

아동 대상 강력범죄에 대한 형사정책적 문제점

김 현 수*

목 차

- I. 문제의 제기
- II. 아동 대상 강력범죄 개관
- III. 중형제도의 문제점
- IV. 전자감시제도의 문제점
- V. 치료감호의 문제
- VI. 결어

국문초록

아동을 대상으로 하는 성폭력 범죄 등 강력범죄의 증가는 우리 사회의 존립 근거가 무엇인가를 의심케 할 정도로 심각한 형사정책적 문제를 야기한다. 이에 대한 대책의 일환으로 최근 범죄자를 엄히 처벌함과 아울러 감시와 격리, 치료를 도모하는 여러 법률의 개정이 있었다. 그러나 입법자는 여론에 떠밀려 성급하게 법령을 개정하였고 이 과정에서 법률의 체계성이나 법 이론적 타당성이 도외시된 점이 없지 않다. 개정된 법률이 과연 아동을 대상으로 하는 흉포한 강력 범죄에 대한 유효적절한 범죄 방지 대책인가도 검토 대상이다. 아동을 대상으로 하는 범죄는 다른 어떤 범죄보다도 국가와 사회가 능동적으로 대처하여야 한다. 중형주의를 채택하더라도 그 시행에 유의하여 효과를 거두어야 하고, 전자감시제도는 인권 침해 요소를 줄이기 위하여 그 요건과 절차를 엄격히 하여야 하며, 치료감호제의 실시 또한 신중하게 접근하여야 한다. 문제는 이러한 새로운 제도에 대한 국민의 이해와 공감 형성이 필수적이라는 점이다. 피해 아동에 대한 보호는 그 범죄자를 처단함으로써 확보되는 것이 라기보다 오히려 그로 하여금 진정한 속죄와 재사회화를 통하여 확보하여야 한다.

주제어 : 아동보호, 성폭력범죄, 전자감시제도, 치료감호, 중형주의

논문접수일 : 2008.06.30 / 심사완료일 : 2008.07.21 / 게재확정일 : 2008.07.24

* 제주대학교 법학부 교수

1. 문제의 제기

현대 사회의 범죄가 양적으로 증가하고 질적으로 흉포화, 조직화, 무동기화되고 있는 경향이지만, 그 중 아동을 대상으로 하는 범죄 특히 영리목적의 약취, 약취 후 강간, 강제추행 및 이어지는 증거인멸 목적의 살인, 사체유기 등은 우리 사회의 존립 근거가 무엇인가를 의심케 할 정도로 심각한 형사정책적 문제를 야기한다. 적절한 표현은 아닐 것으로 보이나 '심심'치 않게 발생하면서 사회적으로 큰 반향을 일으키는 우리 아이들에 대한 흉포한 범죄에 대하여 그간 입법 및 사법적 대책의 필요성이 제기되어왔다. 그런데 최근 과거에 입법화되었던 기존 법령에 대하여 또 다시 소위 증벌주의화하는 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률의 개정¹⁾, 특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률의 개정²⁾, 치료감호법의 개정³⁾ 등이 이루어졌고, 한편 이와 관련하여 아동보호구역에서의 폐쇄회로 텔레비전 설치 등을 규정하는 아동복지법의 개정⁴⁾도 함께 행하여졌다.

그러나 관련 법령의 보완으로 아동을 대상으로 한 범죄에 대한 근원적인 대책이 강구되었다고 볼 수는 없다. 개정 전 법령이 관대한 처벌을 규정하였던 것도 아니고 과거에도 검찰의 구속수사 및 법정 최고형 구형 방침, 재범 방지 대책 마련, 성범죄자 유전자 정보은행 설치, 신상공개제도 활용 등이 계속하여 언론을 통하여 국민들에게 홍보되었음에도 아동 대상 범죄가 감소되지 않았기 때문이다.

그럼에도 불구하고 우선은 위와 같은 법령의 개정으로 국가의 의지 표명과 대 국민 경각심의 고취, 사회적 공감대 조성되었다는 점에서 향후 관련 범죄에 대한 형사 사법적 대책의 방향은 정하여진 것으로 보인다. 문제는 어떻게 보면 임기응변적인 현행 법제도에 대하여 그 체계성 등과 관련하여 법 이론적으로 그 타당성이 검토되어야 한다

- 1) 2008. 5. 22. 개정. 2008. 6. 13. 공포. 시행. 법률 제9110호.
- 2) 2008. 5. 22. 개정. 2008. 6.13. 공포. 이미 제정된 같은 법의 시행시기를 2008. 9. 1.로 앞당겼다. 법률 제 9112호.
- 3) 2008. 5. 22. 개정. 2008. 6. 13. 공포. 2008. 12. 14. 시행. 법률 제9111호.
- 4) 2008. 5. 22. 개정. 2008. 6. 13. 공포. 2008. 12. 14. 시행. 법률 제9122호. 아동 유괴·살해 사건에 대하여는 범인에 대한 처벌이나 교육, 치료로만 그 대책을 마련할 수 없고, 사전 예방 대책으로 사회안전망을 구축해야 한다는 목소리가 높았다. 개정 아동복지법은 국가와 지방자치단체가 유괴 등 범죄의 위협으로부터 아동을 보호하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 유치원이나 초등학교 등의 주변 구역을 아동보호구역으로 지정하여 폐쇄회로 텔레비전을 설치하는 등의 필요한 조치를 할 수 있다는 조항을 신설하였다. 그러나 의무 조항이 아니고 지자체 예산의 범위 내에서만 가능할 터인데 그러한 재원이 마련되어있는지 의문스럽고, 아동 유괴 범행 발생 장소가 학교 주변 구역에 한정되어 있지 않다는 점에서 실효성 또한 의심스럽다.

는 점이다. 국민의 범감정과 여론을 고려할 수밖에 없는 현실에서 개정 법률이 우선은 합리화될 수도 있겠지만 언젠가는 구체적인 사건에 당하여 필요성과 위헌성의 문제가 등장하지 않는다는 보장이 없다. 또한 그와 같이 최근 개정된 몇 개의 법률이 과연 아동을 대상으로 하는 흉포한 강력 범죄에 대한 유효적절한 범죄 방지 대책인가에 대하여도 논의가 필요한 것도 사실이다.

국민의 자유와 권리를 보장하는 국가가 여러 입법과 그 법령에 규정된 제도의 적극적인 시행을 통하여 시민들의 경각심을 고취함으로써 우리 사회에서 반드시 근절해야 할 범죄를 예방하고 대책을 마련하는 것은 당연함에도 법 이론과 제도의 일치를 요구하는 것은 형사사법에 있어서의 정의를 실현함은 물론이고 아울러 피해자의 보호와 피의자·피고인의 인권보장을 조화롭게 도모하는 것이 형사사법의 임무라는 점에서 몇 가지 비판적 논의를 전개하지 않을 수 없다. 그러므로 이하에서는 상당 기간 반복적으로 문제시되어온 아동 대상 강력범죄에 대한 강력한 대책의 필요성에 주목하면서 최근 개정된 몇 가지 법률의 법 이론적 문제점을 검토하고 제도적 개선 방안을 살펴 보고자 한다.

