

성폭력범죄자의 신상공개제도에 관한 비판적 소고

- ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률’을 중심으로 -

이 재 학*

목 차

- | | |
|--|----------------------------------|
| I. 머리말 | III. 신상공개제도의 법이론적 문제점 및 실효성 논란여부 |
| II. 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 신상공개제도의 변천과 특징 | 1. 신상공개제도의 법이론적 문제점 |
| 1. 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 신상공개제도의 변천 | 2. 소급효금지원칙 위반문제-최근의 이슈 |
| 2. 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 신상공개제도의 특징 | 3. 신상공개제도의 실효성 논란여부 |
| | IV. 신상공개제도의 개선방향 및 정책적 발전방향 |
| | V. 맺음말 |

I. 머리말

최근 잇따라 발생하고 있는 아동·청소년대상 성폭력범죄와 아동·청소년을 성범죄의 위협으로부터 특별히 보호해야 한다는 목소리가 강화되면서 정부는 ‘성폭력특별법’(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법)으로 대체), ‘청소년의 성보호에 관한 법률’(아동·청소년의 성보호에 관한 법률로 대체), ‘특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치부착 등에 관한 법률’, ‘성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률’ 등 특별법을 제정하여 성범죄자의 신상정보공개, 치료감호, 위치추적 전자장치, 성충동 약물치료 등 성폭력범죄에 대한 강력한 대책들을 도입

* 건국대학교 일반대학원 법학과 박사과정

하여 시행하고 있다. 그러나, 이러한 노력에도 불구하고 성폭력관련 범죄는 증가하고 있는 것이 현실이고, 사회적 불신과 불안감도 증가하고 있다. 신상공개제도의 도입초기와 마찬가지로 위 법률들의 다양한 규정들은 이중처벌논란, 인권침해의 논란, 그리고 실효성 논란과 관련한 의문들이 각계각층에서 제기되고 있다.

2009년 9월 6일 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(법률 제9765호)¹⁾로 전면 개정된 청소년성보호법은 청소년의 성을 사거나 이를 알선하는 행위 및 청소년에 대한 성폭력행위 등에 대한 처벌규정을 신설하거나 가중처벌 하는 법이다. 또한 위와 같은 행위로부터 청소년을 보호·구제하여 청소년의 인권을 보장하고 성범죄자의 처벌뿐만 아니라 아동·청소년의 보호 및 건전한 육성을 목적으로 하고 있다. 시행초기부터 관심의 대상이 된 이유는 동법 제38조의 성범죄자의 신상공개규정 때문이다. 제도의 성격은 개정과정을 거치며 일반신상공개제도에서 세부정보 등록 및 열람제도로, 청소년위원회의 공개는 법원의 결정에 의한 공개로, 그리고 관청게시판 및 홈페이지 공개는 경찰관서 열람으로 바뀌었다. 그리고 2010년에는 정보통신망인 인터넷상에 공개하고, 2011년에는 등록정보를 직접 지역주민들에게 고지하는 방식으로 강화되었다. 그러나, 범죄자도 개인적·사회적 생존의 기본요건은 유지되어야 하며, 형을 치른 후에는 사회에 복귀할 수 있는 기회가 보장되어야 한다. 국가기관이 범죄사실과 같이 개인의 사회적 인격상 형성에 중대한 영향을 주는 정보를 공적으로 공개하는 행위는 개인의 범죄 사실을 공적인 관심의 대상으로 삼음으로써 범죄인의 사회적 인격상을 임의로 형성함으로써 개인 스스로 결정할 권리를 침해하는 것이다. 개인의 성명, 사진, 주소와 관련된 신상정보와 범죄요지를 일반에 공개하는 경우 범죄인의 인격을 대중의 시각에 부정적으로 보이게 하여 인격권에 대한 현저한

1) 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(시행 2012. 8. 5. 법률 제11002호, 2011. 8. 4. 타법개정)

침해를 의미한다.

본 논문은 일련의 성폭력범죄 중 특히 아동·청소년대상 성폭력범죄의 대책으로 시행되고 있는 신상공개제도가 어떠한 과정을 통해 도입되었고, 어떤 변천과정을 겪었는지를 살펴본 후 신상공개제도를 규정한 법률이 법이론적으로 어떤 문제점을 내포하고 있는지 특히, 인격권의 침해 및 최근에 대두되고 있는 소급적용문제를 신상공개의 법적성격과 관련하여 살펴봄과 비판적 시각에서 접근하고자 한다. 아울러, 신상공개제도의 개선방향과 더불어 정책적 발전방향성도 함께 검토해 보고자 한다.

Ⅱ. 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 신상공개제도의 변천과 특징

1. 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 신상공개제도의 변천

2000년 2월 3일 청소년 성매매의 사회적 문제화로 인하여 청소년성보호법이 제정되게 되었다. 동법은 성매매를 한 청소년을 피해자로 파악하여 처벌 대신 선도·보호조치하고, 청소년의 성을 매매한 자를 강력하게 처벌하는 것 외에도 성범죄자의 신상을 공개하는 제도를 규정하였다. 이중처벌논란,²⁾ 비례원칙 위반논란, 적법절차 위배논란, 인격권 침해논란 등 많은 비판을 받으며 도입된 신상공개제도는 미국의 메간법(Megan's Law)³⁾을 모델로 하여 만들어졌으나 우리나라에서는 청소년

2) '신상공개제도는 실질적 의미에서의 형벌의 속성을 가지고 있고 징벌 및 위하의 목적을 통해 그 목적을 추구하는 점에서 형벌과 상당히 중복된다'(헌법재판소 2003. 6. 26. 선고, 2002헌가14 결정).

3) 문제완, "성범죄자 신상공개제도 위헌성 재검토 : 미국의 메간법 판결과의 비교를

대상 성매매 근절 차원에서 도입되었고, 인권침해 등의 문제를 발생시켰을 뿐만 아니라 공개정보의 범위가 한정되어 실효성 문제가 제기되었고, 그로 인하여 2004년 제정된 성매매특별법과 함께 정당성과 실효성 논란에 휘말리게 되었다.⁴⁾ 그러던 중 아동대상 성폭력범죄가 빈번히 발생하자 강력한 처벌을 요구하는 여론이 거세졌고 정부에 대한 비판이 악화되던 상황에서 2007년 8월 3일 피해청소년의 보호를 확대·강화하고, 청소년대상 성범죄를 친고죄에서 반의사불벌죄로 변경하며, 청소년 대상 성범죄자의 신상정보 등록 및 열람을 강화하는 것 등을 내용으로 하는 개정이 단행되기에 이르렀다. 그리고 청소년성보호법은 2009년 9월 6일 아동·청소년의 성보호에 관한 법률(법률 제9765호)로 전면 개정되었다.

전술한 청소년성보호법을 통해 시행되고 있던 신상공개제도는 초기부터 많은 논란을 불러 일으켰고, 청소년대상 성범죄 예방을 위한 특단의 조치로서 합헌이라는 입장과 인격권의 침해 및 이중처벌금지의 원칙 위반으로 위헌이라는 입장 사이의 논란이 되풀이 되어왔다. 그러나 2003년 6월 26일 헌법재판소의 합헌결정(헌재 2002헌가14)⁵⁾을 계기로 논란은 일단락되는 듯 보였으나 여전히 논란의 대상이 되고 있다. 시행 초기에는 형이 확정된 일정 범위의 청소년 대상 성범죄자(성매매 중심)의 성명·연령·직업 등의 개략적인 정보와 범죄사실의 요지를 청소년

중심으로, 헌법학연구 9권 2호(한국헌법학회, 2003), 350쪽 이하 참조.

4) 이경재, “청소년보호법의 문제점과 개선방안”, 형사정책 13권 2호(한국형사정책학회, 2001), 31쪽; 임상규, “성범죄자 신상공개 필요성과 허구성”, 형사법연구 19호(한국형사법학회, 2003), 372쪽; 신준섭/이영분, “청소년대상성범죄자 신상 공개제도 효과성 분석”, 한국아동복지학 18호(한국아동복지학회, 2004), 36쪽.

