

연구총서 11-16

K O R E A N I N S T I T U T E O F C R I M I N O L O G Y

치료적 사법모델의 형사정책적 도입방안 연구

Therapeutic Justice and Criminal Justice - Incorporating
Therapeutic Justice into Korean Criminal Justice System

김한균 · 조익연

■ 김한균

부연구위원, 한국형사정책연구원

■ 조의연

인천지방법원 부장판사

CONTENTS

국문요약	7
제1장 연구의 의의와 목적(김한균)	13
제1절 연구의 필요성과 문제설정	17
1. 연구의 필요성	19
2. 현실적 필요성	19
3. 이론적 필요성	20
4. 정책적 필요성	21
제2절 연구의 열개와 대상	22
1. 연구의 열개	22
2. 연구의 대상	23
제2장 치료지향적 법이론과 치료적 사법모델(김한균)	25
제1절 치료지향적 법이론의 발전	27
1. 치료지향적 법이론의 기원	27
2. 치료지향적 법이론의 전개과정	31
3. 치료지향적 법이론과 심리학적 법이론	32
4. 치료지향적 법이론의 실천지향성	34
5. 치료적 사법과 회복적 사법	35
제2절 치료지향적 법이론의 평가	37
1. 치료지향적 법이론의 이론적 핵심	37
2. 치료지향적 법이론의 형사정책적 의의	38

3. 치료지향적 법이론에 대한 비판	38
제3장 치료적 사법과 형사사법(김한균)	41
제1절 치료지향적 법이론과 형사사법	43
1. 전통적인 형사사법과의 차별성	44
2. 치료지향적 법이론과 양형	46
3. 치료적 사법과 법관역할의 변화	48
4. 치료적 사법과 법원개혁	52
제2절 치료적 사법과 문제해결형 법원	54
1. 치료지향적 법이론과 문제해결형 법원	54
2. 치료적 사법모델과 법원의 전문화	55
3. 문제해결형법원의 형사정책적 의의	57
4. 치료적 사법의 실현으로서 문제해결형 법원의 장단점	58
제3절 미국에서 치료적 사법모델의 실현	59
1. 치료적 사법과 성범죄자의 유죄인부절차	60
2. 치료적 사법과 수용치료적 사법처분	64
3. 지역사회법원과 마약치료법원	69
제4장 치료적 사법 모델의 형사법제도화(조의연)	75
제1절 개관	77
1. 문제의 재인식	77
2. 논의의 전개 방향	79
제2절 현행 제도의 한계	80
1. 개요	80
2. 우리나라의 현행 치료관련 형사사법제도	81
제3절 치료적 사법 모델의 법제화 방안	91
1. 철학과 전략	91
2. 구체적 도입 방안	97

3. 실체법적 측면	103
4. 조직법적 측면 - 문제해결형 법원 설립방안 및 집행방법의 문제	111
제5장 결론(김한균·조의연)	113
제1절 논의의 정리	115
1. 치료적 사법모델의 핵심과제	116
2. 치료적 사법논의에서 남겨진 문제들	118
제2절 치료적 사법모델의 형사사법 제도화방안	122
1. 법률체계상의 도입전략	123
2. 문제해결형 법원도입을 위한 기본방안	124
3. 문제해결법원 도입을 위한 실체법적·절차법적 방안	126
4. 문제해결형 법원 도입을 위한 조직법적 방안	128
참고문헌	129
Abstract	135

표 차례

〈표 2-1〉 회복적 사법과 치료적 사법의 개념적 비교	36
〈표 3-1〉 전통적인 형사사법과 치료적 사법의 개념적 비교	45
〈표 4-1〉 각종 법률에서의 보호관찰 사회봉사·수강명령	86

1.1. 치료적 사법은 치료지향적 법이론의 관점을 정책적 실천에 옮기려는 형사정책 모델이다. 치료지향적 법이론은 법은 그 자체로써 치료자일 수 있다는 관점이다. 따라서 법체계가 치료적 작용에 보다 효과적으로 기여할 수 있도록 구성되어야 한다는 것이다.

1.2. 치료적 사법은 범죄와 범죄피해와 연관된 문제의 해결을 통해서 범죄발생을 방지하고, 발생한 범죄의 결과를 치유하는데 있어서 형사사법의 역할을 모색한다. 나아가 치료적 사법모델은 법과 법제도절차의 인문학적, 인간감정과 심리적 측면에 눈 돌림으로써, 법의 인간화에 기여한다.

1.3. 형사사법체제와 그 구성원이 범죄자와 범죄피해자에게 치유가 아니라 고통을 가져다 준다면, 형사사법과 법질서에 대한 국민의 신뢰를 높이기 어렵다. 치료적 사법모델은 치유와 신뢰와 배려의 가치를 통해 형사정책의 바람직한 방향설정을 가능하게 해준다.

1.4. 치료적 사법이념은 체계적 완결성 보다는 구체적 개별적 문제해결을 지향한다. 따라서 문제해결지향사법 내지 문제해결형 법원 모델과 관련된다.

1.5. 치료적 사법 모델은 회복적 사법과 함께 형사사법시스템의 구조적 재편에 새로운 관점을 제시한다. 형사사법제도를 중심으로 문제해결을 도모한다는 점에서 형사정책과 더 가까울 수 있는 이념이다. 따라서 가정폭력, 성폭력, 마약범죄, 소년범죄에 특화된 형사정책의 구성과 실천에 도입할 수 있다.

2.1. 형사정책은 범죄원인의 치유가 궁극적인 목표다. 형사제재와 범행이 반복되는 가운데 범죄 형벌의 회전문을 빠져나올 수 없는 범죄자는 형사사법체제의 실패와 부담으로 돌아온다. 형사사법개혁을 위해서는 형사사법체제와 그 구성원이 범죄자와 범죄피해자에게 치유가 아니라 고통을 가져다 주지 않았는지 형사사법제도 스스로의 성찰적 개혁도 요청한다.

2.2. 치료적 사법모델은 첫째, 정신장애적 특성을 가진 범죄자에 대해 형사사법 체계내에서 형벌집행의 기회에 치료적 조치를 제공해야 한다는 것이다. 둘째, 형사사법의 구성원은 범죄자와 피해자에게 치료적 영향을 미칠 수 있다는 것이다.

2.3. 치료적 사법모델의 형사정책적 도입은 궁극적으로 국가형벌의 정당성을 높이는데 기여할 수 있다. 첫째, 치료효과를 통해 치료적 사법의 프로그램은 형사법원을 비롯한 형사사법체계에 대한 국민의 신뢰를 높이는 길이 될 수 있다. 둘째, 치료적 사법의 이념과 제도는 형사사법 구성원의 인식과 역할을 발전시키는데 기여한다. 문제해결형 법원에서 치유의 효과에 대해 고민하고 경험한 법관은 일반법원으로 돌아와서도 이를 활용할 수 있다.

2.4. 치료적 사법모델의 형사정책적 도입을 형사사법개혁의 차원에서 추구한다면, 첫째, 형사법원과 전문가의 협력시스템을 제도적으로 확충해야 한다. 둘째, 형사사법의 구성원, 특히 법관은 법치국가적 한계안에서 형벌을 부과하는 소극적 역할에만 머물 필요없다.

2.5. 치료지향적 법이론과 치료적 사법모델은 치료의 목표가 다른 법의 가치에 최우선으로 앞선다고 보지 아니한다. 강제적인 치료는 물론이거니와 국가후견주의적인 치료를 주장하는 것은 아니다. 다만 치료적 사법모델의 관점에서 형사법관은 후원적 치료자라 규정할 수 있다고 본다.

2.6. 문제해결형 법원에 대해 가능한 비판의 하나는 형사사법의 네트워크를 더 넓은 영역으로 확장하는 수단이 아닌가, 또는 사법부 영역확대의 과잉이 아닌가 하는 의심이다. 판결이후 형의 집행종료이후까지 법원의 통제가 미친다는 것은 국가의 개입과 간섭이 더 오래도록 지속된다는 의미로 받아들여질 수 있다. 하지만 양형 이후의 형집행단계에서 법원의 통제는 형집행의 효율성과 인권보장을 강화하는 긍정적 효과를 기대할 수 있다.

2.7. 마약범죄자나 가정폭력범죄자들의 위험성평가도구나 재범위험평가절차가 사회복지나 치료전문가들에 의해 정형화되고, 치료대상에 대한 치료프로그램의 판단이나 치료효과에 대한 평가가 객관화되면서, 이른바 전문가들에 의해 형식화 관료화된 판단절차로 변질될 수 있다는 우려가 있다. 형사법관 고유의 규범적 판단의 역할은 사회과학적 지식과 데이터를 통해 보다 충실해져야 하는 것이며, 범죄자에 대한 치료적 관심과 처우가 과학의 명분으로 관료화 내지 형식화되어서는

안된다.

3.1. 형사법원은 형사사법제도와 공공, 민간기관들의 개입을 통해 문제를 해결해나가는 절차흐름에서 정점에 위치해 있다. 형사법원의 단계에서 수사와 공판단계에서 확인된 문제원인과 상황을 파악하고, 앞으로 형사제재와 사회내처우의 필요성을 고려하여, 교정 보호관찰 기관과 사회복지기관과 민간단체의 역량을 전략적으로 조직하여, 개별사안의 문제해결을 도모하는 역할을 할 수 있는 것이다. 문제해결형 법원의 관할, 개입조치의 절차와 수단 등을 기존 형사사법체계의 틀을 존중하는 범위 안에서 신중하게 규정한다면 치료적 사법과 문제해결형 법원에 대한 비판과 우려를 피할 수 있을 것이다.

3.2. 문제해결형 법원의 형태는 헌법상 특별법원이 될 것이다. 문제해결형 법원에서의 판단주체는 오직 법관이며, 판단형식은 형사사건에 있어서 범죄를 전제로 한 사법적 판단이 되어야 한다. 다만 현행법체계상 형집행권은 검사에게 있으므로 법원이 형집행에 관여하는 조치로 보여서는 안된다. 형집행 이전 단계에서의 처분에 머물러야 할 것이다.

3.3. 문제해결형 법원의 대상영역은 범위반이 사회적으로 심각한 수준의 문제여야 한다. 또한 해당 영역의 문제를 해결해 낼 역량이 형사사법 이외의 부문에서는 찾아지지 않는 상황이어서 형사사법의 적극적 개입이 절실하게 요구되는 문제여야 한다. 그리고 형사법원이 해당 영역의 문제를 해결할 역량을 갖추고 있어야 한다.

3.4. 우리나라에서 문제해결형 법원은 문제의 심각성이 절실하지만, 기존 형사사법제도로서는 범죄의 악순환을 차단할 수 없으며, 형사법원 이외의 사회복지관련 행정영역에 의한 해결만을 기대하기도 어렵다고 판단되는 영역부터 시도할 수 있을 것이다. 예컨대 마약 사건과 가정폭력 사건이 대표적이다.

3.5. 본격적인 도입시행을 위해서는 단계적인 준비가 필요할 것인데, 시범실시를 통한 검증이 우선되어야 할 것이다. 시범프로그램의 준비와 시행, 그리고 검증과정에서는 법원내부의 전문가뿐만 아니라, 교정 보호관찰 행정기관과 관련민간단체와 학계의 전문가들의 참여가 불가피하기 때문에, 이 과정에서 법관과 외부전문가의 소통이 확대되고 문제해결형 법원을 비롯한 형사법원의 개선노력에 크게 도움이 될 것이다.

3.6. 미국식 문제해결형 법원을 우리 형사사법시스템에 효과적으로 도입적용하여 새로운 제도로써 실질적인 효과를 거두기 위해서는 문제해결은 기본적으로 ‘치료’의 방법이어야 하며, 치료과정의 전반을 법원이 주도한다는 원칙을 정립해야 한다.

3.7. 문제해결형 법원의 대상사건은 범죄의 원인이 병리적 현상에 기인한 것으로서 그에 대한 형사제재가 처벌보다 치료에 중점을 두어야 할 사건으로 한다.

3.8. 법원이 치료처분을 명할 때는 대상 범죄자의 특성에 따라 복수의 절차에 따라 각각 구별된 양형수단을 사용할 수 있어야 한다.

3.9. 치료명령은 원칙적으로 선 치료 - 후 중국처분의 구조를 취하여, 준수를 정지조건으로 한 중간처분이 되어야 한다.

3.10. 치료처분은 현행 보호처분, 보호관찰, 수강명령과 치료감호와 질적으로 구별되는 내용과 절차가 보장되어야 한다.

3.11. 치료프로그램의 운영은 법원과 지역사회 및 민간전문가의 파트너십이 원칙이며, 다만 법원의 지도 및 감독기능이 보장되어야 한다.

3.12. 치료처분의 대상사건과 불법정도가 유사한 여타 범죄에 비해 경하게 처벌하는 인식을 줌으로써 일반예방적 효과를 저해하지 않도록 해야 한다.

4.1. 문제해결형 법원으로서의 치료법원은 마약남용·중독 범죄자의 치료에 형사법원이 적극적으로 개입하는 것이므로, 형법상 법관의 양형수단을 확충하거나, 형사절차에 병립하는 치료처분절차를 별도로 신설하는 방안이 핵심이다.

4.2. 치료법원의 대상사건은 집행유예, 선고유예, 기소유예나 벌금대상사안으로서 재범방지를 위해서 치료가 필요한 사건이 된다. 이를 사안의 경중에 따라서, 초범, 단순투약사범과 같이 기소유예, 선고유예 및 집행유예에 처해질 정도의 경미한 사건을 대상으로 하는 치료명령(제1트랙)과, 현행 집행유예나 단기실형 정도에 해당하는, 1트랙 사건보다 약간 중한 사건을 대상으로 하는 치료명령(제2트랙)으로 구분한다.

4.3. 제1트랙 사건은 기존의 소년보호사건, 가정폭력보호사건, 성매매보호사건과 같은 각종 보호처분절차를 확대하여 마약사범 및 알코올로 인한 범죄와 분노조절장애, 충동조절장애, 기질적 정신병으로 인한 범죄 중 경미한 사건을 대상으로 하는 보호처분절차를 신설하여 다루게 된다. 초범, 비폭력적 범행, 단순투약 내

지 소지, 타범죄가 없는 경우와 같은 경미한 사건으로서 자백사건을 대상으로 한다.

4.4. 제2트랙사건은 기존 집행유예제도를 부분적으로 개편하여, 집행유예에 부과하는 조건에 수감명령 외에 치료명령을 추가하는 방법으로 다룬다. 이로써 집행유예의 조건을 중심으로 하여 형법으로 일원화하고, 그 집행만 특별법에 위임하는 것이다. 다만, 선 치료-후 중국처분의 구조를 구현하지 못하게 되는 문제가 있다. 그러므로 집행유예의 부수처분으로서 치료명령의 집행방법에 특칙을 두어 법원이 치료과정 전반을 관장하여 정기적으로 검사 및 감독을 행하고, 치료완료를 법원이 확인하도록 규정해야 할 것이다.

4.5. 경미한 사건과 중간정도에 해당하는 사건을 각각 보호처분절차(치료보호사건 송치)로, 기존의 치료명령부 집행유예로 치료를 명할 수 있게 된다. 더 중한 사안으로서 재범의 위험성이 있다면 실행과 함께 치료감호를 선고해서 치료해야 하는 일반 형사법원의 사안이 된다.

4.6. 절차적으로 경미사건, 즉 1트랙 해당사건을 자백사건에 한정한다. 치료의 시작은 자백으로부터 가능하며, 치료의 효과기대도 자백으로부터 출발함은 당연하기 때문이다. 검사가 해당 치료보호사건 송치결정서를 지방법원에 제출토록 하고, 지방법원의 담당판사는 출석한 범죄자에게 유무죄에 관한 답변을 하도록 하여 범행사실 전부에 대하여 유죄를 인정하면 사건을 치료법원으로 보내고, 만약 무죄를 주장하면 사건을 정식 형사재판절차에 회부하는 것이다. 지방법원에서 형사소송 계속중인 사건을 치료법원으로 송치할 때에도 재판부가 피고인으로부터 공소사실 전부에 대하여 유무죄에 관한 답변을 들어 유죄를 인정하는 때에만 사건을 치료법원으로 송치한다.

4.7. 문제해결형 법원을 우리 현실에 도입하려면, 법관이 형선고에 앞서 피고인에게 양형과 관련하여 의무조건의 이행을 명할 수 있을지가 문제다. 우리 형법과 형사소송법은 중국처분으로서의 판결선고에 관한 규정만을 두고 있다. 양형과 관련하여 법적인 효력이 있는 중간처분이 없다. 그렇다면 가정보호사건의 임시조치를 응용하여 이른바 중간처분과 판결선고절차 연기제도를 형사공판에 도입하는 방안을 검토할 수 있다. 이러한 경우 중간처분은 양형조건으로 부과된다. 그 성취여부에 따라 중국처분의 내용이 결정된다. 중간처분은 마약이나 가정폭력 등 적용가능성이 크기 때문에 공판절차가 이분되지 않은 현실에서 선 치료-후 중국처분

의 구조를 실현할 수 있다.

4.8. 문제해결형 법원에서의 재판은 사법적 판단작용의 형식과 실질을 확보해야 한다. 집행유예의 부수처분으로 부과된 치료명령을 법원에서 집행하더라도 치료완료를 법원이 결정의 형식으로 확인토록 하는 등 종국처분의 여지를 남겨두어야 검사의 형집행권과의 충돌을 피할 수 있기 때문이다.

5.1. 문제해결형 법원을 우리 형사사법제도에 도입하기 위해서는 무엇보다도 치료프로그램과 전문인력 및 시설이 필요하다. 이를 위해서는 재정이 확보되어야 하고, 치료에 필요한 기초자료와 연구의 인프라가 확충되어야 한다.

5.2. 문제해결형 법원을 도입하기 위해서는 인프라구축으로부터 법원조직개편과 절차신설에 이르기까지 체계적인 법제개혁의 노력이 필요하다. 문제해결형 법원의 법관과 검사의 형집행권의 조화문제 뿐만 아니라, 보호관찰기관의 업무와도 체계적 조화가 필요하다.

5.3. 마약범죄 영역에서부터 문제해결형 법원이 도입된다면, 법적으로 신설되는 치료명령에 한해서 법원이 관장하거나, 치료처분의 집행과 그 감독을 각각 보호관찰소와 치료법원이 분장하는 형식이 현실적 방안일 것이다.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제1장

연구의 의의와 목적

김 한 군

연구의 의의와 목적

왜 지금 여기서 치료지향적인 형사정책 이론과 모델을 논의해야 하는가?

근대 형사정책이 범죄자의 회복, 즉 재사회화를 지향했다면, 현대 형사정책의 주요한 흐름인 회복적 사법은 범죄피해자의 피해회복과 범죄가해자의 회복을 함께 도모한다. 치료적 사법은 범죄자의 회복(rehabilitation)과 범죄피해자의 회복(restoration)을 넘어 범죄자와 범죄피해자의 치료(therapy)를 지향한다.

현재 우리 사회에서 치유 또는 치료¹⁾를, 특히 형사정책에서 치료지향적 사법모델을 성찰해보는 일은 더욱 현실적인 의미를 가진다.

우리 사회의 특징중 하나는 병적인 분노를 품은 사람이 많고 그 수위도 매우 높다는 점이다 사람은 사랑과 보살핌을 받으면 정신이 활짝 피어나지만, 학대와 억압을 받아 상처가 깊어지면 분노를 조절하지 못하고 공격적으로 변한다. 분노와 공격성이 자신을 향하면 자해나 자살을 하게 되고, 타인을 향하면 끔찍한 범죄를 저지르게 된다 사랑과 배려없이 분노를 줄일 수 없다. 상처입은 아이들과 성인에 대해 분노를 처리하고 치유할 프로그램을 세워 실행해야 한다. ²⁾

사회현상으로서의 범죄와 범죄자의 이면에는, 범죄자가 범죄로 나아가기까지

1) 治療는 고칠 묘자를 써서 medical treatment의 의미를, 治癒는 나을 유자를 써서 healing, recovery의 의미를 가진다.

2) 윤재운, 분노의 사슬을 끊는 지혜, 중앙Sunday, 2011년 6월12일자

오랜 시간동안 두텁게 쌓인 분노, 그리고 범죄피해자와 범죄를 간접적으로 경험하는 시민일반이 범죄로 인해 겪는 충격적 분노가 겹겹이 쌓여있다. 이를 치유하는 사회적 프로그램이 필요하다. 형사사법도 그러한 프로그램의 일부가 될 수 있어야 한다.

특히 범죄자와 범죄피해자의 처참한 경험을 가장 가까이서 살필 수 있는 이들은 일반국민이나 정치인, 입법자들보다는, 바로 경찰과 검사, 교정공무원, 법관들이다. 범죄자와 범죄피해자 역시 국가제도와 형사사법의 얼굴을 법관과 검사, 경찰, 교정공무원에서 마주대하게 된다. 그래서 수사와 기소, 재판과 형집행 절차과정에서 범죄자와 범죄피해자들에게 형사사법체계의 일선 담당자들이 미치는 영향은 그 자체로 치료적일 수 있다.

피고인이 무죄를 주장하며 끝까지 다투지만 재판부는 피고인이 감당하기 어려운 실형을 선고하게 돼 안타깝습니다. 징역 1년 6개월을 선고합니다.” 서울고법 형사8부(부장판사 성낙송)는 지난 6월 19일 사업을 명목으로 지인들로부터 수억 원을 가로챈 혐의로 구속 기소된 이모 씨에게 이같이 판결했다. 유무죄를 다투던 피고인들은 항소심에서 실형을 받으면 재판부에 인사는커녕 종종 독설을 내뿜고 법정을 빠져나가곤 한다. 하지만 이 씨는 달랐다. 재판부에 허리를 깊이 숙여 인사한 뒤 “감사합니다”란 말도 잊지 않았다.

이 씨는 최근 재판장 앞으로 편지를 보냈다. “재판에서 보여주신 부드러운 미소와 응성을 가슴 깊이 간직합니다. 선고 때 당부하신 대로 교도소에서 동료 재소자를 교화하면서 가족과 다시 만날 날을 기다리겠습니다.” 재판부가 인내심을 갖고 끝까지 얘기를 들어주고 증거 조사도 충실히 해줘 비록 실형을 받았지만 고맙다는 내용이었다.

올해 4월 특수강도와 절도 혐의 등으로 같은 재판부에서 징역 1년 6개월을 선고받은 김모 씨도 재판장이 선고하는 내내 눈물을 흘렸다. 서울대 성악과를 졸업한 김 씨는 남편이 사업에 실패하자 우울증에 걸려 상습적으로 절도를 하다 붙잡혔다. 재판장은 단순한 절도 사건임에도 선고에 30분 이상을 할애하며 친딸을 대하듯 김 씨를 타일렀다. 유무죄가 갈리는 긴장된 시간에 재판장의 따뜻한 격려와 당부가 이어지자 김 씨의 아버지도 눈물을 흘렸다. 김 씨 부녀는 선고 후 재판부를 향해 여러 번 허리를 숙였고, 상고도 포기했다.

서울 서초구 서초동 서울법원종합청사 주변에는 판결에 불만을 표시하며 법관들을 욕하는 플래카드가 여기저기 걸려 있다. ‘고압적인 법관’과 ‘잘못을 인정하지 않는 당사자’ 사이에서 연일 날 선 공방이 오가는 법조타운에는 승복의 미덕은 고사하고 법의 권위마저 허물어져 가고 있다. 이런 가운데 재판부로 날아온 감사 편지는 재판이 승패와 관계

없이 사람의 한을 풀어주고 인생까지 바꿀 수 있다는 사실을 새삼 일깨워줬다. 3)

반대로 더욱 악화시키는 영향을 미칠 수도 있다.

성폭행 피해 여성이 법정에서 피해자 증언을 한 뒤 "판사의 질문에 모멸감을 느꼈다"는 내용의 유서를 남기고 자살한 사실이 뒤늦게 밝혀졌다.

피해여성은 지난달 30일 서울중앙지법에서 열린 공판에 피해자 자격으로 출석해 증언했던 것으로 밝혀졌다. 공판에서 변호인은 채팅을 계기로 이미 2차례 만났고 성폭행이 있었던 장소가 피해자의 고시원이었던 점 등을 들어 일방적인 성폭행이 아닐 가능성이 있다는 쪽으로 변론을 했다고 한다. 변호인은 8년전 피해자가 노래방 도우미로 일하면서 손님에게 성폭행을 당했다고 고소했다가 합의금을 받고 취하했던 일도 거론한 것으로 알려졌다. 변호인의 신문이 끝난 뒤 재판부도 이 사건을 거론하면서 "피고인이 어학연수생이고 합의금을 공탁하겠다고 하는데 합의하는 게 어때냐"고 물은 것으로 알려졌다.

유서에서 이날 공판 내용 등을 언급하면서 "판사도 피해자인 내 말을 믿지 않는 것처럼 질문을 해 너무 수치스럽고 억울하다"고 적은 것으로 알려졌다. 법원 관계자는 "성폭행이 아닐 가능성이 있어 재판부가 사실 관계를 정확히 파악하려 했을 뿐 모욕은 하지 않은 것으로 안다"고 말했다. 4)

제1절 연구의 필요성과 문제설정

본 연구는 치료적 사법모델과 치료지향적 법이론, 그리고 문제해결형 법원을 기본적인 대상으로 한다.

치료적 사법(therapeutic justice)⁵⁾의 기본구성은 치료지향적 법이론(therapeutic jurisprudence)과 문제해결형 법원(problem-solving court)이다. 이러한 기본구성에 형사사법의 각 단계에서 다양한 치료지향적 프로그램과 제도가 변용, 확장되어 하

3) 동아일보 2009년 7월 29일자

4) 조선일보 2011년 6월 11일자

5) 형사사법제도를 기반으로 치료프로그램 내지 제도와 확장적으로 결합한다는 의미에서 엄밀히 명칭한다면 치료적 형사사법(therapeutic criminal justice)이라 하겠으나, 치료와 형사(형벌) 두 의미가 부딪힐 뿐더러, 기존 회복적 사법(restorative justice)의 명칭례에 비추어, 치료적 사법이라 함이 적절할 것이라 생각된다.

나의 치료적 사법모델 내지 치료지향적 형사정책을 이룬다.

치료적 사법 = 치료지향적 법이론 + 문제해결형 법원

Therapeutic Justice = Therapeutic Jurisprudence + Problem-solving Court

치료적 사법은 구조화된 사법체계나 제도를 의미하는 개념이라기 보다는 사법 판단과 사법절차에 관한 실천적 철학을 의미한다.⁶⁾ 따라서 치료적 사법은 치료지향적 법이론의 관점을 정책적으로 실천하려는 형사정책 모델이 될 수 있다.

치료지향적 법이론은 ‘치료적 작용으로서의 법의 역할(the role of the law as a therapeutic agent)’⁷⁾을 연구한다. 즉 실체법, 절차법, 그리고 법관을 비롯한 법률가의 역할로부터 비롯되는 치료적 또는 반치료적 결과(therapeutic and anti-therapeutic consequences)를 연구한다. 치료지향적 법이론의 경험적 관점은 법은 그 자체로써 치료자(therapist)일 수 있다고 본다. 치료지향적 법이론의 규범적 관점은 법체계가 치료적 작용(therapeutic agent)에 보다 효과적으로 기여할 수 있도록 구성되어야 한다고 주장한다.

또한 치료적 또는 반치료적 결과는 법규정과 제도절차의 유효성을 평가하는 요소가 될 수 있다. 그래서 형사사법개혁의 지표로 삼을 수도 있다.⁸⁾ 직접적 간접적으로 반치료적 결과를 가져오는 형사법과 형사사법제도는 정당성과 효율성의 측면에서 부정적 평가를 받지 않을 수 없다. 따라서 형사사법개혁은 치료적 효과를 높이고 반치료적 부작용을 줄이는 것을 그 중요한 목표로 삼게 된다.

6) 박광배, 치료적 사법의 현황-출소자들이 먹는 두부의 의미를 생각하며, 사법개혁과 세계의 사법제도 V, 2007, 236면.

7) D.B.Wexler & B.J.Winick, Law in Therapeutic Key, 1996,xvii면

8) D.B.Wexler & B.J.Winick, ‘Therapeutic jurisprudence as a new approach to mental health law policy analysis and research’, University of Miami Law Review, 1991, 979, 981면

1. 연구의 필요성

치료적 사법은 1990년대 미국을 중심으로 부각된 형사정책적 관점이다. 이전까지의 전통적인 형사정책 모델은 형사사법기관이 책임에 상응한 제재를 부과하고 집행함으로써 사회전체적 질서를 유지하는데 중점을 두었다. 그래서 범죄문제에 대한 보편적 대응모델로서 체계적 합리성과 절차적 공정성을 지향한다.

치료적 사법모델은 (형)법의 개인에 대한 치료적 측면에 주목한다. 법은 개인에 대하여 치료적인 결과를 낳을 수도, 반치료적 결과를 가져올 수도 있는 사회적 힘이기 때문이다. 법규, 법체계, 판·검사 및 변호사가 법절차의 대상이 된 사람에게 미치는 치료적 또는 반치료적 영향에 대한 성찰에 바탕을 둔다. 그래서 1990년 중반이후 회복적 사법과 함께, 미국과 서유럽 다수의 국가들에서 사법개혁을 이끌어갈 수 있는 모델의 하나로서 관심의 대상이 되어왔다.

치료적 사법에서 뜻하는 ‘치료’는 범죄로 나아갈 수 밖에 없는, 그리고 범죄와 범죄피해로부터 벗어나지 못하게 하는 문제들의 해결이다. 문제해결을 통해서 범죄발생을 방지하고, 발생한 범죄의 결과를 치유하는데 형사사법의 역할을 고민한다. 따라서 현실적으로 문제해결사법(problem-solving justice)과 연관을 맺게 된다. 나아가 치료적 사법모델은 법과 법제도절차의 인문학적 인간감과 심리적 측면에 눈돌림으로써, 법의 인간화(humanizing)⁹⁾에 기여한다.

형법적으로 성찰해보자면, 법의 개별화(individualization) 이라고도 할 수 있겠다. 근대형법의 합리적 인간상은 개별자로서의 범죄자와 범죄피해자의 구체적 치료필요성까지 관심을 기울이지 못한다. 현대형법은 다시 구체적 인간의 개별적 필요에 눈을 돌린다. 그러므로 치료적 사법은 형법에서 인간화(humanization)의 지평을 새롭게 연다.

2. 현실적 필요성

형사사법개혁은 형사사법제도의 공정성과 효과성을 높이면서, 국민의 참여와

9) Wexler,D.B., & B.J.Winick, Law in Therapeutic Key, 1996,xvii면

피해자보호 강화를 통해 국민의 신뢰를 높이는데 목표가 있다. 하지만 범죄원인의 근본적 치유를 고민하지 않은 채, 형사제재와 범행이 반복될 뿐이라면, 범죄자는 범죄-형벌의 회전문을 빠져나올 수 없다. 이렇게 되면 형사사법체계는 실패의 비난을 면할 수 없고, 정당성위기와 비용낭비의 부담은 더욱 커진다.

현실 형사사법제도의 문제는 다양하고 복잡하다. 그런데 아동성폭력피해자의 신체적 고통호소에도 불구하고 반복진술조사를 강행한 경찰과 검찰의 의식부족, 법정에서 판사의 인격모독적인 폭언과 반말행태, 성폭력피해자에 대한 합의강요와 피해자 정보누설 등의 사례들은 그 문제점을 선명하고 극적으로 폭로한다. 형사사법체계와 그 구성원이 범죄자와 범죄피해자에게 치유가 아니라 고통을 가져다 준다면, 형사사법과 법질서에 대한 국민의 신뢰를 높이기 어렵다. 국민의 신뢰 여부는 민주사회에서 형사사법제도의 정당성의 문제와 곧바로 연결된다.

3. 이론적 필요성

치료적 사법은 구조화된 사법모델로 일시에 구성되었다기 보다는, 하나의 탈구조적인 실천철학으로서 점진적 진화적으로 발전해왔다. 그래서 이론적 성찰과 이해가 선행될 필요가 있다. 치료적 사법모델의 철학적 바탕에는 범죄자를 범죄-형벌의 악순환에서 빠지게 하는 반치료적 형법은 형사사법의 실패를 낳는다는 인식이 깔려있다. 치료적 사법모델의 정책은 법의 치료적-반치료적 요소에 대하여 과학적으로 규명하고, 법치국가적 가치와 형사소송의 가치를 훼손하지 않는 범위 내에서 (형)법의 치료적 기능을 향상시킬 수 있는 구체적 방법을 모색한다.

치료적 사법이념은 체계적 완결성 보다는 구체적 개별적 문제해결을 지향한다. 피해자와 범죄자의 개인적 치유와 회복을 도모하는데 중점을 두기 때문에 명료한 이론모델과 체계는 애초부터 지향하는 바가 아니다. 치료지향적 법이론은 본질적으로 '삶의 감정적 측면과 심리적으로 온전한 삶에 대한 법의 영향(law's impact on emotional life and on psychological well-being)'에 초점을 맞추고 있다.¹⁰⁾ 형사사법구성원은 체계의 일원이 아니라 범죄자 및 범죄피해자와 인격적으로 대면

10) Wexler,D.B., & B.J.Winick, Law in Therapeutic Key, 1996,xvii면

하는 역할을 맡게 된다. 이런 측면에서 문제해결지향사법(problem-solving justice) 내지 문제해결형 법원(problem-solving court) 모델과 연관을 맺는다.

4. 정책적 필요성

치료적 사법이념이 형사사법과 절차에서 주목받는 이유는 기존 형사사법제도와 형사정책적 수단에 대한 불신과, 그 역작용에 대한 불만족 때문이다. 치료적 사법 모델 내지 치료지향적 법이론은 회복적 사법과 함께 형사사법시스템의 구조적 재편에 새로운 관점을 제시한다. 다만 형사사법제도를 뛰어넘는 대안까지 바라보려는 회복적 사법보다는, 형사사법제도를 중심으로 문제해결을 도모한다는 점에서 형법 및 형사정책과 더 가까울 수 있는 이념이다. 다시 말해서 회복적 사법은 기존 형사사법의 국가 대 범죄자의 구조와 처벌이라는 고유의 수단을 해체 내지 대체하여 당사자간의 화해와 회복을 도모하는 새로운 구조와 수단을 궁극적으로 지향한다. 치료적 사법은 기존 형사사법의 구조안에서 기존의 제재수단에 보완하여 치료적 효과를 지향한다.

따라서, 치료적 사법 이론연구를 통해 그동안 축적된 회복적 사법관련 연구성과와 결합한다면, 보다 구체적인 형사사법개혁의 모델을 기대해 볼 수 있다. 특히 치료적 사법모델을 가정폭력, 성폭력, 마약범죄, 소년범죄에 특화된 형사정책의 구성과 실천에 도입할 수 있다.

뿐만 아니라, 치료적 사법모델은 지속적인 경제위기와 사회적 양극화에 따른 지속적 위협과 불안의 시대에 형사사법개혁과 형사정책의 방향을 긍정적으로 이끄는 동력이 될 수 있다. 위기와 위험이 상시화된 상황에 대처한 형사정책은 무엇보다도 법률운영상의 탄력적 대응과 사회적 약자에 대한 배려를 지향해야 한다.¹¹⁾ 약자배려적이고 탄력적인 형사정책을 위해서는 법원을 비롯한 형사사법제도는 치료적 사법, 회복적 사법, 지역공동체 협력사법 등 다양한 실천모델을 고려할 필요가 있다.

이처럼 치료적 사법모델은 치유와 신뢰와 배려의 가치를 통해 형사정책의 바람

11) 김한균, 자유무역협정에 따른 경제환경과 형사정책의 변화, 한국형사정책연구원, 2009, 49면

직한 방향설정을 가능하게 해준다.

제2절 연구의 열개와 대상

1. 연구의 열개

본 연구는 치료적 사법모델의 이론적 내용과 정책적 의미를 설명하고, 우리 형사사법체계와 형사정책에서 적용가능성을 검토한다.

이를 위하여 첫째, 치료적 사법모델의 이론적 발전과 정책적 실현 논의와 사례들을 살펴본다.

둘째, 형사사법의 개선 내지 대안적 수단을 모색하는 이론모델 및 정책수단들과 비교분석한다.

셋째, 치료적 사법모델을 우리 형사정책에 적용, 반영할 수 있는 방향을 제시한다.

제2장에서는 치료지향적 법이론의 발전과정을 그 기원적 배경과 발전내용을 통해 살펴본다. 또한 그 전개과정에서 심리학적 법이론과의 관계를 살핀다. 치료지향적 법이론의 발전에서 가장 의미있는 특징은 그 실천지향성이라 할 수 있다. 이러한 관점에서 치료지향적 법이론의 실천적 연관과 그 형사정책적 의의를 분석하고, 그에 대한 비판에 대해서도 살펴본다. 또한 치료적 사법과 회복적 사법 모델의 비교분석한다.

