

성충동 약물치료제도의 시행과 향후 과제*

박 찬 걸**

국 | 문 | 요 | 약

최근의 형사입법자는 사회적 충격이 큰 사건이 발생하면 사후에 소급적으로 죄를 정하거나 더 무거운 제재를 가하는 방법으로 대중의 반향에 영향하려는 경향이 있다. 감성적인 소급 입법으로 침해되는 것은 잠재적으로 범인이 될 수 있는 개인의 자유와 안전 그리고 법적 안전성과 신뢰성이다. 법치국가의 시민들은 행위시 예상하지 못했던 형사제재로써 처벌받거나 더 가중해서 처벌받지 않는다는 신뢰와 예측가능성을 가질 때 안정된 시민생활을 영위할 수 있다. 어떠한 형사사법제도를 시행하기 위해서는 이성적인 판단 하에 객관적이고 과학적인 검증절차를 오랜 시간에 걸쳐 신중하게 도입하는 것이 정도(正道)이다. 하지만 성충동약물치료법의 제정과정에서 보여준 우리 입법자의 행태는 위와 같은 기본적인 생각과는 거리가 멀어 보인다고 평가되는 것이 중론이다. 만약 제2의 조두순 사건이라고 할 수 있는 2010. 6. 7. 발생한 김수철 사건이 언론에 보도되지 않았고 이로 인하여 국민들의 광분이 일어나지 않았다고 가정한다면 2008. 9. 9. 소관 상임위원회에 회부되어 2년여 가까이 표류하고 있던 법안이 2010. 6. 29. 단 하루만에 소관 상임위원회를 통과하여 본회의에 상정되어 의결까지 단행해버리는 속전속결의 입법과정은 도저히 상상할 수 없었을지도 모른다. 대중의 여론이 악화되고 정치권에 대한 비판이 거세지자 국회 차원에서는 국민들을 안심시켜야 할 필요성이 생기게 된 것이고, 무엇인가 일을 하고 있다는 생색을 내고 싶었을 것이다. 그리고 이러한 생색은 여·야 할 것 없이 공통적으로 강한 정책을 들고 나오는 것과 동시에 최대한 빠른 시일 내에 결단을 내려야 강한 인상을 남길 것이라고 생각한 모양이다. 전형적인 대중영합주의적인 발상이자 포퓰리즘적 현상임과 동시에 상징적 형사입법의 예라고 평가할 만하다. 이러는 와중에 제대로 된 반대 토론의 절차는 무시되었고, 형사정책 전문가 또는 의료 전문가 등에 의한 법리적, 의학적 검토는 생략되었다. 충분한 견제세력이 존재하지 않았던 것도 사실이지만, 견제의 목소리가 외면되었던 것도 사실이다. 대중의 감정에 합세한 정치권의 힘은 성충동 약물치료제도가 가지고 있는 여러 가지 인권침해적인 요소들을 일거에 잠재워 버렸다.

❖ 주제어 : 성충동약물치료, 성폭력, 물리적 거세, 소급효, 자발적 동의

* 본고는 2013. 2. 5. 대검찰청 공법연구회에서 발표한 원고를 수정·보완한 것임을 밝힙니다.

** 대구가톨릭대학교 법정대학 경찰행정학과 조교수·법학박사.

I. 문제의 제기

우리 사회에서 성폭력범죄, 특히 아동을 대상으로 하는 성폭력범죄에 대하여 세계에서 그 유래를 찾아볼 수 없을 만큼의 강성형사정책을 취하게 된 것은 2000년대 후반부터 2010년대 초반까지도 계속하여 발생하고 있는 일련의 사건과 결코 무관하지 않을 것이다. 안양 정성현 사건(2007. 12.), 안산 조두순 사건(2008. 12.), 경기 남부 강호순 사건(2009. 1.), 부산 김길태 사건(2010. 2.), 서울 김수철 사건(2010. 6.), 영화 도가니 사태(2011. 9.), 수원 오원춘 사건(2012. 4.), 나주 고종석 사건(2012. 8.), 방송인 고영옥 사건(2012. 12.) 등과 같이 최근 몇 년 동안 아동 및 여성을 대상으로 하는 흉악한 성범죄가 언론과 인터넷 등을 통하여 급속도로 알려지면서 여론이 악화되자 국회에서는 이에 대한 특단의 대책들을 계속하여 제시하고 있다.¹⁾ 대표적으로 위치추적 전자감시제도의 도입²⁾ 및 확대시행, 신상정보 공개제도 및 신상정보 등록제도의 확대시행, 신상정보 고지제도의 도입³⁾, 소아성기호증 등 정신성적 장애자를 대상으로 하는 치료감호제도의 도입, 형법 및 아동·청소년의 성보호에 관한 법률상의 징역형기 상한조정⁴⁾, 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법상의 공소시효 배제·배제대상 확대·특례규정 신설⁵⁾, 형법상 상습강간죄 및 유사강간죄의 신설, 성폭력범죄에 대한 친고죄 규정의 폐지, 성폭력범죄자에 대한 성충동 약물치료의 대상자 범위 확대, 성폭력범죄자의 외과적 치료에 관한 법률안 상정 및 폐기 등을 들 수 있다.

- 1) 이에 대하여 보다 자세한 내용으로는 박찬길, “아동대상 강력범죄 방지를 위한 최근의 입법에 대한 검토”, *소년보호연구* 제14호, 한국소년정책학회, 2010. 6, 161면 이하 참조.
- 2) 이에 대하여 보다 자세한 내용으로는 박찬길, “전자감시제도의 소급적용에 관한 비판적 검토”, 「교정학 반세기」, 한국교정학회, 2010. 9, 241면 이하 참조.
- 3) 이에 대하여 보다 자세한 내용으로는 박찬길, “특정 성범죄자의 신상정보 활용제도의 문제점과 개선 방안 -성범죄자 등록·고지·공개제도를 중심으로-”, *법학논총* 제27집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2010. 12, 99면 이하 참조.
- 4) 이에 대하여 보다 자세한 내용으로는 박찬길, “장애인 대상 성폭력범죄에 관한 최근의 입법과 합리적 대처방안 -일명 ‘도가니법’에 대한 비판적 검토를 중심으로-”, *형사정책* 제23권 제2호, 한국형사정책학회, 2011. 12, 61면 이하 참조.
- 5) 이에 대하여 보다 자세한 내용으로는 박찬길, “공소시효의 정지·연장·배제에 관한 최근의 논의”, *형사법의 신통향* 제34호, 대검찰청, 2012. 3, 86면 이하 참조.

성범죄에 대처하고자 하는 이와 같은 일련의 조치 가운데 최근에 세칭 ‘화학적 거세’라고도 하는 성충동 약물치료 명령이 법원으로부터 내려져 법제정시 존재했던 제도의 장·단점 및 도입찬반론 등에 대한 논의가 다시 한 번 야기되고 있다. 즉 2011. 7. 24. 「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률(법률 제10371호, 2010. 7. 23. 제정⁶⁾)」(이하에서는 ‘성충동약물치료법’이라고 한다)⁷⁾ 시행 이후 법원에서는 2013. 3. 현재까지 총 3건의 성충동 약물치료 명령을 내렸는데⁸⁾, 먼저 2011. 11.부터 7개월 동안 스마트폰 채팅을 통해 만난 10대 중반의 여성 청소년 5명과 모두 6차례에 걸쳐 성관계를 맺으면서 알몸 사진과 성관계 동영상을 찍고 인터넷에 유포시키겠다고 협박해 성폭행한 혐의로 구속 기소된 씨씨(31)에 대하여, 2013. 1. 3. 서울남부지방법원 형사11부(김기영 부장판사)는 징역 15년을 선고하면서, 성충동 약물치료 3년, 신상정보공개 10년, 위치추적 전자장치 부착 20년, 성폭력 치료 프로그램 200시간 이수 등을 명령하였다. 이어서 광주지방법원 형사2부(이

6) 동법은 2008. 9. 8. 박민식 의원 등 31인이 제안하였으며, 2008. 9. 9. 소관상임위원회에 회부된 후, 2010. 6. 29. 본회의에서 의결(재석의원 180명 중 찬성 137명, 반대 13명, 기권 30명)되었다. 법률안의 제안 후 제정시까지 2년여의 기간이 소요된 이유는 첫째, 화학적 ‘거세’라는 방법에 대한 거부감·수치감 등이 작용한 점, 둘째, 특정 약물을 투여함으로써 사람의 신체에 직접적인 침해를 수반한다는 점, 셋째, 특정 약물에 대한 효과와 부작용이 의학적으로 명확히 입증되지 않았다는 점, 넷째, 법안 제안에 즈음하여 위치추적 전자감시제도 및 치료감호제도 등 성범죄자에 대한 다른 종류의 형사제재가 도입되었다는 점 등으로 설명될 수 있다. 또한 동법은 입법과정에서 원안과 달리 ① 화학적 거세라는 용어가 수치심과 거부감 등을 줄 우려가 있어 성충동 약물치료로 수정한 점, ② 약물치료 대상자를 상습적 성폭력범죄자에서 상습성 요건을 삭제하여 초범자도 가능하도록 한 점, ③ 아동을 대상으로 하는 성폭력범죄를 13세 미만에서 16세 미만으로 그 대상을 확대한 점, ④ 약물치료 대상자의 연령을 25세 이상에서 만 19세 이상으로 확대한 점, ⑤ 치료명령을 결정에서 판결로 그 절차를 강화함에 따라 본인 동의를 받지 않도록 한 점, ⑥ 치료명령이 청구되지 아니한 성폭력 수형자에 대해서 본인의 동의하에 치료명령을 법원의 결정으로 하는 제도를 신설한 점, ⑦ 약물치료의 시기를 수용사에서 출소 2개월 전으로 변경한 점, ⑧ 법 시행 시기를 공포 후 6개월에서 공포 후 1년으로 변경한 점 등에서 변경사항이 발생하였다(국회사무처, 제291회 국회법제사법위원회 회의록 제6호, 2010. 6. 29, 4면).

7) 이에 대하여 보다 자세한 내용으로는 박찬걸·송주영, “성충동 약물치료제도 도입의 문제점과 개선 방안”, 형사정책 제23권 제1호, 한국형사정책학회, 2011. 6, 227면 이하 참조.

8) 한편 2012. 5. 아동 성폭행 전과 4범인 박모(46)씨에 대해 성충동 약물치료 명령 3년이 내려졌지만 이는 법무부 치료감호심의위원회 결정에 의한 것으로서 검찰이 청구하여 법원이 선고한 경우와 차이점이 있다. 박모씨는 2012. 5. Lucrin이라는 성충동 억제호르몬제를 한 차례 주사로 투여받았으며, 2012. 7. 23. 가출소 후 3개월에 한 번씩 약물투여와 함께 한 달에 한 번 심리 인지치료를 받고 있는 중이다.

상현 부장판사)는 2013. 1. 17. 남자 어린이를 추행한 혐의(성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 위반)로 구속 기소된 강씨(21)에 대해 징역 2년 10월을 선고하면서, 성충동 약물치료 1년, 신상정보공개·고지 5년, 위치추적 전자장치 부착 6년 등을 명령하였고, 광주지방법원 형사2부(이상현 부장판사)는 2013. 1. 31. 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법(강간 등 살인) 위반 등의 혐의로 기소된 고씨(24)에 대한 1심에서 무기징역을 선고하면서, 성충동 약물치료 5년⁹⁾, 위치추적 전자장치 부착 30년, 신상정보 공개·고지 5년 등을 명령하였다.

