

현행법상 심신장애의 판단기준에 관한 논의

The current standards of judgment for psychological disorder

박정성* · 김효진**
Park, Jung-Sung · Kim, Hyo-Jin

목 차

- I. 서론
- II. 책임능력판단기준에 관한 미국의 입법례
- III. 책임능력의 규정방법
- IV. 심신장애 판단기준의 문제점과 개선방안
- V. 결론

국문초록

비행청소년과 성인을 대상으로 범죄인의 재활을 통한 사회보호를 목적으로 하는 교정은 교육형주의를 지도이념으로 한다. 교육형주의의 효과적인 실현을 위해서는 교정대상자의 선정과 분류가 전제되어야 할 것이며 여기에는 형법 제10조 제1항과 제2항에서의 '심신장애'의 판단이 중요한 역할을 한다.

이에 현행법상 심신장애 판단기준에 관하여 해석상·입법상의 방향을 제시해 보면, 첫째 '심신장애'에 해당하는지를 판단함에 있어서 '정신장애'가 있는

논문접수일 : 2011. 12. 27

심사완료일 : 2012. 01. 21

게재확정일 : 2012. 01. 25

* 법학박사·경운대학교 경찰행정학부 전임강사

** 법학박사·경운대학교 경찰행정학부 부교수

지 여부는 전문가에 의한 감정에 의하고, 이것을 토대로 법관이 '심신장애'에 해당하는지를 최종적으로 판단하는 것이 타당하고, 둘째 현재 추상적·일반적 조항의 형식으로 규정되어 있는 생물학적 요소를 법관, 정신의학자, 심리학자 등으로 구성된 협의체에서 충분한 논의를 거쳐 열거적으로 법률에 구체화하는 것이 바람직하다고 본다. 셋째 감정전문가의 감정의 의무성여부에 관해서는 책임무능력을 판단함에 있어서 생물학적 요소인 정신장애의 판단은 감정이 필수적이고, 심리학적 요소인 사물변별능력 내지 의사결정능력에 대한 감정은 임의적이라고 보아야 할 것이다. 마지막으로 감정의견의 구속성에 관해서 '심신장애'와 '정신장애'의 관계는 '정신장애'가 있는지 여부는 전문가에 의한 감정에 의하고, 이것을 토대로 법관이 '심신장애'에 해당하는지를 최종적으로 판단하는 것으로 이해하고, 생물학적 요소인 '정신장애'에 대한 전문가의 감정을 필수적인 절차로 파악한다면 이에 대한 전문가의 감정의견은 당연히 법관을 구속한다고 보는 것이 타당하다고 본다.

주제어 : 교정, 감정, 책임능력, 심신장애, 정신장애

1. 서론

최근 우리나라의 범죄양상이 점점 저연령화, 집단화, 흉포화, 지능화되어 가고 있을 뿐만 아니라 정신장애인에 의한 범죄역시 급격한 증가추세에 있고, 이로 인하여 범죄자의 교정교화를 위한 교정업무와 교정정책에 대한 회의적인 시각이 대두되고 있다.¹⁾ 교정은 비행청소년과 성인을 대상으로 범죄인의 재발을 통한 사회보호를 목적으로 하는 것이며, 교육형주의를 지도이념으로 한다. 즉 수형자에 대한 교정에 있어서 그 이념적 기초는 교육형주의인 것이다.²⁾ 교정의 주대상자는 범죄인이고, 여기에는 재소자, 출소자뿐만 아니라 피

1) 자세한 내용은 박영숙, "수용자의 교정처우에 관한 연구", 「교정복지연구」 제13호, 한국교정복지학회, 2008, 48면 이하 참조.

2) 천정환, "한국의 교육형주의의 문제점", 「교정복지연구」 제2호, 한국교정복지학회, 2005, 187면.

의자, 피고인까지도 포함하는 것으로 이해되고 있으며³⁾, 이렇게 볼 때 교정의 지도이념인 교육형주의는 수형자뿐만 아니라 모든 교정의 대상자에게도 적용되는 것으로 보아야 할 것이다.

교정의 대상자가 되려면 형법이 규정하고 있는 범죄개념에 따른 범죄를 저질렀거나 저지른 것으로 의심되는 자여야 할 것이며, 따라서 형법의 규정예 의한 범죄자의 판단기준이 곧 교정대상자의 선정 및 분류기준이 될 것이다. 이러한 선정·분류작업이 선행되고 그에 따라 적절한 교정처우프로그램을 실현함으로써 교육형주의라는 기본이념이 효과적으로 실현될 수 있을 것이다.

우리 형법에 의하면 범죄의 성립은 구성요건해당성, 위법성, 책임을 요건으로 하는데, 이 가운데 책임의 여부를 판단하게 되는 책임능력의 존재여부 및 정도에 따라 그에게 부과될 형사제재의 정도가 달라지게 된다. 우리 형법은 책임능력을 판단함에 있어서 원칙적으로 모든 행위자에게 책임능력이 있다고 보고 다만 제9조 내지 제11조에서 규정하고 있는 요건을 충족하는 경우에는 책임능력이 없다고 보거나 한정되어 있다고 보아 형을 면제하거나 감경하고 있다. 즉 책임능력을 규정함에 있어서 적극적인 방법에 의하고 있는 것이 아니라 책임능력이 없거나 제한되는 경우를 규정하는 소극적 방법에 의하고 있다.

책임능력의 입법방식은 생물학적 방법, 심리학적 방법, 혼합적 방법으로 구분되고 있고 우리 형법 제9조와 제11조는 생물학적 방법, 제10조 제1항과 제2항은 생물학적 요소와 심리학적 요소가 혼합된 혼합적 방법에 의한 것으로 이해되고 있는 것이 일반적이다.⁴⁾ 책임능력판단의 전제가 되는 심신장애는 정신의학, 심리학 등이 법학과의 긴밀한 협조 하에 정립되는 개념이며 대체적으로 의학적 개념이 법률적 판단의 보조적 역할을 하는 것으로 보고 있다. 그런데 형법 제10조 제1항과 제2항은 책임능력을 규정함에 있어서 '심신장애로 인하여'라는 포괄적 일반조항의 형태를 띠고 있으며, 후술하는 바와 같이 심신장애의 범위에 대하여 학자들과 법률의 기준도 제 각각이다. 또한 심신장애에

3) 김주연, "인권과 교정복지의 이해", 「인권복지연구」 제3호, 한국인권복지학회, 2008, 102면.

4) 배종대, 「형법총론」, 홍문사, 2011, 435~437면; 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2011, 303~311면; 임웅, 「형법총론」, 법문사, 2011, 285~290면 참조; 대법원 2007. 6. 14. 선고 2007도2360 판결; 대법원 2009. 4. 9. 선고 2009도870 판결.

대한 전문가의 감정에 관해서도 형사소송법 제169조 내지 제179조의2에서 추상적이고 일반적으로 규정하고 있을 뿐 심신장애의 판단에 감정인이 구체적으로 어떠한 역할을 하는지를 가늠할만한 지침을 발견할 수 없고 이에 대한 판례의 입장도 명확하지 않다.⁵⁾ 이와 같이 형법상 심신장애규정과 형사소송법상 감정에 관한 규정이 명확하지 않고 추상성을 띤 경우 무엇을 기준으로 '심신장애'의 구체적 의미와 적용범위를 판단할지, 그리고 심신장애의 판단에 있어서 전문가에 의한 감정이 어떠한 역할을 하는지를 확정할 수 없는 문제가 발생하게 된다. 뿐만 아니라 형법상 심신장애에 관한 기준이 곧 교정의 대상자를 선별하는 기준이 된다는 점에서 볼 때 실무상으로도 어떠한 기준에 따라 교정대상자를 분류하고 그들에게 어떠한 교정프로그램을 적용할지 혼란을 가중할 것이다.

따라서 이하에서는 심신장애의 판정기준에 관한 미국의 입법례를 고찰한 후, 형법 제10조 제1항과 제2항에서 규정하고 있는 '심신장애'라는 용어의 타당성 및 '심신장애'와 '정신장애'의 관계, 그리고 '심신장애로 인하여'라고 하는 일반적·추상적 표현방식이 과연 타당한가의 문제, 심신장애를 판단함에 있어서 전문가의 감정이 법관의 심신장애판단에 어떠한 역할을 하고 있는지 여부에 대한 기존의 논의를 검토해봄으로써 형법상 책임능력판단에 관한 기준이 교정처우대상자의 분류 및 처우에 어떠한 영향을 미치는가를 생각해 볼 수 있는 계기를 마련하고자 한다.

