



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

曹俊鉉 教授指導
碩士學位 請求論文

現行 治療監護制度에 관한 研究

A Study on Current Medical Treatment and Custody System

2011

誠信女子大學校 大學院
法學科
李賞喜

現行 治療監護制度에 관한 研究

A Study on Current Medical Treatment and Custody System

曹 俊 鉉 教授指導

이 論文을 碩士學位論文으로 提出함

2011年 5月

誠信女子大學校 大學院

法 學 科

李 賞 喜

인 준 서

이상희의 석사학위 논문으로 인준함.

심사위원_____인

심사위원_____인

심사위원_____인

성신여자대학교 대학원

논문개요

형벌은 책임이 성립되어야 부과 가능하므로 범죄행위에 대한 제재수단으로서 한계가 있다. 정신장애 등과 같이 책임능력이 미약하여 형벌을 적용할 수 없거나, 형벌을 적용하더라도 형벌에 대한 인식이 없거나 불충분하여 교화·재사회화 등 그 효과를 기대할 수 없는 경우에 형벌이라는 처분만으로는 형벌이 꾀하는 목적을 달성할 수 없게 된다. 이러한 형벌의 한계점을 극복하고 보완하기 위하여 도입된 것이 보안처분이고, 치료감호는 그 보안처분의 일종으로서 자유박탈적 보안처분이다. 치료감호는 심신장애 또는 마약류·알코올 그 밖에 약물중독, 정신성적 장애 상태 등에서 범죄행위를 한 자로서 재범의 위험성이 있고 특수한 교육·개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 적절한 보호와 치료를 함으로써 재범을 방지하고 사회복귀를 촉진하기 위하여 도입된 제도이다.

치료감호는 1980년 사회보호법을 통해 도입되었고, 치료감호법은 2005년 사회보호법 폐지로 인한 대체입법으로 2005년 8월 제정되었으며, 2008년·2010년 개정을 거쳐 정신성적장애자로서 성폭력범죄를 저지른 자도 치료감호 대상에 포함시켰다. 치료감호법은 치료감호의 요건으로 치료의 필요성이라는 요건을 추가하여, 치료감호에서 가별성 요건인 책임능력과 관련하여 치료필요성을 엄격히 심사하고 사회의 보호만을 중심으로 하는 처분이 되지

않도록 하였다. 치료감호 기간에 대해서도 치료를 위하여 종신 수용하는 것이 가능했던 사회보호법과는 달리 상한을 15년으로 정하여 종래의 절대적 부정기형의 문제점을 해소하였다. 그러나 일정한 상한을 정하기보다는 증상별로 치유기간을 조사하여 장기의 기간을 정하여 선고하는 방안은 향후 과제로 남아있다고 하겠다. 그리고 규정상으로는 치료감호 대상자에 대한 구분수용을 규정하여 분리 수용·치료를 꾀하고 있으나 실효성 문제에 대해서는 여전히 논의가 요구된다. 또한 치료감호 종료 후 치료가 중단되어 나타날 수 있는 정신질환에 재발과 이에 따른 재범가능성에 대한 대책으로써 치료감호 종료 후 5년 범위 내(1차 연장가능)에서 무료로 통원치료를 받을 수 있게 하는 외래진료제등의 규정을 두고 있으나 이것은 대상자의 자발성에 근거한 처우이므로 사실상 실효성 확보가 어렵고 그것도 공주치료감호소에서만 외래진료제가 실시되고 있어 대상자가 쉽게 방문하여 이용하기에도 한계가 있다.

이러하듯 우리나라의 치료감호는 그 목적에 부합하는 제도의 정착을 위해 법적인 측면이나 운영 면에서 여러 가지로 개선되어 왔으나 그럼에도 불구하고 아직 문제점이 많이 남아있다.

치료감호가 더욱 실효성 있는 제도로 정착하기 위해서는 비례성원칙의 명문화, 심신장애자와 중독자 분리수용 및 개별처우를 위한 시설 마련, 외래진료제의 강화, 치료감호기간의 적정화, 피치료감호인의 불출석 재판 규정의 재고, 전문 인력의 확충 등이 필요하다. 그리고 치료감호의 운영에는 특성상 정신의학 등의 전문적 지식이 요구되므로 법적인 논의뿐만 아니라 정신의학 등과 연계한 깊이 있는 연구가 이루어져야 할 것이다.

- 目 次 -

논문개요

제1장 서론	1
제1절 연구배경 및 목적	1
제2절 연구방법 및 범위	3
제2장 치료감호의 이론적 기초	5
I. 치료감호제도의 의의 및 연혁	5
1. 치료감호제도의 의의	5
2. 치료감호제도의 연혁	7
II. 보안처분으로서의 치료감호	10
1. 치료감호의 필요성	10
2. 치료감호의 정당성과 한계	12
(1) 보안처분법정주의	13
(2) 적법절차의 원칙	14
(3) in dubio pro reo의 원칙	14
(4) 비례성의 원칙	16
제3장 치료감호제도의 비교법적 고찰	16
I. 독일	16
1. 독일 보안처분제도의 개관	16

2. 보안처분의 구체적 내용	19
(1) 보안감호	19
(2) 정신병원수용	24
(3) 금단시설수용	25
(4) 행상감독	26
3. 최근 변화의 움직임	27
II. 미국	32
1. 정신장애범죄자의 원칙적 정신병원수용	32
(1) 소송무능력자의 정신병원 수용	33
(2) 책임무능력자의 정신병원수용	34
1) 유죄이나 정신이상 평결에 따른 정신병원수용	35
2) 정신이상으로 무죄 평결에 따른 정신병원수용	36
3) 모범형법전에 따른 정신병원수용	36
2. 정신장애범죄자에 대한 처우로서 치료법원	37
(1) 미국의 치료법원(Mental Health Courts)	37
1) 치료법원의 개요	37
2) 문제해결법원으로서의 치료법원	38
(2) 치료법원에 대한 평가	42
III. 일본	44
1. 일본의 의료관찰법의 개요	44
2. 정신장애범죄자에 대한 사회복지지원제도	51
(1) 사회복지조정관제도	52
(2) 다직종 팀(CPA)제도	55
3. 일본의 정신보건관찰제도의 문제점	57
IV. 소결	62

제4장	현행치료감호제도의 내용 및 현황	65
I.	현행 치료감호제도의 내용	65
1.	치료감호대상자	65
(1)	원인범죄로서의 ‘금고이상에 해당하는 범죄 행위’	66
(2)	금고이상의 형을 받은 정신장애자	66
(3)	금고이상의 형에 해당하는 죄를 범한 약물 · 알코올 중독자	67
(4)	금고이상의 형에 해당하는 죄를 범한 정신성적 장애자	68
2.	치료감호의 요건	69
(1)	치료의 필요성	70
(2)	재범의 위험성	71
3.	치료감호기간	74
4.	치료감호청구요건	75
(1)	정신감정	75
(2)	청구가능기간	76
5.	치료감호의 절차	77
(1)	경찰단계	77
1)	감호요건의 조사	77
2)	보호구속	79
(2)	검찰단계	79
1)	검찰의 수사와 정신감정	79
2)	검찰의 치료감호청구	80
(3)	재판단계	83
1)	치료감호의 재판	83
2)	법원의 정신감정	84
6.	치료감호의 집행 및 종료	85

II. 치료감호의 집행현황	86
1. 치료감호소 일반현황	86
2. 수용현황	88
(1) 수용대상자의 인구사회학적 특성	88
(2) 죄명, 병명, 수용기간, 입원횟수별 분포	90
제5장 현행치료감호제도의 문제점 및 개선방안	93
1. 치료감호대상자 규정의 문제점	93
2. 치료의 필요성과 재범의 위험성 판단	94
(1) 치료의 필요성	94
(2) 재범의 위험성 판단문제	95
3. 기간의 적정화 문제	101
4. 비례성원칙의 명문화	105
5. 잔여형기처우	106
6. 피치료감호청구인의 불출석 재판 규정	108
7. 치료대상군별 분리수용 및 처우	110
8. 치료감호소 분산과 치료위탁의 실시	111
9. 외래진료제도의 강화와 중간처우시설의 마련	113
10. 치료감호심의위원회제도의 문제	116
11. 보안처분(치료감호)의 형법전 편입	118
제6장 결론	122

참고문헌

ABSTRACT

제1장 서론

제1절 연구배경 및 목적

형벌은 책임을 요건으로 하여 부과되므로 범죄행위에 대한 제재수단으로서 한계가 있다. 정신장애 등과 같이 책임능력이 미약하여 형벌을 적용할 수 없거나, 형벌을 적용하더라도 형벌에 대한 인식이 없거나 불충분하여 교화·재사회화 등 그 효과를 기대할 수 없는 경우에 형벌이라는 처분만으로는 형벌이 꾀하는 목적을 달성 할 수 없게 된다. 이러한 형벌의 한계점을 극복하고 보완하기 위하여 도입된 것이 보안처분이고, 치료감호는 그 보안처분의 일종인 자유박탈적 보안처분이다. 치료감호는 심신장애 또는 마약류·알코올 그 밖에 약물중독, 정신성적 장애 상태 등에서 범죄 행위를 한 자로서 재범의 위험성이 있고 특수한 교육·개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 적절한 보호와 치료를 함으로써 재범을 방지하고 사회복지를 촉진하기 위하여 도입된 제도이다.

치료감호는 1980년 사회보호법을 통해 도입되었고, 치료감호법은 2005년 사회보호법 폐지로 인한 대체입법으로 2005년 8월 제정되었으며, 2008년·2010년 개정을 거쳐 정신성적장애자로서 성폭력범죄를 저지른 자도 치료감호 대상에 포함시켰다. 치료감호법은 치료감호의 요건으로 치료의 필요성이라는 요건을 추가하여 치료감호에서 가벌성 요건인 책임능력과 관련하여 치료필요성을 분리해 사회의 보호만을 중심으로 하는 처분이 되지 않도록 하였다. 치료감호 기간에 대해서도 치료를 위하여 완치될 때까지 수용하는 것

이 가능했던 사회보호법과는 달리 상한을 15년으로 정하여 종래의 절대적 부정기형의 문제점을 해소하였다. 그러나 일정한 상한을 정하기보다는 증상별로 치유기간을 조사하여 장기의 기간을 정하여 선고하는 방안은 아직 과제로 남아있다.

그리고 규정상으로 치료감호 대상자에 대한 구분수용을 규정하여 분리 수용·치료를 꾀하고 있고, 치료감호 종료 후 치료가 중단되어 나타날 수 있는 정신질환에 재발과 이에 따른 재범가능성에 대한 대책으로써 치료감호 종료 후 5년 범위 내(1차 연장가능)에서 무료로 통원치료를 받을 수 있게 하는 외래진료제등의 규정을 두고 있다.

이러하듯 치료감호법에 대해서는 제정당시 이전 사회보호법 시절 제기되었던 많은 문제점들을 수용하여 개선했다고 평가 될 수 있고, 그 후에도 대두되는 문제점에 대한 대응 혹은 사회적 필요성에 따라 정신성적장애자를 대상에 포함시키는 등 개정을 거치며 자리를 잡아가고 있으나 그 노력에도 불구하고 아직 해결되지 않은 많은 논의점이 남아있다.

따라서 계속된 연구를 필요로 한다는 것을 이 논문의 출발점으로 하며 과연 치료감호를 더욱 그 목적에 부합하는 실효성 있는 제도로 정착시키기 위해서는 어떠한 문제점들이 개선되어야 하고 무엇이 보완되어야 하는가에 대한 대답을 모색하는 것을 본 논문의 목적으로 한다.

제2절 연구방법 및 범위

본 연구에서는 치료감호법상의 치료감호제도의 내용과 운영실태를 파악하여 치료감호제도의 현주소를 알아보고 보다 효과적이고 합리적인 제도 운영의 방안을 제시하는 것을 목적으로 한다.

이 논문은 연구주제와 관련된 문헌과 선행연구논문 및 통계자료 등을 중심으로 한 문헌연구이다. 먼저 치료감호의 개념과 법적 성질 등 이론적 배경을 살펴보기로 한다. 치료감호제도는 사회보호법에서 치료감호법으로, 또한 치료감호법의 개정을 통해 보다 사회적 요구에 부합하고 대두되는 문제에 대응하기 위해 노력 중 이므로 그 흐름과 변화에 대해서도 고찰한다.

또한 외국의 경우 치료감호를 위해 어떠한 제도를 마련하여 운영 중인지 독일, 미국, 일본의 예를 살펴보고 각국의 법제도의 동향과 우리 제도에 어떠한 시사점을 제공하는지 살펴본다. 현재 운영 중인 우리 치료감호제도의 구체적인 내용과 현황파악을 위해 관련 자료를 검토해본다.

마지막으로 위에서 살펴본 치료감호의 내용과 현황을 바탕으로, 제기되는 문제점들에는 어떠한 것들이 있으며 그 개선방안으로는 어떠한 것들이 있는지 고찰하고, 앞으로의 치료감호의 운영방향에 대한 논의로 결론을 맺고자 한다.

다만, 법적인 논의에서 더욱 나아가 실제 적용에 다다르기 위해서는 법학분야의 접근뿐만이 아닌 그 기준이 되는 정신의학 등의 전문적인 지식이 요구되고, 실무와 의학계의 토론도 요구된다.

본 연구는 치료감호제도의 법제도적 비교검토의 논의를 통하여 현행 치료

감호제도의 개선방안을 다룬 것이다. 물론 대상자별로 세분화하여 그 내용과 특징을 살펴보아야 하지만 정신의학과 깊이 연관되는 부분은 본 논문에서 다루지 못하였다. 보다 구체적인 내용은 향후 후속연구를 통해서 보완될 수 있을 것이라고 생각한다.

제2장 치료감호의 이론적 기초

I. 치료감호제도의 의의 및 연혁

1. 치료감호의 의의

치료감호법상 치료감호처분은 현행법상 유일한 자유박탈 보안처분으로 심신장애로 인하여 벌할 수 없거나 형이 감경되는 자로서 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 지은 자, 마약·향정신성 의약품 기타 알코올 등을 섭취하는 습벽이 있거나 중독된 자로 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자. 소아성기호증, 성적 가학증 등 성적 성벽이 있는 정신성적 장애자로 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 자에 대하여 치료의 필요와 재범의 위험성을 요건으로 독립하여 또는 형에 병과하여 치료감호 부과하는 처분이다.¹⁾

1) 치료감호법 제1조(목적) 이 법은 심신장애 상태, 마약류·알코올이나 그 밖의 약물중독 상태, 정신성적(精神性的) 장애가 있는 상태 등에서 범죄행위를 한 자로서 재범의 위험성이 있고 특수한 교육·개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 장애 대하여 적절한 보호와 치료를 함으로써 재범을 방지하고 사회복귀를 촉진하는 것을 목적으로 한다.

제2조(치료감호대상자) ① 이 법에서 “치료감호대상자”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로서 치료감호시설에서 치료를 받을 필요가 있고 재범의 위험성이 있는 자를 말한다.

1. 「형법」 제10조제1항에 따라 벌할 수 없거나 같은 조 제2항에 따라 형이 감경되는 심신장애자로서 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 지은 자.

2. 마약·향정신성의약품·대마, 그 밖에 남용되거나 해독을 끼칠 우려가 있는 물질이나 알코올을 식음(食음)·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 금고 이상의 형에 해당하는 성폭력 범죄를 지은 자

② 제1항제2호의 남용되거나 해독을 끼칠 우려가 있는 물질에 관한 자세한 사항은 대통령령으로 정한다.

즉 치료감호는 심신장애, 약물중독, 정신성적 장애로 인하여 범죄를 범하였고 범죄를 범할 위험성이 있는 자에 대하여 특수한 치료, 교육, 개선이 필요하다고 할 때 적절한 보호와 치료를 통하여 재범을 방지하고 사회복귀를 촉진하기 위하여 제정되었다.

치료감호는 심신장애자, 마약류 등과 알코올 중독자, 정신성적장애자 등에 적용된다는 점²⁾에서 범죄와 관련된 물건의 몰수, 범죄행위에 이용된 시설 또는 영업소의 폐쇄 등의 처분인 대물적 보안처분과 구별되는 대인적 보안처분이고, 또한 자유박탈적 보안처분이기³⁾에 정상적인 사회생활을 영위하도록 하면서 보호관찰관·행상감독관의 지도 및 감독을 받도록 하여 개선과 사회복귀를 도모하는 보호관찰·행상감독을 비롯하여 선행보증, 직업금지, 거주제한, 국외추방, 운전면허의 박탈 등의 자유 제한적 보안처분과는 구별된다.⁴⁾

우리 치료감호제도는 치료감호와 형이 병과된 경우 치료감호를 먼저 집행하고 이 경우 치료감호의 집행기간을 형기에 산입(치료감호법 제18조)하는 소위 대체주의⁵⁾를 취하여 보안처분과 형벌의 대체성·동질성을 취하는 점

2) 치료감호법 제1조, 제2조, 제2조의2.

3) 치료감호법 제16조(치료감호의 내용) ① 치료감호를 선고받은 자(이하 "피치료감호자"라 한다)에 대하여는 치료감호시설에 수용하여 치료를 위한 조치를 한다.

4) 장규원, "보호감호의 실태와 개선방안", 한국형사정책연구원, 1993, 30면.

5) 대체주의는 책임주의에 따라 형벌을 선고하되 그 집행단계에 있어서는 보안처분에 의하여 대체하거나 일정한 조건 하에 보안처분의 집행이 종료한 후 형벌을 집행하는 제도로 이원주의와 일원주의를 절충한 형태이다. 즉 대체주의는 기본적으로 이원주의의 입장에서 형벌과 보안처분을 함께 선고하는 것을 인정한다. 그러나 그 집행방법에 있어서, 책임의 범위 안에서 선고된 형벌을 집행단계에서 보안처분으로 대체할 수 있는 것으로 이해한다. 보안처분은 행위자의 개선을 목적으로 하기 때문에 행위자에 대한 특별예방적 처분을 먼저 집행하고, 형벌의 집행은 보안처분이 종료된 후 고려한다는 것이 이론적 근거가 된다. 대체주의의 특징으로 형벌에 대한 보안처분의 우선집행, 보안처분 집행기간의 형기산입, 보안처분 집행 후의 형벌집행의 유예가능성 등을 들 수 있다. 대체주의는 형벌과 보안처분의 관계에서

이 눈에 띈다.

2. 치료감호의 연혁

고대 사회에서도 현재의 보안처분에 해당하는 국가적 강제조치가 행해졌다. 중세 이전 사형, 국외추방 등의 형벌이 주된 지위를 점하고 있었던 시대에는 범죄적 위험자에 대한 사회방위수단으로서의 보안처분의 사상은 형벌 사상에 포함되지 아니하였고 형벌과 보안처분의 관계도 명확하지 않았다.⁶⁾ 중세기 이후에는 형벌의 개별화가 나타나기 시작하여 무의식적 범죄자에게는 보안구금 그리고 정신병자의 경우에는 배에 태워 하천에 띄워 보내는 등의 제재수단이 있었음을 알 수 있다.

엄밀한 의미에서 역사상 보안처분의 개념이 등장한 것은 Carolina 형법전에서 부터이지만 부정기(不定期)의 보안구금에 지나지 않았다. 형벌과 구별되는 의미의 보안처분을 최초로 주장한 학자는 클라인(Klein)이었다. 클라인은 형벌의 위하적 효과를 줄이고 개선의 사상을 강조하면서도 개별적인 행위책임과 형벌과의 비례는 불가결하다는 전제하에서 형벌은 많은 행위자에 대하여 부적합한 제재이므로 형벌 이전에 행위자의 범죄적 위험성을 대상으로 하는 보안처분이론을 개발하였다. 클라인에 따르면 보안처분은 행위자의 위험성을 기초로 하여 그 위험성은 사정에 따라 변경 · 증가 · 소멸할 수

이론적인 면보다는 실질적인 면을 강조하고, 형사정책적인 고려를 중시하며 독일과 스위스 형법이 대체주의에 따르고 있다.(장규원, “치료감호제도의 발전적 운영방안에 대한 고찰”, 보호 통권 14호, 2002, 58면.)

6) 정영석·신양균, 형사정책, 법문사, 1994, 347면.

있으므로 그 기간도 판결선고 시에 확정할 수 없다는 점에서 형벌과 구별되지만 보안처분의 선고는 시민의 자유를 위하여 법관에 의하여 선고되어야 한다는 것이다.⁷⁾

현대적 의미의 보안처분제도의 제안은 1893년 스위스 형법예비초안에서 슈투스(Stooss)에 의해 실현되었다. 슈투스는 “형벌의 본질은 응보이지만 범인의 개선교화와 범죄예방에는 형벌로 불충분하다면서 위험한 정신질환자의 치료와 보호 및 위험한 상습인의 보호, 알코올 중독자의 시설수용 등을 통하여 특별예방목적을 달성할 수 있는 보안처분제도를 도입해야 한다”고 주장하였다.⁸⁾

이처럼 보안처분은 기존의 응보적 형벌이 범죄예방에 현실적 한계를 드러내자 이에 대한 보완책으로 형벌의 영역에 들어온 것이다. 이와 같이 형사제재의 수단으로 형벌과 보안처분이 병존하는 제도를 형사제재의 이원주의라고 한다.

형사제재의 이원주의는 스위스형법 예비초안에 제시된 후 곧 유럽 여러나라가 이 제도를 검토·입법화하였다.⁹⁾ 독일에서는 보안처분이 바이마르공화국 시대부터 준비 작업에 들어갔으나 학파논쟁에 휘말려 그 실현을 보지 못하다가 1933년 상습범규제법률에서 처음으로 도입되었다. 1975년 독일의

7) 좌세우, “현행보안처분제도의 문제점 및 개선방안에 관한 연구”, 연세대학교 석사학위논문, 1995, 6면.

8) 김상호, “치료감호제도에 관한 연구”, 경남대학교 대학원 석사학위논문, 1988, 11면.

9) 영미형법과 보안처분 - 형미법계의 나라는 보안처분의 관념은 없으나, 형법은 이원주의에 의거하고 있다고 생각해도 좋다. 즉 영국에 있어서는 정신장애로 인하여 무죄가 된 자에 대하여, 재판소는 형벌을 대신하여 정신병원에 입원을 명할 수 있는 등의 제도가 있고, 미국의 경우에도 정신장애 때문에 무죄로 여겨져야 하는 피고인에 대해, 재판소는 그 자의 위험성이 인정될 때에는, 보안시설에 수용하는 것이 가능하다는 제도가 있다(예를들어 뉴욕주). 大谷 實, 刑事政策講義, 弘文堂, 2009, 157면.

신형법에서도 형법총칙편에 형벌과 함께 보안처분을 규정하고 있다.¹⁰⁾

우리나라의 치료감호는 1980년 사회보호법을 통해 도입되었다. 사회보호법은 치료감호 이외에도 보호감호와 보호관찰의 보안처분을 규정하여 형법에 규정된 형벌과 함께 형사제재 이원주의의 근간을 이루었다.

사회보호법의 보호감호는 상습누범에 대한 대책이었으며, 치료감호는 심신장애자와 약물중독 범죄자에 대한 대책이었다. 그러나 보호감호는 이중처벌, 과잉처벌 등 인권침해적 문제로 인하여 2005년 사회보호법폐지법률¹¹⁾(법률 제5179호)이 제정되면서 역사 속으로 사라졌다.¹²⁾

치료감호법은 이러한 사회보호법의 대체입법으로 2005년 8월(법률 제7665호) 제정되었고, 2008년 6월 13일(법률 제9111호)과 2010년 4월 15일(법률 제10258호) 일부개정을 거쳐 정신성적 장애자로서 성폭력범죄를 저지른 자도 치료감호의 대상으로 추가하기에 이르렀다.¹³⁾

10) 정필자, “정신장애범죄자의 치료감호제도에 관한 연구”, 공주대대학원 석사학위논문, 2004, 7면.

11) ‘사회보호법폐지법률안’의 제안이유를 보면, 현행 사회보호법상의 보호감호 처분 등은 피감호자의 입장에서 이중처벌적인 기능을 하고 있을 뿐만 아니라 그 집행실태도 구금위주의 형벌과 다름없이 시행되고 있어 국민의 기본권을 침해하고 있고, 사회보호법 자체도 지난 권위주의 시대에 사회방위라는 목적으로 제정한 것으로 위험한 전과자를 사회로부터 격리하는 것을 위주로 하는 보안처분에 치중하고 있어 위험적인 소지가 있기 때문에 이를 폐지하여 국민의 기본권을 보장하려는 것이다.(윤상민, “현행 치료감호제도의 문제점과 개선방안”, 원광법학, 2010, 378면.)

12) “이 법 시행 전에 이미 확정된 보호감호 판결의 효력은 유지되고 그 확정판결에 따른 보호감호 집행에 관하여는 종전의 ‘사회보호법’에 따른다”는 내용의 ‘경과규정’(사회보호법폐지법률 제2조)이 남으면서 사회보호법의 생명은 지금도 이어지고 있다고 할 수 있다. 교도소로 이름을 바꾼 보호감호소도 여전히 살아있다. 또한 최근에는 보호감호의 재도입 추진에 관한 논의도 이루어지고 있다. 이에 대해서는 송문호, “형법개정과 상습누범: 위험한 성범죄인에 대한 보호감호제도의 재도입에 관한 논의”, 형사정책연구 제 21권 제1호, 2010 참조.

13) 장규원, “치료감호법 개정논의에 대한 고찰”, 비교형사법연구 제12권 제1호, 2010, 202면.

II. 보안처분으로서의 치료감호제도

1. 치료감호의 필요성

현행 치료감호법은 제1조에서 “이 법은 심신장애 상태, 마약류·알코올이나 그 밖의 약물중독 상태, 정신성적(精神性的) 장애가 있는 상태 등에서 범죄행위를 한 자로서 재범(再犯)의 위험성이 있고 특수한 교육·개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 적절한 보호와 치료를 함으로써 재범¹⁴⁾을 방지하고 사회복귀를 촉진하는 것을 목적으로 한다.”고 규정함으로써 그 목적을 밝히고 있다.

이러한 치료감호법의 입법목적은 사회보호법¹⁵⁾의 입법목적과 비교해보면 흥미로운 점을 발견하게 된다. 사회보호법은 “죄를 범한 자로서 재범의 위험성이 있고 특수한 교육·개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 보호처분을 함으로써 사회복귀를 촉진하고 사회를 보호”하는 것을 입법 목적으로 규정하여 “사회보호” 즉 “보안”에 입법목적의 방점을 찍고 있었던 것에 비하면, 현행 치료감호법¹⁶⁾은 일견 피처분자의 “사회복귀”, 즉 “개선”

14) 병적징후라고 본다.

15) 사회보호법은 제정이유서에서 우리 사회에는 전통적인 형벌만으로는 개선·교화되지 않는 상습범과 조직범 그리고 현행법령으로는 규제할 수 없는 고질적인 심신장애 범죄인이 수다히 있고, 이들은 언제 어디서 국민의 생명과 재산을 침해할지 예측하기 어려운 위험한 상태에 있으므로 선량한 대다수 국민과 사회를 보호하고 특히 전과자로서 재범의 위험성이 있는 자에 대하여는 사회복지적 측면에서 각인에 합당한 교육과 훈련을 과하거나 적절한 치료와 선도를 행함으로써 훌륭한 사회인으로 사회에 복귀시켜 새 시대에 동참케 하는 것은 국가와 국민의 책무라 할 것인 바, 상습범·조직범·심신장애범죄자·마약류중독자·알코올중독자중 특히 위험한 범죄인에 대하여 사회의 보호와 교육·개선·치료를 위한 감호와 보호관찰을 행할 수 있게 하기 위하여 보호처분제도를 마련한 것이라고 밝히고 있다.

16) 치료감호법 제·개정문에서 제정이유를 심신장애 또는 마약류·알코올 그 밖에 약물중독 상태 등에서 범죄행위를 한 자로서 재범의 위험성이 있고 특수한 교육·개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에

목적에 초점을 맞추고 있는 것처럼 보인다. 그러나 전체적으로 살펴보면 치료감호법의 입법목적의 규정은 사회보호법 목적조항에 비해 처분의 수단과 목적을 “보호”와 “치료” 및 “재범방지”와 “사회복귀”로 다소 세련되게 표현한 것에 지나지 않으며, 결국 모두 핵심 목적은 재범방지, 즉 보안에 두고 있다 할 것이라는 의견¹⁷⁾도 있다.

그러나 치료감호법은 사회보호법과는 다르게 치료감호기간의 상한을 정하고 구분수용 의무화 등의 규정을 두어 그동안의 사회보호법의 문제점에 수용하면서 제정되었고, 피치료감호자에 대한 치료와 사회복귀에 더욱 초점을 두고 있다는 점에서 그 차이점과 의의가 있다고 할 것이다.

형법 제 10조는 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 없는 자 또는 미약한 자에 대하여 벌하지 아니하거나 형을 감경한다고 규정하고 있다. 심신장애등으로 처벌을 하더라도 형벌에 대한 올바른 인식이 없거나 불충분하여 그 효과(교화·개선 및 재사회화)를 기대할 수 없는 경우, 또한 범죄를 저지른 심신장애자들은 위험성이 높기 때문에 사회에 그대로 방치한다는 것은 일반인을 범죄에 노출시키는 결과를 초래할 수 있다. 심신장애자가 장차 중대한 범죄행위를 범할 우려가 있는 경우에는 형사정책상 큰 문제가 아닐 수 없다.

이러한 사실을 놓고 볼 때, 책임능력이 없으나 사회적 위험성이 있는 범죄인으로부터 사회를 방위하기 위한 합목적적 강제조치가 필요하다.

보안처분으로서의 치료감호제도는 책임능력을 결한 범죄자의 재범방지를 위

대하여 적절한 보호와 치료를 함으로써 재범을 방지하고 사회복귀를 촉진하는 등 종전의 「사회보호법」에 의하여 규율되어 온 치료감호제도를 보완·개선하려는 것이라고 하였다.
17) 강우예·박학모, 형사법개정연구 (IV) 보안처분제도의 정비방안, 2009, 50면.

한 합목적적 형사정책이다. 정신장애자와 같이 책임무능력자 또는 한정책임능력자에 대한 보안처분으로서의 치료감호는 범죄성 정신장애자의 치료 내지 개선과 함께 보안의 목적을 동시에 달성하기 위한 제도로 그 필요성은 형벌만으로는 형벌의 기능이 충분히 수행되지 못한다는 현실적인 이유에서 찾을 수 있다.

형벌은 책임을 전제로 하고 그에 따라 형법적으로 아무리 중요한 목적이 인정 되더라도 책임의 정도를 초과하여 추구할 수 없다. 이렇듯 형벌이 이미 발생한 범죄행위에 대한 사후적 제재라는 관념과 행위책임을 엄격히 고수한다면, 행위자의 장래의 인격발전을 고려하는 것은 개념적으로 불가능하게 된다. 따라서 행위자의 정신적 결함으로 인하여 이에 대한 개선의 필요성이 인정될 때 또는 형벌을 부과할 수 없는 책임무능력자의 재범위험성에 대한 보안, 개선 그리고 치료의 목적은 책임을 기초로 하는 형벌로는 달성할 수 없게 된다. 바로 이러한 형벌의 한계에서 보안처분의 필요성이 인정되고 있다. 보안처분의 일종인 치료감호도 행위책임을 원칙에 따라 형벌을 부과할 수 없는 자에 대하여 치료와 개선 그리고 보안의 조화가 유지되고, 치료·개선의 이념이 전면에서 나타나야 한다는 주장이 강력히 대두되면서 그 필요성이 인정되고 있다.¹⁸⁾

2. 치료감호의 정당성과 한계

18) 장규원, “치료감호제도의 발전적 운영방안에 대한 고찰”, 보호 통권 14호, 2002, 61면

치료감호가 치료 · 개선을 목적으로 하는 제도이기는 하지만, 대상자의 자유를 제한하는 정도가 큰 자유박탈적 보안처분이라는 점에서 정당성의 문제가 제기된다. 따라서 치료감호도 법치국가적 이념에 상응하는 보안처분의 지도원리에 따라서만 그 정당성이 인정될 수 있을 것이고, 이에 치료감호제도상의 개별규정의 해석과 입법에 지침을 제공하는 그 일반적 원리를 구명해보는 것은 의미있는 논의가 될 것이다. 일반적으로 보안처분 특히 치료감호에서 요구되는 지도원리로서 보안처분법정주의, 적법절차의 원칙, ‘의심스러울 때에는 피고인에 유리하게’(in dubio pro reo)의 원칙, 비례성의 원칙 등을 들 수 있다.¹⁹⁾

(1) 보안처분법정주의

형법의 기본원칙의 하나인 죄형법정주의 원칙은 국가의 부당한 형사제재로부터 국민의 인권과 자유를 보장하여 주는 역할을 하고 있다. 죄형법정주의는 형법에 의한 개인의 자유와 재산에 대한 국가적 침해의 전제로서 구성요건적 행위와 그에 대한 법적 효과가 성문법률에 규정되어 있어야 한다는 원칙이다.

보안처분도 형벌과 같은 형사제재이므로 대상자의 인권과 자유도 보장되어야 하기 때문에 죄형법정주의의 원칙은 치료감호를 과하는 경우에 있어서도 적용되어야 한다. 이를 보안처분법정주의라고 한다. 이에 죄형법정주의의 일반원칙인 성문법주의, 법률불소급의 원칙, 명확성의 원칙, 유추해석 금지

19) 장규원, 위의 논문, 62면.

의 원칙 등은 보안처분에서도 적용되어야 한다.²⁰⁾

(2) 적법절차의 원칙

적법절차의 원칙은 공권력에 의한 국민의 생명, 자유, 재산의 침해는 반드시 합리적이고 정당한 법률에 의거해서 정당한 절차를 밟은 경우에만 유효하다는 원칙이다. 즉 누구든지 적정한 법의 절차에 의하지 아니하고는 생명·자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다는 원칙이다. 헌법 제12조 제1항²¹⁾은 보안처분에 대한 적법절차를 규정하고 있다. 이에 따라 보안처분을 과하기 위해서는 두 가지의 요건이 갖추어져야 한다. 합리적이고 정당한 법률의 존재와 적법절차에 따라야 한다는 점이다. 적법절차란 절차의 적법성뿐만 아니라 절차의 적정성까지도 요구하고 있다.