성충동약물치료법은 ‘사람에 대하여’¹⁰⁾ 성폭력범죄를 저지른 성도착증 환자로서 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 19세 이상의 사람에 대하여 성충동 약물치료를 실시하여 성폭력범죄의 재범을 방지하고 사회복귀를 촉진하는 것을 목적으로 하고 있는데(제1조),¹¹⁾ 현재의 상황으로는 동법의 완전 폐기는 불가능한 것으로 보인다. 따라서 도입반대론을 관철하기 보다는 시행에 따른 문제점과 보다 나은 개선방안을 모색해 보는 것이 합리적인 방법론이라고 하겠다. 다만 대전지방법원 제12형사부(안병욱 부장판사)는 2013. 2. 8. 성충동 약물치료에 관한 법률에 대해 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하기로 결정하였는데, 동 재판부는 성충동 약물치료법 제4조(치료명령의 청구) 제1항과 제8조(치료명령의 판결 등) 제1항에 대하여 본인의 동의를 구하지 않고 법원의 명령에 의해 강제적으로 집행되는 문제점을 지적한 것으로 보인다. 이에 따라 추가적인 성충동 약물치료명령의 선고 및 시행은 헌법재판소의 결정이 있을 때까지 불가피하게 연기될 것으로 보인다. 이하에서는 먼저 성충동 약물치료와 외과적 치료의 법적 성격 비교, 성충동 약물치료의

9) 당초 검사는 성충동 약물치료 명령의 최대기한인 15년을 구형하였지만, 재판부는 5년을 인정하고 있는데, 이는 재범위험성에 대처하기 위한 위치추적 전자장치 부착명령을 그 최대기한인 30년을 선고한 것과 관련하여 유의미한 일이라고 판단된다. 성충동 약물치료의 경우에도 최대치인 15년을 선고하는 것이 일견 타당해 보일지 모르지만, 아직 동 제도의 실효성이나 부작용 등이 검증되지 않은 상황을 재판부가 고려한 것이라고 평가할 수 있기 때문이다.

10) 개정법상의 ‘사람에 대하여’라는 문구는 구법상에 규정된 ‘16세 미만의 사람에 대하여’라는 문구에서, 피해자의 연령을 불문하고 성충동 약물치료명령을 할 수 있도록 개정되면서 ‘16세 미만의’ 부분만을 삭제하여 남게 된 것으로 보이는데, 굳이 ‘사람에 대하여’라는 문구를 존치시키지 않아도 무방하다고 본다.

11) 이하에서 법률의 명칭이 없이 단순히 법조문만 표기된 것은 성충동약물치료법상의 규정을 의미한다.

대상자 및 부작용 등을 중심으로 성충동 약물치료제도를 개괄적으로 살펴본다(Ⅱ). 그 후 성충동약물치료법에서 규정하고 있는 3가지 유형의 성충동 약물치료 가운데 강제성의 문제, 심리치료 프로그램과의 연계문제, 재범위험성의 판단시점의 문제, 임신상실자에 대한 치료명령 부과 문제 등을 중심으로 한 제8조에 의한 성충동 약물치료(Ⅲ), 자발적 동의의 문제, 가석방요건 연계의 문제, 이중처벌의 문제, 소급 적용의 문제, 비용부담의 문제 등을 중심으로 한 제22조에 의한 성충동 약물치료(Ⅳ) 등¹²⁾을 차례대로 살펴본 다음, 우리나라 형사입법의 태도를 비판하면서 논의를 마무리하고자 한다(Ⅴ).

Ⅱ. 성충동 약물치료제도에 대한 개관

1. 성충동 약물치료의 법적 성격

성충동 약물치료란 비정상적인 성적 충동이나 욕구를 억제하기 위한 조치¹³⁾로서 성도착증 환자에게 약물 투여¹⁴⁾ 및 심리치료 등의 방법으로 도착적인 성기능을 일정기간 동안 약화 또는 정상화하는 치료를 말한다(제2조 제3호). 여기서 성충동 약물치료는 ① 비정상적 성적 충동이나 욕구를 억제하거나 완화하기 위한 것으로서 의학적으로 알려진 것일 것, ② 과도한¹⁵⁾ 신체적 부작용을 초래하지 아니할 것, ③

12) 그 밖에도 제25조에 의한 성충동 약물치료제도가 있는데, 치료감호법 제37조에 따른 치료감호심의 위원회는 성폭력범죄자 중 성도착증 환자로서 치료감호의 집행 중 가중료 또는 치료위탁되는 피치료감호자나 보호감호의 집행 중 가중소되는 피보호감호자에 대하여 보호관찰 기간의 범위에서 치료명령을 부과할 수 있다(제25조 제1항).

13) 성충동 약물치료가 대상자의 성적 충동을 낮추는 효과는 분명하지만, 대다수의 성범죄자는 상대방을 폭력으로 지배하려는 욕구와 분노를 표현하기 때문에 보다 근본적인 범죄의 원인인 폭력적인 동기까지 억제시키는지 치료를 병행해야 할 것이다.

14) 성적 충동과 관련되는 호르몬인 테스토스테론을 억제하는 호르몬제로는 루프론(Lupron), 졸라덱스 데포(Zoladex Depot), 사이프로테론 아세테이트(Cyproterone Acetate), 데포 프로베라(Depo Provera) 등이 있는데, 이 중 루프론 또는 졸라덱스 데포를 4주에 1회 주사하는 방식(1회 투여시 약 28만원 소요)이 가장 일반적이다. 한편 치료명령을 받은 사람에게 투여할 약물은 성호르몬의 생성을 억제·감소시키는 약물 또는 성호르몬이 수용체에 결합하는 것을 방해하는 약물 중에서 법무부장관이 정하여 고시하는 약물로 한다(시행령 제8조 제1항).

의학적으로 알려진 방법대로 시행될 것 등의 요건이 모두 충족되어야 시행될 수 있다(제3조). 또한 심리치료가 반드시 병행되어야 하는데, 이는 자발적인 성충동 조절 능력을 향상시키는 것과 함께 보다 나은 약물치료의 효과를 거두기 위한 것이다. 치료명령은 「의료법」에 따른 의사의 진단과 처방에 의한 약물 투여, 「정신보건법」에 따른 정신보건전문요원 등 전문가에 의한 인지행동 치료 등 심리치료 프로그램의 실시 등의 방법으로 집행한다(제14조 제1항).

이러한 성충동 약물치료의 법적 성격에 대해서는 크게 보안처분으로 보는 입장과 형벌로 보는 입장으로 나눌 수 있겠지만, 현재까지는 이를 순수한 형벌로 보는 견해는 찾아보기 힘들고¹⁶⁾, 주류적인 견해¹⁷⁾는 보안처분으로 파악하고 있는 것으로 보인다. 보안처분으로 보는 입장의 논거를 살펴보면, 성충동 약물치료가 재범을 방지하고 사회복귀를 촉진한다는 목적으로 시행된다는 점, 처벌보다는 치료에 초점을 맞추어 강력한 처벌보다는 범죄자의 특성에 맞게 처우하려고 한다는 점, 행위자의 특수한 위험성으로 인하여 형벌만으로 그 목적을 달성할 수 없기 때문에 징역형의 선고와는 별도로 부가되는 형사제재라는 점, 성충동 약물치료의 내용에는 약물 투여뿐만 아니라 심리치료 프로그램의 운영 등도 필수적으로 요구된다는 점 등을 들

- 15) ‘과도한’ 신체적 부작용을 초래하지 않을 것이라는 점을 그 명문의 요건으로 한 것은 어느 정도의 신체적 부작용은 감수하겠다는 의미인데, 어느 정도가 감수의 대상이고 어느 정도가 과도한 것인지에 대한 구체적인 기준이 없다는 점에서 문제라고 할 수 있다.
- 16) 다만 신체형으로서의 형벌의 성격을 부정할 수 없다는 견해(류병관, “성충동약물치료법에 관한 비교법적 고찰”, 법학논총 제32권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2012. 8, 436면; 이현정·박병주, “재범방지대책에 대한 비판적 검토 -성폭력범죄를 중심으로-”, 한국경찰학회보 제14권 제3호, 한국경찰학회, 2012. 6, 174면)는 존재한다.
- 17) 김희균, “상습적 아동 성폭력범에 대한 화학적 거세도입 가능성에 대한 연구”, 형사법연구 제21권 제4호, 한국형사법학회, 2009. 12, 279면; 박봉진, “성폭력범죄자의 성충동약물치료에 관한 법률의 현법적·형사정책적 검토”, 법학연구 제47호, 한국법학회, 2012. 8, 179면; 박상기, “소위 화학적 거세와 성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률의 문제점”, 형사정책연구 제21권 제3호, 한국형사정책연구원, 2010. 9, 218면; 신중수, “성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률에 대한 비판적 검토”, 법학논총 제23권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2011. 2, 70면; 오삼광, “성충동 약물치료제도의 발전방안에 관한 연구”, 일감법학 제21호, 건국대학교 법학연구소, 2012. 2, 534면; 이동명·박현정, “상습적 성범죄자처우에 관한 고찰 -성충동 약물치료명령을 중심으로-”, 법학연구 제42호, 한국법학회, 2011. 5, 219면; 허경미, “성도착사범 처벌의 한계에 관한 연구”, 한국공안행정학회보 제20권 제1호, 한국공안행정학회, 2011. 3, 348면; 황만성, “성폭력범죄자에 대한 형사제재의 최근 경향과 쟁점”, 한양법학 제22권 제2집, 한양법학회, 2011. 5, 474면; 황일호, “성충동 약물치료의 재범억지 효과성에 관한 연구”, 교정연구 제56호, 한국교정학회, 2012. 9, 57면.

수 있다.

오늘날에는 형벌과 보안처분의 형태가 다양해지고 형벌 집행에 있어서 범죄자에 대한 특별예방적·형사정책적 관심과 배려를 강조하는 새로운 형사재제수단들이 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.¹⁸⁾ 생각건대 성충동 약물치료의 근본적인 목적 내지 표면적인 목적은 원칙적으로 재범방지와 사회방위라고 판단된다. 성충동 약물치료의 가장 중요한 요건인 ‘재범의 위험성’에 대해서 관련된 전문가들의 과학적인 사실판단을 참고로 하여 법률가인 검사와 판사가 이를 결정하고 있으며, 나아가 성범죄자의 죄질, 재범위험성의 경중, 전문가의 의견 등을 종합하여 준수사항 부과 여부 및 부과기간을 차별화하고 있기 때문이다. 또한 성충동 약물치료의 선고는 피고사건의 양형에 유리하게 참작되어서는 안 되고(제8조 제6항), 성폭력범죄사건의 양형은 성충동 약물치료명령의 요건에 대한 심사, 그에 따른 성충동 약물치료명령의 선고 여부 및 선고되는 성충동 약물치료기간의 결정 등과는 구별되어야 하는데, 이는 성충동 약물치료명령이 형벌과 그 목적이나 심사대상 등을 달리하므로 징역형의 대체수단으로 취급하여 합부로 양형을 감경하여서는 안 된다는 점을 명시하고 있는 것이다.

하지만 성충동 약물치료는 신체에 직접 가해지거나 신체의 자유를 박탈하는 정도가 형벌에 준할 정도에 이르기 때문에 형벌로서의 성격도 전적으로 부인할 수 없다. 성충동 약물치료의 주된 목적이 단순히 ‘재범의 위험성 있는 범죄자의 재범 방지’에 머무르지 않고, 일정한 유형의 성폭력범죄로 인한 피해의 심각성, 다시 말해 그 범죄들의 죄질이 매우 나쁘고 책임이 무거워 비난가능성이 크다는 점을 고려하여, 기존의 형벌 외에 성충동 약물치료라는 추가적인 제재를 부가함으로써, 그 범죄를 저지른 자에 대해서는 강하게 책임을 묻고 비난하는 한편, 일반 국민들에 대해서는 강력한 경고를 고지함으로써 그와 같은 범죄를 저지르지 못하도록 하려는 것으로 보인다. 한편, 성충동 약물치료를 부과하는 목적과 의도가 어떠한지는 ‘치료기간’을 정하는 기준에서도 찾아 볼 수 있는데, 이는 단순히 개별 범죄자의 재범위험성의

18) 헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2010헌가82·2011헌바393(병합) 결정.