제3장에서는 치료지향적 법이론과 치료적 사법모델의 전통적인 형사사법과의 차별성을 다룬다. 각각 양형단계와 법관역할, 법원개혁에서 치료적 사법모델이 어떠한 영향을 미쳤는지 분석한다. 특히 치료적 사법의 구체적 실현인 문제해결형 법원의 형사정책적 의의를 살펴본다. 치료적 사법모델을 실현하는데 있어서 문제해결형 법원이 지닌 장점과 단점도 분석한다. 주로 미국을 중심으로 논의, 발전되어온 이론과 정책모델인 만큼, 각각 성범죄자의 유죄인부절차, 수용치료적 사법처분, 마약치료법원과 관련하여 미국의 치료적 사법 프로그램들을 살펴본다.

제4장 치료적 사법모델의 우리 형사사법에 도입, 제도화하기 위한 방안을 검토한다. 무엇보다 우리나라의 현행 치료관련 형사법제도의 한계를 살펴보고, 치료적

사법모델의 형사법제화를 위한 기본원칙과 전략을 정립한다. 그리고 이에 바탕하여 구체적 도입을 위한 실체법적, 절차법적, 조직법적 측면을 각각 살펴본다.

마지막으로 결론에서는 치료적 사법모델의 핵심과제와 앞으로의 지속적인 논의의제를 정리한다. 그리고 치료적 사법모델을 우리 형사사법에 제도화하기 위한 현행법체계상의 도입전략, 문제해결형 법원도입을 위한 기본방안, 실체법적·절차법적·조직법적 방안을 제시한다.

2. 연구의 대상

본 연구의 대상범위는 치료지향적 법이론과 치료적 사법, 그리고 문제해결형 법원이다. 각각의 개념을 정의함으로써 연구의 대상과 범위를 분명히 하고, 대비되거나 유사성있는 개념들과 비교함으로써 이를 더욱 분명히 하고자 한다.

본 연구의 대상인 치료지향적 법이론 내지 치료적 사법에 대한 논의는 그 대상의 의미확장성과 유연성으로 인해, 문제해결형 법원, 마약법원, 정신보건법원, 지역사회참여사법(community justice) 등의 논의와 부분적으로 겹친다. 회복적 사법(restorative justice)논의와도 중복적으로 겹치기도 한다.¹²⁾ 이러한 논의의 겹침현상은 기존 형사정책모델과 이론에 대한 개선보완 내지 개혁을 고민하고 이를 실천에 옮기는 과정에서 나타나는 다양성과 상황맥락, 그리고 구체적 대응들이 서로 혼용되기 때문에 당연한 결과다.

형사사법의 개선을 위한 사법모델과 개념의 세분화는 지속적으로 개혁하기 위한 고민과 성찰과 노력의 바람직한 산물이다. 물론 기존 개념과 외견적 유사중복성을 근거로, 치료지향적 법이론과 치료적 사법모델의 독자적 유의미성과 실천성에 대한 의문을 제기하기도 한다. 이러한 비판들은 용어상의 유사성과 관련된 상식수준의 착오¹³⁾나, 관련 개념과 이론들 자체에 대한 이해부족, 새로운 개념에 대

12) 제2장 제1절 5. 참고

13) 치료적 사법에 대한 흔한 착오중의 하나는 양형단계에서 개전의 정을 참작하는 것이나, 치료감호제도 자체를 치료적 사법 모델을 전제로 논의하는 경우다. 하디만, 치료감호제도 자체가 치료적 사법이 아니라, 치료감호처분을 받은 당사자가 그 처분으로 인해 실제 치료될 수 있도록 법원이 지속관리하는 것이 치료적 사법이론이 지향하고자 하는 내용이다. 개전의 정이 없

한 관성적 경계심에서 비롯되는 경우가 많다. 하지만 치료지향적 법이론과 치료적 사법모델의 이론적 정교함과 실천적 유용성을 높이기 위해서 경청할 필요는 있다.

는 피고인으로 하여금 법정에서 뉘우치고 교화될 수 있도록 하는 것이 치료적 사법이론이 뜻하는 바다. 또한 치료라는 명분 아래 전통적인 적법절차를 무시한 채 범죄자의 인권이 침해되는 결과를 초래하는 치료는 치료적 사법모델을 실무에 잘못 응용하는 경우다. (박광배, 치료적 사법의 현황, 2007, 236-237, 287-288면 참조) 형사사법제도, 특히 양형과 행형단계의 개혁을 위해 치료적 사법 모델을 원용한 논의가 활발해진다면 바람직한 일이라 하겠다. 그러나 단순히 치료감호제도나 교정시설내 치료프로그램의 도입과 같은 제도적 문제에 한정되거나 치료라는 용어를 오용하는 치료적 사법논의는 법의 치료적 또는 반치료적 효과에 대한 실천적 성찰을 왜곡하는 결과를 가져올 수 있다는 점은 경계할 필요가 있다.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제2장

치료지향적 법이론과 치료적 사법모델

김한균

치료지향적 법이론과 치료적 사법모델

제1절 치료지향적 법이론의 발전

1. 치료지향적 법이론의 기원

치료지향적 법이론의 관점은 형사사법체계 안에서 정신질환자에 대한 처우를 정책적으로 고민하는데서 출발한다.¹⁴⁾ 치료지향적 법이론은 1987년 국립정신보건원(National Institute of Mental health) 워크숍에서 David Wexler가 처음 제안했다.¹⁵⁾ 이후 위험성 정신질환범죄자 처우¹⁶⁾와 정신보건법¹⁷⁾ 등의 문제영역에서 다양한 연구가 진행되었다.

14) D.B.Wexler & B.J.Winick, Essays in Therapeutic Jurisprudence, 1991

15) D.B.Wexler, 'Putting mental health into mental health law: Therapeutic jurisprudence', Law & Human Behavior, 1992, 27-28면

16) M.L.Perlin, 'Tarasoff and the Dilemma of the Dangerous Patient: New Directions for the 1990's,' Law & Psychology Review, 1992 ; N.G. Poythress & S.L.Brodsky, 'In the Wake of a Negligent Release Lawsuit: An Investigation of Professional Consequences and Institutional Impact on a State Psychiatric Hospital', Law & Human Behaviour, 1992

17) R.F.Schopp, 'Therapeutic Jurisprudence and Conflicts Among Values in Mental Health Law Scholarship', Behavioral Science and Law, 1993, 21면

가. 치료지향적 법이론과 법현실주의

치료지향적 법이론은 20세기전반 법현실주의운동(legal realism movement)의 영향을 받은 법이론들중의 하나로 평가된다.¹⁸⁾

1930-40년대 미국의 법현실주의 운동은 법률전문용어와 법의 신비화 뒤에 가려진 법의 실재를 이해하는데 목표를 두었다는 점에서 현실주의로 지칭된다. 법현실주의자들에게 큰 영향을 미친 법사상가는 Oliver Wendell Holmes 이며,¹⁹⁾ 법현실주의에서 다른 많은 주제들이 홈즈로부터 시작되었다. 또한 Roscoe Pound 의 법사회학이론(sociological jurisprudence)은 법제도와 법원리의 사회적 실제효과(actual social effects)에 대한 연구를 강조했다. 파운드의 이론 역시 법현실주의 연구관점에 많은 영향을 미쳤다.²⁰⁾ 법의 치료적 효과 또한 파운드가 지적하는 법의 사회적 효과중의 하나라 할 수 있다.²¹⁾

법현실주의연구의 상당수는 당시 법관들이 실제 판결하는 방식에 대한 비판이다. 법관들은 판결을 단순한 전제나 기초적 법개념으로부터 연역하는 작업으로 보았다. 법현실주의에 따르면 현실적으로 판결은 법관개인의 정책적 선호나 편견에 근거한다. 더 기본적이고 추상적인 수준에서 논의를 진행하는 법현실주의자들은 법규율이 특정사안의 결과를 결코 결정할 수 없다고 본다. 규율이란 기껏해야 과거 같은 종류의 사안에 대해 법관들이 어떻게 판결해 왔는가에 대한 기록이거나, 장래 어떻게 결정할 것으로 예상되는지에 대한 기록에 지나지 않기 때문이다. 이러한 입장은 법회의주의(legal scepticism)로 나아가게 된다. 법현실주의 내지 법회의주의적 입장은 법관의 드러나지 않은 편견을 대신해 사회과학적 기초에 근거한 법판단을 선호하게 된다. 법현실주의자들은 인간행태에 대한 객관적 과학이 가능하다고 보았다. 따라서 공동선을 성취하기에 더 나은 방향으로 법규율을 구성하는 방법이 무엇인지에 대한 객관적 지식을 얻을 수 있으리라는 믿음을 함께했다. 법

18) D.Finkelman & T.Grisso, 'Therapeutic Jurisprudence: From Idea to Application', in D.B.Wexler & B.J.Winick ed. Law in a Therapeutic Key, 1996, 588면.

19) 법의 실재는 논리가 아니라 경험이다. 시대의 필요와 지배적인 도덕이론과 정치이론, 공공정책제도, 명시적 또는 잠재적으로 법관이 동시대인들과 공유하고 있는 가치가, 사람을 규율하는 법의 판단에 법기호보다 더 크게 관련된다. (O.W.Holmes, The Common Law, 1881, 5면)

20) R.Pound, 'The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence', Harvard Law Review, 1912, 512-513면

21) D.Finkelman & T.Grisso, Therapeutic Jurisprudence: From Idea to Application, 589면

현실주의자들의 현실주의적 또는 회의주의적 관점은 보상받을 권리(right to remedies) 관념과 밀접히 연결된다. 이에 따르면 법적보호란 침해에 대해 개인이 보상받을 권리가 법적으로 보호된다는 의미여야 한다. 따라서 법현실주의자들의 법과 정치경제에 대한 비판은 기존체제내에서의 변화를 지향한다.

나아가 법현실주의의 비판적 전통을 계승한 이론으로는 비판법학(Critical Legal Studies)이 있다. 그리고 법경제학은 법현실주의의 법의 완결성에 대한 회의적 입장을 이어받아 법규율의 대안의 의미를 연구하는 정책과학(policy science)을 도모한다. 법현실주의는 법의 자율성과 완결성을 비판함으로써 이후 법에 대한 학제적 연구(law and-) 운동의 선구가 되었다.²²⁾

특히 Jerome Frank는 법률가를 정신분석학적 관점에서 연구하고 법관에 대한 심리학훈련의 필요성을 주장했다.²³⁾ 그런점에서 법현실주의에서 치료지향적 법이론으로 연결되는 고리라고 할 수 있다. 법현실주의의 경험적 연구의 강조와 치료적 법이론의 보다 밀접한 연관성은 심리학의 증거법에 대한 적용연구에서 찾아볼 수 있다.²⁴⁾

법현실주의와 치료지향적 법이론의 연관성은 법의 경험적 측면에 대한 강조에서도 나타난다. Karl Llewellyn은 법의 어떤 영역에서든지 장래의 당위성에 대한 판단을 위해서는 현실속의 법에 대한 객관적 지식이 바탕이 되어야 한다는 입장이다.²⁵⁾ 마찬가지로 David Wexler와 Robert Schopp도 연구프로그램으로서의 치료지향적 법이론은 법적 가치들의 충돌을 해소하려는 것이라기보다는, 특정한 목표를 증진하기 위해 필요한 정보를 확보하고, 정당성이나 우선적 가치에 대한 규범적 논쟁에 자료를 제공하려는 이론이라고 본다.²⁶⁾

22) L.Kalman, Legal Realism at Yale: 1927-1960, 1986; J.Monahan & L.Walker, 'Empirical Questions without Empirical Answers', Wisconsin Law Review, 1991, 561면 이하; J.W.Singer, 'Legal Realism Now', California Law Review, 1988, 9면 이하; L.M.Friedman, 'The Law and Society Movement', Stanford Law Review, 1986, 763면 이하.

23) J.Frank, Courts on Trial, 1949, 247면

24) R.M.Hutchins & D.Slesinger, 'Some Observations on the Law of Evidence-Memory', Harvard Law Review, 1928, 860면

25) K.N.Llewellyn, 'Some Realism about Realism- Responding to Dean Pound', Harvard Law Review, 1931, 1222면

26) D.B.Wexler & R.F.Schopp, 'Therapeutic Jurisprudence: A New Approach to Mental Health Law', in D.S.Kagehiro & W.S.Laufer ed. Handbook of Psychology and Law, 1992, 361면

법현실주의의 경험적 측면중시입장은 법에서의 사회과학지향(social science in law)으로 발전되었다.²⁷⁾ 따라서 치료지향적 법이론은 법의 사회과학이론의 특별한 적용형태로도 이해할 수 있다.²⁸⁾ 또한 치료지향적 법이론에서 치료적 영향(therapeutic impact)을 중시하는 것은 법경제학에서 효율성(efficiency)을 중시하는 관점과도 서로 통한다.

나. 법이론연구의 문제해결지향

미국법이론의 전통적인 법개념은 법관법(judge-made law)이다. 영미법전통에서는 법관의 개별사안에 대한 판결례의 축적을 통해 법이 형성되어 왔다. 전통적으로 법연구자들은 판례법에서 상위원칙을 도출하고 법관을 비롯한 법실무자들에게 일정한 법논증과 법원칙을 제시해왔다. 그런데 현대 행정국가의 도래와 함께 새로운 법개념의 창출은 법관보다는, 입법자와 행정담당자들로부터 온다. 이들은 법개념을 전통적인 법원칙이나 법논증을 통해 이해하기보다는 특정 문제를 다루기 위해 설계된 도구로 본다. 법의 절차적 가치보다는 효과성이 우선시되며, 법의 효과는 문제해결의 성과로 평가한다.²⁹⁾

이에 따라 법연구자들도 특정한 정책적 목적의 실현에 효과적인 해법의 모색에 중점을 두는 경향이 나타난다. 연구관심의 방향도 어떠한 법규칙이 특정목적실현에 가장 잘 작용하는가? 다양한 법규정의 집행에 어떠한 메카니즘이 최적인가? 목적실현에 시민의 참여가 얼마나 중요하며, 또 그러한 참여를 어떻게 보장할 것인가의 물음으로 나타난다.³⁰⁾ 그래서 새로운 법연구경향에서는 사회과학의 관점과 기법에 대한 관심이 크다. 법의 효과에 관한 연구에서는 사회과학분야 연구자와의 학제적 협동연구가 확대된다. 물론 법연구자의 주된 역할은 사회과학적 데이터의 산출보다는, 산출된 데이터를 활용하여 정책적 권고안을 제시하는데 있다.³¹⁾

27) J.Monahan & L.Walker, Social Science in Law, 2판, 1990, 29면

28) D.B.Wexler & R.F.Schopp, Therapeutic Jurisprudence: A New Approach to Mental Health Law, 1992, 373면

29) D.B.Wexler, 'Therapeutic Jurisprudence and Changing Conceptions of Legal Scholarship', in D.B.Wexler & B.J.Winick ed. Law in a Therapeutic Key, 1996, 598면

30) E.L.Rubin, 'The Concept of Law and the New Public Law Scholarship', Michigan Law Review, 1991, 815면

31) E.L.Rubin, The Concept of Law and the New Public Law Scholarship, 1991, 828면

치료지향적 법이론의 등장 이전, 관련영역인 정신보건법 연구는 전통적인 법개념에 근거하고 있었음은 물론이다. 전통적인 정신보건법의 핵심은 수용치료 사법처분체계(civil commitment system)이다. 따라서 정신보건법 관련연구의 주된 관심은 수용치료 사법처분의 헌법합치성, 즉 적법절차성의 논의에 있었다. 대상 정신보건법제는 판례법에 의해 주로 형성되어왔으며, 법적논증도 형사절차 영역에서 유추되었다.³²⁾

물론 전통적인 정신보건법 연구는 정신보건체계에서 기본적인 절차적 보장을 확립함으로써, 새로운 연구경향이 더 앞으로 나아갈 수 있도록 토대를 마련했다는 의미가 있다. 정신보건법연구의 신경향은 학제적 연구를 중시하면서, 바로 치유지향적 법이론의 초기형태로 발전해 나갔다.

2. 치료지향적 법이론의 전개과정

치료지향적 법이론의 초기단계에서는 정신보건법의 영역과 일차적으로 연관을 맺고 발전했다. 치료적 법이론에서 경험적 증거와 심리학적 이론의 활용방식은 심리학과 법학의 학제적 연구분야인 아동발달연구, 목격증인진술과 배심원 심리연구에서 이미 자리잡고 있었다. 치료지향적 법이론은 심리학적 이론과 연구방법론을 정신보건법에 적용함으로써 정신보건법의 개혁과 정신보건법체계의 대상자들에 대한 처우개선을 지향하였다.³³⁾

치료지향적 법이론은 정신보건영역에서 마치 치료자(therapist)의 역할을 법 자체로서도 담당할 수 있다고 보았다. 법규칙과 법절차, 그리고 법주체 즉 주로 판사와 변호사는 치료적 결과나 반치료적 결과를 가져올 수 있는 사회적 실체라고 이해한다. 따라서 사법원칙의 테두리안에서, 치료적 법이론의 규범적 핵심은 법은 보다 효과적으로 치료의 효과를 가져오는데 기여할 수 있도록 설계되어야 한다는 것이다.³⁴⁾

32) D.B.Wexler, Therapeutic Jurisprudence and Changing Conceptions of Legal Scholarship, 1996, 600면

33) D.Finkelman & T.Grisso, Therapeutic Jurisprudence: From Idea to Application, 591면

34) D.B.Wexler, Therapeutic Jurisprudence and Changing Conceptions of Legal Scholarship, 1996,

초기 정신보건법의 영역에서 출발한 치료지향적 법이론은 불법행위법과 가족법, 장애인법, 보건법³⁵⁾, 그리고 형법과 형사소송법의 영역으로 범위를 넓혀 발전해 나갔다.³⁶⁾ 형법영역에서 치료지향적 관점은 교정 또는 재사회화이론에서 뚜렷히 드러난다. 형사사법에서 치료적 형사처분(penal treatment)에 관한 치료적 이론은 범죄를 고통과 병의 징후로 인식한다.³⁷⁾

특히 정신보건법 분야에서의 치료지향적 법이론의 발전은 형법 및 형사소송법 영역과 겹치면서 발전해 왔다. 많은 정신보건법 연구자들은 수용치료적 사법처분(civil commitment)에 의한 중한 자유침해를 지적하고, 헌법상 보장된 형사소송절차상의 보호수단이 정신보건체계에 적용되어야 한다고 주장했기 때문이다.³⁸⁾

3. 치료지향적 법이론과 심리학적 법이론

치료지향적 법이론은 법심리학(legal psychology)과 법학이 정신보건영역에서 정신질환적 범죄자의 치료라는 구체적 문제를 해결하기 위해 융합되면서 형성되고 발전해왔다.

법심리학은 법에 관련된 인간행태에 대한 과학적 연구로서, 법에 근거하여 인간행태를 서술하고 설명하며 예측하는 학문분과다. 이에 비해 심리학적 법이론(psychological jurisprudence)은 인간행태에 근거하여 법을 기술하고 설명하고 예측 또는 금지하는데 관한 이론이다. 치료지향적 법이론은 심리학적 법이론의 특별한 형태로도 발전해왔다. 특히 논의지점은 정신보건법과 관련된 다. 다만 치료지

601면

35) B.J.Winick, 'Competency to Consent to Treatment: The Distinction Between Assent and Objection', Houston Law Review, vol.28, 1991, 15면 이하 ; 'Rethinking the Health Care Delivery Crisis: The Need for a Therapeutic Jurisprudence', Journal of Law & Health, vol.7, 1993, 49면 이하

36) D.B.Wexler, 'An Orientation to Therapeutic Jurisprudence', New England Journal of Criminal & Civil Confinement, 1994, 17면

37) F.A.Allen, 'The Decline of the Rehabilitative Ideal,' in A.v.Hirsch et al, Principled Sentencing, 제3판, 2009, 12면

38) D.B.Wexler, 'Therapeutic Jurisprudence and the Criminal Courts', William and Mary Law Review, vol.35. no.1, 1993, 282면

향적 법이론은 전통적인 형법상의 정신보건 문제, 즉 심신상실과 같은 책임무능력 사유와 소송능력에 대한 단순한 논의 이상의 차원이다.³⁹⁾

치료지향적 법이론은 기존의 정신보건법 영역의 쇠퇴가 그 권리중심 접근법때문이었다고 본다. 시설에 수용된 범죄자, 즉 수형자와 동일선상에서 정신질환자에게 권리를 보장해야 한다는 입장이었고, (미국에서) 권리중심의 접근방법의 쇠퇴와 함께 정신보건법도 마찬가지로 길을 걸었다는 것이다.⁴⁰⁾ 물론 정신보건법의 형성과 발전은 정신질환자 수용시설의 열악한 환경과 관련실무를 개혁하기 위한 노력에 힘입었다. 정신보건정책과 관련하여 정신보건전문가의 판단권한을 강화하는 방향으로 정신보건법 분야의 진전은 여전했다. 예를 들어 1982년 미국연방대법원은 정신질환자수용시설내에서 어떠한 치료가 헌법적으로 보장가능한지의 여부를 결정하는데 있어서 반드시 정신보건전문가에게 의뢰해야 한다고 결정한 바 있다.⁴¹⁾

이와같이 법원이 전문가의 판단에 의지하는 경향으로 인해 정신보건 관련정책과 관련해 전문가의 책임이 더 분명해지게 되었다. 치료지향적 법이론에서는 이러한 추세를 정신보건정책 영역에서 바람직한 결과로 본다. 정신보건전문가들은 법적 배경하에서 치료적 효과에 대한 정보를 얻을 수 있어서 치료적 목적의 실현에 필요한 개선책과 장애요인을 가장 잘 이해할 수 있다. 정신보건법은 명확한 치료적 전제에 바탕을 둘 경우 사회적으로 바람직한 기여를 할 수 있다. 그렇다고해서 시민과 대상환자의 권리에 대한 주의를 기울이지 않는다고 해서 기여의 정도가 높아지는 것은 아니다. 정신질환자의 권리에 대한 지속적인 관심은 여전히 요청된다.⁴²⁾

39) D.B.Wexler, *Therapeutic Jurisprudence and the Criminal Courts*, 1993, 283면; D.B.Wexler, 'Putting Mental Health into Mental Health Law : Therapeutic Jurisprudence', *Law & Human Behavior*, vol.16, 1991, 27면 이하 ; D.B.Wexler & B.Winick, 'Therapeutic Jurisprudence as New Approach to Mental Health Law Policy Analysis and Research', *University of Miami Law Review*, vol.45, 1991, 979면 이하; R.F.Schopp, 'Therapeutic Jurisprudence and Conflicts Among Values in Mental Health Law', *Behavior Science & the Law*, vol.11, 1993, 17면 이하 ; J.A.Klotz et al, 'Cognitive Restructuring Through Law: A Therapeutic Jurisprudence Approach to Sex Offenders and the Plea Process', *University of Puget Sound Law Review*, vol.15, 1992

40) M.A.Small, 'Legal Psychology and Therapeutic Jurisprudence', in D.Wexler & B.J.Winick, *Law in a Therapeutic Key*, 1996, 628면

41) *Youngberg v Romeo*, 457 US 357, 1982

치료지향적 법이론은 정신보건법영역이 경험적 자료에 의해 뒷받침되는데 적합하다는 평가를 받는다. 법과 법절차의 치료적 효과의 본질과 정도에 대한 경험적 연구는 대부분의 정신보건법의 핵심가치에 상응한다. 사회과학적 연구는 치료적 전제에 근거한 법을 정확히 구성함으로써 정신보건법의 발전에 기여한다.⁴³⁾ 나아가 치료지향적 법이론은 법심리학의 영역에서 활용될 수 있는 이론적 틀을 제공할 수 있다. 즉 치료지향적 법이론은 기존 정신보건법의 좁은 영역을 벗어나 법체계 전반으로 확대적용될 수 있는 가능성을 가진다. 치료지향적 법이론은 정신보건법에서 출발했지만, 더 광범한 법영역에 적용될 수 있다.⁴⁴⁾

치료지향적 법이론의 강점은 치료라는 가치가 정신보건법의 전통적인 치료적 가치와 상응한다는데 있다. 다만 정신보건법 영역이외의 법영역으로 옮겨질때 이러한 가치는 의미가 약해질 수도 있는데 치료지향적 법이론이 형법을 비롯한 법영역으로 실효성있게 확대적용될 수 있으려면 법심리학과 연결고리가 끊어져서는 안된다.⁴⁵⁾

4. 치료지향적 법이론의 실천지향성

치료지향적 법이론은 정신보건법과 정신치료체계의 현실경험으로부터 발전해 나왔다. 그런 점에서 실천지향성은 치료지향적 법이론의 특징이기도 하거니와, 그 본질적인 부분으로 유지되어야 한다. 치료적 사법 또한 엄밀한 현실인식에 근거해 현실속의 문제들을 해결하기 위한 실천적 방법론이다.⁴⁶⁾

42) M.A.Small, 'Legal Psychology and Therapeutic Jurisprudence', in D.Wexler & B.J.Winick, Law in a Therapeutic Key, 1996, 629면

43) 형사소송절차에서 심리학을 포함한 사회과학의 경험적 연구결과가 수용되기 위해서는, 사회과학은 특정 법영역의 가치를 공유해야 한다. 두 영역의 가치체계가 수렴될 수록, 법영역에서 사회과학의 수용이 확대될 것이다. (J.A.Tanford, 'The Limits of a Scientific Jurisprudence : The Supreme Court and Psychology', Indiana Law Review, vol.66, 1989, 167면)

44) D.B.Wexler & B.J.Winick, 'Therapeutic Jurisprudence as a New Approach to Mental Health Law Policy Analysis and Research', University of Miami Law Review, vol.45. 1992, 982면

45) M.A.Small, 'Legal Psychology and Therapeutic Jurisprudence', in D.Wexler & B.J.Winick, Law in a Therapeutic Key, 1996, 630면

46) 박광배, 치료사법의 현황, 2007, 287면

치료지향적 법이론의 실천적 물음은 다음과 같이 제기될 수 있겠다.

첫째, 치료지향적 법이론의 관점은 법실무가들에게 자신들의 업무와 일상적인 상황을 보다 잘 이해하는데 도움을 줄 수 있는가?

둘째, 치료지향적 법이론의 시각을 통해 실무현안의 문제점들이 좀더 분명하게 인식될 수 있겠는가?

셋째, 치료지향적 법이론의 패러다임은 법원과 검찰, 경찰의 기능실행의 방식을 개선하고 발전적 대안을 모색할 수 있도록 도울 수 있겠는가?

이처럼 치료지향적 법이론의 실천지향성이 치료적 사법모델로 구체화될 수 있으려면 법실무의 관점과 기여가 필수적이다. 치료적 법이론의 가치와 본질을 이해한다면, 법실무가들은 복잡한 정책적 실무적 고려가 필요한 문제영역에서 그 발전과 개선의 논의에 적극 기여할 수 있다.⁴⁷⁾ 다만 치료적 사법모델의 구현을 위해서는 법관의 임무와 역할에 대한 사고의 전환이 있어야 한다. 즉 실체적 진실을 찾고 관련 법조문을 적용하는 것에 법관의 임무가 한정된다는 고정관념 틀안에서는 치료적 사법의 이념이 실현될 수 없다. 법원이라는 조직과 개별 법관의 창의력, 문제해결능력이 요구되기 때문이다.⁴⁸⁾

그런 점에서 치료지향적 법이론 내지 치료적 사법모델의 실천지향성은 ‘법관은 판결문으로만 말한다’는 전통적인 직업상의 미덕을 창의적으로 재창조할 것을 요청한다고 할 수 있겠다. 치료적 사법의 실무현실에서 법관은 판결문서를 넘어 문제의 해법을 고민하고 문제의 해결과정을 조정관리하면서 발언하고 행동해야 하기 때문이다.

5. 치료적 사법과 회복적 사법

치료적 사법과 회복적 사법 모델은 법을 총체적으로 이해하려는 관점으로서 예방적 법이론, 절차적 정의, 화해중재, 총체적 법이론, 협력적 법이론, 창의적 문제해결, 문제해결법원 등 다양한 이론운동의 흐름 속에서 서로 만난다. 특히 문제지

47) E.L.Rubin, The Concept of Law and the New Public Law Scholarship, 1991, 792면 참조.

48) 박광배, 치료사법의 현황, 2007, 288면.

향적 해결(problem-oriented adjudication)에 초점을 맞춘다는 점을 공유한다.⁴⁹⁾

두 모델은 각각 형사사법의 관련당사자, 즉 범죄자와 피해자가 신체적 정신적으로 바람직한 삶을 살아가는데 형사사법체계가 커다란 영향을 미친다는 점에 주목한다. 특히 피해자의 고통에 무지하거나 무심한 범죄자의 문제를 어떻게 극복하여 범죄자를 교화하고 재범과 또 다른 범죄피해를 막을 수 있을지에 대해 관심을 기울인다는 점에서 공통점을 가진다. 법실무가 사람들에게 어떤 영향을 미치는지 이해하기 위해 다양한 사회과학적 방법에 근거한 증거기반적 구조(evidence-based structure)를 필요로 한다는 점도 같다.⁵⁰⁾

회복적 사법과 치료적 사법 이론은 갈등해결과정에서 관련당사자들의 적극적 참여를 이끌어냄으로써 치료되고 회복된 삶을 다시 살아갈 수 있도록 동기를 부여하고자 한다. 또한 당사자인 범죄자와 범죄피해자가 당면한 법적 문제에 감정적 문제가 긴밀히 연관되어 있음을 인정하고 감정적 치료와 회복을 돕는데도 중점을 둔다. 물론 법관을 비롯한 치료적 사법 내지 회복적 사법 프로그램 주도자들의 ‘감정’에 대한 이해능력도 강조된다. 이를 통해 법원과 법실무, 형사절차 관련당사자들에 대한 전통적인 사고와 실무의 한계에 도전한다.⁵¹⁾

표 2-1 회복적 사법과 치료적 사법의 개괄적 비교⁵²⁾

	회복적 사법	치료적 사법
목적	문제해결을 통한 범죄방지	
주체	이해당사자	법원 (사법제도)
절차	자율적	협동적
지향	사람지향적	
초점	미래상황	

- 49) J.Braithwaite, ‘Restorative Justice and Therapeutic Jurisprudence’, Criminal Law Bulletin, 1997, 246면
 50) J.Braithwaite, Restorative Justice and Therapeutic Jurisprudence, 1997, 244면 ; M.S.King, ‘Restorative Justice, Therapeutic Jurisprudence and the Rise of Emotionally Intelligence Justice’, Melbourne University Law Review, 2008, 1121면
 51) M.S.King, Restorative Justice, Therapeutic Jurisprudence and the Rise of Emotionally Intelligence Justice, 2008, 1126면
 52) R.F. Schopp, ‘Integrating Restorative Justice and Therapeutic Jurisprudence’, Revista Juridica, 1998, 665-667면, J.Braithwaite, Restorative Justice and Therapeutic Jurisprudence, 1997, 247-253면의 내용을 재정리하였다.

	회복적 사법	치료적 사법
참여자	광범위한 이해관계자	
활용수단	비공식적 수단 + 사회정책적 수단	비공식적 수단 + 전통적 제재수단
지도원칙	① 책임성 (범행결과에 대해 자인케 하고 피해회복할 기회를 부여) ② 역량개발 (사회구성원으로서의 정상생활영위능력 개발) ③ 지역사회보호	① 책임감 있는 삶에 대한 믿음 ② 긍정적 잠재성에 대한 신뢰 ③ 법원과 지역사회의 긴밀한 협력 ④ 범죄원인의 장기적 해소에 집중

제2절 치료지향적 법이론의 평가

1. 치료지향적 법이론의 이론적 핵심

치료지향적 법이론의 기본관점은 법을 사회적 동력(social force)으로 본다는데 있다.⁵³⁾ 즉 법은 일정한 행태와 결과를 사회적으로 산출하는 힘이다. 법의 작용결과는 치료적일수도 반치료적일 수도 있다. 치료지향적 법이론은 이와같은 법의 치료적·반치료적 효과에 주목하여, 정의실현과 적법절차의 원칙을 존중하면서도 법이 입법되고 적용되는 과정에서 더욱 치료적인 방향으로 발전할 수 있는 방법을 모색한다.⁵⁴⁾

정리하면, 치료지향적 법이론은 법의 치료적 효과를 법치주의원칙의 전통의 테두리를 벗어나 법의 새로운 영역으로 개척하기 보다는, 기존의 법도 이미 가지고 있지만 관심을 기울이는데 부족했던 영역을 재조명하여, 법을 더욱 풍성하게 이해하려는 입장이다. 치료지향적 법이론은 입법과 법률가의 법률서비스활동과 법관의 판결에서 법의 치료적 힘을 고려할 수 있도록 성찰의 기회를 제공한다.

53) D.B.Wexler & B.J.Winick ed., Law in a Therapeutic Key, 1996, xvii면.

54) D.B.Wexler & B.J.Winick ed., Law in a Therapeutic Key, 1996, xvii면.

2. 치료지향적 법이론의 형사정책적 의의

치료지향적 법이론은 법의 치료수단으로서의 잠재력에 대한 학제적 평가연구로 발전해 나갔다. 치료지향적 법이론과 치료적 사법모델은 법의 거의 모든 영역에 걸쳐 의미있는 시각을 제공해 줄 수 있다. 특히 실무에 적용, 실천에 옮겨지는 경우 많은 부분 형사법과 형사정책의 영역에 해당한다. 범죄자의 교정과 사회복귀(재사회화) 및 범죄피해자의 심리적 치유와 법질서에 대한 신뢰회복에 법의 잠재된 힘을 보여줄 수 있기 때문이다.

따라서 치료지향적 법이론의 시각으로 형사사법 현실을 바라보면, 다른 관점에서는 드러나지 않았던 법의 치료적 효과에 관련된 문제해법을 찾아볼 수 있다. 치료지향적 법이론의 핵심과제는 법이 법치국가적 원칙을 존중하는 가운데 행동과 학적 정보를 활용하여 그 치료적 역할을 개선할 수 있는 방안을 찾는 데 있다.⁵⁵⁾

치료지향적 법이론 발전의 초기단계에서 정신보건법 분야의 연구자들은 정신보건체계 영역에서도 형사소송절차상의 보장규정이 적용되어야 한다는 점을 강조한 바 있다. 그런 점에서 치료지향적 법이론은 부당한 강제나 국가후견주의 또는 치료하는 국가(therapeutic state)⁵⁶⁾를 지향하는 이론이 아니다. 재사회화의 이념을 지향하는 형사사법 영역에서는 특히 치료지향적 법이론의 관점의 수용성이 더 높을 수 있기도 하다.

3. 치료지향적 법이론에 대한 비판

치료지향적 법이론은 초기 정신보건법과의 관련성으로 인해 이른바 ‘치료하는 국가’에 친한 이념이라는 의심과 비판의 대상이 되기도 했었다. 치료라는 개념의 적용은 정신보건전문가 집단의 과학권력이 통제받지 않는 구시대로의 복귀라고 보는 시각이 있기 때문이다. 이러한 위험성은 치료지향적 법이론의 선구자들 역시 인식하고 있었다. 때문에 Wexler 등은 치료적 관점이 유일한 고려사항일 수 없는

55) D.B.Wexler, Therapeutic Jurisprudence and the Criminal Courts, 1993, 280면

56) N.Kittrie, The Right to Be Different: Deviance and Enforced Therapy, 1971, 11면

많은 상황을 인정하고, 경우에 따라서는 다른 고려가 우선되어야 한다는 점을 공들여 강조해야 했다.⁵⁷⁾

사실 Wexler 등이 치료지향적 법이론의 입장에서 정신보건전문가들에게 법적 권한행사를 허용하는데 대해 매우 비판적이었다는 점을 감안하면,⁵⁸⁾ 치료지향적 법이론이 치료국가의 이념을 옹호하는데 동원될 경우 아이러니가 아닐 수 없다.

한편 치료지향적 법이론은 경험적 측면과 이론적 측면을 모두 가지고 있다. 특히 경험적 측면이 중요하다. 특정한 법규율이나 절차가 치료지향적인지의 여부를 판단하기 위해서는 어느정도의 경험적 조사가 필요하기 때문이다. 그런데 치료적 법이론을 표방하는 대다수의 연구는 경험적 연구라 하기 어렵다. 심리학이론이나 임상경험에 기초하여 법체계의 일부측면이 치료적인지, 또는 치료지향적으로 법체계가 어떻게 개선되어야 하는지를 논의하는 경우가 대부분이다. 법현실주의 연구들 역시 초기에는 경험적 연구들을 활발하게 시도했으나 결과는 회의적이었다. 왜냐하면 치료적 법이론의 영역에서 연구윤리와 인간을 대상으로 한다는 제약을 고려할 때, 경험적 연구의 타당성있는 문제제기와 해답도출을 위한 연구설계가 현실적으로 어려웠기 때문이다.⁵⁹⁾

더 근본적인 문제는 “치료적(therapeutic)”이라는 용어의 모호성에 있다. 법규나 법절차의 변화개선을 통해 치료적 효과를 거둘 수 있는지의 여부를 뚜렷히 판단하기란 쉽지 않다. 치료적 효과여부를 조사하기 위해서 관련자들을 평가한다면, 심리치료나 가족치료의 효과를 측정할 경우와 마찬가지로 주관적 편차가 심하기 때문에 과연 치료적 결과에 이르렀는지 판단하기 어려울 것이다. 치료지향적 법이론과 관련된 연구도 같은 어려움을 겪는다.⁶⁰⁾

또한 전통적으로 치료지향적 법이론은 실무보다는 학문의 영역이다. 치료지향적 법이론이 정신보건을 비롯한 법제와 실무에 유용하다는 점을 입증하려면, 법의 치료효과에 실제적 관심을 가진 정신보건전문가와 형사법률실무자들에게 실천적

57) D.B.Wexler & B.J.Winick, Therapeutic Jurisprudence as a New Approach to Mental Health Law Policy Analysis and Research, 1991, 979면.

