

국민참여재판에 있어서 임의명정에 대한 배심원단과 법관의 판단 차이 연구

홍 수 민 이 수 정[†] 이 정 현
경기대학교 범죄심리학과 연세대학교 법학과

재판에 있어 피고인에 대한 모든 판단은 전통적으로 법관의 권한이었다. 재판 정보에 접근할 수 없었기 때문에 언론이나 국민들은 법관의 결정에 의문을 가질 수밖에 없었는데 특히 음주로 인한 심신미약/심신상실의 경우 피고인의 형을 감면해주는 요인이기 때문에 더욱 민감한 사안이었다. 국민참여재판으로 국민들의 형사재판 참여가 가능해진 지금, 본 연구는 먼저 음주로 인한 심신미약/심신상실을 판단하는 기준과 전통적으로 배심제를 시행해 온 미국의 임의명정(Voluntary Intoxication) 변론 기준을 살펴보고 2008년부터 2011년까지 행해진 모든 국민참여재판 중 음주로 인한 심신미약/심신상실을 주장한 사건들에 대해서 법관과 배심원의 양형에 차이가 있는지를 알아보았다. 그 결과 판단 주체와 주취로 인한 심신미약 인정 여부의 상호작용 효과가 확인되었다. 주취로 인한 심신미약이 인정된 사건에 대하여서는 배심원들이 법관들보다 더 관대한 처분을 내렸지만 주취로 인한 심신미약이 인정되지 않았던 사건에 대하여서는 법관들이 내린 형량보다 더 높은 형을 부과했다. 판단 주체, 주취로 인한 심신미약 인정 여부, 죄명의 분석에서는 재산범죄가 다른 범죄들에 비해 주취로 인한 심신미약 인정을 받는 비율이 유의미하게 높았으며 양형에서는 죄명과 주취로 인한 심신미약 인정 여부의 주효과가 나타났다. 판단 주체, 주취로 인한 심신미약 인정 여부, 재범여부의 분석에서는 양형에서 주취로 인한 심신미약 인정 여부의 주효과만이 발견되었다.

주요어 : 국민참여재판, 주취감경, 임의명정, 심신미약, 양형판단

[†] 교신저자: 이수정, 경기대학교 일반대학원 범죄심리학과, 경기도 수원시 영통구 광고산로 154-42
Tel: 031-249-9198, E-mail: suejung@kyonggi.ac.kr

본 연구는 우리나라의 국민참여재판에 있어 법관이 아닌 일반 국민들인 배심원단이 임의명정으로 인한 심신미약 주장에 대하여 어떠한 양형감각을 지녔는지, 즉 법관들만큼 관대한지 아니면 법관들보다 더 엄중한 판단을 하는지 확인해보고자 하였다. 이를 위해서 우선 심신미약/심신상실과 임의명정(voluntary intoxication)의 의미와 판단 기준을 알아보고 이에 관련된 미국과 한국의 법령을 알아보았다. 그리고 법관과 일반인의 양형감각에 대한 선행연구를 살펴보고 나서 2008년도 5월부터 2011년도 12월까지 이루어졌던 569건의 국민참여재판 1심 판례를 분석하였다.

심신미약/심신상실

심신상실에 대한 의무적 면제는 한국 형법 제 10조 1항, 심신미약에 대한 의무적 감경은 형법 제10조 2항에 명기되어 있다. 심신상실자나 심신미약자는 그 책임능력이 부족하다고 보아 형을 감경하게 되는데 책임능력이란 일반적으로 행위의 불법을 통찰하거나 이에 따라 행위를 조정할 수 있는 행위자의 능력(이형국, 2007) 혹은 법규범에 따라 행위 할 수 있는 능력을 말한다(이재상, 2008). 여기서 말하는 정신장애는 정신의학적인 용어가 아니라 법적인 용어이기 때문에 정신의학적인 정신장애를 진단받았더라도 법적으로는 책임능력이 인정되어 유죄판결을 받을 수 있다. 즉, 심리학자 혹은 정신의학자에게 정신분열증 진단을 받았더라도 사건 당시 옳고 그름을 판단할 수 있는 능력이 있었다고 법관이 인정한다면 법적으로는 정신장애가 아닌 것이다(Wrightsmann, Nietzel, & Fortune, 1994).

이인영의 2010년 연구에서 형법상에서 책임능력을 판단하는 기준 세 가지를 설명하고 있다. 첫째로 생물학적 방식은 정신장애의 원인을 행위자의 생물학적 부분에서 찾는 것이다. 만 14세 미만인 형사미성년자는 의도적 행위의사를 형성할 수 있는 능력이 결여되어 있고, 형사상

으로 책임이 있다고 귀책하기 위한 필요조건인 인격형성이 결여되어 있다는 이유로 책임무능력자로 평가된다(Maher, 2005). 미국에서 사용되는 정신장애 판단 기준 중 하나인 Durham기준 역시 피고인의 위법행위가 정신질환 또는 정신결함의 결과일 경우에는 피고인에게 형사상의 책임이 없다고 평가한다(Durham v. United States, 1954). 이 방식은 자연과학적 사실을 기반으로 하기 때문에 법관의 자의적인 판단가능성을 배제할 수 있으며, 피고인의 정신질환 또는 결여의 특징과 관련된 정보를 제공할 수 있는 심리학자들에게 활동의 여지를 확대하고 있다(LaFave, 2000). 둘째로, 어떤 이유로 인해서 행위자가 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없으면 책임능력이 없다고 판단하는 심리학적 방식이다. 이는 행위자에게 생물학적 문제가 있는지를 따지지 않고 사물변별능력이나 의사결정능력이 있는지 여부에 따라서만 책임능력을 판단하는 방법으로 스위스 형법 제 19조가 이를 따르고 있다. 이 방식의 경우 최종적인 책임능력여부의 판단을 비전문가인 법관에게 맡기게 돼 불합리적이며 이 판단 역시 법관마다 다를 수 있고, 객관적 입증도 어려워 법정 안정성이 흔들릴 수 있다는 문제점을 안고 있다(주용기, 2009; 이인영, 2010). 마지막으로 위의 두 방식을 종합해 행위자의 비정상적인 상태를 기초로 하여 생물학적 요소가 행위자의 변별력과 판단력에 영향을 미쳤는지 확인하는 혼합적 방식이다. 이 방식은 우선 과학자가 생물학적 요소를 확인하고 법관이 그 요소가 행위자의 변별능력이나 의사결정능력에 어떠한 영향을 미쳤는지를 심리학적으로 판단하게 된다. 미국의 모범형법전(MPC) 제4장 제1조 제1항, 독일 형법 제20조, 스위스형법 제10조, 오스트리아 형법 제11조 등의 입법례가 이 기준을 취하고 있다. 대한민국 형법 제10조도 이 방식을 통해 책임능력의 유무를 판단하고 있지만 혼합적 방식 역시 최종 판단은 법관이 내린다는 점에서 심리학적 방식과 똑같은 문제를 가지고 있다(주용기, 2009; 이인

영, 2010).

심신장애와 임의명정

단순하게 심신장애로만 규정된 우리나라의 형법과 달리 판례에서는 심신장애를 통상 정신병, 정신박약 또는 비정상적 정신 상태를 구분하고 있다(대판 1992, 92도1425). 정신병은 병적 정신장애로 내인성 정신병과 외인성 정신병, 심인성 정신병이 있다. 내인성 정신병의 원인으로는 정신분열증, 조울증 등이 있으며 외인성 정신병의 원인으로는 진행성 뇌연화증, 뇌손상, 간질 등이 있다. 또한 심인성 정신병은 강박증 등 정신적 심리적 원인을 지닌 정신병을 말한다(이인영, 2010). 또한 알코올이나 약물의 장기 복용으로 인해 DSM-IV-TR의 약물관련 장애에 해당할 정도의 증상이 나타날 경우도 정신병으로 인정된다. 정신박약은 백치, 치매와 같이 증명할 수 있는 원인이 없는 선천적 지능 박약을 의미한다(이재상, 2008). 비정상적인 정신 상태는 심한 의식장애를 말하는데 그 정도가 매우 심하여 정신병과 동등하다고 평가할 수 있을 때에는 심신장애로 인정될 수 있다. 이런 상태를 야기하는 원인으로 실신, 마취, 혼수상태, 깊은 최면상태, 극도의 과로 상태, 심한 충격이나 극도의 격정상태, 명정상태 등이 있다(이인영, 2010). 이 경우 음주만취상태가 지나가거나 약물중독상태가 깨어나면 문제의 행위자는 건강한 사람으로 돌아오기 때문에 생물학적 심리학적 질병은 아니지만, 정상적인 변별능력과 의사결정능력이 없으므로 질병과 대등한 것으로 취급할 필요가 있다(신동운, 2001).

