

# 정신장애자의 형사책임능력 판단과 정신감정



## 정 용 기

A series of 18 horizontal dotted lines for writing the abstract.



## 정신장애자의 형사책임능력 판단과 정신감정\*

정 용 기\*\*

### 〈요 약〉

우리나라 형법 제10조 제1항에서는 「심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다」라고 규정하고 있다. 따라서 정신장애자가 행위 시에 책임능력이 결여되었다고 판정되면 형사처벌을 할 수 없다. 정신장애자에 대한 책임능력의 판단 문제는 형법학과 정신의학이 교차하는 영역에 존재한다. 정신장애로 인한 책임능력의 존부에 대해서는 최종적으로 법원이 판단하게 되지만 생물학적 요소인 정신장애에 대한 판단은 정신의학적 지식이 필요하고 이에 의존하는 것이 당연하다.

특히 국민참여재판의 시행으로 정신장애자의 정신감정 절차와 내용에서 변화가 요구된다. 일반시민들로 구성된 배심원이 재판의 심리에 참가하게 되므로 배심원이 정신감정의 결과를 이해하고 판단할 수 있도록 더욱 정확한 정신감정과 결과를 제출하는 절차의 개선이 필요하다.

형사사법절차에서 정확한 정신감정결과를 담보하기 위해서는 형사사법과 사법정신의학에 관한 일정한 교육프로그램을 이수한 정신과 의사 또는 심리학자로 구성되는 인력-풀을 구축하고, 인력-풀에 소속된 감정인을 선정하여 정신감정을 실시하는 것이 바람직하다.

나아가 국민참여재판에서 일반시민으로 구성되는 배심원의 비전문성을 고려해야 하므로 알기 쉬운 정신감정서의 작성과 제출이 요구된다. 정신장애 여부에 관한 배심원의 공정한 평결을 위해서는 정신감정서의 신속한 제출과 중요한 내용을 요약한 정신감정서의 제출, 배심원이 쉽게 이해할 수 있는 정신감정서의 작성이 필요하다.

**주제어 : 정신장애자, 책임능력, 국민참여재판, 전문가인력-풀, 정신감정서**

\* 이 논문은 2014년도 용인대학교 학술연구조성비 재원으로 수행된 연구임

\*\* 법학박사, 용인대학교 경찰행정학과 교수

목 차
-----

- |  |
|--|
| I. 머리말<br>II. 형사책임능력 판단의 비교법적 고찰<br>III. 국민참여재판과 형사책임능력 판단<br>IV. 정신감정제도의 개선방향<br>V. 맺는말 |
|--|

## I. 머리말

형사책임능력은 근대 이후 이성적인 인간의 ‘타행위가능성’을 전제로 하는 법적 비난으로 형벌의 본질적인 기초를 이루고 있다. 이는 18세기 이후 정신의학의 발전과 더불어 관심이 모아졌으며 19세기 유럽 특히 독일 형법학에서 정립되었고, 현재 우리나라 형법 제10조의 기초가 되고 있다. 법적 비난으로서 형벌을 부과하기 위해서는 행위자가 스스로 자신의 행위가 법적으로 허용되지 않는다는 것을 인식 가능해야 하고(위법성의 인식가능성), 그러한 인식에 따라 위법한 행위를 억제하도록 결정할 수 있는 능력(행위의 제어가능성)의 여부가 전제요건이 된다.

정신장애자의 형사책임능력 판단의 문제는 오랫동안 논의되어 왔으며 세계 각국에서 널리 인정되고 있지만 반드시 확고한 기반을 가지고 있는 것은 아니어서 판단의 위험성을 완전히 배제할 수는 없는 실정이다. 이는 평상시에는 사회의 큰 관심사가 아니지만 어떤 사건이 발생하게 되면 중요한 논쟁거리로 등장하게 된다. 정신장애와 관련된 중한 사건 특히 유명인사가 대상이 되거나 주체가 되는 범죄가 발생하게 되면 책임능력제도는 공격의 대상이 되어 여론이 고조되고, 때로는 정치적 개입까지 불러오는 등 사회적 파장이 커지게 된다.<sup>1)</sup> 정신장애자의 형사책임능력 문제는

1) 1843년 영국에서 정신장애(insanity)를 가진 맥노턴(Daniel M'Naughten)이 수상이 자신을 죽이려 한다는 망상으로 수상의 비서를 수상으로 오인하여 살해하여 모살죄로 기소되었으나 배심원의 무죄

형법학과 정신의학이 밀접하게 교차하는 영역에 있다. 형법학의 이론과 제도, 정신의학의 질병 개념뿐만 아니라 국민의 법의식과 정신장애에 대한 인식도 형사책임능력의 정의와 판단에 영향을 미치게 된다.

우리나라 형법 제10조에서는 책임조각사유와 책임감경사유를 규정하고 있다.<sup>2)</sup> 정신장애는 생물학적 요소이고, 사물변별능력 또는 의사결정능력은 심리학적 요소로 파악하는 것이 일반적이고, 형법 규정의 해석상 두 가지를 결합한 혼합적 방법으로 책임능력 여부를 판단하는 것이 통상적인 방법으로 인정되고 있다(김성돈, 2009: 배종대, 2005: 이재상, 2011: 정성근·박광민: 2008). 생물학적 요소인 정신장애의 여부에 대한 판단에는 정신의학적 지식이 요구되고 이에 의존하게 된다. 그러한 판단은 행위자의 사물변별능력 또는 의사결정능력 여부의 판단은 범죄의 성립 여부를 결정하게 되는 중요한 영향을 미치게 된다. 따라서 정신장애 여부에 대해서는 비전문가인 법관이 자의적으로 판단할 성질의 것은 아니라고 할 것이다(박상식, 2007, 128). 또한 정신장애 여부의 판단은 규범적 판단 대상이 아니라 생물학적 판단 대상으로 보아 전문감정인의 생물학적 판단이 법관의 규범적 판단 보다 우선되어야 한다는 견해도 있다(정규원, 2001: 125).

특히 2008년 1월 1일 도입된 ‘국민참여재판제도’의 시행과 관련하여 정신장애범죄자의 책임능력 판단에 대한 논의에도 변화가 필요하고, 특히 일반시민이 공판절차에 참여한다는 점에서 일반인들이 이해하기 쉬운 정신감정서의 작성과 제시가 요구된다고 할 것이다. ‘국민참여재판제도’는 일반시민이 형사사법절차에 참여함으로써 국민의 법 감정에 맞는 판단으로 형사사법의 정의를 확보한다는 취지에서 출발하였다. 기본적인 취지는 타당하다고 생각하지만 법적 판단에서 문외한인 일반시민들로서는 소송의 당사자가 제출하는 증거에 의존하여 제한된 시간에 유·무죄 여부와 형량을 판단해야 한다는 점에서 일정한 한계와 위험성이 상존하고 있다. 특히 정신장애 여부에 대한 판단은 전문성이 요구되는 영역임에도 불구하고 선정된 감정인이 제출하는 정신감정서에 의존하는 경우가 대부분이라는 점이 고려되어야 한다. 즉 정신감정서의 수월성과 정확성을 확보하는 것이 실제진실의 발견과 형사사법의 정의를 실

평결에 따라 법원이 맥노턴에게 무죄를 선고함으로써 영국 사회에 큰 충격을 던진 소위 맥노턴 사건을 비롯하여 정신장애자에 의한 충격적인 사건이 간헐적으로 발생하고 있다.

2) 형법 제10조는 「① 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다. ② 심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경한다.」라고 규정하고 있다.

현하는 것과 직결된다고 할 수 있다.

이러한 관점에서 본고는 정신장애범죄자의 형사책임능력의 판단과 관련한 국내·외의 법 이론과 판례 등을 재검토하고, 객관적인 정신감정결과를 확보하기 위한 절차와 방법 등에 대한 개선점을 찾아보고자 한다.

