnews.co.kr/news/5455464>)

9) 이재석, 형법의 重罰化 입법경향에 관한 비판적 고찰, 법학연구 44, 한국법학회, 2011, 200쪽

10) 정부의 성향에 따른 구속률과 구금율에 관하여는 정재준, 정부의 성향에 따른 형사사범의 통계적 수치 비교, 고려법학, 제60호, 2011 참고

11) 추지현, 엄벌주의 보편성에 대한 비판적 검토 : 연구의 동향과 쟁점, 형사정책연구, 제28권 제2호, 2017, 167쪽

12) 헌재 2006. 4. 27. 2006헌가15(특정경제범죄가중처벌등에관한법률 사건, 입법취지에서 보아 중벌(重罰)주의로대처할 필요성이 인정되는 경우라 하더라도 ...); 헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24(특정범죄 가중처벌등에관한법률 사건, 헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12(폭력행위등처벌에관한 법률 사건, 헌재 2015. 12. 23. 2014헌바294(아동·청소년의 성보호에 관한 법률 위반(강간등) 사건)에서 3인의 반대 의견 등에서 사용되었다.

13) 헌재 2016. 10. 27. 2016헌바31(사건적으로 '상습'은 '늘 하는 버릇, 좋지 않은 일을 버릇처럼 하는 것'을 의미하는바, 우리나라는 제정 형법부터 상습범 엄벌주의를 취하여 상습범의 형을 가중해 왔다. 이는 반복적인 범행의 습벽이 있는 자의 행위는 위험성과 비난가능성이

고, 이 둘을 엄격히 구분하여 쓴다고 보기도 어려울 것 같다.

요컨대 중벌주의, 중형주의, 엄벌주의, 강벌주의, 고강도형벌정책 등의 용어는 세부적으로는 약간의 의미 차이는 있을 수 있겠으나, 사회에서 범죄에 대한 두려움 등에 의해 특정 범죄행위에 대해 강한 처벌이 요구되고, 이에 대한 대응으로 정치권(입법자)에서 강하게 처벌하는 형사법을 입법하는 현상을 지칭하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 이에 더하여 때로는 강하게 처벌을 요구하는 여론에 의해, 검사가 강한 형량을 구형하고, 법원에서 양형에 있어서 판사가 형을 중하게 선고하는 경우도 상정할 수 있을 것이다.¹⁴⁾

문제는 이것이 과잉처벌과 다른 개념인가 하는 점인데, 이것은 이러한 용어들이 대부분 과도한 형벌을 부과하는 현상의 문제점을 지적하면서 사용되는 개념이기 때문이다. 이 글에서는 중형주의는 일단 가치중립적인 개념으로 두고 논의를 진행하도록 하겠다. 중한 처벌이 헌법적 한계를 넘어서서 위헌이 되는 경우 이를 위헌적 과잉처벌이라고 하고, 그 이전까지는 중립적인 개념으로서의 중형주의라고 지칭하도록 한다.¹⁵⁾

2. 중형주의 현상과 원인

중형주의를 위와 같이 이해한다면 이는 헌법, 형법에서의 규범학적인 원칙이라기 보다는 형사정책적 성격이 더 강하다고 볼 수 있을 것이다. 즉 원인에 대한 대처, 해결 방안을 마련하기 위한 여러 수단들 중 입법자나 집행기관이 어떠한 정책을 택할 것인가의 문제이고, 헌법은 선택한 수단이 헌법적으로 가능한 것인지, 그 수단이 국민의 기본권을 제한하는 것이라면 제한의 한계를 넘어서서 위헌적이지 않은지를 심사하는데 그 역할이 있을 뿐이다.

이를 위해서 정책으로서 중형주의를 택하게 되는 원인에 대한 분석이 필요하다. 이는 비례성 심사에 있어서 목적의 정당성, 수단의 적절성과 관련되기 때문이다.

이는 규범학에서 가능한 논의는 아니고, 법사회학 등에서 분석할 수 있는 부분이기에 여러 논의들을 간략히 소개하는 것으로 대신하고자 한다.

먼저 현대의 중형주의 논의는 시민들이 범죄 위협으로부터의 안전을 요구하는 것에서 출발하고 있다. 과거에는 사회 전체에 해악이 되는(권위주의 사회에서는 권위를 해치는) 피해

크다고 보아 이를 엄중하게 처벌하기 위한 것이었다.); 헌재 2011. 6. 30. 2009헌바354 등(뇌물죄 가중처벌 조항 사건에서 4인의 반대의견 중 사건 법률조항의 입법취지, 즉 강한 엄벌주의를 통하여 달성하려고 했던 일반예방의 목적도 달성하지 못하고 있다고 판단된다고 설시) 외에 헌재 2006. 12. 28. 2005헌바35에서 4인의 반대의견, 헌재 2013. 8. 29. 2011헌바364에서 1인의 반대의견, 헌재 2015. 12. 23. 2014헌바294에서 3인의 반대의견 등에서 사용되었다.

14) 이는 중형주의로 헌법상 평등의 원칙이 문제될 수 있기 때문에 같이 다루기로 한다.

15) 이는 위헌심사에서 기본권 심사 전의 제한(독일어로는 Eingriff이라고 하는데, 침범, 간섭, 개입 등으로 번역할 수 있다)과 심사 후의 위헌적 침해(독일어로 Verletzung)의 개념에 대응될 수 있을 것이다.(심사 후 제한이 정당화되면 합헌적 제한(독일어로 Beschränkung)이 된다)

자 없는 범죄, 반사회적 행위를 중형으로 처벌하고자 하였다면, 현재는 성범죄 등 개인의 안전, 특히 특별한 집단(어린이 등)을 위협하는 범죄에 집중되는 현상을 보인다.

또한 중형주의의 원인이 우리 사회가 위험하다는 일반 국민의 인식에 의한 것이라는 견해도 있다. 즉 전통적인 가족 제도의 붕괴, 경제적 불확실성 등 사회의 구조적 변화 속에 인구 집단 전체가 ‘위험’에 처해 있다는 담론을 확산시켰고 범죄 피해의 위험에 대한 두려움이 더 가혹한 처벌을 지지하는 ‘통제의 문화’를 초래하였다는 것이다.

그리고 최근의 특정 범죄행위에 대한 중형주의가 지지받는 이유로 ‘피해자’라는 정체성이 언급된다. 자극적인 언론의 표현에 의한 피해에 대한 호소는 일반 국민이 잠재적 피해자의 입장에서 처벌 강화와 안전망 확대를 지지하는 욕구를 생산하게 되고, 특히 순결함과 취약함을 전형으로 하는 특수 집단, 즉 여성이나 아동에 대한 범죄에 의한 피해자 담론이 이것을 재생산, 확대시킨다. 그 결과 아동 성폭력, 스쿨존에서의 교통사고 등에 대한 엄벌주의를 가능하게 하는 것이다. 즉 일반 국민의 피해에 대한 두려움과 잠재적 피해자가 될 수 있다는 두려움으로 인한, 즉 아래로부터의 요구가 엄벌주의를 지지하고 있으며 이에 따라 중형의 정당성은 과거의 국가-범죄자의 2자 관계에서 국가-피해자-범죄자라는 3자 관계의 문제로 변화했다고 한다.¹⁶⁾

이에 상응하여 외형적으로는 절차적 민주주의에 따라 입법자가 적법한 절차에 따라 중형주의적 법률을 제·개정하게 된다. 즉 국민들은 피해에 대한 두려움으로 인해 중형주의를 요구하게 되고, 정치권에서는 이러한 사회적 이슈에 대하여 국민의 요구에 편승하여 유권자의 환심을 살만한 휘발성 높은 신규처벌법안 또는 처벌강화법안들을 제시하고 때로는 실제로 법률이 통과되어 효력을 발생하기도 한다. 이러한 중형주의 입법은 범죄 행위자를 엄벌하거나 사회에서 범죄자를 격리시키는 방안을 통해 보호를 요구하는 여론에 의해 쉽게 우리 사회에서 정당성을 확보하게 된다.¹⁷⁾

이와 함께 최근 사법개혁논의와 맞물려 법원이 내리는 처벌형량에 대한 국민의 불만과 불신도 함께 논의되어야 할 것이다. 즉 소위 솜방망이 처벌에 대한 국민의 불만, 실제 선고되는 형량과 국민의 법감정간의 괴리-특히 성범죄에 대한 처벌, 음주운전에 대한 처벌, 재벌에 대한 처벌 등-가 문제가 되면서¹⁸⁾, 법원은 물론 입법부에서도 이에 대한 대응을 하는 경향이 있다. 앞서 살펴보았던 윤창호법 등은 실제 법원에서 처벌되는 형량이 너무 약하다

16) 김일수, 현대 형사정책에서 엄벌주의의 등장 -그 배경, 원인과 대책 -, 대검찰청, 2010, 51쪽 이하; 추지현, 엄벌주의 보편성에 대한 비판적 검토 : 연구의 동향과 쟁점, 형사정책연구, 제28권 제2호, 2017, 160쪽

17) 박상민, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의13(일명 ‘민식이법’)에 대한 형법이론적 검토, 법학연구 제21권 제1호, 2021, 153쪽

18) 판사들은 왜 ‘법감정’보다 낮은 형을 선고할까, 주간조선 2020.5.17.,

https://www.chosun.com/site/data/html_dir/2020/05/15/2020051503860.html

는 여론에 힘입어 입법부가 법원의 양형재량을 축소시켜 형량을 대폭 상승시킨 예라고 볼 수 있을 것이다.

이를 종합하면 결국 현재의 중형주의 현상은 사회가 위험하다는 인식과 내가 피해자가 될 수 있다는 두려움에 의한 국민의 요구와 지지에 의한 것이고, 따라서 사회의 안전, 범죄의 예방, 가해자의 격리 등의 목적을 위해 중형주의에 대한 장단점의 논의가 생략된 채, 절차적 민주주의에 입각한 입법에 의해 정당화되고 있는 것으로 볼 수 있을 것이다.

III. 중형주의의 목적과 헌법상의 인간상

이러한 중형주의가 형식적이 아닌 실제 내용에 있어서 헌법상으로 정당화되기 위해서는 헌법이 정하고 있는 기본원칙들을 준수하여야 한다. 즉 헌법에서 규정된 혹은 파생된 위헌심사의 기준에 부합하여 정당화 심사를 통과하여야 한다.

중형주의와 관련하여 문제되는 것들은 비례성의 원칙(과잉금지원칙)을 준수하였는가, 책임주의원칙을 준수하였는가, 법률이 체계정당성에 부합하는가와 평등에 반하지는 않는가 하는 점 등이다.

1. 중형주의의 목적

이러한 논의에 앞서 더 근원적으로 중형주의의 목적, 즉 형벌을 중하게 하는 목적에 대하여 살펴볼 필요가 있다. 중형주의를 취하는 목적에 따라서 헌법적 평가가 달라질 수 있기 때문에 헌법적 정당화를 하기 이전 단계에서 중형주의 정책의 목적을 밝히는 논의를 먼저 진행하는 것이 좋을 것이다.

중형주의의 목적에 대한 논의 이전에 먼저 형벌의 본질 혹은 목적을 무엇으로 삼아야 하는가와 관련하여서 살펴본다. 이와 관련하여서는 크게 두 가지 시각이 있다. 우선 형벌의 목적을 응보(보복)로 보는 견해이다. 범죄로 인하여 발생하는 침해에 상응하는, 즉 범죄행위자에게 그 죄에 대한 책임만큼의 불이익을 가하여 그 침해와 불이익을 서로 상쇄시키는, 이로 인하여 다시금 정의를 회복하는 것으로 보는 절대적 형벌이론이 이에 해당한다. 형벌을 부과하는 핵심은 범죄행위자가 저지른 불법에 대한 보복에 있다는 것이다. 이와 달리 형벌을 예방적 차원에서 보는 견해가 있다. 범죄와 피해, 그 책임에 대한 직접적인 연관보다는

처벌을 통한 다른 범죄의 '예방'을 형벌의 목적으로 보는 상대적 형벌이론이 이에 해당한다. 이 견해는 다시 일반인을 잠재적인 범죄자로 간주하고 형벌의 위하력을 통해 일반인을 범죄로부터 멀어지게 하려는 일반예방이론과 범죄를 저지른 행위자 개인의 격리 및 재사회화를 통해 사회 안전을 도모하는 특별예방이론으로 나뉜다. 현재에는 응보와 예방 모두 형벌의 목적과 관련하여 장단점을 가지기에 이 둘을 포괄하여 조화하는 절충설(결합설)이 다수의 견해이지만, 절충설의 경우에도 세부적으로는 응보를 더 우선할 것인지(응보적 절충설), 예방을 더 우위에 둘 것인지(예방적 절충설)에 대한 대립이 있다.¹⁹⁾

중형주의의 목적도 형벌의 목적과 크게 다르지 않다. 우선은 법으로 금지된 행위나 사회나 제3자에게 위해를 주는 행위를 한 자를 그 책임에 상응하여 처벌하는 목적이 있을 것이다. 이 경우 그 책임의 양에 거의 근접하여 엄벌하는 경우 이를 중형주의라고 칭할 수 있을 것이다. 다른 한편으로는 일벌백계(一罰百戒)식의 사고로 사회에서 비난받는 행위에 대하여 아주 엄한 처벌을 부과함으로써 일반 국민들에게 형벌에 대한 두려움을 가지도록 하여 범죄를 저지르지 않도록 억제하는 목적이 있을 것이다. 중형주의에서는 후자가 주된 목적이 될 것이다.

국가가 형벌권을 행사할 수 있는 근거도 위의 응보와 예방이론에 근거하고 있다. 다만 국가의 형벌권이 과도하게 행사되었는지에 대한 제한과 관련하여서는 양 이론에 다른 정당화 방식이 전개된다. 즉 형벌을 응보로 보는 경우에는 책임주의가 강조되고 그 범죄에 대한 책임을 넘어서 처벌을 하는 경우에 문제가 될 것이다. 반면 형벌을 예방으로 보는 경우에는 일반인에게 위하력을 발휘할 만큼의 형사처벌 수위를 결정할 수 있는 넓은 입법재량권이 입법자에게 부여될 것이고, 따라서 입법자의 입법재량권 일탈이 문제가 될 것이다.

이러한 논리전개는 중형주의에서도 유사하게 적용될 수 있다. 즉 범죄자의 책임정도를 넘어 엄벌하는 경우에는 책임주의의 반하여 과잉처벌의 문제가 발생하게 되고, 위하력을 통한 범죄예방을 목적으로 중형주의를 택하는 경우에는 입법자의 재량의 범위의 한계가 문제가 될 것이다.

2. 헌법상 인간상에 따른 중형주의의 정당화

이에 대해 논의하기에 앞서 중형주의가 정당화될 수 있는 이런 이론의 근거가 되는 헌법이 상정하고 있는 인간상에 대해 살펴볼 필요가 있다. 강제력을 가진 규범을 형성하고 해석

19) 배종대, 홍영기, 형사정책 - 범죄 없는 사회는 없다, 홍문사, 2019, 102쪽; 김일수, 현대 형사정책에서 엄벌주의의 등장 - 그 배경, 원인과 대책 -, 대검찰청, 2010, 2쪽 이하 참조

하고 적용하는 경우에 이에 대한 전체적인 문제로 인간을 어떻게 파악하고 이해하고 있는지, 어떠한 인간상을 전제로 입법이 형성되고 정책이 결정되는지는 중요한 문제이다.²⁰⁾ 인간의 반사회적 행동을 금지하는 헌법하위규범을 형성하기 위해서는 헌법이 지향하는 인간상을 고려하여야 하는데, 이는 규제대상으로서의 인간의 행동에 대한 방향을 설정하는 기능은 물론,²¹⁾ 때로는 규범의 헌법심사의 기준으로도 작용할 수 있기 때문이다.

헌법상의 인간상과 관련하여서는 우리 헌법학계에서는 구체적으로 논의된 바가 적어 아쉽다.²²⁾ 따라서 우리와 비슷한 헌법체계를 가지고 있는 독일에서의 논의를 소개하고²³⁾, 우리 헌법재판소가 상정하고 있는 헌법상의 인간상에 대해서 살펴보기로 한다.

독일 기본법에도 인간상에 대하여 구체적으로 규정한 부분은 없다. 다만 학계의 논의와 판례를 통해 헌법상 인간상을 파악할 수 있을 뿐이다. 우선 독일은 오랜 세월동안 기독교의 전통에 따랐기 때문에²⁴⁾ 헌법이 상정하는 인간상도 그 전통에서 벗어날 수 없을 것이다. 따라서 기본적으로 인간의 자율성(자기결정권)을 인정하는 기독교적 전통을 인간상의 근간으로 하고 있다. 이러한 바탕 위에 인간을 도구로 보지 않고 목적으로 보아야 한다는, 그리고 인간을 이성적 존재로 보는 칸트의 철학이 인간상 형성에 많은 영향을 미쳤다. 이러한 점에서 독일의 기본법이 상정하고 있는 인간상은 자유의사를 가진 이성적 판단이 가능한 존재로서의 인간이다. 칸트 이후 여러 철학적 사조의 영향을 받으면서 인간은 자유의사를 가진 이성적 판단이 가능한 존재일 뿐만 아니라 어느 정도 상황에 영향을 받는 사회구속적, 상황기속적 존재라는 부분 또한 인간상에 가미되었다. 이를 종합하면 독일 기본법이 상정하는 인간상은 사회연관적인 자율적 인간으로 파악할 수 있을 것이다.²⁵⁾ 구체적으로는 개별 기본권을 보장함에 있어서는 자율적이고 이성적인 면이 강조되고, 기본권을 제한하고자 하는 경우 사회구속적, 사회연관적인 인간상이 제한의 근거가 될 수 있을 것이다.²⁶⁾

20) 최우정, 헌법상 인간상(人間像:Menschenbild)의 의미와 사이버스페이스상의 다양한 매체에 대한 법적 규제강도의 문제, 공법연구 제35집 제3호, 2007, 142쪽

21) 앞의 글, 145쪽

22) 이와 관련한 논의로는 류시조, 헌법상의 인간상에 관한 일고찰, 공법연구 제24집 제2호, 1996; 안경환, 21세기 기본권과 인간상, 헌법학연구 제5권 제2호, 1999; 박진완, 우리 헌법상의 일반적 인격권의 보장체계, 공법연구 제33집 제1호, 2004; 최우정, 헌법상 인간상(人間像:Menschenbild)의 의미와 사이버스페이스상의 다양한 매체에 대한 법적 규제강도의 문제, 공법연구 제35집 제3호, 2007 등이 있다.

23) 헌법상 인간상을 파악할 수 있는 가장 중요한 규정인 헌법 제10조에 관한 논의는 독일에서 많이 논의된 바가 있기에 이를 살펴보는 것이 의미가 있을 것이다.

24) 국가가 기독교인 것은 아니지만 오랜 역사에 의해 독일의 문화와 독일인의 생활에 기독교 문화가 지배적인 전통이 되었음을 부인할 수는 없을 것이다.

25) 최우정, 헌법상 인간상(人間像:Menschenbild)의 의미와 사이버스페이스상의 다양한 매체에 대한 법적 규제강도의 문제, 공법연구 제35집 제3호, 2007, 145쪽 이하

26) 예를 들어 BVerfGE 65, 1(44)에서 사회적 존재로서의 개인은 사회와 개인의 긴장관계에서 본인의 기본권 제한을 어느정도 용인해야 함을 실시하고 있다.

우리 헌법재판소는 우리 헌법질서가 예정하는 인간상에 대해 ‘자기결정권을 지닌 창의적이고 성숙한 개체로서의 국민’이고, ‘그 국민은 자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 아래 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민’으로 파악하고 있다.²⁷⁾ 따라서 헌법 제10조가 정하고 있는 행복추구권에서 파생되는 자기결정권 내지 일반적 행동자유권은 이성적이고 책임감 있는 사람의 자기 운명에 대한 결정·선택을 존중하되 그에 대한 책임은 스스로 부담하는 것을 전제로 하고, 이러한 헌법상 자기결정권의 본질은 자신이 한 행위의 의미와 결과에 대하여 스스로 판단하고 결정하는 데 있다고 본다.²⁸⁾ 이렇게 개인의 자기결정권과 자기책임의 원칙이 강조되는 인간상이 헌법재판소가 상정하고 있는 인간상이다.²⁹⁾

이와 더불어 몇몇 판결에서는 위의 인간상에 더하여 ‘사회와 고립된 주관적 개인이나 공동체의 단순한 구성분자가 아니라, 공동체에 관련되고 공동체에 구속되어 있기는 하지만 그로 인하여 자신의 고유가치를 훼손당하지 아니하고 개인과 공동체의 상호연관 속에서 균형을 잡고 있는 인격체’³⁰⁾라는 인간상을 보충하여 설명하고 있다.

전자의 인간상의 경우 독일의 논의에서의 자율적이고 이성적 존재로서의 인간상에 가깝다고 할 수 있겠고, 후자의 경우 인간은 사회적 존재로서 어느 정도 상황에 영향을 받는 사회구속적, 상황기속적 존재로서의 인간상을 설명하고 있다고 해석할 수 있겠다.

이런 논의들을 참고하여 우리 헌법 규정-특히 제10조와 기본권 개별 규정-을 통해 헌법이 상정하는 인간상을 유추해보는다면 우리 헌법은 가장 중요하게는 인간의 자기결정에 근거를 둔 자주적이고 이성적인 인간상을 전제한다고 할 수 있을 것이다. 이는 어느 정도는 규범적으로 이상적인 인간상을 의미한다. 이와 더불어 헌법 제37조 제2항의 기본권 제한과 그 한계규정, 제21조의 언론의 자유의 특별한 제한규정과 제23조의 재산권 행사의 제한규정 등은 인간이 타인과의 관계속에서 사회적 존재로서 사회(타인)와 긴장관계속에서 사회에 구속되는 존재로서의 인간을 상정하고 있다. 또한 인간은 이성적이기만한 존재가 아니라 때로는 비이성적이고 이기적인 존재임을 전제하고 이를 통제하는 많은 원칙들을 두고 있다. 예를 들어 법치주의, 권력분립제도 등은 이기적으로 변하는(어떤 의미에서는 이성적이 아니라 원초적인 인간의 모습을 보이는) 인간-이는 역사적으로 증명된-에 대한 불신을 전제로 이를

27) 헌재 1998. 5. 28. 96헌가5; 헌재 2000. 4. 27. 98헌가16 등; 헌재 2009. 11. 26. 2008헌바58 등; 헌재 2006. 2. 23. 2004헌바80

28) 헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127

29) 헌법재판소가 헌법상 인간상에 대하여 판시한 판례 대부분이 이러한 인간상을 실시하고 있다.

30) 헌재 2003. 10. 30. 2002헌마518; 헌재 2019. 4. 11. 2017헌바127(낙태죄사건); 헌재 2020. 4. 23. 2018헌마551

극복하고자 하는 제도³¹⁾들이다. 헌법재판제도도 이런 의미에서 한편으로는 비이성적이고 이기적인 인간상을 상정하고 있다고 볼 수 있겠다.

이러한 헌법상의 인간상에 비추어 형벌의 목적과 그 정당성은 달라질 수 있게 된다. 즉 범죄행위에 대한 처벌을 책임에 대한 응보(불이익)로 파악할 것인가 아니면 예방적 효과로서 위화와 교화를 형벌로 할 것인가에 대한 논의에서 헌법적인 인간상은 결정적인 역할을 하게 된다.

우리 헌법재판소가 주로 언급하는 자주적이고 이성적인 인간상을 상정하게 되면 형벌의 목적은 응보에 가까워진다. 즉 이성적인 자기결정에 의해 범죄를 행할 것을 선택한 행위자는 그 결과에 대하여 상응한 책임을 져야 하는 것이다. 여기에서 형벌을 부과할 때의 책임의 원칙이 도출될 수 있다. 인간에게는 자기의 행위에 대해 스스로 결정할 자유가 주어지고(그 행위가 금지된 범죄행위라 할지라도), 또한 그에 상응하는 책임 또한 스스로 지는 존재이기에, 형법상 원칙인 책임주의가 도출되는 것이다.³²⁾ 따라서 헌법상의 인간상에 의해 도출되는 형법상 책임주의에서는 그에 '상응하는', 즉 '책임의 범위 내'로 형벌이 한정되는 것이 중요하게 된다. 만약 입법자가 중형주의를 통하여 입법목적 달성하고자 하는 경우에도 책임 범위의 한계까지는 규정할 수 있지만(양형에서도 마찬가지이다) 이를 넘어서는 형벌을 규정하는 경우 이는 과잉처벌이 될 것이다. 하지만 이러한 인간상을 전제하는 경우 본인의 책임과는 관련성이 떨어진 예방적 차원의 형벌은 불가능하게 될 것이다.

헌법상 인간상을 이성적이지만 때로는 비이성적이고 이기적인, 그리고 사회와 주변에 영향을 받는 인간으로 상정하게 되면 예방을 목적으로 하는 중형주의는 헌법상 용인될 수 있을 것이다. 다만 이러한 인간상을 상정하는 경우에도 인간은 불완전한 존재로서 자주적이고 이성적인 존재라는 것이 추가 되고, 부수적으로 이러한 인간상이 보충되는 것이라고 보아야 하기 때문에 입법자에게 무제한적인 재량이 주어져 있다고 보기는 어려울 것이다. 따라서 이러한 경우 중형주의 입법의 입법형성재량의 한계로 헌법상 인간상이 중요한 역할을 하게 된다.

31) 즉 비이성적일 수 있는 인간의 자의를 배제하고 이성화 작업을 거쳐 인간의 자의보다 더 이성화되었다고 볼 수 있는 법에 의해 지배될 것을 선택한 것

32) 이는 헌법에서 도출되는 자기책임의 원리가 형사법에 특별히 적용되는 원칙이라고 할 것이다. 헌법상 자기책임의 원리는 자기결정권의 한계논리로서 책임부담의 근거로 기능하는 동시에 자기가 결정하지 않은 것이나 결정할 수 없는 것에 대하여는 책임을 지지 않고 책임부담의 범위도 스스로 결정한 결과 내지 그와 상관관계가 있는 부분에 국한됨을 의미하는 책임의 한정원리로 기능한다. 이러한 자기책임의 원리는 인간의 자유와 유책성, 그리고 인간의 존엄성을 진지하게 반영한 원리로서 그것이 비단 민사법이나 형사법에 국한된 원리라기보다는 근대법의 기본이념으로서 법치주의에 당연히 내재하는 원리이다.(헌재 2011. 9. 29. 2010헌마68)

IV. 중형주의의 헌법적 정당화

앞서 이 글은 중형주의가 부정적인 의미를 내포하는 개념으로 정의된다고 하더라도, 헌법적 정당화 과정을 거치기 전에는 위헌도 합헌도 아닌 가치중립적인 의미로 보기로 하였다. 중형주의 입법이 헌법이 정한 여러 제원칙과 위험심사기준을 통하여 헌법적으로 정당화될 수 있는지에 대해 살펴보도록 하자.

이를 위해서 먼저 위에서 살펴본 헌법상의 인간상에 의해 중형주의가 헌법적으로 정당화될 때의 문제에 대해 살펴보고, 그다음 구체적으로 비례성의 원칙(책임원칙을 포함하여), 체계정당성의 원칙, 평등원칙 기타 헌법상의 원칙을 침해하는지 여부에 대하여 헌법재판소의 판례를 중심으로 살펴본다.