이 중 명정상태는 꼭 알코올에 취한 상태뿐 아니라 각종 약물에 의한 급성 중독 상태를 일컫는다. 하지만 국내에서는 마약이 불법이므로 ‘명정’은 주로 주취자의 심신 상태를 표현할 때 사용된다. 명정물질이 알코올일 경우, 알코올을 섭취하여 정신능력의 결여를 초래하는 경우에만 명정상태에 있는 것으로 판단한다. 이 명정상태

가 중요한 것은 그 상태가 일시적이고 무엇보다도 명정상태는 대개 스스로가 유도한 상태라는 것이다. 이를 임의명정(voluntary intoxication)이라고 한다(김병천, 2011).

알코올을 섭취함으로써 나타나는 명정상태에 대한 분류는 대개 단순명정, 복잡명정, 병적명정으로 분류할 수 있다. 단순명정은 상쾌한 기분, 탈억제가 나타나지만 현저하게 이상한 행동을 보이지는 않는다. 복잡명정은 단순명정보다 강한 흥분상태가 오래 지속되고, 난폭한 행위가 나타나지만 상황적으로 이해할 수 있는 행위를 보인다. 병적 명정은 시간·장소·사람에 대해 알지 못할 정도의 의식 상태에 있거나 기억력에 문제가 생기고, 환각이 나타나는 것으로 병적명정에 책임 무능력을 인정해야 한다는 견해가 있는데(김진환, 2003) 이러한 명정상태가 병적 정신장애 또는 의식장애에 해당된다는 것은 판례에서도 인정하고 있다(대판 1974, 73도 2522).

임의명정의 경우는 피고인이 자발적으로 명정 상태를 야기했기 때문에 정신장애가 인정되더라도 의도성이 인정돼 완전한 면책 판결을 받는 경우가 거의 없다. 황순택의 2013년 연구에 따르면 임의명정의 경우 범행 이후에 시간이 경과되면 피조사자가 범행 당시 어떤 상황이었는지 객관적으로 평가하기가 어렵다. 때문에 범행 당시 명정상태로 인한 책임능력 상의 조각 사유가 존재하는지를 판단하기 위하여 피고인 면담, 제 3자 정보, 심리검사와 행동관찰, 공적 기록 등의 정보가 필요하다. 또한, 피고인의 명정 상태에 대한 정보와 마찬가지로 범행 자체에 대한 내용과 성질 역시 중요하므로 범행이 치밀히 준비되었는지 혹은 충동적이었는지 등을 꼼꼼히 검토하여야 한다. 범행 이전에 은폐 준비를 했는지, 범행 이후 은폐 시도를 했는지 또 이 은폐 시도가 얼마나 치밀했는지를 피고인의 지적 능력이나 상황 대처능력, 문제해결 능력 등도 파악해 보아야 할 부분이다(황순택, 2013).

미국의 임의명정

미국법을 이해하기 위해서는 우선 형법에서 규정하고 있는 범죄의 종류를 알아야 한다. 정하늘(2011)의 저서에서 이를 다음과 같이 설명하고 있다: 미국의 보통법(common law)은 범죄의 종류를 특정고의범죄, 악의범죄, 엄격책임범죄, 일반고의범죄의 4개로 구분하고 있다. 특정고의범죄의 경우 실제 범죄행위와 함께 그 행위의 결과를 실제로 의도할 것을 요하기 때문에 네 가지 종류의 범죄의도 가운데 가장 엄격한 입증 책임을 요한다. 여기에 해당하는 범죄의 범죄의도는 불법행위의 위험성이나 범죄결과에 대한 개연성과 상관없이 고의성의 존재 유무만으로 판단한다. 따라서 다른 세 종류의 범죄에 대해서는 항변사유가 될 수 없는 임의명정이나 사실에 대한 비합리적인 착오도 항변사유로 인정되어 특정고의의 부재를 주장할 수 있다. 악의범죄는 별도의 고의를 증명할 필요가 없고, 범죄를 저지름에 있어 명백하거나 높은 위험을 무모하게 무시한 경우 악의범죄의 전제가 되는 악의(Malice)가 자동으로 추정된다. 엄격책임범죄는 범죄의도를 증명할 필요 없이 범죄행위를 증명하는 것만으로도 성립하는 종류의 범죄이다. 엄격책임범죄는 주로 법령에 의해 제정되는데, 미성년자 강간 등이 이에 해당한다. 단, 이런 범죄라도 그에 대한 미수죄는 특정고의범죄에 해당한다. 일반고의범죄는 앞서 설명한 세 가지 종류의 범죄를 제외한 모든 종류의 범죄로 피고인의 의도와 상관없이 문제의 발단이 된 범죄행위를 고의로 저지른 경우 성립한다. 즉, 발생한 결과가 아닌 범죄행위 자체에 대한 의도를 요구하기 때문에 피고인이 최초 의도한 것과 다른 결과가 발생한 경우에도 일반고의범죄는 성립할 수 있다(정하늘, 2011, pp.75-78).

미국에서도 임의명정에 대해 본격적으로 연구한 문헌은 극히 적은 편이다. 그 중 Marlowe, Lambert, Thompson의 1999년 연구가 미국의 임의명정에 대한 전반적인 내용을 잘 저술하고 있어

자세히 살펴보았다. 이 연구에 따르면 미국의 경우 자발적으로 약물이나 알코올을 섭취한 변론에 대한 반감이 매우 크다. 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 있다. 또한 현재는 범의를 부정할 때 임의명정을 인정하는 조건과 정신이상을 주장할 때 임의명정을 인정하는 조건에 차이가 존재한다. 현재 미국의 각 주에서는 범의를 부인하기 위해 임의명정을 증거로 사용할 때 4가지 방식 중 하나를 따르고 있다. 12개 주(전체 미국의 23%)에서 따르고 있는 첫 번째 방식은 모든 범죄에서 임의명정 증거를 금지하는 것이다.

20개 주(38%)에서 따르는 두 번째 방식은 ‘일반고의(general intent)’ 사건 중 일부 경우에만 임의명정을 증거로 허용하는 것이다. 이런 사법권에서는 특히 법률에서의 ‘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 있다. 무모함이나 중대한 부주의를 범으로 배제하고 있지 않은 사법권에서도, 판례법을 통해 이러한 변론은 금지하고 있다(LaFave & Scott, 1986; Marlowe et al., 1999). 즉, 구성요건을 성립시키는 ‘무모함’은 피고인이 자발적으로 명정상태에 이른 그 자체로 충족된다고 보는 것이다. 또 다른 21개 주(40%)는 ‘특정고의(specific intent)’를 부정하는 데에만 임의명정을 증거로 허용하고 있다. 이들 중 18개 주는 이것을 범으로 명확히 제한하고 있으며, 나머지 3개 주는 필수 목적, 동기, 의도를 부정하는 데 임의명정 변론을 허용하고 있으나 실질적으로는 같은 효과를 갖는다고 볼 수 있다(Marlowe et al., 1999; Robinson, 1984). 이처럼 고의적인 범죄를 심각성에 따라 두 분류로 나누게 되면서 도덕적 과실의 크고 적음과 함께 양형을 결정하는 것에도

영향을 미치게 되었다. 특정고의 범죄에만 임의명정으로 인한 변론을 허용함으로써 중범죄 중에서도 비교적 적은 사건들에만 이런 변론을 한정하는 것이다(Marlowe et al., 1999).

마지막으로, 3개 사법권(6%)은 1급 살인 사건의 증거로만 임의명정을 인정하고 있다. 임의명정이 고의(deliberation)를 부정하기 때문에 위법행위가 감소해 2급 혹은 3급 살인으로 죄가 줄어들 수 있기 때문이다. 또한, 정신 이상 변론 역시 전통적으로 임의명정을 기반으로 하지 못하도록 규제하고 있다. 이는 McNaghten의 기준, 억제불능충동검사(Irresistible Impulse Test), 미국 모범형 법전 기준 검사(The American Law Institute's Model Penal Code Test) 중 어떤 것을 따르는 사법권에서도 마찬가지로인데 인지적, 의지적 장애는 반드시 정신적 장애나 결합에서 비롯된 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 한다. 즉, 급성 중독 자체만으로는 정신 이상 변호를 할 수 없고 범죄 전에 발생해서 범죄와 관련된 중독행위에까지 지속되는 약물로 인한 환각, 망상 장애, 치매 등의 후유증으로 인해 고통 받고 있어야만 한다. 그러므로 이런 모든 케이스에서는 독립적이고 진단 가능한 정신질환이나 결합이 있다는 것을 증명하기 위해 전문가 증언이 필요로 한다. 진단적 부분이 빠진 만성적인 약물 중독만으로는 충분하지 않으며, 만약 동반되는 후유증이 피고인이 심한 중독 상태에 있을 때만 지속될 경우 보통은 인정되지 않는다(Marlowe et al., 1999).

