

발 간 등 록 번 호

33-9750040-000467-01

법령 및 제도연구

2024-F-1

# 고위험 성범죄자 거주지 제한에 대한 헌법적 검토




Constitutional Research Institute



헌법재판소  
헌법재판연구원





# 고위험 성범죄자 거주지 제한에 대한 헌법적 검토

연구책임자 : 배 소 연 책임연구관(기본권연구팀)



# 목 차

## I. 서론 / 1

- 1. 연구의 배경과 목적 ..... 1
- 2. 연구 대상과 범위 및 연구의 구성 ..... 2
  - 가. 연구 대상과 범위 ..... 2
  - 나. 연구의 구성 ..... 3

## II. 고위험 성범죄자 거주지 제한 또는 지정 제도 개관 / 5

- 1. 성범죄 재범 문제와 예방 수단으로서 거주지 제한 ..... 5
  - 가. 성범죄 재범 문제와 아동·청소년대상 성범죄 현황 및 특징 ..... 5
  - 나. 기존 예방 수단의 한계 ..... 8
  - 다. 새로운 제도로써 거주지 제한 ..... 10
- 2. 고위험 성폭력범죄자의 거주지 지정 등에 관한 법률안 ..... 12
  - 가. 제안 배경 및 경과 ..... 12
  - 나. 주요 내용과 특징 ..... 13
- 3. 거주지 제한 또는 지정 제도의 쟁점 ..... 15
  - 가. 고위험 성범죄자 거주지 제한 제도의 개념 요소 ..... 15
  - 나. 거주지 제한 또는 지정 제도의 법적 성격 ..... 16
  - 다. 거주지 지정 등에 관한 법률안의 의미와 쟁점 ..... 18

## III. 고위험 성범죄자 거주지 제한과 관련된 외국 입법례와 판례 / 20

- 1. 고위험 성범죄자 대상 외국 입법례 ..... 20
  - 가. 미국 각 주별 성범죄자 거주지 제한 제도 ..... 20
    - 1) 성범죄자 신상공개·등록제도의 발전과 거주지 제한 정책의 등장 ..... 20

2) 플로리다주 제시카법 제정과 주별 거주지 제한 관련 법률 .....	21
나. 독일 보호수용제도와 보호관찰 .....	28
1) 독일 보안처분제도와 보호수용제도 .....	28
2) 보호수용제도 집행의 차별화 원칙 .....	30
3) 거주지 제한과 유사한 보호관찰(Führungsaufsicht)상 준수사항 .....	31
다. 프랑스 보안유치제도 .....	32
라. 스위스연방 헌법 .....	34
2. 성범죄자 거주지 제한 법률 및 관련 제도에 대한 외국 판례 .....	35
가. 독일 보호수용제도의 위헌성에 관한 헌법재판의 변화 .....	35
1) 2004년 독일연방헌법재판소 합헌 판결 .....	35
2) 2009년 유럽인권재판소 판결과 2010년 법률 개정 .....	37
3) 2011년 유럽인권재판소의 판결과 독일연방헌법재판소 위헌 판결 .....	38
나. 성범죄자 거주지 제한 주법에 관한 미국 판례 .....	40
1) Doe v. Miller 판결 .....	40
2) <i>In re Taylor</i> 판결 .....	42
3. 외국 입법례와 판례 검토의 시사점 .....	44
가. 고위험 성범죄자 재범 예방 방식의 다양성과 과제 .....	44
나. 독일연방헌법재판소 태도 변화의 의미와 시사점 .....	46
다. 미국 성범죄자 거주지 제한 주법을 둘러싼 위헌 논란과 시사점 .....	47

#### IV. 고위험 성범죄자 거주지 지정 법안의 헌법적 쟁점 검토 / 48

1. 소급입법금지 원칙 위배 여부 .....	48
가. 견해 대립과 문제점 .....	48
나. 성범죄자 거주 제한 제도와 소급효 문제 .....	51
2. 대상자의 기본권 침해 여부 .....	53
가. 거주·이전의 자유 침해 여부 .....	53
나. 인간의 존엄성과 인격권 침해 여부 .....	56

다. 가족생활에 관한 권리 침해 및 신체의 자유 제한 여부 .....	58
3. 위헌 여부 판단 시 고려 요소 .....	59
가. 고위험 성범죄자 대상 범위 설정 문제 .....	59
나. 재사회화 및 사회 복귀 목적 달성을 위한 방법으로서의 적합성 문제 .....	61
다. 재범 위험성의 의미와 판단기준 및 시점 문제 .....	62
1) 현행 재범 위험성 평가 도구 .....	62
2) 재범 위험성의 의미 .....	64
3) 재범 위험성의 판단 기준과 시점의 개별·구체성 확보 .....	65
라. 비례성 원칙 준수와 기존 보안처분과의 중복 최소화 .....	67
마. 제도의 부작용 예방 과제 .....	71

## V. 결론 / 73

■ 참고문헌 .....	76
--------------	----





## 초 록

최근 강력 성범죄자의 거주지를 둘러싼 사회적 갈등이 심화됨에 따라, 고위험군에 속하는 성범죄자의 거주지를 제한하는 것을 내용으로 하는 입법 추진 활동이 본격화되었다. 그 결과 지난 2024년 1월, ‘고위험 성폭력범죄자에 대한 거주지 지정 등에 관한 법률안’이 마련되었으나 국회 임기 만료와 함께 최종 폐기된 바 있다. 동법안은 비록 폐기되었지만, 성범죄자의 거주지를 규제할 것을 요구하는 여론이 이어지는 점을 고려하면 향후 유사한 내용의 입법 시도가 반복될 수 있다. 따라서 특정 범죄자의 거주지를 지정하는 등 출소한 범죄자의 거주지에 대한 제한 제도가 도입되기 전에 이와 관련된 헌법적 쟁점을 검토하는 작업은 의미 있다.

우선 국가가 출소한 범죄자를 대상으로 재범 예방 등의 목적을 달성하기 위하여 거주지 지정 등 추가적 제한 조치를 부과하는 것은 보안처분의 일종으로 볼 수 있다. 그런데 국가가 시설을 지정하여 출소한 성범죄자의 거주를 강제할 경우, 대상자의 거주 이전의 자유, 인간의 존엄성 및 인격권, 가족생활에 관한 권리가 침해될 여지가 있다. 나아가 법률을 통해 그 적용 대상을 이미 출소한 성범죄자에게까지 확대하여 규정할 경우 소급입법 금지 원칙 위배도 문제될 수 있고, 거주 지정 방식과 지정된 거주지를 운영하는 구체적 방식에 따라서는 대상자의 신체의 자유 또한 침해할 가능성이 있다.

동제도의 신설을 위한 논의 단계에서는 무엇보다 고위험 성범죄자의 재범 방지와 거주지 제한 규제 간의 유의미한 상관관계, 즉 제도의 효과성을 검증하는 작업이 필요하다. 그리고 제도를 합헌적으로 설계·운영하기 위하여 고위험 성범죄자의 범위를 합리적으로 설정하고, 이들의 재범위험성을 평가하기 위한 도구인 판단 기준 및 시점의 객관성과 타당성을 확보하는 과제 또한 중요하다. 아울러 이 과정에서 거주지 제한 제도가 대상자의 재사회화나 사회복귀를 원천적으로 차단하지 않도록 유의할 필요가 있다.

**주제어:** 고위험 성폭력범죄자, 거주지 제한, 지정거주시설, 거주 이전의 자유, 제시카법 (Jessica Lunsford Act)



# I. 서론

## 1. 연구의 배경과 목적

최근 강력 성범죄자가 잇따라 출소하면서 이들의 거주지를 둘러싼 사회적 갈등이 본격화되었다.<sup>1)</sup> 피해자와 잠재적 피해자를 더욱 강하게 보호할 필요가 있다는 여론이 형성됨에 따라, 2023년 10월 26일 법무부는 ‘고위험 성폭력범죄자의 거주지 제한 등에 관한 법률’ 제정안과 「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률」 개정안을 입법예고하였다. 이후 일부 내용 수정과 법률안 명칭 변경을 거쳐 2024년 1월 2일 ‘고위험 성폭력범죄자에 대한 거주지 지정 등에 관한 법률안’과 「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률」 일부개정 법률안이 국무회의를 통과하여 국회에 제출되었으나, 5월 말 제21대 국회 임기 만료와 함께 폐기되었다.<sup>2)</sup>

그러나 출소한 성범죄자에 대한 강경책을 마련할 것을 요구하는 국민적 공감대가 형성된 이상, 앞으로도 법안과 유사한 내용을 담은 입법시도가 반복될 가능성이 있다. 출소자를 대상으로 하는 재범 예방의 필요성에 대한 인식 및 공감대와는 별개로 어떤 방법을 사용할 것인가의 문제는 간단하지 않다. 헌법은 모든 국민의 기본권을 보장하고 있기 때문에, 거주지 제한 제도의 신설은 형기를 마친 범죄자에 대한 이중처벌금지 원칙 위반이나 거주·이전의 자유 침해 등 기본권 침해 논란에서 벗어나기 어렵다.

- 
- 1) 아동 성폭행범 조두순이 12년의 복역을 마치고 2020년 12월 출소 후 안산으로 돌아오자 시민들의 불안이 확산되며 시위와 갈등이 잇따랐다. 경기도 안산시 단원구 선부2동의 한 다세대 주택으로 이사하려던 조두순은 인근 주민들의 강한 반발에 부딪혀 결국 이주 계획을 포기하였다. 인근 주민들은 다가구주택의 계단 입구를 쇠창살로 막고 계약 해지를 강력히 요구하고, 화물차를 동원해 주택입구를 막는 등 적극적으로 거주를 반대하였다. 이 외에도 인근 원곡동과 고잔동에서도 계약을 체결하였다가 신원이 알려지며 계약이 번번히 파기된 것으로 확인되었다. 또, 2022년 10월말 15년 형기를 마치고 출소한 수원 연쇄성폭행범 박병화도 출소 이후 인근 주민들과 갈등을 빚고 있다. ‘박병화 화성퇴출 시민비상대책위원회’는 박병화가 거주하는 원룸 앞에서 자진 퇴거 시위를 이어갔지만, 그의 출소 후 약 1년 만에 같은 다세대 주택 여성 임차인들은 모두 떠났고, 200m 인근 위치했던 어린이집은 결국 폐업하였다. 이처럼 성범죄자 거주지를 둘러싼 사회적 갈등이 반복됨에 따라 고위험 성범죄자에 대한 국가의 관리를 강화하겠다는 취지에서 관련 법안이 마련되었다. 아시아경제, “조두순·박병화 … 성범죄자 이웃 고통 덜 해법은”, 2022. 11. 25일자 기사; 채널A, “박병화 출소 300일…늘어나는 빈집”, 2023. 9. 5.일자 기사 등.
  - 2) 프레시안, ‘돌려차기’ 피해자 “범죄 피해자 정쟁에 이용하고 법안은 책임 안 져”, [21대 국회에 잠드는 법안들] 스톱킹치벌법·제시카법 등 범죄피해자 보호법안 다수 폐기, 2024. 5. 29.일자 기사.

따라서 이 연구는 국내 발의된 고위험 성범죄자의 거주지 지정 관련 법안의 헌법적 쟁점을 검토하는 것을 중심으로, 특정 성범죄자의 거주지를 제한 또는 지정하는 제도와 관련된 다양한 쟁점을 검토하는 것을 목적으로 한다. 그 과정에서 아직 제도가 구체화되기 전 단계이지만, 관련된 위헌 논란이 예상되는 만큼 이와 유사한 제도를 이미 시행 중인 외국의 입법례와 판례를 참고한다. 이를 바탕으로 고위험 성범죄자 거주지 제한 제도를 합헌적으로 설계하기 위해 고려하여야 할 요소를 점검해 본다.

## 2. 연구 대상과 범위 및 연구의 구성

### 가. 연구 대상과 범위

고위험 성범죄자의 거주지를 제한하는 방식은 제도를 어떻게 설계하는가에 따라 다양하게 구현될 수 있다. 이를 유형화하면, 크게 시설 내 처우 방식과 시설 외 처우 방식이 있다. 그리고 시설 내 처우 방식도 어떤 시설을 어떻게 활용하는가에 따라 그 구체적인 실현 모습이 달라지고, 시설 외 처우 방식은 다시 특정 장소로부터 이격거리를 두어 제한하는 방식과 일상생활 중 특정 활동 범위를 제한하는 방식, 그리고 특정 시설을 지정하여 거주를 강제하는 방식 등으로 세분화할 수 있다. 다만, 이들 유형이 항상 명확하게 구별되는 것은 아니고, 경우에 따라서는 여러 유형의 특징을 혼합한 형태로 운영하는 것도 가능하다. 그러나 각 유형별로 제한될 수 있는 기본권의 종류와 정도에 차이가 있다는 점에서 원칙적으로 이러한 유형 구분에 기초한 검토가 요청된다.

그러나 이 연구의 출발점은 제21대 국회에 제출되었던 ‘고위험 성폭력범죄자에 대한 거주지 지정 등에 관한 법률안’이라는 점에서 기본적으로 연구 대상은 동법안을 통해 예상할 수 있는 유형과 관련된 범위로 설정한다. 우선, 특정 장소를 거주지로 지정하는 방식은 거주지를 제한하는 다양한 유형 중에 하나에 속하는 것으로 보아 기본적으로 ‘거주지 제한’을 ‘거주지 지정’보다 넓은 개념으로 이해한다. 이를 토대로 연구의 주된 검토 대상은 국가가 고위험 성범죄자를 대상으로 지정거주시설을 운영하는 방식을 중심으로 한다. 다만, 법률안이 국가가 거주를 사실상 강제하게 되는 지정거주시설을 활용하는 방식으로 마련되는 과정에서 특정 장소로부터 이격거리를 두는 방식도 고려하였던 점을 감

안하여 필요한 범위에서 논의 대상에 포함한다.

한편, 성범죄자에 대한 거주지 지정 제도의 핵심이 되는 구체적 내용이 법률안에 모두 드러나지 않았고, 결과적으로 동법안이 폐기됨에 따라 향후 다양한 유형이 재논의될 수 있음에 유의할 필요가 있다. 따라서 이 연구는 기본적으로 거주지를 지정하는 방식에서 문제될 수 있는 헌법적 논의를 검토하는 것에서 출발하되, 필요한 범위에서 유형 구분에서 벗어나 거주지 제한 제도라는 포괄적 범위에서 논의가 필요한 쟁점을 다루어 본다.

## 나. 연구의 구성

이 연구는 서론(I)과 결론(V)을 제외하고, 크게 세 부분으로 구성한다.

II장에서는 고위험 성범죄자 거주지 제한 또는 지정 제도를 개관한다. 먼저, 제도 신설 논의의 주된 계기가 된 아동·청소년을 대상으로 하는 성범죄의 현황과 특징을 본다. 성범죄 재범 예방의 필요성이라는 관점에서 현재 시행 중인 각종 범죄 예방 수단이 가지는 한계를 정리하고, 새로운 제도로서 거주지 제한 제도의 필요성을 확인한다. 그리고 연구의 주요 대상인 ‘고위험 성폭력범죄자의 거주지 지정 등에 관한 법률안’의 제안 배경과 경과 및 주요 내용을 살펴보고, 관련 쟁점을 정리한다.

III장에서는 고위험 성범죄자의 거주지 제한 관련 외국 입법례 및 판례를 검토한다. 국내 고위험 성범죄자 거주지 제한 제도가 아직 구상 중인 단계이므로, 이와 관련된 법률을 시행 중이거나 동일한 목적을 가진 다른 제도를 운영하고 있는 외국 사례를 참고하는 것이다. 이를 통해 고위험군으로 분류되는 성범죄자의 재범 예방과 사회 복귀를 위해 각 국가가 마련하고 있는 다양한 제도를 확인할 수 있다. 나아가 외국 판례 검토를 통해 제도의 실효성이나 부작용 등 문제점을 살펴보고, 향후 국내에서 제기될 수 있는 위헌성 논의와 관련된 쟁점을 예상해 본다.

IV장에서는 ‘고위험 성범죄자 거주지 지정 등에 관한 법률안’의 헌법적 쟁점을 검토한다. 특정 범죄자의 거주지를 제한하는 것이 소급입법금지 원칙 위배 문제를 야기하지 않는지, 대상자의 거주·이전의 자유, 인간의 존엄성 및 인격권과 가족생활에 관한 권리, 신체의 자유 등을 제한하거나 침해하지 않는지 살펴본다. 그리고 위헌 여부를 판단하는 과정에서 고려하여야 할 주요 요소를 찾아본다. 구체적으로 고위험 성범죄자 대상 범위 설정에 관한 문제와 재사회화 및 사회복귀 목적을 위한 수단으로서 거주지 제한 방식의 적

합성 문제, 재범 위험성의 의미 및 판단기준과 시점에 관한 문제, 기존 보안처분과의 중복 문제, 그리고 제도로 인한 현실적 부작용 예방 과제 등을 대상으로 한다.

## Ⅱ. 고위험 성범죄자 거주지 제한 또는 지정 제도 개관

### 1. 성범죄 재범 문제와 예방 수단으로서 거주지 제한

#### 가. 성범죄 재범 문제와 아동·청소년대상 성범죄 현황 및 특징

대검찰청 통계에 따르면, 2022년 한 해 동안 41,433건의 성폭력 범죄가 발생하였다.<sup>3)</sup> 성폭력범죄 발생비율은 2021년 대비 26.4% 증가하였고, 지난 10년 동안 41.6% 증가한 것으로 나타난다. 강력범죄 중 살인이나 강도, 방화범죄의 발생비가 지난 10년간 감소한 것에 비해 같은 기간 성폭력범죄는 약 1.4배 증가하였다. 이처럼 성폭력범죄가 급증하게 된 배경에는 우선 강제추행범죄, 카메라 등 이용촬영범죄, 통신매체 이용음란범죄 등 범죄 건수가 증가하였다는 사회적 변화가 있다.<sup>4)</sup> 이와 함께 성범죄의 폭력성에 대한 사회적 인식이 변화하였고, 그 결과 피해신고 자체가 증가한 것도 성폭력범죄 통계 증가에 영향을 미친 것으로 보인다.<sup>5)</sup>

2023년 법무부가 발간한 <2023 성범죄백서>는 2021년 성폭력사범 보호관찰 대상자의 재범률을 5.5%로 보고한다. 재범률은 연도별로 등락을 반복하였는데, 2019년 6.9%로 가장 높은 재범률을 기록하였고, 2015년 가장 낮은 4.8%를 기록하였다. 단순 수치로 볼 때 재범률이 낮다고 볼 수 있으나, 재범자수를 보면 2021년 472명에 달하는 재범자가 발생하였다는 점에서 결코 가볍게 볼 수만은 없다.<sup>6)</sup> 특히, 보호관찰 성폭력사범의 동종 재범

3) 이는 인구 10만 명당 80.5건의 성폭력범죄가 발생한 것으로, 다른 주요 강력범죄 발생건수와 비교할 때 차이가 크다. 2022년 통계를 기준으로 살인범죄가 인구 10만 명당 1.4건 발생한 것으로 나타나고, 강도 범죄가 인구 10만 명당 1.0건, 방화범죄가 2.4건 발생하였다. 대검찰청, 2023 범죄분석, 10-15면.

4) 대검찰청, 2023 범죄분석, 13-15면. 해당 통계는 2022년 전국 각급 수사기관(검찰, 경찰, 특별사법경찰)에서 범죄사건을 수사하면서 작성하여 전산입력한 각 범죄통계원표(발생통계원표, 검거통계원표, 피의자통계원표)를 바탕으로 한다.

5) “성폭력범죄의 폭력성에 대한 재인식 방안을 마련하여 성폭력 피해자에게 비난의 화살을 돌리거나 단순히 성도덕·윤리만을 강조하는 사회 분위기를 변화시키고 성폭력범죄의 중대성을 일깨우는 것, 사회안전망을 확충하여 지역사회를 보호하는 것, 성범죄자에 대한 지속적인 상담이나 재사회화에 필요한 교육 강화 등은 성폭력범죄를 억제하고 잠재적 피해자를 보호하며 사회를 방위하기 위한 근본적 대책으로서 반드시 필요하다.” 현재 2014. 7. 24. 2013헌마423등, 판례집 26-2상, 226, 234.

6) 법무부, 2023 성범죄백서, 2023, 181면. 다만, 해당 백서의 통계는 2008년부터 2021년까지 신상정보등록대상 성범죄를 저질러 유죄판결을 받은 신상정보등록대상자 전원의 신상정보를 토대로 한다.

률은 2017년 2.1%, 2019년 2.0%, 2020년 1.8%, 그리고 2021년에 1.9%를 기록하여 다소 간 차이는 있지만 매년 비슷한 수치를 기록한다. 2021년을 기준으로 성폭력사범 동종 재범자는 158명에 이른다.<sup>7)</sup>

국내에서 성범죄자의 거주지를 제한하자는 주장과 입법시도는 아동을 대상으로 한 성범죄자의 범행에 대한 분노와 이들의 출소로 인한 사회 혼란을 계기로 활성화되었다. 따라서 아동과 청소년을 대상으로 하는 성범죄가 가지는 특성을 살펴보는 것은 의미 있다. 모든 성범죄가 피해자에게 돌이키기 어려운 중대한 피해를 야기하지만, 특히 아동·청소년대상 성범죄는 미성숙한 피해자의 생명과 신체의 자유를 침해할 위험성이 높고, 그 피해와 사회적 영향 또한 중대하다고 평가된다. 그리고 이것은 이들에 대한 특별한 형사법적 보호로 연결된다.<sup>8)</sup>

아동·청소년대상 성범죄는 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」제2조 제2호에 규정된 아동과 청소년을 대상으로 하는 성범죄를 의미한다.<sup>9)</sup> 동법 제2조 제1호는 “아동·청소년이란 19세 미만의 사람을 말한다”고 규정한다. 동법 제4조 제1항에 의해 국가와 지방자치단체는 아동과 청소년대상 성범죄를 예방하고, 아동·청소년을 성적 착취와 학대 행위로부터 보호하기 위하여 필요한 조사·연구·교육 및 계도와 더불어 법적·제도적 장치를 마련하며 필요한 재원을 조달하여야 한다. 또 동법 제5조는 모든 국민에게 아동과 청소년의 성보호에 관한 사회적 책임을 규정한다.<sup>10)</sup>

아동을 대상으로 하는 성범죄는 피해자가 신체적으로나 정신적으로 미성숙하여 피해 사실 자체를 제대로 인지하기 어렵다는 한계가 있다. 때문에 아동대상 성범죄의 경우 공

---

7) 법무부, 2023 성범죄백서, 2023, 182면.

8) 김한균, 성보호 형사법의 발전과 헌법의 영향, 저스티스 통권 제170-3호, 2019, 404면.

9) 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. (제1호 생략)

2. “아동·청소년대상 성범죄”란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄를 말한다.

가. 제7조, 제7조의2, 제8조, 제8조의2, 제9조부터 제15조까지 및 제15조의2의 죄

나. 아동·청소년에 대한 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제3조부터 제15조까지의 죄

다. 아동·청소년에 대한 「형법」 제297조, 제297조의2 및 제298조부터 제301조까지, 제301조의2, 제302조, 제303조, 제305조, 제339조 및 제342조(제339조의 미수범에 한정한다)의 죄

라. 아동·청소년에 대한 「아동복지법」 제17조제2호의 죄

3. “아동·청소년대상 성폭력범죄”란 아동·청소년대상 성범죄에서 제11조부터 제15조까지 및 제15조의2의 죄를 제외한 죄를 말한다. (이하 생략)

10) 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」제5조(사회의 책임) 모든 국민은 아동·청소년이 이 법에서 정한 범죄의 피해자가 되거나 이 법에서 정한 범죄를 저지르지 아니하도록 사회 환경을 정비하고 아동·청소년을 보호·지원·교육하는 데에 최선을 다하여야 한다.



식 통계를 파악하는 것이 어렵다는 특징이 있다. 이로 인해 정확한 실태를 파악하기에 한계가 있지만, 아동·청소년대상 성범죄로 신상정보 등록처분을 받은 범죄자 수를 기준으로 보면 2018년 3,219명, 2019년 2,753명, 2020년 2,607명, 2021년 2,671명이 확인된다.<sup>11)</sup> 즉, 아동을 대상으로 하는 성범죄가 매년 꾸준히 발생하고 있음을 볼 수 있다.

여성가족부는「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제53조를 근거로 매년 아동과 청소년대상 성범죄 발생 추세 및 동향을 발표한다.<sup>12)</sup> 2023년 ‘아동·청소년대상 성범죄 발생 추세 및 동향 분석’에 따르면, 2014년부터 2022년까지 아동·청소년을 대상으로 성폭력 범죄를 저질러 신상정보 등록처분을 받은 범죄자수는 피해자 연령을 확인할 수 없는 81명을 제외하고, 모두 19,506명이다. 특히 13세 미만 아동을 대상으로 한 범죄자는 전체의 27.5%에 해당하는 5,356명이다.<sup>13)</sup> 이를 범죄 유형별로 구분해 보면, 지난 9년 간 신상정보 등록처분을 받은 성범죄자 중 73%가 성폭력범죄(강간, 유사강간, 강제추행)를 저질렀고, 13%가 성매매범죄(성매수, 성매매 강요, 성매매 알선·영업) 유형, 그리고 11.2%가 기타 성범죄(통신매체이용음란, 카메라등 이용촬영, 성착취물, 아동성학대) 유형에 해당한다.<sup>14)</sup>

국내 연구 중 성인대상 성범죄자와 아동대상 성범죄자 간 재범률에 관한 체계적 추적 조사 내지 연구는 찾아보기 어렵다. 다만, 제한된 정보를 토대로 성범죄자 집단에서도 재범 위험성에 차이가 있음을 보여주는 연구가 있다.<sup>15)</sup> 아동대상 성범죄자 특성으로 높은 재범률에 대한 지적은 꾸준히 지적되고 있다.<sup>16)</sup> 비교적 최근의 연구로 신상정보가 등록

11) 이 통계에는 아동과 청소년을 대상으로 성범죄를 저질러 재판 결과 유죄가 확정된 성범죄자 중 신상정보 등록처분을 받은 성범죄자만 포함되어 있다. 따라서 수사기관에서 인지한 아동과 청소년 대상 성범죄 발생 건수 및 실제 관련 범죄 발생 건수와 차이가 있다는 점에 유의할 필요가 있다. 김지선·최지선·성유리·홍영은, 아동·청소년대상 성범죄 발생추세 및 동향 분석, 여성가족부, 2022, 248면.

12) 해당 보고서는 아동을 13세 미만으로 표기하고, 청소년을 13세 이상 19세 미만으로 분류한다.

13) 성유리·김지선·박영옥·홍영은, 아동·청소년 대상 성범죄 발생추세 및 동향 분석, 여성가족부, 2023, 256면.

14) 한편, 지난 9년간 신상정보 등록처분을 받은 아동·청소년대상 성범죄 유형 중 가장 높은 비율을 차지하는 범죄 세부 유형은 강제추행(47%)이고, 그 다음 강간(22%), 성매수(7.3%), 성착취물(5.7%), 카메라등 이용촬영(4.65)의 순이다. 성유리·김지선·박영옥·홍영은, 아동·청소년 대상 성범죄 발생추세 및 동향 분석, 여성가족부, 2023, 260면.

15) 2008년 4월부터 2018년 12월 31일까지 등록대상자로서 법무부에 통보되어 성범죄자통합관리시스템에 등록된 남성 성범죄자 61,183명의 재범에 영향을 미치는 요인(인구사회학적 변수, 성범죄 가해특성 변수, 형사사법기관 처분 변수 등)을 분석하는 연구로 장현석·한영선·홍명기, 신상정보등록대상 성범죄자의 재범에 미치는 영향요인에 대한 연구, 치안정책연구 제34권 제4호, 2020 참고.

16) 법무부, 여성가족부, 보건복지부 등의 조사 결과 2002년부터 2007년 사이 성폭력범 출소자의 1년 내 재범률은 37%에 이르고 이를 아동대상 성범죄로 한정하면 50%에 달한다는 기록도 확인된다. 정승민, 아동 대상 성범죄자의 범죄심리학적 특성에 관한 고찰, 한국범죄심리연구 제6권 제3호, 2010, 202면.

된 남성 성범죄자를 대상으로 수행한 생존분석 결과, 성범죄 가해 특성에 따라 재범 위험도에 유의미한 차이가 확인된다. 해당 연구 결과에 따르면, 신상정보가 등록된 성범죄자 중에서도 미성년자를 대상으로 하는 성범죄와 불법촬영 성범죄의 경우 유의미하게 재범 위험성이 높은 것으로 나타났다. 구체적으로 미성년자를 대상으로 성범죄를 저지른 남성 등록대상자의 재범 위험은 그렇지 않은 경우보다 31.90% 높은 것으로 나타났다.<sup>17)</sup> 미성년자를 대상으로 하는 성범죄자의 재범 위험성이 상대적으로 높다는 경험적 결과가 확인된 이상, 이러한 차이를 고려한 맞춤형 정책과 제도가 필요하다.

## 나. 기존 예방 수단의 한계

한국 사회는 강력 범죄에 대한 국민적 불안을 해소하기 위하여 형사정책적 보안처분을 지속적으로 확대해 왔다. 2008년 위치추적 전자장치를 통한 감시 제도를 도입한 이후로 2010년 신상정보 공개 및 고지 제도를 실시하고, 2011년 성충동약물치료 제도를 도입한 것이 대표적이다. 이에 더하여 2000년 「청소년의 성보호에 관한 법률(현행, 아동·청소년의 성보호에 관한 법률)」이 제정 이후, 아동과 청소년을 대상으로 하는 성폭력 대응 특화 방침도 다방면으로 전개되었다.<sup>18)</sup> 이처럼 아동·청소년을 대상으로 하는 성범죄자에 대한 대응책은 꾸준히 확대되어 왔다.<sup>19)</sup> 동시에 성범죄에 대한 특단의 대책 마련을 촉구하는 사회적 요구에 부응하여 도입된 성범죄자에 대한 취업제한제도나 신상정보 등록·공개제도, 성충동약물치료 등의 위헌 여부는 헌법재판 대상이 되었고, 그 과정에서 개별 제도의 효과에 대한 상반된 평가가 혼재하는 현실을 엿볼 수 있다.

대표적으로 현재 2002헌가14 결정에서 법정의견은 “신상공개제도가 입법 목적을 달성하기 위한 가장 효과적이고 적절한 수단에 해당하는지는 의문의 여지가 없지 않으나, 상식적으로 볼 때 해당 범죄인의 신상을 대중에게 공개하는 제도는 일반 성인들에게 미성년자 성매수자가 되지 않도록 하는 위하적 내지 예방적 효과를 줄 것이라는 점을 인정할 수 있다”고 보았다. 반면, 같은 사안에서 한대현, 김영일, 권성, 송인준, 주선희 재판관은

17) 장현석·한영선·홍명기, 신상정보등록 대상 성범죄자의 재범에 미치는 영향요인에 대한 연구, 치안정책연구 제34권 제4호, 2020, 203면.

18) 김한균, 성보호 형사법의 발전과 헌법의 영향, 저스티스 통권 제170-3호, 2019, 401-424, 408-409면.

19) 윤덕경 외, 아동·청소년 대상 성범죄자 제재정책의 효과성 증진을 위한 개선방안 연구, 한국여성정책연구원, 2017, 21-79면 참고.

“신상공개는 일반예방이나 특별예방의 효과가 거의 없고, ... 형벌과 다른 목적이나 기능을 가지는 것도 아니면서, 형벌보다 더 가혹할 수도 있는 신상공개를 하도록 한 것은 국가공권력의 지나친 남용이다. 더구나, 신상공개로 인해 공개대상자의 기본적 권리가 심대하게 훼손되는 데에 비해 그 범죄억지의 효과가 너무도 미미하거나 불확실”하다고 평가하였다.<sup>20)</sup>

성충동약물치료의 위헌성 여부가 쟁점이 된 2013헌가9 결정에서도 김이수, 이진성, 안창호 재판관은 반대의견을 통해 성충동 약물치료에 사용되는 약물들이 성충동이나 성기능을 저하, 억제한다는 점은 인정되지만 경우에 따라 약물치료의 성기능 억제 효과가 절대적이라고 보기는 어렵다고 지적하고, 성폭력범죄의 동기 역시 성적 충동에 한정되지 않는다는 점에서 이로 인한 성폭력범죄 예방효과에도 의문을 제기하였다.<sup>21)</sup>

한편, 2017년 성범죄자 신상공개제도, 취업제한제도, 신고의무제도에 관한 현장 기관 전문가의 설문 결과도 신상공개제도의 지역사회 보호 효과나 특별예방효과가 거의 없는 것으로 기록하고 있다. 취업제한제도의 경우, 잠재적 피해예방 효과는 다소 긍정적으로 평가되었지만, 운영상 미흡한 점이나 취업제한 대상기관 교육의 문제점이 지적되었다.<sup>22)</sup> 그럼에도 불구하고 성범죄 특히, 아동을 대상으로 하는 강력 성범죄자에 대한 처벌과 관리·감독을 강화하기 위한 제도는 순차적으로 추가되어 왔고 그때마다 제도 신설의 필요성은 쉽게 긍정되었다.<sup>23)</sup> 이것은 거주지를 제한 또는 지정하는 새로운 제도의 도입 논의 초기에도 동일하게 전개될 것으로 예상된다.