1. 헌법상 인간상과 중형주의의 헌법적 정당화

먼저 헌법상 인간상에 따른 중형주의의 헌법적 정당화에 대해서 살펴본다.

일반예방적 목적으로 중형주의를 택하게 되는 경우 가장 문제가 되는 것은 인간을 도구화하는 문제이다. 설명한 바와 같이 인간은 이성적 존재이면서도 때로는 비이성적인 행동을 하는 존재이고, 자율성을 가진 존재이지만 사회의 주변 환경에 영향을 받는 존재라고 상정한다면 가중된 혹은 중한 형벌을 통한 위하력을 이용하여 일반 국민들을 범죄에서 멀어지게 만드는 예방적 목적의 설정은 가능하다. 이 경우에는 입법자에게 어느 정도 광범위한 입법형성의 자유가 주어질 것인데, 그러함에도 불구하고 입법에 있어서 인간의 자율성은 전제되어야 한다. 범죄예방을 위하여, 즉 아직 범죄를 저지르지 않은 잠재적 범죄자로서의 일반인에게 위하력을 형성할 만큼의 중한 처벌이 가능하다고 하더라도, 즉 사회의 안전과 방어를 위하여 그 책임 정도를 넘어서서 처벌하게 되면 공공의 이익을 위해 인간을 수단으로 사용하게 되는 결과가 될 것이다. 인간이 비이성적인, 완전하지 않은, 규범이 상정한 이상적인 인간상을 일탈하여 행위한다고 하여 그 인간의 자율성과 인격이 존중받지 못하게 되면, 다시 말해서 인간이 주체가 되는 것이 아니라 다른 목적을 수행하기 위한 수단으로 전략하게 되면-그 목적이 사회의 안전이나 중요한 공익의 보호라는 목적이라 하더라도-, 그러한 입법은 입법재량권의 한계를 넘어서는 것으로 평가되어야 할 것이다. 중형주의가 국가 전체의 이익을 위하여 한 개인을- 그가 극악무도한 대중의 강한 비난을 받는 범죄자라 할 지라도- 희생시킬 수 있다는 사고에 기초하여 이를 실행하는 것이라면 이는 헌법적으로 정당화될

수 없다. 이 범죄행위자가 법으로 금지된 행위를 하였다 하더라도 그는 여전히 인격을 가진, 그 스스로의 결정에 의하여 행위한 자로서 그 행위에 책임을 지는 인간으로서 존재하는 것이지, 자율성이 박탈되어 국가가 후견해야 하는 존재로 전락하는 것은 아니다. 만약 범죄자의 자유를 제한·박탈하고, 금전적인 불이익을 부과하는 처벌을 하게 된다면, 이는 자율성을 박탈하여 인격을 제한하는 것이 아니라, 단지 그 행위에 대한 책임을 지는 것에 불과한 것으로 보아야 한다.

만약 특별예방적 목적으로, 즉 범죄자를 교화하여 재사회화하거나 위험한 범죄자를 격리하여 사회를 지키고자 하는 목적으로 중형주의를 채택하는 경우에도 헌법상의 인간상에 반할 수 있다. 즉 자기 스스로의 결정에 따라 삶을 영위할 수 있는 자율적이고 이성적인 인간이 아니라 국가의 교육과 처벌에 의해 개선(Besserung)되어야 하는, 또 개선될 수 있는 인간상을 상정하고 있기 때문이다. 이는 공권력에 의한 인간의 존엄성 침해가 될 것이고, 국가는 교육할 권리와 의무를 가지고 범죄자는 국가로부터 교육받아야 하는 피교육자로 취급되는 후견주의 사상이 강하게 투영되어 있는 것이다. 이는 헌법이 상정하고 있는 인간상에 벗어나는 것이다. 독일 연방헌법재판소도 “자유의 박탈을 통해 개인을 질서 잡힌 삶을 영위할 수 있도록, 정규적인 노동을 할 수 있도록 교화(Besserung)하는 것, 이렇게 국민을 교화하는 것은 국가의 의무가 아니다. 따라서 국가는 국민을 교화하기 위한 목적으로만-자신이나 타인을 위험에 처하도록 하는 이유 외에- 자유를 박탈할 권리를 가지지 않는다. 국민을 교화하기 위한 목적은 개인의 자유를 박탈하는 중요한 이유가 되지 못하기 때문에 이러한 것은 개인의 기본권(das Grundrecht der persönlichen Freiheit)의 본질적 내용을 침해하는 것이 될 수 있다.”라고 판시하고 있다.³³⁾

범죄행위에 대한 응보의 목적으로 중형주의를 택하는 경우에는 위에서 살펴본 바와 같이 책임주의에 위배되는지가 문제가 될 것이다. 이와 관련하여서는 2004년 특정범죄가중처벌등에관한법률 제2조 제1항 제1호 위헌소원에서 재판관 2인의 반대의견 중 헌법의 인간상과 형벌의 관계에 대한 의견이 시사하는 바가 크다.

“우리 헌법은 제10조에서 ‘인간의 존엄’을 최고의 가치로 선언하고 있다. 우리 재판소가 이미 밝힌 바와 같이 ‘헌법상의 인간상은 자기결정권을 지닌 창의적이고 성숙한 개체로서의 국민’이기 때문에 인간은 존엄성을 가지고 있다. 이러한 인간에 대한 견해로부터 인간의 자기결정권과 그에 상응하는 책임이 도출된다. 따라서, 형법에서의 불법은 그 행위자의 개인적인 책임의 한도 내에서만 별하여져야 하고, 그러한 의미에서 ‘형벌은 단지 행위자의 책임

33) BVerfGE 22, 180 (219 f.)

비례에 따라'라는 기본원칙이 도출되는 것이다.

이러한 책임의 원칙은 법적으로 금지된 행위를 벌하는 것, 형벌을 행위자의 책임과 조화를 이루게 하는 것, 행위자에게 속죄하게 하는 것을 정당화하고, 다른 한편으로는 예방형벌을 제한하는 기능을 가지고 있다. 형벌이 특별예방적인 목적이나 일반예방적인 목적만을 지나치게 추구할 때 과소하거나 과도한 형벌을 합리화하게 될 것이나, 이러한 것은 정의의 관념에 어긋나는 것이다. 이러한 불합리를 적절히 조절하고 한계지우는 기능을 하는 것이 바로 책임비례의 원칙이다. 이러한 책임비례의 원칙은 우리 헌법이 제37조 제2항에서 기본권 제한의 목적·형식·방법·내용상의 한계를 분명히 밝히면서 공권력의 과잉행사로서 법치주의의 실질적 내용이 침해되는 일이 없도록 하고 있는 것에서 기인한 것이다.”³⁴⁾

2. 중형주의와 비례성의 원칙

어떤 행위를 그 사회에서 금지되는 범죄행위로 정의하고, 이에 대한 법정형을 결정하는 것은, 즉 책임에 상응하는 부담(불이익)을 결정하는 것은 쉬운 것이 아니다. 범죄행위로 인해 발생한 불이익, 침해된 법익의 량(量)을 수량적으로 환산하는 것은 규범학적으로는 불가능한 일이다. 어떤 범죄에 대해 이 범죄는 자유형으로 몇 년이라고 결정하기는(입법자의 법정형 형성은 물론 법원의 양형에서도) 굉장히 어려운 일이다. 이를 위해 형사정책적 요소(그 사회의 상황과 발생빈도 등)가 고려되어야 하지만 가장 중요한 것은 범죄의 불법성 정도에 따른 책임(비난가능성)의 정도일 것이고, 따라서 불법성 정도에 상응하는 비례적인 형벌이어야 함이 요구된다. 범죄행위의 법정형을 정하는 것은 전적으로 입법자의 규범형성의 영역에 속한다고 보아야 한다. 따라서 입법자에게는 이에 대하여 결정할 광범위한 입법형성의 자유가 주어지게 된다. 입법자가 이를 결정할 때, 헌법상 인간상에서 전제된 인간의 자율성을 존중해야 함은 앞에서 설명하였다. 다만 입법자가 광범위한 입법형성의 자유를 가진다는 것이 무제한의 형성의 자유를 가진다는 의미는 아니고, 범죄의 불법성과 행위자의 책임(형량)의 관계에서 상응하지 않는 경우, 즉 비례의 원칙에 반하는 경우 이는 위헌이 될 수 있다. 다만 입법자의 입법형성권이 큰 경우에는 심사의 강도(밀도)가 약해질 수 있다.

헌법재판소는 법정형의 적정성이 심사의 대상이 된 경우 입법자는 광범위한 입법형성의 자유를 가지므로 전체형벌 체계상 지나치게 가혹한 것인 경우에만 입법재량권의 현저한 일탈이 되어 정당화되지 않는다고 판단하고 있다. 따라서 대부분의 사건에서는 지나치게 가혹

34) 헌재 2004. 4. 29. 2003헌바118 2인의 반대이견

한 형벌인 경우에만 입법재량권의 현저한 일탈로 판단하기 때문에 위헌으로 선고되기 어렵고, 지금까지 13건 정도의 사건만 위헌으로 선고되었다.³⁵⁾

이에 대한 구체적인 판결내용을 살펴보면 헌법재판소는 법정형에 대한 입법형성권의 한계에 대해 “어떤 범죄를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제 즉 법정형의 종류와 범위의 선택은 그 범죄의 죄질과 보호법익에 대한 고려뿐만 아니라 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황, 국민일반의 가치관 내지 범감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 가지 요소를 종합적으로 고려하여 입법자가 결정할 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 죄질 및 이에 따른 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 현저히 형벌체계상의 균형을 잃고 있다거나 그 범죄에 대한 형벌 본래의 목적과 기능을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈하였다는 등 헌법상의 평등의 원칙 및 비례의 원칙 등에 명백히 위배되는 경우가 아닌 한, 쉽사리 헌법에 위반된다고 단정하여서는 아니된다”³⁶⁾라고 하여 대부분의 경우 합헌으로 선고하였다.

하지만 “이러한 입법재량은 무제한한 것이 될 수는 없으며, 기본권의 본질적 내용을 침해하는 입법은 용납될 수 없다. 즉 법정형의 종류와 범위를 정할 때에는 형벌 위협으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구에 따라야 하고, 헌법 제37조 제2항이 규정하고 있는 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화의 원칙에 적용될 수 있는 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하도록 하여야 하며, 형벌이 죄질과 책임에 상응하도록 적절한 비례성을 지켜야 한다. 이러한 요구는 특별형법의 경우도 마찬가지여서 입법취지에서 보아 중벌(重罰)주의로 대처할 필요성이 인정되는 경우라 하더라도 범죄의 실태와 죄질의 경중, 이에 대한 행위자의 책임, 처벌규정의 보호법익 및 형벌의 범죄예방효과 등에 비추어 전체 형벌체계상 지나치게 가혹한 것이어서, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈함으로써 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 것으로 평가되는 경우에는 이와 같은 법정형을 규정한 법률조항은 헌법에 반한다고 보아야 한다”³⁷⁾라고 하여 입법형성권의 한계에 대해 설명하고 있다. 헌법재판소는 실질적 법치국가

35) 헌재 1992. 4. 28. 90헌바24; 헌재 1995. 11. 30. 94헌가3; 헌재 2004. 3. 25. 2001헌바89; 헌재 2003. 11. 27. 2002헌바24; 헌재 2007. 7. 26. 2003헌마377; 헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12; 헌재 2006. 4. 27. 2006헌가5; 헌재 2007. 11. 29. 2006헌가13; 헌재 2008. 12. 26. 2007헌가10 등; 헌재 2015. 9. 24. 2014헌바154 등; 헌재 2015. 9. 24. 2015헌가17; 헌재 2016. 7. 28. 2015헌바6; 헌재 2019. 2. 28. 2016헌가13

36) 헌재 2008. 4. 24. 2007헌가20

37) 헌재 2006. 4. 27. 2006헌가5

원리를 강조하면서 형벌이 죄질과 책임에 상응하는 비례성을 갖출 것을 요구한다. 하지만 실제 심사에서는 형벌이 전체 형벌체계상 지나치게 가혹한 경우에만 헌법에 반하는 과잉처벌이라고 판단하고 있다. 중요한 판단 기분으로서 작용하는 ‘지나치게 가혹한 경우’가 어떤 경우인지에 대해서는 명확한 기준을 제시하고 있지 않지만³⁸⁾ 판례를 분석해 보면 형벌이 ‘지나치게 가혹한 경우’에 해당되는 것은 굉장히 어렵다. 헌법재판소는 구체적인 경우에 과잉입법금지의 정신에 따라 형벌개별화의 원칙에 적용될 수 있는 범위의 법정형이 설정되어 있는 경우, 즉 입법자가 법관들에게 구체적 양형을 선고함에 있어서 그 책임에 알맞는 형벌을 선고할 수 있도록 폭넓은 범위의 법정형을 설정하고 있는 경우에는-예를 들어 법관이 양형을 통하여 집행유예를 선고할 수 있는 경우- 지나치게 가혹한 경우가 아닌 것으로 판단하고 있는 듯 하다.³⁹⁾ 예를 들어 헌법재판소는 2003년 특정범죄가중처벌등에관한법률 제11조 제1항 위헌소원에서 마약의 영리매수와 단순매수는 죄질에 있어서 질적으로 다름에도 불구하고 마약 매수의 영리범·상습범, 단순범, 미수범, 예비범·음모범의 경우를 가리지 않고 일률적으로 영리범·상습범의 법정형과 동일한 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 하는 규정은 불법의 정도, 죄질의 차이 및 비난가능성에 있어서의 질적 차이를 무시함으로써 죄질과 책임에 따라 적절하게 형벌을 정하지 못하게 하여 책임과 형벌간의 비례성 원칙과 실질적 법치국가원리에 반하는 것으로 판단하였고, 단순매수나 단순판매목적소지의 마약사범에 대하여도 사형·무기 또는 10년 이상의 징역에 처하도록 하는 규정은 예컨대 단 한 차례 극히 소량의 마약을 매수하거나 소지하고 있었던 경우 실무상 작량감경을 하더라도 별도의 법률상 감경사유가 없는 한 집행유예를 선고할 수 없도록 법관의 양형선택과 판단권을 극도로 제한하고 있고 또한 범죄자의 귀책사유에 알맞은 형벌을 선고할 수 없도록 법관의 양형결정권을 원천적으로 제한하고 있어 매우 부당한 것으로 판단하였다.⁴⁰⁾ 이런 헌법재판소의 태도는 가장 최근에 위헌판단을 한 2019년 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제6조 제7항(밀수입 예비행위를 본죄에 준하여 처벌하는 조항) 위헌제청사건에서 그대로 유지되고 있다. 예비행위는 기수와는 그 행위태양이 다르고, 법익침해가능성과 위험성도 다르므로, 이에 따른 불법성과 책임의 정도 역시 다르게 평가되어야 하는데, 예비행위를 본죄에 준하여 처벌하는 경우 그 불법성과 책임의 정도에 비추어 지나치게 과중한 형벌

38) 형벌의 비례성을 심사하기 위한 좀 더 정교한 심사기준에 대한 논의로 탁희성 외 3인, 한국 형사입법의 방향과 쟁점에 관한 연구 - 형사입법의 현황분석 및 합리적 형사입법을 위한 제언 -, 한국형사정책연구원, 2014, 187면 이하; 박경규, 법정형의 적정성 판단기준의 상세화 및 입법환경의 개선을 통한 고강도형벌정책 경향의 감소방안, 형사정책, 제31권 제1호, 2019, 203쪽 이하 참조

39) 현재 1992. 4. 28. 90헌바24(형벌을 가중하는 특별법의 제정에 있어서도 형벌위험으로부터 인간의 존엄과 가치를 존중하고 보호하여야 한다는 헌법 제10조의 요구와 그에 따른 입법상의 한계가 있는 것이며 나아가 입법자가 법관들에게 구체적 양형을 선고함에 있어서 그 책임에 알맞는 형벌을 선고할 수 있도록 형벌개별화의 원칙이 적용될 수 있는 폭넓은 범위의 법정형을 설정하여 실질적 법치국가의 원리를 구현하여야 하는 헌법적 제약이 불가피하다)

40) 현재 2003. 11. 27. 2002헌바24

을 부과하는 것이 된다. 양형에 있어서도 예비행위의 위험성은 구체적인 사건에 따라 다르게 나타남에도 불구하고, 법정형이 너무 무거워 구체적 행위의 개별성과 고유성을 고려한 양형판단의 가능성을 배제하는 가혹한 형벌로서 책임과 형벌 사이의 비례성의 원칙에 위배되는 것⁴¹⁾으로 판단하고 있다.

하지만 헌법재판소의 이러한 판단기준이 일관되게 적용되는 것은 아니다. 이 외의 다른 합헌으로 선고된 사건들에서는 이와 다르게 판단하고 있다. 예를 들어 2013년 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제3조 제1항(주거침입강제추행죄) 위헌소원 사건의 경우 주거침입강제추행죄의 법정형을 주거침입간간죄와 동일하게 규정한 법률조항에 대하여 법정의견인 4인의 합헌의견은 주거에서 성적 자기결정권이 침해당한다면 그로 인한 피해는 보다 심각할 수 있으므로 주거침입강제추행죄의 보호법익의 중요성, 죄질, 행위자 책임의 정도 및 일반예방이라는 형사정책의 측면 등 여러 요소를 고려하여 본다면, 입법자가 형법상 강제추행죄의 법정형보다 무거운 ‘무기징역 또는 5년 이상의 징역’이라는 비교적 중한 법정형을 정한 것에는 나름대로 수긍할 만한 합리적인 이유가 있는 것이고, 그것이 범죄의 죄질 및 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹하다고 할 수 없다. 그리고 행위자에게 그 불법의 정도나 행위태양에 비추어 정상을 참작할 만한 특별한 사정이 있는 때에는 법관은 작량감경을 통하여 얼마든지 집행유예를 선고할 수 있고, 벌금형을 선고할 수는 없다고 하더라도 주거침입강제추행죄가 지니는 불법의 중대성에 비추어 볼 때 법정형에 벌금을 규정하지 않은 것이 불합리하다고 할 수 없다고 판시하였다. 하지만 5인의 위헌의견은 주거침입강제추행죄는 형법 제319조 제1항의 주거침입죄와 형법 제298조의 강제추행죄가 결합된 범죄로서, 주거침입죄의 가중적인 구성요건이 아니라 강제추행죄의 가중적 구성요건이므로 그 본질은 강제추행에 있다는 전제하에 주거침입강제추행죄도 형법상 강제추행죄와 같이 다양한 행위유형을 포함하고 있고, 그 경중의 폭이 넓으므로 형사상의 책임주의 원칙상 그에 대한 법정형의 폭도 넓게 하여 법관이 각 행위의 개별성에 맞추어 형을 선고할 수 있도록 설정되어야 한다고 보았다. 그리고 법관이 작량감경을 통하여 불법의 정도에 따라 행위자에 대한 특별한 사정을 고려하여 집행유예를 선고할 수 있다고 하여도 각 행위의 개별성에 맞추어 형을 선고할 수 있어야 한다는 형벌 개별화의 요청에 부합하지 않고 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배되는 것으로 판단하였다.⁴²⁾ 가장 최근에는(2020년) 이와 유사한 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제3조 제1항(주거침입강제추행죄) 위헌소원 사건에서 재판관 전원이

41) 헌재 2019. 2. 28. 2016헌가13

42) 헌재 2013. 7. 25. 2012헌바320

이 법률조항이 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위반되지 않는다고(위의 합헌의견과 동일) 판시하여⁴³⁾ 중형주의의 위헌판단 기준이 더욱 애매해졌다.

또한 지나치게 가혹한 형벌인가의 판단기준으로 형사법상의 책임원칙(책임주의)을 들 수 있다. 이는 두 가지 의미로 파악될 수 있는데, 하나는 형벌의 부과 자체를 정당화하는 것으로, 범죄에 대한 귀책사유, 즉 책임이 인정되어야만 형벌을 부과할 수 있다는 것이고(‘책임 없는 형벌 없다’), 다른 하나는 책임의 정도를 초과하는 형벌을 과할 수 없다는 것이다(책임과 형벌 간의 비례의 원칙).⁴⁴⁾ 중형주의에 대한 심사기준으로서의 책임원칙은 후자가 주로 적용되므로 이를 기준으로 설명한다. 중형주의의 헌법적 정당화 기준으로서의 책임원칙은 헌법상 자율적이고 이성적인 인간상에 근거한 것으로 형벌은 범행의 경중과 행위자의 책임 사이에 비례성을 갖추어야 하고, 특별한 이유로 형을 가중하는 경우에도 형벌의 양은 행위자의 책임의 정도를 초과해서는 안 된다는 것이다. 따라서 형법에 규정되어 있는 구체적인 법정형은 개별적인 보호법익에 대한 통일적인 가치체계를 표현하고 있다고 볼 때, 사회적 상황의 변경으로 인해 특정 범죄에 대한 형량이 더 이상 타당하지 않을 때에는 원칙적으로 법정형에 대한 새로운 검토를 요하나, 특별한 이유로 형을 가중하는 경우에도 형벌의 양은 행위자의 책임의 정도를 초과해서는 안 된다는 원칙이다.⁴⁵⁾ 따라서 범죄행위의 유형이 아주 다양한 경우 그 다양한 행위 중에서 특히 죄질이 흉악한 범죄를 무겁게 처벌해야 한다는 것은 책임주의의 원칙상 당연히 요청되는 것이지만 이 경우 다양한 행위유형을 하나의 구성요건으로 포섭하면서 법정형의 하한을 무겁게 책정하여 죄질이 가벼운 행위까지를 모두 엄히 처벌하는 것은 명백히 책임주의에 반한다. 이러한 논리적 귀결로써 특정범죄로서 상정되는 행위유형이 다양하고 그 경중의 폭이 넓으면 넓을수록 그에 대한 법정형의 폭을 넓게 하여 탄력적인 양형 운용이 가능하도록 할 것이 요청되는 것이다.⁴⁶⁾ 하지만 책임과 형벌 간의 비례의 원칙에 위배된다고 판단하는 경우에도 책임원칙을 언급하는 경우는 드물다.⁴⁷⁾

3. 중형주의와 체계정당성과 평등원칙

중형주의 입법을 하게 되는 경우 문제가 되는 것은 비례성의 원칙 외에 형벌법규의 체계

43) 헌재 2020. 9. 24. 2018헌바171

44) 헌재 2007. 11. 29. 2005헌가10

45) 헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12

46) 헌재 2001. 11. 29. 2001헌가16 3인의 반대이견

47) 헌재 2007. 11. 29. 2005헌가10; 헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12; 헌재 2009. 3. 26. 2007헌가22

정당성과 균형성(평등원칙)이다. 체계정당성과 평등원칙은 헌법상 다른 심사기준이지만 형벌에 관한 규정에서는 이 둘이 구분되어 판단되기 어렵고 실제 헌법재판소에서도 둘을 구분하지 않고 판시하고 있다. 체계정당성과 평등의 문제는 특히 형사특별법에서 문제가 된다.

입법자는 사회에서 일어나는 여러 현상에 대응하기 위하여 흔히 특별법이나 특별 조항을 신설하는 방법을 사용한다. 그러나 이는 특정한 사안에 대하여 빠르게 대응하기 위한 적절한 방법일 수 있겠으나, 기존 법체계와 충돌할 가능성이 높은, 법적안정성의 측면에서는 위험할 수 있는 방법이다. 헌법은 최고규범으로서 규범 상호간의 구조와 내용이 모순되지 않고 체계와 균형을 유지하도록 입법자를 기속하는 헌법적 원칙을 두고 있는데 이것이 체계정당성(Systemgerechtigkeit)의 원리이다. 이것은 동일 규범 내에서 또는 상이한 규범 간에(수평적 관계이건 수직적 관계이건) 그 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙면에서 상호 배치되거나 모순되어서는 안된다는 하나의 헌법적 요청이다. 이러한 규범 상호간의 체계정당성을 요구하는 이유는 입법자의 자의를 금지하여 규범의 명확성, 예측가능성 및 규범에 대한 신뢰와 법적안정성을 확보하기 위한 것이다.⁴⁸⁾ 그러나 우리 헌법재판소는 일정한 공권력작용이 체계정당성에 위반한다고 해서 곧 위헌이 되는 것은 아니라고 본다. 즉 체계정당성 위반(Systemwidrigkeit) 자체가 바로 위헌이 되는 것은 아니고 이는 비례의 원칙이나 평등원칙위반 내지 입법의 자의금지위반 등의 위헌성을 시사하는 하나의 징후로 기능할 뿐이다. 따라서 어떤 법률이 체계정당성에 반한다 하더라도 이는 일정한 위헌성을 시사하는 것이기는 하지만 아직 위헌은 아니고, 비례의 원칙이나 평등의 원칙 등 다른 위헌심사기준의 위반이 있는 경우에 비로소 체계정당성의 위반으로 위헌이 되는 것으로 파악하고 있다.⁴⁹⁾ 이는 체계정당성 원리가 입법자에게는 행위규범으로서 입법재량에 대한 한계로서 기능하지만, 헌법재판소에는 통제규범으로서 하나의 심사기준으로 기능하기 때문이다.⁵⁰⁾ 또한 입법의 체계정당성위반과 관련하여 그러한 위반을 허용할 공익적인 사유가 존재한다면 그 위반은 정당화될 수 있고 따라서 입법상의 자의금지원칙을 위반한 것이라고 볼 수 없다. 그리고 체계정당성의 위반을 정당화할 합리적인 사유의 존재에 대한 판단은 입법자의 재량의 영역이고, 따라서 이러한 점에 관한 입법의 재량이 현저히 한계를 일탈한 경우에만 위헌으로 판단될 수 있는 것이다.⁵¹⁾ 이러한 내용을 종합해보면, 체계정당성 원리는 이에 위

48) 헌재 2005. 6. 30. 2004헌바40 등

49) 헌재 2005. 6. 30. 2004헌바40 등

50) 성홍재, 체계정당성 원리를 토대로 어린이보호구역내 업무상 과실치사상죄 가중처벌조항(소위 '민식이법')에 대한 법적 검토, 치안정책연구 제34권 제3호, 2020, 257쪽

51) 헌재 2005. 6. 30. 2004헌바40 등

반된다고 해서 위헌이 되는 것은 아니고, 이 원리에 대한 위반을 허용할 합리적 근거가 없는 경우에 위헌이 될 수 있다.

따라서 이러한 헌법상의 원칙이 중형주의적 입법에 적용되는 경우는 보통 형사특별법(조항)을 통한 법정형이 다른 형법규정과 비교하였을 때 형평에 반하거나 균형을 상실한 경우 일 것이다. 실제에 있어서는 거의 대부분의 중형주의 형사특별 입법이 체계정당성에 위반될 가능성이 굉장히 농후할 것이고, 체계정당성에 반하게 되면 다른 형법을 적용받아 처벌받는 다른 범죄자와의 평등의 문제도 발생하게 될 것이다. 따라서 이를 정당화할 합리적 근거가 없게 되면 평등의 원칙에 반하여 위헌이 될 것이다.

