

성폭력사범의 재범방지를 위한 형사사법적 개선방안*

김 혜 정**

I. 들어가는 말

전 세계적으로 심각해지고 있는 성폭력범죄의 양상은 그 피해자가 더 이상 성인에만 머무르지 않고 아동에 대한 성폭력범죄까지도 증가하면서 일반시민은 성폭력범죄자에 대한 보다 강력한 처벌과 사회적 통제를 요구하게 되었다.

우리사회 역시 최근에 발생한 일련의 성폭력범죄로 인하여 더 이상 성폭력범죄로부터 안전한 사회라고 보기 어려운 상황에 직면하고 있다. 특히 최근에는 용산 어린이성폭력살인사건과 같이 그 피해대상자가 아동 혹은 피구금부녀 등 사회적 약자로 확대되고 있는 상황에서 성폭력범죄자들에 대한 제재강화의 목소리는 점차 증가하고 있는 추세라고 할 수 있다.

참고로 최근의 성폭력범죄 발생률을 살펴보면, 아래의 <표 1>에서 보는 바와 같이, 2000년을 기점으로 전체 강간범죄가 감소추세에 있다가 2003년부터 다시 급증하기 시작하였다. 특히 아동에 대한 성폭력범죄 발생건수도 2002년 422건, 2003년 384건, 2004년(1월에서 7월 사이의 통계) 343건¹⁾에 이르고 있어 더 이상 간과할 수 없는 상황이라고 본다.

* 본 논문은 2006월 6월 2일 한국보호관찰학회 춘계학술회의(대주제: 성폭력사범에 대한 보호관찰 전문화방안)에서 발표한 내용을 수정·보완한 것임.

** 영남대학교 법과대학 조교수

1) 이계경, “성폭력 범죄의 현황과 실효적 대책을 위한 전제”, 전자위치확인제도도입 대토론회 자료집, 2005. 5. 13, 12면에서 인용.

<표 1> 경찰청 추산 강간범죄 발생현황²⁾

범죄유형	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
강간	5,978	6,359	6,855	6,751	6,119	6,531	6,959

성폭력범죄는 특히 재범율이 높은 것으로 나타나고 있다. 검찰청 통계에 따르면,³⁾ 2000년에 재범자 수가 459명에서 2001년 469명, 2002년 778명, 2003년 730명으로 계속 늘어나는 추세에 있다. 특히 1년 이내 재범율이 2000년 44.2%(203명), 2001년 37.5%(176명), 2002년 38.9%(303명), 2003년 34.9%(255명)로 상당히 높은 수준으로 나타나고 있다. 이는 결국 지금까지의 성폭력범죄에 대한 단순 시설구금이 처벌로써 큰 효과를 얻지 못하고 있다는 것으로 해석할 수 있다. 따라서 이러한 성폭력범죄의 높은 재범율을 효과적으로 통제하기 위하여 형사사법적 개선방안이 필요하다는 점에는 충분히 공감하는 바이다.

이에 이러한 국민적 공감대 형성에 근거하여 지난 2005년 4월에는 한나라당 의원들이 전자팔찌를 이용하여 성폭력범죄자를 통제하는 법률안을 마련하겠다는 정책 방안을 제시한 바 있다. 물론 심각한 성폭력범죄의 재범방지라는 관점에서 제안된 성폭력범죄자에 대한 전자감독은 사회적으로 충분한 관심을 일으킬만한 정책적 대안이라고 판단될 수 있다. 그렇다면 이러한 정책대안이 “성폭력사범에 대한 또 다른(혹은 새로운) 보호관찰 전문화방안”의 하나로 수용할 수 있을 것인가?

사실 필자의 개인적인 관점에서는 최근 언론을 통해 제시되고 있는 성폭력범죄자에 대한 형사제재의 강화가 궁극적으로 성폭력범죄의 재범을 방지하는데 어느 정도의 실효성이 있을 것인지 의문이다. 오히려 강화된 새로운 제재를 도입하기에 앞서, 지금까지 성폭력범죄에 대한 형사사법시스템에 문제점은 없는 것인지 꼼꼼하게 검토해 보는 것이 더 필요하지 않나 생각해본다. 이는 무조건적인 형사제재의 강화가 자칫 심각한 부작용이나 역기능을 가져올 수도 있다고 판단되기 때문이다.

그러나 지난해 성폭력범죄자의 재범방지를 위해 제기된 성폭력범죄자에 대한 전자감독도 지금까지와는 다른 관점에서 의미가 있다고 보아, 본 논문에서는 성폭력범죄자에 대한 전자감독에 대한 검토를 바탕으로 성폭력범죄의 재범방지를 위해 지

2) 범죄분석, 2004, 19면의 검찰청 추산 강간범죄 발생건수와 다소 차이를 보이고 있다. “성범죄자 전자위치확인제도 도입방안”, issue brief 05-02, 여의도 연구소, 2005/5, 3면에서 재인용.

3) 범죄분석, 대검찰청, 2004, 528면 등 참조.

금의 상황에서 생각해볼 수 있는 몇 가지 형사사법적 문제점에 대하여 간략하게 살펴해보도록 한다.

II. 자유제한적 보안처분으로써 성폭력범죄자에 대한 전자감독

앞에서 언급한 바와 같이, 지난 2005년 4월 심각한 수준으로 발생하는 성폭력범죄에 적절하게 대응할 필요성이 있다는 국민적 공감대 형성에 근거하여, 한나라당 의원들에 의하여 성폭력범죄자에 대하여 전자위치추적장치를 부착하여 재범을 예방하겠다는 정책방안으로 ‘특정성폭력범죄자에대한위치추적전자장치부착에관한법률안(이하 ‘전자위치추적법률안’이라 함)’이 제안되었다.⁴⁾

사실 전자감독⁵⁾과 관련하여, 우리나라에서 1999년 이래로 꾸준한 논의가 있어 왔고, 그 결과 지난 2002년부터 법무부에서 전자감독의 한 유형으로 ‘외출제한명령 음성감독(시범)시스템’을 구축하여, 2003년 서울보호관찰소에서 소년보호관찰대상자들에 대하여 시범 실시한 후, 긍정적인 성과를 바탕으로 전국적으로 시범 실시되고 있다는 것은 주지의 사실이다.

