

형사법정 전문심리위원제도 활용실태 연구: 심리학 분야를 중심으로*

이 수 정**

국 | 문 | 요 | 약

2008년 형사소송법 개정 이후, 한국형 배심제가 시작되었고, 일반 형사재판에서도 공판중심주의가 한층 강화되었다. 현재 우리나라도 형사재판에서의 전문심리위원의 활용 예에서 특히 사회과학 분야 연구자들의 참여가 전체 사건 수 중 74%로서 증가추세에 있다고 한다. 그럼에도 불구하고 미국 등의 선진국과는 달리 국내에서 전문가의 공적 영역에서의 활용은 아직 제한적이다. 이는 전문가 참여에 대한 실무자들의 정확한 이해 부족으로 인한 오해로부터 기인한다고 판단되었다. 따라서 본 논문은 전문가 증언이 활발하게 시행되고 있는 미국의 재판제도를 중심으로 하여 특히 심리학 관련 영역에서 전문가 증언을 포함한 전문증거에 대한 허용 추세가 어떻게 변경되어 왔고, 사안 별로 어떠한 형태의 전문 증거 및 전문가 증언이 허용되고 있는지를 살펴보았다. 또 미국의 경우와 비교가 가능한 우리나라에서의 전문가 증언의 유사 형태가 현재 어떻게 집행되고 있는지 살펴보았다. 본 논문은 현재의 제도를 보완하는 전문가 참여 절차를 마련하고 법정심리 분야에 특화된 평가도구들에 대한 수련과정을 정립시키고, 나아가서는 사법기관에서도 전문심리위원의 심리과정에 대한 이해와 협조를 구하고자 작성하였다.

- ❖ 주제어 : 전문가 증언, 전문심리위원, 심신상실, 위험성평가, 진술타당성분석, 뇌영상 증거, 매 맞는 아내 증후군

* 본 연구는 2010년도 경기대학교 일반연구과제(2010-028)의 지원금으로 수행되었음.

** 경기대학교 범죄심리학과, 교수

I. 공판주의의 강화와 전문가 증언제도의 활용

2008년 1월 1일부터 ‘국민의 형사 재판 참여에 관한 법률’과 대폭 개정된 형사소송법이 시행되었다. 즉 이때부터 한국형 배심제가 본격적으로 시작되었고, 또한 일반 형사재판에서도 공판중심주의가 한층 강화되었다. 최근 법학자(심희기, 2008)들은 공판중심주의가 강화되면 종전에 비하여 피의자의 자백조서와 참고인의 진술조서, 법과학자의 감정서가 증거로 제출·채택되는 빈도는 낮아지는 반면 피고인의 법정진술, 증인의 법정증언, 법과학자의 법정에서의 감정의견(live expert testimony) 진술의 중요성이 점점 더 부각되고 활용빈도도 늘어날 것이라 예상하였다. 이 같은 예견은 영미법국가의 사례에서 찾아볼 수 있다. 우리와 다르게 이전부터 전문가 증언이 빈번히 이루어지고 있는 미국의 경우, Faigman과 Monahan (2005)은 법원이 임명한 전문가들이 판사들과 배심원들의 실증과학적 지식을 향상시키고 있으며 동시에 실증과학적 증거에 기반한 재판(공판중심주의와 유사)은 전문가들이 재판을 위해 제공하는 증언의 정교함을 증가시키고 있다고 지적한 바 있다. 허나 소극적으로 이루어지던 감정제도 이외에 공판정에서의 전문심리위원의 활용이 최근에서야 도입된 국내 법원의 경우, 전문가들의 증언이 재판 과정 중에 어느 정도 허용이 되고 있으며, 어떤 종류의 증언이 일반적으로 허용되고 있는지에 대한 연구는 많지 않다.

본 연구는 따라서 전문가 증언이 활발하게 시행되고 있는 미국의 재판제도를 중심으로 하여 특히 심리학 관련 영역에서 전문가 증언을 포함한 전문증거에 대한 허용 추세가 어떻게 변경되어 왔고, 사안 별로 어떠한 형태의 전문 증거 및 전문가 증언이 허용되고 있는지를 살펴보고자 하였다. 또한 미국의 경우와 비교가 가능한 우리나라에서의 전문가 증언의 유사 형태가 현재 어떻게 집행되고 있는지 살펴보았다.

한국을 포함한 대륙법계에서는 전문 증거들의 법정 유입 기준보다는 판결에서 이들 증거들이 어떻게 고려되어야 하는가에 더 많은 관심을 둔다(Langbein, 1985; 이진국, 2011; 이인영, 2010). 반면 영미법체제에서 판사는 증거에 대한 허용 여부를 결정하는 문지기(gatekeeper)로서의 역할을 주로 한다(박광배, 1997; 김민지,

2010). 그러다보니 영미법계에서는 다양한 판례를 통해 어떤 종류의 증거는 법정에서 허용이 되고 어떤 증거는 배제되어야 하는지에 대한 통제기준을 정하기 위해 많은 노력을 기울여 왔다. 소위 학계의 일반적 수용(*general acceptance*)을 전문증거의 허용기준으로 삼은 *Frye* 기준이나 그보다는 전문 증거로서 제시되는 과학적 사실들의 신뢰성을 더욱 중요시한 *Daubert* 기준이 바로 그것이다. *Daubert* 기준의 핵심은 네 가지로서 ① 전문 증거의 검증가능성, ② 관련 자료의 학술 보고 여부, ③ 전문 증거 추출 방법의 오차율, ④ 관련 학계에서의 일반적 수용 여부이다. 과학적인 지식이 산출된 연구방법의 신뢰성까지를 고려하는 *Daubert* 기준은 따라서 *Frye* 기준보다는 더 엄격하다(*Faigman, 1989*). *Daubert* 사건 전 후에 이루어진 전문가 증언의 허용율을 비교하여 보면 이 같은 사실을 확인할 수 있다(*Krafka, Dunn, Johnson, Cecil, & Miletich, 2002*).

법정에서 전문가들이 제시하는 전문증거의 성격에 초점을 두는 영미법의 경우와는 달리 대륙법계인 우리나라의 전문가 증언은 매우 단순하게 허용기준을 정하고 있다. 형사소송법 169조에 따르면 법원은 전문가의 의견이 필요한 경우 ‘학식과 경험에 있는 자에게 감정을 명할 수 있다’고만 정하고 있다. 형사소송법 279조에서 명기하고 있는 전문심리위원 역시 ‘전문적인 지식’을 갖고 있는 자로만 정하고 있다. 그러다보니 감정인이든 전문심리위원이든 이들이 제시하는 전문 증거들의 형태가 어떠한 기준을 따라야 하는지에 관하여서는 상당히 불분명하다. 본 연구는 이 같은 문제의식에 착안하여 영미법정에서 허용되고 있는 심리학 분야의 전문가 증언이 어떠한 형태의 증거들로서 구성이 되는지를 살펴봄으로서 국내 재판의 활용 여부를 타진해보고자 하였다.

II. 전문가 증언에 활용되는 사회과학적 지식의 내용

국내의 경우 전문가 증언이라고 하면 일반적으로 정신감정만을 상상하지만 미국의 경우 전문가가 재판과정에서 의견을 개진하는 과정은 매우 다양하다. *Monahan*에 따르면 미국의 법원은 사회과학 연구를 3가지 서로 다른 목적으로 활용한다고

한다: 법을 만들기 위한 목적, 사실을 밝히기 위한 목적, 맥락을 제공하기 위한 목적. 즉 전문가 증거는 세 가지 목적, 법 제정은 사회적 권위로서, 사실을 밝히는 것은 사회적 사실로서, 맥락을 제공하는 것은 사회적 틀로서 활용된다는 사실을 알 수 있다(Monahan & Walker 1986; Walker & Monahan 1987; Monahan & Walker, 1991). 좀 더 자세히 설명하자면 첫 번째 목적인 사회적 권위란 법의 규정이나 사법정책을 수립하는 데에 있어 사회과학적 지식을 공식적으로 활용하는 것이다. 예를 들면 사형 선고에 대하여 대법원은, 사형집행의 심리적인 억제 효과에 대한 경험적인 증거, 사형제도에 대한 대안을 활용할 가능성, 사형제도를 반대하는 배심원의 편향 정도 등과 관련하여 사회과학적 지식에 주의를 기울여 왔다(Gregg v. Georgia 1976, McCleskey v. Kemp 1987, Lockhart v. McCree 1986). 심리학적 연구를 토대로 과거 미국 대법원의 편견에 맞서는 사례로는 학교의 인종차별(Brown v. Board of Education 1954), 성적 학대 아동피해자에 대한 비디오장치를 활용한 증언제도(Maryland v. Craig 1990), 의사의 자살방조 여부(Washington v. Glucksberg 1997), 배심원의 크기로 인한 영향(Ballew v. Georgia 1978), 남녀의 학습스타일(United States v. Virginia 1999) 등이 있다(Faigman & Monahan, 2005).

두 번째 사실을 밝히기 위한 목적으로 사회과학을 활용하는 사례는 특정 소송과 관련된 경우에만 적용된다. 영미법에서 재판 전에 꼭 다루어지는 재판을 받을 능력(competence to stand trial)에 대한 심사절차에서 심리학자들은 다양한 감정증거들을 제공한다(Slobogin, 2002). 예를 들자면 임상 전문가들은 피고인이 법정에서 출석할 수 있는지, 무죄를 주장할 수 있는지, 적절히 증언할 수 있는지, 자신의 권리를 포기할 수 있는지, 부모가 될 수 있는지, 치료에 대해 동의하거나 거부할 수 있는지, 재판받을 준비가 되었는지 등, 갖가지 법적 의사결정에 있어 정신 장애의 존재(예를 들어 정신 이상 방위와 책임감경, 노동자 보상에 대한 불법 행위의 피해, 장애인 법을 적용해야 하는지), 폭력성과 같은 미래행동에 대한 예측(예를 들어, 민사범죄, 성범죄, 아동 구금)등에 관여한다(Melton et al., 1997, Heilbrun et al., 2002, Goldstein, 2003, Grisso, 2003).

마지막 목적으로서 사회과학은 사회적 틀 안에서 사회의 권위와 사회적 사실의

조화로서 관련성을 가진다. 즉 사회적 틀에서 특별한 논쟁이 있는 이슈들은 사회과학적 연구의 결과로서 혹은 사회과학 이론으로서 주장된다. 예를 들면 강간범에 대한 살인사건에서 강간피해에 기인한 PTSD로서 “강간 외상 증후군”이란 변론을 사용하는 것을 생각해 볼 수 있다. 이 사례는 물론 여전히 많은 논란(Frazier, 2002)은 있으나 세 번째 목적을 위한 좋은 예이다.

전문가 증언에 대한 목적에 따른 분류 이외에 Imwinkelreid(1981)는 전문가 증언을 기술적 유형으로 나누어보기도 하였다. 그는 전문가 증거를 세 가지 부류로 나누었다: ① 양적인 결과를 제공하는 기술(예를 들면 가스 크로마토그래피나 “음주측정기”) ② 양적이지 않은 시각적으로 제시하는 기술(예를 들면 폴리그래프나 “거짓말 탐지기”) ③ 전문가의 직관이나 판단에 의존하는 기술(예를 들면 정신과 의사의 정신이상 평가). 증거가 얼마나 과학적인가에 대한 배심원의 지각은 배심원의 결정에 대해 전문가 증언의 영향을 조정할 것이다. Imwinkelreid(1981)에 따르면 전문가의 판단에 기초한 증언, 즉 세 번째 형태는 배심원에게 가장 적게 감명을 주는 경향이 있는 반면 시각적인 전시를 제공하는 기술을 배심원들은 더 과학적인 것으로 지각한다고 한다. 본 논문에서는 이 같은 사회과학 분야의 전문가 증언 중 심리학의 실증적 접근방법이 비교적 활발하게 활용되는 주제들을 중심으로 하여 국내외의 사례를 비교해보기로 한다.