체계정당성과 평등원칙에 대한 판단에 있어서 가장 중요한 것은 당해 형벌과 다른 형벌간의 비교이다. 중형주의와 관련하여 어떤 유형의 범죄에 대하여 특별히 형을 가중할 필요가 있는 경우라 하더라도 그 가중의 정도가 통상의 형사처벌과 비교하여 현저히 형벌체계상의 정당성과 균형을 잃은 것이 명백한 경우에는 법의 내용에 있어서 평등원칙에 반하는 위헌적 법률이 될 것이다. 그러나 통상의 형사처벌과 가중된 형사처벌을 비교하기 위해 법정형의 종류와 범위를 정할 때 고려해야 할 가장 중요한 사항은 당해 범죄의 보호법익과 죄질로서, 보호법익이 다르면 법정형의 내용이 다를 수 있고, 보호법익이 같다고 하더라도 죄질이 다르면 또 그에 따라 법정형의 내용이 달라지기 때문이다. 그러므로 보호법익과 죄질이 서로 다른 둘 또는 그 이상의 범죄를 동일 선상에 놓고 그 중 어느 한 범죄의 법정형을 기준으로 하여 단순한 평면적인 비교로써 다른 범죄의 법정형의 과중 여부를 판단하는 것은 잘못된 것이다.⁵²⁾

이러한 의미에서 위에서 살펴본 주거침입강제추행죄 규정의 위헌심사⁵³⁾에서 형벌의 체계정당성 및 평등원칙 위반에 대한 판단부분을 살펴본다. 4인의 법정의견은 주거에 침입하여 피해자를 강제추행한 경우에 구체적인 추행행위의 태양에 따라서는 강간보다 무겁게 처벌하거나 적어도 동일하게 처벌하여야 할 필요가 있고, 주거침입강간죄와 주거침입강제추행죄는 각각의 범죄 자체가 갖는 매우 높은 불법성 때문에 그들 상호간의 불법성의 차이는 상대적으로 미미한 것이라고 판단할 수 있어 양 죄의 법정형을 동일하게 정하였다고 하여 형벌체계상의 균형을 잃은 자의적인 입법이라고 할 수는 없다고 판단하였다. 이러한 판단의 근거는 2009년 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제5조 제2항(특수강도강

52) 현재 2012. 5. 31. 2011헌바381

53) 현재 2013. 7. 25. 2012헌바320

제추행죄)에 대한 헌법소원사건에서 자세히 실시하고 있다. 헌법재판소는 ‘어떤 범죄행위에 대하여 일정한 형벌을 규정하는 것은 그 형벌을 부과함으로써 범죄를 저지른 자에 대한 응보효과 및 위하에 따른 범죄의 일반예방효과 등을 달성하고자 하는 것인데, 죄질의 중한 정도가 어느 수준을 넘어서게 되면 비록 구체적 범죄유형에 따라 죄질에 있어 약간의 차이가 있다고 하더라도 그러한 범죄행위에 대하여 일반인이 느끼는 비난가능성이나 그 범죄의 일반예방효과를 달성하기 위해서 요구되는 법정형의 수준은 별반 차이가 없는 경우도 발생한다. 이러한 현상은 해당 범죄의 죄질이 무거우면 무거울수록 나타나기가 쉬운데, 예컨대 강간죄와 강제추행죄를 단순히 비교하는 경우나 특수강도죄와 강도죄를 단순히 비교하는 경우라면 강간죄가 강제추행죄보다, 그리고 특수강도죄가 강도죄보다 그 죄질이 명백히 더 중하고 이를 예방하기 위해 요구되는 형벌의 강도도 더 높아야 한다고 쉽게 판단을 내릴 수 있지만, 특수강도강간죄와 특수강도강제추행죄를 비교하는 경우라면 그 각각의 범죄 자체가 갖는 매우 높은 불법성 때문에 그들 상호간의 불법성의 차이는 상대적으로 미미한 것이라고 판단할 수 있게 되는 것이다. 즉, 비교대상인 각 범죄행위의 죄질이 무거워질수록 그들 범죄 상호간 죄질의 상대적 차이는 줄어드는 것이다.’⁵⁴⁾라고 하여 죄질이 중한 경우에는 법정형에 차이를 두는 것이 큰 의미가 없는 것으로 파악하고 있다.

하지만 5인의 한정위헌의견에서 강조한 바와 같이 어느 범죄에 대한 법정형이 평등원칙에 반하여 다른 범죄에 대한 그것보다 지나치게 높은지의 여부는 범죄의 일반적인 죄질과 보호법익을 기준으로 판단하는 것이 옳을 것이다.⁵⁵⁾ 즉 판단 결과 양 범죄행위의 법정형이 유사해지는 경우가 있다고 하더라도-형법상 강제추행행위로 인정되는 행위유형 중 항문성교, 구강성교 또는 성기에 도구 등을 삽입하는 행위 등 강간에 못지않은 행위가 존재한다고 하더라도-이는 구성요건에 해당하는 다양한 태양의 범죄행위중 일부에 불과하기 때문에, 이러한 다양한 태양의 범죄를 모두 포용할 수 있도록 법정형의 상한과 하한이 정해져야 하는 것이지⁵⁶⁾, 가장 나쁜 경우의 범죄태양을 근거로 중형주의 입법을 정당화하는 것은 바람직하지 않다.⁵⁷⁾ 따라서 우리 형법은 강간과 강제추행의 법정형을 규정함에 있어 그 죄질과 보호법익 등 여러 가지 요소를 종합하여 강간에 대하여 강제추행보다 징역형의 하한은 3년

54) 헌재 2009. 6. 25. 2007헌바25

55) 헌재 2013. 7. 25. 2012헌바320

56) 헌재 2009. 6. 25. 2007헌바25 2인의 반대이견

57) 이러한 예는 여러 판례에서 나타나는데, 대표적으로 헌재 1997. 7. 16. 95헌바2 등 결정(사고운전자 가 피해자를 구호하는 등의 조치를 취하지 아니하고 도주한 때에 가중처벌 하도록 하는 규정에 대한 위헌소원)에서 “이 사건 범죄의 죄질을 보면 상해의 결과발생은 비록 과실에 의하여 발생하였으나 상해를 입고 위험에 빠진 사람을 고의로 방치한 채 도주한 점에서 비난가능성이 크고, 사고 즉시 구호조치를 취하였으면 구할 수 있었을 생명이 사망에 이르게 되는 경우도 있으므로, 이 사건 범죄 중에는 상해되는 물론 중상해죄 보다 죄질이 더 중한 경우도 있을 수 있고 심지어는 살인죄의 죄질에 비견될 수 있는 사례도 없지 않다 할 것이다.”라고 하여 최악의 경우를 예로 중형주의를 합리화하고 있다.

가까이 높게, 상한은 20년 높게 규정하고 있는데, 강간에 비하여 성적 자기결정권을 침해하는 정도가 훨씬 경미한 유형의 강제추행행위를 이와 같은 강간과 동일하게 취급할 수 없을 것이다. 또한 강간에 비하여 성적 자기결정권을 침해하는 정도가 훨씬 경미한 강제추행행위를 주거침입과 결합하였다고 하여 강간과 동일하게 취급할 수는 없는 것이고, 죄질의 차이가 상대화된다고 볼 수도 없을 것이므로 형벌체계 정당성에 반하고, 평등원칙에 부합되지 않아 위헌이 되는 것으로 판단⁵⁸⁾하는 것이 옳을 것이다.

최근 신설된 소위 민식이법이라 불리는 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의13 규정이 체계정당성과 평등원칙에 반하는 과도한 중형주의 입법인지에 대하여⁵⁹⁾ 학계가 아닌 일반인들 사이에서도 많은 논의가 있었다. 만약 운전자가 일반적인 상황에서 교통사고를 일으켜 피해자를 사망에 이르게 하였다면(업무상 과실치사상죄) 교통사고처리특례법 제3조가 적용되어 5년 이하의 금고 또는 2,000만원 이하의 벌금에 처해질 것인데, 민식이법이 적용되면 치사의 경우 1년 이상 15년 이하의 징역 또는 500만원 이상 3,000만원 이하의 벌금이, 치사의 경우 무기 또는 3년 이상의 징역에 처해진다. 그리고 고의범인 상해죄의 경우 형법이 적용되면 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1,000만원 이하의 벌금에 처해지게 되는데, 업무상 과실치사상죄, 즉 과실범에 불과한 운전자는 1년 이상 15년 이하의 징역 또는 500만원 이상 3,000만원 이하의 벌금에 처해지게 되어 고의범보다 과실범이 더 높은 형량에 처해지는 불합리한 결과가 발생하게 된다. 민식이법을 통해 달성하고자 하는 입법목적은 정당하다고 인정될 수 있고, 처벌을 강하게 하여 이를 달성하고자 하는 방법도 인정될 수 있으나, 가중된 법정형이 너무 심각한 불균형을 초래하고 있기에 이는 형벌체계상의 정당성에 반하게 될 것이고, 평등의 원칙에도 위배된다고 보는 것이 옳다고 생각된다.

V. 나가며

중벌주의, 엄벌주의, 강벌주의, 고강도형벌정책 등 그 명칭이 어떠하든 일정한 범죄행위에 대한 처벌을 강화하여 일반예방목적의 달성하고자 하는 정책을 중형주의라고 한다면, 이것이 어떻게 헌법적으로 정당화 될 수 있는지에 대하여 살펴보았다.

58) 헌재 2013. 7. 25. 2012헌바320 5인의 한정위헌의견

59) 이와 관련하여서 성홍재, 체계정당성 원리를 토대로 어린이보호구역내 업무상 과실치사상죄 가중처벌조항(소위 '민식이법')에 대한 법리적 검토, 치안정책연구 제34권 제3호, 2020; 박상민, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의13(일명 '민식이법')에 대한 형법이론적 검토, 법학연구 제21권 제1호, 2021 참고

우선 헌법이 상정하고 있는 헌법상 인간상에 의해 중형주의의 문제점과 정당화 요건에 대하여 살펴보았다. 우리 헌법이 상정하는 인간상은 구체적으로 자기결정권을 지닌 창의적이고 성숙한 개체로서의 국민, 자신이 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 아래 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민으로 파악하고 있기에 본인의 책임에 상응하는 정도로만 처벌할 수 있을 것이다. 다만 자율적이고 이성적인 인간이면서, 또한 사회구속적이고 때로는 비이성적이고 이기적인 인간이기도 하기에 예방목적의 형법도 허용될 수 있음도 살펴보았다.

하지만 책임의 범위를 넘는 처벌이 헌법상 허용될 수 있을 것인지에 대한 문제는 간단하지 않다. 원칙적으로는 헌법상의 비례성의 원칙과 형사법에서의 책임원칙, 체계정당성의 원칙과 평등원칙에 반하지 않는 경우에는 중형주의 입법이 헌법적으로 정당화 됨을 헌법재판소의 판례를 통해 살펴보았다. 하지만 이를 심사하는 기준이 헌법재판소에서 확립되어 있다고 보기는 어렵고, 다만 중형주의 입법의 경우 헌법재판소가 입법자의 광범위한 입법형성 재량을 인정하고, 지나치게 가혹한 형벌인 경우에만 이법재량권의 일탈로 보아 위헌선언하고 있다. 따라서 중형주의 입법의 경우 헌법재판소에서 위헌선언된 경우는 드물다고 할 수 있겠다. 하지만 헌법재판소 중형주의의 필요성은 인정하지만, 지지한다거나 긍정적으로 바라보고 있지는 않다. 형량을 높이는 중형주의에 대해서는 ‘특정 범죄행위에 대한 처벌의 필요성이 아무리 높고 범죄행위에 대한 사회적 반감이 고조된 상태라 하더라도 형법의 기본원칙인 죄형의 균형성을 무시하면서까지 형량을 높이는 것은 바람직하지 않다. 형벌이 지나치게 가혹하거나 잔인하면 일시적으로는 범죄 억지력을 발휘할지 모르지만 결국에는 중벌에 대해 면역성과 무감각이 생기게 될 뿐이고, 나아가 범죄예방과 법질서 수호로 이어지는 것이 아니라 법의 권위를 실추시키고 법질서의 영속성과 안정을 저해하는 요인이 될 뿐이다’라는 견해를 제시하였고, 형사특별법과 관련하여서는 ‘형사특별법은 형법전이 미처 범죄로 파악하지 못했던 신중 범죄의 신속한 규율이라든가 일정 영역에 있어서 보다 자세하고 구체적인 규정을 둘 필요성이 있는 경우에만 한정적으로 제정되는 것이 바람직하다. 그러나 우리나라의 경우 법률의 철저한 집행을 통하여 범죄를 억지하는 것이 아니라 중형을 규정한 법률의 제정을 국민들에게 홍보함으로써 위하(威嚇)를 통한 범죄의 억지를 꾀하고 있다는데 문제의 심각성이 있다. 이는 폭처법을 포함한 우리나라 대부분의 형사특별법이 일반법인 형법에 규정된 범죄의 형가중만을 내용으로 하고 있다는 데서 잘 드러나고 있다’고 하면서 형사특별법의 부정적인 면을 인지하고 있다. 또한 중형주의 정책과 관련하여서는 ‘중벌주의가 언제나 부정적인 효과만 있다고는 볼 수 없다. 그러나 중벌주의에만 의존하는 형사정책은

문제가 있다. 폭처법의 경우 범죄발생시간이나 장소, 수단, 전과, 상습성 등에 따른 형벌가중을 규정하고 있다. 그러나 이러한 사유에 대하여 가중처벌하는 것이 반드시 특별법 제정을 통해서만 달성될 수 있는 것은 아니라고 할 것이다. 왜냐하면, 이러한 차이는 그 차이가 중대하지 않는 한 법정형의 범위내에서 해결할 수 있고, 만일 법정형이 이들 범죄의 다양한 유형을 차별화하여 적용하기에 한계가 있다면 법정형을 강화할 수도 있을 것이기 때문이다.⁶⁰⁾라고 하여 중형주의를 비판적으로 수용해야 함을 실시하고 있다.

다만 헌법재판소의 소극적인 태도로 인하여 입법에서의 중형주의 경향은 널리 용인되고 합헌화될 확률이 높다는 것이다. 관련한 문제는 이에 대응하여 법원에서의 양형도 높아지는 것이 아니라서 실제 선고에 있어서 법정형과 괴리되는 현상을 초래하고 있다는 점이다. 양형에 있어서도 국민의 불신과 불만이 많은 상황에서 이에 대한 논의도 진행되고 있지만, 재판에 대한 헌법소원을 인정하지 않는 우리의 법체계에서 이에 대한 헌법적 논의는 한계가 있다고 할 것이다.

60) 헌재 2004. 12. 16. 2003헌가12

참고문헌

- 김일수, 현대 형사정책에서 엄벌주의의 등장 -그 배경, 원인과 대책 -, 대검찰청, 2010
- 배종대, 홍영기, 형사정책 - 범죄 없는 사회는 없다, 홍문사, 2019
- 강지현, 자유박탈적 보안처분에 대한 비판적 검토 - 보안형벌과 보호수용제도 비판 -, 비교형사법연구, 제17권 제4호, 2015
- 류시조, 헌법상의 인간상에 관한 일고찰, 공법연구 제24집 제2호, 1996
- 박경규, 법정형의 적정성 판단기준의 상세화 및 입법환경의 개선을 통한 고강도형벌정책 경향의 감소 방안, 형사정책, 제31권 제1호, 2019
- 박상민, 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조의13(일명 ‘민식이법’)에 대한 형법이론적 검토, 법학연구 제21권 제1호, 2021
- 박진완, 우리 헌법상의 일반적 인격권의 보장체계, 공법연구 제33집 제1호, 2004
- 성홍재, 체계정당성 원리를 토대로 어린이보호구역내 업무상 과실치사상죄 가중처벌조항(소위 ‘민식이법’)에 대한 법리적 검토, 치안정책연구 제34권 제3호, 2020
- 안경환, 21세기 기본권과 인간상, 헌법학연구 제5권 제2호, 1999
- 안나현, 중형주의적 형벌정책에 관한 비판적 연구, 법학논집, 제23편 제1호, 2016
- 이재석, 형법의 重罰化 입법경향에 관한 비판적 고찰, 법학연구 44, 한국법학회, 2011
- 정재준, 정부의 성향에 따른 형사사법의 통계적 수치 비교, 고려법학, 제60호, 2011
- 추지현, 엄벌주의 보편성에 대한 비판적 검토 : 연구의 동향과 쟁점, 형사정책연구, 제28권 제2호, 2017
- 최우정, 헌법상 인간상(人間像:Menschenbild)의 의미와 사이버스페이스상의 다양한 매체에 대한 법적 규제강도의 문제, 공법연구 제35집 제3호, 2007
- 탁희성 외 3인, 한국 형사입법의 방향과 쟁점에 관한 연구 - 형사입법의 현황분석 및 합리적 형사입법을 위한 제언 -, 한국형사정책연구원, 2014

지정토론

중형주의와 입헌주의

- 중형주의의 헌법적 정당화를 중심으로 -

서주연 | 한국형사정책연구원 부연구위원, 변호사

발표문은 중형주의 입법에 있어 헌법재판소가 형벌법규의 위헌성, 특히 법정형의 적정성을 중심으로 위헌심사의 기준으로 헌법의 인간상과 비례원칙, 그리고 체계정당성 및 평등원칙 등을 도출하여 이를 헌법이론 및 헌법재판소 결정 분석을 통해 심도 있게 검토하고 있습니다. 우리 사회의 중형주의 입법 현상을 헌법적 관점에서 바라보고 공부할 수 있도록 기회를 주신 발표자님께 감사드립니다.

발표문이 밝히고 있듯이, 헌법재판소는 법정형의 적정성 판단에 있어 형벌체계상 지나치게 가혹한 경우에만 입법재량의 현저한 일탈로 인정되어 헌법에 반한다고 하고 있을 뿐, 구체적인 기준을 제시하거나 일관적인 기준을 적용하고 있지 않습니다(11~12면). 위헌결정에 소극적인 태도를 보임으로써 입법에서 중형주의 경향이 널리 용인되고 나아가 법원에서 실제 선고형과 법정형이 괴리되는 현상을 초래하고 있기도 합니다(19면). 이에 공감하는 입장에서 법정형의 적정성에 대한 위헌심사 내지 심사기준에 초점을 맞추어 발표문을 계기로 떠오른 생각들을 말씀드리고자 합니다.

한국형사정책연구원은 국회 형사입법을 실증적으로 분석·평가한바 있습니다.

제20대 국회(2016년~2020년)에서 형사입법의 주요 동향 및 형사정책적 함의는 다음과 같았습니다.¹⁾ 즉 형법의 성격이 최후수단, 책임주의에서 최초수단, 예방·위험형법으로 바뀌었으며, 형사정책의 무게 중심도 범죄자에서 피해자로 이동하였습니다. 이를 바탕으로 극복되어야 문제적 현실로서 처벌욕구에 맞추어진 포퓰리즘식 형사입법, 땀질식 형사특별법 제·

1) 윤지영·박미숙·김유근, "20대 국회의 형사입법평가 및 향후 과제", 2020, 형사정책연구원, 193~212면.

개정 등이, 형사입법이 나아가야 할 방향으로 구범현실의 변화에 적합한 형사정책의 합리성 견지, 처벌의 필요성을 넘어서는 당벌성의 확보 등이 각각 제시되었습니다.

제19대 국회(2012년~2016년, 의원발의 한정)의 경우에도 국민의 법감정을 반영하여 범죄행위에 대한 처벌 강화의 전체적 흐름이 감지되었는데, 예컨대 형법총칙상 심신장애 상태와 관련한 제10조의 개정, 형법각칙상 새로운 구성요건을 창설하거나 기존의 구성요건에 대한 법정형을 상향조정하는 방식이었습니다.²⁾ 이 같은 경향은 제20대 내지 제19대 국회에 한정된 것은 아닙니다. 1998년 1월부터 2014년 6월까지 발의된 법률안에 대한 전수조사에서도 형사특별법의 범람, 엄벌주의 경향과 법정형의 불균형 등이 문제점으로 지적되었습니다.³⁾

종합해보면, 중형주의 입법은 국민의 법감정이나 피해자에 대한 감수성을 입법에 반영하고자 하는 입법 현실에 따른 필연적인 현상일 수 있습니다. 문제는 성급하고 무분별한 입법과정으로 인해 형법의 일반원칙인 최후수단성 및 책임주의가 형해화되거나 법정형을 가중하는 형사특별법령의 남용으로 기본법인 형법 등과의 관계에서 법체계의 정당성을 상실하는 데에 있습니다. 잘못된 입법을 저지하고 입법자의 헌법합치적 입법활동을 도모하기 위해서 헌법재판이 가지는 의의는 사후적 통제뿐만 아니라 위헌성 심사기준의 정립일 것입니다. 형사정책의 일반예방적 및 특별예방적 차원에서 법정형의 헌법합치성이 가지는 중요성에 비추어서도, 그 위헌심사에 있어 단순히 광범위한 입법재량이 인정되거나 심사의 강도가 지나치게 완화되는 것은 바람직하지 않다고 생각합니다.

그런데 앞서 언급한바와 같이 헌법재판소는 적어도 법정형의 적정성에 대한 위헌심사에서 구체적·일관적인 기준을 정립하고 있지 않으며, 무엇보다 형법의 일반원칙을 충분히 원용하고 있지 않은 것으로 보입니다. 즉 책임과 형벌 간의 비례원칙에 위배된다고 판단하는 경우에도 책임주의를 언급하는 경우는 드물고, 형법의 보충성·최후수단성에 관해서는 최소한의 언급도 하지 않다고 합니다.⁴⁾ 특히 형사특별법에 대해서는 체계정당성과 평등원칙이 문제가 되며 심사대상인 형벌과 다른 형벌 간 비교가 중요하게 심사된다고 하나, 이는 형벌법규의 법정형이 아닌 여타의 기본권 제한법규의 심사에도 마찬가지로 적용될 수 있는 기준으로 보여 역시 법정형의 적정성에 대한 특유의 심사기준으로는 여겨지지 않습니다.

2) 김한균·임정호·김정연, “형사사법 분야 의원입법의 성과와 한계”, 2016, 한국형사정책연구원, 98~99면.

3) 탁희성·김대근·김대근·김성돈, “한국 형사입법의 방향과 쟁점에 관한 연구”, 2014, 한국형사정책연구원, 313~322면.

4) 발표문, 15면; 윤지영·박미숙·김유근, 위 보고서, 205면.

마지막으로 중형주의 입법과 관련하여 헌법재판소의 법정형의 적정성 심사에 대한 특유의 기준이 정립될 필요성이 있는지 여부와 만일 필요성이 인정된다면, 그 구체적인 내용이나 심사의 강도 등에 관하여 발표자님의 고견을 청하며 토론을 마치고자 합니다. 이상입니다.

◆ 한국공법학회-한국형사정책연구원 공동학술대회 ◆

주제 3.

전자감독제도와 법치국가원리

발 표 김지선 | 한국형사정책연구원 선임연구위원

지정토론 김현정 | 건국대 이주·사회통합연구소 전임연구원

전자감독제도와 법치국가원리

김지선 | 한국형사정책연구원 선임연구위원

차 례

- I. 들어가는 말
 - II. 재범위험성과 전자장치 부착처분의 선고 및 집행
 - 1. 재범위험성과 전자장치 부착처분 선고 및 집행 관련 규정
 - 2. 재범위험성과 전자장치 부착처분 관련 의사결정 실태
 - III. 전자장치 부착처분의 재범억제효과
 - IV. 전자장치 부착처분의 구체적 내용과 비례성 원칙
 - 1. 전자장치 부착처분의 구체적인 집행 내용 및 문제점
 - 2. 전자장치 부착명령이 대상자에게 미치는 부수적 부정적 효과
 - 3. 추가적 고려사항
 - V. 맺는말
- 참고문헌
-

I. 들어가는 말

2000년대 중반 이후 우리나라 형사제재의 특성 중의 하나는 ‘중형주의’ 혹은 ‘엄벌주의’이며, 이의 핵심은 주로 성폭력범죄자를 대상으로 한 새로운 보안처분의 도입 및 강화라고 할 수 있다. 구체적으로는 2000년 주로 청소년성매매에 초점을 맞추어 청소년 대상 성폭력범죄자를 대상으로 한 신상정보 공개제도는 2005년 개정으로 신상정보 등록제도가 추가되어 “신상정보 등록 및 공개제도”로 변화되었고, 2006년에는 아동·청소년이 주로 생활하는 시설에서 일정 기간 근무할 수 없고, 관련 기관 운영도 제한하는 “취업제한제도”가 도입되었으며, 2008년 “전자감독제도”, 2010년 “성충동약물치료제도”가 도입되었다. 그리고 이러한 성폭력범죄자를 대상으로 새롭게 신설된 보안처분은 최근에 이르기까지 몇 차례의 법 개정을 거쳐 그 대상 및 기간이 확대되었으며, 신상정보 등록 및 공개제도와 전자감독제도는 법 시행 이전 성폭력범죄자에게 동 제도를 소급적용하는 이례적인 상황을 맞이하기도 하였다 (김지선 외, 2020).

이 중 전자감독제도는 2007년 4월 27일 ‘특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률’이 제정되어 법적 근거가 마련되었으며, 2008년 9월 1일부터 시행되어 올해로 시행 13년째를 맞이하고 있다. 전자감독제도란 일반적으로 전자발신장치 또는 전자감응장치를 이용하여 대상자가 특정 시간 동안 특정 장소에 있는지를 확인하는 자유제한적 사회 내 처우프로그램(김지선 외, 2013)으로, 우리나라에서는 일반시민들의 성폭력범죄자에 대한 엄벌주의 요구가 고도로 발전된 정보통신기술과 결합되어 탄생하였다.

현재 전자감독제도는 보안처분 이외에 형사사법의 다양한 단계에서 구금을 대체하는 수단으로 활용되고 있다는 점에서 다른 신설 보안처분과는 차별성을 갖고 있지만, 여전히 우리나라 전자감독제도의 핵심은 형 집행 종료 후 전자감독이라고 할 수 있다. 여기서 ‘핵심’이란 표현은 중의적이다. 먼저 전자감독 대상자 중 형 집행 종료 후 대상자들이 수적으로 매우 높은 비율을 차지하고 있다는 점을 의미한다. 전자감독제도가 집행유예자, 가석방자, 형 집행 종료자, 최근에는 구속기소된 피고인에 이르기까지 다양하게 활용됨에도 불구하고, 여전히 형 집행 종료 후 대상자가 82.0%를 차지하고 있다(2020년 12월 말 기준, 법무부 전자감독과 내부자료). 그리고 형 집행 종료 후 전자감독 대상자의 96.0%는 성폭력범죄자이다. 두 번째는 여전히 형 집행 종료 후 전자감독은 논쟁의 핵심에 있다는 의미이다. 대법원과 헌법재판소는 형 집행 종료 후 전자감독을 보안처분으로 판단하였지만, 법적 성격에 대한 논쟁은 지속되고 있다.