정도가 아니라 해당 범죄의 죄질과 책임이 얼마나 무거운지, 다시 말해 그 범죄에 대하여 얼마나 무거운 처벌이 필요한지를 기준으로 하여 성충동 약물치료의 치료기간을 정하고 있는 것이다.¹⁹⁾ 이러한 점들에 비추어볼 때, 성충동 약물치료의 목적과 의도는 단순히 재범의 방지뿐만 아니라 중대한 범죄를 저지른 자에 대하여 그 책임에 상응하는 강력한 처벌을 가하고 일반 국민에 대하여 일반예방적 효과를 위한 강력한 경고를 하려는 것이라고 볼 것이기 때문에 성충동 약물치료는 ‘형벌적 성격을 갖는 보안처분’이라고 하지 않을 수 없다.

2. 성충동 약물치료의 대상자

가. 19세 이상의 성도착증 환자일 것

성충동 약물치료는 일정한 성폭력범죄를 저지른 성도착증 환자 중에서 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 19세 이상의 사람에게 부과할 수 있는 제도이다. 구법에서는 ‘16세 미만의 사람에 대하여’ 성폭력범죄를 저지른 성도착증 환자에 대해서만 부과할 수 있었지만, 개정법은 최근 연이은 부녀자 성폭력 강력범죄를 볼 때 화학적 거세가 필요한 성충동 범죄자를 축소하여 운영할 필요성이 적다고 보이므로, 16세 미만의 사람을 대상으로 하였는지를 불문하고 성폭력 범죄자가 성도착증 환자인 경우에는 성충동 약물치료명령을 부과할 수 있도록 하였다. 대다수의 입법례에서는 ‘일정한 연령 이하의 아동’을 대상으로 하는 ‘상습적 성범죄자’를 대상으로 성충동 약물치료를 실시하고 있는 것과는 대조적이다.

여기서 성도착증 환자란 「치료감호법」 제2조 제1항 제3호에 해당하는 사람 및 정신건강의학과 전문의의 감정에 의하여 성적 이상 습벽으로 인하여 자신의 행위를 스스로 통제할 수 없다고 판명된 사람을 말한다(제2조 제1호). 성도착증이란 일반적으로 비정상적인 객체, 상황 또는 개인을 대상으로 한 성적인 환상 및 욕구를 말하

19) 이는 최근에 선고된 3건의 치료명령에서도 그대로 나타나고 있다. 2013. 1. 3. 선고된 피고인의 형량이 징역 15년에 성충동 약물치료 3년, 2013. 1. 17. 선고된 피고인의 형량이 징역 2년 10월에 성충동 약물치료 1년, 2013. 1. 31. 선고된 피고인의 형량이 무기징역에 성충동 약물치료 5년인 것 등이 이를 방증하고 있다.

는데²⁰⁾, 성도착증 환자에 해당하는 판단의 문제에 대한 명확한 근거가 제시되어 있지 못한 실정이며, 이마저도 최종적인 판단은 법관이 할 수 있다는 것이 법원의 일관된 태도²¹⁾라고 할 수 있는데, 의학적으로는 성도착증 환자임에도 불구하고 법적으로는 성도착증 환자로 평가할 수 없는 경우도 충분히 예상할 수 있는 대목이다. 법에서는 성도착증이 정신장애라는 것은 인정하지만 구체적으로 어떠한 유형의 성도착을 정신장애의 범주에 포함시킬 것인지는 규정하고 있지 않다.

생각건대 성충동 약물치료의 요건으로 ‘성도착증 환자’라는 것을 요구하는 것과 관련하여 다음과 같은 비판을 할 수 있을 것이다. 첫째, 성도착증을 정신적 장애로 판단하면서 신체적 장애를 전제로 하는 성충동 약물치료를 하는 것은 모순이라고 본다. 정신적인 장애가 있다면 정신적인 치료, 심리상담, 교육 등에 주안점을 두어야 하는 것이 합당함에도 불구하고, 현행 제도는 오히려 신체적 작용을 중심으로 하는 약물치료가 우선시되는 경향을 보이고 있어 주객이 전도된 것으로 평가된다.

둘째, 성도착사범으로 판정된다면 징역형을 선고할 것이 아니라 치료감호처분을 선고하여 근본적인 치료처우가 가능하도록 해야 함에도 그렇게 하고 있지 않은 부분도 개선되어야 할 것이다.

셋째, 현행법상으로는 1인의 정신건강의학과 전문의가 진단을 하더라도 무방하다고 볼 수 있는데, 전문가라고 할지라도 오진률을 고려한다면 성도착증 환자의 정확한 진단을 위한 정신건강의학과 전문의로 구성된 위원회를 두는 것이 바람직하다고 판단된다.²²⁾ 왜냐하면 전문가라고 할지라도 초범자를 대상으로 의학적으로 성도착증 환자인지 여부를 정확하게 감정할 수 있을 것인가에 대하여는 상당히 회의적이라고 할 수 있기 때문이다.²³⁾

넷째, 성도착증 환자라고 할지라도 범죄의 성향에 따른 단계별 분류도 필요할 것으로 보인다. 동일한 약물을 대상자 모두에게 동일하게 사용하는 것만이 반드시 바

20) 성도착의 개념, 분류, 원인 등에 대한 보다 자세한 논의는 허경미, 앞의 논문, 336-343면 참조.

21) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2007도2360 판결; 대법원 1999. 1. 26. 선고 98도3812 판결.

22) 현행법상으로도 법원은 정신건강의학과 전문의의 진단 또는 감정전문의로 치료명령 피청구자의 성도착증 여부를 판단하기 어려울 때에는 다른 정신건강의학과 전문의에게 다시 진단 또는 감정을 명할 수 있다(제9조).

23) 조철욱, “아동 성폭력 범죄자의 화학적 거세에 관한 고찰”, 치안정책연구 제24권 제2호, 치안정책연구소, 2010. 12, 113면.

람직한 것이라고는 할 수 없기 때문에 대상자에게 어떠한 약물을 사용할 것인지의 효능을 고려하여 단계별로 약물을 투여해야 할 것이다.²⁴⁾

다섯째, 성충동약물치료법은 우리 사회의 성범죄가 특이한 사람에 의해서만 발생하는 것이 아니라 평범하고 정상적인 일반인 또는 친족이나 가까운 지인에 의해서 이루어지고 있으며 그 원인은 성도착증과 같은 정신과적 질병이 아니라는 점을 간과할 수 있다.²⁵⁾ 이는 오히려 성폭력 범죄에 대한 왜곡된 인식을 초래할 가능성이 높는데, 성폭력 범죄의 실상은 비이성적 성욕을 가진 극소수의 사람에 의해서 야기되는 것이 결코 아니다.²⁶⁾ 오히려 남녀관계에서 성에 대한 왜곡된 의식, 성적 폭력 성에 대하여 관대한 사회적 분위기와 같은 사회환경적 요인을 도외시하고 있다는 점이다.²⁷⁾ 또한 다양한 형태로 나타나고 있는 성범죄는 가해자의 성기 발기 억제나 성욕 저하만으로 예방이 가능한 것이 아니다. 성폭력범죄의 발생원인이 다양하다는 점, 즉 약물이나 알콜 남용, 반사회적 성향, 폭력적 성향 등 기타 요인에 의해서 성폭력범죄를 상습적으로 범하는 자의 경우 성충동 약물치료에도 불구하고 여전히 성폭력범죄를 할 수 있다는 점을 고려할 때 성도착증 이외의 원인에 의한 성폭력범죄의 재발을 방지하는 데에는 한계가 있다고 판단된다. 이는 모든 성폭력범죄자가 성충동 약물치료로 인하여 효과를 볼 수는 없다는 평가로 귀결되므로, 효과를 볼 수 있는 범죄자를 선별하는 작업의 중요성을 인식하여야만 한다.

나. 일정한 성폭력범죄를 저지를 것

성충동 약물치료의 대상이 되는 성폭력범죄는 ① 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제7조(아동·청소년에 대한 강간·강제추행 등)의 죄, ② 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법(이하에서는 ‘성폭력특례법’이라고 한다)」 제3조(특수강

24) 이동명·박현정, 앞의 논문, 226면.

25) Patricia Tjaden & Nancy Thoennes, U.S. Dep't of Justice, Extent, Nature And Consequences of Rape Victimization: Findings from The National Violence Against Women Survey 36 fig.14, 23 fig.25, 2006.

26) 정재준, “물리적 거세법안의 의료법적 성격과 한계 -미국(텍사스주)의 물리적 거세법을 참고하여”, 한국의료법학회지 제20권 제1호, 한국의료법학회, 2012. 6, 20면.

27) 박상기, 앞의 논문, 215면.

도강간 등)부터 제13조(통신매체를 이용한 음란행위)까지의 죄 및 제15조(미수범)의 죄(제3조부터 제9조까지의 미수범만을 말한다), ③ 「형법」 제297조(강간) · 제298조(강제추행) · 제299조(준강간, 준강제추행) · 제300조(미수범) · 제301조(강간 등 상해 · 치상) · 제301조의2(강간등 살인 · 치사) · 제302조(미성년자등에 대한 간음) · 제303조(업무상위력등에 의한 간음) · 제305조(미성년자에 대한 간음, 추행) · 제339조(강도강간) 및 제340조(해상강도) 제3항(부녀를 강간한 죄만을 말한다)의 죄, ④ ①부터 ③까지의 죄로서 다른 법률에 따라 가중 처벌되는 죄 등을 말한다(제2조 제2호).

하지만 성폭력특례법상 공중밀집장소추행죄 및 통신매체이용음란죄의 경우에도 성충동 약물치료의 대상에 포함시킨 것은 비례성의 원칙에 반한다고 본다. 성충동 약물치료법에 의하면 성폭력특례법상 카메라등이용촬영죄는 그 대상에서 제외되어 있는데, 양자를 비교해 보면 전자의 범죄가 후자의 범죄보다 형벌(법정형)의 측면에서 경한 것임을 알 수 있다. 그러므로 상대적으로 경미한 성범죄에 해당하는 공중밀집장소추행죄와 통신매체이용음란죄는 대상범죄에서 삭제되는 것이 타당하다. 또한 형법 제305조의2²⁸⁾가 제외되어 있는 것도 문제라고 할 수 있다. 형법 제305조의2에 해당하는 상습범 가중처벌규정은 2010. 4. 15. 신설된 조문인 바, 재범위험성이 농후한 성범죄의 상습범에 대한 적용 제외는 다른 범죄의 적용과 비교할 때 모순이라고 할 수 있다. 이는 아마도 입법상의 중대한 과오라고 보여 진다.²⁹⁾

다. 재범위험성이 있을 것

성폭력범죄자의 재범위험성 평가에 있어서는 현재 전자감시 대상자를 판정할 때 사용하는 성폭력범죄자 위험성 평가기준인 KSORAS(Korea Sex Offenders Risk Assessment)를 적용할 수 있을 것이다. 이에 의하면 총 15개의 요인을 바탕으로 재범위험성을 판단하고 있는데, 구체적으로 피의자 연령, 피의자 혼인관계, 최초 경찰

28) 형법 제305조의2(상습범) 상습으로 제297조부터 제300조까지, 제302조, 제303조 또는 제305조의 죄를 범한 자는 그 죄에 정한 형의 2분의 1까지 가중한다.

