

신상정보 공개 · 고지명령 제도의 소급효

송 영 지*

국 | 문 | 요 | 약

대법원은 2011. 10. 30. 선고 2011도9253 판결에서 “[성폭력범죄의 처벌 등에 관한] 특례법은 신상정보의 공개명령 및 고지명령 제도에 관하여 그 제도의 시행시기를 규정하면서도 그 대상이 되는 범죄가 행하여진 시기에 대해서는, 신상정보의 공개명령 및 고지명령 제도에 관하여 그에 관한 규정 시행 후에 범한 범죄로 한정하는 부칙 규정을 두고 있는 아동·청소년의 성보호에 관한 법률과는 달리 아무런 제한을 두고 있지 아니한 점을 들어 소급적용이 가능하다”고 판시하였다. 그리하여 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법을 제정하기 이전에 범죄를 저지른 자에 대해서도 신상정보의 공개명령 및 고지명령 부과를 긍정하고 있다. 아직 신상공개제도의 법적 성격에 대한 결론조차 짓지 못한 상황에서 신상공개처분을 소급하여 적용하는 것은 죄형법정주의의 소급효금지원칙에 대한 중대한 도전이라고 볼 수 있다.

성범죄자에 대한 신상정보 공개 · 고지명령 제도를 규정한 두 법률이 소급적용에 대해 다르게 규정하고 있는 이유는 법을 만들고 심의하는 절차가 달랐기 때문이다. 법률의 제정과정을 살펴보면 형사처벌에 관한 규정을 법제처에서 심의하여 형벌 규정을 입법하는 것은 형벌의 부과에서 큰 오류를 낳고 있는 경우가 적지 않아 보인다. 생각건대 형벌규정에 관한 모든 법률은 성안 단계부터 최종 단계까지 법무부 검찰국 형사법제과가 담당하는 것이 올바른 방향이라고 여겨진다. 만약 아무리 단계까지 관여할 수는 없다면, 형사처벌에 관한 모든 법규는 법무부 검찰국 형사법제과의 심의라도 거쳐서 통일된 형사법 규정을 만들어야 할 것이다. 법무부는 각종 법률의 제정 · 개정 시에 소위원회를 구성하고 여러 학자들이 참여하도록 함으로써 학계의 의견을 듣고 있다. 그렇다면 각종 소위원회로부터 도출된 논리적인 법률안에 대해서 국회는 조금 더 귀 기울이고 심도 있게 고민해 보았으면 한다.

❖ 주제어 : 신상공개제도, 소급효금지, 이중처벌금지, 비례성의 원칙, 과잉금지의 원칙

* 고려대학교 법학연구원 연구원

[대상판례 대법원 2011. 10. 30. 선고 2011도9253 판결]

[사실관계]

갑은 절도죄 등으로 징역 1년6월을 선고받고 복역하다 2009년 7월 출소한 갑은 2010년 9~11월 다시 여러 차례 성인 여성을 대상으로 2010. 9. 11.(특수강도강간), 2010. 10. 3.(특수강도강간미수), 2010. 10. 11.(절도강간미수)의 범죄를 저질렀다.

[소송의 경과]

갑이 특수강도강간 등을 범하여 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반으로 기소되었는데, 제1심법원이 위 각 범행을 같은 범상 ‘등록대상 성폭력범죄’에 해당한다고 보아 공개명령 및 고지명령을 선고를 하였다. 이에 갑은 항소하였고 2심법원에서 공개명령·고지명령 제도는 해당 규정 시행일 이후 ‘범한’ 등록대상 성폭력 범죄에 한하여 적용되므로, 그 시행 전에 범하여진 위 각 범행을 등록대상 성폭력범죄로 본 제1심판결에 법리오해의 위법이 있어 소급효금지의 원칙에 위반이 되어 원심판결 중 공개명령 및 고지명령에 대한 부분을 파기하였고 이에 대하여 검사는 대법원에 상고하였다.

[대법원의 판결이유]

특례법은 신상정보의 공개명령 및 고지명령 제도에 관하여 그 제도의 시행시기를 규정하면서도 그 대상이 되는 범죄가 행하여진 시기에 대해서는, 신상정보의 공개명령 및 고지명령 제도에 관하여 그에 관한 규정 시행 후에 범한 범죄로 한정하는 부칙 규정을 두고 있는 아동·청소년의 성보호에 관한 법률과는 달리 아무런 제한을 두고 있지 아니한 점, 특례법이 성인 대상 성범죄자에 대하여 신상정보의 공개명령 및 고지명령 제도를 도입한 것은 성인 대상 성범죄자 역시 재범률이 높을 뿐만 아니라 아동을 대상으로 한 성범죄도 저지르고 있으므로 성인 대상 성범죄자에 대한 신상정보를 공개함으로써 성인 대상 성범죄는 물론 아동·청소년 대상 성범죄를 미연에 예방하고자 함에 그 입법 취지가 있는 점, 신상정보의 공개명령 및 고지명령 제도는 성범죄를 한 자에 대한 응보 목적의 형벌과 달리 성범죄의 사전예방을 위한

보안처분적 성격이 강한 점 등에 비추어 보면, 특례법 제32조 제1항에 규정된 등록 대상 성폭력범죄를 범한 자에 대해서는 같은 법 제37조, 제41조의 시행 전에 그 범죄를 범하고 그에 대한 공소제기가 이루어졌다고 하더라도 같은 법 제37조, 제41조의 시행 당시 공개명령 또는 고지명령이 선고되지 아니한 이상 같은 법 제37조, 제41조에 의한 공개명령 또는 고지명령의 대상이 된다고 봄이 상당하다 할 것이다.

그런데 피고인의 공소사실 제1항 기재 각 범행은 특례법 제37조, 제41조 소정의 공개명령 및 고지명령의 대상이 되는 같은 법 제32조 제1항에 규정된 등록대상 성폭력범죄에 해당하므로, 같은 법 제37조, 제41조의 규정 시행일인 2011. 4. 16. 전에 같은 법 위반죄로 공소제기 되었다고 하더라도, 위 부칙 제2조 제2항에 따라 신상정보의 공개명령 및 고지명령의 대상이 된다고 보아야 한다.

[참조조문]

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제32조, 제37조 제1항 제1호, 제41조 제1항 제1호, 부칙(2010. 4. 15.) 제1조, 제2조 제1항, 제2항.

아동·청소년의 성보호에 관한 법률 부칙(2010. 4. 15. 법률 제10260호) 제1조, 제4조.

[연 구]

I. 문제의 소재

절도죄 등으로 징역 1년6월을 선고받고 복역하다 2009년 7월 출소한 갑은 지난해 9~11월 다시 여러 차례 성인 여성을 대상으로 성폭행 등의 범죄를 저질렀다. 성인대상 성범죄자의 신상정보를 공개·고지하는 것이 가능하게 된 것은 올해 4월이다. 하지만 대법원은 10월 29일 갑에게 신상정보 공개·고지명령제도를 적용해야 한다고 판결했다(2011도9253). 재판부는 “신상정보의 공개명령 및 고지명령 제도는 성범죄를 한 자에 대한 응보 목적의 형벌과 달리 성범죄의 사전예방을 위한 보안처분적 성격이 강하다”며 “제도 시행 전에 범죄를 범하고 공소제기가 이뤄졌다 해도

공개명령 또는 고지명령의 대상이 된다”고 실시했다.

반면 13세 이상 미성년자를 대상으로 한 성범죄자에게는 신상정보 공개·고지명령제가 소급적용되지 않고 있다.

법원이 이처럼 성인대상 성범죄자에게는 신상정보 공개·고지명령제를 소급하여 적용하면서 13세 이상 미성년자를 대상으로 한 성범죄자에게는 신상공개·고지명령제도를 소급적용하지 않는 이유는 두 범죄에 적용되는 법률이 소급적용에 대해 다르게 규정하고 있기 때문이다.

