

정신장애 범죄자의 심신장애 판단에 대한 법원의 논증 태도 분석*

정 속 희**

< 목 차 >

- I. 문제제기: 심신장애 판단과정에서 법관의 ‘규범적’ 판단의 문제점
- II. 심신장애 판단 기준과 영향책임
- III. 심신장애 판단에 대한 법원의 논증 태도
- IV. 결론: 심신장애 판단에서 법관의 규범적 판단의 타당성 제고를 위한 제언

I. 문제제기: 심신장애 판단과정에서 법관의 ‘규범적’ 판단의 문제점

오늘날 책임 개념에 대한 주류적 입장은 자유의지를 가진 인간의 타행위가능성을 전제로 하는 법적 비난에 본질적인 기초를 두고 있다. 하지만 여전히 책임 비난의 전제조건인 인간의 자유의지는 적극적으로 입증될 수 없거나, 이에 관한 문제가 명확하게 해명되지 않았기 때문에 책임에 대한 우리 형법의 태도는 적극적으로 책임을 근거지우기 보다 책임을 배제하는 요소의 부존재를 통해 비로소 책임을 인정하는 소극적 형식으로 규율하고 있다. 즉 책임 비난을 탈락시키는 책임조각사유를 규정하여 행위자의 행위가 책임조각사유에 해당하지 않는 경우에 한하여 책임을 인정함으로써 책임 비난의 근거에 관한 난제인 의사 자유의 입증 문제를 회피하는 방법을 취하고 있다. 이렇게 이론적으로는 어느 정도 합일점을 찾은 듯 보이지만, 이와 달리 실무에서는 인간의 내면에서 어떤

* 이 논문은 2020년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2020S1A5B5A16083192).

** 강원대 비교법학연구소 연구위원, 법학박사.

작용을 통해 문제가 된 행위가 결정되고 표출되었는가를 확인하기 곤란하고, 특히 형법 제10조 심신장애와 관련한 책임능력을 판단할 때 책임이론이 실질적인 문제해결의 방법을 제공하는지는 회의적이라는 우려의 목소리도 있다.¹⁾

책임무능력 판단과 관련하여 대법원도 형법 제10조에서 사물을 변별할 능력 또는 의사를 결정할 능력은 자유의사를 전제로 한 의사결정의 능력에 관한 책임을 인정하고 있다.²⁾ 그리고 책임조각사유로서 책임 비난이 탈락하는 심신장애의 요건은 정신장애로 인해 사물변별능력 또는 의사결정능력이 결여(또는 감소)되는 것이다. 주지하다시피 이때 제10조 심신장애³⁾의 판단은 의학적·사실적 판단에 따른 생물학적 요소로서 정신장애와 심리학적 요소로서 사물변별능력 또는 의사결정능력을 모두 고려하는 혼합적 방식을 따르고 있다. 이러한 판단과정에서 법관은 의학적 감정 결과에 구속되지 않고 사물변별능력·의사결정능력의 유무에 관한 판단을 범행 동기와 경위 등 여러 요소를 종합하여 경험칙에 비추어 독자적으로, ‘규범적’인 평가를 한다. 따라서 이와 같은 규범적 판단은 법관에 따라 달라질 수 있다.

그런데 이 지점에서 문제는 법관마다 심신장애에 대한 결론이 다를 수 있는 ‘규범적’ 판단이 정당성과 설득력을 가질 수 있느냐 하는 것이다. 실제 많은 판결문⁴⁾에서 법관의 ‘규범적’ 판단 과정을 살펴보면, “범행의 경위, 수단과 방법… 종합하면, 이 사건 범행 당시 피고인이 정신적 장애로 인하여 사물을 변별할 능력 또는 의사를 결정할 능력이 없(있)다”라는 정도의 형식적인 언급에 그칠 뿐이다. 형법 제10조 범문에 규정된 사물변별능력 또는 의사결정능력의 유무를 판단하는 구체적 근거를 제시하지 않거나 정신장애와 사물변별능력 또는 의사결정능력 간 인과성도 생략되어 있다. 또한 사물변별능력과 의사결정능력 양자

1) 이영록, “심신장애 판단과 책임의 의미”, 『법과사회』 제50호, 법과사회이론학회, 2015.12., 158면; 김동현, “인지과학적 관점에서 바라본 자유의지와 형사책임론의 문제”, 『서울대학교 법학』 제51권 제4호, 서울대학교 법학연구소, 2010.12., 270-271면.

2) 대법원 1965.4.30. 선고 68도400 판결.

3) 형법 제10조는 ‘심신장애인’이라는 표제 하에 ‘심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다.’라고 규정하고 있다. 여기에서 제10조 본문의 ‘심신장애’는 사실적·의학적 개념으로 정신장애와 같은 의미로 이해할 수 있고, 제목의 ‘심신장애인’은 규범적 개념으로 이해하는 것이 일반적이다. 이 글에서는 글의 명확성을 위해 생물학적 요소로서 심신장애는 ‘정신장애’로, 심리학적 요소로서 규범적 개념은 ‘심신장애’로 구분하여 사용하였다.

4) 대구지법 의성지원 2021.6.3. 선고 2021고단71 판결; 대전지법 2021.6.23. 선고 2020고단3431 판결; 서울남부지법 2021.4.23. 선고 2020고단5504 판결 등.

를 엄격하게 구분하지 않거나, 이런 이유로 범행 이후 피고인의 반성, 자신의 행위가 ‘법에 의해 처벌받는다’라는 피고인의 인식, 범행 당시 상황에 대한 기억 등 위법성 인식을 판단할 수 있는 요소를 근거로 사물변별능력 또는 의사결정능력을 ‘함께’ 평가하는 오류를 범하고 있다.⁵⁾

법적 개념인 심신장애에 대한 판단은 정신의학과 심리학적 지식이 모두 반영되어야 하는 영역으로 법원이 제반 요소를 종합하여 독자적으로 평가하는 법적 영역임을 부인할 수 없다. 다만, 심신장애 판단에서 법관의 규범적 판단만을 지나치게 강조하고 구체적 판단 기준과 방법을 제시하지 않거나 심신장애 논증 과정이 충실히 이루어지지 않는다면 법관의 규범적 판단은 법관의 자의적 판단이라는 혐의에서 자유로울 수 없게 된다.⁶⁾ 심신장애로 인한 책임능력 판단, 더 나아가 책임능력이 인정되었지만 정신장애가 범행에 일정 정도 영향을 미친 행위에 대한 양형책임 판단이 정당성과 타당성을 확보하기 위해서는 심신장애 판단에서 구체적 논거 제시와 그러한 논거가 법관의 규범적 판단을 어떻게 뒷받침하는지에 대한 충분한 논증이 이루어져야 한다. 이렇게 할 때 비로소 법관마다 다를 수 있는 규범적 판단이 정당성과 설득력을 가질 수 있다.

이 글은 심신장애를 판단하는 법관의 ‘규범적’ 판단의 문제점과 그 해결책을 탐색해 보는 것이 목적이다. 당연히 형법 제10조의 범문과 법원이 제시한 제반 요소들에 초점을 맞추게 될 것이다. 또한 논증 구조의 미흡이 가져온 결과물인 상반된 판례를 확인하고, 정신장애 범죄자에 대한 심신장애 판단이 형벌근거책임 뿐 아니라 양형책임에까지 영향을 미칠 수 있음을 함께 고찰하고자 한다. 그 결과 지금까지 이루어진 규범적 판단의 관행에 제동을 걸어 심신장애인 판단에 실질적인 타당성을 확보할 수 있기를 기대한다.

5) 서울서부지법 2021.4.29. 선고 2020고합273 판결; 수원지법 평택지원 2021.5.28. 선고 2021고합11 판결 등.

6) 정세중/신관우, “법원의 심신장애인 판단경향과 시사점: 판결문 분석을 중심으로”, 『한국범죄심리연구』 제13권 제4호, 한국범죄심리학회, 2017, 178면; 임석순/유진, “심신장애인의 책임능력 판단 기준과 논증”, 『법학연구』 제26권 제4호, 경상국립대학교 법학연구소, 2018.10., 224면.

II. 심신장애 판단 기준과 양형책임

1. 형법 제10조와 심신장애 판단 기준

정신장애인의 책임능력의 존부(또는 정도)에 대하여 형법 제10조는 두 가지 요건을 규정하고 있다. 생물학적 요소로서 정신병 또는 비정상적 정신장애와 같은 정신적 장애와 심리학적 요소로서 이와 같은 정신적 장애로 말미암아 사물에 대한 변별능력과 그에 따라 자신의 행위의사를 결정할 의지적 능력(또는 행위통제능력)을 파악하는 것이 일반적이다. 우리 형법은 이러한 두 가지 요소를 혼합적으로 규정하고 있고, 혼합적 방법에 따라 책임능력을 판단한다고 이해하는 것이 학설⁷⁾과 판례⁸⁾의 입장이다.

각 요건을 살펴보면 형법은 생물학적 요소로서 정신적 장애(이하 정신장애)에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않지만, 판례는 신체적 장애를 제외한 비정상적인 심리적 상태로 정신병, 정신박약, 비정상적 정신 상태로 나누고 있다.⁹⁾ 그리고 심리학적 판단 요소로서 ‘사물을 변별할 능력’(이하 사물변별능력)이란 사물의 선악과 시비를 합리적으로 판단하여 정할 수 있는 능력¹⁰⁾을 의미하고, ‘의사를 결정할 능력’(이하 의사결정능력)이란 사물을 변별한 바에 따라 의지를 정하여 자기의 행위를 통제할 수 있는 능력을 의미한다.¹¹⁾ 사물변별능력은 행위자가 자기 행위를 실질적으로 불법하다고 통찰할 수 있는 능력을 의

7) 배중대, 「형법총론」, 홍문사, 2020, 312면; 정성근/박광민, 「형법총론」, 삼지원, 2005, 304면; 김혁, “정신장애 의심자의 책임능력 및 형사제재의 판단구조에 관한 소고”, 「형사정책」 제29권 제1호, 한국형사정책학회, 2017.4., 9-10면.

8) 대법원 1991.9.13. 선고 91도1473 판결; 대법원 2013.1.24. 선고 2012도12689 판결.

9) 대법원 1992.8.18. 선고 92도1425 판결 등. 판례가 정신장애의 유형분류기준에 따라 정신장애의 증상으로 든 예를 보면, 정신병의 대표적 유형으로 조현병(정신분열증), 망상장애, 편집증, 양극성 정동장애 등, 정신박약의 유형은 정신지체, 비정상적 정신 상태에 해당하는 유형으로 중동조절장애, 소아기호증, 인격장애 등으로 분류할 수 있다(조병구, “형사책임능력 부존제에 관한 심리에서의 제 문제”, 「형사소송 이론과 실무」 제2권 제1호, 한국형사소송법학회, 2010.6., 237면).

10) 행위자가 자기 행위를 실질적으로 불법하다고 통찰할 수 있는 심리적 상태로, 판례에서 언급되는 ‘위법성의 인식능력’ 혹은 ‘불법인식능력’ 등이 여기에 해당한다.

11) 대법원 1985.5.28. 선고 85도361 판결; 대법원 1990.8.14. 선고 90도1328 판결 등. 사물변별능력을 사물관별능력, 시비변별능력, 의사결정능력을 행위통제능력, 행위제어능력, 행위조정능력 등으로 사용하는 경우도 있는데, 이 글에서는 형법 제10조에서 표현한 대로 사물변별능력과 의사결정능력으로 사용하기로 한다.

미하는 것이기 때문에 단순한 기억 능력과는 구별된다.¹²⁾ 또한 형법 제10조의 문언 그대로 해석하면, 책임능력 판단을 위해서는 정신장애와 사물변별능력 및 의사결정능력의 흠결 사이에 인과관계가 인정되어야 한다.