미국 주법 중 절반에 해당하는 사법권(24개, 45%)이 정신이상 변호에 임의명정(voluntary intoxication)을 증거로 제시하는 것을 금지하고 있다. 그러므로 전체 사건 중에서 임의명정을 정신이상 변론에 사용하는 경우는 매우 적다고 할 수 있다(Marlowe et al., 1999; Melton, Pettila, Poythress, & Slobogin, 1997). 임의명정을 정신이상

변호로서 부분적으로 인정하는 주에 있어서도 비자발적인 중독이나 병적인 중독의 경우 본인의 동의를 없었거나 중독될 것을 몰랐음을 입증해야 한다. 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 없다. 따라서 미국의 경우 웬만큼 강력한 사항이 없는 한, 명정에 의한 정신이상 변론은 성립하기 어렵다(Marlowe et al., 1999; McGinley & Psewark, 1989).

임의명정 증거가 감형 요소로 사용되는 경우도 있는데, 사형 공판에서는 이런 증거들이 모두 허용된다. 판사는 피고인이 사형 이하의 형을 선고받을 수 있을만한 모든 기록이나 성격적 측면들을 고려할 수 있어야만 하기 때문이다. 대부분의 주는 감경 인자로 '모든 것'을 전부 제공하는 규정을 포함하고 있다. 그러므로 임의명정의 증거 역시 아주 관계가 없는 경우를 제외하고는 전부 인정된다(Marlowe et al., 1999). 하지만 모의배심을 통한 연구에서는 다른 결과가 나왔다. 사형 재판에서 피고인의 아동 학대 전력과 알코올 남용 전력에 대해 배심원이 어떤 태도를 취하는지를 알아보았더니 모의 배심원들은 귀인 이론에 따라 아동 학대 전력을 통제 가능한 차원으로, 아동 학대와 알코올 남용 전력 모두를 잘 변하지 않는 안정적인 차원으로 귀인하였다. 그들은 이 두 전력이 감경요소로 쓰여서는 안 될 뿐더러 오히려 가중요소로 쓰여야 한다고 주장하기까지 했다(Stevenson, Bottoms, & Diamond, 2010).

사형 공판이 아닌 경우에 양형 기준에 임의명정이 언급되어 있을 때는 대부분 그것을 배제시키거나 고려를 제한하고 있다. 하지만 이런 경우는 보통 법규가 아니라 관습법으로 정해져 있는 경우가 많다. 현재는 총 9개(17%)주가 양형에 있어 임의명정을 감경 인자로 사용하지 못하게 금지하고 있다. 다른 5개 주(9%)는 양형 규정이나 정신 이상 관련, 능력 관련 내용이 포함된

판례법의 실질적인 기준에 따라 임의명정 증거를 인정하고 있으며 단어 표현이나 엄중함의 정도는 주마다 상당히 다르다. 또 어떤 주에서는 범행 후 혹은 기소 후 피고인의 재활 노력을 양형에 반영하기도 한다. 북 캐롤라이나는 피고인의 약물 중독 치료 노력 정도를 법적 감경 요인으로 사용하는 드문 주이다(Marlowe et al., 1999).

피고인의 임의명정에 대한 법원 결정에 있어서 공통적으로 언급되는 요인들에는 피고인에게 범행에 대한 명백한 동기가 있는가, 범행이 시간의 흐름에 따른 일련의 행동을 요구하는가, 만약 반대증인이 있다면 피고인이 취했다고(intoxicated) 인식했는가, 피고인이 범행을 숨기기 위해 중대한 노력을 기울였는가 등이 있다(e.g., Boettcher, 1987; LaFave & Scott, 1986; Marlowe et al., 1999). 오하이오 대법원은 증인들이 피고인이 “충을 매우 안정되게 들고 있었다”, “비틀거리지 않았다”, “충에서 클럽을 빼고, 재장전하고, 여러 번 발사하는데 전혀 문제가 없었다.”라는 증언에 따라 피고인이 명정에 대한 배심원설시문을 받을 자격이 없다고 판시했다(State v. Mitts, 1998). 반면에 켄터키 대법원은 모든 증인들이 피고인을 취했다고 증언했고, 피고인에게 범행에 대한 기억이 없으며, 범행 5시간 후 그의 BAC(혈중알코올농도)가 0.11%였다는 점을 빌어 그가 명정에 대한 배심원설시문을 받을 자격이 있다고 판시했다(Jewell v. Commonwealth, 1977; Marlowe et al., 1999).

피고인이 상업적 이익을 얻거나 상대에게 복수를 위해 범행을 했다면, 이는 명정 상태 이전에 범행 행동을 이미 계획했음을 암시할 수 있다. 만약 약물을 섭취하기 전에 범행(강도나 폭행)을 생각했고, 상업적인 이익을 얻었거나 복수를 했다면 명정상태 변론은 어렵게 된다. 법원은 또한 범행이 계획적으로 일어났는지, 아니면 반대로 즉흥적으로 일어났는지에 특히 관심을 갖는다. 법원과 배심원단은 또한 피고인의 이익에 반하는 증인의 증언에 큰 영향을 받는다. 피해자나 무고한 행인이 피고인이 취해보였고, 술

냄새가 났다거나 이상하게 행동했다고 증언했다면 이 증언들은 높은 설득력을 가진다. 반대로(사실은 언제 명정물질을 섭취했는지 가장 잘 알 수도 있는)마약 동료의 진술은 신용되기 어렵다. 나아가 동료 물질 남용자들은 그들의 불법적인 행동들이 밝혀질 까봐 증언하기를 꺼리기도 한다(Marlowe et al., 1999).

피고인이 명정상태일 때 즉흥적으로 범행을 저지르고 나서, 명정 상태에서 깨고 도주하거나 범행을 숨기려는 시도를 할 수도 있다. 추측컨대 범행과 혼미한 상태에서의 이후의 노력들 사이에 시간 간격이 길수록 피고인의 정신 상태가 변했을 가능성이 높다. 법원은 물론 이 사실을 알고 있지만, 아무래도 범행을 감추려 한 피고인에게 편견을 가지기 쉽다(Marlowe et al., 1999).

양형판단

법정에서 내려지는 양형에 대한 국민들의 불만은 비단 한국만의 문제는 아니다. 1984년 Doob과 Roberts는 캐나다에서 법원의 양형에 대한 시민들의 판단과 이에 대한 대중매체의 영향을 연구하였다. 우선 본인이 생각하는 범죄의 종류와 그에 대한 양형이 적절한지를 물었더니 폭력이나 재범 등 심각한 범죄를 떠올리며 양형을 평가한 사람들은 법원의 양형이 너무 관대하다고 평가했으나 청소년 범죄나 초범, 재산 범죄를 떠올리며 양형을 평가한 사람들은 법원의 양형이 적당하거나 너무 과했다고 평가했다. 그런데 양형이 적다고 생각하는 사람들에게 그 이유를 물어보면 대부분이 ‘어떤 범죄자가 심각한 범죄를 짓고도 고작 0년 밖에 받지 않았다고 들었다(혹은 읽었다).’ 라고 대답한다는 점에 의문을 가진 연구자들이 두 번째 연구를 진행하였다. 이 연구에서는 신문 기사를 읽은 참가자와 법원 기록을 읽은 참가자의 양형에 대한 평가를 비교하였다. 그 결과 신문 기사를 읽고 양형을 평가한 집단은 64%가 양형을 관대하다고 평가한 반면 법원 기록을 읽은 집단은 19%만이 양

형이 관대하다고 평가했다. 반대로 법원 기록을 읽은 집단의 52%가 양형이 과했다고 평가한 반면 신문 기사를 읽은 집단은 13%가 양형이 과하다고 평가했다. 이런 차이는 법관의 판단을 평가할 때도 나타났는데 법원 기록을 읽은 집단은 59%가 법관이 사건의 모든 요인들을 고려해 양형 했다고 평가한 반면 신문 기록을 읽은 집단은 29%만이 그렇다고 대답했다. Zamble과 Kalm의 연구(1990)에서도 이러한 경향이 발견됐는데 사법 시스템에 대한 일반적인 태도를 측정했을 때는 대다수가 양형이 너무 관대하다고 평가했으나 직접 범죄의 시나리오를 주고 양형을 내리게 한 결과 법원의 양형과 비슷한 양형을 내렸다.