그러나 이번에 성폭력범죄와 관련하여 제안되고 있는 전자감독시스템은 지금까지 다른 많은 나라에서 실시되어 오고 있는, 그리고 현재 우리 법무부가 시범실시하고 있는 기존의 방식과는 다른 관점에서 접근하고 있는 것으로 판단된다. 따라서 그 법리적 검토와 함께 과연 성폭력범죄의 재범방지를 위해 이러한 방식의 전자감독이 실효성이 있을 것인지에 대하여 살펴볼 필요가 있다.

-
- 4) 동 법률안에 대한 평가와 관련하여서는 김혜정, “성폭력범죄자에 대한 전자팔찌 적용가능성에 관한 검토 - ‘특정성폭력범죄자에대한위치추적장치부착에관한법률안’을 중심으로”, 형사정책연구 제16권 제3호, 2005, 239면 이하 참조.
- 5) 필자는 지금까지 “electronic Monitoring”을 “전자감시”라는 용어로 사용하여 왔다. 그러나 전자감시라는 용어는 일반인들로 하여금 도청, 감청, 내지 CCTV감시로 오인되는 부분이 있어, 이처럼 오인될 수 있는 ‘전자감시’라는 용어를 다른 적절한 용어로 바꾸어 사용할 필요가 있다고 생각해 오던 중에, 마침 지난 2005년 법무부 용역과제로 제출된 ‘범죄인 전자감독에 관한 연구’에서 사용한 “전자감독”이라는 용어가 전자감시라는 용어보다 적절하다고 판단되어 바꾸어 사용하기로 한다.

1. 외국의 성폭력범죄자에 대한 전자감독 동향⁶⁾

우리의 정책방안에 대한 검토에 앞서 다른 나라에서 성폭력범죄자에게 실시하고 있는 전자감독 상황을 간략하게 살펴보면, 우선 미국에서는 성폭력범죄를 예방하겠다는 목적에서 소위 ‘메건법’을 제정하여 성폭력범죄자의 신상을 공개하였지만, 성폭력범죄자에 대한 실효성 있는 통제가 불가능해지자, 2002년부터 캘리포니아주 오렌지카운티에서 가석방된 성폭력범죄자에게 위성위치확인시스템(GPS: Global Positioning Systems)이 장착된 전자팔찌를 착용하게 하여 감시하는 제도를 도입하였다. 또한 2005년에는 플로리다주에서 각각 9세, 13세 여자 어린아이가 성범죄 등 다양한 전과기록을 가지고 있는 가해자들에 의해 살해되는 사건이 발생한 것을 계기로 12세 미만 아동에 대한 성폭력범죄자들에게 종신형 또는 일정 기간 복역 뒤 평생 위치추적장치 착용을 골자로 한 ‘제시카런스퍼드 법안’을 주의회 및 연방의회에 제출하였다. 콜로라도주에서도 ‘평생감시법’을 제정하여 어린이를 대상으로 성폭행한 자로서 상습성과 폭력성이 인정되고 정신과의사의 진단에 의해 재범위험성이 인정된다고 판단되는 경우에 배심원의 결정에 의해 전자감시를 통한 평생감시가 가능하도록 하고 있다.

영국에서는 2004년 9월 일명 ‘창살 없는 감옥제도’를 도입하여, 성폭행범죄자와 절도·상습범 등을 대상으로 이들의 회망에 따라 대상자의 행위에 대하여 1-2m 단위로 24시간 감시하는 체제로 (인공)위성추적장치가 부착된 전자팔찌를 채워 가석방하게 되었다고 한다.⁷⁾

프랑스에서도 2004년 말, 성폭력범죄자들이 교도소 출소 시 그들에게 전자팔찌를 착용하도록 의무화하는 법안이 하원을 통과하였다고 한다. 그 대상자는 성범죄로 5년 이상 복역한 자들로 전자팔찌 착용기간은 최고 20년 동안이라고 한다.

호주의 빅토리아주에서도 아동 성폭력범죄자들을 대상으로 평생감시체제를 도입하는 법안을 의회에 제출하여 하원에서 통과되었다고 한다. 또한 이들에게는 야간통금과 직업선택의 자유를 제한하기도 한다고 한다.

6) 미국, 영국, 프랑스 및 호주상황은 issue brief, 11면 이하 참조.

7) 지난 2005년에 발생한 런던테러보도에 의하면 영국의 런던 시내에는 약 400여 개의 CCTV가 소위 범죄예방 내지 테러방지를 위하여 런던시민을 감시하고 있다고 한다. 이러한 상황을 수용하고 있는 영국(런던)시민의 의식과 관련해서 살펴볼 때, 영국의 전자감독 상황을 우리의 모델로 삼는 것은 적절하지 않을 것으로 판단된다.

독일에서도 1990년대 말 성폭력범죄는 심각한 사회문제의 하나가 되었다. 1996년 9월 바이에른州에서 상습강간범에 의하여 7살짜리 여아가 성폭행 당한 후 살해당한 사건과 그 다음해인 1997년 1월에 니더작센州에서 10살짜리 여아에 대하여 유사한 사건이 발생하면서 여론이 성폭력범죄자에 대하여 상당히 분노하게 되었고, 결국 성폭력범죄에 대한 강경 대응을 위해 형법개정의 필요성이 대두되었고,⁸⁾ 결국 1998년 1월 ‘성범죄 및 기타 위험한 범죄와의 투쟁에 관한 법률(Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten)’을 통해 잔형집행정지의 결정기준이 강화되었고, 피보호자에 대한 성적 악용(독일 형법 제 174조) 등과 같은 성범죄의 위반자에 대한 보안감호(Sicherungsverwahrung) 등의 요건이 완화되는 등 일부 형법조항이 강성처벌 방향으로 개정되었다.⁹⁾

이와 함께 독일에서는 지난 2000년 5월부터 헤센州의 프랑크푸르트 지역에서 전자감독에 대한 시범실시에 들어간 이후, 지난 2002년 5월 그에 결과분석에서 긍정적인 성과가 입증되어 헤센州 전역으로 전자감시를 확대하기로 결론을 내리고 있다.¹⁰⁾ 그러나 2005년 8월 현재 이러한 전자감독 대상자 중 성폭력범죄자는 한사람도 없는 것으로 나타나고 있다.¹¹⁾

2. 성폭력범죄자에 대한 전자감독의 가능성 검토

지난해 한나라당에서 제기한 전자위치추적법률안을 계기로 성폭력범죄자들에 대한 전자감독제재의 가능성에 대하여 관심이 집중되고 있다. 특히 지난 2월 용산에서 초등학교생이 성폭행을 당한 후 살해되는 끔찍한 사건이 벌어진 이후, 성폭력범죄자에 대한 보다 강한 제재의 하나로써 전자감독이 주장되고 있다.

