성범죄자에 대한 형법 규정 소급적용의 위헌 여부[1]

1. 사건개요

캐나다 권리자유헌장(캐나다 헌법의 일부, 이하 “헌장”) 제11조 제i호[2]는 “범죄로 기소된 사람은 누구나 그 범죄로 유죄 판결을 받았고 범행 시점과 판결 선고 시점 사이에 해당 범죄에 대한 처벌이 달라진 경우에 더 약한 처벌을 받을 권리가 있다.”고 규정하고 있다.

형법 제161조[3] 제1항은 16세 미만의 사람을 성폭행한 범죄자의 경우, 그들이 사회로 풀려날 때, 형을 선고하는 법관에게 법관이 적절하다고 생각하는 조건이나 면제를 조건으로 그들이 다양한 일상 활동에 참여하는 것을 금지할 재량을 부여하고 있다. 2012년, 국회는 형법 제161조 제1항의 범위를 확장하여 법원이 적절하다고 여기는 사람의 감독이 없는 한 성범죄자들이 16세 미만의 사람과 어떤 접촉도 할 수 없도록 하거나(제161조 제1항 제c호), 법원이 정한 조건에 부합하지 않는 한 인터넷이나 기타 디지털 네트워크를 사용할 수 없도록 하는 권한을 법관에게 부여하였다(제161조 제1항 제d호). 개정 전의 제c호[4]는 16세 미만의 사람과 의사소통할 목적으로 컴퓨터 시스

---

1) R. v. K.R.J., 2016 SCC 31 (2016. 7. 21. 결정).

2) 캐나다 권리자유헌장 제11조 (형사 및 처벌 문제의 절차)
범죄로 기소된 사람은 누구나 다음의 권리가 있다.
.....
(i) 그 범죄로 유죄 판결을 받았고 범행 시점과 판결 선고 시점 사이에 해당 범죄에 대한 처벌이 달라진 경우, 더 약한 처벌을 받을 권리.

3) 캐나다 형법 제161조 (금지의 명령)
(1) 범죄자가 16세 미만의 사람에 대한 제1.1항에 규정된 범죄에 대하여 유죄선고를 받거나, 제730조에 따른 보호관찰 명령에 규정된 조건하에 방면될 때, 범죄자에게 유죄선고를 내리거나 피의자에게 방면을 명하는 법원은, 경우에 따라 그 범죄에 부과되는 모든 다른 처벌이나 방면의 명령에 규정된 조건에 더하여, 법원이 지시하는 조건이나 면제의 적용을 받아, 범죄자에 대하여 아래의 사항을 금지하는 명령을 내릴 것을 고려해야 하고 내릴 수 있다.
(a) 16세 미만의 사람이 있거나 있을 것이 합리적으로 예상되는 공공 공원이나 공공 수영 지역에 다니거나, 데이케어 센터(어린이집), 학교 운동장, 놀이터, 또는 시민회관에 다니는 것;
(b) 16세 미만의 사람에 대한 신뢰와 권한이 있는 위치에 있는 것이 포함되는 모든 직장을, 유급이든 아니든, 구하거나, 얻거나, 유지하는 것, 또는 16세 미만의 사람에 대한 신뢰와 권한이 있는 위치에 있는 것이 포함되는 자격에서 자원봉사자가 되거나 자원봉사자인 것;
(c) 법원이 적절하다고 여기는 사람의 감독 아래가 아닌 한, 16세 미만의 사람과의 – 어떠한 수단에 의한 의사소통이든 모두 포함한 – 모든 접촉; (2012년 개정)
(d) 법원이 정한 조건에 부합하지 않는 한, 인터넷이나 기타 디지털 네트워크의 사용; (2012년 신설)
(1.1) ...(이하 생략)...

템을 사용하는 것을 금지할 수 있다고 규정하고 있을 뿐이었고, 제d호는 2012년 개정에 신설된 규정이다.

