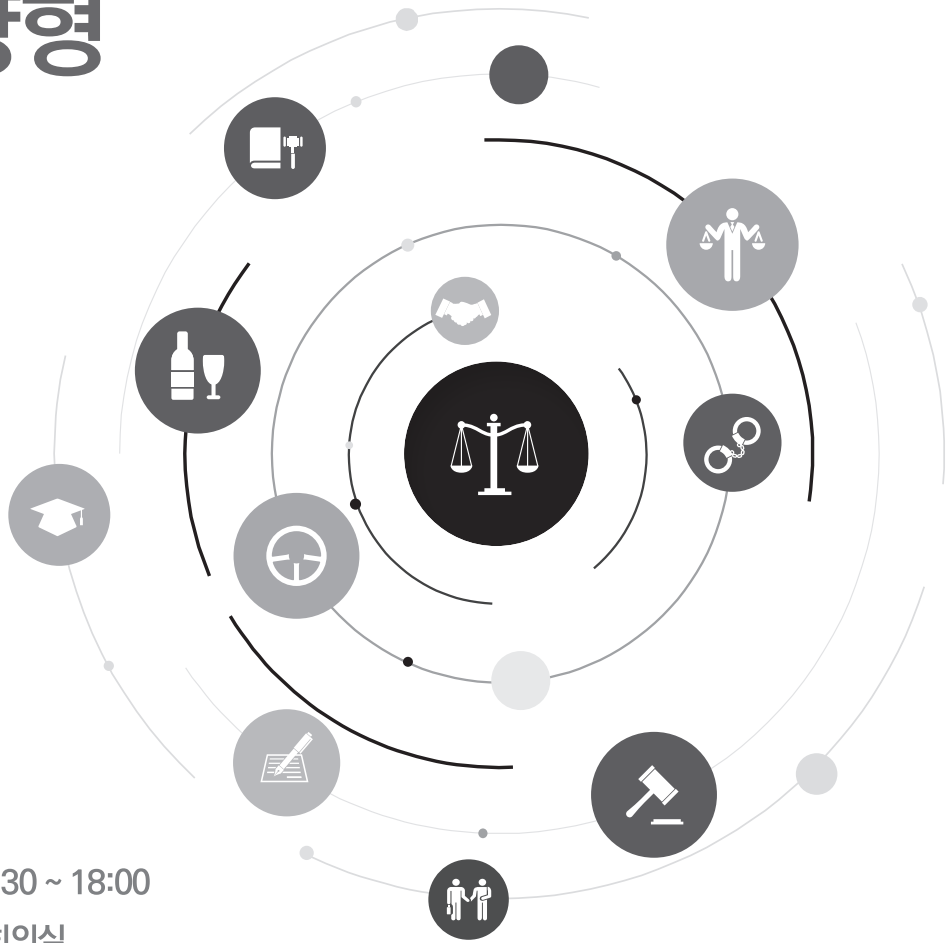


---

양형연구회·한국형사정책연구원  
공동학술대회

# 음주와 양형

---



---

일시 2018. 11. 19.(월) 13:30 ~ 18:00  
장소 대법원 4층 401호 대회의실



대법원 양형위원회

KIC


한국형사정책연구원  
KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY



본 책자는 대법원 양형위원회 소속 양형연구회와 한국형사정책연구원이 공동으로 개최하는 『양형연구회·한국형사정책연구원 공동 학술대회』에 관한 발표문 및 지정토론자의 토론문 등을 묶은 자료 집입니다.

‘음주와 양형’이라는 주제로 진행되는 『양형연구회·한국형사정책연구원 공동학술대회』는 2018. 11. 19.(월) 13:30 대법원 4층 401호 대회의실에서 개최됩니다.

**양형위원회 운영지원단**



# 인사말씀

안녕하십니까. 양형위원회 위원장 정성진입니다.

먼저 바쁘신 가운데에도 양형연구회와 한국형사정책연구원의 공동학술대회에 참석해주신 여러분들께 양형위원회를 대표하여 진심으로 감사의 말씀을 드립니다.

양형위원회는 대륙법계 국가 중 최초로 양형기준을 설정하기 시작하여 현재까지 90%가 넘는 범죄군에 대하여 양형기준을 설정하였으며, 지난 10년간 형사사법에 대한 국민의 예측가능성과 신뢰를 높이는 데 있어 많은 긍정적인 역할을 하여 왔다고 생각하고 있습니다.

이로써 양형위원회의 양형기준 설정업무는 어느 정도 달성했다고 볼 수 있으나, 그동안 양형정책의 연구심의 기능에 대한 역할은 다소 미진했다고 평가할 수가 있습니다.

양형위원회는 2018. 7. 16. 양형연구회 창립총회를 시작으로 심포지엄을 개최하여 양형정책에 대한 연구기능을 강화하기 위한 발걸음을 시작하였습니다.

그리고 지난 30년간 우리나라 형사정책을 선도해온 한국형사정책연구원과의 업무협약을 체결하고, 그 첫 번째 사업으로 오늘 공동학술대회를 개최하게 되었습니다.

아무쪼록 오늘 공동학술대회를 계기로 양 기관이 상호 교류와 협력을 통해 선진화된 양형정책을 추진하고, 국민의 눈높이에 맞는 양형기준을 설정할 수 있는 기반이 마련될 수 있기를 바라마지 않습니다.



오늘 공동학술대회는 『음주와 양형』을 주제로 최근 이슈가 되고 있는 주취범죄 양형과 심신미약 감경에 대해 깊이 있는 발표와 토론이 예정되어 있어 기대가 매우 큽니다. 음주운전, 주취 성범죄, 주취 폭력범죄의 양형실무와 그 개선방안을 살펴보고, 심신미약 감경과 관련한 쟁점을 논의할 수 있는 귀중한 자리가 될 것이라 생각합니다. 오늘 논의결과는 향후 양형기준 설정·수정 등 양형위원회 활동에도 큰 도움이 될 것입니다.

각계를 대표하는 전문가로서 오늘 심포지엄에서 사회와 발표, 토론을 맡아주신 여러분들의 노고에 대하여 양형연구회를 대표하여 큰 존경과 감사의 마음을 전합니다. 아울러 양형위원회와의 인연을 소중히 생각해주시고 이번 공동학술대회를 성사시켜주신 한인섭 한국형사정책연구원장님께 감사의 말씀을 드립니다. 마지막으로 이 행사를 빛내 주시기 위하여 바쁘신 중에도 참석하여 축하와 격려를 하여 주시는 박상옥 대법관님, 진선미 여성가족부장관님께 깊은 감사를 드립니다.

아울러, 이 자리에 함께하신 모든 분들의 건강과 행복을 진심으로 기원합니다.

감사합니다.

2018. 11. 19.

양형위원회 위원장 정성진

## 인사말씀

지난해 말, 아동을 강간하고 중상해를 입힌 범죄자의 만기출소가 얼마 남지 않았다는 사실로 인하여 주취감경 폐지에 관한 논의가 다시 한 번 촉발되었습니다. 최근에는 언론을 통해 연이어 보도되고 있는 음주운전 사망사건과 심신미약자의 강력범죄 등으로 인하여 심신장애자 책임감면에 대한 근본적인 의문이 우리사회 전반으로 확대되고 있습니다.

주지하고 계시는 바와 같이 우리 형사사법시스템은 책임주의의 확고한 기반 위에서 법의 보호와 인권 보장의 균형을 추구하고 있습니다. 행위, 책임 동시존재 원칙과 그 제한적 예외를 규정하고 있는 우리 형법 제10조는 바로 이러한 균형을 찾기 위한 노력의 결과입니다. 그런데 범행을 의도한 경우가 아니라도, 즉 위험의 발생을 전혀 예견할 수 없었던 경우라 하더라도 스스로 만취상태에 빠진 사람이 타인의 법익을 침해한 경우에 대하여 심신장애를 이유로 책임을 감면하는 것은 옳지 않다는 주장이 상당한 사회적 지지를 얻고 있는 것입니다.

법감정의 이와 같은 변화는 이미 우리의 법률과 이를 구체화한 양형기준에도 상당부분 반영되어 있습니다. 『성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법』은 2010년 개정으로 형법상 심신장애자 책임감면규정의 적용을 법관의 재량에 맡기고 있습니다. 이에 더하여 성범죄 등에 관한 양형기준은 범죄자가 스스로 술이나 약물을 이용하여 심신장애상태에 빠진 경우 이를 이유로 한 감경을 제한합니다. 더 나아가 범죄 고의가 있었던 경우라면 만취상태를 일 반가중인자로 반영하도록 정하고 있습니다.

과학과 기술이 발전하고 사회체계가 복잡해지면서 우리는 일상적으로 수많은 위험원과 함께 살아야만 합니다. 이제 위험은 관리의 대상이며, 관리의 실패로 위험을 현실화한 자에 대하여 그 결과의 불법을 주관적으로 귀속시키는 것이 당연한 것처럼 받아들여지고 있습니다.



물론 법은 시민의 안전을 보장하기 위한 수단이 되어야 합니다. 그리고 이를 위해서 필요하다면 기존의 규범적 기준은 바뀌어야 할 것입니다. 그러나 법이 시민의 안전을 보장하기 위하여 책임질 수 없는 자에게도 책임을 강요한다면, 결코 법의 보호와 인권 보장이 정의로운 균형을 이루었다고 말할 수는 없을 것입니다.

양형위원회와 한국형사정책연구원은 법감정의 변화가 책임원칙과 조화를 이루는 가운데 정당한 규범적 기준으로 반영될 수 있도록 학계와 실무의 전문가 여러분을 모시고 공동 학술대회를 개최하게 되었습니다. 이러한 기준을 마련하기 위해서는 만취자의 형사책임에 대한 법이론적 논의는 물론 심신미약과 심신상실에 대한 판단기준 및 치료감호의 적용 가능성에 대한 검토가 종합적으로 이루어져야 할 것입니다. 그러나 그 논의의 시작과 끝은 결국 양형 기준을 개선하는 것이 될 수밖에 없습니다. 그래서 양형위원회와 형사정책연구원이 전문가 여러분들을 모시고 함께 마련한 오늘 이 자리가 안전과 인권의 조화와 균형을 찾기 위한 뜻깊은 논의의 마당이 될 것으로 기대합니다.

끝으로 오늘 이 자리를 준비하기 위하여 많은 노력을 아끼지 않으신 정성진 양형위원장과 양형위원회 관계자 여러분, 그리고 바쁘신 중에도 깊은 관심을 가지고 축사를 준비해주신 박상옥 대법관님과 진선미 여성가족부 장관님, 발표와 사회 그리고 토론을 맡아주신 학계와 실무계의 전문가 여러분, 그리고 이 자리에 참석해 주신 귀빈 여러분께 진심으로 감사드립니다. 여러분의 건강과 행복을 기원합니다.

감사합니다.

2018. 11. 19.

한국형사정책연구원장 한 인 섭



## || 일 정 ||

- 등록 및 접견 ..... 13:00 ~ 13:30
- 개회식 ..... 13:30 ~ 14:00
- 제1세션 : 주제발표 및 토론 ..... 14:00 ~ 15:45
- 플로어 토론 ..... 15:45 ~ 16:00
- 휴식 ..... 16:00 ~ 16:20
- 제2세션 : 주제발표 및 토론 ..... 16:20 ~ 18:00
- 폐회 ..... 18:00 ~ 18:10

# CONTENTS

## 제1세션 | [발표 및 토론] 음주로 인한 양형의 감경 또는 가중의 제문제

### 주제발표

제1주제 발표 『음주는 감경요인인가? - 성범죄 판결문 분석』

**음주감경: 성범죄 판결문 분석의 결과와 함의**

/ 김두얼 (명지대학교 경제학과 교수) ..... 1

제2주제 발표 『주취범죄 양형실무 개선방안』

**주취로 인한 심신미약 주장의 실무상 취급 및 주취범죄의 양형 실무와 개선 방향**

/ 최형표 (대법원 재판연구관) ..... 17

### 지정토론

『발표자의 주제발표문에 대한 지정토론문』

**주취로 인한 심신 미약 주장의 실무상 취급 및 주취범죄의 양형 실무와 개선 방향**

/ 이수정 (경기대학교 범죄심리학과 교수) ..... 75

**음주와 양형 토론문** / 허수진 (서울남부지방검찰청 검사) ..... 83

**여론과 음주, 그리고 양형** / 정원수 (동아일보 기자) ..... 93

●● 제2세션 | [발표 및 토론] 주취감경의 형법적 문제와 양형기준 개선의 과제 ●●

■ 주제발표

『주취감경의 형법적 문제와 양형기준 개선의 과제』

酒醉減輕의 형법적 문제와 양형기준 개선 과제

/ 김한균 (한국형사정책연구원 연구위원) ..... 103

■ 지정토론

『발표자의 주제발표문에 대한 지정토론문』

‘주취감경의 형법적 문제와 양형기준 개선의 과제’ 토론문

/ 이인영 (홍익대학교 법학과 교수) ..... 135

‘주취감경의 형법적 문제와 양형기준 개선의 과제’ 토론문

/ 함석천 (서울중앙지방법원 부장판사) ..... 151

‘주취감경의 형법적 문제와 양형기준 개선의 과제’ 토론문

/ 이재일 (국회 입법조사관) ..... 157



[발표 및 토론]

음주로 인한 양형의 감경 또는 가중의 제문제

제1주제 발표:

『음주는 감경요인인가? - 성범죄 판결문 분석』

제1세션

## 음주감경: 성범죄 판결문 분석의 결과와 함의

김두열 (명지대학교 경제학과 교수)



## 음주감경: 성범죄 판결문 분석의 결과와 함의



김두열 (명지대학교 경제학과)

## 음주감경: 성범죄 판결문 분석의 결과와 함의

김두열 (명지대학교 경제학과)

김원종 (명지대학교 경제학과)

## 1. 서론

- 형사재판에서 범죄 발생 당시 피고인의 정신 혹은 심리상태는 형량을 결정하는 요인으로 고려될 수 있음.

“심신미약”, “명정범죄”

“음주감경”, “주취감경”

- 이러한 고려는 타당한가?
- 법원은 양형에서 얼마나 이러한 요인을 반영하는가?

형법

제2장 죄

제1절 죄의 성립과 형의 감면

제10조(심신장애인)

① 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다.

② 심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경한다.

③ 위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다.

## 1. 서론

- 이상의 질문과 관련한 논의에 있어서는 다소 혼란이 있음.

- 피고는 낮은 형량을 받기 위해 가능한 모든 노력을 기울이는 경향이 있으며, 형법 조항은 그 중 하나임.

- 피고가 주장을 할 때 법원이 얼마나 받아들이고 형량에 반영하는가는 별개의 문제임.

- 설사 이러한 주장을 과거에 받아들였다고 해도 현재도 받아들여느냐는 것 역시 따져볼 필요가 있음

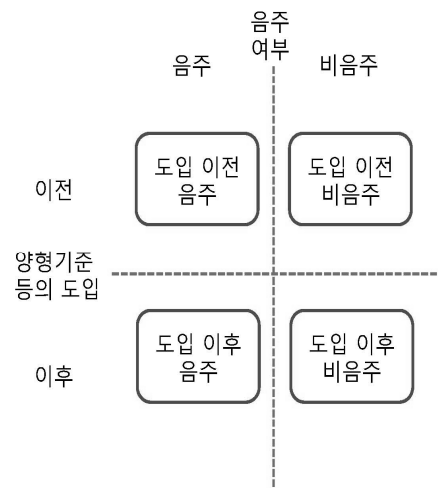
- 결국 심신미약에 대한 법리가 무엇인지와는 별개로, 실제 법원이 어떻게 이 조항을 해석하고 적용하는지는 판결문을 분석해서 파악하는 작업이 필요

## 1. 서론

- 본 연구는 법원이 판결을 함에 있어서 음주로 인한 심신미약을 얼마나 감경사유로 반영하는가를 판결문을 활용해서 실증적으로 파악하려는 시도  
임철, 장지상, 오정일, (2018)
- 심신미약 혹은 음주가 가장 많이 논란이 되는 성범죄 사건을 분석.  
  
홍수민, 이수정, 이정현 (2013) - 국민참여재판  
최이문, 이혜랑 (2018) - 2014-16년 사건
- 법원이 얼마나 어떤 방식으로 이 조항을 적용하는지 파악하고, 필요한 정책적 대안을 제시

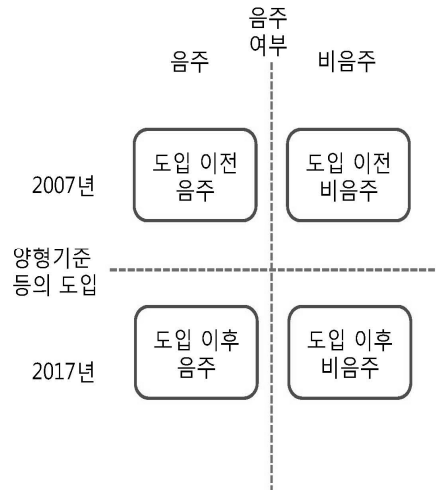
## 2. 분석 전략 및 자료

- 질문
  - 현재 우리나라 법원은 음주를 감경 요소로 반영하고 있는가?
  - 양형기준 도입이나 법령 변화는 현재의 판결 경향에 영향을 미쳤는가?
- 위 질문에 답하려면 양형 기준 도입 전과 후, 그리고 음주와 비음주 사건의 형량을 비교해야 함.



## 2. 분석 전략 및 자료

- 2007년 9월 및 2017년 9월에 1심 판결이 내려진 성범죄사건의 판결문을 DB화하고 분석.
- 2017년: 현재의 상황을 파악하기 위한 자료
- 2007년: 양형기준 도입 이전의 현황을 파악, 비교하기 위한 자료
- 피고의 음주와 양형 외에도 판결문에 나타난 다양한 요인들을 모두 입력하고 분석에 반영



## 3. 성범죄

- 성범죄 관련 처벌은 기본적으로 형법과 관련 특별법에 근거해서 이루어짐 (표).

<표> 성범죄 처벌 근거 법령

2007	2017
형법	형법
성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호등에 관한 법률	성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법
청소년의 성보호에 관한 법률	아동, 청소년의 성보호에 관한 법률

### 3. 성범죄

- 법원이 접수처리한 성범죄 사건은 2010년 법률 전후로 한 시기부터 급격하게 증가 (그림)
- 2013년 친고죄 조항 폐지 등으로 인해 경미한 사건 혹은 합의한 사건도 모두 형을 선고하게 된 점이 이러한 사건 증가에 작용.



자료: 사법연감

### 3. 성범죄

#### 판결문

- 2007-2017년 기간 동안 성범죄 재판 건수는 크게 증가
- 강제추행, 불법촬영이 상대적으로 크게 증가 - 친고죄 조항 폐지의 영향일 가능성.

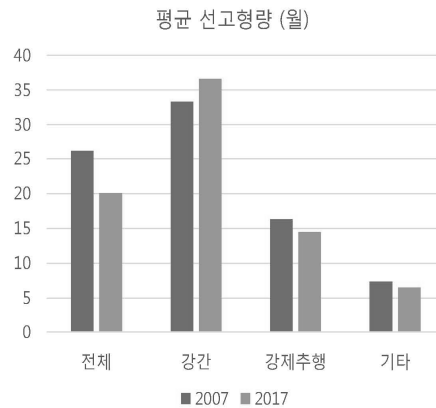
<표> 성범죄 종류별 사건수: 2007, 2017년 9월

	2007년	2017년
전체사건(명)	177	469
강간	103	141
강제추행	80	281
기타	5	83
불법촬영	4	61

동종강합범이 존재하므로 한 재판에 여러 유형의 성범죄가 존재함  
 (각 분류 별 사건 합계 전체사건)  
 강간: 미수사건, 유사강간, 위력에 의한 간음 포함  
 강제추행: 공공밀집장소에서의 추행 포함  
 기타성범죄: 불법촬영, 성적목적 공공장소 침입, 통신매체 이용 음란  
 불법촬영: '카메라 등 이용 촬영'에 해당  
 자료: 판결문

## 4. 선고형량

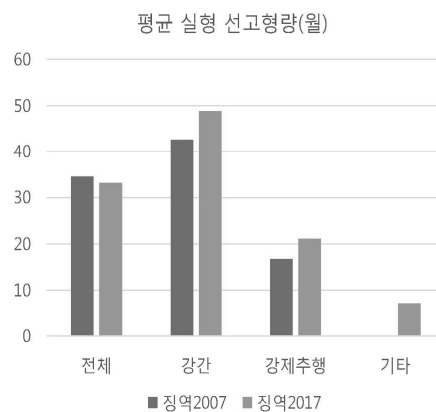
- 2017년 성범죄 1심 선고 형량은 20개월  
- 2007년에 비해 6개월 감소
- 종류별로 보면 형량의 변화는 크지 않음
- 전체 형량의 감소는 양형 변화가 아니라, 상대적으로 형량이 낮은 강제추행 및 기타 사건의 비중이 증가한 결과
- 지난 10년간 양형 수준이 크게 바뀌지 않음



## 4. 선고형량

### 실형 선고 사건

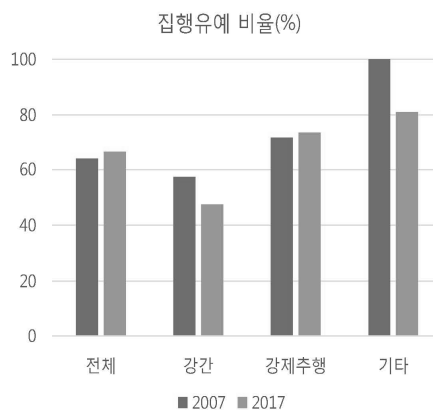
- 2017년 실형 사건의 평균 형량은 33개월  
- 2007년과 유사
- 강간, 강제추행 등 종류별로 보면 형량이 다소 상승  
- 개별 영역의 형량이 높아졌음에도 불구하고 전체 형량이 변화가 없는 것은 형량이 상대적으로 낮은 사건의 비율이 증가한 결과



## 4. 선고형량

### 집행유예

- 2017년 집행유예 비율은 67%  
- 2007년과 크게 다르지 않음.
- 강간과 기타 사건의 경우, 집행유예 비율이 다소 낮아짐



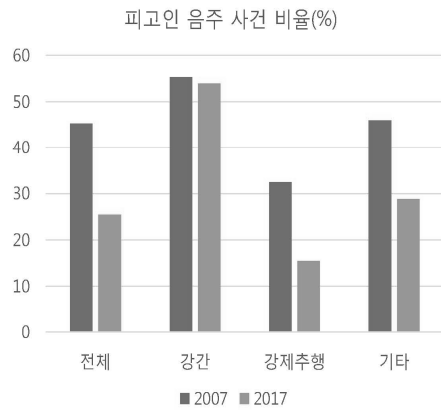
## 4. 선고형량

### 소결

- 유형별로 나누어 볼 때, 2007년과 2017년 성범죄 사건의 실형 선고 형량은 다소 상승함.
- 강간과 기타 사건의 경우 집행유예 비율이 다소 낮아짐
- 친고죄 조항 폐지 등으로 경미한 사건이 증가한 효과를 고려한다면, 이상의 결과는 법 개정이나 양형 기준 도입 등이 형량을 상승시킨 경향이 있을 가능성을 시사함.

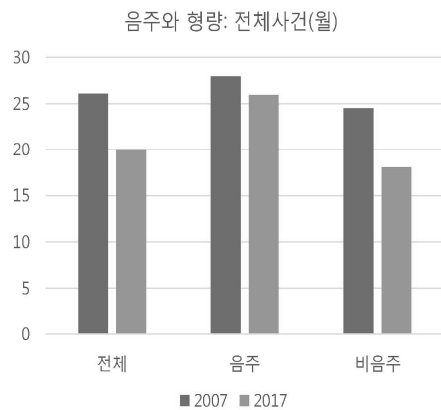
## 5. 성범죄와 음주

- 2017년 성범죄 사건 중 피고인의 음주 이후 발생한 사건은 25%임  
- 2007년에 비해 거의 절반으로 감소
- 강간 사건은 50% 이상이 음주 이후 발생하였고, 이것은 2007년과 2017년이 큰 차이가 없음
- 강제추행이나 기타의 경우, 음주 이후 발생하는 비율이 크게 감소



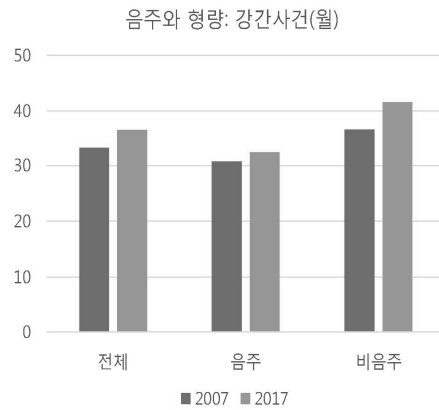
## 6. 음주와 선고형량

- 피고인이 술을 마신 뒤 저지른 사건의 평균형량은 26개월  
- 2007년과 2017년 간에 큰 차이는 없음.



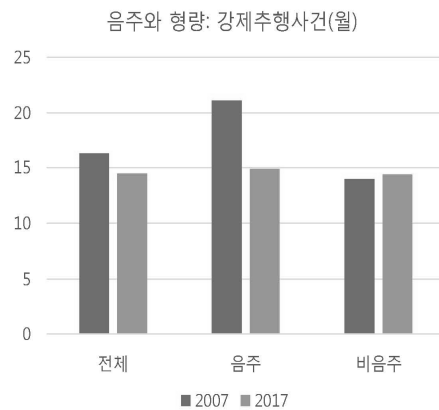
## 6. 음주와 선고형량

- 2017년 강간 사건에서 피고인이 술을 마신 경우 (음주)의 형량은 32개월, 그렇지 않은 경우 (비음주)는 41개월임.
- 이 결과는 주취감경이 아니라, 회식, 음주 등의 상황에서 일어나는 우발적 범행이 아닌 계획적 강간 범행 등에 대해 가중처벌하는 것으로 보는 것이 적절할 수 있음.
- 2007년과 2017년의 형량은 크게 다르지 않음



## 6. 음주와 선고형량

- 강제추행사건은 2007년에 비해 2017년에 술을 마신 피고인의 형량이 상대적으로 낮음



## 6. 음주와 선고형량

### 소결

- 유형별로 나누어 볼 때, 강간은 피고인의 음주가 형량을 낮추는 반면 강제추행은 형량을 높이는 경향이 나타남.
- 2007년과 2017년을 비교해 볼 때, 술을 마신 피고인에 대한 처벌 수준이 크게 바뀌었다고 보기 어려움
- 법 개정이나 양형 기준 도입 등이 음주에 대한 처벌 수준에 큰 변화를 주었다고 보기 어려움.
- 단, 이 결과는 회식, 음주 등 상황에서 일어나는 우발적 범행이 아닌 계획적 강간 범행 등에 대해 가중처벌하는 것으로 보는 것이 적절할 수 있음.

## 7. 회귀분석

- 사건종류나 음주 등 형량을 결정하는 요인 여러 가지가 동시에 작동할 때 각각의 기여도를 분리해서 측정할 필요가 있음.
- 아울러 사건종류나 음주 외에도 다양한 요인이 작용하기 때문에 이들을 통제할 필요가 있음.
- 회귀분석을 통해 이러한 요인들을 모두 고려해서 음주가 실제로 형량을 낮추는 요인으로 작용하는지 살펴보기로 함.

### 회귀식

$$y_{it} = \beta_0 + \beta_D D_{it} + \beta_Z Z_{it} + \beta_{DZ} D_{it} Z_{it} + X\gamma + \epsilon$$

$y_{it}$ : t년도 사건 i의 양형 수준(징역, 개월)

$D_{it}$ : 피고인의 음주 여부 (음주=1, 비음주=0)

$Z_{it}$ : 연도 (2007, 2017)

X: 기타 통제변수

- 사건종류
- 면식
- 연령 (피고 및 피해자)
- 합의여부

종속변수: 형량(월)

VARIABLES	(1) 전체	(2) 전체	(3) 전체	(4) 강간	(5) 강간	(6) 강제추행	(7) 강제추행
음주	7.547** (3.564)	3.356 (3.178)	5.402 (3.485)	-0.178 (6.258)	0.443 (7.274)	2.607 (5.074)	4.040 (5.219)
2017년	-6.484** (2.708)	1.964 (2.462)	1.654 (2.545)	4.886 (6.084)	3.871 (6.128)	-1.626 (3.092)	-0.155 (3.223)
음주*2017년	0.329 (4.356)	-6.710* (3.871)	-6.215 (4.017)	-9.005 (8.224)	-9.882 (8.621)	-2.702 (6.099)	-2.243 (6.444)
강간		34.03*** (2.603)	35.31*** (2.801)				
강제추행		14.12*** (2.375)	14.06*** (2.684)				
면식			-2.877 (3.278)		2.724 (6.645)		-1.098 (5.626)
합의			-3.437* (1.796)		-11.82*** (4.148)		-1.956 (2.456)
피고 나이			0.0404 (0.0717)		0.849 (0.858)		0.0189 (0.0881)
피고 나이 <sup>2</sup>			-2.06e-05 (3.54e-05)		-0.00781 (0.0109)		-1.10e-05 (4.33e-05)
피해자 나이			-0.128* (0.0745)		-0.102 (0.190)		-0.341*** (0.0954)
피해자 나이 <sup>2</sup>			0.000130* (7.29e-05)		0.000102 (0.000190)		0.000333*** (9.44e-05)
상수	24.52*** (2.396)	0.224 (3.191)	2.344 (4.280)	36.65*** (4.656)	25.53 (15.97)	19.14*** (2.779)	25.16*** (4.799)
Observations	646	646	638	244	243	361	359
R-squared	0.043	0.261	0.269	0.012	0.056	0.003	0.041

Standard errors in parentheses  
\*\*\* p<0.01, \*\* p<0.05, \* p<0.1

- 대상: 전체 사건
- “음주” 및 교차항 (음주\*2017년) 추정값은 통계적으로 유의미하지 않음
- 음주는 형량을 낮추는 고려사항으로 반영되었다고 보기 어려우며, 이것은 2017년 뿐 아니라 2007년도 마찬가지였음
- 전체 사건 뿐 아니라 강간사건의 경우도 마찬가지임.

종속변수: 형량(월)

VARIABLES	(1) 전체	(2) 전체	(3) 전체	(4) 강간	(5) 강간	(6) 강제추행	(7) 강제추행
음주	16.10* (9.147)	10.51 (8.252)	7.691 (8.662)	8.350 (12.46)	-0.675 (13.09)	-3.841 (17.73)	-10.82 (18.36)
2017년	-2.770 (6.449)	7.069 (5.837)	6.595 (6.018)	11.69 (10.91)	13.22 (11.03)	2.738 (7.974)	6.034 (8.321)
음주*2017년	-9.554 (10.97)	-17.88* (9.751)	-18.33* (10.20)	-25.78 (15.72)	-28.50* (16.88)	5.858 (20.29)	11.86 (20.25)
강간		48.30*** (6.299)	49.09*** (6.629)				
강제추행		22.42*** (6.083)	24.14*** (6.606)				
면식			5.030 (8.062)		19.64 (12.83)		20.79 (18.68)
합의			14.05** (6.315)		17.62 (11.87)		-0.969 (9.057)
피고 나이			-0.0487 (0.202)		0.784 (1.632)		0.285 (0.312)
피고 나이 <sup>2</sup>			2.31e-05 (9.94e-05)		-0.0118 (0.0202)		-0.000142 (0.000153)
피해자 나이			0.114 (0.198)		-3.307** (1.503)		-0.812*** (0.309)
피해자 나이 <sup>2</sup>			-0.000106 (0.000194)		0.0605** (0.0242)		0.000780** (0.000305)
상수	33.85*** (5.483)	-6.451 (7.992)	-9.838 (11.25)	46.25*** (8.401)	66.29* (35.31)	27.09*** (6.956)	28.82** (14.11)
Observations	220	220	220	118	118	109	109
R-squared	0.026	0.247	0.267	0.032	0.128	0.003	0.081

Standard errors in parentheses  
\*\*\* p<0.01, \*\* p<0.05, \* p<0.1

- 대상: 실형 선고 사건
- 실형 사건의 경우, 음주는 형량을 낮추는 요인으로 작용하는 경향이 있음.

종속변수: 집행유예 = 1, 실형 = 0

VARIABLES	(1) 전체	(2) 전체	(3) 전체	(4) 강간	(5) 강간	(6) 강제추행	(7) 강제추행
음주	0.596* (0.321)	0.817** (0.337)	0.414 (0.423)	0.702* (0.405)	-0.0374 (0.665)	1.174* (0.612)	0.966 (0.669)
2017년	0.508** (0.236)	0.114 (0.253)	0.326 (0.301)	-0.0671 (0.386)	0.179 (0.538)	0.428 (0.309)	0.523 (0.354)
음주*2017년	-1.059*** (0.389)	-0.749* (0.403)	-0.843* (0.485)	-0.601 (0.528)	-1.284 (0.803)	-1.137 (0.709)	-1.331 (0.815)
강간		-1.729*** (0.300)	-2.170*** (0.355)				
강제추행		-0.766*** (0.285)	-0.564* (0.334)				
면식			0.771** (0.393)		1.068* (0.641)		1.044 (0.735)
합의			2.328*** (0.257)		3.416*** (0.403)		1.609*** (0.330)
피고 나이			0.00213 (0.00834)		-0.170** (0.0735)		0.0270*** (0.0103)
피고 나이 <sup>2</sup>			-2.60e-06 (6.78e-06)		0.00143 (0.000903)		-1.48e-05* (9.02e-06)
피해자 나이			0.0223** (0.00897)		0.0535*** (0.0184)		0.0327*** (0.0126)
피해자 나이 <sup>2</sup>			-2.15e-05** (8.79e-06)		-4.47e-05 (3.95e-05)		-3.20e-05** *
상수	0.312 (0.206)	1.597*** (0.360)	0.229 (0.504)	-0.0870 (0.295)	1.086 (1.339)	0.435 (0.274)	-1.856*** (0.565)
Observations	646	646	638	244	243	361	359

Standard errors in parentheses  
\*\*\* p<0.01, \*\* p<0.05, \* p<0.1

• 집행유예 선고 여부에서 음주 여부의 영향

• 종속변수: 집행유예=1, 아닌경우 = 0

• 음주는 집행유예 확률을 높이는 요인으로 작용하는 경향이 나타나지만, 2017년에는 2007년에 비해 이러한 경향이 크게 감소한 측면이 있음.

## 8. (잠정) 결론

- 2017년 선고가 이루어진 성범죄 사건의 1심 판결에서 피고인의 음주 여부가 형량을 낮추는 요인으로 작용한다는 증거는 뚜렷한 증거는 발견할 수 없었음
- 양형기준 도입이 판결 수준이나 음주감경에 유의미한 변화를 가져왔다는 증거 역시 발견할 수 없었음.  
단 이 결과는 친고죄 폐지로 인한 경미 사건 증가를 보다 정확히 반영해서 해석할 필요가 있음
- 단, 피고인의 음주 여부는 집행유예 확률을 높이는 경향이 나타나지만, 2017년에 와서는 이러한 경향이 크게 낮아짐

## 8. (잠정) 결론

- 추가작업
  - 관측치를 보다 확대해서 추정값의 통계적 유의성을 높일 필요  
(관측치가 많아질 경우, 설명변수를 보다 추가할 수 있음)
  - 벌금형 사건을 동시에 고려할 필요

## 참고문헌

- 임철, 장지상, 오정일 (2018), "양형기준의 효과에 관한 실증적 연구: 형량의 평균과 편차에 대한 분석", 법경제학연구 15(1)
- 최이문, 이해랑 (2018), "정신장애 범죄자에 대한 법원의 책임능력 판단에 대한 연구(2014-2016)" 한국심리학회지: 법 9(1), 2018.3, 41-56
- 홍수민, 이수정, 이정현 (2013), "국민참여재판에 있어서 임의명정에 대한 배심원단과 법관의 판단 차이 연구", 한국심리학회지: 사회 및 성격 27(4), pp.69-87.

감사합니다

[발표 및 토론]

음주로 인한 양형의 감경 또는 가중의 제문제

제2주제 발표: 『주취범죄 양형실무 개선방안』

**주취로 인한 심신미약 주장의  
실무상 취급 및 주취범죄의  
양형 실무와 개선 방향**

최형표 (대법원 재판연구관)

제1세션



## 주취로 인한 심신미약 주장의 실무상 취급 및 주취범죄의 양형 실무와 개선 방향



최형표 (대법원 재판연구관)

### I. 서론

- 전통적으로 술을 기호식품으로 생각하여 음주에 관대한 우리나라의 사회적인 분위기와 달리 일찍부터 서양에서는 술을 마약의 일종으로 보아 술에 대하여 국가적으로 통제하는 경우가 적지 않았음
- 정부가 금연정책의 일환으로 담뱃값을 대폭 인상하고 담뱃갑에 흡연 피해자의 섬뜩한 신체 일부 사진을 삽입하는 것을 허용하는 것과 달리, 유명 여성 연예인이 등장하는 광고를 통하여 술 판매를 권장하는 것도 별다른 제재 없이 허용되고 있는 것이 현재 우리사회의 모습임<sup>1)2)</sup>

1) 실제로 성인 남녀 1,000명을 상대로 한 어느 한 설문조사결과에 의하면, 우리나라가 술에 대하여 관대하다는 답변이 약 88%에 달하였고, 길거리나 야외에서의 가벼운 음주 자체는 나쁘지 않다고 답변한 비율도 약 62%에 달하였다고 함(엠브레인, 2018 음주청정지역 관련 인식 조사)

2) 최근 보건복지부가 발표한 '2017국민건강영양조사' 결과에 의하면, 19세 이상 흡연율(평생 담배 5갑 이상 피웠고, 현재 담배를 피움)은 22.3%로 전년보다 1.6% 낮아졌고, 이는 조사가 시작된 1998년 이래 최저치라고 함. 이에 반하여

- 이렇듯 음주에 관대한 사회분위기 탓인지는 몰라도 실제 형사재판을 담당하다 보면 상당수의 피고인이 주취상태에서 범죄를 저지른다는 것을 경험적으로 쉽게 알 수 있음. 특히 살인, 공무집행방해범죄, 각종 폭력범죄, 성폭력범죄 등의 경우에는 피고인이 주취상태에서 범행에 이를 가능성이 훨씬 높음<sup>3)</sup>
- 범죄유형에 따라 다소간 차이가 있기는 하지만 피고인이나 변호인이 재판과정에서 “술에 취한 상태에서 범죄를 저질렀다”, “술을 마셔서 범행사실이 기억나지 않는다”고 주장하는 경우가 아직도 적지 아니한 것이 사실임.<sup>4)</sup> 이러한 주장은 단순히 범행을 부인하는 취지로 주장하는 경우도 있으나, 범행 당시 술에 만취하여 사물변별능력이나 의사결정능력이 없었다거나 현저히 감소된 상태에 있었으므로 이를 책임능력의 판단이나 양형 결정시 유리하게 고려하여 달리는 취지로 주장하는 경우가 많음
- 소위 ‘조두순 사건’으로 알려진 8세 여아 강간상해 사건에서 1심 재판부가 무기징역형을 선택하고서도 형법 제10조 제2항에 의한 심신미약감경을 한 후 징역 12년<sup>5)</sup>을 선고한 사실이 언론을 통하여 보도되면서 국민적 공분을 불러일으킨 바 있음. 그 사건을 계기로 강력범죄에 있어서 심신미약 감경을 전면적으로 배제하여야 한다는 여론이 비등하였으나 형법의 대원칙인 책임주의원칙의 관점에서 신중한 검토가 필요하다는 반론도 만만치 않아 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 개정을 통하여 중요 성범죄에 한하여 형법상 심신장애 규정을 적용하지 아니할 수 있다는 특례(제 19조)가 규정되었음<sup>6)</sup>

19세 이상 성인의 월간음주율(최근 1년 동안 한 달에 1회 이상 음주)은 62.1%(남자 74.0%, 여자 50.5%)로 2005년 조사가 시작된 이래 가장 높았고, 여자 월간음주율도 지속해서 증가해 지난해 처음으로 50%를 넘어섰다고 함

- 3) 대검찰청 범죄분석(2017)에 의하면, 전체 형법범 중 알코올 상용자는 36,576명이고, 그 중 강력범죄(흉악)는 2,404명, 강력범죄(폭력)는 20,625명에 달하는 것으로 조사되었음(p.480)
- 4) 범행당시 술에 만취하였기 때문에 전혀 기억이 없다는 취지의 진술은 범행당시 심신상실 또는 심신미약의 상태에 있었다는 주장으로서 형사소송법 제323조 제2항 소정의 법률상 범죄의 성립을 조각하거나 형의 감면의 이유가 되는 사실의 진술에 해당한다고 보고 있음(대법원 1990. 2. 13. 선고 89도2364 판결)  
반면에, 피고인이 술에 취하여 기억이 없다고 한 진술을 그 진술의 전후맥락에 비추어 볼 때 심신장애로 인한 형의 감면을 주장하는 취지가 아니라 단순히 범행을 부인하는 취지에 지나지 않는다고 이를 따로 판단하지 아니하여도 위법하지 않다고 한 사례도 있음(대법원 1988. 9. 13. 선고 88도1284 판결 등)
- 5) 당시 구 형법에 의한 유기징역형의 상한은 15년이었음
- 6) 1994년에 캘리포니아와 캐나다의 대법원이 주취상태에서 강력범죄를 범한 피고인이 주취에 관한 증거를 제출할 수

- 최근 주취상태에서 폐지를 줍던 여성을 폭행하여 사망에 이르게 한 사건, 경비원을 폭행하여 뇌사상태에 빠지게 한 사건 등 주취 상태에서 살인, 공무집행방해, 폭력 등 강력범죄가 빈발하고 있는데, 일반인들 사이에서 ‘주취상태=심신미약’이라는 잘못된 인식 등에 기초하여 형법 제10조의 심신장애 규정을 전면적으로 폐지하자는 등의 극단적인 주장이 제기되고 있는 상황임. 더불어 음주운전으로 인한 사망사고가 빈발하여 음주운전자에 대한 단속과 처벌을 강화하여야 한다는 목소리도 큰 상황임
- 이러한 상황에서 재판실무에서 주취감경 주장이 어떻게 취급되고 있는지, 주요 주취범죄의 양형 실무와 향후 개선 방향에 관하여 살펴보고자 함

## Ⅱ. 주취로 인한 심신미약 주장의 실무상 취급 및 개선 방향

### 1 음주로 인한 명정상태와 책임능력

#### 가. 개념

- 명정(酩酊, Intoxication)은 원래 몸을 가눌 수 없을 정도로 술에 몹시 취한 상태를 의미하는 한자어임.<sup>7)</sup> 하지만 형사법 분야에서 명정상태는 알코올에 취한 상태만을 의미하지는 않고, 마약, 향경련제, 진정제 등과 같은 약물의 직접 작용으로 일시적으로 초래된 흥분, 마비 등의 비정상적인 정신상태 또는 정신의학적 상태를 의미한다고 보고 있음. 이와 비교하여 주취(酒醉, Trunkenheit)는 술에 취하여 사회통념상 정상적인 판단이 어려운 상태를 의미함

있는 권리를 보호 또는 확대하는 결정을 하였다가 여론의 공분을 샀고, 결국 이듬해 이를 금지하는 법률이 제정되었다고 함

7) 국립국어원 표준국어대사전 참조

- 알코올은 적은 양도 체내에 섭취되면 새로운 정보를 단기 기억에서 장기 기억으로 이동시키는 기전을 손상시키고, 많은 양의 알코올이 체내에 섭취되면 중독되어 있는 동안 일부 또는 전체를 기억하지 못하는 전향기억상실(anterograde amnesia)<sup>8)</sup>이 나타남. 의학적으로는 적당한 음주에서는 이성을 지배하는 뇌의 신피질 기능이 억제되고, 대량의 음주에서는 생존에 필요한 행동을 지배하는 구피질의 기능이 억제된다고 함<sup>9)</sup>

#### 나. 주취와 책임능력의 상관관계

- “책임 없으면 형벌 없다”는 책임주의원칙은 형을 정함에 있어서는 행위자의 책임을 기초로 하여야 하며, 책임의 한도를 초과하는 형을 부과해서는 안 된다는 근대 형사법상 기본원리이자 법치국가의 기본원리로서 헌법적 지위를 갖는 원칙임<sup>10)</sup>
  - 여기서 ‘책임’은 행위자에 대한 비난가능성(Vorwerfbarkeit)이라고 함. 즉 행위자에게 비난할 수 있는 개인적 사정 내지 주관적 상황이 존재해야만 책임을 물을 수 있다는 것을 의미함
- 자기 행위가 불법이라는 것을 알거나 알 수 있었고, 그 인식에 따라 행동을 조종할 수 있었음에도 불구하고 적법한 행위를 하지 않도록 한 하자 있는 의사형성이 있었기 때문에 책임비난을 가할 수 있음. 따라서 책임의 전제는 의사의 자유라고 할 것임
- 알코올의 작용에 의한 명정상태는 범죄성립요소인 책임에 영향을 미치게 되는데, 이는 형법 제10조가 규정하고 있는 책임능력과 관련이 있음. 형법 제10조에 규정된

8) 의식장애시부터 회복 후까지 기억이 결여된 것을 의미함. 이와 비교하여 의식장애가 있는 시점부터 건강한 시기로 거슬러 올라가며 기억의 결여가 나타나는 것을 역행기억상실(retrograde amnesia)이라고 함(생명과학대사전 참조)

9) 알코올의 섭취로 인하여 의학적으로는 ① 지각장애[인지장애(agnosia), 착각(illusion), 환각(hallucination), 이인증(depersonalization) 등], ② 사고장애, ③ 행동장애, ④ 의식장애[의식혼란 < 의식혼탁 < 혼미 · 혼수], ⑤ 기억장애 등이 초래된다고 함