헌법재판소가 형 집행 종료 후 전자감독에 대해 보안처분이라고 판단하고, 소급적용 등과 여러 가지 쟁점으로 제기된 문제점들에 대해 보안처분이라는 논리로 합헌판결을 내리고 있는 상황에서도 이러한 논쟁이 지속적으로 이루어지고 있는 것은 무엇보다도 형 집행 종료 후 전자감독이 형벌과 구분되는 형사제재로서의 특성, 즉 재범위험성에 근거하여 설계되지 않았거나 입법자가 재범위험성에 근거하여 설계하였더라도 실제 운영이 재범위험성에 근거하여 이루어지지 않고 있다는 비판적 인식에서 비롯된 것이라고 볼 수 있다. 다른 한편으로는 최대 45년까지 부과가 가능한 법정형에 연동된 부착기간의 장기화, 대상자의 기본권제한 가능성이 큰 준수사항의 지속적인 추가와 기계적·의무적 부과, 준수사항 위반에 대한 형사처벌 강화, 판결 이후 준수사항 추가 및 변경 등에 관한 규정 신설, 빅데이터 분석기법과 AI가 적용된 범죄징후예측시스템 도입을 통해 대상자의 일상적인 행동 패턴에 벗어난 행동의 규제, 1:1 전자감독의 시행 등과 같이 구체적 처분내용이 지속해서 강화되는 현실과도 무관하지 않다고 할 수 있다.

이러한 시점에서 본 연구는 현행 전자감독제도 중 형 집행 종료 후 전자감독에 초점을 맞추어 관련 법률, 처분의 부과, 집행의 계속 및 종료 등과 관련된 중요한 의사결정 과정, 그리고 처분의 구체적인 집행 내용 및 과정이 법치국가원리에 충실한가를 살펴보고자 한다. 구체적으로 1) 형 집행 종료 전자장치 부착처분의 선고, 집행의 계속 및 종료 관련 규정과 실제 실무의 다양한 의사결정과정에서 재범위험성이라는 요건이 어떻게 반영되어 있는지를 살펴보고, 2) 처분의 구체적인 내용 및 특성과 대상자에게 미치는 부수적 부정적 영향을 고려해 볼 때 대상자의 기본권을 침해하는지에 대해 실증자료를 파악해보고, 3) 형 집행 종료 후 전자장치 부착처분이 실질적인 보안처분으로 작용하기 위해서 개선되어야 할 점을 제시하고자 한다.

II. 재범위험성과 전자장치 부착처분의 선고 및 집행

1. 재범위험성과 전자장치 부착처분 선고 및 집행 관련 규정

아래에서는 전자장치 부착처분의 선고, 집행의 계속 및 종료 관련 법률에서 각각의 의사결정이 보안처분의 정당화 요건인 ‘재범위험성’에 근거하도록 규정하고 있는지, 그리고 적법절차의 원칙을 따르고 있는지를 검토하고자 한다.

1) 전자장치 부착처분 선고

현행법에서 형 집행 종료 후 전자장치 부착처분의 청구 및 선고 절차를 살펴보면, 검사는 전자장치 부착 청구를 위한 형식적 요건을 갖추었으면서 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 사람에게 부착명령을 청구할 수 있고, 해당 피의자의 재범위험성을 판단하는 데 필요하다고 인정하는 경우에는 보호관찰소에 조사(청구전조사)를 요청할 수 있도록 규정하고 있다(전자장치부착법 제5조). 그리고 판사는 검사의 부착명령 청구가 이유가 있다고 인정하는 때에는 본 건 범죄인 특정범죄사건의 판결과 동시에 부착기간을 정하여 판결로 부착명령을 선고하여야 한다고 규정하고 있다(동법 제9조). 부착기간은 특정범죄사건의 법정형에 따라 주어진 하한과 상한의 범위 내에서 정할 수 있으며, 구체적으로 법정형의 상한이 사형 또는 무기징역인 특정범죄는 10년 이상~30년 이하, 법정형 중 징역형의 하한이 3년 이상의 유기징역인 특정범죄인 경우 3년 이상~20년 이하, 법정형 중 징역형의 하한이 3년 미만의 유기징역인 특정범죄인 경우 1년 이상~10년 이하로 규정되어 있다. 또한, 19세 미만 미성년자에 대해 특정범죄를 저지른 경우에는 부착기간 하한을 2배로 하며, 여러 개의 특정범죄에 대해 동시에 부착명령을 선고할 때에는 법정형이 가장 중한 죄의 부착기간 상한의 2분의 1까지 가중하되, 각 죄의 부착기간의 상한을 합산한 기간을 초과할 수 없도록 하고 있다. 판사는 전자장치 부착명령을 선고하는 경우 부착기간의 범위 내에서 기간을 정하여 하나 이상의 준수사항을 부과할 수 있다(동법 제9조의2).

[표 1] 전자장치 부착명령의 청구 및 선고 관련 규정

항목	내용	비고
청구 및 선고 요건	<ul style="list-style-type: none"> • 형식적 요건 : ① 형 집행 종료 후 10년 이내 동종재범, ② 전자장치 부착 전력이자 동종 재범, ③ 2회 이상 범행(습벽 인정), ④ 19세 미만자 대상 범죄, ⑤ 장애인 대상 범죄 • 실질적 요건 : 재범위험성 	※ 만 19세 미만자 부착 금지 (청구와 선고 가능)
부착기간	<ul style="list-style-type: none"> • 법정형 상한이 사형 또는 무기징역 : 10년 ~ 30년 • 징역형 하한이 3년 이상의 유기징역 : 3년 ~ 20년 • 징역형 하한이 3년 미만의 유기징역 : 1년 ~ 10년 ※ 단, 19세 미만자 대상 범행시 하한 2배 가중 ※ 경합범에 대하여 가장 중한 죄의 부착기간 상한의 1/2까지 가중 가능 (최장 45년) 	
준수사항	<ul style="list-style-type: none"> • 준수사항 유형 : ① 야간, 아동·청소년의 통학시간 등 특정 시간대의 외출 제한, ② 어린이 보호구역 등 특정지역장소에서의 출입금지 및 접근금지, ③ 주거지역의 제한, ④ 피해자 등 특정인과의 접근금지, ⑤ 마약 등 중독성 있는 물질의 사용금지 ⑥ 그 밖의 부착명령을 선고받는 사람의 재범방지와 성행교정을 위하여 필요한 사항 • 준수사항 기간 : 부착기간의 범위 내 ※ 단, 치료프로그램 이수 500시간 이내 	※ 중복부과 가능

보안처분의 선고는 재범위험성에 근거하여 부과해야 한다는 원칙에 비추어 볼 때, 현행과 같은 전자장치 부착처분 부과 절차는 몇 가지 문제를 갖고 있다. 첫째, 전자장치 부착 청구 및 선고 시 재범위험성을 고려하도록 하고 있으나, 재범위험성에 대한 실질적 조사를 필요적 요건으로 하고 있지 않다.

둘째, 전자장치 부착 여부는 재범위험성에 근거하도록 규정하고 있지만, 전자장치 부착 여부 결정에 따른 부착기간과 준수사항의 결정에 대해서는 재범위험성이라는 요건을 두고 있지 않다. 현행 규정상 전자장치 부착기간 결정 방식은 신상정보 등록기간처럼 선고형에 따라 등록기간을 고정한 형식이 아니라 법정형을 3개 등급으로 나누고, 각 등급 내에서 부착기간의 상한과 하한을 정하고 있어 법관이 그 범위 내에서 부과기간을 결정할 여지는 남겨놓았다. 그러나 법정형이 낮더라도 재범위험성이 높다고 인정되는 경우처럼 법정형과 재범위험성이 별개로 판단되어야 할 경우에도 판사가 정해진 범위 안에서만 선고하도록 하여 재범위험성 판단을 제한하는 결과를 낳는다. 또한, 자유형이 장기간 집행될수록 그 교정효과로 인하여 재범위험성이 소멸되거나 약화될 가능성이 큰데도 법정형에 따라 부착기간 역시 길게 책정될 수밖에 없어 과잉처분이 될 가능성이 있다(정지훈, 2016).

셋째, 최근 신설된 보안처분과 마찬가지로 전자장치 부착명령을 본 건 범죄의 판결과 동시에 선고하는 구조를 취하고 있다는 점이다. 이는 보안처분 선고에서 재범위험성을 고려하도록 명시적으로 규정되어 있더라도 재범위험성 판단 시기가 집행시점이 아니라 판결선고 시점이 되므로 정확한 재범위험성 판단을 위한 적절한 절차라고 할 수 없다. 본 건 범죄 판결 시에 평가되었던 재범위험성은 형이 종료된 이후에 달라질 수 있으므로 집행 당시 재범위험성 판단에 근거하지 않는 보안처분의 집행은 피처분자의 자유권을 침해한다는 비판은 여러 학자에 의해서 제기된 바 있다(박상민, 2020; 정지훈, 2016, 2020). 특히, 전자장치 부착처분은 신상정보 등록이나 공개, 취업제한 등에 비해 장기간의 자유형이 예상되는 성폭력범죄자에게 부과될 개연성이 높으므로 부정확한 혹은 잘못된 재범위험성 판단에 의해 보안처분을 부당하게 부과할 여지가 더 크다. 2019년 아동청소년 대상 성폭력범죄로 전자장치 부착명령을 부과받은 범죄자의 평균 징역 형량은 약 6년 6개월(78.1개월)이며, 가장 긴 피부착자는 20년을 선고받은 것으로 나타나 형이 선고된 때와 전자장치 부착명령 처분을 집행할 때 사이에 상당한 시간적 간격이 있음을 알 수 있다. 잘못된 재범위험성 판단으로 당사자의 자유가 부당하게 침해되지 않도록 적어도 성충동약물치료명령¹⁾과 같이 전자장치

1) 2015년 헌법재판소는 “치료명령 선고 시점에는 치료명령의 요건이 충족되었다고 하더라도 그 집행시점에는 사정변경이 발생할 수 있다. 10년, 20년 후의 먼 장래의 재범의 위험성을 현재의 선고 시점에서 판단하는 것은 한계가 있을 수밖에 없다”(헌법재판소 2015. 12. 23. 선고2013헌가9 결정)면서 치료명령을 과잉금지원칙 위반이라고 판단하였다(박상민, 2020:46). 이에 따라 피고사건 판결시 징역형과 함께

부착명령도 집행 전 재범위험성에 대한 재평가 및 재심사가 필요하다.

2) 전자장치 부착처분 집행 계속 및 종료

재범위험성은 보안처분의 선고에서만이 아니라 집행개시 후 종료까지 모든 단계에서 중심적인 역할을 하는 것이기 때문에, 법원은 선고된 보안처분이 여전히 필요한지, 보안처분을 변경하거나 유예 내지 종료해야 하는지 등에 관한 판단을 위해 행위자의 재범위험성을 지속적으로 심사해야 한다(박상민, 2020:46). 이와 더불어 중간심사는 법관이 반드시 피처분자를 직접 대면하여 의견진술의 기회를 보장하는 등 대심적 심리구조를 갖추어야 하며, 법원의 결정에 대해 불복절차로 항고와 재항고를 명문화하도록 하는 적법절차의 보장이 요구된다(정지훈, 2020:79).

현행법에서 전자장치 부착처분의 집행 계속 및 종료 등에 관한 사항은 부착기간 연장, 준수사항의 추가, 변경, 삭제(제14조의 2, 제14조의 3), 그리고 임시해제(제17조, 제18조, 제19조)가 있으며, 중간심사에 대한 사항은 시행지침(제47조)에서 규정하고 있다.

[표 2] 전자장치 부착처분의 집행 계속 및 종료에 관한 규정

항목	내용	비고
부착기간 연장 /준수사항의 추가, 변경, 삭제	<ul style="list-style-type: none"> 부착기간 연장과 준수사항의 추가변경 [요건] 정당한 사유없이 ① 보호관찰법 제32조에 따른 준수사항 위반과 ② 형 집행 종료 후 10일 이내 보호관찰소 출석의무 위반, ③ 출국 허가 기간까지 입국하지 않음, ④ 허가받지 않은 주소이전, 국내여행 또는 출국이나 거짓으로 허가를 받은 경우 [절차] 보호관찰소장 신청, 검사 청구, 법원 결정 ※ 부착기간 연장은 1년 이내 준수사항의 추가변경·삭제 [요건] 위의 사항 이외에 사정변경이 있는 경우 [절차] 보호관찰소장 신청, 검사 청구, 법원 결정 준수사항의 추가변경·삭제(제14조의 3, 2020. 12. 15. 신설) [요건] 피부착명령자의 재범의 위험성에 관하여 행형 성적 등 자료에 의해 판결 선고 당시에 예상하지 못한 새로운 사정이 소명되는 등 특별한 사정이 있는 경우 [절차] 보호관찰소장 신청, 검사 청구, 법원 결정 	
중간심사	<ul style="list-style-type: none"> 주기 : 부착명령 개시일을 기준으로 1년마다 1회 이상 K-PRAI 및 KSORAS-D 등을 활용한 재범위험성 평가 	시행지침 제47조

치료명령을 받았더라도 형집행이 종료되기 전에 치료명령이 집행될 필요가 없을 정도로 개선되어 재범위험성이 없음을 이유로 치료명령의 면제를 신청할 수 있도록 하는 규정이 신설되었다(성충동약물치료법 제8조의 2).

항목	내용	비고
임시해제	<ul style="list-style-type: none"> • 집행 개시 후 3개월 경과시마다 피부착자 및 법정대리인 신청 • 보호관찰심사위원회 결정 • 심사기준 : 피부착자의 인격, 생활태도, 부착명령 이행상황, 재범위험성 등 고려 ※ 부착명령 임시해제 시 보호관찰 지속 가능 • 임시해제 취소 ; 특정범죄를 저지르거나 주거이전 상황 등의 보고에 불응하는 등 재범위험성이 있다고 판단되는 때 	기각된 날로부터 3개월간 재신청 불가

현행법에서는 부착기간 연장과 준수사항의 추가, 변경, 삭제는 보호관찰소장이 신청하고, 검사의 청구에 의해 법원이 결정하도록 규정하고 있으나, 재범위험성에 대한 요건 없이 피부착자가 신고사항이나 의무사항을 위반하였거나 이외 사정변경이 있는 경우 청구하도록 규정하고 있다. 피부착자의 신고사항이나 의무사항 위반을 재범위험성의 표지로 간주하고 있음을 알 수 있다.

한편, 임시해제는 집행이 개시된 날로부터 3개월이 경과한 후부터 보호관찰소장 또는 피부착자(법정대리인)가 신청할 수 있다. 또한, 임시해제 심사 시에서 재범위험성 등을 고려하도록 하고 있고(동법 제18조), 이를 위해 시행지침 제47조(부착명령 등의 임시해제 신청)에서 전담 보호관찰관이 피부착자의 부착명령 개시일을 기준으로 1년마다 1회 이상 ‘K-PRAI’ (Korean Probationers Risk Assessment Inventory) 등을 활용한 재범위험성 평가를 실시하도록 하고 있다. 그러나 부착명령 임시해제의 심사 및 결정을 법원이 아닌 보호관찰심사위원회에서 하도록 규정하고 있다. 다만, 필요한 때에는 피부착자나 그 밖의 관계인을 직접 소환, 심문 또는 조사할 수 있도록 하고 있다(동법 제18조).

임시해제와 기간연장 및 준수사항의 추가, 변경, 삭제의 결정 모두 전자장치 부착처분 집행과 관련된 중요한 의사결정이라는 측면에서 볼 때, 현재와 같이 심의요건, 심의기구 등을 차별적으로 규정해야 할 이유가 없다고 생각한다. 임시해제와 기간 연장 및 준수사항의 추가, 변경, 삭제의 결정 모두 중간심사의 성격을 갖고 있으므로 재범위험성을 고려하여 법원에 의해 결정하도록 할 필요가 있다. 또한, 적법절차의 보장을 위해 임시해제와 기간연장 및 준수사항의 추가, 변경, 삭제 결정 시 피부착자의 의견을 개진할 기회를 제공하고, 결정에 대한 불복수단을 마련할 필요가 있다(정지훈, 2020:76-79).

2. 재범위험성과 전자장치 부착처분 관련 의사결정 실태

이 장에서는 실제 전자장치 부착처분의 선고와 집행과정에서 보안처분의 정당화 요건이 ‘재범위험성’이 실질적으로 고려되고 있는지 그리고 ‘재범위험성’을 고려할 수 있는 실제적

조건이 마련되어 있는가를 검토해보기로 한다. 이를 위해서 먼저 형사사법 분야에서 사용되는 재범위험성 평가방식과 각 장단점을 살펴보고, 이를 기초로 현행 운영과정 상의 문제점을 짚어보고, 개선해야 할 점을 도출하기로 한다.

1) 재범위험성 평가방식

일반적으로 질적으로 우수한 측정도구는 신뢰도와 타당도의 요건을 모두 갖추고 있어야 한다. 측정도구의 신뢰도(reliability)란 한 명의 평가자가 다수의 유사한 사례들에 대해 동일한 평가를 내리는 정도 혹은 같은 사례에 대해 다수의 평가자들이 동일한 평가를 내리는 정도에 의해서 판단된다. 동일 평가자라도 시점에 따라 다른 평가가 나오거나 다수의 평가자가 동일한 사례에 대해 상이한 평가결과가 나오는 측정도구는 신뢰도가 낮은 측정도구라고 할 수 있다. 반면, 측정도구의 타당도(validity)는 측정하고자 하는 내용을 정확하게 측정할 수 있는 능력을 나타낸다. 우리가 체중을 재기 위해 사용하는 체중기로 예를 들어 보면, 최초 눈금이 5kg에 맞추어져 있는 체중기를 활용하면, 몇 번을 측정해도 동일한 체중이 나와 신뢰도는 높지만, 실제 체중보다 5kg 더 많은 것으로 측정되기 때문에 타당도는 낮다.

형사사법 분야에서 활용되는 재범위험성 평가방식은 보통 4가지 유형으로 구분할 수 있는데, 각 재범위험성 평가방식을 신뢰도와 타당도의 측면에서 검토해볼 수 있다. 첫 번째 유형은 비구조화된 임상적 판단(unstructured clinical judgement)으로 대상자와의 비정형적인 면담 및 관련 서류(수사자료나 이전 범죄에 대한 판결문 등)에 대한 검토과정을 거쳐 평가자의 경험 또는 직관에 기반을 둔 임상적 판단을 통해 재범위험성을 평가하는 방식이다. 비구조화된 임상적 판단은 오랜 훈련과정을 거쳤고, 사례 경험이 풍부한 평가자일 경우 타당도는 높을 수 있으나, 평가자 간 판단의 불일치 문제, 즉 신뢰도가 낮다는 문제가 있다 (Ticknor and Warner, 2020). 두 번째 유형은 보험수리적 위험평가(actuarial risk assessment)로 이론에 근거해 경험적으로 도출된 재범위험요인들을 개별 요인의 중요도에 따라 가중치를 부여한 후 합산하여 위험의 정도를 제공해주는 구조화된 알고리즘 접근법이다. 보험수리적 위험평가는 정적 요인²⁾으로 구조화되어 있어 평가자의 주관이 개입될 여지가 없고 어떠한 평가자가 평가하더라도 동일한 결과를 얻을 수 있다는 장점이 있다. 또한, 보험수리적 재범위험평가도구는 장기적 재범위험을 평가하는데 적절하지만, 개별 대상자를

2) 정적 위험요인이란 최초 입건 연령, 나이, 혼인 여부, 피해자와의 관계, 과거 범죄력 등과 같이 성범죄자들의 변화를 측정할 수 없이 고정된 위험요인을 의미한다. 이에 비해 동적 위험요인은 범죄에 대한 태도 및 인식, 약물남용, 알코올 남용, 일탈적 성적 기호 등 측정가능한 성범죄자들의 변화요인을 의미한다(이수정, 윤옥경, 2003).

위한 처우계획을 수립할 때나 처우프로그램 적용 이후 대상자의 재범위험성 변화를 판단할 때는 부적절하다. 세 번째 유형은 이론적 또는 경험적으로 검증된 재범위험요인을 고려 대상으로 강조하지만, 위험요인의 가중치에 대한 공식은 제공하지 않으며, 포함된 동적 요인은 표준화된 훈련 절차를 거친 평가자들이 판단하도록 하는 구조화된 전문적 판단(structured professional judgement)이다. 마지막 유형은 보험수리적 접근법에 기초하지만, 평가자가 이외의 요인을 고려하여 보험수리적 위험평가도구를 통해 도출된 위험평가점수를 상향 또는 하향할 수 있는 조정된 보험수리적 평가방식(the adjusted actuarial approach)이다 (Blasko et al., 2011; 679).

위에서 살펴본 여러 가지 재범위험평가방식이 성범죄자의 재범위험을 얼마나 정확하게 예측할 수 있는가를 검증했던 다수의 연구들은 일관되게 세 가지 의미있는 결과를 도출하고 있다. 첫째, 보험수리적 위험평가도구의 재범위험 예측정확성이 임상적 판단과 구조화된 전문적 판단보다 훨씬 더 높다는 점이다(Blasko et al., 2011; Lanterman et al., 2014). 둘째, 정적 요인을 중심으로 구성된 보험수리적 위험평가도구에 동적 요인을 추가적으로 고려할 경우 재범예측 정확성이 의미있게 변화된다는 점이다(이수정, 윤옥경, 2003). 셋째, 보험수리적 위험평가도구를 통해 도출된 위험평가점수를 임상적 판단을 통해 조정하는 경우 보험수리적 위험평가도구의 재범위험 예측정확성이 낮아진다는 점이다(Shaffer and Miethe, 2011; Blasko et al., 2011). 이에 따라 보험수리적 위험평가도구가 성범죄자 재범위험성 평가의 기초를 형성해야 한다는 합의가 이루어지고 있다(Blasko et al., 2011).

2) 전자장치 부착처분 관련 의사결정 실태와 문제점

앞서 현행법률 검토과정을 통해 전자장치 부착처분 청구와 결정에서 재범위험성을 실질적 요건으로 고려하도록 규정되어 있음을 알 수 있었다. 그러나 명문화된 법 규정과 달리 실재는 다르게 운영될 여지가 많다. 아래에서는 부착처분 결정이 실질적으로 재범위험성에 근거하여 이루어지고 있는가를 검토하기 위해서 1) 먼저 재범위험성 조사인 청구전조사의 실시현황을 파악하고, 2) 그다음은 청구전조사 특히, 청구전조사에 활용되는 재범위험성 평가도구인 K-SORAS를 통해서 실질적으로 위험한 성범죄자를 선별할 수 있는지, 그리고 3) 마지막으로 최종 의사결정자인 판사가 부착처분 결정과정에서 재범위험성 조사결과를 어느 정도 고려하고 있는지를 살펴보고자 한다.

가) 청구전조사는 어느 정도 활용되고 있는가?

재범위험성에 대한 조사인 청구전조사는 검사가 필요하다고 인정하는 경우 요청하도록 규정되어 있으므로, 부차명령 청구를 위한 필요적 요건이 아니다. 2013년 성폭력 전담검사를 대상으로 심층면접을 실시한 김지선 외(2013)의 조사결과에 따르면, 검사는 부차명령을 청구하기 위한 형식적 요건을 갖추었을 때 대부분 보호관찰소에 청구전조사를 요청하고 있다고 한다. 다만 구속사건의 경우 요청한 청구전조사 보고서가 회보되지 않았으면, 먼저 기소하고 나중에 별건으로 처리하거나 기소와 함께 부차명령을 청구하고 나중에 청구전조사 보고서를 송부하는 것으로 나타났다.

그러나 [표 3]에서 알 수 있듯이 최근 들어 검사의 청구전조사 요청 건수³⁾는 감소하는 경향을 보이고 있다. 2010년에서 2014년까지 청구전조사 요청 건수가 급격히 증가한 것은 전자장치 부차명령의 소급적용에 따른 예외적인 상황인 점을 참작하더라도 2017년 이후 청구전조사의 요청 건수는 2015년 및 2016년과 큰 차이를 보이고 있고, 2017년 이후로도 지속해서 감소하고 있다.

검사의 청구전조사 요청 건수가 감소하는 원인을 파악하기 위해서는 부차명령 청구 시 청구전조사가 필요적 요건이 아니기 때문에 부차명령 청구의 형식적 요건에 해당하는 성폭력 범죄자 중 몇 명에 대해 청구전조사를 요청했는지를 먼저 파악할 필요가 있다. 그렇지만 현재 공표되는 범죄통계에는 성폭력범죄 세부 유형별 기소 건수를 제공하고 있지 않아 이러한 방식의 검토는 불가능하다. 그러나 [표 3]의 첫 번째 열에 제시된 전체 성폭력범죄 기소 건수가 대체로 증가하고 있다는 점을 고려해볼 때, 부차명령 청구의 형식적 요건에 해당하는 성폭력범죄가 급격히 감소하여 검사의 청구전조사 요청 건수가 줄어들었다고 보기는 어렵다.

그렇다면, 검사의 청구전조사 요청 건수의 감소는 청구전조사가 부차명령 청구를 위한 필요적 요건이 아니므로 검사가 적극적으로 청구하지 않기 때문이라고 추정해볼 수 있다. 재범위험성 평가는 보안처분을 부과하기 위한 기본적인 요건에 해당하고, 재범위험성은 행위자적 특성에서 도출되는 것이기 때문에 범죄사실 및 피의자의 행위 내용에 대한 실체적 진실을 파악하기 위한 목적으로 수집된 수사자료나 성폭력범죄 수사경력이 많은 전담검사의 경험에 근거해서 평가할 수 없는 작업이다. 향후 재범위험성 조사인 청구전조사를 부차명령 청구를 위한 필요적 요건으로 규정하여 검사의 부차명령 청구뿐 아니라 판사의 선고에 참고할 수 있도록 할 필요가 있다.

3) 표에 제시된 청구전조사건수에는 형 집행 종료 후 전자장치 부차청구를 위한 조사건수만 포함되어 있다. 똑같이 법원의 판결로 선고되는 집행유예자에 대한 전자장치 부차결정은 법원의 판결전조사 결과를 참조하기 때문에, 이 경우는 판결문조사건수에 포함되어 있다.

[표 3] 청구전조사와 부처명령 청구 및 인용 현황

단위 : 명, %

연도	성폭력범죄 기소건수	청구전 조사건수	검사		법원		
			청구	청구율	처리	인용	인용률
2008	-	92	85	92.4	46	35	76.1
2009	-	304	259	85.2	196	167	85.2
2010	-	3,627	1,062	29.3	834	586	70.3
2011	-	2,705	1,277	47.2	1279	685	53.6
2012	-	2,050	1,132	55.2	1033	628	60.8
2013	-	2,744	1,578	57.5	1475	702	47.6
2014	8,667	2,703	1,457	53.9	1509	611	40.5
2015	8,157	2,471	1,161	47.0	1256	399	31.8
2016	8,330	2,698	992	36.8	1033	303	29.3
2017	10,384	1,869	857	45.9	821	302	36.8
2018	10,300	1,580	966	61.1	913	318	34.8
2019	10,579	1,410	376	26.7	356	97	27.2

* 청구율 : 검사의 청구전조사 신청건수 중 부처명령 청구건수의 비율

인용률 : 검사의 부처명령 청구건수 중 법원이 인용한 건수의 비율

** 자료출처 : 법무부 전자감독과 내부자료(2021).

나) 현재 활용되는 재범위험성 방식은 위험한 성폭력범죄자를 선별할 수 있는가?