5) 헌법재판소 2003. 6. 26. 선고, 2002헌가14 결정 : 헌법재판소 전원재판부 2003. 6. 26. 청소년 성매수자의 신상을 공개하도록 한 청소년의성보호에관한법률 제20조 제2항 제1호 등에 대해 재판관 5 대 4로 위헌의견이 다수를 차지하기는 하였으나 헌법재판소법 제23조 제2항 제1호에 정한 위헌결정의 정족수에 미달하여 헌법에 위반되지 아니한다는 결정을 선고하였다.

보호위원회의 홈페이지와 정부중앙청사 및 특별시·광역시·도의 본청 게시판에 게시하였는데, 이에 대하여 해당 범죄자를 확인할 수 없는 정보공개수준 등으로 인하여 실효성에 대한 비판이 제기되었고, 2005년 12월 29일 개정되면서 앞서 제기되었던 문제점들에 대한 개선방안이 반영되게 되었다.

그러나, 수차례 개정에도 불구하고 활용도가 떨어지고 도입초기의 취지와 부합하지 않는다는 비판과 더불어 아동·청소년 대상 성범죄에 대한 경각심 제고를 위하여 2009년 6월 9일에 전면 개정되었는데, 개정 법률은 재범가능성과 범죄의 경중 등을 고려하여 해당범죄자의 신상정보를 정보통신망을 통해 공개하도록 규정하고 있다(동법 제38조). 동조의 규정에 의하면 성명, 나이, 주소 및 실제거주지, 신체정보, 사진, 성범죄의 요지 등이 공개되는 데, 공개정보를 열람하고자 하는 자는 성년자로서 실명인증 절차를 거쳐야 했다. 또한, 공개된 정보는 아동·청소년을 성범죄로부터 보호하기 위하여 성범죄 우려가 있는 자를 확인할 목적으로만 사용되어야 하고, 공개정보를 확인한 자는 정보를 활용하여 신문·잡지 등의 출판물·방송 또는 정보통신망을 이용하여 공개할 수 없으며, 공개정보의 수정 또는 삭제하는 것도 금지된다(동법 제43조).

그리고, 2010년 4월 15일 개정 법률에서는 신상정보를 지역주민들에게 우편으로 송부하는 규정이 신설되었고, 법원은 공개대상자 가운데 아동·청소년에 대하여 성폭력 범죄를 저지른 자에 대해서는 공개명령 기간 동안 고지정보를 지역주민에게 고지하도록 하는 명령을 판결과 동시에 선고하여야 하고(동법 제38조의2), 여성가족부장관은 고지정보를 아동·청소년의 친권자 또는 법정대리인이 있는 가구, 유치원의 장과 학교의 장에게 우편으로 송부하여야 한다(동법 제38조의3). 2010년 1월 1일부터 아동·청소년 대상 성범죄를 범하고 유죄판결이 확정된 자에 대해서는 일정한 기간 동안 정보통신망을 통해 신상정보를 공개하도록 하고 있었지만, 법 개정 이전에 아동·청소년 대상 성범죄로 유죄

판결을 받은 자에 대해서는 동법이 아닌 구법이 적용되어, 해당 시·군·구에 거주하는 청소년의 법정대리인이나 아동·청소년 관련 교육기관의 장만이 관할 경찰서에서 신상정보를 열람할 수 있도록 제한하고 있었다. 그리하여 2010년 1월 1일 이전에 유죄판결과 열람명령을 받은 성범죄자들의 신상정보에 대하여는 일반인들이 접근할 수 있는 길이 차단됨으로써 효과적인 성범죄 예방에 한계가 드러났던 바, 이들에 대한 신상정보도 정보통신을 통하여 공개될 수 있도록 하는 개정이 2010년 7월 23일에 단행되어 같은 해 8월 24일부터 시행되었다.⁶⁾

아동을 대상으로 하는 성범죄는 극악무도한 범죄임은 누구도 부인할 수 없는 사실이다. 그러나 최근 사회 일각에서 주장되고 국회에서 추진되고 있는 개정법안의 내용을 살펴보면 심히 우려하지 않을 수 없다. 즉, 미성년자의 정보열람가능, 보존관리기간 대폭연장, 특히 우려스러운 것은 법 개정 이전의 성범죄자의 신상정보도 공개하도록 하는 것이다.⁷⁾ 신상공개의 법적성격이 논란이 되고 있는 현실 속에서 반드시 준수해야 할 법치주의국가의 법원칙 중 하나인 죄형법정주의의 세부원리인 소급효금지원칙을 정면으로 위반하는 방향으로 개정이 논의되고 있는 현 상황이 우려스럽고 좀 더 신중하게 논의가 되는 것이 바람직하다고 생각된다.

2. 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상 신상공개제도의 특징

2010년 4월 15일 전면 개정된 아동·청소년성보호법은 다음과 같은 신상공개와 관련한 특징적 사항을 규정하고 있다. 신상정보의 등록대상

6) 윤지영, “성범죄자 신상공개제도의 변천”, 형사정책연구소식 제115호(한국형사정책연구원, 2010 가을), 4쪽.

7) 아이뉴스24뉴스, 윤상현, “성범죄자 신상공개 대폭 확대법 발의”,
http://news.inews24.com/php/news_view.php?g_serial=678589&g_menu=050220, 검색일 : 2012.8.29.

자는 아동·청소년대상 성범죄로 유죄판결이 확정된 자 또는 공개명령이 확정된 자이다. 법원은 아동·청소년대상 성폭력범죄를 저지른 자, 신상공개 결정 또는 열람명령·공개명령을 선고받고 다시 아동·청소년대상 성폭력범죄를 저지른 자, 13세 미만의 아동·청소년을 대상으로 아동·청소년대상 성범죄를 저지른 자로서 13세 미만의 아동·청소년을 대상으로 아동·청소년대상 성범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 자, 아동·청소년대상 성폭력범죄를 저지른 자로서 아동·청소년대상 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 자, 아동·청소년대상 성폭력범죄를 범하였으나 형법 제10조 제1항에 따라 처벌할 수 없는 자로서 아동·청소년대상 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 자에 대하여 판결로 공개정보를 등록기간 동안 정보통신망을 이용하여 공개하도록 하는 명령을 아동·청소년대상 성범죄 사건의 판결과 동시에 선고하여야 한다고 규정하고 있다.⁸⁾ 그리고 공개정보를 정보통신망을 이용하여 열람하고자 하는 자는 실명인증 절차를 거치도록 했다.

또한 법원은 공개대상자 중 아동·청소년대상 성폭력범죄를 저지른 자, 등록대상 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 자에 대하여 판결로 공개명령 기간 동안 고지정보를 고지대상자가 거주하는 읍·면·동의 지역주민, 유치원의 장과 학교의 장에게 고지하도록 하는 명령을 판결과 동시에 선고하여야 한다. 다만, 벌금형을 선고하거나 피고인이 아동·청소년인 경우, 그 밖에 신상정보를 공개하여서는 아니 될 특별한 사정이 있다고 판단하는 경우에는 아니할 수 있다. 법원은 공소가 제기된 아동·청소년대상 성범죄 사건을 심리한 결과 보호관찰 명령을 선고할 필요가 있다고 인정하는 때에는 검사에게 보호관찰명령의 청구를 요청할 수 있다. 법원은 아동·청소년대상 성범죄를 범한 사람이 금고 이상의 선고형에 해당하고 보호관찰명령 청구가 이유 있다

8) 처음 청소년성보호법이 제정되었을 때에는 청소년보호위원회가 발표하였다.

고 인정하는 때에는 2년 이상 5년 이하의 범위에서 기간을 정하여 보호 관찰명령을 병과하여 선고하여야 한다. 동법은 아동·청소년을 대상으로 한 유사 성교 행위 및 성매수 유인행위 처벌 규정을 신설, 재범가능성 및 범죄의 경중 등을 고려하여 정보통신망을 통하여 아동·청소년 성범죄자의 신상정보를 공개하는 등 제도 전반의 미비점을 보완하였다. 또한 2010년 4월 15일 성폭력특별법의 전면개정과 더불어 음주·약물상태에서 아동·청소년에 대한 성폭력범죄의 형의 감경을 배제할 수 있도록 하고, 피해를 당한 아동·청소년이 성년에 달한 날부터 공소시효가 진행되도록 하며, 성범죄자에 대한 형벌과 수강명령 등의 부과 및 성폭력 치료프로그램 이수명령을 의무화하며, 가해자가 피해아동·청소년의 친권자나 후견인인 경우 친권상실 또는 후견인 변경을 하도록 하고, 반의사불벌죄의 범위를 대폭 축소하였고, 필요한 경우 가해자 분리·퇴거조치, 보호시설 보호위탁결정 등의 보호처분을 할 수 있도록 하는 등 아동·청소년대상 성범죄피해자에 대한 보호조치도 강화하는 방향으로 대폭적으로 개정이 이루어졌다.