1. 책임능력 판단을 위한 정신감정

보통법(Common law)에서 재판을 받을 능력(competence to stand trial)과 정신 이상 변호와 연관된 법조항은 정신장애나 결함이 있는 개인들이 공정하고 적절하게 취급받을 권리를 보장하기 위해 정립되었다(Melton et al., 1997). 재판정에 서기 위해 피고인은 혐의의 본질과 소송절차를 이해해야 하고 변호인과 의사소통을 할 능력을 갖추어야 한다(Criminal Code of Canada, 1992). 만약 피고인에게 이 능력들이 결여되어 있다면 정신장애 때문에 피고인은 재판받기에 적합하지 않은 것으로 여겨진다. 재판을 받을 능력이 재판이 진행되는 그 순간의 피고인의 정신상태와 관련된 문제인 반면, 정신이상 변호는 피고인의 범행 당시의 정신 상태와 관련

이 있다. 특히 캐나다의 경우 범행 당시, 피고인이 정신장애로 인해 법조항을 이해하고 있었는지, 즉 범죄가 잘못된 것이란 사실을 알고 있었는지가 중요하다(Criminal Code of Canada, 1992, s. 16.1). 미국의 경우에도 주마다 법이 다르지만 대부분의 주의 기준은 캐나다의 기준과 매우 유사하다(Ogloff, Roberts, & Roesch, 1993). 정신이상에 의해 형사책임능력을 배제하게 만든 사건은 1843년 영국의 McNaughten 사건이다. 당시 영국의 수상이었던 Robert Peel을 암살하려던 피고인에 대하여 법원은 정신이상에 의하여 무죄라는 판결을 내렸다(Regina v. McNaughten, 1843). 이전에도 유사한 사건은 존재하였지만, McNaughten 사건은 법이 새로이 제정될 정도로 획기적인 사건이었다. “McNaughten 조항”에 대하여 영국 상원(Finkel, 1988)은 “정신이상 변호가 성립하기 위해서 피고인은 범행 당시 다음과 같은 결함으로 고생하고 있어야 한다. 정신장애로 인해 그가 하고 있었던 일의 본질을 모르거나 그가 알고 있었다고 하더라도 그가 하고 있었던 일이 무엇이 어떻게 잘못되었는지 모르고 있어야 한다”고 명시하였다.

일본, 우리나라를 제외한 대부분의 대륙법계 국가들은 형법의 책임능력과 관련된 규정에서 정신장애의 개념을 정의하고 있다. 예컨대, 독일은 형법 제20조에서 “병적 정신장애(정신병), 심한 의식장애, 정신박약, 기타 중대한 정신이상으로 인하여 불법을 인식하고 그 인식에 따라 행위할 수 없는 자”를 책임무능력자로 규정하고 있다. 이렇게 독일은 소위 생물학적 요소(정신장애 등), 심리학적 요소(판별능력, 제어능력)를 모두 책임무능력의 구성요소로 규정하고 있다(岡田行雄, 2002). 반면 우리나라의 형법총칙 제10조에는 심신장애자에 대한 구체적 규정이 없다. 대신 심신장애자를 ‘사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자’로 애매하게 규정하고 있다. 따라서 책임무능력이란 정신장애의 생물학적 기초에 근거하여 행위자가 사물을 변별하고 의사를 결정할 심리적 능력이 있었는가 여부를 검토하여 결정한다(이진국, 2011). 이때 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력은 행위 시를 기준으로 판단하여야 하며 이는 McNaughten 조항이나 이후 미국에서 생성된 Model Penal Code 제4조 1항과 크게 다르지 않다(이인영, 2010).

정신장애 범죄자의 책임능력 여부를 판단하기 위해 정신의학 전문가 등에게 정신감정을 의뢰해야 한다는 것이 학계와 대법원의 공통된 의견이다(이경숙 외,

2002). 다만 대법원은 “심신장애의 유무 및 정도의 판단은 법률적 판단으로서 반드시 전문감정인의 의견에 기속되는 것이 아니고 범행의 경위, 수단, 범행 전후의 피고인의 행동 등 기록에 나타난 관계 자료와 피고인의 법정 태도 등을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있다”고 하여 최종 판단은 법원의 재량이라 정하고 있다(대판 1995.2.24, 94도3163; 대판 1999.8.24, 99도1194.). 또 강동욱(2004)의 의견에 따르면 법관의 사법적 판단으로서 그 존부를 결정하고 있고, 생물학적 요소는 행위 시 정신장애의 존부판단을 위한 자료로서 감정인의 의견을 참작해서 고려하고 있음에 불과하다고 한다. 하지만 최근의 판례(대법원 2009.4.9. 선고 2009도 870판결)는 정신질환의 병력을 가진 피고인이 범행 당시에 심신장애 상태인지 정신과 전문의로 하여금 감정하게 하지 않거나 객관적 정신감정기관을 통해서 자세한 정신감정을 실시하지 아니하면 심리미진의 위법이 있다고 판시하고 있기 때문에, 법원의 자의적인 재량이 무작정 허용되는 것은 아니다. 이는 미국에서도 비슷한 추이로서 정신장애의 존재 여부에 관한 감정의 결과는 형사책임능력의 부재나 부적합성을 찾는 것에 대한 필수조건이지 충분조건이 아니라는 것(Roesch & Golding, 1980)이다. 이는 독일에서 생물학적 요소를 형사책임능력 평가의 기본으로 두는 것과 동일하다.

우리나라의 경우 정신감정은 정신과전문의에 의해 주로 이루어진다. 이는 오래 전 미국에서도 역시 마찬가지였다. 과거 *Jenkins v. the United States* (1962) 사건 이전에 미 법원은 심리학자들의 정신감정 자격에 대해 신뢰하지 못하는 경향이 많았다. *Jenkins* 사건에서도 두 명의 정신과 전문의와 세 명의 심리학자들이 소환되었으나, 법원은 심리학자들은 정신건강을 진단할 자격이 없으므로 심리학자들의 의견을 무시하라고 지침을 내렸다. 그러나 이 같은 결정에 대응하여 미국의 심리학회(American Psychological Association)는 심리학은 과학적인 원리 안에서 잘 정립된 학문이고 임상심리학자들은 훈련을 통해 피고인의 정신상태와 행동들과의 관련성에 대한 의견을 제공할 전문성이 있다고 주장하는 법정친구 소견서(*Amicus Curiae*)를 제출하였다. 미 상소법원은 이를 근거로 1심에서 심리학자의 증언을 배제한 것은 잘못되었다고 판결하였다. *Jenkins*의 기존의 판례를 뒤집은 사건은 심리학자들에게 증언을 할 수 있는 문을 열어주었으며, 이후 심리학자를 전문가로 인정

하는 셀 수도 없이 많은 판결들이 따랐다(Perlin, 1977). 현재 미국에서는 Crime Control Act과 1991년에 재개정된 the Federal Rules(연방증거법) 35조항에 따라 심리학자와 정신과전문의 둘 다 정신건강 전문가로 인정하고 있다.

미국의 심리학자들은 정신과 전문의에 비하여 실증적 증거들을 토대로 정신감정의견서를 제출하는 경향이 있다. 이때 특히 많이 사용되는 책임능력과 관련된 평가 도구로는 Rogers(Rogers, 1984)의 R-CRAS(Criminal Responsibility Assessment Scales)와 Melton(1987)의 MSO(Mental State at the time of Offense)가 있다. 이중 R-CRAS는 몇 명의 임상심리학자들과 정신의학자들에 의하여 개발된 척도로서 25개의 변인들로 구성되는데, Part I은 정신장애를 측정하는데 유의미한 심리학적 변인들의 장애 정도를 측정하고, Part II는 GBMI(Guilty But Mentally Ill)와 McNaghten 원칙과 관련하여 정신장애를 근거로 한 심리학적 책임능력을 판단할만한 요인들을 측정한다. R-CRAS가 평가자의 편견에 의해 결과가 영향을 받는다는 단점이 있어, 보다 높은 평가자간 일치율을 확보할 수 있는 구조화된 면담기법을 개발하였는데, MSO가 바로 그것이다. MSO 면담기법은 시작(Inception) 단계에서 피고에게 면담의 목적, 결과의 통보, 면담에 대한 비밀보장에 대해 설명한다. 그러나, 정신상태에 대한 모든 자료는 법정에 제시해야 하므로 비밀보장의 한계를 명확하게 인식하고 있어야 한다. 둘째, 정찰(Reconnaissance) 단계에서는 과거의 정신병리적 문제의 정도와 종류, 과거의 치료의 종류, 범죄행위의 여부, 주변 환경, 약물 사용의 여부를 파악한다. 셋째, 세밀한 탐문(Detailed Inquiries) 단계에서는 범행 당시의 상황, 생각, 행동, 감정, 태도에 대해 면담함으로써 현재의 정신병리와 범행 당시의 정신병리의 유무가 평가되는데, 이것을 심리적 부검(psychological autopsy)이라고도 한다.

국내의 정신감정은 주로 정신과 전문의에 의해 수행되고 있다. 정신과 전문의는 DSM(Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders)-IV의 기준에 따라 정신장애 진단명을 정의 내리는데, 이때 많은 경우 임상심리사들의 심리평가 결과를 참조한다. 현재 알려진 범행전후 심리상태를 추정하기 위해 심리학자들이 사용하고 있는 심리평가도구로는 MMPI(Minnesota Multiphasic Personality Inventory), KWAIS(Korean Wechsler Adult Intelligence Scale), SCT(Sentence Completion

Test), DAP(Drawing A Person), TAT(Thematic Apperception Test), BGT(Bander Gestalt Test)등이 있다(이수정, 서상진, 2010).

2. 재범 위험성 판단을 위한 위험성 평가도구의 활용

미국에서 민간위탁(civil commitment)이 처음 언급된 것은 1911년에 주 법에서였다. 위험한 성범죄자들을 “결함이 있는 범죄성향을 보이는 사람”이나 정신병질(psychopathy) 범죄자로서 규정하고(Cantone, 2009), 그에 따라 성범죄자에 대한 부가적인 개입이 법으로 나타났다(Mich. Comp. Laws § 780.501-.509, 1937). 이 같은 추세는 이후 범죄행동에 대한 “처벌을 넘은 치료적 목적”을 강조하고자 하는 추세로 이어져 60년대를 지나면서 26개의 주와 콜럼비아 특별구는 법원이 지정한 “성적인 사이코패스(sexual psychopaths)”에 대해 민간위탁을 허가하는 특별법을 만드는 데 이르렀다(Blacher, 1995; Brakel & Cavanaugh, 2000).

미국의 민간위탁은 형의 종료 후 이루어지는 일종의 보안처분으로서 우리나라에서의 사회보호법과 유사하다. 사회보호법은 죄를 범한 자로서 재범의 위험성이 있고 특수한 교육·개선 및 치료가 필요하다고 인정되는 자에 대하여 보호처분을 함으로써 사회복귀를 촉진하고 사회를 보호함을 목적으로 하여 1980년 12월 18일 법률 제3286호로 제정되었다. 하지만 이후 사회보호법은 헌법에서 허용하는 기본권을 침해한다고 하여 일부 규정에 대해 1989년 위헌 결정을 하였다(헌법재판소 1989. 7. 14. 88헌가5,8,89헌가44). 하지만 최근 우리나라에서도 미국의 민간위탁과 크게 다르지 않은 전자감시제도와 보호감호제도를 부활하여 고위험범죄자들에 대하여 징역형 이외에 부가적인 처분을 내리고 있다.

