

정신장애 범죄인의 책임능력 판단과 정신감정

최민영*

I. 들어가며
II. 정신장애 범죄인의 책임능력 판단방법
1. 형법 제10조와 심신장애 판단의 기초
2. 책임능력 판단에 대한 법원의 논증의무
3. 심신장애에 대한 입증책임
III. 문제해결의 기초: 정신감정
1. 형사사법에서 수행되는 정신감정
2. 형사사법 외에서 수행되는 전문의의 진단
IV. 나가며

I. 들어가며

2018년 10월에 발생한 “강서구 PC방 살인사건” 이후, 정신장애 범죄인에 대한 부정적 여론은 급격한 속도로 증가하였다.¹⁾ 물론, 이전에도 이와 같은 “묻지마 범죄”를 저지른 정신장애인에 대한 사회적 여론은 좋지 않았다. 강서

* 논문접수: 2019. 8. 26. * 심사개시: 2019. 9. 5. * 게재확정: 2019. 9. 26.

* 한국형사정책연구원 연구위원, 법학박사(Dr. jur.).

* 이 논문은 “형사사법에서 정신감정의 신뢰성 제고 및 효과적 활용방안 연구(한국형사정책연구원, 2017)” 보고서의 일부 내용을 수정·보완하여 별도로 완성되었음을 밝힌다.

1) 2018년 10월, 서울 강서구의 한 PC방을 방문한 범인은 PC방 직원을 흉기로 찔러 살해하였다. 경찰조사에서 범인은 이전 손님이 남긴 음식물을 피해자인 아르바이트생에게 치워달라고 했는데 빨리 치우지 않는 것에 화가 나 범행을 저질렀다고 주장했고, 범인의 가족들은 그의 우울증 진단서를 경찰에 제출했다. 이후, 범인은 한 달 가량 국립법무병원에서 정신감정을 받았으나 심신상실이나 심신미약이 아니라는 판정을 받았고, 2019년 6월 1심에서 징역 30년을 선고받았다.

구 PC방 살인사건 이후, 이러한 경향은 급물살을 탔고, 심신미약 피의자의 감형을 반대하며 엄벌을 촉구하는 청와대 국민청원의 수는 불과 엿새 만에 100만 명을 돌파하였다. 이것은 현 정부가 출범한 이래, 당시까지 역대 최다 참여자 수라고 한다.²⁾ 급기야 여론은 형법 제10조 심신장애인 규정이 폐지되어야 한다는 데 이르렀다.

실제로 같은 해 12월, 심신미약자의 필요적 감경을 규정하고 있는 형법 제10조 제2항은 임의적 감경 규정으로 개정되었다. 그야말로 매우 빠른 형법 개정이었다. 하지만, 지금까지도 정신장애를 지닌 사람들의 범죄행위는 언론의 스포트라이트를 받고 있다.³⁾ 더불어 이들의 범죄를 벌하지 않거나 감형할 수 있는 규정인 형법 제10조, 그리고 이와 관련한 법원의 판단은 지속적 논란의 한 가운데에 서 있다. 이러한 배경에서 다음과 같은 의문들이 제기될 수 있다. 형법 제10조는 정신장애라고 주장하는 범죄인들의 책임을 회피하도록 돕는 규정일까? 형법 제10조를 해석하여 적용하는 법원의 판단은 실제로 어떻게 이루어지고 있을까? 정신장애 범죄인의 형사책임 부과에 있어 (잠재적) 가해자와 (잠재적) 피해자 모두의 인권을 존중할 수 있는 방법은 없을까?

본 논문은 이러한 문제의식을 기초로 형법 제10조를 통하여 정신장애 범죄인의 책임능력이 어떻게 판별되는지를 논하고, 정신장애인과 피해자의 인권, 그리고 사회의 안전이 합리적으로 적절하게 보호·보장받을 수 있는 문제해결의 공통기반으로서 정신감정의 객관성과 신뢰성을 확보할 수 있는 방안을 논하고자 한다.

2) “강서 PC방 살인범 엄벌’ 국민청원 참여자 100만 명 돌파”, 매일경제 MBN, 2018.10.23., <https://www.mk.co.kr/news/society/view/2018/10/661757/> 참조.

3) 정신장애인에 대한 언론보도의 문제를 다룬 최근의 기사로는 “조현병 범죄’는 없다, 언론이 정신장애인 혐오 부추겨”, 오마이뉴스, 2019.06.05., http://www.ohmynews.com/NWS_Web/view/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002543459 참조.

II. 정신장애 범죄인의 책임능력 판단방법

1. 형법 제10조와 심신장애 판단의 기초

가. 형법 제10조에 대한 기존의 해석

형법 제10조는 심신장애(心神障礙)로 인해 사물변별능력이 없거나 의사결정능력이 없는 자의 행위를 벌하지 않거나 위 두 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경할 수 있도록 규정하고 있다. 즉, 심신상실과 심신미약에 대하여 책임을 면하거나 감경할 수 있도록 하고 있는데, 이러한 책임능력 판단방법에 대한 기존의 전통적인 이해는 다음과 같다. 우선, 심신장애를 생물학적인 손상으로 보고, 정신의학 전문가가 이를 판단한다. 다음, 사물변별능력이나 의사결정능력 유무에 대한 판단은 심리적이고 규범적인 영역에 속해 있는 것으로 보고, 법관이 - 앞서의 정신의학 전문가의 감정을 기초로 - 이를 판단한다.

나. 정신장애의 개념과 범주

이때, 사물변별능력이나 의사결정능력을 판별하기 위한 기초로서 “심신장애”⁴⁾의 개념과 범주가 문제될 수 있다. 즉, 기존의 이해처럼 심신장애를 생물학적 손상으로 간주하여 정신장애로 이해한다 하더라도, 이러한 정신장애의 개념과 범주는 재차 정신의학자와 법률가 사이에서 차이를 보일 수 있다. 이에 대해 학설은 규범적 판단의 기초로서 사용되는 “정신장애”는 정신의학적 의미의 정신장애 개념과 동일해야 한다는 견해와 정신장애 역시 규범적으로 파악해야 한다는 견해가 대립하고 있다.⁵⁾

4) 형법 제10조는 “심신장애”로 인해 사물변별능력과 의사결정능력이 없는 자를 “심신장애인”으로 규정하고 있다. 이때, 통상적으로 전자의 심신장애는 생물학적 손상을 의미하는 정신장애를 말하고, 후자의 심신장애는 이를 기초로 규범적 판단을 하는 법률적 의미의 심신장애를 말한다.

5) 전자의 견해로는 정규원, 형사책임과 정신감정, 한국심리학회 학술대회 자료집, 2001, 125면 이하. 후자의 견해로는 노용우, “책임능력판단에 있어서 심신장애의 의미”, 형사법연구(제15호), 2003, 59면.

현재, 우리 판례는 정신장애의 종류를 몇 가지로 유형화⁶⁾하면서 유형의 분류별로 정신의학적 정신장애 개념을 인용하기도 하고, 법률적 의미의 정신장애 개념을 인용하기도 한다. 일례로, 비정상적 정신상태에 속하는 정신장애의 종류들은 증상이 매우 중하여 정신병과 동등한 정도에 이르렀거나 다른 정신장애 사유와 경합한 경우에 정신장애로 볼 수 있다고 하면서 법원의 독자적인 판단과정을 보여준다. 이에 반해 조현병과 같은 고정적인 정신질환의 경우에는 정신의학적 의미의 질병 개념을 중시하여 범행의 경위가 정상적으로 보이는 경우라도 심신미약을 인정하는 편이다.⁷⁾

학설은 외국의 입법례, 특히 독일의 입법례에 따라 정신장애를 병적인 정신장애, 심한 의식장애, 정신박약, 기타 중한 정신이상 등으로 분류하기도 한다.⁸⁾ 나아가서, 이렇게 정신장애를 분류하는 입장에서는 형법 제10조의 “심신장애로 인하여”의 구문을 외국의 입법례처럼 구체적인 열거규정으로 개정하는 제안을 한다. 책임능력에 관한 형법 규정이 예외적 성격을 가지기 때문에 예외의 내용을 구체적으로 명시하는 것이 명확성 원칙에 부합하며, 생물학적 방법의 의미를 축소시키지 않는 방안이라 보기 때문이다. 즉, 이 견해는 “정신장애”를 법률적 의미에서 파악하지 않고, 정신의학적 의미의 정신장애로 이해하고자 하는 입장과 맞닿아 있다. 이것이 법률가의 자의적인 법해석을 방지하며, 정신의학자의 전문적인 감정결과를 존중할 수 있는 방법이라고 본다.⁹⁾

6) 판례는 크게 정신병(조현병, 양극성 정동장애 등), 정신박약, 비정상적 정신상태(충동조절장애, 정신성적 장애 등), 물질습벽(알코올의존성 정신질환) 등으로 정신장애를 분류한다. 이에 대한 분석으로는 조병구, “형사책임능력 부존재에 관한 심리에서의 제 문제”, 형사소송 이론과 실무(제2권 1호), 2010, 237면.