한편, 법원이 심신장애를 판단하는 과정에서 자주 인용하는 법리를 살펴보면 규범적 판단에 대한 법원의 태도를 알 수 있다. 법원은 “정신장애가 있는 자라고 하여도 범행 당시 정상적인 사물변별능력이나 행위통제능력이 있었다면 심신장애로 볼 수 없다. 또한 심신장애의 유무는 법원이 형벌제도의 목적 등에 비추어 판단하여야 할 법률문제로서 그 판단에 전문감정인의 정신감정 결과가 중요한 참고자료가 되기는 하나, 법원이 반드시 그 의견에 구속되는 것은 아니고, 그러한 감정결과 뿐만 아니라 범행의 동기, 경위, 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 반성의 정도 등 기록에 나타난 여러 자료 등을 종합하여 독자적으로 심신장애의 유무를 판단하여야 한다”¹³⁾(밑줄:필자)고 하여 심신장애 유무 판단 기준을 제시하였다. 또한 “정신장애가 존재한다고 하여 사물변별능력과 의사결정능력의 결여와 감소가 당연히 추정된다고 할 수는 없고, 개별 사안에서 구체적 행위 당시를 기준으로 정신장애가 사물변별능력과 의사결정능력에 미친 영향의 존부 및 정도를 판단하여야 한다”¹⁴⁾고 하여 정신장애와 사물변별능력 간 인과성을 확인하였다.

결국 심신장애 판단은 특정 정신장애가 행위자의 범행 당시 의사결정과정에서 어떠한 영향을 미쳤는가에므로 같은 질환에 의해 범죄를 저질렀다 하더라도, 또는 동일한 진단이라고 하더라도 범죄의 원인이 된 핵심 증상이나 그 증상이 행동에 미치는 영향에 따라 심신장애 판단 결과는 달라질 수 있다. 이런 의미에서 정신장애의 진단명이 아니라 정신 증상 등이 범행에 미친 영향의 메커니즘을 파악하는 것이 책임능력 판단의 기초라 할 수 있다.¹⁵⁾ 따라서 법원의 규범적 판단은 정신의학적 자료를 기초로 형법 제10조 범문에 규정되어 있는 요건인 사물변별능력과 의사결정능력을 구체적으로 판단하는 데 있다. 물론 두 개념을 명확히 구분하는 것이 어려울 수 있고,¹⁶⁾ 법원이 제시하는 범행의 동기

12) 대법원 1985.5.28. 선고 85도361 판결; 대법원 1990.8.14. 선고 90도1328 판결 등.

13) 대법원 1999.8.24. 선고 99도1194 판결; 대법원 2018.9.13. 선고 2018도7658, 2018전도54, 55, 2018보도6, 2018모2593 판결 등.

14) 대구지법 2020.11.20. 선고 2020고합350 판결.

15) 中谷陽二, “精神障害者の刑事責任能力-最近の事例にみる裁判の傾向-”, 精神神経學雜誌 第122卷 第2号, 2020, 107頁.

등 제반 요소들이 사물변별능력·의사결정능력의 어느 쪽에 해당하는지는 두 가지 능력을 책임능력의 요건으로 하는 이상 이론적 문제일 뿐 실무상 결론에 영향을 주지 않는다는 견해도 있다.¹⁷⁾ 그러나 개념으로서 구별이 있는 이상 어느 요소가 어느 개념에 대응하는가는 밝혀야 한다. 의사결정능력의 유무를 평가하기 위해서는 우선 사물변별능력에 대한 평가가 선행되어야 하고, 충동조절장애 등으로 인한 책임능력 유무를 판단해야 할 필요가 있을 때 의사결정능력은 쟁점이 되기 때문이다. 또한 법원이 제시하는 제반 요소가 사물변별능력이나 의사결정능력의 정의와 딱 일치한다고는 할 수는 없지만,¹⁸⁾ 어느 요소로부터 어느 개념을 판단했는가 하는 문제보다 그 요소로부터 어떻게 그 개념을 판단할 수 있었는지를 파악해야 할 것이다.¹⁹⁾

2. 정신장애 범죄자의 행위에 대한 형벌근거책임과 양형책임

법원은 심신장애 유무를 판단할 때 범행의 동기, 경위, 수단과 태양, 범행 전후 피고인의 행동, 반성의 정도 등 다양한 요소를 종합하여 정신장애가 의사결정과정에 미친 영향을 파악하고 있다. 판단 결과 법률상 심신미약이 인정되면 형법상 양형 과정에서 처단형의 범위가, 양형기준에서는 ‘심신미약(본인 책임 없음)’²⁰⁾이라는 특별양형인자가 고려되어 권고 형량범위가 조정된다. 반면, 심신장애 판단 결과 이를 배제하는 상황이 존재하지 않으면 책임능력의 존재는 그대로 의제된다. 또한 2018년 11월 형법 개정으로 심신미약자에 대한 감형 여부는 법관의 재량과 사건의 경중에 따라 유연하게 적용될 수 있게 되었다. 그래서 책임능력을 배제시키는 예외적 상황이 존재해도 법관의 재량에 의해 책임

16) 三好幹夫, “責任能力判斷の在り方について”, 刑法雑誌51卷2号, 2012, 245頁. 규범의 인식과 의사 형성과정이 내적으로 상호 불가분의 관계에 있는 경우가 적지 않기 때문에 이를 명확히 구분하는 것이 부자연스럽다는 견해는 김혁, 앞의 논문, 12면.

17) 安田拓人, “責任能力の具体的判斷枠組みの理論的検討”, 刑法雑誌51卷2号, 2012, 268頁.

18) 安田拓人, 앞의 논문, 267-268頁.

19) 田川靖紘, “知的障害者の「責任能力」に関する一考察-最決平成27年3月3日LEX/DB25506282を契機として”, 早稻田大學社會安全政策研究所紀要 第8号, 2015, 73-74頁.

20) 양형기준은 ‘심신미약(본인 책임 없음)’을 알코올, 약물 등의 복용에 의하여 심신미약 상태가 야기된 경우로 정의하고, 결정된 권고형량범위 내에서 선고형을 정하는데 고려되는 일반감경인자로 규정하고 있다. ‘심신미약(본인 책임 없음)’에 대해서는 특별한 정의를 내리지 않고 권고형량범위를 결정하는데 사용되는 특별감경인자로 설정하였다(양형위원회, 「2021 양형기준」, 2021.9., 739면).

능력을 적극적으로 근거짓지 않고도 책임능력을 의제할 수 있게 되었다.

한편, 양형도 책임을 전제로 한다. 양형책임은 범죄행위와 관련 있는 사전, 사후행위를 포함하여 범죄자에게 주관적으로 귀속되고 그에 상응하여 비난되어 질 수 있는 것의 총체라고 한다. 심신장애 유무에 관한 판단이 형벌근거책임을 묻는 과정이라면 양형책임은 형벌의 부과 정도에 관련된 문제로, 많은 적든 그 정도에 대한 평가가 가능하게 된다. 따라서 심신장애 판단 결과 규범적으로 책임능력이 의제되었지만, 정신장애에 기초하여 범행을 통하여 표출된 성향을 정신장애가 전혀 없는 행위자의 책임능력의 정도와 동일한 것으로 판단할 수는 없을 것이다. 그런데 정신장애가 있지만, 책임능력이 인정된 경우 범행에 영향을 미친 정신장애의 양형 관련성에 대해서 형법이나 도식적인 양형기준이 그 해결책을 제시해 주지 못하고 있다.

이러한 경우, 즉 책임능력이 인정된 피고인의 정신장애가 사물변별능력 또는 의사결정능력에 영향을 미친 행위에 대하여 법원은 최종 선고형을 결정하는 양형 과정에서 대체로 ‘유리한 정상’으로 고려하고 있다. 이런 정신장애를 유리한 정상으로 고려하는 방식은 정신장애의 범행 관련성 및 단순한 건강 상태의 두 가지 형태로 양형에 반영하고 있다. 여기에서 전자, 즉 정신장애의 범행 관련성을 유리한 정상으로 판단하는 실무의 태도를 살펴보면 정신장애의 범행 관련성을 여러 다른 유리한 정상들과 함께 병렬적으로 나열하여 그 중요도를 확인할 수 없고, 정신장애의 범행 관련성만 언급할 뿐 구체적으로 정신장애가 어떻게 범행에 영향을 끼쳤는지는 설명하지 않고 있다. 결국 양형 과정에서 정신장애의 범행 관련성을 파악하기 위해서는 심신장애 판단과정을 거슬러 올라가 살펴볼 수밖에 없지만, 구체적 논증 과정이 생략된 심신장애 판단과정은 정신장애의 양형책임을 묻는 데 한계가 있을 수밖에 없다. 이처럼 심신장애인 판단이 책임능력의 요소와 양형의 조건이 될 수 있음에도 불구하고 법원은 이에 대한 판정 방법과 판정 기준을 명확하게 제시하지 못하고, 법원의 독자적 판단만을 강조하고 있는 듯 보인다.²¹⁾

심신장애 판단과정은 형벌근거책임뿐 아니라 양형책임을 결정하는 매우 중요한 의미가 있다고 할 수 있다. 특히 책임능력이 의제된 정신장애의 양형 판단에서 정신장애 그 자체가 책임감소사유로서, 또는 정신장애와 이에 영향을 받

21) 정세중/신관우, 앞의 논문, 178면.

은 범행 동기 및 행위 태양과의 상호 관계를 양형책임의 관점에서 평가할 여지가 여전히 남아 있다.²²⁾

Ⅲ. 심신장애 판단에 대한 법원의 논증 태도²³⁾

1. 사물변별능력·의사결정능력과 법원이 제시한 제반 요소를 중심으로 한 논증 구조 분석 : 부산지방법원 2021.2.19. 선고 2020고합332 판결²⁴⁾

1) 사실관계 및 심신장애 판단요인

피고인은 옆집에 거주하는 피해자가 자신에게 나쁜 기운을 보낸다고 생각하고 피해자를 살해하기로 마음먹었다. 과도와 목장갑을 준비하고 시정되지 않은 배란다 창문을 열고 피해자 집 안으로 들어가 TV를 보고 있던 피해자의 신체를 총 50회 가량 쏘러 사망하게 하였다.

피고인과 변호인은 범행 당시 편집 조현병적 증상인 피해망상 등의 발현으로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없는 심신상실 상태에 있었음을 주장하였다. 그러나 법원은 아래 <표>에서와 같은 판단요인을 종합하여 규범적으로 판단한 결과, 피고인의 책임능력 여부에 대해 심신상실을 배척하고 심신미약을 인정하여 징역 15년을 선고하였다.

22) 정숙희, “법률상 책임능력이 인정된 정신장애의 양형판단에 관한 소고”, 『형사법의 신동향』 통권 제72호(2021.가을), 대검찰청, 2021.9., 1-29면.

23) 이 글에서 분석한 대상 판례는 대법원 판결서 인터넷 열람제도를 이용해서 2019년 7월 1일부터 2021년 6월 30일까지 선고된 1심 판결 중에서 ‘심신장애’를 키워드로 검색된 2,311건의 판례 중 214건을 대상으로 하였다. 검색된 판례에서 피해자나 참고인의 심신장애가 문제되거나 병역법 위반, 형법 제10조 제3항이 적용된 판결, 마약 관련 범죄 및 범행 당시 단순 주취로 인한 심신장애가 문제된 판결, 치료감호 관련 판결 등은 제외하였다.

24) 해당 판결을 분석 대상으로 선택한 이유는 214건의 대상 판례 중 피고인에 대한 정신감정을 실시하고, 법원이 제시한 심신장애 유무 판단 기준과 그 제반 요소들로부터 사물변별능력·의사결정능력을 어떻게 판단하는지를 구체적으로 논증한 몇 안 되는 판결 중 하나이기 때문이다.

