

형사재판에서 블랙아웃(black out)현상에 관한 연구

연 구 자 : 성균관대학교 산학협력단
연 구 책 임 자 : 김 성 돈 (성균관대학교 법학전문대학원 교수)
연 구 참 여 자 : 강 웅 구 (서울대학교 의과대학 교수)
이 주 원 (고려대학교 법학전문대학원 교수)
류 부 곤 (경찰대학 법학과 교수)
윤 지 영 (한국형사정책연구원 연구위원)

제 출 문

법원행정처장 귀하

본 보고서를 귀 기관으로부터 의뢰받은 「형사재판에서 블랙아웃(black out)현상에 관한 연구」의 최종보고서로 제출합니다.

2020. 1.

성균관대학교 산학협력단

내용 목차

연구요약	i
제1장 서론	1
제2장 알코올 블랙아웃에 대한 의학적 기초	5
제1절 블랙아웃 현상에 대한 의학적 이해	7
I. 의식	7
1. 의식(consciousness)	7
2. 무의식(unconsciousness)	8
3. 지향성(intentionality)	9
II. 행위와 지향성	9
1. 의도적 행위	9
2. 자동적 행위(automatic behavior)	9
3. 자동증	10
4. 무심코 하는 행위	10
III. 기억	11
1. 작업기억	11
2. 장기기억	11
IV. 기억상실(건망증)	12
1. 선행성 기억상실	12
2. 후행성 기억상실	12
V. 행위한 것에 대한 기억의 손상	13
1. 블랙아웃	13
2. 일과성 완전 기억상실	13

3. 심인성 기억상실	13
VI. 공격성	14
1. 공격성에 대한 진화적 관점	14
2. 공격성이 행위로 표출되는 조건들	14
VII. 소결: 음주, 공격성, 블랙아웃 간의 관계	15
1. 음주와 공격성	15
2. 음주와 블랙아웃	16
3. 공격성과 블랙아웃	16
4. 블랙아웃이 무의식이 아닌 이유	17
제2절 알코올 블랙아웃의 개념과 특징	18
I. 기억상실과 알코올 블랙아웃의 특징	18
1. 기억상실의 분류	18
2. 알코올 블랙아웃의 특징	18
II. 알코올 블랙아웃의 분류	20
III. 알코올 블랙아웃과 구별개념	21
1. 용어의 혼선과 그 원인	21
2. 알코올 블랙아웃과 패싱아웃의 구별	21
IV. 알코올 블랙아웃과 혈중알코올 농도	22

제3장 알코올 블랙아웃 현상과 형사법적 쟁점에 관한 선행연구 25

제1절 블랙아웃 현상과 형사책임의 관계에 관한 선행연구	27
I. 연구의 개관	27
II. 2004년 Oorsouw 연구팀의 설문조사와 분석 요약 및 연구결과	28
1. Survey of Healthy Subjects(자기보고)	31
2. Survey of Healthy Subjects(타인보고)	33
3. Suspected DUI Subjects(교통단속자 조사)	34
4. 종합적 논의	35
III. Oorsouw 연구팀의 조사분석 결과에 대한 두 개의 해설(비평)	37

1. Merikangas(2004)의 해설	37
2. Granacher(2004)의 해설	39
IV. 알코올성 블랙아웃의 법과학적 수용 가능성에 대한 연구	42
제2절 알코올 블랙아웃 현상과 형사책임 영역에서의 함의	46
I. 영미의 선행연구가 주는 시사점	46
II. 대륙법체계에서의 함의	49
III. 우리나라의 학계와 실무에서의 취급	50
제3절 중간결론	53

제4장 알코올 블랙아웃 현상과 외국의 판결례 55

제1절 알코올 블랙아웃 관련 미국 판례의 동향	57
I. 판례 동향의 개관	57
II. 피고인이 알코올성 블랙아웃인 사례	58
1. Hernandez 사건	58
2. Dawson 사건	61
3. Sawyer 사건	62
4. Cordova 사건	65
5. Porter 사건	67
6. Kilburn 사건	68
7. Wandahsega 사건	69
III. 피해자가 알코올성 블랙아웃인 사례	70
1. Daniels 사건	70
2. Clark 사건	72
3. Wiecek 사건	77
제2절 알코올 블랙아웃 관련 독일의 판결례	82
I. 피고인이 블랙아웃을 주장한 경우	82
1. 개관	82
2. 피고인의 블랙아웃 주장을 인정한 하급심판결을 파기한 사례	83

Ⅱ. 피해자가 블랙아웃을 주장한 경우	84
1. 빌레펠트 주 지방법원 사건	84
2. 윈스터 주 지방법원 사건	88

제5장 알코올 블랙아웃과 실체법적 쟁점 91

제1절 알코올 블랙아웃과 형사책임의 문제	93
제2절 블랙아웃이 수반된 장애의 정도와 법효과 판단	94
Ⅰ. 알코올 블랙아웃과 형법적 평가를 위한 출발점	94
Ⅱ. 알코올 블랙아웃과 병존 가능한 장애들	95
Ⅲ. 알코올에 미치는 인지기능의 장애와 형법적 평가	98
1. 행위자에 대한 법효과	98
2. 피해자 블랙아웃과 준강제추행죄(또는 준강간죄)의 성립여부	108

제6장 알코올 블랙아웃과 절차법적 쟁점 119

제1절 알코올 블랙아웃 현상과 법원의 판단	121
Ⅰ. 신뢰성의 문제와 장애의 범위 문제	121
1. 신뢰성 문제	122
2. 의식장애의 범위 문제에 대한 포렌직 전문가의 진단	124
Ⅱ. 사실문제와 법률문제	125
1. 책임무능력에 관한 혼합적 방식	125
2. 전문가 감정의 필요 여부에 대한 판례의 입장	127
3. 알코올 블랙아웃과 전문가 감정	129
Ⅲ. 장애에 대한 증명책임과 소명자료 제출책임	133
Ⅳ. 감정의 필요성 판단	136
Ⅴ. 위장된 정신장애의 감별 문제	139
제2절 전문가 감정의 정확성 제고 방안	142
Ⅰ. 책임능력 관련 평가도구들	142

Ⅱ. 정신감정 전문가 활용	145
Ⅲ. 판결전 조사	147
Ⅵ. 성범죄 피해자가 블랙아웃을 주장하는 경우	148
1. 심신상실 또는 항거불능 상태에 대한 증명책임과 신뢰성 문제	148
2. 항거불능 상태 여부	148
Ⅴ. 법원의 판단 및 판결이유 기재	150
1. 진술 대 진술 : 진술과 진술이 상반되는 경우	150
2. 판결이유의 기재	153
3. 알코올 블랙아웃 주장과 무죄추정의 원칙	155
 제7장 결론	 157
 참고문헌	 164



연구요약

이 연구는 형사재판에서 알코올 블랙아웃을 주장하는 피고인 또는 피해자의 행위평가를 통해 알코올 블랙아웃이 피고인의 형사책임의 인정 여하 및 완화 여부에 어떤 영향을 미치는지를 가늠해 봄으로써 법원의 결정에 선택지를 제안하는 것을 목적으로 한다. 이를 위해 이 연구는 알코올 블랙아웃을 주장하는 자의 뇌에서 일어난 기능장애들에 대한 법적 평가를 위해 알코올 블랙아웃 현상에 대한 신경정신의학계의 연구성과를 기초로 삼아 알코올 블랙아웃의 개념 정의와 특징점들을 살펴보고, 외국에서 법의학적/법심리학적 관점에서 수행된 선행연구들을 분석하였다.

최근의 관련 전문 분야의 연구결과에 따르면 알코올 블랙아웃은 다른 인지기능의 장애를 수반하지 않고, 오직 사후적 기억형성의 장애라는 특징을 가지고 있는 것으로 보는 견해가 지배적이다. 반대 측 견해들은 경험과 실험들을 통하여 알코올의 과다섭취는 음주자가 장래의 계획을 수립하고, 의사결정을 내리고, 행동을 통제하는 것과 같은 전두엽에 매개된 다양한 과업들을 수행하는 일에 장애를 가져온다는 증거가 다수 있다는 점에서 출발하고 있고, 따라서 알코올 블랙아웃은 행위통제능력의 저하까지를 초래하는 것으로 보고 있다. 이러한 상반된 견해들은 알코올 블랙아웃을 주장하는 피고인의 형사책임과 관련해서도 서로 다른 결론을 도출할 수 있다는 논지를 전개하고 있음을 확인하였다.

이 연구는 더 나아가 블랙아웃이 주장된 외국의 형사재판에서 어떤 판결이 내려졌는지를 미국과 독일의 판례들을 중심으로 개관해 보았다. 미국에서는 2000년 이후 피고인이 알코올성 블랙아웃의 상태에서 범행을 저질렀다고 주장된 사안에 대해 - 블랙아웃이 기억장애만을 초래한다는 신경정신의학계의 주류적 입장을 반영하는 전문가들의 감정결과에 따라 - 블랙아웃을 피고인의 항변사유로 인정하지 않는 태도가 주를 이루고 있지만, 피해자가 블랙아웃의 상태에서 성범죄의 피해를 당하였다고 주장하는 경우

에는 피해자의 진술과 피해자가 동의했다는 피고인의 주장 사이에 신빙성 문제가 개입되어 통일된 입장이 없는 것으로 보인다.

다른 한편 독일의 형사재판은 미국과는 달리 블랙아웃 현상을 독자적 법형상으로 인정하여 그에 대한 맞춤형 법효과를 인정하려는 시도를 하기 보다는 술에 취해 기억이 없다는 주장을 펼치는 피고인이 어느 정도로 술에 취한 상태인지를 기초로 하여 책임귀속의 문제로서 책임무능력 또는 한정책임능력의 문제로 다루고 있다. 성범죄의 피해자가 형사재판에서 블랙아웃을 주장하는 최근의 판결에서도 술에 취한 피해자의 의식 상태가 항거불능 상태에 해당하는지를 전문감정인의 감정결과를 토대로 법원이 판단을 내릴 때 입증의 정도에 관해 사실심 법원이 취할 태도 등에 초점을 맞추고 있다.

우리나라의 종래 형사판결에서는 술에 취해 기억이 없다는 주장을 하는 피고인이 어느 정도로 취한 상태인지에 따라 책임능력의 존부 문제를 다루었지만, 이를 블랙아웃이라는 현상으로 특정하여 취급해 오지는 않았다는 점에서 독일의 판결 태도와 유사하였다. 그러나 우리나라에서는 교통사고와 관련한 운전자의 책임을 판단하는 경우를 제외하고는 술에 취해 기억이 없다는 피고인의 형사책임 문제를 다룸에 있어 피고인이 어느 정도 술에 취한 상태인지를 음주량 등으로 판단하거나 전문감정인의 감정결과를 토대로 평가하여 피고인의 의식장애를 판단하는데 까지 나아가지 않았다는 점에서 독일에서의 형사판결과 다른 점이 발견되었다. 성범죄의 피해자가 블랙아웃을 주장하는 경우 사후적 기억형성의 장애라는 블랙아웃의 특징점에 주목하여 준강간죄 또는 준강제추행죄의 성립 여부를 다투는 하급심판결이 등장하고 있으나 피해자의 의식장애 정도를 말해주는 객관적 사실을 규명하는 심도있는 접근은 여전히 아쉬운 수준이다.

이러한 기초연구와 외국의 선행연구 및 기존의 판결례 등에 대한 분석을 통해 이 연구는 알코올 블랙아웃에 관한 관련 전문분야에서의 두 가지 상반된 견해가 형법학의 관점에서는 양자택일의 관계에 있는 것이 아니라는 입장에서 출발한다. 신경정신의학계에서 알코올 블랙아웃 현상과 관련하여 어떤 입장을 지배적인 견해로 수용하든지 형법학적 관점에서 보다 중요하게 초점을 맞추어야 할 사실이 있기 때문이다. 그것은 기억형성의 실패를 초래한 블랙아웃 현상이 초래되었더라도 행위자가 섭취한 알코올의 양과 속도, 그 섭취자의 평소주량, 건강상태 등 다양한 변수들이 결합되어 행위자가 만취한 상태가 되면 뇌의 다른 인지기능이나 의식작용의 장애도 동시에 수반될 수 있다는

점이다.

따라서 이 연구에서는 형법적 관점에서 행위자의 행위를 평가함에 있어 기억상실적 블랙아웃 현상이 어떤 특정 장애와 결부되느냐/그렇지 않느냐에 초점을 맞추지 않는다. 블랙아웃 현상과 관련한 형사책임의 문제를 다루는 형법학적 관점이 견지해야 할 시각은 블랙아웃 현상을 초래할 정도의 알코올 섭취를 한 경우 그것이 뇌의 기능 중 기억형성의 장애만 초래하는 것이 아니라 주변상황의 인식능력이나 주의력 장애 또는 행위억제력을 저하시키는 의식장애까지도 수반할 수 있고, 종국적으로는 의식상실에 이를 수 있는 양적인 측면을 가지고 있다는 점이다. 이러한 맥락에서 볼 때 형사재판에서 피고인이나 피해자가 술에 취해 기억이 없다는 주장을 한 경우 기억에서 사라진 과거의 사실에 대한 형법적 평가를 함에 있어서 ‘기억상실’적 측면만을 평가의 대상으로 삼는 정태적(단편적) 접근법이 아니라 기억장애와 함께 인지능력이나 행위통제능력에도 장애가 수반되어 있는지, 있다면 어느 정도의 장애가 있는지에 대해 초점을 맞추는 동태적(전체적) 접근법이 타당하다고 할 수 있다.

이에 따라 이 연구는 블랙아웃을 주장하는 자가 행위 당시 어느 정도로 술에 취해 있었고, 그에 따라 행위자의 뇌기능에 어떤 장애가 있었는지에 초점을 맞추어 형법의 규범체계가 예상하고 있는 법적 요건과 법효과의 적용 여부를 평가하는 일에 무게 중심을 둔다. 그 결과 이 연구는 술에 취한 자의 뇌기능의 장애를 - 블랙아웃을 출발점으로 삼아 - ‘기억상실적 단순블랙아웃’, ‘행위통제력 저하를 수반한 블랙아웃’, ‘인식능력 또는 주의력결핍을 수반한 블랙아웃’, ‘의식상실(패싱아웃)적 블랙아웃’으로 구분하여 그에 따른 법적 효과를 연계시키는 방안을 제안하였다.

뿐만 아니라 이 연구는 피고인 또는 피해자가 법정에서 블랙아웃을 주장하더라도 피고인 또는 피해자의 상태가 형법적 관점에 의해 구분된 블랙아웃 유형 중에 어느 것에 해당하였는지를 확정하는 일에 앞서 해결해야 할 보다 중요한 과제는 알코올 블랙아웃을 주장하는 자의 해마에 저장하지 않고 사라져버린 단기기억을 복원해 내는 일임을 간과하지 않았다. 그러나 사후적인 기억형성의 장애로 인해 나타나는 알코올 블랙아웃을 주장하는 자의 기억에서 소실되고 없는 사건 당시의 상황을 회복하는 것은 현재로서는 불가능하고, 이 문제를 해결하기 위해 개발되어 있는 과학적 방법도 없다. 따라서 실체형법의 적용에 앞서 술에 취한 행위자의 뇌 속에서 일어나고 있는 현상을 연구한

당대의 지식을 경험적 지식으로 소환하여 이를 과거사실의 증명을 위한 기초로 삼아야 할 필요가 있다. 이를 위해서 법원은 포렌직 전문가의 도움을 보다 전향적으로 받아야 한다. 따라서 이 연구는 알코올 블랙아웃을 피고인이 주장하는 경우에는 법정신의학자가, 그리고 피해자가 블랙아웃을 주장하는 경우는 법심리학자의 감정절차 또는 감정소견의 확보를 통해 자유심증주의의 합리적 통제가 가능하도록 할 것을 제안하였다. 뿐만 아니라 하급심 법원은 피고인, 피해자, 증인, 또는 전문감정인의 진술들이 서로 대립하는 경우 어느 진술에 근거하여 결론을 내리든지 간에 반대 진술의 내용을 압축적으로 요약하고 이를 논증의 방법으로 반박하는 내용까지를 판결문에 판시하도록 함으로써 법원이 무게를 둔 진술의 신빙성이 상급법원에서 검증될 수 있어야 한다고 제안하였다.

제1장
서론



알코올의 독성에 영향을 받아 일정한 상황에 대한 기억을 하지 못하는 경우를 오늘날 ‘알코올에 기인한 ‘블랙아웃’(alcohol-induced blackout)으로 통칭(이하 ‘알코올 블랙아웃’이라 한다)하고 있다. 종래 형사재판에서 알코올 블랙아웃이라는 용어로 표시되지는 않았지만, 술에 취해 기억이 없다는 주장은 피고인에 의해 많이 제기되었고,¹⁾ 최근에는 성범죄의 피해자가 블랙아웃 주장을 하는 예가 늘어가고 있다.

형사재판에서 행위자나 피해자가 블랙아웃을 주장하는 경우 사건의 진행경과에 대한 사실확정이 어려울 뿐 아니라 그에 기초하여 형법적 평가를 내리는 일도 어려워진다. 행위자가 어떤 인식과 의사를 가지고 행위하였는지, 행위 당시의 행위자의 심리적·정신적 상태가 어떠한지를 확정할 수 없는 한, 행위자의 형사책임을 인정할 수 있는지, 있다면 그 형사책임의 정도를 완화하여야 하는지에 대한 판단이 난항에 부딪치게 되기 때문이다. 특히 성범죄의 피해자가 블랙아웃을 주장하였을 경우 피해자에게 블랙아웃이 심신상실 또는 항거불능 상태와 연계될 수 있다면, 피해자의 블랙아웃 주장은 피고인의 형사책임 인정 여하에 결정적인 영향을 미칠 수 있다.

다른 한편 형사재판에서 이루어지는 블랙아웃 주장은 가짜일 경우가 많다. 소송전략상 피고인은 책임을 부정하기 위해서 기억이 없다고 하고, 피해자는 자신에게 가해질 비난의 화살을 피고인에게 돌리기 위해 기억이 없다고 하는 경향성을 띠 수 있기 때문이다. 피고인이 블랙아웃을 주장하는 경우는 문제되는 범죄의 불법의 크기에 비례하여 높아지고, 피해자의 블랙아웃 주장은 성범죄의 경우에 집중되어 있다. 어느 경우든 피고인의 형사책임 문제는 블랙아웃 주장의 진위에 일정부분 종속성을 띠게 된다.

이 연구는 형사재판에서 피고인 또는 피해자가 블랙아웃을 주장한 경우 피고인의 형사책임을 인정할 수 있는가, 있다면 어떤 형사책임이 귀속될 수 있는가를 다루기 위해 다음의 두 가지 물음에 답한다. 하나는 형사재판에서 블랙아웃이 주장된 경우 블랙아웃 때문에 형성되지 못한 기억 부분에 간혀있는 행위에 대해 형법상 어떤 평가를 할 수 있는가 하는 물음이다. 둘째, 피고인 또는 피해자의 블랙아웃 주장의 진위 여부를 어떻게 판정할 수 있는가 하는 물음이다.

1) 영미에서는 형사피고인의 19-80퍼센트가 알코올 블랙아웃을 주장한다고 하기도 한다. Mark R. Pressman/David S. Caudill, "Alcohol-Induced Blackout as a Criminal Defense or Mitigating Factor: An Evidence-Based Review and Admissibility as Scientific Evidence", *Journal of Forensic Sciences* 58(4), 2013, p.932.

이하에서는 이 물음에 답하기 위해서 알코올이 인간의 뇌기능 및 인지작용에 미치는 영향에 관한 전문지식을 동원하여 해당전문분야(특히 신경정신의학)에서 ‘알코올 블랙아웃’이 어떻게 이해되고 있고 그 특징은 무엇인지를 살펴본다(제2장). 다음으로 알코올 블랙아웃과 형사책임문제의 관련성에 관하여 - 국내의 선행연구가 전무하기 때문에 - 외국의 선행연구들을 개관해 보고(제3장), 외국에서의 형사재판에서는 블랙아웃 주장에 대한 어떤 판결이 내려진 것인지를 추적해 본다(제4장). 마지막으로 이러한 점들을 기초로 해서 블랙아웃으로 형성되지 못한 기억부분에 해당하는 행위에 대한 형법적 평가에 대해 어떤 접근법을 취하는 것이 바람직한 것인지를 제안하고 그에 따라 실제형법적 쟁점들의 해결방안을 모색(제5장)하면서, 알코올 블랙아웃 주장이 소송전략적인 차원의 ‘변명’ 내지 ‘가짜’일 가능성이 높다는 점에서 주장자의 진술의 신뢰성 및 정신의학분야의 감정소견의 증거능력 등과 관련한 절차법적 쟁점과 그 바람직한 해결방안을 제안해 본다(제6장).

제2장
알코올 블랙아웃에 대한
의학적 기초



이 장은 두 개의 부분으로 나누어져 있다. 제1절은 알코올 블랙아웃 현상을 순수 정신의학적 관점에서 서술한 것이다. 정신의학 및 인지신경과학적 기본개념을 설명한 후 알코올 블랙아웃 현상을 전문 의학적 관점에서는 어떻게 이해하는지를 묘사하였다. 이 부분은 서울대학교 의과대학의 관련 전문가에 의해 정리되었다. 따라서 이 보고서에서는 관련 전문영역의 용어와 개념이해 및 당대의 과학적 수준을 가감 없이 그대로 중계하려는 취지에서 관련 전문가가 집필한 내용을 - 목차 번호를 바꾸는 외에는 - 그대로 전제하였다. 제2절에서는 알코올 블랙아웃 현상을 형사재판에서 어떻게 취급할 것인지를 가늠하기 위해, 그리고 알코올 블랙아웃이 행위자의 기억형성의 장애 외의 다른 인지기능의 장애와 결부된 형법적 평가를 위한 기초작업을 위해 알코올 블랙아웃 현상의 특징 및 개념을 형법학자의 시각에서 관련 전문분야의 문헌연구들을 재정리하였다.

제1절 블랙아웃 현상에 대한 의학적 이해



이 장은 블랙아웃 현상에 대한 의학적 이해를 목적으로 한다. 이를 위해서는 몇 가지 정신의학 및 인지신경과학적 주제를 먼저 이해하여야 할 필요가 있다. 이 장에서는 의식, 기억, 공격성 등에 대해 설명하며, 의도적 행위, 행위에 대한 기억 등에 대한 논의를 거쳐 블랙아웃에 접근하려 한다.

I. 의식

1. 의식(consciousness)

의식은 각성(wakefulness)과 환경에 대한 인식(awareness)의 두 요소로서 정의된다. 각성은 인식의 전제조건이고, 인식은 의식의 내용을 결정한다. 의식을 양적으로 측

정하는 대표적인 도구는 글래스고 혼수 척도(Glasgow coma scale, GCS)인데, “외부 자극에 대해 얼마나 목적지향적(의도적) 반응을 하는가”로서 점수를 부여한다. 이에 의하면 대화 가능하고 스스로 어떤 행위를 할 수 있으면(E4 V5 M6 = 15점) 의학적으로 의식이 완전한 상태다.

〈표 1〉 글래스고 혼수 척도

	눈뜨기(E)	말하기(V)	몸 움직임(M)
1	눈뜨지 않음	소리 내지 않음	움직임 없음
2	통증자극시 눈뜸	소리 냄	통증자극시 제뇌경직
3	부르면 눈뜸	단어 발연	통증자극시 제피질경직
4	자극 없이 눈뜸	지남력 없고 혼란된 말	통증자극시 회피
5		지남력 있고 정상 발연	자극부위를 가리킴
6			지시를 따름

2. 무의식(unconsciousness)

임상의학에서는 각성이 현저히 감소한 혼수(coma)를 무의식이라 한다. 청명한 의식과 혼수 사이의 의식이 감소한 정도는 수치화해서 평가한다.

그러나 무의식이라는 용어는 뇌에서의 정보처리가 “인식됨” 없이 일어나는 상태를 의미할 때도 쓰인다. 최면후 피암시성(posthypnotic suggestibility)은 무의식이 있음을 보여준다. 최면은 의식의 질적 변화가 온 상태인데, 최면 상태에서 어떤 행위를 하라 지시받은 사람은 일상적 의식으로 돌아온 뒤 그 지시대로 행위한다(LeBlanc, 2004). 그런데 행위자에게 행위한 이유를 물어보면 최면시 지시받았다는 것은 인식하지 못한 채 나름대로의 이유를 낸다. 관찰자에게는 행위의 이유가 명백하지만 본인은 모르는 무의식인 것이다. 그렇다고 해서 최면시 받은 지시가 이 행위를 “결정”하는 것은 아니다. 지시가 행위자의 평소 행위 방침에서 크게 벗어나는 것이라면 하지 않을 수도 있다. 즉 무의식이 행위의 숨은 동기가 될 수는 있어도 행위 집행은 행위자의 의도에 의한 것이다. 이런 종류의 행위는 “무의식적” 행위가 아니다.

3. 지향성(intentionality)

지향성은 의식의 기본적 특성이다. 지향성은 사물, 특성, 사건들에 대해 관여하고, 표상하고, 추구하는 마음의 힘이다(the power of minds to be about, to represent, or to stand for, things, properties and states of affairs)(Jacob 2010).

일상적 언어에서 의도적(intentional)이라는 말은 내가 행위를 설계하는 것과 관계된다. 그러나 내가 주위의 정보를 수용하는 경우에도 지향(intention)한다는 용어를 사용한다. 나에게 인식되는 세상은 물리적 자극 자체가 아니라 나에게 관계된 어떤 의미를 가진 것(aboutness)이기 때문이다. 자신의 머릿속을 탐색해서 어떤 기억을 회상하거나 생각을 만들어낼 때에도 의식은 그 내용을 다루고 있다. 이를 지향성(intentionality)이라 한다. 의식이 있는 사람은 항상 무언가를 지향하고 있고, 그의 행위 역시 무언가를 지향한다.

II. 행위와 지향성

1. 의도적 행위

의지력은 행위에 대한 의식의 지향성이다. 의지력은 사전적으로 “자신의 의지를 집행할 수 있는 능력(the faculty or power of using one’s will)” 또는 “선택하고 결정하고 의도할 수 있는 능력(the capacity of conscious choice and decision and intention)” 등으로 정의된다. 전자는 자유의지(free will)를 집행할 수 있는 “힘”이라는 의미를 강조한 정의며 후자는 “선택”하는 능력임을 강조한 정의다. 그런데 선택은 인지적 통제하의 합리적 선택뿐만 아니라 본능적-생리적 욕구에 의거한 선택도 포함한다. 즉 비합리적인 행위도 “선택되어 수행되는 것”이면 의도적인 것이다.

2. 자동적 행위(automatic behavior)

자동적 행위는 행위자의 지향성이 떨어지는 상태에서 하는 행위들이다. “자동적”이라 묶었지만, 각 행위들은 지향성 감소의 양적 측면뿐만 아니라 질적으로도 전혀 다른

매우 이질적인 것들이다. 행위 자체도 의도적 행위처럼 보이는 복잡한 것부터 신체 특정 부위의 사소한 반복적 움직임까지 다양하다.

3. 자동증

자동증(automatism)은 일시적으로 의식이 없는 상태에서 행위자의 신체가 하는 행위다. 대개는 눈깜빡임이나 찻찻거리는 등의 단순한 행위지만, 혼수상태의 반사외는 달리 운동계 협응이 유지되므로 제법 정교한 행위도 가능하다. 지향성 없는(무의식적) 행위지만, 환경의 영향을 받기도 하므로 의식적으로 선택된 행위처럼 보이는 경우도 있다. 이때 GCS 검사를 하면 눈은 뜨고 있고(E4), 언어반응은 없고(V0), 운동계 협응이 되므로(M6) 10점 정도의 평가를 받을 것이다. 의식이 회복된 뒤 행위자는 자신의 자동증 행위를 기억하지 못하지만 잠시 동안 기억의 공백이 있음은 인식할 수도 있다 (Fenwick, 1990).

정신운동성 경련(psychomotor seizure)에서 전구증상 또는 경련 자체의 증상으로 자동증이 나타나는 경우가 대표적이다. 전구기에는 자신에게 일어나는 변화를 인식할 수 있으나 곧 경련으로 진행하면서 의식이 없어지고 자동증이 일어난다. 경련 직전에 반복적인 목적지향적 행위(설거지 등)를 하고 있었다면, 자동증 기간 중 하던 행위를 지속하기도 한다. 따라서 환자 본인은 물론 관찰자도 중간에 자동증으로 행위하였던 기간이 있었음을 모를 수도 있다.

4. 무심코 하는 행위

무심코 하는 행위는 처음에는 의도적인 행위였지만, 반복적으로 익숙해지면서 지향성이 거의 부여됨 없이 하게 되는 것들이다. 그런 행위를 하였는지를 물어보면 행위자는 기억을 못하기도 한다. 특정 행위에 대해 미리 성찰하고 있는 상태라면 그 행위는 무심코 하지 않을 것이지만, 그 지향성에서 벗어나 있는 다른 행위는 자동적으로 하게 될 수도 있다. 방을 나갈 때 전등 스위치가 눈에 띄면, 방에 다른 사람들이 있음에도 불구하고 무심코 끄고 나가는 예를 들 수 있다. 행위의 목적(불 끄는 것)은 달성되지만, 그 목적은 행위자가 지향하고 있었던 것이 아니었다. 이런 행위가 항상 부적절한 결과

를 낳는 것은 아니다. 운전할 때 방향지시등을 켜는 것은 자동화 되더라도 적절한 목적을 달성한다.

III. 기억

기억(memory)이란 일정한 정보를 등록(registration)하고 저장(storage)한 뒤, 적절한 시점에 인출(retrieval)하는 능력을 말한다. 기억은 크게 작업기억(working memory)과 장기기억(long-term memory)으로 나눌 수 있다.

1. 작업기억

작업기억은 현재 나의 지향성이 추구하는 것으로, 의식은 작업기억의 흐름이라 볼 수도 있다(Baddeley, 1974). 수면 등으로 의식이 중단되지 않는 한 작업기억은 지속적으로 내용을 바꾸어가며 유지된다. “나”의 연속성은 이와 관계된다. 잠 깨서 다시 잠들 때까지 내가 누구인지에 대한 체험은 이어지며, 이 중 일부는 장기기억(삽화성 기억)으로 전환된다. 뇌 전두엽이 작업기능을 유지시키는데 중요하다.

2. 장기기억

장기기억은 작업기억이 의미로 부호화된 뒤에 저장되는 것이다. 이 기억은 후일 필요시 작업기억으로 인출된다. 장기기억은 해마(hippocampus)나 기저핵(basal ganglia)의 신경계 네트워크에 저장된다. 장기기억은 다시 내용을 언어적으로 표현할 수 없는 절차적(procedural) 기억과 말로 표현 가능한 선언적(declarative) 기억으로 구분한다. 절차적 기억은 언어적 내용이 없지만 개인이 훈련과 연습을 통해 습득하는 것, 몸으로 배우는 기술 등이 포함된다. 선언적 기억은 언어를 매개로 하는 것으로 사회구성원이 공유하는 주제에 대한 의미기억(semantic memory)과 개인적 사건에 대한 삽화기억(episodic memory)으로 구분하기도 한다. 삽화기억은 자아정체성과 밀접한 관계가 있다(자전적 기억, autobiographic memory). 임상적인 기억장애란 선언적 기억, 특히

삽화기억의 장애를 의미한다. 일반적 지식은 유지되는데 내가 겪었던 사건에 대한 기억이 없는 것이다. 블랙아웃도 여기 속한다.

IV. 기억상실(건망증)

선언적 기억의 등록, 저장, 인출이라는 각 단계가 모두 기억장애 또는 기억상실과 관계된다. 기억상실(amanesia)은 크게 선행성(anterograde)과 후행성(retrograde)으로 구분한다.

1. 선행성 기억상실

선행성 기억상실은 발병 이후부터의 삽화기억이 없는 것, 즉 새로운 기억이 생성되지 않는 것이다. 선행성 기억상실은 심리적 문제가 아닌 뇌기능의 문제다. 이미 저장되어 있는 기억은 뇌 손상이 있어도 잘 소거되지 않는다. 특히 반복적인 재강화를 통해 강하게 새겨진 기억은 잘 보존된다. 코르사코프 증후군(Korsakoff syndrome)은 심한 선행성 기억상실인데, 만성적 알코올 사용에 의한 뇌 손상에 의한다. 블랙아웃도 알코올이 기억 등록을 방해하기 때문에 생기는 일시적인 선행성 기억상실이다.

2. 후행성 기억상실

후행성 기억상실은 기억의 저장 또는 인출의 문제와 관계된다. 이미 기억하고 있었던 것을 떠올리는데 어려움이 있다. 심한 뇌손상 후 진행성 치매 등의 경우에는 뇌손상과 관련된 후행성 기억상실이 나타난다. 과거 기억 중 일부만 선택적으로 장애가 일어나는 경우는 뇌손상 보다는 심리적 요인에 의한 경우가 흔하다. 저장된 기억의 손상이라기보다는 인출이 잘 안되는 것이다. 다급하게 집에 들어가야 하는데 현관문 비밀번호가 생각나지 않는 식이다. 심인성 기억상실(psychogenic amnesia)도 여기 속한다. 이런 기억장애는 일시적이다.

V. 행위한 것에 대한 기억의 손상

행위한 것에 대한 기억이 없다는 것과 행위할 당시 지향성이 없다는 것과는 다르다. 의식적으로, 지향성을 가지고 한 행위였지만 다만 나중에 자기가 그런 행위를 했다는 것에 대한 기억이 없는 것이다.

1. 블랙아웃

블랙아웃, 흔히 쓰는 말로 “필름 끊기는” 상태에서, 행위할 때는 의식이 있지만 나중에 그 행위에 대한 기억이 없다. 블랙아웃은 중등도 이상의 알코올 혈중농도(0.14% 이상), 특히 단기간 폭음하여 알코올 혈중농도가 급격히 올라갈 때 흔하다. 졸피뎀 등 속효성 수면유도제를 사용한 경우에도 블랙아웃이 발생할 수 있다. 일정 기간 전체에 대한 기억 상실이 될 수도 있고, 찌꺼기 찌꺼기 일부만 기억 상실이 될 수도 있다. 이 주제는 뒤에 자세히 다룬다.

2. 일과성 완전 기억상실

일과성 완전 기억상실(transient global amnesia, TGA)은 일시적 뇌 허혈과 관계된 신경학적 상태로 일정 기간 행위한 것에 대해 기억이 없는 현상이다. 블랙아웃과 기전적으로 비슷하다고 볼 수 있다.

3. 심인성 기억상실

심인성 기억상실(psychogenic amnesia)은 특정 상황에서 자신이 한 행위의 전부 또는 일부에 대한 기억이 없는 상태다. 회복한 뒤에는 당시 자신의 행위를 기억하지 못한다. 심리적인 원인에 의한다고 보며, 기억 형성이 되지 않는 것이 아니라 기억된 것을 찾지 못하는 것이다.

VI. 공격성

공격성은 블랙아웃과 관계된 문제는 아니지만, 음주후 행동변화를 이해하기 위해 꼭 필요하기 때문에 언급한다.

1. 공격성에 대한 진화적 관점

공격성(aggression)은 본능에 기반한 행동양식으로 진화된 심리기제(evolved psychological mechanisms)의 일종이다. 다른 본능 기반의 행동양식들과 마찬가지로, 문화를 가진 인류에서는 공격성의 표현이 문화적 제한을 받는다. 공격성이 비정상적으로 간주되는 것은 문화적으로 용인되지 않는 행위로 표출되거나 부적절한 상황에서 나타나는 경우다. 충동성(impulsivity)과 공격성은 비슷해 보이기도 하지만, 충동성은 목적에 대한 고려 없이 행위하려는 경향인 반면 공격성은 목적을 지향하는 의도적 행위다.

공격성은 다른 개체와 자원(resources)을 놓고 경쟁하는 데서 기원한다. 자원이 충분하지 않은 진화적 환경에서 공격성은 본능적으로 선택되었을 것이다. 공격성은 다른 개체에게 직접 손상을 주는 폭력적 탈취뿐만 아니라 다른 개체를 속이거나 설득해서 폭력 없이 자원을 얻어가는 방식으로 표현될 수도 있다. Stevens와 Price의 진화심리학 모델에서 각각 고통성 경쟁(agonic competition) 및 쾌락성 경쟁(hedonic competition)에 해당한다(Stevens, 2000). 진화적으로 더 오래된 상호 작용은 적대적-폭력적인 고통성 경쟁으로, 인간이 아닌 다른 종에서도 관찰되며, 문화 이전에 형성되었으며, 주로 유전자의 작용에 의한다(Chance, 1970). 쾌락성 경쟁은 개체 간 협조적 상호작용이 가능한 집단에서 나타나며, 유전자뿐만 아니라 상호작용 규칙, 즉 문화의 영향을 받는다. 문화가 폭력적 공격성을 통제하는 것은 이런 맥락이다. 프로이트의 주장대로 문화가 본능을 억압하게 되는 것이다(Freud, 1930).

2. 공격성이 행위로 표출되는 조건들

문화는 비폭력적인 행위를 디폴트로 설정하였지만, 우리의 유전자에는 여전히 폭력적 공격을 우선하려는 원초적 경향이 남아있다. 이 경향은 문화에 의해 억압받지만, 특

정 상황에서는 억압에서 벗어나 행위로 표출된다. 즉, 공격성은 공격 성향이 없던 개인에게 새롭게 나타나는 병리가 아니라 억제되고 있던 속성이 방출(release)되는 것인데, 유전자에 각인된 공격성이 문화의 억압을 거슬러 드러나게 되는 몇 가지 조건을 생각해 볼 수 있다. 모든 경우에서 공격적 행위는 의도적인 것이다.

1) 문화의 규범을 이해하거나 그에 맞추어 행위할 수 없는 경우: 심신미약이나 심신 상실 상태에서는 자신의 욕구를 추구하는 행위를 규범의 요구에 맞출 수 없다. 주취상태에서의 폭력도 이 범주에 속한다고 볼 수 있다.

2) 공격이 최선의 방어라 판단하는 경우: 싸움-도망(fight or flight) 반응(Cannon, 1929)에서 싸움을 선택하는 경우다. 정당방위 등의 상황이 이에 속한다.

3) 비용-효과 계산의 문제: 공격적 행위를 해서 문화적 제재를 받는 손해보다 행위를 통해 얻는 것이 더 많다고 보는 경우다. 통상적인 범죄의 경우가 여기 속할 수 있을 것이다.

4) 규칙의 허점을 아는 경우: 더 나아가 지능범이나 싸이코패스는 규범의 허점을 알고 있어서 자신의 공격적 행위가 처벌받지 않는 상황을 만들고 공격적 행위는 비폭력적(사기 등)일 수도 있다.

VII. 소결: 음주, 공격성, 블랙아웃 간의 관계

1. 음주와 공격성

음주는 폭력적 범죄와 깊은 관계가 있다. 한 역학적(epidemiologic) 연구에 의하면, 살인의 85%, 성범죄의 60%, 강도의 72%, 폭력의 57%에서 가해자가 음주상태였다(Roizen, 1997). 음주자가 공격적-폭력적 행동을 하는 것은 알코올에 의해 일시적으로 심신미약 상태가 유발되어, 억압되었던 공격성이 표출되는 것(disinhibition, 탈억제)이라 볼 수 있다. 가벼운 탈억제는 자신의 평소 성격상의 소심함에서 벗어나는 정도다. 음주 후 말이 많아지고, 평소와 달리 활발한 사람이 된다. 심하게 되면 사회문화적 규범에서 벗어나는 행위를 하게 된다. 탈억제는 뇌과학적으로 전두엽 실행기능의 장애

다. 음주 후 공격적 행위까지 하는 것은 누구나 그런 것은 아니고 특정한 성격특성 (미래에 대한 고려가 부족하고 현재만 추구하는)과 관계된다(Bushman 등 2011). 따라서 음주하였다는 사실 자체와 함께 평소에 그 사람이 어떤 사람이었느냐가 중요하다.

2. 음주와 블랙아웃

음주 후 블랙아웃은 행위할 당시의 상태가 아니라 다음날(수면 후) 기억이 남아있지 않는 것이다. 따라서 행위하는 순간에는 블랙아웃인지 여부가 결정되어 있지 않다. 행위자는 깨어 있으므로 작업기억이 지속적으로 유지되고 있어서, 행위하는 순간에 기억의 공백이 있는 것은 아니다. 행위자는 자신의 정체성을 유지하고, 대상을 향한 지향성이 보존된다. 행위 중 GCS로 측정한다면 15점 만점, 의식이 완전한 상태다.

다음날 블랙아웃임이 밝혀질 상태에서 행위자는 멀쩡해 보이며, 정상적으로 판단하고 대화한다. 심지어 운전 등 고도로 숙련된 행위까지도 가능하다. 과거의 기억을 회상해 내는 것도 가능하므로, 행위 당시에는 기억장애 상태에 있지 않다. 다만, 다음날의 기억 손상은 매우 심할 수 있어서 폭력적 싸움을 한 것, 성폭행 당한 것 등 평소 같으면 강력한 외상적 기억(trumatic memory)이 되었을 사건까지도 전혀 기억 못할 수도 있다(NIAAA, 2014).

블랙아웃을 컴퓨터에 비유하자면, 워드 작업을 한 뒤 저장하지 않고 나간 것과 같다. 작업하는 도중에는 이것이 저장될 것인지 결정되지 않은 상태인데, 마지막 저장 명령을 않고 프로그램을 끝낸 것과 같다.

반면 음주 후 의식을 잃는 것(passing out)은 과음 후 수면상태에 빠지는 것으로, 알코올의 최면진정 작용에 의한다. 수면상태이므로 주위에서 일어나는 일들을 인식할 수도 없고, 그 기간 중의 일에 대한 기억도 없다. 당연히 어떤 행위를 하는 것도 불가능하다.

3. 공격성과 블랙아웃

알코올은 공격성과 블랙아웃 두 가지를 다 일으킬 수 있지만, 공격성은 행위 억제의

실패인 탈억제로 전두엽 수행기능 장애이며, 블랙아웃은 기억 형성의 실패로 해마 기능장애다. 따라서 두 가지는 서로 다른 뇌기능에 의한 별개의 현상이다. 탈억제되어 평소 성향과는 다른 공격적 행위를 했더라도, 그렇다고 나중에 블랙아웃이 되는 것은 아니다.

4. 블랙아웃이 무의식이 아닌 이유

1) 주취상태에서 일탈 행위를 하는 순간에는 이후 블랙아웃이 될지 여부가 아직 결정되지도 않은 상태다.

2) 무의식 상태에서는 목적지향적 행위를 수행할 수 없는데, 주취상태에서의 행위는 목적지향적-의도적이다.

3) 나중에 블랙아웃 상태로 판정되는 행위를 하는 사람을, 행위하는 순간에 혼수 척도로 평가해 본다면 완전한 의식 상태로 판정될 것이다. 자발적으로 눈 뜨고, 의미있는 대화를 하고, 싸움이나 성폭행 등 의도적 행위가 가능하기 때문이다.

제2절 알코올 블랙아웃의 개념과 특징



I. 기억상실과 알코올 블랙아웃의 특징

1. 기억상실의 분류

알코올 블랙아웃의 핵심적 특징은 알코올에 영향을 받은 행위자가 일정한 시점에 진 행되었던 사실에 대한 기억상실이다. 의학적·심리학적 전문개념에 따르면 기억상실 (amnesia)은 다양하게 분류될 수 있지만 범행관련적 기억상실의 유형은 크게 ‘유기적 (organic) 기억상실’과 ‘해리성(dissociative) 기억상실’로 분류될 수 있다. 유기적 기억 상실은 영구적인 구조적 뇌손상에 기인(예, 두개골 손상, 발작, 또는 수술적 침습의 결 과로서)한 기억상실 또는 회복가능한 뇌기능장애에 기인(심각하게 술에 취함, 몽유병, 일시적 글로벌 기억상실 또는 일과성의 심리적 혼란의 결과로서)한 기억상실을 말한다. 이 경우 범행관련적 정보가 전혀 저장되지 않거나(인코딩 장애) 사후의 지점에서 접근 불가능하게 된다(회상장애). 해리성 기억상실은 고강도의 스트레스 또는 범행동안에 극 단적 감정과 직접적으로 관련되어 있는 기억상실로서 뇌기능의 문제가 아닌 심리학적 상태에 따라 기억을 불러오지 못하는 경우이므로 심리학적 또는 심인성 기억상실이라 고도 한다. 이는 특히 자기방어기제의 일환으로 기억을 봉인한 결과 “트라우마 또는 자신에게 불리한 중요한 개인적 정보들을 기억해낼” 능력의 없음으로 정의된다.²⁾ 이러 한 분류에 따르면 알코올 블랙아웃은 유기적 기억상실의 한 형태이지만, 역행성 기억상 실과는 달리 인코딩의 장애 또는 회상장애로 특징되는 선행성 기억상실로 이해된다.

2. 알코올 블랙아웃의 특징

알코올 블랙아웃에 관한 최초의 연구에서는 알코올 블랙아웃이 알코올 의존자에게 특징적으로 나타나는 현상이었다고 한다.³⁾ 그러나 오늘날 건강하고 젊은 많은 성인들

2) P. Giger/T. Merten/H. Merckelbach, “Tatbezogene Amnesien authentisch oder vorgetäuscht? Crime-Related Amnesia: Real or Feigned?”, Fortschritte der Neurologie · Psychiatrie 80(7), 2012, S.368-381.

이 알코올 블랙아웃을 경험하고 있어, 알코올 블랙아웃이 더 이상 알코올 의존적 증독의 징후로 여겨지지 않고 있다. 다수의 알코올 블랙아웃 유경험자들은 알코올에 의존되어 있지 않은 것으로 임상연구 결과 드러났다.⁴⁾ 최근 음주자의 절반이상(54.2%)이 블랙아웃을 경험하는 것으로 보고되고 있다.⁵⁾ 뿐만 아니라 오랫동안 알코올의 영향은 인지적, 심리학적 그리고 행동 영역에서의 광범위한 손상을 야기하는 일반화된 신경활동의 억압을 유발하고, 이러한 효과가 극단적으로 나타난 것이 바로 알코올 블랙아웃으로 여겨져 왔다. 그러나 알코올 블랙아웃은 알코올의 선택적 효과가 뇌의 특정 시스템(즉 해마의 기능)에만 나타나는 것으로 알려져 있다. 요컨대 알코올이 특수한 신경전달 수용체와 상호작용을 한다는 사실이 점차적으로 분명해지고 있고, 뇌의 특수한 영역들이 선택적으로 알코올의 급성(민감한)영향에 취약하다는 점에 대한 합의가 이루어져 있다고 한다.⁶⁾ 이에 따르면 알코올 블랙아웃 상태에 있는 자들은 의식적으로 대화도 하고 운전도 하는 등 고도의 인지 기능들을 요구하는 복잡한 행동들을 할 수 있지만 그 이후에 아무런 기억을 못하게 된다.⁷⁾

이와 같이 알코올 관련 기억상실은 통상적으로 비전문가들에 의해서나 법과학적·법의학 영역에서 ‘알코올 블랙아웃’으로 언급되고 있지만, 그 정의는 다양하다. 법과학·법의학의 정의에 따르면 알코올 블랙아웃은 술을 마시는 에피소드 동안에 일어난 중요한 사건에 대한 기억상실로 정의되고 있다.⁸⁾

알코올에 의해 기억형성이 붕괴된 결과로서의 알코올 블랙아웃은 ① 인코딩(encoding: 자극에 대한 최초의 기록과 해석), ② 저장(storage: 인코딩된 자극의 통합(consolidation)과 유지, ③ 회상(retrieval: 저장된 자극의 검색과 복원)이라는 기억형성의 과정에서 인코딩 단계에서의 알코올의 영향력에 기인한다. 아래의 [그림 2-1]에서 보듯이 단기 기억은 몇 초간은 상대적으로 손상 없이 남아 있지만, 알코올의

3) JELLINEK EM, “Phases in the drinking history of alcoholics”, Q J Stud Alcohol 7, 1946, pp.1-88.

4) Hamin Lee/Sungwon Roh/ Dai Jin Kim, “Alcohol-Induced Blackout”, International Journal of Environmental Research and Public Health 6(11), 2009, pp.2783-2792. 알코올 블랙아웃 개입적 치료의 관점에서 상대적으로 무시되어 온 측면도 이와 무관하지 않다고 한다.

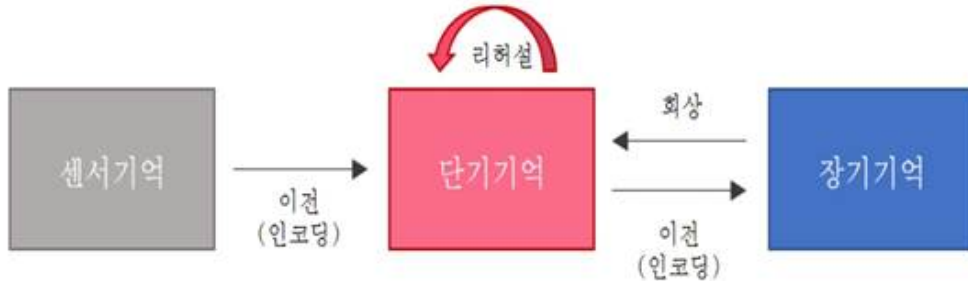
5) Christal N. Davis/Wendy S. Slutske/Nicholas G. Martin/Arpana Agrawal/Michael T. Lynskey, “Genetic Epidemiology of Liability for Alcohol-Induced Blacking and Passing Out”, ALCOHOLISM: CLINICAL AND EXPERIMENTAL RESEARCH 43(6), 2019, pp.1103-1112.