7) 대판 1992.8.18. 선고 92도1425 등. 하지만 이 경우에도 피고인에게 범행 당시 심신장애가 있었다고 당연히 추정할 수는 없으므로 책임능력 판단시점이 범행 당시여야 한다는 원칙, 사물변별능력과 의사결정능력이 현저히 감퇴된 상태에서 범행에 이른 것이 맞는지 엄격히 검토해야 한다고 한다. 특히, 이를 위해서는 고정적 정신질환의 종류, 증상의 정도, 발병시기와 치료기간, 행위자의 병식(病識), 범행즈음 투약여부 등을 종합적으로 고려해야 한다. 만약, 범행 당시 정신질환으로 투약 중이었고, 자신의 정신장애에 대한 병식이 있었음에도 불구하고, 약의 복용을 중지하여 범행에 이른 사례들에서는 “원인에 있어서 자유로운 행위”를 고려할 수 있다. 이에 대해서는 조병구, 앞의 논문, 235면 이하.

8) 김일수·서보학, 새로 쓴 형법총론, 2014, 265면; 이재상·장영민·강동범, 형법총론, 2017, 317면; 김성돈, 형법총론, 2017, 366면.

하지만, 형법 제10조를 열거규정으로 개정하더라도, 정신장애 종류별로 법률적 의미의 정신장애 개념을 차용할 수도 있기 때문에 법률 개정을 위한 적절한 논거는 아닌 것처럼 보인다. 뿐만 아니라, 정신장애의 구체적인 명시화는 변화하는 질병 개념에 대응할 수 없어 새로운 정신장애 개념의 도입이 용이하지 못한 단점을 지니기도 한다.¹⁰⁾ 덧붙여서, 정신장애의 종류를 법규정상으로 열거하지 않더라도, 정신장애의 종류에 따라 어느 정도의 판례군을 형성하고 있는 현실을 보면, 정신장애 판단에 있어 법적 안정성을 크게 해하고 있는 것처럼 보이기도 않는다.¹¹⁾

다만, 법률가의 자의적 판단을 방지하고, 정신의학자가 수행한 감정의 결과를 존중하기 위하여 책임능력 판단의 기초로서 정신의학적 의미의 정신장애 개념은 확립할 필요가 있을 것이다. 법 논리상, 책임능력 판단은 1) 정신장애의 유무, 2) 정신장애의 종류와 정도, 3) 정신장애가 어떻게 사물변별능력과 의사결정능력에 영향을 미쳤는지 여부, 4) 그 결과 피고인의 행위 시 사물변별능력과 의사결정능력이 결여되었다고 볼 수 있는지 여부의 순으로 진행된다. 물론, 법관은 이와 같은 법적 판단을 할 때, 위 항목에 기초한 판단들을 순차적으로 진행하지 않고, 유기적 연관성 속에서 한 번에 수행할 것이다. 그럼에도 불구하고, 제10조의 정신장애는 정신의학적 의미의 정신장애 개념에서 출발한다고 상정할 때, 책임능력 판단에 있어서 보다 나은 과학적 판단의 기초를 마련하고, 이를 통해 합리적인 규범판단의 결과를 도출할 수 있을 것이다.¹²⁾

다. 사물변별능력과 의사결정능력 판단의 실제

기존의 이해는 사물변별능력이거나 의사결정능력을 판별하는 것은 규범적 영

9) 신동일, 심신장애 판정의 문제점과 개선방안, 한국형사정책연구원, 2004, 68면 이하; 신양균, 형사책임과 정신감정, 한국심리학회 학술대회 자료집, 2001, 160면 이하.

10) 정규원, 앞의 논문, 125면.

11) 정신장애의 종류별로 유형화된 판례군에 대한 간략한 기술로는 앞의 각주6 참조.

12) 최민영·유진, 형사사법에서 정신감정의 신뢰성 제고 및 효과적 활용방안 연구, 한국형사정책연구원, 2017, 296면.

역에 속하는 것으로 법관이 이를 결정한다고 본다. 하지만, 사물변별능력이나 의사결정능력을 판별할 때에는 법률가뿐만 아니라 정신의학자의 의견도 반영된다. 왜냐하면, 정신의학자가 정신장애 여부를 판단할 때에는 이미 판단과정에서 사물변별능력과 의사결정능력을 포함시켜 정신의학적 진단을 내리기 때문이다.¹³⁾ 뿐만 아니라, 행위자에게 정신장애가 있다 하더라도, 정신장애의 특성상 특정한 이상 증상이 항상 발현되는 것은 아니기 때문에 정신의학자는 행위시점에 정신장애가 어떤 영향을 미쳤는지 여부를 감정할 수밖에 없다.¹⁴⁾ 이러한 측면을 고려하면, 정신장애의 존재유무 판단과 해당 정신장애가 의사결정능력과 사물변별능력에 어떻게 영향을 미쳤는지 여부는 분리되어 판별될 수 있는 성질의 것이 아니다.¹⁵⁾

라. 심신장애 판단의 주체

따라서 생물학적 판단은 정신의학자의 영역으로, 심리적·규범적 판단은 법관의 영역으로 이원화하여 이해하는 것은 실제로 가능한 일은 아니다. 다만, 생물학적 요소에 대한 판단에 있어서는 정신의학자의 감정의견의 비중이 더 크고, 심리적 요소에 대한 판단에서는 법률가의 규범적 견해가 더 비중 있게 다뤄질 수 있을 것이다. 즉, 정신의학자와 법률가 모두 생물학적 방법과 심리적 방법에 대한 판단주체가 될 수 있으나, 중점을 두는 판단요소는 양 영역이 다를 수 있다. 이로 인해 법관은 정신의학자의 생물학적 의견에는 강하게 구속되고, 심리적 요소에 대해서는 감정의 증명력이 의심스러운 경우에 경험칙에 모순되

13) 현재, 피고인의 정신감정이 가장 많이 수행되고 있는 치료감호소의 정신감정은 1) 인적 사항, 2) 감정경위 및 방법, 3) 범행개요, 4) 감정사항, 5) 개인력과 현병력, 6) 현재상태(신체상태/정신상태/임상심리검사), 7) 감정결과(진단/설명), 8) 감정주문에 대한 답변(형사책임능력에 대한 정신의학적 의견/향후 치료에 대한 권고)의 순으로 이루어진다. 즉, 감정의는 이미 감정의 과정에서 정신장애의 유무를 넘어서서 형사책임능력의 유무에 대한 소견을 제시하고 있다.

14) 김성규, “責任能力判斷의 이론적 구조와 법률적 판단의 의미내용-형법 제10조 제1항 및 제2항의 해석론과 관련하여”, 법조(제598권), 2006, 242면 이하; 신양균, 책임능력과 감정, 형사판례연구, 1996, 50면 이하.

15) 최민영·유진, 앞의 보고서, 37면 이하.