## II. 형사책임능력 판단의 비교법적 고찰

### 1. 형법규정

우리나라의 형사책임능력 판단은 형법 제10조에 근거하고 있는데 이 규정만으로는 판단기준이 불명확하기 때문에 구체적인 해석과 판단은 학설과 판례에 맡겨져 있다. 대법원은 「형법 제10조에 규정된 심신장애는 생물학적 요소로서 정신병, 정신박약 또는 비정상적 정신상태와 같은 정신적 장애가 있는 외에 심리학적 요소로서 이와 같은 정신적 장애로 말미암아 사물에 대한 판별능력과 그에 따른 행위통제능력이 결여되거나 감소된 상태」<sup>3)</sup>라고 판시하여 그 판단 기준으로 이용되고 있다. 일본에서도 1931년(昭和 6년) 당시의 최고재판소인 大審院의 판결에서 「심신상실이란 정신장애로 인하여 사물의 시비선악을 변식하는 능력이 없다든지 또는 이 변식에 따라 행동하는 능력이 없는 상태, 심신미약은 정신장애가 아직 위에 서술한 능력을 결하는 정도에는 도달하지 않았지만 그 능력이 현저하게 감소된 상태」<sup>4)</sup>라고 판시한 이후 그 기준이 되고 있다.

우리나라와 일본의 책임능력에 관한 형법 조문은 독일 형법학의 영향으로 규정되었는데 독일 형법에서는 책임능력과 관련하여 책임무능력과 한정책임능력을 각각 독립된 조문에서 규정하고 있다. 전자는 「행위의 실행 시에 병적 정신장애, 심한 의식장애 또는 정신박약, 기타 중대한 정신이상으로 인하여 행위의 불법을 변별하거나 그 변별에 따라 행위할 수 있는 능력이 결여된 사람은 책임 없이 행위한 것이다」(독일 형법 제20조)라고 규정하고 있고, 후자에 대해서는 「행위의 불법을 변별하거나 이 변별에 따라 행위하는 사람의 능력이 제20조에 열거된 사유의 하나로 인하여 행

3) 대판 1992.8.18. 92도1425.

4) 大判昭 6. 12. 3 刑集 10·682.

위 실행 시에 현저하게 감소된 때에는 제49조 제1항(법률상의 특별감경사유)에 따라 그 형을 감경할 수 있다(독일 형법 제21조)라고 규정하고 있어서 우리나라와 일본 보다 구체적이다. 우리나라 대법원과 일본의 대심원 판결은 독일 형법 제20조, 제21조의 규정과 같은 취지로 보인다. 형사책임능력의 판단 방법에서도 독일의 영향을 받아 일본이 채택한 혼합적 방법을 도입하게 된 것이다.

## 2. 독일의 형사책임능력판단

형사책임능력은 생물학적 요소는 병적인 정신장애, 심한 의식장애 또는 정신박약, 중한 정신이상 등의 정신장애를 가리키고, 심리적 요소는 변별능력이나 제어능력을 의미한다. 이러한 판단을 둘러싸고 독일에서는 정신장애 등 심리적 요소의 판단이 가능하다는 주장과 불가능하다는 견해의 대립이 있었다.

정신의학자인 슈나이더(K. Schneider)는 심리적 요소 즉 자유의사의 유무에 대한 판단은 어느 누구도 불가능하고, 감정인은 생물학적 요소를 증명할 수 있는 것에 불과하다고 하였다(K. Schneider, 1961). 정신분열증, 조울증 등 중한 정신병은 진단만 확정되면 책임무능력이 인정되고, 두부외상, 동맥경화, 노년변화, 정신지체, 음주습벽 등에 의한 정신장애와 같이 장애의 정도에 양적 차이가 있는 경우에는 장애의 정도와 범행의 관련성의 연구에 기초하여 정상참작, 한정책임능력, 책임무능력 중에서 어느 하나를 인정하고, 정신병질과 신경증과 같이 기질성 장애가 아닌 자에게는 원칙적으로 완전 책임능력을 인정하고 예외적인 경우에만 한정책임능력을 인정한다. 책임무능력이 인정되는 것은 심인성 정신병으로 진행된 아주 특별한 경우로 제한하여 당시의 정신의학을 토대로 형사책임능력 판단의 기초로 삼았다.

이에 대해서 비록 정신병이 있는 경우라도 행위 시의 정신상태에 따라 변별능력, 제어능력이 어느 정도 장애를 받았는지 정확히 알 수 있다는 견해도 있었는데 이러한 논쟁을 거쳐서 생물학적 요소는 감정인인 정신과 의사가 판단하고, 심리학적 요소는 평가적·규범적이기 때문에 법관이 판단해야 한다는 것이 독일의 관례(Konvention)로 정착되었다. 그 후에는 감정인인 정신과 의사가 심리적 요소를 판단하는 것을 방해할 수는 없다는 분위기가 형성되기도 하였다.

독일의 정신장애자에 대한 형사책임능력의 판단은 최근에 들어와 변화하고 있다. 독일에서 정신분열증은 20세기 후반까지는 중증의 정신질환으로 생각하였기 때문에

그에 대한 진단만 있으면 바로 책임무능력자로 판단하였으나 최근에는 정신분열증의 치료와 사회복지요법이 획기적으로 발전하였고 그 예후도 종전 보다 현저하게 개선되었다는 점에서 책임능력의 판단에 그 질병의 진행단계를 무시할 수는 없다고 한다. 다만 환각이나 망상 등의 증상을 수반하는 급성 정신병의 증상이 나타나는 때에는 그것이 비록 일시적이라고 하더라도 망상의 관념에 지배되는 사람은 시비선악을 판단할 능력이 없다고 보아 책임무능력을 인정하였다. 또한 판단하기 어려운 것은 경한 상태의 정신분열증이나 이전에 발병했으나 치유된 정신분열증의 경우에는 판단에 어려움이 있지만 이러한 경우에도 상당수의 환자는 발병 전과 비교하면 통찰능력이나 비판능력, 자기평가능력, 제어능력 등에 문제가 있기 때문에 이러한 사정은 고려되어야 한다는 것이다(N. Nedopil, 2007: 30).

또한 독일에서는 극심한 의식장애라는 법적 카테고리에 따라 일반범죄자의 조절장애에 대해서도 책임능력을 감경 또는 면제하는 사고가 확립되어 있고, 나아가 성범죄자와 인격장애자에 대해서도 책임능력을 감면하고 있다(五十嵐禎人, 2008: 2-15). 이러한 점에서 보면 우리나라의 정신장애자의 형사책임능력의 개념과 판단 방법은 독일의 영향을 많이 받기는 했지만 실제 운용에서는 상당한 차이가 있다고 할 수 있다.

### 3. 미국의 형사책임능력판단

미국에서는 인도주의적 차원에서 정신장애자의 권리를 보호한다는 관점에서 사회 안전을 중시하는 방향으로 변화하면서 촉법 정신장애자에 대한 법적 처우도 변하고 있다. 우선 미국의 insanity 항변의 역사적 전개과정과 현상에 대하여 살펴보고 정신장애자에 대한 법적 처우의 기준을 검토한다.

미국의 대부분 주에서는 「정신장애(insanity)를 사유로 하는 무죄」의 기준으로 맥노턴 룰(M'Naughten rule)을 채택하였다. 맥노턴 룰은 행위의 성질과 그 해악성을 파악했는가라는 인지의 측면에 국한된 기준이다(성경숙, 2009: 31). 맥노턴 룰에 대해서는 몇 가지 수정이 시도되었는데 특히 1953년 주거침입죄로 기소된 더럼(Monte Durham)의 재판에서 콜롬비아 특별구의 항소법원이 제시한 소위 더럼 룰(Durham rule)에서는 「피고인의 불법행위가 정신 질환 또는 결함의 산물인 경우에는 형사책임을 지지 아니한다」라고 하였다.<sup>5)</sup> 행위가 정신질환·결함의 산물(product)이면 족하므



로 그 행위의 성질에 대한 인식을 요구하는 맥노턴 룰보다 insanity를 판단하는 조건이 느슨하게 된다. 많은 정신과 의사들이 더램 룰을 지지하였고, 미국 정신의학회(APA : American psychiatric Association)는 ‘정신의학과 법의 장벽을 없앴다’라고 환영했지만 질환, 결함, 산물이라는 단어의 해석을 두고 재판이 혼란에 빠지게 되어 콜롬비아 주 이외의 다른 주로는 파급되지 못하였다. 미국 정신의학회가 더램 룰을 지지한 것은 당시 미국 정신의학의 휴머니스트적인 경향과 분위기에 편승한 것으로 보인다(Insanity Defense Work Group, 1983: 681-688).