이 개정을 함에 있어 국회는 이 조항이 소급효를 갖는 것으로 의도하였다. 즉 개정된 형법 조항이 발효되기 전에 성범죄를 저지른 사람이라 할지라도 개정된 형법 조항을 소급 적용하여 확장된 금지조치를 부과할 재량을 법관에게 주고자 하였던 것이다.

2013년 3월, 피고인들은 근친상간을 하고[5] 아동 포르노를 제작한 것에 대해 유죄를 인정하였다. 이 범죄들은 2008~2011년 사이에 발생한 것이었다. 이들은 유죄선고를 받았고 피해자의 나이가 16세 미만이었기 때문에 판사는 형법 제161조 제1항에 따른 금지조치를 부과할 것인지 여부를 고려해야 했다. 문제는 과연 2012년에 개정된 조항이 피고인들에게도 소급하여 적용될 수 있는가이다.

제1심 법원의 판사는 새로운 제161조 제1항 제c호(접촉 금지) 및 제d호(인터넷 금지)가 헌장 제11조 제i호의 의미 내에서의 '처벌(punishment)'에 해당되어 소급 적용될 수 없는 조항이라고 판단하였다. 제1심 법원은 피고인들의 범행 당시에 존재하였던 제161조 제1항 규정의 한도 내에서만 금지명령을 내렸다. 그러나 항소심에서 항소법원은 2012년의 형법 개정이 범죄자를 처벌하기 위해서라기보다는 공공의 보호를 위해서 입법된 것이므로 동 개정조항이 헌장 제11조 제i호의 의미 내에서의 처벌에 해당되지 않는다고 판결하였다. 그리고 피고인들에게 개정된 제161조 제1항 제c호 및 제d호를 소급적으로 적용하였다.

이에 대하여 피의자는 연방대법원에 상고하였고 연방대법원은 아래와 같이 일부인용, 일부기각 판결(제c호의 소급적용은 위헌, 제d호의 소급적용은 합헌)을 하였다.

---

4) 2012년 개정 전의 캐나다 형법 제161조
(1) ...아래의 사항을 금지하는 명령을 내릴 것을 고려해야 하고 내릴 수 있다.
...(중간 생략)...
(c) 16세 미만의 사람과 의사소통할 목적으로 제342.1조 제2항의 의미 내에서의 컴퓨터 시스템을 이용하는 것.
5) 캐나다에서는 근친상간 자체만으로 형사처벌이 가능하다.

2. 판결요지

대법관 Karakatsani의 법정의견(7인 의견)[6]

상고는 일부 인용된다. 형법 제161조 제1항의 개정규정(제c호 및 제d호)은 처벌에 해당하며, 그 소급효는 헌장 제11조 제i호의 권리를 제한하게 된다. 그런데 헌장 제1조[7]에 따르면, 제c호(접촉 금지)의 소급적용은 헌장 제11조 제i호 권리에 대한 합리적인 제한이 아닌 반면, 제d호(인터넷 금지)의 소급적용은 합리적인 제한이라고 할 수 있다. 따라서 상고인의 청구 중 형법 제161조 제1항 제c호(접촉 금지)에 대한 청구는 인용되며, 제d호(인터넷 금지)에 대한 청구는 기각한다.

이 사건은 다음의 두 가지 문제를 제기한다. 첫째, 형법 제161조 제1항 제c호 및 제d호의 소급 적용은 헌장 제11조 제i호를 제한하는가? 둘째, 만일 그렇다면 그 제한은 헌장 제1조에 따라 자유롭고 민주적인 사회에서 명백히 정당화될 수 있는 법에 규정된 합리적인 제한인가?

(1) 형법 제161조 제1항 제c호 및 제d호의 소급 적용이 헌장 제11조 제i호를 제한하는지 여부

헌장 제11조 제i호는 '형법 규정들은 일반적으로 소급하여 적용되어서는 안 된다'는 기본적 개념을 헌법적으로 명시하고 있는 규정이다. 헌법이 형법의 소급효를 꺼리는 것은 형사소송의 공정성을 보호하고 법치주의를 보호하기 위한 목적에서 비롯된다. 형사상의 처벌과 관련된 규정들은 명백하고 확실해야 한다.