II. 아동 대상 강력범죄 개관

1. 아동 대상 강력범죄의 개념

범죄 피해자에 대한 유형적 분류는 피해자학(Victimology)의 주된 관심사인 바, 그 중 피해자의 연령과 성별을 고려하여 후술하는 개념의 '아동'이 범죄의 직접적 공격 대상으로 되는 경우를 아동 대상 범죄라고 한다면 이 때의 아동은 구조적 유형(Structural types)의 피해자로 분류된다⁵⁾. 아동이 범죄의 직접적인 피해자가 되는 경우는 범죄 자체가 천차만별인 것처럼 수도 없이 많을 터이지만(우연한 사정에 의하여 범죄 피해자가 아동으로 된 경우 포함) 그 중 아동을 피해자로 하는 강력범죄에 대하여 별도로 논의할 필요가 있는 바, 이는 그 범죄가 피해자 개인에 대한 생명, 신체의 침해는 물론 심리적 고통을 유발하고 더구나 부모와 가족은 물론 사회공동체의 공포감과 취약감을 조장하며 심지어 자신에 대한 태도를 바꿀 수 있다⁶⁾는 점에서 매우 심

5) 이윤호, 「피해자학 연구」, 집문당, 2007, 192-193면. 구조적 유형은 일부 구조적 변수로 인하여 다른 집단보다 범죄에 더 많이 노출되는 경우로 특정 유형의 범죄 피해에 더 취약한 집단이라고 한다.

6) 이윤호, 앞의 책, 172면.

각하기 때문이다. 아동을 대상으로 하는 범죄 중 강력범죄⁷⁾를 따로 구분하기는 쉽지 않을 것이나, 논의의 한계를 정하기 위하여 아동 성폭력과 아동유괴 및 학대⁸⁾를 대표적인 태양으로 보기로 한다.

2. 아동의 개념

아동을 대상으로 하는 범죄에 대한 입법, 사법 등 형사정책적 고려를 함에 있어서는 '아동'의 개념을 명확히 할 필요가 있다. 그런데 아동의 법적 개념에 대하여는 별다른 입법이 없고, 현행법상 아동은 어린이, 미성년자, 청소년, 소년으로 각각 다르게 표현하고 있으므로 결국은 법이 보호하고자 하는 독자적 입법목적에 따라 일정한 연령 이하 또는 미만에 해당하는 연령을 아동이라 볼 수밖에 없다⁹⁾. 아동복지법은 아동을 18세 미만의 자로¹⁰⁾, 청소년보호법 및 청소년의 성보호에 관한 법률은 청소년을 각 19세 미만의 자로 하고 있고 기타 공법상의 권리 행사 연령 등을 19세로 하는 점에 비추어보면 자기 보호능력이 없는 아동은 최대한 19세 미만까지 확대될 수도 있으나 우리 사회가 공분하는 흉포한 강력범죄 중 성폭력 및 학대와 유괴의 주된 대상은 그보다 더욱 좁은 개념일 것이 분명하다 할 것이므로 여기서는 13세 미만의 자로 한정함이 상당하다고 하겠다¹¹⁾.

- 7) 강력범죄는 학문상의 용어가 아니라 수사실무상 쓰이는 용어로 일단은 '폭력을 수단으로 사람의 생명, 신체를 공격하거나 중요한 재산적 위해를 가하는 범죄'라고 정의할 수 있다. 그 유형에 대하여도 명확하지는 않으나 대검찰청에서 발행하는 범죄분석에서는 살인, 강도, 강간, 방화를 강력사건으로 분류한다.
- 8) 일반적 아동 유괴·학대는 우리 형법상의 미성년자약취·유인죄(제287조, 제294조) 또는 인질강요죄(제324조의2)로 의의되나(미성년자는 아동을 포괄하는 의미이므로), 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률은 약취·유인의 목적에 따라 가중처벌하고 있으므로 실질적으로 형법상의 위 두 죄는 거의 성립할 여지가 없다. 참고로 아동을 포함한 유괴 또는 납치 등 인질 범죄는 미국, 독일, 일본 등에서도 중형에 처하고 있다. 자세한 것은 박상기, 「형법각론」, 박영사, 2008, 116-117면 참조.
- 9) 아동의 범위와 법적 지위에 대한 자세한 설명으로는 최병각, 형사절차에서 아동의 지위와 권익보호, 「형사절차와 취약계층」, 도서출판 사람생각, 2003, 72-74면 참조.
- 10) 1989. 11. 20. 유엔총회에서 아동권리협약(Convention on the Rights of the Child)이 채택되었고, 동 협약이 1990. 9. 2. 발효되었는 바, 우리 정부도 1991. 12. 20.자로 이 협약에 가입하였다. 동 협약에서는 아동을 '만 18세 미만의 모든 사람을 말한다'라고 정의하고 있으므로 우리 아동복지법에서도 같은 취지의 규정을 한 것으로 보인다. 최병각, 앞의 논문, 76면 참조.
- 11) 이는 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률과 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률상에서 가중 처벌하는 피해자의 연령을 13세 미만자로 하는 것과 상통하며, 한편 아동=어린이라고 보는 보편적 입장에서 도로교통법에서 어린이를 13세 미만의 사람으로 정의(제2조 21호)하고 있는 것과도 일치한다.

3. 아동 대상 강력범죄의 원인과 특징

무릇 모든 범죄의 원인에 대하여는 여러 가지 이론이 등장하고 있고, 그 원인이 복합적이라는 점에도 별다른 의문이 없지만¹²⁾ 이와 더불어 피해자인 아동의 신체적·정신적 취약성 및 사회안전망의 부재와 범죄 환경 노출도 무시할 수 없는 범죄원인임을 부인할 수 없다. 아동이 성인이나 그에 버금가는 청소년에 비하여 무엇보다도 '저항' 능력이 부족한 것이 사실이고 이로써 범행은 극도로 용이해지기 때문이다. 우리가 아동유기·학대, 아동유괴, 아동성범죄, 아동노동착취 등의 용어를 사용하는 이유도 여기에 있다 하겠다.

현대의 다원화된 개인 사회에서의 알코올 및 약물남용의 증가, 물질만능에 따른 이욕(利慾)적 동기의 증가, 도시화와 산업화로 인한 익명성의 증대, 성의 상품화·퇴폐화·왜곡화 등 도덕적 타락, 쾌락지향적 사회풍조, 가정과 학교의 역할 부재, 막연한 복수심, 가부장적 불평등 사회, 사회구조적 불평등 등 이 모든 것 또한 아동 대상 강력 범죄의 원인이 될 수 있다.

아동을 대상으로 하는 범죄가 일반 범죄에 대하여 특별히 다루어져야 하고, 이로써 아동이 특별한 보호를 받아야 하는 이유는 이 범죄와 범죄자의 특성 및 아동의 특성 모두에서 찾을 수 있다. 첫째, 피해자인 아동은 그 스스로 자신을 방어하거나 보호할 능력이 없다는 점에서 범죄에 노출되기 쉽고¹³⁾ 피해 결과가 증대하며 범행 자체도 매우 죄질이 불량하다는 점이다. 피해 아동으로서는 설혹 살아남는다 하더라도 생존 동안의 후유증은 광폭화¹⁴⁾될 것이 분명하고, 그 영향은 부모 등 가족은 물론 매스컴 보도를 통한 국가 구성원인 전 국민의 법감정을 파괴하고 국가 공권력에 대한 신뢰를 손상시킬 수 있다는 점이다. 또한 피해 아동은 단순 성폭행이나 공갈의 대상으로 그치지 아니하고 살해, 유기, 보복 등으로 확대되어 원상회복이 불가능할 수도 있다. 둘째, 이 범죄는 알려지지 않을 수 있는, 우리 형사사법 체계의 사각지대 내지 암수영역에 위치함으로써 형사사법이

12) 범죄의 원인은 정신병리학적 접근, 발달론적 접근, 사회심리학적 접근, 사회문화적 접근, 생태학적 접근 등 다양한 접근 방법에 의하여 논의되는 바, 그 대부분은 있을 법한 가정일 뿐이며, 경험적으로 완전히 진실을 입증할 만한 것은 없다고 하겠다. 결국 최종적인 확실한 범죄 원인을 경험과학적으로 찾는다는 것은 불가능에 가깝다고 보아야 한다. 범죄는 개인적 소질과 주변 환경이 상호 작용하여 그 함수관계로 발생하는 것으로 이해하는 견해가 지배적이다.