부처명령의 형식적 요건을 갖춘 대상자의 실질적 재범위험성을 평가하는 청구전조사는 법무부 보호직 공무원 중에서 1) 조사 분야 교육훈련을 이수하고 필기시험 및 조사서 작성 능력 평가를 통과하여 조사 분야에 대한 자격증(법무부 내 자격증)을 취득한 직원이나 2) 심리학 관련 석·박사 학위 및 임상심리사, 사회복지사 등의 전문자격을 소지하여 특별 채용된 직원 등 특정 요건을 갖춘 조사관이 담당하고 있다(김지선 외, 2013:333). 청구전조사는 보호관찰소에서 진행하는 여러 가지 조사업무⁴⁾ 중 가장 난이도가 높고, 조사자의 심적인 부담이 큰 조사여서 적은 인원이 배치되어 있어 조사관이 여러 가지 업무를 담당해야 하는 지소 단위의 보호관찰소에서는 실시하지 않고 있으며, 특별 채용된 임상심리사와 조사관들 중 조사경력이 많은 조사관이 담당하고 있다.⁵⁾

청구전조사는 피청구자에 대한 면접조사⁶⁾와 피청구자의 정서 및 성격특성(특히, 심리·성적 특성)을 파악하기 위한 MMPI, PAI, 강간통념척도 등의 검사, 그리고 표준화된 재범위험

4) 보호관찰소에서 수행하는 조사는 결정전조사, 판결전조사, 청구전조사 등이 있다.

5) 발표문 작성을 위해 3명의 조사관과 전화 및 대면 면접한 결과를 정리한 것이다.

6) 조사보고서의 조사항목에 피해자 관련 사항이 포함되어 있으나, 피해자의 신상정보 보호 강화정책에 따라 검찰에서 보내온 대부분 자료에 피해자의 인적 정보가 삭제되어 있어 대면 면접뿐만 아니라 통신을 통한 면접조차 거의 이루어지지 않고 있다.

성 평가도구를 활용하여 진행한다. 표준화된 재범위험성 평가도구로는 2008년 전자감독제도 시행을 앞두고 개발한 한국 성범죄자 위험성 평가척도(Korean Sex Offender Risk Assessment Scale : 이하 K-SORAS)와 사이코패스 평가도구인 한국판 PCL-R(Korean Psychopathy Checklist-Revised)을 사용한다. 성폭력범죄자의 경우에는 K-SORAS 평가가 필수적이며, 이 평가 결과 13점 이상(고)의 점수를 받거나 피해자가 아동이거나 2인 이상인 때에는 PCL-R 평가를 추가한다. 현재 우리나라에서 사용되는 K-SORAS는 성폭력범죄자의 재범위험성 평가를 위해 고안된, 정적 요인에 기반한 보험수리적 위험평가도구에 해당하고, PCL-R⁷⁾은 사이코패스를 판별하기 위한 구조화된 전문적 판단방식에 해당한다. 한편, 검사에게 회보하는 청구전조사 보고서에는 K-SORAS 점수⁸⁾ 이외에 전자장치 부착처분 필요성에 관한 조사관의 의견을 함께 제시한다.

[표 4]에서 알 수 있듯이 K-SORAS 점수와 전자장치 부착처분에 관한 조사관의 의견은 완벽하게 일치하지 않는다. K-SORAS는 고위험범죄자를 걸러내기 위한 도구로 원칙적으로 위험이 '상'인 경우에만 전자장치 부착처분 의견을 내야 한다. 그러나 K-SORAS는 점수가 '중'인 경우 중 38.3%에 대해서도 조사관이 전자장치 부착처분이 필요하다는 의견을 제시한 것으로 나타났다.

[표 4] 재범위험성 평가도구의 결과와 조사자의 전자장치 부착에 대한 의견과의 차이

단위 : 명(%)

조사자의 전자장치 부착 의견	K-SORAS 점수			계
	하	중	상	
필요 없음	0(0.0)	38(12.5)	8(2.7)	46(7.7)
필요 있음	0(0.0)	116(38.3)	229(78.7)	345(57.7)
신중히 고려	4(100.0)	149(49.2)	54(18.6)	207(34.6)
계	4(100.0)	303(100.0)	291(100.0)	598(100.0)

* 자료출처 : 2011년 성폭력범죄자 청구전조사 보고서 자료 재분석

이처럼 두 가지 결과가 다른 것은 조사관들이 현재 사용하고 있는 K-SORAS⁹⁾가 대상자의 재범위험성을 정확하게 파악하는 데 미흡하다고 판단하고 있고, 이에 따라 대상자의 면담이나

7) PCR-L은 범죄유형별로 재범예측정확성이 차이가 있다. 신체적 폭력에 대한 평균 재범예측력은 약 .73인데 비해 성폭력에 관한 평균예측력은 이보다 낮은 .69정도이다(이수정, 윤옥경, 2003).

8) PCR-L이 성폭력범죄자에게 활용되는 경우는 많지 않고, 심층면접 결과 검사와 판사는 PCR-L결과를 중요하게 판단하지 않는 것으로 응답해 이후에서는 재범위험성 평가도구는 K-SORAS에 한정하여 분석, 평가한다.

9) K-SORAS는 2008년 전자감독제도 도입을 앞두고 성범죄자 168명을 대상으로 한 연구를 통해 개발되었으며, 2010년에 K-SORAS의 재범예측타당도에 대한 연구가 수행된 이후로 후속 연구가 이루어지지 않았다. 최근 법무부는 역동적 요인을 고려한 재범위험성 평가도구를 새롭게 개발하였으나, 아직 실무에서 활용되고 있지는 않고 있다.

다양한 심리검사 등을 통해 파악한 역동적 위험요인들을 추가로 고려해서 최종적으로 전자장치 부착 필요성에 대한 의견을 제시하는 방식을 택하고 있기 때문이다. 즉 보험수리적 평가 도구를 활용하되 최종 평가는 조사관의 임상적 판단을 통해 도출하는 방식을 택하고 있다.

그러나 앞서 살펴본 바와 같이 이와 같은 재범위험성 평가방식은 개별 조사관의 전문성과 역량에 따라 결과가 달라져 신뢰도를 담보하기 어렵고, 보험수리적 평가도구에 비교해 볼 때 재범예측 정확도가 더 낮다는 점에서 문제가 있다. 현재처럼 보험수리적 평가도구의 평가점수를 사후적으로 조정하는 방식보다는 기존 K-SORAS의 예측타당도를 점검해보고, 문제가 있다면 대규모 표본을 대상으로 한 장기간의 재범추적조사를 통해 성폭력범죄와 관련된 재범위험요인을 실증적으로 파악하여, 이를 통해 기존 K-SORAS를 수정·보완함으로써 예측타당도를 높이는 작업이 필요하다.

다) 전자장치 부착 결정은 청구전조사 결과에 기반하고 있는가?

(1) 전자장치 부착처분 결정

[표 5]는 청구전조사 결과가 판사의 전자장치 부착처분 결정에 어느 정도 영향을 미치는가를 살펴보기 위한 목적으로 작성되었다. 2011년 한 해 동안 성폭력범죄자를 대상으로 작성된 청구전조사 보고서와 2013년에 청구전조사 보고서가 작성된 성폭력범죄자의 판결문을 찾아 판결 결과 실제 전자장치 부착명령이 선고되었는가를 확인하였다. 그리고 청구전조사의 결과를 1) K-SORAS의 점수와 2) 조사관의 전자장치 부착 필요성에 대한 의견으로 나누어 판사의 처분 결과와의 합치 정도를 살펴보았다.

[표 5] 재범위험성 조사결과와 판사의 전자장치 부착 결정의 일치도

단위 : 건수, %

전자장치 부착결정	계	K-SORAS 점수				조사관의 전자장치 부착 필요성 의견			
		정보 없음	하	중	상	부착 필요 없음	부착 필요	신중히 고려	정보 없음
부착	478 (57.0)	12 (20.7)	0 (0.0)	194 (46.1)	272 (77.1)	0 (0.0)	194 (46.1)	272 (77.1)	12 (20.7)
미부착	360 (43.0)	46 (79.3)	6 (100.0)	227 (53.9)	81 (22.9)	6 (100.0)	227 (53.9)	81 (22.9)	46 (79.3)
계	838 (100.0)	58 (100.0)	6 (100.0)	421 (100.0)	353 (100.0)	6 (100.0)	421 (100.0)	353 (100.0)	58 (100.0)

* 자료출처 : 김지선 외(2014) 353~354쪽.

그 결과를 살펴보면, K-SORAS 점수가 '상'인 경우 판사도 부착처분 결정을 내린 경우는 77.7%인 반면에, 조사관이 전자장치 부착이 필요하다는 의견을 제시한 경우 판사도 부착처분 결정을 내린 경우는 46.1%로 K-SORAS 점수에 비해 훨씬 더 낮았다. 한편, 고위험군을 선별할 수 있도록 민감도를 높여 놓은 K-SORAS 결과가 '상'으로 나왔음에도 불구하고, 22.9%에 대해서는 판사가 전자장치 부착처분을 선고하지 않았다는 점도 주목할만하다. 이러한 결과는 전자감독이 도입된 초기에는 판사가 전자장치 부착처분을 선고할 때 조사관의 전자장치 부착처분 결과보다는 K-SORAS 점수를 더 중요하게 생각하고 있으며, 100%는 아니지만 K-SORAS 점수가 전자장치 부착처분 선고의 핵심적인 근거자료가 활용되고 있다는 점을 보여준다.

그런데 앞서 제시한 [표 3]을 보면, 법원의 인용률은 2009년 85.2%에서 2013년부터는 50% 이하로 하락하였고, 이후에도 하락세가 지속되어 2019년에는 27.2%에 불과하다. 이러한 인용률의 하락은 판사의 K-SORAS에 대한 불신과 어느 정도 관련이 있다고 할 수 있다.¹⁰⁾ 2013년 성폭력 전담재판부 세미나에서는 전자장치 부착처분 선고 시 K-SORAS 결과를 근거자료로 맹목적으로 과신하거나 기계적으로 적용하는 것에 대한 문제점을 공유하였다(김지선 외, 2013:349). 이러한 상황들은 제도 도입 초기와는 달리 부착명령을 선고하는 판사들이 K-SORAS 도구를 신뢰하지 않고 있다는 점을 보여준다.

그러나 판사들이 위의 세미나와 개별 심층면접에서 K-SORAS에 대해 지적한 문제점들¹¹⁾을 종합해보면, 법관의 K-SORAS에 대한 낮은 신뢰도는 K-SORAS 그 자체의 타당도보다는 보험수리적 위험평가도구의 구조와 그 결과값에 대한 잘못된 이해에서 비롯된 것이라고 할 수 있다. 예를 들어, 일부 판사는 K-SORAS 점수가 대부분 '중'에 분포되어 있다는 점을 K-SORAS를 신뢰할 수 없는 근거로 제시하고 있고, 일부 판사는 판결문에 K-SORAS의 결과가 '중'으로 분류된 사례의 구체적인 위험점수에 따라 '중상'과 '중하'로 나누어 '중상'인 경우 재범위험성이 더 높다고 판단하기도 한다. 그러나 K-SORAS는 고위험군을 분류하기 위한 목적으로 설계되었기 때문에 평가 결과가 '중'으로 나오는 경우가 많을 수밖에 없으며, 고위험군에 해당하는 임계치인 13점 이하의 값 내에서 차이는 의미가 없다.

어떠한 이유에서든 K-SORAS를 신뢰하지 못하는 경우 판사는 K-SORAS에 포함된 요인 이외에 자신이 성폭력범죄자의 재범위험성과 중요하다고 판단하는 요인들을 고려하여 부착 여부를 결정하게 된다. 특히 성폭력 분야에서 오래된 경력을 가진 법관들일수록 자신의 전

10) 검사의 청구전조사 요청 건수가 감소하였지만 적어도 부착명령 청구 건에 대해서는 청구전조사 결과를 함께 제시한다는 점을 고려해보면, 법원 인용률의 하락은 검사가 청구전조사에 근거하지 않는 청구건에 대해 인용하지 않았다고 보기 어렵다.

11) 성폭력전담 재판부 세미나에서 판사들이 지적한 K-SORAS의 문제점에 대해서는 김지선 외(2014)의 349쪽 참조.

문적 판단을 더 중요시하는 경향으로 나타난다. 그런데 이는 앞서 조사관의 전자장치 부착 처분 필요성에 대한 의견과 마찬가지로 이미 경험적 검증을 통해 만들어진 보험수리적 위험 평가도구의 점수를 판사의 임상적 판단에 따라 조정하는 방식으로 귀결되고, 이는 재범위험성의 예측정확도를 낮추는 요인으로 작용한다. 이와 같은 결과는 재범위험 예측정확도가 높은 표준화된 재범위험성 평가도구를 개발하고, 조사관의 전문성을 제고하는 것도 중요하지만, 이를 최종적으로 활용하여 부착처분을 선고하는 판사가 재범위험성 평가도구 및 그를 통해 산출된 결과값이 갖는 의미를 이해하고, 재범위험성 평가도구를 신뢰하는 것 또한 중요하다라는 점을 보여준다.

(2) 준수사항 결정

준수사항은 부착처분의 결정 시 내려지는 부가 처분이지만 이 역시 보안처분이며, 이때에는 재범위험성 여부보다는 대상자의 개별 재범위험 특성을 고려하여 부과하여야 재범억제 효과를 얻을 수 있고, 이행가능성도 높일 수 있다. 현행법에서 형 집행 종료 후 전자감독의 경우 피부착자에게 부과된 준수사항 위반은 벌금형 이상의 제재가 규정되어 있으므로 이행가능성에 대한 고려는 더욱 더 중요하다고 할 수 있다.

현행법에는 준수사항 부과 시 ‘재범위험성’에 대한 요건을 규정하고 있지 않지만, 조사관은 청구전조사 보고서에 피조사자의 재범위험성과 재범위험적 특성을 고려해 준수사항 부과 필요성이 있다고 판단되면, 특정 유형의 준수사항부과에 대한 의견을 제시하고 있다. 현행법에 준수사항 부과 시 재범위험성 요건이 없지만, 청구전조사 보고서에 이와 관련된 의견이 제시되어 있으므로 판사가 실무에서 재범위험성 요건을 고려하는가를 살펴보았다. 2011년 청구전조사 보고서에서 조사관이 전자장치 부착의견을 제시했던 청구대상자 중 44.7%에 대해 준수사항 부과 의견을 제시하였고, 이때 가장 많이 제시한 준수사항은 ‘특정 지역·장소에의 출입금지’였다. 그러나 2011년 청구전 조사를 받은 대상자에 대한 추적조사 결과 판사는 부착처분 결정을 내린 70%에 대해 준수사항을 부과하였고, 가장 많이 부과된 준수사항은 ‘성폭력치료프로그램 이수’(준수사항 피부과자의 61.9%)였다. 조사관의 준수사항 부과 여부 및 유형에 대한 의견과 판사의 결정 간에는 큰 차이를 보이고 있다.

한편, 준수사항 집행과정을 연구한 박형민 외(2018)의 조사에 참여하였던 전담 보호관찰관의 대다수는 현행 준수사항의 가장 큰 문제를 피부착자의 범행 특성이나 재범위험적 특성에 부합되지 않는 준수사항의 부과라고 평가하고 있다. 이러한 결과들은 법에 준수사항의 부과 시 재범위험성을 고려하도록 명문화하여야 할 필요성을 보여준다.

라) 전자장치 부착처분의 집행 계속 및 중단 결정에서 재범위험성이 고려되는가?

부착기간 연장과 준수사항의 추가, 변경 등은 대부분 피부착자의 신고 및 의무사항 위반에 대한 제재조치의 일환으로 결정된다. 피부착자의 신고 및 의무사항 위반에 대한 제재조치로 결정된 부착기간 연장과 준수사항 변경·추가 현황을 살펴보면([표 6] 참조), 제재조치로 인한 부착기간 연장은 거의 없고, 준수사항의 추가·변경은 최근 들어 급격히 증가하고 있다. 준수사항 삭제에 관한 통계는 공표되고 있지 않은데, 전담 보호관찰관들은 준수사항의 추가·변경에 비해 삭제는 거의 발생하지 않는다고 보고하고 있다.

[표 6] 신고 및 의무사항 위반으로 인한 부착기간 연장 및 준수사항 변경·추가 현황

단위 : 건

구분	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
실사건	145	581	702	1,584	2,191	2,510	2,733	2,922	3,148	3,121	3,202
부착기간 연장	0	1	0	0	0	0	1	4	1	3	2
준수사항 변경/추가	4	18	52	51	54	86	58	78	107	311	185

* 자료출처 : 법무부 전자감독과 내부자료(2021).

현행법에서 임시해제의 결정은 재범위험성 등을 고려하도록 하고 있다. [표 7]을 통해 임시해제 현황을 살펴보면, 임시해제 신청률이 전체 실사건의 5~6%에 불과하다. 법률상 임시해제는 개시일로부터 3개월이 경과한 시점부터 신청할 수 있고, 인용되지 않았을 때 3개월 이후 다시 신청할 수 있다는 점을 감안해보면, 신청률은 매우 저조하다고 할 수 있다. 한편, 임시해제 신청률은 범죄유형별로 격차가 매우 크다는 점도 알 수 있다. 2015년 살인범죄의 임시해제 신청률은 전체 실사건의 20.9%(122건)인데 비해, 성폭력범죄의 신청률은 2.9%로 살인범죄의 1/7에 불과하다. 2019년에는 1/5로 그 격차가 줄어들고 있기는 하지만, 이는 성폭력범죄의 임시해제 신청률 증가에 기인한 것이 아니라 살인범죄의 신청률 감소에 따른 결과이다. 성폭력범죄의 임시해제 신청률은 지난 5년간 2~3%대 수준에 머물러 있다.

임시해제 신청에 대한 인용률을 살펴보면, 지난 5년 평균 인용률은 60.1%로 10건을 신청한 경우 6건은 임시해제 결정이 나는 것으로 나타났다. 그러나 이 또한 범죄유형별로 격차가 커서 2015년 살인범죄는 신청자의 94.3%(115명)가 임시해제되었으나, 반면에 성폭력범죄는 신청자의 28.2%(22명)만 임시해제되었다.

[표 7] 임시해제의 신청 및 인용 현황

단위 : 명(%)

구분	범죄유형	2015	2016	2017	2018	2019
신청률	전체	6.2(223)	5.0(203)	6.7(292)	5.4(254)	4.6(211)
	성폭력	2.9(78)	3.3(95)	3.8(117)	3.2(106)	2.4(78)
	살인	20.9(122)	9.9(75)	15.6(144)	11.2(116)	11.0(107)
인용률	전체	72.2(161)	41.9(85)	57.2(167)	61.8(157)	67.3(142)
	성폭력	28.2(22)	4.2(4)	19.7(23)	35.8(38)	47.4(37)
	살인	94.3(115)	73.3(55)	85.4(123)	81.9(95)	79.4(85)

* 신청률 : 실시사건 중 임시해제 신청건수
 인용률 : 임시해제 신청건수 중 법원이 인용한 건수
 ** 자료출처 : 문희갑(2020), p. 재가공

대체로 부착기간이 짧은 가석방자가 대다수를 차지하는 살인범죄는 임시해제 신청률과 인용률이 높은 반면에, 부착기간이 길고 형기종료자가 대다수를 차지하는 성폭력범죄는 임시해제 신청률과 인용률이 모두 저조하다. 성폭력범죄의 경우 2019년 전체 실시사건 대비 임시해제 인용률이 1.1%(살인범죄는 8.8%)에 불과해 임시해제 결정이 재범위험성 결과에 근거해 운영하게 되어 있으나, 실제로는 날로 높아져 가는 일반인의 범죄에 대한 불안감과 이를 성폭력범죄자의 무력화배제를 통해 해소하려는 요구를 의식해 성폭력범죄를 거의 배제해 놓은 상태로 운영되고 있다고 해도 지나치지 않을 정도이다.

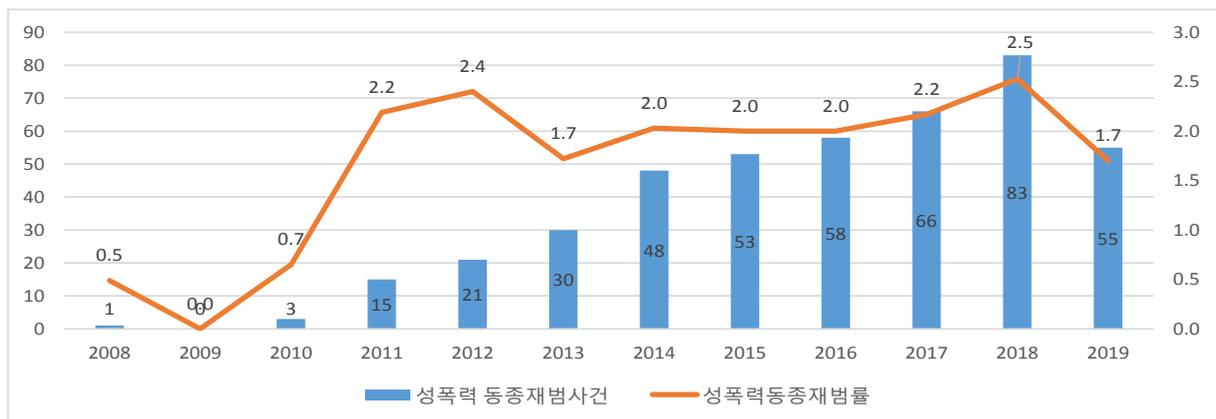
III. 전자장치 부착처분의 재범억제효과

보안처분인 전자장치 부착처분은 형 집행 종료 이후 재범위험성이 높은 범죄자의 재범을 억제해 사회를 방위하기 위한 목적으로 도입된 제재수단이기 때문에 실제로 재범을 억제하는 효과가 있는가는 제도의 정당성과 존속 여부를 판단하기 위해 매우 중요한 쟁점이다. 가장 이상적으로 효과성을 측정하는 방법은 출소가 임박한 범죄자 중 재범위험성이 유사한(재범에 영향을 미치는 요인들에 있어 비슷한 수준을 보이는) 사람들을 선발하여 두 집단으로 나누는 후, 한 집단에는 일정기간 전자장치 부착명령을 부과하고(실험집단), 나머지 다른 집단에는 전자장치 부착명령을 부과하지 않은(통제집단) 후 집행기간이 끝나고 짧게는 3년, 길게는 5년~10년의 시간이 경과했을 때 재범여부를 확인하여 두 집단 간의 재범률이 통계적으로 유의미한 차이가 있는지를 확인하는 것이다.

그러나 형사사법 분야에서 제재는 법관의 판단에 의해서 부과되며, 실령 실험적인 방법을 활용할 수 있는 상황이 주어진다고 해도 부과된 제재수단의 인권침해적인 성격 때문에 연구 윤리의 문제가 제기되므로 위와 같은 원칙적인 방법론을 적용하여 효과성을 평가하기는 어렵다. 더욱이 우리나라는 형사사법 분야에서 수집된 자료를 연구자와 일반인에게 투명하게 공개하지 않을뿐더러 최근까지 형 집행 종료 한 사람에 대한 수사 및 범죄경력조회가 불가능하다는 제약조건도 있었다.¹²⁾

이러한 제약조건 하에서 그간 전자장치 부착처분의 효과성을 제시하는 연구들은 크게 3가지 유형으로 나누어 볼 수 있다. 첫 번째 유형은 전자장치 부착기간 중 재범률을 전자감독 도입 전 성폭력범죄자의 재범률과 비교하는 것이다. 법무부는 위와 같은 방식을 활용하여 전자감독 제도의 효과성을 제시하며, 아직도 전자감독제도의 성과를 보여주는 지표로서 널리 활용되고 있다(김혜정, 2015; 박성수, 2017; 문희갑, 2020 등). 이러한 방식을 활용해 전자감독의 재범 억제효과를 보여준 가장 최근 논문(문희갑, 2020:92)에서는 전자감독 도입 전 5년(2003년~2007년) 성폭력범죄자의 평균 동종재범률과 전자감독 시행이후 최근 5년(2015년~2019년) 평균 재범률을 비교하면서, 성폭력범죄자의 재범률이 1/7 수준으로 낮아졌다고 제시하고 있다. 그러나 두 집단의 재범을 측정하는 방식(후향적 방식 vs 전향적 방식)과 기준(본 건 이전 범죄로 유죄확정된 경우 vs 검사의 종국처분 시 구공판 벌금형 이상의 처분을 받은 경우)이 완전히 달라 비교자체가 어렵고, 비교가 가능하더라도 두 집단 간의 재범률 차이가 전자감독제도의 효과라고 추정하기에는 너무 많은 요소들이 개입되어 있다. 즉 내적 타당도를 유지하기 어렵다.

두 번째 유형은 비교집단 없이 전자장치 부착기간 중 재범률과 재범시기를 검토하는 것이다. [그림 1]은 이와 같은 방식으로 집계한 성폭력범죄자의 재범률을 연도별로 제시한 것이다.



[그림 1] 형 집행 종료 후 전자장치 부착처분 대상자의 재범률

12) 2017년 12월 전자장치부착법 개정으로 부착명령의 효과를 평가하기 위해 필요한 경우 그 집행이 종료된 때 5년 동안 관련기관에 범죄경력자료와 수사경력자료 조회를 요청할 수 있게 되었다.

이러한 자료를 통해서는 제도 도입 이후 전자감독 대상자의 연도별 재범률 추이를 파악할 수 있으며, 전자장치 부착 이후 어느 시기에 재범이 집중되는지를 분석하여 지도·감독계획을 수립할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 비교집단이 없어서 전자감독 자체의 인과적 효과는 판단하기 어려우며, 전자장치 부착기간 중 재범률이기 때문에 전자감독이 부착기간 종료 이후의 재범억제에도 계속 효과적이지에 대해서는 판단하기 어렵다. 다만 전자감독 대상자들이 고위험범죄자라는 점을 고려해볼 때 일반 보호관찰을 받는 성폭력범죄자의 보호관찰기간 중 재범률에 비교해 더 낮다는 점은 적어도 전자장치 부착기간 중에는 일정정도의 재범억제 효과가 있음을 추정할 수 있을 뿐이다.

세 번째 유형은 가장 최근의 연구로 유사 실험방법을 적용하여 전자감독제도의 인과적 효과를 분석하는 것이다(조윤오, 2016; 김병배, 2020). 좀 더 자세히 설명하면, 이러한 연구는 법무부에서 신상정보 등록대상자의 등록정보를 관리하기 위한 목적으로 만든 신상정보등록시스템의 자료를 활용한다. 이 시스템에 등록된 징역형을 종료하고 출소한 성폭력범죄자를 전자장치 부착명령을 받은 집단과 그렇지 않은 집단으로 나눈 다음 경향성점수(propensity score methods)를 활용하여 두 집단의 재범위험성의 차이를 동등화한 후 일정 기간이 흐른 뒤 재범 여부를 추적하여 그 효과를 검증하는 방식이다.

유사실험설계에 근거한 재범억제효과 검증방식은 선별오류(selection bias)를 어느 정도 해결함으로써 형사사법 분야의 효과성 검증 방법으로 가장 이상적인 방식이라고 할 수 있다. 이 중 가장 최근에 발표된 김병배(2020)의 연구결과를 살펴보면, 전자감독이 성폭력범죄자의 재범위험을 43% 감소시키는 것으로 나타났으나, 전자감독은 전자장치 부착기간 중에만 유의미한 재범억제 효과가 있는 것으로 나타났다.