---

6) McLachlin 대법원장과 Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté 대법관의 의견.

7) 캐나다 권리자유헌장 제1조 (캐나다의 권리와 자유)
캐나다의 권리자유헌장은 오로지 자유롭고 민주적인 사회에서 명백하게 정당화될 수 있는 한도로서 법에 의해 규정된 적정한 제한에 따라 그에 기술된 권리와 자유를 보장한다.

헌장 제11조 제i호가 적용되기 위해서는 새로운 금지조치가 '처벌'에 이르러야 한다. R. v. Rodgers, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554 판결에서 우리 대법원은 헌장 제11조 제i호상의 처벌에 이르는지를 판단하기 위한 2부분 심사(two-part test)를 발전시켰다. 이에 따르면 새로운 조치가 처벌에 해당되기 위해서는 이러한 조치가 ① 피고인이 특정 범죄에 대해 받을 수 있는 제재의 일부를 이루는 유죄판결의 결과여야 하고, ② 선고의 목적과 원칙을 증진하기 위해 부과되어야 한다.

그런데 ②의 기준은 두 가지 애매함을 야기한다. 첫째, (선고의 목적과 원칙을 증진하기 보다는) 공공을 보호하기 위한 목적의 법률은 반드시 Rodgers 심사를 통과하지 못하여 처벌에 해당될 수 없는가 하는 문제와 둘째, 제재가 범죄자에게 미칠 수 있는 영향이 이 분석에서 어떤 역할을 하는가 하는 문제이다.

이에 관하여 첫째, 비록 공공을 보호하기 위해 부과된 조치가 모두 처벌에 해당되는 것은 아니지만, 공공의 보호는 선고의 목적과 원칙의 핵심이기 때문에 처벌인지 여부를 정의하기에는 불충분한 판단기준이다. 따라서 공공의 안전을 증진하기 위한 제재는 헌장 제11조 제i호가 제공하는 피고인의 보호에 대한 폭넓은 예외가 될 수 없으며 처벌에 해당할 수 있다. 둘째, 헌장 제11조 제i호상의 처벌을 판단하기 위해서는 제재조치가 범죄자에게 미칠 수 있는 영향에 대한 보다 명확하고 유의미한 고려를 담아야 한다. 그렇게 함으로써 처벌에 대한 공정성과 예측가능성을 높이고 우리 대법원의 법리에도 부합할 수 있을 것이다.

따라서 헌장 제11조 제i호상의 처벌을 판단하는 것은 다음과 같이 고쳐 말해야 한다. 즉, 만일 그 조치가 ① 피고인이 특정 범죄에 대해 받을 수 있는 제재의 일부를 이루는 유죄판결의 결과이고(and), ② 선고의 목적과 원칙을 증진하기 위해 부과되는 것이거나(or), ③ 범죄자의 자유나 안전의 이익에 중대한 영향을 미친다면, 그 조치는 처벌에 해당한다. 이 심사의 세 번째 요소를 충족하기 위해서는 선고의 결과가, 다른 경우에는 적법인 행위에 참여

할 개인의 능력을 중대하게 제약하거나, 공공의 다른 구성원에게는 부과되지 않은 중대한 부담을 부과해야 한다.

이 재구성된 심사를 적용하면, 2012년의 형법 제161조 제1항의 개정조항은 처벌에 해당한다. 이 개정조항에 나타난 금지조치는 유죄판결의 결과이며, 선고의 목적과 원칙을 증진하기 위해 부과되고, 범죄자의 자유와 안전에 중대한 영향을 미치기 때문이다. 분명히 2012년의 개정은 이전의 금지조치보다 더 큰 처벌을 이루고 있다. 따라서 이러한 규정의 소급적용은 제161조의 구 조항에서 규정하고 있는 더 약한 처벌의 적용을 받을 피고인의 이익을 박탈하므로 헌장 제11조 제i호의 권리를 제한한다.

