

‘특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률’에 관한 검토*

김혜정*

국 | 문 | 요 | 약

성폭력범죄자에게 전자장치를 부착하는 문제가 많은 논란 끝에 2007년 4월 27일 ‘특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률’로 제정되어 2008년 5월 22일 개정을 거쳐 2008년 9월 1일부터 시행되게 되었다. 동법률이 그동안 여론의 큰 관심을 받았던 이유는 사회적으로 심각한 성폭력범죄, 특히 아동을 대상으로 하는 성폭력범죄에 대한 적절한 조치가 필요하다는 점과 소위 전자발찌를 이용한 새로운 모습의 제재라는 점에 있을 것이다.

동법률은 처음 공청회 당시 마련된 법률안에서부터 국회에 제안되었던 법률안, 제정 당시의 수정안 더 나아가 개정될 당시의 수정안에 이르기까지 많은 수정과 변화를 거쳐 왔다. 그런데 이러한 일련의 입법과정을 살펴보면, 사회적·정책적 필요성만 강조되고 있을 뿐 그에 대한 법이론적 검토에는 소홀했던 것은 아닌가하는 의문이 제기된다. 이는 동법률이 지나치게 전자장치의 부착에만 초점이 맞추어져 있다고 생각되기 때문이다.

사실 동법률에서의 전자감독은 독립적인 형사제재라기 보다는 종래 보호관찰의 통제기능을 강화하기 위하여 발전되어 온 하나의 감독도구 또는 감독수단이라고 할 수 있을 것이다. 이는 동법을 제22조(가석방 및 가중료 등과 전자장치 부착) 및 제28조(형의 집행유예와 부착명령)에 규정되어 있는 경우뿐만 아니라 제5조(징역형 종료 이후의 전자장치 부착)의 경우도 동일하게 이해해야 할 것이다.

그런 점에서 본다면, 동법률에서 초점은 전자장치의 부착에 있는 것이 아니고 사회적으로 심각한 성폭력범죄에 대한 대응의 필요성이라는 입법목적을 고려하여 성폭력범죄자가 징역형을 종료한 후에도 재범위험성이 존재한다면 추가적인 사후감독으로 자유제한적 보안처분을 적용할 것인가에 있다고 할 것이다. 그와 함께 동법률 안에 자유제한적 보안처분과 보호관찰의 내용을 함께 규정하는 것이 적절한 것인가 등에 관한 검토가 이루어져야 할 것으로 생각된다.

❖ 주제어 : 전자장치의 부착, 전자감독, 전자발찌, 성폭력범죄자, 자유제한적 보안처분

* 이 연구는 2007학년도 영남대학교 학술연구조성비에 의한 것임.

** 영남대학교 법과대학 교수, 법학박사

I. 문제제기

2005년 이후 여론의 큰 관심이 되었던 성폭력범죄자에게 전자장치(일명 전자발찌)를 부착하는 문제가 많은 논란 끝에 2007년 4월 27일 법률 제8394호 ‘특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률(이하 전자감독법¹⁾)이라 한다’로 제정되어 지난 2008년 9월 1일부터 시행되게 됨에 따라 같은 달 30일 현재 전국적으로 성폭력범죄로 형집행 중 가석방된 53명에게 처음으로 전자장치가 부착되었다.

그런데 전자장치를 부착한 대상자 중 한 사람이 전자장치를 부착한지 불과 한 달이 갓 넘은 시점에 전자장치를 부착한 상태에서 또 다시 성폭력범죄를 범하는 사건이 발생하였다. 이 사건에 대하여 언론과 관계기관에서는 전자발찌를 착용하고 있었기 때문에 쉽게 범인을 검거할 수 있었다는 점에서 오히려 긍정적으로 평가하고 있는 듯하다.²⁾ 하지만 전자감독법이 제정되어 시행되기까지 여론의 집중적인 관심을 받았고, 또 동법률에 의한 전자감독이 시행되면 성폭력범죄가 많이 차단될 것이라는 분위기로 몰아갔던 상황을 감안하면 - 물론 아직 그 결과를 예측하기는 이르지만 - 이는 다소 실망스러운 부분이라고 볼 수 있다.

사실 전자감독법이 그동안 여론의 큰 관심을 받았던 이유를 두 가지로 나누어 생각해 본다면, 그 하나는 국민을 경악시킨 몇몇 흉악한 성폭력범죄, 특히 아동을 대상으로 하는 성폭력범죄에 대하여 보다 강력한 대응이 필요하다는 것이고 다른 하나는 소위 전자발찌를 이용한 새로운 모습의 제재라는 점에 있을 것이다. 그런데 이 두 가지 이유는 비단 전자감독법에서 뿐만 아니라 각각의 이유가 중요한 사회적 이슈로 자리매김되면서 더 넓은 영역으로 확장되는 모습을 보여주고 있다.

먼저 성폭력범죄에 대한 강력한 대응의 필요성과 관련하여서는 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률(이하 성폭력특별법이라 한다)’에서 법정형의 강화, ‘청소년의 성보호에 관한 법률(이하 청소년성보호법이라 한다)’에서 성범죄자의 신상정보

1) 동법률의 약칭과 관련하여서 “전자발찌법”, “전자장치부착법” 등 다양하게 표현되고 있으나, 동법률이 전자장치를 이용하여 대상자를 감독하기 위한 목적에서 제정되었다는 점에 입각하여 본 논문에서는 “전자감독법”이라는 약칭을 택하기로 한다.

2) 2008년 11월 6일 (목) 07:52 노컷뉴스(인터넷 뉴스) 참조.

등록 및 열람제도의 강화,³⁾ '치료감호법'에서 치료감호 대상의 확대 등 성폭력범죄에 대한 제재가 다양하게 강화되었다. 그런가 하면 전자발찌의 부착과 관련하여서 법무부는 그 대상을 성폭력범죄뿐만 아니라 상습성이나 재범위험성이 인정된 특정 강력범죄를 범한 범죄자에게까지 확대하는 입법을 올 상반기에 추진하겠다는 방안을 밝히고 있다.⁴⁾

그런데 성폭력범죄에 대한 다양한 제재의 강화는 결과적으로 제재가 중첩될 수 있는 가능성을 열어 놓게 되었고, 그로 인해 실무에서는 그 적용에 난색을 표하는 모습을 발견할 수 있게 되었다. 그런가하면 전자발찌를 착용하게 될 대상범죄의 확대논의는 자연스럽게 인권침해 내지 이중처벌의 논란을 또 다시 야기시키는 계기로 작용하고 있다. 이런 상황들은 이 같은 다양한 제재의 변화를 통해 과연 실질적으로 재범방지에 대한 실효성을 가져올 수 있을까하는 점에 의문을 제기하게 만든다.

사실 현행 전자감독법에 담겨있는 전자장치의 부착은, 종래 단기 자유형에 대신하여 그 폐해를 줄이고 과밀구금을 완화하는 방식으로 많은 다른 나라들에서 수행되어 왔던 모습과는 달리, 사회적 핫이슈가 되고 있는 성폭력범죄와 연계되면서 사회적·정책적 이유에서 그 필요성만 강조되고 있을 뿐 그에 대한 법이론적 검토는 소홀히 되고 있는 것은 아닌지 의문이 든다.

이에 본 글에서는 전자장치부착이라는 내용보다는 전자감독법이 가지고 있는 제재론적인 문제에 초점을 맞추어 살펴보도록 한다.

II. 입법과정

주지하는 바와 같이, 2007년 4월 27일에 제정되어 2008년 10월 28일 그 시행을 앞두고 있던 전자감독법은 안양 초등생 살인사건 및 일산 초등생 납치미수사건 등으로 인해

3) 청소년성보호법은 2007년 8월 3일 전부개정에 이어 또 다시 동법의 보호대상을 청소년뿐만 아니라 아동까지 확대하고 신상정보의 열람기간을 5년에서 10년으로 확대하는 등의 내용을 포함하는 전부개정법률안이 2008년 11월 24일 의안번호 제1802213호로 정부에 의해 제안되었다.

4) 2009년 2월 19일(목) 11:21 연합뉴스(인터넷 뉴스) 참조.

2008년 5월 22일 일부개정을 거쳐 그 시행이 9월 1일로 앞당겨졌다.