그러나 동 법률안에서 제시하고 있는 전자감독은 기존에 다른 나라에서 시행해 왔던, 그리고 현재 우리 법무부에서 시범실시하고 있는 구금을 회피하고자 하는 구

8) 특히 당시 바이에른州 사건의 범죄자는 가석방된 상태였으므로, 잔형집행정지제도(Strafrestaussetzung)에 대한 개정필요성도 동시에 제기되었다.

9) 한상훈, “최근 독일의 성폭력범죄에 대한 입법과 성적 자기결정의 보호성”, 인도주의적 형사법과 형사정책, 又凡 이수성 선생 화갑기념논문집 간행위원회, 2000, 202면 참조.

10) 그러나 독일의 다른 州에서는 헤센州의 전자감시 결과에 관심을 가지고 있을 뿐 아직 도입을 결정하지는 않고 있다.

11) Mayer, Modellprojekt Elektronische Fußfessel - Studien zur Erprobung einer umstrittenen Maßnahme, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2004, S. 103 <표 4.16> 및 프랑크푸르트보호관찰소 자료 참조.

금형의 대체수단으로써 실시되는 전자감독이라기보다는 오히려 제재강화적 관점에서 접근하고 있다. 따라서 그러한 새로운 제재방식이 우리 법체계에 어떻게 받아들여질 수 있는지, 또 성폭력범죄의 재범방지와 관련하여 형사사법적 개선방안으로 포섭할 수 있는지에 대하여 검토해볼 필요가 있다.

1) 자유제한적 보안처분으로써 전자감독의 가능성여부

우선 전자위치추적법률안의 제1조를 보면, “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 보호”함을 목적으로 하고 있다. 즉 동 법률안은 범죄로 인하여 이미 형벌의 집행을 마친 출소자에 대하여 추가적으로 전자감독을 실시하겠다고 규정하고 있어, 법이론적으로 자유제한적 보안처분을 부과하겠다는 취지로 이해할 수 있다.

우리 형법은 지금까지 형벌과 보안처분을 구분하는 형사제재의 이원주의를 채택하고 있다고 보는 것이 일반적인 견해이다.¹²⁾ 헌법 제12조 1항은 “누구든지 법률에 의하지 아니하고는 … 보안처분을 받지 아니한다”고 규정하여 보안처분에 대한 헌법상의 근거를 제시하고 있다. 이와 관련하여 과거 학계에서 보안처분제도를 형법전에 편입시켜 근 근거를 명확히 할 필요가 있다는 주장이 있었음에도 불구하고 (구)사회보호법이라는 특별법의 형태로 보안처분제도가 우리나라에 도입·유지되어 왔었다.

그런데 지난 2005년 8월 4일 ‘사회보호법폐지법’이 공포되면서 지금까지 보안처분제도의 근거법이라고 할 수 있었던 ‘사회보호법’은 폐지되었다. 이에 보안처분제도 중 보호감호는 폐지되고 새로 입법 제정된 ‘치료감호법’에 의하여 치료감호만이 유지되고 있는 상황이다. 문제는 최근 이러한 보안처분제도에 대한 변화와 관련하여, 전자위치추적법률안에서 제시하는 또 다른 보안처분제도의 형태인 자유제한적 보안처분을 규정하는 것이 과연 현재의 우리 상황에서 수용될 수 있을 것인가 하는 문제이다.

전자감독은 독립된 제재라기보다는 지금까지 보호관찰에 부과되는 하나의 준수사

12) 이재상, 형법총론, 2000, 591면 이하; 배종대, 형법총론, 2004, 747면 이하; 오영근, 형법총론, 2005, 811면 등 참조.

항으로 작용되어 왔다. 따라서 형벌완화적 관점에서의 보호관찰의 준수사항으로 적용되어 왔던 것과 같이 형벌강화적 관점에서의 보안처분의 준수사항으로 결합되는 것이 법이론상 크게 문제가 될 것은 없다고 판단된다.¹³⁾ 형벌과 보안처분의 선고의 근거를 다르게 봄으로써 이원주의의 형사제재를 인정하고 있는 우리 형법체계에서, 소위 자유제한적 보안처분으로 형벌을 집행 받고 난 후에도 범죄의 위험성이 상당히 높다고 인정되는 경우 전자감독이라는 방법을 통한 추가제재로써 보안처분을 실시할 수 있다고 보기 때문이다.

독일 형법에서도 제68조에서 제68g조에 걸쳐 자유제한적 보안처분으로 행장감독(Führungsaufsicht)에 대한 내용을 규정하고 있다. 독일 형법 제68조 제1항에 “법률이 행장감독을 특별히 규정하고 있는 범죄로 인하여 6개월 이상의 자유형을 선고 받은 때에는 법원은 재범의 위험이 있는 경우 형에 부가하여 행장감독을 명할 수 있다”고 규정하고 있다. 즉 독일 형법상 자유제한적 보안처분인 행장감독(Führungsaufsicht)은 형기를 종료했음에도 불구하고 재범위험성이 존재하는 대상자를 일정기간 사회 안에서 그 행동을 감독하여 사회를 재범위험에서 보호하는데 그 목적을 두고 있다.¹⁴⁾ 따라서 우리의 경우에도 자유제한적 보안처분을 도입하는 자체는 법리적으로 크게 문제가 될 것은 없다고 판단된다.

다만 앞에서 언급한 바와 같이, 2005년 8월에 이중처벌의 위험성을 근거로 ‘사회보호법’, 특히 보호감호가 폐지된 지 불과 1년 정도의 시간이 흐른 현시점에, 아무리 성폭력범죄가 사회적으로 심각한 문제라고 하더라도, 이러한 제재의 도입이 법감정 상 일반시민들에게 어떻게 받아들여질지 의문이다.