지 않는 범위 내에서 감정인과의 의견교류를 통해 사실인정을 할 수 있다.¹⁶⁾ 종국적으로 책임능력의 유무 결정은 법관의 몫이지만, 이러한 측면에서 정신 의학과와의 협업은 필수불가결하다고 할 수 있다.¹⁷⁾

2. 책임능력 판단에 대한 법원의 논증의무

이와 같은 책임능력 유무 판단에 있어 행위자의 사물변별능력과 의사결정 능력은 규범적 차원의 개념으로, 법관의 종국적 결정에 가장 중요한 판단기준으로 작용한다. 그럼에도 불구하고, 우리 판례는 양 요소에 대한 구체적인 내용이나 판단기준, 적용례들을 보여주고 있지 않다. 이론에서는 사물변별능력은 “행위자가 자신이 의도하는 행위가 자연적 의미에서 어떠한 성질을 가지는가 그리고 그 행위가 옳은 것인가 그른 것인가를 판단할 수 있는 능력”을 의미한다 하고,¹⁸⁾ 의사결정능력은 “사물을 변별하고 이에 따라 행위할 수 있는 능력,” 즉 조종능력을 의미한다고 한다.¹⁹⁾ 그리고 의사결정능력은 논리상 사물 변별능력을 전제로 하는 개념이라 본다. 따라서 사물변별능력이 없으면, 의사결정능력이 있는지 여부를 따질 필요도 없게 된다.²⁰⁾

반면, 판례는 “사물을 변별할 능력”이란 사물의 선악과 시비를 합리적으로 판단하여 정할 수 있는 능력을 의미하고, ‘의사를 결정할 능력’이란 사물을 변별한 바에 따라 의지를 정하여 자기의 행위를 통제할 수 있는 능력을 의미하는데, 이러한 사물변별능력이나 의사결정능력은 판단능력 또는 의지능력과 관

16) 김성규, 앞의 논문, 244면 이하.

17) 최민영·유진, 앞의 보고서, 38면.

18) 김성돈, 형법총론, 2017, 367면; 오영근, 형법총론, 2014, 263면; 여기서의 판단능력은 정확한 법적 판단력을 의미하는 것은 아니고, 일반적 상식적 수준의 합리적 판단을 할 수 있는 능력을 뜻한다. 이에 대해서는 이인영, “책임능력에 대한 판단과 정신감정절차”, 형법학(제11권 2호), 2010, 173면.

19) 이재상·장영민·강동범, 형법총론, 2017, 321면; 김일수·서보학, 새로 쓴 형법총론, 2014, 266면; 김성돈, 형법총론, 2015, 382면; 이형국, 형법총론, 2007, 187면.

20) 하지만, 현실에서는 사물변별능력의 흠결과 의사결정능력의 흠결이 종종 혼재될 경우가 있고, 이때 그 원인이 무엇인지는 명확히 구별할 수 없다고 한다. 이에 대해서는 정규원, 앞의 논문, 129면.

련된 것으로서 사실의 인식능력이나 기억능력과는 반드시 일치하는 것은 아니다.”라고 판시한다.²¹⁾ 즉, 사물변별능력이 기억능력과 반드시 일치하지는 않는다는 점, 의사결정능력이 의지능력과 관련되어 있다는 점을 밝히고 있다. 또한, 정신장애를 인정하더라도, 법익침해의 정도가 중한 범죄일수록 사물변별능력 결여의 기준은 엄격해진다. “피고인의 이러한 범행전후의 정황과 이 사건 범행과 같은 살인범죄는 그 반사회성, 비윤리성이 명백하여 다소 지능이 낮더라도 그 위법성을 쉽사리 알 수 있으므로 그에 대한 제어능력은 지능적 요소보다는 정의적 요소가 더욱 중요한 작용을 하게 된다는 점 등을 고려하면 피고인이 이 사건 범행당시 음주로 인하여 상당히 취한 상태에 있었고 여기에 위에서 본 정도의 정신박약증세가 보태어져 있다 하더라도 바로 피고인이 이 사건 범행당시 심신장애로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없거나 미약해진 상태에 있었다고는” 볼 수 없다고 판시한다.²²⁾ 다시 말해, 피고인은 “정신박약”이라는 정신장애에 속하지만, 살인과 같이 중한 범죄에서는 그 위법성을 쉽게 인식할 수 있기 때문에 사물변별능력이 없거나 미약하다고 볼 수 없다는 것이다.

하지만, 대부분의 실제 판결에서 사물변별능력과 의사결정능력은 판단을 위한 실질적인 논증의 근거로 사용되지 않고, “사물변별능력 또는 의사결정능력을 인정할 만한 사정에 있었다”, 혹은 “... 그러한 사정에 있었다고는 볼 수 없다” 정도의 형식적인 언급에 그치고 있다. 심지어 양 요소 간의 관계설정도 되어 있지 않아 판결문에서 양 요소는 병렬적으로 나열되는 장식어구에 불과한 것이 아닌가 하는 의구심이 들기도 한다. 이에 대한 판단방법의 구체적 착안점은 우리와 비슷한 판단구조를 갖춘 아래와 같은 독일의 판례에서 얻을 수 있다고 본다.²³⁾

21) 대판 2015.3.20. 선고 2014도17346.

22) 대판 1986.7.8. 선고 86도765.

23) Wolfgang Pfister, Die Beurteilung der Schuldfähigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NStZ-RR, 2017, 161면 이하.

[인식능력과 조종능력의 관계] “책임의 배제는 원칙적으로 불법인식의 결여 및 조종능력의 결여에 의해 동시에 뒷받침될 수 없다. 조종능력에 대한 심사는 피의자가 행위의 불법을 인식하였거나 인식했을 수 있었던 경우에만 비로소 이루어지는 것이기 때문이다. 인식능력뿐만 아니라 조종능력도 결여된 상태의 장애는 예외적인 경우이다.”²⁴⁾

[인식능력 결여의 의미] “확인된 장애상태로 인해 구체적 상황에서 자신의 행위의 외적 상태 또는 가벌성의 기초를 이루는 의미내용을 인지하지 못한 자는 인식능력의 결여로 인해 책임무능력이라 본다. 이것은 개별적으로 논증되어야 한다. 이에 따라 피의자가 결과를 고려하지 않은 채, 행인의 태도에 대해 예민하고 위협적인 방식으로 대응하였음이 확인된 것만으로는 피의자가 자신의 행위가 금지된 것임을 더 이상 인지하지 못하였다는 진지한 설명이 될 수 없고, 이것을 인식능력의 결핍으로 볼 수도 없다.”²⁵⁾

[인식능력 감소 시, 책임능력 판단방법] “사실심 법관이 행위자의 인식능력이 중대한 감소 상태에 있다고 추정하는 경우, 사실심 법관은 그러한 상태가 불법인식의 결여를 가져왔는지, 아니면 그럼에도 불구하고 행위자가 행위의 불법을 인식했었는지 여부에 대해 판단해야만 한다. 행위자에게 그러한 불법인식이 결여되어 있다면, 다음으로 그로 인해 행위자가 비난을 받을 수 있는지 여부를 심사해야 한다. 불법인식의 결여에 대한 비난가능성이 없다면, 형법 제21조²⁶⁾에 따른 인식능력 감소가 문제되는 것이 아니라 형법 제20조²⁷⁾가 적용된다.”²⁸⁾

24) BGH v. 2016.6.21. - 5 StR 214/16.

25) BGH v. 2016.10.13. - 1 StR 445/16.

26) 독일형법 제21조는 다음과 같다. “행위의 불법을 인식하거나 이러한 인식에 따라 행위하는 행위자의 능력이 범행 당시 제20조에 나타난 이유로 인해 현저히 미약한 경우에는 제49조 제1항에 의하여 형을 감경할 수 있다.”

27) 독일형법 제20조는 다음과 같다. “범행 당시 병적인 정신장애, 심한 의식장애 또는 정신박약, 기타 중한 정신이상으로 인해 행위의 불법을 인식하거나 그 인식에 따라 행위하는 능력이 결여된 자는 책임 없이 행위한 것이다.”

즉, 법관은 의사결정능력과 사물변별능력의 판별에 있어서 의사결정능력이 사물변별능력의 존재를 기초로 한다는 점, 사물변별능력의 결여는 개별적 논증이 필요한 요소라는 점, 사물변별능력의 감소가 불법인식의 결여를 초래했는지, 그리고 이로 인해 행위자는 비난가능성을 지니지 않았는지 여부를 판결에서 세분화하여 논증할 필요가 있다.