(2) 헌장 제11조 제i호에 대한 제한이 헌장 제1조에 따라 정당화 되는지 여부

1) 2012년 개정조항이 충분히 중요한 목적을 갖는지 여부

헌법상의 권리를 제한하는 법률이 헌장 제1조에 의해서 정당화되기 위해서는 자유롭고 민주적인 사회의 가치에 부합하는 충분히 중요한 목적을 위한 것이어야 한다. 입법연혁, 사법적 해석, 형법 제161조의 의도는 모두 동 조항의 중요한 목적이 상습범에 의해 자행되는 성범죄로부터 아동들을 보호하는 것이라는 점을 확인해준다. 그리고 2012년 개정의 소급적용의 목적은 개정조항의 시행 전에 범행을 저질렀지만 그 시행 후에 선고를 받은 피고인과 같은 범죄자들로부터 아동들을 더 잘 보호하려는 것이다. 이 목적은 추가적인 검토를 정당화하기에 충분히 중요하다고 할 것이다.

2) 채택된 수단이 법률의 목적에 비례적인지 여부

R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103 판결에 따르면 만일 ① 채택된 수단과 목적 사이에 합리적인 관련이 있고, ② 권리를 덜 제한하면서 동일한 목적을 얻을 수 있는 대안적인 수단이 없는 최소한의 침해이고, ③ 법률의 해로운

영향과 유익한 영향 사이에 비례성이 있다면, 그 법률은 비례적인 것이다 (Oakes 심사).

① 합리적 관련성

아동들과 직접 또는 온라인을 통해 접촉하고 온라인 아동 포르노그래피에 관여함으로써 아동들에게 지속적인 위험을 주는 범죄자들을 제한하는 재량적 권한을 법관에게 소급적으로 주는 것과 아동들을 보호하려는 이러한 목적은 분명히 합리적인 연관이 있다.

② 침해의 최소성

국회가 형법 제161조 제1항 제c호와 제d호에 소급효를 주기로 하는 선택을 합리적으로 진행하였음을 규명하는데 근거와 논리는 충분하다. 더 나아가, 제161조의 재량적이고 재단된(tailored) 본질과, 개정조항이 순수하게 장래효만 갖는다는 것은 국회의 완전한 목적을 양보하는 일이 되었을 것이라는 사실을 고려하건대, 제161조 제1항 제c호와 제d호의 소급적용은 헌장 제11조 제i호를 가능한 한 손상시키지 않는다고 하겠다.

③ 결과의 비례성

마지막으로 법률의 해로운 결과와 유익한 결과를 평가해야 한다. 이 비례성 검토의 마지막 단계는 중요하다. 왜냐하면 법원이 법률의 목적을 초월하여 판단할 수 있고, 직접적이고 명백한 용어로 캐나다의 자유롭고 민주적인 사회에 미치는 법률의 영향을 강력하게 심사할 수 있는 것은 이 단계에서만 가능하기 때문이다. 비록 이 심사가 어려운 가치판단을 수반하더라도, 이러한 판단을 명확하게 하는 것이 최종 결정의 투명성과 명료성을 증진시킬 수 있기 때문에 더 바람직하다. 비록 최소침해성 심사가 캐나다에서의 헌장 제1조 담론의 가장 중요한 요소가 되었지만, 이 마지막 단계는 법원으로 하여금 헌장 제1조의 핵심에서 비례성 심사의 진수에 대해 고심하도록 한다.