대법원에서는 일반 성인과 함께 장애인, 13세 미만 미성년자에 대한 성범죄를 대상으로 하는 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’은 부칙 제2항에 “시행 후 최초로 유죄판결이 확정된 자부터 적용한다”고 규정하고 있다는 것을 들어 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법’상 신상정보 공개·고지명령제도의 시행일은 2011년 4월 15일로, 이날 이후에 유죄판결이 확정된 성범죄자에게는 범행일시와 상관없이 신상정보 공개·고지명령제도를 소급적용할 수 있다고 하고, 반면 13세 이상 미성년자에 대한 성범죄를 대상으로 하는 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률(아동·청소년 성보호법)’은 부칙 제3항에 ‘(신상정보 공개·고지명령제도는) 법 시행 후 최초로 아동·청소년대상 성범죄를 범하고 유죄판결이 확정된 자부터 적용한다’고 규정하고 있기 때문에 ‘아동·청소년 성보호법’의 시행일은 2010년 1월 1일로, 2009년 12월 31일 이전에 발생한 19세 미만~13세 이상 미성년자에 대한 성범죄에는 신상정보 공개·고지명령제를 적용할 수 없게 되었다.

그러므로 이하에서는 먼저 신상정보 공개·고지명령제의 정당성 여부를 검토하고, 다음으로 신상정보 공개·고지명령제에 대한 소급적용과 관련하여 죄형법정주의의 소급효 금지 원칙에 대한 위배여부를 검토하고 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법과 아동·청소년의 성보호에 관한 법률이 왜 다르게 규정되었는지를 살펴보고 대안을 제시해보자 한다.

II. 신상정보 공개·고지명령제도의 정당성

1. 이중처벌금지 원칙

신상공개제도에 대하여 법적성격에 대한 논란이 많다. 신상공개제도를 형벌의 일종으로 파악한다면 이중처벌금지에 위배되는 것이 아닌가 하는 문제가 생기기 때문이다. 특례법이 성인 대상 성범죄자에 대하여 신상정보의 공개명령 및 고지명령 제도를 도입한 것은 성인 대상 성범죄자 역시 재범률이 높을 뿐만 아니라 아동을 대상으로 한 성범죄도 저지르고 있으므로 성인 대상 성범죄자에 대한 신상정보를 공개함으로써 성인 대상 성범죄는 물론 아동·청소년 대상 성범죄를 미연에 예방하고자 함에 그 입법 취지가 있다면, 이는 형벌에 의한 일반예방 기능과 동일하다할 것이다.¹⁾

형식적으로는 형벌의 종류에 포함되어 있는 것은 아니지만 실질적인 성격을 본다면 형벌이상으로 가혹한 제재임이 분명하다. 개인의 구체적인 신상²⁾이 상세히 공개가 되고, 그 대상범죄가 감추고 싶은 수치스러운 범죄이며, 공개대상이 인터넷에 접속가능한 모든 사람이고, 그 열람이 매우 용이하기 때문이다. 그리고 현재 우리나라 정부가 신상공개 제도를 운영하는 현실적인 상황을 보면 범죄예방의 고지가 아니라 공개대상자를 수치스럽게 만들어 잠재적인 범죄자를 위하하려는 데 있다.³⁾ 그렇다면 신상공개제도가 수치형의 성격을 가지고 있는 제재라고 할 수 있을 것이다.⁴⁾

- 1) 박기석, 청소년 성매수자에 대한 신상공개 문제점, 교정연구, 제20호, 한국교정학회, 2003, 53면; 박상진, 청소년성보호법에 의한 신상공개가 갖는 문제점과 개선방안에 대한 연구, 중앙법학 제5집 제1호, 2003, 273면; 이경제, 성범죄자 신상공개 법적 문제점 고찰, 저스티스, 제65권, 2002, 16면; 최상욱, 청소년 성범죄자 신상공개에 관한 소고, 연세대학교 법학연구, 제12권 4호, 2002, 205면.
- 2) 제37조(등록정보의 공개) ③ 제1항에 따라 공개하도록 제공되는 등록정보(이하 “공개정보”라 한다)는 다음 각 호와 같다. 1.성명, 2.나이, 3.주소 및 실거주지(읍·면·동까지로 한다), 4.신체정보(키와 몸무게), 5.사진, 6.등록대상 성폭력범죄 요지
- 3) 이경제, 앞의 논문, 16면.
- 4) 권창국, 청소년 성매매 행위등에 대한 규제방법으로서 신상공개제도에 관한 검토, 형사정책연구, 제41호, 2001, 한국형사정책연구원, 213면; 이경제, 앞의 논문, 16면; 박기석, 앞의 논문, 53면; 최상욱, 앞의 논문, 205면; 한상훈, 청소년의 성보호에 관한 법률의 주요내용과 몇가지 쟁점, 형사정책연구 소식, 통권57호, 형사정책연구원, 2000, 21면.

결론적으로는 현행 신상공개제도의 실질적인 성격은 형벌적인 것이라 할 수 있을 것이고, 그렇다면 헌법 제 13조 제1항 후단에서 한번 형사판결이 확정되어 기판력이 발생하면 같은 사안에 대해서는 다시 심판 할 수 없다고 하는 이중처벌 금지의 원칙을 천명하고 있는데 이 원칙은 법치국가의 중요한 내용으로 간주되는 법적 안정성과 신뢰의 보호를 위해 국가형벌권을 기속한다. 따라서 이미 형사처벌을 다 받은 자에게 또다시 형벌이상의 불이익을 주는 신상공개의 결정을 내려 집행하는 것은 이중처벌 금지원칙에 대한 위배라고 할 것이다.⁵⁾

2. 과잉금지 원칙과 비례의 원칙

보안처분을 도입하여 이를 부과할 때 반드시 유의해야할 사항은 과잉금지원칙과 비례성의 원칙이다. 보안처분은 행위자의 위험성으로부터 사회를 방위하기 위한 합목적적 처분이기기는 하지만 동시에 피처분자의 헌법상 기본권인 주거의 자유, 사생활의 비밀과 자유를 박탈 또는 제한하는 처분이므로 법치국가에서는 그 자유의 침해가 사회보호와 비례관계에 놓일 때 정당화되기 때문이다.⁶⁾

헌법 제37조 제2항에서 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장 · 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다.”고 하여 기본권 제한적 법률유보를 규정하고 있다. 하지만, “기본권을 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”고 함으로써 입법권자의 입법재량이 무제한 일 수는 없으며 기본권의 제한입법은 비례의 원칙 혹은 과잉입법금지의 원칙을 준수하여야 한다는 점을 선언하고 있다.⁷⁾

5) 박기석 앞의 논문, 54면; 이경제, 앞의 논문, 17면; 최상욱, 앞의 논문, 210면.

6) 오영근, 한국의 청소년대상 성범죄자의 신상공개제도, 법학논총 제23집 제3호, 한양대학교 출판부, 2006, 169면.

7) 같은 취지에서 현재 1992.12.24, 92헌가8(헌집 4, 853) “헌법 제12조 제1항 전문에서 .. 신체의 자유를 보장하기 위한 적법절차의 원칙을 명시하고 ... 제37조 제2항은 ... 기본권제한에 관한 일반적 법률유보조항과 입법권의 한계를 설정하여 두고 있다. 따라서 법률에 의하여 신체의 자유를 제한하는 구속이 가능하다고 하더라도 .. 신체의 자유의 본질적인 내용을 침해하면 안 될 뿐만 아니라 입법권자의 입법재량에 있어서 지켜야 할 비례의 원칙 내지는 과잉입법금지의 원칙에 위배되어서는 안 된다는 것을 명시하여 기본권의 제한입법에는 그 한계가 있다는 것을 선언하고 있다.”(해당 결정문 874-875면)

일반적으로 비례성의 원칙은 ‘목적과 수단의 관계로’ 이해되는데, 다시 말해 일정한 목적을 실현하기 위해 투입한 국가적 수단은 목적달성에 비례적이어야 한다⁸⁾는 것이다.