II. 책임능력판단기준에 관한 미국의 입법례

1. M'Naghten Rule

미국 형법에는 책임무능력의 판정기준으로 영국법원에서 형성된 M'Naghten Rule이 있다. 이 기준은 Edward Oxford 사건⁶⁾과 Daniel M'Naghten 사건⁷⁾을

5) 심신장애를 판단함에 있어서 전문가의 감정이 필수적이라고 보는 판례도 있고, 임의적이라고 보는 판례도 있는데 이에 대해서는 후술하기로 한다.

계기로 빅토리아 여왕의 명령에 의하여 영국 상원에 의하여 형성된 것⁸⁾으로 「① 누구든지 정신에 이상이 있다는 사정을 배심원이 납득할 수 있도록 증명이 될 때까지는 정신에 이상이 없는 것으로 추정한다. ② 범죄자가 정신이상을 이유로 항변하려면 범행 당시에 마음의 질병으로 인하여 그가 하는 행위의 본질과 성질을 몰랐거나 혹은 알았다고 하더라도 그가 나쁜 행위를 한다는 것을 모를 정도의 이성적 결함을 가지고 있었다는 것이 명백히 증명되어야 한다.」는 것을 그 내용으로 한다. M'Naghten Rule이 처음 형성되었을 당시에는 이처럼 범행당시 피고인이 정신병으로 그의 행동이 본성이나 내용을 알지 못하거나, 그가 알았다 하여도 그가 한 행동이 잘못된 것임을 알지 못하는 것과 같은 이성의 결함을 겪고 있을 때에는 피고인을 형사책임에서 벗어나게 하였지만, 오늘날은 그 기준이 조금씩 수정되어 현재에는 이성의 결함(defect of reason)을 요구하지 않는다.⁹⁾

M'Naghten Rule은 생물학적 요소와 심리학적 요소로 구성된 혼합적 방법을 취하고 있는데, 심리학적 요소에서 지적 요소만을 기준으로 하고 의지적 요소에 대해서는 직접적으로 판단하고 있지 않다는 특징을 가지고 있다.¹⁰⁾ 그

- 6) 1840년 빅토리아 여왕 제위 시 여왕과 왕자를 살해하려던 Edward Oxford가 정신이상을 이유로 사면된 사건이다(김선수, "형사책임능력기준에 관한 비교법적 개관", 「경남법학」 제5집, 경남대학교 법학연구소, 1989, 20면).
- 7) 1843년 Daniel M'Naghten이 피해망상 상태에서 당시 수상인 Robert Peel을 살해하려다가 그의 비서인 Edward Drummond를 살해하여 모살죄로 기소되었다. Daniel M'Naghten은 자신의 범죄는 망상이라는 정신병이 원인이 되었다고 하면서 무죄를 주장하였고, 법원도 배심원의 정신이상에 의한 무죄판결에 따라 무죄를 선고한 사건이다(박상식, "정신장애범죄자의 형사책임능력판단 기준에 관한 연구", 「형사정책연구」 제18권 제1호, 한국형사정책연구원, 2007, 113면). M'Naghten에게 선고된 무죄판결에 대해서는 책임무능력의 법적인 의미, 배심원 평결의 범위, 배심원 평결의 증거능력, 일부 망상의 경우 법적 처리, 감정인 감정의 의미 등과 같은 의문점이 제기되었다(자세한 내용은 신동일, 「심신장애 판정의 문제점과 개선방안 -각국의 제도 및 현황을 비교하여-, 한국형사정책연구원, 2004, 49~50면 참조).
- 8) 옥스퍼드 사건과 맥노튼 사건에서 정신이상을 이유로 피고인에게 무죄판결이 선고되자, 이에 격분한 빅토리아 여왕은 형사책임능력의 개념을 정립하도록 명령하였고, 그 재판을 한 판사들의 의견을 듣기 위해 상원이 소집되어 책임능력에 관한 기준이 되는 M'Naghten Rule이 형성되었다(김선수, "형사책임능력기준에 관한 비교법적 개관", 20면).
- 9) 정웅석, "심신장애자의 판정에 관한 연구 -미국의 형사법에 기초한 비교법적 관점에서-", 「법학연구」 제19권 제3호, 연세대학교 법학연구소, 2009, 119면.
- 10) 책임능력을 규정하는 입법방식은 생물학적 방법, 심리학적 방법, 혼합적 방법이 있다. 이

리고 M'Naghten Rule은 피고인이 일반적으로 선악을 구별할 수 있는가를 묻는 것이 아니라, 그가 그의 행위의 본질과 성질을 이해하는가와 그 행위에 관해서 선악을 구분할 수 있는가를 묻는다.¹¹⁾ 즉 이 원칙은 본질·성질테스트(nature and quality test)와 정사테스트(right and wrong test)로 분류할 수 있다. 본질·성질테스트는 행위의 성질에 대한 인식을 말하며, 정사테스트는 범죄자가 범행 당시 그가 사악한 행위를 한다는 것을 인식할 수 없었는가에 대한 판단을 의미한다.¹²⁾ 그런데 여기서 사악(wrong)의 의미와 관련하여 도덕적 사악(morally wrong)과 법적 사악(legally wrong) 중 어느 것을 의미하는지에 대해서 견해의 대립이 있는데, 영국의 경우에는 법적 사악으로, 미국의 경우에는 도덕적 사악으로 해석하는 경향이 강하다.¹³⁾

M'Naghten Rule은 펜실베이니아 주를 포함한 미국의 대부분의 주에서 채택하여 1900년대 초까지 미국에서 정신이상을 정의하는 표준적 기준이 되었다. 그러나 M'Naghten Rule은 행위가 사악하다는 것을 이해하지만 정신적인 이상으로 인하여 사악하다고 생각하는 행위를 억제하지 못하는 사람을 처벌해야 한다는 점에서는 비판이 제기되고 있다.¹⁴⁾ 이와 같은 비판과 문제점에도 불구하고 M'Naghten Rule은 미국과 영국에서 아직도 책임능력평가의 기준으로 작용하고 있으며 미국의 형사법원에서는 M'Naghten Rule을 보완하기 위하여 끊임없는 시도가 있었다.¹⁵⁾

가운데 혼합적 방법은 정신이상과 같은 생물학적 요소와 지적 요소 및 의지적 요소로 구성된 심리학적 요소가 결합된 방식을 말한다. 그런데 혼합적 방법은 생물학적 요소와 심리학적 요소의 지적 요소 및 의지적 요소가 어떻게 결합하는가에 따라 여러 유형으로 나누어진다. 이에 대해서는 후술하기로 한다.

- 11) 김선수, "형사책임능력기준에 관한 비교법적 개관", 21면.
- 12) 박상식, 앞의 글, 114~115면.
- 13) 주용기, "법원의 책임능력평가에 관한 형사정책적 검토", 「한양법학」 제20권 제3집, 한양법학회, 2009, 392면.
- 14) 정웅석, 앞의 글, 120면.
- 15) 미국 대통령이던 로널드 레이건을 저격했던 힝클리가 법원에서 M'Naghten Rule에 의해 정신이상으로 평가받아 무죄를 선고 받은 사건이 있었는데, 미국에서는 이 사건으로 인하여 M'Naghten Rule의 전면적인 폐지가 시도된 적이 있었다(신동일, 앞의 책, 50~51면).

2. Irresistible Impulse Test

앞서 살펴본 바와 같이 M'Naghten Rule은 심리적 요소에서 지적 요소만을 문제삼고 있어 심신장애를 인정할 수 있는 범위가 지나치게 협소하다는 비판이 제기되었다. 따라서 M'Naghten Rule의 지적 요소에 의지적 요소를 보충하여 이를 해결하고자 하는 시도가 이루어졌고 그 기준으로 Irresistible Impulse Test, 즉 저항불능충동테스트가 형성되었다.

저항불능충동테스트는 행위자가 비록 그 행위의 본질과 성질을 알고 그것이 나쁘다는 것을 안다고 하더라도 정신상황에서 기인하는 압도적 충동을 못이겨 범행을 하지 않을 수 없는 경우에 적용되는 기준¹⁶⁾으로 Thompson 사건¹⁷⁾과 Parsons 사건¹⁸⁾을 통하여 형성된 것이다. 이 기준은 경찰관이 바로 옆에 있는 상황에서 범죄행위를 했을 경우 저항불능충동상태로 판단될 수 있다는 의미에서 'policeman at the elbow'기준이라고도 불리는데,¹⁹⁾ 자기의 행위를 제어할 수 없게 하는 정신질환을 가지고 있다고 주장하는 대부분의 피고인의 형사책임이 부정되는 방향으로 운용되고 있다는 문제점을 가지고 있다.