6) Hamin Lee/Sungwon Roh/ Dai Jin Kim, Ibid., pp.2783-2792.

7) Hamin Lee/Sungwon Roh/ Dai Jin Kim, Ibid., pp.2783-2792.

8) Mark R. Pressman/David S. Caudill, Ibid., p.932.

독성이 해마의 기능(단기기억을 장기기억장치로 이동시키는 기능)을 손상시킴으로써 회상이 불가능하게 된다. 그러나 독성화 이전에 확립된 장기기억의 회상은 여전히 가능하다.⁹⁾



[그림 1] 블랙아웃과 기억상실의 메커니즘¹⁰⁾

II. 알코올 블랙아웃의 분류

알코올 블랙아웃은 통상적으로 기억상실의 심각성 내지 인코딩 손상의 정도에 따라 단편적(fragmentary) 블랙아웃(=grayout=braunout)과 전면적(en bloc) 블랙아웃으로 구분된다.¹¹⁾ 전면적 블랙아웃은 통상적인 상황 하에서는 기억가능한 중요한 사건에 대한 전면적 기억상실이다. 전면적 블랙아웃을 정의하는 특징은 기억상실이 항구적이고 어떤 다른 상황 하에서도 회복(회상)될 수 없다는 점이다. 결함 있는 맥락으로 인코딩된 기억의 자유로운 회상이 인코딩의 손상에 따라 불가능해진 경우를 말한다. 전면적 블랙아웃에 비해 발생빈도가 훨씬 높은 단편적 블랙아웃의 특징은 단서를 주면 회상에 도움이 된다는 점이다. 블랙아웃 동안의 사건의 주제를 상기시키면 종종 더 잊혀진 기억들을 상기시킨다. 결함 있게 인코딩 되었던 기억에 단서들을 접근시키면 기억이 형성되었던 동안의 맥락적 정보가 제공될 수도 있기 때문이다.¹²⁾ 전면적 블랙아웃은 혈중

9) Reagan R, Wetherill /Kim Fromme, "Alcohol-induced blackouts: A review of recent clinical research with practical implications and recommendations for future studies", *Alcoholism Clinical and Experimental Research* 40(5), 2016, pp. 922-935.

10) White AM/Matthews DB/Best PJ., "Ethanol, memory, and hippocampal function: a review of recent findings", *Hippocampus* 10(1), 2000, pp.88-93.

11) Reagan R, Wetherill /Kim Fromme, Ibid., pp.922-935, 이러한 분류 외에 급성 중독의 시그널과 징후가 나타나는 블랙아웃과 그러한 시그널과 징후가 나타나지 않는 블랙아웃으로 분류될 수도 있다고 한다.

알코올 농도가 더 높은 상태에서 일어나고, 분명한 시작점을 가지고 있다. 그러나 두 가지 알코올 블랙아웃 모두 호흡알코올 농도 0.06g/dl미만에서는 나타나지 않는다고 한다.

III. 알코올 블랙아웃과 구별개념

1. 용어의 혼선과 그 원인

앞에서 정의된 ‘알코올 블랙아웃’에 따르면 알코올 블랙아웃 동안 어떤 인지적 과정이 작동하는지에 대해서는 오늘날 신경과학 분야에서 확립된 지식으로 자리 잡았다. 이와 같이 알코올 블랙아웃의 메커니즘이 밝혀졌음에도 불구하고 알코올 블랙아웃에 대한 비전문가적인 용어 사용법에 따르면 블랙아웃은 단지 기억의 상실에 제한되지 않고 그 밖의 인지기능이 심각하게 감소된 경우나 심지어 의식을 잃은 경우까지를 통칭하고 있다. 알코올 블랙아웃이라는 용어를 광범위한 인지기능의 장애까지 포함하는 의미로 확장해서 사용하는 태도는 블랙아웃이라는 용어가 원래 ‘전기 파워가 꺼짐’ 또는 높은 고도에서 파일럿이 겪는 산소결핍을 묘사하기 위해 사용된 데에서 비롯된 것으로 보인다. “오늘날 기초 연구 및 임상연구는 알코올에 기인한 기억장애와 인지장애는 알코올이 해마와 관련 신경 구조들에 영향을 미치기 때문이다”¹²⁾라고 지적하고 있는 바, 알코올 블랙아웃이 기억장애 외의 인지기능의 장애도 초래할 수 있다고 평가할 수 있는 것이다. 그러나 전문분야에서 알코올 블랙아웃이 기억장애 외에 다른 인지기능에도 장애를 일으키고 있다는 점에 관해 확립된 연구결과는 아직 없다.

2. 알코올 블랙아웃과 패싱아웃의 구별

알코올 블랙아웃의 일상적 언어관용은 폭음자, 과음자, 알코올-의존적 음주자 또는 알코올 남용자들이 술에 취해 고꾸라진 경우 또는 알코올의 심각한 독성화와 전형적으로 결부된 행태로서 의식상실의 상태로 나아가는 경우까지 포함한다. 하지만 오늘날

12) Hamin Lee/Sungwon Roh/ Dai Jin Kim, Ibid., pp.2783-2792.

13) Reagan R. Wetherill /Kim Fromme, Ibid., pp.922-935.

신경정신의학(또는 법의학)에서 이와 같은 상태는 개념적으로 알코올 블랙아웃과 분명히 구분된다. 이러한 구분법에 따르면 알코올 블랙아웃은 개인이 일정한 과거의 상황을 부분적이든 전면적이든 회상(인출)해낼 수 없을 뿐 그 상황이 전개되는 동안에 의식은 잃지 않은 상태를 말하는 반면, 혈액 속에 들어 있는 위험할 정도의 높은 등급의 알코올 때문에 그 개인이 의식상실에 이르는 경우는 패싱아웃(passing out)이라고 불리고 있다.¹⁴⁾ 요컨대 패싱아웃은 알코올의 최면진정 작용 때문에 음주 후 의식을 잃는 것을 의미하며 과음 후 수면상태에 빠지는 것이기 때문에 주위에서 일어나는 일들을 인식할 수 없고, 그 기간 중의 일을 기억할 수 없다.

알코올 패싱아웃의 원인이 무엇인지는 전적으로 해명되어 있지 않지만, 혈압을 낮추는 알코올의 효과가 부분적으로 책임이 있을 수 있다고 한다. 심지어 알코올 섭취의 낮은 등급도 혈관 수축을 억제할 수 있다고 한다.¹⁵⁾ 물론 패싱아웃도 - 뒤에서 살펴볼 것지만 - 기억상실적 블랙아웃을 수반한다. 패싱아웃 동안에는 당연히 어떤 행위를 하는 것도 불가능하고, 일시적으로 의식이 없는 상태에서 이루어진 신체의 동작을 - 심리학에서는 - 자동증(automatism)이라고 한다.

IV. 알코올 블랙아웃과 혈중알코올 농도

오늘날 유기적 기억상실의 진단을 위해서는 이미지화된 과정(컴퓨터 단층촬영, 자기 공명 단층촬영)뿐 아니라 전자생리학적 방법(Elektroenzephalografie) 또는 전형적인 상황과 진행경과에 관한 지식(예컨대 일시적인 개괄적 기억상실의 경우) 등이 동원되고 있다. 상대적으로 최근에 시도되고 있는 진단방법으로는 피부저항변경측정이 진짜와 가짜를 구별하기 위해 투입될 수 있다고 한다. 이에 따르면 진짜 기억상실 사례들에서는 피부저항에 대한 변화의 측정으로 자서전적으로 관련 있는 자극에 대해 피실험자가 민감하게 반응한다고 한다. 특히 이 방법은 피실험자가 사건에 대해 말하고 싶지 않은

14) Christal N. Davis/Wendy S. Slutske/Nicholas G. Martin/Arpana Agrawal/Michael T. Lynskey, Ibid., pp.1103-1112.

15) Christal N. Davis/Wendy S. Slutske/Nicholas G. Martin/Arpana Agrawal/Michael T. Lynskey, Ibid., pp.1103-1112.

구체적인 지식을 가지고 있는지를 확인하기 위해서도 사용된다고 한다(이른바 guilty knowledge tests). 순수 심리적 원인에 의해 유발된 해리성 기억상실의 경우와는 달리 유기적 기억상실은 외인성 원인에 기인한 경우이므로 이미지화된 과정뿐 아니라 전자 생리학적 방법 또는 전형적인 상황과 진행경과에 관한 지식, 피부저항방식 등 다양한 방법으로 해명될 수 있고 근거지워질 수도 있다고 한다.¹⁶⁾

그러나 유기적 기억상실의 한 종류로서 가장 넓고 빈번하게 주장되고 있는 알코올 블랙아웃에 대한 진단은 쉬운 일이 아니다. 뒤에서 살펴보겠지만 알코올과 관련하여 범행관련적 기억상실이 주장될 경우 가짜주장일 수 있음은 포렌직 전문가에 의해서도 판단되기가 어려운 한계가 있다.

반면, 알코올 블랙아웃 주장은 의학적 요소에 의해 해명될 수 있고 근거지워질 수도 있다. 이러한 관점에서 의미 있는 진단자료는 알코올의 섭취량(또는 다른 약물과의 혼용)이다. 문제는 어느 정도의 알코올 섭취가 블랙아웃을 겪게 만드는지는 개인적인 편차 및 상황적 변수가 다양하다는 점에 있다. 알코올 블랙아웃은 일정한 양의 알코올을 일정한 시간 안에 섭취했을 경우에 고려될 수 있고, 당사자의 주량이나 알코올 외에 다른 음식물의 섭취 여부 또는 알코올 외에 다른 약물의 섭취 여부 등 매우 다양한 변수가 블랙아웃에 영향을 미칠 수 있다. 특히 알코올 의존증이 있는 자의 경우는 그렇지 않은 자에 비해 소량의 알코올 섭취를 통해서도 블랙아웃을 겪을 수 있다는 보고가 있다. 뿐만 아니라 빠르게 마시고 과도하게 마신 모든 주체들이 블랙아웃을 경험하는 것도 아니다.

가장 최근의 연구결과에 의하면 “위와 같은 다양성을 설명하는 몇몇 요인들은 환경적, 생리학적 그리고 심리학적 요인들을 포함한다. 특히 알코올의 효과에 대한 낮은 민감성은 블랙아웃의 위험을 증가시키는 생리학적 요인 중 하나이다. 알코올의 효과에 대한 낮은 민감성은 혈중알코올 농도를 더 빨리 증가시키는 음주패턴을 채택할 가능성이 더 높는데, 이는 블랙아웃을 경험하는데 더 책임 있는 것으로 관계되고 있고, 나아가 패시아웃의 초래와도 연결될 수 있다. 알코올의 영향에 대한 민감성은 유전적인 것으로 인정되어 왔다. 일부 평가는 유전적 효과가 그 다양성의 60퍼센트를 설명한다고 주장하고 있다. 그러나 알코올에 대한 반응 수준에 관한 연구는 (블랙아웃과 패시아웃

16) P. Giger/T. Merten/H. Merckelbach, a.a.O., S.368-381.

과 같은) 알코올의 진정 효과에 대한 민감성에 대한 정도를 전형적으로 검사하지 않고 오히려 일반적인 민감성이 유전적 또는 환경적 요소에 의해 영향을 받았을 것”이라고 한다.¹⁷⁾

그럼에도 불구하고 오늘날 블랙아웃이 ‘호흡알코올 농도’ 내지 ‘혈중알코올 농도’와 의미 있는 상관관계에 있음을 부정하기는 어렵다. 블랙아웃은 호흡알코올 농도가 0.066과 0.350 사이에서 경험되었으며(평균은 0.19(190밀리그램/dL)), 블랙아웃을 주장하는 범죄자의 경우는 평균 호흡알코올 농도가 이 보다 약간 더 낮은 0.18(180밀리그램/dL)이었다는 연구¹⁸⁾가 있다. 이와 유사하게 블랙아웃의 가능성은 혈중알코올 농도가 0.24이상일 때 크게 증가하고(Hartzler and Fromme, 2003; Perry et al., 2006), 패싱아웃은 전형적으로 혈중알코올 농도가 0.30이상인 경우 더 크게 일어난다(National Institute on Alcohol Abuse and Alcoholism, 2015)는 문헌¹⁹⁾도 있다. 다른 한편 알코올 블랙아웃은 혈중알코올 농도가 0.25이상일 때 가장 자주 발생한다고 보고되어 왔지만, 이것이 확고한 컷오프 지점은 아니라고 한다. 혈중알코올 농도 0.14 보다 낮은 지점에서도 일어났고, 0.3인 경우도 일어나지 않았던 경우도 있었기 때문이다.²⁰⁾ 어쨌든 알코올 블랙아웃 발생과 가장 지속적으로 연관관계가 있는 것으로 드러나고 있는 특징은 혈중알코올 농도의 급속한 증가²¹⁾라고 한다.

17) Christal N. Davis/Wendy S. Slutske/Nicholas G. Martin/Arpana Agrawal/Michael T. Lynskey, Ibid., pp.1103-1112.

18) van Oorsouw K, Merckelbach H, Ravelli D, Nijman H, Mekking-Pompen I, “Alcohol blackout for criminally-relevant behavior”, J Am Acad Psychiatry Law 32, 2004, pp.364-370.

19) Christal N. Davis/Wendy S. Slutske/Nicholas G. Martin/Arpana Agrawal/Michael T. Lynskey, Ibid., p.1104.

20) Mark R. Pressman/David S. Caudill, Ibid., p.939.

21) White AM, “What happened? Alcohol, memory blackouts, and the brain”, Alcohol Res Health 27(2), 2003, pp.186-196.

제3장
알코올 블랙아웃 현상과
형사법적 쟁점에 관한
선행연구



국내에서 형사법적 시각을 가지고 블랙아웃 현상을 분석하고 평가한 독자적인 선행 연구는 전무하다. 이 때문에 이 장에서는 형사재판에서 피고인 또는 피해자가 블랙아웃을 주장한 경우 어떤 법효과를 인정할 수 있는지를 둘러싸고 법과학적 관점에서 행해진 선행연구들을 개관해 보고 형사법적인 관점에서의 시사점과 함의를 도출해 본다.

제1절 블랙아웃 현상과 형사책임의 관계에 관한 선행연구



I. 연구의 개관

알코올 블랙아웃과 범죄관련성에 관한 연구로서 잘 알려진 연구사례는 일정한 일반 집단을 대상으로 하는 설문조사방식의 표본조사와 이에 대한 분석 결과를 내놓은 2004년 Oorsouw 연구팀(네덜란드)의 연구결과이다. 이는 미국 정신의학&법학지(The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law)에 발표되었다.²²⁾ 해당 연구에서는 도서관을 이용하는 일반 시민과 교통단속 혹은 교통사고 등으로 선별된 특정 대상자라는 두 유형의 그룹에 대해 알코올성 블랙아웃과 관련한 질의를 하고 이에 대한 조사대상자들의 응답을 수집하는 방식으로 이루어졌다. 응답의 내용은 블랙아웃 경험의 유무와 빈도, 블랙아웃에 이르렀을 때 혈중 알코올 농도(Blood Alcohol Concentrations : BAC)의 추정치, 블랙아웃 상태에서의 행태와 범죄관련성 등에 대한 것이었다. 이 연구는 그 결과로 블랙아웃의 발생빈도에 대한 조사대상 집단 간 큰 차이가 발생했으며(일반시민 자기보고 61%, 타인관찰 76% / 교통통제집단 14%), 추정 혈중 알코올 농도 수치도 응답집단 간 적지 않은 차이를 보였다는 점 등을 제시하면서 알코올성 블랙아웃을 주장하거나 주장하지 않는 것이 일종의 전략적 기능을 할 수 있음을 지적하였다.

이 연구에 대해서는 같은 학술지에 2개의 해설 내지 비평이 실렸는데, 알코올 블랙아

22) van Oorsouw K, Merckelbach H, Ravelli D, Nijman H, Mekking-Pompen I, Ibid., pp.364-370.

웃이 범죄책임을 감경할 수 있는 법적 방어수단이 될 수 있는지에 대해 각기 상반된 견해가 표출되었다. 우선 Merikangas²³⁾의 해설은 알코올성 블랙아웃이 'mens rea'에 미치는 영향에 대해, 알코올 블랙아웃 상태를 '무의식적 행동의 상태(automatism)'의 유형으로 파악하고 범죄책임을 감면해야 하는 완전 중독의 상태와 같이 취급해야 한다는 의견을 제시하였다. 반면 Granacher²⁴⁾의 해설은 알코올 블랙아웃은 알코올이 뇌의 해마에 미치는 영향으로 인한 현상이라는 의학적 연구결과를 강조하며 알코올 블랙아웃 상태에서 범행을 저지른 경우에도 그것이 방어의 수단이 되기는 어렵다는 태도를 개진하였다.

2013년 Pressman/Caudill연구팀은 알코올 블랙아웃이 형사재판에서 피고인의 형사책임을 부정하거나 완화시킬 항변사유로 인정될 수 있는지에 관한 포괄적인 연구수행을 하였는데, 이 연구에서는 특히 과학적 사실에 대한 증거능력의 인정기준의 관점에서 알코올 블랙아웃 주장이 형사책임에 미치는 효과와 관련한 사실인정을 어디까지 인정할 수 있을 것인지에 대한 유의미한 결론을 도출하였다.²⁵⁾ 이 연구에서는 여러 실험결과, 알코올 블랙아웃이 발생하였는지를 확인할 수 있는 신뢰할만한 기준을 찾기 어렵다는 점과 함께, 알코올 블랙아웃이 발생하였다고 하더라도 단지 (단기)기억만이 손상되고 인지기능에는 별다른 손상이 발생하지 않으므로 알코올성 블랙아웃을 범죄책임을 완화하는 요인으로 보기는 어렵다는 결론을 제시하였다.

II. 2004년 Oorsouw 연구팀의 설문조사와 분석 요약 및 연구결과

Oorsouw 연구팀은 실제 사건에 기반한 다음의 사례를 조사분석을 위한 출발점으로 삼고 있다.

「1999년 암스테르담에서 30세의 한 남자가 술집에서 상당한 양의 술을 마신 후 집으

23) James Merikangas, "Commentary: Alcoholic Blackout—Does It Remove Mens Rea?", The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law 32, 2004, pp.375-377.

24) Robert P. Granacher, "Commentary: Alcoholic Blackout and Allegation of Amnesia During Criminal Acts", The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law 32, 2004, pp.371-374.

25) Mark R. Pressman/David S. Caudill, Ibid., pp.932-940.

로 운전하여 갔다. 그의 의심스러운 행태를 본 경찰이 그를 제지하자, 그는 자동차 조명을 끄고 도망쳤다. 제한속도를 위반하여 달린 그는 자전거를 타고 가던 세 사람을 치어 숨지게 하였다. 그 후 피고인은 이 비극적인 사고에 대한 기억이 없다고 주장했다. 판사는 “피고인은 음주와 운전을 통해 자신의 운전 행동이 위에서 언급한 자전거 운전자의 사망으로 이어질 수 있는 기회를 의도적으로 받아들였다.²⁶⁾”라고 설명하며 피고인에게 유죄를 선고하였다. 그는 7년 형을 선고 받았다.»

Oorsouw 연구팀에 의하면 미국과 네덜란드에서 20~30%의 범죄자가 범죄를 저지른 후 기억이 없다는 주장을 한다고 한다. 상당수의 사례에서 피고인은 기억상실증에 대한 이유로 과도한 알코올 섭취에 의한 것이라고 주장한다고 한다. 기억상실증을 주장한 성범죄자 샘플의 80%가 범죄 중에 취한 것으로 보고한 종래의 연구²⁷⁾를 인용하면서 알코올로 인한 블랙아웃을 주장하는 것은 범죄 행위에 대한 법적 책임을 최소화하기 위한 매력적인 전략일 수도 있음을 인정한다.

위 연구팀은 앞의 제2장에서 제시한 알코올 블랙아웃과 관련한 의학적 기전인 기억 상실 및 그 메커니즘을 설명하면서 과거에는 알코올 블랙아웃이 습관성 중독자에게 나타나는 현상으로 여겨져 왔으나 White 등이 수행한 미국 대학생들을 대상으로 한 설문 조사²⁸⁾를 인용하면서 알코올 중독자뿐만 아니라 건강한 대학생의 약 25%가 알코올성 블랙아웃에 익숙하다고 보고하고 있다.

그러면서도 Oorsouw 연구팀은 알코올 블랙아웃 현상의 의학적 기전²⁹⁾에 대해 견해

26) 우리 형법 제10조 제3항에 있는 ‘원인에 있어서 자유로운 행위’이론을 설명한 것으로 보인다.

27) Bourget D, Bradford JMW, “Sex offenders who claim amnesia for their alleged offense”, Bull Am Acad Psychiatry Law 23, 1995, pp.299-307.

28) White AM, Jamieson Drake DW, Swartzwelder HS, “Prevalence and correlates of alcohol-induced blackouts among college students: results of an e-mail survey”, J Am Coll Health 51(11), 2002, pp.7-19. White 등이 수행한 미국 대학생의 이메일 설문 조사에서는 학생의 51%가 최소한 한 번의 블랙아웃이 있었다고 응답했다. 소비(27%), 성행위(24%), 싸움(16%), 기물파손(16%), 성범죄(6%) 및 음주운전(3%)과 같은 활동 등이 블랙아웃 중에 행해진다고 보고되었다. 따라서 상당수의 학생들이 블랙아웃 중에 잠재적으로 위험한 활동을 할 수 있음을 인지하고 있다. 또한, 이러한 블랙아웃은 낮은 학업성과 문제있는 음주습관과 관련이 있다. 일부 편차는 있지만 White 등의 연구는 대학생의 건강과 장래 알코올 중독의 예측수단으로 블랙아웃이 가능하다고 보았다.

29) Oorsouw 연구팀은 특히 알코올 블랙아웃의 기초가 되는 두 가지 생물학적 메커니즘을 소개하고 있다. 첫 번째는 인코딩(encoding) 결함이다. 알코올의 활성 물질인 에탄올은 새로운 기억 흔적을 형성하는 데 필요한 생화학적 뇌과정을 일시적으로 억제하는 것으로 알려져 있다. 다른 메커니즘은 상태 의존적 기억재생 기능이다. 술에 취한 상태에서 기억에 저장된 정보는 정상일 때에는 제대로 재생하기 어렵다(그러나 상태의존적 기억재생 기능은 일종의 ‘가설’로서 확립된 이론으로 관련 전문분야에서 받아들여지고 있지는 않다). 그러나 Oorsouw 연구팀은

가 일치되어 있지 않음을 염두에 두고 서로 상반된 대표적인 두 가지 입장을 소개한다. 먼저 Kalant의 연구³⁰⁾에 의하면 술에 취한 상태에서는 복잡한 행동은 불가능해 보인다고 한다. 그에 따르면 “뇌에서 알코올의 전형적인 작용은 움직임 조절과 의식과 기억에 관련된 것들을 포함하여 모든 종류의 신경 세포 활동을 점진적으로 감소시키는 것이다.” 이 견해에 따르면 강도, 살인 또는 강간과 같은 복잡한 행동을 하는 동안 블랙아웃이 발생할 가능성은 거의 없다고 한다. 이와는 달리 Crombag³¹⁾의 연구에서는 블랙아웃이 범죄 의도의 결여 또는 무의식적 상태(automatism)와 관련이 있는 사례가 제시되어 있음을 설명한다.

Oorsouw 연구팀은 위와 같은 상반된 입장들이 캐나다에서 발생한 R. Daviault 사건³²⁾에서 격돌할 수 있을 가능성을 언급하고 있는데, 이 사건에서 캐나다 대법원이 – 무의식적 상태와 블랙아웃을 관련지은 전문가 증언에 근거하여 – 알코올 중독으로 인해 자신의 범죄에 대한 기억이 없다고 주장한 피고인이 무죄라고 결정했지만, 네덜란드 법정에서는 그러한 결정이 네덜란드 형법의 ‘culpa in causa’³³⁾ 도그마 때문에 상상할

“에탄올은 기억뿐만 아니라 운동 조정, 행동 억제 및 의식에 관여하는 뉴런의 활동에도 영향을 미친다. 혈중 알코올 농도가 높을 때, 이 효과는 어리석은 말이나 다리가 떨리는 등의 증상으로 나타난다”고 함으로써 후술하듯이 만취한 행위자의 행위에 대한 형법적 평가와의 접촉점과 관련하여 널리 알려진 인식을 재확인하고 있다.

30) Kalant H, “Intoxicated automatism: legal concept vs. scientific evidence”, Contemporary Drug Problems, 23, 1996, pp.631- 648.

31) Crombag H.F.M., Over opzet en schuld, in Het recht van binnen, Edited by Van Koppen P.J, Hessing D.J, Merckelbach H.G.J, et al, Deventer, The Netherlands: Kluwer, 2002, pp 737-760.

32) R v. Daviault, 3 S.C.R. 63 (1994). 이 사건의 피고인은 다량의 술을 마시고 취한 상태에서 평소 알고 지내던 거동이 불편한 65세 피해자를 성폭행하였다. 그러나 피고인은 피해자의 집을 방문하여 한 잔의 술을 마신 것까지는 기억이 나지만 그 이후는 전혀 기억이 나지 않고, 피해자의 집 침대에서 나체 상태로 깨어났다고 진술했다. 제1심 재판판결에서 피고인 측 증인으로 나온 약리학자는 피고인이 마신 술의 양으로 혈중 알코올 농도를 추산하면 피고인이 범행 당시 블랙아웃 상태였을 것이라고 증언하였으며, “그러한 상태에서 사람은 현실과의 접촉을 잃고 뇌는 정상적인 기능과 일시적으로 분리되어, 자신의 행동을 인식하지 못하며 다음날 기억하지 못할 것”이라고 설명하였다. 이 사건에 대해 1심 법원(The trial judge)은 “피고인이 피해자가 설명한 대로 범죄를 저지른 사실은 인정할 수 있지만, 극도의 명정(酩酊) 때문에 피고인이 성폭행 범죄를 저지르는 데 필요한 최소한의 의도를 가졌는지에 대한 합리적인 의심이 있었기 때문에 무죄를 선고한다”고 하였다. 반면 항소법원(The Court of Appeal)은 무의식이나 광기의 상태가 스스로 야기한 명정상태에 의한 것이라면 이는 일반적인 고의범죄를 면책하는 사유가 되지 못한다고 판단하여 피고인에게 유죄를 선고했다. 이에 대해 대법원은 피고인의 ‘범행에 대한 인식’은 구성요건(actus reus)이고 범행에 대한 유죄를 인정하려면 범행에 대한 ‘최소한의 인식’은 필요한 것인데, 이 사안의 경우 극도의 명정상태로 인하여 그러한 최소한의 인식이 있었는지에 대해 합리적인 의심이 있는 사항이므로 항소법원의 판결을 파기하고 무죄를 선고하여야 한다고 판결했다. (출처: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1172/index.do>)

이 판결은 문제가 된 알코올성 블랙아웃 상황을 ‘무의식 상태’, 혹은 ‘광기의 상태’와 같은 수준이라고 간주하고 음주명정으로 인한 행위 당시의 무의식 상태에 대한 법적 판단을 한 것으로, 이 보고서에서 주로 다루어지는 문제가 되는 블랙아웃 상태 – 행위 당시 의식은 있지만, 사후 기억이 없는 경우 –와는 다른 차원의 문제를 다룬 것이라고 할 수 있다.

수 없을 것이라고 평가하고 있다.³⁴⁾

Oorsouw 연구팀은 위와 같은 고려 사항을 염두에 두고 다음과 같은 물음에 답하기 위해 알코올 블랙아웃에 대한 경험적 조사를 하는 것임을 강조하고 있다. 즉 법원 밖에서 알코올 블랙아웃이 어느 정도 보고되고 있는가? 블랙아웃으로 인해 어떤 행동 기억 범주가 손상되고, 알코올의 영향을 받는 동안 복잡한 활동에 참여할 수 있는가? 복잡한 범죄 행위를 완전히 잊었다고 말하는 피고인의 주장은 신뢰할만한가? 아니면 블랙아웃의 주장은 단지 범죄 행위에 대한 책임을 최소화하는데 편리한 매우 구체적인 방법인가? 이하에서는 이 연구팀의 설문조사내용을 그대로 소개한다.³⁵⁾

1. Survey of Healthy Subjects(자기보고)

가. 방법

설문지는 18세에서 82세 사이의 여성 178명과 남성 78명에게 배포되었다. 여러 특징을 가진 그룹의 혼합된 샘플을 얻기 위해, 응답자들은 대학생과 공공 도서관 방문자였다. 응답자들은 약 10분 정도 소요되는 12개 항목 설문지를 작성하도록 요청받았다. 네덜란드는 도서관 이용률이 가장 높은 유럽의 국가이며, 1,000명당 275명의 주민이 커뮤니티 도서관의 회원이다.

나. 결과

256명의 응답자 중 44명(17%)은 술을 마시지 않았다. 이 응답자들은 추가 분석에서 제외되었다. 나머지 212명의 응답자 그룹은 138명의 여성과 74명의 남성으로 구성되었다. 평균 연령은 25세였다. 이 그룹의 61%는 그들의 삶에 최소한 한 번의 블랙아웃이 있었다고 응답했다. 블랙아웃이 발생하기 전에 마신 술의 양은 평균 4시간 내에 15잔³⁶⁾이었다. 해당 BAC³⁷⁾ 추정치는 260mg / 100mL이다.

33) 이 이론에 따르면, 피고인은 과도한 알코올 사용의 결과를 알고 있어야 하므로 주취상태 동안 자신의 행동에 대해 전적으로 책임을 져야 한다고 한다. 원인에 있어서 자유로운 행위 이론을 말하는 것으로 보인다. 그러나 우리 형법과 달리 네덜란드나 독일의 형법에는 원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 명문의 규정은 없다.

34) van Oorsouw K, Merckelbach H, Ravelli D, Nijman H, Mekking-Pompen I, Ibid., pp.365.

35) van Oorsouw K, Merckelbach H, Ravelli D, Nijman H, Mekking-Pompen I, Ibid., pp.366-370.

36) 이 연구에서 1잔은 주종을 불문하고 알코올 함량이 10g인 것을 기준으로 하였다.

응답자 14명은 블랙아웃 전에 마신 술의 양을 답하지 못했다. 블랙아웃이 발생했다고 답한 그룹에서 남성은 여성보다 술을 더 자주 마시고 더 많은 양을 마시는 것으로 답했다. 평균적으로 남성은 한 달에 6번씩 술을 마시는데, 한 번에 19잔의 술을 마시며 평균 BAC는 300mg / 100mL에 달했다. 이에 비해 여성은 한 달에 4회 술을 마시는데, 한 번에 평균 12잔을 마시며 평균 BAC가 230mg / 100mL에 달한 것으로 나타났다. 이는 여성이 남성보다 블랙아웃에 더 민감하고 BAC가 낮은 상태에서 블랙아웃을 경험한다는 것을 나타낸다.

블랙아웃 시간은 15분에서 1시간이다. 블랙아웃이 발생한 상황 유형에 대한 질문을 받았을 때 참가자들은 다음과 같은 상황을 가장 자주 잊었다고 답했다. 먼저 어딘가에 가는 것(31%)을 잊은 경우가 가장 많았고, 사람과 대화(23%), 자신 또는 다른 사람을 난처하게 한 것(13%), 넘어진 것(10%) 등이 블랙아웃이 발생한 동안에서 잊은 상황이라고 답했다. 또한 블랙아웃 상태에서 일어난 상황의 15% 가량은 일탈행위나 싸움, 논쟁 또는 기물 파손과 같이 보다 심각하고 형사상 문제가 될 수 있는 행동이라고 답하였다. 이와 같은 일탈행동을 보고한 답변자는 22%(142명 중 31명)였다. 이 그룹에서 보고된 평균 BAC는 288mg/100mL였다.

기억이 어떻게 되돌아왔는지 물었을 때, 46%는 잊혀진 사건의 기억이 저절로 돌아왔다고 응답했다. 53%가 다른 사람들이 자신의 행동에 대해 이야기했을 때 기억이 돌아왔다고 응답했다. 응답자의 34%는 자신의 기억이 전혀 돌아오지 않았다고 답했다. 자신의 기억이 전혀 돌아오지 않았다는 응답을 한 사람의 23%는 완전한 블랙아웃이 범죄와 관련되어 있다는 것을 알고 있다고 응답했다. 블랙아웃을 보고한 응답자의 음주 패턴과 블랙아웃이 없었던 응답자의 음주 패턴을 비교했을 때 후자의 그룹은 전자에 비해서 덜 자주 마신 것으로 나타났다. 보다 구체적으로, 블랙아웃 그룹은 폭음에 해당하는 음주를 한 달에 평균 5회 했다. 블랙아웃이 없는 그룹은 평균 한 달에 세 번이었다.

요약하면, 일반적인 사람들에서 블랙아웃이 자주 보고되었는데, 데이터에 따르면 소수(15%)에서 일탈행위, 싸움, 기물 파손 등 범죄 관련 행동이 블랙아웃 중에 발생했다. 그러나 이것은 실제 블랙아웃 중 발생한 범죄 관련 행동의 비율을 과소하게 평가했을

37) 이 연구에서 BAC를 계산하는 공식은 다음과 같다.

$$(\text{number of drinks} \times 10 \text{ grams}) / (\text{body weight} \times \text{gender}) - (\text{consumption time} \times 0.15)$$

가능성이 있다. 결국, 응답자들은 자신의 블랙아웃의 본질에 대해 제대로 응답하기를 꺼려할 수 있다. 연구팀은 다른 사람들에 대한 응답에서 블랙아웃 유형이 보다 실제와 가까운 방식으로 보고 될 것으로 예상하여 두 번째 설문 조사를 실시했다.

2. Survey of Healthy Subjects(타인보고)

가. 방법

연구진은 또 다른 100명의 응답자(남성 20명, 여성 80명, 평균 연령 21.0세)에게 짧은 설문지를 배포하였다. 12개의 문항으로 구성된 이 설문지를 통해 연구진은 응답자들에게 친구나 지인에게서 목격한 블랙아웃에 대해 질문하였다. 즉 “술을 마실 때 그에게 일어난 사건을 (나중에, 부분적으로라도) 기억하지 못했던 친구와 함께 있었던 적이 있는지”를 물어본 후, 그렇다고 대답한 응답자에게 그 친구가 블랙아웃 전에 마신 술의 양을 추정하도록 요청했다. 또한 블랙아웃 중에 어떤 유형의 행동을 했는지, 그 상황의 세부적인 부분에 대해 질문한 후 친구의 기억이 돌아왔는지 여부를 물었다. 블랙아웃 상태에서 일어난 행동에 대해서는 다음과 같은 예시가 주어졌는데, 누군가를 다치게 하거나, 논쟁, 싸움, 기물 파손, 오작동, 넘어짐, 자신을 난처하게 함, 키스, 음주운전 및 기타 등이 그것이다. 이러한 예시를 제시한 이유는 주로 범죄 관련 행동에 관심이 있었기 때문이다. 다만 응답자는 블랙아웃 중에 무해한 행동을 목격한 경우에만 “기타”를 선택할 수 있었다.

나. 결과

응답자의 72%가 알코올 섭취로 인해 블랙아웃을 겪은 친구를 목격했다고 응답했다. 블랙아웃 발생시 섭취된 평균 알코올 양은 14.5잔이다. 블랙아웃 상태의 행동으로는 자신이나 다른 사람을 난처하게 하는 것(30%)이라는 응답이 가장 많았고, 넘어지는 것(16%), 키스하는 것(11%), 음주운전(5%), 일탈행동(예: 누군가를 다치게 함, 논쟁, 싸움, 기물 파손 또는 기타 잘못된 행동)(28%) 등이 있었다. 요컨대 응답자 중 28%는 블랙아웃 상태의 친구가 범죄 관련 행동을 하는 것을 목격했다고 답하였다. 음주운전을 심각한 형태의 일탈행위로 포함하면 그 비율은 33%(일반적 일탈행동 28% + 음주운전

5%)가 된다. 일탈한 행동에 대한 기억 상실은 응답자의 41%에 의해 보고되었다. 또한 그 중에서 친구가 잊었던 사건을 기억해냈다고 답한 비율은 55%였고, 그렇지 못했다고 답한 비율은 45%였다. 일탈행동을 하면서 블랙아웃을 겪었다는 응답자 중 20%는 친구의 블랙아웃을 되돌릴 수 없었다고 말했다(즉, 기억은 결코 돌아오지 않았다).

요약하자면, 두 번째 설문 조사 결과에 따를 때 범죄 관련 행동에 대한 기억 상실은 적지 않은 규모로 발생한다. 실제로, 응답자들이 목격한 블랙아웃 중에 발생한 사건의 비중인 33%는 이전 조사에서의 15%에 비해 훨씬 많다. 두 조사에서, 블랙아웃시 예상 되는 평균 알코올 섭취량은 약 15잔이었다.

3. Suspected DUI Subjects(교통단속자 조사)

가. 방법

앞의 조사 결과는 블랙아웃 중에 범죄 관련 행동이 발생하는 것으로 보이지만, 블랙아웃 여부, 알코올 섭취량 및 BAC에 대한 조사 데이터는 주관적인 판단에 근거한 것이다. 블랙아웃 상태의 사람들의 알코올 섭취량에 대한 보다 객관적인 데이터를 얻기 위해, 이상 운전 행동이나 교통사고로 인해 교통경찰에게 단속된 사람들에게 이후에 블랙아웃이 발생했는지 여부를 묻는 세 번째 연구가 수행되었다. 해당 BAC에 대해 자세히 알아보기 위해 단속 또는 교통사고 직후 혈액 샘플을 채취했다.

나. 결과

혈액 검사 결과에 따르면 단속된 사람의 평균 BAC는 190mg/100mL(결과범위: 66-350mg/100mL)이다. 100명 중 14명(14%)이 단속 또는 사고시 알코올성 블랙아웃 상태에 있다고 주장했다. 블랙아웃을 주장하는 사람의 BAC는 180mg/100mL으로 평균 수치인 190mg/100mL과 크게 다르지 않았다. 그러나 블랙아웃의 여부가 다른 집단 간에는 흥미로운 차이점이 있었다. 블랙아웃을 주장한 사람의 85%가 사고를 일으킨 반면, 블랙아웃을 주장하지 않은 사람 중 35%만이 사고를 일으켰다. 사고를 유발한 그룹 중 블랙아웃을 주장하지 않은 그룹의 평균 BAC는 204mg/100mL이다. 응답자들에게 이전에 알코올성 블랙아웃을 경험 한 적이 있는지 물었을 때, 응답자 중 15%만이

긍정적으로 답변했다.

4. 종합적 논의

이 연구의 결과는 다음과 같이 요약될 수 있다. 첫째, 일반사람에서 추출한 표본에서 블랙아웃은 비교적 자주 발생한 것으로 조사되었다(자기 및 타인의 경우 각각 61% 및 76%). 응답자들은 평균적으로 블랙아웃이 발생하기 전에 섭취한 알코올 양은 4시간 동안 15잔이라고 밝혔다. 둘째, 자기보고 조사에서 15%의 응답자들은 블랙아웃이 비정상적인 행동과 관련이 있다고 말했다. 타인보고 조사에서는 33%의 사람들이 일탈행동을 목격했다고 답했다. 셋째, 일탈적인 행동에 대해 블랙아웃이 발생했다고 보고한 응답자의 약 20%는 기억 상실이 회복되지 못했다. 넷째, 블랙아웃을 보고한 개인의 평균 추정 BAC는 260mg/100mL의 범위에 있었다. 다섯째, 교통단속대상자 중 블랙아웃이 보고된 빈도는 낮은 편이고(응답자의 14 %), BAC는 180mg/100mL였다. 블랙아웃 응답은 특히 사고를 일으킨 운전자들(85%)에게 많았다.

이러한 결과는 사람들이 다량의 알코올을 섭취한 후에 일탈행동을 잇을 수 있음을 시사한다. 첫 번째 조사에서 블랙아웃 상황에서의 추정 BAC는 매우 높았다(260mg/100mL). 이러한 BAC가 임상적으로 인정될 수 있는 것이라고 하더라도 이 결과는 주의해서 해석해야 한다. 우선 보고된 알코올 섭취량이 과대평가되었을 가능성이 있다. 또 다른 문제는 많은 양의 알코올 섭취로 인한 기억의 부재로 인해 응답자가 오류를 일으켰거나 특정 사건에 대해 생각하지 않았을 수 있다는 것이다. 이러한 인과적 속성은 해당 섭취량의 후행적 과대평가로 이어질 수 있다. 이 점은 많은 후행적 자기보고 연구에서 잘 알려진 문제이다.

이 조사에서 확실히 결론을 내릴 수 있는 한 가지는 블랙아웃 응답이 항상 일탈적인 행동에 대한 변명으로 설명될 수는 없다는 것이다. 물론, 첫 번째 설문 참여자들은 특정 설문 질문에 편향된 답변을 했을 수 있다. 예를 들어, 그들이 일탈한 행동에 대해 응답하는 것을 꺼려했을 수 있는 것이다. 두 번째 설문 조사의 목적은 다른 사람들의 블랙아웃에 대해 질문함으로써 그러한 편견을 없애는 것이었다. 그래서 두 번째 설문 조사에서 일탈적인 행동 중 블랙아웃이 더 자주(33%) 보고되었다고 예상했다. 우리는

일탈행동의 세부 사항에 대해 묻지 않았으므로 섬세한 운동 제어가 필요한지 여부를 알지 못하지만, 사람들은 알코올의 영향을 받는 동안 실제로 일탈적이고 범죄 관련된 행동을 잇을 수 있다고 말한다. 그러나 이것이 알코올 블랙아웃에 대한 주장이 믿을만한 것으로 간주되어야 한다는 것을 의미하는가?

교통단속자들에 대한 연구 결과는 그렇지 않다는 것을 암시한다. 사실, 이 결과는 전략적 목표가 블랙아웃 주장을 유발할 수 있음을 보여준다. 블랙아웃을 주장하는 운전자의 BAC가 블랙아웃이 아닌 운전자와 다르지 않다는 사실은 의심의 여지가 있다. 또한 블랙아웃 주장자의 BAC는 첫 번째 조사에서 얻은 것보다 훨씬 낮았다(180 대 260mg/100mL). 블랙아웃 주장의 동기 부여 측면을 뒷받침하는 또 다른 발견은 블랙아웃 응답자 중 85%가 교통사고를 일으켰다는 것이다. 따라서 이 그룹에서 최소한 일부 블랙아웃 주장은 책임을 최소화하기 위한 가짜 주장이라고 믿을만한 충분한 이유가 있다. 그러나 이전 블랙아웃에 대해 물었을 때 소수(15%)만이 블랙아웃 경험이 있다고 응답했다. 교통단속자 연구에 참여한 사람들이 보고한 과거의 블랙아웃 경험에 대한 낮은 빈도는 이전의 블랙아웃 경험을 보고하지 않으면 정신과 의사의 부정적 조언으로 인해 운전면허증을 잃을지도 모르는 상황에서 이를 막기 위한 전략적 목표를 달성할 수도 있다는 점으로 설명될 수 있다.

블랙아웃 주장이 진실인지 여부를 확인하려면 몇 가지 요소를 고려해야 한다. 가능한 경우, 범죄 직후 혈액 샘플을 채취하여 결정해야 한다. 잠재적 블랙아웃 주장이 생물학적으로 그럴듯한지 여부와 관련하여 일단 250mg/100mL 미만의 BAC에서 블랙아웃을 주장하는 것은 신뢰성이 의심스럽다고 할 수 있다. 첫 번째 조사에서 범죄 관련 행동으로 인한 블랙아웃을 보고한 응답자의 19%만이 BAC가 250mg/100mL 미만이었다. 그런데 교통 통제 연구에서 사고를 일으킨 블랙아웃 주장자의 83%가 BAC가 250mg/100mL 미만이었다. 둘째, 객관적인 BAC 데이터가 없는 경우 블랙아웃이 발생하는 정확한 행동 유형을 조사해야 한다. 알코올 섭취의 초기 단계에서 미세 운동 조정기능이 상실되기 때문에 미세 운동 기능이 필요한 행위(즉, 멀리 떨어져 있는 표적에 대해 무기를 발사하는 것)가 행해지는 동안은 블랙아웃 상태일리가 거의 없다.

결론적으로, 이 연구에서의 설문 조사 데이터는 범죄 관련 행동 중에 선의의 블랙아웃이 발생할 수 있음을 시사한다. 그러나 법원 밖에서는 BAC가 250mg/100mL 미만

인 사람들은 그러한 주장을 제기하지 않는 것으로 나타났다. 교통단속자 연구에서 알 수 있듯이 사법적 상황에서의 현실은 상당히 다르다. 이 부분에서 블랙아웃을 주장한 대다수의 사람들은 BAC가 250mg/100mL 미만이었으며 다수는 교통사고를 일으켰다. 그들의 주장을 회의적으로 인식해야 할 이유가 있다.

III. Oorsouw 연구팀의 조사분석 결과에 대한 두 개의 해설(비평)

1. Merikangas(2004)의 해설

“알코올 블랙아웃은 범죄고의를 배제하는가?(Alcoholic Blackout—Does It Remove Mens Rea?)”³⁸⁾라는 제목 하에 이루어진 비평의 주요 내용을 발췌하여 정리하면 다음과 같다.

충동 조절 장애는 일반적으로 알코올에 의해 유발된다. 여인 맥베스가 말했듯이, “취기는 나를 대담하게 만들었다. 나를 불태우게 한 것은 무엇인가?”

네덜란드의 Van Oorsouw 등의 보고서는 일반적 사람들에서 알코올로 인한 블랙아웃의 발생률을 다시 강조하고 형사 사건에서 기억 상실 주장이 법원에서 “전략적 기능”을 수행할 수 있다고 제안한다. 이것은 일반적인 법률 시스템과 특히 법의학 정신과 의사에게 중요한 질문을 제기한다.

알코올 섭취 중 블랙아웃은 알코올이 없을 때 발생한다는 점을 제외하고는 신경계 증후군인 ‘일과적 기억 상실증(transient global amnesia)’과 유사한 현상이다. 이는 아마도 기저 뇌혈관 기능 부전(또는 편두통과 동등한 기전) 때문일 수 있다. 이 현상에는 졸음, 부주의 또는 의식 장애가 수반되지 않으며, 발언 및 행동은 외부 관찰자에게 정상으로 보일 수 있다. 의학적 연구³⁹⁾는 알코올성 블랙아웃의 메커니즘에 대해, 해마에서 에탄올은 시냅스 가소성 및 장기 강화(LTP)에 관여하는 수용체인 NMDA(N-메틸-D-아스파르테이트 유형의 글루타메이트 수용체)를 억제하는 작용을 한다고 설명한다.

38) James Merikangas, Ibid., pp.375-377.

39) White AM, Ibid., 2003, pp.186-196.

미국의 대부분 지역의 법률은 특히 형사 법원에서 방어수단으로 자발적인 중독을 허용하지 않지만, 처방약이나 다른 사람의 중독에 의한 비자발적 중독은 유효한 방어수단이다. 블랙아웃이 예상되지 않은 경우 자발적인가? 블랙아웃은 '자발적' 중독의 결과인가? 사람이 예상치 못한 음주로 인한 블랙아웃 상태에 빠질 수 있는가? 그것은 비자발적 중독이라고 볼 수 있는가? 예를 들어 만성 알코올 중독의 경우라면 질병으로 해석될 수 있으므로 비자발적이라고 평가될 수도 있다.

또 다른 필수 질문은 범죄에 필요한 정신상태 또는 행위요건이 존재하는지 여부이다. 의도적임(확정적 고의), 인지함(미필적 고의), 무모함(인식있는 과실) 및 형사 과실(인식없는 과실)과 같은 용어는 'mens rea'⁴⁰⁾를 정의한다. 정신적으로 의도를 만들 수 없거나 특정 행동이 잘못되었다는 것을 이해할 수 없다면, 유죄가 아니다. '저하된 범죄능력(Diminished capacity)'은 옳고 그름에 대한 지식보다는 정신 질환이나 결함으로 인해 특정 의도를 형성할 수 없다는 점을 근거로 한 방어이며 형사책임을 줄일 수 있다.

기억 상실은 옳고 그름에 대한 이해도가 낮다는 점을 증명하는가? 또한 기억 상실증 주장을 어떻게 검증할 수 있는가? 블랙아웃이 기억작용 외에 행위자의 의지를 방해하는가? 알코올 중독은 자제력을 떨어뜨리는가? 기억 결함이 행위통제에 영향을 주는가?

문제는 피고인이 자신이 하고 있는 일을 알고 있었거나 블랙아웃 중에 자신의 행동을 통제할 수 있는지 여부이다. 의도는 mens rea의 개념에서 범죄의 요소이다. 그러므로 알코올 섭취는 경우에 따라 범죄성립 여부에 대한 부정적 요소 또는 악화 요소일 수 있다.

블랙아웃이 되려면 일정량의 알코올 섭취가 필요할 수 있지만, 기억 상실을 확실하게 유발하는 특정 수준은 없다. 블랙아웃은 첫 음주 경험 중이라도 알코올로 인한 중독⁴¹⁾의 과정에서 언제든지 발생할 수 있다. 사람이 경험하는 중독 정도는 혈중 알코올 농도 뿐만 아니라 알코올 섭취 속도와 사람의 내성에 달려 있다. 블랙아웃의 원인은 유전학을 포함한다. 술에 취하지 않거나 행동장애가 없는 상태에서 블랙아웃이 발생하거나,

40) mens rea는 주로 범죄의 주관적 구성요건이지만 미국법에서는 위법성의 인식과 같은 책임(고의)요소도 포함하는 개념이다.