3. 심신장애에 대한 입증책임

덧붙여, 일부에서는 공판과정에서 심신장애에 대한 입증책임을 피고인이 부담해야 한다는 주장을 한다.²⁹⁾ 물론, 행위시점에 행위자가 형법 제10조의 책임무능력 상태에 있었는지 여부를 밝힐 수 없는 경우도 있다. 즉, 책임무능력 판단을 위한 기초적 사실관계가 불분명한 경우가 있다. 모든 사실에는 개연성 정도의 차이가 있게 마련이기 때문이다. 하지만, 법적 판단에는 법관이 확신하였거나 확신하지 못하였거나 - 이 두 가지 가능성만이 존재한다. 이 경우에는 “의심스러운 때에는 피고인에게 유리하게”의 원칙에 따라 피고인에게 유리하게 책임무능력을 인정해야 한다고 본다.³⁰⁾ 즉, 피고인은 책임능력 부존재에 대한 입증책임을 지지 않는다. 이것이 형법 제10조가 존재하는 이유이기도 하다.³¹⁾

III. 문제해결의 기초: 정신감정

결론을 미리 말하면, 형법 제10조 심신장애인 규정은 범죄인들의 도피를 돕는 규정은 아니다. 행위자나 변호인이 심신미약이나 심신상실을 주장한다 하

28) BGH v. 2016.7.5. - 4 StR 215/16.

29) 조병구, 앞의 논문, 247면 이하.

30) 김일수·서보학, 새로 쓴 형법총론, 2014, 268면; 신동운, 형법총론, 2015, 378면.

31) 최민영·유진, 앞의 보고서, 50면.

더라도, 실제 사건에서 이를 인정받기는 어렵다.³²⁾ 물론, 아직까지 국내에서는 사법정신감정에 대한 표준화된 기준이 존재하지 않아 이를 분별하는 정신의학자나 법관의 판단에 대한 대중의 신뢰가 낮을 수는 있다. 그렇다면, 표준화된 정신감정의 세부기준들을 관련 전문가들 간의 협업을 통하여 마련하는 것이 대안이 되어야지, 형법 제10조의 존폐 여부가 그 대안이 되어서는 안 된다. 형법 제10조는 책임원칙의 근간이 되는 주요 규정이기 때문이다. 물론, 문제를 단순화시켜 부유한 피고인들이 심신장애를 이용하여 처벌을 면하려는 사례들이 증가할 수는 있다. 실제로, 최근 정신감정을 신청하는 피의자들의 수가 증가하고 있다는 소식도 들리고 있다.³³⁾ 하지만, 이런 남용의 건수들은 극히 미비하고, 실제 있다고 하더라도 정신의학자의 정신감정 과정에서, 그리고 법관의 규범적 판단과정에서 충분히 걸러질 수 있는 사안들이다. 그보다는 심신상실자와 심신미약자, 심신미약자와 책임능력자를 분별하기 위한 목적으로 객관적이고 중립적인 감정의 세부기준을 마련하여 정신감정에 대한 신뢰도를 높이는 것이 더 바람직한 방안이 될 것이다. 그렇다면, 우리 형사사법에서 수행되는 정신감정은 실제로 어떠한 절차와 기준을 통하여 이루어지고 있을까?

1. 형사사법에서 수행되는 정신감정

가. 수사단계

수사 단계에서 검사와 사법경찰관은 수사상 필요한 경우, 감정을 위촉할 수 있다(형사소송법 제221조 제2항).³⁴⁾ 이때 유치처분이 필요할 때에는 판사로

32) 피고인의 심신장애 항변이 인용된 판결에 대한 분석으로는 최민영·유진, 앞의 보고서, 187면 이하.

33) “피고인 정신감정 증가 뒤, 변호사 영업전략 있다”, 한국일보, 2015.06.08., <https://www.hankookilbo.com/News/Read/201506081636911423> 참조.

34) 이때, 수사상 필요한 경우라는 조건 설정이 매우 막연하다는 비판이 있다. 이에 대해서는 황정익, “경찰수사에 있어서 정신감정절차의 개선점”, 경찰학논총(제2권 2호), 2007, 67면 이하. 즉, 구체적으로 “피의자가 외부적으로 인식 가능한 증세가 어떻게 감지될 때” 감정위촉을 해야 하는지에 대한 기준이 없어 경찰수사에서 혼선을 초래한다는 것이다. 이러한 문제를 해결하기 위해 정신건강복지지원법상의 정신보건전문요원을 지방경찰청

부터 감정유치장을 발부받아 피의자의 정신 상태를 감정할 수 있다(동법 제 221조의3 제1항).

또한, 검사는 범죄를 수사할 때 범죄경력이나 심신장애 등을 고려하여 치료 감호를 청구함이 상당하다고 인정되는 자에 대해서는 치료감호 청구에 필요한 자료를 조사해야 하고(치료감호법 제5조 제1항), 법원에 치료감호를 청구할 때에는 전문의의 진단이나 감정을 참고해야 한다(동법 제4조 제2항).³⁵⁾ 이 때, 피치료감호 청구인의 심신장애 또는 정신성적 장애가 있는지 여부를 판단하기 어려울 때에는 전문의 등에게 재감정을 명할 수 있다(동법 제13조).

실제로 정신감정은 이 단계보다는 대부분 공판단계에서 수행된다. 하지만, 행위자의 행위 시점 당시, 책임능력 여부를 판별하기 위해서는 행위 당시와 가장 근접한 시점인 수사 과정에서 감정이 수행되는 것이 바람직하다.³⁶⁾ 즉, 책임능력 판단의 시점은 재판 시가 아니라 행위 시이기 때문에 보다 정확한 정신감정의 결과를 담보하기 위해서는 기소 전 감정제도를 활용할 수 있는 여러 방안을 모색해야 할 것이다.

또한, 기소 전 감정의 활성화와 함께 비교적 짧은 시간 내에 이루어질 수 있는 간이감정의 도입도 생각할 수 있다. 실제 정신장애인의 정신이상 상태를 모르고 범죄혐의를 인정하여 불필요한 수사절차가 개시될 수도 있기 때문이다. 이렇게 수사가 진행된다면 피의자는 더 이상 보호받지 못하고, 이로 인해 수사에서 이루어지는 피의자신문 등이 피의자에게 불리하게 진행될 가능성도 배제할 수 없게 된다. 뿐만 아니라 정신장애 여부를 판별하기 위해 수사에서 대면하는 모든 정신이상 의심자에게 감정을 위한 감정유치처분을 내릴 수도 없다. 이러한 현실을 고려하여 어떤 구체적 상황에서 감정위촉이 필요한지 여부를 분별

별로 1-2인 이상 채용하거나 임시과견형식으로 근무하게 하여 간단한 테스트를 통해 정신장애자에 대한 기초적 판단을 담당하는 방안이 제안되기도 한다. 이 경우에도 보다 면밀한 정신감정이 필요하다고 보이면, 감정유치절차를 따라야 할 것이다.

35) 다만, 정신성적 장애인에 대해서는 전문의의 진단이나 감정을 받은 후 치료감호를 청구해야 한다(동법 제4조 제2항 단서).

36) 이진국, “형사절차상 정신장애에 대한 감정”, 법학논총(제28집 4호), 2011, 360면 이하.