3. Durham Rule

Durham Rule이란 피고인은 자기의 위법행위가 정신질환 또는 정신결함의

16) 김선수, "형사책임능력기준에 관한 비교법적 개관", 21면.

17) Ohio주의 State v. Thompson 사건에 의하여 미국에서 최초로 저항불능충동테스트가 채용되었으며, 이에 따르면, "비록 피고인이 범행 시에 있어서 정사식별과 사악성을 인식할 수 있다고 하더라도, 그 행위를 제어할 뿐만 아니라 실행할 수 있는 능력이 있어야만 책임이 있는 것이다."고 한다(박상식, 앞의 글, 116면).

18) Thompson 사건 후 Parsons v. State 사건에서 저항불능충동테스트를 좀 더 구체화하여 M'Naghten Rule을 보충하고자 하였으며, 그 내용은 "정신장애자의 책임능력을 부정하기 위해서는 우선 범죄자가 범행 시 정신질환이 있어야 하고, 다음으로 범죄행위시의 특정행위에 대하여 정사를 인식할 수 없어야 하고, 마지막으로 범행 시에 정사의 인식이 있었다고 하더라도 정신질환의 압박으로 인하여 범죄를 회피할 능력을 현저히 상실하고, 동시에 당해범죄의 원인이 정신질환과 관계가 있다면 책임능력이 없다."는 것이다(박상식, 앞의 글, 116~117면).

19) 주용기, 앞의 글, 393면 참조.

소산인 경우에는 형사상 책임을 지지 않는다는 원칙으로 1953년 미국 D.C법원에서 주거침입죄로 기소된 Monte Durham의 재판에서 정신장애자의 능력에 대한 새로운 기준을 제시한 것을 말한다.²⁰⁾ 이 원칙은 M'Naghten Rule이나 저항불능충동원칙과 달리 오로지 생물학적 방법에 의하여 정신장애여부를 판단²¹⁾ 한다는 점을 특징으로 하며 정신과 의사가 배심원에게 피고인이 선과 악을 구별할 수 있는 능력이 있었는지 여부에 대한 의견제시를 가능케 함으로써 이를 허용하지 않은 M'Naghten Rule에서보다 좀 더 넓은 자료를 제공할 수 있도록 하고 있다. 이 원칙은 정신이상에 관한 정의 가운데 가장 관대한 정의라고 할 수 있으며 정신장애를 판단함에 있어서 정신의학의 범위 밖에 있는 것을 고려대상에서 제외함으로써 법률가와 정신의학자 사이의 조화를 시도하였다. 그러나 이와 같은 노력에도 불구하고 이 기준에 의해서는 정신장애여부를 결정하는 객관적 기준의 수립이 곤란하다는 점 등의 문제로 인하여 메인(Maine) 주를 제외한 대부분의 주에서는 이 원칙을 채택하지 않았으며 결국 1972년 Brawner 사건의 판결에 의하여 폐기되었다.²²⁾

4. Model Penal Code Rule

앞서 언급한 세 가지 원칙, 즉 M'Naghten Rule, Irresistible Impulse Test, Durham Rule이 모두 부분적인 문제점을 노출하면서 책임능력판단의 일관적 기준이 되지 못하자, 1955년 미국법률협회(The American Law Institute)에서

20) Monte Durham은 범행 시 정신에 이상이 있었다는 항변에도 불구하고 배심 없이 주거침입죄의 유죄판결을 받았는데, 이에 대하여 콜롬비아 특별구연방항소법원 ① 지방법원은 정신이상의 항변에 관한 거증책임에 대해서의 현행원칙을 바르게 적용하지 않았다는 이유, ② 형사책임능력에 관한 현행기준(M'Naghten Rule)과 이를 보충하는 저항불능충동테스트는 도움이 되지 않았으므로 바꾸어야 한다는 이유에서 원판결을 파기환송하여 재공판을 명하였다(김선수, "형사책임능력기준에 관한 비교법적 개관", 23면).

21) 생물학적 방법만으로 책임능력여부를 판단함으로써 책임무능력자에 대해서 형벌을 대신하여 치료를 받게 할 기회를 제공한다는 점을 강조하는 기준이라고 할 수 있으며, 1955년 미연방의회는 콜롬비아특별구법원에서 정신이상을 이유로 무죄판결을 받은 피고인은 모두, 정상을 회복하여 위험이 없어질 때까지, 반드시 정신병원에 수용된다고 하는 법을 제정하기도 하였다(주용기, 앞의 글, 394~395면).

22) 박상식, 앞의 글, 117~118면; 정웅석, 앞의 글, 123면 참조.

는 이 세 원칙의 장점을 결합한 절충적 원칙을 제시하였고, 이 기준은 1962년 미국모범형법전(Model Penal Code) 제4조 제1항과 제2항에 구체화되었다.²³⁾

모범형법전 제4조 제1항에서는 “누구라도 범죄행위 시에 정신의 질환 또는 결함의 결과로서 자기행위의 범죄성을 인식하거나 자기행위를 법의 요구에 따르게 하는 실질적 능력을 결여하고 있을 때에는 그 행위에 대하여 책임을 지지 않는다.”고 하고 있고, 제2항에서는 “본 장에서 사용된 정신의 질환 또는 결함이라는 용어는 반복된 범죄적 행위나 그 외의 반사회적 행위에 의해서만 징표된 이상성은 포함하지 않는다.”고 하고 있다.

본 조항은 책임능력판단의 생물학적 요소인 정신의 질환 또는 결함의 범위와 관련하여 인식(Appreciate)²⁴⁾능력의 결함뿐만 아니라 의지적 능력의 결함도 병렬적으로 규정하고 있고, 인식능력과 의지적 능력의 결함정도와 관련해서 완전한 결여를 요구하는 것이 아니라 실질적(substantial) 결여만으로 책임조각을 인정하고 있어 전통적인 M’Naghten Rule에 의하는 경우보다 책임이 조각되는 범위가 넓어졌다는 점, Durham Rule 하에서는 정신병질자나 형사책임 인정여부에 대해서 논란이 많았다는 것을 고려하여 모범형법전 제4조 제2항에서는 명문의 규정에 의하여 이들의 형사책임을 인정하고 있다²⁵⁾는 점을 특징으로 한다.

모범형법전의 규정에 관해서는 용어의 애매함과 부정확성 등과 같은 비판이 제기되고 있기는 하지만, 그럼에도 불구하고 미국의 많은 주들이 이 기준

23) 모범형법전 제4조 제1항에서 규정하고 있는 ‘정신질환 또는 정신적 결함’은 Durham Rule에서, ‘자기행위의 사악성(범죄성)을 이해하고’는 M’Naghten Rule에서, ‘자신의 행위를 법적 요구에 따르게 하는 실질적 능력’은 저항불능총동테스트에서 인용한 것으로 이해되고 있다(박상식, 앞의 글, 119~120면; 주용기, 앞의 글, 396면).

24) 모범형법전 제4조 제1항의 내용 가운데 ‘Appreciate’의 의미와 관련하여 “모범형법전은 ‘know’가 아닌 ‘appreciate’를 사용하고 있는데, 이는 행위의 선악에 대한 판단능력이 자기의 행위가 잘못되었다는 것을 알지 못했다는 것을 요구하는 것이 아니고 자기의 행위가 잘못되었다는 것을 감정적·정서적으로 이해할 수 없었다는 것을 의미한다.”고 하면서 피고인이 본 조항에 의하여 책임이 조각되기 위해서는 자신이 정신질환 또는 결함의 결과로 자기행위의 범죄성에 대하여 단순히 알고(know) 있었느냐가 문제되는 것이 아니라 거기에 대하여 심정적으로 이해하고 있었느냐가 문제된다고 보는 견해도 있다(정웅석, 앞의 글, 124면 참조).

25) 김선수, “형사책임능력기준에 관한 비교법적 개관”, 24면.

을 따르고 있으며, 대륙법계의 다수의 형법전이 이 기준을 적용하고 있다.²⁶⁾

Ⅲ. 책임능력의 규정방법

1. 생물학적 방법

정신의학적·정신병리학적 관점에서 일정한 비정상적인 상태를 형법에 기술하고 행위자에게 그러한 상태가 있으면 곧바로 책임능력을 부정하는 방법을 말한다. 다시 말하면 생물학적인 측면에서 행위자의 비정상적인 상태가 행위 시에 어떠한 영향을 미쳤는가는 고려하지 않고 전적으로 생물학적인 의미에서 비정상적인 상태에 대한 정신의학적·정신병리학적 진단에 의존한다는 점에서 생물학적 판단방법이라고 하고, 의사·정신의학자 등 전문가의 자연과학적·경험적 감정에 의하여 책임능력의 유무를 결정한다.²⁷⁾ 생물학적 방법은 정신의학자 레이(Ray)의 영향에 의하여 미국 뉴 햄프셔(New Hampshire) 최고법원에서 채택된 뒤에 콜롬비아 항소법원의 이른바 「정신병 또는 정신결함의 소산」(The product of mental disease or mental defect) 테스트에 의하여 절정에 이르렀다.²⁸⁾ 생물학적 방법만으로 책임능력을 판단하는 입법례로는 1810년 프랑스형법 제64조, 미국의 Durham Rule, 1957년 영국의 살인죄법 제2조, 독일형법 제19조, 우리 형법 제9조와 제11조가 있다.