20) 헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624, 643, 653-654.

21) “특히 성충동 약물치료를 통한 성폭력범죄의 재범 억제 효과의 연구에 관해서는 법적·윤리적 이유로 치료대상자 선정이나 비교·대조군 설정이 어렵고, 피치료자의 보고에 의존하는 외에 성폭력범죄의 재범 빈도의 정확한 반영에도 어려움이 있으며, 장기간의 추적 관찰 역시 쉽지 않은 문제가 존재한다. 그에 따라 과학적으로 정밀한 연구결과를 얻는 데 한계가 있는 것이 현실이고, 현재 보고되어 있는 외국의 몇몇 연구들의 경우도 비교적 소규모 집단을 대상으로 하거나, 피치료자의 동의에 따른 자발적 치료를 전제로 한 사례들이 많아 그 연구결과를 일반화시키기 어려우므로, 성충동 약물치료의 재범 억제 효과에 관한 신뢰할 만한 연구자료를 찾기 어렵다.” 헌재 2015. 12. 23. 2013헌가9, 판례집 27-2하, 391, 411-412.

22) 윤덕경 외, 아동·청소년 대상 성범죄자 제재정책의 효과성 증진을 위한 개선방안 연구, 한국여성정책연구원, 2017, 184-185면.

23) 예를 들면, 헌법재판소는 성범죄자에 대한 취업제한제도를 둘러싼 다수의 헌법 재판 과정(헌재 2016. 3. 31. 2013헌마585등, 판례집 28-1상, 453; 헌재 2016. 4. 28. 2015헌마98, 판례집 28-1하, 109; 헌재 2016. 7. 28. 2015헌마359; 헌재 2016. 10. 27. 2014헌마709, 판례집 28-2상, 732)에서 아동과 청소년을 대상으로 하는 관련 기관을 특별히 보호하여 아동과 청소년을 잠재적 성범죄로부터 보호하여야 할 필요성과 그 수단의 적합성을 인정하였다.

## 다. 새로운 제도로서 거주지 제한

통계에 따르면, 아동·청소년 대상 성폭력 범죄는 옥외(30.6%)보다 옥내(65.7%)에서 많이 발생한다. 장소별로 보면 31.8%가 거주지에서 발생하였고, 공공기관 및 상업 지역에 25.3%, 야외, 거리, 산야, 대중교통시설 등이 18.2% 순이다.<sup>24)</sup> 범죄유형에 따라 강간이나 유사강간의 경우 집이나 건물 등 옥내 발생 경향이 높고, 강제추행은 상대적으로 노상에서 발생하는 경향을 보인다.<sup>25)</sup> 특히, 주거지로 통칭되고 있지만, 그 안에서도 피해자의 집과 가해자의 집, 다른 사람의 집, 그리고 피해자와 가해자의 공동 주거지 등 범죄발생 장소가 세부적으로 나뉠 수 있다는 점에서 향후 심층적 분석이 추가적으로 필요해 보인다. 예를 들면, 강간의 경우 범죄발생 장소로 주거지가 전체 범죄의 40.9%를 차지하는데, 이 중 가해자의 집이 23.3%로 가장 높은 비중을 차지하고, 피해자와 가해자의 공동주거지가 8.4%, 피해자의 집이 7.2%, 다른 사람의 집이 1.9% 순이다.<sup>26)</sup> 피해자와 가해자의 공동주거지에서 발생한 범죄가 상대적으로 높게 나타난 것에는 아동 또는 청소년을 대상으로 하는 성범죄 중 피해자와 가해자가 친족관계에 있는 경우가 많다는 점이 영향을 미친 것으로 보인다.<sup>27)</sup> 범죄 발생에 영향을 미치는 요인이 다양하므로 해당 통계를 바탕으로 성범죄 발생 장소에 유의미한 차이가 있다고 단정하기에는 조심스럽다. 그러나 가장 많은 범죄 장소로 확인되는 거주지에 대한 제한이 범죄예방을 위한 수단으로 가장 먼저 이야기되는 배경이 이해되는 대목이다.

거주지 제한 제도는 원칙적으로 성범죄자의 거주지를 통제하는 공간적 제약을 통해 범죄발생을 억제하려는 것이다. 이것은 범죄가 특정한 장소에서 발생하고, 범죄 대상을 선정하는 데 공간적 요소가 핵심 요인으로 작용한다는 가설을 전제로 한다. 이와 같은

---

24) 성유리·김지선·박영옥·홍영은, 아동·청소년 대상 성범죄 발생추세 및 동향 분석, 여성가족부, 2023, 171면.

25) 나아가 대검찰청 2023 범죄분석에 따르면, 전체 성폭력 범죄발생 장소의 유형에 관한 통계도 확인할 수 있다. 장소 분류상 기타(42.2%)를 제외하면, 주거지(25.1%)에서 가장 많은 범죄가 발생한 것으로 확인된다. 그 외 범죄발생 장소를 기준으로 보면 노상(10.1%), 숙박업소/목욕탕(7.9%), 유흥집객업소(7.8%), 교통수단(7.1%) 순으로 확인된다. 대검찰청, 2023 범죄분석, 53, 55면.

26) 성유리·김지선·박영옥·홍영은, 아동·청소년 대상 성범죄 발생추세 및 동향 분석, 여성가족부, 2023, 171-172면.

27) 성범죄 피해를 당한 아동·청소년과 가해자와의 관계를 분석한 결과, 가족 및 친척 이외 아는 사람이 59.9%, 전혀 모르는 사람이 29.4%, 가족 및 친척이 7.6%, 관계 미상이 3.1%의 순으로 조사되었다. 성유리·김지선·박영옥·홍영은, 아동·청소년 대상 성범죄 발생추세 및 동향 분석, 여성가족부, 2023, 152면.

성범죄 발생과 공간 간의 관계를 설명하는 대표적 이론으로 합리적 선택이론과 범죄패턴 이론이 있다. 전자는 범죄자가 여러 선택지에 대한 이익, 비용, 노력을 고려하여 범죄행동 실행 여부를 결정한다는 것이다. 합리적 선택이론에 따르면, 공간적 특성을 고려하여 성범죄를 억제하고자 하는 것은 유효한 접근법이다. 범죄대상에게 쉽게 접근할 수 있고, 교류가 용이하며 범죄를 저지를 공간을 확보하는 것은 범죄를 실행하는 데 중요한 요소이기 때문이다. 따라서 성범죄자를 잠재적 피해자로부터 공간적으로 분리하는 것은 이론적으로 범죄 억제 효과를 가진다.<sup>28)</sup>

범죄패턴이론은 범죄가 특정한 상황과 장소에서 발생한다고 설명하는데, 여기에는 상황적 요소와 범죄자의 범행능력, 일상 활동 패턴과 범죄대상의 공간적 분포가 모두 영향을 미친다. 이 이론은 범죄자가 일상 활동으로 친숙해진 공간인 ‘인지 공간’ 범위에서 공간적, 상황적 특성을 고려하여 범죄 대상을 물색하는 것으로 설명한다. 즉, 아동이 밀집한 지역 내 거주를 제한하는 것은 성범죄자로 하여금 아동밀집지역 인근을 인지 공간으로 고려할 가능성을 낮춰 범죄를 저지를 가능성을 낮출 수 있다는 이론적 가정을 성립시킨다. 그러나 실제로 아동성범죄자가 피해자를 찾기 위해 사용하는 인지 공간의 범위가 어느 정도인지 불분명하고, 단순히 거주를 제한하는 것만으로는 해당 장소에서 활동하거나 이에 출입하는 등 행위까지 모두 통제할 수 없다는 한계가 있다. 따라서 해당 이론으로 거주지 제한 제도를 설명하는 경우에도, 이것이 반드시 범죄 예방에 유의미한 효과로 연결되는지 입증된 바는 없다.<sup>29)</sup>

두 이론은 성범죄자에 대한 거주지 제한 제도의 작동 기제를 설명하는 한 가지 방법으로 활용 가능하지만 한계를 가진다. 실제로 범죄가 발생하는 과정에는 보다 복잡한 요소가 작용하고, 인간의 의사결정과정은 합리적 이론만으로 완전히 설명되지 않기 때문이다. 따라서 이론적 접근이 성범죄자에 대한 거주지 제한 제도의 효과를 담보하지 않음에 유의할 필요가 있다.

참고로 통계에 나타난 범행 수단과 방법을 보면 피해자를 다른 장소로 이동시키거나 유인하지 않고 범행한 경우가 전체의 64.1%를 차지하였고, 그 중에서도 길거리, 대중교통수단 등에서 기습적으로 범행한 경우가 29.4%로 가장 높게 나타났다. 또 99.1%가 흉기 사용 없이 범행을 저지른 것으로 나타났다.<sup>30)</sup> 이처럼 구체적인 범행 방법까지 고려하

28) 윤정숙 외, 고위험 성범죄자 거주지 제한 정책 연구, 한국형사·법무정책연구원, 2023, 22-23면.

29) 윤정숙 외, 고위험 성범죄자 거주지 제한 정책 연구, 한국형사·법무정책연구원, 2023, 24-25면.

30) 성유리·김지선·박영옥·홍영은, 아동·청소년 대상 성범죄 발생추세 및 동향 분석, 여성가족부, 2023,

면, 장소를 제한하는 것만으로 범죄를 효과적으로 예방하는 것은 쉽지 않은 과제라는 점을 알 수 있다. 따라서 성범죄 예방을 위한 새로운 제도로서 거주지를 제한하는 방식 자체가 가지는 효과를 막연히 추정하는 것만으로는 해당 제도의 필요성과 실효성을 담보하기 어렵다.

## 2. 고위험 성폭력범죄자의 거주지 지정 등에 관한 법률안

2005년 8월 4일, 이중처벌금지 위반 문제와 과도한 기본권 침해를 이유로 「사회보호법」을 폐지하고 치료감호만을 존속시켜 「치료감호법」을 제정함에 따라, 자유박탈적 보안 처분인 ‘보호감호제도’는 역사 속으로 사라졌다. 그러나 재범예방을 위해 보호수용 등 보안처분의 재도입을 주장하는 입법 시도는 꾸준히 이어지고 있다.<sup>31)</sup> 이하에서는 성범죄 재범 예방을 위해 마련된 다양한 법률안 중 특히, 고위험 성범죄자에 대한 ‘거주지 제한 또는 지정’ 제도와 관련된 법안을 살펴본다.

### 가. 제안 배경 및 경과

2023년 법무부는 ‘고위험 성폭력범죄자의 거주지 제한 등에 관한 법률 제정안’을 제안하였다. 법안 제안의 배경과 목적은 재범 위험성이 높은 약탈적 성폭력범죄자가 출소할 때마다 거주지를 둘러싼 논란이 반복되고, 국민의 불안이 증대함에 따라 고위험 성폭력범죄자의 거주지를 국가 등이 운영하는 시설로 지정하여 국가가 적극 관리하는 ‘거주지

---

179-180면.

31) 2011년 3월 보호수용제도 도입을 주요 내용으로 하는 「형법」 개정안이 국회에 제출되었고, 2015년에는 구체적 집행절차까지 상세히 규정한 「보호수용법안」이 제출되었으나 모두 국회 임기만료로 폐기되었다. 2017년에도 정부안으로 「보호수용법안」이 마련되었으나 국가인권위원회가 인권 침해를 이유로 반대하고, 기획재정부가 예산 및 인권 침해 문제로 신중한 검토를 요구하는 등 여러 부처의 반대로 결국 국회에 제출되지 못하였다. 2018년에는 윤상직 의원 대표발의로 2017년 정부안과 유사한 내용을 담은 「보호수용법안」이 제출되었으나 임기만료로 폐기되었다. 2020년에도 양금희, 김병욱 의원이 「보호수용법안」을 발의하고, 2021년 김철민 의원이 「보호수용법안」을 발의하였으며, 2021년에는 김남국 의원이 「아동대상 성폭력범죄자에 대한 재범 방지 및 사회복귀 등에 관한 법률안」을 발의하기도 하였으나 모두 폐기되었다. 2021년 발의된 법안은 보호수용제도를 ‘아동대상 성폭력범죄자’에 한정하여 도입하는 것을 주요 내용으로 한다. 이형섭·박미랑, 보호수용제도 도입의 쟁점과 그 대안에 대한 비교법적 검토, 교정담론 제17권 제1호, 2023, 105-106면.

제한명령 제도'를 도입하기 위함이다. 이후 법무부는 2023년 10월 26일부터 12월 5일까지 입법예고기간을 거쳐 의견을 수렴하여, 최종적으로 '고위험 성폭력 범죄자의 거주지 지정 등에 관한 법률안'으로 제명을 수정하고 일부 조항을 수정하였다.<sup>32)</sup>

이에 따라 의안번호 제2126166호, '고위험 성폭력 범죄자의 거주지 지정 등에 관한 법률안'이 마련되었다. 동법안은 앞서 제안된 법안과 동일한 배경과 목적을 가진다. 즉, 고위험 성폭력 범죄자의 거주지를 국가 등이 운영하는 시설로 지정하여 국가가 적극적으로 관리할 수 있는 '거주지 지정명령 제도'를 통해 성폭력 범죄로부터 일반 국민을 보호하고자 하는 것이다. 2024년 1월 2일 국무회의를 통과한 동법안은 국회에 제출되었으나, 제21대 국회 임기만료와 함께 폐기되었다.<sup>33)</sup>

## 나. 주요 내용과 특징

'고위험 성폭력 범죄자의 거주지 지정 등에 관한 법률안'의 제정 목적은 크게 두 가지이다. 하나는 고위험 성폭력범죄자의 거주지를 지정하는 조치를 통하여 '재범을 방지하는 것'이고, 또 다른 하나는 '고위험 성폭력범죄자의 사회복귀를 촉진하는 것'으로 이들을 통해 법안이 궁극적으로 달성하고자 하는 바는 성폭력범죄로부터 국민을 보호하는 것이다(안 제1조).

법안의 적용 대상이 되는 '고위험 성폭력 범죄자'의 범위는 법안 제2조 제1항 제1호에 따라 "13세 미만을 대상으로 성폭력범죄(「전자장치 부착 등에 관한 법률」 제2조 제2호의 성폭력범죄를 말한다. 이하 같다)를 저지른 사람 또는 성폭력범죄를 3회 이상 저질러(중전에 저지른 성폭력범죄로 유죄의 확정판결을 받은 경우를 포함한다) 그 습벽이 인정되는 사람 중 (i)성폭력 범죄로 10년 이상의 징역형과 함께 「전자장치 부착 등에 관한 법률」 제9조에 따라 전자장치 부착명령 판결을 선고받은 사람 또는 (ii)성폭력범죄로 10년

---

32) 거주지 '제한'이라는 표현이 가져오는 기본권 제한의 측면을 강조하기보다, 거주지 '지정'을 통해 동법이 고위험 성범죄자에게 일방적인 불이익을 주기 위한 목적의 법이 아니라 재범방지와 사회복귀를 위한 법이라는 점이 강조되었다.

33) 제21대 국회가 2024년 5월 29일까지 운영됨에 따라 임기 내 본회의를 통과하지 못한 동법안은 자동 폐기되었다. 정부는 '고위험 성폭력 범죄자의 거주지 지정 등에 관한 법률안'의 의결을 전제로, 고위험 성폭력범죄자를 대상으로 화학적 거세인 성충동약물치료 진단 및 청구를 의무화하는 내용을 담은 「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률」 일부개정안(의안번호 제2126165호)도 제출하였으나 해당 법안 역시 같은 이유로 폐기되었다.

이상의 징역형의 판결을 선고받고 법률 제9112호 특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률 일부개정법률 부칙 제2조에 따라 전자장치 부착명령 결정을 고지받은 사람’중 어느 하나에 해당하는 사람이다.

나아가 동법안 제2조 제1항 제2호는 ‘거주란 일정한 장소에 머물러 매일 기거하는 것’으로 정의하고, 제3호는 ‘거주지등’을 거주지 또는 거주예정지를 의미하는 것으로 정의한다.<sup>34)</sup> 그리고 ‘거주지 지정명령’이란 법원이 제9조에 따라 고위험 성폭력범죄자의 거주지를 특정 장소로 지정하여 거주하도록 하는 명령이다(법안 제2조 제1항 제4호). 그리고 법안은 국가와 지방자치단체는 고위험 성범죄자의 정서적 고립감을 완화하고, 원활한 사회복귀를 위해 심리 상담과 치료, 자립을 위한 지원 등이 제공될 수 있도록 노력하여야 한다는 국가 등의 책무를 규정하고 있다(법안 제3조).

법안의 핵심은 고위험 성범죄자가 출소 후에 거주지를 자유롭게 선택할 수 없고, 정부·지방자치단체 또는 공공기관이 운영하는 지정 거주시설에 의무적으로 거주하도록 법원이 ‘거주지 지정 명령’을 내릴 수 있다고 규정한 부분이다(법안 제9조). 구체적으로 보호관찰소장의 신청과 검사의 청구를 거쳐 법원이 거주지 지정 여부와 기간(전자장치 부착 기간 내), 거주 시설 등을 결정하도록 규정한다(법안 제4조 내지 제6조). 법안 제6조 제3항에 따라 법원은 거주지 지정명령을 부과하는 경우, 고위험 성폭력범죄자의 거주지등을 관할하는 광역지방자치단체(「지방자치법」 제2조제1항 제1호에 따른 특별시, 광역시, 특별자치시, 도, 특별자치도를 말한다. 이하 같다)와 같은 광역지방자치단체에 소재한 국가, 지방자치단체 또는 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관이 설치·운영하는 시설로서 대통령령으로 정하는 바에 따라 법무부장관이 지정하는 시설(이하 “지정거주시설”이라 한다) 중 하나를 고위험 성폭력범죄자의 거주지로 지정하여야 한다.

거주지 지정명령은 법안 제12조 제1항에 의해 검사의 지휘를 받아 보호관찰관이 집행하도록 규정하고 있다. 또 보호관찰소장은 거주지정 대상자의 재범 방지를 위하여 필요한 경우에는 「전자장치 부착 등에 관한 법률」 제9조의2, 제14조의2 및 제14조의3에 따라 거주지정 대상자에게 같은 법 제9조의2 제1항 각 호의 준수사항<sup>35)</sup>이 부과되거나 추가될

34) 다만, 일정한 거주지나 거주 예정지가 없는 사람 또는 「주민등록법」에 따른 주민등록이 말소되거나 같은 법 제20조 제6항에 따라 거주불명으로 등록된 사람의 경우에는 마지막으로 주민등록을 신고한 주소를 말한다.

35) 「전자장치 부착 등에 관한 법률」 제9조의2(준수사항) ① 법원은 제9조제1항에 따라 부착명령을 선고하는 경우 부착기간의 범위에서 준수기간을 정하여 다음 각 호의 준수사항 중 하나 이상을 부과할 수 있



수 있도록 조치하여야 한다(법안 제14조 제1항).

한편, 거주지 지정명령을 이행하기 위한 비용부담은 원칙적으로 거주지정 대상자가 부담하여야 하나, 경제적 능력이 없는 경우 국가가 부담할 수 있도록 규정한다(법안 제22조). 나아가 거주지정 대상자가 정당한 사유 없이 법원이 지정한 거주지에 거주하지 않는 등 의무를 위반한 때에는 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(법안 제26조).

이 외에도 거주지정 대상자는 1일 이상의 출장, 여행 또는 출국 등으로 거주지를 벗어나는 경우 미리 보호관찰소장의 허가를 받아야 한다(법안 제15조 제1항). 법안 제25조는 동법을 적용할 때, 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 성질에 반하지 아니하는 범위에서 「형사소송법」, 「보호관찰 등에 관한 법률」 그리고 「전자장치 부착 등에 관한 법률」의 규정을 준용한다고 규정한다.

끝으로 법안은 부칙 제1조에 시행일을 규정하고, 부칙 제2조를 두어 거주지 지정에 관한 적용례를 정하고 있다. 구체적으로 부칙 제2조는 “이 법은 이 법 시행 당시 「전자장치 부착 등에 관한 법률」 제9조에 따라 전자장치 부착명령 판결을 선고받은 고위험 성폭력 범죄자 및 법률 제9112호 특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률 일부개정법률 부칙 제2조에 따라 전자장치 부착명령 결정을 고지받은 고위험 성폭력 범죄자에 대해서도 적용한다”고 규정하여 소급효를 인정하고 있다.

### 3. 거주지 제한 또는 지정 제도의 쟁점

#### 가. 고위험 성범죄자 거주지 제한 제도의 개념 요소

국내 발의된 고위험 성범죄자 거주지 제한 또는 지정 관련 법안에 나타난 핵심 요소는

---

다. 다만, 제4호의 준수사항은 500시간의 범위에서 그 기간을 정하여야 한다.

1. 야간, 아동·청소년의 통학시간 등 특정 시간대의 외출제한
2. 어린이 보호구역 등 특정지역·장소에의 출입금지 및 접근금지
- 2의2. 주거지역의 제한
3. 피해자 등 특정인への 접근금지
4. 특정범죄 치료 프로그램의 이수
5. 마약 등 중독성 있는 물질의 사용금지
6. 그 밖에 부착명령을 선고받는 사람의 재범방지와 성행교정을 위하여 필요한 사항

‘적용 대상’인 고위험 성범죄자에 대한 부분과 다양한 방식으로 구체화될 수 있는 ‘거주지 제한 내지 지정’이다. 국내에서의 논의는 (i)재범 위험성이 높다고 판단되는 고위험 성폭력 범죄자를 대상으로, (ii)대상자가 매일 기거하는 장소인 거주지를 결정할 때 (iii)특정 장소에서의 거주를 금지하거나 국가 등이 관리·운영하는 일정한 시설에의 거주를 명령하는 형태로 구상 중인 것으로 보인다.

(i)재범 위험성의 의미와 이를 판단하는 근거 및 기준 그리고 판단 시기에 관한 절대적 기준은 없다. 그러나 이들 각 요소들은 제도가 합헌적으로 운영되기 위하여 사전에 구체적이고 명확하게 규정되어야 한다. (ii)의 ‘거주지(居住地)’의 의미와 범위도 사전에 명확하게 제시되어야 하는 개념이다. 결국 이 거주지와 관련된 범죄자의 자유와 권리를 제한하는 것이 핵심이기 때문이다. 한편, (iii) 요소는 제도의 실현 방법에 관한 부분으로 국가별 상황을 고려하여 다양하게 구체화될 수 있다. 미국 주 법률 규정과 같이 아동이 주로 사용하거나 밀집되는 장소로부터 일정한 거리 이내 구역을 성범죄자 거주 금지 장소로 규정하는 방식과 국내 법률안처럼 특정 장소를 성범죄자 거주지로 지정하여 지정 거주시설을 운영하는 것이 대표적이다. 이처럼 어떤 ‘방식’으로 거주지를 제한할 것인지는 다르지만, 고위험군으로 분류되는 성폭력 범죄자의 거주지에 관한 자유를 제한 내지 박탈한다는 점에서 동일하다.

## 나. 거주지 제한 또는 지정 제도의 법적 성격

재범 위험성이 있는 범죄자의 이동이나 주거지역 제한과 유사한 규제에 관한 법률로 「전자장치 부착 등에 관한 법률」제9조의2 제1항을 볼 수 있다. 동조에 따라 법원은 위치추적 전자장치의 부착명령을 선고하는 경우에 부착기간 범위에서 준수기간을 정하여 하나 이상의 준수사항을 부과할 수 있다. 동조 제1항 제2호가 ‘어린이 보호구역 등 특정지역·장소에의 출입금지 및 접근금지’를 규정하고, 이어서 제2의2호가 ‘주거지역의 제한’을 규정한다.<sup>36)</sup>

또 「보호관찰 등에 관한 법률」 제32조의 제3항은 보호관찰 대상자가 지켜야할 준수사

36) 「전자장치 부착 등에 관한 법률」제9조의2 제1항 제2의2호는 2010년 동법 개정을 통해 신설된 것으로, 당시 전자감독 시행 초기에 대상자가 거주지를 벗어나 장기간 생활하거나 7일 이상 국내 여행, 출국 등을 하는 경우에 대응하기 위한 명시적 규정이 부재하여 이러한 상황을 처리하기 위해 도입되었다.

항으로 법원이 보호관찰 기간 범위에서 기간을 정하여 따로 부과할 수 있는 준수사항을 규정한다. 동조 제3항 제2호는 ‘재범의 기회나 충동을 줄 수 있는 특정 지역·장소의 출입 금지’를, 제3호는 ‘피해자 등 재범의 대상이 될 우려가 있는 특정인에 대한 접근 금지’를 규정하고, 특히 제4호는 법원이 ‘일정한 주거가 없는 자에 대한 거주장소 제한’을 부과할 수 있도록 규정하고 있다.

이처럼 「전자장치 부착 등에 관한 법률」이나 「보호관찰 등에 관한 법률」상 특정인이나 특정 지역 및 장소에의 출입 및 접근 금지와 주거지역의 제한, 거주장소 제한 등은 고위험 성범죄자를 대상으로 새로 도입하고자 하는 거주 제한(또는 지정)과 유사한 측면이 있다. 다만 새로운 거주지 제한 정책과 제도가 기존의 것보다 강력하다.<sup>37)</sup> 법원이 관련법을 근거로 추가적인 준수사항의 하나로 부과할 수 있는 것보다 강제력이 높은 거주지 ‘지정 명령’을 예정하고 있기 때문이다.

거주지 제한 또는 지정 제도의 핵심은 고위험 성범죄자로 분류되면, 재범의 위험성을 근거로 형 집행이 종료된 후에도 대상자의 거주지를 국가가 제한하거나 지정하여 직접 관리·감독하고자 하는 것이다. 이러한 의미에서 동제도의 성격은 보안처분(保安處分; the measure of security; Maßregeln der Besserung und Sicherung)으로 보는 것이 타당하다.<sup>38)</sup> 국가가 특정 장소를 지정하여 거주를 강제함으로써 사실상 다른 지역으로의 이동이 제한되는 경우 이것은 결국 사회 내에서 일종의 ‘구금’과 같은 효과를 가진다. 때문에 과거 폐지된 자유박탈적 보안처분인 보호수용의 부활이나 우회를 전제로 하는 제도라는 비판을 벗어나기 어렵고, 반복되는 위헌 논란이 발생한다.

앞서 본 것처럼 제도의 구체적 실현 방식은 현재 법률안과 같이 국가가 직접 특정 장소를 거주지로 지정하는 방안과 미국과 같이 학교나 보육시설, 공원 등 특정 장소로부터 일정한 거리 내에는 성범죄자의 거주를 금지하는 방식 등 다양하게 설계될 수 있다. 그

37) 윤정숙 외, 고위험 성범죄자 거주지 제한 정책 연구, 한국형사·법무정책연구원, 2023, 20면.

38) ‘보안과 개선의 처분’을 줄인 표현인 보안처분이란 사회적 위험 방지를 위해 형벌을 보충하거나 이에 대신하는 보호, 교육, 교정, 치료 및 그 밖의 처분을 의미한다. 보안처분이라는 용어는 대륙법계에서 정리되었지만, 오늘날 영미법계 국가에서도 행위자(범죄자 포함)의 교육과 치료를 통한 개선 및 사회방위를 위해 형벌 외에도 광범위한 처분이 시행되고 있다. 박정일, 보안처분의 이론과 실제, 박영사, 2023, 3면; 이때 ‘보안’이란 다시 범죄를 저지를 위험성 있는 자로부터 사회를 안전하게 지킨다는 의미이고, ‘개선’이란 범죄인에게 적절한 처우를 하여 올바른 사람으로 만든다는 의미이다. 1975년 독일 신형법은 종래 ‘보안과 개선의 처분’이라는 표현을 인도주의적 지향점을 강조하기 위하여 ‘개선과 보안의 처분’으로 변경하였다. 신동운, 형법총론[제15판], 법문사, 2023, 9면.

러나 실현 방식의 차이를 불문하고 형 집행이 종료된 범죄자에게 추가적으로 거주지에 대한 자유권을 제한 내지 박탈하는 효과 측면에서 동일하고, 그 근거가 장래 범죄 발생 가능성과 위험성이라는 점에서 이들 제도는 모두 보안처분으로 기능한다. 이것은 범죄자가 스스로 행한 불법행위에 대한 책임에 따른 형사제재인 형벌과 구별된다.

## 다. 거주지 지정 등에 관한 법률안의 의미와 쟁점

국내 발의된 ‘고위험 성범죄자 거주지 지정(제한)에 관한 법률안’은 결국 제21대 국회 임기 종료와 함께 자동 폐기되었으나, 고위험군 성범죄자에 대한 국가의 관리·감독의 강화를 주장하는 목소리가 끊임없이 이어지는 현실을 고려할 때 향후 비슷한 형태로 도입 논의가 제기될 가능성이 크다. 따라서 동법안을 둘러싼 다양한 쟁점을 헌법적 관점에서 검토하는 것은 의미가 있다.

먼저, 초기의 법안 명칭이 ‘고위험 성범죄자 거주지 제한 등에 관한 법률안’이었으나, 입법예고 후 외부 의견을 반영하여 ‘고위험 성범죄자 거주지 지정 등에 관한 법률안’으로 수정되었지만 내용상 큰 차이는 없는 것으로 보인다. 거주지 ‘제한’과 ‘지정’이라는 표현상 차이가 법안 내용에 실질적 차이를 가져오지는 않는다는 것이다. 실제로 ‘고위험 성범죄자 거주지 제한 등에 관한 법률안’에서도 거주지 제한명령을 통해 결국 법원이 고위험 성범죄자의 거주지를 특정 장소로 ‘지정’하여 거주하도록 규정하고 있다.<sup>39)</sup> 결과적으로 국내에서 발의된 고위험 성범죄자 거주지 제한 관련 법안은 미국과 같이 일정한 영역을 거주지에서 제외하는 제한 형태가 아니라, 국가가 직접 고위험 성범죄자의 거주지를 지정하는 형태로 제도를 구체화할 것으로 예상할 수 있다.

한편, 법제명을 수정한 주된 이유로는 동법이 성폭력 범죄자의 거주에 관한 기본권을 ‘제한’하는 것이 전부가 아니고, 거주지 ‘지정’을 통해 재범을 예방하고 사회복귀와 재사회화까지 목적으로 한다는 점이 강조되었다. 이러한 설명을 존중하여, 종래 제명인 ‘제한’이라는 표현이 가지는 권리 침해의 이미지가 완화 내지 희석된 것으로 볼 여지도 있다. 그러나 이것은 단순히 표면적 해석일 수 있다는 점에서 실제로 당사자의 입장에서 그 차이가 느껴질 것인가는 의문이다. 적어도 수정된 법안이 고위험 성범죄자에게 거주

39) 고위험 성범죄자 거주지 제한 등에 관한 법률안 제9조.

지 변경 신청권을 부여하는 내용의 조항을 추가하는 등 기본권 제한을 최소화하기 위한 절차와 수단을 보완하였다는 점에서는 보다 발전된 형태로 평가할 수 있다.

법률안을 마련하던 초기에 정부는 미국의 「제시카법(Jessica Lunsford Act)」처럼 출소한 성범죄자가 학교 등 특정 장소로부터 일정한 거리 내에는 거주하지 못하도록 규정하는 방식을 구상하였다.<sup>40)</sup> 그러나 한국에서의 실현가능성을 고려할 때 이격거리를 두는 방식은 적절하지 않다는 지적이 등장하였다. 서울과 같은 대도시의 경우 도시 밀집도를 고려할 때, 일정 거리를 기준으로 하여 거주지를 제한하는 방식을 그대로 도입할 경우 도심과 비도심 간 치안 격차가 발생할 수 있고, 슬럼화 현상이나 노숙자가 양산되는 등의 문제가 발생할 가능성이 제기된 것이다. 이에 따라 국가 등이 운영하는 시설을 거주 장소로 ‘지정하는 방식’으로 입법과 제도 도입을 추진 중이다.