한편 미국법률협회(American Law Institute)는 1962년 모범형법전 룰(ALI rule)을 공표하였다. 맥노턴 룰과의 차이는 선악의 인식뿐만 아니라 억제할 수 없는 충동(irresistible impulse)을 도입했다는 점이다. 즉 정신적 질환이나 결함의 결과로 행위의 범죄성을 변별(appreciate)하거나 행위를 법적 요구에 합치시키는 실질적인 능력을 상실한 경우에는 책임을 지지 않는다고 한다. 선악을 변별할 수 있는 능력이 있었다고 하더라도 행동을 억제할 수 없으면 면책의 요건으로 충분하다는 것이다. 다만 여기에서 말하는 정신적인 질환 또는 결함에는 비정상성(異常性)이 범죄의 반복이나 반사회적 행동으로만 나타나는 경우는 포함되지 않는다는 법조문이 증가하고 있다. 이것은 반사회적 인격장애자 등을 insanity 항변의 대상으로 하지 않기 위한 것이었다.

1970년대 말부터 많은 주에서 insanity 항변에 대한 비판적인 견해가 증가하였는데 그것은 1960~70년대 인권옹호(advocacy) 운동의 시대에 나타난 과잉에 대한 반동의 의미이다. 그 배경에는 범죄의 전반에 대한 여론의 비판이 있었다. 이전에는 insanity를 이유로 한 무죄 방면자(insanity acquittee)는 장기간 주립병원의 시설에 격리 수용되어 국민의 부담으로 작용하였다. 그런데 약물요법의 진보와 무죄 방면자도 범죄와 관계없는 민사 수용(civil commitment)환자와 같이 취급할 것을 명하는 사법적 판단 등으로 환자가 조기에 퇴원하는 경향이 나타났다. 그 결과 insanity 항변이 범죄자의 면책 수단으로 이용되자 그 폐지나 수정을 요구하는 여론이 높아졌다(HJ. Steadman & MA. McGreevy & JP. Morrissey & LA. Callahan & PC. Robbins & C. Cirincione, 1993). 나아가 insanity 항변의 완화된 기준인 더램 룰에 대한 비판도 고조되어 1972년 콜롬비아 특별구에서는 더램 룰을 삭제하였다. 한편 ALI rule은 다수의 주에서 채택되었고, APA도 이를 추천하였다. 그러나 그 결과 ALI rule의 의사적(volitional) 요소

5) Durham v. United States, 214 F. 2nd 862(1954). 따라서 더램 룰을 질환·결함·산물 테스트(disease-defect-product test)라고도 한다.

인 억제 불가능한 충동의 개념에 대한 해석이 어려운 점이였다. 행위가 실행된 경우에 충동이 억제가 불가능(irresistible)한 것이었는지 억제하지 않았던(not resisted) 것 인지의 구별이 문제되었다. 이와 같이 insanity 항변에 대한 비난이 높았던 때인 1982년 콜롬비아 특별구에서 대통령을 저격한 존 힌클리(John Hinckley)에게 insanity를 사유로 한 무죄평결이 국민의 분노를 불러일으켰다. insanity 항변의 남용이 제기되어 폐지 또는 수정을 요구하는 정치권의 발언과 법안 제출이 잇따랐는데 1983년 맥노턴 판결 직후의 소란과 비슷하였다.

1980년대부터 1990년대 초에 걸친 insanity 항변의 개혁 움직임이 각주에서 다양하게 일어났는데 주요 내용은 다음과 같다. ① insanity 기준의 엄격한 적용이다. 미국 정신의학회와 법률가협회는 억제의 항목을 제한하여 인지능력이 손상된 경우만을 기준으로 할 것을 제안하였고 다수의 주에서 채택되었다. ② 입증책임(증거제시책임, burden of proof)의 전환이다. 다수의 주에서 검사에게 정상(sanity)이라는 입증책임을 부과하는 것이 아니라 피고인 측에서 insanity를 입증하도록 전환하였다. 따라서 insanity에 의한 무죄평결은 제한되게 되었다. ③ insanity에 의한 무죄의 석방 조건을 엄격하게 하는 것이다. ④ insanity 항변 자체를 폐지하는 것이다. ⑤ 「유죄이지만 정신질환(guilty but mentally ill, 이하에서는 GBMI라고 한다)」이라는 규정의 도입이다. 이는 가장 광범위한 영향력을 가지고 있는 규정이다.

GBMI는 insanity 항변을 법률에서 삭제하는 것이 아니라 그것을 대체하는 형태의 평결이다. 배심단이 피고인이 정신질환이라는 것을 인정하면서 유죄평결을 내리고, 유죄평결에 의해 정신질환의 치료는 주립병원이 아닌 형사시설에서 시행된다.

GBMI는 미시간 주의 1975년 입법에서 시작되어 다른 주로 파급되었는데 힌클리 평결에 의해 더욱 가속화되었다(R. Slovenco, 2002: 211-245). 2002년 14개주가 GBMI를 채택하였는데 그 계기는 미시간 주 최고법원의 1974년 판결이었으며 insanity에 의해 무죄 석방된 자를 자동으로 수용하는 주의 법을 부정하는 것으로 평가를 위한 6일 이상을 초과하는 구금은 민사 수용환자와 동일한 기준과 절차에 따라 행하여져야 한다고 하였다. 그 결과 1년 동안 64명이 석방되었고, 그 중 2명이 1년 이내에 폭력범죄의 재범자가 됨으로써 국민적 분노가 미시간 주의 입법부를 움직였고 insanity를 사유로 한 무죄평결의 대체 방법으로 GBMI가 구상되었던 것이다. 1982년 힌클리 평결 후에 GBMI는 언론과 국민의 지지를 받게 되었다(J.D. Merville & D. Naimark, 2002: 553-555).

한편 전문가들 사이에서는 GBMI에 비판적, 회의적인 견해가 많았다. 우선 논리적으로 정신질환(mentally ill)과 insanity는 의미상 중첩되는 것으로 정신질환과 유죄를 동시에 인정한다는 것은 모순이라고 하였다. Guilty and mentally ill이 아니라 guilty but mentally ill이라고 함으로써 배심원은 마치 그것이 절충적 해결 방법인 것으로 생각함으로써 그만큼 피고인을 배려했다는 만족감을 가질 수 있고, insanity를 사유로 하는 무죄평결에 수반되는 문제를 회피할 수 있었기 때문이다. 그러나 GBMI 평결의 결과는 실질적으로는 유죄평결과 별 차이가 없어서 이것은 오히려 사태의 해결을 애매하게 한다고 비판되었다(R. Slovenco, 2002).

GBMI에서 중요한 사실은 정신질환의 인정이 실제로는 형벌의 감경이나 치료를 보증하는 것은 아니라는 점이다. GBMI를 채택한 14개주에서는 GBMI의 경우에 형을 필요적 감경으로 하는 주는 없고 사형판결에도 영향을 미치지 아니한다. 반대로 국민을 보호한다는 이유에서 보호관찰의 조건에 치료가 의무적인 것으로 된다. GBMI 평결을 받은 사람의 상당수는 민사 수용환자와는 달리 책임무능력을 인정받지 못한 채 교도소가 아닌 구속의 강도가 높은 정신과 병동에 격리되고, 형의 종료에 수반하여 이어지는 민사수용의 대상으로 된다. 그래서 GBMI가 insanity 항변이 가지는 윤리적 갈등을 회피하는 수단으로 배심을 기망하는 것으로 폐지할 것을 주장하였다(J.D. Merville & D. Naimark, 2002).

이상에서 검토한 바와 같이 미국에서는 insanity 항변에 대한 비난으로 GBMI라는 새로운 평결 방식이 법조계, 정신의학 분야의 전문가들의 비판을 받으면서도 여전히 유력하다(R. Slovenco, 2002).<sup>6)</sup> 그 이유는 책임능력을 두고 장애를 사유로 면책되는 것에 대한 불공평성과 재범의 우려와 정신장애라는 핸디캡을 배려하여 약자를 보호한다는 서로 대립되는 견해를 절충할 수 있기 때문이라고 생각된다. GBMI는 유죄판결을 해야 하는 전자와 정신질환을 인정하는 후자를 모두 만족시킬 수 있기 때문이다.