13) 범죄피해의 발생 원인에 대한 주요개념으로는 범죄접근성, 범죄노출성, 표적의 매력성, 보호능력을 드는 데, 아동은 이 모든 개념이 적용되는 피해자라 할 수 있다. 배종대, 「형사정책」, 홍문사, 2005, 97-98면.

14) 예를 들어 성병, 생식기 상해 등 육체적 문제, 죄책감, 분노, 집중력 저하 등 정서적 문제, 적대감, 공격적 행동 표출 등 행동장애, 자살, 자해 등 자기파괴적 충동, 정신분열 등 정신병리학적 문제 등. 이러한 점에서 성폭력은 영혼을 파괴하는 범죄라고 할 수 있다. 슈나이더는 아동의 정신적·사회적 피해를 ① 외상 후 스트레스 증후군, ② 행동장애, ③ 인지적 변화, ④ 자아개념 손상 등 4가지 영역으로 설명한다. 한국형사정책연구원, 성폭력범죄의 형사절차상 피해자보호, 1999(연구보고서 99-02), 46면.

그 범죄의 억제에 효율적이지 못하다¹⁵⁾는 점이다. 아동을 대상으로 하는 성범죄가 '아는 사람에게 의하여' 발생하는 비율이 60%가 넘는다는 것은 이미 오래된 연구결과¹⁶⁾이기도 하거니와 발생한 범죄에 대하여 미신고, 불기소, 재판 단계의 석방 등으로 인하여 숨은 범죄가 되어버린다(특히 피해자가 아동이면 기소율도 낮고, 재판단계의 석방률도 더 높다는 점은 실무에서 흔히 발견된다. 그 만큼 수사과 재판에서 아동은 이중의 고통을 받고 있다.¹⁷⁾)는 점에서 우리 사회는 이에 대한 충분한 방어를 제대로 하지 못하고 있다는 점에서 문제점은 심각하다. 셋째, 이 범죄의 재범률은 매우 높고, 범죄자 또한 상습범이라는 점이다. 일반적으로(꼭 아동을 대상으로 하지는 않더라도) 성범죄자는 성이 가지고 있는 윤리적 가치를 부정하고 그 사회적 의미를 무시하고 성욕의 방출로써 범행을 하는 자¹⁸⁾에 의하여 이루어지는 것이 보통이다. 이러한 맥락에서 이 범죄에 대하여는 처벌만이 능사가 아니라 재범의 방지를 위한 각종 장치와 제도의 도입, 치료까지 같이 이루어져야 한다는 특수성이 있다. 우리나라에서 최근에 논의되는 치료감호제도의 활용, 범인에 대한 유전자정보 DB화, 전자감시제도 도입 등은 늦은 감이 있지만 특히 아동 대상 강력 범죄에 효과적으로 대응하는 방안임은 부인할 수 없다.

4. 아동 대상 강력범죄 대책의 문제점

종래 아동은 여성, 장애인, 외국인노동자, 성적 소수자 등과 같은 취약집단의 하나로 다루어져왔고, 주로 사회복지 분야에서 가정과 학교, 사회, 국가에서의 범행 사전 예방 등 안전 대책을 중심으로 그 보호의 필요성이 강조되어왔다. 가해자의 관점에서 보면 일반 국민의 공분과 법감정은 가해자를 엄히 처벌함으로써 반사적으로 범행의 유발을 억제하고자 하였던 것이 사실이다. 그러나 범죄는 반복되었고 들끓는 여론을 잠재우는 식의 대책을 내세우는 것은 예나 지금이나 크게 변하지 않았다.¹⁹⁾ 이는 대부분의 범죄에 대하여 '적대적인 투쟁'의 효과가 의문시되는 것과 마찬가지로 아동 대상 강력 범죄 또한 개선의 여지가 쉽지 않다는데 있기 때문이라고 보여진다²⁰⁾. 그럼에도 불구하고 현실적으로

15) 위 연구보고서 99-02, 36면.

16) 김성언, 「성폭력의 실태와 원인에 관한 연구(Ⅱ)」, 한국형사정책연구원, 1998.

17) 피해 아동은 일반적으로 자기 변론 능력이 부족하고, 그 진술이나 증언이 왜곡되기 쉽다. 이 때문에 아동은 형사사법시스템에 의하여 추가적인 고통을 감수하여야 한다고 한다. 이를 제2차적 피해라고 한다. 오욱환, 형사절차에서 아동 피해자의 권리보호와 변호사의 역할, 인권과 정의 359호(2006. 7.) 153면.

18) 송광섭, 「범죄학과 형사정책」, 유스티니아누스, 2003, 856-857면.

19) 송문호, 성범죄인과 사회치료, 인권과 정의, 383호(2008. 7.).

20) 성범죄는 그 유형의 다양성으로 인하여 어떤 특정대책을 강구할 수 없는 상황이라 한다. 송광섭, 앞의

이러한 범죄에 대한 대처는 범인(죄를 범하였거나 범할 우려가 있는 자)에 대한 ①강력한 처벌, ②감시와 격리, ③치료와 피해자(잠재적 피해자를 포함, 결국 모든 아동이 될 것이다) 및 그 가족(결국 모든 국민이 될 것이다)에 대한 예방적 대응의 요구, 국가와 사회의 안전시스템 구축²¹⁾ 등 제도 정비 등이 논의되고 있다. 물론 일반적 범죄예방 대책 및 사법적 대응도 당연히 따라야 할 것이다. 그런데 문제는 아무리 적절한 사전 예방 대책을 세운다고 하더라도 범죄는 발생하기 마련이고, 형사정책의 각종 범죄대책은 궁극적으로 형벌을 수단으로 하며 형벌 이외의 수단은 형벌을 도와주는 부수적 기능을 할 뿐이므로²²⁾ 결국 위 ①내지 ③의 수단이 논의의 핵심일 밖에 없다는 것이다. 그러므로 최근 개정된 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 등에 대한 법 이론적 고찰이 필요할 것인데, 그 주요 내용과 목적, 형벌이론과의 관계, 문제점을 요약하면 다음과 같고, 이어서 그 개선방안에 대하여는 항목을 달리하여 순차적으로 살펴보기로 한다.

법률	주요내용	목적	형벌이론과의 관계	문제점
성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률	13세 미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행 등의 죄, 강간 등 상해·치상, 강간 등 살인·치사를 범한 자에 대하여 법정형 상향 조정	아동 대상 흉포 범죄에 대한 진압형 중형주의 선택으로 위하효과 담보, 집행유예 선고형 사전 차단.	형벌, 일반예방	중형주의의 문제점, 효과의문
특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률	재범의 우려 있는 성폭력범죄자에 대하여 위치추적 전자장치 부착 판결 가능토록 하고 시행시기 앞당김, 부착명령 기간 연장, 실효성 담보	아동 등 대상 성폭력범죄의 재범 방지를 위한 특단의 대책, 실효성 제고를 위한 제반 규정 정비	보안처분, 감시를 통한 재사회화	인권, 윤리, 사회경제적 편견, 경제적 부담

책, 857면.

