

성충동 약물치료법의 위험성 : ‘동의’에 의한 약물치료는 합헌인가*

정 지 훈**

국 | 문 | 요 | 약

그 동안 성충동 약물치료법에 대한 논쟁은 주로 대상자의 동의에 집중되어 왔다. 동의를 둘러싼 문제제기는 두 가지 측면으로 나누어 볼 수 있다. 검사의 청구와 법원의 판결에 의한 성충동 약물치료명령의 경우에는 동의를 요건으로 삼고 있지 않기 때문에 약물치료라는 신체침습적 수단이 자기결정권이나 신체불훼손권 등의 기본권을 침해한다는 주장과, 수형자를 대상으로 하는 사후적 약물치료결정 절차에서 수형자의 동의를 받도록 규정하고 있지만 이러한 약물치료가 가석방과 연계된 만큼 자발적인 동의로 보기 어렵다는 지적이 여기에 해당한다. 이러한 비판들은 대상자의 동의에 의하지 않는 약물치료의 위험성을 지적하고 있다는 점에서 이른바 ‘비동의의 위험론’으로 범주화할 수 있으며, 이러한 주장은 성충동 약물치료 제도를 존·폐론의 차원에서 다루는 형태가 아니라 헌법적으로 정당화되기 위해서는 대상자의 동의라는 요건이 필요하다는 개선론으로 개진되어 왔다.

하지만 이 글은 대상자의 동의 여부에 집중되었던 약물치료의 정당성에 관한 논의상황을 보다 본질적인 정당화 요건의 결여에 관한 문제제기로 전환하고자 한다. 첫 번째는 성충동 약물치료가 형사제재인 보안처분에 해당하는 만큼 대상자의 동의가 곧바로 과잉금지원칙 위반으로 직결된다고 볼 것이 아니라, 피고사건에 대한 형벌선고와 동시에 재범의 위험성을 판단하는 구조가 ‘재범의 위험성이 없으면 보안처분은 없다’는 죄형법정주의의 보안처분적 요청에 합치될 수 없다는 점이다. 형벌이나 치료감호와 함께 보안처분을 선고한 시점과 해당 처분이 실제로 집행시작되는 시기 사이의 시간적 간극과 집행효과를 고려해야만 한다. 이로 인해 부과거였던 재범의 위험성이 변화될 수밖에 없음에도 불구하고 일률적으로 과거인 선고시점에서의 판단으로만 보안처분을 부과하도록 규정하고 있다. 이러한 가변적·개별적 위험성 판단의 필요성은 대법원에서도 인정하고 있으며 헌법재판소 역시 최근 2015년 12월에 위와 같은 이유로 헌법불합치 결정을 도출한 바 있다.

두 번째는 사후적 약물치료결정의 경우 대상자의 자발적 동의가 있더라도 현행법의 청구요건이 논리적으로 모순되게 규정되어 있어 이러한 절차에 따라 수형자에게 성충동 약물치료를 청구 및 선고할 경우 헌법에 합치될 수 없다는 점이다. 또한 가석방심사위원회 역시 약물치료결정이

* 이 연구논문은 글쓴이의 박사학위논문에서 필요한 부분을 발췌하여 다듬고 새로운 내용을 보태어 고쳐 쓴 것임을 밝힙니다.

** 성균관대학교 법학연구소 선임연구원, 법학박사.

내려졌다는 사실을 이유로 가석방을 허용해서도 안된다. 사후적 약물치료결정은 그 청구대상자를 재범의 위험성이 없다고 판단되어 가석방 요건을 충족하는 자로 규정해 놓고 있기 때문에 이러한 자가 아무리 진정성 있는 동의를 하였다 하더라도 보안처분을 청구 및 부과하는 것은 허용될 수 없기 때문이다. 따라서 이제부터라도 대상자의 비동의와 위험성을 직결시키는 관성적인 시각에서 벗어나 성충동 약물치료가 현행 보안처분체계 내에서 존립할 만한 규범적·합목적적 정당성을 인정받을 수 있는 제도인지에 대한 근본적인 문제의식이 제기되어야 할 것이다.

❖ 주제어: 보안처분, 성충동 약물치료, 재범의 위험성, 과잉금지원칙

I. 시작하는 글

‘성도착자’와 ‘화학적 거세’라는 상징적 의미를 가지고 있는 「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률」(이하 ‘성충동 약물치료법’)이 시행된 지 5년이 되어 간다. 2008년 ‘상습적 아동 성폭력범의 예방 및 치료에 관한 법률안’(의안번호 제1800877호)이라는 이름으로 발의된 지 2년 가까이 법제사법위원회에 갇혀있던 화학적 거세법¹⁾은 2010년 2월과 6월에 연달아 언론에 보도된 아동·청소년에 대한 성폭력 사건과 이에 반응하는 여론의 추동력을 받아 — 법률제정이 합의된 상태²⁾에서 법률안의 내용을 심사하는 방식으로 — 6월 29일 하루 만에 전격적으로 소관 상임위원회를 통과함은 물론 본회의에서 수정가결까지 될 수 있었다.

성도착증 환자에게 직접 약물을 투여하고 심리치료를 부과하여 도착적인 성기능을 일정기간 동안 약화 또는 정상화한다는 강렬한 수단을 이렇게 급하게 도입하였지만 성충동 약물치료에 관한 언론 기사를 제외하면 2011년 시행 이후 지금까지 집행현황에 대한 공간(公刊)된 통계 하나 마련되어 있지 않다.³⁾ 학계의 논의 상황 역시 법률의 도입 및 시행 이전과 직후에만 비슷한 취지의 위헌성 논란이 산개하였을 뿐 별다른 진전이 보이지 않는다. 특히 성충동 약물치료법⁴⁾에 관한 논의의 중심에

- 1) 동법률안에서는 제2조 이하에서 그 대상자에게 적용되는 수단을 ‘화학적 거세치료요법’이라고 명시해 놓고 있다. ‘화학적 거세’라는 용어를 선택한 이유가 위하적 일반예방 효과를 겨냥하는데 있음을 법률안의 대표발의자였던 박민식 의원도 인정한 바 있다(“제가 발의자이기 때문에 변명 겸 해서, 우선 용어의 문제는 많은 분들이 이 화학적 거세, 사실 정식 명칭은 아닙니다마는 이 거세에 지나치게 방점을 두고 있다, 그 용어가 가지고 있는 아주 거친 또 임팩트(impact)가 있는 이런 것 때문에 우선 거부반응을 느끼는 것 같습니다. … (중략) … 다만 법률가 입장에서 보면 범죄를 예방하는 방법 중에 일반 예방효과라고 합니까? 그런 것 중에 위하력이라는 게 있지 않습니까? 그런 측면에서 보면 이 용어가 가지고 있는 상징성이 있다, 그래서 한번 그 부분은 좀 더 여러 가지를 비교형량할 필요가 있다고 저는 봅니다.”. 이상의 내용은 제18대 국회, “제284회 제11차 법제사법위원회 공청회 회의록”, 국회사무처, 2009. 11. 19, 14면).
- 2) “이 법을 사실은 오늘 통과시키기로 여야 간에 합의가 됐기 때문에”라는 발언은 제18대 국회 법제사법위원회, “제6차 전체회의 회의록”, 국회사무처, 2010. 6. 29, 9면(위원장 우윤근 의원의 발언).
- 3) 법무연수원에서 발간하는 「범죄백서」를 보면 다른 보안처분과 달리 제도의 내용에 대한 간략한 소개만이 있을 뿐 어떠한 집행현황도 담겨 있지 않다.
- 4) 한편 법률명에서 내세우고 있는 ‘성충동 약물치료’(및 법제처에서 약칭으로 사용하는 ‘성충동 약물치료법’)라는 명칭은 동법의 수단을 나타내는 정확한 용어가 아님에도 불구하고 그 상징적 의미에 집착한 결과로 보인다. 입법자는 약물치료가 일시적인 효과만을 갖는 보조수단에 불과하여 자발적

는 대상자의 동의가 놓여 있다. 피치료자의 동의에 의하지 않거나(제4조 이하) 사실상 강요된 동의에 의한(제22조 이하) 약물치료는 신체불쾌손권이나 자기결정권과 같은 기본권에 대한 중대한 침해에 해당한다는 것이다. 이를 반대로 읽어내면 대상자의 진정성 있는 동의가 있으면 성충동 약물치료는 헌법적으로 정당화될 수 있다는, 즉 동의를 약물치료의 정당화 요건으로 삼고 있음을 알 수 있다. 반면 집행주체인 법무부를 비롯하여 대법원과 헌법재판소는 성충동 약물치료가 형사제재인 이상 대상자의 동의가 반드시 요건화 되어야 할 필요가 없다는 입장이다.

학계와 법실무가 평행선을 달리는 불일치를 보여오는 동안 성충동 약물치료법의 헌법적 정당성 문제는 교착상태에 빠져들었고 그 결과 동법은 규범적·합목적적 근거에 대한 심도 있는 검토가 더 이상 진행되지 않은 채 오히려 적용범위를 넓혀 오늘날까지 이어지고 있다.⁵⁾ 하지만 이 글은 대상자의 동의 여부가 성충동 약물치료의 위헌 여부를 판단하는 본질적인 기준이라고 보지 않는다. 오히려 동의와 위헌성 판단에만 우리의 시선을 고정시킴으로써 동 제도에 내재되어 있는 근본적인 결함이 전면에서 드러나지 못하고 있는 상황이다. 따라서 아래에서는 대상자의 동의가 문제되는 두 가지 유형, 즉 판결에 의한 성충동 약물치료명령과 결정에 의해 수형자에게 청구하는 성충동 약물치료의 절차와 내용을 살펴보면서 대상자의 동의가 갖는 의미와 한계, 그리고 그 너머에 어떠한 위헌성이 존재하고 있는지를 논증해 보고자 한다.

의사에 기한 성충동 조절이 가능하기 위해서는 반드시 왜곡된 성충동 등을 바로잡는 심리치료를 하면서 필요한 경우 약물치료를 병행하는 경우에만 가능하다는 점을 분명히 인식하고 제2조 제3호는 물론이고 제14조에도 약물 투여와 함께 심리치료를 명문화해 놓았다. 즉 ‘성충동 치료 = 심리치료 + 약물치료’라고 스스로 규정짓고 있음에도 불구하고 제2조 제3호에서 이를 ‘약물치료’라는 부분요소로 전체를 표기함으로써 개념적인 오류를 범하고 있을 뿐만 아니라 법률명목까지 앞세우고 있는 것이다. 다만 이 글에서는 현행 법률과 판례를 비롯하여 선행연구 대부분에서 ‘성충동 약물치료’라는 용어를 사용하고 있다는 점을 감안하여 이러한 용례를 따르도록 하겠다.

- 5) 성충동 약물치료법은 시행된 지 1년도 안된 2012년 12월 18일에 또 다시 개정되어 동법의 대상자를 종래의 ‘16세 미만의 사람’에게 성폭력범죄를 저지른 성도착증 환자에서 ‘모든’ 연령의 사람에게 성폭력범죄를 범한 성도착증 환자로 확대하였고(법률 제11557호), 2016년 1월 19일의 개정을 통해 동법 제2조 제2호의 ‘성폭력범죄’의 범위를 유사강간죄까지 넓혔다(법률 제13766호).

II. 판결에 의한 성충동 약물치료명령과 위험성 판단시기

1. 이른바 ‘비동의 위헌론’의 주장과 한계

가. 성충동 약물치료의 부과 절차

성충동 약물치료명령을 부과하기 위한 검사의 청구와 법원의 판결 절차는 다른 비구금형 보안처분과 다르지 않다. 검사는 동법 제2조 제2호의 성폭력범죄를 저지른 자로서 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 19세 이상의 사람에 대하여 약물치료명령을 법원에 청구할 수 있다(제4조 제1항). 이 때 검사는 치료명령 청구대상자에 대하여 정신건강의학과 전문의의 진단이나 감정을 받은 후에 치료명령을 청구해야만 하고(동조 제2항), 필요하다고 인정한 때에는 치료명령 피청구자의 주거지 등을 관할하는 보호관찰소의 장에게 재범의 위험성 등에 대한 조사를 요청할 수 있다(제5조). 성도착증 확인이나 치료의 효용성 여부, 치료기간(규칙 제2조)에 대해서는 반드시 확인하도록 규정하고 있지만, 재범의 위험성에 대한 조사는 임의적인 절차로 두고 있는 것이다.

법원은 검사가 제출한 진단 또는 감정의견만으로 성도착증 여부를 판단하기 어려울 때에는 다른 정신건강의학과 전문의에게 다시 진단 또는 감정을 명할 수 있다(법 제9조). 또한 위와 같은 검사의 청구가 없더라도 법원은 피고사건의 심리결과 치료명령을 할 필요가 있다고 인정하는 때에는 검사에게 치료명령의 청구를 요구할 수 있다(제4조 제4항). 성충동 약물치료명령은 법원이 검사의 치료명령 청구가 이유 있다고 인정되고 피고사건에 대하여 ‘금고 이상의’ 실형 또는 치료감호를 선고하면서 15년의 범위에서 치료기간을 정하여 판결로 선고한다(제8조 제1항).