10) 헌법재판소는 ‘형벌은 범죄에 대한 제재로서 그 본질은 법질서에 의해 부정적으로 평가된 행위에 대한 비난이다. ... 이와 같이「책임 없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다」는 형벌에 관한 책임주의는 형사법의 기본원리로서, 헌법상 법치국가의 원리에 내재하는 원리인 동시에, 헌법 제10조의 취지로부터 도출되는 원리이다’라고 판시하고 있음(헌법재판소 2009. 10. 29. 선고 2009헌가6 결정 등)

한편, 독일 연방헌법법원은 책임원칙을 독일기본법 제103조 제2항에 근거한 것으로 보면서 그 근본을 기본법 제1조 제1항의 인간의 존엄성에서 찾고 있음(BVerfG Beschluß vom 16. 6. 1994. - 2 BvR 1157/94)

책임능력을 감면하기 위해서는 심신장애라는 생물학적 요소와 이것을 기초로 하여 사물을 변별할 능력 또는 의사를 결정할 능력이 없다는 심리적 요소가 있어야 한다는 것이 통설적 견해임<sup>11)</sup>

- 심신장애는 심리학·정신의학적인 개념이 아니라 법률상의 개념이고 그 내용은 책임능력을 인정하는 목적·취지에 따라서 해석하여야 하므로, 구체적인 행위자가 심신상실자인가 심신미약자인가의 판단은 법률적 판단이고 종국적으로 법관의 임무에 속함<sup>12)</sup>
- 그런데 주취는 심신장애라는 생물학적 요소를 우선적으로 충족시킴. 이러한 생물학적 요소를 기초로 하여 규범합치적 의사조종능력에 결함이 야기되면 종국적으로 책임능력이 감면될 수 있음<sup>13)</sup>
- 재판실무에서도 범죄 유형마다 다소간 차이가 있기는 하나, 주취가 심신장애의 중요한 판단요소가 될 수 있음을 전제로 피고인의 주취감경 주장을 받아들여 형법 제 10조 제2항에 따라 법정형을 감경하는 예가 드물지 않게 존재하여 왔음

#### 다. 외국의 입법례

- 비교법적으로 주취를 심신장애로 인정하여 형의 감경을 인정하는 나라와 이를 인정하지 아니하는 나라가 있는데, 대략적인 구분은 아래와 같음

인정하는 나라	인정하지 않는 나라
오스트리아, 벨기에, 덴마크, 핀란드, 독일, <sup>14)</sup> 스위스, 룩셈부르크, 네덜란드, 포르투갈, 스페인, 스웨덴, 일본	아일랜드, 이탈리아 <sup>15)</sup> (법에서 명시적으로 이를 제외하는 취지의 규정을 두고 있음)

11) 판례도 “형법 제10조에 규정된 심신장애는 생물학적 요소로서 정신병, 정신박약 또는 비정상적 정신상태와 같은 정신적 장애가 있는 외에, 심리학적 요소로서 이와 같은 정신적 장애로 말미암아 사물에 대한 변별능력과 그에 따른 행위통제능력이 결여되거나 감소되었음을 요한다.”고 판시하고 있음(대법원 1992. 8. 18. 선고 92도1425 판결 등)

12) 정성근, 신판 형법총론, p.366 ; 이재상, 장영민, 강동범, 형법총론(제8판), 2015, p.309 ; 신동운, 형법총론(제9판), 2015, p.377

13) 송동권, '명정범죄에 대한 책임비난', 형사정책연구 8권 1호(29호), 1997, p.11-12

14) 독일은 처벌의 흥결을 보완하기 위하여 완전명정죄(독일 형법 제323a)를 두고 있으나, 이는 최고형량이 징역 5년으

- 미국의 경우 어떤 범죄에 관하여도 음주 등 중독(intoxication)에 관한 증거들을 제출할 수 있는 주(인디애나 주)부터 이를 받아들이지 않는 주(애리조나, 몬타나 등)까지 주에 따라 그 태도가 다른데<sup>16)</sup>, 연방대법원은 중독에 관한 증거를 제출할 수 없도록 한 몬타나 주법을 합헌으로 판시한 바 있음<sup>17)</sup>
- 우리 형법은 미국의 모범형법전 및 각 대륙법계 국가들의 성문 형법전과 유사하게 책임능력 규정에 관한 입법원칙으로 점진주의(graded concept) 즉, 형사책임은 온전한 형사책임, 심신미약, 심신상실로 정도에 따른 점진적 개념으로 규정하는 태도를 취하고, 그 입법요소로서 정신병, 정신지체 등과 같은 생물학적 사유에 착안하는 생물학적 요소에 심리학적 요소로서 변별능력 및 제어능력 구비 여부를 모두 판단하는 방법을 취하고 있음

#### 라. 관련 문제 - 소위 블랙아웃(Black-Out) 현상

- 사람마다 음주 후 보이는 증상이나 상태가 모두 다르기는 하지만, 만취로 인하여 의식을 잃고 기절하거나 잠든 상태(Passing-Out)에 이른 경우에는 어떠한 판단이나 자발적인 행동을 기대할 수 없으므로 심신상실의 상태를 인정할 수 있다고 할 것임
- 위와 같은 패시아웃의 상태에 이르지 않는했으나 의식을 가지고 행동하였으나 기억만을 상실하여 소위 필름이 끊겼다고 말하는 블랙아웃(Black-Out) 상태였던 경우에도 심신장애를 인정할 수 있는지가 재판실무에서 종종 문제가 되고 있음. 이는 가해자 측의 경우만 문제되는 것은 아니고, 예컨대, 준강간죄에 있어서 피해자의 심신상실이나 항거불능을 인정할 수 있을지 여부 등 피해자와 관련해서도 실무상 문제되는 경우가 적지 아니함

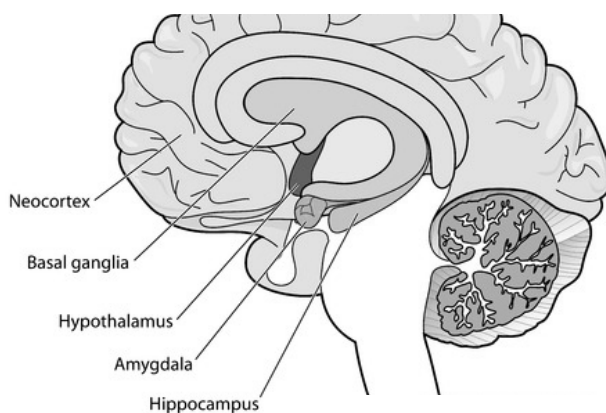
로서 일정한 범위를 중형으로 가중 처벌하는 데는 한계가 있다는 지적이 있다고 함

15) 이탈리아의 경우에는 형법 제92조, 제93조에서 주취상태에서 저지른 범죄와 관련하여 항변을 허용하지 아니하고 있고, 제94조에서는 잦은 주취상태가 있었던 경우에는 더 중하게 처벌할 수 있는 것으로 규정되어 있다고 함. 다만, 고질적 중독 상태로 신체손상에까지 이른 경우는 심신미약에 해당할 수 있다고 함

16) Mitchell Keiter, "JUST SAY NO EXCUSE : THE RISE AND FALL OF THE INTOXICATION DEFENSE", The JOURNAL OF CRIMINAL LAW & CRIMINOLOGY Vol 87, No 2, p.518

17) Montana v. Egelhoff, 116 S. Ct. 2013(1996)

- 사람의 뇌에서 관자엽 안쪽에 위치한 해마(hippocampus, 아래 그림 파란색 부위)는 뇌의 다른 부위로 신호를 전달하는 역할을 하며, 눈, 귀 등을 통하여 받아들인 정보를 단기간 저장하여 장기기억으로 전환하는 데에 매우 중요한 역할을 하는 것으로 알려져 있음



- 그런데 과도한 음주로 인하여 혈중 알코올 농도가 급격하게 증가하면 해마 부위가 마비되면서 외부에서 받아들인 정보를 저장하지 못하여 그 기간 동안의 기억이 사라지는 블랙아웃 현상이 나타나게 됨
- 의학적으로 블랙아웃은 완전 블랙아웃(en block blackout)과 부분 블랙아웃(fragmentary blackout)으로 나뉨<sup>18)</sup>
  - ‘완전 블랙아웃’은 당시의 상황을 전혀 기억하지 못하고, 당시를 상기할 수 있는 어떠한 연상 계기에도 기억을 회복하지 못함. 이는 당시 해마의 기능이 완전히 소실되어 단기기억이 장기기억으로 전환되지 못하여 발생함. 그러나 이러한 완전 블랙아웃 상태에서도 다른 뇌기능은 비교적 정상이어서 깊은 대화, 술값의 계산 및 결제, 운전 등 복잡한 두뇌활동이나 운동능력을 필요로 하는 행동을 별다른 문제없이 해낼 수 있는 경우가 많음. 단지 그러한 기억을 하지 못할 뿐임

18) RYBACK R.S., "Alcohol amnesia: Observation in seven drinking inpatient alcoholics", Q.J. Stud Alcohol 1970 Sep; 31(3), p.616-632

- ‘부분 블랙아웃’은 자신이 일부 기억을 소실하였다는 사실을 인지하지 못하고, 당시 상황에 관하여 이야기를 하던 중 자신이 특정 상황을 기억하고 있지 못하다는 사실을 뒤늦게 깨닫게 되는 경우가 많으며 당시 기억을 환기할 수 있는 연상 계기를 통하여 기억을 회복하고는 함. 이 경우는 해마에 단기기억이 저장되기는 하였으나 이를 상기시키는 기전에 장애가 발생하였던 것으로 보고 있음
- 이처럼 패싱아웃과 달리 블랙아웃은 다른 뇌기능과 무관하므로 기억능력 이외의 다른 기능들은 비교적 정상적으로 유지될 수 있다는 것이 특징임.<sup>19)</sup> 그러나 비록 블랙아웃과 다른 뇌기능 사이에 직접적 관련은 없더라도 블랙아웃이 발생할 정도로 다량의 알코올을 섭취하였다는 것은 다른 뇌기능 역시 알코올로 인하여 정상적 상태를 유지하지 못할 가능성이 높다고 볼 수 있음<sup>20)</sup>. 따라서 블랙아웃 상태에서 기억만 하지 못할 뿐 평소와 별로 다르지 않은 모습을 보이는 경우도 있는 반면 알코올의 영향으로 평소와 다른 돌발적인 모습을 보이는 경우도 있는 등 블랙아웃 상태에서 나타나는 모습은 사람마다 다양하게 나타남
- 또한 해마 기능과 다른 뇌기능의 알코올 내성도 사람에 따라 차이가 많음. 따라서 다른 뇌기능에 비하여 해마의 알코올 내성이 강한 사람은 술에 취하면 알코올의 영향으로 평소와 전혀 다른 모습으로 돌변하면서도 그 기억은 남아있을 수 있음. 반면 해마의 알코올 내성이 상대적으로 약한 사람은 이미 해마는 마비되어 정보의 저장 기능은 소실되었음에도 뇌의 다른 기능은 비교적 온전하여 겉으로 보기에는 아직 만취하지 않았거나 심지어 술이 거의 취하지 않은 것처럼 보이는 경우도 빈번함
- 비록 술에 취하여 말이 어눌해지거나 이성적인 판단을 할 능력은 다소 저하되었다고 하더라도 자신의 의사대로 어떠한 결정을 할 수 있는 능력이나 운동능력은 남아 있다고 보이는 경우에는 기억만 상실한 것일 뿐 심신장애 상태에 있었다고 할 수는 없을 것임

19) 이하민, 노성원, 김대진, ‘알코올에 의한 블랙아웃’, *International Journal of Environmental Research and Public Health* v6.11(2009), p.2783-2792. (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2800062/>)

20) 법원행정처, 성범죄 재판 실무편람, 2018, p.29-32

## 2 주취로 인한 심신미약 주장의 실무상 취급

### 가. 주취상태를 심신미약의 사유로 인정할 수 있는지

- 종래 재판실무에서 책임능력과 관련하여 가장 많이 제기되는 주장이 주취로 인한 심신미약 주장인 반면, 그 해당 여부를 판단하기 위한 심리절차는 따로 진행하지 않는 경우가 많았음
- 이는 심신미약 판단이 규범적 판단이라는 이론적 기반 위에서, 법정형의 하한이 높게 설정된 형사 관련 특별법 규정을 그대로 적용할 경우 작량감경만으로는 기존 양형관례에 비추어 피고인에게 절대적 또는 상대적으로 가혹한 결과를 초래한다고 인정되는 경우(예컨대, 절도범이 피해자의 추격을 뿌리치기 위해 폭행을 가해 피해자에게 경미한 상처를 입힌 경우 형법 제337조에 의하여 법정형이 무기 또는 7년 이상의 징역에 해당하여 작량감경만으로는 적정한 양형을 하기 어려운 경우 등) 이를 해결하기 위한 수단으로 ‘음주로 인한 심신미약 감경’이 유용하게 활용된 측면이 있었음을 부인하기 어려움
- 판례도 “형법 제10조 제1항 및 제2항 소정의 심신장애의 유무 및 정도의 판단은 법률적 판단으로서 반드시 전문감정인의 의견에 기속되어야 하는 것은 아니고, 정신분열병의 종류 및 정도, 범행의 동기 및 원인, 범행의 경위 및 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 증거인멸 공작의 유무, 범행 및 그 전후의 상황에 관한 기억의 유무 및 정도, 반성의 빛 유무, 수사 및 공판정에서의 방어 및 변호의 방법과 태도, 정신병 발병 전의 피고인의 성격과 그 범죄와의 관련성 유무 및 정도 등을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있다.”고 보았음<sup>21)</sup>
- 하지만 이러한 실무관행에 관하여는 책임능력이론과 관련하여 문제점이 있다는 비판이 끊임없이 제기되고 있었고, 앞서 언급한 소위 ‘조두순 사건’과 같이 주취감경을 적용한 특정 판결에 대한 사회적 비판이 집중되기도 하였음

21) 대법원 1994. 5. 13. 선고 94도581 판결 등

- 이후 법원 내부에서도 주취로 인한 심신미약 감경에 대하여 엄격하게 심리하여 실질적으로 책임능력이 제한된 상태에 있었다는 증거가 있는 경우에 한하여 제한적으로 적용하자는 논의가 활발히 진행되었고, 이러한 문제의식을 공유하여 주취로 인한 심신미약 감경에 대하여 엄격하게 판단하는 실무가 널리 확산되기에 이르렀음
- 그 결과 아래 몇 가지 범죄유형의 통계를 통하여 확인할 수 있듯이 구체적 사건에서 피고인의 주취로 인한 심신미약 감경 주장(주취와 다른 사유가 경합하여 심신장애 상태에 있었다고 주장하는 경우 포함)을 받아들여 형법 제10조 제2항에 따라 법정형을 감경한 사건 수가 현저히 감소하였음
- 실제로 발표자가 이 사건 발표에 앞서 법원 내부 게시판을 통하여 형사재판을 담당하거나 담당할 적이 있는 판사들에게 주취로 인한 심신미약 감경을 적용하는 사례가 어느 정도 있는지 확인한 결과 응답자의 대부분이 최근에는 성범죄를 비롯하여 대부분의 범죄유형에서 주취감경을 거의 적용하지 않는다고 답변한 경우가 대부분이었음
- 다만, 우리 형법이 책임능력과 관련하여 주취로 인한 심신미약 감경을 배제하고 있다고 보기 어렵고, 구체적 사안에 따라서는 주취감경을 허용하지 아니하는 경우 법치국가원리에서 파생된 책임주의원칙에 위배되어 오히려 정의와 형평에 반하는 결과가 초래되는 사안도 충분히 있을 수 있음
- 아래의 사례가 적절한지 견해가 나눌 수 있으나 발표자가 확인한 사례들 중에서 주취감경 적용 여부를 신중하게 검토할 필요가 있다고 생각되는 사례를 제시함<sup>22)</sup>

**【사례 ①】**

- 피고인(31세, 전과 전혀 없음)은 술에 만취하여 새벽 3:30경 자신의 집 인근에 있는 피해자(남, 61세)의 집에 이르러 베란다 쪽문에 붙여놓은 투명비닐 방풍지를 손으로 뜯고 거실에 들어가 그곳에서 잠을 자고 있던 피해자의 양쪽 다리를

22) 최근에 주취감경을 받아들여 형법 제10조 제2항에 기한 심신미약을 적용한 사례 중에서는 적절한 사례를 발견하지 못해 다소 과거의 사례를 인용하였음

붙잡고 피고인의 노출된 성기를 피해자의 다리 사이에 밀착시키는 방법으로 추행함(재판과정에서 피해자가 피고인을 용서하여 처벌을 원하지 아니하는 의사를 표시함)

- 위 사건은 성폭력범죄 처벌 등에 관한 특례법 제3조 제1항에서 정한 주거침입준강제추행죄에 해당하여 법정형이 무기징역 또는 5년 이상의 징역에 해당함
- 제1심 법원은 피고인의 심신미약 주장을 받아들여 징역 1년 6월에 집행유예 3년, 120시간의 사회봉사, 5년간의 신상정보 공개·고지명령을 선고하였고, 위 판결이 그대로 확정되었음

#### 【사례 ②】

- 피고인(67세, 전과 전혀 없음)이 밤에 술에 만취하여 귀가하던 중 자신이 거주하는 아파트 바로 위층에 거주하는 피해자들의 집에 열린 현관문을 통해 침입하여 피해자 A(남, 6세), B(남, 4세)를 갑자기 껴안고 손등에 보브를 하는 방법으로 강제추행(재판과정에서 피해자들의 법정대리인과 합의함)
- 위 사건은 성폭력범죄 처벌 등에 관한 특례법 제7조 제3항에 해당하여 법정형이 5년 이상의 징역 또는 3천만 원 이상 5천만 원 이하의 벌금에 해당함
- 제1심 법원은 징역 2년 6월에 집행유예 3년을 선고하였고, 위 판결이 그대로 확정되었음
- 재판부는 피고인의 주취감경 주장을 받아들이지 않았고, 다만 술에 취한 상태에서 우발적으로 범행에 이르게 된 점 등 유리한 사정을 참작하여 작량감경 후 집행유예를 선고함

- 위 사례들에서 보듯이, 사건에 따라서는 일반인의 시각에서 보았을 때도 피고인의 범행을 선뜻 이해하기 어려운 경우가 있고, 피고인의 입장에서 발생한 결과만을 놓고 형사책임을 지우는 것은 가혹하다는 주장을 가변이 배척할 수 없는 사안이 존재한다는 것도 부인할 수 없는 사실임

- 주취감경의 잘못된 적용으로 인한 폐단은 막아야 하겠지만 그러한 우려 때문에 주취감경을 형법 제10조 제2항의 적용대상에서 아예 제외하자는 주장에 대해서는 좀 더 신중한 검토가 필요하다고 생각함
- 다만, 우리 형법 제10조 제2항은 음주나 약물의 영향으로 심신미약이라는 판단이 내려진 경우 필요적으로 형을 감경하도록 규정하고 있으나, 이는 다른 외국의 입법례와 비교하여 볼 때 법적용에 있어 너무 경직된 측면이 있다고 생각됨.<sup>23)</sup> 따라서 만약 형법 제10조 제2항을 개정하고자 한다면 입법적으로는 독일 형법 제21조<sup>24)</sup>와 같이 임의적 감경사유로 규정하는 것도 고려할 수 있다고 생각됨

## 나. 주취감경 주장에 대한 심리절차

### (1) 심리의 대상

- 판례<sup>25)</sup>에 의하면 주취감경 여부를 심리하는데 있어 고려대상이 되는 요소들은 다음과 같음. ① 피고인의 평소 주량과 마신 술의 종류 및 양, ② 범행의 동기 및 원인, ③ 범행의 경위 및 수단과 태양, ④ 범행 전후의 피고인의 행동, ⑤ 증거인멸 공작의 유무, ⑥ 범행 및 그 전후의 상황에 관한 기억의 유무 및 정도, ⑦ 피고인에게 알코올중독증 등의 병력이 있는지 유무 등
- 한편, 형법 제10조 제3항이 규정하는 ‘위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기하였는지 여부’, 즉 원인에 있어서 자유로운 행위인지 여부를 판단하기 위한 사항도 심리할 필요가 있는데, 판례<sup>26)</sup>에 따르면, 기존에 피고인이 음주상태에서 이와 유사한 행위를 저지른 적이 있는지 여부 등이 중요한 판단자료가 됨

23) 외국의 입법례를 살펴보았을 때 우리나라와 같이 심신미약을 형의 필요적 감경사유로 규정하고 있는 나라는 스위스, 일본 정도가 확인됨

24) 제21조 한정책임능력

불법을 통찰하거나 그 통찰에 따라서 행동할 행위자의 능력이 제20조에서 정한 사유로 인하여 범행시에 현저히 감소된 경우에는 제49조 제1항에 따라서 형이 감경될 수 있다.

25) 대법원 2001. 10. 12. 선고 2001도 3836 판결 등

26) 대법원 1968. 4. 30. 선고 68도400 판결 등

## (2) 구체적 심리절차

- 주취 정도를 심리하는 가장 객관적인 방법은 피고인의 혈중알코올농도를 확인하는 것임. 그러나 알코올에 대한 장기적인 의존성(dependency) 또는 중독(addiction)이 형성되어 있는 것으로 확인되는 경우가 아니라면 알코올은 비교적 일시적으로 개인의 상태에 영향을 주는 것이기 때문에 범행 이후 일정 시간이 경과한 시점에서는 객관적으로 결정하기가 어려운 난점이 있음
  - 범행 직후 경찰조사를 하게 되는 상황이라면 가급적 피조사자의 언어표현을 녹음 하듯이 그대로 구체적인 모습과 표정, 동작 등을 포함하여 생생하게 작성하는 것이 중요하다고 할 수 있음
- 이 때문에 음주 사실 및 음주량에 관해 피고인의 진술 이외에 객관적으로 이를 확정할 수 있는 증거가 있으면 이에 대하여 밝히고, 피고인 측이 증거(또는 증인)를 제시하는 경우 제시한 증거의 진실성에 대한 조사와 판단이 필요하며<sup>27)</sup>, 이를 기초로 범행 당시 피고인의 혈중알코올농도가 얼마였는지를 심리할 필요가 있음
- 이 경우 피고인의 음주량을 기초로 위드마크 공식 등에 의하여 사후적으로 그 혈중알코올농도를 확정하거나 아니면 통제된 환경에서의 사후실험을 통하여 그 측정치를 추정할 수 밖에 없을 것임
- 혈중알코올농도가 밝혀지는 경우에도 어느 정도의 수치가 넘는 경우에 심신미약을 인정할 수 있는지에 관하여 아무런 기준이 없음
- 독일 판례 등에 의하면, 혈중 알코올농도 2.0 프로밀(Promille)<sup>28)</sup> 이상이면 형법상의 한정책임능력자(심신미약)로 인정할 수 있고, 3.0 프로밀 이상이면 형법상 책임무능력자(심신상실)로 인정할 수 있다고 함<sup>29)</sup>

27) 다만, 피고인의 입장에서는 자신이 술을 많이 마신 상태이고 판단력, 감정조절력 및 행동통제력, 기억력 등의 저하 또는 손상을 인정받아야 하므로 자신이 많은 술을 마셨음을 구체적인 근거를 대면서 주장하게 될 것인데, 이 과정에서 범인이 제시하는 구체적인 증거들이 신빙성이 있다면 이는 반대로 범행 당시 판단력과 기억력이 상당 부분 온전한 상태에 있음을 반증하는 자료가 될 수 있음

28) 천분율, 백분율에 대응하여 힘량이 더욱 낮은 영역에서 사용되는 수치임. ‰ 기호로 나타냄. 영어의 per mille에 해당함. 2.0프로밀은 우리나라의 표기방식에 의하면 0.2%에 해당함

29) 손동권, '명정범죄에 대한 책임비판'(주 13), p.7

- 그러나 독일과 같이 완전명정범죄의 처벌에 관한 규정이 없는 현실에서 선불리 독일과 같은 기준을 적용하기도 어려운 점이 있음. 결국, 이 부분은 학계의 연구 및 실무의 축적을 기대할 수 밖에 없고, 법학뿐만 아니라 의학적 등 자연과학 분야와의 학제적 연구가 뒷받침되어야 할 것임
- 한편, 같은 혈중알코올농도에 이르는 음주를 하였더라도 피고인의 주량에 따라 사물변별능력이나 행위통제능력을 미약하게 만들 수도 있고 그렇지 못할 수도 있음. 이 부분에 관하여는 피고인이 의료기관에서 받아 제출하는 신체감정서나 법원이 피고인의 동의하에 통제된 환경에서의 전문가의 주도로 진행되는 정식 또는 약식의 신체감정을 통하여 이를 판단하는 방안이 적절히 활용되고 있음

#### 다. 관련 문제 - 살인범죄에 있어서 심신미약 감경

- 최근 서울 강서구의 한 PC방에서 발생한 살인사건의 피의자가 10년째 우울증 약을 복용하고 있다는 사실이 알려지자 일부 국민들 사이에서 심신미약 감경으로 가벼운 형이 선고되는 것이 아니냐며 형법상 심신미약 감경제도에 관한 문제제기를 하고 있는 상황임
- 실제 살인 등 중범죄의 경우에 피고인이 조현병 등 정신장애를 앓고 있는 경우가 적지 않는데 과연 재판실무에서 피고인의 정신장애 주장이 심신미약 감경으로 이어지는지, 실제로 심신미약 감경이 이루어진 사안들은 어떤 경우인지 등에 관하여 이번 기회에 판결문을 통한 사례분석을 실시하였음
- 현재 공식적으로 사용되고 있는 정신의학적 정신장애(mental disorder)의 진단 기준으로는 세계보건기구(WHO)에서 제정한 국제질병분류(ICD) 제10판이 있으나, 실제 교육과 연구에서는 미국 정신의학회(APA)에서 발간한 정신장애의 진단 및 통계 편람(DSM)이 주로 사용되고 있음
- DSM-5<sup>30)</sup>에 의한 분류

30) Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition (DSM-5). 미국 정신의학회[the American Psychiatric Association (APA)]에서 2013. 5. 18. 발간함. 2000년에 발간된 DSM-IV-TR을 대체함

진단기준	유 형
1. 신경발달장애	1. 지적장애(Intellectual Disabilities) 2. 의사소통장애(Communication Disorders) 3. 자폐 스펙트럼 장애(Autism Spectrum Disorder) 4. 주의력 결핍 및 과잉행동장애 (Attention-Deficit/Hyperactivity Disorder) 5. 특정 학습장애(Specific Learning Disorders) 6. 운동장애(Motor Disorders-틱 장애(Tic Disorders) 등
2. 정신분열 스펙트럼 및 기타 정신증적 장애	1. 분열형(성격)장애 또는 조현형(성격)장애 (Schizotypal (personality) Disorder) 2. 망상장애(Delusional Disorder) 3. 단기 정신증적 장애 또는 단기 정신병적 장애 (Brief Psychotic Disorder) 4. 정신분열형 장애 또는 조현양상장애 (Schizophreniform Disorder) 5. 정신분열증 또는 조현병(Schizophrenia) 6. 분열정동장애 또는 조현정동장애 (Schizoaffective Disorder) 등
3. 양극성 및 관련장애	1. 제1형 양극성 장애(Bipolar I Disorder) 2. 제2형 양극성 장애(Bipolar II Disorder) 3. 순환성 장애 또는 순환감정 장애(Cyclothymic Disorder) 등
4. 우울장애	1. 주요 우울장애(Major Depressive Disorder) 2. 지속성 우울장애(Persistent Depressive Disorder) 3. 월경 전 불쾌감 장애(Premenstrual Dysphoric Disorder) 4. 파괴적 기분조절곤란 장애 또는 파괴적 기분조절부전 장애 (Disruptive Mood Dysregulation Disorder) 등
5. 불안장애	1. 분리불안장애(Separation Anxiety Disorder) 2. 선택적 무언증 또는 선택적 함구증(Selective Mutism) 3. 특정공포증(Specific Phobia) 4. 사회불안장애 또는 사회공포증(Social Anxiety Disorder or Social Phobia) 5. 공황장애(Panic Disorder) 6. 광장공포증(Agoraphobia) 7. 범불안장애(Generalized Anxiety Disorder) 등
6. 강박 및 관련장애	1. 강박장애(Obsessive-Compulsive Disorder) 2. 신체변형장애 또는 신체이형장애(Body Dysmorphic Disorder) 3. 저장장애 또는 수집광(Hoarding Disorder)

DSM-5에 관한 내용은 미국정신의학회(APA), "정신질환의 진단 및 통계 편람(제5판)", 권준수 외 역, 학지사, 2015 참조

진단기준	유 형
	4. 발모증(Trichotillomania) 또는 모발 뽑기 장애 (Hair-Pulling Disorder) 5. 피부 벗기기 장애 또는 피부 뜯기 장애 (Excoriation(Skin-Picking) Disorder) 등
7. 외상 및 스트레스 사건 관련 장애	1. 반응성 애착장애(Reactive Attachment Disorder) 2. 탈억제 사회관여 장애 또는 탈억제성 사회적 유대감 장애 (Disinhibited Social Engagement Disorder) 3. 외상 후 스트레스 장애(Posttraumatic Stress Disorder) 4. 급성 스트레스 장애(Acute Stress Disorder) 5. 적응장애(Adjustment Disorder) 등
17. 신경인지장애	1. 섬망(Delirium) 2. 주요 및 경도 신경인지장애(Major and Mild Neurocognitive Disorders) 등
18. 성격장애	1. A군 성격장애(Cluster A Personality Disorders) 1) 편집성 성격장애(Paranoid Personality Disorder) 2) 분열성(조현성) 성격장애(schizoid Personality Disorder) 3) 분열형(조현형) 성격장애(schizotypal Personality Disorder) 2. B군 성격장애(Cluster B Personality Disorders) 1) 반사회성 성격장애(Antisocial Personality Disorder) 2) 연극성(히스테리) 성격장애 (Histrionic Personality Disorder) 3) 경계선 성격장애(Borderline Personality Disorder) 4) 자기애성 성격장애(Narcissistic Personality Disorder) 3. C군 성격장애(cluster C Personality Disorders) 1) 회피성 성격장애(Avoidant Personality Disorder) 2) 의존성 성격장애(Dependent Personality Disorder) 3) 강박성 성격장애 (Obsessive-Compulsive Personality Disorder)
20. 기타 정신장애	1. 다른 의학적 상태에 기인한 달리 명시된 정신장애(Other Specified Mental Disorder Due to Another Medical Condition) 2. 다른 의학적 상태에 기인한 명시되지 않는 정신장애(Unspecified Mental Disorder Due to Another Medical Condition) 3. 달리 명시된 정신장애(Other Specified Mental Disorder) 4. 명시되지 않는 정신장애(Unspecified Mental Disorder)

○ 살인범죄 양형기준에서는 형법 제10조 제2항의 규정을 반영하여 심신미약(본인책임 없음)을 특별감경인자로, 심신미약(본인책임 있음)을 일반감경인자로 규정하고 있음

- ‘심신미약(본인책임 있음)’은 알코올, 약물 등의 복용에 의하여 심신미약 상태가 야기된 경우를 의미함
- 이번 심포지엄 발표를 위해 양형위원회 운영지원단에 요청하여 받은 최근 5년(2013. 1. 1.부터 2017. 12. 31.까지)간 선고된 살인범죄에서 심신미약을 양형인자로 반영한 사건의 판결문을 분석한 결과는 아래와 같음

단위: 명, %

종국년도	전체 사건 수	심신미약(본인 책임 없음)		심신미약(본인 책임 있음)	
		수	전체 대비 비율	수	전체 대비 비율
2013년	599	77	12.85	8	1.33
2014년	627	73	11.64	11	1.75
2015년	577	72	12.48	9	1.55
2016년	607	74	12.19	4	0.65
2017년	495	65	13.13	2	0.40
<b>전체</b>	<b>2,905</b>	<b>361</b>	<b>12.41</b>	<b>34</b>	<b>1.17</b>

- 정신병 등 본인책임 없는 심신미약이 양형인자로 적용된 사건의 비율이 최근 5년간 12.41%(2,905건 중 361건)임
- 음주 등 본인책임 있는 심신미약이 양형인자로 적용된 사건의 비율은 최근 5년간 1.17%에 불과하고, 특히 2017년은 단 2건만 인정됨
  - ▶ 알코올로 인한 심신미약 감경이 76%(26/34건), 약물로 인한 심신미약 감경이 24%(8/34건)임
  - ▶ 심신미약을 인정하면서 인정근거나 이유를 기재하지 않은 사례가 많고(34건 중 19건, 55%), 특히 알코올로 인한 주취감경의 경우 26건 중 15건(57%)에서 인정이유를 실시하지 않음
- 위와 같이 살인범죄 중 심신미약(본인책임 없음) 양형인자가 적용된 339건<sup>31)</sup>의 판

31) 통계상 361건이나 일부 미분류 사건이나 분류가 부정확한 사건 등을 제외함

결문을 전수 조사한 결과 심신미약으로 인정된 정신병의 종류는 아래와 같이 조사되었음

정신병의 종류	건수	비율
1. 신경발달장애	16	4.71%
<b>2. 정신분열 스펙트럼 및 기타 정신증적 장애</b>	<b>190</b>	<b>56.04%</b>
<b>3. 양극성 및 관련장애</b>	<b>31</b>	<b>9.14%</b>
<b>4. 우울장애</b>	<b>48</b>	<b>14.15%</b>
5. 불안장애	1	0.29%
6. 강박 및 관련장애	2	0.58%
7. 외상 및 스트레스 사건 관련장애	4	1.17%
17. 신경인지장애	8	2.35%
18. 성격장애	13	3.83%
20. 기타 정신장애	26	7.66%
총 건수	339	99.92

- 위 조사결과를 보면, 조현병 등 정신분열증이 56.04%로 가장 많고, 우울장애 14.15%, 조울증 등 양극성 장애가 9.14%로 나타남
- 법원이 심신미약의 감경근거로 인정한 정신장애의 종류가 매우 다양한데, 모든 정신장애가 다 책임감면의 대상인 심신장애가 되는지는 정신장애의 종류별로 좀 더 면밀한 검토가 필요하다고 보임
- 이를 위하여 향후 별도의 양형연구회 심포지엄 등을 통하여 관련 의료계와 합동으로 연구발표의 기회를 갖는 방법 등을 검토할 필요가 있다고 생각되고, 그 연구성과를 토대로 법관이 심신장애를 판단하는 과정에서 생물학적 요소와 관련하여 과학적이고 체계적인 전문 지식을 반영함으로써 심신장애 판단에 관한 설득력을 높이는 방향으로 법원 실무가 변화되었으면 하는 바램임
- 앞서 언급한 것처럼 정신질환에 의한 심신장애 감면을 완전히 배제하는 것은 형사법의 대원칙 중 하나인 책임주의원칙에 반하여 허용되기 어려움.<sup>32)</sup> 다만, 의료기관

을 통하여 정신질환 진단을 받기가 어렵지 않은 현실 등에 비추어 의료적으로는 정신질환의 진단이 나오더라도 과연 범행 당시 심신장애로 인정할만한 정신질환이 있었는지를 법적인 관점에서 면밀히 검토함으로써 결과적으로 심신장애 인정을 엄격히 할 수 있을 것이므로, 일각의 우려처럼 ‘정신병 주장=심신미약 감경’으로 바로 이어지는 상황은 쉽게 발생할 수 없다고 생각됨

### 3) 향후 개선 방향

#### 가. 주취로 인한 심신장애 판단의 적정화 노력

- 독일 판례와 같이 일정한 혈중알코올 농도를 기준으로 절대적 책임무능력, 한정책임능력 등의 기준을 제시하면 책임능력의 유무 판단이 명확해 질 수 있을 것임. 하지만 혈중알코올 수치는 책임능력의 하나의 징표로 작용할 수 있을 뿐 구체적 사건에서 범행 당시 책임능력이 있었는지 여부는 혈중알코올 농도 이외에 범행의 본질적 사정, 행위자의 범행 중의 태도와 범행 전 및 범행 이후의 태도 등도 함께 고려하여 규범적으로 판단되어야 함
- 다만, 규범적 판단을 지나치게 강조함으로써 법관의 자의에 의한 판단으로 흐르지 않도록 심신미약 주장에 대한 실체적 심리가 이루어질 수 있도록 심리의 충실화를 위한 노력을 기울일 필요가 있음. 구체적 심리방안으로 다음과 같은 방안을 고려할 수 있을 것임
- 법원조사관에 의한 양형조사
  - 피고인으로부터 주취로 인한 심신미약 주장이 있거나 그러한 의심이 드는 경우 원칙적으로 법원조사관에 의한 양형조사를 실시하는 방안을 우선 고려할 수 있음
  - 피고인이 마신 술의 종류 및 양, 주량, 피고인의 기존 알코올병력, 기존에 주취상태에서 범죄를 저지른 전력이 있는지 여부 등과 관련하여 법원조사관에 의한 양형조

32) 하태훈, “교각살우”, 법률신문 2018. 10. 28.자 기사도 같은 취지로 이해됨

사가 재판부의 심신미약 등 판단에 있어서 유용한 심리방법이 될 수 있음

- 법원조사관에 대하여 주취감경의 심리에 필요한 자료조사를 위한 기본교육을 실시하고, 이를 기초로 보다 충실한 조사보고가 이루어질 수 있도록 할 필요가 있음

○ 진단서 또는 신체감정서를 제출하도록 하는 방안

- 사안에 따라서는 피고인 또는 변호인에게 필요시 진단서 또는 신체감정서를 제출하도록 적극적으로 권고할 필요가 있음. 다만, 이 경우 비용은 피고인의 부담으로 실시함
- 다만, 재판부에서 피고인 측에서 제출한 진단서나 신체감정서의 진실성과 적정성에 대한 충분한 검토가 있어야 할 것임

○ 정신감정을 실시하는 방안

- 형사소송법 제169조는 “법원은 학식경험이 있는 자에게 감정을 명할 수 있다.”고만 규정하고 있고, 달리 언제 감정이 필요한지, 감정인을 어떻게 선임하여야 하는지 등 구체적인 내용에 관해서는 아무런 규정이 없음. 이에 관해서는 전적으로 사실심 법관의 재량에 맡겨져 있음
- 독일의 경우에도 병적이지 않은 상태에서 피고인의 책임능력을 판단하기 위하여 정신과 전문의 또는 심리학자를 활용할지 여부는 사실심 법관의 재량사항으로 보고 있음
- 정신질환과 음주가 결합되어 있는 경우 등 사안에 따라서는 정신감정을 실시하는 것도 적극적으로 고려할 필요 있음. 실무상 정신감정을 의뢰하기 위해서 공주치료감호소를 이용하는 경우 이외에는 적절한 감정기관을 찾기 어려운 점이 있어 정신감정을 적극적으로 활용하지 못하는 측면도 있으므로 국가적 차원에서 적절한 정신감정 기관을 확충하는 데에도 관심을 기울일 필요가 있음
- 위와 같이 정신감정을 받기 위한 적절한 기관을 찾기 어려운 현실적 제약을 고려한다면, 공판절차에서 전문심리위원제도를 적절히 활용할 필요가 있음. 법심리, 임상심리, 범죄심리학자 등 전문심리위원들을 통하여 범행 당시나 범행 전·후의 피고

인의 심리상태 등에 관한 자문을 받아 피고인의 책임능력 유무를 판단하는데 활용할 수 있는 방안을 고려할 수 있음

#### 나. 양형조사 제도의 활성화 및 관련 입법의 조속한 추진

- 주취감경 주장을 포함하여 피고인이나 변호인의 심신미약 주장에 대한 충실한 심리뿐만 아니라 피고인의 책임에 상응하는 적절한 양형의 도출을 위해서도 피고인의 인격·환경, 생활태도 등에 관한 심층적인 조사와 자료 수집이 필요하고, 이에 가장 부합하는 제도가 양형조사 제도라고 할 것임
- 2009. 7. 1. 최초의 양형기준 시행이 임박하였음에도 당초 사법개혁위원회와 사법개혁추진위원회에서 함께 도입하기로 결정한 양형자료조사제도가 기관간의 의견 차이로 관련 법률의 개정이 이루어지지 못하게 되었고, 이후 입법 노력도 관련 기관간의 견해 차이로 거듭 실패하여 현재까지도 미해결 상태로 남아 있음
- 현행 법원조직법 제54조3에 의하여 양형자료조사를 위한 법원조사관을 임명하여 활용할 수는 있으나, 양형자료조사를 위한 절차에 관한 근거규정이 없는 상태이고, 그 결과 양형자료조사를 위한 법원조사관 증원이 용이하지 않고, 관련 예산 확보에도 큰 지장이 있음
- 이와 같이 턱없이 부족한 양형조사 시스템으로는 양형조사의 실질화를 기대하기 곤란하므로 정식으로 형사소송법 등에 양형조사 규정을 두되, 법원 조사관 이외에 심리전문가 등을 포함한 전문가를 양형조사관으로 임명하여 양형조사의 전문성을 높일 필요가 있음
- 이는 선고형을 정하는 단계에서 뿐만 아니라 구속 단계, 보석이나 구속집행정지 단계 등 피고인의 신병 처리에 있어서도 활용할 수 있음

#### 다. 약물중독자에 대한 치료처우의 적절한 활용

- 알코올을 포함하여 약물중독에 의한 범행의 경우에는 엄벌주의를 고수하는 것만으로

로는 범죄발생을 줄이지 못하고, 구금으로 인한 사회적 비용만 증가시킨다는 연구 결과가 적지 아니함

- 물론 약물 중독의 형태나 그로 인한 피해가 심각할 경우에는 실형 선고나 치료감호를 선고하여 구금시설에 격리시키는 것이 적절한 경우가 있을 것임
- 하지만 사안에 따라서는 집행유예의 선고와 동시에 적절한 치료를 받을 수 있도록 적절한 보호관찰 및 수강명령 등을 부과하여 피고인의 치유와 개선을 도와 건전한 사회인으로 거듭 나도록 돕는 것이 필요함<sup>33)</sup>
- 더불어 입법적으로는 미국에서 크게 활성화되어 있고, 상당한 성과를 거두고 있다고 알려진 문제해결법원(problem solving court)으로서의 정신건강법원(mental health court) 등의 도입을 적극적으로 검토할 필요도 있다고 생각됨

#### 라. 주취로 인한 심신장애 주장의 판단에 관한 판결서 기재 충실화 노력

- 아직까지 재판실무에서 심신미약을 인정하면서 인정근거나 이유를 기재하지 않은 사례가 많고, 특히 주취감경 주장을 받아들여 심신미약을 인정한 판결들 중에서 심신미약을 인정한 근거를 쉽게 알 수 있도록 판결문에 기재한 사례가 매우 드문 것이 사실임
- 형사소송법 제323조 제2항은 “법률상 범죄의 성립을 조각하는 이유 또는 형의 가중, 감면의 이유되는 사실의 진술이 있는 때에는 이에 대한 판단을 명시하여야 한다.”고 규정하고 있음<sup>34)</sup>
- 따라서 주취감경을 인정하여 형법 제10조 제2항을 적용하여 형의 감경을 하고서도

33) 실무상 이를 활용하여 판결이 선고되는 사례도 적지 아니함. 구체적인 사례를 예로 들면 다음과 같음  
『정신병동 입원과 외출 경위, 범행이 발현된 원인, 알콜의존증의 정도, 노년의 친부와 피부양관계 등을 고려하면, 피고인의 증상은 구금과 같은 전통적인 처우만으로는 개선하기 어렵다. 그와 같은 사정에 피고인의 치료의지를 감안하여 비구금상태에서 장기간의 입원치료를 받게 하고 보호관찰관으로 하여금 치료의무의 충실한 이행을 적극적으로 감독할 필요가 있다. 권고형의 범위 내에서 징역 4월을 양정하고 그 집행을 1년간 유예하되, 재범 예방을 위한 보호관찰과 치료명령을 부과한다.』(인천지법 2016고단9179 등 공무집행방해 사건)

34) 여기에서 ‘형의 가중, 감면의 이유되는 사실’이란 형의 필요적 가중, 감면의 이유되는 사실을 말하고 형의 감면이 법원의 재량에 맡겨진 경우, 즉 임의적 감면사유는 이에 해당하지 않는다는 것이 판례의 태도임(대법원 2017. 11. 9. 선고 2017도14769 판결)

별다른 이유 없이 적용법조만을 기재하거나 증거의 요지란에 해당 증거만을 거시하는 등의 방식으로 판결문에 기재하는 것은 충분하다고 보기 어려운 점이 있음

- 참고로, 독일의 경우에는 형법 제20조에 따른 책임무능력의 존부가 문제되는 경우에는 전체적인 증거결과를 고려하는 가운데 상급심에서 납득할 수 있도록 그에 대한 내용을 상세하게 기재하여야 한다고 함. 또한 형법 제21조에 따른 한정책임능력의 존부가 문제되는 사건에서도 판결문은 형감경 가능성에 대한 검토를 했는지 여부를 알 수 있도록 하여야 한다고 함<sup>35)</sup>
- 향후 심신미약 감경에 대한 일반인들의 우려를 해소하는 차원에서라도 법원이 주취 감경을 받아들여 심신미약을 인정하거나 혹은 배척하는 경우에는 보다 설득력 있는 판단의 근거를 기재하는 노력을 기울여 나갈 필요가 있음.<sup>36)</sup> 이를 위해서는 그 전 단계로 주취감경 주장에 대한 충분한 심리와 관련 전문 보조인력의 활용이 뒷받침되어야 할 것임

### Ⅲ. 주취범죄의 양형 실무와 개선 방향

#### 1 개요

- 음주로 인한 명정상태에 이르게 된 경우 사람마다 차이가 있으나 흔히 사물을 인지하고 판단하는 능력이나 근육운동을 손상시키는 것으로 나타남. 또한 명정상태에서는 자신감의 증가, 억제력의 감소, 성적인 충동이나 공격성의 증가 등 동반되는 경우가 적지 않은 것으로 나타남

35) 이인영 외, “비교법적 연구를 통한 심신장애 판단의 적정화 방안, 법원행정처, 2012, p.75

36) 주취감경 주장을 받아들여 심신미약 감경을 하면서 그 판단의 근거에 관하여 설득력 있게 기재한 하급심 판결을 하나 예로 들어 보면, (별첨 1)과 같음

- 음주로 인한 명정상태에서 일어나는 범죄는 매우 다양하나, 그 중에서도 사회적으로 크게 문제되는 영역으로 음주운전을 하다가 교통사고를 일으켜 다른 교통관여자나 보행자 등을 사상에 이르게 하는 경우, 각종 성범죄를 저지르는 경우, 공무집행 방해나 상해·폭행 등 각종 폭력범죄를 저지르는 경우가 일상에서 흔히 발생하는 범죄들에 해당함
- 위와 같은 범죄는 범죄적 성향이 뚜렷한 사람만 저지르는 것은 아니고, 가까운 가족이나 친인척, 주변의 이웃 등 지극히 평범한 사람들도 언제든지 범할 수 있다는 특징이 있음
- 그로 인하여 언론에 보도되는 사건들에 대하여 관심도가 높고, 법원의 유무죄 판단이나 선고형량에 대하여 커다란 관심을 갖는 경우가 많음
- 이하에서는 주취상태에서 발생하는 범죄 중에서 실무상 흔히 찾아볼 수 있는 음주운전 관련 범죄, 성범죄, 공무집행방해범죄를 포함한 각종 폭력범죄와 관련하여 주취감경을 주장하는 사건에 있어서 법원의 양형 실무와 향후 개선 방향에 관하여 차례로 살펴봄

## 2 음주운전 관련 사건들의 양형 실무와 개선 방향

### 가. 우리나라의 음주운전 관련 형사처벌 규정

#### (1) 단순 음주운전에 대한 형사처벌

- 우리나라는 도로교통법 관련 법령에서 음주운전을 금지하고, 이를 위반한 경우 처벌조항을 두고 있음
  - 1961. 12. 31. 제정된 도로교통법(1962. 1. 20. 시행)은 개정을 거듭하면서 법정 형이 점차 상향되어 오다가 2011. 6. 8. 법률 제10790호로 개정된 도로교통법 제148조의2(2011. 12. 9. 시행)는 음주운전에 대한 실효적인 처벌과 음주운전 예방 효과의 제고를 목적으로, 음주운전의 횟수 및 혈중알코올농도 등을 기준으로 법정

형의 세분화 및 부분적 하한형 설정하는 등 대폭적으로 개정이 이루어짐<sup>37)</sup>

- 우리나라의 음주운전 단속기준은 혈중 알코올농도 0.05%이고, 이는 도로교통법 제정 당시 음주운전 단속기준으로 현재까지도 변함없이 적용되고 있는 기준임
- 선진외국에서는 연령과 운전 숙련도에 따라 혈중 알코올 농도의 적용기준을 달리 하고 있는 나라가 있음. 이에 비하여 우리나라는 엄격한 기준이 적용되어야 할 초보운전자나 10대 운전자 및 공공·대중교통 운전자에 대한 별도 규정이 전혀 마련 되어 있지 아니함<sup>38)</sup>

- 도로교통법 위반(음주운전)죄는 술에 취한 상태에서 자동차 등을 운전하는 행위를 처벌하면서, 술에 취한 상태를 인정하는 기준을 운전자의 혈중 알코올농도 0.05% 이상이라는 획일적인 수치로 규정하여, 운전자가 혈중 알코올농도의 최저기준치를 초과한 주취상태에서 자동차 등을 운전한 경우에는 구체적으로 정상적인 운전이 곤란한지 여부와 상관없이 이를 처벌대상으로 삼고 있음. 이는 위와 같은 혈중 알코올 농도의 주취상태에서의 운전행위로 인하여 추상적으로 도로교통상의 위험이 발생한 것으로 봄으로써 도로에서 주취상태에서의 운전으로 인한 교통상의 위험과 장애를 방지하고 제거하여 안전하고 원활한 교통을 확보하는데 그 목적이 있음<sup>39)</sup>
- 재판실무상 단순 음주운전 사건의 경우에는 대부분 검사의 약식명령 청구에 따라 벌금형으로 처벌되고, 정식재판을 청구하거나 반복된 범행으로 검사가 정식재판을 청구한 경우에 정식재판절차를 통하여 벌금형 또는 징역형이 선고되고 있음

37) 18대 국회에서 이은재 의원 등 15인이 의원입법의 방식으로 제안한 개정안(2010. 4. 2. 발의, 의안번호 : 1808057)이 그대로 반영되어 입법화된 것임. 제안이유로 음주운전에 의한 교통사고 사망자 수가 연간 1천여명에 이르고 이로 인한 사회적 손실은 연간 약 7천억 원에 이르는 등 그 폐해가 심각한 수준임에도 불구하고 음주운전자에 대한 처벌은 벌금 위주의 경미한 처벌에 그치고 있어 음주운전 재범 방지에 한계가 있는 실정임으로 획일적으로 규정된 음주운전 법정형을 혈중 알코올농도에 따라 3단계로 세분화하여 실질적인 처벌을 강화하고자 하는 데 있다고 설명함.