미국에서는 1990년에 Washington 주는 성범죄자에 대한 개입도식 “제2의 물결”이라고 불리는 새로운 형태의 민간위탁을 처음으로 제정하였다(Janus, 2006). 이 법에 의하여 워싱턴 주는 형기를 모두 마친 범법자에 대하여 그들이 위험해 보이는 한 보호구치(예방구금)을 하도록 허락하였다. 오늘날 미국의 21개 주와 연방정부는 “성적으로 위험한 범법자들(Sexually Violent Predators)”을 겨냥한 비자발적인 개입 조항을 가지고 있다. 비록 주마다 차이는 존재하나 이 법들은 “성적으로 위험한

범법자”를 사전 선별하여 부정기형으로서 치료구금한다. Washington 주 보고서에 따르면 2006년도 한 해 전국적으로 4500명이 넘는 사람들이 SVP(Sexually Violent Predators)법에 따라 구금되었다고 한다(Miller, 2010).

독일에서 보안감호제도와 사회치료제도는 유명무실하다가 1998년 1월 26일 “성범죄 및 기타 위험한 범죄행위에 대한 대책 법률(Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. 1. 1998)”을 통해 제 66조 3항이 신설되어 몇 개의 보안감호 부과 대상 범죄가 추가되었고, 주로 미성년자·要保護者 등에 대한 성범죄, 피보호자 학대, 위험한 상해, 중독상태에서의 범죄 등을 대상으로 보안처분을 내린다(김혜정, 2010). 2002년에는 “유보적 보안감호의 도입을 위한 법률(Gesetz zur Einführung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung vom 21. 8. 2002)”을 통해 독일 형법 제66조a를 신설하여 제66조 제3 항에 열거된 특정범죄를 저지른 자에게 형의 선고시점에 법원이 보안감호를 부과하기에는 그 위험성이 확실히 판명되지 않은 경우에는 일단 보안감호의 선고를 유보하고 대신에 형의 집행종료가 가까운 시점에 형집행법원에서 위험성 여부를 검토한 다음, 보안감호의 부과여부를 결정하도록 하는 유보적 보안감호제도를 도입하였다(김혜정, 2010). 독일에서도 사회치료법 재도입의 이유는 Natalie사건 등 미성년 소녀를 성적으로 학대하고 살인하는 사례가 끊이지 않고, 해당 범인이 연쇄범죄자이거나 같은 종류의 범죄로 이미 형벌이나 보안처분을 받은 사례가 많다는 사실이 밝혀져 이에 대응하기 위한 목적이었던 것으로 보인다(송문호, 2010).

우리나라에서도 2006년대부터 잔혹한 범죄로 논란이 된 (아동) 성범죄에 영향을 받아 보안처분이 늘고 있고 있다. 2006년 2월 용산 초등생성추행·살인사건으로 촉발되어 어린이 성범죄자 치료감호제도 도입, 유전자 정보은행 설치 시도, 성범죄자 신상공개 확대 등의 대책이 도입되기 시작되었다. 이후 2007년 4월 제주 초등생 납치·살인사건으로 아동성폭력범죄에 대한 친고죄가 폐지되었으며 성폭력전담 수사제도를 도입하였다. 2007년 12월 안양 초등생 납치·살인사건에 영향을 받아 전자발찌 제도를 도입하고 해진·예슬법을 제정(가석방 금지, 어린이 성추행살인 범에게 무기징역과 사형 선고)하였으며 유전자 정보은행 설치, 위치 추적용 전자태그 부착 등의 대책을 마련하였다. 2009년 10월 조두순 사건으로 인하여 유기징역

상한 폐지, 신상공개 확대, 유전자 정보 영구 보존, 전자발찌 부착 연한 30년으로 확대 등 보안처분을 확대하였다(한겨레신문, 2009년 10월 22일자) 특히 2008년 치료감호법 제2조 치료감호대상자를 정해놓은 법규에 3항을 추가하여 소아성기호증(小兒性嗜好症), 성적가학증(性的加虐症) 등 성적 성벽(性癖)이 있는 정신성적 장애자로서 금고 이상의 형에 해당하는 성폭력범죄를 지은 자를 규정하고 현재 치료감호소에 15년까지 수용 가능하게 만들었다. 이 같은 부가적인 보안처분을 결정하기 위하여서는 그와 관련된 세부 분야에의 전문지식이 필요한데, 이를 위하여 현재는 형사소송법을 개정하여 전문심리위원 제도 등을 두어 법정 전문가로서 심리학자들의 개입을 늘리고 있는 것으로 알려진다(임채웅, 2007).

미국의 민간위탁 심사에서 심리학자들의 개입이 늘어나는 것과 마찬가지로 캐나다에서도 심리학자들은 정신감정 뿐 아니라 상해 정도에 대한 심사, 구속 여부에 대한 심사, 청소년 범죄자들에 대한 심사와 위험한 범법자들에 대한 심사절차에서 중요한 역할을 수행하고 있다(Coles & Grant, 1999; Dobson, Dobson, & Ritchie, 1993; Pollack & Webster, 1993; Saunders, 2001). 청소년 형사법 조항 Youth Criminal Justice Act (2002, s. 13)과 최근 대체된 어린 범죄자법 조항 Young Offender Act (1985, s. 13) 그리고 위험한 범법자 제정법 (Criminal Code of Canada, 1985, s. XXIV)에 관여한다. 이는 법관의 판단을 돕는 우리나라의 전문심리위원 제도와 유사하다. 각 분야의 전문가들로 이루어진 형사전문심리위원은 사실적 쟁점에 관한 전문지식과 경험에 기초한 설명 또는 의견을 재판부에 제시함으로써 판사의 조력자 역할을 한다.

민간위탁이나 그 외 재범위험성을 근거로 하는 처분에 있어 가장 타당하다고 알려진 심리평가의 도구는 피고인의 사이코패스 정도를 평가하는 PCL-R (Psychopathy Checklist - Revised)이다(Fulero, 1996; Hare, 2003; Rice, & Harris, 1997; Salekin, Rogers, & Sewell, 1996). 비록 PCL-R의 사용이 정확하게 얼마나 널리 보급되었는지는 불분명하지만 여러 분야의 정보에 대한 조사(Cunningham & Reidy, 2002; Lally, 2003; Ogloff & Lyon, 1998; Hart, 2001, as cited in Otto & Heilbrun, 2002; Petrila & Otto, 2001)에서 법원이 사전심리, 공판심리 등 형사와 민사 소송절차에서 피고인의 기질적인 문제를 다루는 데에 있어 PCL-R 증거의 허

용을 정기적으로 늘리고 있다는 점은 확실하다.

DeMatteo와 Edens(2006)은 미국 법원에서 다루어진 1991년부터 2004년까지 87 사건(76 주법원 사건 vs. 11 연방사건)에서 PCL-R이 사용되었으며 주요 양형요인으로서 활용되었다는 사실을 확인하였다. 또한 PCL-R에 대한 판례에서의 인용건수가 1994년에 비하여 2004년에는 30배 증가하였다는 사실을 보고하였다. 위험성 평가도구에 대한 사용이 이처럼 급작스럽게 증가한 것은 미국의 법정이 전문가에 의한 재범위험성에 대한 평가를 다양한 의사결정(표 1)에 있어 호의적으로 받아들이게 되었다는 점을 시사한다(DeMatteo & Edens, 2006).

표 1. PCL-R을 증거로서 채택한 판례

평가 유형	사용	주 사건	연방사건
성적으로 폭력적인 범죄자	한 범죄자가 “성적으로 폭력적인 범죄자”로서 분류되어야 하는지와 원치 않는 민사상의 개입을 받아야하는지를 결정하는 것을 돕기 위해	60	2
미래 위험성	범죄자가 미래의 위험성을 가졌는지를 결정하는 것을 돕기 위해, 전형적으로 집행유예나 가석방의 타당성을 결정하기 위한 목적	11	3
범행 시의 정신상태	형사 피고인의 정신이상이나 책임감경 방어의 일환	3	0
선고	재판의 처벌 단계에서 유죄 판결 받은 범죄자의 적합한 배치를 결정하는 것을 돕기 위해 사용	2	1
사형선고	사형 선고를 내릴만한 악화 요소(예를 들면 미래의 폭력 위험성)가 존재하는지 조사하는 것을 돕기 위해	0	4
청소년 송치	청소년 범죄자가 형사재판을 받아야하나 가정법원으로 송치해야하나 결정하는 것을 돕기 위해	0	1

출처: DeMatteo & Edens (2006)

성범죄 재범위험성을 예측하는 데에 전세계적으로 가장 많이 사용되고 연구된 보험계리적인 위험성 평가도구는 Static-99이다(Hanson & Thornton, 2000; Hanson & Morton-Bourgon, 2004). Static-99는 범행을 저질렀을 당시가 18세 이상의 남성 성범죄자를 대상으로 재범 위험성을 보험통계적 기법으로 평가하는 도구로서 오직 정적인(static) 위험요인, 즉 범죄자의 연령, 미혼 여부, 이전의 전과력, 피해자의 성별, 피해자와의 관계 등과 같은 범죄 관련 변인들만을 평가하는 10개

항목으로 구성되어 있다. 총 점수의 범위는 0점에서 12점이며 개별 문항을 채점하기 위하여서는 피고인의 인구학적 정보, 공식 범죄 기록, 피해자 정보 등 세 가지 기본정보를 필요로 한다.

Static-99은 재범률을 타당하게 예측할 수 있다(Hanson & Thornton, 1999, 2003)는 점이 인정되어 많은 주에서 특히 민간위탁 소송 절차에서 증거로서 허용되어 왔다(예를 들면, In re Commitment of Simons, 2003; In re Detention of Thorell, 2003; In re Commitment of Tainter, 2002; In re Commitment of R.S., supra, 2002 등) 또한 Williams(2009)의 연구에 따르면 미국 대부분의 주에서 정도의 차이는 있으나 정적(static) 위험요인에 대한 단서에 대한 증언을 증거로서 채택하는 경향이 있다고 한다. 먼저 뉴욕 주에서 상당한 근거 공판(심리)에서 약 8개의 결정이 Mental Hygiene Law(정신 위생 법, 이하MHL)의 10조항과 Static-99의 사용을 논의하였다. Arizona(Barefoot v. Estelle, 1983)와 California, Illinois 주에서는 증거의 이해에 관한 법률을 근거로 Static-99와 같은 위험성 평가 도구를 허용하였고 앞서 말한 Frye기준을 부가적으로 요구하지 않았다(State ex rel. Romley v. Fields, 2001; People v. Therrian, 2004; People v. Erbe, 2003). Connecticut 주에서는 가정법원 심리에서 사용을 허가하였다(In re Rachel J., 2005). Florida 법원은 이 도구가 Frye이 기준을 만족하였다고 하여 허용하였다(Roeling v. State, 2004). 이 밖에 New Jersey(In re Commitment of R.S., 2001; In re Civil Commitment of A.E.F., 2005)와 South Carolina(In re Tucker, 2003), Texas(In re Commitment of Fisher), 는 Static-99의 사용을 승인하였다. Virginia주는 Static-99를 허용하는 조항이 있다. Iowa 주에서는 상당한 근거 공판(심리), 정신이상/장애와 위험성을 결정하는데 사용할 수 있다. Massachusetts와 Missouri(Murrell v. State, 2007) 주에서는 상당한 근거 공판(심리)에서 Static-99을 증거로서 허용하였다. Minnesota 주에서는 배심재판이 아닌 재판관 재판에서만 Static-99의 사용을 허용하고 있다(In re Civil Commitment of Stone, 2006). Kansas 주에서는 항소심에서 보험계리적 위험 평가도구의 사용에 대해 언급하였다(Kansas v. Hendricks, 1997; Kansas v. Crane, 2002). Washington 주는 Static-99를 소아성애에 대한 Screening 판별도구로서 허용하였다. North Dakota 주는 성적으로 위험한 경우 명확하고 설득력 있는 증거에

의해 판사가 민간위탁을 결정을 내릴 수 있으며 이때 Static-99를 증거로 허용하였다. Wisconsin 주는 성적으로 폭력적인 사람인 경우 배심이 결정을 내릴 수 있으며 Static-99를 증거로 허용하였다. Tennessee 주의 경우 양형재판에만 static-99를 허용하였다. 이렇듯 역할의 차이가 있을 뿐이지 미국법원은 대부분의 주에서 Static-99를 활용한 전문가증언을 허용하고 있으며 일부 주에서는 단순한 전문가의 의견을 넘어서서 증거로서 채택하는 경우도 많다. 특히 민간위탁이나 양형 등 부가적인 법적 결정을 내릴 때 많이 사용되고 있는 것으로 보인다.