<표> 심신장애 판단요인

구분	판단요인
생물학적 요소	<p>■ 정신장애 판단</p> <ul style="list-style-type: none"> - 병원 정신건강의학과 진료받은 사실이 있으며, 진료한 의사는 ‘피고인이 주변에 있는 사람들이 자신을 공격한다는 망상을 가지고 있었고, 현재 상태와 질병의 성질로 보았을 때 향후 부정 기간의 약물치료와 경과 관찰이 필요한 것으로 판단된다’라는 진료소견을 밝힘 - 법원의 촉탁으로 정신감정을 실시했던 정신건강의학과 전문의의 정신감정회보에 따르면, ‘피고인에게 고착화된 비현실적이고 기이한 망상적 사고가 관찰되었다. 피고인은 망상에 의한 사회적 판단력이 손상되어 있는 것으로 보이고 현실 검증력을 상실한 것으로 보인다. 피고인이 알고 있는 병명은 편집 조현병(F200)이고, 판시 범행 당시 편집 조현병으로 인한 사물변별능력 및 의사결정능력을 상실한 것으로 판단된다. 피고인의 경우 망상적 믿음으로 행동화하여 법률적 문제가 발생한 것으로 피고인은 고도의 장애를 가진 상태로 판단된다’는 취지의 의견을 밝힘
	<p>■ 범행동기</p> <ul style="list-style-type: none"> - 피고인은 검찰 조사과정에서 “피해자가 ‘살’ 기운을 계속해서 보내 도저히 이대로는 살 수가 없어 피해자의 집을 찾아가 피해자를 칼로 찔렀다”는 취지로 진술함 - 피고인이 진술한 망상 증상에 의하더라도 당장 피고인이 급박한 위험에 처해 있었다거나 그런 망상으로부터 벗어나기 위해서는 피해자를 살해하는 방법밖에 없었다고 보기 어렵다. 범행 당시 피고인은 비록 망상에 기초한 것이었는지언정 기운이 빠지고 몸이 아픈 신체적 고통에서 벗어나야겠다는 스스로의 판단과 그 목적 달성을 위하여 살인 범행에 나아간 것으로 이해될 뿐이라고 판시 <p>■ 범행의 계획성, 수단 태양</p> <ul style="list-style-type: none"> - 범행 이전에 베란다 창문을 통해 2차례 주거침입 시도 - 미리 과도를 준비하고 피해자 주거지 베란다 창문을 통하여 피해자의 주거지에 침입하여 살해 - 범행 직후 범행을 은폐하기 위하여 피해자의 주거지에 침입한 방법으로 주거지를 빠져나왔고, 피해자의 피가 묻은 과도를 곳곳에 분산하여 버리는 등 상당히 용의주도한 모습 <p>■ 범행 후의 자기방어행동</p> <ul style="list-style-type: none"> - 피고인이 살인자가 되지 않기를 바랐다가 범행의 발생 원인을 피해자에게서 찾는 모습 - 칼을 찾게 되면 재판 때 불리하게 작용할까봐 칼을 버린 장소를 말하지 않겠다고 진술함 <p>■ 기타</p> <ul style="list-style-type: none"> - 피고인은 검찰 수사 과정에서 살인 범행을 자백하면서 범행 시간은 물론 그와 같은 범행 시간을 선택한 이유, 구체적인 범행 경위와 수법, 범행도구 및 당시 의복, 신발을 버린 이유, 침입 경로 등 대체로 뚜렷하게 기억하여 진술함

2) 법원의 심신장애 판단 논증 태도에 대한 검토

심신장애 여부를 판단하는 법원의 논증 과정을 살펴보면, 법원이 지금까지

구축한 관련 법리를 먼저 서술하고 법원이 제시하는 다양한 요소에 따라 구체적인 판단을 서술하는 방식으로 진행되고 있다. 물론 이러한 논증 과정의 서술 방식이 모든 대상 판례에서 일반적이라고 할 수는 없다. 살인, 강도, 방화, 강간 등 법익의 침해가 심각한 강력범죄에서는 당해 판결처럼 자세히 서술하여 판단하고 있으나, 어디까지나 이러한 경우는 예외에 해당하고 그 외 사건들에서 심신장애를 판단하는 법원의 논증 과정은 대체로 매우 간결하다.²⁵⁾

<표>는 법원이 제시하는 다양한 요소들에 따라 판례의 내용을 분류해서 정리한 것이다. 각 요소에 해당하는 부분에서 해당 판례는 사물변별능력 또는 의사결정능력을 연결하여 적시하기도 했으나, 이러한 다양한 요소가 사물변별능력이나 의사결정능력과 어떤 대응 관계에 있는지는 반드시 명확하지는 않다. 심신장애 여부는 경험적 사실의 판단 문제가 아니라 규범적 판단의 문제이며, 정신장애가 피고인의 사물변별능력·의사결정능력에 어느 정도 영향을 미치고 있는지에 관한 구체적 요소들은 사실관계로부터 추출하여 법원이 평가하게 된다. 따라서 심신장애 판단은 정신장애 존재 여부를 확정하는 단계와 정신장애가 존재할 경우 그로 인해 사물변별능력·의사결정능력의 결여 내지 감소 여부를 확정하는 단계로 이루어진다. 이하에서는 이른바 법관의 규범적 판단이라고 하는 후자의 판단과정에서 법원이 제시하는 다양한 요소에 의해서 무엇을 판단하려고 하는지, 어떤 요소로부터 어떻게 사물변별능력·의사결정능력을 판단할 수 있었는지를 검토하고자 한다. 이는 규범적 요건에 대한 개별적 판단을 어떻게 논증할 것인가에 대한 방법을 제시할 것이다.

25) “정신분열병(조현병)을 앓고 있는 사실은 인정된다. 그러나 ...증거에 의하여 인정되는 이 사건 각 범행의 경위, 수단, ...비추어보면, 피고인이 이 사건 범행 당시 사물을 변별하거나 의사를 결정한 능력이 미약한 정도의 상태에 이르렀다고 인정되지 않는다”와 같이 정신장애 유무와 법원이 제시한 방법에 따른 규범적 판단임을 짧게 적시하거나(춘천지법 2020.6.5. 선고 2020고합14 판결; 창원지법 통영지원 2020.1.8. 선고 2020고합61 판결; 대전지법 서산지원 2019.8.14. 선고 2019고합10 판결; 대전지법 2019.8.8. 선고 2019고단2146 판결), 사물변별능력이나 의사결정능력과 연관성에 대한 검토 없이 범행경위를 나열한 후 정신장애 유무와 규범적 판단의 결론에 이른 경우(부산지법 서부지원 2019.8.12. 선고 2019고합39, 84(병합), 127(병합) 판결; 대전지법 홍성지원 2019.7.18. 선고 2019고합6 판결), 범행 경위 나열 후 감정의의 소견으로 결론에 이른 경우(창원지법 밀양지원 2019.11.15. 선고 2019고합13 판결), 소상히 기억하여 구체적이고 명확하게 진술한 것만으로 규범적 판단을 하는 경우(부산지법 2019.9.6. 선고 2019고합231 판결) 등 많은 판결문에서 심신장애 판단과정은 매우 간략하다.

(1) 정신장애의 사실적 판단에 대한 규범적 판단으로의 전환

법원은 정신감정회보에서 ‘피고인에게 두드러진 걱정, 불안, 우울감, 고양감 등과 환각의 징후, 사고 과정의 이완, 가속, 지체 등이 발견되지 않은 점, 면담 과정에서 질문과 관련된 내용에 적절히 대답하고 의식 수준의 명료, 시간, 공간, 사람에 대한 지남력이 유지된 점, 주의 집중력, 단기 및 장기 기억력 유지, 기본적 상식에 대한 비교적 적절한 답변, 공통성 발견 등 추상적 사고능력 유지, 피고인이 자신이 저지른 범죄에 대하여 인정한 점’을 들어 정신감정의의 감정 의견을 배척하고 지적, 의지적 부분의 기능이 현저히 저하된 상태에 있었다고 단정하기 어렵다고 판단하였다.

심신장애는 법률개념이지만 정신의학에 대한 전문적 지식 없이는 평가할 수 없다. 또한 정신의학적 지식은 정신병학과 심리학적 지식이 있어야 하는 분야이고, 심리학적 기초자료는 정신장애라는 요소의 판단에도 큰 영향을 미치는 동시에 사물변별능력 또는 의사결정능력과 같은 요소의 판단에도 중요한 영향을 미치는 요소라고 해야 할 것이다.²⁶⁾ 그러나 정신의학 전문의 또한 자신의 경험과 학문적 소양에 따라 동일한 증상에 대해 달리 해석할 여지가 있고, 의학 영역에서도 이론과 학설에 따라 다른 결론에 다다를 수 있기 때문에 전문의의 감정 결과가 항상 일관된다고 할 수는 없다.²⁷⁾ 또한 정신장애에 대한 의학적 진단은 일반적으로 일정 기간 증상의 지속성을 전제로 판단되는 반면, 심신장애 판단은 가변적인 증상 발현이 사건 당시 피고인의 사물변별능력·의사결정능력에 미친 영향을 판단한다는 점에서 차이가 있다.²⁸⁾ 이러한 점과 함께 심신장애에 대한 판단이 사실관계의 정신병리적·심리적 상태를 규범적으로 전환하는 것으로 정신감정이 책임 판단을 위한 수단이라는 점을 생각하면, 감정 전문의의 감정 결과에 구속되지 않고 법관이 객관적 경험법칙에 따라 심신장애 여부를 판단하도록 한 것은 합리적이라고 할 수 있다. 다만, 정신의학 전문의의 자의적 판단 내지 규범적 판단과정에서의 법관의 독단을 배제하고 심신장애 판단 결과에 대한 신뢰성을 높이고 비교적 오류 가능성이 작고 합리적인 처분 선택이 가능하게 하는 판단구조를 구축하는 것은 필요한 과제이다. 위 판결에서

26) 김성돈, 「형법총론」, 성균관대학교 출판부, 2021, 389면.

27) 임석순/유진, 앞의 논문, 230면.

28) 유진, “법정에 선 정신장애 : 형사책임능력에 대한 의료지식과 법적 결정”, 「형사정책연구」 제29권 제3호(2018.가을), 한국형사법무정책연구원, 239-240면.

법관이 감정 의견을 배척한 근거의 타당성은 별론으로 치고, 적어도 감정 의견을 배척한 이유를 제시했다는 점에서 긍정적으로 평가할 수 있을 것이다.

(2) 범행 동기

의사결정능력이란 규범의식을 발휘하여 행위에 나서지 않도록 의사결정을 할 수 있는 능력이므로 피고인의 망상이 어떻게 작용하여 그 욕망을 제어할 수 없는가를 나타낼 필요가 있다.

피고인은 범행 동기에 대해서 “피해자가 살 기운을 계속해서 보내 도저히 이 대로는 살 수가 없어 피해자의 집을 찾아가 피해자를 칼로 찔렀다”라는 취지로 진술하였다. 이 점에 법원은 “급박한 위협에 처해 있었다거나 그런 망상으로부터 벗어나기 위해서는 피해자를 살해하는 방법밖에 없었다고 보기 어렵다. 망상에 기초한 것이었지만 스스로의 판단과 그 목적 달성을 위하여 살인 범행에 나아간 것으로 이해될 뿐이다”라고 판시하고 있다. 즉 범행 동기 형성에 있어서 피고인의 정신장애(편집 조현병)가 관련되어 있음을 지적하고 있다. ‘망상적 믿음으로 행동화’하여 법률적 문제가 발생한 것으로 판단한 정신감정회보도 판단에 영향을 미친 것으로 생각해 볼 수 있다. 다만, 정신감정의가 심실상실을 판단한 것을 배척하고 살해 이외의 선택지가 있을 수 있는데 ‘스스로의 판단’에 따라 목적 달성을 위해 살인 범행에 나아간 것에 대해 의사결정능력이 완전히 상실되지는 않았다고 판단한 것으로 보인다.

법원이 “범행 당시 망상증으로 인하여 의지대로 행위를 통제할 능력을 완전히 상실한 것으로 여겨지지 않는다”라고 판시한 것으로 보아 해당 사항을 의사결정능력과 관련된 것으로 판단하고 있음을 알 수 있다.