Ⅲ. 신상공개제도의 법이론적 문제점 및 실효성 논란여부

1. 신상공개제도의 법이론적 문제점

1.1 신상공개제도의 법적성격

형벌은 범죄에 대한 법률상의 효과로서 국가가 부과하는 법익박탈 행위이다. 현행 형법이 규정하고 있는 형벌은 생명형, 자유형, 재산형,

명예형의 4가지 유형으로 분류하기도 한다. 이 중 명예형은 수형자의 명예감정을 손상시키거나 시민으로서 자유롭게 누릴 수 있는 권리를 제한하거나 박탈하는 형벌을 통칭하는 말이다. 현재 수치형은 인정하지 않고 일정한 권리를 제한 또는 박탈하는 자격형⁹⁾으로 자격상실과 자격정지를 규정하고 있다. 신상공개는 과거 수치형¹⁰⁾과 유사한 형태를 가지고 있다. 그러나, 현행 형법은 형벌의 종류로서 수치형을 규정하고 있지 않으므로 신상공개는 형법 제41조에서 규정하고 있는 형벌의 종류에는 속하지 않으며, 형식상 형벌이라 할 수는 없다. 그러나 실질에 있어서 형벌로서의 기능을 하는 측면이 있다. 신상공개는 일반예방적 기능과 특별예방적 기능을 가지며, 제재와 응보로서의 기능도 가지고 있다.¹¹⁾ 신상공개는 범죄자에 대한 법익박탈과 고통을 수반하기도 한다. 명예를 중시하는 사람의 경우 신상공개는 형벌보다 더 중한 고통이 될 수도 있다. 따라서 신상공개는 그 실질에 있어서 형벌이라 하는 견해가 다수를 이루고 있다.¹²⁾

헌법재판소 위헌의견에서도 체면을 중시하는 우리 사회에서 범죄사실과 함께 그 신상을 공개하는 조치는 상당한 제재 및 위하의 효과를 가진다고 보았으며, 신상공개제도의 주된 목적과 기능이 범죄인에게는

9) 박상기/손동권/이순래, 형사정책(한국형사정책연구원, 2001), 311쪽.

10) 수치형(치욕형)은 침해정도를 확인하기 어렵고 개인에 따라 수용정도의 편차가 크기 때문에 보편적 형벌로 보기 어렵다는 견해도 있다(배종대, 형사정책 제6판(홍문사, 2006), 433쪽).

11) 박기석, “청소년 성매수자에 대한 신상공개의 문제점”, 교정연구 제20호(한국교정학회, 2003), 53쪽 ; 이경재, “성범죄자 신상공개의 법적 문제점 고찰”, 저스티스 제65권(한국법학원, 2002), 16쪽.

12) 이경재, 앞의 논문, 16쪽; 법률신문 제3011호, 이인호, “현행 성범죄자 신상공개제도의 위헌성”, <<http://www.lawtimes.co.kr/LawNews/News/NewsContents.aspx?serial=5889&kind=>>, 검색일 : 2012.8.29. ; 박기석, 위의 논문, 54쪽 ; 최상욱, “청소년 성범죄자의 신상공개에 관한 소고”, 연세대학교 법학연구 제12권 4호(연세대학교 법학연구원, 2002), 210쪽.

창피를 주고 일반국민에 대해서는 ‘청소년 성매수자는 이렇게 망신을 당한다’고 하는 위하의 효과에 있다면, 소위 현대판 주홍글씨에 비견할 정도로 수치형과 매우 흡사한 특성을 지닌다고 보며, 이미 형벌까지 부과된 마당에 형벌과 다른 목적이나 기능을 가지는 것도 아니면서 형벌보다 더 가혹할 수 있는 신상공개를 하는 것은 국가공권력의 지나친 남용이라고 하였다.¹³⁾ 미국의 경우, 연방대법원이 합헌판결을 한 알래스카州의 메건법에 대하여, 제9순회연방항소법원은 성범죄자등록법의 효과가 입법부의 의도에도 불구하고 처벌적인 것이라고 보았다.¹⁴⁾ 그러나 신상공개의 형사제재적 성격을 부인하는 견해는 우선, 형식적으로 신상공개가 형법이 정하고 있는 형벌의 종류에 해당하지 않는다는 것이다. 또한 행정기관인 청소년보호위원회의 행정처분 형식으로 이루어지므로 형사제재로서의 성격을 부인하는 논거로 제시하고 있었다. 신상공개의 입법 취지는 범죄자 본인의 처벌에 주안점이 있는 것이 아니라 청소년 성문제에 대한 국민의식개혁 운동이 전면에 부각되어 있으므로 우리나라의 신상공개는 형사제재로 볼 수 없다고 하였다.¹⁵⁾

1.2 이중처벌금지원칙 위반문제

신상공개가 형벌로서의 성격을 갖는다는 입장에서는, 신상공개는 사실상의 형벌이고, 불특정 다수인이 열람할 수 있도록 하여 성범죄자의 사회적 매장을 초래하므로 죄형법정주의의 원칙이나 이중처벌금지의 원칙 그리고 책임주의의 원칙에 반할 위험성이 있다고 주장한다.¹⁶⁾ 현

13) 헌법재판소 2003. 6. 26. 선고, 2002헌가14 결정.

14) 청소년보호위원회 선도보호과, “청소년대상 성범죄자 신상공개제도에 관한 연구”(2001), 12쪽.

15) 심희기, “신상공개의 정당화근거와 적절한 공개대상과 공개기준의 탐색”, 저스티스 통권65호(한국법학원, 2002), 29-31쪽; 청소년보호위원회 선도보호과, 위의 논문, 17-18쪽.

법재판소에 위헌심판을 제청한 서울행정법원도 신상공개가 이중처벌금지의 원칙에 반하는 위헌적인 제도라는 견해를 밝힌 바 있다. 반면에, 신상공개의 형사제재로서의 성격을 부인하는 입장에서는 이중처벌금지의 원칙에 반하지 않는 것으로 본다. 그 논거로서는 다음과 같은 것들이 거론된다. 첫째, (구)청소년성보호법상 성범죄자 신상공개는 행정기관인 청소년보호위원회의 행정행위이며 사법기관이 다시 심리하여 판단하는 것이 아니다.¹⁷⁾ 둘째, 신상공개는 일종의 행정처분이다.¹⁸⁾ 셋째, 현행법상 신상공개는 형벌이나 보안처분 등 전형적인 형사제재와 그 본질과 목적 및 기능에 있어서 다른 성격을 갖는다.

헌법재판소도 신상공개의 형사제재적 성격을 부인하면서 이중처벌금지의 원칙에 반하지 않는다고 결정하였다. 생각건대, 우리 헌법 제13조 제1항 후단은 이중처벌금지의 원칙 내지 일사부재리의 원칙을 선언하고 있는데, 여기서 처벌이라는 것은 국가의 형벌권의 행사로서 형벌을 과하는 것을 의미하며, 국가가 행하는 일체의 제재를 의미하는 것은 아니므로, 형식상 형벌이 예정하고 있는 형사제재의 범주에 속하지 않는 신상공개는 이중처벌금지의 원칙에 반하지 않게 된다. 그러나, 신상공개제도는 실질적 의미에서의 형벌의 속성을 가지고 있고 헌법재판소 위헌의견에서 언급된 바와 같이 징벌 및 위하의 목적을 통해 그 목적을 추구하는 점에서 형벌과 상당히 중복된다고 보고 있으므로 신상공개는 이중처벌금지의 원칙에 반한다고 할 수 있겠다.

16) 권창국, “청소년 성매매행위등에 규제방법으로서 신상공개제도에 대한 검토”, 형사정책연구 제12권 제2호(한국형사정책연구원, 2001), 219쪽.