국내의 경우 2008년 전자감시 제도의 도입과 함께 성범죄자의 재범가능성에 대한 평가의 필요성이 부각되었다. 현재 전자감시에 대한 청구전조사에서 성범죄자의 재범가능성을 평가하기 위한 목적으로 사용되는 도구는 앞서 언급하였던 PCL-R와 KSORAS(Korean Sex Offender Risk Assessment Scale)인 것으로 알려졌다(이수정, 고려진, 최혜림, 2010). KSORAS는 현재 만 18세 이상 남성 성범죄자만을 대상으로 사용하며, 피검사자의 나이, 혼인관계, 최초 경찰 입건 나이, 본 범죄의 유형, 이전 성범죄 횟수, 폭력범죄 횟수, 총 시설 수용기간, 본 범행 피해자의 나이, 피해자와의 관계, 피해자의 성별, 피해자의 수, 본 범행 피해자와의 나이 차, 본 범행에서의 폭력 사용, 감독기간 내 문제행동 여부, 본 범행에 대한 책임 수용 등 15개 문항으로 구성되며, 총점은 29점으로 구성되어 있다. 이수정과 고려진(2010)은 KSORAS의 총점이 15점일 경우 약 2년 정도 재범추적 기간을 허용하였을 때 재범예측 정확률이 .68 정도에 이른다는 사실을 확인하였다.

국내재판에서도 전문심리위원의 활용과 함께 성범죄자에 대한 청구전조사 등의 목적으로 PCL-R과 KSORAS는 보호관찰관들에 의하여 광범위하게 활용되고 있는 것으로 확인된다. 특히 형사사건에 투입된 전문심리위원들도 성범죄자 성폭력 습벽 유무나 치료가가능성에 대하여서는 이들 도구들과 함께 MMPI(Minnesota Multiphasic Personality Inventory)나 KWAIS(Korean Wechsler Adult Intelligence Scale), PAI(Personality Assessment Inventory) 등의 심리검사들을 활용하는 것으로 확인된다(이수정, 서상진(2010)). 성폭력 사건의 경우 형사전문심리위원의 의견서가 특히 항소사건의 판결에 상당한 영향을 미치는 것으로 판단된다. 특히 전문심리위원의 의견은 증거로서는 채택이 되지 않지만 판결문에서는 양형판단의 참고자

료로서 특히 많이 인용된 것으로 나타났다. 재범위험성에 관해 ‘매우 높다’고 의견서에 제시하였을 경우 판결문 12건 중 11건을 인용하였고, ‘높다’고 판단했을 때는 20건 중 14건이 인용되었다.

3. 청소년에 대한 사형 선고의 적합성 판단을 위한 신경심리학적 증거의 활용

신경심리학적인 문제가 제기되는 재판에서 신경심리학자들의 전문가 증언은 최근 법정에서 널리 받아들여지고 있다. 캐나다 R. v. J.A.P. (2000) 사건에서 Wheelan라는 판사는 다음과 같이 언급함으로써 신경심리학적 증거의 우수성을 지적한 바 있다: ‘이 사건의 주요 관심사는 뇌 외상에 기인하는 정신적 기능이고 배우는 능력을 포함한 인지기능의 수준을 평가해야 한다. ... 이 분야는 특히 심리학자들에게 감정 자격이 있는 것 같다. ... 나는 특히 정신과 의사에 의해 수행된 감정절차에 있어 객관성이 매우 결여되어 있다는 사실에 놀랐고 반면 심리학자들이 수년간 많은 사례에 있어 일관된 결과를 보고했다는 점에 감명 받았다. ...’

현재 미국에서는 시각적인 자료를 이용한 전문가 증언에 대한 허용이 이루어지고 있다. 그중에서도 특히 fMRI를 이용한 뇌 영상기법의 발전은 법정 전문가 증언에 엄청난 영향을 주고 있다. 특히 fMRI는 갖가지 인지와 행동과 관련된 뇌 구역의 활성화 유형을 시각적으로 나타내어 주며 특정 작업의 수행 동안 “활성화된” 뇌 구역을 확인함으로써 행동의 신경생리학적 연관성을 검사한다. 미국에서 이루어진 민사재판의 경우 이 같은 전문증거의 활용이 종종 보고된 바 있으나 형사재판의 경우 드물게 논의된다. 하지만 최근 미국 대법원에서 소년 사건에서 fMRI와 심리학자의 증언을 직접적으로 언급한 적이 있는데, 92년에 미 대법원에서는 청소년에게 사형이 적절한가에 관하여 이 같은 신경심리학적 연구의 결과를 인용한 적이 있다. Kevin Nigel Stanford는 18세 때 사형을 선고받는 범죄를 저질렀다. 허나 그 당시 그는 만 18세 이하였다. 이에 대하여 피고인 측은 89년에 상고를 하였고 미연방대법원에서는 다수의 의견으로서 Stanford 사건을 제고해야 한다는 판결을 내렸다. 이때 법관 Stevens는 청소년 범죄자의 사형에 반대하면서, 아동과 청소년의 뇌는 생물학적으로 성인의 뇌와는 다르고 보다 미성숙하기에 성인들이 받는 처벌의

기준과 같은 기준을 적용해서는 안된다는 주장을 하였다. 이 관점을 지지하기 위해 Stevens 법관은 다음과 같이 언급하였다: ‘최근 몇 년간의 신경과학적 증거는 청소년들의 뇌는 그 연령대에서 종종 불규칙한 행동과 사고방식을 일으킬 만큼 전적으로 발달되지는 않았음을 보고하였다. ... MRI 기술 등의 과학의 발전은 청소년들이 어른보다 더 취약하고 더 충동적이고 덜 절제력이 있다는 귀중한 데이터를 제공한다. ...’ 이후 Stevens 법관의 이 같은 지적은 의사결정, 충동조절, 성숙도와 같은 복잡한 인지 문제에 관한 법과학적 증거로 fMRI의 가치를 지지하는 근거가 되었다(Kulich & Scrivani, 2009). fMRI에 대한 전문가 증언은 증거를 이해하는데 도움을 주는 역할 뿐 아니라 미국 내에서는 사실을 밝히는 증거자료(거짓말에 대한 증거자료)로서도 활용을 허용하자는 논의가 이루어지고 있는 실정이다.

4. 성범죄 피해 아동에 대한 전문가 개입 제도의 활용

영미법 체제의 국가에서 아동 성학대 사건에 있어 전문가 증언은 매우 중요한 역할을 한다(Ceci & Hembrooke, 1998; Saunders, 2001). 신체적, 의학적 증거가 없거나 아이들의 증언을 지지하는 확증적인 증거가 부족한 아동 성학대 사건에 있어서는 아동의 성폭력 피해 양상을 설명하기 위하여 다른 사건에 비하여 상대적으로 더 많이 심리 전문가에게 의존하게 된다(Gabora, Spanos, & Joab, 1993; Kovera & Borgida, 1996; Mason, 1991; Morrison & Greene, 1992; Sagatun, 1991; Sales, Shuman, & O’onnor, 1994). 심리 전문가들은 또한 아이들의 신뢰성을 강화하려 하거나(Crowley, O’allaghan, & Ball, 1994) 아이들이 학대를 당했는가 여부에 관해 배심원들이 결정을 내리는데 도울 수 있도록 정보를 제공한다(Ceci & Hembrooke, 1998; Crowley et al., 1994; Gabora et al., 1993; Kovera, Levy, Borgida, & Penrod, 1994). 90년대 이전에는 Summit(1983)가 주장한 CSAAS나 AD(Anatomical Doll) 인형을 통한 면담을 통해 임상적 관찰과 면담을 통해 성적 학대를 확인하고자 하였다(Koocher et al., 1995). 하지만 이 같은 결과는 신뢰성에 관한 Daubert 기준에 부합되기 쉽지 않고 전문가 증언 허용의 FRE(Federal Rules of Evidence)에 기준에 경험적인 증거들이 불충분하다는 이유로 재판에서 이를 허

용하지 않는 추세가 나타났다(Bruck & Ceci, 1995; Koocher et al., 1995). 지금은 객관적 접근방법이나 객관적인 방법과 임상적 접근(면담)을 혼합하여 검사하는 방법을 선호하는 학자들이 늘어났고(Dawes, Faust, & Meehl, 1989; Heilbrun, 1992), 법원도 이러한 검사를 통한 결과들을 전문가 증거로 받아들이는 추세이다. 이러한 검사들 중 대표적인 검사 중 하나가 진술 타당성 분석인데, 특히 영국에서는 진술 분석을 통한 전문증거들을 광범위하게 허용하고 있다.

진술 타당성 분석의 법적 근거는 사실 1954년 서독의 대법원 판결까지 거슬러 올라간다(Undeutch, 1982). 서독 법원은 당시 사건의 피고인과 증인이었던 피해자의 진술을 법정/임상적 방법으로 분석하여 신빙성을 가리고자 하였고, 이후 이 같은 진술의 타당성을 가리고자 하는 시도는 독일을 포함한 유럽의 법정에서 일반적으로 받아들여지는 절차가 되었다. 미국에서는 1982년 이후 소개가 되어 일부 법원에서 활용되다가 진술의 내용적 사실성을 분석하던 준거기반내용분석(Criteria-Based Content Analysis; 이하 CBCA)에 대한 타당도연구(Boychuk, Esplin, & Raskin, 1988)가 수행되면서 학계에도 알려지기 시작하였다. CBCA는 19개의 준거를 기초로 아동의 진술을 평가하여 아동 피해-목격자의 진술의 진실성을 판단하는 절차로 오늘날 진술 타당성 평가(Statement Validity Assessment; SVA)에 가장 많이 활용되고 있는 진술 분석 방식이다(Vrij, 2000). 독일, 네덜란드, 스웨덴과 같은 서유럽의 국가에서는 법정에서 CBCA가 하나의 독립된 증거로서 재판 결과에 영향을 미치고 있으며 미국의 경우 일부 주에서 CBCA를 통한 진술 분석이 법정에서 전문가 증거로 활용되고 있다(Vrij, Akehurst, Soukara, & Bull, 2002).