따라서 보안처분을 과하기 위해서는 근거가 되는 법률이 정당한 절차에 의하여 만들어진 정당한 내용의 법이어야 하고, 적법절차의 정신에 따라 판결에 의해서만 가능하도록 그에 대한 절차가 입법적으로 확립되어야 한다.

(3) ‘의심스러울 때에는 피고인에 유리하게’(in dubio pro reo)의 원칙

‘의심스러울 때에는 피고인에 유리하게’의 원칙은 헌법이 보장하는 무죄추정의 권리에서 도출되는 원칙으로서 사실판단을 행하는 법관에게 주어진 최

20) 장규원, 위의 논문, 62면.

21) 헌법 제12조 1항에서는 “누구든지 …… 법률과 적법절차에 의하지 아니하고는 …… 보안처분을 받지 않는다고 규정하고 있다.

종적 판단기준이다.

피고사건에 대한 실체적 진실규명의 최종적 책임은 법원에 있는데, 법원이 범죄사실의 존부와 그 밖의 관련 사실들을 판단함에 있어서 최선을 다하여 심리하였으나 확고한 심증형성이 불가능 한 경우가 있고 이 때 법원은 확고한 심증형성이 불가능함을 이유로 재판을 기피할 수 없으므로 재판불능 상태에 대비하는 특별한 판단기준이 요구된다. 이를 위한 준칙이 바로 ‘의심스러울 때에는 피고인에 유리하게’(in dubio pro reo)의 원칙이다²²⁾.

‘의심스러울 때에는 피고인에 유리하게’의 원칙은 사실판단을 위한 최종적 기준으로 작용하며 법률판단의 문제는 그 적용대상으로 되지 않는다. 법률판단은 법원의 전권사항으로 그 판단이 불분명이란 생각할 수 없기 때문이다. 따라서 법률문제의 판단에 있어서 피고인에게 유리한 경우와 불리한 경우가 대립되었을 때 법관이 피고인에게 불리한 견해를 채택하여 판단하는 것은 ‘의심스러울 때에는 피고인에 유리하게’의 원칙에 반한다고 할 수 있다.

인간의 존엄성을 기본권질서의 가치적인 핵으로 보장하고 있는 헌법질서에서 인정되고 있는 ‘의심스러울 때에는 피고인에 유리하게’의 원칙은 치료감호를 비롯한 모든 자유박탈적 보안처분²³⁾ -치료감호처분은 부정기로서 큰 자유제한을 초래할 수 있다는 점에서 특히 - 에 있어서도 적용되어야 한다.²⁴⁾

22) 형사소송법 제307조 제2항.

23) 보안처분은 범죄인이 실제로 현저히 위법한 행위를 범했고, 그에게서 이것과 유사한 행위가 장래에 기대되어지며, 그로 인해 일반시민의 안전을 보호하기 어려운 경우에 한해서 선고될 수 있다. 이러한 사실은 법관에 의해 확신되어야 한다.(김혜정, “보안처분에 있어서 ‘in dubio pro reo’원칙의 효력”, 비교형사법연구 제2권 2호, 2000, 160면)

(4) 비례성의 원칙

비례성의 원칙이란 행위자에 의하여 행하여진 범죄와 장래에 예상되는 범죄 및 재범 위험성의 정도를 종합적으로 고려하여 필요한 최소한 범위로 보안처분을 제한하여야 한다는 원칙으로 형벌이 책임주의 원칙에 의하여 제한되듯이 보안처분은 비례성의 원칙에 의하여 제한된다.

비례성 원칙의 판단에는 행위자가 행한 범죄행위의 의미, 장래에 기대되는 범죄행위의 의미 그리고 행위자에 의하여 재범이 자행될 위험의 정도 등이 고려되어야 한다.²⁵⁾

제3장 치료감호제도의 비교법적 고찰

I. 독일²⁶⁾

1. 독일 보안처분제도의 개관

근대형법에서 형벌의 목적에 예방이라는 관점이 도입된 이래, 1893년 스위스형법예비초안에서 Carl Stooss에 의하여 주장된 보안처분이론은 독일 형법에도 강력한 영향을 미치게 되었다. 이는 독일에서 보안처분제도의 도

24) 장규원, 위의 논문, 63면.

25) 장규원, “치료감호제도의 발전적 운영방안에 대한 고찰”, 보호 통권 14호, 2002, 64면.

26) 김한균·김혜정, “외국의 보안처분제도에 관한 연구”, 법무부, 2007, 90면-103면.

입에 관한 수십 년 간의 논쟁과 수많은 법률안의 제기를 이끌게 되었다. 특히 위험한 상습범죄자뿐만 아니라 정신질환으로 인하여 형법상 책임이 인정되지 않아 처벌 할 수는 없지만, 재차 위법행위를 범할 것이 예상되는 대상자를 위험한 범주로 규정하여, 일반시민의 보호와 사회 안전이라는 목적을 달성하고자 하였고, 이러한 목적은 1934년 “상습범 및 보안처분에 관한 법률”을 통해 독일제국형법에 도입된 보안처분이 그 효력을 발휘하게 되면서 가능해지게 되었다. 이 법 이래 독일은 자유형과 벌금형 이외에 개선 · 보안처분제도를 채용하여 이원주의 제재형태를 취하였다.

그 이후 여러 논의를 거치다가 1996년 이후 유럽사회에 대한 끔찍한 성범죄가 증가하면서 이들로부터 사회를 보호해야 한다는 여론의 영향으로 1998년 “성범죄 및 다른 위험한 범죄에 대한 투쟁을 위한 법률”을 통해 특정범죄(주로 성폭력범죄)에 대한 보안감호요건을 완화하기에 이르렀고, 그 영향이 보안감호대상자가 감소추세에서 다시 증가하는 요인으로 작용하게 되었다.

그런가하면 2002년에는 “유보적(조건부) 보안감호의 도입을 위한 법률”을 통해 독일 형법 제66조의a를 신설하여 제66조 제3항에 열거된 특정범죄를 저지른 자에게 형의 선고시에 법원이 보안감호를 부과하기에는 그 위험성이 확실히 판명되지 않은 때에는 일단 보안감호의 선고를 유보하는 대신에 형의 집행종료시점이 가까운 때 형집행법원에 의하여 위험성 여부를 검토한 다음 보안감호의 부과여부를 결정하도록 하는 제도를 도입하였다.

또한 2004년에는 제66조의b를 신설하여 형의 선고시에 법원에서 보안감호를 부과하지 않았다고 하더라도 형의 집행을 종료하는 시점에 형집행법원에

서 위험하다고 판단하는 경우에 보안감호를 선고할 수 있는 길을 열어주고 있다.

독일은 보안처분의 집행에 있어 원칙적으로 대체주의를 취하고 있다. 즉 자유형에 부가하여 보안처분이 병과 된 경우, 원칙적으로 보안처분을 형벌에 앞서 집행한다. 다만, 보안감호에 대하여 예외적으로 항상 형벌집행을 종료한 후에 보안감호를 집행하는 병과주의를 취하고 있다. 특히 보안감호는 예외없이 형벌집행 이후에 집행하도록 하여 실질적으로 병과주의원칙이 적용되고 있다고 평가할 수 있다. 그와 함께 법원에는 이러한 보안감호를 집행하는 것이 허용되지 않기 때문에 제67조 제3항은 제67조 제1항에 언급된 정신병원 수용 및 금단시설수용에만 적용될 뿐이다. 그러나 제67조의c에 의거하여 형벌집행종료에 앞서 법원은 보안감호의 목적상 수용이 계속 필요한지 여부를 심사하여야만 한다.

이렇듯 독일에서는 보안처분이 엄격하게 제한된 영역에서 위험한 범죄자로부터 사회를 보호하기 위한 과제를 수행하고 있다고 본다. 사실 독일에서 보안감호폐지의 주장이 없는 것은 아니지만, 독일연방헌법재판소는 이러한 보안처분이 인감존엄성원칙에 반하지 않는다는 측의 손을 들어주었을 뿐만 아니라 한 걸음 더 나아가 강화된 요건의 소급적용까지 인정하는 입장을 취하고 있다.²⁷⁾

독일형법은 엄격한 책임원칙을 채택하고 있어 위법한 행위를 한 자가 형벌에 대한 인식을 갖고 내적으로 비난을 받을 만한 정신 상태를 유지하고

27) 독일연방헌법재판소 2004.2.5 판결(BVerfGE 2004.2.5. Bd. 109, S. 133) 참조(StGB, Beck-Texte im dtv, 40.Auf., 2005, S. XXII); 김한균·김혜정, 위의 논문, 93면 재인용.

있을 때에 한하여 형을 부과할 수 있다. 그러나 내적으로 비난을 감당할 만한 상태에 있지 아니한 범죄자가 다시 재범을 행할 위험이 현저하다면 이를 방치해 놓아서 안된다는 점을 고려하여 형법에서 개선 · 보안처분을 규정하고 있는 것이다.

따라서 이는 완전한 책임능력을 지니지 못한 자에 대하여 그가 장래에 드러낼 지도 모르는 위험에 대비하여 처분하는 것으로 독일형법의 개선 · 보안처분의 목적은 범죄행위자의 장래의 위험성 예방이다.

처분을 하기 위해서는 구성요건에 해당하고 위법한 행위를 자행했어야 한다. 범죄행위가 아닐 경우 처분의 대상이 되지는 않는다. 또한 행위자에 대하여 장래 중대한 범죄를 범할 위험이 고도로 인정된다는 의미에서 위험성 예측이 필요하다. 처분의 결정과 그 집행은 균형성이 지켜져야 하는데 형법 제62조에 명문으로 되어 있고, 독일헌법상 공권력의 균형성 원리에 근거하고 있다. 경미한 범행을 하였고 그저 경미한 범행의 위험성이 인정 될 뿐이라면 중한 처분을 부과하는 것은 허용되지 않는다.²⁸⁾

2. 보안처분의 구체적 내용

(1) 보안감호

독일의 보안감호는 이전 우리 사회보호법이 규정하고 있던 보호감호와와는 달리, 필요적 보안감호(독일 형법 제66조 제1항)와 임의적 보안감호(동조 제

28) 조준현, “형사사법에 있어서 정신장애자에 대한 처우의 이념과 실제”, 교정연구, 2009, 107면.

2항)를 구별²⁹⁾하고 있으면서 필요적 보안감호의 경우 대상범죄는 ‘선고형이 2년 이상의 자유형에 해당하는 고의적 범죄’로 규정하고, 임의적 보안감호의 경우 그 대상범죄는 ‘각 1년 이상의 자유형에 해당하는 고의적 범죄행위를 3회 범하여 그 중 한 개 혹은 수 개의 범죄행위로 인하여 3년 이상의 자유형을 선고할 때’로 규정하고 있다. 또 1998년 새롭게 추가된 보호감호의 특례규정이라고 할 수 있는 제66조 제3항에 따르면 ‘각 2년 이상의 자유형에 해당되는 중죄 또는 특정범죄³⁰⁾’로 되어 있다. 이처럼 각 1년 이상의 자유형에 해당되는 고의적 범죄행위를 3회 범하여 선고형이 3년 이상의 자유형인 경우 혹은 각 2년 이상의 자유형에 해당되는 중죄 또는 특정범죄로 국한하고 있다. 이러한 조건은 비록 독일에서도 1998년 늘어나는 어린이 대상 성범죄와의 전쟁을 선포하면서 형량을 상당히 상향조정하였다고 하여도, 이러한 조건을 충족시키는 것은 실질적으로 쉽지 않다고 본다.

독일의 보안감호 집행실태에 관해 살펴보면, 보안감호자 수용인원이 총 257명에 불과하고, 그 중 전체의 50.2%에 해당하는 129명이 성범죄자이다. 즉, 현재 독일에서는 사소한 범죄가 여러번 반복된다고 해서 보안감호에 처해지는 것이 아니라, 보안감호는 위협에 초점을 둔 실질적 요건이 충족되는 경우에만 부과된다고 한다.³¹⁾

29) 독일 형법 제66조 제1항의 필요적 보안감호 선고에는 전과를 요구하고 있으나, 제2항의 임의적 보안감호에서는 전과 없이 상습성에 의하여 선고할 수 있도록 하고 있다.

30) 법문에는 실질적으로 “독일 형법 제174조에서 제174c조, 제176조, 제179조 제1항에서 제3항, 제180조, 제182조, 제224조, 제225조 제1항과 제2항 또는 제323a조에 해당하는 범죄”라고 규정되어 있으며, 대부분의 범죄는 성범죄와 폭행에 관련되는 것이다.

31) 참고로 오스트리아의 경우를 살펴보면, 1957년에 형법 제23조에 ‘위험한 상습범죄인에 대한 시설수용’이라는 규정을 통하여 보호감호제도를 도입함으로써 비교적 늦게 보호감호를 도입하였다. 이는 아마도 법률상 이미 높은 형벌이 규정되어 있었기 때문이라고 보여진다. 오스트리아 형법 제23조 제1항 제1호에서는 ‘1회 혹은 수회에 걸친 신체와 생명, 자유, 사람에 대한 폭력을 통한 타인의 재물에 대한

독일에서도 형법 제66조 제1항에 의한 필요적 보안감호에서는 ‘고의적 범죄로 각 1년 이상의 자유형을 2회 선고받아(제1호요건) 그 중 한 개 혹은 수 개의 범죄행위로 2년 이상의 자유형 혹은 자유박탈적 보안처분의 집행을 받은(제2호 요건) 전과’를 요건으로 하고 있고 특례규정이라고 할 수 있는 제3항의 경우도 대상범죄가 중죄 혹은 특정범죄라는 차이가 있을 뿐 최소한 제66조 제1항 제2호 및 제3호의 요건을 충족하는 경우 보안감호를 선고할 수 있도록 하고 있다.

이에 대하여 독일법원의 입장은 독일 형법 제66조 제3항이 “한 개 혹은 수 개의 범죄행위로 최소한 3년 이상의 자유형을 이미 한번 선고받은 경우”라고 하고 있지만, 반드시 3년 이상의 자유형을 선고받은 전과를 요구하는 것이 아니고, 동조문에서 열거한 범죄와 관련된 범죄로 그에 상응한 높은 형량을 받은 것으로 전과요건에 충분한 것이라고 판시하고 있다. 이처럼 독일에서 단순히 전과만을 요구하는 것이 아니고 반드시 자유형 또는 자유박탈 보안처분의 집행까지 요구하는 형식적 요건을 가지고 있다.

필요적 보안감호와 임의적 보안감호, 보안감호 특례규정 모두에서 공통적으로 독일 형법 제66조 제1항 3호에 근거한 ‘행위자의 인격과 그의 범행에

범죄 혹은 중독약물법(1951년) 제12조 또는 1회 혹은 수회의 일반인에 대한 위험한 고의범죄로 인해 최소한 2년 이상의 자유형을 선고 받은 고의범죄’로 그 대상범죄를 엄격하게 제한하고 있다. 즉 대상범죄를 최소한 신체에 대한 침해 내지 그와 동등한 위험성을 요하는 범죄군으로 제한하고 있다. 이러한 대상범죄의 엄격성으로 현재 오스트리아의 보호감호 집행상황은 1990년 이후 대상자수가 매년 한 자리수에 불과하다고 한다. 물론 오스트리아의 경우, 독일과는 달리, 형법 제39조에 아직 누범가중규정을 두고 있다는 차이가 있다. 참고로 스위스의 경우는, 독일이나 오스트리아의 경우와는 달리, 스위스 형법 제42조에 단지 ‘고의의 중범죄 혹은 경범죄’라고 하여 보호감호의 대상범죄가 상당히 넓게 규정되어 있다. 그러나 스위스의 경우 독일이나 오스트리아와는 달리 형벌과 보호감호의 대체주의를 취하고 있고, 또 보호감호 선고의 한 요건인 전과요건을 강화함으로써 대상자를 제한하는 방식을 취하고 있어 단순히 비교하기는 어려운 부분이 있다고 본다(송문호, “독일어권 국가들의 상습누범에 보호감호”, 미발표논문, 14면 참조), (김한균·김혜정, 위의 논문, 94면 재인용).

대한 종합적 평가결과 그가 중대한 범죄, 예컨대 피해자에게 정신적으로 또는 신체적으로 심한 피해를 주거나 막대한 경제적 손해를 끼치는 범죄를 범할 습벽을 지니고 있어 일반인에게 위협하다고 판단되어야'할 것을 요구하고 있다. 따라서 이러한 판단을 위해 형벌을 마치고 보안감호집행을 하기 전에 반드시 중간심사를 실시하도록 하고 있다.³²⁾ 이는 단순히 '재범위험성'만 있으면 보안감호를 부과할 수 있는 것이 아니고, 법원이 보안감호를 부과하기 위해서는 먼저 피고인의 인격과 그의 범행에 대한 종합적인 평가가 이루어져야 하며, 그 결과 피고인에게서 중대한 범죄를 범할 성향이 발견되어야 하고, 더불어 중요한 것은 이러한 성향으로 인하여 피고인에게서 일반인에 대한 위험성이 인정되어야 한다는 대상자의 인격적인 결함여부에 대한 검토도 필요로 하는 것이다.³³⁾ 따라서 현재 독일에서 보안감호는 실질적으로 어린이 대상 성범죄 등과 같이 사회적으로 위험성이 높은 상습범죄자들을 대상으로 선고할 수 있는 여건을 갖추고 있다.

그러나 제66조 제3항이 신설되면서 특정(성폭력)범죄 등 폭력적이고 공격적인 범죄인에 대해서는 형벌이나 보안처분을 받은 전력이 없어도, 즉 초범의 경우에도 보안감호를 부과할 수 있도록 하고 있다.

보안감호집행에 있어서 형벌과 보안감호가 병과될 경우 형벌을 먼저 집행하도록 하고 있고, 이에 위험성에 대한 판단시기는 판결시를 기준으로 하여

32) 이와 관련하여 형벌을 마친 시점에 피보안감호자의 연령이 아무리 많다고 하여도, 중간심사에서 재범 위험성이 인정되는 한 보안감호를 부과하는 것은 비례성의 원칙에 어긋나지 않는다는 독일연방대법원의 판결이 있었다(BGH, Urt. v. 04. 09. 2001, NStZ 2002, S. 30f.); 김혜정, 위의 논문, 96면 재인용.

33) 독일 판례에서도 범죄를 다시 범할 내부적인 성향을 요구하고 있다(BGH, Urt. v. 11. 09. 2002, NStZ 2003, S. 201f.); 김혜정, 위의 논문, 96면.

보안처분을 선고하도록 하고 있다. 다만 형의 집행 후에 보호감호를 집행하는 과정에서 보호감호의 선고 후에 상당한 기간이 경과하여 이를 집행하게 될 때에는 반드시 형집행법원에서 위험성의 존속여부를 판단하도록 하여, 만약 위험성이 없다고 인정되는 때에는 보안감호의 집행을 유예하도록 규정하고 있다(독일 형법 제67a조 참조).

또한 독일에서는 2002년 ‘유보적 보안감호의 시행을 위한 법률’에 의거하여 독일 형법 제66a조가 신설됨으로써 제66조 제3항에 열거된 범죄를 저지른 자가 판결시에 보안감호에 관한 형식적 요건은 충족하지만, 실질적 요건인 위험성에 대한 확신이 서지 않는 경우, 법원은 그 보안감호에 대한 판단을 형종료시까지 유보하는 이른바 ‘보호감호의 유보’제도를 실시하고 있다. 이는 1990년대 중반부터 급증한 성범죄, 특히 어린이에 대한 성범죄에 대응하기 위한 조치로 보여진다.³⁴⁾ 그런가하면 2004년에 도입된 사후명령제도를 통하여 형의 선고 시점에 보안감호를 부과하지 않았다고 하더라도 형의 집행을 종료하는 시점에 형집행법원에서 피수용자가 위험하다고 판단되는 경우 보안감호를 선고할 수 있도록 규정하고 있다.

독일의 경우 법원은 피감호자가 보안처분의 집행장소 밖에서 더 이상 위법행위를 하지 않으리라고 예상될 때 잔형집행중지결정을 내리도록 되어 있다.(가출소) 즉, 보안감호 중에 언제든지 피감호자에게서 재범의 위험성이 없다고 판단되면 반드시 잔형집행중지결정을 하여야 하는 것이다. 독일 형법 제67e조는 법원이 언제든지 피감호자의 집행중지여부를 심사할 수 있도록 명시하고 있으며, 특히 보안감호대상자에 대해서는 매 2년마다 반드시

34) 김혜정, 위의 논문, 97면 참조.

집행중지여부를 심사하도록 의무조항을 두고 있다. 또 법원은 이와 같은 심사주기를 단축할 수도 있다.

독일에서는 ‘자유형과 자유박탈 보안처분의 집행에 관한 법률’이라는 행형법 안에 보안감호 집행에 관한 상세한 내용을 담고 있는데, 기본적으로 피보안감호자에 대해서 독일 행형법의 주요규정을 적용하면서 장기간의 구금으로 인한 피해를 방지하기 위하여 수형자에 비하여 약간의 특권을 인정하고 있다. 예를 들어 일반수형자에 비하여 2배의 면회시간과 자유시간을 인정하고, 더 많은 용돈의 지급, 일반수형자와는 다르게 사복착용과 사제 이불의 이용, 보다 긴 특별휴가의 허용 등 수용질서와 보안에 문제가 없는 범위에서 일반수형자에 비하여 더 많은 자유와 특권을 보장하고 있다.

(2) 정신병원수용

정신장애범죄자가 위법한 행위를 범한 사례에서 독일 형법 제63조는 정신병원수용명령을 통해 정신적으로 위험한 범죄자로부터 일반시민을 보호하기 위한 과제를 수행하고 있다.

정신병원수용을 위한 요건으로는 먼저 해당자가 위법한 행위를 범해야 하고, 그 위법한 행위는 역시 형벌의 판결을 받을 수 있는 정도에 해당하여야 한다. 또한 행위자는 행위를 할 당시 책임무능력 혹은 한정책임능력상태여야 한다. 이 요건은 확정적이어야 하며 단순한 가능성만으로는 불충분하다. 이는 형법 제323조의a에 따른 선고에서도 마찬가지이다. 그런데 책임무능력인지 혹은 단지 한정책임능력만 존재하는지 확실치 않고 그로 인해 in

dubio pro reo 원칙에 입각하여 무죄를 선고해야 하는 경우, 사회안전목적에 의한 제63조를 부과할 수 있다. 마지막으로 일반시민에 대한 위험성이 정신병원수용을 위한 요건으로 요구된다. 행위자와 그의 행위에 대한 종합평가를 통해 그의 상태로 인해 현저히 위법한 행위가 예상되고 그래서 일반인에게 위험하다는 것이 나타나야만 한다. 특히 위험성예측은 판결시점에 존재해야 한다.

(3) 금단시설수용

금단시설수용은 일반시민의 안전을 위해 위험한 중독범죄자를 치료처분을 통해 개선시키는 것에 그 목적을 두고 있다. 이러한 금단처분수용은 단순한 안전만을 목적으로 하는 처분이 아니기 때문에 치료성과에 대한 구체적인 가능성이 존재하지 않는다면 부과하지 않는 것으로 하고 있다.

이러한 금단시설 수용을 명하기 위해서는 3가지 요건을 요구하고 있다. 첫째, 행위자는 알코올중독 혹은 다른 중독물질을 남용하는 습벽을 가지고 있어야만 한다. 둘째, 중독자가 중독상태에서 혹은 자신의 습벽에 의해서 위법행위를 범해야 한다. 마지막으로 자신의 습벽으로 인해 현저히 위법한 행위를 범할 위험이 존재해야 한다. 이러한 요건에 확신을 할 수 없는 경우, 즉 합리적인 의심이 남아 있는 경우에는 “의심스러운 경우에는 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)”의 원칙에 입각하여 수용을 명해서는 안 된다.

특히 금단시설수용과 관련하여 제67조 제4항 제1문은 독일 연방헌법재판소의 결정에 의거하여 제64조 금단시설수용의 경우에만 허용되는 것으로 본

다.³⁵⁾ 우리 치료감호제도는 정신병원수용 및 금단시설수용이 포함된 내용이다.

(4) 행상감독

정신병원수용, 금단시설수용 및 보안감호수용이 자유박탈적 보안처분이라면, 행상감독은 전형적인 자유제한적 보안처분의 하나라고 할 수 있다.

행상감독은 상습범죄자의 사회복귀와 생활상 보호를 주된 내용으로 하는 처분인 바 사회의 안전을 도모하기 위하여 보호관찰관이 대상자의 사회생활 가운데에서의 행상을 지도·감독하는 사회내처우이다.

독일형법 제68조에는 법률에 의하여 행상감독을 명할 수 있다고 규정하는 경우 6월 이상의 유기자유형을 집행한 자에 대하여 법원은 그의 장래에 범행의 우려가 있으면 형에 행상감독을 병과 할 수 있다고 하였다. 현행독일형법상 행상감독대상은 두가지이다. 첫째 형법각칙상 행상감독을 명할 수 있다고 규정되어 있고, 6월 이상 유기자유형의 집행을 종료한 만기석방자로 테러리스트, 아동에 대한 성학대, 강간, 성적 강요, 저항불능자에 대한 성적 학대, 성매매의 알선, 성매매방조, 성매매목적의 인신매매, 상해, 구타모의관여, 중임신중절, 공갈적 인신탈취, 인질, 절도, 공갈, 범인은닉, 방화, 핵에너지폭발초래 등을 범한 자가 대상이 된다. 이들에 대한 행상감독은 재량판단에 따르고, 흥미로운 점은 살인이 포함되어 있지 않은데 두 번째 대상에 속할 경우 대상이 되는 것으로 본다.

35) 김한균·김혜정, 위의 논문, 98면-99면.

두 번째 대상은 정신병원수용처분, 금절시설수용처분, 보안감호처분에 처해진 사람들에 대하여 처분집행 경과 후에 반드시 행상감독을 실시하도록 한다. 행상감독은 보호관찰관이 담당한다. 보호관찰관은 일정한 장소에의 출입, 범행기회에의 접근금지, 일정한 범죄기회를 가져 올 수 있는 활동금지, 흥기 등의 보관, 소유금지, 자동차 등의 소유금지, 주소 또는 거소를 옮길 때는 지체없이 알려야 한다는 지시 등의 조치를 취한다.³⁶⁾

형벌이 되었든 아니면 보안처분이 되었든 시설내 구금을 회피 내지 완화하고 긍정적 예측을 바탕으로 실시하는 보호관찰과는 달리 행상감독은 보안처분의 연장 혹은 구금의 연장으로서의 성격을 갖고 부정적 예측을 바탕으로 하는 것으로 양자는 법적 성격 면에서 상당한 차이를 가지고 있고 따라서 행상감독의 경우 별도의 감독청을 두고 있다. 다만, 그것이 실무에서 운영될 때는 양자 모두 보호관찰관의 감독을 받도록 하고 있다는 점에서 운영상의 큰 차이를 발견하기 어려운 점을 부인 할 수 없는 딜레마에 빠져있다고 볼 수 있다.³⁷⁾

3. 최근 변화의 움직임

2005년 제16차 입법회기때부터 형사사법과 관련한 중대한 개혁이 언급되고 있고 이러한 정책변화의 중심에는 보안처분이 자리매김하고 있다. 그 중에서도 특히 독일 형법 제63조와 제64조에 따른 수용의 집행절차를 개정하

36) 조준현, 위의 논문, 110면-111면.

37) 김한균·김혜정, 위의 논문, 98면-99면.

러는 연방정부의 입법초안³⁸⁾과 이와 유사한 입장을 취하는 연방의회초안³⁹⁾이 중요하게 언급되고 있다.⁴⁰⁾

책임비난 없이도 형사제재를 부과할 수 있는 형법 제63조에 의한 정신병원수용과 제64조에 의한 금단시설수용은 일반시민의 안전을 보호할 필요성에 기초하여 그 정당성을 인정받고 있다. 그러나 최근 증가하는 수용압박으로 인하여 보안처분집행은 머지않아 절박한 상황에 직면하게 될 것으로 보고 있다. 이에 많은 주에서 그 수용능력이 한계에 도달하게 될 것이고, 이로 인해 치료가능성도 타격을 받을 것이고 시설의 안전에도 위험이 발생할 수 있을 것이며 심지어 법원에서 보안감호를 명해도 보안감호수용을 집행하기 위해서 교도소에서 한달 가량을 기다려야만 하는 사태도 발생할 수 있다는 점에서 새로운 보안처분 집행시설을 건설하거나 기존의 건물 재건축 내지 증축하여 사용해야 하는 상황이 예견된다고 한다. 따라서 보안처분집행을 위한 재정을 보다 합리적이고 합목적적으로 사용하면서도 일반시민보호를 향상할 수 있는 대안의 모색이 대두되고 있다.⁴¹⁾

이에 양 초안은 무엇보다도 보안처분 집행순서의 유연화를 통해 보안처분 집행을 위한 제한된 시설의 활용을 개선하는 문제를 다루고 있다. 예컨대 정부초안에 따르면, 선고당시 치료가 달성될 수 없는 행위자에 대한 정신병원수용의 사례에서도 집행순서를 사후에 변경할 수 있는 가능성을 열어 놓거나, 정신병원수용의 계속집행에 대한 심사를 위해 외부심사를 규칙적으로

38) BT-Drucks, 16/1110.

39) BT-Drucks, 16/1344.

40) 김혜정, 위의 논문, 99면.

41) BT-Drucks, 16/1110, S. 9. ; 김혜정, 위의 논문, 100면, 재인용.

시행하는 것 등이다. 그 외에도 연방의회는 제63조 정신병원수용을 위한 조건들을 완화시키려 하고 있다.

이러한 논의가 나온 여러 요인 중 하나로 거론되는 중요한 요인은 1일 80 유로가 요구되는 교정비용에 비해 1일 240유로가 요구되는 보안처분비용의 부담을 감소하고자 하는 목적이 있는 것으로 분석하고 있다. 한 예로써, 초안에 따르면 3년 이상의 자유형에 부가하여 금단시설수용이 명해질 때, 피선고자를 형벌과 연결되어 있는 보안처분에서 자유롭게 석방될 수 있도록 하기 위해서 앞으로는 형의 일부를 보안처분 이전에 집행시켜야만 한다는 것이다. 이는 지금까지 허용되는 해결방식처럼 전 기간 보안처분시설에 수용해야 함으로써 나타나는 비용의 절감 효과를 가져오게 될 것으로 보고 있다. 결과적으로 이러한 집행방식은 치료적 관점에서는 의문이 제기되고 있지만, 국가 재정적 측면에서는 긍정적 결정이라고 분석되고 있다.⁴²⁾

문제는 앞에서 언급한 바와 같이, 금단시설수용에 앞서 형의 일부를 집행하는 경우, 약물중독의 수형자에게 과연 형벌집행기간 동안 무엇을 해야만 할 것인지가 불명확하다는 것이다. 양 초안 모두 이 점에 대해서 언급하고 있지 않고, 다만 연방의회초안은 “그러한 사례에서 상습의 원인이 행위자의 정신병질 혹은 약물중독에만 있는 것이 아니기 때문에 형집행과정에서의 개선가능성도 피수용자의 재사회화에 유리하게 작용될 수 있는 부분이 있다⁴³⁾”고 모호하게 제시하고 있을 뿐이라는 지적을 받고 있다.⁴⁴⁾

42) Meier, "Kriminalpolitik in kleinen Schritten - Der gegenwärtige Stand der Diskussion über die Sanktionsreform in Deutschland", 21세기의 형벌과 양형(2006 국제학술회의 자료집), 2006. 12. 14, 63면; 김혜정, 위의 논문, 100면 재인용.

43) BT-Drucks, 16/1344, S. 13.

44) Meier, 위의 논문, 63면; 김혜정, 위의 논문, 101면 재인용.

물론 지금까지 현행 제67조 제2항에서 보안처분의 집행에 앞서 형의 전부 혹은 형의 일부에 대한 집행여부의 판단을 “보안처분의 목적”달성에 초점을 맞추고 있었다면, 연방의회초안은 “행위자의 재사회화”, 즉 보안처분의 집행 순서가 단지 보다 쉬운 보안처분의 목적달성과 그에 따른 치료이익에만 있는 것이 아니라, 행위자의 재사회화가능성에 대한 평가도 함께 전체적으로 결정되어야 한다는 점에 초점을 맞추고 있기 때문에 위에서와 같은 주장이 가능할 수도 있지만, 문제는 독일에서 현재와 같은 보안처분시설의 과밀수용상황에서 각 주가 필요한 비공개적인 중독상담소의 건립에 대한 재정지원을 받아야만 하는지 여부에 대한 언급도 분명하게 밝혀졌어야 한다는 비판도 제기되고 있다.⁴⁵⁾

제16차 입법회기에서 보안처분분야에 대한 두 번째 프로젝트는 행장감독의 개선을 위한 연방정부의 입법초안이다. 1975년 대대적인 형법개혁과정에서 도입되었던 행장감독의 개선목적은 보다 효과적이고 실용적인 집행이 가능하도록 하는데 있다고 한다. 그와 함께 행장감독을 위기개입의 도구로 활용함으로써, 이러한 도움이 궁극적으로 피수용자의 발전에 지금보다 더 유리하게 작용하고 더 적절한 시기에 개입될 수 있도록 하는 것에 있다고 한다.

이러한 목적을 가지고 정부초안은 형벌과 보안처분에서 석방된 후에도 사후치료를 확대하는 안을 담고 있다. 연방정부초안 제68조의b 제2항 제2문에 의하면 장래 법원에게 피선고자가 사후적인 심리치료, 정신과치료 및 사회치료를 받도록 지시할 수 있게 하고 있다. 이를 위해서 감독청과 보호관찰

45) Meier, 위의 논문, 63면; 김혜정, 위의 논문 101면 재인용.

관 이외에 법정병원⁴⁶⁾이 초안 제68조의a 제7항에 명시적으로 법률에 규정되고 있다.