58) D.B.Wexler, 'Therapeutic Justice', Minnesota Law Review, 1972, 289면

59) D.Finkelman & T.Grisso, Therapeutic Jurisprudence: From Idea to Application, 592면; D.B.Wexler, Therapeutic Jurisprudence and Changing Conceptions of Legal Scholarship, 1996, 597면.

60) D.Finkelman & T.Grisso, Therapeutic Jurisprudence: From Idea to Application, 592면

가치를 보여주어야 한다. 이들은 치료지향적 법이론의 관점을 실무에 적용할 뿐더러, 치료적 사법이라는 개념의 실현에 가장 중요한 기여를 하게 될 것이기 때문이다.⁶¹⁾

61) D.Finkelman & T.Grisso, Therapeutic Jurisprudence: From Idea to Application, 593면

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

제3장

치료적 사법과 형사사법

김한균

치료적 사법과 형사사법

제1절 치료지향적 법이론과 형사사법

치료지향적 법이론은 법체계가 치료적 작용(therapeutic agent)에 더 효과적으로 기여할 수 있도록 구성되어야 한다고 주장하는 점에서 규범적 차원을 가진다.⁶²⁾ 물론 법의 치료적 작용은 정의의 원칙이라는 한계⁶³⁾를 존중하는 한에서만 의미가 있다. 특히 형사사법에서 법의 치료적 작용 내지 치료의 힘은 형법에 대한 법치국가적 한계 안에서만 수용가능하다. 치료를 위해서는 일정한 구속과 제한이 불가피하게 된다. 따라서 치료의 명분으로 개인의 자율적 인격을 부인하는 수준으로, 또는 범죄자의 책임의 정도를 넘는 수준으로, 사실상 자유를 제한하거나 박탈한다면, 부당한 형벌에 다름없다.

그리고 치료지향적 법이론이 형사사법 영역으로 들어오면 그 현실개혁지향적 본질이 구체적 의미를 가질 수 있다. 형법에 대한 법치국가적 원칙을 존중하는 한에서 법은 그 치료적 목적을 더욱 효과적으로 구현할 수 있도록 구성되어야 한다고 주장하기 때문이다.⁶⁴⁾

62) D.B.Wexler, *Therapeutic Jurisprudence and the Criminal Courts*, 1993, 280면

63) R.F.Schopp, 'Therapeutic Jurisprudence and Conflicts Among Values in Mental Health Law,' *Behavioral Science and Law*, 1993, 31면 이하; D.B.Wexler, 'Justice Mental Health and Therapeutic Jurisprudence', *Cleveland Law Review*, 1992, 517면 이하.

64) D.B.Wexler, *Therapeutic Jurisprudence and the Criminal Courts*, 1993, 280면

살펴보면 법에 잠재된 치료적 힘에 대한 인식 자체가 이론적 구상보다는 현실적 필요에서 나왔다. 예를 들어 미국의 연방보호관찰 체계하에서 보호관찰부 가석방제도는 동기부여적인 수단이 없다는 점이 문제점으로 지적된 바 있었다. 대상수형자로 하여금 스스로 개선되고 교화될 수 있도록 보상하거나 격려할 수 있는 수단이 없다는 것이다. 수형자의 구금기간, 보호관찰 기간과 가석방에 부가된 준수조건은 형사법원의 양형시점에서 결정된다. 따라서 수형자에게는 구금기간을 줄여서 석방시기를 앞당길 수 있다는 희망을 가지고 수형생활을 열심히 해야 할 법적인 동기부여가 없다. 뿐만 아니라 구금기간중의 수형자들에게 각자의 욕구와 위험요인들을 고려하여 의미있게, 개별적으로 맞춤형 조건을 가진 재범방지계획을 만들어 사회복귀를 도울 수 있도록 법적 뒷받침도 없다.⁶⁵⁾

따라서 치료적 사법 프로그램을 통해 수형기간이나 보호관찰기간 중 개선 및 교화의 실질적 실현을 뒷받침할 필요가 있다. 특히 형사법원은 양형판단 이후 수형 및 보호관찰 단계에서도 개입하여 그 치료적 역할을 수행할 필요가 있다. 바로 이 지점에서 치료적 사법모델은 형사사법 영역에서 현실적 의미를 가지게 된다.

1. 전통적인 형사사법과의 차별성

전통적인 형사사법과 치료적 사법의 각 절차요소들과 구성원(경찰, 검사, 법관 등)의 역할들을 구별하여 정리하면 다음과 같다.⁶⁶⁾

치료적 사법모델은 단일의 일관된 모델이라기보다는 다양한 치료지향적 시도들을 포괄한 편의적 개념이라고 본다면, 도식적 비교에 그칠 수도 있겠다. 하지만, 전통적인 형사사법 모델을 구성하는 요소들과 비교함으로써 치료적 사법모델의 지향하는 바와 구체적 적용가능성을 연구해 볼 수 있는 출발점으로서 의미있을

65) D.Wexler, 'Therapeutic Jurisprudence, Legal Landscapes and Form Reform: The Case of Diversion', Florida Coastal Law Review, vol.10, 2009, 361면

66) D.Farole et al, Opportunities and Barriers to the Practice of Collaborative Justice in Conventional Courts: Report Submitted to the California Administrative Office of the Courts, Center for Court Innovation, 2004, 16면 ; S.Goldberg, Judging for the 21st Century: A Problem-solving Approach, NIJ, 2005, 5면; 박광배, 치료적 사법의 현황, 2007, 241면의 내용을 참고하여 재구성하였다.

것이다.

표 3-1 전통적인 형사사법과 치료적 사법의 개괄적 비교

	형사사법 Criminal Justice	치료적사법 Therapeutic Justice
목적	범죄해결	문제해결을 통한 범죄방지
수단	제재	제재와 보상
결과	법적 결과	치료적 결과
절차	당사자주의적	협동적
지향	사건지향적 회고적	사람지향적 전향적
초점	과거상황	미래상황
속성	징벌적	긍정적 지지
기반	권리기반 전례기반(precedent-based)	이익 또는 필요(needs) 기반 계획기반(planning-based)
전거	법률, 선례, 검사나 변호사가 제출한 자료	법률 이외의 전문자료와 전문가가 제출한 자료
해석과 응용	법학	사회과학
판단결정	판결단계 중심 독자적 결정	판결전단계 또는 ADR 중심 팀단위 결정
참여자	범죄자와 한정된 형사사법관련자	광범위한 이해관계자
지향가치	절차-효율성	결과-효과성
성과평가	법의 준수여부	문제원인의 해소여부
법관의 역할	심판자	조언자
법관의 태도	중립적 탈인격적	당사자의 복지에 대한 관심 인격적
의사소통	법전문용어의 사용 제한된 대화 검사나 변호사를 통한 소통	일상언어의 사용 개방된 대화 법관과 당사자간 직접소통

첫째, 형사사법은 제재를 수단으로 하는데 비해, 치료적 사법은 제재뿐만 아니라 보상의 수단도 활용한다는데 차별성이 있다. 따라서 형사사법의 속성은 징벌적인데, 치료적 사법은 긍정적 지지의 속성을 가진다.

둘째, 형사사법은 개별 당사자 대립적 절차인데, 치료적 사법은 참여자들의 협동적 절차다. 따라서 형사사법에서의 의사소통은 법전문용어에 제한되지만, 치료적 사법에서의 의사소통은 일상언어적이고 개방적이다.

셋째, 형사사법은 과거 사건을 되돌아 보는데 비해, 치료적 사법은 사람의 미래

를 내다본다는 점에서 차별성이 있다. 따라서 형사사법의 목적은 범죄해결에 머물지만, 치료적 사법은 문제해결을 통한 범죄방지에 목적이 있다.

넷째, 형사사법은 범죄자를 포함한 당사자의 권리를 기반으로 하는데, 치료적 사법은 참여자의 이익 또는 필요를 기반으로 한다. 따라서 형사사법의 성과는 법 준수여부에 따라 평가되는데, 치료적 사법에서는 문제원인의 해소여부에 따라 성과가 평가된다.

다섯째, 형사사법에서 법관은 심판자의 역할로서 중립적 위치인데 비해, 치료적 사법에서는 조언자의 역할까지 맡게 되므로 인격적 관심을 갖게 된다.

2. 치료지향적 법이론과 양형

치료지향적 법이론의 관점에서 볼 때 양형절차에 관련한 치료적 사법관련 사안은 다양하다.⁶⁷⁾ 양형법관이 형선고이후 수형자의 재사회화를 위한 재양형(re-sentencing)을 고려할 수 있도록 하자는 미국에서의 논의를 살펴보자면, 의회 입법보다는 연방양형위원회의 양형기준에 주목해야 한다. 물론 이러한 주장에 대해서는 항소한 자에게만 적용될 수 있을 뿐이기 때문에 불합리하다는 비판이 있다. 하지만 일단 재양형결과 가석방 되거나 조기석방된 수형자가 다시 형사소추되었을 경우, 앞선 양형판단시점 이후 피고인의 명백한 행위로 인해 형을 가중할 수 있도록 한다면, 항소시간중 구금되어 있는지의 여부와 상관없이 범죄자로 하여금 재사회화를 위해 더욱 노력하고 재구금되지 않도록 주의하게 할 수는 있을 것으로 보는 반론도 있다.⁶⁸⁾

개별 양형법관들은 구체적 사안에서 법관의 역할수행과 관련하여 치료적 사법의 시각을 적용할 수 있다. 법심리학적, 범죄학적 원칙들은 재범방지계획이나 준법태도강화의 영역에 적용할 수 있다. 예컨대 법관은 범죄자로 하여금 자신이 앞으로 해야 할 행동과 하지 말아야 할 행동에 대한 목록을 제출케 할 수 있다. 이

67) M.Tonry, 'Real Offense Sentencing: The Model Sentencing and Correction Act', Journal of Crime and Criminology, vol.72. 1981, 1550면

68) D.Wexler, Therapeutic Jurisprudence, Legal Landscapes and Form Reform: The Case of Diversion, 2009, 361면

를 보호관찰조건을 정하는데 고려할 수 있다. 또한 법정에 참석한 가족친지들에게 피고인에 대하여 부과될 조건을 이해시킬 수 있고, 범죄자의 조건준수여부를 점검하기 위해 출석시키는 후속절차를 진행할 수도 있다. 보호관찰기간의 성공적인 종료나 조기종료에 대해 적극적인 격려를 할 수도 있다.

마찬가지로 치료적 사법은 양형단계에서 법관의 언행에 대해서도 주목한다. 구금형 실행을 선고하는 경우일지라도 법관은 행위자보다는 행위를 비난해야 하고, 희망을 가지고 미래를 계획할 때 바탕이 될 범죄자의 긍정적인 측면을 찾아내 언급해주어야만 한다. 판결문을 작성하는 법관은 판결이유에서 특별히 피고인측의 주장에 대해 답하는데 주의를 기울여야 한다. 치료적 사법의 관점에서 볼 때 피고인측의 주장을 인정하지 않더라도 어떻게 이에 응대하는지에 따라 피고인의 재사회화에 도움이 될 수도, 해가 될 수도 있다. 전통적인 방식으로 법원의 판결이 검찰의 주장에 따라 피고인측을 논박하는 일종의 ‘승자에 대한 글(letters to the winner)’이 된다면 치료적 결과는 기대하기 어려울 것이다. 반면 치료지향적 관점에 따라, 물론 피해자를 늘 고려해야 되지만, 주의깊게 피고인을 배려하는 일종의 ‘패자에 대한 글(letters to the loser)’을 쓴다면 양형절차는 장기적으로 범죄자와 피해자 모두에게 긍정적인 치료효과를 가져올 수 있다.⁶⁹⁾

따라서 양형법관에 대해서 어떤 종류와 정도의 형을 부과할 것인가에 대한 양형기준 내지 지침뿐만 아니라, 어떠한 태도로써, 절차로써, 형을 양정할 것인가에 대한 지침도 제시되어야 한다. 사려깊고 창조적인 법관은 치료적 태도로 형을 양정함으로써 그 효과적 실무기법뿐만 아니라 치료적 법이론 그 자체도 발전시킬 수 있게 될 것이다.⁷⁰⁾

그렇다면 양형기준 내지 지침은 가중 내지 감경요소와 형량범위를 규정함으로써 형의 종류와 범위를 정할 뿐만 아니라, 양형에 이르는 형사법원 절차단계에서 피고인과 피해자를 대하는 태도와 방법에 대해 규정하는 넓은 의미차원을 가질 수도 있을 것이다.

69) D.B.Wexler, Adding Color to the White Paper: Time for a Robust Reciprocal Relationship Between Procedural Justice and Therapeutic Jurisprudence, Court Review, vol.44, 2008, 78면

70) D.B.Wexler, ‘Advice for the US Sentencing Commissioners: The Relevance of Therapeutic Jurisprudence and Its Literature’, Federal Sentencing Reporter, Vol.23.No.4, 2001, 279면

3. 치료적 사법과 법관역할의 변화

가. 참여적, 문제해결지향적 법관상

보다 참여적(engaged)이고 문제해결지향적인 법관상(法官像)은 치료적 사법의 관점에서 전문화된 법원의 발전과 연관을 맺고 있다. 치료지향적 법이론에서 법관의 역할은 사무적이고 이해관계를 초월한 판관(判官) (dispassionate, disinterested magistrates)의 이미지에서 공감해 주는, 단호한 상담자(sensitive, emphatic counselor)로 바뀐다.⁷¹⁾

법관의 역할 내지 법관의 이미지의 변화는 사회적 여건이나 시민의 법원에 대한 기대의 변화와 흐름을 같이 한다. 법관 스스로 이미지 변신을 위한 노력의 일환이기도 하다고 볼 수 있다. 더욱 주목할 부분은 미국의 경우 1990년대 이후 형사법원의 처리사안 부담이 크게 늘어났다는 점이다. 1984-1998년 기간중 민사법원의 계약, 물권, 불법행위 사안은 34% 증가한 반면, 형사법원의 경우 형사사건이 50%이상 늘어났다. 가정폭력사건은 75%, 소년사건은 73%나 증가하였다.⁷²⁾

이에 따라 미국의 사법부는 처리사안의 업무부담뿐만 아니라, 마약중독자, 가정폭력 가해자와 학대아동 등 감정적 문제와 정신보건 문제가 복합적으로 연관되어 있는 사건들을 가장 일선에서 대처해야 하는 처지에 놓이게 된 것이다. 그러므로 유사한 문제를 가지고 있기 때문에 유사한 유형의 치료서비스 대상이 될 사안의 피고인들을 전담하여 다루는 전담재판부나 전문법원을 설립하게 된다. 이에 따라 점점 많은 수의 문제해결형 법원들이 지역사회와의 협력을 강화하여 지역내 민간 및 공공부문의 시설 및 인력자원을 활용하여 마약, 가정폭력 등 문제해결에 필요한 지원을 확보하고 있다. 이로써 법원은 지역내 사회복지 서비스의 제공을 조율하는 역할에로까지 나아가고 있는 셈이다. 특정한 문제해결을 위한 테스크포스나 지역협의체를 구성하고 주도하면서 지역차원의 단일한 전략을 실행해나가는 것이다. 이로써 법관이 해당 개인이나 그 가족뿐만 아니라 지역사회 공동체를 치유하는 역할까지 담당하는 것이다.⁷³⁾

71) M.D.Zimmerman, 'A New Approach to Court Reform, Judicature', Court Reform, vol.82, 1998, 109면

72) B.J.Ostrom et al, The Work of the State Courts 1998, 1999

이는 물론 미국에서 지역사회와 지역법원의 현실을 고려할 때에만 실현가능한 특수한 현상이라 할 수 있겠지만, 법원의 역할이 일종의 지역사회 복지의 중심(center)이 되고 법관의 역할이 지역사회 조정자(coordinator)가 되는 방향으로 발전할 가능성은 하나의 개혁비전으로 전망해 볼 만하다.

특히 한 개인의 치료 내지 교정에 머물러서는 마약중독이나 가정폭력, 소년폭력과 같은 문제를 교정할 수 없음은 미국이나 우리나라나 마찬가지다. 개인을 넘어 가족과 이웃, 결국 지역사회가 함께 해결해야 할 문제다. 문제된 개인 한 사람의 재사회화가 아니라 지역사회의 재사회화가 근본적으로 필요하다. 형사사법기관을 비롯한 행정기관, 민관협력기구, 민간단체, 자원봉사 시민에 이르기까지 우리사회의 모든 자원을 문제해결에 효과적으로 투입할 수 있도록 전략조정자로서 역할을 장래 법원의 새로운 형태로 기대해 볼 수 있을 것이다.

이를 위해서는 마약법원이나 가정폭력법원과 같은 전문법원의 법관들은 정신보건, 가족복지, 소년사법과 같은 관련분야에서 정립된 기법과 관행들에 열린 시야를 갖추어야 하며, 사안관련자들과의 의사소통에서도 특별한 법관의 품성 내지 감수성(judicial temperament)이 필요하다.⁷⁴⁾

하지만 문제해결형 법원의 특정영역에 대한 전문법관을 양성하고 권장하는 문제는 논란의 대상이 되어왔다. 미국 연방법원의 경우 법관은 전형적으로 일반법관(generalist)이며, 전문지식에 오히려 무지한 것을 전형적인 미덕으로 보는 견해⁷⁵⁾도 있다. 이런 관점에서는 전문화된 법관이란 사회복지나 치우프로그램 전문가들의 행정업무에 대하여 법적 판단을 고려하지 아니하고 의존함으로써, 지나치게 법원 외부의 이른바 전문가들과 밀착되어 보인다. 하지만, 대상영역에 대한 전문적 지식을 갖춘 법관의 판정은 소송관련자들뿐만 아니라 시민들에게 더 높은 평가를 받기 마련이다.⁷⁶⁾

치료적 사법모델이 그 실현에 특화 내지 전문화된 전문법원을 요청하며, 이에

73) R.B.Fritzer & L.M.J.Simon, 'Creating a Domestic Violence Court: Combat in the Trenches', Court Review, Spring 2000, 28면

74) D.B. Rottman, 'Does Effective Therapeutic Jurisprudence Require Specialized Courts', Court Review, Spring 2000, 25면

75) M.Shapiro, The Supreme Court and Administrative Agencies, 1968, 52면

76) I.Unah, The Courts of International Trade : Judicial Specialization, Expertise and Bureaucratic Policy-Making, 1998, 96면.

따라 문제해결형 법원이 등장한 것은 사실이다. 문제해결형 법원이 요청하는 바는 해당문제 영역에 전문적 지식과 경험을 가진 법관인 점 또한 사실이다. 다만 치료 지향적 법이론의 관점에 따르면 전문화가 곧 분리화는 아니다. 즉 기존 형사법원 체계와 별개의 구조를 가지고 분화되는 것이 아니라, 문제해결형 법원과 기존 형사법원이 일정정도 혼용되기를 기대한다.⁷⁷⁾

나. 치료자로서의 법관

치료자(therapeutic agent)로서의 법관이라 함은 구체적으로 어떤 의미인가?

물론 치료적 사법에서 논의하는 마약중독자나 가정폭력 가해자에 대한 치료프로그램의 실행은 정신보건분야나 사회복지영역의 전문가의 몫이다. 치료자로서의 법관은 법원과 관련형사사법기관, 사회복지 기관과 단체, 지역사회의 자원을 조정하고 치료프로그램의 진행과 성과를 감독하는 위치에 있다. 그럼에도 법관에게 치료자로서의 잠재성을 찾을 수 밖에 없는 이유가 있다.

형사사법의 목적, 양형의 목적 중의 하나인 재사회화는 그 대상인 범죄자의 동기부여가 절대적 관건이다. 범죄자 스스로 교정되어 사회로 복귀하고자 하는 동기와 의지가 없다면, 치료이든 교화이든 어떤 명분을 앞세운 조치든지 결국 효과를 기대하기 어려운 강제력의 행사에 지나지 않게 된다. 따라서 치료에 대한 ‘수용성(responsivity)’⁷⁸⁾ 내지 ‘자진성(readiness)’⁷⁹⁾이 재사회화의 핵심전제다. 바로 형사법관의 행태 내지 자세가 범죄자의 수용성을 높이는데 중요한 역할을 한다.⁸⁰⁾ 그런 점에서 법관은 치료자이기도 하다.

영국 리버풀 지역법원(Community Court)의 David Fletcher 판사는 양형과정에서 피고인의 범죄와 범죄성의 근원문제를 밝혀내고 필요한 치료가 무엇인지, 그리고 그 치료를 받아들이도록 확실하게 하기 위한 노력에 중점을 두는 것이 어떠한

77) D.J.Chase & P.F.Hora, ‘The Implications of Therapeutic Jurisprudence for Judicial Satisfaction’, Court Review, Spring 2000, 12면

78) A.Birgden, ‘Therapeutic Jurisprudence and Responsivity: Finding the Will and the Way in Offender Rehabilitation, Psychology’, Crime & Law, vol.10, 2004, 283면

79) T.Ward et al, The Multifactor Offender Readiness Model, Aggression & Violent Behavior, vol.9, 2004, 645면

80) D.B.Wexler, Therapeutic Jurisprudence & Readiness for Rehabilitation, Florida Coastal Law Review, vol.8, 2006, 113면

지를 보여주는 사례다. 구금형 실행이 선고되는 경우라 할지라도 형선고후 몇일이내에 판사가 직접 양형과 치료처분에 대해 설명하는 후속편지(follow-up letter)를 교정시설내 수형중인 피고인에게 보낸다. 이는 바로 존중(respect)과 설명의 의사소통(explanatory communication)이라는 원칙을 보여준다.⁸¹⁾ 2006년 2월3일자 편지의 예다.⁸²⁾

아무개 씨에게

귀하는 2006년 2월1일 수요일 북부 리버풀 지역법원에서 10주의 구금형을 선고받았습니다.

공판과정에서 귀하가 범죄로 나아가게 된 문제요인 몇 가지에 대해 도움이 필요하겠다는 것을 알게 되었습니다.

우리 지역법원 프로그램의 일환으로 조만간 우리 법원의 마약치료팀이 귀하를 찾아가 귀하가 적절한 서비스를 받도록 하고자 합니다.

귀하의 10주간 구금형 수형동안 마약치료팀이 귀하의 진전상황을 관찰하고, 석방결정 전에 우리 법원에 경과보고서를 제출하게 될 것입니다.

귀하가 교정시설에 수용되어 있는 동안 우리가 제공하는 서비스를 잘 활용하기를 바랍니다.

친애하는

법관 데이비드 플렛처⁸³⁾

81) D.B.Wexler, Therapeutic Jurisprudence & Readiness for Rehabilitation, 2006, 115면.

82) 같은 논문에서 재인용.

83) Mr.X :

You received a ten-week sentence at the North Liverpool Community Justice Centre on Wednesday, 1st February 2006.

At the hearing, it was indicated you needed help with a number of issues that contribute to your offending.

As part of the Community Justice Centre approach you will be visited in the very near future by a number of my team who will link you into appropriate services, including Drug Initiatives Team.

Throughout your sentence they will monitor your progress and prior to release give the Court a progress report.

I hope you take advantage of the services whilst in prison.

Yours sincerely,

His Honour Judge David Fletcher

4. 치료적 사법과 법원개혁

일반법원구조에 전문화된 법원을 통합구성하는 방식은 미국 법원개혁의 주요한 흐름이 되었다. 1970년대 발전된 전문법원들의 대부분은 일반형사법원의 전문재판부로 통합되는 형식이었다.⁸⁴⁾ 이러한 통합은 미국 법원개혁의 중요성과이며, 여전히 진행중이다. 캘리포니아주와 미시간주, 그리고 뉴욕주가 대표적인 경우다.⁸⁵⁾

미국변호사협회(American Bar Association)가 제시한 1990년 형사법원조직의 기준(Standards Relating to Trial Courts)에 따르면, 형사법원의 통합모델을 통해 모든 사안과 관련절차가 단일법원구조로 통합되어야 한다. 시민의 입장에서 볼 때 단일 법원의 구조가 더 이해하기 쉽고 접근성도 좋다. 법원내에서도 업무량에 따라 각 재판부마다 법관의 이동배치가 더 용이하고, 법관들도 다양한 사건경험을 쌓을 수 있다. 법원간 행정인력과 자원의 중복을 막을 수 있고 효율적인 행정처리를 도모할 수 있어 법원행정의 효율성면에서도 장점이 있다. 또 관련 사안들간의 협의와 소통이 용이하다.⁸⁶⁾

문제해결형 법원과 같은 전문화된 법원의 독자성을 강화해서 개별적인 설립을 확대하는 분립화 방안과 기존 법원에 전문화된 재판부를 통합운영하는 방식의 단일화 방안에 대해서는 각각 장단점이 있는만큼, 개혁방향에 대한 의견도 갈린다.

단일화 방안은 행정적 효율성을 도모할 수는 있지만, 지역사회에 기반한 분립된 전문법원의 효율성은 간과할 수 있다. 지역사회와 긴밀한 관계속에 문제해결을 위한 지역사회자원의 동원이 가능하려면 보다 독립된 전문법원이 바람직하다고 보는 견해도 있다.⁸⁷⁾ 최근 하이브리드 형태의 문제해결형 법원의 등장현상을 보건대, 법원의 전문화 개별화에 대한 요청은 더욱 늘어날 것으로 보인다. 단일의 형사법원 조직구성으로는 다양하게 등장하는 유형의 사건에 대한 전문적인 처리가 어렵기 때문이다.⁸⁸⁾ 다만 단일 형사법원 구조안에서 어느정도까지의 전문화된 법

84) D. Rottman et al, State Court Organization 1998, 2000, 15면

85) D.B. Rottman, Does Effective Therapeutic Jurisprudence Require Specialized Courts, 2000, 24면

86) D. Rottman & W. Hewitt, Trial Court Structure and Performance : A Contemporary Reappraisal, 1996, 12면

87) D.B. Rottman, 'Does Effective Therapeutic Jurisprudence Require Specialized Courts', Court Review, Spring 2000, 24면

88) Rosco Pound는 전문법원 내지 특별법원의 증가현상에 대해 비판적인 입장이지만, 새로운 사

원을 구성할 때 행정적 효율성 내지 체계성이 저해되는지, 또는 단일 법원구조내에서 전문법원의 독립성이 어느정도까지 내용적으로 보장될 수 있는지에 따라서 법원개혁정책의 방향을 합리적으로 판단할 수 있을 것이다.

문제해결형 법원과 같은 전문화된 법원은 사법부가 변화하는 시대상과 사회문제들에 대응하여 스스로를 개혁해 나가는데 있어서 하나의 실험적 조치로 볼 수도 있다. 그런 의미에서 전문화된 법원으로서 문제해결형 법원은 전통적인 당사자 대결구조의 소송절차를 공공-민간부문의 협력형으로 변환하는 방안의 실험장이라고도 할 수 있다. 여기서 법원의 시야는 치료프로그램의 초기구성으로부터 그 완수에 이르기까지 널리 미치게 된다. 치료지향적 법이론은 법원의 이러한 개혁시도를 정당화하고, 그 실험의 구체적 방안에 지침을 제시해준다. 이는 치료지향적 법이론의 성패는 새로운 형태의 문제해결형 법원의 장래와 밀접하게 관련된다는 의미이기도 하다.⁸⁹⁾

이를 사법개혁에 대한 문제해결지향적 접근방식(problem-oriented court reform)이라 할 수 있다.⁹⁰⁾ 전면적인 사법개혁의 모델은 되기 어렵지만, 부분적이고 목표대상을 분명히 한(targeted) 전문화는 효과적인 사법개혁방안이 될 수 있다.⁹¹⁾

현대사회 범죄와 범죄피해의 복잡다단함과 복합적 연관성, 그리고 빠른 양상변화를 고려해 보면 중앙집중적 단일구조의 형사법원체제로서 이러한 문제들을 모두 수용하는데는 한계가 있을 수 밖에 없다. 일반형사법원내 전문재판부의 설치나 문제단위별로 분립된 문제해결형 법원이나, 또는 하이브리드 형태의 법원형태를 도입운영함으로써 사회변화에 따른 사법개혁의 문제를 능동적으로 실천하는 방안으로서 치료적 사법과 문제해결형 법원 모델은 고려할 가치가 있다고 본다.

회적 갈등상황에서 대응의 필요성이 제기될수록 이를 다루기 위해 새로운 법원형태가 등장하는 것은 자연스런 현상이라고 인정한다. (R.Wheeler, Courts of Limited and Special Jurisdiction, Encyclopedia of the American Judicial System, 1987, 525면)

89) D.B. Rottman, Does Effective Therapeutic Jurisprudence Require Specialized Courts, 2000, 25-26면

90) B.A.Babb, 'Fashioning an Interdisciplinary Framework for Court Reform in Family Law: A Blueprint to construct a Unified Family Court', Southern California Law Review, vol.71, 1998, 17면

91) R.D.Zimmerman, A New Approach to Court Reform, 1998, 109면 ; R.B.Fritzler & L.M.Simon, 'Creating Domestic Violence Court: Combat in the Trenches', Court Review, Spring 2000, 28면

제2절 치료적 사법과 문제해결형 법원

치료적 사법모델의 구체화는 문제해결형 법원(problem solving court)로 실현되고 있다. 마약중독, 가정폭력, 성폭력, 소년범죄 문제는 특히 전통적인 형사사법절차에서 다루기에 복잡하고 어렵다는 특성이 있다. 가해자에 대한 제재도 필요하지만 가해자와 피해자 모두 치료도 절실한 경우가 대부분이기 때문이다. 이러한 특성을 개별적이 아니라 총체적 방식(holistic approach)으로 해결하기 위한 특화된 사법체계가 문제해결형 법원이다.

문제해결형 법원은 치료적 사법과 회복적 사법이념의 구체적 적용으로 이해된다. 구체적으로, 미국, 영국, 호주 등에서 마약치료법원(drug treatment court), 가정폭력법원(domestic violence court), 정신보건법원(mental health court), 가석방법원(re-entry court), 유소년법원(teen court) 등이 도입, 시행되고 있다.

예를 들어 가정폭력법원은 가정폭력의 확대와 폭력의 순환이라는 특성에 주목한다. 또한 가정폭력은 가해자와 피해자, 그리고 그 자녀와 가족구성원인 인생이 서로 얽힌 상황에서 반복적으로 발생한다.

따라서 가정폭력법원은 가해자에 대한 단순한 일회적 처벌보다는 본인의 문제를 근본적으로 치료할 수 있는 조치를 스스로 성실히 수행할 수 있도록 문제해결 방안을 모색한다. 가해자의 인지행동치료, 피해자와 가족보호, 지속적 사후관리 전 단계에 걸쳐 가해자의 협력, 피해자의 의견, 가족의 보호, 치료프로그램의 구성에 있어서, 관련전문가와 피해자, 가족구성원, 지역사회 민간자원의 광범한 참여가 조직되며, 이를 기획하고 조정하는데 있어 지역법원이 중심적인 역할을 한다.

이처럼 문제해결형 법원은 문제해결의 초점을 가해자의 치료와 피해자의 보호에 맞추고, 문제해결의 자원을 지역사회기반에서 찾으며, 문제해결의 방식을 전문화된 법원이 관리한다는데 특징이 있다.

1. 치료지향적 법이론과 문제해결형 법원

문제해결을 지향하는 사법제도 및 프로그램과 치료지향적 법이론은 일종의 상

생관계에 있다. 즉 문제해결형 법원은 치료지향적 법이론을 법현실에 적용하는 실험터라 할 수 있다. 특히 치료지향적 법이론은 어떠한 법제도와 정책에서 가장 성공적인 치료효과가 어떤 이유로 나타나는지 관심을 기울인다. 따라서 성공적인 문제해결형 법원은 치료지향적 법이론의 검증과 발전을 가능케 해준다. 다시 법이론의 발전은 문제해결형 법원을 비롯한 법원전반에 대해 법관의 치료적 기능을 개선하는데 기여한다.⁹²⁾ 나아가 치료지향적 법이론의 핵심과제 중의 하나는 법관에게 치료자로서의 역할을 자각하고 성찰케 하는데 있다. 나아가 법관으로 하여금 보다 효과적인 치료자로서의 역할을 할 수 있도록 법원의 조직과 기능을 개선하는 일반적인 원칙을 개발, 제시하는 과제도 중요하다.

문제해결형 법원은 피고인과 범죄피해자의 삶과 지역사회의 생활에 긍정적이고 실제적인 변화를 가져오는 것을 목표로한다. 이러한 변화에는 재범감소, 중독상태의 해소, 가정폭력피해의 감소와 가정폭력가해자로부터의 안전 증대 등이 포함된다.

93)

2. 치료적 사법모델과 법원의 전문화

치료적 사법모델은 그 효과적 실현을 위해 특별한 형태의 전문적인 법관이나 법원을 필요로 하는가? 미국의 경우 마약법원, 가정폭력법원, 정신보건법원부터 담배법원에 이르기까지 다양한 형태의 전문법원이 전국적으로 운영되고 있다. 나아가 하이브리드(hybrid) 형태의 전문법원들도 등장하였다. 예컨대 가족마약법원(family drug court), 소년가정폭력법원(juvenile domestic violence court)과 같은 형태다. 전통적으로 전문법원을 “한정된 형태의 사안에 관할권이 한정된 법원으로 서, 해당 문제에 전문성 있는 법관을 배치한 법원”으로 정의한다.⁹⁴⁾ 이를테면 우리의 행정법원이나 가정법원이 그 예다. 그런데 더 발전된 형태의 전문법원, 즉 문제해결형 법원은 상임의 전문법관을 둔 경우는 거의 없다. 이러한 점이 치료적

92) B.Winick & D.Wexler, Judging in a Therapeutic Key, 2003, 105면

93) S.Goldberg, Judging for the 21st Century: A Problem-solving Approach, NIJ, 2005, 6-7면

94) I.Unah, The Courts of International Trade : Judicial Specialization, Expertise and Bureaucratic Policy-Making, 1998, 7면

사법모델의 문제해결형 법원의 특징중 하나다.⁹⁵⁾ 고정된 법원조직이나 상임법관 이라기보다는 용이하게 구성되고 해체되기도 하는 전문재판부에 가깝다고 볼 수 있다.

치료지향적 법이론의 영향은 법원의 전문법원화(specialization of court) 추세와 긴밀히 연결되어 있다.⁹⁶⁾ 전문화된 법원의 목적은 사회적, 정신적 문제를 가진 개별 행위자들에 대한 대응을 질적으로 개선하기 위함이다. 특화된 전문법원이 등장하게 된 것은 특정사안을 보다 효율적으로 다루기 위해 별도의 절차를 고안하기 위한 노력 때문이었다. 해당 문제사안들은 포괄적 관할권을 가진 일반법원의 수많은 사안들에 묻혀 주변적인 사안들이 되는 경우가 많았다. 또한 전통적인 당사자 대결적 소송구조는 문제해결 지향적인 접근이 어렵다. 법관이 문제해결을 주도하는 역할을 하려면 특별한 지식과 개인적 태도도 중요하다. 특히 이러한 특별한 지식은 법학보다는 심리학에 더 의존한다. 문제해결을 위해서는 법관과 사회복지서비스 자원의 긴밀한 연결도 필요하다. 뿐만 아니라 해당 사안들의 경우 단일 법관이 특정 개별 범죄자를 지속적으로 다룸으로써 일관된 치료와 재사회화를 도모할 필요성도 있다.⁹⁷⁾

이처럼 치료 우선성과 문제해결 지향성이 전문법원의 근본적 특성이다. 문제해결을 위해서는 전통적인 소송절차에서의 결과중심 구조를 탈피해서, 판단절차의 융통성, 관련된 사람들의 진술청취, 지역사회 참여, 범죄자와 피해자 개인뿐만 아니라 지역사회에 기여할 수 있는 방향의 고려가 필요하게 된다. 또한 문제해결을 지향하는 법원은 최종판결 이후의 단계를 강조한다. 전통적인 형사소송절차는 최종판결이라는 결과에로 이르러가는 과정에 중심을 둔다면, 문제해결지향적인 법원은 최종판결을 시점으로 판결내용이 실현하고자 하는 문제해결에까지 관심이 확장된다. 더구나 전통적인 사건중심의 사안관리(caseflow management)는 사람중심으로 전환된다. 사안보다 사안에 관련된 사람의 효과적 관리가 더 중시된다.⁹⁸⁾

문제해결형 법원의 또다른 특징은 한 사안에서 성공과 실패를 거듭하면서 개발

95) D.B. Rottman, Does Effective Therapeutic Jurisprudence Require Specialized Courts, 2000, 23면

96) D.B. Rottman, Does Effective Therapeutic Jurisprudence Require Specialized Courts, 2000, 22면

97) D.B. Rottman, Does Effective Therapeutic Jurisprudence Require Specialized Courts, 2000, 22면

98) D.C.Steelman, Caseflow Management: The Heart of Court Management in the New Millenium, 2000, 30면

된 문제해결방법들이 다른 형태의 문제해결형 법원과 공유된다는데 있다.⁹⁹⁾ 사실 초기 마약법원과 같은 특화된 법원들은 당사자대결적 소송구조의 제약을 완화하기 위해 실무상 발전되어 왔기 때문에, 그 구조와 절차를 이론적으로 뒷받침하지 못해서 비판의 대상이 되었다. 이러한 이론적 근거의 공백을 메워준 것이 치료지향적 법이론이다.¹⁰⁰⁾

3. 문제해결형법원의 형사정책적 의의

다양한 형태의 문제해결형 법원은 형벌판단보다 문제해결을 중시한다. 그 의미는 무엇인가? 본래부터 국가형벌의 목적은 범죄로부터의 침해와 무질서라는 문제를 해결하기 위함이 아니었던가? 범죄라는 사회문제에 대해 평화로운 사회질서의 확보라는 해결책을 형벌이 제시하는데 적어도 부분적으로 실패하고 있다는 문제의식이 바탕에 깔려있는가? 형벌이 아닌 대안적 수단을 통해서만 해결되는 문제란 그렇다면 무엇이었는가?