2005년 처음 법률안이 제안될 때부터 제정 및 개정을 거쳐 현재에 이르는 입법과정을 살펴보면, 그 내용이 계속적으로 수정되면서 반드시 개선된 것만으로 평가하기 어려운 부분도 포함하고 있다.

1. 2005년 의원입법 당시의 주요내용

가. 성폭력범죄의 높은 재범율을 효과적으로 통제하기 위하여 보다 적극적인 대처방안이 필요하다는 국민적 공감대에 힘입어 성폭력범죄의 예방을 위한 정책으로 한나라당에 의해 성폭력범죄자에게 전자장치를 부착하는 문제가 제기되었다.⁵⁾ 이와 관련하여 2005년 5월 한나라당 주최 공청회에서 제안된 가칭 ‘성폭력범죄 예방을 위한 전자위치확인장치 부착명령에 관한 법률(안)’⁶⁾을 보면, 제1조에 “성폭력범죄를 범한 자로서 동종의 범죄를 저지를 재범의 위험성이 있거나 재범방지를 위하여 실시되는 보호관찰에 추가되어 각기 행적을 추적해 둘 필요가 인정되는 자에게 전자발신기를 신체에 착용케 하는 명령을 발한 후 기계적 장치로 그 신호를 추적하여 그 위치를 파악할 수 있는 자료를 보존함으로써 범죄를 예방하여 개인 및 공공의 복지를 증진함과 아울러 사회를 보호함”에 그 목적을 둔다고 하였다. 초기 입법당시 부착명령의 종류는 “출소후 부착명령”과 “집행유예 선고부 부착명령” 2종류만 두고 있었고, 가석방시 조건부 부착명령은 형량이 비교적 단기이므로 국민정서에 배치된다는 점에서

5) 2005년 4월 28일 한 TV토론회를 시작으로 성폭력범죄자에게 전자팔(발)찌를 부착하는 문제에 관한 본격적인 논의가 시작되었다고 생각된다. 당시 토론회 내용을 살펴보면, 전자감독에 대하여 비단 대상자가 정해진 시간에 정해진 장소에 있는지 여부만을 감독하는 것이 아니라, 부착된 전자장치를 통해 신체적 변화가 감지되면 범죄를 범하기도 전에 전자쇼크 등 전자태형(elektronische Prügelstrafe)을 가할 수 있는 것까지도 포함하는 마치 “마이너리티 리포트”라는 영화에서처럼 철저히 예방적 관점에서의 내용까지도 포함되는 것으로 언급되어 많은 문제제기가 있었다. 그러나 다행히 그 후에 실시된 공청회에서는 그러한 문제점이 어느 정도 바로잡힌 내용을 가지고 토론이 진행되었다. 다만, 이러한 내용은 전자팔(발)찌의 활용과 관련하여 앞으로도 계속 제기될 수 있다는 점에서 여전히 문제점은 존재하고 있다고 생각된다.

6) 공청회 당시 법률안은 총 24개 조문과 함께 제1장 총칙, 제2장 출소후 부착명령, 제3장 집행유예 선고부 부착명령, 제4장 벌칙으로 구성되어 있었다(전자위치확인제도도입 대토론회 자료집, 2005. 5. 13, 35면 이하 참조).

채택하지 않고 있었다.⁷⁾

출소후 부착명령과 관련하여 그 기간은 5년으로 하고 그 대상자로는 재범위험성이 있다고 인정되면서 “① 성폭력범죄로 2회 이상 금고 이상의 실형을 받고 형기합계 3년 이상인 자가 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 성폭력범죄를 범한 때, ② 성폭력범죄를 수회 범하여 상습성이 인정될 때, ③ 15세 이하의 피해자를 대상으로 성폭력범죄를 범한 때, ④ 전자위치확인명령의 신고를 받은 자가 그 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 성폭력범죄를 범한 때” 중 하나에 해당하는 경우로 법원의 판결로 신고하도록 하고 있었다. 이러한 출소후 부착명령은 가석방에 영향을 끼치지 않는 것으로 되어 있었으며, 제6조에 따라 소년법상의 소년에 대하여는 동법률을 적용하지 않도록 하고 있었다. 이러한 법률안은 공청회에서 제기된 찬반의견이 반영되어 일부 수정된 형태로 국회에 제안되었다.

나. 2005년 7월 14일 의원입법형태로 국회에 제안된 법률안⁸⁾을 보면, 우선 법률명을 “특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률”로 바꾸고 제1조 목적에서 “징역형을 선고받은 특정 성폭력범죄자가 그 형기를 마친 후 같은 범죄를 다시 저지르는 것을 예방하기 위하여 그의 행적을 추적, 위치를 확인할 수 있는 위치추적 전자장치를 신체에 부착하게 하는 부가적인 조치를 취함으로써 그 성폭력범죄로부터 국민을 보호함”에 있다고 하여 초기 법률안에서는 출소 후뿐만 아니라 집행유예 시에도 부착명령이 가능하게 하던 것에서 후자를 삭제하여 출소 후에만 전자장치를 부착하도록 하였다. 이는 전자감독법의 입법목적이 흉악한 성폭력범죄의 근절을 위하여 보다 강력한 제재를 부과함에 있다고 한다면, 실형을 선고하면서 그 집행을 유예하는 경우를 포함하는 것은 입법목적 내지 입법취지를 고려할 때 부적절하다고 생각되어 동법률에서 징역형 종료후 부착에 대한 내용으로 제한한 것은 초안에 비하여 적절하게 수정된 것으로 평가될 수 있다.

7) 박세환, “전자팔찌 활용 법률 제정의 발제”, 전자위치확인제도도입 대토론회 자료집, 2005. 5. 13, 32면 참조.

8) 국회 제안당시 법률안은 총 34개 조문으로 늘어나면서 초기 입법안에서 제4장으로 나누어 구성되어 있던 것이 장 구별 없이 하나로 구성되었다(의안정보시스템 2005년 7월 14일자 의안번호 제172235호 의안원문 참조).

그런가하면 전자장치 부착대상자의 요건으로 “① 성폭력범죄로 2회 이상 징역형을 선고받아 그 형기의 합계가 3년 이상인 자가 그 집행을 종료한 후 또는 집행이 면제된 후로부터 5년 이내 성폭력범죄를 저지른 때, ② 성폭력범죄를 수회 범하여 상습성이 인정된 때, ③ 19세 미만의 피해자에 대하여 성폭력범죄를 저지른 때, ④ 성폭력범죄로 부착명령을 받은 적이 있는 자 다시 성폭력범죄를 저지른 때, ⑤ 심신상실자로서 「형법」 제10조제1항의 규정에 의하여 벌할 수 없는 자가 징역 이상의 형에 해당하는 성폭력범죄를 범한 때”라고 규정(법률안 제4조 제1항)하여 초안에서 미성년 피해자 연령을 15세 미만으로 한 것을 19세로 하여 그 범위를 확대하였고 심신상실자를 부착대상자에 새롭게 추가하였지만, 오히려 재범위험성 요소는 삭제하였다.

그런데 동법률의 목적에 재범예방을 위한 부가조치라는 부분을 명백히 하고 있을 뿐만 아니라 특히 부착대상자 요건 중 제1호 및 제2호의 요건은 구사회보호법상 보호감호 요건⁹⁾과 유사한 내용으로 규정되어 있었음에도 재범위험성 요건 내지 재범위험성 평가규정이 빠져 있었던 점, 그리고 대상요건에서 미성년 피해자 연령을 15세에서 19세로 수정한 합리적인 근거의 제시 없이 청소년성보호법상의 보호대상과 중첩될 수 있어 법 적용에 혼선을 가져올 수 있는 여지가 있다는 점 등은 문제로 남아 있었다.¹⁰⁾

2. 2007년 제정당시의 주요내용

이렇게 의원 발의된 법률안은 법무부에 의해 수정안이 만들어지게 되었고 국회에서 논의되는 과정에서 법무부안을 바탕으로 수정¹¹⁾된 법률안이 국회에서 2007년 4월 27일 법률 제8394호로 제정되었고, 부칙 제1조에 의하여 공포된 후 1년 6월이 경과한

9) 구사회보호법 제5조(보호감호)에는 “1. 동종 또는 유사한 죄로 2회이상 금고이상의 실형을 받고 형기합계 3년이상인 자가 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 별표의 죄를 범한 때, 2. 별표에 규정된 죄를 수회 범하여 상습성이 인정될 때”라고 규정되어 있었다.