38) 참고로 오스트리아는 일반 운전자에 대해서는 혈중 알코올 농도의 단속 기준이 우리나라와 같은 0.05%이지만, 1992년 초보운전자법을 제정하여 초보 혹은 10대 운전자에 대하여서는 혈중 알코올 농도 단속기준을 0.01%로 적용하고 있음. 또한 독일, 캐나다, 호주는 10대 초보운전자에 대해서는 0.00%, 즉 술에 입만 대어도 음주운전으로 처벌할 수 있는 근거를 마련해 두고 있음. 미국, 일본, 핀란드는 음주운전자에게 자동차를 제공한 사람, 주류를 판매한 사람을 처벌하고 있으며, 스웨덴, 캐나다, 호주는 차량에 감지기를 부착해 술을 마신 운전자는 아예 시동도 걸지 못하게 하고 있다고 함

39) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도7143 판결

- 피고인이 음주운전을 할 의사를 가지고 음주만취한 후 운전을 결행하여 교통사고를 일으켰다면 피고인은 음주시에 교통사고를 일으킬 위험성을 예견하였는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로 형법 제10조 제2항에 따른 심신장애 감경 등을 할 수 없음<sup>40)</sup>

## (2) 음주로 인한 교통사고에 대한 형사처벌

- 업무상과실 또는 중대한 과실로 교통사고를 일으킨 운전자에 대하여는 교통사고처리 특례법 제3조 제1항에 의하여 처벌되는데, 특례법 제3조 제2항, 제3항에 의하여 해당 운전자에 대하여는 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없고, 차량이 보험 등에 가입되어 있는 경우에는 해당 차량의 운전자에 대하여 공소를 제기할 수 없는 특례를 규정하고 있음. 다만 특례법 제3조 제2항 단서에 의하여 도로교통법 제44조 제1항을 위반하여 술에 취한 상태에서 운전을 한 경우 등에는 공소제기의 특례 규정이 적용되지 아니함
- 한편, 국회는 2007. 12. 21. 음주운전으로 인한 교통사고가 급증하는 추세에 있고, 음주운전으로 인해 사망하거나 부상하는 자의 수도 늘고 있으나 교통사고처리 특례법상 음주운전사고에 대한 처벌규정이 미약하여 음주운전이 줄어들지 않고 있다는 이유로 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 ‘특정범죄가중법’이라고 함) 제5조의11(위험운전 치사상)을 신설하였음
  - 개정 법률에서는 “음주 또는 약물의 영향으로 정상적인 운전이 곤란한 상태에서 자동차(원동기장치자전거를 포함한다)를 운전하여 사람을 상해에 이르게 한 사람은 10년 이하의 징역 또는 500만 원 이상 3천만 원 이하의 벌금에 처하고, 사망에 이르게 한 사람은 1년 이상의 유기징역에 처한다.”고 규정하고 있음. 이는 일본의 구 형법 제208조의2(위험운전치사상죄)를 모델로 하여 도입된 것임
  - 주취상태에서의 자동차 운전으로 인한 교통사고가 빈발하고 그로 인한 피해자의

40) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92도999 판결

생명·신체에 대한 피해가 증대할 뿐만 아니라 사고발생 전 상태로의 회복이 불가능하거나 쉽지 않은 점 등의 사정을 고려하여, 형법 제268조에서 규정하고 있는 업무상과실치사상죄의 특례를 규정하여 가중처벌함으로써 피해자의 생명·신체의 안전이라는 개인적 법익을 보호하기 위한 것이어서, 그 적용범위가 도로에서의 자동차 운전으로 인한 경우뿐만 아니라 도로 이외 장소에서의 자동차 운전으로 인한 경우도 역시 포함되는 것으로 봄<sup>41)</sup>

## 나. 외국의 입법례

### (1) 일본

- 일본의 도로교통법은 음주운전을 단계별로 나누어, 체내알코올농도가 일정 수치 이상인 상태에서 운전하는 것을 취기운전(酒氣帯び運転)으로, 체내알코올농도 수치에 관계없이 알코올의 영향으로 인해 정상적인 운전이 불가능할 우려가 있는 상태에서 운전하는 것을 음주운전(酒酔い運転)으로 구분하여 처벌을 달리하고 있음
  - 취기운전(酒氣帯び運転)은 제117조의2의2 제3호, 제65조 제1항에 의하여 3년 이하의 징역 또는 50만 엔 이하의 벌금에 처해짐
  - 음주운전(酒酔い運転)은 제117조의2 제1호, 제65조 제1항에 의하여 5년 이하의 징역 또는 백만 엔 이하의 벌금에 처해짐
- 도로교통법 시행령 제44조의2의3(알코올의 정도)은 법 제117조의2의2 제3호와 관련하여 알코올의 정도와 관련하여 혈액 1ml당 0.3mg<sup>42)</sup> 또는 호기(呼氣) 1l 당 0.15 mg으로 한다고 규정하고 있음
- 일본의 음주단속 기준은 우리나라와 비슷하였는데, 2006년 8월 술을 마신 채 운전한 후쿠오카시 공무원이 어린이 3명을 사망케 한 사고가 발생한 이후 음주운전자 처벌을 강화하여 현재의 기준이 마련되었다고 함. 한편 2007년 도로교통법을 개정하였는데, 여기에는 음주운전 사실을 알면서 함께 탄 동승자, 술을 마신 운전자에게

41) 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008도7143 판결

42) 우리나라법의 규정형식에 따르면 0.03%에 해당함

차를 빌려준 차량제공자, 음주운전자에게 술을 제공한 주류제공자를 음주운전자와 함께 처벌하는 조항을 담고 있음

- 음주로 인해 교통사고를 발생시킨 자에 대해서, 「자동차의 운전으로 인하여 사람을 사상시키는 행위 등의 처벌에 관한 법률」에 규정하고 있음. 해당 법률은 2001년 형법 개정에서 제208조의2에 ‘위험운전치사상죄’로 규정되어 있었으나, 2013년 11월 27일에 독립하여 규정되었음.<sup>43)</sup>
- 해당 규정은 위험운전치사상죄(제2조 제1항)와 준위험운전치사상죄(제3조 제1항)로 나뉘며, 위험운전치사상죄는 알코올의 영향으로 정상적인 운전이 곤란한 상태에서 운전하여 사람을 사상케 한 경우이고, 준위험운전치사상죄는 알코올의 영향으로 주행 중에 정상적인 운전이 지장이 생길 우려가 있는 상태에서 운전을 하여, 결과적으로 위험운전치사상죄에서 규정하는 상태에 빠져 사람을 사상케 한 경우에 해당함<sup>44)</sup>
- 또한 위험운전치사상죄, 준위험운전치사상죄를 범한 사람이 사고 당시 무면허인 경우 각각 가중처벌을 받을 수 있음(다만, 위험운전치사상죄의 경우 제외)

## (2) 독일

- 독일은 음주운전죄의 처벌규정을 형법과 도로교통법에 나누어서 규정하고 있음. 형법에서는 차량을 안전하게 운전하지 못할 상태임에도 불구하고 운전한 죄, 즉 주취운전죄의 처벌조항이며,<sup>45)</sup> 도로교통법에서는 주취여부에 관계없이 호흡측정에서

43) 개정 전의 구 형법

### 제208조의2(위험운전치사상)

① 알코올 또는 약물의 영향에 의해 정상적인 운전이 곤란한 상태에서 자동차를 주행시켜, 이로써, 사람을 부상케 한 자는 15년 이하의 징역에 처하며, 사람을 사망하게 한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다. 그 진행을 제어하는 것이 곤란할 정도의 고속으로, 또는 그 진행을 제어하는 기능을 가지지 않고 자동차를 주행시켜, 이로써 사람을 사상케 한 자도 이와 같다.

44) 제2조(위험운전치사상) 다음에 열거한 행위를 하여, 이로써, 사람을 부상케 한 자는 15년 이하의 징역에 처하며, 사람을 사망하게 한 자는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

1. 알코올 또는 약물의 영향에 의해 정상적인 운전이 곤란한 상태에서 자동차를 주행시키는 행위

제3조 ① 알코올 또는 약물의 영향에 의해, 그 주행 중에 정상적인 운전이 지장이 발생할 우려가 있는 상태에서, 자동차를 운전하여, 이로써, 그 알코올 또는 약물의 영향에 의해 정상적인 운전이 곤란한 상태에 이르러, 사람을 부상케 한 자는 12년 이하의 징역에 처하며, 사람을 사망하게 한 자는 15년 이하의 징역에 처한다.

45) 독일 형법(StGB)은 제315c조 도로교통의 위험(Gefährdung des Straßenverkehrs)과 제316조 음주운전

0.25mg/l 나 그 이상 또는 혈중에 0.5 프로밀이나 그 이상의 알코올을 보유한 채 운전한 죄의 처벌조항임. 독일은 2001년 도로교통법에서 호흡 중 알코올 농도 0.25mg/l 와 혈중 알코올 농도 0.5 프로밀로 규정하였음

- 한편, 2007년 제정한 '제로 알코올법'에서는 21세 이하나 면허 취득 2년 미만의 초보 운전자가 혈중 알코올 농도 0.00%를 초과한 상태에서 운전 중 적발되면 최대 3,000유로의 과태료(Geldbuße)에 처하도록 규정하고 있음(독일 도로교통법 24c)
  - 이 규정은 수습운전기간 동안 또는 운전 직전과 도중에 21세 미만의 초보 운전자에 대한 알코올금지를 담고 있는데, 구성요건실현을 위해서 특정한 한계치 초과를 필요로 하지 않음
  - 하지만 실무상으로는 혈중알코올 농도가 0.2 프로밀인 경우 또는 호흡 알코올 농도가 0.1 mg/l 인 경우 위반이라고 인정하고 있다고 함<sup>46)</sup>

### (3) 미국

- 연방 지역(국립공원, 군사시설, 연방정부 건물 주차장 등이 해당됨)내 음주운전에 대하여는 개별 법령에서 규정하고 있는데, 예컨대 국립공원 내에서 음주운전을 하다 적발되면 최대 6월의 징역형이나 5,000달러의 벌금형에 처하도록 규정하고 있음<sup>47)</sup>

(Trunkenheit im Verkehr) 규정을 두고 있음

#### 제315조c 도로교통의 위험(Gefährdung des Straßenverkehrs)

① 도로교통상 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 하고, 그로 인하여 타인의 신체 · 생명 또는 상당한 가치의 재물에 대하여 위험을 야기한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

1. 다음 각 1에 해당하는 이유로 차량을 안전하게 운행할 상태에 있지 아니함에도 불구하고 차량을 운행하는 행위

a) 알코올 음료 또는 기타 각성제의 복용

#### 제316조 음주운전(Trunkenheit im Verkehr)

① 알코올 음료나 기타 각성제의 복용으로 인하여 차량을 안전하게 운행할 상태에 있지 아니함에도 불구하고 차량을 운행(제315조 내지 제315조d)한 자는 제315조a 또는 제315조c에서 그 형을 규정하고 있지 아니한 경우에 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

② 과실로 제1항의 범한 경우에도 제1항에 따라 처벌한다.

- 46) KG BeckRS 2016, 03843; 반대 판례로는 OLG Stuttgart NJW 2013, 2296, 0.05 프로밀의 안전추가기준을 고려하여 혈중알코올농도 0,15 프로밀인 경우에 위반을 인정하고 있음
- 47) 36 CFR §4.23 알코올이나 약물에 취한 운전(Operating under the influence of alcohol or drugs)  
 (a) 다음과 같은 상황에서 차량을 운전하거나 실질적으로 물리적 통제를 가지는 것은 불법이다:  
 (1) 알코올, 마약, 그 외 복합적으로 취하여 안전한 행동을 할 수 없도록 할 수 없는 상태;

- 연방법은 음주운전 예방을 위해 혈중알코올농도 수치 0.08% 이상 시 불법으로 하는 법률을 제정하도록 주에게 보조금을 지급함<sup>48)</sup>
- 클린턴 행정부 이전까지는 음주운전죄의 입법 내용이 주마다 달랐으나 클린턴 행정부의 강력한 음주운전 규제정책의 영향으로 많은 주들이 혈중 알코올 농도를 0.08%로 강화하기 시작하였고, 현재는 대부분의 주가 혈중 알코올 농도 0.08%를 기준으로 채택하고 있으며, 상업용 차량 운전자는 혈중알코올농도 0.04%를 기준으로 하는 경우가 많음<sup>49)</sup>

#### (4) 그 밖의 국가에서의 혈중 알코올 농도 단속 기준

- 전 세계적으로 혈중 알코올 농도에 대한 단속 기준은 강화되고 있는 추세임. 대부분의 국가에서는 혈중 알코올 농도를 우리나라와 같이 0.05%로 규정하고 있으나 노르웨이, 스페인의 경우 0.02%로 단속기준을 강화하는 등 음주운전 처벌 강화에 나서고 있는 국가가 있음

#### 다. 교통범죄 양형기준

- 양형위원회는 2012. 6. 18. 교통범죄 양형기준을 의결하고 2012. 7. 1.부터 시행함. 다만 교통범죄 중에서 국민적 관심, 범죄 발생빈도, 징역형 선고비율, 범죄의 성격상 양형기준 설정에 적합한지 여부 등을 고려하여 ‘일반 교통사고’와 ‘교통사고 후 도주’ 유형에 한하여 양형기준을 설정하였고, 벌금형이 대부분 선고되는 음주·무면허운전 등에 관해서는 별도로 양형기준을 설정하지 못하였음
- 교통범죄 양형기준 중 일반 교통사고의 권고형량범위는 아래와 같음

(2) 혈중알코올농도 또는 호흡알코올농도가 0.08% 이상일 경우...

(b) 본 조항(a)은 알코올이나 약물을 합법적으로 허가받은 사람에게도 적용된다.

48) 23 U.S.C.A. §163 음주운전 차량 예방을 위한 안전 보조금(Safety incentives to prevent operation of motor vehicles by intoxicated persons)

(a) 장관은 차량 운전 중 혈중알코올농도 0.08% 이상인 상태에서 차량을 운전하는 자에 대하여 당연히 음주운전 범죄로 취급하는 법률을 시행 중인 주에게 보조금을 지급한다. (이하 생략)

49) 미국 각 주의 음주운전 처벌 관련 법령과 음주운전 교통사고 관련 처벌 법령은 (별첨 2) 참조

유형	구분	감경	기본	가중
1	교통사고 치상	- 6월	4월 - 10월	8월 - 1년6월
2	교통사고 치사	4월 - 10월	8월 - 1년6월	1년 - 3년

- 특별가중인자로 '중상해가 발생한 경우(1유형)', '교통사고처리 특례법 제3조 제2항 단서 중 위법성이 중한 경우'만을 규정하였음
- 여기서 양형인자 정의에 의하면, '교통사고처리 특례법 제3조 제2항 단서 중 위법성이 중한 경우'란 다음의 경우를 말함

다음 요소 중 하나 이상에 해당하는 경우를 의미한다. 단, 단서 사유 중 '도로교통법 제54조 제1항의 조치를 하지 않고 도주하거나 유기 도주한 경우'는 제외한다.

- 교통법 제3조 제2항 제8호 또는 특가법 제5조의11에 해당하는 경우
- 음주측정요구에 불응한 경우
- 2개 이상의 단서 사유에 해당하는 경우

※ 위 사유에 해당하는 경우에는 다수범죄로 취급하지 아니하고 양형인자로만 취급한다.

- 교통범죄 양형기준 시행 이후 일반 교통사고 유형과 관련하여 양형기준상 권고형량 범위가 다소 낮게 설정되었다는 의견이 있었고, 실제 사건 통계분석 결과를 보아도 양형기준이 설정된 다른 범죄들과 달리 교통범죄의 경우 양형기준의 상한을 선고하거나 상한을 이탈하여 선고하는 사례가 상대적으로 많았음
- 새로 양형기준을 만드는 과실치사상범죄 양형기준 중 '업무상과실·중과실치상' 유형의 가중영역 상한을 2년으로 하기로 결정함으로써 이와 균형상 '교통사고 치상' 유형의 가중영역의 상한을 수정할 필요성이 생김
- 또한 양형기준에 의하면 음주운전의 경우 다수범죄로 취급하지 아니하고 양형인자로만 취급하도록 되어 있는데, 이를 단순히 가중인자의 하나로만 평가되도록 한 결과 권고형의 범위가 지나치게 낮게 되는 경우가 있는 등 일부 문제점이 지적되었음
- 이에 양형위원회에서는 교통범죄 양형기준 수정 작업에 착수하여 2016. 3. 28. 교통범죄 수정 양형기준을 의결하여 2016. 5. 15.부터 시행에 들어감

- 우선 일반 교통사고 유형의 권고형량 범위를 아래와 같이 일부 상향하였음

유형	구분	감경	기본	가중
1	교통사고 치상	- 8월	4월 - 1년	8월 - 2년
2	교통사고 치사	4월 - 1년	8월 - 2년	1년 - 3년

- 또한 특별가중인자와 관련하여 종전의 ‘교통사고처리 특례법 제3조 제2항 단서 중 위법성이 중한 경우’를 ‘교통사고처리 특례법 제3조 제2항 단서 중 위법성이 중한 경우 또는 난폭운전의 경우’로 수정하고, 양형인자의 정의도 아래와 같이 수정하였음

○ 음주운전 등의 경우

다음 요소 중 하나 이상에 해당하는 경우를 의미한다.

- 교통사고처리 특례법 제3조 제2항 제8호
- 특정범죄가중법 제5조의11에 해당하는 경우
- 음주측정요구에 불응한 경우

※ 위 사유에 해당하는 경우에는 다수범죄로 취급하지 아니하고 양형인자로만 취급한다.

○ 교통사고처리 특례법 제3조 제2항 단서(8호 제외) 중 위법성이 중한 경우 또는 난폭운전의 경우

다음 요소 중 하나 이상에 해당하는 경우를 의미한다. 단, 단서 사유 중 ‘도로교통법 제54조 제1항의 조치를 하지 않고 도주하거나 유기 도주한 경우’는 제외한다.

- 2개 이상의 단서 사유에 해당하는 경우
- 도로교통법 제46조의3 난폭운전에 해당하는 경우
- 그 밖에 1개의 단서 사유에 해당하는 경우로서 이에 준하는 경우

※ 위 사유에 해당하는 경우에는 다수범죄로 취급하지 아니하고 양형인자로만 취급한다.

**라. 음주운전 관련 범죄들의 양형 실무와 개선 방향**

**(1) 단순 음주운전의 경우**

- 법원에서 전담재판부가 아닌 일반 형사단독 판사가 처리하는 사건 중 사건의 경중

을 떠나 사건의 수로만 보았을 때 가장 많은 비중을 차지하고 있는 것이 음주·무면허운전 등 교통범죄라고 할 수 있음

- 음주·무면허운전 사건은 대부분 약식명령을 통하여 벌금형이 선고되거나, 이에 관한 정식재판절차에서 벌금액수가 정해지고 있음. 그러나 동종 전과가 많거나 죄질이 불량한 경우에는 구공판 또는 공판회부 등을 통하여 형사 단독판사가 사건을 처리하고 있음
- 아직까지 양형기준이 별도로 설정되어 있지 아니한 상황에서 각 단독판사의 가치관, 업무처리 관행 등에 따라 다소간 양형의 편차가 존재하는 것이 현실임
- 교통 관련 범죄는 범죄성향이 강한 범죄자들이 아닌 성실한 사회인으로 생활하는 일반국민들을 대상으로 하는 경우가 많아 누구라도 가해자나 피해자가 될 수 있고, 대부분 벌금형으로 처벌되다 보니 다른 범죄에 비하여 벌금형의 액수에 관하여 일반 국민들이 다소 민감한 반응을 보이는 경향이 있음
- 이러한 교통 범죄는 다른 범죄들과는 달리 혈중알코올농도, 재범의 기간, 재범 횟수, 피해 정도 등 객관적인 기준에 따라 어느 정도 양형의 조절이 가능하므로 법원 전체적인 차원에서 양형의 편차를 줄이는 노력이 필요함. 또한 반복적 음주운전 행위와 관련하여 징역형과 벌금형의 선택 문제는 상당히 중요한 사항인데, 이에 관해서도 객관적 기준을 마련하는 노력이 있어야 할 것임
- 향후 교통범죄 양형기준의 수정 작업을 할 때 앞서와 같은 사항에 관하여 충분한 논의가 이루어질 필요가 있고, 이를 양형기준에 반영할 수 있는 합리적 방안을 마련할 필요가 있다고 생각됨

## (2) 음주 교통사고의 경우

- 최근 3년(2015. 1. ~ 2017. 12.)간 선고된 교통범죄 사건 중 특정범죄가중법위반(위험운전치사상) 죄명의 양형기준 적용대상 사건의 선고내역과 연도별 추이는 다음과 같음<sup>50)</sup>

◆ 최근 3년간 선고 내역

단위 : 명, %

유형		선고내역		전체
		실형	집행유예	
교통사고 치상	수	604	6,545	7,149
	비율	8.4	91.6	100.0
교통사고 치사	수	94	109	203
	비율	46.3	53.7	100.0
전체	수	698	6,654	7,352
	비율	9.5	90.5	100.0

- 교통사고 치상의 경우에는 실형이 선고되는 비율이 8.4%에 불과하나, 교통사고 치사의 경우에는 과실범임에도 불구하고 실형이 선고되는 비율이 46.3%에 이르고 있음

◆ 연도별 실형과 집행유예 선고 비율 추이

단위: 명, %

구분		2015년		2016년		2017년		전체	
		실형	집행유예	실형	집행유예	실형	집행유예	실형	집행유예
교통사고 치상	수	169	1,457	188	2,152	247	2,936	604	6,545
	비율	10.4	89.6	8.0	92.0	7.8	92.2	8.4	91.6
교통사고 치사	수	32	42	31	32	31	35	94	109
	비율	43.2	56.8	49.2	50.8	47.0	53.0	46.3	53.7
전체	수	201	1,499	219	2,184	278	2,971	698	6,654
	비율	11.8	88.2	9.1	90.9	8.6	91.4	9.5	90.5

- 교통사고 치상의 경우에는 실형이 선고되는 비율이 거의 비슷하나(미세하게나마 다소 감소함), 교통사고 치사의 경우에는 실형이 선고되는 비율이 2016년 수정된

50) 양형위원회 운영지원단의 협조를 받아 통계자료를 추출하였음

양형기준 시행 이후에 증가한 상태임

- 교통사고 치상의 경우에는 집행유예 선고비율이 너무 높다는 지적이 있을 수 있으나 상대적으로 피해자의 손해가 중하지 않은 경우가 많고, 음주는 고의에 의한 행위라도 하더라도 사고 발생 자체는 과실에 의한 것이라는 점을 고려할 때 부당하다고만 볼 수 있을지는 의문임
- 참고로 우리나라와 비슷한 위험운전치사상죄에 관한 규정을 두고 있는 일본을 보더라도 우리나라 법원과 큰 차이가 있다고 보이지 않음. 일본 지방재판소에서 위험운전치사상죄(다만, 음주로 인한 경우에 한정된 것은 아니나, 대부분 음주로 인한 경우로 보임)로 유죄로 선고받은 사안에서 집행유예 선고비율을 살펴보면, 2011년에는 82.4%, 2012년에는 73.9%, 2013년에는 79.6%, 2014년에는 81.4%, 2015년에는 86.7%로 나타남<sup>51)</sup>

#### ◆ 연도별 평균형량 추이

단위: 명, 월

구분	2015년		2016년		2017년		전체	
	수	평균	수	평균	수	평균	수	평균
교통사고 치상	1,626	8.08	2,340	8.23	3,183	8.61	7,149	8.36
교통사고 치사	74	<b>14.54</b>	63	<b>17.78</b>	66	<b>23.24</b>	203	18.37
<b>전체</b>	<b>1,700</b>	<b>8.36</b>	<b>2,403</b>	<b>8.48</b>	<b>3,249</b>	<b>8.91</b>	<b>7,352</b>	<b>8.64</b>

- 특정범죄가중법상 위험운전치사죄의 경우 2015년 14.54월에서 2016년 17.78월, 2017년 23.24월로 선고형량이 상향되는 추세이고, 2017년의 경우 평균형량이 2년에 육박함
- 특정범죄가중법상 위험운전치상의 경우에도 2015년 8.08월에서 2016년 8.23월, 2017년 8.61월로 선고형량이 근소하나마 상향되는 추세임

51) 法曹會, 「平成27年における刑事事件の現概況(上)」, 法曹時報 第69卷 第2号(2017. 2. 1), p.293~295, 도표 143~145.

- 2016. 3. 28. 형량범위를 상향하고, 양형인자를 추가한 교통범죄 양형기준 수정이 양형실무에 영향을 미친 것으로 분석할 수 있음[수정 양형기준이 시행된 2016년을 기준으로 2015년 14.54월에서 2017년 23.24월(+8.7월)로 선고형량이 급격히 상승]
- 위험운전 치사상죄의 법정형을 고려하면 위와 같은 선고형이 다소 낮다고 볼 여지도 있음. 하지만 양형기준은 당해 범죄 중에서 통계적으로 다수인 경우를 상정하여 설정할 수 밖에 없고, 이례적이거나 예외적인 경우까지 모두 포함하는 기준을 설정하기는 현실적으로 장애가 많은 것이 사실임. 당해 사안에 특수한 사정이 있어 양형기준을 그대로 준수할 수 없는 경우에는 양형기준을 이탈하여 당해 사안에 맞는 적절한 형을 선고하는 것은 당연히 허용되고, 그러한 사안이 양형기준제도의 취지에 반하거나 정의에 반하는 양형이라고는 할 수 없음
- 이와 관련하여, 최근 부산에서 만취상태의 운전자가 전역을 얼마 앞두고 휴가 중이던 보행자를 치어 결국 사망에 이르게 한 교통사고와 관련하여 음주교통사고로 사망사고를 일으킨 가해자를 살인죄와 동등한 수준으로 처벌하라는 주장이 제기되었고, 실제 의원입법 형식으로 특정범죄가중법 제5조의11(위험운전 치사상)죄 중 사람을 사망에 이르게 한 경우 법정형을 살인죄의 법정형과 같은 “사형, 무기 또는 5년 이상의 징역”으로 개정하는 내용의 법률안(소위 ‘윤창호법’)<sup>52)</sup>이 발의되기도 하였음
- 피해자의 피해 정도나 억울한 사정을 수사나 재판과정에서 충분히 고려해야 한다는 지적은 충분히 경청할만하지만 기본적으로 과실범인 위험운전치사죄를 고의범인 살인죄와 동등하게 취급하는 것이 전체 형사법의 체계나 책임주의원칙에 부합하는지 의문임
- 현행 특정범죄가중법 제5조의11에 의하더라도 치사의 경우에는 법정형이 ‘1년 이상의 징역’으로 되어 있어 유기징역형의 상한인 징역 30년까지도 처벌이 가능하고,

52) 하태경 의원이 대표발의한 특정범죄 가중처벌 등에 관한 일부개정법률안(의안번호 16036호)

이는 다른 외국의 입법례에 비추어 보더라도 결코 낮은 수준이 아님

- 다만, 양형기준은 앞서 언급한 것처럼 기존의 양형통계를 바탕으로 다수의 전형적인 사건들이 적용되는 것을 전제로 하여 만들어진 것이므로, 사안에 따라 양형기준상의 권고형량범위를 따르는 것이 적정하지 않다고 판단되는 경우가 생길 수 있고, 그러한 경우에는 과감하게 양형기준을 이탈하여 양형을 할 필요가 있음
- 따라서 위험운전치사죄의 경우에 가중영역의 상한이 징역 3년이고, 특별가중인자가 2개 이상 많은 경우 등 형량범위의 특별조정을 통해 징역 4년 6월까지도 가능하지만, 다수의 피해자가 사망한 사건 등 특별한 사정이 있는 경우에는 위와 같은 범위를 이탈하여 그보다 높은 형의 선고도 고려할 필요가 있음
- 실제로 법원에서도 대규모 인명피해가 발생한 사건에서 비교적 중형이 선고된 사례가 있음. 예컨대, 음주운전 중 갓길로 보행 중이던 보행자 4명을 치어 그 중 3명이 사망하고, 1명이 부상한 사건에서 징역 7년을 선고한 사건이 대법원에서 그대로 확정된 사례가 있음(대법원 2017도20392)

### 3 주취로 인한 성범죄의 양형과 개선 방향<sup>53)</sup>

#### 가. 성범죄 양형기준

- 만취상태에서 성범죄를 범한 경우 심신미약 감경을 하여 주던 기존 양형실무에 대하여 커다란 사회적 비판이 있었고, 이를 계기로 관련 법률 및 성범죄 양형기준이 수정되어 음주 또는 약물로 인한 만취상태에서 성범죄를 범한 경우에는 심신미약 감경이나 양형기준의 감경인자 적용을 배제하도록 함
- 2010. 6. 29. 의결된 성범죄 수정 양형기준(2010. 7. 15. 시행)에서는 ‘심신미약(본인책임 있음)’을 일반감경인자에서 삭제하고, 주취로 인한 성범죄와 관련하여 아

53) 별도로 성범죄에 있어서 주취감경 주장의 처리에 관한 김두일 교수의 주제 발표가 예정되어 있으므로 이하에서는 중복을 피하기 위하여 최대한 간략히 언급함

래와 같은 서술식 기준을 새로 추가하였음

▷ 음주 또는 약물로 인한 만취상태에서 성범죄를 범한 경우에는 다음과 같은 구분에 따른다.

- ① 범행의 고의로 또는 범행 수행을 예견하거나 범행 후 면책사유로 삼기 위하여 자의로 음주 또는 약물로 인하여 만취상태에 빠진 경우에는 피고인이 범행 당시 심신미약 상태에 있었는지 여부와 상관없이 만취상태를 일반가중인자로 반영한다.
- ② 범행의 고의가 없었고, 범행 수행을 예견하지 못하였으나, 과거의 경험, 당시의 신체 상태나 정황 등에 비추어 음주 또는 약물로 인하여 만취상태에 빠지면 타인에게 해악을 미칠 소질(가능성)이 있는 경우에는 피고인이 범행 당시 심신미약 상태에 있었는지 여부와 상관없이 만취상태를 감경인자로 반영하지 아니한다.
- ③ ①, ②에 해당하지 않더라도 범행 당시 심신미약 상태에 이르지 않은 경우에는 만취상태를 감경인자로 반영하지 아니한다.

#### 나. 성범죄에 있어서 주취감경 주장의 취급

- 위와 같은 관련 법률의 개정과 성범죄 양형기준 수정의 영향과 성폭력범죄에 대하여 주취감경을 인정하던 기존 법원 실무에 대한 국민적 비판 등으로 인하여 성폭력범죄와 관련하여 피고인이나 변호인이 주취로 인한 심신미약 감경을 주장하는 경우가 현저히 감소하였고, 설령 피고인이나 변호인이 주취로 인한 심신미약 감경을 주장하더라도 이를 인정한 판결들은 찾아보기 힘들 정도임
- 다만 재판부가 피고인이나 변호인의 주취감경 주장을 심신미약으로 인정하지 않으면서도 범행 당시 음주상태의 우발적 범행임을 피고인에게 유리한 양형의 요소로 고려하는 경우가 존재하였음
  - 시민단체 등에서는 위와 같이 재판부가 음주상태에서 우발적으로 범한 범행이라는 점을 양형의 유리한 요소로 참작한 판결들을 들어서 법원이 주취감경을 인정한 것이라고 주장하는 경우가 있으나, 이는 관련 규정에 대한 충분한 이해가 부족한 상

태에서 심신미약 감경과 양형 판단을 혼동하여 생긴 결과로 보임

- 최근 대부분 법원에서는 성폭력 전담재판부에서 대부분의 중요 성범죄를 처리하는데, 주취로 인한 심신미약 주장을 대부분 받아들이지 않는 것은 물론이거니와 주취상태의 우발적 범행을 형식적으로든 실질적으로든 피고인에게 유리한 양형의 요소로 고려하지 않는다고 함
- 성범죄에서 있어서는 주취 등으로 인한 심신미약(본인 책임 있음)이 양형인자에서 삭제되어 있으므로 재판부가 주취감경을 인정하였는지 여부를 통계적으로 확인할 방법이 여의치 않음
- 참고로 성범죄에 있어서 정신병 등 심신미약(본인 책임 없음)을 양형인자로 적용한 사건에 관한 통계자료는 다음과 같음(양형위원회 운영지원단에 요청하여 받은 통계 자료를 분석한 결과임)

단위: 명, %

종국년도	전체 사건 수	심신미약(본인 책임 없음)	
		수	전체 대비 비율
2013년	3,084	87	2.82
2014년	4,505	113	2.51
2015년	4,630	109	2.35
2016년	4,807	108	2.25
2017년	4,881	90	1.84
<b>전체</b>	<b>21,907</b>	<b>507</b>	<b>2.31</b>

- 정신병 등 본인책임 없는 심신미약이 양형인자로 인정된 비율은 최근 5년간 2.31%임
- 2013년 2.82%에서 2014년 2.51%, 2015년 2.35%, 2016년 2.25%, 2017년 1.84%로 심신미약 감경의 인정이 더욱 엄격해지는 추세임

#### 다. 개선 방향

- 아직까지 일부 국민들 사이에서는 법원이 성폭력 범죄에 있어서 피고인의 주취감경 주장을 쉽게 받아들여 심신미약 감경을 하거나 유리한 양형인자로 참작하고 있다고 잘못 인식하고 있는 부분이 있는 것 같음
- 하지만 최근까지 언론에서 반복하여 언급하고 있는 소위 ‘조두순 사건’은 2008년에 발생한 사건으로 거의 10년 전의 일이고, 그 후 관련 법령의 개정이나 양형기준의 수정 및 법원실무의 변화 등으로 10년 전과는 상황이 많이 달라졌다는 것을 고려할 필요가 있음
- 발표자가 실제 법원 내부 전산망을 통하여 의견을 조회하여 본 결과에 의하더라도 최근에 성폭력 사건에서 주취감경 주장을 받아들여 심신미약 감경을 한 사례가 있다는 답변을 받지 못하였음
- 실제로 양형의 과정에서도 과거 판결문에 종종 등장하던 “범행 당시 술에 취하여 우발적으로 범한 범행인 점” 등 피고인의 주취상태를 유리한 양형의 요소로 참작하였다고 볼 수 있는 표현을 찾기 어려웠고, 실제 형사재판을 담당하는 판사들도 판결문의 기재 유무를 불문하고 실질적으로도 범행 당시 피고인의 주취 상태를 유리한 양형의 요소로 고려하지 않는다는 답변을 하는 경우가 많았음
- 이렇듯 재판 실무에도 이제는 과거와는 다른 관행이 어느 정도 정착되었다고 볼 수 있음. 다만 일부 국민들의 시각에는 아직도 법원에서 성폭력범죄와 관련하여 피고인의 주취상태가 책임을 회피하거나 줄이는 요소로 작용하고 있는 것이라는 의심이 남아 있으므로 성폭력 범죄에 있어서 피고인의 주취감경 주장에 관한 엄격한 판단을 유지할 필요가 있음

#### 4 주취로 인한 폭력범죄(공무집행방해범죄 포함)의 양형과 개선 방향

가. 공무집행방해범죄, 폭력범죄 양형기준 중 주취 관련 내용

(1) 폭력범죄 양형기준 관련

- 폭력범죄는 직·간접으로 음주와 연관되는 비율이 상당히 높고, 범죄 발생빈도도 매우 높으며, 음주 폭력에 대한 엄정한 처벌이 필요하다는 사회적 공감대가 어느 정도 형성되어 있다고 볼 수 있으므로 이러한 범죄에 대한 엄정한 양형기준 설정이 필요하다는 의견이 많았음
- 더불어 종래 음주로 인한 만취상태를 심신미약으로 평가하여 법률상 감경사유로 삼은 사례가 일부 존재하는데, 이러한 법원 판결이 음주 폭력에 대한 관대한 처벌로 이어져 온 경향이 있으므로 성범죄와 마찬가지로 음주 또는 약물로 인한 감경인자 적용을 제한할 필요성이 크다는 의견이 많았음
- 이러한 의견을 반영하여 2012. 6. 18. 의결되어 2012. 7. 1.부터 시행된 폭력범죄 양형기준에서는 주취로 인한 폭력범죄와 관련하여 아래와 같은 서술식 기준을 두어 주취감경 주장이 유리한 감경인자로 작용하는 것을 제한하였음

▷ 음주 또는 약물로 인한 만취상태에서 폭력범죄를 범한 경우에는 다음과 같은 구분에 따른다(특수상해·누범상해, 폭행범죄, 협박범죄의 경우에도 동일하게 적용).

- ① 범행의 고의로 또는 범행 수행을 예견하거나 범행 후 면책사유로 삼기 위하여 자의로 음주 또는 약물로 인하여 만취상태에 빠진 경우에는 피고인이 범행 당시 심신미약 상태에 있었는지 여부와 상관없이 만취상태를 일반가중인자로 반영한다.
- ② ①에 해당하지 않더라도 범행 당시 심신미약 상태에 이르지 않은 경우에는 만취상태를 감경인자로 반영하지 아니한다.

- 다만, 성범죄 양형기준상의 『② 범행의 고의가 없었고, 범행 수행을 예견하지 못하였으나, 과거의 경험, 당시의 신체 상태나 정황 등에 비추어 음주 또는 약물로 인하여 만취상태에 빠지면 타인에게 해악을 미칠 소질(가능성)이 있는 경우에는 피고인이 범행 당시 심신미약 상태에 있었는지 여부와 상관없이 만취상태를 감경인자로 반영하지 아니한다.』는 부분은 형법 제10조 제2항(심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 미약하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경한다.)의 규정에 반할 소지가 있다는 점을 고려하여 별도로 명시하지 아니함

- 참고로 성범죄의 경우에는 형법 제10조 제2항의 적용을 배제할 수 있도록 성폭력 범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제19조가 명시하고 있어서 위 ②항과 같은 문구를 포함시켜도 법률에 배치된다고는 보기 어려움

## (2) 공무집행방해범죄 양형기준 관련

- 2011. 3. 21. 의결되어 2011. 7. 1. 시행된 공무집행방해범죄 양형기준에서는 주취범죄에 대하여 다른 범죄군과 다른 특별한 취급을 하지 않았음
- 하지만 주취 상태에서 공무집행 중인 경찰관, 소방관, 구청 공무원, 교육 공무원 등 공무원을 폭행하여 상해를 가하는 등의 폭력범죄가 빈발하여 공무집행 중인 공무원에 대하여 주취폭력을 행사하는 행위에 대하여 엄정한 법집행을 요구하는 사회적 목소리가 크게 늘었음
- 이에 양형위원회는 공무집행방해범죄 양형기준 수정 과정에서 위와 같은 주취상태에서 공무집행 중인 공무원에 대하여 폭력을 행사하는 경우 다른 폭력범죄나 성범죄의 예에 준하여 주취감경 주장이 유리한 감경인자로 작용하는 것을 제한하는 명시적 규정을 신설하기로 결정하였음
- 그 결과 2016. 12. 5. 의결된 공무집행방해범죄 수정 양형기준에서는 성범죄와 마찬가지로 아래와 같은 서술식 기준을 추가하였음

▷ 음주 또는 약물로 인한 만취상태에서 공무집행방해범죄를 범한 경우에는 다음과 같은 구분에 따른다(공용물무효·파괴, 특수공무집행방해치사상의 경우에도 동일하게 적용).

- ① 범행의 고의로 또는 범행 수행을 예견하거나 범행 후 면책사유로 삼기 위하여 자의로 음주 또는 약물로 인하여 만취상태에 빠진 경우에는 피고인이 범행 당시 심신미약 상태에 있었는지 여부와 상관없이 만취상태를 일반가중인자로 반영한다.
- ② 범행의 고의가 없었고, 범행 수행을 예견하지 못하였으나, 과거의 경험, 당시의 신체 상태나 정황 등에 비추어 음주 또는 약물로 인하여 만취상태에 빠지면 타인에게 해악을 미칠 소질(가능성)이 있는 경우에는 피고인이 범행 당시 심신미약 상태에 있

었는지 여부와 상관없이 만취상태를 감경인자로 반영하지 아니한다.