이처럼 고위험 성폭력 범죄자의 거주지를 제한하거나 지정하는 ‘구체적 방식’은 고정되어 있지 않고, 실행가능성과 예산 등의 현실을 고려하여 다양한 형태로 설계될 수 있다. 성범죄 세부 유형에 따라 재범 위험성이 높은 장소가 일반·추상적으로 특정될 수 있다. 그러나 이것은 어디까지나 기존 범죄를 바탕으로 하는 가능성에 대한 평가라는 한계를 가진다. 실제로 성범죄가 발생하는 장소는 매우 다양하고, 이에 영향을 미치는 요인도 복합적이다. 따라서 거주지를 지정(또는 제한)하는 방식이 성범죄 재범 예방에 어떠한 실질적 효과를 보이는가를 입증하는 것은 법안의 필요성을 정당화하기 위해 필요한 작업이다.

---

40) 법무부는 ‘2023년 5대 핵심 추진과제’ 중 범죄로부터 안전한 나라 실현을 위해 한국형 ‘제시카법’을 도입하겠다고 밝히며 고위험 성범죄자 출소 후, 법원 결정을 통해 ‘학교, 어린이집, 유치원 등 보육시설 등으로부터 500미터 이내(500미터한도로 사안별로 법원이 결정)에 거주를 제한하는 방안을 추진하겠다고 밝혔다. 법무부, 2023년 주요업무 추진계획, 2023. 1. 26, 4면.

### Ⅲ. 고위험 성범죄자 거주지 제한과 관련된 외국 입법례와 판례

#### 1. 고위험 성범죄자 대상 외국 입법례

##### 가. 미국 각 주별 성범죄자 거주지 제한 제도

###### 1) 성범죄자 신상공개·등록제도의 발전과 거주지 제한 정책의 등장

미국은 고위험 성범죄자를 대상으로 거주지 제한 정책을 시행하고 있는 대표적 국가이다. 출소한 성범죄자의 거주지를 제한하는 미국 각 주(州)의 정책과 입법은 재범 예방이라는 동일한 목적을 추구하는 범위에서 성범죄자 신상정보 공개 및 등록제도 발전의 역사와 함께한다. 1993년 미국은 「제이콥 웨터링법(Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Registration Act)」을 통해 성범죄자에 대한 지역 사회 모니터링 강화를 위한 근거를 마련하였다. 동법은 미국 주들로 하여금 성범죄자 등록프로그램을 창설하고 발전시키도록 한 다수의 법률 중 최초의 법으로, 이전에 각 주에 재량권으로 인정되던 성범죄자에 대한 신상등록을 의무화하였다. 1994년 뉴저지주는 「메건법(Megan's Law)」을 제정하였고,<sup>41)</sup> 1996년 3월 연방의회는 연방 차원의 「메건법」을 제정하였다.<sup>42)</sup> 이를 통해 성범죄자에 대한 광범위한 신상정보 등록 의무화, 의무적 DNA 채취, 정기적 거짓말탐지기 검사, 신분증 표시 등의 근거가 갖추어졌으며, 국가적 차원에서 성범죄자 신상정보 등록시스템이 마련되었다.

이후 미국은 「제이콥 웨터링법」과 「메건법」을 통합하여 2006년 강력한 성범죄자 신상정보공개 및 등록 법률인 「AWA법(Adam Walsh Child Protection and Safety Act)」을 제정하였다.<sup>43)</sup> 동법은 성범죄자 관리·감독에 관한 포괄적인 법률로 종래 각 주의 재량이 인정되던 성범죄자 등록 요건을 명확히 하고, 신상정보 등록기간을 연장하는 한편 주소

41) 1994년 7세 메건 칸카(Megan Nicole Kanka)가 이미 2차례 유죄판결을 받은 성범죄자에 의해 성폭행 피해 후 살해된 사건을 계기로 뉴저지주에서 제정된 성범죄자 신상정보 공개에 관한 법률이다.

42) 허경미, 미국의 국제메건법 상 주요 쟁점, 외국법제동향, 한국법제연구원, 2020, 153면.

43) 허경미, 미국의 성범죄자 등록·공개·취업제한 제도에 대한 비판적 쟁점, 한국공안행정학회보 제28권 제1호, 2019, 278-279면.

지 등록 변경사항을 의무화하고 위반 시 처벌을 강화하였다.<sup>44)</sup> 정책적으로는 1994년 플로리다주가 최초로 출소 후 신상정보를 경찰에 등록해야 하는 성범죄자를 대상으로 거주지를 제한하는 정책을 실시하였다.<sup>45)</sup>

## 2) 플로리다주 제시카법 제정과 주별 거주지 제한 관련 법률

1995년 플로리다주가 학교, 공원, 놀이터 등 어린이가 주로 이용하는 지역 주변 1,000피트를 ‘완충 구역’으로 설정한 후, 2010년까지 미국 내 많은 주들이 성범죄자가 거주할 수 있는 지역과 없는 지역을 구분하는 내용을 담은 법률과 자치단체 단위의 조례를 제정하였다.<sup>46)</sup> 유사한 입법이 확산된 데에는 지방자치단체의 입장에서 성범죄자에 대한 주거 제한 입법을 하지 않을 경우, 성범죄자가 모이게 되는 지역이 되지 않을까라는 우려 등 현실적 요인도 영향을 미쳤다.<sup>47)</sup>

특히, 2006년 플로리다주에서 제정된 「제시카법(Jessica Lunsford Act)」을 계기로 성범죄자 거주지 제한 정책의 입법화는 미국 각 주로 확산되었다.<sup>48)</sup> 동법은 아동이 정기적으로 모이는 학교나 공원에서부터 2000피트 내 특정 신상정보 등록대상 성범죄자의 거주를 금지하는 것을 내용으로 한다. 그리고 동법은 가석방 당국이 예외를 두거나, 사례별로 개별적 결정을 내릴 수 있는 권리를 배제하였다. 동법을 모델로 미국 의회는 제시카법을 발의하였고, 다른 주들도 비슷한 내용을 담은 법률을 제정하면서 일부 성범죄자를 대상

44) 임희·박호정, 미국의 성범죄자 등록 및 공개법에 관한 연구, 디지털융복합연구 제11권 제6호, 2013, 28면; 윤정숙 외, 고위험 성범죄자 거주지 제한 정책 연구, 한국형사·법무정책연구원, 2023, 30면.

45) 윤정숙 외, 고위험 성범죄자 거주지 제한 정책 연구, 한국형사·법무정책연구원, 2023, 30면.

46) 지원근, 고위험 성범죄자에 대한 미국의 보안처분 법제 연구, 2023년 법무부 정책용역과제, 2023, 74-75면.

47) 홍완식, 미국의 아동대상 성범죄 관련 법률에 대한 입법론적 검토, 세계헌법연구 제16권 제3호, 2010, 195면.

48) 2005년 2월, 플로리다 주에서 제시카 린스포드(9세)가 아동 성범죄 전과 2범이었던 옆집 남성 존 쿠키에 의해 납치, 강간당하고 살해된 사건을 계기로 주 의회는 아동성범죄자의 경우, 초범이라도 25년 이상의 징역형을 선고하고, 재범의 경우 무기징역을 선고하는 것을 원칙으로 하고, 출소 후에는 평생 전자위치 추적 장치를 착용하게 하며, 아동이 많은 학교나 공원 등 주변에 거주하는 것을 금지하는 내용을 담은 제시카법(Jessica Lunsford Act)을 제정하였다. 이후 미국 40개 주에서 아동성범죄자 출소 후 학교 등 시설로부터 1,000(약 300m)~2,000피트 이내 거주를 제한하는 내용의 제시카법을 도입하고 있다. 그러나 연방 차원에서 제시카법은 아직까지 미국 의회를 통과하지 못하였다. 다만, 연방 및 주 형법에서 보호관찰 준수사항으로 고위험성범죄자거주지를 특정 장소로 지정하는 방식을 병행하고 있다. 결국, 제시카법은 하나의 단일 법률을 지칭하는 것이 아니라 성범죄자가 출소한 후 거주지를 제한하는 내용을 담은 2005년 제정된 플로리다 주 법률을 비롯한 여러 주의 법률을 통칭하는 개념이다. 윤영석, 성범죄 재범방지 제도 -매간법에서 제시카법까지-, 법무보호연구 제9권 제1호, 2023, 23면.

으로 하는 거주지 제한 법률의 입법이 확산되었다.<sup>49)</sup> 다만 성범죄자 거주지 제한 정책은 연방 차원의 의무 사항은 아니기 때문에, 구체적인 제한 거리와 기간 등은 각 주 법률에서 다르게 규정하고 있다. 현재 각 주가 규정하고 있는 성범죄자 거주지 제한 법률상 거주 금지되는 장소의 목록 및 구체적인 제한 거리는 아래와 같다.<sup>50)</sup>

	주/법적 근거	적용 대상/거주가 금지되는 장소의 목록	제한 거리
1	알라바마 /AL Code §15-20A-11	모든 성범죄자	2000피트 (약 609.6 미터)
		학교, 보육시설, 레지던트 캠프(resident camp facility)	
2	알래스카	없음	
3	아리조나 /A.R.S. § 13-3727	아동대상 성범죄자로 신상정보 등록자, 제3급 성범죄자	1000피트 (약 304.8 미터)
		공·사립 학교, 유치원 프로그램, 보육시설, 이전 피해자가 거주하는 부동산	
4	아칸소 /AR Code § 5-14-128	1997년 성범죄자등록법, § 12-12-901 등에 따라 등록대상인 제3, 4급 성범죄자	2000피트
		- Level 3, 4급 범죄자 : 공립 또는 사립 초·중등학교, 공립공원, 청소년센터 또는 어린이집이 소재하는 재산 - Level 4급 범죄자 : 교회, 예배장소	
5	캘리포니아	등록된 성범죄자, 성범죄 고위험군	2000피트
		보호관찰 또는 가석방의 조건으로만 학교, 공원	
6	콜로라도	주 법률은 없지만, 일부 시 또는 카운티 단위에서(city or county level) 제한 규정	
7	코네티컷	가석방, 보호관찰자	
		포괄적 거주지 제한은 없으나, 보호관찰관이나 가석방 담당자가 사전에 승인한 장소에 거주하도록, 법원이 선고 시 조건 부과 가능	
8	델라웨어 /11 DE Code § 1112	모든 성범죄자	500피트 (약152.4 미터)
		학교	

49) 윤정숙 외, 고위험 성범죄자 거주지 제한 정책 연구, 한국형사·법무정책연구원, 2023, 31면.

50) <https://www.probationinfo.org/sor/residence/>참고(2024년 5월 28일 최종방문). 2024년 5월 말 기준으로 42개의 주와 지역에서 주 전역이나 특정 지역에서 특정한 범죄자를 대상으로 거주 거리 제한을 시행하고 있다.



	주/법적 근거	적용 대상/거주자 금지되는 장소의 목록	제한 거리
9	플로리다 /FL Stat § 775.215	16세 이하 아동대상 성범죄자 학교, 보육시설, 공원, 운동장	1000피트
10	조지아 /GA Code § 42-1-12, 15, 16, 17	등록된 성범죄자 아동양육시설, 교회, 학교, 미성년자가 모이는 지역(공·사 립공원과 오락시설, 운동장, 스케이트장, 근린센터, 체육 관, 통학버스정류장, 공공도서관, 공공 및 주민수영장 등)	1000피트
11	하와이 /Chapter 846E, HRS	보호관찰자 피보호범죄자에게 제한 부과 가능(예, 감독관의 허가없이 미성년 자녀와 접촉하거나 이를 시도하거나 이들과 동일한 거주지에 거주할 수 없도록 명령할 수 있음)	
12	아이다호 /ID Code § 18-8329	성인 성범죄자 학교, 보육시설(daycare)	500피트
13	일리노이 /720ILCS 5/11-9.3	아동대상 성범죄자 학교, 운동장, 보육기관, 탁아소, 주간보호시설, 집단 보호시설	500피트
14	인디애나 /IC 35-42-4-11	아동대상 성범죄자 중등교육기관을 제외한 학교, 청소년 프로그램 센터, 공원, 탁아소, 성범죄 피해자의 거주지, 아동 돌봄 서비스 제공자 의 거주지	1000피트
15	아이오와 /IA Code § 692A.101	미성년자를 대상으로 가중 성범죄를 저지른 성인 범죄자 공·사립 초·중등학교, 보육시설	2000피트
16	캔자스	없음	
17	켄터키 /KRS 17.545	등록된 성범죄자 고등학교, 중학교, 초등학교, 유치원, 공공 또는 임대 놀이터, 면허를 받은 주간보호시설	1000피트
18	루이지애나 /LA Rev Stat § 14:91.2	13세 이하 아동대상 성범죄자 공·사립 초·중등학교, 조기학습 센터, 가정 보육서비스 제공자의 거주지, 주거용 주택, 공원, 오락시설, 청소년센 터, 수영장, 오락실	1000피트
19	메인	- 주법은 없으나, 집행유예나 출소 시 거주, 직장, 여행 등이 허용되는 장소에 관한 특별한 조건 부과 가능 - 일부 마을에서는 유죄판결을 받은 14세 미만 어린이를 대상으로 하는 중범죄(Class A, B or C)를 대상으로 성범죄자가 살 수 있는 장소를 제한하는 조례 규정	750피트

	주/법적 근거	적용 대상/거주자 금지되는 장소의 목록	제한 거리
20	메릴랜드	없음	
21	메사추세츠	없음	
22	미시간	없음	
23	미네소타 /M.S. § 243.166, MN Stat § 244.052	성범죄자 등록법에 포괄적 거주제한 규정은 없으나, 보호관찰이나 가석방의 조건이 될 수 있고, 주법은 아니지만 일부 도시에서 자치 조례 규정을 두고 있음	
24	미시시피 /Miss. Code Ann. § 45-33-25	등록된 성범죄자 공·사립 초·중등학교, 보육 시설, 거주용 아동 보육 기관, 아동 집단 보육원 또는 놀이터, 야구장, 기타 레크리에이션 시설	3000피트 (약 914.4미터)
25	미주리 /MO Rev Stat § 566.147.	모든 성범죄자 공·사립 학교, 보육시설, 이전 피해자의 거주지	1000피트
26	몬타나 /MT Code § 45-5-513, MT Code § 46-18-255	고위험군 성범죄자(제3급 성범죄자) 학교, 어린이집, 운동장, 공원, 미성년자를 대상으로 하는 운동 시설, 미성년자 교육 또는 오락을 주된 목적으로 하는 장소나 시설	300피트 (약 91.44미터)
27	네브라스카 /NE Code § 29-4017	성범죄 등록자, 18세 이하 피해자를 대상으로 가중된 범죄를 저지른 등록된 성범죄자 조례를 둔 경우에 성범죄자가 학교, 보육시설로부터 거주 제한을 할 수 있도록 주 입법은 지침 제정	500피트
28	네바다 /NRS 176A.410	성범죄자 등록법은 거주지 제한을 하지 않지만, 주의 보호관찰을 받는 자를 대상으로 공·사립 학교, 통학버스 정류장, 탁아소, 오락실, 놀이공원, 놀이터, 공원, 운동장, 청소년 스포츠 시설, 영화관 등 주로 어린이가 사용하거나 어린이를 위해 설계된 장소	1000피트
29	뉴햄프셔	없음	
30	뉴저지	없음	
31	뉴멕시코	없음	
32	뉴욕 /Law Section 259-c (14), state Penal Law Section 65.10 (4a, 5, 5-a)	가석방, 보호관찰을 받는 경우 학교나 아동보육시설로부터 일정 거리 제한	1000피트
33	노스캐롤라이나 /NC Gen Stat § 14-208.16	등록된 성범죄자 공·사립 학교, 보육시설	1000피트

	주/법적 근거	적용 대상/거주가 금지되는 장소의 목록	제한 거리
34	노스 다코타 /NDCC § 12.1-32-15	고위험군 성범죄자 공·사립 초, 중, 고등학교	500피트
35	오하이오 /ORC § 2950.034	아동대상 성범죄자 학교, 유치원, 어린이집	1000피트
36	오클라호마 /57 OK Stat § 57-590	등록된 성범죄자 공·사립 학교, 보육기관, 보육시설, 놀이터, 공원	2000피트
37	오레건 /ORS § 144.642	포괄적 거주 제한은 두고 있지 않지만, 가석방이나 보호관찰시 아동이 주로 거주자이거나 이용하는 시설로부터 거주 금지 가능	
38	펜실베이니아 /Pennsylvania's Megan's Law	보호관찰, 가석방시 학교, 공원, 어린이집 등 근처에 거주하는 것을 제한할 수 있음	
39	로드아일랜드 /RI Gen L § 11-37.1-10	학교	300피트
40	사우스캐롤라이나/ SC Code § 23-3-535	아동대상 성범죄자 학교, 어린이집, 아동 오락 시설, 공원 또는 공공 놀이터	1000피트
41	사우스다코타 /22-24B-22, 23	등록된 성범죄자 지역사회 안전구역(학교, 공원, 운동장, 수영장으로부터 500피트 내 지역)	500피트
42	테네시 /TN Code § 40-39-211	성인 성범죄자 공·사립 학교, 교구 부속 학교(parochial school), 탁아소, 기타 보육시설, 공원, 놀이터, 운동장, 오락 시설	1000피트
43	텍사스 / TX Code Crim Pro Art 62.064.	성범죄자 등록법은 등록만 근거로 거주제한을 포괄적으로 하고 있지 않지만, 보호관찰 또는 가석방 중에 조건으로 부과 가능하고, 일부 도시에서 조례로 성범죄자의 거주 장소 제한 규정(공립, 사립 고등교육기관)	
44	유타	없음	
45	버몬트	없음	
46	버지니아 /VA Code § 18.2-370.3	성인 성범죄자 어린이집, 초, 중, 고등학교	500피트
47	워싱턴	법원, 교정본부에 의해 감독기관 동안 학교, 아동보육시설, 놀이터, 아동밀집시설 주변 거주 금지 제한	

	주/법적 근거	적용 대상/거주자 금지되는 장소의 목록	제한 거리
48	웨스트버지니아	없음	
49	위스콘신	주법은 없지만, 시 또는 자치구역에서 폭력적인 성범죄자를 대상으로 아동친화시설로부터 거주 제한	
50	와이오밍 /WY Stat § 6-2-320	등록된 성범죄자	1000피트
		학교	

일반적으로 성범죄자 거주지 제한에 관한 미국 주 법률의 대표적 형태는 학교와 보육 시설, 공원, 놀이터 등 아동이 밀집한 장소를 열거하고 이 장소로부터 일정한 거리를 정하여 그 안에는 성범죄자의 거주를 금지하는 방식이다. 주별로 거주 금지의 기준이 되는 장소의 목록은 다양하다. 학교와 보육시설은 거의 모든 주 법률에서 공통적으로 규정하고 있고, 버스정류장, 공원, 놀이터, 오락시설 등에 대해서는 포괄적으로 언급하는 경우와 구체적으로 명시하는 경우가 나뉜다.

캘리포니아주의 경우, 등록된 성범죄자를 대상으로 학교나 공원에서 2000피트 이내에 거주를 금지하는 주 법률을 두고 있었으나 2015년 위헌 판결을 받았다. 캘리포니아주 대법원은 동법이 일시적인 성범죄자 노숙인구를 양산하여 공공의 안전 보호에 역행하는 효과를 초래하였음을 지적하였다. 따라서 현재 캘리포니아주에서 성범죄자 거주지 제한은 개별 범죄자의 기록에 따라 보호관찰이나 가석방의 조건으로 부과되는 경우에만 적용된다. 이처럼 성범죄자 거주지 제한에 관한 주 차원의 법률은 없지만, 하위 자치단체 수준에서 관련 규정을 두어 적용하거나 보호관찰이나 가석방시 일정한 거주 제한 조건을 부과하는 경우도 있다.

콜로라도주도 주 차원의 거주지 제한 법률은 없지만, 시 또는 카운티 수준에서 일부 자치 법률을 두어 제한하고 있다. 메인주도 자치조례를 통해 14세 미만 아동을 대상으로 한 성범죄자를 학교로부터 최대 750피트 내에서는 거주할 수 없도록 제한할 수 있는 규정을 두고 있다. 미네소타주도 일부 자치단위에서 지역조례를 통해 등록된 범죄자의 거주 제한 제도를 시행하고 있다. 뉴욕주도 가석방 또는 보호관찰 부서의 재량에 따라 범죄자가 가석방 또는 보호관찰을 받는 경우에 학교 또는 아동을 돌보는 기타 시설로부터 1,000피트 이내에서는 거주를 제한하는 형식으로 규제하고 있다.

반면, 자치규정으로도 성범죄자 거주지 제한에 관해 규정하지 않는 주도 있다. 알래스카주, 캔자스주, 메릴랜드주, 메사추세츠주, 미시간주, 뉴햄프셔주, 뉴저지주, 뉴멕시코주,

유타주, 버몬트주, 웨스트버지니아주가 이에 해당한다. 특히, 켄자스주는 오히려 주와 지방 차원에서 성범죄자에 대한 거주지 제한에 대하여 명문 규정으로 금지하고 있다.<sup>51)</sup> 성범죄자 거주지 제한 주 법률은 제정 당시부터 소급입법금지 원칙과 재산권 침해 등과 관련하여 위헌 논란이 제기되었고, 실무적 문제점과 실효성에 관한 비판도 제기되었다.<sup>52)</sup>

한편, 주별로 출소 후 거주지 제한의 적용 대상이 되는 성범죄자의 범위는 상이하다. 피해자 연령을 불문하고 모든 성범죄자를 대상으로 하거나, 고위험 성범죄자로 한정하는 경우가 있는 반면, 피해자가 아동인 경우에만 거주지 제한을 적용하는 주도 있음을 볼 수 있다.<sup>53)</sup> 특히 피해자 연령에 관한 기준도 다양한데, 일리노이주와 아이오와주는 18세 미성년자를 대상으로 한 범죄를 기준으로 하고, 루이지애나주는 13세 미만으로 규정하고 있다. 이러한 차이는 일차적으로는 아동과 미성년자에 대한 각 주의 연령 규정상 차이로 보인다. 다만 이를 통해 거주지 제한의 적용대상이 되는 성범죄자의 범위를 설정하는 문제, 즉 결과적으로 ‘고위험군’ 성범죄자의 범위 확정 문제는 정해진 답이 있는 것이 아니라 논의 대상이 될 수 있음을 볼 수 있다.

또 금지되는 장소로부터 성범죄자의 거주가 제한되는 구체적인 거리 기준도 최소 300 피트(약 91.44미터)에서 최대 3000피트(약 914.4미터)에 이르는 등 다양하게 나타난다. 이처럼 특정 범죄자를 대상으로 거주지를 제한하는 경우에도 그 구체적 내용과 방식은 다양하게 설계될 수 있음을 볼 수 있다.

---

51) KSA 22-4913. (a) (b)항에 규정된 경우를 제외하고, 2006년 6월 1일 이후 시와 카운티는 K.S.A. 22-4902에 규정된 범죄자의 주거 제한을 설정하는 조례, 결의안 또는 규정 및 이에 대한 개정을 채택하거나 시행하는 것이 금지된다.

52) 2006년 조지아주의 거주제한 법률로 약 15,000명의 성범죄자가 거주지를 옮겨야 했고, 캘리포니아주에서는 2006년 입법으로 약 100,000명의 성범죄자가 거주지를 변경하여야 하는 것으로 추산되어 법률에 시간적 적용범위를 한정하기도 하였다. 제도의 실효성에 관한 의문도 꾸준히 제기되었다. 한 사례로 주거지 제한 적용대상이 되는 성범죄자가 1주일에 1회 모이는 주일학교가 열리는 교회와 주거지가 880피트 거리에 위치하여 거주지 이전 명령을 받고 마땅한 장소가 없어 모텔로 들어갔는데, 바로 옆방에 3명의 아동이 포함된 가족이 머물고 있어 제도의 실효성이 무색하였다는 현실이 지적되었다. 때문에 성범죄자에 대한 주거제한 법률은 사람들에게 안전하다는 환상만 심어주는 것이라는 비판도 있다. Laura J. Zilney, Lisa Anne Zilney, *Reconsidering sex crimes and offenders - Prosecution or Persecution?*, Abc Clio, 2009, p.129, 홍완식, 미국의 아동대상 성범죄 관련 법률에 대한 입법론적 검토, 세계헌법연구 제16권 제3호, 2010, 195-196면 각주 34번에서 재인용.

53) 윤정숙 외, 고위험 성범죄자 거주지 제한 정책 연구, 한국형사·법무정책연구원, 2023, 35면; 박혜림, 성범죄자 거주지 제한 제도에 대한 미국 판례 분석 및 시사점, 법학논총 제41권 제1호, 2024, 72-74면.

## 나. 독일 보호수용제도와 보호관찰

### 1) 독일 보안처분제도와 보호수용제도

독일은 형법과 보안처분을 엄격히 구분하는 형사제재 이원주의 체제를 바탕으로, 보안처분을 통해 고위험 성범죄자의 위험성을 관리한다. 미국처럼 직접적으로 범죄자를 대상으로 거주지를 제한하는 방식은 아니지만, 법원으로 하여금 위험한 성범죄자에게 보호수용 또는 보호관찰과 결부된 여러 준수사항을 부과할 수 있도록 규정하고 있다.<sup>54)</sup>

독일 「형법(Strafgesetzbuch)」제61조는 정신병원 감호처분, 금단치료소 감호처분, 보안감호(보호수용, die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung),<sup>55)</sup> 보호관찰, 운전면허박탈, 직업금지 등 여섯 가지 종류의 보안처분을 규정하고 있다.<sup>56)</sup> 그리고 형법 제66조는 보안감호(보호수용)에 대해 상세하게 규정한다.<sup>57)</sup> 그리고 이러한 보안감호(보호수용)처분

54) 윤정숙 외, 고위험 성범죄자 거주지 제한 정책 연구, 한국형사·법무정책연구원, 2023, 61-62면.

55) 독일 법·제도와 판례를 검토하는 선행 연구들은 보안감호와 보호수용이라는 표현을 혼용하고 있는 것으로 보인다. 일반적으로 ‘보안감호’로 번역되는데, 국내 보호수용법안의 제도입 논의와 연결점을 고려하여 보안감호와 보호수용을 같은 의미로 사용하는 경우가 확인된다. 이 연구에서는 우리나라의 논의와의 연결성을 고려하여 보호수용을 주로 사용하되, 참고문헌을 존중하여 보안감호라는 표현도 혼용하였다. 이에 대하여 보호수용제도 논의에서 도입하고자 하는 제재의 내용을 엄밀하게 따져볼 때, ‘보안’ 목적으로 대상자를 시설에 격리하여 필요한 조치를 하는 것이고, 치료목적에서 대상자를 시설에 격리하여 필요한 조치를 하는 치료감호와 용어상 체계성을 갖추는 한편, 부수적으로 과거 폐지된 ‘보호감호’제도의 오명을 회피하기 위하여 ‘보안감호’로 칭하는 것이 적절하다는 견해가 있다. 신은영, 보호수용법안에 대한 비판적 검토 -독일 보호수용제도와와의 비교를 중심으로-, 고려법학 제104호, 2022, 350면, 각주 5번 참고.

56) 독일 형법 번역본(2023. 8. 16. 개정본), 국회도서관 참고.

57) 독일 형법 제66조(보안감호)

(1) 다음 각 호의 모두에 해당하는 경우에 법원은 형벌과 함께 보안감호처분을 내린다.

1. 다음 중 어느 하나에 해당하는 고의 범죄행위로 인하여 최소 2년 이상의 자유형을 선고받은 경우
  - a) 생명, 신체적 불가침, 개인의 자유 또는 성적 자기 결정권에 대한 범죄행위인 경우
  - b) 형법각칙 제1장이나 제7장, 제20장, 제28장 또는 「국제형사법」이나 「마약법」에 해당하고 최고 10년 이상의 자유형을 규정하고 있는 경우
  - c) a목이나 b목에 언급된 종류의 범죄행위로 인하여 행장감독이 개시되었을 때 제145a조의 구성요건을 충족하는 경우나 명정 상태에서 저지른 위법행위가 a목이나 b목에 언급된 종류 중 하나일 때 제323a조의 구성요건을 충족하는 경우
2. 행위자가 새로운 행위 이전에 실행하였으며 제1호에서 규정하고 있는 종류의 범죄행위로 인하여 각각 최소 1년 이상의 자유형을 두 번 선고받은 경우
3. 행위자가 새로운 행위 이전에 한 건 또는 여러 건의 행위로 인하여 최소 2년 이상의 자유형을 복역했거나 자유박탈적 보안처분의 집행 중인 경우
4. 행위자와 해당인의 행위를 종합적으로 평가한 결과, 행위자가 습벽으로 인하여 특히 피해자가 정신적으로나 신체적으로 심각하게 해를 입히게 되는 심각한 범죄행위로 선고시점에 일반 시민에게 위험하다고 밝혀지는 경우

은 경우에 따라 유보적으로,<sup>58)</sup> 나아가 사후적으로도 선고될 수 있다.<sup>59)60)</sup>

- (2) 제1항 제1문 제1호에서 규정하고 있는 3종의 범죄행위를 범하여 그로 인하여 최소 1년 이상의 자유형에 처했고 이러한 행위 중 하나 또는 그 이상의 행위로 인하여 최소 3년 이상의 자유형을 선고 받은 경우 법원은 제1항 제1문 제4호에 명시된 조건에 따라 형의 선고나 자유박탈(제1항 제1문 제2호와 제3호)의 전력이 없더라도 형벌에 부가하여 보안감호를 명령할 수 있다.
  - (3) 제1항 제1문 제1호 a목이나 b목에 따른 전제조건을 충족하는 범죄로 인하여 또는 제89a조 제1항부터 제3항까지, 제89c조 제1항부터 제3항까지, 제129a조 제5항 제1문에 따른 범죄행위로 인하여 제129b조 제1항, 제174조부터 제174c조까지, 제176조, 제177조 제2항 제1호 제3항, 제6항, 제180조, 제182조, 제224조, 제225조 제1항과 제2항과 함께 또는 제323a조에 따른 고의적인 범죄행위로 인하여 명정 상태에서 저지른 범죄행위가 상기위법행위 중 하나에 해당하여 2년 이상의 자유형을 선고 받은 경우 법원은 행위자가 새로운 범죄를 범하기 전에 한 건 또는 여러 건의 그러한 범죄행위로 인하여 이미 1회 최소 3년 이상의 자유형을 선고받았고 제1항 제1문 제3호와 제4호에 언급된 조건이 충족되는 경우에는 형벌과 함께 보안감호를 명할 수 있다. 제1문에 언급된 유형의 범죄행위 두 건을 범하고 그로 인하여 각각 최소 2년 이상의 자유형이 선고되었고 그중 한 건 또는 여러 건의 범죄로 인하여 최소 3년 이상의 자유형을 선고받은 경우 법원은 제1항 제1문 제4호에 언급된 조건에 따라 형의 선고나 자유박탈(제1항 제1문 제2호와 제3호)의 전력이 없더라도 형벌에 부가하여 보안감호를 명할 수 있다. 이때 제1항과 제2항은 영향을 받지 아니한다.
  - (4) 병합형 선고는 제1항 제1문 제2호의 의미에서 한 개의 독립된 선고로 본다. 미결구금이나 다른 자유박탈이 자유형에 산입되는 경우 이는 제1항 제1문 제3호에서 의미하는 복역한 형으로 본다. 이전의 행위와 다음의 행위 사이에 5년 이상이 지난 경우에 이전 행위는 고려되지 아니한다. 성적 자기결정권에 대한 범죄행위의 경우 그 기한을 15년으로 한다. 행위자가 관청의 명령으로 시설에 감호된 기간은 기한에 포함되지 아니한다. 이 법의 적용 지역 밖에서 유죄판결을 받은 행위는 독일 형법에 따라 제1항 제1문 제1호에서 언급된 유형의 범죄행위이거나 제3항의 경우에 있어서 제3항 제1문에서 언급된 유형의 범죄행위에 해당한다면 이 적용범위 내에서 유죄판결을 받은 행위로 본다.
- 58) 유보적 보호수용은 법원이 유죄판결 시점에 행위자의 위험성을 충분히 확신할 수 없는 경우에 일단 보호수용의 명령을 유보한 후, 형벌종료 시점에 보호수용을 선고할 것인지를 다시 판단하는 것이다. 독일 형법 제66a조(보안감호 수용의 유예) 참고.
- 59) 독일 형법 제66b조(보안감호처분의 사후적 명령) 종료 결정 당시 감호처분의 근거가 된 책임무능력을 배제하거나 감소시키는 상황이 존재하지 아니한 이유로 제67d조 제6항에 따른 정신병원 감호처분이 종료된 것으로 선고되었다면 법원은 다음 각 호의 경우에 보안감호처분을 사후에 명령할 수 있다.
1. 제63조에 따른 당사자의 감호처분이 제66조 제3항 제1문에 언급된 여러 건의 행위를 이유로 내려졌거나 당사자가 제63조에 따른 감호처분으로 이어진 행위 이전에 저지른 한 건 또는 여러 건의 그러한 범죄행위로 인하여 이미 1회 최소 3년 이상의 자유형을 선고받았거나 정신병원에 감호되었던 경우
  2. 결정 시점까지 당사자의 인격과 해당인의 범죄행위 및 교화 정도를 종합평가한 결과 피해자가 정신적이나 신체적으로 상당한 해를 입은 심각한 범죄행위를 저지를 가능성이 높은 것으로 나타나는 경우 이는 제63조에 따른 보안감호처분에 이어서 부가적으로 명령을 받은 자유형이 전부 또는 일부 집행되는 경우에도 적용된다.
- 60) 독일 보호수용제도의 종류별 요건에 관한 자세한 사항은 윤정숙 외, 고위험 성범죄자 거주지 제한 정책 연구, 한국형사·법무정책연구원, 2023, 78-82면; 안성훈 외, 중형주의 형사제재의 실효성 평가연구(III): 취업제한제도와 성충동약물치료제도의 실효성 및 성폭력범죄자 대상 형사제재 체계 재구축 방안연구, 한국형사·법무정책연구원, 2023, 589-592면 참고.

