



시리즈 집담회

성폭력의 법적해결 백래시에 맞서는

로우 *LAW* 킷

1차 피해자 진료기록 재감정, 이대로 괜찮은가?

일시 2021년 12월 17일(금) 오후 2시~5시

장소 온라인 줌(ZOOM)

주최 한국성폭력상담소, 서울대학교 공익법률센터



목차

사회 이도경 (변호사, 서울대학교 공익법률센터)

G

발표	피해자 진료기록 재감정, 실태와 문제점	5
	오매/김혜정(한국성폭력상담소 활동가)	

토론1	성폭력 피해 치료와 법적 입증 과정의 문제	27
	장형윤(경기남부해바라기센터(거점) 소장)	

토론2	성폭력 민형사상 판단과정에서 피해자 진료기록의 취급	47
	조정민(법원 현대사회와 성범죄연구회 판사)	



성폭력의 법적해결 백래시에 맞서는 로우 **LAW** 킥

1차 피해자 진료기록 재감정, 이대로 괜찮은가?

피해자 진료기록 재감정, 실태와 문제점

: 피해자의 치유·회복을 돕는 성폭력 법적 해결과정을 ‘촉탁’하기

김혜정

한국성폭력상담소 활동가

피해자 진료기록 재감정, 실태와 문제점

: 피해자의 치유·회복을 돕는 성폭력 법적 해결과정을 ‘촉탁’하기

김혜정(한국성폭력상담소 활동가)

1. 성폭력 피해자 법적 권리구제와 ‘진단서’의 자리, 피해자의 자리

2021년 대법원 3부(주심 노정희 대법관)는 16년전 성폭력 사건에 대한 민사상 손해배상청구권이 인정했다. 민법 제766조 2항에 의한 손해배상 청구권 소멸시효는 ‘손해 및 가해자를 안 날’부터 3년 또는 ‘불법 행위를 한 날’부터 10년인데, “소멸시효의 기준이 되는 ‘불법행위를 한 날’은 객관적이고 구체적인 손해가 발생해 현실화된 때를 의미”하며 피해자가 “전문가로부터 PTSD가 발현됐다는 진단을 받은 때 손해가 현실화됐다고 보는 것이 타당하다”고 판단한 것이다.¹⁾ 이 결정은 오랜 시간에 걸쳐 ‘망각’ 또는 ‘해리’ 상태에 머물렀다가 특

1) 김OO 테니스코치는 2001~2002년 초등학교 4학년 시절 초등학교 테니스부 코치였던 A로부터 성폭력 피해를 입었다. 2010년 ‘조두순’ 사건 때 자신도 아동 성폭력 피해자임을 깨달았는데 “이미 10년이 지난 사건이라 수사가 어렵다”는 말에 일상으로 돌아갔고, 2016년 5월 한 테니스 대회에서 가해자를 맞닥뜨리면서 과거의 기억이 떠올라 단기 기억상실과 수면장애에 시달리다가 6월 병원에서 PTSD 진단을 받고 가해자를 강간치상 혐의로 고소했고, A씨는 2018년 10월 징역 10년형을 확정받

정한 시점이나 계기를 통해 피해를 자각하고 그 때부터 고통의 증상이 발현하기도 하는 성폭력 피해(자)의 '시간성'이 현존하는 '법적 소멸시효'라는 벽에 부딪히고 있던 현실을 깨고 법적 권리구제 가능성을 확장한 '사건'이다.

이 가교에 성폭력 피해로 인한 증상에 대한 '(의료)전문가 진단'이 있다. 현재 많은 성폭력 사건의 법적판단 과정에 피해자의 진료기록, 진단서가 제출되고 있다. 대법원 2003.9.26. 선고 2003도4606 판결, 대법원 2011.12.8. 선고 2011도7928 판결 등은 강간치상죄에서의 상해를 "피해자의 건강상태가 불량하게 변경되고 생리적 기능이나 생활기능에 장애가 초래되는 것을 말하는 것으로 육체적 기능 뿐만 아니라 '정신적 기능'에 장애가 생기는 경우도 포함된다"고 보며, "이는 객관적, 일률적으로 판단할 것이 아니라 피해자의 연령, 성별, 체격 등 신체·정신상의 구체적 상태를 기준으로 판단"한다고 설시한다. 성폭력 피해자가 외상 후 스트레스 장애(PTSD) 같은 대표적 '정신적 기능 장애' 진단을 받고 이를 제출하는 것은 해당 성폭력 사건의 '상해' 여부를 나누게 되는데, 어떤 사건의 경우 오래 전에 일어났다가 훗날에야 법적 고발, 고소를 하게 되었을 때 강간죄를 적용하느냐, 강간치상죄를 적용할 수 있느냐에 따라 공소시효 완성 여부가 달라지기도 한다. 또 강간죄와 강간치상죄는 법정형이 달라 상해가 인정되면 가해자(피고인)에 대한 처벌 정도를 높일 수도 있다.

그러나 '상해'를 인정, 입증하는 정신적 기능손상/장애 진단 자료는 위와 같

았다. 피해자는 형사소송 승소 뒤 민사소송을 제기했는데 주변에서 만류했으나 피해자가 진행한 민사소송은 결국 대법원 결정을 거쳐 1억원 배상이라는 결과를 확정지었다.

위 사안에 대한 기술은 다음 기사 참고. "20년 전 성폭력 사건도 배상받을 수 있다" 여성신문, 2021.8.27.

<https://www.womennews.co.kr/news/articleView.html?idxno=215171>

은 경우에만 중요한 것이 아니다. 형법상 강간죄가 애초부터 현저히 저항이 곤란할 정도의 폭행과 협박을 구성요건으로 삼고 있으며, 성폭력 피해자는 ‘물리적인 극심한 유형력’에 의한 피해인지 여부를 심문받는 위치에 그동안 놓여왔다. 주지하다시피 성폭력 사건 현장은 물리적 폭행협박과 저항 유무를 보여주는 녹화장치나 목격자가 대부분 없다. 또한 전국성폭력상담소협의회 조사에 따르면 강간피해를 상담한 피해자 중 71.4%가 명시적인 폭행 협박이 없는 상황에서 피해를 겪었다고 보고했다.²⁾ 법적으로는 물리적 유형력의 입증을 요하는데, 현실적으로는 물리적 유형력 이전에 가해자의 권력, 위력, 피해자의 열악한 위치, 친밀관계의 성적 위계 등을 이용한 성폭력이 다수인지라 피해자의 피해를 ‘상해’로 전환하고 무엇보다 ‘객관화’, ‘가시화’하는 PTSD등 진단서는 피해자에 대한 의심과 비난이라는 장벽을 넘어 성폭력에 대한 송치 여부, 기소 여부, 유죄 여부 자체에 영향을 미칠 것이라고 피해자들은 절박하게 느끼고 있다. 또 성폭력 범죄에 대한 양형기준이 가해자의 정상을 보는 것을 중심인 상황에서 피해자가 진단서라도 내지 않으면, 성폭력 피고인이 내는 수많은 탄원서와 양형자료들 사이에서 재판부가 어떻게 선고할지 불안을 느낀다.

전문가의 ‘진단서’는 성폭력의 특성과 피해의 정도를 재판부에게 설명하고, 인지케 하는 역할을 하면서, 다른 면에서는 피해자가 피해를 말하고 법적 권리구제를 구할 때 ‘의료화’와 ‘전문가화’를 거쳐야만 가능하게 되는 경로를 이루기

2) 2019.1-3월 전국 66개 성폭력상담소 강간 및 유사강간 상담사례 분석 결과 총 1,030명 중 직접적인 폭행 협박 없이 발생한 성폭력 피해사례는 71.4%(735명)에 달하고 직접적인 폭행협박이 행사된 성폭력 피해사례는 28.6%(295)명이었다. / ‘강간죄’개정을위한연대회의 2019.7.9. 2차 의견서
<https://change297.tistory.com/6?category=961948>

도 한다. 김보화(2021)³⁾는 이 과정을 ‘피해자로 인정받기 위한 ’재피해자화‘라고 지적한다. “지금 너무 힘들고 이 힘든 걸 보여줘야 되는데 그 보여줘야 되는 게 뭘까. 심리치료를 받거나 정신과 치료를 받고 있어요라고 하는 것들을 보여줘야 한다는 압박감을 느끼는”(김보화 2021:109) 피해자들이 많고, 의료기관에 가서 약물처방을 받지 않고 피해를 돌보고 일상을 회복하며 살아가려고 했던 사람들도 병원에 다니는 쪽을 택한다. 법적 권리구제를 지금이든 나중에든 받으려면 피해자가 직접 쓰는 탄원서는 중요한 자료가 아니고, 정신과 진단서나 심리치료 기록은 필수라 여겨지기 때문이다. 중요한 것은 의료적 진단서는 고통의 심각성을 전제하고, “얼마나 많이 꾸준히 오랜 기간”(김보화 2021:110) 그렸는지가 신빙성을 높이는 것이다. 의료적으로 심각한 상황으로 오랫동안 일관되게 머물러야 법적 구제를 받을 수 있는 ‘물’ 속에서 피해자는 다양한 감정의 굴곡을 드러내거나, 작아졌다가 커졌다하는 목소리를 그대로 표출하기 어려워진다. 회복하고자 노력하고 싶어도, 회복되지 않는 것이 유리한 것인지 피해자들은 묻는다.

2. 피해자 진료기록에 대한 ‘감정’이 제기되고 승인되는 사례들

성폭력 피해를 입증, 인정하는 법적 과정에서 때로 유일하고 핵심적인 증거가 되는 피해자 진술신빙성을 탄핵하기 위한 피고인/피고측의 피해자 공격이

3) 김보화(2021), ‘성폭력 사건 해결의 ’법시장화‘ 비판과 ’성폭력 정치‘의 재구성에 관한 연구’, 이화여자대학교 대학원 2020학년도 박사학위 청구논문

과도해지는 문제처럼 피해자 측이 제출하는 진료기록을 탄핵하기 위한 감정, 재감정, 신체감정 촉탁과 재판부의 승인, 피해자가 제출한 의료기록에 대한 의심에 기반한 부정 등은 현재 현저히 더 불거지고 있는 문제다. 사례를 통해 살펴본다. 진행중인 사건도 포함되기에 가급적 사례가 특정되지 않도록 보편적으로 다루어야 할 점을 중심으로 기술하고자 한다.

○ 사례1. 피해자가 형사고소한 사건에서 PTSD 진단서 등을 제출하였고, 1심에서 성폭력 치상 인정. 항소심 시작 전 피고인 측에서 피해자 진료기록에 대한 '감정'촉탁을 신청하였고, 항소심 개시 이전 재판부가 승인함. (피해자나 피해자 변호사가 의견개진할 기회 없었음) 1차로 촉탁된 의료단체에서 긴 시간이 지난 후에 진행하기 어렵다고 회신함. 2차로 다른 의료단체에 촉탁됨. 긴 시간이 지난 후에 답변서가 회신됨. 이 '감정'은 피해자 면담 등이 없이 재판부를 통해 송부된 피해자 기존 진료기록 검토만으로 이루어짐. 답변서에는 감정결과와 함께 이 감정 내용에 이견이 있는 경우 타 의료기관이나 단체에 재감정이나 사실조회를 의뢰하여 또 다른 의학적 소견을 받으라고 공지됨.

○ 사례2. 성폭력 형사고소 사안에 대해 1, 2, 3심을 거쳐 유죄 확정됨. 이후 피해자가 민사상 손해배상청구소송을 제기했는데, 피고측이 피해자에 대해서 기왕력 검토, 10년치 건강보험청구기록, 형사소송에서 제출된 바 있는 의료적 진단서에 대해 3-4년간 진료기록 사실상 원본 전체를 청구함. 재판부가 향후 치료 필요에 대해서 '신체감정'을 받을 것을 권함. 피고측은 원고에 대한 정신감정이 필요하며, 대학병원급에서 1개월 이상 입원하여 관찰을 통해 감정이 이

루어져야 한다고 주장함. 피해자의 다른 이력에 의한 정신질환, 평소 피해자의 성격과 신경증에 기인한 정신질환일 가능성이 있다고 형사소송에서 피고인측이 제출했던 사건 외 자료들을 거론하며 일방적으로 주장함. 신체감정 촉탁된 의료기관에서 긴 검토 끝에 불가함을 회신함. 현재 민사재판은 ‘신체감정’ 결과 회신 이후로 열려야 한다며 재판부가 기일 추정을 선언함.

○ 사례3. 형사재판부가 기소된 성폭력 사건에 대해서 기각 결정하며, 피해자 PTSD 진료 및 상담기록 원본에 기재된 메모들을 일일이 거론하며 피해자가 해당 성폭력으로 인해서가 아니라 이 전 다른 개인적 사안들(메모에 기재된 내용 중 구체적으로 거명)을 원인으로 PTSD에 이른 것으로 보인다고 판단을 기술함. PTSD 진단 자체에 대해서 부정하지 않으며, 그러나 PTSD의 원인에 대해서 의사가 진료한 것과는 다르게 원인은 다른 데 있는 것 같다고 판단하며 진료기록 상 메모된 내용들을 인용함.