종래 헌법재판소는 “형벌은 책임주의에 의하여 제한을 받지만 보안처분에 있어서는 비례의 원칙이 적용된다.”고 하면서, “비례의 원칙이란 목적과 수단 사이에 상당한 비례관계가 유지되어야 한다.”는 원칙을 밝히고 있다. 결정문에서 헌법재판소는 비례의 원칙의 위반 여부를 검토하기 위한 세부기준으로서 4가지를 실시하고 있는데 ‘목적의 정당성’, ‘방법의 적정성’, ‘피해의 최소성’, ‘법익의 균형성’이 그것이다.⁹⁾

그러므로 첫째로 비례성의 원칙을 충족하기 위한 각각의 세부기준으로서 목적의 정당성이 인정될 수 있는지에 대해 먼저 검토하여 본다. 현행 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법은 제1조 목적 조항에서 “이 법은 성폭력범죄의 처벌 및 그 절차에 관한 특례를 규정함으로써 성폭력범죄 피해자의 생명과 신체의 안전을 보장하고 건강한 사회질서의 확립에 이바지함을 목적으로 한다.”고 규정하고 있다. 따라서 해당 법률의 목적은 성범죄자라는 특정 범죄자의 재범을 방지하고 궁극적으로 성범죄로부터 국민을 보호한다는 것을 표방하고 있다. 이와 같은 목적은 일단 표면상으로는 정당성을 긍정할 수 있을 것으로 생각되지만, 성범죄자의 ‘재범’을 방지하기 위해서는 ‘과연 누가 재범을 저지를 것으로 예상되는가’ 즉 재범가능성의 예측과 관련된 문제를 먼저 해결하여야 할 것이다. 여기에는 재범가능성을 예측할 수 있는 것인지에 대한 여부 문제에서 비롯하여, 만약 재범가능성에 대한 예측이 가능하다고 하더라도 그것을 판단할 수 있는 기준 및 어느 정도의 재범가능성이 있을 때 성범죄자

8) 배종대, 형사정책, 홍문사, 2011, 77면.

9) 현재 2005.2.3. 2003헌바1 전원재판부 【형사소송법 제221조의3 제1항 등 위헌소원】 (헌집17-1, 70)

보안처분의 경우에는 보안처분을 정당화하고 한계지우는 지도원리로서 비례의 원칙이 특히 강조된다. 형벌은 책임주의에 의하여 제한을 받지만 보안처분은 책임에 따른 제재가 아니어서 책임주의의 제한을 받지 않는다. 그러므로 보안처분에 있어서는 형벌에 대해 책임주의가 기능하는 바와 같은 역할을 하는 것이 바로 비례의 원칙이다. 목적과 수단 사이에 상당한 비례관계가 유지되어야 한다는 비례의 원칙을 우리의 헌법과 법률은 명문화하고 있지는 않지만 이를 인정하는 것은 법치국가의 원리상 당연하다. 비례의 원칙은 보안처분의 선고 여부를 결정할 때 뿐만 아니라 보안처분을 종료할 것인지 여부를 판단할 때에도 적용된다.

를 재범방지의 대상이라고 결정할 수 있는지에 대한 문제도 포함 된다.

비록 신상공개제도가 표면적으로 내세우는 목적은 성범죄자의 재범을 방지하고 궁극적으로 성범죄로부터 국민을 보호한다는 것을 표방하고 있지만, 그 밑바탕에는 오히려 범죄예방의 책무를 일반국민에게 전가하고 성범죄자들의 강력한 처벌과 더불어 일반시민의 알권리의 요구를 수용하려는 목적이 자리하고 있는 것으로 보인다.

둘째로 방법의 적정성이 긍정될 수 있는지에 대해 살펴보면, 해당 법률은 ‘성범죄자의 재범방지라는 목적을 달성하기 위해서 신상공개를 수단으로 하고 있다. 이때 제기될 수 있는 의문으로는 신상공개가 재범방지라는 목적을 달성하기에 적합한 수단인가 하는 점이다. 특히 신상공개제도의 경우 범죄예방과 대처를 국가가 아닌 일반국민에게 전가하고 있는 것이 아닌가 생각이 든다. 원칙적으로는 범죄의 예방과 대처는 국가의 기본적인 의무인데 불구하고 성범죄자의 신상정보를 공개하고 고지하는 것만으로 국가의 책무를 다한 것처럼 생각하는 것은 올바른 형사정책이 아닌 것이다. 오히려 국가에서 구체적으로 범죄가 재발하지 않도록 하는 실질적인 노력이 필요하다. 예를 들어 성범죄가 발생할 수 있는 장소를 집중적으로 감시를 한다던가 또는 성범죄자에 대한 보다 적극적인 치료와 교육 또는 재활프로그램을 실시하는 등의 노력이 선행되어야 할 것이다.

셋째로 피해의 최소성이 인정될 수 있는지를 검토하여 본다. 신상공개를 통해 서 달성하고자 하는 목적이 선량한 시민을 범죄로부터 보호하는데 있다고 하더라도 헌법상 기본권인 주거의 자유, 사생활의 비밀과 자유를 과도하게 침해하여서는 아니 된다. 사람은 가정의 구성원으로서, 직장을 포함한 사회의 일원인 시민으로서 수없이 인간관계를 맺으며 사회생활을 영위할 수밖에 없는 사회적 동물이다. 그런데 신상공개를 하는 순간 그는 가족과의 관계, 친구와의 관계, 이웃과의 관계, 직장동료와의 관계 등 각종의 인간관계의 유지는 물론 새로운 사회생활 관계의 형성 자체가 쉽지 않게 된다. 결국 인간의 삶의 토대와 기반 자체가 무너지게 된다. 이러한 외부적 요인들 뿐만 아니라 성폭력범죄로 교도소에서 형기를 마치고 출소한 사람이 사회에 다시 적응할 겨를도 없이 내 이웃들로부터 ‘성범죄자’로 낙인찍혀 손가락질 당하게 될 경우 ‘사회적 격리형’이 오히려 징역형보다도 더 견디기 힘든 경우에서도 피해의 최소성을 긍정하기도 어렵다고 할 것이다.

더구나 신상공개제도는 헌법 제13조 3항에서 “모든 국민은 자기의 행위가 아닌 친족의 행위로 인하여 불이익한 처우를 받지 아니한다”는 규정이 있음에도 불구하고 성범죄자뿐만 아니라 그의 가족까지도 이웃들로부터 비난을 받게 되고 결국 실질적으로는 연좌제(緣坐制)라고 하는 2차 피해를 볼 수 있다.¹⁰⁾ 이러한 신상공개는 오히려 사회복귀에 걸림돌로 작용하는 역효과를 일으킴으로써 자유로운 사생활의 형성 그 자체를 어렵게 하고 있다.

넷째로 법익의 균형성이 긍정될 수 있는지를 검토하여 본다. 신상공개제도는 성범죄의 ‘예방’이라는 목적을 달성하기 위해 신상공개라는 수단을 사용하겠다고 한다. 그런데 성폭력범죄로 교도소에서 형기를 마치고 출소한 사람이 사회에 다시 적응할 겨를도 없이 내 이웃들로부터 ‘성범죄자’로 낙인찍혀 손가락질 당하게 될 경우 ‘사회적 격리형’이 오히려 징역형보다도 더 견디기 힘든 경우를 배제할 수 없다. 친구·이웃사람·직장동료 등 사회생활 관계를 함께 영위해야 할 집단으로부터도 경계의 대상으로 전락하게 됨으로써 원활한 사생활의 형성이 극히 곤란해진다.¹¹⁾ 따라서 범죄의 ‘예방’이라는 목적에 비해 이번에 새로 도입된 신상정보공개제도의 경우 성폭력범죄자와 같은 지역에 사는 세대 중 19세 미만 아동·청소년이 있는 세대에게 성폭력범죄자가 살고 있는 아파트 동·호수까지 자세하게 알려주도록 하고 있어 헌법상 기본권인 주거의 자유, 사생활의 비밀과 자유에 대한 과도한 침해가 될 소지가 있다.