## 2) 보호수용제도 집행의 차별화 원칙

보안처분은 수용 대상자의 신체의 자유와 거주·이전의 자유를 직접적으로 제한하기 때문에 형법 제62조에 따라 엄격한 비례성의 원칙하에 운영되어야 한다.<sup>61)</sup> 독일연방헌법 재판소는 2004년 보안감호 관련 규정을 합헌으로 판단하면서, 보안감호가 형벌과 구별되는 보안처분이라는 점을 전제로 보안감호 집행에 대한 2가지 기준을 명시하였다.

하나는 재사회화 우선 원칙(Resozialisierungsvorgabe)이고, 다른 하나는 집행 차별화 원칙(Abstandsgebot)이다.<sup>62)</sup> 이후 2009년 유럽인권재판소가 선고한 독일 보안감호 규정에 대한 유럽인권 조약 위반 결정을 존중하여, 2011년 독일연방헌법재판소는 보안감호제도가 합헌이기 위하여 목적과 방향, 내용이 명확히 규정되어야 함을 지적하며 입법자에게 집행 차별화 원칙에 대한 요청을 고려한 입법을 할 것을 요구하였다. 그 과정에서 구체화된 지도원리의 형태로 형법전에 반영되어야 할 7가지 세부 원칙으로 최후수단성의 원칙, 개별화 및 집중의 원칙, 동기 부여의 원칙, 구분의 원칙, 최소화의 원칙, 권리 보호 및 법적 구조 원칙, 사범통제의 원칙을 제시하였다.<sup>63)</sup>

첫 번째 원칙인 최후수단성의 원칙은 형벌과 보호수용의 관계성에서 출발한다. 즉, 보호수용은 보충성원칙에 따라 최후의 수단으로 투입되어야 한다는 원칙이다. 두 번째, 개별화 및 집중의 원칙은 형 만료로 개시된 보호수용을 집행하는 단계에서도 재범 위험성을 감소시키기 위하여 개별화된 맞춤형 치료수단이 제공되어야 한다는 것이다. 셋째로 동기 부여의 원칙은 보호수용제도가 기본적으로 피보호수용자로 하여금 행위책임과 무관한 특별희생을 감수하도록 하는 것이므로 피보호수용자가 체념하거나 치료 저항성을 보일 수 있다는 점을 인지하고 자유회복에 대한 동기 부여를 위해 배려하고 참여를 유도해야 한다는 원칙이다.

그리고 네 번째 구분의 원칙은 보호수용의 질적 측면에서 자유형집행과는 분명하게 구분되어야 한다는 원칙이다. 이것은 보호수용제도가 피보호수용자의 자유박탈을 일반 국민의 안전 보장을 이유로 정당화하고 특별한 희생을 요구하는 것이므로 국가가 그에

61) 독일 형법 제62조 보안처분은 행위자가 저지르고 예견되는 행위의 경중과 행위자에 의해 발생한 위험 정도가 비례하지 아니하는 경우에 명하여서는 아니 된다.

62) 보안감호 수용자에 대해서는 일반 자유형 수형자에 비하여 집행상의 특권이 보장되도록 하는 것이 헌법상 요청된다는 원칙이다.

63) 박상민, 보호수용법안에 대한 비판적 분석과 입법론적 대안, 비교형사법연구 제18권 제2호, 2016, 161-162면.



대한 마땅한 대가를 부담하는 의미에서 수형자와 비교할 때 월등하게 높은 수준의 일반적인 생활조건들을 제공하여야 한다는 것을 내용으로 한다. 다섯 번째 최소화 원칙은 피보호수용자가 출소하여 준법생활을 하고 사회복귀가 가능한지 여부를 평가하기 위하여 이들에 대한 자유박탈은 최소화하고, 사전에 외출이나 휴가를 적절하게 보장하여야 한다는 원칙이다. 그리고 피보호수용자가 요구하는 치료적 수단들을 제공할 것을 의무화하는 정도에 이르는 권리보장과 법적구조가 보장되어야 한다는 여섯 번째 권리보호 및 법적 구조의 원칙과 보호수용의 지속이나 석방 여부는 행정처분이 아닌 법원에 의한 사법심사를 근거로 해야 한다는 일곱 번째 사법통제의 원칙이 있다.

이들 원칙은 이후 입법적 개선을 통해 구체화되었다.<sup>64)</sup> 오늘날 독일의 보호수용법제는 형벌과 차별화되어 치료를 통한 개선 목적이 강화된 특징을 보인다. 나아가 형벌 집행과의 차별화를 통해 형사법상 형사제재 이원주의 체제를 보다 공고히 마련한 것으로 평가된다.<sup>65)</sup> 이러한 의미에서 집행 차별화에 관한 원칙은 보호수용제도와 형벌을 구분하는 기준이 된다. 따라서 이러한 집행 원칙이 준수되지 않는 경우 보호수용제도는 형벌과 같은 것이 되어 이중처벌금지 원칙과 비례성 원칙에 반할 위험이 있다. 이를 참고하여 국내 거주지 제한 제도를 설계할 때에도, 제도가 합헌적으로 운용되기 위한 최소한의 기준 내지 원칙을 모색해 볼 수 있다.

### 3) 거주지 제한과 유사한 보호관찰(Führungsaufsicht)상 준수사항

보호관찰(Führungsaufsicht)은 사회 내 처우로 형벌이나 보호수용, 치료감호 등 시설 내 처우에서 사회로 나온 사람들을 대상으로 부과되는 것이다. 독일 형법 제68b조는 보호관찰이 그 목적을 효과적으로 달성할 수 있도록 법관이 함께 부과할 수 있는 준수사항을 제1호부터 제12호까지 규정하고 있다. 이들 12가지 보호관찰상 준수사항 중 거주지 제한

64) 2012년 12월 5일 「보호수용에 관한 차별화 원칙의 연방법상 실현을 위한 법률(Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung)」에 따라 보호수용이 집행되어야 할 시설 및 피수용자의 재사회화를 위하여 적극적으로 제공되어야 할 처우를 구체적으로 규정하고(형법제66조c), 이러한 요건이 충족되지 못한 경우 보호수용을 유예하도록 규정하였다(형법 제67조c 제1항 제2호, 제67조d 제2항 제2문). 또 보호수용 집행의 계속 여부에 관한 정기심사기간을 단축시키는 조항(형법 제67조e 제2항) 등을 규정하여 2013년 6월 1일부터 시행하고 있다. 신은영, 보호수용법안에 대한 비판적 검토 -독일 보호수용제도와 비교를 중심으로-, 고려법학 제104호, 2022, 366면.

65) 신은영, 보호수용법안에 대한 비판적 검토 -독일 보호수용제도와 비교를 중심으로-, 고려법학 제104호, 2022, 350-351면.

제도와 관계있는 네 가지 준수사항을 볼 수 있다.

구체적으로 ‘거주지, 체류지 또는 일정한 구역을 감독청의 허락 없이 떠나지 말 것’을 규정한 형법 제68조b 제1항 제1호와, 제2호에 규정된 ‘재범의 기회 또는 자극을 줄 수 있는 특정한 장소에 머물지 말 것’, 제3호 ‘재범의 기회 또는 자극을 줄 수 있는 피해자, 특정한 또는 특정집단의 사람과 접촉하거나 교류하거나 이들을 채용하거나 교육하거나 숙박시키지 말 것’, 그리고 제12호에 규정된 ‘거주지를 전자감독하는 데에 필요한 전자장치를 언제나 작동 준비된 상태로 유지하여 휴대하고 그 기능을 침해하지 말 것’이라는 준수사항이다.

제1호에 규정된 준수사항은 가택구금과 같이 거주지 밖으로의 외출을 원천 봉쇄하는 것이 아니라 신고된 거주지나 체류지 등 일정한 구역에 머무는 것을 관리·감독하기 위한 것이다. 보호관찰 처분 대상자가 사회 복귀 후에 일정한 거주지를 가지고 안정적으로 생활하는 것을 관리하고자 하는 것이 주된 목적이라는 점에서 거주 제한을 직접적으로 강제하는 것은 아니다. 한편 제2호와 제3호의 준수사항은 각 재범의 기회나 자극이 될 수 있는 특정 장소나 특정인을 가까이하는 것을 금지하는 것이다. 이들 준수사항은 내용상 범죄자에 대한 거주지 제한 제도와 같은 유사한 효과를 가져올 수 있다. 이 규정을 근거로 아동대상 성범죄전과자에게 유치원, 학교 등 아동이 밀집해 있는 장소에 접근하는 것 자체를 금지할 수 있기 때문이다. 다만, 직접적인 거주지 제한과 달리 재범 위험성이 있는 범죄자의 행위(활동)자체에 초점을 두어 규제하고자 한다는 점에서 차이가 있다.

#### 다. 프랑스 보안유치제도

프랑스는 특정 강력범죄를 저질러 15년 이상의 형을 선고받은 자를 대상으로 재범위험성이 있다고 판단되면 특별 폐쇄 수용시설에 수용하여 의학적·사회적 치료를 받도록 하는 보안유치제도(Rétention de sûreté)를 두고 있다. 보안유치제도는 대상 범죄를 저질러 15년 이상 징역형을 선고받고, 형집행 종료시 감정 결과 성격상 중대한 결함으로 인하여 재범을 저지를 위험이 높다고 판단되는 경우에 선고된다. 그리고 장래 형의 집행 종료시 정신감정을 통해 보안유치가 부과될 수 있음을 중죄법원이 형선고와 동시에 경고한 경우에 한하여 선고될 수 있다. 피해자가 미성년인 경우 성년인 경우보다 대상범죄의

요건을 완화하여, 모살(謀殺)<sup>66)</sup>, 살인, 고문, 가혹행위, 강간, 유괴, 감금 등의 범죄자를 보안유치 대상으로 정하고 있다.

이러한 보안유치 선고를 위해서는 보안조치심의위원회의 재범위험성 심사와 권고가 필요하다. 보안조치심의위원회는 최소 형기 종료 1년 전까지 대상자의 위험성을 판단하기 위한 정신감정을 완료하여야 한다. 검사는 보안조치심의위원회 권고에 따라 최소 형기 종료일 3개월 전에 법원에 보안유치를 청구한다. 지역보안유치법원은 변론을 통해 재판하고, 대상자는 변호인의 도움을 받을 수 있으며 재감정 청구권을 가진다. 보안유치결정은 이유를 설시하여야 하고, 형 집행의 종료와 동시에 효력이 발생하는데 이러한 결정에 대하여 중앙보안유치법원에 항고 및 파기원에 재항고할 수 있다. 보안유치 결정은 1년간 유효한데, 1년 단위로 계속 갱신할 수 있으며 상한이 없다. 보안유치 대상자는 보안유치 결정이 확정된 후 3개월이 지나면 지역보안유치법원에 보안유치의 종료를 청구할 수 있다.<sup>67)</sup>

프랑스는 악명 높은 아동 성폭력 범죄 사건인 ‘에브라르 사건<sup>68)</sup>’ 이후 속칭 ‘에브라르 법’이라고도 불리는 「2007년 8월 10일 법률 제2007-1198호 성인 및 미성년자의 재범방지 강화 법률(LOI n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs)」을 제정하였다. 동법에 따라 프랑스는 아동 성범죄를 특정 중대 범죄로 분류하고 해당 범죄자가 출소할 때, 1차로 정신과 의사와 2차로 판사 3명이 재범 가능성을 판단하는 과정을 거치도록 한다. 이 중 한명이라도 재범 가능성이 있다는 의견을 내면 출소한 범죄자는 특수치료시설로 옮겨져 사회와 격리시킬 수 있다. 재심은 1년 단위로 하고, 심사위원이 기간 연장을 제한 없이 하도록 규정하여 조금이라도 재범의 위험성이 있으면 영구적으로 사회와 격리하고 있다.<sup>69)</sup>

---

66) 미리 계획하여 사람을 죽이는 것을 의미하는 것으로 우발적으로 사람을 죽이는 경우와 구별되는 개념이다. 입법례상 영국, 독일, 프랑스 등이 모살을 단순한 살인과 구별하여 형법상 규정하고 있다.

67) 법무부, 보호수용 외국입법례, 미발간 보고서, 2015; 이형섭·박미량, 보호수용제도 도입의 쟁점과 그 대안에 대한 비교법적 검토, 교정담론 제17권 제1호, 2023, 115-117면.

68) 2007년 당시 61세의 프랑시스 에브라르가 18년의 형기를 마치고 석방된 지 한달여 만에 5살의 피해자를 납치하여 성추행한 사건이 발생하였다. 에브라르가 총 40명의 아동을 대상으로 성범죄를 저질렀으나 유죄선고를 받은 것은 3차례에 불과하였다는 언론 보도가 이어지면서 프랑스 사회에서 소아성애자의 재범 예방을 위한 처벌 강화 논의가 가속화되었다. 당시 취임 3개월을 맞은 사르코지 대통령은 즉각적으로 총리, 법무, 내무, 보건부 등 유관부처 장관들과 긴급 대책회의를 거쳐 초강경 성범죄자 관리감독 방안을 발표하였다. 연합뉴스, “<선진국의 어린이 성범죄 대책> (4) 프랑스”, 2008. 4. 3.일자 기사.

69) 국가인권위원회, 아동성폭력 재범방지정책과 인권 토론회 자료집, 2010, 19면.

이처럼 프랑스도 아동을 대상으로 한 성폭력범죄자의 재범 사건을 계기로 관련 법률을 강화하고 보안유치제도를 확대하였다. 재범 위험성만을 기준으로 대상자를 다시 구금하는 보안유치제도 도입 당시 자연스럽게 인권 침해와 위헌 논란이 제기되었으나, 제도와 절차를 보완하는 방식으로 해당 논란을 극복하였다. 구체적으로 대상자의 보안유치 종료청구권이나 피감호자의 적극적 치료 등으로 재범위험성이 낮아진 경우 최소 3개월 내 언제든지 석방이 가능한 시스템을 설계하여 보안유치제도가 형벌이 아니라 사회방위를 위한 최소한의 버팀목임을 강조하였다.<sup>70)</sup> 국내에서 논의 중인 거주지 제한 제도와는 차이가 있지만, 보호수용을 재도입하자는 논의도 꾸준히 제기되고 있음을 고려하면, 제도의 구체적 방식을 설계하는 과정에서 참고할 여지가 있다.

## 라. 스위스연방 헌법

스위스에서는 2001년 ‘치료가 불가능한, 극단적으로 위험한 성범죄자 및 폭력범죄에 대한 무기 보호감호’라는 국민발안이 제안되어 2004년 54%의 지지로 통과되었다. 입법에 따르면, 사회에 매우 위험한 것으로 간주되는 폭력 범죄자나 성범죄자를 대상으로 정신과 의사 2명이 진단하여 ‘완치가 불가능한(incurable)’ 상태라고 판단할 경우, 평생 교도소에 수감하는 종신형을 선고하여 이들을 사회로부터 격리할 수 있다. 수감자는 의학기술의 발전으로 ‘완치(cure)가 가능해졌다’는 명백한 증거가 발견될 경우에 한하여 치료를 전제로 할 때에만 석방될 수 있다.<sup>71)</sup>

「스위스연방 헌법(Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft)」 제10절은 민법, 형법 및 양형에 관하여 규정하고 있는데 제123a조 제1항은 “성범죄자 또는 폭력범죄자에 대한 판결 전 조사에서 동 범죄자가 극히 위험하고 교화의 여지가 없다고 판단될 경우 재범의 우려가 높으므로 종신구금형에 처한다. 조기석방 및 가석방은 허용되지 아니한다”라고 규정한다. 나아가 동조 제2항은 “새로운 과학적 사실에 입각하여 범죄자가 교화가능성이 있고, 더 이상 사회에 대한 위협이 되지 아니한다고 증명할 수 있는 경우에만 재심리를 실시한다. 이 재심리에 따라 종신형을 취소한 당국은 해당 범죄자가 재

70) 이형섭·박미랑, 보호수용제도 도입의 쟁점과 그 대안에 대한 비교법적 검토, 교정담론 제17권 제1호, 2023, 117면.

71) 국가인권위원회, 아동성폭력 재범방지정책과 인권 토론회 자료집, 2010, 13-14면.

범할 경우, 이에 대한 책임을 진다”고 규정한다. 또한 동조 제3항은 “성범죄 또는 폭력행위 범죄자에 대한 조사는 최소 2인 이상의 전문적 조사관이 범죄와 관련된 정황 일체를 고려하여 독립적으로 실시한다”고 규정한다.

헌법 단계에서 재범 위험성이 인정되는 모든 성범죄자 및 폭력범죄자에게 원칙적으로 종신형을 선고하도록 규정하고, 특히 이에 대한 예외가 인정되어 범죄자를 석방한 경우에 발생하는 재범에 대해서는 국가가 책임지도록 규정하고 있는 모습에서 강력 범죄자에 대한 영구적인 격리에 대한 스위스 사회의 단호한 의지를 볼 수 있다. 나아가 스위스연방 헌법 제123b조는 “아동 및 청소년에 대한 성범죄 또는 음란물 관련 처벌의 대상이 되는 행위에 관한 기소 및 처벌에는 시효가 없다”고 규정한다. 또 스위스연방 헌법 제123c 조는 “누구라도 아동 또는 독립적이지 못한 사람의 성적인 불가침성 침해로 유죄판결을 받는 자로부터는 미성년자 또는 독립적이지 못한 사람과 접촉하는 직업 활동이나 봉사활동을 수행할 권리를 영구적으로 박탈한다”고 규정하여 아동과 저항능력 및 분별력 없는 피해자를 대상으로 하는 성범죄자에 대한 강한 대응의 근거를 헌법에 직접 규정하고 있다.

## 2. 성범죄자 거주지 제한 법률 및 관련 제도에 대한 외국 판례

### 가. 독일 보호수용제도의 위헌성에 관한 헌법재판의 변화

독일에서도 형 집행 종료 후에 범죄자의 자유를 재차 박탈하는 보호수용제도를 둘러싼 위헌 논쟁이 치열하게 전개되었다. 국내 발의된 거주지 제한 제도와 일치하는 것은 아니지만, 넓은 관점에서 보안처분의 일종으로 이와 관련된 헌법재판의 흐름을 살펴보는 것은 유의미하다. 앞으로 제기될 수 있는 헌법적 논의를 예상해 볼 수 있고, 제도 설계 및 운영 과정에서 고려해야 할 지점을 점검하는 데 참고가 될 것이다.

#### 1) 2004년 독일연방헌법재판소 합헌 판결

2004년 2월 5일, 독일 연방헌법재판소는 1998년 독일 「성범죄 및 기타 중대범죄 규제를 위한 법률(Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen schweren Straftaten)」이 10년의 보안감호 상한 기한을 폐지하고, 이를 소급적용하도록 규정한 것에

대하여 합헌으로 판단하였다.<sup>72)</sup> 처분의 상한을 법률에 명시하여야 할 의무는 없고, 엄격한 비례성의 원칙이 정당화하는 경우에만 10년 이상의 보호수용 처분을 할 수 있으며, 처분은 형벌과 달리 소급적용이 허용된다고 보았기 때문이다.

독일 연방헌법재판소는 「기본법(Grundgesetz)」의 핵심 원칙이 되는 인간의 존엄성은 ‘비록 존엄성이 없는 행위를 저지른 사람이라고 하더라도 박탈되지 않는다’고 보았다.<sup>73)</sup> 나아가 연방헌법재판소는 「기본법」 제103조 제2항에 규정된 소급처벌금지는 형벌에 적용되는 것으로, 보안처분으로서의 보안감호(보호수용)에는 적용되지 않는다고 보았다. 범죄로부터 국민을 보호하는 것은 국가의 책무이고, 이를 위해 필요한 조치가 정당화된다는 점에서 보안감호의 기한을 정하지 않은 것이 인간의 존엄에 반하지 않으며, 보안감호가 해당 범죄의 위험성에 비례하여 부과되는 선에서 이것은 신체의 자유에 대한 위반도 아니라고 보았다. 나아가 1998년 법률은 「기본법」 제20조 제3항에 규정된 사회적 법치국가 원리와 연결되고, 인신의 자유에 관한 「기본법」 제2조 제2항에서 도출되는 법치국가적 신뢰보호 원칙에도 위배되지 않는다고 판단하였다. 다만 연방헌법재판소는 보안감호가 형벌 집행과는 엄격하게 구별되어야 한다는 점을 분명히 지적하였다.<sup>74)</sup>

구체적으로 연방헌법재판소는 보호감호가 최후의 수단으로 적용되어야 하고, 위험성의 지속 여부에 대한 정기적 심사가 필요하며, 전문 감정인이 학문적 기준을 충족하면서 진단할 수 있는 충분한 시간과 기회가 보장되어야 하며, 어떤 이유에서 위험성을 예측하였는지가 투명하게 공개하여야 한다고 설명한다.<sup>75)</sup> 이와 함께 연방헌법재판소는 범죄자가 사회로 복귀할 수 있는 출소 전 준비 단계로 외부작업, 외출, 견학, 교육, 소통 등 다양한 처우를 의미하는 ‘형집행완화(Vollzugslockerung)’가 반드시 보장되어야 한다고 판단하였다. 때문에 대략적 평가나 추상적인 도주 위험을 이유로 형집행완화가 거부되어서는 안 된다. 그 연장선에서 일반적 형집행과 보호감호에는 반드시 ‘차이’가 있어야 하고, 무엇보다 개선을 위한 기회가 적극적으로 고려되어야 한다. 피보호감호자에게 남은 삶의 질을 보장하기 위한 특별한 고려와 혜택이 있어야 한다는 것이다.<sup>76)</sup>

72) BVerfG, 05.02.2004 - 2 BvR 2029/01.

73) BVerfG, 05.02.2004 - 2 BvR 2029/01, Rn. 71, 김희정, 보호감호집행의 합헌성 기준, 헌법학연구 제23권 제1호, 2023, 102면 각주 31번에서 재인용.

74) 김성규, 독일의 보안감호에 관한 규정의 변화와 과제, 법과 정책연구 제12권 제1호, 2012, 245면.

75) BVerfG, 2 BvR 2029/01. Rn. 118, 119, 121, 김희정, 보호감호집행의 합헌성 기준, 헌법학연구 제23권 제1호, 2023, 103면, 각주 34, 35, 36번에서 재인용.

76) BVerfG, 2 BvR 2029/01 Rn. 126, 김희정, 보호감호집행의 합헌성 기준, 헌법학연구 제23권 제1호,

## 2) 2009년 유럽인권재판소 판결과 2010년 법률 개정

2009년 12월 17일 유럽인권재판소는 독일 보호감호의 현실이 자유형과 매우 유사하여 그 목적과 기능, 집행 방식에서 양자를 뚜렷하게 구별하기 어렵다는 평가를 바탕으로, 판결 당시(1998년 개정된) 독일의 보호수용제도에 관한 소급적용 허용 조항과 10년의 최장 기한 폐지 조항 등은 「유럽인권조약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)」 제5조 및 제7조에 위배된다고 판단하였다.<sup>77)</sup>

유럽인권재판소는 재범의 위험성을 전제로 한 보호감호제도 자체는 정당화될 수 있다는 입장이다.<sup>78)</sup> 그러나 독일의 보호감호 현실은 자유형과 사실상 다르지 않기 때문에 형벌과 같다고 판단하였다. 「유럽인권조약」 제5조 제1항은 자유를 박탈하는 것이 허용되는 경우를 열거하는데, 제a호에서 ‘권한 있는 법원에 의한 유죄의 판결에 따라 행해지는 합법적인 구금’을 규정하고 있다. 유럽인권재판소는 보안감호 상한 기한을 폐지하고 이를 소급 적용하는 것은 합법적인 자유박탈에 해당되지 않으므로 「유럽인권조약」 제5조 제1항에 위반된다고 판단하였다.

「유럽인권조약」 제7조는 죄형법정주의의 연장선에서 형벌 법규의 소급적용을 금지하는 동시에 범행시보다 무거운 형벌 부과를 금지한다. 동조항의 적용 범위에 관하여 유럽인권재판소는 명칭과 형식적으로는 형벌이 아니지만, ‘실질적으로는 형벌에 해당하는 제재’에도 동조항이 적용되어야 한다고 보았다. 따라서 현실적으로 형벌과 본질적으로 다르지 않은 독일의 보안감호가 기한의 정함 없이 소급하여 적용되는 것은 유럽인권조약에 비추어 정당화되기 어렵다고 결론지었다.<sup>79)</sup>

유럽인권재판소는 보호수용제도는 책임원칙에 따라 형벌의 집행을 면제받거나 종료 받은 사람을 대상으로 부과되는 국가 공권력의 투입이므로 엄격한 ‘비례성 원칙’ 아래 적용되어야 함을 강조하였다. 이 때 엄격한 비례성 원칙의 준수는 (i)심신무능력으로 인한 형벌의 면제 혹은 형벌의 완전한 집행 이후에도 재범 위험성이 여전히 높아서 타인의 기본권을 침해할 범죄를 저지를 개연성이 높은 사람에게만 보호수용제도를 부과해야 한

---

2023, 103면, 각주 39번에서 재인용.

77) *M. v. Germany*, ECtHR, 17.12.2009 - 19359/04.

78) 어떤 사람의 범행을 방지하는 것이 매우 필요한 상황이라는 것을 인정할 만한 충분한 근거가 있는 경우, 「유럽인권조약」 제5조 제1항 c호에 따라 자유를 박탈하는 것도 정당화될 수 있다. EGMR Nr. 19359/04, 89.

79) 김성규, 독일의 보안감호에 관한 규정의 변화와 과제, 법과 정책연구 제12권 제1호, 2012, 247-248면.

다는 것과 (ii)보호수용제도를 운영할 때 실질적 집행 내용이 형벌과는 차이가 있어야 한다는 것을 의미한다.

유럽인권재판소는 판단 과정에서 독일 보호수용제도 운영 실태를 구체적으로 확인하였다. 보호수용자들이 일반 자유형 수형자와 같은 건물에 수용되어 있고, 실질적 처우 면에서도 자유형의 행형에 관한 규정이 거의 그대로 적용되어 형기를 보내는 수형자와 비슷한 하루 일과를 보내고 있으며,<sup>80)</sup> 독일 보호수용시설에는 보호수용자를 재사회화하기 위한 프로그램이나 지원 등이 제대로 마련되지 않았다는 점 등을 종합하여 결과적으로 보호수용제도의 실질이 형벌의 집행과 큰 차이가 없다고 판단한 것이다.

독일 보호수용제도 규정에 대한 2009년 유럽인권재판소의 유럽인권조약 위반 판결을 존중하는 동시에 국민을 범죄로부터 보호하기 위하여 독일은 2010년 「보안감호법의 개정 및 관련 규정에 관한 법률(Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen)」을 제정하였다. 동법에 의해 사후적 보안감호 적용 범위는 모든 고의범에서 생명과 신체의 완전성 및 성적 자기결정권에 대한 죄, 공공위험범으로 축소되었으나 보안감호 유보에 관해서는 적용범위가 오히려 확대되어 종래 범행 후 5년이 경과하면 보안감호를 명할 수 없었던 것이 성적 자기결정권에 대한 죄의 경우 15년까지 연장되었다.

### 3) 2011년 유럽인권재판소의 판결과 독일연방헌법재판소 위헌 판결

2010년 제정된 「보안감호법의 개정 및 관련 규정에 관한 법률」이 시행되고 얼마 지나지 않아 2011년 1월 13일 유럽인권재판소는 독일 「형법」 제66조의b에 따른 사후적 보안감호는 「유럽인권조약」에 위배된다고 판단하였다.<sup>81)</sup>

유럽인권재판소는 「유럽인권조약」 제5조 제1항 제a호에 따라 법원이 선고한 유죄판결에 근거한 자유박탈만이 합헌적 구금에 해당하는데, 심판 대상 사건에서 청구인은 자유

---

80) 일반 자유형 재소자와 비교할 때, 보호수용 대상자는 사복을 입을 수 있는 권리나 자신만의 방을 꾸밀 수 있는 권리 등 약간의 특권이 보장된 정도로 조사되었다. *M. v. Germany*, ECtHR, 17.12.2009 - 19359/04., 127, 110. 특히 청구인은 보호감호수용자로 오히려 자유형 수감자보다 적은 횟수의 형 집행 완화명령(Vollzugslockerungen)을 받았고, 자유형 수형자를 대상으로 하는 처분 외 사회에서의 책임 있는 삶을 준비하기 위한 특별한 처분이 없었고, 자유형을 복역하였을 때 수행한 작업을 그대로 하고 있으며 치료를 받을 기회도 없었다고 주장하였다.

81) *Rechtssache H. gegen DEUTSCHLAND*, EGMR, 13.01.2011 - 6587/04.



형만 선고받았을 뿐 그와 병행하여 예방을 위한 사후적 보호수용을 선고받지 않았다는 사실을 확인하였다. 이를 토대로 다른 법원이 범죄 예방 목적으로 부과한 무기한의 사후적 보호수용 처분과 과거 유죄판결 사이에는 관련성이 없기 때문에 차후에 내려진 사후적 보호수용 처분은 「유럽인권조약」 제5조 제1항 제a호에 위배된다고 판단한 것이다.

이러한 유럽인권재판소의 판결을 존중하여, 독일연방헌법재판소는 2011년 보호수용이 상한 없이 무기한 연장될 수 있는 조항과 사후적 보호수용에 관한 규정을 위헌으로 판단하였다. 2011년 5월 4일 선고한 판결에서 독일연방헌법재판소는 보안감호 명령 및 기한에 관한 모든 규정은 형벌 집행과는 분명히 구별되어야 하는데, 이러한 헌법적 요청이 지켜지고 있지 않다는 이유에서 보안감호 관련 규정이 인신의 자유 보장에 관한 「기본법」 제2조 제2항 제2문과 자유박탈시 권리 보호에 관한 규정인 「기본법」 제104조 제1항에 위반된다고 판단하였다. 나아가 독일연방헌법재판소는 기한의 상한을 폐지하고, 이를 소급 적용하는 규정은 사회적 법치국가에 관한 「기본법」 제20조 제3항의 규정과 관련해서 「기본법」 제2조 제2항 제2문으로부터 도출되는 법치국가적 신뢰보호의 원칙을 침해한다고 보았다. 독일연방헌법재판소는 입법자에게 2013년 5월 31일까지 새로운 보안감호 규정을 제정할 것을 요청하고 그 전까지는 현재 규정을 적용하도록 결정하였다.<sup>82)</sup>

2009년과 2011년에 있었던 유럽인권재판소의 판결은 독일연방헌법재판소가 보안감호 관련 규정을 위헌으로 판단하는 것에 영향을 미쳤다.<sup>83)</sup> 2011년 독일연방헌법재판소가 위헌성을 인정한 보안감호에 관한 규정은 주로 무기한의 자유박탈과 사후적 보안감호 처분에 관한 것이다. 다만 위헌의 근거로 유럽인권재판소가 소급적용금지 위반을 명시한 것과 달리, 독일연방헌법재판소는 독일 기본법상 신체의 자유와 비례성 원칙, 법치국가 원리에 따른 신뢰보호의 원칙을 근거로 이들 규정의 위헌성을 판단하였다.