국민들이 재판에 참여하고 있는 영미권에서도 법정과 대중들 사이의 의견차가 존재하는 만큼, 전통적으로 비전문가인 국민을 완전히 배제한 채로 법관에게 모든 권한을 부여하는 대륙법 체계인 한국에서도 이러한 의견차는 마스크를 통해 쉽게 접할 수 있다. 양형기준제를 통해 법관들 사이의 의견차 감소를 꾀하고 이 기준을 인터넷을 통해 공개하고 있으나 법관의 판단을 지적하는 언론의 보도는 여전히 줄어들지 않고 있다.

법관의 임의명정으로 인한 심신 상실 혹은 미약의 인정은 언제나 논쟁의 소지를 안고 있다. 대표적인 예로 2009년 일어난 조두순 사건의 경우 음주로 인한 심신미약이 인정되어 대중들의 큰 반감을 샀다. 국민들은 특히 잔인한 범행 이후 자신의 범행을 숨기기 위해 피고인인 여러 가지 행동들을 보고 피고인이 범행 당시 정말 명정 상태에 있었다고 볼 수 있는가에 대해 큰 불신을 표했다. 실제 판결문에는 피고인의 명정상태에 관련된 전문가의 감정서는 증거에 포함되어 있지 않으며 양형의 이유에만 “피고인에 대한 판결 전 조사보고서의 기재에 의하면, 피고인은 알코올 중독 및 행동통제력 부족으로 범죄유발 가능성이 많고, 재범위험성이 비교적 높은 것으로 나타났다.” 라고 언급되

어 있다(수원지법 안산지원 2009, 2009고합6).

한편, 한국의 양형기준은 음주로 인한 한정책임능력을 두 가지로 구분하고 있다. ‘심신미약(본인책임없음)’은 특별양형인자 중 감경요소로, ‘심신미약(본인책임있음)’은 일반양형인자 중 감경요소로 인정된다. 따라서 임의명정은 ‘심신미약(본인책임있음)’에 포함되며 감경요소로만 사용되고 있다. 또한 자의로 심신장애를 야기하고 범행을 저지른 경우, 즉 ‘원인에 있어서 자유로운 행위’의 경우는 한국 형법 제 10조 3항에서 감면을 해주지 못하도록 명시하고 있으나 판결은 거의 내려지지 않는 추세이다.

2012년, 13세 미만 대상 성범죄, 강제추행죄, 장애인 대상 성범죄, 상해/사망의 결과가 발생한 경우에 대해서는 “① 범행의 고의로 또는 범행수행을 예견하거나 범행 후 면책사유로 삼기 위하여 자의로 음주 또는 약물로 인하여 만취상태에 빠진 경우에는 피고인이 범행 당시 심신미약 상태에 있었는지 여부와 상관없이 만취 상태를 일반가중인자로 반영한다. ② 범행의 고의가 없었고, 범행수행을 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 일과 이에 해당하지 않더라도 범행 당시 심신미약 상태에 이르지 않은 경우에는 만취상태를 감경인자로 반영하지 아니한다.”로 법이 개정되었다. 이는 최근 들어 무분별한 심신미약 인정이 문제가 되어 개정된 것으로 보이지만 여전히, 임의명정으로 인한 심신미약을 인정하는 기준은 제대로 정해지지 않은 채로 남아있다. 정세종의 연구에서는 이러한 기준의 애매함을 기존 판례분석을 통해 “심신미약으로 형사책임을 감경한 사례에 있어서도 감경이유에 대해서는 ‘기록에 나타난 제반자료를 종합하여 피고인의 범행 당시의 심신장애의 정도가 심신미약이라고 인정할 수 있는 이상 반드시 별도로

피고인에 대한 정신감정을 하여야 할 필요는 없다’, ‘범행당시 술에 취하여 사물을 변별 할 능력이 미약한 상태에 있었음을 인정할 수 있음’이라고 막연히 언급하였다. 또한 심신미약을 인정한 음주량에 대해서는 ‘피고인들 2명이 범행 당일 탁주 7되, 소주 5병, 위스키 2잔 그리고 마지막에 소주 등 6,500원 상당을 단시간에 마시고’, ‘소주 1되를 마셔 취함으로써’, ‘3인이 소주 2되와 막걸리를 섞어서 짱 없이 술을 마시고’ 등으로 일관된 기준을 적용하고 있는 것으로 보이지는 않는다.” 라고 지적하고 있다(정세중, 2010, p.247).

이런 법관과 국민의 의견차는 국민참여재판으로 국민이 법정에서 어느 정도의 힘을 갖게 되면서 표면화되기 시작했다. 대전지방법원의 2009고합345, 356(병합)사건은 피고인이 알코올 중독으로 인하여 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에서 소주병으로 피해자의 머리를 가격하고, 이후 화해를 하러 갔다가 사과를 받아주지 않는다는 이유로 피해자를 등산용 칼로 찔러 상해를 입힌 사건과 피고인의 아버지를 특별한 이유 없이 폭행하면서 시비하다가 피해자가 평소 가지고 다니던 쇠 지팡이에 정수리를 맞았다는 이유로 자신의 아버지를 접이식 칼로 수회 찔러 살해한 사건이 병합된 사건이다. 본 사건은 치료감호소 소속 의사가 피고인을 알코올 중독으로 치료가 필요한 상태라고 평가한 정신감정서가 존재하고, 또 피고인이 사건 당시 술에 취해 있었다는 증인들의 증언도 있었다. 이에 법관은 심신미약을 인정했으나 배심원단의 경우 심신미약을 인정한 배심원이 4명, 인정하지 않은 배심원이 3명으로 의견이 나뉘었다. 본 사건은 결국 징역 13년에 치료감호 처분이 내려졌다. 배심원단의 의견은 만장일치가 이루어지지 못할 경우 과반수의 의견을 참조하게 된다. 하지만 심신미약을 인정하는 쪽으로 과반수가 기울긴 했어도 4명과 3명의 차이는 아주 근소한 것으로 같은 증거를 보고 의견을 나눈 배심원단 안에서도 팽팽한 의견차가 존재했음을 알 수 있다.

이러한 심신미약/심신상실 인정 기준의 애매함과 법관과 배심원단의 법 감정 차이에 대한 의문에서 시작한 본 연구는 2008년 1월부터 2011년 12월까지 이루어진 총 569건의 국민참여 재판 1심 판례들을 분석하였다. 결과분석을 통해 확인해보고자 하는 연구가설은 다음과 같다. 만일 언론에서 비판하였던 대로 전문법관들이 피고인의 임의명정에 대하여 과도하게 관대한 처분을 내리는 것이라면 주취감경을 주장하는 사건에 있어 법관들보다 배심원들이 더 높은 양형을 부과해야 할 것이다. 한편 주취감경 주장이 받아들여지지 않는 경우 국내 형법은 미국과 달리 주취감경에의 주장 여부를 가중요인으로 판단하지 않기 때문에 형법에 근거하여 내리는 법관과 배심원들의 양형판단에 있어서는 별다른 차이가 발생하지 말아야 할 것이다. 하지만 만일 주취감경 주장 여부를 인정하지 않는 사건에 대해 배심원단의 양형판단이 법관의 양형판단보다 형이 더 길게 주어진다면 이는 우리나라 사람들에게 있어서도 피고인의 부당한 주취감경 주장에 대하여 징벌적 태도를 취한다는 것을 의미한다.

방 법

연구대상

본 연구는 2012년 7월부터 8월까지 2개월에 걸쳐 이루어졌으며 2008년도 1월부터 2011년도 12월까지 3년간 1심에서 이루어진 국민참여재판을 대상으로 결과를 분석하였다. 전체 569개 케이스의 죄명은 살인(22.5%), 성범죄(16.3%), 살인미수(13.9%), 치사(8.1%), 절도·강도(34.6%), 폭행·상해(3.9%), 기타(운전자폭행, 약취·유인, 뇌물)가 있었다(그림 1 참조).