29) 한편 제2조 제2호 라목에 의하면 가목부터 다목까지의 죄로서 ‘다른’ 법률에 따라 가중 처벌되는 죄도 그 대상범죄로 하고 있는데, 여기서 형법 제305조의2는 다른 법률이 아니라 다목에 규정되어 있는 법률이므로 라목에 의해서도 대상범죄라고 할 수는 없다.

입건 연령, 성폭력범죄의 유형, 성폭력범죄의 횟수, 다른 폭력범죄의 횟수, 총 시설 수용기간, 수용기간 동안의 문제행동여부, 피해자 유형, 피해자의 나이, 피해자의 성별, 피해자의 수, 피해자와의 연령차이, 현저한 폭력사용여부, 범행에 대한 책임 등이 그것이다. 하지만 성충동 약물치료 대상자에 대한 재범위험성 평가는 전자감시 대상자와 비교하여 인권침해나 신체의 완전성을 훼손당할 소지가 상대적으로 크기 때문에 더 전문적이고 객관적인 평가기준이 필요할 것으로 보인다.

III. 제8조에 의한 성충동 약물치료의 구체적인 검토

1. 내 용

검사는 치료명령 청구대상자에 대하여 정신건강의학과 전문의의 진단이나 감정³⁰⁾을 받은 후 치료명령을 청구하여야 하는데(제4조 제2항), 법원은 검사의 치료명령 청구³¹⁾가 이유 있다고 인정하는 때에는 15년의 범위에서 치료기간을 정하여 ‘판결’로 치료명령을 선고하여야 한다(제8조 제1항). 수형자에 대한 치료명령의 경우에는 ‘결정’으로 하는 것과 달리 피고사건과 같이 ‘판결’로써 하는 것은, 전자의 경우에 있어서는 대상자의 동의를 요건으로 하고 있음에 반하여 후자의 경우에 있어서는 강제적으로 이루어지기 때문에 대심적 구조에 의한 반론권의 보장, 엄격한

30) 검사는 성충동 약물치료명령을 청구하기 전에 「치료감호법」에 따른 치료감호시설 또는 「정신보건법」에 따른 정신의료기관 중 법무부장관이 지정한 기관의 어느 하나에 해당하는 시설 또는 기관의 정신건강의학과 전문의에게 치료명령 청구대상자에 대한 진단이나 감정을 의뢰하여야 하고, 이에 따라 치료명령피청구자를 진단하거나 감정하는 정신건강의학과 전문의는 치료명령피청구자를 직접 면접하여 진단이나 감정을 실시하여야 하며, 진단이나 감정에 필요하면 심리적·생리적 평가도구를 사용할 수 있다(시행령 제2조). 무엇보다도 치료명령 대상자를 선별하는 기준은 성도착증 환자라고 판단할 수 있는 전문적인 식견이므로 단 한 번의 판단으로 가능한 것이 아니라 여러 번에 걸쳐서 해야 하며, 상담과 판단을 하는 사람도 한 명이 아니라 여러 명에 의해서 해야만 정확한 결과를 낼 수 있을 것이다.

31) 검사는 사람에 대하여 성폭력범죄를 저지른 성도착증 환자로서 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 19세 이상의 사람에 대하여 약물치료명령을 법원에 청구할 수 있는데(제4조 제1항), 치료명령의 청구는 공소가 제기되거나 치료감호가 독립청구된 성폭력범죄사건의 항소심 변론종결 시까지 하여야 한다(제4조 제3항).

증거조사의 필요, 절차에 관한 당사자의 참여권 등을 보장하기 위함에 그 이유가 있다.³²⁾ 만약 법원은 피고사건의 심리결과 치료명령을 할 필요가 있다고 인정하는 때에는 검사에게 치료명령의 청구를 요구할 수 있다(제4조 제4항).

2. 구체적인 검토

가. 강제성의 문제

제8조에 의한 약물치료는 대상자 본인의 동의 여부와는 상관없이 강제적인 약물 치료를 할 수 있다는 점이 기타의 약물치료와 다른 특징을 가지고 있다.³³⁾ 2008년에 제출된 법률안에 의하면 ‘화학적 거세 치료 대상자의 동의가 있을 것’이라는 명문의 규정이 있었지만, 그 후 제5차 법제사법위원회 회의에서 자발적 동의 규정을 삭제하였다. 그 이유로는 기존 법률안에서 성충동 약물치료명령을 ‘결정’의 형식으로 되어 있던 것을 ‘판결’의 형식으로 변경하여 그 절차를 강화하였기 때문이라고 한다.³⁴⁾ 이는 종래 약물치료제도 도입에 관한 논의의 기본전제에 해당하는 당사자의 사전 동의를 배제한 것으로서 가장 첨예한 논란³⁵⁾을 불러일으키고 있는데, 다음과 같은 사항이 쟁점으로 파악된다.

첫째, 신체의 처분과 관련된 자기결정권이 침해된다. 치료행위가 정당성을 가지기 위해서는 충분한 설명에 근거한 당사자의 동의가 필수적인 것인데³⁶⁾, 제8조에 의한 약물치료는 이를 위반하는 것이다. 즉 신체의 직접적인 침해를 수반하는 행위에 대하여 당사자의 의사를 무시한 치료행위는 아무리 범죄예방의 목적을 관철시킨

32) 국회사무처, 제291회 법제사법소위 제3차 회의 법안심사 제1소위원회 회의록, 2010. 6. 29, 10면.

33) 본인 동의의 생략에 대하여 회의적인 시각으로는 김희균, 앞의 논문, 284면; 박상기, 앞의 논문, 216면. 반대로 당사자의 동의를 전제로 할 필요가 없다는 견해로는 황일호, 앞의 논문, 62면.

34) 국회사무처, 제291회 국회(임시회) 법제사법위원회 회의록, 2010. 6. 29, 4면; 법무부, 「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률」 제정 설명자료, 2010. 6. 29.

35) 입법과정에서는 치료명령이 헌법의 한계 내에 있다고 하더라도 그 실행 과정에서 인권침해나 실효성 등에 대해서는 논란이 있을 수 있다는 지적이 있었다(국회사무처, 제278회 국회법제사법위원회 회의록 제19호, 2008. 11. 20, 6면). 하지만 치료명령이 헌법의 한계 내에 있다고 한 표현은 당시 논의에서 당사자의 동의를 전제로 한 것이었다.

36) 선종수, 앞의 논문, 79면; 황성기, “상습적 성범죄 예방수단으로서의 거세에 관한 헌법적 고찰”, 공법학연구 제9권 제3호, 한국비교공법학회, 2008. 8, 134면.

다고 하더라도 결코 용납될 수 없는 행위이다. 더 나아가 치료라는 미명하에 이루어지는 강제적 치료명령은 단순히 신체의 자유에 대한 제한의 문제가 아니라 특정한 치료를 거부할 수 있는 권리에 관한 문제로도 이해된다. 신체의 자유에 대한 제한과는 달리 치료거부의 권리는 인간의 존엄성에서 유래하는 자기결정권에 속하며 이러한 권리는 본질적인 권리로서 법률에 의하여도 침해될 수 없는 인간존엄의 핵심적 사항이기 때문에 그 어떠한 경우에도 정당화될 수 없다.³⁷⁾ 또한 이는 현행법상 인정될 수 없는 신체형의 일종이라고 할 수 있다.³⁸⁾

둘째, 성행위의 자유와 관련된 자기결정권이 침해된다. 이는 헌법 제10조의 인격권 또는 헌법 제17조의 사생활의 자유에서 도출되는 기본권을 제한하는 것인데³⁹⁾, 자발적인 동의를 전제로 한 일시적인 제한은 헌법적으로 용인될 수 있을지 몰라도, 자발적인 동의를 전제로 하지 않는 제한은 기본권 제한의 한계를 일탈한 것으로 파악된다.⁴⁰⁾ 병리적 성격을 가지는 범죄행위에 대하여 당사자의 동의를 전제로 한 치료가 아니라 인간의 신체에 직접적 침해를 가하여 신체의 완전성을 해하는 수단을 택하는 성충동 약물치료는 범죄인을 최소한의 인격체로서가 아니라 범죄퇴치의 수단으로 취급함으로써 인간의 존엄성을 보장한 헌법 제10조의 이념에 배치된다고 할 것이다. 또한 성충동 약물치료대상자가 유부남일 경우 상대 배우자가 가지고 있는 성행위의 자유에 대한 제한도 문제될 수 있을 것이다.

셋째, 강제적인 약물치료는 강력한 심리적 저항감을 불러일으킬 수 있기 때문에 치료의 효과를 제대로 발현시킬 수가 없다. 특히 당사자의 동의는 당해 프로그램에 대한 적극적인 참여를 유도해서 치료의 효과를 극대화시킬 수 있는 요소라고도 할

37) 황만성, 앞의 논문, 475면.

38) 신체형 금지 원칙의 측면에서 볼 때 외과적 거세(orchidectomy; 고환적출수술)는 절대 불가능하다고 보아야 한다. 외과적 거세의 경우에는 분명히 성적 충동을 감소시켜 성범죄의 재범율을 감소시킬 수는 있지만 유효한 동의를 얻을 수 있을지가 의문이라는 점, 유효한 동의를 하더라도 장래의 범죄를 방지하기 위하여 물리적으로 철회할 수 없는 피해를 입히는 것이 인정될 수 없다는 점 등에서 인정될 수 없는 제도라고 할 수 있다.

39) 황만성 교수는 한 걸음 더 나아가 ‘건전한 가족제도’의 침해가능성도 내포하고 있다고 한다(황만성, 앞의 논문, 474면).

40) 이러한 측면에서 우리나라의 성충동약물치료법은 외국의 화학적 거세법 보다 훨씬 강화된 내용을 담고 있다고 할 수 있다(김종구, “최근 성범죄 관련 법률의 입법 과정의 문제점”, 법학논총 제34권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2010. 12, 449면).

수 있다.

생각건대 성충동 약물치료명령은 신체 기능의 일부를 일시적으로 불능화하는 조치이므로 그 조치의 목적 및 효과와 부작용에 대해서 정확한 이해를 수반한 자유의사에 기한 동의가 필수적으로 요구된다고 하겠다. 특히 대상자의 동의는 적극적인 참여를 유도해서 효과를 최대화하는 방안 가운데 하나이다.⁴¹⁾ 하지만 제8조에 의한 약물치료는 동의와 무관하게 강제적으로 시행된다는 문제점이 있다. 이와 같이 성범죄자에 대한 강력한 제재는 당장은 효과가 있어 보일지는 모르지만 재범방지에는 징벌적 성격의 처분이 능사가 아니라는 점을 명심해야 한다. 성충동약물치료법의 제안 당시에는 당사자의 동의를 전제로 한 제도를 중심으로 논의가 진행되었던 점을 상기하면 현행법의 태도는 위헌의 소지까지 불러일으킬 수 있는 큰 문제점을 지니고 있다.⁴²⁾ 이에 성폭력범죄자에 대하여 약물치료명령을 청구하는 경우에 있어서 약물치료의 내용, 효과, 부작용 등에 관하여 충분히 설명하고 당사자 또는 그 법정대리인의 동의를 받아서 청구하도록 하고 약물치료에 대한 동의사실을 청구서 및 판결서에 기재하도록 할 필요성이 있다. 모든 경우에 있어서 당사자의 동의를 요건으로 하는 것이 타당하지 않는다고 한다면 적어도 초범의 경우만이라도 강제적인 치료명령의 부과는 지양되어야 할 것이다.