형사법원은 가해범죄자에 대한 제재에 자신의 역할을 한정지우는 전통적 영역 안에 머물면서도, 간접적으로는 피해자의 응보감정 내지 정의감을 회복시켜줄 수 있다. 가해자에 대한 유죄의 인정과 처벌의 집행은 피해자와 피해자 주변의 사람들에게 어느 정도 치료의 효과를 줄 수도 있다. 그렇지만 마약범죄, 가정폭력, 청소년폭력의 ‘문제’가 형벌로써 ‘해결’된다고 믿는 법관은 많지 않을 것이다. 형사법원이 ‘제재’의 역할에만 머문다면, ‘문제해결’은 행정과 사회복지영역으로 전가될 뿐이다. 법원과 행정기관과 사회가 문제해결을 위해 각각 분업하되 연계하지 않고, 문제를 다른 영역으로 이전하는데 그치는 형편인 것이다. 특히 가정폭력, 학교폭력, 마약중독과 같은 문제들은 치료를 필요로 한다. 형사법원의 역할이 소극적

99) D.B. Rottman, Does Effective Therapeutic Jurisprudence Require Specialized Courts, 2000, 23면

100) P.F.Hora et al, ‘Therapeutic Jurisprudence and the Drug Treatment Court Movement, Revolutionizing the Criminal Justice System's Response to Drug Abuse and Crime in America’, Notre Dame Law Review, vol.74, 1999, 449면 ; B.A.Babb, ‘Fashioning an Interdisciplinary Framework for Court Reform in Family Law: A Blueprint to construct a Unified Family Court’, Southern California Law Review, vol.71, 1998, 71면

인 수준에만 머물러서는 기대하기 어렵다.

회복적 사법, 그리고 치료적 사법의 이론적 모델과 정책들은 기존의 형사사법과 형사정책이 관심을 두지 않거나 다루지 못했던 구체적 문제들의 해결을 지향한다는 점에서 공통적인 문제의식을 가진다고 할 수 있다. 같은 출발점에서 제도적으로 정책적으로 발전하는 가운데 양 이론모델과 정책들은 서로 겹치기도 하고 상호보완적으로도 구체화된다. 이들이 서로 중복, 보완관계로 만나는 구체적 성과의 영역중의 하나가 문제해결형 법원이라 볼 수 있다.

4. 치료적 사법의 실현으로서 문제해결형 법원의 장단점

문제해결형 법원은 당사자대립적 소송구조의 경직성을 완화하고 개별사안의 문제해결과 치료과정에 중점을 둔다. 법원과 관련공무원들은 치료적 사법관련문제가 제기될 수 있는 다수의 사안을 집중적으로 다루게 됨으로써 개별적이고도 체계적인 대응이 용이해지고, 당해 사안의 구체적 문제에 더욱 관심을 기울이게 될 수 있다. 치료적 사법원칙을 적용한 치료기법개발은 문제해결형 법원 전문법관들간의 공통된 관심과 상호간 지지를 통해 더욱 활성화될 수 있다. 또한 전문화된 법원으로서 지역사회내 사회복지 및 치료관련 기관과 시설을 활용하는데 유리하다. 문제해결형 법원 전담법관의 전문성은 법원으로 하여금 법원이 명한 치료프로그램의 실행을 위해 지역사회의 지원을 이끌어내는데도 유리하다. 그리고 전문화된 법원은 피고인에 대한 관할을 유지하면서 감독관찰을 지속하고 치료프로그램을 수행하는 피고인의 행태에 치료절차상의 위반사항에 대응하여 적절한 책임을 묻거나, 치료경과에 따른 프로그램의 조정도 가능하게 된다. 뿐만 아니라 특정사안을 전문화된 법원에서 처리하기 때문에 일반법원에서와 같은 절차적 지연을 피할 수 있고, 관련판결과 판단사항에서도 일관성과 예측가능성을 확보할 수 있게 된다. ¹⁰¹⁾

반면 문제해결을 위해 전문화된 법원 자체가 치료적 효과를 저해할 가능성도

101) D.B. Rottman, Does Effective Therapeutic Jurisprudence Require Specialized Courts, 2000, 23-24면

있다. 무엇보다도 전담법관이 지나치게 전문가에게 의존하거나, 치료자로서 개입하게 되면 대상사안에 대해 법관으로서 일정한 거리를 유지해야 판단할 수 있는 내용에 부정적 영향을 미칠 수 있다. 실무적으로 문제해결형 법원이 특정 법관에 의존하게 되면, 인사이동으로 인한 문제발생의 여지도 있다. 현실적으로 미국에서 문제해결형 법원이 활성화되던 시기는 경제적 호황기였기 때문에, 형사사법에 대해서도 투자를 아끼지 않았다. 특히 문제해결형 법원의 프로그램은 상당한 재원을 필요로 하기 때문에 경제침체기에는 영향을 받지 않을 수 없다. 문제해결형 법원은 일반법원에 그 자원을 의존해야 되기 때문에 법관이나 재판부간 또는 법원관련공무원간의 갈등을 불러올 수도 있다.¹⁰²⁾ 정책적으로는 특정문제에 집중하는 전문화된 법원은 이해관계집단이 뚜렷해서 법원을 자신들의 이해관계에 따르게 하려는 압력이 더 심할 수 있다. 또한 법관의 입장에서 볼 때 치료적 사법모델에 따른 치료자로서의 역할 자체가 심한 업무부담이 될 수 있고, 법관경력상 승진 등의 기회가 줄어들 수 있다.¹⁰³⁾ 문제해결형 법원은 범죄자의 범행 자체보다는 범죄자가 처했던 특별한 상황적 요인에 중점을 두는 경향이 있다. 전문화된 법원에서 치료적 사법측면에 대한 강조는 소규모 지역법원을 현실적으로 소외시키는 결과에 이를수도 있다. 소규모법원에서는 전문재판부를 운영할 인력과 자원이 부족할 수 밖에 없기 때문이다.¹⁰⁴⁾

제3절 미국에서 치료적 사법모델의 실현

치료적 사법은 미국 사법제도 전반의 개혁을 주도하는 사법이념의 하나로 인정받는다. 즉 법의 치료적 측면이 앞으로 법원이 직면해야 할 최우선의 미래과제로

102) 이런 문제점때문에 문제해결형 법원의 효과성분석에서 내부갈등의 요소도 포함되어야 한다는 점이 지적되었다. 1999년 법원장협회, 주법원행정처협회, 미국법관협회, 전국법원행정협회의 대표들로 구성된 치료적 사법 평가전담팀(Therapeutic Task Force)이 설립되었다. 이 평가팀은 주법원체계내에서 문제해결형 법원의 영향을 조사평가한다.

103) D.J.Chase & P.F.Hora, The implications of Therapeutic Jurisprudence for Judicial Satisfaction, 2000, 12면

104) D.B. Rottman, Does Effective Therapeutic Jurisprudence Require Specialized Courts, 2000, 23-24면

꼽힌다. 다만 치료적 사법모델이 지향하는 사법제도개혁은 혁명적 개혁이라기 보다는, 진화적 개선이라 할 수 있다.¹⁰⁵⁾

1. 치료적 사법과 성범죄자의 유죄인부절차

성범죄자, 특히 아동성애적 성폭력범죄자의 가장 뚜렷한 특징은 범죄사실의 완강한 부인과 축소회피다.¹⁰⁶⁾ 이러한 인지적 왜곡(cognitive distortions)¹⁰⁷⁾의 치료를 위해서는 인지적 재구성(cognitive restructuring)의 과정이 필요하다.¹⁰⁸⁾ 여기서 성범죄자에 대한 치료를 중심으로 성범죄 재범문제를 해결하려는 치료적 사법모델은 법체계와 그 구성원이 성범죄자에 대해 치료적으로, 또는 반-치료적으로 작용하는지에 대해 문제삼는다. 형사사법체계는 성범죄자의 인지적 재구성을 가져오는가, 오히려 인지적 왜곡을 더 악화시키는가? 전통적인 형사절차는 성범죄자로 하여금 자신의 범행부인을 더 강하게 하도록 몰아가는 과정이라 볼 수 있다.¹⁰⁹⁾

미국에서는 일부 성범죄자에 특화된 유죄인정 협상절차가 있다. 유죄증거가 다수 제시된 경우에도 특히 아동대상 성범죄자는 극단적으로 유죄인정을 거부하는 경우가 대부분이다. 이럴 경우 검사는 다투지않음의 답변(Nolo Contendere plea)¹¹⁰⁾을 제안한다. 피고인이 다투지않음의 답변을 하는 경우 유죄를 명시적으로

105) 박광배, 치료사법의 현황, 2007, 236면.

106) D.Perkins, Clinical Work with Sex Offenders in Secure Settings, in C.R.Hollin & K.Howells, eds. Clinical Approaches to Sex Offenders and Their Victims, 1991, 168면; H.Eldridge, 16 Patterns of sex offending and strategies for effective assessment and intervention, Home Truths About Child Sexual Abuse: Policy and Practice, 2000, 317면.

107) N.L.Pollock & J.M.Hashmall, The Excuses of Child Molesters, Behavioral Science & Law, vol.9. 1991, 53면

108) 인지적 재구성을 위해 활용되는 기법중의 하나는 역할뒤바꾸보기(role-reversal)이다. 치료전문가는 다양한 인지적 왜곡현상을 보이는 아동성폭력범죄자의 역할을 하고, 범죄자가 경찰이나 보호관찰관, 가족이나 범죄자의 주변인물 역할을 하도록 한다. 이를 통해 범죄자로 하여금 자신의 범행과 그 결과에 대한 자신의 인식을 다시 돌아보게 한다. (D.B.Wexler, Therapeutic Jurisprudence and the Criminal Courts, 1993, 284면)

109) D.Perkins, Clinical Work with Sex Offenders in Secure Settings, 1991, 152면

110) 형사사안에서 피고인이 기소대상 유죄사실에 대해 부인도 인정도 포기하는 형태의 항변이다. 그리고 피고인은 유죄인정의 경우와 동일한 형을 선고받게 된다. nolo contendere답변은 법원이 양 당사자, 공공의 이익, 사법절차의 운영 등을 고려하여 허용하는 경우에만 가능하다. In re Guilty plea cases, 235 N.W.2d 132, Mich., 1975

인정하지 않은 채 배심재판을 거치지 않으면서도, 사실상 유죄인정할 경우와 마찬가지로의 결과를 수용하게 된다. 일부 피고인의 경우 무죄항변을 포기하지 않으면서도 사실상 유죄인정으로 간주되는 이른바 Alford 유죄인정¹¹¹⁾을 할 수도 있다.¹¹²⁾ 이러한 형식의 답변을 인정할지의 여부는 법원의 재량사항이며, 실제 법원이 이를 인정하는 경우도 상당수 있다.¹¹³⁾

치료적 사법의 관점에서 볼 때 이런 특별한 형태의 유죄인정을 허용한다면 아동대상 성범죄자의 인지적 왜곡을 더욱 강화하는 결과를 가져올 수 있다. 자신의 범죄와 그 결과를 부인하는 상태에서 점차적으로 타협하게 되면, 범죄자의 성적 문제점을 줄이고 사회적으로 건전한 성적 관계맺기 능력을 높여주는데 목적이 있는 치료프로그램을 거부할 것이기 때문이다. 해당 성범죄자가 치료프로그램 참여를 조건으로 하는 형사제재를 받아들인다 하더라도 그 성공적인 효과를 기대하기 어렵게 된다.¹¹⁴⁾

더구나 법관이 성범죄자에 특별한 항변을 인정하는 태도를 보일 경우, 피고인측 변호인은 범죄자가 수용할만한 조건의 항변을 준비하기 쉽다. 반면 법관이 유죄인정을 하지 않는 상태에서 성범죄자에 특정된 항변인정(Nolo Contendere 답변이나 Alford 유죄인정)에 엄격한 태도를 보일 경우, 피고인측 변호인은 범죄자가 유죄를 인정하고 협상을 받아들이도록 범죄자를 더욱 적극적으로 설득할 것이다. 따라서 법체계상 성범죄에 대하여 특별한 항변인정을 부인하거나 법관이 그 인정에 소극적인 경우, 피고인측 변호인은 바로 역할바꿔보기 형태의 인지적 재구성을 실천하게 되는 셈이다. 예컨대 변호인은 성범죄자에게 그 자신이 배심원이라면 자신

111) 알포드 유죄인정(Alford guilty plea)은 1970년 연방대법원판결 North Carolina v. Alford (1970)에서 유래하였다. 알포드 유죄인정을 하는 피고인은 무죄주장은 유지하되, 유죄판결에 충분한 증거가 존재한다는 사실 또한 인정하게 된다. (S. R. McCullough, 'Criminal law and procedure', University of Richmond Law Review, vol.44, 2009, 339면 ; N.H.Cogan, 'Entering Judgment on a Plea of Nolo Contendere: A Reexamination of North Carolina v. Alford and Some Thoughts on the Relationship Between Proof and Punishment', Ariz. L. Rev. 17, 1975, 992면.)

112) A.W.Akschuler, 'The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining', Yale Law Journal, vol.84, 1286면; C.J.Shipley, 'The Alford Plea: A Necessary but Unpredictable Tool for the Criminal Defendant', Iowa Law Review, vol.72, 1987, 1063면

113) US v Gaskins, 485 F.2d. 1046, DC Cir.1973

114) D.Perkins, 'Clinical Work with Sex Offenders in Secure Settings', in C.R.Hollin & K.Howells, eds. Clinical Approaches to Sex Offenders and Their Victims, 1991, 161-167면

의 사건에서 어떻게 평결할 것인지 묻는다. 치료적 사법의 관점에 따르자면 치료적 효과를 증진하는 방향으로 변호인의 역할이 재구성되는 결과에 이를 것이다.

115)

유죄인부절차를 통해 법관의 잠재적 치료자로서의 역할이 증진될 수도 있다. 범죄자에게 항변의 사실근거에 대해 상세히 묻는 가운데 치료적 효과를 거둘 수 있기 때문이다.¹¹⁶⁾ 특히 법관은 성범죄자에 특유한 인지적 왜곡을 바로잡을 수 있다. 실제 사례연구에 따르면, 유죄인정 직후 법관이 피고인으로 하여금 일어서서 선서하고 자신이 범죄를 행하였으며 정확히 어떻게 범행하였는지 시인하도록 하는 경우도 있다.¹¹⁷⁾ 이를 통해 법관은 유죄인부절차의 부정적 효과를 막을 수 있다. 즉 법관의 양형단계에서의 조치를 통해 범죄자로 하여금 자신의 범행을 분명히 시인하게 한다. 특히 범행을 부인하고 거짓진술을 늘어놓는 성범죄자에 대해 배심원과 법관 모두 부정적 인식을 가지고 있을 때 효과가 있을 수 있다.¹¹⁸⁾

물론 유의할 점도 있다. 법관이 적극적으로 범죄자로 하여금 자신의 죄를 시인하고 그 범행의 상세를 스스로 설명하도록 질문하고 답을 끌어내려는 경우 자칫 치료적 효과가 아니라, 일종의 망신주기가 될 수 있다. 범죄자에게 부정적 영향을 미칠 수 있다. 그러나 성범죄자, 특히 아동대상 성범죄자의 경우 유죄인정협상을 통해 자신의 범죄가 부인할 수 있고 타협될 수 있는 행위에 지나지 않는다는 잘못된 인식을 굳힘으로써 이후 범죄의 대가인 형벌과 치료개선을 위한 프로그램을 수용하지 않고, 결국 다시 범죄로 나아가는 악순환에 빠질 수 있다. 때문에, 법정에서 자신의 죄를 스스로 인정하는 태도변화를 법관이 이끌어내는 노력은 개선과 치료의 효과를 기대해 볼 수 있게 한다. 따라서 성범죄자로 하여금 자신의 유죄를 상세하게 인정하도록 하는 유죄인부절차는 범죄사실의 부인과 인지적 왜곡을 교정하여 인지적 재구성의 결과를 가져와야만 한다.¹¹⁹⁾

115) D.B.Wexler, 'Therapeutic Jurisprudence and the Criminal Courts', William and Mary Law Review, vol.35. no.1, 1993, 286면

116) H.R.Uviller, Pleading Guilty: A Critique of Four Models, Law & Contemporary Problem, vol.41, 1977, 121면

117) D.J.Newman, Conviction: The Determination of Guilt or Innocence without Trial, 1966, 19-20면

118) D.B.Wexler, Therapeutic Jurisprudence and the Criminal Courts, 1993, 287면

119) D.B.Wexler, Therapeutic Jurisprudence and the Criminal Courts, 1993, 288면

궁극적으로 성범죄자의 인지적 왜곡이 유죄인부절차에서 법관의 태도에 영향을 받을 수 있을지는 경험적 평가의 문제다. 치료지향적 법이론이 형법영역에서 특히 기여하는 바는 경험적 연구의 수용을 현실화하는데 있다.

경험적 연구에 따르면 인부절차에서 법관의 태도에는 차이가 있다. 즉 기록지향적(record oriented) 법관은 피고인의 기소사실에 대해 제시하거나, 검사나 피고인측 변호사로 하여금 기술하게 한 후 피고인에게 각 사실관계에 대한 시인여부를 심문한다. 한편 절차지향적(procedure oriented) 법관들은 피고인으로 하여금 스스로 사실관계에 대해 설명케 한다. 이러한 심문방식은 피고인이 좀더 재판에 적극적으로 참여하고 범죄를 자인하는 방향으로 끌어가게 된다. 절차지향적 법관은 피고인의 인격적 참여를 강조하는 반면, 기록지향적인 법관은 피고인의 참여보다는 정확한 기록을 남김으로써 항소의 여지를 줄이는데 관심을 둔다.¹²⁰⁾

절차지향적 법관앞에서의 인부절차를 거친 피고인의 인지적 왜곡이 그렇지 않은 경우보다 더 교정가능하고 인지적 재구성의 효과를 볼 수 있는지의 여부는 경험적 연구를 통해 입증되어야 할 문제다. 범죄의 부인과 인지적 왜곡이 특히 아동대상 성범죄자에서만 나타나는 인지적 특성인지도 역시 연구를 통해 밝혀져야 한다. 다만 일반적으로 성폭력범죄자는 잘못된 성인식으로 인해 자신의 범행사실을 시인한다 하더라도 그 범죄성과 피해자의 피해에 대해 인식하지 못하는 경우가 많다. 반면 아동대상 성폭력범죄자는 범죄성과 피해에 대해 부인하기는 어려울 것이고, 특히 사회적, 윤리적으로 파멸적인 결과를 수반하는 강한 비난에 처하게 될 것이기 때문에 범행사실 자체를 부인하는 경우가 많을 것이다.¹²¹⁾ 재사회화 내지 교정이 형사사법체계를 정당화하는 목적이란 한다면, 교정을 위한 인지적 재구성에서 법관의 잠재적 역할은 단순히 성범죄분야에만 한정되지 아니한다. 즉 형사사법체계 전반에 걸친 법관의 치료자적 역할을 기대해 볼 수 있을 것이다.

양형법관의 차원에서 또는 양형기준을 통해 피고인의 범행인정이나 범행부인을 양형요소로 고려한다면, 재사회화의 실현에 도움이 될 것인지, 이러한 요소를 양형에서 고려하는 것이 타당한지의 문제는 치료지향적 법이론의 관점에서도 재검

120) S.U.Philips, 'Criminal Defendant's Resistance to Confession in the Guilty Plea', Law and Society Association, 1990.5.31.

121) D.B.Wexler, Therapeutic Jurisprudence and the Criminal Courts, 1993, 290면

토해 볼 문제다.

2. 치료적 사법과 수용치료적 사법처분

가. 수용치료적 사법처분의 의의

수용치료적 사법처분(civil commitment)¹²²⁾은 일종의 의학적 모델(medical model)에 기원을 두고 있다. 사실상 사법심사를 거치지 않으면서, 정신의학전문가가 정신질환자에 대한 치료필요 여부를 진단하여 치료를 위해 필요한 경우 격리 수용한다. 지난 20세기 동안 이러한 의학적 모델은 헌법적 근거를 가진 법적모델로 변화되어 왔다.¹²³⁾ 법적 모델로의 변화는 수용여부에 대한 판단기준을 보다 엄격히 하고, 강제적 수용(involuntary commitment)에 절차적 요건을 규정한다는 의미다.¹²⁴⁾ 물론 이러한 발전은 민권운동가들이 처분대상 정신질환자를 위해 진행한 민권소송의 덕택이다.¹²⁵⁾ 그 결과 수용처분의 기준과 절차상 권리보장이 강화되었다.¹²⁶⁾

치료목적 여부와 관계없이 강제적 격리수용은 기본적 인권에 영향을 미치는 법적 문제일 수밖에 없다. 따라서 사법적 판단을 거치지 않은 채 의학전문가에게 전적으로 맡기게 될 경우, 개인의 자유를 자의적(恣意的)이고 필요이상의 정도로, 필

122) 미국에서는 사회적으로 위험성이 인정되는 정신질환자에 대해 강제적인 수용치료처분제도를 운영하고 있다. 정신질환성 성폭력범죄자 역시 이러한 강제격리처분대상이다. 정신질환자에 대한 일반적 수용치료처분과 이로부터 특화된 성폭력범죄자 수용치료 사법처분으로 구분된다. (김한균, ‘성범죄 재범방지정책으로서 미국의 성폭력범죄자 수용치료 사법처분’, 외국의 보안처분제도에 관한 연구, 법무부, 2007, 16면)

123) 수용치료처분의 의학적 모델과 법적 모델에 관하여는 김한균, 성범죄 재범방지정책으로서 미국의 성폭력범죄자 수용치료 사법처분, 2007, 19면

124) B.J.Winick, Civil Commitment - A Therapeutic Jurisprudence Model, 2005, 4면 ; A Therapeutic Jurisprudence Model for Civil Commitment, 2003, 23면

125) D.L.Chambers, ‘Alternatives to Civil Commitment of the Mentally Ill: Practical Guides and Constitutional Imperatives’, Michigan Law Review, Vol. 70, No. 6, 1972 ; J. C. Phelan & B. G. Link, ‘The growing belief that people with mental illnesses are violent: the role of the dangerousness criterion for civil commitment’, Social Psychiatry and Psychiatric Epidemiology, Vol. 33, Issue 1, 1998

126) 수용치료사법처분 관련법의 발전에 관하여는 김한균, ‘성폭력범죄방지와 합리적 형사정책’, 보호 제19호, 2007, 62-66면.

요이상으로 장기간동안 박탈할 위험을 배제할 수 없다. 따라서 기존 의학적 모델은 국가후견주의적 이념을 내세워, 정신장애라는 판정을 받은 사람들을 사실상 평생 격리구금하는 일종의 인간창고(human warehouse)를 정당화하는 결과에 이를 수도 있다.¹²⁷⁾

그래서 1960년대 이후 민권운동의 영향 아래 정신보건법체계 전반을 탈수용시설화(deinstitutionalization)¹²⁸⁾하는 방향으로의 개혁이 진행되었다. 그러나 수용시설에 의존하거나 탈수용시설화하거나 어느 것도 효과를 거두기 어려웠다. 정책적으로 병원 수용처분에 초점을 맞추면서, 치료내용의 개선과 동시에 정신질환자의 권리도 보호하는 문제는 여전히 정신보건법 분야에서 핵심적인 개혁의제다. 이에 비해 수용치료처분의 법적 모델은 처분기준을 엄격히 하고 절차상의 자의적 요소들을 배제하면서, 처분대상자의 법적 권리에 초점을 맞춘다. 수용치료시설의 억압적인 규제를 완화하고 수용기간을 제한하면서 수용자의 권리를 보장하고자 한다. 하지만 사법적 심사는 불가피하게 수용치료처분의 집행과 관련시설 유지에 소요되는 비용증가의 문제를 가져온다. 이에 따라 치료할 필요가 여전히 대상자 다수에 대한 치료시설의 수용이 어렵게 되었다. 더구나 법적 모델을 통해 수용치료처분으로 인한 권리침해 문제는 상당부분 개선했지만, 판단권한을 넘겨받은 법률가들 역시 대상자의 치료필요성에 대한 전문적 이해가 부족하다는 문제점은 여전히 남는다.¹²⁹⁾

요약하면, 수용치료 사법처분에 대한 기존의 의학적 모델은 대상자의 법적 권리에 대한 적절한 보장에 소홀했다. 반면 법학적 모델은 대상자의 치료적 필요를 충분히 고려하지 못한다. 반면 치료적 사법모델은 법원칙과 치료적 필요 양면을 고려한 정의롭고 치유적인 수용치료처분을 모색한다.¹³⁰⁾

127) B.J.Winick, Civil Commitment - A Therapeutic Jurisprudence Model, 2005, 4면. 수용치료처분의 자유침해문제에 관한 논의는 김한균, 성폭력범죄방지과 합리적 형사정책, 2007, 81-82면.

128) 탈수용시설화에 관하여는 E.Bassuk & S.Gerson, 'Deinstitutionalization and mental health services,' Scientific American, Vol 238(2), Feb 1978; H. R. Lamb & L. Bachrach, 'Some Perspectives on Deinstitutionalization,' Psychiatric Services, 2001

129) 김한균, 성범죄 재범방지정책으로서 미국의 성폭력범죄자 수용치료 사법처분, 2007, 19-20면; B.J.Winick, A Therapeutic Jurisprudence Model for Civil Commitment, 2003, 24면

130) 김한균, 성범죄 재범방지정책으로서 미국의 성폭력범죄자 수용치료 사법처분, 2007, 70면; B.J.Winick, A Therapeutic Jurisprudence Model for Civil Commitment, 2003, 11면

나. 치료적 사법모델과 수용치료처분

치료적 사법모델은 정신질환의 치료와 인권보호의 가치를 동시에 추구하면서, 성폭력범죄자에 대한 수용치료처분을 둘러싼 인권침해요소와 정책적 실효성에 대한 의문에 답하고자 한다. 치료적 사법처분에 관여하는 법관과 검사, 변호사가 법률전문적인 관심과 함께 치유적 관심도 가진다면, 수용치료처분의 과정은 더 치료적이고 인간적인 경험의 마당이 될 수 있다고 본다. 치료시설의 운영을 개선하고 인간존중적인 치료적 프로그램을 실현하는데 법원은 일종의 지렛대 역할을 할 수 있다는 것이다.¹³¹⁾

치로지향적 법이론의 관점은 법을 일종의 치유행위자(therapeutic agent)로 본다. 따라서 법제도와 법실무에서 법관을 비롯한 법률전문가들이 처분대상자의 정신적 치료를 위해 역할을 나누어 맡게 된다. 의학적 모델은 치료라는 가치만을 추구하지만, 치료적 사법모델은 법을 통한 치료적 영향을 염두에 두면서, 적법절차 원칙을 비롯한 법원칙과 권리의 범위 내에서 치유의 효과를 늘리고자 한다.¹³²⁾

형사사법체계는 인권의 가치와 법치국가원칙에 근거해, 여타 사회통제체계와 구분된다. 반면 영역 고유의 원칙과 가치를 고수하다보니 새로운 문제영역의 등장에 유연하게 효과적으로 대응하지 못하는 문제점도 나타난다. 새로운 범죄현실이 요구하는 법개혁의 필요성을 수용하지 못하면 사회질서 유지와 인권보장이라는 고유의 가치마저 지켜내지 못한다. 상습성, 고위험성의 범죄현상은 진압통제 되어야 할 문제인 동시에 치유가 필요한 문제이기도 하다. 치료적 사법모델은 법원칙의 틀 안에서 치유의 필요성을 수용하는 개혁을 전망할 수 있는 관점을 제시해준다.¹³³⁾

따라서 치료적 사법모델은 치유의 가치와 법적 가치가 합일될 수 있는 방법을 찾는 과정에서 창조적 법개혁의 길이 열린다고 본다. 치료라는 가치와 법원칙의 가치가 충돌할 수 있음을 부인하지 않지만, 오히려 그 충돌지점을 분명히 지적하

131) 김한균, 성범죄 재범방지정책으로서 미국의 성폭력범죄자 수용치료 사법처분, 2007, 68면.

132) 김한균, 성범죄 재범방지정책으로서 미국의 성폭력범죄자 수용치료 사법처분, 2007, 69면 ; B.J.Winick, A Therapeutic Jurisprudence Model for Civil Commitment, 2003, 6면; C.Petrucci et al, 'Therapeutic Jurisprudence : An Invitation to Social Scientist', in D.Carson & R.Bull ed. Handbook of Psychology in Legal Contexts, 2002, 579면

133) 김한균, 성범죄 재범방지정책으로서 미국의 성폭력범죄자 수용치료 사법처분, 2007, 69면

여 법개혁의 쟁점으로 부각시킨다. 그래서 치료의 가치와 법원칙 사이에 균형을 유지하면서 문제해결지향적인 방안을 모색한다.¹³⁴⁾

치료적 사법모델의 관점을 지향하면서 적법절차원칙을 존중한다면, 결론은 강제적 치료처분의 최소화다. 즉 치료적 사법모델은 치료라는 가치의 증진을 지향하므로, 강제적 수용치료처분은 치료적 고려에 부합하는 한에서 최소한 범위의 사안에 대해서만 허용되어야 한다.¹³⁵⁾

치료적 사법모델에 따른 수용치료처분 관련 의제를 정리하면 다음과 같다.¹³⁶⁾

① 개인의 자율성을 중시하는 사회적 가치와 수용치료처분의 법적 강제의 요소의 충돌이 어떻게 해소될 수 있으며, 이를 위해 치료적 사법모델관점이 어떤 기여를 할 수 있는가?

② 수용치료처분의 강제성이 처분의 효과를 감소시킨다면, 대상자의 강제성에 대한 인식을 줄이는 방향으로 수용치료처분을 구성할 것인가?

③ 수용치료처분의 치유적 효과는 무엇이며, 수용된 대상자의 정신건강을 어떻게 향상시킬 수 있는가?

④ 수용치료처분결정의 요소인 무능력(incompetency)의 개념을 어떻게 규정하고 적용할 것인가?

⑤ 사회보호를 근거로 한 행정적 수용치료처분은 어떻게 규정할 것인가?

⑥ 어떠한 종류의 정신질환 내지 정신이상을 수용치료처분의 요건으로 규정할 것인가?

⑦ 의료적 적절성은 수용치료처분의 결정조건이 되어야 하는가?

⑧ 가능한 한 가장 강제성이 적은 대안을 찾아야 한다는 헌법적 요청은 수용치료처분의 경우 어떻게 적용되어야 하는가?

134) 김한균, 성범죄 재범방지정책으로서 미국의 성폭력범죄자 수용치료 사법처분, 2007, 69면; B.J.Winick, A Therapeutic Jurisprudence Model for Civil Commitment, 2003, 7면 ; B.J.Winick, 'Applying the Law Therapeutically in Domestic Violence Cases', UMKC Law Review, Vol.69, 2000, 35-45면 ; K.Kress, 'Therapeutic Jurisprudence and the Resolution of Value Conflicts : What We Can Realistically Expect, In practice, From Theory', Behavioral Science & Law, Vol.17 1999, 556-561면

135) 김한균, 성범죄 재범방지정책으로서 미국의 성폭력범죄자 수용치료 사법처분, 2007, 70면; B.J.Winick, A Therapeutic Jurisprudence Model for Civil Commitment, 2003, 47면

136) B.J.Winick, A Therapeutic Jurisprudence Model for Civil Commitment, 2003, 8-10면

⑨ 수용치료처분의 심사과정에서 법관과 변호인과 전문가증인들은 치유적행위자로서 어떻게 행동해야 하는가?

⑩ 과연 자발적 입원은 강제적 수용치료처분보다 더 효과적인가?

⑪ 수용치료처분 대상자는 정당한 처우의 권리를 향유해야 하는가? 적절한 경우 조건부석방조치를 받을 권리, 의료적, 사회적 필요에 대해 지역공동체로부터 적절한 서비스를 받을 권리를 인정해야 하는가?

⑫ 수용치료처분의 강제성은 대상자가 치료를 거부할 권리까지 포기할 것을 의미하는가? 정신치료를 거부할 권리는 법적으로 인정되어야 하는가? 거부권을 인정한다면 치유적 효과에 긍정적 혹은 부정적인가? 치유적 효과를 극대화하는 방향으로 거부권을 어떻게 규정할 것인가?

⑬ 치료시설내에서 격리, 강제조치의 한계는 어떻게 규정되어야 하는가? 치료대상자는 입원치료와 처우에 대해 의사를 반영할 수 있는 법적 수단을 가질 수 있는가?

⑭ 조건부퇴원조치의 조건으로서 통근치료와 지역공동체내 치료를 강제적 수용치료처분의 강제성이 적은 대안으로서 치유적 효과를 극대화하는 방향으로 어떻게 구성할 수 있을 것인가?

⑮ 수용치료처분의 치유적 효과를 극대화하기 위해 수용치료처분에 대한 국제인권법원칙상의 제한이 어떻게 구체화되어야 하는가?

결론적으로 수용치료처분 제도는 치료지향적 프로그램으로서 운영되어야 한다. 명목은 치료이되, 실질은 처벌이어서는 아니 된다. 또한 성폭력범죄자 치료에 요구되는 전문가적 기준에 부합되는 프로그램을 제공해야 한다. 그리고 치료경과에 따라 조건부 퇴원조치가 실제로 보장되어야 한다. 나아가 수용치료처분의 집행시설 운영과 치료프로그램 실행과 관련된 결정은 독립적 외부전문가의 감독이 가능해야 한다.¹³⁷⁾

137) 김한균, 성폭력범죄방지와 합리적 형사정책, 2007, 82-83면.

3. 지역사회법원과 마약치료법원

미국의 지역사회 사법운동(community justice movement)은 지역사회 주민과 민간단체의 참여협력을 통하여 비교적 경미한 범죄자의 처우와 재범방지 문제를 해결함으로써 형사사법제도에 대한 지역사회와 시민의 신뢰를 재구축하는데 의미를 두고 있다.¹³⁸⁾

그 실천적 성과의 하나가 지역사회법원(community court)이다. 지역사회법원은 공식적 사법체계의 일부로서 지역사회 주민들의 삶의 질을 떨어뜨리고 지역사회 생활을 불안케 하는 일상 범죄(quality of life crimes)의 해결에 초점을 맞춘다.¹³⁹⁾ 특히 처벌보다는 문제해결(problem-solving rather than punishment)을 강조한다.¹⁴⁰⁾ 그 대표적인 사례가 마약치료법원이다.

1989년 플로리다 Miami-Dade 카운티에 마약법정이 최초로 설립된 이래¹⁴¹⁾, 미국 전역 주요도시 대부분에서 마약치료법원이 운영되고 있다. 일부 주에서는 지역 단위 마약치료법원의 설치를 의무화하였다. 2003년 텍사스 주 의회는 인구 55만 명 이상의 모든 도시지역에 마약치료법원을 설치하도록 하는 내용의 법안을 통과시킨 바 있다.¹⁴²⁾ 마약치료법원은 미국 전역으로 확대되어 2011년 현재 전국적으로 약 2,600개의 마약치료법원이 운영되고 있다.¹⁴³⁾

138) G. Bazemore, 'The community in community justice: Issues, themes, and questions for the new neighborhood sanctioning models', The Justice System Journal, 1997; G. B. Gordon & C.T. Griffiths, 'Conferences, circles, boards, and mediations: The new wave of community justice decisionmaking,' Fed. Probation no.61, 1997

139) J.Ammann, 'Addressing Quality of Life Crimes in Our Cities: Criminalization, Community Courts and Community Compassion, Louis ULJ, vol. 44, 2000, 811면; F.Schmallegger, Criminal Justice Today, 2011, 306면; W.H.Simon, 'Criminal defenders and community justice: The drug court example,' American Criminal Law Review, vol. 40, 2003, 1595면;

140) G.Berman, & J. Feinblatt, 'Problem solving courts: A brief primer,' Law & Policy vol.23 no.2, 2001 ; P.Casey & D. B. Rottman, 'Problem-solving courts: Models and trends,' Justice System Journal vol.26 no.1, 2005

141) P.Hora et al, 'A dozen years of drug treatment courts: Uncovering our theoretical foundation and the construction of a mainstream paradigm', Substance Use and Misuse, 2002, 1469-1488면.