#### 4. DSM-4에 따른 판단과 해석

정신의학자와 법률가는 문제에 대한 관심의 초점이 서로 다르기 때문에 의학적

6) GBMI에 대한 판례로 존 듀퐁(John E. du Pont) 사건이 있는데 이는 모든 곳에 적이 있다는 망상에 사로잡혀 있던 범인이 지하터널에 잠복한 적을 찾아내기 위하여 땅을 굴착하는 등 기이한 행동을 보인 끝에 살인을 범한 사건이다. 배심평결에서는 정신병이 명백하게 인정되었는데도 불구하고 insanity를 사유로 한 무죄가 아니라 GBMI로 판정되어 30년에서 35년의 징역형이 선고되었다.

관점에서의 정신장애의 분류 개념이 법률가에게도 의미를 가지기 위해서는 실질적 근거가 필요하다. 의학적 의미에서의 정신장애의 개념은 형사정책적 입장에서는 지지할 수 있을 것이다. 의학적 관점에서 정신장애를 검토하면, 인격의 완전성이 신체나 뇌의 생물학적 하자에만 의존하지 않는다는 점을 간과하여 인격을 구성하는 결정적 부분은 은폐되고 인간을 신체적인 결합에만 의존하는 생물학적인 존재로 파악하게 된다. 그러나 신체적 결합에 의한 정신장애가 신경증이나 정서장애보다 인간의 행동에 더 큰 영향을 준다는 과학적 증거가 없고, 정신의학적으로 보면 오히려 신체적 결합에 의한 정신장애보다 다른 병적 상태가 인격과 행동에 더 큰 영향을 미치기도 하는 것이다(安田拓人, 2006: 66).

독일 제국시대의 최고법원인 RG(Reichtsgesicht)는 의학적 정신장애 개념과 법적 장애의 개념 사이를 넘나들었지만 최종적으로 의학적 정신장애 개념을 폐기하고 법적 개념을 채택하였다. 이러한 경향은 BGH(독일연방최고법원)의 판례에서도 명백하게 나타난다. 정신활동의 병적 장애의 해석보다 더 넓은 개념에서 출발하여 그것은 「의학적 의미의 정신장애의 범위를 뛰어넘어 정상적인 정신적으로 성숙한 인간에게도 존재하는 의사형성의 능력을 부여하는 표상과 감정을 저해하는 모든 장애를 포섭하는 것으로 이성적 활동의 장애가 문제인지, 의지, 감정, 욕구 생활이 문제인지는 관계없다」라고 하였다.<sup>7)</sup>

우리나라 형법 제10조의 적용에서 정신장애의 판단이 먼저 고려되는 이유는 일정한 통제기능을 하는 생물학적 요소를 고려하지 않고 판단하는 경우에 초래될 수 있는 혼란을 피하려는 것이라고 할 수 있다. 그러나 규범적 책임개념에서 보면 이 경우에 체계적 순수성이 유지되는 것은 법 규정에서 표방하는 생물학적 요소가 '타행위 불가능성'이 문제되는 경우에 한정되는 것이다. 그렇지 않으면 혼합적 방법은 필요성과 실제적인 가능성, 실질적 정의와 법의 실천 가능성, 법적 안정성의 타협에 불과하게 되므로 형법의 책임주의 원칙에 위배된다. 따라서 정신장애의 요건은 개념상 '타행위불가능성'에서 문제될 수 있는 모든 상태로 파악되어야 한다. 즉 정신장애에 해당하지 않는 경우에는 인식·제어 무능력(또는 한정 인식·제어능력)의 경우는 아

7) BGH NJW 55, 1726. 또한 BGH의 1955년 판결에서는 「(독일(구)형법) 제51조에 속하는 (정신)이상의 범위는 임상적, 정신의학적으로 승인되는 것보다 포괄적이다」라고 하였다. 이는 정신장애의 신체적 원인은 정신활동의 병적 장애에서 중요하지 않은 것으로 보아 정신의학적인 입장과는 분명한 거리를 두고 있는 것이다. 즉 원인이 아니라 나타난 정신장애의 중한 정도가 결정적인 기준이라는 점을 배경으로 하는 것이다.

에 고려되지 않는 것이다.

의학적 정신장애의 개념이 아닌 법적 장애의 개념을 취하는 것은 정신의학적 진단에서 미국 정신의학협회(APA)가 작성한 DSM이 이용되는 것과도 관련이 있다. DSM은 미국 정신의학협회가 작성한 정신질환의 분류이고 현재 IV판이 출간되었다(DSM-IV-TR). 이는 카테고리의 분류로 정신질환을 정의하는 특징을 기준으로 분류하고 있다. DSM은 질병개념에 의한 분류가 아니고, 정신질환 전체에 적용하는 공통된 표지가 없이 각각의 진단 카테고리의 특성을 나타내는 표지이다.

의학적 정신장애의 개념은 우선 병인지 아닌지 구별하고 어디에 분류되는가에 따라 책임능력에 대한 판단이 달라지지만 DSM에서는 그렇지 않다. 또한 이러한 상대적인 분류에 그치지 않고, 정신의학에서도 분자생물학적 방법의 현저한 진보에 의해 지금까지 원인이 불분명한 정신질환 또는 신체적 원인이 아닌 단순한 정신기능의 비정상적 반응으로 취급되었던 정신질환의 원인이 규명되고 있다는 사실에 의해서 발전되고 있다.

DSM-IV와 관련하여 종래 일본에서는 각성제중독 후유증이라는 질병 개념이 존재하지 않았지만 이를 각성제 의존과 정신분열증의 합병증으로 진단하게 되었다. 이전의 판례를 기준으로 한다면 전자는 심신미약이 인정될 가능성이 높고, 후자는 심신상실까지 인정될 가능성이 있었다. 그래서 동일한 병(장애)의 상태에 대해서도 진단기준이 채택하는 질병개념의 차이에 따라 병명이 달라지고, 책임능력 판단에도 차이가 생긴다면 어떤 병의 상태에 대하여 정신질환의 병명을 부여하는 프로세스는 책임능력 판단에서 결정적인 의의가 없는 것이다. 따라서 정신질환의 병명은 생물학적 요소의 본질적인 내용은 아니라고 한다(森裕, 2006: 210).

또한 정신분열형 인격장애와 정신분열증과 같이 병의 원인은 공통된 기반을 가지고 있지만 병의 상태의 정도나 경중에 따라 정신질환명이 다른 경우에는 책임능력 판단의 기준으로서 신체적 원인은 결정적인 것이 아니라고 한다. 나아가 이러한 질환의 합병증이 나타나는 경우에는 책임능력 판단에서 가치를 평가하는 과정이 정신질환이라는 병명의 외형적 사실만을 중시할 것이 아니라 그러한 정신질환자의 행위시의 구체적 정신상태 또는 증상에 대한 평가가 필요하다. 정신장애로 판단될 수 있는 것은 인식능력과 제어능력이라는 심리학적 요소에 영향을 줄 수 있는 정신상태 또는 증상이라는 결론에 이르게 된다(森裕, 2006: 212).

결국 정신장애의 요건은 법적 병(장애)의 개념에 근거하는 인식·제어 능력에 영

향을 줄 수 있는 정신증상 또는 상태라는 것이다. 즉 정신질환의 병명은 그러한 정신 증상 또는 상태를 평가할 때 정보로서의 가치밖에 인정받지 못한다. 그리고 법적 병의 개념을 적용하는 데에는 인식·제어 능력에 영향을 줄 수 있는 것이라면 직접 정신장애에 포함시켜 판단해야 한다는 의미가 된다.

### Ⅲ. 국민참여재판과 형사책임능력 판단

#### 1. 국민참여재판의 개요

##### 1) 의의와 특징

국민의 형사재판 참여제도는 일정한 형사재판에서 일반국민들 중에서 선택된 배심원이 심리에 참가하는 제도이다. 사법제도개혁의 일환으로 형사사법의 민주적 정당성과 사법의 신뢰성을 제고하기 위한 목적에서 2008년 1월 1일부터 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」이 시행되고 있다.

종래의 재판은 법관, 검사, 변호사 등 법률 실무가를 중심으로 행해져 왔는데 이는 신중한 심리가 가능하다는 장점이 있는 한편 전문적인 정확성을 중시한 나머지 심리와 판결을 국민들이 이해하기 어렵고, 때로는 심리에 장기간을 요하는 사건이 있는 등으로 형사재판은 일반국민과는 괴리가 있었다. 그래서 일반국민의 사법참가로 시민이 가지고 있는 일상적 감각과 상식을 재판에 반영하는 동시에 사법에 대한 국민의 이해를 증진하고, 신뢰를 향상시킨다는 목적에서 국민의 형사재판 참여제도가 도입되었다.