○ 사례4. 최초 병원 방문시 OO피해에 대해서는 말했으나 XX피해에 대해서는 말하지 않은 점(피해자는 XX를 말하는 것이 수치스러웠다고 함), 진단서 발급 시점은 수사가 개시된 이후인 점(피해자는 고소결심을 최초 병원 진료 이후로 했다고 함), 며칠 상간으로 2회 발급이 된 점(단순, 오타 오기로 재발급)등으로 병원방문 목적 자체도 의심스러우며 진단서를 신뢰하기 어렵다고 재판부가 판결함

○ 사례5. 형사재판에서 피고인 측의 요청과 재판부 승인에 따라 피고인 측이 제시한 심리상담 전문가가 피해자 증인신문 비공개 재판에 참관하여 피해자

를 정면에서 10시간 이상 관찰함. 이를 바탕으로 피해자 진술신빙성에 대한 전문가 감정의견서를 제출했는데, 감정서를 작성한 전문가와 재판에 참관했던 심리상담전문가가 동일인이 아님이 밝혀짐. 이 점이 알려진 후 해당 감정서는 폐기되었는데, 다시 또 다른 정신과 전문의에게 피해자 진술기록 신빙성 감정 촉탁이 진행됨

○ 사례6. 형사고소건에서 피해자가 구체적이고 상세한 기억을 기술하며 강간/삽입피해도 있었음을 진술함. 피고인은 삽입행위는 없었고 유사성교, 추행에 그쳤음을 주장함. 피해자가 원스톱 지원센터를 통해 제출한 의료기록이 있었으나 피고인 측에서 다른 의료기관에서의 삽입피해 여부 진단을 요구하고 재판부가 승인함. 청소년 피해자가 산부인과 검진과 진단을 위해 2-3군데 병원을 방문함.

○ 기타 사례들. 수사중인 경찰에서 성폭력상담소에 상담기록 원본 제출을 요구함. 제출요구 이유와 절차에 대해서 상세하게 문의하자 해당 수사관이 영장을 통해 압수할 수 있다고 말함. / 형사소송 중 피고인이 업무상 영향을 미칠 수 있는 피해자상담처에 피해자 상담일지원본 개인제출을 종용함. / 사회적으로 알려진 성폭력 사건에서 제3의 기관이 피해자 상담처에 상담일지 원본기록 제공/제출을 요구함

3. 문제제기와 질문들

○ (성폭력피해로 인한) PTSD 전문가 진단도 ‘피해자다움’ 편견 앞에 놓이는 문제

예컨대 의정부지법 2017.5.11. 선고 2016고합363 판결 [강간등치상, 카메라등이용촬영]을 보면 피해자의 외상 후 스트레스 장애 보고에 대해서 공소사실 기재행위와의 인과관계 인정 여부를 다루면서 재판부는 피해자의 대응과정을 보면 외상 후 스트레스 장애를 앓고 있는 피해자의 행동으로 보기 어렵다고 결론 내린다. (주위적 공소사실 무죄) (판결문 일부 내용 아래 상자글 참조)

피해자를 진료하는 치료자는 진단서나 소견서를 발급할 때 단순 PTSD 여부만이 아니라 성폭력 피해에 대한 편견, 통념을 불식하며 증상을 이해할 수 있도록 설명을 부기해야 하는가.

1) 외상 후 스트레스 장애는 사람이 전쟁, 고문, 자연재해, 사고 등의 심각한 사건을 경험한 후 그 사건에 공포심을 느끼고 사건 후에도 계속적인 재경험을 통해 고통을 느끼며 거기서 벗어나기 위해 에너지를 소비하게 되는 질환이다. 그런데 통상 범죄의 피해자에게는 범죄의 피해로 인한 정신적 고통이 뒤따르기 마련이고, 외상 후 스트레스 장애의 경우 객관적인 증상보다는 주로 환자의 진술에 의존해 진단이 이루어지는 점이 고려되어야 한다.

2) 피해자는 피고인을 경찰에 고소한 후, 진단서를 발급받아 이를 직접 수사기관에 제출하였고, XX의료원에서 외상 후 스트레스 장애와 관련한 각 진단서도 발급받아 이를 수사기관에 직접 제출하였으며, 또한 XX의료원에서

외상 후 스트레스 장애와 관련하여 -부터 -까지 통원한 확인서와 진료기록 부 등 일체-를 발급받아 이를 수사기관에 직접 제출하였고, 피해자 본인의 - 기록물, 피고인들의 -기록, 피해자와 피고인 -과의 녹음파일, 피해자 제보로 이루어진 뉴스 출력물, 진정서도 수사기관에 직접 제출하였으며, 피해자 국선변호사와 합의 관련 상담, 추가 고소 가능여부, 처벌 가능성 등 문의했고, 피해자가 언론에 적극 제보하고 인터뷰에 응하는 등을 함.

만약 피해자가 공소사실 기재 범행 때문에 외상 후 스트레스 장애를 앓게 되었다면, 피해자는 공소사실 기재 범행과 관련한 공포심을 느끼고 계속적인 재경험을 통해 고통을 느끼며 거기서 벗어나기 위해 에너지를 소비하는 상황에 빠져 있다는 것인데, 그런 피해자가 고통을 더욱 가중시킬 수도 있는 위와 같은 일련의 과정을 스스로 한다는 것은 외상 후 스트레스 장애의 증상과는 상반된다고 볼 여지가 있다. 특히, 피해자가 위와 같이 스스로 편집까지 하여 범행 동영상을 언론사에 제공한다는 것은 공소사실 기재 범행으로 인하여 외상 후 스트레스 장애를 앓고 있는 피해자의 행동으로 보기에는 매우 이례적으로 보인다.

○ 형사재판으로 확정된 불법행위에 의한 민사 손해배상소송의 지휘

불법행위로 인한 손해배상청구권을 보장하는 민법과 판례에 의하면 확정된 형사판결은 민사재판에서 유력한 증거자료다. 많은 피해자들이 형사사건 유죄확정 이후 민사소송을 통해 손해배상청구권을 행사하기도 한다. 그런데 위 사례 2의 경우 원고(성폭력 피해자)에 대한 신체감정 결과가 나오지 않으면 모든 민

사소송의 과정을 진행할 수 없다고 기일을 추정한 상태다.

비단 성폭력피해자 뿐 아니라 많은 범죄피해자들이 향후에도 지속될 일상회복의 여정을 위해 민사상 손해배상을 청구한다. 그러나 그 액수의 적정선을 판단하기 위한다는 이유로 형사범죄가 일어난 지 3-4년이 지난 시점에서 피해자에 대한 입원감정을 시행해야 하고, 그것이 진행되지 않으면 민사소송에서 어떠한 결정도 진행될 수 없다는 것은 통상적인 범주에 있는 소송지휘인가? 이러한 재판부의 소송지휘는 피해자의 손해배상청구권을 사실상 방해하고 막아서고 있으며, 배상권 실현은 계속 미뤄지고 있다. 피해자의 진료기록을 의심하며 온갖 일방적인 의혹과 가설을 제기하며 탄핵하고자 하는 성폭력 가해자-피고측의 주장은 사실상 피해자 괴롭히기다. 피해자는 일상회복을 위해 배상청구를 한 것인데 다시 극심한 고통으로 되돌아가거나 머무르며 형사재판과는 또 다른 민사재판 상 입증을 하라는 요구와 다름없기 때문이다. 이러한 피고측 주장을 그대로 수용하고 진행하라고 성폭력피해자-원고에게 요구하는 재판부의 소송지휘는 철회하거나 반복될 수 없는가?

○ ‘시간적 변화’, ‘회복과 치유 필요성과 실현’에 대한 고려와 반영

피해자의 신체적, 정신적 손상, 장애의 발생을 판단하고 근거로 삼을 때 장애의 정도와 지속기간을 가늠한다. 판결문을 보면 치료에 요하는 시간, 피해자가 병원에 방문했던 기간을 두고 피해가 경미한지 위중한지를 판단하는 것을 확인할 수 있다. 또한 장애물을 진단하고 영구적인지 여부를 따지는 과정, 그로 인한 일실소득상실의 정도를 판단하는 기준표도 존재한다.

그렇다면 증상이나 장애가 변화할 수 있다는 것, 변경될 수 있다는 것은 아예 배제되는가? 손상이나 증상의 정도가 경해지거나 축소되는 경향이 있으면 최초에 발생했던 피해의 정도와 그에 대한 책임 부과도 근거가 사라지는 것이 되는가? 피해를 회복하고 피해 정도를 변경하기 위해 노력하고 애쓴 피해자의 시간과 에너지, 기회비용은 단순 치료비 액수만으로 계산할 수 없다. 이는 ‘위자료’ 부분에서 참작이 되고 있는가?

○ 법관의 피해자 진술증거 판단시 요구되는 성인지감수성은 의료인 감정에도 필요

미투운동 시기에 드러난 사건 중에는 성폭력 가해자의 대학 동기인 당시 모 유명 대학병원장이 ‘가짜미투’라며 가해자를 탄원하고 피해자를 비난하는 설문 참여를 부탁했다. 이러한 사람이 원장으로 있는 병원에서 해당 사건 피해자의 진료기록 감정, 신체감정이 축탁되면 ‘객관적이고 전문적인’ 결과가 도출될 수 있을까. 축탁된 기관이/기관을 기피, 제척, 회피하는 절차는 마련되어 있는가? 이미 의료인이 진료하고, 의료기관이 발급한 진단서가 있음에도 불구하고 이를 의심하여 또 다른 의료기관에 감정, 재감정이 축탁된다면 두 번째 의료기관은 무슨 근거로 의심을 불식하고 수궁할 수 있는가. 감정, 재감정을 단순히 반복하면 자료 신빙성이 확충되는가? 피해자 진단서가 편향되었다고 느낀다면 피해자 진단서를 재감정하는 곳 역시 편향될 수 있다

대법원 2018.10.25. 선고 2018도7709판결은 “법원이 성폭행이나 성희롱 사건의 심리를 할 때에는 그 사건이 발생한 맥락에서 성차별 문제를 이해하고 양성평등을 실현할 수 있도록 ‘성인지 감수성’을 잃지 않도록 유의하여야 한다

(양성평등기본법 제5조 제1항 참조).”라고 판시한다. 왜냐하면 “우리 사회의 가해자 중심의 문화와 인식, 구조 등으로 인하여 성폭행이나 성희롱 피해자가 피해사실을 알리고 문제를 삼는 과정에서 오히려 피해자가 부정적인 여론이나 불이익한 처우 및 신분 노출의 피해 등을 입기도 하여 온 점”이 존재하는데, 이를 짚어야 하는 이유는 “개별적, 구체적인 사건에서 성폭행 등의 피해자가 처하여 있는 특별한 사정을 충분히 고려하지 않은 채 피해자 진술의 증명력을 가 법계 배척하는 것은 정의와 형평의 이념에 입각하여 논리와 경험의 법칙에 따른 증거판단이라고 볼 수 없”기 때문이다.

증거판단을 제대로 할 수 있으려면 성인지감수성을 갖추어야 한다는 것이다. 이른바 ‘성인지감수성에 대한 대법원 판례’는 의료인들에게도 제창, 적용되어야 한다.

○ 피해자 직접 진료 없이 이루어지는 감정은 믿을 수 있는가?

피해 발생 후 수년이 지나 피해자를 신체감정, 정신감정하는 것도 문제적이지만, 피해자에 대한 대면상담, 치료적 개입이나 참여관찰 한번 없이 다른 의료인이 작성한 서면기록만을 가지고 감정, 재분석, 판단하는 것은 얼마나 신뢰도가 높은가? 대한의사협회는 2019년 ‘대한의사협회 의료감정원’을 개원했다. 기사에 따르면⁴⁾ “의료감정은 의료소송이나 의료관련 수사에서 법원, 검찰 등이

4) ‘대한의사협회’ 의료감정원‘ 공식 개원’ - 의협, 3일 종합학술대회서 출발...
“공정성 기반 전문 의료사안 다룰 것”, 2019.11.04. 데일리메디 박근빈 기자
<http://www.dailymedi.com/detail.php?number=849152&thread=22r02>

해당 사건의 의료행위에 대해 판단하고자 의료분야 전문가인 의사에게 조력을 구하는 과정”이며 “감정결과에 따라 재판결과가 크게 좌우된다는 점에서 공정성 · 전문성 · 객관성이 요구” 되고, “향후 전문감정인 인증교육 제도 도입 등”을 할 예정이라고 했다. 공정성, 전문성, 객관성은 어떻게 확보되는가?

○ 민형사 소송과정에서 제출된 의료기록이 감정, 재감정되는 다른 사례

성폭력이 아닌 다른 범죄행위로 인한 형사소송, 민사소송에서도 피해자가 제출한 의료기록(상해 등)이 감정, 신체감정으로 재차 의심되고 확인하는 과정을 거치는가?