다만, 이 연구는 2011년부터 2016년 12월 사이에 출소한 성범죄자 5,970명을 대상으로 이들에 대한 재범정보는 2018년 12월까지 추적하여 전자장치 부착 종료 후 재범을 파악할 수 있을 만큼 재범부화기간이 적절히 설정되지 않았다는 한계가 있으므로, 전자장치 부착 종료 이후 재범억제 효과에 대해서는 후속 연구가 이루어질 필요가 있다.

한편, 전자장치 부착기간 중 재범억제 효과를 진정한 효과로 볼 것인가에 대해서는 관점에 따라 차이가 있을 것이다. 먼저 현재 전자감독이 전자장치를 통한 기계적 감시이외에 전담 보호관찰관의 밀착감독과 다수의 준수사항 부과와 연계되어 있기 때문에 기계적 감시의 효과를 독립적으로 분리해서 볼 수 없다는 문제제기가 가능하다. 또한, 보안처분의 목적을 ‘보안’뿐만 아니라 피처분자의 ‘개선’이 동반되어야 한다고 보는 입장에서는 전자장치를 통한 기계적 감시가 개선을 이끌어낼 수 없다는 점을 보여주는 증거이며, 이를 전자장치 부착

처분의 정당화를 위협하는 근거라고 해석할 수 있다.

IV. 전자장치 부착처분의 구체적 내용과 비례성 원칙

1. 전자장치 부착처분의 구체적인 집행 내용 및 문제점

1) 실시간 GPS 위치추적방식의 감시

우리나라에서 채택하고 있는 전자감시 방식은 ‘계속적 GPS 추적 방식(active GPS Tracking)’이다. 이는 대상자의 발목 또는 팔목에 부착한 부착장치 및 재택감독장치와 인공위성, 이동통신 기지국(CDMA, WCDMA, Wi-Fi) 등 고도의 통신시설을 이용하여 대상자의 위치와 개별 장치의 상태를 실시간으로 확인하는 방식이다(김지선 외, 2013:114). 무선주파수(Radio Frequency) 방식이 기술상의 한계로 재택구금에 활용되는 데 반해, 계속적 GPS 추적 방식은 대상자가 재택감독장치와 떨어져서 어디에 있는지 실시간 위치 확인이 가능하므로 대상자가 자유롭게 활동할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 관리자가 거의 실시간으로 위치 및 이동 경로, 개별 전자장치 상태, 준수사항 이행 여부 등을 확인할 수 있고, 모든 정보가 전자기록으로 남기 때문에, 실제로 대상자가 해당 지역이나 장소에서 무엇을 하는지 알 수 없지만, 대상자는 보이지 않는 눈에 의해서 24시간 자신의 행동을 감시당하고 있다¹³⁾는 심리적 압박감을 매우 강하게 받는다.

외국에서는 전자감독이 적용되는 처분단계, 대상자의 재범위험성, 처분 이후 재범위험성의 변화 등을 고려하여 다양한 방식의 전자감독 방법을 활용한다. 실시간 감시가 피부착자의 사생활과 인권을 침해하는 정도가 강하기 때문에 재범위험성이 상대적으로 낮은 경우에는 단속적 방식을, 재범위험성이 상대적으로 높은 경우에는 계속적 방식을 채택한다. 한편, 처음에는 계속적 GPS방식을 적용했다가 이후 준수사항 등의 이행정도가 양호하고 주기적인 재범위험성 평가결과 재범위험성이 낮아진 것으로 판단되는 경우 단속적 GPS방식으로 전환하는 방식도 가능하다. 즉 재범위험성의 정도와 변화에 따라 적용할 수 있는 대안들이 있다는 의미이다. 대상자에게 전자장치 부착처분의 필요성이 인정되더라도 개별 범죄자마

13) 전자장치 부착 성폭력범죄자를 대상으로 한 설문조사에서 대상자들 10명 중 6명은 “보호관찰소에서 자신이 어떤 행동을 하는지도 파악하고 있다”고 생각하는 것으로 나타났다.(김지선 외, 2013:535)

다 재범위험성의 정도와 재범위험적 요소는 다를 수 있으므로 그에 적합한 전자감시 기술을 활용하고, 부착 이후 재범위험성의 변화를 고려하여 감시를 강화 혹은 완화시키는 방식으로 운영될 필요가 있다.

2) 장기화된 부착기간

2007년 4월 법 제정 시(시행일 2008. 10. 28.) 전자장치 부착기간은 5년이였다. 그러나 제정된 법이 시행도 되기 전인 2008년 6월 개정을 통해서 10년으로 상향되었다. 그리고 2010년 4월에는 법정형에 연동되도록 하여 부착기간을 최저 1년에서 최대 30년(경합범죄 시 45년)까지 다양화하였지만, [표 8]의 형 집행 종료 후 전자장치 피부착자의 평균 부착기간에서 알 수 있듯이 이러한 변화는 부착기간을 상향하는 효과를 가져왔다. 평균 부착기간이 2008년 4.3년에서 2010년에는 6.2년으로 증가하였고, 2011년 이후부터는 9년~10년으로 늘어났다. 구간별로는 2009년~2010년에는 5년 미만이 가장 높은 비율을 차지하였으나, 2010년과 2011년에는 10년 미만이 가장 높은 비율을 차지하고 있고, 2012년 이후에는 2018년을 제외하고 20년 미만이 가장 높은 비율을 차지하고 있다.

[표 8] 형 집행 종료 후 전자장치 피부착자의 부착기간

단위 : 명(%)

연도	부착기간						계	평균 부착기간
	1년	5년 미만	10년 미만	20년 미만	30년 미만	30년		
2008	0(0.0)	4(50.0)	4(50.0)	0(0.0)	0(0.0)	0(0.0)	8(100.0)	4.3
2009	3(6.1)	28(57.1)	14(28.6)	4(8.2)	0(0.0)	0(0.0)	49(100.0)	4.0
2010	0(0.0)	29(20.4)	88(62.0)	21(14.8)	4(2.8)	0(0.0)	142(100.0)	6.2
2011	0(0.0)	22(7.1)	129(41.3)	119(38.1)	40(12.8)	2(0.6)	312(100.0)	9.3
2012	1(0.2)	24(5.3)	133(29.4)	265(58.5)	29(6.4)	1(0.2)	453(100.0)	9.4
2013	0(0.0)	32(5.9)	141(25.9)	299(55.0)	67(12.3)	5(0.9)	544(100.0)	10.2
2014	2(0.4)	52(9.6)	150(27.8)	257(47.7)	70(13.0)	8(1.5)	539(100.0)	9.9
2015	1(0.2)	77(14.1)	144(26.3)	244(44.6)	78(14.3)	3(0.5)	547(100.0)	9.6
2016	1(0.3)	75(22.9)	71(21.7)	145(44.3)	33(10.1)	2(0.6)	327(100.0)	8.6
2017	0(0.0)	50(20.8)	63(26.3)	88(36.7)	36(15.0)	3(1.3)	240(100.0)	9.2
2018	0(0.0)	44(17.6)	84(33.6)	82(32.8)	39(15.6)	1(0.4)	250(100.0)	9.2
2019	1(0.4)	34(13.1)	71(27.4)	107(41.3)	45(17.4)	1(0.4)	259(100.0)	10.0
계	9(0.2)	471(12.8)	1,092(29.8)	1,631(44.4)	441(12.0)	26(0.7)	3,670(100.0)	9.3

* 자료출처 : 법무부 신상정보등록시스템 자료 재분석

3차례에 걸친 부착기간 상향은 기존의 부착기간이 짧아 대상자의 재범억제에 부족하다는 실증적 근거에서 나온 것이 아니다. 전자장치 부착명령을 집행하는 법무부 측의 부착기간 상향에 대한 요구가 있었던 것이 아니며,¹⁴⁾ 부착기간을 상향하는 첫 번째 법 개정은 시행 이전에, 두 번째 법 개정은 시행 후 1년 6개월 정도 지난 시점에 이루어져 시행 첫해에 부착명령을 받은 피부착자의 부착기간이 종료되지도 않은 시점이어서 실증적인 평가를 할 수도 없었다. 법 개정 당시 심사보고서와 회의록은 부착기간 장기화가 필요한 사유로 당시 성폭력사건에 의한 국민의 불안감 확산을 제시하고 있다(문희갑, 2020:87).

성폭력범죄자에 대한 대규모의 장기간 재범추적연구가 활발하게 수행되고 있는 미국의 최근 연구 결과에 따르면(Hanson, Harris, Helmus, & Sornton, 2014), 성폭력범죄자의 재범위험은 출소 후 처음 몇 년 동안(5년 이내)이 가장 높으며, 시간이 지남에 따라 지속해서 감소한다고 한다. 그리고 출소 16.5년 이후에는 고위험범죄자가 비성범죄자보다 재범을 저지를 가능성이 크지 않다고 한다. 이러한 재범추적연구결과는 재범예방 목적을 위해 20년, 30년 장기간에 걸친 전자장치 부착이 불필요하다는 점을 보여준다.

3) 준수사항의 강화 경향

판사는 형 집행 종료 후 전자장치 부착명령을 선고할 때, 부착기간의 범위 내에서 준수기간을 정하여 하나 이상의 준수사항을 부과할 수 있다. 지난 10여 년에 걸쳐 피부착자에게 부과할 수 있는 준수사항은 다양해졌고, 일정 요건 아래에서 반드시 부과하도록 강화되기도 하였다.

준수사항 부과 규정은 2007년 4월 법 제정 시 없었으나, 시행 전인 2008년 6월 1차 개정(제9조의2 신설)을 통해 도입되었다. 당시 준수사항 유형은 ‘야간 등 외출제한’, ‘특정지역 장소에의 출입금지’, ‘피해자 등 특정인의 접근금지’, ‘특정치료프로그램의 이수’, ‘그 밖의 부착명령을 선고받은 사람의 성행교정을 위해 필요한 사항’이었으나, 2010년 ‘주거지역의 제한’¹⁵⁾이 추가되었고, 마지막으로 2019년에는 ‘마약 등 중독성이 있는 물질의 사용금지’가 추가되었다. 그리고 19세 미만 미성년자를 대상으로 한 피부착자에게는 ‘야간·청소년의 통학시간 등 특정 시간대의 외출제한’과 ‘피해자 등 특정인에의 접근금지’를 반드시 부과하

14) 전자장치 부착명령을 집행하는 법무부는 전자장치 부착기간이 장기화됨에 따라 매년 실시인원이 누적되어 업무량이 증가하고 있고, 대상자의 심리적 해이와 불만 누적 등으로 대상자 지도·감독에 어려움을 겪으면서 전자장치 부착기간의 적정화 방안에 관한 용역과제(“전자감독 제도의 장기발전전략 수립을 위한 부착장치 대상범죄 및 부착기간 적정화 방안 연구”)를 발주하기도 하였다.

15) ‘주거지역의 제한’이란 보호관찰소에 신고한 주거지에만 거주하라는 명령이며, 이를 준수사항으로 부과받은 경우 여행 등의 이유로 주거지에 귀가하지 않을 사유가 발생하였을 때 사전에 전담 보호관찰관에게 통보해줘야 한다.

도록 하였다. 이에 따라 2019년 4월 이후부터 모든 19세 미만 미성년자를 대상으로 한 피부착자에게는 적어도 2개 이상의 준수사항이 부과된다.

[표 9] 준수사항 관련 규정의 변화

2008년 6월	2010년 4월	2019년 4월	전자적 감시 가능 여부
야간등 특정시간대의 외출제한	야간등 특정시간대의 외출제한	야간, 아동·청소년의 통학시간 등 특정 시간대의 외출제한*	○
특정지역 장소에의 출입금지	특정지역 장소에의 출입금지	어린이 보호구역 등 특정지역·장소에의 출입금지 및 접근금지	○
-	주거지역의 제한	주거지역의 제한	○
피해자 등 특정인에의 접근금지	피해자 등 특정인에의 접근금지	피해자 등 특정인에의 접근금지*	○
특정범죄치료프로그램의 이수	특정범죄치료프로그램의 이수	특정범죄 치료 프로그램의 이수	
-	-	마약 등 중독성 있는 물질의 사용 금지	
그밖의 부착명령을 선고받은 사람의 성행교정을 위해 필요한 사항	그밖의 부착명령을 선고받은 사람의 성행교정을 위해 필요한 사항	그 밖에 부착명령을 선고받은 사람의 재범방지와 성행교정을 위하여 필요한 사항	

*의 준수사항은 19세 미만 미성년자를 대상으로 한 성폭력범죄자의 경우 반드시 부과

[표 10]의 연도별 준수사항 부과현황을 살펴보면, 2012년까지는 부착장치 개시자에 비해 준수사항 부과수가 훨씬 적었으나 2013년은 거의 비슷해졌고, 2014년 이후로는 개시자에 비해 준수사항 부과수가 더 많다. 이는 2014년 이후부터는 더 많은 피부착자에게 2개 이상의 준수사항이 부과되고 있음을 의미한다.

[표 10] 형 집행 종료 후 전자장치 피부착자에 대한 준수사항 부과현황

단위 : 명

연도	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
개시자	347	465	766	526	1,136	950	836	1,133	1,154	760	830	2,383
준수사항 총계	3	338	566	316	1,114	964	1,127	1,488	1,466	1,468	1,247	2,369

* 자료출처 : 법무부 전자감독과 내부자료.

준수사항 유형별 분포와 중복부과의 현황을 살펴본 결과는 [표 11]과 같다. 2019년 아동·청소년 대상 성범죄자 전자장치 부착명령을 받은 성범죄자 중 준수사항을 하나도 부과받지 않은 성범죄자는 7.2%에 불과하고, 92.8%가 준수사항을 부과받았고, 특히, 88.3%는 2개

이상의 준수사항을 부과받은 것으로 나타났다. 2019년 기준 대다수 피부착자에게 2개 이상의 준수사항이 부과된 것으로 나타났지만, 2019년 법 개정으로 2020년 이후에는 아동청소년대상 성범죄자로 전자장치 부착명령을 받은 경우 필수적으로 ‘야간, 아동·청소년 통학 시간 등 특정시간대의 외출제한’과 ‘피해자 등 특정인에의 접근금지’가 필수적으로 부과되므로 모든 피부착자가 2개 이상의 준수사항을 부과받게 된다.

[표 11] 전자장치 부착명령을 받은 아동청소년 대상 성범죄자의 준수사항 중복부과 현황

단위 : 명(%)

준수사항 부과개수	없음	1개	2개	3개	4개	5개	계
빈도(%)	8(7.2)	5(4.5)	37(33.3)	26(23.4)	32(28.8)	3(2.7)	111(100.0)

* 자료출처 : 2019년 아동청소년대상 성범죄로 등록처분을 받은 성범죄자 판결문 자료 재분석

한편, 제9조의2의 준수사항 중 ‘성폭력 치료프로그램 이수’만 500시간 내에 부과하도록 특정되어 있고, 나머지 준수사항은 부착기간의 범위 내에서 부과할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 판사가 특정기간을 정하는 경우는 예외적이며, 거의 대다수는 부착기간과 준수사항의 기간이 같다고 한다(법무부 전자감독과 직원 면담 결과).

[표 9]의 전자장치 피부착자에게 부과될 수 있는 준수사항 목록에서 확인할 수 있듯이 개선의 목적을 갖는 ‘성폭력 치료프로그램 이수’¹⁶⁾를 제외하고 대부분 준수사항은 ‘보안’의 목적을 갖고 있다는 점에서 전자장치 부착 그 자체의 목적과 차별성을 갖고 있지 않다. 전자장치 부착과 준수사항의 차이는 피부착자 행동과 자유의 통제 여부라고 할 수 있다. 전자장치 부착으로 인해 자신의 위치와 이동경로가 추적될 뿐 행동과 자유를 통제받지는 않는다. 대법원과 헌법재판소도 전자장치 부착명령이 자유를 박탈하거나 피부착자의 행동 자체를 통제하기 위한 자유박탈적인 성격의 부수처분이 아니라고 판단하였다(대법원 2009. 9. 10. 선고, 2009도 6061, 2009전도13 판결과 현재 2012. 12.27. 선고, 2010헌가82, 2011헌바393(병합) 결정). 그러나 전자장치 피부착자에게 부과되는 준수사항은 피부착자가 집 밖의 외부에서 행동할 수 있는 시간(야간 외출제한), 머무를 수 있는 혹은 이동할 수 있는 장소(특정지역 및 장소에의 출입금지와 피해자 등 접근금지), 숙박할 수 있는 곳(주거지역 제한)을 제한하고 있다는 점에서 전자장치를 통한 감시 그 자체에 비해 자유박탈적인 성격을 강하게 갖고 있다.

16) 준수사항 중 피부착자의 불만의 높은 유형 중의 하나가 ‘성폭력 치료프로그램 이수’였다(박형민 외, 2018 참조). 이는 아동청소년 대상 성범죄는 2005년, 성인 대상 성범죄는 2010년부터 성범죄를 범한 자에 대하여 유죄판결을 선고하거나 약식명령을 고지하는 경우에는 500시간의 범위에서 재범예방에 필요한 수강명령 또는 성폭력 치료프로그램의 이수명령을 병과하여야 하도록 하는 제도가 시행되어 모든 형 집행 종료 후 성범죄자가 이미 교도소에서 장시간의 성폭력 치료프로그램을 이수하였으나, 대부분 준수사항으로 ‘성폭력 치료프로그램 이수’를 부과받아 다시 비슷한 내용의 성폭력 치료프로그램을 수강해야 하기 때문이었다. 그러나 2020년 2월 관련법 개정으로 「전자장치 부착 등에 관한 법률」 제9조의2 제1항 제4호에 따른 성폭력 치료 프로그램의 이수명령을 부과받은 경우에는 병과하지 않는다.

이 중에서 야간 외출제한명령은 성범죄가 많이 발생할 수 있는 심야시간대에 외출을 제한함으로써 물리적으로 범죄를 저지를 기회나 상황을 막을 수 있다는 점에서 전담 보호관찰관 대부분이 명령의 필요성과 효과성을 공감하고 있지만,¹⁷⁾ 이는 야간시간대에 단순히 피부착자의 외출을 제한하는 것을 넘어서 가족과의 유대 형성(예 : 1박 이상의 여행이나 가족 내 대소사 참여), 생업 활동이나 직업 선택(화물차운전자, 자동차보험 긴급 출동기사, 일용직 노동자 등 야간이나 새벽에 활동해야 하는 직업) 등에 미치는 부정적인 영향이 가장 큰 준수사항이라고 할 수 있다. 이러한 점을 감안하여 전자장치부착법 시행지침에 따라 전담 보호관찰관이 치료, 생업 등의 사유로 준수사항을 일시적으로 정지해야 할 필요가 있다고 판단하는 때 일시적으로 감독 정지를 허가하는 ‘준수사항의 일시 감독정지’제도¹⁸⁾를 운영하고 있다(박형민 외, 2018:134). 대상자의 특성 등에 부합하지 않는 준수사항 부과에 대해서 보호관찰소장의 신청과 검사의 청구를 통해 법원에서 변경, 추가, 삭제가 법적으로는 가능하지만, 전담 보호관찰관을 대상으로 한 심층면접 조사결과에 따르면, 준수사항의 추가는 비교적 쉽지만, 변경이나 삭제는 현실적으로 어려워 ‘준수사항의 일시 감독정지’제도를 활용하고 있다고 한다(박형민 외, 2018:)

전자장치 피부착자에게 부과되는 제9조2의 준수사항은 일반 보호관찰 대상자에게 부과되는 보호관찰법 제32조의 3항의 준수사항의 내용과 거의 비슷하다. 그러나 [표 9]에서 제시한 바와 같이 전자장치 피부착자에게 부과되는 준수사항은 대부분 전자장치와 연계되어 있어 피부착자가 준수사항을 위반했거나 위반가능성이 높을 때 피부착자의 전자장치뿐만 아니라 관제센터에 ‘경보’가 울리고, 위반상황이 지속될 때 전담 보호관찰관이 현장으로 출동하며, 정당한 사유 없이 위반했을 때는 벌금형 이상의 제재를 받기 때문에 준수사항이 주는 심리적·실질적 자유제한적 효과는 훨씬 더 크다는 점에서 큰 차이가 있다.¹⁹⁾

한편, ‘특정지역·장소에의 출입금지’, ‘피해자 등 특정한 접근금지’, ‘거주지 제한’과 같은 준수사항은 집행시 이행가능성을 고려하지 않고 부과되어 실효성이 떨어지는 문제도 있다(김지선 외, 2013; 박형민 외, 2018). ‘특정지역·장소에의 출입금지’는 영유아 시설이나 청소년이 활동하는 지역·장소에 대해 출입 및 접근을 금지하는 명령이다. 관제센터에서는 출입금지시설로부터 반경 50m는 출입금지위반지역, 출입금지위반지역으로부터 50m는 버퍼

17) 이러한 효과성에 대한 인식 때문에 법원으로부터 ‘야간외출제한명령’을 부과받지 않은 대상자의 경우에도 야간지도라는 이름으로 대상자의 귀가시간을 관리하고 있으나, 인권침해의 소지가 많다.

18) 시행지침 제46조(준수사항의 일시 감독정지) 전담 보호관찰관은 치료, 생업 등 피부착자의 건전한 사회복귀를 지원하기 위하여 준수사항을 일시적으로 정지하여야 할 필요가 있다고 판단되는 때에는 피부착로부터 준수사항 일시 감독정지 신청서를 제출받아 준수사항의 일시 감독정지를 허가할 수 있다.

19) 이처럼 준수사항의 위반 여부를 경보시스템을 통해 파악하는 것이 가능하므로 일반 보호관찰에 비해 전자감독이 대상자에 대한 밀착감독이 가능한 수단으로 활용되기도 하지만, 일반 보호관찰대상자에 비해 전자감독대상자의 준수사항위반건수가 더 많고, 이로 인해 제재를 받을 가능성을 더 높이기도 한다.

존으로 설정해 놓고, ‘특정지역·장소에의 출입금지’ 준수사항을 부과받은 피부착자가 출입금지위반지역이나 버퍼존에 접근하면 경보²⁰⁾가 울리도록 하여 피부착자의 준수사항 위반 여부를 관리한다. 그런데 대부분의 피부착자가 도심지역에 살고 있고, 도심지역은 건물들이 밀집되어 있을 뿐 아니라 아동청소년 보호시설의 수도 많아 피부착자가 출입금지위반지역과 버퍼존에 접근하거나 경유하지 않고는 일상적 활동이 불가능하다. 이러한 이유로 출입금지위반이 전체 경보 발생건수에서 차지하는 비중이 가장 높다.²¹⁾

2011년 법무부의 [경보분석 보고서]에 따르면, 접근 및 출입금지위반 경보는 주거지나 직장을 제외한 피부착자가 정상적인 생활을 위한 일상적인 생활영역에 진입했을 때 발생한 경우가 65.4%, 주거지 및 생업 지역에 진입했을 때 발생한 경우가 34.6%인 것으로 나타났다(김지선 외, 2013:427). 이러한 경보는 피부착자의 의도적인 준수사항 위반이나 재범의도와 관계가 있는 것이 아닌 반면에, 피부착자의 일상생활에 대한 제약이 크고, 발생한 경보처리로 인한 행정력의 낭비라는 문제를 낳고 있다. 이처럼 개별 준수사항이 대상자의 자유를 제한하고 사생활을 침해하는 성격이 강하기 때문에 꼭 필요한 경우에 피부착자의 개별특성 및 재범위험 특성과 이행가능성을 고려하여 부과되어야 한다.

살펴본 바와 같이 준수사항이 피부착자의 자유를 제한하는 침해적 성격이 크지만, 재범억제 효과는 크지 않은 것으로 알려져 있다. 경향성점수 매칭법을 활용하여 야간 외출제한명령을 받은 대상자와 그렇지 않은 대상자의 기존 재범위험 특성에 있어서의 차이를 조정 한 후 야간 외출제한명령이 피부착자의 전체 재범 및 야간시간대 재범억제에 미치는 효과를 분석한 결과에 따르면(박형민 외, 2018:112-116), 야간 외출제한명령은 피부착자의 재범과 야간시간대 재범위험에 영향을 미치지 않는 것으로 나타났다.

4) 전담 보호관찰관의 집중·밀착 감독

법 제정 당시에는 형 집행 종료 후 전자장치 부착명령에 대해 보호관찰을 부과할 수 있는 근거규정이 없었으나, 2010년 4월 2차 개정 시 제9조 제3항에 “부착명령을 선고받은 사람이 부착기간 동안 「보호관찰 등에 관한 법률」에 따른 보호관찰을 받는다”라는 내용이 신설되었다. 이에 따라 피부착자는 전자장치에 의한 기계적 감시 이외에 보호관찰관의 지도·감독과 원호의 대상이 되었다. 보호관찰관의 지도·감독의 전통적인 형태는 대면상담이다. 전자장치 피

20) 피부착자가 출입금지위반지역에 접근하면 ‘위험경보’가, 버퍼존에 접근하면 ‘주의경보’가 울리며, 경보등급에 따라 관제센터와 전담 보호관찰관은 다른 방식으로 대처한다(김지선 외, 2013)

21) 법무부 범죄예방정책국 전자감독과 내부자료에 따르면, 2020년 경보 발생건수는 총 23,302건이며, 이 중 출입금지위반으로 인한 경보가 전체 경보의 29.3%를 차지하여 가장 높았다.

부착자의 경우에는 집중보호관찰대상자로 분류되기 때문에 월 3-4회 대면상담이 원칙이다.

대면상담은 대상자와의 긴밀한 접촉을 통해 행동 및 환경 등을 관찰하는 것이 주된 목적이지만, 전자장치 피부착자에 대한 보호관찰관의 대면상담은 대상자와의 긍정적인 관계 형성을 통한 사회적 지지라는 측면이 더 부각되고 있다. 피부착자에 대한 심층면접 및 설문조사 결과는 피부착자가 전담 보호관찰관으로부터 사회적 지지를 받고 있다는 점을 일관되게 보고하고 있다(강호성, 2012; 김지선 외, 2013; 윤현봉, 2019; 박미랑, 2020).

2020년 12월 조두순 출소를 앞두고 아동청소년 성범죄자에 대한 보다 강력한 처벌 요구에 대한 반응으로 일명, ‘조두순 3법’이 만들어졌고, 그중 하나가 2019년 4월 16일부터 시행된 1:1 전자감독이다. 이는 ① 19세 미만 미성년자를 대상으로 성폭력범죄를 범한 피부착자 중 ② 재범위험성이 현저히 높은 사람에 대해 최소 6개월 동안 피부착자 1명만 전담하는 보호관찰관을 지정하도록 하는 제도로, 보호관찰소장의 신청으로 법무부의 1:1 전자감독 심의위원회에서 지정²²⁾ 여부를 결정하며, 개선상황을 고려하여 재심사를 통한 해제가 가능하다. 2021년 4월 현재까지 41명이 지정되었고, 현재 31명이 1:1 전자감독을 받고 있다(법무부 전자감독과 내부자료).