10) 김해정, 성범죄자 정보등록·열람제도에 관한 검토, 형사정책연구 제18권 제3호, 형사정책연구원, 2007, 878면; 안경옥, 청소년 성매매를 둘러싼 논의들에 대한 검토, 형사정책연구 제13권 제1호, 형사정책연구원, 2001, 22면.

11) 이와 비슷한 경우로 전자발찌 피부착자들을 상대로 한 연구의 결과에 따르면, 전자발찌로 인해 포기해야 할 일들이 많았고(약84%), 학교 또는 직장 생활에 어려움을 겪고 있으며(약78%), 누군가 자신을 24시간 추적한다는 것에 대한 심리적 부담(약68%)라는 점에서 생활에 불편을 겪고 있으며, 전자발찌 착용으로 인한 수치심(약68%)을 느끼며, 가족과 원만히 지낼 수도 없었다(약60%)고 한다(조윤오, 경향성 점수를 활용한 전자감시제도의 효과성 분석, 한국공안행정학회보 제39호, 한국공안행정학회, 2010, 500~502면 참조). 특히 해당 조사에서 전자발찌 피부착자뿐만 아니라 함께 생활하는 가족들이 전자발찌로 인해 불편함을 겪었다(약62%)는 점(조윤오, 앞의 논문, 502면)은 헌법 제13조 제3항의 ‘연좌제금지’에도 위배되는 측면이 있다고 판단된다.

III. 소급효금지 원칙

1. 죄형법정주의 관점에서 소급효금지원칙에 대한 위배

우리나라 형법은 형벌과 보안처분을 구별하는 형사제재에 대한 이원주의를 채택하고 있다.¹²⁾ 형벌은 과거의 범죄행위에 대한 형사제재이고 보안처분은 범죄자의 장래의 위험성으로부터 행위자를 보호하기 위한 조치라고 이해되고 있다. 형벌과 보안처분은 이와 같이 목적 자체가 다르기에 형벌을 부과하여 집행한 이후에 보안처분이라는 조치를 취하더라도 이중처벌에 해당하지 않는다고 여겨지고 있다. 현재 신상정보 공개·고지명령 제도의 법적 성격에 대하여 형벌인지 보안처분인지에 관한 논란이 많다. 신상정보 공개·고지명령 제도가 형벌이라고 한다면 죄형법정주의에 따라서 소급효금지 원칙이 적용되지만 보안처분이라고 한다면 죄형법정주의의 규율대상이 아니라 비례성의 원칙에 의한 규율대상이 되기 때문에 형식적으로 볼 때 해당 논의가 중요하다고 볼 수 있다.

신상정보 공개·고지명령 제도는 형벌이 아니라 보안처분이라고 보게 되는 입장의 논거로서는 첫째로 신상정보 공개·고지명령 제도의 목적은 ‘재범방지’를 위한 것이라는 점, 둘째로 형법 제41조에서 정한 형의 종류에 포함되면 형벌이고 그에 해당하지 않는 기타 형사제재는 보안처분이라는 것 등을 들 수 있을 것이다. 하지만 우리 형법은 형벌과 보안처분의 이원체계를 설정하고 있으나 반드시 모든 나라가 우리와 같은 이원체계를 택하고 있는 것은 아니라는 점 그리고 형식적 관점에서 해당 제재가 형벌 혹은 보안처분으로 구별할 수 있다고 하더라도 위에서 살펴본바와 같이 양자는 모두 실질적인 의미에서 형사제재에 해당한다고 할 수 있다.

종래 형벌과 보안처분은 엄격히 구별된다는 견해는 형벌은 과거의 행위에 대한 책임이고 보안처분은 행위자의 미래의 위험성에 근거한 것이기 때문에 보안처분에는 죄형법정주의 및 그 세부원리로서 소급효금지 원칙이 적용되지 않는다고 설명한

12) 그러나 모든 나라가 형벌과 보안처분을 구별하는 이원주의를 채택하고 있는 것은 아니며, 형벌과 보안처분은 실질에 있어서 구별하기 곤란하다는 시각에서 일원주의를 채택하고 있는 국가들(스웨덴, 영국, 벨기에, 덴마크 등)도 있다(지광준, 현대사회와 형벌, 강남대학교 출판부, 2004, 200면 각주 3) 참조).

다. 그런데 여기에서 제기할 수 있는 하나의 의문은 이른바 행위자의 ‘재범가능성’을 포함 한 미래의 위험성을 제거하는 수단으로서 보안처분’을 가한다고 하더라도 행위자가 범죄행위를 할 당시 즉 행위시에는 해당 범죄행위에 대한 형벌 이외에 다른 보안처분을 가할 수 있다는 점이 명시되지 않았는데 이후에 새롭게 보안처분을 가할 수 있다고 하는 진정소급적 입법에 의해 보안처분을 부과할 수 있는가하는 점이 문제가 될 수 있다. 생각건대 보안처분에 대해서는 진정소급적인 입법을 통해서 새로운 보안처분을 가할 수 있다고 보는 입장은 보안처분의 목적인 ‘미래의 위험에 대한 제거’에 주목한 나머지 ‘미래에 새로운 보안처분을 창설하는 것도 가능하다’는 결론을 도출하는 오류에 빠진 것으로 보인다.¹³⁾ 만약 소급효를 인정을 하게 되면 종전에 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률을 위반한 경우 신상정보의 공개명령 및 고지명령 제도의 등록대상 성폭력범죄에 포함되는지 여부가 불분명하게 되고 해석에 따라 소급효의 적용 범위가 달라지게 되고, 피고인 또는 검사의 상소 여부에 의하여 판결의 확정시기가 달라져서 같은 시기에 성폭력범죄를 범한 피고인들 사이에 상이한 결과가 발생하여 형평성에도 반하게 되는 결과가 된다.

아래의 대법원 2008.7.24. 선고 2008어4 결정을 통해서 보자면 사회봉사명령이 보안처분의 성격을 가지는 것이기는 하지만 의무적 노동을 부과하고 여가시간을 박탈한다는 점에서 실질적으로 ‘신체의 자유를 제한하게 되기에 죄형법정주의의 소급효금지원칙이 적용되지 않는다고 판시한 바 있다.

대법원 2008.7.24. 선고 2008어4 결정 【보호처분에대한재항고】 (공 2008, 14890) “가정폭력처벌법이 정한 보호처분 중의 하나인 사회봉사명령은 가정폭력범죄를 범한 자에 대하여 환경의 조정과 성행의 교정을 목적으로 하는 것으로서 형벌 그 자체가 목적이 아니라 보안처분의 성격을 가지는 것이 사실이나, 한편으로 이는 가정폭력범죄에 대하여 형사처벌 대신 부과되는 것으로서, 가정폭력범죄를 범한 자에게 의무적 노동을 부과하고 여가시간을 박탈하여 실질적으로는 신체적 자유를 제한하게 되므로, 이에 대하여는 원칙적으로 형벌불소급의 원칙에 따라 행위시법을 적용함이 상당하다.

13) 송진경, 위치추적 전자감시제도에 대한 비판적 검토, 형사법연구 제23권 제2호(통권 제 47호), 한국형사법학회, 2011, 316면.