하기 위한 세부기준을 내부적으로 마련하고, 통상적 감정 이외에도 짧은 시간 내에 이루어지는 간이감정 제도를 도입할 필요가 있다.³⁷⁾

나. 공판단계

공판단계에서 법원은 심신장애 의심자에 대해 병원 등에 감정을 촉탁하여 정신감정을 하거나 감정유치 후 감정을 실시한다(형사소송법 제179조의2 제1항, 제172조 제3항). 유치기간은 보통 30일 정도이며, 법원이 기간을 연장하거나 단축할 수 있다(동법 제172조 제6항).³⁸⁾

실무에서는 법원장 또는 지원장이 국공립병원이나 대학부속병원 또는 종합병원의 장으로부터 추천받은 감정인을 활용하며, 치료감호소나 정신의학과 전문가가 있는 병원에 피고인을 유치하여 감정을 실시한다.³⁹⁾ 감정기일 이외에 감정촉탁에 의해 감정을 한 때에는 정신감정을 한 정신과전문의나 심리학자의 감정결과가 기재된 감정서를 법원에 제출한다.⁴⁰⁾ 이러한 감정제도와 별도로, 법원은 피고인의 범행 전후의 심리상태와 재범 위험성 등을 판단하기 위해 전문심리위원제도를 활용할 수 있다(형사소송법 제279조의2). 현재 형사전문심리위원에는 심리학, 사회학 등 사회과학 전공자들이 주로 활동한다.⁴¹⁾

37) 신관우, “정신장애 범죄자와 정신감정-정신감정관련 판례 분석을 중심으로”, 자치경찰연구(제4권 1호), 2011, 140면 이하; 이진국, 앞의 논문, 356면 이하.

38) 하지만, 우리 형사소송법은 감정유치기간을 명확히 규정하고 있지는 않다. 감정유치명령은 인신구급에 속하므로 신체의 자유를 침해할 소지가 많다는 점에서 이에 대한 명확한 입법을 요한다. 물론, 감정유치는 형사소송법상 구속에 관한 규정을 준용하므로 구속기간을 적용할 수 있을 것으로 보이기도 하나, 이것 역시 명확치 않다. 일본 형사소송법도 우리와 동일하게 정신감정을 위한 유치기간을 명시하지 않고 있고, 이에 대해 제한 없이 감정유치가 가능한 것으로 해석한다. 현재, 우리 법원의 실무도 이를 수용하고 있다. 반면, 독일 형사소송법은 유치기간을 6주 이내로 명시하고 있다.

39) 현재 정신감정에 대한 구체적인 방법에 대해서는 명문화된 규정이 없다. 실무에서는 “신체감정에 있어서 감정인 선정과 감정절차 등에 관한 예규”에 의한 절차상 규정을 참조한다. 이에 대해서는 신관우, “실정법상 정신감정 제도의 고찰: 부산여중생 사건의 판결을 중심으로”, 한국범죄심리학연구(제7권 1호), 2011, 120면.

40) 장승일, “정신장애범죄인에 대한 치료감호제도의 현황과 개선방안”, 법이론실무연구(제4권 2호), 2016, 121면 이하.

41) 김혁, “정신장애 의심자의 책임능력 및 형사제재의 판단구조에 관한 소고”, 형사정책(제29권 1호), 2017, 18면.

현재 심신장애 의심자에 대한 정신감정은 대부분 이 단계에서 이루어진다. 이 또한 법원의 재량에 속한다. 물론, 감정인의 감정을 거치지 않은 몇몇 사례들은 심리미진의 위법이 있다고 판시하고는 있지만, 원칙적으로 정신감정이 필요적 절차는 아니다. 실제로 공판에서는 피고인의 책임능력 유무를 판단할 경우, 정신감정을 시행하지 않고, 과거 의료기록 등 관련 자료를 대신 증거로 채택되는 경우가 적지 않다. 그리고 과거 범행이나 수사경력이 있는 피고인의 경우에는 본 건에서 다루는 범행 이전에 작성된 정신감정서나 치료감호 종료 심사서, 혹은 해당 피고인의 과거 판결문을 참고하기도 한다.⁴²⁾

하지만, 범행 당시의 정신장애 여부가 문제되는 책임능력 판단에 있어 범행 이전 과거의 의료기록이나 정신감정서, 혹은 판결문 등이 증거로 활용되는 것은 재고를 요한다. 특히, 일반적 의료기록에는 정신질환에 대한 진단명만이 기재되기 때문에 정신감정서와 달리, 법적 판단의 근거를 제공하기에는 상당히 불충분하다. 따라서 책임능력 유무가 의심스러운 사정이 있는 경우, 사안의 민감성과 중대성에 따라 필요적 정신감정이 실시되어야 한다.⁴³⁾ 일례로, 2007년 개정된 스위스 형법 제20조는 “행위자의 책임능력을 의심할 만한 정당한 사유가 있는 경우에는 수사기관 또는 법원은 감정인의 감정을 명해야 한다”고 규정하여 이 문제를 입법론적으로 해결하였다.

다. 치료감호 집행단계

현행 치료감호법상, 정신감정은 검사의 치료감호 청구 시, 그리고 특정범죄자에 대한 보호관찰 및 전자장치 부착 등에 관한 법률 제2조 제3호의2에 따른 살인범죄자의 치료감호 연장신청 시에만 필수적으로 정신감정을 행하도록 하고 있다.

이외에 치료감호 집행단계에서는 6개월마다 가중료 등의 심사·결정을 할

42) 최민영·유진, 앞의 보고서, 298면.

43) 이인영, 앞의 논문, 180면; 이진국, 앞의 논문, 360면 이하.

때(제22조), 치료위탁을 할 때(제23조), 치료감호 종료결정을 할 때(제35조), 가중료 취소와 치료감호 재집행 여부를 결정할 때(제36조), 치료감호심의위원회가 열리는데, 이때에는 담당의사의 의견을 참조할 수 있도록 규정하고 있을 뿐이다. 즉, 치료감호심의위원회에는 정신건강의학과 등 전문의 자격이 있는 3명 이내의 위원이 참여하고(제37조), 필요할 때에는 피보호자의 상태 및 예후, 치료감호 종료의 타당성 여부에 대해 “피보호자 담당의사의 의견”을 참조할 수 있도록 하고 있다(제41조 제4항).

치료감호는 보통 공소제기와 함께 청구되는데, 공소제기와 치료감호청구가 있는 때에는 두 사건을 병합하여 심리해야 하므로(치료감호법 제12조 제2항), 책임능력 감정과 재범위험성 및 치료필요성 감정이 동시에 행해진다. 그러나 치료감호 집행여부를 결정하기 위해 수행되는 정신감정은 형사책임능력 유무를 판별하기 위한 정신감정과 다르다. 물론, 대부분의 치료감호 판단은 책임능력 판단을 전제로 이루어지기는 한다. 하지만, 책임능력은 범행 당시 정신장애로 인한 사물변별능력과 의사결정능력의 유무 및 정도에 따라 결정되는 반면, 치료감호는 공판절차 및 판결 시 재범의 위험성과 치료의 필요성에 따라 결정되므로 별개로 생각할 필요가 있다. 즉, 책임능력 판단은 응보적 차원에서의 회고적 판단인 반면, 치료감호 판단은 대상자의 치료와 위험예방을 위한 전망적 판단으로, 각 감정의 목적과 시점은 다를 수밖에 없다.⁴⁴⁾ 따라서 양 감정은 분리되어야 한다. 또한, 치료감호 판단을 위한 정신감정이 소홀히 다루어지는 현실을 고려할 때, 이를 위한 정신감정의 세부항목이 재정비될 필요가 있다. 특히, 치료감호 판단에서는 치료의 필요성 요건이 중요하므로 이에 대한 구체적 항목들이 마련되어야 한다.⁴⁵⁾

뿐만 아니라, 치료감호 청구 시 정신감정을 필요적으로 거칠 수 있도록 치료

44) 김혁, 앞의 논문, 15면 이하.

45) 참고로, 일본의 의료관찰법상 정신감정에서는 의료의 필요성에 대한 감정항목으로 1) 질병성, 2) 치료반응성, 3) 사회복귀요인 등의 요건이 구체적으로 마련되어 있다. 더 자세한 최민영, “정신장애범죄인과 사법적 처우—일본의 의료관찰법과 정신감정 제도를 중심으로”, 형사법연구(제30권 2호), 2018, 355면 이하.