142) T.Fabelo, 'Overview of Drug Courts in Texas', Criminal Justice Policy Council, 2002 (K.M.Baker, A New Kind of Justice: Therapeutic Jurisprudence and Drug Courts, 2005, 1면에서 재인용)

143) www.nij.gov/topics/courts/drug-courts; American University, Summary of drug court activity

가. 마약치료법원의 구조와 특성

마약치료법원의 구조적 특성은 마약범죄자에 대한 치료적 처우와 형사법원의 강제적 권한의 결합에 있다. 마약치료법원은 마약 사용행위를 처벌하기 보다는 마약에 중독된 사람의 치료에 중점을 두되, 각 지역별 수요와 가용자원의 한계를 고려하여 운영하는 실용적 태도를 취한다.¹⁴⁴⁾

마약치료법원의 다양한 치료프로그램은 치료를 기본으로 하여 사안별 관리의 접근방식을 취하며, 다음을 필수구성요건으로 한다.¹⁴⁵⁾

- ① 치료지향적 접근방식
- ② 즉각적 개입
- ③ 비-형사소송적 절차
- ④ 치료프로그램에 대한 법관의 관여
- ⑤ 치료전문가와 보호관찰관의 팀제 운영
- ⑥ 보상과 제재를 통한 범죄자의 책임성
- ⑦ 정기적 마약검사

나. 전통적인 형사사법제도와의 차별성

마약치료법원은 해당범죄자의 중독상태와 이에 따른 높은 재범가능성을 경험적 사실로 전제한다. 이는 마약범죄를 중독적 만성질환(disease model of chronic addiction)으로 이해한다는 의미다.¹⁴⁶⁾ 따라서 기존의 형사법원과 보호관찰제도가 재범의 경우 이미 부과되었던 보호관찰처분을 취소하고 제재하는데 비해, 마약치료법원은 재범으로 나갈 수 밖에 없는 범죄자의 상황을 인정하고 그에 상응한 처

by state and county, US Department of Justice, 2004

144) S.Belenko, 'The Challenges of Conducting Research in Drug Treatment Court Settings', Substance Use and Misuse, 2002, 1635-1644면.

145) C.A.Butzin et al, 'Factors associated with completion of a drug treatment court diversion program,' Substance use & misuse, vol.37, 2002, 1615-1633면; F.S.Taxman, & J. Bouffard, 'Treatment inside the drug treatment court: The who, what, where, and how of treatment services,' Substance Use & Misuse vol.37, 2002, 1665-1688면.

146) M.Dorf & C.Sabel, 'Drug treatment courts and emergent experimentalist government', Vanderbilt Law Review, 2000, 838면

분을 부과한다. 즉 정기적인 마약검사와 같이 더욱 생활밀착적인 감독을 행하며, 마약검사 결과 마약복용사실이 적발되더라도 마약중독과 이에 따른 범죄행동이 유발되지 않도록 하는 범위 내에서의 최소한 제재처분을 부과하게 된다.¹⁴⁷⁾ 따라서 이러한 차원의 제재를 ‘현명한 처벌(smart punishment)’¹⁴⁸⁾이라고도 한다.

특히 마약치료법원에서는 법관이 일종의 팀장역할을 맡고 치료전문가와 보호관찰관이 하나의 팀을 이루어 협력하는 형태로 진행된다. 이러한 점도 전통적인 형사법원 역할수행과 뚜렷이 차별성이 나타나는 부분이다. 그렇기 때문에 법관이 마약범죄를 중독성 질환으로 이해하고 해당 마약범죄자에 대해 어떠한 태도를 취하는지가 마약치료법원 프로그램의 성패를 결정적으로 좌우한다. 그렇지 않으면 반복적으로 재범하는 행태특성을 이해하는 입장에 터잡아 마약치료처분을 부과, 이행해나가기 어렵기 때문이다. 또한 반복적인 재범에도 불구하고 치료의 효과를 조금씩 거두고 있어서, 프로그램을 계속 진행할 것인지의 여부도 법관이 판단해야 하기 때문이다. 그래서 마약치료프로그램 대상 범죄자를 평가, 감독하는 법관은 ‘고해신부(confessor), 엄한 작업감독자(taskmaster), 응원자(cheerleader), 멘토(mentor)’로서 대상자의 개선과 실패과정에 따라 훈계하고, 경고하고, 격려하고 축하해주는 역할을 하게 된다.¹⁴⁹⁾

마약치료법원 프로그램이 상정하는 법관의 역할은 치료자로서의 법관을 가장 전향적이고 적극적인 형태로 보여준다.

다. 마약치료법원에 대한 치료사법적 관점의 평가

치료지향적 법이론을 지지하는 연구자들에게 마약치료법원은 현실 형사사법체계상 치료적 사법의 첫 실현 사례로 평가받는다.¹⁵⁰⁾ 미국에서 문제해결형 법원의

147) A.Fulkerson, The drug treatment court as a form of restorative justice, 2009, 255면

148) P.Hora et al, ‘Therapeutic jurisprudence and the drug treatment court movement: Revolutionizing the criminal justice system's response to drug abuse and crime in America’, Notre Dame Law Review, 1999, 470면.

149) J.Tauber, The importance of immediate and intensive intervention in a court-ordered drug rehabilitation program: An evaluation of the FIRST diversion project after two years, Municipal Court, Oakland, CA, 29면 (A.Fulkerson, The drug treatment court as a form of restorative justice, 2009, 255면에서 재인용)

150) P.F.Hora et al, ‘Therapeutic jurisprudence and the drug treatment court movement:

원형을 마약치료법원에서 찾는 것은 마약범죄와 마약범죄정책이 미국형사사법제도와 형사정책에서 갖는 의미에 비추어 이해할 수 있다. 미국내 구금형 수형자 전체 인원중 단일범죄로 가장 많은 수가 마약범죄자로서, 1980년대 이래 형사사법제도에 가장 큰 부담이 되는 현안이었다.¹⁵¹⁾ 무엇보다도 마약중독과 마약관련범죄의 악순환을 근본적으로 해소하려면 구금격리 만으로는 어렵다는 점이 분명해졌다. 그런 만큼 새로운 문제해결방식이 가장 절실한 영역이었다.¹⁵²⁾

그런 점에서 마약치료법원이 단기간내 전국적으로 확산되고, 이후 가정폭력법원, 정신보건법원 등으로 확장 발전됨으로써,¹⁵³⁾ 기존의 구금격리위주의 형사사법제도에 정책전환과 발전의 중요한 계기가 되었다고 평가할 수 있다.

특히 미국에서의 마약치료법원 발전과정을 살펴보면, 지역사회의 특성에 기반한 실용적 측면에 중점이 두어졌다는 사실이 장점으로 평가된다.¹⁵⁴⁾ 다만, 마약치료법원의 실제 효과여부에 관련된 긍정적 요인과 부정적 요인을 분명히 평가하기는 어렵다. 각 지역마다 마약치료법원의 특성과 한계가 다양한터라,¹⁵⁵⁾ 체계적 비교가 곤란하기 때문이다. 위에서 살펴본 2003년 텍사스 주법의 경우도 각 지역 마약치료법원에 대한 주정부의 재정지원의 근거를 마련했을 뿐, 마약치료법원의 구성과 역할에 대한 기준을 제시하지는 않았다.¹⁵⁶⁾

미국의 경우 마약치료법원의 발전에 힘입어 법학자와 사회과학자들도 마약치료법원의 목적과 구조에 대한 일반이론을 구성하기 위해 노력했다. 즉 치료지향적 법이론이 다양한 마약치료법원의 실무를 체계적으로 설명하는 하나의 이론모델로 자리잡게 되었다.¹⁵⁷⁾

Revolutionizing the criminal justice system's response to drug abuse and crime in America,' Notre Dame Law Review vol.74, 1998, 536면

151) 2010년 기준 연방 교정시설내 마약범죄자 수형자수는 1985년 41,000명에서 500,000명까지 증가했다. 주 교정시설내 수형자수 증가폭의 50%이상이 마약범죄 수형자 때문으로 나타난다. (M.Alexander, The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness, 2010, 60면)

152) A.Fulkerson, The drug treatment court as a form of restorative justice, 2009, 254면

153) S.Turner et al, 'A decade of drug treatment court research', Substance Use and Misuse, 2002, 1489-1527면.

154) D.C.Gottfredson et al, 'Effectiveness Of Drug Treatment Courts: Evidence From A Randomized Trial,' Criminology & Public Policy, vol.2. no.2, 2003

155) A.Fulkerson, The drug treatment court as a form of restorative justice, 2009, 254면

156) K.M.Baker, A New Kind of Justice, 2005, 2면

마약치료법원은 마약중독 범죄자를 대상으로 형사사법적 방식과 치료사법적 방식을 결합하여 관련범죄 발생률을 낮추면서 지역사회의 안전을 개선하는 효과를 거두었다는 평가를 받는다. 특히 마약치료법원의 치료프로그램에 더 오랜 기간 참여할수록 재범율도 낮아졌다. 이처럼 마약중독 범죄자의 치료효과를 극대화하기 위하여, 마약치료법원은 그 내부구성과 절차, 치료프로그램의 운영과정에서 치료사법 모델을 법원의 기존 구조와 결합시킴으로써 치료지향적 법이론을 현실화했다는 평가를 받는다. 특히 마약치료법원의 성과와 그에 따른 문제해결형 법원의 확대 사실은 치료적 사법모델이 형사정책적 문제해결에 효과적임을 입증해 준다.

158)

157) K.M.Baker, A New Kind of Justice, 2005, 3면

158) P.F.Hora et al, Therapeutic jurisprudence and the drug treatment court movement: Revolutionizing the criminal justice system's response to drug abuse and crime in America, 1998, 536-537면

제4장

치료적 사법 모델의 형사법제도화

조 의 연

치료적 사법 모델의 형사법제도화

제1절 개관

1. 문제의 재인식

우리나라에서 우리 손으로 만든 형법과 형사소송법이 시행된 지 거의 60년이 지났다. 그 동안 형사 실체법과 절차법에서 많은 제도의 개선이 있었고, 법이론과 판례도 괄목할 만한 발전을 하였으며, 여러 차례에 걸친 사법제도 개혁작업에서 형사사법제도의 개선이 주된 의제로 채택되어 그 연구 성과물이 후속작업을 통해 입법으로 연결되었음은 주지의 사실이다. 가장 최근인 2004년의 사법개혁위원회 건의문에서 ‘형벌체계의 합리적 재정립’이라는 소주제 중 하나로 사회내 처우제도의 정비를 명시하고, 기초보고서에서 치료적 사법과 문제해결형 법원으로 대표되는 새로운 형사정책적 이념에 바탕을 둔 제도의 도입을 언급한 것은 국내의 관련 연구가 전무하다시피 한 당시에는 신선한 충격이기도 하였다.

하지만 형사사법제도의 개선과 관련한 그간의 논의 상황을 보면, 인신구속제도, 증거법, 공판절차와 같은 절차법적 논점에 관하여는 현행 제도의 문제점과 외국 입법례에 관한 심도 있는 검토를 거쳐 구체적인 제도 개선으로 이어진 것을 볼 수

있지만, 유독 양형제도(형의 선택, 양정, 유예의 개념에다가 법관이 선택할 수 있는 양형수단을 포괄하는 개념으로 사용하고자 한다)에 있어서는 양형기준제의 도입 외에는 제도 개선의 성과물이 별로 보이지 않는다.

양형이라 함은 민사재판에서 판결의 주문을 내는 것과 같이 법적 삼단논법의 결론으로서 유죄가 인정되는 피고인의 행위불법과 결과불법의 양을 형사제재수단으로 평가하는 작업이라고 할 수 있다. 그런데 지금까지의 형사사법제도는 범죄에 대한 대처방법 내지 양형의 목표를 국가형벌권의 실현으로서 오로지 처벌에만 주안점을 두어왔다고 해도 과언이 아니다. 특히 양형방법은 형의 유예제도를 기초로 한 대륙식의 양형시스템을 채택하면서 책임주의에 입각하여 형량을 정한 다음 제반 정상을 참작하여 유예 여부만을 판단하는 그야말로 단순하고 이분법적인 방법을 사용해 오고 있다. 그러다 보니 재판을 받는 피고인(특히 구속 피고인)의 입장에서 보면 집행유예결격자를 제외하고는 오로지 집행유예 여부만이 관심사이고, 판사 입장에서도 선고하는 본형보다도 '단서'(집행유예 선고 주문)를 달까 말까 하는데 많은 관심을 기울이고 있는 것이 사실이다. 피고인, 변호인, 검사, 판사, 피해자 등의 형사재판 관여자(이른바 'actor')들이 형사재판절차에서의 가용 자원을 집행유예 여부에 집중적으로 투입한다면 분명 특별예방적 고려라든지 처우의 개별화 등의 다른 형사정책적 목표를 달성하기 어렵다.

이러한 실형과 집행유예의 이분법적 양형시스템이 최선의 제도가 될 수 없음은, 실형과 집행유예 사이의 불이익 간극이 너무나 크고, 피고인의 재활과 재범방지를 위해 법관이 사용할 수 있는 양형수단이 제한되어 있다는 점을 보면 쉽게 알 수 있지만, 한편으로 마약사범과 같이 형사정책적으로 처벌 외에 치료나 개별화된 처우가 필요한 사건의 양형절차에서 법관이 치료를 위해 취할 수 있는 조치가 빈약하다는 점에서 더욱 분명하게 드러난다. (자유)형의 부과만이 능사가 아닌 마약중독사범과 같은 몇몇 유형의 범죄에서는 형벌만으로는 범죄의 반복사이클을 차단하지 못하는 한계가 있는데도 이러한 이분법적인 양형시스템 하에서는 판사가 치료 등의 개별화된 처우를 하기란 애당초 기대하기 어렵다.

지금 전세계적으로 형사정책의 무게중심이 처벌에서 회복(restorative justice)을 거쳐 치료(treatment)로 이동하고 있는 추세라고 할 수 있다. 1990년대 이후 미국에서는 학문적으로는 치료적 사법, 제도적으로는 문제해결형 법원으로 대표되는

새로운 형사사법 트렌드가 형성되었다. 위 두 주요한 개념은 법학과 법원조직에서 각각 개별적으로 생성된 조류 내지 사조이지만 전자가 후자에 이론제공을 하면서 실천적으로 결합되었다. 오늘날 미국 전역에서는 매우 다양한 형태의 문제해결형 법원이 설립되어 운영되고 있는데, 그 원조는 마약법원이다. 미국의 마약법원은 1998년 이후 캐나다, 호주, 뉴질랜드 등으로 수출되었고, 대륙법계인 독일의 베스트팔렌주에서도 도입된 예를 찾아볼 수 있다.

전 세계가 형사정책적 이념을 공유하는 경향이 뚜렷한 이 시대에 있어 이제 우리의 형사사법도 치료에 더 많은 관심을 기울일 때가 되었다. 치료적 사법과 문제해결형 법원 등 새로운 형사정책적 이념, 특히 치료 이념에 바탕을 둔 형사사법제도의 마련이 시급해진 이유가 여기에 있다.

2. 논의의 전개 방향

지금까지 정리된 치료적 사법의 개념을 토대로 양형제도와 연결점에 주안점을 두어 이른바 치료와 관련된 우리 형사사법시스템의 현주소를 파악하고, 그 한계를 극복하는 견지에서 치료적 사법 모델의 제도화 내지 법제화 방안으로 치료 이념에 바탕을 둔 문제해결형 법원을 우리의 형사사법시스템에 도입하는 구체적인 방안을 모색해 보고자 한다. 그동안 마약법원 제도 정도가 한국마약퇴치운동본부 등의 마약치료제공자의 시각에서 소개 내지 논의된 적은 있지만 법률가 특히 실무가의 입장에서 구체적으로 다루어진 바가 많지 않아 문제해결형 법원으로 대표되는 치료적 사법 모델의 법제화 내지 제도화를 논하는 것 자체가 다소 조심스럽지만 주로 양형제도를 중심으로 한 실체법적 시각에서 도입 방법론을 제시하고자 한다.

치료 이념에 바탕을 둔 서구 각국 특히 미국식의 문제해결형 법원을 우리 형사사법시스템에 도입할 필요가 있는지를 논하기 위해서는 해결해야 할 ‘문제’를 무엇에 둘 것인지, ‘해결’ 방법은 무엇인지를 결정해야 한다. 미국식의 문제해결형 법원 개념을 도입하여 마약법원을 설립한 캐나다, 호주 등의 경험에 비추어 법원이 해결해야 할 ‘문제’를 우선 범죄자의 정신장애(마약·알코올 등의 남용·의존·중

독,¹⁵⁹⁾ 기타 기질적 정신장애를 모두 포함하는 개념으로 사용하고자 한다)가 원인이 된 범죄의 재범의 위험성에 두고, 그 ‘해결방법’은 주로 정신과 영역의 치료로 삼아 치료 이념에 바탕을 둔 새로운 형태의 법원을 도입하는 방안을 도출한다.¹⁶⁰⁾

논의의 초점을 양형수단의 확충에 두어 주로 실체법적 시각에서 문제해결형 법원의 도입을 위한 방법론을 제시하고, 아울러 절차법적으로 재판제도의 정비가 필요한 부분을 언급한 다음, 조직법적으로 법원조직, 민간조직 등의 협업체제, 작용법적으로 구체적인 치료처분의 내용 등에 관하여 순서대로 언급하기로 한다.

제2절 현행 제도의 한계

1. 개요

우리 형사사법제도는 형사제재로서 형과 보안처분(감호처분 외에 각종 보호관찰, 수강명령 등을 포괄하는 개념으로 사용하고자 한다)을 준별하는 형사제재 이원주의를 채택하여 형은 형사절차에서 행위자의 책임에 따라, 보안처분은 형사절차와 각종 보호처분절차에서 사회적 위험성에 따라 함께 또는 따로 부과하는 방식을 취하고 있다.¹⁶¹⁾

먼저 형에 관하여 보면, 양형과정에서 법관에게 주어진 선택권은 형의 종류(징역/벌금)와 수량 및 유예 여부(실행/집행유예)의 선택이 전부이다. 보안처분적 제재수단의 경우 형사절차(감호청구 사건 포함)에서 법관이 부과할 수 있는 처분은 구금적 보안처분으로 치료감호(보호감호는 폐지되었다), 비구금적 보안처분으로 보호관찰, 수강명령(사회봉사명령은 속성상 보안처분으로 보기 어렵다)이 전부이다.

159) 마약 남용·의존·중독의 개념상 차이는 뒤에서 상세히 언급한다.

160) 미국의 문제해결형 법원은 사안 중심(마약법원, 가정폭력법원), 지역 기반(지역사회법원), 행위자 중심(반복범죄자, 원주민)으로 분류할 수 있으나, 우리는 민간지역사회가 발달되어 있지 않고 각 지역사회가 비교적 균질적이며, 단일민족국가이므로 일응 사안 중심으로 접근함으로써 충분하다고 본다.

161) 미국은 보안처분제도가 채택되어 있지 않은 대표적인 나라라는 견해도 있으나, 보안처분적 제재수단은 우리보다 훨씬 더 광범하게 활용되고 있으며 다만 그 부과절차가 일반 형사절차 안에서 법관이 양형의 수단으로 부과한다는 점이 다를 뿐이다.

한편 각종 보호처분절차에 채용되어 있는 보안처분적 제재수단(보호처분)은 가정폭력범죄의처벌등에관한특례법 제40조 제1항에서의 접근제한, 친권행사제한, 보호시설에의 감호위탁, 의료기관에의 치료위탁, 상담소등에의 상담위탁 등과 성매매알선등행위의처벌에관한법률 제14조 제1항에서의 출입금지, 지원시설에의 감호위탁, 성매매피해상담소에의 상담위탁, 전담의료기관에의 치료위탁 등이 있으나, 보호처분절차와 형사절차의 준별로 인하여 일반적인 형사 공판절차에서는 활용할 수 없는 한계가 있다.

범죄자에 대한 문제(재범의 위험성, 마약사범의 경우는 중독이나 남용)의 해결 방법을 치료에 둔다는 전제 아래 현행 형사사법절차(형사절차와 보호처분절차를 포괄한다)에서 법원이 치료를 위해 취할 수 있는 조치의 내용과 그 한계를 살펴본다.

2. 우리나라의 현행 치료관련 형사사법제도

가. 치료감호

1) 개관

범죄를 저지른 마약중독자에 대한 강제치료를 위하여 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 재범의 위험성이 있는 마약중독자를 검사의 청구와 법원의 판결에 따라 치료감호소에 수용하는 제도이다.

이는 전통적인 비자발적 자유박탈 보안처분으로서 1980년대에 사회보호법의 제정으로 보호감호와 함께 도입되었는데, 2005. 6. 사회보호법의 폐지로 보호감호는 역사 속으로 사라졌으나, 치료감호는 대체법률로 제정된 치료감호법(2005. 8. 4. 공포, 같은 날 시행)으로 존치되고 있다.

치료감호법상 치료감호는 심신장애 상태, 마약류·알코올이나 그 밖의 마약중독 상태, 정신성적 장애가 있는 상태 등에서 범죄행위를 한 자로서 재범의 위험성이 있고 특수한 교육·개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자를 치료감호시설에 수용하여 치료를 위한 조치를 하는 제도이다(치료감호법 제1조, 제16조 제1항). 그 대상자는 ① 심신장애로서 별할 수 없거나 심신미약자로서 금고 이상의 형에

해당하는 죄를 지은 자, ② 마약·향정신성의약품·대마, 그 밖에 남용되거나 해독을 끼칠 우려가 있는 물질이나 알코올을 식음·섭취·흡입·흡연 또는 주입받는 습벽이 있거나 그에 중독된 자로서 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 지은 자, ③ 소아성기호증, 성적가학증 등 성적 성벽이 있는 정신성적 장애자로서 일정한 성폭력범죄를 지은 자(제2조, 제2조의2)이다.¹⁶²⁾ 치료감호기간은 15년을 초과할 수 없고, 마약·알코올 중독자 등의 수용은 2년을 초과할 수 없다(제16조 제2항). 치료감호심의위원회가 피치료감호자에 대하여 치료감호 집행을 시작한 후 매 6월마다 치료감호의 종료 또는 가종료 여부를 심사·결정한다(제37조 제3항). 치료감호의 절차 개시권한은 검사에게 있고(제4조 제1항), 법원은 공소제기된 사건의 심리 결과 치료감호를 할 필요가 있다고 인정될 때 검사에게 치료감호의 청구를 요구할 수 있다(같은 조 제7항).

2) 문제점과 한계

이러한 치료감호 제도는 치료감호 종료 후에도 여전히 재범의 위험성이 있는 범죄자를 관리할 수 있는 방법이 없고, 치료감호를 형보다 먼저 집행하고 감호기간이 형기에 그대로 산입됨에 따라 치료 효과의 반감이나 징역형 집행을 보다 편하게 받으려는 것에 악용된다는 것 등의 문제점이 있다. 한편, 시설구금에 의한 치료는 치료의 성공에 필요한 범죄자의 자발적 참여의지를 이끌어 내기 어렵고, 치료의 진전이 사회복귀 후의 재범 위험성의 감소로 이어지기도 어렵기 때문에 비용 대비 치료효과가 높지 않다는 문제점도 지적되고 있다.¹⁶³⁾

치료감호 청구 내지 판결과 관련된 실무례를 보면, 대상자가 치료감호에 처해달라고 요청하는 경우와 치료감호 대상에 해당하지 않는다고 다투는 경우를 모두 볼 수 있다. 전자는 본인의 치료의지가 반영된 경우가 있을 것이지만 아마도 치료감호와 형이 병과된 경우 치료감호를 먼저 집행하고, 감호기간이 그대로 형기에 산입된다는 점(제18조, 대체주의)이 주된 이유로 보이고, 후자의 경우는 치료감호

162) 2008. 6. 13. 치료감호법의 개정으로 제2조의2가 신설되면서 정신성적 장애자도 치료감호의 대상에 포함되었고, 2010. 4. 15. 개정으로 정신성적 장애자의 범위가 확대되었다.

163) 김진선, “형사재판에서 전문심리위원제도의 활동-치료적 사법적 측면에서의 활용을 중심으로-”, 2011, 법원 내부전산망 게시자료(미공간) 참조.

가 구금처분으로서 감호시설에서의 치료 효과를 의심하기 때문으로 보인다.

요컨대 치료적 사법의 관점에서 보면 치료감호는 사법적 국가통제시스템이어서 어디까지나 범죄를 전제로 한 것이고, 불고불리의 원칙이 적용되어 검사의 청구가 없으면 법원은 부과할 수 없으며, 본질적으로 대상자의 자유박탈을 전제로 한다는 점에서 범죄자의 자발적 치료와는 거리가 멀다는 한계가 있다.

나. 치료보호

1) 개관

치료감호와 구별되는 마약류중독자에 대한 치료제도로서 치료보호가 있다.¹⁶⁴⁾ 치료보호제도는 1967년 구 마약법 제50조와 1979년 구 향정신성의약품관리법 제31조에서 중독자에 대한 강제수용과 치료를 규정하면서 처음으로 도입되었고 1990. 7. 6. 대통령령으로 마약류중독자치료보호규정이 제정되면서 현행 제도가 되었는데, 위 규정은 마약법, 향정신성의약품관리법, 대마관리법이 2000. 1. 12. 마약류관리에관한법률로 통합되면서 위 법률의 하위규정이 되었다.¹⁶⁵⁾

위 법률에서의 “치료보호”라 함은 마약류중독자의 마약류에 대한 정신적·신체적 의존성을 극복시키고 재발을 예방하여 건강한 사회인으로 복귀시키기 위한 입원치료와 외래통원치료를 말하는 것으로서(법 제2조 제10호), 식품의약품안전청장 또는 시·도지사는 마약류중독자로 판명된 자에 대하여 치료보호를 받도록 하게 할 수 있다(법 제40조).

한편 마약류중독자치료보호규정은, 식품의약품안전청장, 시·도지사 또는 치료보호기관의 장은 중독자 등의 통보·입원신청 또는 입원의뢰를 받은 때에는 지체 없이 당해인을 치료보호기관에 입원시켜야 하고(중독자등의 입원조치 : 제10조 제1항), 식품의약품안전청장 또는 시·도지사는 식품의약품안전청장 또는 시·도지사는 판별검사결과 중독자로 판명된 자에 대하여는 지체 없이 해당 위원회의 심의를 거쳐 치료보호기간을 정하여 치료보호를 명하여야 하며(치료보호명령 : 제13

164) 가정폭력방지및피해자보호등에관한법률 제18조에도 치료보호제도가 규정되어 있으나 이는 의료기관이 가정폭력피해자에 대하여 상담, 지도, 치료 등을 행하는 것이므로 이 글의 논의 대상이 아니다.

165) 이덕인, “마약류사용사범에 대한 치료재활시스템의 현황과 개선방안”, 형사정책 17권 1호, 94면.

조), 치료보호기관의 장은 중독자에 대하여 중독증상의 치유를 위한 치료를 실시하여야 한다(제14조)고 규정하고 있다.

2) 실태와 문제점

현재 실시되고 있는 치료보호사업의 실태를 보면, 자진 입원자와 검찰에서 치료보호부 기소유예처분을 받은 마약류중독자¹⁶⁶⁾에 대하여 치료보호심사위원회¹⁶⁷⁾의 심의를 거쳐 국립부곡병원 등 24개 치료보호기관으로 지정된 병원에서 무료치료를 하는 것으로 치료비의 50%는 국가에서 부담하고 나머지 50%는 지방자치단체에서 자체예산으로 부담하고 있다(국립병원은 100% 자체예산).¹⁶⁸⁾

요컨대 치료보호는 마약류중독자에 대하여 일정 기간 치료보호기관에서 입원치료나 통원치료를 함으로써 건전한 재사회화를 도모하고 중독현상으로 야기되는 사회 내의 마약류 범람과 기타 범법행위로부터 사회를 보호하기 위한 제도로서, 처분기관이 식약청, 시도지사(광역지자체)이므로 어디까지나 행정처분의 성격을 지닌다. 한편 검사는 마약중독자에 대해 기소유예처분하면서 마약류중독자치료보호규정 제9조 제1항에 의하여 치료보호기관에 입원의뢰하는 형식으로 이른바 치료조건부 기소유예처분을 하고 있는데, 이는 범죄현상에 대한 형사절차가 개시된 상황에서 검사가 사법적 심사 없이 사실상 비자발적 자유박탈 보안처분을 부과하는 셈이어서 법리상 문제가 있다고 보인다. 식약청이나 시도지사가 행정처분으로 치료보호를 명하는 것과는 달리 검사의 입원의뢰는 사법처분의 성격을 지니기 때문이다. 따라서 아래에서 보는 바와 같이 치료를 목적으로 하는 문제해결형 법원이 신설되는 경우 형사절차가 개시된 마약류중독자에 대한 치료보호는 법원의 사법처분으로 행함이 마땅하다.¹⁶⁹⁾¹⁷⁰⁾

166) 검찰의뢰환자와 자진입원환자의 비율을 보면, 2004년 입원환자 194명 중 전자는 67명으로 34.5%, 후자는 127명으로 65.5%로 나타났다. 그러나 2000년 이후 검찰의뢰환자는 급감하고, 자진입원환자는 급증하고 있다(김형중, “마약류중독자 치료보호 추진계획”, 2005 마약류퇴치 심포지엄, 20면).

167) 판별검사와 치료보호에 관한 사항을 심의하기 위하여 식품의약품안전청과 광역지방자치단체에 두는 위원회이다(위 법률 제40조 제4항).

168) 김형중, 위 논문, 18면.

169) 그 방법은 후술하는 치료보호사건 송치 정도가 적정하지 않을까 생각된다.

170) 이와 관련하여 제17대 국회에서 발의된 마약류·환각물질 남용자 및 중독자의 치료보호 등

치료보호는 중독자에 대한 형벌부과에 선행하여 일정기간 병원 등의 의료기관에 수용치료절차를 통하여 중독자에 대한 재사회화를 도모하려는 의도에서 마련된 보호적 행정처분으로서 범죄가 전제되지 않더라도 마약남용자에 대하여 부과할 수 있는 조치이다. 그러나 마약 등의 금지마약의 경우 그 사용행위 자체가 범죄를 구성하므로(미국과 차이) 치료감호와 조화시킬 필요가 있다. 또한 어느 모로 보나 현행 치료보호제도는 법원이 간여할 여지가 전혀 없다는 점에서 문제가 아닐 수 없다. 따라서 이를 행정처분의 형태로 다룰 것이 아니라 적절한 사법절차 내에 두어야 할 것이고, 이는 치료를 위한 문제해결형 법원의 도입이 필요한 한 논거가 될 것이다.

다. 보호관찰, 수강명령

1) 개관

보호관찰은 마약사범 뿐 아니라 모든 범죄자에 대하여 형사절차와 보호절차에서 법원이 명할 수 있는 가장 일반적인 사회내 처우방법이다. 형사절차에서는 동종 범죄전력이 많거나, 마약사범, 가정폭력사범, 무면허·음주운전사범 등과 같이 상습성이나 재범의 위험성이 있는 경우 보호관찰이나 수강명령을 적극적으로 고려하는 것이 실무례이다.¹⁷¹⁾

이는 형사절차에서 수사단계에서부터 재판, 교정, 갱생보호단계에 이르기까지 전 형사절차와 연계하여 실시되고 있다. 보호관찰법상 보호관찰이나 사회봉사, 수강명령은 재범 방지를 위하여 체계적인 사회내 처우가 필요하다고 인정되는 범죄자를 지도하고 보살피며 도움으로써 건전한 사회복귀를 촉진하고, 효율적인 범죄예방 활동을 전개함으로써 개인 및 공공의 복지를 증진함과 아울러 사회를 보호함을 목적으로 하는 일정의 자유제한적 보안처분으로, 각 법규별 부과대상과 기간을 정리하면 아래 [표 4-1]¹⁷²⁾과 같다.

에 관한 법률안(2005. 3. 17. 김춘진 의원이 대표발의)에 치료보호부 집행유예 규정을 두고 있음은 주목할 만하다. 위 법률안에서는 법원은 집행유예시 치료보호를 받을 것을 명할 수 있고, 이 경우 보호관찰을 함께 명하도록 하고 있다.

171) 김진선, 위 논문, 13면.

172) 심규홍, “형사재판에서 ‘재범의 위험성’의 의미와 심리방식”, 2010, 법원 내부전산망 게시자

표 4-1 각종 법률에서의 보호관찰, 사회봉사·수강명령

구 분	법 규	대 상	기 간
보호관찰	형법	선고유예(보호관찰처분)	1년
		집행유예(보호관찰처분)	유예기간
		가석방(보호관찰처분)	잔형기간
	소년법	단기보호관찰처분	6월
		보호관찰처분	2년
	치료감호법	가종료/치료위탁	3년
	가정폭력법	보호관찰처분	6월
	성폭법	선고유예부 보호관찰 집행유예부 보호관찰 가석방부 보호관찰	형법과 동일
사회봉사 /수강명령	범무부훈령	보호관찰 선도조건부 기소유예자	6월 또는 1년
	형법	집행유예선고	500시간 이하 사회봉사, 200시간 이하 수강
	소년법	보호관찰, 사회봉사/수강명령(16세 이상의 소년)의 일부 또는 전부 병과 가능	단기 : 50시간 이하 일반 : 200시간 이하
		사회봉사/수강명령	모두 100시간 이하
	가정폭력법	검사의 상당조건부 기소유예	
	아동·청소년성보호법	검사의 송치 및 교육명령	
범금미납자사회봉사집행 특례법		사회봉사명령	

2) 보호관찰

보호관찰은 법원이 형사절차에서 집행유예와 선고유예의 부수처분으로, 보호처분절차에서 보호처분으로 명하는 가장 전형적이고 일반적인 사회내 처우수단이다.

보호관찰은 보호관찰 등에 관한 법률 제29조 이하가 그 내용을 정하고 있어 법원으로서 보호관찰의 종류와 내용을 별도로 지정할 필요가 없다.

종전 법률에 의하면 보호관찰 대상자의 일반준수사항은 제32조 제2항에 규정되어 있고, 보호관찰 대상자의 특별준수사항은 보호관찰 등에 관한 법률 시행령에

료(미공간), 32면.

따로 규정되어 있었다. 그러나 2009. 5. 28. 법률개정(2009. 11. 29. 시행)에 의해 보호관찰 대상자의 특별준수사항이 동법 제32조 제3항¹⁷³⁾에 명문화 되었다. 이는 보호관찰 대상자에 대한 특별준수사항은 개별 대상자의 특성에 따라 적용되는 것이므로 일반준수사항과 차별화할 필요가 있고, 대상자의 기본권을 제한하는 내용이므로 법률에 직접 규정하는 것이 타당하다는 반성적 고려에서 나온 것이다¹⁷⁴⁾.

한편, 종전에는 보호관찰 준수사항 위반자에 대한 제재수단으로 집행유예 취소와 보호처분 변경만이 가능하였는데, 개정법률은 집행유예 취소나 보호처분 변경보다 가벼운 중간적 제재로 보호관찰제도의 실효성 확보를 위해 보호관찰 준수사항을 추가 또는 변경할 수 있는 근거를 마련하였다(동조 제4항)¹⁷⁵⁾.

개정법률은 재범위험성 평가 등의 기준에 따라 보호관찰 대상자에 대한 차등적인 분류처우(집중보호관찰대상자, 주요보호관찰대상자, 일반보호관찰대상자, 급의

173) 개정법에 따른 특별준수사항은 다음과 같다.

1. 야간 등 재범의 기회나 충동을 줄 수 있는 특정 시간대의 외출 제한
2. 재범의 기회나 충동을 줄 수 있는 특정 지역·장소의 출입 금지
3. 피해자 등 재범의 대상이 될 우려가 있는 특정인에 대한 접근 금지
4. 범죄행위로 인한 손해를 회복하기 위하여 노력할 것
5. 일정한 주거가 없는 자에 대한 거주장소 제한
6. 사행행위에 빠지지 아니할 것
7. 일정량 이상의 음주를 하지 말 것
8. 마약 등 중독성 있는 물질을 사용하지 아니할 것
9. 「마약류관리에 관한 법률」 상의 마약류 투약, 흡연, 섭취 여부에 관한 검사에 따를 것
10. 그 밖에 보호관찰 대상자의 재범 방지를 위하여 필요하다고 인정되어 대통령령으로 정하는 사항

한편, 법 제32조 제3항 제10호에서 "대통령령으로 정하는 사항"은 다음과 같다(보호관찰 등에 관한 법률 시행령 제19조).