나. ‘비동의 위헌론’의 내용과 개정론

위에서 간략히 살펴본 바와 같이 법원의 판결에 의해 성충동 약물치료가 부과되는 과정에서 피치료자의 동의는 전혀 필요하지 않다. 이는 성충동 약물치료법의 모태인 2008년 ‘상습적 아동 성폭력범의 예방 및 치료에 관한 법률안’(의안번호 제180877호)에서 화학적 거세를 청구하기 위해서는 반드시 대상자에게 치료의 내용

이나 부작용 등을 설명하고 동의를 얻는 경우에만 가능하도록 했었는데,⁶⁾ 심의과정을 거쳐 법원의 판결로 약물치료를 부과하도록 입법되면서 달라진 것이다.⁷⁾ 또한 피고인과 달리 성충동 약물치료법 제22조에서는 검사가 성폭력범죄를 저지른 수형자에게 약물치료를 청구하기 위해서는 2번에 걸쳐 치료내용과 절차 등을 설명하고 동의를 얻는 절차를 거치도록 하고 있는 것과도 차이가 있다.

이로 인해 성충동 약물치료법 시행 이후 이를 대상으로 삼거나 언급하고 있는 거의 대부분의 선행연구에서 신체에 직접적인 침습을 가하고 있는 약물투여를 수단으로 하고 있음에도 불구하고 피치료자의 어떠한 동의도 없이 검사의 청구와 법원의 판단만으로 약물치료를 부과하도록 규정하고 있는 제8조를 위헌성 논란의 중심에 올려놓고 있는 상황이다.⁸⁾ 피치료자의 동의 없이 판결로 부과되는 약물치료가 위헌

6) 제9조(화학적 거세 치료의 동의) ① 화학적 거세 치료 대상자로부터 화학적 거세 치료요법에 관한 동의를 받고자 하는 경우에는 사전에 화학적 거세 치료요법의 근거, 중요성, 부작용 등에 관하여 충분히 설명하여야 한다.

② 검사는 화학적 거세 치료 대상자가 화학적 거세 치료의 근거, 중요성 및 부작용 등에 관한 이해 및 판단 능력이 부족하거나 없는 경우 화학적 거세 치료 청구를 할 수 없다.

7) 법제사법위원회, “상습적 아동 성폭력범의 예방 및 치료에 관한 법률안 심사보고서”, 2010. 6. 29, 5, 6면에서는 “자기결정권” 및 “신체를 훼손당하지 아니할 권리”의 침해 여부를 검토하면서 대상자의 자발적 동의를 요건으로 하고 있으므로 헌법적으로 문제되지 않는다고 하면서도, 수정내용과 이유를 설명하고 있는 18면에서 “약물치료를 대상자의 동의를 받도록 하는 것은 이 법의 실효성에 문제가 있을 수 있으므로 삭제함”이라고만 쓰여져 있다.

8) 예컨대 강은영·황만성, 「상습적 성폭력범죄자 거세법에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 2010, 92면에서 95면; 김희균, “상습적 아동 성폭력범에 대한 화학적 거세 도입 가능성에 대한 연구”, 「형사법연구」 제21권 제4호, 한국형사법학회, 2009, 281면; 박봉진, “성폭력범죄자의 성충동약물치료에 관한 법률의 헌법적·형사정책적 검토”, 「법학연구」 제47집, 한국법학회, 2012, 187면; 박찬걸·송주영, “성충동 약물치료제도 도입의 문제점과 개선방안”, 「형사정책」 제23권 제1호, 한국형사정책학회, 2011, 237면과 238면; 선중수, “성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률에 대한 비판적 검토”, 「법학논총」 제23권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2011, 80면과 81면; 신동일, “성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률의 평가”, 「형사정책」 제23권 제1호, 한국형사정책학회, 2011, 265면; 오삼광, “성충동 약물치료제도의 발전방안에 관한 연구”, 「일감법학」 제21호, 건국대학교 법학연구소, 2012, 535면; 이보영·홍기원, “성폭력범죄자의 성충동약물 치료에 관한 법률의 정당성 및 실효성 검토”, 「외법논집」 제35권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011, 222면; 이상경, “성폭력범죄자에 대한 성충동 약물치료처분의 헌법적 조망”, 「헌법판례연구」 제11호, 한국헌법판례연구회, 2010, 113면에서 115면; 이현정·박병주, “재범방지대책에 대한 비판적 검토 — 성폭력범죄를 중심으로 —”, 「한국경찰학회보」 제34권, 한국경찰학회, 2012, 174면; 허순철, “성충동 약물치료의 헌법적 쟁점”, 「토지공법연구」 제57집, 한국토지공법학회, 2012, 420면; 황성기, “상습적 성범죄 예방수단으로서의 거세에 관한 헌법적 고찰”, 「공법학연구」 제9권 제3호, 한국비교공법학회, 2008, 134면과 135면 등.

이라는 주장들(이하 ‘비동의 위헌론’⁹⁾)의 내용은 두 가지 기본권의 침해문제로 정리할 수 있다. 첫 번째는 치료명령의 집행은 약물을 주입하여 그의 생식능력을 저하시키고 그 외에 여러 가지 부작용을 초래할 수 있다는 점에서 이는 ‘인신을 훼손당하지 않을 권리’(혹은 신체불훼손권¹⁰⁾)를 제한하며, 두 번째는 피치로자가 치료를 받을 것인지 여부를 선택할 수 없으므로 ‘자기결정권’을 제약하는데, 위 두 가지 기본권을 제한함에 있어 수단의 적절성이나 침해의 최소성, 법익의 균형성을 충족하지 못하여 과잉금지원칙에 반하므로 위헌이라는 것이다. 지난 2013년 대전지방법원이 직권으로 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청한 이유도 대상자의 동의가 없는데도 불구하고 성충동 약물치료를 강제적으로 부과할 수 있도록 한 것은 과잉금지원칙에 위반하여 헌법상 신체를 훼손당하지 않을 자유와 자기결정권, 인격권을 침해한다고 판단하였다는 점에 있었다.¹¹⁾

이러한 문제의식은 단순히 위헌론에만 머물지 않고 개정론으로 나타나고 있다.

- 9) 한편 심사의견1에서 지적하고 있는 바와 같이 위의 선행연구들에서 성충동 약물치료법의 위헌성을 비판하는 부분이 비동의에만 국한되어 있는 것은 아니다. 하지만 위의 주장들 모두에서 공통적으로 대상자의 동의 없음을 위헌성 논거 중의 하나로 들고 있다는 점에서 이들을 ‘비동의 위헌론’으로만 협소하게 명명하는 것은 바람직하지 않지만, 논의의 선명성을 위해 범주화 혹은 진영화하는 것은 가능하다고 생각한다. 이 자리를 빌어 본 논문의 고민을 뛰어넘는 깊은 성찰과 섬세함을 보여준 심사자1에게 존경과 감사하다는 말씀을 드리고 싶다.
- 10) 한편 헌법재판소는 “헌법 제12조가 규정한 신체의 자유는 적법절차에 의하지 않고는 국가의 공권력으로부터 ‘신체적 완전성’과 ‘신체활동의 임의성’을 제한당하지 않을 권리를 의미하는 것”이라고 보고(2004. 8. 26. 2003헌마457), 2015년 헌법불합치 결정에서도 성충동 약물치료를 제한받는 기본권을 “신체의 완전성이 훼손당하지 아니할 자유를 포함하는 헌법 제12조의 신체의 자유”로 파악하고 있다(2015. 12. 23. 2013헌가9). 하지만 이는 개념상 정확하다고 보기 어렵다. ‘인신을 훼손당하지 않을 권리’란 인간으로서 존엄과 가치를 가지고 행복을 추구하기 위해서는 신체에 손상을 입거나 훼손당하지 않는 것은 물론이고 정신의 온전함도 보장되어야 하는 상태, 즉 생체학적 건강 및 정신적 의미의 건강을 포괄하는 기본권이므로 이를 신체의 외부적인 활동의 자유를 의미하는 제12조 제1항에 포함되는 것으로 볼 수 없기 때문이다(이러한 설명은 정종섭, 「헌법학원론」(제4판), 박영사, 2009, 489면과 이준일, “보안처분의 확대를 통한 형벌의 강화와 범죄에 대한 국가책임의 회피”, 「헌법학연구」 제21권 제3호, 한국헌법학회, 2015, 276면. 이 밖에 신체불훼손권을 신체의 자유와 구분하여 ‘신체를 훼손당하지 않을 권리’로 설명하고 있는 권영성, 「헌법학원론」(신판), 법문사, 1997, 373면과 ‘신체불가침권’으로 구분하고 있는 한수웅, 「헌법학」(제5판), 법문사, 2015, 612면을 들 수 있다). 따라서 신체불훼손권은 헌법상 명문의 근거는 없지만, 인간의 존엄성을 규정하고 있는 제10조와 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리도 경시되지 않는다는 제37조 제1항을 직접적인 근거규정으로 보아야 한다(권영성, 위의 책, 373면; 이준일, 위의 논문, 276면; 정종섭, 위의 책, 490면).

- 11) 대전지법 2013. 2. 8. 자 2012고합512, 2012감고17, 2012치고1 결정.

국가인권위원회는 이미 동법이 시행되기 전인 2011년 2월에 약물치료명령을 할 때 당사자의 동의를 요건으로 명시하도록 개정을 권고한 바 있다.¹²⁾ 또한 2013년 4월에 발의되어 현재 법제사법위원회에 심사가 계류 중인 ‘성충동 약물치료법 일부개정법률안’(의안번호 제1903317호)에서도 검사가 약물치료명령을 청구할 때 반드시 약물치료의 내용이나 방법, 부작용 등을 충분히 설명한 후 피청구자 또는 그 법정대리인으로부터 동의를 받도록 할 것 등을 내용으로 하고 있다.¹³⁾

다. 형사제재와 대상자의 동의

1) 성충동 약물치료의 법적 성격

비동의의 위헌론과 그에 따른 개정법률안의 타당성을 검증하기 위해서는 우선 성충동 약물치료의 법적 성격을 확인해야 할 필요가 있다. 성충동 약물치료법은 제1조에서 “성폭력범죄를 저지른 성도착증 환자로서 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 사람에 대하여 성충동 약물치료를 실시하여 성폭력범죄의 재범을 방지하고 사회복귀를 촉진하는 것을 목적으로”하고 있음을 밝히고 있다. 또한 동법 제4조 제1항에서도 치료명령 피청구자의 요건으로서 “성폭력범죄를 저지른 성도착증 환자”로 인정되어야 하는 외에 그 자에게 ‘성폭력범죄를 다시 범할 위험성’(동종 재범의 위험성)이 있어야 함을 명시하고 있다.¹⁴⁾ 이와 같이 성충동 약물치료는 재범의 위험성을 근거로 부과되며 이에 따라 치료기간 등이 결정되고 약물치료를 통해

12) 국가인권위원회, “「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률」 개정 권고”, 2011. 2. 18, 4면 (“강제적 약물치료제도는 신체기능 일부를 불능화함으로써 그 대상자의 자기결정권이나 신체를 훼손당하지 아니할 권리를 상당히 제한하는 바, 위와 같이 그 부작용, 재범방지 효과나 제도실시 준비의 미흡 상황 등을 고려할 때 성폭력범죄 재범방지라는 공익적 필요성을 달성하기 위한 필요한 최소한의 조치라고 보기 어렵다. 그렇다면 이와 같은 문제를 해소할 수 있는 장치로서 대상자의 ‘동의’ 요건을 검토할 수 있다. 자유의 제한은 동의에 의해 상쇄될 수 있기 때문이다.”).

13) 문정림 의원이 대표발의한 법률안에 따르면 “검사는 치료명령 피청구자 또는 그 법정대리인으로부터 약물치료에 대한 동의를 받은 후 치료명령을 청구하여야 한다. 이 경우 미리 약물치료의 내용, 방법, 절차, 효과, 부작용 등에 관하여 충분히 설명하여야 한다.”고 하면서(제4조 제3항), 제7조 청구서의 기재사항에도 약물치료에 관한 동의사실을 추가하도록 하는 내용을 담고 있다.

14) 다만 성충동 약물치료법 제4조 제1항에는 “검사는 사람에 대하여 성폭력범죄를 저지른 성도착증 환자로서 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정되는 19세 이상의 사람에 대하여 약물치료 명령을 법원에 청구할 수 있다.”고만 규정하고 있어, 단서범죄와 재범의 위험성이 성도착증으로 인한 것인지가 명시적으로 드러나 있지는 않다.