41) 여기서의 '중독(intoxication)'은 마약중독과 같은 장기적인 의존현상을 말하는 것이 아니라 단순히 알코올로 인하여 '취했다'고 표현하는 현상을 말하는 것이다. 이하 같다.

만취상태가 되어 판단력과 통제력이 저하된 상태에서도 블랙아웃이 되지 않을 수도 있다. 블랙아웃 중에 사람들은 대화를 계속하고, 자동차를 운전하고, 다른 복잡한 행동을 할 수 있다. 따라서 목격자조차도 타인이 블랙아웃을 겪고 있음을 알지 못할 수 있다.

사건을 기억할 수 없는 사람이 사건을 수행하는 동안 사건을 이해하거나 행동을 통제할 수 있었는지 어떻게 알 수 있는가? 관찰자에게 평범하게 보이는 사람이 행위의 본질과 내용을 알지 못할 수 있는가? 모든 정신과 의사는 망상에 따라 행동하거나 하나님의 음성에 대한 청각 환각에 반응하는 책임능력의 부재 상태를 이해한다. 도덕적 또는 윤리적 의미에서 술에 취했을 때의 행동은 문제가 있다고 보일 수 있고, 배심원은 그러한 주장이 피고인 자신을 위한 것이라고 보일 경우 충분히 (블랙아웃 주장에 대해) 회의적일 수 있다. 그러나 분명히 '알코올 중독은 초자아가 행동을 제지하기 전에 초자아를 사라지게 한다.'⁴²⁾ 사람들은 멀쩡한 상태에서는 절대로 하지 않을 일을 술에 취한 상태에서는 행한다.

심리학자 Peter Fenwick은 무의식적 상태가 마음의 부재라고 제안했다.⁴³⁾ 그의 연구결과는 알코올과 같은 외부 요인에 의해 발생하는 '일반 무의식적 상태'와 간질 또는 뇌종양과 같은 '이상 무의식적 상태'로 구분된다. Fenwick은 알코올성 블랙아웃 중에 행한 행동은 '무의식적 행동(automatism)'이라고 주장한다.

결론적으로, 알코올성 블랙아웃은 정신의 부재(absence of mind) 상태로, 술을 원치 않거나 예상하지 않았을 때, 또는 사회적 음주의 결과인 경우 법에 의해 무죄사유(exculpatory)로 인정되어야 한다. 이 증후군은 존재하며 정신 질환이나 결함에 대한 주장이 잘못되거나 위장될 수 있지만, 블랙아웃은 법의학 전문가가 인정해야 하는 실질적인 실체이다.

2. Granacher(2004)의 해설

“알코올성 블랙아웃과 범죄행위시 기억상실의 주장(Alcoholic Blackout and Allegation of Amnesia During Criminal Acts)”⁴⁴⁾이라는 비평의 주요 내용을 발췌

42) 원문은 “alcoholic intoxication dissolves the superego before it dissolves the power to act.”

43) Fenwick P, “Automatism: medicine and the law”, Psychol Med 20, 1990, pp.1-27.

44) Robert P. Granacher, Ibid., pp.371-374.

하여 정리하면 다음과 같다.

van Oorsouw 등의 연구에 따르면 블랙아웃을 보고한 사람들의 인지기능에 대한 정보는 제공되지 않았지만, 최근에는 블랙아웃을 보고하는 사람들 사이에 인지 요소가 많은 영향을 받지 않는 것으로 나타나는 것으로 보인다. 최근의 연구에 따르면 대부분의 전면 블랙아웃에는 불법 물질의 동시 사용이 포함되며, 다(多)성분 남용도 단편적인 블랙아웃 보고에서 상당히 중요한 수준으로 보고된다. 또 다른 연구는 블랙아웃 경험에 알코올 남용의 심각성과 관련이 있다는 증거를 발견했다. 그러나 이 최근 조사에서 인지기능과 블랙아웃 경험 사이에는 아무런 관련이 없었다. 대부분의 인지 테스트는 사후에 이루어지기 때문에 중독 중에 인지능력이 어떤 것인지 판단하기가 어렵다.

생물학적 메커니즘

알코올 남용 및 알코올 유발 인지 장애 분야의 대부분의 연구자들은 블랙아웃을 경험하거나 경험하지 않는 사람들 사이에서 도출된 개인적인 차이를 지적한다. 최근의 유전자 연구는 알코올을 남용하고 블랙아웃을 보고하는 사람들 간의 개인차를 실질적으로 규명하려고 노력하고 있으며 블랙아웃 위험에 대한 고유성 및 중독 빈도와 공유되는 유전적 위험의 중요한 구성 요소에 대한 증거를 발견했다. 이러한 결과는 알코올 관련 기억 및 학습 기능 장애에 대한 개인의 감수성을 조사하기 위한 중요한 추가 수단을 제공할 수 있다.

알코올 섭취 후 기억 장애에 다른 생물학적 요인이 작용할 수 있다. 일정한 양의 에탄올은 특히 수면의 전반기에 REM 및 / 또는 REM 밀도 및 REM 수면의 수를 줄임으로써 REM (빠른 안구 운동) 수면 구조에 변형을 야기할 수 있다. 이러한 변형은 최근에 인지한 내용에 대한 기억 장애를 초래한다. 최근의 연구에 따르면 알코올은 자동적이고 효과적인 기억과정에 일정한 영향을 주는 것으로 나타났다.⁴⁵⁾ 알코올이 없는 상태에서보다 알코올을 섭취한 경우에서 기억을 되살리는 비율이 현저히 낮았다.

알코올의 영향이 뇌 조직 수준으로 세분화되고 전 세계 젊은이들 사이에서 알코올 사용의 높은 유병률이 고려된 최근 연구에서 발견된 결과는 해마가 청소년기 동안 에탄

45) Smith C, Smith D, "Ingestion of ethanol just prior to sleep onset impairs memory for procedural but not declarative tasks", Sleep 26(2), 2003, pp.185-191.

울의 급성 영향에 더 민감하고 이 발달 기간 동안 에탄올의 신경 독성 효과에 더 취약하다고 한다.⁴⁶⁾ 뇌에서 주의적인 양상인 작업 기억은 만성 알코올 소비에 의해 크게 영향을 받지 않는 반면, 반응 이동 및 억제와 같은 인지 수단은 영향을 받는다. 또한, 대조군 대상체와 비교할 때, 알코올성 해마에서 전 세계적으로 아교 세포의 37%가 통계적으로 유의한 손실이 발견되었다. 이것은 해마 및 전두엽 영역을 학습 및 기억을 주로 포함하는 해부학적 위치로서 추가로 고려하게 하며, 이는 고용량 또는 만성 알코올 노출에 의해 선택적으로 영향을 받는다고 한다.⁴⁷⁾

법의학 정신과의 문제는 알코올 소비로 인해 범죄 행위 중에 기억 상실을 보고하면 어떤 차이가 있는가 하는 점이다. 미국의 대부분의 법령에서는 자발적인 중독을 범죄를 저지르기 위한 방어 수단으로 허용하지 않는다. 또한, 블랙아웃의 대부분의 증거는 피고인로부터의 주관적인 주장에 의해 제공되므로 의심의 여지가 있을 수 있다. *Wilson v. U.S.* 32⁴⁸⁾는 알코올성 블랙아웃 문제에 대해 유익하다. Wilson은 영구적인 역행 기억 상실을 겪었으며, 자동차 추격으로 인한 머리 부상으로 기소된 사건에 대한 기억도 없었다. 그의 능력은 재판에서 문제였지만, 법원은 그가 다른 정보 출처에 의존하여 사건의 세부 사항을 이해할 능력이 있음을 지적하면서 책임이 있는 것으로 판단하였다. 이 사건에 대한 항소는 기각되었고, 연방항소법원의 한 판사는 범죄 당시 중독으로 기억이 손상되더라도 의도적인 살인죄로 유죄 판결을 받는 것은 흔한 일이라고 지적했다. 불법 또는 과실 행위에 대한 방어 또는 해명으로 제기된 알코올성 블랙아웃의 주장에 대해서도 유사한 법적 분석이 적용될 수 있다.

46) White AM, Swartzwelder HS, "Hippocampal function during adolescence: a unique target of ethanol effects", *Ann NY Acad Sci* 1021, 2004, pp.206-220.

47) Korbo L, "Glial cell loss in the hippocampus of alcoholics", *Alcoholism Clinical and Experimental Research* 23(1), 1999, pp.164-168.

48) *Wilson v. U.S.*, 391 F.2d 460. 이 사건은 총기강도를 한 피고인이 도주 중 교통사고로 머리를 다쳐 3주 동안 의식이 없다가 깨어났는데, 범행 당시의 기억을 모두 잃은 사건이다. 이 사건에서는 범행 당시 피고인의 행위능력보다는 기억이 없는 피고인의 경우 변호인의 조력과 관련하여 (사건이 기억나지 않아 제대로 된 방어전략을 구성하기가 어려우므로) 공정한 재판의 권리가 침해받지 않았는지가 주된 쟁점이었다.

IV. 알코올성 블랙아웃의 법과학적 수용 가능성에 대한 연구

Oorsouw 연구팀의 조사분석 결과에 대한 위 두 개의 상반된 비평은 알코올 블랙아웃이 단순한 기억장애만 가져올 뿐인가, 아니면 다른 인지기능의 장애도 수반하는가에 대한 견해의 대립상을 보여주고 있다. 이 대립된 견해 중 어느 견해에 따르는지는 알코올 블랙아웃 주장을 하는 피고인의 행위에 대한 형법적 평가에 결정적인 의미를 가진다. 만약 전자의 견해에 따른다면 알코올 블랙아웃 판정이 내려지더라도 알코올 블랙아웃이 피고인의 형사책임에 아무런 영향을 미치지 못하고, 후자의 견해에 따르면 알코올 블랙아웃은 피고인의 형사책임을 부정하거나 책임감경요소로 인정되어야 할 것이다. 이러한 관점에서 보면 위 두 가지 상반된 견해는 알코올 블랙아웃이라는 판정을 받은 피고인의 뇌에서 어떤 일이 벌어지고 있는지에 대한 두 가지 서로 다른 ‘사실’을 주장하고 있는 것에 다름 아니다. 어느 주장이 법정에서 법적 평가가 내려져야 할 ‘사실로 확정’되어야 할 것인지는 증거에 의해 확인된 사실이어야 한다.

2013년 Pressman/Caudill 연구팀은 이 물음에 답하기 위해 “형사항변사유 또는 감경요인으로서의 알코올 블랙아웃(Alcohol-Induced Blackout as a Criminal Defense or Mitigating Factor)”⁴⁹⁾이라는 제목의 연구에서 형사재판에서 알코올 블랙아웃 판정을 받은 행위자가 행위 당시 인지기능이 심각하게 손상되어 인식능력을 결여하거나 무의식 상태가 된다는 일반적 인식과 믿음이 과학적 증거와는 무관하다는 연구결과를 내놓았다. 특기할 만한 것은 이 연구도 ‘사실’확인을 위한 직접적 실증을 통해서가 아니라 블랙아웃 현상에 관한 당대의 과학적 연구결과들의 분석을 통해 결론을 도출하고 있다는 점이다. 이 연구팀의 분석내용과 결론을 요약 정리하면 다음과 같다.

Pressman/Caudill 연구팀은 미국의 법정에서 과학적 증거로 알코올 블랙아웃을 제시하려면 그러한 과학적 검증방법이 법적 신뢰성 표준(Frye⁵⁰⁾, FRE702 / Dauber

49) Mark R. Pressman/David S. Caudill, Ibid., pp.932-940.

50) ‘프라이 기준(Frye Standard)’으로 불리는 법과학 증거에 대한 수용기준으로, Frye 기준을 충족시키기 위해 법원에 제시된 과학적 증거는 관련 과학 커뮤니티의 주류에 의해 “일반적으로 수용된” 것으로 법원에 의해 해석되어야 한다는 원칙이다. 이는 법원 소송 절차에서 제시될 수 있는 절차, 원칙 또는 기술에 적용되는 것으로, 이 기준을 실제로 적용함에 있어, 논란이 있는 과학적 증거를 제시하고자 하는 자는 해당 증거의 배경이 되는 과학이론의 타당성에 대해 입증할 수 있는 많은 전문가들을 제공해야 한다. 또한 이 기준 하에 제시된 새로운 과학적 기법은 법원이 해당 기법에 관한 논문, 서적 및 사법적 선례를 조사하여 신뢰성과 “일반적인 수용”에 대한 결정을 내려야 한다. 이 기준은 1923년 미국 연방항소법원의 Frye 사건에서 유래하였다. 권영범, “과학적 증거의 허용성 -전문가증

51)을 충족해야 하는 것을 출발점으로 삼아 알코올 블랙아웃이 이러한 표준을 충족시키는지 여부를 확인하기 위해 기존의 과학적 연구들에 대한 분석⁵²⁾을 수행하여 다음과 같은 분석 결과를 제시하였다.

Pressman/Caudill은 일단 과학적 증거에 대한 허용 기준이 관할권마다(특정 관할권 내 법원마다) 다름을 인정하면서도 전통적으로 Frye(또는 “일반적 수용”) 관할 구역(15개 주와 워싱턴DC)과 Daubert 관할 구역(연방 법원과 절반의 주)을 구별했지만 Frye를 유지하고 Daubert의 신뢰성으로 보완하는 주도 있다고 한다. 이 때문에 알코올성 블랙아웃 증거의 허용 가능성에 관해 일반론을 전개하기는 어렵지만 다음과 같은 몇 가지 공통점들이 관찰된다고 한다.

첫째, Frye 관할 구역에서 전문가 과학적 증언을 제공하는 당사자는 사용된 방법론 및 도달한 결론이 관련 과학 분야에서 수용될 것임을 보여주어야 한다. 그런데 많은 과학적 전문 분야에서, 다수의 의견과 소수 의견을 식별해야 하는 논란이 계속되고 있다. 따라서 법원이 ‘발표된 과학적 연구’에 의존하여 의견이 상충되고 있는 결론으로 일반적인 수용을 식별하는 것은 잘못된 판단이 될 수 있다. 연구팀은 알코올 블랙아웃 증거에 대해서는 최근 연구의 부족을 포함하여 증거 기반 검토를 바탕으로 하여 알코올 블랙아웃을 무의식 상태로 지지하는(즉, 범죄에 대한 책임이 없음을 주장하는 것을 지지하는) 일반적인 합의가 없다고 주장한다.

둘째, Daubert 표준을 채택한 관할 구역에서 일반적 수용은 전문가 이론의 검증 가능성, 낮은 오류율의 증거 및 증언을 뒷받침하는 동료의 검토 간행물을 포함하여 많은 신뢰도 요인 중 하나일 뿐이다. 알코올 블랙아웃이 발생하는 동안 또는 그 이후에 알코올을 블랙아웃을 검증하는 과학적으로 일반적으로 허용되는 방법은 없다. 이 중 맹검, 위약 대조 방법을 사용한 알코올 블랙아웃의 연구는 실현 가능하지 않은 것으로 보인다. 환자/피해자(일반적으로 알코올 중독자)는 위약이 아닌 알코올을 받았는지 여부를 거

인의 허용성문제와 관련 쟁점의 검토를 중심으로-”, 법조 제61권 제4호, 법조협회, 2012, 90면.

51) Daubert 원칙이란 전문가 증언은 충분한 사실과 자료에 기초해야 하고, 그 증언은 신뢰할만한 원칙과 방법의 산물이어야 하고, 당해 사건의 사실에 대해 신뢰할 수 있는 원칙과 방법이 적용되어야 한다는 것이다. 1993년 Daubert 사건에서 미국 연방대법원이 확립하여 현재 미국 대부분의 주에서 채택하고 있는 원칙으로 Frye 기준과 비교하면 과학적 신뢰성의 검증에 대한 법원의 보다 적극적인 역할을 강조하는 원칙이다. 권영범, 앞의 논문(주 50), 93면.

52) 분석의 대상은 알코올 블랙아웃이 유도되어 직접 관찰된 9개의 사례를 포함하여 총 26개의 실험적 연구들이었다.

의 확실하게 알 수 있다. ‘정상인’(비음주자 또는 일반적 음주자)은 확실히 낮은 수준에서 알코올을 감지할 수 있다. 따라서 오류율을 결정할 수 없다. 또한 정상 피험자가 ‘과몰입’하고 BAC를 블랙아웃과 일치하는 수준으로 증가시킬 것으로 예상되는 경우 상당한 의학적 위험이 있다. 현대의 심사위원회 (Internal Review Boards)가 그러한 프로토콜의 안전성을 확신하고 그들의 실험을 허용할 수는 없을 것 같다. 따라서 우리는 20-40년 전에 출판된 기존 실험 연구에 의거할 수밖에 없다.

셋째, 과거의 많은 연구결과들은 알코올 블랙아웃은 법적 무의식적 상태에 대한 요구 사항을 충족시키는 것으로 설명되었다. 무의식적 상태는 의식적 인식이나 의도 없이 수행되는 행동이다. 의도나 인식이 없으면 (자체적으로) 무의식적 상태는 범죄 행위를 완전히 면책할 수 있다. 그러나 위에서 언급한 바와 같이, 알코올 블랙아웃에 대한 실험적 연구는 유일한 결핍이 이질성 기억상실증임을 보여준다. 블랙아웃 동안에도 계획 수립, 사회적 상호 작용, 장기 기억 및 기타 높은 수준의 인지 기능이 존재하는 것으로 보고되어 있으며, 이는 범죄고의가 존재함을 강력하게 시사한다. 이러한 결과에 비추어 알코올 블랙아웃은 무의식적 상태의 요구 사항을 충족시키지 못하는 것 같다. 그러나 알코올성 블랙아웃이 무의식의 상태로 간주되더라도 자발적인 중독에 관한 법적 태도와 어떻게 균형을 이루지는 분명하지 않다. 무의식적 상태가 범죄를 완전히 면책할 수는 있지만 자발적으로 약물이나 알코올을 섭취하는 경우에는 거의 면책이 되지 않는다. 그것은 비자발적 중독, 병리학적 중독 또는 물질에 대한 특유한 반응의 경우에만 가능하다.⁵³⁾

이러한 분석을 기초로 Pressman/Caudill 연구팀은 다음과 같은 결론을 내린다. 알코올성 블랙아웃이 발생하는 동안 이를 확인하거나 소급하여 그 존재를 확인하는 객관적 또는 과학적 방법은 없다. 비록 그러한 방법이 이용 가능하고 유효하며 신뢰할 수 있더라도, 여기에서 검토된 실험적 연구에 따르면 단기 기억만 손상되고 다른 인지 기능(계획, 주의, 장기 기억)이 알코올성 블랙아웃으로 인해 부정되지는 않을 것이다. 그러므로 알코올성 블랙아웃은 범죄의 주관적 요소를 충족시키는 데 지장을 주지 않는다.

53) 일부 주에서는 자발적 중독의 증거가 범죄의 요소를 부정하는 것을 허용하지 않지만, 대부분의 주에서 자발적 중독은 형사상 범죄능력이 축소되는 증거가 될 수는 있다(예, 특정 의도를 부정하는 경우). 예를 들어, 워싱턴 주에서 관련 법령은 ‘자발적 중독 상태에서’ 행해진 행위는 범죄가 덜한 것으로 간주되지 않는다. 그러나 “특정한 정신상태가 특정 종류의 범죄를 구성하는 데 필요한 요소”인 경우 “그 정신상태를 판단 할 때” 중독을 고려할 수 있다고 한다.

Daubert와 Frye 표준에 따르면 알코올성 블랙아웃에 근거한 무죄 주장은 기각되어야 한다. 알코올 블랙아웃의 상태가 무의식적 상태 또는 의식이 없는 상태라는 주장을 지지하는 과학적 합의가 있다고 하기 어렵기 때문이다. 이러한 결과에 비추어 알코올성 블랙아웃에 대한 전문가의 과학적 증언은 Frye 또는 Daubert가 설정한 과학적 증거에 대한 표준을 충족하지 않는 것으로 보인다.

제2절 알코올 블랙아웃 현상과 형사책임 영역에서의 함의



I. 영미의 선행연구가 주는 시사점

영미법계의 문헌에서는 블랙아웃 주장이 만들어낸 것에 불과하다고 보는 입장부터 무의식적 반사작용으로 보는 견해에 이르기까지 다양한 시각들이 등장한다. 이에 따르면 “강도, 살인 또는 강간 등과 같은 복잡한 행동을 하는 동안에 블랙아웃을 경험할 수 있을 개연성은 없다”고 하면서 “정교한 운동기능을 요하는 활동을 하는 동안에 … 블랙아웃이 있을 가능성이 없다”고 한다.⁵⁴⁾ 그러나 블랙아웃 주장이 가짜가 많고 그 주장의 진위를 판별하는 것이 현실적으로 어렵다는 문제점은 있지만, 블랙아웃 현상 그 자체를 부정하는 것은 오늘날 알코올이 뇌기능에 미치는 영향력에 대한 실증연구의 사실적 측면을 반영하고 있지 못한 것이라고 할 수 있다. 이 때문에 오늘날 영미권에서는 법정에서 블랙아웃 판정이 있을 경우 행위자의 mens rea(범죄의 주관적 요건)를 탈락시킬 수 있는지, 아니면 정신이상 항변사유로 받아들일 수 있는지 또는 단순한 양형사유로 인정할 수 있는지를 둘러싼 논의가 오히려 주를 이루고 있다.

이와 관련한 논의에서 가장 많은 지지를 얻고 있는 태도는 기억상실을 가져오는 블랙아웃이 주의, 자각 또는 의식의 결여를 의미하는 것은 아니라고 한다.⁵⁵⁾ 이에 따르면 블랙아웃이 의식이나 주의력의 결여를 초래하지 않는다고 하는 한, 기억상실만을 근거로 mens rea의 부정 또는 항변사유로서의 면책이 인정될 수 없게 된다.

블랙아웃의 실체법적 법효과 인정에 가장 멀리 나아간 입장은 블랙아웃을 무의식적 반사행동과 결부시키는 입장이다. 이에 따르면 블랙아웃 주장이 가짜가 아닌 이상 행위자는 의식없는 자동증(automatisms) - 의식의 부재(absences of mind) - 으로 인정되어 면책되어야 한다고 한다.⁵⁶⁾ “블랙아웃 상태에 있는 자는 …무의식적 상태에 있다.

54) van Oorsouw K, Merckelbach H, Ravelli D, Nijman H, Mekking-Pompen I, Ibid., p.370.

55) Cunnien AJ, “Alcoholic blackouts: phenomenology and legal relevance”, Behav Sci Law 4(1), 1986, p.74.

56) Merikangas J. Commentary, “alcoholic blackout—does it remove mens rea?”, J Am Acad Psychiatry Law 32, 2004, pp.375-377.

그는 자신이 무엇을 하고 있는지 모른다. 그는 통제불능(조종불능) 상태에 있다. 그러나 그는 걸을 수 있고, 말할 수 있고, 운전할 수 있으며, 논쟁할 수 있고, 싸움도 할 수 있으며, 무의식 중에 폭력적으로도 된다... 법은 알코올 블랙아웃 상태에서 작동기억(working memory)의 중단에서 비롯된 능력감소를 인정해 주지 않는다 ... 무의식 상태에서 행해진 행동에 대해 책임을 지게 할 수 있는가?”라고 되묻고 있는 입장도 이와 유사한 태도이다.⁵⁷⁾ 이와 같이 블랙아웃을 무의식 내지 자동증과 연결시키고 있는 태도는 앞에서 언급했듯이 알코올 블랙아웃과 패싱아웃을 구별하고 있지 않은 일반적(통념적) 입장과 궤를 같이 한다.

보다 중도적인 입장은 블랙아웃 상태를 무의식 상태와는 구별하지만 조심스럽게 다른 인지기능의 장애를 야기할 수 있는 상태로 보고 있다. 즉 “블랙아웃이었다고 하는 자들의 경우 인지의 많은 요소들은 영향을 받지 않지만, 우선적으로 영향을 받는 것처럼 보이는 다른 영역들이 있다”는 견해도 있다.⁵⁸⁾ 유사한 맥락에서 “해마 기능에 대한 알코올의 영향에 관계되는 증거들이 늘어나고 있는 반면, 주목할 만한 설득력 있는 증거들은 급성 알코올 사용이 - 그 기저가 되는 메커니즘은 아직 알려져 있지 않지만 - 전두엽(frontal lobe)에 의해 매개되는 다양한 과업의 수행, 예컨대 계획을 수립하고, 의사결정을 내리고, 충동을 조절하는데 요구되는 과업에 손상을 가져온다”고 보는 입장도 있다.⁵⁹⁾

미국의 대부분의 제정법은 피고인이 자발적으로 약물이나 알코올의 독성에 의해 영향을 받은 경우에는 항변사유를 인정하지 않지만,⁶⁰⁾ 비자발적인 주취상태(예, 의사에 의한 마약의 처방 등)의 경우에는 유효한 항변사유가 된다. 특히 미국의 법제 하에서는 알코올 블랙아웃이 단순한 기억상실에 국한되지 않고 일정한 통제능력에 장애를 가져온다고 하더라도 그 실체법적 효과와 관련해서는 서로 대립하는 결과를 가져올 수 있는 두 개의 법이 존재한다. 미국 연방법은 정신이상 항변의 두 가지 요건(즉 불법통제능력과 행위통제능력) 중 두 번째인 행위통제능력을 삭제했다(18 U.S.C. § 17(a) 2003).

57) Sweeney DF, Liston RA, The alcohol blackout. Santa Barbara, CA:Mnemosyne Press, 2003, p.190.

58) Granacher RP, “Commentary: alcoholic blackout and allegation of amnesias during criminal acts”, J Am Acad Psychiatry Law 32, 2004, pp.371-374.

59) White AM/Signer ML/Kraus CL/Swartzwelder HS, “Experiential aspects of alcohol-induced blackouts among college students”, Am J Drug Alcohol Abuse 30(1), 2004, pp.205-224.

60) Montana v. Egelhoff, 518 U.S. 37(1996).

그러나 연방법과는 달리 주법은 이 요건을 여전히 요구하고 있다(예, 커네티컷의 법률: Conn. Gen. Stat. Ann. § 53a (2004)). 이와 같이 미국에서 법제 하에서는 피고인에게 행위통제능력의 장애까지 수반한 알코올 블랙아웃이 인정될 경우 주의 법정에서는 무죄(또는 최소한 형의 감경)가 될 수 있지만, 연방의 법정에서는 유죄가 되는 결과로 귀결된다.

블랙아웃에 관한 판결은 아니지만, 두부상해를 입고 퇴행성 기억상실증을 앓아서 사건에 대한 기억이 없는 피고인의 능력이 쟁점이 되었던 윌슨 대 미합중국 사건(Wilson v. U.S.)에서 1심법원은 다른 정보에 의존함으로써 피고인이 그 사건의 구체적인 부분에 대해 이해할 능력이 있었음을 지적함으로써 능력(competent)이 있는 것으로 보았다. 연방 항소법원도 1심법원의 결론을 인용하면서 “피고인의 기억이 범행 당시 독성에 의해 손상된 경우조차도 과실치사죄로 유죄판결이 내려지는 경우가 일반적”이라고 했고, 알코올 블랙아웃이 항변사유로서 불법적 또는 과실적 행위를 해명하기 위해 주장된 경우에도 이와 유사한 판결이 내려질 가능성이 높다는 분석이 있다.⁶¹⁾

성범죄의 피해자가 블랙아웃을 주장하는 경우 영미법계에서는 비동의에 의한 강간죄의 인정여부와 관련하여 - 특히 대학 내에서의 성폭력 사건의 빈발과 관련하여 - 지대한 사회적인 관심사가 되었다. 영미에서의 비동의 강간죄의 경우 동의란 단순한 ‘예스(Yes)’ 또는 ‘노(No)’의 의미를 넘어서 요구와 필요 그리고 다른 성적 상호작용에 관한 편안한 수준의 진행 중인 대화를 의미하는 것으로 이해되고 있다. 뿐만 아니라 일반적인 동의를 아니라 매 시간 그리고 항상 요구되는 구체적인 동의일 것을 요하며 건강한 성은 동의와 존중에 뿌리를 두어야 한다는 점이 통념으로 되어 있다. 이러한 시각 하에서 약물과 알코올은 명백한 동의를 불가능하게 만들고 결정을 내리는 일과 희미한 동의에 영향을 미친다는 관점이 지배적이다.⁶²⁾ 이에 따르면 술에 취해있는 상태에서 위와 같은 의미의 동의가 불가능하므로 블랙아웃을 주장하는 피해자에 대한 성관계는 비동의 강간죄를 구성하는 것이다.

61) Granacher RP, Ibid., p.374.

62) 미국 국가 성폭력 자원 센터(National Sexual Violence Resource Center) 웹사이트 참조. <https://www.nsvrc.org> (2019년 11월 9일 최종 접속).

II. 대륙법체계에서의 합의

유럽에서 알코올 블랙아웃에 관한 전문분야에서의 연구는 영미에서와 같이 활발하지 않다. 블랙아웃 현상을 쟁점화하고 있는 독자적인 형사법적 연구도 거의 보이지 않는다. 심리학, 신경과학에 기반을 둔 스위스/독일/네덜란드 출신의 연구진에 의한 한 연구가 범행관련적 기억상실(amanesia)에 관한 포괄적 연구를 수행하면서, 알코올에 기인한 기억상실을 이른바 알코올 블랙아웃으로 명명하고 있다. 그럼에도 불구하고 이 연구에서는 블랙아웃이 주장되는 “대부분의 사례에서는 이러한 현상에 대한 해명(설명)이 병리학적 성격인 것이 아니라 오히려 심리학적 성격일 것이다. 즉 독성화 내지 중독을 원용하는 것은 행위자에게 (표면적으로) 자신이 행한 범행 뿐 아니라 자신이 주장하고 있는 기억흐름을 해명하거나 각기 정당화하기 위한 설득력 있는 단순한 가능성을 제공하는 것이다”라고 하면서 그 법효과 면에서도 책임능력의 인정 여부와 관련하여 “전면적 면책이 아니라 부분적 면책”의 가능성만 인정될 것이라고 한다.⁶³⁾

특히 이 입장에서도 “행위자가 책임을 부담한다는 문제의 경우에는 기억상실 그 자체가 고찰의 대상이 되는 것이 아니라 그것을 넘어서는 물음, 즉 기억의 결여가 범행시에 행위자의 상태에 관해서 말해줄 수 있는 바가 무엇인가라는 것이 고찰의 대상이 된다.”고 함으로써 알코올 블랙아웃이 단순한 기억상실만을 의미하는 것으로 파악하는 수준을 넘어서고 있는 것으로 보인다. 이러한 관점에서 독일의 연방재판소도 일찍이 알코올에 기인한 기억상실이 아니라 흥분(Affekt)에 기인한 기억상실의 경우 그 기억상실이 흥분에 기초한 의식장애의 징후로 타당할 수 있다는 점을 인정한 바 있다.⁶⁴⁾

뿐만 아니라 독일에서는 블랙아웃이라는 용어가 피고인의 행위 평가와 관련하여 등장할 경우에는 잠깐 동안의 졸음에 의한 의식상실을 표현하기 위해서 사용되기도 한다.⁶⁵⁾ 뿐만 아니라 독일에서는 음주자의 책임무능력을 인정하기 위한 네 가지 기준들 가운데 하나로서 블랙아웃을 언급하기도 한다는 점⁶⁶⁾은 블랙아웃이 단순한 기억상실

63) P. Giger/T. Merten/H. Merckelbach, a.a.O., S.368-381.

64) “피고인의 기억에서 직접적으로 범행으로 이르러간 경과 및 그에 뒤이은 경과가 같이 부착되어 있고, 실제로 살해한 부분에만 기억의 틈새가 있다면, 이는 따라서 - 주법원의 견해와는 달리 - 흥분에 전형적인 기억상실의 표현일 수 있다.” 1987년 6월 11일 독일 연방재판소의 판결(BGH 4, StR 207/87).

65) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafrecht, 5. Auflage 2017, §142, Rn.48-50.

66) BGH 5 StR 85/16(2016.5.25.).

만을 가져오는 사태로 한정시켜 그에 대한 법효과를 부여하는 것과 같은 협애한 태도를 취하고 있지 않음을 알 수 있다.

나아가 영미법계의 ‘mens rea’가 책임까지를 포함한 범죄자의 범죄적 의사라는 포괄적인 의미를 가지고 있는 것과는 달리 대륙법계의 고의 개념은 행위상황에 대한 사실적인 인식을 의미하므로 알코올 블랙아웃과 관련하여 고의 조각 여부는 쟁점으로 부각되고 있지 않은 것으로 보인다. 무엇보다도 독일의 형법이론은 알코올 블랙아웃을 독자적인 법형상으로 취급하기 보다는 일반적으로 알코올의 독성화 효과 - 블랙아웃도 그 효과 중의 하나로만 취급하면서 - 를 형법상 책임능력의 요건과 결부시키는 접근태도를 보이고 있다.⁶⁷⁾ 더 나아가 독일형법은 명정상태에서의 행위에 대해 책임을 지우는 독자적인 구성요건도 존재하므로 알코올 블랙아웃의 실체법적 효과에 관한 별도의 논의가 전개될 여지가 상대적으로 적은 듯하다.

성범죄의 피해자가 알코올 블랙아웃을 주장한 경우에도 블랙아웃을 단순한 기억상실 현상으로만 취급하지 않고 피해자의 의식 상태에 관한 물음의 차원에서 독일형법 제 177조의 ‘항거불능의 상태’에 포섭될 수 있는지에 초점을 맞추어 접근하고 있는 바, 이에 관해서는 입증의 문제와 관련하여 후술한다.

III. 우리나라의 학계와 실무에서의 취급

우리나라 형사법학계에서 ‘블랙아웃’ 현상을 대상으로 하여 그에 대한 법효과를 논의한 연구는 아직 없다. 다만 행위자가 술에 취한 상태를 ‘명정상태’ 내지 ‘음주만취’라고 하면서 이를 형법 제10조의 심신장애의 사유에 해당하는지, 그리고 그에 따라 책임무능력 또는 한정책임능력의 인정 여부와 결부시켜오고 있을 뿐이다.

알코올 블랙아웃이라는 현상의 특징적 요소인 ‘기억상실’ 문제와 직접 관련된 것은 아니지만, 기억의 문제와 형법적 법효과의 관련성을 일정하게 평가하는 태도는 없지 않았다. 즉 범행에 대한 기억을 소상하게 하고 있는 정신분열증 피고인에 대해 책임무

67) 이 경우에도 추가적으로 원인에 있어서 자유로운 행위를 인정하여 자발적인 음주의 경우 면책을 차단할 여지가 존재하므로 책임무능력 또는 한정책임능력으로 귀결될 가능성도 매우 낮은 우리나라의 경우와 유사하다.

능력을 인정하여 무죄판결을 내린 대법원 판시내용⁶⁸⁾에 근거하여 범행 당시의 ‘기억’은 고의 인정은 물론이고, 책임능력의 인정으로도 직접 귀결되는 것은 아니라는 평가가 그것이다.⁶⁹⁾ 최근 이러한 평가를 한 걸음 더 발전시켜 “음주로 인하여 기억이 나지 않는다는 점이 심신상실 내지 미약을 인정할 근거가 되지 않는다”는 견해도 등장하였다.⁷⁰⁾ 그러나 후술하듯이 기억상실을 초래하는 단순한 알코올 블랙아웃을 고의 또는 과실은 물론이고 책임 탈락의 가능성과 직접 결부지을 수 없다고 해서 일정한 수준의 알코올 섭취가 행위통제능력을 일정수준 제한할 수도 있고, 극단적으로는 의식상실의 상태에까지 이를 수 있으며, 이러한 장애상태의 야기에는 동시에 블랙아웃(기억상실)이 수반될 수도 있음까지 부정할 수는 없다.

대법원도 알코올 블랙아웃이라는 용어를 직접 사용한 적은 없지만, 음주로 인한 기억 장애가 있는 경우 책임무능력 또는 한정책임능력으로 인정할 여지는 주고 있는 듯하다.⁷¹⁾ 뿐만 아니라 대법원은 피고인이 음주상태로 운전하다가 교통사고를 내었고, 사고 후에 도주까지 하였다고 하더라도 피고인이 술에 만취되어 ‘사고 사실을 몰랐다’⁷²⁾는 주장을 한 경우 이 주장이 책임무능력 또는 한정책임능력에 해당할 수 있는 사실을 주장하는 것일 뿐 아니라 고의 조각의 사실을 주장하는 것에도 해당할 수 있는 것임을 인정하기도 하였다.⁷³⁾ 다른 한편 대법원은 피고인의 블랙아웃 주장을 범행부인을 위한 소송전략적 차원에서 사용하는 것으로 판시하고 있기도 하다.⁷⁴⁾

68) 대법원 1985. 5. 28. 선고 85도361 판결.

69) 김성돈, 형법총론, 제5판, SKKP, 2017, 367면.

70) 김한균, “주취감경(酒醉減輕)의 형법적 문제와 양형기준 합리화”, 형사법의 신통향 통권 제61호, 대검찰청, 2018, 153면.

71) 범행 당시 술에 만취하였기 때문에 전혀 기억이 없다는 취지의 진술을 하고 있음이 인정되고, 해당진술이 범행 당시 심신상실 또는 심신미약의 상태에 있었다는 주장으로서 형사소송법 제 323조제2항 법률상 범죄 성립을 조각하거나 형 감면 이유가 되는 사실 진술에 해당된다. 대법원 1990. 2. 13. 선고 89도2364 판결; 대법원 2004. 7. 9. 선고 2004도2116 판결.

72) 물론 이와 같이 ‘사고사실을 몰랐다’는 주장은 행위 당시 행위자에게 인식이 없었다는 의미도 있지만, 사고사실을 몰랐다고 하는 저변에는 사고사실에 대한 기억이 나지 않은 이유가 깔려 있다고 할 수도 있다. 그러나 엄밀하게 말해서, 사고사실을 몰랐다는 주장과 사고사실에 대한 기억이 없다는 주장은 구별된다.

73) 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 아니한다. 대법원 2004. 7. 9. 선고 2004도2116 판결.

74) 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. 대법원 1988. 9. 13. 선고 88도1284 판결.

최근 술에 취해 기억이 없다는 피해자의 주장과 준강간죄와 준강제추행죄의 성부와
의 관계와 관련하여 하급심 판결에서 ‘블랙아웃’이라는 용어를 등장시키면서 알코올 블
랙아웃의 본질적 특징을 행위 당시의 기억형성에 실패한 것으로 설명하고 있다.

이러한 현실은 음주와 형사책임의 문제를 논의하는 접근법 자체에 대한 변화의 일단
을 보여준다. 종래의 접근법이 음주문제를 주취상태나 명정상태에서 출발하여 알코올
의 영향력이 행위통제능력(피고인의 경우 책임무능력 또는 한정책임능력, 피해자의 경
우 심신상실 또는 항거불능의 상태)에 영향을 미쳤는가 하는 물음에 답을 찾는 단선적
접근법이라고 한다면, 알코올 블랙아웃을 독자적 법형상으로 취급하는 태도는 알코올
블랙아웃에서 출발하여 알코올 블랙아웃이 단순한 기억상실만 수반하는 블랙아웃인가,
아니면 여기에서 더 나아가 행위통제능력에도 일정한 장애를 수반하는 블랙아웃인가라
는 물음에 답을 찾아가는 이중적 접근법이라고 할 수 있기 때문이다.

제3절 중간결론



이상의 논의에서 살펴본 바에 따르면 음주상태 하에서의 행위에 대한 법적인 책임의 문제를 논구함에 있어서 주의해야 할 점은 ‘블랙아웃’이라는 현상의 정태적 단면에만 초점을 맞추어서는 안된다는 점이다. 알코올의 양이 늘어가고 섭취속도가 빨라짐에 따라 그 독성이 사후적 기억장애 외에 다른 의식이나 인지기능에 영향을 미치는가의 물음은 ‘네’ 또는 ‘아니오’의 문제가 아닌 정도의 문제이기 때문이다.

영미권에서 주장되는 다양한 스펙트럼은 이미 이러한 측면이 반영된 것이다. 주장자마다 블랙아웃이 수반된 다양한 정도의 의식장애 상태를 염두에 두면서 그에 맞추어 형법적 판단을 내리고 있기 때문이다.

일찍이 “술에 취한 것이 기억행위에 부정적으로 영향을 미칠 수는 있지만, 이것이 행태영역에도 동일한 정도로 영향을 미친다”고 하는 연구도 있었다.⁷⁵⁾ 이러한 연구는 행위자가 술을 매우 많이 마셔 기억상실의 가능성이 인정된다면, 그러한 상태에서 (복잡한) 범죄행위를 범하는 것이 도대체 가능할 것인지에 대한 의문⁷⁶⁾에서 출발한다. 오늘날 신경정신의학 분야에서는 뇌영상 기술의 발전과 함께 알코올이 뇌에 어떤 영향을 미치는지에 대한 연구가 계속되고 있다. 앞의 영미문헌에서도 살펴보았듯이 알코올이 행위통제능력에 미치는 영향력에 관한 연구들에서 도출되고 있는 결과는 단순기억상실에서 의식장애를 거쳐 무의식에 이르기까지 다양한 스펙트럼을 보여주고 있다.

이와 같이 전문분야에서의 연구결과가 어느 한 가지로 수렴되지 못하고 있는 것은 근본적으로 알코올 블랙아웃이 가지고 있는 특징으로서 그 기억상실 증상을 당사자만 체험할 수 있다는 점에 기인한다. 기억상실 상태에 있는 자(즉, 행동을 하였는지를 기억하지 못하는 자)가 다른 행동과 관련된 모든 부분(자신의 행위의 의미에 대한 이해 여부, 주의력의 발휘 정도, 의사결정능력 내지 행위조종능력 등)에서도 정상적인지 아닌지를 외부 관찰자가 정확하게 확인하기 어려운 것도 이 때문이다.

75) Kalant H., Ibid., pp.631-648.

76) Cima, M., Merkelbach, H., Nijman, H., Knauer, E., & Hollnack, S., “I can’t remember your honor: Offenders who claim amnesia”, German Journal of Psychiatry 5(1), 2002, pp.24-34.

앞서 살펴보았듯이 가장 멀리 나아간 주장이 알코올 블랙아웃을 의식의 통제를 벗어난 자동증으로 이해하는 입장이었다. 특히 심리학적·의학적 관점에서 서 있는 한 견해는 간질 등에 의한 행동을 ‘정신이상 자동증(insane automatism)’이라고 하고 알코올 블랙아웃 중에 수행된 행동을 ‘정상 자동증(sane automatism)’으로 구분하기도 한다.⁷⁷⁾ 이러한 구분에 의하면 알코올 블랙아웃은 의식·상실’적 자동증은 아니더라도 알코올의 독성이 중한 의식‘장애’를 야기하여 의지력의 통제를 벗어나게 한 증상으로 이해될 수 있다. 앞서 살펴보았듯이 대륙법계의 실무나 학계도 이러한 태도를 취하고 있는 것으로 보인다. 명정상태 또는 만취상태가 중한 의식장애를 초래하고 의식장애가 결국 의사결정능력의 결여 또는 미약을 이유로 책임무능력 또는 한정책임능력에 이를 수 있음을 인정한 우리나라 대법원도 이러한 출발점에 서 있다고 할 수 있다.

이와 같이 단순한 기억상실을 한쪽 끝에 두고 반사적 자동증 또는 의식의 상실을 다른 한쪽에 두고, 그 중간지점에 다양한 행위 및 의식장애의 정도를 수반한 블랙아웃을 위치시킬 수 있다면, 중간지점에 위치할 단순 블랙아웃에 대해서는 ‘의식상실’이라는 진단에 기초한 ‘행위능력의 부정’이라는 평가를 내릴 수는 없을 것이다. 그러나 ‘의식장애’에 기초한 ‘의사결정능력의 결여 또는 미약’이라는 평가를 내릴 수 있을 여지는 여전히 존재한다. 물론 이러한 법적평가를 위한 기초적 진단은 – 뒤에서 살펴보겠지만 – 포렌직 정신의학자의 몫이다.

77) Fenwick P. Automatism and the law. Lancet, 1989, pp.753-754.

제4장
알코올 블랙아웃 현상과
외국의 판결례



우리나라에서는 알코올 블랙아웃을 주제어로 하는 형사판결이 이제 겨우 하급심에서 등장하고 있지만, 영미법계에서는 알코올 블랙아웃에 관한 판결례가 2000년대를 전후하여 나왔다. 유럽에서는 영미에서와 같은 수준은 아니지만, 알코올 블랙아웃에 관한 판결이 없는 것은 아니다. 이 장에서는 알코올 블랙아웃을 피고인이 주장한 경우와 피해자가 주장한 경우를 나누어 그 판결의 전모를 살펴보면서 블랙아웃이 형사책임의 부정 또는 완화에 미치는 영향력을 살펴보기로 한다.

제1절 알코올 블랙아웃 관련 미국 판례의 동향



I. 판례 동향의 개관

미국에서는 2000년 이후 피고인이 알코올성 블랙아웃의 상태에서 범행을 저질렀다고 주장된 사안에서 블랙아웃이 범행의 형사책임을 감면하는 방어논리로 사용되는 것에 대해 일관되게 부정적인 태도를 보이고 있다. 그리고 이러한 일관된 태도의 배경에는 알코올 블랙아웃의 상태가 단기 기억만이 문제될 뿐 그 상태에서의 인지기능이나 행동능력에는 문제가 없다는 전문가들의 일관된 증언이 자리하고 있는 것으로 보인다.

반면 피해자가 블랙아웃의 상태에서 범죄피해를 당하였다고 주장하는 경우에는 다소 혼재된 입장을 보이고 있다. 피해자의 동의가 존재했는지 여부와 관련하여 블랙아웃의 여부가 모호하므로 블랙아웃 상태에서 동의했다는 피고인의 주장을 판단할 만한 증거가 부족하여 배척하는가 하면, 피해자가 블랙아웃을 주장했지만 단편적인 기억이 나는 현상에 대한 전문가의 분석을 근거로 블랙아웃 주장 자체를 배척하기도 하였다. 한편 이와 관련하여 피해자가 알코올 블랙아웃을 주장하는 경우 피해자의 진술의 신빙성을 판단하기 위하여 피해자의 법정 외 진술이나 기록이 증거로 사용될 수 있는지가 문제되었고, 강간사건의 경우 법정 외 피해자의 진술이나 기록을 증거사용에서 배제하는 강간피해자 보호법(Rape Shield Law)의 적용과 관련하여 문제되기도 하였다. 이 문제에 대해서도 법원 간의 이견이 보인다. 이하에서 소개하는 판례는 편의상 판결시기 순서로 정리하였다.

II. 피고인이 알코올성 블랙아웃인 사례

1. Hernandez 사건⁷⁸⁾

가. 사실관계

피고인은 친구들과 다량의 맥주를 마시다가 술이 떨어지자 술을 사러 나갔다. 그때 그는 친구 집에 있던 야구배트를 들고 나갔다. 술을 사와서 다른 친구의 집에서 술을 마시던 피고인은 그곳을 나와 주변 주민의 집에 가서 문을 두드렸다. 집주인이 문을 열고 나와서 무슨 일이나고 피고인에게 묻자 피고인은 집주인을 향해 야구배트를 휘둘렀고 집주인이 배트를 피하기 위해 문을 닫았지만 피고인이 휘두른 배트는 출입문 스크린도어를 부수었다. 피고인은 곧바로 피해자의 집 방향으로 도주했다. 얼마 후 피해자의 딸과 증손자가 피고인이 피해자의 집에서 나오는 것을 발견했다. 피고인이 피해자의 지갑과 야구배트를 들고 있는 것을 발견한 피해자의 딸이 피고인과 격투를 벌였고 피해자의 딸이 피고인의 배트를 뺏어 공격하자 피고인은 도주하였다. 피해자의 딸과 증손자는 팔이 부러지고 폭행으로 의식이 없이 쓰러진 피해자를 발견하고(이때까지 피해자는 호흡이 있었다) 병원으로 옮겼으나 피해자는 사망하고 말았다. 피해자는 머리에 8번의 가격을 당해 뇌경막하 출혈로 사망한 것으로 판정되었다.

나. 쟁점

Hernandez는 먼저 재판 및 판결에서 변호사의 활동에 이의를 제기하며, 그들은 알코올성 블랙아웃 방어의 타당성과 중요성을 인식하지 못했다고 주장했다. 즉 Hernandez는 재판에서 변호인이 알코올성 블랙아웃 방어의 타당성과 중요성을 인식하지 못하여 재판과 선고에서 전반적인 방어를 방해하는 불완전한 성과를 구성했다고 주장했다. 먼저 재판과 판결에서 변호인은 살인행위시에 Hernandez의 상태에 대한 이해를 돕기 위해 전문가를 모집하지 않았다고 지적했다. 둘째, Hernandez는 그의 변호사가 다음과 같은 증거를 제시하지 못했다고 주장했다. a) 알코올에 의존하는 개인에 의한 알코올 섭취는 자발적이지 않고 강제적이어서, Hernandez는 자발적으로 알코올

78) Hernandez v. Johnson, United States Court of Appeals, Fifth Circuit, May 30, 2000 213 F.3d 243.

을 섭취하지 않았다. 그리고 b) Hernandez는 전형적인 기억 상실이 아닌 무질서 상태에 있었으며, 따라서 의도적으로 또는 고의적으로 행동할 수 없었다. 셋째, Hernandez는 알코올성 블랙아웃 방어를 인정하지 않음으로써 그의 변호사가 이전 알코올성 블랙아웃의 증거를 즉각적인 범죄를 둘러싼 블랙아웃으로 발전시키거나 엮지 않았으므로 그러한 증거를 사용하여 범죄를 완화하지 못했다고 생각했다. 넷째, 재판장이 알코올 블랙아웃 방어의 중요성을 받아들이지 않았기 때문에 자신의 방어를 뒷받침할 실질적인 사실에 대한 증인이 박탈되었다고 주장했다. Hernandez의 주장의 요점은 알코올성 블랙아웃 방어의 중요성을 인식하지 못해 살인행위시에 자신의 행동이 자발적이거나 의도적이지 않다는 증거를 제시하지 못했다는 것이다.