10) 동법률안의 문제점과 관련한 구체적인 내용은 김혜정, “성폭력범죄자에 대한 전자팔찌 적용가능성에 대한 검토 - ‘특정성폭력범죄자에대한위치추적전자장치부착에관한법률안’을 중심으로”, 형사정책연구 제16권 제3호, 2005, 251면 이하 참조.

11) 2007년 3월 29일 제266회 국회(임시회) 제1차 법제사법위원회(법안심사제2소위) 회의록 2면 및 2007년 4월 2일 제266회 국회(임시회) 제1차 본회의 회의록 13면 참조.

2008년 10월 28일부터 시행되게 되었다.

2007년 제정된 법률내용을 보면, 먼저 제1조 목적에서 “성폭력범죄자의 재범 방지와 성행교정을 통한 재사회화를 위하여 그의 행적을 추적하여 위치를 확인할 수 있는 전자장치를 신체에 부착하게 하는 부가적인 조치를 취함으로써 성폭력범죄로부터 국민을 보호함”이라고 규정하여, 제안법률안 제1조 목적에서 사용되었던 “예방”이라는 표현이 “방지”라는 표현으로 수정되었다. 물론 전자감독이 장래 재범위험성에 근거하여 예방적 차원에서 부과되는 제재방식이라는 점을 부정할 수는 없으나, 일반적으로 사전적 조치의 의미를 담고 있다고 할 수 있는 “예방”이라는 표현을 사용하는 경우 그로 인해 자칫 전자감독을 사전예방의 관점에서만 접근하게 될 수 있어 - 논의초기에 TV토론회에서 언급되었던 것과 마찬가지로 - 신체적 징후가 나타나는 것만으로 전자쇼크를 주는 등 범죄를 범하기도 전에 전자태형과 같은 조치를 취할 수 있는 가능성까지도 열어 놓게 되고, 이 경우 심각한 기본권침해를 초래할 수 있다는 점에서 전자감독은 사후처벌의 관점에서 접근해야 한다고 보기 때문에 바람직한 변화로 평가될 수 있다.

그런가하면 전자장치부착 대상자의 요건으로 의원입법 당시 빠져 있었던 재범위험성 요건이 다시 추가되면서 미성년 피해자의 연령을 19세 미만에서 13세 미만으로 변경하고 치료감호 대상과 중첩되는 심신상실자를 대상에서 제외하면서 부착명령의 독립청구 조항을 삭제하였고, 적용배제범위를 소년법상 소년 내지 미성년자라는 표현 대신에 만 19세 미만의 자에 대하여는 전자장치를 부착할 수 없도록 하는 등 그 내용이 수정되었다.

다만, 19세 미만의 자를 원칙적으로 전자장치 부착대상자에서 제외한 것과 관련하여서는 최근 증가하는 청소년 가해자문제도 사회적으로 심각한 문제라는 할 수 있는데 과연 그 대상에서 제외하는 것이 적절한 것인지, 또 의원입법안에서 부착명령을 출소후로 제한했던 것을, 동법의 적용범위가 출소후로 한정되는 경우 재범방지에 다소 어려움이 있다는 이유에서¹²⁾ 징역형 종료 이후 부착, 가석방·가중료자에 대한 부착, 집행유예단계에서의 부착으로 구분하여 규정하고 있는 것이 동법률의 입법목적과 관련하여 적절한 것인지에 대한 문제가 남아 있었다.

12) 2007년 3월 30일 제266회 국회(임시회) 제4차 법제사법위원회(전체회의) 회의록 42면 참조.

3. 2008년 개정당시의 주요내용

그런데 동법률의 제정이후, 2007년 12월에 발생한 제주 초등학교 여학생 살해사건 및 2008년 3월에 발생한 안양 초등생 살인사건 및 일산 어린이 납치미수사건 등 아동에 대한 충격적인 강력범죄가 발생하자 다시금 성폭력범죄 등 강력범죄에 대한 강경대응의 여론이 들끓게 되었고 그 여파로 동법률이 시행되기도 전에 개정법률안이 제안되어 2008년 5월 22일 개정되기에 이르렀다.

개정된 주요 내용을 살펴보면, 가장 먼저 전자장치 부착기간을 종래 5년에서 10년으로 연장하면서 그 시행을 9월 1일로 앞당긴 것이다. 부착기간의 연장과 관련하여 국회에서 논의되는 과정에 아직 시행이 되지 않아 특별한 운영상의 문제가 드러난 것도 아닌데 10년으로 연장하는 것은 부적절한 것이 아니냐는 반대의견이 있었음에도 불구하고 애당초 5년 정도면 충분할 것으로 생각되었으나 성폭력범죄에 대해서 강력하게 처벌해야 된다는 국민적 공감대가 확산되고 있고 판사의 재량을 넓혀줄 수 있을 뿐만 아니라 성폭력범죄의 경우 습벽에 의한 경우가 많고 이러한 습벽은 장기간 유지된다는 점에서 연장이 결정되었다.¹³⁾ 그러나 과거 전자장치 부착에 관한 결과보고를 보면 전자장치를 장기간 부착하는 경우 오히려 부작용이 있을 수 있다는 문제¹⁴⁾가 제기되었던 것을 고려하면 시행이 되기도 전에 5년에서 10년으로 기간을 늘인 것은 지나치게 예방적인 관점에서 성급하게 개정된 것이 아닌가 하는 의문이 남는다.

그와 함께 개정안에서는 특정지역·장소 출입금지, 외출제한, 성폭력치료프로그램의 이수 등 특별준수사항을 법원이 부과할 수 있도록 하였고, 이러한 특별준수사항을 위반하는 경우 형사처벌을 할 수 있는 규정을 신설하였다. 특히 처음 개정안에는 준수사항 위반이 있는 경우, 징역형과 벌금형을 부과하도록 하고 있었으나 국회에서 논의되는 과정¹⁵⁾에 위반이 중한 경우와 경한 경우를 나누어 전자의 경우에는 징역형과 벌금형을 부과할 수 있도록 하고 후자의 경우에는 벌금형만 부과할 수 있도록 수정해서 규정하였다. 물론 준수사항을 위반하는 경우에 곧바로 형사처벌을 하는 것이 부적절하다는 비판

13) 2008년 5월 15일 제273회 국회(임시회) 제1차 법제사법위원회(전체회의) 회의록, 8면 참조.

14) 정갑섭, “미국의 전자감시 시스템과 가택구금의 연구”, 교정연구 제3호, 1993, 93면; EMP연구반, “사회내처우로서 전자감시 보호관찰에 관한 연구”, 보호 통권 제9호, 1999, 148면 참조.

15) 2008년 5월 20일 제273회 국회(임시회) 제1차 법제사법위원회(법안심사제1소위) 회의록 10면 참조.

도 제기되고 있으나 징역형 종료 이후의 전자장치부착에 있어서 준수사항 위반은 그 법적 성격상 보호관찰의 준수사항 위반과는 달리 접근할 수밖에 없다는 점에서 부적절한 것으로 평가하기는 어려울 것으로 생각된다.

이상에서 살펴본 것과 같이, 처음 전자감독법이 입안된 이후 논의되는 과정에서 많은 내용의 수정이 이루어졌지만, 동법률에는 여전히 몇 가지 중요한 문제점이 내포되어 있다고 생각된다.

Ⅲ. 법률의 검토

1. 정책적 관점에서 입법목적과 관련된 검토

1) 입법목적에 따른 체계의 문제

앞에서 살펴본 바와 같이, 전자감독법은 최근 발생하고 있는 심각한 (특히 아동을 대상으로 하는) 성폭력범죄에 강력하게 대응하여 그로부터 국민을 보호하겠다는 정책적 목적에서 그 입법이 제안되었다. 즉 성폭력범죄로부터 사회를 보호 내지 방어해 달라는 여론의 지지에 힘입어 제정된 법률이라고 할 수 있을 것이다.