1. 운전면허를 취득할 때까지 자동차(원동기장치자전거를 포함한다) 운전을 하지 않을 것
2. 직업훈련, 검정고시 등 학교교육 또는 성행개선을 위한 교육, 치료 및 처우 프로그램에 관한 보호관찰관의 지시에 따를 것
3. 범죄와 관련이 있는 특정 업무에 관여하지 않을 것
4. 성실하게 학교수업에 참석할 것
5. 정당한 수입원에 의하여 생활하고 있음을 입증할 수 있는 자료를 정기적으로 보호관찰관에게 제출할 것
6. 흉기나 그 밖의 위험한 물건을 소지 또는 보관하거나 사용하지 아니할 것
7. 가족의 부양 등 가정생활에 있어서 책임을 성실히 이행할 것
8. 그 밖에 보호관찰 대상자의 생활상태, 심신의 상태, 범죄 또는 비행의 동기, 거주지의 환경 등으로 보아 보호관찰 대상자가 준수할 수 있고 자유를 부당하게 제한하지 아니하는 범위에서 개선·자립에 도움이 된다고 인정되는 구체적인 사항

174) 이한규, 보호관찰 등에 관한 법률 일부개정법률안(정부제출) 검토보고서, 2009. 4., 8면.

175) 이한규, 위 검토보고서, 10면.

자)를 실시하고 있는 현실을 법률에 반영하고 「보호소년 등의 처우에 관한 법률」, 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」 등에도 분류처우의 근거를 두고 있는 점을 고려하여 보호관찰 분류처우를 도입하였다(제33조의2).

보호관찰은 치료보다는 재범방지를 위한 감독과 지도·원호의 개념이 우선하여 피고인의 치료를 목적으로 하는 제도로 보기 어려운 점이 있다. 위와 같은 한계에도 불구하고 보호관찰의 특별준수사항으로 치료 및 보고의무를 부과하는 등의 방법으로 적극적으로 피고인별로 범죄원인에 따른 치료대책을 제시하여 피고인의 치료를 시도하는 예가 발견되기도 한다. 다만, 보호관찰대상자에게 부과하는 특별준수사항은 대상자의 자유를 부당하게 제한하지 아니하는 범위 내라는 제한이 있어(보호관찰 등에 관한 법률 시행령 제19조), 치료를 강제하는 것은 어려운 것으로 보이고 그 감독 또한 쉽지 않을 것으로 보이는 문제점이 있다. 따라서 민간 치료시설과 연계하여 전문가의 감정을 바탕으로 보호관찰기간 동안 강제적으로 치료준수사항을 부과할 수 있는 제도를 검토해보는 것도 필요하다.¹⁷⁶⁾

요컨대, 보호관찰은 치료의 개념보다는 감독과 감시의 개념이 우선하고, 특별준수사항으로 강제치료를 명하기 어렵다는 한계가 있어 진정한 의미의 치료제도로 하고 하기는 어렵다.

3) 수강명령

수강명령은 집행유예의 부수처분이나 각종 보호처분으로 명할 수 있는데, 그 분야에 따라 마약·마약·알코올치료 강의, 준범운전강의, 정신·심리치료강의, 성폭력·가정폭력치료강의, 분노조절 강의¹⁷⁷⁾, 도박치료강의 등으로 나뉜다.

수강명령은 성격상 교육에 그치고 치료로 나아가지 못하는 한계가 있는바, 치료적 사법의 이념에 비추어 보호관찰소에서 자체적 또는 외부기관 위탁에 의해 당사자의 특성에 따른 치료기능까지 겸비할 수 있는 프로그램을 확보할 필요가 있다.¹⁷⁸⁾

176) 김진선, 위 논문, 13-14.

177) 보호관찰의 특별준수사항으로 보호관찰소에서 시행하는 여러 가지 프로그램에 참여하도록 할 수 있는데, 분노조절 프로그램에 참여할 것을 특별준수사항으로 명할 수도 있으나, 수강명령의 형태로 명할 수도 있다.

수강명령 역시 집행유예의 부수처분이나 각종 보호처분으로 명할 수 있지만, 역시 교육에만 머물러 있어 치료로 나아가지는 못하는 한계가 있다.

라. 임시조치와 치료조건부 보석

그밖에 현행법상 치료관련 제도로는 가정보호사건의 임시조치와 치료조건부 보석 등을 들 수 있다. 가정보호사건에서 판사는 행위자에 대한 임시조치로 의료기관 기타 요양소에의 위탁을 명할 수 있다(가정폭력범죄의처벌등에관한특례법 제29조 제1항 제3호).

2007년 개정 형사소송법은 제98조에서 보석조건을 획기적으로 다양화하여 비금전적 보석조건을 가능하게 함과 아울러 개별 사안의 특성과 피고인이 처해있는 구체적 사정에 가장 적합한 보석조건을 정할 수 있게 하였다. 그 중 같은 조 제9호의 보석조건은 “그 밖에 피고인의 출석을 보증하기 위하여 법원이 정하는 적당한 조건을 이행할 것”으로서, 이를 근거로 하여 주로 마약사범에서 “법원이 지정하는 의료기관에 입원하여 의료기관 등에 의한 검사나 치료조치를 받을 것”이라든지(다만 같은 조 제3호에 의하여 주거를 병원 등으로 제한하는 경우에 고려할 수 있다) “법원조사관 또는 법원이 지정하는 자나 단체의 지시에 의한 보호감독조치를 따를 것”(후술하는 전문심리위원이나 유관 기관·단체 등을 모두 포괄한다) 등의 보석조건을 부과할 수 있을 것이다.¹⁷⁹⁾¹⁸⁰⁾

마. 청소년참여법정¹⁸¹⁾

엄밀히 말하면 치료 관련 제도에 해당하지는 않지만 최근 미국식의 문제해결형 법원이 제도화된 것으로 청소년참여법정이 있다. 비교적 경미한 비행을 저지른 소

178) 김진선, 위 논문, 15면.

179) 법원실무제요 형사[I], 2008, 563면 참조.

180) 형사소송법 개정 전에는 보석을 허가하는 경우 보증금 납입을 본래적인 조건으로 부과하고 이에 덧붙여 주거제한이나 그 밖에 적당한 조건을 추가로 정하는 방식이었기 때문에, 보석허가의 특별조건으로 거주지를 병원으로 한정하고 피고인의 자비로 입원치료를 받게 하는 방식으로 치료를 명한 실무례가 있었다(대표적으로 부산지법 2001고단1981 사건).

181) 이하 청소년참여법정의 내용은 신한미, “서울가정법원의 새로운 시도”, 2011년 소년보호재판장 세미나 자료 참조.

년에 대하여 또래 청소년들로 구성된 청소년참여인단이 진행인의 진행으로 사건을 심리한 후 적합한 부과과제를 선정하여 소년부판사에게 건의하면 소년부판사가 소년에게 선정된 부과과제의 이행을 명하고 소년이 이를 성실히 이행하였을 경우 보호처분을 하지 않고 심리불개시결정을 하여 사건을 종결하는 제도이다. 미국의 문제해결형 법원 중 유소년법정과 유사한 형태이다.

대상 사건은, 원칙적으로 초범이고, 경미한 사건으로 재범의 우려가 없다고 예상되는 소년보호사건일 것, 자백하는 사건으로 1호 내지 3호의 단독 또는 병합처분이 예상되는 사건일 것, 소년이 재학 중이고, 보호자의 보호력이 양호한 사건일 것을 요한다.

서울가정법원에서는 2010. 6. 15. 첫 사건을 진행한 이래 2011. 3. 31.까지 95건을 진행하였고, 이 중 심리불개시결정 건수는 84건이고, 11건은 심리개시결정을 하여 보호처분 등을 하였다.

현재 청소년참여법정은 심리개시 결정 전 사건본인에 대한 조사절차의 일환(소년법 제11조 조사명령)으로 진행되고 있는바, 소년법상 명확한 근거 조문을 입법화할 필요가 있다고 지적된다. 또한 다양한 부과과제¹⁸²⁾를 개발하며, 보호자의 보호력이 미흡한 경우 부과과제의 이행을 도와 줄 수 있는 멘토를 선정할 필요성이 있다. 한편 심리불개시결정 이후에도 지속적인 감독을 할 수 있는 방법을 모색하여야 하며, 청소년참여법정의 재비행예방효과에 대한 장기적, 전문적인 분석이 필요하다.¹⁸³⁾

청소년참여법정은 향후 치료 관련 문제해결형 법원을 도입할 때 그 시금석으로 삼아 많은 시사점을 얻을 수 있다는 점에서 주목을 요하는 제도이다.

182) 현재 일기쓰기와 청소년참여법정의 청소년참여인단으로 활동하기의 2가지 필수과제가 있고, 그 외에 사회봉사활동, 형사법정 방청 후 소감문쓰기, 안전운전에 대한 강의 듣기, 인터넷중독 예방교육 받기, 스스로넷 미디어스쿨에서의 미디어체험 학습 참여하기, 금연클리닉 참여하기, 청소년참여인단이 제시하는 기타과제(부모님과 함께 하는 활동, 장래희망 조사하기, 학교생활 성실하게 하기, 부모님 직업 체험하기 등)가 있다. 청소년참여인단은 필수과제 2가지를 포함한 5가지 이내 합계 40시간 범위 내의 부과과제를 선정하여 소년부판사에게 건의한다.

183) 김진선, 위 논문, 15면.

제3절 치료적 사법 모델의 법제화 방안

1. 철학과 전략

가. 문제해결형 법원의 도입 필요성

위에서 본 바와 같이 현행 양형제도 하에서는 문제해결 방법으로 치료가 요구되는 형사사건에서 법원이 취할 수 있는 조치가 아주 빈약하다. 우리의 양형수단은 실형과 집행유예(선고유예 포함), 벌금형이 전부이고, 집행유예에 부과하는 부수처분은 보호관찰, 사회봉사·수강명령이 전부이다(선고유예는 보호관찰만).

실무상 마약사범에 대하여 벌금이나 선고유예를 하기란 곤란하므로 결국 집행유예와 함께 보호관찰과 수강명령을 부과하는 것이 전부인 셈인데, 보호관찰은 재범방지를 위한 감독과 지도에 주안점이 있고 수강명령은 교육에만 머물러 있어 치료와는 거리가 멀다. 2009년의 보호관찰 등에 관한 법률 개정 이전에도 하급심에서는 보호관찰의 특별준수사항으로 치료 및 보고의무¹⁸⁴⁾나 주기적 소변검사의무¹⁸⁵⁾ 등을 명하기도 하였으나, 치료를 강제할 수단이 없고 그 감독도 쉽지 않은 한계가 있다. 치료감호는 매우 강력한 치료강제수단이기도 하지만 요건도 까다롭고, 절차도 복잡하며 무엇보다 피고인에게 형벌에 준하는 정도로 자유를 박탈하는 것이어서 폭넓은 활용을 기대하기 어렵다.

바로 여기에 양형수단을 확충해서 형사절차 특히 양형단계에서 치료의 개념을 도입할 필요성을 찾을 수 있다. 수사단계나 공판단계에서 본드, 부탄가스 등의 흡입사건이나 히로뽕 사건의 피의자 내지 피고인이 제발 치료 좀 받게 해달라고 애원하는 경우를 쉽게 볼 수 있다.¹⁸⁶⁾ 대부분 동종전과가 있거나 집행유예결격자여

184) “우울장애와 강박장애 등에 대한 정신과적 치료를 성실히 받고, 그 경과를 보호관찰관에게 보고할 것”(부천지원 2005고단572)

185) “보호관찰관의 소변검사지시에 응할 것”(창원지법 2005고합37)

186) 이는 최근 보도된 다음 기사에 잘 나타나 있다.

『마약 끊게 해주세요』 40대 중독자 자수 (기사입력 2011-08-05 10:08, 광주=연합뉴스, 장아름 기자)

마약을 끊으려던 40대가 유혹을 견디지 못하고 또 한번 손을 댔다가 스스로 경찰에 도움을 요청했다. 지난 4일 정오께 광주 남부경찰서 방림파출소를 찾은 김모(42)씨. 겉보기에는 멀쩡했지만 뭔가에 취한 듯 눈의 초점을 맞추지 못했다. 김씨는 “무슨 일로 찾아왔느냐”고 묻는 경찰관에게 떠들썩한 말을 이어갔다. 이날 오전 5시께 광주 남구 자신의 집에서 히로뽕을 물

서 실형이 선고되는 경우가 많은데, 심한 양형수단의 빈곤이 느껴지는 장면이다.

벌금형의 집행유예, 일부 집행유예(단일형의 수량적 일부에 대한)가 인정되지 않는 현 제도 하에서는 책임주의와 재범의 위험성에 대한 평가에 있어 여러 문제 상황(딜레마)이 노정된다. 즉 실형사안인데도 재범의 위험성이 있는 경우 보호관찰 등을 부과하기 위해서는 집행유예를 할 수밖에 없는데, 그렇게 하면 책임원칙이 훼손됨은 분명하고, 반대로 벌금사안에 불과한데도 재범의 위험성이 있는 경우(음주운전, 무면허운전이 대표적이다)에 보호관찰을 하기 위해 징역형의 집행유예를 한다면 역시 마찬가지로 때문이다. 더욱이 전과로 인한 집행유예결격제도가 존재하는 이상 결격자에게 재범의 위험성이 있는 경우에도 실형이나 벌금형만 선고할 수 있어 아예 보호관찰 등을 부과할 수 없는 것은 안타까운 현실이 아닐 수 없다. 치료 이념에 바탕을 둔 문제해결형 법원의 도입논의는 이러한 문제상황에서 출발한다.

나. 도입 철학

1) 사법제도의 역할에 대한 재고

전통적인 사법제도의 역할은 분쟁이 발생하면 이를 사후적으로 해결하는 데 주어져 왔다. 범죄현상을 사회에 끼친 해악으로 보아 형사사법절차를 범죄자와 사회 사이의 갈등을 해결하는 절차로 파악할 때 형사재판의 목적 역시 범죄에 대한 제재수단의 부과에만 머물러, 법관의 양형도 형사제재의 종류와 양을 정하는 것으로

에 타 투약했다고 고백하면서 "마약을 끊고 싶는데 참기가 힘들다. 2년 넘게 참았는데 또 해 버렸다"며 한숨을 내쉬었다. 소식을 듣고 달려온 남부경찰서 강력팀은 검사 결과 양성 반응이 나오자 김씨를 긴급체포했다. 김씨는 청소년 시절부터 마약에 손을 대 일정한 직업도 없이 노동일을 하며 혼자 살아왔다고 경찰에 진술했다. 마약 때문에 4차례나 처벌을 받았으며 실형을 살고 나온 2008년 6월에는 아는 여성에게 히로뽕을 투약한 혐의로 현재까지 수배 중이었던 것으로 알려졌다. 김씨는 마약을 끊어보려고 2년간 노력했지만 결국 다시 손을 대게 되자 환각에서 완전히 깨어나기도 전에 자수를 결심하게 된 것 같다고 경찰은 전했다. 경찰은 김씨에 대해 마약류 관리법 위반으로 5일 구속영장을 신청하는 한편 영장이 발부되는 대로 마약 공급처와 추가 투약 사실이 있는지도 조사할 방침이다.』

<http://app.yonhapnews.co.kr/YNA/Basic/article/new_search/YIBW_showSearchArticle.aspx?searchpart=article&searchtext=40%eb%8c%80%20%ec%a4%91%eb%8f%85%ec%9e%90&contents_id=AKR20110805060700054>

만족해 왔다. 법원은 전통적으로 분쟁이 발생할 때 작동하는 것이었기에 그 분쟁이 발생하기 전까지는 기능을 하지 않는 것이 직분의 미덕이라고 여겨졌고, 무르익지 않은 분쟁에 간여하는 일 자체가 권력분립의 이상에 대한 침해라는 생각이 지배적이었다.¹⁸⁷⁾

이러한 전통적 사법관은 이른바 몰개성화된 형평성 및 효율성과 결합하여 형사사법절차에서 양형수단의 단순화로 연결되지 않았나 하는 의심이 든다. 즉 양형수단의 선택에 있어 범죄자(피고인)의 개성이 중시될 필요가 없는 상황에서 이른바 범죄의 진압에서 나아가 근본적인 문제의 해결을 통한 범죄의 예방을 위한 처우의 개별화, 인간화는 다소 기대하기 어려웠던 것이다.

그러나 과학기술의 급격한 발전에도 불구하고 인간의 문제가 매우 중요한 화두가 될 것으로 예상되는 미래 사회의 모습을 전망한다면 우리의 형사사법제도는 인간 중심적, 인간 친화적인 관점에서 재검토되어야 할 것이다.¹⁸⁸⁾ 형사사법을 포함한 광의의 사법제도가 인간성의 회복과 보존이라는 변함 없이 지켜야 할 가치에 봉사해야 한다고 볼 때 사법제도의 기능은 인간의 문제를 바로 직면하여 즉응된 해결책을 마련하는 데 주안점이 두어져야 할 것이다.

이는 종래의 사후적·소극적 분쟁처리주의(dispute resolution)에서 사전적·예방적·후견적 문제해결주의(problem solving)로 사법의 외연이 확장되거나 그 기능의 중심이 이동하는 것을 의미한다. 이는 사법의 대사회적·대국민적 책임성(accountability)의 문제를 다루는 영역이 되기도 한다.¹⁸⁹⁾

특히 습관적인 가정폭력, 각종 마약사범 사건에서 회전문을 통해 법원에 드나드는 동일한 사회적 일탈과 병리 현상에 대하여 법원이 신속·정확성, 형평성, 균등성에 입각한 기존 양형제도만으로 대응한다면 여전히 형벌의 실패를 목도할 수밖에 없을 것이다. 해결해주어야 할 문제의 바다는 바로 ‘인간의 생활’ 그 자체이고, 사법제도가 기능할 주무대가 국민 생활의 최첨단 신경망이므로 법원이 바로 민생사법복지센터(judicare center for citizen's life)가 되어야 한다는 주장¹⁹⁰⁾도 이러한 맥락에서 이해할 수 있다.

187) 김상준 대표집필, 사법부의 어제와 오늘 그리고 내일(上), 사법제도편, 39면 참조.

188) 김상준, 위 논문, 42면 참조.

189) 김상준, 위 논문, 46-47면 참조.

190) 김상준, 위 논문, 49면.

2) 문제해결형 법원에 대한 비판과 그 극복

‘문제해결형 법원’이라는 새로운 형태의 형사사법시스템은 급속히 확산되는 알코올·마약의 중독, 집안 일로 치부해버리기에는 너무 커지는 가정내 폭력, 중대한 범죄의 잉태 가능성이 있는 일상의 범위만 등 방임해서는 안 된다는 체험적 인식이 형사사법으로 하여금 발생된 사건의 뒤처리에 머물지 않고 보다 전향적으로 ‘깨어진 창’의 징후를 발견하여 적극 해결하도록 요구하면서 나타나게 된 것으로,¹⁹¹⁾ 미래 법원 내지 법관의 모습과 관련하여 새로운 역할 모델(role model)로 확산되고 있음은 이미 설명한 바와 같다.

그럼에도 문제해결형 법원에 대하여 여러 단점, 한계와 함께 전통적인 법원칙 등의 관점에서 비판이 가해지고 있다. 즉 여러 분야 전문가의 관여, 공동체 안의 다른 기관, 단체와의 협력 등이 자칫하면 사법의 독립성, 중립성, 불편부당성과 같은 근본 원칙의 후퇴로 이어질 수 있다는 것이다. 이와 반대로 사법권력의 확대를 우려하는 입장에서 보면 법원이 시시비비의 판단을 넘어서 문제의 원인까지 해결하고자 나서고, 법적 판단 이외에 대상자에 대한 전문적 처우서비스까지 주관하려 한다면 법원의 업무범위와 재량이 과도하게 넓어지는 것이라는 우려도 있다.¹⁹²⁾ 나아가 후견적 사법의 대표적인 제도라 할 수 있는 문제해결형 법원에 대하여 법원이 대상자의 모든 면을 감독하며 돌보게 되는 경향 자체가 이른바 퍼터널리즘(paternalism) 즉, 온정적 간섭주의 내지 후견주의¹⁹³⁾라는 비판이 제기되기도 한다.

그러나 마약 투약을 금지하는 것과 같이 다른 사람의 선(善)을 위하여 국가권력이 그 사람에 대하여 개입하는 것을 정당화하는 후견주의는 많은 학자들의 지지를 얻고 있고,¹⁹⁴⁾ 그 연장선상에서 마약법원과 같은 문제해결형 법원은 이른바 ‘보살핌의 윤리(ethics of care)’를 바탕으로 한 개입적 사법(engaged judiciary)의 한 형태로 정당화될 수 있을 것이다.¹⁹⁵⁾ 따라서 문제해결형 법원의 대상 영역의

191) 이승호, “문제해결형 법원의 도입에 관한 검토”, 형사정책 18권 1호(2006. 6.), 53면.

192) 이승호, 위 논문, 69면 이하 참조.

193) 오세혁, “해악원리, 법적 도덕주의, 그리고 후견주의”, 中央法學 11輯 2號, 342면.

194) 오세혁, 위 논문, 342면.

195) 이와 궤를 같이 하고 있는 사조들로서 예방사법(preventive law), 협동적 사법(collaborative law), 총체적 사법(holistic law) 등이 있는데, 치료적 사법은 판사의 역할을 사법작용의 중심에 두는 이념이라면 예방사법은 변호사의 역할을 중요시하는 개념이고, 이러한 사법이념들을 통틀어 ‘완결사법운동(comprehensive law movement)’이라고 부르기도 한다(박광배, 치료적

선정, 법원의 개입 시기와 정도 등을 기존 형사사법체계의 큰 틀을 훼손하지 않는 범위 안에서 정밀하게 규정한다면 문제해결형 법원에 가해지는 여러 비판과 우려를 충분히 불식시킬 수 있을 것이다.

다. 도입 전략

1) 헌법적합성의 문제

치료적 사법 이념을 토대로 한 각종 문제해결형 법원의 도입은 구체적 도입방안의 논의에 앞서 도입하고자 하는 법원의 헌법적합성부터 검토해야 한다. 이는 문제해결형 법원에 가해지는 권력분립의 원칙에서의 비판을 극복하기 위한 것으로서, 아래에서 보는 바와 같이 문제해결형 법원을 국법상 의미의 법원(관청 내지 관서)로 이해하든, 소송법상 의미의 법원(재판기관 내지 재판부)으로 이해하든 마찬가지의 문제이다.

헌법은 모든 국민에게 헌법과 법률이 정한 자격과 절차에 의하여 임명되고 물적 독립과 인적 독립이 보장된 법관에 의하여 합헌적인 법률이 정한 내용과 절차에 따라 재판을 받을 권리를 보장하고 있으므로 문제해결형 법원의 형태는 헌법이 예정하고 있는 이른바 ‘특별법원’이어야 할 것이고, 그곳에서의 재판 역시 구체적인 사건에 관하여 사실의 확정과 그에 대한 법률의 해석 적용을 본질적 내용으로 하는 일련의 사법적 판단과정이 되어야 할 것이다. 우리의 실정헌법상에는 직업법관과 소인법관의 구별을 예상한 조항은 발견할 수 없고, 유일하게 소인법관의 관여가 인정되는 군사법원에 관하여는 헌법이 별도의 근거를 두고 있으므로 문제해결형 법원은 ‘예외법원’이 아닌 ‘특별법원’이 되어야 하기 때문이다.

이러한 고려는 전문심리위원이나 법원 외부 의료기관, 상담기관 등의 관여 정도를 획정함에 있어 중요한 의미를 지닌다.

사법의 현황, 2007, 236면}. 다만 박광배 교수는 위 논문에서, 치료적 사법은 보살핌의 윤리에 대한 인식과 인정을 강조하지만, 불행한 사람들을 구제해야 한다는 추상적인 인본주의적 박애정신에 기초한 것은 결코 아니고, 냉철한 현실인식에 기초해서 현실적 문제를 해결하기 위한 실천적인 방법론이라고 강조하고 있다(위 논문, 287면). 치료적 사법에 대한 시각을 정립함에 있어 충분히 음미해야 할 대목이다.

2) 대상 영역의 선정

문제해결형 법원이라는 신종의 법원운영 시스템은 이를 처음 시작한 미국에서조차 아직 본격적인 검증을 마치지 못한 형편이다. 확산은 급속히 이루어지고 있지만 아직은 사법의 주변에 머물러 있고, 찬반 논의 또한 분분하므로 우리나라에의 도입 여부를 결정할 때에는 보다 신중해야 하고 실익을 따져야 하며, 밑그림도 충분히 그려보아야 할 것이다.¹⁹⁶⁾

실험적인 도입을 시도해 본다면 대상 영역의 선정은 다음의 3가지 사항을 고려하여 판단되어야 한다고 주장되고 있다.¹⁹⁷⁾ 첫째, 해당 영역의 범위만 문제가 사회적으로 심각한 수준이어야 하고, 둘째, 해당 영역의 문제를 해결해 낼 역량이 형사사법 이외의 부문에서는 찾아지지 않는 상황이어서 형사사법의 적극적 개입이 절실하게 요구되는 분야이어야 하며, 셋째, 형사사법, 특히 법원이 해당 영역의 문제를 해결할 역량을 갖추고 있어야 한다는 것이다.

이러한 세 가지 선정 기준은 충분히 타당성을 갖춘 것으로서, 문제의 심각성과 대안 강구의 필요성에 대한 사회적 공감대 형성, 일탈과 사회갈등에 대한 법 이외 수단의 한계점 노정, 법원의 인적·물적 인프라 구축 가능성 등이 뒷받침되어야만 문제해결형 법원의 도입은 물론 그 성공도 담보할 수 있기 때문이다.

이러한 세 가지 전제에 설 때 치료 이념에 바탕을 둔 문제해결형 법원은 이른바 문제의 심각성이 절실히 느껴지고, 기존 형벌제도로 범죄의 반복사이클을 차단할 수 없으며, 보건이나 가정 등 법원 외 시스템에 의한 해결을 기대하기도 어렵다고 판단되는 마약 사건과 가정폭력 사건에서부터 시도해보는 것이 바람직할 것이다.¹⁹⁸⁾ 나아가 확산 단계에서는 학교폭력이나 집단따돌림 등의 청소년 문제나 음주운전 문제와 같이 대응방식에 있어 전통적 형벌의 제재가 곤란하거나 한계가 있는 분야를 선별하여 문제해결형 법원의 이념과 운영방식을 도입하거나 기존의 형사절차에 접목하려는 시도를 해볼 만하다.¹⁹⁹⁾ 앞에서 언급한 청소년참여법정이

196) 이승호, 위 논문, 75 참조.

197) 이하의 설명은 이승호, 위 논문, 76면 이하 참조.

198) 同旨, 이승호, 위 논문, 76면 이하(이 논문에서는, 마약류사범으로 형사사법에 연루되는 자는 매년 10,000명 가량 달하여 사안의 심각성은 충분히 확인되는 상황인데도 실제로 전문적인 치료 혜택을 받는 수는 1%에도 못 미친다는 통계를 근거로, 단순히 보건의 영역에 맡겨 두어서는 근본적인 해결의 희망이 찾아지지 않는다고 설파하고 있다).

그 한 예이다.

3) 확산 전략의 문제

문제해결형 법원의 도입을 시도한다 하더라도 법원 내외의 충분한 준비를 통한 시범 실시 후에 본격적인 시행을 해야 함이 당연하다. 이 글에서는 마약법원과 가정폭력법원부터 시작하여 기타 치료가 필요한 여타의 영역으로 확산하는 전략(이른바 ‘step by step 전략’)을 제안하되, 캐나다 등 마약법원을 먼저 도입한 외국의 예를 참조하여 파일럿 프로그램(pilot program)의 형태도 무방하다고 본다.²⁰⁰⁾

2. 구체적 도입 방안

가. 개관

1) 치료 모델의 정의

위에서 본 바와 같이 마약 사건이나 가정폭력 사건에서 치료와 관련하여 법원이 명하는 여러 제재 내지 예방수단은 모두 형사절차나 보호절차에서 종국처분으로 하는 것이지만, 치료감호는 자유박탈 상태에서 강제로 치료를 시키는 것으로서 애당초 치료적 사법과는 거리가 멀고, 보호관찰, 보호관찰 등의 제도 역시 치료적 사법이 이념을 구현하기에는 여러 법률상, 사실상 한계가 있음을 부인할 수 없다. 게다가 선제적 치료처분이라 할 수 있는 치료보호는 법원의 개입이 봉쇄되어 있는 행정처분이라는 문제점도 있다,

마약류사용자 문제에 대한 접근방법으로는 보통 형사처벌모델(punishment model),과 치료모델(treatment model)의 두 가지가 있는데,²⁰¹⁾ 우리의 형사사법이

199) 김상준, 위 논문, 247면 참조.

200) 캐나다의 마약법원의 도입 과정에 관하여는 조의연, “캐나다의 마약법원(Drug Courts) - 토론토 마약치료법원을 중심으로 -”, 사법개혁과 세계의 사법제도 IV(2006. 12.), 한국사법행정학회 참조.

201) 미국은 마약의 소지, 거래를 처벌하지 사용을 처벌하지는 않는다. 왜냐 하면 마약류사용행위는 신체를 포함하여 자기 자신의 모든 것을 스스로 결정할 수 있는 자기결정권을 가지고 있

지나치게 처벌 위주로만 되어 있고, 양형수단의 빈곤으로 인하여 행위자의 재사회화와 재범방지 등에 적합한 개별적 처우를 할 수 없음을 직시한다면 사회내 처우를 다양화하고, 그 실효성을 기한다는 차원에서 실제법적으로는 미국에서의 판결 연기(Deferred Entry of Judgement) 내지 형사절차연기(Diversion)를 도입하는 등의 양형수단의 확충이, 조직법적으로는 치료법원과 같은 문제해결형 법원의 도입이 필요하다 할 것이다.

2) 미국과 우리나라의 법률환경 비교

치료 이념에 바탕을 둔 문제해결형 법원을 도입하는 경우 그 전형은 미국식이 될 가능성이 높으므로 그 도입 가능성과 도입 방안을 검토함에 앞서서 이와 관련된 미국과 우리의 형사사법시스템을 비교할 필요가 있다. 미국에 비해 우리나라 형사사법체계의 특징부터 정리하면 다음과 같다.

- ① 공판절차 이분방식을 채택하지 아니한 점
- ② 형사절차와 병립되는 각종 보호처분절차(소년보호사건, 가정보호사건, 성매매보호사건 등)가 마련되어 있는 점
- ③ 현재 가정법원(소년부 포함)이 소년보호사건과 가정보호사건을 모두 관장하는 점
- ④ 비연방제의 논리적 귀결로 전국 규모의 통일적 법원조직을 갖추고 있는 점
- ⑤ 법원의 조직은 법률로 규정하도록 되어 있고, 사법권에 대한 조직법과 작용법이 엄격하게 구분되어 있는 점
- ⑥ 형과 보안처분이 준별되어 형법에서는 원칙적으로 형만 규정하고 있고, 각종 보호처분을 비롯한 보안처분은 각 개별법에서 규율하고 있는 점
- ⑦ 형사제재가 형에만 치중되어 있어 사회적 처우수단이 매우 박약하고 유예처분의 부수처분으로 규정되어 있는 점
- ⑧ 법관이 선택할 수 있는 양형수단이 그다지 많지 않은 점

으므로 이를 비범죄화하자는 주장이 제기되었기 때문이다. 이러한 주장은 단순 사용자는 치료받고 보호받아야 할 환자일 뿐 범죄자가 아니라는 시각에 바탕을 두고 있다.

- ⑨ 각종 보호처분과 보호관찰, 사회봉사·수강명령 등의 집행을 담당하는 보호관찰소가 법무부 소속인 점
- ⑩ 법정형에 따른 범죄의 구분(경죄, 중죄 등)이 없는 점
- ⑪ 형집행권이 검사에게 있는 점
- ⑫ 형사 분야에서의 법원의 권한은 소송에만 한정되어 있고 이른바 형사비송의 개념은 발달하지 아니한 점

한편 미국에서 치료적 사법과 문제해결형 법원이 등장하게 된 법률환경과 우리나라의 그것을 비교하면 다음과 같은 점에서 차이가 있음을 주목해야 한다.

- ① 미국은 공판절차가 이분되어 있고, 유무죄답변절차가 마련되어 있어 형선고와 같은 중국처분에 앞서 중간처분으로 다양한 처분을 행할 수 있다.
- ② 미국은 경죄/중죄의 구분에 따라 관할법원, 재판절차, 양형수단 등이 정해진다.²⁰²⁾
- ③ 미국은 한 도시 안에서도 다운타운, 슬럼 등의 세부지역별로 범죄의 발생빈도, 유형, 대처방법 등이 달라지고, 길거리 마약복용자(street offender)가 득실거릴 정도로 마약이 심각한 사회문제이며, 가정폭력도 배우자구타보다 아동학대의 문제가 중요하게 다루어진다.
- ④ 미국은 구금시설 수용인원 과다로 인한 비용의 문제, 구금시설 부족의 문제가 매우 심각하다.
- ⑤ 미국은 전과(criminal record)로 인한 신분상 불이익이 우리나라보다 훨씬 크기 때문에 범죄자의 입장에서 전과가 남지 않는 처분(다이버전 등)에 대한 매력이 크다.²⁰³⁾
- ⑥ 미국의 형사절차에는 유죄협상(plea bargain), 유죄인부절차 등과 같이 형사절차에 당사자처분권주의적 제도가 많이 채용되어 있기 때문에 형사처벌이나 자발적 치료냐의 선택권을 피고인에게 주는 것이 가능했다.

202) 형사법원과 민사법원이 분리되어 있고, 형사법원도 중죄법원, 경죄법원으로 나뉘는 경우가 많다.

203) 캐나다에서도 전과의 말소, 복권절차 등을 규율하는 단행법(Criminal Records Act)이 제정되어 있을 정도로 전과는 국민의 실생활에 있어서 매우 중요하게 취급된다.

⑦ 미국은 이른바 사법적극주의처럼 사법부가 소극적인 분쟁해결자 이상의 역할을 하는 것에 대한 사회적 공감대가 형성되어 있다.

⑧ 영미법에서는 범죄를 개인(가해자)이 피해자 내지 지역공동체사회(communit)에게 가한 손해라는 구조로 파악하여 양형의 목표를 피해의 제거나 회복에도 두기 때문에 회복적 사법 이념이 발달했고, 양형수단도 매우 다양하다.

⑨ 미국은 개념법학적 사고를 바탕으로 하는 대륙법과 달리 고도의 실용주의적(pragmatic) 사고가 지배하고, 법영역에 있어서도 민사(civil)와 형사(criminal)의 구별만 명백할 뿐²⁰⁴⁾ 다른 법률영역이 분화되지 않아, 치료적 사법과 같은 학제적 연구성고가 실무에 곧바로 반영되고 형사법 외에 불법행위법, 계약법 등에도 응용될 수 있었다.

3) 문제해결형 법원의 도입원칙(기본형태)

치료에 초점을 맞추어 문제해결형 법원의 도입가능성과 구체적 도입방안을 모색하는 과정에서 미국식 문제해결형 법원을 우리 형사사법시스템에 무리 없이 접목시키고 새로운 제도로써 충분한 효과를 거두기 위해서는 다음과 같은 형태가 되어야 할 것이다.

① 문제해결방법은 기본적으로 ‘치료’여야 하고, 치료과정의 처음부터 끝까지 법원이 주도할 것

② 법원이 치료를 명하는 처분은 대상자의 특성(전과, 죄질 등)에 따라 복수의 트랙을 설치하여 각기 다른 양형수단을 사용할 것

③ 신설되는 치료명령은 원칙적으로 ‘선 치료, 후 종국처분’의 구조를 취하여, 현행 수강명령과 같이 부준수를 해제조건으로 한 종국처분(집행유예 선고)이 아닌 준수를 정지조건으로 한 중간처분이 되어야 할 것(따라서 이행 여부에 따라 나중에 법원이 종국처분-형 선고 내지 소추면제 등-을 하게 될 것임)

④ 치료의 내용에 있어서도 현행 비자유박탈 보안처분인 각종 보호처분이나 보호관찰, 수강명령은 물론 구금적 보안처분인 치료감호와 질적으로 다른 새로운 처

204) 형사를 제외한 나머지가 민사라는 식의 잔여(residual) 개념으로 파악하는 것 같다.

분일 것

⑤ 법원과 지역사회 및 민간전문가가 파트너십으로 치료프로그램을 운영하되, 법원은 지도 및 감독기능에 중점을 둘 것

⑥ 대상이 되는 사건(마약사범 등)을 불법정도가 비슷한 다른 범죄에 비해 가볍게 처벌하는 듯한 인상을 주는 것은 피할 것

즉 앞에서 본 헌법적합성에 대한 고려에서 보듯이, 문제해결형 법원에서의 판단 주체는 법관 이외의 제3자가 되어서는 아니 되고, 판단형식 또한 구체적 사건 즉 형사에 있어서는 범죄를 전제로 한 사법적 판단이 되어야 한다는 것이다. 따라서 상습음주자나 정신질환자라 하더라도 범죄현상이 없는 한 법원이 개입할 수 없을 것이다. 또한 형집행권이 검사에게 있는 현행법 구조를 유지하는 한 법원이 형집행에 관여하는 인상을 주는 것은 곤란하고, 항상 형집행 이전 단계에서 여러 처분을 하는 것에 머물러야 할 것이다. 사건분류방안으로 법원이 후견적인 입장에서 범죄자의 치료에 관여하는 형태의 ‘형사비송’의 개념을 제시코자 한다. 비송의 형태를 취한다면 형사소송절차와는 다르게, 직권주의(불고불리원칙의 배제), 직권탐지주의, 비공개 원칙, 기속력의 제한(종전 재판의 취소·변경 가능), 간이주의 등의 특질을 적용할 수 있을 것이다.