(3) 범행의 계획성, 범행의 수단과 태양

피고인은 피해자가 자신에게 나쁜 기운을 보낸다고 생각하고, 이에 항의하기 위해 피해자의 집을 찾아갔다. 피해자가 부재중인 것을 확인하고 시정되지 않는 피해자 주거지의 베란다 창문을 열고 피해자의 집 거실까지 들어가 피해자의 주거를 침입한 사실이 있다. 그 후 과도와 목장갑을 사전에 준비하고 마찬가지로 시정되지 않는 베란다 창문을 열고 피해자의 집 안으로 들어가 이 사건 살해에 이르렀다.

이에 대해 법원은 “범행 장소로의 침입 경로 등에 비추어 보면, 범행 당시

망상증으로 인하여 의지대로 행위를 통제할 능력을 완전히 상실한 것으로 여겨 지지 않는다. 오히려 피고인은 과도를 몸에 소지한 채 범행을 범하기 위하여 상당한 위험을 무릅쓰고 이 사건에 도달한 것으로 보인다”라고 판시하여 범죄의 계획성 및 행위 태양을 의사결정능력, 즉 행위통제능력의 측면에서 검토한 것으로 보인다.

범죄의 계획성과 범행의 잔혹성 등은 객관적으로는 책임능력을 긍정하기 쉬운 요소이다. 그래서 계획적이고 잔혹한 범죄행위에 대해 법원은 심신장애를 인정하지 않는 예가 있다.²⁹⁾ 그러나 정신질환자의 범죄는 살인, 방화 및 상해 등의 중범죄가 전체의 82.9%를 차지하여 인명을 손상케 하는 범죄가 많은 부분을 차지하고,³⁰⁾ 심신장애가 인정된 범죄자들에 가장 많이 보이는 정신질환인 조현병의 경우 일단 범죄를 저지르면 범행 시에 극단적인 폭력성을 보이기 때문에 살인 비율은 일반인보다 5-6배 높다는 선행 연구 결과의 보고,³¹⁾ 개별 사례에서 범행의 치밀한 계획성이 심신장애의 영향을 배제할 수 없다는 취지의 정신감정의의 의견³²⁾을 보건대, 범죄의 계획성 등을 무조건 사물변별능력·의사결정능력이 건재하다는 논거로 삼는 것은 재고의 여지가 있다.

한편, 피고인이 범행 이후 장갑과 신발, 겉옷에 피가 많이 묻어 있음을 확인하고 싱크대에 가서 손을 씻고, 창문을 통해 집 밖으로 나간 점, 나온 후에 신발의 피를 보고 왼쪽 신발 한 짝을 벗어서 가방에 넣고 택시를 타고 집으로 왔고, 집에 와서 오른쪽 신발의 피를 물티슈로 깨끗하게 닦은 점, 피 묻은 과도를 집에 둘 수 없어서 버리려고 집 밖으로 나와 시내를 돌아다니면서 분산해서 버린 점, 왼쪽 신발만 버리면 이상하게 보일 것 같아서 오른쪽 신발도 함께 버린

29) 예컨대, 정신감정의가 범행 당시 정신병적 증상이 동반된 조증 삽화 증상으로 심신미약 소견을 밝혔으나, 법원은 계획살인, 구체적 기억, 범행 이전 진료기록이 없다는 것을 근거로 해서 완전책임능력을 인정한 바 있다(서울서부지법 2020.8.19. 선고 2020고합26 판결). 이외에 범행의 계획성, 범행의 잔혹성이 심신장애 판단에서 부정적 방향으로 고려되어 책임능력이 인정된 사례는 서울북부지법 2021.5.14. 선고 2020고합569 판결; 서울중앙지법 2021.3.4. 선고 2020고합726 판결; 울산지법 2020.12.22. 선고 2020고합200 판결; 창원지법 밀양지원 2019.11.15. 선고 2019고합13 판결 등.

30) 문소영 외 3인, “일 정신병원의 형사정신감정을 통해 본 책임능력판단의 실제”, 『JKNA』 60(4), 대한신경정신의학회, 2021, 354면.

31) 최이문/이혜랑, “정신장애 범죄자에 대한 법원의 책임능력 판단에 대한 연구(2014-2016)”, 『한국심리학회지:법』 제9권 제1호, 한국법심리학회, 2018, 51-52면.

32) 인천지법 2017고합161, 2017전고25(병합), 2017초기1720(병합) 판결; 신관우, “심신장애인 판단에 대한 검토-2018년 형사판결의 분석을 중심으로-”, 『한국공안행정학회』 제74호, 한국공안행정학회, 2019, 130면.

점 등을 종합하여 범행 당시 피고인에게 사물의 선악과 시비를 합리적으로 판단하여 구별할 수 있는 능력이 결여되어 있었다고 보이지 않는다고 판시하였다. 즉 범행 후 일련의 은폐 행위 및 사후 조치를 사물변별능력과 연결하여 판단하고 있다. 그러면서도 이어서 피고인이 “범행 직후 범행을 은폐하기 위한 용의주도한 모습”을 보인 점을 들어, “사물을 변별한 바에 따라 의지를 정하여 자기의 행위를 통제할 수 있는 능력이 결여된 상태에 있었던 사람의 행동으로 보기 어렵다”라고 판시하여 위법성을 인식한 피고인의 의사결정능력을 판단한 것으로 보인다.

요약하면, 범행의 계획성, 행위 대양, 범행 이후 행동들은 피고인이 위법성을 인식했는지, 규범의식에 따라 행동을 제어할 수 있었는지를 판단할 수 있는 표지로 해석될 수 있다. 다만, 범행의 계획성과 잔혹성 등으로 인해 결과적으로 책임능력이 인정되기 위해서는 범행을 통하여 표출된 성향을 행위자에게 전가할 수 있어야 한다. 달리 말하면, 범행의 계획성 및 잔혹성이 행위자의 정신적 결함에 기초하고 있어서는 안 된다는 것이다.

(4) 범행 후의 태도와 위법성 인식

법원은 피고인이 스스로 살인자가 되지 않기를 바랐다거나 범행 발생 원인을 피해자에게서 찾는 모습, 칼을 찾게 되면 재판 때 불리하게 작용할까봐 칼을 버린 장소를 말하지 않겠다고 진술한 점 등 범행 후의 태도에 관련하여 위법성 인식, 즉 사물변별능력에 관한 요소라고 보고 있다.

법원은 심신장애 판단 시 고려되는 다양한 요소 중 하나로 “반성의 빛 유무, 수사 및 공판정에서의 방어 방법과 태도”³³⁾를 제시하고 있다.³⁴⁾ 이 사례가 수

33) 대법원 1994.5.13. 선고 94도581 판결.

34) 피고인의 반성 유무, 수사 및 공판정에서의 태도 등을 심신장애 상태를 판단하는 근거로 활용하는 것은 적합하지 않다는 비판이 있다. 이 요소들은 모두 범행 이후에 나타나는 것으로 범행 당시를 판단의 기준으로 삼는 심신장애를 판단하는 근거로 활용하는 것은 부적절하다는 것이다.(임석순/유진, 앞의 논문, 235면; 조병구, 앞의 논문, 246면). 그러나 심신장애 판단은 단적으로 말하면 피고인의 정신 과정이 범죄행위에 미친 영향에 대한 평가이며, 범행 당시 피고인의 정신상태를 직접 관찰할 수 없다는 점에서 사후적 추정의 성격을 지닌다. 범행 후 반성 등 피고인의 태도를 심신장애를 배척하거나 인정하는 직접적 근거로 활용하는 것은 부적절하지만, 사후적 추정의 대상인 다양한 요소 중 하나로서 심신장애를 판단하는 간접적인 자료, 그만큼의 자리와 비중은 부적절하다고 할 수 없다. 중요한 것은 범행 이후의 반성과 방어 태도를 사물변별능력의 직접적인 논거로 사용해서는 안 된다는 것이다.

사 과정에서 피고인의 방어 태도를 심신장애 판단 시 고려한 것이라면, 반성의 태도를 고려하는 사례도 많으며 이 경우에도 법원은 반성을 위법성 인식을 판단하는 요소로 보는 듯하다.³⁵⁾ 피고인의 자기방어, 반성의 태도는 자신이 나쁜 행동을 해서 교도소에 가게 될 것을 인식하고 형사처분에 유리하게 작용하는 것을 고려하여 말하고 있으므로 위법성에 대한 인식이 있다고 해석될 수 있다.

물론 ‘나쁘다’라는 인식이 있고 이것이 외부로 표출된 범행 후의 태도는 위법성 인식능력을 판단하는 지표라고 할 수 있다. 그러나 ‘나쁘다’라는 인식만으로는 부족하고 ‘사회적 의미를 올바르게 이해하고 있는가’를 검토해야 한다.³⁶⁾ 사물에 대한 지각적 인식은 행위자의 고의를 인정하는 단서일 뿐, 사물변별능력은 이와 별개로 행위의 선과 악, 옳고 그름 등과 관련한 사회적 의미에 대한 판단 능력을 의미하기 때문이다.³⁷⁾ 예를 들어, 상습적으로 자동차를 절취하는 중증 지적장애를 가진 피고인이 공판정에서 반성의 태도를 보이고 피해자에게 사과의 편지를 쓰는 행동은 과거에 관련된 사건의 경험으로 적어도 자신이 나쁜 것을 해서 교도소에 가게 된다고 인식하고 있어서, 이러한 행동을 통해 자신의 형사처분에서 조금이라도 유리하게 작용하게 하려는 것으로 위법성을 인식하고 있다고 할 수 있을까? 아니면 반성 등의 행동은 지금까지의 복역 경험 등에서 잡히면 어떻게 하면 된다고 학습한 것에 지나지 않고, 자동차를 훔치는 것은 ‘나쁘다’라는 인식이 있었다고 해도 그 인식은 극히 표면적·형식적인 것으로 사회적으로 허용되지 않는 이유를 진정한 의미에서 이해했다고 할 수는 없지 않을까?³⁸⁾

따라서 구성요건해당 사실이든 행위의 위법성이든 그 자체로서는 인식할 수 있었다 하더라도 정신장애의 영향에 의해 그 사회적인 의미나 규범 질서에서의 의미를 정상적으로 이해하지 못하고 있다면, 위법성의 인식이 형태만 있었다는 이유로 정신장애가 인식 면에 미친 영향을 도외시하는 판단은 부적절하다고 할 수 있다.³⁹⁾ 이런 점에서 반성과 방어 태도로부터 즉시 위법성 인식능력을 연결

35) 피고인의 방어권 행사를 판단 대상으로 한 판례는 창원지법 2021.5.21. 선고 2020고단3408, 3678(병합), 2021고단347(병합) 판결; 수원지법 평택지원 2021.5.28. 선고 2021고합11 판결, 피고인의 반성 태도를 위법성 인식으로 판단한 사례는 서울서부지법 2021.4.29. 선고 2020고합273 판결 등이 있다.

36) 田川靖紘, 앞의 논문, 76면.

37) 김성돈, 앞의 책, 388면.

38) 最決平成27年3月3日 LEX/DB25506282.

39) 安田拓人, 앞의 논문, 268면.

하여 판단하는 태도는 재고할 여지가 있다.

