

연구총서 04-30

심신장애 판정의 문제점과 개선방안
- 각국의 제도 및 현황을 비교하여 -
Analysing Insanity

신 동 일

한국형사정책연구원

연구자

신동일 (부연구위원, 법학박사)

발 간 사

현대사회는 점차 복잡하고 다양하게 변화하고 있습니다. 이러한 복잡성 속에서 범죄의 양상도 상당히 심각한 유형으로 변화하기도 합니다. 최근 발생한 엽기적인 연쇄살인 범죄나 우연한 기회에 발생하는 심각한 폭력범죄, 또는 가정 내에서 발생하는 비극적인 범죄들은 우리 사회의 단면을 보여주기도 하지만, 일부 범죄에서는 심각한 심신장애자들에 의한 범죄가 아닌가 하는 의심을 하게 합니다.

형법상 심신장애 판정은 매우 중요한 문제입니다. 형법상 책임원칙은 일정한 책임능력자의 의도되거나 한계를 넘은 과실에 의한 행위만을 비난할 수 있다고 요구합니다. 우리 형법은 미성년자나 농아자의 책임감면과 별도로 형법 제10조에서 책임무능력과 한정책임능력자의 처리에 대해 규정하고 있습니다. 이 조항의 해석에서 심신장애의 판정이 결정됩니다. 1954년 현대 형법이 제정된 이후, 한 번도 이 조항은 개정되지 않았습니다. 정신분석학과 심리학의 발전된 위상과 비교하여 형법상 책임능력과 심신장애 판정에 대한 새로운 해석을 시도하는 것은 필요한 것이라고 생각합니다. 연구총서에서도 표현되듯이 형법상 심신장애 판정은 형사소송법상 감정의 문제와 밀접하게 결부되어 있습니다. 특히 전문 감정인의 소송법상의 지위 문제는 오랫동안 소송법에서 문제되던 내용이었습니다.

비교법적으로 우리와 유사한 법제도를 시행하는 독일과 미국, 일본 등의 심신장애 판정에 관한 연구를 해보는 것은 장차 우리 형법을 개선하는데 좋은 참고 자료가 될 것으로 믿습니다. 한국형사정책연구원에서 그동안 수행한 관련 자료와 함께 본 연구보고서는 형법상 심신장애자 판정에 대한 새로운 관점과 논의를 제시할 수 있을 것으로 희망합니다.

끝으로 어려운 연구를 성실하게 수행하여 준 신동일 부연구위원에게도
감사의 말씀을 전합니다.

2004년 12월

한국형사정책연구원

원 장

이재준

목 차

국문요약	9
제1장 서 론	13
1. 연구목적	13
2. 연구방법	15
제2장 형법상 책임능력	19
1. 기초이해	19
가. 관점의 변화	19
나. 인간의 내면 구조에 대한 설명	21
1) 장이론(field theory)에 따른 분석	21
2) 철학적 분석	23
3) 규범적 분석	25
2. 실정법의 태도	26
가. 헌 법	26
나. 민 법	27
다. 형 법	29
3. 형법 제10조의 구체화 필요성	32
제3장 각국의 책임능력기준의 이론과 현실	35
1. 독 일	35
가. 기초이해	35

6 심신장애 판정의 문제점과 개선방안 - 각국의 제도 및 현황과 비교하여

나. 책임능력 평가구조	36
1) 규범구조	36
2) 실무적인 적용	38
3) 형사소송법상 감정의 문제	41
4) 독일 형법상 보안처분과의 관련성	43
다. 평 가	44
2. 미 국	45
가. 구 조	45
1) 전 제	45
2) 정신 이상 행위(Insanity)의 형법적 의미	46
나. 책임판정의 구체적 기준	48
1) 맥나튼 룰(the McNaghten Rule)	48
a) 개 요	48
b) 반 응	49
c) 맥나튼 룰의 구체화	50
2) 더램 룰(the Durham Rule)	51
3) ALI 기준과 모범형법전	53
4) 정신질환 범법자의 치료감호	55
다. 평 가	55
3. 일 본	56
가. 구 조	56
나. 형법개정의 역사	57
다. 일본 형법상 ‘심신상실’과 ‘심신모약’의 구체적 의미	60
1) 판단근거	60
a) 생물학적 표지에 포함되는 유형	60
i) 내인성 정신병	60
ii) 외인성 정신병	61

iii) 지적장애(知的障害)	61
iv) 정신병질(精神病質)	62
v) 중독성 정신장애	62
b) 심리학적 표지에 포함되는 유형	63
2) 일본 판례 태도의 특이성	64
라. 평 가	65
제4장 형법상 책임무능력 판정과 개선가능성	67
1. 우리 형법 제10조의 검토	67
2. 국내 학설 검토	68
가. 문언 해석 문제	68
나. 형사소송법상 감정과의 관련성	71
3. 정신장애자 판정에 관한 판례 분석	73
가. 개념 해석 문제	73
나. 감정에 대한 판례의 입장	76
1) 법이론적 검토	76
2) 법논리적 검토	77
다. 현실적인 문제	80
4. 개선방안	82
가. 형법 제10조의 구체화	82
1) 심신장애 개념의 구체화	82
2) 소송법상 정신감정의 현실화	83
3) 심리학적 표지의 구체적 명시	84
4) 명정행위의 특수성 인정	85
나. 형사소송법상의 감정관련 규정 개선	86
1) 현행 규정의 보완	86

8 심신장애 판정의 문제점과 개선방안 - 각국의 제도 및 현황과 비교하여

2) 전문감정 결과에 대한 존중	87
-------------------------	----

제5장 결 론	89
---------------	----

참고문헌	93
------------	----

Abstract	99
----------------	----

국문요약

1. 형법상 심신장애 판정의 문제는 책임원칙의 실현을 위한 중요한 논의 대상이다. 근대 형법의 합리성 프로젝트는 국가 형벌권의 한계를 책임능력과 책임범위를 기준으로 확정지은 것이다. 책임능력은 형벌을 고려할 수 있는 조건으로 작용한다. 형벌의 근거와 한계를 확정하는 것은 책임 그 자체이다. 그러므로 어떻게 생각하면 책임능력의 문제는 형벌의 절대적인 조건을 생각하게 만드는 요소이기도 하다. 전통적으로 인간의 행위를 평가할 때 결정론과 비결정론의 심각한 논쟁이 지속되어 왔다. 오늘날 새롭게 등장하는 정신분석학과 심리학, 그리고 신경의학의 성과는 과거 결정론과 비결정론의 구분을 무의미하게 만들기도 한다. 그러나 아직 우리 형법에서 취하고 있는 이론적인 토대는 소위 ‘제한적 비결정론’이라고 할 수 있다.

제한적 비결정론에 따르면 심신상실과 심신미약 두 가지 요건에 의하여 형법상의 개입 전제인 책임무능력과 한정책임능력을 평가하게 되고, 그 두 가지 조건 중 한 가지가 충족되면 형법은 개입근거를 잃게 된다. 이와 같은 구상에 따르면 책임능력 조항은 형사사법 기관의 개입 한계를 결정하는 중요한 기준이 된다. 특히 형법 제10조 제1항과 제2항은 소위 ‘심신장애로 인한 변론조항’(Insanity Defence)로서의 기능을 담당한다. 역사적으로 정신장애자의 처우는 비인권적으로 행사되기 쉬웠다. 정신병자로 낙인 찍히게 되면 근거 없이 격리되거나 비인간적인 처우를 감당해야 했다. 종교적인 박해의 대상이 되기도 하였으며, 무리한 구금과 감금의 대상이 되기도 하였다. 이러한 정신장애자들의 이상행동들은 정상인(?)의 이해를 얻기가 힘들었다.

2. 형법적으로 범법정신장애자들의 행위는 정상적인 행위와 구분이 분명하지만, 그 정신장애 정도의 확인은 매우 전문적인 견해에 의존할 수밖에 없다. 범법정신장애자들의 행동과 범죄적인 특성에도 불구하고 이들은 자

신들의 행위에 의미를 이해하지 못하거나 순간적인 충동에 의해 조절하기 힘든 상태에서 자행된 행위의 경우, 형사사법기관에 순순히 자신들의 범죄에 대해 자백 또는 자수하는 경우도 다수 발견된다. 문제는 이러한 정신장애자들의 행위가 순수한 의미에서 범죄로서의 적성을 가지고 있는가이다. 만일 심리학적인 충동에 의하여 순간적인 범행을 저지렀지만, 형법적인 의미에서의 규범위반이나 '범죄'로 분류될 수 없을 수도 있다. 이 경우 범법 정신장애자를 처벌하는 것은 손쉬울 수 있다. 그러나 이러한 처벌은 형법 본래의 의미에서 벗어난다. 오히려 잘못된 법집행으로 판단할 수 있다.

범법정신장애자를 판정하는 문제는 결국 형법 제10조의 해석에서 나와야 한다. 그러나 우리 형법 제10조 제1항과 제2항의 규정은 섬세한 기준이 되기엔 힘들다는 생각을 해본다. 먼저 우리 형법 제10조 제1항에서 제시하는 '심신상실'의 실질적인 내용이 뚜렷하게 나타나지 않는다는 점이 문제이다. 또한 주요 교과서들에서는 이견 없이 제시하는 '생물학적-심리학적 표지'의 실질적인 의미를 생각한다면, 우리 형법 제10조 제1항과 제2항은 조금 더 구체적인 의미로 기술되면 좋겠다.

3. 외국의 유사한 규정을 살펴보면, 우리와 문언상으로는 근접하지만 그 실질적인 해석과 적용이 다르다는 것을 확인할 수 있다. 독일형법의 경우는 1975년 개정된 형법 제20조에서 정신병, 심각한 정신질환, 지능의 부족함, 기타 정신적인 결함이 예견되는 증세와 사물을 변별할 수 없거나 의사를 결정할 수 없는 경우로 세분화하고 있다. 이 세분화된 개정 법률의 직접적인 효과로 그 동안 심신장애로 구분되기 힘들었던 순수 심리학적 표지에 따른 행위인 '격정행위'(Affekttat)를 현실화한 판결도 눈에 띈다. 그러나 독일 역시 관행적으로는 심각한 정신병이라는 주장이 제기되지 않으면, 심신상실 또는 심신미약으로 판단하는 경우가 드물었다.

영국과 미국의 경우 전통적인 '맥나튼 룰'에 따라 '선악판단'이 주요 기준으로 작용하였다. 잠시 '더램 룰'이 제시되기는 하였지만 맥나튼 룰은 아

직도 미국 형법에서 중요한 기준으로 작용된다. 최근 독일 형법의 규정과 유사하게 모범형법전에서 소위 ‘AL Test’를 주장하는 문언이 제시되기는 하지만, 모범형법전은 단지 연방의 권고안일 뿐이고 실질적인 해석기준으로 사용될 수 없다는 의미에서 다른 차원의 문제라고 파악된다. 중요한 특징 하나는 미국과 영국의 경우는 심신장애 자체를 규범적인 판단 대상으로 보는 것이 아니라 소송적격의 문제로 본다는 점이다. 그러므로 심신장애 또는 심신미약의 주장이 제기되고, 전문 감정인들의 견해가 이를 긍정한다면 법원에서 심리할 수 있는 권한이 처음부터 없는 것으로 해석한다. 보안처분이 범죄를 전제로만 행사되는 우리나라나 독일의 경우와 달리 일반시민들에게도 독립적으로 작용하므로, 미국의 경우는 법원에서 심리할 수 없는 범법정신장애자들에 대한 처우가 곧바로 치료보호소로 넘어가게 되는 체계를 확인할 수 있었다.

일본의 경우는 우리와 유사한 문언을 가지고 있지만 매우 간략하게 형법 제39조에서 ‘심신상실자의 행위는 벌하지 아니 한다.’라고 규정하고 있다. 일본형법학자들의 설명은 ‘심신상실’이라는 용어에 생물학적 표지와 심리학적 표지가 혼합되어 있으므로 처음부터 독일 형법 제20조의 구정처럼 해석이 가능하다고 한다. 이러한 사실은 일본 형법의 수차례에 걸친 개정과 개정가안에서 확인할 수 있었다. 조심스럽게 추측할 수 있는 것은 현재 우리 형법 제10조 제1항과 제2항의 문언은 일본형법가안 중의 한 가지를 채택하여 나타난 결과라고 생각할 수도 있다. 판례에서 적용되고 있는 일본의 심신장애 판정의 다양성은 일본 학자들의 주장처럼 동시에 고려되는 것으로 생각할 수 있었다.

4. 규정상의 문제와 관련하여 생각해 봐야 하는 사항은 형사소송법상 감정인의 지위에 관한 문제이다. 현재 통설적인 태도는 감정은 임의적이며, 감정인의 결과는 증언의 예에 따라 결정한다. 그러나 감정의 범위에서 정신장애판정을 위한 전문 감정을 포함시켜야 하는지는 다시 생각해 봐야 한

다. 왜냐하면 일반적으로 감정은 정신 감정과 완전히 다른 위조지폐의 식별이나 교통사고시 기능적인 결함의 감정처럼 법규적인 근거가 다소 미약한 경우가 많다. 그러나 형사법정에서 피고인의 정신장애가 문제된다면, 이 사안은 형법 제10조 제1항과 제2항에서 요구하는 형벌자제 명령에 직접 대상이 된다. 또한 책임능력 평가는 피고인에게 가장 치명적인 요소로 작용할 수 있다.

감정인의 지위를 구체화하여 정신감정의 경우는 다른 규정을 두고 있는 국가들이 많다는 점을 생각한다면, 우리처럼 동일하게 법관의 재량에 따라 감정을 유치시키고, 법정에서의 태도만을 중심으로 감정결과를 평가하는 것은 자칫 범법정신장애자들의 판정에 주관적인 편견이 포함될 수 있는 위험성이 있다고 생각한다. 특히 순간적인 격정에 의한 범죄나 명정행위 등은 법정에서의 태도만으로는 도저히 그 책임능력 부존재를 인정받기 힘들 것으로 보인다. 이러한 문제를 해결하기 위하여는 감정증인의 소송법상의 지위를 조금 더 구체화하는 것이 필요할 것으로 본다.

5. 형법상 책임무능력과 한정책임능력을 결정하는 것은 형법상 심신상실과 심신미약의 기준을 구체화하고 형사소송법상 감정에 대한 의미를 보다 합리화하여 시도할 때에만 정당성을 확보할 수 있다고 믿는다. 그러므로 형법 제10조에서는 가장 구체적인 정신장애의 사례나 심리적 공황에 따른 요소들이 현대 정신의학의 도움으로 확보될 수 있어야 하고, 형사소송법상으로도 전문 정신감정인의 지위가 소송에 좀 더 중요하게 고려될 수 있도록 배려해주는 것이 결국 심신장애 판정을 효과적으로 해줄 수 있다고 본다. 이러한 배려는 당연히 정신보건법이나 기타 범법정신장애자관련 법률이 형법과 유기적으로 협력해서 범법정신장애자로 처벌하지 못하는 경우도 더 이상의 사회적 위험성이 발생할 수 없도록 체계를 확립하는 것도 부가적으로 필요하다.

제1장 서론

1. 연구목적

사회적 불 볼 때 정신이상자들의 행동은 다소 과다하게 경계되고, 오래된 미신에 의해서 근거없는 두려움의 상징처럼 여겨지기도 한다. 반면에 규범적으로 볼 때는 정신이상자의 행위는 ‘범죄’가 아니다. 이와 같은 간극에서 많은 오해와 난감함이 발생한다. 규범적으로 정신이상자의 행위를 범죄가 아닌 것으로 해석한다면, 대부분의 일반인들은 소위 ‘범법정신장애자’를 국가가 제대로 사회와 격리시키지 못한다고 비난할 수도 있다. 또한 그 반대의 경우도 가능해서, 치료의 대상자를 범죄자 취급하여 또다른 유사범죄를 방지하지 못하였다는 책임을 국가에게 부담시킬 수도 있다. 실무상으로 정신장애자의 행위를 범죄로 평가할 것인지 아니면 치료의 대상으로 선언할 것인지 애매한 경우가 많다. 그 이유는 정신이상자들의 정신상태에 대한 정확한 평가가 힘든 면도 있겠지만, 우리 형사법체계에서 정신장애자 판정의 시스템이 다소 낙후되고 비합리적으로 구성되어 있다는 점도 간과할 수 없다.

빈번하게 언론에 회자되는 각종 심각한 범죄들은 정신이상자들의 병리적 또는 심약적 행위에서 비롯된다고 예상할 수 있다. 우발적인 행위이건 아니면 지속적인 집착에 의한 행위이건, 오늘날 복잡하고 과다한 스트레스를 동반한 사회문화에서 이와 같은 경향의 비정상적인 행동들은 새로운 형사정책적인 개입을 요구하고 있다. 이에 반하여 우리 형법상의 심신이상자 평가 규정은 다소 낙후되어 있다. 이것은 1953년 형법이 제정된 이래로 한번도 이 부분에 대한 개정이나 개선이 이루어지지 않았다는 단순한 역사적인 이유도 있지만, 어느 정도는 형법상의 책임능력조항에 대한 이론적·구조적인 오해도 개입되어 있다고 짐작할 수 있다. 우리 형법 제10조 제1항과 제2항은 소위 책임능력 평가조항이다. 형법 제10조 제1항은 “심신장애로 인하여 사물

을 변별할 수 없는 자의 행위는 벌하지 아니 한다.”라고 규정하여 심신상실 상태의 행위에 대해 책임능력결여로 인한 면책을 인정하고 있다. 또한 제10조 제2항은 “심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경한다.”라고 규정하고 있다. 가장 중요한 문제는 이러한 형법상의 책임평가 규정이 얼마나 현실적으로 적용가능한가에 있다.

형법상 책임능력평가는 매우 중요한 사항이다. 형법학에서는 이를 구성요건과 위법성, 책임의 단계로 구분하여 각각의 조건을 충족해야만 최종적으로 범죄혐의를 인정하는 체계적 심사과정으로 인정하고 있다. 책임은 ‘범죄의 근거이며 한계’라는 표현은 형법상 책임이 갖는 위상을 잘 말해주고 있다. 형법상 책임능력규정은 형벌권의 명확한 한계와 근거를 보여주는 기능을 한다. 또한 형사절차의 관점에서도 중요한 소송의 대상이 될 수 있다.¹⁾ 반면에 우리 형법상의 책임능력 심사 조항인 제10조의 구조는 다소 모호하게 형성되어 있다. 그 이유는 형법 제10조 제1항과 제2항의 문언 자체가 책임능력평가를 위한 구체적인 기준을 제시하고 있지 못하며, 어느 경우 책임 면제 또는 감경을 해야하는지가 확실하게 나타나지 않는다. 우리 형법 제10조는 책임능력 심사에서 단지 심신상실, 심신미약, 사물의 변별력 등을 규정하고 있는데, 이러한 태도는 구체적으로 어떤 심리·정신적인 결함이 책임능력평가 시 의심되는 것인가에 대해 뚜렷한 기준이 되지 못한다. 결국 ‘심신장애’ 자체의 규범적인 의미를 우리 형법 제10조가 분명하게 말해주지 못하고 있다고 볼 수 있다. 형사정책적인 측면에서도 이러한 추상적인 규정으로는 점차 증가하고 있는 정신이상 의심자들의 행위에 대해서 뚜렷한 정책적 방향을 제시하지 못하게 된다. 그 이유는 형법 제10조의 구체적 평가기준이 제시되어야만 형벌 면제와 감경의 기준이 뚜렷해지고, 그에 따라 형사정책적으로는 보호관찰이나 보안처분의 대상을 선정할 수 있기 때문이다.

책임원칙의 준수와 형법상 책임관련 조항들의 실질적인 기능을 확보하기

1) 자세히는 H.-L. Schreiber/H. Rosenau, Rechtliche Grundlagen psychiatrischen Begutachtung, in: Venzlaff/Foerster(Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen, 4. Aufl., 2004, 54.

위하여는 형법 제10조의 의미가 보다 분명하게 밝혀져야 하며(구체화), 더 나아가 형법의 지시적 확실성(명확화)이 보장되어야 한다. 그래야만 어떤 행위가 심신장애이며 심신미약행위인지를 좀더 명쾌하게 설명할 수 있다. 그 다음으로는 기존의 정신보건법이나 사회보호법상의 치료감호를 어떻게 자리매김할 것인가를 분명하게 설명할 수 있을 것이다. 이러한 구체화 작업을 통하여 정신이상자에 대한 사회적 오해와 규범적 처리의 합리적인 조정이 가능해진다.

2. 연구방법

본 연구는 형법 제10조의 의미와 구조를 살펴보는 것으로 시작한다. 현재 우리 형법 제10조는 제1조와 제2항이 심신상실자의 책임면제와 심신미약자의 책임감경을 규정하고 있으며, 심신장애를 자초한 행위자에 대한 책임부과를 제3항에 규정하고 있다. 입법의 태도는 심신장애를 ‘규범적 사안’²⁾으로 간결하게 평가하고 있다. 추측컨대 이 조항의 입법시기에는 심신상실과 심신미약에 대한 규범적인 평가가 매우 소박하게 이루어졌다고 생각하게 만든다. 왜냐하면 우리 형법 제10조는 어떤 측면에서는 주변 국가의 형법 개정작업과 맞추어 그 국가의 형법 개정가안 그대로 ‘수입’하지 않았나 하는 생각을 하게 만들기 때문이다.³⁾

비교법적으로 검토해보면, 검토된 국가의 정신장애와 책임능력 평가규정은 대부분 세분화된 기준을 가지고 정신병적 질환과 일반 심리적 결함, 그리고 기타의 정신장애를 처리할 수 있는 토대를 마련하고 있다. 또한 그 개정

2) ‘단순한 규범사안’이란 개념요소의 의미론적 복잡성에도 불구하고 다른 기술적인 요소처럼 다루고 있다는 의미이다. 구성요건 개념의 의미론적 복잡성에 대하여는 김일수, 형법학원론, 1989, 23 이하.

3) 1953년 형법제정을 위한 입법조사 자료집에 따르면 대부분의 형법 본조항들의 제정에는 뚜렷한 논의나 비판적인 시각이 개입될 여지가 없었다고 한다. 물론 시기가 전쟁 직후이며, 당시 일본 형법의 개정과 맞추어 그 가안이 도입되어 무비판적으로 수용되던 시기였기에 가능했다고 생각한다. 우리 현행 형법 제10조는 당시 일본 형법개정 가안과 완전히 동일하다. 일본 형법의 태도에 대해서는 후술한다.

과 제정에 필요한 토론과 비판적인 검토 역시 매우 세밀하게 진행되고 있다는 것을 발견할 수 있었다. 비교법적인 검토를 통하여 확인할 수 있는 것은 다른 비교대상국의 형사법 체계에서 어떻게 책임무능력이 판정되고 해석되는지이다. 특히 형사절차에서 평가가 유보된 심신장애나 심신미약자에 대한 특별한 조치가 어떻게 제도화되어 사회적으로 안정감을 주는지도 검토될 것이다. 우리의 경우처럼 정신장애자에 대한 분명한 규범구조가 설명되지 않은 것을 감안한다면, 비교법적인 검토는 유익한 정보를 제시할 수 있다.

이론적인 측면에서 책임능력의 형법상의 의미를 살펴보고, 형사절차상의 문제점을 살펴보고자 한다. 그리고 지금까지 실무적인 차원에서는 심신장애자 판정을 어떻게 하고 있는지에 대하여 알아보기 위하여 판례의 태도와 경향을 분석해보도록 한다. 마지막으로 외국법의 비교를 통해서 우리나라 형법 제10조의 가능한 개정 필요성과 범위에 대해 조심스럽게 언급해보도록 한다. 우리와 유사한 법제를 가진 독일과 일본의 경우 책임능력 평가조항은 각각의 체계에 맞추어 상당히 구체화되고 세분화되어 있다. 그뿐 아니라 형사절차상 감정결과의 위상도 연구를 위하여 검토해 볼 것이다.

원론적으로 말하면, 형법상 책임무능력자에 대한 책임능력 유무평가는 명확한 기준에 따라 정밀하게 측정되는 것은 아니다. 또한 어느 정도의 책임무능력이 형사책임의 감면 또는 감경근거로 볼 수 있는지도 통일된 기준이 존재하지 않는다. 그러나 책임무능력자에 대한 형벌부과를 제한하는 것은 법치국가 형법의 당연한 실천 원칙으로 인정된다. 책임무능력자의 형벌제한이 단순히 형사정책적 필요성의 관점에서 결정되는 것은 이런 점에서 바람직하지 않다. 다만 형법상의 형벌제한원리로서 기능하기 위해서는 책임무능력의 판단과 인정이 구체화되고 합리적인 기준으로 적용될 수 있어야 한다. 이를 위해서 정신병리학 또는 심리학의 도움으로 정신이상기질을 평가할 수 있는 기준이 마련되어야 하고, 그를 통하여 좀 더 합리적인 책임능력 평가가 실현될 수 있어야 한다. 이런 기준의 불명료성 때문에 책임무능력자에게 형사책임을 부과하게 된다면 올바른 형벌권의 행사라고 볼 수 없기 때문이다.

다양한 책임 평가 기준을 살펴보기 위하여 비교법적인 검토를 할 것이고, 개별 국가의 해당 조문의 구조와 현실적인 적용 사례를 분석하여 가능한 일반화된 표준을 도출해보고, 그에 따라 우리 형법의 제10조를 재해석할 수 있는 가능성과 재구성할 필요성을 살펴보도록 한다. 이 연구는 그러므로 비교법적인 검토와 이론적인 검토가 병행되어 진행될 것이다.

18 심신장애 판정의 문제점과 개선방안 - 각국의 제도 및 현황과 비교하여

제2장 형법상 책임능력

형법적으로 문제되는 행위는 책임능력이 전제된 고의 또는 과실행위만이다. 이 경우 전제되는 책임능력은 책임귀속의 또 다른 전제가 된다. 책임귀속을 위하여 형법이 직접 밝히고 있는 기준은 없다고 보인다. 이와 같은 기준은 결국 형법상 책임관련 조항에서 직접적으로 해석을 통하여 밝혀져야 하는 소위 ‘의미충전필요 개념’이라고 할 수 있다. 형법상의 요구되는 책임의 내용을 추론하기 위하여 정신의학, 정신분석학, 또는 심리학의 설명이 필요하다. 그러나 이러한 전문적인 의견은 형법에서 직접 해석의 기준이 되는 것은 아니다. 형법상의 책임은 ‘사회적 공동체의 비난가능성’이라는 규범적 의미를 가지고 있다. 규범적 책임이라는 형법상 책임은 의학이나 심리학에서 제안되는 책임능력 기준과 다른 형법상의 책임평가 기준을 함의한다. 물론 이러한 규범적 책임개념은 심리학이나 정신분석학 등의 학제간(inter-disciplinary) 설명이 중요하다.