생물학적 방법은 의학적 진단이라는 자연과학적 사실을 제시하여 법관의 자의적인 판단가능성을 배제함으로써 형법의 과학화를 추구할 수 있으며, 책임론과 처우론을 이어주는 가교적 기능 등 형법의 현대적 과제에 대응할 수 있는 장점을 가지고 있으며,²⁹⁾ 현재 책임무능력을 규정함에 있어서 생물학적 요소에 무거운 비중을 두는 방향으로 나아가는 추세에 있다.³⁰⁾ 물론 생물학적

26) 박상식, 앞의 글, 120면 참조.

27) 주용기, 앞의 글, 399면.

28) 김선수, “형사책임능력기준에 관한 비교법적 개관”, 11면.

29) 노용우, “형사책임능력에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1989, 49면.

방법에 대해서는 정신의학자 등의 자의와 편견이 개재될 염려가 있고, 생물학적 판단을 완전히 신뢰할 만큼의 의학이 발달되었다고 하기 어려울 뿐만 아니라, 생물학적 요소가 구체적으로 행위에 대해서 어떤 영향을 주느냐를 밝히지 못한다는 비판이 제기될 수도 있다.³¹⁾ 그러나 생물학적 방법은 후술하는 바와 같이 책임능력의 판단에 있어서 과학적·합리적 근거를 가진 객관적 기준을 마련함으로써 법적 안정성을 꾀할 수 있다는 점에서 타당성이 인정된다.

2. 심리학적 방법

심리학적 방법은 생물학적 상태는 고려하지 않고 행위당시에 행위자가 사물변별능력이나 의사결정능력이 없는 심리상태에 있다고 판단되면 책임능력을 부인하는 것을 말한다. 즉 행위자에게 어떠한 이유가 있는가를 불문하고 행위 시에 사물변별능력이나 의사결정능력이 없으면 책임능력이 없다고 보는 것으로 책임이 규범적 성격을 가진다는 점에 충실한 방법이다. 이 방법에 따르면, 책임능력은 행위자의 자유의사, 즉 지적 요소와 의지적 요소의 존부에 의하여 판단되기 때문에 책임능력의 존재여부는 법원의 규범적 판단에 좌우되게 된다. 그런데 이처럼 책임능력이 과학적 측면에서의 고려 없이 법관에 의하여 규범적으로 결정될 경우 책임무능력의 원인이 무한정하게 확장되고 또 행위 당시 행위자의 심리상태는 명확히 인식될 수 있는 것이 아니라 추측할 수밖에 없으므로 판단자의 자의가 개입되어 피고인의 법적 안정성을 침해할 우려가 발생하게 된다.³²⁾ 또한 책임능력에 관하여 규범적·이론적 측면에서의 논의에 집중되어 온 종래의 사고에서 탈피하여 규범과 경험의 조화를 꾀하고자 하는 시대적 조류와도 일치하지 않는다. 따라서 심리학적 방법은 책임

30) 김선수, "형사책임능력에 관한 연구", 동아대학교 대학원 박사학위논문, 1983, 11면.

31) 주용기, 앞의 글, 399면.

32) 주용기, 앞의 글, 400면 참조: 전적으로 심리학적 방법에 의하여 책임능력을 판단할 경우 현실적으로 정신감정의 감정에 의존할 수밖에 없는 정신장애의 판단에 관하여 완전히 비정신의학적인 규범적 관점으로만 책임능력을 규정하는 것은 모순이라고 보는 지적도 있다 (신영호, "형사책임능력의 판단기준 -특히 감정의와 법관의 관계설정을 중심으로 한 법해석론-", 『비교형사법연구』 제3권 제1호, 한국비교형사법학회, 2001, 67면).

능력의 판단을 위한 적절한 입법태도가 아니라고 보여지며, 이러한 이유로 실제 심리학적 방법만을 채용하고 있는 입법례는 찾아보기 어렵다.³³⁾

3. 혼합적 방법

혼합적 방법은 행위자의 비정상상태를 책임무능력의 생물학적 기초로 규정하고 이러한 생물학적 요소가 행위자의 변별능력과 판단능력에 영향을 미쳤느냐를 심리학적 관점에서 검토하는 입법주의로 정의되고 있으며, 생물학적 방법과 심리학적 방법이 결합되었다는 점에서 생물학적·심리적 방법 또는 결합적 방법이라고도 한다.³⁴⁾ 우리 형법 제10조, 영미법상의 M'Naghten Rule,³⁵⁾ 독일 형법 제20조, 오스트리아 형법 제11조, 스위스 형법 제10조, 미국 모범형법전 제4장 제1조 제1항 등 대부분의 국가가 혼합적 방법에 의하여 책임능력을 규정하고 있다.

혼합적 방법은 심신장애 또는 정신장애 등의 생물학적 요소와 사물변별능력과 의사결정능력과 같은 심리학적 요소의 결합에 의하여 책임능력을 판단하는 것이며, 그 구성방법에 따라 세 가지 유형으로 구분되는데, 정신장애라는 생물학적 요소와 사물변별능력이라는 심리학적 요소를 결합하는 방법,³⁶⁾ 정신

33) 노용우, “책임능력판단에 있어서 심신장애의 의미”, 『형사법연구』 제15호, 한국형사법학회, 2001, 56면; 박상식, 앞의 글, 126면: 이처럼 순수한 심리학적 방법을 채용하는 입법례는 많지 않으나 행위 당시의 심리학적 요소를 기준으로 하여 다른 요소를 참작하는 입법례는 다수 찾아볼 수 있다. 예를 들면 이탈리아 형법 제85조는 인식적 능력 또는 정신적 능력이 결여된 자를 책임무능력자로 규정하고 여기에 해당되는 정신적 결합상태를 열거하고 있다. 그리고 영미형법에 있어서는 1780년 이래 책임능력에 관한 전통적 기준인 M'Naghten Rule에서 주로 인식적 요소를 표준으로 하여 행위의 성질·내용을 인식하거나 또는 행위에 대한 正邪判斷(right and wrong test)이 가능하면 책임능력이 있다고 한 것은 심리학적 방법에 치중한 것으로 평가할 수 있다(김선수, “형사책임능력기준에 관한 비교법적 개관”, 11면).

34) 이재상, 앞의 책, 302면; 임웅, 앞의 책, 284면.

35) M'Naghten Rule은 1843년 이래 영국에서 적용되어 온 원칙으로 “정신질환으로 인한 이성의 결여로 피고인이 자신의 행위의 성격을 알지 못하거나(not to know the nature and quality of the act he was wrong), 자신의 행위가 옳지 않다는 것을 알지 못한 경우에 이를 입증하지 못한 경우(did not know he was doing what was wrong)에는 책임능력이 없다”는 것을 내용으로 한다(신영호, 앞의 글, 67면).

36) 영미법상의 M'Naghten Rule, 일본 구형법이 여기에 속한다.

장애라는 생물학적 요소와 의사결정능력이라는 심리학적 요소를 결합하는 방법³⁷⁾ 그리고 정신장애라는 생물학적 요소와 사물변별능력 및 의사결정능력을 결합하는 방법³⁸⁾이 그것이다. 그런데 혼합적 방법은 어떠한 유형인가를 불문하고 결국은 책임능력의 결합이 정신장애 등에 의하는 경우에는 생물학적인 평가를 하고, 의사결정능력이나 사물변별능력이 비정상적인 심리요인에 의한 경우는 심리적 평가를 하자는 것이다.³⁹⁾

책임능력의 유무를 판정함에 있어서 생물학적 방법만을 따르면, 정신과적 치료와 형법적 처우의 구별이 불분명하여질 뿐만 아니라 정신의가 목표로 하는 것과 형법의 목표가 구분되어야 한다는 점을 간과하게 되고, 심리학적 방법만을 취할 경우 형법이 현실로부터 괴리된 추상적인 판단만을 할 우려가 있으며 법관의 자의적인 판단을 막을 방법이 없게 되므로 인간을 사회라는 목적을 위한 수단으로 이용할 위험이 높아지게 된다.⁴⁰⁾ 이와 같은 이유로 책임능력을 판단함에 있어서 생물학적 방법과 심리학적 방법의 결합이 요구된다고 보는 것이 현재 가장 보편적인 방법으로 평가되고 있다.