국내의 경우에도 성폭력 범죄 처벌 등에 관한 특례법 28조에서는 전문가의 의견을 조회하도록 하고 있다. 특히 법원은 정신건강의학과 의사, 심리학자, 사회복지학자, 그 밖의 관련 전문가로부터 행위자 또는 피해자의 정신·심리 상태에 대한 진단 소견 및 피해자의 진술 내용에 관한 의견을 조회할 수 있도록 하고 있다. 이는 피고인에 대한 정신감정의 경우 정신과 전문의에 의하여 감정을 촉탁하는 것과는 조금 다른 추세이다. 이수정(2010, 2011)은 이와 관련하여 아동과 지적장애인 대상 성범죄 사건에서 전문가에 의한 조사 및 진술분석에 관한 의견서가 검사의 기소율 및 판사의 유죄판결율에 영향을 미치는지 조사하였다. 그 결과 전문가가 참여한 경

우에 있어 아동 및 장애인에 대한 성폭력 사건의 기소율이 2005년도부터 2008년도까지의 유사사건에 대한 평균 기소율에 비하여 소폭 상승한 것으로 나타났다. 또한 유죄판결률은 약 10% 이상 향상한 것으로 나타났다. 결국 이 같은 추세를 반영하여 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법의 28조 4항에 따르면 13세 미만이거나 심신미약의 경우 ‘전문가의 의견을 조회하여야 한다’고 규정하여 전문가 증언에 대하여 강제하게 되었다. 이 분야에 있어 법정 심리 전문가들의 역할은 앞으로 더욱 늘어날 것으로 보인다.

5. 피해자의 정당한 방위 개념과 관련된 전문가 감정

가부장제 문화 속에서 오래 동안 베일에 가려 있었던 ‘가정폭력’(domestic violence)의 문제는 1980년대 말 이후 인권운동의 성장에 힘입어 전사회적 관심사가 되었으며, 관련 특별법도 제정되기에 이르렀다(한인섭, 1996). 그럼에도 불구하고 가정폭력은 오늘날에도 여전히 피학대 여성에 의한 남편 살해, 피학대 자녀에 의한 부친살해로 귀결되고 있다. 2004년 당시 우리나라에서 청주여자교도소에 남편살해로 수감된 수형자들 중 82.9%는 피학대 경험이 있었다고 보고하였으며, 그 중 44.5%는 자신의 범행동기에 대하여 남편의 학대로 응답한 것으로 나타나(김영희, 박광배, 이재희, 2004), 여성에 의한 살인의 상당수는 배우자 학대가 동기라는 외국의 실태(Kaser-Boyd, 1993; O’Keefe, 1998)와 크게 다르지 않은 것으로 나타났다. 가정폭력의 희생자들은 이렇게 극한의 상태에 몰려 살인을 하게 되지만 현행 형법상 정당방위의 요건인 ‘침해의 현재성’이나 ‘방위의 상당성’ 등이 충족되지 못하여(조국, 2001) 중죄에 처해지는 경우가 많다.

최근 미국에서는 폭력적인 배우자를 살해한 것으로 기소된 상당수의 여성들에게 중형이 구형되었던 과거와 달리 무죄나 감형의 판례가 늘어나고 있는데, 이는 전문가 증언의 효과적 활용의 결과로 해석될 수 있다(O’keefe, 1997). 대개의 전문가 증언에서는 가정폭력 피해여성의 특징을 “학대받은 여성 증후군(Battered Women Syndrome, BWS)” 혹은 “외상후 스트레스 장애(Post-Traumatic Stress Disorder, PTSD)”로 개념화함으로써 이들 여성의 변호에 논리와 근거를 마련해주었는데, 이

런 결과는 지난 20여 년간 폭력피해 여성의 심리적 특성 및 행동과 관련된 활발한 연구들을 통해 관련 지식이 축적되었기 때문에 가능했던 것으로 평가되고 있다 (Maguigan, 1998).

Walker(1979)는 매 맞는 여성의 사례분석을 통하여 여성구타·학대가 구타를 행사하는 ‘긴장 수립’(tensionbuilding phase) 국면, 육체적·정신적으로 학대하는 ‘격심한 구타’(acute battering incident) 국면, 다시는 여성을 때리지 않겠다고 단호하게 약속하는, 휴지’(calm loving respite) 국면의 악순환이 반복됨을 발견하였다. 이런 반복된 신체적 폭력은 피해 여성들에게 학대는 통제할 수 없는 것이라는 인식을 하게 만듦으로써 앞으로의 학대를 피하거나 예방하려는 동기를 저하시킨다 (Walker, 1979; Walker, 1984).

국내에서도 상습적인 가정폭력에 시달리다 남편을 살해한 여성에 대해 법원이 2005년도에 처음으로 ‘외상 후 스트레스 장애(Post-Traumatic Stress Disorder, PTSD)’로 인한 심신미약을 인정한 사건이 보고된 바 있다(서울 연합뉴스, 2005). 그러나 청주교도소에 수감 중인 남편을 살해한 아내들의 30% 정도는 무기징역을 선고받았고 유기징역의 경우는 평균 형량이 9년(이명숙, 2004)으로, 이들에게 선고된 과중한 형량을 토대로 볼 때, 사법체계 내에서 지속적인 학대가 주는 고통에 대한 이해는 아직 부족한 것으로 판단된다(이수정, 2006).

더욱이 정당방위에 대하여 국내법은 외국에 비하여 더욱 엄격한 기준을 적용한다. 우리나라 형법 가운데 위법성에 대한 조각 사유는 제 20조 정당행위, 제 21조 정당방위, 제 22조 긴급피난, 제 23조 자구행위, 제 24조 피해자의 승낙에 의한 행위가 있다. 모두 이 요건에 해당되면 위법성이 조각된다는 결론에서는 동일하다. 특히 형법 제 21조는 “자기 또는 타인의 법익에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위는 상당한 이유가 있는 때에는 별하지 아니한다. 방위행위가 그 정도를 초과한 때에는 정황에 의하여 그 형을 감경 또는 면제할 수 있다. 방위행위가 그 정도를 초과한 경우라도 그 행위가 불안한 상태 하에서 공포·경악·홍분·당황으로 인한 때에는 별하지 아니한다.”고 규정하고 있다. 즉 침해의 현재성과 방위의 상당성을 충족하였을 때는 책임 조각 사유가 발생한다. 그러나 배우자 살인의 경우 대다수 사건에서 피해자가 쉬고 있는 중이거나 자고 있을 때 일어나는 경우가

많아, 정당방위의 요건 중 상당성은 성립하나 침해의 ‘현재성’ 혹은 ‘임박성’은 성립하지 않는다고 판단된다. 바로 이 때문에 국내법상에서는 정당방위가 성립하기 어렵다.

미국에서도 전통적인 정당방위 법리는 한국과 비슷하였다. 미국법상 정당방위는 타인의 불법한 공격이 임박하여 이로부터 자신을 보호하는 것이 필요하다고 합리적으로 믿는 경우 허용된다. 보다 구체적으로 보자면, 공격행위가 정당방위로 인정을 받기 위하여서는 ‘불법적이고 임박한(unlawful and imminent) 법익 침해가 존재해야 하며, 이러한 공격을 격퇴하기 위하여 방위행위가 꼭 필요하고[‘필요성’(necessity) 요건], 방위 행위자는 자신의 방위 행위가 필요하다고 믿어야 하는데 이 믿음은 객관적으로 합리적이어야 한다[‘합리적 믿음’(reasonable belief)의 요건]’라고 구성된다(Kadish & Schulhofer, 1989; LaFave & Scott, Jr, 1986). 이 전통적 정당방위의 요건은 따라서, 우리나라와 다르지 않게 미국에서도 역시 피구타·학대여성의 반격행위와 관련하여 문제가 된다. 이렇게 전통적 법리에 따르면 피학대 여성의 믿음은 객관적으로 평가되도록 되어 있다. 즉 배심은 가상의 “합리적 인간”도 그들이 당해 여성과 동일하게 행동을 하였을 것인가, 그리고 반격행위는 그 상황에서 합리적인 것이었는가를 평가한다(Schuller, 1997). 이러한 객관적 판단기준은 이른바 ‘비대결 상황’(nonconfrontation cases)에서 여성이 반격행위를 했다는 문제에 대한 의문을 갖게 한다. 즉, 남성이 여성을 아무리 장기간 반복적으로 구타·학대해왔더라도 막상 여성이 남성을 살해할 시점에는 남성이 공격행위를 하고 있지 않았다는 사실이 문제가 된다. 그러나 이때 꼭 고려해야 하는 점은 피학대 여성의 특수한 심리상태로서, 오랜 동안 신체적 폭행 등 학대를 경험한 여성은 가해자가 잠시 쉬고 있는 경우라도 자신이 반격을 하지 않으면 구타와 학대가 곧 재개될 것이고 결국에 자신은 심각한 상해를 입거나 살해당할 것이라고 믿고 있다는 특수성이 있다. 하지만 이 같은 피고인의 믿음을 주관적인 것에 불과해, 전통적인 법리에 따르면 여성의 남성에 대한 반격행위는 비합리적인 것으로 규정된다. 즉, 피살의 위협에 대한 피고인의 믿음은 주관적인 것에 불과하며 객관적으로는 피고인이 위협을 느낀 상황은 그냥 남성과 헤어지면 죽는 것이지 남성을 굳이 죽일 필요까지는 없다는 것이다(조국, 2001). 미국의 58년도 판례, *People v. Lucas*의 경우

에 있어서도 불법한 공격의 ‘임박성’(imminence 또는 immediacy) 요건은 ‘비대결 상황’에서는 충족되지 못함을 판시한 바 있다. 즉 ‘살인을 정당화하는 위협은 임박한 것이어야 하며, 위협이 임박해질 것이라는 공포로는 충분하지 않다’는 것이다 (People v. Lucas, 160 Cal. App. 2d. 305, 310, 324 P.2d. 933, 936).

하지만 미국의 경우 70년대 들어 판례의 추세가 바뀌게 되는데, BWS(Battered Women Syndrome) 이론을 전면적으로 수용한 판결인 ‘State v. Kelly 판결에 따르면, 전통적인 ‘임박성’의 요건에 대하여, ‘매 맞는 여성이 정당방위의 권리 행사가 유일하게 가능한 시간에는 권리의 행사가 가로막히는 경향이 있다’는 점을 인정하였다(478 A.2d 364, 1984). 즉 구타를 당할 동안 반격을 하면 위험할까봐 참았다가 반격이 가능한 때에 물리력을 행사하는데, 이때는 이미 비대결 국면에 처하게 된다는 것이다. 이렇게 미국에서 ‘임박성’ 요건에 대한 정당방위의 근거를 제시하는 연구(Terrance, 2003)나 이를 성공적으로 적용한 사례(People v. Humphrey, 1996년 캘리포니아 사례)에 의하면, 여성은 남성에 비하여 육체적 크기나 힘에서 열세에 있기에 구타와 학대를 당하는 동시에 반격을 하는 것은 어려운 일이며, 장기간 심각한 폭력의 결과로 나타난 심리적 상태(PTSD; Post-Traumatic Stress Disorder)가, 객관적으로 보아 합리적인 것이라 판단되는 행동을 수행하기 어렵게 만들며, 또한 자신의 상황에 대한 과대지각과 죽음이 임박한 위험상황이라는 지각 그리고 이로 인한 극심한 공포는, 피학대 여성들의 폭력으로 인한 피해의 역사를 고려해볼 때, 비대결 상황에서 폭력 행위자에게 반격을 가하는 상황은 그와 같은 처지에 놓인 피해자로서는 합당한 판단과 반응으로 평가할 수 있다고 보고하고 있다. 이는 합리성의 기준으로서 객관성의 기준 대신 주관적 판단을 대체하는 것으로서, 판결 시 판사나 배심원이 배우자를 살해한 여성이 폭력피해 경험의 결과로 갖게 된 주관적 인상과 판단(대부분 PTSD로 인한 증상)을 인정하여, 사고 당시 해당 여성이 자신의 상황을 어떻게 해석하고 구성하였는가를 고려하고, 이 여성의 입장에서 사건의 상황을 바라보도록 했다는 중요한 의미를 지닌다. 그러나 아직까지 미국에서도 정당방위의 ‘임박성’ 요건에서 주관성만의 기준을 채택하고 있는 곳은 소수이지만 이를 포함하는 지역이 점점 늘어나고 있는 추세에 있다(Maguigan, 1988, Terrance, Matheson, & Spanos, 2000).