17) 심희기, 위의 논문, 30쪽. 그러나 현재는 법원이 공개명령을 판결과 동시에 선고한다(동법 제38조 제1항).

18) 이병희, “성범죄자 신상공개에 대한 형사법적 고찰”, 형사법연구 제17호(한국형사법학회, 2003), 270쪽.

1.3 인격권 침해문제

신상공개가 등록대상자인 성범죄자에게 미치는 영향을 살펴보면, 사회생활을 하면서 알고 지내던 사람들 또는 이웃들이 은밀한 수치스러운 감추고 싶은 사생활의 비밀을 알 수 있게 된다는 데 있다. 경멸과 멸시로 부터 시작하여 직장을 자의 또는 타의로 그만 두게 되거나 이혼·자살 또는 상처받은 자녀의 가출 등 가정파괴 및 파탄을 겪거나 아니면 가족들이 심한 정신적 고통을 겪는 등 실질적인 사회적 연좌제로서 사회적으로 매장되고 공개대상자의 사회적 환경이 박탈당하는 결과가 발생할 가능성이 높다. 신상공개제도의 목적은 ‘성범죄의 방지를 통한 아동·청소년의 보호’에 있다. 그러나 입법목적은 구체적으로 살펴보면, 재범의 위험성이 있는 성범죄자로부터 청소년을 구체적으로 보호하기 위한 것이 아니라, 성범죄자를 공개하는 방법을 통하여 일반국민에게 위협적 효과를 주고자 하는 것, 즉 경고를 통한 국민계도와 범죄예방에 주된 목적이 있다고 할 것이다. 그렇다면 청소년 성매매를 포함한 성폭력범죄라는 행위를 예방하기 위하여 성범죄자를 일반에 공개하는 것이 헌법적으로 정당화되는가 하는 문제가 제기된다. 범죄의 사실과 더불어 범죄자의 신상을 밝히는 방법으로써 일반 국민에 대한 범죄예방의 효과를 거둘 수도 있다는 점에서, 국가가 입법목적은 효율적으로 달성할 수 있다는 이유로 모든 수단을 택할 수 있다면, 사회적으로 유해한 행위를 범한 자에 대하여 전반적으로 신상공개를 하는 것이 법치국가적으로 용인된다는 결론에 도달할 수 있을 것이다.

그러나 형벌을 포함한 국가공권력 조치의 본질과 한계는 최고의 헌법적 가치인 인간존엄성에 의하여 결정되며, 이런 시각에서 신상공개제도의 합헌성에 대하여 강한 의문이 제기되는 것은 부인할 수 없는 사실이다. 인간의 존엄성은 천부적 성격의 가치이기에 흉악한 범죄를 범하였다 하여도 상실되지 않으므로, 국가는 범죄인에 대해서도 인간존엄성

에 반하는 행위를 해서는 안 된다. 따라서 인간의 존엄성의 관점에서 볼 때 범죄인에게 잔인하거나 비인간적인 또는 인격비하적 형벌이 가해져서도 안 될 뿐 아니라, 범죄인은 국가에 의하여 독자적 인격체로서의 주체성을 박탈당한 채 범죄퇴치의 수단이 되어서도 아니 된다. 그러나 신상공개제도는 성범죄자를 범죄퇴치의 수단으로 격하시키는 공권력의 조치라 할 수 있으며, 이러한 조치는 인간의 존엄성에 반하는 국가의 행위이다. 국가가 개인을 공개적으로 창피를 주고 사회적으로 격리시키는 것은 사회적 존재로서의 인간 생존을 위하여 필요한 기본조건을 침해하는 것이며, 오늘날 문화국가에서 금기시하는 잔혹한 형벌이나 인종적·종교적 박해에 버금가는 가혹성과 사회적 박해의 성격을 지니고 있는 것이다. 결국, 구체적 위험성이 없이 범죄예방을 위한 제3자에 대한 위협적 효과 때문에 범죄인의 신상을 공개하는 국가의 행위는 인간의 존엄성에 반하는 조치이다. 인간존엄성의 존중을 모든 국가행위의 최고원칙으로 삼는 우리 헌법의 가치체계에서, 국가가 병적인 사회현상을 치유하고 국민의 도덕성을 회복하기 위하여 일부 사회구성원을 조롱거리로 만들고 사회로부터 소외시키려는 조치는 정당화될 수 없을 것이라 여겨진다.

2. 소급효금지원칙 위반문제-최근의 이슈

성폭력범죄자의 재범이 사회문제로 대두되면서 법무부는 신상공개제도와 관련하여 개선책을 내놓았다. 법무부는 지난 8월 24일 성범죄자의 최근사진공개, 미성년자의 성인인증 없이 성폭력범죄자의 정보열람 가능, 성폭력범죄자의 집 주소의 지번까지 상세공개, 신상공개제도의 소급적용, 신상공개 대상범죄의 확대 등을 주요내용으로 하는 제도 개선안을 의원입법으로 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 법률’ 개정안이 국회에 제출될 예정이라고 발표했다. 특히 문제가 되는 것은 신상공개

제도의 소급적용에 관한 내용이다. 신상공개제도가 형벌이라고 한다면 죄형법정주의에 따라서 소급효금지원칙이 적용되지만 보안처분이라고 한다면 죄형법정주의의 규율대상이 아니라 비례성의 원칙에 의한 규율대상이 되기 때문에 형식적으로 볼 때 해당 논의가 중요하다고 볼 수 있다. 보안처분이란 “형벌과는 별개로 범죄위험자나 범죄행위자에 대하여 위험성을 요건으로 강제로 과하는 범죄예방처분”¹⁹⁾을 말하는 것으로서, 우리 헌법은 “누구든지 … 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 … 보안처분 … 을 받지 아니한다.”(제12조 제1항)고 규정하여 보안처분제도에 관한 헌법적 근거를 규정하고 있다.²⁰⁾ 형법은 선고유예시의 보호관찰, 집행유예시의 보호관찰과 사회봉사·수감명령, 가석방시의 보호관찰을 규정하고 있다. 그리고 특별법으로서 소년법, 보호관찰 등에 관한 법률, 치료감호법, 보안관찰법, 성폭력특례법, 위치추적전자장치법 등에도 규정되어 있다.

소급효금지의 원칙이란 형벌법규는 그것이 시행된 이후의 행위에 대해서만 적용되고 시행이전의 행위에까지 소급하여 적용할 수 없다는 원칙이다. 즉, 소급입법 및 소급적용을 금지하는 원칙이다. 소급효금지의 원칙을 인정하는 근거로서는 법적안정성과 예측가능성을 보장하기 위한 것으로, 현행 형법의 일반원리인 보장적 기능을 위하여 인정되고 있다고 한다. 우리 헌법 제13조 제1항 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 않는다.”와 형법 제1조 제1항 “범죄의 성립…은 행위시의 법률에 의한다.”에 실정법적 근거가 있다. 소급효금지의 원칙은 형법의 보장적 기능을 다하기 위한 원칙으로서 모든 형사법에 있어서 적용되어야 하는 원칙이다. 다만 보안처분에 대하여 소급효 적용이 되는가에 대하여는 견해의 대립이 있다. 학설은 보안처분도 형사제재에 속하고 자유제한처분이므로 소급효

19) 정종섭, 헌법학원론(박영사, 2010), 487쪽.

20) 권영성, 헌법학원론(법문사, 2007), 415쪽.

금지원칙이 적용된다는 긍정설(통설)²¹⁾과 장래의 위험성으로부터 행위를 보호하고 사회를 방위하기 위한 조치이므로 적용되지 않는다는 부정설, 그리고 형법상 보호관찰은 범죄자의 재범의 위험성에 불과하는 것이 아니라 형벌유예로 인한 범죄자의 석방에 따른 위험성에 대처하기 위한 합목적적 조치이므로 소급효원칙이 적용되지 아니하나, 감금을 내용으로 하는 사회보호법상의 보호감호처분²²⁾은 형벌에 상응하는 강도를 가지고 있으므로 소급효금지원칙이 적용되어야 한다는 개별설²³⁾이 대립되고 있다.