1. 기초이해

가. 관점의 변화

역사적으로 심신장애 또는 정신장애는 어느 문명권에서도 정신이상자의 행동을 관대하게 평가하지는 않았다. 대부분의 문명에서 정신이상자들은 악마의 저주나 귀신이 씌운 불길한 징조로 평가되어 특별한 일탈행위와 관련되지 않아도 사회적으로 격리 또는 특별한 처분 대상이었다. 이러한 이해의 저변에는 정신이상자들의 생각이 일반인들과 다르다는 이유로 갖게 되는 근거 없는 불안감에서 비롯되었다. 종교적으로 사람들의 생각이 획일화되면서 부터는 소위 ‘악마의 저주’나 귀신들린 사람으로 간주되어 사회적으로 격리

되거나, 정신이상 자체를 근거로 처벌받기도 하였다.⁴⁾

정신이상자들에 대한 사회적으로 부당한 처우는 근대에 들어서 다소 해소되었다. 인간의 육체에 대한 이해가 합리화되면서부터 정신이상은 단순한 질병으로 분류되었고, 그에 따라 정신이상자들은 특별한 배려가 필요한 환자로 인식되기 시작하였다. 정신의학이나 심리학이 지속적으로 발전하여 정신이상은 징후적으로 병리적인 현상과 기질적 현상으로 분류되기 시작하였다. 원인에 대한 연구가 발전되면서 정신이상자에 대한 미신적인 요소들이 감소되었다. 형법에서 정신이상자에 대한 합리적인 기준이 만들어지기 시작한 것은 1900년대에 들어와서이다. 초기 형법에서 정신이상에 대한 판정은 자연과학적인 설명에 크게 의존하였다. 그래서 정신이상이라는 판정과 해석을 상당한 부분 의학과 정신분석학 등의 전문영역에 따르고 있었다. 책임론의 역사적 발전단계에서 볼 수 있듯이, 심리적 책임론과 규범적 책임론은 그 분기점에 형성된 상이한 시각이다.

심리적 책임개념은 단순히 자연과학적 정신장애의 개념에 포함되기만 해도 곧바로 형법상의 책임무능력을 인정하고 있다. 그 이유는 이 당시 책임개념의 주된 판정근거가 인과론적이고 객관적으로 계량화되기 시작하였기 때문이다. 즉 독립된 학문분과로 자리잡기 시작한 심리학이나 정신분석학의 도움으로 인간의 정신장애가 각각의 증상과 외형으로 목록화되기 시작하였고, 그에 따라 책임능력판정은 해당목록에 의거하여 판정되었다. 고전적 책임개념은 순수 의학적-생물학적인 기준에 따라 형성되기 시작하였다. 이러한 경향에 새로운 시각을 제공한 것은 형법에서 결정론과 비결정론의 논의가 시작하면서이다. 순수 객관적인 책임개념(심리적 책임개념)은 그 이전의 도덕적 책임개념을 대체하기는 하였지만, 아직은 인간의 심리상태를 단지 생물학적인 자연현상으로만 파악한다는 비판을 면치 못하였다. 비결정론자들의 주장으로 형법상 책임개념은 구조상의 결함 자체와 그 이상증세에 대한 사회적 판단이 동시에 고려되는 체계적 변환을 맞게 된다.

4) 유럽의 정신이상자 취급 역사에 대하여는 Honegger(Hrsg.), Die Hexen der Neuzeit, 1978; Foucault, Wahnsinn und Gesellschaft, 1969.

형법상의 책임을 사회적 판단과 함께 논의하게 된 이유는 당시 함께 발전한 규범이론의 덕분이기도 하다. 이전의 형법이론들이 자연과학과 사회학에 상당한 영향을 받았다면, 규범이론은 다른 여러 가지 다양한 이론들이 형법으로 들어오게 되는 ‘규범’이라는 필터를 두고 있었다. 예컨대 자연과학이 어떤 상황을 완전히 책임능력이 없는 상태라고 규정하더라도 이 ‘사실’이 바로 형법에서 규범적인 ‘사실’로 인정될 수는 없다. 그 이유는 그 자연과학적 분석의 결과에 오류가 있기 때문이 아니라, 그 결과와 영향력을 형법이 고수하는 규범체계에서 승인할 수 있어야 하기 때문이다. 근대 이후로 심신장애의 여부가 사실적으로 존재하는 것이 중요한 것이 아니라, 오히려 심신장애로 인한 행위에 사회적으로 비난을 할 수 있느냐가 더욱 중요한 문제로 바뀌었다. 그에 따라 심신장애의 문제는 사회적 승인과 양해의 한계를 결정하는 문제로 변하였다.

나. 인간의 내면 구조에 대한 설명

1) 장이론(field theory)에 따른 분석

사회과학적으로 잘 알려진 이론⁵⁾에 따르면 인간의 행위는 ‘의식’(Bewußtsein)이라는 전제가 충족되어야 올바른 행위의 동기로 해석될 수 있다.⁶⁾ 의식이 명료하다는 설명은 외부의 자극을 받아들이는 감각기관에서

5) 인간의 행동과 심리적 결정을 위한 이론 중에 한동안 거론되던 이론이 ‘장이론’(field theory)이다. 이 이론은 인간의 의사결정의 동기와 그 이상적 기질에 대한 설명을 위하여 시도되어 형법상의 이상기질을 설명하는 이론으로도 이용되었다. 이는 정통 정신분석학이나 정신의학적인 설명방법은 아니며, 오히려 심리학적인 의사결정 모델 설명방법에 가깝다. 자세히는 Kurt Lewin, Field Theory in Social Science, Harper Torchbooks, 1964.

6) W. de Boor, Bewußtsein und Bewußtseinsstörungen, 147 이하; W. Hallermann, Affekt, Triebdynamik und Schuldfähigkeit, in: Dt. Zeitschr. f. gerichtl. Medizin 53(1963), 219 이하; Binder, Zur Diagnostik des schuldausschliessenden bzw. schuldvermindernden Affekts bei kurzschlüssigen Tötungsdelikt, Mschkrim 1974, 159 이하; U. Deutsch, Forensische Psychologie, in: H. Thomae, Bewußtsein, Persönlichkeit und Schuld, Mschkrim 1961, 114 이하.

부터 중추신경까지 전달과정과 해석과정이 이상이 없다는 것을 의미한다.⁷⁾ 그러므로 인간의 정상적인 지각과 의식행동은 자기를 둘러싸고 있는 환경⁸⁾을 근거로 자기와 환경의 관계를 이해하고 그에 대한 대응활동을 결정할 수 있는 조건을 말해준다.

의식은 통각(apperception)과 주의력(attention)으로 구성된다. 통각은 어떤 자극에 대한 이해와 관련되고, 주의력은 통각을 원활하게 작동시키는 에너지이다. 그러므로 하나의 순환고리를 형성한다. 통각은 주의력에 의해서 기능을 부여받고, 주의력은 다시 경계(vigilance)-집중(concentration)-이를 통합한 연상과정(associational process)의 과정을 거친다. 이러한 과정에서 이상이 발생하면 전체적인 의식장애로 발전한다. 의식장애는 미약한 수준에서는 혼동(confusion)에서 의식의 불안정(clouding of consciousness), 그리고 최종적으로는 혼수/혼미상태(stupor/coma)로 발전된다.

인간의 의식은 주변세계를 인식하여 내면화시켜 사고를 형성하고, 그를 통하여 적절한 언어나 행동을 결정하고 선택하는 능력을 말한다. 이러한 의식지각능력을 형법에서는 책임능력(Schuldfähigkeit)이라고 부른다. 이에 대한 장애는 순차적으로 해석되는 기능상의 하자로 볼 수 있다. 인간이 주변세계로부터의 영향을 자신의 중추신경조직에 의하여 다음 단계인 지각, 행위 등의 단계로 바꾸지 못하거나, 외부의 자극과 전혀 다르거나 자신의 의지와 별개의 행동 또는 언어활동이 개시되는 것을 의식장애라고 볼 수 있다. 사물을 변별하는 능력이 저하되며, 자신의 행위가 갖는 주변세계와의 관계성을 망각하는 것이 수반된다. 소위 자기 의식(Ich-Bewußtsein) 또는 자기 동일성(Ich-Identität)의 꺾은상태를 의미한다.

의식장애의 문제는 이 견해에 따르면 광범위한 원인에 의하여 정상적인 판단이나 의식을 못하게 되는 일정한 단계를 말한다. 이 단계에 이르면 자기 스스로 정상적인 판단을 할 수 없게 되고 그에 이한 행동은 책임의 통제권

7) 이정균, 정신의학, 1984, 105 이하.

8) 인간과 인간과의 환경을 의미하는 Mitwelt와 인간과 주변사물과의 관계를 의미하는 Umwelt를 포함하는 환경으로 고려된다.

밖에서 형성된다는 설명이다. 사회적 장이론(field theory)이란 모든 심신장애에 대한 과학적 설명을 포함하고 있지는 않지만, 인간의 의식장애와 행동의 연관성을 분석하였다는 측면에서 행동-의식장애에 대한 유익한 설명을 제공하고 있다. 이 이론으로 확인할 수 있는 것은 인간의 내면의 상태와 감정의 폭은 행위와 일정한 관련성을 맺으면서 작용한다는 점이다. 그 조절능력이 손상되거나 일정한 연결점이 분화되면, 그 이후의 행위는 전혀 또는 다소 의미없는 무의식적인 행동이 될 수밖에 없다.

2) 철학적 분석

철학적으로 인간의 무의식적인 행동과 의식적인 행위의 구분은 오래된 역사를 가지고 있다. 그러나 인간의 정신에 대한 수많은 철학적 도전에도 불구하고 아직 완전히 설득력있는 철학적 설명은 없는 듯하다. 소위 ‘결정론’(Determinismus)과 ‘비결정론’(Indeterminismus)의 대립은 이를 규명하기 위한 도전이었다. 그러나 이 논쟁에서 아직 분명한 결론은 없다. 이미 다 알려졌듯⁹⁾ 의사자유에 대한 논쟁은 결정론과 비결정론의 극단적인 논쟁에서 많이 탈피하고 있다. 결정론자로 분류되는 많은 철학자¹⁰⁾들은 인간의 자기의사능력을 완전히 부정한다기 보다는 외부환경에 의한 의사결정 요인을 강조한다. 이들의 착상은 신체적인 조건과 신경체계의 자연조건적 결정에 의해서 인간의 의사도 ‘결정’된다고 설명(데카르트) 하거나, 그로 인하여 결정

9) 최근의 의사자유논쟁에 대한 자세한 연구는 K. Guss, Willensfreiheit...oder beruht das Deutsche Strafrecht auf einer Illusion? 1. Aufl., Bogentreich, 2002, 3 이하; 국내 연구로는 Kim, Zur Fragwürdigkeit und Notwendigkeit des strafrechtlichen Schuldprinzips. Ein Versuch zur Rekonstruktion der jüngsten Diskussion zu "Schuld und Prävention", 1987; 이상돈, 책임범주의 탈형이상학화, 합리화, 고려대학교 대학원 석사학위논문, 1986; 다소 오래된 연구로는 Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2.Aufl., Heidelberg 1976.

10) 결정론의 시초는 일반적으로 스토아 학파, 데카르트, 스피노자, 흄스, 록크, 흄, 스튜어트 밀과 쇼펜하우어 등을 들 수 있다. 이와 같은 분류에 대한 자세한 설명은 K. Guss, Willensfreiheit...oder beruht das Deutsche Strafrecht auf einer Illusion? 1. Aufl., Bogentreich, 2002, 35.

된 인간의 행위는 전혀 그 자신에게 책임을 돌릴 수 없는 어떤 우연적인 것(스피노자)로 보는 데에 특징이 있다. 이와 유사하게 인간의 행위는 환경결정적인 요인으로 이루어져 있다는 설명(홉스, 록크, 흄, 스튜어트 밀)도 결정론의 유형으로 분류된다.

반면에 비결정론자로 분류되는 학자들¹¹⁾은 결정론자들이 주장하는 환경적 요인을 부정하는 것은 아니지만, 인간의 이성적 결정능력을 무엇보다 중요한 능력으로 인정한다는 점에서 다르다. 그러므로 이 인간적 능력을 발휘하였는가 아닌가를 토대로 행위에 대한 책임을 구성한다. 그러므로 비결정론자들은 자기 스스로 환경과 투쟁하여 의사와 행동을 결정할 수 있는 능력을 근거로 인간을 평가할 수 있는 근거를 마련하고 있다. 이들은 인간이 자기 자유의사로서 선과 악을 선택할 수 있는 위치에 서 있으며(플라톤), 이 자유로운 결정에서 선을 선택하는 것이 그에게 주어진 사명이며(토마스 아퀴나스), 인간은 그 결정에 대한 진지한 고려와 성찰에서 인간적인 본성을 인정받는다(칸트)로 나아가고 있다. 비결정론 설명은 결정론처럼 환경에 좌우되는 나약한 인간을 전제하지 않는다. 오히려 이들의 설명은 인간이 다른 환경에 지배받는 동물과 다른 점을 결국 자유의사에서 찾아내고 있다.

오늘날 상당히 오래 진행된 결정론과 비결정론의 대립은 점차 일정한 타협점을 찾아가고 있다. 이론적으로 어떤 설명이 더 설득력이 있는지를 평가하기는 힘들다. 다만 비결정론을 주장한 칸트(I. Kant)의 설명은 매우 의미 있는 현대 형법학의 기초를 제공해주고 있다. 즉, 존재론적으로 형법상의 책임을 구성하고 있다. 결정론자들은 인간의 의사결정 요인을 단순히 자연적-신체적 관계에서 사실적으로 파악할 뿐이다. 여기서 고려되는 점은 바로 인간이 단순히 환경과 관련을 맺고 있다는 사실뿐이다. 인간의 의사는 환경과 대립적으로 관련을 맺을 뿐 아니라 상호간의 관계를 구성하기도 한다. 간략하게 말하면 인간은 자유롭기 때문에 책임을 져야 하는 것이 아니라 인간사

11) 플라톤, 토마스 아퀴나스와 칸트로 대표되는 것으로 설명된다. Hofstätter, Sozialpsychologie, 2.Aufl., Berlin, 1964, 126 이하; K. Guss, Willensfreiheit...oder beruht das Deutsche Strafrecht auf einer Illusion? 1. Aufl., Bogentreich, 2002, 36 이하.

회의 기본적인 규범이 이미 존재하기(a priori) 때문에 책임을 논의할 수 있다는 것이다. 칸트의 설명은 이후 많은 법이론에서 재생되었다. 그 중 형법상의 책임능력에 관한 이해는 다소 비결정론적인 방향으로 흘러가고 있다.¹²⁾ 그러나 결정론적인 영향이 완전히 사라진 것은 아니다. 위에서 설명한 것을 기초로 우리 형법이 어떤 태도를 따르고 있는지를 살펴보기로 한다.

3) 규범적 분석

결정론과 비결정론의 의사자유에 대한 논쟁은 이념적이고 논리적인 내용으로 이루어져 있다. 또한 이러한 논쟁의 극단적인 결론은 법학이 따를 수 없는 비현실적인 경우가 많다. 예를 들면 의사자유를 전면적으로 부정하는 경우 모든 인간의 활동은 정지될 수도 있다. 전혀 다른 새로운 방법이 고안되기 전에는 인간 의사활동은 정지될 것이다. 또한 마찬가지로 인간의 의사자유만을 강조하게 된다면 어떤 단계에서 그 이성적 결정의 수준을 결정할 것인가의 새로운 문제와 만난다. 어떤 기준으로 의사결정에 하자가 없다는 것을 결정해야 하며, 종국적으로는 과실에 의한 행위 역시 전적으로 책임을 인정해야 하는 사태와 직면할 수 있다.

자연과학적인 절차적 논쟁이나 철학적인 이념-논리 논쟁과 달리 법학에서 채택해야 하는 의사자유에 대한 결정/비결정의 논쟁은 언제나 규범적인 성찰에 따라야 한다. 규범적인 해석은 사회질서를 고려한 ‘규범적 적응성’(normative Angemessenheit)을 우선적으로 고려한다.¹³⁾ 예를 들면 한 사람에게 의사자유를 긍정할 것인지 아니면 그에게 의사자유를 부정할 것인지는 전혀 존재론적인 물음이 아니다. 오히려 여기서는 그에게 의사자유를 부담한다는 사실이 단순한 조건사실로 전제되는 것이 아니라 그가 의사자유를 가지고 있다는 사실과 그로 인한 효과가 개인과 전체에 미치는 영향력의 규

12) Il-Su Kim, Die Bedeutung der Menschenwürde im Strafrecht insbes. für Rechtfertigung und Begrenzung der staatlichen Strafe, 1983; Schünemann, Willensfreiheit und Schuld im Strafrecht, 2001, 고려대 강연문.

13) 이에 대해서는 K. Günther, Der Sinn für Angemessenheit, 1988.

범적 의미가 문제된다. 조금 간단히 설명하면, 더 이상 의사자유 존재/부존재의 문제가 아니라 더 나아가서 의사자유가 있는 경우와 의사자유가 없는 경우가 동일하게 사회적으로 미칠 영향에 대해서 고려해야 한다는 것이다.¹⁴⁾

만일 의사자유를 부정하는 경우와 의사자유를 적극적으로 긍정하는 경우가 모두 사회적 공존에 부담이 되지 않도록 노력해야 하는 것이 규범적인 의무이다. 그를 위해서는 의사자유 문제가 갖는 일정한 내용이 새롭게 밝혀져야 한다. 이미 20세기초반 다양한 법이론들이 의사자유에 대한 적절한 제안을 하고 있었다. 헌법과 민법, 그리고 기타의 법규정들은 대부분 인간의 의사자유를 기본전제로 삼고 있다. 그 이유는 법이론이 전적으로 ‘비결정론’에 근거하고 있어서가 아니라, 비결정론과 결정론의 극단적인 결론이 갖는 비규범성을 회피하기 위한 노력 때문이다. 규범적인 설명은 의사자유를 가진 사람이 ‘다른 행위를 할 수 있었다’(Anders-Handeln-Können)는 전제와 ‘모든 인간은 자기 자신의 행위에 대해서 책임을 진다’(versari in re illicita)는 두 가지 규범에 대한 조화가 필요하다. 여기서 규범은 사실의 확인이 아니라 평가의 문제이다. 법학에서 문제되는 의사자유는 평가대상으로서의 ‘의사능력’이다.

2. 실정법의 태도

가. 헌 법

헌법은 개인의 자유권을 기본으로 형성되어 있다. 이러한 자유권적 기본권의 핵심 전제는 모든 인간이 자유롭게 자신의 권리와 의무에 대해서 언제든지 결정할 수 있다는 원칙을 따르고 있다. 이를 분석할 때 우리 헌법의 모든 기본원칙은 개인의 의사자유에 의한 결정을 존중하고 그에 의하여 의무와 권리가 파생되는 것으로 해석되어야 한다. 구체적으로 자유권적 기본권

14) Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1990.

과 관련된 대부분의 내용들은 이에 의거하여 구성된다.

구체적으로는 헌법상의 대부분의 기본권은 개인의 자유로운 의사표현과 의사진행을 기본적 구성요소로 하고 있다. 이를 헌법상으로는 ‘양심의 자유’¹⁵⁾라는 표제로 설명한다. 실제로 헌법 제19조의 양심의 자유의 내용은 인간의 존엄성의 실질적인 뿌리이며 기초로 평가된다. 헌법은 의사자유 문제에서 개인의 의사결정능력과 그에 따른 행동의 자유를 보장하고 있다. 개인이 의사결정을 할 수 있는 능력을 갖추었는가는 문제되지 않는다. 이와 같은 예외적인 상황은 법적으로 충분히 배려해야 한다. 민사법적으로는 의사결정의 하자로 인한 법률상의 제한이 있으며, 형법적으로는 과실과 착오의 규범적인 이해방식이 있다. 단순히 의사결정과정상의 기능적 결함이 아닌 구조적인 결함이 발생하는 경우, 우리 법체계는 그의 의사결정상의 하자를 아예 문제삼지 않고 결과에 대해 책임을 면제하는 이유도 바로 의사자유 기본적인 함의 때문이다.

나. 민 법

우리 민법의 태도 역시 개인의 의사자유를 근거로 형성된다. 계약자유원칙과 그에 따른 모든 법률관계의 시작은 일부 제한적인 권리주체들을 제외하면, 의사자유를 전제로 한다. 이러한 제한은 형법상의 책임능력제한과 어느 정도 유사한 경계를 이루고 있다. 근대민법은 개인의 의사능력과 판단능력을 기초로 이루어진다.¹⁶⁾ 민법상 행위능력이나 의사능력은 법률행위의 유효성을 결정하는 중요한 근거이다. 그러므로 유아, 만취자, 백치자 등은 의사무능력자로서 특별한 보호를 하고 있다. 비록 우리 민법이 “의사무능력자가 한 법률행위는 무효이다”라는 식의 명문의 규정¹⁷⁾을 두고 있지는 않지만 이

15) 허영, 한국헌법론 신판, 2001, 377 이하.

16) 이영준, 민법총칙(민법강의 I), 1997, 792 이하; 오래된 문헌으로는 강민성, 무능력자제도의 의의와 성격, 고시연구(74/8); 이영환, 무능력자제도의 문제점, 새법정(72/2) 등 참조.

17) 독일민법 제105 및 스위스 민법 제18조.

를 인정한다는 것에는 일치되고 있다.

민법상으로는 의사능력과 책임능력을 구분하고 있는데, 의사능력이 법률 행위에 대한 결정적인 근거임에 반하여 책임능력은 불법행위에 관한 개념으로 이해된다. 형법상의 책임능력과 같은 의미로 파악할 수 있다. 단, 형법상의 책임능력과 다른 것은 형법상의 책임능력이 개인에게만 국한된 개별책임인 반면에 민법상의 책임능력은 책임무능력자의 감독자가 책임을 지는 것으로 구성된다.¹⁸⁾ 이는 피해자를 배려하기 위한 법정책적 고려를 가지고 있다.¹⁹⁾

민법상의 책임능력과 의사능력의 규정은 형사법적인 이해관계와 상당한 차이를 보이고 있다. 가장 중요한 점은 민법적인 책임무능력 또는 의사무능력은 대체로 사회적인 '거래상의 안전'이라는 목적과의 조화를 염두에 두고 제안되고 있다는 것이다. 이럴 경우 민법상의 대부분의 거래안전과 개인적 보호는 양자택일과 같은 모습으로 비쳐질 수 있다. 훼손된 거래관계나 피해를 사회의 부담으로 하는 것이 지나친 양보로 보일 수도 있게 된다.²⁰⁾ 무능력자를 보호한다는 민법상의 원칙들은 형사법과 달리 '조화와 균형'이라는 일반원칙을 따르고 있다. 이는 사법상의 원리로 타당할 수 있지만, 형사법, 즉 공법상의 원칙으로는 문제가 있다. 형법상의 책임능력은 개인의 의사자유를 긍정하여 그가 결정한 내용에 대한 규범침해요소를 비난하고 있다. 만일 규범침해와 법익침해가 발생하고, 형법상의 책임이 긍정되는 경우 그에게 자신의 책임에 합당한 형벌을 부과한다. 이는 사회적인 범죄피해를 회복하려는 일차적인 목표를 가지고 있는 것은 아니다. 오히려 개인의 책임을 확정하여 행위에 대한 규범공동체의 비난을 정당화시키기 위한 체계라고 할 수 있다. 여기서는 사회적 피해와 개인의 책임이 조화되는 것이 아니라, 오

18) 민법 제755조.

19) 이영준, 민법총칙(민법강의 I), 2001, 794.

20) 실제로 민법상의 논의 중에는 미성년자, 한정책임능력자나 금치산자의 행위에 대해 사회적 거래의 안전화라는 취지로 보호정도를 제한하여도 된다는 주장이 제기되고 있다. 소위 '필수계약'과 같은 내용에서는 무능력자보호제도가 현실적이지 않다는 주장이다. 자세한 것은 곽윤직, 민법총칙, 1993, 158; 장경학, 민법총칙, 1983, 198.

히려 개인의 책임을 과중하게 부담시킬 수 있는 요소를 적극적으로 제한하는 것이 일차적인 관심이다.

형법 제10조에 의해서 형법상 책임무능력자임이 결정된다면, 그 이후의 모든 형사법적 책임은 그에게 부담될 수 없다. 민법은 책임무능력자 본인을 거래에서 보호하는 데에 목적이 있지만, 형법은 제1차적으로는 책임무능력자에게 형벌을 부과하지 못하게 하고, 부수적으로 그를 다른 방식, 예를 들면 치료보호나 정신병원에서의 치료를 통하여 사회의 안전을 도모하려는 목적을 가지고 있기 때문이다.

다. 형 법

우리 형법은 제10조 제1항에 “心神障礙로 인하여 사물을 辨別할 능력이 없거나 意思를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다”라고 규정하고 있다. 이 문언의 해석에 따르면 우리 형법은 책임능력 평가에서 심신장애 상태를 기초로 사물변별력과 의사결정능력을 고려한다는 의미로 파악할 수 있다. 사전적으로만 평가한다면 심신장애는 정신장애(情神障礙)와 동일한 의미이다.²¹⁾ 형법상 心神이란 단순히 마음(mind)를 의미하며, 심신장애의 사전적 의미는 우리 형법상의 본문과 다르지 않다. ‘심한 정신기능의 장애로 인하여 사물을 판단할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 상태’가 바로 “사전적 의미”의 심신장애이다.²²⁾ 그러나 국어사전에서 표현하는 바대로 따른다면, 형법 제10조는 단순히 심신장애를 사물변별능력과 의사결정능력이 없다는 것으로 반복적으로 기술한 것에 불과하다. 그렇다면 여기서 심신장애에 대한 설명은 전문적인 의학이나 심리학의 개념을 사용하는 것이 아니라 단순히 일상용어적인 풀이로 생각해야 한다.

이러한 오해는 형법 제10조 제1항이 생물학적 표지와 심리학적 표지의 혼합적인 표지로 구성하는 정책적인 배려를 이해하지 못하기 때문에 발생한

21) 장삼식, 漢韓大辭典 大字源, 삼성출판사 1990, 700.