그와 함께 연방정부에서는 제67조의h를 신설하여 소위 “위기개입”이라고 하여 일정기간 다시 보안처분을 집행하도록 하는 가능성을 열어두고 있다. 이에 따르면 치료적인 이유에서 필요하다면, 앞으로는 형법 제63조 또는 제64조에 따른 보안처분이 보호관찰조건부로 유예된 경우, 만약 이러한 위기개입제도가 없었다면 보안처분유예를 취소해야 하는 상황에서 이를 회피하기 위해서, 최하 3월에서 최장 6월까지 다시 보안처분을 집행할 수 있도록 하고 있다.

형사정책적으로 이와 같은 보안규정은 일부의 비판⁴⁷⁾에도 불구하고 환영할 만한 것으로 평가되기도 한다. 이에 따라 지속적인 보살핌(치료)이 필요하다는 점 때문에 석방이 아직 확정적이지 않은 문제시되는 사례에 있어서 연방정부초안에서 제시하는 새로운 방식으로 인해 석방과 함께 의료시설에서의 지속적인 치료에 대한 결정을 촉구할 수 있게 되었기 때문이다. 결국 초안의 이러한 방식은 자유형집행과 보안처분집행에서 부담되는 수용압박의 해결을 위해서 근본적이고 적절한 그리고 보충성의 원칙이 고려된 대안으로 보인다고 평가되기도 한다.⁴⁸⁾

46) 독일에는 범죄자를 전담하여 검사 및 치료를 하는 법정병원을 두고 있다. 우리의 치료감호소와 유사하다고 이해할 수 있으나, 보안처분과 관련된 기관이 아닌 모든 범죄자를 다룬다는 점에서 우리의 치료감호소와 차이가 있다고 볼 수 있다.

47) 그와 관련된 구체적인 내용은 Schalast, R&P, 2006, S. 59ff. 참조; 김혜정, 위의 논문, 102면.

48) 김한균·김혜정, 위의 논문, 99면-102면.

II. 미국

1. 정신장애범죄자의 원칙적 정신병원수용⁴⁹⁾

미국의 경우 정신장애자에 대한 보안처분적인 조치는 기본적으로 영국의 제도를 계수하며 각 주마다 다소 상이한 형태로 독자적인 법률과 제도를 전개하여 왔다. 통상적으로 책임무능력을 이유로 무죄를 선고할 경우에 그 요건이나 절차는 각 주마다 다소 상이할 지라도, 병원 기타의 시설에 수용하는 것이 보통이며, 모범형법전의 기준을 채택하고 있는 미국 과반수 이상의 주들에서는 책임무능력을 이유로 무죄가 선고된 때에는 병원수용을 원칙으로 하고 있다. 미국의 모범형법전에서 ‘범행당시 정신적 질환이나 결함으로 인하여 그 행위의 범죄성을 인식할 수 있는 능력 또는 법률요건에 그 행위를 순응시킬 수 있는 실질적 능력을 결한 자는 당해 범죄적 행위에 관하여 책임이 없다’(모범형법전 제4.01조)라고 규정하고 있어, 이는 행위시에 정신장애로 인해 위법성을 인식할 수 없거나 법의 요구에 따라 행동할 능력을 결한 경우에는 책임능력을 부정한다는 것으로 미국에서도 정신장애자는 책임능력이 배제된다.⁵⁰⁾

정신장애범죄자를 판단하는 경우 미국은 특히 형사책임능력과 더불어 공판단계에서 재판받을 수 있는 능력의 여부와 처우를 중요하게 다루고 있다. 즉, 범죄행위 당시에는 정상이었으며 공판단계에서도 유효한 소송능력을

49) 성경숙, “정신장애범죄자에 대한 치료처분제도의 개선방안”, 2010, 92면-100면.

50) 정필자, 위의 논문, 47면.

가지고 있는지의 유무가 미국 형사소송법상 중요한 비중을 차지하고 있다.⁵¹⁾

(1) 소송무능력자(IST: Incompetent to Stand Trial)의 정신병원 수용

미국에서는 소송능력을 피고인이 유효하게 소송행위를 할 수 있는 능력으로 이해한다. 이에 따르면 피고인이 소송진행과정을 알고 자신의 소송법적 지위를 이해하고 변호사의 도움을 받아 법적 판단과 관련된 문제를 해결하는데 있어서 적어도 하나 이상의 능력과 관련하여 결함을 지니고 있다면 일반적으로 소송능력이 없다고 한다. 여기서 형사상 소송능력은 재판받을 능력과 관련하여 가장 자주 제기되는 것으로 미국에서 소송무능력판단의 경우 주로 재판받을 수 있는 능력이 있는지 여부로 대륙법계에서는 소송적격을 의미한다.

미국연방대법원은 1960년 더스키(Dusky v. United States) 사건에서 재판받을 능력에 관한 판단기준으로 “피고인이 이성적이고 실제적인 이해를 가지고 자신의 변호인과 상의할 수 있는 충분한 현재 지적 능력을 가지고 있는지의 여부와 그리고 자신에 대한 공소를 이성적이고 실질적으로 이해할 수 있는지의 여부”라고 정의를 내렸다. 이와 같은 더스키 기준은 피고인의 정신이상에 대한 평가에 초점을 맞춘 것으로, 범죄행위를 할 당시 피고인의 심리적 상태보다 재판받을 현재의 능력을 제시할 것을 요구한다.

51) 이러한 의미에서 ‘미국의 경우에는 감정의 주류는 재판받을 수 있는 능력에 관한 것이고 그 다음이 형사책임능력에 관한 것’이라고 할 수 있다(최상섭, “범법정신장애자의 처우 및 치료에 관한 문헌 고찰”, 치료감호소 임상연구논문집. 1992, 48면).

법원은 피고인의 소송무능력에 의심이 존재하면 1인 또는 2인 이상의 정신과 의사등과 같은 전문가에게 소송능력에 관한 감정을 의뢰한다. 감정은 Competency Screening Test(CST)와 같은 구체화된 일련의 소송무능력판단 수단을 이용하여 그 판단결과를 판사에게 보고서로 제출한다.

일반적으로 소송무능력평가에서 피고인의 약 70%가 궁극적으로 소송능력이 있는 것으로 판명되었다. 소송무능력자로 판단되면 법원은 주립병원이나 지역병원의 강제입원이나 외래치료를 명한다. 소송무능력으로 판단된 자는 소송능력의 회복을 위해 고안된 다양한 치료프로그램에 따라 치료를 받는다.⁵²⁾

(2) 책임무능력자의 정신병원수용

미국에서는 책임무능력을 판단하기 위한 각종 기준이 제안되었고 정책의 변화에 따라 끊임없이 수정과 보완이 이루어져 왔다.⁵³⁾ 이에 따라 유죄이나

52) 소송능력의 회복을 위해서 법원과 재판을 받을 능력이 없는 피고인은 재판연기를 허가하기 위한 조건으로써 일종의 계약을 맺고 피고인은 자발적으로 재판 무능력을 회복하기 위한 치료에 참여한다. 실상 미국은 소송무능력의 회복을 위한 효과적인 치료방법으로 재판을 받을 능력이 부족한 피고인에게 유용하고 또한 이들의 필요에 맞춰진 프로그램이 존재한다. 즉, 소송무능력자는 모의재판을 통하여 소송능력을 훈련시키는 인식문제해결그룹치료에 참여하거나, 비디오테이프를 이용하여 제3자의 소송에 참여하는 등의 상당수 혁신적인 치료프로그램이 고안되어있다. 이와 같은 치료그룹에 참여한 피고인은 능력평가방법에 의해 평가된 결과 상당히 점수가 증가된 것으로 발견되었다. 일반적으로 대부분의 피고인들은 약 6개월 정도의 치료를 받으면, 자신들의 소송능력을 회복한다. 피고인의 소송능력이 회복되었다고 판단할 경우에는 공판절차는 재개된다(Melton et al., Psychological evaluation for the courts: A handbook for mental health professionals(2nd edition), New York: Guilford, 1997); 성경숙, 위의 논문, 재인용.

53) 미국의 책임무능력(정신이상항변)항변은 존 힝클리사건 이전과 이후로 구별된다고 볼 수 있다. 존힝클리사건에서 '정신이상을 이유로 한 무죄평결'은 무죄항변제도에 대한 시민들의 관심과 분노를 일으켰다. 이에따라 정신이상항변에 관한 법과 절차에 있어서 새로운 방법을 모색하는 계기가 되었다. 그

정신이상(GBMI)평결과 정신이상으로 무죄(NGRI)평결 등이 제시되었다. 그러나 그 중에서 미국의 모범형법전은 책임무능력 판단기준으로 이론적으로나 실용적으로 가장 종합적인 판단방법을 제시하고 있으며, 미국의 모든 연방소법원이 채택하고 있는 판단기준으로 여전히 책임무능력판단의 중심 역할을 수행하고 있다.⁵⁴⁾

1) 유죄이나 정신이상 평결에 따른 정신병원수용

이 평결은 미시건주를 시작으로 주마다 다소 차이가 있으나, 일반적으로 정신이상으로 항변한 피고인에게 GBMI 평결을 한다. 이 평결은 유죄평결하에서 가능한 형량을 선고함과 동시에 정신의학적 치료를 받을 의무가 부과된다. GBMI 평결의 형선고는 치료가 끝나면 교도소로 이송된다. 따라서 전통적인 유죄평결하에서 가능한 형량과 동등한 형의 선고를 받고 동시에 정신의학적 치료를 받을 의무가 부과된다. 이와 같은 법률은 배심원에게 정신이상 때문에 무죄로 평결나는것에 대한 매력적인 대안을 제공함으로써, 위험한 정신이상자, 즉 책임무능력자의 조기석방을 금지하려 했다.

2) 정신이상으로 무죄 평결에 따른 정신병원수용

이 평결된 피고인은 대부분의 주에서 자동적으로 정신병원시설로 구금되

결과, ① 기존의 소송절차를 그대로 유지, ② 유죄이나 정신이상 평결에 관한 규정, ③ 정신이상으로 무죄 평결, ④ 정신이상항변수정법령, ⑤ 그 이외에 정신이상항변폐지 등과 같은 수정안이 제시되었다.
54) 성경숙, 위의논문, 95면.

는 절차를 따르고 그리고 나서 법원이 이들이 석방되어도 안전하다고 확신을 할 때에만 석방이 된다. 이에 따라 석방의 기준이 매우 제한적이며, 정신이상으로 무죄석방된 자는 일반적으로 유사범죄로 기소된 피고인보다 보다 장기간 정신병원에 수용된다. 일부 주에서는 NGRI로 평결된 자들은 정신병원의 수용에 이어 조건부석방을 통해 지역사회로 석방되고, 정신보건담당자에 의해 관리 및 감독된다. 가령, NGRI 평결을 받은 529명의 피고인 중에서 14개주의 추적조사에 따르면, 이들 중 약 60%가 구금기간 중 5년 이내에 조건부석방을 하였다.

3) 모범형법전(Model Penal Code)에 따른 정신병원수용

미국의 모범형법전은 책임무능력을 이유로 무죄가 선고된 때에는 법원은 피고인에 대하여 보호와 치료에 적합한 시설에 수용해야 한다.⁵⁵⁾ 피고인으로부터 정신이상의 항변이 있거나 피고인에게 정신병 또는 정신박약의 의심이 있는 경우에는 법원은 최소한 1인 이상의 정신과 의사로 하여금 피고인의 정신상태를 감정하게 하고 그에 따른 감정서를 제출하게 한다. 법원은 직권에 의하여 또는 검찰이나 피고측 요청에 따라 감정인을 법정에서 신문할 수 있으며 검찰측이나 피고인측은 다른 전문가를 소환하여 감정결과에 대한 의견을 청취할 수 있고, 이러한 절차를 걸친 후 피고인의 정신이상의 항변이 이유 있다고 인정되면 지방정신건강감독관의 책임하에 피고인은 보

55) 모범형법전은 제4.01조에서, “범행당시 정신질환이나 정신적 결함으로 인하여 자기 행위의 범죄성을 식별하거나, 자기행위를 법의 요구에 따르게 하는 실질적인 능력을 결여한 자는 그 행위에 대하여 책임이 없다”고 규정하고 있다(성경숙, 위의논문, 93면).

호와 치료에 적절한 시설에 수용된다.⁵⁶⁾ 시설면에서는 책임무능력자를 수용하는 시설은 각 주마다 상이하지만 공공 정신병원 또는 통상의 수용시설의 특별병동에 수용한다. 수용기간에는 제한이 없으며, 피수용자를 석방하여도 위험이 없다고 인정되는 때에는 수용시설장의 신청에 의해 법원이 석방한다. 이때에 법원은 더 이상 피수용자가 자신과 타인에게 해악을 끼칠 위험이 없다고 판단되었을 때에는 조건없이 또는 조건부로 출소를 명하고 조건부석방의 경우에는 일정기간 조건준수 상황을 확인하여 재수용여부를 결정한다.

2. 정신장애범죄자에 대한 처우로서 치료법원⁵⁷⁾

(1) 미국의 치료법원(Mental Health Courts)

1) 치료법원의 개요

치료법원은 미국에서의 정신보건제도, 지역사회보호제도, 그리고 교도소제도가 정신질환피고인에게 근본적인 치료를 제공하지 않음으로써 형기를 마치고 석방된 정신질환범죄자의 범행의 반복을 초래하는 ‘회전문(Revolving Door)현상’에 직면한 것에 대한 반성을 출발점으로 한다. 치료법원은 정신질환을 가진 자가 범죄행위를 한 경우에 형사제재는 효과적이지 않으며, 이들

56) 김진환, “정신장애범죄자의 책임과 처우에 관한 연구”, 한양대학교 박사학위논문, 2003, 203면.

57) 성경숙, “정신장애범죄자에 대한 치료처분제도의 개선방안”, 2010, 96면.

의 심리적 안녕을 증진시키기 위한 방법으로 소송절차에 수정을 가하여, 근본적으로 범죄행위에 기여한 정신질환을 다루는 것이 보다 근본적인 해결책으로서의 대중보호와 재범의 가능성을 낮출 수 있다는 것을 이론적 근거로 하여 정신장애자에 대한 치료적 접근을 강조하고 있다.⁵⁸⁾

2) 문제해결법원으로서의 치료법원

치료법원은 소위 ‘문제해결법원’(problem-solving courts)의 하나로,⁵⁹⁾ 1977년 플로리다주의 Broward County에 설립된 이래 2005년 2월 기준 107개 지역에서 치료법원이 설립되어 운영되고 있다.

치료법원은 형사절차를 진행하는 법원 등의 기관이 정신적 장애가 있는 피고인들을 효과적으로 감시하는 체제를 구축하여 법원의 명령과 치료계획에 따라 피고인을 밀접하게 관리하고 간섭하는 법원이다. 치료법원은 정신적 장애가 있는 피고인에 대하여 적절한 치료, 재활 및 사회적응훈련, 욕구나 충동 조절 교육의 기회, 법률적 지원을 하여 정상인의 삶으로 회복되도록 장려하고, 피고인의 재판을 담당하는 법원과 정신장애 치료기관, 사회복지기관 사이의 효율적인 유대관계를 형성한다. 그에 따라 정신적 장애가 있는 피고인이 수용시설에 방치되는 것을 방지하고 수감기간을 단축하며 효과

58) 성경숙, 위의 논문, 97면.

59) The Community Justice Exchange에 따르면 ‘문제해결법원’중에 처음 설립된 약물법원은 약물중독된 범죄자의 재범의 문제를 해결하려는 노력으로 1989년에 플로리다주의 Dade County법원을 시작으로 현재 미국에는 1200여개의 법원에서 이를 운영하고 있으며, 이외에 가정폭력법원(domestic violence courts), 약물법원(drug courts), 그리고 지역사회법원(communitiy courts)이 설립되어 운영되고 있다.

적인 치료와 관리를 통하여 재수감되는 것을 줄이도록 하여 장기간 범죄의 반복을 종결시키고, 적절한 치료를 받게 함으로써 재범을 방지해 공공안정을 증진시키는데 그 설립 목적이 있다.⁶⁰⁾

따라서 치료법원은 책임이 처벌의 수준을 평가하고 범죄자를 기소하는 통상의 형사절차로부터 오히려 범죄자의 일반적인 삶의 질과 정신질환의 치료와 장래발전에 초점을 맞추므로써 ‘치료, 감독, 그리고 사회서비스를 통해 형사법정에 선 정신질환자에게 합법적인 지역사회로의 참여’를 증진시키도록 법원절차의 성질을 변화시켰다.

뿐만 아니라 판사 등 형사사법기관 관계자와 정신의학자, 정신치료기간 담당자 등 전문가들로 팀을 이루는 상호보완적인 성격을 갖추고 있다. 이와 같은 팀 구성원은 어떤 유형의 중재와 다이버전이 피고인, 피해자, 그리고 지역사회에 가장 도움이 될지 결정하기 위해 서로 정보를 공유한다. 따라서 정신보건 관련 전문가들의 상호협조와 보완노력이 치료법원 운영의 중심이 된다. 즉, 초기 중재, 평가와 정보공유, 피고인 중심의 치료의 성취결과와 같이 모두 재범과 재감금의 가능성을 감소시키고자 장기간 문제해결을 위한 노력을 한다.⁶¹⁾

① 구체적인 재판절차

60) Judith S. Kaye, "Albany Law Review Symposium: Refinement or Reinvention, The State of Reform in New York: The Courts", 69 Alb. L. Rev. 831 (2006), 837-838면; 성경숙, 위의논문 97면 재인용.

61) 이창무, "형사책임능력 판단을 위한 심리학적 평가에 대한 고찰: 미국 형사사법체계를 중심으로", 형사정책 제17권, 299면; 김용철, 게인스빌카운티법정의 치료법원, 2004.

치료법원은 주마다 차이가 있으나 대표적인 예로 플로리다주의 재판절차를 살펴보면 다음과 같다.

i) 1단계(1주~3주)로 치료법원에서 사건의뢰가 들어오면 치료법원의 판사가 검토하고 피고인을 담당하기로 결정한다. 이는 가능한 조기 발견과 치료가 중요하다는 인식을 바탕으로 체포와 동시에 아무리 늦어도 3주내에 치료법원이 개입하도록 하는 것이다. 정신질환자로 판명된 피의자는 신속한 재판을 받을 권리를 포기하고, 검찰은 피고인에 대한 기소를 연기하는 내용의 동의서를 제출한다.

ii) 2단계(2주~12주)로 법원, 피고인, 검찰, 카운슬러, 치료기관 등은 매주 피고인에 대한 심문과 치료기관 등을 통하여 피고인의 상태를 점검한다. 상태에 따른 적절한 치료방법을 모색하며 피고인이 치료법원에서 마련한 프로그램을 원활히 수행할 수 있도록 지원하는 방법을 연구한다. 수감된 피고인은 이 단계에서 대부분 석방된다.

iii) 3단계(6개월~9개월)로 피고인에 대하여 구체적인 치료프로그램을 진행하는 단계로 법원, 검찰, 카운슬러, 치료기관 등으로 구성된 팀이 피고인의 상태와 치료프로그램의 성과 및 진행정도를 필요할 때마다 점검한다. 이 단계에 있는 피고인들은 불구속 상태에서 각 피고인들마다 출석한다.

iv) 수료 및 불기소처분단계로서 피고인이 치료프로그램을 성공적으로 이수하고 사회에 복귀할 준비가 되었다고 판단될 경우 판사는 수료장을 수여하고 검찰에서는 기소를 연기했던 사건에 대하여 불기소처분을 한다.⁶²⁾

62) 성경숙, 위의 논문, 98-99면.

② 치료법원에서 판사의 임무

치료법원 판사들은 기존의 형사절차시스템 내에서의 중립적인 중재자가 아닌 동적인 위험관리자로서의 역할을 수행한다. 즉, 판사는 위험을 확인하고, 위험을 통제할 치료계획을 실행하고, 이를 통해 궁극적으로 위험을 관리한다. 이 과정에서 판사는 가해자와 끊임없이 상호교류를 하고 긍정적인 결과를 달성하기 위해 치료계획을 변경·발전시키는 동적인 역할을 수행한다.

i) 치료법원은 정신질환범죄자의 자신이나 타인에게 줄 해악이나 혹은 범죄를 범할 위험을 감소시킴으로써 정신질환자의 정신적 안전과 대중의 안전을 증진시키고자 한다. 이에 따라 판사는 검사, 변호사 그리고 정신보건전문가들로 구성된 치료법원팀의 도움을 받아 범죄자의 치료프로그램 적격여부를 판단하여 위험을 확인하고 평가하는 역할을 한다.

ii) 치료계획을 수행한다. 치료법원 판사는 구성된 일련의 협력적인 치료법원팀과 연계하여 범죄자에 대한 면밀한 관리와 평가에 기반을 두고 개인 사정에 맞는 치료계획을 변경하고 발전시킨다. 여기서 데이치료프로그램, 개별치료, 정신의학적 재사회화프로그램 등과 같은 서비스를 제공함으로써 정신질환범죄자를 지원한다.

iii) 또한 판사는 피고인이 치료기간에 출석하고, 투약하고 치료계획을 이행했는지를 포함하여 전반적인 지역사회 내에서 치료프로그램의 계획을 이행하는지 그 태도·성실성 등을 확인하고 감독한다. 판사는 매주, 매달, 혹은 일정기간마다 팀구성 모두를 포함한 심리를 열어 피고인의 상태를 평

가하고 개개인에 맞는 고도의 임상프로그램을 적용하고, 정신질환 범죄자가 치료프로그램을 이수할 때까지 법원에 계속해서 출석을 통해 피고인을 관리하는 위험을 감독하는 임무를 수행한다.⁶³⁾

(2) 치료법원에 대한 평가

치료법원이 처음 설립될 당시에는 치료기관이 아닌 법원에서 이를 주관한다는 것에 대하여 비판이 있었으나 현재는 정신질환피고인의 재범률이 현저히 낮아졌음을 근거로 어느 정도 성공적으로 정착되고 있다고 평가되고 있다. 미국에서 치료법원은 전통적인 형사절차에 실용적이고도 새로운 형사절차적 패러다임으로 평가받고 있다.

치료법원은 판사가 치료팀의 도움을 받아 누가 치료프로그램에 적절한지를 판단하고, 법원에 정신질환 피고인을 출석하도록 요구함으로써 그 프로그램의 이행을 감독한다. 판사는 환자가 프로그램을 이수하는 동안 순응하지 않을 경우 제재를 가하는 반면, 그 프로그램을 성공적으로 마치는 경우에는 보상을 해준다. 여기서 판사는 사회사업가의 역할 뿐 아니라 보호관찰관으로서 위험을 관리하고 행동을 규제하는 독자적인 위치를 점하고 있다. 판사는 기존에 보호관찰관에게 위임되었던 임무를 대신하여 치료계획에 따라 직접적으로 피고인을 관리하고 요건을 부과한다. 판사가 적극적으로 피고인을 관리하는 것은 피고인에게 치료법원과 같은 전환 프로그램에 참여하게 함으로써 피고인 자신에게 책임을 증가시키는 결과를 낳고 있다. 더군다

63) 성경숙, 위의 논문, 99면.

나, 피고인에게 빈번한 법원출석의 요구함으로써 관사는 피고인이 치료를 받았는지와 치료과정에 순응하는지 등의 여부를 직접 체크하여 관리 할 수 있고, 그에 따른 보상이나 제재를 쟁점화 할 수 있다. 이와 같은 치료법원의 성공적인 위험관리 프로그램은 비용면에서도 구치소나 교도소에 계속해서 반복적으로 수용되는 정신질환 범죄자의 비용과 비교할 때 장기간 주의 재정을 절약한다는 평가도 받고 있다.⁶⁴⁾ 미국의 치료법원은 정신장애범죄자의 처우에 대하여 미래 지향적 방향을 제시해주고 있다고 할 수 있을 것이다.⁶⁵⁾

64) M. Susan Ridgely et al., Justice, Treatment and Cost: An Evaluation of the Fiscal Impact of Allegheny County Mental Health Court (2007) available at http://www.rand.org/pubs/technical_reports/TR439/; 성경숙, 위의 논문, 100면 재인용.

65) 성경숙, 위의 논문, 100면.

Ⅲ. 일본

1. 일본의 의료관찰법의 개요

일본은 대륙법계의 국가이지만 독일 등 대륙법계 국가에서 특징적으로 채택하고 있는 형식의 보안처분제도를 가지고 있지 않았다.⁶⁶⁾ 일본은 1950년에 이르기 까지 정신장애 내지 정신병을 앓고 있어서 자해 행위, 타인에 대하여 불법행위를 할 우려가 있는 사람들을 체계적으로 정신병원에 수용하여 치료하고 지원하기 위한 실효성 있는 법제도가 없었다.

1950년에 정신위생법이 제정되어 정신병자감호법과 정신위생법이 폐지되고, 정신장애자를 개인이 집에 가두어 두고 문제를 일으키지 않도록 조치하는 것이 일체 금지 되었다. 지방자치단체들의 정신병원 설치가 의무화되고, 국가는 정신병원을 설치하려는 자치단체에 대하여 정신병원의 설치·운영에 관련하여 보조를 하였으며, 이에 따라서 갑자기 전국 각지에서 정신병원 설립 붐이 일어나기도 하였다. 정신장애를 이유로 범죄를 범하였고, 범죄를 범할 우려가 큰 사람들을 그대로 방치하지 않게 되었다. 그러나 정신위생법 체제 아래에서는 스캔들이 그치지 아니 하였다. 정신병원에서의 인권침해, 강제입원 원칙주의 등에 대한 비판이 강하였다.⁶⁷⁾ 특히 1984년 우도궁병원 사건 등⁶⁸⁾을 통하여 알려진 일본정신병원의 문제점은 유엔에서 논의되기도

66) 정진수, “형사절차상 취약계층 보호방안, 형사사법개혁연구”, 한국형사정책연구원, 2005, 58면.

67) 조준현, “형사사법에 있어서 정신장애자에 대한 처우의 이념과 실제”, 교정연구, 2009, 101면.

68) 동 병원의 병원장의 목인 아래 간호사들이 폭력을 행사하였고 무자격자에게 의료행위를 하도록 하였으며(宇都宮地判昭和 61.3.20 刑月 18卷3號196頁). 보건소의 허가를 얻지 않고 사망환자의 뇌를 적출하는 등의 불법을 자행한 사건도 있었다(東高刑時報 38卷-3號 6頁); 조준현, “형사사법에 있어서 정신

하였다. 1987년에 정신위생법은 전면 개정하여 정신보건지정의, 정신의료심사회제도 등을 도입하여 정신장애자의 권리보호를 강화하였다. 일본의 정신의료체제를 병원의료로부터 지역정신의료로 일대변환을 의미하는 법개정이라 할 수 있다. 1995년에는 정신장애자의 보건뿐만 아니라 그들의 복지도 고려하여 법률의 명칭도 ‘정신보건 및 정신장애자복지에 관한 법률’이라고 개칭하였다.

정신위생법에는 자상 또는 타인에게 해를 끼칠 우려가 있는 정신장애자라도도부현 지사의 명령에 의하여 정신병원에 입원하게 하는 조치입원과 친족 등의 승낙을 얻어서 보호를 필요로 하는 정신장애자를 입원하게 하는 보호의무자의 동의에 의한 보호입원의 두가지가 규정되어 있다. 말하자면 촉법정신장애자⁶⁹⁾의 정신 의료처우를 규정한 것이다. 조치입원은 범죄를 범한 정신장애자를 처벌할 수 없어서 그냥 방치해 놓은 것을, 보호를 위한 처우를 할 수 있도록 한 것이다. 또 범죄를 범하지는 않았지만 범죄를 범할 위험이 큰 정신장애자를 검찰관, 경찰관 등의 통보에 의하여 조치입원 할 수 있게 하여 일종의 예방처우를 도입하였다. 앞서 본 것처럼 법률 명칭이 바뀌면서 보호의무자의 동의에 의한 입원이 의료보호입원으로 변경되었지만 강제입원제도의 기본 형태는 그대로 유지되었다.⁷⁰⁾

그러던 중 2001년 6월 8일 오사카 이케다 초등학교에 이미 범죄행위로 인해 조치입원의 전력이 있는 정신장애자가 수업 중 칼을 들고 침입하여 아동

장애자에 대한 처우의 이념과 실제”, 교정연구, 2009, 101면.

69) 일본에서는 범법정신장애자라는 용어 대신 촉법정신장애자라는 용어가 주로 사용되고 있다. 원범연·조성용, “범법정신장애자 등에 대한 법적처우에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 2003, 93면.

70) 조준현, 위의 논문, 101-102면.

8명을 살해하고 교사와 아동 15명에게 중경상을 입힌 사건이 발생하였다. 이 사건으로 가해자는 사형판결을 받았지만 재판 과정 중 정신장애로 인한 심신상실자임을 내세워 형사처분을 면제하려는 변호인 측의 주장과 기소하려는 검찰 측의 공방이 계속된 가운데 피고인의 책임능력에 관한 전반적인 검토가 실시되었다.⁷¹⁾ 이 사건은 범법정신장애자에 대한 조치입원제도에 대한 여론의 강한 비판을 불러 일으켰고 급기야는 정부 여당마저 움직여 정부로 하여금 치료처분 등에 관한 특별법안을 국회에 상정하도록 하는 계기가 되었고, 이 법안의 명칭은 ‘심신상실등의 상태에서 중대한 타해행위를 행한 자의 의료 및 관찰 등에 관한 법률안’으로 2003년 7월 제정·공포되어 2년 2005년 7월에 시행되었다.

심신상실자등의료관찰법⁷²⁾은 제1항 제1조에서 심신상실등의 상태에서 살인 방화 등의 중대한 타해행위를 행한 자에 대하여 적절한 처우를 결정하기 위한 절차를 규정하고, 지속적이고 적절한 의료와 그 확보를 위해 필요한 관찰 및 지도를 행하여 병세의 개선 및 동일한 행위의 재발을 방지하고 사회복귀를 촉진하는 것이라고 그 목적을 밝히고 있다.

이 법의 제안이유에 대해 법무성은 “심신상실 또는 심신미약의 상태에서 살인 방화 등 중대한 타해행위를 한 사안은 피해자에게 심각한 피해가 발생하는 것은 말할 것도 없고 정신장애자가 그 病狀으로 가해자가 되는 점도 극히 불행한 사태이다. 그 와 같은 자에 대하여 필요한 의료를 확보하고 불행한 사태를 저지르지 않도록 그의 사회 복귀를 촉진하는 것은 매우 긴급

71) 한국보호관찰학회, “일본의 心神喪失者等醫療觀察法에 대하여”, 보호관찰, 2009, 111면.

72) 이하 의료관찰법으로 부르기로 한다.

한 것으로 최근 그에 관한 법 정비를 요구하는 목소리가 높았다. 이에 따라 본 법안은 심신상실등의 상태로 중대한 타해행위를 한 사람에 대하여 적절한 처우를 결정하는 절차를 정하여 계속적으로 적절한 의료를 실시하고 필요한 관찰과 지도를 행함으로써 그 병상을 개선하고 동일한 행위의 재발의 방지를 도모하여 사회복귀를 촉진하고자 한다.”라고 설명하고 있다.⁷³⁾

의료관찰법 이전의 제도는 살인, 방화, 강도 등이 중대한 범죄를 일으킨 심신 상실자 등이 불기소 처분이나 무죄 판결을 받으면, 처우의 판단이 사법으로부터 의료에 맡겨질 수 밖에 없었고, 이 때문에 의료가 필요한 경우에는 조치 입원 등의 행정처분이 되지만, 의료가 필요하지 않을 경우에는 석방되어 그 후를 감독하는 관리 체제가 없는 것이 실정이었다.⁷⁴⁾ 더불어, 불기소 또는 무죄 판결 등이 된 약 40% 대상자가 조치입원 증상이 없고, 책임 능력을 판단하는 감정의 신뢰성이 의문시 되고 있는 것과 피해자 등이 처우의 결정과정을 알고 싶어도 알 수 없는 구조로 되어 있었다는 것, 또 의료면에 있어서는 입·퇴원 판단은 도지사 이지만 실정은 그 위임을 받은 의사에게 맡겨지고 있었고, 입원 의료기관의 체제의 차이 등으로 의료 제공 내용에 불균형이 있었으며, 퇴원 후의 처우를 지속적으로 케어하는 시스템 구조가 없었던 것이 문제점으로 지적 되고 있었다.⁷⁵⁾

이러한 문제점을 해결하기 위한 새로운 처우제도로서의 의료관찰법에서는 시설 내(지정의료기관)에서의 범죄의 원인이 된 정신질환에 대한 치료만이 아니라 시설을 퇴원 한 후의 사회복귀지원까지를 그 대상으로 하고 있다는

73) 정진수, “형사절차상 취약계층 보호방안”, 형사사법개혁연구, 한국형사정책연구원, 2005, 64면.

74) 한국보호관찰학회, 위의 논문, 111-112면.

75) 한국보호관찰학회, 위의 논문, 112면.

점에서 일본의 정신장애범죄자처우에 있어서 커다란 발전을 가져왔다고 평가되고 있는데, 즉 정신장애범죄자의 사회복귀를 촉진하고 재범의 방지를 위해서는 시설에서의 입원치료처우와 함께 퇴원 후의 시설 외에서의 통원치료처우, 그리고 사회내 처우까지를 처우의 하나의 흐름으로서 이해하고 있다. 다시 말해서 정신장애범죄자에 대한 처우는 전문적인 시설에서의 치료만으로는 충분하다고 할 수 없으며 시설을 퇴소한 후의 지역(사회)에서의 치료(사회내처우)와 갱생보호 등이 함께 이루어짐으로써 완결되는 것이라고 보고 있다.⁷⁶⁾

일본의 의료관찰법에 의한 정신장애범죄자의 처우절차에 대하여 설명하자면 다음과 같다. 먼저, 의료관찰법에서의 심판은 검찰관이 지방법원에 대해서 대상자의 처우여부 및 내용에 대한 결정을 하도록 신청하는 것에 의해 개시된다(제33조).