국내의 경우 최근 피학대 여성들에 의한 남편살해 사건에서 심신미약이 인정되어 집행유예가 선고된 사건들(서울고법 96노1693, 창원지법 2005고합160, 대전지법 2006고합102, 대구지법 2008고합663, 부산지법 2010고합372)은 증가추세이다. 그러나 이들 사건들에서 공통적으로 발견되는 가정폭력의 심각성 지표는 발견하기 힘들다. 그러나 미국의 경우 피학대 여성의 주관적 위험 정도를 판단하기 위한 전문 평가도구들은 여러 가지가 개발되어 현재 재판과정에서 널리 활용되고 있다. 가정폭력의 위험성(상당성의 근거)을 실증적으로 평가하여 계량적인 지표로 환원할 수 있는 위험성 평가도구로는 SARA(Spousal Assault Risk Appraisal Guide), DAS(Danger Assessment Scale), ODARA(The Ontario Domestic Assault Risk Assessment), PAPS(Partner Abuse Prognostic Scale), DOVE(Domestic Violence Evaluation), PAS(Propensity for Abusiveness Scale), VRAG(Violence Risk Appraisal Guide), IBWB(Inventory of Beliefs About Wife Beating), CTS 2(Conflict Tactics Scale 2), MPS Domestic Violence Risk Assessment Model 등이 있다. 이들 도구들은 법정에서의 사용을 목적으로 학계에 신뢰도 타당도의 증거들이 보고된 것들로서 전문증거로서 Daubert 기준을 비교적 충족시키는 것들이다. 특히 SARA와 DAS는 피학대 여성의 배우자 살해사건의 피해자 생존 당시 가정폭력의 위험수위를 평가할 목적으로 법정에서 널리 사용되는 도구(Lally, 2003)이다.

III. 논의 및 제언

본 문헌연구에서는 국내 형사재판에서도 최근 활용도가 증가하고 있는 실증과학 분야의 전문가 증언제도가 2008년도 형사소송법의 개정과 함께 전문심리위원 제도의 도입으로 앞으로 어떻게 발전할 것인지를 타진해보기 위하여 영미법계의 전문 증거 제도를 살펴보고 그에 대응하는 국내 사례를 비교 분석하였다. 물론 신경과학 분야의 전문증거들을 재판을 위하여 사용하는 세 번째 주제에 대응하는 국내 사례는 찾아보기 힘들지만, 안대희(2010)는 형사재판에서의 전문심리위원의 활용 예에서 특히 사회과학 분야 연구자(나머지 네 가지 주제와 관련)들의 참여가 전체 사건

수 중 74%로서 증가추세에 있음을 보고한 바 있다. 이는 특히 공판중심주의의 강화로 인해 국내 공판정에서의 전문가의 증언에 대한 수요가 점차 증가하였으며 이해 당사자 간의 첨예한 대립에 대한 실증과학 분야 전문가의 객관적이고 과학적인 지식에 대한 수요가 증가하였기 때문인 것이라 판단된다(안대희, 2010). 이 중에서도 특히 기존의 전문가 증언 영역이었던 형사책임능력 판단을 위한 정신감정 이외에 성범죄자 및 고위험 범죄자들에 대한 재범 위험성의 판단, 소년들에 대한 치료가능성 판단, 성폭력 피해 아동이나 장애인에 대한 진술분석 및 살인사건의 피고인에 대한 범행 당시의 심리상태에 대한 감정 등은 국내에서 역시 외국의 감정 수요와 다르지 않은 필요가 발생함을 추정케 한다. 실증과학자들의 공판정에서의 활약에도 불구하고 아직 염려되는 점은 국내의 경우 외국에 비하여 법정전문가들이 각각의 감정 이슈에 대하여 공통되는 심사의 절차를 합의하고 있지 않다는 점이다. 일부 관찰되는 문제는 정신과에서 진단을 위해 사용하는 심리평가의 절차를 법정분야의 이슈에 대해 그대로 적용(이수정, 서상진, 2010)하고 있거나 감정 시간의 부족으로 인해 다양한 감정 평가도구들을 포괄적으로 사용하지 못한 채 일부만을 적용한다(이수정, 서상진, 2010)거나 하는 문제이다. 이와 같은 문제들을 해결하기 위하여서는 법정심리 분야에 특화된 평가도구들에 대한 수련과정이 꼭 필요하다고 사료된다. 이와 동시에 사법기관에서도 전문심리위원의 심리과정에 대한 이해와 협조가 꼭 필요하다. 현재로서는 사건기록을 위주로 평가가 이루어지고 있으나 보다 정확한 감정을 위하여서는 대상자에 대한 심층적인 평가과정이 필수적이다. 허나 이에 대한 이해도가 부족한 관련 기관들에서는 피고인에 대한 전문심리위원들의 면접권을 제한한다거나 혹은 허용하더라도 아주 짧은 시간만을 할애함으로써 판단의 정확성에 적잖은 오류를 야기하고 있다. 이를 해결하기 위하여서는 꼭 실무자들에 대한 교육이 필요할 것으로 판단된다.

참고문헌

I. 국내문헌

- 岡田行雄 (2002). ドイツにおける刑事責任能力と触法精神障碍者の處遇, *法律時報*, 74(2).
- 강동욱 (2004). 범죄행위를 한 정신장애자의 법적 치우에 관한 연구 -정신감정을 중심으로-. *법조*, 53(7), 5-39.
- 김민지 (2010). 전문가의 법정 증언에 대한 인식 및 증언의 허용성 평가. *한국심리학회: 사회 및 성격*, 24(3), 77-90.
- 김영희, 박광배, 이재희 (2004). 여성 살인범의 특징, 범죄이유, 그리고 재활가능성: 치료적 사범이념의 현실적 구현방안을 위한 심층면담 연구. 법무부 보고서.
- 김일수 (2010). 보호감호처분의 재도입 및 보안처분제도의 형법 편입. *고려법학*, 58, 355-394.
- 김일용. (2010). 연구논문(研究論文) : 성범죄에 대한 미국연방증거규칙의 대응과 도입 가능성. *법조* 59(12), 77-113.
- 김혜정 (2008). 연구논문(研究論文) : 독일의 최근 동향을 통해 바라본 우리 보안처분제도의 재조명. *법조*, 57(10), 89-116.
- 대구고등법원 2003노539 판결
- 대구지방법원 2004고합318 판결
- 대구지방법원 2009고합173 판결
- 대법원 1995. 2. 24. 선고 94도3163 판결
- 대법원 1999. 8. 24. 선고 99도1194 판결
- 대법원 2009. 4. 9. 선고 2009도870 판결
- 대전고법 2001노266 판결
- 박광배 (1997). 과학적 증거의 법적 타당성. *형사정책연구*, 8(1), 79-107.
- 박광배 (1997). *법심리학*. 법문사.
- 부산고등법원 2005노39 판결

서울북부법원 2007고합341 판결

설민수 (2010). 아동 대상 성폭력범죄자에 대한 성충동약물치료의 실효성과 합헌성, 그리고 그 한계, **법조협회: 법조 649**, 5-66.

송문호 (2010). 형법개정과 상습누범: 위험한 성범죄인에 대한 보호감호제도의 재도입에 관한 논의. **형사정책연구**, 21(1), 5-32.

수원지방법원 2007고합54 판결

심희기 (2008). 국립과학수사연구소의 현황과 과제. **법학연구**, 18(4), 31-67.

안대희 (2010). 법적 판단과 심리학. **2010 한국심리학회 연차학술대회 자료집**, 121-134.

이명숙(2005) 가정폭력 피해여성의 남편살해와 법 제도적 검토, **서울여성의 전화 토론회 <가정폭력 피해여성의 살인 VS 정당방위, 여성에게 생존의 권리 없는가?>** 51-84.

이경숙 · 안향 · 최상섭 · 이재갑 · 조성희. (2002). “형사정신감정의 변화 - 1990년과 2000년 -. 대한법의학회지, 26(2), 25.

이수정 (2006). 가정폭력에 기인하여 배우자를 살해한 여성 재소자의 심리특성에 관한 연구. **한국심리학회: 사회 및 성격**, 20(2), 35-55.

이수정 (2010). 아동 성폭력 피해 진술에 대한 신빙성 분석도구들의 타당도 연구. **한국심리학회지: 사회 및 성격**, 24(2), 105-116.

이수정 (2011). 아동 및 장애인에 대한 성폭력 사건에서 경찰단계에서의 전문가 참여가 기소율과 유죄판결률에 미치는 영향. **한국범죄학**, 5(1), 111-138.

이수정, 고려진, 최혜림 (2010). 재범 추적을 통한 한국성범죄자위험성평가척도(KSORAS) 타당도 연구. **한국심리학회지: 일반**, 29(4), 999-1016.

이수정, 서상진 (2010). 국내 형사재판에서의 전문심리위원 활용실태: 심리학 분야 전문가를 중심으로. **한국경찰연구**, 9(2), 137-160.

이인영 (2010). 책임능력에 대한 판단과 정신감정절차. **홍익법학** 11(2), 157-190.

이진국 (2011). 형사절차상 정신장애에 대한 감정. **법학논총**, 28(4), 351-364.

임인규 (2008). 상습적 아동성폭력범의 예방 및 치료에 관한 법률안 (2008. 6. 13. 법률 제9111호) 검토 보고, **국회법제사법위원회**.

- 임채웅 (2007). 민사소송법의 전문심리위원제도에 관한 연구. **민사소송**, 11(2), 176-202.
- 제주지방법원 2007고합86
- 조국 (2001). '매 맞는 여성 증후군' 이론의 형법적 함의, **형사법 연구**, 15, 37-54.
- 청주지방법원 2006고합22 판결
- 한인섭 (1996). 가정폭력 피해자에 의한 가해자 살해: 그 정당화와 면책의 논리, **서울대 학교 법학**, 37(2), 265-266.
- 헌법재판소 1989. 7. 14. 선고 88헌가5,8,89헌가44

II. 외국문헌

- August, R. L., & Forman, B. D. (1989). A comparison of sexually abused and nonsexually abused children's behavioral responses to anatomically correct dolls. *Child Psychology and Human Development*, 20, 39-47.
- Blacher, R. (1995). Comment, Historical Perspective of the "Sex Psychopath" Statute: From the Revolutionary Era to the Present Federal Crime Bill, *Mercer Law Review*, 46, 889-903.
- Boychuck, T. D., Esplin, P. W., & Raskin, D. C. (1988). Children's statements of sexual abuse: Validity of criteria-based content analysis. Presented at NATO Advanced Study Institute on Credibility Assessment, Maratea, Italy. Op. Cit. in M. Steller (1989), Recent developments in statement analysis. In J. C. Yuille (Ed.), *Credibility assessment*. (pp. 135-154), NATO Advanced Science Institute Series, Boston: Kluwer Academic Publishers.
- Brown v. Board of Education, 375 U.S. 483 (1954).
- Brakel, S. J., & Cavanaugh, J. L. Jr. (2000). Of Psychopaths and Pendulums: Legal and Psychiatric Treatment of Sex Offenders in the United States, *New Mexico Law Review*, 30, 69-71.
- Bruck, M., & Ceci, S. J. (1995). Amicus brief for the case of State of New jersey

