



정신질환자의 범죄에서 책임능력 및 양형에의 영향 분석

김윤신¹ · 유진²

¹조선대학교 의과대학 법의학교실

²조선대학교 일반대학원
상담심리학과 임상분과

Analysis of Criminal Responsibility in Perpetrators with Mental Disorder

Youn Shin Kim¹, Jin Yu²

¹Department of Forensic Medicine, Chosun University School of Medicine, Gwangju, Korea,

²Department of Counseling Psychology, Chosun University Graduate School, Gwangju, Korea

Crimes committed by the mentally ill may give rise to critical conflicts on whether the criminals should receive punishment or treatment. Therefore, our criminal code has a legal provision for mental handicap and criminal responsibility, which can reduce or exempt the criminal penalty. This process requires a psychiatric evaluation of the defendants as well as normative decisions by judges. The psychiatric evaluation and diagnosis precede the court judgement, and are used by the court to judge the mental handicap of the defendant at the time of the crime. However, judgments on the criminal responsibility of a defendant with mental disorder are very complex and challenging because of time gaps and difficulties faced in the evaluation of human mental ability. We analyzed court rulings in 19 cases where the defendants claimed to be mentally handicapped. The analysis results showed that the mental handicap was recognized in nine cases, rejected in four cases, and not mentioned by the court in six cases. Further, psychiatric evaluation was not performed in three cases. Apart from the result of the evaluation, the judges seem to consider other factors for sentencing, like recidivism risk, premeditation of crimes, and their brutality. These results suggest that the rationale and procedure of court rulings involving mentally handicapped persons may be debatable. We argue that psychiatric evaluations should be made indispensable in judicial procedures for cases involving mentally handicapped persons, and judges should clearly indicate their decision on mental handicap or criminal responsibility in the sentencing.

Key Words: Criminal responsibility; Mental handicap; Mental disorder; Recidivism; Premeditation

Received: February 15, 2022
Revised: April 4, 2022
Accepted: April 19, 2022

Correspondence to

Youn Shin Kim

Department of Forensic Medicine,
Chosun University School of
Medicine, 309 Pilmundaero, Dong-
gu, Gwangju 61452, Korea
Tel: +82-62-230-6998
Fax: +82-62-234-4584
E-mail: ysk007fm@hotmail.com

서 론

인권과 자유, 개성과 다양성이 강조되는 현대에 들어오면서,

사회와 개인의 가치 기준에 따라 정신질환에 대한 관점과 접근은 간단치 않은 혼란을 겪고 있다. 정신질환자의 범죄는 상당한 사회적 갈등의 요소가 되어왔고, 그것이 범죄에 대한 처

별과 관련되어서는 더욱 복잡한 문제를 야기하게 된다. 과거에는 정신질환에 대한 접근이 시설 수용을 통한 격리와 치료가 주된 수단이었다면, 근래에 들어서는 탈시설화를 통한 사회와의 상호작용 유지가 중심이 되고 있다[1]. 그러나 탈시설화는 범죄와 관련하여 사회적 우려를 동반하기 때문에 정신질환자의 범죄에서 그에 대한 처우 또는 처벌의 문제는 적지 않은 갈등과 고민을 낳게 된다. 범법 정신질환자에 대한 사법작용에서 보호와 처벌 중 어느 것이 우선해야 하는지를 결정하기가 쉽지 않고, 그리하여 범법 정신질환자의 인권보호와 처벌을 통한 사회안전의 확보라는 두 가치가 충돌하지 않을 수 없게 된다. 현행 형법상(형법 제10조), 범법 정신질환자를 보호하는 규정이 있으나, 이것이 원래의 목적을 벗어나 남용되거나 악용되는 사례가 있어 한편으로는 정신질환자의 법적 권리가 침해될 여지가 있고, 다른 한편으로는 사회안전에의 위협 요소를 방치하는 결과를 초래함으로써 범죄와 무관한 모든 정신질환자에 대한 편견을 불러올 수 있다. 법 규정의 남용 또는 악용은 일반 대중의 법감정의 손상을 불러와 이것이 편견과 갈등의 지속으로 이어지면서, 결국 사회적 약자로서의 정신질환자의 인권 보호를 위한 심신장애 관련 조항의 존재가치 또는 필요성마저 부정하는 극단적인 요구로 연결될 수도 있다.

정신질환자와 같이 자신의 행위에 대해 온전한 책임을 지기 어려운 개인을 보호하기 위한 법규정을 두고 있는데, 이 능력을 민법에서는 ‘행위능력’이라 하고, 형법에서는 ‘책임능력’이라고 한다. 민법에서의 ‘행위능력’이란 단독으로 완전·유효한 법률행위를 할 수 있는 지위 또는 자격을 말하고[2], 형법에서의 ‘책임능력’이란 법규범에 따라 행위할 수 있는 능력 또는 행위의 불법을 고찰하거나 이에 따라 행위를 조정할 수 있는 능력을 말한다[3]. 여기에 결함이 있는 개인을 ‘책임 무능력자’라 하고, 이를 확인하기 위해서는 사물변별능력과 의사결정능력의 미약 또는 결여 여부를 따져야 한다.

사물변별능력이란 행위자가 자신이 의도하는 행위가 옳은 것인가 그른 것인가를 판단할 수 있는 능력이라고 정의되는데[4], 대법원(1990. 8. 14. 선고 90도1328 판결)은 “사물의 선악과 시비를 합리적으로 판단하여 구별할 수 있는 능력”이라고 규정하였다. 이에 비해 ‘의사결정능력’이란 사물을 변별하고 이에 따라 행위할 수 있는 능력 즉, 조중능력을 말하는 데[3], 대법원(1990. 8. 14. 선고 90도1328 판결)은 이를 “자기의 행위를 통제할 수 있는 능력”이라고 하였다.

형사책임능력의 판단은 법원의 고유 권한이지만, 인간의 정신영역에 속하는 능력의 여부를 현실 사건에서 재현성 있게 판단한다는 것은 여러 가지 이유나 한계로 인해 어려운 임무가 될 수밖에 없고, 따라서 그러한 제약을 극복하고 법적 판단에 따른 법원의 결정에 대한 신뢰성과 재현성을 담보하기 위해서는 학문적 이론에 근거한 실질적 기준과 소송과정

에서의 절차적 기준이 마련될 필요가 있다. 이를 위해 본 연구는 판례를 통해 정신질환자의 행위능력 판단에 대한 법원의 논리와 절차를 분석하여, 그 과정에서 정신감정과 심리검사는 어떤 영향을 미치고 있는지를 검토하고, 심신장애와 책임능력의 판단에 의미 있게 관여하는 요인들을 분석함으로써, 그러한 판단 결과의 합리성 여부를 검토하고, 나아가 판단의 합리성과 재현성을 높이기 위한 제도적 개선방안을 제안하고자 하였다.

본 론

저자들은 선행연구에서 정신질환자의 범죄행위와 관련한 19건의 판례를 분석하여, 범죄의 내용과 특징, 범죄 도구, 정신질환의 진단명 등을 조사했다[5]. 그중 심신미약 또는 심신상실을 인정한 판례는 6건이었고, 부정판례는 3건이었으며, 4건은 심신장애의 판단에 대한 재심사를 판시하였고, 나머지 6건에서는 심신장애에 대해 별다른 언급을 하지 않았다. 판결문에는 피고의 심신장애에 대한 정신감정 소견과 함께, 전문가 증언을 참조한 법원의 판단이 담겨있으므로, 심신장애의 규범적 판단 과정에서 참조되는 정신감정서의 내용과 전문가 의견을 살펴볼 수 있고, 그것을 통해 이들 감정 의견이 법원의 판단에 어떻게 영향을 미쳤는지, 그리고 결과적으로 양형에는 어떻게 반영되고 있는지를 확인할 수 있었다.

정신질환자의 책임능력을 판단하는 과정을 살펴보면, 먼저 정신의학이나 심리전문가에 의한 감정을 통해 피고의 정신질환 여부 및 내용을 확인하고, 책임능력에 대한 전문가 의견을 확보한 후, 그 결과를 참조하여 법원이 범죄행위 당시의 피고의 책임능력의 존부를 결정하게 된다[6,7]. 즉 정신질환에 대한 의학적 판단은 심신장애의 규범적 판단을 위한 전제조건이라고 할 수 있지만, 여러 전문가가 관여하는 범법 정신질환자의 책임능력 판단은 실무적으로는 다양한 어려움을 내포하고 있다. 전문가들의 감정 의견이 일치하지 않거나, 정신질환의 여부는 물론 진단명이 충돌하는 경우도 있으며, 진단명 또는 그 진단의 기준이 되는 증상이 모호한 경우도 적지 않기 때문이다. 피고에 대한 감정 의견의 불일치나 충돌, 또는 진단명 자체가 확정되지 않거나 모호한 사례에서 법원은 어떤 결정을 내리는 것이 합리적이고 바람직한 것인지를 판단하기가 곤란해질 수 밖에 없게 된다. 이를 해소하기 위해 법원이 재판과정에서 책임능력 판단을 위해 인용한 기준(감정 의견, 심리검사 결과 등)과 사실관계, 그리고 그 판단의 합리성을 검토하여, 책임능력 판단의 신뢰성을 보강하기 위한 핵심 요소를 찾아내고, 판단의 재현성을 높이기 위해 필요한 제도적 개선을 위한 쟁점을 확보하고자 하였다.

1. 심신장애를 인정한 판례

19건 중 6건에서 심신장애가 인정되었는데, 심신상실이 인정된 1건의 경우, 정신감정에서의 진단명은 편집형 조현병(#3)이었고, 심신미약이 인정된 나머지 5건에서는 진단명이 각각 편집형 조현병(#5), 급성 일과성 정신병(#6), 지적장애(#10), 우울장애(#14), 외상후스트레스장애(#16)였다. 이들 사건에서는 정신감정에서 환청, 망상 등 정신병적 증상과 그로 인한 심신장애 상태를 인정했거나, 또는 현실판단력 및 충동조절 능력의 저하에 대한 감정소견이 있었으며, 최종적으로 법원이 이러한 정신감정 소견을 채택하여, 심신장애를 인정했다.