1:1 전자감독 대상자에 대한 심층면접 및 설문조사를 실시한 최근의 연구결과에 따르면, 대상자 대다수가 1:1 전자감독을 처벌이라고 인식하고 있지 않으며, 생활 정착 등 여러 가지 측면에서 전담 보호관찰관에게 많은 것들을 의지하고, 사회로부터 느끼는 고립감과 소외감을 전담 보호관찰관과의 대화를 통해 해소하고 있는 것으로 나타났다(박미랑 외, 2020). 이러한 결과를 바탕으로 박미랑(2020)은 1:1 전자감독이라는 제도의 명칭을 1:1 보호관찰로 변경하는 것이 적절하며, 이를 봉쇄이론(containment theory)에 근거해 더 체계적으로 실시하기 위해서 법무부가 중심이 된 부처 간 협력 네트워크를 구축할 것을 제안하고 있다.

그러나 이러한 결과는 조두순 출소 후 1:1 전자감독에 대한 일반인의 관심으로 인해 제도의 성공을 위해 보호관찰조직의 과도한 노력과 에너지가 투입된 초기의 시행과정에서 나온 조사결과이기 때문에 선부르게 일반화할 수 없으며, 1:1 전자감독의 주된 집행 방법이 개별 심리치료와 사회복귀 지원과 같은 ‘원호’이외에도 피부착자의 주 1회 생활계획 보고, 1일 1회 이상 대상자의 행동관찰²³⁾과 대면면담, 범죄징후분석, 집중관제 등을 포함하고 있어 인권침해의 가능성이 높으므로 제한적으로 활용되어야 할 것이다.

22) 지정요건은 19세 미만을 대상으로 성폭력범죄를 범한 자로서 성폭력 범죄횟수(본건 포함)가 3회 이상인 자 중 1) 알코올 중독, 정신질환 의심자, 치료전력자, 치료중인 자와 위치추적기간 중 재범 후 출소한 자 또는 출소예정자이다. 또한 위의 지정요건에 해당하지 않더라도 범죄내용, 생활환경, 지도감독 순응도 등 대상자의 개별특성을 고려할 때 동종재범의 위험성이 높다고 판단될 때는 성폭력범죄경력과 상관 없이 1:1 전자감독대상자로 지정하는 것이 가능하다(시행지침 제32조).

23) 매일 불시에 대상자가 위치하는 현재지에 대한 출장을 통해 접촉 또는 비접촉 방식으로 행동을 관찰하는 방식이다.

2. 전자장치 부착명령이 대상자에게 미치는 부수적 부정적 효과

전자장치 부착명령은 범죄기회이론과 억제이론에 기초해 있다. 전자장치를 통한 실시간 감시는 피부착자로 하여금 범죄를 저질렀을 때 적발될 가능성이 높고, 신속하게 처벌받을 것이라는 인식을 심어줌으로써 재범을 억제할 수 있고(억제이론), 다른 한편으로는 야간 외출제한, 특정지역·장소에의 출입금지, 피해자접근금지 등의 준수사항을 부과하고, 이의 준수 여부를 전자적으로 감시하여 피부착자를 범죄기회로부터 원천적으로 차단하기 때문에 재범을 억제할 수 있다고 가정한다(범죄기회이론).

그러나 이것이 피부착자에게 과도한 심리적 스트레스를 야기하고, 출소 이후 사회복귀를 위한 노력에 장애요인으로 작용할 수 있다. 전자장치 부착이 대상자에게 미치는 영향을 조사한 김지선 외(2013)의 연구를 살펴보면, 전자장치가 위치뿐만 아니라 행동까지도 파악하고 있을 것 같다는 생각, 전자발찌 부착으로 인한 수치심, 주변에 전자발찌 부착했다는 사실이 알려질지도 모른다는 두려움, 여러 가지 준수사항으로 인한 제한 등으로 인해 대부분 시간을 집에서 보내는 것으로 나타났다.²⁴⁾

그리고 대상자의 스트레스와 정신건강 상태에 초점을 맞춘 연구에서는 전자감독 대상자 중 스트레스 고위험군으로 분류된 비율은 일반 보호관찰 대상자와 비교해볼 때 훨씬 더 높았다(이성철 외, 2013:257)²⁵⁾. 대상자의 높은 스트레스 상황은 외부로 표출되었을 때는 전자발찌 훼손이나 준수사항의 위반 충동²⁶⁾, 실제 행동²⁷⁾으로, 내부로 침잠했을 때는 자살 충동이나 자살시도²⁸⁾, 자살로 나타난다. 법무부 전자감독과의 내부자료에 의하면, 2008년~2020년 12년 동안 총 75명의 전자감독 대상자가 자살하였다. 자살률(해당연도의 자살자 수/해당연도의 전자감독 실시인원*100)은 낮게는 0.1%에서 높게는 0.39%이다. 2019년 한국인 전체의 자살률은 0.04%인데 비해 전자감독 대상자의 자살률은 0.26%로 매우 높다.

24) 83.7%가 주변사람들이 전자발찌를 부착하고 있다는 사실을 알까봐 두렵다고 응답하였고, 이보다 좀 낮은 수치이기는 하지만, 대상자 10명 중 약 7명(68.8%)은 전자발찌를 부착하고 외출할 때에는 항상 수치심을 느낀다고 응답하였다(김지선 외, 2013:483).

25) 김지선 외(2013)의 연구에서도 성폭력 전자감독 대상자들의 심리상태를 조사하였는데, 전자감독 대상자들은 9가지 유형의 부정적인 심리상태 모두에서 일반보호관찰 대상자들에 비해 부정적인 심리상태의 수준이 높았다. 전자감독 대상자들은 특히, 우울증, 외로움, 불안감의 문제가 다소 심각한 것으로 나타났다(김지선 외, 2013:488-489).

26) 김지선 외(2013)의 연구결과에 따르면, 전자발찌 훼손이나 준수사항 위반가능성 모두 대상자의 심리정서적 스트레스와 에 의해서 영향을 받는 것으로 나타났다.

27) 성폭력범죄자의 전자장치 훼손은 2008년부터 2020년까지 총 136건 발생해 전체 훼손사건(139건)의 거의 대다수를 차지하고 있다. 그런데 전자장치 훼손이 재범하기 위한 목적이나 재범 후 도주를 위한 수단으로 사용되는 경우는 거의 없으며(법무부 전자감독과 직원 면담 결과), 극심한 스트레스가 전자장치 훼손 행동으로 나타난다고 할 수 있다. 1:1 전자감독 대상자에 대한 심층면접을 진행한 박미랑(2020)의 연구에서는 이와 같은 점이 잘 묘사되어 있다.

28) 이성철 외(2013)의 조사결과에 따르면, 전자감독 대상자의 10.7%가 이미 자살을 시도한 적이 있고, 20.6%가 자살에 대한 상념에 빠진 적이 있으며, 이들 중 42.8%가 거의 매일 또는 일주일에 최소한 3-4회 이상 자살 생각을 하고 있는 것으로 나타났다(이성철 외, 2013:260-262). 연구자들은 부착기간의 장기화가 이러한 위험성을 더욱 높일 것으로 예측하고 있다.

한편, 법원으로부터 명령받은 부착기간이 긴 대상자일수록 전자발찌 부착으로 인한 수치심의 수준이 더 높았으며, 우울, 외로움, 불안감 등의 부정적 감정 상태가 악화되는 것으로 나타났다(김지선 외, 2013:487-493). 그리고 장기간의 부착명령을 받은 대상자가 일상에서 겪는 여러 가지 부적응은 다시 전자감독에 대한 부적응과 일탈로 이어질 가능성이 높았다. 전담 보호관찰관의 78.2%가 ‘부착기간이 너무 길어 대상자의 경각심이 떨어지거나 자포자기한다’고 응답하였고, 86.2%가 ‘부착기간 장기화로 인한 부착대상자의 사회생활 부적응과 그로 인한 지도·감독 효율성 저하’를 중요한 전자감독제도 운영상의 문제점으로 인식하고 있었다(연성진 외, 2015:25). 이러한 조사결과들은 부착기간 장기화가 오히려 전자감독의 재범억제력을 약화시키고 지도감독의 효율성을 저해하는 요인으로 작용한다는 점을 보여준다.

3. 추가적 고려사항

1) 범죄징후예측시스템

전자장치 부착명령을 집행하는 법무부는 최근 들어 전자장치를 통한 기계적 감시보다는 보호관찰관에 의한 인적 지도·감독을 강화하고 있다. 이를 위한 수단으로 법무부는 2019년 2월부터 “범죄징후예측시스템”을 도입하였다. 이는 기존에 산재해 있던 청구전조사 보고서, 판결문, 전담 보호관찰관의 대상자 면담자료 및 일일감독소견서²⁹⁾, 이동경로 등과 같은 피부착자 관련 데이터 중에서 재범에 영향을 미치는 것으로 알려진 요인들과 관련된 데이터(인적 정보, 범죄정보, 생활정보, 위치정보)를 최신 정보수집기법 등을 활용하여 추출·변환하고, 인공지능과 빅데이터 분석기법을 활용하여 관련 자료를 종합적으로 분석해 위험수준과 이상패턴을 탐지하여 일단위 위험수준과 실시간 이상변화내용을 전담 보호관찰관에게 제공하는 시스템이다.

범죄징후예측시스템은 개별 전담 보호관찰관의 범죄예측능력을 보완함으로써 피부착자에 대한 지도·감독 역할을 강화한 것이라고 할 수 있다. 기존에 전자장치를 통해 위치 파악과 준수사항 위반여부만을 사후적으로 파악할 수 있던 것에 비해 재범예방에 효율적일 것으로 기대할 수 있다. 그러나 다른 한편으로는 흩어져 있던 정보들이 결합되면서 감시자의 감시

29) 일일감독소견서는 전담 보호관찰관이 전일 발생한 피부착자와 관련된 모든 정보 즉, 관제센터의 경보이관 사항, 준수사항 이행 여부, 이동 경로 등을 확인하여 작성하는 것으로 피부착자와의 면담 및 현장지도의 기본 자료로 활용한다(법무부, 2017:59).

능력이 확대되었지만, 다양한 정보에 근거한 감시자의 감시능력 확대가 피부착자에게는 더욱 더 행동을 제약할 여지가 높으며, 이로 인한 더 심한 스트레스를 부과할 수 있다. 또한, 시스템의 민감성을 높여 범죄와의 연관성이 높지 않은 이상 징후에 대해서도 전담 보호관찰관에게 전달함으로써 실질적으로는 범죄와 무관한 행동이나 이동패턴이 과다하게 규제될 가능성도 존재한다.³⁰⁾

현재 관련 연구가 없어 범죄징후예측시스템이 대상자에 대한 지도감독에서 어느 정도의 비중을 차지하고 어떠한 역할을 하는지에 대해 알려진 바가 없지만, 범죄징후예측시스템의 도입이 피부착자에게 추가적인 기본권 침해가 발생할 소지가 없는지 면밀히 검토해야 할 것이다.

2) 전자장치 피부착자에 대한 보안처분의 중복부과

현재 형 집행을 종료한 성폭력 범죄자에게 부과할 수 있는 보안처분은 신상정보 등록, 신상정보 공개, 취업제한, 성충동약물치료, 보호관찰 등이 있고, 이와 같은 다수의 보안처분은 제한 없이 중복적으로 부과할 수 있다(고명수, 2013:48).

본 논문의 연구대상인 전자장치 부착처분을 중심으로 보안처분의 중복부과 현황을 살펴 보면, [표 12]와 같다. 2014년의 경우에는 성폭력범죄로 유죄판결이 확정되면 신상정보 등록과 취업제한이 일률적으로 부과되기 때문에 아동청소년 대상 성범죄로 전자장치 부착명령을 받은 성폭력범죄자는 기본적으로 전자장치 부착명령 포함 3개의 보안처분을 부과받는다. 3개의 보안처분을 부과받은 성폭력범죄자는 3.0%에 불과하고, 나머지 97.0%는 전자장치 부착, 신상정보 등록, 취업제한 이외에 신상정보 공개명령이 추가되어 총 4개의 보안처분을 부과받았다.

이에 비해 2019년에는 유죄가 확정된 성범죄자에게 일률적으로 부과되던 취업제한제도에 대해 헌법재판소가 헌법불합치판정을 내리면서 2018년 제도가 개선되어 전자장치 포함 2개의 보안처분을 부과받은 성범죄자가 9.9%로 늘어났다. 그러나, 여전히 70.3%는 전자장치 부착 포함 3개의 보안처분을 부과받았고, 19.8%는 4개의 보안처분을 부과받았다.

30) 이와 같은 문제점은 김혜정(2015), 윤영석(2020)의 논문에서도 제기되었다.

[표 12] 형 집행 종료 후 전자장치 피부착에 대한 보안처분 중복부과 현황

단위 : 명(%)

보안처분 부과	2014	2019
전자장치+신상정보등록	0(0.0)	11(9.9)
전자장치+신상정보등록+취업제한	10(3.0)	75(67.6)
전자장치+신상정보등록+신상정보공개	0(0.0)	3(2.7)
전자장치+신상정보등록+신상정보공개+취업제한	322(97.0)	20(18.0)
전자장치+신상정보등록+신상정보공개+성충동약물치료	0(0.0)	1(0.9)
전자장치+신상정보등록+신상정보공개+성충동약물치료+취업제한	0(0.0)	1(0.9)
계	332(100)	111(100)

* 자료출처 : 법무부 신상정보등록시스템 자료 분석결과

각 보안처분에 사용되는 제재방식이 감시, 관리, 치료 등으로 달라 대상자가 갖는 고유한 재범위험적 특성이 있어 이를 제거하기 위한 수단으로서 개별 필요성이 인정된다고 하더라도, 제재의 목적이 재범억제라는 동일한 목표를 추구하고 있다는 점에서 한 명의 대상자에게 3-4개의 보안처분을 중복해서 부과하는 것은 비례성의 원칙에 어긋난다고 할 수 있다.³¹⁾

특히, 기계에 의한 감시와 경찰과 지역주민에 의한 감시라는 측면에서 비슷한 특성을 갖는 전자장치 부착과 신상정보 등록·공개가 함께 부과될 필요성이 있는지에 대해서는 숙고가 필요하다. 전자장치 피부착자는 출소 후 10일 이내에 주거지를 관할하는 보호관찰소에 출석하여 신상정보 등을 신고해야 하고, 한 달에 3~4번 전담 보호관찰관과 대면면담의 방법³²⁾으로 지도·감독을 받으며, 위치정보가 실시간으로 추적된다. 한편, 전자장치 피부착자는 모두 신상정보 등록대상자이기 때문에 출소 후 경찰서 출석하여 주소지 등 자신의 신상정보를 등록하고, 1년마다 주소지 관할 경찰서에 방문해 사진 촬영을 해야 한다. 또한, 등록된 신상정보가 변경될 때마다 관할 경찰서에 변경 신고를 해야 하고, 분기별로 한 번씩³³⁾ 담당 경찰로부터 등록정보의 진위 및 변경 여부를 확인받는다.

그러나 24시간 전자장치를 통해 위치와 이동경로가 감시되며, 전담 보호관찰관의 집중감독을 받는 전자장치 피부착자들에게 신상정보 등록처분과 관련해 지켜야 하는 여러 가지 의무와 의무이행에 대한 점검은 이중삼중의 의무부과로 제재에 대한 반발심을 자극할 뿐 실질적인 재범억제효과는 없다고 할 수 있다. 특히 신상정보 공개대상이 아닌 피부착자들은

31) 보안처분의 중복부과를 비례성의 원칙에서 비판하는 논지로는 고명수(2013)의 논문 참조.

32) 전담 보호관찰관과 대상자의 대면면담은 대상자의 보호관찰소 방문과 전담 보호관찰관의 대상자 주거지나 직장 방문 2가지 방식으로 진행된다(법무부 전담감독과 직원 면담 결과).

33) 등록정보의 정확성 및 변경 여부를 확인주기는 선고형에 따라 달라지도록 규정되어 있지만, 신상정보 공개대상자와 전자장치 부착대상자는 선고형과 관계없이 분기별 1회 담당 경찰은 주거지 방문 등과 같은 현장확인 방법을 통해 대상자의 등록정보의 진위 및 변경 여부를 확인해야 한다(김지선 외, 2020:100).

등록정보의 진위 및 변경 여부 확인 과정에서 동네 이웃이나 직장 동료에게 자신이 성범죄 자라는 사실이 노출되지 않을까 하는 두려움이 매우 커 경찰의 현장 확인에 대해 민감하게 반응해 담당경찰과의 마찰이 잦은 것으로 나타났다(김지선 외, 2020). 또한, 신상정보 등록 정보의 확인업무는 주로 성폭력범죄 수사를 담당하는 여성아동범죄수사과 경찰이 담당하고 있는데, 이들은 수사업무 이외에 부과된 등록정보 확인업무로 인한 업무량 증가, 현장확인 과정에서 대상자와 마찰 이후 제기되는 진정, 고소 문제로 어려움을 겪고 있으며(김지선 외, 2020:286-290), 대상자 관리에 있어 보호관찰관의 전문성을 근거로 신상정보 등록대상자 관리업무 특히, 전자감독대상자의 관리업무를 법무부로 이관해야 한다고 주장한다(김지선 외, 2020:258-259).

한편, 전자장치 피부착자에게 신상정보 공개처분이 부과된 경우 전자장치 처분의 재범억제효과가 오히려 더 낮아진다는 연구결과도 있다. 앞서 재범억제효과 부분에서 살펴본 김병배(2020)의 연구에서는 전자장치 부착명령의 독립적인 재범억제효과뿐만 아니라 전자장치 부착과 신상정보 공개의 처분이 함께 부과되었을 때의 상호작용효과도 검증하고 있다. 그 결과, 전자장치 부착명령만 부과된 성폭력범죄자의 재범확률은 3.9%, 신상정보 공개만 부과된 성폭력범죄자는 6.5%, 전자장치 부착명령과 신상정보 공개가 함께 부과된 성폭력범죄자는 6.9%로 전자장치 부착명령의 재범억제효과는 신상정보 공개가 병과되면서 일정부분 감소되었음을 알 수 있다. 이는 신상정보 공개로 인한 성폭력범죄자의 낙인감, 주거, 가족관계 불안정의 문제가 전자장치 부착으로 인한 낙인감, 사회적 고립감 등과 함께 부정적 시너지 효과를 양산하기 때문인 것으로 추정해볼 수 있다(김병배, 2020). 일부 보안처분의 중복 부과된 재범억제효과에 대한 경험적 분석결과이기도 하지만, 재범위험성이 있다고 하더라도 보호처분을 중복 부과하는 것이 효과적이지 않을뿐더러 기존에 재범억제에 효과적인 것으로 알려진 보안처분의 효과마저도 상쇄한다는 점에 주목할 필요가 있다.

V. 맺는말

앞에서 살펴본 바와 같이 형 집행 종료 후 전자장치 부착처분은 선고 시 재범위험성을 부과요건으로 규정하고 있어 보안처분으로서의 형식적 요건은 갖추고 있으나, 보안처분의 선고, 집행 계속 및 종료 등 모든 절차와 관련된 규정이 재범위험성의 논리에 의해 촘촘하게 설계되어 있거나 재범위험성 요건을 실무 현실에 적절하게 반영할만한 여건이 충실하게 마

련되어 있다고 평가하기 어렵다. 한편, 지난 10여 년 동안 형 집행 종료 후 전자감독 대상자의 재범율이 비교적 낮은 상태로 유지되고 있지만, 전자감독의 재범억제효과는 처분이 집행되는 기간 동안에 한정되는 것으로 나타나 기본적으로 감시원리에 기반한 보안처분의 내재적 한계도 드러내고 있다. 전자장치를 활용한 제재가 매우 효과적이라는 억제수단이라는 점에 기초해 전자감독은 지난 십여 년간 적용대상 범죄와 형사사법절차에서 적용단계가 지속해서 확대되고 있다. 그러나 정작 전자장치 효과성의 홍보대상이었던 성폭력범죄자에 대한 처분은 초기 전자장치를 통한 위치와 이동경로 감시에서 직접적인 행동을 통제하는 준수사항의 기계적, 의무적, 중복적 부과, 그리고 준수사항 위반에 대한 형사처벌 강화, 필요적 보호관찰의 부과와 1:1 전자감독 등을 비롯한 집중밀착감독 강화, 범죄예방징후시스템을 통한 사전예방적 감시시스템 작동 등을 통한 전방위적인 감시·감독으로 강화되었다.

보안처분은 사회방위 목적만으로 정당화될 수 없고, 형사정책적 필요성이 인정되었다고 하더라도 범치국가의 가치합리적 제한원리의 구속을 받아야만 한다는 원칙에 입각해서 현재의 성폭력범죄자를 대상으로 한 형 집행 종료 후 전자장치 부착처분에 대한 입법적·정책적 개선방안을 모색해볼 필요가 있다.

먼저 형 집행 종료 후 전자장치 처분의 전반이 재범위험성에 근거해 작동할 수 있도록 입법적 개선이 필요하다. 이를 위해서는 첫째, 현재 재범위험성 요건이 규정되어 있지 않은 부착기간 결정, 준수사항 부과 여부 및 유형 결정, 집행 중 부착기간 연장과 준수사항의 추가변경·삭제 결정이 대상자의 재범위험성에 근거하도록 규정하고, 둘째, 전자장치 부착처분 전반에 걸친 법판단자의 의사결정과정에서 실질적으로 재범위험성이 반영될 수 있도록 검사의 청구전조사 요청을 필요적 요건으로 변경하고, 현재 법무부 내부규칙인 전자장치부착법 시행지침 상의 중간심사에 관한 규정을 법률이나 시행령에 명문화할 필요가 있다. 셋째, 전자장치 부착처분이 보다 정확한 재범위험성에 근거하여 집행될 수 있도록 집행 전 재범위험성을 다시 평가하여 최종적으로 판사가 처분의 집행 여부와 구체적인 처분내용(부착기간, 준수사항의 부과 등)의 변경 등을 결정해야 한다. 넷째, 집행 중 부착기간 연장, 준수사항의 추가변경·삭제, 임시해제의 결정도 처분의 선고 시와 마찬가지로 판사의 판결로 결정하고, 미래의 위험을 예측하는 재범위험성 판단이 갖는 오류가능성을 고려하여 대상자의 참여권 등 적법절차가 보장되도록 해야 한다. 마지막으로 형 집행 종료 후 전자장치 피부착자의 기본권을 제한할 수 있는 새로운 정책은 법률적 근거를 명확히 한 후 도입·시행될 필요가 있다. 이러한 측면에서 시행 중인 범죄징후예측시스템은 사후적이라도 법률적 근거를 만들어야 하며, 현재 개발 중인 음주감응 전자장치도 활용, 적용범위, 수집된 정보의 관리방안 등

에 대한 명문화 작업이 필요하다. 이와 같은 입법적 장치들을 통해 보안처분이 필요한 한도 내에 최소한으로 집행될 수 있어야 한다.

정책적으로는 재범위험성 평가의 실효성을 제고하는 데 정책역량이 집중될 필요가 있다. 형 집행 종료 후 전자장치 부착처분이 재범위험성에 근거하여 부과되도록 규정되어 있더라도 재범위험성 심사를 위한 근거자료를 만드는 청구전조사나 중간심사를 통해 대상자의 재범위험성을 정확히 파악할 수 있어야만 실질적 정당성을 가질 수 있기 때문이다. 이를 위해 현재 사용되고 있는 첫째, 처분여부 결정 시 근거로 활용되는 재범위험성 평가도구인 K-SORAS의 예측정확도를 높이기 위해서 주기적으로 대규모 표본을 대상으로 예측정확도를 점검하고, 보완해 나가야 한다. 둘째, 부착처분이 결정된 성폭력범죄자에게 적합한 지도 감독계획을 수립하고, 재범위험성 변화를 측정하기 위한 목적의 재범위험성 평가도구 개발이 필요하다. 현재 정적 요인을 중심으로 구성된 K-SORAS는 다른 재범위험성 평가방식에 비해 예측정확도가 높고, 주관이 개입될 여지가 없어 신뢰도가 높기는 하지만, 특정 처분이나 처우 프로그램에 참여한 대상자의 재범위험성 변화를 측정하는 도구로 활용하는 데는 한계가 있다. 집행 계속이나 종료에 대한 의사결정 시에는 동적 재범위험요인에서의 변화가 고려되어야 하므로 성폭력범죄자에 특화된 역동적 요인이 반영된 재범위험성 평가도구 개발이 필요하다. 셋째, 역동적 요인이 반영된 재범위험성 평가도구는 구조화되어 있더라도 최종적으로는 평가자의 판단에 의거해서 위험점수가 산출되므로 체계적으로 훈련받은, 전문성있는 평가자를 필요로 하므로 임상심리사 자격이 있는 특별조사관의 확보가 필요하다. 넷째, 조사관에 대한 지속적인 보수교육과 훈련 제공, 정기적인 사례회의를 통해 조사관 간 평가 차이에 대한 주기적인 점검과 해결책 모색, 외부로부터의 정기적인 감사 등을 통해 재범위험성 평가과정에서 평가자의 주관이나 편견의 개입을 최소화하기 위한 제도적 뒷받침이 필요하다.

한편, 재범위험성 평가 결과가 적합하게 활용되기 위해서는 최종적인 의사결정을 하는 판사가 재범위험성 평가도구에 대한 정확한 이해와 신뢰도가 전제되어 있어야 한다. 성폭력전담재판부를 대상으로 재범위험성 평가도구의 구조 및 원리를 파악할 수 있는 교육 기회를 제공하고, 재범위험성 평가를 담당하는 조사관과 성폭력 전담재판부 간 간담회 개최 등을 통해 재범위험성을 판단하는 데 있어 각자가 생각하는 문제점을 공유하고 이해의 기반을 넓힐 필요가 있다.

전자장치 부착처분은 종료 이후에는 재범억제효과가 없고, 그 효과는 부착기간 내에 한정되어 있다는 김병배(2020)의 연구결과는 현재와 같은 감시에 기반한 보안처분이 갖는 내재

적 한계를 잘 보여준다. 처분기간 동안 감시를 통한 재범위험성 ‘관리’만으로는 사회의 안전을 확보할 수 없으며, 재범위험성을 ‘개선’할 수 있는 처우가 동반되어야만 한다. 형 집행 종료 후 전자감독 대상자는 일반적으로 경제적으로 빈곤하고 사회적으로 불우한 집단이며(강호성, 2012; 김지선 외, 2013; 박은영, 2016; 박성수, 2015), 오랜 교도소 수용생활 등으로 심리적으로 고립되어 있고 정서적으로 불안정한 사람들이 많아 재범에 노출되기 쉽다(강호성, 2012). 따라서 피부착자에 대한 전담직원의 인간적 관여와 사회적 지지의 제공, 심리치료 프로그램의 내실화, 대상자의 필요와 욕구에 대응하는 개별화된 처우프로그램의 제공 등을 통해 대상자들의 사회복귀를 적극적으로 지원해야 한다(한영수 외, 2013). 온 국민의 관심이 집중된 조두순을 비롯한 1:1 전자감독 대상자에게 보호관찰소에 투입하고 있는 인력과 자원이 이외의 대상자들에게도 동일하게 제공될 필요가 있다. 그러나 박미량(2020)이 지적한 바와 같이 대상자의 사회복귀를 위해 필요한 다양한 자원들의 발굴, 연계, 제공을 현재와 같이 전담 보호관찰관 개인의 역량과 노력에 의존할 것이 아니라 법무부가 중심이 된 부처 간 협력 네트워크를 구축해 사회 내에 흩어져 있는 자원들을 연계해 체계적으로 지원할 필요가 있다.