21) 앞서 언급한 아동복지법의 개정을 통한 예방 대책이 대표적이다. 개정 아동복지법의 주요 내용은 아동보호구역에서의 폐쇄회로 텔레비전 설치 외에도 ① 아동복지시설, 영·유아 보육시설, 유치원, 초·중·고등학교장으로 하여금 아동실종·유괴의 예방과 방지, 안전 및 성폭력 예방 교육의 실시 의무화(제9조 제3항), ② 아동학대의 예방과 방지를 위하여 국가와 지방자치단체의 각종정책의 수립과 시행, 연구·교육·홍보 및 실태조사, 신고체계의 구축·운영 등의 조치 의무화(제23조 제1항), ③ 아동학대예방을 전담하는 중앙 및 지역 아동보호전문기관의 설치 및 운영(제24조) 등이다.

22) 배종대, 앞의 책, 392면.

치료감호법	소아성기호증 등 성적 병력이 있는 정신성적 성폭력 범죄자 중 치료감호대상자의 범위와 치료감호기간 명시 등	아동 등 대상 성범죄의 원인인 정신성적 재범 우려자에 대한 격리, 치료, 재사회화, 범죄 감소.	보안처분, 격리를 통한 치료	효율성, 인적·물적 기초 마련 여부, 치료 불능의 경우 대책
-------	--	---	-----------------	-----------------------------------

Ⅲ. 중형주의의 문제점

1. 법률의 규정

주지하다시피 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률은 성폭력 범죄에 관하여 고소제한 및 고소기간의 예외를 인정하는 외에도 피해자의 연령에 주목하여 성폭력의 유형에 따라 차별적인 처벌조항을 두고 있다. 특히 13세 미만의 아동 대상 성폭력범죄에 대하여는 이미 형법보다 가중처벌하는 규정을 두고 있음에도 법정형을 상향하고 있는 바, 그럼에도 불구하고 우리 입법자는 이도 모자라다고 판단하여 더욱 강력한 처벌을 도모하는 의지 표명으로 법률 일부를 개정하였다. 즉 13세 미만의 여자에 대하여 형법 제297조(강간)의 죄를 범한 자는 7년 이상의 유기징역에 처하도록 하고(제8조의 2 제1항)²³⁾, 특히 13세 미만의 아동을 포함한 성폭력 피해자를 대상으로 하는 성폭력의 죄를 범한 자가 사람을 상해하거나 치상에 이르게 한 때에는 무기징역 또는 7년 이상의 징역에 처하며(제9조 제1항), 사람을 살해한 때에는 사형 또는 무기징역에 처하고(제10조 제1항), 사람을 사망에 이르게 한 때에는 사형, 무기징역 또는 10년 이상의 징역에 처한다(같은 조 제3항)²⁴⁾고 규정하고 있다.

23) 개정 전 법정형 상한은 5년. 아울러 13세 미만의 사람에 대하여 폭행이나 협박으로 이른 바 유사성행위(구강·항문 등 신체의 내부에 성기를 넣는 행위, 성기·항문에 손가락 등 신체의 일부나 도구를 넣는 행위)를 한 자는 5년(개정 전 법정형 상한은 3년) 이상의 유기징역형에 처한다고 규정한다. 또 13세 미만의 사람에 대하여 형법 제298조(강제추행)의 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징역 또는 1천만원 이상 3천만원 이하의 벌금에 처한다(개정 전 법정형은 1년 이상의 유기징역 또는 500만원 이상 3천만원 이하의 벌금)고 규정한다.

24) 개정 전에는 13세 미만의 아동에 대한 성폭력범죄로 인한 사망, 상해 등 범죄 유형에 대하여는 가중 처벌 규정이 별도로 없었다.

2. 가중처벌의 문제

우리나라의 형법체계는 기본법인 형법보다 특별법에 의존하는 특별법의 형법 배제 경향이 많다. 가중처벌을 규정한 특별법은 또 다른 특별법에 의하여 특별법의 특별법화를 초래하고 있다. 신중 범죄가 아니더라도 여론화, 이슈화되면 즉각 이에 대응하는 특별법이 제정되거나 개정되어 법정형은 가중된다. 범죄와의 투쟁에 버금가는 이러한 진압적 중벌주의는 전통적인 형벌의 일반예방의 위하 효과를 목적으로 하는 것이지만 비록 일시적으로 사회에 경종을 울리고 심리적인 반향을 불러일으키는 요소는 있을지 모르나 그렇다 하더라도 그것이 과연 어느 정도의 범죄 억지력을 가지는 것인가는 검증할 수가 없다²⁵⁾. 물론 개정된 법령의 주된 목적이 아동 대상 강력 범죄 특히 성범죄에 대하여 '7년' 이상의 법정형을 함으로써 집행유예의 형을 선고할 수 없도록 법관의 양형에 간섭하고 이로써 그간 사회적 비난이 되어온 이른 바 '숨방망이 처벌'을 미연에 방지한다는 취지이긴 하나 이는 천차만별인 범죄의 태양을 적절히 고려할 수밖에 없는 현실과 법관의 양형 선택권에 대한 과도한 간섭이라는 점에서 바람직한 것만은 아니다. 더욱이 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률은 이미 미성년자약취·유인죄에 대하여 그 약취·유인의 목적에 따라 가중처벌하거나, 약취·유인 후 살해 등에 대하여 가중처벌하는 규정을 두고 있는데²⁶⁾, 그 법령만으로도 범죄자를 엄중 처벌할 수 있으므로 굳이 따지자면 입법자의 선택은 법 이론적으로는 불필요한 것이다. 한편 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률은 이른 바 '가정파괴범'이 날로 늘어가는 성폭력 범죄에 대처하기 위해 상징적으로 만든 특별규정²⁷⁾으로 집행유예를 남발할 정도로 그 법정형이 지나치게 높다는 문제점이 지적되어왔던 바이고 보면 이번의 법률 개정은

25) 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률을 개정하는 과정에서 '특별히 새로운 것도 없는' 사형까지 선고형이 가능하도록 한다는 사실이 알려지자 사형 폐지론자들은 사형폐지 논의에 영향을 주어 사형 존치론에 힘을 실어주는 것 아니냐는 반응을 나타내기도 하였다. 사형 존폐론의 논거 중 하나가 위하효과인데, 가장 중형인 사형에 대하여도 위하효과가 없으므로 심지어 그러한 허구에서 깨어나야 한다고 주장하는데 하물며 법정형을 2년 정도 상향하는 것이 과연 범죄억지력에 얼마나 도움이 될지는 의문이다. 형사정책적 관점에서 사형제도의 존폐론에 대한 논거를 소개한 것으로는 하태영, 형사철학과 형사정책, 법문사, 2007, 142-146면.