심신장애에 대해 상·하급심의 판단이 일치하지 않는 경우는 3건으로, 일치한 판례(2건)보다 많았다. 심신장애 의견이 일치된 판례들은 급성 일과성 정신병(#6)과 우울장애(#14) 사건으로, 피해의 내용은 피해자의 사망이 없는 폭행 또는 재산피해였는데, 2건 모두에서 매우 높은 재범 위험성(#6), 재범 위험성 및 계획범죄(#14)라는 점이 양형 인자로 언급되면서 형이 가중되었다. 상·하급심의 판단이 일치하지 않았던 판례는 편집형 조현병 2건(#3, #5)과 지적장애(#10) 사건으로, 이들 3건 모두 피해자가 사망했고, 특히 편집형 조현병 2건은 각각 모친 살해(#3), 다중 살해(5명)(#5) 사건이었다. 이들 판례에서도 재범 위험성(#3, #10), 매우 높은 재범 위험성 및 계획적 범행(#5) 등이 양형 인자로 언급되었다. 이에 비추어 보면, 범죄의 피해가 극심하고, 범행의 내용이 잔혹할수록 법원은, 재범 위험성을 더욱 크게 우려하게 되어 심신장애의 인정을 주저하면서, 양형에 있어서도 더 엄격한 입장을 취하는 것으로 보인다. 판결문이 ‘재범 위험성’을 언급하고 있는 경우에는 심신장애가 인정되었다 하더라도 치료감호와 함께 징역형이 선고되었고, ‘매우 높은 재범 위험성’이 있으면서 ‘계획된 범죄’인 경우에는 심신미약을 인정하면서도 무기징역이 선고되었다. 그밖에 ‘계획범죄’ 또는 ‘내면의 악성’이 언급되는 경우에는, 심신장애가 부정되기도 했다(#4, #7, #8, #19). 물론 법익침해의 정도가 중한 범죄일수록 사물변별능력 결여의 기준이 엄격해지는 경향이 있어서, 정신박약자라 하더라도 살인과 같은 범죄는 그 위법성을 쉽게 인식할 수 있다는 이유로 사물변별능력을 부정하지 않는 경우가 있지만 [6], 정신박약자의 행위를 정신질환자의 행위와 동일하게 취급할 수 없는 상황이 많을 것이란 점에서 심신장애의 법적 판단에 대한 더욱 세밀한 제도적 접근이 필요하다고 생각된다.

심신장애의 존부가 확정된 9건 중 4건이 조현병 스펙트럼 장애에 속했는데, 그중 심신장애가 인정된 3건(#3, #5, #6)의 판결문에는, 범행 이전부터 나타난 피고의 정신병적 증상과 면담 및 검사 상황에서 드러난 정신병적 증상(망상 및 환청)이 기재되어 있고, 이러한 사실에 기대어 법원은 심신장애를 인정한 것으로 보인다. 그중 편집형 조현병 판례(#5)에서

상·하급심의 심신장애 판단이 배치되는데, 범행의 계획성에 대한 평가에서 상·하급심의 의견이 엇갈린 것이 그 이유가 되었을 것으로 보인다. 하급심은 정신질환이 범행에 영향을 미친 것을 인정하면서도, 범행을 미리 계획한 점과 피해가 중대한 점을 이유로 심신미약을 부정했으나, 상급심은 망상을 범행의 동기로 인정하면서, 망상으로 인한 범죄라면 그것이 계획적 범행이라고 하더라도 심신미약 상태로 판단함에 방해가 된다고 볼 수 없다고 판시하면서, 심신미약을 인정했다. 망상이란 사실과 다른 굳은 신념으로서, 현실을 그 자체로 인식하지 못하고 왜곡하게 되는 것으로, 조현병에서 흔히 나타나며 [8,9], 망상 상태에서는 사물변별능력이 장애 상태에 놓일 여지가 높아질 것이므로, 망상이 범행을 계획한 이유가 되었고, 결과적으로 그것을 실행한 범죄라면 심신장애를 인정하는 것이 타당하다고 생각된다.

심신장애가 인정된 6건 중 5건의 피고는 정신병력 및 그와 관련된 범죄전력을 갖고 있었다. 즉, 범행 이전부터 정신질환을 앓고 있었음이 인정되거나 또는 정신질환 관련 범죄전력이 있는 경우에는, 그것이 피고의 정신질환을 입증하는 지지적 증거가 되어, 결과적으로 법원이 심신장애를 인정할 가능성을 높이는 것으로 보인다.

형법 제51조(양형의 조건)는 (1) 범인의 연령, 성행, 지능과 환경, (2) 피해자에 대한 관계, (3) 범행의 동기, 수단과 결과, (4) 범행 후의 정황 등 4가지 사항을 참작하여 양형을 결정해야 한다고 명시하고 있다. 하지만 현실적으로 법관에게는 재범 위험성이 심신장애의 인정과 양형의 판단에 있어서 가장 주목하는 요소가 되는 것으로 보인다. 외상후스트레스장애 판례(#16)과 지적장애 판례(#10)를 비교해보면, 두 사건의 피해 정도(사망 1명)와 정신감정 결과(충동조절능력의 저하)가 유사함에도 불구하고, 한 사건(#16)은 치료 의사(意思) 및 능력이 있음을 이유로 징역 3년 및 집행유예 5년을 선고한 반면, 다른 사건(#10)은 치료 의사와 능력이 없다고 평가하면서 징역 6년, 치료감호를 선고했다. 피고의 치료 의사 및 능력을 이유로 들어 치료가 병행된다면 재범의 위험성이 현저히 줄어들 수 있다고 하면서 정신질환과 관련된 재범 위험성을 낮게 평가한 법원의 판단이 합리적이며 공정한 것인지는 논란의 소지가 적지 않다고 생각된다.

각 사건의 핵심 내용과 책임능력에 관한 법원의 논리를 정리하였고, 이해를 돕기 위해 선행연구의 판례번호를 괄호 안에 넣었으며, 관련 핵심 사항은 Table 1에 요약했다.

(1) 편집형 조현병/모친 살해(#3 판례)

망상 속에서 어머니를 폭행하고 끈으로 목을 졸라 살해했다. 정신감정인은, 피해망상이 치료 없이 방치되어 오던 중 심한 편집형 조현병으로 인하여 사물을 변별할 능력이 없는 상태에서의 범행으로 판단했다. 고등법원은 편집형 조현병으로

Table 1. The precedents on the recognition of mental handicap

No.	Diagnosis of mental illness	Crime type	Mental handicap		History of previous crime	Recidivism risk	Sentence
			Court ruling	Mental examination			
1	Paranoid schizophrenia (#3)	Murder (1 victim)	NGRI	Recognized	Property crime	Likely	Treatment and custody
2	Paranoid schizophrenia (#5)	Murder (5 victims), arson	GBMI	Recognized	Injury	Very high	Life sentence
3	Brief psychotic disorder (#6)	Injury, property crime, indecent exposure	GBMI	Recognized	larceny, sex crime	Very high	Quashed (10 mo)
4	Intellectual disability (#10)	Murder (1 victim)	GBMI	Not-mentioned	No history	High	6 yr (treatment and custody)
5	Depressive disorder (#14)	Arson	GBMI	Not-mentioned	No history	Likely	3–4 yr (treatment and custody)
6	PTSD, depression (#16)	Murder (1 victim)	GBMI	Recognized	No history	Not-mentioned	3 yr (suspension of execution for 5 yr)

NGRI, not guilty by reason of insanity; GBMI, guilty but mentally ill; PTSD, post-traumatic stress disorder.

인해 형사처벌을 받은 전력과 정신감정 결과를 근거로 범행이 심신상실자의 행위라고 판시하면서, 심신미약이라는 1심 판결을 파기하고 무죄를 선고했고, 재범의 위험성을 사유로 치료감호를 선고했다.

(2) 편집형 조현병/방화·흉기난동·살인(#5 판례)

이웃 주민들과의 갈등으로 자기 집에 휘발유를 뿌리고 불을 지른 후, 비상계단으로 가서 대기하다가 대피해오는 주민들의 얼굴, 목, 가슴 부위를 칼로 찔러, 5명을 살해하고, 4명에게 중상을 입혔다. 과거 폭행으로 구속되어 치료감호소에서 조현병 진단을 받았었고, 이후에도 2차례 폭행죄로 벌금형을 받은 적이 있다. 임상심리평가서와 정신감정서는, 인지능력, 기억력, 의사표현능력에는 문제가 없다고 하면서, 망상에 지배되어 판단력과 사고능력이 손상되었고, 그것이 범죄의 동기가 되었다고 평가했다. 1심법원은, 정신감정 결과에 비추어 조현병과 그로 인한 망상장애가 범행에 영향을 미친 것을 인정하면서도, 범행을 사전에 계획하여 도구를 준비한 점, 대피하는 사람들을 칼로 찔른 점, 다수의 사람이 거주하는 아파트에 불을 지른 점, 피해가 중대한 점 등을 이유로, 조현병을 책임 경감 사유로 인정할 수 없다고 하면서, 재범의 위험성이 매우 높음을 이유로 사형을 선고했다. 고등법원은, 조현병의 전력, 범행의 동기와 경위, 정신감정을 위한 면담에서의 일관된 진술에 비추어 조현병이 범행의 동기로 보인다고 하면서, 범행을 사전에 계획하고 실행한 것이 심신미약을 인정함에 방해가 된다고 볼 수 없다고 하면서, 심신미약을 인정, 무기징역을 선고했고, 대법원은 이를 확정했다.

(3) 급성 및 일과성 정신병 장애/폭행 및 상해(#6 판례)

폭력범죄로 복역 후 출소한 지 10여일만에, “누군가 나를 죽

이려 한다”며 길가의 승용차를 파손하고 절에 찾아가 난동을 부렸으며, 요양병원에 들어가 음란행위를 하고, 간호사들을 폭행했다. 수감 중에도 “내 몸에 폭탄이 있다, 나는 예수다”라며 횡설수설했고, 환시, 피해망상, 관계망상을 보이는 ‘급성 및 일과성 정신병 장애’로 진단되었다. 1심법원은, 재물손괴, 공연음란, 상해의 범죄를 인정하며, 심신미약을 이유로 형을 감경(벌금형)했지만, 고등법원은 심신미약을 인정하면서도, 그의 전과(상습절도, 성범죄 등 14회)와 불량한 죄질, 재범의 위험성이 매우 높은 점을 들어, 징역 10월을 선고했다. 그러나 대법원은 피고인이 심신미약 상태임에도, 국선 변호인도 없이 재판이 진행된 것은 위법하다고 하면서, 원심을 파기했다.