- ③ ①, ②에 해당하지 않더라도 범행 당시 심신미약 상태에 이르지 않은 경우에는 만취 상태를 감경인자로 반영하지 아니한다.

#### 나. 주취감경 주장의 실무상 취급

- 폭력범죄에서 심신미약을 양형인자로 적용한 비율(양형위원회 운영지원단의 도움을 받아 2013년부터 2017년까지 5년간 폭력범죄 판결문을 분석한 결과임)

단위: 명, %

종국년도	전체 사건 수	심신미약(본인 책임 없음)		심신미약(본인 책임 있음)	
		수	전체 대비 비율	수	전체 대비 비율
2013년	13,166	177	1.34	159	1.20
2014년	15,578	214	1.37	60	0.38
2015년	15,216	223	1.46	33	0.21
2016년	10,794	145	1.38	9	0.08
2017년	10,440	138	1.32	1	0.009
<b>전체</b>	<b>65,194</b>	<b>897</b>	<b>1.37</b>	<b>262</b>	<b>0.40</b>

- 정신병 등 본인책임 없는 심신미약이 인정된 비율은 최근 5년간 1.37%이고, 음주 등 본인책임 있는 심신미약이 인정된 비율은 최근 5년간 0.40%임
- 본인책임 있는 심신미약감경은 2013년 1.20%에서 2014년 0.38%, 2015년 0.21%, 2016년 0.08%, 2017년 0.009%로 계속 감소하는 추세, 특히 2017년에는 10,440건 중 1건에 대해서만 주취 감경을 인정함
- 공무집행방해범죄에서 심신미약을 양형인자로 적용한 비율(양형위원회 운영지원단의 도움을 받아 2013년부터 2017년까지 5년간 공무집행방해범죄 판결문을 분석한 결과임)

단위: 명, %

종국년도	전체 사건 수	심신미약(본인 책임 없음)		심신미약(본인 책임 있음)	
		수	전체 대비 비율	수	전체 대비 비율
2013년	1,950	26	1.33	19	0.97
2014년	4,906	38	0.77	10	0.20
2015년	6,181	42	0.67	3	0.04
2016년	6,647	48	0.72	16	0.24
2017년	6,439	59	0.91	3	0.04
<b>전체</b>	<b>26,123</b>	<b>213</b>	<b>0.81</b>	<b>51</b>	<b>0.19</b>

- 정신병 등 본인책임 없는 심신미약이 인정된 비율은 최근 5년간 0.81%이고, 음주 등 본인책임 있는 심신미약이 인정된 비율은 최근 5년간 0.19%임
- 본인책임 있는 심신미약감경은 2013년 0.97%에서 2014년 0.20%, 2015년 0.04%, 2016년 0.24%, 2017년 0.04%로 계속 감소하는 추세, 특히 2017년에는 6,439건 중 3건에 대해서만 주취감경을 인정함

#### 다. 개선 방향

- 앞에서 본 통계들을 보더라도 과거 재판실무에서는 상해, 폭행, 공무집행방해 등 각종 폭력범죄에 있어서 다른 범죄군보다 피고인의 주취감경 주장을 받아들여 심신미약 감경을 하거나 유리한 양형의 요소로 고려하는 비율이 높았음
- 위와 같은 실무가 형성된 이유 중에는 해당 범죄를 저지르는 사람들 중에는 지극히 평범한 사람인데도 술에 만취하여 판단능력이 흐려져 우발적으로 범행을 저질렀다는 점이 크게 고려된 것으로 짐작됨
- 하지만 폭력범죄는 폭력 피해를 당한 피해자가 존재하는데도 쉽게 주취감경 주장을 받아들이는 것은 폭력범죄에 대하여 법원 실무가 너무 관대하고, 결과적으로 주취상태의 폭력이 사회전반에 만연하게 된 원인으로 작용한 것은 아닌지 하는 의문이

제기될 수 있음

- 따라서 폭력범죄에 있어서 피고인이나 변호인의 주취감경 주장을 받아들여 심신미약 감경을 하는 경우에는 앞서 언급한 것과 같이 엄격한 심리절차를 통하여 충분한 근거를 바탕으로 인정하는 실무를 정착해 나갈 필요가 있음

#### IV. 결론

- 최근 10년을 뒤돌아보았을 때 형사재판 분야에 있어서 국민의 법감정과 괴리가 있다고 지속적으로 문제제기가 되어 오고 있는 주제 중 하나가 각종 강력범죄에 있어서 피고인의 주취감경 주장을 받아들여 심신미약 감경을 하거나 이를 피고인에 대한 유리한 양형의 요소로 고려하는 재판실무가 과연 온당한지에 대한 문제제기가 아닐까함
- 음주로 인한 주취상태는 정신장애나 정신박약 등 다른 심신장애 사유와는 달리 범죄자 본인의 자발적인 의사에 의하여 야기되고, 범행을 용이하게 하고 죄의식을 약화시키는 방향으로 작용하므로 이를 심신미약의 사유로 삼거나 유리한 양형의 요소로 고려한 것은 부당하다는 주장은 법관으로서도 충분히 경청할만한 주장이라고 할 것임
- 이러한 문제점 지적에 대하여 법원 내부에서도 이를 심각하게 인식하고 기존의 형사재판실무 운영에 있어서 잘못된 부분은 없었는지 냉정하게 뒤돌아보고 잘못된 부분이 있다면 과감하게 개선해 나가야 한다는 공감대가 형성되어 법원별 형사법관간 담회나 각종 법관 연수 때마다 중요 주제로 삼아 토론과 개선방안에 관하여 고민하고 실천 노력을 기울여 왔음
- 그 결과 앞서 본 것처럼 소위 조두순 사건이 문제가 되었던 10년 전에 비하여 주취범죄에 대한 심신장애 주장에 관한 법원의 판단이 매우 엄격해져 그 주장이 받아들

여지는 예가 드물고, 관련 사건의 양형도 상당히 높아졌음을 이번 발표를 준비하면서 어느 정도 확인할 수 있었음

- 다만, 알코올로 인한 약물중독을 비롯하여 당사자의 심신장애 주장에 관하여 표준화된 심리모델이 없다 보니 재판부마다 심신장애 판단이 달라질 우려가 없지 않고, 심신장애에 관한 충실한 사실심리를 위한 인적·물적 뒷받침이 부족한 한계가 있으므로 이에 대한 보완책 마련이 있어야 할 것임
- 주취감경 주장에 관한 판단의 적정화를 위한 법원 안팎의 여러 노력에도 불구하고 아직까지 일반 국민의 시각에서는 부족한 부분이 있을 것임. 하지만 급격한 법정형의 상향이나 형법 제10조 제2항의 전면 삭제 등 지나치게 급진적인 주장은 법질서 전체의 균형을 허물어 국가형벌권의 오·남용으로 인한 예기치 않은 인권침해 우려도 있으므로 좀 더 냉정하고 이성적인 대응이 필요하다고 생각됨
- 우리사회는 무분별한 음주 문화와 핵가족화의 확산, 은둔형외톨이의 증가 등 약물중독이나 정신장애로 인한 강력범죄가 늘어날 요인이 상당하므로 그 원인에 대한 정확한 진단을 통하여 이를 개선할 법적·제도적 장치를 마련하는 것이 선행되어야 하는 것이 아닐까 생각됨
- 더불어 형사제재와 범행이 반복되는 가운데 범죄-형벌의 회전문을 빠져나올 수 없는 범죄자는 형사사법체계의 실패와 국가적 부담으로 돌아올 수 밖에 없다는 것이 경험적으로 확인되고 있는 상황이므로 처벌 일변도의 형사시스템에서 벗어나 문제 해결법원의 도입 등 선진 사법시스템의 도입에 관하여 보다 전향적인 자세가 필요하다고 생각함

(별첨 1)

## 피고인이 범행 당시 주취로 인한 심신미약 상태에 있었는지 여부에 관한 판단

형법 제10조 소정의 심신장애의 유무는 법원이 형벌제도의 목적 등에 비추어 판단하여야 할 법률문제로서, 그 판단에 있어서는 전문감정인의 정신감정 결과가 중요한 참고자료가 되기는 하나, 법원으로서서는 반드시 그 의견에 기속을 받는 것은 아니고, 그러한 감정 결과 뿐만 아니라 범행의 경위, 수단, 범행 전후의 피고인의 행동 등 기록에 나타난 제반 자료를 종합하여 단독적으로 심신장애의 유무를 판단하여야 한다(대법원 1995. 2. 24. 선고 94도3163 판결 참조).

기록에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정, 즉 피고인이 범행 당시 상당한 양의 술을 마신 점, 이 사건 범행내용이 피고인의 평소 음주 습벽, 인격태도와는 이질적인 특성을 보이는 점, 피고인이 피해자를 살해할 특별한 동기를 찾을 수 없는 점, 범행 직후 피고인이 부자연스러운 행동을 보인 점, 범행 당시 피고인의 기억 결손이 인정되는 점 등에 비추어 볼 때, 피고인은 이 사건 범행 당시 술에 취하여 일시적인 심신장애 상태에 빠졌고, 그로 인하여 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에서 이 사건 범행에 나아간 것으로 인정된다.

### 1. 범행 당일 피고인의 음주량

아래와 같은 사실에 비추어 볼 때, 이 사건 범행 당시 피고인은 상당히 술에 취한 상태였던 것으로 인정된다.

가. 피고인은 범행 전날인 2016. 12. 3. 21:30경 촛불집회가 열린 광화문 광장 인근 편의점에서 컵라면 1개와 함께 막걸리 1병을 마셨다.

나. 피고인은 피해자와 함께 2016. 12. 4. 00:29경 소주(참이슬 360ml) 2병, 같은 날 01:09경 소주 2병(참이슬 360ml)을 과자와 함께 구입하여 피해자와 나누어 마셨다.

다. 이 사건 범행현장인 고시원 옥상에는 피고인과 피해자가 마시다가 만 소주 1병이 식탁에 놓여 있었다.

라. 피해자에 대한 부검결과 피해자의 혈중알코올농도는 0.217%이었는데, 이는 중등도 명정<sup>54)</sup> 상태에 속한다.

## 2. 피고인의 평소 주량과 음주 습벽 등

피고인과 피해자와 자주 술을 마시는 사이였던 김OO은, 피고인의 주량이 소주 2병 반에서 3병 정도이고, 일정 주량에 달하면 확 취하는 경향이 있는데, 피고인은 술을 많이 마시더라도 혀가 꼬부라지는 것 외에 신체가 비틀거리는 편이 아니고 대부분 조용히 잠을 자는 편이었으며, 폭력적인 성향을 보인 적은 없다는 진술이고, 피고인의 범행전력을 보더라도 피고인이 술에 취해 폭력적인 성향을 보였다고 인정할 뚜렷한 자료가 없다.

그런데 이 사건 범행은 벽돌로 피해자의 머리와 안면 부위를 여러 차례에 걸쳐 내리쳐 피해자를 사망에 이르게 한 것으로, 극히 흉포한 범행이라 할 것인데, 이는 앞서 본 피고인의 평소 음주 습벽, 인격태도와는 상당히 괴리된 이질적인 행동으로 보인다.

## 3. 범행 동기의 불명확성

이 사건 공소장은 피고인의 범행 동기를 명시하지 않았는데, 이 사건 범행이 피고인과 피해자가 단둘이 있는 상황에서 이루어진 것이라는 점을 감안하더라도 피고인이 피해자를 살해할 만한 동기를 찾기 어렵다.

김OO은 피고인과 피해자가 평소 사이가 좋은 편이었다는 진술이고, 피고인과 피해자가 이 사건 당일에 방문한 편의점 근무자 역시 피고인과 피해자 모두 점잖았고 상호 관계가 좋아 보였으며, 2시간가량 조용히 술을 마신 후 뒷정리를 깨끗이 하고 떠났기에 특별히 기억

54) 통상 혈중알코올농도 0.15% 내지 0.25% 정도에서 안면이 창백해지고 사고력이 떨어지며 주의력이 산만해지고 판단능력이 저하되는 증상을 보임.

에 남는다고 진술하고 있다. 피고인과 피해자가 이전에 주고받은 문자메시지 내용, 고시원 내부 CCTV 영상을 보더라도 피고인과 피해자는 범행 직전까지 상당히 친밀한 사이였던 것으로 보이고, 이 사건 범행 직전에 두 사람의 관계에 특별한 문제가 발생하였다고 볼 만한 정황을 찾기 어렵다.

김OO은 피해자가 평소 술을 마시면 간죽대는 성향이 있었다고 진술하고 있어 이러한 진술을 토대로 피고인이 피해자가 술에 취해 간죽대는 것에 격분하여 폭력행위로 나아갔다고 볼 여지가 없는 것은 아니지만, 그와 같은 사유가 직전까지 관계가 좋던 피해자를 무참히 살해할 정도의 동기에까지 이어질 수 있다고는 선뜻 상상하기 어렵고, 달리 기록상 피고인의 살해동기를 찾아볼 자료가 없다.

#### 4. 범행 직후에 보인 피고인의 부자연스러운 행동

이 사건 범행 직후 피고인은 자신의 외투와 안경을 범행현장에 남겨둔 채 옥상을 나와 주방 싱크대에서 손을 씻은 다음, 피해자의 방인 507호실로 들어가 잠을 자다가 출동한 경찰에 의해 체포되었다.

그런데 앞서 본 CCTV 영상을 보더라도 피고인은 범행 직후 한 차례 주방을 나갔다가 다시 손을 씻기 위해 주방으로 들어오는 등 불필요한 행동을 하고 있고, 4층으로 내려와서는 갑자기 주변을 두리번거리거나 다른 사람의 방을 피해자의 방으로 착각하고 들어갔다가 나오는 등 비정상적이고 부자연스러운 행동을 보이고 있다.

또한 피고인이 자신의 외투와 안경을 범행현장에 남겨두고 이탈하고, 피해자의 혈흔이 묻은 옷을 입은 채 피해자의 방안에 누워 자고 있었던 점, 피고인이 수사기관의 증거수집절차에 순순히 협조한 점 등에 비추어 볼 때, 피고인이 범행 직후 손을 씻은 행위를 가지고 자신의 죄증을 인멸하기 위한 행동으로 이해하기 어려운 측면이 있다.

한편 범행 직후 피고인을 최초로 발견한 고시원 총무 박◇◇은, 피해자의 신분증을 찾기 위해 피해자의 방에 들어갔을 때 피고인이 불을 켜 놓은 채 누워 있었는데, 피고인에게 누구냐고 물어도 아무런 대답을 하지 않았고, 경찰관과 함께 다시 피해자의 방에 와서 피고인에

게 수갑을 채워 체포하는 순간에도 피고인은 아무런 말도 하지 않고 누워만 있었다고 진술하였는데, 이 역시 바로 직전에 살인 범행을 저지른 사람의 행동으로는 이해하기 곤란한 점이 적지 않다. 이러한 피고인의 행동에 관하여 살인을 저지른 피고인이 체념하는 심정으로 위와 같이 행동한 것으로 생각해 볼 수도 있겠지만, 체포 이후부터 이 사건 살해사실을 잘 알지 못하는 것처럼 행동하면서, 수사기관에서 처음부터 피고인의 행위를 기억하지 못한다고 진술한 것을 고려해 볼 때, 그 가능성은 상당히 미약해 보인다.

## 5. 피고인의 범행 당시 기억의 결손

가. 피고인은 체포된 직후부터 이 범정에 이르기까지 술에 취해 기억이 나지 않는 시점에 관해 일부 상이하게 진술하기는 하였으나 적어도 고시원에 들어온 때부터 체포될 때까지는 전혀 기억이 나지 않는다고 일관되게 진술하고 있다.

나. 이처럼 피고인이 술에 취해 범행 당시 기억이 전혀 나지 않는다고 주장할 경우 이러한 주관적 인식에 관한 부분은 그 성질상 그와 상당한 관련성이 있는 간접사실 또는 정황사실을 상식과 경험칙에 근거하여 살펴보아 판단할 수밖에 없을 것인데, 앞서 인정한 사실과 기록에 의하여 인정되는 아래와 같은 사정을 종합하여 볼 때, 피고인은 주취에 따른 기억상실 증상 때문에 자신의 범행 사실을 기억하지 못하고 있을 가능성이 높다고 보인다.

1) 피고인이 이 사건 범행 이전에 상당히 많은 양의 술을 마셨는데, 비록 체포 직후 피고인에 대한 주취검사가 이루어지지 않았으나 중간부터 피고인과 함께 술을 나누어 마신 피해자의 혈중알코올농도가 0.217%였던 점에 비추어 볼 때, 피고인의 범행 당시 주취 정도 역시 상당하였을 것임이 명백하다.

2) 피고인은 이 사건 범행 직후 깊은 수면에 빠졌는데 이는 만취한 사람의 행동 특성 중 하나일 뿐만 아니라 과거 피고인과 자주 함께 술을 마셨던 김OO의 진술을 통해 알 수 있는 피고인의 음주 습벽과도 일치한다.

3) 피고인은 수사 초기에 경찰관의 ‘돌아가신 분이 선생님에게 위해를 가했던가요?’라는 질문에 대해 ‘돌아가셨나요?’라고 반문하고, ‘피의자의 안경이 옥상에서 발견되었는데 어

떻게 생각하나요’라는 질문에 대해 ‘잘 모르겠습니다. 지금 휴대폰도 없는데, 휴대폰도 옥상에 있습니까?’라고 반문하는 등 전반적으로 자신이 수사를 받고 있는 이유와 경찰관의 질문 취지에 대해 제대로 이해하지 못하는 모습을 보였고, 수사 도중 여러 차례 현재의 상황이 혼란스럽다는 취지의 진술을 하였다.

한편 참고자료로 제출된 영등포경찰서 중앙지구대 순경 이황재가 작성한 수사보고서상 피고인을 위 지구대에 인치한 직후에 ‘옥상에서 술을 마셨나?’는 경찰관의 질문에 피고인이 ‘술을 마셨다’라고 말을 하였다고 기재되어 있어 마치 피고인이 피해자와 옥상에서 술을 마신 것을 기억하는 듯한 표현이 있으나, 당시 잠에서 깬 지 얼마 되지 않은 상태에 있던 피고인이 ‘옥상에서 술을 마신 것’을 정확하게 표현한 것이라고 볼 수 없고, 이황재의 법정진술 취지와도 다른 점이 있어 이를 두고 피고인이 당시 상황을 기억하면서 의도적으로 이를 회피한 것이라 판단하기에 상당히 부족하다.

그런데 앞서 본 바와 같이 피고인은 이 사건 범행 이후 현장에 자신의 외투와 안경을 범행 현장에 남겨두고 이탈하고 피해자의 혈흔이 묻은 옷을 입은 채 피해자의 방안에 누워 자고 있었는데, 이처럼 전혀 도주나 증거인멸을 도모하지 않은 피고인이 자신의 책임을 회피하기 위해 굳이 범행 당시의 기억이 나지 않는다고 주장할 특별한 동기가 있다고 보이지 않는다. 오히려 피고인의 위와 같은 진술태도는 수사기관에 피고인의 책임을 회피하는 듯한 인상만 준 것으로 보인다.

4) 피고인이 범행 직후 손을 씻은 행동만 가지고 그것이 정상적인 정신상태에서 이루어진 것이라고 단정할 수 없다는 점은 앞서 본 바와 같다. 또한 4층 계단 앞 신발장 507호실 칸 안에 피고인의 신발이 발견된 사실은 인정되나(증거기록 231쪽), 한편으로 CCTV 영상(화면 기재 시각으로 03:27:25 및 04:33:42경)에서 피해자와 함께 옥상으로 나갈 때와 싱크대에서 손을 씻을 때 피고인이 신고 있던 신발은 위 신발장에 들어있던 피고인의 하얀색 운동화와 다른 것으로 보이는 점, 위 신발장의 같은 칸 안에 피해자의 것으로 보이는 신발도 함께 보관되어 있고, 범행현장인 옥상에서 슬리퍼 1켤레가 발견된 점(증거기록 304쪽) 등에 비추어 볼 때, 피고인이 신발장에 들어 있던 신발을 신고 옥상으로 올라갔다고는 보기 어

려우므로, 피고인이 이 사건 범행 직후 507호 신발장에 자신의 신발을 넣었다고 인정하기도 어렵다.

5) 김OO은 수사 초기부터 일관되게 과거 피고인이 술을 마신 다음날 왜 찜질방에서 자고 있었는지 기억이 나지 않는다고 말하는 것을 들은 적이 있고, 피고인이 전날 무슨 이야기를 했는지 기억하지 못하는 경우가 가끔 있었다고 진술하고 있다. 김OO이 최초 수사기관에서 위와 같은 진술을 할 때에는 피고인의 수사기관 진술내용을 알지 못하는 상태였고, 앞서 본 바와 같이 김OO은 피해자와도 친분이 있는 사람이므로, 김OO의 위 진술의 신빙성을 의심할 이유는 특별히 없다고 보인다.

6) 정신의학상 알코올에 의한 명정 증상 중 하나로서 앞서 본 바와 같은 범행동기의 불명확성이나 이상(異常)행동과 함께 건망이 중요한 증상의 하나로 열거되고 있다<sup>55)</sup>.

7) 이 법원의 치료감호소장에 대한 정신감정축탁결과통보서상 감정의 강△△는 피고인이 이 사건 범행 당시 정신과적 질병이나 심신장애 상태에 있지 않았다는 의견을 개진하였으나, 혈액검사상 이상소견에 대해 추적검사가 필요할 것이라는 권고의견을 아울러 제시하고 있는 이외에 피고인의 뇌영상을 보지 않으면 판단하기 어려운 병적 명정인지 여부에 대한 고려는 따로 하지 않은 것으로 보여 위 축탁결과만으로 피고인이 심신장애 상태에 있지 않았다고 보기 어렵다.

55) 병적 명정의 조건적 증상으로서, 독일의 정신의학자 한스 그룰레(Hans Gruhle)는 ① 기분이 좋지 않음, ② 운동성 흥분의 경향, ③ 동기의 부존재, ④ 완전 건망, 일본의 정신의학자 나카타 오사무(中田修)는 ① 부분적인 건망을 포함하는 건망, ② 신체적 마비증상의 결여 혹은 정신병 증세의 급격한 발현, ③ 소재식(所在識, 자기가 시간적·공간적·사회적으로 어떤 위치에 있는가라는 의식)의 장애를 열거하고 있는바, 모두 건망을 병적 명정의 증상으로 열거하고 있다(大コンメンタル 刑法 第3卷[第3版], 島田総一郎=馬場嘉郎 집필부분, 464쪽에서 재인용).

(별첨 2)

## 미국의 각 주별 음주운전 처벌 현황

○ 주별 음주운전 처벌법<sup>56)</sup>

주	법률	1회 위반 시	2회 위반 시	그 외
앨라배마	§§ 32-5A-191, 13A-5-7	징역: 구치소 1년 미만 벌금: \$500-\$2000 면허: 90일 정지	징역: 48시간-1년 또는 20일 이상의 사회봉사 벌금: \$1000-\$5000 면허: 1년 취소	<b>3회 위반 시</b> 징역: 60일-1년 벌금: \$2000-\$10000 면허: 3년 취소
				<b>4회 이상</b> (Class C 중죄) 징역: 1-10년 벌금: \$4000-\$10000 면허: 5년 취소
알래스카	§§ 28.35.030, 12.55.035, 12.55.135	징역: 72시간 미만 벌금: 최소 \$1500 면허: 90일 취소	징역: 최소 20일 벌금: 최소 \$3000 면허: 1년 취소	<b>3회 위반 시</b> 징역: 최소 60일 벌금: 최소 \$4000 면허: 3년 취소
				<b>4회 위반 시</b> 징역: 최소 120일 벌금: 최소 \$5000 면허: 5년 취소
아칸소	§§ 5-65-103, 5-65-111, 5-65-112	징역: 24시간-1년 벌금: \$150-\$1000 면허: 6월 정지	징역: 7일-1년 벌금: \$400-\$3000 면허: 2년 정지	<b>3회 위반 시</b> 징역: 90일-1년 벌금: \$900-\$5000 면허: 30월 정지
				<b>4회 위반 시</b> 징역: 1년-6년 벌금: \$900-\$5000 면허: 4년 취소

56) <http://www.ncsl.org/research/transportation/criminal-status-of-state-drunk-driving-laws.aspx>

주	법률	1회 위반 시	2회 위반 시	그 외
캘리포니아	Vehicle Code §§ 23152, 23536, 23540, 23546, 23550, 40000.15	징역: 구치소 96시간-6월 벌금: \$390-\$1000 면허: 6월 정지	징역: 90일-1년 벌금: \$390-\$1000 면허: 2년 정지	<b>3회 위반 시</b> 징역: 120일-1년 벌금: \$390-\$1000 면허: 3년 취소
				<b>4회 이상</b> 징역: 180일-1년 벌금: \$390-\$1000 면허: 4년 취소
일리노이	625 ILCS § 5/11-501	징역: 1년 미만 벌금: \$2500 미만 면허: 1년 취소	징역: 5일 이상 1년 미만 또는 사회봉사 240시간 이상 벌금: \$2500 미만 면허: 최소 5년 취소	<b>3회 위반 시</b> 징역: 3년-7년 벌금: 최대 \$25000 면허: 최소 10년 취소
				<b>4회 이상</b> 징역: 3년-7년 벌금: 최대 \$25000 면허: 평생 취소
뉴저지	§ 39:4-50	징역: 30일 미만 벌금: \$250-\$450 면허: 3년 정지	징역: 48시간-90일 벌금: \$500-\$1000 면허: 2년 정지	<b>3회 위반 시</b> 징역: 180일 벌금: \$1000 면허: 10년 정지
뉴욕	Veh. & Traf. Law § 1193	징역: 1년 미만 벌금: \$500-\$1000 면허: 최소 6월 정지	징역: 5일-4년 벌금: \$1000-\$5000 면허: 최소 1년 정지	<b>3회, 4회 위반 시</b> 징역: 10일-7년 벌금: \$2000-\$10000 면허: 최소 1년 취소와 5년 면허 발급 거부
텍사스	Penal Code §§49.04, 49.09	징역: 180일 미만 벌금: \$2000 미만 면허: 90일-1년 취소	징역: 1년 미만 벌금: \$4000 미만 면허: 180일-2년 취소	<b>3회 위반 시</b> 징역: 2년-20년 벌금: \$10000 미만 면허: 1년-2년 취소

○ 주별 음주운전으로 인한 교통사고 치사/치상<sup>57)</sup>

주	처벌 법령	내 용
앨라배마	Ala. Code §§13A-6-20 & 13A-5-6(a)(2)	심각한 신체 부상: 음주운전으로 타인의 신체에 심각한 부상을 일으킨 자는 1급 폭행죄로 Class B 중죄에 해당된다. 중죄는 2년 이상 20년 미만 징역형에 처한다.
	Ala. Code § 13A-6-4	형사상 과실고살: 형사상 과실로 타인을 고살하였음을 의미한다. 차량 운전 중 죽음을 일으킨 자는 Class C 중죄로 1년 1일 이상 10년 이하의 징역형에 처한다.
알래스카	Alaska Stat. §§ 11.41.110(a)(2), 11.41.120(a), & 11.41.130(a)	교통사고 고살: 차량으로 인한 고살은 죽음에 대한 사실관계에 따라 2급 모살, 고살, 형사상 과실고살로 처벌된다.
아칸소	Ark. Stat. Ann. §27-50-307, §5-10-105, §5-4-401	과실고살: 음주운전 중, 과실로 타인의 사망을 초래하였지만 모살이나 고살이 아닌 경우. Class B 중죄로 처벌되고 5년 이상 20년 이하의 징역형에 처한다.
캘리포니아	Cal. Vehicle Code §§23152 & 23153 Cal. Vehicle Code §23536 et seq. Cal. Penal Code §§17, 191.5, 192(c), &193	심각한 신체 부상: 알코올이나 마약의 영향으로 혈중알코올농도 0.08 이상인 상태에서 차량을 운전하며 불법 행위를 하거나 법률상의 의무 부주의로 인해 타인의 신체에 심각한 부상을 일으키는 행위는 불법이다. 1회 위반 시 48시간 이상의 연속적 수감을 포함하여 96시간 이상 6월 미만 동안 주 교도소에 수감되고 \$390 이상 \$1,000 미만의 벌금형에 처한다. 10년 내 2회 위반 시 1년 미만의 징역형과 \$390 이상 \$1,000 미만의 벌금형에 처한다.  음주교통사고 중과실고살: 음주운전 중 계획적 살의를 가지지 않고 불법으로 사람을 사망에 이르게 하였고 이는 불법행위로 인하여 발생한 결과이지만 중죄는 되지 않고 중과실이 있는 있거나 합법 행위로 살인이 발생하였지만 중과실이 있는 경우이다. 음주교통사고 중 과실고살인은 주 교도소에서 4년, 6년, 10년의 징역형에 처한다. 음주운전교통사고 고살도 위와 같으나 중과실을 요하지 않고 유치장에서 1년 미만이거나 주 교도소에서 16월, 2년, 또는 4년 징역형에 처한다.  차량에 의한 고살: 차량에 의한 고살은 음주운전으로 타인의 죽음에 직접적인 원인이 되고 중죄가 성립되지 않으나 중과실이 있는 경우

57) [http://www.ncsl.org/Portals/1/Documents/transportation/DD\\_serious\\_injury\\_death\\_provisions\\_2017\\_update\\_27135.pdf](http://www.ncsl.org/Portals/1/Documents/transportation/DD_serious_injury_death_provisions_2017_update_27135.pdf)

주	처벌 법령	내 용
		<p>이다. 또한 중과실로 살인미수에 이른 자도 처벌될 수 있다.                      암묵적 악의를 가진 운전자에게는 2급 고살을 부과할 수 있다. 음주 운전자가 1인 이상의 사망을 일으킨 경우에는 1명의 희생자 당 징역형 1년씩 추가된다.</p>
일리노이	Ill. Rev. Stat. ch. 625 §5/11-501(d)(1)(C)	<p>심각한 신체적 부상/죽음에 대한 살인: 알코올 또는 마약에 취한 상태에서 차량을 운전하였거나 금지 알코올 또는 마약 성분으로 타인에게 심각한 신체적 부상 또는 영구적 장애를 일으킨 자는 Class 4 중죄에 처한다.</p>
뉴욕	Penal Law §125.12 Penal Law §125.13 Penal Law § 125.14	<p>2급 교통사고 고살: 음주운전으로 타인의 죽음을 일으킨 자는 2급 교통사고 고살에 처한다. 2급 차량 고살은 Class D 중죄이다.</p> <p>1급 교통사고 고살: 2급 교통사고 고살 범위를 행하고 1인 이상의 죽음을 발생시키거나 15세 이하의 아동의 죽음을 일으킨 자는 1급 교통사고 고살에 처한다. 1급 차량 고살은 Class C 중죄이다.</p> <p>교통사고 고살 가중처벌: 교통사고 고살 가중처벌은 알코올이나 마약에 취한 상태로 2급 교통사고 고살 범위를 행하며 난폭 운전을 한 자를 뜻한다. 교통사고 고살 가중처벌은 Class B 중죄에 처한다.</p>
텍사스	Texas Penal Code §49.07 Texas Penal Code §49.08 & §12.33	<p>음주운전 폭행죄: 사고 또는 실수로 음주 상태 중 공공장소에서 차량을 운전하여 음주로 인하여 타인의 심각한 신체적 부상을 일으킨 자가 해당된다. 해당 범주는 3급 중죄로 2~10년의 징역형과 \$10,000 미만의 벌금형에 처한다.</p> <p>음주운전 고살: 음주 상태 중 공공장소에서 차량을 운전하여 사고 또는 실수로 타인을 죽음에 일으킨 자가 해당된다. 해당 범주는 2급 중죄로 2~20년의 징역형과 \$10,000 미만의 벌금형에 처한다.</p> <p>음주운전 중에 난폭운전 또는 부주의로 타인을 살해한 자는 “흉기” 사용에 의한 비의도적 고살로도 처벌될 수 있다.</p>

제1세션

[발표 및 토론]

음주로 인한 양형의 감경 또는 가중의 제문제

『지정토론』: 발표자의 주제발표문에 대한 지정토론문

# 주취로 인한 심신 미약 주장의 실무상 취급 및 주취범죄의 양형 실무와 개선 방향

이수정 (경기대학교 범죄심리학과 교수)



## 주취로 인한 심신 미약 주장의 실무상 취급 및 주취범죄의 양형 실무와 개선 방향



이수정 (경기대학교 범죄심리학과 교수)

### ※ 서론

2018년 현재 우리나라의 사회적 분위기는 음주를 멀리하는 분위기로 점차 나아가고 있습니다. 가까이에서 볼 수 있는 단적인 예로는, 직장 내에서 음주회식 문화가 현저히 줄어들고 있습니다. 게다가 최근에는 보건복지부에서 무분별한 음주로 인한 사회적 이슈를 환기시키기 위해 ‘음주폐해예방 실행계획’을 11월 13일 발표했습니다. 그 내용은 짧게 소개하자면, 이르면 2020년부터 주류광고에서 광고모델이 술을 직접 마시는 장면이 금지된다고 합니다. 이처럼 최근 주취폭력, 자살 등 음주 관련 이슈가 사회적으로 크게 제기되면서 음주폐해예방 정책의 필요성이 강조되고 있는 사회적 분위기를 느낄 수 있습니다. 알코올 또한 약물중독에 해당하는 정신질환으로 볼 수 있습니다 왜냐하면 알코올로 인한 급성 중독 상태는 정상적인 변별능력과 의사결정능력이 없으므로 질병과 대등한 것으로 취급할 필요성이 강조되고 있기 때문입니다.

※ p.3 명정의 개념을 설명하는 부분에 관하여

알코올로 인해 정보를 저장하는 처리과정에서 손상이 온다고 발표 해주셨는데, 조금 더 정확한 이해를 돕기 위해서는 추가적인 설명을 하자면 인간이 어떤 정보를 받아들이고 저장하고 다시 인출하게 되는 과정에서, 어느 순간에서든지 정보의 손실은 발생할 수 있습니다. 단순히 정보를 저장하는 것만이 중요한 것이 아니라 저장된 정보를 인출하는 과정에서도 얼마든지 기억의 손실, 즉 망각이 생길 수 있으므로 단순히 알코올 때문에 정보를 제대로 저장하지 못해 기억하지 못한다고 판단하기에는 조심스러운 부분이 존재합니다. 정보는 일차적으로 감각기억, 단기기억, 장기기억 순으로 저장이 되어 가는데 각 단계를 거칠 때 마다 정보는 부호화(encoding)의 과정이 필수적으로 수반됩니다. 이 부호화의 과정이 음주 상태에서는 당연히 평소보다 제한적일 수밖에 없고, 또 다시 저장된 기억장소에서 기억을 불러오는 부호화 과정에서도 똑같은 어려움을 겪게 될 것입니다. 즉 이와 같은 뇌 기제에 대한 명확한 이해가 선행되어야 하는데, 정보의 저장보다는 정보를 어떻게 각 단계별로 발전(부호화)시켜나가고 또 다시 그 정보를 인출 할 수 있느냐 전반적인 뇌 기제 과정에 대한 이해가 있어야 알코올로 인한 명정 상태에 대한 정확한 판단에 도움이 될 것입니다.

+ 기억 관련해서 추가적 내용(시간적 여유가 있다면) p.6-7 해마 단기기억 장기기억 관련

- 기억의 3단계 모델

물리적 환경으로부터 들어오는 정보는 우리가 가진 오감(시각, 청각, 후각, 촉각, 미각)을 통해 감각등록기로 들어옵니다. 이 감각등록기들의 모임을 총칭하여 감각기억이라고 합니다. 이 등록기들은 감각기억 정보들이 주의 집중되고 인식되고 기억 체계를 따라 다음 단계로 이동할 때까지 머무는 일시적인 저장소라고 이해하시면 됩니다. 주의 집중되지 않은 감각정보는 재빨리 망각되기도 하지요, 각각의 등록기에 있는 우리가 주의 집중한 정보는 인식된 후, 기억의 두 번째 단계인 단기기억으로 들어가게 됩니다. 단기기억 내에 있는 정보 중에서 주의 집중된 것들을 나중에 사용될 때를 위해 장기기억에 부호화될 것입니다. 이때

에도 주의 집중되지 못한 정보들은 망각됩니다. 장기기억에 저장된 정보를 사용하기 위해서는 그 정보를 꺼내서 단기기억에 다시 보내야 하는데, 이것을 바로 인출이라고 합니다. 우리가 정보를 인출할 수 없다면, 그것을 망각이라고 합니다. 이처럼 기억이 망각되는 기제는 곳곳에 있기 때문에 단순히 알코올의 적은 양이 이러한 세부적인 정보처리 과정 전반을 망가뜨린다고 쉽게 결론 내릴 수 없습니다. 해마의 기능적인 측면도 분명히 중요하지만 블랙아웃, 소위 필름 끊긴다는 말에 진정한 뜻에 대한 명확한 생리학적 기제들을 추가적으로 고려해야 부분들은 언제나 존재합니다.

※ p.4 “주취는 심신장애라는 생물학적 요소를 우선적으로 충족시킴. 이러한 생물학적 요소를 기초로 하여 규범 합치적 의사조종능력에 결함이 야기되면 종국적으로 책임능력이 감면될 수 있음”

주취라는 행동에 있어서 선행하는 요인은 인간의 자유의지라 할 수 있습니다, 인간은 합리적인 의사결정을 내릴 수밖에 없는데 그러한 개인의 합리적 선택은 술에 취해 의사결정이 무너지는 이전 과정에서 선행되는 것이라 볼 수 있습니다. 생물학적 요소가 우선 충족된다고 생각하기 보다는 개인의 심리적 요인이 선행된다고 보는 것이 더 적합하지 않은가요? 모든 행동에는 그 행동을 하게 전에 나타나는 심리적 동기가 있기 마련입니다. 예를 들어 주취로 인한 범행이 치밀하게 사전에 준비되었는지 혹은 충동적이었는지 등을 꼼꼼히 검토할 필요성이 있기 마련입니다. 주취 범행 이전에 은폐 준비를 했는지, 범행 이후 은폐 시도를 했는지 또 이 은폐가 얼마나 치밀했는지를 피고인의 지적 능력이나 상황 대처능력, 문제 해결능력 등을 파악해 확인해보아야 합니다. 이는 생물학적 요소를 앞서서 개인 내면의 심리적 요소들을 강조하는 근거가 될 수 있다고 생각합니다.

※ p.11 주취감경 주장에 대한 심리절차 (1) 심리의 대상 관련해서

심심미약을 인정한 음주량에 대해서 기타 다른 판결문들을 살펴보면, 예를 들어 ‘피고인들 2명이 범행 당일 탁주 7되, 소주 5병, 위스키 2잔 그리고 마지막에 소주 등 6,500원 상

당을 단시간에 마시고’, ‘소주 1되를 마셔 취함으로서’, ‘3인이 소주 2되와 막걸리를 섞어서 짱 없이 술을 마시고’ 등으로 일관된 기준을 적용하고 있는 것이 보이지 않았다. 역시나 발표자분의 의견처럼 이에 대해 명확한 기준에 근거한 판결문 명시가 필요함에 동의하는 바이다.

여기에 추가적인 의견을 더하자면, 사건 당일 범행 이후에 시간이 경과되면 피조사자가 범행 당시 어떤 상황이었는지 객관적으로 평가하기가 어려운 것이 현실이다. 때문에 범행 당시 명정상태로 인한 책임능력 상의 조각 사유가 존재하는지를 판단하기 위하여 피고인의 면담, 제 3자 정보, 심리검사와 행동관찰, 공적 기록 등의 정보가 제공된다면 혈중 알콜 농도에만 의존하지 않게 되어, 결국 최종 판단을 내리는 법관에게는 유용한 판단 정보가 되리라 생각한다.

#### ※ p.5 외국의 입법례 - 미국의 임의명정

미국 주법 중 절반에 해당하는 사법권(24개, 45%)이 정신이상 변호에 임의명정을 증거로 제시하는 것을 금지하고 있습니다. 그러므로 전체 사건 중에서 임의명정을 정신이상 변론에 사용하는 것은 매우 적다고 할 수 있습니다. 임의명정을 정신이상 변호로서 부분적으로 인정하는 주에 있어서도 비자발적인 중독이나 병적인 중독의 경우 본인의 동의가 없었거나 중독될 것을 몰랐음을 입증해야 한다고 합니다. 즉 당사자가 약물을 과다 섭취했을 경우 어떤 결과가 일어날지 몰라야만 하며 그전에 한번이라도 같은 약물을 과다 복용했을 경우가 있다면 명정상태로 인한 정신이상 변론은 사용할 수 없습니다. 따라서 미국의 경우 웬만큼 강력한 사상이 없는 한, 명정에 의한 정신이상 변론은 성립하기 어렵다고 볼 수 있습니다.

미국의 경우 자발적으로 약물이나 알코올을 섭취한 변론에 대한 반감이 매우 크다고 합니다. 판례법 체계인 미국은 전통적으로 범의(mens rea)를 부정하거나 정신이상을 주장하는 변론으로 ‘임의명정’을 인정하지 않았고 심지어는 범행 당시 피고인의 정신 상태에 대한 증거를 피고인이 직접 증명하도록 하고 있다고 합니다. 또한 현재는 범의를 부정할 때 임의명정을 인정하는 조건과 정신이상을 주장할 때 임의명정을 인정하는 조건에 차이가 존재합

니다.

현재 미국의 각 주에서는 범의를 부인하기 위해 임의명정을 증거로 사용할 때 4가지 방식 중 하나를 따르고 있다고 합니다. 12개 주(전체 미국의 23%)에서 따르고 있는 첫 번째 방식은 모든 범죄에서 임의명정 증거를 금지하는 것입니다.

20개 주(38%)에서 따르는 두 번째 방식은 ‘일반고의(general intent)’ 사건 중 적절한 경우에만 임의명정을 증거로 허용하고 있습니다. 이런 사법권에서는 법률에서 특히 ‘무모함’을 배제시키는데, 앨라배마주 형사법전은 “무모함이 구성요건을 성립시키고 행위자가 임의명정으로 인해 그 위험을 몰랐을 경우, 범행을 기소함에 있어 그의 무지(unawareness)는 중요하지 않다.”라고 기술하고 있습니다. 무모함이나 중대한 부주의를 범으로 배재하고 있지 않은 사법권에서도, 판례법을 통해 이러한 변론을 금지하고 있습니다. 즉 구성요건을 성립시키는 ‘무모함’은 피고인이 자발적으로 명정상태에 이른 그 자체로 충족된다고 보는 것이라 할 수 있습니다.

또한, 정신 이상 변론 역시 전통적으로 임의명정을 기반으로 하지 못하도록 규제하고 있습니다. 이는 McNaghten의 기준, 억제불능충동검사(Irresistibel Impulse Test), 미국 모범형 법전 기준 검사 중 어떤 것을 따르는 사법권에서도 마찬가지인데, 인지적, 의지적, 장애는 반드시 정신적 장애나 결함에서 비롯되는 것이어야만 한다. 소수의 사법권(17개, 32%)은 약물 중독에 의한 정신 이상 변호를 허용하지만, 피고인이 만성적인 술이나 약물 사용으로 인해 지속적인 정신 이상이 나타났음을 증명해야만 합니다. 즉, 급성 중독 자체만으로는 정신 이상 변호를 할 수 없고 범죄 전에 발생해서 범죄와 관련된 중독행위까지 지속되는 약물로 인한 환각, 망상 장애, 치매 등의 후유증으로 인해 고통 받고 있어야만 합니다. 그러므로 이런 모든 케이스에서는 독립적이고 진단 가능한 정신질환이나 결함이 있다는 것을 증명하기 위해 전문가 증언이 필요하다고 볼 수 있습니다.



[발표 및 토론]

음주로 인한 양형의 감경 또는 가중의 제문제

제1세션

『지정토론』: 발표자의 주제발표문에 대한 지정토론문

## 음주와 양형 토론문

허수진 (서울남부지방검찰청 검사)



## 음주와 양형 토론문



허수진 (서울남부지방검찰청 검사)

### 1 시작하면서

2016년 전과자의 범행시 정신상태를 분석한 결과에 의하면 주취상태의 범행이 평균 39.3%, 정신장애 상태의 범행이 0.7%였다. 그 중에서 강력범죄(살인, 강도, 방화, 성폭력)와 폭력범죄의 경우 범행시 주취상태였던 비율이 각 41.0%, 49.2%로 평균에 비해 높았다. 교통범죄는 55.7%에 이르렀다. 도로교통법위반 사건의 경우 66%가 음주운전이라는 점을 감안하더라도 교통사고처리특례법위반, 특정범죄가중처벌등에관한법률위반(도주차량)도 음주상태에서 발생하는 경우가 얼마나 많은지 보여주는 지표이다.<sup>1)</sup> 위 3개 범죄군이 전체 범죄에서 차지하는 비율이 58%에 이르는 점을 더하여 보면, 1년 동안 발생한 범죄의 약 30%는 술 때문에 발생하는 것이다.

그러나 음주가 양형에 어떻게 반영되어야 하는지에 대해서는 구체적인 논의가 많지 않았던 것이 사실이다. 본 토론문에서는 음주에 의한 심신미약 감경과 관련된 판결례를 살펴보

1) 대검찰청, 2017. 10. 2017 범죄분석, 제764쪽 참조

고, 양형기준상 일반감경인자로 규정된 심신미약(본인책임있음)에 대해 검토해보고자 한다. 또한 제3항에서는 음주운전 범행의 양형에 대해 살펴보고자 한다.