• 제161조 제1항 제c호(접촉 금지)에 대한 검토

제161조 제1항 제c호(접촉 금지)의 소급적용에 따른 해로운 결과는 상당히 크다. 개정된 제c호는 공공 또는 사적인 장소에서 16세 미만인 사람과의 모

든 접촉 - 어떠한 수단에 의한 의사소통이든지 간에 - 을 금지한다. 제c호의 소급적용은 피고인과 같은 사람들에게 그들이 통지받지 못했던 처벌을 가함으로써 형사소송에서의 공정성을 약화시키고 법치주의를 양보하게 한다. 불행하게도 아동 성범죄는 수세기 동안 끈질기게 계속되어 왔다. 제161조 제1항 제d호(인터넷 금지)에서 포착되는 아동, 청소년과의 접촉을 위한 기술의 사용 부분은 우선 제쳐두고, 왜 굳이 2012년에 추가적인 보호가 필요하게 되었는가? 당국은 소급적용에 대한 시간상의 정당화 이유도 제공하지 못하였다. 그렇지만 근본적으로 헌장 제11조 제i호는 형법의 변화의 타이밍에 관한 것이다. 그리고 당국은 제161조 제1항 제c호의 규정이 개정 전과 비교할 때 그 보호가 어느 정도 강화된 것인지 밝혀내지 못하였다. 사회가 얻을 이익은 미미하고 사변적인 것일 뿐이다.

그러므로 제161조 제1항 제c호(접촉 금지)의 소급적용은 헌장 제1조에 의해 정당화될 수 없다. 결과적으로 제161조 제1항 제c호는 오직 장래효만 가진다. 즉, 2012년 개정이 시행된 이후에 범죄를 저지른 범죄자에게만 적용된다.

- **제161조 제1항 제d호(인터넷 금지)에 대한 검토**

제161조 제1항 제d호(인터넷 금지)의 소급적용에서 비롯되는 해로운 결과도 역시 크다. 인터넷 또는 기타 디지털 네트워크의 사용에 대한 전면적인 금지는 16세 미만의 사람들과 의사소통할 목적으로 컴퓨터 시스템을 사용하는 것을 금지하였던 이전의 금지보다 더욱 강압적이다. 제c호(접촉 금지)의 소급적용과 마찬가지로 통지받지 못한 처벌의 부과는 형사소송의 공정성의 양보와 법치주의에의 도전을 포함한 한층 광범위한 사회적 위해로 이어진다. 그러나 제d호(인터넷 금지)는 급격히 발전하는 사회적, 기술적 맥락에서 촉발된 심각한 새로운 위험에 대처하기 위한 것이다. 이 발전하는 사회적, 기술적 맥락은 아동들이 직면한 성범죄에 대한 위험의 정도와 본질을 모두 바꾸어버렸다. 결과적으로 이전의 규정을 반복하는 것으로는 아동들이 직면한 현대적 위험에 대응하기에는 불충분하게 되었다. 제d호를 소급적용함으로써

이러한 입법적 공백을 메꾸고 새로운 위험을 경감시키게 되므로 제d호의 소급적용의 이익은 크고 상당히 실체적이다. 이전의 금지조치는 발전하는 위험을 다루기에는 불충분하였다.

이러한 모든 것을 감안할 때, 제161조 제1항 제d호(인터넷 금지)가 입법된 독특한 맥락 안에서, 국회가 이 규정에 소급효를 인정하는 것은 정당화 된다고 할 것이다. 문제가 된 위험은 특별히 심대하다. 법적 체제(statutory regime)는 매우 재단되고 재량적이다. 인터넷의 금지는 침해적이기는 하지만 감금의 연장처럼 가장 무거운 처벌 중 하나는 아니다. 법의 혜택이 그 해로운 영향보다 더 크다고 할 것이다.

(3) 결론

요컨대, 2012년 형법 제161조 제1항 제c호 및 제d호의 개정규정은 그 금지조치의 목적과 영향에 기초하건대 처벌에 해당하며, 따라서 이러한 금지조치의 소급적인 부과는 헌장 제11조 제i호상의 권리에 대한 제한이 된다. 그리고 형법 제161조 제1항 제c호 접촉 금지 조항의 소급적용은 헌장 제11조상의 권리에 대한 합리적인 제한이 아닌 반면, 제161조 제1항 제d호 인터넷 금지 조항의 소급적용은 합리적인 제한이라고 판단된다.