다. 법원의 판단

텍사스 법원은 알코올 중독이 비자발적 중독 방어의 기초가 아닐 수 있다고 지속적으로 판결했다. 따라서 살인행위시에 Hernandez의 알코올 소비는 비자발적이지 않았으며, 알코올 블랙아웃의 가능성에 대한 방어는 의미가 없었다. 따라서 그의 변호사는 알코올 중독에 대한 전문가를 구하지 못했고, Hernandez가 자발적으로 알코올을 마시고 의도적으로 살인을 저질렀다는 검사의 주장을 방어하지 못했으며, 재판의 유죄 또는 무죄 여부 심리와 관련이 없으며 중요하지 않았던 Hernandez의 알코올 블랙아웃 여부에 대한 증언을 할 사람은 Dave Martinez가 유일한 사람이라는 사실을 깨닫지도 못했다. 이러한 실패 중 어느 것도 Hernandez의 변호인 측의 불충분한 변호 활동으로 해석되지 않았다. 그러한 실패는 그의 방어권을 침해하지도 않았다.

물론 Hernandez의 변호사는 처벌을 완화하기 위해 알코올 블랙아웃에 대한 증거를 제시했을 수 있다. 텍사스 형법 §8.04(b)("행위자가 자신이 시도하고 있는 범죄에 수반되는 처벌을 낮추기 위해 중독에 의한 일시적인 광기의 증거를 사용할 수 있다.") 그러나 그들은 먼저 1) Hernandez가 자발적 중독으로 인해 자신의 행동이 잘못되었음을 알지 못했거나 2) 자신이 위반한 법의 요구 사항에 따라 자신의 행동을 준수할 수 없게 되었다는 사실을 증명해야 했다. Hernandez의 행위 당시 상태는 자발적인 중독으로 인한 일시적인 광기를 인정하기에 불충분했을 것으로 보인다.

주 인신보호 법원의 인정사실에 따르면, Hernandez가 알코올 블랙아웃을 겪었거나

심지어 술에 취했다는 증거는 없었다. 대신, 다양한 증인들은 Hernandez가 술에 취하지 않았거나 살인행위 시에 술에 취했다고 확신하지 못했다고 증언했다. 분명하고 설득력 있는 증거로 반박하지 않는 한 이러한 결과는 정확하다고 가정해야 한다.

Hernandez는 그렇게 하지 못했다. 그는 살인행위 시에 술에 취했거나 알코올로 기억이 끊겼음을 나타내는 기록의 증거를 언급하지 못했다. Hernandez는 피해자를 살해하기 전에 알코올을 분명히 마셨지만, 이 기록으로 Hernandez가 일시적으로 미친 것으로 보기에는 부족했다. 실제로, 기록에 따르면, Hernandez는 친구의 반대에도 불구하고 친구의 집에서 야구 방망이를 가져갔고, Hernandez는 타인의 거주지에 침입하려 했으며, Hernandez는 피해자의 가족을 공격하기 전에 혼자 있는지에 대해 질문했으며, Hernandez는 피해자의 집에서 물건을 훔쳤으며, Hernandez는 살인 중에 훔친 재산과 옷의 일부를 처분했으며, 경찰이 그를 체포했을 때 Hernandez는 숨어 있었다. 이 모든 상황들은 Hernandez의 의도적인 행동과 그가 자신의 행동을 알고 있음을 보여준다.

Hernandez는 살인행위 시에 술에 취해 있었어도 자신의 행동이 잘못되었다는 것을 인지할 수 있었다. 그렇지 않았으면 경찰로부터 숨거나 도난당한 재산과 옷을 처분하거나 피해자의 가족으로부터 도망치려고 하지 않았을 것이다. 살인행위 시에 Hernandez의 폭력 행위는 그가 규범에 따라 행위할 수도 있었음을 보여준다. Hernandez는 밤새 살인적인 분노로 행동하기보다는 다음과 같은 것을 원할 때만 폭력적으로 행동했는데, 1) 특정인의 거주지에 침입하거나, 2) 피해자의 재물을 훔치기 위해 또는 3) 자신을 제압하려는 피해자 가족으로부터 피하기 위한 경우가 그러했다.

따라서 우리는 Hernandez가 헌법상의 권리 침해에 대한 실질적인 증거를 보여주지 못했다고 결론지었다. 우선, 그는 법원이 자신이 알코올로 인해 일시적인 광기의 상태에 있거나 술에 취하지 않았다는 추정을 반박하기 위한 분명하고 설득력 있는 증거를 밝히지 않았다. 결과적으로, 그는 중독에 의해 일시적으로 미쳤다고 판단하기 위해 필요한 전제 조건을 설정할 수 없었다. 둘째, Hernandez가 살인행위 시에 술에 취한 경우에도, 이 증거는 텍사스 법에 따라 그가 일시적으로 미쳤다는 주장을 뒷받침하지 못했다. 따라서 Hernandez의 변호사가 알코올성 블랙아웃 방어의 중요성을 인식하지 못한 것은 불충분한 변호활동이나 Hernandez의 변호인에 대한 권리침해가 아니기 때문에 해당 문제에 대한 청원을 거부해야 한다.

2. Dawson 사건⁷⁹⁾

가. 사실관계

메트로폴리탄 경찰관은 유죄 판결을 받은 중범인 Dawson이 버스 정류장 근처에 의식을 잃고 누워있는 것을 발견했다. Dawson은 이미 16시간 동안 집과 버스 정류장 근처의 댄스 클럽에서 주류를 마신 상태였다. 경찰이 Dawson을 일으켜 세우려고 시도했을 때 5개의 38구경 총알이 든 꾸러미가 바지 주머니에서 떨어졌다. 검사는 중범자의 탄약 소지죄⁸⁰⁾로 Dawson을 기소했다.

나. 쟁점

재판 전에 Dawson은 법령에 따라 탄약을 ‘의식적으로’ 소유하지 않았다는 변론을 재차 강조하면서 알코올 블랙아웃의 성격에 대한 전문가 증언을 소개하겠다는 의사를 표명했다. Dawson은 전문가가 “급성 알코올 중독으로 무의식과 단기 기억 상실(일시적인 블랙아웃)을 겪었다”는 자신의 증언이 “의학적으로 유효하다”고 말했다고 진술했다.

지방법원의 후속 심리에서 Dawson의 변호사는 다음과 같이 말했다. “전문가 증언에 관한 나의 주장은 그가 클럽을 떠난 때부터 경찰에 의해 깨어난 때까지의 기간 동안 블랙아웃이 있었기 때문에 총이 어디에서 왔는지 알지 못한다는 내 고객의 증언을 뒷받침하는 것이다. 경찰에 의해 깨어났을 때 그가 무슨 일이 있었는지 모르는 기간이 있었다. 그는 클럽을 떠난 후 일어난 일에 대한 기억이 없다.”

자발적 중독이 일반적인 의도 범죄에 대한 면책사유가 아니라는 법리에 대해 확인하면서, 지방법원은 Dawson이 알코올성 블랙아웃을 경험한 경우에도 법은 일반적인 중독에 의해 유발된 기억 상실 또는 더 높은 정도의 중독에 의해 유발된 다른 상태에 대한 예외를 인정하지 않는다고 하였다. 지방법원의 견해에 따르면, Dawson에 대한 변호인은 단지 “어떻게 취했는지에 대한 구별을 이끌어내는 것”일 뿐이므로 법원은 공소 측의 의견을 지지했다.

79) U.S. v. Dawson, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, June 06, 2006 184 Fed.Appx. 14.

80) 18 U.S.C. § 922(g)(1). 1년 이상의 징역형을 선고받은 범죄자가 탄약을 소지하는 죄

Dawson은 항소할 때 “블랙아웃 상태는 대화 및 기능을 수행하는 사람이 정상적으로 작동하는 것처럼 보일 수 있지만 당시에 무엇을 하고 있는지 전혀 모르고 기억하지 못할 것”이라고 설명하였다. ‘블랙아웃’이라는 용어는 일반적인 의미가 아니라 “특별하고 특정한 유형의 뇌 기능 장애”를 의미한다는 것이다. 그는 “지방법원은 범죄 구성요건인 정신적 요소를 부정하는 증거로서 단순한 중독과 알코올성 블랙아웃의 구별을 이해하지 못했다.”라고 주장하였다.

다. 법원의 판단

우리는 Dawson이 이의를 제기하려는 구별이 지방법원에서 명확하지 않다는 것에 동의하지만, Dawson이 항소심에서 주장한 특별한 의학적 상태와 그의 변호인의 “무의식과 단기 기억상실증”(지방법원이 지적한 바와 같이, 이것은 일반적인 자발적 중독과 일치하는 조건이다)이라는 모호한 언급 사이의 과학적 차이에 대한 적절한 설명을 찾지 못했다. Dawson은 제시된 전문가 증언의 의미를 적절하게 설득하지 못했기 때문에 지방법원이 그 증언을 배제하라는 검사의 주장을 받아들인 것이 재량권을 남용했다고 말할 수는 없다. 같은 이유로, 우리는 ‘알코올성 블랙아웃’이 기소된 범죄를 면책하는 사유인지 여부를 결정할 필요가 없다.

3. Sawyer 사건⁸¹⁾

가. 사실관계

피고인(Rita Sawyer)은 2005년 그녀의 어머니를 살해한 혐의로 일급살인으로 유죄 판결을 받았다. 피고인의 연로한 어머니는 치매로 고통받고 요양원에서 살았다. 마취전문 의인 피고인은 우울증과 알코올 중독으로 어려움을 겪고 있었고 입원 환자 재활 프로그램에 참여하기로 동의했다. 그녀는 2004년 6월 21일 월요일에 프로그램에 참가할 예정이었다. 6월 20일 전날, 피고인은 어머니를 하룻밤 동안 자신의 집에서 같이 있도록 하겠다며 요양원 밖으로 데리고 나왔다(한 번도 그렇게 한 적은 없었고 이번이 처음

81) Sawyer v. Drioux, United States District Court, M.D. Pennsylvania, October 23, 2013 Not Reported in F.Supp.2d.

이었다.). 월요일에 프로그램에 가는 길에 피고인은 운전기사에게 자신의 어머니가 사망했으며 피고인의 집 침대에 있다고 말했다. 수사기관이 현장에 출동하였다. 그들은 찬장 위에 있는 주사기와 어머니의 침이 묻어있는 베개를 바닥에서 발견했다. 피고인은 6월 20일 밤에 어머니에게 브랜드를 주었고 진정제인 Versed를 주사했을 수도 있다고 경찰에 인정했다.

나. 쟁점

피고인은 자발적인 중독으로 인해 1급 살인에 필요한 살해의 의도를 형성할 수 없다는 증거의 입증을 부정하는 배심원에 대한 재판부의 지시가 잘못되었다고 주장했다. 그렇게 함으로써, 피고인은 법원이 검사가 합리적 의심의 여지없이 범죄의 모든 요소를 확립해야 하는 부담을 완화했다고 주장했다.

펜실베이니아 주법에 따르면 피고인은 살인 사건에서 자발적 중독 또는 약물 사용의 증거를 제시하여 1급 살인을 3급 살인으로 줄이도록 범죄능력의 한정을 주장할 수 있다(“피고인의 자발적 중독 또는 약물 상태의 증거는 피고인이 살인을 더 높은 수준에서 더 낮은 수준으로 감소시키는 것과 관련이 있을 때마다 제시될 수 있다.”). 1급 살인의 요소 중 하나는 살해하려는 특정 의도인데 피고인은 너무 취해서 그 의도를 형성하지 못하였다고 할 수 있다.

자발적인 중독에 대한 규정을 적용받으려면 피고인이 술이나 약물로 인해 능력이 상실되었거나 능력을 상실할 정도로 압도적이라는 증거가 있어야 한다. 알코올이나 약물의 소비와 음주에 대한 증거만으로는 피고인이 압도당하거나 압도당하여 살인에 필요한 특정 의도를 형성할 수 없다는 결론을 뒷받침하기에 충분하지 않다. 또한 주법에 따라 피고인이 중독에 대한 충분한 증거를 제시할 경우 자신의 무능력을 입증할 추가 의무를 부담하지 않는다. 오히려 공소 측이 항상 살해 의도를 포함하여 1급 살인 범죄의 모든 요소를 입증해야 하는 부담을 진다.

피고인은 2004년 6월 20일 일요일부터 2004년 6월 21일 월요일 오전 시간까지 알코올 섭취에 관한 다음과 같은 증거를 제시했다. 2004년 6월 21일 오후 2시 57분에 피고인의 샘플 혈액을 채취하였고 혈중 알코올 함량(BAC)이 127%로 측정되었다. 6월

20일 자정까지 모든 알코올이 흡수되었다고 가정하면 전문가는 6월 21일 오전 6시에 BAC가 272%, 6월 20일 자정에 380%일 것이며, 자정과 오전 6시 사이에는 그 수치 사이의 어딘가일 것이라고 증언하였다. 피고인이 6월 20일 밤에 1리터의 브랜디를 소비했으며 그녀의 집에 빈 술병이 있었다는 증거도 있었다.

피고인의 정신과 전문의인 Hostetter 박사는 6월 20일에서 6월 21일 밤에 그녀가 알코올성 블랙아웃을 겪었을 것이라고 증언했다. Hostetter 박사는 알코올성 블랙아웃 환자가 어떤 기억도 저장하지 않는다고 증언했다. “다른 인지 기능은 여전히 손상되지 않았다. 그 사람은 여전히 말을 할 수 있었고 여전히 걸을 수 있었다.”

증인신문 과정에서 Hostetter 박사는 본질적으로 알코올성 블랙아웃 환자가 그 시간 동안 결정을 내리고 자발적으로 행동할 수 있지만, 나중에는 그 사실을 기억하지 못한다는 데 동의했다.

재판법원은 피고인이 책임능력의 부족을 주장할 수 있다고 했지만, 이 점에 대해 피고인이 우월하고 명확한 증거로 이를 입증해야 한다고 입증책임을 부여한 점에서 잘못이 있다고 피고인은 주장한다. 잘못된 점의 요지는 다음과 같다.

“우리가 여기서 이야기하고 있는 자발적인 중독은 피고인이 감각과 행동의 통제력을 상실할 정도로 알코올의 영향에 압도당했다는 유력한 증거를 발견할 경우 1급 살인을 3급 살인으로 줄일 수 있다는 것이다. 그녀가 자신의 능력과 감각의 통제력을 상실하는 시점까지 알코올의 영향에 압도당했다는 사실은 합리적인 의심의 여지가 없어야 한다는 점에서 충분히 증명되는 사실이다. 공소 측이 부담해야 하는 것은 이러한 사실에 대한 합리적인 의심을 제기할 수 있는 증거를 통한 증명이다(요컨대 검사가 피고인이 범행 당시 알코올의 영향으로 압도당했다는 사실을 뒤집을 만한, 즉 피고인이 범행 당시 알코올에 압도당했다는 사실에 대해 합리적인 의심을 제기할 수 있을 만한 증거를 제시하여 증명해야 한다.).”

다. 법원의 판단

이 사건에서 법원은 두 가지 이유로 피고인의 주장을 기각했다. 첫째, 그녀는 “자발적으로 취하게 된 상태가 특정 의도를 형성할 수 없게 될 정도로 압도적이거나 압도적

이라는 증거를 제시하지 못했기 때문에 어떤 경우에도 자발적인 중독으로 인한 감경조항이 적용될 자격이 없었다.” 피고인 측 정신과 전문의는 알코올 중독이 개인의 사건 기억에만 영향을 미치며 결정을 내리거나 자발적으로 행동하는 능력에는 영향을 미치지 않는다는 점을 인정한다. 둘째, 공소 측이 범죄의 모든 요소를 입증하고 모든 방어를 반박할 책임을 합리적인 의심의 여지가 없이 배심원에게 입증했기 때문에 전체적으로 보았을 때의 혐의인정은 적절했다.

4. Cordova 사건⁸²⁾

가. 쟁점⁸³⁾

피고인의 주장에 따른 논쟁의 핵심은, 그가 알코올성 블랙아웃 상태에 있었기 때문에 의식이 없는지에 대한 합리적인 의심이 있었음에도 불구하고 배심원들이 그에 대해 2급 살인의 평결을 내렸다는 점이다.

Cordova는 배심원들이 1급 살인혐의에 대해서는 무죄평결을 하였음에도 2급 살인에 대해서는 유죄평결을 내렸다는 점에 대해 이의를 제기한다.

3월 9일, 배심원은 재판법원에 다음과 같은 질문을 하였다. “알코올 블랙아웃 상태는 법에 의해 의식적이거나 무의식적인 것으로 간주될 수 있습니까?” CALCRIM⁸⁴⁾ No. 3425는 배심원들에게 알코올성 블랙아웃에 의해 무의식의 상태가 발생할 수 있다고 하였고 법원은 배심원들에게 이 지침을 참조하라고 하였다. 그러다 3월 12일, 검사는 CALCRIM No. 3425의 수정을 요청하였고, 법원은 이를 받아들여 위와 같은 지시를 철회하고 배심원단을 재구성하였다. 수정된 지침은 다른 유형의 블랙아웃과 알코올성 블랙아웃을 구별하도록 하였으며, 법원은 배심원에게 자발적 중독에 대한 CALCRIM No. 626과 연관하여 고려하도록 지시했다.

Cordova는 이제 수정된 CALCRIM No. 3425가 배심원의 질문에 대한 답변으로 제공되었다고 이의를 제기하였다. 실제 재판기록에 따르면 배심원들에 대해서는 정부의

82) Cordova v. Uribe, United States District Court, S.D. California, March 20, 2013 Not Reported in F.Supp.2d.

83) 이 판결의 판결문에서는 상세한 사실관계가 소개되어 있지 않다.

84) California Criminal Jury Instructions(캘리포니아 형사배심원 지침서).

수정요청에 따라 재구성이 이루어진 것으로 볼 수 있다.

나. 법원의 판단

R & R⁸⁵⁾은 (심리적 장애와 같은 다른 요인으로 인한 블랙아웃과 구별되는) 알코올성 블랙아웃으로 인한 무의식의 법적 효과에 대해 논의했다. 법원은 R & R의 논의가 올바른 것으로 판단했다. 무의식이 완전한 면책사유가 될 수 있음을 시사한 최초의 지침은 Cordova에게 유리했다. 그러나 수정된 지침은 배심원에게 알코올성 블랙아웃 이외의 것에 의한 무의식은 형사 고발에 대한 완전한 면책사유일 수 있지만, 자발적인 중독에 의한 무의식은 완전한 면책사유가 아니며 단지 특정 의도를 부정할 수 있다고 배심원들에게 올바르게 지시했다.⁸⁶⁾

캘리포니아 항소 법원은 이 지침 전체를 토의하고 주법을 올바르게 적용했다고 결정했다. 즉 주 법원이 법을 잘못 적용하거나 법적용상 오류가 있었다고 보기 어렵다고 판단했다. 오히려, 주 법원이 배심원들에게 법적 기준에 부합하는 올바른 지시를 한 것으로 판단하였다.

85) 치안판사(Magistrate Judge)의 조사보고서.

86) *People v. Abilez* 사례(California Supreme Court, 2007) 참조.

“사람이 자발적인 중독을 통해 무의식 상태에 빠지고 그 상태에서 살해한 경우, 그 살해는 그 시점까지 자기 중독에 대한 과실로 인한 것이며, 비자발적 살인(involuntary manslaughter)으로 취급된다. '무의식'은 보통 형사 살인 혐의에 대한 완전한 방어이다. 그러나 무의식 상태가 자발적으로 유발된 중독으로 인해 발생하는 경우 완전한 방어가 아니다. 중독이 자발적으로 유발되면 결코 살인을 면책할 수 없다. 따라서 형사 과실의 필수 요소는 무의식과 관계없이 존재하는 것으로 간주되며 피고인이 자발적으로 중독상태에 이른 경우 비자발적 살인의 유죄를 선고한다.

증거들은 피고인이 알지 못한 양의 알코올을 섭취했음을 보여 주지만, 그가 무의식 상태로 간주될 정도로 술에 취하였다는 증거는 없었다. 그는 피해자의 집으로 가서 Chachi 형제와 대화를 나누고 Loza를 죽인 후 그녀와 Charlon의 침실을 뒤지고, Loza의 차에 물건을 훔쳐 갔다. 나중에 그는 도난당한 물건을 지인에게 팔려고 했다. 이 사실들에 따르면 피고인이 무의식 상태로 여겨질 정도로 심하게 중독되었다는 것을 암시하는 증거는 없다.

5. Porter 사건⁸⁷⁾

가. 사실관계

18세인 피고인은 갱단에 의해 살해된 것으로 보이는 친구의 장례식에 참석한 후 상당량의 술을 마신 상태에서(피고인의 혈중 알코올 농도를 조사한 감정인에 의하면 상당히 만취한 상태였다고 함) 자신보다 나이가 많은 친구의 차를 타고 같이 가다가, 친구를 살해한 혐의로 교도소에 있는 한 갱단원의 집 근처에서 그 집 방향으로 총기를 발사한 혐의를 받았다. 발사된 총기로 다친 사람은 없었고, 피고인과 함께 있었던 (차를 운전했던) 친구 중 누가 총을 발사하였는지가 명확하게 밝혀지지 않았다.

나. 쟁점

피고인에게 제기된 혐의와 관련하여, 변호인은 “피고인의 극도의 중독에 대한 논란의 여지가 없는 증거”를 강조했고 법원은 “피고인이 사람들을 죽이거나 죽이지 않기로 한 결정을 평가할 능력이 있다는 충분한 증거를 찾을 수 없다”고 진술했다.

Porter는 그의 변호인이 자신이 알코올성 블랙아웃의 상태에 있었다는 증거를 제시하지 못한 것이 불충분한 변론이라고 주장한다. Porter의 논리는 이 증거가 자신의 만취 상태, 즉 주변에서 무슨 일이 일어나고 있는지 알지 못했고, 살인의 의도를 형성할 수 없었다는 것을 보여줌으로써 자신의 방어를 강화시켰을 수 있다는 것이다.

다. 법원의 판단

여러 증인들은 Porter가 과거에 술을 남용했으며 장례식 날에 극도로 중독되었다고 증언했다. Porter의 알코올 사용에 대한 재판에서 제시된 광범위한 증언을 고려할 때, 변호인이 주장한 Dr. Reidy와 Dr. Flood의 알코올성 블랙아웃에 대한 추가 증언의 가치는 극히 적은 것으로 보인다. 항소 법원은 Porter가 “변호인의 전문지원이 더 많이 필요하다는 점”을 충분히 입증하지 못했다고 합리적으로 판단했다.

87) Porter v. Muniz, United States District Court, N.D. California, July 17, 2017 Not Reported in Fed. Supp.

이 법원은 배심원단이 Porter의 알코올성 블랙아웃에 대해 전문가의 증언을 통해 추가로 알게 되더라도 재판 결과가 달라질 것이라고 생각하지 않는다. 과거 블랙아웃의 증거 가치가 Porter가 미성숙하고 쉽게 영향을 받았다는 것을 보여주는 것이라고 할지라도, 배심원은 재판에서 제시된 알코올 남용에 대한 광범위한 증언에서 그러한 추론을 할 수 있었다. Porter가 충격 사건의 시간동안 알코올성 블랙아웃을 겪었다는 증거는 Porter가 자신의 차에 탄 채 창문에서 소리를 질렀지만 무기를 쏘지 않았다는 증언과는 직접적으로 모순되었을 것이다.

이 법원은 항소 법원이 Porter의 주장을 배척한 것이 연방법에 위반되는 객관적으로 불합리한 것이라고 보지 않았다. 결과적으로, 재판에서 변호인이 충분한 지원을 하지 못하였다는 Porter의 주장은 실패한 것이다.

6. Kilburn 사건⁸⁸⁾

가. 사실관계

2011년 2월 4일 저녁, Joey Conn과 그의 6살짜리 딸인 Olivia는 켄터키 주 플로이드 카운티의 23번 고속도로에 있는 픽업트럭을 타고 북쪽으로 여행했다. 그들은 도로의 북쪽 차선에서 남쪽으로 여행하는 청원자 Marion Kilburn이 운전하는 차량에 정면으로 충돌했다. 청원인은 경찰에 의해 충돌 당시 시속 72~86마일로 주행한 것으로 추정되었다. Joey Conn의 차량은 충격 직전에 시간당 약 31마일로 주행했다. 구급대원들이 운전석 문을 열었을 때, 그들은 강한 알코올 냄새를 맡았으며, 맥주 캔 몇 개가 도로에 떨어졌다. Kilburn은 그날 저녁 전에 10~12캔의 맥주를 마신 것으로 인정했으며, 일부 차량의 뒷좌석에서 24팩의 맥주를 발견했다. Kilburn은 10~12캔을 소비한 시간에 대해 말할 수 없었다. 혈액 검사 결과 Kilburn의 혈중 알코올 농도는 거의 법적 한계치의 3배에 달했다. 청원인 Kilburn의 혈중 알코올 농도는 혈액 100밀리 리터당 약 0.22그램이다. 반대편 차량의 피해자들은 상당한 병원치료를 요하는 뼈가 부러지는 증상을 입었다.

88) KILBURN v. SMITH, United States District Court, E.D. Kentucky, No.7:17-139-DCR-CJS, 04/22/2019.

나. 재판의 경과

먼저, Kilburn은 자신의 변호인이 전날 입은 머리부상으로 사고 당시까지 블랙아웃의 상태였다는 점을 효과적으로 주장하지 못했다고 했다.

그러나 Kilburn은 알코올로 인한 블랙아웃과 알코올 중독의 사유로 인해 적어도 부분적으로 형사책임을 면책해야 한다고 주장하는 상황이 법적으로 유용하지 않았다.

변호인도 알코올성 블랙아웃에 대해 전문가의 증언을 참조한 결과 그들의 증언이 이러한 변론전략에 도움이 되지 않는다고 판단하여, 알코올성 블랙아웃을 이유로 법적 책임을 감경해야 한다는 변론을 하지 않기로 결정하였다.

7. Wandahsega 사건⁸⁹⁾

가. 사실관계

피해자는 아버지로부터 성적인 학대를 당하였다고 외할머니와 다른 어른에게 진술하였다. 피고인은, 피해자의 아버지로, 그는 아들을 건드린 적이 없다고 부인하였지만, 때때로 그는 술로 인하여 블랙아웃 상태에 있게 되고 피해자에게 했을지도 모르는 행동을 기억하지 못한다고 말하였다. 피고인은 약물남용으로 치료프로그램에 참여하고 있는 상태였다. 경찰은 피고인의 집에서 피해자의 속옷을 압수하였고 피고인으로부터 동의를 받아 DNA를 채취하였다. 압수물에 대한 포렌식 결과, 피해자의 속옷에서 타액이 검출되었고 그 타액에는 피해자와 피고인의 DNA가 혼합되어 있다는 사실이 밝혀졌다.

나. 재판의 경과와 법원의 판단

피고인은 공소를 제기한 검사가 자신이 피해자와 성행위를 했다는 것을 알고 있음을 증명하지 못했다고 주장했다. 그가 그러한 행동에 관여했다면 알코올 관련 블랙아웃 중에 발생한 것일 수 있기 때문이다. 그러나 검사 측 전문가 증인은 “당신은 당신의

89) United States v. Wandahsega, United States Court of Appeals, Sixth Circuit, May 21, 2019 924 F.3d 868.

발로 서고, 움직이고, 행동하고 있지만, 그 기억을 기록하고 있지 않다. 이것은 “무의식적”이고 “혼합 상태”에 있는 것이며, “의식을 잃었음(pass out)”과는 다른 것이다.”라고 증언했다.

블랙아웃은 블랙아웃 중에 발생한 사건에 대한 기억을 저장하고 검색하는 능력에 영향을 주지만, 의도적인 행동을 완수하거나 잘못과 구별하는 능력에는 영향을 미치지 않는다. 따라서 배심원단은 피고인 Wandahsega가 당시에 블랙아웃 상태였음에도 불구하고 피해자와 성행위를 하고 있음을 알았다는 합리적인 결론을 내릴 충분한 증거를 가지고 있었다. 따라서 무죄라고 주장하는 피고인의 주장을 배척한 지방법원의 판단에는 문제가 없다.

III. 피해자가 알코올성 블랙아웃인 사례

1. Daniels 사건⁹⁰⁾

가. 사실관계

피고인은 술을 과도하게 마셔 구토하고 쓰러진 피해자(21세, 여성)를 자신의 자동차에 태워 추행한 다음 모텔에 데려갔으나, 피해자가 모텔을 빠져나와 주변인에게 도움을 청하는 바람에 강간은 미수에 그친 사건이다.

나. 쟁점

피고인의 변호인은 피해자가 알코올로 인한 블랙아웃 상태에 있었다고 주장하며, 알코올로 인해 블랙아웃에 이를 수 있다는 점에 대한 전문가의 증언을 증거로 인정해 줄 것을 요청하였다. 증인으로 증언한 전문가는 다음과 같이 진술했다.

증인 Breithaupt는 자신이 “블랙아웃”이라고 부르는 것을 일종의 알코올 중독 유발 기억상실증이라고 설명했다. 이러한 유형의 블랙아웃은 알코올 중독의 증상이었다.

90) Daniels v. McDonald, United States District Court, N.D. California, September 26, 2012 Not Reported in F.Supp.2d.

Breithaupt는 이러한 유형의 기억상실을 “특정 간격 동안 이벤트를 기억할 수 없는 영구적인 능력 상실”로 정의했다. Breithaupt는 “알코올에 강한 내성을 가지고 흥청망청 술을 마시는 사람은 블랙아웃을 일으킬 것”이라고 주장했다. 그는 블랙아웃이 있는 사람이 기억에 “틈을 채울 수 있다”고 주장했다.

피해자는 그날 밤 방문한 장소 몇 곳과 쓰러진 골목길을 기억하지 못했으며, 차에 어떻게 탑승했는지, 그녀에게 말을 건 사람이 누구지 기억하지 못했다고 했다. 하지만 피고인의 말에 대해 대답하거나 긍정하는 의사표시를 한 적은 분명히 없다고 진술했다. 피해자는 골목에 쓰러져 있을 때와 차에 타고 있을 때 ‘의식이 있었다’고 주장했지만 ‘기억은 나지 않는다’고 진술하며, 알코올성 블랙아웃의 상태에 있었는지, 즉 술을 너무 많이 마서 정말로 기억을 못하는 것인지 여부를 알 수가 없다고 주장했다.

피고인은 피해자가 모텔에 동반하기로 합의했을 가능성이 있지만 당시 알코올성 블랙아웃이 있었을 수도 있기 때문에 그렇게 기억하지 않았다고 주장했다. 증거의 부재는 피고인이 골목에서 그녀를 만났을 때 피해자가 실제로 알코올성 블랙아웃을 경험했다는 증거의 부재와 피해자가 피고인과 함께 동의하기로 한 증거의 부재로 구성되었다. 피고인이 골목에서 그녀를 만났을 때 피해자가 술에 많이 취했다는 증거가 있었지만, 그녀는 구토를 제외하고는 움직일 수 없고 말을 할 수 없었으며, 피고인의 면전에서 그녀는 자신이 피고인과 동행하기로 동의했다는 말을 하지 않았다는 것을 명백히 증언했다. 피고인은 증언하지 않았으며 피고인과의 만남 동안 피해자의 행위나 상태에 관해서는 피해자의 증언 외에는 증거가 없었다.

다. 법원의 결정

기록을 검토한 결과 이 법원은 Breithaupt의 증언의 혼란스러운 본질에 대한 묘사를 확인했다. Breithaupt는 알코올성 블랙아웃을 알코올 중독의 증상으로 묘사했으며, 기억상실 장애 동안 그 사람이 인지기능을 제대로 발휘할 수 있다고 하였다. 그런데 이 증언은 사건에 대한 기억이 없는 사람이 그 사건에 대한 기억이 없다는 것을 알고 기억상실을 인정할 수 있다고 가정했기 때문에 혼란스러웠다. 이는 사건이 발생했다는 다른 증거가 있는 경우에만 해당된다. 피해자가 피고인과의 만남 과정에서 기억상실을 인정했다는 증거는 없었고, 피고인과 가까이 동행할 의사가 있다는 증거도

없었으며, 피해자가 피고인과의 만남 중에 구토를 제외하고는 제대로 행동하고 있었다는 증거도 없었다.

재판법원은 Breithaupt의 증언의 가치를 제대로 확인하는데 지나치게 시간이 많이 걸리고 배심원을 혼란스럽게 할 가능성이 실질적으로 더 크다고 결론을 내릴 수 있었다. 따라서 Breithaupt의 증언을 배제한 것은 재량권 남용이 아니었다.

정리하면 피해자가 알코올성 블랙아웃의 상태였고, 실제로는 피고인과 동행하는 데 합의하였는데 이를 기억하지 못하는 것이라고 보기에는 블랙아웃을 판단하는 기준이 모호하고 이를 판단할 만한 자료가 부족하기 때문에 이러한 주장을 받아들이기 어렵다는 것이다.

2. Clark 사건⁹¹⁾

가. 사실관계

피해자는 그룹파티에 참여하여 술을 마시다가 피고인의 집으로 함께 갔다. 피고인의 집에서 피해자는 피고인과 키스 등 애무를 하였고, 운전하기에 너무 취했기 때문에 피고인의 집에서 밤을 보내기로 하였다. 피해자는 피고인과 위층으로 올라갔는데, 피해자의 명확한 기억은 여기까지였다. 다음날 아침 피해자는 완전히 나체 상태로 누워있다가 깨어났으며, 피고인도 나체 상태로 옆에 누워있는 것을 발견하였다. 피해자는 병원으로 가서 성폭행 검사를 받았으나 성폭행을 당했는지 여부는 분명하지 않았다. 병원에서 하루를 보낸 피해자는 사건이 발생한 이틀 뒤(사건 발생은 토요일 밤, 이하의 기억에 관한 내용은 화요일 이후) 부분적으로 사건 당시의 기억을 되살려내었다. 4가지의 부분적 기억이었지만, 순서는 알 수가 없고 전체적으로 기억을 되살려내는 데는 실패하였다. 피해자가 진술하는 네 가지의 단편적인 기억은 다음과 같다.

1) 그녀는 옷을 입고 바닥에 등을 대고 누워 있었고, 항소인은 그 위에 있었고 팔을 잡고 있었다. 그녀는 또한 다리에 대한 압박감을 상기시키는 것에 대해 증언했지만, 항소인의 위치를 구체적으로 기억할 수는 없었다. 그녀는 자신이 저항했고 항소인에게

91) United States v. Clark, U.S. Navy-Marine Corps Court of Criminal Appeals, July 14, 2015 Not Reported in M.J.

그만하라고 요청했다고 증언했지만, 그녀는 술에 취했고 겁을 먹었기 때문에 “매우 빨리 포기”했다. 그녀는 피고인이 그녀를 붙잡는 것 외에도, 피고인이 그녀에게 무엇을 했는지 증언하지 않았다.

2) 그녀는 등을 대고 누워 완전히 벗겨져 있었고, 피고인은 그녀의 위에 있었고 그의 성기가 질을 관통했다. 그녀는 그것이 고통스럽다고 회상했다. 그녀는 그때 피고인이 옷을 입었는지 옷을 벗었는지 기억할 수 없었다. 또한, 그녀는 항소인이 자신의 팔을 제지하고 있는지 여부를 기억할 수 없었으며, 이 시점에서 피고인이 그녀를 어떤 식으로 제지하였는지 또는 그녀와 피고인 간에 어떤 의사소통이 있었는지에 대해 증언하지 않았다.

3) 피고인이 등을 대고 누워있던 피해자를 뒤집었다. 이 과정에서 피고인이 어떤 복장을 했는지, 피고인에게 저항했는지 혹은 의사소통을 하였는지 여부에 대해 진술하지 못했다.

4) 피해자가 누워있는 상태에서 피고인이 피해자의 입을 손으로 열고 성기를 입에 삽입하였다. 이 과정에서 피해자가 어떤 저항을 했는지 등은 진술하지 못했으며, 피고인이 입을 열 때 힘의 강도, 피고인의 자세 등에 대해서도 기억하지 못했다. 다만 피고인이 피해자의 입에 성기를 삽입했을 때 피해자가 구역질이 났다는 것은 기억했다.

피해자는 피고인과의 성적 활동이 합의된 것이 아니라고 증언했다. 그녀는 또한 그 밤 일찍 소파에서 피고인과 “애무하는” 동안 자신은 성관계에 관심이 없다고 말했다.

피고인은 그날 밤 블랙아웃 상태였고 다음날 아침 자신이 팬티만 입고 옆에 놓여 있는 콘돔과 함께 방바닥에서 깨어났다고 진술했다. 그는 또한 그 순간 그녀가 전날 밤 집에서 유일한 여성이었기 때문에 피해자와 성관계를 가진 것이라고 생각했다고 말했다. 그는 자신의 아내와 최근에 별거했지만 결혼상태가 지속되었기 때문에 그 당시 부끄러워했다고 말했다.

나. 전문가 증언⁹²⁾

(1) Dr. Stafford Henry의 증언

“알코올로 인한 블랙아웃은 일종의 기억상실이다. 기억상실은 기본적으로 기억의 부재이다. ‘antegrade(선행성⁹³⁾)’ 기억 상실증이다. 알코올의 섭취로 인해 발생하는 기억상실증이다.

역행(retrograde)과 선행(antegrade)의 두 가지 기억상실이 있다. 선행성 기억상실은 중독 기간 동안 발생한 것들에 대한 기억 상실이다. 역행성 기억상실은 다녔던 학교, 예전에 집에서 일했던 사람의 이름과 같은 과거 정보에 대한 것이다. 따라서 선행성 기억상실은 (사건의) 시작부터 끝까지가 그 대상인 것에 비해, 역행성 기억상실은 그 이전에 일어났던 일에 대한 것(historical)이다.

블랙아웃에는 두 가지 종류가 있다. 하나는 단편적(fragmentary)이며 더 일반적이다. 두 번째는 전면적(en block)이다. 전면적 블랙아웃은 일반적으로 매우 불연속적인 시작과 매우 불연속적인 끝을 가진 전체적 기억 상실이다. 따라서 그 사람이 기억할 수 없는 시간이 있다. 한편 단편적인 블랙아웃은 중독 기간 동안 발생한 사건을 부분적으로 기억한다. 알코올은 단편적인 블랙아웃을 일으킬 수도 있다. 일부 유형의 블랙아웃을 경험하기 위해 소비해야 할 세트 또는 필수 BAC(혈중알코올 농도) 또는 양의 알코올이 있는가라는 질문에, 그런 것은 없다고 답했다.

전문가는 블랙아웃을 경험한 개인은 어느 시점에서 블랙아웃을 경험했음을 알게 되는지, 보다 구체적으로 사람이 나중에 기억하지 못하는 상태에 있는 동안 그 개인은 그들이 블랙아웃에 있다는 것을 알고 있는지에 대한 질문을 받았다. 이에 “당신은 단지 당신이 블랙아웃 상태에 있었다는 것을 회상적으로 알 수 있을 뿐이다. 과거의 사건에 대한 기억이 없다는 사실은 단지 그 사실이 지난 일정한 시점이 되어야 깨달을 수 있는 것이다. 그렇다면 사람이 걷고 말했는데, 그것에 대해 기억이 없을 수 있는 것인가? 충분히 가능하다. 그것이 바로 알코올로 인한 블랙아웃 현상이다.”라고 대답했다.

92) 이 판결문은 전문가의 블랙아웃에 대한 증언의 과정과 내용을 매우 상세히 기록하고 있다.

93) 여기서 ‘antegrade’는 선행성을 뜻하는 ‘anterograde’와 같은 단어인 것으로 보인다. 실제 의학문헌에서 기억상실과 관련해서는 후자로 표현하는 것이 공식적인 것 같지만, 기타 다른 증상과 관련해서는 두 단어가 혼용되는 것으로 보인다.

또한 개인이 다소 기능적, 이동성, 의사소통을 할 수 있었지만 나중에 단편적인 블랙아웃으로 인해 그 정보를 기억할 수 없었을 가능성이 있는가라는 질문에 “가능하다.”고 답했다.

Henry 박사는 그의 전문적인 견해로는 피해자가 “단편적인 블랙아웃과 매우 임상적으로 일치하는 설명을 제공했다”고 증언했다.

(2) Dr. Grieger(an expert in the fields of clinical and forensic psychiatry)의 증언

단편적인 블랙아웃은 그 사건이 발생할 때 경험의 일부를 단기 기억과 장기 기억에 넣는 것이다. 그것은 또한 어떤 것의 가장 두드러진 양상, 일어나고 있는 어떤 것의 가장 중요한 양상, 일어나고 있는 어떤 것의 가장 감정적인 양상일 수 있다. 그러나 당신은 실제로 장기 기억에 모든 것을 넣지는 않는다. 따라서 다음 날에는 두드러진 사건과 그와 관련된 감정을 기억하지만 그 사건 사이에 일어난 사건의 세부 사항은 기억하지 못하며 잘못된 시간 순서에 있을 수 있다. 다시 말해, 스미스 씨와 존스 씨와의 대화를 기억할 것이다. 실제로, 그 대화는 역순으로 일어날 수 있다. 특정 주제에 대해 5명으로 구성된 그룹과의 대화를 기억할 수 있다. 그런 다음 다른 주제에 대해 다른 7명과 다른 대화를 나눈다. 당신이 이것을 기억할 때, 어떤 대화에 누가 관여했는지를 잘못 섞어 두 번째 대화의 누군가가 실제로 첫 대화에 있다고 잘못 생각할 수 있다. 따라서 가장 두드러지고 중요한 측면을 포착하고 있으며 그 사이에 있는 것들을 포착하지 않는다.

마찬가지로 전면적 블랙아웃 또는 기억상실 기간도 일정한 기간이다. 당신은 그 중요한 정보를 저장하지 않을 것이다. 기억이 서서히 사라지는 시점이 있고 다시 기억할 수 있는 기간이 있다. 일반적으로 전면적 블랙아웃이 되면 기억이 깨어 있고 활동 중인 동안부터 다음 날 잠을 깨기 전까지 돌아오지 않는다. 누군가가 22:00에서 02:00 사이의 전면 블랙아웃을 겪고 갑자기 02:00에서 밤의 나머지 시간까지 모든 것을 명확하게 기억하는 것이 일반적이지 않다. 일반적으로 매우 견고한 블랙아웃은 잠자는 동안 알코올 수치가 내려갈 때까지 지속된다.

당신은 다른 곳에서 끝날 수 있고, 모르는 사람으로 끝날 수 있으며 그 일이 어떻게

일어났는지 기억하지 못할 수 있다. 따라서 당신은 블랙아웃이 발생했다는 것을 스스로 알 수도 있고, 나중에 당신과 같은 사건에 처한 사람과 대화를 할 수도 있고 말하거나 행한 것에 대해 물어볼 수도 있다. 당신이 말했거나 행동했던 것을 기억하지 못할 것이다. 블랙아웃이 발생하는 중요한 점은 장기 기억에 넣지 않고 더 이상 기억할 수 없다는 것이다. 장기 기억에 이를 수 있는 신경학적 변화는 일어나지 않았다. 따라서 다음 날에 존재하지 않으면 단기 메모리가 손실되어 나중에 형성되지 않는다.

(3) 닥터 Henry의 반대의견

닥터 Henry는 그것이 전면적 블랙아웃에서는 사실일 수 있지만, 단편적인 블랙아웃에서는 사실이 아니라고 보았다. 전면적 블랙아웃에서 개인이 그 블랙아웃 동안 장기 기억을 결코 만들지 못한다는 데 동의하냐는 질문에 “네”라고 대답하면서 전면적 블랙아웃이 발생했을 때 단기에서 장기로 메모리 전송이 중단되었다고 말했다. 즉 어떤 의미에서는 결코 거기에 도달하지 못한 것이다.

단편적인 블랙아웃으로 정보의 전송과 정보의 배치가 발생하지만 비조직적이고 우연한 방식으로 발생한다. 그것은 신경 세포 수준에서 훨씬 더 복잡하지만, 그것은 조직화되지 않은 방식으로 정리되고 옮겨졌다. 정리 방법에 있어서의 그 비조직화 때문에, 조직화된 방식으로 종종 기억될 수 없다. 사람이 단편적인 블랙아웃 상태에서 기억을 회상하는 방식은 피해자와 같이 무작위이다. 그녀는 조각을 설명했다. 그녀는 장면을 설명했다. 그녀는 구체적으로 순서가 없이 말했다. 그녀가 찾은 기억은 조각난 것이었고, 불규칙하게 정리된 방식이기 때문에 기억도 정리되지 않았다.⁹⁴⁾

다. 법원의 결론

제시된 사실과 언급된 이유로,⁹⁵⁾ 검사가 합리적 의심을 넘어 강간 및 강제추행죄에 대한 피고인의 범죄사실을 충분히 입증하였다고 보기 어렵다. 그러므로 우리는 피고인에 대한 판결이 법적으로 옳바르다고 말하기 어렵다. 유죄판결은 기각되어야 한다.

94) 이 말은 단편적인 블랙아웃의 경우는 기억이 혼란스럽게 되었고 일시적인 사정으로 잘 떠오르지 않았을 뿐인 것이고, 전면적 블랙아웃과 같이 기억 자체가 없는 것은 아니라는 취지이다.

95) 즉 이 법원은 피해자가 블랙아웃의 상태에 있지 않았고 행위 당시를 기억할 수 있었다고 판단하면서, 그러므로 피고인이 심신상실 상태의 피해자를 강간하였다는 공소사실이 충분히 입증되지 않았다고 본 것이다.

3. Wiecek 사건⁹⁶⁾

가. 사실관계와 재판의 경과

피고인은 원래 세 가지로 기소되었다. 첫 번째는 마약성 물질인 GHB를 의도적으로 혼합한 것이다. 두 번째는 마약중독 중죄를 저지르는 동안 1급 성범죄를 범하였다. 세 번째는 1급 성범죄와 관련하여 피해자가 신체적으로 무력하다는 것을 알고 있거나 알아야 했던 가중 요인이 있었다.

피고인의 변론은 마약을 사용하지 않았으며 피해자가 블랙아웃 상태였다는 것을 알지 못했다는 것이었다. 즉, 그는 그녀가 동의할 수 있다고 생각했다. 변호인 측 전문가는 알코올로 인해 블랙아웃 상태에 있는 사람의 모습이 깨어있는 것과 같다고 묘사했다.

배심원들은 세 번째 기소내용인 무력한 사람에 대한 성범죄에 대해 유죄평결을 내렸다.

재판 전에 피고인의 변호인은 피해자의 메모장에서 발췌한 내용을 증거로 사용할 수 있도록 법원에 요구했다. 메모에는 다음과 같은 구절이 포함되어 있는데, 이 구절에는 알코올성 블랙아웃이 설명되어 있다. “어젯밤에 내가 뭘 했는지 모르겠기에, 나는 달려가서 숨는 것이 더 낫겠다.” 하지만 법원은 이 메모가 강간피해자보호법령(rape shield statute)⁹⁷⁾에 의해 증거사용이 금지되었다고 판결하면서 피고인의 요청을 거부했다.

96) Wiecek v. Lafler, United States Court of Appeals, Sixth Circuit, March 22, 2011 417 Fed.Appx. 443.

97) 1974년 미시간주를 시작으로 1970년대 말에서 1980년대 초에 미국 대부분의 주에서 도입되었다. Minnesota Court Rules Rule 412, Past Conduct of Victim of Certain Sex Offenses

(1) 성범죄 행위의 시도 또는 행위를 포함한 성범죄에 대한 기소에서 피해자의 이전 성적 행위에 대한 증거는 인정되지 않으며 배심원에게 그러한 행위에 대한 언급은 이루어지지 않는다. 규칙 412에 규정된 절차에 따른 법원 명령에 의한 경우를 제외하고, 그러한 증거는 증거의 추정 가치가 본질적으로 중요한 경우이거나 다음 상황에서만 인정될 수 있다.

(A) 피해자의 동의여부가 피고인 방어의 주된 내용인 경우,

(i) 피해자의 이전 성행위가 문제가 된 사건의 경우와 유사하고 동의 여부와 관련하여 유사한 성행위의 통상적인 행태나 그러한 행동을 실행하려는 경향이 있다는 증거

(ii) 피고인과 피해자의 이전 성적 행위에 대한 증거 ; 혹은

(B) 기소 사건에 사건 당시의 정액, 임신 또는 질병의 증거가 있거나 임신한 경우, 사건 시점과 재판 사이에 정액, 임신 또는 질병의 원인을 보여주는 피해자의 이전 성적 행위의 특정 사례에 대한 증거가 있는 경우

피해자는 함께 일하던 식당에서 피고인을 만났다고 증언했다. 두 사람은 단지 친구였으며 사귀는 사이는 아니었다. 그들은 낮에 피고인의 집에서 만나고 뒤뜰에 있는 온수 욕조에 앉아 술을 마셨다. 사건 당일 피해자는 오전 11시에 피고인의 집에 도착했다. 그들은 림주와 맥주를 마시기 시작했다. 그녀는 약간 취한 느낌이었다. 피고인은 와인 한 잔을 가져 왔다. 피고인이 와인 한 잔을 욕조에 가져간 후, 피해자는 “피고인 Wiecek을 향해 흥분하지는 않았지만, 성적이라고 묘사될 수밖에 없는 방식으로 행동하기 시작했다. 보통 그런 식으로 행동하는 것은 내 성격이 아니었다.”고 진술했다.