(5) 피고인의 기억 능력

심신장애 판단과정에서 법원의 논증 태도의 특징은 사물변별능력·의사결정 능력이 심신장애 판단을 위한 근거로써 사용되기보다 관용구처럼 ‘사물변별능력이나 의사결정능력’을 병렬하여 하나의 기준으로 제시하면서 형식적인 언급에 그치고 있다는 것과, 피고인의 ‘기억 능력’을 심신장애 판단과정에서 종합적 고려의 대상으로 삼고 있다는 것이다. 해당 판례도 피고인의 심신장애를 판단하면서 가장 마지막에 “피고인은 검찰 수사 과정에서 구체적인 범행 경위와 수법, 범행도구 및 당시 의복, 신발을 버린 이유, 침입 경로 등을 대체로 뚜렷하게 기억하여 진술하였다”라고 하여 피고인의 기억 능력을 언급하고 있다. 물론 법원이 심신장애 판단 기준으로서 ‘범행 전후의 상황에 관한 기억의 유무 및 정도’⁴⁰⁾를 종합적 고려의 대상으로 제시하고 있고, 뚜렷한 기억 능력을 사물변별능력이나 의사결정능력과 관련하여 어떻게 판단했는지 확인할 수는 없다. 그렇지만 심신장애를 판단하는 과정에서 많은 판결은 피고인의 ‘기억’ 능력을 언급하고 있다.⁴¹⁾ 때로는 당시 상황에 대하여 기억한다는 사실만을 관시하면서 결론에 이르기도 한다.⁴²⁾

사물변별능력은 불법을 통찰할 수 있는 능력과 관련된 것으로 사실의 인식능력이나 기억 능력과 반드시 일치하는 것은 아니라는 것은 법원이 구축한 법리이다. 따라서 행위자가 자신의 범행을 자세하게 기억하고 있더라도 무조건 사물변별능력이 있다고 평가할 수는 없다. 또한 사후적 추정으로서 심신장애 판단은 여러 요소로부터 종합하여 판단할 수밖에 없고 그중 하나로 기억에 따른 구체적 진술도 포함된다고 할 수도 있지만, 오로지 기억 능력에만 의존하여 심신장애 여부를 판단하는 것은 사물변별능력과 기억 능력이 다를 수 있다는 전제에 반하는 것이라 할 수 있다. 나아가 기억 능력을 통해 사물변별능력을 증

40) 대법원 1994.5.13. 선고 94도581 판결.

41) 서울동부지법 2020.12.17. 선고 2020고합285 판결; 서울중앙지법 2021.3.4. 선고 2020고합726 판결; 의정부지법 2021.4.22. 선고 2020고합173 판결; 인천지법 2019.8.22. 선고 2019고합71 판결; 대구지법 상주지원 2020.4.9. 선고 2020고합4 판결 등.

42) 수원지법 평택지원 2021.5.28. 선고 2021고합11 판결; 제주지법 2021.4.22. 선고 2021고합11 판결; 부산지법 2019.9.6. 선고 2019고합231 판결; 대구지법 김천지원 2020.1.21. 선고 2019고합87, 104(병합) 판결; 대전지법 2020.6.4. 선고 2020고합142 판결 등.

정한다고 해도 여전히 의사결정능력은 판단해야 할 요건으로 남아 있고, 법원은 의사결정능력 유무를 판단했어야 한다.

2. 사물변별능력과 의사결정능력의 구별

위 판결에서 알 수 있듯이 사물변별능력과 의사결정능력은 항상 명확하게 구분할 수 있는 것은 아니다. 그렇다고 해서 법원이 형식적·관용적으로 두 개념을 함께 사용하는 것처럼 구분할 필요가 전혀 없는 것은 아니다. 의사결정능력에 대한 판단은 행위자가 행위의 불법을 인식하였거나 인식했을 수 있었던 경우에만 비로소 이루어지고, 사물변별능력 뿐 아니라 의사결정능력도 결여된 상태의 장애는 예외적인 경우라 할 수 있기 때문이다.⁴³⁾

실무에서 제한적이기는 하지만 비정상적 정신 상태인 충동조절장애로 인한 의사결정능력만의 저하가 심신장애 판단의 쟁점이 되는 경우가 있다. 서울북부지방법원 2020.7.3. 선고 2020고합82 판결에서 법원은 범죄사실을 언급하면서 피고인이 편집조현병, 알코올 의존증후군 등으로 인하여 ‘사물변별능력과 의사결정능력이 미약한 상태’에서 현존하는 건조물을 소훼하려 하였으나 미수에 그쳤다고 실시하고 있다. 그런데 심신미약 여부에 대한 구체적 판단과정에서 “범행 과정에서 한 일부 행동을 감안할 때 사물을 변별할 능력은 유지되었다고 볼 여지가 있으나, 범행 당시 자신의 행위를 통제할 수 없던 상태였다고 판단된다”라고 하여 본 사건의 경우 사물변별능력은 건재하나 의사결정능력의 미약으로 심신미약을 인정했다고 할 수 있다. 법원은 종래 정신질환 치료에 사용하던 치료제 복용을 중단하고 사건 당일 마신 술이 원인이 되어 의사결정능력이 저하되었다고 판단하였다.

또한 형벌근거책임이 아닌 양형책임에서 의사결정능력의 저하를 고려한 사례도 있다. 창원지방법원 마산지원 2021.5.28. 선고 2021고합9 판결은 사물변별능력은 건재하나 의사결정능력이 다소 저하된 상태를 양형에서 고려한 사례이다. 피고인이 피해자와 그 일행이 자신을 욕한 것 같아 화가 난다는 이유로 피해자를 세발팽이로 살해하려다 미수에 그친 사건이다. 범행 이후 피고인을 진찰한 의사가 양극성 정동장애로 진단을 내렸으며, 자신의 행동에 대해 ‘잘못된 것’이

43) BGH v. 2016.6.21.-5 StR 214/16(최민영, “정신장애 범죄인의 책임능력 판단과 정신감정”, 『의료법학』 제20권 제2호, 대한의료법학회, 2019, 91-92면에서 재인용).

라는 진술을 통해 피고인이 자신의 행동의 위법성을 인식하고 있었고, 최근까지 직장생활을 하는 등 사회적으로 생활하는데 지장을 받지 않았다는 점에서 법원은 범행이 피고인의 정신질환과 관련하여 발생한 것이라 단정하기 어렵다고 판단하였다. 평소 현실변별력을 갖추고 있고 일상생활을 영위했다는 점에서 충동조절장애로 인한 심신미약 주장을 배척하였다고 할 수 있다. 그러나 ‘의사결정능력이 다소 저하된 상태’를 유리한 정상으로 하여 양형에서 고려하였다.

형법 제10조 제1항은 사물변별능력 ‘또는’ 의사결정능력이 없으면 처벌하지 않는다고 규정하고 있다. 두 가지 요소 중 어느 하나만 존재하지 않더라도 행위자의 책임은 조각될 수 있다. 그리고 의사결정능력은 행위자가 현실적으로 위법성을 인식하였거나 위법성을 인식할 가능성이 있었던 경우에 비로소 문제가 될 수 있다.⁴⁴⁾ 사물변별능력이 없으면 의사결정능력도 존재할 수 없게 되며, 사물변별능력이 존재한다고 판단될 때 의사결정능력 유무에 대한 추가적인 판단이 요구된다. 특히 충동조절장애와 양형책임에서 구별실익이 실제 존재하므로 법원은 심신장애 유무의 규범적 판단과정에서 사물변별능력과 의사결정능력을 세분화하여 논증할 필요가 있다.⁴⁵⁾

3. 동일 또는 유사한 정신장애와 규범적 판단의 타당성

이외에도 법원의 심신장애 판단인 규범적 판단에서 눈여겨볼 부분은 동일 또는 유사한 질환이 있는 피고인의 유사한 사안에서 다른 결론에 이른 사건에서 법원의 규범적 판단의 타당성 및 적절성이다.

법원은 “정신적 장애가 정신분열증과 같은 고정적 정신질환의 경우에는 범행의 충동을 느끼고 범행에 이르게 된 과정에 있어서의 범인의 의식상태가 정상인과 같아 보이는 경우에도 범행의 충동을 억제하지 못한 것이 흔히 정신질환과 연관이 있을 수 있고, 이러한 경우에는 정신질환으로 말미암아 행위통제능력이 저하된 것이어서 심신미약이라고 볼 여지가 있다”⁴⁶⁾고 판시하여 고정적 정신질환이 있는 경우 다른 정신장애와 비교했을 때 의사결정능력의 측면에서 심신미약의 가능성을 넓게 인정하는 것으로 보인다.⁴⁷⁾ 물론 고정적인 정신질환

44) 김성돈, 앞의 책, 389면.

45) 같은 의견으로 최민영, 앞의 논문, 92면; 임석순/유진, 앞의 논문, 232-236면.

46) 대법원 1992.8.18. 선고 92도1425 판결; 대법원 2005.12.9. 선고 2005도7342 판결.

이 있다고 해서 심신장애를 당연히 추정할 수는 없고, 동일 진단이라고 해도 증상이 다양하고 범죄의 원인이 된 핵심 증상도 다르고 특정 시점에 따라 증상이나 그 증상이 행동에 미치는 영향이 달라질 수 있어서 동일한 진단이라고 해도 항상 같은 결론에 이를 수는 없다. 그렇다고 해서 항상 다른 결론이 타당하다고 할 수도 없다. 중요한 것은 규범적 판단의 결론이 다를 수 있다는 법관의 판단 존중이 법관의 독자적 권한, 자의적 판단으로 대체해서는 안 된다는 것이다.

이하 유사한 질환, 유사한 사안에서 서로 다른 결론에 이른 사안을 검토함으로써 심신장애 판단에 대한 구체적 판단 기준과 방법, 정치한 논증 과정 없이 법관의 독자적 권한에 지나치게 의존하는 규범적 판단의 문제점을 지적하고자 한다.

1) 심신장애를 인정한 사례

사례 a) 수원지방법원 2021.3.25. 선고 2020고합549 판결

피고인은 2012. 11.경부터 일본, 중국에서 생활하였고, 2019.5.경 한국으로 귀국할 때까지 누군가 자신을 감시하고 있다는 등의 생각을 하면서 생활하였다. 피고인은 2020.9.경 피해자가 자신을 감시하고 비웃는다고 생각하고 피해자에게 다가가 ‘왜 감시를 하나, 누가 시켰냐 개새끼야’라고 시비를 걸었고, 피해자로부터 ‘왜 그러세요’라는 말을 듣게 되자 화가 나 피해자를 살해하기로 마음먹고, 자신이 거주하는 고시원으로 가 과도가 들어 있는 가방을 메고 다시 피해자가 있는 매장으로 돌아왔다. 그 후 피고인은 피해자에게 ‘감시하지 말라’는 등의 말을 하면서 피해자에게 소리를 지르는 등 소란을 피웠고, 가방 안에 있던 과도를 꺼내어 피해자의 목 뒷부분 등 수회 찔러 사망하게 하였다. 법원은 피고인의 심신상실 주장을 배척하고 심신미약을 인정하여 징역 20년을 선고하였다.

법원은 심신미약 판단에 앞서 고정적 정신질환을 포함한 관련 법리를 설명하였다. 피고인에 대한 사건 전후 피해망상 등의 정신병적 증상을 보이는 점, 그로 인해 사물변별능력 혹은 의사결정능력을 상실하였거나 미약했을 가능성을 배제할 수 없다는 정신감정을 실시한 의사의 감정 의견, “일 년 반 동안 감시를 당해왔는데, 오늘 끝내버리고 싶어 피해자를 칼로 찔렀다”라는 피고인의 범

47) 조병구, 앞의 논문, 235면.

행 동기에 관한 진술, 수사기관에서 경찰관들이 자신을 감시한다는 생각이 든다고 진술한 점 등을 고려하였다.

사례 b) 부산지방법원 서부지원 2020.9.3. 선고 2020고단997 판결

피고인은 피해자가 운영하는 식당에서 피고인이 주문하지 않고 식당 내 무료 커피자판기를 사용하는 문제로 말다툼을 한 것에 화가 나 미리 준비한 위험한 물건인 유리 조각으로 피해자의 오른팔 하박 부분을 그어 피해자에게 약 6주간의 치료가 필요한 상해를 가하였다. 법원은 피고인에게 징역 8개월 집행유예 2년을 선고하였다.