외국의 입법례를 살펴보면 노르웨이, 스웨덴, 핀란드, 덴마크, 프랑스, 독일⁴³⁾, 체코, 오스트리아, 캐나다 등 대부분의 국가에서도 당사자가 자발적으로 동의하는 경우에 있어서 ‘불임화조치위원회’(노르웨이), ‘국가건강복지위원회’(스웨덴), ‘국가

41) 김희균, 앞의 논문, 281면.

42) 同旨 강은영·황만성, 「상습적 성폭력범죄자 거세법에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 2010. 12, 45-46면.

43) 독일의 「자의적 거세 및 기타 치료방법에 관한 법률」(Kastrationsgesetz; Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden vom 15.08.1969)에 의하면 거세란 ‘비정상적인 성욕발현을 억제하기 위한 목적으로 남성의 생식선을 의도적으로 제거하거나 성기능을 지속적으로 불능화시키는 것’이라고 한다(동법 제1조). 25세 이상인 자의 자발적인 동의가 있다면 비정상적인 성적 충동으로 인한 고통이나 범죄예방 등의 목적을 위하여 필요한 경우 의사의 관정에 의해 약물치료를 실시하는데, 특이한 점은 법원의 재판은 필요하지 않다는 점이다. 수형자라고 할지라도 약물치료를 신청할 수 있으며, 본인에 의한 동의 전에 약물치료의 효과와 부작용, 다른 치료방법의 고려 등에 대한 상세한 설명이 수반된다. 하지만 독일에서 거세법은 적용되는 경우가 없기 때문에 사실상 사문화된 법으로 인식되고 있다.

복지국'(핀란드) 등의 기관에 의한 승인을 거쳐 이를 시행하도록 하고 있다. 이와 같이 미국의 5개 주(California⁴⁴), Montana⁴⁵), Georgia⁴⁶), Florida⁴⁷), Louisiana⁴⁸)⁴⁹)와 폴란드⁵⁰)를 제외한 국가에서는 당사자의 동의를 전제로 하여 성충동 약물 치료가 실시되고 있다.

나. 심리치료 프로그램과의 연계문제

성충동 약물치료가 중단될 경우에는 다시 성기능이 회복될 수 있다. 즉 약물치료는 성충동의 감소효과를 가져오지만 약물의 섭취를 중단하는 것에 의해 그 기능을 다시 회복할 수 있으므로 재범의 가능성은 항상 존재하는 것이다. 그러므로 효과적인 심리치료가 병행되지 않을 경우에는 기존의 약물치료가 무의미해 질 수 있고, 약물치료만으로는 특정성범죄자의 재범위험성을 억제하는데 한계가 있기 때문에 심리치료 프로그램⁵¹)과의 연계는 필수적으로 요구된다. 성범죄자에 대한 치료적인

44) 13세 미만의 아동을 대상으로 제법 이상의 성범죄를 저지른 자에 대하여만 강제적 화학적 거세를 1997. 1. 1.부터 실시하고 있다(Section 645(b) of the California penal code).

45) 16세 미만의 아동을 대상으로 성범죄를 저지른 자에 대하여 강제적 화학적 거세를 실시하고 있다 (Montana Code Annotated 2009, 45-5-512. Chemical treatment of sex offenders).

46) 16세 미만의 아동을 대상으로 가중성폭행(aggravated child molestation)으로 유죄선고를 받은 피고인에 대하여 강제적 화학적 거세 실시하고 있다(Georgia Code - Crimes and Offenses -Title 16, Section 16-6-4).

47) 제법자들에 대해서 강제적 화학적 거세를 실시하고 있다(Florida Code TITLE XLVI CRIMES Chapter 794 SEXUAL BATTERY §794.0235 Administration of medroxyprogesterone acetate(MPA) to persons convicted of sexual battery).

48) 12세 미만의 아동을 대상으로 성범죄를 저지른 자에 대하여 강제적 화학적 거세를 실시하고 있다 (Louisiana Code, Title 15, §538 - Conditions of probation, parole and suspension or diminution of sentence).

49) 미국에서는 그 밖에도 Oregon, Texas(외과적 거세만을 인정), Wisconsin, Iowa 등에서도 거세제도를 인정하고 있다. 미국의 제도에 대하여 보다 자세한 논의로는 박찬걸·송주영, 앞의 논문, 233-236면; 조성자, “성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률의 쟁점에 대한 검토 -미국 성충동약물치료 주범 규정과의 비교를 중심으로-”, 강원법학 제36권, 강원대학교 비교법학연구소, 2012. 6, 383-395면 참조.

50) 폴란드는 2009. 9. 25. 15세 이하의 아동 대상 성폭력범죄자와 직계가족 대상 성폭력범죄자에 대하여 본인의 동의 없이 강제적으로 성충동 약물치료를 시행하는 법안을 통과시킨바 있다 ("Poland Okays Forcible Castration Debate", Reuters, 2009. 10. 26).

51) 심리치료 프로그램의 개괄적인 고찰에 대해서는 박상열, “성범죄자처우의 새로운 동향과 그 과제”,

관점에서의 접근 중 약물치료가 외적인 접근이라면, 심리치료 프로그램은 내적인 접근에 해당하기 때문이다. 즉 성충동 약물치료는 오직 육체적 문제만 통제할 뿐, 정신적 문제는 치료할 수 없다는 점을 인식하여야 하는데⁵²⁾, 이러한 점에서 심리치료 프로그램의 원활한 운영이 중요하다고 하겠다. 비교법적으로 살펴 보았을 때에도 약물치료만을 단독으로 실시하는 국가는 거의 없으며, 인지행동요법 등에 근거한 그룹치료 또는 개인치료 등의 심리학적 처우를 병행하고 있다.

하지만 우리나라의 경우에는 현재 인지행동요법에 근거한 심리적 처우 프로그램이 확립되어 있다고 볼 수 없는 실정이다. 성충동 약물치료제도의 성공적인 운영을 위해서 심리치료프로그램의 내실화가 시급한 문제로 부각되고 있는 것이다. 오히려 약물치료보다는 심리치료 프로그램의 운영이 동 제도의 성과를 좌우한다고도 볼 수 있기 때문에 재범 방지에 더욱 효과적인 교정 프로그램이 활성화되어야 하는데, 수감 기간 동안 성범죄자의 성격장애 등을 완화하거나 제거하기 위한 종합적 · 의무적 · 전문적인 교육 및 치료 프로그램이 개발되어야 한다. 충분한 교육시간의 확보, 새로운 재범 방지 프로그램의 개발, 전문가의 양성 등도 병행되어야 한다. 심리치료 프로그램의 내실화를 위하여 메뉴얼의 개발이 이루어져야 하며, 이를 교육하는 전문가의 확보도 시급히 이루어져야 하겠다.

다. 재범위험성 판단시점의 문제

성충동 약물치료명령 청구사건의 판결은 피고사건의 판결과 동시에 선고하여야 한다(제8조 제4항). 즉 제8조에 의한 약물치료의 경우 판사는 징역형의 판결 선고와 동시에 약물치료명령을 하게 되는데, 과연 판결확정시에 대상자의 재범위험성이 제대로 판단될 수 있을 것인가에 대하여 의문이 제기된다. 징역 1-2년이 아니라 10-15년의 형을 복역한 후 그 사람이 재범할 수 있을 것인가 하는 것을 판단하는 것은 상당히 어렵다. 전문가의 감정 의견을 참작할 수밖에 없는데, 과연 전문가의 감정이 정확한 것인지에 대한 회의적인 시각 또한 상당하다. 이러한 이유 때문에 국회의

형사법의 신동향 제24호, 대검찰청, 2010. 2, 363-371면 참조.

52) 표창원, “이동성범죄 방지를 위한 형사정책적 대안 모색”, 형사정책 제21권 제2호, 한국형사정책학회, 2009. 12, 25면.

논의과정에서도 상당수의 질의가 재범위험성 판단시점의 실효성에 대한 것이었다.⁵³⁾ 출소 직전 6개월 정도에 가서 다시 법원이 재범위험성 여부를 결정하는 방식의 도입이 요구된다고 하겠는데, 이에 따라 당시 법률안 제22조의 ‘치료명령이 청구되지 아니하여’ 부분을 ‘검사는 16세 미만의 사람에 대하여 성폭력범죄를 저질러 징역형 이상의 형이 확정되었으나 제8조 제1항에 따른 치료명령이 선고되지 아니한 수형자’로 수정한 것이다. 즉 상당기간 후에 출소가 예정된 자에 대하여 치료명령이 청구되어 재범위험성 판단이 곤란할 경우에는 일단 기간을 하고, 이후에 다시 판단하겠다는 취지이다. 한편 제8조에 의한 약물치료명령은 교도소 내에서의 여러 가지 치유프로그램에 대한 신뢰를 무시하는 것이 전제된 것이기도 하다. 교도소에서 수년 또는 수십년간 교화시키고 행형을 했음에도 불구하고 그 사람에 대해서 교정을 잘못해서 치료명령에 의존할 수밖에 없다고 한다면 현재의 교도소 운영에 심각한 문제점이 있다는 것을 자인하는 것이다.

일반적으로 재범위험성의 판단시기에 대해서는 판결선고시라고 보는 것이 판례의 입장⁵⁴⁾이다. 성폭력범죄의 재범위험성 유무는 피고인의 직업과 환경, 당해 범행 이전의 행적, 그 범행의 동기, 수단, 범행 후의 정황, 개전의 정 등 여러 사정을 종합적으로 평가하여 객관적으로 판단하여야 하고, 이러한 판단은 장래에 대한 가정적 판단이므로 판결시를 기준으로 하여야 한다. 이와 같이 재범위험성의 판단을 행위시가 아니라 판결시를 기준으로 하는 것은 상대적으로 바람직한 태도이지만 절대적인 기준이 될 수는 없다. 형벌을 종료하고 추가적인 사후감독을 받는 경우에도 판결시의 재범위험성 판단을 근거로 제재를 집행하는 것이 사후감독의 실효성을 위해 합리적인 것인지는 의문이기 때문이다.⁵⁵⁾ 특히 약물치료의 대상자에 해당하는 범죄인은 대체적으로 중범죄에 해당하는 유형에 속하기 때문에 형기가 장기인 경우가 대부분일 것이다. 예를 들면 13세 미만의 아동에 대하여 성폭력범죄를 저지른 경우

53) 국회사무처, 제291회 국회법제사법위원회 회의록 제6호, 2010. 6. 29, 5-9면.

54) 대법원 2010. 12. 9. 선고 2010도7410 · 2010전도44 판결; 대법원 2004. 6. 24. 선고 2004감도28 판결 등.

55) 김혜정, “성폭력범죄자 출소 후 감독제도 효율화 방안”, 형사정책연구 제19권 제2호, 한국형사정책연구원, 2008. 6, 151면; 설민수, “아동 대상 성폭력범죄자에 대한 성충동약물치료의 실효성과 합헌성 그리고 그 한계”, 법조 제59권 제10호, 법조협회, 2010. 10, 44면.

에는 법정형의 최하한이 징역 10년이며, 19세 미만의 청소년에 대하여 성폭력범죄를 저지른 경우에는 법정형의 최하한이 징역 5년인 것이다.