22) 한국어사전편찬회편, 국어대사전, 삼성문화사 1991, 1682.

다.²³⁾ 한국 형법 제10조 제1항은 ‘심신장애’라는 생물학적 표지와 ‘사물변별 능력 결여행위’ 또는 ‘의사결정능력 결여행위’라는 심리학적 표지를 동시에 포함한다. 그러나 아직 문제가 남아 있다. ‘심신장애’가 생물학적 표지라고 하여도 그 구체적인 내용이 무엇인지가 충분히 설명되어 있지 않고 있다. 정신의학적으로 심신장애 또는 정신장애는 포괄적인 개념이다. 물론 ‘심신장애’라는 용어 역시 전문 용어가 아니다. 그러므로 실질적으로 심신장애가 무엇인지를 설명하기 위해서는 좀 더 자세한 개념규정이 필요하다.

만일 심신장애를 국어사전에서 설명한 것과 마찬가지로 자기의식 또는 자기동일성에 대한 객관상태로 풀이한다고 해도 개념이 광범위해진다. 어떤 마음의 상태로 인하여 사물을 변별할 수 없고, 의사를 결정할 수 없는 경우는 모두 책임무능력의 평가 대상이 될 수 있게 된다. 추측한다면, 우리 형법의 책임능력규정에서는 ‘심신장애’라는 원인을 정신장애의 구조적인 결함으로 보고 뒷부분에 있는 사물변별력의 실패나 의사결정력의 부재를 기능상의 결함으로 보고 있는 듯 하다. 이렇게 두 부분을 구분하여 해석한다면 우리 형법 제10조의 문언상 심신장애는 사물변별력과 의사결정력을 매개하는 중요한 개념상의 핵(core)이 된다. 문제는 심신장애를 뒷부분의 행위에 대한 조건으로 보느냐 아니면 독립된 요건으로 보느냐에 따라 해석이 달라질 수 있다.

조건으로 풀이하면 우리 형법에서 표현하는 ‘심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자’란 간략하게 줄여서 ‘심신장애자’를 의미할 뿐이다. 즉 형법 제10조 제1항과 제2항은 이렇게 고쳐도 무방하다: “제10조 제1항 [심신상실] ① 심신상실자의 행위는 벌하지 아니한다. ② 심신미약행위는 그 벌을 감경한다.”²⁴⁾ 결국 우리 법문의 심신장애=사물관단력의 결함 and/or 의사결정력의 부재로 풀이할 수 있다. 이러한 설명은 국어사전의 의미풀이와 유사하다. 더 나아가 설명하면 동조 제3항도

23) 이에 대해서는 이하에서 자세하게 논한다. 이 글의 제3장 1 참조.

24) 이러한 문언 구성은 일본 형법상 책임무능력 규정과 완전히 일치한다. 그러나 일본 형법상 ‘心神喪失’과 ‘心神耗弱’은 우리 형법상의 심신상실이나 심신미약과 상당한 의미적인 차이를 가지고 있다. 일본의 책임무능력 규정에 대해서는 후술한다.

체계적으로 풀이된다. 우리 형법 제10조 제3항은 “위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다.”로 규정되어 있다. 여기서 ‘자의로 야기한 심신장애를 야기한 자의 행위’에 대한 실제적인 내용이 바로 사물관단력 결함으로 인한 행위와 의사결정력 부재로 인한 행위가 될 것이다.

다른 경우를 살펴보면, 즉 심신장애를 뒷부분의 사물변별능력 또는 의사결정능력 부재와 독립적인 요소로 해석하면 다르게 결론지을 수 있다. 형법학자들의 설명처럼 우리 형법 제10조 제1항이 혼합적 방법론의 결과를 구체화한 것으로 파악하여 생물학적 표지인 심신장애와 심리학적 표지인 사물변별능력 또는 의사결정능력 부재를 복합적으로 고려할 수 있게 된다. 그 결과 형법 제10조 제1항과 제2항은 심신장애에 의한 책임무능력/책임능력미약과 사물변별능력 부재/미약 또는 의사결정능력 부재/미약으로 책임무능력/책임능력미약으로 해석할 수 있게 된다. 필자의 생각에는 지금 설명하는 후자의 해석방법이 형법이론에 충실한 제10조의 해석이 될 수 있다고 본다. 뒤에서 설명하겠지만 후자의 해석이 우리 형법이 일부 취하고 있는 독일 형법학자들의 설명과 일치하기도 한다. 다만 위에서 지적하였듯이 이처럼 파악해도 심신장애의 구체적 내용이 무엇인지는 조금 더 상세히 밝혀져야 했던 것으로 보인다.

결과적으로 우리 형법 제10조의 규정은 책임무능력행위에 대해서 생물학적-심리학적 혼합 표지인 ‘심신장애’개념을 좀 더 구체적으로 설명해야 할 필요성이 있다. 또한 이 심신장애 개념은 좀 더 전문화된 생물학-정신의학 적 개념으로 대체되면 어떨까 생각한다. 지금의 형법 제10조는 실질적으로 형법상 책임귀속에 대한 선명한 기준을 제시하고 있지 않으며, 책임능력에 대한 법규범적 기준을 제시하는데도 부족할 수 있다고 평가한다.

3. 형법 제10조의 구체화 필요성

형법 제10조는 생물학적-심리학적 방법론에 의한 혼합적 방법론으로 설명된다. 그러므로 예를 들면 중증 정신이상자의 범죄행위나 순간적인 걱정 행위자의 범죄행위를 이 규정에 의해서도 구분할 수 있어야 한다. 그러나 위에서 설명하였듯이 형법 제10조의 책임능력평가조항은 추상적으로 여러 개념을 포괄하고 있다. 먼저 심신장애로 인한 사물변별능력부재나 의사결정력 부재 행위로 해석하면(이를 이후부터는 ‘설명모델’이라고 부른다) 제10조 제1항의 규정은 ‘심신상실자’의 책임능력부존재만을 기술하고 있을 뿐이다. 이처럼 생각하면 ‘심신상실자’는 전적으로 법관 또는 소추를 담당하는 검찰이 행위자의 사물변별능력과 의사결정능력 여부를 판단해야 한다. 그러므로 일상적인 경험으로 판단하여 정신이상자인 경우를 비전문가인 법관이나 검찰이 결정하게 된다. 왜냐하면 ‘심신상실’의 기준이 법률에 의하여 구분되지 않고 단지 의사결정능력과 사물변별능력이 없다는 현상을 추측해야 하기 때문이다.

이를 회피하자면, ‘심신장애’ 또는 ‘사물변별력 or 의사결정력 부재’에 대한 전문적인 도움을 받는 방식이다. 심신장애로 인한 사물변별력과 의사결정력의 여부가 형법 제10조의 책임무능력의 핵심이 되므로 이 경우 심신장애 판단은 법률이 다른 전문가에게 결정을 위임하는 것으로 파악한다. 심신장애 자체는 전문가의 평가를 받아야 하는 전문분야로 이해해서 그 생물학적 또는 정신의학적 가치를 별개로 심사할 수 있다. 예를 들면 어떤 사람의 행위가 ‘기질적 우울증’에 의한 행동이었다면, 그의 병세와 진단을 전문 의학감정인에게 의뢰하여야 제10조 해석을 보충할 수 있다. 그런 조건을 배제한다면 이 경우 사물변별능력과 의사결정능력에 대한 판단은 다소 주관적인 법관이나 검찰의 경험적인 판단에 따르게 된다.

필자가 생각하기에는 형법 제10조의 해석에서 심신장애에 대한 가능한 구체적 표지가 나타나야 할 것으로 본다. 이러한 구체화를 위해서는 형사소송

법상 감정과 형법 제10조가 연결될 수 있어야 할 것이다. 또한 이를 확실하게 하기 위하여 형사소송에서 감정이 일정한 증거로서의 자격을 갖는지 아니면 단순히 법관의 심증형성에 보조적으로 역할하는지도 살펴 봐야 한다. 소송법과의 관련성에서만 형법상 책임능력 조항이 갖는 실천적인 의미를 살릴 수 있다. 법이념적으로 형법상 책임능력 평가조항은 매우 중요한 규정이다. 이를 통하여 국가형벌권의 정당성도 논의될 수 있다. 비교법적으로 보면, 독일 형법 제20조의 경우, 책임능력 조항에서 분명하게 세가지 유형으로 구분짓고 있다: 첫째는 정신병, 둘째는 심각한 심리적 결함, 셋째는 기타의 의사결정을 위한 장애요인. 이러한 규정에 의거할 때, 책임평가는 당연히 생물학적인 표지인 첫째 사항에 따라 해석하고 심리학적인 표지인 둘째 사항을 감안하고, 마지막으로 병리적인 현상이라고 보기에에는 불가능하지만 심리적 사항으로 보기에 좀 애매한 사항을 기타 심각한 정신장애로 표지화할 수 있다.

독일형법 규정과 단순 비교해도 우리나라 형법 제10조와 형사소송법 제169조의 감정규정은 정신장애자의 판정에 대한 분명한 기준으로 활용되기 힘들 것 같다.²⁵⁾ 책임능력의 여부는 형법 구성요건의 긍정/부정이라는 결론만 도출하고 끝나는 것이 아니다. 형법 제10조에 따른 책임능력의 부정/긍정은 형사 피의자나 피고인에게 절대적인 이익/불이익으로 작용한다. 이는 매우 중요한 판단기준이다. 현재 형사소송법상으로 감정은 형법 제10조와 유기적으로 결합되고 있지 못하다. 그 이유는 형법 제10조가 함의하고 있는 규범적인 기준이 분명하지 못하다는 사실에서도 기인한다. 어떤 기준이 형법적 책임감면을 결정하는지가 분명하지 않다면, 형사절차에서 감정유치를 결정할 수 있는 구체적인 기준도 발견하기 힘들다. 예컨대 어떤 행위자가 심각한 정신병에 해당하는 경우, 즉 정신의학적으로 질병의 차원이라면, 형사소송법상 감정은 필수적이어야 한다. 감정의 결과에 따른 정신병의 유/무가 형

25) 우리나라 형사소송법상 감정은 단순히 “법원은 학식·경험 있는 자에게 감정을 명할 수 있다”로만 규정하고 있다. 감정인의 소송법상의 지위는 단순한 임의적인 보조자일 뿐이다. 감정인은 법원의 요청사항을 ‘보고’할 뿐이다. 이재상, 형사소송법 제5판, 431.

법 제10조 제1항 또는 제2항에 의하여 책임감면되기 위하여 그 능력의 유무는 형사소송법적 입증대상이 된다. 그러나 현재의 구조처럼 예를 들어 ‘사물을 변별할 능력’ 자체가 소송 대상이 된다면, 형사소송법상 감정은 여전히 임의적인 것으로 보일 수 있다. 형사소송법이 실체법인 형법을 구체화시키는 절차라면 정신감정에 대한 현행 실무상의 태도는 소위 구체적 대상없는 절차를 명문화시킴으로써 피의자/피고인의 권리를 형해화시킬 수 있는 위험성이 있다.

이를 좀 더 구체적으로 다루기 위하여 다른 국가의 책임관련 규정이 어떻게 형성되어 있으며, 그 이론적인 배경은 무엇인지를 살펴보기로 한다.

제3장 각국의 책임능력기준의 이론과 현실

1. 독 일

가. 기초이해

독일은 일반적으로 우리나라의 형법과 매우 유사한 이론적 근거를 가지고 있다. 그러나 실제로 실무적인 관점이나 규범체계상으로는 상이한 점이 일부 발견될 수 있다. 구체적으로는 독일 형법에 규정된 책임능력평가 조항의 구조 및 체계가 우리와 다르고, 다음으로 형사소송법상 감정에 관련된 규범구조가 우리와 상당히 다르다. 또한 독일 형법은 책임무능력에 대한 이해에 언제나 독일 형법 제55조 이하의 보호관찰 또는 제64조의 보안처분을 함께 고려하는 것에 비교하면, 우리 형법상의 책임능력조항은 단순히 형벌의 감면조건으로만 취급하는 경향이 발견된다.

독일 형법상 책임능력조항인 제20조는 1975년 형법대개정에 의하여 구성되었으며, 이전의 구형법 제51조와 가장 뚜렷한 차이는 구형법 제51조가 추상적인 책임능력규정을 가지고 있었던 반면에, 1975년 새로 개정된 제20조는 이를 구체화하여 새롭게 분류한 정실질환과 심리적 이상을 포함하고 있다는 사실이다. 독일은 1970년대에 소위 ‘책임논쟁’이라는 이론적인 토론을 통하여 독일 형법체계에서의 책임과 예방의 문제에 대해 십여년간 논의하였다. 이를 통하여 수많은 논문과 서적들이 출간되었으며, 이러한 경향은 우리나라 형법논의에서도 상당히 많이 소개되었다. 독일에서 형법이 정당한 책임상쇄나 아니면 예방적인 목적을 기능화하느냐의 물음은 아직도 계속되고 있다. 잠정적으로 합의된 것은 아마도 록신(Roxin)이 지적하였듯이, ‘독일 형법에서 책임이란 행위자의 행위를 평가하는 다양한 방법 중의 하나’로 파악된다.²⁶⁾

독일에서 왜 이처럼 책임과 예방에 대한 진지한 논의가 계속되었는지 원인을 밝히는 것은 매우 어려운 일이다. 다만 독일 형법이 1933년 나치스 형법의 영향으로 극단적으로 기능화하는 과정에서 독일 형법의 도그마틱은 반대로 엄격한 논리와 형식을 요구하게 되었고, 그 단서중의 하나가 바로 형법상의 책임을 형벌을 통한 비난과 형벌의 정도에 대한 양적 비례원칙으로 삼았을 것이란 추측만 가능하다.²⁷⁾ 1975년 형법대개정의 논의 속에서 형법상 책임의 문제는 실제로 모든 사항을 고려했을 만큼 구체적으로 진지하게 다루어졌다. 그 결과로 독일 형법에서 책임과 예방에 대한 논쟁은 가장 중요한 논쟁 중의 하나로 남게 되었다. 이 글에서 다루고자 하는 문제인 책임능력 평가기준도 역시 이러한 배경에서 벗어나 있지는 않다.

나. 책임능력 평가구조

1) 규범구조

독일 형법은 1933년 개정전 제51조에서 책임능력에 대해 규정하고 있었다. 현재의 규정과 달리 ‘의식상실’(Bewußtlosigkeit)을 중심으로 책임능력결핍의 기준을 잡고 있었다. 제국법원 판결에서도 나타나듯이 당시의 책임능력기준은 거의 의식불명이나 혼수상태와 유사한 정도의 의식의 결핍을 의미하였다.²⁸⁾ 이러한 정도의 의식상실 수준은 신체적인 원인에 의한 생물학적 질병상태를 요구한다.²⁹⁾ 이러한 사정이 조금 달라진 것은 1933년 형법개정

26) Roxin, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtlich Systemkategorien, in: Roxin(Hrsg.), Henkel-FS, 1974, 171.

27) 이에 대해서는 Schreiber/Rosenau, Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung, in: Venzlaff/Foerster(Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen, 4.Aufl., 2004, 55.

28) RGSt 64, 349/353

29) 보다 근본적인 생물학적 기준은 1851년 프로이센 형법전에 더욱 잘 나타나고 있다. 이에 따르면 다음과 같이 규정하고 있다: “제40조 : 행위시에 정신착란이거나 사물을 변별하지 못한....행위자의 범죄 또는 경죄는 인정치 않는다.”(ein Verbrechen oder Vergehen ist nicht vorhanden, wenn der Täter z. Z der Tat wahnsinnig oder

이다. 이 개정에 독일 형법상의 책임무능력 조항은 “의식장애”(Bewußtseinsstörung)로 문언상의 변화가 이루어진다.³⁰⁾ 결국 이 변화를 통하여 의식상실에서 의식장애와 기타의 정신적 장애요소를 추가하였을 뿐 아니라, 그 개정을 통하여 당시 논란이 많았던 심리학적 요소를 추가하게 되었다. 이미 설명하였듯이 그 이전의 방법론은 단지 ‘신체적-생물학적 정신병리현상’(somatisch-biologische Seelische Krankheit)만을 책임귀속불능사유로 파악하였다.

당시의 법률에 대한 주석서를 살펴보더라도 이런 사실을 분명하다. 예를 들면 쾨케/쉬뢰더(Schönke/Schröder)의 형법주석서(Strafgesetzbuch Kommentar 16. Aufl., 1972)의 설명에 따르면 제51조의 부분에서 생물학적인 방법론에 의한 책임귀속불능사유로 형법 제51조 1문의 의식장애(Bewußtseinsstörung), 정신활동의 병적인 장애(krankhafte Störung der Geistestätigkeit), 그리고 정신미약(Geistesschwäche)을 들고 있다.³¹⁾ 여기에는 음주나 약물로 인한 명정상태도 포함된다. 또한 ‘사물을 변별할 능력’과 유사한 정신미약도 생물학적인 요인에 포함되고 있다.³²⁾ 중요한 것은 심리학적 요인은 구조적인 결함이 아니라 기능적인 결함을 포함한다. 이유는 ‘심리학적 방법’(psychologische Methode)에 대한 언어선택에서 잘 나타난다. 마이어(M. E. Mayer)는 심리학적 방법 대신에 ‘병리학적 원인과 증상적 효과’(ätiologische Grundlagen und symptomatische Wirkung)로 부르기도 하였고, 메츠거(Mezger)는 ‘구조적인 원인’(organische Gründe)과 ‘규범적인

blödsinnig.....war) 같은 지적은 이미 Maurach, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1971, 430 이하.

30) 1933년 개정된 독일 형법 제51조의 규정은 다음과 같다: § 51 Zurechnungsfähigkeit.

(1) Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Täter zur Zeit der Tat wegen Bewußtseinsstörung, wegen Krankhafter Störung der Geistestätigkeit oder wegen Geistesschwäche unfähig ist, das Unerlaubte der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln. (2) War die Fähigkeit, das Unerlaubte der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, zur Zeit aus einem dieser Gründe erheblich vermindert, so kann die Strafe nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuchs gemildert werden.

31) Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 16.Aufl., 1972, 453.

32) Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 16.Aufl., 1972, 454.

원인’(normative Gründe)이라고 부르기도 하였다.³³⁾ 전통적인 독일의 “이단계 설명모델”(Zweistöckige Methode)는 책임능력 판정에 대한 중요한 이론적 근거이다.

독일 형법 제20조의 규범구조는 결국 생물학적인 요인으로서 i) 병리적인 정신 장애, ii) 심각한 의식장애, iii) 정신미약, iv) 기타의 심각한 정신이상 이 고려되고 있으며, 심리학적인 요인은 이와 다른 측면에서 평가의 문제로 구성된다.³⁴⁾ 즉 생물학적인 요인이 발생하면 이 경우는 감정에 의해 확인되는 경우 책임무능력이 강하게 추정되는 반면, 심리학적인 요인은 어느 정도의 경험적 수준을 요구한다는 것이다. 이론적으로 기준삼는 것은 우리 형법 제10조의 문언과 유사하게 ‘불법을 변별할 능력’(das Unrecht der Tat einzusehen) 또는 ‘통찰력’(Einsichtsfähigkeit)과 같은 내용이다.

이러한 심리학적인 요인들은 사실 법관에 의해서 주관적으로 평가받기 때문에 독일에서도 역시 적용이 제한적이었다.³⁵⁾ 또한 불법의식의 부존재가 책임능력의 문제인지 아니면 착오의 문제인지가 애매해진다는 문제도 안고 있었다. 그러므로 독일 형법상의 책임무능력은 규범구조상 생물학적, 또는 기질과 관련된 요소로서 심신장애와 그와 기질적으로 관련은 없지만 판단상의 하자로 인한 심리적 요소를 책임무능력 평가의 이중적 평가대상이라고 해석된다.

2) 실무적인 적용

이러한 규범 구조는 독일 형법 판례나 실무와 긴밀한 관련속에서 발전하

33) 예컨대 구분한 ‘심리적-규범적 방법’이 널리 인정되고 있다. Jescheck/Wiegand, 1996, 437; Rasch, 1984, 265; Schreiber/Rosenau, Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung, in: Venzlaff/Foerster(Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen, 4.Aufl., 2004, 60.

34) Schreiber/Rosenau, Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung, in: Venzlaff/Foerster(Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen, 4.Aufl., 2004, 60

35) Maurach, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1971, 437.

였다. 이미 1933년 형사법개정 이전에도 책임무능력판단에 관한 제51조가 문제가 있다는 사실이 지속적으로 지적되었다. 그러나 독일 형사법원들은 생물학적인 요소가 존재하고, 그에 대한 감정인의 평가가 있다는 조건으로 만 보호관찰 등을 선고하는 것이 가능하다고 생각했다. 그 이외에 학자들의 주장처럼 단순히 사물의 변별력이 부족했다는 이유로 불법의식의 부재를 긍정하는 것엔 옹색하였다. 1933년 개정된 형법에 의해 심리학적 요소를 제한적으로 인정한 최초의 판결은 1950년 고등법원(Oberlandesgericht)의 판결이다.³⁶⁾ 이 판결을 자세히 살펴보면 다음과 같다. 1948년 8월 15일 발생한 사건으로 당시 피고인은 자신의 장모를 살해하고 아내에게 중상해를 입혀 기소되었다. 이 사건의 판결에서 재판부는 이례적으로 생물학적인 요인에 대한 감정인들의 감정결과가 없음에도 불구하고 당시 형법 제51조에서 의미하는 피고인의 행위시 ‘불법에 대한 행위통찰 실패’를 긍정하였다. 그러므로 일반심리학적 개념인 걱정행위(Affekttat)을 인정한 것이다.³⁷⁾ 이 사건의 담당재판부는 피고인을 살인죄로 유죄판결하면서도 ‘격정상태’를 근거로 책임을 감경하여 2년 6월의 자유형을 선고하였다.

이 판결은 이후에 끊임없이 비판을 받게되는데 그 이유는 물론 이 결정처럼 책임감면이 기존의 생물학적인 기질적 정신장애 이외에도 순간적인 변별력 부재에까지 확대되는 경우 형법 자체를 혼란에 빠뜨릴 것이라는 것이다.³⁸⁾ 담당 재판부도 이러한 확대적용을 예견하여 제한기준을 제안하고 있는데, 그 기준은 행위자의 심리적 격정상태에 대한 ‘회피가능성’과 ‘도덕적 평가’이다. 즉 행위자가 그와 같은 심리적 공황상태를 ‘미리 회피할 수 있는 성격결함’(...an sich beherrschbare und vermeidbare Charakterfehler...)도 아니고 비도덕적인 습벽에 의한 것이 아닌 경우에만 인정한다는 취지를 밝

36) OGHSt 3, 19

37) 이 사건에 대한 개략적인 소개는 신동일, 걱정행위의 새로운 이해를 위한 연구. 형법상 지적 회피능력과 원인에 있어서 자유로운 행위를 이용한 모델의 적합성 판단을 중심으로, 고려대학교 대학원 석사학위논문, 1989, 25 이하.

38) 같은 지적으로는 W. de Boor, Bewußtsein und Bewußtseinsstörung, 1966, 152; Geilen, Zur Problematik des schuldausschließenden Affekts, in: Maurach-FS, 173 이하.

하고 있다.³⁹⁾

이러한 경향은 이후에 독일 연방법원 형사재판부(BGHSt)의 판결에서도 다시 등장한다.⁴⁰⁾ 이후에 독일 법원의 생물학적 근거에 의한 책임무능력과 구분하여 단순한 심리적 근거에 의거한 책임무능력 판정에 다음과 같은 기준을 따르고 있는 것으로 보인다. 원칙적으로는 단순한 불법인식의 실패는 책임무능력으로 인정하지 않는다. 구체적인 제한기준은 첫째 실행행위의 중간에 발생한 책임무능력 상황은 인정할지 않는다.⁴¹⁾ 대상이 되었던 사건은 자기 아내를 상해의 고의로 머리와 안면을 망치로 가격하던 중에 순간적으로 심리적 공황상태에 빠져서 등산용 도끼로 30여회를 가격하여 살해한 사건이었다. 판결에서 법원은 형법상 책임무능력 주장을 반대하고 단순한 비본질적인 인과과정의 착오로 파악하였다. 결국 살인기수의 책임을 인정하였다.⁴²⁾ 이 판결을 계기로 독일 법원은 실행행위 착수 이후 발생한 심리적 공황상태를 구성요건 착오의 일종으로 해석하기 시작하였다.

두 번째 기준은 행위자 스스로 심리적 공황을 야기한 것으로 보일 때는 책임무능력의 조건으로 인정하지 않는다.⁴³⁾ 대상 사건은 불륜을 저지른 가정 주부가 우발적으로 가기의 아이들을 독살해버린 사건이었다. 이 사건에서 재판부는 다소 의혹스러운 근거로 책임무능력 주장을 반대하고 있었는데, 그 근거는 피고인이 자기의 생활상의 기본적인 의무를 다하지 못하여서 행위에 영향을 준 심리적 공황을 야기하였던 것이다.⁴⁴⁾ 소위 ‘생활영위책임’(Lebensführungsschuld)을 근거로 책임비난을 하였다는 점이 주로 비판

39) OGHSt 3, 19/23

40) 주요 판례로 지적할 수 있는 것은 BGHSt 3, 194/198; BGHSt NJW 1959, 2315 이하; BGHSt 7, 325/327; BGHSt 8, 113/125; BGHSt 11, 20/26

41) BGHSt 7, 325

42) BGHSt 7, 325; BGHSt 23, 133; Geilen, 179 이하. 비본질적 인과과정의 상위에 대한 자세한 설명은 김일수, 형법학원론, 415.

43) BGHSt 23, 133/134; BGH NJW 1959, 2317.

44) 재판부의 결정은 다음과 같다: “제1심 재판소는 피의자의 책임을 결정할 때 통상의 생활영위책임이 불충분하게 지켜진 경우가 아닌지를 참작했어야 했다”(Bei der Frage, ob der Zustand von den Angeklagten verschulden ist, wird das Schwurgericht zu berücksichtigen haben, daß eine allgemeine Lebensführungsschuld hierfür nicht ausreichend wäre.)

의 대상이 되었으나,⁴⁵⁾ 심리적 공황을 근거로 한 책임무능력의 근거는 인정되지 못했다.