피고인의 변호인은 피고인이 이 사건 범행 당시 조현병으로 인하여 심신상실 상태였다고 주장하였으나 법원은 심신미약을 인정하였다. 판단 근거로 피고인이 30년 전부터 행동 조절의 어려움, 환시 및 망상으로 의료기관에서 입원 및 약물치료를 받아온 사실, 이 사건 범행 후에도 조현병의 진단을 받고 병원에 입원하여 치료받아온 사실, 경찰조사에서 “이 사건 전 피해자 식당에서 말다툼을 하다가 피해자로부터 사과를 받기 위해 다음날 다시 찾아갔으나 피해자가 사과를 하지 않고 영업을 하지 않는다고 하여 112에 신고를 하고 돌아왔고, 이로 인하여 분이 안 풀려 잠을 자지 못하고 피해자에게 상처를 한 번 줘야겠다고 생각하여 찾아가 말다툼을 하던 중 하도 화가 나서 유리 조각으로 그었다. 그 유리 조각은 나에게 상처 주는 사람에게 사용하기 위해 전날 교회 뒤편 도로상에서 주워서 가지고 있었던 것”이라고 진술한 점, 피고인은 경찰조사에서 자신이 인정하는 이 사건 범행 일시와 장소 및 경위 등 당시 사정을 비교적 정확하게 기억하여 진술하고 피해자에게 사용하기 위해 범행도구 등을 미리 준비하여 계획하기까지 한 점 등 사건 범행의 전후 경위나 범행 수법, 범행의 구체적 내용 등을 종합하여 심신미약을 인정하였다.

2) 심신장애를 부정한 사례

사례 c) 청주지방법원 2021.4.9. 선고 2020고합255

피고인은 지적장애 3급, 정신지체 기타 조현병으로 입원 치료를 받고 있었고, 피해자는 상세 불명의 알츠하이머병에서의 치매 등으로 같은 병실에서 입원 치료를 받고 있었다. 피고인은 피해자가 자신을 무시한다고 생각하고 화가 나 피

해자를 살해하기로 마음먹고, 환자복 하의를 가지고 피해자의 목을 감아 힘껏 잡아당겨 그 결과 피해자는 경부 압박에 의한 질식으로 사망하였다. 법원은 피고인에게 징역 13년을 선고하였다.

법원은 피고인의 심신미약 주장을 배척하고 책임능력을 인정하였다. 판단 근거를 살펴보면, 법원은 피고인이 약 7년간 상세 불명의 조현병 등으로 다수 입원 치료를 받은 사실은 인정하였다. 그러나 피고인이 피해자의 목을 조르고 매듭을 지은 이후 피해자의 상태를 확인하였고 피해자가 사망하지 않자 다시 목을 졸라 살해했다는 점에서 피고인은 자신의 행동과 그 결과에 대한 명확한 인식과 의도를 가지고 범행에 나아간 것으로 판단하였다. 또한 수사 과정에 범행 경위와 방법 등에 대한 피고인의 일관된 진술, 기억력에 문제가 있어 보이지 않는다는 점, 청구전조사를 실시한 조사관이 “범행 당일 망상이나 환청으로 인해 현실 검증력이 저하되었다고 보기에는 다소 미흡한 점이 있다”는 취지를 수용하여 심신장애를 인정하지 않았다.

사례 d) 서울북부지방법원 2021.5.14. 선고 2020고합569

피고인은 다가구주택(일명 ‘쪽방’)에 거주하는 사람이고, 피해자는 같은 층의 다른 쪽방에 거주하는 사람이다. 피고인은 통로를 지나가던 피해자가 피고인에게 문을 닫고 밥을 먹으라고 하는 것에 화가나 말다툼을 하다가 주먹으로 때리고 타일을 집어 들어 내려친 다음, 방 안으로 들어가 개수대에 있던 부엌칼을 가지로 나와 쓰러져 있는 피해자의 신체를 약 20회 이상 찔러 사망하게 하였다. 법원은 피고인에게 징역 25년을 선고하였다.

피고인의 심신미약 주장에 대한 법원의 판단을 살펴보면, 피고인이 혼합형 불안 및 우울장애 진료를 받았던 사실, 다른 사건(특수협박)에서 이루어진 정신감정에서 피고인이 조현병 진단을 받았던 사실과 그 사건에서 심신미약이 인정된 사실은 인정하였다. 그러나 피해자가 특별한 이유 없이 시비를 걸어 피해자를 살해했다는 취지로 진술할 뿐 정신질환 등이 원인이 되어 피해자를 살해하였다는 취지의 진술은 하고 있지 않은 점, 범행 직후 스스로 112에 전화하여 범행 사실, 살해 동기 및 피고인 이름 등을 직접 신고한 점, 피고인이 자신의 행동과 그 결과에 대한 명확한 인식과 의도를 가지고 범행에 나아간 것, 비교적 일관되고 구체적으로 진술한 것으로 보아 피고인의 기억력에 별다른 문제가 있어 보이지 않고, 정신질환과 무관한 말다툼이 원인이 되어 살인 범행을 저지

른 것 등을 근거로 하여 심신장애를 부인하였다.

3) 판결의 공통점과 차이점

사례 a와 c는 피해자가 자신을 감시 또는 무시한다는 피고인의 생각에서 범행이 비롯되었고, 살해 인식과 의도를 가지고 범행에 나아갔다는 점에서 유사하다. 사례 a의 경우 범행의 계획성, 피고인은 이 사건 발생 이전까지 병원 치료 경력이 전혀 없고 가족들도 감시당한다는 말을 들어본 적이 없다고 진술하였으나, 공판 과정에서 실시한 정신감정의의 의견, 수사기관에서의 태도를 토대로 심신미약을 인정하였다. 반면 사례 c의 경우 다수의 입원 치료 경험과 현재 조현병 등으로 입원 치료 중임에도 불구하고 피고인의 기억력과 청구전 조사관의 의견을 수용하여 책임능력을 인정하였다. 사례 b와 d는 피고인이 피해자와의 말다툼과 그로 인한 화(분노)가 원인이 되어 범행에 이르렀고, 범행에 대한 정확한 인식과 의도, 범행에 대한 정확한 기억 등이 심신장애 판단 근거로 활용되었다. 다만, 사례 d의 경우 피고인이 자신의 범행이 정신질환과 무관하다고 진술하였고, 정신질환과 무관한 말다툼이 원인이 되어 범행을 저지른 점을 고려하여 심신장애를 인정할 수 없다고 한 반면, 사례 b도 피고인이 정신질환 때문에 범행에 이르렀다는 진술은 어디에도 없고 오히려 말다툼 끝에 화를 다스리지 못하고 사전에 범행도구 등을 미리 준비하고 계획하였음에도 심신미약이 인정되었다. 앞에서 서술했듯이 범죄의 계획성과 범행의 잔혹성 등은 객관적으로는 책임능력을 긍정하기 쉬운 요소이다. 범행의 잔혹성 측면에서 볼 때 사례 c와 d는 심신장애가 부정되었고, 사례 a는 심신미약이 인정되었다. 또한 범행의 계획성 측면에서 사례 a와 사례 b는 심신미약이 인정되었으나, 우발적 범행인 사례 d는 심신장애가 부정되었다. 물론 종합적 고려의 대상 하나하나를 분리해서 판례 상호 간 비교하는 데 한계는 있다.

위 4개 판례는 피고인들이 생물학적 요소로서 조현병이라는 정신장애를 가지고 있고, 심신장애 판단에서 동일한 판단 기준과 방법을 따르고 있다는 점에서 특수성을 엿볼 수는 없다. 달리 말하면, 판단 기준과 판단 방법이 달랐기 때문에 결론이 다른 것은 아니다. 하나 이상의 정신장애를 가졌거나, 동일한 진단명이라고 해도 증상이 다양하므로 특정 시점에 증상 등이 각각 범행에 미친 영향과 방법을 찾는 것이 심신장애 판단의 기본원리이다. 이 과정이 법관의 규범적

판단이 고도식적 절차에 따라 결론에 이르는 것이 아니기 때문에 결론에 차이가 있을 수 있지만, 동일한 판단 기준과 방법 아래에서 진행된 규범적 판단으로 판결의 신뢰성을 확보하기 위해서는 규범적 판단 ‘과정’의 합리성이 담보되어야 할 것이다.

4. 형벌근거책임과 양형책임

법원이 책임능력이 인정된 행위자의 정신장애를 양형에 반영하는 태도는 다음 두 가지 형태로 정리할 수 있다.⁴⁸⁾ 첫째, “심신미약 수준에는 이르지 아니하였더라도 다소 저하된 상태에 있었던 것으로 보이는 점”,⁴⁹⁾ “정신병력이 이 사건 범행에 일부 영향을 미친 것으로 보이는 점”,⁵⁰⁾ 등으로 실시하여 정신장애와 범행의 관련성을 유리한 정상으로 판단하고 있다. 둘째, 정신장애를 단순 건강 상태로서 양형에 반영하는 태도이다. 예컨대, “조현병 등의 정신질환을 앓고 있어 누군가의 보살핌이 필요한 것으로 보이는 점”,⁵¹⁾ “편집성 조현병 등의 진단을 받아 치료 중인 점”⁵²⁾ 등이 그러하다.

규범적 판단영역에서의 심신장애는 아니지만 사물변별능력 또는 의사결정능

48) 물론 심신미약이 인정된 사건에서도 처단형에서 선고형에 이르는 양형 과정에서 피고인의 정신장애를 유리한 정상으로 취급하고 있다. 정신장애와 범행 관련성(수원지법 2021.3.25. 선고 2020고합549 판결, 부산지법 서부지원 2020.9.3. 선고 2020고단997 판결, 서울동부지법 2020.3.13. 선고 2019고합274 판결 등), 건강 상태로서 정신장애(예를 들어 “피고인은 선천적으로 정신지체장애를 안고 태어난 사람으로 가족이나 시설의 보호 없이는 일상생활과 사회생활의 적응이 현저하게 곤란한 수준의 지적상태를 가지고 있는 점”(창원지법 2020.6.11. 선고 2020고합12 판결))의 형식으로 양형에 고려하고 있다. 다만, 심신미약의 경우 처단형에 이르는 과정에서 법률상 감경으로, 양형기준에서 심신미약(본인 책임 없음)으로 권고 형량범위에 반영되었으므로, 이 글에서는 심신미약에 이르지 않았지만 정신장애가 범행에 미친 사안에서 양형에 어떻게 고려하고 있는지만을 검토 대상으로 한다. 이 글에서 언급했듯이 범행 관련성을 판단하기 위해서는 여전히 심신장애 판단은 유효하게 의미 있기 때문이다.

49) 창원지법 마산지원 2021.5.28. 선고 2021고합9 판결 등.

50) 수원지법 2021.5.26. 선고 2021고합60 판결; 서울중앙지법 2021.3.4. 선고 2020고합726 판결; 청주지법 2021.4.9. 선고 2020고합255 판결; 창원지법 밀양지원 2019.11.15. 선고 2019고합13 판결 등.

51) 서울남부지법 2021.5.13. 선고 2021고단1155 판결. 그 외 제주지법 2021.6.15. 선고 2021고단390 판결; 대구지법 김천지원 2020.12.23. 선고 2020고단1005 판결; 부산지법 2021.3.8. 선고 2020고단4473 판결 등.

52) 수원지법 2021.5.20. 선고 2021고단1024 판결. 이 밖에 현재 치료받고 있는 것(또는 치료의 지)을 유리한 정상에 고려한 경우 부산지법 2021.3.8. 선고 2020고단4473 판결; 대구지법 김천지원 2019.7.9. 선고 2019고합33 판결 등.

력이 저하된 경우 또는 형법 제10조 제2항에 따라 법관의 재량적 판단으로 심신미약 규정을 적용하지 않고 양형에서만 고려하는 경우 정신장애의 범행 관련성을 부인할 수 없는 사례들이 있다. 이때 그러한 정신장애를 어떻게 양형에서 고려할지가 문제가 된다. 이하 정신장애와 범행의 양형 관련성을 세분화하여 살펴보자.