감호법 제4조 제2항의 범문언을 명확히 개정할 필요가 있다. 현행 치료감호법 제4조 제2항은 “치료감호대상자에 대한 치료감호를 청구할 때에는 정신건강의학과 등의 전문의의 진단이나 감정을 참고하여야 한다. 다만, 제2조 제1항 제3호에 따른 치료감호대상자에 대하여는 정신건강의학과 등의 전문의의 진단이나 감정을 받은 후 치료감호를 청구하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 그런데 이 범문언은 제2조 제1항 제1, 2호와 제3호가 다른 적용을 받도록 서술하고 있어서 제1호와 제2호의 경우에는 현재의 정신감정이 아니라 과거의 진단 기록이나 감정서 의견을 참고할 수 있도록 하는 여지를 남긴다. 하지만, 제1, 2호와 제3호가 다른 법적용을 받을 이유는 없을 것으로 보인다. 또한, 치료감호 청구 시점뿐만 아니라 치료감호 각 집행단계에서 정신감정을 받을 수 있도록 하는 규정의 신설도 고려해 봄직하다.⁴⁶⁾ 즉, 치료감호 기종료 시, 치료위탁 시, 치료감호 종료 시, 치료감호 재집행 시에는 담당의사의 단순한 소견보다는 감정서 제출이 정신장애인의 처우결정에 있어 보다 적절하고 객관적 판단을 내리는데 도움을 줄 수 있다.⁴⁷⁾

라. 정신감정의 대상 및 범위

형사소송법은 감정의 경과와 결과를 서면으로 제출하게 하고, 감정의 결과에 대해 판단의 이유를 명시하도록 할 뿐(동법 제171조), 감정인이 감정해야 할 구체적인 대상과 범위에 대해서는 규정하는 바가 없다. 이에 대해 감정인의 감정대상에는 범행시의 정신장애만이 그 대상이 되고, 사물변별능력이나 의사결정능력 등에 관한 규범적 판단은 감정의 대상에서 제외된다고 보는 견해가 있다.⁴⁸⁾ 하지만, 책임능력 판단 기준에서도 논의했듯이, 행위자의 정신장

46) 참고로, 일본의 의료관찰법(제34조 제1항, 제37조 제1항, 제51조, 제52조)과 독일의 형법(제67조e)은 이와 같은 각 단계에서 정신감정을 명하고 있다.

47) 최민영·유진, 앞의 보고서, 300면 이하.

48) 강동욱, “범죄행위를 한 정신장애자의 법적 처우에 관한 연구”, 법조(제574호), 2004, 29면; 김진환, 정신장애 범죄자의 책임과 처우에 관한 연구, 한양대 박사학위논문, 2003, 66면 이하.

에 존재 유무 판단과 행위 시의 사물변별능력이나 의사결정능력 유무 판단은 분리되어 수행될 수 있는 성질의 것이 아니다. 설혹, 이 두 요소를 분리하여 판단할 수 있다하더라도, 책임능력에 대한 종교적인 규범판단은 법관의 몫이기 때문에 감정에 있어서 감정인의 규범판단을 막을 이유는 없을 것이다.⁴⁹⁾ 현 실무에서도 감정인은 생물학적 요소뿐만 아니라 심리학적 요소에 대한 판단도 수행하고 있다.⁵⁰⁾

다만, 정신감정의 객관성과 신뢰성 확보를 위하여 감정의 절차와 감정서의 형식은 표준화되는 것이 바람직하다. 이것은 국내 사법정신의학⁵¹⁾의 기반이 상당히 미약하다는 점을 고려하면 더욱 그러하다. 형사사법에서 시행되는 정신감정은 일반의 정신의학적 진단과는 구별되는 특성을 지니기 때문에 형사재판에서 요구되는 감정사항을 숙지하고 있는 감정인에게 감정촉탁이 이루어져야 한다. 이러한 정신감정의 전문성과 특수성을 고려하여 우선, 사법정신의학의 발달을 장려함과 동시에 정신감정인의 자격을 “사법정신의학의 자격이 있는 사람”으로 따로 형사소송법에 명시하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 다음으로, 정신감정에 대한 감정인 선정과 감정절차에 대한 명문화된 규정도 신설되어야 한다. 현재 실무에서는 “신체감정에 있어서 감정인 선정과 감정절차 등에 관한 예규”를 참조하여 정신감정인을 선정하고 있다고 한다. 하지만, 정신감정의 특수성과 전문성을 고려하여 이를 따로 신설하는 것이 바람직해 보인다. 마

49) 이진국, 앞의 논문, 358면 이하; 정규원, 앞의 논문, 135면. 이에 반해, 국민참여재판에서 책임능력의 유무가 문제될 때에는 일반 시민인 배심원의 판단에 영향을 줄 수 있기 때문에 법정에서 행하는 감정인의 책임능력 유무에 대한 언급은 신중해야 할 것이다. 이에 대해서는 조용기, “정신장애자의 형사책임능력 판단과 정신감정”, 한국경호경비학회(제 43호), 2015, 196면 이하.

50) 실제 감정서에는 감정결과에 따른 진단명과 이에 대한 설명이 이어지고, 이로 인해 사물 변별능력과 의사결정능력이 상실된 상태에 있었는지 여부에 대한 판단을 함께 하고 있다.

51) 사법정신의학(Forensic Psychiatry)은 범죄와 관련된 정신의학의 하부분과를 말한다. 사법정신의학은 법과 정신의학의 교차점에 위치한 학문으로 양 영역을 아우른다. 크게는 범죄행위 시점에 범죄자가 형사책임능력이 있었는지 여부와 범죄자가 소송 시점에 소송을 행할 능력이 있는지 여부를 다룬다. 이외에도 형량 부과와 관련하여 피고인의 치료필요성 여부 및 치료방법 등을 권고하기 위한 기준을 다룬다.

지막으로, 정신감정 역시 과학적 증거로서 허용된다는 점을 감안할 때, 감정서의 표준화 작업은 반드시 선행되어야 할 것으로 보인다. 즉, 정신감정서의 표준화 작업을 통하여 정신감정에 포함되어야 하는 최소기준의 내용을 확립할 필요가 있다. 일례로 독일의 경우, 2000년대 중반 연방법원판사 9명, 연방검사 2명, 범죄학교수 1명, 변호사 1명, 정신과학자 9명, 성의학자 2명, 법심리학자 1명 등 총 25명으로 구성된 연구그룹이 정신감정서에 최소한 포함되어야 할 정신감정의 형식적·내용적 최저기준을 제시하였다.⁵²⁾

이외에도 감정유치처분에 의한 감정에서 필요한 피의자나 피고인의 과거병력 등과 관련하여 이들이 치료받았던 병원의 의료정보가 필요한 경우, 개인의 의료정보이기 때문에 감정의사는 이것을 입수할 수 없는 경우가 많아 현 감정