세 번째 기준으로는 행위자의 성격상의 결함에 의해 심리적 공황이 발생한 경우는 책임능력을 인정한다.⁴⁶⁾ 이러한 경향은 이전 법원의 주장⁴⁷⁾을 그대로 답습한 결과이다. 이후에도 독일 법원은 심리적 공황의 원인을 책임무능력의 기준으로 삼는 것에는 매우 소극적이다. 오히려 성격상의 문제로 인한 경우는 책임능력을 근거로 하지 아니하고 단순히 성격상의 근거로 양형에서만 고려하는 경향이 강하게 나타난다.⁴⁸⁾ 이후 유사한 판례에서는 생활영위 책임이나 ‘성격책임’(Charakterschuld)가 책임인정의 근거로 작용하고 있다.

여기서 독일 형사판례의 실무적 경향은 다음과 같이 요약될 수 있다. 첫째 생물학적 요인에 의한 정신장애는 대체로 감정의 결과에 귀속된다. 이와 같은 경우는 부수적으로 보호관찰의 범위와 치료감호 여부를 심리한다. 둘째 성격결함이나 자초한 심리적 공황상태 유발은 형사책임 감면의 대상이 될 수 없다. 결국 심리적인 요인에 의하여 발생하는 정신적인 결함은 독일 형법상으로 제20조의 책임무능력의 규범범위에 포함될 수 없다는 것이 독일 형사실무의 태도이다.⁴⁹⁾

3) 형사소송법상 감정의 문제

독일도 우리와 마찬가지로 판결은 법원의 고유한 권한이며, 독립적으로 결정된다.⁵⁰⁾ 독일 형사소송법상 자유심증주의의 원칙으로 법관은 독립적으로 법과 양심에 따라 판결한다.⁵¹⁾ 감정인은 증거조사시에 법원이 특별히 요

45) Geilen, Zur Problematik des(주 38의 책이름으로) 184.

46) BGH NJW 1966, 1871.

47) OGHSt 3, 19/23

48) BGHSt 11, 20

49) 자세한 내용은 Groschbüsch, Die Affekttat, 15; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 22 이하.

50) Schreiber/Rosenau, Die Kompetenzverteilung zwischen Richter und Sachverständigem, in: Venzlaff/Foerster(Hrsg.), Psychologische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen, 4.Aufl., 2004, 83.

청하여 보조적으로 활동할 뿐이다. 다만, 심리학이나 정신의학처럼 전문적인 감정이 대상인 경우 법원은 주관적으로 구속될 수 있는 가능성만 있다. 독일 대법원 역시 감정인의 역할을 “법관의 보조인”(Gehilfe des Richters)로 보고 있다.⁵²⁾ 이러한 경향은 형사법원이 비록 전문감정인의 결정을 존중하기는 하지만 종국적인 판결은 규범적인 판단이라는 생각에서 비롯된다.⁵³⁾ 그러나 현실적으로 전문감정인의 결론이 법관에게 미치는 영향은 상당하다고 볼 수 있다. 그 이유는 종국판결은 법관에 심한 부담을 줄 수 있으므로 오히려 법관은 전문감정인의 결론에 따르고 싶어한다는 점 때문이다.⁵⁴⁾ 그렇다면 감정인은 법관의 결정에 어느 정도는 영향을 미친다고 볼 수 있다.⁵⁵⁾

그러나 이러한 문제는 쉽게 결정될 수 없다. 왜냐하면 사안이 단순한 경우가 아니라 복잡한 경우, 그리고 감정인간의 의견이 서로 각기 다른 경우는 감정인의 영향력이 간접적으로도 발생하기 힘든 것이 사실이다. 이 경우 어떤 감정인을 법원이 선택하는가에 따라 결론이 달라질 수도 있다.⁵⁶⁾ 실무적으로 법원이 감정인의 견해에 쉽게 동의할 수 있는 경우는 역시 외관상이나 객관적으로 분명한 뇌손상과 같은 경우이다.⁵⁷⁾ 반면에 감정인은 순수한 의학적-생물학적 사실만을 평가하는 것이 아닐 수도 있다. 그가 감정하는 의학적-생물학적 지식은 다른 분야의 학문과 마찬가지로 어떤 잠정적인 결론에 의한 이해일 수도 있다. 그러므로 생물학적인 요소가 다분히 희박한 순수 심리학적인 감정의 경우는 완전히 순수 객관적인 감정이라고 보기 힘들다.

51) 독일 형사소송법 제261조는 “법원은 자유롭게, 변론과정에서 얻어진 확신에 따라 증거 채택을 결정할 수 있다.”라고 규정하고 있다.

52) BGHSt 3, 27 이하; BGHSt 9, 292 이하.

53) Arth. Kaufmann, Das Problem der Abhängigkeit des Richters vom medizinischen Sachverständigen, JZ 1985, 1065 이하.

54) Lenckner, Strafe, Schuld, und Schuldfähigkeit, in: Göppinger/Witter(Hrsg.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, Bd I, 1972, 147; Schreiber, Zur Rolle des psychiatrisch-psychologischen Sachverständigen im Strafverfahren, in: Wassermann-FS, 1985, 1007 이하.

55) BGH, JZ 1974, 550.

56) Schreiber, Zur Rolle des psychiatrisch-psychologischen Sachverständigen im Strafverfahren, in: Wassermann-FS, 1985, 1012.

57) Schöнке/Schröder/Lenckner, StGB Kommentar, 2001, § 20 Rd. 45; 실무적인 적용으로는 OLG Düsseldorf, NSTZ-RR 1996, 134.

이런 경우는 대부분 다른 정상적으로 평가되는 사람들에 비해서만 제한적으로 비정상적인 것이라고 평가할 수밖에 없다.⁵⁸⁾ 그러므로 전문감정인은 행위에 행위자가 어떤 심리상태를 가졌는가를 발견하는 것이 아니라 단지 그 장애요소가 ‘정상인’과 비교하여 어느 정도 심각하고 문제되었는가를 제3자의 입장에서 평가할 뿐이다.

역사적으로 독일 대법원은 1951년 획기적으로 형사법원의 감정결과에 이례적인 구속력을 인정하기도 하였다.⁵⁹⁾ 그러나 이 판결의 영향력은 그리 오래가지 못하였다. 법원은 지속적으로 법원에서 감정의 역할이 무엇인가에 대해서 의문을 품었고, 감정행위 자체 의미를 법원에서 다루기도 하였다.⁶⁰⁾ 결국 신체적인 객관적 정신장애를 동반한 경우가 아니라면 단순 심리적 장애로 감정인의 감정결과가 법관의 판결에 영향을 미칠 가능성은 매우 희박하다.⁶¹⁾ 이러한 경향이 정신의학과 법학이 분명히 구분된 결과를 나타내는 것은 아니다. 다만 심리적인 장애의 경우는 감정인의 감정이 판결에 절대적인 중요성을 갖지 않다는 사실을 보여줄 뿐이다. 더욱이 감정의 대상은 정신장애가 있느냐 없느냐가 아니라 어느 정도로 심각하냐에 있기 때문에 그 정도를 다시 규범적으로 평가해야할 필요성이 생긴다. 그러므로 정신장애나 심리장애는 전문감정인의 감정에서 조차 확실한 객관적 지표로 구체화되기 힘들다는 것이 독일 형법 실무의 다른 이면이다.

4) 독일 형법상 보안처분과의 관련성

독일 형법 제63조 이하는 정신장애로 인하여 책임무능력으로 무죄선고

58) 이미 Bockelmann, Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit, ZStW 75(1963), 372 이하.

59) BGHSt 2, 14/16

60) BGHSt 7, 238/240

61) Schreiber, Was heißt heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater bei ihrer Feststellung mitwirken? Nervenarzt 1977, 242 이하; 같은 견해로는 Müller-Luckmann, Zur begrifflichen und diagnostischen Problematik von Gesinnung und Reue, in: Kriminologische Gegenwartsfragen, Bd. 14, 1980, 130 이하.

를 받게 되는 피고인을 법원의 명령으로 일정 기간동안 정신병원이나 치료시설에 구금할 수 있도록 하고 있다.⁶²⁾ 보안처분의 일반 원칙은 그대로 적용된다. 그러므로 법원에서 독일 형법 제20조나 제21조에 의해 무죄판결 또는 형 감경을 받은 정신이상자는 해당 사유로 인한 위험성이 인정되는 한, 그 기간동안 자유를 박탈당하게 된다. 근거로는 “사회적인 안전성”이 가장 유력한 것으로 인정된다. 헌법상의 원칙으로 거론되는 비례성원칙이 적용되며, 그 심사와 처분의 권한은 사법부의 일정한 감시하에 보호관찰관이나 해당 보호시설이 위임받는다.

다. 평 가

독일 형법의 규범구조와 실무상으로 책임능력판정은 크게 두 가지로 구분된다고 볼 수 있다. 먼저 생물학적 요인이라고 분류될 수 있는 다양한 정신질환과 기질적 정신장애 등의 많은 경우들은 독일 형사소송법상의 감정의 결과에 제한적으로 귀속된다. 그러므로 소송절차상 감정의 결론이 책임무능력의 판단에 중요한 역할을 하고 있다. 그러나 심리적 요인으로 평가되는 걱정행위 등은 매우 제한적으로 적용된다. 독일 형법상 걱정행위가 다른 기질적 정신장애와 유사한 정도로 책임무능력을 인정받는 경우는 없다고 볼 수 있다. 그 이유를 살펴보면, 심리적 요인에 의한 순간적 걱정과 같은 사안은 비록 형법적으로 책임귀속은 불가능하지만, 다른 법적인 조치를 부가할 수 없기 때문에 일정한 부담으로 나타난다. 이러한 행위자에게 지속적인 위험성이 없다는 이유 때문에 보호관찰이나 보안처분을 내릴 수도 없다.

그리고 독일 형법상 불법판단을 실패한 단순심리적 책임무능력 상태는 형법 도그마틱상 고의론에 중요한 영향을 미칠 수 있다. 특히 착오와 함께 이 문제가 자주 거론되는 이유는 바로 고위론 자체가 갖는 한계를 심리적

62) § 63 StGB.

요인에 의한 책임무능력인정이 아예 허물어 버릴 수 있기 때문이다. 독일 형법상 착오 규정은 위에서 예를 든 심리적 공황상태에서 단순히 불법의식이 존재하지 않다는 이유와 그 착오가 회피가능하지 않다는 근거로 인정된다.⁶³⁾ 그렇다면 심리적 공황에 의거한 책임무능력 또는 책임능력 미약 상태의 행위는 대부분 불법의식이 없는 행위일 것이고, 그 회피가능성의 평가받아야 하는 행위들이다. 기능적으로 완전한 행위자의 회피가능성이란 인정하기 매우 제한적일 수 있지만 일단 독일 형법 제20조가 문의될 정도의 의사결정 미약자의 경우는 회피가능성을 쉽게 인정받을 수 있게 된다. 그렇다면 형사정책상의 상당한 변화가 예상될 수 있다는 것이 소위 “댐붕괴”(Dammbbruch) 논쟁의 배경이라고 볼 수 있다.

2. 미 국

가. 구 조

1) 전 제

미국은 책임무능력에 대한 매우 다양한 규범적 기준을 가지고 있다. 다른 국가와 마찬가지로 미국형법상의 책임무능력은 형사미성년자의 책임무능력(*infancy*), 정신이상자의 책임무능력(*insanity*), 무의식적 행위(*automatism*), 명정행위(*intoxication*)으로 구분된다. 여기서 다룰 것은 정신이상자의 책임무능력, 즉 형법상 *Insanity*에 대한 미국형법상의 이해이다. 우리가 미국 형법의 기본적인 모델로 이해하는 1962년 모범형법전은 “행위시에 정신병이나 이상증세로 인하여 행위의 잘못됨이나 법에서 요구된 행위를 준수할 근본적인 능력이 없는 자는 자신의 범죄행위에 책임이 없다.”⁶⁴⁾라고 규정한다. 대략적으로 보면 우리 형법과 구조상으로 크게 다

63) 대부분의 교과서들의 기본적인 주장이다. Hans-Wilhelm Schünemann, *Verbotsirrtum und faktische Verbotskenntnis*, NJW 1980, 735 이하.

르지 않다. 문제는 이와 같은 책임무능력 규정을 독일 형법이론과 유사한 맥락에서 설명하는 우리의 경우와 같은 의미로 파악할 수 있는지이다. 미국 모범형법전에서 규정하고 있는 소위 ‘근본적인 능력’(substantial capacity)를 어떻게 해석할 것인지, 또는 ‘법의 요구’(the requirements of law)를 우리 형법상의 금지착오로 파악할 수 있는지의 문제이다.

형법적용의 실제에서 중요하게 전제되어야 하는 점은 미국형법상 책임무능력 상태에서의 범죄행위는 독일 형법과 달리 범죄자에 대한 책임귀속의 문제가 아니라는 점이다. 미국의 경우 정신장애자의 책임무능력 행위는 주로 소송능력결여로 파악되고 있다고 보인다.⁶⁵⁾ 그러므로 ‘비정상적인 상태’(insanity)를 구체적인 기준으로 범죄행위시에 정상적인 이성이 갖추어지지 못한 행위는 처벌의 대상이 아니라 치료의 대상이라고 파악한다.⁶⁶⁾ 이 설명을 따르면, 우리 형법이나 독일 형법과 같이 책임무능력자의 책임결여기준을 규범화하는 것이 아니라 범죄행위자를 소송무능력 또는 변론무능력자로 파악한다. 결과적으로 비정상적인 사람을 기소를 할 수 없다고 파악한다. 판례는 명시적으로 “정신이상자의 범법행위는 의학의 대상이지 형법의 대상은 아니다.”⁶⁷⁾라고 한다.

2) 정신 이상 행위(Insanity)의 형법적 의미

그러나 여전히 형사 규범에서 어떤 기준이 책임무능력의 판단 기준인지

64) A person is not responsible for criminal conduct if at the time of such conduct as a result of mental disease or defect he lacks substantial capacity either to appreciate the wrongfulness of his conduct or to conform his conduct to the requirements of law

65) 이러한 태도는 영국의 경우도 마찬가지이다. 영국은 1991년 “형사 절차(정신장애와 소송능력결여)법률”(The Criminal Procedure (Insanity and Unfitness to Plead) Act of 1991)에서 구체적으로 규율하고 있다. 이에 대한 이하에서는 영국의 경우는 구체적으로 거론하지 않는 것으로 한다. 미국의 형법과 매우 동일하며, 더 이상의 구체적인 설명은 필요없는 것으로 생각되기 때문이다. 자세한 내용에 대한 설명은 Maichael J. Allen, Textbook on Criminal Law, 5th. ed., 1999, 113 이하.

66) 매우 고전적인 설명으로 Hall, General Principles of Criminal Law, 2nd ed., 1960, 449.

67) Carter v. United States, 252 F. 2d 608, 617(C.A.D.C. 1957)

가 중요하다. 간략하게 살펴보면, 미국(영국)의 형법상 책임무능력은 다음과 같은 다섯 가지 근거에서 고려된다.⁶⁸⁾

- i) 정신병과 같은 주관적 판단기능의 결여로 인한 자신의 행위 조정 실패, 즉 완전한 의사능력 상실상태의 행위,
- ii) 자신의 행위에 대한 옳고 그른 점을 이해하지 못하고서 하는 반무의식적인 행위(actus reus),
- iii) 자신의 행위에 대한 이해는 있으나 심리적 이유로 그 행위가 불법 행위라는 점을 깨닫지 못하는 행위,
- iv) 자신의 행위에 대한 이해는 있으나 심리적 이유로 조정이 불가능했던 행위,
- v) 자신의 행위에 대한 이해는 있으나 망상(delusion)으로 인하여 자신의 행위가 정당하다고 믿고 하는 행위

구체적으로 살펴본다면, 정신이상(insanity)에 대한 미국(영국)형법의 기준은 우리 형법이나 독일형법과 정확하게 일치하지는 않는다. 가장 중요한 점은 우리 형법이나 독일 형법에서 착오(Irrtum)로 별도로 규정하고 있는 내용이 책임무능력의 판단 기준으로 포함되어 있다는 점이다. 또한 형법상 행위에 처음부터 고려되지 않는 자동화된 무의식적 행위 역시 책임능력 조항에서 거론되고 있다. 미국과 영국의 형법 교과서의 설명에 따르면 i)의 경우는 아예 형법적인 행위(actus reus - 의식있는 행위라는 라틴어)가 될 수 없으며, ii)는 형법적인 행위이기는 하나 범죄의사(mens rea)를 인정할 수 없는 경우, iii), iv), v)의 경우는 형법적 행위이며 범죄의사를 확인할 수 있지만 이성적인 능력의 결여로 인하여 형법상의 책임을 인정할 수 없는 행위로 설명한다.

68) Maichael J. Allen, Textbook on Criminal Law, 5th. ed., 1999, 115.

나. 책임판정의 구체적 기준

1) 맥나튼 룰(the McNaghten Rule)

a) 개 요

미국 형법에는 책임무능력의 판정기준으로 맥나튼 룰이 존재한다. 이 기준은 원래 영국의 법원에서 형성된 기준이다. 구체적인 사건은 1843년 다니엘 맥나튼(Daniel McNaghten)의 살인 사건이다. 1843년 맥나튼은 당시 영국의 수상이던 로버트 필 경(Sir Robert Peel)을 살해하려다가 그의 비서관인 더몬드(Dummond)를 필 경으로 착각하고 살해하였다. 그는 경찰 진술에서 토리 당원들이 자기를 살해하려고 하였으며, 이러한 망상(delusion) 속에서 필 경을 살해하려다가 착오로 더몬드를 저격하였다고 진술하였다. 소송은 틴달 재판장(Chief Justice Tindal)의 주관하에 윌리엄스(Williams)와 콜러리지(Coleridge) 판사가 배석하였다. 담당 검사(solicitor general)는 변호인과 함께 피고인이 행위 당시 책임무능력 상태였음이 분명하다고 진술하였다. 감정을 담당한 의학전문감정인 먼로(E. T. Monro) 박사는 자신의 30여년의 경험에 비추어 볼 때 맥나튼은 행위 당시 비정상적인 정신상태(insane)였다는 소견을 피력하였다. 재판관 역시 다음과 같은 말로 결정의 근거를 밝히고 있다:

“나는 오늘 매우 놀랐습니다 ... 지금까지 법정에서 청취한 증거에 따르면 ... 피고인의 정신상태를 살펴본 감정인으로부터 모든 의학적 증거가 일치하고 있습니다 ...”⁶⁹⁾

69) “I have undoubtedly been struck...by the evidence we have heard...from medical persons who have examined as to the state of mind of the unhappy prisoner...the whole of medical evidence is on one side...” Bromberg, The Uses of Psychiatry in the Law. A Clinical View of Forensic Psychiatry, 1979, 42 이하.

그에 따라 배심원들은 맥나튼에 대한 정신감정의 증거적격성을 심사하게 되었고, 배심원들은 평결에서 12명 모두 전원일치로 무죄를 인정하였다. 맥나튼은 이후 법원의 명령에 의하여 베들레헴 정신병원에 보호 유치되었다. 몇 년후 맥나튼은 브로드무어 수용소(Broadmoor Asylum)로 이송되어 22년을 지냈으며, 거기서 사망하였다.

b) 반 응

이 판결이 내려지고 담당 법원은 수많은 영국인들에게 비난을 받았다. 심지어 여왕도 특별한 성명을 내어 반대를 표명하였다. 당시 맥나튼 룰에 따른 무죄판결 이후에 다섯 가지 의문점들이 제기되었다.

첫째 망상에 의해서 범죄를 저지른 사람에게는 어떤 법률이 고려되어야 하는가? 범죄에 대한 고의는 있지만, 책임을 질 수 없는 경우가 인정될 수 있는가?

둘째 망상에 의해 범죄를 저지른 사람의 경우를 법정에서 논의할 때 배심원들이 논의해야 하는 것은 어떤 것인가? 행위 자체인가 아니면 정신장애를 변론으로 이용할 수 있다는 점인가?

셋째 피고인의 행위시 정신상태에 대해 배심원이 평결할 자격이 있는가?

넷째 행위자가 행위시 일부에 해당하는 망상으로 인하여 범죄를 저질렀다면, 그 경우도 역시 처벌할 수 없는가?

다섯째 의학전문가가 전혀 행위자의 공판전의 상황을 알지 못하면 서도, 단순히 소송절차에서의 진단으로만 그가 행위시에 책임무능력 상태였음을 확인할 수 있는가?

이 다섯 가지 의문점은 정리해보면 책임무능력의 법적인 의미(첫째 질문), 배심원 평결의 범위(둘째 질문), 배심원 평결의 증거능력(셋째 질문),

일부 망상의 경우 법적 처리(넷째 질문), 마지막으로 감정인 감정의 의미(다섯째 질문)으로 요약된다. 이러한 의문점들로 인하여 맥나튼 룰은 여러 가지 문제점이 있음이 확인되었다. 예를 들면 강한 정신분열증 환자나 다른 중증의 정신병이 있는 환자도 언제나 그 망상에 사로잡혀 있는 것은 아니다. 그러나 맥나튼 룰은 단지 피고인이 망상 상태에 있었는지 아닌지만을 단순히 평가하고 있다.⁷⁰⁾ 미국에서의 반응은 이와 조금 다른 점도 있었다. 미국에선 노골적으로 맥나튼 룰은 영국법원만을 귀속하는 것이고 미국의 법원들은 이를 따르지 말아야 한다는 권고까지 있었다.⁷¹⁾ 지금까지도 영국법원과 미국의 몇 개 주법원이 따르고 있는 맥나튼 기준은 요약하면 다음과 같다: “행위시 선악판단을 할 수 없던 자의 범죄행위는 책임을 인정할 수 없다.”(소위 선악평가 - the Right-or-Wrong Test) 이를 토대로 미국 형법은 책임무능력의 기준을 삼는다.⁷²⁾

c) 맥나튼 룰의 구체화

수많은 비판과 포기 노력⁷³⁾에도 불구하고 맥나튼 룰은 현재까지 중요한 기준으로 작용하고 있다. 그러나 여전히 절차상으로, 법정에서 피고인이 책임무능력자라는 사실을 다투게 되는 경우 누구에게 입증책임을 부담할 것인가를 결정해야 한다. 영미법상의 원칙은 물론 우리의 경우와 같이 모든 범죄사실의 입증은 검사에게 있다. 그러나 책임무능력을 변론의 근거로 주장하는 측에서는 최소한 자신의 행위가 정신장애에 의하여 발생하였다는 가능성을 입증해야 하나는 아직 뚜렷한 입장이 정리되지 못하고 있다.

70) Thomas, Criminal Law Review 1995, 314.

71) Sir James Stephen의 1883년 맥나튼 룰에 대한 평석. Bromberg, The Uses of Psychiatry in the Law. A Clinical View of Forensic Psychiatry, 1979, 45.

72) 선악평가는 전형적인 정신의학상의 평가방법이다. 영미법상의 ‘선-악 테스트’는 우리가 오해하듯이 규범적인 방법이 아니다.

73) 가장 대표적인 사례는 미국 대통령이던 로널드 레이건을 저격했던 힝클리가 법원에서 맥나튼 룰에 의해 정신이상(insanity)으로 평가받아 무죄를 선고받은 사례였다. 이 사건으로 미국에서는 전면적인 맥나튼 룰의 폐지가 시도되었으나, 여전히 맥나튼 룰은 미국과 영국의 책임능력평가 기준으로 작용한다.

영국의 경우는 1975년 형법개정위원회(Criminal Law Revision Committee)와 정신장애에 의한 범죄처리 위원회(the Committee on Mentally Abnormal Offenders - 소위 the Burtler Committee)의 권고에 따라 이 경우도 검사가 입증해야 하는 것으로 확정하고 있다. 미국의 경우 맥나튼 기준이 구체화로 이러한 문제점을 회피하고 있다.

두 번째로는 해석상의 문제로서 정신장애 상태의 범죄행위를 어떻게 고의없는 행위(without mens rea)와 인식없는 자동화된 행위(automatism)와 구분할 것인가이다. 왜냐하면 만일 피고인인 동일한 사례에서 고의없는 행위 또는 인식없는 자동화된 행위로 판결받게 되면 법원의 정신병원 감호 명령없이 무죄를 선고받을 수 있기 때문이다. 이를 해결하기 위하여 맥나튼 기준들은 다음과 같이 구체화되었다:

- i) 정신병(Disease of the Mind),
- ii) 의사결정능력의 결여(Defect of Reason),
- iii) 행위의 내용과 성질(Nature and Quality of the Act),
- iv) 행위의 불법성 인식(Knowledge that the Act is Wrong),
- v) 정신이상적 망상과 저항할 수 없는 충동(Insane Delusions and Irresistible Impulses).

맥나튼 기준의 선악평가 기준은 위의 예에 따라 5가지 내용을 구체적으로 함의하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 그러나 아직 이러한 기준들은 확정적인 책임능력 판단 기준으로 삼기에는 어려움이 있었다. 이후 미국의 형사법원에서는 맥나튼 기준을 보완하기 위한 끊임없는 시도가 있었다.

2) 더램 룰(the Durham Rule)

맥나튼 룰과 함께 국내 교과서⁷⁴⁾에 자주 등장하는 더램 룰은 사실 미국

74) 김일수, 새로 쓴 형법총론, 제9판(2002), 408; 이재상, 형법총론 제5판, 2004, 301 이하;

내에서 잠시 동안만 판례에서 원용되던 기준이다. 이 기준은 1964년 울프 사건(the Wolff Case)에서 구성되기 시작한 맥나튼 기준의 보충적인 의미가 있다. 이 사건은 15세된 피고가 자신의 어머니를 도끼로 잔인하게 살해한 사건이었다.⁷⁵⁾ 피고인은 자신의 행동이 잘못된 것이라는 사실을 분명히 알고 있었다. 항소심을 담당한 쇼우어 판사(Justice Shauer)는 피고가 자신의 어머니를 살해할 당시의 정신상태가 옳고 그름을 인식할 수 있는 상황이었다는 점은 인정하면서도, 감정인들의 감정결과에서 지적된 피고의 정신분열증(schizophrenia)을 동시에 고려해야 한다고 판단했다. 이 사건에서 법원이 발견한 것은 맥나튼 기준에서 오랫동안 유지되어 온 ‘자신의 행위가 법적으로 그릇되었다는 판단’(the wrongfulness test)에서 범위를 확장하였다. 즉 이성적으로는 분명히 행위의미를 인지하였으나, 감정적인 인격 해리(emotional detachment)로 인하여 형법상 책임무능력에 빠질 수 있음을 최초로 인정하였다. 그러므로 기질적인 문제없이 선악평가를 할 수 있어도 행위시의 심리상태에 의한 책임무능력상태를 인정할 수 있다는 취지로 입을 수 있다. 이 판결은 결국 맥나튼 룰에 감정적 요소를 추가하게 만드는 역할을 하였다.⁷⁶⁾

이에 영향을 받아 ‘더램 판결’(the Durham Case)이 내려지게 된다.⁷⁷⁾ 더램 판결에서 형성된 기준은 책임무능력 상태란 더 이상 ‘이성적인 판단’(the Right-or-Wrong-test)의 문제가 아니라 정신병 또는 정신상의 결함의 결과라는 사실에서 찾아져야 한다는 것이다.⁷⁸⁾ 더램 기준은 소위 ‘원인 판단’(the Product test)라고 부르기도 한다.⁷⁹⁾ 그 이유는 정신병과 정

유기천, 개정 형법학(총론강의), 1984, 218 이하(특히 각주 465).