## 2 음주와 심신장애 감경 검토

### 가. 심신미약으로 인한 책임감경

형사사법에서 형벌은 책임에 상응하여 부과되어야 하고, 책임은 ‘처벌되는 행위를 하지 않을 것을 기대할 수 있는지’를 그 기준으로 한다. 일반 국민들에게 범죄 구성요건에 해당하면서 위법한 행위에 대해 비난가능성이나 기대가능성의 정도에 따라 형벌이 감경되거나 가중되는 점을 설명하기는 쉽지 않은 일이다. 조두순 사건 이후 최근에 이르기까지 음주 또는 정신병으로 인한 심신미약 감경에 대한 거센 비판이 있고, 최근 만 14세 이하를 형사미성년자로 정한 형법 제9조에 대해 개정이 필요하다는 의견이 적지 않다.

형사미성년자 조항의 경우 객관적이고 일괄적인 기준에 따라 책임능력을 판단하나 심신미약 감경을 적용할 때는 어떤 상태에 이른 것을 사물변별능력이나 의사결정능력이 없다고 볼 것인지는 법률적 판단의 영역에 속한다. 심신미약 판단에 대해 대법원은 「정신분열병의 종류 및 정도, 범행의 동기 및 원인, 범행의 경위 및 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 증거인멸 공작의 유무, 범행 및 그 전후의 상황에 관한 기억의 유무 및 정도, 반성의 빛 유무, 수사 및 공판정에서의 방어 및 변호의 방법과 태도, 정신병 발병 전의 피고인의 성격과 그 범죄와의 관련성 유무 및 정도」 등을 일응의 기준으로 제시하고 있을 뿐이다.<sup>2)</sup> 위의 기준에 의하더라도 주취상태를 심신미약에 이른 정도로 평가하려면 위와 같은 기준에 비추어 사물변별능력이나 의사결정능력에 장애가 초래된 점이 입증되어야 할 것이다.

2) 대법원 1994. 5. 13. 선고 94도581 판결 등, 2008도9867 판결에서는 충동조절장애와 관련하여 “자신의 충동을 억제하지 못하여 범죄를 저지르게 되는 현상은 정상인에게서도 얼마든지 찾아볼 수 있는 일로서, 특단의 사정이 없는 한 위와 같은 성격적 결함을 가진 자에 대하여 자신의 충동을 억제하고 법을 준수하도록 요구하는 것이 기대할 수 없는 행위를 요구하는 것이라고는 할 수 없으므로, 원칙적으로 충동조절장애와 같은 성격적 결함은 형의 감면사유인 심신장애에 해당하지 아니한다고 봄이 상당하지만, 충동조절 장애와 같은 성격적 결함이라 할지라도 그것이 매우 심각하여 원래의 의미의 정신병을 가진 사람과 동등하다고 평가할 수 있는 경우에는 그로 인한 범행은 심신장애로 인한 범행으로 보아야 한다”고 판시한 바 있다.

## 나. 음주로 인한 심신미약 감경 판결례

종래의 일부 판결례를 살펴보면, 피고인의 심신미약 주장을 판단함에 있어서, ‘심신미약에 해당하는지’를 먼저 판단하는 것이 아니라, ‘형을 더 감경할 필요가 있는지’를 먼저 검토하고 법률상 감경 조항을 적용해온 것은 아닌지 의구심이 들었던 것이 사실이다. 2016. 1. 6. 형법 개정을 통해 특수상해가 규정되기 전에는 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흥기등상해)죄의 법정형 하한이 1/2 이하의 형을 선고할 때 심신미약 감경을 적용한 예가 적지 않았다.<sup>3)</sup>

최근에도 피해자 운영의 굿당에 들어가 반항하는 피해자의 목을 조르고 머리채를 잡아 흔들며 반항을 억압하고 강제로 추행하려다가 미수에 그치고 상해를 입힌 성폭력범죄의처벌에관한특례법위반(강간등치상) 사안에서 심신미약을 인정하여, 징역 2년 6월에 집행유예 3년을 선고한 사례가 있었다.<sup>4)</sup> 1심은 “이 사건 범행의 경위, 체포 당시 피고인의 태도, 피고인이 이 사건 범행 당시 만취 상태로 범행 상황을 대부분 기억하지 못하는 점 등에 비추어 보면, 피고인은 이 사건 범행 당시 음주로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에 있었다고 판단된다”고 보았다. 해당 조항의 법정형 하한은 징역 10년으로 심신미약 감경 인정 여부에 따라 징역형의 집행을 유예할 수 있는지 여부도 달라지는 사안이었다.

그러나 위와 같은 사례는 일부에 불과하며, 심신미약 감경을 적용할 필요가 있는 구체적 사안이 존재한다는 점에는 충분히 공감한다. 다만 심신미약 감경을 적용함에 있어 피고인, 피해자가 모두 납득할 수 있는 충실한 심리가 행해지고 판결문에 주장을 받아들이거나 배척하는 이유가 상세히 설시되는 것이 수반되어야 한다.

정신감정서 기재나 정신병원 주치의의 법정 진술에도 불구하고 범행 전 칼을 준비한 점, 술을 깨기 위한 행동을 한 점, 칼을 숨기고 있다가 정확히 심장을 겨냥하여 찌른 점, 도주과정의 치밀함 등을 이유로 심신미약 주장을 배척한 사례나<sup>5)</sup> 반면, 1심에서 심신미약 주장을

3) 전주지방법원 2014고단1523 등 다수

4) 수원지방법원 안산지원 2018. 4. 6. 선고 2017고합353, 항소심은 서울고등법원 2018노1106, 항소심은 검사의 항소를 기각하면서 심신미약이 인정되는 사유를 다소 구체적으로 설시하였다.

배척하였으나, 항소심에서는 마신 술의 양, 주고받은 문자메시지 내용, 피고인과 피해자의 사건 전후 관계 등을 자세히 실시하며 심신미약 상태에 있었다고 인정한 사례<sup>6)</sup> 등은 충실한 심신미약 판단이 이루어진 예이다.

#### 다. 피고인의 치유와 개선

책임이 제한되는 것은 결과적으로 피고인에게 행위의 결과를 모두 부담시킬 수 없다는 법률적 판단에 의한 것이다. 그렇다면 피고인이 아닌 누가 이를 부담해야 하는가에 대한 고찰이 아울러 필요하다. 피고인이 다소 감경된 형사처벌을 받는 것에 그친다면 일반예방적 효과도 기대할 수 없게 된다. 또한 심신미약에 빠질 수 있는 위험성을 내재하고 있는 피고인이 스스로 비용을 부담하여 정신과 치료를 받거나 자발적으로 음주를 자제하는 것을 기대해야 할 뿐이다. 결국 심신미약 감경은 필연적으로 감경된 책임을 형사처벌이 아닌 다른 것으로 대체하여 재차 심신미약에 빠지는 것을 방지하는 제도를 수반해야 한다는 결론에 도달한다.

수사단계에서 치료감호가 청구되는 사건은 정신감정을 통해 심신장애가 있는지 확인하는 절차를 거치게 된다. 올해 치료감호가 선고된 1심 판결문 37건을 확인한 결과 그 중 3건은 알코올 의존증, 음주 습벽, 알코올 사용장애 중증도 등을 이유로 심신미약을 인정하고 치료감호를 병과하였다. 이에 반하여 음주로 인한 일시적이고 일회적인 심신미약의 경우 현행법상 감경된 형벌 외에 피고인에 대한 다른 제재나 예방책이 없다. 주제발표 2에서 피고인의 치유와 개선을 도와 건전한 사회인으로 거듭 나도록 돕는 것이 필요하고, 미국의 입법례도 소개한 것은<sup>7)</sup> 매우 의미있는 접근이다.

#### 라. 양형기준상 일반행위자감경인자로서의 ‘심신미약(본인책임있음)’

총 38개 범죄군의 양형기준에서 살인, 강도, 폭력 등 총 18개 범죄군의 양형기준에는 일

5) 광주고등법원 제주형사부 2012. 9. 26. 선고 2012노45 판결

6) 대전고등법원 청주재판부 2018. 11. 8. 선고 2017고합112 판결

7) 발표문 ‘주취로 인한 심신미약 주장의 실무상 취급 및 주취범죄의 양형 실무과 개선방향’ 제20쪽 참조

반행위자감경요소로 ‘심신미약(본인책임있음)’을 정하고 있다.<sup>8)</sup> 특별행위자감경요소로 ‘심신미약(본인책임없음)’이 규정되어 있는 것에 비추어보면 본인책임으로 인한 심신미약이 감경인자로 고려되어야 하는지 의문이 든다. 이는 형법 제10조 제3항의 규정과도 맞지 않는 것이다. 본인책임있는 심신상실의 경우 형법 제10조 제3항이 적용되나, 본인책임있는 심신미약의 경우 형법 제10조 제3항에 불구하고 양형기준상 형을 감경할 수 있는 여지가 생긴다. 약취·유인·인신매매 등 총 15개 범죄군(일부 선거범죄 포함)과 같이 심신미약(본인책임없음)만을 특별행위자감경요소로 정하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

성범죄와 공무집행방해는 음주 또는 약물로 인한 만취상태에 대해 별도의 설명을 덧붙이고 있다. ① 범행의 고의로 또는 범행 수행을 예견하거나 범행 후 면책사유로 삼기 위하여 자의로 음주 또는 약물로 인하여 만취상태에 빠진 경우에는 심신미약 상태를 불문하고 일반가중인자로 반영하도록 하였으며, ② 범행의 고의가 없었고, 범행 수행을 예견하지는 못했으나, 만취상태에 빠지면 타인에게 해악을 미칠 소질(가능성)이 있는 경우에는 감경인자로 반영하지 않으며, ③ 위 두 가지에 해당하지 않더라도 심신미약 상태에 이르지 않은 경우에는 만취상태를 감경인자로 반영하지 않는다고 정하였다.<sup>9)</sup>

위 기준은 만취상태와 심신미약을 별개로 보고있으며, 만취상태에 이른 경위를 세분화한 점에서 의미가 있다. 다만 위 ①, ②에 해당하는지에 따라 만취상태가 가중요소로 반영되기도 하고, 감경요소로 반영되기도 하여 그 결과의 차이가 크다는 점에서 추가적인 양형기준 논의나 판례를 통해 범행의 고의를 가지고 만취상태에 빠진 경우 및 범행 수행을 예견한 경우와 타인에게 해악을 미칠 소질이 있는 경우를 구별하는 기준을 상세히 정립해나가야 할

8) 양형기준상 심신미약이 감경요소로 반영되는 형태는 총 4개로 나뉜다.

(1) 심신미약(본인책임없음)을 특별행위자감경인자로 정하고, 심신미약(본인책임있음)을 일반행위자감경인자로 정하는 경우(살인, 강도, 횡령배임, 증거인멸, 사기, 절도, 공무집행방해, 마약, 폭력, 공갈, 방화, 체포감금유가학대, 정물, 권리행사방해, 업무방해, 손괴, 근로기준법위반 중 강제근로중간착취, 도주범인은닉, 대부업법·채권추심법위반 범죄)

(2) 심신미약을 특별행위자감경인자로 정할 뿐 본인책임 유무에 따라 나누지 않는 경우(위증, 무고, 조세, 근로기준법위반 중 임금 등 미지급범죄)

(3) 심신미약이 감경인자로 규정되어 있지 않은 경우(뇌물, 증권, 일부 선거범죄)

(4) 심신미약(본인책임없음)을 특별행위자감경인자로 정할 뿐 일반행위자감경인자는 규정하고 있지 않은 경우(약취·유인·인신매매, 공문서, 사문서, 식품보건, 금융, 지식재산권, 교통, 일부 선거, 배임수증제, 변호사법위반, 성매매, 사행성게임물, 석유사업법위반, 과실치사상, 통화유가증권부정수표단속법위반)

9) 2018 양형기준, 대법원 양형위원회, 제29쪽, 제178쪽 참조

것이다.

### 3 음주운전 범행의 양형 검토

#### 가. 음주운전에 대한 처벌 강화 필요성

최근 음주운전을 하던 차량에 치여 전역을 앞둔 20대 청년이 사망하는 사건이 발생하였다. 음주운전 처벌을 강화해달라는 국민청원은 이미 추천수 100만개를 넘어섰고, 법무부장관이 직접 국민청원에 답변하면서, 상습음주운전이나, 음주운전으로 인한 사망·중상해 사고에 대해서는 구속영장 청구, 최고형 구형, 적극 항소하도록 지시하였다고 밝혔다.

검찰은 2016. 4. 음주운전에 엄정 대처하기 위해 구형을 대폭 상향한 ‘교통사고 및 음주운전 사건처리기준 합리화방안’을 시행한 바 있다. 그러나 상향된 구형에도 불구하고 선고형은 그에 미치지 못하는 것으로 보인다. 특히 음주상태에서 발생한 교통사고(치상) 사건은 평균 7.7월이 선고되는 것에 불과하고 집행유예 비율이 95%에 달하며 교통사고(치사) 사건은 평균 14.4월이 선고되고 집행유예 비율이 77%<sup>10)</sup>였다. 교통사고 범죄가 과실범이라는 특성을 감안하더라도 고의범인 음주운전과 결합된 교통사고까지 지나치게 가벼운 형이 선고되는 것은 다소 납득하기 어렵다. 현재 발의된 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 일부 개정안(운창호법)에서 위험운전치사상죄의 법정형을 살인죄의 법정형과 동일하게 규정하고 있는 것도, 음주라는 중대한 과실로 인한 교통사고까지 일반 과실범과 같게 취급하는 것이 일반 국민들의 법감정과 상당한 괴리가 있음을 보여준다.

#### 나. 교통범죄 양형기준 검토

현행 양형기준은 일반 교통사고 유형(1유형)에 교통사고처리특례법(이하 ‘교특법’이라 한다)과 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률(이하 ‘특가법’이라 한다)의 위험운전치사상을 포함하고 있다. 그러나 교특법의 치사상 사건과 특가법의 위험운전치사상 사건은 법정형에 있

10) 2016. 7. 1. 이후 기소되었고 2018. 6. 30.까지 선고된 사건을 분석한 것임

어 형종과 형량에 큰 차이가 있고, 교특법의 음주운전은 ‘술에 취한 상태에서 운전한 경우’를 정하고 있는 반면, 특가법의 위험운전은 ‘음주 또는 약물의 영향으로 정상적인 운전이 불가능한 경우’<sup>11)</sup>를 정하고 있어 이를 전혀 구별하지 않는 현행 양형기준은 수정되어야 한다.

검찰은 2016. 1. 25. 제70차 양형위원회 회의에서 교통범죄 양형기준 수정안이 확정된 후 양형기준으로 인해 특가법상 위험운전치사상 규정 자체가 사문화될 위험이 있으며 별도의 유형으로 분류해야 하는 방향으로 재검토가 이루어져야 한다는 검토의견을 제시한바 있다. 그러나 수정된 양형기준은 특별가중요소로 ‘음주운전 등의 경우’만을 정하고 있으며 이는 교특법상 음주운전, 특가법 제5조의11에 해당하는 경우, 음주측정요구에 불응한 경우를 의미하고 위 사유에 해당하는 경우 다수 범죄로 취급하지 아니하고 양형인자로만 취급하고 있다. 이는 위험운전을 단순 음주운전과 같게 취급하는 것일 뿐 아니라 다수 범죄로 취급하는 것도 차단하여 위험운전 범행의 불법성을 양형에 전혀 담아내지 못하는 것이다. 음주상태에서 사고가 발생하였다면, 교통사고 후 도주 유형에 해당하지 않는 이상, 음주수치가 0.05%인지, 0.2%이상인지, 위험운전이었는지에 대한 고려없이 1개의 특별가중인자가 선택되어 권고범위가 설정될 뿐이다. 이에 대해서는 위험운전치사상을 별도의 유형으로 분류하는 방안을 진지하게 검토해야 할 것이다.

#### 4 마치면서

형사사법은 일반 국민의 법감정과 매우 밀접한 관련이 있다. 형벌이 어느 정도에 이르러야 일반예방적 효과가 있는지, 재범률을 낮출 수 있는지는 국회, 검찰, 법원이 지속적으로 고민하여 법정형, 구형, 선고형을 정해가야 할 것이다.

음주로 인한 심신미약 감경은 이를 아예 배제할 것은 아니나, 구체적 사안에 따라 심신미약 인정 여부에 대해 충실한 심리가 이루어져야 할 것으로 보인다. 이러한 심리결과가 판결

11) 실제 특가법 위험운전은 혈중알콜농도가 최소한 0.1% 이상으로 사고 당시 의식이 없거나 보행이 비틀거리는 등 정상적인 운전이 불가능하였음이 입증된 경우에 한하여 인정하고 있으며, 특가법상 위험운전치사상죄가 적용된 판결문을 분석한 결과 혈중알콜농도는 평균 0.182%에 이르는 것으로 확인됨

문에도 상세히 기재되어야 피고인, 피해자 모두 납득할 수 있는 결론에 도달할 것이다. 또한 피고인이 심신미약 상태에서 범죄를 저질러 피고인의 형사책임이 일부 감경되더라도, 재차 심신미약 상태에 빠져 재범하는 일이 없도록 치료제도에 대한 검토가 병행되어야 한다.

마지막으로 살인 등 범죄의 양형기준에 심신미약(본인책임있음)이 일반감경요소로 규정된 것과 음주운전 교통사고의 경우 교특법상 음주운전과 특가법상 위험운전치사상을 전혀 구분하고 있지 않은 것은 이번 학술대회를 기점으로 반드시 재검토되어야 할 문제이다.

[발표 및 토론]  
음주로 인한 양형의 감경 또는 가중의 제문제

제1세션

『지정토론』: 발표자의 주제발표문에 대한 지정토론문  
**여론과 음주, 그리고 양형**

정원수 (동아일보 기자)



## 여론과 음주, 그리고 양형



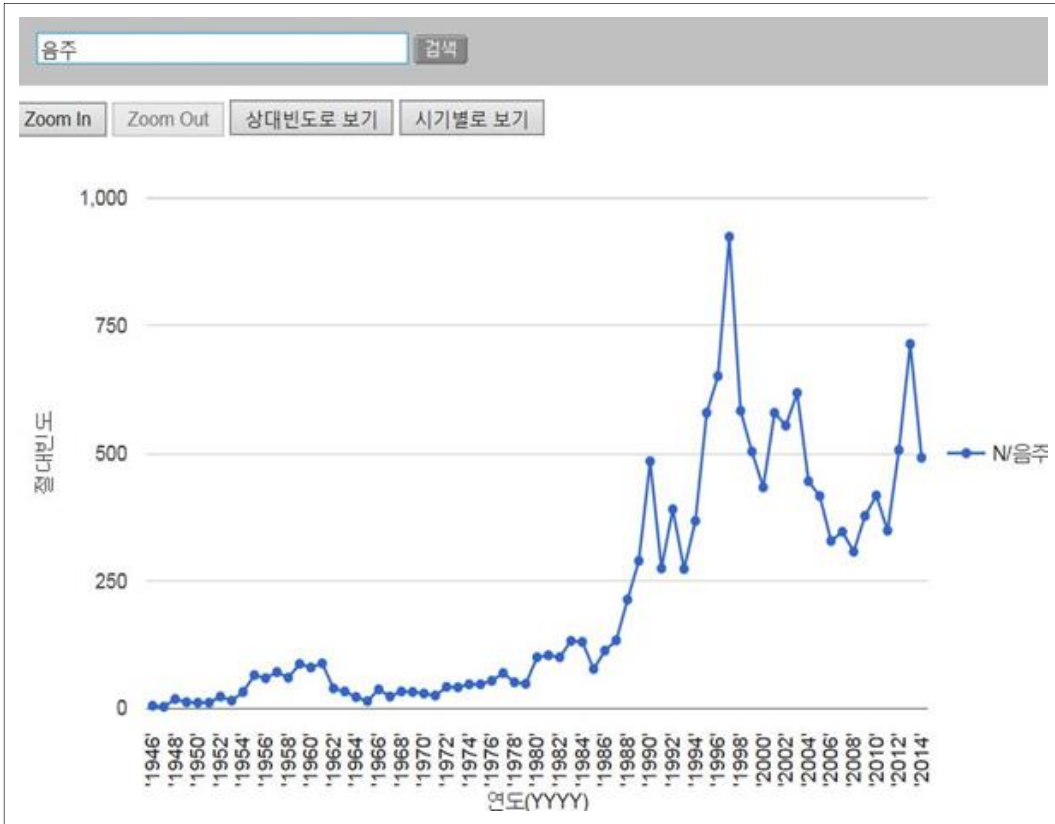
정원수 (동아일보 기자)

음주는 언론보도에서도 사회현상을 표현하기 위해 자주 등장하는 단골메뉴였고, 지금도 그런 경향이 있음. ‘동아일보 코퍼스 분석1)’에 따르면 음주는 1946년 이후 1980년대 중반까지 거의 증가세를 보이지 않다가 그 이후 지면 등장 빈도수가 크게 늘어나는 경향을 보였음. 특히 외환위기 이듬해인 1998년이 사상 최고치였다가 그 이후에 급감 추세를 보였음. 그러나 조두순 사건이 발생한 2008년을 기점으로 다시 증가하는 추세를 보였음(〈표1〉 참고).

이도길 고려대 민족문화연구원 교수 등이 1946~2014년 발간된 동아일보 약 260만 기사(약 4억1000만 어절)를 분석할 수 있는 시스템을 개발한 뒤 붙인 분석 기법의 이름. 신문 기사를 분석하기 위해 기사 문장을 형태소로 분리하고, 품사정보를 태깅했음. 이를 통해 언어적 사회·문화적 추세를 분석하는 자료로 활용하고 있음. 관련 내용이 2018년 8월 14~15일자에 보도된 바 있음.

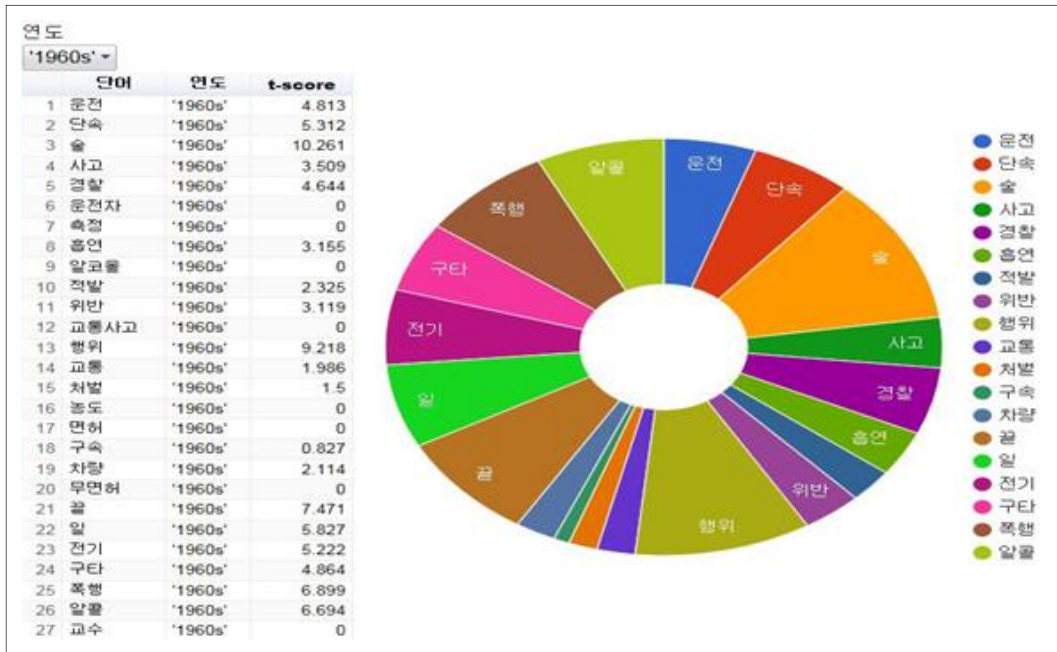
1) 이도길 고려대 민족문화연구원 교수 등이 1946~2014년 발간된 동아일보 약 260만 기사(약 4억1000만 어절)를 분석할 수 있는 시스템을 개발한 뒤 붙인 분석 기법의 이름. 신문 기사를 분석하기 위해 기사 문장을 형태소로 분리하고, 품사정보를 태깅했음. 이를 통해 언어적 사회·문화적 추세를 분석하는 자료로 활용하고 있음. 관련 내용이 2018년 8월14~15일자에 보도된 바 있음.

〈표 1〉

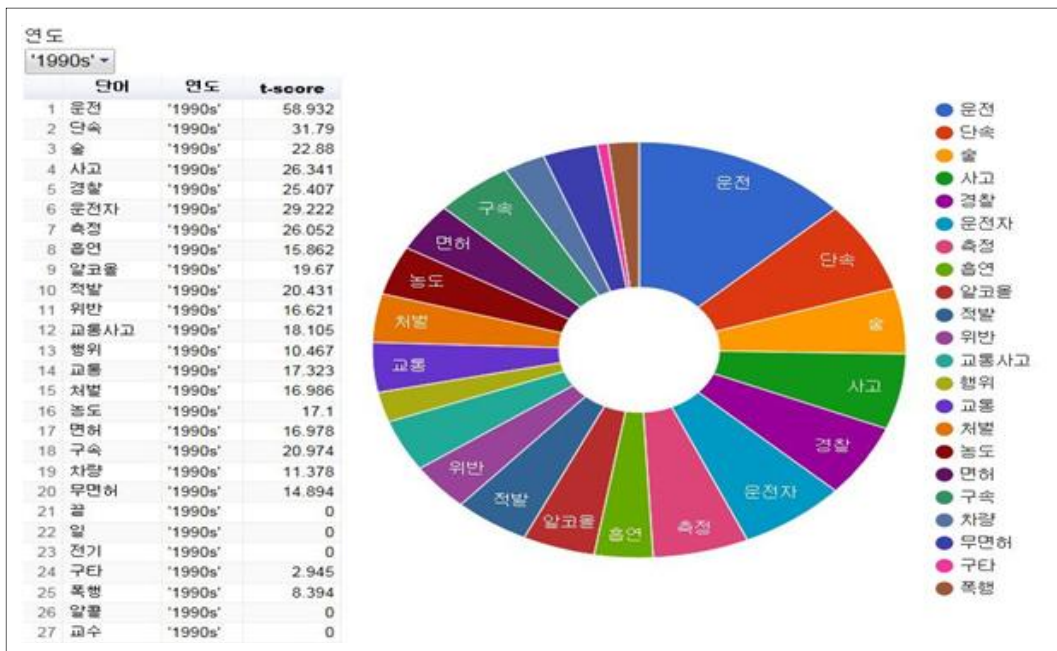


음주와 같은 기사에 등장하는 단어들은 주로 운전과 단속, 술, 사고, 경찰, 운전자, 측정, 흡연, 적발, 위반, 구속, 구타, 폭행 등이 많았음. 음주운전과 폭행, 교통사고 등 음주로 유발하는 범죄가 많았다는 의미였음. 특히 시대적으로 보면 음주에 대한 사회적 인식 차이가 두드러짐. 1960년대에는 음주와 관련해 술, 사고, 경찰 등의 단어도 있었지만 일, 끝 등이 큰 비중을 차지했음. 구속의 비중은 0.827에 불과할 정도로 매우 낮았음. (〈표2〉 참고). 그러나 음주 관련 보도가 크게 늘어난 1990년대에는 운전, 단속, 술, 사고, 경찰 등의 비중이 높았음. 1960년대에 함께 등장했던 일, 끝이라는 단어는 사라졌음. 특히 구속은 20.974로 60년대와 비교해 25배 이상 비중이 증가한 것으로 나타났음(〈표3〉 참고).

〈표 2〉

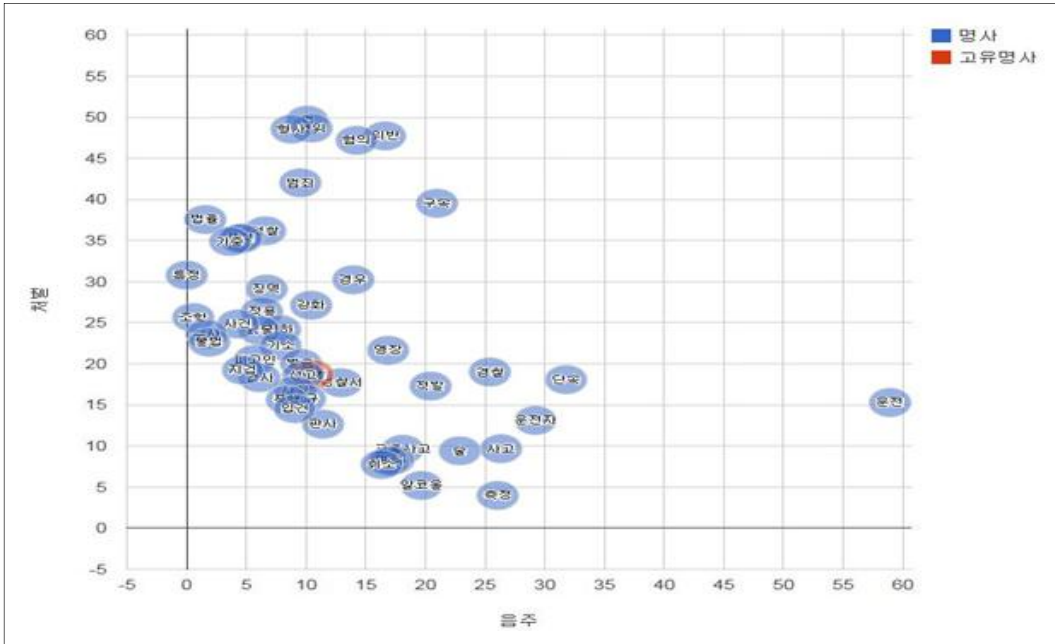


〈표 3〉

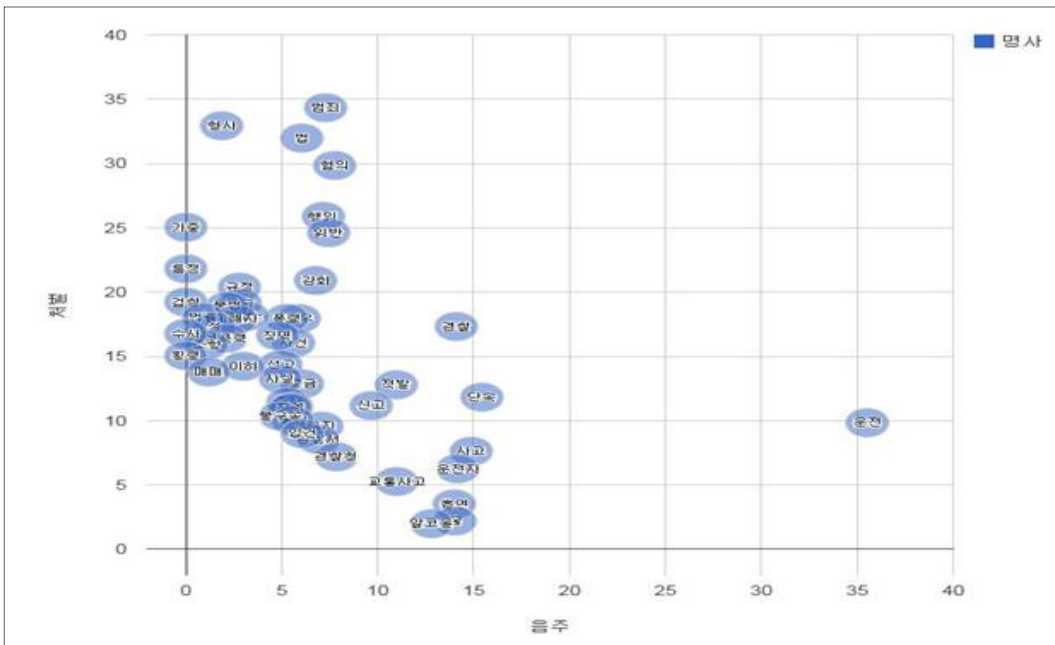


음주 보도의 빈도수와 비교했을 때 음주를 처벌하라는 연관성은 상대적으로 그렇게 높게 나타나지 않았음. 음주와 기증, 처벌이 함께 등장하는 기사의 비중은 0-5 사이에 위치한 것으로 봤을 때 음주를 강하게 처벌하자는 움직임 자체는 최근의 추세라고 볼 수 있음(〈표4〉참고).

〈표 4-1〉



〈표 4-2〉



언론에서 음주 관련 보도가 많았다는 것은 그만큼 당시 여론이 음주에 대해 높은 관심을 보였다는 것으로 해석할 수 있음. 실제로 90년대 후반부터 우리 사회 전반적으로 음주운전은 곧 범죄라는 인식이 확산되던 때였음. 동아일보를 포함한 여러 신문, 방송사들이 앞 다퉈서 음주 특히 ‘음주운전을 뿌리 뽑자’는 취지의 캠페인을 대대적으로 했던 시기이기도 함.

특히 최근에는 양적 증가에 이어 질적인 측면에서 달라지고 있어. 단순히 음주 폭력이나 음주운전, 음주 성폭력과 같은 사건 사고를 보도한 데 그치지 않고, 음주의 경각심을 강조하고 음주 처벌을 강화해야 한다는 보도가 함께 늘었다는 것을 알 수 있음. 처음에는 수사기관에 엄벌을 요구하다가 법원의 형량을 높이라는 요구, 청와대와 국회를 상대로 입법을 촉구하는 목소리도 커지고 있는 추세임.

언론보도 빈도수가 늘어나면서 음주에 대한 처벌이 강화됐음. 음주의 대표범죄인 음주운전의 경우 <표5>와 같이 처벌이 계속 강화되고 있음. 6개월에서 1년으로 오르는데 19년이 걸렸는데 1년에서 2년, 2년에서 3년으로 바뀌는데 각각 9년 밖에 걸리지 않아. 특히 1년 이상 징역, 500만원 이상 벌금형으로 2011년 시행된 관련법은 더 크게 강화됐음. 교통범죄에 대한 양형기준도 2012년 7월 시행된 것에 비해 2016년 5월 시행에 들어간 기준이 더 강화됐음.

<표 5>

1962. 1. 20	6개월 이하 징역 또는 20만원 이하의 벌금이나 구류 또는 과료
1981. 4. 1	1년 이하 징역 또는 50만원 이하의 벌금
1990. 11. 2	2년 이하 징역 또는 300만원 이하의 벌금
1999. 1. 29	2년 이하 징역 또는 500만원 이하의 벌금
2009. 10. 2	3년 이하 징역 또는 1000만원 이하의 벌금
2011. 12. 9	1년 이상 3년 이하 징역 또는 500만원 이상 1000만원 이하의 벌금 (3회 이상 위반자 기준)

최근 법 개정이나 양형기준 등에서도 이런 추세를 반영해야 한다고 봄. 법원은 음주 등 본인 책임이 있는 심신미약이 양형인자로 적용된 사건의 비율이 최근 5년간 1.17%에 불과하고, 특히 2017년은 단 2건만 인정되고 있음. 성폭력 사건에서 주취감경 주장을 받아들인 사례가 거의 없는 추세임. 이런 점에서 최형표 대법원 재판연구관의 발제 자료처럼 음주의 영향으로 심신미약이라는 판단이 내려진 경우 필요적으로 형을 감경하도록 규정하고 있는 것을, 독일형법처럼 임의적 감경사유로 삼는 것은 좋은 대안 중의 하나라고 봄.

검찰에서는 2016년부터 음주처벌을 강화하고 있는데, 범죄의 엄벌, 신속 처벌 못지 않게 확실처벌이 일반 국민들에게 주는 영향이 큰 만큼 이 원칙이 그대로 지켜져야 한다고 봄. 검찰이 국회에 제출한 통계에 따르면 2016년 이후 음주운전으로 인한 교통사고 접수건수가 2016년 1만7000건 이상에서 지난해 1만2000건으로 줄었음. 특가법 도주 사건의 경우 2016년 8014건에서 지난해 1322건으로 급격하게 줄어든 것으로 나타남. 따라서 현재 25건 중 1건이 적발되는 것을 10건 이하, 5건 이하로 줄여서 암수범죄를 어떻게든 줄여나갈 필요가 있음.



[발표 및 토론]  
주취감경의 형법적 문제와 양형기준 개선의 과제

주제 발표:  
『주취감경의 형법적 문제와 양형기준 개선의 과제』

제2세션

## 酒醉減輕의 형법적 문제와 양형기준 개선 과제

김한균 (한국형사정책연구원 연구위원)



## 酒醉減輕의 형법적 문제와 양형기준 개선 과제



김한균 (한국형사정책연구원 연구위원)

사전적 의미에서 명정(酩酊, intoxication)은 정신을 차릴 수 없을 정도, 정신을 잃을 정도, 몸을 가누지 못할 정도로 취한 상태, 즉 대취(大醉), 만취(漫醉, 滿醉)의 상태를 뜻한다. 마약 등 약물과 술에 취하거나 중독인 상태를 말하며, 대개 주취(alcohol intoxication)를 가리킨다. 주취상태 범죄에서 음주사실은 판단력과 통제력 상실을 의미하기도 하고, 흥분으로 인한 무모성과 흥포성 강화를 뜻하기도 한다. ‘술을 마시고 저지른 범죄’의 양형 문제를 살피는 일이 쉽지 않은 이유다. 규범적 평가와 경험적 평가 사이에, 그리고 법적 판단과 상식적 판단 사이에 거리가 있다고 보일만한 이유이기도 하다. 심지어는 주취 범죄에 대해 심신미약을 인정해 ‘관대한 형’을 선고하다 보니 ‘사법불신’과 ‘국민적 분노’에 이를 지경이라고도 한다.<sup>1)</sup>

예컨대 국민 대다수가 주취감경 폐지에 찬성한다는 조사결과는 이러한 맥락에서 이해할

1) 한국갤럽이 2018년 8월 전국 성인 1001명에게 “술을 마시고 저지른 범죄에 대한 처벌을 어떻게 해야 하는가” 설문한 결과 응답자 61%는 ‘더 엄하게 처벌해야 한다’. 33%는 ‘술 마신 것 때문에 처벌 정도를 달리해서는 안 된다’고 답했다. 한겨레신문 2018년 10월 22일자 ([http://www.hani.co.kr/arti/society/society\\_general/866844.html#csidxf40c9982408b1d7a3ecc1ab4cd91c7f](http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/866844.html#csidxf40c9982408b1d7a3ecc1ab4cd91c7f) . 2018년 10월 23일 최종검색)

수 있다.<sup>2)</sup> 나아가 주취범죄에 대하여 더 엄하게 처벌해야 한다는 여론조사 결과도 나온다.<sup>3)</sup> 더 중하게 처벌해야 한다는 다수 응답은 설문의도에 비추어 당연한 결과이지만, 음주 사실은 양형판단에서 고려대상이 되어서는 안된다는 응답도 상당비율인 점은 주목할 만하다. ‘국민적 분노’의 내용은 단순히 주취범죄에 대한 엄벌 요구라기보다는 정당한 처벌, 합리적 양형에 대한 관심이라고 볼 수 있기 때문이다.

한국사회에서 음주와 실수의 연관에 대해서는 관대했던 정서가 음주와 범죄의 연관에 대해서도 관대해서는 더 이상 아니 된다는 판단으로 변화하는 점에 대해서는 형사정책적 고려가 필요하다. ‘국민의 건전한 상식’을 반영함으로써 국민이 신뢰할 수 있는 공정하고 객관적인 양형을 도모한다는 점에서는 양형기준도 마찬가지다. 다만, 한 사람이 음주의 상습으로 나아가고, 음주의 습벽 안에서 범죄로 또한 나아가는 현실 맥락도 함께 고려해야 주취 감경을 포함한 형사입법과 양형정책의 방향과 내용이 합리적으로 도출될 수 있을 것이다.

## I. 음주와 범죄

주취범죄자에 관한 통계적 현실을 살펴보면, 전체 범죄자 중 주취자 비율(대검찰청, 범죄분석 2005-2015)<sup>4)</sup>은 2011년까지 크게 감소하였다가 다시 증가하여 2015년에는 2005년 수준보다 높다. 특히 기간내 강력범죄 유형 범죄자 중 주취자 비율은 살인(30%),강도(15%),강간(30%),폭력(35%) 등 일정한 수준을 유지하고 있다.

또한 범죄전과자 중 주취자 비율(대검찰청, 범죄분석 2005-2015)<sup>5)</sup>을 비교해 보면, 그

2) 최근 술에 취한 음주 상태에서 교통사고나 여타 범죄를 저지른 때 심신미약을 이유로 형량을 줄여주는 ‘주취감형’ 제도의 존폐를 둘러싸고 논란이 일고 있는 가운데, 주취감형 제도 존폐에 대한 국민여론을 조사한 결과, ‘음주 범죄는 감형이 아니라 가중처벌 대상이므로 폐지해야 한다’는 응답이 80.0%로 집계됐다. ‘음주 또한 심신미약의 한 원인이므로 유지해야 한다’는 응답은 11.8%에 불과했다. CBS / 리얼미터, 주취감형제도존폐에 대한 국민여론 조사 (2018년 10월 15일. <http://www.realmeter.net/>)

3) “음주 범죄, ‘더 엄하게 처벌’ 61% 국민 대다수 주취 감경 관행 부정적”, 국민일보 2018년 8월30일자.

4) 범죄 유형별 범죄자 중 주취자 비율, 음주관련통계시스템 ([http://stat.kpha.or.kr/stat/t2/stat.php?sid=4\\_1](http://stat.kpha.or.kr/stat/t2/stat.php?sid=4_1))

비율은 지속적으로 증가하고 있다. 기간내 강력범죄 유형 전과자 중 주취자 비율은 전체 범죄자 중 주취자 비율에 비해 상당히 높게 나타난다. 살인(50%),강도(55%),강간(40%),폭력(50%) 등 일정한 수준을 유지하고 있다. 이처럼 강력범죄 중 주취자 비율이 일정하게 유지되고, 이에 비하여 강력범죄 전과자중 주취자 비율은 상당히 높은 수준으로 역시 일정하게 유지된다는 통계적 사실은 주취문제가 강력범죄의 일정한 요인으로 자리 잡고 있다는 점, 주취문제를 교정하는 프로그램이 부재하거나 효과가 없다는 점을 시사해 준다.

가장 최근의 2016년도 범죄통계를 살펴보면, 전체 살인범죄자수 1043명중 전과자는 596명이다. 전과자 중 범행시 정신상태로서 주취상태인 경우는 307명으로 전과범죄자의 52%에 달한다. 이에 비해 정신장애자는 32명에 불과하다. 성폭력범죄의 경우 성폭력범죄

연도	구분	전체	강력범죄(총액)					강력범죄(폭력)	기타범죄
			전체	살인	강도	병화	강간		
2005	전체	1,049,250	13,134	938	2,797	1,044	8,355	341,447	694,669
	주취자	190,335	3,823	290	398	486	2,649	126,100	60,412
	비율	18.14	29.11	30.92	14.23	46.55	31.71	36.93	8.70
2006	전체	1,033,914	14,851	895	2,836	1,039	10,081	283,683	735,380
	주취자	165,764	4,256	287	453	465	3,051	103,072	58,436
	비율	16.03	28.66	32.07	15.97	44.75	30.26	36.33	7.95
2007	전체	1,008,253	14,114	873	2,922	982	9,337	305,386	688,753
	주취자	180,122	4,104	296	435	390	2,983	109,220	66,798
	비율	17.86	29.08	33.91	14.89	39.71	31.95	35.76	9.70
2008	전체	1,179,445	18,961	909	3,737	1,413	12,902	401,691	758,793
	주취자	210,679	5,655	333	559	687	4,076	136,003	69,021
	비율	17.86	29.82	36.63	14.96	48.62	31.59	33.86	9.10
2009	전체	1,278,802	21,365	1,075	5,030	1,407	13,853	400,136	857,301
	주취자	210,536	5,948	405	762	633	4,148	132,853	71,735
	비율	16.46	27.84	37.67	15.15	44.99	29.94	33.20	8.37
2010	전체	1,108,307	22,267	1,002	3,286	1,286	16,693	342,589	743,451
	주취자	187,421	6,250	368	547	596	4,739	115,202	65,969
	비율	16.91	28.07	36.73	16.65	46.35	28.39	33.63	8.87
2011	전체	1,114,495	25,019	1,120	4,319	1,389	18,191	336,529	752,947
	주취자	210,976	7,145	425	522	608	5,590	121,324	82,507
	비율	16.39	28.74	38.71	14.90	43.49	29.63	32.41	9.29
2012	전체	1,287,401	24,863	1,098	3,503	1,398	18,864	374,354	888,184
	전체	1,276,886	27,580	1,028	2,718	1,382	22,452	344,376	904,930
	주취자	205,655	8,137	371	413	645	6,708	114,781	82,737
2013	전체	1,492,974	29,715	1,036	2,097	1,444	25,138	329,614	1,133,645
	주취자	417,868	9,345	357	324	679	7,985	106,667	301,856
	비율	27.99	31.45	34.46	15.45	47.02	31.76	32.36	26.63
2014	전체	1,552,517	31,639	1,002	2,021	1,479	27,137	342,526	1,178,352
	주취자	409,374	9,599	350	316	672	8,261	103,176	296,619
	비율	26.37	30.34	34.93	15.64	45.44	30.44	30.12	25.17

5) 범죄 유형별 전과자 중 주취자 비율, 음주관련통계시스템 ([http://stat.kpha.or.kr/stat/t2/stat.php?sid=4\\_4](http://stat.kpha.or.kr/stat/t2/stat.php?sid=4_4))

자 29,289명 중 전과범죄자는 13,710명인데, 범행시 주취상태가 5,730명으로 전과범죄자의 42%에 달한다. 폭행범죄의 경우 전과범죄자 89,780명중 46,165명, 상해범죄의 경우 전과범죄자 53,102명중 27,144명이 범행당시 주취상태였다.<sup>6)</sup> 따라서 살인, 성폭력 등 강력범죄의 경우 범죄경력과 결합된 주취상태가 가장 큰 특징이라 할 수 있다. 범죄통계는 전과범죄자의 범행당시 정신상태를 가리키는 것으로서 주취상태가 범죄원인의 하나이거나 주요원인이라 단정할 수는 없지만, 범행당시 주취상태이거나 주취상태였다고 주장하였다는 사실이기에 때문에, 한국 사회 강력범죄의 주요특성임은 분명하다.