배심원 수는 5명인 사건이 5건(8.8%), 7명인 사건이 307건(54%), 9명인 사건이 175건(30.8%), 알 수 없는 사건이 37건(6.5%)이었다(그림 2 참

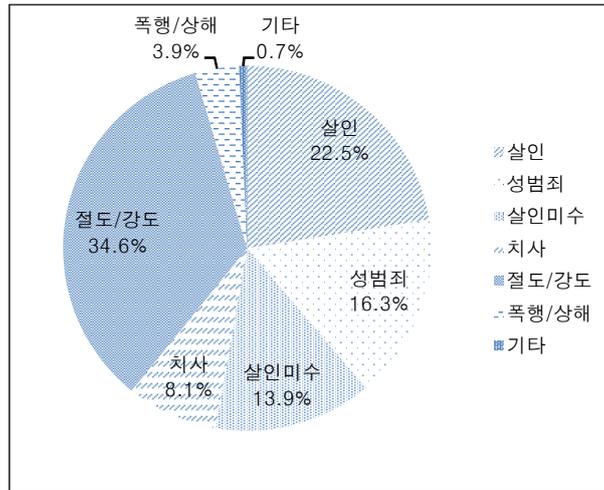


그림 1. 2008~2011년 국민참여재판 전체 사건들의 죄명

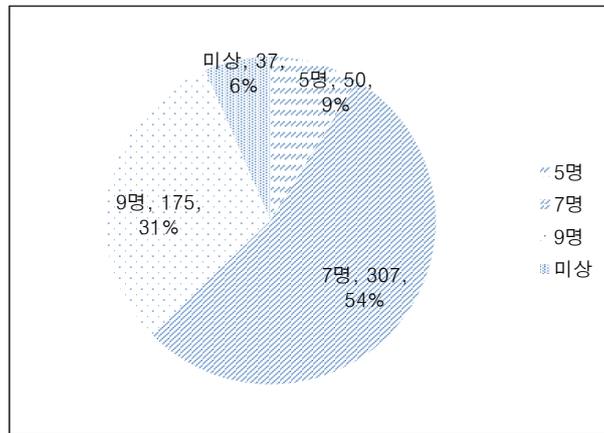


그림 2. 2008~2011년 국민참여재판 전체 사건들의 배심원 수

조). 법관의 양형은 최소 무죄, 최대 40년이었으며 배심원단의 양형은 최소 4개월, 최대 40년이 었다. 법관이 배심원단의 양형을 참고할 때 기준으로 다수의견을 사용하기 때문에 본 연구도 배심원단의 양형은 다수의견을 기준으로 하였다.

심신미약 혹은 심신상실을 주장한 케이스는 총 175건이었으며 그 중 110건이 주취감경을 주장하였다. 본 연구는 이 중에서 배심원단의 다

수 의견을 알 수 없는 45건을 제외한 65개의 케이스를 분석하였다. 죄명은 살인/살인미수가 28건(43.1%)으로 가장 많았으며 폭행/상해/치사가 13건(20%), 절도/강도가 12건(18.5%), 성범죄가 10건(15.4%), 기타가 2건(3.1%)이었다(그림 3 참조).

전과의 경우 초범이 25건(38.4%), 전과 1회가 18건(27.7%), 2회가 10건(15.4%), 3회 이상이 7건(10.8%)이었으며 5건(7.7%)은 알 수 없었다(그림 4 참조).

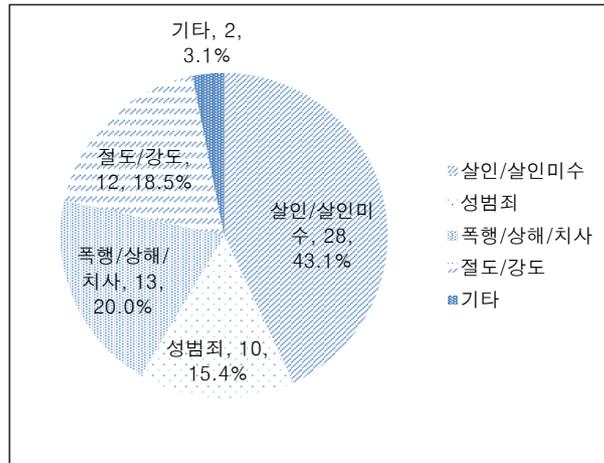


그림 3. 주취감경을 주장한 사건들의 죄명

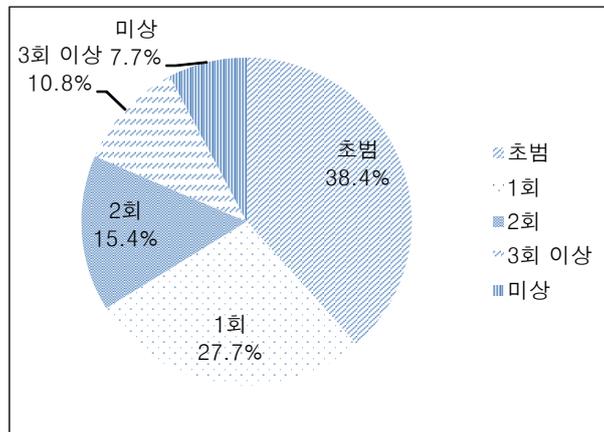


그림 4. 주취감경을 주장한 사건들의 피고인 전과 횟수

분석방법

먼저 판단의 주체와 주취로 인한 심신미약 인정 여부에 따른 주효과와 상호작용 효과를 알아보기 위해 주취로 인한 심신미약 인정 여부에 따른 법관의 양형과 배심원단의 다수 의견을 반복측정 ANOVA를 통해 분석하였다. 그리고 판단주체, 주취로 인한 심신미약 인정 여부, 죄명 사이에 어떤 관계가 있는지, 판단주체, 주취로 인한 심신미약 인정 여부, 재범여부 사이에 어

떤 관계가 있는지를 알아보았다.

법관의 양형과 배심원단의 양형은 각각 개월 수로 측정되었으며 법관의 양형은 최종 양형을 기준으로, 배심원단의 양형은 다수의견을 기준으로 하였다. 죄명은 살인/살인미수, 폭행/상해, 성범죄, 절도/강도, 기타로 나누어 분석하였으며 피고인의 재범여부는 초범과 재범으로 나누어 분석을 진행하였다. 주취로 인한 심신미약 인정 여부는 법관의 판단을 기준으로 하였는데 이는 주취로 인한 심신미약 인정 여부에 대한 배심원

단의 판단 여부를 기재한 판결문이 극히 소수였기 때문이었다.

결 과

세부 분석에 앞서 법관의 양형과 배심원단의 양형 사이에 차이가 있는지를 먼저 알아보았다. 법관의 양형과 배심원단의 양형은 상관계수가 .984로 높은 상관을 보였다($r = .984, p < .01$). 평균과 표준편차는 법관의 양형이 58.42(SD=48.34), 배심원단의 양형이 59.31(SD=51.62)이었다. 총 65개의 케이스 중 주취로 인한 심신미약이 인정된 사건이 16(24.6%)건, 심신미약으로 인정되지 않은 사건은 49(75.4%)건이었으며 양형 평균은 58.86, 표준편차는 49.81이었다. 심신미약이 인정된 16건의 사건 중 피고인이 알코올 관련 장애를 앓고 있었던 사건은 단 3건(4.6%)에 불과했으며 세 건 전부 심신미약이 인정되었다.

판단주체와 주취감경에 따른 양형

반복측정 ANOVA의 구형성 검정 결과 Mauchly

의 W, Greenhouse-Geisser, Huynh-Feldt, 하한값이 모두 이상치인 1로 구형성 가정을 충족했으므로 분석을 진행하였다. 먼저, 판단 주체에 따른 주효과는 유의미하지 않았다($F(1, 63) = .168, n.s.$). 즉, 주취로 인한 심신미약이 인정된 사건과 그렇지 않은 사건 모두에 있어서 법관과 배심원단의 양형에는 유의미한 차이가 나지 않았다. 하지만 주취로 인한 심신미약 인정 여부의 주효과는 통계적으로 유의미한 것으로 나타났으며($F(1, 63) = 5.59, p < .05$), 판단의 주체와 상관없이 주취로 인한 심신미약 인정 여부에 따라 양형에 유의미한 차이가 있었다. 또한 판단의 주체와 주취로 인한 심신미약 인정의 상호작용 효과 역시 유의미하게 나타났다($F(1, 63) = 4.53, p < .05$). 이는 주취가 인정 되면 법관과 배심원단 모두 양형이 줄어들긴 하지만 그 양에 차이가 있다는 것을 나타낸다.

양형 평균에 따른 그래프에서 판단의 주체와 주취로 인한 심신미약 인정 여부와의 상호작용 효과를 관찰할 수 있다(그림 5 참조). 주취로 인한 심신미약이 인정되지 않았을 경우 법관의 양형 평균은 65.78(SD=52.33), 배심원단의 양형 평균은 68.06(SD=55.87)이었으며 주취로 인한 심신미약이 인정되었을 경우 법관의 양형 평균은

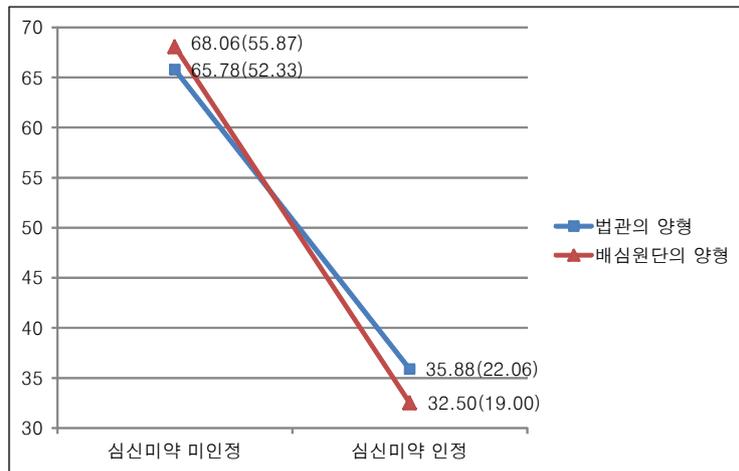


그림 5. 법관과 배심원단의 주취로 인한 심신미약 인정 여부에 따른 형량(개월 수)

35.88(SD=22.06), 배심원단의 평균은 32.50(SD=19.00)이었다.