이러한 전제조건만 충족된다면 우리 헌법하에서도 위에서 본 영미식의 문제해결형 법원은 충분히 도입할 수 있다고 본다.

나. 논의의 순서

문제해결형 법원의 도입방안은 “누가 언제, 어디에서 무슨 재판을 어떻게 할 것인가?”의 문제일 것이다. 분설하면, 조직법적 측면에서 “누가, 어디에서”(법원조직법)의 문제를, 실체법(작용법)적 측면에서 “언제, 무슨 재판을”(형법)의 문제를, 절차법적 측면에서 “어떻게”(가칭 ‘마약·알코올중독자에 대한 치료보호에 관한 법률’과 같은 개별 특별법)의 문제를 검토하여야 할 것이다.

즉 실체법(작용법)적으로는 형법총칙에 선고유예 유사제도나 조건부 징역형과 같은 제도를 도입하는 방안이나 특별법으로 형사절차와 병립하는 보호처분절차를

신설하는 방안으로 요약할 수 있고, 조직법으로는 전문법원의 설립 및 민관기구의 신설을 위한 법적 근거를 마련하는 것이며, 절차법으로는 보호처분절차를 신설할 때 형사절차와 보호처분절차의 상호이동성, 선의권의 귀속, 신속처리절차에 접목시키는 방법 등의 문제가 될 것이다. 자칫 법원만능주의, 사법편의주의라는 비판이 제기될 수 있으므로 매우 조심스럽게 접근해야 할 것이고, 전문법원의 신설에는 위에서 언급한 헌법적 고려도 충분히 해야 할 것이다.

도입방안 모색의 방법론으로, 먼저 1단계 문제해결형 법원의 대상사건을 추출하고, 위에서 본 우리 형사사법시스템의 특징을 고려하여 양형제도 개편을 중심으로 실체법적 정비방안을 먼저 검토한 다음 구체적인 법원의 모습과 설립방안의 문제를 검토하기로 한다.

다. 도입대상

치료적 사법을 구현하는 문제해결형 법원의 대상은 1단계로 사안별로 접근할 때 “범죄의 원인이 병리적 현상에 기인한 것으로서 그에 대한 형사제재가 처벌보다 치료에 중점을 두어야 할 사건”이라고 개념지을 수 있다. 따라서 마약남용자(알콜중독자 포함)²⁰⁵⁾가 대표적이고, 여기에 충동조절장애²⁰⁶⁾나 분노조절장애, 기질성 인격장애로 인한 범죄자를 추가할 수 있을 것이다.

현재 보호처분절차를 갖추고 있는 사건 중 소년보호사건은 치료보다 계도와 선도 개념이 우선하고 마약남용자나 상습범죄자와 같이 악성(범죄성향)이 고착화한 것이 아니므로 문제해결형 법원의 대상으로 삼기에 적합하지 않고, 가정보호사건도 위와 같은 알콜중독이나 분노조절장애에 기인한 가정폭력범죄(대부분 반복적인 특성을 지닐 것이다)만 치료가 필요한 것으로 보아 문제해결형 법원의 대상으로 삼고, 일반적인 일회성 가정폭력범죄는 현행 가정폭력범죄의처벌등에관한특

205) 향정신성의약품 등의 마약은 물론 부탄가스, 본드 흡입사범 등을 포괄한다.

206) 원칙적으로 충동조절장애와 같은 성격적 결함은 형의 감면사유인 심신장애에 해당하지 아니한다고 봄이 상당하지만, 그 이상으로 사물을 변별할 수 있는 능력에 장애를 가져오는 원래의 의미의 정신병이 도벽의 원인이라거나 혹은 도벽의 원인이 충동조절장애와 같은 성격적 결함이라 할지라도 그것이 매우 심각하여 원래의 의미의 정신병을 가진 사람과 동등하다고 평가할 수 있는 경우에는 그로 인한 절도 범행은 심신장애로 인한 범행으로 보아야 한다(대법원 2002. 5. 24. 선고 2002도1541 판결).

례법으로 규율함으로 족할 것이다.

논의의 단순화를 위해 우선 마약남용자의 치료에 초점을 맞추어 문제해결형 법원의 도입방안을 모색하되, 그 법원의 명칭은 가칭 ‘치료법원’(내지 ‘치료부’)으로 할 것을 제안한다.²⁰⁷⁾

도입되는 법원을 일응 국법상 의미의 법원으로 이해할 때 법원조직법상 특별법원은 가정법원(가사사건(가사소송 및 비송) 전담), 소년법원(소년형사 및 소년보호사건 전담), 치료법원(치료사건 전담)으로 나누어질 것이다.

먼저 치료법원의 관할은, ① 검사가 치료보호사건으로 송치한 사건의 심리 및 집행, ② 형사법원이 치료보호사건으로 송치한 사건의 심리 및 집행, ③ 형사법원이 치료명령부 집행유예를 선고한 사건의 치료명령 집행 등이 될 것이다.

3. 실체법적 측면

가. 형법상 양형수단 확충

1) 필요성

문제해결형 법원은 마약남용·중독 등으로 인한 비정상적 심신상태에 기인한 범죄자의 치료에 사법권이 적극적으로 개입하는 것이므로, 법원이 치료를 명함에 있어 어떠한 양형수단을 사용할 것이냐가 실체법적 측면에서 문제의 핵심이다. 형법상 양형시스템을 개편하여 법관이 선택할 수 있는 양형수단을 확충하거나 보호처분절차와 같은 형사절차와 병립하는 다른 절차를 신설하는 방안, 혹은 형사중간처분을 도입하는 방안 등을 생각해 볼 수 있다.

앞서 본 바와 같이 대상자의 전과, 사안의 경중에 따라 여러 트랙을 두어야 할 것이나, 대상사건은 일응 현재의 집행유예나 벌금에 처해지는 사안(선고유예, 기소유예 사안도 포함)으로서 재범방지를 위해 치료가 필요한 사건 정도로 하는 것

207) 그 용어로 볼 때 ‘치료법원’은 국법상 의미의 법원, ‘치료부’는 소송법상 의미의 법원의 뉘앙스가 강하나, 지금도 소년보호사건을 가정법원이나 소년부에서 처리하고 있으므로 수긍하지 못할 바 아니다.

이 적당하다. 실행사안인 경우(단순투약이 아닌 마약제조·거래자, 집행유예결격자나 동종전과자 등)에는 치료보다 처벌이 우선되어야 하므로 재범의 가능성이 인정되는 경우에는 실행과 함께 치료감호를 함께 부과하는 식으로 치료를 행해야 할 것이고, 따라서 치료법원의 대상으로 삼기에 적절치 않을 것이다.

2) 양형수단 확충방안

사안의 경중에 따라 일응 두 가지의 트랙을 두어 치료명령을 부과하는 방안을 제시한다.

가) 1트랙 : 초범, 단순투약사범과 같이 기소유예, 선고유예 및 집행유예에 처해질 정도의 경미한 사건을 대상으로 한다. 치료과정에 들어오려면 당사자(피고인 및 검사)의 동의 내지 신청이 필요하고, 또한 자백사건에 한정한다. 아래 중 어떠한 형식을 취하든 성공적인 이수의 효과는 면소로 함이 적정하다.²⁰⁸⁾ 치료과정 초반에 대상자가 신청을 취하하거나 유죄인정을 반복할 수 있고, 치료를 행하는 법원도 직권으로 공판절차에 회부 내지 속행하도록 결정할 수 있도록 하여 절차상 호간 이동성을 보장해야 한다. 또한 새롭게 개편되는 신속처리절차(출석신속절차가 될 것이다)와 결합해야 한다.

① 제1안 : 선고유예 유사제도로써 형선고절차의 연기 제도 도입

일정 기간 국가의 감독과 피고인에 대한 의무부과(치료명령)를 조건으로 형선고 자체를 연기해 주고, 조건이 성취되면 면소나 공소기각과 같은 효과를 부여하는 방안이다. 이미 제1기 연구반에서 검토된 바 있고,²⁰⁹⁾ 입법례로도 영미권은 물

208) 형면제는 유죄판결이므로 신분상 불이익이 남고, 공소기각은 기판력이 없기 때문이다.

209) 형법 제61조의 2(피해자의 손해보상과 면소)

① 1년 이하의 징역이나 금고, 자격정지 또는 벌금의 형을 선고할 경우에 피고인의 사회복귀절차가 이루어졌고 범죄로부터 발생한 손해가 회복되었으며 범죄로 인한 사회혼란이 종식되었다고 판단되는 때에는 판결로써 면소의 선고를 할 수 있다. 단 자격정지 이상의 형을 받은 전과가 있는 자에 대하여는 예외로 한다.

② 피고인의 사회복귀절차가 진행 중이고 범죄로부터 발생한 손해가 회복되고 있으며 범죄로 인한 사회혼란이 종식되고 있다고 판단되는 경우에는 1년 이내의 기간 동안 형의 선고를 연기할 수 있다.

론 독일과 프랑스에서도 유사한 제도를 찾아볼 수 있다.

법원은 일정 요건(사안 경미, 자백 등)을 갖춘 구공판사건에서 피고인에게 일정 기간의 치료를 명하고, 치료프로그램을 성공적으로 마치면 면소판결을 선고하는 방식이다.

그러나, 공판절차 이분방식이 채택되어 있지 않은 우리나라에서는 재판을 모두 해놓고도 일정한 조건 하에 형선고만을 연기하는 것이 되어 사실상 중국처분이 정해진 상태에서 형사절차만 중지하는 것이므로 구조상 어색하다. 또한 부과되는 조건들이 사실상 형사제재의 성격을 갖는 것이 될 수 있어 피고인으로서의 먼저 처벌을 받고 나중에 면소되는 꼴이 되므로 판결의 선고 없이 형사처벌을 하는 셈이 된다. 또한 현행 선고유예제도를 개편(즉 전과의 결격요건 완화, 부과할 수 있는 조치에 치료명령 등을 추가하는 등)함으로써도 비슷한 효과를 거둘 수 있으므로 굳이 형선고절차의 연기와 같은 새로운 제도를 도입할 필요가 있는지도 의문이다. 또한 이는 피고인에게 엄청난 특전을 베푸는 것이 되므로 실제로 이러한 양형수단을 채택할 수 있는 경우는 아주 정상이 좋은 경우에 한정될 것이라는 단점도 있다.

② 제2안 : 새로운 보호처분절차를 신설하는 방안

현재 소년보호사건, 가정폭력보호사건, 성매매보호사건과 같은 각종 보호처분절차가 갖추어져 있으므로 기존의 보호처분절차를 확대하여 마약사범 및 알코올로 인한 범죄와 분노조절장애, 충동조절장애, 기질적 정신병으로 인한 범죄 중 경미한 사건을 대상으로 하는 보호처분절차를 신설하는 방안이다. 이 경우 그 대상으로 삼을 수 있는 사건은 TDTC의 Track 1과 같이 초범, 비폭력적 범행, 단순투약 내지 소지, 타범죄가 없는 경우와 같은 경미한 사건이 되어야 할 것이다.

형식은 치료보호사건 송치 정도가 될 텐데 현행 가정보호사건과 구조를 같이 한다면 기소 단계에서 검사가 송치할 수도 있고, 기소된 후에 수소법원이 결정으로 송치할 수도 있을 것이다. 이 경우 기존의 보호처분절차를 응용하여 가칭 ‘치료

③ 전항의 경우 법원은 판결로 형의 선고기일을 정한다. 법원은 선고기일에 판결로써 면소의 선고를 하거나 법률에서 정한 형을 선고하거나 또는 제1항에 규정된 요건에 따라 다시 형의 선고를 연기할 수 있다.

④ 제62조의2 제1항의 규정은 전2항의 규정에 의하여 형의 선고를 연기하는 경우에 이를 준용한다.

보호에 관한 법률'과 같은 새로운 법률을 제정하여야 할 것이다.

나) 2트랙 : 현행 절차에서 집행유예나 단기실형 정도에 해당하는, 1트랙 사건보다 약간 중한 사건을 대상으로 한다. 치료가 필요한 사건이어야 하므로 마약제조·거래 등의 사범은 당연히 제외된다. 일응 판결선고와 동시에 치료를 명하는 모델을 제시하고자 한다. 따라서 피고인의 자백은 물론 당사자(피고인 및 검사)의 동의 내지 신청이 필요치 않는 것으로 한다(피고인의 명시한 의사에 반하여 할 수 없는 정도는 무방할 것이다). 아래 중 어떠한 형식을 취하든 성공적인 이수의 효과는 구금형 집행을 면제하는 것으로 하고, 치료에 실패하거나 준수사항을 위반한 경우 또는 대상자가 치료를 원치 않는 경우는 선고된 구금형을 집행하는 것으로 한다. 따라서 2트랙의 치료명령은 강제적인 성질을 띠게 된다.

① 제1안 : 치료명령부 집행유예제도를 도입하는 방안

현행 집행유예제도를 부분적으로 개편하여, 집행유예에 부과하는 조건에 수강명령 외에 치료명령을 추가하는 방안이다. 유예제도의 큰 틀을 유지하는 것이므로 매우 간명하다. 2004년에 대법원 내 법관 연구반에서 검토하여 법률안까지 작성한 바 있고,²¹⁰⁾ 최근 법무부에서 마련한 형법 개정안(2011. 3. 22. 국무회의 통과)에 일부 반영되어 있기도 하다.²¹¹⁾

치료보호제도까지도 포괄하여 치료를 명하는 처분은 집행유예의 조건을 중심으로 하여 형법으로 일원화하고, 그 집행만 특별법에 위임하는 것이 일반법으로서의

210) 『형법 제62조의2(보호관찰, 의무부과)

① 형의 집행을 유예하는 경우에 재범방지와 건전한 사회복귀를 위하여 지도 및 원호가 필요한 때에는 보호관찰을 받을 것을 명하거나 다음 각호 중 하나 또는 수개의 의무를 부과할 수 있다.

1. 범죄행위로 발생한 피해자의 손해를 보상할 것
2. 공익을 위한 급부를 제공할 것
3. 법원이 지정하는 분야의 교육 또는 치료 과정에 참가할 것

② 제1항의 규정에 의한 보호관찰의 기간은 집행을 유예한 기간으로 한다. 다만 법원은 유예기간의 범위 내에서 보호관찰기간을 정할 수 있다.

③ 제1항의 규정에 의하여 부과된 의무는 전항의 유예기간 내에 이행하여야 한다. 다만 법원은 유예기간의 범위 내에서 의무이행의 기간을 정할 수 있다.』

211) 『개정안 제59조(집행유예의 조건)

① 형의 집행을 유예하는 경우에는 보호관찰, 사회봉사, 수강, 치료 또는 피해회복을 명할 수 있다.』

형법의 규범력을 높이고, 형사절차의 정합성을 기할 수 있다고 본다.²¹²⁾ 따라서 위 형법 개정안에서와 같이 집행유예의 조건을 개편하거나 선고유예 유사제도로서 치료보호사건 송치의 개념을 도입(특별법 제정)하는 형태가 바람직하다.

단점은, 이른바 선 치료, 후 (종국)처분의 구조를 구현하지 못하는 것이나, 집행유예 부수처분 중 치료명령의 집행방법에 특칙을 두어 법원이 치료과정 전반을 관장하여 정기적으로 검사 및 감독을 행하고, 치료완료도 법원이 확인하는 방식으로 하면 어느 정도 위 단점을 극복할 수 있을 것이다.

② 제2안 : 징역형의 대체형으로 치료명령을 도입하는 방안

캐나다의 조건부 징역형과 같이 확정된 형기의 징역형을 선고하되, 이를 대체하는 치료명령을 선고하고, 이를 위반할 경우 대체된 징역형을 집행하는 방안이다. 일부 집행유예가 도입되지 않는 경우 일부 실행집행, 일부 치료명령으로 대체하는 방식으로 탄력적인 양형을 할 수 있는 효과도 거둘 수 있다. 사회봉사명령을 징역형의 대체형으로 도입하는 방안에 관한 실무적 선행연구가 있고, 일본에서도 법제정이 추진되고 있으므로 조문화는 용이할 것이다.²¹³⁾

그러나, 이론상 결정적 약점이 발견된다. 즉 사회봉사명령은 그 속성상 형벌(근로형)로서의 속성이 충분하여 대체형으로 도입하기에 충분하지만 치료명령은 본질적으로 재범방지를 위한 보안처분이므로 형벌로 취급하기 어렵다는 점이다. 또한 양형이 너무 번잡해지는 단점도 피할 수 없다. 다만 사회봉사, 치료, 가택구금(전자감시장치 포함), 병영훈련, 금주학교 등등의 사회내 처우수단을 활용할 수 있는 양형제도로 아예 조건부 징역형 제도 자체를 도입하는 방안은 검토해 볼직 하다.

다) 이원적 양형트랙 방안

기존 보호처분절차와 집행유예제도의 큰 틀을 유지할 수 있다는 점에서 1트랙

212) 현행 형법 제62조의2와 보호관찰 등에 관한 법률이 그러한 구조이다.

213) 일본 법무성은, 징역·금고형을 대신하여 사회봉사명령 등을 ‘대체형’으로 부과하는 제도를 창설하는 방안을 검토한 바 있다(2006. 7. 11.자 아사히신문 보도).

<http://www.asahi.com/national/update/0711/TKY_20060711044.html>

이는 2004년 법관세미나에서 제시된 바 있는 사회봉사명령을 징역형의 대체형으로 도입하는 방안과 거의 똑같다(상세한 내용은 조의연, “사회내 처우 관련 제도의 정비”, 형사사법제도 개선을 위한 법관세미나 자료, 사법연수원, 2004, 48면 참조).

에서는 제2안을, 2트랙에서는 제1안을 제시한다. 기존의 보호처분절차를 응용할 수 있어 신설되는 보호처분절차에 대한 거부감이 적을 것이고, 그 동안 형의 유예 처분과 결합하여 사회내 처우가 발전해 온 우리 형사법 체계의 특징도 살릴 수 있을 것이다.

그렇게 되면, 아주 경미한 사건은 보호처분절차(치료보호사건 송치)로, 약간 중한 사건은 치료명령부 집행유예로 치료를 명하게 된다. 그보다 더 중하여 실행 사안이고 재범의 위험성이 있다면 실행과 함께 치료감호를 선고해서 치료해야 할 것이므로 애당초 문제해결형 법원의 대상이 되지 않을 것이다. 다만 이 경우 실행과 함께 치료감호를 선고할 수 있는 요건을 확대하는 방향으로 할 필요는 있다.

다만 1트랙의 치료보호사건 송치와 관련하여 현재의 가정보호사건으로 송치되는 사건을 보면 아주 경미한 폭력사건에서 거의 살인미수에 해당하는 범죄까지 발견되는데, 이는 검사선의주의로 인한 재량이 통제되지 못하고 있음을 입증한다. 따라서 검사선의주의를 재검토함과 아울러 치료보호사건 송치의 대상을 법률에서 엄격하게 제한할 필요가 있다.

이 때 고려해야 할 사항으로는 신속처리절차와의 결합방안, 1트랙 사건에서 기본을 형사절차(기소)로 할 것인가 아니면 보호절차로 할 것이냐의 문제, 검사선의주의와 법원선의주의의 문제, 보호처분 송치시 검찰과 법원의 재량범위를 어떻게 설정할 것인가의 문제 등이 될 것인데, 이는 소년보호사건과 가정보호사건의 예를 참고하면 될 것 같다.²¹⁴⁾

검사의 치료대상 사건에 대한 기소권한 보유 여부와 관련하여 검사는 해당 형사사건을 법원에 기소할 수도 있고, 보호사건으로 송치할 수도 있도록 하되, 다만 마약중독자를 기소유예처분하면서 치료보호기관에 입원의뢰하는 형식으로 치료를

214) 가사소년제도개혁위원회는 최근 가정법원의 장기적 발전방안으로 소년형사사건과 소년보호사건의 관할 집중방안을 제시하였다. 현재 소년형사사건은 지방법원에서, 소년보호사건은 가정법원에서 처리하고 있기 때문에, 소년에 대한 형사사건을 보호사건으로 처리하기 위하여는 지방법원에서 가정법원으로 이송하는 절차가 필요하고, 그로 인하여 소년에 대한 사건의 처리가 지연되고 있다. 이에 소년형사사건과 소년보호사건을 한 개의 법원에서 일괄하여 처리할 수 있도록 법원조직법을 개정하여 소년법원을 설치하기로 하였다. 신설되는 소년법원 안에 형사부와 보호부를 설치하여 소년범에 대한 형사절차와 보호절차를 분리하기로 한 것이다. 한편 소년법을 개정하여, 검사는 범죄를 저지른 소년에 대하여 불기소하는 경우 외에는 전부 소년법원에 송치하고, 소년법원은 송치된 사건을 분류하여 형사사건 또는 보호사건으로 처리하도록 하였다.

명하는 것은 금지함이 상당하다. 왜냐 하면 이런 유형의 사건은 1트랙이나 치료감호처분으로 처리하는 것이 적정하기 때문이다. 또한 1트랙에 해당하는 사안에서 검사는 ‘원칙적 보호절차, 예외적 기소절차’라는 틀이 유지되도록 선의권을 행사하여야 하고, 이를 위해 검사는 위와 같은 조건부 기소유예와 약식기소를 하지 않아야 할 것이다. 뿐만 아니라 검사가 1트랙 대상사건 중에서 예외적으로 기소절차에 회부할 수 있는 수준이 어느 정도인가를 가늠할 수 있는 기준을 법정화해야 할 것이다.

검사선의주의를 택하더라도 구공판된 사건에서 수소법원도 당사자의 동의 내지 신청을 받아 치료법원에 송치할 수 있어야 함은 당연하다.

이러한 전제조건을 갖추면 검사선의주의와 법원선의주의의 거리는 현격하게 좁혀지게 되고, 검사선의주의가 가지고 있는 문제점도 상당부분 제거될 수 있을 것이다.

앞서 언급한 바와 같이 1트랙 사건은 자백사건에 한정해야 할 것인데, 신속처리절차와의 결합방안과 관련하여 미국의 유죄인부절차(Arraignment)와 유사하게 판사가 1트랙으로 이행되기 전에 법정에서 행위자에 대하여 유죄인부의 답변을 하도록 하고, 유죄를 인정할 때에만 1트랙의 절차가 개시되도록 하는 방안을 생각해볼 수 있다. 예를 들어 1트랙의 제2안에 의한다면, 검사로 하여금 치료보호사건 송치결정서를 지방법원(치료법원이 아닌)에 제출토록 하고, 지방법원의 출석신속절차 담당판사는 출석한 행위자에게 유무죄에 관한 답변을 하도록 하여 범행사실 전부에 대하여 유죄를 인정하면 사건을 치료법원으로 보내고, 만약 무죄를 주장하면 사건을 정식 형사재판절차에 회부하는 것이다. 지방법원에서 형사소송 계속중인 사건을 치료법원으로 송치할 때에도 마찬가지로 재판부가 피고인으로부터 공소사실 전부에 대하여 유무죄에 관한 답변을 들어 유죄를 인정하는 때에만 사건을 치료법원으로 송치해야 할 것이다. 사건이 치료법원에 송치된 이후에 행위자가 범행을 부인하면서 무죄를 다투는 것을 허용할 것인가의 문제가 남아 있는데, 입법정책적으로 허용하지 않을 수도 있고, 민사재판의 자백의 구속력 배제 정도로 한정하여 허용할 수도 있을 것이지만 캐나다의 경우처럼 치료과정 초반에 일정기간을 설정하여 그 안에는 가능하도록 해도 무방하리라고 본다. 이러한 유죄인부 유사제도가 도입되면 무죄를 다투는 일은 줄어들 것이기 때문에 치료법원이 원래

의 후견적 기능에 좀 더 많은 시간을 투여하게 될 것임은 명백하기 때문이다.

하지만 중요한 것은 보호처분의 개시절차가 검사선의주의 모델이나 법원선의주의 모델이나 하는 하드웨어적인 문제가 아니라 보호절차(치료명령)의 운영주체의 전문성과 보호처분의 실효성을 높일 수 있는 콘텐츠의 문제임은 분명하다.

나. 중간처분의 도입문제

공판절차 이분방식과 유무죄답변제도가 채택되어 있지 않은 상황에서 법관이 형선고에 앞서 피고인에게 양형과 관련한 의무의 이행을 명할 수 있을까? 예컨대, 경미한 폭력사범의 공판과정에서 피고인이 병원에서 치료나 상담을 받은 증명서를 받아오면 형의 선고를 유예해주는 것과 같은 제도이다.

형법과 형사소송법은 중국처분으로서의 판결선고에 관한 규정만 두고 이른바 중간처분에 관하여는 압수물가환부, 보석, 구속집행정지 등 외에는 아무런 규정을 두지 않아 적어도 양형과 관련한 법적 효력이 있는 중간처분은 불가능하다고 보인다. 하지만 보석의 조건으로 치료를 명할 수 있는 구조²¹⁵⁾와 가정보호사건의 임시조치를 응용하여 형사공판절차에서의 중간처분제도를 도입하는 방안도 검토할 만하다.²¹⁶⁾

물론 중간처분은 양형의 조건으로 부과되어야 하므로 그 성취 여부에 따라 중국처분의 내용이 결정될 것이다. 중간처분은 마약이나 (가정)폭력사범은 물론 음주운전, 성범죄²¹⁷⁾ 등 거의 모든 범죄에 적용할 수 있을 정도로 무한한 활용가능성을 지니고 있고, 공판절차 이분방식이 채택되지 않지 않은 상황에서 선 치료, 후 중국처분의 구조를 실현할 수 있다는 장점이 있다.

215) 일본은 마약사범에 대한 치료조건부 보석과 구류집행정지가 실무상 활성화되어 있는 것으로 보인다. 특히 마약사범 보호관찰대상자에 대하여 아시아 태평양 마약중독연구소(Asia Pacific Addiction Research Institute; APARI)는 민간위탁의 마약프로그램을 실시하고 있는데, 치료조건부 보석과 구류집행정지를 받은 마약범죄자도 이곳에서 공동생활을 하며 치료 및 재활서비스를 받는다. (강은영, “일본의 마약사범 보호관찰”, 아름다운 젊음(한국마약퇴치운동본부 소식지) 37호(2005년 여름), 33면).

216) 이와 더불어 판결선고절차의 연기제도도 검토되어야 할 것이다.

217) 외국의 성폭력가해자의 치료프로그램에 대하여는 박상진·신준섭, “외국의 성폭력가해자치료 프로그램연구”, 형사정책 17권 1호, 313면 이하 참조.

4. 조직법적 측면 - 문제해결형 법원 설립방안 및 집행방법의 문제

가. 개관

지금까지는 치료를 목적으로 하는 문제해결형 법원에 “어떤 사건을 언제 보내느냐”에 관한 실체법적 논의였다면 앞으로의 논의는 조직법적 문제로서 “어떤 형태의 문제해결형 법원을 어떻게 설립하고 그곳에서 어떤 재판을 하느냐”의 콘텐츠의 문제에 집중해야 할 것이다. 중요한 것은 문제해결형 법원에서의 재판은 어디까지나 사법적 판단작용의 형식과 실질을 지니어야 한다는 점이다. 집행유예의 부수처분으로 부과된 치료명령을 법원에서 집행하더라도 치료완료를 법원이 결정의 형식으로 확인토록 하는 등 종국처분의 여지를 남겨두어야 검사의 형집행권과의 충돌을 완화할 수 있을 것이다.

향후 실무적 차원에서 법원조사관, 양형조사관의 활용방안과 함께 보호관찰소와의 업무영역 조정, 검사의 형집행권과의 관계설정 등에 대한 깊은 이론적 검토가 필요하고, 무엇보다 각종 문제해결형 법원에 대한 미국, 캐나다, 영국, 호주 등의 실태 파악이 우선되어야 하겠지만, 마약치료법원만을 놓고 본다면, 주에 따라 너무나 다양하고, 제재수단에 있어 엄벌주의 경향을 보이는 미국의 마약법원보다, 미국의 사례를 참고하여 나중에 설립되었고, 치료프로그램의 운영이 연방에 통일된 일반 형사절차(양형제도)에 용해되어 있으며, 제재수단에 있어 보다 관용적인 모습을 띠고 있는 캐나다의 제도가 우리에게 더 참고가 되지 않을까 생각된다.

무엇보다 중요한 것은 치료를 위한 전문가와 전문기관을 확충하고, 소요 재원과 예산을 확보하며, 치료와 행동과학에 대한 임상적 경험을 축적하는 등의 인프라를 갖춰야 할 것이므로 법률의 제·개정을 통해 우리 실정에 맞는 제도를 만드는 것과 함께 이러한 인프라를 갖추는 노력을 기울여야 할 것이다.

나. 보호관찰조직과의 관계

보호관찰조직이 법원 소속으로 개편되지 않는 한 문제해결형 법원은 보호관찰조직의 업무영역과 충돌이 불가피하다. 특히 마약·마약치료강의를 명하는 수감 명령은 보호관찰소와 마약퇴치운동본부가 공동운영하고 있기 때문이다. 궁극적인

해결방법은 보호관찰조직을 법원 소속으로 변경하는 것이 되겠지만, 그것이 현실적으로 어렵다면 보호관찰소와 문제해결형 법원을 병립하되 신설되는 치료명령만 법원이 관장한다거나, 집행은 보호관찰소가, 감독은 법원이 하는 식의 역할분담방안을 생각해 볼 수 있다.

제5장 결론

김한균·조의연

제1절 논의의 정리

형법은 국민이 국가권력에게 허용한 가장 강력한 수단을 보유하고 있다. 생명이나 자유, 재산을 박탈하거나 제한하는 형벌이 그것이다. 그럼에도 범죄자의 교정·개선과 범죄의 방지라는 구체적 문제해결에 효과적이라는 평가는 많지 않다. 오히려 역효과를 가져온다는 비판을 면치 못하고 있다. 범죄자는 범죄와 형벌과 재범의 회전문을 빠져나오지 못하는 고통을 겪고 있고, 국가는 좀처럼 사람을 빼내지도 못하는 회전문을 돌리는데 많은 사회자원을 쏟아 부어야 하는 난관에 빠져 있다. 근대 형법과 형사사법체계의 실패를 의심해 볼 만한 현실이다.

하지만 그치지 않는 의심과 의문에도 불구하고 범죄자의 교정·개선과 범죄방지를 위해 형벌이라는 수단을 포기하기는 어렵다. 대안적 수단을 통해 보완하거나, 형벌을 판단하고 집행하는 절차를 개선함으로써, 그 정당성과 효과성을 유지해야 한다. 이같은 고민의 결과로 보안처분제도, 회복적 사법모델, 그리고 치료적 사법모델 등이 제시되어 왔고, 이론적 실천적인 노력들이 있었다.

재사회화나 회복, 치료는 형사정책의 지향목표를 나타내는 표지로서 서로 의미가 겹친다. 재사회화가 범죄자의 회복을 지향한다면, 회복적 사법은 범죄자와 범죄피해자 모두, 나아가 지역공동체 차원의 회복으로 시야를 넓혔다고 볼 수 있다. 치료적 사법에서 회복을 넘어선 치유를 지향한다 함은, 다음과 같은 의미를 담는

다. 범죄자는 재사회화를 통해 범죄로 나아가기 이전 시민의 자리로 되돌아간다. 범죄피해자는 회복을 통해 범죄피해를 당하기 이전 시민의 자리로 되돌아간다. 범죄자가 돌아간 자리에는 여전히 범죄로 내몰아가는 개인적 문제와 사회환경적 문제가 그대로 남아있다. 범죄피해자가 돌아간 자리에는 화해와 배상이 더해졌을지 언정, 형사절차를 거치면서 받은 상처는 여전히 남아있다. 치료를 통해, 문제해결을 통해, 문제와 상처를 줄여서, 되돌아간 자리에서 '정상적인' 시민으로서의 생활을 다시 꾸려나갈 수 있도록, 형사사법제도와 그 구성원은 치료자로서의 노력을 해야 한다는 것이 치료적 사법의 아이디어다. 이러한 이념이나 이론을 정책적으로 구체화하는 노력의 일부가 문제해결법원으로 실현되고 있다. 아직까지는 마약범죄 등 특정 범죄유형에 대해, 형사법관과 같은 특정한 형사사법구성원에 의한 부분적인 정책적 실현에 머물러 있다. 때문에, 과연 치료적 사법모델이 형사사법제도와 정책 전반에 걸쳐 어떤 가시적인 개혁성과를 가져올 수 있을지는 아직 다양한 측면의 가능성과 평가에 열려있다 하겠다.

1. 치료적 사법모델의 핵심과제

치료적 사법모델은 형법의 치료적 힘에 주목한다. 법규, 법체계, 판검사 및 변호사가 법절차의 대상이 된 사람에게 미치는 치료적 또는 반치료적 영향에 대한 성찰에 근거하여 치료로서의 문제해결을 지향한다. 개별적인 범죄발생을 방지할 뿐만 아니라, 범죄를 유발하는 문제를 해소하고자 한다. 그 결과 등장한 문제해결형 법원은 사법개혁의 진취적 실험이다.

형사정책은 범죄원인의 치유가 궁극적인 목표다. 범죄와 형벌과 재범을 끊임없이 되풀이하는, 마치 회전문을 돌고 돌며 빠져나올 수 없는 처지에 놓인 범죄자는 형사사법체계의 실패와 부담으로 돌아온다. 형사사법개혁을 위해서는 형사사법체계와 그 구성원이 범죄자와 범죄피해자에게 치유가 아니라 고통을 가져다 주지 않았는지에 대한 반성도 필요하다. 치료적 사법은 범죄자도 치료하지만, 형사사법제도 스스로 고쳐나가는 성찰과 노력도 요청한다.

치료적 사법의 철학은 범죄자를 범죄-형벌-재범-가중형벌의 악순환에 빠지게 하

는 반치료적 형사사법은 형법의 실패를 낳는다는 인식에서 출발한다. 그리고 법치국가적 가치와 형사소송의 가치를 훼손하지 않는 범위내에서 형법의 치료적 기능을 향상시킬 수 있는 구체적 방법을 모색한다. 그 구체성은 개별적 문제해결을 지향한다는 의미다.

치료적 사법모델은 치유와 신뢰와 배려의 가치를 통해 형사정책의 새로운, 그리고 혁신적인 방향설정을 가능하게 해준다. 치료적 사법 이론연구가 진전되면 그동안 축적된 회복적 사법관련 연구성과와 결합되어 더 구체적인 형사사법개혁의 모델도 전망해 볼 수 있다. 특히 치료적 사법모델을 가정폭력, 성폭력, 마약범죄, 소년범죄에 특화된 형사정책의 구성과 실천에 도입할 수 있다.

요약하면, 치료적 사법모델은 기존의 형벌과 형사사법제도에 대해 두 가지 구별되는 관점을 전제한다.

첫째, 정신장애적 특성을 가진 범죄자에 대해 형사사법체계내에서 형벌집행의 기회에 치료적 조치를 제공해야 한다.

둘째, 형사사법의 구성원은 범죄자와 피해자에게 치료적 영향을 미칠 수 있다.

이 두 관점은 다시 두가지 의문에 부딪히게 된다. 치료적 사법모델의 형사정책적 도입에서 경계해야 할 점이다.

첫째, 치료의 대상은 범죄자인가 환자인가. 범죄자를 환자로 봄으로써 형법에 대한 법치국가적 한계를 넘은 과잉개입을 정당화할 수 있지 않은가의 의문이다.

둘째, 형사사법이 치유의 역할에 나선다면 국가후견주의적이고 도덕적인 시각을 형법 안으로 들여오는 것이 아닌가. 특히 법관이 법복위에 의사가운까지 겹쳐 입고 판결자이면서 치료자로서의 위상을 함께 가질 수 있겠는가의 의문이다.

이러한 치료라면, 명목상으로는 치료라 하지만 실질상으로는 ‘과도하기 때문에 부당한’ 형벌의 결과에 이를 수 있다.

그럼에도 치료적 사법모델의 형사정책적 도입은 궁극적으로 국가형벌의 정당성을 높이는데 두 가지 측면에서 기여할 수 있다.

첫째, 치료효과를 통해 국민의 신뢰를 높인다. 범죄는 범죄피해자에게 고통을 준다. 형벌 역시 범죄자에게 고통을 준다. 형사사법과 그 구성원이 범죄자와 범죄피해자에게 고통에 고통을 더하고, 사회공동체에 치유와 평온이 아니니 고통만을 남길 뿐이라면 국민들은 형사사법과 나아가 국가법질서를 믿고 의지하기 어렵다.

치료적 사법의 프로그램은 형사법원을 비롯한 형사사법체계에 대한 국민의 신뢰를 높이는 길이 될 수 있다.