의료관찰법의 대상이 되는 것은, 중대한 타해행위를 행한 자로, 중대한 타해행위란 방화 · 강제외설 · 강간 · 살인 · 상해 · 강도의 각 죄를 말한다. 의료관찰법은 위의 죄에 한하여 대상행위로 하기 때문에, 사기나 절도 등의 죄는 의료관찰법이 아니라 정신보건복지법상의 조치입원의 대상이 된다.⁷⁷⁾ 대상자는 위의 대상행위를 범하여 심신상실 또는 심신미약을 이유로 불기소 처분이 된 자 또는 무죄의 재판 혹은 형을 감경하는 확정판결을 받은 자 등이다(제2조).

검찰관에 의한 신청이 있으면 지방법원은 원칙적으로 대상자의 정신장애

76) 강경래, “정신장애범죄자에 대한 사회내처우의 확대방안에 관한 고찰-우리나라와 일본의 비교를 중심으로-”, 인하대학교법학연구, 2010, 183면.

77) 大谷 實, 刑事政策講義, 弘文堂, 2009, 428면.

의 유무와 의료의 필요성에 대한 감정입원을 명하고, 이에 따라 정신보건판정의에 의한 감정이 이루어진다(제37조). 지방법원은 대상행위를 범할 당시의 정신장애를 개선함으로써 재범방지와 사회복귀를 위한 법률에 따른 치료의 필요성에 대한 판단을 감정결과와 정신보건복지에 관한 전문가로서 후생노동대신이 작성한 명부에 근거하여 지방법원이 선임한 정신보건참여원(제15조)의 의견, 그리고 보호관찰소에 의한 대상자의 생활환경 등에 관한 조사결과 등을 종합하여 입원결정 또는 통원결정, 의료를 동반하지 않는 결정 중의 하나를 선택한다(제36조·제42조).

법원에 의한 입원 및 통원의 결정을 받은 대상자에게는 지정의료기관에서 의료처우를 받아야 할 의무가 부과된다(제43조 제1항·제2항). 입원결정에 의한 입원기간에는 제한이 없으나 통원결정에 의한 통원기간은 일정의 상한(통원결정이 있었던 날로부터 3년간, 다만, 보호관찰소장의 신청에 근거하여 법원의 결정에 의해 2년을 한도로 연장이 가능)이 규정되어 있으며⁷⁸⁾, 의료비에 대해서는 전액 국비로 한다(제102조). 입원결정이 이루어진 대상자는 지정입원의료기관에서 치료를 받게 되며, 퇴원에 대해서는 법원의 허가결정을 필요로 한다(제51조). 지정입원의료기관으로부터의 퇴원허가결정 및 통원결정이 이루어지면 대상자에게는 지정통원의료기관⁷⁹⁾에 의한 치료가 실시된

78) 통원기간에 대해서 상한을 규정한 이유로는, 통원결정을 받은 대상자가 3년간에 걸쳐서 병 상태가 악화되지 않고 또한 문제행동을 일으키지 않은 경우 이미 사회복귀가 달성되었다고 볼 수 있으므로, 무기한으로 본 법률에 의한 처우 대상자로 정하는 것은 법률의 처우가 인신의 자유에 대한 간섭을 동반하는 것이 되므로 대상자의 심리에 악영향을 주어 반대로 원활한 사회복귀에 지장을 줄 우려도 있기 때문이라고 설명되고 있다. 白木功, “審判手続きを中心に”, *ジュリスト増刊 精神医療と心神喪失者等医療観察法*, 有斐閣, 2004, 12~31頁。(강경래, 위의 논문, 184면 각주 재인용)

79) 지정통원의료기관의 지정수는, 전국에 318곳이고, 지역의 밸런스 등을 고려하여 일정수준의 의료가 제공 가능한 의료기관에서 선택된다. 大谷 實, 위의 책, 430면.

다.

한편, 의료관찰법에서는 대상자의 지속적인 통원치료의 확보를 위한 방안으로써 대상자가 지역사회에서 필요한 의료처우를 받을 수 있도록 지도하는 정신보건관찰제도를 도입하였다(제106조).

정신보건관찰제도는 지속적인 의료를 확보하기 위해, 본인과의 면접이나 관계기관으로부터의 보고 등을 통해, 본인의 통원상태나 생활 상태를 지켜 봐 필요한 지도 등을 행하는 것을 내용으로 한다. 2007년 보호관찰소의 정신보건관찰사건의 수리건수는 148건이고 이중 퇴원허가결정에 의한 것이 73건이었다. 정신과의료에 있어서는 특히 정신장애자의 지역케어가 중요시 되는바, 의료관찰법은 그 중심적인 역할을 보호관찰소에 맡기고 있다. 즉, 정신과의료에서는 의료기관 이외에도 정신보건센터, 보건소 등 정신보건복지관계의 많은 기관이 관계되어 있어, 의료관찰제도에서는 대상이 되는 정신장애자에 대하여, 관계기관과의 제휴를 확보하기 위하여, 보호관찰소가 처우의 코디네이터의 역할을 완수하는 것이라고 할 수 있다.⁸⁰⁾

지정입원의료기관으로부터의 퇴원허가결정 및 통원결정이 이루어진 대상자에게는 보호관찰소 소속의 사회복지조정관에 의한 정신보건관찰이 부과된다. 이러한 대상자에게는 정신보건관찰 기간 중에 거주지의 신고, 거주이전 또는 장기여행의 경우의 신고 등의 준수사항이 부과된다(제107조).

보호관찰소는 대상자의 처우에 관한 실시계획을 책정하고(제104조), 처우종료의 허가결정이 이루어지기까지 사법기관, 의료기관, 행정기관, 민간의 원조기관 등과 연계하여 대상자의 사회복지를 위한 지역에서의 처우를 실시

80) 大谷 實, 위의 책, 430면-431면.

하게 된다(제56조·제108조·제109조).

사회복귀조정관에 의한 정신보건관찰이 실시되면 대상자에게는 지정통원 의료기관에 의한 치료가 실시되면서 이와 함께 희망하는 지역에서 사회복귀를 위한 처우가 실시된다. 처우종료의 결정 또는 통원처우기간이 종료하게 되면 이후의 대상자에 대한 치료와 지원은 일반의 지역정신과 의료와 지역정신보건복지로 이행하게 된다.⁸¹⁾⁸²⁾

2005년 7월 시행 후 2009년 3월 1일까지 의료관찰법에 의한 검찰 제기 건수를 살펴보면 총 1,379건이며 이중 입원결정 799건, 통원결정 244건, 불처분 결정 224건, 신청각하 44, 신청철회 10건, 감정입원 58건이며, 또한 퇴원허가는 304건이다(일본 노동후생성 통계자료).⁸³⁾

2. 정신장애범죄자에 대한 사회복귀지원제도

일본의 정신보건관찰제도의 특징은 사회복귀조정관제도와 다직종 팀(CPA)제도에 의한 적극적인 사회복귀지원과 지속적인 의료처우의 실시라고 할 수 있다. 의료관찰법에 따르면 정신장애범죄자가 ① 지정입원의료기관을 퇴원한 후 또는 ② 지정통원의료기관에의 통원조치가 이루어지면 지역에서

81) 지정통원의료기관운영가이드라인에 의하면 통원처우 중이라도 증상이 악화되어 입원이 필요하게 된 경우에 의료관찰법에 의한 재입원은 '증상의 변화가 위기적으로 정신보건복지법에 근거한 입원에 의한 적절한 개입 및 치료에 의하더라도 단기간에서는 증상이 개선되지 않는다고 판단된 경우에 이루어지는 것으로 한다.'라고 하여 정신보건복지법에 의한 조치입원 등의 절차가 이루어져 일반의 정신의료의 범위에서 치료가 이루어지게 된다. 그러므로 정신과구급의료체계의 정비 및 확충이 요구된다고 하고 있다.

82) 강경래, 위의 논문, 183-185면.

83) 한국보호관찰학회, 위의 논문, 114면.

의 처우(사회내처우)는 보호관찰소 소속의 사회복지조정관에 의해 각 기관과의 연계에 따라 정신장애범죄자가 지역에서 자립적인 생활을 영위할 수 있도록 필요한 지원을 하도록 하고 있다. 이 과정에서 사회복지조정관의 주요임무는 대상자가 필요한 의료적 처우를 받도록 지도·감독하는 정신보건관찰로써 범죄자에 대한 보호관찰과 정신장애자에 대한 의료관찰을 유기적으로 연결하여 사회복지를 실현하는 것을 그 내용으로 하고 있다. 또한 의료적 측면에서는 의사와 간호사, 심리상담사 등의 복수의 전문 직종으로 구성된 다직종 팀(CPA)이 설치되어 퇴원 후에도 치료가 중단되지 않도록 정기적인 방문간호가 이루어지도록 하였다.

여기에서는 일본의 정신보건관찰제도에 의한 사회복지지원책으로서의 사회복지조정관제도와 다직종 팀(CPA)제도에 대해서 살펴보고자 한다.⁸⁴⁾

(1) 사회복지조정관제도

정신보건관찰제도의 효율적이고 통일적인 실시를 위하여 일본의 후생노동성이 발표한 「지역처우가이드라인」에 따르면 지역처우는 ① 지속적이고 적절한 의료의 제공, ② 지속적인 의료의 확보를 위한 정신보건관찰의 실시, ③ 필요한 정신보건복지서비스 등의 제공이라는 3가지 요소로 구성되어 있으며, 이러한 요소는 무엇보다 대상자를 중심으로 기능하여야 한다고 하고 있는데, 특히 사회복지조정관은 ②와 ③과 관련하여 매우 중요하다.⁸⁵⁾

84) 강경래, 위의 논문, 189면.

85) 강경래, 위의 논문, 189면.

의료관찰법의 실시로 이제도의 처우 담당과 지역사회를 조정·연결하는 전문실무담당자를 보호관찰소에 배치하게 되었고, 각 보호관찰소는 정신보건복지사자격을 갖춘 사회복지조정관을 2009년.3월 기준 77명 배치하고 있다.⁸⁶⁾

사회복지조정관의 역할은 대상자의 생활환경의 조사 및 조정, 정신보건관찰의 실시, 관계기관과의 연계이다. 먼저 대상자의 생활환경의 조사를 살펴보면, 중대한 타해행위를 하였지만 심신상실 또는 심신박약으로 불기소처분이 되었거나 무죄 또는 형이 감경되는 판결을 받은 자에게 검찰관은 지방법원에 의료관찰법에 의한 제기신청을 해야 하고 이때 판사와 정신과의사인 정신보건심판원은 처우여부를 결정하는데 이때 대상자 감정 의사의 정신감정과 보호관찰소에는 환경조사를 의뢰할 수 있다. 법원은 조사위탁에 의해 보호관찰소의 사회복지조정관은 대상자와 가족면담, 관계기관의 조회, 대상자의 주거환경과 그 지역에서 받을 수 있는 복지 서비스 정보, 가족상황, 과거 생활력과 치료력 등을 조사하여 법원에 보고한다. 법원은 감정결과와 생활환경조사결과를 고려하여 적절한 처분을 결정한다. 일본 법무성보호국통계에 의하면 법 시행 후 2008년 12월말까지 행해진 생활환경조사 건수는 1,356건이다.⁸⁷⁾

법원에서 입원결정이 되면 대상자는 지정입원기관에 입원하게 되는데, 지정입원기관은 국공립병원이고 일정기준의 적합여부를 가려서 후생노동장관이 지정한다. 대상자가 입원이 되면 보호관찰소에서는 생활환경조정을 개시

86) 한국보호관찰학회, 위의논문, 116면.

87) 일본법무성보호국통계; 한국보호관찰학회, 위의 논문, 115면.

한다.

사회복지조정관은 퇴원 후 대상자의 원활한 사회복지를 위하여 도·시·구·동 등의 관계기관과 연대해나가면서 거주예정지의 확보를 위해 환경조정을 실시한다. 지정 의료기관이 주최하는 원내회의에 출석하여 의사·간호사 등의 의료진들과 협의 등을 하고 퇴원 후의 통원의료를 담당하게 되는 지정통원의료기관과 거주예정지의 정신보건복지기관 등 지역관계기관의 출석을 요구하여 케어회의를 개최하고 퇴원 후의 의료와 필요한 정신보건 서비스 내용에 대해서 검토를 진행한다. 일본법무성보호국 통계에 의하면 법 시행 후 2008년 12월 말까지 환경조정건수는 750건이다.

법원에서 통원결정을 받은 대상자와 지정 의료기관에서 퇴원허가 결정을 받은 대상자는 지역사회에서 생활하면서 후생노동부 장관이 지정한 지정통원의료기관에 통원하면서 사회복지조정관에 의한 정신보건관찰을 받게 된다. 정신보건관찰은 지속적인 통원 의료 확보를 위하여 관찰대상자의 생활과 통원상황을 면밀히 관찰하고 필요한 지도를 행한다. 또한 보호관찰소는 지역사회에서 생활하고 있는 대상자 개개인에 대하여 지정통원의료기관과 도·시·구·동 정신보건복지기관 관계자의 출석을 요구하여 케어회의를 개최하고 지역사회에서의 처우를 행하고 있는 각 기관의 처우 지침인 ‘처우실시계획서’를 작성하고 수정을 행한다.

처우실시계획서는 지정통원의료기관의 의료, 사회복지조정관의 정신보건관찰, 지역정신보건복지기관의 원호 등 각기 처우의 내용과 방법 등을 기재하는 것에 의해 각 기관이 역할분담을 하면서 연대하여 대상자 처우를 원활하고 명확하게 하는 데 그 목적이 있다. 이밖에 처우실시계획서에는 처우의

목표, 대상자의 소망, 긴급시 대응방법이 기재되어 있다. 보호관찰소는 정신 보호관찰을 행함과 동시에 각 기관을 조정하는 역할을 담당하고 있다.

정신보건관찰을 받는 기간은 원칙적으로 3년이나 대상자의 상황이 좋아지면 보호관찰소 신청에 의해 법원의 결정으로 3년 이전에 종료될 수 있고, 병세가 악화되어 통원의료가 불가능할 경우 보호관찰소 신청에 의해 법원 결정으로 입원 결정될 수 있다.⁸⁸⁾

마지막으로 관계기관과의 연계이다. 대상자의 사회복귀를 위해서 지속적인 의료적 처우의 실시는 가장 중요한 요소이지만, 의료적인 처우만으로는 대상자의 사회복귀가 성립될 수는 없다. 즉, 의료적 처우와 함께 대상자의 생활전반을 고려한 사회적 지원이 필요하다. 이를 위하여 사회복귀조정관은 지역에서의 효율적인 지원이 이루어질 수 있도록 관계기관과의 연계를 도모하는 역할 등이 기대되고 있다.⁸⁹⁾

(2) 다직종 팀(CPA)제도⁹⁰⁾

88) 한국보호관찰학회, 위의 논문, 115면-117면.

89) 강경래, 위의 논문, 189면-191면.

90) 일본의 다직종 팀(CPA)제도는 영국의 정신장애범죄자에 대한 처우제도를 모델로 한 것으로 영국의 경우 '교도소에 입소한 후라도 전문적인 치료가 필요한 범죄자에게는 가능한 한 시설에서의 구금이 아니라 병원에서의 의료가 제공되어야 한다.'는 영국정부의 기본방침에 따라 Court Diversion Scheme (법원전환정책)이라고 하는 형사절차 도중에 정신과 의료를 우선하는 제도가 도입되어 있다. 즉, 책임능력의 유무와 관계없이 체포·기소·재판·행형에 이르는 모든 형사절차단계에서라도 치료의 필요성이 인정되면 정신병원으로 이송할 수 있다. 또한 반대로 치료에 의해 증상이 호전되어 치료의 필요성이 없다고 판단되면 정신병원으로부터 형사사법시스템으로 이전된다. 즉, 영국의 경우 정신의료시스템과 형사사법시스템이 쌍방향에서 상호 연계되어 있다는 것이 그 특징이다. 또한 퇴원 후의 시책으로서 1991년 4월부터 CPA(Care Programme Approach)제도가 도입되어, 정신병원을 퇴원하고 지방자치단체에 의한 사회복지서비스를 받는 모든 정신장애자에 대해서 적용된다. The Mental Health Act Commission Ninth Biennial Report 5.10, (The Stationery Office 2001). p54. Peter Bartlett & Ralph Sandland, Mental Health Law Policy and Practice(second edition), Oxford University

일본 후생노동성의 통원처우가이드라인에 따르면 다직종 팀(CPA)은 지정 통원의료기관 내에서 통원대상자에 대한 개별적인 치료계획을 작성하여 각각의 직종이 연계를 도모하면서 의료를 제공하는 것을 목적으로 하고 있다. 구체적으로는 ① 모든 통원대상자에 대해 개별적인 치료계획의 작성(통원대상자의 동의필요), ② 치료계획은 전문직 별로 인안하여 CPA의 협력에 의해 결정, ③ 개별의 치료내용에 대해서는 최종적인 판단은 의사가 실시, ④ 치료계획의 최종 판단주체는 지정통원의료기관의 관리자로 한다. ⑤ 통원대상자의 증상평가를 실시하며, ⑥ 통원대상자의 증상악화 등에 있어서 의료면에서의 위기개입계획을 새롭게 책정하고, 통원대상자에게 설명 및 동의를 얻도록 노력하며, ⑦ CPA에 의한 계속적인 평가결과를 기초로 하여 치료계획을 적절히 조정 하는 것 등이다.⁹¹⁾ 종래의 처우에서 처우조직은 의사에게 중심을 맞추어 구성되었으나, 최근에는 대상자를 중심으로 하는 처우조직으로 변화되고 있다. 이에 따라 다직종 팀(CPA)은 의사 및 보건사, 간호사, 정신보건복지사, 임상심리사 등 대상자의 처우와 관련된 모든 전문가들이 대상자를 중심으로 팀을 구성하여 의료처우를 실시하는 것을 말한다. 이와 같은 구조에서는 모든 구성원이 대등한 입장에서 자유롭게 의견을 교환하고 치료를 전개하게 된다. 또한 사회복지를 목표로 하는 것이기 때문에 대상자와 그 가족도 구성원의 일원이 된다.

Press, 2003. pp.538~539. Alec Buchanan, op. cit., pp.304~306. Alec Buchanan, Care of the mentally disordered offender in the community, Oxford University Press, 2002. pp.96.~97. (강경래, 위의 논문, 191면 재인용)

91) 厚生労働省=法務省=最高裁判所, 『指定通院医療機関運営ガイドライン(案)』, 2004, 29~30頁. 강경래, 위의 논문, 192면.

단순히 전문가들로 구성된 조직이 아니라 기본적으로 구성원 전원이 치료와 원조에 관하여 일정 정도의 전문적인 지식과 기술을 갖추고 있으며 또한 다른 분야에 관해서도 일정수준의 지식을 갖추고 있다는 것이 다직종 팀에 의한 활동의 특징이다. 이에 따라 대상자에 대한 다양한 각도에서의 정보수집과 치료방침의 검토가 가능하게 됨으로써 보다 유효한 치료와 원조의 실현이 가능하게 되고 결과적으로 이러한 제도는 각 구성원의 업무부담의 경감에도 연결되며, 각각의 전문성을 보다 용이하게 발휘할 수 있으므로 보다 양질의 의료서비스를 제공할 수 있다는 장점이 있다.⁹²⁾

3. 일본의 정신보건관찰제도의 문제점

종래 일본의 정신장애범죄자의 처우와 관련된 여러 연구에서는 정신보건복지법에 의한 조치입원제도와 관련하여 여러 문제점들이 지적되어 왔는데, 특히 퇴원 후의 지속적인 의료적 처우의 실시와 관련하여 아무런 조치가 이루어지지 않는다는 것이 비판의 중심에 있었다. 하지만 의료관찰법의 시행으로 통원의료제도의 정비와 사회복지조정관에 의한 정신보건관찰제도 등이 실시됨에 따라 지속적인 치료제공시스템이 확보되었다는 점과 정신장애범죄자의 적극적인 사회복귀를 위한 복지적 측면에서의 지원이 이루어지게 되었다는 점 등에 따라 지금까지의 비판으로부터 어느 정도 자유로워질 수 있게 되었다. 하지만 이러한 정신보건관찰제도에 대해서도 그 실효성과 관련하여 다음과 같은 문제점이 제기되고 있다.

92) 강경래, 위의 논문, 192면.

먼저, 지정통원의료기관의 양적부족문제이다. 지정통원의료기관지정수는 목표수의 70%정도로 아직 미비하고 지역적인 편차도 심하여 대상자가 통원에 공란을 겪는 경우도 많다. 지정의료기관의 정비와 함께 시급한 지정통원의료기관의 정비도 문제점으로 제기되고 있다.⁹³⁾

의료관찰법병동과 관련하여 의료관찰법은 지정의료기관에의 입원결정 및 통원결정을 정하고 있어, 국가는 입원의료기관 및 통원의료기관의 지정할 필요가 있다. 그러나 정부의 정신과전문의료기관으로서 14곳의 정신과전문병원을 정비하여 420병상정도를 정비함을 목표로 하는바, 2008년 8월에 13시설 365병상이 개설되어 목표달성도 가능하다고 여겨지고 있으나, 도도부현에서는 300병상이 정비목표인바, 2008년 8월의 단계에서는 55병상이 정비된 것에 그친 상황이다. 의료관찰법병동은 전부 독실을 준비하여 치료에 대응하는 것으로 되어 있어, 현재의 병상수로는 머지않아 부족하게 되므로, 전국에 720병상정도의 목표수를 신속하게 정비할 필요가 있다고 생각된다.⁹⁴⁾

현재 일본에서 정신장애범죄자의 퇴원 이후의 지속적인 치료를 담당할 지정통원의료기관은 현저히 부족한 실정이다. 이에 따라 현실적으로 대상자의 거주지에 따른 선택은 이루어질 수 없어 거주지선정 또한 통원가능성의 조건에 따라 좌우되기 때문에 긴급한 상황에 대한 대응책이 마련되어 있지 않다. 이러한 결과를 초래한 원인으로서 지역 의료기관이 지정통원의료기관으로서 지정된다고 하여도 별다른 이점이 없기 때문에 지정을 기피하고

93) 한국보호관찰학회, 위의 논문, 117면.

94) 大谷 實, 위의 책, 432면.

있고, 실제로 지정통원의료기관으로 지정된 의료기관 조차 사례를 인수하는 경우 또한 매우 적다고 하고 있다. 이러한 현실에서는 결과적으로 통원결정보다 입원결정을 우선시하게 되므로 지정입원의료기관에서의 퇴원결정이 소극적으로 될 가능성이 높아져 대상자의 사회복귀의 시기는 더욱 늦어지게 되는 결과를 가져올 수 있다. 이러한 문제들은 우리의 사회내처우의 확대에 있어서 반드시 고려되어야 할 사항이다.

두 번째로 주거확보의 곤란이다. 이것은 정신장애범죄자의 사회복귀의 중요한 열쇠로 의료관찰법의 시행 이전부터 지적되어 왔던 문제이다. 예를 들어 살인 및 주거의 방화 등 지역사회에 커다란 충격을 준 사건의 경우에는 대상자가 이전에 생활하던 거주지로 돌아간다는 것은 용이하지 않다. 그렇다고 하여 전혀 생소한 지역에 설치된 그룹 홈 또는 민간의 아파트 등을 자력으로 확보하는 것은 더 더욱 어려운 실정이다. 일본에서는 이러한 문제를 해결하기 위하여 의료관찰법에서는 통원처우이지만 정신보건법에 의한 입원(의료보호입원 및 임의입원)을 시켜 그 사이에 주거 등을 확보하는 등의 방법으로 대응하고 있다. 물론 이러한 대응은 의료관찰법 또는 정신보건복지법에는 저촉되지는 않으나 결과적으로 본래라면 입원하지 않아도 되는 대상자가 복귀할 거주지가 없기 때문에 입원이 강제된다는 의미에서의 「사회적 입원」이 되기 때문에 대상자의 사회복귀의 촉진이라는 법의 이념으로부터 더욱 멀어지는 운용이 이루어지고 있다는 비판이 제기되고 있다. 또한 이러한 대응은 특정의 자립지원시설이 귀주처로 편중되어 이용되는 사태가 야기될 수도 있다는 문제가 발생할 가능성도 있다.⁹⁵⁾

95) 영국에서도 정신장애범죄자에 대한 주거의 확보와 관련된 문제가 지속적으로 제기되어 왔다. 이를 위

세 번째로 보호관찰소의 기능 및 권한의 한계와 관련된 문제이다. 지역에서의 처우는 지정통원의료기관, 도도부현(보건소 등), 시읍면, 정신보건복지센터, 사회복지시설 등 많은 관계기관이 연계한 가운데 이루어지며, 이러한 연계의 중심적인 역할을 담당하는 것이 사회복지조정관이다. 하지만 사회복지조정관이 중심적인 역할을 한다고 하여도 단순한 조정만을 의미하는 것인지 아니면 모든 기관의 조정을 담당하는 지휘자적인 역할을 담당하는 것인지 등에 대해서는 불명확하다. 의료관찰법의 시행과 함께 각 도도부현과 보호관찰소 사이에 「지역처우운영요령」이 제정되었으나 여기에서도 단순히 「연계」혹은 「협력」이라는 추상적인 개념만이 강조되어 책임분담에 대한 부분이 명확하게 규정되어 있지 않다. 또한 의료관찰법에 의한 지역처우는 대상자의 사회복지를 목적으로 하지만 국가의 명령에 의한 강제처우라는 것은 분명한 사실이다. 하지만 이것을 통괄하는 보호관찰소에서는 조정, 관찰, 지도 등의 역할은 규정되어 있어도 그외에 어떠한 권한 내지 강제력도 부여되어 있지 않다. 예를 들어 통원중단이 이루어진 사례 등에서 보호관찰소는 진료를 받도록 권유할 수는 있어도 그것을 강제할 수는 없으므로 결과적으로 강제처우제도로서는 치명적인 결함을 갖고 있다고 지적되고 있다.⁹⁶⁾

하여 영국에서는 보호관찰소와 지역 등이 연계하여 정신장애범죄자용의 호스텔(Hostel)을 설치하여 전문의 담당자가 상주하여 정신장애범죄자에 대한 의료와 보호, 감독 등을 실시하고 있다. 이것은 치료의 계속과 처우가 동시에 이루어진다는 점에서 중도의 정신장애범죄자에 대해서도 일정한 효과가 있다고 평가되고 있다. 이러한 정신장애범죄자용 호스텔은 1993년에 제1호가 설치되었고 2000년도에는 3개소가 증설되는 등 그 수는 점차 증가하고 있다. J. Kenney-Herbert, 'Psychiatric Liaison Service', 2000, British Journal of Psychiatry 24, at pp. 432~433. Rajesh Nadkarru, *Partnership with Probation Hostels*, 2000, British Journal of Psychiatry 24, at pp. 222~224; 강경래, 위의 논문, 195면.

96) 蛇原正敏, “医療觀察制度の現状と課題-社会復歸調整官の立場から-”, 司法精神醫學 2巻1号, 2007年, 61~70頁; 강경래, 위의 논문, 195면.

네 번째로 사회복지조정관의 확보와 관련된 문제이다. 사회복지조정관은 대상자가 정신보건관찰에서 지역의 정신보건복지로 자연스럽게 이행하기 위한 가교역할을 담당하는 자로서 정신보건복지와 관련된 지식과 경험 등을 갖춘 전문가를 필요로 하지만 현실적으로 이러한 전문가의 확보가 매우 곤란하다는 비판⁹⁷⁾ 등이 있다.

다섯 번째로 의료관찰대상자의 프라이버시와 관련된 문제이다. 정신장애범죄자의 사회복지를 지원하기 위해서는 그 대상자의 사회복지를 지원하는 의료보건복지의 관계자들 사이에 필요한 정보의 공유는 매우 중요하다. 그러나 정신장애범죄자의 치료경력과 범죄경력 등은 대상자의 프라이버시와 관계되는 매우 중요한 개인정보로 그 취급에는 충분한 배려가 요구된다. 물론 의료관찰의 담당자에게만 정보의 수집과 관리를 위임토록 할 수도 있으나 이러한 경우 지역관계자와의 연계가 곤란하게 되며 결과적으로 대상자에 대해서도 효과적인 사회적 지원의 제공이 어려워진다. 그렇다고 하여도 정보의 대부분이 대상자의 개인정보로써 충분한 배려가 필요한 정보이기 때문에 모든 정보를 모든 관계자가 공유할 수도 없다. 현재 일본의 경우 정보의 공유에 대해서는 지역관계기관과의 연락조정을 실제로 담당하는 사회복지조정관의 판단에 위임하고 있는 상황이기 때문에 이에 대한 일정한 판단기준 등의 마련이 요구되고 있다.⁹⁸⁾⁹⁹⁾

97) 2006년의 경우 사회복지조정관은 각 都府 縣 한 명 정도에 불과하여 한 명의 사회복지조정관이 보호관찰소가 있는 都道府縣 전체를 혼자서 담당하는 경우도 있다. 佐藤園実, “触法精神障害者の地域処遇-「社会復歸調整官」の役割についての考察-”, 長野大學紀要 第4号, 2006年, 258頁; 강경래, 위의 논문, 196면.

98) 가장 근본적인 비판은 법률이 기대하는 성과를 얻기 위해서는 먼저 충분한 준비와 이를 위한 제정의 확보 등이 선행되어야 했음에도 불구하고 사회적인 여론에 밀려 법률의 조기실시만이 강조된 나머지 결과적으로 법률에서 의도하는 정신장애범죄자의 사회복지가 현실적으로 곤란하다고 하는 것이다.

IV. 소결

이상에서는 외국의 정신장애범죄자에 대한 처우를 살펴보았다. 우리나라의 제도 발전 논의에 앞서, 외국의 경우는 범법정신장애자 등에 대해 어떤 제도와 시설을 마련하고 어떻게 활용하고 있는지 살펴보는 것도 의미있는 작업이라고 할 수 있다.

독일, 미국, 일본의 예를 대표적으로 살펴본 바, 각국이 동일한 개체를 두고 그것을 서로 상이한 방식으로 풀어가기 때문에 초점을 맞추는게 쉽지는 않다. 그러나 보안처분의 유무나 그 모습이 서로 상이하더라도 공통적으로 아직 그 제도나 실효성 면에서 완전하다고 말할 수 있는 제도는 없다는 것과 법적인 측면뿐이 아닌 정신의학 · 카운슬러 등 연관되는 각 분야의 전문가가 연계하여 보다 전문적인 제도 운영과 근본적인 치료와 재범방지를 위해 노력하고 있다는 점을 알 수 있다.

또한 시설내 처우만을 중심으로 하는 것이 아니라 점점 사회내처우로 그 중심이 이동하고 있다는 느낌을 받을 수 있으며 사후관리체계의 내실화를 위해 노력하고 있다는 점을 공통점으로 들 수 있다. 국내 뿐 아니라 외국의 경우에도 정신장애범죄자의 처우제도에 대해 여러 가지 논의가 진행되고 있는데, 각 나라의 실정에 맞춰 제도를 확립하려는 중으로 볼 수 있다.

최근 독일에서 진행되는 보안처분 집행방식 변화에 대한 논의들은, 비록 논의가 시작된 원인에 있어서는 다소 차이가 있을 수 있으나, 우리나라의 - 특히 최근 성폭력 범죄와 관련하여 논의가 있었던 점 등 - 상황과 유사한

99) 강경래, 위의 논문, 193면-196면

부분이 있음을 발견할 수 있어, 그 시사하는 바가 크다고 생각된다.¹⁰⁰⁾

따라서 독일에서의 이러한 논의들이 우리 정책방향을 설정하는데 하나의 모델 혹은 참고 자료가 될 수 있을 것이다.

또한 미국의 치료법원 같은 경우 전문가 집단과의 연계로 알맞은 프로그램을 개발하는 등 그 효과나 평가면에서 정신장애범죄자의 처우에 대하여 미래 지향적 방향을 제시해주고 있다고 할 수 있고¹⁰¹⁾, 나름대로 성공적으로 평가되고 있는 제도이므로, 국내 도입을 위해 논의해 볼 가치가 있다고 생각된다.

일본의 경우에도 아직 시설의 양적 부족이라는 문제점은 남아있지만 범법 정신장애자에 대한 사후관리시스템을 정립하고 사회복귀를 위한 복지적 측면의 지원을 확대하고 있다. 시설에서의 입원치료처우뿐만이 아니라 퇴원후의 시설 외에서의 통원치료처우, 그리고 사회내 처우까지를 처우의 하나의 흐름으로서 이해하여 이들이 함께 이루어짐으로써 정신장애범죄자에 대한 처우가 완결되는 것이라고 보고 있다는 점은 우리나라 치료감호제도 논의에 시사점을 제공한다.

우리 치료감호법은 지속적인 치료시스템 확보라는 측면에서 외래진료제를 규정하고 있으나 자발적 참여가 없을 경우 실효성이 없기 때문에 제도가 강화될 필요가 있는데, 이러한 점은 일본의 퇴원 후 지정통원의료기관을 내정하는 시스템 도입을 고려해볼 필요가 있다.

그러나 아무리 외국의 성공한 제도라고 나라마다 그 사회만의 특색이 있

100) 김혜정, 위의 논문, 103면.

101) 성경숙, 위의 논문, 100면.

으므로 도입에는 조심스러운 접근이 필요할 것이며, 국내 상황에 맞게 디테일한 부분의 재설정이 필요할 것이다.

법적인 측면뿐만이 아닌 정신의학 · 카운슬러 등 연관되는 각 분야의 전문가가 연계하여 보다 전문적인 제도 운영으로 근본적인 치료 · 재범방지를 위해 노력과 사회내처우의 중요성 부각, 전문지식을 활용한 지도와 관리를 실시하는 보호관찰 등의 사후관리체계의 내실화 등 외국 법제도의 공통적 동향은 앞으로 우리 치료감호제도 논의의 방향을 결정하는데 중요한 참고자료가 될 것이라 생각한다.

제4장 현행 치료감호제도의 내용 및 현황

I. 현행 치료감호제도의 내용

1. 치료감호 대상자

치료감호법 제2조 제1항은 치료감호대상자를 치료감호시설에서 치료를 받을 필요가 있고 재범의 위험성이 있는 자로서 ① 형법 제10조 제1항(책임무능력)에 따라 벌할 수 없거나 같은 조 제2항(한정책임능력)에 따라 형이 감경(減輕)되는 심신장애자로서 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 지은 자, ② 마약·향정신성의약품·대마, 그 밖에 남용되거나 해독(害毒)을 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(小兒性嗜好症), 성적가학증 등 성적 성벽이 있는 정신성적장애자로서 금고 이상의 형에 해당하는 성폭력범죄를 지은 자 중 어느 하나에 해당하는 자로 규정하고 있다.