52) Axel Boetticher/Norbert Nedopil/Hartmut A.G. Bosinski/Henning Saß, Mindestanforderung für Schuldfähigkeitsgutachten, NStZ 2005, 57면 이하. 그 내용은 다음과 같다. 형식적 최저 기준 1) 감정의뢰인(검사 또는 법원)과 의뢰사항의 표시, 2) 검사의 장소, 시간, 범위에 관한 언급, 3) 수집된 정보의 문서화, 4) 특별한 검사방법과 문서화방법을 사용한 경우 그에 관한 언급(예: 영상녹화, 녹음, 통역, 다른 사람을 통한 관찰 등), 5) 정확한 기재 및 인식의 근원들을 상호 분리시킨 재현(기록, 감정대상자의 주관적 입장, 관찰과 검사, 추가적으로 실시한 검사), 6) 해석적·주석적 견해를 명백하게 알 수 있도록 하고, 정보와 발견한 사항의 재구성을 명백히 구분하여 인식할 수 있게 할 것, 7) 의학적(정신의학, 정신병리학, 심리학적) 지식과 감정인의 주관적 견해와 추측을 구분할 것, 8) 불명확한 점과 난해한 점의 공개와 그로부터 도출되는 결과의 공개 및 필요한 경우 적절한 시점에 감정의뢰인에게 추가적 정보가 필요하다고 고지할 것, 9) 참여한 감정인과 그 조력자들의 담당업무와 책임영역을 알 수 있도록 할 것, 10) 문헌을 활용한 경우에는 일반적인 인용관행을 유의할 것, 11) 명백하게 개관할 수 있도록 목차와 내용을 구성할 것, 12) 서면 감정서의 내용이 잠정적이라는 점을 언급할 것. 내용적 최저기준 13) 조사의 완전성, 특히 해당되는 특정범죄 및 진단영역에 대한 조사의 완전성(예: 성범죄의 경우, 상세한 성적 병력, 범행에 관한 상세한 서술), 14) 검사방법의 명시. 각각의 방법을 활용하여 획득한 인식내용의 상세한 서술. 일반적으로 보편화되어 있지 않은 방법론이나 도구를 사용한 경우에는 인식의 가능성과 그 한계를 상세히 설명할 것, 15) 기초되는 진단체계(일반적으로 ICD-10 또는 DSM-IV-TR)와 관련하여 진단을 실시할 것. 이러한 진단체계와 다른 경우에는 왜, 어떤 다른 체계를 활용했는지를 상세하게 언급할 것, 16) 감별 진단적 고려를 한 경우, 그에 관한 내용을 언급할 것, 17) 진단된 장애를 통하여 일반적으로 결부된 기능저해가 감정문제에 관련될 수 있다고 판단되는 경우 그 기능저해를 언급할 것, 18) 이러한 기능저해가 감정대상자에게 범행시 존재하고 있었는지, 이를 인정한다면 어느 정도에 달했는지를 검토할 것, 19) 정신진단을 형법 제20조 및 제21조에 명시된 생물학적 요소에 정확하게 위치시킬 것, 20) 장애의 강도에 관한 평가를 투명하게 기재할 것, 21) 인식능력과 조종능력 간의 차이를 고려하면서 범행과 관련되는 기능저해를 언급할 것, 22) 달리 판단할 가능성에 관하여 언급할 것.

에서 어려움이 많다고 한다. 형사소송법 제173조가 감정에 필요한 처분에 대하여 규정하고 있으나, 현 규정상 “의료정보의 획득”이 감정에 필요한 처분에 포함되는 것으로 해석되기는 어렵다. 이러한 점을 고려하여 이 규정의 범위를 “정신감정과 관련한 의료정보”로까지 확대하는 방안도 생각해 봄직하다.⁵³⁾

2. 형사사법 외에서 수행되는 전문의의 진단

본 논문은 범죄를 행한 정신장애인에 대한 정신감정을 논하고 있다. 하지만, 범죄를 행하지 않은 정신장애인, 즉 통상적인 정신장애인에 대한 의료인의 진단결과도 부분적으로는 이와 중첩되는 측면이 있다. 이러한 한도 내에서 형사사법 외에서 수행되는 전문의의 진단은 다음과 같다.

근래 개정되어 2017년 5월 말부터 시행된 정신건강복지법에 따르면, 정신질환을 앓고 있고, 이로 인해 자신의 건강 또는 안전이나 다른 사람에게 해를 끼칠 위험이 있는 경우에는 보호의무자에 의한 입원(제43조), 특별자치시장 등에 의한 입원(제44조), 응급입원(제50조) 등이 가능하다. 그리고 각각의 입원 신청 시, 입원 유지 시, 입원 연장 시에는 전문의의 소견이나 진단이 있어야 정신질환자의 입원이 가능하다.

정신건강복지법은 국민의 정신건강증진과 정신질환자의 인간다운 삶의 영위를 목적으로 하는 일종의 복지 행정법으로 이해할 수 있다.⁵⁴⁾ 그러나 범죄적 위험성을 근거로 이 법에서 규정하고 있는 강제입원은 인신구속에 해당하고, 예방구금의 성격을 지니고 있다고 볼 수 있다. 물론, 범죄를 이미 행한 정신장애인이 이 법의 적용대상이 되지 않는다는 점도 마찬가지이다. 범죄를 행한 정신장애인의 치료와 재활을 위해서는 치료감호법이 적용되기 때문이다. 그럼에도 불구하고, 정

53) 최민영·유진, 앞의 보고서, 309면.

54) 이동명·류기환, “정신장애 범죄인의 처우에 관한 연구”, 법학연구(제25집), 2007, 404면. 반면, 이 법에서 규정하고 있는 강제입원의 예방구금적 성격으로 인해 이 법이 치안입법으로서의 성격도 가진다고 보는 견해도 있다. 류기환, “정신보건법의 입법배경과 비자발적 입원에 관한 연구”, 법학연구(제6집), 2001, 103면.

신건강복지법의 위와 같은 규율내용은 부수적 반사이익으로 사회의 안전과 범죄예방 효과를 초래한다. 이런 맥락을 고려하면, 정신건강복지법에서 규율하는 강제입원 요건 중 하나인 전문의의 진단은 - 공판단계의 정신감정처럼 정밀하게 오랜 기간 수행될 수는 없겠지만 - 형사사법에서 행해지는 전문의의 정신감정과 어느 정도 범위 내에서는 유사한 기준으로 행해져야 하는 것은 아닐까? 이에 대해서는 앞으로 더 많은 논의가 필요할 것으로 보인다.

IV. 나가며

지금까지 정신장애 범죄인의 형사책임능력을 어떻게 판별하는지 형법 제10조를 중심으로 논하고, 각 형사사법절차 - 수사, 공판, 형집행 -에서 정신감정이 어떠한 절차와 기준으로 이루어지고 있으며 이루어져야 하는지를 살펴보았다. 형법 제10조에서 규정하고 있는 정신장애인의 형사책임능력 판별은 기존의 법해석처럼 의료인에 의한 생물학적 방법과 법률가에 의한 심리학적·규범적 방법으로 명확하게 이원화될 수 없는 성격을 지니고 있다. 정신장애의 특수성을 고려하며 심신장애 판단의 실제 과정을 살펴보면, 정신장애 범죄인의 책임능력 판단에 있어서 법률가와 정신의학자 간의 협업은 필수불가결함을 알 수 있다. 다만, 심신장애 판단의 기초로서 “정신장애”는 법률가의 자의적 판단을 방지하고, 정신의학자가 수행한 감정의 결과를 존중하기 위한 목적에서 정신의학적 의미의 정신장애 개념에서 출발해야 할 것이다. 또한, 사물변별능력과 의사결정능력은 법관 고유의 종국적 결정에 중요한 판단기준으로 작용하는 만큼 세밀하고 구체적인 논증과정을 필요로 한다.

다른 한편, 심신장애 판단의 신뢰성을 높이기 위해서는 각 형사절차에서 수행되는 정신감정의 절차와 기준을 명확히 해야 한다. 우선, 수사에서는 행위자의 행위 시점에서의 책임능력 판별이 중요하다는 점을 고려하여 기소 전 감정 제도를 활용할 수 있는 방안을 모색해야 하고, 공판에서는 책임능력 유무가 의

심스러운 경우에 사안의 민감성과 중대성에 따라 필요적 정신감정이 시행되어야 한다. 다음으로, 치료감호의 적절한 집행을 위하여 책임능력 판별을 위한 정신감정과 치료감호 결정을 위한 정신감정은 분리되어 수행되어야 한다. 왜냐하면, 각 감정의 목적과 시점이 다르기 때문이다. 특히, 치료감호 판단에서 치료의 필요성 요건이 중요하다는 점을 고려하여 이를 위한 세부항목들이 정비되는 것이 바람직하다. 뿐만 아니라, 치료감호 청구 및 집행을 각 단계에서 정신감정을 의무화시키는 방안도 고려할 수 있다. 마지막으로, 현행법에서 정신감정의 범위와 대상을 규정하고 있지는 않지만, 감정의 객관성과 신뢰성을 확보하기 위하여 감정의 절차와 감정서 형식이 표준화될 필요가 있다.