Ⅳ. 심신장애 판정기준의 문제점과 개선방안

1. 심신장애의 판정에 관한 개선방안

앞서 살펴본 바와 같이 우리 형법 제10조 제1항은 생물학적 요소와 심리학적 요소가 결합된 혼합적 방법에 의하여 책임능력을 규정하고 있다고 이해하는 것이 학설과 판례⁴¹⁾의 입장이다. 즉 생물학적 요소와 심리학적 요소가 각

37) 그 예로는 영미법상의 저항불능충동테스트(Irresistible Impulse Test)가 있다.

38) 미국 모범형법전, 독일형법, 우리나라 형법 등이 여기에 해당되며 가장 전통적인 방법으로 평가되고 있다(김선수, "형사책임능력기준에 관한 비교법적 고찰", 13면 참조).

39) 박상식, 앞의 글, 126면.

40) 주용기, 앞의 글, 401면.

41) 대법원도 「형법 제10조에 규정된 심신장애는 생물학적 요소로서 정신병 또는 비정상적 정신상태와 같은 정신적 장애가 있는 외에 심리학적 요소로서 이와 같은 정신적 장애로 말미

각 독립적으로 혼합된 방식을 취하고 있는 것으로 이해하고, '심신장애로 인하여'라고 하는 요건을 근거로 하여 생물학적 요소인 '심신장애'판단의 전체 과정을 규범적으로 통제하는 것이다.⁴²⁾ 그런데 우리 형법 제10조 제1항과 제2항의 규정과 관련하여 '심신장애'라는 용어의 타당성 및 혼용되고 있는 '심신장애'와 '정신장애'의 관계, 그리고 '심신장애로 인하여'라고 하는 일반적·추상적 표현방식의 타당성의 문제가 제기되고 있다.

가. 심신장애와 정신장애의 관계

우리 형법에서 사용하고 있는 '심신장애'라는 용어는 법률상의 용어이긴 하지만 심리학이나 정신의학에서 사용하는 용어도 아니고 다른 나라의 입법례에서도 그 예를 찾아보기 어려운 것이다.⁴³⁾ 이러한 이유로 1992년 형법개정안에서는 '심신장애'라는 용어 대신에 '정신장애'라는 용어를 사용할 것을 제안하였다.⁴⁴⁾

'심신장애'의 개념에 관해서 현재 우리 형법학자들은 대체로 독일 형법 제20조의 분류를 기초로 하고 있으며, 실무상의 정신감정에 있어서는 정신의학자들이 공식적으로는 WHO의 국제질병분류(ICD-10)를 채용하고, 현실적으로는 주로 미국정신의학회의 진단 및 통계편람(DSM-IV)의 진단분류를 사용하고 있다.⁴⁵⁾

우리나라의 정신보건법에서는 정신장애를 가진 자를 정신질환자⁴⁶⁾라고 하면서 "정신질환자라 함은 정신병(기질적 정신병을 포함한다)·인격장애·알

암아 사물에 대한 변별능력과 그에 따른 행위통제능력이 결여되거나 감소되었음을 요하므로, 정신적 장애가 있는 자라고 하여도 범행 당시 정상적인 사물변별능력이나 행위통제능력이 있었다면 심신장애로 볼 수 없다."고 하고 있다(대법원 2007. 2. 8. 선고 2006도7900 판결).

42) 주용기, 앞의 글, 404면.

43) '심신장애'의 개념은 원래 현행 일본형법 제정당시 민법상의 규정을 무비판적으로 원용하여 규정한 '심신상실', '심신모약'이 우리에게도 영향을 준 것이 아닌가라는 의문을 제기하면서 재검토가 요구된다고 보는 견해가 제기되고 있다(노용우, "책임능력판단에 있어서 심신장애의 의미", 58면).

44) 이에 따르면 "정신장애로 인하여 행위의 옳고 그름을 판단할 능력이 없거나 그 판단에 따라 행위 할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 않는다."고 규정하고 있다(박상식, 앞의 글, 110면).

45) 노용우, "책임능력판단에 있어서 심신장애의 의미", 61면.

46) 정신질환과 정신장애는 사전적으로 거의 동일한 의미로 사용되고 있다.

코울 및 약물중독 기타 비정신병적 정신장애를 가진 자를 말한다.”고 정의하고 있고, 영국과 일본의 정신보건법에서도 정신장애를 ‘정신병자, 정신박약자, 정신병질자’로 분류하고 있다. 그리고 독일 형법 제20조에서는 책임능력판단을 위한 생물학적 요소로 ‘병적 정신장애(정신병), 심한 의식장애, 정신박약, 기타 중대한 정신이상’을 열거하고 있다. 뿐만 아니라 우리 대법원⁴⁷⁾은 심신장애의 판단을 위한 생물학적 요소로서 ‘정신병, 정신박약 또는 비정상적 정신상태’를 들고 있으며, 학자들도 심신장애의 내용으로 ‘정신병(병적 정신장애), 정신박약, 중대한 의식장애, 정신병질’을 들고 있다.⁴⁸⁾ 이와 같이 법률의 규정과 대법원 및 학자들의 견해에서 파악하고 있는 정신장애와 심신장애의 범위는 대체로 유사하며, 학자들은 ‘심신장애’와 ‘정신장애’를 혼용⁴⁹⁾하는 경우가 많아서 양자의 차이에 관해서는 명확한 기준을 발견할 수 없는 것이 현실이다.

심신장애 및 정신장애는 정신의학·정신병리학·심리학적 측면과 규범적 측면의 결합, 즉 전문가의 감정과 법관의 판단의 결합에 의하여 판단하여야 하는 부분이라는 점은 주지의 사실이다. 그리고 법률의 규정과 대법원 및 학자들의 견해에서 파악하고 있는 바와 같이 심신장애와 정신장애의 범위가 대체로 유사하다고 보는 점에 대해서는 동의한다. 그러나 정신의학·정신병리학·심리학적 측면과 규범적 측면을 어떠한 방식으로 결합하여 조화시킬 것인가에 대한 고려 없이 이들을 동일한 용어로 파악하여 혼용하는 것은 의문의 여지가 있다고 본다. 왜냐하면 정신의학적 측면과 규범적 측면을 어떻게 결합하는가에 따라 심신장애와 정신장애의 관계는 달라질 수 있기 때문이다.

후술하는 바와 같이 필자는 형법 제10조의 심신장애는 독일의 경우와 같이 열거적으로 규정하는 것이 타당하며, 심신장애의 판단을 위해서 일정한 범위 내에서 전문가의 감정을 의무적으로 거치도록 하고 또 전문가의 감정의견이 법관을 구속하도록 하는 것이 타당하다고 보고 있다. 이와 같이 보기 위해서는 정신장애는 정신의학적 측면, 심신장애는 규범적 측면과 결합하는 것이 타

47) 대법원 1992. 8. 18. 선고 92도1425 판결.

48) 배종대, 앞의 책, 436면; 이재상, 앞의 책, 304면; 임웅, 앞의 책, 288면.

49) 김선수, “형사책임능력기준에 관한 비교법적 개관”, 14면; 이재상, 앞의 책, 304면; 주용기, 앞의 글, 404면.

당하다고 본다. 즉 우선 정신의학자·심리학자·법률가 등 전문가들로 구성된 협의체에서 충분한 논의를 거쳐 정신장애의 범위를 설정하여 이를 형법 제10조에 구체적으로 열거하고, 감정전문가는 일정한 범법자가 법률에 열거된 정신장애에 해당하는지 감정을 하고 이 감정의견은 법관을 구속하는 것으로 파악하는 것이 타당하다는 것이다.⁵⁰⁾ 그리고 법관은 정신장애에 해당하는지 여부에 대한 전문가의 감정을 토대로 정신장애자가 정신장애로 인하여 사물을 변별할 능력 또는 이에 따라 행위 할 능력이 없었는지 미약했는지에 따라 심신장애 여부를 판단하면 된다는 것이다. 결국 정신장애는 감정전문가에 의하여 판단되어야 하는 정신의학적 개념이고 심신장애는 법관에 의하여 판단되는 법률적 개념이라는 점에서 엄연히 구별되는 서로 다른 용어로 이해하여야 한다.⁵¹⁾ 즉 심신장애와 정신장애의 관계는 정신장애 여부가 심신장애 판단의 기초가 되는 것으로 보아야 하며, 따라서 정신장애에 해당하는지 여부에 대하여 감정전문가의 감정을 먼저 거치고 이것을 토대로 법관이 최종적으로 심신장애에 해당하는가를 판단하여야 한다는 것이다.⁵²⁾

심신장애와 정신장애의 관계를 이와 같이 파악하면, 적어도 정신장애와 관련된 부분에 있어서는 법관의 자의가 개입될 여지가 배제될 수 있을 것이며, 또한 논리법칙과 경험법칙을 근거로 법관의 자유심증주의가 제한되는 것으로 보아야 할 것이다.