(4) 지적장애 및 음주/살인(#10 판례)

경도 지적장애인(A)과 동네 주민(B)은 술친구로 지냈는데 B의 술버릇으로 인해 싸우는 일이 잦던 중, 범행 당일 B가 또 다시 술버릇을 보이자 격분하여 과도로 찔러 살해했다. 정신감정결과, A는 정인지체자로서, 충동조절능력 저하, 현실판단력 장애, 병식 저하 등의 이상 증세가 있다고 평가되었다. 고등법원은, 심신장애에 대한 심리를 다하지 않고 이를 배척한 1심판결을 파기하고, 정신감정결과를 인정하면서, 정인지체로 인한 심신미약 상태에서 저지른 범행으로서, 재범의 위험성이 높고, 스스로 정신과적 치료를 받을 의사나 경제적 능력이 없음을 들어, 치료의 필요성 및 재범의 위험성을 모두 인정하면서 징역 6년, 치료감호를 선고했다.

(5) 우울증/방화(#14 판례)

우울증으로 치료 중인 10대 남자가 자살을 결심하고, 독서실에 방화하여, 인명 피해 없이 재산피해를 냈다. 정신감정서는

“중증 우울증 상태로 현실적 판단력이 크게 떨어져 있으며, 비판으로 인하여 극단적 행동을 할 수 있고, 재범의 가능성을 배제하기 어렵다”고 기재되었다. 1심법원은 우울증으로 인하여 판단력이 저하된 상태에서의 범행이므로 심신미약을 인정하지만, 불특정 다수를 대상으로 한 계획 범행인 점과 재범 위험성이 인정되는 점을 이유로, 살인미수와 방화의 죄로 장기 4년 단기 3년의 징역, 치료감호, 전자장치부착명령 10년을 선고했다. 고등법원도 원심의 형이 적절하다고 판시하면서, 계획적으로 다수의 피해자를 살해하려 한 점, 우울증과 심리적 불안상태, 정신감정서의 내용에 비춘 재범 가능성을 이유로 부착명령에 관한 항소를 기각했다. 그러나 대법원은, 고등법원의 부착명령 선고 이유가 치료의 필요성 및 재범의 위험성 이유와 중복되므로 법리 오해라고 판시하면서, 이 범행이 피고에게 내재된 폭력성이나 악성보다는 우울증에 기인한 것으로 보이며, “우울증이 치료되면 재범의 위험성이 높지 않고, 부착명령이 대인관계에 어려움을 겪고 있는 피고의 우울증을 악화시킬 수 있다”는 주치의의 법정 진술을 근거로, 치료감호가 종료된 후에는 우울증이 호전되어 재범의 위험성이 줄어들 것을 예상할 수 있으므로, 원심의 치료감호 종료 후 부착명령은 법리 오해 및 심리미진에 의한 것임을 인정, 부착명령 사건을 부분 파기했다.

(6) 외상후스트레스 장애, 우울증 및 충동조절장애/남편 살해 (#16 판례)

30년의 부부생활 중 10여 년간 남편으로부터의 욕설과 폭행을 당해오던 여성이, 술을 마시고 귀가한 남편의 폭력을 피해 화장실에 피신했다가, 거실에서 잠들어있는 남편의 머리를 철제 아령으로 내리쳐서 살해했다. 정신감정에서, 만성적인 외상후스트레스장애, 중등도의 우울증 및 그로 인한 충동조절장애가 범행에 영향을 미친 것으로 보인다고 평가되었다. 1심법원은, 학대와 폭력으로 인한 우울증 에피소드 또는 그로 인한 충동조절장애로 인한 심신미약을 인정하면서, 재할 의지가 있고, 치료가 병행된다면 재범의 위험성이 현저히 줄어들 수 있음을 근거로, 징역 3년, 집행유예 5년을 선고했다.

2. 심신장애를 부정한 판례

19건 중 3건에서 심신장애가 부정되었는데 각각의 진단명은 편집형 조현병(#4), 소아기호증(#8), 적응장애 및 우울장애(#19)였다. 이들 사건에서는 정신감정이나 전문가 증언에서 비기질성 정신병 및 알코올 남용(#4), 소아기호증 및 반사회성 성격장애(#8), 아스퍼거증후군 또는 싸이코패스(#19) 같은 다른 진단명이 추가로 제시되기도 했는데, 정신질환의 진단명은 범죄의 내용과 의미 있게 관련될 수 있고, 범죄 자체와 실질적인 인과관계를 형성할 수 있는 요인이기도 하지만,

전문가 증언 중에 진단명이 추가되기도 한다는 것은 범죄를 행한 정신질환자의 병명을 의학적으로 정확하게 진단하는 것이 그만큼 어려운 일이라는 사실을 반증하는 증거가 될 수도 있다.

범죄의 내용을 보면, 비면식 살인(#4), 아동 살해 및 시체 훼손(#19), 아동 강간(#8) 등 잔혹한 범죄에 해당하는 것으로, 편집형 조현병(#4)과 적응장애 및 우울장애(#19) 판례에서는 각각 1명이 사망했고, 소아기호증 판례(#8)에서는 그 피해(질, 회음부, 직장 주위 근육 및 괄약근이 찢어지는 상해)가 죽음(강간살인)보다 가볍지 않다고 법원은 판시하고 있다. 적응장애 및 우울장애(#19)와 소아기호증 판례(#8)에서는 재범 위험성과 계획범죄 두 가지가 언급되었고, 편집형 조현병 판례(#4)에서는 계획범죄가 언급되었다.

범죄 전력을 살펴보면, 편집형 조현병 판례(#4)과 소아기호증 판례(#8)는 각각 강도살인(#4)과 절도 2회(#8)의 전력이 있었고, 판례 #4의 과거 범죄는 심신미약이 인정되었던 사건이었다. 심신장애가 부정된 판례의 공통점은 범죄의 내용이 잔혹하고, 피해가 극심하며, 계획 범행이라고 언급되어 있다는 것이다. 범죄의 계획성은 법원으로 하여금, 범행 당시 피고가 사물변별능력 내지는 의사결정능력이 건재했음을 확신하게 하는 요소로 작용하여 심신장애를 부정하는 판결을 내리게 하는 주요 요인이 되는 것으로 이해된다. 이러한 영향(범죄 계획성)은 심신장애가 부정된 판례뿐만 아니라 심신장애에 대한 심리가 없었던 3건의 판례(#9, #13, #18)에서도 확인되고 있다.

정신감정 소견을 보면, 편집형 조현병(#4)과 소아기호증(#8) 판례에서 감정인은 정신질환을 인정하면서도, 범행 당시에는 책임능력이 온전했던 것으로 보인다고 했고, 이를 법원이 인용하면서 심신장애는 부정되었다. 반면, 적응장애 및 우울장애 판례(#19)에서는 범행 후 시체를 손괴한 과정을 자폐적 성향으로 문제를 처리하려 한 것으로 추정하면서, 이를 이유로 아스퍼거증후군으로 진단 내리며 심신미약을 인정해야 한다는 정신감정 소견이 제시되었으나, 법원은 감정의견이 피고의 심신 상태를 그대로 투영했다고 보기 어렵다며 그것을 배척하고, 심신장애를 부정했다.

각 사건의 핵심 내용과 책임능력에 관한 법원의 논리를 정리하였고, 관련 핵심 사항은 Table 2에 요약했다.

(1) 편집형 조현병/비면식 60대 여성 살해(#4 판례)

강도살인의 전과가 있고, 편집형 조현병으로 2주간의 투약 전력이 있는 60대 남성이 살인을 결심하고, 칼을 구입, 홀로 등산하던 여성의 목과 복부를 10회 이상 찔러 살해한 후, 자수했다. 감정인의, 정신질환(비기질성 정신병과 알코올 남용)이 의심되나, 그 질병이 범행에 결정적인 영향을 미쳤다고 보기 어렵다며, 범행 당시 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력

Table 2. The precedents on the denial of mental handicap

No.	Diagnosis of mental illness	Crime type	Mental examination for mental handicap	History of mental illness or previous crime	Recidivism risk	Sentence
1	Paranoid schizophrenia/nonorganic psychotic disorders and alcohol abuse (#4)	Murder	Denied	Alcohol dependence syndrome, robbery and murder	Not-mentioned	Life sentence
2	Pedophilia and antisocial PD (#8)	Rape	Denied	Unspecified PD, pathological stealing, larceny	Likely	Life sentence
3	A: Adjustment disorder and MDD with psychotic features/Asperger syndrome B: Not-mentioned (#19)	Murder, mutilation	Recognized	No history	Likely	A: 20 yr B: 13 yr

PD, personality disorder; MDD, major depressive disorder.

이 비교적 건재하였다고 추정했다. 1심법원은 알코올의존성 증후군으로 치료받은 전력과 편집형 조현병으로 약물을 처방 받은 것은 인정되지만, (1) 감정의 감정 의견과 (2) 조사 기간 및 범행 무렵에 환청이나 망상을 겪었다는 진술이 없음을 이유로 심신미약을 부정하면서, 무기징역을 선고하였다. 고등법원은 (1) 살인의 전과가 있는 점, (2) 칼을 이용하여 범행한 점, (3) 납득할 수 없는 살인 동기를 진술한 점, (4) 계획적이고 잔혹한 방법으로 살해한 점, 그리고 (5) 심리검사 중의 진술내용(이전 강도 살인사건은 귀신이 이끄는 대로 범행을 했던 것 같은데, 이 사건은 처음부터 자신이 범행을 결심한 것이다)에 비추어, 편집 조현병 증세가 심각하지 않아 보인다는 이유로 심신미약을 부정하면서도, 심신미약이 인정될 정도는 아니지만, 편집형 조현병이 있었고, 그것이 범행의 원인 중 하나로 보이며, 또한 자수한 점을 들어 무기징역을 선고했고, 대법원은 같은 이유로 원심을 확정했다.