무엇보다도 지금까지 전자감독제도가 절도, 음주운전 등 비교적 경미한 사범에 대한 형벌완화적 관점에서 시설내구금을 대체하는 방안으로 그 통제효과가 긍정적으로 입증된 바는 있어도 자유제한적 보안처분과 접목되어, 특히 성폭력범죄자에

13) 필자는 개인적으로 제재 강화적 통제로써 자유제한적 보안처분과 제재 완화적 통제로써 영미식의 보호관찰은 구별할 필요가 있다고 생각한다. 그에 대한 구체적인 내용은 김해정, “법적 성질의 재고찰을 통한 보호관찰의 형사정책적 지위정립”, 형사정책 제13권 제2호, 2001, 111면 이하 참조.

14) 이는 우리나라 보안관찰법 상 보안관찰(비록 그 본질은 다르다고 하더라도)과 같은 맥락에서 이해할 수도 있을 것이라고 생각한다. 즉 보안관찰법 상 보안관찰은 행정기관에 의한 행정작용으로서의 성격을 가지고 있어, 비록 실질적인 의미에서 보안처분이라고 보기는 어렵다고 하더라도, 보안관찰법 제1조에 “이 법은 특정범죄를 범한 자에 대하여 재범의 위험성을 예방하고 건전한 사회복귀를 촉진하기 위하여 보안관찰처분을 함으로써 국가의 안전과 사회의 안녕을 유지함을 목적으로 한다”라고 규정하고 있어 형식적인 의미에서 자유제한적 보안처분의 내용을 담고 있는 것이라고 볼 수 있기 때문이다.

대한 효과는 아직 입증된 바 없다고 할 것인데, 과연 성폭력범죄자에 대한 전자감독이 어느 정도의 범죄예방효과를 가져올지도 의문이다.

독일의 경우도 독일형법 제68조 이하에 규정된 행장감독(자유제한적 보안처분)의 준수사항으로 전자감독을 부과할 수 있도록 이론상 그 대상범주에 넣고 있으면서도 지금까지 시범실시과정에서는 한 건도 선고된 사례가 없는 것으로 나타나고 있다.¹⁵⁾ 더욱이 우리가 모델로 삼을 수 있는 미국의 경우도 이제 막 시작하는 단계로서 그 실효성은 아직 확인되지 못한 부분이 있기 때문에, 결국 법리적으로 성폭력범죄자의 재범방지를 위하여 자유제한적 보안처분의 준수사항으로 전자감독을 부과할 수 있다고 하더라도 성급한 시행보다는 그 실효성을 어느 정도 담보할 수 있을 것인가에 대한 차분한 검토가 필요하다고 본다.

2) 전자감독대상자로서 성폭력범죄자의 적정성여부

성폭력범죄자에 대한 전자감독의 시행과 관련하여 또 하나 중요하게 살펴보아야 할 문제는 과연 성폭력범죄자가 전자감독대상자로 적정한가여부이다. 사실 전자감독제도가 실시된 초기에는 성폭력범죄자는 그 대상자로서 적절하지 않다고 판단되었다.¹⁶⁾ 이는 전자감독이 대상자의 소재만을 확인하는 것이므로 예컨대 이번 용산 어린이성폭행살해사건과 같이 대상자가 집을 범죄장소로 이용하는 경우, 특히 집안에서 가족 내지 친족을 대상으로 하는 성폭력범죄자에게 재택구금을 통한 전자감독은 그 실효성을 담보하기 어렵다는 문제점이 있기 때문이다. 이러한 문제는 독일의 시범실시 대상에 성폭력범죄자가 한사람도 포함되어 있지 않은 점을 통해서도 공감이 되는 부분이다. 비록 미국 등 일부 국가에서 성폭력범죄자에 대한 전자감독을 실시하고 있으나, 이는 이제 막 시작하는 단계에 있는 상황에서 그 실효성에 대한 확인은 어려운 부분이 있다.

물론 현재의 전자감독 방식은 전자감독의 시행초기와는 많은 차이를 보여주고 있다. 따라서 기술의 발달을 통해 단순 감독이 가져올 수 있는 문제점을 보완할 수 있는 기술방식이 가능할 수 있다는 점을 전제한다면, 현재의 전자감독 대상범죄군을 파악하는데는 과거의 전자감독대상자 범위와는 차이를 나타낼 수 있다는 것을 인정할 수 있다고 본다. 그렇다고 하더라도 모든 성폭력범죄자가 전자감독대상자로

15) Mayer, 앞의 책, 112면 <표 4.21> 참조.

16) 유석원, “미국의 보호관찰제도 운영실태연구”, 보호 제6호, 1997, 125면 참조.

적절하다고 보기는 어려울 것으로 보이며, 일부 제한적인 범주에서 적정한 대상자를 선별해내는 작업이 필요하다고 본다. 그것이 강화적 형사제재인 보안처분과 접목될 때에는 그 범주를 더욱 제한할 필요가 있다고 본다.

그런 관점에서 보면, 현재의 전자위치추적법률안 제4조 제1항에서 적시하고 있는 전자감독대상자는 구사회보호법 제5조의 내용을 대부분 그대로 옮겨온 문제점을 안고 있다.¹⁷⁾ 예컨대 동법률안 제4조 제1항에서 “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”라고 규정한 것과 관련하여 형의 집행이 면제된 경우라면 중한 사례가 아니라고 생각할 수 있을 것인데, 자유제한적 보안처분대상자로 포함하는 것은 지나치게 요건이 완화되는 문제점을 가지고 있다. 또 “3. 19세 미만의 피해자에 대하여 성폭력범죄를 저지른 때”라고 규정하고 있는데, 18세를 대상으로 한 성폭력범죄가 보안처분을 부과 받을 만큼의 중한 범죄에 속할 수 있는 사례가 얼마나 많을지 의문이다. 그런 관점에서 본다면, 오히려 초안에서 15세까지로 제한한 것이 더 설득력이 있었다고 생각된다. 무엇보다도 “5. 심실상실자로서 형법 제10조 제1항의 규정에 의하여 벌할 수 없는 자가 징역 이상의 형에 해당하는 성폭력범죄를 범한 때”라고 규정하고 있는데, 이 경우 치료감호처분이 가능한데, 굳이 전자감독의 대상으로 포함시키는 것은 부적절하다고 생각된다. 또한 동법률안 제2조 제1항 1호에 나열한 범죄군에 강제추행을 범한 경우도 포함하고 있는데, 이 역시 보안처분의 대상으로 할만큼의 중한 범죄로 보기 어려운 부분이 있다고 생각된다.