그러므로 장기간의 형집행 도중에 판결시에 보였던 재범위험성이 사라지거나 감소될 수도 있고, 반대로 판결시에 보이지 않았던 재범위험성이 나타날 수도 있는 상황을 가정하지 않을 수 없다. 이와 같이 재범위험성에 대한 변화된 모습이 발견될 경우를 대비하여 형집행 종료시점에 즈음하여 다시 한번 재범위험성에 대한 판단을 ‘필수적으로’ 거처야 하겠다. 비록 현행법에 의해서도 이러한 판단을 할 수 있도록 되어 있기는 하지만 임의적인 사항이기 때문에 모든 경우에 적용되지 않을 개연성이 있다. 이와 같이 약물치료명령의 선고 시점과 집행 시점에 간극이 생기고 있는 문제점을 해결하기 위해서는 장기 수형자의 경우 장기간의 형 집행 과정에서 약물치료명령의 선고 시에 보였던 성도착 증상의 유무 및 정도, 재범위험성에 대한 판단을 형 집행 종료시점에서 다시 한 번 필수적으로 거치도록 할 필요가 있으므로, 5년 이상 장기 복역한 성폭력범죄자에 대하여는 형 집행이 종료되는 시점에 재범위험성 등을 다시 판단하여 약물치료명령의 집행 또는 가해제 여부를 결정하도록 함으로써, 성폭력범죄자에 대한 성충동 약물치료 제도의 실효성을 강화할 필요성이 있다.⁵⁶⁾

IV. 제22조에 의한 성충동 약물치료의 구체적인 검토

1. 내 용

검사는 사람에 대하여 성폭력범죄를 저질러 징역형 이상의 형이 확정되었으나 제 8조 제1항에 따른 치료명령이 선고되지 아니한 수형자 중 성도착증 환자로서 성폭

56) 실제로 2013. 1. 14. 문정립 의원 등 12인이 제안한 「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률 일부개정법률안」(의안번호 3317호)에 따르면 ‘치료명령을 받은 사람이 5년 이상 복역하고 형의 집행이 종료되거나 면제 또는 가석방으로 석방되는 경우 검사는 석방되기 6개월 이내(면제 또는 가석방의 경우에는 그 결정이 있는 즉시)에 재범의 위험성을 조사하여 죄를 다시 범할 위험성이 없다고 인정하는 때에는 심사위원회에 치료명령의 가해제를 신청할 수 있다. 이 때 검사는 소속 검찰청 소재지 또는 신청 대상자의 주소를 관할하는 교도소의 장 또는 보호관찰소의 장에게 재범의 위험성 조사에 필요한 사항을 요청할 수 있다.’는 규정을 신설하는 내용을 담고 있다.

력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되고 ‘약물치료를 받는 것을 동의하는 사람에 대하여’ 그의 주거지 또는 현재지를 관할하는 지방법원에 치료명령을 청구할 수 있다(제22조 제1항). 법원은 치료명령 청구가 이유 있다고 인정하는 때에는 ‘결정’⁵⁷⁾으로 치료명령을 고지하고 치료명령을 받은 사람에게 준수사항 기재서면을 송부하여야 한다(제22조 제2항 제6호). 동 결정에 따른 치료기간은 15년을 초과할 수 없다(제22조 제3항). 수용시설의 장은 결정이 확정된 성폭력 수형자에 대하여 법무부령으로 정하는 바에 따라 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 제119조의 가석방심사위원회에 가석방 적격심사를 신청하여야 하고, 이 경우 가석방심사위원회는 성폭력 수형자의 가석방 적격심사를 할 때에는 치료명령이 결정된 사실을 고려하여야 한다(제23조).

2. 구체적인 검토

가. 자발적 동의의 문제

제22조에 의한 약물치료는 가석방의 가능성이 있는 수형자가 본인의 동의하에 법원의 결정으로 치료명령을 받은 경우 가석방시 긍정적인 요소로 고려되도록 하고 있다. 물론 약물치료의 동의가 없더라도 가석방에서 당연히 배제되는 것은 아니기 때문에 형식적으로는 동의가 가석방의 요건으로 작용하고 있지는 않지만 실질적으로 보면 동의 내지 동의의 거부가 자유롭게 이루어질지는 미지수이다.⁵⁸⁾ 왜냐하면 가석방심사위원회는 성폭력 수형자의 가석방 적격심사를 할 때 치료명령이 결정된 사실을 고려하여야 한다고 규정하여 동의에 기한 치료명령의 결정에 대하여 가석방의 임의적인 고려사항이 아닌 필수적인 고려사항으로 하고 있기 때문이다. 이러한 운영방식은 다음과 같은 점에서 문제될 수 있다.

첫째, 가석방의 가능성이 있는 자는 조기의 사회복귀를 위하여 형식적인 동의를

57) 동 결정에 영향을 미칠 법령위반이 있거나 중대한 사실오인이 있는 경우 또는 처분이 현저히 부당한 경우의 어느 하나에 해당하면 결정을 고지받은 날부터 7일 이내에 검사, 성폭력 수형자 본인 또는 그 법정대리인은 고등법원에 항고할 수 있다(제22조 제5항).

58) 同旨 허경미, “성범죄자에 대한 약물치료명령에 관한 연구”, 교정연구 제49호, 한국교정학회, 2010. 12, 184면.

할 가능성이 높다. 이는 동의라는 의사표시가 외부적으로 존재하는 것에 만족하는 것에 불과하고 이러한 형식의 동의만 있으면 정당화된다는 논리를 취하고 있다. 진정으로 치료를 받을 의사가 없이 단지 수형생활에서 벗어나고자 하는 목적으로 동의를 하게 된다면 필수적으로 병행되는 심리치료 프로그램의 효과가 현저히 떨어질 것이다.

둘째, 동의가 가석방 결정의 필요한 조건은 아니라고 하지만, 동일한 유형의 성범죄자 가운데 동의를 한 자와 동의를 하지 않은 자가 있다고 가정한다면, 전자의 경우에 가석방의 가능성이 훨씬 높게 나올 수 있다. 실무에서 가석방을 폭넓게 인정하지 않는 경향에 비추어 볼 때 이러한 가능성은 배가된다. 교정시설에서는 약물치료의 동의 여부가 수형자의 가석방시기판단과 직접적으로 관계되므로 실질적으로 동의가 강제될 수밖에 없다.

셋째, 가석방은 기본적으로 행형성적이 양호하고 사회복귀가 조기에 가능한 자를 대상으로 심사가 되어 적격여부를 판단하는데, 재범위험성이 인정되는 자로 판단되는 자에게 약물치료를 명하면서 가석방하는 것은 논리적으로 모순이다. 성범죄자를 석방시키면서 치료명령을 부과하는 것 보다는 오히려 이들을 계속 수용하거나 치료 감호를 계속하는 것이 보다 효율적인 법집행이다.⁵⁹⁾ 아동 성범죄자에 대하여 가석방시 약물치료가 고려되는 경우는 가석방이 가능하다는 결론을 내린 상태에서 전자 감시를 집행하고, 보호관찰을 실시하는데도 불구하고 도저히 마음이 놓이지 않는 경우이다.

생각건대 가석방과 연계된 성충동 약물치료는 양 제도의 모순적인 성격으로 인하여 그 심사를 엄격하게 해야만 한다. 만약 성충동 약물치료에 동의한 자는 가석방이 보다 쉽게 인정된다는 공식이 성립하게 된다면 가석방 심사 대상자 중 성폭력 범죄자는 형식적이고 자동적으로 약물치료에 동의하는 서류를 제출할 것이다. 이는 진

59) 박상기, 앞의 논문, 217면. 이에 대하여 가석방심사위원회가 전문가들의 도움으로 과학적으로 분류한 결과 호르몬의 과잉이 문제된다는 결론을 내릴 때, 약물치료가 가능하다는 견해(김희균, 앞의 논문, 287면)도 있다. 김희균 교수에 의하면 약물치료는 부작용도 있을 수 있고, 일부 범죄자에게만 효과가 있는 치료방법이기 때문에 분명히 한계는 있다. 그럼에도 약물치료가 부득이하게 필요한 경우가 있는데, 아동에 대한 상습적 성폭력범이 형기를 마치고 나가는데, 기존의 전자감시제도로는 안심이 되지 않는 경우라고 한다. 이 때 범죄자는 처벌의 대상이 아닌 치료의 대상으로 바뀌게 되는 것이다.

정한 의미에 있어서의 동의가 아님이 자명하다. 따라서 가석방심사위원회는 가석방 심사대상자 중 약물치료에 동의한 자의 진정한 의사를 확인하기 위하여 보다 철저한 심사를 거쳐야 할 것이다. 그리하여 진정한 동의로 판단이 되지 않는 경우에 있어서는 가석방에서 과감히 제외시킴으로서 미연에 부진정한 동의를 예방할 수 있을 것이다.

나. 이중처벌의 문제

결정의 형식으로 형사처벌과 함께 치료명령을 부과하는 것은 헌법상의 이중처벌 금지원칙에 위배될 수 있다. 이중처벌금지 원칙이란 실제판결이 확정되어 판결의 기판력이 발생하면, 그 후 동일 사건에 대해서는 거듭 심판하는 것이 허용되지 않는 원칙을 말한다. 이중처벌에서 말하는 처벌은 형벌뿐만 아니라 형벌과 유사한 성격을 지니고 있는 성충동 약물치료도 이에 포함된다고 해석하는 것이 동 원칙을 실질적으로 해석하는 것이다.⁶⁰⁾ 한 길을 물려나서 성충동 약물치료가 이중처벌이 아니라고 하여 모든 제재수단의 정당성이 당연히 인정되는 것은 아니므로, 다른 척도를 기준으로 판단하는 작업을 게을리 해서는 아니 된다.⁶¹⁾ 이중처벌이 아니기 때문에 허용된다는 식의 논의는 지양되어야 하며, 오히려 현재와 같이 수많은 형사제재가 부수적으로 부과되는 상황에서는 보다 엄격한 심사를 거쳐 부가처분의 침해성을 판단해야 하겠다.

60) 同旨 박상기, 앞의 논문, 218-219면; 류병관, 앞의 논문, 436면; 신동일, “성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률의 평가”, 형사정책 제23권 제1호, 한국형사정책학회, 2011. 6, 265면; 이덕인, “강벌주의 형사제재에 대한 비판적 고찰 -성범죄 처벌과 재범방지정책을 중심으로-”, 형사법연구 제23권 제3호, 한국형사법학회, 2011. 9, 278면. 이에 반하여 이중처벌금지의 원칙에 반하지 않는다는 견해로는 김태명, “성폭력범죄의 실태와 대책에 대한 비판적 고찰”, 형사정책연구 제22권 제3호, 한국형사정책연구원, 2011. 9, 36면(‘화학적 거세가 보안처분이므로 이중처벌금지의 원칙이 적용되지 않는다고 하더라도 비례성의 원칙에 반한다고 볼 여지가 크다’); 설민수, 앞의 논문, 56-59면; 황성기, 앞의 논문, 136면; 황일호, 앞의 논문, 57면.

61) 박찬걸, 앞의 논문(각주 3), 104-105면.

다. 소급적용의 문제

제8조에 의한 치료명령청구는 이 법 시행 전에 저지른 성폭력범죄에 대하여도 적용한다(부칙 제1조 제2항)고 하여 이른바 ‘재판시법’을 규정하고 있다. 하지만 이 보다 더 심각한 문제는 부칙 제1조 제3항에서 ‘제22조 및 제25조에 따른 치료명령은 성폭력범죄를 저질러 이 법 시행 당시 형의 집행 또는 치료감호·보호감호의 집행 중에 있는 성도착증 환자에 대하여도 적용한다’고 하여 이른바 ‘형집행시법주의’를 취하여 소급적용한 것이다. 그런데 구체적인 사건에서 소급효금지원칙이 적용되는지 여부를 판단하기 위해서는 ‘범죄’와 ‘형벌’의 의미에 대한 해석이 필요하게 되는데, 부칙 조항이 소급효금지원칙에 위반되는지 여부를 판단하기 위해서는 우선 성충동 약물치료의 법적 성격이 문제되고, 성충동 약물치료의 법적 성격이 보안처분이거나 혹은 형벌적 성격의 형사제재라면 그러한 제재에 소급효금지원칙이 적용되는지 여부가 문제된다.