일반시민이 형사재판 과정에 관여하는 제도는 많은 국가에서 채택하고 있다. 영국과 미국 등 영미법 국가에서는 오래전부터 배심원제도를 채택하였다. 또한 최근 프랑스, 독일, 이탈리아, 일본 등 대륙법 국가에서도 참심원제도가 채택되고 있다. 배심원제도를 채택하는 국가에서는 사건마다 일반시민 중에서 선임되는 배심원은 사실 인정에 대하여 평결할 뿐이고, 양형 판단은 직업법관이 하고 있다. 또한 참심원제도를 채택한 국가에서는 법관과 참심원은 하나의 합의체를 구성하여 사실인정뿐만 아니라 양형 판단도 하지만 일부 국가에서는 참심원은 직능단체 등의 추천으로 일정한 임기로 선임된다. 일본의 재판원제도에서는 사건마다 일반시민 중에서 선임되는 재

판원이 사실인정뿐만 아니라 양형 판단에도 참가하는 독자적인 특징을 가지고 있다.

우리나라는 영미법 국가의 배심제를 근간으로 하면서도 운영방식에서는 부분적으로 수정한 형태로 운영하여 왔으며 지난 5년간의 시행 결과를 토대로 이 법률을 수정, 보완하기 위한 개정안이 국회에 제출되어 있다.<sup>8)</sup>

## 2) 대상사건과 배심원의 선정

대상사건은 「국민의 형사재판 참여에 관한 법률」 제5조에 의하면 ① 사형, 무기 또는 단기 1년 이상의 징역 또는 금고에 해당하는 사건, ② 제①호의 사건과 동시에 심판할 공범사건, ③ 합의부에서 심판할 것으로 합의부가 결정한 사건 등이다. 구체적으로는 살인, 강도치사상, 현주건조물 등 방화, 영리목적약취유인, 상해치사상 등 중한 사건이 대상이 되는 것이다. 이 법률의 시행 후에는 대상사건의 제1 심은 일반 국민 중에서 선임된 배심원으로 구성되는 합의체에서 심리한다. 다만 피고인의 의사를 존중하는 의미에서 피고인이 국민참여재판을 원하지 아니하거나 제9조 제1항에 따른 배제결정이 있는 경우는 국민참여재판을 하지 아니하는 것으로 되어 있다(동조 제2항).

배심원은 만 20세 이상의 국민 중에서 무작위로 선임한다(동법 제16조). 각 지방법원장은 매년 주민등록자료를 활용하여 배심원후보예정자명부를 작성한다(동법 제22조). 법원은 배심원후보예정자명부 중에서 필요한 수의 배심원후보자를 무작위 추출 방식으로 정하여 배심원과 예비배심원의 선정기일을 통지하고, 통지를 받은 배심원 후보자는 선정기일에 출석한다(동법 제23조).

## 3) 심리의 과정

종래의 형사재판과는 달리 일반시민이 배심원으로 참가하기 때문에 국민참여재판에서는 법정 심리의 방법에도 큰 변화가 있다. 지금까지는 당사자의 사정을 조정하여 다음 심리를 결정하였지만 국민참여재판에서는 원칙적으로 공판은 집중심리를 해야 한다.

8) 국회의원이 발의한 것으로는 2014년 2월에 김한표 의원 등이 배심원 수를 확대하고 지방법원 지원에서도 국민참여재판을 할 수 있도록 하는 내용의 법률 개정안을 비롯하여 다수의 법안이 제출되어 있고, 2014년 6월 정부(법무부)에서 배심원 평결에 사실상의 기속력을 부여하고, 이와 연계하여 소위 가중다수결 제도를 도입하여 배심원 평결이 만장일치가 되지 않은 경우 배심원 4분의 3 이상이 찬성하는 경우에만 평결의 성립을 인정하는 개정안이 제출되어 있다.

또한 정식 심리절차가 개시되기 전에 반드시 공판준비절차를 거쳐야 한다(동법 제36조). 공판준비절차에는 법관, 검사, 변호인이 출석해서 검찰과 변호인 쌍방의 증거개시나 의견 등을 제출·협의하여 공판절차에서 채택할 증거, 증인, 공판일정 등을 결정한다. 공판준비절차가 종료된 후에는 원칙적으로 새로운 증거를 신청할 수 없다(형사소송법 제266조의 13).

## 2. 국민참여재판과 형사책임능력

### 1) 배심원의 책임능력 판단

국민참여재판의 대상 사건은 살인, 상해치사 등 중한 범죄가 되고 일정한 사건에서는 정신감정결과와 책임능력이 쟁점이 될 수 있다. 정신감정의 시기와 방법, 증거의 취급, 법정에서의 증언 태도 등에 대한 기술적인 검토가 필요하고, 법률의 문외한인 배심원들이 정신장애자의 책임능력을 어떻게 판단할 것인가라는 것이 중요한 문제가 된다.

배심원단이 결정해야 하는 것은 피고인의 범죄사실의 인정, 법령의 적용, 양형 등이다. 아직은 배심결정에 대하여 권고적 효력만을 부여하고 있지만 향후 법률이 개정되는 경우 영국, 미국과 같이 확정적 효력을 부여할 가능성도 있다. 국민참여재판에서 피고인이 심신상실 내지 심신미약의 상태에 있었는지 아닌지는 사실 인정에 속하는 것으로 배심원이 판단해야 한다. 이것은 절차적인 것이고, 주어진 심신상실의 해석과 설명을 배심원이 어떻게 받아들이는가는 다른 차원의 문제이다.

정신장애로 인하여 타인의 신체나 재산을 침해한 사람이 왜 형벌을 면제받거나 감경되어야 하는가에 대하여 일반시민으로 구성되는 배심원은 불합리하고, 불공평하다고 생각할 수 있다. 법 규정이나 정신의학 용어가 일반시민이 이해하기 어렵기도 하지만 책임능력제도는 일반시민의 상식이나 감정과는 괴리가 있다. 해당 분야의 전문가들이 배심원들에게 정신장애자의 책임능력에 관한 법 규정이나 개념을 설명하더라도 배심원들로서는 여전히 불만족스럽다. 이를 해소하기 위하여 법정 내외에서 다양한 기회와 공개적 논의를 통하여 이에 대한 사회적인 합의를 형성해 나가는 것이 필요하다.



## 2) 책임능력과 처우

국민참여재판에서 책임능력과 처우의 관계가 문제될 수 있는데 책임능력과 처우를 별도의 절차와 기준에 따르는 것은 국민참여재판에서도 마찬가지이다. 이 점에 대해서도 필요에 따라 법관의 설시가 있을 수 있다. 그러나 여기에서도 법규정과 국민들의 상식 사이에는 차이가 있다. 심신상실, 심신미약을 사유로 무죄판결을 받거나 실형이 면제된 경우 「그 사람이 어떻게 되는지 어디로 가는 것인가」에 대하여 의문이 생기는 것은 당연하다. 그래서 「처우 판단으로부터 소급 판단」 즉 예상되는 처우를 고려하여 책임능력을 판단하는 상황이 발생할 수도 있다. 이것은 법의 취지에는 합치되지 않지만 배심원의 인식에서 배제하기는 사실상 어렵다. 현실적인 문제로 사법관계자나 감정인조차도 소급적 판단으로부터 자유로운가는 대단히 의문스럽다(岡田幸之, 2009: 88-94).

미국에서도 법원에 의한 배심원 설시(juror instruction)에서 이러한 문제가 발생하고 있다. 정신장애를 사유로 하는 무죄(not guilty by reason of insanity)의 평결에 의해 피고인이 강제수용 등의 처분을 받는다는 것을 많은 법원에서 실시하지 않는다. 왜냐하면 이 설시가 배심원의 관심을 사실인정자(trier of fact)라는 그들의 역할로부터 벗어나게 하여 결정에 영향을 주기 때문이다. 배심원 유자격자를 대상으로 한 조사에 따르면 84%의 사람들이 평결 후에 이어지는 처분 결과에 대해서 알고 싶다고 했고, 평결에서 그러한 사실을 법관이 고려하지 않도록 실시한다고 하더라도 고려할 것이라고 한다(LM. Sloat & RL. Frieson, 2005: 208-213).