피해자는 수영복을 벗고 온수 욕조의 물이 사타구니 부위까지 이른 것을 알았다. 피해자는 이것이 피고인이 그녀를 깨울 때까지 그녀가 마지막으로 기억한 것이라고 주장했다. 그녀는 침대에 자신의 플란넬 바지를 입고 피고인의 셔츠를 입고 있었다. 피해자는 술에 취한 기분을 느꼈지만 숙취가 심하지는 않았다고 강조했다. 피고인은 피해자에게 자신의 순결을 잃었다고 알렸다. 피고인은 성교행위에 어려움을 겪었고 피해자가 소리를 내기 때문에 멈추어야 했지만, 그녀가 성관계를 즐기고 있는 것 같았다고 말했다.

피해자는 피고인이 말한 내용을 기억하지 못했다. 피고인은 그녀가 성관계를 가진 것을 기억할 수 없다는 것에 놀랐다. 피해자는 오후 1시부터 4시까지 3시간 동안 무의식 상태인 것으로 추정했다.

피해자는 이전에 술을 마시고 온수 욕조에 있는 경험이 있음을 인정했다. 피고인과 만나기 전에 GHB에 대해 들어 보지 못했다. 피해자는 다음 날 감정적으로 혼란스럽고 멍이 들었다고 증언했다. 피해자의 친구는 의사를 만나라고 제안했다.

경찰은 수색 영장의 집행에 따라 Wiecek의 가족용 컴퓨터를 압수하였다고 증언했으며, 경찰은 컴퓨터에 피고인이 GHB에 관해 조사한 것을 보여주는 증거가 없다는 것을 인정했다.

재판에서, 피고인의 주장은 피해자가 무의식적이고 육체적으로 무력한 것이 아니라 알코올 블랙아웃을 경험했다는 것이었다. 이 주장을 뒷받침하기 위해 피고인은 Bernard Eisenga 박사를 전문가 증인으로 불렀다. 그는 알코올 블랙아웃을 겪은 사람들이 “깨어 있고 일관된 것처럼 보이지만 실제로는 그렇지 않다”고 말하며, 그러한 사

람들은 “기본적으로 무슨 일이 있었는지 기억나지 않는 기억상실 시간이 있다”고 증언했다. “그들은 정상적으로 행동하는 것 같지만 그렇지 않다.”

피해자는 증인신문 과정에서 그 이전에는 알코올 블랙아웃을 경험한 적은 없었지만 범행이 발생한 후 알코올성 블랙아웃이 있었음을 인정했다.

나. 하급심의 판단

다른 사건에서 연방항소법원 제6 순회법원은 재판법원이 오하이오 강간피해자보호 법령에 따라 강간 피해자의 일기 일부를 증거로 사용하는 것을 배제함으로써 피고인의 수정헌법 6조에 따른 대면권이 침해되었다고 판결했다. 그렇게 결정하면서 제6 순회법원은 일기에서 발췌한 내용이 단지 피해자의 일반적인 신뢰성에 대한 탄핵증거로서의 의미를 가진다는 것을 부정했다. 그 대신에, 제6 순회법원은 피해자의 일기에 있는 특정 진술은 피해자의 동의에 대한 증거이자 피고인에 대한 기소 내용에 부정적인 영향을 주는 증거로 받아들여질 수 있다고 하였다. 또한 제6 순회법원은 (일기장) 진술을 배제하면 동의가 있었다는 피고인의 주장을 배심원들이 적절히 평가할 자료가 부족하다는 점을 인정했다. 마지막으로 제6 순회법원은 수정헌법 6조에 의한 대면권의 침해가 오하이오 강간피해자보호법령의 위배보다 더 중하다고 결정했다.

또 다른 사건에서, 제6 순회법원은 자동차 절도 사건에서 피해자와 유일한 목격자에 대해 피해자의 심리적 상태에 관한 증인신문을 제한하기로 한 재판법원의 결정은 피고인이 문제가 되는 사건에 대한 피해자의 인식과 기억에 문제 제기를 하려고 했기 때문에 대면권 조항과 관련이 있다고 결정했다. 피고인이 기소된 혐의와 유사한 망상을 포함한 피해자의 정신상태는 사건에 대한 그녀의 주장에 의문을 제기하는 것이기 때문이다. 제6 순회법원은 또한 피고인이 임시로 차를 가져가는 것에 피해자가 동의하면 피고인이 차량 절도 혐의로 유죄 판결을 받을 수 없으므로 사건 당시 피해자의 심리상태가 중요하다고 지적했다.

본 사건에서 제6 순회법원은 알코올 블랙아웃에 대한 피해자의 메모를 배제하는 것은 피고인의 수정헌법 6조에 의한 대면권 및 변호권을 침해한 것으로 인정했다. 치안관사의 결과와는 달리, 일기장 메모는 단지 피해자의 일반적인 신뢰성을 공격하는 것이

아니라 오히려 이 증거는 청원자와의 성관계에 동의하는 것으로 보이는 피해자의 신체적 능력과 동의의 문제에 관한 것임을 인정했다. 또한 피해자가 청원자에 대한 고소를 한 동기가 이 사건에 대해 부끄러움 때문에 기인한 것이라는 문제도 다루었다.

특히, “어젯밤에 내가 뭘 했는지 모르겠기에, 나는 달려가서 숨는 것이 더 낫겠다”와 같은 메모의 진술은 피해자가 과거에 많은 양의 술을 마시고 낯선 사람과 성관계를 한 것에 대해 부끄러워했다는 증거일 것이다. 이 증거는 피해자가 “문제의 밤에 부도덕한 행동”에 대해 죄책감을 느꼈기 때문에 피해자가 이러한 고발을 하도록 동기를 부여했다는 피고인의 주장을 뒷받침했을 것이다.

또한, 알코올성 블랙아웃 및 수반되는 성적 행동에 대한 피해자의 메모는 대면권 조항에 대한 우려를 불러일으켰다. 왜냐하면 그러한 증거는 사건 당시에 대한 피해자의 인식과 기억을 공격하는 데 사용될 수 있었기 때문이다. 특히, 메모에서 그녀의 알코올성 블랙아웃에 대한 피해자의 설명은 사건에 대한 그녀의 설명을 요구하도록 했고, 피해자가 약을 먹지 않았지만 사건 당시에 알코올성 블랙아웃을 겪었고, 그럼에도 불구하고 피고인과 합의한 성관계를 맺기로 동의했다는 피고인의 주장을 뒷받침하는 것이다. 배심원은 그녀가 마약을 복용하지 않았다는 것을 알았다.

특히, “나는 다른 사람의 옷을 입고 브래지어를 하지 않은 채 어지럽고 술이 취한 상태로 깨어났다”와 같은 진술은 피해자가 알코올성 블랙아웃 중에 그와 합의한 성관계를 가졌다는 피고인의 방어를 뒷받침하였다. 요청된 증거사용의 결과, 성공한 경우, 피해자의 알코올 블랙아웃 이력은 “문제가 발생한 사건과 관련하여 그녀의 증언을 신뢰할 수 없게 만들었다.”

더 중요한 것은 범죄에 대한 다른 증인이 없었고 피해자가 성폭행을 기억할 수 없었기 때문에 피해자의 증언이 이 사건에 필수적이었다. 따라서 피해자의 일기를 제외하는 것은 피고인의 대면권 및 변론에 대한 권리와 관련이 있다.

증거배제된 메모는 피해자가 알코올성 블랙아웃을 겪으면서 피고인과 합의된 성관계를 가졌다는 가장 강력한 증거였다. 또한 그녀는 취한 상태에서 피고인과 성관계를 한 행동에 대한 수치심 때문에 피고인을 성폭행으로 고소했다. 이 메모를 배제하기로 한 재판법원의 판결은 “배심원 평결을 결정하는 데 실질적이고 해로운 영향을 미쳤다.” 따

라서 증거 결정은 무해한 오류가 아니었다.

다. 연방항소법원 순회재판부 판결

피해자에 대한 법정에서의 직접신문과 교차신문을 통해 범죄행위 당시 피해자가 술을 마셨고 술에 취해 성적인 행동을 했고, 그 후 알코올 블랙아웃을 겪었으나, 피해자는 피고인과 성관계를 하는 것에 동의한 바가 없다는 등의 사실이 충분히 밝혀졌고, 이를 통해 배심원이 성범죄의 성립 여부에 대해 판단하는데 자료가 충분하였다. 그러므로 굳이 피해자의 일기장에 있는 메모를 증거로 채택할 필요가 없었고, 이를 배제하였다고 피고인의 변호권을 침해한 것은 아니다. 지역법원의 판결을 파기한다.

제2절 알코올 블랙아웃 관련 독일의 판결례



I. 피고인이 블랙아웃을 주장한 경우

1. 개관

독일에서 피고인의 알코올 블랙아웃 주장에 대해 피고인의 행위성 부정이나 고의 또는 과실의 부정이라는 법효과를 인정한 형사판결은 보이지 않는다. 대부분의 판결에서는 블랙아웃 주장 보다는 피고인의 명정상태 또는 주취상태에 초점에 맞추어 형법의 책임무능력 또는 한정책임능력에 해당하는지를 평가하고 있다. 법원은 일단 피고인이 술에 취하여 범행 당시에 대한 기억이 없다는 주장을 할 경우 술에 취한 상태를 ‘심각한 의식장애’에 해당하는지를 평가한다.⁹⁸⁾ 다음으로 법원은 명정상태 또는 주취상태를 의식장애로 보면서 이에 기인하여 사물변별능력의 저하는 문제 삼지 않고 여전히 활성화되고 있는 것으로 보면서 행위통제능력(의사결정능력)의 저하 문제를 판단한다.(BGH 1 385, NStZ 83, 19; 84, 409). 술에 만취하여 무감각한 상태에 이른 자의 경우는 의식상실로 판단되어 행위능력이 문제될 것이지만, 대부분의 경우는 그러한 무감각한 상태의 이전 단계인 책임무능력 상태만 인정한다.

독일의 연방대법원은 - 특히 한정책임능력의 경우 - 혈중알코올 농도(혈중알코올농도 진단법)와 ‘정신분석진단법’ 중 어디에 비중을 더 둘 것인지에 판단하지는 않고 있다. 의학문헌에서는 혈중알코올 농도 수치는 책임무능력 판단에서 단지 ‘개략적 방향성’에만 도움을 줌⁹⁹⁾이라는 견해가 주장되어 왔지만, 연방재판소는 한때 혈중알코올 농도에 비중을 두어 책임무능력의 경우는 0.3퍼센트, 한정책임능력의 경우는 0.2퍼센트가 최소한계치로써 결정적인 의미를 가진다는 견해를 취한 바 있었다(BGH 37, 233). 특히 알코올 의존적 성인과 청소년들의 경우는 혈중알코올 농도가 0.3 이하라고 하였다. 그러나 연방재판소는 다시 혈중알코올 농도를 일차적으로 강조하는 태도와 거리를 둔

98) 학설상으로는 알코올 의존적 중독자가 아닌 통상적인 술 취한 자의 상태가 ‘병적인 정신적 장애’에 속하는지 ‘심각한 의식장애’에 속하는지가 논란이 있지만, 의학적으로 알코올의 독성화에 영향을 받았기 때문에 ‘병적인 정신적 장애’로 분류하는 견해가 다수설이다.

판결(대표적으로 BGH 43, 66 등)을 내린 이후, 일정한 혈중알코올 농도가 책임무능력 또는 한정책임능력 판단에 결정적일 수 있는 의학·통계학적 경험칙은 더 이상 존재하지 않는다는 점을 인정하고 있다(BGH 43, 66, NJW 98, 3427, NStZ 97, 591; 00, 193; 02, 532; 05, 329).

오늘날 독일 판례는 의식장애가 어떤 경우에 행위통제능력의 결여로 귀결되어 책임무능력을 인정할지는 결국 장애의 정도를 추론케 하는 모든 사정들의 종합적 판단을 통해서만 판단될 수 있다고 한다. 이와 같은 종합적 판단에는 혈중알코올 농도와 함께 행위과정의 모든 외적인 사정들과 행위자의 심리적 및 인격적 상태를 고려한다(BGH 36, 288). 범행 자체와 그 범행을 수행한 상황들 그리고 범죄의 종류도 종합적 판단에 중요한 역할을 할 수 있다고 한다(BGH 14, 116). 알코올 의존성, 평소 주량(BGH 43, 69f), 술마신 속도, 술마신 시간, 음주전 섭취한 음식물의 종류와 양, 행위시점에서의 일반적 신체·정신적 상태, 심리적 자극 등도 중요한 역할을 하는 것이라고 법원에 의해 강조되고 있다(BGH NJW 69, 1581).

특히 연방대법원은 사실심법원이 책임능력판단에서 감정인의 감정소견이 필요할 경우 그에 대한 증거평가가 상고법원에 의해 검증 가능한 수준으로 이루어질 것을 요구하고 있다. 그러나 형법이 임의적 감정사유로 규정하고 있는 한정책임능력에 대해 양형의 문제와 관련하여 언제 감경을 포기할 것인지에 대해서는 분명하고 통일적인 방향성을 보여주고 있지는 않은 것 같다.

2. 피고인의 블랙아웃 주장을 인정한 하급심판결을 파기한 사례

강도죄를 범한 피고인의 변호인이 피고인의 블랙아웃을 주장하였고, 피고인에 대해 책임무능력을 인정한 사실심법원에 대해 연방대법원은 증인과 공동피고인이 행한 공판정과 경찰에서의 진술을 기초로 삼아 배척하였다. 뿐만 아니라 피고인에 대해 술에 취해 행위통제능력의 현저한 저하를 인정한 원심법원의 판단에 대해 연방대법원은 피고인이 다량의 알코올을 섭취하였다는 점만을 가지고는 피고인에게 장애를 인정할만한 사유가 어디에 존재하는지에 관한 물음에 관한 답을 내릴 만한 구체적인 내용을 확인할 수 없다고 보면서, 사실심판사가 단지 내용적으로 재현되지 않은 전문감정인의 설명만

을 참조하고 있음을 문제 삼고 있다. 즉 연방대법원은 전문감정인에 의해 인정되었으나 원심법원의 판결에서는 자세하게 묘사되지 않은 피고인의 상태가 단독으로 또는 섭취한 알코올과 결합하여 제20조의 적용에 이를 수 있는지에 대해 원심법원의 판결을 통해서 검증할 수 없기 때문에 원심법원의 판결에 법적 오류가 있음을 인정하였다(BGH Beschl. v. 19.06.1986, Az.: 4 StR 295/86).

II. 피해자가 블랙아웃을 주장한 경우

1. 빌레펠트 주 지방법원 사건

술(과 마약)에 취한 상태의 피해자와 성적 행위를 한 피고인에 대해 항거불능의 상태에 있는 자에 대한 성적 남용죄를 이유로 기소되었으나 원심법원이 항거불능 상태를 부정함으로써 항거불능 상태에 있는 자에 대한 성적 남용죄의 무죄를 선고하였고, 이에 대해 피해자가 상고한 사건으로 피해자가 사건 당시에 대한 기억상실이라는 블랙아웃 주장을 하였다. 이 때문에 이하에서는 이와 관련된 연방대법원의 판시부분(BGH 4 StR 371/08 – Urteil vom 4. Dezember 2008 (LG Bielefeld))을 그대로 옮긴다.

가. 판결이유

(1) 주지방법원은 미성년자에게 직접 사용하도록 허용되지 않은 마취제를 건네준 것을 이유로 피고인을 1년 3개월의 자유형에 처하였다. 또 다른 공소사실, 즉 마취제를 섭취한 후에 저항할 수 없게 된 자를 성적으로 남용하고 학대하였다는 공소사실에 대해서는 피고인에 대해 무죄선고를 하였다. 이 판결에 대해서 피고인은 사실오인을 이유로 불복하였다. 부대공소인은 일부 무죄판결에 대해 절차법과 실체법 위반을 이유로 불복하였다. 부대공소인이 제기한 사실상의 이유에 대한 불복은 인용되었고 피고인의 불복은 이유 없는 것으로 기각되었다.

주지방법원의 확정에 따르면 범행시 26세의 피고인과 당시 15세의 부대공소인은 축제 후에 놀이터에 있었다. 부대공소인은 눈에 띄게 술에 취해있었던 것으로 보였다. 부

대공소인은 XTC-알약(메스페타민 추출) 4분의 1분량을 섭취하였고, 피고인도 이점을 알고 있었다. 부대공소인은 길게 늘어선 줄에서 움직이다가 피고인 쪽으로 몸이 쏠리면서 넘어짐을 가까스로 면했다. 놀이터에서 피고인은 피해자의 나이를 알면서도 코카인과 메스암페타민이 혼합된 ‘포션’을 그 자리에서 섭취하도록 했다. 그 후 12시 30분경에서 2시 내지 3시 사이에 그 근처의 잔디밭에서 두 사람의 성관계가 있었다. 이에 관해서는 형사부가 자세하게 확인할 수 없었다.

공소사실은 부대공소인(이하 ‘피해자’라 한다)이 그 시점에 알코올과 코카인 그리고 알약의 영향 하에 있었던 것이 분명했고, 피고인이 자신의 혀로 피해자의 얼굴을 핥았다는 것만은 겨우 알아차렸다는 점에서 출발하고 있다. 그런 다음 피해자는 ‘블랙아웃’이 되었다고 한다. 피해자가 자신이 방어할 수 있었던 상태가 더 이상 아니었다고 할 때, 피고인은 피해자와 성교로 나아갔다고 하였다. 당시 피고인은 주먹이나 커다란 지름의 둔탁한 물건으로 피해자의 질속에 밀어넣기도 했다고 한다.

주지방법원은 피해자가 “성관계를 마칠 무렵에” 양발까지 벗겨졌고, 피해자가 5센치 정도의 길이의 회음부 찰과상을 입었고 질 부근에 심하게 피를 흘렸다는 점을 인정하였다. 피해자는 피를 멈추게 할 수가 없었고, 패닉상태에 빠진 채 3시에서 4시경에 집에 도착하여 그곳에서 상해를 치료받기 위해 병원으로 옮겨졌다.

(2) 피고인은 마취제를 피해자에게 건네준 것을 인정하였다. 그러나 그 이후의 사건의 진행경과에 대해서는 부인하였다. 잔디밭에서는 피해자가 오히려 피고인을 쓰다듬었으며, 콘돔을 주었고 스스로 옷을 벗었으며 자신에게 오랄성교까지 했다고 한다. 그리고 피고인이 바닥에 눕자 자신의 위에서 성교를 했다고 한다. 전체적으로 시간은 십분 정도 소요되었다고 하였다. 피고인이 자신의 성기를 피해자에게 밀어넣었을 때쯤인가에, 피해자가 아프다고 말해서 즉시 그만두었다고 한다. 피해자가 심하게 피를 흘렸다고 한다. 연이어 담배를 피운 후에 서로 떨어졌다고 한다.

(3) 주지방법원은 피해자가 의식을 잃었고 성적 행위에 대해 아무런 기억이 없다는 것을 믿지 않았다. 독성학자의 전문감정에 따르면 피해자가 알코올, 의약품 그리고 마취제의 영향 때문에 의식이 몽롱한 상태가 되거나 형법 제179조의 의미에서의 항거불능에 이르게 되는 상태에 이르렀다는 점은 배제되어야 한다고 하였다. 객관적으로 확

정된 피해자의 상해 상태를 보면 합의에 의한 성관계에 이른 것이라는 결론도 '필연적인 것은 아니다'라고 하였다. 법의학자인 감정인은 지금까지 자신이나 자신의 동료들도 합의에 의한 성관계 후에 그와 같은 상해의 발생이 있었음을 확정할 수는 없다고 보고하면서, 합의에 의한 성관계에서 그러한 상해가 가능하지 않다는 점도 "절대적으로 확실하게" 배제할 수 없다고 한다(합의에 의한 성관계에서는 그러한 상해가 발생하지 않는다고 절대적으로 확실하게 말할 수는 없다고 한다). (두 감정인 모두 객관적 결과가 합의에 따른 행위의 결과인지의 여부에 대해 어느 것도 확실성이 없다는 전문 감정인의 감정소견임.). 피해자에게서 아무런 방어흔이 확인될 수 없었기 때문에 강간도 입증될 수 없다고 한다. 고의 또는 과실에 의한 신체 상해에 대한 유죄판결은 고려되지 않았다. 왜냐하면 피고인과 피해자가 어떤 실행행위를 하였는지가 확인될 수 없었기 때문이다.

나. 피해자의 상고이유에 대하여

(1) 피해자의 상고는 이유가 있다. 사실심판사가 피고인의 정범성에 대해 생기는 의심을 극복할 수 없는 경우에는 상고법원이 무죄판결을 선고하지 않을 수 없기는 하다. 왜냐하면 증거평가는 원칙적으로 사실심판사의 일이기 때문이다. 그러나 상고법원은 지방법원이 유죄판결을 위해 요구되는 확실성에 대해 과도한 요구를 설정하였는지를 심사한다(st. Rspr; vgl nur BGH NStZ-RP 2005, 147; BGH NStZ 2004, 35, 36). 이 사건의 경우 이 부분에 대한 심사가 필요하다.

지방법원은 양자 간의 성관계가 합의에 의한 것일 수도 있다는 견해를 법의학적 감정인이 "피해자가 입은 5센티미터 길이의 제1도 질 손상이 합의에 의한 성관계에서도 생겨날 수 있음을 "절대적으로 확실하게" 배제할 수 없다고 한 점에 근거하고 있다. 그러나 이러한 가능성은 - 판결문에서 스스로 드러나고 있듯이 - 순수 사고이론적인 종류(rein denktheoretischer Art)의 것이다. 왜냐하면 감정인은 지금까지 자신이나 자신의 동료들이 합의에 의한 성관계에서는 그러한 상해의 발생을 확인할 수 없었다는 점도 인정하고 있기 때문이다. 무죄는 순수 사고이론적인 가능성 위에 근거지워질 수는 없다. 왜냐하면 절대적으로, 그 반대의 경우를 사고필연적으로 - "이론의 여지가 없이" - 배제하는, 그리고 누구도 의심할 수 없는 확실성이 유죄인정을 위해 요구되는 것은

아니기 때문이다.

오히려 (유죄인정을 위해서는) 생활경험에 따라 충분한 확실성의 정도, 즉 단순히 사고이론적인 가능성이 아닌 이성적으로 가능한 의심을 허용하지 않는 확실성의 정도로 족하다. 이점을 원심 형사부는 생각하지 않았고, 어쨌든 판결이유에서 형사부가 이러한 생각을 했는지를 알기도 불가능하다. 더욱이 행위시에 겨우 15세의 피해자가 의식이 명료한 상태에서 자유의사로 피고인과 성적 행위를 하여 자신에게 그러한 중한 상해를 입힐 수 있는 성적 행위를 하였을 것인지가 이해하기 어렵다. 이러한 의문이 생겨남에도 불구하고 주법원은 이를 문제 삼지 않았다. 특히 피고인의 진술에 근거하여 이루어진 확정, 즉 피해자가 이미 코카인-암페타민 혼합물의 섭취 이전에도 분명한 의식부재 현상을 보였고, 육안으로도 분명히 알코올에 취해 있었고, 대기열에서 이탈하려고 하여 피고인이 부축해야 했다는 확정도 이것을 문제 삼지 않으면 안 된다는 점을 보여준다.

(2) 따라서 사실관계는 피해자의 상고에 기초하여 다시 변론되어야 하고 결정되어야 한다. 합의부는 새로운 사실심판사로 하여금 피고인이 피해자의 의사에 반해 성적 행위를 감행할 수 있도록 하기 위해 피해자에게 의도적으로 물질을 건네주었거나 넘겨준 것인지에 대해 확인이 가능하도록 하기 위해 (이에 따르면 경우에 따라 마약류 범죄가 그 효과범죄와 상상적 경합이 될 수도 있다) 원심판결을 전부 파기한다.

새로운 심리에서는 감정인을 불러서(vgl. BGH NStZ 2002, 490), 피해자의 인격과 신빙성에 관해 보다 자세한 확인을 해 볼 것을 권한다. 피해자의 진술들이 본질적으로 총체적으로 전달되어야 할 것이다. 법적인 관점에서 형법 제177조, 제179조와 신체 상해죄 그리고 경우에 따라 형법 제182조의 적용여부 외에도 형법적으로 문제될 수 있는 사건의 경과들이 심사되어야 할 것이다.

다. 피고인의 상고이유에 대하여

제기된 사실관계에 대한 불복을 기초로 한 불복된 판결의 심사는 피고인을 불리하게 하는 법적 오류를 보이지는 않는다. 판결에서 행해진 확인은 유죄판결을 가져온다. 양형도 아무런 법적 오류를 보이지 않는다.

피해자의 불복은 판결의 파기 환송에 이르기 때문에 피고인의 비용에 대한 항고는

이유 없다. 피고인의 불복으로 인해 생겨난 피해자의 지출은 형사소송법 제473조 제1항 제2문에 따라 피고인이 부담해야 한다.

2. 윈스터 주 지방법원 사건

피해자가 블랙아웃 때문에 성적 행위와 관련한 자기 자신의 의사결정을 더 이상 관철시킬 수 없는 상황에 있었다는 점에 근거하여 중한 성적 남용 미수죄로 기소되어 원심에서 유죄판결을 받은 피고인의 상고에 대한 연방재판소의 제4형사부(BGH Beschl. v. 30.08.2017, Az.: 4 StR 345/17)의 판시내용을 소개한다.

가. 판결주문

윈스터 주법원의 형사부 판결에 불복한 피고인의 상고는 이유 없는 것으로 기각한다. 상고이유서를 기초로 원심판결을 심사한 결과 피고인에게 불리한 법적오류는 없고 상고절차의 소송비용 및 부대공소인이 지출한 소송비용은 피고인의 부담으로 한다.

나. 판결이유

2016년 11월 9월까지 유효한 구 형법 제179조 제5항 제1문, 형법 제22조, 제23조 제1항에 따라 항거불능한 상태에 있는 자에 대한 중한 성적남용죄의 미수의 가벌성을 인정한 원심법원의 판결은 결론적으로 옳다. 원심법원은 형법 제2조 제3항에 따라 구체적인 관찰방법으로 판결선고시 유효한 2016년 11월 4일 개정된 형법 제177조가 보다 경한 죄에 해당하는지를 심사하였다. 이점에 관해 원심법원이 결론적으로 부정한 것은 타당한 판단이었다. (중략) 피고인의 범행결의는 그가 형법 제117조 제1항의 의미에서의 성적 공격을 알지 못하는 피해자를 명시적 의사에 반하여 행하였다는 사실도 포함하였다. 왜냐하면 원심법원은 명백하게 “피고인이 피해자의 상태 때문에 피해자가 성적 행위수행에 항거할 의사를 관철시킬 수 없었음을 알고 있었다”는 점을 확정하였기 때문이다. 이점은 여기서 적어도 자신의 성적 행위가 피해자의 인식할 수 있는 의사에 반하여 행해졌다는 점에 대한 조건부 고의를 포함한다. 이점은 발견된 상황에 비추어 - 즉 피해자가 무감각하게 움직임 없이 등을 대고 누워있었고, 피해자 스스로 공판절차

에서 블랙아웃 상태였음을 말하였으며, 병원에 와서야 비로소 정신이 돌아왔다고 한다
- 볼 때 명백하다.

따라서 형사부는 행위자가 항거불능한 자에 대한 성적 행위를 하거나 하려고 시도하는 상황이 어떻게 고려되어야 할지에 대해서는 판단할 필요도 없다.

제5장

알코올 블랙아웃과 실체법적

쟁점



제1절 알코올 블랙아웃과 형사책임의 문제



알코올 블랙아웃은 알코올에 영향을 받아 행위에 대한 기억을 인출(회상)할 수 없을 뿐 행위 당시 의식은 완전히 존재하는 경우를 지칭한다. 이에 따르면 알코올 블랙아웃으로 판정되는 경우에도 행위하는 순간에는 완전한 의식 상태에 있었던 것으로 인정된다. 즉 행위자는 행위 당시에 자발적으로 의미있는 대화를 하고 싸움이나 성폭행 등 의도적 행위가 가능했던 것이다. 이점은 성범죄의 피해자가 블랙아웃으로 판정된 경우에도 마찬가지이다. 즉 가해자가 폭행이나 협박이 없었던 이상 피해자는 상대방과 자발적으로 성적 행위를 한 것으로 인정된다.

이러한 관점에서 보면 블랙아웃으로 지칭되는 행위 부분에 대한 형법적 평가를 어떻게 할 것인지를 둘러싼 형사법적 쟁점은 복잡하지도 않고 그 해결이 어렵지도 않다. 블랙아웃으로 판정되는 행위자의 행위는 의식이 존재하는 상태의 행위이므로 행위성이 인정되고, 고의 또는 과실을 탈락시키는 아무런 계기를 제공하지 않으며 행위 당시 행위자의 정신적 장애도 없으므로 책임조각 또는 책임감경의 효과도 부여될 수 없다.

그러나 알코올 블랙아웃이 혈중 알코올 농도가 0.14정도에서 시작되는 것이므로 블랙아웃으로 판정되는 행위자의 행위가 - 알코올의 독성에 취약 정도가 행위자별로 다르기 때문에 - 형법 제10조의 심신장애로 인한 의사결정능력이 미약한 상태의 행위로 인정될 여지는 여전히 상존할 수 있다. 뿐만 아니라 알코올 블랙아웃으로 판정받은 행위자의 뇌기능의 장애가 면도날에 오려진 것처럼 사후적 기억형성의 실패 하나에만 국한된 것인지는 여전히 의문이 있을 수 있다. 뇌의 신경망의 구조는 서로 연결되어 있어 하나의 뇌 부위의 기능장애는 다른 뇌 부위의 기능장애로 이어질 수 있기 때문이다. 다시 말해 오늘날 정신의학계에서는 - 후술하듯이 - 알코올의 독성화가 미칠 뇌기능의 장애의 정도에 관한 한, 알코올 블랙아웃이 기억상실을 가져온다는 점 외에는 - 아직도 합의된 결론에 이르지 않고 있기 때문이다. 이러한 관점에서 보면 알코올의 독성이 기억장애 외에 다른 인지기능의 장애에 영향을 미치는 것이라면 그 장애상태 하에서의 행위에 대한 형법적 평가도 달라질 수가 있다.

제2절 블랙아웃이 수반된 장애의 정도와 법효과 판단



I. 알코올 블랙아웃과 형법적 평가를 위한 출발점

이와 같이 블랙아웃을 겪은 피고인 또는 피해자의 상태에 대한 형법적 평가는 알코올 블랙아웃이 초래하는 ‘장애’의 범위의 인정 문제와 직결된다. 신경정신의학계에서 알코올 블랙아웃이 다른 의식의 장애 없이 오직 일정 기간 동안 또는 일정 장소에서의 기억 장애(기억상실)적 증상만 보인다는 발견은 그러한 특징적 상태의 한 단면을 현미경적 시각에서 포착한 것에 지나지 않는다. 그러나 알코올의 독성이 단기 기억된 정보의 장기 기억장치에로의 인코딩 작용뿐 아니라 계획을 수립하고, 의사결정을 내리고 행동을 통제하는 것과 같은 전두엽에 매개된 다양한 과업들을 수행하는 일에 장애를 가져온다는 증거가 다수 있다는 점에서 출발하는 태도는 알코올 블랙아웃의 그와 같은 특징에 초점을 맞추는 것이 아니라 알코올이 독성화 작용이 인간의 뇌에 미치는 영향을 일종의 연속체로 보는 입장에 서 있다.

신경정신의학계에서 알코올의 독성에 의해 영향을 받은 음주자의 정신과 마음의 상태(즉 뇌의 상태)를 블랙아웃이라는 용어를 가지고 기억장애와 연속선상에 있는 다른 장애상태와 구분하고 거기에 천착하는 이유는 이 학문분과가 수행하는 현실의 과제 내지 목적 - 치료/예방목적 - 을 달성하기 위함에 있다. 그러나 술을 마신 상태에서 이루어진 행동을 법적으로 평가하여 그 형사책임을 귀속시키는 일을 과제 내지 목적으로 하는 형법학(또는 법실무)의 영역에서는 ‘알코올 블랙아웃’이라는 현상의 정태적 단면에만 초점을 맞추어서는 안된다. 알코올의 양이 늘어가고 섭취속도가 빨라짐에 따라 그 독성이 의식이나 인지기능에 미치는 영향력은 ‘예스’ 또는 ‘노’의 문제가 아니라 정도의 문제이기 때문이다. 형법적용과 관련해서는 알코올의 영향에 따라 사람마다 상황마다 달라지는 가변적인 ‘사태’를 포섭할 형법적 개념요소들의 눈으로 그 정도를 포착해야 한다. 이러한 관점에서 보면 다음의 진단평가가 오히려 인간행위에 대한 법적평가를 내림에 있어서 간과해서는 안될 시각의 핵심내용을 제공해 주고 있는 것 같이 보인다.

“자발성(voluntariness)과 의식(consciousness)은 켜지거나 꺼지는 선택의 문제가

아니다. 오히려 그들은 연속체이다. 무의식적인 것에서 시작되어 비자발적으로 세미(semi)의식적인 것으로, 세미 자발적인 것에서 시작하여, 완전히 의식적인 것으로 완전히 자발적으로 이르는 연속체이다.⁹⁹⁾

II. 알코올 블랙아웃과 병존 가능한 장애들

알코올의 독성에 영향을 받은 음주자의 행위를 형법적으로 평가함에 있어 행위자 의식의 정태적 측면이 관찰되는 것이 아니라 연속체를 이루는 동태적 측면이 관찰되어야 한다는 점, 그리고 알코올 블랙아웃이 기억상실뿐 아니라 행위통제를 위한 다른 인지능의 장애도 수반될 수 있음에 초점을 맞추는 이 글의 접근법에 따르면, 알코올 블랙아웃으로 판정된 행위자의 기억장애적 측면만을 형법적 평가의 대상으로 삼아서는 안된다. 기억이 상실된 부분의 행위가 진행되는 동안의 당사자의 인식 및 의식이 전적으로 정상적인 상태로서 비정상적인 정신적 상태와 명료하게 구분될 수 있는지는 여전히 의문이다. 오늘날 정신의학적 연구는 뇌영상기술의 발전과 함께 알코올이 뇌에 어떤 영향을 미치는지에 대한 연구를 계속하고 있다. 앞서 살펴보았듯이 이와 관련한 전문 연구 분야에서는 알코올과 기억상실의 측면을 제외한 다른 인지능의 장애 내지 행위통제 작용과의 상관관계에 관해서는 여전히 서로 다른 견해가 병존하고 있다. 이미 일찍이 “술에 취한 것이 기억행위에 부정적으로 영향을 미칠 수는 있지만, 이것이 행태영역에도 동일한 정도로 영향을 미친다”고 하는 연구도 있었다.¹⁰⁰⁾ 행위자가 술을 매우 많이 마셔 기억상실의 가능성이 인정된다면, 그러한 상태에서 (복잡한) 범죄행위를 범하는 것이 도대체 가능할 것인지에 대한 문제제기¹⁰¹⁾도 동일한 방향에서의 연구라고 할 수 있다.

이러한 견해대립은 근본적으로 알코올 블랙아웃이 가지고 있는 특징에 기인하는바, 그 기억상실 증상을 당사자만 체험할 수 있기 때문이다. 이에 기억상실 상태에 있는

99) Denno DW., “Changing law’s mind: how neuroscience can help us punish criminals more fairly and effectively”, SSRN Research Paper, September 23, 2011, p.603(Mark R. Pressman/David S. Caudill, Ibid., p.933에서 재인용).

100) Kalant H. Ibid., pp.631-648.

101) Cima, M., Merckelbach, H., Nijman, H., Knauer, E., & Hollnack, S. Ibid., pp.24-34.

자가 다른 부분은 모두 정상적인지 아닌지 외부에서는 확인할 수 없는 것이다. 어떤 사건을 기억할 수 없는 자가 행위 당시에 진정으로 자신의 행위의 의미를 이해할 수 있었는지, 어떤 행동을 하는 동안에 자신의 행동을 통제할 수 있었는지를 - 그 자신뿐 아니라 - 외부의 관찰자가 어떻게 알 수 있는가? 블랙아웃 동안에 관찰자에게 그 행동이 정상으로 보인다고 해서 그 행동의 성격과 의미까지 정상적이라고 할 수 있는가? 어떤 자가 정신분열증적 망상 속에서 행위하거나 신의 목소리의 환청으로 응답하는 행위를 한 경우 그 행위에 대해 도덕적 또는 윤리적 의미에서뿐 아니라 형법적인 의미에서도 책임지울 수 없듯이 알코올의 독성에 영향을 받은 자의 행위에 대해서도 마찬가지로 할 수는 없는가? 알코올 블랙아웃을 주장하는 자가 소송전략상 그리고 변명과 책임회피를 위한 의도가 있다고 해서 무조건 기억장애 외의 모든 인지기능이 정상적이었다고 말할 수 있는가? 맹정신일 때에는 결코 할 수 없는 일을 술에 취해 있는 동안에는 얼마든지 하는 것임을 많은 사람들은 일상적으로 경험하고 있다. 알코올이 자아 속의 수퍼에고를 점령한 후 그러한 행동을 감행하게 한 것이라면, 알코올 블랙아웃 동안에도 이러한 과정이 전개된 것이라고 말할 수 있지 않을까?

이와 관련하여 - 앞서 살펴보았듯이 - 가장 극단적으로는 알코올 블랙아웃을 의식의 통제를 벗어난 자동증(automatism)으로 이해해야 한다는 주장도 제기된다. 특히 심리학·의학적 관점에서 있는 한 견해는 간질 등에 의한 행동을 정신이상(insane) 자동증이라고 하고, 알코올 블랙아웃 중에 수행된 행동을 정상(sane) 자동증으로 구분하기도 한다.¹⁰²⁾ 이에 따르면 알코올 블랙아웃은 의식작용이 없는 자동증은 아니더라도 알코올의 독성이 중한 의식장애를 야기하여 의지력의 통제를 벗어나게 하는 것으로 이해될 수 있다. 이와 관련해서는 명정상태 또는 만취상태가 중한 의식장애를 초래하고 의식장애가 결국 의사결정능력의 결여를 이유로 책임무능력으로 이를 수도 있음은 우리나라를 포함한 대륙법계의 실무에서 오래 전부터 인정되어 온 바이다.

이와 같이 단순한 기억상실을 한쪽 끝에 두고 반사적 자동증 또는 중한 의식장애(및 의사결정능력의 결여)를 다른 한쪽 끝에 두고 있는 알코올 블랙아웃이라는 현상의 연속체의 중간지점에 '중한 의식장애에 기인한 의사결정능력의 장애상태'가 위치할 수 있는지는 현재 정신의학 분야에서 여전히 논란 중이다. 아래의 그림은 알코올이 뇌의 기능

102) Fenwick P., Ibid., 1989, pp.753-754.

에 미치는 영향력 및 그에 따른 인지기능의 장애가 특히 기억장애적 블랙아웃과 반드시 본질적으로 나타나는 것이 아니라 연속체를 이루면서 나타날 수 있고, 기억장애와 다른 인지기능의 장애가 중첩적으로 병존할 수 있음을 보여준다.



[그림 2] 혈중알코올 농도의 증가에 따른 장애¹⁰³⁾

103) 2018년 10월 업데이트된 미국의 국가 알코올 남용 및 알코올 중독 자문위원회(National Advisory Council on Alcohol Abuse and Alcoholism) 자료 참조, <https://www.niaaa.nih.gov> (2019년 11월 9일 최종 접속).

III. 알코올에 미치는 인지기능의 장애와 형법적 평가

이와 같은 태도를 출발점으로 삼는다면 범행관련적 기억이 없다는 주장을 출발점으로 삼을 경우 알코올이 영향을 미치는 정신과 마음(뇌)의 장애의 정도는 다음과 같이 구분될 수 있다. ① 단순 알코올 블랙아웃: 사후적 기억형성의 장애만 초래되었을 뿐 행위 당시에는 모든 인지기능과 의식 상태가 정상이었을 경우 ② 의식장애가 수반된 알코올 블랙아웃: 사후적 기억형성의 장애가 초래되었고, 의식의 장애도 동시에 존재하였던 것으로 인정되는 경우 ③ 인지기능에 장애가 수반된 알코올 블랙아웃: 사후적 기억형성의 장애가 초래되었고, 행위 당시 주변환경에 대한 인식능력의 결핍 또는 주의력에도 장애가 있었던 경우 ④ 의식상실이 수반된 알코올 블랙아웃: 사후적 기억형성의 장애가 초래되었고, 의식장애를 넘어 의식상실(패싱아웃)에 이른 것으로 인정될 경우).

이와 같이 행위자 또는 피해자가 알코올 블랙아웃을 주장하는 경우 당사자가 섭취한 알코올이 단순한 기억상실을 넘어선 다른 장애상태를 인정할 수 있는지 있다면 어떤 장애상태를 인정할 수 있는지에 따라 그 형법적 법효과가 달라질 수 있다.

1. 행위자에 대한 법효과

가. 단순한 블랙아웃(기억상실)

알코올 블랙아웃의 현상학에 관해 널리 확립된 지식에 따르면 기억상실 외의 다른 모든 인지기능은 정상이다. 따라서 단순한 기억상실적 블랙아웃을 주장하는 자의 행위에 대해서는 아무런 실체법상의 법효과가 부여될 수 없다. 이를 행위성, 고의/과실, 책임무능력/한정책임능력의 순으로 살펴본다.

(1) 블랙아웃과 행위능력

오늘날 행위의 본질을 어떻게 이해하더라도 각 행위론의 입장은 형법상 행위가 인정되기 위한 최소한의 전제조건을 ‘사람의 의식에 기초한 외부성’을 요구한다. 이에 따르면 단순한 블랙아웃 판정을 받은 행위자에게 형법상 행위성이 인정될 수 있는지는 블랙아웃 판정이 내려진 행위자에게 의식이 있었는지가 결정적이다. 각성과 외부환경에 대

한 인식으로 정의되는 ‘의식’을 양적으로 측정하는 도구로서, 의학계에서 보편화된 글라스고 혼수 척도(Glasgow coma scale, GCS; “외부 자극에 대해 얼마나 목적지향적(의도적) 반응을 하는가”로서 점수를 부여함)에 의하면 “대화 가능하고 스스로 어떤 행위를 할 수 있으면(E4 V5 M6 = 15점) 의학적으로 의식이 완전한 상태”로 인정된다.¹⁰⁴⁾

이러한 기준에 따르면 “행위자는 다음날 블랙아웃임이 밝혀질 상태에서 멀쩡해 보이며, 정상적으로 판단하고 대화한다. 심지어 운전 등 고도로 숙련된 행위까지도 가능하다. 과거의 기억을 회상해 내는 것도 가능하므로, 행위 당시에는 기억장애 상태에 있지 않다. 다만, 다음날의 기억 손상은 매우 심할 수 있어서 폭력적 싸움을 한 것, 성폭행당한 것 등 평소 같으면 강력한 외상적 기억(trumatic memory)이 되었을 사건까지도 전혀 기억 못할 수도 있다”(NIAAA, 2014). “음주 후 블랙아웃은 행위할 당시의 상태가 아니라 다음날(수면 후) 기억이 남아있지 않는 것이다. 따라서 행위하는 순간에는 블랙아웃인지 여부가 결정되어 있지 않다. 행위자는 깨어 있으므로 작업기억이 지속적으로 유지되고 있어서, 행위하는 순간에 기억의 공백이 있는 것은 아니다. 행위자는 자신의 정체성을 유지하고, 대상을 향한 지향성이 보존된다. 행위 중 글라스고 혼수척도(GCS)로 측정한다면 15점 만점, 의식이 완전한 상태다.”

요컨대, 블랙아웃 판정을 받은 행위자는 행위 당시 자발적으로 의미있는 대화를 하고 싸움이나 성폭행 등 의도적 행위가 가능하므로 의식이 완전한 상태로 인정되고, 따라서 행위성은 부정되지 않는다.

(2) 블랙아웃과 고의/과실의 탈락 여부

블랙아웃 판정을 받은 행위자의 주관적 태도가 사실에 대한 인식 및 의욕인 고의개념을 충족시킬 수 있는지가 문제된다. 앞서 확인했듯이 의식을 측정하기 위해 의학계에서 보편적인 척도로 활용되는 글라스고 척도에 따르면 블랙아웃 판정을 받은 행위자도 행위시에는 완전한 의식 상태임을 인정한다. 의식은 각성과 외부환경에 대한 인식으로 정의된다. 이에 따르면 블랙아웃 판정을 받은 행위자도 행위 당시 주변상황을 인식하고 대화를 나눌 수 있으며 논리적인 사고를 할 수 있다는 사실은 행위자에게 구성요건적

104) 반면에 무의식은 ‘각성이 현저히 감소된 혼수(coma)’ 상태를 일컫기도 하고, 뇌에서 정보처리가 인식됨이 없이 일어나는 상태를 일컫기도 한다(앞의 제2장 참조).

사실에 대한 주관적 인식이 결여되어 있음을 인정할 수 없다. 이러한 점을 기초로 삼으면 단순한 사후적인 기억형성의 장애가 초래되었을 뿐인 행위자가 자신에 의해 이루어진 인식에 기초하여 구성요건적 결과를 실현하고자 하는 의욕에 장애가 있다고는 할 수 없다. 블랙아웃 판정을 받은 행위자에 대해 “외부 자극에 대해 얼마나 목적지향적(의도적) 반응을 하는가”로서 점수를 부여하는 글라스고 척도에 따른 의식의 측정결과 점수가 15점이라면 그 행위는 목적지향적-의도적이기 때문이다. 단순 블랙아웃 판정을 받은 행위자에게 완전한 의식수준이 인정되는 한, 외부적·법익침해적 결과발생에 대한 ‘객관적 예견가능성(인식가능성)’이 인정되는 데에도 아무런 지장이 없고, 더 나아가 이를 척도로 한 ‘객관적 주의의무’ 및 그 의무위반을 내용으로 하는 과실의 부정이 인정될 수 없다.

(3) 블랙아웃과 책임무능력/한정책임능력

주취상태에서 행위한 행위자에 대해 심신장애가 인정되면 형법 제10조 제1항의 책임무능력요건 또는 제2항의 한정책임능력요건의 충족을 조건으로 하여 책임조각 또는 책임(의 임의적) 감경에 해당할 수 있다. 형법 제10조 제1항과 제2항은 공통적으로 생물학적(또는 생물학적-심리학적 내지 정신의학적 판단)요소인 ‘심신장애’를 기초로 하여 그 장애가 원인이 되어 심리학적(심리학적-규범적 판단)요소인 사물변별능력 또는 의사결정능력의 결함상태의 정도에 따라 위 능력의 결여로 평가되면 책임무능력의 법효과가 인정되고, 위 능력의 미약으로 평가되면 한정책임능력의 법효과가 인정된다. 여기서 생물학적 요소인 심신장애사유로서는 독일형법에서 열거되어 있는 네 가지 장애(병적인 정신적 장애, 심각한 의식장애, 정신박약, 그밖에 중한 정신적 이상)를 해석기준으로 삼고 있는데, 알코올 섭취로 인한 주취상태 또는 명정상태는 ‘심각한 의식장애’ 또는 ‘그 밖에 중한 정신적 이상’으로 분류될 수 있다.

이러한 형법적 책임귀속의 요건에 따르면 알코올 블랙아웃 상태의 행위자의 기억상실적 장애상태가 형법의 ‘심신장애’로 인정될 경우 형법 제10조 제1항의 책임무능력요건 또는 제2항의 한정책임능력의 나머지 다른 요건(즉 사물변별능력 또는 의사결정능력의 결여 또는 미약)과 결합하여 책임조각 또는 책임(의 임의적) 감경에 해당할 수 있다.

그러나 앞서 살펴보았듯이 사후적인 기억형성에만 실패한 정도의 단순 블랙아웃 판정은 행위자의 완전한 의식 상태와 의도지향성을 전제로 한다. 이에 따르면 단순히 블랙아웃으로 판정된 행위자에 대해서는 시비선악을 판별할 능력 내지 불법과 적법을 통찰할 능력이라는 의미의 ‘사물변별능력’의 결여나 미약 또는 반대동기를 형성할 능력 내지 행위조종능력이라는 의미의 ‘의사결정능력’의 결여나 미약으로 평가하기 어렵다. 따라서 블랙아웃에 대해서는 형법적 법효과로서 책임조각 또는 임의적 책임(형)감경의 효과가 인정되기 어렵다.

나. 의식장애가 수반된 블랙아웃

알코올의 독성이 책임귀속의 한 요건인 의사결정능력(행위통제능력)의 장애를 수반한 기억형성의 실패를 초래할 경우도 있다. 앞서 살펴보았듯이 최근의 의학적(신경정신 의학적) 연구결과에 따르면 기억형성의 실패라는 블랙아웃 현상은 해마기능의 장애가 그 원인이 된 것이고, 행위통제능력, 즉 행위억제의 실패는 전두엽 수행기능의 장애가 그 원인이 되는 것으로 알려져 있다. 이와 같이 해마기능의 장애와 전두엽 수행기능 장애는 서로 다른 뇌기능에 의한 별개의 현상이지만, 두 가지 현상은 동시에 올 수도 있다. 즉 주취상태에 있는 행위자가 - 사후적으로 기억형성의 실패라는 블랙아웃으로 판정되었지만 - 행위 당시에는 자신이 인식한 사회의 규범의 요구에 따라 규범합치적 행위를 조종해갈 수 없는 경우가 있다. 이와 같이 기억형성의 실패와 행위억제의 실패가 병존하는 경우가 실무에서나 현실에서 가장 대표적인 주취상태와 관련한 사례유형에 해당하는 것은 익히 알려진 사실이다(술에 취해 행위 당시에 대한 기억을 하지 못할 뿐 아니라, 실제로 행위를 수행할 시점에도 스스로 반대동기를 억제하여 행위를 통제하는 것이 불가능할 정도로 만취상태에 있었던 것으로 밝혀진 사례가 이에 해당한다). 이와 같이 행위자가 자신의 욕구추구적 행위를 규범의 요구를 맞출 수 없는 경우 - 블랙아웃 그 자체가 형법적으로 의미있는 법효과와 연결되는 것이 아니라 - 의사결정능력의 결여와 의사결정능력의 미약이 형법상 예정되어 있는 법효과와 결합된다.