결국 이상의 내용을 살펴보면, 동 법률안에서 추구하는 전자감독방식이 지금까지와는 다른 방식의 전자감독시스템, 즉 자유제한 보안처분을 전제하고 있으면서 구 사회보호법상 대상자 선정의 문제점을 그대로 유지하고 있어 종전에 보호감호에 제기되었던 비판이 그대로 적용될 가능성을 배제하기 어려운 것으로 본다.

이러한 관점에서 그 대상을 지금과 같이 확대하기보다는 미국의 경우와 같이 최소한 아동을 대상으로 성폭력범죄를 범하여 징역형을 선고받아 형이 집행된 상습성이 인정되고 재범위험성이 높은 경우로 엄격 제한하는 등의 방식으로 정책적인 재검토가 필요하다고 본다.

17) 그에 대한 구체적인 내용은 김혜정, 앞(주 4)의 논문, 253면 이하 참조.

3) 감독의 기간 및 방식의 문제

그와 함께 성폭력범죄자에 대한 전자감독을 어느 정도의 기간동안 실시할 것인지에 대한 문제도 제기된다. 한나라당에 의해 제안된 전자위치추적법률안 제13조 제5항을 보면 “전자감시 부착의 기간은 5년을 초과하지 않는 범위 내에서 법원이 정한다”라고 규정하고 있어, 최장 5년까지 전자감독이 가능하도록 하고 있다. 이 기간은 미국의 평생감시기간에 비하면 그렇게 문제가 되지 않는 것으로 판단될 수도 있다.

그러나 초기의 전자감독 결과보고에 따르면, 전자감독이 신체적인 자유의 제한뿐만 아니라 정신적·심리적 자유를 제한하게 되므로 6개월 이상의 전자감독은 부적절한 것으로 보고 있었다.¹⁸⁾

사실 지금까지 전자감독을 실시한 많은 나라들에서 단기의 전자감시만이 실시되어 온 상황에서, 장기의 전자감독을 시행하는 경우 어떠한 부작용이 나타날 지에 대한 연구는 부족했던 것으로 본다. 따라서 우리의 경우도 범죄의 심각성을 근거로 막연히 기간을 정하기보다는 전문가의 연구를 통해 과연 장기의 전자감독을 실시하는 경우 오히려 부작용이 나타날 수 있는 부분은 없는지에 대한 사전검토가 필요한 부분이라고 본다.

전자감독방법과 관련하여, 현재 법무부가 시범실시하는 방식은 1세대 방식이라고 볼 수 있는 반면에, 전자위치추적법률안 제2조 제2항에서는 “위치추적 전자장치라 함은 전자파를 발신하고 추적하는 원리를 이용하여 위치를 확인하는 일련의 기계적 설비로 대통령령으로 정한 것 중 휴대장치”라고 규정하여, 비록 초안에서처럼 인공위성을 이용한다는 구체적인 표현을 담고 있지는 않지만, “추적”이라는 표현을 통해 결국 인공위성을 이용한 3세대방식을 의미하는 것으로 이해할 수 있다.

사실 전자감독이 실시되던 초기에 전자감독을 실시하는 방법에 있어서 인공위성에 의한 감독을 허용하는 경우, 감독의 한계를 쉽게 초과할 수 있는 위험성과 인권 침해의 소지가 크다는 이유에서 최소한 GPS방식을 도입하는 부분에 대해서는 조심스럽게 접근하자는 논의가 있었다. 그러나 최근 미국에서는 GPS방식을 도입하여, 특히 성폭력범죄자에 대하여 GPS방식을 통한 전자감독을 실시하게 되었고, 2002

18) 참고로 2005년 8월 8일 현재 독일 시범대상자의 전자감독기간은 아래와 같다.

기간	1개월	2개월	3개월	4개월	5개월	6개월	6개월이상	계
대상자(명)	6	8	13	21	14	38	23	123

년 1월 현재 미국 전역에서 시행되고 있는 약 150,000명의 전자감독 대상자 중에서 GPS방식에 의한 전자감독대상자는 약 1,200명에 이른다고 한다.¹⁹⁾

전자감독제도가 본격적으로 논의되던 초기에 기계에 의한 인간의 감독이라는 부분이 정서적으로 받아들여질 수 있는가에 대한 많은 논의가 있었던 것으로 안다. 그러나 이 부분에 대하여 미국은 비교적 쉽게 수용했다고 볼 수 있다. 그렇다면 우리의 경우는 어떠한 것인가?

미국과 우리의 문화적 상황은 분명 크게 다르다고 본다. 그런 관점에서 본다면, 소위 인공위성을 이용한 전자감독방법은 그에 의해 나타날 수 있는 또 다른 관점에서 인권침해의 부작용 등이 적지 않을 것으로 본다. 성폭력범죄의 재범방지가 필요하다고 하더라도 전자감독을 통해 대상자의 일거수 일투족을 감독하는 형태로 가는 것은 바람직하지 않다고 보기 때문이다. 이는 자칫 국민에 대한 과잉통제로 연결될 수 있다고 보기 때문이다. 따라서 용이한 방법만을 추구할 것이 아니라 그에 따라 나타날 수 있는 위험성 등에 대한 심도 있는 검토를 통해 조심스러운 접근이 필요하다고 본다.²⁰⁾

III. 새로운 제도의 도입에 앞서 형사사법적으로 정비해야 할 문제

1. 성폭력범죄에 대한 형법기본방향의 재정립

최근 급격히 증가하는 성폭력범죄의 심각성, 특히 아동을 대상으로 하는 성폭력범죄의 심각성으로 적극적인 대처방안이 필요하다는 국민적 공감대가 형성되어 있다고 본다. 이러한 공감대에 힘입어 성폭력범죄자를 거세해야 한다는 극단적인 강경론까지 등장하고 있다. 그러나 지금까지 성폭력범죄에 대해 미온적인 대응태도를 보여왔던 부분이 여론에 의해 비판을 받으면서 성폭력범죄에 대하여 극단적으로 엄격한 제재로 무게 중심이 쏠리고 있는 것이 과연 합리적인 것인지는 의문이다.