판례는 형법상 집행유예시의 보호관찰에 대해서는 부정설을 취하였으나, 가정폭력처벌등에 관한 특별법상의 사회봉사명령에 대해서는 긍정설의 입장을 보여 개별설에 입각하고 있는 듯하다.²⁴⁾ 보안처분은 형벌과 구분된다²⁵⁾고 하더라도 범죄인의 기본권 제한이라는 점 그리고

21) 김성돈, 형법총론(성균관대학교 출판부, 2008), 72쪽 ; 오영근, 형법총론(박영사, 2005), 56쪽 ; 정성근/박광민, 형법총론(삼지원, 2008), 18쪽.

22) 2005년 사회보호법의 폐지됨으로써 보호감호제도도 폐지되었다.

23) 손동권, 형법총칙론 제2개정판(울곡출판사, 2006), 36쪽.

24) 대법원 1997. 6. 13. 선고, 97도703 판결. “보호관찰은 형벌이 아니라 보안처분이 성격을 갖는 것으로서 …… 그에 관하여 반드시 행위이전에 규정되어 있어야 하는 것은 아니며, 재판시의 규정에 의하여 보호관찰을 받을 것을 명할 수 있다”고 판시하여 집행유예시의 보호관찰의 성격을 보안처분으로 보았다. 그러나 이에 대하여 “보안처분은 재범의 위험성에 대해서 부과하는 것이고, 재범의 위험성이 있다면 집행유예는 처음부터 불가능하므로 집행유예시의 보호관찰은 형벌 및 보안처분과 구별되는 제3의 형사제재로 보아야 한다.”는 비판이 제기되고 있다(손동권, 앞의 책, 41쪽).

25) 김성돈, “책임형벌의 위기와 예방형벌의 한계”, 형사법연구 제22권 제3호 통권 제44호(한국형사법학회, 2010 가을), 9쪽-14쪽. : “이원주의 형사제재체계는 독일과 스위스 외에도 오스트리아, 이탈리아, 벨기에, 네덜란드, 노르웨이, 스페인, 폴란드, 헝가리 등이 도입되어 있다. 우리나라는 1980년 부터 2005년 까지 이원주의 제재체계를 가지고 있었으나 보호감호제도의 폐지로 인해 책임무능력자에 대한 치료감호만 자유박탈적 보안처분의 수단으로 인정되어 있고, 책임능력자에 대해서는 자유박탈적 보안처분제도가 인정되고 있지 않다.” “오늘날 세계 각국의 입법례를 살펴보면 책임무능력자인 행위자에 대해서는 독일에서와 마찬가지로 정신병자 수용시설에 이원주의를 취하면서도, 책임능력자에 대해서는 철저히 일원주의를

양자는 실질적인 의미에서 형사제재에 해당하고 또한 우리 헌법은 형사적 제재로서 처벌, 보안처분 및 강제노역을 규정하고 있다고 할 것이어서, 헌법 제12조에서 보안처분을 과할 경우 법률에 의하도록 하고 있는 규정과 범죄의 구성과 처벌을 행위시법에 의하도록 하고 있는 제13조 규정을 종합하여 고려할 때 보안처분에 대하여도 소급효금지의 원칙이 적용된다고 하는 것이 논리적으로 그리고 법적으로도 타당할 것이다. 형벌은 법률 위반을 이유로 행위자에게 과하여지는 법익의 박탈 또는 제재를 의미하며, 형법 제41조에 규정된 형의 종류에 해당하는 형벌이든 장래의 위험을 제거하기 위한 형벌의 보완수단이라고 하는 보안처분이든 범죄자의 범죄행위가 전제되어야 하기 때문에 모든 형사제재를 부과함에 있어서 죄형법정주의 및 세부원리로서 소급효금지의 원칙이 철저히 지켜져야 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 신상공개제도의 경우에 소급입법을 통해 해당 법률의 제정 이전에 성폭력범죄를 저지른 자에게까지 확대하려고 하는 최근 의원입법의 형태로 추진되고 있는 법률개정안은 명백한 진정소급입법²⁶⁾으로 죄형법정주의의 세부원리인 소급효지원칙을 위배할 소지가 다분히 존재하는 것이 사실이다. 진정소급입법을 통해서 새로운

고수하는 입법형식이 수적으로 우세하다. 특히 영국에서는 보안감호라는 보안처분이 1967년 연장된 자유형의 가능성을 통해 대체되었다. 그 외의 보안감호에 대한 법치국가적 의문성 때문에 보안형벌제도를 인정하고 있는 나라들로는 프랑스, 스웨덴, 웨일즈, 그리고 미국 등이 있다. 미국의 대부분의 주에서는 그와 같은 생각이 이른바 ‘삼진아웃법’으로 나타나고 있다.”

- 26) 소급입법은 새로운 입법으로 이미 종료된 사실관계 또는 법률관계에 작용케하는 진정소급입법과 현재 진행중인 사실관계 또는 법률관계에 작용케하는 부진정소급입법으로 나눌 수 있는데, 부진정소급입법은 원칙적으로 허용된다는 판례와 다수설의 입장이다. 그러나, 예외적으로 ① 소급입법을 예상할 수 있었던 경우 ② 법적상태가 불확실하고 혼란스러워 보호할 만한 신뢰이익이 적은 경우 ③ 당사자의 손실이 없거나 경미한 경우 ④ 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우에는 진정소급효도 허용될 수 있다고 한다.

보안처분을 가할 수 있다고 보는 입장은 보안처분의 목적인 장래의 위험에 대한 제거에 주목한 나머지 ‘미래에 새로운 보안처분을 창설하는 것도 가능하다’는 결론을 도출하는 오류에 빠진 것으로 보인다.²⁷⁾ 죄형법정주의는 개인의 생명, 신체, 자유, 재산, 명예 등 법익을 형벌이라는 명목으로 제한하는 경우에 국가가 형벌권을 자의적으로 남용하여서는 아니된다는 것을 의미한다. 그렇다면 형벌이든 보안처분이든 혹은 강제노역이든 어떠한 명칭을 부여하였다고 하더라도 국가권력에 의한 국민의 생명, 신체, 자유, 재산, 명예 등에 대한 제한조치는 넓은 의미에서 ‘처벌’ 혹은 ‘형사제재’에 모두 해당하기에, 국민의 자유와 권리를 보장하기 위한 죄형법정주의가 형사제재를 부과함에 있어서 항상 준수되어야 할 것이다.²⁸⁾

3. 신상공개제도의 실효성 논란여부

형벌의 목적에 관한 이론은 크게 형벌은 범죄에 대한 응보이며, 형벌의 정도는 책임의 정도로 제한하는 절대형주의와 형벌의 본질이 장래의 범죄를 예방하는 데 있고 형벌은 범죄로부터 사회를 방위·보호하기 위한 목적을 실현하기 위한 범죄예방의 수단이라는 입장의 상대형주의가 있다. 절대형주의는 범죄에 상당한 형벌이라는 개념을 확립함으로써 오늘날 형법의 책임주의와 비례성원칙의 기초가 되기도 하였다.²⁹⁾ 그러나, 형벌의 본질은 응보이며 형벌은 범죄자에게 과하는 단순한 해악이라는 형벌사상은 정책적 비판과 인도주의적 비판과 함께 실증적 연구

27) 송진경, “위치추적 전자감시제도에 대한 비판적검토”, 형사법연구 제23권 제2호 통권 제47호(한국형사법학회, 2011), 316쪽 ; 윤상민, “형사제재와 소급효금지의 원칙”, 법학연구 제38집(한국법학회, 2010), 215-217쪽.

28) 허 영, 한국헌법론 전정7판(박영사, 2011), 477-479쪽 참조.

29) 손동권, 형법총칙론(울곡출판사, 2001), 19쪽 ; 이재상, 형법총론(박영사, 2003), 49쪽.