그렇다면 이는 지금까지 우리가 성폭력범죄에 지나치게 미온적인 태도로 대응해왔다는 비판에서 출발한 것이라고 할 수 있고 따라서 이러한 점을 보완하여 보다 적절하게 대응할 수 있는 내용으로 이루어져야 할 것으로 생각된다. 그런 관점에서 본다면 - 구체적인 법이론적 문제는 별론으로 하고 - 징역형 종료 이후의 전자장치 부착에 관한 내용은 형벌의 집행을 마친 후에도 여전히 재범위험성이 존재하는 성폭력범죄자에 대해 적극적으로 대응한다는 정책적인 설명이 가능할 것으로 생각되지만, 적어도 동법률의 대상이 되는 특정 성폭력범죄자에게 형의 집행유예를 선고하면서 전자장치의 부착을 명하는 내용이 동법률의 입법목적에 부합하는 것인지는 의문이다. 성폭력범죄를 범한 범죄자에게 집행유예를 선고하게 되는 경우는 적어도 당해 범죄가 그렇게 중한 경우는 아니라고 이해될 수 있을 뿐만 아니라 이는 '보호관찰 등에 관한 법률(이하 보호관찰법

이라 한다’에서도 충분히 규율할 수 있는 문제라고 보이는데, 굳이 2005년 의원입법안에서 삭제되었던 법적 성격이 상이한 집행유예시 부착명령에 관한 내용¹⁶⁾을 징역형 종료후 부착명령에 관한 내용과 함께 규정함으로써 동법률의 입법목적이 불명확해지는 것은 아닌지 의문이다. 따라서 “제3장 가석방 및 가중료 등과 전자장치 부착” 및 “제4장 형의 집행유예와 부착명령”에 관한 규정들이 동법률의 입법취지상 함께 규정되는 것이 적절한지에 대한 검토가 필요하다고 생각되며, 설사 가성방자에 대한 부착내용까지는 동법률에 담는다고 하여도 최소한 집행유예자에 대한 부착내용은 보호관찰법으로 옮겨질 필요가 있다고 본다.

사실 이러한 문제는 입법과정에서 충분히 논의되었어야 하는 문제라고 생각되는데, 전자감독법이 지나치게 전자장치의 부착에 초점이 맞추어져 있다 보니 이러한 근본적인 논의가 부족했던 것이 아닌가 생각이 되고, 이러한 문제는 범명칭을 통해서도 충분히 예상되는 부분이라고 생각된다.

2) 범명칭의 문제

동법률의 명칭을 보면, 특정 성폭력범죄자에게 전자발찌, 즉 전자장치를 부착하겠다는 목적이 그대로 잘 나타나있다. 결국 전자감독법이 입법되게 된 주원인은 성폭력범죄자에게 강경하게 대응하겠다는 것으로 그 대상은 특정 성폭력범죄자라는 점과 그 대응방법은 전자장치의 부착이라는 사실을 범명칭에서 잘 알려주고 있는 것이다. 특히 범명칭에서 전자장치의 부착을 명시하고 있어서 인지, 동법률의 내용을 보면, 부착명령의 청구, 부착명령의 판결, 부착명령의 집행 등 전자장치부착에 관한 내용에 초점이 맞추어져서 마치 전자장치의 부착이 독립적인 형사제재인 듯 한 인상을 주고 있으면서, 전자장치의 부착이 최근 우리사회의 큰문제가 되고 있는 성폭력범죄와 같은 강력범죄문제를 해결해줄 수 있는 만능열쇠쯤으로 인식할 수 있는 여지를 보여주고 있다고 생각된다.¹⁷⁾

16) 물론 이 문제는 보호관찰의 법적 성격을 무엇으로 보느냐에 따라 견해가 달라질 수 있다고 생각되는데, 이 문제는 후술하도록 한다.

17) 이러한 우려는 살인, 강도, 약취유인, 방화 등 재범 가능성이 큰 흉악범죄자에게도 최장 10년 정도의 전자발찌를 부착하겠다는 정부의 입법방안(2009년 2월 20일 (금) 03:21 한국일보(인터넷 뉴스) 참조)을 통해서도 유추할 수 있다고 생각된다.

이처럼 법률 제정에 있어 그 법이 담고자 하는 목적 내지 특징을 포함하는 방식의 긴 법률명을 사용하는 것은 결국 입법자들이 여론에 편승하여 공명 세우기의 하나로 다분히 법제정을 정치화할 수 있는 문제를 내포할 수 있다는 비판이 제기될 수 있다.¹⁸⁾ 그런가하면 이처럼 법률명에서 구체적으로 입법자의 입법목적을 강조하는 방식은 필요할 때마다 특별법을 만드는 결과로 이어질 수 있는 가능성까지도 내포하고 있다고 생각된다.

3) 특별법 양산의 문제

동법률이 전자장치부착의 법적 성격에 대한 근본적인 고려보다는 그 부착을 강조함으로써 여론에 편승하여 불필요한 특별법의 제정으로 이어진 것이 아니냐는 의문은, 앞에서 언급한 바와 같이, 최근 제기되고 있는 성폭력범죄 이외의 또 다른 흉악범죄, 즉 특정 강력범죄자에게까지 전자발찌착용을 확대 시행하기 위한 입법을 추진하겠다는 정부의 의지와 관련하여서도 제기될 수 있다고 본다.

물론 그 입법방안이 새로운 특별법의 제정으로 이어지게 될지, 아니면 유사한 특별법에 통합하게 될지 아직 구체적으로 알 수는 없지만, 어떤 방법에 의하던 특별법의 형식을 취하게 될 것이고, 이는 기존의 특별법들조차도 단계적으로 폐지하는 것이 필요하다는 최근 학계의 논의와는 정면으로 배치되는 면을 부인할 수 없을 것이다.

사실 성폭력범죄와 관련하여서도 비단 전자감독법뿐만 아니라 성폭력특별법, 청소년성보호법 등 다양한 특별법에 다양한 제재방식을 담고 또 그러한 제재를 주관하는 기관도 서로 다르다보니, 올바른 제재의 적용이 가능할 것인가 또 다양한 제재에 따른 실질적인 제재효과가 나타날 수 있을 것인가에 대하여 의문이 제기되지 않을 수 없다. 따라서 사회적으로 문제가 제기될 때마다 (예컨대 전자감독법의 개정 논의에서도 신중론이 제기되었음에도 불구하고) 국민적 공감대가 형성되었다는 이유만으로 성급하게 특별법을 제·개정하는 방식으로 문제를 해결하는 것은 지양해야 할 자세라고 생각된다. 오히려 전자감독의 법적 성격을 명확하게 규명하고 그에 따라 합리적인 방안으로 법률체계를 정비하는 것이 필요할 것으로 생각된다.

18) 박혜진, “소위 전자장치부착법(특정 성범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률)에 대한 비판적 고찰”, 형사정책 제20권 제2호, 229면 이하 참조.

2. 법이론적 관점에서 제재성격에 관한 검토

1) 전자감독을 독립적인 형사제재로 볼 수 있을 것인가?

우선 전자감독법의 내용을 살펴보면, 성폭력범죄자에게 전자장치를 부착하는 것이 - 최소한 징역형 종료 이후 전자장치부착의 경우 - 마치 하나의 독립적인 형사제재인 것으로 오인할 수 있도록 구성되어 있다고 생각된다.¹⁹⁾ 그런데 전자장치의 부착, 즉 전자감독은 하나의 독립적인 형사제재라기 보다는 종래 보호관찰의 통제기능을 강화하기 위하여 발전되어 온 하나의 감독도구(supervision tool) 또는 감독수단이라고 할 수 있다.²⁰⁾ 따라서 보호관찰 등과 같은 제재에 부과되는 준수사항 내지 준수사항의 이행 여부를 감독하기 위한 수단으로 이해되어야 할 것으로 본다.²¹⁾

물론 동법률 제22조 제1항에 “형의 집행 중 가석방되어 보호관찰을 받게 되는 자는 준수사항 이행 여부 확인 등을 위하여 가석방기간 동안 전자장치를 부착하여야 한다”라는 규정과 제28조 제1항에 “형의 집행을 유예하면서 보호관찰을 받을 것을 명할 때에는 보호관찰기간의 범위 내에서 기간을 정하여 준수사항의 이행 여부 확인 등을 위하여 전자장치를 부착할 것을 명할 수 있다”는 규정을 통해서 이러한 내용이 일부 담겨 있다.