첫째, 심신상실 내지 심신미약 상태를 야기하는 정신장애는 아니라고 해도 그것이 사물변별능력·의사결정능력에 어느 정도 영향을 미쳤다면, 양형 과정에서 이러한 정신장애를 책임능력 감소사유로 인정할 수 있을 것이다. 판례에서 “심신미약상태에 이르지 아니하였더라도 다소 저하된 상태에서”, “분열정동성장애의 정신질환으로 인하여 의사결정능력이 제한된 상태에서 이 사건 범행에 이르게 된 것으로 보이는 점”⁵³⁾ 등의 표현이 쓰이고 있는데, 정신장애로 인한 사물변별능력·의사결정능력의 다소 저하를 책임능력 감소로 판단했다고 할 수 있다. 즉 정신장애가 있는(또는 의심되는) 행위자에 대한 책임능력의 존(存) 내지 부(否) 사이에 책임능력의 양적 차이가 있음을 부정할 수 없고, 심신미약이 아니더라도 행위자가 범행 당시 책임능력의 정도가 미약하였다고 할 수 있는 만큼 그에 대한 책임을 감경하는 유리한 양형 조건이 될 수 있다.

둘째, 양형책임의 관점에서 정신장애와 이에 영향을 받은 범행 동기 및 행위태양과의 상호 갈등과 영향력에 대한 입체적인 가치평가가 필요하다. 예를 들어 잔혹한 범행 수법 또는 범행 태양의 잔혹함은 형을 가중하는 방향으로 고려할 수 있는 양형인자이다. 그러나 범행을 통하여 표출된 성향이 행위자의 정신적 결함에 기초할 경우 범행을 통하여 표출된 잔혹성 등과 같은 성향을 행위자에게 전가할 수 없음을 배제할 수 없다. 그러나 법원은 양형 과정에서 범행의 잔혹성 및 계획적 범행을 불리한 정상으로, 피고인의 장애가 이 사건 범행에 어느 정도 영향을 미친 것을 유리한 정상으로 으레 평가하고 있다. 그런데 정신장애가 범행에 미친 영향이 범행의 잔혹성이라면 이것을 양형에서 불리한 정상으로 평가할 수 있을까?

최종 선고형을 결정하는 양형 이유에서 심신미약에 이르지 않은 정신장애가 범행에 영향을 미쳤음을 유리한 정상으로 평가하는 판결문은 적지 않다. 그러나 대상 판결 중 그 영향에 대해 구체적으로 언급한 판결문은 단 한 건도 없

53) 수원지법 2021.6.25. 선고 2021고합145 판결.

다. 정신장애와 범행의 양형 관련성에 대해 지금까지와 같이 형식적인 언급에 그쳐서는 안 되고, 사물변별능력·의사결정능력의 저하 또는 정신장애와 다른 양형요소와의 갈등과 상호 영향력을 평가하여 양형의 합리성을 갖추어야 한다. 이러한 결론에 다다르기 위해서도 심신장애 판단은 중요한 의미가 있다고 할 수 있다.

IV. 결론: 심신장애 판단에서 법관의 규범적 판단의 타당성 제고를 위한 제언

심신장애 판단은 단순히 정신장애인이 저지른 범죄를 다루는 것이 아니라 정신장애를 범죄의 원인으로 볼 수 있는냐는 질문에 답을 찾아가는 과정이다.⁵⁴⁾ 심신장애 판단은 형법 제10조의 범문 내용, 실무적으로 형성된 범행의 동기 등 다양한 요소에 대한 종합적 판단이 그 기준이라고 할 수 있다. 그러나 이러한 요건과 기준만으로 정신장애가 행위자의 내면에서 어떤 작용을 통해 문제가 된 행위가 결정되고 표출되었는가를 법관이 확인하기란 쉽지 않다. 그럼에도 불구하고 구체적인 판단 기준과 방법 없이 법관의 독자적·규범적 판단에 의존하거나, 심신장애 여부에 대한 결론에 이르기까지 판단 근거가 판결문에 명확히 제시되지 않아 법관의 독자적·규범적 판단이 자의적이라는 비판에서 자유로울 수 없다. 심신장애 판단은 생물학적 요소로서 정신장애의 진단명이 아니라 정신장애가 사물변별능력·의사결정능력에 미친 영향을 파악하는 것이다. 더 나아가 심신장애 판단은 형벌 부과와 관련된 범죄 성립 여부 및 책임감경은 물론 양형과 보안처분의 부과와도 밀접하게 관련되어 있다. 따라서 최종적으로 책임 능력 유무를 판단하기까지 모든 과정에서 발생할 수 있는 오류를 최소화하기 위해 법관의 규범적 판단을 체계화할 필요가 있다. 이 글은 형법 10조에서 규정한 심신장애가 성립하기 위한 요건, 법원이 제시한 종합적 판단 요소, 심신장애 판단의 핵심이 정신장애가 의사결정과정에 미친 영향의 메커니즘을 파악하는 것임을 염두에 두고 판결문을 검토하였다. 법관의 규범적 판단의 체계화를 통한 심신장애 판단의 타당성 제고를 위한 제언을 하면 다음과 같다.

54) 유진, 앞의 논문, 237면.

첫째, 법원은 책임능력 존부 및 정도를 판단할 때 형법 제10조의 범문에 따라 심신장애 판단에 관한 논증을 구체적으로 명시할 필요가 있다. 정신장애가 범행에 미친 영향에 대한 판단은 법관 고유의 종국적 결정에 있어 중요한 판단 근거로 작용하고, 정신의학과 법학의 긴밀한 연계를 위해서, 양형의 합리화를 담보하기 위해서도 심신장애 판단과정을 판결문에 상세히 기술할 필요가 있다.⁵⁵⁾ 이때 법원이 제시한 다양한 요소들로부터 어떻게 사물변별능력·의사결정능력의 개념을 판단할 수 있었는지, 정신장애의 다양한 증상 등이 범행에 미친 영향의 메커니즘을 파악해야 할 것이다. 심신장애 판단의 핵심이 무엇인지 이해하고 이를 구체적으로 논증하는 과정에서 법관의 규범적 판단은 자의적이라는 혐의에서 벗어나 타당성을 가지게 될 것이다.

둘째, 이러한 논증 과정이 설득력을 가지기 위해서는 심신장애 판단과정에 대한 정신의학과 법학의 협업에 따른 역할 분담을 어떻게 체계화할 것인가는 매우 중요한 문제라 할 수 있다. 규범적 판단을 하는 법관은 정신의학 분야의 전문가가 아니기 때문에 정신장애가 실제 사물변별능력·의사결정능력에 어떻게 얼마나 영향을 미쳤는지 과학적으로 이해하기 어렵다. 심신장애 판단은 각 정신장애에서 발현되는 증상이 범행에 미친 영향을 파악하는 것이 쟁점이다. 그렇기 때문에 법학과 정신의학 영역에서 서로 비전문가인 법관과 정신의학 전문의의 협업이 중요하면서도 그 역할 분담의 체계화도 필요한 것이다. 즉 감정

55) 일본의 경우 책임능력의 판단에 대해 법원은 정신장애 등의 ‘병적 경향이 범행을 직접 지배하는 관계에 있었거나 영향을 미칠 정도의 관계였는지 등 병적 체험과 범행과의 관계, 피고인의 본래의 성격 경향과 범행과의 관련성의 정도 등을 고려’하도록 하고 있다 (最決平21·12·8, 刑集 63卷 11号, 2829.). 이것은 재판실무에서 이른바 종합적 판단 방법을 확인한 뒤 고려되는 여러 사정과 책임능력의 결론을 연결하는 중간적인 판단 요소로 범행과 정신장애의 관계(직접 지배인가, 영향을 미친 정도인가) 및 본래의 인격 형성과의 관련성을 규명해야 하는 것으로 이해된다(任介辰哉, (判解) 最高裁判所判例解説刑事篇(平成21年度), 法曹會(2013), 666, 669). 독일도 범행 시 존재하였던 것으로 확인된 정신장애가 구체적인 행위 상황에서 어떤 방식으로 피의자 혹은 피고인의 행위에 영향을 미쳤는지, 그리고 그의 사물변별능력 혹은 의사결정능력에 영향을 미쳤는지에 대해 구체적이고 반론의 여지없는 법관의 논증을 필요로 한다. ‘오히려 필요한 것은 병이 행위 시에 급성기였던 것의 확정과, 확정된 정신장애가 행위 시 구체적 상황에서 피고인의 타행위가능성에 영향을 주고, 그것에 의해 피고인의 인식능력 또는 행동통제능력이 영향을 받은 것에 대한 구체적 설명이다’라고 판시하고 있다(Pfister, Die Beurteilung der Schuldfähigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, NSTZ-RR 2017, S. 162; BGH v. 2016.12.21.-1 StR 594/16; BGH v. 2017.3.30.-4 StR 463/16; BGH, Beschl. v. 20. 4. 2016 - 1 StR 62/16 = NSTZ-RR 2016, 239; BGH, Beschl. v. 2. 10. 2007 - 3 StR 412/07 = NSTZ-RR 2008, 39 ; BGH, Beschl. v. 29. 5. 2012 - 2 StR 139/12 = NSTZ-RR 2012, 306, 307).

인이 어디까지 의견을 개진할 것인가 하는 선 곳기의 문제이다. 예를 들어 일 본에서 법률가와 감정인의 역할을 명확하게 구분하기 위해 정신감정에서 책임 능력 판단에 이르기까지 과정을 8단계로 나누고 정신감정할 때 주의해야 할 7 가지 착안점이 제시되었고, 재판에서 긍정적으로 활용되고 있다.⁵⁶⁾ 8단계 중 정신감정의의 마지막 역할인 4단계에서 정신장애의 증상이 범행에 미친 영향과 그 메커니즘을 법관에게 제공한다. 이때 동기의 양해 가능성, 범행의 계획성, 행위의 의미·성질 및 위법성 인식, 정신장애로 인한 면책가능성 인식, 평소의 인격에 대한 범행의 이질성, 범행의 일관성, 범행 후의 자기방어 행동 등 7가지 사안을 참고하도록 하고 있다. 정신감정을 함에 있어 진단명보다는 범행의 동기가 되는 정신 증상에 대한 자세한 기술이 법원의 규범적 판단을 함에 도움을 줄 수 있을 것이라는 의견⁵⁷⁾도 같은 취지에서 이해할 수 있을 것이다. 따라서 법관과 정신의학 전문의의 역할 분담에 대한 상호 소통과 역할의 체계화·구조화를 통해 법관의 규범적 판단의 신뢰성을 확보할 필요가 있다.

셋째, 역할 분담을 체계화한 후에도 여전히 규범적 판단은 법관의 영역임을 부인할 수 없고, 규범적 판단은 정신의학 전문의의 의견을 토대로 할 수밖에 없다. 그러나 법관의 자의적 판단을 방지하고 정신의학 전문의가 시행한 감정 결과를 존중하기 위해, 법관의 비전문영역인 정신장애 증상의 범행 영향력에 대하여 감정인의 의견을 배척하거나 수용하는 경우 그 이유 및 근거를 원칙적으로 판결에서 언급해야 한다. 이는 감정 결과를 이해하고 감정에 모순이 없는 지 판단하기 위해서도 필요하고,⁵⁸⁾ 심신장애 판단 전 과정에 대한 신뢰성과 타당성을 제고하기 위해서도 그러하다.

심신장애인에 대한 실무에서의 판단은 다양하며, 한정된 사례를 바탕으로 한 이 글의 고찰은 그 일면을 잘라낸 것에 불과하다. 또한 심신장애와 책임능력 유무 판단에 관한 선행연구도 적지 않다. 그런데도 심신장애 판단에 대한 종래 관행이 답습될 것으로 예상할 수 있고, 이 글이 초점을 맞춘 연구내용은 종래

56) 五十嵐禎人/岡田幸之(編集), 刑事精神鑑定ハンドブック, 中山書店, 2019, 42-46頁, 128-141頁; 岡田幸之, “責任能力判断の構造と着眼点-8ステップと7つの着眼点-”, 精神経誌 115卷10号, 2013, 1064-1070頁.