대상자의 재범방지를 이뤄 사회방위를 달성하고자 하는 형사제재이므로 그 법적 성격이 보안처분에 해당한다.¹⁵⁾ 이는 비동의의 위헌론측에서도 인정하고 있는 바이다.¹⁶⁾

2) 대상자의 비동의와 과잉금지원칙 위반 여부

성충동 약물치료를 형사제재인 보안처분으로 파악하는 이상, 대상자의 동의 여부는 약물치료의 효과와 연계된 문제일 뿐 동의를 요건으로 하고 있지 않다는 것 자체만으로 과잉금지원칙을 위반했다고 보기는 어렵다. 왜냐하면 성충동 약물치료가 ‘형사제재’인 이상 그 청구와 판결의 선고에 있어서 대상자의 동의를 요건으로 삼지 않았다고 해서 곧바로 위헌이라고 볼 수 없기 때문이다.¹⁷⁾ 다시 말해 성충동 약물치료가 피치료자의 동의 없이 집행된다는 부분은 기본권제한 수단으로서의 실효성이나 최소침해성, 법익균형성을 충족하는지에 대한 판단에 의미 있는 기준이 될 수는 있으나, 그렇다고 직선적으로 ‘비동의 = 위헌’으로 연결 짓는 것은 타당하다고 볼 수 없다.

15) 헌법재판소 2015. 12. 23. 2013헌가9. 국가인권위원회, 앞의 결정, 5면과 대법원 2012. 2. 27. 선고 2013도1230, 2013전도252, 2013치도2 판결. 제18대 국회 법제사법위원회, “상습적 아동 성폭력범의 예방 및 치료에 관한 법률안 심사보고서”, 2010. 6. 29, 5면.

16) 다만 비동의의 위헌론을 주장하는 견해 중 박찬걸·송주영, 앞의 논문, 238면과 이현정·박병주, 앞의 논문, 174면에서는 성충동 약물치료의 법적 성격을 보안처분으로 보면서도, 대상자의 동의에 의하지 않는 성충동 약물치료에 의해 신체의 완전성이 침해되므로 ‘신체형’에 해당한다는 설명이 있으나 이러한 서술은 정확하다고 보기 어렵다. 동의 없는 약물치료가 수단의 적절성이나 침해의 최소성 등 과잉금지원칙에 위반된다고 판단하는 것과 법적 성격은 다른 영역의 문제이기 때문이다. 다시 말해 성충동 약물치료는 재범의 위험성에 대응하는 보안처분이라는 점에서 위헌성 여부를 검토하기 위해서는 체계적 지위에 입각하여 헌법적 한계를 벗어나는지를 살펴보아야 하고, 그 결과 과잉금지원칙이나 평등권 등에 위반하여 기본권을 침해한다면 ‘위헌적’ 보안처분으로 보아야 할 뿐이며 실사 그 제한이 침해에 이른다고 하여 그 법적 성격을 신체형에 해당한다고 볼 수 없다. 보안처분에 의한 자유의 박탈이나 제한은 치료나 위험성의 제거를 위한 기반일 뿐 제재 자체가 아니기 때문에, 단순히 외양적으로 드러난 모습을 기준으로 보안처분의 정당성을 논의할 것은 아니라는 지적으로는 Wolfgang Frisch, “Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im Strafrechtlichen Rechtsfolgensystem”, 「Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft」, Vol. 102. Issue. 2, Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH., 1990., S. 357f.

17) 범무연수원, 「범죄백서」, 2012, 511면. 성충동 약물치료의 판결에 있어서 대상자의 동의가 필요 없다는 견해로 이희경, “화학적 거세”에 관한 쟁점과 논의, 「보호관찰」 제12권 제1호, 한국보호관찰학회, 2012, 173면과 허경미, “성범죄자에 대한 약물치료명령에 관한 연구”, 「교정연구」 제49호, 한국교정학회, 2010, 184면; 황일호, “성충동 약물치료의 재범억지 효과성에 관한 연구”, 「교정연구」 제56호, 한국교정학회, 2012, 62면을 들 수 있다.

이는 신체에 직접적인 침해를 가하는 방식으로 집행되는 다른 보안처분을 보아도 알 수 있다. 성충동 약물치료법의 대상자에게도 적용될 수 있는 현행 「치료감호법」에서는 피치료자를 치료감호소에 구금하여 약물치료¹⁸⁾를 실시해왔음은 물론이고 2016년 12월 2일부터 시행될 「치료감호 등에 관한 법률」에서는 치료감호 외에 시설 외 형사제재인 ‘치료명령’을 신설하면서 그 방법으로 강제적 ‘약물투여’를 명시적으로 규정하고 있다(제44조의6 제2항).¹⁹⁾ 하지만 이러한 치료적 수단에 대해 대상자의 동의 없이 보안처분을 부과한다는 이유로 위헌성 논란이 벌어지지는 않고 있다. 뿐만 아니라 성충동 약물치료법 제25조에서는 치료감호심의위원회가 치료감호의 집행 중 가중료 또는 치료위탁되는 피치료감호자나 보호감호의 집행 중 가출소되는 피보호감호자에 대하여 보호관찰 기간의 범위에서 약물치료명령을 부과할 수 있다. 그렇지만 이와 같이 법원도 아닌 행정기관이 강제적으로 약물치료명령을 결정 및 부과할 수 있는 경우에 대해서는 비동의 위헌론 측에서 동의가 결여되어 있다는 이유로 위헌에 해당한다는 비판을 찾아 볼 수 없는 상황이다.²⁰⁾

헌법재판소 역시 성충동 약물치료가 신체 기능의 일부를 치료 기간 동안 불능화하는 조치라고 하더라도 그것이 재범의 위험성을 근거로 사회방위를 위해 부과되는 형사제재인 이상 피치료자의 동의 여부는 ‘치료효과’와 관련된 문제이지 동의를 요건으로 하지 않았다고 해서 곧바로 헌법 위배적인 과도한 제한이라고 판단할 것은

18) 범죄예방정책국 홈페이지(<http://www.cppb.go.k>)를 보면, 치료감호의 치료활동에 “정신과적 치료 방법으로 담당의사의 치료계획에 따른 정신요법, 약물요법, 환경요법”을 명시하고 있다. 특히 법무부는 2008년 「치료감호법」의 개정으로 정신성적 장애인이 대상자로 추가되면서 2009년 1월 공주 치료감호소 일부 시설을 개조해 성폭력범죄자 100명을 수용할 수 있는 인성치료재활센터를 개청했는데, 2009년 5월 4일에 「치료감호법」에 의해 정신성적 장애로 판명된 성폭력범죄자가 처음으로 위의 센터에 입소했으며, 그는 이곳에서 인지행동·약물치료와 함께 직업능력 재활훈련을 받게 된다고 나와 있다(경향신문, “성범죄자 치료감호소 첫 수용”, 2009. 5. 8).

19) 이한성 의원이 대표발의한 ‘치료감호법 일부개정법률안’(의안번호 제1911745호) 제44조의2에는 검사가 피의자의 ‘동의’를 받고 치료받는 것을 조건으로 공소를 제기하지 않을 수 있도록 한 ‘기소유예부 치료명령’을 두었으나, 법안심의과정에서 사법적 통제를 받지 않을 경우 오남용의 문제와 위헌성이 지적되어 삭제된 바 있다(제19대 국회 법제사법소위원회, “제337회 제1차 법안심사 제1소위원회 회의록”, 국회사무처, 2015. 10. 20, 2면에서 9면 참조).

20) 예컨대 박찬걸·송주영, 앞의 논문, 244면과 245면에서는 동법 제25조에 의한 약물치료를 설명하면서 보안처분의 중복부과로 인한 과잉처벌의 문제와 치료감호심의위원회라는 행정기관에 의해 부과된다는 점을 지적하고 있을 뿐이다.

아니라고 밝힌 바 있다.²¹⁾ 더 나아가 「디엔에이신원확인정보의 이용 및 보호에 관한 법률」상 디엔에이감식시료의 채취는 대상자의 구강점막이나 모발, 그 밖의 신체 부분에서 강제로 몸의 일부를 분리함으로써 신체의 완전성을 훼손하는 보안처분이 고(동법 제9조와 시행령 제8조),²²⁾ 이러한 채취가 치료목적이 아니라 순수하게 범죄예방을 목적으로 하는 신체훼손임에도 불구하고 이를 둘러싼 위헌성 논란에서 대상자의 동의 여부가 문제되거나 그에 따른 개정론이 제기되지 않고 있다.²³⁾ 결국 성충동 약물치료가 형사제재라는 점을 고려한다면, 신체기능의 일시적 불능화라는 상징적 제재수단과 침해강도에 몰두한 나머지 이를 피치료자의 동의에 의해 정당화하려는 시도는 측정이 잘못된 조준점이라고 할 수 있다.

라. 동의의 역기능

비동의의 위헌론은 성충동 약물치료법을 개정하여 동의를 요건으로 명문화하자는 주장 또는 개정법률안으로 이어진다. 이러한 개정론은 동의가 요건화 된다면 성충동 약물치료의 강제성으로 인한 위헌문제가 해결될 것이라는 기대와 예상을 내포하고 있다. 또한 형사제재의 선고와 집행에 동의가 필요하지 않지만 ‘기왕이면’ 대상자의 동의에 의한 성충동 약물치료가 더 좋지 않겠냐고(혹은 나쁠 것 없지 않겠냐고) 생각해 볼 수도 있을 것이다. 하지만 성충동 약물치료법에 대한 위헌성 논쟁과

21) 헌법재판소 2015. 12. 23. 2013헌가9(“심판대상조항들은 피치료자의 동의를 성충동 약물치료의 요건으로 하고 있지 아니하다. 그러나 심판대상조항들에 의한 치료명령은 대상자에 대해서는 ‘치료’를 통한 원만한 사회복귀의 목적이 있지만, 사회적인 차원에서는 제법 방지를 통한 사회방위의 목적도 있다. 그런데 치료가 반드시 필요한 경우에도, 자신의 병리적 상태를 인정하지 못하거나 미약한 법준수 의식에 기초하여 제법의 가능성을 개의치 않음에 따라 스스로 치료의 필요성을 인정하지 않는 경우, 막연한 두려움에 기하여 동의를 거부하는 경우가 많을 것을 쉽게 예측할 수 있는바, 치료를 원하는 대상자에 한한 치료만으로는 사회방위의 목적을 충분히 달성할 수 없을 것이다. 따라서 피치료자의 동의에 기초한 성충동 약물치료는 입법목적 달성이라는 측면에서 대안이 된다고 보기 어렵다. 한편 현행 법체계 하에서 이루어지고 있는 다른 보안처분들도 당사자의 동의를 요건으로 하지 않는 점에 비추어 보더라도 ‘동의’를 요하지 않는다는 점이 곧바로 과도한 제한임을 표상하는 것은 아니라고 할 것이다.”).

22) 헌법재판소 2014. 8. 28. 2011헌마28·106·141·156·326, 2013헌마215·360(병합).

23) 위의 결정에서 위헌 여부가 다투어졌던 부분은 신체의 자유, 평등권, 영장주의와 적법절차원칙, 개인정보자기결정권, 소급입법금지원칙이었고, 디엔에이감식시료의 채취가 동의에 의하지 않은다는 점은 문제되지 않았다.

그에 따른 개정방안이 피치료자의 동의 여부에만 함몰될 경우, — 의도한 바는 아니겠지만 — 성충동 약물치료법의 이면에 있는 보다 본질적인 문제점들을 간과하게 만다는 측면이 있을 뿐만 아니라 거꾸로 대상자의 동의를 빌미삼아 제도 자체의 존속론으로 오용 혹은 흡수될 수 있는 위험이 발생하게 된다.

1) 동意的 진정성 문제

당사자의 동의가 법정요건화된다고 해도 진정성 여부는 해결될 수 없다는 점에서 이는 문제의 해결이 아니라 또 다른 시작에 불과하다.²⁴⁾ 예를 들어 현실에서는 형량 감축이나 병과될 수 있는 다른 보안처분의 면제를 목적으로 수사나 기소 전 단계에서 동의하는 등 순수하게 완전한 자발적 동의로 받아들이기 어려운 경우가 비일비재 할텐데, 그렇다고 해서 법원이 대상자의 의사를 심사하거나 이를 방지할 수 있는 실질적인 수단을 마련하기도 어렵다. 반대로 피처분자가 진정한 동의를 부정하거나 검사와 서로 주장이 다르다고 해서 무조건 무효로 돌리기도 어렵다는 점에서 동意的 요건화되더라도 이를 둘러싼 위험적 상태가 고착될 뿐이다.

동意的 자발성 문제 외에도 제2조 제1호에서 “성적 이상 습벽으로 인하여 자신의 행위를 스스로 통제할 수 없다고 판명된 사람”, 즉 약물치료의 대상자로 심신상실자를 포함하고 있는데 이러한 자에게 어떻게 유효한 동의를 받아낼 수 있는지도 의문이다. 법적인 제도 안에서 청구대상자 또는 피처분자의 ‘진심’문제는 그 진정성을 판단하는 기준이 마련되기 어렵고 동意的 변경될 경우 치료를 계속할 것인지의 문제 등 아무리 피치료자 중심으로 절차를 구성한다고 해도 완전히 해결될 수 있는 부분이 아니다. 이론적인 측면에서 보면 동意的에 기반한 형사제재는 이상적인 구상이라고 할 수 있지만, 오히려 현실 속에서 대상자의 동意的는 성충동 약물치료의 위험성 논쟁을 차단하는 방호벽으로 역기능할 가능성이 훨씬 높다할 것이다.