50) 이에 관한 자세한 논의는 후술하기로 한다.

51) 정신보건법이 제1조에서 “이 법은 정신질환의 예방과 정신질환자의 의료 및 사회복귀에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 국민의 정신건강증진에 이바지함을 목적으로 한다.”고 규정하고 있는 점에서 볼 때 정신보건법에서의 정신장애는 정신의학적 개념일 것이며, 심신장애는 범죄성립요건인 책임능력을 판단하기 위한 요건이며 그 최종적인 판단은 법관이 행한다는 점에서 법률적 개념으로 이해하는 것은 당연할 것이다.

52) 심신장애를, 심신상실과 심신미약을 포괄하는 규범적 개념과 심신상실과 심신미약을 판단하는 생물학적 요소로서의 사실적 개념으로 분류하여 전자는 형법 제10조의 표제어로, 후자는 본문의 내용으로 파악하는 견해도 있다(김성규, “책임능력판단의 이론적 구조와 법률적 판단의 의미내용”, 『법조』 제55권 제7호, 법조협회, 2006, 235면). 그러나 동일한 법률에 존재하는 동일한 용어를 이와 같이 구분하여 파악하는 것은 오히려 개념상이 혼란만 가중하는 것이 아닌가 의문이 든다. 따라서 형법 제10조의 표제어, 본문을 불구하고 전문가의 감정의 대상이 된다는 측면에서는 ‘정신장애’, 전문가의 감정을 토대로 법관의 판단대상이 되는 것은 ‘심신장애’라고 파악하는 것이 타당하지 않을까 생각한다.

나. 심신장애(정신장애)의 규정방식

우리나라 정신보건법은 영국과 일본의 정신보건법과 마찬가지로 정신질환자의 범위를 구체적으로 열거하고 있다. 그리고 독일 형법 제20조도 이와 마찬가지로 입법방식에 의하고 있다. 이와는 달리 우리 형법은 '심신장애에 의하여'라는 추상적·일반적 조항의 형식으로 생물학적 요소를 규정하고 있는데 이와 같은 입법방식에 의할 경우에는 '심신장애'의 의미를 어떻게 파악하던지 상관없이 판단자의 자의가 개입할 여지가 커지게 된다. 즉 생물학적 개념으로 보면 감정전문가, 심리학적 개념으로 볼 경우에는 법관의 자의가 개입할 가능성이 있다는 것이다.

이러한 점에서 볼 때 중국적으로는 판단자의 자의가 개입할 가능성을 배제하고 법적 안정성과 명확성 및 인권을 보호한다는 견지에서 정신장애의 유형을 형법에 구체적으로 열거하는 입법방식이 타당할 것이다. 그러나 열거적 입법방식의 도입을 위해서는 법률가와 정신의학자 간의 충분한 논의를 통하여 정신장애의 유형을 구체화할 필요가 있는데, 이와 같은 문제 상황에 대한 충분한 논의가 이루어져 있지 않을 뿐만 아니라 정신의학이 충분히 발달하지 못하여 정신장애의 개념을 확정하는 것도 곤란⁵³⁾한 우리나라의 현 상황을 고려할 때, 열거방식의 입법형식을 취하기 위해서는 다소간의 시간적 여유가 필요할 것으로 보인다. 따라서 잠정적으로 현행과 같은 일반조항의 형식을 유지하면서 법관, 정신의학자, 심리학자 등으로 구성된 협의체에서 충분한 논의를 거쳐 심신장애여부의 판단을 위한 지침을 마련하고 이 지침을 학문의 발전과 논의의 경과에 따라 점진적으로 법률에 구체화하는 것이 바람직하다고 본다.

2. 형사소송법상 감정규정

우리 형법 제10조 제1항에서는 "심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 별하지 아니한다."고 함으로써 책임무능력의 요건을 규정하고 있다. 전술한 바와 같이 형법 제10조 제1항

53) 노용우, "책임능력판단에 있어서 심신장애의 의미", 59면 참조.

은 생물학적·심리학적 요소가 결합된 '심신장애'라는 표지와 순수한 심리학적 요소로 이루어진 '사물변별능력' 및 '의사결정능력'이라는 표지의 결합에 의하여 책임무능력을 판단하는 혼합적 방법을 취하고 있다.

'심신장애'를 정신장애에 해당하지는 여부에 대한 전문가의 감정을 토대로 법관이 최종적으로 판단하는 표지로 이해할 경우, 책임무능력판단의 기초가 되는 정신장애에 대한 판단은 전문적인 정신의학상의 지식과 경험을 필요로 하는 분야이므로 정신의학적 측면에 있어서는 비전문가인 법관이 판단할 수 있는 성질의 것이 아니라 정신의학전문가 등의 감정이 요구되는 분야일 것이다. 이에 관하여 우리나라에서는 심신장애여부의 판단에 있어서는 전문가의 감정을 거처도록 하고 있지만 법관은 전문가의 감정의견과 다른 판단을 하는 것이 가능하기 때문에 결국은 책임능력에 대한 최종적 판단은 법관에 의한 규범적 판단에 의하도록 한다고 이해하는 것이 판례⁵⁴⁾와 학설⁵⁵⁾의 일반적 경향이며, 이는 심신상실이나 심신미약을 법적 개념으로 파악한 결과이기도 하다.⁵⁶⁾

그런데 심신장애의 판단에 있어서 전문가의 감정 및 감정결과와 법관의 최종적 판단의 관계를 이처럼 파악하게 될 경우 전문가의 감정이 반드시 필요한가, 그리고 법관이 책임무능력을 판단함에 있어서 전문가의 감정결과에 구속되는지 여부에 대한 논의가 필요할 것으로 보인다.

54) 대법원 판례에 따르면, 「형법 제10조에 규정된 심신장애는, 생물학적 요인으로 인하여 정신병 또는 비정상적 정신상태와 같은 정신적 장애가 있는 외에, 심리학적 요인으로 인한 정신적 장애로 말미암아 사물에 대한 변별능력과 그에 따른 행위통제능력이 결여되거나 감소되었음을 요하므로, 정신적 장애가 있는 자라고 하여도 범행 당시 정상적인 사물변별능력이나 행위통제능력이 있었다면 심신장애로 볼 수 없다. 그리고 피고인이 범행 당시 심신장애의 상태에 있었는지 여부를 판단함에 있어 반드시 전문가의 감정을 거쳐야 하는 것은 아니므로, 법원이 범행의 경위와 수단, 범행 전후의 피고인의 행동 등 기록에 나타난 여러 자료와 공판정에서의 피고인의 태도 등을 종합하여 피고인이 심신장애의 상태에 있지 아니하였다고 판단하여도 이것만 가지고 위법이라고 할 수는 없다.」고 하고 있다(대법원 2007. 6. 14. 선고 2007도2360 판결).

55) 배종대, 앞의 책, 436면; 이재상, 앞의 책, 306면; 임웅, 앞의 책, 289~290면.

56) 이처럼 책임능력의 판단에 있어서 사물변별능력 및 그에 따른 의사결정능력이 핵심이 되고, 그 전제가 되는 생물학적 요소에 관한 정신의학자의 의견은 법관의 판단을 위한 하나의 참고자료가 될 뿐이라고 이해되어 온 것은 심신상실이나 심신미약이란 것도 법적 개념이기 때문에 정신과의사에 의한 생물학적 감정결과에 기하여 법관이 심리학적 요소의 검토를 통한 가치판단에 의해서 이를 결정한다고 하는 것이 책임능력판단의 구조라고 하여 왔기 때문이다(김선수, "형사책임능력기준에 관한 비교법적 개관", 13면).

가. 전문가 감정의 의무성

우리 판례는 「심신장애의 유무는…전문감정인의 정신감정결과가 중요한 참고자료가 되기는 하나, …독자적으로 심신장애의 유무를 판단하여야 한다.」고 함으로써 법관이 감정인의 감정의견에 구속되지 않는다는 태도⁵⁷⁾를 취하고 있는가하면, 또 일면에서는 「정신과 전문의사로 하여금…감정을 하게 하여…피고인이 범행당시에 심신상실 또는 심신미약 상태에 있었는지 여부를 판단 하였어야 함에도 불구하고 원심이 범행에 이른 경위 및 범행후의 행동에 대한 피고인의 수사 및 재판과정에서의 진술과 태도만으로 피고인이 범행당시에 심신장애의 상태에 있지 아니하였다고 단정한 것은 심리를 다하지 아니하고 채증법칙을 위반…」이라고 판시함으로써 피고인의 정신장애 여부가 불분명한 경우에 전문가의 감정을 거치지 않았다는 점을 들어 원심을 파기한 판례⁵⁸⁾도 있다.