의 필요성을 느낀 실증론적 사상에 기인한 상대형주의가 등장하게 되었다. 상대형주의는 형벌의 목적을 범죄의 예방과 범죄인의 개선과 교육에 있다는 것을 강조함으로써 범죄인이 응보의 대상만이 아닌 교육과 개선의 대상임을 분명히 하였다.³⁰⁾

범죄예방이론은 상대형주의의 파생이론으로 형벌을 사회에 대한 위하적 작용으로 이해하며 사회 일반인의 법의식을 강화하여 범죄억제효과를 달성하고자 하는 일반예방이론과 범죄인 개인에 대한 국가의 재사회화 또는 사회복귀노력을 통해 재범의 방지수단으로 이해하는 특별예방주의로 나누어진다. 아동·청소년성보호법 제1조에서 규정하였듯이 아동대상 성범죄자를 체계적으로 관리함으로써 아동·청소년을 성범죄로부터 보호함을 목적으로 하는 동법률의 신상공개제도는 아동·청소년대상 성범죄의 예방과 성범죄자의 재범의 위험성을 줄이기 위한 사법적 보안처분의 성격을 띠고 있는데,³¹⁾ 범죄자의 반사회적 성격을 교화·개선함으로써 사회복귀를 통한 재범의 억제하는 것을 목적(특별예방효과)으로 하고 일반인에게는 위하적 작용³²⁾을 통하여 범죄억제효과(일반예방효과)를 달성하고자 하는 것이 신상공개제도의 구체적 목적이라면, 이 두 가지 측면에서 신상공개의 실효성논란을 검토해 볼 필요가 있다고 여겨진다. 신상공개제도는 부정적인 측면에 기인한 많은 논란에도 불구하고 도입초기 찬성론자들로부터 성범죄자의 재범의 위험성을 감소시키고, 청소년대상 성범죄를 획기적·효과적으로 예방할 것이며

30) 이종갑, “형벌이론과 행형”, 인권복지연구 제2호(한국인권사회복지학회, 2007), 174쪽.

31) (구)청소년성보호법에서는 청소년보호위원회가 신상공개를 행정처분형식으로 하여 형사제재로서의 성격을 부인하는 입장의 논거로 주장되었으나, 개정 아동·청소년성보호법에서는 법원에 의하여 선고되므로 (위헌성논란은 논외로 하고) 보안처분성은 인정된다고 하겠다(아동·청소년성보호법 제38조).

32) ‘Feuerbach는 범죄의 예방은 신체적 강제로는 충분하지 않고 형벌의 위하에 의한 심리강제를 통해서만 억제될 수 있다고 보았다.’ Winfried Hassemer, 김영환 옮김, “독일법철학과 형법의 전통”, 한림법학 제1권(한림대학교 법학연구소, 1991), 146쪽.

실질적으로 청소년들을 범죄로부터 안전하게 보호해 줄 것이라는 것을 주장했다. 이하에서는 신상공개제도가 시행된 이후 2005년 부터 2010년 까지의 대검찰청에서 발표한 ‘범죄분석’을 근거로 신상공개제도의 일반·특별예방효과의 실효성여부를 일정 범위에서 살펴보고자 한다.

<표 1>은 해당연도별 인구 10만명당 주요 강력범죄의 발생건수를 나타내고 있고 <표 2>는 ‘성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호등에 관한 법률’과 ‘청소년성보호법’을 위반한 성폭력범죄를 나타내고 있다. <표 1>과 <표 2>에서 나타나는 바와 같이, 성폭력범죄는 지속적인 증가세를 유지하고 있고, 특히 2010년에는 폭발적인 증가를 보이고 있다. 2000년 8월 첫 신상공개가 시행된 전후 성범죄가 지속적인 증가를 보였던 것이 위헌법률 심판에서도 논란이 되었던 부분이었다. 그러나 <표 1>과 <표 2>의 통계수치만으로 신상공개제도가 아동·청소년대상 성범죄의 감소에 영향을 끼치지 않았다고 단언할 수는 없다 하겠다.

〈표 1〉³³⁾ * 발생비율 해당연도 인구10만명당 발생건수를 의미함
(인구자료: 통계청 추계인구)

연도	살인	강도	성폭력	방화	폭력	절도
2005	2.3	10.9	28.3	9.0	105.3	397.0
2006	2.2	9.7	31.4	8.0	297.7	394.9
2007	2.3	9.2	31.8	7.4	393.7	438.6
2008	2.3	9.9	31.1	7.9	400.9	459.3
2009	2.9	13.1	33.1	7.7	406.6	526.6
2010	2.6	9.0	40.8	8.1	369.0	548.4

33) 한국형사정책연구원, 범죄와 형사사법 통계정보, 〈http://crimestats.or.kr/hpweb/main/index.k2?cmd=sub_5_view&org_id=101&tbl_id=IS_18&tbl_nm=주요범죄 발생비추이&gb=is.〉, 검색일 : 2012.8.29.

〈표 2〉³⁴⁾

연도	강간	성폭력범죄의처벌 및피해자보호법	청소년의성보호에 관한법률위반	성폭력범죄합계
2005	11,757	—	1,874	13,631
2006	13,573	—	1,584	15,157
2007	13,634	—	1,752	15,386
2008	15,094	—	—	15,094
2009	16,156	—	—	16,156
2010	19,939	—	—	19,939

2004년 8월 청소년보호위원회의 신상공개제도 효과성 분석 연구자료에서는 항목에 따라 차이는 있지만 어느 정도 효과가 있다고 발표하였다. 신상공개제도의 효과에 대한 점수를 측정한 결과, 효과성이 평균 62.7점으로 어느정도 효과가 있는 것으로 평가되었으며, 제도 효과에 대한 사항 중 ‘동일인 추가 범죄 예방’이 68.1점으로 평균 62.7점보다 5.4점 높은 효과가 있는 것으로 평가하는 것으로 분석되었다고 발표하였다. 또한, 신상공개제도의 청소년 대상 성범죄 예방 효과에 대한 질문에 일반인의 62.3%가 ‘매우 효과적이다’와 ‘대체로 효과적이다’를 합한 ‘효과적이다’는 의견을 보이는 등 모든 계층에서 ‘효과적이다’라는 의견이 45%이상으로 ‘효과없다’는 의견보다 상대적으로 높게 나타났다. 그러나 ‘별로 효과없다’는 의견은 전문직 종사자가 23.1%로 다른 계층에 비해 높게 조사되었다고 발표하였다. 그러나 위의 효과성분석은 2004년 6월 19일~20일, 즉 이틀간 1002명을 대상으로 전화면접조사를 실시하여 얻은 결과이다. 즉, 실제 신상공개제도의 예방효과가 아니라 일반인을 대상으로 한 신상공개제도에 대한 인지도 및 가능성과 개연성의 조사인 것이다.

34) 한국형사정책연구원, 범죄와 형사사법 통계정보, 〈http://crimestats.or.kr/hpweb/main/index.k2?cmd=sub_5_view&org_id=101&tbl_id=IS_06&tbl_nm=성폭력범죄발생추이&gb=is〉, 검색일 : 2012.8.29.

신상공개제도를 도입한 취지는 결과론적으로는 수치상의 성폭력범죄의 감소와 성범죄자의 재범률을 줄이고자 했던 것이었으나, 현실에서 나타나는 현상은 그것과는 반대의 상황이 전개되고 있는 실정이다. 이와 같은 사실은 대검찰청이 2011년 발표한 ‘범죄분석’에서도 나타나고 있다. 2006년-2010년 최근 5년 동안 발생한 성폭행범죄의 월별발생빈도에서 보면 7월과 8월에 집중해서 발생하고 있으며 지속적으로 증가하고 있고, 특히 범죄자들을 살펴보면 초범 38.4%(4,993명), 재범 61.6%(8,018명)으로 나타났다. 주지해야 할 사실은 바로 재범자 중에서 동종 전과자는 60.8%이고 이종 전과자는 39.2%로 나타났다. 특히, 2009년과 2010년도 아동 성폭력범죄의 발생현황을 보면 재범률이 거의 60%에 육박하고 있음은 어느 정도 시사하는 바가 있다 하겠다.

*아동 성폭력 발생현황(2009-2010)³⁵⁾

연도	아동성폭력	범죄자전과				
		초범	재범	동종전과자	이종전과자	1년이내재범
2009	990	41.4%	58.6%	20.3	79.7	33.4%
2010	1,175	40.8%	59.2%	65.7%	34.3%	31.5%

이제까지의 내용을 토대로 살펴보면, 청소년대상 성폭력 범죄자에 대한 신상공개제도는 도입초기에 의도했던 일반인에 대한 일반예방효과와 범죄자에 대한 특별예방효과가 기대했던 것만큼의 효과를 나타내고 있지는 않은 것처럼 보인다. 이와 같은 상황을 감안할 때, ‘2002헌가 14’ 위헌제청사건에서 헌법재판관 5인의 위헌의견을 다시금 경청하며 신상공개제도의 지속적인 시행여부에 관한 재검토를 신중하게 고려해 볼 필요가 있을 것 같다.