26) 특정범죄가중처벌 등에 관한 법률 제5조의 2 제1항은 약취·유인한 미성년자의 부모 기타 그 미성년자의 안전을 염려하는 자의 우려를 이용하여 재물이나 재산상의 이득을 취득할 목적인 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역(1호, 이른 바 영리 목적 유괴), 살해할 목적인 때에는 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역(2호)에 처하도록 하고, 같은 조 제2항은 약취·유인한 자가 약취·유인한 미성년자의 부모 기타 그 미성년자의 안전을 염려하는 자의 우려를 이용하여 재물이나 재산상의 이득을 취득하거나 이를 요구한 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역(1호), 살해한 때에는 사형 또는 무기징역(2호)에 처한다고 규정하고 있다.

27) 위 연구보고서 99-02, 88-89면.

현실적, 제도적, 법 이론적으로 별다른 의미가 없다고 하겠다.

3. 개선방안

과도한 형벌은 그 시행의 확실성을 떨어뜨릴 수밖에 없다. 형량을 높이는 등 형벌의 강화는 단기적으로 보면 위하효과로 인한 범죄 감소가 예상되고 또 실제 그러한 효과를 노리는 경우도 있지만 중장기적으로는 형벌감수성의 약화를 초래하여 더 잔인하거나 무거운 형벌을 초래할 수도 있다²⁸⁾. 또한 증벌주의는 위헌 및 타 범죄와의 형평성 과도 항상 논란을 빚게 될 것이다. 개정 법령이 입법자의 선택이므로 그것이 위헌으로 결정되지 아니하는 한 법제도는 시행될 것이나, 굳이 형벌체계의 정교성을 무너뜨릴 이유는 없다고 보면 결국 형사 사법을 담당하는 국가기관이 법의 취지와 피해자의 보호, 형벌의 본질 등을 심사숙고하여 강력한 시행의지를 밝히고 실무에서 현실적으로 적용함으로써²⁹⁾ 부작용을 최소화할 필요가 있다. 아울러 본고의 고찰 대상으로 삼지는 않았지만 범인에 대한 엄중한 형사처벌 못지않게 수사기관의 수사행태, 언론기관의 선정적 보도행태, 재판절차의 공개성 등 피해자보호와 관련된 사회구조적 문제점에 대한 개선방안이 시급히 마련되어야 한다³⁰⁾. 강화된 입법에 대한 인권침해 가능성도 수시로 검토되어야 하고, 형 집행 단계에서의 가석방 불허 여부도 논의되는 등 지속적이고 반복적인 관심이 요구되는 부분이다.

N. 전자감시제도의 문제점

1. 전자감시제도의 개념

아동 대상 범죄의 높은 재범률은 필연적으로 과거의 범죄에 대한 대응으로서의 처벌과 더불어 향후 있을 지도 모를 우려에 대한 사회방위처분으로서의 대안을 모색하지 않을 수 없다. 특히 아동을 대상으로 하는 성범죄의 경우 강력한 형벌을 받고 형기를 마치더라도 출소 후 얼마 지나지 아니하여 재범에 이르는 경우가 많으므로 이 경우 범죄자

28) 최정학, 전자감시제도의 도입에 관한 연구, 한국형사정책학회 19권 2호(2007), 367면.

29) 법무부와 정치권이 서둘러서 법령 개정을 한 것은 성폭력범죄자의 약 20% 만이 실형을 선고받고, 솜방망이 처벌이 이루어지는 것 때문에 재범이 우려된다는 언론의 선정성 보도와 무관하지 않다.

30) 박상기, 앞의 책, 157-158면.

의 자유를 제한하지 않고 사회 내에서 생활하게 하는 것을 조건으로 석방 또는 가석방된 자가 미리 지정된 시간과 장소에 있는지의 여부를 확인하기 위하여 이들의 손목 또는 발목 등에 전자감응장치를 부착한 다음 행형기관이 수시로 유선전화기 또는 무선 장비를 이용하여 대상자를 원격 감시하는 제도를 전자감시제도(electronic monitoring system)라고 한다³¹⁾. 전자감시제도는 기존 보호관찰 제도의 한 유형이긴 하지만 우리나라에서는 청소년의 성보호에 관한 법률에서 규정하는 신상공개제도³²⁾와 더불어 새롭게 시행되는 제도인데, 그 도입이 필요성이 그간 논의되어왔으나 서둘러 입법화된 감도 없지 않으므로 이 또한 법 이론적 타당성과 실효성을 검증해보아야 하는 문제를 가지고 있다. 어쨌든 우리나라에서의 전자감시제도는 '특정 성폭력범죄자에 대한 위치 추적 전자장치 부착에 관한 법률'로 입법화되어 시행되고 있는 바, 이 법은 특히 13세 미만의 자에 대하여 단 1회라도 성폭력범죄를 저지른 범인에 대하여 위치추적 전자장치³³⁾를 부착하는 명령을 발할 수 있도록 함으로써 향후 아동 대상 잠재적 성폭력범죄자에 대하여 심리적 위하효과를 가질 수 있게끔 하는 충분한 효과를 거둘 수 있게 될 것으로 보인다.

2. 전자감시 제도에 대한 외국의 사례

전자감시제도는 1960년대 중반에 기계적 장치의 발전과 더불어 미국을 비롯한 각 국에서 논의되다가 1983. 미국을 필두로 시행되기 시작한 제도인데, 당초에는 교정시설의 과밀화를 해소하고 보호관찰관의 과다한 업무를 개선하는 것이 주 목적이었으며, 그 대상자도 강력범죄자가 아닌 경미한 범죄자였다³⁴⁾. 미국에서는 뉴멕시코주에서 보호관

31) 송광섭, 앞의 책, 610면. 한국형사정책연구원, 전자감시제도의 도입 및 운영을 위한 예비연구, 2000(연구보고서 00-22), 12면.

32) 청소년 성매수자에 대한 신상공개제도는 청소년대상 성범죄로 유죄판결이 확정된 자 또는 특히 13세 미만 아동을 대상으로 성폭력범죄를 저지른 자로서 일정한 조건이 있는 경우 법원의 등록대상자 사실 결정과 국가청소년위원회로의 통지, 등록대상자의 성명 등 제출 등 여러 절차를 거쳐 등록하고 정보를 열람, 활용하는 보안처분을 말한다. 원래 '상업적 아동 성착취'에 대한 대응 방안으로 입법화되었고, 그간 우리나라에서도 수차례 신상공개되었다. 이에 대하여는 입법 당시부터 이 제도의 위헌성 문제가 제기되었으나 헌법재판소는 '신상공개제도는 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌에 해당한다고 할 수 없어 이중처벌금지원칙에 위배되지 아니하며 과잉금지원칙에서 요구되는 수단의 적합성을 갖추었고 청소년 성매수자의 일반적 인격권과 사생활의 비밀의 자유가 제한되는 정도가 공익적 요청에 비하여 크다고 할 수 없다는 취지로 합헌 결정을 내렸다(헌법재판소 2004. 6. 26. 선고 2002헌가114결정). 자세한 것은 심희기, 청소년 성매수자에 대한 신상공개의 위헌성(판례평석), 법률신문, 2003. 11. 10.자.

33) 법령에서 정의하는 위치추적 전자장치는 '전자파를 발사하고 추적하는 원리를 이용하여 위치를 확인하거나 이동경로를 탐지하는 일련의 기계적 설비로서 대통령령으로 정하는 것'이다(법제 제2조 2호).