형법은 개인 또는 공공의 법익이 침해되고 위태화되는 경우에만 개입하여야 하고, 다른 경한 수단이 충분한 보호를 제공하지 않는 경우에만 적용되어야 하는 보

19) issue brief, 12면 참조.

20) 이는 비단 성폭력범죄자에 대한 전자감독에만 해당하는 것이 아니라, 전체적인 전자감독 시스템과 관련하여 고려될 문제라고 본다.

충성·최후수단성의 원칙에 입각하고 있다. 나아가 형벌이라는 수단이 당해 법익의 보호를 위하여 적절한 수단인가 하는 점에서 이익과 해악도 교량되어야 하는 비례성의 원칙도 무시되어서는 안될 중요한 원칙이다.²¹⁾

이러한 관점에서 성폭력범죄에 대한 보다 적절한 대응은 오히려 잘못된 법해석을 통해 자칫 범죄자들이 형사사법상의 제재를 받지 않고 거리를 확보하는 불합리한 상황이 전개되지 않도록 적어도 성폭력범죄에 있어서 형사사법 상의 정의를 충실히 실행하는 것이 필요할 것으로 본다.

따라서 성폭력사범의 재범방지를 위한 형사사법적 개선방안으로는 먼저 전체적인 형사절차 상 문제점을 개선하는 것이 필요하다고 본다. 먼저 수사단계에서 볼 때, 수사과정에서 성폭력피해자에 대하여 나타날 수 있는 제2의 피해자화를 방지하기 위한 방안을 마련할 필요가 있다. 자칫 수사과정에서 성폭력피해자에게 범죄과정을 재연하게 함으로써 수치심을 느끼게 한다거나, 혹은 피해의 원인이 피해자 자신에게 있다고 인식시키는 등과 같은 잘못된 관행을 하루속히 제거되어야 할 것이라고 본다.

재판단계에서 보면, 성폭력범죄는 일반적으로 은밀할 곳에서 발생하는 특성상 증거조사가 쉽지 않은 어려움이 있다. 특히 아동에 대한 성폭력범죄의 경우, 피해자인 아동의 진술획득이 쉽지 않아 증거조사는 더욱 더 어려워진다고 볼 수 있다. 따라서 이와 관련하여 비디오진술녹화 등과 같이 보다 합리적인 증거조사방법의 도입방안을 강구할 필요가 있다.

무엇보다도 형의 선고단계에서는 보다 엄격한 양형심사를 통해 적정한 형벌을 부과하는 등의 형사절차상의 문제점을 정비하고 난 후에 새로운 제도의 도입을 검토해도 늦지 않을 것으로 판단된다.

이와 함께 성폭력범죄자에게 형벌완화적 관점에서의 전자감독의 적용은 성폭력범죄자의 재범방지를 위한 제재의 요구라는 형사정책적 관점에서는 적절하지 않은 접근방식이라고 본다. 그렇다면 결국 제재강화적 관점에서 자유제한적 보안처분으로써의 전자감독적용이 성폭력범죄의 재범방지를 위해 타당하다고 본다. 하지만 또 다른(혹은 새로운) 유형의 보안처분을 도입하는 것에는 신중한 접근이 필요하다고 본다.

21) 한상훈, 앞의 논문, 193면 참조.

2. 보호관찰의 법적 성격에 관한 재검토의 필요성

무엇보다도 자유제한적 보안처분을 도입하기 위해서는 보호관찰에 관한 그 법적 성격을 명확하게 잡고 넘어갈 필요가 있다고 본다. 지금까지 보호관찰에 관한 법적 성격과 관련하여 다양한 견해가 제기되고 있음에도 그러한 견해차이에 대한 심도 있는 논의를 통해 결론을 도출하고자 하는 노력이 부족했던 것으로 보인다. 만약 전자위치추적법률안에서와 같이 형벌을 마치고 부가적인 제재를 받는 경우에도 보호관찰이라고 명명되는 경우, 보호관찰의 법적 성격에 더욱더 혼란이 야기될 것으로 보기 때문이다.

보안처분은 사회방위를 위하여 감호·거세 등 피고인에 대한 직접적인 자유의 박탈제한을 가하는 것인 데 비하여, 보호관찰은 사회방위보다는 피고인의 개선과 교화를 통한 사회복귀라는 측면에 중점을 두고 보호를 위한 관찰을 위주로 하는 것이므로 일반적인 보안처분과 동일시하는 것에는 문제가 있다. 특히 형벌과 보안처분은 독립적으로 부과되는 데 비하여, 보호관찰은 독립적으로 부과되기보다는 형벌의 유예 혹은 가석방 및 보안처분의 가종료·가출소를 전제로 ‘형벌 및 보안처분에 대응하는 성격’으로 부과되는 것이고, 그 내용이나 처벌의 정도에 있어서도 상당한 차이를 나타내고 있어, 보호관찰을 보안처분으로의 일종으로 파악하는 것은 적절하지 않다고 본다.

비록 현실에 있어서, 제도의 도입과정이나 발전과정에서 두 제도가 혼합적으로 교류되고, 더구나 사회안전법과 사회보호법의 제정과정에서 용어상의 혼동²²⁾을 가져온 데에서도 구별의 어려움을 초래하고 있어 명확한 구별이 어려운 일이라고 할 수 있다. 사실 미국의 Probation에 바탕을 두고 있는 Bewährungshilfe(보호관찰)와 자유제한적 보안처분인 Führungsaufsicht(행장감독)를 명확하게 구별하고 있는 독일에서도 실무운영에 있어서는 보호관찰관이 양대상자를 모두 감독·관찰하고 있어 그 차이를 크게 인정하기 어려운 점도 있다.

그러나 우리 보호관찰제도에 포함된 Probation은 처음부터 범죄자를 교정시설에 수용하는 것을 회피하기 위하여 법관이 형의 선고 또는 집행을 유예하면서 보호관

22) 1975년에 제정된 사회안전법이 이미 보안처분이라는 용어를 사용하고 있어 용어상의 혼동을 피하고, 유신장권 하에서 만들어진 사회안전법에 대한 국민들의 부정적인 인상을 배제하기 위하여, 구사회보호법에서 ‘보호처분’이라는 용어를 사용하였으나, 그것이 헌법 제12조에 규정된 보안처분을 의미한다는 것에 이견은 없는 것으로 안다.