독일연방헌법재판소도 법률 규정과 실무를 종합할 때, 보호수용제도의 집행 현실이 형벌의 집행과 차이가 없다는 점을 지적하였다. 이를 바탕으로 독일연방헌법재판소는 2011년의 보호수용 규정에 대한 위헌 판결에서 보호수용제도 자체는 입법자의 재량과 선택에

82) BVerfG, 04.05.2011 - 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10.

83) 독일연방헌법재판소는 2011년 5월 4일 판결에서 유럽인권재판소의 판결이 「기본법」 해석에 관한 새로운 시점을 제시하는 경우, 그것은 연방헌법재판소의 확정판결에도 중대한 영향을 미친다는 점, 법체계상 「유럽인권조약」이 국내적으로 「기본법」보다 아래에 있지만 「기본법」 규정을 동조약에 합치되게 해석하여야 한다는 점을 인정하였다. 김성규, 독일의 보안감호에 관한 규정의 변화와 과제, 법과 정책연구 제12권 제1호, 2012, 254면, 각주 66번에서 재인용.

따라 법치국가에서 허용되는 제도이지만, 제도를 운영하는 과정에서 입법자는 7가지 집행차별화 원칙이 달성될 수 있도록 고려하여 입법할 책임이 있다고 보았다.<sup>84)</sup>

## 나. 성범죄자 거주지 제한 주법에 관한 미국 판례

### 1) Doe v. Miller 판결

2004년 아이오와주 연방지방법원은 ‘미성년자를 상대로 한 특정 범죄에서 유죄판결을 받은 자를 아동 또는 등록된 아동 친화적 시설로부터 2000피트 내에 거주하지 못하도록’ 규정한 아이오와주 법률 Iowa Code § 692A.2A조가 헌법에 위배된다고 판단하였다.<sup>85)</sup>

연방지방법원은 법률에 규정된 성범죄자가 특정 장소로부터 2000피트 내 거주하는 것을 금지하는 것이 처벌(punishment)에 해당하는지 판단하였다. 이를 위해 입법의도와 법률의 실제 효과를 나누어 검토한다. 먼저 해당 조항의 입법의도는 명시적으로 확인되지 않지만, 거주지 제한을 통해 성범죄자를 추가적으로 처벌하려는 것이 아니라 잠재적 위험이 있는 자들로부터 공중을 보호하기 위한 비징벌적이고 민사적인(civil) 목적을 가지고 있다고 보는 것이 합리적이라고 보았다.<sup>86)</sup> 한편, 징벌적 입법의도가 아니더라도 해당 법률로 인해 발생하는 효과가 의도를 넘어 징벌적인가를 검토하는 것도 중요하다. 연방지방법원은 연방대법원이 제시한 판단 기준을 토대로,<sup>87)</sup> 해당 법률 조항에 규정된 거주지 제한은 역사적으로 처벌로 여겨진 추방과 유사하고, 특정 범죄자가 대중에게 위협한지 여부와 관계없이 적용되기 때문에 그 징벌적 효과가 지나치게 과도하다고 보았다.<sup>88)</sup>

84) 김성규, 독일의 보안감호에 관한 규정의 변화와 과제, 법과 정책연구 제12권 제1호, 2012, 255면.

85) *Doe v. Miller*, 298 F. Supp. 2d 844, 851 (S.D.Iowa 2004). 아동대상 성범죄로 유죄판결을 받은 Doe를 포함한 3인은 미성년자를 대상으로 하는 특정 범죄에서 유죄판결을 받은 자를 대상으로 거주지를 제한하는 아이오와주 법률 조항이 위헌이라고 주장하며 소를 제기하였다.

86) *Smith v. Doe* 538 U.S. at 92 (2003).

87) 연방대법원은 *Kennedy v. Mendoza-Martinez* 판결에서 어떠한 제재가 처벌인가 여부를 판단하기 위하여 고려하여야 할 요건으로 ①그 제재가 적극적(affirmative) 권한 박탈이나 제한을 야기하는지 여부, ② 제재가 역사적으로 처벌로 여겨져 왔는지 여부, ③고의(science)가 인정되는 경우에만 제재가 행해지는지 여부, ④전통적인 처벌의 목적인 응보와 위하(deterrence)에 기여하는지 여부, ⑤그러한 제재의 대상이 되는 행위가 이미 범죄인지 여부, ⑥응보나 위하 외의 목적이 그러한 제재에 합당한지 여부, ⑦응보나 위하 외의 목적에 비추어볼 때 그 제재가 과도한지 여부라는 7가지 항목을 제시하였다. *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, 372 U.S. 144 (1963).

88) 구체적으로 ③과 ⑤ 기준은 사안에서 문제된 법률 조항이 이미 과거의 행위가 범죄에 해당하는 경우에 해당하기 때문에 제외하고, 5가지 기준에 비추어 판단하였다. ①그 제재가 적극적(affirmative) 권한

이에 따라 법원은 아이오와주 성범죄자 거주지 제한 법률은 입법의도를 넘어 사실상 징벌적이기 때문에 소급입법금지원칙에 반한다고 판단하였다.

나아가 아이오와주 연방지방법원은 문제된 법률 조항은 적법절차 원칙에 위배된다고 판단하였다. 성범죄자로 등록된 자들 중 실제로 공중에 위험한지를 판단하는 재범위험평가와 무관하게 ‘모든’ 등록된 성범죄자의 거주지를 제한 하는 규정은 자신의 가족이나 자신이 원하는 곳에서 함께 거주할 수 있는 기본권과 여행을 갈 수 있는 기본권을 침해한다는 것이다. 또 거주지를 제한하기 전에 고지와 청문의 기회가 보장되지 못하였다고 보았다. 나아가 연방지방법원은 자신의 범죄 행위를 증명하는 데에 필요한 사실을 명시적으로 인정하는 정보를 제공하는 것을 거부할 경우 기소된다는 점에서 성범죄자 거주지 제한 규정은 수정헌법 제5조에 규정된 자기부죄 금지의 원칙에도 위배된다고 보았다.<sup>89)</sup>

이에 대하여 연방제8항소법원은 원심과 달리 성범죄자의 거주지를 제한하는 아이오와주 법률 조항을 합헌으로 판단하였다.<sup>90)</sup> 연방항소법원은 아이오와주 법률 조항의 입법의도는 공중의 건강과 안전 보호라는 규제에 있고, 문제된 법률 조항이 이러한 입법의도를 부정할 정도의 효과를 가지지는 않는다고 보았다. 성범죄자의 거주지를 제한하는 것이 사회로부터 완전한 배제를 의미하는 ‘추방’과는 다르고, 일정 영역에 거주지를 제한할 뿐 이것이 적극적 권한박탈에는 해당하지 않는다고 본 것이다. 거주지 제한은 형사처벌처럼 미래 범죄를 억제하고 응징하는 것이라기보다 사회의 안전 보호에 있음을 강조하며, 결

---

박탈이나 제한을 야기하는지 여부 : 성범죄자의 거주지 선택 및 이전의 자유를 제한하는 것은 적극적인 권한 박탈 또는 제한 부과에 해당한다고 보았다. ②제재가 역사적으로 처벌로 여겨져 왔는지 여부 : 성범죄자 거주지 제한 법률로 아이오와주 대다수의 도시에서 커뮤니티 시설 근처에서 거주가 배제되고, 특히 작은 마을이나 도시에서의 거주지 제한은 추방(banish)과 유사한 기능을 수행한다고 보았다. 이에 따라 법원은 성범죄자 거주지 제한은 역사적으로 형사처벌의 일종이었던 지역사회 추방과 같은 처벌로 여겨질 수 있다고 판단하였다. ④전통적인 처벌의 목적에 기여하는지 여부 : 재범률과 무관하게 거주 제한을 부과하고, 제한 기간의 상한이 정해져 있지 않아 잠재적으로 무기한으로 거주에 관한 권리가 제한될 수 있다는 점에서 범죄를 억제하고 응징하는 데 기여한다고 판단하였다. ⑥응보나 위하 외의 목적이 그러한 제재에 합당인지 여부 : 아동친화시설로부터 2000피트 내에 성범죄자의 거주를 제한하는 것은 일반 공중과의 접촉을 차단하기 위한 것으로 사회 보호의 목적과 관련된다고 보았다. ⑦응보나 위하 외의 목적에 비추어볼 때 그 제재가 과도한지 여부 : 성범죄자의 유형을 고려하지 않고 모든 성범죄자들에게 거주지 제한을 부과한 것은 지나치게 과도하다고 보았다. *Doe v. Miller*, 298 F. Supp. 2d 844(SD Iowa 2004); 윤정숙 외, 고위험 성범죄자 거주지 제한 정책 연구, 한국형사·법무정책연구원, 2023, 66면.

89) 성범죄자는 거주지 제한 규정에 따라 자신의 거주지를 등록해야 하고 이를 거부할 경우, 아이오와주 법 제692A.7조에 의해 그 자체만으로 범죄가 되기 때문이다.

90) *Doe v. Miller*, 405 F. 3d 700(8th Cir. 2004).

과적으로 소급효금지원칙에 반하지 않는다고 판단하였다.<sup>91)</sup>

또 연방항소법원은 거주지 제한 법률이 직접 가족관계에 대해 규정하거나 법률 규정에 따라 인정되는 거주지에서 성범죄자가 가족구성원과 함께 거주하는 것을 금지하지 않는다는 점을 지적하였다. 아이오와주 내에서 편리하고 저렴한 거주지를 선택하는 것에 현실적 제약이 따르는 것은 사실이지만, 이는 아동과 시민의 건강과 복지를 위해 필요한 집행이라는 것이다. 연방항소법원은 예측하기 어려운 영역에서 시민의 건강과 복지 보호를 위해 마련된 최선의 수단에 대해 위헌이라고 보기 어렵다는 입장이다. 성범죄자가 재범을 저지르지 않도록 해야한다는 것은 합리적이고, 성범죄자와 아동이 밀집한 지역 간의 접촉 빈도 자체를 제한하는 것은 범죄의 위험을 줄일 수 있다고 보았다. 나아가 거주지 제한 법률은 성범죄자가 거주할 곳에 대해서만 규제할 뿐, 자신에 대한 증인이나 어떠한 종류의 증인이 되도록 강요하지는 않는다고 보았다. 법률 집행을 위해 현재의 거주지를 등록하도록 하는 것은 형사사건에서 자신에게 불리하게 사용될 수 있는 정보를 제공하는 것이라고 보기 어려워 자기부죄금지의 원칙인 수정헌법 제5조에도 위반되지 않는다고 보았다.

## 2) *In re Taylor* 판결

2006년 캘리포니아주가 아동과 지역사회를 보호하기 위하여 성범죄자의 거주지를 제한하는 것을 내용으로 하는 제시카법을 제정한 후, 동법의 위헌성을 다툰 캘리포니아주 대법원 판결로 *In re Taylor* 판결이 있다.<sup>92)</sup> 1심과 항소법원, 그리고 주 대법원은 일관되게 카운티 내 모든 등록된 성범죄자를 대상으로 거주지 제한 규정을 자동적으로 적용하는 법률 조항을 위헌으로 판단하였다.

1심 법원은 등록된 성범죄자가 현실적으로 일반적인 가족이 거주하는 집(house)이 아닌 저렴한 거주형태인 레지던스 호텔(residential hotel)을 거주지로 삼게 될 가능성이 높다는 점을 지적하였다. 그 결과 샌디에고 카운티 내에서 공원과 학교 내 2000피트 밖에

---

91) 박혜림, 성범죄자 거주지 제한 제도에 대한 미국 판례 분석 및 시사점, 법학논총 제41권 제1호, 2024, 78면.

92) *In re Taylor*, 60 Cal.4th 1019 (2015). William Taylor를 포함한 5명의 성범죄 가석방 대상자가 성범죄자의 거주지를 제한하는 캘리포니아주 형법 제3003.5조 규정이 위헌이라고 주장하며 법원에 거주지 제한 집행 증거를 청구하였다. 청구인들은 성범죄자 거주지 제한 규정은 소급효(Ex post facto)금지원칙에 반하고 모호하고 광범위한 집행은 프라이버시권, 재산권, 여행할 권리 등 헌법상 기본권을 침해한다고 주장하며 위헌성을 다투었다.

위치하여 성범죄자가 실제로 거주할 수 있는 공간은 결과적으로 임대 가능한 주거지 중 3%에 불과하다는 사실이 드러났다.

또 그 3% 안에서도 높은 임대료와 집주인의 거부 등 사실적 요인으로 인하여 실제로 거주가 어렵다는 점이 문제되었다. 나아가 1심 법원은 거주지 제한 규정이 성범죄 등록자들의 재사회화와 치료를 위해 필요한 시설 및 고용 서비스에 대한 접근을 어렵게 만든다는 문제점을 지적하며, 일률적으로 모든 성범죄 등록자에게 거주지 제한 규정을 적용하는 캘리포니아주 형법 제3003.5(b)조는 비합리적이며 위헌이라고 판단하였다. 그리고 법원은 캘리포니아주 교정 및 재활부(California Department of Corrections and Rehabilitation; CDCR)에게 문제된 조항을 샌디에고 카운티에 가석방 중인 성범죄 등록자에게 자동 집행하는 것을 금지하는 명령을 내렸다. 다만, 법원은 보호관찰 대상자의 상황에 따라서 문제된 조항 또는 그보다 강한 거주지 제한이 필요하다고 인정될 경우 법원이 이를 명령하는 것은 가능하다고 판단하였다.<sup>93)</sup>

주 항소법원도 샌디에고 카운티에 등록된 모든 성범죄자에게 보호관찰의 일환으로 이들의 거주지를 제한하는 규정은 위헌이라고 판단하였다.<sup>94)</sup> 다만 원심과 마찬가지로 특정 성범죄자 개인의 상황에 따라 보호관찰의 일환으로 거주지를 제한하는 의무를 부과할 수는 있다고 보았다. 항소법원은 캘리포니아 형법 제3003.5(b)조를 확일적으로 집행하는 것은 거주지를 선택할 기회를 제한하는 것으로 등록된 성범죄자가 노숙자가 될 가능성을 높이고,<sup>95)</sup> 의학적 치료, 마약과 음주 관리 서비스, 심리치료 등 재사회화를 위해 필요한 사회적 서비스에 대한 접근을 차단하는 문제라고 보았다. 이는 결국 성범죄자를 감독하고 재사회화하여 공중의 안전을 보호하는 것에 반한다는 것이다.

주 대법원은 등록된 성범죄자를 대상으로 캘리포니아주 형법 제3003.5(b)조를 의무적으로 적용하는 것은 결과적으로 실제 샌디에고 카운티 내 임대 가능한 주거지의 3%에 성범죄자의 거주지를 강제한다는 점에서 이러한 거주지 제한 규정은 합리적 심사 기준을 적용하더라도 그 제재가 가혹하여 보호관찰 대상자의 자유와 사생활에 관한 권리를 과도

---

93) *In re E.J.*, 47 Cal.4th 1258 (Cal. 2010).

94) *In re Taylor*, 209 Cal.App.4th 210 (2012).

95) 실제로 샌디에고 카운티 내 보호관찰대상자의 34%가 홈리스로 조사되었다. 이처럼 실질적으로 범죄자를 노숙인으로 양산하게 되는 제도는 보호관찰 대상자의 감독과 통제를 어렵게 만들고, 궁극적으로 거주지 제한을 통해 공중의 안전을 보호하고자 하는 목적 달성에도 악영향을 끼친다. 박혜림, 성범죄자 거주지 제한 제도에 대한 미국 판례 분석 및 시사점, 법학논총 제41권 제1호, 2024, 79-80면.

하게 침해한다고 판단하였다.

주 대법원도 모든 등록된 성범죄자에게 거주지 제한을 자동으로 집행하는 것은 실질적으로 이들이 가족과 함께 거주하는 것을 제한하고, 범죄자에게 필요한 고용과 재사회화를 위한 기반 서비스와 시설 이용을 어렵게 하는 문제가 있음을 확인하였다. 결국 샌디에고 카운티 내 등록된 성범죄자를 대상으로 일률적으로 거주지 제한 규정을 집행하는 것은 거주지 자유를 과도하게 제한하고, 사생활의 자유라는 헌법적 기본권을 과도하게 제한한다는 점에서 위헌으로 판단하였다.

### 3. 외국 입법례와 판례 검토의 시사점

#### 가. 고위험 성범죄자 재범 예방 방식의 다양성과 과제

고위험 성범죄자의 출소 후 재범 예방을 위한 국가별 관리 방식은 다양하다. 스위스처럼 헌법 규정을 통해 재범 우려가 높은 성범죄자를 종신구금형에 처하는 방식부터 미국 각 주 법률 규정과 같이 통해 학교, 보육시설, 공원, 운동장 등 일정 장소로부터 특정한 거리 이내를 성범죄자 거주 금지 장소로 설정하는 방식도 있다. 이 외에도 재범 위험성이 높은 성범죄자를 대상으로 보호수용제도를 시행하는 독일이나 보안유치제도를 시행 중인 프랑스 등에서 볼 수 있듯 나라마다 성범죄자 출소 후 재범 예방을 위해 다양한 제도를 운영하고 있다.

국가마다 형벌 체계도 다르고, 고위험군 성범죄자의 범위 및 대상자에 대한 의학적, 사회적 치료를 어디까지 국가 책임으로 설정할 것인가에 대한 입장도 다르다. 따라서 외국의 법·제도를 동일 선상에 놓고 평가하는 것은 적절하지 않다. 프랑스 보안유치제도는 고위험 성범죄자 재범 억제를 정신 병리적 관점에서 접근하여 치료감호에 가까운 형태로 운용하고, 스위스의 경우 보다 단순하게 가석방 없는 종신형을 통해 사회와 격리시키는 방식을 택하고 있다. 그러나 이러한 각 제도별 특징과 차이에도 불구하고, 위험한 범죄자의 재범으로부터 사회를 안전하게 보호하려는 목표를 설정하고 그 수단을 마련하고 있다는 점에서는 최소한의 공통점이 있다.

이러한 의미에서 외국 입법례는 단순히 고위험 성범죄자에 대한 법·제도면의 현실적

다양성을 보여주는 것에 그치지 않는다. 먼저, 외국 입법례는 고위험군 성범죄자 재범 예방 방식을 설계하는 단계에서 실효성과 실현 가능성을 사전에 예측할 수 있는 기초자료가 될 수 있다. 나아가 성범죄자 출소 후 국가의 관리·감독 범위와 한계를 논의하는 과정에서 유의미한 참고로 활용할 수 있다. 잠재적인 피해자가 밀집할 수 있는 장소를 공간적으로 보호 구역으로 지정하는 방식과 특정 종류의 성범죄를 의학적·사회적 치료 대상으로 분류하여 특수시설을 활용하여 중·장기적으로 격리하는 방식, 나아가 위험성이 한번 인정된 성범죄자를 영구적으로 사회로부터 격리하는 방식은 저마다의 장·단점이 있다. 각각의 실효성을 객관적으로 비교하여 평가하기에는 한계가 있다는 점에서 이들 간 우열을 가리기보다는, 국가마다 출소한 성범죄자의 위험성을 어떻게 평가하고, 그 위험에 상응하여 어떠한 예방책과 사후 관리 수단을 설계하고 있는지에 초점을 둘 필요가 있다.

고위험 성범죄가 가지는 고유한 특징이 국경을 넘어 인정될 경우, 그 범위에서 해당 범죄자의 재범을 예방하기 위해 필요한 수단을 적용하는 것은 의미 있다. 이러한 의미에서 낯선 피해자 비율 못지않게 알고 지낸 면식범에 의한 범죄 비율이 높은 성범죄의 특징이나 친족 간 성범죄도 적지 않다는 점을 고려하여 재범 예방 수단을 마련할 필요가 있다.<sup>96)</sup> 나아가 소셜 네트워크 서비스(SNS)나 채팅 또는 만남 애플리케이션(application) 등을 통해 범행 대상을 물색하는 비중이 증가하는 등 범죄 발생 양상 변화에 따른 재범 방지 대책을 마련하는 것도 필요하다.<sup>97)</sup> 덧붙여 고위험 성범죄자에 대한 제도와 정책은 거시적 관점으로 확대되어야 한다. 즉, 기존 범죄자에 대한 재범 방지라는 상습성 예방이라는 한정된 과제에 그치지 않고, 잠재적인 가해자와 피해자를 모두 고려하는 성범죄 예방이라는 관점에서 고려되어야 한다.<sup>98)</sup>

96) 성범죄 피해를 당한 아동·청소년과 가해자의 관계 분석 결과, 가족 및 친척 이외 아는 사람이 59.9%, 전혀 모르는 사람이 29.4%, 가족 및 친척이 7.6%, 관계 미상이 3.1%의 순으로 나타났다. 특히, 가족 및 친척이나 학교, 직장, 이웃 등 사회생활을 하며 만나게 된 ‘아는 사람’이 가해자가 되는 경우가 전체의 67.5%를 차지할 정도로 많다. 성유리·김지선·박영옥·홍영은, 아동·청소년 대상 성범죄 발생추세 및 동향 분석, 여성가족부, 2023, 152면.

97) 피해자가 가해자와 인터넷 채팅 등을 통해 알게 된 사이인 경우가 전체의 33.7%를 차지하고 있으며, 모든 범죄유형에 분포해 있다. 특히, 범죄유형별로 보면, 성매매 강요(10.0%)와 성매매 알선·영업(35.7%)을 제외한 강간(42.7%), 유사강간(42.6%), 강제추행(47.6%), 통신매체이용음란(28.6%), 카메라등 이용촬영(55.6%), 촬영물등이용협박·강요(53.3%), 성착취물(29.0%), 성매수(49.3%), 아동성학대(36.8%) 범죄에서 채팅앱을 통해 가해자와 피해자가 만난 비율이 가장 높은 것으로 조사되었다. 성유리·김지선·박영옥·홍영은, 아동·청소년 대상 성범죄 발생추세 및 동향 분석, 여성가족부, 2023, 156-157면.

98) 윤가현, 성폭력범죄 재발방지를 위한 정책으로부터의 교훈: 미국의 거주지 제한정책을 중심으로, 대한성학회지 제2권 제1호, 2015, 26면.

## 나. 독일연방헌법재판소 태도 변화의 의미와 시사점

독일은 1933년 「형법」에 보안감호(Sicherungsverwahrung)를 비롯한 개선·보안처분(Maßregeln der Besserung und Sicherung)을 도입한 이후, 범죄로부터 일반 시민을 보호하기 위한 이원적 체제를 마련하였다. 1998년 개정으로 형벌 선고와 동시에 부과되는 보안감호의 요건이 특정 성폭력 범죄에 관하여 완화되고, 2002년 유보적 보안감호제도가 도입되고, 2004년에는 사후적 보안감호제도가 도입되는 등 보안감호 처분의 요건은 완화되어 보다 강력한 형태로 장래의 범죄에 대응하는 것이 가능해졌다. 그 과정에서 보안감호 기한을 폐지하는 조항이나 소급적용을 허용한 조항 등은 소급처벌 금지에 관한 기본법 제103조 제2항에 위배된다는 위헌 판단을 시작으로, 사후적 보안감호의 유럽인권 조약 위배 등 위헌 논란이 이어졌다.

2004년 독일연방헌법재판소는 보안감호 규정의 위헌성에 관한 최초의 판단에서 국가가 국민을 범죄로부터 보호해야 할 의무를 수행하기 위해 필요한 경우에 한하여 보안감호가 재범 방지를 위해 내려지는 처분이라는 점에서 합헌이라고 판단하였으나, 2009년과 2011년 유럽인권재판소의 두 차례 위헌판결을 거치며 독일연방헌법재판소의 태도도 변하였다. 특히 독일연방헌법재판소는 2011년 선고한 위헌 결정에서 수차례 법률을 개정하였음에도 불구하고, 자유지향적이고 치료중심적 보안감호 실현을 위한 입법적 구상이 없었다는 점을 비판하였다. 자유형 집행에 관한 규정을 일부만 변형하여 보안감호 집행 시 포괄적으로 적용하도록 규정한 것과 제도의 핵심 부분에서 행정기관의 판단과 재량을 넓게 인정하고 있던 점 또한 한계로 지적되었다. 결국 사안에서 문제된 규정은 보안감호의 의미와 목적을 고려할 때 한계를 가진다는 것이다. 나아가 문제의식의 연장선에서 독일연방헌법재판소는 입법자의 태만을 적절히 지적하였다.

현실적으로 보안처분을 형벌과 구별하기 어려운 지점이 존재한다. 그러나 이들이 집행 과정에 따라 결과적으로 흐려지는 것과 그 목적과 출발에서부터 양자를 혼용하는 것은 다른 문제이다. 보안처분은 단순히 미래 범죄를 예방하는 목적만 가지지 않고 범죄자의 치료와 개선을 통한 재사회화를 달성하는 것도 목적으로 한다. 나아가 재사회화는 보안처분의 개시 전에 이루어지는 형벌 집행 단계에서부터 시작되어야 한다. 따라서 보안처분과 형벌의 집행이 구별되어야 한다는 의미는 보안처분 단계에서 행해지는 치료 및 개선의 방식이 자유형 집행 과정에서 행해지는 것과는 차별화되어야 한다는 것으로 새길



수 있다.<sup>99)</sup>

## 다. 미국 성범죄자 거주지 제한 주법을 둘러싼 위헌 논란과 시사점

성범죄자의 거주지를 제한하는 미국 각 주의 법률 조항을 둘러싼 위헌성 논란도 결국 법적 분쟁으로 이어졌다. 대표적인 판결은 아이오와주 성범죄자 거주지 제한 법률 조항의 위헌 여부를 다룬 *Doe v. Miller* 판결이다. 같은 법 조항에 대해 연방 지방법원은 해당 조항이 위헌이라고 판단하였고, 연방항소법원은 합헌이라고 판단하는 등 법원도 서로 다른 결론을 내렸다. 이를 통해 성범죄자 거주지 제한에 관한 적극적 정책을 시행해 온 미국에서도 위헌 논쟁이 치열하게 전개되는 모습을 볼 수 있다.

특히, *In re Taylor* 판결은 판단 과정에서 거주지 제한 규정을 적용한 결과 성범죄자가 실제로 거주할 수 있는 거주지의 현실을 확인하고, 이러한 거주지가 성범죄자의 재사회화와 사회복귀라는 목적에는 오히려 배치되는 문제가 있다는 점을 적절히 지적하였다. 다만, 법원은 개별적으로 필요한 경우 법원의 판결로 등록된 성범죄자에게 보호관찰의 일환으로 거주지 제한 명령을 선고할 수 있음을 덧붙였다는 점에서 성범죄자 거주지 제한 자체가 헌법과 양립할 수 없다고 본 것은 아니고, 해당 규제가 등록된 성범죄자의 재범위험성에 대한 개별적 판단을 배제하고, ‘일률적’이고 ‘자동적’으로 집행되는 부분에 위헌적 요소가 있음을 확인한 것으로 보인다.

캘리포니아주 지방법원과 항소법원, 대법원이 판단 과정에서 성범죄자 거주지 제한 집행의 실무적 문제점을 파악한 부분은 의미 있다. 형식적 법리 검토에 그치지 않고, 제도가 초래할 수 있는 문제 상황을 종합적으로 검토하였기 때문이다.<sup>100)</sup> 이를 통해 우리의 경우에도 헌법재판이 제기되기 전인 제도 설계 단계에서부터 성범죄자가 거주지 제한 제도의 신설로 인해 실제 처하게 될 현실을 예상하고 검증하는 작업이 반드시 필요함을 확인할 수 있다.

99) 김성규, 독일의 보안감호에 관한 규정의 변화와 과제, 법과 정책연구 제12권 제1호, 2012, 259면.

100) 윤정숙 외, 고위험 성범죄자 거주지 제한 정책 연구, 한국형사·법무정책연구원, 2023, 77-78면.

## IV. 고위험 성범죄자 거주지 지정 법안의 헌법적 쟁점 검토

### 1. 소급입법금지 원칙 위배 여부

‘고위험 성범죄자 거주지 지정 등에 관한 법률안’에 따른 거주지 제한 제도는 형기가 만료된 범죄자를 대상으로 사후적으로 보안처분을 부과하는 것을 내용으로 한다. 이때, 이와 같은 내용의 법률이 제정되기 전에 범죄를 저지른 범죄자도 거주지 지정 등 거주제한 적용 대상이 되는 경우, 소급입법금지 원칙 위반 여부가 쟁점이 된다.<sup>101)</sup> 법무부는 관련 법안에 따른 거주지 지정명령이 형벌이 아닌 보안처분이어서 이미 출소한 성범죄자를 대상으로도 적용된다고 설명한 바 있다.<sup>102)</sup> 특히, 앞에서 본 것과 같이 동법안의 부칙 제2조는 거주지 지정에 관한 적용례를 규정하며 소급적용의 가능성을 열어두고 있다.<sup>103)</sup>

#### 가. 견해 대립과 문제점

헌법재판소와 대법원은 원칙적으로 보안처분은 형벌을 보충하는 것으로서 양자가 그 근거와 목적을 달리하는 형사제재이므로 본질적 차이가 있고, 그에 따라 형벌에 적용되는 헌법적 제한 원리가 보안처분에는 원칙적으로 적용되지 않는다는 입장이다.<sup>104)</sup> 그러

101) ‘소급효 금지(Rückwirkungsverbot)원칙’은 입법자의 제정이나 개정행위를 통해 새로 정립된 법규범의 효력이 과거에 발생한 사실관계나 법률관계에 소급하여 미치지 않도록 요구하는 원칙이다. ‘소급입법 금지원칙’은 소급효 금지원칙의 내용 중 행위자에게 불리한 내용을 소급하여 적용하는 것을 입법의 차원에서 금지하는 것을 의미하고, ‘소급적용금지원칙’은 입법된 내용을 바탕으로 법관이 법률의 적용과 해석을 행위자에게 불리하게 하는 것을 금지하는 것을 의미하는 것으로, 이들 모두 소급효 금지원칙의 내용을 구체화한 것이다. 법치국가에서는 입법을 전제로 법률의 적용과 해석을 하므로 일반적으로 소급입법금지원칙이 문제가 된다. 장진환·윤재왕, 형벌과 보안처분에서 소급효 금지원칙 적용의 구체적 형태와 효과, 형사법연구 제35권 제4호, 2023, 253-254면.

102) 연합뉴스, 고위험 성범죄자, 출소해도 지정된 시설에서만 살 수 있다, 2023. 10. 24.일자 기사.

103) ‘고위험 성범죄자 거주지 지정 등에 관한 법률안’ 부칙 제2조(거주지 지정에 관한 적용례) 이 법은 이 법 시행 당시 「전자장치 부착 등에 관한 법률」 제9조에 따라 전자장치 부착명령 판결을 선고받은 고위험 성폭력범죄자 및 법률 제9112호 특정 성폭력범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착에 관한 법률 일부개정법률 부칙 제2조에 따라 전자장치 부착명령 결정을 고지받은 고위험 성폭력범죄자에 대해서도 적용한다.

104) “일반적으로 보안처분은 반사회적 위험성을 가진 자에 대하여 사회방위와 교화를 목적으로 격리수용하는 예방적처분이라는 점에서 범죄행위를 한 자에 대하여 응보를 주된 목적으로 그 책임을 추궁하는

나 이중처벌금지 원칙이나 소급입법금지 원칙 위반 여부를 판단할 때, 이들 원칙을 지나치게 좁게 해석하여 형식적으로 적용하는 것이 오히려 헌법 정신에 반할 위험이 있다.

오늘날 형벌과 보안처분을 명확하게 구분되는 목적을 가진 제도라고 보기 어렵다는 점이나 운영 차원에서 양자의 경계가 모호하다는 한계 등을 고려하면, 헌법이 규정하는 이중처벌금지 원칙은 실질적으로 ‘이중의 제재를 금지한다는 의미’로 확대하여 적용할 수 있다. 따라서 형벌에 준하는 법익을 침해하는 효과를 가져 오는 성범죄자 거주지 제한 제도가 형식적으로는 형벌과 구별되더라도, 그 실질은 처벌에 가깝다면 소급입법금지 원칙 및 이중처벌금지 원칙의 적용 대상이 되고 그 결과 고위험 성범죄자의 기본권을 침해할 여지가 있다고 판단된다.