따라서 치료감호 대상자는 금고이상의 형에 해당하는 범죄행위를 한 정신장애자, 약물·알코올 중독자, 그리고 정신성적장애자를 말한다. 치료감호법은 원래 정신성적장애자를 대상자에 포함시키지 않고 있었으나, 정신성적장애자의 습벽과 재범이 문제화됨에 따라 최근에 개정을 통하여 정신성적장애자를 치료감호법상의 치료감호대상자로 편입시켰다.

(1) 원인범죄로서의 “금고 이상의 형에 해당하는 범죄행위”

치료감호법은 제2조 각호의 치료감호대상자에게 치료감호처분을 부과하기 위한 첫 번째 요건으로 “금고 이상의 형에 해당하는 범죄행위”를 규정하고 있다. 보안처분 부과에 근거가 되는 이른바 원인 범죄를 규정한 것으로, 이는 정신보건법에 기초한 예방적 경찰행정처분으로서의 수용(입원)처분과 형사적 보안처분으로서의 치료감호처분의 법적 성격을 근본적으로 구분 짓는 요건이기도 하다.

금고 이상의 형에 해당하는 범죄는 자유형 부과 가능성이 있는 범죄를 의미하므로 형법각칙의 일부 범죄를 제외하고는 거의 대부분의 범죄가 이에 해당된다.¹⁰²⁾ 다만 새로 추가된 제3호 정신성적 장애자를 대상으로 부과되는 치료감호처분의 경우 “금고이상의 형에 해당하는 성폭력범죄”로 규정하고 이를 제2조의2(치료감호 대상 성폭력범죄의 범위)에 규정된 “목록범죄”에 국한하고 있다.¹⁰³⁾

(2) 금고이상의 형에 해당하는 죄를 범한 정신장애자

형법 제10조 제1항에 해당하는 책임무능력이나 형법 제10조 제2항에 해당하는 한정책임자로, 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력 또는 의사를 결

102) 형법에 수록된 죄명 중 금고이상의 형에 해당하지 않는 것은 벌금형만을 규정한 단순도박과 과실상해 등 극소수(8개)에 불과하여 큰 의미가 없다.(김진환, “정신장애 범죄자의 책임과 처우에 관한 연구”, 한양대학교 박사학위청구논문, 2003, 294면)

103) 강우예·박학모, 형사법개정연구(IV) 보안처분제도의 정비방안, 한국형사정책연구원, 2009, 52면

정할 능력이 없거나 미약한 자를 의미한다. 또한 그로 인하여 금고이상에 해당하는 범죄를 범해야 한다. 정신장애와 관계없이 죄를 범하였을 때는 비록 정신장애자일지라도 치료감호를 선고할 수 없다. 따라서 책임무능력자가 범한 범죄행위는 책임 무능력 상태에서 행해져야 하고, 책임무능력으로 인하여 무죄가 선고되거나, 검사가 불기소결정(죄가아님)을 하면서도 독립하여 치료감호만을 청구한 경우(동법 제15조 제1항)에는 치료감호가 선고된다. 한편 한정책임능력자의 경우는 구성요건에 해당하고 위법하며 유책해야 되며, 치료감호를 선고하기 위해서는 대상자가 범한 범죄에 대하여 유죄판결이 선고되어야 한다.

따라서 심신상실로 인한 책임무능력이 아닌 다른 사유가 있어서 처벌하지 않는 경우에는 치료감호를 선고할 수 없다고 할 것이고, 한정책임능력사유인 심신미약과 농아자인 사유가 결합되어 있을 때에는 양자는 모두 범죄는 성립하면서 형이 감경됨에 불과하므로 치료감호의 대상이 된다고 할 수 있다.¹⁰⁴⁾

(3) 금고이상의 형에 해당하는 죄를 범한 약물 · 알코올 중독자

치료감호법 제2조 제2항에서의 마약 · 향정신성의약품 · 대마 · 기타의 남용되거나 해독(害毒)작용을 일으킬 우려가 있는 물질의 종류는 대통령령으로 정하고 있다.¹⁰⁵⁾ 보호대상자가 마약 · 향정신성의약품 · 대마 · 기타의

104) 정필자, “정신장애범죄자의 치료감호제도에 관한 연구”, 공주대 대학원 석사학위청구논문, 2003, 55면.

105) 치료감호법 제2조 제1항 제2호의 규정에 의한 마약 · 향정신성의약품 · 대마 그 밖에 남용되거나

남용되거나 해독작용을 일으킬 우려가 있는 물질을 사용할 습벽이 있거나 이에 중독되어야 한다. 따라서 위 물질을 이용함으로써 보호대상자의 건강과 노동 및 활동능력이 현저히 침해될 남용과 해독작용을 일으킬 우려가 있고, 의료행위의 규정에 맞지 않게 약물을 지속적으로 혹은 산발적으로 과용하는 남용이 있어야 한다.

감호대상자가 범한 범죄와 알코올 기타 중독성물질에 대한 습벽 또는 중독과 인과관계가 있어야 한다. 마약류의 중독사유로만은 치료감호의 대상이 되지 않는다.¹⁰⁶⁾ 여기서 범죄와 습벽 또는 중독 사이에 인과관계가 존재하는 이상, 그 범죄를 범할 때에 책임무능력상태에 있었느냐 또는 한정책임능력이 있었느냐는 문제되지 않는다고 한다.¹⁰⁷⁾

(4) 금고이상의 형에 해당하는 죄를 범한 정신성적 장애인

치료감호법 제2조의2는 치료감호 대상과 성폭력범죄의 범위를 규정하고

해독작용을 일으킬 우려가 있는 물질이 종류(시행령2조)로는 「마약류관리에 의한 법률」 제2조 제2호 내지 제5호 및 동법 시행령 제2조 제1항 내지 제3항에 규정된 물질과 「유해화학물질 관리법」 제35조 제1항 및 동법 시행령 제22조에 규정된 물질이 대상물질이 된다.

106) 치료감호와 구별해야 될 개념인 치료보호제도는 마약법, 대마관리법, 향정신성의약품관리법에서 마약류 등의 중독자에 대하여 분산하여 규제하던 제도를 2000. 1.12 법률 제6146호로 마약류 관리에 관한 법률을 제정하여 처벌보다는 치료·보호를 통하여 사회복귀를 유도하는 등 중독자 문제에 능동적으로 대처하기 위하여 도입된 것이다. 치료보호제도도 일종의 보안처분으로, 형사처벌과는 별도로 일정기간 강제수용을 하면서 중독에 대한 치료를 실시하여 중독자의 사회복귀를 도모하고, 그 중독자로 인한 마약류의 범람과 기타 범법행위로부터 사회를 보호하기 위한 목적으로 마련된 제도이다. 따라서 마약류 및 알코올 중독자가 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 재범의 위험성이 있다고 인정될 때 처하여지는 치료감호와는 구별된다.

107) 성경숙, “정신장애범죄자의 형사책임에 관한 연구”, 성균관대 대학원 박사학위 청구논문, 2009, 247면.

있다.¹⁰⁸⁾ 치료감호 대상인 성폭력범죄는 인권침해방지를 위해 강간·강제추행 등으로 명확히 규정하고 있다. 여기서 정신성적 장애란 성적성벽에 의해 범죄행위를 저지르는 성폭력 범죄를 의미하는 것으로 정신의학계에서는 이를 치료대상으로 보고 있다.¹⁰⁹⁾ 이와 같은 장애로 치료감호법 제2조의2의 각호의 범죄를 지은 자가 금고 이상의 형에 해당하는 경우 치료감호의 대상이 된다.¹¹⁰⁾

2. 치료감호의 요건

치료감호법은 치료감호부과요건으로 치료의 필요성과 재범의 위험성을 요구하고 있다. 이전 사회보호법에서는 치료감호의 요건으로 ‘재범의 위험성’만을 규정하고 있었으나, 치료감호법은 기존 재범의 위험성에 ‘치료의 필요

108) 「형법」 제297조(강간)·제298조(강제추행)·제299조(준강간, 준강제추행)·제300조(미수범)·제301조(강간등 상해·치상)·제301조의2(강간등 살인·치사)·제302조(미성년자등에 대한 간음)·제303조(업무상위력등에 의한 간음)·제305조(미성년자에 대한 간음, 추행) 및 제339조(강도강간)의 죄, 「성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률」 제5조(특수강도강간등)부터 제8조(장애인등에 대한 간음등)까지, 제8조의2(13세미만의 미성년자에 대한 강간, 강제추행 등) 및 제9조(강간등 상해·치상)부터 제12조(미수범)까지의 죄, 「청소년의 성보호에 관한 법률」 제7조(청소년에 대한 강간·강제추행등)의 죄, 그리고 위의 죄로서 다른 법률에 따라 가중처벌되는 죄를 포함한다.

109) 치료감호에 해당하는 소아기호증, 성적가학증 등과 같은 성적 성벽은 ‘정신장애의 진단 및 통계편람(DSM-IV)’에 의하며, 소아기호증(Pedophilia)은 사춘기 이전의 소아나 소아들(보통 13세 이하)을 대상으로 하는 성행위이며, 성적가학증(sexual sadism)은 희생자의 심리적, 육체적 고통(굴욕을 포함)을 통하여 성적흥분을 얻는 행위로 정신성적 장애에 해당한다(성경숙, 위의 논문, 248면).

110) 2009년 5월 4일 정신성적 장애를 가진 성폭력범죄자가 치료감호소에 입소, 본격적인 치료·재활에 들어가 성폭력범죄자 치료가 본격 개시되었다. 강간상해, 강도, 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률 위반 사건으로 대전지법 천안지원에서 정신감정을 의뢰한 대상자로 학창시절부터 컴퓨터를 이용하여 포르노를 보며 성적 망상을 키워왔고, 고2때부터 성적 선호장애를 표출, 정신감정결과 사물 변별능력이나 의사결정능력은 있으나 성적 선호장애에 대한 정신치료, 행동치료가 필요한 정신성적장애로 진단되었다. 법무부, 정신성적 장애 성폭력범죄자 치료감호소 첫 입소, 보도자료, 2009.05.06

성'을 추가로 명문화하여 치료감호의 선고요건을 강화하고 있다. 치료감호의 경우 정신병원등의 치료시설에의 강제입원이 정당화 되는 것은 그 강제입원에 대한 대상자의 정신장애가 의료수단에 의해 치료되어 그 자의 개선과 사회의 안전질서가 보장되어 그 장래의 위험성이 제거되기 때문이다.

치료의 필요성이 의학적 견지에서 과거를 기준으로 현재를 추론하여 내리는 판단임에 반해, 재범의 위험성은 과학적 판단을 기준으로 한 장래의 예측이라고 볼 수 있다. 그래서 치료감호를 적용함에 있어서, 우선 치료의 필요성이 없으면 재범의 위험성이 있을지라도 치료감호를 명할 수는 없게 된다.¹¹¹⁾

(1) 치료의 필요성

치료감호법 제2조 제1항에 따르면 치료감호 대상자에 대해서 치료감호를 선고하기 위해서는 치료의 필요성이 존재하여야 한다고 규정하고 있다. 치료감호의 요건에 치료의 필요성을 추가하는 문제는 단지 요건을 강화하는 문제가 아니라 책임능력과 분리하여 새로운 처우정책을 지향할 때 의미가 있는 것이므로 책임무능력을 전제로 치료감호를 선고하는 현 체제하에서는 반드시 필요한 것은 아니라는 견해¹¹²⁾도 있다. 그러나 책임능력은 형벌을 과하기 위한 요건에 불과하므로 보호와 치료의 필요성을 요건으로 하는 치료감호는¹¹³⁾ 가벌성의 요건인 책임능력과 치료의 필요성을 분리하여, 기존

111) 성경숙, 위의 논문 249면.

112) 이러한 주장은 김진환, 앞의 논문, 295면.

113) 윤상민, “현행치료감호제도의 문제점과 개선방안”, 원광법학, 2010, 380면.

의 사회보호만을 중심으로 하여 심신장애자의 인권이 위협받는 경우가 없도록 하기 위하여 치료의 필요성을 치료감호의 요건으로 추가한 것으로 해석된다. 따라서 치료의 필요성을 추가한 것은 치료감호처분 선고시 신중을 기하여 사회보호만이 아닌 정신질환자의 입장에서 치료와 재활 및 사회복지시스템으로 용이하게 진입시키려는 의도를 가진 것으로 보인다.¹¹⁴⁾ 이에 따라 치료감호는 정신장애자에 대하여 재범의 위험성이 있을지라도 의학적인 관점에서 의료적 처치가 필요하다고 인정될 때로 한정해야 하고, 치료감호소에서의 감호를 전제로 하는 치료감호는 “치료감호시설에서의 치료 필요성’을 구체적이고 실질적으로 판단하여야 할 것이므로 ‘치료감호시설에서의 치료 필요성’은 피감호청구인이 단순히 심신장애 상태에 있다거나 이를 위한 치료의 필요성이 있다는 사정만으로는 부족하고, 피감호청구인이 일정한 기간 강제력을 수반하는 감호 상태에서 치료를 받아야 할 명백한 사정이 있는 경우에 한하여 인정할 수 있을 것이다”¹¹⁵⁾¹¹⁶⁾

(2) 재범의 위험성

114) 이에 따르면, 예컨대 모든 성폭력범죄자가 치료감호를 받아야 하는 것은 아니다. 정신의학 전문가에 따르면 인격장애를 가진 성폭력범죄자의 경우는 치료가 불가능하여 구금기간 연장이나 외국에서 시행 중인 화학적·물리적 거세 등만이 이들의 범죄의 재범을 억제할 수 있다고 한다. 그러나 소아성기호증, 성적가학증 등 정신성적장애를 가진 성폭력범죄자는 재범의 위험성이 높은 반면 치료를 통한 개선가능성도 높다는 것이 정신의학계의 일반적인 의견이다.(염정훈, “성폭력범죄자에 대한 치료적 사법모델 고찰-미국, 우리나라의 운영사례를 중심으로”, 보호, 법무부, 2007, 12월호, 125면). 그러므로 치료감호 대상으로 소아성기호증 등 정신성적 장애를 가진 성폭력범죄자로 한정된 것은 치료의 필요성의 고려라 생각된다.

115) 서울고등법원 2007.6.29, 2007노550

116) 성경숙, 위의 논문, 250면.

치료감호법 제2조 제1항은 치료감호의 요건으로 “재범의 위험성”을 설정하고 있다. 또한 치료감호심의위원회의 종료결정 내지는 가 종료 결정에 있어서 가장 중요시 되는 기준이 퇴소후의 재범의 위험성 유무 즉 재범의 방지이기 때문에 퇴소의 실질적인 요건이기도 하다.

재범의 위험성이라 함은 피감호청구인이 장래에 다시 심신장애의 상태를 일으켜 범행을 저지를 상당한 개연성이 있는 경우를 말한다.¹¹⁷⁾ 그러나 치료감호법은 재범의 위험성에 대하여 구체적인 내용은 규정하지 않고 법률상 재범의 종류에도 제한이 없으며 전적으로 해석에 맡기고 있다. 재범의 위험성의 유무는 “피감호청구인에 대한 위험성의 하나의 징표가 되는 원인행위로서 당해 범행의 내용과 판결선고 당시의 피감호청구인의 심신장애의 정도, 심신장애의 원인이 될 질환의 성격과 치료의 난이도, 향후 치료를 계속 받을 수 있는 환경의 구비여부, 피감호청구인 자신의 재범예방의지의 유무¹¹⁸⁾ 등 제반사정을 종합적으로 평가하여 객관적으로 판단하여야 한다.¹¹⁹⁾

117) 대판 1990.8.28, 90감도103: 김상호, “치료감호처분에 있어서 위험성”, 동아법학 4호, 1987, 54면.

118) 대판 1984.5.22, 84감도103 판결에서 “피감호청구인이 정신질환으로 치료의 필요성이 인정되더라도 가정환경이 양호한 편이고, 학생이며, 정신분열증(정동형)은 치료가 잘 되는 편이고, 가족이 돌봐 1개월의 입원치료를 받았으며 사건발생 후 10개월간 증상이 재발되지 않았고, 주변의 도움으로 자신을 통제하면서 스스로 재발 방지의 의지가 엿보인다는 이유로 치료감호를 선고하지 않았다”

119) 대법원은 대판 2000.7.4, 2000도1908에서 치료감호의 요건이 되는 재범의 위험성이라 함은 피감호청구인이 장래에 다시 심신장애의 상태에서 범행을 저지를 상당한 개연성이 있는 경우를 말하고, 그 위험성 유무는 피감호청구인에 대한 위험성의 하나의 징표가 되는 원인행위로서 당해 범행의 내용과 판결선고 당시의 피감호청구인의 심신장애의 정도, 심신장애의 원인이 될 질환의 성격과 치료의 난이도, 향후 치료를 계속 받을 수 있는 환경의 구비여부, 피감호청구인 자신의 재범예방 의지의 유무 등 제반 사정을 종합적으로 평가하여 객관적으로 판단하여야 하는 것인바(대법원 1990. 8. 28. 선고 90감도103 판결 참조), 기록상 나타나는 위와 같은 제반 사정, 특히 피고인은 자신이 피해형 망상장애라는 심신장애가 있다는 것을 전혀 인식하지 못한 채 아직도 사실을 밝히는 고소는 하겠다는 취지의 주장을 하고 있을 뿐만 아니라 실제로 제1심 증인을 위증으로 고소하는 내용의 고소장을 작성하기까지 한 점에 비추어 보면, 피고인은 적절한 정신과적 치료를 받지 아니하는 경우 다시금 무고 범행을 저지를 개연성이 높다고 할 것이므로 재범의 위험성이 있다고 하지 않을 수 없다고 하여 치료감호의 요건

“재범의 위험성에 대한 판단은 과거의 사실에 대한 판단이 아니고 미래에 대한 가정적 판단이므로 그 위험성의 유무에 관한 판단은 당연히 행위시가 아니라 치료감호 청구사건에 대한 판결시를 기준으로 해야 될 것이다.”¹²⁰⁾ 재범의 위험성에 대한 최종적인 판단은 법관이 하고, 재범의 위험성에 대한 단순한 가능성만으로 긍정되어서는 안되며, 이 판단은 반드시 심리학, 의학, 정신분석학 등 과학적 판단자료를 통해 이루어져야 한다.

하지만 재범의 위험성에 대한 판단은 미래의 예측 문제와 관계되므로, 현재의 의학이나 심리학 등의 학문의 수준에서 과연 그 예측이 가능한지 의문이며, 비록 가능하더라도 불확실성이 수반됨을 부인할 수 없다. 예측의 불확실성에 대한 부담이 피고인에게 돌아가서는 안되기 때문에 ‘의심스러울 때에는 피고인의 이익으로(in dubio pro reo)’라는 원칙이 철저하게 지켜져야 한다. 예측의 정확성을 담보하기 위해서는 예측에 필요한 모든 자료를 통해 과학적으로 입증되어야 하기 때문에, 다른 학문과의 학제간 접근¹²¹⁾이 요구되고, 윤리적 측면에 대한 관심도 지속적으로 필요하다.¹²²⁾

이 되는 '재범의 위험성'의 의미 및 그 판단 기준에 대해 판시하고 있다.

120) 대판 1982.6.22, 82감도142

121) 재범의 위험성의 판단은 심리학, 사회학, 범죄학, 그리고 정신의학 등을 포함한 판단이다. 예를 들면, 신경과학의 경우 일부연구에서 뇌척수액에 주로 세로토닌 대사물질 5-hydroxyindoleacetic acid (5-HIAA)는 반복적 충동적 공격과 그리고 낮은 집중력과 관련이 있음을 발견했다 (Linnoila & virkkunen, 1992). 장애에 이와 같이 요인들은 적절한 약물치료로 치료가능한 폭력위험 요소들을 식별할 수 있게 한다(Volavka,1995). 유사하게, 뇌의 orbitofrontal lobes의 구조적 손상은 공격, 탈억제, 분노, 서투른 판단,그리고 알팍한 정서를 포함하는 행위적 정신이상과 관련이 있다고 한다. 최근 neuromaging 연구는 구조적 손상(장애)없이 개개인에 있어 orbitofrontal 싸이즈와 정신병리학적 성향 사이에 상호관련이 있음을 제시했다(Raine, Lencz, Bihrl, LaCasse, & Coletti, 2000), Dale E. Mcniel, Risk Assessment, Taking Psychology and Law into The Twenty-First Century(ed. by James R. P. Ogloff, Kluwer Academic/Plenum Publishers, New York, 2002), p.162. 성경숙, “정신장애범죄자의 형사책임에 관한연구”, 성균관대 대학원 박사학위청구논문, 2009, 252면 재인용.

122) 성경숙, 위의 논문, 251면.

3. 치료감호기간

치료감호법 제16조 제2항 제1호는 심신장애자와 정신성적 장애자는 “치료감호시설에서의 수용은 15년을 초과할 수 없다”고 규정하고 있고, 동조 제2항 제2호는 약물중독의 피치료감호자를 “치료감호시설에서의 수용은 2년을 초과할 수 없다”고 규정하고 있다. 또한 치료감호의 집행을 개시한 후 1년을 경과하거나 형이 병과되어 형기 상당의 치료감호를 집행 받은 자에 대하여는 상당한 기간을 정하여 법정대리인에게 치료를 위탁할 수 있고(동법 제23조), 치료감호위원회는 피치료감호자에 대하여 그 집행을 개시 후 6개월마다 집행의 종료 또는 가종료 여부를, 가종료 또는 치료위탁된 피치료감호자에 대하여는 가종료 또는 치료위탁 후 6개월마다 종료 여부를 심사·결정하도록 하고 있다(동법 제22조).

이전 사회보호법에서는 치료감호의 기간에 대하여 치료감호 대상자가 감호의 필요가 없을 정도로 치료되어 사회보호위원회의 치료감호의 종료결정이 있을 때까지로 하여 그 기간에 대하여 제한을 두고 있지 않았다. 감호기간에 제한을 두고 있지 않았던 것은 치료감호가 정신장애범죄자의 범죄성을 제거하기 위한 치료·개선 처분이므로 치료에 필요한 기간을 미리 정할 수 있는 과학적·합리적 근거가 없고, 보안의 면에 있어서 위험성이 있는 한 감호를 계속할 필요성이 있으므로 그 기간을 정하지 않는 것이 보안처분의 본질상 당연하다는 것을 논거에 의해서 였다.¹²³⁾ 이와 같은 절대적 부정기

123) 이에대해 장규원·진희권, “치료감호에 관한 연구”, 형사정책연구원, 1994, 52면. 또한 대법원도 대

는 인간의 존엄성에 반하고 법치국가원리 특히 비례성의 원칙에 위배된다는 이유로 치료감호기간을 일정하게 적정화하자는 논의가 계속되어왔다. 대부분의 구체적인 상한선 제한에 관한 주장들은 설득력 있는 논거를 제시하지 못하여 그렇다할 성과를 내지 못하였으나, 대체로 상한기간을 정하여야 한다는데 의견의 일치를 보아오다가¹²⁴⁾, 치료감호법 제정과 함께 치료감호의 최고 기간을 15년으로 규정함으로써 치료감호기간에 대한 논란은 일단락 시켰다. 하지만 15년의 상한선이 적정한지 여부에 대해서는 계속 논의가 진행 중이고 이에 관하여는 후술한다.

4. 치료감호청구요건

(1) 정신감정

치료감호법 제4조 제2항은 치료감호대상자에 대한 치료감호를 청구할 때

관 1987.5.12, 87감도50에서 “사회보호법에 의한 치료감호처분은 치료가 필요한 자에 대하여 사회복귀를 촉진하고 사회를 보호함을 목적으로 과하는 감호 또는 감찰처분으로서 형벌과 같이 볼 수 없으므로 치료감호의 요건을 사법적 판단에 맡기면서 사회보호위원회로 하여금 감호기간을 정하도록 하였다 하여 죄형법정주의나 무죄추정의 원칙에 반한다고 할 수 없다”고 판사하고 있다 ; 강동욱, “범죄행위를 한 정신장애자의 법적 처우에 관한 연구”, 인권과정의, 2004, 99면.

124) 치료감호처분이 정신보건법에 의한 행정처분이 아니라 인권과 법질서의 보호에 근간을 두는 - 통제가 필요한 사법처분이라는 점 때문에 당연히 보안처분의 비례성원칙의 적용을 받아야 하며, 현실적으로도 정신장애의 치료는 대부분 장기를 요하는 만큼 중형사범죄가 아니면 치료감호를 받는 것이 피고인에게 그 불법의 크기 이상의 장기간의 치료감호로 인하여 불리할 수도 있다. 즉 치료감호에 처하는 이유가 정신장애자의 장래의 위법행위에 대한 위험성 때문이라면 이는 정신보건법으로도 충분하다. 따라서 판사는 치료감호선고일의 최고상한을 정해줄 필요가 있다고 한다(신영호, “형사책임능력의 판단기준-특히 감정의와 법관의 관계설정을 중심으로 한 법해석론”, 비교형사법연구 제3권제1호, 85면); 최고형을 정하자는 유사한 견해로는 정규원, “형법상 책임능력에 관한 연구”, 220면; 성경숙 위의 논문 253면 재인용.

에는 정신과 등의 전문의의 진단 또는 감정을 받은 후 치료감호를 청구하여야 한다고 규정하고 있고, 동법 제13조는 법원은 위의 제4조 제2항에 따른 정신과 전문의 등의 진단 또는 감정의견만으로 피치료감호청구인의 심신장애 또는 정신성적 장애가 있는지의 여부를 판단하기 어려운 때에는 정신과 전문의 등에게 다시 감정을 명할 수 있다고 규정하였다. 치료감호청구권자인 검사는 치료감호를 청구함에 있어 정신과전문의를 진단 또는 감정절차를 필수적으로 거치도록 하고 있으며, 또한 법원은 직권으로 공소제기된 사건을 치료감호사건으로 심리할 수 있도록 규정하고 있다.

치료감호법은 치료감호청구에 필수적으로 정신과전문의를 감정을 요구하고 있으며 나아가 정신과전문의를 진단 또는 감정을 의무화하여 절차의 엄격한 운영을 규정하고 있다. 치료감호의 여부를 가리는 감정의 적정을 기하기 위해서는 감정인의 엄격한 중립이 요구된다. 게다가 치료감호의 여부를 가리기 위한 감정의 중립성을 확보하기 위하여 심신장애여부의 판단이 어려운 때에는 정신과 전문의 등에게 다시 감정을 받도록 규정한 것은 법관의 감정채택에 대한 적절한 통제가 될 수 있다고 본다.¹²⁵⁾

(2) 청구가능기간

치료감호법은 제4조 제5항에서 “검사는 공소제기한 사건의 항소심 변론종결 시까지 치료감호의 청구를 할 수 있다”고 규정하고 있다. 사회보호법이 제1심판결의 선고 전까지로 규정하고 있었던 것에 비해 치료감호 청구 가능

125) 성경숙, 위의 논문, 253면-254면.

시기를 항소심 변론 종결 까지 연장하였다.

제1심판결의 선고 전까지라는 규정은 검사가 1심에서 한 보호감호청구를 2심에서는 치료감호청구로 변경한 때에, 검사가 감호청구의 내용을 2심에서 변경할 수 있는가의 사안에서 주로 해석상의 논란이 되었다. 감호청구를 제1심판결의 선고전까지 제한하는 취지는 치료감호이건 보호감호이건 제1심판결 선고 이후에는 청구할 수 없으며, 이것은 항소심에서의 변경에 의한 청구도 안된다고 해석되었다. 사회보호법이 치료감호의 청구를 ‘1심판결 선고 전’까지로 제한하여 피치료감호청구인의 심급이익 및 방어권을 보호하고자 하는 목적이 있다는 것은 수긍이 간다. 그러나 1심판결 전에 치료감호를 선고하지 않을 경우, 처벌보다는 치료가 필요한 심신미약의 정신장애범죄자에게 실행을 선고할 수 밖에 없는 문제가 발생하게 된다. 따라서 치료감호의 청구에 한해서는 항소심 변론 종결 시까지 그 청구가 가능하도록 법규를 정하여 항소심에서도 치료감호를 청구하거나 치료보호사건으로 변경할 수 있으므로 오히려 피치료감호 청구인에게 유리하게 개정되었다.¹²⁶⁾

5. 치료감호의 절차

(1) 경찰단계

1) 감호요건의 조사

126) 성경숙, 위의 논문, 254면.

범죄가 발생하여 체포한 피의자에게 정신장애가 있다고 의심되는 경우, 경찰은 범죄사실의 수사와 함께 범죄경력·심신장애 등을 참작하여 치료감호를 청구함이 상당하다고 인정되는 자에 대하여는 그에 필요한 자료를 조사하여야 한다(치료감호법 제5조 제2항),

경찰은 피의자나 그의 가족으로부터 정신장애의 유무에 관한 정보를 얻고, 이 경우 병원에서 치료를 받은 병력이 있는 경우에 그를 치료한 담당 정신과의사에게 진단서등을 청구한다. 피의자로부터 정신장애 유무에 대한 정보를 얻을 수 없으나 정신장애가 의심스러운 경우에는 이 단계에서 정신감정을 청구하기도 한다. 정신장애범죄자로 의심되는 자를 수사할 경우에는 전과, 치료감호경력, 재범의 위험성 및 치료의 필요성, 심신장애의 정도 및 마약류·알코올의 식음 등의 습벽 또는 중독된 정도, 그 밖에 기타 치료감호대상자에게 이익이 되는 사항과 이를 증명하는 사항도 아울러 조사해야 한다(치료감호법 시행규칙 제4조 제1항). 이는 치료감호법이 경찰로 하여금 경찰수사단계부터 피의자의 치료감호의 필요성을 염두에 두고 수사할 것을 요구하고 있음을 나타내는 것이다.

사법경찰관이 치료감호 대상사건을 검찰청에 송치할 때에는 의견서에 적용법조와 치료감호를 청구함이 상당하다고 인정되는 이유 및 의견을 덧붙여 적어야 한다. 이 경우 치료감호법 제2조제1항제3호에 따른 치료감호대상자에 대하여는 검찰청에 송치하기 전에 정신과 등의 전문의의 진단이나 감정을 받아야 한다. 검찰에 송치시에는 사건송치서 의견란에 괄호를 하고, 붉은 색으로 치료감호라고 적어야 한다(치료감호법 시행규칙 제6조 제1항, 제2항).

2) 보호구속

피의자에 대하여 치료감호를 할 필요가 있다고 인정되고, ①일정한 주거가 없을 때 ② 증거를 인멸할 염려가 있을 때 ③ 도망가거나 도망할 염려가 있을 때 중 어느 하나에 해당하는 사유가 있을 때에는 검사는 관할 지방법원 판사에게 청구하여 치료감호영장을 발부받아 치료감호대상자를 보호구속할 수 있다. 사법경찰관은 검사에게 신청하여 검사의 청구로 관할 지방법원 판사의 치료감호영장을 발부받아 보호구속할 수 있다. 보호구속은 형사소송법 제201조 제2항부터 제4항까지, 제201조의2부터 제205조까지, 제208조, 제209조 및 제214조의2부터 제214조의4까지의 규정을 준용한다. 이와 같은 준용규정은 보호영장이 보호대상자의 위험성으로부터 일반인을 보호하기 위한 순수한 예방적·정책적 성격을 가지고 있기 때문에, 정신장애자를 불구속 수사 할 경우에는 재차 타인을 해할 위험성이 있다고 판단한 것으로 본다. 경찰단계에서의 구속기간은 10일 이내이다(형사소송법 제202조).

(2) 검찰단계

1) 검찰의 수사와 정신감정

검사는 경찰에서 송치된 사건에 대해 범죄사실의 수사를 할 때 피의자의 정신장애유무를 조사해야한다. 검사는 정신장애의 정도, 재범의 위험성 및 치료의 필요성 등의 증명에 주의하여야 한다. 정신장애의 조사는 책임능력

과 치료감호의 필요성을 판단하기 위한 것인데, 조사결과 치료감호를 청구하는 경우에는 정신과 등의 전문의의 진단 또는 감정을 참고하여야 한다.¹²⁷⁾ 검사는 경찰단계에서 이미 정신감정을 한 경우에는 재차 감정을 하지 않고, 그 감정결과와 수사결과를 토대로 책임능력과 치료감호의 필요성을 판단하여, 기소나 치료감호의 독립청구나 양자의 병합청구를 한다. 정신감정은 경찰단계가 아닌 검찰단계에서 처음 행해지는 경우가 많다. 정신감정을 위해서는 감정유치가 필요하기 때문에, 검사는 감정유치청구서에 유치장소, 감정인, 유치기간, 감정의 목적 등을 적어, 판사에게 감정유치처분을 청구한 이후 판사가 발부하는 감정유치장을 가지고 감정유치와 감정의뢰를 하게 된다(형사소송법 제221조의3 제1항). 감정유치기간은 대개는 30일정도이고, 필요한 때에는 판사에게 청구하여 그 기간을 연장할 수 있다(형사소송법 제221조의3 제2항). 감정유치가 구속기간 중에 집행되었을 때에는 피고인이 유치되어 있는 기간 중 구속의 집행은 정지된 것으로 간주한다.

2) 검찰의 치료감호청구

치료감호법 제4조 제3항은 치료감호의 청구는 검사가 치료감호청구서를 법원에 제출함으로써 청구한다고 규정하고 있다. 검사의 감호청구방법은 공소제기와의 관계에 따라 독립청구, 동시청구, 그리고 이시청구가 있다.

우선 독립청구는 피의자의 범죄사실을 불기소하면서 치료감호만을 청구하

127) 이처럼 법률상 정신과 등의 전문의의 진단만으로도 치료감호의 청구가 가능하지만, 실무에서는 감정을 실시하는 것이 원칙이며 진단결과만을 가지고 치료감호를 청구하는 경우는 없다.(성경숙, 위의논문, 262면.)