다만 형사정책적 관점에서 고려해야 할 부분을 2016년도 통계상 살인범죄자 특성을 통해 좀 더살펴보면 다음과 같다. 첫째, 살인범죄자 1043명 중 무직 또는 직업불상자가 541

연도	구분	전체	강력범죄(총액)					강력범죄(폭력)	기타범죄
			전체	살인	강도	병화	강간		
2005	전체	498,692	7,605	558	1,861	709	4,477	204,947	286,140
	주취자	143,339	2,829	235	312	398	1,884	106,358	34,152
	비율	28.74	37.20	42.11	16.77	56.14	42.08	51.90	11.94
2006	전체	468,437	8,319	574	1,866	680	5,199	161,238	298,880
	주취자	126,067	3,183	244	341	384	2,214	79,098	43,786
	비율	26.91	38.26	42.51	18.27	56.47	42.59	49.06	14.65
2007	전체	459,669	7,664	560	1,876	622	4,606	167,446	284,559
	주취자	138,671	3,114	267	346	332	2,169	84,149	51,408
	비율	30.17	40.63	47.68	18.44	53.38	47.09	50.25	18.07
2008	전체	531,967	10,444	590	2,423	934	6,497	212,167	309,356
	주취자	162,683	4,205	302	420	577	2,906	104,123	54,355
	비율	30.58	40.26	51.19	17.33	61.78	44.73	49.08	17.57
2009	전체	564,608	11,643	704	3,340	920	6,679	209,974	342,991
	주취자	163,916	4,499	361	604	547	2,987	102,485	56,932
	비율	29.03	38.64	51.28	18.08	59.46	44.72	48.81	16.60
2010	전체	489,535	11,583	640	2,181	884	7,878	178,450	299,502
	주취자	145,856	4,679	313	449	503	3,414	89,351	51,826
	비율	29.79	40.40	48.91	20.59	56.90	43.34	50.07	17.30
2011	전체	477,690	13,244	777	2,983	908	8,576	169,596	294,850
	주취자	148,211	5,105	387	524	505	3,689	86,294	56,812
	비율	31.03	38.55	49.81	17.57	55.62	43.02	50.88	19.27
2012	전체	527,345	12,758	658	2,358	920	8,822	183,905	330,682
	주취자	161,031	5,071	346	393	510	3,822	91,732	64,228
	비율	30.54	39.75	52.58	16.67	55.43	43.32	49.88	19.42
2013	전체	524,208	14,683	618	1,856	939	11,270	170,327	339,198
	주취자	158,382	5,621	298	331	539	4,453	87,906	64,855
	비율	30.21	38.28	48.22	17.83	57.40	39.51	51.61	19.12
2014	전체	706,564	15,614	607	1,502	981	12,524	160,429	530,521
	주취자	296,854	6,390	294	253	583	5,260	81,785	208,679
	비율	42.01	40.92	48.43	16.84	59.43	42	51.98	39.33
2015	전체	714,705	16,031	603	1,409	1,035	12,984	160,777	537,897
	주취자	292,304	6,443	285	269	553	5,336	78,919	206,942
	비율	40.90	40.19	47.26	19.09	53.43	41.10	49.09	38.47

6) 대검찰청, 범죄분석 2016, 2017, 764-765면

명(52%)이며, 직업이 있는 경우 중에서도 일용노동이 98명(20%)에 달한다.<sup>7)</sup> 둘째, 살인범죄자의 교육정도는 무학 18명, 초등학교 중퇴 또는 졸업이 101명, 중학교 졸업 또는 중퇴 316명, 미상 222명으로 전체의 48%다.<sup>8)</sup> 셋째, 생활정도에서 하루가 667명으로 전체의 64%이며, 가족관계의 경우 미혼 315명, 그리고 부모 없음이 209명이다.<sup>9)</sup> 넷째, 2016년도 전과 있는 살인범죄자 596명의 경우 범행시 주취상태가 절반이상인데, 범행동기는 우발적 274명, 현실불만 35명으로 52%,<sup>10)</sup> 생활관계의 경우 하루 467명(78%), 미혼 185명, 이혼·사별 176명으로 61%에 달한다.<sup>11)</sup> 이러한 사회경제적 맥락은 주취상태에 대한 양형판단의 방향이 가중적으로만 가야할 것인지, 감경의 방향으로 갈 수 없는지 다시 생각해 보게 하는 부분이다. 주취범죄와 관련해 짚어보아야 할 사회적 맥락이 하나 더 있다. 주폭(주취폭력)이다.

경찰에 따르면 ‘서민을 대상으로 한 주취폭력’은 강력사건에 준한 엄정대응 대상이다.<sup>12)</sup> 2016년에는 이른바 ‘주폭(주취폭력)과의 전쟁’을 선포하고 ‘주폭 1000명 구속’을 목표로 경찰서마다 ‘주폭수사 전담팀’을 편성해 집중단속에 나선 경우도 있다. 문제는 경찰이 발표한 구속 주폭 피의자 100명 가운데 82명이 무직이고, 무직자의 대다수는 노숙자라는 사실이다. 또한 주폭 구속 대상 1136건 가운데 546건이 영세 식당 등에 대한 업무방해다.<sup>13)</sup> 실적주의에 따른 인권침해 여지도 문제지만, 이른바 주폭 대부분은 현실회피 심리로 인해 음주와 충동적 폭력성 악순환에 빠져 있는 최하층으로 처벌보다 치료가 우선이라는 지적이 나오는 이유다. 술에 관대한 문화와 주취 폭력자에 대한 처벌과 재범방지 관리규정이 없다

7) 대검찰청, 범죄분석 2016, 500-501면

8) 대검찰청, 범죄분석 2016, 512면

9) 대검찰청, 범죄분석 2016, 524-525면

10) 대검찰청, 범죄분석 2016, 766면

11) 대검찰청, 범죄분석 2016, 770면

12) 이는 최근 3년간 연평균 폭력사범(37만 8천여 명) 중 31.5%(11만 9천여 명), 공무집행방해사범(1만 5천여 명) 중 71.4%(1만여 명)가 주취 상태에서 범행한 것으로 나타났고, 피습으로 인한 지역경찰 공무 중 부상 사례(‘15년, 402건)의 78.9%(317건)도 주취자의 범행이라는데 근거가 있다. 이에 2017년 9-10월중 주취폭력사범을 특별 단속하여 19,010명을 검거하고 333명을 구속하였다. (경찰청 보도자료, 주취폭력·공무집행방해사범 특별단속 결과, 2017년 11월 15일)

13) “경찰 주폭 100명 구속 자랑…잡고보니 대부분 노숙인” 한겨레신문 2016년 6월 18일자

는 점 또한 지적된다.<sup>14)</sup> 주취범죄자로 하여금 애초 음주케 하는 사회현실이 범죄자에 대한 책임을 감할 근거가 되지 못할지라도, 책임을 감경할 근거를 배제하거나 오히려 가중할 근거 역시 되지 못할 것이다. 주취감경에 대한 모처럼 집중된 사회적 관심을 주취범죄자 교정 치료와 예방프로그램에 대한 정책적 관심으로 돌릴 필요도 있다.

## Ⅱ. 음주와 형사법

### 1 심신장애와 심신미약/심신상실

형법 제10조는 ‘심신장애인(心神障礙人)’을 심신장애가 있는 자라고 동어반복하고, 심신장애인이 사물변별 또는 의사결정능력이 없거나 미약할 경우 면책 또는 필요적 감경하도록 근거를 둘 뿐, 심신장애 내용을 명시하지는 아니한다.<sup>15)</sup> 신체적 장애인인 농아자의 경우 사물변별 또는 의사결정능력 요건 없이 필요적 감경하는 제11조와 구별된다. 따라서 법문을 놓고 볼 때, 심신장애인을 심신장애 요건과 사물변별 또는 의사결정능력 결여요건을 충족한 자라고 설명<sup>16)</sup>한다면 심신장애인의 개념에 혼동이 올 수 있다. 판례는 심신장애와 정신장애를 구분하고, 심신장애는 정신장애가 원인이 되어 사물변별 또는 의사결정능력이 없는 경우로 본다.<sup>17)</sup> 하지만 심신장애는 정신장애라는 일상용어와 구별되고 더 넓은 의미를 담은 고유의 법적 표지다.<sup>18)</sup> 정리하면, 형법 제10조는 심신장애인으로서 사물변별 또는 의

14) “우려가 현실로…출소 6일만에 칼부림” 노컷뉴스 2018년 9월 1일 (<http://www.nocutnews.co.kr/news/5029511>)

15) 2014년 개정형법(법률 제12898호, 2014.12.30.)은 형법 제10조 제목을 심신장애자에서 심신장애인으로 개정하였다. 제10조(심신장애인) ① 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다. ② 심신장애로 인하여 전향의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경한다.

16) 이상돈, 형법강론, 제2판, 2017, 292면; 오영근, 형법총론, 260면

17) “아무리 정신적 장애가 있는 자라 할지라도 행위당시 정상적인 사물변별능력이나 행위통제능력이 있었다면 심신장애로 볼 수 없다.” (대법원판결 1992.8.18. 92도1425)

18) 심신(心神)의 사전적 의미는 마음과 정신이라는 점을 고려하면, 심신장애 개념은 정신장애보다 넓은 의미로서 형사

사능력이 없거나 미약한 자에 관한 면책 또는 필요적 감경규정이다.

혼동을 피하기 위해 통설과 판례는 형법 제10조 제1항의 경우를 ‘심신상실자’라 한다. 심신장애로 인하여 사물변별능력, 즉 사물의 선악과 시비를 합리적으로 판단하여 구별할 수 있는 능력이 결여되거나 의사결정능력, 즉 사물을 변별한 바에 따라 의지를 정하여 자기의 행위를 통제할 수 있는 능력이 결여된 상태에 있는 자를 말한다. 동조 제2항의 경우는 ‘심신미약자’라 한다. 심신장애로 인하여 사물변별이나 의사결정능력이 결여된 정도는 아니고 미약한 상태에 있는 자를 말한다.<sup>19)</sup> 이와 관련하여 살펴볼 점은 두 가지다.

첫째, 사물변별능력은 사물에 대한 합리적 판단력 내지 불법을 인식할 수 있는 통찰능력으로 도덕적 선악판단과 구별되며, 또한 기억능력과도 구별된다. 의사결정능력은 불법통찰에 따라 의사를 결정하고 행동할 수 있는 능력이다.<sup>20)</sup> 판례 또한 사물변별과 의사결정능력은 각각 판단능력과 의지능력이며, 사실인식능력이나 기억능력은 포함되지 않을 수 있다고 본다.<sup>21)</sup> 즉 정신기능은 판단, 의지, 사실인식, 기억능력을 모두 포함하는 것인데, 심신장애로 인하여 판단 또는 의지 능력이 없거나 미약하다고 판정하면 형법 제10조의 심신상실자 또는 심신미약자에 해당할 것이지만, 사실인식 또는 기억 능력이 없거나 미약한 심신장애 상태에 있는 자에 관하여는 사물변별 또는 의사결정능력 존재에 관하여, 즉 심신상실자 또는 미약자로 볼 것인지 여부에 다름이 있을 수 있다.

둘째, 형법 제10조는 사물변별능력 또는 의사결정능력이라 규정한다. 사물변별능력이나 의사결정능력 중에 어느 하나만 결여 또는 미약해도 심신상실 또는 미약자로 인정될 수 있다는 의미다. 하지만 의사결정능력은 현실적으로 사물변별이 가능해야 비로소 문제될 수 있으므로, 의사결정능력 유무에 앞서 사물변별능력 유무부터 판단해야 한다.<sup>22)</sup>

책임능력 법적 판단의 공간을 넓혀 주는 기능을 하고 있다. (김한균, 한국과 중국의 미성년자·정신장애 범죄자 형사책임능력판단 및 정신질환 범죄자 처우 법정책, 비교형사법연구 18(4), 2016, 477면.) 따라서 몸과 마음을 가리키는 心身과 혼동할 수 있으므로 형법상의 심신장애를 정신장애로 개정해야 한다는 주장(김성돈, 형법총론, 제5판, 2017, 366면)은 심신장애를 정신장애와 구별하는 판례의 태도에 비추어 볼 때도 재검토를 요한다.

19) 대법원판결 1990. 8. 14. 90도1328.

20) 김성돈, 형법총론, 367-368면.; 이상돈, 형법강론, 296면.

21) 사물변별능력이나 의사결정능력은 판단능력 또는 의지능력과 관련된 것으로서 사실의 인식능력이나 기억능력과는 반드시 일치하는 것이 아니다. (대법원판결 1990. 8. 14. 90도1328.)

따라서 심신장애인이라는 사실만으로는 면책이나 필요적 감경의 당연한 대상인 것도 아닙니다. 행위자의 심신장애가 원인이 되어 사물변별 또는 의사결정 능력이 없거나 미약하다고 판단된 심신상실자나 심신미약자의 경우에만 해당된다.<sup>23)</sup> 음주, 명정, 주취, 만취 상태가 심신장애에 해당되는지는 판단이 필요하다. 심신장애에 해당된다 하더라도 주취를 원인으로 한 심신상실자 또는 심신미약자로 볼 것인지의 여부는 또 다른 판단이 필요하다.<sup>24)</sup> 이하 살펴 볼 “술에 만취해/만취되어 기억이 없다”는 자에 대한 판단 문제다.

## 2 심신장애와 주취

통설과 판례에 따르면 정신적 장애 또는 정신기능 장애는 정신병, 정신박약, 정신병질 또는 비정상적 정신상태, 중대한 의식장애다.<sup>25)</sup> 공식범죄통계에 따르면 범행시 정신상태 유형 중 하나인 심신장애를 정신이상, 정신박약, 기타 심신장애로 구분하고, 주취는 별도의 범주로 분류한다.<sup>26)</sup>

명정 또는 주취를 병적 심신장애 내지 의식장애로 인정하는 견해에 따르면 성질상 의식장애의 대표적 경우이며, 음주에 의한 뇌조직 영향을 볼 때 병적 심신장애로서 외인성 정신병으로 인정하기도 한다.<sup>27)</sup> 따라서 명정으로 인하여 행위자가 규범판단에 따른 결정능력이 없을 정도에 이르렀다면 책임능력이 없다는 것이다. 주취로 인해 반드시 의식 없는 상태에 이르러야 하는 것도 아니다. 의식을 잃어버렸다면 이미 행위능력도 상실한 것으로 본다.<sup>28)</sup>

22) 김성돈, 형법총론, 368면.

23) 김성돈, 형법총론, 368면.

24) 심신장애를 생물학적 요소로, 사물변별 또는 의사결정능력을 심리적 요소로 구분하는 통설의 생물-심리요소 구분방법의 타당성은 별론으로 하더라도, 심신장애와 심신상실 내지 미약은 구별된 판단을 필요로 한다.

25) 김성돈, 형법총론, 366면.; 김혜정 외, 형법총론, 2018, 215면; 오영근, 형법총론, 제4판, 박영사, 2018, 260면.; 임웅, 형법총론, 제10정판, 2018, 법문사, 312면.

26) 대검찰청, 범죄분석 2016, 764면

27) 이재상, 형법총론, 305면.

28) 이재상, 형법총론, 306면.

심신상실 또는 미약 여부는 심신장애의 종류 및 정도, 범행 동기 및 원인, 범행 경위 및 수단과 태양, 범행 전후 피고인 행동, 증거인멸 행위 여부, 피고인의 성격과 해당 범죄와의 관련성 유무 및 정도를 종합적으로 고려하여 법원이 독자적으로 판단한다.<sup>29)</sup> 이처럼 독자적인 규범적 판단의 문제라 함은 인과적·기술적 판단을 내용으로 하는 전문가 감정을 참고하여 또는 참고하지 않더라도 심신장애 및 심신장애로 인한 사물변별 또는 의사결정능력 여부와 정도 판단은 법적 개념이기 때문에 법관이 규범적으로, 또는 전후 사정과 목격자 증언 등을 참작하여 판단할 대상이라는 뜻이다.<sup>30)</sup> 하지만 실제 판례를 살펴보면, 법원에 고유하고도 독자적인 심신장애와 심신상실 또는 미약에 대한 규범적 판단기준이나 내용은 뚜렷하지 않다. 주취 내지 명정상태에 관하여도 그렇다.

### 3 주취에 대한 법원 판단

만취로 인한 심신미약을 인정하는 판례는 존재한다.<sup>31)</sup> 일시적 심신장애로서 명정에 이르지 아니한, 만취 이전의 음주상태도 심신미약에 해당할 수 있다는 견해<sup>32)</sup>도 있다. 음주로 인한 명정을 심신장애로 인정하였다는 판례라고 인용하는 예<sup>33)</sup>도 있다. 음주로 인한 명정

29) 형법 제10조 제1항 및 제2항 소정의 심신장애의 유무 및 정도의 판단은 법률적 판단으로서 반드시 전문감정인의 의견에 기속되어야 하는 것은 아니고, 정신분열병의 종류 및 정도, 범행의 동기 및 원인, 범행의 경위 및 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 증거인멸 공작의 유무, 범행 및 그 전후의 상황에 관한 기억의 유무 및 정도, 반성의 빛 유무, 수사 및 공판정에서의 방어 및 변호의 방법과 태도, 정신병 발병 전의 피고인의 성격과 그 범죄와의 관련성 유무 및 정도 등을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있다. (대법원판결 1994.5.13. 94도581)

30) 배종대, 형법총론, 제13판, 홍문사, 2017, 303면.; 임웅, 형법총론, 313면.

31) 피고인이 범행당시 평소의 주량을 훨씬 초과하여 2홉들이 소주 2병을 2명이 나누어 마신 후 피고인 혼자서 다시 같은 소주 3병을 더 마셔 만취된 상태였고, 범행후 피고인이 신발을 신은 채로 방안에서 잠을 잔 점 등을 모아 보면, 피고인은 범행당시 술에 취하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에 있었다고 봄이 상당하다. (대구고법 1985. 4. 9. 선고, 85노262, 제1 형사부판결)

32) 배종대, 형법총론, 304면.; 임웅, 형법총론, 314면.

33) 오영근, 형법총론, 261면, 이상돈, 형법강론, 293면; 임웅, 형법총론, 312면은 대법원판결 1990.2.13. 89도2364가 만취 또는 명정상태를 비정신적 정신상태 내지 의식장애로 인정한 판례라고 인용한다. 그런데 해당 판례는 피고인이 범행당시 술에 만취하였기 때문에 전혀 기억이 없다는 취지의 진술을 하고 있음을 인정하고, 해당진술이 범행당시 심신상실 또는 심신미약의 상태에 있었다는 주장으로서 형사소송법 제323조(유죄판결에 명시될 이유) 제2항 법률상 범죄 성립을 조각하거나 형 감면 이유가 되는 사실 진술에 해당되는데 판결에 이에 대한 판단을 명시하지 아니한 점을 지적하였을 따름이다.

은 만취상태가 행위자로 하여금 일시적 정신 신경마비 내지 장애를 일으켜 심신장애에 해당할 수 있다는 좀 더 상세한 기준을 제시한 판례가 있다는 설명도 있다.<sup>34)</sup> 아울러 제10조 3항과 관련하여 만취가 심신장애에 해당된다는 판례도 있다.<sup>35)</sup>

또한 음주명정과 알코올중독은 구별되는데, 알코올중독만으로 정신질환으로 인정하는 판례는 찾을 수 없지만, 우울증과 결합된 정신질환으로서는 심신장애에 해당된다고 보는 판례<sup>36)</sup>가 있다. 충동적 행동경향, 심한 열등의식, 사회에 대한 적개심이 만취상태와 결합할 때 심한 의식장애로서 심신장애를 인정한다는 예<sup>37)</sup>도 있다.

주취에 대한 법원의 판단을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 판례의 오인용 사례와 소수의 법원 판례를 모두 고려해 볼 때 단순한 명정상태나 만취 사실만으로 사물변별이나 의사결정능력이 없거나 미약하다 하여 형법 제10조의 심신상실 내지 미약이 인정된 경우는 없다.<sup>38)</sup>

34) 김혜정 외, 형법총론, 216면은 대법원판결 2004.7.9. 2004도2116를 음주로 인한 명정이 심신장애에 해당한다는 판례로 인용하였다. 그런데 해당 판례는 피고인이 법정에서 술에 만취되어 기억이 없다는 취지로 진술한 경우에, 피고인이 음주상태로 운전하다가 교통사고를 내었고, 사고 후에 도주까지 하였다고 하더라도 피고인이 술에 만취되어 사고 사실을 몰랐다고 범의를 부인함과 동시에 그 범행 당시 심신상실 또는 심신미약 상태에 있었다는 주장으로서 형사소송법 제323조 제2항에 정하여진 법률상 범죄 성립을 조각하거나 형의 감면 이유가 되는 사실 진술에 해당하므로 간이공판절차에 의하여 심판할 대상에 해당하지 아니한다는 점을 지적하였을 따름이다.

35) 형법 제10조 제3항은 고의에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위만이 아니라 과실에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위까지도 포함하는 것으로서 위험의 발생을 예견할 수 있었는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우도 그 적용 대상이 된다고 할 것이어서, 피고인이 음주운전을 할 의사를 가지고 음주만취한 후 운전을 결행하여 교통사고를 일으켰다면 피고인은 음주시에 교통사고를 일으킬 위험성을 예견하였는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 없다. (대법원판결 1992. 7. 28. 92도999)

36) 피고인이 우울증, 알콜중독증 등 정신질환으로 여러 차례에 걸쳐 입원치료를 받아왔고 그 최종 퇴원일부터 이 사건 범행일까지는 불과 3개월 남짓한 짧은 기간인 데다가 피고인이 이 사건 범행 전날밤에 우울한 기분을 느껴 밤새도록 많은 양의 술을 마시고 술이 완전히 깨지 아니한 상태에서 범행을 하기에 이르렀으며 범행당시에도 약간 우울하였었다고 진술하고 있는 점(피의자신문조서 기재)들에 비추어 보면, 위와 같은 진술태도만으로 이 사건 범행당시에 피고인에게 우울증, 알콜중독증 등 정신질환의 증세가 없었다고 단정하기는 어렵다고 여겨진다. (대법원판결 1989. 3. 14. 89도94)

37) 이상돈, 형법강론, 293면이 심신장애를 인정한 판례로 인용한 대법원판결 1984. 2. 14. 83도2785는 정신과전문 의가 피고인은 심한 열등의식, 충동적 행동경향, 사회 및 일반인에 대한 적개심, 자기비하정신을 가지고 있는 자라고 진단하고 있으며, 참고인 진술에 의하면 범행당일 피고인이 술에 취하여 비틀거리고 있었다는 것이며 피고인 자신은 범행을 저질렀는지 잘 모르겠다고 답하고 있는 사정 등을 고려하면 피고인은 평소 가지고 있는 정신이상상태에 과음으로 인한 흥분작용이 겹쳐서 범행당시 정신장애를 일으킨 것이 아닌가 의심이 가는데도 불구하고 이 점에 대한 충분한 심리도 없이 여기에 관한 주장을 배척하였음은 심리미진 위법이 있다는 취지일 따름이다.

38) 피고인이 비록 3일간 계속하여 술을 마셨다고는 하지만 그 음주량이 평소 주량에 비하여 과다한 것으로 보이지 않고 범행 당시의 정황도 소상히 기억하고 있는 점 등을 엿볼 수 있는바, 이러한 사정에 비추어 볼 때 피고인은 범행 당시

둘째, 이는 단지 음주하고 취했다는 사실이나 음주량이 아니라 행위자의 체질, 건강상태에 따라, 그리고 음주 당시의 주변상황을 고려해 구체적 행위에 기해 판단하기 때문이다.<sup>39)</sup> 즉 주량초과 사실과 만취 후 정황을 근거로 심신미약 상태를 인정하거나,<sup>40)</sup> 음주운전으로 인한 교통사고 발생 정황상 만취로 인한 심신장애가 야기되었다고 인정한 판례<sup>41)</sup>는 있다.

셋째, 독자적인 규범적 판단의 근거는 피고인이 진술한 평소 주량과 체질, 건강상태, 음주 전후 주변상황에 불과하다. 오히려 만취한 사실부분은 파악하였으나 심신장애와 그로 인한 심신상실 또는 미약 여부에 대한 직접적 판단은 회피하고, 정상참작의 사유로 처리한 예<sup>42)</sup>도 보인다. 판단근거조차 부족한 경우 심신장애에 해당하고 심신상실 또는 미약에 해당하는지 여부 판단을 건너뛰고 정상참작 정도로 처리하기도 한다.

여기서 정상참작 사유로 처리한다는 점은 형법 제10조의 판단이 아니라 형법 제53조 규정의 ‘범죄의 정상에 참작할 만한 사유’로서 작량감경 문제로 다룬다는 의미로 보인다. 주취상태 폭력범죄의 감경여부에 대한 우리 사회의 부정적 평가를 고려해 볼 때, 주취감경 사안을 형법 제10조의 문제로 신중히 검토하지 아니하고, 작량감경의 문제로 돌리려는 태도라 한다면 더욱 비판을 면하기 어려울 것이다.

#### 4 주취 기억상실 주장에 대한 판단

무엇보다도 현실적으로 빈번한 “술에 만취해/만취되어 기억이 없다”는 취지의 진술에 대해서도 마찬가지다. 법원은 피고인이 만취해 사실을 몰랐다면서 범의를 부인하는 진술은 범행 당시 심신상실 또는 심신미약 상태에 있었다는 주장에 해당함을 인정했을 뿐, 이를 심

다소 술에 취한 사실은 인정되나 그로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없었다든가 또는 그러한 능력이 미약한 상태에 있었던 것은 아니다. (대법원판결 1998.3.13. 98도159)

39) 김혜정 외, 형법총론, 216면; 임웅, 형법총론, 313면.

40) 대구고법 1985. 4. 9., 선고, 85노262, 제1형사부판결

41) 대법원판결 1992. 7. 28. 92도999

42) 원심은 피고인이 상당한 정도로 술에 취한 상태에서 범행을 저지른 사실을 인정하면서도 이를 정상참작의 사유로 삼았을 뿐 심신장애여부에 관하여 전혀 판단을 하지 아니한 잘못이 있다. (대법원판결 1990.2.13. 89도2364)

신상실 또는 심신미약으로 인정한 것은 아니다.<sup>43)</sup> 오히려 술에 취해 기억 없다는 진술의 전후맥락에 비추어 볼 때 심신미약 주장으로서도 인정하지 않고 단순히 범행을 부인하는 취지에 지나지 않는다고 보는 판례<sup>44)</sup>도 있다. 범행 당시 상황을 자세히 기억하고 있음을 근거로 심신장애상태로 보지 아니하는 판례<sup>45)</sup> 또한 있다. 기억 여부가 주취에 따른 심신상실 또는 심신미약 여부의 규범적 판단 근거가 되는지는 따져볼 문제다. 그 이유는 두 가지다.

첫째, 범행 경위를 소상하게 기억하고 있다고 하더라도 기억능력이 있다는 사실만으로는 범행당시 사물변별능력이나 의사결정능력이 결여된 정도가 아니라 미약한 상태에 있었다고 단정할 수는 없다.<sup>46)</sup>

둘째, 판례는 사물변별능력이나 의사결정능력은 판단능력 또는 의지능력과 관련되므로 사실인식능력이나 기억능력과 반드시 일치하지는 아니한다고 본다.<sup>47)</sup>

따라서 음주로 인하여 기억이 나지 않는다는 점이 심신상실 내지 미약을 인정할 근거가 되지 않거니와, 반대로 상황을 기억한다는 점이 심신상실 내지 미약을 부인할 근거도 되지 못한다.<sup>48)</sup>

43) 범행당시 술에 만취하였기 때문에 전혀 기억이 없다는 취지의 진술을 하고 있음이 인정되고, 해당진술이 범행당시 심신상실 또는 심신미약의 상태에 있었다는 주장으로서 형사소송법 제323조제2항 법률상 범죄 성립을 조각하거나 형 감면 이유가 되는 사실 진술에 해당된다. (대법원판결 1990.2.13. 89도2364; 대법원판결 2004.7.9. 2004도2116)

44) 피고인이 술에 취하여 기억이 없다고 한 진술을 그 진술의 전후맥락에 비추어 볼 때 심신장애로 인한 형의 감면을 주장하는 취지가 아니라 단순히 범행을 부인하는 취지에 지나지 않는다. (대법원판결 1988. 9. 13. 88도1284)

45) 범행 당시의 정황도 소상히 기억하고 있는 점 등 사정에 비추어 볼 때 피고인은 범행 당시 다소 술에 취한 사실은 인정되나 그로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없었다든가 또는 그러한 능력이 미약한 상태에 있었던 것은 아니다. (대법원판결 1998.3.13. 98도159)

46) 김성돈, 형법총론, 367-368면

47) 대법원판결 1990. 8. 14. 90도1328.

48) 왜냐하면 '주취자가 자기도 모르게 상대방을 향해 주먹질하는 경우'는 사물변별능력을 갖추고 있어도 문제되는 행위로 나아가는 의사를 억제할 만한 통제능력은 발휘하지 못한 경우로 심신상실 내지 미약이 인정될 수 있기 때문이다. (김성돈, 형법총론, 368면 참고)

## 5 성폭력범죄처벌특례법 및 아동청소년보호법상 형법 제10조 규정 특례의 의미

성폭력범죄처벌특례법 제20조<sup>49)</sup>와 아동청소년성보호법 제19조<sup>50)</sup>는 음주로 인한 심신장애 상태에서 성폭력범죄를 범한 때에는 형법 제10조 제1,2항을 적용하지 아니할 수 있다는 특례를 규정하였다.

특례규정은 주취로 인한 심신장애 상태에서 성폭력범죄 요건을 충족하면 사물변별이나 의사결정능력 상실 또는 미약 여부와 무관하게 면책이나 형감경의 대상이 되지 아니하도록 하였다. 형법 제10조 3항의 주취로 인한 위험발생예견이나 자의적 야기의 요건 역시 없다. 특례규정은 형법상 심신장애로 인한 심신상실 내지 미약의 면책 내지 필요적 감경, 그리고 위험발생 예견 및 자의적 야기 요건부 책임인정과 감경부인의 구조와 구별된다. 형법 제10조 3항은 위험발생예견과 자의적 야기를 근거로 면책 내지 감경을 적극적으로 금지한다. 특례규정은 성폭력범죄 특성상 음주로 인한 심신장애만 인정되면, 심신상실이나 미약에 대한 판단을 하지 않을 재량을 부여한다.

### Ⅲ. 주취범죄와 양형기준

#### 1 현행 양형기준에서 심신미약

현행 38개 양형기준에서 양형인자로서 심신미약은 특별-행위자인자로서 감경요소, 일반-행위자인자로서 감경요소로 평가된다. 성범죄에서 일반-행위인자로서 가중요소인 ‘심신장애 상태를 야기하여 범행한 경우’는 약물 투약 등 방법으로 피해자의 심신을 상실 또는 미약하게 하여 범행한 경우를 뜻하므로, 피고인의 심신장애가 아니라 피해자의 심신장애가

49) 법률 제10258호, 2010.4.15., 제정

50) 법률 제11572호, 2012.12.18., 전부개정

문제되는 경우로 구분되어야 한다.

양형인자로서 심신미약은 다시 본인 책임 여부에 따라 구분된다. 본인 책임 있는 심신미약은 일반-행위자인자로서 감경요소이고 본인 책임 없는 심신미약은 특별-행위자인자로서 감경요소다. 현행 양형기준에서 양형인자로서 심신미약에 대한 범죄유형별 평가내용을 정리하면 다음과 같다.

[도표] 범죄유형별 본인 책임여부에 따른 심신미약 양형인자 평가

본인 책임 없는 심신미약 - 특별감경인자	본인 책임 있는 심신미약 - 일반감경인자
살인범죄	살인범죄
성범죄	-
강도범죄	강도범죄
횡령 · 배임범죄	횡령 · 배임범죄
증거인멸범죄	증거인멸범죄
약취 · 유인 · 인신매매범죄	-
사기범죄	사기범죄
절도범죄	절도범죄
공문서범죄	-
사문서범죄	-
공무집행방해범죄	공무집행방해범죄
식품 · 보건범죄	식품 · 보건범죄
마약범죄	마약범죄
금융범죄	-
지식재산권범죄	-
폭력범죄	폭력범죄
교통범죄	-
허위사실공표 · 후보자비방, 선거운동기간위반 · 부정선거운동죄	-
공갈범죄	공갈범죄

본인 책임 없는 심신미약 - 특별감경인자	본인 책임 있는 심신미약 - 일반감경인자
방화범죄	방화범죄
배임수증재범죄	-
변호사법위반범죄	-
성매매범죄	-
체포 · 감금 · 유기 · 학대범죄	체포 · 감금 · 유기 · 학대범죄
장물범죄	장물범죄
업무방해죄	업무방해죄
손괴범죄	손괴범죄
사행성 · 게임물범죄	-
강제근로 · 중간착취죄	강제근로 · 중간착취죄
석유사업법위반범죄	-
과실치사상범죄	-
도주 · 범인은닉범죄	도주 · 범인은닉범죄
통화 · 유가증권 · 부정수표단속법위반범죄	-
대부업법 · 채권추심법위반범죄	대부업법 · 채권추심법위반범죄

현행 양형기준의 심신미약 양형인자 평가의 특징은 다음과 같다.

첫째, 성범죄, 성매매범죄, 과실치사상범죄, 약취 · 유인 · 인신매매범죄, 공문서범죄, 사문서범죄, 식품 · 보건범죄, 금융범죄, 지식재산권범죄, 교통범죄, 배임수증재범죄, 변호사법위반범죄, 사행성 · 게임물범죄, 석유사업법위반범죄, 통화 · 유가증권 · 부정수표단속법위반범죄에 대해서는 본인 책임 없는 심신미약만 특별감경인자로 인정하고, 본인 책임 있는 심신미약은 양형인자로 고려하지 않는다. 이에 해당하는 범죄유형의 공통점을 찾을 수 없기에 이러한 구별인정의 근거 또한 찾기 어렵다. 다만 일반양형인자는 열거가 아닌 예시이므로, 양형법관이 일반감경인자로 고려할 여지는 있다.

둘째, 뇌물죄, 무고죄, 조세범죄에 대해서는 심신미약을 본인 책임 여부와 무관하게 특별감경인자로 인정한다. 그리고 위증 · 증거인멸범죄 양형기준에서 위증죄의 경우, 역시 본인

책임여부와 무관하게 특별감경인자로 인정하는데 비해, 증거인멸·증인은닉범죄는 본인 책임 여부에 따라 각각 특별감경인자와 일반양형인자로 구분하여 인정한다.

셋째, 증권·금융범죄 양형기준에서 증권범죄는 심신미약 자체를 양형인자로 고려하지 않는데 비해, 금융범죄는 본인책임 없는 심신미약만을 특별감경인자로 인정한다. 선거범죄 양형기준에서도 매수 및 이해유도, 기부행위 금지위반죄는 심신미약 자체를 양형인자로 고려하지 않는데 비해, 허위사실공표·후보자비방, 선거운동기간위반·부정선거운동죄는 본인책임 없는 심신미약만을 특별감경인자로 인정한다. 근로기준법위반범죄 양형기준에서 임금미지급죄는 심신미약을 고려하지 않는데, 강제근로·중간착취죄는 본인 책임없는 심신미약만을 특별감경인자로 인정한다.

양형인자 정의에 따르면, 양형인자로서 ‘본인 책임 있는 심신미약’은 알코올, 약물 등 복용에 의하여 심신미약 상태가 야기된 경우다.<sup>51)</sup> 역시 동어반복일뿐 심신미약의 내용에 대한 기준은 제시하지 못한다. 본인 책임 없는 심신미약에 대한 정의도 없다. 따라서 알코올 복용, 즉 음주로 심신미약에 이를 경우 ‘본인 책임 있는’ 심신미약이며<sup>52)</sup>, 그 외 생물학적, 심리적 요인에 의한 심신미약은 본인 책임 없는 경우로 보인다. 여기서의 ‘책임’은 음주로 비롯된 심신미약이 감경요소이되, 본인 책임 여부에 따라 단지 특별양형인자와 일반양형인자를 구분하는 것으로 보아, 형법 제10조가 전제하는 책임 의미는 아니다. 본인 책임 없음이 책임무능력이라면 면책에 해당하기 때문에 양형인자로서 고려할 이유가 없기 때문이다. 결국 양형인자로서 주취 내지 명정상태는 본인 책임 있는 심신미약에만 해당할 것이므로 일반감경인자로서만 인정될 것이다.

## 2 영국 양형판례와 양형기준 비교

영국에서도 범죄자의 주취상태가 특히 폭력과 관련하여 영향을 미치는 점에 대해서는 분

51) 양형위원회, 양형기준 2017, 2017,9면.

52) 음주로 인한 명정상태는 스스로 유도한 상태라는 점에서 임의명정(voluntary intoxication)이라 한다. (홍수민·이수정·이정현, 국민참여재판에 있어서 임의명정에 대한 배심원단과 법관의 판단차이 연구, 71,75면)

명하지만, 연구와 실무의 분명한 관심대상은 못되고, 주취감경에 대한 양형판단에서 명확하게 다루지 못하기는 마찬가지다.<sup>53)</sup> 원칙적으로는 범죄자가 주취상태에서 범죄전력이 없는 경우 외에는 주취는 감경사유가 되어서는 안된다. 실무상 양형법관은 범죄의 중한 정도가 상대적으로 덜한 사안에서는 주취문제를 인간의 취약성(human weakness) 관점에서 보고, 교정가능성을 고려하여 교정프로그램이 충분히 뒷받침된다면 관대한 형을 택하는 경향이 뚜렷하다. 문제는 교정시설과 사회내처우 정책에서 음주문제 치료프로그램이 매우 빈약한 수준이라는 점이다.<sup>54)</sup>

죄의 중한 정도를 판단함에 있어서 법원은 범행당시 범죄자의 죄책과 범행결과 위해발생을 의도했거나 예견가능했는지를 고려해야 한다.<sup>55)</sup> 다만 주취가 범죄의 중한 정도에 미치는 영향에 대한 규정은 없다. 주취범죄자에 대한 일반적 입법지침 또한 없다. 양형지침판결에 따르면 주취상태가 가중과 감경판단에 어떻게 영향을 미치는지 불분명하다. 살인죄를 예로 들면, 영국법상 살인죄는 필요적 무기구금형이 부과되며 최소구금기간이 부과된다. 대다수 살인범죄는 주취상태에서 자행되는데 주취상태가 최소구금기간을 정하는데 어떤 영향을 미치는지에 대해 분명한 기준을 찾기 어렵다.<sup>56)</sup>

판례에 따르면 주취상태에서 부친을 살해한 피고인은 폭음습관이 있었고, 정신감정 결과 음주로 인한 탈억제효과(disinhibiting effect)가 인정되었다. 하지만 항소법원이 최소구금기간을 19년에서 17년으로 감경하는 양형판단이유에서 주취와 그 효과는 정작 적시되지 않았다.<sup>57)</sup> 알코올 중독자가 우발적으로 살인한 사안에서 피고인은 심신미약이며 따라서 무기구금형을 공중보호부정기형(indefinite sentence of imprisonment for public protection)의 최소구금기간 3년으로 감경한 사안에서도 최소구금기간 3년 판단에서 주취상태는 언급되지 않고, 피해자의 도발만 고려대상이었다.<sup>58)</sup> 자의적인 폭음(voluntary

53) J.V.Roberts eds., *Mitigation and Aggravation of Sentencing*, Cambridge University Press, 2011, 81면.

54) J.V.Roberts eds., *Mitigation and Aggravation of Sentencing*, 82-83면.

55) 2003년 형사사법법(Criminal Justice Act 2003) 제143조

56) J.V.Roberts eds., *Mitigation and Aggravation of Sentencing*, 84면.

57) *Holmes* (2010)

58) *Kehoe* (2008)

consumed excess alcohol) 사안에서는 폭음이 의도적이었으며 피고인의 다른 조건과 상관없이 주취가 감경요소가 될 수 없다는 점을 분명히 한 판례<sup>59)</sup>도 있다.

한편 항소법원이 한정책임능력(diminished responsibility)를 이유로 모살유죄평결을 고살로 감경판단한 사안에서 쟁점은 피고인의 음주의존 증세였는데, 재판부는 책임감소를 인정하면서도 범행책임은 여전히 높다(although diminished, remained high)고 판단하였다.<sup>60)</sup> Kehoe판례는 주취범죄의 중한 정도가 가장 낮은 사안인 반면, Wood판례는 가장 정도가 중한 사안으로 판단한 것이다. ‘지속된 살인적 공격의 극도의 잔혹성’(prolonged murderous attack of utmost ferocity)이 그 근거다. 이는 정신적 판단과 책임능력의 핵심적 부분(a very substantial element of mental responsibility)은 주취상태에도 불구하고 계속 존속되었다고 보았기 때문이다. 이로써 법원은 13년 최소구금의 무기형을 피고인의 죄책에 근거해 인정하였다.<sup>61)</sup>

영국 양형위원회 (Sentencing Council)는 음주 관련 사안에서는 엄중한 입장이다. 즉 자의적으로 음주 상태에서 범행에 착수한 경우에는 단지 감경인자로 고려되지 아니함을 넘어 가중인자로 평가한다.<sup>62)</sup> 2008년 형사법원양형에 관한 연구에 따르면 명정상태에서의 범행은 가장 빈번하게 가중인자로 고려된다. 다만 음주로 인한 상습적 범행사실을 인식하면서도 주취상태 범행으로 나아간 경우와는 달리, 일반적 음주상태에서 범행에 대해서는 가중이나 감경인자가 아닌 중립적 양형인자로 평가하는 경우가 대부분이다.<sup>63)</sup>

### 3 양형인자로서 주취

59) *Cooksley* (2003)

60) *Wood* (2009)

61) J.V.Roberts eds., *Mitigation and Aggravation of Sentencing*, 87-88면.

62) Sentencing Guideline Council, *Non-Fatal Offences against the Person*, 2011

63) G.Dingwall & L.Koffman, *Determining the Impact of Intoxication in a Desert-Based Sentencing Framework*, *Criminology & Criminal Justice*, 2008, 344면; C.Flood-Page & A.Mackie, *Sentencing Practice*, Home Office Research Study 180, 1998, 11면

현행 38개 양형기준에서 주취 내지 만취는 본인 책임 있는 심신미약에 해당하기 때문에 일반-행위자인자로서 감경요소로 평가될 수 있다. 원칙적으로 감경인자다. 특별히 성범죄의 경우 만취상태를 일반가중인자로 반영하거나, 소극적으로 감경인자로 반영하지 않도록 특별한 기준이 부가되어 있다.

즉 2010년 수정 성범죄 양형기준은 ‘음주로 인한 만취상태’에서 성범죄(강제추행죄, 장애인 대상 성범죄, 13세 미만 대상 성범죄, 성범죄로 상해 또는 사망 결과가 발생한 경우 포함) 양형인자로서 만취에 대해 다음과 같이 평가한다.<sup>64)</sup> 2011년 수정 살인범죄 양형기준 또한 만취상태에서 강간살인, 유사강간살인, 강제추행살인범죄를 범한 경우,<sup>65)</sup> 2011년 시행 공무집행방해죄 양형기준도 만취상태에서 공무집행방해범죄(공용물무효, 특수공무집행방해치사상 포함)를 범한 경우<sup>66)</sup>도 같다.

A① 범행 고의로 또는 범행 수행을 예견하거나 범행 후 면책사유로 삼기 위하여 자의로 음주하고 이로 인하여 만취상태에 빠진 경우에는 피고인이 범행 당시 심신미약 상태에 있었는지의 여부와 상관없이 만취상태를 일반가중인자로 반영한다.

A② 범행 고의가 없었고, 범행 수행을 예견하지 못하였으나 과거의 경험, 당시의 신체 상태나 정황 등에 비추어 음주로 인하여 만취상태에 빠지면 타인에게 해악을 미칠 소질(가능성)이 있는 경우에는 피고인이 범행 당시 심신미약 상태에 있었는지 여부와 상관없이 만취상태를 감경인자로 반영하지 아니한다.

A③ A①과 A② 경우에 해당하지 않더라도 범행 당시 심신미약 상태에 이르지 않은 경우에는 만취상태를 감경인자로 반영하지 아니한다.

만취상태 성범죄, 공무방해죄 특별기준의 특징은 두 가지다.

첫째, 고의적, 예견적, 악의적 만취상태는 일반가중인자로 반영한다. 물론 성범죄 양형기준상 양형인자표에 일반양형인자 가중요소에 열거되어 있지 않지만,<sup>67)</sup> 양형인자 설정원칙

64) 양형위원회, 양형기준 2017, 29면.

65) 양형위원회, 양형기준 2017, 2면.

66) 양형위원회, 양형기준 2017, 178면.

67) 양형위원회, 양형기준 2017, 29면.

상 일반양형인자는 양형기준이 제시한 사항에만 한정되지 않기 때문에<sup>68)</sup> 반영가능하다.

둘째, 현행 양형기준은 기본적으로 양형인자의 기본성격에 따라 행위인자와 행위자/기타인자로 우선 구분한 다음, 양형에 영향을 미치는 내용, 즉 책임경중에 따라 가중인자와 감경인자로 구분하고, 영향을 미치는 정도에 따라 특별양형인자와 일반양형인자로 구분한다.<sup>69)</sup> 만취상태 성범죄 등과 관련해서는 반영하지 아니하도록 하여 소극적으로 양형에 영향을 미치는 인자를 사실상 도입하고 있다.