헌법 제12조 제1항 후문과 제13조 제1항 전단은 죄형법정주의와 형벌불소급의 원칙을 규정한다. 해당 조항의 의미는 형벌법규는 허용된 행위와 금지된 행위의 경계를 명확히 설정하여, 어떠한 행위가 금지되어 있고 그에 위반한 경우 어떠한 형벌이 정해져 있는가를 미리 개인에게 알려 자신의 행위를 그에 맞출 수 있도록 하는 것이다.<sup>105)</sup> 형벌은 다른 법률 및 행정제재와 비교할 때 응보적 성격이 강하고 그에 따라 기본권 침해의 심각성(신체의 자유)과 최후 수단성 및 해악(害惡)과 사회적 낙인을 수반하는 처벌로 기능한다는 점에서 국가형벌권의 자의적 남용으로부터 시민의 권리를 더욱 보호할 필요가 있기

---

사후처분인 형벌과 구별되어 그 본질을 달리하는 것으로서 형벌에 관한 죄형법정주의나 일사부재리 또는 법률불소급의 원칙은 보안처분에 그대로 적용되지 않는다(밀줄 강조 표시는 연구자가 추가함).” 대법원 1988. 11. 16. 선고 88초60 판결; “형사제재에 관한 종래의 일반론에 따르면, 형벌은 본질적으로 행위자가 저지른 과거의 불법에 대한 책임을 전제로 부과되는 제재를 뜻함에 반하여, 보안처분은 행위자의 장래 위험성에 근거하여 범죄자의 개선을 통해 범죄를 예방하고 장래의 위험을 방지하여 사회를 보호하기 위해서 형벌에 대신하여 또는 형벌을 보충하여 부과되는 자유의 박탈과 제한 등의 처분을 뜻하는 것으로서 양자는 그 근거와 목적을 달리하는 형사제재이다. 연혁적으로도 보안처분은 형벌이 적용될 수 없거나 형벌의 효과를 기대할 수 없는 행위자를 개선·치료하고, 이러한 행위자의 위험성으로부터 사회를 보호하기 위한 형사정책적인 필요성에 따라 만든 제재이므로 형벌과 본질적인 차이가 있다. 즉, 형벌과 보안처분은 다 같이 형사제재에 해당하지만, 형벌은 책임의 한계 안에서 과거 불법에 대한 응보를 주된 목적으로 하는 제재이고, 보안처분은 장래 재범 위험성을 전제로 범죄를 예방하기 위한 제재이다. 그런데 오늘날에는 형벌과 보안처분의 형태가 다양해지고 형벌 집행에 있어서 범죄자에 대한 특별예방적·형사정책적 관심과 배려를 강조하는 새로운 형사제재수단들, 예를 들어 보호관찰, 사회봉사명령이나 수강명령 등이 등장하면서 형벌과 보안처분의 경계가 모호해지고 있다. 따라서 새로운 형사제재의 법적 성격을 논함에 있어서 종전과 같은 ‘과거 행위에 대한 응보·재범의 위험성에 따른 사회 예방’이라는 이분법적 논리를 단순히 적용하기에는 타당하지 않은 면이 있다. 그러나 형벌과 보안처분이 본질적으로 다른 점이 있음은 부인할 수 없다(밀줄 강조 표시는 연구자가 추가함). ...” 현재 2012. 12. 27. 2010헌가82등, 판례집 24-2하, 281, 295.

105) 현재 1996. 2. 16. 96헌가2등, 판례집 8-1, 51, 82-83.

때문이다.<sup>106)</sup>

헌법재판소는 이러한 형벌불소급 원칙을 엄격히 해석하여, 비형벌적 보안처분에는 이 원칙이 적용되지 않는다고 판단해 왔다.<sup>107)</sup> 그러나 헌법재판소는 2014년 8월 28일 선고한 2011헌마28등 결정에서 2010헌가82등 결정을 언급하며, 형벌과 달리 보안처분에 대해서는 원칙적으로 재판 당시의 현행법을 소급적용할 수 있지만, 그 범주와 모습이 다양해진 보안처분의 현실을 고려하여 단순히 보안처분에 해당한다는 사실만으로 일률적으로 소급입법금지원칙의 적용 여부를 단정해서는 안 된다고 판시하였다. 특히, 보안처분을 형벌불소급 원칙을 형해화하는 도구로 남용해서 안 된다는 점을 지적한 부분에 주목할 필요가 있다.<sup>108)</sup> 형벌과 사실상 동일한 효과를 가짐에도 불구하고, 형벌과 구분되는 보안처분이라는 형태로 헌법상 기본권 제한의 한계를 완화된 형식으로 우회하여 회피하는 것은 소급입법금지 원칙, 비례성 원칙에 반하는 위헌적 행태이다.<sup>109)</sup>

오늘날 죄형법정주의의 의미를 엄격하게 ‘형벌’에만 한정해석할 것인가의 문제는 논의 대상이 될 수 있다. 죄형법정주의 원칙에서 파생되는 소급입법금지원칙이 보호하고자 하는 것은 결국 형식적 처벌로 인한 국민의 기본권 침해에 그치지 않기 때문이다. 판례는 기본적으로 형벌과 보안처분을 별개로 이해하는 것을 기초로 보안처분에 대해서는 ‘형벌’불소급원칙이 적용되지 않는다고 판단한다. 다만, 예외적으로 소급입법금지원칙이 적용되는 경우를 인정하는데 신체의 자유를 박탈하거나 이에 준하는 강도로 보안처분에 해당하지만 그 효과가 형벌‘적’ 성격이 강한 경우에는 소급입법금지원칙을 적용하는 것이 오히려 법치주의와 죄형법정주의에 부합한다고 보았다.<sup>110)</sup>

---

106) 장진환·윤재왕, 형벌과 보안처분에서 소급효 금지원칙 적용의 구체적 형태와 효과, 형사법연구 제35권 제4호, 2023, 253-255면.

107) 헌재 2014. 8. 28. 2011헌마28등, 판례집 26-2상, 337.

108) “보안처분은 형벌과는 달리 행위자의 장래 재범위험성에 근거하는 것으로서, 행위자가 아닌 재판시의 재범위험성 여부에 대한 판단에 따라 보안처분 선고를 결정하므로 원칙적으로 재판 당시 현행법을 소급적용할 수 있다고 보는 것이 타당하고 합리적이다. 그러나 보안처분의 범주가 넓고 그 모습이 다양한 이상, 보안처분에 속한다는 이유만으로 일률적으로 소급입법금지원칙이 적용된다거나 그렇지 않고 단정해서는 안 되고, 보안처분이라는 우회적인 방법으로 형벌불소급의 원칙을 유명무실하게 하는 것을 허용해서도 안 된다. 따라서 보안처분이라 하더라도 형벌적 성격이 강하여 신체의 자유를 박탈하거나 박탈에 준하는 정도로 신체의 자유를 제한하는 경우에는 소급입법금지원칙을 적용하는 것이 법치주의 및 죄형법정주의에 부합한다(헌재 2012. 12. 27. 2010헌가82등).” 헌재 2014. 8. 28. 2011헌마28등, 판례집 26-2상, 337, 369.

109) 안성훈, 한국형 제시카법의 주요 쟁점과 헌법 적합성, 법무보호연구 제9권 제1호, 2023, 133면.

110) 사회보호법상의 보호감호처분(헌재 1989. 7. 14. 선고 88헌가5 결정)과 가정폭력처벌법에 따른 사회봉사명령의 경우(대법원 2008. 7. 24.자 2008어4 결정 [보호처분에대한재항고]) 신체의 자유를 박탈하는

헌법재판소는 현재 88헌가5등 결정에서 상습범에 대한 보호감호처분은 그 내용과 성질상 형사적 제재의 한 형태라고 보기도 하였다.<sup>111)</sup> 재범 위험성이 높은 고위험 성범죄자를 대상으로 하는 추가적 보안처분으로서 거주지 지정명령의 성격도 이와 유사하게 볼 여지가 있다. 재범 위험으로부터 사회를 방위할 필요성에 따라 도입된 보안처분이 국민의 자유를 박탈하거나 제한하는 형태로 기본권 제한의 영역에 위치하는 한, 이것은 기본권에 대한 중대한 침해의 효과를 가져 온다는 점에서 결과적으로 형벌과 동일한 효과를 가진다.<sup>112)</sup>

대법원과 헌법재판소도 개별 사안에서 문제가 되는 보안처분이 실질적으로 형벌적 성격을 가지는가를 구체적으로 따져 보고, 소급입법금지원칙의 적용 여부를 달리 판단하는 것으로 보인다. 형벌과 보안처분이 형식상 목적이 구별되는 형사제재라 할지라도 기본권의 침해와 제한을 수반하는 강제 제재라는 법적 효과를 고려할 때, 형벌과 보안처분에 동일한 헌법적 한계법리를 적용하는 것이 헌법 정신에 보다 부합한다고 할 것이다.

## 나. 성범죄자 거주 제한 제도와 소급효 문제

성범죄자 거주지 제한 법률을 제정할 때에도 헌법상 소급입법금지 원칙(형벌불소급원칙)을 존중하여야 한다. 형벌과 보안처분의 경계가 명확한가라는 질문에 대해 관점에 따라 다른 결론이 도출될 수 있기 때문이다. 오늘날 기술변화에 따라 새로운 형태의 보안처분이 추가되면서 보안처분의 목적과 실제 효과는 확장되었다. 역으로 형벌도 과거의 불법에 대한 일회적 응보에 그치지 않고, 일반예방 및 행위자의 재사회화를 염두에 둔 특별예방의 목적으로 확대되고 있다. 새로운 유형의 보안처분도 그 종류와 기간, 형태에 따라 과거 행위에 대한 형사제재로서 명확히 국가 공권력에 의한 국민의 기본권에 대한 침해 내지 억압적 측면이 포함되어 있다.<sup>113)</sup>

---

것을 본질적 내용으로 하므로 소급입법금지원칙이 적용된다고 판단하였다.

111) “사회보호법이 규정하고 있는 보호감호처분이 보안처분의 하나이고, 보안처분은 행위자의 사회적 위험성에 근거하여 부과되는 것으로써 행위자의 책임에 근거하여 부과되는 형벌과 구별되는 것이기는 하지만, 상습범에 대한 보안처분인 보호감호처분은 그 처분이 행위자의 범죄행위를 요건으로 하여 형사소송절차에 따라 비로소 과해질 수 있는 것이고, 신체에 대한 자유의 박탈을 그 본질적 내용으로 하고 있는 점에서 역시 형사적 제재의 한 태양이라고 볼 수밖에 없다.” 현재 1989. 7. 14. 88헌가5등, 판례집 1, 69, 81.

112) 안성훈, 한국형 제시카법의 주요 쟁점과 헌법 적합성, 법무보호연구 제9권 제1호, 2023, 132면.

113) 결국 양자의 구분은 더 이상 객관적으로 절대적이라고 단정하기 어려운 지점에 이르렀다. 이러한 의미에서 우리 형벌과 보안처분의 관계는 양자를 구분해 놓고 여론에 따라 형벌과 보안처분 모두 강화시

이러한 의미에서 예측가능성과 법적 안정성을 보장하는 관점에서 소급처벌금지원칙이 적용되는 ‘처벌’의 범위를 형법상 형벌에 한정하지 않고 형벌적 성격을 가지는 새로운 형태의 형사상 제재까지 포함할 것을 주장한 헌재 2010헌가82등 결정에서 송두환 재판관이 제시한 위헌의견이 설득력 있다.<sup>114)</sup> 헌재 2011헌마28등 결정에서 김이수 재판관의 반대의견이 보안처분에도 소급입법금지 원칙이 적용된다고 판단한 것도 같은 맥락이다.<sup>115)</sup>

문제는 동법안의 존재 의의이자 핵심이 바로 ‘소급효’를 가지는 것에 있다는 점이다. 국민적 분노와 불안은 형 만료 후 출소 예정인 고위험 성범죄자에게 집중되어 있다. 따라서 이들에 대한 소급효가 제한된다면, 사실상 법안의 필요성에 대한 국민의 지지를 얻기 어렵고, 새로운 제도를 도입하는 유인을 약화시킬 수 있다. 결국, 동법안은 성범죄 재발 예방이라는 목적을 내세워 국민으로부터 감정적 공감과 지지는 쉽게 획득하였으나, 헌법적 관점에서 국민의 기본권 제한에 관한 원칙과 한계에 관한 기본적 사항을 준수하는 문제에는 상대적으로 소홀하였다. 입법행위를 통해 헌법상 소급입법금지 원칙이 사실

---

키는 형식적 이원주의라는 비판으로 장진환·윤재왕, 형벌과 보안처분에서 소급효 금지원칙 적용의 구체적 형태와 효과, 형사법연구 제35권 제4호, 2023, 275면. 즉, 엄격한 책임원칙에 따라 형벌의 범정형을 함부로 높이지 않고, 예방은 오직 보안처분의 도입 및 개정을 통해서만 유연하게 대응하는 실질적 이원주의와는 거리가 멀다는 것이다.

114) 안성훈, 한국형 제시카법의 주요 쟁점과 헌법 적합성, 법무보호연구 제9권 제1호, 2023, 138면, 재판관 송두환의 전부 위헌의견, “형법 제41조(형의 종류)가 규정하고 있는 형벌, 즉 사형, 징역, 금고, 자격 상실, 자격정지, 벌금, 구류, 과료, 몰수를 부과하는 것이 여기의 처벌에 해당함은 물론이다. 그러나 헌법 제13조 제1항 전단에 의해 소급이 금지되는 처벌이 위와 같은 형식적 의미의 형벌만을 의미한다고 볼 수는 없다. 만약 소급처벌금지원칙이 적용되는 처벌의 범위를 형법이 정한 형벌의 종류에만 한정되는 것으로 보게 되면, 이는 법률(형법)이 헌법 조항(제13조 제1항 전단)의 의미를 결정하는 결과가 되어 부당할 뿐 아니라, 형법이 정한 형벌 외의 형태로 새로이 도입되는 형사상 제재는 그것이 아무리 형벌적 성격을 갖는 경우에도 소급처벌이 허용되는 결과가 되는데, 이는 예측가능성과 법적 안정성을 보장하여 자의적 처벌로부터 국민을 보호하고자 하는 소급처벌금지원칙의 취지를 완전히 몰각시키는 것이기 때문이다(밑줄 강조 표시는 연구자가 추가함).” 헌재 2012. 12. 27. 2010헌가82등, 판례집 24-2 하, 281, 304.

115) 이 사건 삭제조항, 이 사건 부칙조항에 대한 재판관 김이수의 반대의견, “이러한 이유로 오늘날 죄형 법정주의는 비단 ‘형벌’에 대해서만 요구되는 원칙이 아니라 넓은 의미에서의 개인의 자유영역에 대한 국가의 강제적 개입 내지 처분 모두에 대하여 동일하게 요구되는 원칙이라고 해야 한다. 그리고 죄형 법정주의 원칙에서 파생하는 소급입법금지원칙이 지향하는 근본취지는 단지 형식적인 처벌에 의한 부당한 침해로부터 국민들을 지키는 데에만 있는 것이 아니라, 예측할 수 없는 방법으로 시민들의 자유와 안정된 법생활을 침해하는 모든 형태의 국가의 공권력에 의한 침해로부터 지키는 데에 있다고 할 것이다. 이렇게 본다면, 보안처분도 그것이 형벌적인 것인지 비형벌적인 것인지 여부에 관계없이 범죄에 대한 국가의 형사제재수단임은 형벌과 다를 바 없으므로, 소급입법금지원칙의 적용대상에서 결코 예외가 될 수 없다(밑줄 강조 표시는 연구자가 추가함).” 헌재 2014. 8. 28. 2011헌마28등, 판례집 26-2상, 337, 376.

상 우회되고 있지 않은지 돌아볼 필요가 있다.

## 2. 대상자의 기본권 침해 여부

### 가. 거주·이전의 자유 침해 여부

헌법 제14조는 모든 국민의 거주·이전의 자유를 기본권으로 규정한다. 이때 거주·이전의 자유란 거주지와 체류지를 결정하고 변경할 수 있는 자유로, 이것은 일상생활과 경제활동의 근거지에 대한 선택권을 보장하는 것이다.<sup>116)</sup> 국민은 자유롭게 원하는 장소에 주소나 거소를 설정할 수 있고, 자유롭게 체류하거나 이전할 수 있으며 의사에 반하여 거주 또는 체류 장소를 강제당하지 않는다.

‘고위험 성폭력범죄자의 거주지 지정 등에 관한 법률안’에 따라 거주지 지정명령의 적용 대상에 해당하기만 하면, 일률적으로 국가가 지정하는 시설에의 거주가 강제된다는 점에서 동법안은 당사자의 거주·이전의 자유를 직접적으로 제한한다.

우선, ‘고위험 성폭력범죄자의 거주지 지정 등에 관한 법률안’은 거주지 지정명령의 핵심이 되는 거주지에 대한 정의부터 보완하는 것이 필요하다. 헌법재판소는 96헌마200결정에서 “거주·이전의 자유는 공권력의 간섭을 받지 아니하고 일시적으로 머물 체류지와 생활의 근거지는 거주지를 자유롭게 정하고 체류지와 거주지를 변경할 목적으로 자유롭게 이동할 수 있는 자유를 내용으로 한다”고 실시하였다. 그러나 일시적이라고 판단하기 위한 기간의 기준이나 어느 정도 머무를 경우 이를 생활의 근거지로 볼 수 있는지에 대한 명시적 규정은 없다.

‘고위험 성폭력범죄자의 거주지 지정 등에 관한 법률안’ 제2조 제1항 제2호는 거주를 ‘일정한 장소에 머물러 매일 기거하는 것’으로 정의한다. 이에 따른 거주지 범위가 성범죄 재범 예방에 유의미한가 또한 입증되어야 할 것이고, 부가적으로 발생가능한 다양한 상황들에 대응할 수 있는 정의 조항인가에 대하여 검토할 필요가 있다. 예를 들면, 직업의 특수성에 따라 일정 기간을 두고 거주 장소를 이동하게 되는 경우, 이를 어떻게 적용할 것인지는 문제가 된다. 한편, 동법안 제2조 제1항 제3호는 ‘거주지등’ 개념을 추가하

116) 김하열, 헌법강의[제4판], 박영사, 2022, 550면.

여 거주지 또는 거주 예정지까지 고려하고, 일정한 주거가 없거나 주민등록 말소 또는 거주불명 등록된 경우에는 마지막 주소지를 의미한다고 규정하고 있다. 그러나 현실적으로 고위험 성범죄자가 안정적인 거주지를 가지지 않고 생활하는 경우에는 어떠한 형태로 국가가 개입할 수 있을지 불분명하다.

이와 관련하여 참고할 만한 외국 입법례로 미국 인디애나주 거주지 제한 관련 조항이 있다. IC 35-42-4-11 (b)항은 ‘거주(reside)’의 의미를 30일 이내의 기간 중, (1)거주지 또는 (2)해당 개인이 거주지에 거주하지 않는 경우, ‘특정한 장소(particular location)’에서 ‘3박 이상 보내는 것(spend more than three nights)’을 의미하는 것으로 규정한다. 이처럼 일정한 ‘장소’에 대한 국가 통제를 바탕으로 성범죄자의 재범 억제 정책을 시행하려면, 거주지가 일정한 경우 외에도 거주지가 불분명하거나 거주지 이동이 빈번한 경우에도 적용할 수 있는 ‘거주의 의미와 그 범위’에 대한 최소한의 규정을 마련할 필요가 있다.

이어서 동법안상 규제가 과잉금지원칙에 위배되지 않는지 본다. 먼저 전자감시제도, 신상공개 제도와 마찬가지로 성폭력 범죄로부터 국민의 생명과 신체의 안전을 보호하려는 제도의 목적 자체는 정당하고 볼 수 있다. 국가는 국민의 안전을 보호할 의무를 부담하기 때문에, 이를 목적으로 하는 고위험 성범죄자 거주지 제한 정책의 목적의 정당성은 인정될 수 있다.

그러나 거주지를 제한하거나 특정 시설에 거주를 강제하는 제도가 유효한 범죄예방 수단인가에 대한 판단은 쉽지 않다. 국내의 경우 제도 도입 전이므로 범죄 예방과 거주지 제한의 상관관계에 대한 실증 자료가 없고, 관련 정책과 제도를 시행 중인 외국의 연구 성과를 간접적으로 참고할 수밖에 없다는 한계가 있다. 제도의 실제 효과에 대한 실증적 연구는 연구 범위와 대상을 어떻게 설정하는가에 따라 효과가 미미하다는 결론부터 제한적이거나 유용한 예방 효과를 보인다는 긍정적 평가에 이르기까지 다양하다.<sup>117)</sup> 이

---

117) 윤가현, 성폭력범죄 재발방지를 위한 정책으로부터의 교훈: 미국의 거주지 제한정책을 중심으로, 대한 성학회지 제2권 제1호, 2015, 20-21면; 성범죄자에 대한 거주를 제한하는 주법 등의 확대가 결과적으로 도시 전체 성범죄나 재범성 성범죄에 유의미한 차이로 연결되지 않았다는 연구로 Matt R. Nobles, Jill S. Levenson Tasha, J. Youstin, Effectiveness of Residence Restrictions in Preventing Sex Offense Recidivism, *Crime & Delinquency*, Vol. 58, Iss. 4, 2012, pp. 491-508; 거주지 제한으로 인한 아동 성범죄 예방 효과가 거의 없다는 연구로 Joanne Savage, Casey Windsor, Sex offender residence restrictions and sex crimes against children: A comprehensive review, *Aggression and Violent Behavior*, Vol. 43, November-December 2018, pp.13-25; 거주제한이 등록된 성범죄자가 거주하지 않는 지역사회에 잘못된 안전감을 제공하는 문제를 포함하여, 실제로 거주 제한이 성범죄 발생에 영향을 미치지 않는다는 연구로 Kelly K. Bonnar-Kidd, *Sexual Offender Laws and Prevention of Sexual*



러한 상황에서 한국의 현실이나 특수성까지 고려하면, 제도가 어떠한 결과를 가져올지 예측하는 것은 더욱 어렵다. 따라서 실증적 근거의 한계를 감안하더라도, 거주지를 제한하거나 지정하는 방식이 고위험 성범죄자로부터 사회를 보호하기에 적합한 수단이라고 단정하는 것은 어려워 보인다.

나아가 ‘고위험 성폭력범죄자의 거주지 지정 등에 관한 법률안’을 통해 예상되는 기본권 침해의 정도는 법률로 제한할 수 있는 기본권 침해의 정도를 벗어나 자유의 본질적인 내용을 침해할 정도의 결과가 예상된다는 점에서 위헌적이다.<sup>118)</sup> 먼저, 초기 구상대로 그 방식이 초·중·고등학교, 어린이집, 유치원 등 미성년자 교육 시설 주위 500m 이내에서 고위험 성범죄자의 거주를 제한할 경우 우선 그 제한의 범위가 매우 넓다는 문제가 있다. 좁은 땅에 인구밀도가 높고 대부분 지역이 도시화된 우리나라의 현실에서 이와 같이 일률적으로 거점(기준 장소) 지정 후 거리 제한방식을 통해 거주제한을 할 경우, 피처분자가 대도시나 중소도시에서 사실상 거주하지 못하는 등의 결과가 예상된다는 점에서 거주·이전의 자유에 대한 본질적 내용을 침해할 가능성이 크다.<sup>119)</sup> 결국, 성범죄자의 거주지 제한 제도를 통해 달성할 수 있는 공익보다 이로 인해 침해될 수 있는 개인의 사익이 절대적으로 적다고 단언할 수 없다.

한편, 동일한 범죄예방효과를 담보하면서도 성범죄자의 기본권 침해가 가장 적은 방법을 고안하였는지도 중요한 문제이다. 현재 특정 지정시설에 거주하도록 지정하는 방식의 법률안은 초기 단계의 구상만 제시되어 있고, 아직 구체적인 내용이 마련되지 않았다. 예를 들면, 시설의 위치가 어디인지, 시설 내 1인의 고위험 성범죄자가 1인실을 사용할 수 있는지, 가족과 함께 거주하는 것이 허용되는지, 시설 내에서 어떠한 생활 통제를 받고, 어떠한 권리와 의무를 부담하는지에 대한 부분이 정해지지 않은 것이다. 이 부분이 확정

---

Violence or Recidivism, *Am J Public Health*, Vol. 100, Iss. 3, 2010, pp.412-419 등.

118) 안성훈, 한국형 제시카법의 주요 쟁점과 헌법 적합성, *법무보호연구* 제9권 제1호, 2023, 147면.

119) 안성훈, 한국형 제시카법의 주요 쟁점과 헌법 적합성, *법무보호연구* 제9권 제1호, 2023, 148면; 언론에서는 ‘성범죄자 알림’을 통해 신상이 공개된 서울 거주 성범죄자 423명의 주거지를 확인해 본 결과 한 명만을 제외한 422명이 미성년자 교육 시설 500m 이내에 거주하고 있어 동법이 시행될 경우 1명을 뺀 모두가 새로운 거주지를 찾아 이사를 가야 한다는 문제 상황을 보도하였다. 또 현재 서울에는 어린이집 총 4835곳, 초·중·고등학교 1395곳, 유치원 932곳 등 7162곳의 미성년자 교육시설이 있는데, 서울 시내 미성년자 교육시설에서 직선반경 500m 이내 면적을 모두 합하면 서울시 면적보다 무려 9배 이상 넓게 되어 서울 시내에 성범죄자가 살 수 있는 공간은 사실상 거의 없다. 이에 더하여 결과적으로 성범죄자가 떠나는 지역 주민은 환영하겠지만 대신 그들이 수도권 외곽이나 지방으로 유입된다는 점에서 ‘서울만의 성범죄 보호법’이라는 비판에서 자유롭기 어렵다. 우먼타임즈, “‘한국형 제시카법’ 과연 성범죄 예방 효과 있을까”, 2023.2.13. 기사.

된 후 거주·이전의 자유 침해 여부에 대한 추가적 검토가 가능할 것이다. 따라서 이 부분은 외국의 관련 입법례 등을 참고하여 평가하는 작업이 추가적으로 필요하다고 판단된다.

## 나. 인간의 존엄성과 인격권 침해 여부

인간의 존엄성은 어떠한 상황에서도 인간을 다른 목적 달성을 위한 수단이나 객체로 취급하는 것을 금지하는 헌법의 근본 가치이다.<sup>120)</sup> 따라서 특정한 범죄자가 ‘재범의 위험’을 보인다는 이유만으로 기본권 제한 내지 박탈을 쉽게 정당화하는 것은 신중할 필요가 있다. 인간은 사회방위나 다른 인간 보호를 위한 도구로 취급될 수 없기 때문이다. 재범의 위험성을 판단하기 위한 객관적 기준을 상정하더라도, 이것은 어디까지나 미래에 대한 ‘예측’이라는 점에서 부당하게 재범의 위험성을 인정받을 가능성이 존재한다는 점도 고려하여야 한다.<sup>121)</sup>

형법이 정한 벌이 종료된 후, 소위 위험한 범죄자에 대한 처우를 정당화하는 근거는 범죄자의 개선과 재사회화에 있다. 보안처분이 추구하는 재범 예방과 범죄자의 재사회화는 서로 대립하는 관계에 고정된 것이 아니다. 형기를 마친 범죄자가 사회로 복귀하는 것은 결국 재범으로부터 일반 국민을 보호하는 것과 연결되기 때문이다.<sup>122)</sup> 따라서 고위험 성범죄자에 대한 거주지 제한이 문자 그대로 ‘거주지를 제한하는 제재’로만 그칠 경우, 이것은 재사회화를 위한 연결 고리를 스스로 차단하는 문제를 초래한다.

보안처분은 형벌과 달리 과거 범행을 토대로 장래의 위험성을 예측하여 부과하는 처분이다. 장래의 위험성 ‘예측’의 모호함으로 보안처분은 범죄자의 범죄행위보다 과도하게 부과될 수 있는데, 이때 비례성 원칙에 따른 부과가 중요하다.<sup>123)</sup> 고위험 성범죄자의 개선이나 재사회화에 대한 일반적 기대치가 낮다는 점에서 거주지를 제한하거나 지정하는 방식으로라도 미래의 피해자를 방지를 주장하는 입장은 고려해 볼 수 있는 수단이다. 그러나 피처분대상자에 대한 특별예방적 관점의 목적이 배제된 채, 사회방위만을 위하여 보안처분을 부과하는 것은 인간의 존엄성을 보장하는 헌법정신에 반할 위험이 있다. 보

120) 최규환, 인간존엄의 형량가능성, 헌법재판연구원, 2017, 8, 26면.

121) 김희정, 보호감호집행의 합헌성 기준, 헌법학연구 제23권 제1호, 2023, 97면.

122) 박상민, 보호수용법안에 대한 비판적 분석과 입법론적 대안, 비교형사법연구 제18권 제2호, 2016, 164면.

123) 보안처분은 범죄 행위 및 행위자의 위험성과 비례하는 정도에서 부과되어야 한다. 박상기, 형법의 기초, 집현재, 2016, 204면.

안처분을 부과하는 시점에서 해당 피처분자에게는 더 이상의 개선이나 재사회화의 여지가 없다고 사회적으로 선언하는 것과 같고, 피처분자가 사회로 복귀할 수 있는 도덕적 자율성 또한 갖추지 않은 것으로 전제한다는 점에서 이것은 본질적으로 인간의 존엄성과 양립할 수 없다.<sup>124)</sup> 따라서 최소한의 사회복귀와 재사회화를 위한 가능성은 열어두어야 하고, 이러한 의미에서 그 가능성을 원천 차단하는 보안처분은 위헌적이다.

치료감호기간의 상한을 정하지 않은 사회보호법상 법률 조항이 과잉금지 원칙에 위반하여 신체의 자유를 침해하는지를 쟁점으로 다룬 헌재 2003헌바1 결정에서 반대의견은 피처분자의 자유를 일방적으로 박탈하는 것은 법치국가 형벌권 제한 원리인 비례의 원칙에 반하고, 인간을 사회방위 목적을 위한 수단으로 전락시켜 인간의 존엄성을 해친다고 판단한 바 있다.<sup>125)</sup>

신상공개제도와 관련된 법률의 위헌 여부를 쟁점으로 다룬 헌재 2002헌가14 결정에서 한대현, 김영일, 권성, 송인준, 주선희 재판관은 반대의견을 통해 “체면을 중시하는 우리 사회에서 범죄사실과 함께 그 신상을 일반공중에 공개하는 제도적 조치는 현실적으로 상당한 제재 및 위하의 효과를 가진다고 보아야 할 것”이며, 신상공개제도의 주된 목적과 기능을 고려하면 소위 ‘현대판 주홍 글씨’에 비견할 정도로 수치형과 매우 흡사한 특성을 지닌다고 지적하였다.<sup>126)</sup>

개인의 신상정보를 공개하는 것의 파급력이 이러할진대, 고위험 성범죄자를 ‘특정 시설’을 지정하여 거주하게 하는 것은 또 다른 사회적 낙인으로 기능할 가능성이 크다. 따라서 고위험 성범죄자에 대한 거주지 제한제도에 수치형이 가지는 본질적 문제에 대한 비판이 적용될 수 있다.<sup>127)</sup> 즉, 성범죄자에 대한 거주지 제한 제도가 범죄인을 범죄 예방

124) 안성훈, 한국형 제시카법의 주요 쟁점과 헌법 적합성, 법무보호연구 제9권 제1호, 2023, 141면.

125) 재판관 윤영철, 재판관 김효중, 재판관 전효숙의 반대의견, “...위험부담의 분배 없이 피치료감호자의 자유만 일방적으로 박탈하는 것으로서, 치료감호의 목적이 비단 사회방위에 그치는 것이 아니라 치료를 통한 개선에도 있다는 점을 감안하더라도, 그로 인하여 침해되는 피치료감호자의 기본권과 보호되는 사회적 법익 사이에 균형이 유지되고 있다고는 볼 수 없다. ... 보안처분은 장래의 위험성에 대한 합목적적 처분이므로 그 기간을 부정기로 할 필요성이 있기는 하나 그렇다고 하여 상한기간을 정하지 않은 절대적 부정기의 보안처분까지 정당화되거나 허용될 수는 없다고 할 것이다. 절대적 부정기의 보안처분은 위험부담의 분배 없이 피처분자의 자유를 일방적으로 박탈함으로써 법치국가의 형벌권제한원리인 비례의 원칙에 반하고, 인간을 사회방위의 목적을 위한 수단으로 전락시킴으로써 인간의 존엄을 해치는 것이다.” 헌재 2005. 2. 3. 2003헌바1, 판례집 17-1, 70, 87, 89.

126) 재판관 한대현, 재판관 김영일, 재판관 권성, 재판관 송인준, 재판관 주선희의 위헌의견, 헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624, 651-652.

127) “공개적으로 범죄인의 체면을 깎아내려 그에 대한 대중의 혐오를 유발하고 그 결과 세인의 경멸과 사

의 수단으로 취급하고, 이들을 대중의 조롱과 비난, 경멸의 대상으로 객체화하여 영원히 위험한 존재로 격리하는 것에만 기여한다면 이것은 대상자의 인간으로서의 존엄성을 침해할 위험이 있다.