(1) 의사결정능력의 미약이 수반된 블랙아웃

한정책임능력으로 - 형법 제10조 제3항의 원인에 있어서 자유로운 행위 요건을 충족시키지 않는 한 - 임의적 책임감경과 결부시킬 수 있다(앞서 살펴보았듯이 독일판례는

한때 혈중알코올 농도 0.2이상은 되어야 한정책임능력으로 인정할 수 있는 것이라는 태도를 취한 적이 있었음).

(2) 의사결정능력의 결여가 수반된 블랙아웃

책임무능력으로 - 형법 제10조 제3항의 원인에 있어서 자유로운 행위 요건을 충족시키지 않는 한 - 책임조각의 법효과가 인정될 수 있다(앞서 살펴보았듯이 책임무능력자로 인정되려면 책임능력판단의 고려사항 중에 하나인 혈중알코올 농도가 0.3이상은 되어야 한다는 것이 과거 독일판례의 태도였음).

다. 인지기능 장애가 수반된 블랙아웃

다른 한편 주취상태에서 행위한 행위자에게 블랙아웃이 초래되었다고 하더라도 그 알코올의 영향이 단순히 기억형성의 장애만 초래하는 것이 아니라 인지기능의 장애가 수반된 경우도 있을 수 있다. 앞서 사례유형과 같이 의식장애를 수반한 블랙아웃의 경우와는 달리 인지기능의 장애를 수반한 경우는 형법적 평가에서 행위자가 행위 당시 심신장애로 인해 ‘의사결정능력’이 결여되었거나 미약했음을 근거로 한 행위자에 대한 ‘책임능력’에 관련한 ‘책임평가’가 문제되기 전에 행위자의 ‘행위불법’의 평가에서 인식적 요소의 결함상태가 있는지를 평가해야 한다. 인식 내지 인지장애여부를 평가할 경우(불법평가)에는 의식의 장애여부를 평가할 경우(책임평가)와는 달리 행위자가 외부세계를 표상하였는지 어떤 지향성을 가졌는지에 초점을 맞춘다. “*지향성은 사물, 특성, 사건들에 대해 관여하고, 표상하고, 추구하는 마음의 힘이다. 일상적 언어에서 의도적(intentional)이라는 말은 내가 행위를 설계하는 것과 관계된다. 그러나 내가 주위의 정보를 수용하는 경우에도 지향(intention)한다는 용어를 사용한다. 나에게 인식되는 세상은 물리적 자극 자체가 아니라 나에게 관계된 어떤 의미를 가진 것(aboutness)이기 때문이다.*”(앞의 제2장 참조). 외부세계의 표상과 지향은 심리학적인 인식의 문제로서 형법은 이를 주관적 요소인 고의 또는 과실의 문제로 다루고 있다.(형법 제13조 및 제14조에서 규정하고 있는 ‘죄의 성립요소인 사실의 인식 또는 불인식’). 이에 따르면 행위자가 사후에 기억장애를 초래할 정도로 술에 취한 상태에서 행위하였을 경우 주변환경적 요소를 인식하지 못하거나 행위상황이나 눈앞에 있는 대상을 식별할 수 없거나 자신의 행위가 야기할 결과를 염두에 두지 않거나 그러

한 결과를 염두에 두었더라도 주의력의 저하로 인해 그러한 결과가 발생하지 않을 것으로 과신해 버릴 수가 있다. 이러한 경우에는 행위자에게 구성요건적 사실에 대한 불인식을 근거로 고의조각이라는 결론이 내려질 수도 있고, 고의인정에 필요한 인식적 요소가 인정되는 경우라도 결과가 발생하지 않을 것이라고 오신함으로써 과실이 인정될 수도 있을 것이다. 더 나아가 과실인정에 필요한 정상의 주의의무위반을 부정할 수도 있다. 형법의 범죄성립요건에 대한 심사과정에서 체계적 사고에 의하면, 의식장애여부에 대한 평가 특히 의사결정능력(행위통제능력)에 결함이 있는지에 대한 평가는 행위자에게 사실인식능력에 결함도 없고 더 나아가 자기 행위의 금지성 여부를 인식할 능력(즉 사물변별능력)도 결여되지 않은 경우, 즉 인식장애가 없는 경우에 비로소 문제된다. 범죄체계적인 관점에서 보면 고의 또는 과실의 탈락에 이를 인지기능의 장애가 있는 것으로 평가된다면 책임무능력 여부에 대한 판단, 즉 의식장애문제가 제기될 필요도 없다.

그러나 행위자가 인지기능의 장애를 수반한 블랙아웃으로 판정되어 행위 당시 고의 또는 과실이 부정될 경우라도 행위자가 사전에 인지기능의 장애상태에서의 위험발생을 예견하였거나 예견할 수 있었음에도 이러한 장애상태를 자의적(자발적)으로 야기한 것으로 인정되면 - 원인에 있어서 자유로운 행위의 책임귀속의 문제를 해결하는 형법규범의 태도와 유사한 논리구조를 기초로 삼아 - 비난의 초점을 원인행위시로 이동하여 원인에 있어서 자유로운 불법행위로 인정하여 그 불법탈락의 효과를 부정할 수 있는지가 논란이 될 수 있다(후술).

라. 의식상실(폐싱아웃)이 수반된 블랙아웃

의식이 상실된 상태의 행위자가 한 행위는 - 수면 중의 행위와 같이 - 행위성이 없으므로 아무런 형법상 책임을 지우기 어렵다.

그러나 이 경우에도 행위자가 의식상실 상태를 스스로 야기한 경우에는 일정한 조건하에서 야기행위(원인설정시의 행위성 인정)를 기초로 한 행위귀속이 가능할 수 있고, 발생한 결과에 대한 고의 또는 과실책임이 인정될 수 있다(후술).

〈표 2〉 블랙아웃(기억형성의 실패)

① 단순 블랙아웃	② 의식장애가 수반된 블랙아웃		③ 인지장애가 수반된 블랙아웃	④ 패싱아웃
인지기능 정상	인지기능 정상	인지기능 정상	인지기능 장애	의식상실
의식 정상	의식장애 (통제능력 미약)	의식장애 (통제능력 결여)	주변상황인식 또는 주의력 결핍	
형법적 법효과 없음	한정책임능력	책임무능력	고의 또는 과실의 부정	행위성 부정

마. 장애상태와 원인에 있어서 자유로운 행위

행위자가 사후적으로 단순한 블랙아웃 판정을 받고 단순 기억형성의 장애만 초래된 것으로 인정될 경우에는 형법적으로 아무런 의미있는 법효과가 인정될 수 없다. 행위자에게는 행위 당시 책임무능력/한정책임능력을 인정할 사유도 없고, 고의 또는 과실을 탈락시킬 요건도 충족하지 못했기 때문이다(위 ①).

다른 한편 행위자가 사후에 블랙아웃으로 판정된 경우라도 행위 당시 의식장애가 있었던 경우에는 의사결정능력이 결여(책임무능력)되었거나 의사결정능력이 미약(한정책임능력)했음을 근거로 형법 제10조 제1항에 의해 책임이 조각되거나 제2항에 따른 임의적 감경의 법효과가 인정될 수 있다(위 ②). 그러나 이러한 경우라도 형법 제10조 제3항은 위험발생을 예견하고 자의적으로 그러한 장애상태(심신장애상태)를 야기한 것이라면, 그 장애상태로 인해 초래되는 의사결정능력의 결함(결여나 미약) 및 그에 따른 법효과(무죄 또는 임의적 형 감경)를 인정할 수 없다. 이 때문에 행위자가 알코올 블랙아웃을 주장하는 경우에도 행위자의 행위에 대한 최종적인 형법적 판단을 위해서는 그 음주행위를 자발적으로 하면서 장차 음주상태 하에서 법익침해에 위험을 발생시킬 것을 예견하였는지를 평가하여야 한다. 이 평가에서 장애상태 야기의 ‘자의성’과 위험발생의 ‘예견’이 긍정되면 행위자의 장애상태가 행위억제력의 결여 또는 미약으로 이어졌다고 하더라도 형법 제10조 제3항에 따라 ‘전 2조가 적용되지 않으므로’ 행위자에게 완전‘책임’이 인정된다.

특히 대법원은 형법 제10조 제3항의 장애상태의 ‘자의’개념을 학설에서와 같이 고의

또는 과실개념으로 해석하지 않고 자발적인 의사로 해석한다. 뿐만 아니라 대법원은 ‘위험발생’이라는 요건과 관련해서도 ‘구체적인 구성요건적 결과발생’이라는 의미로 제한적인 해석을 하지 않고, 음주상태 하에서 행해지게 될 포괄적인 의미의 위험발생으로 해석한다. 만약 ‘위험발생’을 구체적인 구성요건적인 결과발생이라는 의미로 이해한다면, 장애상태를 야기할 시점에서 행위자가 가졌던 고의내용과 장애상태에 돌입된 후 행위자가 가졌던 고의내용이 달라질 경우 어느 고의를 기준으로 하여 형사책임을 지을 수 있을지가 문제될 수 있을 것이다. 특히 장애상태 하에서도 행위자는 사건의 경과에 대한 인식장애는 없으므로(즉 고의는 여전히 인정될 수 있으므로) 원인설정시와는 다른 인식(새로운 고의)을 하면서 행위를 할 수가 있다(예컨대 술에 만취하여 피해자를 상해하려는 고의를 가졌지만, 실제로 명정상태에서 행위할 경우에는 살해의 고의를 가질 수 있다). 이러한 경우 형법 제10조 제3항의 ‘위험발생’을 대법원의 태도와 같이 이해하면 원인에 있어서 자유로운 행위의 요건을 충족시키는 것이므로 행위자에 대해 살인죄의 불법을 근거로 책임귀속이 가능하게 된다.

뿐만 아니라 대법원은 ‘예견’요건의 해석과 관련해서도 위험발생을 현실적으로 ‘예견’했던 경우뿐 아니라 예견은 못했지만 예견할 수 있었던 경우, 즉 ‘예견가능성’을 포함하는 것으로 해석하고 있다. 문리적 해석상 ‘예견가능성’에 ‘예견’을 포함시킬 수 있음은 당연하지만, 그 반대인 ‘예견’에 ‘예견가능성’을 포함시키는 것은 문리적 해석에 정면으로 반할 수 있다. 하지만 대법원은 목적론적 해석을 통해 ‘자발적인’ 음주자에 대한 형사책임의 탈락 또는 감경 기회의 원천봉쇄라는 형사정책적 목적을 달성하고자 한다. 이러한 형사정책적 목적은 입법자에 의해 더욱 가시적으로 표현되었다. 즉 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제20조¹⁰⁵⁾는 ‘성폭력범죄’의 경우에는 자발적 음주자에 대해 형법 제10조 제3항의 요건충족 없이도 책임탈락이나 감경가능성을 부정하고 행위자의 완전‘책임’을 인정할 수 있음을 선언하고 있다. 이에 따르면 자발적 음주자는 위험발생에 대한 예견은 물론이고 예견가능성조차 없어도 장애상태 하에서 하게 된 성폭력범죄에 대한 형사책임을 지게 된다.

요컨대 음주만취상태 하에서의 행위는 단순 블랙아웃인 경우뿐 아니라 의식장애가

105) 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제20조(형법상 감경규정에 관한 특례) 음주 또는 약물로 인한 심신장애 상태에서 성폭력범죄(제2조 제1항 제1호의 죄는 제외한다)를 범한 때에는 형법 제10조 제1항 제2항 및 제11조를 적용하지 아니할 수 있다.

수반된 블랙아웃의 경우에도 알코올로 인한 장애상태의 야기에 자발성이 인정되는 한, 성폭력범죄의 경우에는 성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법 제20조에 따라 ‘예외 없이’ 완전한 형사책임이 귀속되고, 그 밖의 범죄의 경우에는 형법 제10조 제3항의 요건이 충족될 것을 전제로 행위자에게 완전한 형사책임이 귀속된다.

바. 장애상태의 야기와 그 밖의 위험인수사례

문제는 음주만취자가 책임관련적 의식장애가 아니라 인지기능의 장애로 인해 고의 또는 과실의 탈락 또는 심지어 의식상실(패싱아웃)로 인한 행위성 탈락에 이를 정도의 장애상태에 있었던 경우에도 원인에 있어서 자유로운 행위의 법리와 유사한 법리에 기초하여 행위자의 책임귀속을 인정할 수 있는가 하는 점이다.

원인에 있어서 자유로운 행위와 가장 유사한 법리로서 행위의 초점을 자유로운 원인 행위에 맞추는 법형상으로서 원인에 있어서 불법행위이론(*actio illicita in causa*)이 있다. 원칙적으로 정당방위상황을 귀책적으로(위법하게 비난가능하게) 야기한 경우에는 그 야기자는 상대방의 공격을 일차적으로 피해야 하고, 그 공격을 피하는 것이 불가능한 경우에는 이차적으로 최소한 덜 위험하거나 또는 소극적인 방어행위가 가능하다는 것이 독일 실무의 태도이다.¹⁰⁶⁾ 원인에 있어서 불법한 행위라는 법형상은 이와는 달리 개별 행위상황의 문제, 즉 선행적 도발과 시간적·장소적 연관성의 문제이다. 방어자의 비난가능성을 이유로 정당방위가 제한될 수 있는 경우는 방어자 자신의 선행적 불법이 방어행위와 시간적으로 직접적으로 연결되는 경우에 국한된다.¹⁰⁷⁾ 이와 같은 법리를 고의 또는 과실이 탈락되는 정도의 인지능력의 장애상태를 음주자가 자발적인 음주를 통하여 의도적으로 야기하고 그와 시간적으로 직접적인 연결성을 인정할 수 있는 외부적인 신체적 활동을 통해 직접적으로 불법행위를 수행한 경우에도 야기자의 선행적 불법(원인에 있어서 불법한 행위)을 근거로 하여 불법을 귀속시킬 수 있는지가 문제될 수 있다. 그러나 원인에 있어서 자유로운 불법행위인 경우에는 야기자는 그 선행적 불법상태에서만 아니라 그로 인해 야기된 공격을 방위하는 경우에도 여전히 고의

106) BGHSt 24, 356.

107) 수개의 선행행위들이 있고 그 경우 공격과 방어가 서로 뒤바뀌는 상황에 방어행위와 방어자의 불법의 시간적 직접적 연결성을 인정할 것인지에 대해서는 평가상 어려움이 생겨서 원인에 있어서 자유로운 불법행위의 경우 정당방위권의 제한여부에 관해 견해가 갈린다(이에 관해서는 Drehe/Troendle, Strafgesetzbuch, 46. Aufl., 32/24 참조).

또는 과실은 인정되는 경우로서 그 방위행위의 위법성을 조각할 수 있을 것인지의 문제가 쟁점이 된다. 따라서 만취하여 고의 또는 과실부터가 부정되는 장애상태 하에서의 음주자는 그 장애상태 하에서 행해진 불법을 구체적으로 의도하거나 인식할 수 있었다고 하더라도 실제로 행위 당시에는 고의 또는 과실부터가 부정되므로 이 경우는 원인에 있어서 자유로운 불법행위의 구조와 동일시하기가 어려운 것으로 보인다.

두 번째 사례유형인 음주자가 자발적인 음주를 통하여 행위성마저 탈락되는 장애상태(폐쇄아웃)를 의도적으로 야기한 경우에도 야기자의 선행적 불법(원인에 있어서 불법한 행위)을 근거로 삼아 야기자에게 형사책임을 귀속시킬 수 있는지가 문제될 수 있다. 무의식의 경우 자동증(automatism)적 반사행위라는 일반화된 사례유형의 경우와 유사하다. 이 경우는 행위성이 부정되지만, ‘위험인수’가 인정될 경우 위험인수를 이유로 책임을 근거지을 수도 있다. 예컨대 어떤 주체가 위험한 상황 속으로 조작적으로 진입해 들어가 자동증적 반사행위상태가 되어 순간적으로 잘못된 대응을 하거나 올바른 대응을 수행할 수 없었던 경우, 그 주체는 그 상황을 인수함으로써 ‘허용된 위험’의 한계를 넘어서는 것으로 볼 수 있다.¹⁰⁸⁾ 이와 유사하게 수면상태에 빠져 완전한 무의식에 이른 주체의 경우도 그 무의식 상태 하에서는 자기 행위를 의식적으로 체험할 가능성이 결여되어 행위성이 인정될 수 없지만, - 자동증의 경우에 그러한 상황의 인수를 통해 책임귀속이 가능하듯이 - 위험상황의 인수가 인정될 경우에는 책임귀속이 가능하다. 잘 알려져 있는 예로서 술에 취하거나 수면제를 먹고 좁은 침대에서 젓먹이와 같이 누운 모(母)가 수면 중에 몸부림을 쳐서 그 젓먹이를 압사시킨 경우가 있다. 이러한 맥락에서 볼 때 술에 만취하여 무의식 상태에 이른 경우라도 그 무의식 상태 하에서의 위험을 자발적으로 인수하고 자발적으로 만취상태에 이른 경우라면, 형사책임을 가능성을 배제하기 어렵다. 하지만 현행 형법상 이러한 경우 비난가능성은 존재하지만, 행위성조차도 긍정될 수 없는 경우 - 간접정범의 법리와 유사하게 자기 자신을 처벌되지 않는 도구로 이용한 점을 근거로 삼든, 아니면 위험인수를 통한 책임귀속을 근거지우든 - 그 주체에게 어떤 형사책임을 지워야 할 것인지에 대한 법적 근거를 찾기는 어렵다. 독일형법 제323a조와 같이 일반적인 명정죄(Rauschtat)의 구성요건(독자적 구성요건)이 없는 한,¹⁰⁹⁾ 단순히 음주를 하면서 위험을 인수한 것만을 기초로 삼아서 주체에

108) Jakobs, AT, 6/39.

109) 독일 형법 제323a조의 구성요건은 ‘고의 또는 과실로 음주하거나 다른 환각물질을 섭취하여 명정상태에 빠지게

게 적용될 구성요건을 특정할 수 없기 때문이다.

2. 피해자 블랙아웃과 준강제추행죄(또는 준강간죄)의 성립여부

성범죄의 피해자가 술에 취해 기억이 없다고 하는 경우가 피고인에게 준강간죄(또는 준강제추행죄)의 성립이 인정될 수 있는지가 문제된다. 이 문제는 피해자의 블랙아웃이 형법 제299조의 준강간죄 또는 준강제추행죄의 요건 중 “심신상실” 또는 “항거불능”에 해당하는지에 달려있다. 이를 판단하기 위해서는 알코올 블랙아웃을 주장하는 피해자의 정신 또는 마음(의식) 상태에 어떤 장애가 인정되는지가 확인되어야 한다. 이에 대해 답하기 위해서는 심신상실 또는 항거불능 개념에 대한 구체화가 이루어져야 한다.

가. 심신상실 또는 항거불능의 해석론

준강간죄(준강제추행죄)는 “정신적 또는 신체적 사정으로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 사람에게 성적 자기결정권을 보호해 주는 것”¹¹⁰⁾을 보호법익으로 하고 있다. 따라서 이 죄의 “심신상실”은 성적인 자기결정권을 행사할 수 없는 상태를 일반화한 개념인 “항거불능” 상태의 특수한 예에 해당하는 것으로 이해할 수 있다. 이에 따르면 “심신상실”은 항거불능적 심신상실에 해당하고, “항거불능”은 심신상실 사유 이외의 다른 사유로 인한 항거불능을 가리키는 것으로 볼 수 있다.

그러나 이 죄의 ‘심신상실’은 형법 제10의 적용과 관련하여 책임무능력의 대체어로 실무가 사용해 오고 있는 ‘심신상실’과는 구별해서 해석되어야 한다. 주지하다시피 실무와 학계에서는 책임무능력과 한정책임능력 대신에 각각 ‘심신상실’과 ‘심신미약’이라

된 자가 그 명정상태에서 위법한 행위를 범했을 경우 또는 명정상태로 인해 책임무능력이 되었거나 책임무능력이 배제될 수 없어서 그 위법한 행위로 처벌될 수 없을 경우’를 구성요건으로 하고 있다. 이 구성요건의 경우 행위자의 고의 또는 과실은 명정상태와 관련되고 그 명정상태에서 범하는 위법한 행위와 관련된 것이 아니다. 행위자는 스스로 명정상태에 빠짐으로써 위법한 행위로 나아갈 일반적인 위험성 때문에 처벌되는 것이고(추상적 위험범), 그 상태에서 나아가는 위법한 행위 때문에 처벌되는 것은 아니다. 이 때문에 이 구성요건에서 명정상태 하에서 범하는 위법한 행위는 객관적 가벌성의 조건으로 이해된다(객관적 가벌성의 조건). 뿐만 아니라 행위자가 스스로를 명정상태로 만들 때 미리 자신이 사후에 어떤 범죄라도 범하게 될 것임을 미리 예견할 수 있었을 것을 요구하므로 책임주의원칙과의 조화를 이룬다. 더 나아가 행위자가 명정상태에서 위법한 행위로 나아갈 경우 책임무능력이거나 책임능력이 현저하게 감소되어 있었을 경우뿐 아니라 완전한 책임능력이 인정된 경우에도 이 구성요건에 따라 처벌이 가능하다.

110) 대법원 2000. 5. 26. 선고 98도3257 판결.

는 용어를 대신 사용해 오고 있다. 이러한 용어사용법은 일본 형법 제39조의 심신상실과 심신모약(미약) 개념에서 비롯된다. 문제는 우리 형법의 책임무능력/한정책임능력의 요건과 일본 형법의 심신상실/심신미약의 요건은 그 입법방식이 서로 다른 바, 그 내용에서도 일치하는 것으로 보기 어렵다. 일본 형법은 심신상실자의 행위는 벌하지 아니한다/심신미약자의 행위는 그 형을 감경한다라고 규정하고 있다. 이에 따르면 책임무능력과 한정책임능력은 오직 생물학적 요소(‘심신’의 상실/미약)에 기초하여 규정하고 있는 입법방식을 취하고 있는 반면, 우리 형법은 생물학적 요소(심신장애)와 심리학적인 요소(사물변별능력 또는 의사결정능력)의 혼합적 방식을 취하고 있다.¹¹¹⁾ 형법 제10조에서 생물학적 요소인 ‘심신장애’ 그 자체는 일본 형법에서와 같이 그 정도를 심신‘상실’과 심신‘미약’으로 등급화하지 않고 있으며, 양적으로 구분되어 있는 것은 심리학적인 요소인 사물변별능력 또는 의사결정능력이다(능력의 결여: 제1항, 능력의 미약: 제2항). 이러한 맥락에서 보면 대법원이 형법 제10조의 적용과 관련하여 애용하고 있는 용어구분법인 심신상실/심신미약에서 심신상실은 심리학적인 요소인 사물변별능력 또는 의사결정능력이 결여된 경우를 가리키고, 심신미약은 위 능력이 결여되어 있지는 않지만 미약한 경우를 가리킨다.

이러한 관점에서 보면 형법의 준강간죄(준강제추행죄)의 피해자의 상태인 ‘심신상실’은 행위자의 책임귀속과 관련된 표지인 책임무능력과 동의어가 될 수 없다.¹¹²⁾ 즉 이 죄의 심신상실은 상대방의 성적 요구에 항거할 수 없는 피해자의 정신 또는 마음의 상태를 기술하는 표지로서 독자적으로 해석되는 것이 마땅하다. 즉, 형법 제10조의 심신장애사유 중 모든 정신장애(또는 정신박약)가 아무리 그 정도가 심해도 이 죄의 심신상실에 해당할 수 없다.¹¹³⁾ 형법 제10조의 심신장애의 경우 그것이 (행위자의) 사물변별능력이나 의사결정능력의 결여 또는 감소에 이를 수 있는 경우에 그 장애가 중요성을 가지는 것이지만, 이 죄의 심신상실의 경우 요구되는 정신적 장애들의 경우는 타인의

111) 오늘날의 학문분과의 분류방식을 고려하면, 전단 부분의 ‘심신장애’를 생물학적 요소라고 부르기 보다는 생물학적/심리학적/정신의학적인 요소라고 부르는 것이 타당하고, 후단의 사물변별능력 또는 의사결정능력을 심리학적인 요소라고 말하기 보다는 심리학적/규범적 요소라고 말하는 편이 타당할 것이다.

112) 마찬가지로의 이유에서 미성년자등 위계등간음죄에서 ‘심신미약’도 행위자의 책임귀속과 관련된 표지인 한정책임능력과 동의어가 될 수 없다.

113) 통상적으로 심신장애로 판단할 수 있는 단서를 병적인 정신장애, 정신박약, 심한 의식장애, 그 밖의 중한 정신적 이상으로 구분하는 바, 정신장애와 정신박약 부분에는 정신의학적인 측면이 강조되고, 심한 의식장애나 그 밖의 중한 정신적 이상(변종)에는 심리학적인 측면이 강조되어 있다.

성적 요구에 대한 (피해자의) 항거능력의 상실에 이를만한 장애를 말하기 때문이다. 이에 따르면 정신장애가 단순히 존재한다는 사실 그 자체만으로 항거불능 상태에 이르기에는 충분하지 않다고 말할 수 있다. 정신적 장애가 있는 자와의 성적 접촉이 항상 처벌가능하다면, 정신적으로 장애 있는 사람은 동시에 자기 자신의 성에 대해서 모든 처분의 자유가 박탈되는 결과가 되기 때문이다. 같은 맥락에서 예컨대 정신박약과 관련해서 지능지수가 매우 낮은 자가 행위자인 경우 심신장애 사유에 해당하는 것은 별론으로 하더라도 피해자인 경우에는 정신박약에 해당하는 것만으로는 부족하고 여기에 상대방의 성적 요구에 대한 항거불능의 상태라는 요건이 추가적으로 충족되어야 한다. 뿐만 아니라 형법 제10조의 심신장애의 한 요소로 분류되는 ‘심각한 의식장애’는 준강간죄의 등의 보호법익의 맥락에서 보면 형법 제10조에서의 심신장애와는 달리 실신 또는 수면과 같은 완전한 의식 없음의 상태도 포함한다. 그러나 형법 제10조에서의 심신장애는 이러한 무의식의 상태는 포함하지 않는다(이미 행위성부터 부정되기 때문임). 정신장애가 정신병이나 중독질환 등에 해당하는 경우의 정신장애의 경우는 그 중합의 정도가 한정책임능력의 심신미약의 경우와 비교하여 더 높은 정도가 되어야 하겠지만, 성적행위와 관련한 항거불능적 심신상실이 되기 위해서는 제10조의 정신장애의 경우와 같이 넓은 의미의 인격구조의 파괴 내지 손상까지 이를 필요는 없다. 위와 같은 관점에서 보면 이 죄의 심신상실은 형법 제10조의 심신장애 개념보다 좁은 측면도 있고 넓은 측면도 있다.

문제는 심신이 상실되었다고 하기 위해서는 ‘정신과 마음’에 어느 정도의 장애가 있어야 하는지에 있다. 이와 관련해서는 통상적으로는 심신상실을 해석함에 있어 “사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없는 것에 제한되지 않고, 수면중 또는 일시 의식을 잃고 있는 사람도 여기에 해당한다”는 정도에 그치고 있다. 그러나 엄밀히 말해 앞부분의 ‘사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력’은 생물학적 요소 및 신경정신의학적 요소인 ‘심신’의 장애와 관련성이 있는 것이 아니라 심리학적 요소를 기초로 한 규범적 평가의 문제이므로 심신의 장애 정도를 판단함에 있어 위 능력을 기초로 심신상실 여부를 판단하는 것이 아니라 거꾸로 심신의 장애를 기초로 위 능력의 결여를 판단하므로 위와 같은 해석방법은 현행법의 해석론으로서 지지되기 어렵다. 준강간죄의 등의 ‘심신상실’을 “정신장애 또는 의식장애 때문에 성적 행위에 관하여 정상적인 판단을 할 수 없는 상태”로 해석¹¹⁴⁾하고 있는 대법원의 태도는 전체 맥락에서 보면 위와 같은

정신장애 내지 의식장애의 정도를 등급화하면서 심신'상실'의 경우는 매우 높은 등급의 정신 또는 의식의 장애를 요구하려는 태도를 유지하고 있는 것으로 보인다. 그러나 대법원의 위 심신상실에 관한 개념 정의에서 수궁할 수 없는 부분도 분명히 있다. 즉 그 장애의 등급을 표현함에 있어 '정상적인 판단을 할 수 없는 상태'라는 표현에는 성적 행위의 불법성과 적법성에 관한 '판단'을 의미하는 형법의 '사물변별'을 의미하는 것으로 오해될 소지가 다분히 내포되어 있기 때문이다. 이 때문에 성적 행위를 방어하려는 의사를 형성할 수 없는 상태라고 표현하기 위해서는 '의사결정'능력의 결여 또는 정상적인 '행위통제'능력이 결여된 상태라는 표현으로 바꾸는 것이 심신상실이라는 용어와 보호법익과의 관계를 더 정확하게 나타낼 수 있을 것으로 보인다.

결론적으로 형법상 준강간죄(또는 준강제추행죄)의 구성요건의 하나인 심신'상실'에 해당하는 전형적인 경우는 완전한 의식상실(수면, 실신, 또는 알코올에 취하여 의식을 잃은 상태인 패싱아웃 등)을 가리킨다. 이러한 의미의 의식상실은 행위개념과 결부지워 말하자면, 형법상 행위성을 인정받기 위한 최소한의 요건인 의식조차 없는 경우에 해당하므로 - 형법 제10조의 적용과 결부지어 말하면 - '심신장애'외도 독립적이고 심신장애로 인한 사물변별능력 또는 의사결정능력의 결여 상태에 해당한다고 할 수도 없다. 형법 제10조의 심신장애로 인한 사물변별능력 또는 의사결정능력의 결여자(책임무능력자)는 의식이 있어서 행위성의 요건을 충족시키고 있을 뿐 아니라 고의 또는 과실요건도 충족할 수 있기 때문이다. 이 죄의 '심신'상실에서 '심신'도 정신(정신의학적 개념)과 의식 내지 마음(심리학적 개념)을 의미하므로 이 한도 내에서는 총칙상의 '심신'장애에서의 심신개념과 다르지는 않다.

물론 준강간죄(또는 준강제추행죄)의 '심신'상실을 위와 같이 의식의 '상실'만으로 좁게 해석할 필요는 없다. 성적 자기결정권을 정상적으로 행사할 수 없는 정신상태 또는 마음의 상태는 당사자가 자신의 행동을 통제할 능력, 보다 정확하게는 저항하려는 의사를 결정하여 그에 따른 반항 행동을 제대로 할 수 없는 상태라고 할 수 있기 때문이다. 이에 따르면 행위통제능력 내지 의사결정능력의 결여에 이를 정도의 심신장애상태를 심신'상실'상태라고 일반화할 수 있다. 즉 일반적으로 '심신'의 장애는 의사를 결정할 능력을 발휘할 수 없을 정도의 장애와 그러한 능력이 전적으로 없지는 않지만, 그 능력이

114) 대법원 2001. 9.14. 선고 2001도3490 판결 참조.

상당한 정도로 저하될 정도의 장애로 나눌 수 있다.

이러한 구분법에 따르면 심신장애가 의사결정능력의 결여에 이른 경우를 심신상실이 라고 할 수 있고, 의사결정능력이 전적으로 결여되지는 않았지만 현저히 저하된 경우를 심신미약이라고 부를 수 있다(양자의 구분에 결정적인 것은 심신장애의 정도가 아니라 의사결정능력의 정도 문제이다). 이러한 구분을 성범죄 피해자의 상태에 대입시켜보면, 피해자가 완전히 의식을 잃은 경우(의식상실)가 아니라, 성적 자기결정권을 정상적으로 행사할 수 없는 - 의식상실이외의 - 심신상실의 상태에 포함시킬 수 있는 예에는 다음과 같은 경우를 포함시킬 수 있다. 즉 음주나 약물로 인한 쇼크 상태, 수차례 강간이후의 완전한 탈진상태¹¹⁵⁾ 또는 Apathie(사고나 쇼크 후 후유증으로 인한 무감각 상태)¹¹⁶⁾나, 놀람, 공포/경악 등 때문에 저항의사를 형성하지 못하는 경우도 준강간죄(또는 준강제추행죄)의 심신상실에 해당할 수 있다.¹¹⁷⁾

준강간죄등의 다른 구성요건요소인 ‘항거불능’ 상태는 심신상실, 즉 정신적/심리적 장애 이외의 장애에 의해 성적 자기결정권을 행사할 수 없거나 현저히 곤란한 피해자의 상태를 말한다.¹¹⁸⁾ 주로 육체적 장애 또는 방해(장애물)가 여기에 해당한다. 심신상실 사유가 의사를 형성할 능력이 문제되는 반면, 그 외의 항거불능사유는 의사‘형성’능력이 문제될 경우도 있고 의사‘활동’(즉 행위통제능력)의 능력의 결여 또는 현저한 장애가 문제될 경우도 있다. 신체적 질병 또는 생물학적 종류의 장애(마비) 또는 결박과 같은 상태가 전형적인 의사활동능력의 결여 또는 현저한 장애 사례에 해당한다. 피해자가 맞서는 의사를 형성하거나 표현할 수 없어서 결국 저항이 불가능한 상태 외에도 대법원의 태도와 같이 저항이 “현저하게 곤란한 경우”도 포함시킬 경우 강간죄등의 경우 폭행 또는 협박과 같은 정도의 유·무형력 하에 있는 피해자의 상태와의 구별이 문제될 수 있다. 강간죄등의 경우에는 반항을 현저하게 곤란할 정도는 행위자가 폭행 또는 협박을 통해 그러한 피해자의 상태를 야기하는 경우에 해당하고, 준강간죄등의 경우에는 행위

115) BGH NStZ-RR 08, 339.

116) Thomas Fischer, Kommentar zum StGB, 64. Auflage 2017, § 179.

117) 이러한 경우를 후술하듯이 - 분류상 - ‘항거불능 상태’로 분류할 수도 있다. 공포, 경악 등의 정신적 혼란상태에 있었던 경우 피해자가 피고인의 행위가 성적(성적) 행위를 알고 있었던 경우에도 이에 대한 반항이 현저하게 곤란한 상태에 있었다고 인정한 경우도 있다. 대법원 2009. 4. 23. 선고 2009도2001.

118) ‘항거불능’의 상태라 함은 심신상실 이외의 원인으로 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다. 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도2631 참조.

자의 적극적 행위를 통해 그러한 상태가 만들어지는 경우가 아니라 피해자가 처음부터 다른 사유에 의해 그러한 상태에 이미 처하게 된 경우에 해당하는 점에서 차이가 있다고 할 수 있을 뿐이다. 이 때문에 피해자의 반향이 현저하게 곤란하지 않지만 행위자가 그러한 상태를 촉진하여 현저하게 곤란한 상태로 악화시키거나 피해자가 단지 신체적으로 열세가 되어 행위자에 대한 두려움 때문에 저항을 포기한 경우에는 준강간죄(또는 준강제추행죄)의 항거불능에 해당하지 않고 경우에 따라 강간죄(또는 강제추행죄)의 성립만 가능하다고 해야 한다.

나. 알코올 블랙아웃과 심신상실 또는 항거불능 상태의 여부

피해자가 범행 당시를 기억할 수 없을 정도로 술에 취한 상태인 경우 심신상실 또는 항거불능 상태인지를 판단함에 있어서도 행위자에 대한 행위평가를 할 경우— 즉 형법 제10조의 심신장애 및 그로 인한 의사결정능력의 결여 또는 미약이 있었는지를 평가할 경우— 와 평행되게 피해자의 정신 또는 마음의 장애의 정도를 구분하여 평가하여야 한다. 이 경우 결정적인 물음은 - 앞서 행위자에 대한 행위평가의 경우 의사결정능력의 ‘결여’와 ‘미약’을 구분할 경우와 마찬가지로 - 피해자가 기억형성의 실패 외에도 행위 당시 상대방의 성적 요구에 대해 성적 자기결정권을 행사할 수 없을 정도로 행위통제능력 내지 의사형성능력(및 의사실행능력)의 장애가 있었는가, 있었다면 어느 정도의 장애가 있었는가 하는 점이다.

(1) 단순한 블랙아웃이었던 경우

알코올이 기억형성의 실패만을 야기한 이른바 단순 블랙아웃 판정을 받은 경우에 행위자는 기억장애 외에 모든 인지기능이나 의식 상태에서 정상성을 보인다. 따라서 단순 블랙아웃만으로는 심신상실 또는 항거불능의 상태에 포섭될 수 없다. 피해자에게는 의식이 여전히 있었고, 사건 당시의 상황을 이해하고 있었고 의사결정능력도 존재하였으므로 성적 자기결정능력의 행사가 불가능한 상태에 있지 않았기 때문이다. 이러한 관점에서 보면 일차적으로 피해자의 저항이 없었거나, 피고인이 피해자의 저항을 억압하거나 현저하게 곤란하게 하는 폭행 또는 협박을 사용하지 않은 이상, 피해자는 상대방의 성적 행위에 동의한 것이지만 그 동의에 따른 성적 행위에 대한 기억을 형성하는데 실패한 것으로 볼 수밖에 없다. 이러한 경우 행위자에 대해서 준강간죄(또는 준강제추행

죄)의 죄책을 인정할 수 없다.

(2) 피해자가 패싱아웃 상태였던 경우

피해자가 단순 블랙아웃 판정을 받은 것이 아니라 술에 취해 수면상태에 빠지는 등 의식을 상실한 경우에는 사후적으로 기억형성의 실패를 수반한 패싱아웃 상태로 판정될 수 있다. 앞서 살펴보았듯이 이 경우는 피해자가 전형적인 심신상실의 상태에 빠진 경우(즉 수면상태와 같은 의식상실)에 해당한다. 따라서 패싱아웃 상태의 피해자와 성적 행위를 한 경우에는 준강간죄(또는 준강제추행죄)의 성립에 아무런 문제가 없다.

그러나 피해자가 성적 행위에 동의를 하였지만 그 후에 피해자가 술에 취해 패싱아웃 상태에 빠진 것이라고 주장하는 경우에도 준강간죄등의 성립을 인정할 것인지가 문제된다. 이와 같은 경우는 동의 행위시와 심신상실(의식상실)의 상태에서 그 상태를 '이용'하여 성적행위를 한 경우를 하나의 행위로 평가할 수 있는지 아니면, 후자의 행위를 별개의 행위로 평가해야 하는지가 관건이다. 형법상 행위평가는 구성요건실행 행위를 기준으로 평가하지만 동의 후에 피해자가 수면상태에 빠진 경우를 별개의 행위로 보아, 그 심신상실 상태에 빠진 자의 성적 자기결정권을 침해하는 행위로 독자적으로 평가할 수는 없다. 민법상 법률행위(승낙)는 취소가 가능하지만, 형법적 행위평가의 경우 일단 이루어진 사실상의 동의는 - 그 이후에 알코올에 영향을 받아 자유로운 의사형성을 할 능력이 없었다는 점을 이유로 - 소급적으로 취소될 수 없기 때문이다. 따라서 피고인의 주장이 입증될 수 있는 한, 동의 후 패싱아웃 상태에 빠진 경우 피해자가 아무런 기억을 할 수 없는 블랙아웃을 주장하더라도 준강간죄(또는 준강제추행죄)의 성립을 인정할 수는 없을 것이다.

(3) 피해자가 패싱아웃은 아니었지만 행위통제능력이 결여된 경우

피해자가 의식상실 상태에 빠져 있지는 않지만 알코올의 영향으로 심리적으로 의사를 형성할 능력이나 행위통제능력이 상당히 위축되는 경우가 있다. 이러한 경우는 알코올이 피해자의 뇌기능을 포박하여 상대방의 성적 자기결정권 침해행위에 맞서려는 반대행동으로 나오는 저항력을 현저하게 저하시키는 의식 상태가 된다. 이러한 경우는 행위자를 기준으로 보면, 책임무능력의 경우 알코올에 의한 심신장애 및 그로 인한 의사결정능력의 결여 상태와 상응한다. 음주나 약물로 인한 쇼크 상태에서 저항할 수 없

거나 저항이 현저하게 곤란해진다면 피해자가 항거불능 상태에 빠진 경우라고 할 수 있다. 피해자가 이러한 상태를 분류상 의식상실 외의 ‘심신상실’ 상태라고 할 수도 있고, 심신상실 외의 ‘그 밖의 항거불능’ 상태라고 할 수도 있음은 앞서 본바(각주 117 참조)와 같다. 대법원은 ‘항거불능’의 상태를 ‘심신상실’ 이외의 원인으로 해석하면서도 동시에 “심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우”(대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도2631 참조)를 항거불능 상태로 해석하고 있는데, 대법원이 말하는 ‘심신상실’을 ‘의식상실’로 이해하고, ‘심리적으로’ 반항이 현저히 곤란한 경우를 알코올로 인한 심신장애(의식장애)에 기인하여 행위통제능력이 결여된 경우로 본다면, 행위통제능력의 결여를 수반한 알코올 블랙아웃 피해자의 경우 - 그것을 항거불능개념으로 포섭하든 심신상실의 개념으로 포섭하든 - 결론적으로는 피고인에 대해 준강간죄(또는 준강제추행죄)의 성립을 인정할 수 있을 것이다. 이에 따르면 피해자가 술에 취해 기억이 없다고 주장할 경우 이를 ‘단순 블랙아웃’(무기억+유의식)으로만 이해하여 피해자의 성적 자기결정권의 행사가 자유롭게 행하여진 것이고 따라서 피고인에 대한 준강간죄등의 성립을 쉽게 부정해서는 안될 것으로 보인다. 앞에서 여러 번 강조하였듯이 술에 취해 피해자의 기억이 없다는 주장은 ‘단순 블랙아웃’인 경우에만 해당하는 것이 아니라 행위통제능력의 결여(←심신장애 또는 항거불능←의식장애)를 수반한 블랙아웃에도 해당할 수 있는지에 대한 법원의 판단이 보다 심도 있게 이루어져야 한다. 또한 피해자의 ‘항거불능’ 상태가 ‘심리적 또는 물리적으로 항거가 현저히 곤란한 경우’를 의미하고, 나아가 이러한 상태는 피해자의 알코올 블랙아웃 판정 여부와 무관하게, 또 알코올 블랙아웃을 애당초 전제하지 않고서도 얼마든지 야기될 수 있는 이상, 항거불능 상태 여부는 알코올의 독성이 피해자의 행위통제능력에 미친 심리적·물리적 영향력과 관련하여 별도로 충분한 검토가 이루어질 필요가 있다. 특히 이러한 점을 염두에 둔다면 ‘단순 블랙아웃’ 상태라고 하더라도, 사안에 따라서는 피해자의 입장에서 적극적 항거가 심리적 또는 물리적으로 현저하게 곤란할 경우가 얼마든지 있을 수 있다는 점을 완전히 배제할 수는 없다고 볼 여지도 얼마든지 존재한다. 따라서 법원이 성범죄의 피해자가 술에 취해 항거불능 상태에 빠진 경우라고 할 수 있는지를 판단함에 있어서는 ‘피해자의 음주량, 음주시간, 평소주량, 술에 취한 정도, 음주시점과 행위시점 사이의 시간적 간격, 더 나아가 블랙아웃을 경험한 횟수, 사건 전후의 피해자의 - 평소의 인격 및 행동반경을 벗어난 - 이상행동의 여부, 나아가 피해자의

음주량 및 술에 취한 정도가 피해자의 심리적·물리적 방어력에 미친 영향력 등을 기초로 한 종합적인 판단이 요구된다. 이러한 종합판단에는 특히 심리학을 기초로 한 감정 전문가(법심리학)의 감정소견이 뒷받침되어야 함은 물론이다. 특히 이 경우 피고인 측이 제출한 - 피해자에게 불리하게 작용하는 내용의 - 감정소견을 법원이 배척할 경우에는 그 감정소견의 주장을 요약하면서 논증의 방식으로 반대논거를 제시하여야 할 것이다. 이에 관해서는 후술한다.

(4) 행위통제능력이 미약한 경우

알코올 블랙아웃을 주장하는 피해자에게 의식장애상태가 인정될 수 있지만 의사결정 능력이 결여된 것으로 평가할 수는 없고 그 능력이 단순히 약화되었을 뿐인 경우 ‘그 밖의 항거불능’ 상태로 포섭될 수 있는지가 문제된다. 생각건대 성적 자기결정권을 행사할 수 없을 정도의 의사결정능력의 장애상태가 블랙아웃에 수반하여 만들어질 수는 있지만, 그러한 의사능력이 단순히 약화되었을 경우까지를 ‘항거불능’ 상태로 인정할 수는 없다. 이 점은 대법원의 해석태도와 같이 항거불능에 ‘저항이 현저히 곤란한 상태’까지 포함하여 해석하더라도 마찬가지이다. 항거불능의 개념해석상 영미식으로 ‘명백한 동의’(consent)가 없을 경우까지를 포괄적으로 ‘항거불능’이라고는 하기 어렵기 때문이다.

물론 의사결정능력이 전적으로 결여되지는 않고 단순히 약화된 자는 - 행위자와 비교할 때 - 심신미약자로 인정할 수는 있다. 즉 블랙아웃 판정을 받은 피해자를 미성년자등간음죄(또는 추행죄)의 ‘심신미약자’에 포함시킬 수는 있다. 특히 이 구성요건의 다른 행위객체인 ‘미성년자’와 ‘심신미약자’와 비교하면 ‘심신미약자’의 경우는 생물학적으로 성적 정체성을 이해할 능력이 성숙되지 못한 경우이므로 심리학적 의미의 의식장애가 있는 자 보다는 정신장애가 있는 경우로 해석될 여지가 있긴 하다. 그러나 술에 취해 블랙아웃을 겪은데 더하여 의사결정능력까지 미약해진 경우를 심신미약자에 포함시킨다고 하더라도 이 구성요건은 준강간죄(또는 준강제추행죄)의 경우와는 달리 ‘위계 또는 위력’을 추가적으로 요구하고 있으므로 블랙아웃 상태의 피해자에 대해서 이 구성요건을 적용하기는 어려울 것으로 보인다. 이와 같이 준강간죄(준강제추행죄)가 의사결정능력의 ‘저하’된 경우까지를 포섭할 수 있도록 하기 위해서는 해석론으로는 분명한 한계가 있다. 따라서 준강간죄(또는 준강제추행죄)의 구성요건에 항거‘불능’ 외에도 항

거‘곤란’ 등과 같은 새로운 요건을 추가적으로 요구하지 않는 한, 의사결정능력이 약화되었을 뿐인 심신미약 상태의 피해자와 성적 행위를 한 행위자의 불법을 근거지을 수는 없다고 할 것이다.

제6장

알코올 블랙아웃과 절차법적

쟁점



제1절 알코올 블랙아웃 현상과 법원의 판단



I. 신뢰성의 문제와 장애의 범위 문제

범행 후 행위자가 범행에 관해 기억이 없다는 주장은 책임조각 또는 책임감경 등 기억상실 주장을 통해 얻을 것이 많다는 것이고, 그 결과 기억상실 주장은 거짓으로 꾸며낸 것일 가능성이 높다. 성범죄의 경우 피해자의 알코올 블랙아웃 주장도 마찬가지이다. 피해자의 알코올 블랙아웃 주장이 합의에 의한 성적 행위이나 자기통제능력이 장애를 받은 상태 하에서의 성적 행위이나에 따라 준강간/준강제추행의 성립으로 귀결되기 때문에 피고인을 불리하게 만드는 동시에 피해자는 자신의 행동에 대한 변명의 구실로 삼을 수 있기 때문이다. 이 때문에 행위자가 범행관련적 기억상실을 주장하는 경우 포렌직 정신의학자의 감정이 필수적이다. 그러나 알코올 블랙아웃의 경우는 이미 기억상실을 야기하는 인자가 소멸된 상태에서 당사자의 진술만 있는 것이 보통이므로 그 입증이 사실상 불가능한 경우도 많다. 알코올 블랙아웃이 발생하고 있음은 두통을 앓고 있는 것을 외부에서 알아차릴 수 없듯이 관찰도 불가능하다.¹¹⁹⁾

생각건대, 형사절차에서 알코올 블랙아웃이 주장될 경우 두 가지 문제를 구별하는 것이 바람직하다. 첫째, 자신이 알코올 블랙아웃 상태였다(기억이 없다)고 주장하는 피고인 또는 피해자의 발언에 대한 신뢰성 문제이다. 이러한 신뢰성 판단에서는 전문감정인의 감정소견이 기초되어야 한다. 둘째, 알코올 블랙아웃이라는 피고인 또는 피해자의 주장이 단순한 기억상실적 블랙아웃을 의미하는지 아니면 다른 인지기능의 장애, 특히 의식의 장애가 초래된 것인지가 문제될 수 있다. 이와 같이 알코올 블랙아웃이 초래하는 장애의 ‘범위’를 확인하기 위해서도 전문감정인의 감정소견은 필수적인 것처럼 보인다.

119) Reagan R. Wetherill /Kim Fromme, Ibid., pp.922-935.