는 경우이다. ① 피의자가 형법 제10조 제1항의 규정에 해당되어 벌할 수 없는 경우(치료감호법 제7조 제1호), ② 친고죄에 있어서 고소·고발이 없거나 취소된 경우 또는 반의사불벌죄에 있어서 처벌을 희망하지 않는 의사 표시가 있거나 기존의 처벌희망의사를 철회한 경우(동법 제7조 제2호), ③ 피의자에 대하여 형사소송법 제247조 제1항(기소편의주의)에 의하여 고소를 제기하지 않는 결정을 한 경우에 치료감호만을 독립청구한다. 독립청구서 치료감호청구서에는 청구의 취지, 피감호청구인의 성명, 연령, 본적, 주거, 직업, 기타 피감호인을 특정할 수 있는 사항, 죄명, 청구의 원이 되는 사실, 적용법조를 기재한다(동법 제4조 제4항, 동법 시행령 제3조 제2항). 구속영장에 의하여 구속된 피의자에 대하여 검사가 공소를 제기하지 아니하는 결정을 하고 치료감호청구만을 하는 때에는 구속영장은 치료감호영장으로 보며, 그 효력을 잃지 아니한다(동법 제8조). 즉, 독립청구의 경우 피의자를 이미 피의사건으로 구속중인 때에는 그 구속영장을 감호영장으로 본다. 독립청구가 있는 경우에는 피감호청구인에게 방어준비를 할 수 있도록 하기 위해 즉시 치료감호청구서의 부분을 피감호청구인이나 변호인에게 송달해야 한다(동법 제4조 제6항).

동시청구는 피의자가 형법 제10조 제2항(한정책임능력자)에 해당하고 독립청구사유가 없지만 본인의 치료와 범죄의 예방을 위해 형벌 보다는 강제정신의료가 필요하다고 판단될 때 청구한다. 동시청구는 기소와 동시에 치료감호를 청구하는 것으로 검사가 피의자의 범죄행위에 대하여 필요적 감경을 전제로 공소를 제기하면서 동시에 치료감호를 청구할 때 적용하는 방법이다. 따라서 치료감호청구서의 기재사항 중 피감호청구인의 성명, 연령, 본

적, 주거, 직업, 기타 피감호청구인을 특정할 수 있는 사항은 공소장에 기재된 그것으로 같음하고, 치료감호청구의 원인이 되는 사실 및 적용법조는 공소장의 공소사실 및 적용법조에 추가하여 기재한다(치료감호법 제4조 제4항, 동법 시행령 제3조 제1항).

이시청구는 검사가 피의자의 범죄사실에 대하여 정식으로 공소를 제기하거나 약식으로 공소를 제기한 뒤, 뒤늦게 피의자의 정신상태가 심신상실 또는 심신미약이라고 판단되어 감호청구를 하는 경우이다. 또한 기소 후 법원이 심리결과 치료감호가 필요하다고 판단해서 검사에게 치료감호청구를 요구하여 이에 따라 검사가 치료감호청구를 하는 경우이다(동법 제4조 제7항). 검사의 경우 이미 계속중인 형사사건에 감호사건을 추가하는 이시청구를 하게 되는데 피고인이 심신상실로 인정되면 형사사건은 무죄가 선고되는 부담을 가지게 된다. 약식명령청구가 있는 후 치료감호청구가 있는 때에는 약식명령청구는 그 치료감호청구가 있는 때부터 공판절차에 의하여 심판하여야 한다(동법 제10조 제3항).

반대로 검사가 피의자의 정신상태를 형법 제10조 제1항의 규정에 따른 심신장애라고 판단하고 형사사건을 불기소하고 치료감호만을 청구한 경우, 공판개시 후 피치료청구인이 심신장애가 아니라는 명백한 증거가 발견된 경우에 검사의 청구가 있는 때에는 법원은 공판절차로 이행하여 치료감호청구서를 공소장으로 간주하여 계속 재판을 할 수 있다(치료감호법 제10조 제1항, 제2항). 검사는 공소제기한 사건의 항소심 변론종결 시까지 치료감호를 청구할 수 있다(동법 제4조 제5항).

치료감호청구가 기소와 동시에 행해진 경우에는 제1회 공판기일 전 5일까

지, 기소후 추가적으로 행해진 경우에는 다음 공판기일의 5일 전까지, 공소장 또는 치료감호청구서의 부분을 피감호청구인이나 변호인에게 송달해야 한다(동법 제4조 제6항).

(3) 재판단계

1) 치료감호의 재판

독립청구의 경우는, 법원은 검사로부터 치료감호의 독립청구를 받은 경우 그 청구에 이유가 있을 때에는 판결로써 치료감호를 선고하여야 하고, 그 이유가 없다고 인정하는 때에는 청구기각판결을 선고해야한다(치료감호법 제12조 제1항). 또한 독립청구 후 심리중에 피고인이 형법 제10조 제1항(책임무능력)의 심신장애가 없다는 명백한 증거가 발견된 경우에 검사의 청구가 있는 때에는 법원은 치료감호재판절차를 형사소송법상의 일반적인 공판절차로 변경하여야 한다(동법 제10조 제1항). 이 경우에 검사의 치료감호청구는 공소제기로, 치료감호청구서는 공소장으로, 변경 전의 심리는 공판절차에 의한 심리로 본다(동법 제10조 제2항).

법원은 치료감호사건을 심리하여 그 청구가 이유 있다고 인정할 때에는 판결로써 치료감호를 선고하여야 하고, 이유 없다고 인정할 때 또는 피고사건에 대하여 심신상실 외의 사유로 무죄를 선고하거나 사형을 선고할 때에는 판결로써 청구기각을 선고하여야 한다(동법 제12조 제1항).

위와 같은 경우에 기소에 관한 판결과 치료감호청구에 관한 판결은 동시에

선고되며(동법 제12조 제2항), 같은 판결문에 기재한다. 기소사건에 대해 형사소송법상의 면소 또는 공소기각의 판결 내지 결정의 사유가 있는 경우 및 치료감호 청구사건에 대해 같은 사유가 있는 경우에는 치료감호청구에 대해 청구기각의 판결 내지 결정을 해야 한다(동법 제12조 제4항).

기소 후 추가적 치료감호청구의 경우는, 피고인이 형법 제10조 제2항(한정책임능력)에 해당할 때에는 법원은 유죄판결과 치료감호판결을 선고한다(동법 제12조 제1항). 형법 제10조 제1항에 해당한 때에는 무죄판결과 치료감호 판결을 선고한다(동법 제12조 제1항). 이 경우에도 기소에 관한 판결과 치료감호청구에 관한 판결은 동시에 선고되며, 같은 판결문에 기재한다.

형사소송법의 상소(항소)의 절차에 관한 규정은 치료감호재판에도 적용된다(동법 제14조 제1항). 기소에 관한 판결에 대해 상소 및 상소 포기·취하가 있는 때에는 감호판결에 대해서도 상소 및 상소의 포기·취하가 있는 것으로 보며, 이는 상소권의 회복 또는 재심의 청구나 비상상고가 있는 때에도 마찬가지이다(동법 제14조 제2항).

치료감호법 제51조 규정에 의해 치료감호재판의 경우 치료감호법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 형사소송법, 형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률 및 보호관찰 등에 관한 법률의 규정을 준용한다.

2) 법원의 정신감정

치료감호법 제4조 제7항에 의거하여 법원은 공소제기된 사건의 심리결과 치료감호에 처함이 상당하다고 인정할 때에는 검사에게 치료감호청구를 요

구할 수 있고, 또한 법원은 정신과 전문의 등의 진단 또는 감정의견만으로 피치료감호청구인의 심신장애 여부를 판단하기 어려운 때에는 정신과 전문의 등에게 다시 감정을 명할 수 있다(동법 제13조).

법원이 검사에게 추가적인 치료감호청구를 요구하는 것은 통상 변호인이 피고인의 책임무능력 또는 한정책임능력을 주장하고, 그것에 이유가 있고 더 나아가 치료감호의 필요성이 인정되는 경우이다.¹²⁸⁾

6. 치료감호의 집행 및 종료

치료감호의 집행이 개시되고 1년이 경과한 때에는 상당한 기간을 정하여 그 친족 등에게 치료감호시설 외에서의 치료를 위탁할 수 있다. 또한 치료감호심의위원회는 치료감호와 형이 병과되어 형기에 상당하는 치료감호를 집행받은 자에 대해서는 상당한 기간을 정하여 그 법정대리인에게 치료감호시설 외에서의 치료를 위탁할 수 있으며(치료감호법 제23조), 이러한 경우에는 보호관찰이 개시된다(제32조 제1항).

또한 피보호자의 주거지(시설에 수용된 경우에는 그 시설을 주거지로 본다)를 관할하는 지방검찰청 또는 지청의 검사는 피치료감호자에 대한 치료의 위탁·가종료 및 그 취소와 치료감호 종료 여부에 관한 사항에 대하여 치료감호심의위원회에 그 심사·결정을 신청할 수 있다(동법 제43조).

치료감호심의위원회의 구성은 판사·검사 또는 변호사 자격이 있는 6명 이내의 위원과 정신과 등 전문의의 자격이 있는 3명 이내의 위원으로 구성

128) 성경숙, 위의 논문, 266면

되며, 위원장은 법무부차관으로 한다(제37조 제2항).

치료감호심의위원회는 피치료감호자에 대하여 집행개시 후 매 6개월마다 치료감호의 종료 또는 가종료여부를 심사·결정하며(제22조), 치료감호가 가종료된 때에는 보호관찰이 개시된다. 이 때 보호관찰의 기간은 3년이며, 보호관찰기간이 종료했을때와 보호관찰기간이 종료하기 전이라도 치료감호심의위원회의 치료감호의 종료결정이 있을 때, 피보호관찰자가 다시 치료감호의 집행을 받게 되어 재수용되거나 새로운 범죄로 금고이상의 형의 집행을 받게 되었을 때에는 보호관찰이 종료된다.¹²⁹⁾

II. 치료감호의 집행현황

1. 치료감호소 일반현황

치료감호소는 치료감호법에 의하여 치료감호 처분을 받은 자의 수용·감호와 치료 및 이에 대한 조사·연구와, 법원·검찰·경찰로부터 의뢰된 자에 대한 정신감정업무를 수행하고 있다.

치료감호소는 1987년 8월 14일 대통령령 제12232호에 의해 치료감호소 직제가 공포되고, 1987년 11월 3일 치료감호소가 개청되었다. 1993년 11월 전공의 수련병원으로 지정되었으며, 1995년 10월 500병상 증축이 완공되어 1000병상을 갖추었다. 1996년 4월, 증축병동 개설과 함께 약물중독치료실이

129) 강경래, “정신장애범죄자에 대한 사회내처우의 확대방안에 관한 고찰”, 인하대학교 법학연구, 2010, 180면

운영에 들어갔으며 1997년 11월 병원 명칭(국립감호정신병원)을 병행 사용하였다. 2004년 1월 약물중독재활센터가 개관하였고, 2006년 7월 ‘국립감호정신병원’이었던 병원명칭이 ‘국립법무병원’으로 변경되었다. 2009년 1월에는 성폭력 치료재활센터가 개관되었다.

치료감호소에서는 피치료감호자의 효과적인 치료를 위하여 신규 입소자를 검사병동에 수용하여 정신의학적 진단과 검사를 행한 후, 증상에 따라 분류하여 각 병동에 분리수용하고 정신과적 치료와 함께 치료경과에 따라 단계적인 사회적응훈련과 예술요법, 작업요법, 사이코드라마와 같은 집단요법 등 정신재활기법을 시행하고 있다. 이에 더하여 2008년도에는 피치료감호자에게 정신건강교육 48회 1,116명, 단주교육 268회 3,728명, 가족교육 12회 245명, 성폭력가해자 교육 156회 2,019명 등 의료재활교육을 실시하였다.

또한 조적, 도배, 타일, 컴퓨터, 건축도장 등 5개 종목의 직업훈련을 실시하고, 특히 지식정보화의 적응능력을 향상하고 취업이 용이한 컴퓨터 종목의 훈련을 활성화하여 5개 직업훈련 직종에서 58명이 기능사 및 기능사보 자격을 취득케 하는 등 피치료감호자의 정신질환치료와 사회적응능력배양에 힘쓰고 있다.

정신질환은 그 속성상 대부분이 만성질환으로 치료감호 종료 후에도 계속적인 통원치료가 필수적이거나 치료감호 종료 후 치료가 중단되는 경우에는 정신질환의 재발과 이에 따른 재범가능성이 상존하게 되므로 이에 대한 대책으로 치료감호 종료 후에도 5년의 범위내(1차 연장가능)에서 무료로 통원 치료를 받을 수 있도록 외래진료제를 시행하고 있다. 1999년 1899명, 2000년 2296명, 2001년 2336명, 2002년 2219명, 2003년 2576명, 2004년 2439명, 2005

년 2028명, 2006년 1825명, 2007년 1882명, 2008년에는 1919명에 대하여 외래진료를 실시함으로써 퇴소 후에도 지속적인 치료를 하고 있다.¹³⁰⁾

2. 수용현황¹³¹⁾

(1) 수용대상자의 인구사회학적 특성

현재 공주치료감호소에 수용되는 대상자에 관한 인구사회학적 특성을 성별, 연령별, 학력별로 살펴보면 다음과 같다.

<표1>을 보면 2009년 5월을 기준으로 치료감호소 피치료감호자 총 수용인원은 747명으로, 남자가 648(86.7%)명, 여자가 99(13.3%)명으로 남자 수용자 비율이 높게 구성되어 있다.

연령별 현황은 40대가 261명(34.9%), 30대가 231명(30.9%), 50대가 114명(15.3%), 20대가 114명(14.3%), 60세 이상이 30명(4.0%), 20세미만이 4명(0.6%) 순으로, 노동인구인 20대부터 50대가 95.4%를 차지한다.

연령별 현황을 표2에 제시된 병명별 현황을 참고하여 생각해보면, 피치료감호자 중 20대를 전후로 일찍 발병하는 정신병인 정신분열증이 54.6%를 차지하고 있으므로 29세 이전이 많아야 하지만, 30세에서 49세의 비율이 총 65.8%로 주류를 이루는 것은 정신분열증이 생겨도 집에서 적절한 시기에 제대로 치료를 받지 못하거나 투약을 중단하고 방치된 만성적 상태에서 뒤

130) 법무부, 법무연감, 2009, 158면.

131) 수치 및 표는 박혜영, “정신장애범법자의 사회적응에 미치는 요인에 관한 연구:사회복지시설 거주자 중심으로”, 성균관대 대학원 석사학위청구논문, 2010, 34면 이하 참고.

늦게 범죄를 저질러 치료감호가 선고되는 경우가 많기 때문¹³²⁾으로 분석되고 있다.

학력별 분포는 무학39명(5.2%), 초졸 120명(16.1%), 중졸 146명(19.5%), 고졸 318명(42.6%), 그리고 대졸이 124명(16.6%)으로 중졸이하의 저학력자가 40.8%로 높게 구성되어 있다. 이러한 낮은 학력으로 인하여 전문기술과 지식을 요구하는 직종으로의 진입에 어려움이 있을 수 있다. 취업의 곤란은 온전한 사회복귀에 어려움을 줄 수 있으므로 피치료감호자를 위한 교육이나 직업훈련이 더욱 다양화되고 확대되어야 할 것이다.

132) 성경숙, 위의논문, 257면.

<표 1> 피치료감호자 성별, 연령, 학력별 특성

	분류내용	남	여	총
성별		648(86.7%)	99(13.3%)	747(100%)
연령별	20세미만	4(0.6%)	0(0.0%)	4(0.6%)
	20-29세	92(14.2%)	15(15.2%)	107(14.3%)
	30-39세	199(30.7%)	32(32.3%)	231(30.9%)
	40-49세	233(36.0%)	28(28.3%)	261(34.9%)
	50-59세	98(15.1%)	16(16.2%)	114(15.3%)
	60세이상	22(3.4%)	8(8.0%)	30(4.0%)
학력	무학	33(5.1%)	6(6.1%)	39(5.2%)
	초졸	100(15.4%)	20(20.2%)	120(16.1%)
	중졸	135(20.8%)	11(11.1%)	146(19.5%)
	고졸	268(41.4%)	50(50.5%)	318(42.6%)
	대졸	112(17.3%)	12(12.1%)	124(16.6%)
	총	648(100%)	99(100%)	747(100%)

주: 치료감호소 내부자료, 2009년 5월.

(2) 죄명, 병명, 수용기간, 입원횟수별 분포

<표2>와 같이 수용대상자의 죄명별 분포는 살인 272명(36.4%), 폭력 122명(16.3%), 강간 77명(10.3%), 절도 62명(8.3%), 방화 54명(7.2%), 마약류 50명(6.7%), 강도 40명(5.4%), 상·폭행치사 31명(4.2%), 기타 39명(5.2%) 순으로 나타났는데 강력범죄에 해당하는 범위가 높은 비율을 차지하고 있다.

병명별 분포는 정신분열증이 408명(54.6%)으로 구성원의 반 이상을 차지

하고 있으며, 그 밖에 조울증 68명(9.1%), 정신지체 57명(7.6%), 알코올 53명(7.1%), 망상장애 34명(4.6%), 약물류(마약20명(2.7%), 기타29명(3.9%)), 성격장애 15명(2.0%), 간질 13명(1.7%), 기타 50명(6.7%) 순으로 나타났다.

수용기간별로는 1년 미만이 232명(31.1%), 2년 미만이 179명(24.0%), 3년 미만이 108명(14.5%), 4년 미만이 55명(7.3%), 10년 미만이 98명(13.1%), 그리고 10년 이상이 10명으로 1.3%을 차지한다.

이 수치로 봤을때 1년 미만과 2년 미만이 55.1%를 차지하고 있고, 1년미만에서 5년미만의 점유율은 75.6%로 대다수에 해당하므로 현재 치료감호법이 그 치료감호기간의 상한에 대해 과도하게 규정하고 있는 것은 아닌지 그 적정성에 대한 의문이 든다. 또한 총 2년미만의 점유율도 과반수 이상이므로 가중료 여부에 대한 심사도 현재 6개월인것을 과감하게 3개월 등으로 앞당기는 것도 고려해 볼 사항이라고 생각한다. 실질적 운영 예산이나 시설에 한계가 있으므로 가중료가 가능하다고 판단되는 자 들은 신속하게 심사 · 결정하여 퇴소시켜 남은 피치료감호자에 대한 집중투자도 고려해 볼 만하다고 생각한다. 물론 이것은 퇴소자에 대한 사후관리체제의 내실화가 뒤따라야 실현 가능한 방법일 것이다.

수용자들의 입원횟수별 분포를 보면 1회 637명(85.3%), 2회 89명(11.9%), 3회 11명(1.4%), 4회 5명(0.7%), 5회 이상이 5명(0.7%)으로 나타났다. 재범이상이 110명인 14.7%으로 일반 범죄에서 나타내는 재범율에 비해서 낮은 수치를 나타내는 것을 볼 수 있다.

<표2> 피치료감호자 죄명, 병명, 수용기간, 입원횟수별 현황

	분류내용	남	여	총
성별		648(86.7%)	99(13.3%)	747(100%)
죄명	살인	219(33.8%)	53(53.5%)	272(36.4%)
	폭력	114(17.6%)	8(8.1%)	122(16.3%)
	강간	77(11.9%)	0(0.0%)	77(10.3%)
	절도	49(7.6%)	13(13.0%)	62(8.3%)
	마약류	48(7.4%)	2(2.0%)	50(6.7%)
	방화	46(7.1%)	8(8.1%)	54(7.2%)
	강도	39(6.0%)	1(1.0%)	40(5.4%)
	상·폭행치사	25(3.8%)	6(6.1%)	31(4.2%)
	기타	31(4.8%)	8(8.1%)	39(5.2%)
병명	정신분열	352(54.3%)	56(56.6%)	408(54.6%)
	조울증	49(7.6%)	19(19.2%)	68(9.1%)
	정신지체	51(7.9%)	6(6.1%)	57(7.6%)
	알코올	52(8.0%)	1(1.0%)	53(7.1%)
	망상장애	30(4.6%)	4(4.0%)	34(4.6%)
	약물류 마약	19(2.9%)	1(1.0%)	20(2.7%)
	기타	28(4.3%)	1(1.0%)	29(3.9%)
	성격장애	13(2.0%)	2(2.0%)	15(2.0%)
	간질	12(1.9%)	1(1.0%)	13(1.7%)
	기타	42(6.5%)	8(8.1%)	50(6.7%)
수용기간	1년미만	208(32.1%)	24(24.2%)	232(31.1%)
	1년이상2년미만	153(23.6%)	26(26.3%)	179(24.0%)
	2년이상3년미만	86(13.3%)	22(22.0%)	108(14.5%)
	3년이상4년미만	58(8.9%)	7(7.1%)	65(8.7%)
	4년이상5년미만	49(7.6%)	6(6.1%)	55(7.3%)
	5년이상10년미만	84(13.0%)	14(14.1%)	98(13.1%)
10년이상	10(1.5%)	0(0.0%)	10(1.3%)	
입원횟수	1회	548(84.5%)	91(92.0%)	637(85.3%)
	2회	83(12.8%)	6(6.0%)	89(11.9%)
	3회	10(1.5%)	1(1.0%)	11(1.4%)
	4회	4(0.6%)	1(1.0%)	5(0.7%)
	5회이상	5(0.7%)	0(0.0%)	5(1.7%)
	총	648(100%)	99(100%)	747(100%)

주: 치료감호소 내부자료, 2009년 5월.

제5장 현행치료감호제도의 문제점 및 개선방안

치료감호법은 사회보호법의 대체입법으로 이전 사회보호법 시절의 논란이 되었던 절대적부정기형 · 처우문제 등 많은 규정들을 개선·보완하여 인권 침해 등의 우려들을 일정부분 감소시킨 것으로 평가될 수 있으나, 그럼에도 불구하고 법규정적 측면, 운영상의 면에서 아직도 여러 문제점들이 남아있다.

1. 치료감호대상자 규정의 문제점

치료감호대상자와 관련하여 형법과 치료감호법이 책임능력에 관한 규정을 단지 심신장애라는 포괄적인 개념으로 규정하고 있어 어느 정도의 심신장애가 치료감호의 대상이 되는지 문제가 된다.¹³³⁾ 판례의 경우에도 심신상실과 심신미약의 판단이 불명확하다. 이러한 문제의 해결을 위해서는 규정에서 심신장애라는 포괄적 개념을 사용하는 것보다는 책임능력에 관한 규정을 보다 구체화할 필요가 있다. 죄형법정주의와 나아가 실체적 법치국가의 이념의 구현을 위해서는 일반적이고 포괄적인 개념으로 규정하기보다 입법기술상 가능한 범위 내에서 정신의학에 기초를 둔 구체적인 개념으로 규정하는 것이 타당할 것이다.¹³⁴⁾ 또한 심신상실과 심신미약을 지칭하는 심신장애라는 용어는 법률상의 용어이지만 심리학 및 정신의학에서 사용하고 있는 용

133) 장규원 · 진희권, “치료감호에 관한 연구”, 한국형사정책연구원, 1994, 78-81면.

134) 윤상민, “현행 치료감호제도의 문제점과 개선방안”, 원광법학, 2010, 379면.

어가 아니므로 정신장애라는 용어를 사용하는 것이 바람직하다.¹³⁵⁾ 이와 관련하여 독일형법 제20조는 심신장애라는 포괄적 용어를 사용하지 않고, 병적인 정신장애, 심한 의식장애 또는 정신박약, 기타 중대한 정신이상을 정신장애로 인한 책임무능력으로 규정하고 있다.¹³⁶⁾

2. 치료의 필요성과 재범의 위험성 판단

치료감호법이 치료감호의 요건으로 재범의 위험성과 치료의 필요성을 규정하고 있고 요건이 구비되지 못한 경우 치료를 선고할 수 없다. 그러나 치료감호법은 치료의 필요성과 재범의 위험성이 무엇을 의미하는지에 대해 언급하고 있지 않다.

(1) 치료의 필요성

치료의 필요성과 관련하여 책임능력은 형벌을 과하기 위한 요건에 불과하므로 보호와 치료의 필요성을 요건으로 하는 치료감호는 가벌성의 요건과 분리하는 것이 바람직하다. 따라서 필요성의 요건을 실질적이고 구체적으로 규정할 필요성이 있다.¹³⁷⁾ 이와 관련하여 스위스형법 제56조제1항b는 보안

135) 형법개정안에서는 치료 대상자를 규정함에 있어 현재의 심신장애라는 표현의 난해성을 이유로 정신장애라는 표현으로 변경하여 사용하고 있다.

136) 윤상민, 위의 논문, 379면.

137) 판례도 치료감호시설에서의 치료필요성을 구체적이고 실질적으로 판단하여야 하는 것을 전제로, 치료감호시설에서의 치료필요성은 피감호청구인이 단순히 심신장애 상태에 있거나 이를 위한 치료의 필요성이 있다는 사정만으로는 부족하고, 피감호청구인이 일정기간 강제력을 수반하는 감호 상태에서 치료를 받아야 할 사정이 명백한 경우에 한하여 인정할 수 있는 것으로 보고 있다.(서울고법 2007. 6.

처분의 기본요건으로 “행위자에 대하여 치료의 필요성이 있는 경우”를 규정하고, 제59조 제1항은 입원치료적 보안처분의 요건으로 “행위자가 범한 중죄 또는 경죄가 자신의 정신장애와 연관이 있고(a)”, “입원치료를 통하여 그자의 정신장애로 인한 재범의 위험을 방지할 수 있을 것으로 기대되는 경우(b)”라고 하여 치료의 필요성에 대해 구체적으로 규정하고 있다.¹³⁸⁾

(2) 재범의 위험성 판단문제

치료감호법은 재범위험성으로 간략하게 규정하고 있지만 이는 피치료감호대상자가 일정한 중대범죄를 범할 개연성, 즉 높은 가능성이 확인되어야 함을 의미한다. 이러한 재범의 위험성에 대한 판단은 미래에 대한 예측에 기초하고 있으므로 현실적으로는 인간의 인식능력을 넘어서는 일이다. 범죄자 및 범죄에 대한 정확한 진단도 쉽지 않지만 범죄자의 미래에 대한 예측은 형사제재와의 맥락에서 최후의 난제라고도 말할 수 있을 것이다. 이 난제의 해결을 위한 예측 방법의 개발 노력과 일련의 판단방법 등의 발전에도 불구하고 위험성 예측과 관련한 많은 문제점을 내포하고 있다.

일반적으로 위험성에 대한 판단으로는 직관적 예후방법, 통계적 방법, 임상적 방법 등이 제시되고 있다.¹³⁹⁾ 직관적 예후방법은 판단자(법관)의 주관적 경험에 의해 판단하는 방법을 말한다. 통계적 방법이란 범행시 특정한 징표의 통계적인 누적으로부터 위험성의 예후를 판단하는 방법이고, 임상적

29, 2007노550)

138) 윤상민, “현행 치료감호제도의 문제점과 개선방안”, 원광법학, 2010, 380면

139) 김상호, “치료감호처분에 있어서 위험성”, 동아법학 제4호, 동아대 법학연구소, 1987, 56면 이하

방법이란 정신과의사나 범죄심리학자에 의한 개별 행위자의 인격조사에 근거하여 위험성을 판단하는 방법을 말한다. 재범위험성 판단에 대한 오류를 범하지 않기 위해서는 이러한 판단들을 종합적으로 사용해야 한다. 특히 미국에서 위험성을 판단하기 위하여 사용되는 방법인 정신과의사나 범죄심리학자, 임상학자가 사전에 준비된 여러 위험요인에 기초하여 구조화된 일련의 절차를 가지고 질문하여 각 항목을 점수화시켜 임상평가 하는 방법을 적극적으로 사용해야 할 것이다.

현행 치료감호법은 재범의 위험성이 무엇인지에 대한 판단 기준이 내실있게 정해지지 않아서 비교적 법관의 재량이 개입될 여지가 높은 구조로 되어 있다. 따라서 이미 심신장애 상태이거나 약물중독 상태에서 죄를 범한 이상 재범의 위험성은 당연히 인정되기 쉽기 때문에 결국 치료감호의 실질적 요건에 대한 심사가 형식적으로 이루어질 위험성이 있다.¹⁴⁰⁾ 판례는 제반사정을 종합하여 객관적으로 판단한다는 입장이지만, 이러한 판단은 결국 법관의 주관적 경험 및 지식을 근거로 한 직관적 예측이 될 수 있기 때문에 항상 오류의 가능성이 존재하게 된다.¹⁴¹⁾

재범의 위험성의 판단을 전적으로 법관의 주관적 판단에 의존하는 것은

140) 김혜정, “보호감호제도의 개선방안 연구”, 형사정책연구원, 2003, 34면.

141) 판례는 중전 사회보호법 제8조(치료감호)제1항제2호의 ‘재범의 위험성’의 판단과 관련하여 “재범의 위험성이라 함은 피감호청구인이 장차 그 물질 등의 주입등 습벽 또는 중독증세의 발현에 따라 다시 범죄를 저지를 것이라는 상당한 개연성이 있는 경우를 말한다 할 것인데, 그 위험성유무는 ① 판결선고 당시의 피감호청구인의 습벽 또는 중독증세의 정도, 치료의 난이도, 향후 치료를 계속 받을 수 있는 환경의 구비여부 피감호청구인 자신의 치료에 관한 의지의 유무와 그 정도, ② 피감호청구인의 연령, 성격, 가족관계, 직업, 재산정도, 전과사실 등 사정, ③ 피감호청구인에 대한 위 습벽 또는 중독증세의 발현에 관한 하나의 징표가 되는 당해 감호청구원인이 된 범행의 동기, 수법 및 내용, ④ 전에 범한 범죄의 내용 및 중전 범죄와 이 사건 범행 사이의 시간적 간격 등 제반 사정을 종합적으로 평가하여 객관적으로 판단하여야 한다.”고 판시하였다(대판 2003. 4. 11, 2003감도8).

바람직 하지 않으며, 심신장애와 약물중독자, 정신성적 장애자를 동일한 요건에서 획일적으로 규정한 입법은 타당하지 못하다. 입법적으로 이에 대한 기준을 치료감호대상자별로 구분하여 제시해주는 것이 바람직하다. 참고로 독일형법 제63조는 정신병원 수용과 관련하여 “책임무능력자 또는 한정책임능력의 상태에서 위법한 행위를 범한 경우에 행위자의 그러한 상태에 기인하여 상당히 위법한 행위가 예견되고 그로 인하여 일반시민에게 위험하다는 점이 행위자 및 행위의 종합평가에서 나타나는 경우에 법원은 정신병원 수용을 명한다.”고 규정하고 있다. 이와 같이 독일형법은 행위자와 그의 행위에 대한 종합평가를 통해 그의 상태로 인해 현저히 위법한 행위가 예상되고 이로 인해 일반인에게 위험하다는 것이 나타나야 정신병원 수용이 가능하도록 하고 있다. 특히 독일형법 제64조는 금단(치료)시설수용의 요건으로 약물을 남용하는 습벽, 중독자가 중독상태에서 혹은 자신의 습벽에 의해서 위법행위를 범한 경우, 자신이 습벽으로 인해 현저히 위법한 행위를 범할 위험이 존재할 것을 규정하고 있다. 금단시설수용은 단순한 안전만을 목적으로 하는 처분이 아니기 때문에 치료성과에 대한 구체적인 가능성이 존재하지 않는다면 부과하지 않는 것으로 되어 있다. 물론 위험성예측은 판결시점에 존재해야 한다.

결국 위험성 판단을 법관이 자유롭게 할 수 있는 현행 치료감호법은 타당한 입법이라 할 수 없으므로 입법에 의해 일반적·추상적 사유를 결정하고 이 사유에 해당하는 경우 법관이 다시 구체적으로 위험성 유무를 판단하게 하는 방법을 사용하는 것이 바람직하다.¹⁴²⁾

142) 윤상민, 위의 논문, 381-382면.

미국의 경우, 대륙법계의 보안처분과 같은 형식은 없으나, 책임능력을 이유로 무죄를 선고받은 정신장애자를 정신병원에 강제 입원시키는 등 보안처분의 성격의 치료처분을 인정하고 있고, 이들 또한 정신병원에서의 석방과 구금의 기준으로 피감호인의 정신질환에 기인한 (재범의) 위험성에 두고 있다. 재범위험성의 평가에 관한 논의는 주로 폭력의 위험성을 중심으로 전개되어왔다. 1960년과 1970년에 재범의 위험성 평가는 행위자가 “위험한지 (dangerous)”의 여부에 평가의 중점을 두고서, 그 판단은 행위자의 정신장애에 기인하여 장차 다시 폭력행위를 할 개연성이므로 정신의학자나 의사, 심리학자 등 전문감정인의 지식과 경험 등에 의하여 도움을 받아왔다. 1970년 후반과 1980년 사이에, 전문적인 과학 학회는 폭력예견여부에 관한 전문감정인의 능력에 대해 회의적이었다. 그러나 이들 과학 전문가의 침묵에도 불구하고, 법은 위험성에 관한 판단을 내릴 때 지속적으로 전문감정인의 의견에 의존하였다. 1980년과 1990년의 연구에서는 전문감정인은 일부 상황에서 폭력을 예견하는데 있어 신뢰할만하고, 그리고 이들의 예견은 정확하다는 주장이 우세하였으며,¹⁴³⁾ 행위자에 대한 위험평가뿐만 아니라 위험관리도 평가의 중요한 목적이 되었다.¹⁴⁴⁾

초기 미국 연구자들은 근본적으로 정신질환이 폭력위험성과 연관성이 없다고 결론을 내렸다. 또한 장래 위험성에 관한 예측은 정확하지 않다는 비

143) Lidz, Mulvey, & Gardner, 1993; Litwack & Schlesinger, 1999; McNeil & Binder, 1991; Mossman, 1994; Otto, R, "The prediction of dangerous behavior: A review and analysis of 'second generation' research", *Forensic Reports*, 5, 103-134.(성경숙·김성돈, “우리나라 치료감호법의 문제점과 개선방안”, *성균관법학*, 2008, 340면 재인용).