이와 같이 피치료자의 동意的가 있다고 해서 이를 과연 자발적인 것으로 볼 수 있는 것인가에 대한 문제의식은 비동의의 위험론 진영에서도 제기되어 있다. 다만 비판

24) 검사의 청구와 법원의 판결 절차에 대상자의 동의를 필요적 요건으로 명문화한다고 해도 이를 진의에 의한 것인지 강압이나 사술에 의한 것은 아닌지 의문이 있을 수 있으므로 대상자의 동의를 요건으로 하는 개정이 필요하지 않다는 견해로 이회경, 앞의 논문, 173면.

적 시각이 후술하듯이 법원의 판결에 의한 약물치료명령이 아니라 수행자의 동의에 의한 성충동 약물치료(동법 제22조)에만 머물러 있을 뿐이다.²⁵⁾ 즉 비동의 위헌론은 법원의 판결에 의한 약물치료에서는 동의의 필요성을 역설하면서도 법정요건화된 후 발생하게 되는 — 제22조와 마찬가지로 — 진정성 혹은 자발성 문제에 대해서는 침묵하고 있는 것이다.

2) 동의의 이면적 기능

또한 일반예방적 수단으로서의 ‘거세’라는 상징성²⁶⁾을 제외하고는 현행 제도의 흠결이나 공백을 메꿀만한 독자적인 기능이나 영역이 없는 성충동 약물치료제도가 대상자의 동의를 앞세움으로써 폐지론을 희석시키고 자신의 존립과 연명을 꾀할 수 있게 된다. 성충동 약물치료에 의한 남성호르몬의 생성 및 작용의 억제효과는 단지 치료기간 동안에만 발생하므로 약물치료 종료 후에도 재범억제효과를 기대하기 어려워 근본적인 방법으로 볼 수 없으며, 강제추행 등 다른 성폭력범죄로 나아갈 가능성을 차단하기 어렵다. 「치료감호법」과 성충동 약물치료법의 대상자가 중복된다는 사실을 고려한다면, 치료감호에 의할 때 약물치료를 포함한 종래 의학적으로 검증된 치료가 가능할 뿐만 아니라 신체의 완전성 등 기본권을 덜 제한하면서도 보다 전문적이고 체계적인 처우가 가능하다.²⁷⁾ 반면 치료감호를 부과할 수는 없지만 성

25) 예컨대 박상열, 앞의 논문, 165면; 박찬걸·송주영, 앞의 논문, 242면; 허순철, 앞의 논문, 413면.

26) 일례로 성충동 약물치료법의 법안심의를 담당했던 법제사법위원회 소위원장 주성영 의원은 “현실적으로 일어난 최근의 사건을 보면 장기간 복역을 하고 나와서도 그 병을 못 버리는 게 있어요. 있으니깐 선고를 해놓고 심사를 하는 겁니다. 그렇게 하면 우선 일반예방적인 효과가 있고, 우리 국민들이 안심하게 됩니다.”라고 하여, 재범의 위험성 없이 보안처분을 ‘일단’ 부과해놓고 심사를 하자고 하면서 동법의 입법 목적을 개선목적이 아니라 일반예방에서 구하고 있다(제18대 국회, “제291회 제3차 법안심사 제1소위원회 회의록”, 국회사무처, 2010. 6. 29, 15면). 전술한 바와 같이 동법의 입법자가 화학적 ‘거세’라는 위하적 일반예방적 목적에만 경도되어 있다는 점은 ‘약물치료’라는 부분적 수단을 범틀이름으로 내세우고 있다는 사실에서도 단적으로 드러나 있다.

27) 헌법재판소 2015. 12. 23. 2013헌가9 결정에서 김이수·이진성·안창호의 전부위헌의견. 3인의 재판관은 성충동 약물치료의 목적은 현재의 치료감호 제도의 활용을 통하여도 가능하다는 점에서 침해의 최소성에 위반된다고 보았다(“치료감호법은 소아성기호중, 성격가학중 등 성적 성벽이 있는 정신정적 장애자로서 금고 이상의 형에 해당하는 성폭력범죄를 지은 자 가운데 치료를 받을 필요성이 있고, 재범의 위험성이 있는 자에 대하여(제2조 제1항 제3호) 검사가 정신건강의학과 등의 전문의의 진단이나 감정을 받아 치료감호를 청구할 수 있도록 하고 있으며(제4조 제1항), 법원이 판결

충동 약물치료를 적용할 수 있는 대상자로는 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」상 공중밀집장소에서의 추행죄(제11조), 성적 목적을 위한 공공장소 침입행위(제12조), 통신매체를 이용한 음란행위(제13조)밖에 없는데, 이러한 차이를 두고 성충동 약물치료를 별도로 둘 실익이 있다고는 볼 수 없다.²⁸⁾ 위의 3가지 대상범죄는 이미 2007년 정부가 국회에 제출한 ‘치료감호법 일부개정법률안’에 포함되어 있었으나 다른 대상범죄와 비교하여 치료감호의 대상으로 삼을 만큼 중하지 않다는 판단 하에 삭제된 것으로서,²⁹⁾ 국가위원회 역시 같은 이유로 삭제의견을 표명한 바 있기 때문이다.³⁰⁾ 이와 같은 개정과정을 비롯하여 수단의 적합성이나 피해의 최소성 등 과잉금지원칙을 고려한다면, 위의 3가지 범죄는 성충동 약물치료법의 존치근거가 아니라 위헌사유가 되어야 마땅하다.³¹⁾

이렇듯 치료감호와 별개로 성충동 약물치료를 운영할 필요성이나 합목적성이 현제로서는 확인되거나 입증된 바 없다.³²⁾ 그럼에도 불구하고 치료감호 또는 성충동 약물치료의 요건에 해당하는 자에 대하여 검사가 대상자의 동의가 있음을 필미로

로서 치료감호를 신고할 수 있도록 하고 있다(제12조 제1항). 치료감호의 경우에도 피고사건의 판결과 동시에 신고하지만(제12조 제2항) 형이 병과된 경우 치료감호를 먼저 집행하므로(제18조), 집행시점에서 치료의 필요성에 관한 사정변경이 발생할 우려가 없다. 또한 실무적으로 정신의학적인 진단과 검사를 거쳐 증상에 따라 분리수용하고, 정신과적 치료와 함께 치료경과에 따라 단계적인 사회적응훈련과, 정신재활기법을 시행하며, 강박증이나 충동조절장애, 우울증 등에 대하여 세로토닌 재흡수차단제나 항우울증제 등을 투여함으로써 종래 의학적으로 검증된 치료를 시행하고 있는 바, 이와 같은 치료는 성충동 약물치료에 비하여 신체의 완전성 등 기본권 제약의 정도가 경하면서 도 성도착증의 치료를 통한 재범 억제 측면에서 유사한 효과가 있는 것으로 성충동 약물치료의 대안이 될 수 있다고 본다.”).

28) 위 헌법재판소 결정에서 5인의 재판관은 「치료감호법」 제2조와 제2조의2 대상자의 범위가 성충동 약물치료법의 대상자 전부를 포괄할 수 없음을 이유로 침해의 최소성을 충족한다고 보면서, 3가지 범죄를 예시해 놓고 있다.

29) 제17대 국회 법제사법위원회, “치료감호법 일부개정법률안 심사보고서”, 2008. 5. 16면.

30) 국가인권위원회, “「치료감호법 일부개정법률안」에 대한 의견표명”, 2008. 4. 14, 6면.

31) 사회의 법적 안정성을 중대하게 해칠 만큼의 불법성을 내포하고 있는 특정범죄를 단서범죄로 삼는 경우에만 보안처분을 부과할 수 있다는 설명으로 Wolfgang Frisch, 앞의 논문, S. 377.

32) 두 제도를 중복적으로 운영할 필요성에 의문이 있다는 견해로는 설민수, “아동 대상 성폭력범죄자에 대한 성충동약물치료의 실효성과 합헌성, 그리고 그 한계”, 「법조」 제59권 제1호, 법조협회, 2010, 45면과 치료감호의 집행으로 성공적인 치료효과를 보이는 대상자에게 성충동 약물치료를 또 다시 부과할 필요가 없으므로 불필요하다는 견해로 이호중, “아동성폭력 제범방지정책의 인권법적 쟁점”, 「아동성폭력 제범방지정책과 인권토론회 자료집」, 국가인권위원회 인권정책과, 2010. 7, 85면.

후자만을 청구하는 경우에는 법원은 검사가 선취한 청구처분에 종속된 제한된 판단을 내릴 수밖에 없게 된다. 결국 동의요건의 신설로 인하여 위헌성 문제가 형식적으로는 해결된 듯하지만 바로 그 ‘동의’때문에 대상자의 기본권 침해문제는 흐려지는 반면 성충동 약물치료의 정당성만 공고하게 만드는 역효과를 낳는 것이다. 따라서 이제부터라도 비동의 위헌론의 관점에서 벗어나 약물치료제도의 보다 근본적인 위헌성 지점으로 나아갈 필요가 있다.

2. 재범의 위험성과 판단시기

가. 보안처분의 부과근거이자 한계로서 재범의 위험성

형벌은 본질적으로 행위자가 저지른 과거의 불법에 대한 책임을 전제로 부과되는 제재를 뜻함에 반하여, 보안처분은 행위자의 장래 위험성에 근거하여 범죄자의 개선을 통해 범죄를 예방하고 장래의 범죄발생 위험을 방지하여 사회를 보호하기 위해서 형벌을 대신하거나 추가적으로 부과되는 자유의 박탈과 제한 등과 같은 특별 예방적 처분이다. 이와 같이 보안처분이 재범의 위험성을 제거하기 위한 수단으로 부과된다는 점에서 이를 대상자에게 투입하기 위해서는 그 시점에 반드시 ‘재범을 저지를 상당한 개연성’³³⁾이 확인되어야만 한다. 헌법재판소 역시 “행위자에 재범의 위험성은 보안처분의 핵심이며, 헌법 제12조 제1항이 규정한 “누구든지 … 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”라는 조항에서 구현된 죄형법정주의의 보안처분적 요청은 “재범의 위험성이 없으면 보안처분은 없다”는 뜻을 내포한다고 하겠다.”³⁴⁾고 밝힘으로써, 재범의 위험성에 근거하지 않은 보안처분의 위헌성을 명백히 선언한 바 있다.

33) 대법원 2004. 6. 24. 선고 2004감도28 판결.

34) 헌법재판소 1989. 7. 14. 88헌가5,8,89헌가44(병합).

나. 재범의 위험성 판단시기

1) 성충동 약물치료의 청구 및 판결 시점

보안처분은 재범의 위험성을 근거로 부과되고 이에 의해 당사자에게 중대한 침해 효과를 가져옴에도 불구하고, 장래에 다시 범죄를 범할 개연성에 대한 판단은 어쩔 수 없이 불확실성을 수반할 수밖에 없다. 이에 따라 국가는 재범의 위험성 판단에 있어서 불필요하게 보안처분을 부과하는 것보다 가능한 한 확실하게 판단할 수 있는 절차를 형성해야 할 의무를 진다. 그런데도 성충동 약물치료법 제8조에서 피고 사건에 대한 형벌을 선고하면서 동시에 재범의 위험성까지 판단하여 약물치료명령을 부과하도록 규정해 놓고 있다. 이는 법관으로 하여금 형벌의 집행이 대상자에게 어떠한 영향을 미칠 것인지를 미리 예측하거나 혹은 행형의 실패를 전제하고서 형벌의 집행 종료 후에도 보안처분의 집행이 필요한 것인지를 형벌의 선고시에 미리 판단해야 함을 의미한다.³⁵⁾ 게다가 성충동 약물치료명령은 ‘초범’에게도 부과될 수 있기 때문에 단 한 번의 성폭력범죄만으로 재범의 위험성을 예견하도록 하는 극단적 형태를 띠고 있다.

이렇게 형벌과 보안처분을 한꺼번에 판단하여 선고하도록 되어 있는 현행 절차 속에서는 대상자의 위험성에 대한 판단이 양형과정과 분리될 수 없을 뿐만 아니라,³⁶⁾ 판결선고와 집행개시 사이에 발생하는 시간적 간극으로 인해 보안처분의 개시를 기준으로 ‘과거’인 형 선고 당시에 내렸던 위험성 판단만을 근거로 보안처분이 무조건적으로 개시됨을 의미한다.³⁷⁾ 이러한 문제는 성충동 약물치료를 청구하는 검

35) “교도소에서 수년 또는 수십년간 교화시키고 행형을 했음에도 불구하고 그 사람에 대해서 교정을 잘못해서 치료명령에 의존할 수밖에 없다고 한다면 현재의 교도소 운영에 심각한 문제가 있다는 것을 자인하는 것”으로서 “제8조에 의한 약물치료명령은 교도소 내에서의 여러 가지 치유프로그램에 대한 신뢰를 무시하는 것이 전제된 것”이라는 지적은 박찬걸·송주영, 앞의 논문, 239면.