## 다. 가족생활에 관한 권리 침해 및 신체의 자유 제한 여부

국내에서 발의된 법안과 같이 국가가 특정 시설을 범죄자의 거주지로 지정하는 방식은 대상자의 거주지 선택의 자유를 보다 크게 침해한다. 초기 제시된 방식은 학교 등으로부터 일정 거리 안에만 거주하지 않으면 본인의 선택에 따라 거주지를 선택할 자유가 제한적이거나 인정되었지만, 변경된 방식은 아예 거주지를 특정하기 때문이다. 이것은 가족이 있는 경우 가족 구성원들과의 관계 및 가족 구성원의 거주에 대한 선택권에도 영향을 미친다.

헌법 제36조 제1항은 혼인과 가족생활은 개인의 존엄과 양성 평등을 기초로 성립되고 유지되어야 하며, 국가는 이를 보장한다고 규정한다. 고위험 성범죄자의 거주지가 국가가 지정하는 시설로 한정되는 경우 헌법이 보장하는 혼인과 가족생활에 관한 권리가 일부 제약될 수 있다. 기존에 혼인이나 가족생활을 하고 있던 경우, 거주지 지정명령 대상자가 출소 후 거주지를 강제로 옮겨야 한다는 점에서 기존의 생활을 유지하는 것이 어려울 수 있다. 대상이 되는 성범죄자가 가족이 없는 경우라 하더라도, 국가가 고위험군으로 공인한 성범죄자가 지정 시설에서 일상생활을 해 나가면서 사회적 편견 내지 불이익으로부터 자유로운 상태에서 새로운 인간관계와 가족관계를 형성해갈 것을 기대하는 것은 어려워 보인다.

실제로 관련 제도가 이미 시행 중인 국가에서 거주지 제한이 성범죄자의 가족과의 재

---

회적 배척이 가해지도록 하는 수치형의 기본구조는 본질적으로 심각한 문제점들을 안고 있다. 즉, 수치형은 범죄인의 주관적 명예감정이나 그의 사회적 관계 여하에 따라 혹은 범죄인에 대한 대중의 혐오감이 얼마나 광범하고 강렬하게 표출되느냐에 따라 처벌의 강도가 크게 좌우되는 단점이 있다. 그리고 법에 의한 지배원리를 경시하고, 사인에 의한 무질제한 보복행위 내지 자경행위(自警行爲)를 조장할 위험도 내포하고 있다. 무엇보다도 가장 근본적인 오류는 범죄행위의 반가치와 범죄인 인격의 무가치를 혼동하는 것이다. 비록 범죄인일망정 윤리적 책임능력을 갖춘 인격체로 보는 것은 형벌권 행사의 기본 전제이자 궁극적 한계라 할 수 있다. 또한, 사회에서 진정으로 근절해야 할 대상은 엄밀한 의미에서 범죄행위이지 범죄인 본인은 아니라고 할 것이다. 그럼에도 수치형은 이를 분별함이 없이 범죄인을 하나의 인격체로서가 아니라 한낱 범죄퇴치의 수단으로 취급하고 그를 대중의 조롱거리나 경멸의 대상으로 만들어 필경 사회적 매장으로 몰고 가려는 의도가 짙다. 이는 단지 범죄인의 인격을 황폐화시키는 것에서 끝나는 것이 아니라, 사회 전체에 인간존엄성에 대한 불감증을 만연시킬 수 있다.” 재판관 한대현, 재판관 김영일, 재판관 권성, 재판관 송인준, 재판관 주선회의 위험 의견, 헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14, 판례집 15-1, 624, 652.

결합을 어렵게 만들어 이들의 사회적 고립을 증가시키고, 정서적 스트레스를 야기한다는 연구 결과가 있다. 특히, 거주지가 제한되어 경제 활동상 유리한 지역에 거주하는 것이 불가능해짐에 따라 가족과의 결합이 무산되는 사례가 보고되고 있다.<sup>128)</sup>

한편, 발의된 법안에는 국가가 시설을 지정하는 방식이라는 큰 틀은 제시되어 있지만, 그 구현 방식은 구체화되지 않았다. 특히 법률안이 국회 임기만으로 최종 폐기됨에 따라 구체적인 집행 형태를 더 이상 예상하기 어려워 졌지만, 경우에 따라서 대상자의 신체의 자유 제한 또는 침해 문제 또한 쟁점이 될 수 있다. 즉, 국가가 특정 시설을 고위험 성범죄자가 강제로 거주하여야 하는 것으로 지정하여 운영하면서 매일 밤 범죄자가 해당 지정거주시설로 복귀하여 생활할 것이 의무화된다면 이는 사실상 신체의 자유에 대한 제한 문제로 이어진다.

구체적 검토가 필요한 대상이 명확하지 않은 상태에서 관련 논의를 심화시키기에는 한계가 있다. 그러나 적어도 거주지정방식의 실질이 대상자의 신체의 자유를 과도하게 제한 내지 박탈하여 범죄자를 사실상 재수감하는 결과로 이어지지 않도록 향후 관련 제도의 설계 및 논의 과정에서 이를 고려할 필요가 있다.

### 3. 위헌 여부 판단 시 고려 요소

#### 가. 고위험 성범죄자 대상 범위 설정 문제

먼저 법률이 정한 형벌이 종료된 뒤에도 추가적인 거주지 제한을 통해 기본권을 제한할 필요성이 인정되는 고위험 성범죄자의 범위를 한정하여야 한다. 특히 문제되는 부분은 모든 성범죄자가 아닌 ‘고위험’ 성범죄자를 한정하는 작업이다. ‘고위험’의 의미는 원칙적으로 입법자가 결정할 재량 사항이지만, 객관적으로 정의하기 어렵다. 다른 범죄들과의 비교나 일반 국민의 평균적 이해도 및 감정적 요소가 고려될 수 있지만 이것이 객관적 기준으로 기능하기에는 한계가 있기 때문이다.

---

128) 제한된 표본을 대상으로 하는 외국 연구이지만, Levenson의 연구에서 거주지 제한 대상자의 절반가량이 가족과 살지 못하게 되었다고 보고하였다. 대상자의 약 60%가 정서적 고통을 호소하였는데, 특히 젊은 범죄자, 결혼하지 않은 범죄자, 소수인종이 가족과 살 수 없고 적절한 거주지를 찾는 것이 어렵다고 응답하였다. Levenson, Jill S., Cotter, Leo P., The Effect of Megan's Law on Sex Offender Reintegration, Journal of Contemporary Criminal Justice, Vol. 21, Iss. 1, pp. 49-66.

성범죄자 중 피해자가 아동인 경우, 사회적 비난과 분노의 대상이 될 가능성이 크다는 점에서 아동을 대상으로 하는 모든 성범죄자를 고위험 성범죄자군으로 분류하기도 한다. 실제로 성범죄자에 대한 처벌과 규제가 강화되어 온 배경에는 어린 아동을 대상으로 하는 성범죄 사건에 대한 분노가 강력하게 작용하였다. 외국에서도 아동을 피해자로 하는 범죄자에 한하여 거주 거리 제한을 부과하는 모습을 볼 수 있다.

그러나 피해자가 가지는 속성이 범죄의 책임 강도를 좌우하는 절대적 근거가 되기는 어렵다. 감정적 비난의 강도가 달라질 수는 있지만 이것도 개인별로 차이가 있을 수 있고, 피해자의 나이가 많다고 해서 성범죄의 피해 정도가 적은 것도 아니다. 따라서 아동을 대상으로 하는 모든 성범죄자를 일률적으로 ‘고위험 성범죄자’로 보는 것이 타당한가라는 질문도 가능하다. 나아가 아동의 기준을 어디까지로 볼 것인가도 문제가 된다. 연령을 기준으로 하더라도, 국내 발의된 법안이 13세 미만을 기준으로 하고 미국 주법은 13세, 16세, 18세 등 다양하게 규정하고 있는 것을 볼 수 있다. 따라서 아동을 대상으로 하는 성범죄자를 일률적으로 고위험군으로 분류하는 경우에도 아동을 어디까지로 볼 것인가에 대한 사회적 합의가 필요하다.

나아가 피해자가 아동이 아니지만, 상습적 성범죄자의 고위험성은 구체적으로 몇 번의 상습성이 확인될 때 인정할 수 있을 것인가도 문제이다. 현재 국내 발의된 법률안은 3회 이상 범죄를 반복할 경우 고위험군으로 분류하고자 한다. 그러나 이것은 근본적으로 수사와 재판을 통해 확정된 것이라는 한계를 가진다. 2회와 3회 간 상습성을 달리 판단할 객관적 근거도 분명하지 않다. 만약 밝혀지지 않은 여죄가 있어 기록과 차이가 있는 경우, 이러한 횡수에 좌우되는 상습성에 대한 판단은 합리적이라고 보기 어렵다. 따라서 법률상 적용 대상이 되는 고위험 성범죄자의 정의를 가능한 명확하게 규정하는 것이 필요한 문제와는 별개로, 그 범위를 아동을 대상으로 하는 특정 성범죄자 외에 ‘3회 이상 성범죄를 저지른 자’로 횡수를 기준으로 상습성과 위험성을 단정하는 방식은 재고의 여지가 있다.

‘고위험 성범죄자’의 범위를 설정하기 위해서는 우선 ‘고위험’의 의미에 대한 사회적 합의가 필요하다. 교정학적 또는 의학적, 심리적 관점에서 제시되는 기준은 참고 내지 고려 사항으로 활용될 수 있지만 절대적인 근거 기준으로 삼기에는 한계가 있다. 이것은 일차적인 분류 방식으로서 피해자의 특성을 고려하고, 범죄의 횡수를 기준으로 하는 것이 무의미하다는 것이 아니라, 특정 피해자를 대상으로 하기만 하면 그리고 일정한 횡수

를 형식적 기준으로 하여 완결되는 경직된 방식에 한계가 있음을 의미하는 것이다.

적어도 이 단계에서 ‘고위험’의 의미는 특정 범죄자 집단을 고위험성을 가진 것으로 예단하는 형식적 장치로 남용되지 않도록 주의하여야 한다. 거주지까지 제한하는 새로운 제도를 통해 특정한 성범죄자의 추가 범행을 예방하고자 하는 제도의 목적을 고려할 때, 고위험은 결국 ‘재범의 위험성’으로 연결된다. 따라서 국내 발의된 법안의 규정과 같이 (i) 일정한 연령을 기준으로 하는 아동을 피해자로 하거나 (ii) 3회 이상의 성범죄 전과를 기준으로 한다는 등의 방식이 아니라, 재범의 위험성과 가능성을 개별적으로 판단할 수 있는 단계를 구체화하는 방식이 실제로 ‘고위험’ 성범죄자를 선별하는 데에 유효할 수 있다.

## 나. 재사회화 및 사회 복귀 목적 달성을 위한 방법으로서의 적합성 문제

거주지 제한 제도가 고위험 성범죄자의 재사회화와 사회복귀 측면에 실질적으로 어떠한 결과를 초래하는가를 확인하는 것은 중요하다. 다시 말하면, 이것은 특정 성범죄자에 대한 거주지 제한이 역설적으로 이들이 사회에 안정적으로 정착하여 재범을 저지를 위험요소로부터 멀어지게 만드는 데 필요한 직업 교육이나 정신·심리적 치료 등을 받을 기회를 제한하거나 박탈하지 않는가에 대한 문제 제기이다. 형이 만료된 후에 사회 속에서 거주지를 강제로 지정하는 형태의 제재는 그 구체적 방법을 어떻게 설계하는가에 따라 사실상 구금과 같은 모습으로도 운영될 수 있다. 이 경우 이것은 자유권에 대한 제한을 연장하는 것이다. 그렇다면 이러한 형태와 강도의 거주지 제한 제도는 대상자에 대한 재사회화나 사회 복귀라는 또 다른 중요한 목표에 반할 위험이 있다.

출소자에게 거주지를 재차 제한하는 방식은 교정시설에서 일차적으로 형성된 재사회화의 긍정적 효과마저 약화시켜 역설적으로 탈사회화를 초래할 위험이 있다고 지적된다.<sup>129)</sup> 따라서 고위험 성범죄자에 대한 거주지 제한 제도가 의도하는 목적을 달성하는 과정에서 고위험 성범죄자의 인간의 존엄성과 인격권에 대한 최소한의 존중이 외면되고

---

129) 국내 발의된 법안과 같은 거주지정형 국가 강제주의는 사실상 또 다른 형벌적 보안처분이라는 점에서 진정한 의미의 사회복귀를 촉진을 하기보다 오히려 교정에서 구축하여 온 재사회화마저 무너뜨리고, 가족형벌과 가족파괴적 성격을 보여 실질적으로 가족형성권도 부정한다는 점에서 진정한 사회복귀를 저해할 가능성이 크다. 천정환, 제시카법안 이념에 대한 千定煥 명예교수의 비판, 교정복지연구 제84호, 2023, 170-171면. 실제로 2023년 1월에는 거주지를 둘러싼 사회적 갈등을 빚었던 박병화는 극단적 선택을 시도한 사건이 발생하였다. MBC뉴스, “‘연쇄 성폭행범’ 박병화 자택에서 극단적 선택 시도 후 구조”, 2023. 1. 23. 기사.

있지는 않은지 돌아볼 필요가 있다.

고위험 성범죄자의 범위를 어떻게 설정하느냐에 따라 달라질 수 있지만, 현재 발의된 법안을 기초로 제도가 설계된다고 가정하면 이들의 거주 장소로 지정되는 지역이 인구가 밀집한 서울을 포함한 수도권이나 도심이 될 가능성은 낮다. 대도시나 도심지는 상대적으로 양질의 일자리가 많아 일반적으로 선호되는 거주지이다. 수도권과 지방간 격차도 심각한 사회 문제로 지적되고 있는 현실에서 지역별 발전 정도의 차이에 따른 경제, 교육, 문화, 인프라와 서비스면에서의 격차는 현실에서 확인된다. 거주 제한 대상자는 전과 자라는 이유로 거주제한이 없는 경우에도 일상생활에서 구직의 어려움 등을 겪는다. 이에 더하여 지정된 거주 장소가 위치한 지리적 특성과 한계에 따른 환경적 제약이 더해진다면 이들의 성공적인 사회복귀와 재범 방지라는 목적 달성은 더욱 요원해질 것이다.

특히, 거주지 제한 대상자는 이미 위치추적 전자장치나 각종 취업제한제도의 적용을 받고 있는 상태일 가능성이 높다. 이 경우 이미 구직에 어려움을 겪고 있는 상황이고, 거주지로 지정된 장소 또한 경제적 자립의 기회가 충분히 보장된 곳이라고 단언하기 어렵다. 이러한 상황이 방지되면 결국 거주 지정장소는 성범죄자의 군집지라는 오명과 함께 재사회화에 부정적 영향을 미치는 악순환의 고리를 형성할 위험이 있다. 따라서 도시 주변부 슬럼화(slumism)나 노숙인구의 양산, 대도시와 시골 등의 지역적 격차 발생을 우려하여 거주 제한 구역을 명시하지 않고, 특정 장소를 지정하여 거주를 강제하는 방안으로 변경한 것이 무색하지 않게 거주지로 선정된 장소가 또 다른 형태의 열악한 거주 지역을 양산하는 계기가 되지 않도록 주의할 필요가 있다.

## 다. 재범 위험성의 의미와 판단기준 및 시점 문제

### 1) 현행 재범 위험성 평가 도구

성범죄 재범을 예방하려면 성범죄가 가지는 범죄 유형상 특성을 비롯하여 범행특성, 범죄자의 유형별 특성을 파악하는 작업이 필요하다. 성범죄자에 대한 적절한 치료와 재활, 재사회화 제도를 설계하려면 여러 유형의 성범죄자가 보이는 특성을 고려하는 것이 중요하기 때문이다.

일반적으로 성범죄의 행위태양에 따라 「형법」 및 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례



법]에 따른 유형 분류가 가능하지만,<sup>130)</sup> 이것은 가장 기초적인 분류로서 재범 위험성을 평가하는 기준으로 활용하기에는 한계가 있다. 이 외에도 범죄자의 연령을 기준으로 청소년 범죄자와 성인범죄자의 특성을 구분하거나 성범죄가 발생하게 된 심리학적 원인을 기준으로 분류하는 방식(분노형 성범죄자, 권력형 성범죄자, 가학형 성범죄자, 기회주의적 성범죄자), 성적 일탈행동의 유형에 따른 분류 방식(소아기호증 성범죄자, 성도착증 범죄자 등)이 있다.<sup>131)</sup> 그러나 평가자의 관점에 따라 이들 유형 분류가 중첩되는 지점이 있다는 점에서 유형을 기준으로 하는 재범 위험성에 대한 추정은 절대적이지 않다.

때문에 재범 예측 내지 위험성 평가를 위해서는 보다 다양한 요소가 활용된다. 기본적으로 범죄 유형과 범죄자의 연령, 동종 전과 횟수를 포함하여 결혼상태, 수용기간, 피해자와의 관계, 성격적 문제(심리검사 등 병리적 문제 발현 부분), 직업 유무 등이 고려된다.

법무부는 ‘한국형 성폭력사범 재범위험성 평가도구(Korean-sex offender risk assessment scale, 이하 K-SORAS로 약칭)’를 개발하여 전자장치 부착명령 청구전 조사 등에 활용하고 있다.<sup>132)</sup> K-SORAS는 한국 성폭력 범죄자를 대상으로 한 기존 연구를 토대로 만 18세 이상 성인 남성 범죄자를 평가 대상으로 하며, 피평가자의 인구통계적 변인, 성범죄 유형, 과거 범죄력, 피해자 요인, 폭력성과 범행에 대한 태도 등 15개 항목으로 구성된 평가 기준이다. 2020년에는 일부 문항 채점 관련 혼선을 해소하고 새로운 문항을 추가하여 총 16개 문항으로 구성된 K-SORAS II가 개발되었다.<sup>133)</sup> 평가절차는 피평가자에 대한 기록문서 검토를 토대로 면담을 통해 평가자가 평가하는 방식이 표준이다. 평가결과는 재범위험성 높음, 중간, 낮음의 3가지 수준으로 분류되고, 총점(0~29점 범위) 13점 이상인 경우 재범위험성이 높은 집단으로 분류되고 원칙적으로 전자장치 부착명령 청구 대상이 된다.

성범죄자의 재범위험성을 평가하기 위해서는 세부 범죄자 유형론에 대한 고찰이 추가적으로 고려되어야 한다는 한계가 지적되기는 하지만, 현행 KSORAS는 성범죄자의 재범

130) 강간, 유사강간, 강제추행, 미성년자에 대한 간음, 추행, 업무상위력 등에 의한 간음, 공중 밀집 장소에서의 추행, 통신매체를 이용한 음란행위, 카메라 등을 이용한 촬영 등.

131) 이수정·전주희, 성범죄자의 위험유형 별 처우 방안 연구, 사회 및 성격 제21호, 2007, 124-125면.

132) 우리나라에서 성범죄자 재범위험성에 대한 평가도구가 형사사법 실무에 본격적으로 도입된 것은 성범죄자 전자감독제도의 도입 시기인 2008년 9월로, 법무부 용역과제로 경기대 이수정 교수팀이 개발한 한국형 성폭력사범 재범위험성 평가도구가 그 원형이다. 김병배, 성범죄자 유형론 관점에서 분석한 한국형 성범죄자 재범위험성 평가도구(KSORAS)의 예측타당도 검증, 교정연구 제32권 제1호, 2022, 187면.

133) 이수정 외, 한국 성범죄자 재범위험성 평가척도(K-SORAS) 개정 연구, 서울보호관찰소, 2020.

위험성을 중간 정도 이상으로 잘 예측하고 있는 것으로 평가된다. 다만, 성범죄자 하위 유형별로 아동·청소년을 피해자로 하는 성범죄자의 경우 비교적 높은 예측력을 보이는 것에 비해 성인을 피해자로 하는 성범죄자의 경우 상대적으로 낮은 재범예측력을 보인 부분은 보완해가야 할 과제로 지적된다.<sup>134)</sup> 이를 통해 확인할 수 있는 사실은 아동과 청소년을 대상으로 하는 성범죄자와 성인을 피해자로 하는 성범죄자 간 재범 기제가 구별될 수 있다는 점이다. 따라서 성범죄자 집단 내에서도 특별히 재범의 위험성이 높은 고위험군 범죄자를 대상으로 하여 재범 발생을 유효하게 억제하기 위한 제도를 마련하는 것이 필요하다.

## 2) 재범 위험성의 의미

현재 ‘고위험 성폭력범죄자의 거주지 지정 등에 관한 법률안’에는 재범 위험성에 대한 명시적 조항은 없다. 그러나 ‘고위험’의 의미에 재범 위험성에 대한 인식이 내포되어 있다는 점에서 이 요소에 대한 정확한 이해는 중요한 문제이다.

우선, 동법안 제2조에 의해 고위험 성폭력범죄자는 일정한 경우 전자장치 부착명령 판결을 선고받은 사람일 것을 하나의 요건으로 하고 있어, 「전자장치 부착 등에 관한 법률」상 전자장치 부착명령 청구 대상이 되는 범위를 확인할 필요가 있다. 동법 제5조 제1항에 의해 검사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하고,<sup>135)</sup> 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 사람에 대하여 부착명령을 법원에 청구할 수 있다고 정한다. 여기서 ‘성폭력범죄를 다시 범할 위험성’이 곧 재범 위험성인데, 동법안에도 이에 대한 정의 조항은 없다. 동조 제1항 각 호 중 하나에 해당한다는 것이 곧바로 재범 위험성이 있음을

134) 이것은 KSORAS의 개별 문항별 분석에서 각 문항이 아동·청소년을 피해자로 하는 경우와 성인을 피해자로 하는 경우의 성범죄자 재범에 미치는 영향이 다른 것에 기인하는 것으로 보인다. 성인을 상대로 하는 성범죄자의 재범위험성을 예측하는 데에는 사실상 성범죄 전력이라는 하나의 변수만 통계적으로 유의미한 반면, 아동과 청소년이 피해자인 성범죄자의 재범위험성 예측에는 많은 문항이 신뢰성을 가지는 것으로 조사되었다. 김병배, 성범죄자 유형론 관점에서 분석한 한국형 성범죄자 재범위험성 평가도구(KSORAS)의 예측타당도 검증, 교정연구 제32권 제1호, 2022, 197-205면.

135) 1. 성폭력범죄로 징역형의 실형을 선고받은 사람이 그 집행을 종료한 후 또는 집행이 면제된 후 10년 이내에 성폭력범죄를 저지른 때  
 2. 성폭력범죄로 이 법에 따른 전자장치를 부착받은 전력이 있는 사람이 다시 성폭력범죄를 저지른 때  
 3. 성폭력범죄를 2회 이상 범하여(유죄의 확정판결을 받은 경우를 포함한다) 그 습벽이 인정된 때  
 4. 19세 미만의 사람에 대하여 성폭력범죄를 저지른 때  
 5. 신체적 또는 정신적 장애가 있는 사람에 대하여 성폭력범죄를 저지른 때

담보하지 않는다는 점에서, 여전히 재범의 위험성이 정확히 무엇인가에 대한 해석이 필요하다.

구「사회보호법」은 보호감호의 요건으로 재범의 위험성에 관한 조항을 규정하고 있었다. 그러나 1989년 7월 14일 선고된 현재 89헌가5등 결정은 1989년 3월 25일 개정 전 구 사회보호법 제5조 제1항은 헌법에 위반된다고 판단하였다.<sup>136)</sup> 헌법재판소에 의한 위헌결정이 선고되기 전에 문제된 법 조항이 개정되었으나, 2005년에는 결국 사회보호법 자체가 폐지되었다. 그러나 재범 위험성에 관한 법적 정의에 관하여 구「사회보호법」제5조를 참고해 볼 수 있다.<sup>137)</sup>

동조항이 적용되던 시기 대법원은 재범의 위험성이란 단순히 재범할 가능성만으로는 부족하고, 장래에 다시 죄를 범할 ‘상당한 개연성’이 필요하다고 보았다.<sup>138)</sup> 이에 따라, 고위험 성범죄자에게 재범의 위험성이 있다는 것은 단순히 과거 상습적인 성범죄 이력만을 기준으로 하는 것이 아니라, 성범죄를 다시 저지를 ‘상당한 개연성’이 있는 상태를 의미한다.

### 3) 재범 위험성의 판단 기준과 시점의 개별·구체성 확보

이러한 재범의 위험성을 판단하기 위하여 대법원은 피감호청구인의 직업과 환경, 당해 범행 이전 행적, 범행 동기, 수단, 범행 후 정황, 개선의 정 등 제반 사정을 종합적으로

136) 구 사회보호법 제5조 제1항은 전과나 감호처분을 선고받은 사실 등 법정의 요건에 해당되면 재범의 위험성 유무에도 불구하고 반드시 그에 정한 보호감호를 선고하여야 할 의무를 법관에게 부과하고 있으니 헌법 제12조 제1항 후문, 제37조 제2항 및 제27조 제1항에 위반된다. 현재 1989. 7. 14. 88헌가5등, 판례집 1, 69.

137) 사회보호법[법률 제4089호, 1989. 3. 25., 일부개정] 제5조(보호감호) 보호대상자가 다음 각호의 1에 해당하고 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때에는 보호감호에 처한다.

1. 동종 또는 유사한 죄로 2회 이상 금고 이상의 실형을 받고 형기합계 3년 이상인 자가 최종형의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 별표의 죄를 범한 때
2. 별표에 규정된 죄를 수회 범하여 상습성이 인정될 때
3. 보호감호의 선고를 받은 자가 그 감호의 전부 또는 일부의 집행을 받거나 면제를 받은 후 다시 동종 또는 유사한 별표의 죄를 범한 때 [전문개정 1989·3·25]

138) “사회보호법 제5조 소정의 “재범의 위험성”이라 함은 재범할 가능성만으로는 부족하고 보호대상자가 장래에 다시 죄를 범하여 법적 평온을 깨뜨릴 상당한 개연성이 있어야 하며 그 판단기준은 피감호청구인의 연령, 성격, 가족관계, 교육정도, 직업과 환경, 당해 범행 이전의 행적, 그 범행의 동기, 수단, 범행후의 정황, 개선의 정 등 제반사정을 종합하여 판단하여야 하고 당해 범행이 상습의 습벽에 의한 것이라 하여 재범의 위험성이 반드시 있는 것이라 할 수 없다.” 대법원 1989. 8. 8. 선고 89감도108 판결.

평가하여 객관적으로 판단해야 하고, 상습의 습벽에 의한 범행이라 하여 재범의 위험성이 반드시 있는 것이라고 볼 수 없다고 판단하였다.<sup>139)</sup> 헌법재판소도 88헌가5등 결정에서 “보안처분의 본질인 재범의 위험성은 보안처분으로 인한 신체의 자유박탈이라는 인권 제한과의 비례(균형)원칙상 단순한 재범의 가능성만으로는 부족하고 상당한 개연성을 요구하며, 그 판단은 전과 이외에도 범행의 의의와 행위자의 연령·성격·가족관계·교육정도·직업·환경·당해 범행 이전의 행적·범행의 동기·수단·범행후의 정황과 개선의 정 등을 총체적으로 평가하여 인정되어야 하는 것”이라고 판시한 바 있다.<sup>140)</sup>

그러나 열거된 요소들은 형을 정할 때 고려되어야 할 양형의 조건에 관한 「형법」 제51조<sup>141)</sup>에 규정된 사항과 크게 다르지 않다. 이러한 의미에서 재범의 가능성을 넘은 ‘상당한 개연성’을 판단하는 주된 근거는 과거에 저지른 범죄와 관련된 전과가 되고, 이것은 결국 과거에 대한 응보라는 비판을 피하기 어렵다. 즉, 재범의 위험성을 예측하는 과정이 실무적으로 과거에 행해진 범죄행위에 대한 평가에서 출발한다는 점에 문제가 있다. 이처럼 별도의 재범발생에 대한 상당한 개연성을 평가하는 작업을 생략하고, 일차원적으로 평가하는 방식은 누범이나 상습범에 대해 가중처벌하는 것을 단순히 대체하는 것에 지나지 않는다. 거주지 제한의 근거가 이처럼 과거 범죄에 대한 책임의 연장선에서 과거지향적으로 설계되는 것은 형벌과 보안처분 사이의 구별을 스스로 포기하는 것이라는 점에서 문제가 있다.<sup>142)</sup>

법원은 수사기관이 제출한 자료에만 의존하여 특정 범죄자의 재범 위험성을 판단하는 방식은 한계가 있음을 인지할 필요가 있다. 판단 시기를 언제로 정하는가에 따라 다소간 차이가 있지만, 재범 위험성 판단 과정에는 수사 과정에서 취득된 과거 범행 관련 제반 자료에 더하여 수형 기간 중 해당 범죄자가 보인 성향, 교화 및 개선 가능성 등에 관한 자료가 모두 고려되어야 한다. 나아가 고위험 성범죄자의 재범 위험성을 판단하기 위한 기준을 마련할 때에는 의학, 심리학, 행동교정학 등 다양한 학문 분야의 전문 기술과 평

139) 대법원 2003. 11. 27. 선고 2003도5592,2003감도66 판결. 따라서 법원은 수사기관이 조사한 수사기록상 자료만을 참고할 것이 아니라, 피감호청구인의 주관적 성향, 환경, 갱생·교화·개선가능성 등 재범의 위험성 여부를 심사함에 필요한 제반 사정에 관하여 별도의 객관적 자료를 추가로 확보하여 신중하게 심리를 한 다음 피감호청구인에게 재범의 위험성이 있는지 여부에 관하여 판단하여야 한다.

140) 헌재 1989. 7. 14. 88헌가5등, 판례집 1, 69, 85.

141) 형법 제51조(양형의 조건) 형을 정함에 있어서는 다음 사항을 참작하여야 한다. 1. 범인의 연령, 성행, 지능과 환경. 2. 피해자에 대한 관계. 3. 범행의 동기, 수단과 결과, 4. 범행 후의 정황.

142) 박상민, 보호수용법안에 대한 비판적 분석과 입법론적 대안, 비교형사법연구 제18권 제2호, 2016, 154면.

가 방식을 활용할 수 있다. 평가 기준의 객관성을 담보하는 것은 또 다른 과제가 되겠지만, 고위험 성범죄자로부터 사회를 보호하기 위해 필요한 최소한의 범위에서 장래 범죄 발생의 가능성을 예측할 수 있는 독자적 기준을 마련하는 것은 중요하다.

재범 위험성을 판단하는 시기도 중요한 문제이다. 헌법재판소도 헌재 2013헌마585등 결정에서 재범의 위험성이 가변적임을 지적한 바 있다.<sup>143)</sup> 법원의 자유형 선고 시에 거주지 제한 처분이 병과되는 구조에서는 수형기간 동안 변화할 수 있는 재범 위험성을 반영할 수 없다. 재범 위험성 판단에 소요되는 인력과 예산이라는 현실적 한계가 있지만, 재범 위험성이 장래 범죄 발생 가능성에 대한 ‘상당한 개연성’까지를 요구하는 개념이라는 점에서 예측의 정확도를 높이기 위한 적절한 시점을 찾는 것은 필요하다. 따라서 재범 위험성에 대한 판단을 일회적으로 종결하는 것은 불충분하다.

재범의 위험성에 대한 판단을 형 집행 중에 실시하는 경우도 일정한 한계를 가진다. 피수용자가 가두어진 상태에서 장래 사회에서 생활할 때의 위험성 정도를 판단하는 것은 다양한 변수의 영향을 받을 수 있기 때문이다. 시설 내 환경에 따른 피수용자의 상태와 사회에서의 환경은 차이가 있다. 따라서 피수용자에게 사회에서 위험하지 않다는 것을 입증할 수 있는 기회가 최소한 보장되어야 한다.<sup>144)</sup>

이를 모두 고려하면 적어도 형이 종료되는 시기에 맞춰 재범 위험성에 대한 판단을 추가적으로 하는 절차가 필요하다. 종합하면 최소한 판결 선고시와 형이 종료되는 시기에 총 2차례 이상 재범위험성에 대한 평가가 필요하다. 더 나아가면 수형기간 중 6개월 내지 1년의 정기적 기간을 정하여 주기적인 평가를 추가하여 재범 위험성을 판단하기 위한 예측 가능성과 신뢰도를 높이는 방법도 생각해 볼 수 있다.