조사결과 등을 근거로 예상되는 처분에 대하여 배심평결에 앞서 정확한 정보를 제공해야 할 것인가를 논의할 필요가 있다. 국민참여재판에서 책임능력 판단에 처우의 문제를 개입시킬 수 없다는 것이 법 이론상으로는 옳다. 그러나 위에서 언급한 바와 같이 판결 후의 처우에 대하여 배심원이 관심을 가지는 것을 회피할 수 없다면 책임능력과 처우가 연결되지 않는다는 것을 충분히 인지시킨 후에 처우에 대한 정보를 배심원들에게 제공하는 것이 상대적으로 옳다고 생각한다.

## IV. 정신감정제도의 개선방향

### 1. 형사절차상 개선

#### 1) 수사단계

경찰 단계에서는 세상의 관심이 집중되는 중대사건의 경우에 비록 용의자에게 정신장애의 소지가 있더라도 가급적 기소를 전제로 하는 방향으로 수사를 진행할 가능성이 있다. 용의자가 정신장애라는 것을 수사초기 단계부터 호소하더라도 조서에 기록되지 않으면 증거로 남지 않고, 사정을 모르는 감정인은 진술의 임의성을 충분히 알지 못하고 조서에 기재된 내용을 믿고 감정하는 경우도 생길 수 있다(申谷陽二, 2006: 2-9). 이러한 문제는 형사소송법 제243조의 2가 신설되어 변호인의 피의자 접견권과 피의자신문 참여권이 인정됨으로써 어느 정도 해소되었다고 할 수 있다. 나아가 영국에서는 정신장애자나 미성년자에 대해서는 참여인의 입회 하에 진술조서가 작성되어야 하고 그 내용은 영상으로 녹화하도록 되어 있다.

수사단계에서는 사건이 중대하고 사회적 영향이 큰 경우에는 감정유치를 수반한 본감정을 하게 되지만 통상적으로 간이감정이 실시되고, 간이감정은 감정서의 질과 양에서 큰 차이가 있는데 아주 간단하거나 본감정 수준의 상세한 감정 등으로 일정하지 않다. 검사는 간이감정을 실시한 감정인이 형사책임능력이 없다고 판단하면 대부분 불기소 또는 기소유예 처분을 하고, 일부는 치료처분을 하게 된다.

검사가 기소하더라도 정신장애를 사유로 무죄가 될 가능성이 높은 사건은 불기소 처분하고, 비록 정신장애가 의심되더라도 기소하는 사건은 유죄판결을 받기 위하여 노력하게 된다. 전자의 경우 검사는 굳이 감정을 하지 않고 독자적인 판단으로 불기소 처분으로 하거나 정신장애를 비교적 용이하게 판정하는 감정인을 선임하려고 할 것이다. 또한 후자의 경우에는 검사는 자신이 원하는 감정결과를 얻기 쉬운 감정인을 선택할 가능성이 있다. 즉 검사는 정신감정인을 선정하면서 사안에 따라 이중적 기준을 가질 수도 있는 것이다. 이러한 가능성을 배제하기 위하여 일본 도쿄지방검찰청에서는 객관성을 확보하기 위하여 감정인을 데이터베이스화하고 있으며 감정인의 판단 결과도 포함하고 있다.

## 2) 공판단계

공판단계에서는 검사가 기소한 사건에 대하여 기소전 정신감정을 토대로 심리하는 경우와 법원이 형사소송법 제169조에 따라 감정을 명하는 경우가 있다.<sup>9)</sup> 후자의 경우에는 공판단계까지 정신장애의 소지가 없어서 공판에서 비로소 감정을 명하는 사례도 있다. 검사가 기소하여 공판단계에 이르게 된 사안은 사회적 영향이 큰 사건이 많아서 수사단계보다는 정신장애자에 대한 관용은 상당히 줄어들게 된다. 공판정에서 검사가 심신상실이라고 판정한 감정인에 대한 신문은 엄격해지고, 심신상실이라는 감정결과의 신뢰성을 떨어뜨리려고 노력하게 되고 검사의 집요한 증인심문을 버틸 수 있는 감정인이 얼마나 될 것이고, 그러한 수고를 감내할 것을 기대하기도 어렵다(中田修, 1981: 789-794).

또한 검사는 감정서의 내용에 불만이 있는 경우 다른 정신과 의사에게 반박하는 의견서를 받아서 법원에 제출하거나 전문가의 조언을 얻어서 증인심문을 하기도 한다. 의견서나 조언을 구하는 것은 변호인도 이용하지만 의견서가 지나치게 법원에 제출되면 공판심리가 혼란스러울 뿐만 아니라 감정인이 검사와 변호인의 법정 논쟁에 휘말릴 수도 있다. 이러한 혼란을 피하기 위해서는 감정서나 의견서를 작성하는 때에는 피고인을 충분히 접견한 후에 작성하는 것이 필요하다(吉川和男, 2006: 78-79).

감정인도 사람이기 때문에 동일한 범죄인을 두고서도 정신감정에 대한 생각이 다를 수도 있다. 다만 정확한 감정결과를 얻기 위해서는 형사사법에 사용되는 정신감정의 전문성과 객관성이 요구되므로 법원이 정신의학자 중에서도 사법정신의학에 관한 기본교육 등을 이수한 자 등으로 정신감정인의 인력-풀을 구축하게 되면 더욱 합리적인 결과를 얻을 수 있다(이인영, 2010: 178).<sup>10)</sup> 정신감정은 단순한 진단의 확정으로 끝나는 것이 아니라 정신장애와 범죄행위와의 관련성, 나아가 책임능력의 판단이라는 사법정신의학 분야의 독자적인 요소가 있기 때문이다.

감정인이 객관적이고 공정한 감정서를 작성할 수 있는 여건의 조성도 필요하다.

9) 형사소송법 제221조 제2항에서는 「검사 또는 사법경찰관은 수사에 필요한 때에는 감정·통역 또는 번역을 위촉할 수 있다」라고 규정하고, 제169조는 「법원은 학식 경험있는 자에게 감정을 명할 수 있다」라고 규정하고 있다.

10) 미국에서 검사 또는 피고인이 각각 감정인을 선정함으로써 생기는 정신감정결과를 둘러싼 다툼을 방지하기 위하여 법원이 추천하는 정신의학자 또는 심리학자가 정신감정을 실시하는 것도 감정의 정확성을 담보하기 위한 것이라고 할 수 있다.

중한 사건의 피고인에 대하여 정신장애를 인정하는 감정결과는 필연적으로 언론과 국민적 반감을 사게 된다. 감정인이 이러한 분위기에서 공정성을 유지하면서 감정결과를 제출하는 데에는 상당한 어려움이 있을 수 있다. 혹시 언론이나 여론의 비판이 고조되고, 감정인의 실명이 공개되는 등의 상황은 감정인의 공정한 판단을 저해할 가능성도 있고, 만일 그렇게 된다면 실체진실의 발견은 무너지게 된다. 감정인이 법정 논쟁에 휘말려 들어가지 않도록 하기 위해서는 일정한 사법정신의학자 등을 중심으로 전문감정인단을 구성하여 정신감정을 의뢰하고, 형사사법기관이 전문가의 판정 결과를 존중하는 것이 필요하다.

## 2. 국민참여재판과 정신감정

국민참여재판에서는 공판준비절차를 필요적으로 거치도록 하고 있으나 정신감정에 관한 규정은 특별히 두고 있지 않아서 형사소송법의 감정에 관한 규정이 적용된다. 종래의 형사재판에서는 공판개시 후에 주로 변호인 측에서 정신감정을 청구하는 경우가 많았지만 국민참여재판에서는 정신감정이 필요한 경우에는 원칙적으로 공판준비절차에서 행하게 된다.