36) 판결문에 예시되어 있는 재범의 위험성 판단요소인 피보안처분자의 직업과 환경, 연령, 가족관계, 당해 범행 이전의 행적, 범행의 동기, 횡수, 범행 후의 정황, 개전의 정 등은 「형법」 제51조에 열거되어 있는 양형의 조건인 ‘범인의 연령, 성행, 지능과 환경, 피해자에 대한 관계, 범행의 동기나 수단과 결과, 범행 후의 정황’과 차별화되기 어렵다는 비판으로 강우예·박학모, 「형사법개정연구 (IV): 보안처분제도의 정비방안」, 한국형사정책연구원, 2009, 68면. 한편 「범원조직법」 제81조의6에서는 대법원 산하 양형위원회가 양형기준을 설정·변경할 때 ‘피고인의 재범 방지 및 사회복귀를 고려할 것’을 규정해 놓고 있어(제2항 제2호), 형벌에서도 특별예방목적을 달성하기 위해 재범의 위험성을 고려하고 있음을 알 수 있다.

사도 피할 수 없다. 비록 검사로 하여금 피청구자의 성도착증 확인을 위해 정신건강 의학과 전문의의 진단 혹은 감정을 반드시 거친 후에야 약물치료를 청구하도록 정해 놓았다 하더라도(법 제4조 제2항), 이는 모두 피고사건의 ‘판결시’까지 확인될 수 있는 과거 또는 재판시의 사실 이상의 의미를 넘을 수 없기 때문이다.

이는 청구하는 검사나 판단하는 법관에게 피고인에게 형벌을 부과하면서도 이의 집행 ‘실패’를 전제하고서 보안처분이 개시되도록 하는 절차라는 점에서 행형의 특별예방효과를 스스로 부정하는 판단을 요구하는 동시에 가석방의 가능성을 고려할 때 법원과 검찰, 대상자 그 누구도 언제가 될지 예상하기 어려운 형 집행 종료시를 가정하여 위험성에 관한 사실상의 예언에 다름없는 예측을 요구하고 있는 것에 다를 바 없다. 따라서 법문상 ‘재범의 위험성’을 규정해 놓았다 하더라도 제4조 제1항과 제8조는 집행개시시점에서 실질적으로 확인될 수 없는 위험성을 근거로 성충동 약물치료를 청구하거나 부과하도록 함으로써, 죄형법정주의의 보안처분적 요청에 합치될 수 없으므로 적법절차원칙은 물론이고 과잉금지원칙에 위반하여 신체불쾌손권을 침해하므로 위헌을 면할 수 없다.³⁸⁾

37) 같은 취지의 문제제기로는 설민수, 앞의 논문, 44면. 피고인의 장래에 대한 가정적 판단은 피고인이 행한 과거사실의 확정보다 훨씬 더 어려운 작업임에도 불구하고 재범의 위험성을 판단하는 기준시점이 피고사건의 판결시이므로 결국 보안처분의 부과를 위한 판단의 기초가 되는 것은 주로 피고인의 전과를 비롯한 양형조건 정도밖에 남지 않게 된다. 따라서 이와 같이 열악한 정보만으로 장래의 일을 판단하여 형사제재인 보안처분을 부과하는 것 자체가 정당화 될 수 있는 것인지 의심스럽다는 비판은 오영근, “2011년 형법개정법률안의 보호수용처분의 문제점”, 「교정연구」 제59호, 한국교정학회, 2013, 29면.

38) 약물치료가 실질적으로 확인된 재범의 위험성에 의해 집행되지 않는다는 문제는 개시절차에만 국한된 것이 아니다. 가해제의 취소를 규정하고 있는 조문에서도 이를 발견할 수 있다. 먼저 가해제를 결정하기 위해서는 “치료명령이 계속 집행될 필요가 없을 정도로 개선되어 죄를 다시 범할 위험성이 없다고 인정”될 것만 요구하고 있어, 청구시 조사(제5조)와 달리 성도착증의 치료와 위험성의 제거를 사실상 동일시하고 있다(제18조 제4항). 그런데 가해제의 취소는 “재범의 위험성이 현저하다고 인정”되지만 하면 성도착증의 재발 여부와 상관없이 그 취소가 가능하도록 규정해 놓고 있다(제19조 제1항). 더욱이 가해제의 취소사유가 성폭력범죄를 다시 저지른 경우뿐만 아니라 “주거 이전 상황 등의 보고에 불응하는 등”의 행위로 재범의 위험성이 있다고 판단되는 때라고만 규정되어 있어(법 제19조 제1항), 성도착증에 의한 것이 아닌 성폭력범죄는 물론이고 사실상 성도착증과 상관없는 보고의무 위반을 이유로 가해제를 취소한 후 계속해서 약물을 투입하는 것이 가능하게 되어 있기 때문이다. 절차적인 면을 비교해 보아도, 보호관찰 심사위원회가 치료명령의 가해제를 심사할 때에는 치료를 실시한 정신건강의학과 전문의와 보호관찰관의 의견을 반드시 들어야 하며, 필요하면 그 밖의 전문가 의견도 들을 수 있도록 하고 있는데 비해(시행령 제17조 제1항), 취소절차에 대해서는 보호관찰소장이 심사위원회에 신청하고 심사위원회가 이를 심사·결정한다고만 되어 있어 감정이나 진단과 같은 절차가 전혀 마련되어 있지 않다(시행령 제18조 제1항, 제2항).

2) 대법원과 헌법재판소의 입장

가) 대법원의 가변적·개별적 위험성론

이러한 이유로 법원 측은 성충동 약물치료법률안의 심의 과정에서부터 제8조에 의한 약물치료는 판결 당시에 장기간의 자유형이나 치료감호의 효과를 예상할 수 없다는 점을 들면서 도입에 난색을 표시해 왔다.³⁹⁾ 이와 같은 문제의식의 단초는 성충동 약물치료법 제4조 제1항과 제8조 제1항에 대해 직권으로 위헌법률심판을 제청한 대전지방법원의 청구이유⁴⁰⁾를 비롯하여 2012년의 대법원 판결문에서 발견할 수 있다. 대법원은 치료감호와 위치추적 전자장치 부착명령을 함께 선고하기 위해서는 “치료감호의 요건으로서 재범의 위험성과는 별도로, 치료감호를 통한 치료 경과에도 불구하고 부착명령의 요건으로서 재범의 위험성이 인정되는지를 따져보아야 하고, 치료감호 원인이 된 심신장애 등의 종류와 정도 및 치료 가능성, 피부착명령청구자의 치료의지 및 주위 환경 등 치료감호 종료 후에 재범의 위험성을 달리 볼 특별한 사정이 있는 경우에는 치료감호를 위한 재범의 위험성이 인정된다 하여 부착명령을 위한 재범의 위험성도 인정된다고 선불리 단정하여서는 안

39) 이에 대한 내용은 제18대 국회, “제291회 국회(임시회) 제6차 법안심사 제1소위원회 회의록”, 2010. 6. 29, 6면에서 9면을 참조할 것.

40) “판결에 의한 성충동 약물치료제도의 주요한 문제점은, 피치료자에게 성도착증 및 재범의 위험성이 있는지에 관하여 피고사건의 판결 시점에 판단하여야 하는데, 피치료자가 저지르는 범행의 죄질을 감안하면 중형이 선고될 가능성이 높으므로 위 판단 시점과 치료명령의 실제 집행 시점(형 집행 종료, 면제·가석방, 치료감호 집행 종료·가종료, 치료위탁으로 인한 석방 2개월 전) 사이에 상당한 시간적 간격이 있다는 것이다. 형 집행 후에 피치료자에게 치료의 필요성 및 재범의 위험성이 있는지를 판단하는 것 자체에 상당한 불확실성이 내재하여 있으므로 실제로는 치료의 필요성 및 재범의 위험성이 없는 피치료자에 대하여 오판을 할 가능성이 높을 뿐만 아니라, 사정의 변경, 예컨대 연령이 높아짐에 따라 성욕이 자연스럽게 감퇴할 가능성, 형 또는 치료감호의 집행 과정에서의 적절한 치료 등으로 인하여 피치료자에게 더 이상 성도착증이나 재범의 위험성이 없는 경우도 있을 수 있는데, 이러한 경우에도 피치료자는 가해제를 청구할 수 있기 전까지 최소 6개월 동안은 약물치료를 받아야 할 의무가 있기 때문이다(통상적으로 약물치료는 1개월 정도 지속되는 효과가 있으므로 6개월 동안 피치료자는 6번 정도 약물을 주입받게 되는데, 이는 결코 적지 않은 횟수이다). 위와 같은 불필요한 기본권 침해의 가능성은 치료명령의 실제 집행 시점에서 성도착증 및 재범의 위험성의 존부에 관하여 최초 또는 2차적으로 판단하는 절차를 보완하는 것만으로도 충분히 방지할 수 있다고 할 것인데, 성충동 약물치료법에는 그러한 조치가 마련되어 있지 않다.”(대전지법 2013. 2. 8. 자 2012고합512 결정).

된다.”⁴¹⁾고 판시함으로써, 판결시와 보안처분의 집행시점이 다를 경우 재범의 위험성도 달라질 수 있으므로 나중에 개시되는 보안처분의 부과근거와 필요성이 추가적으로 입증되어야 함을 요구하였다.

성충동 약물치료를 부과하기 위해서는 먼저 개시된 형벌이나 치료감호의 집행기간이나 효과를 감안하여 약물치료의 집행시점에서 재범의 위험성이 개별적으로 입증되어야 한다는 대법원의 입장은 2014년 2월과 12월의 두 개 판결에서 연달아 설시되었다. 성도착증으로 인하여 성폭력범죄를 저지르고 이에 대해 무기징역과 약물치료명령이 함께 청구된 사안에서, “장기간의 형 집행이 예정된 사람의 경우에는 치료명령의 선고시점과 실제 치료명령의 집행시점 사이에 상당한 시간적 간격이 있어 성충동 호르몬 감소나 노령화 등으로 성도착증이 자연스럽게 완화되거나 치유될 가능성을 배제하기 어렵고, 앞서 본 바와 같이 피청구자의 동의 없이 강제적으로 이루어지는 치료명령 자체가 피청구자의 신체의 자유와 자기결정권에 대한 중대한 제한이 되는 사정을 감안하여 보면, 비록 피청구자가 성도착증 환자로 진단받았다고 하더라도 그러한 사정만으로 바로 피청구자에게 성폭력범죄에 대한 재범의 위험성이 있다고 단정할 것이 아니라, 치료명령의 집행시점에도 여전히 약물치료가 필요할 만큼 피청구자에게 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있고 피청구자의 동의를 대체할 수 있을 정도의 상당한 필요성이 인정되는 경우에 한하여 비로소 치료명령의 요건을 갖춘 것으로 보아야 한다.”⁴²⁾고 판시하여, 성충동 약물치료명령을 선고하

41) 대법원 2012. 5. 10. 선고 2012도2289 판결(“제1심에서 치료감호가 청구되지 않은 채 부착명령이 내려졌다가 원심에서 치료감호청구가 추가된 이 사건에서, 원심으로서의 치료감호 요건으로서의 재범의 위험성과는 별도로, 치료감호를 통한 치료 경과에도 불구하고 부착명령 요건으로서의 살인 범죄를 다시 범할 위험성이 인정되는지에 대하여 심리하여야 하고, 이에 필요한 객관적인 자료를 추가로 확보하고 여러 사정을 종합적으로 평가한 후에 신중하게 부착명령청구를 받아들일 것인지 여부를 판단하여야 함에도, 이에 이르지 아니한 채 위와 같은 사유만을 근거로 하여 부착명령청구를 받아들인 제1심판결을 그대로 유지하였으니, 이 부분 원심판결에는 앞서 본 부착명령청구 요건으로서의 ‘살인범죄를 다시 범할 위험성’에 관한 법리를 오해하였거나 그 판단에 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다 할 것이고, 이 점을 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.”).

42) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2013도12301 판결. 위 판결은 2012년 나주에서 발생한 초등학교 강간 및 살인미수 등을 저지른 고종석에게 대법원이 무기징역과 함께 신상정보 공개 및 고지 10년, 위치감시 보호관찰 30년과 함께 성충동 약물치료 5년까지 선고한 경우이다. 대법원은 판결문을 통해 무기징역을 선고하였지만 가석방으로 출소할 경우를 가정하여 “이 사건 형기 복역 도중에 피고인의 성도착증세 등이 치료·완치되리라고 기대하기는 어려워 보임” 등의 이유로 “성폭력범

기 위해서는 집행시점에서 재범의 위험성이 존재함을 입증해야 한다고 분명히 밝히고 있다.