그러나 동법률의 주요 내용은 제5조 이하에 규정되어 있는 “징역형 종료 이후의 전자장치 부착”에 있다고 할 수 있을 것인데, 그런 점에서 본다면 검사가 제5조 제1항에 따라 “각 호의 어느 하나에 해당하고 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 자에 대하여 전자장치를 부착하도록 하는 명령을 법원에 청구”할 수 있고, 법원은 제9조에 의거하여 “부착명령 청구가 이유 있다고 인정”되면 “10년의 범위 내에서 부착기간을 정하여 판결로 부착명령을 선고”하여야 하기 때문에 집행유예 내지 가석방의

19) 필자 역시 초기에는 이러한 구별에 대한 문제의식이 분명하지 않아 연구결과물에서 “전자감시제도”라는 표현을 사용하였다(전자감시제도의 도입 및 운영을 위한 예비연구, 한국형사정책연구원, 2000 참조). 그러나 이에 대한 구별을 분명히 하는 것이 필요할 것으로 생각된다.

20) Turner/Hess/Myers/Shah/Werth/Whitby, “Implementation And Early Outcomes For The San Diego High Risk Sex Offender(HRSO) GPS Pilot Program”, Center for Evidence-Based Corrections, University of California, Irvine, 2007. 11, p. 25 참조.

21) 김혜정, “성폭력범죄자 출소 후 감독제도 효율화 방안”, 형사정책연구 제19권 제2호, 2008, 159면 참조.

경우와는 달리, 마치 독립적인 제재인 듯 한 인상을 주고 있다.

그런데 동법률 제9조의2 제1항을 보면, 징역형 종료 이후 부착명령을 신고하는 경우에 특정 시간대의 외출제한, 특정지역 및 장소에의 출입금지, 특정인과의 접근금지 등을 준수사항으로 부과할 수 있도록 하고 있으면서 제22조 제1항 내지 제28조 제1항에서와 같이 전자장치부착을 통해 이러한 준수사항 이행여부를 감독하겠다는 내용의 규정은 담고 있지 않다.

그렇다면 전자장치부착 자체가 하나의 제재가 될 수 있을 것인가? 물론 심리강제 정도의 효과는 가질 수 있을 것으로 보이나 독립적인 제재로 이해하기는 부족하다고 생각된다. 또 실질적인 집행에 있어서 대상자가 외출제한이라는 준수사항을 이행하고 있는지, 출입금지 구역에 들어가는지를 어떻게 감독할 수 있을 것인가? 결국 전자장치의 부착을 통해서 확인할 수밖에 없을 것이다. 이처럼 징역형 종료 이후의 전자장치 부착도 준수사항의 이행여부를 확인하기 위한 수단으로 종래 보호관찰관 등 사람에 의해 이루어져 왔던 통제기능을 기계를 통해 보다 강화하기 위하여 발전되어 온 감독도구로 이해해야 할 것으로 본다.

그렇다면 전자감독법이 담고 있는 실질적인 형사제재는 무엇으로 보아야 할 것인가? 우선 가석방(가종료) 및 집행유예시의 부착명령과 징역형 종료 이후의 부착명령은 그 법적 성격이 다른 것으로 보아야 할 것이고, 특히 후자의 경우는 자유제한적 보안처분으로 보아야 할 것으로 본다. 물론 이러한 분류와 관련하여 견해가 일치하는 것은 아니지만²²⁾, 다음과 같은 이유에서 이러한 분류가 가능하다고 생각한다.

2) 보호관찰을 자유제한적 보안처분으로 볼 수 있을 것인가?

전자감독법 제5조 이하에서 규정하고 있는 전자장치의 부착은 형집행이 종료되었음에도 불구하고 당해 범죄자에게 재범위험성이 존재하기 때문에 그로부터 국민을 보호하기 위한 목적에서 추가적으로 부과하는 제재이다. 이는 책임에 상응하여 부과되는 형벌이 아니라 행위자의 장래(재범)위험성에 근거하여 부과되는 보안처분이라고 해야 할 것이며, 이러한 보안처분 중에서도 시설 내에서 집행되는 자유박탈적 보안처분이

22) 박상기/손동권/이순래, 형사정책, 2008, 357면 이하 등 참조.

아닌 시설 밖, 즉 사회 내에서 집행되는 자유제한적 보안처분이라고 해야 할 것이다.

그렇다면 이러한 자유제한적 보안처분을 사회내처우의 대표적인 형태인 보호관찰로 이해할 수 있을 것인가에 대한 문제가 제기된다. 물론 보호관찰을 보안처분으로 이해하는 견해도 있고 우리 대법원도 보안처분으로 이해²³⁾하고 있지만, 이는 몇 가지 이유에서 동의하기 어려운 점이 있다.²⁴⁾

우선 우리나라에서 보호관찰은 미국의 Probation을 모델로 소년에 대한 보호처분에서 출발하여 1989년 보호관찰법의 제정을 통해 도입된 제도로 시설내처우를 대신하여 사회내에서 범죄자의 원활한 재사회화에 목적을 두고 발전한 제도이다.²⁵⁾ 반면에 보안처분은 독일의 Maßregelrecht를 모델로 1980년 사회보호법의 제정을 통해 도입된 제도로 위험한 상습범죄자 내지 범죄를 범하였으나 형벌의 대상이 되지 않는 심신장애범죄자에 대해 책임이 아닌 (재범)위험성에 근거하여 부과되는 제재로 이를 통해 사회보호와 함께 행위당사자의 치료·개선이라는 특별예방적 목적을 달성하기 위해 발전된 제도이다.²⁶⁾

무엇보다도 보호관찰은 집행유예의 경우처럼 형집행의 전부를 유예²⁷⁾하거나 가석방

23) 대법원 1997. 6. 13. 선고 97도703 판결.

24) 이에 관하여 필자는 몇몇 논문(예컨대 “법적 성질의 재고찰을 통한 보호관찰의 형사정책적 지위정립”, 형사정책 제13권 제2호, 2001 및 “독일의 최근 동향을 통해 바라본 우리 보안처분제도의 재조명”, 법조 통권 제625호, 2008 등)에서 사건을 밝힌바 있다.

25) 독일의 Bewährungshilfe도 미국의 Probation을 모델로 했다고 할 수 있으며, 그런 점에서 우리 보호관찰과 같은 제도로 이해할 수 있을 것이다. 물론 우리 보호관찰제도는 소년범상 보호처분에서 촉법 및 우범소년에게 보호관찰을 부과할 수 있도록 하고 있어 독일의 그것과는 차이가 있다는 문제제기도 가능하지만, 이는 소년범상 부과되는 보호관찰을 보안처분의 시각에서 이해하기 보다는, 보호처분대상에서 우범소년을 제외하는 등 소년범의 문제점과 관련하여 검토되어야 할 것으로 생각된다(김혜정, 앞의 논문(법조 통권 제625호), 112면 참조).

26) 생각건대, 보호관찰의 법적 성격에 관한 혼란은 구사회보호법 제1조에서 보안처분을 ‘보호처분’이라고 칭한 것에서부터 출발하는 것이 아닌가 생각한다. 당시 1975년에 제정된 사회안전법에서 이미 보안처분이라는 용어를 사용하고 있어, 용어상의 혼동을 피하고, 유신정권 하에서 만들어진 사회안전법에 대한 국민들의 부정적인 인상을 배제하기 위하여, 구사회보호법에서 보호처분이라는 용어를 사용하면서 그 종류를 보호감호, 치료감호, 보호관찰로 규정하고 있었지만, 이는 죄를 범한 자에 대한 사법제재로서 순수한 의미에 있어서의 보안처분이고, 헌법 제12조에서 보안처분이라고 하는 것이 구사회보호법 상 보호처분을 의미한다는 것에는 이견이 없는 것으로 안다. 이처럼 동법률에서 보호처분이라고 칭하면서 용어의 혼란이 법적 성격의 혼란으로까지 이어진 것이 아닌가 생각된다.