찰에 부과하는 것이고, Parole은 시설수용기간 만료 전에 가석방하면서 그 가석방 기간 중 보호관찰에 부과하는 것이다. 따라서 양자의 바탕에는 형벌에 대신하는 제재라는 인식이 기초가 된다고 할 수 있다. 이처럼 보호관찰은 그 본래적 취지가 제재를 회피 내지 완화하는 마이너스의 관점에서 출발했다면, 보안처분은 이미 형벌을 마친 자에게 추가적으로 제재를 부과하는 플러스의 관점이라고 할 수 있다. 보호관찰을 부과하려면 마땅히 다른 종류의 형을 일부라도 집행하지 않고 남겨야 하며, 그 남은 공간이 있어야 비로소 보호관찰이 실행될 수 있다는 점에서 역시 보안처분과 차이가 있다고 할 것이다.

보호관찰과 보안처분이 장래의 재범위험성이라는 개념에 근거한다는 점에서는 일면 같은 맥락에서 생각할 수 있는 부분도 있다. 그러나 양자의 위험성에 대한 시각에는 분명한 차이가 있는데, 보안처분의 경우는 사회방위라는 목적 하에 재범위험성이 보안처분의 선고를 위한 하나의 전제조건으로, 즉 부정적 예측(negative Prognose)이 보안처분선고의 근거가 되어 당사자에게 불리하게 작용한다면, 보호관찰의 경우는 비록 재범위험성이 인정된다고 하더라도 개선·교육을 통하여 재범을 방지할 수 있다는 긍정적 예측(positive Prognose)을 통해 당사자에게 유리하게 작용하는 긍정적인 관점에서 지도·관찰한다는 차이를 가지고 있다. 즉 보안처분은 책임무능력 등의 이유로 형을 부과할 수 없을 때 혹은 형벌만으로는 그 목적을 달성할 수 없을 때, 형벌의 이러한 제약성을 극복하기 위하여 재범위험성에 근거하여 형벌을 보완하기 위하여 형을 부과하는 결과를 나타내지만, 보호관찰은 형을 부과할 수는 있으나 사회내처우가 재사회화에 더 효과적이라고 보일 때, 범죄자를 보호·감독하면서 개선·교육하기 위하여 형을 유예하면서 부과하는 처분으로 그 차이가 있다.

3. 성폭력범죄자에 대한 치료처우의 고려

성폭력범죄의 재범방지와 관련하여 생각해 보아야 하는 또 하나의 중요한 문제는, 성폭력범죄는 성향범죄로써 상습성이라는 특성과 함께 재범의 가능성이 높은 범죄로 유형화할 수 있다는 것이다. 따라서 설사 성폭력범죄자에 대하여 전자감독 등과 같은 강한 제재가 적용된다고 하더라도 치료가 병행될 필요가 있다고 본다.²³⁾

23) 따라서 성폭력범죄의 효과적 대응을 위한 형사사법절차의 개선은 크게 성폭력범죄자의 성향개선의 측면에서 치료적 사법의 실현을 위한 형사사법절차상 제도의 도입과 재범통제의 측면에서 강화된 제재수단의 도입의 양방향으로 나누어 볼 수 있을 것이며, 양자는

성폭력범죄를 저지르는 상습범 가운데 많은 경우 의지가 박약한 정신질환자로서 범죄를 통제할 의지가 없거나 미약하다고 한다.²⁴⁾ 이러한 관점에서 특히 상습성이 있는 성폭력범죄자들에 대한 치료처우가 강조되고 있다. 이는 미국의 ‘평생감시법’에서도 반드시 강제치료를 전제로 하고 있는 것을 통해서도 알 수 있는 부분이다.

독일에서는 1998년 “성범죄 및 기타 위험한 범죄와의 투쟁에 관한 법률”을 계기로 행형법 제9조에 독일 형법 제174조 내지 제180조 그리고 제182조와 관련된 성폭력범죄자의 경우는 ‘필요적으로’ 사회치료처우를 받는 대상으로 규정하고 있다. 즉 현행 독일 행형법 제9조 제1항에는 “수형자는 독일 형법 제174조 내지 제180조 및 제182조에 해당하는 범죄를 범하여 2년 이상의 자유형을 선고받고 독일 형법 제6조 제2항 2문 혹은 동법 제7조 제4항에 의거한 사회치료시설에서 치료받는 것이 적절한 경우에 사회치료시설로 이송된다. 만약 수형자가 개인적인 이유에서 치료의 목적을 충족할 수 없다고 판단되는 경우에는 다시 본래의 수용시설로 이송된다”라고 규정하여 수형자의 동의여부에 관계없이 사회치료를 실시하고 있는 것이다. 이처럼 성폭력범죄의 경우 치료의 중요성이 강조되고 있는 것을 알 수 있다.²⁵⁾

<표 2> 독일 사회치료수용자의 범죄유형

매해 3월 31일 현재	성범죄(%)	살인범죄(%)	재산범죄(%)	기타 범죄(%)	계
1997	191(23.2)	181(21.9)	367(44.5)	86(10.4)	825
1998	224(26.4)	196(23.1)	339(39.9)	91(10.7)	850
1999	315(33.9)	187(20.1)	326(35.1)	101(10.9)	929
2000	388(36.8)	219(20.8)	305(29.0)	141(13.4)	1,053
2001	437(40.1)	214(19.7)	286(26.3)	152(14.0)	1,089
2002	526(45.4)	221(19.1)	260(22.4)	152(13.1)	1,159
2003	685(51.3)	249(18.7)	245(18.4)	156(11.7)	1,335
2004	870(55.4)	298(19.0)	244(15.5)	159(10.1)	1,571

자료 : <http://www.krimz.de/forschung/sozialtherapie.html>

반드시 함께 검토되어야 한다는 주장은 타당하다고 본다(2006년 6월 2일 한국보호관찰학회 춘계학술회의 제1주제 토론내용 참조).