둘째, 치료를 베푸는 자도 치료받는다. 치료적 사법의 이념과 제도는 형사사법 구성원의 인식과 역할을 발전시키는데 기여한다. 문제해결형 법원에서 치유의 효과에 대해 고민하고 경험한 법관은 일반법원으로 돌아와서도 이를 활용할 수 있다. 이를 통해 범죄자와 범죄피해자를 대하는 형사사법체계의 문제점이 개선되어 가게 된다면, 선순환이 가능해진다.

또한 치료적 사법모델의 형사정책적 도입을 검토하는 과정에서 두 가지 형사사법개혁의 방향을 잡을 수 있다.

첫째, 형사법원과 전문가의 협력시스템을 제도적으로 확충해야 한다.

둘째, 형사사법의 구성원, 특히 법관은 법치국가적 한계 안에서 형벌을 부과하는 소극적 역할에만 머물지 않고, 형벌을 집행하는 역할에도 관여할 수 있도록 해야 한다.

2. 치료적 사법논의에서 남겨진 문제들

우리 형사사법제도와 형사정책에서 치료적 사법모델 도입논의를 활성화하기 위해 지속적으로 논의되어야 할 물음들은 다음과 같다.

가. ‘인간의 얼굴’을 한 형사사법

치료적 사법모델은 형법과 형사사법절차의 인문학적, 인간감정과 심리적 측면에 눈돌림으로써, 형법의 인간화에 기여하는 측면이 있다. 즉 ‘인간의 얼굴’을 가진 형법을 고민할 수 있는 이론과 정책모델이 된다. ‘인간의 얼굴’이라 해서 단지 관대하고 보호적인 모습으로만 나타나는 것은 아니다. 인간의 얼굴은 인간의 이성 뿐만 아니라 인간의 감정과 심리도 드러낸다. 일반 시민과 잠재적 범죄자와 피고인과 상습범죄자와 수형자에게 각각 비춰지는 형법의 얼굴은 비난의 모습과 이해와 배려와 원조의 모습을 함께 가진다.

형법에 담긴 추상적 내용은 형사절차를 거치며 실체를 갖추어 모습을 드러낸다. 경찰과 검사, 교정관과 보호관찰관 그리고 형사법관은 형법과 형사사법의 얼굴이다. 그래서 이들의 법적 판단과 실행의 행태가 범죄자와 범죄피해자에게 치유가 아니라 고통을 가져다 준다면, 형사사법과 법질서에 대한 국민의 신뢰를 높이기 어렵다. 한편으로 관심과 배려의 이름으로 행해지는 개입이 강제와 침해에 다름 아닌 모습으로 받아들여질 위험도 있다. 검사나 형사법관이 의사나 사회복지사가 될 수는 없기 때문이다.

나. 후견적 치료자로서의 법관

치로지향적 법이론과 치료적 사법모델은 치료의 목표가 다른 법의 가치에 최우선으로 앞선다고 보지 아니한다. 강제적인 치료는 물론이거니와 국가후견주의(paternalism)적인 치료에 동의하지 아니한다.²¹⁸⁾

사실 국가후견주의 논란은 국가기관의 약자보호역할과 역량에 대한 과소평가와 강제력의 침해위험성에 대한 과대평가에 기인한 것일 수도 있다. 법실무에서 법의 치료적 효과를 성찰하고 실천에 옮기고자 한다면, ‘사려깊고 창조적인 법관’²¹⁹⁾이 형사사법과 형사법원의 발전을 선도할 수 있을 것이다. 한편으로는 형사법제도화, 프로그램화가 미숙한 상태에서 선불리 원용된 치료사법적 관점은 이른바 ‘튀는’ 판결을 낳을 수 있다는 점을 부인하기 어렵다.

그러므로 치료적 사법모델의 관점에서 형사법관을 후원적 치료자(paternal therapeutic agent)로 규정할 수 있다고 본다. 전문적 치료프로그램의 실행은 정신보건분야나 사회복지영역의 치료전문가의 몫이다. 그러나 대상자가 치료를 자진해서 수용하려는 재사회화 의지가 없으면 어떠한 치료프로그램도 효과없는 강제에 지나지 않는다. 바로 형사법관을 치료자라 하는 의미는, 피고인과 의사소통하는 법관의 자세가 범죄자의 수용성과 자발적 의지를 높이는데 중요한 역할을 하기 때문이다. 묻고 답하는 가운데 피고인의 진술과 항변을 충분히 경청하고, 범죄와 그 피해에 대해 납득할 만한 이해를 이끌어내고, 양형의 결과와 뒤따르는 치료

218) D.B.Wexler & B.J.Winick ed. Law in a Therapeutic Key, 1996, xvii면.

219) D.B.Wexler, Advice for the US Sentencing Commissioners: The Relevance of Therapeutic Jurisprudence and Its Literature, Federal Sentencing Reporter, Vol.23.No.4. 2001, 279면

등의 처분을 설명해주어야, 비로소 피고인 범죄자는 자신의 죄책을 스스로 받아들이고 그에 대한 제재와 치료에 구체적으로 참여할 수 있게 된다. 치료가 필요한 피고인의 상태에 대한 전문적인 배경지식도 중요하지만, 바로 이러한 묻고 듣고 설명하는 수고로움을 마다하지 않는 태도가 치료자로서의 법관에게 요청되는 것이다. 앞서 설명한 양형법관의 치료적 역할원칙, 즉 존중(respect)이 중요한 이유가 여기에 있다. 먼저 법관이 대상 피고인을 존중할 때 경청할 수 있고, 경청해 주는 법관 앞에서 피고인 역시 법관을 존중하고 성의를 다해 설명하고 경청할 자세를 갖기 마련이다. 피고인과 양형법관이 서로에게 설명하고 듣는 의사소통의 길이 열리는 것이다.

물론 이를 위한 법관의 수고(pain)는 고통스럽다. 대면소통과 처리업무의 과중한 부담도 막중하거나, 모든 대상 범죄자들이 대면하여 일일이 설명하고 세세히 경청해주는 수고를 베풀 만큼 공감과 동정이 가지 않기도 하기 때문이다. 범죄와 그 피해를 부인하고 책임을 회피하거나 정당화하려 들거나 사회와 피해자에게 책임을 떠넘기는 파렴치함앞에서는 더욱 그렇다. 그러나, 형사법관의 경청과 설명의 고통스런 수고야말로 치료의 동기를 피고인에게 부여한다. 그 자체로서 치료효과가 있는 치료프로그램의 출발점인 것이다.

다. 사법 과잉

문제해결형 법원에 대해 가능한 또 하나의 비판은 형사사법의 네트워크를 더 넓은 영역으로 확장하는(net-widening) 수단이 아닌가, 또는 사법부 영역확대의 과잉확대가 아닌가 하는 의심이다. 판결이 내려지고 형의 집행까지 종료된 이후 단계까지 법원의 통제가 미친다는 것은 국가의 개인에 대한 개입과 간섭이 더 오래도록 지속된다는 의미로 받아들여질 수 있다.

단순히 형사사법체계내에서 행정부의 형집행권한과 사법부의 양형권한 사이의 영역갈등의 문제만은 아니다. 오히려 양형 이후의 형집행단계에서 법원의 통제는 형집행의 효율성과 인권보장을 강화하는 긍정적 효과를 기대할 수 있다. 다만 기존 사회복지분야의 공공기관과 민간단체, 지역사회 차원에서 행해지던 영역에 형사법원의 통제가 미치게 되는 점은 형사사법의 영향력이 미치는 범위가 범죄통제

를 넘어 사회통제어로 확장되는 결과가 되기 때문에 문제다.

라. 문제해결의 관료화

치료적 사법모델에 따른 문제해결형 법원이 형사정책의 관료화를 심화시킨다는 지적도 있다.²²⁰⁾ 예컨대 마약범죄자나 가정폭력범죄자 대상 위험성평가도구나 재범위험평가절차가 사회복지나 치료전문가들에 의해 정형화되고, 치료대상에 대한 치료프로그램의 판단이나 치료효과에 대한 평가가 객관화되면서, 치료적 판단을 요하는 사안이 전문화된 법관의 참여적인 개별적 판단이라기 보다는 사회과학 전문가들에 의해 형식화 관료화된 판단절차로 변질될 수 있다는 것이다. 이러한 우려는 형사사법체계내, 특히 형사법관의 ‘외부전문가’에 대한 전통적인 경계심과 관련이 있다. 또한 타당한 이유도 있다. 형사법관 고유의 규범적 판단 역할은 사회과학적 지식과 데이터를 통해 더 충실해져야 한다. 범죄자에 대한 치료적 관심과 처우가 과학의 명분으로 관료화 내지 형식화되어서는 안 된다.

마. 미국식 형사제도의 수입

미국식 문제해결형 법원을 우리 실정에 맞게 도입운영할 수 있을지, 어떤 실익이 있을지의 현실적 문제도 있다. 특히 형사정책분야에서 미국 제도와 정책의 도입논의가 근래 빈번한데다가 실제 수입·시행되는 경우도 상당하다. 다만, ‘미국식’ 법제도와 정책수단은 미국 고유의 문제현실과 그에 따른 고민에서 구상되고 실행되어 왔기 때문에, 제도적 수용에도 한계가 있을뿐더러 미국에서의 성패가 곧 우리현실에 그대로 타당할 것이라 보기도 어렵다. 문제해결형 법원도 마찬가지다. 주로 미국을 중심으로 영국, 캐나다 등 영미권 국가에서 운영되는 제도가 법제도와 정책상황이 상당히 다른 우리나라에 적용가능할지, 도입한다 하더라도 실익을 기대할 수 있을지 의문이 제기되는 것은 당연하다.

하지만 현대 형사정책에서 이른바 영미법계와 대륙법계의 구별은 현실적 의미를 잃어가고 있으며, 당면한 문제상황에 따라 서로 영향을 주고 받으며 함께 발전

220) D.B. Rottman, Does Effective Therapeutic Jurisprudence Require Specialized Courts, 26면

해 나가고 있다. 우리나라의 현대 형사사법제도 역시 이미 두 주요선진법계의 검증된 제도와 정책들을 우리 실정과 문제상황에 맞게 수용하여 시행해 나가고 있다. 따라서 치료적 사법모델과 문제해결형 법원은 또 하나의수입대상 ‘미국식’제도라기보다는 현대형사정책의 주요한 정책모델 중의 하나로 받아들일 필요가 있다. 따라서 구체적 도입시행의 여부는 기존 문제해결형 법원의 법제도적 정책적 맥락을 정확히 이해하고, 유사하거나 차이가 나는 부분, 배울 점과 경계해야 할 점을 분석하여, 단계적으로 검증, 시행해 나가야 할 문제다.

제2절 치료적 사법모델의 형사사법 제도화방안

우리 형사사법제도에서 치료적 사법모델의 취지를 실현할 수 있는 방안은 무엇인가? 현행 양형체계에서 법관이 문제해결로서의 치료가 필요한 형사사건에서 활용할 수 있는 수단은 많지 않다. 형사법원의 전통적인 역할은 사후적 소극적 분쟁 처리에 한정되어 있기 때문이다. 하지만 상습적인 가정폭력, 각종 마약사범 사건과 같은 사회적 병리 현상에 대하여 법원이 형식적 형평성에 입각한 기존 양형수단으로써만 대응한다면 형사사법의 한계를 벗어날 수가 없다. 근본적으로 해결해야 할 문제는 개별범죄보다는, 범죄를 낳는 사람의 삶과 사회적 환경이다. 형사법관의 역할은 비난하고 제재하는데 한정되는 것이 아니라 인간에 대한 관심을 가지고 지원하는 역할로 확장될 수 있다. 법원에 대한 국민의 신뢰는 형사법원의 사회적 책임성을 전향적으로 실천함으로써 쌓아나갈 수 있기 때문이다.

물론 치료적 사법모델을 문제해결형 법원의 형태로 도입하여 법제도화하는데는 형사사법 체계내의 여타 주체들뿐만 아니라 사법부내에서도 의문과 비판에 부딪히게 된다. 전통적인 사법부의 독립성, 중립성과 같은 근본가치가 훼손될 수 있다는 염려가 나올 수 있다. 사법부 권력의 팽창을 우려하는 입장에서 보면 법원이 유무죄와 적정형벌에 대한 판단을 넘어서 문제의 원인까지 해결하고자 나서고, 형사적 조치를 넘어 치우나 사회복지 서비스까지 관장한다면 거대사법부에 대한 경계심이 높아질 수 있다. 법복위에 의사가운까지 겹겹이 걸친 법관에게 판사이면서 의사인 이중역할에 대하여 기대보다는 의심을 가질 사람도 많을 것이다.

물론 국가기관, 특히 형사제재라는 강제수단을 보유한 형사법원의 조치가 침해적 개입인지 배려적 개입인지 뚜렷이 구별하기는 쉽지 않다. 하지만, 문제해결형 법원은 그야말로 특정문제해결을 위한 형사사법제도의 전향적, 개혁적 노력의 일환이지, 형사법원과 사법부 전체의 틀과 권한범위를 일반적으로 확대하겠다는 기획은 아니다. 단순히 형사제재만으로도, 사회복지 지원만으로는 중독과 재발과 중독으로 인한 범죄의 악순환을 끊을 수 없지 않은가? 성폭력과 아동학대와 비행청소년문제의 온상인 가정내 빈곤과 폭력과 정신질환의 악순환을 끊을 수 없지 않은가? 한 손에는 강제력이라는 물리적 수단을, 다른 한 손에는 지원과 보호의 물질적 수단을 지녀야 개인과 사회 모두가 좀처럼 헤어 나오지 못하는 악순환의 수렁에서 끌어낼 수 있다.

형사법원은 범죄를 둘러싼 문제들이 수사기관에 의해 포착되어 공식적으로 사회문제화되고, 이에 대응하여 형사사법제도와 공공, 민간기관들의 개입을 통해 문제를 해결해나가는 절차흐름에서 중앙지점 내지 정점에 위치해 있다. 형사법원의 단계에서는 수사과 공판에서 확인된 문제원인과 상황을 파악하고, 앞으로 형사제재와 사회내처우의 필요성을 고려하여, 교정 보호관찰 기관과 사회복지기관과 민간단체의 역량을 전략적으로 조직하여, 개별사안의 문제해결을 도모하는 역할을 할 수 있다. 문제해결형 법원의 관할, 개입조치의 절차와 수단 등을 기존 형사사법체계의 틀을 존중하는 범위 안에서 신중하게 규정한다면 치료적 사법과 문제해결형 법원에 대한 비판과 우려를 피할 수 있을 것이다.

1. 법률체계상의 도입전략

문제해결형 법원의 형태는 헌법상 특별법원이 될 것이다. 특별법원 구조 하에서 진행되는 재판은 구체적 사건에 관한 사실 확정과 그에 대한 법률 해석 및 적용을 내용으로 하는 일련의 사법적 판단과정이다. 문제해결형 법원에서의 판단 주체는 법관이며, 판단형식은 형사사건에 있어서 범죄를 전제로 한 사법적 판단이 되어야 한다. 다만 현행법체계상 형집행권은 검사에게 있으므로 법원이 형집행에 관여하는 조치로 보여서는 안된다. 형집행 이전 단계에서의 처분에 머물러야 할

것이다.

그리고 문제해결형 법원의 대상영역은 범위반이 사회적으로 심각한 수준의 문제여야 한다. 또한 해당 영역의 문제를 해결해 낼 역량이 형사사법 이외의 부문에서는 찾아지지 않는 상황이어서 형사사법의 적극적 개입이 절실하게 요구되는 문제여야 한다. 뿐만 아니라 형사사법, 특히 형사법원이 해당 영역의 문제를 해결할 역량과 자원을 갖추고 있어야 한다.

이러한 조건을 전제로 볼 때, 우리나라에서 문제해결형 법원은 문제의 심각성이 절실하지만, 기존 형사사법제도로서는 범죄의 악순환을 차단할 수 없으며, 형사법원 이외의 사회복지관련 행정영역에 의한 해결만을 기대하기도 어렵다고 판단되는 영역부터 시도할 수 있을 것이다. 예컨대 마약 사건과 가정폭력 사건이 대표적이다. 나아가 학교내폭력 등의 청소년 문제나 음주운전 문제와 같이 전통적 형사 제재로써는 대응에 한계가 있는 분야를 선별하여 문제해결형 법원의 착상과 기법을 기존의 형사사법절차에 접목할 수 있을 것이다. 다만 본격적인 도입시행을 위해서는 단계적인 준비가 필요할 것인데, 시범실시(pilot program)를 통한 검증이 우선되어야 할 것이다.

시범프로그램의 준비와 시행, 그리고 검증과정에서는 법원내부의 전문가뿐만 아니라, 교정 보호관찰 행정기관과 관련민간단체와 학계의 전문가들의 참여가 불가피하기 때문에, 이 과정에서 법관과 외부 전문가의 소통이 확대되고 문제해결형 법원을 비롯한 형사법원의 개선노력에 크게 도움이 될 것이라 기대된다.

2. 문제해결형 법원도입을 위한 기본방안

기존 형사사법제도는 구금형 등 처벌 위주, 양형수단의 빈곤이라는 문제점을 안고 있다. 현실적으로 범죄자의 재사회화와 재범방지 등에 적합한 개별적 처우가 어렵다. 이를 해결하기 위해서는 실체법적으로는 양형수단의 확충, 조직과 절차법적으로는 문제해결형 법원조직과 절차를 도입할 필요가 있다.

미국식 문제해결형 법원을 우리 형사사법시스템에 효과적으로 도입적용하여 새로운 제도로써 실질적인 효과를 거두기 위해서는 원칙부터 정립되어야 한다. 즉

문제해결은 기본적으로 ‘치료’의 방법이어야 하며, 치료과정의 전반을 법원이 주도한다는 원칙이다. 구체적 원칙을 제시하면 다음과 같다.

첫째, 문제해결형 법원의 대상사건은 범죄 원인이 병리적 현상에 기인한 것으로서 그에 대한 형사제재가 처벌보다 치료에 중점을 두어야 할 사건으로 한다.

둘째, 법원이 치료처분을 명할 때는 대상 범죄자의 특성에 따라 복수의 절차에 따라 각각 구별된 양형수단을 사용할 수 있어야 한다.

셋째, 치료명령은 원칙적으로 선 치료 - 후 종국처분의 구조를 취하여, 준수를 정지조건으로 한 중간처분이 되어야 한다.

넷째, 치료처분은 현행 보호처분, 보호관찰, 수강명령과 치료감호와 질적으로 구별되는 내용과 절차가 보장되어야 한다.

다섯째, 치료프로그램의 운영은 법원과 지역사회 및 민간전문가의 파트너십이 원칙이며, 다만 법원의 지도 및 감독기능이 보장되어야 한다.

다섯째, 치료처분의 대상사건과 불법정도가 유사한 여타 범죄에 비해 경하게 처벌하는 인식을 줌으로써 일반예방적 효과를 저해하지 않도록 해야 한다.

실체법적으로는 형법총칙에 선고유예 유사제도나 조건부 징역형과 같은 제도를 도입하는 방안이나 특별법으로 형사절차와 병립하는 보호처분절차 신설을 검토해야 한다.

절차법적으로는 보호처분절차를 신설할 때 형사절차와 보호처분절차의 상호이동성, 선의권의 귀속, 신속처리절차에 접목시키는 방법 등을 고려해야 한다.

조직법상으로는 전문법원의 설립을 위한 법적 근거 마련을 검토해야 한다.

현실적으로 치료적 사법모델에 따른 문제해결형 법원의 대상으로 일차적으로 고려해 볼 수 있는 사안은 마약 또는 알콜중독 관련 범죄자의 경우다. 이와같은 마약남용자의 치료처분에 초점을 맞춘 문제해결형 법원을 특별법원의 일종으로서 ‘치료법원’(또는 ‘치료부’)의 형식으로 도입한다. 이렇게 되면 특별법원은 가정법원(가사사건)-소년법원(소년사건)-치료법원(치료사건)으로 구조화될 것이다.

치료법원의 관할은 검사가 치료보호사건으로 송치한 사건의 심리 및 집행, 형사법원이 치료보호사건으로 송치한 사건의 심리 및 집행, 그리고 형사법원이 치료명령부 집행유예를 선고한 사건의 치료명령 집행이 된다.

3. 문제해결법원 도입을 위한 실체법적·절차법적 방안

문제해결형 법원으로서의 치료법원은 마약남용·중독 범죄자의 치료에 형사법원이 적극적으로 개입하는 것이므로, 법원이 치료를 명하는 내용과 수단을 어떻게 정할 것인지가 실체법적 문제의 핵심이다. 형법상 법관의 양형수단을 확충하거나, 형사절차에 병립하는 치료처분절차를 별도로 신설하는 방안을 고려할 수 있다.

일단 치료법원의 대상사건은 집행유예, 선고유예, 기소유예나 벌금대상사안으로서 재범방지를 위해서 치료가 필요한 사건이 된다. 이를 다시 대상 범죄자의 전과, 죄질, 사안의 경중에 따라 개별화하여 다루어야 할 것이다.

즉 사안의 경중에 따라서, 초범, 단순투약사범과 같이 기소유예, 선고유예 및 집행유예에 처해질 정도의 경미한 사건을 대상으로 하는 치료명령(제1트랙)과, 현행 집행유예나 단기실형 정도에 해당하는, 1트랙 사건보다 약간 중한 사건을 대상으로 하는 치료명령(제2트랙)으로 구분한다.

제1트랙 사건은 기존의 소년보호사건, 가정폭력보호사건, 성매매보호사건과 같은 각종 보호처분절차를 확대하여 마약사범 및 알코올로 인한 범죄와 분노조절장애, 충동조절장애, 기질적 정신병으로 인한 범죄 중 경미한 사건을 대상으로 하는 보호처분절차를 신설하여 다루게 된다. 초범, 비폭력적 범행, 단순투약 내지 소지, 타범죄가 없는 경우와 같은 경미한 사건으로서 자백사건을 대상으로 한다.

현행 가정보호사건의 구조에 상응하여, 치료보호사건으로서 기소 단계에서 검사가 송치할 수도 있고, 기소된 후에 수소법원이 결정으로 송치할 수도 있게 된다.

제2트랙사건은 기존 집행유예제도를 부분적으로 개편하여, 집행유예에 부과하는 조건에 수강명령 외에 치료명령을 추가하는 방법으로 다룬다. 이로써집행유예의 조건을 중심으로 하여 형법으로 일원화하고, 그 집행만 특별법에 위임하는 것이다. 일반법으로서의 형법의 규범력, 형사절차의 체계적 정합성을 고려할 때 가장 바람직하다고 판단된다. 다만, 선 치료-후 중국처분의 구조를 구현하지 못하게 되는 문제가 있다. 그러므로 집행유예의 부수처분으로서 치료명령의 집행방법에 특칙을 두어 법원이 치료과정 전반을 관장하여 정기적으로 검사 및 감독을 행하고, 치료완료를 법원이 확인하도록 규정해야 할 것이다.

결과적으로 경미한 사건과 중간정도에 해당하는 사건을 각각 보호처분절차(치

료보호사건 송치)로, 기존의 치료명령부 집행유예로 치료를 명할 수 있게 된다. 더 중한 사안으로서 재범의 위험성이 있다면 실형과 함께 치료감호를 선고해서 치료해야 하는 일반 형사법원의 사안이 된다.

절차적으로 경미사건, 즉 1트랙 해당사건은 자백사건에 한정한다. 치료의 시작은 자백으로부터 가능하며, 치료효과에 대한 기대도 자백으로부터 출발함은 당연하기 때문이다. 다만 우리나라는 미국식의 유죄인부절차가 없다. 하지만 이를 참고하여 법관이 법정에서 행위자에 대하여 유죄를 인정하는지 답변을 하도록 하고, 유죄를 인정할 때에만 1트랙의 절차가 개시되도록 할 수 있을 것이다. 검사가 해당 치료보호사건 송치결정서를 지방법원에 제출토록 하고, 지방법원의 담당판사는 출석한 범죄자에게 유무죄에 관한 답변을 하도록 하여 범행사실 전부에 대하여 유죄를 인정하면 사건을 치료법원으로 보내고, 만약 무죄를 주장하면 사건을 정식 형사재판절차에 회부하는 것이다. 지방법원에서 형사소송 계속중인 사건을 치료법원으로 송치할 때에도 재판부가 피고인으로부터 공소사실 전부에 대하여 유무죄에 관한 답변을 들어 유죄를 인정하는 때에만 사건을 치료법원으로 송치한다. 이처럼 유죄인부절차에 유사한 제도를 도입하면 법관은 유무죄를 다투는 일보다 적절한 치료처분을 고려하는데 집중할 수 있게 될 것이다.

치료적 사범모델의 취지를 문제해결형 법원을 통해 실현하려면, 법관이 형선고에 앞서 피고인에게 양형과 관련하여 의무조건의 이행을 명할 수 있을지의 문제가 제기될 것이다. 우리 형법과 형사소송법은 중국처분으로서의 판결선고에 관한 규정만을 두고 있다. 양형과 관련하여 법적인 효력이 있는 중간처분에 대해서는 알지 못한다.

다만 가정보호사건의 임시조치를 응용하여 이른바 중간처분과 판결선고절차 연계제도를 형사공판에 도입하는 방안을 검토할 수 있다. 이러한 경우 중간처분은 양형조건으로 부과된다. 그 성취 여부에 따라 중국처분의 내용이 결정된다. 중간처분은 마약이나 가정폭력 등 적용가능성이 크기 때문에 공판절차가 이분되지 않은 현실에서 선 치료-후 중국처분의 구조를 실현할 수 있다.

4. 문제해결형 법원 도입을 위한 조직법적 방안

문제해결형 법원에서의 재판은 사법적 판단작용의 형식과 실질을 확보해야 한다. 집행유예의 부수처분으로 부과된 치료명령을 법원에서 집행하더라도 치료완료를 법원이 결정의 형식으로 확인토록 하는 등 종국처분의 여지를 남겨두어야 검사의 형집행권과의 충돌을 피할 수 있기 때문이다.

문제해결형 법원을 우리 형사사법제도에 도입하기 위해서는 무엇보다도 치료프로그램과 전문인력 및 시설이 전제되어야 한다. 이를 위해서는 재정이 확보되어야 하고, 치료에 필요한 기초자료와 연구의 인프라가 확충되어야 한다. 문제해결형 법원을 도입하기 위해서는 인프라구축으로부터 법원조직개편과 절차신설에 이르기까지 체계적인 법제개혁의 노력이 필요하다.

또한 문제해결형 법원에서는 법관과 검사의 형집행권의 조화문제 뿐만 아니라, 보호관찰기관의 업무와도 체계적 조화가 필요하다. 마약범죄 영역에서부터 문제해결형 법원의 도입을 검토한다면, 이미 마약치료관련 프로그램은 보호관찰소와 민간기관이 운영하고 있는 실정을 고려해야 한다. 현실적으로 병립이 불가피한 점을 고려한다면, 법적으로 신설되는 치료명령에 한해서 법원이 관장하거나, 치료처분의 집행과 그 감독을 각각 보호관찰소와 치료법원이 분장하는 형식이 현실적 방안일 것이다.

국내문헌

- 강은영, 일본의 마약사범 보호관찰, 아름다운 젊음, 한국마약퇴치운동본부 소식지, 37호, 2005
- 김상준 외, 사법부의 어제와 오늘 그리고 내일(上), 사법제도편, 2009
- 김한균, 국가마약퇴치전략과 소년형사정책, 한국형사정책연구원, 2004
- , 성폭력범죄방지와 합리적 형사정책, 보호 제19호, 2007
- , 성범죄 재범방지정책으로서 미국의 성폭력범죄자 수용치료 사법처분, 외국의 보안처분제도에 관한 연구, 법무부, 2007
- , 자유무역협정에 따른 경제환경과 형사정책의 변화, 한국형사정책연구원, 2009
- 김형중, 마약류중독자 치료보호 추진계획, 2005 마약류퇴치 심포지엄, 2005
- 박광배, 치료적 사법의 현황, 사법개혁과 세계의 사법제도 V, 사법제도비교연구회, 2007
- 박상진·신준섭, 외국의 성폭력가해자치료프로그램연구, 형사정책 17권 1호, 2005
- 신한미, 서울가정법원의 새로운 시도, 2011년 소년보호재판장 세미나 자료집, 2011
- 오세혁, 해약원리, 법적 도덕주의, 그리고 후견주의, 中央法學 제11집, 2005
- 이덕인, 마약류사용사범에 대한 치료재활시스템의 현황과 개선방안, 형사정책 17권 1호, 2005
- 이승호, 문제해결형 법원의 도입에 관한 검토, 형사정책 제18권 1호, 2006
- 조의연, 사회내 처우 관련 제도의 정비, 형사사법제도 개선을 위한 법관세미나 자료, 사법연수원, 2004

,캐나다의 마약법원(Drug Courts) - 토론토 마약치료법원을 중심으로, 사
법개혁과 세계의 사법제도 IV, 한국사법행정학회, 2006

외국문헌

Allen,F.A. *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, in A.v.Hirsch et al,
Principled Sentencing, 제3판, 2009

Alexander,M., *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of
Colorblindness*, 2010

Baker,K.M., *A New Kind of Justice: Therapeutic Jurisprudence and Drug
Courts*, 2005

Braithwaite,J. *Restorative Justice and Therapeutic Jurisprudence*,
Criminal Law Bulletin, 1997

Cogan, Neil H., *Entering Judgment on a Plea of Nolo Contendere: A
Reexamination of North Carolina v. Alford and Some Thoughts
on the Relationship Between Proof and Punishment*, Ariz. L.
Rev. 17, 1975

Dorf,M. & C.Sabel, *Drug treatment courts and emergent experimentalist
government*, Vanderbilt Law Review, 2000

Eldridge,H. *Patterns of sex offending and strategies for effective
assessment and intervention*, Policy and Practice,2000

Farole,D. et al, *Opportunities and Barriers to the Practice of
Collaborative Justice in Conventional Courts: Report Submitted
to the California Administrative Office of the Courts*, Center for
Court Innovation, 2004

Finkelman,D. & T.Grisso, *Therapeutic Jurisprudence: From Idea to
Application*, in D.B.Wexler & B.J.Winick ed. *Law in a
Therapeutic Key*, 1996

- , *Therapeutic Jurisprudence: From Idea to Application*, 1996
- Friedman, L.M. *The Law and Society Movement*, Stanford Law Review, 1986
- Fulkerson, A. *The drug treatment court as a form of restorative justice*, Contemporary Justice Review, Vol.12, No.3, 2009
- Goldberg, S., *Judging for the 21st Century: A Problem-solving Approach*, National Institute of Justice, Canada, 2005
- Hora, P. et al, *A dozen years of drug treatment courts: Uncovering our theoretical foundation and the construction of a mainstream paradigm*, Substance Use and Misuse, 2002
- , *Therapeutic jurisprudence and the drug treatment court movement: Revolutionizing the criminal justice system's response to drug abuse and crime in America*, Notre Dame Law Review vol.74, 1998
- Tanford, J.A. *The Limits of a Scientific Jurisprudence : The Supreme Court and Psychology*, Indiana Law Review, vol.66, 1989
- Kalman, L. *Legal Realism at Yale: 1927-1960*, 1986
- King, M.S., *Restorative Justice, Therapeutic Jurisprudence and the Rise of Emotionally Intelligence Justice*, Melbourne University Law Review, 2008
- Klotz, J.A. et al, *Cognitive Restructuring Through Law: A Therapeutic Jurisprudence Approach to Sex Offenders and the Plea Process*, University of Puget Sound Law Review, vol.15, 1992
- Kress, K. *Therapeutic Jurisprudence and the Resolution of Value Conflicts : What We Can Realistically Expect, In practice, From Theory*, Behavioral Science & Law, Vol.17, 1999
- McCullough, S.R., *Criminal law and procedure*, University of Richmond Law Review, vol.44, 2009

- Monahan, J. & L. Walker, *Empirical Questions without Empirical Answers*, Wisconsin Law Review, 1991
- Nolan, J., *Reinventing Justice*, 2001
- Perlin, M. L. *Tarasoff and the Dilemma of the Dangerous Patient: New Directions for the 1990's*, Law & Psychology Review, 1992
- Poythres, N. G. & S. L. Brodsky, *In the Wake of a Negligent Release Lawsuit: An Investigation of Professional Consequences and Institutional Impact on a State Psychiatric Hospital*, Law & Human Behaviour, 1992
- Rubin, E. L. *The Concept of Law and the New Public Law Scholarship*, Michigan Law Review, 1991
- Schmallegger, F., *Criminal Justice Today*, 제11판, 2011
- Schopp, R. F., *Therapeutic Jurisprudence and Conflicts Among Values in Mental Health Law Scholarship*, Behavioral Science and Law, 1993
- , *Integrating Restorative Justice and Therapeutic Jurisprudence*, College of Law, Faculty Publications, Paper 105, University of Nebraska, 1998
- Singer, J. W. *Legal Realism Now*, California Law Review, 1988
- Small, M. A. *Legal Psychology and Therapeutic Jurisprudence*, in D. Wexler & B. J. Winick, *Law in a Therapeutic Key*, 1996
- Wexler, D. B. & B. J. Winick, *Essays in Therapeutic Jurisprudence*, 1991
- , *Law in Therapeutic Key*, 1996
- , *Therapeutic jurisprudence as a new approach to mental health law policy analysis and research*, University of Miami Law Review, vol. 45, 1991
- , *Therapeutic Jurisprudence as a New Approach to Mental Health Law Policy Analysis and Research*, University of Miami Law Review, vol. 45, 1992
- Wexler, D. B. & R. F. Schopp, *Therapeutic Jurisprudence: A New Approach*

- to Mental Health Law*, in D.S.Kagehiro & W.S.Laufer ed. Handbook of Psychology and Law, 1992
- , *Therapeutic Jurisprudence: A New Approach to Mental Health Law*, 1992
- Wexler,D.B. *Putting Mental Health into Mental Health Law : Therapeutic Jurisprudence*, Law & Human Behavior, vol.16, 1991
- ,*Therapeutic Jurisprudence and Changing Conceptions of Legal Scholarship*, in D.B.Wexler & B.J.Winick ed. Law in a Therapeutic Key, 1996
- ,*Therapeutic Jurisprudence and the Criminal Courts*, William and Mary Law Review, vol.35. no.1, 1993
- ,*An Orientation to Therapeutic Jurisprudence*, New England Journal of Criminal & Civil Confinement, 1994
- Winick,B.J., *Rethinking the Health Care Delivery Crisis: The Need for a Therapeutic Jurisprudence*, Journal of Law & Health, vol.7,1993
- , *Applying the Law Therapeutically in Domestic Violence Cases*, UMKC Law Review, vol.69, 2000
- , *Civil Commitment – A Therapeutic Jurisprudence Model*,2005
- , *Competency to Consent to Treatment: The Distinction Between Assent and Objection*, Houston Law Review, vol.28, 1991

Therapeutic Justice and Criminal Justice – Incorporating Therapeutic Justice into Korean Criminal Justice System

Kim, Han-Kyun & Cho, Eui-Yeon

The research aims to study therapeutic justice model, which is being developed by therapeutic jurisprudence and problem-solving courts, as a model for criminal justice reform in Korea.

Therapeutic jurisprudence has been developed as an interdisciplinary examination of the (criminal) law's potential as a therapeutic agent. It suggests that these positive and negative consequences be studied with the tools of the behavioral sciences, and that law be reformed to minimize anti-therapeutic consequences and to facilitate achievement of therapeutic ones.

Problem-solving courts focus on solving the underlying problems of offenders, victims or communities. It has interest in individual rehabilitation, and in restoration of the victims of crime, including the community. As one of the model of problem-solving court, drug court seek to address the circumstances that led to drug abuse with individualized assessment and programmes. Mental health courts focus on rehabilitating criminals through a substantial period of court-mandated mental health treatment. Domestic violence court have a particular concerns on victim safety, victim services and offender accountability. Community courts focus on improving conditions in whole neighborhood. Its

objectives are community collaboration and restitution.

The first chapter introduce the goals and objectives of the research. This will be followed by the second chapter which focuses on therapeutic jurisprudence and therapeutic justice model. It reviews the origin, development of the therapeutic jurisprudence and its meaning in criminal justice policies. The third chapter studies the differences between traditional criminal justice and therapeutic justice. In criminal sentencing, therapeutic justice propose reforms in the role of judges in criminal proceedings. Moreover, for the judicial reform, the orientation of therapeutic justice can be considered. Problem-solving courts, such as drug courts, would be in question as a specialized court for realizing the idea of therapeutic jurisprudence in the process of criminal justice. Those programmes of problem-solving court are mainly implemented in the US, and the practice of drug court and civil commitment for sex offenders are worth researching.

To adopt the therapeutic model into Korean criminal justice system, there will be strategy of criminal justice as follows :

Firstly, the case of problem-solving court jurisdiction should be one that needs therapy rather than sanction in nature.

Secondly, the court should have proper sentencing powers of therapeutic orders, tailored to each offenders.

Thirdly, therapeutic orders by the problem solving court should have its own programme and procedure, differing from that of existing probation orders.

Fourthly, therapeutic programmes should be managed under the partnership of court, experts and community. The judicial power to supervise overall process should be guaranteed.