(2) 소아기호증/6세 여아 강간(#8 판례)

여아를 대상으로 한 성적 환상에 빠진 23세 남성이 가정집에 침입해 피해 아동을 안고 빠져나와 인근 공터에서 강간하고, 목을 졸랐는데, 의식을 회복한 아이는 수색 중인 경찰관에게 발견되었다. 피고는 과거에 병적 도벽과 상세불명의 인격장애로 진단된 적이 있었다. 치료감호소의 의사는 정서적 고립, 친밀감 형성 부족, 논리적 판단 미숙, 무계획적이고 충동적인 범법행위 등에 비추어 반사회성 성격장애의 진단을 고려할 수 있다고 하면서, 비폐쇄적 유형의 소아기호증으로 평가했다. 정신감정서는, 병적 도벽, 상세불명의 인격장애, 비폐쇄적 유형의 소아기호증을 인정하면서도, 범행 당시에는 정신병적 상태가 아니므로 심신장애는 없었던 것으로 보인다고 평가했다. 1심법원은, 심신장애에 관한 감정소견과 범행 전후 피고의 행동을 근거로 심신장애를 부정하면서, 계획적인 범행인 점, 재범의 위험성 있는 점, 잔혹한 방법의 범행인 점, 피해 정도가 심각한 점을 이유로 무기징역과 함께, 전자장치 부착명령 30년, 성충동 약물치료 5년을 선고했다. 고등법원에 이어,

대법원이 원심을 확정했다.

(3) 적응장애 및 정신병적 양상을 동반한 우울장애(의증)/초등생 살해 및 시체손괴(#19 판례)

적응장애와 정신병적 양상을 동반한 주요 우울장애(의증)로 치료 중이던 19세 여성(A)이 온라인 커뮤니티에서 사람을 죽여봤다는 상황극에 빠져 실제 살인을 실행하고자 했고, 피해 아동을 자기집으로 유인하여, 충전기 줄로 목을 졸라 살해한 후, 시체를 절단하고, 그중 일부(손가락, 피부)를 같은 온라인 커뮤니티 회원인 21세 여성(B)에게 건네주었다. 1심재판에서 정신감정인은, 아스퍼거증후군이 의심된다면서, 심신미약 상태의 범행으로 판단된다는 감정의견을 제시했지만, 법원은 심신장애를 부정했다. 검찰 조사과정에서 또 다른 전문가 증인은 A가 죄책감이 결여되었고, 타인의 고통에 무관심하고 냉담한 성격에 비추어 사이코패스 경향이 강하다고 진술했다. 1심법원은 살인과 시체손괴를 포함한 계획범죄라고 하면서, A에게는 살인, 시체손괴 및 시체유기 혐의로 징역 20년 및 부착명령 30년을, B에게는 살인 방조 및 시체유기 혐의로 무기징역 및 부착명령 30년을 선고했다. 고등법원은 B가 A에게 살인을 지시했다고 인정할 수 없고, 오히려 B에게 책임을 전가하고 있다고 보인다면 A에게는 원심과 같은 형(20년)을 선고했고, B에게는 허구적 상황을 넘어 실제 살인이 이뤄진다는 것을 미필적으로나마 인식하면서 A의 범행 결의를 정신적으로 도왔다고 판시하면서 징역 13년을 선고했고, 대법원은 이를 확정했다.

3. 심신장애에 대한 재심리를 판시한 판례

19건 중 4건에서 재심리를 판시했는데, 심신장애를 부정하는 취지의 소아기호증 판례(#7)를 제외한 나머지 3건에서는 심신장애를 인정해야 한다는 취지였고, 이유는 심리미진 또는 위법이었다. 이들 3건의 정신감정서의 진단명은 각각 긴장형 조현병(#2), 지적장애(#11), 비사회적 인격장애(dissocial

personality disorder) (#12)였다. 인정 취지 판례 3건 중, 비사회적 인격장애 판례(#12)에서만 정신감정이 실시되었고, 다른 2건(#2, #11)에서는 정신감정이 실시되지 않았는데, 그 중 1건(#2)은 심신상실을 인정받았던 범죄 전력(방화)이 있었고, 다른 1건(#11)은 지적장애인으로 등록된 사실이 있었다. 이러한 과거력이 있음에도 정신감정을 실시하지 않았던 것이고, 이들 3건에 대해 대법원은 심리미진의 위법이 있다고 판시했다. 대법원의 논리를 구체적으로 살펴보면, 비사회적 인격장애 판례(#12)는 피고의 비협조 상태에서 김사가 이루어진 정황에 비추어 정신감정의 결과를 신뢰할 수 없다는 것이고, 긴장형 조현병 판례(#2)는, 하급심이 심신미약을 인정했으나, 이는 정신감정 없이 내려진 판단으로서 실제 미약과 사실 중 어느 쪽인지 불명확하다는 것이었으며, 지적장애 판례(#11)는 ‘지적장애 1급’에 비추어, 범행 당시 심신장애의 상태에 있었던 것으로 의심된다는 것이었다. 이들 심신장애 인정 취지 대법원 판례에서의 주요 특징은 피고들이 이미 심신장애가 인정되었던 범죄전력이 있거나 지적장애로 등록되어 있다는 점, 계획적 범행으로 보이지 않는다는 점이었다.

이들 판례 3건의 범죄 내용에서도, 정신질환과의 연관성이 유추될 수 있는 부분이 있어, 때로는 정신질환의 진단명이 개별 범죄와의 관련성을 드러낼 수도 있다고 생각된다. 긴장형 조현병 판례(#2)는 모친을 폭행한 것이고, 지적장애 판례(#11)와 비사회적 인격장애 판례(#12)는 각각 강간 범죄였다. 조현병은 범죄와의 관련성이 높은 것으로 알려진 정신장애이고[10-13], 그중 긴장형 조현병은 환각을 동반하거나 흥분상태에서 난폭행동을 보이며 주변 사람에게 해를 끼칠 수 있다[14,15]. 지적장애는 성충동 조절능력 및 판단력의 미숙으로 인하여 성적 탈선이 발생할 여지가 높다[16]. 비사회적 인격장애는 DSM-5 (*Diagnostic and statistical manual of mental disorders, 5th edition*)에서는 반사회적 성격장애(antisocial personality disorder)로 분류되는 것으로 [17,18], 아동 대상 성범죄와의 관련성이 높다[19]. 이들 3건

모두에서 범죄와 정신장애의 연관성이 유추될 수 있는 상황임에도 정신감정 절차가 생략되거나 완결되지 못한 채 판결이 내려진 바, 여기서 심신장애와 책임능력 판단에 관한 법원의 절차적 허점이 드러나고 있다고 생각된다.

소아기호증 판례(#7)는 하급심이 범행 횟수와 정신감정 결과를 이유로 심신미약을 인정했으나, 대법원은 이를 배척하고 심신장애를 부정하는 취지로 판결했고, 그 이유를 (1) 스스로 치료받고자 하는 노력이 없었던 점, (2) 사회적 활동에 지장이 없어 보이는 점, (3) 범행이 우발적이라고 하기는 어려운 점, 그리고 (4) 정신병적 증상이 없어 보이는 점이라고 판시하였다.

각 사건의 핵심 내용과 책임능력에 관한 법원의 논리를 정리하였고, 관련 핵심 사항은 Table 3에 요약했다.

(1) 긴장형 조현병/존속상해(#2 판례)

두통으로 괴로워하던 중, 모친이 사다 준 약을 먹었는데도 두통이 더 심해졌다며 주먹으로 모친을 때리고 넘어뜨려 전치 8주(척골 골절)의 부상을 입혔다. 과거 자기 집에 불을 질러 2년간 치료감호소에 수용된 적이 있었고, 심신상실 상태에서의 범행으로 인정되었다. 이번 존속상해에 대해 고등법원은 심신미약을 인정하고 징역 8월형을 선고했으나, 대법원은 긴장형 조현병이 범행에 영향을 미친 것으로 보이는데, 범행 당시의 피고의 심신장애의 정도(미약 또는 상실)에 대한 판단이 불분명하다고 지적하면서, 정신감정의 미흡을 이유로, 원심을 파기했다.

(2) 소아기호증/아동(12명) 강간(#7 판례)

미성년자 강간의 전과가 있는 30대 남자가 1년여에 걸쳐 초등학교 여아 12명을 강간했는데, 혼자 있는 아이들을 유인하여, 칼로 위협하거나, 목을 조르는 등 죽일 거라고 협박하며 강간했고, 13번째 범행 중에 체포되었다. 정신감정에서, 초등학교 6학년 때 아버지로부터 성적 폭행을 당한 이후 어린 여

Table 3. The precedents on the rehearing order for judgment of mental handicap

No.	Diagnosis of mental illness	Crime type	Mental handicap		History of mental illness or previous crime	Recidivism risk	Sentence
			Court ruling	Mental examination			
1	Catatonic schizophrenia (#2)	Injury	Could be recognized	Not-performed	Arson	Not-mentioned	Quashed (8 mo)
2	Pedophilia (#7)	Rape	Could be denied	Recognized	Rape	Very high	Quashed (15 yr)
3	Intellectual disability (#11)	Murder, rape	Could be recognized	Not-performed	No history	Not-mentioned	Quashed
4	Antisocial PD (#12)	Rape	Could be recognized	Performed incompletely	Bipolar disorder, difficulty in impulse control, rape and assault	Likely	Quashed (7–10 yr)

PD, personality disorder.

아에 대하여만 성욕을 느끼고, 여아와의 성행위 및 성적 공상에 탐닉했으며, 중학교 때 9세 여아를 강간한 적이 있다고 진술했다. 심리검사에서는, 자아 이미지가 부정적이고 기능이 손상되어 있으며, 불안정과 우울, 충동성 등 정서적 문제가 있다고 평가되었고, 위 진술과 심리검사 결과를 종합하여 소아기호증으로 진단하고, 심신미약 상태에 있었던 것으로 추정했다. 고등법원은, 범행 전력과 내용 및 횟수, 정신감정 결과에 비추어, 소아기호증과 심신미약을 인정하면서, 1심판결(무기징역)을 파기하고, 징역 15년을 선고했다. 그러나 대법원은 소아기호증에 관한 치료를 받은 적이 없는 점, 사회적으로 지장 받고 있다고 볼만한 자료가 부족한 점, 정신병적 증상이 의심되지 않는 점, 결혼하여 슬하에 아들이 있는 점을 근거로, 소아기호증이 범행에 끼친 영향은 적어 보인다고 판시하면서, 소아기호증의 정도 및 내용에 관하여 구체적으로 심리·검토하지 않은 상태에서 심신미약을 인정한 것은 잘못이라고 판시했다.