75) People v. Wolff, 394 Pac. 2d 959, 61 Calif. 2d 795, 40 Calif. Rptr. 271(1964).

76) Bromberg, The Uses of Psychiatry in the Law. A Clinical View of Forensic Psychiatry, 1979, 54.

77) Durham v. U.S., 214 Fed. 2d 862.

78) Alexander Brooks, Law and the Mental Health System, 1974, 176.

79) 원래는 담당 순회법원 판사인 바즐런(Bazelon)의 다음과 같은 판결문에서 비롯된 공식이다: “피고의 불법행위가 정신병이나 장신이상에 의한 산물이라면 형법적으로 책임을 인정할 수 없다.”(A accused is not criminally responsible if his unlawful act was the product of mental disease or mental defect.).

신이상으로 인한 행위는 책임무능력으로 분류될 수 있기 때문이다. 이것은 맥나튼 기준이 그 동안 행위시에 선악판단을 할 수 있었느냐에 몰두한 나머지 여러 가지 정신이상 증상에 따른 사안들을 놓친 것에 대한 충분한 보완이 될 수 있다고 평가되었다. 그러나 법률실무가들과 학자들은 이를 대부분 반대하였다. 이유는 더램 기준은 전혀 한계가 마련되어 있지 않으며 이를 실무적으로 활용한다는 것은 거의 모든 정신이상을 근거로한 변론을 인정하는 것이 될 것이라는 근거 때문이다.⁸⁰⁾ 몇 년 후에 더램 기준은 자체 폐기되었다. 그러므로 현재는 더램 기준에 의한 책임무능력 판단은 미국형법상 존재하지 않는다.

3) ALI 기준과 모범형법전

더램 룰이 폐지되면서 맥나튼 룰의 보완이 시급히 요청되었다. 그래서 형성된 것이 바로 미국 법학회 기준(American Law Institute Test - 소위 ALI Test)이다. 간략하게 설명하면, 이 기준은 현재 미국 모범형법전에 구체화된 책임무능력 판정 기준이다. 이 기준은 실제로는 맥나튼 룰의 구체화 기준과 매우 유사하다. 또한 독일 형법에서 취하고 있는 생물학적 기준과 심리학적 기준의 이중적인 복합기준과 유사하기도 하다. 이 기준은 1962년 모범형법전에 구체화되고 있다. 모범형법전의 규정을 다시 한번 반복하면 다음과 같다:

“행위시에 정신병이나 이상증세로 인하여 행위의 잘못됨이나 법에서 요구된 행위를 준수할 근본적인 능력이 없는 자는 자신의 범죄행위에 책임이 없다.”(A person is not responsible for criminal conduct of at the time of such conduct as a result of mental disease or mental defect, he lacks

80) Bromberg, The Uses of Psychiatry in the Law. A Clinical View of Forensic Psychiatry, 1979, 54; M. Dubber, Criminal Law. Model Penal Code, Foundation Press, 2002.

substantial capacity either to appreciate the criminality of his conduct or to confirm his conduct to requirements of law)

ALI 기준은 단순히 선악을 구분할 수 있는 합리적 판단능력을 기준으로 삼은 맥나튼 룰에 행위시의 심리적인 갈등 요소를 포함한 것으로 평가된다.⁸¹⁾ 그러므로 이제 모범형법전의 ALI 기준은 기질적인 정신결함인 ‘정신병’(mental disease)과 상황적인 결함인 ‘심리적 이상’(defect)⁸²⁾이 동시에 고려된다는 점을 분명히 밝히고 있다. 많은 주들이 이 기준을 구체적으로 따르고 있는데, 뉴욕, 켄터키, 메사추세츠, 메릴랜드, 버몬트, 미주리 주는 구체적인 성문법⁸³⁾을 가지고 있으며, 몇 개의 순회법원(Circuit Court) 역시 이에 따라 판결을 하고 있다. 캘리포니아 주는 1978년부터 ALI 기준을 준수하고 있으며, 이를 따라 판결하는 경향은 점차 증가하고 있다.

기질적인 이상 이외에 상황적인 이상심리에 의한 책임무능력 인정은 비교적 미국에서는 빈번하게 법원에서 받아들여지고 있다. 가장 중요한 사건은 1961년 ‘커렌스 판결’(the Currens Case)이다. 커렌스 피고인은 자동차 구입을 한다는 이유로 대리점에서 차량을 몰고 나온 후 다른 주에 방기해서 웨스턴 펜실바니아 지방법원에 절도죄로 기소되었다. 그는 변론으로 맥나튼 기준에 의한 무죄를 주장하였다. 그러나 법원은 두 차례의 정신감정의 결과, 피고인이 “성격상 급격하게 변하고 비이성적인 행동을 할 수 있으며, 부분적인 기억상실증이 분명하다”는 감정을 얻어냈다. 결국 감정인들은 그를 ‘반사회적인 성향자’(sociopath)로 규정하였다. 그는 항소심에서 ALI 기준을 근거로 무죄선고를 받았다.⁸⁴⁾ 이 판결이 중요한 이유는 단순

81) J. Hall, Mental Disease and Criminal Responsibility - M’Naghten Versus Durham and the American Law Institute Tentative Draft, 33 Indiana Law Journal 212(1958). 맥나튼 룰이 단순히 ‘안다’(know)라는 선악 평가 기준을 채택한 반면, 모범형법전에서는 행위의 의미를 ‘감지하다’(appreciate)로 바꾸어 규정하고 있다. 이 단어상이 차이는 이성적 평가요소에 감성적 요소를 추가한 것으로 해석된다.

82) 성격상의 결함을 말한다.

83) 미국 형법상 모범형법전은 전혀 구속력을 가지지 않는다. 단지 하나의 모델일 뿐이다. 그러나 주의 성문화된 형법전(statute)는 주 법원을 구속하는 성문화된 법률이다.

84) U.S. v. Currens, 290 Fed. 2d 751(1961).

한 ‘반사회적 성향’은 정신이상의 범주에 포함하지 않던 당시 정신의학상의 기준에도 불구하고, 법원이 피고인의 종합적인 내용을 고려하여 새로운 법적인 기준으로 심리적 이상을 인정하였다는 점이다. 이는 담당 법원이 ALI 기준과 모범형법전의 “법에서 요구된 행위를 준수할 근본적인 능력이 없는 자”로 인정하였다는 의미이다. 이 기준에 의하여 미국 형법은 독일 형법과 유사한 규범구조를 가지고 있지만, 기질적인 정신질환에 의한 책임무능력(생물학적인 표지)과 상황적인 심리상태에 따른 책임무능력(심리학적 표지)을 거의 동등하게 인정하는 규범적 기준을 취하고 있다고 해석할 수 있다.

4) 정신질환 범법자의 치료감호

미국은 법원에서 무죄를 선고받은 정신질환자를 법원의 직권으로 정신병원에 구금을 명령할 수 있다. 그 원인이 사라질 때까지 시설에 감금할 수 있으며, 일정한 기간을 거쳐 심사를 통해 자유회복을 결정한다. 다만 이러한 구금시설에서의 재활효과가 어느 정도 있느냐에 대해서는 항상 의문이 생기고 있다.⁸⁵⁾

다. 평 가

미국은 위에서도 설명하였듯이 책임무능력을 책임귀속의 전제로 평가하지는 않는다. 오히려 소송능력의 결여로 보고 있는 것이 타당하다. 맥나튼 룰과 더램 룰, 그리고 ALI 기준에 따른 모범형법전의 규정은 미국 형법상의 책임무능력 판단이 독일 형법상의 책임무능력과 구조상으로는 매우 흡사한 점을 보여주고 있다. 비록 커렌스 사건과 케슬러 사건⁸⁶⁾(the Kessler

85) 자세한 내용은 원범연/조성용, 범법정신장애자 등에 대한 법적 처우에 관한 연구, 한국형사정책연구원 2003.

86) 이 사건은 정신분열증을 연구하기 위해 자신에게 마약과 알콜을 상습적으로 투여하던 의과대학생 케슬러가 무의식상태에서 칼로 장모를 102번 찔러 살해한 사건이다. 케슬

Case)에서 미국 법원이 상황적인 심리적 공황상태⁸⁷⁾를 인정하고 있지만, 이러한 사례들이 미국형법상 상황적인 심리적 이상상태의 전면적인 긍정으로 보기는 힘들다. 특히 1990년대 레이건 대통령 암살미수 사건 이후 미국내의 여론은 이처럼 정신이상자들의 범죄행위에 미국 법원이 지나치게 무기력하다는 것으로 집중되고 있다. 그리고 미국의 형사실무가 법정에서 정식 기소되는 비율보다는 소위 “유죄인정 협상”(Plea Bargain)으로 해결되는 경우가 많기 때문에 정확하게 미국 형법상으로 심리적인 기질만으로 형사책임이 감면될 수 있는가는 판단하기 힘들다.

결국 미국형법상의 책임무능력 기준 역시 독일과 유사하게 생물학적인 정신병의 경우 이외에는 책임무능력을 인정하는 사례가 제한적이라고 봐야 할 것이다. 물론 미국의 경우 책임무능력 기준이 이론적인 배경보다는 실제 사례에서 개발되어 나온 원칙이므로, 독일과 같이 책임귀속에 대한 다양한 이론이 존재하지 않는다. 또한 독일 형법과 같이 감정인의 자격이나 소송상의 지위 문제도 중요하게 거론되지 않았다. 추측컨대 그 이유는 처음부터 소송능력의 존재여부를 심사하는 과정이고, 그를 위해서는 전문 감정인의 감정소견이 필수적인 증거능력으로 활용되기 때문으로 생각된다.

3. 일 본

가. 구 조

현재 일본 형법상의 책임능력규정은 우리 형법과 크게 다르지는 않다. 다만, 일본 형법 제39조 제1항은 “심신상실자의 행위는 벌하지 아니 한다.”라고 간결하게 규정되어 있다. 제2항은 “심신모약자의 행위는 감경한

리는 법원에서 자신의 행위에 대해 상황적인 책임무능력을 주장하였고, 항소심에서 무죄판결을 받았다. 그는 법원의 명령으로 정신병원에 수감되어 3년만 치료받고 다시 자유의 몸이 되었다. 이 사건에서는 커렌스 선례가 인용되었다. 자세한 점은 States v. Kessler, Stephen Kessler, Indictment no. 1231/1966, County of Kings, N.Y. 참조.
87) 상황적인 격정행위(Affekthandlung)와 같은 의미로 해석할 수 있다.

다.”로 규정한다. 이와 같은 규정에 대해서 일본 학자들은 대부분 독일 형법이나 우리 형법에서 설명하는 ‘생물학적-심리학적 표지’에 따른 구분이 가능하다는 주장이다.⁸⁸⁾ 일본학자들이 설명하는 형법 제39조의 실질적인 의미는 독일 형법상의 규범구조와 크게 다르지 않다. 간단히 정리하면 정신의 장애를 생물학적 표지의 예로 파악하고 있으며, ‘시비변별능력의 결여’와 그로 인한 ‘행위 억제능력의 감퇴’ 등을 심리학적 표지로 삼고 있다.⁸⁹⁾ 그러나 이러한 해석은 약간 겉으로 보면 다소 의외적이다. 일단 형법 제39조 본문의 어느 구절에도 시비변별능력과 행위억제능력이 제시되고 있지 못하다는 점과 일본 학자들의 주장처럼 일본 형법상의 책임능력 규정이 생물학적 표지와 심리학적 표지 모두를 포함한다면, 우리 형법 제10조 제1항의 본문과 유사하게 규정되었어야 할 것으로 보인다.

그러나 일본 형법학자들의 설명에 따르면, 제39조에서 책임무능력의 다양한 양태들을 해석해낼 수 있을 뿐 아니라, 전혀 규정상으로 등장하지 않는 ‘원인에 있어서 자유로운 행위’에 관한 사항도 해석할 수 있다. 이와 같은 규정은 일본 형법의 색다른 모습으로 파악할 수 있다. 그러므로 일본 형법 제39조의 문언상의 구조에도 불구하고 대부분의 일본 학자들은 책임무능력을 규정한 제39조의 해석에서 생물학적 표지와 심리학적 표지를 혼합적으로 고려하고 있으며, 예외적인 사항으로 원인에 있어서 자유로운 행위까지 본 조항으로 해석하고 있다.

나. 형법개정의 역사

전혀 규정상의 근거가 없음에도 불구하고 일본 형법 제39조상의 간결한

88) 植松 正, 再訂 刑法總論 I, 1991, 286; 前田雅英, 刑法總論講義, 東京大學出版會, 1985, 221 이하; 前田雅英 외, 條解 刑法, 2002, 136 이하. 올해 여름 독일 괴팅엔 대학에서 함께 연구한 필자의 동료인 일본 중앙대학의 다다키 마코토(Tadaki Makoto) 교수와의 토론에서 그는 일본의 형법개정사에서 심신상실이나 심신모약에 대한 다양한 개념적인 토론과 검토가 있었다는 사실을 지적해주었다. 그의 지적으로 일본 형법상의 개념들이 얼마나 엄밀하고 상세한 분석에 의해 나온 것인지 확인할 수 있었다.

89) 前田雅英 외, 條解 刑法, 2002, 137.

표지인 ‘심신상실’로서 생물학적 병리현상과 심리학적 판단력장애를 해석할 수 있다는 것은 우리 형법의 해석태도에 비추어 본다면, 이해하기 힘든 면이 없는 것은 아니다. 그러나 일본의 경우 여러 가지 형법개정안 초안과 개정 경험으로 이러한 해석에 도달할 수 있다.⁹⁰⁾ 그러한 근거로 일본이 우리 형법 제10조 제3항의 원인에 있어서 자유로운 행위 규정을 명시적으로 규정하고 있지 않음에도 불구하고 해석상으로 원인에 있어서 자유로운 행위를 제39조에서 직접 이끌어내고 있다.

역사적으로 보면, 일본은 수차례의 형법 개정에서 지금의 우리와 같은 형태의 규정을 오히려 현행 규정처럼 간결하게 고치고 있다. 예를 들면 명치 23년에 제안된 당시의 개정형법률초안 제73조는 “지각정신이 상실되어 시비를 변별할 수 없어서 행위한 자의 죄는 논하지 아니한다.”⁹¹⁾라는 문구로 구성된다. 이러한 초안은 실제로 반영되지 못하다가 명치 34년과 35년 제안된 초안 제49조에서는 “정신장애(精神障礙)로 인한 행위는 벌하지 아니한다. 단, 정상을 참작하여 감치처분을 명할 수 있다. 정신모약자의 행위는 감경한다.”라고 규정하고 있다. 그 이후 최종적으로 채택된 책임무능력 조항은 명치 40년 제39조로서 “심신상실자의 행위는 벌하지 아니한다. 심신모약자의 행위는 감경한다.”라고 극단적으로 간소화되어 규정되어 오늘에 이르고 있다.⁹²⁾

그 개정의 이유를 살펴보면 형법 제39조에서 이전 문언에서 표현하듯이 ‘지각정신’(知覺精神)이란 용어가 민법의 용어와 달라서 혼동의 이유가 있으므로, 민법상의 표현인 ‘심신상실’(心神喪失)로 변경하였다고 한다.⁹³⁾ 또한 34·35년 초안의 표현인 ‘정신장애’(精神障礙)는 심각한 정신상의 문제

90) 淺田和戊, 刑事責任能力研究 下巻, 1999, 89 이하.

91) 원문은 “70條 知覺精神ノ喪失ニ因リ是非ヲ辨別セスシテ行ヒタル所爲ハ罪トシテ論セス.” 이 규정은 당시 형법, 즉 일본구형법 제70조와 동일하다. 淺田和戊, 刑事責任能力研究 下巻, 1999, 42 참조.

92) 淺田和戊, 刑事責任能力研究 下巻, 1999, 42 이하.

93) 南雲庄之助編, 刑法修正理由 完, 明治 40年, 115 項. 그러나 일본 민법은 1999년 개정을 통하여 ‘심신상실’이란 용어를 더 이상 사용하지 않고 ‘정신상의 장애’(精神上の障害)로 개정하였다. 일본 민법 제7조 참조.

만을 의미하는 것으로 비추어져서 보다 소박한 심리적인 결함을 고려하기 위하여 ‘심신상실’ 또는 ‘심신모약’이란 용어도 대체한다고 밝히고 있다.⁹⁴⁾ 결국 ‘정신장애’란 표현을 유지하는 경우는 생물학적인 표지만을 채택한 것으로 파악되지만 ‘심신상실’이란 용어를 선택함으로써 심리학적 요소를 혼합적으로 고려하는 배경을 가지고 있다고 해석된다. 시행중인 현행 일본 형법은 ‘심신상실’이란 용어로 정신병 등 기타의 생물학적 이상과 사물변별 능력의 일시적인 결함인 심리학적 표지를 혼합하여 평가할 수 있게 규정하고 있다. 명치 34·35년 초안에 있던 감치명령은 형법전에 포함하기에는 곤란한 문언이라고 판단되어, 당시 제정된 “정신병자감호법”(명치 33년 3월 10일 법률 38호)에 위임하고 형법전에서는 제외하였다.⁹⁵⁾

더욱이 이러한 배경을 잘 설명해주는 것은 당시 일본학자들은 독일형법과 다른 국가(주로 프랑스)의 형사법규정과 비교하여 이미 대부분의 학설과 설명을 검토한 바 있으며, 형사법 규정은 단순화하고 해석과 형사소송법상의 관련성에서 이 문제를 해결하는 것이 타당할 것이라는 합의가 있던 것으로 설명된다.⁹⁶⁾ 일본 형법 개정에서 이후에도 수차례 심리학적인 표지가 분명하게 나타나지 않는다는 이유로 몇 번의 개정안이 제안되기도 하였다. 특히 1935년의 개정안에서는 제17조에 “의식의 상실이나 정신의 미숙으로 인한 장애로 인하여 행위의 정당성을 변별하지 못하거나 그 변별력에 의하여 행위를 할 수 없는 자의 행위는 별하지 아니한다. 전항의 능력에도 불구하고 그 능력 자체가 약한 자의 행위는 감경한다.”로 제안하고 있다.⁹⁷⁾ 그 이유는 역시 ‘심신상실’만으로는 생물학적 표지와 심리학적 표지가 뚜렷하게 구분되지 못한다는 것이다.⁹⁸⁾

94) 자세한 내용은 淺田和戊, 刑事責任能力研究 下巻, 1999, 45 이하.

95) 吳秀三/櫻田五郎, 精神病者私宅監置實況, 松澤病院醫局病院問題研究會 編, 精神衛生法をめぐり諸問題, 昭和 39年, 93 이하.

96) 淺田和戊, 刑事責任能力研究 下巻, 1999, 48.

97) 豊島直通, 刑法豫備草案修正意見, 豊島博士追悼論文及遺稿集, 1935, 127 이하.

98) 淺田和戊, 刑事責任能力研究 下巻, 1999, 69.

다. 일본 형법상 '심신상실'과 '심신모약'의 구체적 의미

1) 판단근거

일본 형법학자들이 언급하는 심신상실과 심신모약의 실질적인 판단기준은 생물학적 표지로서 첫째 정신병, 둘째 지적장애, 셋째 정신병질, 넷째 중독성신경장애 등이다. 심리학적 표지로서는 심인성정신장애를 구체적인 예로 들고 있다.⁹⁹⁾

a) 생물학적 표지에 포함되는 유형

생물학적인 표지는 대부분 정신의학상의 병리적인 기질을 의미한다. 그러므로 생물학적인 표지에 포함되는 것 역시 크게 구분하면 정신병기질을 가지고 있는 행위자의 특징을 의미할 수 있다. 여기에는 내인성 정신병, 외인성 정신병, 지적장애, 정신병질, 중독성 정신장애 등을 나열하고 있다.

i) 내인성 정신병

내인성 정신병의 분류에 속하는 예로는 정신분열증,¹⁰⁰⁾ 조울증,¹⁰¹⁾ 기질적인 급발성 이상행동(소위 땡깡 てんかん 병),¹⁰²⁾ 정신착란과 같은 비정형정신병,¹⁰³⁾ 소위 편집증이나 피해망상과 같은 정신질환¹⁰⁴⁾ 등이 있다.

99) 자세한 정리는 前田雅英 등, 條解 刑法, 2002, 139 이하.

100) 最決 昭 59.7.3 集 38-8-2783; 東京地八王子判平 1.6.26 判夕 713-278; 大阪高判平 4.10.29 判時 1508-163; 岡山地判平 7.12.18 判時 1565-149; 京都地判平 8.11.28 判時 1602-150(이상 심신상실), 廣島高判平 1.3.23 高檢速報平 1-3; 東京高判平 1.7.10 判夕 714-256; 東京地判平 3.10.15 判夕 780-263; 59.7.10(이상 심신모약).

101) 東京地判平 1.5.19 判夕 705-262; 浦和地判平 1.8.23 判夕 717-225; 東京地判平 5.4.14 判時 1477-155.

102) 神戸地尼崎支判平 2.9.3 判夕 766-280(심신상실); 大阪地判平 3.6.26 判夕 775-231; 東京地判平 4.3.2 判夕 769-252(이상 심신모약).

103) '환각망상상태'를 의미한다. 해당 판례로는 심신상실을 인정한 사례는 없고 심신모약

이러한 질환들은 대부분 피의자나 피고인이 이미 이와 같은 기질을 보이고 있다는 점에서 조금 더 용이하게 심신상실이나 심신모약으로 인정될 수 있다.

ii) 외인성 정신병

외인성 정신병의 종류로서 뇌질환이나 뇌손상에 의한 정신병을 예로 들 수 있다. 이와 같은 외인성 정신병이 심신상실이나 심신모약으로 판정된 예는 앞에서 설명한 내인성 정신병보다는 수가 적다. 그 이유는 아무래도 외인성 요인이 정신병을 촉발하여 범죄행위로 진행되는 인과성을 입증해야 하기 때문으로 파악된다.¹⁰⁵⁾ 그리고 내인성 정신병은 수사나 공판에서 피의자나 피고인의 병적 기록으로 확인이 용이한 반면, 외인성 정신질환은 그 확인 절차가 까다롭다는 특징이 있다.

iii) 지적 장애(知的 障害)

책임무능력의 기준으로 인정되는 지적 장애는 단순히 말하면 지능이 심하게 낮아서 일정한 사리 분별을 못하는 상태를 말한다. 일본 형법학자들은 이 기준으로 대체로 지능(I.Q.)이 30에서 50 정도를 약한 지적 장애로 구분하고, 그 이하 즉 20에서 30 정도를 중한 지적 장애로 구분하고 있다.¹⁰⁶⁾ 다만 이러한 지적 능력의 정도를 계량적으로 파악하는 것이 아니라 개별적인 사안에 따라 심신모약, 또는 완전한 정신상의 능력을 인정하기도

만 발견된다. 東京高判昭 59.9.2 判時 1004-136; 東京高判昭 57.7.26 高檢速報 2605.

104) 大阪地判平 1.6.28 判夕 730-250; 神戸地判平 6.5.10 判時 1515-172(이상 심신상실), 東京高判昭 56.6.2 高檢速報 2517; 東京高判昭 57.11.22 高檢速報 2637; 高松高判昭 59.12.4 判夕 545-305(이상 심신모약).

105) 심신상실의 경우는 大阪高判平 5.2.24 判時 1505-156(뇌동맥경화증으로 인한 심신상실 인정); 東京高判昭 49.10.29 高檢速報 2055(노인성치매를 근거로 한 심신상실 인정); 秋田地判昭 51.6.30 判夕 344-321(노인성치매를 근거로 한 심신모약 감경).

106) 前田雅英 등, 條解 刑法, 2002, 142; 植松 正, 刑法總論 I, 1985, 287.

한다. 특이한 점은 지적장애 사유로만 심신상실을 인정한 판례는 찾아보기 힘들다. 그러므로 판례의 태도는 매우 개별적이다.¹⁰⁷⁾

iv) 정신병질(精神病質)

정신병질은 정신의학상으로도 매우 애매한 구분이다. 일상용어로는 ‘성격이상’을 의미하기도 하는데, 이를 직접적인 원인으로 일본 판례에서 책임무능력을 인정한 사례는 없다.¹⁰⁸⁾ 다만 다른 기질적인 장애사유와 합쳐져서 심신상실 또는 심신모약을 인정한 사례는 간혹 발견된다.¹⁰⁹⁾

v) 중독성 정신장애

중독성 정신장애는 주로 알콜로 인한 중독성 장애와 기타 약물에 의한 중독성 장애로 구분된다. 중독성 정신장애는 병적 명정이나 급성적인 흥분, 불안, 흥폭화, 맹목적 기질 등이 발현되는 것을 예로 들고 있다. 약물에 의한 중독성 장애로는 수면제, 신경안정제나 마약류에 오래 노출되어 기질적으로 중독성향을 보이는 것을 의미한다. 알콜중독과 유사한 양상을 보이는데, 일본도 우리와 마찬가지로 약물 및 알콜 중독자의 책임능력에 대해서는 상당히 이견이 많이 존재한다.¹¹⁰⁾ 이 경우도 역시 완전한 책임무능력을 인정한 사례는 없고, 심신모약과 변론주장과 달리 완전책임능력을 인정한 사례들만 발견된다.¹¹¹⁾

107) 札幌地判平 1.10.24 判夕 719-215; 名古屋地岡崎支判平 7.11.27 判時 1553-147; 大阪高判平 7.12.8 判時 1553-147(이상 심신모약), 東京高判昭 63.8.2 判時 1291-159; 廣島地福山地判平 3.6.25 判時 1407-120(이상 책임능력 인정)

108) 前田雅英 등, 條解 刑法, 2002, 142.