형사재판에서 피고인이 양형판단을 위해 제출하는 자신의 정상과 관련한 자료(평소 복용하는 약, 건강기록, 가족의 질병 상황 등)에 대해서도 감정, 재감정하는 사례가 있는가. 적어도 ‘의심’하거나 신빙성을 확인하는 소정의 과정을 거치는 사례가 존재하는가?

4. 성폭력 피해자 의료기록 의심-재감정 문제에 대한 제언과 방향

○ 의료계에서 피해자 진단에 대한 법원의 감정요청에 대한 대응원칙, 가이드라인 필요

의료기록은 피해자를 진료한 기록이자, 환자에 대한 비밀보장, 신뢰의무를 전제로 한 개인적 기록이기도 한데 법원이나 수사기관의 요청이 오면 어떠한 경우에 환자 동의없이 제공이 이루어지는가? 이에 대한 의료계의 원칙과 가이드

라인이 존재하는가? 제출의무가 어떤 경우 부과되는지, ‘강제집행’은 가능한지, 거절할 경우 어떤 불리하거나 유리한 전개가 이루어지는지 환자나 의료인에게 적절한 정보가 제공되는가?

어떤 의료기관이나 의료인의 경우에 법원으로부터의 사실조회촉탁이 오거나 감정요청이 올 때 단순거절하거나, 법률검토를 받은 후 거절하고 이러한 의사가 받아들여지기도 하는데, 어떤 의료기관이나 의료인은 수행해야만 하는 것이 아닐지 부담과 긴장을 가진 채 응하기도 하고, 환자나 피해자지원기관, 피해자변호사에게 제출해야 하는지 문의하기도 한다. 또한 ‘신체감정’이나 ‘정신감정’의 경우 가이드라인이 존재하거나, 의료인 수련과정에서 학습되는 것도 아니고 관행적으로 이루어지기도 한다. 정신건강의학과 폐쇄병동 입원, 1주일에서 한달 혹은 그 이상 입원 후 관찰, 기존 진료기록상 기재되어 있는 증상과 현재 입원한 피감정인의 모습에 대한 대조에 의한 판단을 통해 이루어진다는 의견이 있다. 이것이 정비되어야 하며, 무엇보다 환자가 접근가능한 정보로서 공개, 안내되어야만 한다.

○ 법원 실무제요상 피해자 의료기록 취급시 원칙과 가이드 명시 필요

피해자측이 제출한 진료기록이 중요한 증거 중 하나라면 이를 취급하는데 있어서 방법과 절차, 원칙이 실무제요상 명시될 필요가 있다. 예컨대 피해자 제출 진료기록이 신뢰할 수 없어 재감정하는 경우 - 재감정 결정에는 필수 불가결한 결정의 사유가 존재해야 하고, 피해자의 치유와 회복과정에 역행을 하거나 해악을 끼치지 않아야 하며, 전 소송과정에 걸쳐서 1회를 초과해서는 안되고, 의료

기관 선정을 피고/피고나 제시하거나 재판부가 결정할 수 있지만, 피고인/피고 측과 연고가 있는 경우 기피/제척/회피되어야 하고, 피해자를 1회 이상 직접 만나야 하며 이는 피해자 동의하에 진행되어야 한다.

참고로 불법촬영 사건에서 영상증거를 판단할 때 이를 재생하는 것이 피해자에게는 또 다른 피해를 추가하는 것이 될 수 있기 때문에 텔레그램성착취사건 공동대책위원회 및 변호인단은 텔레그램성착취사건을 진행하는 재판부에 공동의견서를 제출해왔다. (상자글 참조) 이러한 의견서에 대해 재판부마다 취지와 필요성을 읽고 소송지휘과정에서 개선방안을 적용하기도 한다.

현재 형사소송규칙 제134조의 8(음성·영상자료 등에 대한 증거조사)에 의해 녹음·녹화 매체 등에 대한 증거조사는 녹음·녹음매체 등을 재생하여 청취 또는 시청하는 방법으로 하게 되어 있고, 증거조사관련 법원실무 제2183조에는 증거조사를 ‘공판정’에서 하게 되어 있으며, 대법원 판례상 범죄 사실과 관련된 영상을 재판에서 재생해야 증거능력을 인정하는 것으로 되어 있어서, 성착취 피해 영상물을 증거조사할 경우 공판정에서 재생이 이루어질 가능성이 있다.

그러나 원치 않게 유통, 소지, 시청되는 것이 불법성을 이루고 있는 피해 촬영물, 성착취물 사건에서 증거라는 이유로 법정에서 재생되어야만 하는 것은 매우 큰 문제이며, 이 점은 피해자에게 큰 장벽이 될 수 있다.

재판 실무상 불법촬영, 성착취 영상 증거조사 방법에 대해 현직 판사들에게 문의한 결과 초반 1~2초를 보는 것으로 간이조사를 진행하는 경우, 피고인이 증거에 동의하면 판사가 사무실에서 확인한 경우, 피고인이 증거 부동의 하더라도 그 취지에 따라 재판정에서 앞부분 얼굴만 확인하거나 정지화면으로 확인하는 경우가 존재했다. 따라서 피해자 인권을 고려한 엄밀한 최소한의 확인 방식을 제안한다.

예컨대 1)피고인이 증거 동의하는 경우 판사가 검사에게 파일의 무결함 여부를 확인한 후 재생하지 않는 방법, 2)재판정에서 비공개로 파일당 정지 장면 한 장면만 확인하는 방법이다.

○ 성폭력 관련 형사, 민사재판시 피해자의 회복을 지향하는 소송지휘의 책무

성폭력 행위를 법률에 근거하여 제재할 때 ‘피해자의 일상회복’은 중요한 목표가 되어야 한다.

성폭력 제재법의 보호법익을 ‘성적자기결정권’으로 보는데, 이는 행복추구권, 자기운명결정권을 포함하고, 성폭력이 침해하는 것이 신체 뿐 아니라 인격을 포함하는 통합성임을 많은 판례에서도 읽어내고 있다. 비교법으로 보아도 피해자의 신체적, 정신적, 경제적, 사회적 통합성(integrity)을 보호법익으로 명시하고 있는 경우가 많다.

양형판단에서도 처벌이나 유죄 결정이 피고인의 일상과 삶에 미치는 영향을 굉장히 포괄적, 다각적으로 살피는 과정에서 수많은 ‘일상’적 자료가 제출된다. (‘평범한 한 사람’임을 어필하는 연금보험, 가족사진, 어렸을 때 표창장, 졸업장, 로터리클럽 회원증, 봉사증 등). 성폭력 피해자에게 이 전과는 다른 학업, 노동

/고용, 일상, 관계, 신체-심리적, 사회적 상태를 만드는 범죄다. 피해자는 자신에게 발행한 범죄에 대응하기 위해 예상해본 적도 없는 시간과 에너지와 비용을 들이며, 자신의 일상을 회복하기 위해서는 더 큰 보이는, 보이지 않는 노력과 시간적 금전적, 사회적 비용을 들이고 있고 이 시간은 물리적으로 굉장히 긴 시간이 된다. 피고인의 '일상'에 대해서 청취하는 과정 만큼이나 최소한 형평적으로 피해자의 '일상'에 대해서 청취해야 할 뿐 아니라, 범죄가 파열한 피해자의 일상이라는 '피해'와 그 시간성에 대해서 헤아리고 복구하는 것이 소송 지휘의 방향이어야 한다.

한국성폭력상담소가 2020년 2월 대법원 양형위원회에 제출한 '성범죄 양형 기준에 대한 의견서'는 이제까지 성폭력 양형판단이 '피고인의 정상을 헤아리는' 방향으로 적용되어 왔다고 지적하며, 양형 판단시 '피해자의 일상회복'을 고려해야 함을 제안했다. (상자글 참조)

한국성폭력상담소가 2019년 1월부터 11월까지 선고된 1, 2심 판결 137개 판결문을 분석한 결과, 1) 피고인의 '진지한 반성' 2) 피고인의 '사회적 유대관계' 3) 피고인의 '평판과 업적' 4) 피고인의 '주취' 5) 피고인의 '초범' 6) 피고인의 '부양사실'로 인한 일반인자로서의 감경 적용이 매우 일반적임을 알 수 있습니다.

피고인의 사정을 헤아리는 위와 같은 요소는 피해자의 일상에서도 그대로 존재하는 요소입니다. 성폭력 피해자 역시 사건으로 인해 자책하고, 고민하는 시간을 훨씬 길고 강도 높게 보내며, 피해자 역시 사회적 유대관계, 평판

과 업적이 있고, 피해자 역시 처음 겪는 사건일 수 있으며, 피해자도 누군가를 부양하고 있을 수 있습니다. 그럼에도 피해자의 일상 손상 및 장애는 공식적으로 헤아려지지 않고, 피고인의 위와 같은 요소는 일반 ‘감경’ 인자로 적용된다면, 이는 성폭력 재판이 여전히 피고인의 사정에만 귀를 기울이고 있다는 뜻일 수 있습니다. 피해자의 일상회복이라는 기준에서 양형인자가 판단될 수 있도록 헤아려주시기 바랍니다.

○ ‘의료화’, ‘병리화’ 이외의 젠더폭력에 대한 다각적이고 심층적인 사회적 논의와 이해

그동안의 사회적 변화는 피해자들의 용기있는 말하기와 대응에서 비롯되었다. 그런데 피해자에 대한 ‘의료화’ ‘병리화’를 경유하는 피해인정 프레임에서는 피해자의 사투어린 적극적인 대응과 자기주장은 ‘피해자답지 않고’ ‘외상후스트레스 장애를 앓고 있지 않’아서 심지어 무죄판단의 근거가 되기도 한다. 범죄피해에 대한 면밀하게 살피고 형사상, 민사상 판단하는 것이 사법부의 역할이라면 적어도 ‘의료기록’의 참조가 피해자다움이라는 벽을 더 견고하게 쌓는 방향을 형성하지는 않아야 한다. 피해자 진술에 대한 배척없는 인정에만 머무는 것이 아니라, 다각적 피해의 이해와 사회적 청취가 반드시 필요하다. 피해자들과 피해자 지원기관들이 더욱 가열차게 피해자 저마다의 다양한 생존과 적응, 대응의 모습을 드러내고, 모순을 다루고, 사회경제적인 조건을 말하고, 노동과 학업과 인생과업과 성과 재생산의 권리를 주장하고, 변화를 만들어가는 시간성을 알려야 하는 과제 앞에 놓여 있음을 명징하다.

5. 나가며

“페미니즘에 대한 반격은 여성들이 완전한 평등을 달성했을 때가 아니라 그럴 가능성이 커졌을 때 터져 나왔다. 이는 여성들이 결승선에 도착하기 한참 전에 여성들을 멈춰 세우는 선제공격이다.” “‘백래시’는 본디 사회·정치적 변화로 영향력이나 권력이 줄어든다고 느끼는 사람들이 집단적으로 반발하고 반격하는 현상을 가리키는 사회학 용어다.”⁵⁾

한국성폭력상담소는 2021년 서울대학교 공익법률센터와 공동주최하는 시리즈 집담회를 기획하며 ‘성폭력의 법적해결 백래시에 맞서는 로우(LAW)킵’으로 이름을 붙였다. 피해자들의 말하기와 시민들의 연대운동을 통해 1994년 성폭력특별법을 제정하고, 1995년 형법 32장 제목이 ‘정조에 관한 죄’에서 ‘강간죄 추행의 죄’로 변경되었다. 이후 피해자 보호법과 처벌법 분리, 성폭력 수사재판 과정에서 피해자 보호 및 권리보장 제도 마련이 이루어져왔다. 대법원 판례, 헌법재판소 결정, 법 제개정을 통해 젠더에 기반한 여성에 대한 폭력과 불평등, 차별 해소의 가능성을 넓혀왔다.

그러나 성평등에, 안전에, 시민으로서 정치-경제-사회-일상적 통합성(integrity)을 보장받으며 사는 삶에 - 결승선에 도달하기 위해 노력해왔던 것이 그 이상의 반발과 반격을 맞이하고 있다. 그러나 법적, 제도적 보편성 확보

5) ‘페미니즘과 백래시(Backlash)’, 2018.7.9., 대한민국 정책브리핑 기고/칼럼, 한기봉 언론중재위원/칼럼니스트



라는 과제를 포기하지 않으면서 백래시의 구체적인 장면에 질문하고 맞서고 바꿔가고자 한다. 다양한 현장에서 법적해결 백래시를 마주하고 있는 사람들의 머리를 맞댄 논의와 용기를 넓혀가는 연대를 기대한다.



성폭력의 법적해결 백래시에 맞서는 로우 **LAW** 킥

1차 피해자 진료기록 재감정, 이대로 괜찮은가?

성폭력 피해 치료와 법적 입증 과정의 문제

: 진료와 감정 사이

장형윤

경기남부해바라기센터(거점) 소장

성폭력 피해 치료와 법적 입증 과정의 문제

: 진료와 감정 사이

장형윤(경기남부해바라기센터(거점) 소장)

1. 들어가며 : 성폭력에서 외상후스트레스장애는 상해인가?