(3) 지적장애 및 음주/강간·살인(#11 판례)

지적장애인이 만취 상태에서 강간할 작정으로 밤길을 배회하다, 새벽 4시경 혼자 길을 걷던 여성을 뒤따라가 인적이 없는 골목길에서 폭행하고 강간했고, 피해자는 속발성 쇼크로 사망했다. 대법원은, 사건 당시의 음주 정도와 성장배경, 지적장애 1급에서 추정되는 지능 및 인성을 고려할 때, 피고인이 범행을 저지를 당시 자기 통제력이나 판단력, 사리분별력이 저하된 어떤 심신장애의 상태가 있었던 것은 아닌가 하는 의심이 든다고 하면서, 지능저하에 대해, 전문가의 감정을 통해 범행 당시 심신미약 상태는 아니었는지를 가려 보기 위한 조치를 취하지 않은 원심의 판단은 위법에 해당한다고 판시했다.

(4) 비사회적 인격장애/강간(#12 판례)

충동조절의 장애로 정신과 치료를 받았던 20대 남성이 의료소녀원을 퇴소한 다음 날, 성폭행 미수와 성폭행 기수의 범행을 저질렀는데, 의료소녀원에의 수용 죄목은 모친 폭행과 여동생 강간이었고, 의료소녀원에서 양극성 정동장애 진단을 받은 전력이 있었다. 정신감정에서 비사회적 인격장애로 감정되었고, 고등법원은 정신감정서의 기재 내용과 범행 과정을 비교적 상세하게 기억하는 점에 근거하여 심신미약을 부정했으나, 대법원은 그의 병력, 가족관계, 성장환경, 범죄 횟수 및 시간적 간격, 정신감정 결과 등에 비추어, 범행 당시 심각한 성격적 결함(충동조절장애)으로 인해 심신미약 상태에서 범행을 저질렀을 가능성이 있어 보이므로, 당사자의 비협조적인 태도 아래 실시된 정신감정 결과만을 참작하여 심신장애를 부정한 것은 법리 오해라고 판시했다.

4. 심신장애 여부를 언급하지 않은 판례

19건 중 6건에서 심신장애의 여부를 언급하지 않고 있는데, 그중 조현병 판례(#1)를 제외한 나머지 5건에서 정신감정 또는 심리검사가 실시되었다는 점이 주목된다. 이들 5건의 판례 중에는 진단명이 확정되지 않은 채, 감정소견으로만 기술된 건이 3건이었고, 언급된 소견은 각각 (1) 음주 및 피해망상적 사고(#15), (2) 각 피고의 정신지체와 경계선 수준의 지능(#17), (3) 욕구 관련 행동통제의 어려움 및 낮은 죄의식(#18)이었다. 반면, 정신감정서에 진단명이 언급된 2건은 각각 특정불능 인격장애(#13)와 소아기호증(#9)이었고, 나머지 1건(#1)은 피고 스스로가 조현병을 주장한 건이었다. 이들의 과거 병력을 살펴보면, 특정불능의 인격장애 사건(#13)에서만 과거 정신병력이 언급되었고, 다른 5건에서는 언급되어 있지 않았다. 이들 정신감정의 결과는 진단명이 확실하지 않거나 진단의 기준 자체가 불명료한 장애들이고, 대체로 정신과적 병력 및 관련 범죄전력이 없어, 법원이 심신장애에 대한 심리의 필요성을 느끼지 못했거나 그럴만한 근거가 부족했던 것으로 해석된다. 이렇듯, 심신장애의 판단을 위한 심리에 있어 의학적 진단명이 법관에게는 중요한 요소로 작용하는 것으로 보인다. 과거의 정신병력과 함께 정신질환 관련 범죄전력이 확인되는 판례들에서는 심신장애에 대한 법원의 판단 논리가 판결문에 드러나고 있는데, 특정불능 인격장애 판례(#15)는 정신병력이 확인되었음에도 그것이 법원의 심리에 별다른 영향을 미치지 못한 것으로 보인다. 특정불능의 인격장애란 사회적, 직업적으로 중요한 기능 영역에서 임상적으로 현저한 고통이나 손상을 일으키는 성격장애의 특징적인 증상들이 두드러지지만, 일반적인 “성격장애의 진단 분류”에서의 특정장애에 대한 진단기준을 충족시키지 못하는 경우들을 포함하고 있어[18], 성격장애에는 해당하지만, 특정한 성격장애로 분류할 수 없는 경우를 일컫는다. 이로 인해 정신감정서는 의학적 관점에서의 심신장애를 부정하고 있지만, 법원은 심신장애에 대해 규범적 판단의 결과를 언급하지 않고 있는데, 아마도 이 진단명이 내포하고 있는 장애의 증상이나 징후들이 모호하여 의학적 진단 자체가 쉽지 않다는 것이 숨은 원인이 되었을 것으로 짐작된다. 이러한 과정에서 놓치지 말아야 할 요소의 하나가 정신장애의 의학적 진단의 어려움이라고 생각된다. 법관의 입장에서는, 먼저 정신질환명이 확정되어야 그와 관련한 책임능력의 문제를 좀 더 적극적으로 살펴볼 수 있을 터인데, 진단명이 확정되지 않으면 심신장애와 관련한 책임능력의 판단이 원천적으로 곤란해지고 말 것이고, 특히 범행 당시의 사물변별능력과 의사결정능력의 존부를 판단하고 결정하기가 난망해지고 말 것이라는 것이다. 더욱이 심신장애가 있기는 하지만 그 장애의 실체가 뚜렷하지 않거나, 진단기준이 모호한 경우에는 이러한 어려움이 가중될 수 밖에 없

을 것이고, 이렇듯 인간의 정신능력을 평가하고 진단하는 것은 결코 쉬운 일이 아니어서, 이러한 실무적인 어려움은 심신장애를 규범적으로 판단해야 하는 법관에게 그대로 부담지워질 수밖에 없을 것이다. 이를 극복하고, 심신장애 조항의 취지를 올바르게 살리기 위해서는 정신질환자의 범죄에서 정신감정의 절차와 내용, 필요한 검사와 자격, 그리고 감정결과 인용 과정에서의 필요한 절차 등을 정립할 필요가 있다고 생각된다.

이들 6건의 범죄의 내용을 보면, (1) 차량을 이용한 살인미수(#1), (2) 아내 살인(#15), (3) 소아 강간(#9), (4) 총기난사를 통한 다수의 동료 살해(#13), (5) 감금 및 살인(#17), (6) 강간 및 살인(#18) 등이었는데, 그중 (3)-(6) 사건의 법원은 이들 범죄가 계획적이고, 잔혹하며, 결의가 확고하였다거나, 극심한 피해를 야기하여 피해자 및 유가족에게 큰 고통을 주고, 또한 사회에 큰 충격을 주었다고 실시했다. 일부 피고에 대해서는 반성 없이 책임을 전가하고 있음을 지적했고, 정신감정이나 심리검사 결과를 인용하면서 범죄가 '내면의 악성'에 기인한 것으로 교화의 가능성이 낮다고 언급하기도 했다. 이렇듯, 범죄 피해의 정도가 극심하고, 내용이 잔혹한 경우에는, 그 사실만으로도 심신장애에 대한 법관의 심증을 굳혀, 관련 심리를 원천적으로 차단시켜버릴 수 있고, 그것이 이들에 사건에서 법관이 심신장애에 대해 아무런 언급을 하지 않는 결과를 초래했을 것으로 생각된다.

위와 같이, 심신장애의 판단에 대한 법관의 논리가 판결문에 드러나지 않는 것과 함께, 정신감정이 실시되어 심신장애에 대한 전문가 의견이 확보되었음에도 그에 관한 인용 또는 배척 등 법원의 적극적 심리가 없는 것도 문제가 될 수 있다. 이러한 우려가 드러나는 판례는 3건(#1, #13, #17)으로, 먼저 조현병 판례(#1)는 피고가 심신장애를 주장했음에도, 정신감

정이 실시되지 않은 채, 정신질환을 감형 사유로만 언급하고 있다. 특정불능의 인격장애 판례(#13)에서는 정신감정 소견서에 특정불능의 인격장애가 인정되나, 그로 인해 심신상실이나 심신미약 상태에 이르지 않는 것으로 보이므로, 범행 당시에는 사물변별능력과 의사결정능력이 정상 범주 내에 있었다고 보인다고 기술하고 있고, 또한 지적 능력도 평균 수준이라고 언급하고 있지만, 판결문에서는 심신장애의 여부에 대한 법관의 논리를 찾아볼 수 없다. 지적장애 판례(#17)에서도 2명의 피고에 대해 지적장애 의심 수준의 지능이라는 정신감정 결과를 법원은 감형 사유로만 언급할 뿐 심신장애에 대한 구체적인 심리내용을 판결문에서 찾을 수 없다.

각 사건의 핵심 내용과 책임능력에 관한 법원의 논리를 정리하였고, 관련 핵심 사항은 Table 4에 요약했다.

(1) 조현병 및 충동조절장애/살인미수(고의 차량충돌) (#1 판례)

조현병 환자가 운전중 시비가 벌어져, 자신을 향해 걸어오는 상대 운전자를 가속페달을 밟아 충격하고, 119에 전화하여 구조 조치를 했다. 1심법원은 살인의 고의를 인정하면서도, 조현병 및 분노조절장애가 범행에 영향을 미친 것으로 보인다고 하면서 징역 3년, 집행유예 5년, 보호관찰을 선고했다. 고등법원도 살인미수를 인정하면서, 우발적 범행인 점, 조현병 및 충동조절장애가 상당한 영향을 미친 것으로 보이는 점, 즉각 구조 조치를 취한 점을 참작해도, 원심의 판결이 부당하지 않다고 판시했다.