이에 상고인의 청구 중 형법 제161조 제1항 제c호(접촉 금지)에 대한 청구는 위헌으로 판단하여 인용하며, 제d호(인터넷 금지)에 대한 청구는 합헌으로 판단하여 기각한다.

대법관 Abella의 일부반대의견(단독의견)

나는 형법 제161조 제1항 제c호 및 제d호가 헌장 제11조 제i호를 위반하였으며 제c호(접촉 금지)가 헌장 제1조에 의해 정당화될 수 없다는 점에 대해서는 법정의견에 동의한다. 그러나 나는 제d호(인터넷 금지)가 정당화된다

는 입장에 대해서는 동의하지 않는다.

형법 제161조 제1항 제d호(인터넷 금지)의 헌장 위반은 정당화될 수 없다. 헌장 제11조 제i호의 문언은 명백하다. 헌장의 제정자들이 사용한 제11조 제i호의 절대적인 법문은 가장 엄중한 정당화 이유를 요구함으로써 제1조의 분석에 영향을 끼쳐야 한다.

당국은 가장 높은 수준의 입증책임의 부담, 즉 구 조항이 너무나 중대하게 정부의 목적을 약화시켜서 더 강한 처벌을 소급적용 하는 것이 정당화된다는 강력한 증거를 통해 입증할 부담을 진다. 이 사건에서 당국의 증거는 문제된 조항의 소급적용을 정당화하기에는 불충분하다. 당국은 강력한 증거를 제공하기는커녕 오히려 제161조 제1항 제d호(인터넷 금지)의 맥락에서 아무런 증거도 제공하지 않았다. 만일 헌장 제11조 제i호의 위반을 정당화하는데 필요한 것이, 기술의 발전에 근거하였든 다른 이유에 근거하였든, 오직 재범률 감소의 가능성을 제시하는 것이라면, 국가는 보다 엄중한 처벌의 소급적용을 너무나 일상적으로 정당화 할 수 있게 되어서 제11조 제i호는 헌장에서 의미가 없게 될 것이다. 이 사건에서 제161조 제1항 제d호(인터넷 금지)의 소급적용이 어떻게 재범률을 기존 규정의 적용시보다 감소시킬 것으로 기대되는지에 대해서는 그 증거가 없다. 결과적으로 형법 제161조 제1항 제c호 및 제d호는 모두 헌장 제11조 제i호를 위반하였으며, 헌장 제1조에 의해 정당화 될 수도 없다.

대법관 Brown의 일부반대의견(단독의견)

(1) 서론

나는 법관이 형법 제161조 제1항 제c호 및 제d호에 의해 부과할 수 있는 조치들은 헌장 제11조 제i호의 의미 내에서의 처벌에 해당하고 그 소급적용은 제11조 제i호의 위반이 된다는 점에 대해서는 법정의견과 의견을 같이 한

다. 또한 당국이 제161조 제1항 제d호(인터넷 금지)에 관하여 헌장 제11조 제i호의 위반을 정당화하는 부담을 충족했다는 점에 대해서도 동의한다. 그러나 나는 당국이 제161조 제1항 제c호(접촉 금지)의 측면에서도 그 부담을 충족하였다고 생각한다. 그러므로 두 규정 모두 그 소급적용은 헌장 제1조에 의해 정당화되어야 한다.