2010년부터 성폭력 피해자 진료를 하면서, 성폭력 중 팔이 부러지거나 이가 깨지면 강간치상인데, 외상후스트레스장애가 생긴 건 그냥 강간인 상황이 불만이었다. 2021년 6월 오거돈 전 부산시장 사건에 대해 PTSD 진단으로 강제추행치상이 인정되었을 때, 이게 맞지 라고 생각하는 동시에, 아 이제 피해자들이 상해를 인정받고자 서류 발급을 요청하는 경우가 증가하겠구나 라는 예측도 하게 되었다. 그 전부터도 PTSD를 상해로 인정받고자 하는 피해자도 있었고, 관련된 주장을 하는 활동가들도 있었으나, 언론에 널리 알려진 이 사건을 계기로 그러한 움직임이 더 커질 것이 자명했다.

피해자를 지원하고 진료하는 일을 오래 해왔으므로, 피해자의 정신적 후유증이 상해로 인정되어 그에 합당한 처벌과 배상이 이루어지는 것은 매우 반가운 일이다. 그러나 동시에 앞으로 피해자를 진료하고 진단하고 서류를 발급할 때

보다 더 객관적으로 임해야겠다는 다짐도 할 수 밖에 없었다. 피고인 변호사나 판사가 나에게 이 진단에 대해 질문했을 때, 충분히 답할 수 있을 정도로 근거를 마련해서 진단을 내리고 서류를 발급해야겠다고 생각했다.

실제로 그 즈음을 전후로 해서, 정신과 진료 지원을 요청하고 서류 발급을 요청하는 피해자가 증가하였다. 그 전에도 미투 이후로 피해자들이 보다 더 적극적으로 목소리를 내고 신고를 하고, 형사로 끝나는 게 아니라 민사까지 재판을 진행하는 경우가 증가하고 있었던 추세였다. 피해자들은 나에게 일반 진단서나 소견서, 의무기록 복사 혹은 장애진단서⁶⁾만 요청하는 게 아니라, 산재보상보험 소견서 및 진료계획서⁷⁾, 근로능력평가용 진단서를 요청하거나 장애율, 향후 예상 치료비 등에 대한 의견을 묻는 경우가 많아지고 있다.

성폭력으로 인해 외상후스트레스장애를 포함하여 정신과 질환이 발병하였다면 이는 당연히 상해로 보아 마땅하다. 더군다나 성폭력은 다른 외상 경험에 비해 서도 유독 정신적 후유증을 많이, 심하게 남기는 사건이다. 이러한 상해는 가해자가 처벌받고 피해자가 회복하는 정의실현 과정에서 당연히 고려되어야 할 부분이다. 그러나 발표자가 발제에서 발표했듯이, 그 과정에서 피해자가 추가적인 피해를 입고 있는 상황이 발생하고 있다.

6) 이전에 발견되지 않았거나 장애진단을 받지 않았던 지적장애의 경우, 피해자 지원 과정에서 장애진단서가 발급되는 경우가 종종 있다.

7) 직장내 성폭력 사건인 경우 산업재해를 신청하는 경우가 있다.

2. 감정(感情) 상하게 하는 감정(鑑定)⁸⁾

감정이란 ‘사물의 특성이나 참과 거짓, 좋고 나쁨을 분별하여 판정한다’는 뜻이다. 법률 분쟁에 대한 재판을 진행하는 법원은 그 자체가 감정기관이다. 그러나 현대 사회는 기술의 발달 등으로 인해 세부적이고 전문적인 지식이 필요한 소송이 증가하였다. 그 결과, 법관은 전문 영역의 전문가에게 분쟁 상황에 대해 분석을 요청하고 그 결과를 심리하고 판단하게 되었으며, 이를 위해 우리나라에서는 감정 제도⁹⁾를 채택하고 있다.

그러나 감정 제도는 현재 여러 가지 문제가 있다.¹⁰⁾ 첫째, 너무 오래 걸린다. 우선 신체 감정을 할 수 있는 기관은 종합병원급 이상이어야 하고, 그 중에서 과장이나 조교수 이상의 교수만이 신체감정인이 될 수 있다.¹¹⁾ 즉, 이미 진료와 연구, 교육 등으로 시간에 쫓기는 의사들에게 감정은 추가업무처럼 여겨질 수 밖에 없고, 특별한 사명감이 있지 않은 이상 별다른 인센티브가 없는 감정 업무에 큰 관심을 기울이지 않는 경우가 대부분이다. 대체로 대학병원에서는 전공의 수련기준 중 감정 사례를 몇 건 이상 경험해야한다는 최소한의 조건을 충족시키는 수준에서 감정 환자를 승낙하는 것으로 보인다. 이러다보니 감정이 어렵다고 회신하는 경우도 적지 않고, 그런 거절 회신조차도 2~3달 후에 이루어지는 경우가 많으므로, 신체감정에만 수개월에서 수년이 걸릴 수 있다. 이런 경

8) “감정 상하게 하는 감정” (전성훈. 의사신문. 2021. 1. 26.)에서 표현을 발췌했음.

9) 세부 전문분야로는, 시가감정, 측량감정, 문서감정, 신체감정 및 공사비감정 등이 있다.

10) 「전문가 감정 및 전문심리위원 제도의 개선 방안에 관한 연구」 대법원 사법정책연구원. 2016.

11) 「감정인등 선정과 감정료 산정기준 등에 관한 예규」 제15조

우 법원에서도 전문가의 감정 의견 없이는 재판이 어렵다고 판단하여 기일추정을 선언하곤 하고, 기약할 수 없게 재판이 길어지게 된다. 둘째, 어떤 의사를 만나느냐에 따라 결과가 북불복이다. 즉, 어떤 감정인을 만나느냐에 따라 그 결과가 천차만별이라는 점이다. 충실하고 전문적인 의견을 받았다면 큰 문제가 없으나, 감정의사에 따라 극도로 부실하거나 이럴 수도 있고, 저럴 수도 있다 식의 의견을 제출하는 경우에는 재감정이나 감정보완, 사실조회 등 추가 절차를 밟게 되고, 결국 또 소송이 지연되는 결과를 낳는다. 셋째, 비용이 발생한다. 여기에는 물론 금전적 비용 뿐만 아니라 시간적 비용도 포함된다. 이는 소송 관계인에게 직접적인 영향을 끼치는 부분인 동시에, 사회적, 국가적인 차원에서도 적지 않은 비용이다.

신체감정이 가장 활발하게 이루어지는 전문과는 정형외과와 신경외과이다. 교통사고나 산업재해, 혹은 폭행 등의 상황에서 환자가 보험회사나 산재관리공단, 가해자 등으로부터 배상을 받을 때 활용되는 경우가 가장 많기 때문이다. 따라서 후유장애율이나 노동능력상실률을 계산하는 것도 신경계장애나 근골격계장애 위주로 되어있는 경우가 대부분이다.¹²⁾

3. 정신과 신체감정의 특징

정신과 장애는 다른 장애와 다른 몇 가지 특징을 갖는다. 첫째, 증상이 주관적이며, 둘째, 다양한 증상의 발현이 가능하고, 셋째, 시간적 변화에 따른 다양

12) 대표적으로 맥브라이드 노동능력상실 평가법이 있다.

한 증상이 나타날 수 있으며, 뇌재, 복합적인 원인이 작용하고, 다섯째, 수상내용과 장애가 불일치하는 경우가 많으며, 마지막으로 통합적인 판단을 요구하는 것이다.¹³⁾ 외상에 의한 정신 및 행동장애는 매우 다양한 양상으로 나타나고 정신 장애를 평가하는 대부분의 진단기준이 주관적 경험을 중요시하기 때문에, 대부분의 경우 이를 객관화하는 것이 쉽지 않다. 따라서, 정신적 후유장애의 심각성을 평가할 때에는 주관적 호소뿐만 아니라 후유장애에 의한 증상이 어떻게 외적으로 표현되는지를 평가하게 된다.

CT나 MRI, 혹은 혈액 검사나 조직 검사 등 수치화되고 객관적인 검사 결과를 근거로 진단을 내리는 대부분의 신체장애와 달리, 정신 및 행동장애의 경우에는 주관적 호소 외에는 객관적 관찰을 토대로 진단을 내릴 수 밖에 없다. 그래서 일반적으로 정신과에서 신체감정을 할 때에는 정신과 병동에 2주 내외로 입원 관찰이 이루어지게 된다. 이 기간 동안 환자의 증상 호소 외에 일상에서의 기능 및 증상의 심각도를 판단하게 된다.

정신과 전문의 수련 과정에서는 감정 사례를 최소 2건 이상 작성하도록 하고 있다. 이를 심사할 때에는, 법원이나 산재관리공단, 보험회사 등으로부터 의뢰 받은 사례에 한해 장애 등급 판정이나 후유장애를 등을 포함한 일정한 형식을 갖춘 감정서를 발급한 경우만 인정하고 있고, 병사용진단서나 장애진단서, 환자에 대한 진료 없이 이루어지는 서류감정은 인정하지 않는다. 일반적으로 교통사고나 신체적인 산업재해로 뇌에 손상이 발생하여 인지능력이나 충동조절능력이 저하된 경우가 의뢰될 때가 많고, 맥브라이드 차트를 이용해 장애물을 계산하는 법을 익힌다.

13) 「정신 및 행동장애의 배상의학」 김광일 저. 중앙문화사. 2002.

정신과에서 감정을 접하는 또다른 영역은 피고인의 책임능력을 판단하는 법 정신의학이다. 피고인이 심신미약 혹은 심신상실의 수준인지 여부를 판단하는 과정으로, 이러한 종류의 감정은 거의 대부분 국립법무병원¹⁴⁾에서 이루어지고 있다. 피고인은 책임을 회피하고 처벌을 최소화하기 위해 거짓으로 정신과 증상을 꾸며내거나 호소할 가능성이 있으므로 이를 관찰, 분석하고 판단하는 역할을 하는 것이 국립법무병원의 법정신의학자들이 하는 일이다.

결과적으로, 어느 전문과나 그렇지만, 주관적 증상이 주를 이루는 정신과 신체감정의 경우에는, 감정의 역할이 의사보다는 수사관에 더 가까울 수 밖에 없다. 즉, 의사는 환자가 진실을 말할 것을 전제하고 환자의 말을 믿는 것에서부터 시작하여 환자가 더 나아지게끔 돕겠다는 선의를 바탕으로 진료를 하고 비밀보장의무를 당연히 하는 반면에, 감정의는 애초에 비밀보장이 되지 않는다는 것을 피검사자에게 공지하고, 피검사자가 거짓말을 하고 있을 가능성을 염두에 두며, 진실을 확인하는데 가장 큰 가치를 둔다.

표1. 주치의와 감정의 비교

	일반적인 정신과 의사	법정신의학자 혹은 감정의
관계	의사-환자 관계	검사자-피검사자 관계
고용주 (지불자)	환자	법원 혹은 기타 기관
가치	선행 원칙 해약 금지	진실 악행 금지 정의에 대한 존중

14) 치료감호소. 심신장애로 인해 범죄를 저질렀으나 그 심신장애로 인해 그 행위의 책임을 물을 수 없는 사람에게, 형벌 집행과 동시에 심신장애를 치료하여 재범을 방지하기 위한 기관.

정신과 전문의들을 대상으로 외상후스트레스장애의 장애 평가에 대한 일반적인 의견을 보면, 신경외과나 정형외과 등 사고 관련 장애를 다루는 다른 과와는 달리 정신과는 환자의 정신활동과 행동이라는 좀 더 추상적이고 고차원적인 정신기능을 평가하게 되며 다른 과보다 객관적인 검증 자료가 상대적으로 부족한 것이 사실이라고 인정하고 있다.¹⁵⁾ 2008년도에 정신 장애 평가 경험이 많은 정신과 전문의 25인을 대상으로 이루어진 연구 분석 결과에 의하면, 입원 없이 장애 평가를 한다는 응답자는 한 명도 없었으며, 2주 이내 입원이 56%, 3주~4주 입원이 32%를 차지하였다. 외상후스트레스장애의 장애율 범위는 하한선으로는 10.4±4.6%, 상한선으로는 36.4±13.8%이 일반적으로 적당하다고 답변하였다.

4. 전문심리위원 제도

감정 제도의 제한점을 보완하기 위해 2007년에는 전문심리위원 제도를 도입하였다. 전문심리위원 제도는 법원이 건축, 의료, 지적재산권, 환경 등 분쟁해결을 위해 전문적인 지식과 경험을 필요로 하는 사건을 심리할 때, 지식과 경험이 풍부한 법원 외부의 관련 전문가를 전문심리위원으로서 소송절차에 참여하게 하여, 설명 또는 의견을 기재한 서면을 제출하게 하거나 기일에 출석하여 설명이나 의견을 진술하게 함으로써, 충실한 심리와 신속한 분쟁 해결에 도움을 받

15) 「외상 후 정신 장애의 장애 평가에 대한 정신과 전문가의 일반 의견」 이병철, 류성곤, 정한용. 생물정신의학 (2008) 15;4:310-315

는 제도이다. 감정을 명할 때는 감정사항을 명확히 하여야 하고 감정인에게 선 서의무를 부여하지만, 전문심리위원회에 대하여는 설명 또는 의견 요청 사항을 감정사항과 같이 명확히 확정할 필요가 없고, 감정에 비하여 신속하게 설명 또는 의견을 들을 수 있다. 감정은 증거자료가 되지만, 전문심리위원의 설명이나 의견은 증거자료가 되지 않고 전문 지식을 보충하는 참고자료가 될 뿐이다.