(2) 소아기호증/아동(2명) 강간(#9 판례)

미성년자 강간의 전과가 있는 남자가 하교하던 여중생(14세)을 뒤따라가 그 집에 침입하여, 양손을 묶고 강간했고, 2달 뒤에도 다른 아동(11세)의 집에 침입하여 손과 발을 묶고 강간

Table 4. The precedents without mentioning about mental handicap in court ruling

No.	Diagnosis of mental illness	Crime type	Mental examination for mental handicap	History of mental illness or previous crime	Recidivism risk	Sentence
1	Schizophrenia (#1)	Attempted murder	Not-performed	Not-mentioned	Not-mentioned	3 yr (suspension of execution for 5 yr)
2	Pedophilia Antisocial PD (#9)	Rape	Indifference to the welfare of others, impulsive behavior	Rape	High	6 yr
3	Unspecified PD (#13)	Murder (5 victims)	Sanity for criminal responsibility	Depression	Likely	Death penalty
4	Persecutory delusional ideation (#15)	Murder (1 victim)	PTSD, depression, aggressive behavior after drinking	Assault	Not-mentioned	12 yr
5	A: MR level C: Borderline MR level (#17)	Murder (1 victim), confinement, cruel act	Lack of understanding for social norms	Not-mentioned	Not-mentioned	Quashed (A, C: 12 yr)
6	No empathy, superficial emotion (#18)	Murder (2 victims), Rape	Difficulty in behavior control related to self-satisfaction, normal cognitive ability	Assault	Very high	Death penalty

PD, personality disorder; PTSD, post-traumatic stress disorder; MR, mental retardation.

했다. 정신감정 결과, 반사회성 인격장애와 비폐쇄적 유형의 소아기호증으로 진단되었다. 정신감정 및 면담에서, 초등학교 때부터 음란물에 노출되고, 스트레스가 높아지는 경우, 다루기 쉬운 아동을 상대로 강간을 저지르게 되었다고 진술했다. 1심법원은 어린 아동의 양손을 묶고 식칼로 위협하는 등 죄질이 나쁜 점, 유사 범죄 전과가 있는 점, 계획적 범행인 점, 재범 위험성이 높은 점을 근거로 징역 7년, 치료감호, 전자장치 부착명령 20년, 성충동 약물치료 5년을 선고했다. 그러나 고등법원은 피해자의 진술만으로는 흥기(갈) 사용을 입증하기 어려움을 이유로 원심판결을 파기하고, 징역 6년, 치료감호, 부착명령 20년, 성충동 약물치료 5년을 선고했다. 고등법원의 약물치료형에 대하여 대법원은 치료감호가 종료되는 시점에서의 재범의 위험성을 평가했어야 함에도, 그렇지 못했음을 지적하면서, '성폭력 범죄를 다시 범할 위험성'에 관한 법리 오해 또는 판단에 필요한 심리를 다하지 않은 위법이 있다고 판시했다.

(3) 특정불능 인격장애/전방부대 소초내 총기 난사(#13 판례)

군 복무 전부터 우울증세를 보였던 A병장은 소초원들에게 폭행과 인격 모독(별명 부르기 포함) 등 괴롭힘을 당해왔다고 생각하던 중, 순찰일지에 그려진 자신을 비하하는 그림을 보고 격분, 수류탄을 던지고, K-2 소총을 난사하여, 5명이 사망하고, 7명이 부상했으며, 범행 후 도주하여 자살을 시도했으나, 미수에 그쳤다. 정신감정 결과는 특정불능의 인격장애였는데, 사고과정, 사고형태, 사고내용의 장애는 두드러지지 않고, 지각장애의 증거도 뚜렷하지 않으며, 의식이 명료하고 지남력이 건재하며 판단능력도 양호하여 범행 당시에 사물변별 능력과 의사결정능력이 정상 범주 내에 있다고 평가되었다. 2심법원은 재범의 위험성이 없다고 할 수 없는 점과 공격 방법과 대상 및 우선순위를 정하는 치밀함과 냉철함을 보인 범행임에도 반성이나 사죄가 없음을 지적하며 사형을 선고했고, 대법원이 이를 확정했다.

(4) 음주 및 피해망상적 사고/베트남 신부 살해(#15 판례)

국제결혼업체를 통해 베트남 여성(19세)과 결혼한 40대 남성이 결혼생활을 시작한 지 한달 쯤 후, 술을 마시고 귀가했는데, 아내가 여행 가방과 여권을 챙겨 나가는 것을 보고 사기결혼을 당했다고 판단, 무차별 구타하여 사망에 이르게 했다. 면담장면에서 후회하는 모습을 보이기도 했지만, 심리검사 결과는 피해망상적 사고 경향, 외상후스트레스장애, 우울 증상이 있는 것으로 추정되었고, 무더위와 과중한 업무로 인한 피로감, 음주 등이 복합된 상태에서, 순간적인 분노감과 피해망상적 사고 경향으로 인해 충동적 살인을 한 것으로 평가했으며, 알코올 섭취후 공격성 조절곤란으로 타인에게 폭력적 행위를 하는 등 대인관계 문제가 있어 보인다고 감정되었다.

과거 음주 후 폭행으로 인한 벌금형 전과가 있었다. 고등법원은 범행이 계획적이거나 의도되어 보이지는 않으나 그릇된 성행을 교정하기 위해서 상당한 기간 사회로부터 격리시켜야 한다며 징역 12년을 선고했다.

(5) 지적장애/감금 및 살인(#17 판례)

A(남/19세)와 B(여/22세)는 교제 중에 C(여/22세)를 알게 되어 셋이 동거하게 되었는데, 현금 절도와 계부와의 성관계 의혹이 불거지면서 B를 감금(45일간)하고, 주먹과 도구들로 폭행했으며, 라이터로 음모와 겨드랑이털을 태우고, 망치로 허벅지와 음부를 때리기도 했으며, B는 채장파열로 사망했다. 정신감정 결과, A는 정신지체 수준, C는 경계선 수준의 지능이었고, 사회적 규범에 대한 이해능력이 부족한 것으로 평가되었다. 과거력상, A는 외삼촌으로부터 신체적, 정신적 학대를 받은 적이 있고, C는 아버지의 음주벽과 학생 시절의 따돌림을 겪은 적이 있었다. 1심법원은 살인의 미필적 고의를 인정하면서, A에 대해서는 유가족이 선처를 호소(합의)하고, 또한 불우한 환경에서 성장한 점, 20세 미만의 소년으로서 교화 및 개선의 여지가 없다고 단정하기 어렵다고 보이는 점을 이유로 장기 15년 단기 7년을 선고했고, C에 대해서는 불우한 가정환경에서 성장한 점, 다른 범죄경력이 없는 점, 아직 22세에 불과한 점, 유가족과 합의한 점 등을 근거로 징역 15년을 선고했다. 고등법원 또한 살인의 미필적 고의를 인정하면서, A와 C의 과거력과 정신감정 결과, 유가족들과의 합의를 고려하면 원심의 양형이 무겁다고 판단된다면서, 각각 징역 12년을 선고했다. 그러나 C의 범행에 대하여 대법원은, 불우한 가정환경과 따돌림으로 인해 내재된 폭력성이 범행에서 발현된 것인 점, 경계선 수준의 지능으로 사회적인 규범이나 도덕적 이해능력이 부족한 것으로 진단된 점 등을 근거로 양형부당을 인정하며 원심을 파기했다.

(6) 성격장애(의심)/연인의 부모 살해 및 그 범행 중의 연인 준강간(#18 판례)

교제(2달)하던 두 남녀(24세 남성A, 19세 여성B)가 A의 폭행으로 결별하게 되었는데, A가 계속 B의 주변을 맴돌아 상황이 악화되었고, 앙심을 품은 A가 배관공으로 위장하고 침입하여 B의 어머니와 아버지를 살해했다. 그 과정에서 B는 부모를 살리기 위한 절박한 타협수단으로 A의 성관계 요구에 응하기도 했으며, 결국 4층에서 뛰어내려 전치 16주의 중상을 입었다. 범행 후 A는 자취방에서 술을 마신 채 잠을 자다 체포되었다. A는 군복무 시절 폭행죄로 집행유예를 선고받은 전력이 있었다. 심리검사에서, 욕구충족과 관련한 행동통제의 어려움이 있다고 평가되었고, 면담 중의 진술에서는 죄의식이 낮고, 피해자에게 책임을 전가하는 태도를 보인다고 평가되었다. 면담 및 심리검사서서, 거절·비난·반대에 취약하고,

스트레스에 직면하면 적대적이고 공격적인 모습을 보이며, 타인의 동기나 의도를 개의치 않고 자신의 욕구에만 초점을 맞춰 행동하지만, 인지능력은 정상 범주에 속한다고 평가되었다. 고등법원은 A의 행위가 그 내면의 악성을 그대로 보여주는 점, 범행의 계획이 치밀하고 결의가 확고한 점, 범행의 내용이 극악한 점, 재범의 위험성이 높은 점을 이유로 사형을 선고했고, 대법원은, 고등법원의 판시 사유에 더하여, 피해자의 정신적·신체적 피해가 극심하고, 피해자 양친의 살해 범행 중에 그녀의 항거불능상태를 이용하여 간음한 점을 지적하며 원심을 확정했다.

고 찰

범죄와 관련한 책임능력의 의학적, 규범적 판단은 범죄행위 당시의 사물변별능력과 의사결정능력이 그 기준이 되어야 하는 것으로, 그것을 공판단계에서 판단내리는 데에는 심각한 난점이 잠재해 있다. 정신감정은 대개 공판단계에서 시행되기 때문에 범행 당시와의 시간차로 인한 어려움이 있고, 사법정신감정에 대한 표준화된 기준이 국내에는 확립되어 있지 않다는 점도 어려움을 가중시킨다[6]. 정신감정의 사전적 정의는, 법관이 전문가에게 의뢰하여 피의자의 정신상태를 의학적으로 판정하는 일로서[20], 범행 당시의 형사책임 능력의 여부를 판정하고자 하는 것이다[21]. 이를 위해 감정인은 통상 30일간 생물학적 검사와 임상심리학적 평가 방법을 통해 정신장애 유무를 최종적으로 판단하고, 평가를 위해 한국판 웨슬러 지능검사(Korean-Wechsler Adult Intelligence Scale, K-WAIS), 간편정신상태 평정척도(Brief Psychiatric Rating Scale, BPRS), 병식 평가 척도 한국판(Korean Version of the Scale to Assessment Unawareness of Mental Disorder, SUMD-K) 등을 활용하며[22], 아울러 뇌파검사, 심전도 검사, 혈액 검사, 소변 검사 등 신체 증상에 대한 검사도 실시하여[23], 이러한 일련의 검사 결과를 기반으로 정신질환 및 심신장애에 관한 정신감정 소견을 작성하게 된다. 여러 평가와 검사 결과에 기반한 감정의견을 참조하여 법관은 정신질환의 진단명과 그 특성, 범행의 계획성 여부, 과거 병력과 범죄전력, 범행 전후의 상황 등 다양한 요인들을 종합한 후, 범행 당시의 피고의 심신장애 여부를 규범적으로 판단하고 양형을 결정하게 된다. 본 연구에서 분석한 판례를 보면, 심신장애의 인정은 매우 드물어서, 19건 중 심신상실을 인정한 건은 1995년의 판결 1건(5.2%)뿐이었고, 심신미약을 인정한 건은 2006년-2020년 사이의 판결로 5건(26.3%)에 그쳤다.