재범의 위험성이 가변적일 수 있으므로 개별적으로 입증되어야 한다는 대법원의 입장은 같은 해 12월 정신성적 장애로 인하여 성폭력범죄를 저지르고 이에 대해 치료감호와 약물치료명령이 함께 청구되었으나 약물치료명령을 받아들이지 않은 판결⁴³⁾에서 좀 더 구체적으로 그 이유가 드러나 있다. “치료감호와 치료명령이 함께 청구된 경우에는, 치료감호를 통한 치료에도 불구하고 치료명령의 집행시점에도 여전히 약물치료가 필요할 만큼 피청구자에게 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있고 피청구자의 동의를 대체할 수 있을 정도의 상당한 필요성이 인정되는 경우에 한하여 치료감호와 함께 치료명령을 선고할 수 있다고 보아야”함에도 불구하고, “원심이 피고인에 대한 치료명령의 근거로 삼고 있는 위와 같은 정신감정서와 청구전조사서의 기재는 그 내용에 비추어 볼 때 감정 또는 조사시점에서의 피고인의 재범 위험성 등을 평가한 것으로 보일 뿐 치료명령의 집행시점, 즉 치료감호가 종료되는 시점에서의 재범 위험성 등을 평가한 것으로 보기는 어렵다.”⁴⁴⁾고 하여 각각의 시

죄를 다시 범할 개연성이 매우 높아 치료명령에 대한 피고인의 동의를 대체할 수 있을 정도의 고도의 필요성이 있다고 인정”된다고 보았다.

다만 이 판결은 위험성 판단시거나 입증책임에 관한 타당한 일반론을 제시하면서도 해당 사건의 적용에 있어서 이와 상충되는 결론을 내리고 있다는 점은 아쉬움이 남는다. 이 사건에서 법원이 피고인에게 무기징역을 선고했다는 것은 재사회화나 사회복귀를 원칙적으로 고려하지 않고 사회로부터 완전히 추방 또는 배제하겠다는 결단의 표현이다. 이는 ‘형 선고시점’에서 바라보았을 때 매우 장기간 동안 행해지는 교정시설에서의 처우에도 불구하고 재범의 위험성이 개선되지 않을 것이라는 확신이 담겨 있는 것이다. 하지만 본 판결에서 가정한 바와 같이 무기자유형을 선고받았더라도 최소한 20년이 경과하면 ‘행상이 양호하고 개전의 정이 현저’한 경우 가석방이 가능할 수 있는데(「형법」 제72조 제1항), 무기징역을 선고하는 시점에서 인정된 재범의 위험성을 교정시설에서 상당한 시간이 지난 뒤인 가석방 이후까지 ‘고정’시켜놓는 태도는 대법원 스스로 일반론으로 내세우고 있는 ‘가변적’ 위험성 판단과 상충되는 판시내용이라고 생각된다. 이는 법관의 머릿속에 단서범죄의 죄질과 재범의 위험성이 아직 완전히 절연되어 있지 못함을 드러내고 있는 것이다. 자신이 내세운 일반론에 부합하게 단서범죄 판결에서는 무기징역만을 선고하고 혹시 있을지 모르는 가석방 이후의 위험성에 대해서는 그 시점에서의 판단에 맡기는 것이 바람직할 것이다.

43) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2014도6930 판결.

44) 위 판결(“그럼에도 원심이 이에 이르지 아니한 채 위 정신감정서 및 청구전조사서의 기재와 피고인의 범행전력 등 그 판시와 같은 사유만을 근거로 하여 치료명령청구를 받아들이고 말았다. 이 부분 원심판결에는 앞서 본 치료명령청구 요건으로서의 ‘성폭력범죄를 다시 범할 위험성’에 관한 법리를 오해하거나 그 판단에 필요한 심리를 다하지 아니하여 판결에 영향을 미친 위법이 있다. 이 점을 지적하는 상고이유 주장은 이유 있다.”).

점에서의 위험성이 별도로 입증되어야 할 필요가 있다고 지적하였다. 그리고 “정신 장애의 종류와 정도에 따라서는 치료감호소에서의 적절한 치료를 통해 그 장애가 치유되거나 개선될 가능성을 배제할 수 없으므로, 치료감호와 치료명령이 함께 청구된 경우에는 치료감호를 통해 실시할 구체적인 치료의 내용과 이를 통해 기대할 수 있는 치료 효과, 치료감호 후에도 치료명령이 필요한 이유와 치료감호 후 예상되는 치료명령의 기간 등이 중요한 고려요소가 된다”고 하여 약물치료를 부과하기 위해서는 치료감호의 효과와 그 이후에 존재할 것으로 예상되는 위험성이 추가적으로 입증되어야 하며, 이를 위해서는 “치료감호의 요건으로서의 재범의 위험성과는 별도로, 치료감호를 통한 치료의 경과에도 불구하고 치료명령의 집행시점에도 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 인정되는지에 관하여 필요한 객관적인 자료를 추가로 확보”해야 함을 분명히 요구하고 있다.

나) 헌법재판소의 헌법불합치결정과 개선입법촉구

헌법재판소 역시 2015년 결정⁴⁵⁾을 통해 성충동 약물치료명령의 선고 시점과 집행 시점의 시간적 간극으로 인하여 불필요한 치료가 이루어질 가능성을 막을 수 있는 절차가 마련되어 있지 않음에도 일률적으로 그 선고 시점에서 치료명령의 요건이 충족된다는 판단만으로 치료명령을 선고하도록 한 부분이 최소침해성 및 법익균형성이 인정되지 않는다는 이유로 위헌이라고 결정하였다.⁴⁶⁾ 다만 위헌으로 판단된 부분은 치료명령의 선고에 의하여 곧바로 현실화되는 것이 아니고 집행 시점에서 비로소 구체적으로 문제가 되며 그 집행 시점까지 개선입법을 함으로써 제거될 수 있다고 보았기 때문에 단순위헌이 아니라 헌법불합치결정을 선고하되 입법자의 개

45) 헌법재판소 2015. 12. 23. 2013헌가9.

46) 헌법재판소 위 결정(“그런데 이 사건 명령조항의 위헌성은 치료명령 청구가 이유 있다고 인정하는 때 15년의 범위에서 치료기간을 정하여 판결로 치료명령을 선고하도록 규정한 것 자체에 있는 것이 아니라, 피치료자가 치료명령의 집행 시점에서 치료감호에 의한 치료 등으로 치료의 필요성이 달라졌다고 주장하며 그 치료에 이의를 제기하는 경우 치료의 필요성에 관하여 다시 법원의 판단을 거치게 하는 등 불필요한 치료가 이루어지는 것을 막을 수 있는 절차가 마련되어 있지 않음에도, 일률적으로 그 선고 시점에서 치료명령의 요건이 충족된다고 판단하는 때에는 치료명령을 선고하도록 한 데에 있다.”)

선입법이 이루어질 때까지 계속 적용을 명하였다.⁴⁷⁾

한편 이와 같은 헌법재판소의 개선입법촉구결정⁴⁸⁾이 내려짐에 따라 앞으로의 개정방향과 내용을 마련하기 위해 2013년 4월 발의되어 현재 법제사법위원회에 심사가 계류 중인 ‘성충동 약물치료법 일부개정법률안’(의안번호 제1903317호)의 내용을 추가적으로 검토할 필요가 있다. 동 법률안은 “장기 수형자의 경우 장기간의 집행 과정에서의 약물치료명령의 선고 시에 보였던 성도착 증상의 유무 및 정도, 재범의 위험성에 대한 판단을 형 집행 종료시점에서 다시 한 번 필수적으로 거치도록 할 필요가 있”⁴⁹⁾으므로, 이러한 문제를 해결하기 위해 “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. 이때 검사는 소속 검찰청 소재지 또는 신청 대상자의 주소를 관할하는 교도소의 장 또는 보호관찰소의 장에게 재범의 위험성 조사에 필요한 사항을 요청할 수 있다.”는 가해제 신청요건을 제17조 제3항에 신설해 놓고 있다. 학설의 일부에서도 위와 같은 방식으로 성충동 약물치료법에서 재범의 위험성 판단시점의 문제가 해결될 수 있다는 주장이 보인다.⁵⁰⁾

하지만 ‘죄형법정주의의 보안처분적 요청’과 대법원과 헌법재판소의 판단취지를 종합해 보면, 위와 같은 개정안으로는 문제가 근본적으로 해결될 수 없다는 것을 알

47) 헌법재판소 위 결정(“이 사건 명령조항의 위헌적인 부분은 치료명령의 선고에 의하여 곧바로 현실화되는 것이 아니고, 집행 시점에서 비로소 구체적으로 문제가 되며, 그 집행 시점까지 개선입법을 함으로써 제거될 수 있음에도, 이 사건 명령조항에 대하여 적용 중지를 명한다면 법원이 치료명령의 선고를 할 수 없게 됨은 물론, 동시에 선고하고 있는 피고사건의 선고마저 할 수 있는지 여부에 관하여 논란을 불러일으키는 등 법적 혼란이 생길 우려가 있으므로, 이러한 법적 혼란이 생기는 것을 불식시키기 위해서는 계속 적용을 명함이 상당하다.”).

48) 헌법재판소 위 결정(“입법자는 가능한 한 빠른 시일 내에 개선입법을 해야 할 의무가 있으므로, 늦어도 2017. 12. 31.까지는 개선입법을 이행하여야 하고, 그때까지 개선입법이 이루어지지 않으면 이 사건 명령조항은 2018. 1. 1.부터 효력을 상실한다.”).

49) 제19대 국회 법제사법위원회, “성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률 일부개정법률안 검토 보고서”, 2013. 4. 2면.

50) 박찬길, “성충동 약물치료제도의 시행과 향후 과제”, 『형사정책연구』 제24권 제1호, 한국형사정책연구원, 2013/봄, 283면. 다만 5년 이상 장기 복역한 성폭력범죄자에 대해 이러한 중간심사를 ‘필수적’으로 거처야 한다고 주장하고 있다는 점 정도가 다를 뿐이다.

수 있다. 우선 동법률안이 내세우고 있는 개정필요성에 비추어 볼 때, 일괄적으로 ‘5년 이상 복역’이라는 획일적인 기준으로 제한할 이유가 없으며 그마저도 검사의 ‘임의적’ 신청으로 규정해 놓고 있다는 점에서 자신이 내세우고 있는 취지와 부합하지 않는다. 또한 사실상 재범의 위험성을 집행개시시점에 맞춰 다시 한 번 심사하도록 정해 놓았다는 점에서 두 번째 판단이 성충동 약물치료의 부과 여부를 판단하는 실질적인 절차일 수밖에 없는데도, 굳이 양형과 구별되기 어려운 첫 번째 심사를 거치도록 규정하고 있을 뿐만 아니라 가해제라는 명목으로 이를 법원이 아닌 치료감호심의위원회라는 행정기관에서 결정토록 하고 있어 사법통제원칙에서 벗어나고 있다(그 밖에 가석방자에 대한 가해제 청구의 문제점은 사후적 약물치료결정에서 후술한다). 따라서 입법자가 헌법불합치결정과 그에 따른 개선입법의무에 합치될 수 있는 개선방안을 마련하기 위해서는 위의 법률안에 만족할 것이 아니라, 형벌이나 치료감호 집행 종료시에 성충동 약물치료를 청구 및 판단하도록 하는 절차를 마련하려는 근본적인 관점의 전환이 요구된다고 하겠다.

Ⅲ. 결정에 의한 성충동 약물치료명령과 대상자

성충동 약물치료법에서 대상자의 동의가 문제되는 또 다른 부분은 수형자에게 성충동 약물치료를 청구 및 결정할 수 있는 제22조이다. 이에 따르면 검사는 ① 성폭력범죄를 저질러 징역형 이상의 형이 확정되었으나 제8조 제1항에 따른 치료명령이 선고되지 아니한 수형자 중, ② 스스로 약물치료를 받는 것을 동의하는 사람에 대하여 전문의의 진단이나 감정 결과 성도착증 환자로 확인된 자로서, ③ 가석방 요건을 갖추었으면서도, ④ 성폭력범죄를 다시 범할 위험성도 인정되는 자에게 그의 주거지 또는 현재지를 관할하는 지방법원에 치료명령을 청구할 수 있다. 그리고 법원은 이러한 청구가 이유 있다고 인정하는 때에는 결정으로 치료명령을 고지한다(이하에서는 이러한 성충동 약물치료결정은 피고사건의 형벌과 함께 청구 및 선고받지 않고 그 이후인 수형생활 중 결정된다는 점에 착안하여 이를 ‘사후적 약물치료결정’이라 부르기로 한다).