전문심리위원 제도는 감정 제도와 비교해 여러 가지 장점을 갖고 있다.¹⁶⁾ ① 법정에 전문심리위원이 함께하면 당사자의 허위 진술을 방지할 수 있는 점, ② 일방 당사자 신청의 증인보다 중립적인 점, ③ 전문성 있는 사건의 쟁점정리나 비싼 감정료의 절감에 도움이 되는 점,⁷⁰⁾ ④ 감정 의견서의 제출 지연, 불성실 답변이나 해당 전문 협회의 비협조를 보완해 줄 수 있는 점, ⑤ 이미 확보되어 있는 전문가 풀(pool)에서 조력을 받을 것이므로 좀 더 신속하고 효율적인 방법이 될 수 있다는 점, ⑥ 국가의 예산으로 수당이 지급되므로, 당사자에게 경제적 부담을 주지 않는다는 점, ⑦ 재판의 신뢰성을 높임으로써 궁극적으로 화해와 조정 비율을 높인다는 점 등이 거론된다.

본 토론자는 2018년도부터 전문심리위원으로 위촉되어 매년 약 5~8건 정도의 사건에 대해 의견을 제시하고 있다. 주로 성폭력 피해자의 진술신빙성이나 진술능력, 피해자의 심리 이해 등에 대한 의견 요청이 가장 많으며, 기타 피해자 혹은 피고인의 정신감정, 아동학대 판단여부 등 성폭력, 아동학대, 정신의학과 관련된 다양한 질의에 대해 의견을 제출하고 있다. 전문심리위원 제도가 감정 제도를 모두 대체하거나 보완할 수는 없겠지만, 이러한 제도도 있으므로 보

16) 「전문가 감정 및 전문심리위원 제도의 개선 방안에 관한 연구」 대법원 사법정책연구원. 2016.

다 더 활발히 활용되면 감정 제도의 문제점을 일부 보완할 수 있지 않을까 기대한다.

5. 피해자 직접 진료 없이 이루어지는 감정

앞서 설명한 것처럼, 진료하는 의사의 역할과 감정하는 의사의 역할은 상이하므로, 주치의의 소견이나 진단을 있는 그대로 인정해달라는 주장은 받아들여지기 어려울 수 있다. 그러나 그렇다고 해서 감정 절차 중 무조건 피해자 직접 진료가 있어야한다고 주장할 필요는 없다고 생각한다. 그 이유는 다음과 같다.

첫째, 지금 피해자의 상태와 그 당시 피해자의 상태가 같지 않다. 즉, 현재 피해자의 정신의학적인 건강 상태를 파악하는 것이 목적이라면 피해자 직접 진료가 의미가 있겠으나, 그 당시 상태에 대해 파악하고자 하는 것이라면 지금 와서 피해자를 면담하는 것이 큰 의미가 없다. 이것은 특히 아동청소년 피해자나 지적장애인 피해자의 경우 더욱 그러하며, 그럴 경우 그 당시 남겨놓아진 관련 서류를 검토하는 것이 더 목적에 부합한 방법이다.

둘째, 피해자를 직접 진료하는 것은 피해자에게도 큰 부담이 될 수 있고, 금전적 부담이 발생하거나 재판에 소요되는 시간을 더 발생시키는 이유가 될 수 있다. 본 토론자는 전문심리위원으로 역할하면서 대부분 서면 평가 후 의견서를 작성하고 있다. 다만, 피해자 직접 면담이 꼭 필요한 경우에는 절차에 따라 피해자에게 연락하여 직접 면담을 하고 있는데, 이럴 경우 서로 시간을 조율해야 하고, 피해자가 낯선 경기도 수원까지 와야하며, 그 과정에서 시일에 상당히 지

체되고 피해자가 스트레스를 받는 것을 경험한다.

피해자 직접 진료 없이 이루어지는 감정과 비슷한 예를 두 가지 설명하면, 첫째는 국민연금공단 장애심사센터에서 이루어지는 장애등록심사 업무이다. 장애인복지법 등에 의한 장애정도 판정을 위한 자문회의에는 두 명의 정신과 전문의가 참석하여 전국에서 신청한 장애진단서와 의무기록 등 일체 서류를 검토하고, 최종적으로 장애여부 및 장애등급을 판정한다. 이 때, 꼭 필요하다고 판단하거나, 수차례 재심의 신청이 들어오는 경우 간혹 환자 직접 면담을 진행하기도 하지만, 거의 대부분의 사례는 서면 심사로 진행하고 있다. 이는 주치의와 심리평가 검사자가 객관적이고 신뢰롭게 진료와 검사를 했을 것이라는 전제와 주치의는 환자가 장애진단서를 요청하면 이를 거절하기 어렵다는 점을 모두 고려하여 만들어진 절차일 것으로 짐작된다.

두 번째는 본 토론자가 최근에 진료한 환자의 사례이다. 이 환자는 아동청소년 시기에 친척에 의한 지속적이고 장기적인 추행 피해가 있었던 분으로, 중고등학교 시절부터 여러 심리적 어려움 등을 경험하며 정신과 진료를 받은 병력이 있다. 피해자는 30대에 접어드는 시점에 본 피해에 대해 법적 대응을 하기로 하고 고소를 진행하였으나, 치상이 인정받지 못했고 단순 추행으로는 공소시효가 지나 처벌이 불가한 상황이었다. 피해자는 여러 병원과 상담소를 전전하며 현재 외상후스트레스장애라는 진단을 받고 진단서를 제출하였으나, 이러한 서류들은 피해자의 호소에 근거한 내용이라는 이유로 받아들여지지 않았다. 본 토론자는 이 피해자를 진료하면서 피해자의 현재 상태에 대해 기술한 게 아니라, 피해자가 중고등학교 시절 다녔던 정신과 병원에서 발급받은 의무기록을 검토, 분석하여, 당시에 성폭력으로 인한 심리적 후유증이 강하게 의심된다는 내용의

의견서를 작성하여 제출하였다. (당시 정신과 진료기록에는 성폭력에 관한 진술이나 기술은 전혀 없었음) 즉, 법적 대응을 결심한 이후 발급받은 의무기록사본이나 진단서는 그 진위를 더 의심받는 한편, 오히려 이미 과거에 작성된 기록은 보다 더 강력한 증거가 될 수 있다.

6. 의무기록 발급에 관하여

발제자 질의 : 의료기록은 피해자를 진료한 기록이자, 환자에 대한 비밀보장, 신뢰의무를 전제로 한 개인적 기록이기도 한데 법원이나 수사기관의 요청이 오면 어떠한 경우 환자 동의 없이 제공이 이루어지는가? 이에 대해 의료계의 원칙과 가이드라인이 존재하는가? 제출의무가 어떤 경우에 부과되는지, ‘강제집행’은 가능한지, 거절할 경우 어떤 불리하거나 유리한 전개가 이루어지는지 환자나 의료인에게 적절한 정보가 제공되는가?

의무기록은 개인정보의 정점에 있는 자료 중 하나로, 함부로 공개되거나 유출되어서는 안 된다. 의무기록의 작성과 보관, 폐기는 모두 의료법으로 자세하게 규정되어 있으며, 진료 정보가 유출되었을 경우에는 이를 보건복지부장관에게 즉시 통지해야 한다. 또 의사는 업무상 알게 된 타인의 비밀에 대해 증언을 거부할 권리도 있다.

그러나 본인 외에도 특정인의 의무기록을 적법하게 이를 열람할 권리가 있는 사람 혹은 기관이 있다.¹⁷⁾ 환자의 친족 또는 대리인은 증명서 등을 첨부하여

열람할 수 있고, 그 외에도 무려 13가지의 항목에 해당하는 경우에는 기록을 열람하거나 사본을 복사할 수 있다.

표2. 의료법 제21조 기록 열람 등

제21조(기록 열람 등)

- ① 환자는 의료인, 의료기관의 장 및 의료기관 종사자에게 본인에 관한 기록의 전부 또는 일부에 대하여 열람 또는 그 사본의 발급 등 내용의 확인을 요청할 수 있다. 이 경우 의료인, 의료기관의 장 및 의료기관 종사자는 정당한 사유가 없으면 이를 거부하여서는 아니 된다.
- ② 의료인, 의료기관의 장 및 의료기관 종사자는 환자가 아닌 다른 사람에게 환자에 관한 기록을 열람하게 하거나 그 사본을 내주는 등 내용을 확인할 수 있게 하여서는 아니 된다.
- ③ 제2항에도 불구하고 의료인, 의료기관의 장 및 의료기관 종사자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 기록을 열람하게 하거나 그 사본을 교부하는 등 그 내용을 확인할 수 있게 하여야 한다. 다만, 의사·치과 의사 또는 한의사가 환자의 진료를 위하여 불가피하다고 인정한 경우에는 그러하지 아니하다.
 1. 환자의 배우자, 직계 존속·비속, 형제·자매(환자의 배우자 및 직계 존속·비속, 배우자의 직계존속이 모두 없는 경우에 한정한다) 또는 배우자의 직계 존속이 환자 본인의 동의서와 친족관계임을 나타내는 증명서 등을 첨부하는 등 보건복지부령으로 정하는 요건을 갖추어 요청한 경우

2. 환자가 지정하는 대리인이 환자 본인의 동의서와 대리권이 있음을 증명하는 서류를 첨부하는 등 보건복지부령으로 정하는 요건을 갖추어 요청한 경우
3. 환자가 사망하거나 의식이 없는 등 환자의 동의를 받을 수 없어 환자의 배우자, 직계 존속·비속, 형제·자매(환자의 배우자 및 직계 존속·비속, 배우자의 직계존속이 모두 없는 경우에 한정한다) 또는 배우자의 직계 존속이 친족관계임을 나타내는 증명서 등을 첨부하는 등 보건복지부령으로 정하는 요건을 갖추어 요청한 경우
4. 「국민건강보험법」 제14조, 제47조, 제48조 및 제63조에 따라 급여비용 심사·지급·대상여부 확인·사후관리 및 요양급여의 적정성 평가·가감지급 등을 위하여 국민건강보험공단 또는 건강보험심사평가원에 제공하는 경우
5. 「의료급여법」 제5조, 제11조, 제11조의3 및 제33조에 따라 의료급여 수급권자 확인, 급여비용의 심사·지급, 사후관리 등 의료급여 업무를 위하여 보장기관(시·군·구), 국민건강보험공단, 건강보험심사평가원에 제공하는 경우
6. 「형사소송법」 제106조(압수), 제215조(압수, 수색, 검증) 또는 제218조(영장에 의하지 아니한 압수)에 따른 경우
- 6의2. 「군사법원법」 제146조(압수 등), 제254조(압수·수색·검증) 또는 제257조(영장 없이 하는 압수)에 따른 경우
7. 「민사소송법」 제347조(제출신청의 허가여부에 대한 재판)에 따라 문서제출을 명한 경우

(이하 생략)

즉, 압수 등의 절차에 의해서도 환자의 의무기록을 열람하거나 사본 발급을 할 수 있다. 그러나 실제 현장에서는 이처럼 압수 등 영장을 통해 피해자의 의무 기록을 가져가는 경우는 거의 없다. 피해자가 피의자나 피고인도 아닌데, 이렇게 강제적으로까지 피해자의 의무기록을 가져갈 근거는 없기 때문이다. 대다수의 상황에서는 피해자가 본인이 직접 의무기록 사본을 발급받아 법원에 제출하게 되며, 이럴 때에는 의무기록에 사건과 관련 없는 피해자의 민감 정보가 있을 수 있다는 점을 피해자에게 설명해주고, 미리 한 번 읽어보고 변호사와 상의 후 제출하도록 안내하고 있다.

그 외 병원이나 주치의에게 직접 연락이 오는 경우는 ‘협조 요청’ 혹은 ‘사실 조회 요청’ 등의 제목의 공문으로 오게 된다. 이럴 때에는 기록을 열람하거나 발급해줘야 할 의무가 없기 때문에, 주치의의 판단에 따라 행동한다. 즉, 피해자에게 도움이 될 것 같으면 피해자에게 사전에 알리고 기록이나 의견을 회신하기도 하고, 피해자에게 도움이 될지 확실하지 않거나 피해자의 의사가 중요하다고 생각되면 피해자나 피해자의 변호사의 의사를 확인 후 그에 따르기도 한다. 만약 기록이나 의견을 회신하는 것이 피해자에게 불리하게 작용할 것으로 생각되면 회신을 거절하기도 한다. 주치의는 감정의가 아니기 때문에 사실 여부에 대한 확인보다도 피해자(환자)의 최선의 이익을 목표로 판단하고 행동하기 때문이다.