형사소송법 제292조 제1항에서는 「① 검사, 피고인 또는 변호인의 신청에 따라 증거서류를 조사하는 때에는 신청인이 이를 낭독하여야 한다.」, 제5항은 「⑤ 재판장은 열람이 다른 방법보다 적절하다고 인정하는 때에는 증거서류를 제시하여 열람하게 하는 방법으로 조사할 수 있다.」라고 규정하고 있어서 정신감정서도 증거로 채택된 경우에는 그 전문을 법정에서 낭독하거나 열람할 필요가 있다. 종래의 형사재판에서는 장문의 정신감정서가 증거로 채택되기도 했으나 일반시민이 배심원으로 참여해서 연일 개정해야 하는 국민참여재판의 심리에서는 장문의 정신감정서 전문을 낭독한다는 것은 부적절하다. 따라서 증거로 채택되는 정신감정서에는 요점을 정리하여 낭독 또는 제시하는 것이 필요하다. 형사소송법의 정신감정에 관한 규정은 국민참여재판에도 일정한 영향을 미치고 있는데 국민참여재판에서 더욱 강조되는 정신감정제도의 방향에 대하여 검토한다.

### 1) 공판전 감정

종래의 형사재판에서는 사실관계에 관한 증거는 공판정에서 조사한 다음 그것을

정신감정의 자료로 제공할지 여부를 결정하였다. 그러나 국민참여재판에서는 정신감정이 공판준비절차에서 행하여진다. 이 단계에서는 완벽한 증거조사가 이루어지는 것이 아니라 검사, 변호인의 동의 또는 비동의의 의견만 나타나게 된다. 공판준비절차에 관여하는 법관도 쌍방이 제출하는 증거의 구체적인 내용까지는 판단하지 않은 단계이다. 즉 감정의 기초자료가 되는 피고인의 진술조서나 목격자의 증언 등에 대해서도 공판정에서와 같은 심리는 없고, 감정의 진제가 되는 범행에 관한 객관적인 사실에 대해서도 미확정된 상태에서 정신감정을 하게 된다. 따라서 감정인에게 어떠한 자료를 제공해야 하는가라는 문제가 생긴다.

이러한 문제에 대한 해결 방안으로는, ① 양쪽 당사자가 동의한 증거만을 제공하는 방법과 ② 한쪽 당사자가 비동의한 증거라도 비동의에 대한 이유서 등을 첨부하여 제공하는 방법을 생각할 수 있다. 그러나 통상적으로 정신의학과에서는 환자와 관련된 정보를 폭넓게 수집하고 취사선택하여 진단과 치료 방향을 결정하는 것이 정신과 의사의 기본적인 업무이다. 정신감정에서도 제공된 증거와 피감정인과의 문진이나 검사 결과 등의 정보를 평가하고, 취사선택하여 범행 당시의 피감정인의 정신상태를 재구성하여 피감정인의 판단능력을 평가하는 것이다. 폭넓게 정보를 수집할 수 있다는 점에서 ②의 방법이 바람직하다고 본다.

## 2) 요점을 기록한 정신감정서

국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제46조 제1항은 「재판장은 변론이 종결된 후 법정에서 배심원에게 공소사실의 요지와 적용법조, 피고인과 변호인 주장의 요지, 증거능력, 그 밖에 유의할 사항에 관하여 설명하여야 한다. 이 경우 필요한 때에는 증거의 요지에 관하여 설명할 수 있다」라고 규정함으로써 일반시민인 배심원에 대하여 배려하고 있다. 이 규정은 감정인을 직접 배려하는 규정은 아니지만 공판정에서 정신감정의 결과를 진술하는 감정인에게도 마찬가지로 요구된다고 할 것이다. 국민참여재판에서의 정신감정의 절차와 방법에 대하여 검토한다.

### (1) 신속성

국민참여재판은 배심원이 참가하는 공판의 성격상 신속한 절차의 진행이 필요하다. 국민참여재판이 성립되어 정신감정 결과의 제출에 신속성이 요구되지만 정신감정 자체에 신속성이 요구되는 것은 아니다. 범행 당시 피고인의 정신상태를 피고인

의 진술과 목격자의 증언, 기타 객관적 사실로부터 재구성하여 정신장애의 증상이 어느 정도 피고인의 행동에 영향을 주었는가에 대하여 정신의학적 입장에서 검증하는 것이 정신감정에서 요구되는 것이다. 이러한 판정을 위해서는 정신의학적 진단이 적절하게 이루어져야 하고, 범행 전후의 피고인에 관한 다양한 정보분석을 통하여 판정하는 것이 중요하다. 이를 위해서는 다양한 심리검사 등이 필요한 경우도 있으므로 일정한 기간을 두고 임상상태의 변화를 관찰할 필요성이 있다. 비록 범정에 제출하는 정신감정서가 요약된 것이라고 하더라도 그 전제가 되는 정신의학적 판단 과정을 단축 또는 간이화할 수는 없기 때문이다.

### (2) 요약

국민참여재판에서 증거로 채택되는 정신감정서는 간이화해서 요점만을 정리할 필요성이 있다. 이를 위해서는 정신보건법의 규정에 따라 입원, 퇴원 신고서와 정신장애자 보건복지수첩의 진단서 등과 같이 어느 정도 표준화된 정신감정서의 서식을 규정화하는 것이 바람직하다.

일본에서는 2009년 참심제를 도입하면서 (일본)대검찰청의 준비위원회 산하의 정신감정연구회가 별도의 표준화된 정신감정서의 양식을 제작하여 정신과 의사들에게 배포한 것을 참고할 수 있다. 이는 2008년 5월 개최된 제4회 일본사법정신의학회 대회에서 제시된 정신감정서의 양식을 토대로 한 것이다(高嶋智光, 2009, 77-87). 여기에는 결론 부분인 정신과 임상진단과 범행 당시의 정신상태와 정신장애가 범행에 미친 영향을 분석한 결과를 위주로 하는 간단한 감정서 본체와 검사소견, 문진기록, 감별진단 등 별도로 작성하는 방식을 제시하고 있다.

### (3) 수월성

정신감정서의 낭독을 청취하는 것만으로 배심원이 그 내용을 이해할 수 있는 것이 이상적이다. 그러나 실제로 낭독을 청취하는 것만으로 배심원이 그 내용을 이해할 수 있도록 정신감정서를 작성한다는 것은 매우 어려운 일이다. 말로만 듣고 내용을 충분히 이해한다는 것은 힘든 일이고, 감정결과의 입수자가 되는 배심원은 법률이나 정신의학에는 문외한인 일반시민이므로 지식이나 이해력도 부족하다. 따라서 정신감정서를 아무리 알기 쉽게 작성하더라도 배심원이 이해하기에는 한계가 있다.

종래의 형사재판에서는 법관은 사전에 제출된 감정서를 볼 수 있어서 이해되지

않는 부분은 전문가에게 문의하거나 전문서적 등을 참조하여 조사할 수도 있었다. 그러나 배심원은 법원의 공판정이나 평결 장소 이외에는 정신감정서 등의 증거서류를 열람할 수 없다. 이러한 국민참여재판 심리의 특징 등을 고려하여 배심원이 이해하기 쉽도록 정신감정서의 내용의 서술방법을 개선하는 노력이 필요하다. 또한 정신감정서에 기재되는 정신의학의 전문용어 등은 배심원이 이해하는 데에 어려움이 있다. 국민참여재판에 제출되는 감정서에는 가급적 어려운 전문용어를 사용하지 않고 이해할 수 있는 말로 바꾸어 사용하거나 전문용어도 공식적으로 승인된 용어집과 해설서 등을 활용하는 것이 바람직하다.

국민의 형사재판 참여에 관한 법률 제44조에서는 「배심원 또는 예비배심원은 법원의 증거능력에 관한 심리에 관여할 수 없다」라고 규정하고 있다. 심리에 관여하는 범위에 대해서는 논란이 있을 수 있겠지만 국민참여재판에서는 감정서의 낭독뿐만 아니라 감정인이 직접 배심원단에 정신감정의 결과를 설명하고, 전문 감정인에게 질문하는 것도 배심평결에 유용할 것이다. 구체적으로는 감정인이 자료를 활용하여 피고인의 정신장애와 감정결과에 대하여 설명함으로써 배심원의 이해를 돕는 방법을 생각할 수 있다.