다만 사실상 가중양형인자(일반가중인자이면서 소극적으로 감경인자부인)로서 ‘만취상태’의 내용에 대한 정의는 제시되어 있지 않다.<sup>70)</sup>

성범죄 등 특별 양형기준에서 일반행위자인자-감경요소로서 만취상태에 대한 양형인자 평가의 구조는 다음과 같이 정리할 수 있다.

[도표] 만취상태 양형인자 평가 구조

특별기준	범행의사	만취의사	범행시 상태	심신미약여부	양형인자평가
A①	범행고의 범행예견 면책사유활용목적	자의로 만취	만취상태	심신미약여부 무관	일반가중인자
A②	범행고의 없음 범행예견 못함	만취소질 (과거경험, 당시 신체상태, 정황에 근거)	만취상태	심신미약 여부 무관	소극인자 : 일반감경인자 반영금지
A③	-	-	만취상태	심신미약 없음.	소극인자 : 일반감경인자 반영금지

68) 일반양형인자는 권고영역 형량범위 내에서 영향을 미치는 요소로서 권고영역을 결정하는 특별양형인자와 달리 특별한 제한을 두기 어렵다. 양형기준이 일반양형인자를 예시한 이유는 해당 범죄유형에 전형적인 양형인자가 양형심리 과정에서 누락됨을 방지하고, 다양한 양형인자에 대한 법관의 종합평가를 돕기 위해서다. (양형위원회, 양형기준 2017, 620면.)

69) 양형위원회, 양형기준 2017, 618면

70) 현행 교통범죄 양형기준에서 음주운전은 특별-행위양형인자로서 가중요소인 유일한 예다. 여기서도 양형인자로서 음주와 음주운전에 대한 정의는 제시되어 있지 않다. 단지 교통사고처리특례법과 특정범죄가중처벌법에 해당하는 경우, 또는 음주측정요구에 불응한 경우로 정의한다.(양형위원회, 양형기준 2017, 304-305)

이러한 구조의 특징은 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, A①은 형법 제10조 3항 “위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자” 내용을 반영한 기준으로 보인다. 무엇보다 형법 제10조 3항은 고의적·의도적으로 심신장애를 야기하였다면 그로 인하여 심신상실 내지 미약인지 여부와 무관하게 ‘전2항의 규정을 적용하지 아니한다’ 고 하여 면책이나 필요적 감경을 금지하였고, 또한 A①은 특별히 형법 제10조 제1,2항의 악의적 이용(면책사유활용목적) 경우를 감안하고자 함이므로, 적극적으로 일반가중인자로 평가가능한 것이다.

둘째, A②는 성폭력범죄처벌특례법 제20조와 아동청소년성보호법 제19조가 음주로 인한 심신장애 상태에서 성폭력범죄를 범한 때에는 형법 제10조 제1,2항을 ‘적용하지 아니할 수 있다’는 특례를 반영한 기준으로 보인다. 즉 자의적 심신장애 야기까지는 미치지 아니하더라도 만취소질이 있다면 심신상실 또는 미약 여부와 무관하게, 그리고 만취상태에서 살인범죄, 성범죄, 공무집행방해죄와 같은 중범죄로 나아갔다면 그 침해와 위험성이 가중될 것이므로 면책 또는 감경을 인정할 수 없다.

셋째, A③은 만취상태일 뿐 심신미약에 이르지 아니하였으므로 형법 제10조가 문제될 여지가 애초 없다. 감경인자로 인정하지 아니함이 마땅하다.

한편, 성범죄 특별 양형기준과 유사한 경우로 2012년 시행 폭력범죄 양형기준도 만취상태에서 폭력범죄(상습상해, 누범상해, 특수상해, 폭행범죄, 협박범죄 포함)를 범한 경우<sup>71)</sup>, 2013년 시행 공갈범죄 양형기준도 만취상태에서 공갈범죄(상습공갈, 누범공갈, 특수공갈 포함)를 범한 경우<sup>72)</sup>, 2014년 시행 체포·감금범죄 양형기준도 만취상태에서 체포감금범죄를 범한 경우<sup>73)</sup>, 2015년 시행 업무방해범죄 양형기준도 만취상태에서 업무방해범죄를 범한 경우<sup>74)</sup>, 2015년 시행 손괴범죄 양형기준도 만취상태에서 손괴범죄를 범한 경우<sup>75)</sup>도 양형인자로서 만취에 대해 다음과 같이 평가한다. 성범죄 특별 양형기준에서 A①, A③이 그

71) 양형위원회, 양형기준 2017, 284면.

72) 양형위원회, 양형기준 2017, 357면.

73) 양형위원회, 양형기준 2017, 426면.

74) 양형위원회, 양형기준 2017, 476면.

75) 양형위원회, 양형기준 2017, 491면.

내용이다.

A① 범행의 고의로 또는 범행 수행을 예견하거나 범행 후 면책사유로 삼기 위하여 자의로 음주로 인하여 만취상태에 빠진 경우에는 피고인이 범행 당시 심신미약 상태에 있었는지 여부와 상관없이 만취상태를 일반가증인자로 반영한다.

A③ A①의 경우에 해당하지 않더라도 범행 당시 심신미약 상태에 이르지 않은 경우에는 만취상태를 감경인자로 반영하지 아니한다.

#### 4 집행유예참작사유로서 알코올중독

뿐만 아니라 현행 집행유예기준에서는 만취와 구분하여 알코올중독을 부정적·일반참작사유로 평가한다. 집행유예 참작사유로서 알코올 중독에 대해서는 정의를 제시하지 아니한다.<sup>76)</sup>

[도표] 집행유예기준 설정대상 범죄유형별 알코올중독의 부정적 참작사유 인정여부

집행유예기준설정대상 범죄유형	부정적 참작사유 - 재범위험성	부정적 참작사유
살인범죄	살인범죄	
뇌물범죄		-
성범죄	성범죄	
강도범죄		강도범죄
횡령·배임범죄		-
위증·증거인멸범죄		-
약취·유인·인신매매범죄		약취·유인·인신매매범죄
사기범죄		-
절도범죄		-
공문서범죄		-

76) 예컨대 살인미수 집행유예기준, 성범죄 집행유예기준 (양형위원회, 양형기준 2017, 14면, 51면)

집행유예기준설정대상 범죄유형	부정적 참작사유 - 재범위험성	부정적 참작사유
사문서범죄	-	
공무집행방해범죄	-	
식품·보건범죄	-	
마약범죄	-	
증권·금융범죄	-	
지식재산권범죄	-	
폭력범죄		폭력범죄
교통범죄	-	
선거범죄	-	
조세범죄	-	
공갈범죄	-	
방화범죄		방화범죄
배임수증재범죄	-	
변호사법위반범죄	-	
성매매범죄		성매매범죄
체포·감금·유기·학대범죄		체포·감금·유기·학대범죄
장물범죄		
권리행사방해죄		권리행사방해죄
업무방해죄		업무방해죄
손괴범죄		손괴범죄
사행성·게임물범죄	-	
근로기준법위반범죄	-	
석유사업법위반범죄	-	
과실치사상범죄		과실치사상범죄
도주·범인은닉범죄	-	
통화·유가증권·부정수표단속 법위반범죄	-	
대부업법·채권추심법위반범죄	-	

집행유예참작사유로서 알코올중독에 대한 현행 양형기준의 특징을 정리하면 다음과 같다. 첫째, 살인미수범죄, 성범죄에 한해서 알코올중독은 재범의 위험성을 이유로 집행유예 부정적-일반참작사유로 평가된다.

둘째, 그 밖에 강도죄, 약취·유인·인신매매범죄, 폭력범죄, 방화범죄, 성매매범죄, 체포·감금·유기·학대범죄, 권리행사방해죄, 업무방해죄, 손괴범죄, 과실치사상범죄에서는 단순하게 집행유예 부정적-일반참작 사유로 평가된다.

셋째, 38개 집행유예기준 중에서 범죄유형에 따라 알코올중독을 집행유예사유로 인정하는 경우는 대체로 폭력성 범죄이지만, 인정하거나 인정하지 아니하는 기준은 찾기 어렵다. 예컨대 마약범죄, 교통범죄, 사행성범죄에서 알코올중독의 재범위험 관련가능성을 감안해 보건대 집행유예 참작사유에 포함되지 않은 사유는 알기 어렵다.

넷째, 강력범죄유형 중에서도 특별히 재범위험성을 이유로 부정적 참작사유로 인정하는 범죄유형과 단순하게 부정적 참작사유로 인정하는 범죄유형과의 각각 공통점을 찾을 수 없기에 역시 그러한 구분의 이유도 찾기 어렵다.

#### IV. 결론

양형기준 설정대상 범죄중에서도 성범죄는 양형기준의 시의성, 여론반영정도, 정책적 고려필요성이 가장 뚜렷이 드러나는 지점이다. 무엇보다도 경험적 평가에 따른 양형인자와 규범적 평가에 따른 양형인자 사이에 일정한 간격이 있을 가능성도 크고, 그 거리에 여론의 관심이 모아질 가능성도 크다. 그러한 관심에 합리적으로 대응하지 못하면 성범죄 양형기준뿐만 아니라 양형기준 자체에 대한 신뢰저하로 이어질 수 있기 때문에 주의가 필요하다.<sup>77)</sup> 특히 주취를 심신미약으로 인한 감경인자로 평가하는 문제는 양형기준 제정 당시부

77) “술-욕정-성에 얽힌 잘못된 통념이 성폭력범죄를 제대로 처벌하지 않게 하고, 결과적으로 가해자에게는 관대하고 피해자에게는 냉혹한 잘못된 관행을 낳기 때문에 음주감경 관행을 뜯어 고쳐야 하는 것이다..... 음주를 감경사유에서 배제해야 하는 취지를 제대로 이해했다면 [양형위원회의] 이동성폭력범죄에 한정된 음주감경배제 결정은 한참이

터 논란 대상이었다. 결국 2010년 가장 처음 수정된 성범죄 양형기준 쟁점도 만취상태 성범죄에 대한 감경인자 반영금지 문제였다.<sup>78)</sup>

## 1 소극적 양형인자의 본격도입 및 주취관련 가중인자의 인정 방안

현행 양형기준의 양형인자평가원칙에 따르면, 일반양형인자는 권고 영역의 형량범위 내에서 양형에 영향을 미치는 요소로서 양형기준이 제시한 것으로 한정되지 않는다. 일반양형인자가 예시적이라면 양형인자 인정여부에 논란이 있는 경우마저도 양형법관에 따라서는 양형판단에 반영할 수 있게 된다. 본인 책임 있는 심신미약으로서뿐만 아니라 주취상태를 일반감경인자로서 반영할 여지를 열어 두지 않겠다는 양형정책적 판단을 양형기준에서 관철하려면 예시적 일반양형인자만 두어서는 안 될 것이다. 즉 양형기준에서 고려하지 말아야 할 소극적 양형인자도 필요하다.<sup>79)</sup>

1992년 유럽평의회(Council of Europe) 양형개혁 권고안에 따르면, 양형의 합리성을 위해서는 가중적 감경적 양형인자를 구분, 범주화해야 할 뿐만 아니라, 특정범죄 양형과 관련하여 고려되어서는 아니될 양형인자도 명시해야 한다.<sup>80)</sup>

영국의 2008년 절도죄 등 양형기준에 따르면, 횡령(theft in breach of trust)죄 유형의 경우 극히 예외적인 경우를 제외하고는 행위자가 범행결과 실직하였고, 이로 인하여 생활고 등 어려움을 겪게 된다는 사실이 감경사유로 고려되어서는 안된다는 소극적 양형인자를 규정하였다.<sup>81)</sup>

즉 양형기준상 양형인자의 합리화를 위해서는 적극적으로 고려해야 할 가중 또는 감경인

나 모자란 것이다.” (한국성폭력상담소 등, 음주감경이 아동성폭력 범죄에만 해당하는 문제인가, 한국여성신학 70, 2009, 169-170면)

78) 김한균·박미랑, 양형인자 평가원칙 및 방법에 관한 연구, 49-50면.

79) 김한균·박미랑, 양형인자 평가원칙 및 방법에 관한 연구, 80면. 같은 견해로 이호중, 우리나라의 양형기준에 대한 비판적 분석, 형사법연구 22(1), 2010, 260면.

80) Council of Europe, Explanatory memorandum, III, C.2. Recommendation No.R(92) 1992, para.17.

81) Sentencing Guideline Council, Theft and Burglary in a Building other than a Dwelling, 2009, part.D.

자 제시뿐만 아니라, 양형판단에서 가중 또는 감경인자로 고려하지 않아야 하는 소극적 인자의 명시적 제시도 필요하다. 양형인자 질적 구분과 평가원칙을 가중 또는 감경의 적극적 양형인자와, 가중 또는 감경내용으로 고려해서는 아니되는 소극적 양형인자로 구분하는 내용으로 수정하고, 개별 범죄유형별 양형기준에서 고려해서는 안 될 소극적 양형인자를 구체적으로 열거하면 법관 양형재량의 더 합리적인 기준이 제시될 것이다.<sup>82)</sup>

2007년 제1기 양형위원회 최초 양형기준 설정준비 단계에서도 전문위원단은 양형인자 추출방법론을 논의함에 있어 일반·특별·행위·행위자·기타 인자 각각의 규범적, 경험적 설정과 함께 ‘고려하지 않아야 할 양형인자’ 설정도 검토사항에 포함되었으나 원론적 언급에 그친 바 있다.

생각건대, 현행 양형기준에서 살인범죄와 성범죄, 공무집행방해범죄 유형, 그리고 폭력범죄, 공갈범죄, 체포·감금범죄, 업무방해범죄, 손괴범죄에서는 만취상태라는 사실상 소극적 양형인자가 도입되어 있기 때문에 현행 양형기준의 상당부분에서 이미 인정되고 있는 셈이다. 뿐만 아니라 집행유예기준에서도 고려되어서는 안 되는 요소가 도입되어 있다.<sup>83)</sup>

그리고 양형인자는 국민의 양형에 대한 인식과 양형정책적 고려에 기해 설정할 수 있다는 점에서 심신미약 상태에서의 범행이 ‘지속된 살인적 공격의 극도의 잔혹성’(prolonged murderous attack of utmost ferocity)의 발현으로 평가할 수 있다면, 일반-행위인자의 가중요소로서 도입도 검토해 볼 수 있다. 주취와 관련해서는 심신미약(본인책임 있음)상태에서 치명적인 공격행위를 지속하여 잔혹한 결과를 야기할 경우라 하겠다.

이상 논의한 소극적 양형인자의 본격 도입방안과 주취관련 가중행위인자의 추가인정 방안을 반영하여 예시적으로 성범죄 상해·사망 결과의 경우 양형인자를 재구성하면 다음과 같다.

82) 김한균·박미랑, 양형인자 평가원칙 및 방법에 관한 연구, 172-173면.

83) 뇌물범죄 집행유예기준에서 뇌물수수죄의 경우 신분상실 또는 사회적 명예실추, 부정한 이익의 몰수, 본건 관련 징계처분은 집행유예 참작사유로서 고려되어서는 안 되는 요소로 명시되어 있다. (양형위원회, 양형기준 2017, 25면)

[도표] 성범죄 상해, 사망의 결과가 발생한 경우 양형인자

구분		감경요소	가중요소
특별양형인자	행위	<ul style="list-style-type: none"> <li>사망결과가 피고인의 직접적 행위로 인하지 않은 경우</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>범행에 취약한 피해자</li> <li>피지휘자에 대한 교사</li> </ul>
	행위자/기타	<ul style="list-style-type: none"> <li>농아자</li> <li>심신미약(본인 책임 없음)</li> <li>자수</li> <li>처벌불원 (피해회복을 위한 진지한 노력)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>반성없음 (범행의 단순부인 제외)</li> <li>특강누범에 해당하지 않는 동종누범</li> </ul>
일반양형인자	행위	<ul style="list-style-type: none"> <li>기본행위가 강제추행인 경우</li> <li>소극가담</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>심신미약(본인책임 있음) 상태에서 치명적 공격행위의 지속과 잔혹한 결과</li> </ul>
	행위자/기타	<ul style="list-style-type: none"> <li>범행후 구호호송</li> <li>상당금액공탁</li> <li>진지한 반성</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>특강누범에 해당하지 않는 이종누범</li> <li>범행후 면책사유로 삼기 위한 의도적 만취</li> </ul>
소극양형인자		<ul style="list-style-type: none"> <li>만취로 인해 타인에 해악을 끼칠 소질의 범행발현</li> <li>만취하였으나 심신미약에 이르지 않은 상태에서의 범행</li> <li>피해자의사와 무관한 일방적 공탁, 기부행위</li> <li>섹스중독증, 분노조절장애진단</li> </ul>	

## 2 양형기준과 사법에 대한 신뢰회복

사법에 대한 불신과 양형을 포함한 형사정책에 대한 국민적 관심이 높은 이 때, 양형위원회 설립과 양형기준 시행 의미, 그리고 그 임무를 다시 돌아보게 된다. 양형기준 설정은 양형의 균등성·적정성 제고 뿐만 아니라 범죄에 상응하는 적정한 양형, 국민의 건전한 상식을 반영하는 양형을 지향한다. 양형기준 공개를 통해 국민의 예측가능성을 높이고 양형심리 충실화를 통해 양형의 합리화를 촉진함으로써 형사사법의 투명성과 합리성을 또한 높이

고자 한다. 형벌 효과에 대한 실증적 분석을 통한 과학적 양형정책으로써 양형실무의 현대화·과학화도 추진한다. 즉 양형의 적정성, 투명성, 합리성, 그리고 과학화 모두 궁극적으로 사법에 대한 국민의 신뢰 증진에 기여하는 것이다.<sup>84)</sup>

양형위원회가 양형기준 제정뿐만 아니라 주취감경과 같은 사회적 현안에 주목하고 기존 양형기준을 적정한 양형, 상식을 반영하는 양형, 과학적 양형의 방향으로 정교화하며, 과학적 양형자료 및 정책정보를 적극적으로 생산하고 국민과 공유한다면, 장차 사법에 대한 신뢰회복을 향한 길고 고단한 노력의 과정에서 양형위원회의 소임을 다할 수 있을 것이다.

84) 양형위원회 보도자료, 양형위원회 출범, 2007.5.2.

## 참고문헌

- 김성돈, 형법총론, 제5판, 성균관대학교 출판부, 2017
- 김한균, 한국과 중국의 미성년자·정신장애 범죄자 형사책임능력 판단 및 정신질환 범죄자  
처우 법정책, 비교형사법연구 18(4), 한국비교형사법학회, 2016
- 김한균·박미랑, 양형인자 평가원칙 및 방법에 관한 연구, 대검찰청, 2011
- 김혜정·박미숙·안경옥·원혜옥·이인영, 형법총론, 피앤씨미디어, 2018
- 법률신문, 주취로 인한 심신장애와 양형, 법률신문 2017년 12월 18일자,  
배종대, 형법총론, 제13판, 홍문사, 2017
- 손동권, 명정범죄에 대한 책임비난, 형사정책연구 8(1), 한국형사정책연구원, 1997
- 양형위원회, 양형기준 2017, 양형위원회, 2017
- 오영근, 형법총론, 제4판, 박영사, 2018
- 이상돈, 형법강론, 제2판, 박영사, 2017
- 이재상, 형법총론, 제7판, 박영사, 2011
- 이호중, 우리나라의 양형기준에 대한 비판적 분석, 형사법연구 22(1), 한국형사법학회,  
2010
- 임웅, 형법총론, 제10정판, 법문사, 2018
- 정숙희, 주취상태의 양형맥락과 양형기준 개선방안, 인권과 정의, 대한변호사협회,  
2017.2.
- 홍수민·이수정·이정현, 국민참여재판에 있어서 임의명정에 대한 배심원단과 법관의 판  
단차이 연구, 한국심리학회지:사회 및 성격 27(4), 2013
- Council of Europe, Explanatory memorandum, III, C.2. Recommendation  
No.R(92) 1992
- G.Dingwall & L.Koffman, Determining the Impact of Intoxication in a

Desert-Based Sentencing Framework, Criminology & Criminal Justice, 2008

C.Flood-Page & A.Mackie, Sentencing Practice, Home Office Research Study 180, 1998

J.V.Roberts eds., Mitigation and Aggravation of Sentencing, Cambridge University Press, 2011

[발표 및 토론]  
주취감경의 형법적 문제와 양형기준 개선의 과제

제2세션

『지정토론』: 발표자의 주제발표문에 대한 지정토론문  
**‘주취감경의 형법적 문제와  
양형기준 개선의 과제’ 토론문**

이인영 (홍익대학교 법학과 교수)



## ‘주취감경의 형법적 문제와 양형기준 개선의 과제’ 토론문



이인영 (홍익대학교 법학과 교수)

### 1 심신미약의 규범적 판단

책임능력의 기본적인 요소는 자유선택에 대한 기회에서 유래한다. 법적으로 의미가 있는 자유선택의 내용으로 첫째, 자신의 행동에 대한 사실관계를 이해하고 있는지 여부 둘째, 자신의 행동이 자신이 속한 공동사회의 법적 또는 도덕적 기준을 침해하고 있는지 여부, 셋째, 자신의 행동을 법이 요구하는 바대로 순응시킬 수 있는지 여부의 요소를 검토한다. 형법상 책임능력을 인정하기 위해서는 최소한의 인식능력(cognitive capacity)과 자신의 행동통제에 대한 의지력(volitional capacity)이 선결조건이 된다. 인식능력과 의지력을 갖추지 못한 그러한 기본능력이 결여된 사람은 책임능력이 없으며 처벌받을 자격이 없으며 처벌할 수도 없다.

대법원은 “형법 제10조에 규정된 심신장애는 생물학적 요소로서 정신병 또는 비정상적 정신상태와 같은 정신적 장애가 있는 외에 심리학적 요소로서 이와 같은 정신적 장애로 말미암아 사물에 대한 변별능력과 그에 따른 행위통제능력이 결여되거나 감소되었음을 요하

므로, 정신적 장애가 있는 자라고 하여도 범행 당시 정상적인 사물변별능력이나 행위통제 능력이 있었다면 심신장애로 볼 수 없다”는 태도를 취하고 있다.<sup>1)</sup> 그런데 책임이 조각되는 심신장애를 판단하기 위한 요건인 사물변별능력과 의사결정능력이 구체적인 판단기준이 무엇인지에 대해 명확하지 않아서 담당하는 법관 뿐만 아니라 감정인의 입장에서도 책임능력의 존부를 판단하는데 어려움을 겪고 있는 것이 현실이다.

심신미약을 어떻게 판단할 것인지의 문제도 책임능력에서 중요한 과제 중의 하나이다. 형법 제10조는 책임무능력으로 인정되는 심신상실과 한정책임능력을 근거지우는 심신미약으로 구분하고 있다. 형법 제10조 제1항과 제2항의 문언구조로 볼 때 심신상실과 심신미약은 질적으로 구분되는 것이 아니라 양적으로 구분되는 것으로 이해된다. 심신미약은 심신장애라는 생물학적 요소에서는 심신상실과 그 요건을 같이 하지만, 사물변별능력이나 의사결정능력이 심신상실의 그것에 비하여 미약한 경우를 말하기 때문이다. 판례는, 정신장애로 인하여 변별능력이나 제어능력이 ‘현저하게 감퇴된 상황’에 이르러야 심신미약을 인정할 수 있다고 판시하고 있다.<sup>2)</sup> 그러나 현실적으로 심신상실과 심신미약을 구별하는 것은 매우 어렵다. 심신상실과 심신미약을 양적 관점에서 구분지을 경우 심신미약에서 말하는 ‘미약’을 어떻게 판단할 것인지와 양형기준상의 심신미약을 판단할 구체적인 기준이 없다는 점이다. 형법 제10조 제2항 뿐만 아니라 양형기준상으로도 심신미약에 대한 구체적 기준이 없어 피고인에게 심신미약의 양형인자를 적용하는 것이 법관의 재량에 맡겨지게 되어 법관마다 판단기준이 다르게 나타날 수 있고, 이 경우에는 불합리한 양형의 편차가 발생할 개연성이 있을 수 있다.

## 2 주취범죄의 현황

범죄분석(대검찰청, 2017)에 의하면 전과자의 범행시 정신상태에 관한 분석에서 전체

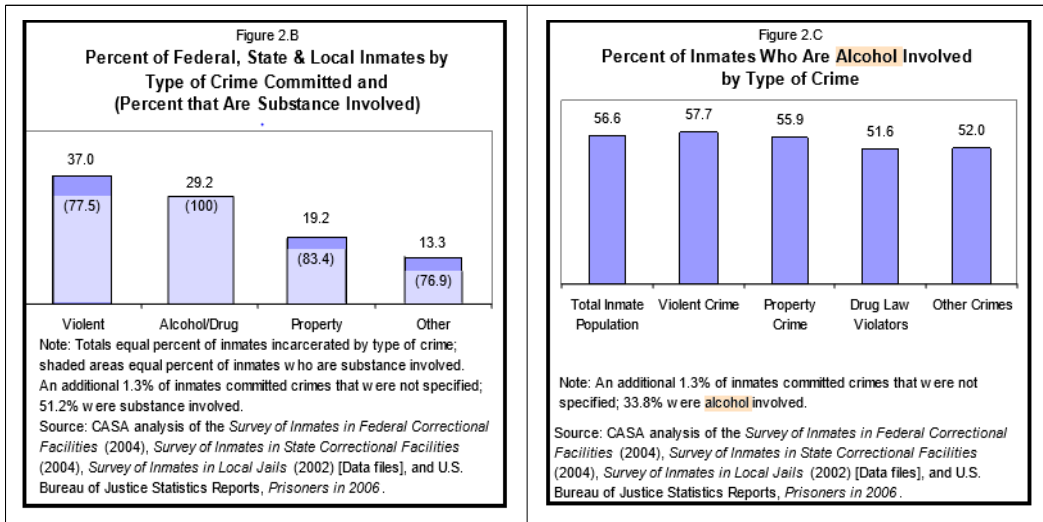
1) 대법원 2018. 9. 13. 선고 2018도7658, 2018전도54, 55, 2018보도6, 2018모2593 판결.

2) 대법원 1984.2.28. 선고 83도3007 판결.

731,531명에서 정신장애의 경우가 5,025명으로 0.7%인데 반해 주취상태인 경우가 287,558명으로 39.3%를 차지하고 있다.

소년범죄자의 경우에도 소년범죄자 71,255명 중에서 범행시 주취상태인 경우가 5,066명으로 7.1%를 차지하고 있다.

미국의 경우 The National Center on Addiction and Substance Abuse at Columbia University에서 발간한 “Behind Bars II: Substance Abuse and America’s Prison Population” 보고서에 의하면 연방, 주, 지역 교도소에 수감되어 있는 수형자 중에서 알콜과 약물의 중독은 범죄 발생의 압도적인 원인으로 자리잡고 있다. 교도소 수감자 중 29.2%가 알콜과 약물에 의한 경우이고 주취가 포함되어 있는 수감자가 전체 수감자 중 차지하는 비율이 56.6%이고 범죄유형별로 57.7%, 재산범죄 55.9%, 약물법위반 51.6% 등이다.



미국의 수감자의 3분의 2(64.5%)가 알콜이나 약물사용의 의학적 기준에 부합하고, 실제 교도소의 수감자의 3분의 1(32.9%)가 정신질환의 진단(diagnosis of a mental illness)

을 받았다.

주교도소나 지역교도소에 수감되어 있는 청소년범죄자의 경우 52.4%가 알콜이나 약물 질환에 대한 임상기준을 충족하고 있으며 이 수는 전체 수감자 중 0.7%(15,340명)을 차지하고 있다.

범행 당시에 주취상태였다는 수감자의 수가 1996년에 비해 2006년 37.4%로 증가하였고, 알콜 중독치료의 전력을 가지고 있는 수감자의 수도 1996년 대비 2006년 45.4%가 증가하였다. 약물관련 수감자의 비율이 1996년 78.6%에서 2006년 84.8%로 7.8% 증가하였다. 이 수감들 중에서 범행 당시 주취상태이었던 범죄자의 비율도 41.4%에서 42.8%로 1996년에 비해 3.5% 증가하였다.

하지만, 2006년에 약물 사용 장애에 대한 임상 진단 기준을 충족한 150만 명의 수감자와 수감자 중에서 11.2%만이 입원 이후 전문적 치료를 받았다.

	1996	2006	Increase 1996-2006	Percent Increase
Used illicit drugs regularly	1,201,158	1,527,506	326,348	27.2
Met medical criteria for substance use disorder	N/A	1,456,851	N/A	N/A
Under the influence of alcohol or other drugs at the time of crime	703,788	967,046	263,258	37.4
History of alcohol treatment	403,384	586,490	183,106	45.4
Drug law violation	357,734	567,366	209,632	58.6
Committed crime for money to buy drugs	225,623	338,563	112,940	50.1
Alcohol law violation	53,950	99,955	46,006	85.3
<b>Substance-Involved Inmates</b>	<b>1,337,099</b>	<b>1,914,964</b>	<b>577,865</b>	<b>43.2</b>

Source: CASA analysis of the Survey of Inmates in Federal Correctional Facilities (1991 and 2004), Survey of Inmates in State Correctional Facilities (1991 and 2004), Survey of Inmates in Local Jails (1989 and 2002) [Data files], and U.S. Bureau of Justice Statistics Reports, Prisoners in (1996 and 2006).

	1996	2006	Percent Change 1996-2006
Used illicit drugs regularly	70.6	67.6	-4.3
Met medical criteria for substance use disorder	N/A	64.5	N/A
Under the influence of alcohol or other drugs at the time of crime	41.4	42.8	+3.5
History of alcohol treatment	23.7	26.0	+9.5
Drug law violation	21.0	25.1	+19.4
Committed crime for money to buy drugs	13.3	15.0	+13.0
Alcohol law violation	3.2	4.4	+39.5
<b>Substance-Involved Inmates</b>	<b>78.6</b>	<b>84.8</b>	<b>+7.8</b>

Source: CASA analysis of the Survey of Inmates in Federal Correctional Facilities (1991 and 2004), Survey of Inmates in State Correctional Facilities (1991 and 2004), Survey of Inmates in Local Jails (1989 and 2002) [Data files], and U.S. Bureau of Justice Statistics Reports, Prisoners in (1996 and 2006).

### 3 주취범죄와 심신미약 판단

#### (1) 대법원의 판단기준

범행 당시의 주취상태를 심신미약으로 판단하는 기준에 대해서 법원은 피고인의 음주량과 음주시간, 평소 주량, 위 범행의 경위 및 태양, 위 범행 전후의 피고인의 행동, 위 범행 및

그 전후의 상황에 관한 기억의 유무와 정도, 위 범행 후의 반성의 기색 유무 등을 종합하여 피고인이 위 범행 당시 음주로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없었는지 또는 미약한 상태에 있었는지를 판단한다.

대법원은 “피고인이 비록 3일간 계속하여 술을 마셨다고는 하지만 그 음주량이 평소 주량에 비하여 과다한 것으로 보이지 않고 범행 당시의 정황도 소상히 기억하고 있는 점, 범행 후 상당한 시간이 경과한 시점에서 피고인의 혈중알콜농도를 측정된 결과 0.25%로 나타났으나 범행 당시에도 같은 정도 내지 그 이상의 주취상태에 있었다고 단정하기 어려운 점 등을 엿볼 수 있는바, 이러한 사정에 비추어 볼 때 피고인은 이 사건 범행 당시 다소 술에 취한 사실은 인정되나 그로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없었다든가 또는 그러한 능력이 미약한 상태에 있었던 것은 아니라”고 판시하였다.<sup>3)</sup>

## (2) 미국 판례에서의 판단기준

미국의 법원은 자발적 주취가 항변사유로 인정되기 위해서는 1) 주취의 정도, 2) 그것이 기소된 범죄를 행할 때 특수 고의를 형성하는 피고인의 능력에 어떠한 영향력을 미쳤는지에 대해 검토하여야 한다. 미국 모범형법전은 일반적으로 유효한 주취항변이 가능하게 하는 주취의 정도는 특수고의를 형성하거나 옳고 그름을 인식하는 것을 방해할 정도로 이성적 판단을 하지 못하게 할 정도이어야 한다.<sup>4)</sup> 일부 판례에서는 특수고의를 부정하는데 필요한 주취의 정도는 정신이상에 달한 정도 또는 피고인의 정신과 이성이 알콜에 의해서 완전히 압도당할 정도이어야 한다고 판시하였다.<sup>5)</sup>

2012년 Hunt v. Commissioner 사건에서도 알라바마 주법에 의하면 자발적인 주취가 특수 고의를 부정할 수 있는데 그 주취가 정신이상 항변을 할 수 있을 정도(insane defence)이어야 하므로, 피고인의 주취 정도가 심하여 그가 자신이 저지르는 범죄를 인식

3) 대법원 1998. 3. 13. 선고 98도159 판결

4) 22. C. J. S. Criminal Law § 144.

5) State v. Barlowe, 337 N. C. 371, 446 S.E.2d 352 (1994); <http://www.ibiblio.org/pub/docs/nc-supreme-court/jul2994/barlowe>

할 수 없어야 한다고 판시하였다.<sup>6)</sup>

주취의 정도가 특수고의를 형성하거나 옳고 그름을 인식하는 것을 방해할 정도인지 여부를 판단하는 데 참작되는 증거는 1) 피고인이 계획을 세우고, 2) 장비를 작동시키고, 3) 다른 사람들의 행위를 지시하고, 또는 4) 신체적인 기술이 요구되는 행위를 실행하였는지 여부이다. 명정상태까지 가지 않은 주취가 고의를 형성하는 것을 방해하지 않는다고 볼 수 있지만, 정신적인 흥분상태를 야기하는 주취는 비록 행위 당시의 주취가 피고인의 자유의지나 고의의 형성을 하지 못하게 할 정도는 아니었다고 하더라도 배심원들은 특히 특수고의 범죄 사건의 경우 숙고와 미리 계획하는 예모가 가능할 수 있는지 여부를 고려하여 심신미약을 판단할 수 있다.<sup>7)</sup>

그러나 피고인이 주취가 강박(duress)하에 이루어졌거나 주취가 의학상 처방된 약의 피할 수 없는 부수적 효과라는 것을 입증할 수 있다면, 비자발적 주취는 완벽한 항변사유가 될 수 있다고 한다.

### (3) 독일 판례에서의 판단기준<sup>8)</sup>

독일 형법 제21조의 한정책임능력은 임의적 감경사유이다. 따라서 한정책임능력이 존재하여도 다른 가중적 사정이 인정되면 법원은 형감경을 하지 않을 수 있다.

독일에서 주취상태는 책임능력 존부의 심사에서 가장 빈번하게 등장하는 사유이다. 주취로 인한 책임능력 부존재를 조사하기 위한 가장 중요한 징표는 주취로 인한 범행시 혈중알콜농도이다.<sup>9)</sup> 일반적으로 혈중알콜농도는 ‘의심스러운 경우에는 피고인의 이익으로’의 원칙을 유의하면서 조사해야 하고 기재해야 한다. 연방법원의 실무기준에 의하면, 행위자의 범행시점에서의 혈중알콜농도가 0.3% 이상인 경우에는 책임무능력을 인정할 수 있다고 판시하고 있다.<sup>10)</sup> 그러나 연방법원은 살인범죄와 중대한 폭력범죄의 경우 책임무능력이 인

6) Hunt v. Commissioner, Alabama Dept. of Corrections, 666 F. 3d 708 (11th Cir. 2012).

7) 22. C. J. S. Criminal Law § 144.

8) 이인영, 이수정, 이진국, 강도형, 비교법적 연구를 통한 심신장애 판단의 적정화 방안, 법원행정처, 2012년 연구용역 보고서, 62-78면 참조.

9) BGH v. 31.10.89 - 1 StR 419/89.

정될 수 있는 억제한계, 즉 혈중알콜농도를 이 보다 높게 설정하고 있다.<sup>11)</sup> 살인범죄의 경우 일반적으로 혈중알콜농도가 0.33% 이상에 달해야 책임무능력이 인정될 수 있다고 한다.<sup>12)</sup> 이에 반해 부작위범의 경우에는 억제한계, 즉 혈중알콜농도가 이 보다 낮은 경우에도 책임무능력으로 인정될 수 있다고 한다. 주취상태에서는 사건을 방치하는 경향이 종종 있기 때문이라는 점을 이유로 들고 있다.<sup>13)</sup>

연방법원의 실무기준에 의하면, 범행시 혈중알콜농도가 0.2% 이상인 경우에는 한정책임능력을 인정할 수 있고, 살인범죄나 폭력범죄의 경우에는 0.22% 이상인 경우에 한정책임능력으로 형의 감경(즉, 주취감경)이 인정될 수 있다고 한다.<sup>14)</sup> 그러나 알콜의 개인의존적 효과와 상황의존적 효과로 인하여 연방법원의 이 실무기준은 항상 그대로 적용되는 것은 아니다.<sup>15)</sup> 오히려 주취상태 하에서의 범행에 대하여 한정책임능력이 인정되기 위해서는 혈중알콜농도 이외에 범행의 본질적인 사정, 행위자의 범행 중의 태도와 범행전 및 범행 이후의 태도도 함께 포함시켜서 판단하는 전체적 형량이 필요하다고 한다.<sup>16)</sup> 독일의 연방법원 및 하급심 법원이 주취범죄와 관련하여 한정책임능력을 인정한 사안으로 개관해보면, 처음으로 알콜을 마시고 운전한 경우<sup>17)</sup>, 병리적인 명정상태에서 범행한 경우<sup>18)</sup>, 알콜과 다른 물질 내지 심리적 예외사정과의 공동작용으로 범행한 경우<sup>19)</sup> 등이다. 이에 반해 알콜에 익숙한 행위자의 경우에는 혈중알콜농도가 높은 경우에도 완전한 책임능력이 인정될 수 있다.<sup>20)</sup> 혈중알콜농도의 산정이 불가능한 경우에는 정신진단학적 기준에 따른 동기형성의

10) BGH v. 27.1.87 - 1 StR 725/86.

11) BGH v. 23.11.00 - 3 StR 413/00.

12) BGH v. 22.11.90 - 4 StR 431/90.

13) BGH v. 8.3.95 - 2 StR 21/95.

14) BGH v. 29.4.97 - 1 StR 511/95.

15) BGH v. 3.12.02 - 1 StR 378/02.

16) BGH v. 22.3.02 - 2 StR 517/01.

17) OLG Düsseldorf v. 19.1.94 - 5 Ss 391/93 - 120/93 I.

18) BGH v. 21.6.94 - 4 StR 150/94.

19) BGH v. 15.3.00 - 1 StR 35/00(중독물질과 공동작용); BGH v. 4.2.97 - 4 StR 655/96(인격장애와 공동작용); BGH v. 7.4.92 - 4 StR 122/92(격정적 긴장상태와 공동작용).

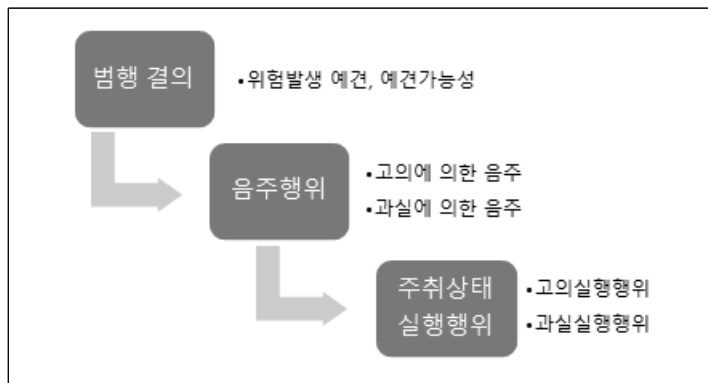
20) BGH v. 24.7.97 - 4 StR 147/97.

가능성에 대한 평가가 행해진다. 이에 속하는 것으로는 범죄의 예비와 범행의 계획적인 실행, 신속한 상황인식, 변화된 사정에 맞춘 대응, 신중한 범행이후의 태도, 알콜습취의 습관, 기억력 등이다.

#### 4 자발적 명정, 비자발적 명정, 명정죄 입법 가능성 논의

##### (1) 원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 입법개정 노력

주취상태의 명정자의 책임능력을 예외적으로 인정하고 있는 형법 제10조 제3항의 합리적인 해석과 적용을 통해서 주취상태의 행위자에 대한 처벌의 형사정책적인 목적을 달성하지 못한다면 제10조 제3항의 기본구조에 대한 재검토가 이루어져야 할 단계는 아닌지에 대해서 문제제기를 할 수 있다.



양형인자 중 본인의 책임 있는 심신미약의 경우가 미국의 판례에서 말하는 자발적 명정과 개념적으로 유사성을 가지고 있다. 미국의 법원의 태도는 일반적인 원칙은 특수한 고의를 부정할 수 있는 특수한 사례를 제외하고는 피고인에게 주취항변에 근거하여 책임무능력을 인정하지 않는다. 미국의 많은 수의 주의 판례와 법령에서는 범행 당시 술에 취하였다는 증거가 쟁점이 되는 사실과 논리적으로 일치한다고 하더라도 해당 주취 증거의 사용을 허

용할 수 없다고 구체적으로 명시하였다. 사회 안전을 도모한다는 취지에 근거를 둔 이 원칙은 의도적으로 술을 마시고 스스로 자제력을 잃은 피고인으로부터 개인을 보호하고자 하는 강한 사회적 이익을 배경으로 하고 있다. 다만, 본인의 책임 있는 심신미약을 우리나라의 경우 양형의 감경인자로 본다는 점에서 범죄성립 단계에서 책임항변을 인정할 수 없는 사유로 보는 미국의 법원의 태도와는 차이가 있다.

미국의 경우에도 자발적인 중독 내지 주취로부터 유래된 정신장애 상태는 주취의 단기적인 효과로서 취급되며 정신이상의 항변사유로 인정되지 않는다.<sup>21)</sup> 약물에 취하겠다는 의사결정은 보통 의식이 있는 경우에 이루어지기 때문에 그것을 책임을 피하는 도구로 사용할 수 없는 것이다.(no escaping liability) 특히 음주행위는 그 자체 부주의가 되므로 피고인은 특수 고의 범죄를 제외하고는 범죄를 위해 요구되는 악의(mens rea)를 가진 것으로 볼 수 있다고 본다.(drinking as a reckless act)<sup>22)</sup> 알코올이나 약물의 영향 하에 행위했다는 것은 피고인이 행위당시에 그 자신 행위의 본질과 결과에 대해서 알고 행위 하였다고 판단하는 것을 방해하지는 않는다.<sup>23)</sup> 다만 비자발적인 주취의 경우에는 이와 다르다. 일리노이 주의 중독에 근거한 방어(intoxication defense) 규정에 의하면 “알콜에 취하거나 약물에 중독된 상태에 있는 자가 그 상태가 비자발적으로 발생하였고, 그의 행위의 범죄성에 대해 식별할 수 있는 능력 또는 법이 요구하는 바와 같이 그의 행위를 수행할 수 있는 본질적인 능력 둘 중에서의 어느 하나를 행할 수 없는 상태이지 않는다면 그의 행위에 대해서 형사책임을 진다”고 규정하고 있다.<sup>24)</sup>

범행결의와 원인설정행위 야기, 책임능력 결함상태의 실행행위의 구조의 원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 책임능력 판단 단계에서의 주취상태의 검토가 영미법계에서는 자발적 주취, 비자발적 주취와 실행행위의 구조를 가지고 고의 조각여부의 검토라는 체계적인 변화가 상당한 부분이 있지만, 주취감경의 문제해결을 위한 하나의 방안으로 논의가 있어

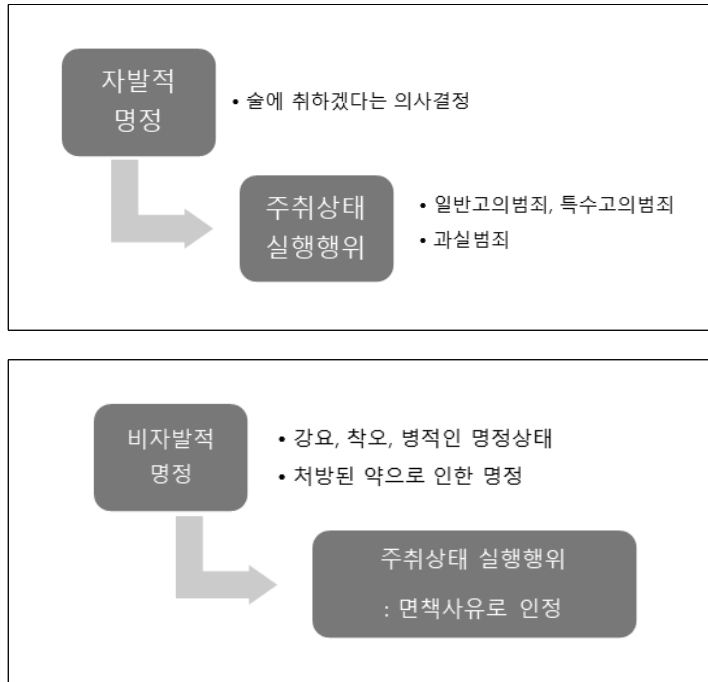
21) Kaplan, Weisberg, Binder, Criminal Law Cases and Materials, 2012, p. 651.

22) People v. Hari, 218 Ill. 2d 275 (2006).

23) 22 C. J. S. Criminal Law § 142.

24) People v. Hari, 218 Ill. 2d 275 (2006).

야 할 단계가 되었다고 본다.