심신장애의 인정에 관한 국내 연구를 보면, Choi 등[24]은 1990-1997년의 정신감정 결과와 이에 따른 법원의 심신장애 판단 75건을 분석했는데, 정신감정은 44건(58.7%)에

서 심신상실을 인정하고, 26건(34.7%)에서 심신미약을 인정했으나, 법원은 16건(21.3%)에서 심신상실을 인정했고, 44건(58.7%)에서 심신미약을 인정했다. 2000년 이후에는 이전과는 다른 양상을 보이는데, Moon 등[22]이 2005-2021년까지의 정신감정 결과와 법원의 판단을 분석한 바에 따르면, 84건 중 정신감정은 8건(9.5%)에서 심신상실을 인정했고, 61건(82.1%)에서 심신미약을 인정했으나, 판결문을 확인할 수 있었던 51건에서의 법원의 판단을 보면, 심신상실의 인정은 전혀 없고, 심신미약의 인정은 35건(68.6%)이었다. 이러한 결과는 아마도 심신상실이 인정되어 책임무능력을 사유로 처벌을 면하게 되었을 경우, 일반대중의 법감정이 손상될 수 있다는 우려와 함께, 재범의 위험성과 관련한 사회적 비난에 대한 법관의 부담으로 인하여 심신상실 대신 심신미약을 인정하는 절충적 타협을 하고 있는 것은 아닌지 의심된다. 앞선 Choi 등[24]의 연구에서, 정신감정과 법원의 일치율은 약 50%였는데 75건 중 40건(심신상실 16건, 심신미약 19건, 심신건재 5건)에서 일치를 보였다. 그러나 그 수치를 구체적으로 살펴보면, 감정인은 심신상실 44건, 심신미약 26건, 심신건재 5건으로 판단한 반면, 법원의 판결은 심신상실 16건, 심신미약 44건, 심신건재 15건으로, 특히 심신상실의 인정이 감정의견에서 보다 훨씬 낮은 결과를 보이고 있어, 이러한 연구결과 또한 같은 맥락을 반영하고 있다고 생각된다.

심신장애가 인정된 6건 중 5건에서의 공통점은 피고가 정신병력 및 그와 관련된 범죄전력을 갖고 있었다는 것이고, 이를 통해 범행 이전부터의 정신질환이 인정되거나 그와 관련한 범죄전력이 있는 경우에는, 심신장애가 인정될 가능성이 높아지는 것으로 보인다. 이와 같은 경향은 심신장애 인정 취지 재심리 판례에서도 확인되는데, 3건 모두에서 과거 병력 및 범죄전력이 기재되어 있고, 심신장애에 대한 법관의 심리내용이 담겨있으며, 특히 재심리 판례에서는 피고의 심신장애를 제대로 심리하지 않은 것이 위법하다고 상급심이 판시하고 있다. 반면, 법원이 심신장애 여부에 대한 심리내용이나 판단 결과를 기재하지 않은 판례에서는 6건 중 5건에서 정신질환의 과거력에 관한 내용도 찾아볼 수 없었다.

정신감정은 19건 중 16건에서 실시되었고, 그중 정신감정 결과를 포함하여 법원의 규범적 판단이 판결문에 기재된 판례는 9건(56%)이었으며, 정신감정을 실시했음에도 법원의 규범적 판단 내용이 판결문에 기재되어 있지 않은 경우가 5건, 실시된 정신감정 결과의 신뢰성을 이유로 재심리를 판시한 경우가 1건, 그리고 나머지 1건은 부정 취지의 재심리를 판시한 사례였다. 정신감정을 실시하지 않은 판례도 3건이 있는데, 그중 2건에서는 대법원이 심리미진의 위법을 지적하며 재심리를 판시했으나, 다른 1건은 정신감정도 실시되지 않았고, 심신장애에 대한 법원의 규범적 판단의 내용도 기재되어 있지 않았다.

조현병은 심신장애의 인정이 가장 흔히 이루어지는 정신질환이다[22,24]. 본 연구에서 분석한 판례에서도 조현병 스펙트럼 장애가 6건으로 가장 많이 등장하는데, 이들에 대한 법원의 판단을 보면, 심신상실 인정 취지 1건(#2)을 포함한 총 4건(#3, #5, #6)에서 심신장애가 인정되었다. 이들 4건의 공통점은 조현병이라는 진단명과 함께, 사물변별능력의 저하가 정신감정서에 기술되었고, 범행 전후 및 범행 당시의 환청이나 망상 등 정신병적 증상으로 보이는 언행이 기재되었다는 것이다. 나머지 2건은, 심신장애의 부정이 1건(#4), 심신장애에 대한 언급 없음이 1건(#1)이었는데, 이들 판례는 피고의 정신병적 증상에 관한 언급이 정신감정서에 없었다.

소아기호증의 진단과 책임능력의 판단은 또 다른 관점에서 사회적 주목을 요하는 부분이다. 소아기호증으로 진단된 자가 그 장애의 내용에 따라 소아를 대상으로 성범죄를 저질렀을 때, 그 범죄를 질병으로 인한 증상의 하나로 볼 것인가, 그래서 책임무능력을 인정할 것인가의 문제가 초미의 관심사가 될 수밖에 없기 때문이다. 19건 중 소아기호증은 3건인데, 1건(#8)은 심신장애를 부정했고, 1건(#7)은 심신장애를 부정하는 취지의 재심리 선고였으나, 나머지 1건(#9)은 심신장애의 여부를 판결문에서 언급하지 않고 있다. 결과적으로는 3건 모두 심신장애가 부정되기는 했지만, 판례 #7은 하급심에서 심신장애가 인정되기도 했다. 그 사건 하급심(고등법원)은 (1) 피고의 과거력(동일 범죄전력), (2) 지속적으로 여아를 대상으로 성욕을 느낀다고 진술한 임상심리검사 결과, 그리고 (3) 정서적 문제(우울, 불안, 충동성)가 발견된 점을 근거로 소아기호증과 함께, 범행 당시의 심신미약 상태를 인정했다. 그러나 대법원은 (1) 치료를 받은 적이 없는 점, (2) 계획적 범행인 점, (3) 사회적 활동에 지장이 없어 보이는 점, (4) 정신병적 증상이 의심되지 않는 점을 이유로 소아기호증이 범행에 미친 영향은 적어 보인다고 지적하면서, 재심리를 판시했다. 아마도 의식이 명료하고 지남력과 판단력이 보존되어 있으며, 정신병적 증상(망상, 지각장애 등)이 없다고 한 정신감정 결과가 판결에 영향을 미쳤을 것으로 생각된다.

소아기호증의 심신장애 인정은 여러 각도에서 면밀하게 살펴보고 결정되어야 한다. 아동을 대상으로 한 성범죄자가 모두 소아기호증으로 진단되는 것이 아니고, 소아기호증이라는 진단명이 곧 심신장애의 인정 사유가 되어서는 곤란하다. 왜냐하면 아동 대상 성범죄자 중에는 소아기호증이 원인이 되는 경우도 있지만, 반사회적 성격장애도 그와 같은 범행을 저지할 수 있고[19], 소아기호증을 가진 자의 25% 내지 47%에서 반사회적 성격장애를 동반한다는 보고도 있으므로[25], 더욱 신중한 진단과 판단이 필요하고, 따라서 아동에 대한 확실한 '성적 선호도'가 확인된 경우가 아니라면, 이들은 소아기호증이 아닌 반사회성 성격장애로 분류되는 것이 타당하다[26].

심신장애의 판단이 어려워지는 데에는 다양한 원인과 이유가 있을 것이지만, 그중에는 전문가의 감정 의견이 확정적이지 않거나 모호한 경우(4건)나, 전문가들의 감정 의견이 상반되는 것도 주요한 이유가 되고 있는 것으로 보인다. 19건 중에서 감정 의견이 상반된 사례가 2건 확인되는데, 우울장애 판례(#14)와 적응장애 및 우울장애 판례(#19)가 그 예들이다. 우울장애 판례(#14)에서는 재범의 위험성에 관한 전문가들의 의견이 배치되는데, 한 전문가는 정신질환으로 인해 재범의 위험성이 높다고 평가한 반면, 다른 전문가(주치의)는 치료가 수반되면 재범의 위험성도 감소될 것이라고 평가했다. 한편, 적응장애 및 우울장애 판례(#19)에서는 피고의 정신질환 진단명에 관한 의견이 배치되는데, 감정의는 아스퍼거증후군이라는 진단명을 제시하며, 피고가 범행(유인 및 살인) 당시에는 심신미약 상태가 아니었지만, 범행 후의 치료과정(시체손괴 등)에서 자폐적 성향이 드러나고 있다고 하면서, 이 당시, 즉 시체처리과정에는 심신미약 상태였다고 증언했으나, 검찰측 전문가는 피고에 대해 조현병이나 아스퍼거증후군 어느 쪽으로도 보기 어렵고, 면담자료와 범행의 동기, 수법 및 과정 등에 주목할 때 오히려 사이코패스에 가깝다고 주장했다. 여기서 두 전문가 중 누구의 의견이 의학적으로 더 타당한 것인지를 연구자의 입장에서 논하기는 어려우나, 피고측 감정 의견의 경우 진단의 경계가 매우 모호한 정신장애를 주장하며, 심신미약의 시점도 유인 및 살인 범행의 당시가 아닌 시체처리 과정에서의 발현임을 주장함으로써, 심신미약의 인정을 통한 감형을 의도했던 것은 아닌지 의심된다.