이처럼 심신장애 여부에 대하여 전문가의 감정을 거치도록 하는 것이 의무적인가에 대한 우리 판례의 입장은 명확하지 않으며, 다만 최근의 판례가 심신장애의 의심이 있는 경우 전문가의 감정을 거쳐야 한다는 것을 강조하고 있다는 점에 주목할 수 있을 뿐이다. 또한 전문가의 감정에 관하여 우리 형사소송법은 제169조 내지 제179조의2에서 추상적이고 일반적으로 규정하고 있을 뿐 심신장애의 판단에 있어서 감정인이 구체적으로 어떠한 역할을 하는지를 가늠할만한 지침을 발견할 수 없다.

생각건대 감정은 법원이 재판을 함에 있어서 필요한 경험이나 실험법칙 등을 결여하고 있는 경우에 이를 보충할 목적으로 행해지고 있으므로 피고인 측의 감정신청이 있고, 그 신청이 상당한 설득력을 구비하고 있으면 법원은 그 신청을 받아들여야 할 것이며, 피고인의 신청이 없더라도 근거 있는 의심이 생기는 경우 법원은 반드시 감정을 명하는 것이 타당할 것이다.⁵⁹⁾ 법관은

57) 대법원 1996. 5. 10. 선고 96도638 판결; 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007도8333 판결; 대법원 2007. 6. 14. 선고 2007도2360 판결; 대법원 2007. 2. 8. 선고 2006도7900 판결; 대법원 1996. 5. 10. 선고 96도638 판결; 대법원 1994. 5. 13. 선고 94도581 판결.

58) 대법원 1989. 3. 14. 선고 89도94 판결; 대법원 1998. 4. 10. 선고 98도549 판결.

59) 이인영, “정신감정절차의 의무성과 정신감정서의 구속력”, 『법학논총』 제17집 제2호, 조선

법률전문가일 뿐이지 법률의적인 부분에 있어서는 비전문가이므로 감정을 통하여 관련전문가의 조언을 얻어야 하는 것이 사리에 맞을 것이며, 이는 정신의학적 측면과 규범적 측면이 결합된 심신장애의 판단에 있어서도 마찬가지일 것이다. 심신장애의 판단과 관련하여 필요적 감정의 범위는 책임능력의 판단요소로서 생물학적 요소는 인과적·기술적인 것이고 심리학적 요소는 규범적·가치적 요소로 되어 있기 때문에 책임무능력을 판단함에 있어서 생물학적 요소인 정신장애의 판단은 감정이 필수적이고, 심리학적 요소인 심리학적 요소인 사물변별능력 내지 의사결정능력에 대한 감정은 임의적이라고 보아야 할 것이다.⁶⁰⁾ 결국 필요적 감정의 대상은 생물학적 요소인 정신장애이며 법원은 정신장애에 대한 감정인의 감정결과를 토대로 심신장애여부와 사물변별능력 및 의사결정능력을 판단함으로써 최종적으로 책임무능력에 해당하는지 여부를 결정하여야 할 것으로 본다.⁶¹⁾

나. 감정결과의 구속성

앞서 논의한 바와 같이 책임무능력의 판단요소 가운데 생물학적 요소는 필요적 감정대상으로 파악하였다. 그런데 이와 관련하여 전문가의 감정결과에 법원이 구속되는지 여부에 대하여 견해가 대립하고 있는데, 이에 대하여 우리 대법원은 책임능력의 판단은 법률적 판단이므로 법원은 감정인의 정신감정결과에 구속되지 않는다는 입장에 있다.⁶²⁾

대학교 법학연구소, 2010, 57면.

- 60) 같은 취지 강동욱, “책임능력에 관한 고찰”, 「한양법학」 제4·5(통합)권, 한양법학회, 1994, 28면.
- 61) 정신장애와 심신장애의 관계에 관해서는 앞서 언급한 바와 같이 정신장애는 전문가의 감정을 거쳐야 하는 순수한 생물학적 요소를 의미하며 심신장애는 전문가의 감정을 거친 정신장애를 토대로 법원이 최종적으로 판단하는 개념이라고 이해하는 것이 타당하다고 본다.
- 62) 대법원에 따르면, 「형법 제10조 제1항 및 제2항 소정의 심신장애의 유무 및 정도의 판단은 법률적 판단으로서 반드시 전문감정인의 의견에 기속되어야 하는 것은 아니고, 정신분열병의 종류 및 정도, 범행의 동기 및 원인, 범행의 경위 및 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 증거인멸 공작의 유무, 범행 및 그 전후의 상황에 관한 기억의 유무 및 정도, 반성의 빛 유무, 수사 및 공판정에서의 방어 및 변호의 방법과 태도, 정신병 발병 전의 피고인의 성격과 그 범죄와의 관련성 유무 및 정도 등을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할

책임능력의 판단요소 중 인과적·기술적인 생물학적 요소의 판단에 있어서는 전문가의 감정이 필수적이지만, 규범적·가치적 요소로 파악되고 있는 심리학적 요소에 대한 감정은 임의적이라고 볼 때 생물학적 요소와 심리학적 요소를 함께 내재하고 있는 심신장애판단의 전제가 되는 정신장애에 대한 전문가의 감정의견은 법관에 대하여 구속력을 가진다고 이해하는 것이 타당할 것이다. 왜냐하면, 책임능력판단을 위한 생물학적 요소에 있어서 법관은 윤리적·목적론적 태도에서 벗어나 사실판단자로서의 지위에 있어야 하며, 책임능력의 판단에 있어서 범죄자의 처우라는 관점을 중시하지 않을 수 없고,⁶³⁾ 생물학적 요소에 대한 전문가의 감정이 필수적이라고 하기 위해서는 감정내용에 대한 구속력도 보장하는 것이 타당하기 때문이다.

물론 형사소송법의 원칙인 자유심증주의에 의하면, 정신과 의사의 책임무능력이라는 의견이 법관에 의하여 무시된다거나 또는 정신과 의사 상호간에 감정의견이 상충하는 경우 그 선택이 법관에게 달려있다고 보는 것은 타당하며, 법관의 판단이 전문가의 감정의견에 구속된다고 보는 것은 자유심증주의의 침해에 해당한다고 볼 수도 있을 것이다. 그러나 자유심증주의가 법관의 자의를 의미하는 것이 아니라 논리법칙과 경험법칙에 구속된다는 측면에서 본다면, 적어도 전문가의 감정의견이 일치하는 범위 내에서는 정신감정에 있어서 법관이 전문가의 과학적 근거에서 행해진 감정에 원칙적으로 구속된다고 하여 이를 곧바로 자유심증주의의 침해라고 보는 것은 무리가 있을 것으로 본다.⁶⁴⁾ 다만, 이렇게 이해하기 위해서는 반드시 감정전문가가 보편타당성을 지닌 감정기준에 의거하여 감정을 행하였을 것을 전제로 하여야 할 것이다. 즉 전문가의 감정의견이 일치하는 한, 보편타당성을 지닌 기준에 의한 감정전문가의 생물학적 판단에 구속력을 부여하며, 법관이 감정의견과 다른 판단을 내릴 경우에는 반드시 합리적 근거를 제시하도록 함으로써 책임능력의 판단에 있어서 규범과 경험이 조화를 이룰 수 있도록 하여야 할 것이다.⁶⁵⁾

수 있다.」로 한다(대법원 1994. 5. 13. 선고 94도581 판결).

63) 강동욱, 앞의 글, 30면.

64) 신영호, 앞의 글, 73면.

65) 같은 취지 김성규, 앞의 글, 243면.

V. 결 론

지금까지 우리 형법 제10조 제1항과 제2항에서 규정하고 있는 심신장애의 판단기준 및 심신장애의 판단에 있어서 전문가의 감정의 역할에 관하여 살펴보았다. 형법상 구성요건해당성이 있고 위법성이 있는 행위를 한 자라고 하더라도 책임의 유무 및 그 정도에 따라 그에게 부과되는 형사제재의 유무 및 유형은 달라진다. 즉 기결수용자는 교도소라는 수용시설에, 비행소년은 소년원, 정신장애 및 약물중독 범죄자는 치료감호소에 각각 수용되어 교정·교화를 거치게 된다.