57) 문소영 외 3인, 앞의 논문, 364면.

58) BGH, Beschl. v. 17. 6. 2014 - 4 StR 171/14=NSStZ-RR 2014, 305, 306; BGH, Beschl. v. 2. 10. 2007 - 3 StR 412/07 = NSStZ-RR 2008, 39.

연구에서 다소 미흡하였으므로 충분히 검토될 가치가 있다고 생각한다. 결론에서 제안한 내용 중 법률과 정신의학의 협업 체계화·구조화에 대한 구체적 내용은 향후 연구과제로 진행할 예정이다.

투고일 : 2022.11.21. / 심사완료일 : 2022.12.12. / 게재확정일 : 2022.12.16.

[참고문헌]

- 김성돈, 「형법총론」, 성균관대학교 출판부, 2021.
- 배종대, 「형법총론」, 홍문사, 2020.
- 김 혁, “정신장애 의심자의 책임능력 및 형사제재의 판단구조에 관한 소고”, 「형사정책」 제29권 제1호, 한국형사정책학회, 2017.
- 문소영/박소연/조진석/유도원, “일 정신병원의 형사정신감정을 통해 본 책임능력 판단의 실제”, 「JKNA」60(4), 대한신경정신의학회, 2021.
- 신관우, “심신장애인 판단에 대한 검토-2018년 형사판결의 분석을 중심으로-”, 「한국공안행정학회보」 제74호, 한국공안행정학회, 2019.
- _____, “정신장애 범죄자와 정신감정-정신감정관련 판례 분석을 중심으로-”, 「자치경찰연구」 제4권 제1호, 한국자치경찰학회, 2011.
- 유 진, “법정에 선 정신장애: 형사책임능력에 대한 의료지식과 법적 결정”, 「형사정책연구」 제29권 제3호, 한국형사법무정책연구원, 2018.
- 이영록, “심신장애 판단과 책임의 의미:충돌조절장애자의 책임능력 문제를 중심으로”, 「법과사회」 제50호, 법과사회이론학회, 2015.
- 임석순/유진, “심신장애인의 책임능력 판단 기준과 논증”, 「법학연구」 제26권 제4호, 경상국립대학교 법학연구소, 2018.
- 정세중/신관우, “법원의 심신장애인 판단경향과 시사점-판결문 분석을 중심으로-”, 「한국범죄심리연구」 제13권 제4호, 한국범죄심리학회, 2017.
- 정숙희, “법률상 책임능력이 인정된 정신장애의 양형판단에 관한 소고”, 「형사법의 신동향」 통권 제72호(2021.가을), 대검찰청, 2021.
- 정용기, “정신장애자의 형사책임능력 판단과 정신감정”, 「시큐리티 연구」 제43호, 한국경호경비학회, 2015.
- 조병구, “형사책임능력 부존재에 관한 심리에서의 제 문제”, 「형사소송 이론과 실무」 제2권 제1호, 한국형사소송법학회, 2010.
- 최민영, “정신장애 범죄인의 책임능력 판단과 정신감정”, 「의료법학」 제20권 제2호, 대한의료법학회, 2019.
- 최이문/이혜랑, “정신장애 범죄자에 대한 법원의 책임능력 판단에 대한 연구 (2014-2016)”, 「한국심리학회지:법」 제9권 제1호, 한국법심리학회, 2018.
- 홍태석/권양섭, “일본에 있어 발달장애인의 형사책임능력과 양형판단”, 「의생명과학과 법」 제24권, 원광대학교 법학연구소, 2020.

- 中谷陽二, “精神障害者の刑事責任能力-最近の事例にみる裁判の傾向-”, 精神神経學雜誌 第122卷 第2号, 2020.
- 三好幹夫, “責任能力判斷の在り方について”, 刑法雜誌51卷2号, 2012.
- 安田拓人, “責任能力の具体的判斷枠組みの理論的検討”, 刑法雜誌51卷2号, 2012.
- 田川靖紘, “知的障害者の「責任能力」に関する一考察-最決平成27年3月3日LEX/DB25506282を契機として”, 早稻田大學社會安全政策研究所紀要 第8号, 2015.
- 任介辰哉, (判解) 最高裁判所判例解説刑事篇(平成21年度), 法曹會, 2013.
- 五十嵐禎人/岡田幸之(編集), 刑事精神鑑定ハンドブック, 中山書店, 2019.
- 岡田幸之, “責任能力判斷の構造と着眼点-8ステップと7つの着眼点-”, 精神誌 115卷10号, 2013.

[국문초록]

정신장애 범죄자의 심신장애 판단에 대한 법원의 논증 태도 분석

정 숙 희*

심신장애인 판단은 정신장애를 가진 행위자의 범죄를 다루는 것이 아니라 정신장애가 그 범죄의 원인인지를 찾아가는 과정이다. 심신장애인 성립요건인 형법 제10조의 법문 내용과 실무적으로 형성된 범행의 동기 등 다양한 제반 요소를 종합적으로 고려하여 정신장애가 사물변별능력·의사결정능력에 미친 영향의 존부 및 정도를 판단하는 것이다. 한편, 법적 개념인 심신장애 판단은 정신의학과 심리학적 지식이 모두 반영되어야 하는 영역으로 법원이 제반 요소를 종합하여 독자적으로 평가하는 법적 영역임을 부인할 수는 없다. 그러나 정신장애가 행위자의 내면에서 어떤 작용을 통해 문제가 된 행위가 결정되고 표출되었는가를 법관이 확인하기란 쉽지 않다. 그럼에도 불구하고 심신장애 판단에 대한 구체적 판단 기준과 방법, 정치한 논증과정 없이 법관의 독자적 권한에 지나치게 의존하는 ‘규범적 판단’은 법관의 자의적 판단이라는 혐의에서 자유로울 수 없다. 심신장애 판단은 정신장애의 진단명이 아니라 정신 증상 등이 범행에 미친 영향의 메커니즘을 파악하는 것이 핵심이라고 할 수 있다. 더 나아가 심신장애 판단은 형벌 부과와 관련된 범죄 성립 여부 및 책임감경은 물론 양형과 보안처분의 부과와도 밀접하게 관련되어 있다. 따라서 최종적으로 책임능력 유무를 판단할 때까지 전체 과정에서 발생할 수 있는 오류를 최소화하기 위해 법관의 규범적 판단을 체계화할 필요가 있다.

첫째, 정신장애가 범행에 미친 영향에 관한 판단은 법관 고유의 최종적인 결정에서 중요한 판단 근거로 작용하고, 양형의 합리화를 담보하기 위해서도 심신장애 판단과정을 판결문에 구체적으로 명시할 필요가 있다. 실제 판결문을 살펴보면, 심신장애 판단에 대한 법원의 논증 과정은 대체로 매우 간결하고, 사물변별능력·의사결정능력을 구분하지 않고 형식적·관용적으로 함께 사용하는

* 강원대 비교법학연구소 연구위원, 법학박사.

등의 문제점들이 발견되고 있다. 물론 두 개념을 명확히 구분하는 것이 어려울 수 있고 법원이 제시하는 제반 요소가 두 개념의 정의와 딱 일치한다고는 할 수 없지만, 개념으로서 구별이 있는 이상 어느 개념에 대응하는가는 밝혀야 한다. 이때 어느 요소로부터 어느 개념을 판단했는가 하는 문제보다 그 요소로부터 어떻게 그 개념을 판단할 수 있었는지를 파악해야 할 것이다.

둘째, 논증 과정이 설득력을 가지기 위한 정신의학과 법학의 협업에 따른 역할 분담의 체계화이다. 심신장애 판단은 각 정신장애에서 발생하는 증상이 범행에 미친 영향을 파악하는 것이 쟁점이다. 그렇기 때문에 법학과 정신의학 영역에서 서로 비전문가인 법관과 정신의학 전문의의 협업이 중요하면서도 그 역할 분담의 체계화도 필요한 것이다. 즉 감정인이 어디까지 의견을 개진할 것인가 하는 ‘선 긋기’의 문제이다. 법관과 정신의학 전문의의 역할 분담에 대한 상호 소통과 역할의 체계화·구조화를 통해 법관의 규범적 판단의 신뢰성을 확보할 필요가 있다.

셋째, 이러한 선 긋기 후에도 여전히 규범적 판단은 법관의 영역임을 부인할 수 없다. 법관의 자의적 판단을 방지하고 정신의학 전문의가 시행한 감정 결과를 존중하기 위해 감정인의 의견을 배척하거나 수용하는 경우 그 이유 및 근거를 원칙적으로 판결에 언급해야 한다. 이는 감정 결과를 이해하고 감정에 모순이 없는지 판단하기 위해서도 필요하고, 심신장애 판단 전 과정에 대한 신뢰성과 타당성을 제고하기 위해서도 그러하다.

주제어 : 심신장애, 정신장애, 형법 제10조, 사물변별능력, 의사결정능력, 형벌근거책임, 양형책임, 규범적 판단, 정신감정

[Abstract]

An Analysis of the Court's Argument Attitudes
on the Judgment of legal insanity of Mentally Disordered Offender*

Jeong, Sukhee**

Judgment of the legally insane offender is not a process of dealing with the crime of an actor with mental disability, but a process of finding whether mental disability is the cause of the crime. The judgment of legal insanity is to determine the existence and extent of the effect of mental disability on the ability to make discriminations and the ability to control one's will by comprehensively considering various factors such as the motive of the crime and the contents of the text of Article 10 of the Criminal Act which are the requirements for the establishment of a legal insanity. On the other hand, it cannot be denied that the judgment of legal insanity, which is a legal concept, is an area in which both psychiatric and psychological knowledge must be reflected, and it is a legal area that the court independently evaluates by synthesizing all factors. However, it is not easy for the judge to ascertain how the mental disorder is determined and expressed as the problematic behavior through the inner workings of the actor. Nevertheless, 'normative judgment', which relies too much on the independent authority of judges without specific criteria and methods and concrete process of argument for judging legal insanity, cannot be freed from the charge of arbitrary judgment of judges. It can be said that the key to judging legal insanity is not the diagnosis name of mental disorders, but to understand the mechanism of the effects of mental symptoms on the crime. Furthermore, the judgment of legal insanity is closely related to the establishment of crimes related to the imposition of punishment and

* This work was supported by the Ministry of Education of the Republic of Korea and the National Research Foundation of Korea (NRF-2020S1A5B5A16083192).

** Senior Research Fellow, The Institute of Legal Studies of Kangwon National University.

the reduction in responsibility, as well as the imposition of sentencing and security measures. Therefore, it is necessary to systematize the normative judgment of judges in order to minimize errors that may occur in the entire process until finally determining the presence or absence of responsibility.

First, the judgment on the effect of mental disorders on the crime acts as an important basis for judgment in the judge's own final decision, and it is necessary to specifically specify the process of judging legal insanity in the judgment to ensure the rationalization of sentencing.

Second, it is a systematization of role division according to the collaboration between psychiatry and law in order to make the argumentation process persuasive. In other words, it is a matter of 'drawing the line' to how far the psychiatric appraiser can express his or her opinion. It is necessary to secure the reliability of judges' normative judgments through mutual communication on the division of roles between judges and psychiatrists and through systematization and structure of roles.

Third, in the case of rejecting or accepting the opinion of an expert, the reason and basis should be mentioned in the judgment in principle, in order to prevent the judge's arbitrary judgment and to respect the results of the analysis performed by the psychiatrist. This is necessary to understand the results of the psychiatric evaluation and to determine whether there is any contradiction in the psychiatric evaluation, and to enhance the reliability and validity of the entire process of judging legal insanity.

Key words : Legal insanity, Mental Disorder, Criminal Act Article 10,
Ability to make discriminations, Ability to control one's will,
Criminal responsibility, Sentencing responsibility, Normative judgment,
Psychiatric evaluation