## 라. 비례성 원칙 준수와 기존 보안처분과의 중복 최소화

거주지 제한 제도가 정당화 되는 구조는 일반 자유형이 범죄 행위에 대한 책임을 묻는 구조와는 구별된다. 이것은 일반 대중의 안전 보호라는 이익이 개인의 자유권보다 명백하게 우월한 경우에만 정당화될 수 있다. 즉, 범죄행위에 대한 책임과 속죄를 떠나 사회

143) “성범죄 전력자가 어느 정도 재범의 위험성이 있다는 입법자의 판단을 받아들인다 하더라도, 재범의 위험성은 얼마든지 변할 수 있다.” 헌재 2016. 3. 31. 2013헌마585등, 판례집 28-1상, 453, 465.

144) 이는 외출이나 휴가 등의 집행완화방식을 통해 평가할 수 있다. 박상민, 보호수용법안에 대한 비판적 분석과 입법론적 대안, 비교형사법연구 제18권 제2호, 2016, 157면.

방위를 위해 예방적으로 개인의 자유권을 제한 내지 박탈하는 경우에는 엄격한 비례성의 원칙이 준수되어야 한다.<sup>145)</sup> 그리고 이때 비례성의 형량은 일반·추상적인 형량이 아닌 개별적인 형량이어야 한다. ‘재범의 위험성’이라는 표지가 하나의 개념요소로 기능할 수 있지만, 실제 어떤 고위험 성범죄자에게 재범의 위험성이 있는지 여부는 개별·구체적으로 평가되어야 한다는 것이다. 거주지 제한의 기본권을 제한받는 범죄자로서는 개념상 확률의 모호함이 존재하는 불확실한 예측을 이유로 공공의 이익을 위해 특별한 희생을 부담하기 때문이다.

법과 제도가 공익 달성을 위해 의도적으로 개인의 특별한 희생을 요구한다면, 그에 비례하는 정당한 보상이 수반되어야 한다.<sup>146)</sup> 이를 위해서는 국가와 사회가 특정 성범죄로부터 사회의 안전을 보호하려는 공익을 달성하기 위해 개인의 책임의 한계를 넘어 자유를 박탈하는 특별한 희생을 부과하고 있다는 점에 대한 인식이 전제되어야 한다. 즉, 거주지 제한이 또 다른 사회적 낙인과 차별 요소로 기능하지 않도록 하여야 한다.

이를 위해 입법자는 거주지 제한 처분을 부과할 수 있는 대상의 범위를 사전에 법률로 객관적으로 명시할 의무가 있고, 그 대상에 해당하는지 여부에 관하여 재범 위험성 등 개별·구체적인 판단과정이 필요하다는 것과는 별개로 그 판단이 전적으로 행정부의 재량에 좌우되지 않도록 최소한의 기준을 마련할 책임이 있다. 무엇보다 거주지 제한 처분은 제도와 정책 설계 단계에서부터 고위험 성범죄자에 대한 영구적인 거주지 제한을 의도하는 것이 아니라 사회복귀를 위한 재범의 위험성을 낮추는 것임을 고려하여야 한다. 사회와 완전히 격리되어야 할 정도의 위험성이 있다고 판단되는 경우 이것을 거주지 제한 등 보안처분으로 대응하려는 것은 출발에서부터 적절하지 않다. 지나치게 짧은 형기가 문제된다면 이는 형벌의 적절성에 대한 문제로 접근해야 할 것이다.

이때, 성범죄자 신상정보 등록 제도부터 위치추적 전자장치 부착제도, 취업금지 및 제한 제도 등 성범죄자를 대상으로 하는 각종 재범방지조치들이 도입된 초기보다 적용대상이 확대되는 등 기본권 제한의 강도도 높아지고 있는 현실도 고려하여야 한다. 이 조치

---

145) 형벌과 책임, 그리고 범죄예방이라는 삼각관계 속에서 균형성을 유지하기 위하여 형벌의 내·외부적 통제수단으로 비례성 원칙이 요청된다. 이것은 외부적으로 헌법상 기본권을 존중하고 헌법 원리와 헌법가치질서 범위 안에서 형벌이 부과되어야 함을 의미하는 동시에 내부적으로 형벌 실현 과정에서 헌법합치적 해석방법 등 보충적으로 비례성 원칙이 기능하여야 한다는 의미이다. 김은일, 형벌과 책임에서 헌법의 비례성 원칙이 가지는 의미, 고려법학 제83호, 2016, 117, 119면.

146) 김희정, 보호감호집행의 합헌성 기준, 헌법학연구 제23권 제1호, 2023, 110면.

들은 사실상 출소자를 영구적으로 사회의 주변인으로 만들 수 있다. 이것이 재범방지에 긍정적 효과를 미치는가의 문제도 입증되어야 한다. 사회적으로 비난의 대상이 된 개별 성범죄 사건을 계기로 여론에 힘입어 재범방지조치를 강화하는 것은 쉽다. 그러나 한번 강화된 형벌을 약화시키는 개정이 어려운 것처럼 한번 도입된 보안처분을 폐지하거나 그 내용을 완화하는 것은 쉽지 않다. 재범 방지라는 목적 아래 국가의 강제력을 제한 없이 강화할 경우의 부작용은 성범죄자뿐만 아니라 일반 국민에게도 영향을 미친다.<sup>147)</sup>

성범죄자의 재범을 예방하기 위하여 우리 사회는 이미 다양한 제도를 운영하고 있다. 성범죄자의 신상정보 등록·공개 제도, 위치추적 전자장치 부착 제도, 아동·청소년 관련 기관에 대한 취업 제한 제도, 재범 예방을 위한 수강명령과 기타 성폭력치료프로그램 이수명령제도, 그리고 화학적 거세제도로 불리는 성충동 약물치료 등이다.<sup>148)</sup> 이들 제도들은 도입 시기에는 성범죄자에 대한 국가의 관리·감독권 강화를 중심으로 한 강력한 성범죄 재발 예방 대책으로서 기대 속에서 출발하였으나, 범죄자의 기본권을 과도하게 침해하는 문제를 포함하여 다양한 헌법적 쟁점이 실제 헌법재판의 대상이 되었고,<sup>149)</sup> 제도 운영상 한계나 범죄예방 효과의 실효성 측면에 대한 본질적 의문이 꾸준히 제기되고 있다.<sup>150)</sup> 시간이 지날수록 성범죄 재발을 억제하기 위하여 각종 정책과 제도가 추가되어 온 것은 역설적으로 기존 제도가 범죄 예방의 효과 면에서 불충분하다는 것을 의미한다. 그럼에도 불구하고 오늘날 성범죄자 정보 등록·공개제도와 위치추적 전자감시 및 성충동 약물치료 등은 이제 성범죄자에게 당연한 처분으로 인식되고 있다. 실효성 면에서 의문이 남아있는 상황에서 관성적으로 모든 예방책을 적용하는 것이 오히려 책임소재를 분산시키고, 인력과 예산의 중복과 낭비를 초래하지 않는지 돌아볼 필요가 있다.

147) 운영석, 성범죄 재범방지 제도 -매간법에서 제시카법까지-, 법무보호연구 제9권 제1호, 2023, 3, 27-28면.

148) 각 제도의 상세한 입법연혁과 취지, 주요 내용과 절차에 관해서는 강민구, (형사전문변호사가 말하는) 성범죄 성매매 성희롱, 박영사, 2021, 163-214면 참고.

149) 신상공개제도 자체에 대한 헌법재판소 합헌 결정(헌재 2003. 6. 26. 2002헌가14 결정), 성폭력특례법상 신상정보 등록대상자의 범위에 대한 위헌결정(헌재 2016. 3. 31. 2015헌마688 결정), 성폭력특례법상 신상정보의 일률적 등록기간에 대한 헌법불합치결정(헌재 2015. 7. 30. 2014헌마340등 결정), 성폭력 범죄자에 대한 위치추적 전자장치 부착명령 청구조항에 대한 합헌 결정(헌재 2015. 9. 24. 2015헌바35 결정), 전자장치 부착명령과 관련하여 출소예정자와 형 집행 종료 후 3년이 경과하지 않은 자에게 적용되는 부칙경과조항에 대한 합헌결정(헌재 2012. 12. 27. 2010헌가82등 결정), 성충동 약물치료에 대한 헌법불합치 결정(헌재 2015. 12. 23. 2013헌가9 결정) 등. 심희기 외, 형사사법 입문 -현대 한국의 범죄와 형벌, 박영사, 2020, 170-190면.

150) 황일호, 성범죄자의 재범방지를 위해 새로 도입된 제도들의 효과성에 관한 연구, 교정연구 제69호, 2015, 146-151면.

이론적으로 다양한 요소가 범죄 발생에 영향을 미칠 수 있다는 점을 고려하면, 서로 다른 제도가 범죄 발생을 억제하기 위해 다층적 관점에서 접근하는 것은 필요하고, 적절하다. 그러나 현재 시행 중인 성범죄 재발 예방 제도가 중첩적으로 적용될 경우 발생할 수 있는 문제점도 고려하여야 한다. 강한 규제를 신설하기만 하는 것이 근본적 대책이 될 수는 없다. 이것은 성범죄자의 거주지를 제한할 경우, 종래 재범 예방 제도와의 중복 적용을 어디까지 허용할 것인가의 문제로 연결된다.

중복 적용을 최소화하여야 한다는 것이 성범죄자에게 하나의 제도만 적용해야 한다는 것을 의미하지는 않는다. 이것은 적어도 제도를 설계하는 단계에서 기존의 제도와 효과적으로 결합하여 적용할 수 있는 성질의 제도가 있고, 그렇지 않은 제도가 있을 수 있다는 가능성을 고려하여야 한다는 것에서 출발한다. 두 가지 이상의 제도가 함께 적용될 경우 발생가능한 문제나 부작용에 대해서도 사전에 충분한 검증이 필요하다는 것이다.

‘고위험 성폭력범죄자의 거주지 지정 등에 관한 법률안’ 제9조 제1항은 법원이 거주지 지정명령 청구가 이유 있다고 인정하는 경우에는 전자장치 부착명령 기간(부착기간)의 범위 내에서 기간(거주지 지정기간)을 정하여 결정으로 거주지 지정명령을 부과하도록 규정한다. 따라서 거주지 지정명령 대상자가 될 수 있는 대상은 기본적으로 모두 전자장치 부착명령을 받은 상태에 있다. 즉, 거주지 제한 명령은 최소한 성범죄 재발 예방책인 위치추적 전자장치 제도와 함께 적용되는데, 현재 「전자장치 부착 등에 관한 법률」 제9조 제1항 제1호에 따라 부착명령은 최장 30년이다. 따라서 거주지 제한도 최대 30년 이내에서 그 기간을 정하게 되는데 위치추적 전자장치를 통해 24시간 행위 제약이 가해진 상태에서 거주지까지 제한할 경우 기본권 제한의 강도는 심화될 수 있다.

이에 더하여 신상정보 공개·등록까지 동시에 적용된다면, 당사자에 대한 기본권 제한은 거의 일상 모든 영역에 대한 제한으로 확장된다. 현재 이처럼 여러 종류의 성범죄 재범 예방 제도가 함께 적용될 경우의 문제점에 대한 고민은 상대적으로 충분하지 않은 것으로 보인다.<sup>151)</sup> 특히, 이들 제도가 함께 적용되는 경우 범죄 예방의 실효성을 평가하는 것은 더욱 까다로운 작업이 될 것이다. 개별 예방 제도의 특징과 필요성에 따라 적용 대상 한정과 절차의 엄격한 준수 등 한정된 조건에서 각 제도의 합헌적 운영이 개별적으로

151) 대상자에게 이미 적용되는 위치추적 전자장치 감시 등 기존의 다양한 보안처분이 내세우는 이념도 ‘재범방지’와 ‘사회복귀촉진’과 관련된 재사회화라는 점에서, 이들과 차이가 없으며 오히려 불필요한 이념의 중첩으로 인한 부작용과 혼란에 대한 비판이 가능하다는 견해로 천정환, 제시카법안 이념에 대한 千定煥 명예교수의 비판, 교정복지연구 제84호, 2023, 169면.



는 인정된다 하더라도, 이들 제도가 한 개인에게 중첩적으로 적용되는 상황에서도 기본권 제한의 비례성 원칙이 유지될 것으로 기대하는 것은 어렵다. 경우에 따라서는 개인의 입장에서 형벌보다 더욱 가혹한 규제로 받아들여질 수 있다. 따라서 거주지 제한 제도를 도입하기에 앞서 이미 시행 중인 성범죄 재범 예방 제도들과의 관계성과 중복 적용의 허용 범위와 그 한계에 대한 논의가 필요하다.

## 마. 제도의 부작용 예방 과제

성범죄자의 거주지를 특정 장소로 지정하는 제도를 시행하면 도시와 그 외 지역의 주거 환경에 사실상 격차가 심화되는 문제와 노숙자를 양성하거나 주거 부정 등의 문제가 발생할 수 있다. 실제로 성범죄자를 대상으로 거주지 제한 정책을 시행하고 있는 미국에서 빈번하게 지적되는 제도의 문제점도 거주 불안정과 노숙자 문제이다. 미국 전역 신상 정보 등록 성범죄자 중 약 2~3%가 노숙자거나 거주가 불분명한 것으로 조사되었다.<sup>152)</sup> 사회복지학자로 홈리스 문제를 연구해 온 Levenson은 성범죄자에 대한 거주지 제한 정책이 ‘홈리스를 만드는 입법’이라고 비판하기도 한다.<sup>153)</sup> 이러한 거주지 제한 제도는 특정 지역으로 성범죄자를 군집하게 하는 결과를 초래할 수 있다.

‘고위험 성폭력범죄자의 거주지 지정 등에 관한 법률안’처럼 국가가 지정하는 특정 시설에서 거주하는 것이 강제될 경우, 이것은 제도 운영으로 인한 사실상 결과가 아닌 제도 도입 그 자체로 성범죄자 거주 밀집 지역을 설정하는 문제가 있다. 성범죄자의 거주지를 지정하여 이들의 재범을 예방하려는 시도는 기본적으로 범죄자 집단의 거주지와 일반 시민의 거주지의 관계를 전제로 한다. 따라서 거주지 제한 제도를 마련하고 운영하는 과정에서 이로부터 영향을 받게 될 시민 사회에 대한 고려도 필요하다.

특히 현재 국내 발의된 법안처럼 국가가 특정 시설을 거주지로 지정하는 방식은 해당

---

152) Ackerman, Harris, Levenson, & Zgoba, Who are the people in your neighborhood? A descriptive analysis of individuals on public sex offender registries, *International Journal of Law and Psychiatry* Vol. 34, Iss. 3, May-June 2011, pp. 149-159; Alissa R. Ackerman, Jill S. Levenson, Andrew J. Harris, How many sex offenders really live among us? Adjusted counts and population rates in five US states, *Social Work & Criminal Justice Publications*, Vol. 35, Iss. 3, 2012, pp. 464-474; 윤정숙 외, 고위험 성범죄자 거주지 제한 정책 연구, *한국형사·법무정책연구원*, 2023, 50-51면.

153) Jill. S. Levenson, Hidden challenges: Sex offenders legislated into homelessness, *Journal of Social Work*, Vol. 18, Iss. 3, 2016, pp. 348-363.

시설이 위치하게 될 지역을 선정할 때 적지 않은 논란이 발생할 것으로 예상된다. 일반적으로 고위험군 성범죄자들이 집단으로 거주하게 되는 시설을 긍정적으로 수용할 것을 기대하는 것은 어렵기 때문이다. 예를 들면, 쓰레기 매립지를 둘러싼 서울시와 인천시의 갈등에서 볼 수 있는 것처럼 현실적으로 갈등 없이 고위험 성범죄자 거주시설을 지정할 수 있을지 의문이 있다.

국내 발의된 성범죄자 거주지 지정 등에 관한 법안이 최종 폐기되면서, 제도의 핵심 내용에 해당하는 구체적인 지정 장소에 대한 부분은 여전히 공백 상태이다. 당초 법무부는 관련 법안이 국회를 통과한 이후 시설의 위치를 정할 수 있다는 입장을 밝혔지만, 해당 내용이 빠진 상태에서도 논란이 된 만큼 향후 비슷한 내용으로 논의가 반복될 경우 장소 선정 문제는 중요한 쟁점이다. 고위험 성폭력범죄자 거주시설은 기피시설로 여겨질 확률이 높다는 점에서 장소를 선정하는 과정에서 지역차별 논란 등 적지 않은 갈등이 예상된다. 나아가 거주시설 운영 및 그 위치 선정에 대한 내용을 법률에 규정할지 하위 대통령령 등으로 위임할 것인지의 문제도 남는다.

이와 관련하여, 성범죄자에 대한 포괄적인 거주제한 규정은 아니지만 성범죄자의 가석방시 거주지 결정 단계에서 지역사회에 대한 고려를 명문으로 규정한 외국의 입법례 등을 참고할 수 있다. 미국 오리건주 개정법령(Oregon Revised Statutes) 형사소송편(Vol.4) 제144.642조 d항은 가석방 이후 성범죄자의 거주지 결정 기준에 관하여 규정하며, 성범죄자의 거주지 위치 결정으로 인하여 영향을 받는 ‘지역사회와 지역사회 교정기관’에 범죄자가 석방되기 전에 의사 결정 과정을 알릴 수 있도록 하는 절차에 관하여 규정하고 있다. 비록 거주지 결정 과정상 절차에 관한 규정이지만, 거주지 제한의 적용대상뿐만 아니라 그로 인해 영향을 받게 되는 지역사회 및 교정기관에 관련 사실을 미리 고지함으로써 성범죄자 거주지 제한 정책을 집행하는 과정에서 여러 당사자들의 관점을 고려하고 있는 모습을 볼 수 있다.

## V. 결론

성범죄를 포함한 대부분의 범죄에서 재범 발생에 영향을 미치는 다양한 요인 중 거주지가 가지는 의미는 크다. 일반적으로 거주지를 바탕으로 중·장기적 생활 기반을 마련하고, 경제생활을 영위하기 때문이다. 따라서 안정적인 거주지를 확보하는 것은 범죄예방을 위한 가장 기초적인 조건으로 논의된다. 한편, 강력 성범죄자의 거주지를 국가가 지정하는 방식은 지역사회 주민의 안전감 고취라는 단기적 인식 면에서 긍정적 효과를 보일 수 있다. 그러나 새로운 제도가 도입되고 나면, 그로 인한 심리적 안전감은 시간이 흐르면서 고정값이 되어 당연하게 인식되는 반면, 강력 성범죄는 끊임없이 발생한다는 점에서 기존 제도의 한계와 새로 등장하는 범죄자에 대한 불안감은 언제든 상승할 수 있다. 그리고 이것은 다시 더 강력한 규제를 추가할 것을 주장하는 목소리로 이어진다.

이에 국가가 여론을 의식하여 또 다른 강력한 응보형 제도 도입을 제시할 경우, 신설된 제도로 인한 일시적 안전감 상승과 강력범죄 발생 및 공포감 확산이라는 순환 고리는 반복될 가능성이 크다. 그리고 이러한 악순환은 결과적으로 범죄예방 정책 자체에 대한 무력감으로 연결될 수 있다.<sup>154)</sup> 따라서 재범 예방을 위해 새로운 제도를 도입하려면, 사전에 추가적 규제 조치 도입의 필요성뿐만 아니라 해당 조치의 유효성과 실현 가능성에 대해서도 충분한 논의를 거치는 과정이 필요하다. 무엇보다 고위험 성범죄자의 거주지를 제한 또는 지정하는 제도의 경우 이 제도 자체가 국민을 성범죄로부터 자동적으로 보호하는 것이 아니라는 점에 유의하여야 한다.

고위험 성범죄자의 범죄 행위 유형 특성상 동일범에 의한 재범을 방지하기 위하여 국가가 적극적인 제도와 정책을 마련하는 것은 중요하다. 그러나 실제로 국내에서 발의되었다가 최종 폐기된 법안의 경우, 제도의 핵심에 해당하는 내용이 아직 구체화되지 않았다는 한계를 보임에도 불구하고, 제도의 목적 설정에서부터 동시에 달성하기 어려운 목표를 설정하고 있지 않은가라는 의문이 있다. 물론 재범 예방과 범죄자의 재사회화는 모두 중요하고 필요한 과제이다. 그러나 이들을 하나의 제도와 법을 통해 동시에 달성하고

---

154) 윤정숙 외, 고위험 성범죄자 거주지 제한 정책 연구, 한국형사·법무정책연구원, 2023, 151-152면. 이러한 사이클의 반복은 성범죄자 신상정보 등록 및 고지제도, 위치추적 전자장치 제도, 성충동 약물치료 제도 등이 도입되어 온 흐름과 일치한다.

자 하는 것은 다른 문제이다.

현재로서는 구상단계일 뿐인 범죄자의 거주지를 제한하는 제도가 재범 방지나 사회복귀 촉진에 어떠한 영향을 미칠 것인지 예상하는 것은 쉽지 않다. 그렇다면 적어도 거주지 제한 제도의 주된 목표는 재범 방지에 있음을 명확히 하고, 이 제도가 범죄자의 사회복귀 가능성을 완전히 차단하지 않도록 유의하는 것을 부수적 고려사항으로 설정하는 방식이 보다 현실적이라고 생각한다. 나아가 한계가 있는 재범 위험성에 대한 예측과 평가를 전제로 하는 제도의 운영 방식에 대한 검증도 다양한 관점에서 검토될 필요가 있다. 이것은 성범죄자의 재범에 영향을 미치는 다양한 요소들의 상관관계를 바탕으로 하는 종합적 평가가 필요한 문제이다. 동시에 이는 다시 재범을 예방하기 위해 논의되는 여러 가지 방법 중 범죄자의 ‘거주지를 제한하거나 지정’하는 방식이 대상자의 기본권을 최소로 침해하면서 범죄를 예방하는 목적을 효과적으로 달성할 수 있는 유효한 수단인가라는 근본적 의문으로 연결된다.

고위험군 성범죄자의 활동 범위를 개별적으로 규제하거나 행동적 교정 등 근본적 원인별 대응책이 병행되지 않는 한, 이들의 거주만 제한할 뿐인 예방책은 여전히 재범의 위험성을 가진다. 일과 중 거주지에서 보내는 시간이 극히 적은 경우나 거주지 자체가 안정적이지 않은 경우에도 제도의 한계가 예상된다. 거주지 제한과 범죄 예방의 상관관계에 대한 실증적 연구가 부족하다는 점도 문제이다. 성범죄자의 거주지가 범죄 발생과 어떤 관계성을 보이는지에 대한 명확한 연구는 부족한 반면, 거주지 지정 제도가 도입될 경우 결과적으로 특정 지역이 성범죄자 밀집장소로 낙인찍히게 될 가능성이 크다는 점은 충분히 예상해볼 수 있다.

거주지 제한이 가져오는 대상자의 기본권 제한 정도가 적지 않다는 점에서, 강력해 보이는 제도를 신설하는 것은 오히려 고위험 성범죄자에 대한 사후적 관리 문제의 본질을 외면하는 문제로 이어질 수 있다. 거주지 제한 제도가 개별 강력 사건에 대해 분노하는 국민 여론을 달래기 위한 상징적 입법으로 그치지 않도록 강력 성범죄에 대한 충분한 형벌 집행이 우선적으로 요청되고, 원칙적으로 형 집행 과정에서 재범을 예방하기 위한 모든 수단이 동원되는 형태가 보다 바람직하다.

‘고위험 성폭력범죄자의 거주지 지정 등에 관한 법률안’은 거주지 지정명령 대상자의 인간의 존엄성과 인격권, 가족생활에 관한 권리 거주·이전의 자유를 침해할 여지가 있고, 소급입법금지원칙(형벌불소급원칙)에 위배될 수 있다. 성범죄자에 대한 거주지 제한 제도

가 또 다른 ‘처벌’에 해당하는지 여부를 판단하기 위해서는 향후 제도가 어떻게 구체화 되는지 지켜볼 필요가 있지만, 새로운 제도의 명칭이나 외형만을 기준으로 하지 않도록 유의하여야 한다. 따라서 거주지 제한 제도가 구체화되는 방식을 포함하여 그 운영과 집행 현실을 종합적으로 고려하는 것이 필요하다.

특히, 보안처분의 한 종류에 해당하면 자동적으로 형벌과 구분 짓고, 형벌불소급원칙이나 이중처벌금지 원칙 등 헌법상 원칙에서 자유로운 것으로 넘겨짚기보다 제도가 초래할 기본권 침해의 결과를 개별적으로 검토하는 작업이 요청된다. 이를 바탕으로 고위험 성범죄자를 대상으로 하는 재범방지 수단이 합헌적으로 설계·운영되기 위한 헌법적 기준을 정리하는 것은 남은 과제이다. 거주지 제한 제도를 도입할 경우, 그 집행은 자유형의 집행과는 명백히 구별되어야 한다. 이와 함께 거주지 제한이라는 추가적 조치에도 불구하고 출소한 범죄자가 사회 구성원으로서 삶을 이어갈 수 있게 하려면 중·장기적 관점에서 치료와 고용 교육, 일상생활 지원 등 제반 정책이 병행되어야 한다. 고위험 성범죄자에 대한 거주지 제한 제도가 이들에게 형 종료 후 사회적 처벌을 추가하려는 의도가 아님을 분명히 하기 위해서는 직업 교육을 포함한 재사회화 교육이 필수적이다.

## 참 고 문 헌

### 1. 단행본

- 강민구, (형사전문변호사가 말하는) 성범죄 성매매 성희롱, 박영사, 2021.  
김종구, 미국 형법의 비교법적 연구, 정독, 2023.  
김하열, 헌법강의[제4판], 박영사, 2022.  
박상기, 형법의 기초, 집현재, 2016.  
박상식, 범죄와 인권, 진주 : 경상대학교출판부, 2018.  
박정일, 보안처분의 이론과 실제, 박영사, 2023.  
배종대, 형법총론[제16판], 홍문사, 2022.  
신동운, 형법총론[제15판], 법문사, 2023.  
심희기 외, 형사사법 입문 -현대 한국의 범죄와 형벌, 박영사, 2020.  
이윤희, 범죄예방론, 박영사, 2022.  
황성현, 한국 범죄학, 서울 : 동국대학교출판부, 2022.

### 2. 연구논문

- 강민구, 보안처분 중복부과의 제한원리: 비례성·보충성 원칙을 중심으로, 형사법연구 제30권 제4호, 한국형사법학회, 2018, 339-368.  
고명수, 보안처분의 중복부과에 관한 연구-성범죄를 중심으로-, 서울법학 제21권 제2호, 서울시립대학교 법학연구소, 2013, 39-66.  
김병배, 성범죄자 유형론 관점에서 분석한 한국형 성범죄자 재범위험성 평가도구 (KSORAS)의 예측타당도 검증, 교정연구 제32권 제1호, 2022, 185-211.  
김성규, 독일의 보안감호에 관한 규정의 변화와 과제, 법과 정책연구 제12권 제1호, 2012, 237-263.  
김용수, 30년간 성범죄의 변화 -성폭력범죄 관련 형사제재 규정의 변화를 중심으로-, 법학연구 제27권 제3호, 연세대학교 법학연구원, 2017, 1-29.  
김은일, 형벌과 책임에서 헌법의 비례성 원칙이 가지는 의미, 고려법학 제83호, 2016, 75-125.

- 김한균, 성보호 형사법의 발전과 헌법의 영향, 저스티스 통권 제170-3호, 2019, 401-424.
- 김희정, 보호감호집행의 합헌성 기준, 헌법학연구 제23권 제1호, 2023, 91-116.
- 박상민, 보호수용법안에 대한 비판적 분석과 입법론적 대안, 비교형사법연구 제18권 제2호, 2016, 145-172.
- 박혜림, 성범죄자 거주지 제한 제도에 대한 미국 판례 분석 및 시사점, 법학논총 제41권 제1호, 2024, 69-87.
- 서보학, 전자장치부착 명령 소급구정의 위헌성, 경희법학 제48권 제4호, 경희대학교 법학연구소, 2013, 107-142.
- 성경숙, 성폭력범죄자의 재범방지를 위한 치료적 처우에 관한 고찰, 일감법학 제30호, 2015, 109-136.
- 신은영, 보호수용법안에 대한 비판적 검토 -독일 보호수용제도와 비교를 중심으로-, 고려법학 제104호, 2022, 349-394.
- 안성훈, 한국형 제시카법의 주요 쟁점과 헌법 적합성, 법무보호연구 제9권 제1호, 2023, 129-156.
- 유 진, '위험한 범죄자'와 현대 위험관리체제의 성격 : 재범위험성 평가의 발전과 역설적 효과, 법과사회 제58호, 법과사회이론학회, 2018, 171-215.
- 윤가현, 성폭력범죄 재발방지를 위한 정책으로부터의 교훈: 미국의 거주지 제한정책을 중심으로, 대한성학회지 제2권 제1호, 2015, 11-30.
- 윤영석, 성범죄 재범방지 제도 -메간법에서 제시카법까지-, 법무보호연구 제9권 제1호, 2023, 3-32.
- 염윤호·정진욱, 신상정보공개 성범죄자 거주지의 지리적 분포와 사회구조적 요인들 간의 관계에 대한 공간회귀분석, 형사정책연구 제30권 제1호, 2019, 43-67.
- 이경렬, 성범죄자의 신상정보 공개와 범죄인의 잊혀질 권리, 성균관법학 제33권 제2호, 2021, 297-350.
- 이수정·전주희, 성범죄자의 위험유형 별 처우 방안 연구, 사회 및 성격 제21호, 2007, 117-131.
- 이형섭·박미랑, 보호수용제도 도입의 쟁점과 그 대안에 대한 비교법적 검토, 교정담론 제17권 제1호, 2023, 101-129.

- 임희·박호정, 미국의 성범죄자 등록 및 공개법에 관한 연구, 디지털융복합연구 제11권 제6호, 2013, 23-42.
- 장진환·윤재왕, 형벌과 보안처분에서 소급효 금지원칙 적용의 구체적 형태와 효과, 형사법연구 제35권 제4호, 2023, 249-286.
- 장현석·한영선·홍명기, 신상정보등록 대상 성범죄자의 재범에 미치는 영향요인에 대한 연구, 치안정책연구 제34권 제4호, 2020, 179-215.
- 정승민, 아동 대상 성범죄자의 범죄심리학적 특성에 관한 고찰, 한국범죄심리연구 제6권 제3호, 2010, 189-216.
- 정지훈, 보안처분의 정당화 과제와 개선방안 : 가칭 ‘보안감독’으로의 통합적 재판방안을 중심으로, 형사법연구 제32권 제1호, 2020, 63-107.
- 천정환, 제시키법안 이념에 대한 千定煥 명예교수의 비판, 교정복지연구 제84호, 2023, 153-179.
- 홍석한, 성범죄자 신상정보등록제도에 대한 헌법적 고찰 : 성폭력처벌법상 등록대상자조항에 대한 헌법재판소 결정의 분석과 평가를 중심으로, 조선법학 제28권 제2호, 2021, 179-210.
- 홍완식, 미국의 아동대상 성범죄 관련 법률에 대한 입법론적 검토, 세계헌법연구 제16권 제3호, 2010, 183-208.
- 황일호, 성범죄자의 재범방지를 위해 새로 도입된 제도들의 효과성에 관한 연구, 교정연구 제69호, 2015, 135-162.
- 허경미, 미국의 성범죄자 등록·공개·취업제한 제도에 대한 비판적 쟁점, 한국공안행정학회보 제28권 제1호, 2019, 271-298.

### 3. 연구보고서 및 기타 자료

- 국가인권위원회, 아동성폭력 재범방지정책과 인권 토론회 자료집, 2010.
- 성유리·김지선·박영옥·홍영은, 아동·청소년 대상 성범죄 발생추세 및 동향 분석, 여성가족부, 2023.
- 법무부, 2023 성범죄백서, 2023.
- 안성훈 외, 중형주의 형사제재의 실효성 평가연구(Ⅲ): 취업제한제도와 성충동약물치료 제도의 실효성 및 성폭력범죄자 대상 형사제재 체계 재구축 방안연구, 한국형사·



법무정책연구원, 2023.

윤덕경 외, 아동·청소년 대상 성범죄자 제재정책의 효과성 증진을 위한 개선방안 연구,  
한국여성정책연구원, 2017.

윤정숙 외, 고위험 성범죄자 거주지 제한 정책 연구, 한국형사·법무정책연구원, 2023.

최규환, 인간존엄의 형량가능성, 헌법재판연구원, 2017.

허경미, 미국의 국제매건법 상 주요 쟁점, 외국법제동향, 한국법제연구원, 2020.



## 고위험 성범죄자 거주지 제한에 대한 헌법적 검토

2024年 9月 5日 印刷

2024年 9月 12日 發行

발행: 헌법재판소  
헌법재판연구원

인쇄: 성문인쇄사(02-2272-7553)

ISBN 979-11-94029-24-3

<비매품>

\* 본 보고서의 내용은 본원의 공식전해가 아닙니다.