신상정보 공개·고지명령제도 역시 실질적인의미에서 형벌이라고 한다면 소급효 금지의 원칙이 적용되어야 할 것이라 여겨진다.¹⁴⁾

우리나라 통설은 보안처분에도 형벌과 마찬가지로 소급효금지원칙이 적용되어야 하는 것으로 본다.¹⁵⁾ 왜냐하면 당사자의 입장에서 보면 형벌과 보안처분을 구별해야 할 이유가 없고, 보안처분이 형사제재의 하나로 이해한다면 법치국가의 원칙을 존중해야 할 것이다. 또 헌법과 형법이 형벌과 보안처분의 이원주의를 채택하고 있다는 견해는 헌법 제12 조 제1항이 “모든 국민은 신체의 자유를 가진다. 누구든지… 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌 · 보안처분 · 강제노역을 받지 아니한다.”라고 한 문언에 착안하여 이때 처벌은 형벌을 의미하기에 형벌과 보안처분을 구별하고 있다는 것을 하나의 근거로 들고 있다. 나아가서 모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 판단해야 하고 사후에 제정된 법률을 소급적용하여서는 안된다.”고 규정한 헌법 제13조 제1항에 대해서도 이때의 처벌은 형벌만을 의미하고 ‘행위시법주의’의 또 다른 표현이라고 할 수 있는 죄형법정주의의 소급효금지 역시 형벌에 한정되어 적용되는 원칙이라고 한다.

특례법이 성인 대상 성범죄자에 대하여 신상정보의 공개명령 및 고지명령 제도를 도입한 것은 성인 대상 성범죄자 역시 재범률이 높을 뿐만 아니라 아동을 대상으로 한 성범죄도 저지르고 있으므로 성인 대상 성범죄자에 대한 신상정보를 공개함으로써 성인 대상 성범죄는 물론 아동·청소년 대상 성범죄를 미연에 예방하고자 함에 그 입법 취지가 있다면, 이는 형벌에 의한 일반예방 기능과 동일하다할 것이다.¹⁶⁾ 그렇다면 형벌이든 보안처분이든 강제노역이든 어떠한 명칭으로 명명되더라도 이들은 형사제재의 일종이며 형사제재는 누구에게나 부과되는 것이 아니라 이미 ‘범

14) 한편 소급효금지 원칙이 어떠한 제재에 적용되는지 구분하는 것이 쉽지 않다는 점에서 전자감시와 같은 새로운 형사제재에 대한 진정소급효를 인정하는 것은 실질적 죄형법정주의에 반한다는 입장으로 윤상민, “형사제재와 소급효금지의 원칙” 법학연구 제38집, 한국법학회, 2010, 215~217면.

15) 김성돈, 형법총론, 성균관대학교 출판부, 2008, 72면; 손해목, 형법총론, 법문사, 1996, 61면; 안동준, 형법총론, 학현사, 1998, 18면; 오영근, 형법총론, 박영사, 2005, 56면; 임웅, 형법총론(개정판), 법문사, 2002, 21면; 정성근·박광민, 형법총론, 삼지원, 2008, 18면.

16) 이정제, 성범죄자 신상공개의 법적 문제점 고찰, 형사정책학의 발표논문, 2001, 16면. 최상욱, 청소년 성범죄자 신상공개에 관한 소고, 연세대학교 법학연구, 제12권 4호, 2002, 205면, 박기석, 청소년 성매수자에 대한 신상공개의 문제점, 교정연구, 제20호, 한국교정학회, 53면.

죄'를 저지른 자를 대상으로 한다.¹⁷⁾ 다시 말해서 범죄라는 법적 요건 즉 형법상 구성요건이 충족되었을 때 형사제재라고 하는 법적 효과가 부여되는 것이지, 범죄를 저지르지 않은 일반시민에게 형사제재를 부과하는 것은 아니다. 형벌이든 보안처분이든 그 모든 시발점은 '범죄'를 범한 것에 있다.

죄형법정주의는 '어떠한 행위가 범죄를 구성하는 것인가'에 대한 '법적 요건'이 행위 당시 법률로써 규정되어 있어야 한다는 것임과 동시에 그에 대한 형사제재인 형벌의 종류와 정도 역시 정해져 있어야 한다는 원칙이다. 소급입법을 허용하게 되면 국민들은 자신의 행위가 나중에 어떠한 평가를 받을지 예측할 수가 없게 되고, 결국 법정안정성이 담보될 수 없다. 이때 형벌의 종류라고 하는 것은 반드시 현행 형법 제41조에서 형의 종류로 규정된 형벌에 한정되는 것은 아니라고 할 것이다. 해당 형벌에 의해서 제한 혹은 박탈당하게 되는 것은 개인의 생명, 신체, 자유, 재산, 명예 등이다. 죄형법정주의는 개인의 생명, 신체, 자유, 재산, 명예 등 법익을 형벌이라는 명목으로 제한하는 경우에 국가가 형벌권을 자의적으로 남용하여서는 아니 된다는 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 부여함에 있어서는 언제든지 준수되어야 할 것이다.¹⁸⁾

17) “보안처분은 형벌과 똑같이 개개 범인에 대한 처분이다. 일반적인 방범조치(防犯措置)는 아니다. 보안처분은 실질적인 범죄사실이 전제되어진다. 즉 범죄행위나 반복된 범죄행위가 없다면 보안처분은 없다. 전제된 사실상의 범죄가 장래의 위험성을 나타내야 할 필요가 있다. 보안처분은 법익의 박탈을 동반하는 격리, 개선의 처분이다”라고 하는 서술(지광준, 앞의 책, 194면)도 같은 취지라고 여겨진다.

18) 형법이 제41조에서 형의 종류로서 사형을 규정하여 생명에 대한 박탈을 형사제재의 하나로서 규정하고 있지만, 헌법상 보장되는 신체의 자유의 핵심내용이 ‘신체의 완전성’과 ‘신체활동의 임의성’이라고 할 때, 신체의 자유를 보장하기 위해서는 생명이 갖든 신체가 필수적인 전제조건이다. 따라서 비록 형법이 사형을 형의 종류 중 하나로서 규정하고 있기는 하지만 해당 규정은 최고규범인 헌법이 보장하는 신체의 자유에 대한 위배이자 기본권의 본질적인 내용에 대한 침해금지에 대한 위반이라고 여겨진다(허영, 한국헌법론(전정7판), 박영사, 2011, 477~479면 참조) 그럼에도 헌법재판소는 형법상 사형제도에 대해 현재 2010.2.25. 2008헌가23(헌집 22-1, 36), 현재 1996.11.28. 95헌바1(헌집 8-2, 537) 등에서 합헌결정을 하였다.

특히 어떠한 행위가 범죄를 구성하게 되는지에 대해서는 행위 당시에 법률로써 이미 규정되어 있어야 한다고 하는 죄형법정주의의 요청이 ‘범죄’라고 하는 법적 요건의 차원에서 오늘날 당연히 요청되는 것이라면 ‘형벌’로 대표되는 각종의 ‘형사제재’라는 법적 효과 역시 행위 당시에 이미 법으로 정해져 있어야 할 것이다. 형벌은 법률 위반을 이유로 행위자에게 과해지는 법익의 박탈 또는 제재를 의미하며, 형법 제41조에 규정된 형의 종류에 해당하는 혐의의 형벌이든 범법행위를 한 자의 재범의 위험성 등 장래의 위험을 제거하기 위한 형벌의 대체 혹은 보완수단이라고 하는 보안처분이든 행위자의 범죄행위가 전제되어야만 하기 때문에 형벌이든 보안처분이든 혹은 강제노역이든 어떠한 명칭을 붙였다고 하더라도 모든 형사제재를 부과함에 있어서는 죄형법정주의 및 그 세부원리로서 소급효금지의 원칙이 철저히 지켜져야 할 것이다.