35) 범죄분석 통권 제143호(대검찰청, 2010) ; 범죄분석 통권 제144호(대검찰청, 2011).

IV. 신상공개제도의 개선방향 및 정책적 발전방향

전술한 바와 같이, 신상공개의 일반예방효과와 특별예방효과가 확정적으로 검증되지는 않은 상황에서 공개대상자 및 공개대상범죄의 확대는 심각한 부작용을 초래할 수도 있을 것이다. 신상공개제도는 성범죄자의 신상을 공개함으로써 일반인의 경각심을 일깨워 잠재적 성폭력범죄를 예방하고자 하나 전술한 바처럼 이것은 다소 어려울 것으로 사료된다. 또한 신상공개의 초기에는 일반인에게 관심을 갖게 하여 어느 정도 효과를 볼 수는 있을 것이지만 반복된 공개의 관행으로 관심은 줄어들 것이고 점차 대중의 인식속에서 사라질 것이라 생각된다. 또한 법이란 사회적 산물로서 우리나라와 다른 사회적 배경이나 법문화에서 시행되는 제도가 우리의 법제도에서도 그대로 받아들일 것이라는 것은 서로간의 차이를 간과한 주장이라 하지 않을 수 없다.

신상공개제도가 개인의 명예에 지대한 영향력을 행사하는 것을 부인할 수 없는 현실에서, 18세기 Cesare Beccaria가 ‘범죄와 형벌’에서 “명예형은 너무 빈번히 과해져서는 안 된다. 여론의 힘의 효과를 자주 반복 활용하면 여론의 힘 자체가 약화될 것이기 때문이고, 또한 명예형은 한 번에 너무 많은 사람에게 과해서도 안 된다. 오명을 받은 자가 많을수록 그 오명의 효과는 약화될 것이기 때문이다.”³⁶⁾라고 한 지적을 다시금 되새겨 볼 필요가 있다고 생각된다.

성폭력범죄자의 경우 신상공개의 필요성이 있다고 할지라도, 너무나 상세한 공개는 사실상 사회생활을 불가능하게 할 것이고 사회복귀 또한 불가능해질 것이고 범죄자의 가족에게는 사회적 연좌제로서의 기능을 할 것이므로, 신상공개는 매우 부득이 한 경우로 고위험의 성폭력범죄자에게 한정되어야 할 것이다. 다만, 병리적 성격상 재범 가능성이 높다

36) Cesare Beccaria, 이수성/한인섭 옮김, 범죄와 형벌(길안사, 1995), 100쪽.

고 보이는 아동성폭력 범죄자의 경우에는 신상공개를 통하여 대중 특히 아동의 보호자들에게 경각심과 경고를 해주는 것 이상으로 국가와 정부 그리고 지방자치단체의 법문상 그리고 지면상의 조치가 아닌 실효적이면서도 실질적이고 지속적인 감독과 관리가 반드시 병행되어야 할 것이다. 단순한 아동 청소년 밀집지역에 주거금지를 규정하는 입법보다는 그 입법내용에 따른 실질적 조치가 사후적으로 집행되는 것이 중요하다. 일례로 아동청소년성보호법 제13조의 법원에서 성폭력 가해자들에게 명령할 수 있는 ‘300시간의 범위에서 재범예방에 필요한 수강명령 또는 성폭력 치료 프로그램의 이수명령’은 치료를 명령해도 시설과 인력이 제대로 확보되어 있지 않아 온전한 교정이 되지 못하고 있는 것이 현실이다.

최근에는 신상공개와 더불어 성폭력범죄자에 대해 보다 강력한 처벌을 내려야 한다는 주장이 계속되고 있고, 형량 증가, 화학적 거세에 이어 물리적 거세와 사형까지 논의되고 있는 상황이다. 그러나 전술한 바와 같이 성폭력범죄의 발생건수는 지속적으로 증가하고 있는 것이 현실이다. 그러므로, 사후적 처벌규정의 강화도 중요하지만, 더욱 중요한 것은 사전적 예방적 조치로서 추후 발생의 여지를 없애는 것이 더 옳은 방법이 아닌가 생각이 든다. 예를 들어, 어렸을 때부터 성범죄 예방교육을 실시하고, 여성을 성적 도구로 여기는 사회 분위기를 변화시키며 특히 언론과 방송에서 집중적으로 여성을 성적 대상으로 지칭하거나 묘사하는 태도를 지양해야 한다. 또한 가해자들에 대한 교화의 가능성은 보지 않고 이들을 사회로부터 격리시키려는 언론과 여론의 태도도 우려되는 상황이다. 가해자 처벌에만 초점이 맞춰져 있으면 성폭력범죄의 근본적인 해결책은 오히려 소홀해질 수 있다는 점을 고려할 필요가 있고 아무리 흉악한 범죄자라 하더라도 그들 또한 우리 사회의 일원인 시민인 것은 부인할 수 없는 사실이라는 점을 신중히 생각해 봐야 할 듯하다.

V. 맺음말

우리라는 공동체를 함께 살아가는 사람들에게 있어서 가장 슬프고도 안타까운 일은 신뢰에 대한 배신과 상실일 듯하다. 믿었던 사람에게 그리고 사람이기에 사람의 도리로서 살아가는 것이 기본이며 정석이라고 믿고 살아가는 사람에게는 특히 그러할 것이다. 짐승도 하지 않을 일을 하물며 만물의 영장이라는 인간이 짐승만도 못한 짓을 하고 있는 것을 보고 있노라니 분노가 마음속 깊은 곳에서 솟구쳐 오르는 듯하다. 금수보다 못한 죄를 저지른 자에게 그에 상응한 제재를 가하는 것은 법치주의 국가에서 당연히 해야 할 일이고 그래야만 사회라는 시스템이 제대로 작동될 것이다. 그러나, 아무리 극형에 처하고 싶은 마음이 굴뚝 같아도 법치주의국가의 시스템을 유지하기 위해서는 그 시스템의 원리에 따라야 하는 것이 시스템속에서 우리가 해야 할 의무이다. 모든 법의 초석이며 우리의 법해석과 법적용이 나아갈 방향을 지도해주는 등대이면서 나침반인 우리 헌법은 다음과 같이 말하고 있다. 헌법 제10조 ‘모든 국민은 인간으로서 존엄과 가치를 가지며… 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.’ 그리고 제13조 제1항 ‘모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며, 동일한 범죄에 대하여 거듭 처벌받지 아니한다.’고 말하고 있다. 즉, 인권이란, 국가에 의하여 부여되는 것이 아니라 국가 이전에 이미 존재하는 것으로서 단지 인간이 인간이기 때문에 누리는 천부적 권리이며, 인간에 의하여, 즉 법질서에 의하여 박탈될 수도 실효될 수도 없으며, 개인이 이를 스스로 포기할 수도 없는 것이다.

그러나, 최근의 일부 성폭력범죄자에 의한 경악할 만한 수준의 아동 성범죄가 발생하면서 성폭력범죄자에 대한 대책은 강경한 입장으로 바뀌어가고 있고, 여론의 비난화살과 집중포화를 받고 있는 정치권에서 최근 제기되고 있는 성폭력범죄자에 대한 신상공개 및 전자감시제도의

소급확대 적용과 관련하여 심히 우려하지 않을 수 없다.³⁷⁾ 형벌이든 보안처분이든 간에 형사제재는 국가가 국민에게 행사할 수 있는 가장 강력한 권한으로서 도입과 실시에 있어서 신중을 기하지 않으면 안 된다. 성폭력범죄를 비롯한 성범죄는 분명 우리 사회가 당면해 있고 해결해야 할 시급한 현안 중의 하나이나, 성폭력범죄에 대한 대책을 강구함에 있어서는 범죄자들이 범한 죄에 대한 책임은 엄중히 묻되 사회복귀나 재사회화를 현저히 어렵게 하고 사회적 연좌제로서 가족들에게 현저한 사회상의 불이익과 인권침해를 초래하는 신상공개제도는 얻어지는 실익이 기대에 미치지 못함을 인지하고 신중하고도 합리적인 시각에서 성폭력범죄의 원인을 철저히 과학적으로 분석하여 유사범죄가 재발되지 않도록 대책을 강구해야 할 것이다. 그리고 인권보장과 법치국가원칙의 테두리 내에서 형사정책적 수단과 사회정책적 수단을 유기적으로 그리고 체계적으로 결합한 통합적이고도 지속적인 노력이 필요하다고 사료된다.