1. 신뢰성 문제

기억상실이 주장되는 경우 기억상실을 야기한 인자가 무엇인지에 따라 기억상실의 내용 및 진단방법도 달라진다. 해리성 기억상실은 순수 심리학적 원인에 기인하기 때문에 심리학적 또는 정신분석적 진단이 요구되며 진단하기도 어려운 반면,¹²⁰⁾ 유기적 기억상실은 외인성 요인이 주종을 이루기 때문에 정신의학적 진단이 요구되며, 상대적으로 진단이 용이한 측면이 있다.

특히 유기적 기억상실을 진단하기 위한 핵심적 척도는 구조적이고, 형태학적으로 입증 가능한 뇌손상 또는 일시적인 뇌기능장애(특히 정보의 인코딩, 저장 또는 접근을 어렵게 저해하는 뇌기능 장애)를 입증하는 것이다. 이러한 기억장애는 서로 다른 요소들을 통해 그리고 서로 다른 질환형성요인에 의해 초래될 수 있다. 두개골 트라우마, 뇌종양, 뇌졸중 발작, 치매성 질병, 알코올 독성적으로 조건지워진 기억상실적 신드롬, 섬망(delir), 심각한 약물 또는 알코올 중독, 뇌의 감염성 질병, 간질, 몽유병, 일과성 기억상실증 등이 주된 요인들이다.

오늘날 유기적 기억상실의 진단을 위해서는 이미지화된 과정(컴퓨터 단층촬영, 자기공명단층촬영)뿐 아니라 전자생리학적 방법 또는 전형적인 상황과 진행경과에 관한 지식(예컨대 일시적인 개괄적 기억상실의 경우) 등이 동원되고 있다. 상대적으로 최근에 시도되고 있는 진단방법으로는 피부저항변경측정이 진짜와 가짜를 구별하기 위해 투입될 수 있다고 한다. 이에 따르면 진짜 기억상실 사례들에서는 피부저항에 대한 변화의 측정으로 자서전적으로 관련있는 자극에 대해 피실험자가 민감하게 반응한다고 한다. 특히 이 방법은 피실험자가 사건에 대해 말하고 싶지 않은 구체적인 지식을 가지고 있는지를 확인하기 위해서도 사용된다고 한다(이른바 guilty knowledge tests).

그러나 유기적 기억상실의 한 종류로서 가장 넓고 빈번하게 주장되고 있는 알코올 블랙아웃 판단이 형사재판에서 쉽게 확인될 수 있는 것은 아니다. 앞서 살펴보았듯이

120) 뉴런베르크 재판에서 루돌프 헤스가 제3제국시대의 만행에 대해서 기억할 수 없다고 한 것이 대표적이다. 미국의 전문가들은 사례를 분석한 뒤 헤스가 히스테리 때문에 - 오늘날 우리는 이를 해리상태라고 할 수 있을 것이다 - 사실상 심각한 기억장애를 겪었다고 결론 내렸다. 헤스 스스로가 나중에 기억상실이라고 속였다고 자백한 것은 교훈적으로 보인다. 스트레스, 주변 외상성 해리 또는 억압 등 이론적인 해명 시도들이 있지만, 경험적으로 기초된 지식을 고려할 때 범행과 관련된 기억상실의 등장에 대한 확실한 해명은 아니라고 할 수 있다.

알코올 블랙아웃은 일과성 기억상실과도 유사하기 때문에 주장자가 수사단계에서나 법정에서 블랙아웃을 주장할 때 이미 블랙아웃의 증상은 사라지고 없기 때문이다. 즉 형사법정에서 알코올 블랙아웃이 주장되는 시점에서는 알코올의 독성화 때문에 인코딩(기호화)되지 않은 범행관련적 정보들만 사라진 것이 아니라 그 정보들을 사라지게 하여 사후적으로 접근불가능하게 만든 인자(알코올의 독성)도 뇌에 남아 있지 않기 때문이다. 따라서 알코올과 관련하여 범행관련적 기억상실이 주장될 경우 가짜주장일 수 있음은 포렌직 전문가에 의해서도 판단되기가 어려운 한계가 있다.¹²¹⁾

다른 한편, 알코올 블랙아웃 주장은 의학적 요소에 의해서도 해명될 수 있고 근거지워질 수 있는 측면도 있다. 이러한 관점에서 의미있는 진단자료는 알코올의 섭취량(또는 다른 약물과의 혼용)이다. 그러나 어느 정도의 알코올 섭취가 블랙아웃을 겪게 만드는지는 개인적인 편차 및 다양한 상황적 변수에 따라 달라진다. 즉 당사자의 평소주량, 음주습관 또는 알코올 외에 다른 음식물의 섭취여부 또는 알코올 외에 다른 약물의 섭취 여부, 음주량과 음주시간 뿐 아니라 유전적 요인 등에 따라 달라진다.¹²²⁾ 특히 알코올 의존증이 있는 자의 경우는 그렇지 않은 자에 비해 소량의 알코올 섭취를 통해서도 블랙아웃을 겪을 수 있다는 보고가 있다. 뿐만 아니라 빠르게 마시고 과도하게 마신 모든 주체들이 블랙아웃을 경험하는 것도 아니라고 한다.¹²³⁾

앞서 살펴보았듯이 오늘날 블랙아웃이 ‘호흡알코올 농도’ 내지 ‘혈중알코올 농도’와 의미있는 상관관계에 있음을 부정하기는 어렵다. 혈중 알코올 농도와 알코올 블랙아웃의 상관관계에 관해서는 앞의 (제5장의) 그림에서 살펴본 바와 같다. 국내 전문영역의 교과서에서도 유사한 상관관계를 인정하고 있다.

121) 해당분야의 문헌에서는 범죄자가 법정에서 기억이 없다고 주장할 경우 그 진위를 판명하기 위해서는 어렵고 복잡한 시도가 존재하고 이러한 시도는 다양한 전문영역(법심리학, 기억심리학, 신경심리학, 임상심리학, 심리학적 진단학)에서의 전문지식을 요구한다고 한다. P. Giger/T. Merten/H. Merckelbach, a.a.O., S. 371.

122) Christal N. Davis/Wendy S. Slutske/Nicholas G. Martin/Arpana Agrawal/Michael T. Lynskey, Ibid., p.1104에 의하면 “위와 같은 다양성을 설명하는 몇몇 요인들은 환경적, 생리학적 그리고 심리학적 요인들을 포함한다. 특히 알코올의 효과에 대한 낮은 민감성은 블랙아웃의 위험을 증가시키에 지속적으로 보여준 하나의 생리학적 요인이다. 알코올의 효과에 대한 낮은 민감성은 혈중알코올 농도를 더 빨리 증가시키는 음주패턴을 채택할 가능성이 더 높는데, 이는 블랙아웃을 경험하는데 더 책임있는 것으로 관계되고 있고, 이는 패싱아웃의 초래와도 연결될 수도 있다. 알코올의 영향에 대한 민감성은 유전적인 것으로 인정되어 왔다. 일부 평가는 유전적 효과가 그 다양성의 60퍼센트를 설명한다고 주장하고 있다. 그러나 알코올에 대한 반응 수준에 관한 연구는 (블랙아웃과 패싱아웃과 같은) 알코올의 진정 효과에 대한 민감성에 대한 정도를 전형적으로 검사하지 않고, 오히려 일반적인 민감성이 유전적 또는 환경적 요소에 의해 영향을 받았을 것”이라고 한다.

123) Hamin Lee/Sungwon Roh/ Dai Jin Kim, Ibid., pp.2783-2792.

〈표 3〉 혈중 알코올 농도와 뇌기능¹²⁴⁾

혈중 알코올 농도/(%)	증상
0.02-0.03	경미한 진정, 정상행동
0.03-0.05	이상유쾌감, 억제 및 자기조절의 감소
0.06-0.10	흥분, 기억장애, 협조운동장애
0.2-0.3	혼동, 실조, 감정폭발
0.4-0.5	혼미, 실금, 기립불능
0.5 초과	호흡마비

2. 의식장애의 범위 문제에 대한 포렌직 전문가의 진단

알코올 블랙아웃 주장에 대해 신뢰성이 인정된다고 해서 알코올 블랙아웃에 대한 형법상 법효과를 인정하기 위한 준비가 끝나는 것은 아니다. 기억이 상실된 기간 동안의 당사자의 인식 및 의식이 전적으로 정상적인 상태로서 비정상적인 정신적 상태와 명료하게 구분될 수 있는지는 여전히 의문이기 때문이다. 오늘날 신경정신의학 분야에서는 뇌영상 기술의 발전과 함께 알코올이 뇌에 어떤 영향을 미치는지에 대한 연구가 계속되고 있다. 앞의 영미문헌에서도 살펴보았듯이 알코올이 행위통제능력에 미치는 영향력에 관한 연구들은 장애의 정도가 단순기억상실에서 의식장애를 거쳐 무의식에 이르기까지 넓은 대역에 걸쳐 나타날 수 있음을 보여주고 있다.

앞에서 살펴보았듯이 알코올 블랙아웃에 대해서 ‘의식상실’이라는 진단이 내려지면 법관은 ‘행위능력의 부정’이라는 평가를 내릴 수 있다. 의식상실은 아니지만 ‘의식장애’를 수반한 블랙아웃이라는 진단이 내려지면 법관은 이에 기초하여 ‘의사결정능력의 결여 또는 미약’이라는 평가를 내릴 수는 있을 것이다. 이러한 법적평가를 위한 기초적 진단은 포렌직 정신의학자의 몫이다. 정신의학자는 감정소견에서 당사자의 블랙아웃 주장에 대해 ㉠ 단순한 기억상실이고 의식은 모두 정상이었는지, ㉡ 아니면 기억상실에 동반하여 의식의 장애가 있었는지, ㉢ 있었다면 어느 정도의 장애가 있었는지에 대한 진단평가를 내려야 한다.

124) 대한신경과학회, 신경학, 군자출판사, 2007, 623면.

II. 사실문제와 법률문제

1. 책임무능력에 관한 혼합적 방식

알코올 블랙아웃에 대하여는 형법상 책임능력에 관한 일반원칙이 그대로 적용된다. 현행 형법 제10조 제1항은 “심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다.”라고 규정하고, 제2항은 “심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경할 수 있다.”¹²⁵⁾라고 규정함으로써, 심신상실자 또는 심신미약자에 대하여 책임을 조각하거나 임의적 감경이 가능하도록 하고 있다. 대법원은 음주만취의 경우 행위자가 형법 제10조 제1항의 ‘정신장애’가 인정될 수 있음을 출발점으로 삼아 그 정신장애로 인하여 행위의 옳고 그름을 판단할 능력을 결여하거나 그 능력이 미약해질 수 있다고 보고 있을 뿐 아니라 그 판단에 따라 행위할 능력이 없거나 미약한 경우도 있을 수 있다고 한다. 그러나 앞서 실체법적 효과와 관련하여 살펴보았지만, 음주만취의 경우 의식상실에 이르지 않는 이상, 행위자의 사물변별능력의 결여 또는 미약으로 귀결되기 보다는 사물변별능력을 발휘하는 데에는 지장이 없고, 그 판단에 따라 의사결정능력(행위통제능력)에 지장을 받는다고 보아야 할 것이다.

형법이 규정하는 책임무능력의 두 가지 요건 가운데, 심신장애 요소는 생물학적 요소이고, 사물변별능력 또는 의사결정능력은 심리학적 요소라고 파악하는 것이 일반적이다. 그러나 오늘날 학제적 분과학문의 영역을 보다 정확하게 분류하면, 심신장애 요소는 생물학적 요소와 심리학적(또는 정신의학적) 요소의 중층구조로 이루어져 있고, 사물변별능력 또는 의사결정능력은 심리학적 판단과 규범적 판단의 평가대상으로 보아야 할 것이다.¹²⁶⁾ 이에 따르면 행위자의 심신장애 여부를 판단하기 위해서는 ‘생물학적 기초자료나 심리학적 기초자료’를 참고해야 하며, 이는 해당분야의 전문가 감정을 통해 확보되어야 한다.¹²⁷⁾ 다음으로, 사물변별능력 또는 의사결정능력은 ‘심리학적 요소’를 기초로 삼아 법관의 규범적 판단에 따른다. 여기서 생물학적 기초자료나 심리학적 기초

125) 2018. 12. 18. 형법 일부 개정으로 제10조 제2항 중 종전의 “형을 감경한다”는 “형을 감경할 수 있다”로 개정되었다.

126) 김성돈, 앞의 책, 368면.

127) 김성돈, 앞의 책, 369면.

자료를 통해 확인된 ‘심신장애’가 행위자의 심리적인 측면에서의 사물변별능력이나 의사결정능력의 결여로 이어졌는가를 검토하는 과정을 밟는다.¹²⁸⁾ 그런데 사물변별능력에 따라 행동할 수 있었는지 여부는 행위자의 의사결정의 자유가 있었는지 여부에 달려 있는 것이고, 이는 바로 자유의사의 문제에 귀착되는 것이므로 경험과학이 답할 수 없는 철학적 문제이며, 감정인의 능력을 초과하는 문제라고 할 수 있다.¹²⁹⁾ 심신장애 여부에 대한 판단은 인과적·기술적이어서 전문가 감정을 통해 비교적 그 판별이 용이하나, 사물변별능력이나 의사결정능력은 규범적·가치적인 것이어서 법관의 판단에 곤란을 주는 것이다. 요컨대, 생물학적 요소 내지 심리학적 요소의 판단은 해당 전문가의 감정사항에 속하는 ‘사실문제’라 하더라도, 그 확정된 사실을 기초로 하여 책임무능력의 요건을 충족시키는지 아니면, 한정책임능력의 요건을 충족시키지는 궁극적으로 ‘법률문제’에 속하는 것이다.¹³⁰⁾

법적용자인 법관은 행위자의 책임무능력 여부에 대한 결론을 내림에 있어 의학적 또는 심리학적 감정결과에 구속되지 않고 스스로 행위자의 사물변별능력 또는 의사결정능력에 대한 규범적 판단을 한다.¹³¹⁾ 즉, 감정결과를 중요한 참고자료로 삼으면서도, 사물변별능력 또는 의사결정능력의 유무에 관한 판단 여부를 경험칙에 비추어 ‘독자적으로’¹³²⁾ 그리고 형벌부과의 방법으로 행위자를 비난할 수 있는지에 대한 ‘규범적’¹³³⁾

128) 김성돈, 앞의 책, 369면.

129) 김형준, 명정범죄의 형사책임에 관한 연구, 중앙대학교, 1992, 152면.

130) 대법원 1968. 4. 30. 선고 68도400 판결(“본조에서 말하는 사물을 판별할 능력 또는 의사를 결정할 능력은 자유의사를 전제로 한 의사결정의 능력에 관한 것으로서, 그 능력의 유무와 정도는 감정사항에 속하는 사실문제라 할지라도 그 능력에 관한 확정된 사실이 심신상실 또는 심신미약에 해당하는 여부는 법률문제에 속하는 것인바, 피고인의 범행 당시 정신상태가 심신미약인 상태에 해당되는 것으로 사료된다는 취지의 감정서의 기재 및 이에 대한 감정인의 증언은 감정결과인 인격해리상태에 대한 자신의 법률적 평가를 개진하였음에 불과하므로 그 정신상태에 관한 판단의 자료가 될 수 없다.”). 위 대법원 판시에서 심신상실과 심신미약을 법률문제로 보고 있으나, 보다 정확하게는 심신상실은 ‘심신장애+사물변별능력 또는 의사결정능력의 결여’를 의미하고, 심신미약은 ‘심신장애+사물변별능력 또는 의사결정능력의 미약’을 의미한다. 이러한 개념적 내지 요소별 구분 없이 순수 생물학적/심리학적 요소인 심신상실 또는 심신미약을 규범적 평가의 대상인 사물변별능력 또는 의사결정능력과 결부시키지 않고 사용하고 있음은 우리형법 제10조와 같이 위 두 가지 능력을 등급화하여 이를 책임무능력/한정책임능력을 근거지우는 요소로 명문화하고 있지 않고 위 능력과 무관하게 심신장애의 정도만을 등급화하여 심신상실/심신미약으로 구분하고 있는 일본 형법 하에서만 가능한 접근방식임을 간과할 수 있음은 앞서 살펴본 바와 같다.

131) 김성돈, 앞의 책, 369면.

132) 대법원 1999. 1. 26. 선고 98도3812 판결(“형법 제10조 제1항, 제2항에 규정된 심신장애의 유무 및 정도의 판단은 법률적 판단으로서 반드시 전문감정인의 의견에 기속되어야 하는 것은 아니고, 정신분열증의 종류와 정도, 범행의 동기, 경위, 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 반성의 정도 등 여러 사정을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있다.”); 대법원 1999. 1. 26. 선고 98도3812 판결도 같은 취지임.

133) 대법원 1998. 4. 10. 선고 98도549 판결(“피고인이 범행 당시 그 심신장애의 정도가 단순히 사물을 변별할

인 평가를 한다.¹³⁴⁾

2. 전문가 감정의 필요 여부에 대한 판례의 입장

심신장애 여부의 판단에 있어 반드시 전문가 감정을 거칠 필요가 있는지와 관련하여, 대법원은 원칙적으로 ‘법원의 재량’이라는 입장이며,¹³⁵⁾ 다만 범행 당시 ‘심신장애가 있음을 의심할 사정이 있는 경우’에는 예외적으로 법원이 감정 결정을 하여 전문가 감정을 받아야 한다¹³⁶⁾는 입장이다.¹³⁷⁾ 이 경우에 피고인의 정신능력, 범행 전후의 피고

능력이나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에 그쳤는지, 아니면 그러한 능력이 상실된 상태였는지 여부가 불분명하므로, 원심으로서 먼저 피고인의 정신상태에 관하여 충실한 정보획득 및 관계 상황의 포괄적인 조사·분석을 위하여 피고인의 정신장애의 내용 및 그 정도 등에 관하여 정신의로 하여금 감정을 하게 한 다음, 그 감정결과를 중요한 참고자료로 삼아 범행의 경위, 수단, 범행 전후의 행동 등 제반 사정을 종합하여 범행 당시의 심신상실 여부를 경형칙에 비추어 규범적으로 판단하여 그 당시 심신상실의 상태에 있었던 것으로 인정되는 경우에는 무죄를 선고하여야 한다.”)

대법원이 ‘심신장애’와 ‘책임무능력 내지 한정책임능력’을 동일한 의미로 사용하고 있는 것과 관련하여, 현행 형법 제10조가 생물학적 요소인 심신장애는 책임능력을 판단하는 하나의 단층(Stockwerk)에 불과하다는 점을 명시하고 있으므로, 판례가 심신장애에 대한 판단을 책임능력 판단과 동일시하는 것은 기본적으로 문제가 있다는 지적이 있다. 판례의 이러한 태도는 생물학적 요소와 심리학적 요소가 갖는 독자적인 성격을 파악하기 어렵게 만들고, 감정인의 역할을 명확히 하는데도 어려움을 준다고 한다. 신양균, “책임능력과 감정”, 형사판례연구 제5호, 한국형사판례연구회, 63면.

134) 김성돈, 앞의 책, 369면.

135) 대법원 1987. 10. 13. 선고 87도1240 판결(“피고인이 범행 당시 심신장애상태에 있었는지 여부를 판단함에는 반드시 전문가의 감정을 거쳐야하는 것은 아니고, 범행의 경위, 수단, 범행 전후의 피고인의 행동 등을 종합하여 이를 판단하여도 위법이 아니다.”); 대법원 1983. 7. 12. 선고 83도1181 판결(“기록에 나타난 제반자료를 종합하여 피고인의 범행 당시의 심신장애의 정도가 심심미약이라고 인정할 수 있는 이상 반드시 별도로 피고인에 대한 정신감정을 하여야 할 필요는 없다.”); 대법원 2007. 4. 26. 선고 2007도2119 판결(알코올 중독의 증세가 있는 피고인에 대하여 법원이 범행 당시 알코올의 영향 하에 있다는 근거가 없다는 이유로 정신감정 등을 실시하지 않고 검사에게 치료감호청구를 요구하지 않은 것이 위법하지 않다) 등 다수의 판결이 있음.

136) 치료감호법은 일정한 치료감호사건의 경우 전문가 감정을 반드시 거치도록 규정하고 있으나(치료감호법 제4조 제2항, 제13조), 필요적 정신감정은 치료감호사건에 국한되어 있을 뿐, 책임능력의 판단과 관련된 일반사건에서는 필요적 정신감정은 채택되어 있지 않다.

137) 대법원 1955. 11. 29. 선고 4288형상315 판결(“범행의 상태 및 범인의 선천적 소인이나 후천적 환경과 일상언동을 종합하여 심신장애 있음을 의심할 사정이 있으면 전문가의 정신감정을 하지 않고 유죄판결을 선고함은 심리미진의 위법이 있다.”); 대법원 1984. 3. 13. 선고 84도37 판결(“피고인이 소아마비를 앓고 난 후 정신이상증세를 보여 감금까지 당했던 사실과 선배의 어머니로서 평소 친분이 있는 피해자를 강간하려 한 점이 드문 예에 속하고 또 살해의 방법이 잔인한 바, 범행 후 피고인이 그 범행에 사용한 연탄집게를 땅에 묻어 은닉하면서도 피해자의 피와 살점이 묻은 범행시에 입고 있던 잠바를 그대로 입고 자다가 검거된 점 등을 고려할 때 피고인의 위 범행 당시 정신장애가 있었던 것으로 의심이 가는 데도 피고인의 심신장애의 주장과 정신감정신청에 대해 심리하지 않은 것은 심리미진 및 이유불비의 위법이 있다.”); 대법원 1999. 4. 27. 선고 99도693, 99감도17 판결(피고인에게 우울증 기타 정신병이 있고 특히 생리도벽이 발동하여 절도 범행을 저지른 의심이 드는 경우 전문가에게 피고인의 정신상태를 감정시키는 등의 방법으로 심신장애 여부를 심리하여야 한다); 대법원 2006. 10. 13. 선고 2006도5360 판결 (피고인의 병력, 가족관계, 성장환경, 그 동안의 전력, 피고인의 범죄 횟수 및 그 시간적 간격, 각 범행 전후의 정황, 피고인에 대한 정신감정 결과 등에 비추어 피고인의 각 범행이 매우 심각한 충동조절장애와 같은 성격적 결함으로 인하여 심신장애 상태에서 순간적으로 저지른 것일 가능성도

인의 태도, 범행 당시 또는 범행 후의 피고인의 태도 등이 중요한 고려요소로 작용하고 있다. 또한 당해 사안에서 전문가 감정을 받아야 하는 경우에도 법원이 전문가의 감정에 구속되지 않는다는 점을 명확히 하고 있다.

특히, 알코올 블랙아웃과 관련하여 범행 당시 음주명정 정도의 판정과 감정 요부에 대해서도, “범행 당시 피고인의 음주명정 정도 등은 전문가로 하여금 감정을 하게 하지 않고서도 다른 거시증거에 의하여 이를 판정할 수 있다”¹³⁸⁾라고 함으로써 기본적으로 전문가 감정이 필요 없다는 입장이다.

요컨대, 대법원은 책임능력 판단과 관련하여 두 가지 점에서 거의 일관된 입장이라 할 수 있다. 즉, 첫째, 심신장애 여부에 대해 반드시 전문가 감정에 의해서만 결정해야 하는 것은 아니라는 것, 둘째, 심신장애의 유무 및 정도의 판단은 반드시 감정인의 의견에 기속되는 것은 아니고 여러 사정을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있다는 것이다.¹³⁹⁾ 특히 정신과학적 감정에서는 경험과 직감에 의한 종합판단의 여지 및 규범적 판단의 요소가 많다는 점을 감안한 때문인지 감정에 대한 증명력의 판단에 재량의 여지를 넓게 인정한다.¹⁴⁰⁾

한편, 술에 취한 상태에서의 범행에 대하여 책임무능력자로서 책임조각이 인정된 사례¹⁴¹⁾는 드물고,¹⁴²⁾ 한정책임능력자로 책임감정이 인정된 사례는 다수 있으며,¹⁴³⁾ 아

있는데도, 원심판결이 객관적 정신감정기관을 통하여 자세한 정신감정을 다시 실시하는 등의 방법으로 심신장애 여부를 심리하지 아니한 것은 위법하다) 등 다수의 판결이 있음.

138) 대법원 1983. 10. 25. 선고 83도2431, 83감도422 판결

139) 이에 대해서는 다음과 같은 비판이 제기되고 있다. 우선, 첫째의 문제와 관련하여, 판례가 심신장애라는 개념을 폭넓게 사용하고 있기 때문에 구체적으로 감정인의 권한 범위를 어디까지 인정하고 있는가에 대해서는 확인하기 어렵다. 즉 생물학적 요소는 감정인이 판단해야 할 문제이고 심리학적 요소는 법관이 규범적 관점에서 파악해야 한다는 의미인지, 아니면 모든 요소에 대한 판단을 법관의 자유심증에 맡겨야 한다는 의미인가 불분명하다. 다음 둘째의 문제와 관련하여, 책임능력에 대한 판단이 최종적으로 법관의 권한사항이라는 점은 기본적으로 정당하지만, 감정결과는 법관의 부족한 지식을 보충하는 유용한 증거인 동시에 그 때문에 위험한 증거로 될 수도 있으므로, 법원은 우선 감정의 정신과학적 내용 자체가 아니라 감정을 소위 외부적으로 검토하여 당해 감정이 신뢰할 만한가 여부를 판단해야 하고, 그 결과에 대한 최종적인 판단은 법관에게 맡겨져 있다. 즉, ㉠ 감정인의 능력·공정성 등 주체의 문제, ㉡ 감정자료 등 감정의 전제로 되는 사실에 관한 문제, ㉢ 감정에서 채용된 전문지식이 당해 분야에서 객관성을 유지한 것인가 여부의 문제, ㉣ 결론에 이르는 추론과정에 모순이 없는가 하는 점들을 검토해야 한다. 그런데 판례의 입장은 이러한 외부적 판단의 문제만을 법관의 권한으로 인정하는 데 그치지 않고, 변별능력이나 제어능력에 대한 판단까지—경우에 따라서는 심신장애의 존부에 대한 판단까지도—법관의 권한으로 인정하고 있는 듯한 태도를 취하고 있다. 이는 감정인에 대한 법관의 우월을 시사하는 것이다. 신양균, 앞의 글, 60-61면.

140) 박원호, “판례상으로 본 자유심증주의의 적용과 그 문제점”, 검찰 제7호, 1968, 16-17면; 변종필, “자유심증주의와 그 내재적 한계”, 사법행정 제38권 제10호, 한국사법행정학회, 1997, 15면.

올러 실무에서 심신미약을 판단함에 있어 이를 형의 하한을 감경하기 위한 요소로만 활용하고 실제 생물학적 정신장애가 존재하는지 여부나 주취 명정의 정도가 어떠한 것인지에 관한 진지한 고찰을 하지 않는 경향이 다소 있음이 오히려 문제점으로 지적되기도 한다.¹⁴⁴⁾

3. 알코올 블랙아웃과 전문가 감정

알코올 블랙아웃의 경우 그 자체가 정신이상인 것은 아니지만 여기에는 다양한 층위가 있을 수 있다. 이성을 거의 잃어버린 정도에 이른 경우도 있고, 또한 정신병적 소인에 기초하여 이상경과를 거치는 병적 명정상태에 이른 경우도 있으며, 알코올의 상용을 원인으로 하는 정신병도 있을 수 있다. 앞서 살펴보았듯이 알코올 블랙아웃판정을 받은 경우라도 행위자가 알코올의 독성화에 영향을 받은 정도에 따라 정상적 판단력이나 통제력을 둔화시키기도 하고 심지어는 이를 상실시키기도 하며, 이러한 상태에서의 행위는 비록 일시적인 정신이상에 불과하더라도 비정상적 정신상태이므로, 책임능력 판단에 관한 문제가 된다. 알코올 블랙아웃에 의한 의식장애 여부와 관련하여, 별다른 과학

-
- 141) 현주건조물방화미수 사건에 대해, “피고인이 범행 당시 술에 만취되어 있어서 파출소로 연행될 때에도 여자들이 몸을 부축하여 겨우 끌고 갔으며 경찰관 앞에 임하여서도 경찰관을 전혀 알아보지 못하였기 때문에 보호실에 보호조치되었다가 다음날 오전 11시경 비로소 정신이 들어 조사를 받았다면, 피고인은 범행 당시 사물을 변별하고 의사를 결정할 능력을 상실한 상태에 있었다고 봄이 상당하다”고 하여 무죄를 선고한 사례가 있다. 서울고등법원 1980. 5. 22. 선고 79노1712 판결.
- 142) 일본의 경우 심신상실을 이유로 책임조각을 인정한 사례는 모두 병적 명정으로 판단된 경우이거나, 적어도 병적 명정에 극히 가까운 경우에 이를 정신병의 일종으로 이해하고 책임무능력을 인정하고 있다고 한다. 즉, 병적 명정으로 인정되기 위해서는, 정신병증이 주된 판단의 대상이고, 명정은 그러한 정신병증을 촉진하는 보조적 작용을 하는데 불과하며, 병적 명정의 판단은 알코올에 기인한 명정도 그 자체가 문제가 된다고 보다는, 오히려 일차적으로는 정신병적 증상이 문제가 된다는 점을 일관되게 판시하고 있다는 것이다. 자세한 것은 김형준, 앞의 글, 155-179면 참조.
- 143) 대표적인 예로, 강간살인사건에 대해, “피고인이 범행 전날 19:00경부터 범행 당일 01:00경까지 2회에 걸쳐 마신 술의 양은 소주 3병 정도로서 평소 피고인의 주량인 소주 1병만을 훨씬 넘는 사실, 친구들이 피고인의 집까지 데려다 주려고 함께 택시를 타고 갔으나 피고인이 집을 찾지 못하다가 03:00경 집 부근에 내린 사실, 피고인은 집을 찾지 못하고 그 주위를 돌아다니던 중 아파트 야산 밑 도로변에 앉아 있다가 피해자를 발견하고 갑자기 이 사건 범행을 저질렀고, 이 사건 범행 후 약 4시간 20분이 경과한 당일 11:00경에 피고인의 혈액을 채취하여 감정한 결과 혈중알코올 농도가 0.165%로 확인되었으며, 정신감정을 한 정신과 전문의는 피고인의 과거력상 음주량이나 횟수가 증가되는 양상으로 보아 ‘알코올 의존 장애’가 있는 것으로 진단하고, 범행 당시에는 위와 같이 마신 술로 인하여 ‘급성 알코올 중독 상태’에 이르러 의사결정능력과 현실판단력 등에 장애가 있었던 것으로 판단하고 있는 사실을 인정할 수 있으므로, 피고인은 범행 당시 사물을 변별하고 의사를 결정할 능력이 상실되지는 아니하였으나, 그 능력이 미약한 상태에서 범행에 이르렀다고 봄이 상당하다”고 하여 심신미약을 인정하지 아니한 원심을 파기한 사례가 있다. 대법원 2001. 10. 12. 선고 2001도3836 판결.
- 144) 조병구, “피고인의 책임능력에 대한 판단-정신장애 범죄자의 책임능력 중심으로-”, 법관의 의사결정 이론과 실무, 사법발전재단, 2010, 917면.

적 근거나 기준도 없이 법관이 지극히 소박한 사회상식에만 의존할 일은 아니며, 전문가의 평가를 토대로 하여 규범적으로 판단하여야 할 일이다.

이 때문에 책임능력의 판단이 규범적 판단으로서 법관의 독자적 판단이라 하더라도, 그 내용상 전문적 지식 경험에 근거한 감정인과의 협력이 필요한 부분이 많다. 감정인의 감정결과가 법관의 자유심증의 대상이라 하더라도, 전문적 감정결과는 법관의 자유심증주의의 의미내용을 형성하며 법관은 자유심증주의의 한계 범위 내에서 감정결과를 토대로 심증형성을 해야 한다. 형사소송법 제308조에 의한 법관의 자유로운 심증형성도 무한정 자유에 맡겨져 있는 것이 아니라 객관적·합리적이어야 하며 논리법칙과 경험법칙에 구속된다. 판례에 의하면, “자유심증주의를 규정한 형사소송법 제308조가 증거의 증명력을 법관의 자유판단에 의하도록 한 것은 그것이 실제적 진실발견에 적합하기 때문이므로, 증거판단에 관한 전권을 가지고 있는 사실심 법관은 사실인정을 하면서 공판절차에서 획득된 인식과 조사된 증거를 남김없이 고려하여야 한다. 또한 증거의 증명력에 대한 법관의 판단은 논리와 경험칙에 합치하여야 한다”¹⁴⁵⁾는 것이다. 형사소송에서 경험법칙과 논리법칙은 사실인정의 과학적 전제와 합리적 규범으로 기능하며, 이점에서 자유심증주의는 합리적·과학적 심증주의라고 할 수 있다.¹⁴⁶⁾

법관들도 전문지식에 대하여 결함이 있을 수밖에 없다. 법관이 심리학적 전문지식이나 의학적 전문지식을 갖고 있는 경우라면 모르겠으나, 그렇지 않다면 전문지식을 적용한 감정에 근거할 필요가 있다. 심신장애 여부가 문제되는 경우 규범적 판단에 선행되는 사실판단이 중요하고, 이에 대한 감정의 판단으로부터 법관에게 자의적인 재량의 여지를 인정할 수는 없다. 당대의 전문지식의 발전수준에 따른 경험법칙이나 기준의 세분화에 관심을 갖고 전문적인 경험칙에 의한 과학적 인식에 기초할 것이 요구된다. 예컨대, 정신감정 같은 정신과학 분야에서도 일정한 관찰대상과 관련하여 감정인이 자의적으로 판단하는 것은 아니다. 그 분야에서의 일정한 판단이 가능하기 위해서는 경험에 터 잡은 일정한 이론체계가 필요하다. 법관의 심증의 대상이 되는 일정한 감정자료나 감정사실이 확실한 과학적 인식에 기초하고 있다면, 즉 그 분야의 전문가들이 일반적으로 승인하는 경험법칙에 근거한 것이라면, 법관은 그에 구속되어야 한다.¹⁴⁷⁾ 감정

145) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010도12728 판결 등.

146) 변종필, 앞의 글, 16면.

147) 변종필, 앞의 글, 16면.

의 전문적 특성을 고려함으로써 법관의 증거 판단의 안정성과 확실성을 보장하기 위한 것이다. 비록 책임능력 판단이 규범적 평가이고 정신과학적 감정에서 경험과 직감에 의한 종합판단의 여지가 많다고 하더라도, 감정결과에 대한 법관의 자유심증의 여지가 상당히 넓게 인정되어 있다는 것과 심증형성의 과정에서 충분한 증거활용에 의존하기 보다는 직관 의존도가 높아 가능한 설명이 생략된 채 결론을 내리게 된다는 것은 문제가 있다.¹⁴⁸⁾ 최근의 한 연구에 따르면, 정신감정을 대신하여 제출된 진료기록, 진단서 및 소견서 등의 신빙성 여부에 대해, 법조인들은 긍정적인 반응을 보이는 반면, 정신과 전문의들은 상대적으로 부정적인 입장을 보였는데, 일반 병원에서는 증상에 대한 환자의 진술을 그대로 믿어주는 관계로 법관이 일반 병원에서 작성된 진료기록이나 소견서만을 보고 심신장애를 판단하는 것은 부정확한 결과를 초래할 수 있다는 지적도 있다.¹⁴⁹⁾

따라서 범행 당시 음주명정 정도 등에 대한 감정 여부는 기본적으로 법원의 재량이라 하더라도, ‘심신장애가 있음을 의심할 사정이 있는 경우’에는 원칙적으로 법원이 감정 결정을 하여 전문가 감정을 받도록 하여야 할 것이다.¹⁵⁰⁾ 특히 심신장애를 수반한 알코올 블랙아웃의 경우 그 심신장애에 기인한 행위통제능력의 결여 또는 미약 여부에 대한 판단이 어려운 한계 사안일수록 객관적 근거를 확보하기 위해라도 감정을 보다 적극적으로 고려할 것이 요구된다. 알코올 블랙아웃의 경우 전문감정인의 감정을 거치지 않고 책임능력을 판단하는 것은 신중해야 하며, 경계선에 위치한 케이스는 전문감정인의 감정을 반드시 받아야 할 필요가 있다.

알코올 블랙아웃에서 심신상실의 의심이 있는 경우에는 필수적으로 전문가 감정을 의뢰할 것이 요구되고, 심신미약의 의심이 있는 경우에는 임의적 감경사유인 점을 감안 하더라도 객관성을 담보하기 위하여 가급적 전문가 감정을 의뢰할 필요가 있다. 심신미약에 해당하는 경우에 임의적 감경을 이유로 판단을 회피하는 것은 책임주의에 반한다는 문제가 있는¹⁵¹⁾ 반면, 심신미약에 해당하지 않는 경우에 형의 하한을 감경하기 위

148) 박미숙, “심신장애 판단과 감정”, 형사판례연구 제19호, 한국형사판례연구회, 2011, 129면.

149) 최민영·유진, 형사사법에서 정신감정의 신뢰성 제고 및 효과적 활용방안 연구, 한국형사정책연구원, 2017, 232면.

150) 알코올 블랙아웃에 대한 것은 아니지만, 장애유형별 정신감정 시행현황 통계에 따르면, 알코올 사용장애에 대해 정신감정을 시행한 비율은 88.2%에 달한다고 한다. 자세한 것은 최민영·유진, 앞의 책, 199면.

151) 독일형법 제21조는 한정책임능력의 경우 임의적 감경을 규정하고 있는데, 이러한 임의적 감경에 대하여 Jakobs는

한 요소로 임의적 감정을 활용하는 경향 또한 문제가 있다. 법관은 이러한 객관적 감정을 토대로 피고인의 공판정에서의 태도 등 감정 이후의 사후적 사정까지 종합적으로 고려하여 궁극적으로 책임능력 유무를 판단하여야 할 것이다.

한편, 형사소송법에는 형법 제10조의 형사책임능력과 관련한 감정 절차를 규정하고 있다. 즉, 형사소송법 제169조에 의하면, ‘법원은 학식 경험 있는 자에게 감정을 명할 수 있다.’, 제171조 제3항에 의하면, ‘감정의 결과에는 그 판단의 이유를 명시하여야 한다.’라고 규정되어 있다. 이는 감정 사안에 대해 해당 분야 전문가에게 감정을 의뢰하고, 감정인은 객관적 증거자료에 근거하여 감정의견을 밝혀야 한다는 것을 의미하는 것이다. 단, 어떠한 자격과 경험에 대한 구체적인 기준을 제시하지 않고 있으며, 감정의 결과에 도달하기 위한 절차를 규정하지 않고 있다. 이와 관련하여, 이는 감정 촉탁의 절차적 적법성에 좀더 주의를 기울이고 있는 것일 뿐, 감정인이 이때 어떠한 구체적인 감정도구를 사용할 것인지 그 요건에 대하여서는 명기하고 있지 않다는 지적이 있다.¹⁵²⁾

알코올 블랙아웃과 같이 병적이지 않는 상태에 있는 피고인의 책임능력을 판단하기 위하여 정신과 전문의 또는 심리학자 중 누구를 활용할 것인지는 사실심법원의 재량사항이다. 최근에는 심리학적 감정이 정신의학적 감정과 동등한 가치를 갖는 것으로 인정되고 있다고 한다.¹⁵³⁾ 예컨대, 우리나라의 경우 정신감정은 주로 정신과 전문의에 의해 이루어지나, 독일의 경우 의사 아닌 심리학자에게 감정을 의뢰하는 것이 헌법상 당연히 금지되지는 않으며 개별 사안을 보고 판단할 문제라는 것이고,¹⁵⁴⁾ 미국의 경우에

책임사상(Schuldgedanke)이 아니라 보호사상(Schutzgedanke)의 표현이라고 비판한다. 즉, 현저하게 행위능력과 판단능력이 침해되었음에도 임의적 감정으로 인해 중신형에 처해질 수도 있으며, 또한 이러한 특별예방지향적 사고는 책임원칙에 반하고 지나친 형을 부과하게 된다는 것이다. Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Walten de Gruyter, 1991, S. 538(권영법, “형법 제10조 제2항에 대한 비판적 고찰—비교법적 고찰을 통한 현행 제도에 대한 분석과 입법안의 검토 및 제안을 중심으로—, 형사법연구 제25권 제4호(통권 57호), 한국형사법학회, 2013, 37면에서 재인용).

152) 이수정, “형사책임능력에 대한 정신감정 절차에 있어 계량화된 평가도구의 활용가능성”, 범죄예방정책연구 제27호, 법무부, 2015, 127면.

153) 이수정, 앞의 글(주 152), 106면.

154) “의사가 아닌 심리학자에게 형법 제67조d 제2항(보호관찰 조건부 수용유예)의 판단을 위한 감정을 의뢰하는 것이 헌법상 당연히 금지되지는 않으며 이는 이전의 연방헌법법원의 판단에 저촉되지 아니한다. 다만, 요구되는 적절한 직업교육과 충분한 경험 요건을 갖추었는지 여부는 개별 사안을 보고 판단할 문제이다.”(BVerfG Beschluss vom 13. 11. 2005 – 2 BvR 792/05). 독일에서는 많은 경우 법정정신의학자와 심리학자가 공동으로 감정을 행하고 있다고 한다.

도 심리학자와 정신과 전문의 둘 다 모두 정신건강 전문가로 인정되고 있다는 것이다.¹⁵⁵⁾ 한편, 법원과 감정인 사이의 의사소통이 원만히 이루어지고 있는지, 법원의 요구사항을 정확히 이해하는지, 반대로 감정인의 입장에서 요구사항에 대한 판단을 설득력 있게 하기 위한 노력이 있는지 등은 감정 결과와 판결의 일치가능성을 높이게 될 것이다.¹⁵⁶⁾

III. 장애에 대한 증명책임과 소명자료 제출책임

앞서 본 바와 같이, 형법상 법효과를 가져올 수 있는 알코올 블랙아웃을 알코올의 독성에 의해 중한 의식장애가 발생한 경우로 이해하는 입장에 따르면, 알코올 블랙아웃의 위치는 단순한 기억상실을 한쪽 끝에 두고 의식의 통제를 벗어난 자동증(automatism) 또는 의식의 상실을 다른 한쪽에 둔 다음 그 중간지점에 알코올 블랙아웃을 위치시킬 수 있을 것이다. 알코올 블랙아웃에 대해서는 ‘의식상실’이라는 진단에 기초한 ‘행위능력의 부정’이라는 평가를 내릴 수는 없지만, ‘의식장애’에 기초한 ‘의사결정능력의 결여 또는 미약’이라는 평가를 내릴 수는 있을 것이다. 이러한 법적평가를 위한 기초적 진단은 전문가 감정의 몫이다. 정신의학자 등은 감정소견에서 당사자의 블랙아웃 주장에 대해 ㉠ 단순한 기억상실이고 의식은 모두 정상이었는지, ㉡ 아니면 기억상실에 의식의 장애까지 동반되었는지, ㉢ 그리고 동반된 장애가 어느 정도에 이르렀는지에 대한 진단평가를 내려야 한다.

알코올 블랙아웃은 시간의 경과에 따라 범행 당시 그 주장자의 의식 및 정신 상태를 객관적으로 평가할 자료들이 소실되기 마련이다. 따라서 범행 당시 블랙아웃 상태가

155) 이수정, “형사법정 전문심리위원제도 활용실태 연구 : 심리학 분야를 중심으로”, 형사정책연구, 제23권 제2호(통권 90호), 한국형사정책연구원, 2012, 225-226면. 즉, 심리학자의 전문가 증언을 배제한 것은 잘못되었다는 Jenkins v. the United States (1962) 판결 이후 심리학자를 전문가로 인정하는 판결이 다수 있었으며, 현재 Crime Control Act와 1991년에 재개정된 The Federal Rules(연방증거법) 35조에 따라 심리학자도 정신건강 전문가로 인정된다는 것이다.

한편, 심리학자(임상심리상담사)들만이 인지기능 검사를 실시하고 해석할 수 있기 때문에 전문감정인으로서 독자적인 지위를 확보하고 있으며, 예전에는 정신의학자들에게만 허용되었던 의학적 판단에 대한 증언도 심리학자(상담가)들에게 일부 허용하는 주(루이지애나, 뉴멕시코)가 있다고 한다. John Parry, Criminal Mental Health and Disability Law, Evidence and Testimony, American Bar Association, 2009, pp.254-255.

156) 박미숙, 앞의 글, 130면.

발생하였는지 그리고 블랙아웃 상태가 의식의 장애를 일으킬 정도였는지를 판단하기 위해서는, 법원이 주장자의 정신적·심리적 상태에 대한 전문감정 및 증언뿐만 아니라 주장자의 관련 기록을 확보할 필요가 있다.¹⁵⁷⁾ 즉, 범행 당시 명정상태로 인한 책임능력 존재 여부를 판단하기 위하여 피고인 면담, 제3자 정보, 심리검사와 행동관찰, 공적 기록 등의 정보가 필요하다. 또한 마찬가지로 범죄행위 자체의 내용과 성질 역시 중요하므로, 범행이 치밀히 준비되었는지 혹은 충동이었는지 등을 꼼꼼히 검토하여야 한다. 범행 이전에 은폐 준비를 했는지, 범행 이후 은폐 시도를 했는지, 나아가 은폐 시도가 얼마나 치밀했는지, 피고인의 지적 능력이나 상황 대처능력, 문제해결 능력 등도 파악해 보아야 할 부분이다.¹⁵⁸⁾ 여기서의 관련 기록으로는, 해당 알코올 블랙아웃 발생 이전의 알코올 의존증 및 블랙아웃과 관련된 진료기록이나 상담기록, 알코올로 인하여 증폭될 수 있는 정신질환 진단서, 과거 블랙아웃 상태에서 저지른 위법행위에 대한 행정기관 및 수사기관의 자료 등을 들 수 있다.¹⁵⁹⁾¹⁶⁰⁾

책임능력의 존재에 대한 증명책임은 검사에게 있고, 심신장애 주장이 있는 경우에도 검사는 심신장애의 부존재를 증명하여야 한다.¹⁶¹⁾ 그런데 알코올 블랙아웃은 그 기억

157) 황순택, “범죄수사와 재판과정에서 임상심리학자의 업무”, 2013년 5월 24일 숙명여자대학교에서 개최된 제15회 법과 심리학 포럼 자료 참조(홍수민·이수정·이정현, “국민참여재판에 있어서 임의명정에 대한 배심원단과 법관의 판단 차이 연구”, 사회와 성격 제27권 제4호, 한국심리학회, 2013, 71면에서 재인용).

158) 홍수민·이수정·이정현, 앞의 글, 71면.

159) John Parry, Ibid., p.347.

160) 한편, 미국의 경우 전통적으로 형사책임을 조각 및 감경시킬 수 있는 명정상태는 정신적 장애나 결함에 기인한 것이어야 하며, 자발적 알코올 및 약물 섭취에 따른 인지기능 저하 등을 정신이상 사유로 인정하는 데 매우 소극적이다. 자발적 알코올 및 약물 섭취를 정신이상 항변을 허용하는 소수의 주들도 주장자가 섭취 후 자신에게 인식장애 등이 발생할 것을 예상하지 못한 경우나 자발적 음주가 아닌 경우에만 허용하고 있으며, 그 섭취로 인하여 자신의 인지적·인식적 장애가 발생할 것으로 예상할 수 없다는 점 또는 섭취의 비자발성을 주장자가 직접 입증하도록 하고 있다. 이때 비자발적 음주란 본인의 진정한 동의 없이 속임수나 겁박, 위협, 강제력 등에 의한 음주를 의미하며, 이는 반드시 물리력에 의한 강제에 국한되지 않는다. Marlowe, D. B., Lambert, J. B. & Thompson, R. G, Ibid., p.201. 알코올 및 약물로 인한 자동증의 경우에도 미국 법원은 이를 형법상 ‘행위’의 성립 여부의 문제로 보면서도 자동증에 관련한 증명책임을 피고인에게 전가하고 있다(*State v. Caddell*). 즉, 자동증은 책임감정의 사유가 아닌 형법상 행위(actus reus) 불성립 사유로 판단하고 있어 원칙적으로는 주관적 요건(mens rea)과 같이 검사가 자료제출 및 입증의 의무를 부담하나, *Caddell* 법원은 일단 의식 및 판단능력이 있는 상태에서의 행위라고 전제하고 자동증을 주장하는 피고인에게 증명책임을 전환하였다. 연방형법 18 U.S.C. §17이 정신질환이나 장애의 결과로 피고인이 행위시 자신의 행위의 성질과 불법판단을 할 수 없었다는 주장을 하는 것을 ‘affirmative defense(피고인의 주장이 받아들여질 경우 형의 면제나 감경이 이루어지는 공소사실 외의 사실에 대한 주장)’으로 파악하여 피고인에게 입증책임을 전환하고 있기 때문이다.