찰대상자의 발목에 담뱃갑 크기의 전자발찌를 부착시켜 구금형을 회피하고자 하는 시도에서 출발하였는데, 감시대상자로 선정되기 위하여는 법무부등 관계기관의 동의 외에도 대상자의 동의를 필요로 하고, 그 대상자의 범죄유형도 음주운전자 등 '위험성이 작은 사람'으로 제한되었다³⁵⁾. 영국은 인권침해의 논란을 불식하고자 5년에 걸친 충분한 시범실시와 결과 분석, 홍보, 여론 수렴 등을 통하여 1999. 전자감시 가택 통금, 전자감시 통금 명령을 실시하여 6개월 내의 기간을 감시기간으로 한 결과 약 80%의 성공률을 보였다³⁶⁾. 독일에서는 2000. Hessen 주에서 시범실시되었는데, 감시 시작 전에 대상자와 판사, 보호관찰관 사이에 체류기간 및 자유시간 등의 지시사항에 대하여 계약(Vertrag)을 하게 되고 그와 함께 대상자의 동의를 필수적으로 한다³⁷⁾. 이밖에도 스웨덴, 네덜란드, 캐나다, 호주 등지에서도 유사한 제도가 시행되고 있는데, 특히 네덜란드에서는 단기 자유형에 처해진 어린이 유괴, 성폭행 사범에도 1 내지 6개월간의 전자감시를 시행하고 있다³⁸⁾.

3. 효과와 비판론

전자감시제도는 비록 사회 내 처우라고 하더라도 그 대상자의 자유를 어느 정도 제한하게 되므로 피해자 입장에서는 형벌 이외에 부가적 처벌 요구를 만족시켜줄 수 있고 보복으로부터의 안전도 도모하면서 무엇보다 동일 피해자에 대한 재범 방지에 효율적이라는 점에서 유용한 제도이다. 또 사회방위를 가능케 하고 범인의 원활한 재사회화를 유도할 수 있다는 점에서 형벌 대체 수단으로서의 의미도 크다. 그러나 전자감시제도는 이미 처벌이 끝난 사람에 대한 이중처벌의 문제³⁹⁾, 프라이버시의 문제, 기계에 의한 감시라는 점에서의 인권 침해 논란, 형사사법비용의 증가, 혹 있을지 모르는 기계의 오작동에 의한 감시 효과 의문 등 부작용도 만만치 않다. 더구나 그 대상 범죄 유형이나 대상자를 정함에 있어서 형평성과 유용성의 문제가 제기될 것이고 국가의

34) 위 00-22 연구보고서, 24-25면.

35) 또한 감시기간이 그리 길지 않고, 비용 또한 1일 5-9달러의 비용을 감시대상자에게 부과하였으며, 초기에는 컴퓨터의 오작동이 발생하는 등 문제점도 있었다고 한다. 위 00-22 연구보고서 53-59면.

36) 또한 성폭력사범은 전자감시 대상자에서 제외된다고 한다. 위 00-02 연구보고서, 63-65면.

37) 위 00-02 연구보고서, 84-85면.

38) 위 00-02 연구보고서, 77면.

39) 전자장치 부착이 형벌이 아니라 일종의 '보안처분'이라고 한다면 이중처벌의 문제는 없다는 견해로는 최정학, 앞의 논문, 355면. 위 견해는 위 각주 32)의 헌법재판소 결정을 비슷한 예로 든다. 그러나 이중처벌이라는 관점이 법 이론과 현실 사이의 모순되는 부분도 있을 수 있고 보안처분이 형벌 대체 내지 같은 것이라고 보는 견해에 따르면 이중처벌이 아니라고 볼 확실한 근거는 없다.

개인에 대한 통제라는 측면에서 자유주의를 추구하는 입장에서 비판이 있을 수밖에 없다. 인권 침해를 호소하면서 차라리 종신형에 처해달라고 요구하는 범죄자에 대하여 국가가 전자감시를 받으라고 할 정당성이나 그 근거가 무엇인가에 대하여도 회의적이다. 전자감시제도의 시행이 얼마 되지 아니한 상태에서 그 효용성 여부를 논함은 시기 상조일 터이지만 헌법적 관점에서 법 이론적 타당성을 검토하여야 한다.

4. 우리 법제에서의 개선방안

외국에서의 전자감시제도가 일반화되고 있는 추세를 반영하여 우리나라도 1998.경부 터 법무부에서 그 도입 여부를 검토하기 시작하였으나 어디까지나 그 취지는 단기자유형의 대체 수단으로서 범죄자의 사회 내 처우를 통한 개선, 교육이었다. 한국형사정책 연구원도 제도의 실시에 있어서 ①대상자의 신중한 선정, ②기간의 상한 제한, ③대상자와 가족 등의 동등 절차적 요건, ④지시위반에 대한 제재의 수단, ⑤형사법적 통제망의 확대 배제 등을 고려하여야 한다고 보고한 바 있다.⁴⁰⁾ 그런데 이러한 논의가 진행되던 중 2007. 4. 5. 국회가 “특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적전자장치 부착에 관한 법률”을 제정하였고, 이 법률은 2008. 10. 28.부터 시행하기로 하였으나 최근 다시 이를 개정하여 전자장치 부착명령의 기간을 5년에서 10년으로 연장하고 준수사항 위반의 경우 형사처벌 규정을 신설하였으며 시행시일도 2008. 9. 1.로 앞당겼다. 초등학교 유괴, 살해 및 납치 미수 등 사건의 발생이 국민에 대한 불안감을 유발하자 서둘러 여론을 무마하는 용의 정치적 결단임은 의문의 여지가 없다. 아무튼 위 법률은 전자감시제도를 도입하는 우리나라 최초의 입법적 근거인데, 당초 이 법률은 미국 플로리다 주에서 2005년 당시 9세 된 제시카 런스포드(Jessica Lunsford)가 성범죄 전과자에 의하여 유괴 후 살해된 사건을 계기로 유사한 범죄에 대하여 법정형을 25년까지 높이는 외에도 출소 후 성범죄자의 등록 및 GPS를 이용한 집중감시를 주된 내용으로 하는 제시카 법을 모델로 한 것이었다⁴¹⁾. 그런데 이 법률에 대하여는 향후 시행 과정에서 구체적 사건에 당하여 여러 논란이 예상된다. 문제되는 것은 다음과 같다. ①위치추적 장치 부착 대상자와 관련하여 13세 미만의 자에 대하여 성폭력 범죄를 저지른 자는 다른 성폭력범죄와 달리 실형을 선고받은 전력이나 범행 회수에 제한 없이 재범의 위험성이 있다고 인정되면 부착명령 청구 대상자로 하고 있다(제5조 제1항 4호). 이 법의 제정 목적이 아

40) 위 00-20 연구보고서, 129-132면.

41) 문정민, 성범죄자 전자감시제도에 대한 고찰, 법학연구 제29집(2008), 228면.