7. 정신과에 대한 양가감정

정신과는 오랜 시간 편견과 선입견에 시달려왔다. 정신병자는 잠재적 범죄자로 여겨지고, 정신과 치료는 멀쩡한 사람도 정신병자로 만든다는 오해 속에서, 정신의학적인 도움을 필요로 하는 사람들이 정신과에 발을 들여놓기까지는 적지 않은 심리적 진입장벽이 존재한다.

이러한 상황에서 피해자들은 아무리 힘들어도 정신과에 선뜻 방문하기가 쉽지 않다. 피해자들은 성폭력을 당한 것만도 속상하고 분하고, 성폭력 피해자라는 낙인이 생긴 것 같아 억울하고 화가 나는데, 거기에 내가 정신병자까지 될 수는 없다는 생각에 ‘그냥 똥 밟았다고 생각하고 최대한 잊으려고 노력하자’는 식으로 혼란스러운 상황을 넘기려고 할 때가 많다.

정신과에 대한 반감과 거부감은 피해자 지원 기관에서도 종종 목격된다. 여성가족부 해바라기센터 지침에서는 의료비 과다 사용을 방지하기 위해 정신과 의료지원보다는 가급적 센터 내 치료·회복프로그램으로 피해자를 안내하라는 문구가 수년째 유지되고 있다. 정신과 치료를 필요로 하는 사람과 치료·회복프로그램이 필요한 사람은 엄연히 다름에도 불구하고, 심리적 어려움은 병원에 안 가고도 지지와 조력 만으로 치료가 가능하다는 인식이 사회 곳곳에 팽배한 것이다. 또 본 토론자가 진료한 한 피해자는, 외상후스트레스증상이 너무 심각함에도 불구하고, 성폭력 상담소에서 ‘탄원서를 작성하는 게 치료’라는 설명을 하며 계속 탄원서만 작성하게 하여 성폭력을 재경험하며 재외상화가 극심해져서 입원이 필요한 상태로 내원하기도 하였다.

이처럼 정신과에 대한 거부감과 편견이 심해진 데에는 분명 정신과 의사들이

잘못한 부분도 있을 것이다. 외상경험은 삶의 한 부분으로 정상화(normalization) 및 역량강화, 일상회복 등을 통해 회복하고 극복하는 경우가 많으므로, 병원에서 무조건 다 환자라고 이름 붙이는 과다진단도 문제이고, 트라우마라는 것은 병원 안에서 완치되는 병도 아니다. 또 과거 정신과 약물의 부작용이 무척 심했던 시기를 기억하는 분들도 많이 있고, 과거에는 정신과 입원치료라는 게 감금에 가까웠던 것도 사실이다. 그러나 외상후스트레스증상이 극심하여 심리적으로 너무 고통스럽고 일상 생활이 유지되지 않는 피해자에게 병원에 가지 말라고 하는 것은, 팔이 부러져 기브스가 필요한 환자에게 한약을 먹자고 권하는 것과 비슷하다 (한약은 양약에 비해 큰 부작용도 없고, 대체적으로 건강에 좋을 가능성이 있으나, 골절 환자에게 지금 필요한 치료는 아니다),

피해자는 이런 거부감과 걱정에도 불구하고 정신과 진료를 결심하고 그에 따른 진단과 진단서까지 받았는데, 현재의 힘든 심리적 건강상태와 의사가 발급해 준 서류가 법원에서 인정받지 못한다고 여겨질 때 더 분노가 치밀 것 같다.

8. 다른 범죄와의 비교

○ 성폭력이 아닌 다른 범죄행위로 인한 형사소송, 민사소송에서도 피해자가 제출한 의료가기록(상해 등)이 감정, 신체감정으로 재차 의심되고 확인하는 과정을 거치는가?

○ 형사재판에서 피고인이 양형판단을 위해 제출하는 자신의 정상과 관련한 자료(평소 복용하는 약, 건강기록, 가족의 질병 상황 등)에 대해서도 감정, 재감정

하는 사례가 있는가, 적어도 ‘의심’하거나 신빙성을 확인하는 소정의 과정을 거치는 사례가 존재하는가?

성폭력이 아닌 다른 범죄로 형사소송이나 민사소송을 진행할 때, 피해자에 대한 신체감정이 비슷한 수준으로 이루어지는지에 대해서는 본 토론자도 무척 궁금하다. 다만, 만약 성폭력과 다른 범죄 사이에 차이가 있다면, 이 차이가 판사의 성향이나 철학으로 인한 것인지, 혹은 피고인 변호사측의 대응 방식에서 야기되는 차이인지도 궁금하다. 과도한 피해자 공격이나 인권침해에 대해서는 법원에서 제지를 해야겠으나, 성폭력 재판에서 피고인 변호사 측에서 보다 더 집요하고 악의적으로 피해자를 의심하고 비난하는 경향은 너무나 확연하다.

9. 나가며

정신과 의사의 입장에서 PTSD는 뇌의 병이다. 큰 충격을 받은 후 가슴이 두근거리고 머리가 멍하다는 것만으로 PTSD가 진단되는 것은 아니다. 충격적인 일에 대한 정상반응으로 나타나는 외상후스트레스증상이 있고, 이러한 증상들이 한 달 이상 시일이 지나도 고착된 상태로 유지되고, 충격 기억이 장기기억으로 처리되지 않고, 시간이 지났음에도 불구하고 여전히 그 시간을 살고 있는 것처럼 여겨지는 상태는 분명 병리적이며, 단순히 시간이 흐른다고 저절로 좋아지지 않는다.

더불어 모든 성폭력 피해자가 PTSD가 생기는 것은 결코 아니다. 또 성폭력

피해 후 정신질환이 발병한다고 해서 전부 PTSD인 것도 아니다. 우울장애나 적응장애로 진단하는 경우도 많고, (피해자가 힘들지 않은 것은 결코 아니지만) 진단 없음으로 판단하는 경우도 많다. 피해를 증명하기 위해 없는 병을 있는 것처럼 만드는 것은 가능하지도 않고 피해자에게 도움이 되지도 않는다.

정신과 의사로 일하면서 과다진단도 과소진단도 무척 주의하고 조심하면서 진료를 하고 있다. 환자가 아닌 피해자를 환자라고 불러서도 안될 것이고, 환자인 피해자를 환자가 아니라고 해서도 안 될 것이다.

정신과 의사로 일하면서 가해자 처벌보다 피해자 치료가 더 중요하다고 생각하게 되는 순간들이 있다. 물론 아주 장기적이고 관조적인 입장에서 피해자가 회복하는 데에 가해자가 정당한 처벌을 받는 것이 중요한 한 부분을 차지하겠으나, 당장 과다출혈로 목숨이 위중한 피해자에게 가해자 DNA 채취를 위해 응급키트를 진행하지 않듯이, 피해자가 정신적 건강 상태가 극도로 안 좋으면 피해자 조사를 거부하거나 연기하도록 권유하기도 한다.

어떠한 경우에는 피해자의 정신상태에 대한 정확한 평가를 위해 정신과 신체 감정이 불가피한 경우도 있을 것이다. 신체감정을 통해 단순 진단명이나 주치의의 소견 뿐만 아니라, 이 질환이 한시장애인지 영구장애인지, 장애율은 어느 정도로 추정되는지, 여명이나 개호를 고려해야 하는지, 사고와의 연관성이 어느 정도인지, 꺾병이나 이차적 이득은 없는지 등에 대해 포괄적으로 확인할 수 있기 때문이다. 그러나 이는 피해자에게 도움이 되는 수준까지만 진행되어야 하며, 그 과정에서 피해자에게 이득을 훨씬 상회하는 추가 피해가 발생한다면 이는 절차에 문제가 있는 것이다.



성폭력의 법적해결 백래시에 맞서는 로우 **LAW** 킷

1차 피해자 진료기록 재감정, 이대로 괜찮은가?

성폭력 민형사상 판단과정에서 피해자 진료기록의 취급

조정민

법원 현대사회와 성범죄연구회 판사

성폭력 민형사상 판단과정에서 피해자 진료기록의 취급

조정민 (판사)

I. 들어가며

본 토론회 제목에 있는 ‘로우(LAW)킵’ 단어를 보고 신선하다고 생각했습니다. 법을 일종의 social engineering의 도구로서 이해하는 관점을 잘 보여주는 단어 같습니다. 발제자께서 이에 부합하게 그동안 경험하신 실제 사례를 바탕으로 ‘진료기록’ 관련 증거조사상 어떠한 개선이 필요한지 기술해주셨습니다. 영감을 주는 소중한 발제에 감사드립니다. 재판부에는 ‘증거’ 중 하나로 여겨지는 ‘진단서’가 피해자에게 어떠한 맥락을 갖는 지에 관하여 새로이 생각해 볼 수 있었습니다.

본 토론에서는 원활한 법담론을 위해서 ‘공통의 언어’가 필요하다는 관점에서 발제자께서 제시해 주신 내용에 대해 저의 견해를 조금 덧붙이고자 합니다¹⁸⁾.

18) 토론문이 충분한 검토를 거치지 못해 오류가 있을 수 있습니다. 양해를 부탁드립니다. 상세한 재판 운영방식에 대하여는 토론자 개인의 생각을 포함하고 있을 수 있습니다. 법령을 제외한 실무례는 법관들이 주로 보는 실무 매뉴얼의 해당부분을 참조하되, 일일이 각주를 달지는 않았습니다.

II. 감정, 감정촉탁, 보충감정, 재감정

1. 감정

감정은 “법관의 판단능력을 보충하기 위하여 전문적 지식과 경험을 가진 자로 하여금 법규나 경험칙 또는 이를 구체적 사실에 적용하여 얻은 사실판단을 법원에 보고하게 하는 증거조사”이다. 감정은 인증의 일종으로 서증이 아니다.

감정절차에 대하여는 소송법이 감정인의 자격¹⁹⁾, 감정의무²⁰⁾, 기피²¹⁾에 대한 규정을 두고 있다.

19) 민소 제334조(감정의무)

② 제314조 또는 제324조의 규정에 따라 증언 또는 선서를 거부할 수 있는 사람과 제322조에 규정된 사람은 감정인이 되지 못한다.

20) 민소 제334조(감정의무)

① 감정에 필요한 학식과 경험이 있는 사람은 감정할 의무를 진다.

감정인이 감정의무를 해태하면 증인의 경우에 준하여 소송비용의 부담 또는 500만 원 이하의 과태료 부과 등 제재가 가하여진다(민소 333조, 326조, 318조, 311조)

형 제169조(감정)

법원은 학식 경험있는 자에게 감정을 명할 수 있다.

21) 민소 제336조(감정인의 기피)

감정인이 성실하게 감정할 수 없는 사정이 있는 때에 당사자는 그를 기피할 수 있다. 다만, 당사자는 감정인이 감정사항에 관한 진술을 하기 전부터 기피할 이유가 있다는 것을 알고 있었던 때에는 감정사항에 관한 진술이 이루어진 뒤에 그를 기피하지 못한다. (형사소송법에는 기피제도는 없고 증인자격 제한과 증언 거부권과 동일한 예외가 인정된다)

2. 감정촉탁

가. 규정

민사소송법 제341조(감정의 촉탁)

- ① 법원이 필요하다고 인정하는 경우에는 공공기관·학교, 그 밖에 상당한 설비가 있는 단체 또는 외국의 공공기관에 감정을 촉탁할 수 있다. 이 경우에는 선서에 관한 규정을 적용하지 아니한다.
- ② 제1항의 경우에 법원은 필요하다고 인정하면 공공기관·학교, 그 밖의 단체 또는 외국 공공기관이 지정한 사람으로 하여금 감정서를 설명하게 할 수 있다.
- ③ 제2항의 경우에는 제339조의3을 준용한다.

형사소송법 제179조의2(감정의 촉탁)

- ① 법원은 필요하다고 인정하는 때에는 공무소·학교·병원 기타 상당한 설비가 있는 단체 또는 기관에 대하여 감정을 촉탁할 수 있다. 이 경우 선서에 관한 규정은 이를 적용하지 아니한다.
- ② 제1항의 경우 법원은 당해 공무소·학교·병원·단체 또는 기관이 지정한 자로 하여금 감정서의 설명을 하게 할 수 있다.

감정촉탁의 경우 선서의무 등이 면제됨에 비추어 권위 있는 기관에 의하여 그 공정성·진실성 및 전문성이 담보되어야 한다(대법원 1982. 8. 24. 선고 82다카317 판결).

감정을 명할 것인지, 감정촉탁을 할 것인지는 법원이 관련 예규 등에 따라서 직권으로 정하는 사항이고 당사자의 신청에 좌우되지 않는다.

나. 의료감정의 경우

의료감정에서는 특별한 사유가 없는 한 ‘진료기록감정’과 ‘신체감정’을 감정촉탁의 형식으로 실시한다. 예규의 내용은 다음과 같다.