여기에 집중적으로 제기되어 온 문제는 위와 같은 수형자의 동의가 과연 순수하게 ‘자발적’이거나 ‘진정성’이 있는지가 의문시된다는 것이다.⁵¹⁾ 수용시설의 장은 사후적 약물치료결정이 확정된 성폭력 수형자에 대해서 가석방 적격심사를 의무적으로 신청하도록 하고 가석방심사위원회는 이를 반드시 고려하도록 규정되어 있는 탓에(법 제23조), 가석방과 연계된 사실상의 ‘강요된 동의’에 의해 운영될 수밖에 없다는 점을 지적하고 있기 때문이다. 비자발적 동의는 동의로 볼 수 없으므로 이에 따라 성충동 약물치료를 부과하는 것은 합헌이 될 수 없다는 주장은 비동의의 위헌론의 연속선상에 놓여있다고 볼 수 있다. 하지만 이 글은 이와 같은 동의의 자발성 여부에 관한 문제제기에도 동의하지 않으며, 설사 아무리 진정한 동의가 있다 하더라도 현행법의 구조에 따르면 사후적 약물치료결정은 헌법에 합치될 수 없다고 생각한다. 그 이유는 다음과 같은 ‘대상자 요건’을 살펴보면 알 수 있다.

1. 치료명령이 선고되지 아니한 수형자

성충동 약물치료법 제22조 제1항에서 ‘치료명령이 선고되지 아니한 수형자’란 피고사건의 판결 때 치료명령이 청구되지 않은 경우는 물론이고 검사가 청구했으나 법원이 이러한 치료명령청구를 기각했던 경우도 포함된다.⁵²⁾ 그러나 제22조는 입법상의 오류로 인해 전자의 동의는 아무런 의미가 없게 되어 버렸다. 제22조 제2항 각호에서는 사후적 약물치료결정의 청구를 위한 절차를 시간적 순서대로 규정해 놓고 있는데, 그 내용을 보면 수형자의 2번에 걸친 동의가 모두 성도착증 확인 ‘이전’에 이루어지기 때문이다. 이를 살펴보면 교소도·구치소의 장은 가석방 요건을 갖춘 성폭력 수형자에게 약물치료의 내용, 방법, 절차, 효과, 부작용, 비용부담 등에 관하여 충분히 설명하고 동의 여부를 확인하도록 되어 있다(제22조 제2항 제1호). 그런 다음 수용시설의 장은 이러한 사실과 그 밖의 필요한 사항을 검사에게 통보하여야 하고(동법 제2호), 검사는 보호관찰소의 장에게 ‘재범의 위험성’에 관한 청구 전 조

51) 예컨대 강은영·황만성, 앞의 연구보고서, 101면; 박상열, 앞의 논문, 165면; 박봉진, 앞의 논문, 187면; 박찬걸·송주영, 앞의 논문, 242면; 이보영·홍기원, 231면; 허순철, 앞의 논문, 413면; 황성기, 141면 등.

52) 제18대 국회 법제사법위원회, “제6차 전체회의 회의록”, 8면.

사를 요청할 수 있다(동법 제3호). 그런데 이 단계까지는 성도착증을 확인하는 과정이 전혀 마련되어 있지 않으며, 검사는 대상자에게 거듭 동의를 다시 확인한 후에야 비로소 정신건강의학과 전문의의 진단이나 감정을 받아 법원에 치료명령을 청구할 수 있도록 되어 있다(동법 제5호).

결국 제22조 제2항 각호의 동의가 있다 하더라도 피고사건 판결에서 성충동 약물치료명령이 청구되지 않았던 사람에 의한 동의는 자발성 여부를 논하기 이전에 법적 요건 자체로서 이미 적합하지 않다. 위 절차에서 수용시설의 장은 성도착증인지 아직 알 수 없는 수형자에게 약물치료를 관한 동의를 받고 이를 검사에게 알리는 셈이 되며 검사 역시 동의부터 받고 나서야 수형자에게 성도착증에 관한 진단이나 감정을 받게 한다는 점에서, 성도착증이라는 청구요건이 확인되지도 않은 자에게 반복하여 동의를 받은 것에 불과하기 때문이다.⁵³⁾ 물론 이러한 문제점을 해결하기 위해 제22조를 수용시설의 장의 요청으로 검사가 전문의의 진단이나 감정부터 실시한 후 그 결과에 따라 성도착증이 확인된 다음에 비로소 약물치료를 대한 동의를 얻도록 개정하는 방안을 생각해 볼 수도 있을 것이다. 하지만 현행 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」(이하 ‘형집행법’) 제37조 제2항에서 “소장은 수용자의 정신질환 치료를 위하여 필요하다고 인정하면 법무부장관의 승인을 받아 치료감호시설로 이송할 수 있다.”고 규정하고 있음을 고려한다면, 피고사건에서 치료명령이 청구되지 않았으나 수형생활 중 전문의의 진단이나 감정을 통해 후발적으로 발견된 성도착증 환자에게 형의 집행 중에도 성도착증의 치료가 가능함에도 불구하고 굳이 이를 방치하거나 건너뛰면서까지 성충동 약물치료를 청구 및 부과하면서 가석방시켜야 할 실익을 인정하기 어렵다.

다음으로 피고사건 판결에서 성충동 약물치료가 청구되었으나 법원에 의해 기각된 자에 대한 사후적 약물치료결정 역시 작동할 수 없는 제도에 불과하다. 이러한 사후적 약물치료결정은 피고사건에서 이미 이유 없다고 기각되어 기판력이 발생하였음에도 불구하고 징역형 집행 중에 ‘또 다시’ 약물치료를 청구하여 부과할 수 있도록 하고 있는 것이다. 이는 법원에 의해 한 번 약물치료청구가 이유 없다고 판단

53) 시행규칙 [별지 제28호 서식] ‘약물치료 동의 확인서’나 [별지 제29호 서식] ‘성폭력 수형자의 약물치료 동의 사실 등 통보’에는 약물치료의 내용, 방법, 절차, 효과, 부작용, 비용부담에 대한 설명은 있지만, 어디에도 피치료결정 청구자가 성도착증임을 나타내는 항목 자체가 없다.

되어 이에 대한 실체재판이 확정되었음에도 불구하고 다시 수형자의 동의와 치료라는 명분을 앞세워 이미 기판력(혹은 일사부재리의 효력⁵⁴⁾)이 발생한 재판을 다시 심판하겠다는 것에 다름없다. 비록 위험성의 판단시점이 다르다고 할지라도 기판력이나 일사부재리의 효력이 대상자의 동의 여부에 의해 달라질 수 없다는 점에서 이러한 사후적 약물치료청구와 결정이 적법절차원칙에 합치될 수 없음은 재론을 요하지 않는다.⁵⁵⁾ 또한 성충동 약물치료법 제22조 제11항에서는 “항고와 재항고는 결정의 집행을 정지하는 효력이 없다”고 규정하고 있어, 약물치료에 동의한 사람이 그 결정에 불복하여 항고와 재항고를 진행하고 있음에도 결정의 집행을 ‘정지’하는 효력을 부정하고 있다. 약물치료 결정에도 불구하고 당사자가 다투고 있어 확정되지 않은 상태임에도 집행을 무조건적으로 계속하도록 규정하고 있는 현행법적 조항도 동의를 불모로 묵인되고 있는 것이다.

2. 가석방 적격심사 신청 대상자와 재범의 위험성

성충동 약물치료법에서는 “「형법」 제72조 제1항의 가석방 요건을 갖춘 성폭력 수형자”를 사후적 약물치료결정의 피청구자로 규정하고 있다(제22조 제2항 제1호). 가석방 요건은 징역형 집행 중에 있는 자가 ‘그 행상이 양호하여 개전의 정이 현저’하고 무기에 있어서는 20년, 유기에 있어서는 형기의 3분의 1을 경과해야 함은 주지의 사실이다(「형법」 제72조). 이 경우 가석방의 실질적 요건인 ‘개전의 정이 현저’하다는 것은 재범의 위험성이 없다는 의미로 해석하는 것이 일반적이다.⁵⁶⁾ 이에

54) 기판력과 일사부재리효력 간의 관계에 대해서는 이 글의 연구범위를 넘기 때문에 생략한다.

55) 「소년법」 제53조에서도 제32조의 보호처분을 받은 소년에 대하여는 그 심리가 결정된 사건은 다시 공소를 제기하거나 소년부에 송치할 수 없다고 명시해 놓고 있다. 한편 대법원은 동조의 보호처분은 확정판결이 아니고 따라서 기판력도 없으므로 보호처분을 받은 사건과 동일한 사건에 대하여 다시 공소가 제기 되었다면 이에 대하여 면소판결을 할 것이 아니라 공소제기절차가 법률의 규정에 위배하여 무효인 때에 해당한 경우이므로 「형사소송법」 제327조 제2호 공소기각의 판결을 선고하여야 한다고 판시한 바 있다(대법원 1985. 5. 28. 선고 85도21 판결).

56) 김성돈, 「형법총론」(제5판), 성균관대학교 출판부, 2015, 834면; 김일수·서보학, 「형법총론」(제11판), 박영사, 2008, 796면; 배종대, 「형법총론」(제9개정판), 홍문사, 2008, [191]/4; 손동권, 「형법총론」(제2개정판), 을곡출판사, 2005, §40/8; 이재상, 「형법총론」(제6판), 박영사, 2008, §43/31; 임웅, 「형법총론」(제5정판), 법문사, 2013, 680면; 정성근·박광민, 「형법총론」(제5판), 삼영사, 2011, 713

따라 제1호의 ‘가석방 요건을 갖춘’ 자는 가석방의 형식적 요건을 충족하는 수형자로서 교정성적이 우수하고 뉘우치는 빛이 뚜렷하여 재범의 위험성이 없다고 인정되는 ‘가석방 적격심사신청 대상자’를 의미하는 것이다(형집행법 시행규칙 제245조 제1항). 이러한 이해는 문언해석에 충실할 뿐만 아니라 성충동 약물치료법 시행령 제19조에도 부합한다. 동조에 따르면 수용시설의 장은 성폭력 수형자 가운데 가석방 적격심사신청 대상자로 선정·된 사람’에게 약물치료에 관한 사항을 서면으로 제시하여 설명하고, 약물치료에 동의한 경우에는 이를 서면으로 확인하도록 하고 있기 때문이다.⁵⁷⁾ 다시 말해 재범의 위험성이 없다고 인정된 가석방 적격심사신청 대상자에게 약물치료에 관련된 내용을 설명하고 동의를 받도록 규정하고 있는 것이다.

반면 검사는 위와 같은 사람에게 거듭 동의를 받고난 후에야 전문의의 진단이나 감정을 받아 성도착증 환자로서 성폭력범죄를 다시 범할 위험성이 있다고 인정된다고 판단되면 법원에 치료명령을 청구할 수 있다. 그런데 여기서 재범의 위험성이란 “재범할 가능성만으로 부족하고 장래에 다시 성폭력범죄를 범하여 법적 평온을 깨뜨릴 만한 상당한 개연성”⁵⁸⁾임은 이미 설명한 바와 같다. 결국 사후적 약물치료결정을 청구하기 위한 절차란 재범의 위험성이 없다고 판단된 자에게만 약물치료에 관한 동의를 받도록 하면서도 그러한 동의 후에 성도착증을 확인하면서 동일한 자에게 ‘갑자기’ 위험성을 인정한다는 것을 의미한다. 이와 같이 제22조는 수형자의 ‘동의’를 내세워 기본권 침해 문제를 피해가는 듯 보이지만, 하나의 절차에서 동일한 사람을 놓고 재범의 위험성에 대한 ‘모순된’ 평가를 동시에 요구하고 있는 입법적 오류에 불과한 것이다.⁵⁹⁾

면. 한편 현행법은 문리해석상 ‘죄를 뉘우치는 마음’일 수밖에 없지만 입법론상으로는 재범의 위험성이 없을 것으로 개정되어야 한다는 견해로 오영근, 「형법총론」(제2판), 박영사, 2009, §44/32.

57) 제19조(수용시설의 장의 설명 및 동의 여부 확인) 수용시설의 장은 법 제22조 제1항에 따른 성폭력 수형자가운데 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 제121조 제1항에 따라 가석방 적격심사신청 대상자로 선정된 사람에게 법 제22조 제2항 제1호에 따라 약물치료에 관한 사항을 서면으로 제시하여 설명하고, 약물치료에 동의한 경우에는 이를 서면으로 확인하여야 한다.

58) 대법원 2014. 2. 27. 선고 2013도12301, 2013전도252, 2013치도2 판결.