동 상대 강력범죄의 엄단 필요성이고 어떠한 경우에도 아동 대상 성폭력은 정당화될 수 없는 것이지만 무엇을 가지고 재범의 위험성을 판단할 수 있을 지가 문제이고 13세 미만과 이상의 구별에 따른 평등권의 문제는 물론이거니와 취지상 형벌과 별 다를 바 없다는 관점에서 과잉 및 이중처벌이 아닌가라는 의문이 든다. ②위치추적장치 부착기간에 관하여 10년의 범위 내에서 부착기간을 정할 수 있다(제9조 제1항). 이는 과거 5년까지의 기간을 대폭 연장한 것인데 시행도 해보지 않은 상태에서의 이 기간 연장은 국민의 인격권이나 행복추구권의 입장에서 볼 때 지나치게 과도한 것이다. 물론 법원의 판단에 따라 6개월 또는 2-3년의 경우가 예상되지만 그렇다 하더라도 최장 10년의 기간은 인권 침해 논란의 여지가 있다. 또 벌금형이나 집행유예를 선고하는 경우 부착명령 청구를 기각하도록 하는 바, 실형을 선고하면 최장 10년까지의 부착명령을 하고, 그렇지 아니하면 단기간의 부착명령도 선고할 수 없게 한 것은 이 제도가 재범 방지라는 보안 처분보다는 우범자 격리와 같은 또 다른 형벌이라는 인상을 지울 수가 없다. ③나아가 어떠한 법원의 명령(판결 선고)에 의한 것이긴 하지만 중립자가 아닌 보호관찰관에 의하여 대상자의 모든 사생활이 노출될 수도 있다는 점에서 준수사항이 지나치게 폭넓다는 점이라든가 대상자는 그렇다 하더라도 그 가족들이 입을 고통도 고려하여야 하므로 그들의 동의를 요건화시킬 필요가 있다는 점, 준수사항 위반에 대한 제재가 형벌에 한정되고 그 실효성도 의심된다는 점에서 보면 법 이론적으로는 문제의 소지가 많다고 본다. 또한 원론적으로 볼 때 이 법이 과연 어느 정도 아동 대상 강력 범죄에 대한 효율적인 투쟁일 것인지 향후 계속하여 검토해 볼 과제이다⁴²⁾.

V. 치료감호의 문제

1. 치료감호의 개념

치료감호는 정신병자와 같은 심신장애자와 마약류·알코올 등 약물중독자 등이 범죄 행위를 한 경우에 일정한 경우 형벌 대신에 치료와 감호를 병행하는 시설에 수용하여

42) 입법 목적이 유사한 청소년 성보호에 관한 법률상의 신상공개제도가 모델로 하는 미국의 메건법(Megan's Law)은 각 주에서 위헌성 논의가 끊임없이 제기되고 있고, 그 부작용 또한 만만치 않은 바, 특히 성범죄와 전혀 무관한 자의 성명, 주소 등 정보가 잘못 입력되거나 이웃으로부터 배척당하여 쫓겨나는 등 재활프로그램에 방해가 된다는 문제가 발생한다고 한다. 이러한 사례 소개와 위헌성 논의 및 우리나라에서의 적용 가능성에 대하여는, 김래영, 미국에서의 성범죄자 신상공개제도의 위헌성 논의, 변호사 제32집(2002), 참조.

일정기간 치료를 함으로써 재범을 방지하고 사회복귀를 촉진하는 보안처분을 말한다. 형벌을 부과할 수 없거나 치료의 필요가 선행되는 경우 형벌을 대체하는 자유박탈적 보안처분의 하나이다. 치료감호는 종래 보호감호와 같이 사회보호법에 규정되어 감호기간도 정하여지지 않았고 사법심사의 기회도 주어지지 않았으므로 이른 바 **빠빠용의 재판(再版)**⁴³⁾이라는 비판이 있어 보호감호의 위헌 선고와 더불어 2005. 8. 4. 법률 제 7656호 사회보호법의 폐지에 관한 법률의 시행으로 같은 날 치료감호법으로 개정되었다. 현행 치료감호법은 종래 심신장애 상태, 약물중독 상태 등에서 범죄행위를 한 범인에 대한 일반적인 치료감호 규정을 보완⁴⁴⁾하여 이밖에 정신성적(精神性的) 장애가 있는 자를 치료감호 대상에 포함하여 특히 소아기호증, 성적 가학증 등 성적 습벽이 있는 자에 대한 아동 대상 성폭력범죄의 교육, 개선 및 치료에 관한 근거규정을 마련하였다. 최근에 발생하는 아동 대상 성폭력 범죄가 반사회적 인격장애를 가진 성적 정신병자에 의하여 유발되는 추세를 반영하여 우선은 이들을 격리·치료함으로써 재범을 방지하고자 함이다.

2. 관련 법률의 내용

치료감호법은 감호대상자에 관하여 소아성기호증(小兒性嗜好症), 성적가학증(性的加虐症) 등 성적 습벽이 있는 정신성적 장애자로서 금고 이상의 형에 해당하는 성폭력범죄를 지은 자를 추가하고(제2조 제1항 3호), 그 중 성폭력범죄의 범위가 지나치게 넓으므로 무차별한 치료감호의 남용을 방지하기 위하여 형법상의 강간, 강제추행 및 가중처벌되는 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 제5조부터 제8조의 2, 제9조부터 제12조 및 청소년의 성보호에 관한 법률 제7조 및 기타 가중처벌되는 죄로

43) 배종대, 앞의 책, 447면.

44) 정신분열 등 완전한 정신병자와 같은 책임무능력자에 의한 행위나 이와 유사한 한정책임 능력자의 행위는 과거 치료감호법에 의한 치료감호 대상이 되었지만 소위 싸이코패스(Psycopath)와 같은 유형의 범죄자는 치료감호의 규율대상에 포함되지 않았다. 싸이코패스란 심리학적 용어로 일반적으로 원래 의미의 정신병적 기질이 아니더라도 자신이 속한 사회에 대한 원망을 타인을 대상으로 해소하고 괴롭히는 성격의 소유자라고 정의되는 바, 무감정성, 죄책감과 도덕감의 부재 등을 특성으로 한다. 최근 싸이코패스적 기질을 가진 피고인의 경우 선처를 받기 위하여 소아기호증 등을 내세워 심신미약 등을 주장하는 바, 이에 대하여 대법원은 13세 미만 미성년자 강간 등의 피고인에 대하여 원심이 심신미약을 인정한 사안에 대하여 "피고인이 중학생 때부터 소아를 강간하고 수차례 동종 전과를 저질러왔는데 정신감정 결과 비록 '소아기호증'이란 변태성욕적 성격 결함이 있다 하더라도 그것이 증상이 매우 심각하여 원래 의미의 정신병이 있는 것으로 평가되면 모르되, 그럴 정도가 아니라면(계획적 범행, 운전이 직업, 정상적 가정생활, 제한적 정신치료 등) 심신장애라고 보기 어렵다는 취지로 파기환송하기도 하였다. 대법원 2007. 2. 8. 선고 2006도7900 판결.

한정하였고(제2조의2), 검사의 치료감호 청구시 정신과 등의 전문의의 진단이나 감정을 사전에 받은 후 청구하도록 함(제4조 제2항 단서)으로써 신증을 기하도록 하고, 법원 또한 치료감호의 필요성 여부에 대하여 확실한 심증을 갖기 위한 방편으로 재감정을 명할 수 있게(제13조) 한 것이 개정 치료감호법의 골자이다. 어쨌든 형벌의 효과가 의문시되는 습벽 있는 정신 성적 장애자·아동을 대상으로 하는 성폭력 사범이 대부분 일 것이다-에 대한 치료감호의 법적 근거가 확실히 마련되었음은 입법의 정치적 고려를 떠나서 평가할 만하다.