보안처분의 범주가 넓고 그 모습이 다양한 이상, 보안처분에 속한다는 이유만으로 일률적으로 소급효금지원칙이 적용된다거나 그렇지 않다고 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 소급효금지원칙을 적용하는 것이 법치주의 및 죄형법정주의에 부합한다. 보안처분이면서도 형벌적 성격을 갖는 경우가 있을 수 있고, 그러한 보안처분에 대해서는 소급처벌금지의 원칙이 적용되어야 할 것이다. 실제로 헌법재판소는 ‘보호감호처분은 형벌과 같은 차원에서의 적법한 절차와 헌법 제13조 제1항에 정한 죄형법정주의의 원칙에 따라 비로소 과해질 수 있는 것이라 할 수 있고, 그 요건이 되는 범죄에 관한 소급입법에 의한 보호감호처분은 허용될 수 없다’고 판시하여⁶²⁾, ‘형법이 규정한 형벌’ 외의 제재에 대해서도 소급처벌금지 원칙이 적용될 수 있음을 명시적으로 밝힌 바 있다.

따라서 형법이 규정하고 있는 형벌 이외의 제재도 그것이 ‘형벌로서의 성격’을

62) 헌법재판소 1989. 7. 14. 선고 88헌가5 결정.

갖는 경우에는 소급처벌금지의 원칙이 적용된다고 할 것인데, 어떤 형사적 제재를 받는 자에 대한 실제적 효과가 형벌에 준할 정도로 심각한 자유의 제한이라면 그 제재는 ‘형벌적 성격’을 갖는다고 보아야 한다. 앞에서 살펴 본 바와 같이 성충동 약물치료가 형벌적 성격을 갖는 이상, 일정한 범죄를 저지른 자에 대하여 성충동 약물치료를 명하기 위해서는 그 범행 당시에 이미 성충동 약물치료의 근거가 되는 법률이 제정·시행되고 있어야만 한다. 그런데 성충동약물치료법의 부칙조항은 동법이 제정·시행되기 이전에 성폭력범죄를 저지른 자에 대해서도 소급하여 성충동 약물치료를 명할 수 있도록 함으로써 헌법 제13조 제1항 전단이 금지하고 있는 소급처벌을 규정하고 있는 것이다. 과연 아동대상 성범죄의 억제와 예방이라는 공공의 이익이 유죄의 확정판결을 받은 수형자가 누리는 법적 신뢰보다 월등히 우선시되는지는 의문이다. 이는 최근의 성범죄자에 대한 형사제재의 남발현상 속에 모든 경우의 법적 조치가 소급효를 인정하는 추세와 관련이 있는데, 이러한 형태의 입법은 실질적인 의미의 죄형법정주의의 정신에 위배된다고 본다.

한편 법시행 이전에 이미 판결이 확정되어 수용 중인 사람에게 성충동 약물치료를 부과할 수 있느냐 하는 문제는 기존의 보안처분에 대한 소급효금지 원칙의 논란과는 다른 새로운 차원의 문제를 야기하고 있다. 기존에는 보안처분의 소급적용을 논하는 문제의 영역으로, 형법의 시간적 적용범위의 기본적인 원칙인 행위시법주의와 관련하여 이에 대한 예외로서 재판시법을 적용하여 피고인에게 불리한 처분을 할 수 있는가에 대한 논의가 그 대상이었다. 즉 피고인의 범죄행위 당시에는 존재하지 않았던 형사제재가 재판 도중에 새롭게 신설되거나 기존에 있었던 형사제재가 가중되는 개정이 있을 경우에 과연 이렇게 피고인에게 불리한 형사제재를 재판시에 적용할 수 있는가 하는 문제가 그것이었다. 이에 대하여 형벌과 달리 보안처분은 피고인에게 불리한 경우에도 소급해서 처벌할 수 있다는 입장과 그렇지 않다는 입장이 대립되어 왔다. 여기서 중요한 것은 이러한 학설의 대립의 전제가 되는 것인데, 그것은 바로 피고인이 아직 재판 도중이라는 것이다. 재판이 아직 확정되기 전 단계의 경우에는 피고인의 신뢰보호의 측면을 다소 감쇄시킬 수 있다는 사정이 존재한다는 착상이 있는 것이다. 즉 기존에는 형사법의 적용시점에 관하여 ‘행위시법’과 ‘재판시법’이라는 큰 흐름이 있었는데, 성충동약물치료법은 여기에 ‘형집행시법’

을 고안해 낸 것이다.⁶³⁾ 재판시법에 대한 소급적용의 문제에 대해서도 찬반의 견해가 대립하고 있는데, 하물며 ‘형집행시법’에 대한 소급적용의 문제의 경우에는 현행 입법에 대한 상당한 반대견해의 주장이 예상된다고 하겠다.⁶⁴⁾ 생각건대 형이 확정되어 수감되어 있는 사람에 대해서까지 성충동 약물치료의 대상을 확대해 소급적용하는 것은 대상자의 신뢰를 크게 저해하는 것이므로 타당하지 않다고 본다. 이와 더불어 형사사건의 판결이 확정된 후 다시 형벌적 성격이 강하게 녹아 있는 보안처분을 부과하는 것은 형벌과 보안처분을 동시에 부과하는 경우와는 달리 일사부재리의 원칙에도 위배될 소지가 있다.

라. 비용부담의 문제

미국의 경우에 있어서도 성충동 약물치료를 위한 재정적 부담이 많은 주에서의 확대시행을 어렵게 하는 요인으로 작용하고 있을 정도로 비용부담은 제도의 시행에 있어서 선결되어야 할 과제에 속한다. 우리나라의 경우 제22조에 의한 약물치료의 경우에 있어서는 그 비용을 대상자가 부담하도록 하는 것을 원칙으로 규정하고 있는 것도 재정부담에서 연유한다고 볼 수 있다. 일반적으로 성충동 약물치료의 연간 1인당 비용은 약물치료 180만원, 호르몬수치 및 부작용 검사 50만원, 심리치료 270만원 등 약 500만원으로 추산되고 있다.

하지만 치료명령을 받은 사람에게 적지 않은 비용을 전가하는 것은 바람직하지 못하다. 이러한 운용방식이 인정된다면 제8조에 의한 치료명령제도가 형해화될 가능성이 크기 때문이다. 즉 판결 당시에 피고인에게 성충동 약물치료명령을 할 경우에는 그 비용을 국가가 부담하기 때문에 재정적인 측면을 고려하여 판결 당시에 치료명령을 부과하지 않고 형 집행 도중에 부가하는 형식인 제22조에 의한 치료명령제도의 이용이라는 편법적인 수단이 동원될 것이다. 또한 다른 두 가지 형태의 치료명령을 받는 자 사이의와의 관계에서 형평성이 문제될 수도 있다. 그러므로 치료비용

63) 이 보다 더 심각한 문제는 성범죄자에 대한 신상공개제도와 위치추적 전자감시제도는 ‘형집행 후 3년이내시범주의’라는 세계에서 그 유래를 찾아볼 수 없는 소급효를 인정하고 있다는 점이다.

64) 하지만 애석하게도 위치추적 전자감시제도에 대한 형집행시범주의의 채택과 관련하여 제기된 위헌 법률심판 및 헌법소원에서 헌법재판소 재판관 9인 중 8인은 그 합헌성을 인정하였다(헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2010헌가82·2011헌바393(병합) 결정).

을 대상자에게 부담지우는 형식은 탈피되어야 한다고 본다.

V. 글을 마치며

최근의 형사입법자는 사회적 충격이 큰 사건이 발생하면 사후에 소급적으로 죄를 정하거나 더 무거운 제재를 가하는 방법으로 대중의 반향에 영합하려는 경향이 있다. 감성적인 소급 입법으로 침해되는 것은 잠재적으로 범인이 될 수 있는 개인의 자유와 안전 그리고 법적 안전성과 신뢰성이다. 법치국가의 시민들은 행위시 예상하지 못했던 형사제재로써 처벌받거나 더 가중해서 처벌받지 않는다는 신뢰와 예측 가능성을 가질 때 안정된 시민생활을 영위할 수 있다. 어떠한 형사사법제도를 시행하기 위해서는 이성적인 판단 하에 객관적이고 과학적인 검증절차를 오랜 시간에 걸쳐 신중하게 도입하는 것이 정도(正道)이다. 하지만 성충동약물치료법의 제정과 정에서 보여준 우리 입법자의 행태는 위와 같은 기본적인 생각과는 거리가 멀어 보인다고 평가되는 것이 중론이다. 만약 제2의 조두순 사건이라고 할 수 있는 2010. 6. 7. 발생한 김수철 사건이 언론에 보도되지 않았고 이로 인하여 국민들의 광분이 일어나지 않았다고 가정한다면 2008. 9. 9. 소관 상임위원회에 회부되어 2년여 가까이 표류하고 있던 법안이 2010. 6. 29. 단 하루만에 소관 상임위원회를 통과하여 본회의에 상정되어 의결까지 단행해버리는 속전속결의 입법과정은 도저히 상상할 수 없었을지도 모른다. 대중의 여론이 악화되고 정치권에 대한 비판이 거세지자 국회 차원에서는 국민들을 안심시켜야 할 필요성이 생기게 된 것이고, 무엇인가 일을 하고 있다는 생색을 내고 싶었을 것이다. 그리고 이러한 생색은 여·야 할 것 없이 공통적으로 강한 정책을 들고 나오는 것과 동시에 최대한 빠른 시일 내에 결단을 내려야 강한 인상을 남길 것이라고 생각한 모양이다. 전형적인 대중영합주의적인 발상이자 포퓰리즘적 현상임과 동시에 상징적 형사입법의 예라고 평가할 만하다. 이러는 와중에 제대로 된 반대 토론의 절차는 무시되었고, 형사정책 전문가 또는 의료 전문가 등에 의한 법리적, 의학적 검토는 생략되었다. 충분한 견제세력이 존재하지 않았던 것도 사실이지만, 견제의 목소리가 외면되었던 것도 사실이다. 대중의

감정에 합세한 정치권의 힘은 성충동 약물치료제도가 가지고 있는 여러 가지 인권 침해적인 요소들을 일거에 잠재워 버렸다. 다음은 2011. 1. 31. 신상진 의원 등 11인이 제안한 「아동 성폭력범죄자의 외과적 치료에 관한 법률안」(의안번호 10727호)과 2012. 9. 7. 박인숙 의원 등 19인이 제안한 「성폭력범죄자의 외과적 치료에 관한 법률안」(의안번호 1643호)에서 공통적으로 주장하였다가 결국은 폐기된 법률안의 제안이유 중 일부이다.

최근 잇따른 아동·청소년 대상 성폭력 범죄가 발생하면서 국민적 인내심은 극에 달하고 있고 국가차원의 확실한 대책이 요구되고 있는 상황인데, 국회에서 약물을 이용한 성충동 억제에 관한 법률이 통과되었지만, 약물치료가 갖고 있는 약물내성과 부작용, 치료단절에 따른 강한 충동력 발생 등 여러 가지 문제점이 지적되고 있는 만큼 근본적인 처방이 될 수 없다.