(2) 검토

헌장 제11조 제i호가 규율하는 해로움은 처벌 그 자체가 아니라 오히려 그 처벌이 부과되는 방식(수단)이다. 제11조 제i호에 의한 보호가 이처럼 방식(수단)에 기반한(means-based) 특성을 갖는 것은 헌장 제1조에 적용되는 분석에 영향을 미친다. 왜냐하면 Oakes 분석법은 입법 목적과 그 목적의 추구로 인한 헌장 위반의 결과 사이의 비례성을 고려하기 때문이다. Oakes 심사는 기계적인 심사로 다루어져서는 안 된다. 법정의견이 Oakes 심사를 엄격하고 맥락 없이 적용한 것은 국회가 추구하였던 더 넓은 맥락과 전반적인 목표를 망각하게 한다. 법정의견은 국회에게 까다로운 입증 기준을 지키도록 함으로써, 국회가 만성적인 사회 문제를 다룰 때 입법적인 정책개발의 역할을 수행하는데 필요한 여지를 주지 않았다. 그리고 법정의견은 기대되는 혜택의 직접 증거들을 고집하고 있는데 이는 유해성의 만성적 특징을 고려할 때 획득하기 불가능해 보인다.

1) 목적

나는 법정의견이 개정 형법의 입법목적을 '성범죄자에 대한 노출의 위험으로부터 제161조가 제공하는 어린이 보호를 강화하는 것'이라고 정의한 것에 동의한다. 개정조항의 소급적용은 그러한 보호적 목적과 합리적으로 연관되어 있다. 왜냐하면 범죄자가 다시 아동 성범죄를 저지를 위험은 범죄가 개정조항 시행 전에 일어났는지 후에 일어났는지에 의해 영향을 받지 않기 때

문이다. 그리고 어린이들에 대한 제161조의 보호 강화라는 국회의 목적을 고려하건대, 개정규정이 시행되기 전에 범죄를 저질렀고 다시 범죄를 저지를 위험이 있는 범죄자에 관해서는 제161조의 보호를 실현하기 위해 허용된 덜 침해적인 대안적 수단은 없다고 할 것이다.

2) 결과의 형량

① 입증의 부담

비례성 분석의 마지막 단계는 법률이 주는 실제적인 영향 및 혜택과 관련이 있지만 결국 형량되는 것은 '헌장상 보호되는 권리에 대한 손상 vs. 추구되는 공공의 이익'이라는 훨씬 더 추상적이고 철학적인 것이다. 너무 엄격한 입증 부담을 고집하는 것은 신중하게 피해야 할 일이다. 그러나 법정의견은 바로 그렇게 하였다. 국회가 정책을 개발한 복잡한 사회적 맥락을 고려하건대, 그 수단을 통해 얻게 되는 혜택에 대하여 국가가 믿을만하고 직접적인 증거를 제공하는 것은, 불가능한 것이 아니라면, 때론 어려운 일일 것이다.

② 제161조 제1항 제c호(접촉 금지)의 유익한 결과와 해로운 결과

법정의견은 제161조 제1항 제c호(접촉 금지)의 소급적용이 가져오는 유익한 결과는 축소하면서도 해로운 결과는 과장하는 오류를 범하였다. 제c호는 아동들과의 감독받지 않는 접촉만을 금지할 뿐이고 판사가 적절하다고 여기는 다른 면제들의 적용도 받는다. 제c호는 법관에게, 범죄자의 위험을 경감시키는데 필요한 것 이상으로 범죄자의 자유를 제약하지 않도록 보장하는 수단을 주고 있다.

'접촉'의 의미와 관련하여, 법정의견은 너무 광범위한 해석에 의존하고 있다. 단순히 아동들이 존재하는 공공장소에 돌아다니는 것이 이 규정상의 '접촉'에 해당한다는 법정의견은 접촉 제한의 범위에 대한 억지 해석의 전형이다. 이것은 행동에 대한 형법상의 금지는 엄격하게 해석되어야 한다는 확립된 원칙과도 맞지 않는다.