우리나라의 행형과 교정의 지도이념은 교육형주의인데 교육형주의가 효과를 거두려면 교정시설에 따라 교정이념의 실현을 위한 정책을 달리해야 한다. 범죄자가 교도소라는 수용시설에 있는지, 소년원 또는 치료감호소라는 보호시설에 수용되어 있는지에 따라서 그에게 취해지는 조치 역시 달라질 것이다. 그러므로 범죄자를 어떤 교정시설에 수용할 것인가의 기준을 제시한다는 측면에서 형법 제10조 제1항과 제2항에서의 심신장애의 판단기준과 이에 대한 전문감정인의 역할이 중요한 의미를 가질 수 있을 것이다.

이에 본 논문에서의 논의를 통하여 필자는 형법 제10조에서의 심신장애의 판단기준과 이에 대한 전문가의 감정의 의미에 관하여 다음과 결론을 도출할 수 있었다.

첫째 '심신장애'의 의미와 관련하여 형법 제10조에서의 '심신장애'는 생물학적 요소와 심리학적 요소가 혼합된 방식으로 이해하고 있는 것이 일반적이다. 그런데 생물학적 요소와 심리학적 요소가 어떠한 방식으로 혼합되어 있는지, 또 혼용되는 경향이 있는 '심신장애'와 '정신장애'의 관계를 어떻게 파악할지의 문제가 제기되어 왔으며, 법률의 규정과 대법원 및 학자들은 일정한 범위에 있는 정신질환을 경우에 따라서 정신장애로도 심신장애로도 지칭하고 있을 뿐 이들의 관계를 명확히 규정하고 있지는 않다. 심신장애 및 정신장애는 정신의학·정신병리학적 측면과 규범적 측면의 결합에 의하여 판단하여야 하는 부분이고 법률의 규정과 대법원 및 학자들의 견해에서 파악하고 있는 바와 같이 심신장애와 정신장애의 범위가 대체로 유사하다고 보는 점에 대해서는

동의한다. 그러나 정신의학·정신병리학적 측면과 규범적 측면을 어떠한 방식을 결합하여 조화시킬 것인가에 대한 고려 없이 이들을 동일한 용어로 파악하여 혼용하는 것은 의문의 여지가 있다고 본다. 생각건대 정신장애는 정신의학적 측면, 심신장애는 규범적 측면과 결합하는 것이 타당하다고 본다. 즉 '정신장애'는 생물학적·정신의학적 개념으로, '심신장애'는 규범적 개념으로 이해되어야 한다고 본다. 따라서 '심신장애'에 해당하는지를 판단함에 있어서 '정신장애'가 있는지 여부는 전문가에 의한 감정에 의하고, 이것을 토대로 법관이 '심신장애'에 해당하는지를 최종적으로 판단하는 것이 타당할 것이다.

둘째 우리 형법은 '심신장애에 의하여'라는 추상적·일반적 조항의 형식으로 생물학적 요소를 규정하고 있는데 이와 같은 입법방식에 의할 경우에는 감정전문가, 법관 등과 같은 판단자의 자의가 개입할 여지가 커지게 된다. 따라서 법관, 정신의학자, 심리학자 등으로 구성된 협의체에서 충분한 논의를 거쳐 정신장애여부의 판단을 위한 지침을 마련하고 이를 법률에 열거적으로 규정하는 것이 바람직하다고 본다.

셋째 감정전문가의 감정의 의무성여부에 관해서는 법률에도 규정이 없고 이에 관한 대법원의 입장도 일관되어 있지 않다. 감정은 법원이 재판할 함에 있어서 필요한 경험이나 실험법칙 등을 결여하고 있는 경우에 이를 보충할 목적으로 행해지고 있으므로 법률외적인 부분에 있어서는 비전문가인 법관이 심신장애를 판단함에 있어서 감정을 통하여 관련전문가의 조언을 얻어야 하는 것이 사리에 맞다. 따라서 책임무능력을 판단함에 있어서 생물학적 요소인 정신장애의 판단에 대해서 피고인 측의 신청이 있거나 재판을 함에 있어서 근거 있는 의심이 있는 경우에는 감정이 필수적일 것이다. 다만, 사물변별능력 내지 의사결정능력은 심리적 요소로서 규범적 성격을 띠고 있으므로 이에 대한 감정은 임의적이라고 보아야 한다.

마지막으로 감정의견의 구속성에 관해서 우리 대법원은 책임능력의 판단은 법률적 판단이므로 법원은 감정인의 정신감정결과에 구속되지 않는다는 입장에 있다. 그러나 '심신장애'와 '정신장애'의 관계를 '심신장애'에 해당하는지를 판단함에 있어서 '정신장애'가 있는지 여부는 전문가에 의한 감정에 의하고, 이것을 토대로 법관이 '심신장애'에 해당하는지를 최종적으로 판단하는 것으로

이해하고, 생물학적 요소인 '정신장애'에 대한 전문가의 감정을 필수적인 절차로 파악한다면 이에 대한 전문가의 감정의견은 당연히 법관을 구속한다고 이해하는 것이 타당하다고 본다.

참고문헌

- 배종대, 「형법총론」, 홍문사, 2011.
- 신동일, 「심신장애 판정의 문제점과 개선방안 -각국의 제도 및 현황을 비교하여-」, 한국형사정책연구원, 2004.
- 이재상, 「형법총론」, 박영사, 2011.
- 임 응, 「형법총론」, 법문사, 2011.
- 강동욱, “책임능력에 관한 고찰”, 「한양법학」 제4·5(통합)권, 한양법학회, 1994.
- 김선수, “형사책임능력에 관한 연구”, 동아대학교 대학원 박사학위논문, 1983.
- _____, “형사책임능력기준에 관한 비교법적 개관”, 「경남법학」 제5집, 경남대학교 법학연구소, 1989.
- 김성규, “책임능력판단의 이론적 구조와 법률적 판단의 의미내용”, 「법조」 제55권 제7호, 법조협회, 2006.
- 김주연, “인권과 교정복지의 이해”, 「인권복지연구」 제3호, 한국인권복지학회, 2008.
- 노용우, “형사책임능력에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1989.
- _____, “책임능력판단에 있어서 심신장애의 의미”, 「형사법연구」 제15호, 한국형사법학회, 2001.
- 박상식, “정신장애범죄자의 형사책임능력판단기준에 관한 연구”, 「형사정책연구」 제18권 제1호, 한국형사정책연구원, 2007.
- 박영숙, “수용자의 교정처우에 관한 연구”, 「교정복지연구」 제13호, 한국교정복지학회, 2008.
- 신영호, “책임능력의 판단기준 -특히 감정의와 법관의 관계설정을 중심으로 한

- 법해석론-”, 「비교형사법연구」 제3권 제1호, 한국비교형사법학회, 2001.
- 이인영, “정신감정절차의 의무성과 정신감정서의 구속력”, 「법학논총」 제17집 제2호, 조선대학교 법학연구소, 2010.
- 정응석, “심신장애자의 판정에 관한 연구 -미국의 형사법에 기초한 비교법적 관점에서-”, 「법학연구」 제19권 제3호, 연세대학교 법학연구소, 2009.
- 주용기, “법원의 책임능력평가에 관한 형사정책적 검토”, 「한양법학」 제20권 제3집, 한양법학회, 2009.
- 천정환, “한국의 교육형주의의 문제점”, 「교정복지연구」 제2호, 한국교정복지학회, 2005.

[Abstract]

The current standards of judgment for psychological disorder

Park, Jung-Sung

Ph.D. in Law, Dept of police administration, Kyungwoon Univ.

Kim, Hyo-Jin

Ph.D. in Law, Dept of police administration, Kyungwoon Univ.

The purposes of correction has been protecting the community through the rehabilitation of criminals and the major ideology of correction and welfare is the educational punishment. Effective realization of the educational punishment is based upon the promise selection and categorization of objects for the correction. The judgment of '*psychological disorder*' in the criminal law § 10 takes on important roles to select and classify objects for the correction.

The conclusion of this paper is as in the following:

The first, it is reasonable to judge '*psychological disorder*' that '*mental disorder*' should be judged by experts and on the basis of this results, a judge should finally decide '*psychological disorder*'. The second, it is desirable that biological elements to judge '*psychological disorder*' which have been provided abstractly in the current criminal law should take concrete shape as soon as possible.

The third, experts' examination are necessary to judge '*mental disorder*' which is biological elements, but are voluntary processes to decide psychological elements. And it is nature that experts' opinions about judgment of '*mental disorder*' have carry binding force against judge.

Key words : Correction, Examination, Criminal Responsibility, Psychological Disorder, Mental Disorder