판단주체와 주취감경과 죄명에 따른 양형

ANOVA 분석을 실행하기에 앞서 죄명에 따라 주취로 인한 심신미약 인정에 차이가 있는지 알아보기 위해 죄명과 주취감경의 교차분석을 실시하였다. 결과는 표 1과 같다. χ^2 는 10.37로 죄명들 안에 주취감경에 대한 유의미한 차이가 나타났는데($p = .035$), 다른 범죄들에 비해 절도/강도 범죄의 심신미약 인정 비율이 눈에 띄게 높았다.

판단주체와 주취감경, 죄명의 2X2X5 설계 반복측정 ANOVA에서는 주취로 인한 심신미약 인정 여부와 죄명의 주효과가 유의미하게 나타났다(표 2 참조). 주취로 인한 심신미약은 인정될 경우 의무감경을 하도록 법으로 정해져 있기에 결과가 나타난 것으로 보이며($F(1, 63) = 1.91, p = .033$), 죄명에 따른 주효과 역시 죄명에 따라

정해진 양형 기준에 근거해 양형 판단을 내리기 때문에 유의미하게 나타난 것으로 보인다($F(4, 60) = 3.37, p = .015$).

죄명에 따른 양형 평균은 표 3, 죄명과 주취로 인한 심신미약 인정 여부에 따른 평균은 표 4와 같다. 주취로 인한 심신미약이 인정된 경우에 심신미약이 인정되지 않은 경우보다 양형이 낮았으며, 죄명별로는 주취로 인한 심신미약이 인정된 경우에 살인/살인미수, 성범죄, 폭행/상해/치사, 절도/강도, 기타 순으로 양형이 높았으며 심신미약이 인정되지 않은 경우에는 법원은 살인/살인미수, 성범죄, 절도/강도, 폭행/상해/치사, 배심원단의 경우 살인/살인미수, 성범죄, 폭행/상해/치사, 절도/강도 순으로 양형이 높았다.

판단주체와 주취감경과 재범여부에 따른 양형

ANOVA분석에 앞서, 재범여부와 주취로 인한 심신미약 인정에 관계가 있는 지 알아보기 위해서 교차분석을 실시하였다(표 5 참조). 그 결과

표 1. 주취로 인한 심신미약 인정 여부와 죄명의 교차분석

		법관주취로 인한 심신미약 인정		
		주취로 인한 심신미약 미인정	주취로 인한 심신미약 인정	전체
살인/살인미수	빈도	24	4	28
	%	85.7%	14.3%	100.0%
성범죄	빈도	7	3	10
	%	70.0%	30.0%	100.0%
죄명 폭행/상해/치사	빈도	11	2	13
	%	84.6%	15.4%	100.0%
절도/강도	빈도	5	7	12
	%	41.7%	58.3%	100.0%
기타	빈도	2	0	2
	%	100.0%	0.0%	100.0%
전체	빈도	49	16	65
	%	75.4%	24.6%	100.0%

표 2. 판단 주체, 주취로 인한 심신미약 인정 여부, 죄명에 따른 양형의 변량분석

변산원	df	F	η^2	p
개체내				
판단주체	1	.514	.009	.476
판단주체 x 주취로 인한 심신미약 인정	1	2.349	.040	.131
판단주체 x 죄명	4	.783	.053	.541
판단주체 x 주취로 인한 심신미약 인정 x 죄명	3	2.145	.103	.105
오차	56	(42.34)		
개체간				
주취로 인한 심신미약 인정	1	1.911*	.172	.033
죄명	4	3.365*	.194	.015
주취로 인한 심신미약 인정 x 죄명	3	.757	.039	.523
오차	56	(3245.40)		

주. 괄호안의 수치는 평균제곱오차(MSE)를 나타냄.

* $p < .05$

표 3. 죄명에 따른 양형평균

	법관의 양형	배심원단의 양형
살인/살인미수	92.14(55.48)	93.14(61.12)
성범죄	43.30(17.80)	45.00(21.77)
폭행/상해/치사	32.15(16.88)	35.15(18.96)
절도/강도	29.5(11.85)	27.5(10.99)
기타	6(0.00)	5(1.41)

표 4. 판단주체, 주취로 인한 심신미약 인정 여부, 죄명에 따른 양형평균

		주취로 인한 심신미약 미인정	주취로 인한 심신미약 인정
법관의 양형	살인/살인미수	98.00(56.97)	57.00(30.00)
	성범죄	45.57(18.20)	38.00(19.29)
	폭행/상해/치사	32.73(16.35)	29.00(26.87)
	절도/강도	36.00(14.07)	24.86(8.07)
	기타	6.00(0.00)	
배심원단의 양형(다수의견)	살인/살인미수	101.17(61.73)	45.00(28.36)
	성범죄	48.00(23.50)	38.00(19.29)
	폭행/상해/치사	36.27(18.70)	29.00(26.87)
	절도/강도	32.40(14.45)	24.00(6.93)
	기타	5.00(1.41)	

표 5. 주취로 인한 심신미약 인정 여부와 재범여부의 교차분석

			주취로 인한 심신미약		전체
			미인정	인정	
재범여부	초범	빈도	19	6	25
		%	76.0%	24.0%	100.0%
	재범	빈도	26	9	35
		%	74.3%	25.7%	100.0%
전체	빈도	45	15	60	
	%	75.0%	25.0%	100.0%	

표 6. 판단 주체와 주취로 인한 심신미약 인정 여부, 재범여부에 따른 양형의 변량분석

변산원	df	F	η^2	p
개체내				
판단주체	1	0.092	0.002	0.763
판단주체 x 주취로 인한 심신미약 인정	1	3.952	0.066	0.052
판단주체 x 재범여부	1	0.271	0.005	0.605
판단주체 x 주취로 인한 심신미약 인정 x 재범여부	1	0.157	0.003	0.694
오차	56	(45.89)		
개체간				
주취로 인한 심신미약 인정	1	5.695*	.092	.020
재범여부	1	.022	.000	.882
주취로 인한 심신미약 인정 x 재범여부	1	.018	.000	.894
오차	56	(4876.82)		

주. 괄호안의 수치는 평균제곱오차(MSE)를 나타냄.

* $p < .05$

표 7. 판단주체, 주취로 인한 심신미약 인정 여부, 재범여부에 따른 양형평균

			주취로 인한 심신미약	
			미인정	인정
법관의 양형	초범	71.47(65.28)	36.00(14.70)	
	재범	67.42(43.12)	37.11(27.53)	
배심원단의 양형(다수의견)	초범	74.11(69.60)	34.00(11.17)	
	재범	69.69(45.98)	32.44(24.24)	

χ^2 는 .023으로 재범여부는 주취로 인한 심신미약 인정에 영향을 미치지 않는 것으로 나타났다($p = .880, n.s.$).

판단주체와 주취로 인한 심신미약 인정 여부, 재범여부의 2X2X2 설계 반복측정 ANOVA에서는 주취로 인한 심신미약 인정 여부에서 유의미한 결과가 나타났다(표 6 참조). 이는 피고인의 재범여부에 관계없이 오로지 주취로 인한 심신미약이 인정되었는가 여부로만 법관과 배심원단의 양형에 차이가 난다는 것을 의미한다($F(1, 63) = 5.70, p = .02$).

이에 따른 평균은 표 7과 같다. 주취로 인한 심신미약이 인정된 경우가 그렇지 않은 경우보다 양형이 더 낮았으며 법관과 배심원단 모두 주취로 인한 심신미약이 인정되지 않은 경우에 재범보다 초범에게 높은 형량을 부과했다. 하지만 심신미약이 인정된 경우 법관은 초범에게 재범자보다 더 낮은 양형을 부과했고, 배심원단은 초범에게 재범자보다 더 높은 양형을 부과하였음을 알 수 있다.