국회는 국가차원의 확실한 대책과 특단의 대책을 마련하고 있다고 얘기한다. 하지만 약물치료가 갖고 있는 약물내성과 부작용, 치료단절에 따른 강한 충동력 발생 등 여러 가지 문제점이 지적되어 근본적인 처방이 될 수 없다고도 스스로 자인하고 있는 모순을 보여주고 있다. 그러면서 성충동약물치료법이 시행되기도 전에 훨씬 인권침해적인 요소를 가지고 있는 외과적 치료라는 카드를 들고 나왔다. 성범죄에 대한 근본적인 처방이 될 수 없는 성충동약물치료법을 통과시켰던 동료의원들을 비웃기라도 하듯이 말이다. 문제는 여기서 그치지 않는다. 보다 더 심각한 문제는 이러한 입법의 형태가 사라지지 않고 앞으로도 지속될 것이라는 깊은 우려에 있다. 국가가 국민에게 행사할 수 있는 가장 강력한 권한이라고 할 수 있는 형사제재는 다른 어떠한 조치보다도 신중에 신중을 기하여야만 한다. ‘가장 확실한 대책’을 마련하기에 앞서 ‘가장 신중한 대책’이 전제되어야만 그 형사제재의 정당성과 효율성을 배가시킬 수 있다. 이러한 점에서 성충동 약물치료제도에 대해서도 다각적인 관점에서의 재검토가 요구된다고 하겠다. 제정된 법률은 항상 개정의 대상이 되기 마련이고, 개정의 폭은 동 법률이 인권침해적인 요소를 내포하는 정도에 상응하는 만큼, 성충동약물치료법은 대폭적인 개정의 대상으로서 지속적인 검토를 하여야 할 것이다.

참고문헌

- 강은영 · 황만성, 「상습적 성폭력범죄자 거세법에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 2010. 12.
- 김종구, “최근 성범죄 관련 법률의 입법 과정의 문제점”, 법학논총 제34권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2010. 12.
- 김태명, “성폭력범죄의 실태와 대책에 대한 비판적 고찰”, 형사정책연구 제22권 제3호, 한국형사정책연구원, 2011. 9.
- 김현우 · 임유석, “성폭력범죄자에 대한 성충동 약물치료의 문제점 및 개선방안”, 사 회과학연구 제18권 제2호, 동국대학교 사회과학연구원, 2011. 8.
- 김혜정, “성폭력범죄자 출소 후 감독제도 효율화 방안”, 형사정책연구 제19권 제2호, 한국형사정책연구원, 2008. 6.
- 김희균, “상습적 아동 성폭력범에 대한 화학적 거세도입 가능성에 대한 연구”, 형사 법연구 제21권 제4호, 한국형사법학회, 2009. 12.
- 류병관, “성충동약물치료법에 관한 비교법적 고찰”, 법학논총 제32권 제2호, 전남대 학교 법학연구소, 2012. 8.
- 문수진, “미성년자 대상 성범죄자의 화학적 거세에 대한 임상적 고찰”, 대한정신약 물학회지 제22권 제3호, 대한정신약물학회, 2011. 7.
- 박봉진, “성폭력범죄자의 성충동약물치료에 관한 법률의 헌법적 · 형사정책적 검 토”, 법학연구 제47호, 한국법학회, 2012. 8.
- 박상기, “소위 화학적 거세와 성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률의 문제 점”, 형사정책연구 제21권 제3호, 한국형사정책연구원, 2010. 9.
- 박상열, “성범죄자처우의 새로운 동향과 그 과제”, 형사법의 신동향 제24호, 대검찰 청, 2010. 2.
- 박찬걸, “아동대상 강력범죄 방지를 위한 최근의 입법에 대한 검토”, 소년보호연구 제14호, 한국소년정책학회, 2010. 6.
- 박찬걸, “전자감시제도의 소급적용에 관한 비판적 검토”, 「교정학 반세기」, 한국 교정학회, 2010. 9.

- 박찬걸, “특정 성범죄자의 신상정보 활용제도의 문제점과 개선방안 -성범죄자 등록·고지·공개제도를 중심으로-”, 법학논총 제27집 제4호, 한양대학교 법학 연구소, 2010. 12.
- 박찬걸·송주영, “성충동 약물치료제도 도입의 문제점과 개선방안”, 형사정책 제23권 제1호, 한국형사정책학회, 2011. 6.
- 박찬걸, “장애인 대상 성폭력범죄에 관한 최근의 입법과 합리적 대처방안 -일명 ‘도가니법’에 대한 비판적 검토를 중심으로-”, 형사정책 제23권 제2호, 한국 형사정책학회, 2011. 12.
- 박찬걸, “공소시효의 정지·연장·배제에 관한 최근의 논의”, 형사법의 신동향 제34호, 대검찰청, 2012. 3.
- 선종수, “성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률에 대한 비판적 검토”, 법학논총 제23권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2011. 2.
- 설민수, “아동 대상 성폭력범죄자에 대한 성충동약물치료의 실효성과 합헌성 그리고 그 한계”, 법조 제59권 제10호, 법조협회, 2010. 10.
- 신동일, “성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률의 평가”, 형사정책 제23권 제1호, 한국형사정책학회, 2011. 6.
- 오삼광, “성충동 약물치료제도의 발전방안에 관한 연구”, 일감법학 제21호, 건국대학교 법학연구소, 2012. 2.
- 이덕인, “강벌주의 형사제재에 대한 비판적 고찰 -성범죄 처벌과 재범방지정책을 중심으로-”, 형사법연구 제23권 제3호, 한국형사법학회, 2011. 9.
- 이동명·박현정, “상습적 성범죄자처우에 관한 고찰 -성충동 약물치료명령을 중심으로-”, 법학연구 제42호, 한국법학회, 2011. 5.
- 이보영, “성폭력범죄자의 성충동약물 치료에 관한 법률의 정당성 및 실효성 검토”, 외법논집 제35권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011. 11.
- 이현정·박병주, “재범방지대책에 대한 비판적 검토 -성폭력범죄를 중심으로-”, 한국경찰학회보 제14권 제3호, 한국경찰학회, 2012. 6.
- 이호중, “아동성폭력 재범방지정책의 인권법적 쟁점”, 아동성폭력 재범방지정책과 인권토론회 자료집, 2010. 7.

- 정재준, “물리적 거세법안의 의료법적 성격과 한계 -미국(텍사스주)의 물리적 거세법을 참고하여-”, 한국의료법학회지 제20권 제1호, 한국의료법학회, 2012. 6.
- 정한기, “성충동약물치료에 관한 헌법적 연구”, 가천법학 제5권 제3호, 가천대학교 법학연구소, 2012. 11.
- 조성자, “성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률의 쟁점에 대한 검토 -미국 성충동약물치료 주법 규정과의 비교를 중심으로-”, 강원법학 제36권, 강원대학교 비교법학연구소, 2012. 6.
- 조은경, “아동 대상 성범죄자의 재범 억제를 위한 화학적 거세 법안 제정에 대한 소고”, 상습적 아동 성폭력범죄의 예방 및 치료에 관한 법률안에 대한 공청회, 국회법제사법위원회, 2009.
- 조준현, “독일형법에 있어서 성범죄 규제의 변화와 의미”, 정성진박사 고회기념논문집, 2010.
- 조철옥, “아동 성폭력 범죄자의 화학적 거세에 관한 고찰”, 치안정책연구 제24권 제2호, 치안정책연구소, 2010. 12.
- 차승현, “생명의료윤리 관점에서 소아기호중 상습성폭력범에 대한 성충동 약물치료의 정당성 논의 -성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률 주요 쟁점-”, 생명윤리정책연구 제4권 제2호, 생명의료법연구소, 2010. 12.
- 표창원, “아동성범죄 방지를 위한 형사정책적 대안 모색”, 형사정책 제21권 제2호, 한국형사정책학회, 2009. 12.
- 한상훈, “상습적 아동 성폭력범죄의 예방 및 치료에 관한 법률안 토론편”, 상습적 아동 성폭력범죄의 예방 및 치료에 관한 법률안에 대한 공청회, 국회법제사법위원회, 2009.
- 한상훈, “성범죄자에 대한 화학적 거세와 치료감호의 필요성 검토”, 한국형사법학회 2010년도 하계학술대회 자료집, 2010. 6.
- 허경미, “성범죄자에 대한 약물치료명령에 관한 연구”, 교정연구 제49호, 한국교정학회, 2010. 12.
- 허경미, “성도착사범 처벌의 한계에 관한 연구”, 한국공안행정학회보 제20권 제1호,

- 한국공안행정학회, 2011. 3.
- 허순철, “성충동 약물치료의 헌법적 쟁점”, 토지공법연구 제57호, 한국토지공법학회, 2012. 5.
- 황만성, “성폭력범죄자에 대한 형사제재의 최근 경향과 쟁점”, 한양법학 제22권 제2집, 한양법학회, 2011. 5.
- 황성기 · 이정훈 · 홍승희, 「상습적 아동 성폭력범죄의 예방 및 치료에 관한 법률」 입법방안연구, 박민식의원실, 2008.
- 황성기, “상습적 성범죄 예방수단으로서의 거세에 관한 헌법적 고찰”, 공법학연구 제9권 제3호, 한국비교공법학회, 2008. 8.
- 황일호, “성충동 약물치료의 재범억지 효과성에 관한 연구”, 교정연구 제56호, 한국교정학회, 2012. 9.
- Avital Stadler, California Injects New Life into an Old Idea: Taking a Shot at Recidivism, Chemical Castration and the Constitution, 46 Emory L.J. 1997.
- Druhm, K. “A welcome return to Draconia: California Penal Law 645, the castration of sex offenders and the constitution”Albany Law Review, 61, 1998.
- Maletzky, B. and Gary, F. "The biological treatment of dangerous sexual offenders:: A review and preliminary report of the Oregon pilot depo-Provera program"Aggression and Violent Behavior, 2003.
- Patricia Tjaden & Nancy Thoennes, U.S. Dep't of Justice, Extent, Nature And Consequences of Rape Victimization: Findings from The National Violence Against Women Survey 36 fig.14, 23 fig.25, 2006.
- Scott, C. and Holmberg, T, “Castration of Sex Offenders : Prisoners' Rights Versus Public Safety”, The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law, 31, 2003.
- Spalding, L. “Florida's 1997 Chemical Castration Law: a Return to the dark age”, Florida State University Law Review, 1998.

Implementation of medication for treatment of sexual impulse

Park Chan-Keol*

The Act on medication for treatment of sexual impulse is intended to implement medication for treatment of sexual impulse of the sexual deviant aged 19 or older who committed sexual assault to the person and still has the risk of committing sexual assault again so as to prevent them from recommitting the sexual violence as well as promoting the rehabilitation(Article 1). However a complete abolition of this law seems to be unachievable under current circumstance and thus it would be more rational to identify the problems and come up with the improvement, instead of opposing the introduction.

Criminal Department 12 of Daejeon District Court (Associate Judge Ahn, Byung-wook) decided on Feb 8, 2013 to appeal the unconstitutionality of an act against the law on medication for treatment of sexual impulse. This appeal seemed to have pointed out the problem with compulsory execution by court's order without consent by the criminal, which was in accordance with the Article 4-1 (request for treatment order) and Article 8-1 (judgment of treatment order) Thus, further judgment and execution of medication for treatment of sexual impulse would be inevitably suspended.

Now the comprehensive review is made to medication for sexual impulse and legal features of surgical treatment and the objects of medication and the side effects (II), which is followed by three types of medication for sexual impulse stipulated in the act on medication for treatment of sexual impulse, which include forcibleness, interrelation with psychotherapy, time for judgment of potential recurrence, treatment order to insane person and other medication for treatment

* Assistant Professor, Catholic University of Daegu, Ph.D. in Law.

of sexual impulse according to the Article 8 (III), voluntary consent, requirements for conditional release, dual punishment, retroactive application and cost and other medication for treatment of sexual impulse according to the Article 22 (IV) And finally, evaluation of Korea's criminal law legislation system is made (V).

❖ Key words : medication for treatment of sexual impulse, sexual assault, surgical treatment, retroactive application, voluntary consent