물론, 위와 같은 절차와 기준으로 수행된 정신감정을 기초로 형사책임능력의 유무와 치료감호 집행여부가 판별된다 하더라도, 이것이 곧바로 정신장애인의 재범방지와 사회안전의 확보로 이어지지 않는 것이다. 정신장애인의 범죄예방 및 치료, 공공안전의 확보는 형집행과 치료감호 과정에서 정신장애 범죄인이 적절한 치료와 교정처우를 받았는지 여부, 그리고 형집행 이후, 정신장애인이 지역사회에서 어떠한 치료와 관리를 받고 있는지에 따라 현격히 달라질 것이다. 따라서 장기적으로는 치료감호 집행 시에 실질적 치료와 교정이 이루어지고, 형집행 이후 지역사회에서 (근래 새로이 시행되고 있는) 치료감호법상 치료명령, 치료위탁 및 보호관찰제도 등이 실질적으로 기능할 수 있도록 하고, 이와 더불어 정신건강복지법상의 외래치료명령과 정신건강관리체계 등이 형사사법상의 여러 제도와 유기적 연관성을 지닐 수 있는 방안들을 모색해야 할 것이다.

[참 고 문 헌]

- 강동욱, “범죄행위를 한 정신장애자의 법적 처우에 관한 연구”, 『법조』 제574권, 법조협회, 2004.
- 김성규, “責任能力判斷의 이론적 구조와 법률적 판단의 의미내용-형법 제10조 제1항 및 제2항의 해석론과 관련하여”, 『법조』 제598권, 법조협회, 2006.
- 김성돈, 『형법총론』, 성균관대 출판부, 2017.
- 김일수·서보학, 『새로 쓴 형법총론』, 박영사, 2014.
- 김진환, 「정신장애 범죄자의 책임과 처우에 관한 연구」, 한양대 박사학위논문, 2003.
- 김 혁, “정신장애 의심자의 책임능력 및 형사제재의 판단구조에 관한 소고”, 『형사정책』 제29권 1호, 한국형사정책학회, 2017.
- 노용우, “책임능력판단에 있어서 심신장애의 의미”, 『형사법연구』 제15호, 한국형사법학회, 2003.
- 류기환, “정신보건법의 입법배경과 비자발적 입원에 관한 연구”, 『법학연구』 제6집, 한국법학회, 2001.
- 신관우, “정신장애 범죄자와 정신감정-정신감정관련 판례 분석을 중심으로”, 『자치경찰연구』 제4권 1호, 한국자치경찰학회, 2011.
- _____, “실정법상 정신감정 제도의 고찰: 부산여중생 사건의 판결을 중심으로”, 『한국범죄심리학연구』 제7권 1호, 한국범죄심리학회, 2011.
- 신동운, 『형법총론』, 법문사, 2015.
- 신동일, 『심신장애 판정의 문제점과 개선방안』, 한국형사정책연구원, 2004.
- 신양균, “책임능력과 감정”, 『형사판례연구』, 한국형사판례연구회, 1996.
- _____, “형사책임과 정신감정”, 『한국심리학회 학술대회 자료집』, 2001.
- 오영근, 『형법총론』, 박영사, 2014.
- 이동명·류기환, “정신장애 범죄인의 처우에 관한 연구”, 『법학연구』 제25집, 한국법학회, 2007.
- 이진국, “형사절차상 정신장애에 대한 감정”, 『법학논총』 제28집 4호, 한양대 법학연구소, 2011.
- 이재상·장영민·강동범, 『형법총론』, 박영사, 2017.
- 이형국, 『형법총론』, 법문사, 2007.

- 장승일, “정신장애범죄인에 대한 치료감호제도의 현황과 개선방안”, 『법이론실무 연구』 제4권 2호, 한국법이론실무학회, 2016.
- 정규원, “형사책임과 정신감정”, 『한국심리학회 학술대회 자료집』, 2001.
- 조병구, “형사책임능력 부존재에 관한 심리에서의 제 문제”, 『형사소송 이론과 실무』 제2권 1호, 한국형사소송법학회, 2010.
- 조용기, “정신장애자의 형사책임능력 판단과 정신감정”, 『한국경호경비학회』 제43호, 한국경호경비학회, 2015.
- 최민영·유진, 『형사사법에서 정신감정의 신뢰성 제고 및 효과적 활용방안 연구』, 한국형사정책연구원, 2017.
- 최민영, “정신장애범죄인과 사법적 처우-일본의 의료관찰법과 정신감정 제도를 중심으로”, 『형사법연구』 제30권 2호, 한국형사법학회, 2018.
- 황정익, “경찰수사에 있어서 정신감정절차의 개선점”, 『경찰학논총』 제2권 2호, 원광대 경찰학연구소, 2007.
- Boetticher, Axel/Nedopil, Norbert/Bosinski, Hartmut A.G./Saß, Henning, Mindestanforderung für Schuldfähigkeitsgutachten, NStZ 2005.
- Pfister, Wolfgang, Die Beurteilung der Schuldfähigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NStZ-RR, 2017.

[국문초록]

정신장애 범죄인의 책임능력 판단과 정신감정

최민영(한국형사정책연구원)

본 논문은 정신장애 범죄인의 형사책임능력을 어떻게 판별하는지 형법 제10조를 중심으로 논하고, 각 형사사법절차에서 정신감정이 어떠한 절차와 기준으로 이루어지고 있으며, 이루어져야 하는지를 살펴본다. 형법 제10조에서 규정하고 있는 정신장애인의 형사책임능력 판별은 기존의 법해석처럼 의료인에 의한 생물학적 방법과 법률가에 의한 심리학적·규범적 방법으로 명확하게 이원화될 수 없는 성격을 지니고 있다. 정신장애의 특수성을 고려하며 심신장애 판단의 실제 과정을 살펴보면, 정신장애 범죄인의 책임능력 판단에 있어서 법률가와 정신의학자 간의 협업은 필수불가결함을 알 수 있다. 다른 한편, 심신장애 판단의 신뢰성을 높이기 위해서는 각 형사절차에서 수행되는 정신감정의 절차와 기준을 명확히 해야 한다. 우선, 수사에서는 행위자의 행위 시점에서의 책임능력 판별이 중요하다는 점을 고려하여 기소 전 감정제도를 활용할 수 있는 방안을 모색해야 하고, 공판에서는 사안의 민감성과 중대성에 따라 필요적 정신감정이 시행되어야 한다. 다음으로, 치료감호의 적절한 집행을 위하여 책임능력 판별을 위한 정신감정과 치료감호 결정을 위한 정신감정은 분리되어 수행되어야 한다. 이때, 치료감호 청구 및 집행의 각 단계에서 정신감정을 의무화하는 방안도 고려할 수 있다. 마지막으로, 정신감정의 객관성과 신뢰성을 확보하기 위하여 감정의 절차와 감정서의 형식이 표준화될 필요가 있다.

주제어: 정신장애, 정신장애 범죄인, 심신장애, 형사책임능력, 정신감정, 치료감호

Judgment on the Criminal Responsibility of Perpetrators with Mental Disorders and Their Mental Examination

Choi Min-Young

Korean Institute of Criminology

=ABSTRACT=

This article focuses on §10 of Criminal Act of the Republic of Korea to discuss how to determine criminal responsibility of a perpetrator suffering from mental disorders, while reviewing existing process and standards of mental examination at each stage of the criminal procedure as well as exploring suggestions regarding how they should be complied. The determination of the sanity or criminal responsibility of the mentally ill as defined in the §10 of Criminal Act, by its nature, cannot be approached with a traditional, clear-cut dichotomy of biology by medical practitioner and psychology·normative science by lawyer. Looking into the actual procedure of determining mental and physical disorder with special consideration of mental illness reveals the inevitability of collaboration between lawyers and psychiatrists. In the meantime, the process and standards of mental examination at each stage of the criminal procedure must be definitive and clear. First of all, during the investigation stage, examination prior to prosecution should be more actively encouraged, considering that judging sanity of the perpetrator at the time of committing a criminal act is important. During the trial stage, the mandatory examination must be conducted depending on the sensitivity and gravity of the case. Next, medical examination to determine criminal responsibility and the one to order treatment and custody must be separately conducted in order to properly execute medical treatment and custody. Obligatory mental examination could be considered both during the stage of request for and execution of the treatment and custody. Lastly, the procedure of examination and format of examination documents need to be standardized for better objectivity and reliability.

Keyword : Mental disorder, Criminal with mental disorder, Criminal responsibility, Mental examination, Medical treatment and custody