재범 위험성은 심신상실이 인정되는 상황에서조차도 양형을 가중시키는 주요 요인이 되고 있음을 여러 판례에서 보게 된다. 19건 중 재범의 위험성을 언급한 판례는 10건이며, 이 중 5건에서 심신장애(#3, #5, #6, #10, #14)를 인정받았고, 3건은 심신장애의 부정(#8, #19) 또는 부정 취지(#7)였으며, 2건은 심신장애에 관한 언급이 없는 판례(#13, #18)였다. 심신장애가 인정된 사건은 대개 징역형과 함께 치료감호를 선고 받았고, 심신장애가 부정된(부정 취지 포함) 사건은 각각 무기징역(#8), 20년형(#19, 소년범), 15년형(#7)이었으며, 심신장애의 언급이 없는 두 사건은 모두 사형(#13, #18)이 선고되었다. 사형이 선고된 이들 판례를 구체적으로 살펴보면, #13 판례에서는 정신감정 결과에 사물변별능력과 의사결정능력이 존재하다는 의견이 포함되어 있으나, #18 판례는 면담 및 심리검사 결과만이 기재되어 있을 뿐으로, 인지능력이 정상 범주라는 의견 외에는, 정신감정의 구체적인 내용이 확인되지 않았다. 이들 2건의 판례에서 법원은 정신감정 또는 심리평가 내용의 일부인 '사물변별능력과 의사결정능력 존재', '인지능력 정상 범주' 같은 내용을 언급하면서 심신장애를 부정하는 근거로 인용하고 있다. 또한 이들의 범행 내용이 총기난사를 통한 동료 살해, 헤어진 연인의 양친 살해와 그 범행

중의 연인 준강간과 같이, 잔혹하고 반인륜적인 범죄였다는 점도 법관의 심신장애 심리에 영향을 끼쳤을 것으로 보인다.

재범 위험성에 관한 연구에서, 정신질환 상태가 재범에 미치는 영향을 분석했을 때, 다른 변인들을 통제한다면 정신질환은 재범 발생에 유의미한 영향을 미치지 않는다는 보고가 있다[27]. 즉 정신질환이 있다는 사실만으로 재범의 위험성이 높다고 평가하는 것은 정당성을 인정받기 어려우며, 정신질환과 여러 개인적, 환경적 요인이 연합되었을 때 재범의 위험성이 높아진다고 보는 것이 합당할 것이다. 인간이라면 누구나 범죄를 행할 가능성이 없지 않다고 전제한다면, 한 번이라도 범죄를 저지른 사람은 일반인보다 상대적으로 높은 재범 위험성을 갖으리라는 것이 논리비약일 수 없으므로, 재판과정에서의 재범 위험성의 심리에는 적절한 치료적 조치와 범죄 억제를 위한 제도적 개입(보호관찰 등)이 있음에도 불구하고 다시금 범죄를 행할 가능성으로 정의하는 것이 보다 바람직할 것으로 생각된다.

법원이 심신장애의 여부를 판단하기 위해서는, 정신질환의 여부와 구체적인 진단명이 확인될 필요가 있으므로, 심신장애의 평가 과정에서는 정신감정이 필수적인 절차로 이해된다. 그러나 현행 형사소송법(제169조[감정])상, 법원은 학식 경험있는 자에게 감정을 명할 수 있다고 규정하고 있어, 책임능력의 판단을 위해 정신감정을 명할 것인지 여부는 법원의 재량에 속하므로[28], 법원이 정신감정 절차를 거치지 않았다고 하여 절차적 흠결이 있다고 할 수는 없을 것이다. 다만, 형법 제10조의 입법 취지를 위해서는 모든 피고에게 심신장애의 심리에 대한 공정한 기회가 주어져야 하고, 그 과정에서 전문가의 감정을 필수적 절차로 해야 하며, 법관이 그 결과를 참조하여 심신장애의 여부를 심리하고 양형을 결정함에 있어 심신장애의 인정 혹은 부정 사유에 대한 논거를 적극적으로 밝히게 함으로써, 심신장애의 논증에 관한 우리 사회의 자료를 축적해나갈 필요가 있다고 생각된다.

범행 당시 피고의 상태가 법률상의 심신장애의 요건에 미치지 못하는 못하나, 정신질환이 범행에 영향을 미쳤다고 판시하면서 정신질환을 사유로 형을 감경한 3건의 판례(#4, #1, #18)를 보면, 법원은 정신질환을 양형의 요소로 간주하고 있음이 분명해 보인다. 그렇다면, 피고의 과거력에서 정신질환이 확인되거나, 범행의 내용이나 피고의 언행에서 정신질환의 가능성이 의심되는 경우, 공판전 정신감정을 규정화할 필요가 있다. 또한 책임능력의 판단에서 주요 역할을 담당하는 정신감정은 그 중요성에 비추어, 감정의 정확성과 신뢰성을 높이는 실천 방안이 필요하고, 기본적으로 피고측 전문가와 원고측 전문가 양측의 복수 감정인제를 시행하되, 그들 사이에 의견의 불일치가 있는 경우에는 제3의 감정인을 지정하는 제도의 시행이 필요하다.

ORCID: Youn Shin Kim: <https://orcid.org/0000-0001-7407-0421>; Jin Yu: <https://orcid.org/0000-0003-1761-7069>

Conflicts of Interest

No potential conflicts of interest relevant to this article was reported.

Acknowledgments

This research was supported by Basic Science Research Program through the National Research Foundation of Korea (NRF) funded by the Ministry of Education (No. 2020R11A3060590).

References

1. Min SK. Concepts and history of psychiatry. In: Min SK, ed. *Modern psychiatry*. 6th ed. Seoul: Ilchogak; 2015. p. 17-33.
2. Lee JY. *Civil law*. Seoul: Jiphyunjae; 2017. p. 66.
3. Lee JS, Jang YM, Kang DB. *Criminal law*. 9th ed. Seoul: Parkyoungsa; 2017. p. 313, 321.
4. Sin DO. *Criminal law*. 10th ed. Paju: Bobmun-sa; 2017. p. 375.
5. Kim YS, Yu J. Analysis of characteristics of mental disorder-related criminal behavior through precedents. *Korean J Leg Med* 2021;45:46-62.
6. Choi MY. Judgment on the criminal responsibility of perpetrators with mental disorders and their mental examination. *Korean Soc Law Med* 2019;20:83-107.
7. Im SS, You J. Legal reasoning and standards for judging the criminal responsibility of mentally disordered offenders. *J Leg Stud* 2018;26:223-43.
8. Currie G. Imagination, delusion and hallucinations. *Mind Lang* 2000;15:168-83.
9. Langdon R, Turner M. Delusion and confabulation: overlapping or distinct distortions of reality? *Cogn Neuropsychiatry* 2010;15:1-13.
10. Hodgins S, Mednick SA, Brennan PA, et al. Mental disorder and crime: evidence from a Danish birth cohort. *Arch Gen Psychiatry* 1996;53:489-96.
11. Modestin J, Ammann R. Mental disorder and criminality: male schizophrenia. *Schizophr Bull* 1996;22:69-82.
12. Swanson JW, Swartz MS, Van Dorn RA, et al. A national study of violent behavior in persons with schizophrenia. *Arch Gen Psychiatry* 2006;63:490-9.
13. Hodgins S. Violent behaviour among people with schizophrenia: a framework for investigations of causes, and effective treatment, and prevention. *Philos Trans R Soc Lond B Biol Sci* 2008;363:2505-18.
14. Seo SY. Schizophrenia. In: Min SK, ed. *Modern psychiatry*. 6th ed. Seoul: Ilchogak; 2015. p. 253-79.
15. Sadock BJ, Sadock VA, Ruiz P. Kaplan and Sadock's synopsis of

- psychiatry: behavioral sciences/clinical psychiatry. 11th ed. Philadelphia, PA: Lippincott Williams & Wilkins; 2014. p. 309.
16. Kang HJ. Intellectual disability. In: Min SK, ed. Modern psychiatry. 6th ed. Seoul: Ilchogak; 2015. p. 618-24.
 17. World Health Organization. International statistical classification of diseases and related health problems [Internet]. Geneva: World Health Organization; 2016 [cited 2021 Dec 15]. Available from: <https://icd.who.int/browse10/2016/en>.
 18. American Psychiatric Association. Diagnostic and statistical manual of mental disorders (DSM-5). 5th ed. Washington, DC: American Psychiatric Publishing; 2015. p. 719, 747.
 19. Arbanas G, Marinovic P, Buzina N. Psychiatric and forensic characteristics of sex offenders with child and with adult victims. *Int J Offender Ther Comp Criminol* 2020 Jul 23 [Epub]. <https://doi.org/10.1177/0306624X20944673>.
 20. Doopedia. Mental examination [Internet]. Seoul: Doosan Corp.; 2000 [cited 2022 Jan 9]. Available from: <http://www.doopedia.co.kr>.
 21. Nam YY. Forensic psychiatry and ethics. In: Min SK, ed. Modern psychiatry. 6th ed. Seoul: Ilchogak; 2015. p. 885-904.
 22. Moon S, Park S, Cho J, et al. Actual judgment of criminal responsibility as seen through the criminal psychiatric examination of a psychiatric hospital. *J Korean Neuropsychiatr Assoc* 2021;60:354-65.
 23. Kwon JH, Choi SS, Lyu MK, et al. The preliminary research for making judgment on not guilty by reason of insanity and guilty but mentally ill. *Korean J Leg Med* 2008;32:111-7.
 24. Choi YJ, Cho JH, Kwon JW. Characteristics of the patients subjected to the mental disability evaluation and legal decisions. *J Korean Neuropsychiatr Assoc* 1998;37:903-12.
 25. Garcia FD, Thibaut F. Current concepts in the pharmacotherapy of paraphilias. *Drugs* 2011;71:771-90.
 26. Choi YS, Kwak DH. A study on discriminatory characteristics of pedophilia by classification method of lanning. *Korean Crim Psychol Rev* 2016;12:169-94.
 27. Cho YO. An impact of physical and mental illness of offenders on recidivism: focused on probationers under electronic monitoring. *J Soc Sci* 2020;27:49-68.
 28. Choi MY, You J. A study on psychiatric examination in the criminal justice system. Seoul: Korean Institute of Criminology and Justice; 2017. p. 291-311.