- u. Michls presented by committee of concerned social scientists. *Psychology, Public Poky, and Law*, 1, 272-322.
- Campbell, T. (2004). *Assessing sex offenders: Problems and pitfalls*. Springfield. IL: Charles C. Thomas.
- Cantone, J. A. (2009). Rational enough to punish, but too irrational to release: The integrity of sex Offender civil commitment, *Drake Law Review*, 57, 693-696.
- Ceci, S., & Hembrooke, H. (1998). *Expert witnesses in child sexual abuse cases*. Washington: American Psychological Association Press.
- Cohn, D. S. (1991). Anatomical doll play of preschoolers referred for sexual abuse and those not referred. *Child Abuse & Neglect*, 15, 455 -466.
- Coles, E. M., & Grant, F. E. (1999). The role of the expert witness in Canadian dangerous offender hearings. *Psychiatry, Psychology and Law*, 6, 13-21.
- Cooke, D., Michie, C., Hart, S., & Clark, D. (2005). Searching for the pan-cultural core of psychopathic personality disorder. *Personality & Individual Differences*, 39, 283 - 295.
- Criminal Code*, R. S. C. 1985, c. C-46, as amended.
- Crowley, M. J., O'Callaghan, M. G., & Ball, P. J. (1994). The juridical impact of psychological expert testimony in a simulated child sexual abuse trial. *Law and Human Behavior*, 18, 89 - 105.
- Cunningham, M. D., & Reidy, T. J. (1999). Don't confuse me with the facts: Common errors in violence risk assessment at capital sentencing. *Criminal Justice and Behavior*, 26, 20-43.
- Cunningham, M. D., & Reidy, T. J. (2002). Violence Risk Assessment at Federal Capital Sentencing: Individualization, Generalization, Relevance, and Scientific Standards. *Criminal Justice and Behavior*, 29, 512-537.
- DeMatteo, D., & Edens, J. F. (2006). The role and relevance of the Psychopathy Checklist-Revised in Court: A Case Law Survey of U.S. Courts (1991 -

- 2004). *Psychology, Public Policy, and Law*, 12(2), 214-241.
- Filler, D. M. (2003). *Terrorism, Panic, and Pedophilia*. 10 Va. J. Soc. Pol'y & L. 345, 361-364.
- Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, 509 U.S. 579 (S. Ct. 1993).
- Deborah W. D. (1998). Life Before the Modern Sex Offender Statutes. *Northwestern University Law Review*, 92(4), 1317-1374.
- Dobson, K. S., Dobson, D. J. G., & Ritchie, P. L. J. (1993). Professional psychology in Canada: Present status and future promises. In K. S. Dobson & D. J. G. Dobson (Eds.), *Professional psychology in Canada* (pp. 433-454). Toronto, ON: Hogrefe & Huber.
- Doren, D. M. (2002). *Evaluating sex offenders*. Thousand Oaks. CA: Sage Publications.
- Duncan, K. (1996). Lies, Damned lies and statistics? Psychological syndrome evidence in the courtroom after Daubert. *Indiana Law Journal*, 71, 753-771.
- Edens, J. F., Buffington-Vollum, J. K., Keilen, A., Roskamp, P., & Anthony, C. (2005). Predictions of future dangerousness in capital murder trials: Is it time to "disinvent the wheel?" *Law and Human Behavior*, 29, 55-86.
- Edens, J. F., & Petrila, J. (2006). Legal and ethical issues in the assessment and treatment of psychopathy. In C. Patrick (Ed.), *Handbook of psychopathy* (pp. 573 - 588). New York: Guilford Press.
- Emerson, C. (1996). United States v. Willis: No room for the battered woman syndrome in the fifth circuit? *Baylor Law Review*, 48, 317-340.
- Ewing, C. P. (1983). "Dr. Death" and the case for an ethical ban on psychiatric and psychological predictions of dangerousness in capital sentencing proceedings. *American Journal of Law and Medicine*, 8, 408 - 428.
- Faigman, D. L. (1986). The battered woman syndrome and self defense: A legal and empirical dissent. *Virginia Law Review*, 72, 619-647.
- Faigman, D. L. (1989). To have and have not: assessing the value of social science

- to the law as science and policy. *Emory Law Journal*, 38, 1005 - 95.
- Faigman D. L. (2004). *Laboratory of Justice: The Supreme Court's 200-Year Struggle to Integrate Science and the Law*. New York: Holt.
- Faigman, D. L., Kaye, D., Saks, M. J., & Sanders, J. (1997). *Modern scientific evidence: The law and science of expert testimony*. St. Paul, MN: West.
- Faigman, D. L., & Porter, E., & Saks, M. J. (1994). Check your crystal ball at the courthouse door, please: exploring the past, understanding the present, and worrying about the future of scientific evidence. *Cardozo Law Review*, 15, 1799 - 1835
- Faigman, D. L., & Baglioni, A. J., Jr. (1988). Bayes's theorem in the trial process: Instructing jurors on the value of statistical evidence. *Law and Human Behavior*, 12, 1 - 17.
- Faigman, D. L., & Monahan, J. (2005). Psychological evidence at the dawn of the law's scientific age. *Annual Review of Psychology*, 56, 631 - 659.
- Faigman, D. L., & Wright, A. J. (1997). The battered woman syndrome in the age of science. *Arizona Law Review*, 39, 67-115.
- Farrington, D. P. (1991). Antisocial personality from childhood to adulthood. *The Psychologist: Bulletin of the British Psychological Society*, 4, 389 - 394.
- Finkel, N. J. (1988). *Insanity on trial*. New York: Plenum.
- Frazier P. A. (2002). The scientific status of research on rape trauma syndrome. See Faigman et al. (2002). 2:117 - 43.
- Fulero, S. (1996). Review of the Hare Psychopathy Checklist—Revised. In J. C. Conoley & J. C. Impara (Eds.), *12th mental measurements yearbook* (pp. 453 - 454). Lincoln, NE: Buros Institute.
- Gabora, N. J., Spanos, N. P., & Joab, A. (1993). The effects of complaint age and expert psychological testimony in a simulated child sexual abuse trial, *Law and Human Behavior*, 17, 103-119.
- Gendreau, P., Goggin, C., & Smith, P. (2002). Is the PCL-R Really the

- “Unparalleled” Measure of Offender Risk? A Lesson in Knowledge Cumulation. *Criminal Justice and Behavior*, 29(4).
- Goldstein A. M. (2003). *Handbook of Psychology. Vol. 11: Forensic Psychology*. New York: Wiley.
- Gregg v. Georgia, 428 U.S. 153 (1976).
- Grisso T. (2003). *Evaluating Competencies: Forensic Assessments and Instruments*. New York: Kluwer Acad. 2nd ed.
- Guy, L. S., Edens, J. F., Anthony, C., & Douglas, K. S. (2005). Does psychopathy predict institutional misconduct among adults? A meta-analytic investigation. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 73, 1056-1064.
- Hanson, R. K., & Morton-Bourgon, K. (2004). *Predictors of sexual recidivism: An updated meta-analysis*. Ottawa, ON: Public Safety and Emergency Preparedness Canada.
- Hanson, R. K., & Thornton, D. (1999). *Static-99: Improving actuarial assessment of sex offenders. Corrections Research*. Ottawa: Ministry of the Solicitor General of Canada.
- Hanson, R. K., & Thornton, D. (2000). Improving risk assessments for sex offenders: A comparison of three actuarial scales. *Law and Human Behavior*, 24, 119-136.
- Hanson, R. K., & Thornton, D. (2003). *Notes on the development of Static-2002. (Corrections Research User Report No. 2003-01)*. Ottawa: Department of the Solicitor General of Canada.
- Hare, R. D. (1991). *The Hare Psychopathy Checklist-Revised manual*. North Tonawanda, NY: Multi-Health Systems.
- Hare, R. D. (2003). *The Hare Psychopathy Checklist-Revised manual (2nd ed.)*. North Tonawanda, NY: Multi-Health Systems.
- Heilbrun, K., & Marczyk, G. R., & DeMatteo, D. (2002). *Forensic Mental Health Assessment: A Casebook*. New York: Oxford.

- Helmus, L., Hanson, R. K., & Thornton, D. (2009). Reporting Static-99 in light of new research on recidivism norms. *The Forum*, 21(1), 38-45. from the Norms tab at www.static99.org
- Hemphill, J. F., Hare, R. D., & Wong, S. (1998). Psychopathy and recidivism: A review. *Legal and Criminological Psychology*, 3, 141-172.
- In re Amber B., 191 Cal. App. 3d 682, 236 Cal. Rptr. 623 (1st Dist. 1987).
- In re Christine C., 191 Cal. App. 3d 676, 236 Cal. Rptr. 630 (1987).
- In re Civil Commitment of A.E.F., 377 N.J. Super. 473, 480 (App. Div. 2005)
- In re Commitment of Fisher, 164 S.W.3d 637, 642 (Tex. 2005)
- In re Commitment of R.S., 339 N.J. Super. 507, 548-549 (App. Div. 2001)
- In re Commitment of R.S., 173 N.J. 134, 136-37, 801 A.2d 219, 220-21 (2002)
- In re Detention of Thorell, 149 Wn. 2d 724, 753-56, 72 P.3d 708, 724-25 (2003)
- In re Jennifer, 517 N.E.2d 187 (Mass. Ct. App. 1988).
- In re J. K., 49 Wash. App. 670, 745 P.2d 1304 (1987).
- In re Tucker, 353 S.C. 466 [S.C. 2003]
- Imwinkelreid, E. J. (1981). A new era in the evolution of scientific evidence-A primer on evaluating the weight of scientific evidence. *William and Mary Law Review*, 23, 261-290.
- Jampole, L., & Weber, M. K. (1987). An assessment of the behavior of sexually abused and nonsexually abused children with anatomically correct dolls. *Child Abuse & Neglect*, 11, 187-192.
- Janus, E. S. (2006). *Failure to Protect: America's Sexual Predator Laws And the Rise of the Preventive State*. New York: Cornell University Press.
- Jenkins v. United States, 307 F.2d 637 (D.C. Cir. 1962).
- Kadish, S. H., & Schulhofer, S. J. (1989). *Criminal Law and Its Processes* (5th ed.). New York: Aspen Law & Business.
- Kansas v. Crane, 534 U.S. 407, 122 S. Ct. 867, **,151 L. Ed. 2d 856, ***,2002 U.S. LEXIS 493 (U.S. 2002).

- Kansas v. Hendricks, 521 U.S. 346, 117 S.Ct. 2072, 138 L.Ed.2d 501 (1997) (5-4 decision)
- Kaser-Boyd, N. (1993). Rorschachs of women who commit homicide, *Journal of Personality Assessment*, 60(3), 458-570.
- Kenyon-Jump, R., Bumette, M. M., & Robertson, M. (1991). Comparison of behaviors of suspected sexually abused and nonsexually abused preschool children using anatomical dolls. *Journal of Psychopathology and Behavioral Assessment*, 13, 225-240.
- Koocher, G. P., Goodman, G. S., White, C. S., Friedrich, W. N., Sivan, A. B., & Reynolds, C. R. (1995). Psychological science and the use of anatomically detailed dolls in child sexual-abuse assessments. *Psychological Bulletin*, 118, 199-222.
- Kovera, M. B., & Borgida, E. (1996). Children on the witness stand—The use of expert testimony and other procedural innovations in U.S. child sexual abuse trials. In B. L. Bottoms, & G. S. Goodman (Eds.), *International perspectives on child abuse and children's testimony—Psychological research and law*. (pp. 201 - 220). Thousand Oaks: Sage Publications.
- Kovera, M. B., Levy, R. J., Borgida, E., & Penrod, S. D. (1994). Expert testimony in child sexual abuse cases. *Law and Human Behavior*, 18, 653 - 674.
- Krafka, C., Dunn, M. A., Johnson, M. T., Cecil, J. S., & Miletich D. (2002). Judge and attorney experiences, practices, and concerns regarding expert testimony in federal civil trials. *Psychology, Public Policy, and Law*, 8(3), 309-332.
- Kulich, R., Maciewicz, R., & Scrivani, S. J. (2009). *American Academy of Pain Medicine*, 10(2)
- Lally, S. J. (2003). What tests are acceptable for use in forensic evaluations? A survey of experts. *Professional Psychology: Research & Practice*, 34, 491-498.