109) 東京地判平 1.12.21 判夕 730-246; 東京地判平 2.5.15 判夕 734-246; 廣島地福山地判平 3.6.25 判時 1407-120(이상 책임능력 인정 사례), 札幌地判平 1.10.24 判夕 719-215(지적장애 요인과 함께 심신모약 인정).

110) 前田雅英 등, 條解 刑法, 2002, 145; 大塚 仁(編), 刑法 I, 1990, 391 이하..

111) 東京高判昭 62.5.26 高集 40-1-52; 大阪地判昭 63.11.25 判夕 703-278(이상 심신모약; 大阪地判昭 63.12.27 判夕 717-239; 浦和地川越支判平 2.10.11 判時 1382-137; 東京高

b) 심리학적 표지에 포함되는 유형

일본의 일부 학자들은 이 표지를 ‘평가적 측면’이라고도 한다. 그 이유는 심리적 표지가 대부분 원인 또는 기질에 의해서 발생하는 것이라기 보다는 상황적으로 돌출되는 경우가 많고, 이는 대부분 입증되는 것이 아니라 법원에 의하여 수인되는 측면이 강하기 때문이다.¹¹²⁾ 평가적 측면이라는 말은 법원의 평가에 의하여 결정이 좌우된다는 것과 같은 의미로 해석할 수 있다. 일본의 심리학적 표지에 대표적으로 포함될 수 있는 유형은 독일 형법상의 ‘격정행위’(Affekttat) 같은 것으로 볼 수 있다. 일본학자들은 이를 ‘신경증’(神經症)으로 부르고 있는데 그에 대한 설명은 다음과 같다. 대인관계에서 지속적으로 갈등이 발생하거나 환경적 요인, 또는 성격에서 야기되는 과도한 불안감 등에 의하여 급격히 인격이 해리되는 현상을 신경증으로 구분한다.¹¹³⁾

일본 역시 신경증, 즉 심리적 요인에만 의존한 심신상실을 인정할 것인지에 대해서는 심리학자나 정신병학자들조차도 견해가 갈리고 있다. 한편에서는 격정행위와 같은 이상행동은 정상행동의 범위에 포함되는 것으로 파악하여 형법에서 문의하는 불법의식이나 행위의 의미에 대해서 충분히 통찰할 수 있다고 해석하는 한편, 심리적인 요인만으로도 충분히 행위시의 자신의 행동에 대해서 전혀 통제할 수 없는 상황에 빠질 수 있다는 것으로 양분된다. 판례의 경향은 다른 국가의 예에서 확인한 것처럼 책임무능력을 인정하는 것에 매우 조심스럽다.¹¹⁴⁾

判平 7.9.11 判時 1550-130(이상 책임능력 인정)

112) 前田雅英 등, 條解 刑法, 2002, 146; 植松 正, 刑法總論 I, 1985, 287; 牧野英一, 刑法總論 下, 昭和 34年, 532; 木村龜二, 刑法總論, 昭和 34年, 338 이하.

113) 前田雅英 등, 條解 刑法, 2002, 146: “神經症は, 對人關係を主とした持續的葛藤, 環境, 性格等が關與して惹起されるもので過度の不安を主症狀とする不安神經症, 身體症狀...”

114) 최근 판례 중 심리적 무능력요인을 근거로 한 인정 예는 千葉地判平 2.10.15 判夕 771-283이 유일하고 심신모약 인정 판례로는 東京高判昭 61.8.26 判時 1206-14; 浦和地判平 5.2.26 判夕 824-248, 완전책임능력 인정 판례로는 東京高判平 1.3.2 判時 1322-156; 横濱地判平 4.5.13 判夕 819-202 등이 있다.

2) 일본 판례 태도의 특이성

이론적인 심신상실과 심신모약의 기준은 위에서 언급한 것과 같다. 일본 판례의 경향은 해석론이나 정책적인 제안과 어느 정도 거리를 두고 있다. 학설상의 근거와 표준은 언제나 생물학적-심리학적 혼합표지에 의한 해석을 권고하고 있지만, 실제 사례에서는 그를 확보할 명확한 기준이 없다. 또한 형사절차상으로도 감정은 필수적으로 적용되지 않는다. 판례에서 극히 제한적으로 인정하는 대부분의 심신상실 또는 심신모약은 대부분 ‘지속적이고 명백한 정신장애의 외관’이 갖추어지는 경우에 한해서 적용된다. 물론 이러한 판단은 피상적인 추측일 수 있다. 그 이유는 우리나라와 마찬가지로 일본 역시 정신장애 판정 자체가 어느 일정한 유형이나 틀에서 이루어지기 보다는 해당 사안의 특수성과 경향에 의존하는 경우가 많기 때문이다.

판례상으로는 심신상실과 심신모약을 “심신상실이란 정신장애로 사물의 선악을 판별할 수 있는 능력이 결여되어 그에 따라 행위를 할 수 없는 상태에 이른 것을 말하고, 심신모약이란 앞의 능력이 심각하게 약해진 상태를 의미한다.”라고 개념 규정하고 있다.¹¹⁵⁾ 일본 판례 역시 심신상실을 인정하는 대다수 근거는 생물학적인 표지, 즉 기질적인 이상증세가 대다수이다.¹¹⁶⁾ 또한 병적인 명정 같이 증세가 지속적으로 목격되고, 객관적으로 인식할 수 있는 뚜렷한 특징이 있어야 심신상실 또는 심신모약으로 평가되기 쉽다.¹¹⁷⁾ 예컨대 조울증에 의한 사건을 판결하면서¹¹⁸⁾ 법원은 감정결과인 ‘비정형적 조울증’ 환자여서 피고인인 충동을 자제할 수 없는 광폭한 기질을 내보였지만, 행위 당시 질환에 의한 것이라는 구체적인 증거가 필

115) 大判昭 6.12.3 集 10-682.

116) 같은 설명은 大塚 仁(編), 刑法 I, 1990, 384 이하. 판례는 名古屋高判昭 31.4.23 裁特 3-9-434.

117) 仙臺高秋田支判昭 33.3.26 高集 2-4-169(간질발작에 의한 심신상실); 仙臺高判昭 30.3.22 裁特 2-6-167(병적 명정에 의한 심신상실).

118) 鹿兒島地判昭 44.1.2 月報 1-12-1164.

요하다고 설명한다. 그러므로 전문감정인의 감정결과와 병세로 인한 구체적인 증상에도 불구하고 법원은 행위시 특정된 또다른 피고인의 사실을 추가하고 있다. 이러한 점은 다르게 해석하면 피고인의 질병에 의한 통제 불가능에 대한 법원의 규범적 통제를 실시하는 것으로 보이기도는 근본적으로 법원이 심신상실이나 심신모약 행위자를 비규범적으로 인식하는 것으로 평가할 수도 있다. 즉, 법원의 해석은 일본 형법 제39조의 구체화되지 못한 기준에 의해서 ‘자의적’일 수 있다는 것이다.

다만 일본 형법은 우리와 달리 구체적인 문언에 전적으로 구속되지 않고 해석을 통한 소위 ‘기술되지 아니한 구성요건해당요소’를 일부 인정하고 있다. 특히 법원은 책임능력평가에서 전혀 문언의 근거가 없는 ‘원인에 있어서 자유로운 행위’를 지속적으로 인정하고 있다는 점에서 그렇다.¹¹⁹⁾ 이러한 결론은 일본 형법 판례가 구체적 타당성이라는 취지에서 “법감정”의 영향을 깊이 배려한다는 것이 관찰된다.¹²⁰⁾

라. 평 가

일본 형법은 제39조에서 심신상실과 심신모약의 두 가지 경우와 문언에서 구체화되지는 않았지만 ‘원인에 있어서 자유로운 행위’를 규정하고 있다. ‘심신미약’과 ‘심신모약’을 규정하면서 학설로는 생물학적-심리학적 혼합방법론에 따른 책임평가를 추구하고 있다고 설명하고 있으며, 명시적인 규정이 없이 자초한 책임무능력 또는 과실에 의한 책임무능력상태를 판례와 이론에 의존해서 처벌하고 있다. 구 일본형법 제40조의 ‘농아자’의 책임감정을 최근 삭제한 것을 제외하면 우리나라의 형법과 매우 유사한 태도를 가지고 있다. 우리나라 형법은 구일본 형법상 책임무능력 조항과 유사

119) 대표적인 판례로는 어머니가 수유 중 잠이 들어 아기를 질식사시킨 사례(大判昭 2.10.15 集 6-413)와 기질적으로 음주 후 폭행을 하는 성벽을 알고 있는 자가 음주 후 만취하여 타인을 살해한 사건(最大判昭 26.1.17 集 5-1-20)을 들 수 있다. 앞의 판례는 우리나라에서도 많이 소개된 판결이다. 두 가지 모두 과실치사죄로 판결되었다.

120) 前田雅英 等, 條解 刑法, 2002, 147.

한 것으로 평가된다. 그러나 일본 형법이 현재 취하고 있는 태도는 우리의 경우와 유비시켜 해석할 수 없다고 생각한다.

첫째는 일본 형사소송법상 감정제도가 명확하게 구체적인 기준을 마련하고 있어서 형법상의 책임무능력 조항이 법원의 비전문적인 성향에 의하여 사문화 또는 희석화될 여지를 줄인다는 점이다. 다만 이러한 요소는 다시 ‘심신상실’이라는 표지가 심리학적인 불법통찰에 대한 요소를 함의하고 있다는 사실을 여전히 법문언에 구체화되지 못하기 때문에 소위 “명확성의 원칙”에 반할 수 있기는 하다. 입법태도로만 본다면 죄형법정원칙 위반이 문의되는 사항이다. 그러나 이 경우 피고인의 이익이라는 점은 두말할 것도 없다. 두 번째 법원이 평가해야하는 피고인의 정신능력은 피고인 또는 피의자가 책임능력을 갖추고 있느냐라는 “진실”(Wahrheit)이 아니다. 법원은 법률에서 요구하고 있는 책임능력자로서의 피고인 또는 피의자를 소송의 주체로 평가할 것이 요구된다. 그 기준은 법률일 수밖에 없다. 그러므로 심신상실자의 행위란 법원의 일차적인 해석대상이 아니다. 책임무능력 판단에서 법원은 제2차적이고 부수적인 평가만을 내릴 수 있다. 이미 생물학적인 표지의 해석은 법원의 평가 대상이 아닐 수 있다. 혼합적 방법에서 심리학적 표지 또는 평가적 표지를 따로 요구하는 것은 전문가들이 식별할 수 있는 표지 이외에 규범적 평가가 문제될 수 있는 사안에 대해 법원이 소극적으로 평가할 수 있는 여지를 제공하는 것이다. 그럼에도 불구하고 일본 형사법원의 지속적인 태도처럼 심신상실과 심신모약을 적극적으로 ‘구성’하는 판결을 내린다면, 일본 형법 제39조는 순수한 ‘일반조항’이 될 수 있는 가능성도 있다고 보인다.

제4장 형법상 책임무능력 판정과 개선가능성

1. 우리 형법 제10조의 검토

우리나라 형법 제10조에서 발견될 수 있는 개별적인 문제점은 다음과 같다.

- 현행 형법 제10조 제1항과 제2항에서 지시하는 ‘심신장애’의 내용이 구체화되지 못하고 있으며,
- 형사소송법 제169조의 감정이 형법상의 책임무능력 판정에 어떤 관련성이 있는지 분명하지 않고,
- 법원 또는 수사기관에서 피고인 또는 피의자의 책임능력평가를 위하여 어떤 기준을 가져야하는지가 모호하다.

형법의 책임능력 기준이 구체화되지 못하는 이유를 간략하게 말할 수는 없다. 어떤 측면에서는 형법 이론과 형사실무가 제각각 운영되고 있기 때문일 수도 있고, 형사실무의 다른 정책적인 고려가 변수로 작용해서일 수도 있다. 다만, 우리나라에 소개된 형법이론서는 거의 예외없이 독일이나 일본 형법이론에서 소개된 방식에 의거하여 책임무능력과 책임능력을 설명하고 있다. 소위 “생물학적-심리학적 혼합방식”은 우리 형법 제10조 제1항과 제2항의 문언과 함께 이견없이 설명하는 기준이다. 그러나 이 표지가 실무에서 어떻게 실천되는지는 모호하다. 판례의 경우도 어떤 기준으로 책임무능력과 한정책임능력을 인정하는지 분명하게 알기 어렵다. 우리나라 판례에서 인정하는 다양한 기준들은¹²¹⁾ 어떤 특정한 기준으로 일괄적으로

121) 대표적인 예로 “간질성 발작에 따른 편집성 정신병”(1984.8.21 84도1510), “전환신경증세에 따른 일시적 혼란”(대판 1983.7.26 83도1239), “망상지각 상실에 따른 자아붕괴로 비롯된 이인상태”(대판 1971.7.27 71도987), “명정”(대판 1976.10.12 76도2679; 1974.1.15

정리하기 힘들다.¹²²⁾ 여기에는 형법이론에서 제시하는 생물학적 기준과 심리학적 기준이 어떻게 형사실무에서 기준이 되어야 하는지가 법규정에 분명하게 제시되어 있지 못하다는 이유도 작용하는 것으로 볼 수 있다.

2. 국내 학설 검토

책임무능력과 한정책임능력에 대한 우리나라 형법이론들은 거의 독일, 미국, 일본의 이론들과 유사하다. 우리 교과서들은 초기 일본 형법 이론을 그대로 차용하고 있었으나, 점차 독일 형법이론들과 영미법상의 기준(맥나튼 룰과 더램 룰)이 소개되었다. 그러나 문제는 내용이 아니라 그 쓰임에 대한 인식이다. 대체로 독일과 미국의 이론들이 충실히 소개되긴 하였지만 독일과 미국의 형법상 책임능력의 취급에 대한 ‘문제의식’은 국내에서 제대로 토론되지 못하였다. 단순히 생물학적 표지와 심리학적 표지에 대한 설명과 그 혼합적 방법이 주류의 방법론이라는 점은 어떤 점에서 논의의 결과가 아니라 수입의 결과라고 볼 수도 있다.¹²³⁾

가. 문언 해석 문제

‘심신장애’의 내용을 설명하면서 생물학적 요소와 심리학적 요소가 혼합되어 있으며, 그로 인하여 생물학적 요소에는 정신병 등 기질적 결함요소가 포함되고 심리학적 요소는 선악판단이나 사리분별과 같은 기능적인 결함이 원인이 된다는 설명에는 다른 견해가 없다.

73도2522), “급성정신분열증 반응이나 정신병적 둔주상태(遁走狀態)”(서울고법 1977.5.11 77노377), “일과성 뇌신경 선망상태”(서울고법 1978.12.7 76노2155), “정신착란”(대판 1979.6.12 79도922) 등.

122) 물론 실무상으로는 각각의 사안이 갖는 특수성 때문에 통일적인 기준을 제시하기 힘들 것이다.

123) 김일수, 새로쓴 형법총론, 제9판, 409 이하; 배종대, 형법총론, ; 이재상, 형법총론, 제5판, 303 이하; 오영근, 형법총론, 2002, 448 이하; 신동운, 형법총론, 2001, 338 이하; 임웅, 형법총론, 1999, 256 이하; 유기전, 개정 형법학(총론강의), 1984, 216 이하.

<표 1> 형법 제10조 제1항의 인식구조

생물학적 표지	심리학적 표지
심신장애	사물변별능력 / 의사결정능력
혼합적 방법론	

문제는 우리 형법 제10조 제1항의 문언의 구문 구조상 당연히 생물학적 표지와 심리학적 표지를 위의 도표처럼 구분할 수 있느냐이다. 우리 형법 제10조 제1항의 ‘심신장애’를 따로 생물학적 표지로 본다면, 이 규정은 구문론상으로 ‘심신장애’란 생물학적 표지와 ‘사물변별능력’ 또는 ‘의사결정능력’이라는 심리학적 표지의 혼합적 방식으로 읽을 수 있다. 그렇다면 만일 생물학적인 표지인 ‘심신장애’가 원인되지 않은 단순한 심리적인 결함으로 인한 사물변별무능력과 의사결정무능력은 우리 형법 제10조 제1항에 의해서 어떻게 구체화할 수 있는지가 애매해진다. 일본 형법 제39조의 ‘심신상실’의 해석처럼 우리 형법 제10조 제1항 ‘심신장애’에 심리학적인 표지가 포함되어있다고 전제하지 않는다면, 여기서 혼합적 방법은 두 가지 요소를 포함하는 것이 아니라 오히려 심리학적 표지의 여러 가지 예를 제한하는 것으로 읽힐 수 있다. 왜냐하면 단순 심리학적인 장애요소는 처음부터 ‘심신장애로 인’한 것이 아니라고 볼 수 있기 때문이다. 그 결과 정신병적 기질이 없는 사람의 일시적 걱정행위와 같은 사안은 형법 제10조에 의해서 제대로 적용되기 힘들다.

반면에 우리 형법 제10조 제1항의 ‘심신장애’에는 생물학적 표지와 심리학적 표지가 혼합적으로 고려된 개념으로 파악하고, 후문의 ‘사물변별능력’과 ‘의사결정능력’은 이를 보충적으로 설명하는 판단기준이라고 이해한다면 단순한 심리적 장애를 해석해 낼 수 있다. 예를 들면 명정의 경우 일본 학자들이 구분하듯이 ‘병적 명정’과 ‘단순 명정’으로 구분한다면, 전자의 해석에 따르면 ‘병적 명정’은 기질적 심신장애(이를 생물학적인 표지인 “외인성 정신장애”로 파악)에 의한 사물변별무능력 또는 의사결정무능력에

해당하지만, ‘단순 명정’은 음주습관 또는 상황을 통제하지 못한 심신장애(단순 심리적 표지인 “신경증”으로 파악)로 인한 사물변별무능력 또는 의사결정무능력으로 파악할 수 있다. 이 경우 ‘사물변별능력’이나 ‘의사결정능력’은 특별하게 심리학적 표지로 평가할 실익이 없다. 왜냐하면 ‘심신장애’ 개념이 이미 ‘구조적 결함’(생물학적 표지)과 ‘기능적 결함’(심리학적 표지)을 동시에 포함하기 때문이다. 심리학적 표지의 실제 내용은 제10조 제1항 후문의 영향을 받지 않는다. ‘심신장애’(생물학적 표지+심리학적 표지)를 근거로 하여 사물변별능력이나 의사결정능력이 영향받은 것으로 해석할 수 있다. 그에 따라 ‘심신장애’ 상황이 존재한다는 것은 책임감면의 일부조건이고 이로 인하여 사물변별능력 또는 의사결정능력이 감소되었다는 또 다른 조건이 되는 것처럼 설명할 수는 없다. 이에 따라 다음과 같이 정리된다.

<표 2> 형법 제10조 제1항의 인식구조

혼합적 방법론	
심신장애로 인한 사물변별무능력	심신장애로 인한 의사결정무능력

이러한 해석은 형법 제10조 제2항의 문언을 살펴보면 보다 설득력있게 다가온다. 제10조 제2항은 “심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 감경한다.”라고 규정한다. 만일 사물변별무능력과 의사결정무능력이 심리학적 표지일 뿐이라고 설명한다면, 형법 제10조는 제1항에서 생물학적 원인(심신장애)에 의한 심리적 무능력(사물변별무능력과 의사결정무능력)의 책임면제를 규정하고 동조 제2항에서는 역시 생물학적 원인(심신장애)에 의한 심리적 능력감소(사물변별능력의 감퇴 또는 의사결정능력 감퇴)의 책임감경을 규정하였다고 봐야한다. 결국 형법 제10조 제1항의 해석은 ‘심신장애’를 생물학적-심리학적 혼합표지로 해석하여 ‘사물변별무능력’ 또는 ‘의사결정무능력’은 그에 따른 결과로 판단하여 책임을 면하고, 제2항

역시 동일한 조건으로 한정책임능력을 인정하여 책임을 감면하는 것이 적당할 것으로 생각한다.

그 실제적인 이익은 물론 심리적인 장애요인을 구체화시킬 수 있고, 이를 통하여 책임능력기준을 합리화시킬 수 있다는 점이다. 보다 분명한 해결을 위한다면 독일 형법 제20조와 같이 심신장애 개념을 구체화하는 방법이 있다. 현행 형법 제10조의 문언으로는 어떤 것이 정신장애의 내용인지 모호하기 때문이다.

나. 형사소송법상 감정과의 관련성

두 번째 문제는 형사소송법상으로 현재 형법 제10조의 해석이 심신장애자들을 소송과정에서 유효하게 구분할 수 있느냐이다. 즉, 형법 제10조에 따른 심신장애 판정을 받아내는 것이 절차상으로 어떻게 실현되는가이다. 형법 제10조의 해석을 통하여 피의자/피고인을 심신장애 의심자로 구분할 수 있다고 하여도, 형사소송절차에서 이 사실이 무시되거나 피고인이 이 사실을 적절하게 주장하지 못한다면 법정에서 심신장애 사실은 고려되지 못할 수도 있다. 여기서 감정의 문제가 제기된다.

우리나라 형사소송법상 감정이란 “특수한 지식·경험을 가진 제3자가 그 지식·경험에 의하여 할 수 있는 법칙 또는 그 법칙을 적용하여 얻은 판단을 법원에 보고하는 것”¹²⁴⁾ 또는 “특별한 전문지식이 있는, 수사기관 이외의 제3자가 그 전문지식을 적용하여 일정한 사실판단을 하는 것”¹²⁵⁾을 말한다. 형사소송법 제169조는 이러한 감정에 대한 규정이다. 감정의 법원에서의 역할이 무엇인가에 대해서는 다양한 주장이 있을 수 있다. 감정의 형사소송법상의 지위는 현재 상황에서는 일반적으로 “증인”으로만 해석하는 것 같다.¹²⁶⁾ 정신장애판정을 위하여 법원은 감정을 유치할 수 있

124) 이재상, 형사소송법 제5판, 2001, 431.

125) 배종대/이상돈, 형사소송법 제3판, 1999, 293.

126) 이재상, 형사소송법 제5판, 2001, 431.

으며(제172조 제3항), 법원 외부에서도 감정이 가능하다(제172조 제1항, 제2항). 이 경우 법원은 감정결과서나 감정인의 법정 진술을 단순히 일반 증인의 진술과 같은 것으로만 채택할 수 있다.

형사소송법상으로 매우 간결하게 규정되어 있는 감정인 규정은 사실 심신상실이나 심신미약과 같은 복잡한 성격의 감정만을 위한 규정이라고 보기엔 부족할 수 있다. 실무적으로 생각해도 법원의 요청에 따른 감정인은 정신분석같이 전문적인 감정이 아닌 경우가 많다. 또한 법정에서의 감정 역시 일반적인 사실관계를 감정하는 경우가 더 많을 수 있다. 예를 들면 교통사고사건과 같이 자동차 기능이나 성능에 대한 감정처럼 고도의 전문적인 감정이 아닌 경우가 더 많은 것이 사실이다. 그러나 심리상태나 정신상태 판정을 위한 감정 유치나 감정 증인의 경우는 다른 감정과 다르게 평가해야 한다. 심리적인 상태를 감정하는 것은 직접적으로 증거의 증명력을 확인시키는 것과 다른 차원의 문제를 발생시킨다.¹²⁷⁾

엄밀히 말하면 심신상실의 판정에 있어서 감정의 역할은 우리 대법원에서 확인하는 것처럼 ‘사안관계의 확인을 위한 부수적 증거’가 아니라¹²⁸⁾ 실제로는 범죄능력 확인의 ‘핵심적인 증거’일 수 있다. 우리 형법 제10조 제1항 내지 제3항의 규정들이 법정에서 충분히 실현되기 위하여는 전문감정에 의한 심신장애 발생여부가 핵심적인 증거로 평가받아야만 할 것이다. 그래야만 형법 제10조의 본래적 의미가 분명히 발생하기 때문이다.

다른 문제로는 지적할 수 있는 것은 법원의 감정에 대한 태도이다. 법원은 피고인의 심신장애 주장에 대해 의무적인 구속력이 없다. 형사소송법 규정도 당사자의 요청을 법원이 인정해야만 법원의 재량으로 감정을 신청할 수 있다. 이는 감정 신청 자격을 검사, 당사자, 법원이라고 명시적으로 규정하는 프랑스나 독일, 미국 소송법의 경우와 차이가 난다. 특히 독일

127) U. Undeutsch, Zur Problematik des psychologischen Sachverständigen, in: R. Lange-FS, 703 이하.

128) 우리 대법원의 태도는 감정에 대해 임의적이고 보조적인 기능만을 인정한다는 생각이다. 대판 1970.6.12, 79도922; 1984.2.14, 83도2785. 최근의 판례는 94도581; 96도638; 97도1142; 98도159; 98도3812; 99도1194.

형사소송법 제80a조는 “피의자를 정신병원에 감호, 금단치료소감호 또는 보호감호에 처할 것을 고려해야 하는 경우, 공판에서 행하여질 감정의 준비기회가 소송준비절차에서 이미 감정인에게 주어져야 한다”라고 규정하고 있다. 또한 독일 형사소송법 제81조에는 정신상태를 감정하기 위한 감정유치 조건을 상세하게 규정하고 있다.

독일이나 프랑스 형사소송법상의 감정은 우리 형사소송법에서 해석하듯이 단순한 감정증인의 문제는 아니다.¹²⁹⁾ 실제로 정신장애자 판정에 있어서 감정은 단순한 외부 증언의 문제가 아니라 실체적인 진실을 밝히기 위한 조건이라고 생각해야 한다. 미국의 경우 역시 예비감정의 결과에 따라야 형사소송절차가 진행되지 않고, 치료명령이 부과되므로 마찬가지로 효과라고 볼 것이다. 그러므로 우리 형법 제10조의 규정이 제대로 적용되기 위해서는 형사절차상의 감정에 대한 새로운 접근이 필요하다고 생각한다.

3. 정신장애자 판정에 관한 판례 분석

가. 개념 해석 문제

대법원이 해석하는 형법 제10조 심신장애 개념¹³⁰⁾은 다음과 같다:

“형법 제10조의 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자 및 이와 같은 능력이 미약한 자라 함은 어느 것이나 심신장애의 상태에 있는 사람을 말하고, 이 양자는 단순히 그 장애 정도의

129) Hans-Ludwig Schreiber, Zur Rolle des psychologischen Sachverständigen im Strafverfahren, Wassermann-FS, 1985, 1007 이하; Kuhn, Der psychiatrische Sachverständige - ein Fremdkörper im System des Strafverfahren? Versuch einer Analyse anhand von Aktenauszüge aus den Prozessen gegen J. Bartsch und M. Wittmann, Diss. Saarbrücken, 1977; Krauß, Richter und Sachverständiger im Strafverfahren, ZStW 85(1972), 320 이하.