감정인등 선정과 감정료 산정기준 등에 관한 예규(재일 2008-1)

제2조 (적용범위)

① 예규가 적용되는 감정은 다음 각 호와 같다.

4. 신체감정, 진료기록감정(다음부터 ‘신체감정등’이라 한다)

제14조 (신체감정등의 방법)

① 신체감정등은 특별한 사유가 없는 한 감정촉탁의 방법에 의한다.

② 재감정을 시행함에 있어서 재감정의 취지와 재감정시 유의사항 등을 특별히 주지시킬 필요가 있는 경우에는, 법원은 국·공립병원의 과장 또는 대학의 조교수급 이상의 전문의를 감정인으로 선정하고 재감정을 명할 수 있다.

감정이 아닌 감정촉탁의 방법에 의하는 이유는 실무상 “의사 개인을 감정인으로 지정하여 감정을 명할 경우 감정인선서를 위해 법원에 출석하여야 할 부담이 있는 관계로” 설명된다. 재판장 입장에서는 감정촉탁보다 감정의 방법에 의하는 것이 심증 형성의 면에서 유리하리라고 생각하나 여러 이유상 감정촉탁에 의하는 것이 확고한 실무례이다.

그러나 예규에 의하더라도 ‘특별한 사유가 없는 한’으로 정하고 있으므로 특별한 사유가 있다고 판단되면 감정에 의할 수 있을 것이다. 최근 민사소

송법, 형사소송법 개정으로 영상재판에 대한 법률적 근거가 마련되었다. 이와 같은 재판의 물적 조건의 변화로 앞으로 진료기록등 감정 등을 감정 절차에 의하는 것이 좀더 용이하게 되리라고 생각한다.

○ 의료 감정인 선정과정은 예규를 통해 다음과 같이 정하여져 있다. 예규 상으로는 문제가 있는 경우 향후 명단에서 빠질 수 있으나 개별 사건에서 기피는 어렵다. 예규가 정한 시스템에 의하여 정하되, 피해자나 원고를 직접 진료한 의사는 공정성문제 때문에 제외되는 경우가 통상이다.

감정인등 선정과 감정료 산정기준 등에 관한 예규(재일 2008-1)

제15조 (감정촉탁기관 및 감정과목별 담당의사의 선정 등)

① 신체감정등에서 감정촉탁기관 및 주과목, 보조과목 담당의사의 선정은 법원사무관등이 재판장의 명을 받아, 『감정인선정전산프로그램』의 『감정인선정기능』을 실행하여 한다. 다만, 감정대상자가 관할구역 내에 거주하지 아니한 경우에는 그 거주지 관할법원의 『감정촉탁기관 및 감정과목별 담당의사 명단』을 이용하여 감정촉탁기관 및 감정과목별 담당의사를 선정할 수 있으며, 이 경우 그 취지를 『감정인선정전산프로그램』에 입력한다.

② 신체감정등의 성질에 반하지 않는 한 제10조 제2항, 제4항 및 제11조, 제12조를 신체감정등에 각 준용한다.

제16조 (감정촉탁기관 및 감정과목별 담당의사 명단의 조정)

① 『감정 촉탁기관 및 감정과목별 담당의사 명단』에 등재된 병원이나 담당의사 또는 감정촉탁을 받은 병원이나 담당의사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 재판장은 이를 [전산양식 A1799-1]에 의하여

소속 법원장 또는 지원장에게 보고하여야 한다.

1. 감정촉탁을 받은 기관이나 담당의사가 정당한 이유 없이 감정촉탁에 응하지 아니한 때
 2. 감정촉탁을 받은 기관이나 담당의사의 감정촉탁회신 또는 그에 첨부된 감정서가 불성실하거나 신빙성이 없다고 인정되는 때
 3. 감정촉탁을 받은 기관의 감정신청인에 대한 비용 청구액이 현저히 부당하다고 인정되는 때
 4. 『감정촉탁기관 및 감정과목별 담당의사 명단』에 등재된 기관이나 의사에게 감정촉탁을 하기에 부적합하다고 인정할 사유가 있는 때
- ② 제1항의 보고가 있어 해당 감정과목별 담당의사를 『감정촉탁기관 및 감정과목별 담당의사 명단』에 등재함이 부적합하다고 인정될 경우에 법원장 또는 지원장은 해당 의사에게 부적합 사유를 기재한 삭제예고통지서[전산양식 A1802]를 보낸다. 위 통지서를 받은 의사는 받은 날부터 10일 내에 예고통지에 관한 의견 및 그에 관한 소명자료를 제출할 수 있다.
- ③ 제2항의 통지서를 받은 의사가 그 기간 내에 의견을 제출하지 아니하거나, 제출된 의견이 이유 없다고 판단될 경우에 법원장 또는 지원장은 법원행정처장의 승인을 받아 해당 의사를 『감정촉탁기관 및 감정과목별 담당의사 명단』에서 삭제한다.
- ④ 법원장 또는 지원장이 제3항에 따라 『감정촉탁기관 및 감정과목별 담당의사 명단』에서 삭제를 한 경우에 즉시 해당 기관 및 담당의사에게 삭제통지서[전산양식 A1803]를 보낸다.
- ⑤ 『감정촉탁기관 및 감정과목별 담당의사 명단』에 등재된 담당 의사가

일신상의 사정을 이유로 한 감정 업무의 일시중지 또는 그 해제를 신청한 경우 각급 법원 및 지원의 전산선정업무수행자는 『감정인선정전산프로그램』에 해당 사실을 입력한다.

3. 보충감정 및 재감정

“감정인의 감정 결과는 그 감정방법 등이 경험칙에 반하거나 합리성이 없는 등의 현저한 잘못이 없는 한 이를 존중하여야 한다”(대법원 2012. 11. 29. 선고 2010다93790 판결)는 것이 대법원의 입장이다. 또한, 법원은 감정인의 감정 결과 일부에 오류가 있는 경우에도 그로 인하여 감정사항에 대한 감정 결과가 전체적으로 서로 모순되거나 매우 불명료한 것이 아닌 이상, 감정 결과 전부를 배척할 것이 아니라 해당되는 일부 부분만을 배척하고 나머지 부분에 관한 감정 결과는 증거로 채택하여 사용할 수 있다(대법원 2012. 1. 12. 선고 2009다84608 판결)고 하여 감정인의 감정결과에 높은 증거가치를 부여한다. 그리하여 보충감정 및 재감정은 다소 예외적인 증거조사이다.

가. 보충감정

법원이 부여한 전제사실과는 다른 사실을 전제로 감정을 하는 등의 경우에 그 감정인에게 종전 감정의 보완을 명하는 것이다.

동일한 감정인이 동일한 감정사항에 대하여 서로 모순되거나 매우 불명료한 감정의견을 내놓고 있는 경우에 법원은 감정인에 대하여 감정서의 보완을 명하는 보충감정을 실시하거나 감정인신문 등을 통하여 정확한 감정

의견을 밝히도록 하는 등의 적극적인 조치를 강구하여야 한다(대법원 1999. 5. 11. 선고 99다2171 판결).

나. 재감정

재감정이 신청되면, 법원은 종전 감정절차의 위법성이나 그 감정결과의 오류(또는 오류가능성) 등 신뢰성에 의심이 드는 사유를 구체적으로 제시할 것을 요구하고, 그 사유가 제시되면 우선 감정인신문, 보충감정(감정보완), 전문심리위원의 의견청취 등을 통하여 그 사유의 존부에 관한 해명조치를 고려하되, 해명조치 없이도 종전 감정절차의 위법성이나 그 감정결과의 오류 등이 명확히 드러나거나, 위와 같은 해명조치를 거쳤음에도 그 감정결과의 신뢰성을 의심할만한 사유가 해소되지 아니한다면 재감정의 필요성을 높게 보아 재감정신청의 채택을 고려해 볼 수 있다. “재감정을 신청할 상당한 사유가 있거나 이에 대한 상대방의 동의가 있음에도, 이미 감정이 실시되었다는 이유만으로 재감정을 채택하지 않는 것은 바람직하지 않다”는 것이 실무상 설명이다.

제1심에서 감정이 실시되었음에도 항소심에서 동일한 사항에 대하여 재감정이 신청되는 때에는 항소심의 심리구조 및 심급기능을 감안하여 기존 감정결과의 신뢰성을 의심할만한 구체적 근거와 그 근거의 합리성을 인정할 수 있는 객관적 자료를 바탕으로 재감정의 필요성 여부를 판단함이 바람직하다.

재감정을 채택하면 법원은 종전과는 다른 감정인 또는 다른 방법에 의한 새로운 감정절차에 의하여 처리한다.

4. 사감정

법원을 통하지 않은채 ‘감정서’가 제출되면 통상 ‘사감정’이라고 부른다. 소송 외에서 당사자가 직접 의뢰하여 작성된 감정서가 법원에 제출되었을 때에는 서증으로써 법원이 이를 합리적이라고 인정하면 사실인정의 자료가 될 수 있다(대법원 1999. 7. 13. 선고 97다57979 판결). 이러한 사감정은 당사자의 기피권과 신문권이 보장되어 있지 아니하므로 전제사실이 법원이 인정한 사실과 부합하는지, 사실판단에 이르게 된 절차 등이 적절한지 등을 심사한 후 실질적 증거력을 판단하여야 한다.

5. 소결

진료기록부²²⁾는 실무상 감정대상으로 여겨지는 대표적인 증거의 하나이

22) 의료법 제22조(진료기록부 등)

- ① 의료인은 각각 진료기록부, 조산기록부, 간호기록부, 그 밖의 진료에 관한 기록(이하 "진료기록부등"이라 한다)을 갖추어 두고 환자의 주된 증상, 진단 및 치료 내용 등 보건복지부령으로 정하는 의료행위에 관한 사항과 의견을 상세히 기록하고 서명하여야 한다.
- ② 의료인이나 의료기관 개설자는 진료기록부등[제23조제1항에 따른 전자 의무기록(전자 의무기록)을 포함하며, 추가 기재·수정된 경우 추가 기재·수정된 진료기록부등 및 추가 기재·수정 전의 원본을 모두 포함한다. 이하 같다]을 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 보존하여야 한다.
- ③ 의료인은 진료기록부등을 거짓으로 작성하거나 고의로 사실과 다르게 추가 기재·수정하여서는 아니 된다.
- ④ 보건복지부장관은 의료인이 진료기록부등에 기록하는 질병명, 검사명, 약제명 등 의학용어와 진료기록부등의 서식 및 세부내용에 관한 표준을 마련하여 고시하고 의료인 또는 의료기관 개설자에게 그 준수를 권고할 수 있다.

의료법 시행규칙 제14조(진료기록부 등의 기재 사항)

- ① 법 제22조제1항에 따라 진료기록부·조산기록부와 간호기록부(이하 "진료기록부등"이라 한다)에 기록해야 할 의료행위에 관한 사항과 의견은 다음 각 호와 같다.

다. 과거보다는 나아졌지만 전문용어와 영어, 약어가 많이 사용되고 한글로 쓰여진 경우라도 단어의 의학적 의미를 정확히 알 수 없는 경우가 많다. 진료기록부 감정촉탁이 이루어지면 그 진료기록부의 내용을 더 잘 이해할 수 있기 때문에 심리에 도움이 된다고 생각한다²³⁾. 비유적으로 말하면, 진료기록감정촉탁의 경우 촉탁의는 ‘번역가’ 또는 ‘안경’의 역할을 한다. 의료에 관하여 비전문가인 판사가 일반인의 상식으로 판단하거나, 비공식적 루트(‘의사친구’나 인터넷 검색)에 의지하는 것 보다 판단의 자료들이 기록상 현

1. 진료기록부

- 가. 진료를 받은 사람의 주소 · 성명 · 연락처 · 주민등록번호 등 인적사항
- 나. 주된 증상. 이 경우 의사가 필요하다고 인정하면 주된 증상과 관련한 병력(병력) · 가족력(가족력)을 추가로 기록할 수 있다.
- 다. 진단결과 또는 진단명
- 라. 진료경과(외래환자는 재진환자로서 증상 · 상태, 치료내용이 변동되어 의사가 그 변동을 기록할 필요가 있다고 인정하는 환자만 해당한다)
- 마. 치료 내용(주사 · 투약 · 처치 등)
- 바. 진료 일시(일시)

2. 조산기록부

(생략)

3. 간호기록부

- 가. 간호를 받는 사람의 성명
- 나. 체온 · 맥박 · 호흡 · 혈압에 관한 사항
- 다. 투약에 관한 사항
- 라. 섭취 및 배설물에 관한 사항
- 마. 처치와 간호에 관한 사항
- 바. 간호 일시

② 의료인은 진료기록부등을 한글로 기록하도록 노력하여야 한다.

23) 일본의 경우 진료기록 감정을 실시하는 예가 매우 적다고 한다. 따라서, 우리나라에서도 소송대리인들이 진료기록부를 자세히 분석하고, 관계되는 의학문헌 등을 충분히 제출하는 등으로 쟁점 관련 주장·증명하는 능력이 높아진다면 감정절차를 생략할 수도 있을 것이다. 그러나 현재 실무는 그러한 상황에 이르지 못했다.