종래의 형사재판에서는 감정인에게 당사자 쌍방이 신문하지만 그 내용이 중복되는 것이 많았고, 정신의학적으로 중요한 점에 관해서는 충분한 질문이 없는 경우도 있었다. 또한 종래의 감정인 심문에는 감정의견에 동의하지 않는 당사자가 감정인에게 공격에 가까운 신문을 하는 경우도 있었다. 그러나 이러한 방식의 감정인 신문은 국민참여재판에서는 사건에 대한 이해와 공정성, 중립성을 방해하는 것으로 적용하기 어렵다. 감정서의 낭독이나 감정인의 설명이 있는 후에 당사자들이 신문 내용이나 방법에 대해서도 배심원을 이해시키기 위한 노력이 필요하다. 또한 공판준비절차에서 감정의 결과를 보고하여 법관, 검사, 변호인, 감정인이 감정에 관하여 사전 회의를 실시하고, 배심원이 이해할 수 있는 감정서의 요약을 제시하는 것을 생각할 수 있다.

## V. 맺는말

형사책임능력제도에 관한 우리나라와 독일, 미국의 법 이론과 판례를 중심으로 검토하였다. 정신장애자의 형사책임능력 판단의 문제는 법학과 정신의학이 교차하

는 영역에 존재하는 것으로 생물학적 방법과 심리학적 방법을 결합한 혼합적 방법으로 책임능력 유무를 판단하는 것이 일반화되어 있다. 개인의 내면에 존재하는 정신장애의 여부를 판단하는 것이 불가능하다는 견해도 있지만 감정인인 정신과 의사의 판단을 참작하여 최종적으로는 법관이 평가적, 규범적으로 판정한다는 것이 독일의 정착된 이론이고 우리나라도 이러한 방법을 채택하고 있다. 그러나 정신장애 여부는 생물학적 요소이고 정신의학적 지식에 의한 전문적인 판단에 의존할 수밖에 없기 때문에 사실상 법원이나 배심원의 판정에 상당한 영향을 미치게 되는 구조가 되는 것이다. 구체적으로 정신장애를 판단하는 기준으로는 미국의 GBMI 방식이 유력하게 주장되고 있으며 미국 정신의학협회(APA)가 작성한 정신질환의 분류방식인 DSM-IV를 사용하는 것이 일반적이고 설득력을 가진다.

2008년 시행된 국민참여재판과 관련하여 일반시민인 배심원을 고려하는 정신감정서의 제출이 요청되고 있다. 국민참여재판에서 정신감정이 필요한 경우에는 공판준비절차에서 감정을 실시해야 하고, 정확성을 확보하는 것이 필요하다.

필자는 특히 국민참여재판에서 배심원에게 미칠 영향을 고려하여 정신감정의 절차와 방법을 다음과 같이 개선할 것을 제안하였다. 우선 배심원이 참여하는 공판의 성격상 신속한 절차의 진행이 요구되므로 정신감정 자체는 정확하게 작성되어야 하지만 결과의 제출이 신속하게 이루어져야 한다. 둘째, 어느 정도 표준화된 정신감정서의 서식을 제정하여 간이화하고 결론 부분에 해당하는 임상진단과 범행 당시의 정신상태와 정신장애가 범행에 미친 영향을 위주로 요점을 배심원에게 전달할 수 있도록 작성하는 것이 중요하다. 셋째, 배심원이 청취하는 것만으로는 정신감정서의 내용을 알 수 없기 때문에 가급적 어려운 전문용어가 아닌 이해할 수 있는 말로 바꾸어 사용하고 전문용어를 사용해야 한다면 공식적으로 승인된 용어를 사용하는 것이 필요하다.



## 참고문헌

### 1. 국내문헌

- 김성돈(2009), 형법총론 제2판, 성균관대학교 출판부.
- 박상식(2007), “정신장애범죄자의 형사책임능력판단 기준에 관한 연구”, 형사정책연구 제18권 제1호: 103-141.
- 배종대(2005), 형법총론 제8전정판, 홍문사.
- 성경숙(2009), 정신장애범죄자의 형사책임에 관한 연구, 성균관대 박사학위논문.
- 이규호(2013), “국민참여재판의 개요”, 사법행정 제54집, 한국사법행정학회: 25-38.
- 이재상(2011), 형법총론 제7판, 박영사.
- 이천현(2014), “국민의 형사재판 참여에 관한 법률의 개정 논의와 주요 쟁점에 관한 고찰”, 비교형사법연구 제16권 제1호, 비교형사법학회: 73-104.
- 정규원(2001), “형사책임과 정신감정”, 한국심리학회 2001 춘계심포지움 자료집.
- 정성근·박광민(2008), 형법총론 제4판, 삼지원.
- 정진연(2008), “국민참여재판과 형사재판의 소송주체의 역할 비교”, 숭실대학교 법학연구소, 법학논총 제19집: 133-160.
- 한상훈(2008), “국민참여재판제도 시행과 인권옹호”, 한국법학원, 저스티스 제102호: 7-29.

### 2. 국외문헌

- K. Schneider(1961), Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit, Tieme, Stuttgart.
- N. Nedopil(2007), Forensische Psychiatrie, 3. Auflage. Georg Thieme Verlag KG.
- Insanity Defense Work Group(1983), American psychiatric Association Statement on the Insanity Defense, Am J Psychiatry 140: 681-688.
- R. Slovenco(2002), “Criminal responsibility”, Psychiatry in Law, 211-245, Brunner-Routledge.
- J.D. Merville & D. Naimark(2002), Punishing the insane, The verdict of guilty but mentally ill, J Am Acad Psychiatry Law 30: 553-555.
- LM. Sloat, RL. Frieson(2005), Juror knowledge and attitudes regarding mental illness verdicts J Am Acad Psychiatry Law 33: 208-213.
- 岡田幸之(2009), 裁判員制度における精神鑑定, 司法精神醫學4: 88-94.
- 吉川和男(2009), “わが國の責任能力判定の行方”, 責任能力の現在(法と精神醫學の交錯), 65-85, 金剛出版.

- 森裕(2006), 責任能力論における精神の障害について, 阪大法學 56(3): 199-228.
- 安田拓人(2009), “精神の障害と法律的病氣概念”, 責任能力の現在(法と精神醫學の交錯), 25-40, 金剛出版.
- 五十嵐禎人(2008), 刑事責任能力總論, 刑事補償鑑定のすべて, 2-15, 中山書店.
- 中谷陽二(2008), 刑事精神鑑定の歴史と現状—争點と課題—, 司法精神醫學 第2卷 刑事事件と精神鑑定, 2-9, 中山書店.
- 中田修(1981), 司法精神鑑定の争點, 臨床精神醫學 10(7): 789-794.
- 仲宗根玄吉(1976), 責任能力に関する基礎的諸問題, 現代精神醫學體系 第24卷 司法精神醫學, 26-45, 中山書店.

【Abstract】

## The Judgment of Criminal Liability and Psychiatric Evaluation for Mentally Defective Person

Jung, Yong-Gi

The Korean Criminal Code §10 ① provides that 「The act of a person who, because of mental disorder, is unable to make discriminations or to control one's will, shall not be punished」. Therefore, it'll not be able to be given criminal punishment if a mentally defective person is determined to lack the criminal liability. The problem about judging the criminal liability for the mentally defective person exists in areas where the criminal law intersects with psychiatry.

Although the supreme court ultimately judges whether the criminal liability by mental defectiveness exists or not, the judgment of mental defectiveness, which is biological element, needs psychiatric knowledge and it is no wonder to rely on this. In particular, a change is required in the procedure and contents of mental examination for a mentally defective person as implementation of the Civil Participation in Criminal Jury Trial.

It is needed the improvement of procedure to submit more accurate mental examination and the result of it in order that jurors are able to understand the result of mental examination and make an decision. This is because jurors consisting of ordinary citizens take part in trial. For guaranteeing the precise result of mental examination in the criminal justice procedure, it is necessary to establish the pool of manpower consisting of psychiatrists or psychologists who have completed the specific educational programs about the criminal justice and legal psychiatry, and it is desired to carry out the psychiatric test with selecting appraisers who belong to a pool of manpower.

Furthermore, it is required to draw up and submit the written appraisal of mental examination which is easy to be known because of considering the nonprofessional of jurors consisting of ordinary citizens in the Civil Participation in Criminal Jury Trial. In order to

gain a fair verdict of the jury about whether mental defectiveness exists or not, it is recommended the prompt submission of the written appraisal of mental examination, the presentation of the written appraisal of mental examination summarizing the important contents, and making out the written appraisal of mental examination for jurors to understand it easily.

**Key words** : Mentally Defective Person, Criminal Liability, Civil Participation in Criminal Jury Trial, pool of professional manpower, written appraisal of mental examination