논 의

우선 국민참여재판에서 법관과 배심원단의 양형에 유의미한 차이는 없었으며 두 점수는 높은 상관을 보였다($r = .984$). 이에 따라 나머지 분석에서도 판단의 주체의 주효과는 나타나지 않았다. 이는 일반인들이 법적인 지식과 경험이 부족해 적절한 양형판단을 하기 어려울 것이라는 걱정과 다르게(김대성, 2012; 한상훈, 2006; Weninger, 1994), 배심원단의 양형도 법관의 양형만큼 신뢰로울 수 있다는 것을 나타낸다.

본 연구에서 살펴보고자 했던 판단의 주체와 주취로 인한 심신미약 인정 여부 간의 상호작용에서는 유의미한 효과가 발견되었다. 이는 법관과 배심원단 모두 주취로 인한 심신미약 인정 여부에 따라 양형이 달라지지만 그 수준에 차이가 있다는 의미이다. 연구에 의하면 주취로 인

한 심신미약이 인정되었을 때 배심원단이 법관보다 더 낮은 양형을, 심신미약이 인정되지 않았을 때 배심원단이 법관보다 더 높은 양형을 내렸다.

이 결과와 관련해 Stevenson과 동료들(2010)의 연구를 살펴볼 필요가 있다. 이들은 실험 참가자들에게 Weiner의 귀인이론에 따라 피고인의 알코올 중독이라는 요인을 평가하게 했다. 참가자들의 78%가 이를 귀인의 3가지 차원들 중 통제 가능성으로, 22%가 안정성으로 귀인했으며 특히 39%가 이를 통제 가능한 요인으로, 38%가 통제 불가능한 요인으로 평가했다. 알코올 중독을 통제 가능하다고 평가한 참가자와 통제 불가능하다고 평가한 참가자 사이에 유의미한 차이는 발견되지 않았다. 하지만 참가자에게 알코올 중독이 원인이나 결과냐를 나눈 다음 평가하게 하자 확인한 차이가 드러났다. 결과 조건(i.e., 알코올 중독의 효과를 통제하는 피고인의 능력에 대해 언급)에서는 이를 통제 불가능하다고 평가한 사람들이($n=366$; i.e., 알코올이 그의 범죄 행동을 통제할 수 없게 만들었다) 이를 통제 가능하다고 평가한 사람들($n=246$; i.e., 술이 그의 범죄 행동을 통제할 수 없게 만든 건 아니다)보다 유의미하게 많았다($\chi^2 = 23.17, p < .001$). 반면 원인 조건(i.e., 술을 마실지에 대한 결정을 통제하는 피고인의 능력을 언급)에서는 이를 통제 가능하다고 평가한 사람들이($n=168$; i.e., 피고인은 술을 마실지 말지에 대한 결정을 통제할 수 있었다) 이를 통제 불가능하다고 평가한 사람들($n=38$, i.e., 피고인은 술을 마실지 말지에 대한 결정을 통제할 수 없었다)보다 유의미하게 많았다($\chi^2 = 82.04, p < .001$).

본 연구의 판단 주체와 주취로 인한 심신미약 인정간의 상호작용 효과 역시 위와 같은 결과에 입각해 해석해볼 수 있다. 배심원단의 경우 주취로 인한 심신미약이 인정된 경우엔 술의 효과를 통제하는 피고인의 능력에 대해 평가를 내려 ‘피고인이 술에 취해 자신의 행동을 통제할 수 없었다’고 생각해 양형이 낮아졌으나 주

취로 인한 심신미약이 인정되지 않은 경우에 ‘피고인이 술을 그렇게 마시지 않을 수 있었다’와 동시에 오히려 처벌을 피하려는 주취주장이 배심원단의 반감을 얻어 양형이 높아졌다고 생각할 수 있다. 하지만 실제 배심원단의 귀인에 대한 조사는 불가능하기 때문에 본 연구에서 배심원단의 판단에 어떤 요인들이 작용했는지는 밝혀내기 어려운 것이 사실이다.

죄명과 주취로 인한 심신미약 인정 여부 역시 각각 주효과가 나타났다. 죄명의 경우 법으로 정해진 양형의 범위가 존재하고 양형기준에 정해진 요인들에 따라 형을 가중 혹은 감경하기 때문에 효과가 나타났으며, 주취로 인한 심신미약 인정 여부 역시 심신미약이 인정될 경우 형법 제 10조 2항에 따라 의무감경을 하기 때문에 이런 결과가 나타난 것으로 보인다.

앞서 살펴본 바에 의하면, 미국은 일반적인 경우에 임의명정을 이용한 변론을 금지하고 있다. 정신이상을 주장할 경우에도 약물 관련 장애를 앓고 있어야 하며 전문가의 진단과 함께 정신장애를 기준에도 부합하여야만 한다. 하지만 한국은 범행 당시 취해 있었다면 자유롭게 임의명정을 주장할 수 있으며, 전문가의 의견이나 약물 관련 장애 여부와는 상관없이 단순히 술을 취한 것만으로도 임의명정으로 인한 심신미약 감경을 받는 경우가 대다수($n=13$, 95.4%)였다. 본 연구에서 음주로 인한 심신장애를 주장했다가 인정된 비율은 24.6%로 높은 편은 아니지만 그 가능성 때문에 피고인들이 일단 심신장애를 주장하고 나서는 분위기가 형성되어 있는 것도 사실이다.

법관은 음주로 인한 심신미약을 주장하는 사건에 있어 만약 이를 인정하지 않는다면 그 이유를 판례에 명시하게 되어있다. 대부분이 범행 전후의 행동, 동기, 피고인의 평소 주량 등을 고려해서 판단을 내리고 있으나 국민참여재판에서 중요한 점은 배심원단의 의견과 법관의 의견이 항상 일치하지는 않는다는 점이다. 이런 의견차는 단순 주취 사건 뿐 아니라 피고인이 알코올

관련 장애를 겪고 있는 사건에서도 나타난다. 분석 대상 중 한 판례에서, 평소 알코올 남용 증세를 보이던 피고인에게 법관은 심신미약을 인정한 반면 배심원단은 7명 중 5명이 심신미약을 인정하지 않았다. 또 다른 판례에서 역시 알코올 중독을 앓고 있는 피고인에게 법관은 심신미약을 인정한 반면 배심원단은 7명 중 3명이 심신미약을 인정하지 않았다. 이는 피고인에게 이미 알코올 관련 장애가 있다 하더라도 범행 당시에 술을 마시고 한 행동에 대해서는 판단에 차이가 있다는 것이다.

또한 양형에 있어서도 차이가 나타났다. 언론에서 국민들의 비판이라고 주장했던 내용과는 달리 주취감경이 인정된 사건에 대하여서는 배심원들이 법관들보다 평균 삼 개월 정도 더 관대한 처분을 내렸다. 하지만 주취감경이 인정되지 않았던 사건에 대하여서는 법관들이 내린 형량보다 오히려 더 가중하여 양형을 하는 것으로 나타났다. 이는 주취로 인한 심신미약 미인정을 가중요인으로 정하고 있지 않은 국내 형법과는 조금 다른 추세인데, 만일 대부분의 미국 주법처럼 임의명정에 따른 부당한 심신미약 주장을 가중요인으로 삼는다면 배심원들의 양형은 현저히 더 늘 것임을 짐작하게 해준다.

앞서 예로 들었던 조두순 사건처럼, 최근 잔인한 성범죄가 사회적으로 문제시 되면서 성범죄에 있어서는 주취로 인한 심신미약이 인정되더라도 법관의 자의에 따라 감경을 하지 않아도 되도록 법이 개정되었다. 성범죄에 점점 엄격해지고 있는 이런 추세와 관련해 주취로 인한 심신미약 인정 여부와 피고인이 기소된 죄명에 따라 양형에 차이가 나는지 알아보았으나 죄명과 주취로 인한 심신미약 사이의 유의미한 차이는 발견되지 않았다. 또한 초범과 재범에 있어서도 주취로 인한 심신미약과 어떠한 관계가 있는지 알아보았으나 역시 유의미한 차이는 발견되지 않았다. 하지만 죄명과 주취감경의 교차분석에서는 유의미한 결과가 발견되었는데 다른 범죄들에 비해 절도/강도 범죄에서의 주취감경 인정

비율이 현저히 높았다. 질적 분석을 위해 주취로 인한 심신미약이 인정된 7건의 사례들을 살펴보았으나 당시 피고인의 음주량이나 상태에 관한 자세한 정보는 적혀있지 않아 분석이 불가능하였다. 다만 7개 사례 모두 피고인이 대부분의 피해자와 합의한 상태였고, 피해 금액이 소액이었으며, 피고인의 당시 행동에 상식적으로 이해하기 어려운 부분들이 있었다. 이러한 사항들을 모두 종합해 주취로 인한 심신미약 판단이 내려진 것이 아닐까 추측한다.