출되는 것은 절차의 투명성을 위해서도 유리하다. 물론 전제는 감정촉탁 절차가 적절하게 이루어져야 한다는 것이다. 따라서 진료기록부에 대한 감정촉탁 자체가 문제라기보다는 그 증거 조사 과정에서의 당사자의 절차 참여 확보가 더 중요한 문제가 아닌가 한다.

그런데 발제자께서 “진료기록 재감정”으로 명명한 신청은 진료기록의 신빙성을 탄핵하기 위한 목적의 증거신청을 말씀하시는 것 같다.

○ 일단 신빙성 탄핵의 의미가 정확히 밝혀져야 할 것 같음.

○ 의료법이 정한 진료기록의 내용에 비추어 진료기록 감정촉탁이라는 증거조사를 통하여 진료기록의 ‘진위’(의사가 잘못 판단, 의사가 허위로 판단, 환자가 허위로 진술? 등)를 가릴 수 있는 지는 의학적 전문지식의 영역을 초과하는 것이 아닌가하는 의문이 있다.

피해자 또는 원고가 그동안의 진료기록부를 제출함에 대하여 당해 절차에서 ‘신체감정촉탁’을 실시할지 여부는 일률적으로 결정하기는 어렵다. 인신사고로 인한 손해배상청구소송에서 피해자에게 후유장애가 있는지 여부와 그로 인한 신체기능의 장애정도, 기왕증 또는 체질적 소인이 있는지 여부, 여명 단축 여부, 향후 치료나 개호가 필요한지 여부와 그 정도 등에 관하여 다툼이 있는 경우 신체감정이 활용된다. 통상의 의료사건에서는 일반적인 손해배상사건에서의 신체감정의 목적에 더하여 신체감정을 통하여 신체의 상태, 질병의 유무, 진단의 적정성, 치료방법, 그 경과, 후유증 등 의사의 의료과오에 대한 전제사실을 확정할 수 있을 뿐 아니라 직접적인 과실을 밝힐 수 있는 경우도 많이 있다고 설명된다. 성폭력 사건에 있어서 신체감정,

진료기록감정에 관한 실무 관행은 아직 ‘매뉴얼화’되지 못한 상황인 것으로 여겨지므로 이에 관하여 향후 논의가 필요하리라고 여겨진다.

지난 몇 년간 수사기관과 법원에 의하여도 2차 가해가 이루어질 수 있다는 경각심을 갖게 되어 형사절차가 과거에 비해 개선되고 있다는 평가를 받은 것처럼, 진료기록 관련 증거조사에 있어서도 헌법과 형사소송법이 천명한 ‘형사절차상 피해자 보호’를 염두에 둔 절차진행이 필요하리라고 본다. 증거채부에 대해서는 사실상 불복방법이 없으므로 신중한 절차진행이 요청된다. 일응의 기준으로 진료기록에 대한 감정축탁으로 불충분한 경우라야 신체감정을 고려할 수 있다고 생각된다(정신과 감정의 경우 소요되는 시간과 비용²⁴⁾이 만만치 않고, 요즘 진료기록이 과거보다 상세히 작성되는 추세이며, 진료기록 감정축탁 또한 과거에 비해서 자세한 답변이 오고 있다. 발제자께서 제기하신 ‘시간적 변화’의 문제 관련하여서도 진료기록 감정축탁이 유용한 증거조사가 되리라고 본다).

진료기록 자체에 개인에 관한 민감한 정보가 담겨져 있는데 누설로 인한 형사상 처벌을 논외로 하더라도, 예방적 차원에서 감정축탁의를 상대로 비밀 유지 및 누설방지를 고지할 가이드라인을 정하는 것은 필요하다고 생각한다.

24) 감정축탁에 의하여 감정을 한 기관은 비용과 감정료를 청구할 수 있는바, 그 중 비용은 감정시행단계(신체감정의 경우 병원에서의 입원·검진 등)에서 당사자가 직접 지출하는 것이 보통이다(따라서 법원에 대하여는 청구하지 않는다).

Ⅲ. 감정 등 증거조사에 당사자의 참여

1. 증거신청과정

증거신청이 있으면 법원은 상대방에게 이에 대한 의견을 진술할 기회를 부여함이 상당하다(민소 274조 1항 5호, 283조 1항 참조).

이 경우 법원은 상대방에게 진술의 기회를 부여하면 되지만, 상대방이 실제로 증거신청에 대한 의견을 진술할 필요는 없다(대법원 1989. 3. 14. 선고 88누1844 판결). 의견진술의 기회를 주었음에도 의견제출이 없으면 소송절차에 관한 이익권(민소 151조)이 포기·상실되었다고 보아서 절차위반의 잘못이 치유된다.

2. 증거 결정 단계

가. 민사

증거의 채부 결정은 소송지휘에 관한 재판이므로 언제든지 취소·변경할 수 있으며(민소 222조), 독립한 불복신청이 허용되지 아니한다. 다만 합의사건의 변론준비절차를 담당하는 재판장등이 한 증거의 채부 결정에 대하여는 당사자가 이의를 신청할 수 있고, 이에 대하여 법원은 결정으로 그 이의신청에 대하여 재판하여야 한다(281조 2항, 138조).

나. 형사

법원은 증거결정을 함에 있어서 필요하다고 인정할 때에는 그 증거에 대한 검사, 피고인 또는 변호인의 의견을 들을 수 있다(형소규 134조 1항). 필수적인 것이 아니고 법원이 필요하다고 인정할 때 한다.

증거채부에 관한 결정은 재판부의 공판 진행에 관한 재량적 판단사항으로서

독립하여 불복할 수는 없고, 채증법칙에 관한 사항에 속한다고 볼 수 있는 경우에는 판결과 함께 상급심 법원의 통제를 받는다.

3. 증거결정에 대한 이의(형사)

증거결정은 판결 전의 소송절차에 관한 결정이고 즉시항고를 허용하는 규정이 없으므로 항고는 허용되지 않는다(형소법 403조). 검사, 피고인, 변호인은 증거조사에 관하여 이의신청을 할 수 있으나(형소법 296조 1항). 증거결정에 대하여는 법령에 위반된 경우에 한하여 이의신청이 허용된다(형소규 135조의2).

4. 감정사항의 결정과정

감정사항은 신청인이 감정을 구하는 사항을 토대로 결정하는 것이 일반적이나 신체감정과 같이 감정사항에 대하여 상대방의 의견제출이 예상되는 경우나, 환경사건(일조권)·공해사건·어업보상금사건 등에서 사고원인에 대한 감정을 실시하는 경우에 감정사항을 적절하게 결정하기 위해서는 감정사항을 정하기에 앞서 상대방에게 이에 관한 의견을 제출할 수 있는 기회를 부여하는 것이 상당하다. 그리하여 다음과 같이 규정되어 있다.

민소규 제101조(감정사항의 결정 등)

- ① 감정을 신청하는 때에는 감정을 구하는 사항을 적은 서면을 함께 제출하여야 한다. 다만, 부득이한 사유가 있는 때에는 재판장이 정하는 기한까지 제출하면 된다.
- ② 제1항의 서면은 상대방에게 송달하여야 한다. 다만, 그 서면의 내용

을 고려하여 법원이 송달할 필요가 없다고 인정하는 때에는 그러하지 아니하다.

③ 상대방은 제1항의 서면에 관하여 의견이 있는 때에는 의견을 적은 서면을 법원에 제출할 수 있다. 이 경우 재판장은 미리 그 제출기한을 정할 수 있다.

④ 법원은 제1항의 서면을 토대로 하되, 제3항의 규정에 따라 의견이 제출된 때에는 그 의견을 고려하여 감정사항을 정하여야 한다. 이 경우 법원이 감정사항을 정하기 위하여 필요한 때에는 감정인의 의견을 들을 수 있다.

또한 당사자는 감정에 필요한 자료를 적절히 제공할 기회를 가질 수도 있다.

민소규 제101조의2(감정에 필요한 자료제공 등)

① 법원은 감정에 필요한 자료를 감정인에게 보낼 수 있다.

② 당사자는 감정에 필요한 자료를 법원에 내거나 법원의 허가를 받아 직접 감정인에게 건네줄 수 있다.

③ 감정인은 부득이한 사정이 없으면 제1항, 제2항에 따른 자료가 아닌 자료를 감정의 전제가 되는 사실 인정에 사용할 수 없다.

④ 법원은 감정인에게 감정에 사용한 자료를 제출하게 하거나 그 목록을 보고하게 할 수 있다.

실제 최근 재판 실무상 감정에 앞서 감정인을 누구로 선정할지, 감정사항을 어떻게 할지에 관하여 당사자간에 첨예하게 다투어지는 경우가 많다. 감

정채부 단계에서 서면공방이 몇차례 오가거나 변론기일에 그부분을 따로 협의하고 감정인을 신문하는 자리에서 일일이 감정사항을 검토하기도 한다.

경험에 의하면 감정사항을 적절히 기재하는 것은 매우 중요하다. 의료감정 뿐만 아니라 일반적인 감정, 사실조회 등을 보내면, 상대방은 ‘묻는 사항에 대하여만’ 대답하는 경우가 대부분이다. 예컨대, A라는 과실이 있는지 물으면, 의사가 보기에 A라는 과실은 없지만 B라는 과실이 있어보인다고 하더라도, ‘아니오’라고 답하는 식이다.

누구를 감정인으로 할지도 직권으로 결정할 사항이나, 당사자에게 의견을 묻고 가능하면 이를 존중하려고 하는 편이다. 감정인 채택 단계에서 불신이 생기면 추후 감정결과에 대한 신뢰확보가 어렵기 때문이다.

한편 민사소송과는 달리 형사소송의 경우 좀더 직권주의적인 진행, 구속 사건이라면 구속기간의 제약(진료기록감정을 거치면 2, 3개월의 시간이 소요되고, 그보다도 늦게 오는 예가 많다), 피해자 변호사와 공판검사 중 누가 적극적으로 이러한 소송적 조치를 취할 지에 대한 역할 분담의 문제 등이 있어서 이와 같은 사전적 절차협약이 더 어려운 면이 있으리라고 보인다.

5. 감정 등 이후의 절차

감정 이후 법원은 감정인이 서면으로 감정의견을 제출한 경우에도 그에 관하여 말로 설명하게 할 필요가 있다고 인정하는 때에는 기일지정·출석요구 등의 절차를 거쳐 감정인을 법정에 출석하게 하여(민소규 제101조의3 2항) 감정인신문을 할 수 있다. 법원은 감정인의 의견진술에 관하여 당사자에게 서면이나 말로 의견을 진술할 기회를 주어야 한다(민소 339조 3항).

당사자에게 감정결과 중 모순되거나 명료하지 않은 사항 등에 대하여 의견을 진술할 기회를 부여함으로써 감정절차에 대한 만족도와 감정결과에 대한 신뢰도를 제고하기 위함이다. 법원은 감정인의 의견진술이 있는 경우에 당사자에게 기한을 정하여 그에 관한 의견을 적은 서면을 제출하게 할 수 있다(민소규 101조의3 1항). 통상 감정결과는 일반인이 이해하기 쉽지 않은 전문적인 내용을 담고 있으므로 의견제출기한을 정할 때에는 당사자가 그 내용을 이해, 분석하고 의견을 준비하는 데 어느 정도 시간이 소요될 수 있음을 고려하여야 한다.

감정촉탁에 대하여도 유사하게 감정을 촉탁한 경우 그 후에 제출된 감정서에 분명치 아니하거나 불비된 점이 있는 등 법원이 필요하다고 인정한 때에는 감정을 한 단체 등이 지정한 자로 하여금 감정서를 설명하게 할 수 있다(민소 341조 2항). 감정서의 설명을 하게 할 때에는 당사자를 참여하게 하여야 하고(민소규 103조 1항), 그 설명의 요지를 조서에 기재하여(2항), 감정서의 내용을 보충하는 자료가 되도록 하여야 한다. 감정을 한 단체 등이 지정한 자로 하여금 감정서를 설명하게 하는 경우 법원은 비디오 등 중계장치에 의한 증계시설을 통하여 설명하게 하거나 인터넷 화상장치를 이용하여 설명하게 할 수 있고, 그 요건, 절차, 방법 및 조서 작성 등에 관하여는 비디오 등 중계장치 등에 의한 감정인신문에 관한 규정이 준용된다(민소 341조 3항, 339조의3, 민소규 103조의2 2항, 1항 단서, 95조 2항 내지 4항).

그런데 이러한 절차는 실무상 잘 활용되지는 아니하고 주로 감정보완촉탁서나 사실조회의 형식에 의하여 서면에 의한 설명 내지 보완을 요구한다.



앞서 본 영상재판의 도입으로 감정촉탁서에 대하여 의문점이 있으면, 위에서 규정한 절차를 용이하게 활용하리라고 기대해볼 수 있다.



SNU Law
공익법률센터