더 나아가 법정의견이 제161조 제1항 제c호(접촉 금지)의 소급적용이 법치

주의에 갖는 해로운 영향을 평가함에 있어, 그 소급적용에 대한 시간상의 정당화 이유를 고집하는 것은 적절하지 못하다. 법정의견은 사실상 소급적으로 가중된 처벌을 입법하는 국회의 목적이 진정으로 긴급하고 본질적인 것인가를 질문하고 있다. 법률에 대한 모든 소급적 변화는 국회의 입법 이유에 상관없이 법치주의를 손상시키기 때문에, 소급적인 처벌이 법치주의에 미치는 해로운 영향을 평가할 때 시간상의 고려는 상관이 없다.

유익한 결과와 관련하여, 피고인과 같은 범죄자들에게 노출된 어린이들의 위험은 이전의 형법 제161조 제1항으로는 경감될 수 없다. 증거에 따르면 대다수의 아동 성범죄는 가족구성원이나 지인들에 의해 범해졌다. 이전의 제161조 제1항은 범죄자들이 아이들과 사적으로 교류할 능력을 제한하는 데는 이용될 수 없었다. 바로 그러한 상황이 범죄자들이 아동에 대한 성범죄를 다시 저지를 가장 큰 위험이 있는 상황임에도 말이다. 형법 제161조 제1항 제c호의 소급적용이 가져오는 유익한 결과는 명백해 보인다.

③ 일관성 없는 제c호와 제d호의 처리

법정의견이 제161조 제1항 제d호(인터넷 금지)의 소급적용에 의해 헌장 제11조 제i호의 권리에 가해지는 제한은 정당화된다고 결론내림에 있어 뒷받침된 모든 근거들은 똑같이 제c호(접촉 금지)의 소급적용에도 적용될 수 있다. 제161조 제1항 제c호의 조건 역시, 법관이 필요하다고 여기는 경우에만 적용되고 법관이 허용하기에 적절하다고 보는 면제들이 적용되기 때문에, 매우 재단되어 있고 재량적이다. 만일, 제d호의 소급적용이 헌장 제11조 제i호상의 범죄자의 권리에 대한 비례적이고 정당화되는 제한이라면, 제c호의 소급적용 역시 그러하다.

④ 올바른 형량

헌장 위반적 법률의 유익한 결과와 해로운 결과를 형량하는 것은 객관적인 계산이 아니다. 그 형량은 법원이 비교할 수 없는 것들을 저울질하게 하기 때문이다. 이 사건의 경우, 법원은 성범죄자와 법치주의에 대한 해로운 영향과 아동을 성범죄자들로부터 보호하는 이익을 저울질해야 했다. 그러나

비교할 수 없는 것들을 객관적으로 형량하는 불가능성에도 불구하고, 심사법원은 합리적인 결론에 이르러야 한다. 이 사건에서 추구되는 유익한 결과는 권리를 제한할 만한 가치가 있다. 이 사건에서 다루고자 했던 유해성은 너무나 심각하고 끊임없이 반복되는 것이며, 국회가 형법 영역에 있어 노력할 만한 것이다. 범죄자의 헌장 제11조 제i호의 권리가 과도하게 제한되지 않도록 규정은 충분히 재단되어 있다. 이 사건에서 문제가 된 두 규정 모두 부과되는 처벌의 급격한 증가를 가져오지도 않는다.

모든 것을 감안할 때, 형법 제161조 제1항 제c호 및 제d호의 소급적용이 가져오는 잠재적인 유익한 결과, 즉 범죄를 언제 저질렀는지와는 상관없이 재범의 위험이 있는 모든 성범죄자들로부터 아이들을 더 잘 보호한다는 효과는 공정성과 법치주의에 대한 그다지 중요하지 않은 영향보다 더 크다고 할 것이다.

(3) 결론

내 관점에서 형법 제161조 제1항 제c호의 소급적용은 상고인의 헌장 제11조 제i호상의 권리에 대한 제한이지만 정당화 되는 제한이다. 그러므로 나는 상고를 기각하고 항소법원이 부과한 제161조 제1항의 명령을 확정한다.