그럼에도 신상정보 공개·고지명령 제도의 경우에는 부칙 제2조를 통해 신상정보 공개·고지명령의 대상을 해당 법률의 제정 이전에 성폭력범죄를 저지른 자에게까지 확대하고 있다. 이것은 명백한 진정소급입법으로 죄형법정주의의 소급효금지원칙에 대한 위배이다.¹⁹⁾

2. 두 법률사이에서 규정의 문제

대법원은 아래와 같이 “특례법은 신상정보의 공개명령 및 고지명령 제도에 관하여 그 제도의 시행시기를 규정하면서도 그 대상이 되는 범죄가 행하여진 시기에 대해서는, 신상정보의 공개명령 및 고지명령 제도에 관하여 그에 관한 규정 시행 후에 범한 범죄로 한정하는 부칙 규정을 두고 있는 아동·청소년의 성보호에 관한 법률과는 달리 아무런 제한을 두고 있지 아니한 점을 들어 소급적용이 가능하다”고 판시하였다.

19) 한편 소급효금지 원칙이 어떠한 제재에 적용되는지 구분하는 것이 쉽지 않다는 점에서 전자감시와 같은 새로운 형사제재에 대한 진정소급효를 인정하는 것은 실질적 죄형법정주의에 반한다는 입장으로 윤상민, “형사제재와 소급효금지의 원칙” 법학연구 제38집, 한국법학회, 2010, 215~217면.

2010. 4. 15. 법률 제10258호로 제정·공포된 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하 ‘특례법’이라 한다) 제37조, 제38조는 신상정보의 공개명령 제도를 규정하고 있고, 같은 법 제41조, 제42조는 신상정보의 고지명령 제도를 규정하고 있으며, 그 부칙 제1조는 시행일에 관하여 “이 법은 공포한 날부터 시행한다. 다만, 제32조부터 제42조까지 및 제43조 제1항·제3항은 공포 후 1년이 경과한 날부터 시행한다.”고 규정하고 있고, 위 부칙 제2조 제2항은 신상정보의 공개·고지에 관한 적용례에 관하여 “제37조, 제38조, 제41조 및 제42조는 제37조, 제38조, 제41조 및 제42조의 시행 후 최초로 공개명령 또는 고지명령을 선고받은 대상자부터 적용한다.”고 규정하고 있다.

이와 같이 특례법은 신상정보의 공개명령 및 고지명령 제도에 관하여 그 제도의 시행시기를 규정하면서도 그 대상이 되는 범죄가 행하여진 시기에 대해서는, 신상정보의 공개명령 및 고지명령 제도에 관하여 그에 관한 규정 시행 후에 범한 범죄로 한정하는 부칙 규정을 두고 있는 아동·청소년의 성보호에 관한 법률과는 달리 아무런 제한을 두고 있지 아니한 점 … 특례법 제32조 제1항에 규정된 등록대상 성폭력범죄를 범한 자에 대해서는 같은 법 제37조, 제41조의 시행 전에 그 범죄를 범하고 그에 대한 공소제기가 이루어졌다고 하더라도 같은 법 제37조, 제41조의 시행 당시 공개명령 또는 고지명령이 선고되지 아니한 이상 같은 법 제37조, 제41조에 의한 공개명령 또는 고지명령의 대상이 된다고 봄이 상당하다 할 것이다.

법률 제10260호로 개정된 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 부칙 제1조에서 보면, 고지명령에 관한 개정규정은 2011. 1. 1.부터 시행한다고 규정하고 있고, 제4조는 고지명령의 개정규정의 적용에 관하여 개정규정 시행 후 최초로 아동·청소년대상 성범죄를 범하여 고지명령을 선고받은 고지대상자부터 적용한다고 규정하여 소급효를 명백히 배제하고 있다. 하지만 아동·청소년의 성보호에 관한 법률의 제정과 유사한 논의과정을 거친 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법에서만 이와 달리 소급효를 인정할 이유는 없다고 생각한다. 만일 소급효를 인정을 한다면 종전에 구 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률을 위반한 경우 신상정보의 공개명령 및 고지명령 제도의 등록대상 성폭력범죄에 포함되는지 여부가 불분명하게 되

고 해석에 따라 소급효의 적용 범위가 달라지게 된다. 그리고 또 다른 문제로 피고인 또는 검사가 언제 상소하였는지에 따라 판결의 확정시기가 달라지기 때문에 같은 시기에 동종 성범죄를 저지른 피고인들 사이에 서로 다른 결과를 가져오기 때문에 형평성에도 반하는 결과가 된다.

또 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 법률과 아동·청소년의 성보호에 관한 법률에서 부칙을 비교하여 보자.

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법	아동·청소년의 성보호에 관한 법률
제1조(시행일) 이 법은 공포한 날부터 시행한다. 다만, 제32조부터 제42조까지 및 제43조제1항·제3항은 공포 후 1년이 경과한 날부터 시행한다.	제1조(시행일) 이 법은 2010년 1월 1일부터 시행한다. 다만, 부칙 제3조제3항은 공포한 날부터 시행하고, 부칙 제6조제2항은 2010년 1월 18일부터 시행한다.
제2조(신상정보의 등록·공개 등에 관한 적용례) ① 제32조부터 제36조까지의 규정 시행 후 최초로 유죄판결이 확정된 자부터 적용한다. ② 제37조, 제38조, 제41조 및 제42조는 제37조, 제38조, 제41조 및 제42조의 시행 후 최초로 공개명령 또는 고지명령을 선고받은 대상자부터 적용한다.	제3조(신상정보의 등록·공개 등에 관한 특례·적용례 및 경과조치 <개정 2010.7.23>) ① 제33조, 제34조, 제38조 및 제39조의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 아동·청소년대상 성범죄를 범하고 유죄판결이 확정된 자부터 적용한다.<개정 2010.7.23>

성폭력범죄의 처벌 등에 관한 법률에서 부칙 제2조 1항을 보면 ‘제2조(신상정보의 등록·공개 등에 관한 적용례) ① 제32조부터 제36조까지의 규정은 제32조부터 제36조까지의 규정 시행 후 최초로 유죄판결이 확정된 자부터 적용한다.’고 하고 있고, 아동·청소년 성보호에 관한 법률의 부칙을 보면 ‘제3조(신상정보의 등록·공개 등에 관한 특례·적용례 및 경과조치 <개정 2010.7.23>) ① 제33조, 제34조, 제38조 및 제39조의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 아동·청소년대상 성범죄를 범하고 유죄판결이 확정된 자부터 적용한다.<개정 2010.7.23.>’고 하고 있다.

두 법률을 비교하여 보자면 아동·청소년 성보호에 관한 법률에서 ‘아동·청소년대상 성범죄를 범하고’라는 문장을 제외하고는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 법률과 똑같은 것을 알 수 있다. 그렇다면 아동·청소년성보호에 관한 법률의 부칙에서 아동·청소년을 대상으로 한다는 것은 단지 문헌으로 말하고 있는 것이고, 성폭력범

죄의 처벌 등에 관한 특례법에서 성인 또는 친족, 장애인, 13세 미만의 미성년자를 대상으로 한다는 것을 생략을 한 것으로 보여 진다. 그렇다고 한다면 굳이 아동·청소년 성보호에 관한 법률과 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법을 달리 적용할 이유가 없다고 생각한다.

결론적으로 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 부칙 제2조의 문언 자체가 소급효를 명확히 인정하는 취지로 해석되어지지 않는다고 한다면, 즉, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률의 부칙 문언과 다르다는 이유만으로 그 규정이 공개명령·고지명령에 대하여 소급적용을 인정한 취지로 해석할 수는 없다면 부칙 제2조 제1항에서 규정한 ‘시행 후 최초로 유죄판결이 확정된 자’는 ‘시행 후 최초로 등록대상 성폭력범죄를 범하여 유죄판결이 확정된 자’로 해석이 되어져야하고, 제2항에서 규정한 ‘시행 후 최초로 공개명령 또는 고지명령을 선고받은 대상자’는 ‘시행 후 최초로 등록대상 성폭력범죄를 범하여 공개명령 또는 고지명령을 선고받은 대상자’로 해석을 하는 것이 타당하다.