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

25) 독일의 사회치료처우와 관련하여 김혜정, “인격(성격)장애로 인한 상습범죄자의 처우에 관한 검토”, 형사정책연구 제16권 제1호, 205, 206면 이하 참조.

이와 관련하여 이번에 제안된 전자위치추적법률안 제13조 제6항에서도 “부착명령을 선고할 때에는 부착 기간 중 소재지 인근 정신과 의원에서의 치료, 지정 상담시설에서의 상담치료 등 대상자의 재범방지를 위해 필요한 조치들을 병과 할 수 있으며 그 구체적인 방법과 그 밖의 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”라고 규정하여 성폭력범죄자에게 치료를 병행할 수 있는 가능성을 열어 놓고 있다. 그러나 앞에서 언급한 바와 같이, 성폭력범죄자의 경우 정신병질적 문제를 안고 있는 경우가 대부분이고, 그 결과 성폭력범죄자에 대하여 재범방지를 위해 치료가 병행되어야 한다는 관점에서 본다면, 임의규정이 아닌 강제규정으로 하는 것이 형사정책적으로 더 합리적이라고 판단된다. 이는 성폭력범죄의 경우, 범죄예방을 위해서는 그 특성상 전자감독이전에 (강제)치료에 대한 필요성에 초점을 맞출 필요가 있다고 보기 때문이다.

물론 성폭력범죄자에 대한 치료처우의 효과가 그다지 크지 않다는 연구보고도 제시되고 있다. 특히 현재까지 알려진 바에 따르면 범죄와 가장 연관성이 있는 정신과적 문제는 ‘반사회적 성격장애(antisocial personality)’라고 하며, 전통적인 정신과 영역에서는 이러한 반사회적 성격장애자들을 정신병질자, 사회병질자 또는 성격장애자라는 이름을 붙여 치료의 대상이 되지 않는 어려운 질환으로 여기고 있다고 한다.²⁶⁾ 이는 결국 이러한 장애에 바탕을 둔 성폭력범죄자의 경우 치료효과가 크지 않다는 점을 뒷받침해 주는 면도 있다. 그러나 비록 일부에서 부정적인 연구결과가 있다고 하더라도 단순구금보다는 적절한 치료처우를 병행했을 때 일정부분 효과를 달성할 수 있을 것으로 생각되고, 그렇다면 치료를 병행하는 것이 필요하다고 판단된다.²⁷⁾

VI. 맺는 말

일반예방적인 효과는 범죄의 가중처벌이 아니라 오히려 범죄의 적극적인 소추에

26) 신영철 외, 앞의 보고서, 1면 이하 참조.

27) 이와 관련하여, 성폭력사범의 치료적 사범의 실현을 위한 형사사법제도로, 재판단계에서는 ① 성폭력사범에 대한 필요적 감정제도, ② 국립감정센터 설립 등 감정제도에 대한 강화, ③ 소년 및 성인 성폭력사범에 대한 판결전조사의 의무적 실시의 도입과 형선고 단계에서 ④ 수감명령을 적극적으로 활용하는 제도, ⑤ 치료명령제도의 도입 및 형집행 단계에서 ⑥ 교정시설 내에서 치료프로그램의 실시 등을 제안하는 견해가 있다(2006년 6월 2일 한국보호관찰학회 춘계학술회의 제1주제 토론내용 참조).

의해 가능하며, 가중처벌은 단지 규범침해에 대한 '상징적인 기능'만을 지닌다는 점을 상기할 필요가 있다고 본다. 따라서 일반예방의 실효성과 관련하여, 형벌을 가중한다고 해서 범죄가 진압되는 것은 아니라는 주장은 의미가 있다고 본다. 이는 현실적인 타당성을 결여한 입법정책에 의해서 법이 양산된다는 느낌이 들게 되면 그 실효성도 자연스럽게 상실된다고 보기 때문이다.²⁸⁾

일반예방적인 측면에서 성폭력범죄자를 가중처벌하고 이에 반해 그 피해자는 사회정책적인 입장에서 전적으로 보호하려는 입장은 어쩌면 문제의 한쪽 면만을 바라보는 정책일 수 있다. 왜냐하면 가벌성의 확대는 국가형벌권의 남용을 가져올 수도 있으며, 또한 가해자도 국가가 그 인권을 보호해야 할 피해자와 똑같은 국민이기 때문이다. 따라서 새로운 제도의 도입에 앞서 현재의 형사사법체계의 재정비를 먼저 고민해 볼 필요가 있고, 그 후에 보다 다양한 각도에서 꼼꼼한 검토를 통해 적절한 제도의 도입이 이루어져야 할 것으로 본다.

주제어 : 성폭력범죄, 재범방지, 전자감독, 보호관찰, 자유제한적 보안처분

28) 김영환, “성폭력대책 관련법률(안)과 현행 형사법체계와의 관계”, 형사정책 제7호, 1995, 264면 이하 참조.

[Zusammenfassung]

Die strafrechtliche Reformsvorschläge für dea Rückfallverhinderung des Sexualstraftäters

Kim, Hye-Jeong

Heutzutage passiert viele Sexualkriminalität in Korea. Dazu ist es noch schlimmer, dass diese Opfer nicht nur Erwachsene sondern auch Kinder sind. Darauf fordern viele Leute, dass Sexualstrafäter noch stärker bestraft werden müssen.

Auf dieserm Grund hat die Hannara-Partei einen Gesetzentwurf gestellt, in dem die Sexualstraftäter nach der Vollstreckung der Strafe noch weiter elektronisch überwacht werden sollen. Aber dieser Ansatz über die elektronische Überwachung gegen Sexualstraftäter ist anders als der jetzige Ansatz.

Deswegen muß unter Berücksichtigung unseres Rechtssystemes noch weiter diskutiert werden, ob die Anwendbarkeit der elektronischen Überwachung gegen Sexualstraftäter angemessen ist und Sexualstraftäter eine angemessene Täergruppen für die elektronische Überwachung sind.

Aber zuerst ist es notwendig, dass das geltende Strafrechtssystem noch rationaler reformiert wird. Danach kann untersucht werden, ob wir ein neues Santionssystem einnehmen müssen.

Stichwörter : Sexualstraftäter, elektronische Überwachung, Bewährungshilfe,
Rückfallverhinderung, Führungsaufsicht