144) Dale E. McNeil, *Risk Assessment, Taking Psychology and Law into The Twenty-First Century*(ed. by James R. P. Ogloff, Kluwer Academic/Plenum Publishers, New York, 2002), p. 151. (성경숙·김성돈, 위의 논문, 340면 재인용).

판을 받아왔다. 이것은 통상 위험성의 예측이 일반적으로 병원이나 교도소 내에서 행해졌고, 거의 발생하지 않는 현상을 예견하도록 정신의학적 판단을 요청받았기 때문이다. 그러나 전문감정인이 정신질환과 폭력의 위험성과 관련하여 ① 단기간동안, ② 전문감정인이 행위자의 과거 폭력행위와 역사적 · 개인적 그리고 환경적 변수에 대한 자료를 가지고, ③ 구체적인 상황에서 예측을 한다면, 위험성예측은 가능하다고 한다.¹⁴⁵⁾ 더군다나 정신이상과 폭력위험성 사이에는 인과관계가 있다는 최근 임상적 연구 결과가 증가되고 있으며, 정신질환은 폭력위험성 발생의 강력한 위험요소로 보고 있다.¹⁴⁶⁾

미국에서 위험성을 판단하는 방법 중 위에서 언급한 정신과 의사나 범죄심리학자의 임상의학자가 사전에 준비된 여러 위험요인에 기초하여 구조화된 일련의 절차를 가지고 질문하여 각 항목을 점수화시켜 임상평가에 사용하는 것은 전문감정인인 임상의학자들이 면담하고 기록을 전체적으로 개관하는 동안 적절한 데이터를 얻는것을 목적으로 한다. 그래서 얻어진 데이터에 기

145) Monohan(1992)은 정신의학자들이 정신질환과 폭력은 관련이 없다는 자신의 기존 입장을 수정하여, 적으나 신뢰할만한 관련성이 존재한다고 하였다. 즉, “정신이상과 폭력적 행위 사이에 관계가 있음이 드러났다. 정신이상은 폭력의 발생을 위한 확고한 그리고 상당한 위험 요인이다”라고 언급했다 (Lawrence S. Wrightsman et al., *Forensic Assessment in Civil Cases, Psychology and the Legal System*, Wordsworth, 2002, p.350-352). 이러한 정신이상과 위험성은 연결되어있다는 믿음은 두 가지 이유에서 중요하다. 하나는 그와 같은 믿음은 사회가 정신이상자의 행위를 통제하고 정신보건관리에 관한 규정을 제정함에 있어 공식적인 법률과 정책을 내놓는다. 두 번째는 가장 중요한 이유로 정신이상자는 폭력 가능성이 있다는 믿음이 중요한 이유는 이 믿음을 바탕으로 하나의 계층을 대상으로 정신이상자에 관한 공식적 법률과 정책을 추진시킬 뿐만 아니라 정신질환을 가졌다고 인식되는 행위자와의 상호작용하는 우리의 비공식적 반응과 양식을 또한 결정한다는 점이다(John Monahan, "Mental disorder and violent behavior~perceptions and evidence, *American Psychologist*," Vol. 47, No. 4, p511-521(April 1992)). 성경숙·김성돈, 위의 논문, 341면.

146) John Momahan, 위의 논문, 519면 ; 성경숙·김성돈, 위의 논문, 341면 재인용.

초하여 위험성을 판단하는 것으로 최근 연구결과 유도된 임상평가에 기초한 폭력 위험평가가 통계적 판단보다 더 정확하다고 한다.¹⁴⁷⁾

재범의 위험성은 예측과 관련하여 폭력위험 평가의 분야에 있어 많은 진보에도 불구하고 몇 가지 근본적인 문제점이 있는 것으로 평가되고 있다. 우선, 미국에서는 정신장애로 인한 위험성의 판단기준은 모호하다는 비판을 지속적으로 받고 있다.¹⁴⁸⁾ 대부분의 주는 여전히 정신질환이 있고 그로 인하여 위험하다면 석방될 수 없다고 보았다. 그러나 위험성의 판단에 있어서 사회에 대한 위험성은 여전히 남아있지만, 그 위험성이 정신장애에서 기인하지 않는다면 처벌을 받지 않는다. 이들은 중한 정신질환자는 완치될 수 없고 단지 약물로만 그 증상이 일시적으로 완화될 뿐이라고 보았다. 또한 정신장애를 가지고 있으나 더 이상 위험하지 않다면 친구나 가족의 도움으로 시설외처분도 가능하다.¹⁴⁹⁾ 그러나 위험성의 판단은 장래의 위험성에 대한 판단이므로 더 이상의 위험성이 없다면 사회보호를 위한 감금은 정당하지 않다고 보았다.¹⁵⁰⁾ 그리고 보다 최근 연구에서 성폭력범죄자의 재범위험

147) Dale E. McNeil, 위의 책, 153면 ; 성경숙김성돈, 위의 논문, 341면 재인용.

148) 위험성의 판단에 대한 다양한 해석의 시도에도 불구하고 모범형법전이나 그 밖의 주형법에서의 노력은 성공을 하지 못했다. 단지, 정신장애와 위험성을 범법정신장애자의 석방의 요건으로 삼는 콜롬비아주법원에서만 찾아볼 수 있다. 콜롬비아주법원 판사인 Fahy는 위험성은 기존에 기소된 범죄의 성질과 관련이 있고 재범의 위험성은 석방의 위험성과 같이 보았다(Abraham S. Goldstein, *The Insanity defense*, Yale University Press, 1967, p.146); MacArther 프로젝트(J Monahan, HJ Steadman, E Silver, P Appelbaum, P Clark Robbins, EP Mulvey, LH Roth, T Grisson, and S Banks, *Rethinking Risk Assessment: The MacArthur Study of Mental Disorder and Violence*(OUP Oxford 2001)에서 939명을 대상으로 5단계의 위험군으로 분류하여 1년 동안 재범률을 검토한 결과 폭력행위의 예견은 신뢰할만하지 못하고 정확한 위험성의 예측은 어렵다는 것을 시사해주었다(Emily Jackson, *Mental Health Law, Medical Law*, Oxford University Press, 2006, p.412); 성경숙김성돈, 위의 논문, 341면 재인용.

149) Note, "Developments in the Law-Civil Commitment of the Mentally III," 87 HARV.L.REV. 1190, 1238(1974)

성 평가를 위한 가장 적합한 수단을 사용하고 있으며 위험관리에 대해서도 현실적을 많은 진전을 이뤄내고 있는 실정이다.¹⁵¹⁾

결과적으로 독일과 미국은 정신병원에서의 석방과 구금의 기준으로 피감호인의 정신질환에 기인한 (재범의)위험성에 두고 있다. 우리도 행위자의 정신장애로 인한 위험성의 판단은 당연히 행위자의 장애의 원인, 치료가능성 및 위험성의 정도 등에 따라 판단을 해야 한다. 이에 따라 재범의 위험성에 대한 판단은 그 예측이 비교적 정확한 가까운 장래를 기준으로 단기간의 일정한 기간을 정하여야 하며, 다만 그 기간은 만료 시점에서 병력, 전과나 범죄에 이르지 않은 위험한 행동의 전력, 병상, 치료감호소 내에서의 태도, 본인의 병적과 치료의지, 보호자의 존재와 보호의지 등을 토대로 미국의 경우와 같이 과학적인 위험성 판단방법을 통해 정확한 위험평가를 한 이후에, 여전히 치료감호가 필요하다고 인정되는 경우에는 위험성예측이 가능한 기간을 토대로 그 기간을 연장하거나 석방을 결정할 수 있을 것이다.¹⁵²⁾ 물론 재범의 위험성은 미래예측이기 때문에 완벽한 판단척도를 찾아내는 것은 어렵다. 다만 미래예측의 불확실성을 가능한 줄일 수 있는 합리적 판단척도의 마련은 반드시 필요하다.

3. 기간의 적정화 문제

150) Stephen. J. Morse, "Excusing the crazy: the insanity defense reconsidered," southern California law Review, 1985, p. 828-31.

151) 성경숙·김성돈, 위의 논문, 342면.

152) 성경숙·김성돈, 위의 논문, 339면이하.

치료감호소의 수용기간 현황¹⁵³⁾을 볼때 1년 미만과 2년 미만이 55.1%를 차지하고 있고, 1년미만에서 5년미만의 점유율은 75.6%로 대다수에 해당하므로 현재 치료감호법이 그 치료감호기간의 상한에 대해 과도하게 규정하고 있는 것은 아닌지 그 적정성에 대한 의문이 든다.

현행 치료감호법은 선고단계에서 치료감호기간을 정하지 않기 때문에 부정기형에 해당한다. 다만 집행단계에서는 심신장애자와 정신성적 장애자는 15년까지, 약물남용자는 2년까지로 최장수용기간을 정하고 있다. 그러나 심신장애의 경우 상실과 미약을 구분하지 않고 일률적으로 15년으로 규정한 것은 타당하지 않으며, 정신성적장애자의 경우에도 15년으로 규정한 것은 합리적인 이유가 없다.

정신성적 장애자를 치료감호대상자로 추가하기 위한 치료감호법 개정안(정부안)에서는 정신성적 장애자의 치료감호시설 수용기간의 상한을 7년으로 정하고 있었다. 상한을 7년으로 정한 이유는 재범의 위험성에 따라 집행하는 치료감호의 효과를 극대화하는 동시에 심신장애 및 약물·알코올 중독자의 상한기간, 과거 보호감호제도 운영시 성폭력범죄자에 대한 상한기간 등을 고려하여 정신성적 장애자의 수용기간의 상한을 정함으로써 인권침해의 소지를 최소화하기 위함이었다. 그러나 이 개정안에 대한 검토과정에서 각 치료감호대상자별 수용기간상한을 달리 정하는 이유, 치료감호 효과를 거두기 위한 기간, 외국의 입법례 등을 참고하여 보다 신중한 검토가 필요하다는 이유를 들어 7년에서 15년으로 상향조정 되었다.¹⁵⁴⁾ 그러나 수정안

153) 91면 <표2> 참고.

154) 임인규, “치료감호법 일부개정법률안(정부제출)검토보고”, 법제사법위원회, 2008, 14-15면.

은 최장기간을 15년으로 정한 이유에 대해 구체적 언급을 하고 있지 않다.

치료감호기간과 관련하여 외국의 입법례를 살펴보면 먼저 독일의 경우 정신장애자에 대한 수용기간에 제한을 두고 있지 않다. 하지만 입법론으로 비례성 원칙의 적용을 받아 치료감호(독일의 경우 정신병원에의 수용)의 기간을 적절히 제한하고자 하는 시도가 있어 왔다.

이러한 시도의 내용을 살펴보면 바우어(Bauer)는 1925년 독일형법초안 제46조 제3항과 1927년 독일형법초안 제60조 제3항을 근거로 정신병원에의 수용기간을 제한하는 것은 체계상 모순이 아니며 그 상한선을 3년으로 제한하고 특별히 위험한 상태가 지속되는 경우에는 그보다 짧은 기간으로 또 다른 수용처분을 내릴 수 있다고 했다.¹⁵⁵⁾ 또한 카이저(Kaiser)도 입법적으로 대략 5년의 상한기간을 정할 것을 제안하였다.¹⁵⁶⁾

미국의 경우 모범형법전은 책임무능력을 이유로 무죄가 선고된 때에는 법원은 피고인에 대한 보호와 치료에 적합한 시설에 수용할 것을 명하도록 규정하고 있다. 즉, 모범형법전은 책임무능력자에 대한 강제적 병원수용을 원칙으로 하고 있으면서도 그 수용기간은 원칙적으로 상한이 없는 부정기이다. 이는 정신이상범죄인에 대한 사회 보호를 우선시한 탓이지만 최근 정신장애범죄자 수용기간에 대한 피치료감호인의 헌법적 권리와 감금의 목적에 관심을 가지게 되면서 변화되고 있다. 정신이상범죄자가 정신이상으로 인한 무죄로 강제적 정신병원에 수용된 때에 피감호인이 여전히 위험한지에 대하

155) Bauer, Problem der unbefristeten Unterbringung und der Entlassungspronose bei psychisch kranken Tearern, MDR 1990, S. 484 ff.(송문호, “형법상 치료감호에 대한 비판적 고찰”, 한국형사정책학회, 형사정책 제12권 제1호, 2000, 20면 재인용).

156) Kaiser, Befinden sich die kiminalrechtlichen Maßregeln in der krise?, 1990, 각주 44), S. 36f.(송문호, 위의 논문, 20면 재인용).

여 합리적인 기간 내에 심사를 받도록 하고 있다. 적절한 병원수용기간을 일정하게 정하기 위해서는 양형가이드라인을 참고로 양형의 최고 형량을 정신장애범죄자가 받을 형량의 최고형으로 그 상한을 한정하고자 했다. 장래에 발생할 우려가 있는 범죄를 기준으로 삼아 이미 양형에서 발달한 형벌의 상한선에 대한 기준을 활용하자는 것이다. 이는 법익 중심의 기능적 시각에서 본다면 침해받는 법익의 중요도와 무게에 따라 개인의 권리에 대한 적절한 국가의 침해정도를 규정한 포괄적인 양형의 기준은 보안처분에서도 유효한 상한선을 제공할 것이라 한다. 결과적으로 치료감호의 수용기간은 행위자가 완전한 책임능력자 였을 경우 받았을 형벌의 상한선을 넘지 못하도록 치료감호기간을 적정화하자는 것이다.

생각건대 범법정신장애자의 정신장애를 판단하기는 어렵고 이들의 재범을 예측하여 적정치료기간을 결정하는 것에 대해서는 여전히 의학적, 심리학적, 과학적인 문제들과 밀접한 사항이다. 왜냐하면 많은 정신과 의사도 재범의 예측가능성을 예측하는데 한계를 가지고 있기 때문이다.

재범의 위험성에 대한 판단은 그 예측이 비교적 정확한 가까운 장래를 기준으로 하는 것이 바람직하며 이는 치료감호의 기간과도 연관이 된다. 따라서 치료감호시설의 부족과 전문 인력의 부재 그리고 그 이외의 사회내 처우와 관련지어 치료기간의 적정성을 더 검토해보아야 될 문제라 생각한다.

지금까지의 치료감호 실무 경험 등을 토대로 적절한 기간을 치료 상한기간으로 정하고, 그 기간동안의 성과를 검토하여 일정기간을 갱신할 수 있도록 명문화하는 것이 타당하다. 또한 치료가 필요하지만 처음부터 치료가 불가능하다고 판단되는 경우와 일정기간 치료처분 후 계속 치료해도 치유가

불가능하다고 판단되는 경우에는 감호시설에의 수용면제(예를 들어 독일 형법 64조 2항) 내지 종료결정을 내리고 엄격한 보호관찰의 대상으로 하는 것도 생각해 볼 수 있다. 이를 통해 치료감호시설에 치료효과를 기대할 수 없는 자의 비율이 높으면 높을수록 치료감호시설내의 분위기가 악화될 수 있는 점을 방지할 수 있다. 현재와 같이 한정된 인적·물적 자원을 치료가능한 자에게 집중적으로 투입하는 것은 그 효율성이 보장될 수 있을 것이다.¹⁵⁷⁾

4. 비례성원칙의 명문화

치료감호는 자유박탈적보안처분에 해당하기 때문에 헌법적 일반원칙인 비례성원칙에 의해 정당화될 수 있어야만 한다.¹⁵⁸⁾ 장차 예견되는 행위의 의미와 위험성의 정도에 비례하지 않으면 안되고 이러한 차원에서 볼 때 독일 형법 제62조와 같은 비례성 원칙을 명문화해야 한다는 논의가 꾸준히 진행되었다.¹⁵⁹⁾ 독일 형법과는 달리 치료감호법상의 치료감호제도는 그 기간의

157) 성경숙·김성돈, 위의 논문, 345면.

158) 강우예·박학모, 위의 논문, 41면.

159) 독일의 경우는 독일형법 제62조에서 “개선·보안처분은 행위자에 의하여 행하여진 범죄와 그로부터 기대될 수 있는 행위의 의미가 행위자로부터 발생하는 위험의 정도와 비례되지 아니한 때에는 이를 명하지 아니한다”고 비례성의 원칙을 규정하고 있다. 또한 비례성의 원칙에 입각해 미래의 잠재적 범죄자의 자유를 침해하기 위해서는 일반적으로 높은 정도의 인적법익이나 침해를 받았을 때 다시 회복하기 어려운 법익에 대한 위협이 존재하여야한다. 일반적으로 높은 정도의 인적법익이나 침해를 받았을 때 다시 회복하기 어려운 법익에 대한 위협이 존재하여야한다. 일반적으로 단순 재산범죄, 모욕죄 등 경미한 범죄로서 양형에서 고려되는 법익침해의 정도가 벌금형에 처해질 범죄, 그리고 보안처분의 성격상 행위 양태난 결과가 사회방위와는 거리가 있는 부작위법, 자기위태화범죄 등은 보안처분의 부과대상에서 제외된다. 반면 자유를 박탈하는 보안처분대상범죄에 대해서는 침해받을 위험에 처해있는 법익이 회복가능성의 여부와 잠재적피해자의 효과적인 자기보호능력에 대한 기대가능성이 위험상태에

상한이 정해져 있기 때문에 이미 비례성의 원칙에 관한 별도의 규정이 필요 없다고 할 수 있을지 모르지만, 비례성의 원칙은 처분의 정도가 과잉으로 이르지 말아야 한다는 내용도 포함하고 있으나, 범법정신장애자에게 자유박탈적 치료처분이 필요하거나 요구되지 아니한 경우에는 치료감호를 명하지 말아야 한다는 내용도 포함하고 있으므로 이러한 내용을 담은 선언적 규정이 필요한 것으로 보인다. 따라서 치료감호법에 비례성의 원칙에 관한 명문의 규정을 두지 않은 것은 치료감호법이 사회의 보호측면만을 강조하고 범죄인의 인권보장은 도외시한다는 비판의 여지를 남겨두었다고 생각된다.¹⁶⁰⁾ 이에 2011년 3월 22일 국무회의를 통과한 형법 개정안에서는 보안처분의 선고와 집행의 적정성을 보장하기 위하여 비례성의 원칙을 규정하고 있다(안 제83조의2)¹⁶¹⁾.

5. 잔여형기처우

한정 책임능력자는 형과 치료감호가 병과되고 처분선집행주의, 대체주의가 적용되어 형기보다 먼저 치료감호가 종료될 경우 잔여형기처리문제가 발생하게 된다. 치료 목적이 달성되지 않은 경우에는 잔여형기처우 문제의 발생 여지가 없으나, 치료목적이 달성된 경우에는 잔여형기는 유예함으로써 처분

대한 일반적인 지침이 된다(송문호, “사회보호법상 보호감호에 대한 비판적 고찰”, 형사법연구 제13호, 289-308면).

160) 성경숙/김성돈, 위의 논문, 345면.

161) 법무부 입법예고 「형법 일부개정법률안」 - 제83조의2(비례성의 원칙) 보안처분은 행위자가 범한 범죄, 행위자가 범할 것으로 예상되는 범죄의 중요성 및 행위자가 야기할 위험성의 정도에 비례하지 않은 경우에는 부과되어서는 안 된다.

집행에서 쌓아올린 재사회화 노력의 결실을 거둘 수 있겠다.

남은 나머지 부분에 대하여 형벌의 집행을 고집한다면 이는 응보관념의 잔재일 뿐만 아니라 재사회화를 위한 형사정책에도 이롭지 못한 것이므로 이에 대한 제도적 보안책 마련이 요구된다.

치료의 가망이 없거나 극히 어려워 치료를 단념하는 경우보다 치료목적이 형기보다 먼저 달성된 경우가 대부분이므로 잔여 형기를 기계적으로 무리하게 집행할 필요가 없다고 본다. 이와같은 경직된 시스템하에서는 잔형을 없애기 위하여 치료기간을 쓸데없이 연장하는 부작용이 생기기 때문이다. 독일은 형법 제67조 제5항에서 “처분이 형에 앞서 집행되는 때에는 법원은 형의 3분의 2가 처분기간의 산입에 의하여 아직 경과되지 않았을 경우에도, 제57조 제1항에 따라 보호관찰을 위하여 잔형의 집행을 유예할 수 있다. 잔형이 유예되지 아니한 경우에는 처분의 집행이 계속된다. 그러나 법원은 형의 선고를 받은 자의 인격에 관한 사정상 적합하다고 인정되는 때에는 형의 집행을 명할 수 있다”고 규정하고 있고, 유예된 형은 보호관찰기간 경과 후 면제된다.

우리 치료감호법에도 위 입법정신을 반영한 규정을 두어, 치료감호가 형보다 미리 가종료하면 보호관찰을 부과하면 되나, 종료 후에도 잔형이 있으면 그 집행을 유예하여 잔형기 만료까지 보호관찰을 실시하고, 그 기간이 경과되면 치료감호심의위원회의 결정으로 잔형의 집행을 면제토록 하는 것이 바람직하다. 다만 독일 형법 제67조 제5항의 단서와 같이 피감호자의 인격 및 치료경과 등에 비추어 치료감호심의위원회가 치료감호종료결정시 잔형이 있어도 보호관찰에 회부하지 않는 결정을 함으로써 잔형이 집행되도록

하는 보안장치를 둘 필요가 있다.¹⁶²⁾

또한 독일의 형법은 제67조 2항에서 형벌 또는 형벌의 일부가 보안처분에 앞서 집행되는 것을 통해 보안처분의 목적이 쉽게 달성되는 경우에는 형벌 또는 형벌의 일부를 보안처분에 앞서 집행할 수 있도록 규정하고 있다. 대체주의로 인해 원칙적으로 치료감호처분이 먼저 집행된다고 하더라도 피치료감호자의 치료의 효율성을 높이기 위해 형의 일부를 먼저 집행하는 방법으로 특히 약물중독자의 경우 치료를 거부하거나 치료에 대해 소극적인 자세를 취할 때에는 치료감호보다 더 불리한 형벌집행이라는 수단이 기다리고 있다는 것을 경험하게 함으로써 습벽제거치료에 이들의 적극적인 태도를 유도해 낼 수 있다는 장점이 있다. 예외적으로 보안처분보다 우선 집행되는 형벌은 하나의 경고기능을 수행할 수 있다.¹⁶³⁾ 그러나 이러한 방안은 형벌을 먼저 집행하여 의도적으로 심리적인 압박을 주는 것이 중독자의 치료를 위한 심적 동기형성을 쉽게 하거나 촉진시키는 효과가 있을지 항상 명확하지 않으며, 현대 행형의 임무인 범죄인을 사회에 복귀시키고 일반인을 보호해야 한다는 측면에서 의도적으로 심리적 압박을 가하는 제도는 타당하다고 할 수 없다는 비판이 있다.¹⁶⁴⁾

6. 피치료감호청구인의 불출석 재판 규정

치료감호법 제9조는 피치료감호청구인이 형법 제10조 제1항에 따른 심신

162) 성경숙, 앞의 논문, 305면.

163) 하태훈, “현행 보안처분제도의 문제점과 개선방안”, 형사정책5호, 1990, 103면.

164) 송문호, “형법상 치료감호에 대한 비판적 고찰”, 형사정책 제12권 제1호, 2000, 8면

장애로 공판기일에의 출석이 불가능한 경우에는 피치료감호청구인의 출석 없이 개정할 수 있도록 규정하고 있다. 일반 형사사건이라면 공판절차가 정지되어야 할 경우이지만 치료감호청구사건의 특수성에 비추어 불출석 개정을 허용한 것이다. 그러나 이규정은 피고인의 방어권을 보장하기 위한 형사소송법 제306조 제1항의 규정에 비추어 균형을 상실한 규정이다. 일반피고인과 피치료감호청구인을 구분하여 피치료감호청구인을 소송절차에서 차별하여 출석 없이 치료감호재판을 진행할 경우, 범죄사실의 증명에 있어서 그의 방어권을 침해할 소지가 있다. 또한 법관이 정신과 전문의 등의 감정을 통해서만 치료감호를 판단하는 것보다는 이들을 직접 대면하여 치료감호여부를 판단하는 것이 합리적 판단이 될 수 있다. 따라서 불가피하지 않을 경우 피치료감호청구인이 심신상실로 인해 공판기일에 출석할 수 없을 때 형사소송법 제306조 제1항처럼 공판절차를 정지하는 바람직하다.¹⁶⁵⁾

그러나 공판절차를 정지하는 방법에는 현실적인 제약들이 있다. 현실적으로 심신장애의 경우 자신의 억울함을 호소하거나 상황을 설명할 능력이 부족하거나 결여되어 있는데 능력부족의 이유로 재판을 계속하여 지연시키는 것에는 한계가 있다고 할 것이다. 따라서 불출석 개정을 허용하여 재판을 진행하고 판결을 내려 신속하게 치료에 몰두할 수 있게 하자는 것이 이 규정의 취지로 보이지만, 가급적이면 의사와 함께 출석하게 하는 등의 방법을 모색하여 출석 재판을 유도하는 것이 피고인의 방어권 보장이나 보다 합리적인 판단의 척도라는 면에서 바람직하다고 생각한다.

165) 성경숙·김성돈, 위의 논문, 347-348면.

7. 치료대상군별 분리수용 및 처우

치료감호법은 제18조에서 특별한 사정이 없으면 심신장애자, 정신성적 장애자, 약물중독자들을 구분하여 수용하도록 하고 있으나 현실적으로는 수용 시설과 인력부족 등의 이유로 치료감호소에 함께 수용되어 처우가 이루어지고 있는 실정이다.

현재 치료감호소는 2003년 1월 치료감호 시설 일부를 개축, 180병상 규모의 '약물중독재활센터'를 개관하여 약물중독사범 분리 수용을 실시하였으며, 2004. 1. 29. 약물중독재활센터 전담직제 신설 및 인력을 증원함으로써 약물중독사범을 일반 정신질환자와 분리, 체계적이고 전문적 치료와 재활교육을 실시하고 있다고 한다.¹⁶⁶⁾

일반적으로 마약류 등 알코올 중독자를 위한 치료는 장기간을 요하지 않으므로 형의 집행에 의하여도 그 효과를 기대할 수 있다. 그러나 심신장애에 대한 치료감호는 정신병원 또는 별도의 시설에서 정신과 전문의 등에 의한 장기간 치료를 필요로 하는 듯 각 대상군별로 특색이 존재하여 심신장애자와 중독자는 서로 치료에 매우 부정적인 영향을 미치므로 분리수용과 합리적 처우방안의 마련이 시급하다. 특히나 현재 정신성적 장애자의 경우에는 별도의 시설이 구비되어 있지 못하다. 정신성적 장애의 특수성을 고려한다면 별도의 치료시설을 신속히 마련하여 구분 수용함으로써 치료효과를 극대화 시켜야 할 것이다.¹⁶⁷⁾

166) 법무연수원, 범죄백서, 2008, 363면.

167) 윤상민, 위의 논문, 387면.

8. 치료감호소 분산과 치료위탁의 실시

치료감호의 집행과 관련하여 원래 집행시설을 집중하는 것과 분산하는 것 중 어느 것이 바람직한지 논란이 있다. 치료요법적으로 치료하기 어려운 정신지체, 성격증적 장애 등 특수한 정신장애자들은 한 곳에 집중시켜 치료하는 것이 유리하다는 견해와 피치료감호자를 한군데 집중시키는 것은 결국 많은 사람을 거주지·일터·가족으로부터 멀어지게 하고, 출소 후의 전문적 치료가 유지되지 않게 된다는 이유로 분산치료를 주장하는 견해가 있다.¹⁶⁸⁾

현재 치료감호소는 집중방식을 채택하고 있다. 수용인원 증가와 누적에 따른 과밀수용이 초래되고, 원거리 지역 거주자의 외래통원치료, 면회 등의 불편이 있게 된다. 이에 대한 대책으로 부분적으로 시설을 분산할 필요가 있다고 본다. 치료감호 집행의 단계에 따라 ① 기초단계 ② 촉진단계 ③ 출소(가종료, 종료)준비단계로 나누고, ①②단계는 치료감호소에서 집중적 요법치료를 시행하고 ③단계에서 피감호자를 주거지와 가까운 지구병원으로 이송하는 것이 바람직하다는 견해도 있으나, 절차가 너무 번거롭고 피감호자를 이송받은 지구병원이 균일하지 못해 처우의 통일을 기할 수 없다는 단점이 있다. 현 단계에서는 지역별 지소 신설로 치료감호업무의 효율화를 도모하는 방법밖에 없다.

우선, 치료감호소 산하에 서울·경기·강원지방을 관할하는 치료감호소

168) 정필자, 위의 논문, 100면.

지소를 신설하고, 그 지역은 지소가 담당하고, 나머지 지역은 치료감호소가 담당하며, 국가예산이 허용하는 대로 연차적으로 권역별(영남, 호남)지소를 확대하는 것이 바람직하다고 본다. 일단 지소가 3~4개가 되면 정신장애의 구분에 따라, 요법의 특수성에 따라 지소를 특화하는 것이 순서라고 생각한다.¹⁶⁹⁾

현재 치료감호법 제23조에서는 피치료감호자가 그 집행개시 후 1년을 경과한 때에는 상당한 기간을 정하여 그 친족 등에게 치료감호시설 외에서의 치료를 위탁할 수 있도록 하고 있으며, 치료감호심의위원회는 치료감호와 형이 병과되어 형기에 상당하는 치료감호를 집행 받은 자에 대해서는 상당한 기간을 정하여 그 법정대리인에게 치료감호시설 외에서의 치료를 위탁할 수 있도록 하고 있다. 하지만 치료위탁처분과 관련된 모든 의무와 책임을 전적으로 친족 등에게 부담케 하고 있어 만약 그 친족에게 경제적인 능력이거나 치료에 대한 적극적인 의사가 없는 경우에는 사실상 치료위탁은 단순히 보호를 위탁하는 것에 그치거나, 또는 대상자를 사회 내에 방치하는 것과 같은 결과를 가져오게 된다. 이러한 문제점에 대한 해결방안으로써 치료와 관련된 경비의 일부 또는 전부를 국가에서 보조하는 제도의 도입 등이 제시되기도 하지만¹⁷⁰⁾, 이러한 정책은 단순히 재정적 부담의 경감에 한정되는 것으로서 근본적인 해결책은 될 수 없다. 정신장애범죄자의 경우 정신장애와 범죄라는 이중적인 특성을 함께 갖고 있으므로 보다 전문적인 치료와 지

169) 김진환, “정신장애자의 책임과 처우에 관한 연구”, 한양대 대학원 박사학위논문, 2003.

170) 강동욱, “범죄행위를 한 정신장애자의 법적 처우에 관한 연구-치료감호제도를 중심으로-”, 인권과 정의 336호, 2004, 108면; 허경미, “정신장애 범죄자의 지역사회 교정처우모델에 관한 연구”, 교정연구, 2008, 179면.

원이 이루어져야 한다. 즉, 정신장애범죄의 특성상 가족 또한 당해 범죄의 직·간접적인 피해자이기 때문에 치료위탁처분 등을 단순히 친족 등에게 위임하는 것만으로는 사회복귀라는 궁극적인 목표를 달성할 수 없으므로 국가 및 지역사회가 연계하여 대상자뿐만 아니라 그 가족에 대한 케어까지 함께 이루어져야 진정한 의미에서의 사회복귀가 실현될 수 있다고 본다.

마찬가지로 이러한 치료위탁대상자 및 치료감호가 가중료된 자에 대해서는 현재 보호관찰이 실시되고 있으나 그 내용은 일반의 보호관찰대상자보다 약간 강화된 관찰이 실시되고 있을 뿐 전문적인 지식을 활용한 관찰과 지도 등이 이루어지고 있지는 않다. 결국 이러한 지원체제에서는 대상자의 재범 억제 내지 사회복귀라는 목적의 달성을 기대하기 어렵다. 171)

9. 외래진료제의 강화와 중간처우시설의 마련

현재 시행중인 외래진료제는 정신질환의 속성상 대부분이 만성질환으로 치료감호 종료 후에도 지속적인 통원치료는 필수적인 것으로써 치료감호 종료 후 치료가 중단되는 경우에는 정신질환의 재발과 이에 따른 재범가능성이 상존하기 때문에 이에 대한 대책으로써 치료감호 종료 후에도 5년의 범위 내(1차 연장가능)에서 무료로 통원치료를 받을 수 있도록 만든 제도인데 현실적으로 이러한 외래진료제가 실시되고 있는 곳은 현재 공주치료감호소 한 곳이라 지리적으로 멀고 대상자가 쉽게 방문하기에는 한계성이 있으며, 임의적인 것으로 대상자의 자의적인 내원이 없이는 그 실효성의 확보가 매

171) 강경래, 위의 논문, 181면.

우 어려운 실정이다. 실제로 국립법무병원(공주치료감호소)에서 1988년부터 2006년까지 국립법무병원에 재입소한 치료감호자를 대상으로 한 연구에서는 재입원한 환자의 78.6%가 퇴소 이후 지속적인 재활치료가 이루어지지 않았다고 보고되고 있다.¹⁷²⁾ 이것은 대상자의 자발성과 가족의 관리하에 지속적인 약물치료와 재활치료의 한계를 나타내는 것이라고 볼 수 있다. 치료감호소 퇴소자등에 대한 사후관리체제에 내실화를 위해서는 중간처우 활성화나 외래치료명령제 등을 도입¹⁷³⁾하거나, 일본의 의료치료명령제(통원치료제도)와 정신보건관찰관제도 등의 도입을 고려해볼 필요성이 있다.

외래치료명령제는 정신과치료에 비순응하여 질병이 악화되어 강제입원이 되거나 자신과 타인에 대해 위험성이 있는 환자들을 법이라는 사회적 강제를 통하여 초기에 치료받게 함으로서 환자를 보호하고 사회에 대한 위험을 예방하는 제도이다. 외래치료명령을 받은 환자는 법에 의해 해당 정신의료기관에서 정해진 기간동안 투약과 재활서비스를 받아야하는 의무를 갖게 되며 이를 따르지 않을 경우에는 정신보건기관이 이를 사법기관에 통보하여 법에 따른 필요나 조치를 할 수 있도록 한다. 또한 치료감호소 출소자가 지역사회로 복귀하는 재활치료의 방법으로 주간보호(day care)가 적합한 모델로 제시되고 있다. 주간보호는 특히 병원에서 퇴원한 만성정신질환자들의 재활을 목표로 작업치료와 사회기술훈련과 같은 프로그램을 제공하는 방법이다.¹⁷⁴⁾

일본의 의료치료명령제(통원치료제도)의 도입도 고려해 볼 수 있는데, 치

172) 이미경, “재입소된 피치료감호자에 대한 조사연구”, 국립법무병원, 2006, 31-34면.