한편, 법원이 이처럼 성인대상 성범죄자에게는 신상정보 공개·고지명령제를 소급해 적용하면서 13세 이상 미성년자를 대상으로 한 성범죄자에게는 신상공개·고지명령제도를 소급적용하지 않는 이유는 두 범죄에 적용되는 법률이 소급적용에 대해 다르게 규정하고 있기 때문이다.

일반 성인과 함께 장애인, 13세 미만 미성년자에 대한 성범죄를 대상으로 하는 ‘성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(성폭력특례법)’은 부칙 제2항에 “(신상정보 공개·고지명령제도는 제도) 시행 후 최초로 유죄판결이 확정된 자부터 적용한다.”고 규정하고 있다. ‘성폭력특례법’상 신상정보 공개·고지명령제도의 시행일은 2011년 4월 15일로, 이날 이후에 유죄판결이 확정된 성범죄자에게는 범행일시와 상관없이 신상정보 공개·고지명령제도를 소급적용할 수 있다.

반면 13세 이상 미성년자에 대한 성범죄를 대상으로 하는 ‘아동·청소년의 성보호에 관한 법률(아동·청소년 성보호법)’은 부칙 제3항에 “(신상정보 공개·고지명령제도는) 법 시행 후 최초로 아동·청소년대상 성범죄를 범하고 유죄판결이 확정된 자부터 적용한다”고 규정하고 있다. ‘아동·청소년 성보호법’의 시행일은 2010년 1월 1일로, 2009년 12월 31일 이전에 발생한 13세 이상 미성년자에 대한 성범죄에는

신상정보 공개·고지명령제를 적용할 수 없게 한 것이다.

성범죄자에 대한 신상정보 공개·고지명령제도를 규정한 두 법이 소급적용에 대해 다르게 규정하고 있는 이유는 법을 만들고 심의하는 절차가 달랐기 때문이다. ‘아동·청소년 성보호법’은 여성가족부 소관법률로 국회 여성가족위원회(당시 보건복지가족위원회)에서 심사했다. 반면 ‘성폭력 특별법’은 법무부 소관법률로 법제사법위원회가 심사했다. 국회 관계자는 “법률을 성안하는 기관도 다르고 국회에서 심사하는 위원회도 달라 미처 두 법 사이에 이러한 차이가 있는지 확인하지 못한 것으로 보인다.”고 말했다.²⁰⁾

한편 여성가족부 관계자는 “다른 부처조항으로 신상공개명령제도에 대해서는 사실상 소급적용이 가능하도록 하고 있지만 신상고지제도에 대해서는 소급적용이 불가능한 것으로 확인했다”며 “법적 안정성을 고려해 소급효를 제한한 것으로 이해된다”고 말했다.²¹⁾

현재 법무부 소속기관에는 기획조정실, 법무실, 검찰국, 범죄예방정책국, 감찰관, 인권국, 교정본부, 출입국외국인정책본부, 이렇게 8개의 산하 기관이 있다.

그 중 검찰국 내의 형사법제과에서 하는 업무는 형사법제(형법 및 형사소송법 및 형사 관련 특별법 제개정)이다. 그리고 협조업무로 형법, 형사소송법 및 형사 관련 특별법 등 관련 국회법제사법위원회에 회부된 의원입법안에 대한 검토의견 제출과 타부처 관계 법령 제개정시 별직관련 부분에 대한 검토의견 제출업무가 있다.

법제처에서 입법화 과정을 간략하게 살펴보면 먼저 각 행정기관의 법령안 입안 → 부처협의(10일) → 입법예고(20일) → 규제심사/성별·부패영향평가(30일) → 법제처 심사(20일) → 차관·국무회의 및 대통령 재가(10일) 등을 순차적으로 거치도록 하고 있다.

위에서 볼 수 있는 것처럼 행정기관의 법령안은 각 행정기관이 시안을 제시하고 법제처를 통한 부처 간의 협의와 심사를 거친 후 차관·국무회의 및 대통령 재가를 얻어 법률안이 국회에 제출되고 법안이 통과되면 법률로서 만들어지는 것이다.

20) 2011년 11월 1일자 인터넷법률신문 기사(<http://www.lawtimes.co.kr/LawNews/News/NewsContents.asp?x?serial=60109>) 참조.

21) 2011년 11월 1일자 인터넷법률신문 기사(<http://www.lawtimes.co.kr/LawNews/News/NewsContents.aspx?serial=60109>) 참조.

여기에서 발견되는 모순점은 법무부 검찰국 형사법제과에서 형법이나 형사특별법의 재개정을 할 때에는 일정한 입법의 기준과 기본원칙이 있을 것이다. 하지만 형벌의 제정에 있어서는 행정기관이 시안을 제출하고 법체처의 심의를 거치는 과정에서 문제점이 발견된다. 법무부 검찰국 형사법제과에서는 타 부처 관계 법령 제개정시 벌칙관련 부분에 대한 검토의견만을 제시할 뿐이라는 것이다. 따라서 법률의 제정과정이 이분화 되어있는 것을 알 수 있다.

이러한 과정에서 보건데 형사처벌에 관한 규정에 있어 법체처에서 심의하고 형벌의 규정을 입법화 하는 것은 형벌의 부과에서 큰 오류를 낳게 된다. 물론 형벌규정에 관한 모든 입법은 법무부의 형사법제과가 하는 것이 올바른 방향이라 생각되어지나, 그럴 수 없다면 형사처벌에 관한 모든 법규는 법무부 검찰국 형사법제과의 심의를 거쳐서 통일된 형사법규정을 만들었으면 하는 바람이 있다. 또한 법무부안에서 여러 학자들이 소위원회에 참가하게 하게 되는데, 학계의 의견을 들었다고 한다면 거기서 나온 논리적인 법률안에 대해서 국회가 귀를 기울이고, 심도있게 한번 고민해 보는 것이 어떨까 생각한다.

V. 결론

앞에서 말했듯이 결론적으로는 현행 신상공개제도의 실질적인 성격은 형벌적인 것이라 할 수 있을 것이고, 그렇다면 헌법 제 13조 제1항 후단에서 한번 형사판결이 확정되어 기판력이 발생하면 같은 사안에 대해서는 다시 심판 할 수 없다고 하는 이중처벌 금지의 원칙을 천명하고 있는데 이 원칙은 법치국가의 중요한 내용으로 간주되는 법적 안정성과 신뢰의 보호를 위해 국가형벌권을 기속한다. 따라서 이미 형사처벌을 다 받은 자에게 또다시 형벌이상의 불이익을 주는 신상공개결정을 내려 집행하는 것은 이중처벌 금지원칙에 대한 위배라고 할 것이다.²²⁾

죄형법정주의는 ‘어떠한 행위가 범죄를 구성하는 것인가’에 대한 ‘법적 요건’이 행위 당시 법률로써 규정되어 있어야 한다는 것임과 동시에 그에 대한 형사제재인

22) 박기석 앞의 논문, 54면; 이경제, 앞의 논문, 17면; 최상욱, 앞의 논문, 210면.