(투고일 2012년 8월 31일, 심사(의뢰)일 2012년 9월 26일 게재확정일 2012년 10월 12일)

주제어 : 성폭력, 아동대상성범죄, 신상공개, 인격권침해, 이중처벌금지, 소급효금지

37) 정현미, “성폭력범죄 대책과 전자감시 : 특정 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률의 검토를 중심으로”, 형사정책 제21권 제1호(한국형사정책학회, 2009), 331쪽 이하 참조. -‘선진국에서는 신상공개, 전자감시, 화학적 거세 등 강력한 조치에 대해서 이중처벌, 인권침해의 논란이 일면서 그 적용범위를 축소해 나가고 있는 실정이며, 독일의 경우에도 사회치료처우를 우선적으로 받게 함으로써 치료에 중점을 두고 있다.’

참고문헌

1. 단행본

- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2001.
——, 헌법학원론, 법문사, 2007.
김성돈, 형법총론, 성균관대학교 출판부, 2008.
박상기/손동권/이순래, 형사정책 제10판, 한국형사정책연구원, 2006.
배종대, 형사정책 제6판, 홍문사, 2006.
손동권, 형법총칙론, 을곡출판사, 2001.
——, 형법총칙론 제2개정판, 을곡출판사, 2006.
오영근, 형법총론, 박영사, 2005.
이재상, 형법총론, 박영사, 2003.
정성근/박광민, 형법총론, 삼지원, 2008.
정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2010.
허 영, 한국헌법론 전정7판, 박영사, 2011.
Cesare Beccaria, 이수성/한인섭 옮김, 범죄와 형벌, 길안사, 1995.

2. 논문

- 권창국, “청소년 성매매행위등에 규제방법으로서 신상공개제도에 대한 검토”, 형사정책연구 제12권 제2호, 한국형사정책연구원, 2001, 199-224쪽.
김영환, “독일법철학과 형법의 전통”, 한림법학 제1권, 한림대학교 법학연구소, 1991, 141-155쪽.
김성돈, “책임형법의 위기와 예방형법의 한계”, 형사법연구 제22권 제3호 통권 제44호, 한국형사법학회, 2010 가을, 3-31쪽.

- 문재완, “성범죄자 신상공개제도 위헌성 재검토 : 미국의 메간법 판결과의 비교를 중심으로” 헌법학연구 9권 2호, 한국헌법학회, 2003, 343-369쪽.
- 박기석, “청소년 성매수자에 대한 신상공개의 문제점”, 한국교정학회소식 제20호, 한국교정학회, 2003, 41-69쪽.
- 송진경, “위치추적 전자감시제도에 대한 비판적 검토”, 형사법연구 제23권 제2호 통권 제47호, 한국형사법학회, 2011, 311-337쪽.
- 신준섭/이영분, “청소년 대상 성범죄자 신상공개제도의 효과성 분석: 성범죄 일반예방효과를 중심으로”, 한국아동복지학 18호, 한국아동복지학회, 2004, 35-61쪽.
- 심희기, “신상공개의 정당화근거와 적절한 공개대상과 공개기준의 탐색”, 저스티스 통권65호, 한국법학원, 2002, 24-38쪽.
- 이경재, “청소년보호법의 문제점과 개선방안”, 형사정책 13권 2호, 한국형사정책학회, 2001, 31-54쪽.
- 이경재, “성범죄자 신상공개의 법적 문제점 고찰”, 저스티스 제65권, 한국법학원, 2002, 5-23쪽.
- 이병희, “성범죄자 신상공개에 대한 형사법적 고찰”, 형사법연구, 제17호, 한국형사법학회, 2003, 259-278쪽.
- 이종갑, “형벌이론과 행형”, 인권복지연구 제2호, 한국인권사회복지학회, 2007, 171-194쪽.
- 임상규, “성범죄자 신상공개의 필요성과 허구성”, 형사법연구 19호, 한국형사법학회, 2003 여름, 372-392쪽.
- 윤상민, “형사제재와 소급효금지의 원칙”, 법학연구 제38집, 한국법학회, 2010, 199-221쪽.
- 윤지영, “성범죄자 신상공개제도의 변천”, 형사정책연구소식 제115호, 한국형사정책연구원, 2010 가을, 4-7쪽.
- 정현미, “성폭력범죄 대책과 전자감시: 특정 범죄자에 대한 위치추적

전자장치 부착에 관한 법률의 검토를 중심으로”, 형사정책 제21 권 제1호, 한국형사정책학회, 2009, 321-349쪽.

최상욱, “청소년 성범죄자의 신상공개에 관한 소고”, 연세대학교 법학연구 제12권 4호, 연세대학교 법학연구원, 2002, 193-215쪽.

청소년보호위원회 선도보호과, “청소년대상 성범죄자 신상공개제도에 관한 연구”, 2001, 1-136쪽

3. 기타

범죄분석 통권 제143호, 대검찰청, 2010.

범죄분석 통권 제144호, 대검찰청, 2011.

아이뉴스24뉴스, 윤상현, “성범죄자 신상공개 대폭 확대법 발의”,
<http://news.inews24.com/php/news_view.php?g_serial=678589&g_menu=050220>, 검색일 : 2012.8.29.

한국형사정책연구원, 범죄와 형사사법 통계정보,
<http://crimestats.or.kr/hpweb/main/index.k2?cmd=sub_5_view&org_id=101&tbl_id=IS_18&tbl_nm=주요범죄 발생비추이&gb=is>, 검색일 : 2012.8.29.

한국형사정책연구원, 범죄와 형사사법 통계정보,
<http://crimestats.or.kr/hpweb/main/index.k2?cmd=sub_5_view&org_id=101&tbl_id=IS_06&tbl_nm=성폭력범죄발생추이&gb=is>, 검색일 : 2012.8.29.

인터넷법률신문, 이인호, “현행 성범죄자 신상공개제도의 위헌성”,
<<http://www.lawtimes.co.kr/LawNews/News/NewsContents.aspx?serial=5889&kind=>>>, 검색일 : 2012.8.29.

[Abstract]

A Study on the Order System of Disclosure of Sexual Offender's Personal Information

Jae-Hak Lee*

Recently, Sex offences against children have occurred in succession all over the country. Many people have raged extremely against the offences like that. Also, The government has tried to severely punish sex offenders against children, because it is its duty to do that. And thus, The act on the protection of children and juveniles from sexual offenders was legislated on February 3, 2000 and enforced from July 1, 2000. Besides the act, the government have enacted a variety of acts with regard to sexual offences. In addition to other measures, the act had the special articles of disclosure of Sexual Offender's personal information. However, the Act, which was enacted as a special enforcement of Sex Crime Law, was not preceded with a scientific study on the current standing and cause of sexual offence and was not consulted any group of experts in the enactment of the act. For these reasons, the measure of disclosure of sexual offenders' personal information has become an issue of dispute since its legislation. Controversial debate on that measure is still crucial topic among policy makers, scholars, and many people. Some people criticize that measure will double jeopardy and is unnecessarily invasive due to the side effect. But others argue that it is a necessary condition to reduce and manage the risk of repetition of

* Ph.D student in Law, Department of Law, KonKuk University

sexual offences and the side effects can be controlled through supplements. This paper will have a careful look at the realities of sexual offences in Korea and check if the measure is in accordance with a few crucial principles of the constitution. And this paper will also evaluate whether such acts and measures for sexual offences are effective in practice and rightful from a standpoint of constitutionalism and the various principles of constitution.

Key Words : Sexual Offence, Disclosure of Sexual offender's personal information, the Principle of nulla poena sine lege, the Ex-Post Facto Principle, Human dignity & the right of privacy