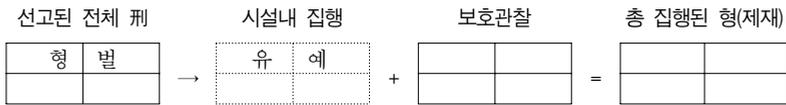
27) <집행유예(예컨대 전자감독법 제28조 이하)의 경우>.

의 경우처럼 형집행의 일부를 유예²⁸⁾하면서 부과하는 완화적 관점에서의 제재라면, 자유제한적 보안처분은 형집행의 유예 없이, 즉 징역형의 집행을 종료한 경우에도 추가적으로 부과하는 강화적 관점에서의 제재²⁹⁾라는 점에서 분명한 차이를 나타내고 있다.

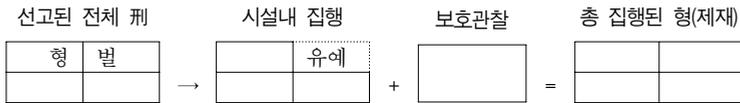
특히 부과여부를 결정하는 근거로 보호관찰의 경우에 장래 재범위험성이 중하지 않다는 긍정적 예측(positive Prognose)이 전제된다면, 자유제한적 보안처분의 경우에는 장래 재범위험성이 중하다는 부정적 예측(negative Prognose)이 전제된다고 해야 할 것이다. 이러한 보호관찰은 대상자에게 불리한 제재가 아니라고 할 수 있어 부과에 관한 총론적인 원칙규정³⁰⁾만 존재하면 대상범죄에 관한 개별규정 없이 모든 범죄를 대상으로 부과하여도 기본권침해의 문제가 발생할 여지가 없다고 본다면, 자유제한적 보안처분은 대상자에게 불리한 제재에 해당하므로 부과에 관한 총론적인 원칙규정뿐만 아니라 대상범죄에 관한 개별적인 명문의 규정이 요구³¹⁾된다고 해야 할 것이고, 그렇지 않은 경우에는 죄형법정주의 반한다고 할 것이며, 심각한 기본권침해의 문제가 발생할 것으로 본다.

3) 이중처벌의 문제

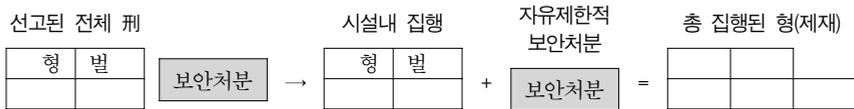
앞에서 언급한 바와 같이, 전자감독이 독립적인 제재가 아닌 통제 내지 감독기능의



28) <가석방(예컨대 전자감독법 제22조 이하)의 경우>



29) <자유제한적 보안처분(예컨대 전자감독법 제5조 이하)의 경우>



30) 총론적인 원칙규정의 예로 형법(제62조2, 제73조2), 보호관찰법, 소년법(제32조, 제33조 등), 전자감독법(제22조, 제28조 등)을 들 수 있다.

31) 이런 점에서 전자감독법 제2조 1호의 성폭력범죄 정의규정을 징역형 종료 이후의 전자장치부착 대상범죄에 관한 규정으로 수정할 필요가 있다고 본다.

강화를 위한 수단이라고 이해한다면, 비록 동법률의 전자감독이 종래 미국을 비롯한 많은 나라들에서 자유형의 대체수단으로 사용됨으로써 단기자유형의 폐해를 줄이고 또한 과밀수용의 완화 및 구금비용의 절감 등 긍정적으로 평가되어 온 방식이 아니라고 하더라도, 감독수단에 불과한 전자감독 자체에 대하여 이중처벌의 논란을 제기되기 보다는 오히려 이러한 전자감독을 수단으로 사용하는 자유제한적 보안처분에 대하여 이중처벌의 문제가 제기되어야 할 것이고, 그렇다면 이는 결국 보안처분의 부과가 이중처벌에 해당하는 것인가에 대하여 검토가 이루어져야 할 문제이다.

사실 보안처분에 대한 이중처벌의 문제는 구사회보호법에 근거한 보호감호와 관련하여 많은 논란이 제기되었던 부분이고, 결국 이중처벌의 위헌성을 근거로 구사회보호법의 폐지와 함께 보호감호가 폐지되었다고 할 것이다. 그러나 우리 형법이 형사제재의 이원론을 취하고 있으면서 형벌의 근거를 책임에 두는 반면, 보안처분의 근거를 장래(재범)위험성에 두고 있어 양 제재의 부과여부를 판단하는 근거 및 정당성이 다르다는 점에서 보안처분의 부과를 이중처벌로 보는 것은 적절하지 않다고 생각된다.³²⁾

물론 우리 형법이 아직까지도 행위자의 상습성(재범위험성)에 근거하여 상습범에 대한 가중처벌규정을 두고 있어 또 다시 보안처분을 부과하는 경우 이중처벌의 문제로부터 완전히 자유롭지 않은 점이 여전히 존재하고 있기는 하지만, 오히려 상습범 및 상습누범에 대한 대책을 형의 가중이 아닌 보안처분의 영역에서 해결³³⁾하는 것이 우리형법이 취하고 있는 책임주의 원칙에 더 합치된다고 보여, 이에 대한 적극적인 검토가 필요하다고 본다.

이상에서 살펴본 바와 같이, 전자감독법이 자유제한적 보안처분의 집행에 전자감독이라는 수단을 이용하여 준수사항 이행여부를 확인함으로써 감독기능을 강화하여 성폭력범죄로부터 국민을 보호하려는 것으로 정의된다면, 구체적인 법률내용과 관련하여 몇 가지 문제를 해결하는 것이 필요하다고 본다.

32) 그에 관한 구체적인 내용은 김혜정, “보안처분제도의 개선방안”, 형사법연구 제22호 특집호, 2004, 474면 이하.

33) 이재상, 형법총론, 2008, 630면 참조. 이와 관련하여서는 이미 지난 1992년 형법개정논의에서도 공감대가 형성되었던 것으로 안다(법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 형사법개정자료(XIV), 1992, 124면 참조).

3. 법률내용의 검토

1) 재범위험성 평가의 문제

전자장치의 부착이 형벌을 마치고 출소한 성폭력범죄자에게 재범방지를 위하여 사후적인 감독으로 실시되는 것이라면, 그 전제는 그들이 사회에 나가서도 재범할 위험성이 존재한다고 판단되기 때문일 것이다. 즉 보안처분은 재범위험성이 존재하고 그러한 위험으로부터 피해자를 포함하여 일반시민을 보호할 필요가 있다고 판단되는 경우에 비로소 그 대상자에게 부과될 수 있기 때문에 그에 대한 전문적인 판단기준을 바탕으로 체계적인 평가가 이루어져야 할 것이다.³⁴⁾

물론 장래에 대한 재범위험성 판단은 복잡한 사고과정을 통해 나타나는 한 인간의 행동에 대하여 예측해야 하는 것으로 그리 쉬운 일은 아닐 것이다. 그러나 현대 형사정책에서 위험성(혹은 범죄)예측과 예방이 범죄가 일어난 다음의 사후대책보다 중요시되고 있다는 점에서 그 필요성이 인정된다고 할 것이며³⁵⁾, 그렇다면 효과적인 재범예방대책을 수립하기 위하여 합리적이고 과학적인 연구를 통해 위험성예측의 객관성 내지 신뢰성이 담보될 수 있도록 노력해야할 뿐만 아니라 그 자체로도 타당성이 인정될 수 있는 합목적적인 정책내용을 갖도록 하는 것이 요구될 것이다.

그러나 현행 전자감독법에는 그에 대한 객관적인 규정을 마련하고 있다기보다는 전문가의 진단결과를 고려하거나 참고하라고만 되어 있어 명확한 판단기준을 제시하지 못함으로써 자칫 법관의 자의적인 해석가능성을 열어놓고 있다는 비판이 제기될 수 있다.³⁶⁾ 특히 재범위험성의 평가시점에 관한 기준도 중간심사의 문제와 함께 중요한 문제로 등장한다.

34) 김혜정, 앞의 논문(형사정책연구 제19권 제2호), 149면 이하.

35) 배종대, 형사정책, 2005, 319면 이하 참조.