173) 윤상민, 위의 논문, 388면.

174) 외래치료명령제에 대해서는, 성경숙·김성돈, 앞의 논문, 347면.

료위탁처분대상자와 치료감호가 종료하거나 또는 가종료 된 자에 대해서 일정 정도의 지속적인 치료를 의무화함으로써 재범 억제와 신속한 사회 복귀를 위한 지원을 제공하는 것이다. 이를 위하여 지역사회와 연계한 지역의료체계를 확립함으로써 대상자의 귀주처와 가깝고 대상자의 특성에 따른 의료서비스의 제공이 가능한 지역의료기관에 치료를 위탁하는 등 시설 내 치료는 최소한으로 하고 시설외에서의 처우를 확대하여야 한다.¹⁷⁵⁾

그러나 치료를 의무화하거나 외래치료를 명령하여도 일반인에 비해 판단능력이 결여된 정신장애범죄자는 그 특성으로 인하여 스스로가 자발적으로 자신의 증상을 이해하고 치료에 임하거나 명령을 이행할 것이라고 가정하기 어렵다. 이러한 의미에서 지속적인 치료 시스템 확보를 위해서는 대상자의 생활의 안정 또한 매우 중요한 요소가 되고 따라서 일본의 사회복지조정관 같이 전문적인 지식을 갖춘 정신보건관찰관제도의 도입도 고려된다.¹⁷⁶⁾

정신보건관찰관제도에서 정신보건관찰관의 업무는 단순히 대상자의 의료적 치료여부만을 확인하는 것에 한정되는 것이 아니라 사회복지에 필요한 지원 및 조정 등도 함께 실시되어야 한다.¹⁷⁷⁾

175) 현재 시행되고 있는 외래진료의 경우 치료감호 종료 후에도 5년 범위 내에서 무료로 통원치료를 받을 수 있도록 하고 있으나 외래진료가 실시되는 것은 공주치료감호소 한 곳으로 대상자가 쉽게 방문하여 이용하기에는 한계성이 있으며 또한 대상자의 자발적인 통원치료이므로 그 실효성확보에 의문이 제기된다. 이러한 문제는 대상자가 복귀할 지역의료와 연계한 지역의 의료시스템(지정통원의료기관제도)의 구축에 따라 대상자의 치료를 위탁하는 등의 사회복지를 위한 처우의 확대를 도모하여야 한다. 지역의료는 지속적으로 정신장애범죄자의 재범이나 반사회적인 행동을 식별할 수 있는 감시를 가능하게 하는 한편, 정신과적인 치료의 효율성을 높임과 동시에 지역사회에의 적응을 도움으로써 정신장애범죄자의 인권보장은 물론, 사회보호에도 효과적이며 동시에 비용절감 면에서도 매우 유익하다고 할 수 있다. 허경미, “정신장애범죄자의 지역사회 교정처우모델에 관한 연구”, 교정연구 제38호, 2008년, 179~180면.

176) 강동욱, “범죄행위를 한 정신장애자의 법적 처우에 관한 연구-치료감호제도를 중심으로-”, 인권과정의 336호, 2004, 108면.

치료감호소의 인적 · 물적 시설이 부족한 현실에서 지역사회의 정신병원이나 요양소 같은 시설과의 연계를 통해 사후에도 치료를 계속 받을 수 있도록 하는 방안도 모색되어야 한다. 물론 이 경우 지역사회의 정신병원 등은 치료감호대상자를 적절하게 치료할 수 있는 전문기관이어야 한다. 또한 장기적으로 치료감호소와 별도로 일정한 보호를 제공하면서 사회적응훈련을 할 수 있는 중간처우시설이 마련되어야 한다. 이러한 중간처우시설은 연고자가 없는 피치료감호자의 사회복귀를 위해 더욱 필요하다. 가족이 없거나 인도능력 내지는 의사가 없는 피치료감호자로 인하여 그 수용이 장기화되고 있음에, 이런 점의 해소를 위하여 사회와 치료감호소의 중간에 보호막과 같은 생활공간이 제공되어야 할 것이다. 피치료감호자는 장기간 사회와 격리된 생활을 해왔고 정신상태가 그리 좋지 않은 상태인 점을 감안하여 점진적으로 사회생활을 적응하게 할 수 있는 시설이 요구된다.¹⁷⁸⁾

이를 위한 단기적인 대책으로 치료감호소 시설내의 구획된 장소에 한시적으로 중간처우시설을 운영하는 방안을 검토할 수 있으나, 외국의 경우와 같이 독립된 중간처우시설을 마련하는 것이 바람직하며, 경우에 따라서는 종교 또는 사회복지단체에서 중간처우시설과 같은 기능을 수행하도록 운영하는 방안도 고려 할 수 있을 것이다.¹⁷⁹⁾

10. 치료감호심의위원회제도의 문제

177) 강경래, 위의 논문, 198면.

178) 장규원, “치료감호제도의 발전적 운영방안에 관한 고찰”, 2002, 89면.

179) 윤상민, 위의 논문, 388면.

치료감호법에 의하면 치료감호의 종료 · 가종료, 치료위탁, 가종료 취소 등 치료감호 집행에 관한 모든 권한은 치료감호위원회에서 심사 · 결정한다.¹⁸⁰⁾ 치료감호법은 이전 사회보호위원회에서 치료감호위원회로 명칭만 변경되면서 구성원 비율이 한두 명 바뀌었을 뿐이고 담고 있는 내용은 그대로 유지되고 있다.

하지만 이러한 치료감호위원회의 구성 및 운용상의 공정성 내지 실효성에 대해서는 부정적인 측면이 다분하다. 치료감호위원회의 구성원은 판검사 등 법률가의 수가 압도적이고, 운용에 있어서도 재판의 집행을 검사가 담당하고 있으며 치료감호의 집행을 사실상 법무부차관이 담당하고 있어 종료와 가종료에 대해 소극적이 될 수밖에 없는 내부적 한계를 가지고 있기 때문이다.

다시말하면 치료감호위원회의 운용이 법집행기관에 전적으로 맡겨지면 치료감호의 종료, 가종료 판단에 있어서도 사회방위의 관점이 우선적으로 강조되는 반면 정신장애범죄자에 대한 의료적 처우는 소홀히 되기 쉽고, 그로 인한 치료감호의 종료, 가종료 판단의 공정성을 기하기 어려울 수 있다. 따라서 치료감호의 집행에 있어서 치료감호의 종료, 가종료를 독립적이고 공정하게 판단할 수 있는 기관의 설립이 요구된다.¹⁸¹⁾

통상 독일이나 미국의 경우는 이를 법원에 맡기고 있으나 반드시 법원이

180) 현행 형사관련 집행업무와 관련하여, 형의 집행은 원칙적으로 재판법원에 대응한 검찰청의 검사가 지휘하고(형소법 제460조), 가석방은 법무부장관 소속의 가석방심사위원회의 심사와 법무부장관의 허가로 이루어지며(행형법 제51조 및 제52조), 보호관찰에 관한 사항은 법무부장관 소속의 보호관찰심사위원회에서 심사 · 결정(보호관찰등에관한법률 제5조)하는 등 재판집행 업무를 검사주의에 입각하여 법무부와 검찰에서 수행하도록 관련규정을 두고 있다.

181) 성경숙·김성돈, 위의 논문, 349면.

어야만 하는 것은 아니다. 영국의 경우는 유럽인권법원이 법원이 아닌 영국의 정신보건심의위원회도 법원처럼 수용의 적법성을 판단하고 명령을 할 수 있는 권한이 있음을 인정하고 있다.

따라서 법원이 아니더라도 치료감호의 종료, 가중료를 독립적이고 공정하게 판단할 수 있는 기관이면 족할 것이고 동위원회구성은 영국의 정신보건심의위원회가 법률가, 정신과의사, 이 분야에 학식과 덕망이 있는 일반인으로 구성하고 위원회의 구성비율은 각각 3인씩으로 하며, 위원장은 위원들 중에서 선출하고 있는데 이러한 점들은 우리 제도 정립을 위한 참고자료가 될 수 있을 것이다.¹⁸²⁾

11. 보안처분(치료감호)의 형법전 편입

우리나라의 경우 보안처분과 관련된 제도는 치료감호법, 보안관찰법, ‘보호관찰등에 관한 법률’등 특별법의 형태로 산재해 있다. 즉, 고전적 의미의 보안처분제도에 해당하는 치료감호는 치료감호법으로 규정되어 있으며, 보안처분인지 여부가 논란이 되고 있는 보호관찰의 경우 그 시행의 기본적 틀을 제공하고 있는 ‘보호관찰 등에 관한 법률’을 중심으로 형법과 소년법 등 다양한 법률에 그 내용을 담고있다.

이러한 입법적 현실에서, 보안처분이 형법의 예방적 · 범익보호적 임무를 형벌과 함께 수행할 수 있는 한은 형벌체계의 통일성을 위하여 형법전에 편입되는 것이 바람직하다는 주장이 제기되고 있다. 이를 통해 자유제한적 ·

182) 성경숙, 위의 논문, 307면.

자유박탈적 보안처분의 행정처분적 성격을 배제시키고, 사법처분의 성격을 갖도록 하는 것이 보안처분의 본질이나 인권보장적 측면에서 타당하고 보안처분을 형법전에 편입시키는 것이 세계적 추세라 한다.¹⁸³⁾ 보안처분을 형법에 편입시키는 의미는 형벌과 동일하게 엄격한 원칙이 적용된다는 것을 의미하며, 보안처분법정주의의 적용에 따른 법치국가성이 확보되어 사회보호와 인권보장의 균형을 도모할 수 있다는 점에 있다.

물론 독일이나 스위스 형법과 같이 보안처분이나 보호관찰 등을 기본법인 형법에 규정하고, 이에 대한 통제와 개선을 형법의 기본원리에 따라 한다면 인권보장적 측면에서는 장점이 될 수 있다. 그러나 범죄에 대한 효율적 대처 측면에서 본다면, 개별법률이 이에 대한 규정을 두고 문제점을 신속하게 개선해나가는 것이 법률이 상정하고 있는 목적을 효율적으로 달성할 수 있다는 점이 측면도 있다. 이는 형법의 개정이 신속하게 이루어지지 않는 우리나라의 현실에서 본다면 더욱 그러하다.

또한 인권보장적 문제는 보안처분이 형법전에 규정되어 있는지 개별법률이 규정되어 있는지가 아니고, 인권이 실질적으로 보장될 수 있는 제도적 장치들을 법률이 얼마나 담고 있느냐에 달려있다. ¹⁸⁴⁾

이러한 보안처분의 형법전 편입과 관련하여, 2011년 3월 22일 국무회의를

183) 송광섭, 범죄학과 형사정책, 유스티니아누스, 2003, 463면. 참고로 독일형법 제61조 이하는 보안처분의 종류로 정신병원수용, 금단시설, 보안감호수용, 행장감독, 운전면허박탈, 직업금지 등을 규정하고 있으며, 각 보안처분의 요건과 절차를 형법에 규정하고 있다. 스위스형법도 제56조 이하에 치료적 보안처분과 치료감호를 규정하고 있으며, 기타 보안처분으로 평화보증(제66조)·직업금지(제67조)·운전금지(제67조b) 등도 형법에 규정하고 있다. 1974년 일본 개정형법초안도 제15장에 보안처분을 규정하고, 이하 제99조부터 제111조까지 그 집행과 관련한 구체적 내용을 규정하고 있었다.(일본 개정형법초안에 대한 자세한 내용은, 加藤久雄, 人格障害犯罪者と社會治療, 成文堂, 2002, 44면 참조.)(윤상민, 위의 논문, 395면 재인용)

184) 윤상민, 위의 논문, 396면.

통과한 형법개정법률안¹⁸⁵⁾에서는 보안처분의 형법전 편입에 대한 내용을 담고 있다.

개정안에서는 보호수용 등의 보안처분제도의 형법 편입(안 제4장 신설)에 대하여, 상습범과 누범규정은 책임주의 원칙에 반한다는 지적에 따라 독일·스위스 등 대륙법계의 입법례에 따라 상습범과 누범을 삭제하는 대신 사회방위를 위한 보안처분제도를 형법에 편입한다고 한다. 다만 현재 시행되고 있는 치료감호·보호관찰 이외에 새롭게 도입되는 제도의 시행을 위해서는 별도의 법률제정이 필요하다고 하였다.

또한 보안처분의 선고와 집행의 적정성을 보장하기 위해 비례성의 원칙을 규정하고 있다. 보안처분의 종류를 보호수용, 치료수용, 보호관찰로 규정하고 치료수용 즉 치료감호에 대한 내용은 요건·수용기간·내용·치료위탁·가종료·보호수용과 치료수용의 경합의 경우 치료수용만을 선고한다는 등의 내용으로 구체화하여 규정하고 있다.

그중 치료수용의 대상자 규정에서 현재의 심신장애라는 표현을 표현의 난해성을 이유로 정신장애로 변경하였다. 또한 개정안이 현행법상 9종류의 형(사형, 징역, 벌금, 구류, 금고, 자격상실, 자격정지, 과료, 몰수)을 4종류(사형, 징역, 벌금, 구류)로 축소하는 내용을 담고 있기 때문에, 현재 ‘금고이상

185) 법무부는 형법 일부개정법률안 입법예고(2010.10.25)에서 1953년 「형법」이 제정된 이래 여러 차례 부분적인 정비가 이루어져 왔으나, ‘형법의 적용범위나 죄의 성립, 공범, 형의 종류’ 등을 규정한 총칙 부분에 대한 개정은 거의 이루어지지 않아 정치·경제·사회 등 모든 영역의 발전에 따른 국민의 법의식과 괴리가 발생한다는 지적이 제기되어 그 동안 축적된 판례와 발전된 형법이론 및 선진 형법의 세계화 경향을 반영하여 그 괴리를 해소함으로써, 국민의 인권보장에 부족함이 없도록 하는 한편 인류공통의 보호법익을 침해하는 국제적인 범죄에 효율적으로 대처할 수 있도록 하고, 법관의 양형 재량을 제한하여 예측가능한 형사사법제도의 구축을 지향하며, 아울러 헌법재판소에서 위헌결정된 미결구금일수 일부 산입 조항과 혼인방자간음 조항을 개정 또는 삭제함으로써 국민의 혼란을 방지하려는 것이라고 개정이유를 밝히고 있다.

의 형에 해당하는 죄'라는 표현을 개정안에서는 '징역이상의 형에 해당하는 죄'¹⁸⁶⁾로 규정하고 있다.

186) 실무상 잘 활용되지 않는 금고, 자격정지 및 과료, 형의 부수적 효과에 불과한 자격상실을 형의 종류에서 삭제하고, 몰수는 보안처분의 성격도 가지므로 형의 종류에서 삭제하는 대신 기타의 형사제재로 규정함으로써 형의 종류를 사형, 징역, 벌금, 구류 등 4개 종류로 간소화함(안 제40조). 다만, 금고형이 삭제되고 징역형으로 통합됨에 따라 형의 집행 방법을 규정하고 있는 「형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률」의 개정이 필요함. 법무부, 형법 일부개정법률안 입법예고, 2010.10.25.

제6장 결론

이상에서 치료감호제도에 대한 내용과 각국의 입법례, 현행 치료감호제도의 문제점과 개선방안을 고찰해 보았다.

치료감호는 그 보안처분의 일종인 자유박탈적 보안처분으로 심신장애 또는 마약류·알코올 그 밖에 약물중독, 정신성적 장애 상태 등에서 범죄 행위를 한 자로서 재범의 위험성이 있고 특수한 교육·개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 적절한 보호와 치료를 함으로써 재범을 방지하고 사회복귀를 촉진하기 위하여 도입된 제도이다.

치료감호는 1980년 사회보호법을 통해 도입되었고, 치료감호법은 2005년 사회보호법 폐지로 인한 대체입법으로 2005년 8월 제정되었으며, 2008년·2010년 일부개정을 거쳐 정신성적장애자로서 성폭력범죄를 저지른 자도 치료감호 대상에 포함시켰다. 치료감호법은 치료감호의 요건으로 치료의 필요성이라는 요건을 추가하여 치료감호에서 가벌성 요건인 책임능력과 치료필요성을 분리하여 보호만을 중심으로 하는 처분이 되지 않도록 하였다. 치료감호 기간에 대해서도 치료를 위하여 종신 수용하는 것이 가능했던 사회보호법과는 달리 상한을 15년으로 정하여 종래의 절대적 부정기형의 문제점을 해소하였다.

본 논문에서는 외국의 정신장애범죄자에 대한 처우를 살펴보았다. 독일, 미국, 일본의 예를 대표적으로 살펴본 바, 각국이 동일한 개체를 두고 그것을 서로 상이한 방식으로 풀어가기 때문에 초점을 맞추는게 쉽지는 않다. 그러나 보안처분의 유무나 그 모습이 서로 상이하더라도 공통적으로 아직

그 제도나 실효성 면에서 완전하다고 말할 수 있는 제도는 없다는 것과 법적인 측면뿐이 아닌 정신의학 · 카운슬러 등 연관되는 각 분야의 전문가가 연계하여 보다 전문적인 제도 운영과 근본적인 치료와 재범방지를 위해 노력하고 있다는 점을 알 수 있다. 또한 시설내 처우만을 중심으로 하는 것이 아니라 점점 사회내처우로 그 중심이 이동하고 있다는 느낌을 받을 수 있으며 사후관리체계의 내실화를 위해 노력하고 있다는 점을 공통점으로 들 수 있다.

국내 뿐 아니라 외국의 경우에도 정신장애범죄자의 처우제도에 대해 여러 가지 논의가 진행되고 있는데, 각 나라의 실정에 맞춰 제도를 확립하려는 중으로 볼 수 있다. 최근 독일에서 진행되는 보안처분 집행방식 변화에 대한 논의들은, 비록 논의가 시작된 원인에 있어서는 다소 차이가 있을 수 있으나, 우리나라의 -특히 최근 성폭력 범죄와 관련하여 논의가 있었던 점 등- 상황과 유사한 부분이 있음을 발견할 수 있어, 그 시사하는 바가 크다고 생각된다. 따라서 독일에서의 이러한 논의들이 우리 정책방향을 설정하는데 하나의 모델 혹은 참고 자료가 될 수 있을 것이다.

또한 미국의 치료법원 같은 경우 전문가 집단과의 연계로 알맞은 프로그램을 개발하는 등 그 효과나 평가면에서 정신장애범죄자의 처우에 대하여 미래 지향적 방향을 제시해주고 있다고 할 수 있고, 나름대로 성공적으로 평가되고 있는 제도이므로, 국내 도입을 위해 논의해 볼 가치가 있다고 생각된다.

일본의 경우에도 아직 시설의 양적 부족이라는 문제점은 남아있지만 범법 정신장애자에 대한 사후관리시스템을 정립하고 사회복귀를 위한 복지적 측

면의 지원을 확대하고 있다. 시설에서의 입원치료처우뿐만이 아니라 퇴원후의 시설 외에서의 통원치료처우, 그리고 사회내 처우까지를 처우의 하나의 흐름으로서 이해하여 이들이 함께 이루어짐으로써 정신장애범죄자에 대한 처우가 완결되는 것이라고 보고 있다는 점은 우리나라 치료감호제도 논의에 시사점을 제공한다.

우리 치료감호법은 지속적인 치료시스템 확보라는 측면에서 외래진료제를 규정하고 있으나 자발적 참여가 없을 경우 실효성이 없기 때문에 제도가 강화될 필요가 있는데, 이러한 점은 일본의 퇴원 후 지정통원의료기관을 내정하는 시스템 도입을 고려해볼 필요가 있다.

그러나 아무리 외국의 성공한 제도라고 나라마다 그 사회만의 특색이 있으므로 도입에는 조심스러운 접근이 필요할 것이며, 국내 상황에 맞게 디테일한 부분의 재설정이 필요할 것이다.

법적인 측면뿐만이 아닌 정신의학 · 카운슬러 등 연관되는 각 분야의 전문가가 연계하여 보다 전문적인 제도 운영으로 근본적인 치료 · 재범방지를 위해 노력과 사회내처우의 중요성 부각, 전문지식을 활용한 지도와 관리를 실시하는 보호관찰 등의 사후관리체계의 내실화 등 외국 법제도의 공통적 동향은 앞으로 우리 치료감호제도 논의의 방향을 결정하는데 중요한 참고자료가 될 것이다.

치료감호법은 사회보호법의 대체입법으로 이전 사회보호법 시절 논란이 되던 절대적부정기형 등의 규정들을 개선·보완하여 인권침해 등의 우려들을 일정부분 감소시킨 것으로 평가될 수 있으나, 그럼에도 불구하고 범규정적 측면, 운영상의 면에서 아직도 여러 문제점들이 남아있다.

먼저 치료감호대상자와 관련하여 형법과 치료감호법이 책임능력에 관한 규정을 단지 심신장애라는 포괄적인 개념으로 규정하고 있어 어느 정도의 심신장애가 치료감호의 대상이 되는지 문제가 되는데, 일반적이고 포괄적인 개념으로 규정하기보다 입법기술상 가능한 범위 내에서 정신의학에 기초를 둔 구체적인 개념으로 규정하는 것이 타당할 것이다. 또한 심신상실과 심신미약을 지칭하는 심신장애라는 용어는 법률상의 용어이지만 심리학 및 정신의학에서 사용하고 있는 용어가 아니므로 정신장애라는 용어를 사용하는 것이 바람직할 것이다.

치료감호법은 재범위험성으로 간략하게 규정하고 있지만 이는 피치료감호대상자가 일정한 중대범죄를 범할 개연성, 즉 높은 가능성이 확인되어야 함을 의미한다. 행위자의 정신장애로 인한 위험성의 판단은 당연히 행위자의 장애의 원인, 치료가능성 및 위험성의 정도 등에 따라 판단을 해야 한다. 재범의 위험성은 미래예측이기 때문에 완벽한 판단척도를 찾아내는 것은 어렵지만 미래예측의 불확실성을 가능한 줄일 수 있는 합리적 판단척도의 마련은 반드시 필요할 것이다.

그리고 치료감호의 기간에 관련해서는 지금까지의 치료감호 실무 경험 등을 토대로 적정한 기간을 치료 상한기간으로 정하고, 그 기간 동안의 성과를 검토하여 일정기간을 갱신할 수 있도록 명문화하는 식으로 개선되어야 할 것이라고 생각한다. 치료감호의 수용기간 현황을 볼 때 1년 미만과 2년 미만이 55.1%를 차지하고 있고, 1년미만에서 5년미만의 점유율은 75.6%로 대다수에 해당하므로 현재 치료감호법이 그 치료감호기간의 상한에 대해 과도하게 규정하고 있는 것은 아닌지 그 적정성에 대한 의문이 든다. 또한 총

2년미만의 점유율도 55.1%로 절반 이상이므로 가중료 여부에 대한 심사도 현재 6개월인 것을 과감하게 3개월 등으로 앞당기는 것도 고려해 볼 사항이라고 생각한다. 실질적 운영 예산이나 시설에 한계가 있으므로 가중료가 가능하다고 판단되는 자 들은 신속하게 심사 · 결정하여 퇴소시켜 남은 피치료감호자에 대한 집중투자도 고려해 볼 만하다고 생각한다. 물론 이것은 퇴소자에 대한 사후관리체제의 내실화가 뒤따라야 실현 가능한 방법일 것이다.

치료감호는 그 단독으로 의미가 있는 것이 아니고 내실있는 사후관리체제 등이 함께해야 근본적인 해결방법으로서의 의미를 갖는 것이기 때문에 보호관찰 등 다른 보안처분과도 유기적으로 연결되어 있다고 볼 수 있다. 따라서 치료감호 가중료자에 대하여 전문적인 지식을 활용해 관찰과 지도를 실시하는 보호관찰의 적용 등에 대한 내용을 연계하여 논의하고 그를 통하여 보다 효과적인 개선과 사회복귀를 위해 노력해야 한다.

또한 현재의 외래진료규정은 임의적인 것으로 대상자의 자의적인 내원이 없이는 그 실효성의 확보가 매우 어려운 실정이므로, 사후관리체제의 내실화를 위해서는 중간처우 활성화나 외래진료제도를 강화하여 지속적인 치료시스템 확보를 고려하여야 한다. 그리고 궁극적으로는 가족에 대한 케어까지 포함하여 대상자가 가족들의 격려와 성원 속에 치료를 받고 사회에 복귀할 수 있는 환경을 조성하여야 할 것이다.

살펴본바와 같이 실효성 있는 제도로 정착하기 위해서는 법제도적 측면은 물론 운용상의 측면에서 많은 개선 · 보완이 필요하다. 위에서 문제점으로 언급한 선고와 집행의 적정성을 보장하기 위한 비례성원칙의 명문화나 보안

처분(치료감호)의 형법전 편입은 이번 형법 개정안에서 그 내용을 담고 있으므로 의미있는 한 걸음이라 할 것이다.

위에서 언급한 내용 이외에도 치료감호소의 전문인력 확보, 직원들의 열악한 근무 환경을 개선하여 직무만족도를 높이기 위한 노력해야 할 것이다. 직원들 또한 새로운 마음가짐으로 자신의 업무에 대한 사명감과 자부심을 가지고 임하면 치료감호소 분위기 형성에도 많은 영향을 줄 수 있을 것이라 생각한다. 또한 의학과 연계하여 효과적인 치료법 도입을 준비하고, 환자군의 성격과 특성을 고려해 치료를 진행할 수 있도록 치료환경이 개선되어야 할 것이다.

이처럼 치료감호제도가 실효성 있는 제도로 정착하기 위해서는 아직도 많은 과제들이 남아있다. 이 모든 논의가 탁상공론으로 끝나지 않게 하기 위하여 실무와 법조계, 의학과 등의 분야가 긴밀하게 연계하여 연구를 진행하고 실행에 옮기는 노력을 할 필요가 있다. 그리고 위에서 언급한 문제점들을 해결은 짧은 시간에 이루어질 수 없다. 급히 해결하려는 마음보다는 꾸준한 연구와 충분한 이해를 바탕으로 개선해 나가야 할 것이다. 또한 사회 전반이 편견으로 정신장애등을 판단하기 보다는, 사회복귀를 위하여 노력하는 치료감호자들을 이해하려 노력하고 포용적인 태도를 가지도록 노력해야 할 것이다.

참고문헌

I 단행본

- 김용우·최재천, 형사정책, 법문사, 2006
배종대, 형사정책, 홍문사, 2005
신동운, 형법총론(제4판), 법문사, 2009
이재상, 형법총론(제6판), 박영사, 2008
조준현, 범죄학, 법원사, 2009

II 학위논문

- 김상호, 치료감호제도에 관한 연구, 경남대학교 대학원 석사학위논문, 1988
김진환, 정신장애 범죄자의 책임과 처우에 관한 연구, 한양대학교 박사학위 청구
논문, 2003
박혜영, 정신장애범법자의 사회적응에 미치는 요인에 관한 연구: 사회복지시설
거주자 중심으로, 성균관대 대학원 석사학위 청구논문, 2010
성경숙, 정신장애범죄자의 형사책임에 관한 연구, 성균관대 대학원 박사학위 청
구논문, 2009

- 정필자, 정신장애범죄자의 치료감호제도에 관한 연구, 공주대대학원 석사학위논문, 2004
- 좌세우, 현행보안처분제도의 문제점 및 개선방안에 관한 연구, 연세대대학원 석사학위논문, 1995

III 학술지

- 강경래, 정신장애범죄자에 대한 사회내처우의 확대방안에 관한 고찰, 인하대학교 법학연구, 2010
- 강동욱, 범죄행위를 한 정신장애자의 법적 처우에 관한 연구-치료감호제도를 중심으로-, 인권과정의 336호, 2004
- 강우예·박학모, 형사법개정연구 (IV) 보안처분제도의 정비방안, 2009
- 김상호, 치료감호제도에 관한 연구, 경남대학교 대학원 석사학위논문, 1988
- 김상호, 치료감호처분에 있어서 위험성, 동아법학 4호, 1987
- 김한균·김혜정, 외국의 보안처분제도에 관한 연구, 법무부, 2007
- 김혜정, 보호감호제도의 개선방안 연구, 형사정책연구원, 2003
- 성경숙, 정신장애범죄자에 대한 치료처분제도의 개선방안, 2010,
- 성경숙·김성돈, 우리나라 치료감호법의 문제점과 개선방안, 성균관법학, 2008
- 송문호, 형법상 치료감호에 대한 비판적 고찰, 형사정책 제12권 제1호, 2000
- 송문호, 형법개정과 상습누범: 위험한 성범죄인에 대한 보호감호제도의 재도입

- 에 관한 논의, 형사정책연구 제 21권 제1호, 2010
- 염정훈, 성폭력범죄자에 대한 치료적 사법모델 고찰-미국, 우리나라의 운영사례를 중심으로, 보호, 법무부, 2007
- 윤상민, 현행치료감호제도의 문제점과 개선방안, 원광법학, 2010
- 원범연/조성용, 범법정신장애자 등에 대한 법적 처우, 형사정책연구원, 2003
- 이미경, 재입소된 피치료감호자에 대한 조사연구, 국립법무병원, 2006
- 장규원, 보호감호의 실태와 개선방안, 한국형사정책연구원, 1993
- 장규원, 치료감호제도의 발전적 운영방안에 대한 고찰, 보호 통권 14호, 2002
- 장규원, 치료감호법 개정논의에 대한 고찰, 비교형사법연구 제12권 제1호, 2010
- 정진수, 형사절차상 취약계층 보호방안, 형사사법개혁연구, 한국형사정책연구원, 2005
- 조준현, 형사사법에 있어서 정신장애자에 대한 처우의 이념과 실제, 교정연구, 2009
- 조준현, 독일형법에 있어서 형벌과 보안처분의 변화와 그 의의, 경기법학논총 제10호, 2010
- 조준현, 형벌이념과 형법의 발전, 형벌과 보안처분의 수렴, 교정연구, 2010
- 최상섭, 범법정신장애자의 처우 및 치료에 관한 문헌 고찰, 치료감호소 임상연구논문집. 1992
- 허경미, 정신장애 범죄자의 지역사회 교정처우모델에 관한 연구, 교정연구, 2008
- 하태훈, 현행 보안처분제도의 문제점과 개선방안, 형사정책5호, 1990

한국보호관찰학회, 일본의 心神喪失者等醫療觀察法에 대하여, 보호관찰, 2009

IV 외국문헌 및 기타자료

大谷 實, 刑事政策講義, 東京 : 弘文堂, 平成21, 2009

日本社會臨床學會 編, 精神科醫療 :治療・生活・社會, 東京 : 現代書館,
2008

白木功, 審判手続きを中心に, ジュリスト増刊 精神医療と心神喪失者等医療觀察
法, 有斐閣, 2004

보도자료, 치료감호법 개정 입법예고- 특정 성폭력범죄자를 치료감호 대상으로
확대, 법무부, 2007

보도자료, 성폭력범죄자 최장 15년까지 치료하여 재범 막는다, 법무부, 2008

보도자료, 정신성적장애성폭력범죄자 치료감호소 첫 입소-성폭력범죄자 치료 분
격 개시, 2009

법무부, 형법 일부개정법률안 입법예고, 2010.10.25

ABSTRACT

A Study on Current Medical Treatment and Custody System

Lee, Sang-Hee

Department of Law

Graduate school of

SungShin women's University

Adviser : Professor Cho, Jun-Hyon

Punitive action is subordinated to responsibility and is limited as the means of sanction to criminal act. The intended goal of punitive action cannot be achieved if the mental incompetency is weak due to mental disorder, and the punishment cannot be applied, or even if it is applied, if the effects of reformation or resocialization are not expected due to insufficient effects or lack of awareness on punishment. Preventive measure was introduced to overcome and to make up for the limit of this punishment and the medical treatment & custody is one of

preventive measures without freedom introduced to prevent reoccurrence of crime and to facilitate return to the society by properly protecting and treating the person who committed a crime under mental, physical or sexual disorder, or under the influence of alcohols or drugs, and those who are approved to require special education and treatment for improvement.

Medical treatment and custody was introduced in 1980 through Social Protection Act. Medical Treatment and Custody Act was enacted in Aug. 2005 as an alternative legislation due to abolishment of Social Protection Act in 2005. After partial revision in 2008 and 2010, those who have committed sexual assaults were included in the target of medical treatment and custody. As the necessity of treatment was added as a requirement of medical treatment and custody, the responsibility ability, which is the requirement for accountability for punishment, was separated from necessity of treatment so that they did not receive treatment focusing on protection only. It solved the existing problem by setting the upper limit to 15 years, different from Social Protection Act, which allowed life-long accommodation for treatment. However, the plan to set and announce the long term period by examining treatment period depending on symptom, rather than fixed upper limit, is still left as future assignment to be solved. By regulating the separated accommodation for the target of medical treatment and custody, it tried

separated accommodation and treatment, but it still requires further discussion regarding effectiveness. In addition, while it regulates the provision on outpatient treatment system which allows free treatment within 5 years(can be extended 1 time) after termination of the period as a measure to prevent the reoccurrence of problem that may occur after suspension of treatment, it is based on the voluntary participation of the patient and seems to be difficult to obtain effectiveness in reality. Also, outpatient treatment system is conducted only at Gongju Institute of Forensic Psychiatry Ministry of Justice only, there is a limit for them to easily visit and use the facility.

As mentioned above, there are many problems in medical treatment and custody system of Korea despite efforts to improve in terms of law and operation in order to help the system reinforce its position to meet its goal. It is required to clarify the principle of proportion, to accept separated accommodation of mentally and physically disordered people with addicted people, to prepare facility for improved treatment, to reinforce outpatient treatment system, to find suitable treatment and custody period, to reconsider regulation on trial without presence of the patient and to secure professionals in order to reinforce this system as effective system. Meantime, more studies should be conducted in relation to law and mental medicine since professional knowledge is required for operation of this system.