- Langbein. J. H. (1985). The German Advantage in Civil Procedure. *The University of Chicago Law Review*, 52(4), 823-866.
- LaFave, W. R., & Austin & Scott, A. W. Jr. *Criminal Law (2nd ed.)*. St. Paul, Minn. : West Pub. Co
- Levy, R. J. (1989). Using “scientific” testimony to prove child sexual abuse. *Family Law Quarterly*, 23, 383-409.
- Lockhart v. McCree, 476 U.S. 162 (1986).
- Maan, C. (1991). Assessment of sexually abused children with anatomically detailed dolls: A critical review. *Behavioral Sciences and the Law*, 9, 43-51.
- Maguigan, H. (1998). Review essay/ it's time to move beyond “battered woman syndrome”, *Criminal Justice Ethics*, 17(1), 50-57.
- Maryland v. Craig, 497 U.S. 836 (1990)
- Mason, M. A. (1991). A judicial dilemma: Expert witness testimony in child sex abuse cases. *Journal of Psychiatry and Law*, 19, 185 - 219.
- Mason, M. A. (1995). The child sex abuse syndrome: The other major issue in State of New Jersey v. Margaret Kelly Michaels. *Psychology, Public Policy, and Law*, 1, 399-410.
- McCleskey v. Kemp, 481 U.S. 279 (1987).
- Melton, G. B., & Limber, S. (1989). Psychologist’s involvement in cases of child maltreatment: Limits of role and expertise. *American Psychologist*, 44, 1225-1233.
- Melton, G. B., & Petrila, J, Poythress, N. G., & Slobogin, C. (1997). *Psychological Evaluations for the Courts: A Handbook for Mental Health Professionals and Lawyers*. NewYork: Guilford. 2nd ed.
- Mich. Comp. Laws § 780.501-.509 (1937) (repealed 1968).
- Miller, J. A. (2010). Sex Offender Civil Commitment: The Treatment Paradox, *California Law Review*, 98(6), 2093-2128.
- Monahan, J., & Steadman, H. J. (Eds.). (1994). *Violence and mental disorder:*

- Developments in risk assessment*. Chicago: University of Chicago Press.
- Monahan, J., Steadman, H. J., Silver, E., Appelbaum, P. S., Robbins, P. C., Mulvey, E. P., et al. (2001). *Rethinking risk assessment: The MacArthur study of mental disorder and violence*. New York: Oxford University Press.
- Monahan J., & Walker, L. I. (1986). Social authority: obtaining, evaluating, and establishing social science in law. *University Pennsylvania Law Review*, 134, 477 - 517
- Monahan, J., & Walker, L. (1987). *Social Frameworks: A New Use of Social Science in Law*, 73 Va. L. Rev. 559.
- Monahan, J., & Walker, L. (1988). Social science research in law: A new paradigm. *American Psychologist*, 43, 465 - 472.
- Monahan, J., & Walker, L. (1991). Judicial use of social science research. *Law and Human Behavior*, 15(6), 571-584.
- Monahan, J., & Walker, L. (1994). Judicial use of social science research after Daubert. *Shepard's Expert and Scientific Evidence Quarterly*, 2(2), 327-342.
- Morrison, S., & Greene, E. (1992). Juror and expert knowledge of child sexual abuse. *Child Abuse and Neglect*, 16, 595 - 613.
- Myers, J. E. B., Bays, J., Becker, J., Berliner, L., Corwin, D. L., & Saywitz, K. J. (1989). Expert testimony in child sexual abuse litigation. *Nebraska Law Review*, 68, 1-145.
- Ogloff, J. R. P., & Lyon, D. R. (1998). Legal issues associated with the concept of psychopathy. In D. J. Cooke, A. E. Forth, & R. D. Hare (Eds.), *Psychopathy: Theory, research, and implications for society*. (pp. 401-422). Dordrecht, The Netherlands: Kluwer.
- Ogloff, J. R. P., Roberts, C. F., & Roesch, R. (1993). The insanity defense: Legal standards and clinical assessment. *Applied and Preventative Psychology*, 2, 163-178.
- O'Keefe, M. (1997). Incarcerated battered women: A comparison of battered women

- who killed their abusers and those incarcerated for other offense, *Journal of Family Violence*, 12(1), 1-19.
- O'Keefe, M. (1998). Posttraumatic Stress Disorder among incarcerated battered women: A comparison of battered women who killed their abusers and those incarcerated for other offense, *Journal of Traumatic Stress*, 11(1), 71-85.
- Otto, R. K., & Heilbrun, K. (2002). The practice of forensic psychology: A look toward the future in light of the past. *American Psychologist*, 57, 5 - 18.
- People v. Lucas, 160 Cal. App. 2d. 305, 310, 324 P.2d. 933, 936
- People v. Simons (In re Simons), 213 Ill. 2d 523, 543-544 (Ill. 2004)
- Perlin, M. L. (1977). The legal status of the psychologist in the courtroom. *Journal of Psychiatry and Law*, 5, 41-54.
- Petrila, J. & Otto, R. (2001). Admissibility of expert testimony in sexually violent predator proceedings. In A. Schlank (Ed.), *The sexual predator*. Kingston, NJ: Civic Research Press.
- Pollack, A. L., & Webster, B. D. (1993). Psychology and the law: The emerging role of forensic psychology. In K. S. Dobson & D. J. G. Dobson (Eds.), *Professional psychology in Canada* (pp. 391-412). Toronto, ON: Hogrefe & Huber.
- R. v. J.A.P, (2000), 192 Sask. R. 80 (Prov. Ct.).
- Regina v. McNaughten, 1843
- Rice, M. E., & Harris, G. T. (1997). Cross-validation and extension of the Violence Risk Appraisal Guide for child molesters and rapists. *Law and Human Behavior*, 21, 231-241.
- Roesch, R., & Golding, S. L. (1980). *Competency to stand trial*. Urbana, IL: University of Illinois Press.
- Rogers, R. (1984). *Rogers criminal responsibility assessment scales (R-CRAS) and test manual*. Odessa, FL: Psychological Assessment Resources.

- Sagatun, I. J. (1991). Expert witnesses in child sexual abuse cases. *Behavioral Sciences and the Law*, 9, 201 - 215.
- Salekin, R., Rogers, R. & Sewell, K. W. (1996). A review and meta-analysis of the Psychopathy Checklist and Psychopathy Checklist-Revised: Predictive validity of dangerousness. *Clinical Psychology: Science and Practice*, 3, 203-215.
- Sales, B. D., Shuman, D. W., & O'Connor, M. (1994). In a dim light: Admissibility of child sexual abuse memories. *Applied Cognitive Psychology*, 8, 399 - 406.
- Saunders, J. W. S. (2001). Experts in court: A view from the bench. *Canadian Psychology*, 42, 109 - 118.
- Schuller, R., & Hastings, P. (1997). The battered woman syndrome and other psychological effects of domestic violence against women: Scientific status. In D. Faigman, D. Kaye, M. Saks, & J. Sanders(Eds.), *Modern scientific evidence. The law and science of expert testimony V. 1* (pp.351-379). St.Paul, MN: West Publishing Co.
- Slobogin C. 2000. Doubts about Daubert: psychiatric anecdote as a case study. *Washington and Lee Law Review*. 57(3): 919 - 948.
- State ex rel. Romley v. Fields, 201 Ariz. 321, 323 (Ariz. Ct. App. 2001)
- State v. Tainter (In re Tainter), 2002 WI App 296, P6 (Wis. Ct. App. 2002) review denied 2003 WI 16, 259 Wis. 2d 101, 657 N.W.2d 707, 2003 Wisc. LEXIS 52 (2003)
- Summit, R. C. (1983). The child sexual abuse accommodation syndrome. *Child Abuse & Neglect*, 7, 177-193.
- Terrance, C. A. Undermining Reasonableness: Expert Testimony in a Case Involving a Battered Woman Who Kills. *Psychology of Women Quarterly*, 27, 37-45.
- Terrance, C. A., Matheson, K., & Spanos, N. P. (2000) Effects of judicial in-

- p>structions and case characteristics in a mock jury trial of battered women who kill,
- Law and Human Behavior*
- , 23(2), 207-229.
- Undeutsch, U. (1982). Statement reality analysis. In A. Trankell(ed.), *Reconstructing the past: The role of psychologist in criminal trials*. Stockholm: P.A. Norsted and Sons.
- United States v. Virginia, 518 U.S. 515 (1999).
- Vidmar, N. (2005). Expert evidence, the adversary system, and the jury. *American Journal of Public Health*, 95(S1), 137-143.
- Viljoen, J. L., Roesch, R., Ogloff, J. R.P., & Zapf, P. A. (2003). The Role of Canadian Psychologists in Conducting Fitness and Criminal Responsibility Evaluations. *Canadian Psychology/Psychologie Canadienne*, 44(4), 369-381.
- Vrij, A. (2000). Detecting lies and deceit: *The psychology of lying and implications for professional practice*. Chichester: John Wiley & Sons
- Vrij, A., Akehurst, L., Soukara, S., & Bull, R. (2002). Will the truth come out? The effect of deception, age, status, coaching, and social skills on CBCA scores. *Law and Human Behavior*, 26, 261-283.
- Walker, L. E. (1979). *The battered woman*. New York: Harper and Row
- Walker, L. E. (1984). *The battered woman syndrome*. New York : Spinger.
- Walker, L. E. (1992). Battered woman syndrome and self-defense, *Nortre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 6, 321-334.
- Walker, L. & Monahan, J. (1987). Social frameworks: A new use of social science in law. *Virginia Law Review*, 73, 559-598.
- Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702 (1997).
- White, S., Strom, G. A., Santilli, G., & Halpin, B. M. (1986). Interviewing young sexual abuse victims with anatomically correct dolls. *Child Abuse & Neglect*, 10, 519-529.
- Williams, J. J. (2009). Case law summary. from <http://www.static99.org/>

- Witt, P., & Conroy, M. A. (2009). *Evaluation of sexually violent predators*. New York: Oxford University Press.
- Zinger, I., & Forth, A. E. (1998). Psychopathy and Canadian criminal proceedings: The potential for human rights abuses. *Canadian Journal of Criminology*, 40, 237 - 277.

Korean Expert Testimony System in Criminal Cases : Limited to The Field of Psychology

Soo Jung Lee*

Jury system has been applied in Korean criminal procedure since 2008 and hearing process got treated more importantly at court. According to this change more experts begin to make testimonies in front of jury. Recently, it is confirmed that social scientists including psychologists are more involved in this process. However, the activity of forensic experts is still trivial compared to adversarial jurisdiction. This seems to be caused by the misunderstanding and anti-cooperation of personnels in various justice systems. In order to conquer this barriers this study introduced areas in which psychologists have displayed capability as effective forensic experts in American criminal trials. Also, attempts were made to compare expert testimonial system of America and correspondent system of Korea. At last it was discussed that what should be achieved to make Korean expert testimonial system substantial, such as developing educational programs of judges and personnels in related areas.

❖ Key words : expert testimony, NGRI, risk assessment, statement validity test, brain imaging evidence, BWS

투고일 : 5월 18일 / 심사(수정)일 : 6월 28일 / 게재확정일 : 6월 28일
--

* Kyonggi University