36) 박해진, 앞의 논문, 240면 이하 참조. 물론 이와 관련하여 법무부에서 외국의 평가도구를 활용하여 우리나라의 성폭력범죄자에 대한 재범위험성 평가도구를 개발하고 있으나(이수정 외, 성폭력범죄자 재범위험성 평가도구 개발 연구, 2008 법무부 연구용역 보고서, 2008 참조), 소위 전문가 집단을 어떻게 구성할 것인지, 전문가의 판단결과에 어느 정도 구속력을 줄 것인지 등에 관한 보완이 필요할 것으로 본다.

2) 중간심사제도의 문제

보안처분의 선고와 관련하여 행위시범을 취할 것인가 아니면 재판시범을 취할 것인가에 대하여 독일은 형법 제2조 제6항에 재판시범주의를 명문으로 규정하고 있지만, 우리 학계에서는 다소의 논란이 있는 것으로 보인다. 보안처분도 형사제재임이 분명하므로 죄형법정주의가 적용되고 따라서 소급효금지의 원칙을 적용받게 되므로 행위시범주의에 따라야 한다는 주장이다. 그러나 보안처분은 부과근거가 장래 재범위험성에 있다고 한다면, “장래 재범위험성”이라는 표지의 특성상 행위에 위험성이 존재했다고 하더라도 재판시에 더 이상 위험성이 존재하지 않는다면, 보안처분을 부과할 근거가 사라지게 되는 것이므로 재판시범의 적용을 받는 것이 타당할 것으로 생각한다.³⁷⁾

그런 관점에서 본다면, 동법률에 의한 전자감독은 자유제한적 보안처분이라는 점에서 형집행을 종료하고 전자발찌를 부착하기 전에 다시 한 번 재범위험성 유무에 대한 평가를 통해 집행의 필요성여부에 대하여 검토하는 중간심사제도가 필요할 것으로 생각된다. 이는 위험성이 존재하지 않으면 보안처분에 대한 부과근거가 사라지게 되는 것이고, 그렇다면 더 이상 보안처분을 집행할 필요성이 사라지게 되기 때문이다.³⁸⁾

3) 가해제제도의 실효성문제

물론 전자감독법 제17조 제1항 및 제2항에 따라 부착명령의 집행이 개시된 날부터 3개월이 경과한 후에 보호관찰소장 또는 피부착자 및 그 법정대리인이 가해제를 신청할 수 있도록 하고 있어 중간심사제도의 부재문제가 일정부분 해소되는 면이 있다고 볼 여지도 있다. 그러나 이는 어디까지나 집행 후에 가해제 여부를 심사하는 것이고, 보안처분의 집행에 앞서 실질적으로 집행의 필요성 여부를 심사하는 것과는 다른 문제라고 해야 할 것이다.

37) 이에 대해 보안처분에 재판시범주의를 인정하게 되면, 보안처분이라는 과의의 개념 하에 향후 여러 가지 형사제재의 방법이 새롭게 도입되는 과정에서 심각한 기본권침해의 문제가 발생할 수 있다는 점이 지적되고 있다(박광민/김성룡, “통칙 분야 개정방안”, 한국형사법학회 2008년 동계학술대회 자료집, 2008.12.20, 10면 참조).

38) 독일의 경우 형법 제68조 제2항에 가석방 없이 형을 종료하고 자유제한적 보안처분인 Führungsaufsicht(행장감독)을 집행하기에 앞서 그 집행 없이도 더 이상 범죄를 범하지 않을 것으로 기대되면 자유제한적 보안처분을 집행하지 않도록 하고 있다.

오히려 전자장치 부착 이후 매 3개월마다 가해제를 신청할 수 있도록 하는 것에 대한 실효성에 의문이 제기될 수 있다. 성폭력범죄를 저지르는 상습범 가운데 많은 경우 의지가 박약한 정신질환자로서 범죄를 통제할 의지가 없거나 미약한 경우라고 한다.³⁹⁾ 이러한 관점에서 특히 상습성 있는 성폭력범죄자에 대한 치료가 강조되고 있는데, 상습성으로 나타나는 재범위험성을 3개월 단위로 심사할 수 있도록 규정하고 있는 것이 적절한 것인지는 의문이다.

2005년 7월 의원입법안 제23조에서는 보호관찰소장이 “피부착명령자에 대한 집행 결과로 성폭력범죄의 재범 위험성이 없다고 판단되는 때에는 매 1년마다 당해 보호관찰소를 관할하는 보호관찰심사위원회에 부착명령 가해제의 심사를 신청”할 수 있도록 하고 있던 것이, 제정 당시 제출된 수정안에는 6개월 단위로 직권심사를 해서 부착여부를 판단하도록 했는데, 다시 국회에서 논의되는 과정에 각 부착자의 개별사정이 다르기 때문에 (이를 살펴 직권상정하기에는) 업무량이 많아서 현실적으로 불가능해서 3개월마다 당사자에게 신청하도록 해서 심사하는 것으로 되었다고 한다.⁴⁰⁾ 그러나 3개월마다 가해제를 신청할 수 있도록 하는 규정이 오히려 실효성은 없으면서도 행정마비를 초래할 수 있는 가능성을 열어놓고 있는 것은 아닌지 검토가 필요한 부분이라고 생각된다.

4) 수신자료와 관련된 제문제

가. 수신자료의 활용문제

전자감독법 제16조 제2항에 따라 수신자료는 ① 피부착자의 성폭력범죄 혐의에 대한 수사 또는 재판자료로 사용, ② 보호관찰관이 지도·원호를 목적으로 사용, ③ 보호관찰심사위원회의 부착명령 가해제와 그 취소에 관함 심사를 위하여 사용될 수 있다. 여기에서 제2호는 동법률 제26 및 제31조에 규정된 것과 마찬가지로 수신자료를 준수사항 이행여부 확인 등을 통해 대상자의 지도·감독 및 원호에 활용하는 경우로 사후감독의 관점에서 활용된다는 점에서 크게 문제가 제기될 것은 없을 것으로 본다.

39) 신영철/김혜정/정재열/신우승/이영찬, 성격장애로 인한 상습범죄자의 행동교정프로그램 개발을 위한 연구, 법무부 보고서, 2004, 55면 이하 참조.

40) 2007년 3월 29일 제266회 국회(임시회) 제1차 법제사법위원회(법안심사제2소위) 회의록 3면 참조.

그러나 제1호와 같이 수사 또는 재판자료로 사용되는 경우에는 현재의 기술적인 문제를 고려할 때⁴¹⁾ 신중하게 접근할 필요가 있다고 본다. 만약 전자장치부착을 통해 범인을 검거했다는 부분만이 강조되는 경우 온전히 예방적인 관점에서 지나치게 형사 사법망의 확대를 초래할 수 있을 뿐만 아니라 수신자료가 유죄의 증거로 활용되는 경우 우연하게 전자감독 대상자가 진범과 같은 위치에 있었다는 이유만으로 오판의 가능성을 배제하는 것이 어렵기 때문이다. 따라서 예컨대 수신자료가 유일한 유죄의 증거일 경우 과연 그 증거능력을 인정해야 할 것인지에 대한 검토가 필요할 것으로 생각된다. 이는 수신자료가 성폭력범죄의 증거발견을 용이하게 함으로써 유죄인정 자료로 적극적으로 활용되게 되는 경우 자칫 수사편의를 위하여 심각한 기본권침해의 결과도 발생시킬 수 있다고 보기 때문이다.

나. 수신자료를 접한 관계자들의 비밀준수문제

현행 전자감독은 GPS방식을 통하여 이루어지고 있다. 이는 종래 단순히 재택여부만을 감독하는 방식과는 달리 실시간으로 대상자의 이동경로가 파악됨으로써 대상자의 사생활에 대한 정보가 상세히 기록될 수 있는 상황이다. 따라서 이러한 자료가 유출되는 경우, 해당개인에게는 - 비록 그 사람이 범죄자라고 하더라도 - 상당한 불이익이 초래될 위험이 있음에도 불구하고 이러한 수신자료를 접할 수 있는 관계자들의 비밀준수에 대한 별도의 의무규정을 두고 있지는 않다.