형벌의 종류와 정도 역시 정해져 있어야 한다는 원칙이다. 이때 형벌의 종류라고 하는 것은 반드시 현행 형법 제41조에서 형의 종류로 규정된 형벌에 한정되는 것은 아니라고 할 것이다. 해당 형벌에 의해서 제한 혹은 박탈당하게 되는 것은 개인의 생명, 신체, 자유, 재산, 명예 등이다. 죄형법정주의는 개인의 생명, 신체, 자유, 재산, 명예 등 법익을 형벌이라는 명목으로 제한하는 경우에 국가가 형벌권을 자의적으로 남용하여서는 아니 된다는 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 부여함에 있어서는 언제든지 준수되어야 할 것이다.²³⁾

그럼에도 신상정보 공개·고지명령 제도의 경우에는 부칙 제2조를 통해 신상정보 공개·고지명령의 대상을 해당 법률의 제정 이전에 성폭력범죄를 저지른 자에게까지 확대하고 있다. 이는 명백한 진정소급입법으로 죄형법정주의의 소급효금지원칙에 대한 위배이다.²⁴⁾

또 다른 문제로 법률 제10260호로 개정된 아동·청소년의 성보호에 관한 법률 부칙 제1조는 고지명령에 관한 개정규정은 2011. 1. 1.부터 시행한다고 규정하고, 제4조는 고지명령의 개정규정의 적용에 관하여 개정규정 시행 후 최초로 아동·청소년 대상 성범죄를 범하여 고지명령을 선고받은 고지대상자부터 적용한다고 규정하여 소급효를 명백히 배제하고 있다. 하지만 아동·청소년의 성보호에 관한 법률의 제정과 유사한 논의과정을 거친 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법에서만 이와 달리

23) 형법이 제41조에서 형의 종류로서 사형을 규정하여 생명에 대한 박탈을 형사제재의 하나로서 규정하고 있지만, 헌법상 보장되는 신체의 자유의 핵심내용이 ‘신체의 완전성’과 ‘신체활동의 임의성’이라고 할 때, 신체의 자유를 보장하기 위해서는 생명이 깃든 신체가 필수적인 전제조건이다. 따라서 비록 형법이 사형을 형의 종류 중 하나로서 규정하고 있기는 하지만 해당 규정은 최고규범인 헌법이 보장하는 신체의 자유에 대한 위배이자 기본권의 본질적인 내용에 대한 침해금지에 대한 위반이라고 여겨진다(허영, 한국헌법론(전정7판), 박영사, 2011, 477~479면 참조) 그럼에도 헌법재판소는 형법상 사형제도에 대해 헌재 2010.2.25. 2008헌가23(헌집 22-1, 36), 헌재 1996.11.28. 95헌바(헌집 8-2, 537) 등에서 합헌결정을 하였다.

24) 한편 소급효금지 원칙이 어떠한 제재에 적용되는지 구분하는 것이 쉽지 않다는 점에서 전자감시와 같은 새로운 형사제재에 대한 진정소급효를 인정하는 것은 실질적 죄형법정주의에 반한다는 입장으로 윤상민, 앞의 논문, 215~217면.

소급효를 인정할 이유는 없다고 생각한다. 만일 소급효를 인정을 한다면 종전에 구성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률을 위반한 경우 신상정보의 공개 명령 및 고지명령 제도의 등록대상 성폭력범죄에 포함되는지 여부가 불분명하게 되고 해석에 따라 소급효의 적용 범위가 달라지게 된다. 피고인 또는 검사의 상소 여부에 의하여 판결의 확정시기가 달라져서 같은 시기에 성폭력범죄를 범한 피고인들 사이에 상이한 결과가 발생하여 형평성에도 반하게 되는 결과가 된다.

그리고 앞에서 본 법률의 제정과정에서 보건데 형사처벌에 관한 규정에 있어 법 제처에서 심의 하고 형벌의 규정을 입법화 하는 것은 형벌의 부과에서 큰 오류를 낳게 된다. 물론 형벌규정에 관한 모든 입법은 법무부의 형사법제과가 하는 것이 올바른 방향이라 생각되어지나, 그럴 수 없다면 형사처벌에 관한 모든 법규는 법무부 검찰국 형사법제과의 심의를 거쳐서 통일된 형사법규정을 만들어야 하는 바람과 함께 법무부안에서 여러 학자들이 소위원회에 참가하게 하게 되는데, 학계의 의견을 들었다고 한다면 거기서 나온 논리적인 법률안에 대해서 국회가 귀를 기울이고, 심도있게 한번 고민해 보았으면 한다.

참고문헌

[단행본]

- 김성돈, 형법총론, 성균관대학교 출판부, 2008.
- 배종대, 형사정책, 홍문사, 2011.
- 손해목, 형법총론, 법문사, 1996.
- 안동준, 형법총론, 학현사, 1998.
- 오영근, 형법총론, 박영사, 2005.
- 임웅, 형법총론(개정판), 법문사, 2002.
- 정성근·박광민, 형법총론, 삼지원, 2008.
- 지광준, 현대사회와 형벌, 강남대학교 출판부, 2004.
- 허영, 한국헌법론(전정7판), 박영사, 2011.

[논문]

- 권창국, 청소년 성매매 행위등에 대한 규제방법으로서 신상공개제도에 관한 검토, 형사정책연구, 제41호, 한국형사정책연구원, 2001.
- 김혜정, 성범죄자 정보등록·열람제도에 관한 검토, 형사정책연구 제18권 제3호, 형사정책연구원, 2007.
- 박기석, 청소년 성매수자에 대한 신상공개의 문제점, 교정연구, 제20호, 한국교정학회, 2003.
- 박상진, 청소년성보호법에 의한 신상공개가 갖는 문제점과 개선방안에 대한 연구, 중앙법학 제5집 제1호, 2003.
- 송진경, 위치추적 전자감시제도에 대한 비판적 검토, 형사법연구 제23권 제2호(통권 제 47호), 한국형사법학회, 2011.
- 안경옥, 청소년 성매매를 둘러싼 논의 들에 대한 검토, 형사정책연구 제13권 제1호, 형사정책연구원, 2001.
- 오영근, 한국의 청소년대상 성범죄자의 신상공개제도, 법학논총 제23집 제3호, 한양대학교 출판부, 2006.

- 윤상민, “형사제재와 소급효금지의 원칙” 법학연구 제38집, 한국법학회, 2010.
- 이경제, 성범죄자 신상공개의 법적 문제점 고찰, 저스티스, 제65권, 2002.
- 조운오, 경향성 점수를 활용한 전자감시제도의 효과성 분석, 한국공안행정학회보 제39호, 한국공안행정학회, 2010.
- 최상욱, 청소년 성범죄자 신상공개에 관한 소고, 연세대학교 법학연구, 제12권 4호, 2002.
- 한상훈, 청소년의 성보호에 관한 법률의 주요내용과 몇가지 쟁점, 형사정책연구소식, 통권57호, 형사정책연구원, 2000.

The Ex-Post Facto Principle and the order system of disclosure and notification of Sexual Offender's personal information

Song, Young Ji*

Through the judgement 2011Do9253 Decided October 30, 2011, the supreme court held the act on special cases concerning the punishment of sexual crimes stipulates the enforcement date of the order system of disclosure and notification of personal information. The act has not any provisions for limiting a committed crime after the act has been enforced. However, the act on the protection of children and juveniles from sexual abuse has an additional clause limiting a committed crime after the act has been enforced. Thus, the supreme court has held that the order system of disclosure and notification of personal information is able to be apply to a committed crime before the act enacts. The legal character of the system of disclosure and notification of sexual offender's personal information is not undefined yet, applying the act retroactively is a serious violation of the Principle of "nulla poena sine lege, specially the Ex-Post Facto Principle.

The reason of occurring differences whether the retroactive-power is vested or not between the two acts is a difference of legislative process. The criminal acts legislated by Ministry of Government Legislation often have errors in imposing criminal punishment. I suggest that every legislation of criminal act is in charge of the criminal law system department of the Prosecution Bureau in Ministry of Justice from forming a draft to establishing a criminal act. If it is not possible the department has charge of legislative proceedings all over, to create consistent criminal acts, it is necessary at least the department takes care of deliberating

* Researcher, the institute for legal study of Korea University

every law of criminal punishment. For establishing and reforming criminal acts, Ministry of Justice has consulted criminal law scholars by composing a subcommittee. In conclusion, I desire that the National Assembly attends to the reasonable bill made by each of professional subcommittees.

- ❖ Key Words : the Principle of "nulla poena sine lege", the Ex-Post Facto Principle, Anti-Overrestriction Principle, principle of retroactive prohibition, principle of proportionality