참고문헌

1. 국내 문헌

- 강민구, 2019, “전자장치 부착제도의 효과성에 대한 재검토 -부착여부와 부착기간을 중심으로-”, 「형사정책」 31(1): 219-244.
- 강호성, 2012, “전자발찌 착용 성폭력범죄자의 재범에 영향을 미치는 요인에 관한 연구”, 송실대학교 대학원 박사학위 논문.
- _____, 2014, “전자발찌 도입 2년의 성과와 확대발전 방향”, 「보호관찰」 10(2).
- 고명수, 2013, “보안처분의 중복부과에 관한 연구 : 성범죄를 중심으로”, 「법학」 21(2) : 39-66.
- 김병배, 2020, “징역형을 복역한 성폭력사범에 대한 신상공개와 전자감독명령의 상호작용 효과 분석”, 「보호관찰」 20(2): 27-57.
- 김지선, 2018, “전자감독제도 시행 10년의 성과와 향후 과제”, 「보호관찰」 18(2): 161-217.
- 김지선, 장다혜, 김정명, 김성언, 한영수, 강호성, 문희갑, 한국행정연구원, 2013, 「성폭력범죄자 사후관리시스템에 관한 평가연구(II): 전자감독제도에 관한 평가연구」, 한국형사정책연구원.
- 김지선, 김영중, 오현아, 이정원, 강지현, 2020, 「중형주의 형사제재의 실효성에 관한 평가연구(1): 신상정보등록 및 공개제도의 실효성 평가연구」, 한국형사정책연구원.
- 김혜정, 2015, “전자감독제도의 장기 발전전략 수립을 위한 부착명령 대상범죄 및 부착기간 등의 적정성에 관한 연구”, 법무부 정책연구보고서.
- 류준혁, 2010, “전자감시 장치의 범죄예방 효과성에 대한 비판적 검토” 「한국경찰학회보」 12(4): 39-76.
- 문희갑, 2020, “전자감독제도의 실무상 문제점과 개선 방안”, 「보호관찰」 20(1):83-113.
- 박미량, 2020, 1:1 전담 전자감독 효과성 분석 및 발전방안, 법무부.
- 박민지·서정범, 2020, “전자감독제도의 예방적 경찰활동으로서의 함의-범죄징후 예측시스템의 허용성을 중심으로-”, 「고려법학」 99: 121-156.
- 박상민, 2020, “형사제재의 실질적 이원주의 정립을 위한 소고-재범의 위험성 판단과 관련하여”, 「형사정책연구」 31(3): 37-65.
- 박성수, 2015, 「가해제와 재범률 간의 상관관계 분석 및 중간처우적 방안으로써 재택구금제 도입 연구」, 법무부 정책연구보고서.
- 박은영, 2016, 「정신장애 전자감독 대상자의 지도감독 강화 방안 : 정신건강 서비스 모델을 중심으로」, 법무부 정책연구 보고서.
- 박형민 · 박준희 · 황만성, 2018, “전자감독에서의 준수사항 효과성 연구: 야간외출제한명령을 중심으로”, 형사정책연구원.
- 연성진 · 유진, 2015, 「전자감독제도 운영성과 분석 및 효과적인 개선방안에 관한 연구」, 한국형사정책연구원.

- 윤영석, 2020, “범죄징후 예측시스템에 대한 비판적 검토 -2019년 법무부의 발표내용을 중심으로-”, 「과학기술법연구」 26(1): 137-186.
- 윤현봉 · 배임호, 2020, “전자발찌 부착 성폭력 범죄자의 사회재진입 경험에 관한 연구”, 「보호관찰」 19(2): 147-202.
- 이수정 · 고려진 · 박혜란, 2008, “한국 성범죄자 위험성 평가 도구 개발 및 타당도 연구”, 「형사정책 연구」 76: 1-37.
- 이수정 · 고려진 · 최혜림, 2010, “재범 추적을 통한 한국성범죄자위험성평가척도(KSORAS) 타당도 연구”, 「한국심리학회지」 29: 999-1016.
- 이수정 · 윤옥경, 2003, “범죄위험성의 평가와 활용방안”, 「한국심리학회지:일반」, 22(2) ; 99-126.
- 이성칠 · 김충섭, 2013, “전자발찌대상자의 스트레스와 정신건강에 관한 연구”, 「보호관찰」 14:111-137.
- 장진환, 2020, “보안처분에 관한 비례성심사의 구체화 과제 -판례의 논증태도 분석을 중심으로-”, 「형사법연구」 32(2): 69-104.
- 정지훈, 2020, “보안처분의 정당화 과제와 개선방안”, 「형사법연구」 32(1): 63-107.
- 조운오, 2016, “The Study on the Key Factors of Recidivism Rates of Sex Offenders under Electronic Monitoring Program”, 「형사정책」 28(2):211-242.
- 한영수 · 강호성 · 이형섭, 2013, 「한국전자감독제도는: 범죄인 위치추적과 전자발찌 운용에 관한 이론과 실무」, 박영사.

2. 국외문헌

- Blasko, B. L., Jeglic, E. L., & Mercado, C. C. 2011. Are actuarial risk data used to make determinations of sex offender risk classification? An examination of sex offenders selected for enhanced registration and notification. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 55(5), 676-692.
- Lantermann, J. L., Boyle, D. J., & Ragusa-Salerno, L. M. 2014. Sex offender risk assessment, sources of variation, and the implications of misuse. *Criminal Justice and Behavior*, 41(7), 822-843.
- Bales, W., Mann K., Blomberg T., Gaes G., Barrick K., Dhungana K., & McManus B., 2010, 「A Quantitative and Qualitative Assessment of Electronic Monitoring」, National Institute of Justice & U.S. Department of Justice.
- Brown, T., McCabe, S. A., & Wellford, C., 2007, 「Global Positioning System(GPS) Technology for Community Supervision: Lessons Learned(Noblis Technical Rep. No. NTR-2007-012)」. Falls Church, VA: Noblis. Retrieved March 23, 2009 from <http://www/ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/219376.pdf>.
- Gies, S. V., Gainey, R., Cohen, M. I., Healy, E., Duplantier, D., Yeide, M. Bekelman, A., Bobnis, A., & Hopps. M., 2012, *Monitoring High-Risk Sex Offenders with*

- GPS Technology: An Evaluation of the California Supervision program*, Final Report, March 31, 2012, Prepared by Office of Research and Evaluation National Institute of Justice, DSG. Inc.
- Hanson, R. , Harris, A., Helmus, L. M. and Thronton, D. 2014, High-Risk Sex Offenders May Not Be High Risk Forever, *Journal of Interpersonal Violence* 29(15) : 1-26.
- Renzema, M. & Mayo-Willson E., 2005, "Can Electronic Monitoring Reduce Crime for Moderate to High-risk Offenders?", *Journal of Experimental Criminology* 1(2) : 215-237.
- Shaffer, D. K., & Miethe, T. D. 2011. Are similar sex offenders treated similarly? A conjunctive analysis of disparities in community notification decisions. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 48(3), 448-471.
- Tennessee Board of Probation and Parol, 2007, 「Monitoring Tennessee's Sex Offenders Using Global Positioning Systems」.
- Ticknor, Bobbie and, Warner, Jessica J. 2010, Evaluating the Accuracy of SORNA: Testing for Classification Errors and Racial Bias, *Criminal Justice Policy Review*. 31(1) 3-21.
- Turner, S. & Jannetta, J., 2007, “Implementation And Early Outcomes for the San Diego High Risk Sex Offender (HRSO) GPS Pilot Program”, UCI Center for Evidence-Based Corrections Working Paper.

지정토론

전자감독제도와 법치국가원리

김현정 | 건국대 이주 · 사회통합연구소 전임연구원

발표문은 재범위험성을 중요한 키워드로 하여 전자감독제도를 법치국가원리의 관점에서 평가하고 있다. 전공과 방법론을 달리하는 토론자로서 여러 가지로 조심스럽기는 하나, 발제문을 읽고 몇 가지 생각해 본 점들을 적어보기로 한다.

법치국가원리는 형식적으로는 법률에 근거한 국가작용을 말하겠으나, 실질적으로는 그 법률의 내용까지도 정의의 관념에 부합함까지 의미한다. 전자감독제도에서 그것은 무엇보다도 기본권 제한의 문제가 되며, 헌법 제37조 제2항은 기본권 제한을 정당화하는 요건을 규정하는데 위헌성 심사에서 가장 큰 비중으로 논의되는 것은 비례성 원칙 위배 여부이다. 비례성 원칙은 국가작용으로 달성하고자 하는 공익과 그로 인하여 제한되는 사익(기본권) 간 비교형량을 논한다. 헌법재판소의 결정을 보면 전자감독제도가 사생활의 비밀과 자유, 개인정보자기결정권, 인격권을 제한한다는 전제에서 비례성 심사를 하고 있다.¹⁾ 이 과정에서 전자감독제도의 규범 구조, 외국의 입법례, 재범 방지에 전자감독제도가 얼마나 기여하는지에 관한 자료, 전자장치의 외양 등 전자장치 부착명령 대상자에 대한 기본권 제한의 양상과 정도, 전자감독제도가 적용되는 성폭력 범죄 피해의 특수성과 같은 요소들을 고려한다.

● 엄벌주의 경향에 대한 제동장치로서의 법치국가 원리

발제문에서 지적하는 형사법 분야, 특히 전자감독제도에서의 엄벌주의 경향은 재범 예방이라는 공익에 기존 제도가 크게 기여하지 못하고 있다는 인식에 기초하여 발생하는 현상일 것이다. 전자감독제도를 처음 도입했던 ‘특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착

1) 헌재 2012. 12. 27. 2010헌가82 등; 헌재 2012. 12. 27. 2010헌바187; 헌재 2012. 12. 27. 2011헌바89.

에 관한 법률’(2007. 4. 27., 법률 제8394호)²⁾이 당초 예정했던 2008년 10월 28일에 시행되지 아니하고, 법 시행 전인 2008년 6월에 법을 개정하여 시행 시기를 2008년 9월 1일로 앞당기는 한편 전자장치 부착기간 상한을 연장한 일 등은 아동 대상 성폭력범죄의 연이은 발생에 따른 여론의 영향을 받은 결과였다.³⁾ 19세 미만 대상 성폭력범죄로 인한 전자감독 대상자 중 재범위험성이 현저히 높은 경우 1:1 전자감독을 실시하게 하는 전자장치부착법 제32조의 2가 도입될 당시의 사정도 비슷하다. 입법 당시 이 제도는 “국민들이 다 걱정하고 또 관심을 갖고 있는 조두순 씨가 곧 출소한다는 것과 관련해서”⁴⁾ 도입된 것으로 설명된다.

이들 조치는, 그 효과는 별론으로 하고, 국민의 의식에 각인된 몇몇 범죄의 기억이 제재를 강화하는 입법으로 빠르게 이어지는 사례라고 볼 수 있다. 이러한 유형의 입법 사례가 입법부를 포함한 국가기관이 놓치고 있었던 사각지대를 발견하게 하고 제도적으로 바람직한 발전 방향으로 이어지는 사례도 있다. 그러나 이러한 입법 과정에서는 전자감독제도 적용 범위에 대한 처벌, 교화, 재범 방지 작업이 제대로 이루어지고 있지 않다는 국민의 인식과 대의제 민주주의 하에서 (긍정적이든 부정적이든) 국민 여론을 반영하게 마련인 입법부의 작동 방식도 드러난다. 위 1:1 전자감독 제도의 원인이 된 것과 같은 아동 대상 성범죄에서 그러한 경향이 특히 두드러지는데, 아동 대상 성범죄의 일반적인 현황과 언론에 의하여 국민의 여론을 자극하는 몇 가지 큰 사건의 모습 사이에는 상당한 차이가 발생할 수 있다는 점 등의 문제가 있다.⁵⁾ 이는 정확한 정보에 기반하지 아니한 여론 형성의 위험을 의미한다. 법치국가 원리는 이 부분에서 적절히 작용하여 또 다른 범죄 피해자의 발생을 예방함으로써 그의 생명과 신체를 보호하면서 동시에 제재 대상이 되는 사람의 기본권도 과도하게 제약되지 않게 하는 역할을 해야 한다.

그러나 발제문에서 나타나듯이 전자장치 부착명령시 청구전조사가 필수적 요건이 아니라는 점이나, 청구전조사가 이루어진다고 하더라도 K-SORAS와 조사관에 의하여 도출된 견해보다 법관의 견해가 결정적으로 작용하는 구조에서 K-SORAS에 대한 법관의 적절한 이해가 담보되지 않고 있다는 점은 법치국가 원리의 관점에서 우려스럽다고 볼 수 있다. 형벌은 과거의 행위에 대한 법적 판단에 근거한 제재로서의 의미가 큰 반면 전자감독을 포함한 보안처분은 장래의 위험성 평가에 주목한다. 피고인의 절차권 보장 면에서 법관에 의한 재판은 필요하겠으나, 발제문에 의하면 재범위험성 판단에서 법관의 전문성이 그에 부합하는

2) 현재는 ‘전자장치 부착 등에 관한 법률’이며, 이하 ‘전자장치부착법’으로 약칭한다.

3) 현재 2012. 12. 27. 2010헌바187.

4) 제20대 국회 제367회 제1호 법제사법위원회회의록(법안심사제1소위원회, 2019. 3. 25.), 45쪽, 김오수 법무부차관 발언.

5) 최정학, “엄벌주의와 범죄예방 -아동 성범죄의 사례-”, 민주법학 제54호, 2014, 218-220쪽.

지는 의문의 여지가 있다고 보인다. 그럼에도 제도 자체는 법관을 중심으로 짜여 있는데, 이는 재범위험성을 실제보다 낮게 평가하여 재범을 방지한다는 공익을 달성하지 못하거나 반대로 재범의 위험이 별로 없음에도 전자장치 부착명령에 의한 불필요한 기본권 제한이 생길 수 있음을 의미한다.

다만 법관의 역량과 법관의 권한 사이의 불균형 문제는 해당 제도의 위헌성에 대한 사법적 심사만으로는 해결되기 어려운 문제로 보인다. 전자장치 부착 기간의 상한을 정한 전자장치부착법 조항에 관해서 헌법재판소가 “구체적인 사건에서 재범의 위험성에 대한 개별적 판단에 따라 그에 상응한 적정한 부착기간을 선고하기 위해서는 그 상한은 비교적 높게 설정할 필요가 있”다고 본 것처럼,⁶⁾ 구체적인 재범위험성에 부합하는 전자감독제도 운용을 위해서는 제도의 집행에 관여하는 각 기관에게 일정한 재량이 인정되어야 하기 때문이다. 따라서 그 재량을 보완하려면 발제문에서 계속하여 강조되고 있는 것처럼 재범위험성을 제대로 평가하여 전자감독 제도 운영에 반영하고 전자감독제도가 재범방지에 얼마나 기여하는지 측정할 수 있는 도구가 필요하다. 동시에 재범위험성 평가 결과를 제대로 반영하기 위해서 최종적인 전자장치 부착에 이르는 의사결정 구조의 변화가 필요하거나 가능할 수도 있지 않겠는가라는 의문이 들었는데, 이 부분에 대한 발제자의 견해를 듣고 싶다.

● 형벌-보안처분의 구별과 법치국가 원리

전자감독제도 도입 논의 당시, 전자장치부착법을 발의하게 된 배경에 대해서는 다음과 같은 설명이 있었다.

“저희가 성폭력범죄에 대한 양형이라든지 이런 것이 서구에 비해서 너무 약한 것이 아니냐 하는 여론의 비판이 있었습니다. ... 법원으로 하여금 형을 더 중하게 해 달라고 할 수는 없는 것이고 그러면 현재 선고되고 있는 형의 양형과 우리 국민이 바라고 있는 중형과의 간격에 대해서 이것을 전자장치로 보완 ...”

다시 말해 범죄자의 사회 복귀와 인권을 위하여 교도소에 직접 수감하는 것보다는 “약한” 제재를 가하면서도 처벌의 실효성과 지속성을 꾀한다는 것이다.⁷⁾ 공청회 등 의견을 수렴하

6) 헌재 2012. 12. 27. 2010헌바187.

7) 제17대 국회 제262회 제2차 법제사법위원회회의록(법안심사제2소위원회, 2006. 9. 22.), 29쪽. 법률안을 대표발의한 박세환 의원의 설명이다.

는 과정을 거쳐 재범 방지라는 면이 중요하게 반영되기는 하였으나, 전자감독제도의 도입에는 성폭력범죄에 대한 형벌을 무한정 강화하기는 어려운 현실에 대한 고려도 있었다고 해석할 수 있다. 이는 반대로 말하면 전자감독제도가 형벌을 대신하는 제도가 되지 않도록 유의해야 함을 의미한다.⁸⁾

따라서 법치국가 원리 측면에서 전자감독제도를 평가하려면, 해당 범죄에 대한 형벌과의 관계도 유기적으로 생각할 필요가 있으며 전자감독제도가 실질적으로 형벌과 마찬가지로 기능을 하지 않게 하는 일도 필요하다. 이를 언급하는 것은, 보안처분과 형벌의 완전한 구별이 가능한지에 관하여 의문을 갖고 있기 때문이다.⁹⁾ 개념상 형벌은 범죄의 위법성과 책임에 대한 사후적 평가에 기반하는 제재의 면이 강하고 보안처분은 재범위험성을 미리 평가하여 이를 예방하고자 한다. 그러나 형벌에 교화를 통한 재범 억제 기능이 전혀 없는 것은 아닐 것이다. 그리고 보안처분도 제도를 설계하고 운영하기에 따라서는 형벌에 못지 않은 기본권 제한의 효과를 가질 수 있으며 보안처분도 결국엔 범죄를 저질렀다는 사실에서 촉발된다. 즉 형벌과 보안처분 사이에는 일정 정도 겹치는 부분이 존재한다. 하지만 보안처분과 형벌이 다르다는 전제 하에 어떤 제도는 보안처분이므로 이중처벌 금지의 원칙¹⁰⁾ 또는 형벌불소급 원칙이¹¹⁾ 적용되지 않는다거나 비례성 원칙을 적용할 때 입법자 등에게 더 넓은 재량을 인정하는 등의 결과, 형벌에 가해지는 엄격한 법치국가적 제한을 우회하면서도 국민의 불안을 잠재우기 위한 손쉬운 해결책으로 동원될 위험성이 있지 않을까 하는 우려가 있다고 생각한다.

발제문 서두(‘들어가는 말’)를 보면 전자감독제도 대상자의 82%가 형 집행 종료 후 대상자이다. 다시 말하면 범죄의 경중이나 형 집행 과정에서의 변화, 재범위험성 등을 면밀하게 고려하여 형벌과 전자감독 제도를 유기적 관련 하에 상호 보완적으로 운영되고 있는 것이 아니라, 경직된 형태로 내지는 관성적으로 운영되고 있는 것이 아닌가 하는 우려가 있다. 발제문에서 재범위험성을 중심으로 하여 전자감독제도의 운영 현황에 많은 지면을 할애한 것도 이러한 위험성과 무관하지 않을 것이다. 이러한 위험에도 불구하고 전자감독제도가 형벌과 구별되는 보안처분으로서 갖는 존재의 필요성이나 의의가 있다면 어떤 것일지 발표자의 의견을 청한다.

8) 실제로 당시 법안에 관하여 국가편의주의적이라거나 자유형의 대체수단이라는 비판, 이중처벌 내지는 수치형의 염려 등이 제기되었다(제17대 국회 제262회 제5차 법제사법위원회회의록(법안심사제2소위원회, 2006. 12. 5.), 2쪽).

9) 전자장치의 부칙이 보안처분인지 형벌인지에 대해서는 견해가 나뉜다. 이에 대해서는 이인영, “전자장치부칙법 부칙조항 합헌결정에 대한 비판적 분석”, 홍익법학 제14권 제1호, 2013, 915-919쪽 참조.

10) 헌재 2012. 12. 27. 2011헌바89.

11) 헌재 2012. 12. 27. 2010헌가82 등.

◆ 한국공법학회-한국형사정책연구원 공동학술대회 ◆

종합토론

신옥주 | 전북대 교수

토 론 문

신 옥 주 | 전북대 법학전문대학원 교수

안녕하세요.

귀중한 학술대회에서 토론할 기회를 주셔서 매우 고맙습니다.

제게 보내진 두 분 교수님들의 훌륭한 발제문을 읽고 많이 배웠습니다.

논문을 읽으면서 갖게 된 궁금한 점들을 중심으로 질문을 드리도록 하겠습니다.

1. 「법치주의 구조변동과 형사사법 거버넌스-현 정부의 검찰개혁에 대한 과도기적 평가와 함께-」에 대하여

발표자는 법치국가의 이념과 시민의 위상변화라는 관점에서 협력적 법치국가라는 개념을 사용하고 있으며, 시민은 국가의 협력파트너로서의 위상을 가지게 되었고 기본권은 시민이 향유하는 시민을 위한 권리라기보다는 통합을 위하여 국가와 시민간, 그리고 시민 상호간에 협력을 보장해주는 기능을 갖는 것으로 파악하고 있다.

첫째, 자유주의와 민주주의가 긴장관계에 있을 수 있다고 하면서 법치주의의 약점이 비윤리적 사고방식이 법을 통하여 재생산되는 경우 더욱 심해지고 미투운동이나 선거운동과정에서의 탈도덕화 형태, 또는 법을 통치나 억압의 도구로 악용하는 점을 지적하고 있다. 그러나 민주주의와 법치주의가 각각 헌법상 원칙이지만 양자는 인간의 존엄과 자유, 평등을 매개로 상호 밀접하게 결부되어 있고 상호 존재의 기반을 마련하고 있다고 볼 수 있다. 미투운동이나 선거운동과정에서의 탈도덕화 형태가 어떤 점에서 법치주의의 약점인지 설명을 듣

고 싶다. 또한 법을 통치나 억압의 도구로 삼고 있다는 지적에 대하여 그러한 법률이 실질적 의미의 법치주의관점에서 위헌으로 볼 수 있을지를 살펴볼 수 있는 것이지 법치주의의 약점이라고 할 수 있는지 궁금하다.

둘째, 현대에서도 공·사적 영역의 구분이 여전히 필요하고 인간의 존엄과 자유권의 영역에서 국가로부터의 침해방지를 요청하는 주관적 공권으로서의 성격을 여전히 가지고 있다. 이러한 기본권의 제한시 제한을 위한 목적 중 하나가 헌법 제37조 제2항에서는 “공공복리”임을 밝히고 있다. 즉 헌법상 “공공복리”는 기본권을 제한할 수 있는 목적으로 이해되는 것이지 기본권주체에게 기본권윤리를 강제하기 위한 개념은 아니라고 생각하는데 발표자의 견해를 듣고 싶다.

셋째, 발표자는 법치국가의 이념이 19세기의 시민적 법치국가, 20세기의 사회적 법치국가로 변화하였고 시민의 위상도 개인적 자유실현을 방어해야하는 지위에서 사회적 과제를 수행하기 위한 국가의 “사회적 동반자”로 변화하였다고 분석한다. 그러나 현대헌법에서 사회국가원칙을 수용하면서 소유권의 절대성, 사적자치, 계약의 자유에 수정이 가해지고 사회권을 보장하여야 한다는 것이 법치국가의 이념자체가 변하고 시민의 위상이 국가의 파트너로 변화하였다고 볼 수 있는지 의문이 든다. 발표자의 견해를 듣고 싶다.

넷째, 법치주의의 구조변동의 21세기요인을 설명하면서 새로운 국가공동체질서 내에서 기본권의 기능은 정보혁명의 도움으로 말미암아 광범위한 영역에서의 국가행위의 공정성과 투명성 그리고 공동체 통합을 위한 개개인 상호간, 국가와 국민 상호간의 ‘협력’을 보장해주는 쪽으로 발전할 것이고 기본권의 문화창조적 기능이 활발하게 작동할 것이라고 전망한다. 구체적으로 변동되는 법치주의의 구조는 무엇인지, 그리고 사회발달 혹은 이정한 시기가 지나면 법치주의의 이념과 구조, 시민의 위상, 기본권의 기능이 항상 변화하는 것인지 궁금하다.

다섯째, 형사법영역에서의 협력적 법치주의의 관점이 어떻게 투영되는 것인지 궁금하다.

2. 「중형주의와 입헌주의-중형주의의 헌법적 정당화를 중심으로-」에 대하여

첫째, 헌법 제10조에서 상정하는 헌법상 인간상은 공동체내에서 합리적이고 자율성에 기반한 자기결정권을 행사하며 그에 따른 책임을 지는 주체적인 시민이다. 형벌은 자기책임주의원칙에 따라 자신이 한 행위에 상응하는 책임범위내로 한정되는 것이어야 하고 범죄에

방과 재사회화를 위한 교화를 위하여서는 보안처분을 활용한다고 이해할 때 중형주의의 문제가 헌법상 인상상과 직접적인 연관성은 적어 보이는데 발표자의 의견을 듣고 싶다.

둘째, 형벌의 규정에 있어서 입법자의 광범위한 입법형성의 자유가 인정되지만 자기책임 원칙과 행위와 형벌의 비례성원칙에 반하는 경우 입법자의 재량권의 현저한 일탈로서 과잉 금지원칙에 반하여 신체의 자유를 침해하는 위헌적 규정으로 보게 될 것이다. 또한 형벌규정의 위헌성을 판단함에 있어 고려되어야 하는 것은 형벌규정의 체계정당성이다. 구체적인 사안에서 비례성원칙과 체계정당성위반에 대한 심사는 여러 요소를 종합적으로 고려하여 이루진다. 헌법재판소는 주거침입강제추행죄의 법정형을 주거침입강간죄와 동일하게 규정한 법률조항에 대하여 법정의견인 4인의 합헌의견은 주거침입강제추행죄의 보호법익의 중요성, 죄질, 행위자 책임의 정도 및 일반예방이라는 형사정책의 측면 등 여러 요소를 고려하여 본다면, 입법자가 형법상 강제추행죄의 법정형보다 무거운 ‘무기징역 또는 5년 이상의 징역’이라는 비교적 중한 법정형을 정한 것에는 나름대로 수긍할 만한 합리적인 이유가 있는 것이고 판단하고 있다.

발표자는 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 제5조13(소위 ‘민식이법’)이 교통사고처리특례법상의 운전 사고에 비하여 가중된 법정형을 규정하고 있어 체계정당성에 반하고 평등원칙에도 위배된다고 보고 있다. 그러나 제5조의13에서 규정하는 어린이 보호구역에서 어린이 치사상의 가중처벌은 자동차(원동기장치자전거를 포함한다)의 운전자가 「도로교통법」 제12조 제3항에 따른 어린이 보호구역에서 같은 조 제1항에 따른 조치를 준수하고 어린이의 안전에 유의하면서 운전하여야 할 의무를 위반하여 어린이(13세 미만인 사람을 말한다. 이하 같다)에게 「교통사고처리 특례법」 제3조 제1항의 죄를 범한 경우에는 가중 처벌한다고 함으로써 범죄의 구성요건, 법의 목적, 보호법익의 중요성, 형사정책적 측면 등에서 서로 다르기 때문에 합헌으로 볼 여지가 있지는 않는지 의견을 듣고 싶다.