물론 현재 감시센터에서 대상자들을 모니터링하는 업무는 공무원들이 담당하게 될 것으로 보이고, 또 동법률 제36조 제3항에 수신자료를 관리하는 자가 제16조 제2항을 위반한 때에는 1년 이상의 유기징역에 처하는 규정이 있기는 하지만, 만약 공무원이 아닌 자가 수신자료의 관리자가 아닌 신분으로 수신자료를 접하게 되고 이를 통해 알게 된 비밀을 누설하는 경우 그 법적 처리를 어떻게 할 것인지에 대한 검토가 필요할 것으로 생각된다.

41) 현재의 위치추적 기술력에 따르면, GPS를 이용하여 고도를 측정하는 것은 어려운 것으로 나타나고 있다(2007년 12월 27일 “특정 성폭력범죄자 위치과악시스템 구축’사업 분석단계 산출물 검토를 위한 Workshop”의 토론내용 참조). 지난 2008년 11월 전자발찌를 착용한 상태에서 성폭력범죄를 범한 범인의 경우 마침 건물의 옥상에서 범행함으로써 그 위치를 정확하게 추적할 수 있었던 것으로 분석되고 있다.

IV. 결론에 대신하여 - 전자감독법에 관한 정책적 방향

성폭력범죄가 전자감독의 대상으로 적절한가에 대하여는 여전히 의문이 제기되고 있다. 사실 미국을 비롯하여 몇몇 나라들에서 성폭력범죄 대응방안으로 전자장치를 부착시키는 수단을 사용하고 있으나, 미국에서조차도 이제 시행초기단계⁴²⁾로 그 실효성에 관하여는 아직 확실한 결과가 나와 있다고 보기 어려운 면이 있다. 이런 상황에서 전자장치부착의 대상을 또 다른 강력범죄로 확대하겠다는 논의는 다소 성급한 면이 있다고 본다.⁴³⁾ 이러한 정책제안은 여전히 전자감독의 법적 성격에 대한 이해보다는 전자발찌부착에 초점이 맞추어져 출발하고 있는 것이 아닌가하는 의문을 만든다.

오히려 차제에 전자감독의 법적 성격에 대한 올바른 규명과 함께 전자장치의 부착이라는 감독수단이 어떤 유형의 범죄에서 의미 있는 감독기능을 수행할 수 있을 것인지에 관하여 검토하고 개별 특별법을 제정하기보다는 다소 시간이 걸린다고 하더라도 관련 법률들을 통·폐합하여 종합적인 범죄대책을 구축할 수 있는 방향으로 정책적 논의가 이루어져야 할 것으로 생각한다.

그런 점에서 본다면, 전자감독이 전면에 등장하는 동법률을 특별법 형태로 유지하기 보다는 그 내용에 따라 보안처분 관련법과 보호관찰 관련법에 통폐합하거나 혹은 성폭력범죄와 관련된 법률을 통폐합하여 체계적인 범죄대응정책을 수립하는 방향으로 검토해 볼 수 있을 것으로 본다.

42) 캘리포니아주는 2002년부터 오렌지카운티에서 가석방된 성폭력범죄자에게 위성위치확인시스템(GPS: Global Positioning Systems)이 장착된 전자팔찌를 착용하게 하여 감시하는 제도를 도입하였고, 플로리다주에서는 2005년에 12세 미만 아동에 대한 성폭력범죄자들에게 종신형 또는 일정기간 복역 뒤 평생 위치추적장치 착용을 끝자로 한 '제시카런스퍼드 법안'이 卍의회에 제출되어 통과되었고(issue brief 05-02, 여의도 연구소, 2005/5, 4면 이하), 뉴저지주에서도 2007년 '성범죄자 감시법(Sex Offender Monitoring Act)'을 제정하여 현재 GPS방식 전자감독을 수행하고 있다(Corzine, "Report on New Jersey's GPS Monitoring of Sex Offenders", New Jersey State Parole Board, 2007. 12. 5, p. 2)

43) 전자감독의 시행초기에는 폭력전과나 미성년자를 성폭행한 전과가 있는 자 또는 마약판매 및 제조로 인한 전과가 있는 자는 그 대상에서 제외된다고 하였다(유석원, "미국의 보호관찰제도 운영실태 연구", 보호 통권 제6호, 1997, 125면 참조).

참고문헌

- 김혜정, “성폭력범죄자에 대한 전자팔찌 적용가능성에 대한 검토 - ‘특정성폭력범죄자에대
한위치추적전자장치부착에관한법률안’을 중심으로”, 형사정책연구 제16권 제3호,
2005.
- 김혜정, “독일의 최근 동향을 통해 바라본 우리 보안처분제도의 재조명”, 법조 통권 제625
호, 2008.
- 박광민/김성룡, “통칙 분야 개정방안”, 한국형사법학회 2008년 통계학술대회 자료집,
2008. 12. 20.
- 박상기/손동권/이순래, 형사정책 제10판, 한국형사정책연구원, 2008.
- 박세환, “전자팔찌 활용 법률 제정의 발제”, 전자위치확인제도도입 대토론회 자료집, 2005.
5. 13.
- 박혜진, “소위 전자장치부착법(특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한
법률)에 대한 비판적 고찰”, 형사정책 제20권 제2호, 2008.
- 배종대, 형사정책, 홍문사, 2005.
- 법무부, 형법개정법률안 제안이유서, 형사법개정자료(XIV), 1992.
- 신영철/김혜정/정재열/신우승/이영찬, 성격장애로 인한 상습범죄자의 행동교정프로그램
개발을 위한 연구, 법무부 보고서, 2004.
- 유석원, “미국의 보호관찰제도 운영실태연구”, 보호 통권 제6호, 1997.
- 이재상, 형법총론 제6판, 박영사, 2008.
- 정갑섭, “미국의 전자감시 시스템과 가택구금의 연구”, 교정연구 제3호, 1993.
- EMP연구반, “사회내처우로서 전자감시 보호관찰에 관한 연구”, 보호 통권 제9호, 1999.
- Corzine, “Report on New Jersey's GPS Monitoring of Sex Offenders”, New Jersey State
Parole Board, 2007. 12. 5
- Turner/Hess/Myers/Shah/Werth/Whitby, “Implementation And Early Outcomes For The
San Diego High Risk Sex Offender(HRSO) GPS Pilot Program”, Center for
Evidence-Based Corrections, University of California, Irvine, 2007. 11

Überprüfung des 'Gesetz zum Anziehen des Elektronische Fußfessel zur Lageverfolgung der Bestimmten Sexualstraftätern'*

Kim, Hye-Jeong**

Seit 2005 wird wegen vielen Sexualdelikten gegen die Opfer, die nicht nur Erwachsene sondern auch Kinder bzw. Jugend sind, und dem Rückfallprozent ein Problem über Anziehen des elektronische Fußfessel gegen Sexualstraftätern stark diskutiert. Dadurch wurde das 'Gesetz zum Anziehen des elektronische Fußfessel zur Lageverfolgung der bestimmten Sexualstraftätern vom 27. 04 2007' festgesetzt.

Auf diesem Gesetz können die Sexualstraftäter nach der Vollstreckung der Strafe noch weiter höchstens 10 jahrelang elektronisch überwacht werden. Dafür ist eine Gefährlichkeit des Rückfall bei denen erforderlich. Die elektronische Überwachung in diesem Gesetz könnte ein freiheitsbeschränkende Maßregel, sog. Führungsaufsicht sein. Meiner Meinung nach wird sie mit der Bewährungshilfe unterscheidet.

Dieses Gesetz zielt darauf, dass der Verurteilte nach seiner Freilassung keine neue Straftat begehen wird. Als Mittel der nachsorgenden und wiedereingliedernden Kontrolle entlassener Straftäter ist die Führungsaufsicht zur Gewährleistung der Sicherheit der Bevölkerung unverzichtbar. Aber im Gesetz ist nur das Anziehen des elektronische Fußfessel orientiert. Um das Ziel dieses Gesetz zu erreichen, müssen einige Probleme reformiert werden; z.B. eine rechtliche Eigenschaft der elektronische Überwachung und gesetzliche System, Einführung des Prüfungssystem vor der Vollstreckung der elektronische Überwachung usw.

* This research was supported by the Yeungnam University research grants in 2007.

** Professor, Department of Law, Yeungnam University, Ph.D. in Law

❖ Keywords : elektronische Überwachung, elektronische Fußfessel, GPS, Sexualstraftäter, freiheitsbeschränkende Maßnahmen