59) 같은 지적으로는 박상기, “소위 화학적 거세와 「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률」의 문제점”, 「형사정책연구」 제21권 제3호, 한국형사정책연구원, 2010/가을, 217면. 한편 박찬걸, 앞의 논문, 285면에서는 이러한 요건이 논리적으로 모순된다는 점을 인정하면서도 그 해결방법으로 “그 심사를 엄격하게 해야만 한다.”고 제안하고 있는데, 이러한 주장에 따라 ‘개전의 정이 현저하면

그런데 제22조로 인해 야기되는 제도적 맹점은 여기에서 그치지 않는다. 위와 같은 논리적 모순으로 점철된 검사의 청구에도 불구하고, 현행법상 법원은 자신의 법정에 올라온 수형자가 동의를 했다는 사실과 성도착증이 있다는 진단결과를 확인하고 재범의 위험성이 인정된다는 점만을 판단하므로 이에 따라 약물치료를 결정할 수 있기 때문이다(제22조 제6항). 약물치료의 청구요건상 이미 위험성이 없음이 밝혀진 자임에도 법원의 판단범위에 이와 같은 부분이 명시되어 있지 않다.⁶⁰⁾ 더 나아가 수용시설의 장은 위와 같은 약물치료결정이 ‘확정’된 자에 대해서 의무적으로 가석방 적격심사를 신청하도록 되어 있으며(법 제23조 제1항), 이 경우 가석방심사위원회는 반드시 치료명령이 결정된 사실을 고려하도록 규정하고 있다(동조 제2항). 형집행법 제121조 제2항의 심사기준⁶¹⁾에 정면으로 위배되는 결정이 가능하도록 성충동 약물치료법이 간접적으로 강제하고 있는 셈이다. 결국 사후적 약물치료결정과 이로 인한 가석방 절차는 재범의 위험성이 없다고 판단하여 가석방 적격심사신청 대상자로 선정된 이에게 느닷없이 재범의 위험성이 인정된다고 판단하여 성충동 약물치료를 청구 및 부과하면서 동일한 자에게 다시 위험성이 없다는 이유로 가석방을 가능하게 하고 있는 형용모순적 제도 외의 무엇일 수 없다.

서도 재범의 위험성이 있어야 한다’는 형용모순의 요건이 과연 심사의 엄격성으로 해결될 수 있는 문제인지 의문이다.

- 60) 치료명령 청구서에는 1. 치료명령 피청구자의 성명과 그 밖에 치료명령 피청구자를 특정할 수 있는 사항(주민등록번호, 주거지, 직업, 등록기준지). 2. 청구의 원인이 되는 사실. 3. 적용 법조(법 제7조 제1항), 그 밖에 1. 치료명령피청구자의 죄명. 2. 연락처. 3. 구속 여부. 4. 변호인의 성명만을 기재하도록 되어 있을 뿐이다(시행령 제4조 제2항).
- 61) 제121조(가석방 적격심사) ② 위원회는 수형자의 나이, 범죄동기, 죄명, 형기, 교정성적, 건강상태, 가석방 후의 생계능력, 생활환경, 재범의 위험성, 그 밖에 필요한 사정을 고려하여 가석방의 적격 여부를 결정한다. 한편 동법이 2007년 12월 21일 전부개정되기 전의 법률인 (구)「행형법」(2007년 12월 21일 법률 제8728호로 개정되기 전의 법률) 제51조에는 “형법 제72조 제1항의 기간을 경과한 수형자가 행형성적이 우수하고 재범의 위험성이 없다고 인정되는 때”에 가석방을 신청할 수 있도록 규정해 놓고 있었다.

IV. 맺는 글

성충동 약물치료는 대상자의 동의가 결여되어 있기 때문이 아니라 보안처분으로서 반드시 갖춰야할 재범의 위험성 없이 부과되고 있다는 점에서 헌법적으로 정당화될 수 없다. 이러한 위헌성은 사후적 약물치료결정 역시 모순적 요건에 의해 청구 및 부과된다는 사실로 인해 동일하다. 재범의 위험성에 근거하지 않은 보안처분의 부과가 갖는 위헌성은 피치료자의 동의로 해결될 수 있는 문제가 아니기 때문에 아무리 동의를 법정요건화 한다 하더라도 극복할 수 없다. 또한 대상자의 동의는 성충동 약물치료가 형사제재인 이상 그 부과를 위한 필수적 요건이 아닐 뿐만 아니라 제도적으로 진정성이나 자발성을 담보할 수 없다는 점에서 또 다른 문제를 초래하게 된다. 그럼에도 불구하고 제도의 도입을 위한 비교법적 연구를 비롯하여 성충동 약물치료법의 제정 직전과 이후의 학계의 논의가 약물치료의 부작용 여부와 대상자의 동의에 쏠려 있었던 탓에, 그리고 특히 비동의 위헌론이 성충동 약물치료제도의 존폐론이 아닌 개정방안으로 다루어졌던 까닭에 동법의 근본적인 결함이 현출되지 못했던 것이다.

이 글이 성충동 약물치료제도가 가지고 있는 그밖의 다양한 오류와 위헌적 요소들을 제쳐두고 비동의 위헌론의 한계에 주목한 이유는 동 제도를 둘러싼 논의의 방향을 ‘보안처분으로서 성충동 약물치료가 과연 필요한가’라는 본질적인 부분으로 전환하고자 하기 때문이다. 대법원의 2014년 가변적·개별적 위험성론과 헌법재판소의 2015년 헌법불합치 결정을 통해 재범의 위험성에 대한 판단시기와 입증문제가 지적됨에 따라 이에 대한 개정법률안이 나오겠지만, 만약 이를 대상자의 동의로 해결하게 될 경우 성충동 약물치료제도의 존속을 전제로 한 체제내적인 개정안으로서의 한계를 벗어날 수 없다. 재범의 위험성 심사시기의 문제를 해결하기 위해 앞으로 성충동 약물치료는 상당 부분 치료감호로 대체되거나 형벌이나 치료감호 집행종료 후에 그 부과여부를 심사할 수밖에 없게 된 만큼, 차제에 부분적인 수정에 그칠 것이 아니라 동 제도가 독자적인 보안처분으로 운영될 필요가 인정될 만큼의 규범적인 존립기반이나 합목적성을 갖고 있는지에 대한 근본적이고 건설적인 논쟁이 활발해지기를 바란다.

참고문헌

- 강우예·박학모, 「형사법개정연구(IV): 보안처분제도의 정비방안」, 한국형사정책연구원, 2009.
- 강은영·황만성, 「상습적 성폭력범죄자 거세법에 관한 연구」, 한국형사정책연구원, 2010.
- 권영성, 「헌법학원론」(신판), 법문사, 1997.
- 김성돈, 「형법총론」(제4판), 성균관대학교 출판부, 2015.
- 김일수·서보학, 「형법총론」(제11판), 박영사, 2008.
- 배종대, 「형법총론」(제9개정판), 홍문사, 2008.
- 손동권, 「형법총론」(제2개정판), 율곡출판사, 2005.
- 오영근, 「형법총론」(제2판), 박영사, 2009.
- 이재상, 「형법총론」(제6판), 박영사, 2008.
- 임 우, 「형법총론」(제5정판), 법문사, 2013.
- 정성근·박광민, 「형법총론」(제5판), 삼영사, 2011.
- 정종섭, 「헌법학원론」(제4판), 박영사, 2009.
- 한수웅, 「헌법학」(제5판), 법문사, 2015.
-
- 김희균, “상습적 아동 성폭력범에 대한 화학적 거세 도입 가능성에 대한 연구”, 「형사법연구」 제21권 제4호, 한국형사법학회, 2009.
- 박봉진, “성폭력범죄자의 성충동약물치료에 관한 법률의 헌법적·형사정책적 검토”, 「법학연구」 제47집, 한국법학회, 2012.
- 박상기, “소위 화학적 거세와 「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률」의 문제점”, 「형사정책연구」 제21권 제3호, 한국형사정책연구원, 2010/가을.
- 박찬걸·송주영, “성충동 약물치료제도 도입의 문제점과 개선방안”, 「형사정책」 제23권 제1호, 한국형사정책학회, 2011.
- 박찬걸, “성충동 약물치료제도의 시행과 향후 과제”, 「형사정책연구」 제24권 제1호, 한국형사정책연구원, 2013/봄.

- 선종수, “성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률에 대한 비판적 검토”, 「법학논총」 제23권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2011.
- 설민수, “아동 대상 성폭력범죄자에 대한 성충동약물치료의 실효성과 합헌성, 그리고 그 한계”, 「법조」 제59권 제1호, 법조협회, 2010.
- 신동일, “성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률의 평가”, 「형사정책」 제23권 제1호, 한국형사정책학회, 2011.
- 오삼광, “성충동 약물치료제도의 발전방안에 관한 연구”, 「일감법학」 제21호, 건국대학교 법학연구소, 2012.
- 오영근, “2011년 형법개정법률안의 보호수용처분의 문제점”, 「교정연구」 제59호, 한국교정학회, 2013.
- 이보영·홍기원, “성폭력범죄자의 성충동약물 치료에 관한 법률의 정당성 및 실효성 검토”, 「외법논집」 제35권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2011.
- 이상경, “성폭력범죄자에 대한 성충동 약물치료처분의 헌법적 조명”, 「헌법판례연구」 제11호, 한국헌법판례연구회, 2010.
- 이준일, “보안처분의 확대를 통한 형벌의 강화와 범죄에 대한 국가책임의 회피”, 「헌법학연구」 제21권 제3호, 한국헌법학회, 2015.
- 이현정·박병주, “재범방지대책에 대한 비판적 검토—성폭력범죄를 중심으로—”, 「한국경찰학회보」 제34권, 한국경찰학회, 2012.
- 이호중, “아동성폭력 재범방지정책의 인권법적 쟁점”, 「아동성폭력 재범방지정책과 인권토론회 자료집」, 국가인권위원회 인권정책과, 2010. 7.
- 이희경, “‘화학적 거세’에 관한 쟁점과 논의”, 「보호관찰」 제12권 제1호, 한국보호관찰학회, 2012.
- 허경미, “성범죄자에 대한 약물치료명령에 관한 연구”, 「교정연구」 제49호, 한국교정학회, 2010.
- 허순철, “성충동 약물치료의 헌법적 쟁점”, 「토지공법연구」 제57집, 한국토지공법학회, 2012.
- 황성기, “상습적 성범죄 예방수단으로서의 거세에 관한 헌법적 고찰”, 「공법학연구」 제9권 제3호, 한국비교공법학회, 2008.

황일호, “성충동 약물치료의 재범억지 효과성에 관한 연구”, 「교정연구」 제56호, 한국교정학회, 2012.

Frisch, Wolfgang, “Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im Strafrechtlichen Rechtsfolgensystem”, 「Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft」 Vol. 102. Issue. 2, Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH., 1990.

국가인권위원회, “「치료감호법 일부개정법률안」에 대한 의견표명”, 2008. 4. 14.

국가인권위원회, “「성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률」 개정 권고”, 2011. 2. 18.

법무연수원, 「범죄백서」, 2012.

제17대 국회 법제사법위원회, “치료감호법 일부개정법률안 심사보고서”, 2008. 5.

제18대 국회 법제사법위원회, “상습적 아동 성폭력범의 예방 및 치료에 관한 법률안 심사보고서”, 2010. 6. 29.

제18대 국회 법제사법위원회, “제291회 제3차 법안심사 제1소위원회 회의록”, 국회 사무처, 2010. 6. 29.

제18대 국회 법제사법위원회, “제291회 제6차 전체회의 회의록”, 국회사무처, 2010. 6. 29.

제19대 국회 법제사법위원회, “성폭력범죄자의 성충동 약물치료에 관한 법률 일부 개정법률안 검토보고서”, 2013. 4,

Verfassungswidrigkeit der medikamentösen Behandlung
gegen die geschlechtstreibenden Sexualdeliktes :
Ist medikamentöse Kastration verfassungsmässig
durch Einwilligung

Jeong Ji-hoon*

Das Gesetz der medikamentösen Behandlung gegen die geschlechtstreibenden Sexualdeliktes ist eine der Maßregeln der Besserung und Sicherung, die auf Grund der Wiederholungsgefahr des Täters zu treffen ist. Im Vordergrund steht bisher das Vorhandensein der Einwilligung oder Eigenwilligkeit des Betroffenen. Trotz der neu einzuführenden “Einwilligung auf deren Behandlung” besteht das Problem auf der verfassungsrechtlichen Ebene weiterhin.

Nicht auf das Vorhandensein der Einwilligung des Betroffenen, sondern vielmehr auf den Zeitpunkt der Beurteilung der Wiederholungsgefahr kommt es an, woraus sich die wesentliche Verfassungswidrigkeit ergibt.

Die gängigen Maßregeln der Besserung und Sicherung sind nicht auf Grund der materialen Wiederholungsgefahr zu beurteilen und zugleich mit der Verurteilung der Strafe vor dem irgendwann mal zu beginnenden Zeitpunkt der Beurteilung der Wiederholungsgefahr im voraus zu verurteilen. Dies verstößt gegen das Übermaßverbot.

Auch medikamentöse Behandlung gegen die geschlechtstreibenden Sexualdeliktes trotz der Einwilligung des Betroffenen ist hinsichtlich der widersprüchlichen Forderungsmerkmale verfassungsrechtlich nicht erlaubt.

* Seniorforscher, juristisches Institut der Universität SungKyunKwan, Dr. jur.

❖ Keyword: Maßregeln der Besserung und Sicherung, Medikamentöse Kastration, Wiederholungsgefahr, Übermaßverbot