독일 형법은 행위자가 유책하게 야기한 명정상태를 추상적 위험범으로 구성하여 대응하고 있다. 독일의 경우 주취상태에서 저지른 범행에 관하여 음주로 인한 명정을 ‘병적인 정신장애’ 또는 ‘심한 의식장애’에 해당하는 것으로 본다. 독일 형법 제323a조의 명정죄는 명정상태에서 범해진 위법한 행위의 가벌성이 단지 행위자가 형법 제20조에 따라 책임무능력이라는 사유로 부정되는 사안을 그 대상으로 삼고 있다.<sup>25)</sup>

최근 성범죄의 대책에 관련하여 약물이나 술에 중독된 명정상태의 범죄자를 더 중하게

25) 독일 형법 제323a조(명정) ① 고의 또는 과실로 알콜 음료나 기타 각성제를 복용하여 자신의 명정상태를 야기한 자가 그 상태에서 위법행위를 범하고 명정상태로 인하여 책임능력이 없거나 또는 책임무능력을 배제할 수 없다는 이유로 이를 처벌할 수 없는 경우에는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.  
 ② 제1항의 형은 명정상태에서 범한 범죄행위에 대하여 정해진 형보다 중해서는 아니된다.  
 ③ 명정상태에서 범한 법적 행위가 고소, 수권 또는 처벌요구에 의해서만 형사소추될 수 있는 경우에 제1항의 행위는 고소, 수권 또는 처벌요구가 있어야만 형사소추된다.

처벌해야 한다는 분위가 있다. 책임능력과 행위 동시존재의 원칙의 예외가 되는 원인에서의 자유로운 행위의 법리를 다시 와해시키는 결과를 가져올 수 있다. 완전 명정상태에 해당하여 책임능력 부존재가 인정되더라도 별도로 명정범죄를 처벌하는 규정을 마련하는 입법안에 대한 논의가 필요하다고 본다.

## (2) 병리적 상태의 알콜 중독, 치료의 원칙

반복된 알콜을 포함하는 약물의 사용은 약물사용의 통제 기능을 상실하고 약물에 대한 강렬한 욕망으로 발현되는 중독의 결과를 가져올 수 있다. 어떤 물질을 주입한 직후 심각한 행동적, 심리적, 생리적 증상과 증세가 유발될 수 있는데, 약물중독(drug addiction)은 지속적으로 나타나는 약물사용에 대한 강한 갈망과 약물사용에 대한 통제 불가능성으로 특징지어지는 강박적인 약물사용 상태를 말한다. 약물중독에 대한 DSM-IV의 진단기준에 의하면 한번 사용하기 시작하면 자꾸 사용하고 싶은 충동을 느끼는 의존성을 갖고 있으며, 사용할 때마다 양을 늘리지 않으면 효과를 느낄 수 없는 내성(tolerance)을 갖고 있고, 사용을 중단하면 온 몸에 견디기 힘든 육체적 심리적 이상증상을 일으키는 금단증상을 갖는 것으로 개인에 한정되지 않고 사회에도 해를 끼치는 물질로서 사회적 피해를 가져오는 것을 말한다.<sup>26)</sup>

최근 뇌과학 및 뇌신경연구의 발달은 중독을 유발하는 뇌기능의 이상을 보다 더 구체적으로 설명하기 시작하였으며, 특히 뇌영상 연구(brain imaging studies)들에서 중독된 개인에서 동기부여, 보상, 그리고 억제제어의 정상적인 과정을 위한 중요한 뇌의 부위에서 근원적인 분열(underlying disruption)의 모습을 가지고 있다고 한다.<sup>27)</sup> 뇌과학의 발달은 중독에 대한 기존의 인식에 변화를 보여주고 있으며, 중독 중에 발생하는 비정상적인 행동 발현은 오랫동안 중독된 개인의 선택으로 여겨져 왔었지만 이제는 중독은 만성적이고 재발

26) 이효순, 한국의 약물중독의 문제점과 사회복지 개입방향; 영국의 사회복지적 개입과 비교, 2010 International Conference of the Korea Academy of Mental Health Social Work, 210면.

27) Volkow, N. D., Fowler, J. S. & Wang, G. J. The addicted human brain: insights from imaging studies. J. Clin. Invest. 111, 2003, p. 1444.

하는 뇌 질환으로 인식하고 있다.<sup>28)</sup> 즉, 약물중독은 뇌의 변화를 가져오고 특히 구조적으로 그리고 기능적으로 변화를 가져오는 뇌질환인 것이다.<sup>29)</sup>

PET 또는 MRI 연구는 약물중독과정의 다양한 상태(예를 들어 중독, 금단, 그리고 갈망(craving))와 연관되어 있는 뇌의 영역과 회로를 특징화하고 그리고 신경회로의 활동과 행동 사이를 연결하고 있음을 보여주고 있다. 더 나아가 fMRI 연구는 약물 중독 또는 갈망상태에서 뇌의 전두엽 영역이 보상, 동기 부여, 메모리와 관련된 신경회로를 포함하는 복잡한 패턴의 부분들이 활성화하고 있는 것을 보여주고 있다.<sup>30)</sup>

약물남용과 그에 따른 형사처벌 및 구금치료에 관련된 높은 비용은 국민세금과 사회전체에 큰 부담이 된다는 것은 명백한 사실이다.<sup>31)</sup> 연구결과에 의하면 구금이 아닌 약물치료프로그램의 활용이 범죄를 줄이는데 비용 효과적이라는 것이다.<sup>32)</sup> 치료서비스를 통하여 중독자들이 사회적으로 건강하게 회복할 수 있도록 지원하는 것은 직·간접적인 의료비용을 포함한 사회적 비용의 절감 뿐 아니라 범죄발생의 감소라는 사회안전 유지의 차원에서도 비용 효과적이라고 한다.<sup>33)</sup>

그런데 우리나라의 주취범죄자나 약물중독범죄자에 대한 재판결과는 구금처우라는 엄벌주의의 형태를 보이고 있다. 미국 국립약물남용연구소(National Institute on Drug Abuse)의 형사사법 관련자에 대한 약물중독 치료의 원칙(Principles of Drug Abuse Treatment for Criminal Justice Populations)을 마련하면서 첫 번째로 제시하고 있는

28) Alan I. Leshner, Addiction Is a Brain Disease, and It Matters, Science 278, 45, 1997, p. 45.

29) National Institute on Drug Abuse Report, “Drugs, Brains, and Behavior : The Science of Addiction”, 2010, p. 5.

30) Id. p. 1444.

31) 각종 중독관련 사회적 비용에 대한 조사결과로서 알콜중독과 관련하여 2008년도 「국민건강영양조사」의 결과에 따르면 19세 이상의 남성 12.2%, 여성 2.4%가 그리고 국민전체로 보면 7.6%가 알콜 의존상태로 나타났다. 이러한 알콜중독 현상은 음주와 관련된 사회경제적 손실비용이 가파르게 상승하여 전체 GDP의 3% 수준인 약 21조원에 이르고 있다고 한다. 정우진, 이선민, 김재윤, 음주의 사회적 비용, 집문당, 2009.

32) Farabee, D., Leukefeld, C. G., Recovery and the criminal justice system, New Haven, CT , Yale University Press, 2001, pp. 40-59.

33) 치료의 방법을 옹호하는 사람들은 약물사용자 외래환자 치료를 위한 1인당 연간비용은 현재 지출되는 수감자 1인당 유지비용 보다 훨씬 경제적이며 치료를 받는 범법자들은 수감생활을 하는 동안에도 취업을 할 수 있고 따라서 세금도 내게 되며, 또한 이들의 치료비용을 제3자인 의료보험이나 보건기관에서 부담하는 경우에는 국가 재정상의 부담을 더욱 효과적으로 경감할 수 있다고 주장한다.

것이 '약물중독은 인간 행동에 영향을 미치는 일종의 뇌질환'이라는 인식이다. 뇌질환이기 때문에 약물중독으로부터 회복하기 위해서는 효과적인 치료가 이루어져야 하며, 치료는 행동변화를 일으킬 수 있을 만큼의 충분한 기간 동안 실시되어야 한다는 점을 강조하고 있다. 중독에 대한 정확한 사정이 치료의 첫 단계이며, 치료의 효과를 높이기 위해서는 개인별 치료욕구에 적합한 맞춤형 치료서비스가 필요하다. 치료기간 중 약물을 재사용하는지 여부에 대해서 점검하여야 하며, 치료의 목표에는 범죄행위와 연관된 요인들이 포함되어야 한다. 형사사법기관의 감시감독에는 약물 중독치료가 포함되어야 하며, 치료제공자들은 교정보호기관의 감시감독 필요성을 인식하여야 한다. 중독자에게는 사회 재통합을 위해서 치료의 지속성이 필수적이며, 균형감 있는 보상과 처벌을 통해서 친사회적 행동과 치료 참가 모두를 촉진시킬 수 있다. 약물 중독과 정신질환 문제를 동시에 가지고 있는 중독자들에게는 통합적인 치료가 필요하며, 약물중독자 중 많은 사람들은 약물치료가 중요한 치료방법이라고 할 수 있다.<sup>34)</sup>

## 5 적극적 소극적 양형인자 구분 기준의 명확성 확보

현행 양형기준은 기본적으로 양형인자의 기본성격에 따라 행위인자와 행위자/기타인자로 우선 구분한 다음, 양형에 영향을 미치는 내용, 즉 책임경중에 따라 가중인자와 감경인자로 구분하고, 영향을 미치는 정도에 따라 특별양형인자와 일반양형인자로 구분하고 있다.

발표자는 발제문에서 양형인자 질적 구분과 평가원칙을 가중 또는 감경의 적극적 양형인자와, 가중 또는 감경내용으로 고려해서는 아니되는 소극적 양형인자로 구분하는 내용으로 수정하고, 개별 범죄유형별 양형기준에서 고려해서는 안 될 소극적 양형인자를 구체적으로 열거하면 법관 양형재량의 더 합리적인 기준이 제시될 것이라고 제안하고 있다.

발표자는 소극적 양형인자의 유형으로 • 만취로 인해 타인에 해악을 끼칠 소질의 범행발현, • 만취하였으나 심신미약에 이르지 않은 상태에서의 범행, • 피해자의사와 무관한 일방

34) [http://www.drugabuse.gov/sites/default/files/podat\\_cj\\_2012.pdf](http://www.drugabuse.gov/sites/default/files/podat_cj_2012.pdf)

적 공탁, 기부행위, • 섹스중독증, 분노조절장애진단 등을 제시하고 있다. 그런데 1)의 사유는 만취로 인해 타인에 해악을 끼칠 소질의 범행발현은 주취상태에서의 일반적인 현상으로 술을 먹은 경우 폭력적 성향을 가지고 있다는 연구결과에 의하면 이것이 감경사유로 볼 수 있을 지에 대해서는 의문이 제기된다. 2) 만취하였으나 심신미약에 이르지 않은 상태에서 범행의 사유는 만취 개념과 심신미약의 상태에 이르지 않은 상태의 판단 자체의 모호함도 있지만, 이는 원인에서의 자유로운 행위의 문제도 아닌 고의범 성립의 문제로서 술의 힘을 빌은 용기 사례(Dutch courage case)와의 어떤 점에서 차별점을 찾아야 할지에 대한 불분명함이 있다고 할 수 있어 이에 대한 재검토가 필요하다고 본다.

좋은 발표 감사합니다.

[발표 및 토론]  
주취감경의 형법적 문제와 양형기준 개선의 과제

제2세션

『지정토론』: 발표자의 주제발표문에 대한 지정토론문  
**‘주취감경의 형법적 문제와  
양형기준 개선의 과제’ 토론문**

함석천 (서울중앙지방법원 부장판사)



## ‘주취감경의 형법적 문제와 양형기준 개선의 과제’ 토론문



함석천 (서울중앙지방법원 부장판사)

심신미약 - 이 쉽지 않은 전문 용어가 시민들 사이에 회자되고, 또 사회에서 논란의 대상이 되고 있습니다. 참 흥미롭습니다. 토론자는 이 용어를 법대에 입학한 다음에 접했습니다. 그만큼 형사절차에서 이 용어가 자주 등장했고, 또 최근의 몇몇 사건에서 이 감경사유 때문에 올바른 형사 처벌이 이루어지지 않았다는 불안감이 퍼져 있는 것으로 보입니다.

심신미약은 형법 총칙 중 ‘죄의 성립과 형의 감면’의 절에 포함된 일반 감경사유입니다. 여기에는 자신이 하는 행동을 정확하게 이해하고 실행에 옮긴 행동에 대해서만 형사책임을 묻겠다는 형법의 기본 생각이 투영되어 있습니다. 그래서 형법은 심신장애로 인해 “사물을 변별할 능력이 없거나 결정할 능력이 없는” 때에는 그 행위는 벌하지 않고(형법 제10조 제1항), 그 능력이 “미약한” 때에는 형을 감경하게 하고 있습니다(같은 조 제2항). 다만 “위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한” 때에는 그 적용이 없습니다(같은 항 제3항). 간결하게 말하면, 스스로 자신의 행동을 이해하고 행동한 자의 행위에 대해 형사책임을 묻겠다는 의지의 표현입니다. 그래서 위험의 발생을 예견하고 자의로 장애 상태를 야기한 자에 대해서는 여전히 책임을 묻고 있습니다. 이런 점을 고려해 보면, 장애 가운데 농아자의

행위에 대해서만 형을 감경하고(형법 제11조), 다른 장애에 대해 형의 감경을 규정하지 않은 이유도 짐작할 수 있습니다.

잠시 형법 총칙의 일반론을 거론한 이유는, 이처럼 형법이 나름의 체계를 가지고 있다는 점을 말씀 드리기 위해서입니다. 지금 생겨난 불안감의 근원은 그 적용 단계에서 나타납니다. 다른 세션 발표를 통해 파악할 수 있듯이, 실제 심신미약이 인정되는 사례는 극히 드뭅니다. 그 중에서도 음주와 관련한 심신미약 인정 사례는 찾기 쉽지 않습니다. 적어도 최근에는 그렇습니다.

벌금형 없이 법정형의 하한이 높게 설정된 범죄 유형이 있습니다. 그 중 일부에 대해서는 법 개정을 통해 책임에 따른 형벌이 합리화되었습니다만, 여전히 그런 규정은 남아있습니다. 피해 보상이 이루어지고 처벌을 원하지 않는 사정이 있는데도 사안에 비해 지나치게 높은 형을 선고할 수밖에 없는 상황이 벌어지면서, 법률이 만든 사각지대를 벗어나기 위해 판사로서는 어쩔 수 없는 선택을 하는 경우도 있었습니다. 주취감경 주장이 자주 등장하던 폭력범죄에 대한 법률이 개정되고, 성범죄에 대해 음주로 인한 심신미약 적용을 극도로 제한하는 입법과 그에 이은 양형기준 수정이 이루어지면서 이 문제로 시민들이 걱정하고 우려할 일은 없을 것이다, 적어도 많이 완화될 것이라고 생각했습니다. 그런데 현실은 좀 달랐습니다.

형사정책연구원과 양형위원회는 심신미약이란 용어에 대해 사회의 관심이 집중되기 전에 이미 주취감경의 문제를 짚어보려고 이 주제를 선정했습니다. 문제 의식의 발단은 성범죄에 대해 이미 주취감경의 제한을 두고 있지만, 실상 음주로 인한 범죄 비율이 성범죄 아닌 다른 범죄 유형에서도 높게 나타난다는 실증적 인식에 터 잡아 선제적으로 이 주제를 선정하지 않았나 싶습니다. 공동체에서 우려의 목소리가 나오기 전에 먼저 문제를 짚어보려고 논의를 시작한 두 기관의 연구 능력이 놀랍습니다.

본론으로 돌아와, 이처럼 형법 체계에는 문제가 없어 보이고, 구체적인 개별 사안에 대해서는 법률 개정과 양형기준 수정을 통해 음주로 인한 심신미약에 대해 과거보다 더 까다롭게 요건을 가려내고 보다 엄정한 양형을 할 수 있는 체계를 보완했는데도 사회 구성원들이

과거보다 더 불안해하는 이유는 무엇일까요?

실제 형사 재판에서 음주로 인한 사건의 비율은 상당합니다. 그리고 그 중 상당수가 음주로 인한 심신미약을 주장합니다. 시민들이 불안해하는 이유는 여기에 있는 것 같습니다. 술로 인해 벌어지는 사건이 많고, 그 때문에 술로 인한 감경 주장이 많기 때문입니다. 주장이 많기 때문에 그로 인한 인정 사례도 늘 수 있다는 걱정이 시민들 우려의 핵심 같습니다.

토론자로서 간단히 제 의견을 말씀 드리고자 합니다. 음주로 인한 감경의 제한은 그 영역을 넓혀야 한다고 생각합니다. 위협의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행동에 대한 형법 제10조 제3항을 이론적 기초로 삼고, 술로 인해 사회에 불필요한 불안이 증대하고, 처리를 위한 사회 비용과 고통이 그로 인한 즐거움을 상회하며, 무엇보다 형사 피해자가 양산되는 현상을 막아야 한다는 당위를 실증적 기초로 삼아서 말씀 드립니다. 다만 형법 체계는 여전히 건재하다는 점을 상기해 주시고, 형법에 따른 책임주의 원칙이 잘 투영될 수 있도록 균형을 이루길 희망합니다.



[발표 및 토론]  
주취감경의 형법적 문제와 양형기준 개선의 과제

제2세션

『지정토론』: 발표자의 주제발표문에 대한 지정토론문  
**‘주취감경의 형법적 문제와  
양형기준 개선의 과제’ 토론문**

이재일 (국회 입법조사관)



## ‘주취감경의 형법적 문제와 양형기준 개선의 과제’ 토론문\*



이재일\*\* (국회 입법조사관)

### I. 현행 「형법」상 심신장애인의 책임능력과 판결의 태도

형법은 ‘행위 시 책임’에 따라 형벌을 부과해야 한다는 ‘책임원칙(Schuldprinzip)’을 형법의 기본원칙으로 삼고 있다. ‘책임 없으면 형벌 없다(Keine Strafe ohne Schuld)’는 책임원칙은 행위자의 범죄행위 시를 기준으로 책임능력 유무와 정도를 판단하여 이에 따라 처벌하여야 한다는 형사법의 기본원리로 법치국가의 원리에 내재하는 원리인 동시에 헌법 제10조의 취지로부터 도출된다.<sup>1)</sup> 형법은 책임원칙에 근거하여 행위 당시 책임능력의 정도에 따라 그 형을 면제하거나 감경하도록 규정하고 있는데, 「형법」 제9조(미성년자의 형사

\* 본 글에 제시된 의견은 필자 개인의 의견으로 필자가 소속된 기관(국회입법조사처)과는 관련이 없음을 미리 알려드립니다.

\*\* 국회입법조사처 법제사법팀 입법조사관보(형사법 담당), 독일 Frankfurt a/M대학교 법학과 법학박사과정 수료(형사법 전공).

1) 헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌가10 결정요지: 형벌은 범죄에 대한 제재로서 그 본질은 법질서에 의해 부정적으로 평가된 행위에 대한 비난이다. 만약 법질서가 부정적으로 평가한 결과가 발생하였다고 하더라도 그러한 결과의 발생이 어느 누구의 잘못에 의한 것도 아니라면, 부정적인 결과가 발생하였다는 이유만으로 누군가에게 형벌을 가할 수는 없다. 이와 같이 ‘책임없는 자에게 형벌을 부과할 수 없다’는 형벌에 관한 책임주의는 형사법의 기본원리로서, 헌법상 법치국가의 원리에 내재하는 원리인 동시에 헌법 제10조의 취지로부터 도출되는 원리이다.

책임), 제10조(심신장애인의 형사책임), 제11조(농아자의 형사책임)가 이에 해당된다.

「형법」 제10조는 책임원칙에 근거하여 정신질환 또는 음주·마약 등으로 인하여 심신장애가 발생한 경우 그 정도에 따라 형을 면제(심신상실의 경우, 제1항) 또는 감경(심신미약의 경우, 제2항)하도록 규정하고 있다.(필요적 형감면) 범죄를 범하기 위하여 자의적으로 심신장애의 상태에 빠진 자는 심신장애를 이유로 형이 면제 또는 감경되지 않도록 하는 이른바 ‘원인에 있어서의 자유로운 행위’를 규정하고 있다.(제3항) 즉, 우리 「형법」에 따르면 범죄실행을 위하여 자의적으로 심신장애 상태에 빠지지 않는 한 심신장애를 가지고 있는 사람이 범죄를 범한 경우라면 법원은 그 형을 면제 또는 감경해야 한다. 그러나 이 조항은 중한 범죄를 범한 사람이 범행 당시 심신장애를 이유로 선고형을 낮추기 위한 방안으로 오용되어 왔다. 2008년 12월 당시 8세 아동을 잔혹하게 성폭행하여 신체기능까지 손상시킨 이른바 ‘조두순 사건’에서 검찰은 무기징역형을 선고하였으나 법원은 ‘음주상태였다’는 피고인의 주장을 받아들여 「형법」 제10조제2항을 적용하여 징역 12년형을 선고하여<sup>2)</sup> 국민적 공분을 불러일으켰다. 이른바 ‘조두순 사건’ 이후 주취상태에서의 성범죄에 대한 형감경 조항이 많은 비판이 받으면서 2010년 4월 15일 제정된 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」과 2014년 1월 21일 개정된 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」에 음주·마약 등으로 인한 심신장애 상태에서 성범죄를 범한 경우 「형법」 제10조제1항 및 제2항의 적용을 배제할 수 있도록 하는 조항이 신설되었다.

현행법에 따른 형사재판에서 음주 등 주취로 인한 범죄발생 시 피고인이 행위 당시 음주로 인한 심신상실 또는 심신미약을 주장하면, 법원은 우선 피고인이 주장하는 행위 당시 심신상실 또는 심신미약의 유무를 판단하고, 피고인의 주장을 인정하는 경우 심신상실이면 형면제를 심신미약이면 형감경을 필요적으로 하여야 한다. 즉, 법원은 이러한 상황에서 행위 당시 피고인이 주취로 인하여 심신상실 또는 심신미약의 상태에 있었느냐에 대한 판단

2) 수원지방법원 안산지원 2009. 3. 27. 선고 2009고합6 판결 참조.

만을 할 수 있을 뿐이다. 다만, 성범죄의 경우에는 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」과 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」이 적용되어 피고인이 행위 당시 주취로 인한 심신상실 또는 심신미약의 상태에 있었다 하더라도 그 형을 면제 또는 감경하지 아니할 수 있다.<sup>3)</sup> 심신장애에 대한 법원의 태도는 엄격한 편으로, 단순히 음주 또는 약물사용만으로 심신장애상태가 인정되는 것은 아니라고 판시하고 있다.<sup>4)</sup> 그리고 판례는 심신미약상태를 인정함에 있어서도 매우 엄격하게 해석하고 있는데, 심신상실의 단계에는 이르지 않았지만 매우 근접한 정도의 심신장애상태에 이를 것을 요하고<sup>5)</sup> 그리고 범행을 기억하지 못한다고

3) 2013년 6월 1일부터 시행하고 있는 대법원 양형위원회의 성범죄 양형기준에 의하면 음주 또는 약물로 인한 만취상태에서 성범죄를 범한 경우에는 i) 범행의 고의로 또는 범행 수행을 예견하거나 범행 후 면책사유로 삼기 위하여 자의로 음주 또는 약물로 인하여 만취상태에 빠진 경우에는 피고인이 범행 당시 심신미약 상태에 있었는지 여부와 상관없이 만취상태를 일반가증인자로 반영하고, ii) 범행의 고의가 없었고, 범행 수행을 예견하지 못하였으나, 과거의 경험, 당시의 신체 상태나 정황 등에 비추어 음주 또는 약물로 인하여 만취상태에 빠지면 타인에게 해악을 미칠 소질(가능성)이 있는 경우에는 피고인이 범행 당시 심신미약 상태에 있었는지 여부와 상관없이 만취상태를 감경인자로 반영하지 아니하고, 그리고 iii) 위에 해당하지 않더라도 범행 당시 심신미약 상태에 이르지 않은 경우에는 만취상태를 감경인자로 반영하지 아니한다.

4) 예를 들면, 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009도13411 판결: “기록에 나타난 피고인의 평소 주량, 위 각 범행에 이르게 된 경위, 범행의 수단과 방법, 범행 후의 정황 등에 비추어 보면 피고인이 위 각 범행 당시 음주로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없었다거나 미약한 상태에 있었다고 할 수 없다.”; 대법원 2000. 3. 28. 선고 99도 5023 판결: “피고인은 사고 당일 저녁 약 1시간 30분 정도의 시간에 걸쳐 식사를 하면서 소주를 마셨고, 음주운전단속을 회피하기 위하여 일부러 사고장소인 농로를 선택하여 운전하였는데 화식장소로부터 사고장소까지의 운전거리는 기록상 나타나지 않으나 사고장소로부터 약 5km 이상의 거리인 집까지 운전한 사실, 이 사건 사고로 인하여 피고인의 차량 우측 전조등 부분이 완전 파손되었고, 우측 앞범퍼 부분도 충격에 의하여 밀려들어가 차체와 사이가 벌어져 있는 사실, 피고인은 경찰조사 시에 피고인이 음주운전단속을 피하기 위하여 사고장소인 농로로 진행한 사실과 사고 후 계속 진행하다가 차량이 진흙탕에 빠져 피고인 회사의 견인차량을 불러 차량을 뺐 사실 등을 비교적 상세히 기록하고 있고, 사고사실을 몰랐다고 진술하면서도 차량이 진흙탕에 빠진 곳이 사고장소로부터 약 5km 떨어진 곳이라고 진술한 사실이 인정되는 바, 이와 같은 사실관계라면 사고당시 비바람이 심한 야간이었고 피고인이 주장하는 바와 같이 피고인이 당시 소주 2홉들이 2병을 마신 상태에서 집으로 귀가하던 중 2회에 걸쳐 차량의 바퀴가 진흙탕과 모래밭에 빠진 사실이 있다 하여도 피고인이 당시 심신상실이나 심신미약 상태에 있었다고는 보이지 아니하므로”; 대법원 1999. 3. 9. 선고 99도242 판결: “원심은 피고인이 이 사건 각 범행 직전에 술을 마신 사실은 인정되지만, 피고인이 마신 술의 양, 범행의 동기와 경위, 수단과 방법, 범행을 전후한 행동, 범행 후의 정황 등에 비추어 보면 피고인이 음주로 인하여 심신상실 내지 심신미약 상태에까지 이르렀다고는 보이지 아니한다고 판단하여 피고인의 심신장애 주장을 배척하였는 바, 관련 증거를 기록과 대조하여 검토하여 보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고” 등 참조.

5) 예를 들면, 대법원 2009. 2. 26. 선고 2008도9867 판결: “자신의 충동을 억제하지 못하여 범죄를 저지르게 되는 현상은 정상인에게서도 얼마든지 찾아볼 수 있는 일로서, 특단의 사정이 없는 한 위와 같은 성격적 결함을 가진 자에 대하여 자신의 충동을 억제하고 법을 준수하도록 요구하는 것이 기대할 수 없는 행위를 요구하는 것이라고는 할 수 없으므로, 원칙적으로 충동조절장애와 같은 성격적 결함은 형의 감면사유인 심신장애에 해당하지 아니한다고 봄이 상당하지만, 충동조절장애와 같은 성격적 결함이라 할지라도 그것이 매우 심각하여 원래의 의미의 정신병을 가진 사람과 동등하다고 평가할 수 있는 경우에는 그로 인한 범행은 심신장애로 인한 범행으로 보아야 한다.”; 대법원 2007. 2. 8. 선고 2006도7900 판결: “형법 제10조에 규정된 심신장애는 생물학적 요소로서 정신병 또는 비정상적 정신상태와 같은 정신적 장애가 있는 외에 심리적 요소로서 이와 같은 정신적 장애로 말미암아 사물에 대한 변별능력과 그에 따

하여 바로 심신상실을 인정할 수는 없다고도 판시하고 있다.<sup>6)</sup> 심신미약상태를 인정하는 경우에도 「형법」 제10조제3항을 적용하여 형의 필요적 감경을 적용하지 않을 수 있는지 여부를 검토하고 있다.<sup>7)</sup>

른 행위통제능력이 결여되거나 감소되었음을 요하므로, 정신적 장애가 있는 자라고 하여도 범행 당시 정상적인 사물 변별능력이나 행위통제능력이 있었다면 심신장애로 볼 수 없는 것이고, 특단의 사정이 없는 한 성격적 결함을 가진 자에 대하여 자신의 충동을 억제하고 법을 준수하도록 요구하는 것이 기대할 수 없는 행위를 요구하는 것이라고는 할 수 없으므로, 사춘기 이전의 소아들을 상대로 한 성행위를 중심으로 성적 흥분을 강하게 일으키는 공상, 성적 충동, 성적 행동이 반복되어 나타나는 소아기호증은 성적인 측면에서의 성격적 결함으로 인하여 나타나는 것으로서, 소아기호증과 같은 질환이 있다는 사정은 그 자체만으로는 형의 감면사유인 심신장애에 해당하지 아니한다고 봄이 상당하고, 다만 그 증상이 매우 심각하여 원래의 의미의 정신병이 있는 사람과 동등하다고 평가할 수 있거나, 다른 심신장애사유와 결합된 경우 등에는 심신장애를 인정할 여지가 있을 것이며” 등 참조.

6) 예를 들면, 대법원 1985. 5. 28. 선고 85도361 판결: “형법 제10조 제1항, 제2항이 각 정하는 심신상실과 심신미약은 어느 것이나 심신장애의 태양에 관한 것으로 그 정도를 달리하는 차이가 있을 뿐일 따름으로, 즉 심신상실은 심신장애로 인하여 사물의 이비선약을 변식할 능력이나 또는 그 변식하는 바에 따라 행동할 능력이 없는 것을 말하고, 심신미약은 위와 같은 능력을 결여하는 정도에는 이르지 않으나 그 능력이 미약한 경우를 말하는 것이며, 형법상 심신상실자라고 하려면 그 범행 당시에 있어서 위와 같은 능력이 없어 그 행위의 위법성을 의식하지 못하고 또는 이에 따라 행위를 할 수 없는 상태에 있어야 하며 피고인이 범행을 기억하고 있지 않다는 사실만으로 바로 피고인이 범행 당시 심신상실 상태에 있었다고 단정할 수는 없다고 할 것이다” 참조.

7) 예를 들면, 대법원 1995. 6. 13. 선고 95도826 판결: “원심이 피고인이 이 사건 사고 당시 추위상태에 있었으나 위 사고사실을 알고도 도주한 것이고, 위 사고 및 도주 당시 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 없었거나 미약한 상태에 있지 않았다고 판단한 조치는 수긍할 수 있으며, 가사 피고인이 소론과 같이 심신미약상태에 있었다고 하더라도 형법 제10조 제3항에 의하면 ‘위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전 2항의 규정을 적용하지 아니한다’고 규정하고 있는 바, 기록에 의하면 피고인은 자신의 차를 운전하여 술집에 가서 술을 마신 후 운전을 하다가 이 사건 교통사고를 일으킨 사실을 인정할 수 있고, 이는 피고인이 음주할 때 교통사고를 일으킬 수 있다는 위험성을 예견하고도 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당하여 심신미약으로 인한 형의 감경을 할 수 없다고 할 것임으로” 참조.

## Ⅱ. 외국 입법례

국가	심신상실자	심신미약자	원인에 있어서의 자유로운 행위	완전명정죄
독일	필요적 형면제 (제20조)	임의적 형감경 (제21조)	x	제323조의a
오스트리아	x	임의적 형감경 (양형고려사유) (제35조)	x (판례로 인정)	제287조
스위스	필요적 형면제 (제19조제1항)	필요적 형감경 (제19조제2항)	제19조제4항	x
일본	필요적 형면제 (제39조제1항)	필요적 형감경 (제39조제2항)	x (판례로 인정)	x
프랑스	필요적 형면제 (제122-1조)	사정을 고려하여 형벌과 집행조건 결정(제122-2조). 음주 등으로 인한 폭행죄와 성범죄의 경우 오히려 가중처벌함		x

### 1 독일

독일 「형법」은 제20조에서 책임무능력자를, 제21조에서 한정책임능력자를 규정하면서 책임능력이 행위 시(bei Begehung der Tat)에 존재해야만 한다는 것을 명시하고 있다. 그리고 독일의 한정책임능력자의 경우 우리와 달리 임의적 형감경사유로, 한정책임능력이 존재한다 하더라도 형감경을 하지 않을 수 있다. 이러한 이유로 우리의 원인에 있어서 자유로운 행위에 해당되는 조문은 없다.

독일 「형법」은 심신장애로 인한 책임능력 상실 또는 미약에 대한 보충규정으로 제323조의a에서 완전명정죄(Vollrausch)를 두고 있는데, 음주 또는 마약 등 흥분제를 사용하여 고의 또는 과실로 자신을 명정상태에 빠뜨리고 이러한 상태에서 불법행위를 한 자에게 명정

상태로 인한 책임무능력으로 그 위법행위를 처벌할 수 없게 된 경우, 완전명정죄로 처벌할 수 있다. 완전명정죄의 법정형은 5년 이하의 자유형 또는 일수벌금형이다. 다만, 그 형은 명정상태에서 행한 범죄에 정해진 법정형보다 중하게 선고할 수 없으며, 명정상태에서 행한 범죄가 친고죄의 경우에는 완전명정죄 또한 친고죄이다.

## 2 오스트리아

오스트리아는 심신장애로 인한 형면제 또는 형감경 관련 규정을 두고 있지 않지만, 「형법」 제35조에서 명정상태로 인한 범죄행위 시 명정상태를 양형고려사유의 하나로 규정하고 있다. 한정책임능력자의 경우 오스트리아 「형법」 제35조(Berauschung)가 적용되어 책임감경사유에 대한 예외로서 한정책임능력상태가 알코올 등의 사용으로 인하여 발생한 경우, 이에 대한 비난정도가 중하지 않을 때에만 형감경이 인정된다. 비난정도가 중한 경우에 해당되는 사례로는 사회적 책임의식의 결여가 현저하게 나타난 경우, 행위자가 명정상태에서 범죄를 행하리라는 점을 구체적으로 예견하여야 했던 경우 등이 언급되고 있다.

오스트리아는 원인에 있어서의 자유로운 행위와 관련된 조항을 두고 있지는 않지만, 행위자에게 완전한 명정이 인정되어 책임무능력이 인정되는 경우 원인에 있어서 자유로운 행위의 처벌을 긍정하고 있다. 오스트리아 최고법원은 원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 직접적인 판결을 내리고 있지 않지만, 완전명정죄에 대한 판결에서 부차적으로 이를 확인하고 있다. 예를 들면, ÖJZ-LSK 1977/1에서 ‘행위자가 범죄를 실행할 목적으로 책임무능력상태에 스스로를 고의로 빠뜨린 경우(고의의 원인에 있어서의 자유로운 행위) 또는 행위자가 고의 또는 과실로 이러한 상태에 빠뜨리고 이 상태에서 가벌적 행위를 범하리라는 점을 인식하지 못하였으나 예견할 수 있었던 경우(과실의 원인에 있어서 자유로운 행위)’에는 각각 원인에 있어서 자유로운 행위의 법리에 의하여 고의범 또는 과실범으로 처벌된다.

그리고 오스트리아에서는 원인에 있어서 자유로운 행위의 요건이 충족되지 않는 경우, 제287조의 완전명정죄를 적용할 수 있다. 오스트리아 「형법」 제287조에 따르면 고의 또는 과실로 알코올 또는 명정야기물질을 섭취하여 귀속능력을 배제하는 명정상태에 스스로를 빠뜨리고 이 상태에서 범죄를 범하면 3년 이하의 자유형 또는 벌금에 처해진다.

### 3 스위스

스위스 「형법(Schweizerisches Strafrecht)」은 책임능력과 관련하여 제19조제1항은 행위 시에 불법의 통찰능력 또는 조종능력이 없으면 처벌하지 않는 책임무능력을, 제19조제2항은 이러한 능력이 부분적으로 감소된 경우 그 형을 필요적으로 감경하는 한정책임능력을 규정하고 있다. 이 조항의 특징은 책임능력과 관련하여 통찰능력과 조종능력을 기준으로 하고 심신장애상태 등을 별도로 규정하지 않음으로써, 혼합적 방식이 아닌 심리학적 방식만을 사용하여 규정하고 있는 점이다. 같은 조 제4항에서 행위자가 책임무능력 또는 한정책임능력을 회피할 수 있었고, 이러한 상태에서의 범행을 예견할 수 있었으면 제1항과 제2항을 적용하지 않도록 함으로써 원인에 있어서 자유로운 행위<sup>8)</sup> 또한 규정하고 있다.

### 4 일본

일본 「형법」은 제39조제1항에 심신상실자에 대한 필요적 형면제를, 제2항에 심신미약자에 대한 필요적 형감경을 규정하고 있을 뿐, 우리와 같은 원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 규정은 없다. 원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 가벌성 논쟁은 판례로 인정되어 왔는데, 과실의 원인에 있어서 자유로운 행위는 1927년(대심원판결 1927.10.16, 대심원형사판례집 제6권 413면), 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위는 1968년(대심원판결

8) 구 스위스형법에서는 원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 규정에서 '가벌적 행위를 실행할 목적으로'라고 규정하여 '목적'을 요구하였으나, 개정형법에서는 회피가능성을 요구하는 것으로 변경하여 그 적용범위를 확대하였다.

1968.2.27, 대심원형사판결집 제22권 제2호 67면)에 인정되어 현재에 이르고 있다.

## 5 프랑스

프랑스 「형법」은 제122-1조제1항에서 심신상실자에 대하여는 형을 면제하도록 규정하고 있지만, 동조 제2항에서는 심신미약자에 대하여 형벌과 집행조건을 결정함에 있어서 그 사정을 고려하여 처벌하도록 하는 양형조건으로 규정하고 있다. 그러나 이러한 규정에도 불구하고 프랑스 「형법」의 특징 중의 하나는 특정 범죄에 대하여 가중사유가 있는 경우에 기본범죄보다 그 형을 가중하여 처벌하도록 하는 규정이 있는데, 이 가중사유 중에 음주 또는 마약 복용 후에 범죄를 저지른 경우를 규정하고 있는 조항이 있다. 그 예로는 1주 초과 노동불능상태를 야기하는 폭행(제222-11조; 3년의 구금형 및 45,000유로의 벌금)의 가중(제222-12조제1항제14호; 5년의 구금형 및 75,000유로의 벌금), 1주 이하 노동불능상태를 야기하는 폭행(제222-13조제1항제14호; 3년의 구금형 및 45,000유로의 벌금), 가중 강간(제222-24조제12호; 20년의 구금형 - 보통강간; 15년의 구금형), 가중 성적 침해(제222-28조; 7년의 구금형 및 100,000유로의 벌금형 - 보통 성적 침해; 5년의 구금형 및 75,000유로의 벌금형), 소년·약자에 대한 가중 성적 침해(제222-30조제7호; 10년의 구금형 및 150,000유로의 벌금형 - 소년·약자에 대한 성적 침해; 7년의 구금형 및 100,000유로의 벌금형), 존속 등에 의한 미성년자에 대한 성적 위해(제227-26조제5호; 10년의 구금형 및 150,000유로의 벌금형 - 미성년자에 대한 기타 성적 위해; 5년의 구금형 및 75,000유로의 벌금형) 등이다. 프랑스에서는 평상시보다 음주 또는 마약복용 후 자주 일어날 수 있는 범죄인 폭행죄와 성범죄에 있어서 그 형을 가중하는 규정을 두고 있는 특징이 있다.

### Ⅲ. 현행 「형법」 제10조의 문제점 및 개선방안



최근에 주취로 인한 폭행·공무집행방해 등의 범죄증가로 사회적 혼란이 가중되고, 특히 아동 대상 성범죄 등 강력범죄, 버스 등 대중교통운전자에 대한 주취폭력, 119구급대원·병원 응급실 종사자 등에 대한 주취폭력 등을 범한 범죄자가 주취에 의한 심신미약상태를 인정받아 필요적으로 그 형이 감경되는 등 국민의 법감정과 괴리가 발생하는 사건들이 많이 발생하고 있다. 이로 인하여 주취로 인한 범죄의 경우 필요적으로 그 형을 면제 또는 감경하도록 규정된 「형법」 제10조제1항과 제2항에 대한 개정 여론이 높은 실정이다.

「형법」 제10조는 헌법적 근거를 가지고 있는 ‘책임원칙’을 구현한 조항으로, ‘책임 없으면 형벌 없다’는 책임원칙은 헌법재판소의 견해처럼 법치국가의 원리에 내재된 원리이고 헌법 제10조에 의하여 도출되는 원리로서 헌법적 근거를 가지고 있다. 범죄행위 시 행위자가 음주·약물의 복용 또는 정신병 등을 이유로 사물을 변별하고 의사를 결정할 능력이 없는 심신상실의 상태에서 행위를 하였다면 행위자의 의사가 부정되어 그 행위는 처음부터 형법상 행위라고 볼 수 없다. 형법상 행위가 아닌 행위를 형벌로 처벌할 수 없기 때문에 현행 「형법」 제10조제1항처럼 심신상실자에 대하여는 필요적으로 그 형을 면제하여야 책임원칙에 부합하는 규정이 될 것이다.

그러나 현행 「형법」 제10조제2항의 경우 심신미약상태에서의 범죄행위는 책임능력이 완전히 상실된 것이 아니라 점에서 심신상실과는 달리 행위 시 행위자의 심신미약이 인정된다 하더라도 그 형을 결정하는 데에 반드시 그 형을 감경하도록 규정할 필요가 있는가 하는 의심이 든다. 심신상실자의 범죄행위에 대하여 ‘~ 그 형을 감경할 수 있다.’로 개정하여 선고형을 정할 시 법관에게 구체적 사건에 적합한 양형을 할 수 있도록 재량을 부여하는 방안을 고려해 볼 필요가 있다고 생각된다.

이와 같이 심신미약자에 대하여 임의적 형감경으로 전환하는 개정안에 대해서는 ‘심신상실’의 경우 형을 필요적으로 면제하면서 ‘심신미약’의 경우 형을 임의적으로 감경할 수 있도록 하는 것은 책임에 비례한 형벌을 부과하여야 한다는 책임원칙에 반할 우려가 있고, 완전한 책임능력을 소유하고 있지 아니한 ‘한정’ 책임능력자에 대하여 ‘완전한’ 책임능력자에게 인정하는 ‘완전한’ 형사책임을 추궁하는 것은 책임원칙에 반할 우려가 있다는 비판이 제기될 수 있고, 실제 이러한 비판이 제기되고 있다.

그러나 이러한 비판에 대하여 다음과 같은 재반박이 가능할 것으로 보인다.

첫째, 책임원칙의 기능은 i) 형벌을 근거짓고(형벌근거책임), ii) 형벌의 상한을 초과하는 형벌을 부과하지 못하며(형벌제한책임), iii) 양형의 기초가 된다는 것(양형책임)이다. 이러한 책임원칙에 비추어볼 때, 심신상실자의 경우 형벌을 근거짓지 못하기 때문에 그 형을 면제하여야 하는 것은 책임원칙의 형벌근거책임에서 찾을 수 있지만, 형벌은 책임에 비례하여야 하지만 심신미약자에 대하여 정상적인 일반인보다 그 형을 가중하여 처벌하도록 하여 형벌상한을 초과하는 것이 아니고 정상적인 일반인과 같거나 하향하여 처벌하도록 하는 것은 형벌제한책임을 위반하는 것이 아니므로 책임원칙 위반으로 볼 수 없다는 것이다. 우리나라의 법체계에서는 책임원칙에 대한 명문의 규정이 없는데 반하여 「형법」 제46조제1항에 명문으로 책임원칙을 규정하고 있는 독일의 경우에도<sup>9)</sup> 심신미약자에 대하여 그 형을 임의적으로 감경할 수 있도록 규정하고 있다는 점에서 이 규정이 책임원칙에 반하는 것은 아니라고 할 것이다.

둘째, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제20조와 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제19조에 「형법」 제10조제1항과 제2항에 대한 적용배제조항을 규정하였다는 점에서 심신미약에 대한 형감경 여부를 법관의 재량에 맡기는 것에 대한 입법자의 공감대는 형성되어 있다고 할 것이다.

9) 독일에서도 책임원칙은 헌법상 도출되는 원리인데, 다만 독일 「기본법」에 명시적 규정이 있는 것은 아니고 제1조제1항(인간의 존엄성)에서 도출하고 있다.

셋째, 형벌은 국민의 법규범 준수를 강화하기 위하여 부과될 수 있다는 적극적 일반예방의 관점에서 볼 때, 음주·마약 등으로 인한 심신장애상태에서의 범죄행위에 대하여 심신미약 등의 이유로 형을 감경해주는 것보다는 그 불법의 정도에 따른 객관적이고 합리적인 형벌부과가 국민의 법규범 준수의를 강화할 수 있을 것이다.

넷째, 형사법의 트렌드가 과거 '범죄인의 마그나 카르타'로서의 보장적 기능에서 피해자 보호라는 보호적 기능으로 전환되고 있다. 피해자의 측면에서는 범죄행위자에 대하여 음주·마약·정신병 등으로 인한 심신미약을 이유로 그 형을 반드시 감경해 주도록 하는 「형법」 제10조제2항은 과도하게 피의자를 위한 조항으로 설득력이 부족한 것은 사실이다. 따라서 형사법의 트렌드 변화로 인한 시대상황을 고려할 때에도 심신미약자에 대한 필요적 형 감경 규정에 대한 개선이 필요하다고 할 것이다.



양형연구회 · 한국형사정책연구원  
공동학술대회  
**음주와 양형**

---

발 행 처 양형위원회 운영지원단

인 쇄 한양당  
02)363-3423

발 행 일 2018년 11월

---