130) 대판 1984.2.28, 83 도 3007.

강약 차이가 있을 뿐 정신장애로 인하여 사물의 시비 또는 선악을 변별할 능력이 없는 경우와 정신장애가 위와 같은 능력을 결여하는 정도에 이르지 않았으나 그 능력이 현저하게 감퇴된 상태를 말한다.”

이러한 대법원의 판결에서 읽을 수 있는 것은 우선 심신장애 상태에 대하여 추상적인 이해를 하고 있다는 사실이다. 먼저 우리 대법원의 위의 견해에 따르면 심신장애란 사물의 시비 또는 선악변별력으로 판단하는 것으로 보인다. 여기에 심신상실과 미약의 차이는 단순히 양적인 차이만을 고려하는 것으로 보인다. 이러한 이해는 정신장애와 심리적인 공황과 같은 복잡한 정신분석학과 심리학상의 표지들을 단일한 증상으로 파악하고 그 증상의 경·중에 따라 다소 주관적으로 구분하고 있다는 인상을 떨쳐버릴 수 없다. 법이론적으로는 심신장애 평가를 규범적인 판단·평가로 하기 때문이라고 할 수도 있다. 그러나 심신장애 현상은 판례에서 생각하듯이 그렇게 간단한 문제가 아니다. 판례처럼 파악하는 심신장애자의 형상은 결국 일상이론(Alltagstheorie)에서 표현되는 소박한 이해밖에는 반영되고 있지 못하다. 형법이론서들이 주로 설명하는 심리학적 표지나 생물학적 표지에 대한 고려조차 없다는 것도 문제이다. 그러므로 국내 교과서들에서 제시하는 생물학적 표지와 심리학적 표지가 법원이나 실무에서는 고려되기 힘든 것으로 평가할 수 있다.

현재 판례에서 인정하고 있는 책임감면 또는 감경의 직접적인 인정 사유는 주로 다음에 열거하는 외형적으로 봐도 누구나 긍정할 수 있는 증증의 정신질환 뿐이다.

- “망상지각 상실에 따른 자아붕괴로 비롯된 이인상태”(대판 1971. 7.27, 71도987)
- “명정”(대판 1976.10.12, 76도2679)
- “급성정신분열증 반응이나 정신병적 遁走狀態”(서울 고법 1977.5.11, 77노377)

- “일과성 뇌신경 선망상태”(서울 고법 1978.12.7, 76노2155)
- “정신착란”(대판 1979.6.12, 79도922)
- 다양한 “정신분열증”(대판 98도3812; 98도549; 94도581; 92도1425; 85도696)
- “간질”(대판 88도1792; 83도1897; 83도1262)
- “측두엽성전간”(대판 69도1121)
- “심각한 자기비하”(대판 83도2785)
- “정신병원 입원 경력이 있는 간질유사증상”(대판 83도1239)

우리 형사판례에서 형법 제10조의 심신미약이나 심신상실은 완전히 자기 의식이 없는 정도가 되어야 고려될 수 있다. 특히 주목해야 하는 사실은 소위 심리학적 표지인 “사물변별능력”과 “의사결정능력”에 대한 별개의 의미규정이 한 번도 이루어지지 않았다는 사실이다.¹³¹⁾ 비교 대상인 국가의 예에서도 확인하였듯이 순수한 심리학적 표지에 따른 책임무능력을 법원에서 인정하는 것은 매우 소극적인 일이다. 그러나 문제는 이와 같은 단순 심리학적인 책임능력교란 상태가 아예 법원의 판단 대상이 될 수 없는 상황이 문제이다. 일반적으로 심리적 공황상태에서의 무의식 행위의 대표격인 소위 “격정행위”와 같은 심신장애 요소를 우리 형법 시스템에서는 전혀 고려될 수조차 없게 될 가능성도 생긴다. 이는 책임원칙에 대한 위반일 뿐 아니라, 법치국가 형법상 중대한 결함이 될 수도 있다. 결과적으로 우리 형사실무에서는 일반인들도 당연히 긍정할 수 있는 명백한 정신장애자만이 책임무능력자로 평가받을 수 있는 ‘자격’을 부여받을 수 있으며, 정신의학이나 정신분석학 전문가들 대부분 긍정하는 격정행위나 이상적 기질에 의한 심리적 공황상태로 인한 범죄행위는 아예 고려 대상도 되지 않을 수 있다.

131) 대법원은 ‘고도의 흥분상태’(대판 97도3163)이나 ‘충동조절장애로 인한 도벽’(대판 94도 3163) 등의 심리학적 표지를 심신장애사유로 전혀 인정하지 않고 있다.

나. 감정에 대한 판례의 입장

1) 법이론적 검토

판례의 태도를 평가해볼 때 형사소송법상 감정에 대한 형사법원실무의 태도는 다소 주관적이다. 구조적으로 취약한 감정관련 규정과 함께 문제점으로 지적할 수 있는 것이 법관들의 감정의견에 대한 소극성이다. 감정을 통하여 형법 제10조의 정신장애자를 선별할 수 있는 여건도 미약하지만, 일단 감정요청을 받아들여서 피의자 또는 피고인을 정신감정하였더라도 문제는 여전히 남는다. 다음과 같은 판례¹³²⁾의 태도에 대해서는 현재 다른 이견을 나타낸 이후 판례는 없었다:

“의사의 감정서에 의하면 심신상실 상태인 듯한 기재가 있다할지라도 범행의 과정, 범행의 방법, 범행 후의 언동 등을 종합하여 심신상실 아래에서의 범행이라고 볼 수 없는 경우 이를 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없다고 본 것은 심신장애의 법리를 오해한 위법이 있다.”

이 판례의 입장은 국내 학자들에 의해서도 제대로 논의되지 않았다.¹³³⁾ 우리나라 형사소송법 규범 구조에서 보면 사안의 최종심사는 법관의 규범적 평가에 따른다. 그러므로 법원의 위와 같은 결정은 매우 정당하다고 말할 수 있다. 그러나 문제는 다른 곳에 있다. 먼저 위의 사례에서 보면 감정을 수행한 의사는 심신상실을 결론내리고 있고, 법원은 그와 반대로 감정내용을 번복하여 결론을 내리고 있다. 만일 우리 형사소송법 학자들이 대부분 그렇게 이해하듯이 전문감정 자체가 증언이라면, 이 판결에서는 증언의 내용은 인정하면서도 법원이 특정한 근거없이 이를 받아들이지 않는 것으로 풀이될 수 있다. 법원은 이 사안에서 의사의 감정증언은 타당할 수

132) 대판 1979.5.29, 78도3230.

133) 최근 오영근, 형법총론, 2002, 447(주 3)만이 이 문제에 대해서 근본적인 의문점을 제기하고 있다.

있으나, 다른 정황증거(㉠ 범행과정, ㉡ 범행방법, ㉢ 범행 후의 언동)에 의해 의사의 전문증언을 반박하고 있다.

문제는 여기서 복잡해진다. 위와 같은 판례가 정당해지기 위해서는 형사소송법 이론상 여기서도 정신장애 여부에 대한 전문가의 감정에 대한 법원의 인정여부는 ‘증명력의 문제’¹³⁴⁾로 파악된다. 그래야만 이 판결에서 법원에서 내린 결정이 이론적으로 설명되기 때문이다. 그러나 감정을 증언으로 파악한다면¹³⁵⁾, 증인의 법정 안팎에서의 증언에 대해 내용의 진정을 인정하면서도 법원이 재량으로 이를 다시 법적 증명력을 인정 또는 거부할 수 있다는 것은 어색하다. 특히 이와 같은 감정이 피고인에게 유리한 경우에도 법원이 자유재량으로 증언을 받아들이는 것을 거부하였다면, 형사소송법상의 일반 원칙상 납득하기 어려울 수도 있다. 이 경우는 어떤 측면에서는 법원에 의해서 해당 사안의 심리 자체가 왜곡되는 것으로 생각할 수도 있다. 왜냐하면 일단 증언을 인정하고 다시 또 그 증언을 반복하는 것이기 때문이다. 이 경우 관점을 달리하여 감정내용을 증거서류 정도로 파악하고 그의 증명력을 다시 법정에서 다룬 것으로 이해한다면 조금 달라진다. 증거 인정 여부는 이론적으로도 법관의 자유재량에 맡겨져 있다. 다만 중요한 것은 지금 문제되는 감정의 내용은 소위 ‘자유로운 증명의 대상’이 아니라는 사실이다. 오히려 소송 전체의 존립을 결정짓는 궁극적인 사항이므로, 피고인의 책임능력은 자유로운 증명의 대상이 아니다.

2) 법논리적 검토

법논리적으로 볼 때도 위의 판결의 결정논리는 문제될 수 있다. 앞에서 확인 바와 같이 우리 형법 제10조는 ‘심신장애’로 인하여 사물을 변별하지 못하거나 의사를 결정할 능력이 없다는 것을 ‘생물학적-심리학적 혼합표지’로 파악한다. 우리 대법원의 감정서에 대한 관점을 정리하면 다음과 같다:

134) 증명력의 의미에 대해서는 이재상, 형사소송법 제5판, 2001, 450.

135) 이재상, 형사소송법 제5판, 2001, 431

“의사의 감정서에 의하면 심신상실 상태인 듯한 기재가 있다할지라도 범행의 과정, 범행의 방법, 범행 후의 언동 등을 종합하여 심신상실 아래에서의 범행이라고 볼 수 없는 경우 이를 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없다고 본 것은 심신장애의 법리를 오해한 위법이 있다.”

이를 논리적으로 풀어보면 다음과 같다:

- (1) 법원은 감정을 시행하였다.
- (2) 의사의 감정서는 심신상실을 기재하고 있다.
- (3) 피고인의 범행의 과정, 범행의 방법, 범행 후의 언동을 감안하였다.
- (4) 감정에도 불구하고 앞의 (3)을 고려하면 심신상실을 인정 하지 않아도 된다.
- (5) (4)의 결과 심신상실 아래서의 범행이라고 볼 수 없다.
- (5) 하급심은 심신장애의 법리를 오해하였다.

여기서 대법원의 논리적 오류가 나타난다. 첫째 대법원은 피고인의 책임능력 평가를 위한 시간적·장소적 범위에 대해 오류를 저지르고 있다. 우리 형법상 책임의 평가는 ‘행위시’를 기점으로 할 수밖에 없다. 그런 이유로 ‘행위시’의 범위를 초과하는 책임판단은 일단 책임원칙의 범주에서 벗어난다. 이 판단에서 대법원은 책임능력 평가시점을 행위 전후로 확장시키고 있다. 그러므로 추론의 전제범위를 잘못 읽고 있다. 두 번째 “의사의 감정서는 심신상실을 기재”하고 있다는 표현은 의사의 감정의 내용이 피고인이 행위시에 심신상실의 상황에 처해있었음을 지시하고 있다는 것을 확인하였다는 것이다. 그러나 법원은 감정의 내용을 여기서 제1차적인 증거사항으로 고려하고 있지 않고, 다시 법원의 자유재량에 의해 피고인의 행위 전후의 태도를 문제삼고 있다. 즉, 피고인의 범행시의 심신상태는 의사의 감정에 의해 입증되는 “중요 사실”이었다. 그러나 법원은 “중요 사

실”에 대한 의사의 전문 감정을 아무런 근거없이 제외시키고 있다. 그러므로 이 “중요 사실” 배제로 인하여 자기 결론의 논리적 핵을 잃어버렸다. 마지막으로 대법원은 하급심의 판단을 부인한 논거로 ‘하급심의 심리가 의사의 감정을 따라서 형법 제10조 제1항의 법리를 오해하였다’고 하였지만, 실제로는 오히려 여기서는 대법원 스스로 책임능력평가에 대한 형법 제10조에 기술되지 아니한 규범적 내용을 충전하고 있다. 형법 제10조 제1항의 해당 여부는 규범적 평가 대상이 아니다. 오히려 규범적으로 평가할 대상은 감정인의 진술을 어떻게 법원이 수용해야 하는가하는 관계성일 뿐이다. 법논리적으로 보면, 다음과 같이 재구성되어야 한다.

- (1pl) 법원은 증거조사에서 감정의 필요성을 발견하였다.
- (2pl) 발견된 사항은 피고인의 행위시의 심신상태이다.
- (3pl) 의사의 전문감정서는 (2pl)에 대한 결과로 심신상실의 의견을 제시하였다.
- (4pl) 감정의 결과는 당해 사안이 형법 제10조 제1항의 의미 범위에 포섭되는 것으로 확인되었다.
- (5pl) 법원은 피고인의 범행의 과정, 범행의 방법, 범행 후의 언동에도 불구하고 형법 제10조 1항에 따라 피고인의 행위가 기소대상이 아님을 확인하였다.

결론적으로 대법원은 위의 판결에서 우리 형법 제10조의 심신장애판정 구조에 대해 약간의 오해를 하고 있다고 보인다. 필자의 견해로는 형법 제10조의 정신장애 판정은 사실관계의 확정을 위한 감정과 그 감정에 절차상 하자가 없는 한, 피고인의 행위시 책임능력존부에 결정적인 판단근거로 작용할 수 있어야 한다. 지금과 같은 구조와 해석으로는 형법상 책임무능력자에 대한 올바른 판단이 매우 어렵게 될 수 있다.

다. 현실적인 문제

현실적으로는 우리 형법에서 책임능력존부의 확정에서는 법정책적인 고려가 상당히 중요한 역할을 하고 있다고 볼 수 있다. 우리의 경우는 형법상의 책임무능력 판단과 범법정신장애자에 대한 체계적인 관리가 명시적으로 연결되고 있다는 느낌이 부족한 것이 사실이다. 예를 들어 다른 국가의 예에서 확인 할 수 있듯이 범법정신장애자의 경우, 형사법적인 처벌이 불가능 할 때 바로 법원이 보호처분이나 치료감호 명령을 내릴 수 있어야 하며, 감정유치를 위한 시설확보나 전문기관 지정도 유기적으로 마련되어야 한다. 그러나 우리의 현실은 그렇지 못하다. 먼저 법률상의 미비를 지적할 수 있으며, 법원의 관행도 역시 문제점으로 지적될 수 있다. 우리나라의 법체계에서도 형법 제10조에 해당하는 책임무능력자인 범법정신장애자들이 곧바로 사회로 복귀하는 경우는 드물다. 실무적으로는 법원에서 명령하는 치료감호처분을 받을 수 있다. 치료감호명령의 경우 정신감정을 위한 구금일수 역시 명시적인 제한을 받지 않는다. 그러므로 피의자가 스스로 정신장애를 주장하거나 경찰이나 검찰단계에서 의심스러운 경우, 해당 시설에 구금하여 일정한 테스트를 실시하게 된다.

우리나라의 경우는 사회보호법 제8조 제1항¹³⁶⁾에 따라 치료감호가 명령될 수 있다.¹³⁷⁾ 치료감호는 특별한 법원의 선고나 명령을 기다리지 않아도 검사에 의해서 형법 제10조 제1항에 해당한다는 사실만 있어도 직접 치료감호를 청구할 수 있다(사회보호법 제15조). 그러므로 법원이 심신상실 판정이나 심신미약을 결정한다고 해서 범법 정신장애자들이 사회에 해악을 끼칠

136) 이 법은 다음과 같이 규정 된다: “보호대상자가 다음의 각호의 1에 해당하고 재범의 위험성이 있다고 인정되는 때에는 치료감호에 처한다. 1. 심신장애자로서 형법 제10조 제1항의 규정에 의하여 형이 감경되는 자가 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 때, 2. 마약·향정신성의약품·대마 기타 남용되거나 해독작용을 일으킬 우려가 있는 물질이나 알코올을 식음·섭취·흡입·흡연 또는 주입 받는 습벽이 있거나 그에 중독된 자가 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 범한 때”로 규정하고 있다.

137) 자세한 연구는 원범연/조성용, 범법정신장애자 등에 대한 법적 처우에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2003; 정규원/진희권, 치료감호에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994.

수 있는 가능성은 줄어든다. 우리나라의 경우는 현실적으로 정신장애자에 대하여 치료보다는 처벌을 통한 해결이 빈번하게 발생하는 것으로 보인다. 이런 경향은 아무래도 법원의 정책적인 고려가 반영된 것이라고 생각할 수 있다.

비교법적인 검토에서 확인하였듯이 정신장애자들의 행위는 형법의 적용 범위에서 벗어난다. 그러나 행위가 사회에 미치는 영향력은 다른 범죄와 유사하거나 오히려 더욱 심각하게 받아들여질 수 있다. 특히 완전히 이성적 통제력을 잃은 상태에서 자행되는 범죄는 극단적인 양상을 보여주기도 한다. 다만 이런 행위가 형법적으로 처벌되기 위해서는 주관적인 불법의식이 입증되어야 한다. 실무를 담당하는 형사소추기관이나 법원의 입장에서는 증증정신장애자의 경우만 제한적으로 형법 제10조에 따라 형사처벌을 면하고 선별하여 치료감호를 명령하는 것이 정책적으로 효과적일 것이라고 믿을 수 있다. 그렇기 때문에 일반적인 심리적 공황상태에서의 범죄행위나 약한 정도의 정신장애로는 법적으로 무죄판결을 내리는 것이 꺼려질 것이 예측되기도 한다.

다만 중요한 것은 정신장애자들에 대한 평가는 위에서도 언급하였듯이 단순히 정책적인 고려에 의해서 내려져서는 안 된다는 사실이다. 심신상실과 심신미약에 관한 형법 제10조 제1항과 제2항의 규정은 심신상실과 심신미약자의 경우는 형사절차를 진행할 수 없다는 법의 약속이자 명령이다. 그러므로 권한없는 자유침해의 소지가 발생할 수 있다. 특히 최근 늘어가는 정신이상 의혹 사건들을 미루어 생각할 때, 심신상실과 심신미약자의 형사처벌은 형사정책적인 고려와 함께 도그마틱적인 정당성도 확보할 수 있어야 한다. 만일 이들을 단순히 자유형 또는 벌금형에 처해서 그 위험성 자체를 통제하지 못한다면, 유사한 범죄나 더 심각한 상태의 새로운 범죄가 재발할 수 있는 개연성이 높아질 수 있기 때문이다.

4. 개선방안

이와 같은 문제를 개선하기 위한 방법으로 다음과 같은 방안을 조심스럽게 제안할 수 있다. 첫째는 심신장애에 판정을 위한 형법 제10조 규정의 구체화이다. 법문언에서 명시적으로 정신병적 증세와 심리적 증세를 분명하게 구분할 수 있으며, 법원이 감정을 실시해야 하는 해당 사유가 명시되고, 감정에 의해 해당 사실이 확인되는 경우 곧바로 형사절차를 중단하고 치료감호나 정신병원에 구금 등을 명령하여 치료를 받을 수 있도록 구체적인 선별요건들이 규정되어야 한다. 둘째는 감정에 대한 형사절차상의 입법론적인 보완이 필요하다. 현재 감정에 대한 사항은 전문감정과 일부 비전문감정이 구분 없이 법관의 재량에 의해 결정되게 규정되고 있다. 이러한 규정의 비현실성을 극복하기 위하여 전문감정의 새로운 입법과 그 감정결과의 일정한 형사소송법상의 위상을 고려할 수 있게 규정되어야 할 것이 검토될 수 있다.

가. 형법 제10조의 구체화

1) 심신장애 개념의 구체화

형법 제10조 제1항과 제2항의 규정은 현재 다소 추상적으로 규정되어 있는 것으로 보인다. 위에서 언급하였듯이 이 조항으로는 책임무능력이 정확하게 어떤 것인지 애매해질 수 있다. 생각건대 독일 형법 제20조와 같이 책임무능력의 단계를 생물학적인 요소와 심리학적인 요소로 구분하여, 실질화 하는 것이 좀 더 타당할 것이라고 평가한다. 만일 이렇게 규정될 수 있다면 형법 제10조 제1항은 i) 병적인 정신병, ii) 기질적인 정신장애, iii) 기타의 요소로 구분하여 생물학적 표지를 정하고, 심리학적 표지로 볼 수 있는 iv) 사물변별능력의 장애, v) 의사결정능력의 장애의 내용을 구체화시키는 것이 책임무능력자 관련 규정을 구체화하는 방법이라고 할 수

있다.

“심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자”라는 현행법상의 규정은 최근 발달된 정신분석학이나 신경정신학, 또는 심리학의 다양한 시각에서 표준화되면 좋을 것 같다. 그렇게 되면 법원에서 정신장애 또는 심신장애에 대한 규범적인 의미를 평가하지 않을 수 있다. 현재와 같은 추상적인 규정은 법원이나 검찰에서 심신장애 자체의 전문적인 의미마저 스스로 결정해야 하는 문제를 발생시킬 수 있다.

예를 들어 현재의 구조에서는 해당 행위자가 형법 제10조 제1항에 해당하는지를 구체적으로 규정하지 못하기 때문에 검찰이나 법원은 피의자 또는 피고인이 형법 제10조에 포함될 수 있는 가능성이 있는지를 스스로 판단 한다. 이 경우 형법 제10조 제1항이나 제2항의 규정에서 지시해주는 내용은 단지 ‘심신장애로 인한 사물변별능력 또는 의사결정능력의 흠결 또는 감소’일 뿐이다. 검찰이나 법원은 심신장애에 대한 일반적인 특성을 이해하고 있어야 하는 데 실제로는 그렇지 못한 경우가 많을 수 있다. 또한 제한적으로 피의자 또는 피고인을 관찰하게 되면, 그가 행위시에 어떠한 심리적·정신병리학적 상태에 있었는가를 추론하는 것은 불가능할 수도 있다.

2) 소송법상 정신감정의 현실화

특히 감정의 일정한 제도적인 보장이 되지 않는 현실에서는 피고인과 피의자의 행위시의 책임능력사항을 평가하고 결정하는 것이 전혀 가능하지 않게 될 수도 있다. 이 경우 형법 제10조의 규정은 사문화된다. 특히 기질적인 정신장애나 행위시에만 발생할 수 있는 격정행위와 같은 심리적 장애의 경우는 수사단계나 검찰단계, 또는 법정에서 피의자 또는 피고인이 매우 정상적으로 보일 수 있기 때문에 단지 범행의 수법이나 방법이 특이하다는 이유로 감정을 명령할 근거가 없어질 수 있다.

이러한 점을 극복하기 위하여 형법상으로 피의자나 피고인의 책임무능

력 의심사항을 명백히 해야하는 필요성이 있다.¹³⁸⁾ 그래야만 적어도 피의자 또는 피고인이 검찰이나 법원에 의해서 정신감정을 받을 수 있는 가능성이 생기기 때문이다. 가능하다면 형법 제10조는 전문적인 정신병 증상과 심리적 장애사유를 규정하는 편이 효율적일 것이다.

3) 심리학적 표지의 구체적 명시

소위 ‘격정행위’(Affekttat)와 같은 유형의 심신장애는 전문가들에 의하여 평가를 받기 전에는 증상을 파악하기 힘든 유형이다. 격정행위는 대표적으로 생물학적인 원인이 없이 순수 심리적인 장애에서 파생되는 심신상실 또는 심신미약의 형태이다. 심리학적으로 보고되는 이런 유형의 행위자들은 대부분 평상시에는 조용하고 평화로운 상태를 유지하다가 어느 순간 격정이 발생하여 전혀 통제가 되지 않는 상태에서 주로 폭력범죄를 야기시키는 것으로 알려져 있다.¹³⁹⁾ 또한 더욱 문제되는 것은 이들이 대부분 격정순간을 지나면 완전히 예전의 상태로 돌아온다는 점이다. 대체로 자기 범법행위에 대해서 더 심각한 자책감을 가지고 대부분 자수를 하거나 범집행에 이의를 제기하지 않는 경향이 있다. 실무적으로 이런 유형의 범죄자들은 처리가 간편할 수 있지만, 형법상으로는 이들의 행위는 책임무능력 행위일 개연성이 크다는 점이 문제이다.

비교 검토된 바에 따르면 1970년대 이후 상당한 논의를 진행한 독일의 경우도 순수 심리학적인 격정행위를 형법적 책임무능력사유로 인정한 사례

138) 정신장애를 정신의학에서는 주로 5가지 유형으로 분류하고 있다. 소위 ‘다축진단체계’(multi-axial system)이라고 하는 이 체계는 현재 국제적인 기준으로 통용되고 있다. Axis 1: 임상장애와 임상적 주목의 초점이 되는 기타상태, Axis 2: 인격장애와 정신지체, 습관적으로 사용하는 특정 방어기제, Axis 3: 정신장애와 함께 있는 신체질환이나 일반적 의학적 상태, Axis 4: 정신장애의 발병 혹은 악화에 작용한 심리사회적 환경적 문제, Axis 5: 특정기간 중 임상가가 판단한 사회적·직업적·심리적 기능 등 전반적 기능상태의 평가 등이다. 자세한 것은 이종섭, 정신장애의 분류, 최신정신의학 제4판, 2004, 158 이하.

139) 대표적인 연구로는 Behrendt, Affekt und Vorverschulden, 1983; G. Geilen, Problematik des schuldausschließenden Affekt, in: Maurach-FS, 1972, 173 이하; G. Grosbüsch, Die Affekttat, 1981.

는 드물다.¹⁴⁰⁾ 비록 독일 구형법 제51조의 내용이 심리학적 표지를 구체화시키지 못하고 있다는 비판을 받아들여서 1975년 개정에서 현행 제20조의 규정처럼 개정되기는 하였지만 실무상으로 인정되기는 어려운 것은 마찬가지였다. 순수 심리적인 심신장애를 인정하는 것은 어떻게 생각하면 기존의 정신장애자에 대한 오해와 미신을 불식시켜야만 가능한 것일지 모른다. 정신장애란 현상에 관한 일반인들의 믿음과 생각은 그만큼 완고하다. 정신장애자의 ‘위험성’처럼 정신장애자를 인정하는 문제도 아직 완전히 합리적인 방향으로 자리잡고 있지 못한 것이 사실이다. 범법정신장애자에 대한 처리의 합리화는 이러한 이유 때문에 그 사회의 합리화라는 측면과 직결되어 있기도 하다. 일반적으로 생물학적인 표지의 충족, 예를 들면 피의자나 피고인이 그동안 정신질환으로 인하여 정신병원에 수감된 사실이 있거나, 그 범죄의 형태가 평범한 사람이 한 일이라고 믿기 힘든 경우 등의 관련정황이 수반되지 않는다면 심리적 공황상태에서 발생된 범죄행위는 오히려 그 죄책을 무겁게 처벌받을 가능성이 농후한 것이 현실이다. 이를 위해서는 형법적으로 심리적 정신장애에 대한 감수성을 기를 필요가 있다.¹⁴¹⁾

4) 명정행위의 특수성 인정

이와 함께 검토되어야 하는 사안은 ‘명정행위’(Vollrausch, Intoxication)이다. 일부 국가에서는 명정행위를 아예 별도의 규정으로 다루고 있다. 그 이유는 명정행위는 심신상실이나 심신미약과 같은 형태의 정신장애가 아니기 때문이다. 격정행위를 구분하기 힘들 듯이 명정행위 역시 음주나 약물에 의한 일시적인 장애라는 이유에서 합리적으로 평가되기 힘들었다. 주로 명정행위의 독립적인 규정을 두고 있지 못한 법체계에서는 일반적인 책임무능력 상태로 평가받아야 하는데, 심리학적 장애가 제대로 평가받

140) 이 글의 제3장 참조.