3. 외국의 입법례

대인적, 자유박탈적 보안처분으로는 치료감호 외에도 사회치료처분, 교정처분, 노동개선처분, 보안감호처분 등이 있다. 특히 사회치료처분은 정신병질자의 인격장애를 제거하기 위하여 환경요법, 행동요법, 작업요법, 정신요법 등의 각종 사회치료를 일정한 시설에 수용하여 행하는 것으로⁴⁵⁾ 독일에서 활발히 시행되고 있고 이는 우리나라에서 아동을 대상으로 하는 상습 성범죄인 등에 의한 대처방안으로 적극 고려할만한 한 적절한 치료프로그램이라고 보인다⁴⁶⁾.

4. 개선점

미비된 인적·물적 시설에 대한 보완 없이 치료감호 제도를 제대로 운영할 수는 없다. 이 점에서 아동 대상 성범죄자 중 일정 요건에 부합하는 자에 대한 치료감호의 확대 실시는 지속적인 투자를 필요로 한다. 무엇보다도 치료감호 또한 구속과 같은 구금 처분이면서 동시에 피치료감호자의 치료와 재활, 사회복귀가 그 목적이라는 이중성을 갖고 있는 바, 사회로부터의 격리를 중점으로 하는 전자보다도 후자가 더욱 강조되어야 할 것임에도 현실은 반대의 관점이 더 앞선다는 점이다. 가해자이면서 피해자인 피치료감호자들에 대한 사회적 관심과 과학적이고 체계적인 행형이 필요하다는 것이다.

45) 배종대, 앞의 책, 447면.

46) 이와 관련하여 독일의 사회치료제도에 대한 자세한 내용은 송문호, 앞의 논문 참조. 독일에서는 특히 아동 대상 간음죄의 경우 사회치료처분의 수가 상당히 증가하였는데, 특히 재범자에게는 의무적으로 행형법상 사회치료를 받게 한다고 한다. 이는 성범죄에 대한 강력한 대책을 원했던 입법자의 의도가 충실히 반영된 것이라고 한다.

VI. 결 어

아동은 결코 범죄의 대상이 될 수 없다. 아동을 대상으로 하는 범죄는 다른 어떤 범죄보다도 국가와 사회가 능동적으로 대처하여야 하며 완전히 근절시키기는 도저히 불가능할 것이지만 최소화하려는 노력은 지속되어야 한다. 이러한 점에서 앞서 언급하지는 않았으나 범죄의 사전적 예방 철저화, 범죄 발생에 대한 효율적 대처, 수사 및 재판 과정에서의 각종 피해 보호 조치의 강구, 제2차적 피해의 방지, 사회적 경각심의 지속적인 고취 등 행정적, 사법적 관점에서의 대책은 매우 유용하다. 취약계층으로서의 아동에 대한 보호의 요구 또한 이론의 여지가 없다. 현행 법제도는 아동을 대상으로 하는 강력범죄에 대하여 철저하고 가혹하리만치 엄하게 처벌하는 형사입법을 통하여 아동의 권익을 보호하고자 한다. 그러나 중형주의를 채택하는 체제 아래서 범죄가 감소한다는 근거도 없거니와 실제로 우리는 경험적으로 그러한 사실을 목격한다. 그 때마다 또 다른 입법과 사법적 대응이 반복되고 있고 사회는 도리어 면역력이 커지고 있는 실정이다. 국가는 원래 범죄 피해가 발생한 경우 가해자에 대한 처벌과 피해자에 대한 원상회복을 도모할 의무를 가진다. 그런데 아동이 피해자가 되는 강력범죄의 경우 원상회복 자체가 쉽지 않고 그것이 무의미하다는데 문제가 있다. 그리하여 결국 사회안전망 확보와 감시체제를 총동원하여 범죄에 대한 적대적 투쟁을 할 수 밖에는 없다. 전자감시제도의 하나로서의 이른 바 전자발찌 제도의 시행과 정신성적 장애자에 대한 치료감호제의 실시는 이 점에서 당연히 필요한 것이다. 국민의 법감정과도 무관하지 않다. 어쩌면 향후에는 이외에도 이른 바 화학적 거세제도 도입, 최소 종신형 선고 등의 논의가 불거질지 모른다. 문제는 이러한 새로운 제도에 대한 국민의 이해와 공감 형성이 필수적이고 그 다음에 제도가 시행되어야 한다는 점이다. 실시 후 보완은 설부른 선택이다. 법 이론적 관점에서의 문제점을 고려하여 그 실시와 집행에 신중성이 요구된다. 또한 우리 사회의 제반 문제에 대한 형사법적 대처의 필요가 존재한다 하더라도 그 방식이나 국가의 개입 정도를 선택함에 있어서는 규범적 기준이 고려되어야 한다. 형사정책의 궁극적 목표는 인간에 두어야 하고 실질적 정의가 확보되어야 한다. 이러한 관점에서 없어야 하겠지만 혹 발생할 피해아동에 대한 보호는 그 범죄자를 처단함으로써 확보되는 것이라기보다 오히려 그로 하여금 진정한 속죄를 하게하고 이로써 그가 재사회화 과정을 충실하게 밟도록 하는 것이라는 점이다.

참고문헌

- 김래영, 미국에서의 성범죄자 신상공개제도의 위헌성 논의, 변호사 제32집(2002).
- 김성언, 성폭력의 실태와 원인에 관한 연구(Ⅱ), 한국형사정책연구원, 1998.
- 문정민, 성범죄자 전자감시제도에 대한 고찰, 법학연구 제29집(2008).
- 박상기, 『형법각론』, 박영사, 2008.
- 배종대, 『형사정책』, 홍문사, 2005.
- 송문호, 성범죄인과 사회치료, 인권과 정의 제383호(2008. 7.)
- 심희기, 청소년 성매수자에 대한 신상공개 위헌성(판례평석), 법률신문, 2003. 11. 10.자.
- 오욱환, 형사절차에서 아동 피해자의 권리보호와 변호사의 역할, 인권과 정의 제359호(2006. 7.)
- 이윤호, 『피해자학 연구』, 집문당, 2007.
- 최병각, 형사절차에서 아동의 지위와 권익보호, 『형사절차와 취약계층』, 도서출판 사람 생각, 2003.
- 최정학, 전자감시제도의 도입에 관한 연구, 한국형사정책학회 19권 2호(2007)
- 하태영, 『형사철학과 형사정책』, 법문사, 2007.
- 한국형사정책연구원, 성폭력범죄의 형사절차상 피해자보호, 1999(연구보고서 99-02).
- _____, 전자감시제도의 도입 및 운영을 위한 예비연구, 2000(연구보고서 00-22).

[Abstract]

Criminal Political Problems in Violate crime on the Children

Kim, Hyeon-soo

Professor, Faculty of Law, Cheju National Univ.

Nowadays the violate crimes, sexual assault, kidnapping, etc. object to children under 13 ages are increased and brutalized. For set up measures this crimes, recently, several code of criminal legislation has been revised. They included severe punishment, observation, isolation and treatment to the offenders. But they are not sufficient to reduce the violate crimes to children and have not prudent.

Even if, it is necessary for severe punishments to the offenders, for having effect aims, we must have flexibility utilities to enforcement. And it is useful to prevent second conviction, much concern is being voiced about human rights violation on electronic monitoring systems. Therefore, we should analyze strictly it's requirement and proceedings. Also, cure custody, which is isolate and cure for mentally disordered offender is accessed prudently.

Most of all, the majority of people's understand and sympathy is essential in the systems. Conclusionally, for the protection of damaged children from the violate crimes, it is better to express true apology about to victims and return to society than to punish violator.

Key Words : Protect children, Sexual assault, Electronic monitoring systems. Cure costody, Severe punishment theory.