한국 형법의 근간이 되는 독일형법 제 323a조의 완전명정죄는 피고인이 명정상태에 있었다고 하더라도 상태에 따라 적절한 처벌을 받아야 한다고 명시하고 있다(한상훈, 2009). 독일의 경우 책임무능력 또는 한정책임능력의 판단에 있어서 특징적인 것은 판례에 의하여 형성된 혈중 알코올 농도를 일차적인 명정정도 판단의 기준으로 사용한다는 것이다(김형준, 1993). 미국처럼 엄격한 기준을 두고 심신미약 주장을 받아들이고 있지 않은 이상, 독일처럼 이에 대해 판단할 수 있는 객관적인 지표가 있어야 법관의 판단에 신빙성을 실어줄 수 있을 것이다.

한편, 연구를 진행하면서 여러 한계점들도 드러났다. 그 중 가장 두드러졌던 점은 자료 자체가 가지는 한계였다. 현재 각 지방 법원들에서 작성하는 판례들은 일정 규칙에 따라 기록되고 있으나 완전히 통일되어 있지는 않다. 2008년부터 2011년까지 재판이 진행되고 제도가 보완되면서 개선되고는 있으나 여전히 연구에 중요한 정보들이 기록되지 않고 있다. 특히 이번 연구에 중요했던 배심원단의 주취로 인한 심신미약 인정 여부나 양형의 다수의견 등은 아예 누락되어 있거나 양형의 다수의견이 아니라 평균이나 범위를 기록하는 등 정보의 양이 질적·양적으로 많은 편차를 보였다. 또한 음주로 인한 심신미약 인정의 경우 미인정과는 다르게 그 이유를 기재할 필요가 없어 피고인이 술을 얼마나 마셨고 또 범행 당시 어떤 상태였는지를 전혀 알 수 없어 판례들의 질적 분석조차 불가능했다.

또한 ‘명정상태’를 주제로 한 연구들 역시 그 수가 적은 것이 현실이다. 이는 주취로 인한 심신미약 인정과 그로 인한 감경이 사회적으로 몹시 민감한 이슈임을 감안했을 때 매우 안타까운 일이라고 할 수 있다. 최근까지는 법학 연구, 특히 실제 판례를 이용한 실증 연구가 진행되기 어려운 환경이었다. 그러나 국민참여재판의 실시로 국민의 재판 참여가 확대되고 2013년 1월부터는 제한적이기는 하나 형사재판의 판례들이 일반 국민들에게도 공개되기 시작했기 때문에, 연구를 위한 제반 제도들만 잘 제정·보완된다면 앞으로 더욱 우수한 연구들을 기대할 수 있을 것이다.

참고문헌

- 김대성 (2012). 국민참여재판에서의 배심원의 양형 참여. *법학연구*, 15(1), 185-213.
- 김병천 (2011). 酩酊狀態의 心神障礙 判斷 基準 研究: 精神異常 抗辯을 中心으로. 고려대학교 법무대학원 석사학위논문.
- 김진환 (2003). 정신장애 범죄자의 책임과 처우에 관한 연구. 한양대학교 일반대학원 박사학위논문.
- 김형준 (1993). 명정범죄의 형사책임에 관한 연구. 중앙대학교 일반대학원 박사학위논문.
- 신동운 (2001). 형법총론. 경기: 법문사.
- 이인영 (2010). 책임능력에 대한 판단과 정신감정 절차. *홍익법학*, 11(2), 157-190.
- 이재상 (2008). 형법총론 제5판(보정판). 서울: 박영사.
- 이형국 (2007). 형법총론. 경기: 법문사.
- 정세중 (2010). 명정범죄의 형사책임에 관한 고찰. *한국범죄심리연구*, 6(1), 239-259.
- 정하늘 (2011). 미국법 해설. 서울: 박영사.
- 주용기 (2009). 법원의 책임능력평가에 관한 형사정책적 검토. *한양법학*, 20(3), 389-421.
- 한상훈 (2006). 입법동향분석: 국민의 형사재판참

- 여제도 입법논의. 법과사회, 30, 303-316.
- 한상훈 (2009). 명정상태 범죄자의 형사책임과 개선방안. 서울: 한국형사정책연구원.
- 황순택 (2013). 범죄 수사와 재판 과정에서 임상 심리학자의 업무. 제 15회 법과 심리 과학 포럼, 5월 24일. 서울: 숙명여자대학교 진리관.
- Boettcher, M. J. (1987). Voluntary intoxication: a defense to specific intent crimes. *University of Detroit Law Review*, 65, 33-71.
- Doob, A. N., & Roberts, J. V. (1984). Social psychology, social attitudes, and attitudes toward sentencing. *Canadian Journal of Behavioural Science*, 16(4), 269-280.
- Durham v. United States, 1954, 94 U. S. App. D. C. 228, 230, 214 F.2d 862, 864, 45 A. L. R. 2d 1430.
- Jewell v. Commonwealth, 549 S. W. 2d 807 (Ky. 1977).
- LaFave, W. R. (2000). *Criminal Law 3rd edition*. St Paul, MN: West.
- LaFave, W. R., & Scott, A. W. (1986 & 1998 Supp.). *Substantive Criminal Law*. St Paul, MN: West.
- Maher, G. Q. C. (2005) Age and criminal responsibility. *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2, 493-512.
- Marlowe, D. B., Lambert, J. B., & Thompson, R. G. (1999). Voluntary Intoxication and criminal responsibility. *Behavioral Sciences and the Law*, 17, 195-217.
- McGinley, H., & Pasewark, R. (1989). National survey of the frequency and success of insanity pleas and alternative pleas. *Journal of Psychiatry and Law*, 17, 205-221.
- Melton, G. B., Petrila, J., Poythress, N. G., & Slobogin, C. (1997). *Psychological evaluations for the courts: A handbook for mental health professionals and lawyers*. New York: Guilford.
- Robinson, P. H. (1984 & 1997 Supp.). *Criminal Law Defenses*. St. Paul, MN: West.
- State v. Mitts, 81 Ohio St.3d 223, 690 N. E.2d 522 (1998), reconsideration denied, 82 Ohio St.3d 1444, 695 N. E. 2d 266 (June 17, 1998).
- Stevenson, C. S., Bottoms, B. L., & Diamond, S. S. (2010). Juror's discussions of a defendant's history of child abuse and alcohol abuse in capital sentencing deliberations. *Psychology, Public Policy, and Law*, 16(1), 1-38.
- Weninger, R. A. (1994). Jury Sentencing in Noncapital Cases: A Case Study of El Paso County, Texas. *Journal of Urban and Contemporary Law*, 45(3), 3-40.
- Wrightsmann, L. S., Nietzel, M., & Fortune, W. (1994). *Psychology and the legal system (3rd ed.)*. Pacific Grove, CA: Brooks/Cole.
- Zamble, E., & Kalm, K. L. (1990). General and Specific Measures of Public Attitudes toward Sentencing. *Canadian Journal of Behavioural Science*, 22(3), 327-337.

1 차원고접수 : 2013. 07. 15.

수정원고접수 : 2013. 11. 20.

최종게재결정 : 2013. 11. 21.

A Comparative Study on Sentences of Judge and Jury in Voluntary Intoxication Defence Cases in Korea

Soo Min Hong

Soo Jung Lee

Jung Hun Lee

Kyonggi University

Yonsei University

In Korea, judgments of the trials have been traditionally determined by judges. The press and people have always cast questions about the properness of court's decision making process because they could not access the information of court's decisions. Especially the issue has become sensational when a defendant obtains lenient sentence by applying voluntary intoxication defence as a mitigating factor. Now in Korea, jury trials became operative. In this study, we first checked the jury's decision making process on the criteria of GBMI or NGRI by voluntary intoxication in Korea and compared it with the corresponding criteria of the U.S. Then we analyzed all voluntary intoxication defence cases of jury trials in Korea from 2008 to 2011 in order to find differences of sentencing between jury and judge decisions. We found the interaction effect between subject of the judgment and acceptance of voluntary intoxication defence. When voluntary intoxication defence was accepted, jury made more lenient sentences than the judge but when it was not, jury made harsher sentences than the judge. Analyses of variances presented significant main effects of crime types as well as acceptance of voluntary intoxication defence. In comparing the effects of subject of the judgment (jury or judge) for the acceptance of voluntary intoxication defence and repeated crime, we only found a main effect of acceptance of voluntary intoxication defence.

Key words : jury trial, voluntary intoxication, GBMI, NGRI, sentencing