141) Krümpelmann, Affekt und Schuldfähigkeit, 1972; Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969, ZStW 88(1976), 6 이하.

지 못하는 것과 동일한 메카니즘으로 소극적인 평가를 받는 것이 사실이다. 정신병의 일종인 ‘병적인 명정상태’가 아닌 일시적 명정상태’는 책임능력을 인정하는 것이 관례이다. 그러나 명정행위는 형사법적인 책임을 측정할 때 ‘과다한 책임귀속’이라는 측면에서 분석되어야 한다.

점차 음주나 약물에 의하여 발생하는 범죄가 늘어가는 추세를 본다면, 복용 자체가 금지되어 있는 약물로 인한 명정행위는 정책적으로 크게 문제가 되지 않을 수 있지만,¹⁴²⁾ 과다한 음주로 인한 명정행위는 형법 제10조 제3항의 원인에 있어서 자유로운 행위 범리로만 규율하기 어렵다고 볼 수 있다. 더욱이 우리나라의 음주문화에 비추어 본다면, 외국의 법제도와 같이 명정행위를 일으킬 수 있는 과다 음주 자체를 금지시키거나, 아니면 형법상으로 명정행위를 별도로 규정하여 일반적인 책임무능력과 달리 접근하는 것도 생각해볼 수 있다. 명정 자체가 습벽이 되는 경우를 제외하고는 명정행위를 올바르게 평가할 수 있는 법체계적인 구조가 우리나라에는 부족하다고 생각한다.

나. 형사소송법상의 감정관련 규정 개선

1) 현행 규정의 보완

가장 중요하고 시급한 문제는 현행 형사소송법상의 감정에 관한 규정에서 정신질환자나 심신장애가 주장 또는 예견되는 피의자나 피고인에 대한 별개의 감정요청사항을 규정하는 것으로 평가할 수 있다. 정신장애자에 대한 정신보건법이나 사회보호법상의 치료감호와 별개로 형사소송법상으로 정신장애자에 대하여 실제적인 감정이 가능하도록 규정하는 것이 타당할 수 있다. 현재는 모든 감정사항 중의 하나로만 고려할 수 있어서 법관이나 검찰의 주관적인 평가에 따라 감정을 할 수도 있고 안 할 수도 있는 현실은 형사절차가 ‘주관화’된다는 맹점을 가지고 있다. 이를 개선하기 위하여

142) 물론 그 결과가 복용과 비교하여 중대하다면 신중하게 검토되어야 할 것이다.

는 정신보건법이나 사회보호법의 규정과 연관하여 형사소송법에 정신장애자의 감정에 관한 규정이 새로이 구체화되는 것이 타당하다고 생각한다.

또한 최근의 정신의학의 성과를 반영하여 감정에 대한 최소한의 법적인 구체적 기준을 제시해주는 것이 좋을 것 같다. 예컨대 현재 정신장애에 대한 감정에는 통상적으로 인지능력검사와 의지능력검사를 실시하고 있다.¹⁴³⁾ 인지능력검사란 범행 당시 피의자가 자신이 행한 범행의 성질과 특성을 알았는가 몰랐는가, 그가 범행의 성질과 특성을 알았다고 해도 옳고 그름을 판단할 수 능력이 있었는가를 판단하는 검사이며, 의지능력검사란 범행 당시 피의자가 행위에 대한 충동을 억제할 수 있는 의지가 존재하는지를 평가하는 검사이다.¹⁴⁴⁾ 당해 검사의 내용을 구체화하여 문제가 되는 소송상의 피의자 또는 피고인이 어떤 검사를 주로 해야 하는가를 지정하는 것도 감정의 결과가 분명하게 나타날 수 있는 조건이 될 수 있다.

다음으로는 감정에 참여하는 전문의사 또는 심리학자가 법규정의 의미나 구조에 대해 이해할 수 있는 제도적인 장치가 필요하다. 일반적으로 미국이나 독일의 경우, 전문감정인들은 형사소송법의 절차나 형법의 구성요건에 대한 선이해가 있는 것으로 분석되었다. 그 이유는 전문감정인이 법에서 요구하는 감정의 분명한 내용과 목표를 알고 있어야 정신장애자에 대한 감정이 보다 효율적으로 이루어질 수 있기 때문이다. 상호간의 교육이나 정보교환이 필요하며, 장차 법의학이나 법정신의학의 분야를 발전시키는 것도 하나의 방안이라고 생각한다.

2) 전문감정 결과에 대한 존중

다음으로 중요한 것은 전문감정의 결과를 형사소송법상 어떻게 자리매김할 것인지를 다. 우리나라 대법원의 견해처럼 단순히 전문감정의 소견을

143) 전우택, 법정신학과 윤리, 민성길 외, 최신정신의학 제4판, 2004, 719.

144) 영미법상의 맥나튼 룰과 더럼 룰은 사실 이러한 인지능력검사와 의지능력검사를 법적으로 구체화한 것으로 판단할 수 있다.

항상 보조적인 증언으로만 파악하는 것이 타당한지는 새롭게 논의를 해 봐야 한다. 위에서도 지적하였듯이 정신장애의 존부가 소송의 성부를 좌우하는 경우에도 기존의 대법원 견해를 존중해야하는지는 의문이다. 만일 형법 제10조 제1항이나 제2항, 또는 제3항의 문제가 대상사건의 핵심적인 쟁점인 경우는 전문감정인의 역할이나 감정결과를 지금처럼 부차적인 증언으로만 파악하기 힘들다.

이 경우 형법상 책임능력존부에 관한 전문감정인의 일치된 의견이 개진되는 경우, 그를 따르는 것이 전체 법구조적인 측면에서도 타당할 것으로 생각한다. 예를 들어 자동차 구조결함으로 인한 과실사고의 경우 전적으로 전문감정의 내용을 신뢰하는 것이 일반적인 경향이다. 반면에 정신장애로 인한 책임감면 또는 감경사유가 존재함에도 불구하고 전문감정인의 결론을 전혀 고려하지 않을 수 있게 하는 것이 바람직한 것인지는 신중하게 판단해야 한다. 더욱이 형사소송법상으로도 전문감정인의 감정결과는 단순 사실확정을 위한 증언과는 다른 차원에서 접근해야 한다. 특별히 전문감정결과 자체에 다툼이 있거나, 감정인간의 보고 내용이 상이한 경우를 제외하고 만장일치된 감정평가는 법원이 존중해주어야 한다고 생각한다. 정책적으로 이를 보조하기 위하여는 형법 제10조에 해당하는 사안이 결코 피의자나 피고인을 위협스러운 상태로 사회에 바로 복귀시키는 것이 아니라는 점을 제도적으로 확실히 해주어야 한다.

사회보호법상의 치료감호규정이나 정신보건법상의 정신장애자에 대한 특별처우의 합리화가 형법상 정신장애자 판정의 합리화 작업과 연관되어야 하는 이유도 여기에 있다. 대부분 정신장애자에 대해 규범적인 평가를 하지 않는다는 것이 곧 정신장애자에 대해 사회가 아무런 조치를 취하지 못하게 된다고 오해하는 것으로 이어질 수 있다. 원칙적으로 이해해야 하는 것은 범법정신장애자들은 개선·교화라는 형벌의 대상이 아니라, 치료의 대상이라는 사실이다. 정신장애자들에 대한 치료없는 감금은 문제의 해결이 아니라 문제의 회피일 뿐이다.

제5장 결 론

사회가 점차 복잡해지면서 정신장애도 함께 늘어가는 것이 현실이다. 이와 같은 정신장애자들에 대한 전반적인 사회적 안전망을 구축하는 것도 물론 중요하겠지만, 형법상의 대책을 세련화시키는 것도 중요하다고 생각한다. 우리 형법의 정신장애자에 대한 일부 규정은 일부 낙후된 것이 사실이다. 범법정신장애자 처리에 관한 기본적인 출발은 형법의 해석에서 시작되고 있다. 만일 출발점인 형법 제10조의 해석이 불충분하거나 애매해져서 형법의 지시적 기능(Indikation)을 발휘하지 못한다면 다른 사회적인 체계도 역시 제대로 기능하지 못할 수 있다.

우리나라 형법 제10조 제1항과 제2항의 심신상실과 심신미약의 규정은 전체 형법에서 유일한 책임능력평가조항이다. 그러나 형법 제10조 제1항의 문언처럼 “심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니 한다.”라는 규정은 의미론상으로나 구조적으로 어떤 행위가 책임능력 평가에서 ‘심신상실’로 파악될 것인지 불분명할 수 있다. 특히 심신상실이나 심신미약의 개념요소도 확정된 이해를 바탕으로 하고 있지 못하다. 제2항의 “심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경한다”와 같은 한정책임능력 또는 심신미약자의 의미나 행위의 내용 역시 불분명하다고 볼 수 있다.

책임능력평가를 위한 형법상의 규정은 책임원칙이나 국가 형벌권의 이념을 표현하는 중요한 조항이다. 책임능력평가는 형벌의 한계와 사회적 비난의 관용성과 만나는 중요한 접점이기 때문이다. 특히 최근 증가하는 업기적인 폭력이나 살인사건들은 단순히 법익침해적이고 규범위반적인 사건이라고 이해하기 힘든 면도 있는 것이 사실이다. 정신병적인 기질적 요인과 단순한 스트레스성의 심리적 공황상태에서 발생하는 폭력사건이나 살인사건을 기존의 형법 제10조가 어느 정도 개별화해서 적용할 수 있는지

는 의문이다. 왜냐하면 이미 우리 형법 제10조 제1항과 제2항의 요소들은 지나치게 추상적이어서 대부분의 형법 교과서에서 밝히고 있는 생물학적-심리적 표지를 구체적으로 밝혀내는 것이 실패하기 쉽기 때문이다.

형사소송법상의 감정이 법원의 재량에 의해서만 활용될 수 있다는 점도 문제로 지적될 수 있다. 우리나라의 형사소송법상 감정은 정신장애자 판정의 경우 매우 형식적으로 진행된다는 생각을 떨쳐버릴 수 없다. 감정에 회부하는 조건도 전적으로 법원의 재량에 맡겨져 있다고 볼 수 있을 뿐 아니라, 감정결과에도 전혀 구속되지 않는다는 것은 전문감정인의 소송법상의 지위와 역할에 대해 어떤 오해에 기인하고 있다는 생각을 하게 만든다. 법원이 형사소송에서 어떤 역할을 해야하는지에 대해 신중하게 고려한다면, 전문감정인의 역할은 충분히 법정에서 존중받아야 한다. 형사소송은 합리적으로 검증된 진실만을 증거로 인정해야 하기 때문이다. 정신장애자 사건의 경우 특별히 일시적인 심리적 공황상태에서 발생한 행위에 대해서 법원이 감정에 회부하고 그 결과를 받아들일 수 있는 가능성은 매우 희박하다. 이런 경우는 과다한 형벌집행의 위험성이 예측되기도 한다.

최근 정신분석학이나 정신의학은 매우 발달되어 있다. 법제사적으로 볼 때 1953년 우리 형법이 제정될 당시의 정신의학이나 심리학의 발달 정도와 비교하면 상당한 차이가 있다고 보인다. 외국 형법상의 책임능력관련 조항을 검토하면서 밝혀진 바와 같이 형법상의 책임능력관련 조항과 그 이해는 다른 학문과 제도의 발달과 궤를 맞추는 것이 합리적이라고 생각된다. 그런 측면에서도 현행 형법 제10조의 규정은 새롭게 다듬어져야 한다. 추천할 만한 방식은 독일 형법상의 책임능력평가의 세분화가 바람직하다고 생각한다. 가능하다면 최근 정신의학에서 판정하는 정신장애 항목을 세분화하여 이를 형법적으로 다시 반영하는 것이 좋다고 본다. 현재 우리 형법상의 '심신장애'라는 표현은 일본 형법상의 표현과 완전히 일치하지만, 일본 형법이 각각 '정신장애'와 '심신장애'를 의학적으로 구분하여 개념을 세분화하는 것과 달리 일반사전적인 의미로만 표기되어 있으므로 차이가

난다. 우리 형법상의 ‘심신장애’규정의 문언을 생물학적 표지의 구체화를 위하여 세분화하고, 심리적 표지인 사물변별능력과 의사결정능력에 대한 좀 더 확실한 개념화가 필요하다고 생각한다.

기존의 정신보건법과 사회보호법상의 치료감호 규정을 감안하여 형사소송법상 감정을 현실화하는 것도 생각해볼 수 있다. 형법 제10조의 문언이 구체화되면 형사소송법상 정신장애자 판정을 위한 전문감정규정이 새롭게 정비될 수 있고, 그에 따라 치료대상과 처벌대상을 보다 명확하게 선별할 수 있어야 한다. 이를 위해서는 감정규정의 정비 뿐 아니라 전문감정인의 활용을 위한 제도적인 고려도 필요하다. 현실적으로 소송법상 감정을 활용하는 여건이 미비하고 전문감정인들의 감정결과가 법현실상 따르기 힘든 경우도 많이 발견되기 때문이다. 정신장애자들을 위한 전문감정인들이 형사소송구조에 대해 선이해가 있어야 한다는 점도 지적될 수 있다.

결과적으로 정신장애자 판정의 합리화 문제는 형법규정의 개선과 형사소송법상의 절차상의 개선, 그리고 전문감정제도의 실질화가 어우러진 복합적인 문제라는 점은 분명하다. 형법상 책임무능력 판정은 단순히 제도적인 차원의 문제일 뿐 아니라 법이념과 국가의 형벌권 남용방지를 위한 원칙의 문제라는 점도 고려해야 한다.

참고문헌

- 강민성, 무능력자제도의 의의와 성격, 고시연구(74/8), 120 이하
- 곽윤직, 민법총칙, 박영사, 1993
- 김일수, 새로 쓴 형법총론, 제9판, 박영사, 2002
- 김일수, 형법학원론, 박영사, 1989
- 배종대, 형법총론, 홍문사, 2002
- 배종대/이상돈, 형사소송법 제3판, 홍문사, 1999
- 신동운, 형법총론, 법문사, 2001
- 신동일, 걱정행위의 새로운 이해를 위한 연구. 형법상 지적 회피능력과 원인에 있어서 자유로운 행위를 이용한 모델의 적합성 판단을 중심으로, 고려대학교 대학원 석사학위논문, 1989
- 오영근, 형법총론, 대명출판사, 2002
- 원범연/조성용, 범법정신장애자 등에 대한 법적 처우에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 2003
- 유기천, 개정 형법학(총론강의), 1984
- 이상돈, 책임범주의 탈형이상학화, 합리화, 법문사, 1986
- 이영준, 민법총칙(민법강의 I), 박영사, 1997
- 이영환, 무능력자제도의 문제점, 새법정(72/2), 23 이하
- 이재상, 형법총론 제5판, 박영사, 2004
- 이재상, 형사소송법 제5판, 박영사, 2001
- 이종섭, 정신장애의 분류, 최신정신의학 제4판, 2004
- 임 우, 형법총론, 법문사, 1999
- 장경학, 민법총칙, 법률출판사, 1983
- 장삼식, 漢韓大辭典 大字源, 삼성출판사 1990.
- 전우택, 범정신의학과 윤리, 민성길 외, 최신정신의학 제4판, 2004

정규원/진희권, 치료감호에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1994.

한국어사전편찬회편, 국어대사전, 삼성문화사 1991

허영, 한국헌법론 신판, 박영사, 2001

Alexander Brooks, Law and the Mental Health System, 1974

Behrendt, Affekt und Vorverschulden, 1983

Bockelmann, Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit, ZStW 75(1963),
372 이하.

W. de Boor, Bewußtsein und Bewußtseinsstörung, 1966, 152; Geilen, Zur
Problematik des schuldausschließenden Affekts, in:
Maurach-FS, 173 이하.

Bromberg, The Uses of Psychiatry in the Law. A Clinical View of
Forensic Psychiatry, 1979

M. D. Dubber, Criminal Law. Model Penal Code, Foundation Press, 2002

G. Geilen, Problematik des schuldausschließenden Affekt, in:
Maurach-FS, 1972, 173 이하.

G. Grosbüsch, Die Affekttat, 1981.

Groschbüsch, Die Affekttat, 15; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts.
Allgemeiner Teil

K. Guss, Willensfreiheit...oder beruht das Deutsche Strafrecht auf einer
Illusion? 1. Aufl., Bogentreich, 2002

Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 1990.

Hall, General Principles of Criminal Law, 2nd ed., 1960

Hans-Wilhelm Schünemann, Verbotsirrtum und faktische
Verbotskenntnis, NJW 1980, 735 이하.

J. Hall, Mental Disease and Criminal Reponsibility - M'Naghten Versus
Durham and the American Law Institute Tentative Draft, 33

- Indiana Law Journal 212(1958).
- Hofstätter, Sozialpsychologie, 2.Aufl., Berlin, 1964, 126 이하; K. Guss, Willensfreiheit...oder beruht das Deutsche Strafrecht auf einer Illusion? 1. Aufl., Bogentreich, 2002
- Honegger(Hrsg.), Die Hexen der Neuzeit, 1978; Foucault, Wahnsinn und Gesellschaft, 1969.
- Jescheck/Wiegand, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1996, 437
- Il-Su Kim, Die Bedeutung der Menschenwürde im Strafrecht insbes. für Rechtfertigung und Begrenzung der staatlichen Strafe, 1983; Schünemann, Willensfreiheit und Schuld im Strafrecht, 2001, 고려대 강연문.
- K. Günther, Der Sinn für Angemessenheit, 1988.
- Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2.Aufl., Heidelberg 1976;
- Arth. Kaufmann, Das Problem der Abhängigkeit des Richters vom medizinischen Sachverständigen, JZ 1985, 1065 이하.
- Kim, Zur Fragwürdigkeit und Notwendigkeit des strafrechtlichen Schuldprinzips. Ein Versuch zur Rekonstruktion der jüngsten Diskussion zu "Schuld und Prävention", 1987.
- Krauß, Richter und Sachverständiger im Strafverfahren, ZStW 85(1972), 320 이하.
- Krümpelmann, Affekt und Schuldfähigkeit, 1972
- Krümpelmann, Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969, ZStW 88(1976), 6 이하.
- Kuhn, Der psychiatrische Sachverständige - ein Fremdkörper im System des Strafverfahren? Versuch einer Analyse anhand von Aktenauszüge aus den Prozessen gegen J. Bartsch und M.

Wittmann, Diss. Saarbrücken, 1977

Kurt Lewin, Field Theory in Social Science, Harper Torchbooks, 1964.

Lenckner, Strafe, Schuld, und Schuldfähigkeit, in: Göppinger/Witter (Hrsg.), Handbuch der forensischen Psychiatrie, Bd I, 1972

Maichael J. Allen, Textbook on Criminal Law, 5th. ed., 1999

Maurach, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1971

Müller-Luckmann, Zur begrifflichen und diagnostischen Problematik von Gesinnung und Reue, in: Kriminologische Gegenwartsfragen, Bd. 14, 1980

Roxin, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtlich Systemkategorien, in: Roxin(Hrsg.), Henkel-FS, 1974, 171.

Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 16. Aufl., 1972

Schönke/Schröder/Lenckner, StGB Kommentar, 2001

Schreiber, Was heißt heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater bei ihrer Feststellung mitwirken? Nervenarzt 1977

Schreiber, Zur Rolle des psychiatrisch-psychologischen Sachverständigen im Strafverfahren, in: Wassermann-FS, 1985

H.-L. Schreiber/H. Rosenau, Rechtliche Grundlagen psychiatrischen Begutachtung, in: Venzlaff/Foerster(Hrsg.), Psychiatrische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen, 4. Aufl., 2004, 54.

Thomas, Criminal Law Review 1995, 314.

U. Undeutsch, Zur Problematik des psychologischen Sachverständigen, in: R. Lange-FS, 703 이하.

大塚 仁(編), 刑法 I, 1990

牧野英一, 刑法總論 下, 昭和 34年

木村龜二, 刑法總論, 昭和 34年

植松 正, 再訂 刑法總論 I, 1991

植松 正, 刑法總論 I, 1985

.吳秀三/樫田五郎, 精神病者私宅監置實況, 松澤病院醫局病院問題研究會 編
 , 精神衛生法をめぐる諸問題, 昭和 39年

前田雅英 등, 條解 刑法, 2002

前田雅英, 刑法總論講義, 東京大學出版會, 1985

淺田和茂, 刑事責任能力研究 下券, 1999

豊島直通, 刑法豫備草案修正意見, 豊島博士追悼論文及遺稿集, 1935

Analysing Insanity

Dongyiel Syn*

Under the Korean Criminal Law, the Article 10 provides that “A person who is caught in insanity is not responsible if he cannot appreciate the things or cannot decide his conduct.” This literal context has been legislated since 1954. I cannot avoid of suspicion that it could give us a capacity to handle criminal responsibility. Mental capacity to decide a conduct is extremely important to identify criminal behaviour. Criminal law should declare his or her wrongdoing would be claimed because he or she has decided the misbehaviour on the meaning of criminal misconduct. The Korean Criminal Law cannot create the clear and concrete version that we could apply it to the cases on insanity defence. The Korean Criminal Law should clarify, modernise and reform the law on criminal insanity. In our system of justice, any person who chooses to break the law (and is caught!) is supposed to be held responsible. But what if someone does not know that what he or she is doing is illegal? Wouldn't it be pointless to punish people who are not capable, for one reason or another, of making informed and rational choices between right and wrong?

If a person has this insanity defence, he must be acquittal on grounds of insanity. He committed a criminal behaviour but he could not be punished; he lacks responsibility, he does not be held in court, he would be hospitalised. It brings legal situation on this difficult and sensitive matters

* B.A., M.A., Ph.D., Post-doctorate in Law, Associate Research Fellow, Korean Institute of Criminology

into unexpected trouble. In common sense, people can misunderstand that this not-guilty-but-hospitalising means to let the devil walk down the street. Most culture has strong fear on insanity. Since we have adopted modern legal system, we could not blame the severe criminal cases on ground of insanity. It just mental disease. It, however, is really difficult to identify the insanity. Insanity includes mental disorder, both of pathological mental disease and psychological metal disorder. There are so many types of mental disorder, insane.

Most of countries have tried to provide rational provisions to identify insanity defence. Germany, USA and Japan have regulations and laws on insanity defence. I can find similarity with each other, and dissimilarity as well. For example the Model Penal Law in the USA has very similar provision with the Korean Criminal Law. It provides: *“A person is not responsible for criminal conduct of at the time of such conduct as a result of mental disease or mental defect, he lacks substantial capacity either to appreciate the criminality of his conduct or to confirm his conduct to requirements of law.”* So does German Criminal Law. Only Japanese Criminal Law’s Code define criminal responsibility as *“A person who is caught in insanity is not responsible.”* It is too simplified. On reading of Japanese Criminal Code, I conclude that it contains as much as the other compared provision’s implication. It legislates only prescribing legal approaches: *the insanity defence*.

I would like to recommend for the Korean Criminal Law a concrete and clear provision of criminal responsibility in line with insanity. Additionally, for the criminal procedure, we need to revise the provision about expert’s statement on insanity. Under the Korean Criminal Procedure Law, the expert’s statement in court is regarded as a mere statement of witness. But

I disagree with that. We should recognise that a psychiatrist's witness in the court would be more respected than any other expert's advice. Because it constructs core value of procedure; unless his or her comments on validity of being capable for the crime, the procedure will be no longer existed. Especially, insanity defence should be considered if the expert say it would be. There are three possible outcomes after a disposition hearing: the accused can be discharged, either absolutely or with conditions, or he or she can be ordered detained in a hospital. So I could say, the risk of 'let-the evil-walk' cannot happen in our legal system. The Probation Act is to be considered the need to protect the public from dangerous persons, the mental condition of the accused, the reintegration of the accused into society and the other needs of the accused. If the person is ordered detained in a hospital, the court or Review Board can specify the conditions under which he or she is to be detained, and can authorise the hospital administrators to vary those conditions as appropriate.

It should be noted that the framework for criminal insanity and responsibility is one of key evaluation point for the Rule of law and legal consideration for human dignity.

[연구자 약력]

신 동 일

인천대학교 법학과 졸업
고려대학교 대학원 석사학위 취득
고려대학교 대학원 박사학위 취득
고려대학교 법학연구소 전임연구원
독일 Göttingen 대학부설 Institut für Strafrecht und Arztrecht 초빙연구원
현재 한국형사정책연구원 부연구위원

저서 생명공학의 형법적 한계
생명윤리의 형법적 보호 - 특히 배아간세포 치료술을 중심으로
유전체 이용의 법적·사회적 문제
과학기술발달과 형법의 의무
원인에 있어서 자유로운 행위
간통죄
법과 문학
Binding의 규범이론
격정행위(Affekttat)의 새로운 이해를 위한 연구
인간복제의 금지 필요성과 제한적 허용 연구
생명공학 남용과 법적 규제를 위한 연구
배아보호를 위한 형사정책 외 다수

연구총서 04-30

심신장애 판정의 문제점과 개선방안

발행	2004년	12월	일
발행인	이	태	훈
발행처	한국형사정책연구원 서울시 서초구 우면동 142 전화 : (02) 575 - 5282/ 9		
등록	1990. 3. 20. 제 21 - 143호		
인쇄	화신문화 (02) 2277-0624		

보고서 내용의 무단복제를 금함
구독문의 : 출판실 (02) 571-0363

< 정가 7,000원 >

ISBN 89 - 7366 - 544 - 8