161) 대법원 1999. 1. 26. 선고 98도3812 판결(정신분열증을 이유로 심신미약 감경을 한 제1심판결에 대하여 피고인이 항소이유에서 양형부당만을 주장하고 심신상실 주장은 하지 않았다고 하더라도, 직권으로 피고인의 심신장애 정도-즉, 심신상실에 관하여 심리를 하였어야 한다는 이유로 원심판결을 파기한 사례). 이는 심신미약이

장애 증상을 당사자만 체험할 수 있으며 외부 관찰자가 정확하게 확인하기 어렵다는 근본적 특징이 있다. 더구나 다른 정신병의 경우와 달리 의식장애 상태가 대부분 일시적이어서 일정한 시간이 경과한 후에는 정상적인 정신상태로 회복되는 일과성 장애에 속한다. 이와 같이 주장자만이 체험할 수 있고 일과성 장애라는 특수성을 갖는 알코올 블랙아웃의 경우 불명확한 사실의 부존재를 증명하는 것은 사회통념상 불가능한 반면 그 존재를 주장·증명하는 것이 좀 더 쉬우므로, 이러한 사정은 검사가 증명책임을 다하였는지를 판단할 때 고려하여야 한다.¹⁶²⁾ 따라서 알코올 블랙아웃을 주장하는 자에게 그러한 사실의 존재를 수궁할 만한 소명자료를 제시할 부담을 지우고, 그러한 사정에 대한 주장과 소명자료는 구체성을 갖추어야 할 것이 요구된다. 이 경우 검사의 책임능력 존재에 대한 증명책임은 ‘실질적 증명책임’에 해당하고, 알코올 블랙아웃을 주장하는 피고인의 구체적 주장 및 소명자료 제출 책임은 ‘형식적 증명책임’ 내지 ‘입증의 부담’에 해당한다¹⁶³⁾고 볼 수 있을 것이다.

인정된 경우에도 심신상실을 의심할 만한 사정이 있는 경우에는 검사에게 그 부존재에 대한 증명책임이 있음을 전제한 것이라고 볼 수 있다.

- 162) 양심적 병역거부로 인한 병역법위반죄의 ‘정당한 사유’의 증명에 관한 대법원 2018. 11. 1. 선고 2016도10912 전원합의체 판결(정당한 사유가 없다는 사실은 범죄구성요건이므로 검사가 증명하여야 한다. 다만 진정한 양심의 부존재를 증명한다는 것은 마치 특정되지 않은 기간과 공간에서 구체화되지 않은 사실의 부존재를 증명하는 것과 유사하다. 위와 같은 불명확한 사실의 부존재를 증명하는 것은 사회통념상 불가능한 반면 그 존재를 주장·증명하는 것이 좀 더 쉬우므로, 이러한 사정은 검사가 증명책임을 다하였는지를 판단할 때 고려하여야 한다. 따라서 양심적 병역거부를 주장하는 피고인은 자신의 병역거부가 그에 따라 행동하지 않고서는 인격적 존재가치가 파멸되고 말 것이라는 절박하고 구체적인 양심에 따른 것이며 그 양심이 깊고 확고하며 진실한 것이라는 사실의 존재를 수궁할 만한 소명자료를 제시하고, 검사는 제시된 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 진정한 양심의 부존재를 증명할 수 있다. 이때 병역거부자가 제시해야 할 소명자료는 적어도 검사가 그에 기초하여 정당한 사유가 없다는 것을 증명하는 것이 가능할 정도로 구체성을 갖추어야 한다.); 허위사실공표로 인한 공직선거법위반죄의 ‘허위성’ 증명에 관한 대법원 2018. 9. 28. 선고 2018도10447 판결(이때 의혹사실의 존재를 적극적으로 주장하는 자는 그러한 사실의 존재를 수궁할 만한 소명자료를 제시할 부담을 지고, 그러한 소명자료를 제시하지 못한다면 달리 그 의혹사실의 존재를 인정할 증거가 없는 한 허위사실 공표의 책임을 져야 하며, 제시된 소명자료 등에 의하여 그러한 의혹이 진실인 것으로 믿을 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 비록 사후에 그 의혹이 진실이 아닌 것으로 밝혀지더라도 표현의 자유 보장을 위하여 이를 별할 수 없다. 그리고 허위사실공표죄에서 의혹을 받을 일을 한 사실이 없다고 주장하는 사람에 대하여, 의혹을 받을 사실이 존재한다고 적극적으로 주장하는 자는, 그러한 사실의 존재를 수궁할 만한 소명자료를 제시할 부담을 지고, 검사는 제시된 그 자료의 신빙성을 탄핵하는 방법으로 허위성의 증명을 할 수 있다. 이때 제시하여야 할 소명자료는 위 법리에 비추어 단순히 소문을 제시하는 것만으로는 부족하고, 적어도 허위성에 관한 검사의 증명활동이 현실적으로 가능할 정도의 구체성은 갖추어야 하며, 이러한 소명자료의 제시가 없거나 제시된 소명자료의 신빙성이 탄핵된 때에는 허위사실 공표의 책임을 져야 한다.); 자백배제법칙에서 ‘임의성’ 증명에 관한 대법원 2012. 11. 29. 선고 판결(그 임의성에 다툼이 있을 때에는 그 임의성을 의심할 만한 합리적이고 구체적인 사실을 피고인이 증명할 것이 아니고 검사가 그 임의성의 의문점을 없애는 증명을 하여야 한다) 등 참조.

- 163) 이주원, 형사소송법, 박영사, 2019, 329-330면 참조.

IV. 감정의 필요성 판단

한편, 대법원은 심신장애 여부와 관련하여 반드시 전문가 감정을 거칠 필요가 있는지 여부는 원칙적으로 법원의 재량사항에 속하며, 다만 당해 사안에서 피고인의 심신장애를 의심할 사정이 있는 경우에는 예외적으로 감정결정에 의하여 전문가 감정을 받아야 한다는 입장이다. 특히 범행 당시 피고인의 음주명정 정도 등은 전문가로 하여금 감정을 하게 하지 않고서도 다른 거시증거에 의하여 이를 판정할 수 있다는 입장이다. 그러나 앞서 본 바와 같이 ‘심신장애가 있음을 의심할 사정이 있는 경우’에는 객관성을 담보하기 위하여 가급적 전문가 감정을 의뢰할 필요가 있다. 이때 법원은 감정의 필요성 판단에서 피고인의 정신병력, 범행 전후의 피고인의 태도, 범행 당시 또는 범행 후의 피고인의 태도 등을 중요한 고려요소로 하고 있다. 따라서 알코올 블랙아웃의 경우에도 감정의 필요성이 인정되지 않는 경우에는 굳이 감정결정에 의해 전문가 감정을 의뢰할 것은 아니다. 굳이 전문가 감정을 의뢰할 필요조차 없는 경우로는 다음을 상정할 수 있다.

첫째, 알코올 블랙아웃 주장이 제출되었으나 그 주장이 범행 등 사건 당시 행위와 명백히 모순되는 경우이다. 즉, 알코올 블랙아웃 주장과 모순되는 사정이 명백히 존재하거나, 피고인의 범죄행위 혹은 피해자의 피해 당시 행위의 내용과 성질상 피고인의 블랙아웃 주장이 명백히 이유 없는 경우이다. 범행을 계획하거나 피해상황을 유도하는 준비행위가 있었고 범행 전후에 치밀한 은폐 내지 조작의 준비 및 시도가 있었다면 범행 당시 그 주장된 알코올 블랙아웃 상태에서도 판단능력 및 문제해결능력이 존재했다는 것을 의미하기 때문이다. 따라서 법원은 전문가 감정 없이 알코올 블랙아웃 주장을 배척할 수 있다.

둘째, 알코올 블랙아웃 주장이 제출되었으나 그 주장만 있을 뿐 블랙아웃 상태에 대한 객관적 증거 또는 목격자 증언 등이 전혀 존재하지 않는 경우이다.¹⁶⁴⁾ 블랙아웃 상태에 대한 객관적 증거 및 증언이 존재하지 않는 경우로서, 범죄행위 자체의 내용 및 성질과 모순되지 않으며 범행의 계획·은폐 내지 조작의 준비 및 시도 정황이 없는 경우

164) 객관적 증거는 존재하지 않으나 목격자 증언이 존재하는 경우, 알코올 블랙아웃 주장진술과 목격자의 진술이 충돌하는 사안은 전문감정이 필요하며 이는 별도로 서술한다.

에는 법원은 재량에 따라 전문가 감정 없이 알코올 블랙아웃 주장을 배척할 수 있다. 법원은 객관적 증거 및 증언이 존재하지 않는 상황에서, 피고인의 책임표지에 대하여 설령 전문가 감정이 존재하더라도 전문감정인의 의견에 기속되지 않고 범죄행위의 내용과 성질에 기초하여 스스로 규범적 판단을 내릴 수 있기 때문이다.

셋째, 알코올 블랙아웃 주장이 제출되었으나 블랙아웃 관련 자료를 제출하지 않은 경우이다. 예컨대, 알코올 의존증 등 정신질환으로 분류될 수 있는 알코올과 관련된 질환이나 알코올 과민증 등 알코올로 인하여 인식·인지체계에 영향을 받는 질환을 주장하는 경우에는, 주장자가 관련 자료를 제출할 책임을 부담한다. 사건 당시 알코올 섭취의 영향을 받았을 가능성이 인정되고 블랙아웃과 관련된 자료를 제출하는 경우에는 물론 필요적으로 전문가의 감정을 받도록 해야 한다.¹⁶⁵⁾

참고로, 미국의 경우에도 형사사건에서 정신감정 여부를 법원의 재량에 맡기고 있는 것은 우리와 다를 바 없는데, 전문가 감정 실시를 위해 필요한 소명의 정도와 관련하여 “good faith doubt(소명 내지 일응의 이유)” 기준이 인정되고 있다. “good faith doubt”은 형법상 유무죄를 판단하는 기준인 “reasonable doubt” 보다는 약한 개념으로서, 증거법리상 확립된 정의는 존재하지 않지만 대체로 ① 주장자가 합리적인 근거에 기초하고 있고 ② 그 주장이 범행 등 사건 당시 행위와 모순되지 않을 경우에 인정되고 있다. 즉, 피고인의 정신이상 주장이 “good faith doubt”가 있는 경우에는 법원이 감정자료를 제출하도록 명하거나 감정을 실시해야 한다고 보고 있다.¹⁶⁶⁾

따라서 알코올 블랙아웃을 주장하는 경우 모순되는 범행정황이 확인되지 않고 주장자가 자신의 주장을 뒷받침할 소명자료를 제출하는 이상, 법원은 블랙아웃의 유무와

165) 미국의 경우 연방민사소송법(Federal Rules of Civil Procedure)에는 “일방 당사자의 정신적 혹은 신체적 상태에 대하여 당사자 간 다툼이 있는 경우 … 법원은 그 당사자에게 신체 감정 … 또는 정신 감정 결과를 제출하도록 할 수 있다”라는 규정(Federal Rules of Civil Procedure 35(a))이 있으나, 연방형사소송법(Federal Rules of Criminal Procedure)에는 이에 해당하는 조항이 존재하지 않는다. 하지만 미국 법원은 명백한 권한 규정의 부재는 법원의 재량에 따라 전문 정신감정을 명할 수 있도록 하는 것이라 해석하고, 형사사건에서도 당사자의 정신적 상태가 다툼이 되는 경우 적극적으로 정신감정을 명하고 있다. Judith H. Greenberg, “Compulsory Psychological Examination in Sexual Offense Cases, Invasion of Privacy or Defendant’s Right?”, Fordham Law Review 58(6), 1990, pp.1258-1260.

166) John Parry, Ibid., p.85; “good faith doubt”의 의미에 대한 설명으로는, Diane Bruce & Tara Ann Koenig, “Confusion Surrounding the Good Faith Doubt Evidentiary Standard Goes Unchecked: NLRB v. Curtin Matherson Scientific, Inc.”, Journal of Civil Rights and Economic Development 6(1), 1990, p.97.

주장자의 알코올과 관련된 특이한 체질 또는 블랙아웃의 정도를 판단하기 위해 전문가 감정을 실시하는 것이 바람직하다. 이 경우 전문가 감정에 필요한 블랙아웃 주장자의 소명의 정도는, 그 주장의 신뢰성을 확보할 정도에 이르지 않아도 무방하며 그 주장의 성립 가능성이 부정되지 않을 정도의 소명만으로 충분하다고 할 것이다. 예컨대, 알코올 블랙아웃을 주장하는 피고인이 ㉠ 이전에 알코올을 섭취한 적이 없었던 경우, ㉡ 자신이 알지 못했던 알코올에 민감하게 반응하는 기저질환이 존재했던 경우, 또는 ㉢ 강압적인 분위기에서 자신의 평소 주량을 상회하는 음주를 거부할 수 없었던 경우에 음주 후 자신에게 블랙아웃이 발생할 것을 예상하지 못했다고 주장한다면, 법원은 주장과 모순되는 범행정황이 발견되지 않는 한 주장자에게 관련 자료를 제출하게 한 다음 그 주장의 타당성에 대한 소명이 인정되는 경우 전문가 감정을 실시하는 것이 바람직하다. 반면, 이전에 이미 알코올 블랙아웃 상태에서 범죄행위를 저지른 경력이 있었던 피고인이 범행 당시 또한 블랙아웃 상태였다고 주장하는 경우에는, 주장자 자신이 알코올을 과다섭취한 상태에서의 행위를 예상할 수 있었다고 볼 수 있으므로, 블랙아웃 상황을 발생시킬 고의 내지 과실을 인정할 수 있다는 점에서, 법원은 그 주장과 모순되는 정황이 존재하는 경우로 평가하여 자료제출의무를 부과함이 없이 곧바로 전문가 감정을 실시하지 않을 수 있다.¹⁶⁷⁾

넷째, 감정의 필요성 판단 단계에서도 당대의 전문지식의 발전수준에 따른 전문가의 지식·경험이 적절히 활용되는 것이 바람직하다. 여기에는 ‘전문심리위원을 통한 간이 감정제도’가 유용할 수 있다. 알코올 블랙아웃을 주장하는 경우 구체적인 해당 사안에서 정식의 감정절차가 필요한 것인지, 만일 필요하다면 정신과 전문의 또는 심리학자 중 누가 적합한 것인지 여부 등을 결정하는데 유의미한 도움을 받을 수 있다는 것이다. 또한 이를 통하여 전문감정인에 대한 요구사항을 명확히 할 수 있고, 이에 따라 감정서의 수준이나 내용에 대한 통제 또한 가능해질 수 있을 것이며, 궁극적으로 감정 결과와 판결의 일치 가능성을 높이는 데에도 기여할 수 있을 것이다. 다만 전문성이 확보되지

167) 임의명정에 기초한 정신이상 항변을 일정한 요건 하에 허용하는 미국의 일부 주에서도 이전에 명정상태를 경험한 적 있는 자가 해당 사건에서 명정상태를 주장하는 경우에는, 해당 주장 자체를 금지하고 있다(Marlowe, D. B., Lambert, J. B. & Thompson, R. G, Ibid., p.202). 다만 주장자가 자신이 블랙아웃 상태에 빠질 것을 예상할 수 있었을 것이 인정되더라도 사형이 구형된 경우에는 주장자에게 관련 자료를 제출하고 전문감정을 받을 기회를 주는 것이 일부 미국 법원의 입장이다(Marlowe, D. B., Lambert, J. B. & Thompson, R. G, Ibid., p.203).

않은 경우에는 실무상 도움이 되지 않을 것이므로 그 자격, 상담절차, 다양한 전문영역의 전문지식 등에 대한 합리적 구상이 충분히 뒷받침될 필요가 있다. 또한, 일종의 약식의 사전적인 간이감정에 불과하다는 점에서 정식감정이 아닌 간이감정의 신뢰성에는 한계가 있으므로, 정식감정 절차를 대신하는 수단으로 활용하는 것은 부정확한 결과를 초래할 위험이 있다는 점에 유념할 필요가 있을 것이다.

V. 위장된 정신장애의 감별 문제

형사책임에서 심신장애 여부를 판정함에 있어 꼭 확인되어야 할 사항은 가짜 블랙아웃의 구별이다. 정신장애에 대한 위장, 즉 꾀병(사병)이 문제되는 일반 유형은 크게 세 가지로 분류되는데, ‘가장한 정신장애’, ‘가장한 인지손상’, ‘가장한 의학적 증후군(예: 매맞는 아내 증후군 등)’이 있다. 그 중 ‘가장한 정신장애’가 가장 일반적이란 점이 지적되고 있는 것이다. 심리검사에서의 위장 여부는 일반적으로 타당성 척도들에서의 반응양식으로서 평가될 수 있다. 즉 표준화된 성격검사(MMPI나 PAI 등)에서는 정상적이거나 비정상적인 사람 모두가 일반적으로 당연히 답변해야 하는 문항들이 포함되고, 당연한 범주의 답변으로부터 과도하게 벗어난 응답을 하는 경향성을 평가하여 검사결과와 타당성 여부를 판정한다.¹⁶⁸⁾ 꾀병과 관련된 다양한 구성개념에 대한 핵심용어에는 꾀병(malingering), 인위적 장애(Factitious disorder), 가장(Feigning), 은폐(Dissimulation), 과장보고(Overreporting), 이차적 이득(Secondary gain), 증상 확대(Symptom magnification), 이탈(Disengagement)이 있다고 한다.¹⁶⁹⁾

위장된 정신장애의 감별과 관련된 검사도구로는 SIRS-2(Structured Interview of Reported Symptoms-2)와 M-FAST(Miller Forensic Assessment of Symptoms Test)가 있다.

먼저, SIRS의 개정판인 SIRS-2(Rogers, Sewell, & Gillard, 2010)는 ‘8개의 주요 척도’로 구성되어 있으며, 주요 척도는 가장과 진성 표본을 비교할 때 탁월한 판별

168) 이수정, 앞의 글(주 152), 121면.

169) 이수정, 앞의 글(주 152), 122면.

타당도를 보였다고 한다.¹⁷⁰⁾ 총 156문항으로 구성된 SIRS-2의 하위척도들에는 ① 희귀 증상(RS), ② 증상 혼합(SC), ③ 개연성이 낮거나 모순된 증상(IA), ④ 노골적인 증상(BL), ⑤ 미묘한 증상(SU), ⑥ 선별적 증상(SEL), ⑦ 극심한 증상(SEV), ⑧ 보고 대비 관찰 증상(RO)이 있다고 하며,¹⁷¹⁾ ①②③은 그럴듯하지 않은(unlikely) 증세에 대한 탐지 전략이고, ④⑤⑥⑦은 과장된(amplified) 증세에 대한 탐지 전략이라고 한다. 한편, SIRS-2에는 주요 척도 이외에도 6개의 보충 척도가 있는데, 이중 'IF' 척도(Improbable Failure: 불가능한 실패)는 정신장애 이외에 인지장애 여부에 대하여서도 판단이 가능하도록 설계되었다고 한다.¹⁷²⁾ 즉, IF 척도는 수검자에게 하나의 단어를 제시하고 10개의 반의어와 10개의 제시어와 운율이 맞는 단어를 제출하게 하는데,¹⁷³⁾ SIRS-2의 매뉴얼에 따르면, 수검자가 20개 문항 중 최소기준인 5개 이상의 실수를 하는 경우 인지장애를 과장하고 있다고 평가할 수 있다. IF 척도는 현재 수사분야에서 특히 각광받고 있으며, 정신감정의 초기단계에서 인지장애 가장을 식별할 수 있다는 점에서 의미가 있다.¹⁷⁴⁾ 다만, 여기서 인지장애에 대한 가장은 정신지체가 없는 정상인들을 대상으로 하여서만 정확한 평가가 가능하다고 한다.¹⁷⁵⁾

170) 이수정, 앞의 글(주 152), 122면. ① 희귀 증상(RS)은 특정 정신장애와 관련된 증상으로는 매우 희귀하여 자주 나타나지 않는 증상을 호소하고 있는지를 평가한다. ② 증상 혼합(SC)은 실제로는 동시 발병이 불가능한 증상을 호소하고 있는지를 평가한다. ③ 개연성이 낮거나 모순된 증상(IA)은 비상식적이고 전혀 있을 수 없는 증상을 호소하고 있는지를 평가한다. ④ 노골적인 증상(BL)은 주요 정신장애에 대하여 보고한 대부분의 증상이 실제 해당 병명의 환자가 보고하는 정도보다 지나치게 과한지 여부를 평가한다. ⑤ 미묘한 증상(SU)은 대부분의 증상이 매우 일반적이어서 실제 정신장애 환자답지 않은지 정도를 평가한다. ⑥ 선별적 증상(SEL)은 실제 정신장애 환자들에서 일반적으로 나타나는 증상 및 심리적 문제에 대하여 일부만을 보고하거나 인정하는지 여부를 평가한다. ⑦ 극심한 증상(SEV)은 실제 정신장애 환자들에게 있어서는 대부분 견딜만한 증상이지만 지나치게 견디기 어렵다고 호소하는 증상이 있는지를 평가한다. ⑧ 보고 대비 관찰 증상(RO)은 보고하고 있는 증상이 실제 행동 상에서 나타나지 않는지 여부를 평가한다.

171) 이수정, 앞의 글(주 152), 123면.

172) 이수정, 앞의 글(주 152), 123면. SIRS-2 척도는 IF 척도를 포함시킴으로써 다른 복잡한 척도 없이도 가장된 정신질환 주장은 물론이고 가장된 인지장애 주장까지 걸러낼 수 있게 되었다. IF 척도의 20개 문항 모두가 SIRS-2 개발 전 모델인 SIRS 척도에 포함되었지만 SIRS-2가 발표되기 전까지는 독자적인 척도로 개발되지는 않았다. SIRS의 IF(Improbable Failure: 불가능한 실패) 척도는 원래 언어활동 상 가장된 결함을 가려낼 목적으로 고안된 척도이지만 현재에는 오히려 FCI(Feigned Cognitive Impairment: 가장된 인식 결함)의 진단을 위해 실시될 때 유용하다는 연구가 있다. Richard Rogers/Joshua W. Payne/David T. R. Berry/Robert P. Granacher, "Use of the SIRS in Compensation Cases: An Examination of Its Validity and Generalizability", *Law and Human Behavior* 33(3), 2008, p.215.

173) Richard Rogers/Joshua W. Payne/David T. R. Berry/Robert P. Granacher, *Ibid.*, p.216.

174) Richard Rogers/Joshua W. Payne/David T. R. Berry/Robert P. Granacher, *Ibid.*, p.220.

175) 이수정, 앞의 글(주 152), 123면. IF 척도는 지적장애를 가진 조사자들을 대상으로 한 경우에 한계를 가진다. 지적장애를 가진 정직한 조사자들에 대한 결과는 인식장애를 가장하는 자들에 대한 결과와 비슷한 수치를 보이고 있어 둘의 구분이 어렵다는 단점이 있다. SIRS-2 매뉴얼도 IF 척도는 고등학교 이상의 학력을 가진 수검자에 대해서 매우 유용하다고 밝혀 지적장애를 가진 수검자를 대상으로 하는 경우 한계가 있음을 인정하였다.

다음으로, SIRS 이외에 법정에서의 정신장애 위장(피병 혹은 사병)을 평가하기 위해 사용되는 또 다른 전문화된 검사는 M-FAST(Miller Forensic Assessment of Symptoms Test)라고 한다. 이는 개인이 정신병리를 위장할 가능성을 평가하도록 고안된 구조화된 면담방식의 검사도구로, 25항목으로 구성된 M-FAST는 비교적 짧은 시간(5-10분) 내에 실시될 수 있으며, 각 문항마다 0점 또는 1점으로, 만점은 25점이다. M-FAST 총점의 진단 기준점이 6점일 경우 피병을 시도하는 사람을 가장 정확하게 분류한다고 알려져 있으며, 지금까지의 M-FAST 타당도 연구들은 M-FAST가 뛰어난 심리측정적 속성을 가지고 있는 것으로 보고되었다고 한다.¹⁷⁶⁾ M-FAST의 7가지 하위 척도에는 ① 보고-관찰(RO: Reported VS Observed), ② 극단 증상(ES: Extreme Symptomatology), ③ 드문 조합(RC: Rare Combination), ④ 특이 환각(UH: Unusual Hallucination), ⑤ 특이 증상 진행(USC: Unusual Symptom Course), ⑥ 부정적 자아상(NI: Negative Image), ⑦ 피암시성(Suggestibility)이 있다고 한다.¹⁷⁷⁾

Laura M. Grossi et. al., “Evaluation of the Response Bias Scale and Improbable Failure Scale in Assessing Feigned Cognitive Impairment”, *Psychological Assessment* 29(5), 2017, p.533.

176) 이수정, 앞의 글(주 152), 123-124면. 국내에서도 역시 치료감호소 감정 환자들을 대상으로 하여 총점의 진단 기준점을 6점으로 하였을 때, 가장 정확하게 사병집단과 진짜 정신장애 집단이 적확하게 분류되는 것으로 나타났다고 한다. 이수정, 앞의 글(주 152), 125면.

177) 이수정, 앞의 글(주 152), 124-125면. ① 보고-관찰(RO: Reported VS Observed): 수검자의 자기보고와 행동관찰을 비교할 수 있는 척도이다. 피병집단의 경우, 실제 행동과 상응하지 않는 증상들을 종종 보고한다. 예컨대 “나는 의자에 앉을 때마다 항상 의자 밑에 무언가가 있는지를 확인해야 한다.”는 문항에 ‘그렇다’고 대답하지만, 실제 면담시 이러한 행동을 보이지 않는다. ② 극단 증상(ES: Extreme Symptomatology): 실제 정신과 환자집단에서 전형적으로 나타나는 증상보다 훨씬 극단적이고 흔치 않은 증상을 측정하는 척도이다. 예컨대, “아무도 없는데도 나는 매일 4시 30분에 환청을 듣는다.”와 같이 피병을 시도하는 사람들은 매우 극단적이고 일반적이지 않은 증상을 보고한다. ③ 드문 조합(RC: Rare Combination): 실제 정신과 환자들에게서는 거의 나타나지 않는 또는 결코 공존할 수 없는 증상들을 진술하는 경향을 측정하는 척도이다. 개별 증상들은 결코 이상하지 않지만, 이들 증상의 조합은 기이하며 정신과 환자들은 대부분 이에 응답하지 않는 경향이 있다. ④ 특이 환각(UH: Unusual Hallucination): 정신과 환자들에서는 자주 일어나지 않는 증상(예: ‘나는 하루 종일 지속되는 환각을 경험한다’)을 평가하는 척도이다. 피병을 시도하는 사람의 경우, 정신질환에 대한 증상을 정확하게 이해하지 못한다. 따라서 이들은 실제 정신과 환자들에게서는 거의 보고되는 증상을 경험한다고 진술하는 경향이 있다. ⑤ 특이 증상 진행(USC: Unusual Symptom Course): 해당 척도는 수검자 자신의 정신병리 진행에 대한 지각을 평가한다. 이 항목에 ‘그렇다’고 반응하는 수검자는 임상현장에서 알려져 있는 대부분의 정신병리의 진행과 다른 비일상적인 병의 진행을 보고한다. ⑥ 부정적 자아상(NI: Negative Image): 수검자의 부정적인 자아상을 평가하는 척도이다. 즉, 이 항목은 수검자가 일반적인 정신과 환자 집단에서는 흔하지 않은 자신에 대한 과도한 부정적인 견해를 가지고 있음을 나타낸다. 피병집단에서는 자신들이 부정적 측면에서 보여야만 한다고 믿는 경향이 있다. ⑦ 피암시성(Suggestibility): 피병집단은 면담 도중 (정신병리)증상을 표현하는 것이 면담자로 하여금 자신이 정신질환이 있는 것처럼 보일 수 있게 한다고 느끼는 경향이 있다. 예컨대, 면담 초기에 피검자에게 지시하기를 심각한 정신질환을 가진 사람들은 작은 푸른색의 사람을 보지 않고는 오랫동안 집중할 수 없다고 말해줄 경우, 피병집단에 속한 많은 사람들은 면담종료 후 푸른색 난쟁이를 면담 동안 보았다고 보고할 것이다.

제2절 전문가 감정의 정확성 제고 방안



I. 책임능력 관련 평가도구들

한편, 미국의 심리학자들이 정신과 전문의에 비하여 실증적인 의견을 제시할 때 특히 많이 사용하는 책임능력과 관련된 평가도구로는, Rogers(1984)의 형사책임 평가척도(Criminal Responsibility Assessment Scales : R-CRAS)와 Melton(1987)의 정신상태 기법(Mental State at the time of Offense : MSO)이 있다고 한다.

우선, R-CRAS는 몇 명의 임상심리학자들과 정신의학자들에 의하여 개발된 척도로서 25개의 변인들로 구성되는데, Part I 은 정신장애를 측정하는데 유의미한 심리학적 변인들의 장애 정도를 측정하여 사물변별능력 또는 의사결정능력의 결여라는 심리학적 요소를 뒷받침해 주며, Part II는 정신장애를 근거로 한 심리학적 책임능력에 대한 정확한 의견을 제공하도록 돕는다고 한다.¹⁷⁸⁾ 이 척도는 임상전문가가 피고인과의 면담과 심리검사 등을 통하여 평가하며, ① 피고인 진술의 신뢰성, ② 기질성 결함 여부, ③ 정신병리, ④ 인지적 통제능력, ⑤ 행위통제능력을 측정한다.¹⁷⁹⁾ 측정의 자료로 경찰차보고서, 변호인의 기록, 기타 성장과정에 대한 기록, 피고인의 자기보고서 등을 참고하고, 수집된 정보에 대한 분석을 통해 범행 계획, 범죄성 인식, 자기 통제와 같은 요인들을 평가하게 된다.¹⁸⁰⁾ 그런데 R-CRAS가 평가자(임상전문가)의 편견에 의해 결과가 영향을 받는다는 단점이 있어,¹⁸¹⁾ 보다 높은 평가자 간 일치율을 확보하기 위해 한층 더 체계적이고 구조화된 면담기법을 개발하였는데, MSO가 바로 그것이다.¹⁸²⁾

다음으로, MSO 면담기법은 다양하게 개발된 감정기법들을 종합하여 범행 당시의 정신상태라는 과거의 상태에 대한 전문 감정방법의 하나이다. 시작(Inception) 단계에서 피고인에게 면담의 목적, 결과의 통보, 면담에 대한 비밀보장에 대해 설명한다. 그러

178) 이수정, 앞의 글(주 152), 117-119면

179) 이수정, 앞의 글(주 152), 117-119면.

180) 우리나라는 미국의 4가지 기준, 즉 McNaughten 원칙, Durham 원칙, ALI 원칙, GBMI 판결기준 등 미국의 이전모델을 받아들여 현재까지 사용하고 있으며, 미국에서와는 달리 판단척도 개발에 의미있는 진전을 보이지 못하고 있다는 지적으로는, 이수정, 앞의 글(주 152), 120면.

나, 정신상태에 대한 모든 자료는 법정에 제시해야 하므로 비밀보장의 한계를 명확하게 인식하고 있어야 한다. 둘째, 정찰(Reconnaissance) 단계에서는 과거의 정신병리적 문제의 정도와 종류, 과거의 치료의 종류, 범죄행위의 여부, 주변 환경, 약물사용의 여부를 파악한다. 셋째, 세밀한 탐문(Detailed Inquiries) 단계에서는 범행 당시의 상황, 생각, 행동, 감정, 태도에 대해 면담함으로써 현재의 정신병리와 범행 당시의 정신병리의 유무가 평가되는데, 이것을 심리적 부검(psychological autopsy)이라고도 한다.¹⁸³⁾ 최근의 경향은 전문감정인들이 최대한 객관적 기준을 가지고 감정을 수행해 나가기 위한 가이드라인을 작성하는 데 초점이 맞춰지고 있다. 가이드라인의 요소로는 범죄행위 및 피고인 개인에 대한 각종 자료뿐만 아니라, 면담 과정에서 사용될 심리검사 또는 설문지 등이 포함된다.¹⁸⁴⁾ 범행 당시 행위자의 정신상태가 문제되는 경우 포렌식 정신감정을 실시하여 피고인의 정신상태를 검사하게 되는데, 전문감정인은 피고인의 심리적, 신체적 자료뿐만 아니라 경찰의 수사기록, 검찰의 기소자료, 변호인의 자료 등을 검토하고 광범위한 면담과 관련 자료를 종합하여 행동심리학적인 추론과 정신분석학적인 추론을 한다. 이 기법은 정신장애 항변에 부적절한 피고인을 잘 변별해 내는 것으로 알려져 있다.¹⁸⁵⁾ 예컨대, 정신이상이나 질환에 기초한 항변을 부분적으로

정신장애 항변의 판단기준 (출처: 경찰청 사이버 안전국)

원칙	제정년도	주요 내용
McNayghten 원칙	1851	범행 당시에 정신질환으로 인해 행동의 본질과 결과를 몰랐거나 또는 알고 있었다 하더라도 그 행동이 잘못된 것인지를 몰랐을 경우 범죄행동에 대한 책임을 묻지 않는다.
Durham 원칙	1954	불법적인 행동이 정신장애나 정신적 결함에 의한 것이라면 범죄에 대한 책임을 지지 않는다.
ALI 원칙	1972	정신질환이나 정신적 결함에 의한 행위 시에 피고인이 자기 행위의 범죄성을 감지할 수 있는 충분한 역량이 결여되어 있었거나, 법이 요구하는 합당한 행위를 수행할 충분한 역량이 결여되어 있었을 때 형사책임을 지지 않는다.
GBMI 원칙	1975	피고인은 범죄에 대해 책임을 져야 하지만, 정신장애가 있다는 것을 인정해준다.

위 표는, 이수정, 앞의 글(주 152), 116면.

181) 즉, 감정인의 임의적 판단 가능성과 감정인마다 다른 접근법을 채택하여 감정절차의 일관성을 해칠 위험성을 최소화할 가이드라인으로서의 역할을 수행하는 데에는 난점이 있다는 것이다.

182) 이수정, 앞의 글(주 155), 226면.

183) 이수정, 앞의 글(주 155), 226면.

184) Fitch WL, "AAPL Practice Guideline for Forensic Psychiatric Evaluation of Defendants Raising the Insanity Defense", The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law 35(4), 2007, supplement pp.7-8.

185) 박광배, 법심리학, 학지사, 2010, 192-196면; 이수정, 최신범죄심리학(제2판), 학지사, 2013, 185-188면.

인정하는 주들 가운데 하나인 미시건 주에서의 MSO 감정 절차를 살펴보면,¹⁸⁶⁾ 우선 포렌직 정신감정인은 경찰과 검찰의 기록 및 사건의 추이나 피고인의 행동을 목격한 증인들의 진술, 가족 및 직장 동료 혹은 범행 직후 접촉한 사람의 진술들을 검토하게 된다.¹⁸⁷⁾ 이러한 자료들을 바탕으로 감정인은 MSO를 분석하게 된다.¹⁸⁸⁾

범행 당시의 정신상태(MSO)에 초점을 맞추는 미국의 최근 연구는, 발생 전후로는 인식장애 및 판단장애가 발견되지 않는 알코올 블랙아웃 주장에 대한 감정의 가이드라인을 세우는 데 참조할 만하다.¹⁸⁹⁾ 감정인 자격, 감정의 기초자료의 종류, 결론에 도달하기 위해 필요한 면접·심리검사·신경과검사 등의 감정절차에 대한 가이드라인을 제시하여 감정절차의 안정성과 일관성을 확보할 필요가 있다.

186) Daniel H. Swerdlow-Freed, "Assessment of Competency to Stand Trial & Criminal Responsibility", Michigan Criminal Law Annual Journal 1(1), 2003, pp.24-28.

187) 미시건 주에서 감정인의 감정에 필요한 자료로 보는 것은 ① 경찰 및 검찰 조서와 목격자 및 피해자의 진술서, ② 과거 정신병력 자료, ③ 필요한 경우 검시보고서, ④ 피고인의 심리상담, ⑤ 피고인의 정신과 상담, ⑥ 불법 개념과 관련된 질문에 대한 피고인의 대답, ⑦ 범행 당시 정황에 대한 피고인의 자세한 진술, ⑧ MMPI 등 적절한 심리검사 결과, ⑨ 신경학적·뇌과학적 검사 등이 있다.

188) 피고인의 형사책임을 판단하기 위하여 감정인의 감정결과에는 다음과 같은 사항이 포함되어야 한다. "① 피고인의 정신이상/장애는 주법에서 정하는 정신질환 중 하나에 해당해야 하며, 그 정신이상/장애가 상당하여 자신의 판단능력 및 인식능력에 심각한 지장을 초래해야 한다. ② 위의 요건을 만족시키는 경우, 피고인의 정신적 문제/능력이 자신의 행위의 불법성을 이해하는 능력이나 자신의 행위를 법이 요구하는 바에 따라 조정하는 능력과 관계가 있어야 한다."(Daniel H. Swerdlow-Freed, Ibid., p.27). 또한 위의 자료들에 기초하여 형사책임 여부를 판단하기 위한 판단인자로는 첫째, 범행 전후에 정신이상/장애가 존재했다는 증거가 있어야 하고, 둘째, 범행의 동기를 파악해야 한다. 만약 정신적인 요인 외에 분명한 범행동기가 존재하지 않는다면 정신질환으로 판단될 수 있지만, 이성적 사고에서 도출된 동기가 병존한다면 거짓 주장이거나 일시적인 정신이상으로 볼 수 있다. 셋째, 범행의 계획이 존재하는지 여부를 검토하여야 하며, 넷째, 범행 이후 며칠 동안 정신이상이 발생한 적이 있는지 여부도 판단요소가 된다. 다섯째, 범행 전후에 피고인이 어떠한 행동과 사고를 했는지 관찰해야 하는데 체포 이후의 이상 행동 및 탈출 시도에 관한 기록이 포함될 수 있다. 여섯째, 전과기록과 성격장애 관련 사항 또한 판단 요소에 포함된다. 일곱째, 과거 모든 정신병력과 현재 문제되는 범행과 관련된 특정 과거 정신병력이 판단요소가 될 수 있다. 여덟째, 피고인이 자신의 행위의 불법성을 인식하지 못하고 있다면 이러한 인식부족이 정신이상/장애로부터 발생된 것인지 살펴보아야 한다(Daniel H. Swerdlow-Freed, Ibid., p.28).

189) 즉, 자발적 알코올 및 약물 섭취(voluntary intoxication)는 MSO 연구의 한 분야로 소개되고 있다. Fitch WL, Ibid., supplement pp.9-10.

II. 정신감정 전문가 활용

일반적으로 사람의 사망원인, 상해의 부위와 정도, 혈액형, 마약이나 각성제 등 약물의 성분, 필적 및 정신감정이 자주 행해지는 감정인데, 대부분의 감정은 수사단계에서 이루어지지만 정신감정의 경우에는 법원에서 주로 이루어진다. 우리나라 실무에서 정신감정인의 감정서 작성은 일반적으로 서론, 가족력(특히 유전적 배경 여하), 본인의 과거 생활력, 현재 증상(신체적 의견과 정신의학적 의견), 결과 설명 및 감정 주문 작성의 순서로 한다. 치료감호소에서 작성하는 정신감정서도 대체로, ① 피감정인의 인적사항, ② 감정의 경위 및 방법 설명, ③ 범행 개요, ④ 감정 주문 사항, ⑤ 과거 범죄력, ⑥ 개인력, 가족력 및 현 병력, ⑦ 현재 상태 - 신체상태, 정신상태, 임상심리 검사, ⑧ 감정 결과 - 진단 및 설명, ⑨ 감정 주문에 대한 답변, ⑩ 의견 및 권고의 순서로 작성되고 있다.¹⁹⁰⁾

감정인과 관련하여, 독일의 경우 보안처분 관련 정신감정에 있어 의학적 지식에 기초한 정신감정과 그로 인한 충분한 근거가 법원에 제시될 것을 요청하고 있으므로 정신의학적 기초가 있는 의사에 의한 정신감정을 원칙으로 삼고 있다. 다만, 의사가 아닌 심리학자의 경우라도 관련 분야에 대한 충분한 지식과 경험을 갖추고 있다면 정신감정을 하는 것이 헌법에 위반되지는 않는다는 것이다. 그리하여 많은 법정신의학 연구실에서 법정신의학자와 심리학자가 공동으로 감정을 행하고 있다고 한다. 우리의 경우에도 적어도 신경정신과적 지식을 습득하고 있는 의사가 포함된 복수의 감정인단을 선정하여 공동으로 감정서를 작성하게 하거나, 법정신의학적인 충분한 경험과 지식을 갖추고 있는 심리학자 등에게 정신감정을 의뢰하는 것이 적절할 것으로 보인다.¹⁹¹⁾

감정의 오류사례로는 불완전한 조사, 심신장애의 원인과 내용에 대한 설명 결여 등이 문제되고 있고,¹⁹²⁾ 감정의 정확성과 감정의 질 확보,¹⁹³⁾ 감정과 법관 판단의 불일치¹⁹⁴⁾가 문제되고 있다. 감정의 오류를 줄이기 위해서는 감정인과 법관 및 소송관계인 사이의 이해와 소통 및 감정인의 의견 존중과 같은 상호 의사소통이 중요하며, 무엇보다

190) 이진국, “형사절차상 정신장애에 대한 감정”, 법학논총 제28집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2011, 362면.

191) 조병구, 앞의 글, 915-917면 참조.

192) 조병구, 앞의 글, 915-917면 참조.

193) 이진국, 앞의 글, 360-361면 참조.

194) 권영법, 앞의 글(주 151), 56면 참조.

다 감정서에 최소한 포함되어야 할 감정서의 형식과 내용이 풍부해야 한다.¹⁹⁵⁾

알코올 블랙아웃과 관련하여 정신의학적 진단방법인 이미지화된 과정(컴퓨터 단층촬영, 자기공명 단층촬영), 전자생리학적 방법, 피부저항 변경측정 등뿐만 아니라, 알코올 섭취량에 따른 혈중 알코올 농도의 측정 내지 계산 등을 비롯하여, 심리학적 검사방법에 의한 행위자의 외적·내적인 특징 및 인격적 상태 등에 대한 심사가 필요하다.

다른 정신병과 달리 정신장애 상태가 대부분 일시적인 일과성 장애의 일종인 알코올 블랙아웃에서는 범행 당시 책임능력 판단에는 입증상의 실질적인 문제가 있다. 이러한 문제를 해결하는데 도움을 주기 위해서 음주시험 등의 활발한 자연과학적 노력이 있다고 한다. 즉, 음주시험은 명정이 일과성이라는 점을 고려하여, 명정 정도에 대한 객관적 근거를 제시하기 위하여 시행되는 것으로, 범행시에 피고인이 음용한 정도의 알코올 양을 음용케 하여 그 장애의 정도를 관찰하는 ‘자유시험’과 일정 양의 알코올을 계속하여 음용케 하고 각 양에 따른 장애를 관찰하는 ‘규정시험’이 있다는 것이다.¹⁹⁶⁾

한편, 위드마크 공식에 의한 혈중알코올농도의 계산에서도 특정 시점에서의 혈중알코올농도에 영향을 줄 수 있는 다양한 요소들 역시 검증의 대상이라는 것이 판례의 기본적인 태도이기도 하다.¹⁹⁷⁾

195) 이진국, 앞의 글, 360-361면.

196) 자세한 것은 김형준, 앞의 글, 199-200면 참조.

197) 대법원 2008. 8. 21. 선고 2008도5531 판결(“위드마크 공식에 따른 혈중알코올농도의 추정방식에는 알코올의 흡수분배로 인한 최고 혈중알코올농도에 관한 부분과 시간경과에 따른 분해소멸에 관한 부분이 있고, 그 중 최고 혈중알코올농도의 계산에서는 섭취한 알코올의 체내흡수율과 성, 비만도, 나이, 신장, 체중 등이 그 결과에 영향을 미칠 수 있으며 개인마다의 체질, 음주한 술의 종류, 음주 속도, 음주시 위장에 있는 음식의 정도 등에 따라 최고 혈중알코올농도에 이르는 시간이 달라질 수 있고, 알코올의 분해소멸에는 평소의 음주 정도, 체질, 음주 속도, 음주 후 신체활동의 정도 등이 시간당 알코올 분해 양에 영향을 미칠 수 있는 등 음주 후 특정 시점에서의 혈중알코올농도에 영향을 줄 수 있는 다양한 요소들이 있는바, 형사재판에 있어서 유죄의 인정은 법관으로 하여금 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도로 공소사실이 진실한 것이라는 확신을 가지게 할 수 있는 증거가 필요하므로, 위 각 영향요소들을 적용함에 있어 피고인이 평균인이라고 쉽게 단정하여서는 아니 되고 필요하다면 전문적인 학식이나 경험이 있는 자의 도움을 받아 객관적이고 합리적으로 혈중알코올농도에 영향을 줄 수 있는 요소들을 확정하여야 한다.”)

III. 판결전 조사

이와 관련하여, 법원조사관에 의한 판결전 조사제도의 활용을 주장하는 견해¹⁹⁸⁾가 있다. 즉, “피고인의 평소 주량과 마신 술의 종류 및 양은 음주로 인한 책임능력을 판단하는 핵심적 요소임에도 불구하고 기존 실무는 통상 별도의 증거 없이 일반적으로 피고인의 진술에 의해 그 해당 여부를 인정하고 있으며, 이러한 실무관행은 일정부분 개선할 필요가 있다”는 것이다. 또한 “주량”이라고 하는 것은 법리적으로 음주가 피고인의 사물변별능력이나 행위통제능력을 미약하게 만들지 못하는 정도를 의미한다. 이는 생물학적 실험과 판단이 뒷받침되어야 할 영역이며, 개인차가 존재할 수 있는 만큼 피고인이 의료기관에서 받아 제출하는 신체감정서나 아니면 법원이 피고인의 동의하에 통제된 환경에서의 전문가의 주도로 진행되는 정식 또는 약식의 신체감정을 통해 이를 확정할 수 있다”고 한다. “법원이 규범적 판단을 지나치게 강조함으로써 ‘법관의 자의에 의한 판단’이라는 비판이 높은 점을 감안해, ‘생물학적 판단’을 보다 강화하고 이를 절차적으로 반영하는 것에 무게 추를 둘 필요가 있다”고 하며, 이를 위한 구체적인 심리개선방안으로 법원조사관에 의한 판결전 조사가 원칙적으로 도입되어야 한다는 것이다. 즉, “피고인이 적극적으로 심신미약 주장을 하는 경우 음주가 피고인에게 미치는 영향을 구체적으로 심리하기 위해 피고인의 동의와 전문의사의 주도하에 진행되는 통제된 상황에서의 사후실험 등을 법원조사관이 주도해 진행하고 그 결과를 법원에 보고하게 하는 방안을 적극 검토할 만하다”는 것이며,¹⁹⁹⁾ “법원조사관에 의한 조사가 이뤄진다면 주취로 인한 범죄전력까지 포함해 보다 구체적이고 상세한 조사가 이뤄질 수 있을 것”이라는 주장이다. 이에 찬동하는 견해가 있다.²⁰⁰⁾

198) 2009년 11월 23일, 서울중앙지법에서 개최된 제3차 양형연구위원회에서 서승렬 판사가 ‘주취로 인한 심신미약 주장에 관한 심리방안’이라는 주제로 발표하면서 법원조사관에 의한 판결전 조사제도의 활용을 주장하였다. “주취감정, 피고인 진술에만 의존하면 안돼”, 법률신문 2009년 12월 4일자 참조. <https://www.lawtimes.co.kr/Legal-News/Legal-News-View?serial=50083>(2019년 11월 9일 최종검색).

199) 이른바 “조두순사건”에서도 피고인에 대한 판결전 조사를 시행했고, 그 판결전 조사보고서의 기재에 의하면 피고인은 알코올 중독 및 행동통제력 부족으로 범죄유발 가능성이 많고, 재범위험성이 비교적 높은 것으로 나타났다고 한다.”

200) 한상훈, 명정상태 범죄자의 형사책임과 개선방안, 한국형사정책연구원, 2009, 142면.

VI. 성범죄 피해자가 블랙아웃을 주장하는 경우

1. 심신상실 또는 항거불능 상태에 대한 증명책임과 신뢰성 문제

성범죄의 피해자가 알코올 블랙아웃을 주장하는 경우에도 먼저 그 주장의 신뢰성이 인정되어야 한다. 공소범죄사실의 존재에 대한 증명책임은 검사에게 있고, 성폭력 피해자의 알코올 블랙아웃 주장이 있는 경우에도 검사는 피해자의 심신상실 또는 항거불능 상태의 존재를 증명하여야 한다. 따라서 성범죄의 피해자가 알코올 블랙아웃을 주장하는 경우에 설령 객관적 증거나 목격자 증언이 없는 경우라도 피해자의 블랙아웃이 의식장애의 수준에 이르렀는지에 대한 전문감정이 이루어질 필요가 있다. 이 경우에는 범행관련적 블랙아웃의 경우와 달리 행위자의 책임귀속과 관련된 표지에 대한 규범적 판단이 아니라, 해당 성범죄의 구성요건으로서 심신상실 또는 항거불능이라는 피해자의 정신적 상태에 대한 사실적 판단이 요구되기 때문이다. 물론, 성범죄 피해자의 알코올 블랙아웃 주장이 제출되었으나 그 주장이 사건 당시 행위와 명백히 모순되는 특별한 사정이 있는 경우에는 별도로 전문가 감정이 필요 없다는 점은 범행관련적 블랙아웃의 경우와 다를 바 없다.

2. 항거불능 상태 여부

다음으로, 장애의 정도에 따라 피해자가 자신의 행동에 대해 책임져야 하는지, 아니면 상대방에게 책임을 지을 수 있는지를 판단하기 위해, ㉠ 피해자가 단순한 기억상실적 블랙아웃 상태였는지, ㉡ 블랙아웃에 수반하여 심신장애에 기인한 의사결정능력의 결여 또는 미약이 인정될 수 있는지, ㉢ 의식을 상실한 패싱아웃 상태까지 나아간 것인지를 포렌직 정신의학자 또는 심리학자에 의해 확인하여야 한다. 특히 성범죄의 피해자에 의한 블랙아웃 주장은 주제를 회피하고 싶은 동기에서 이루어질 경우가 많음을 고려해야 한다(독일의 판례 참조). 이러한 관점에서 보면 피해자 진술의 신뢰성 판단을 위해서는 정신의학자 보다는 오히려 심리학자의 감정소견이 중요한 의미를 가질 수 있을 것으로 보인다.

성범죄 피해자의 정신장애, 의식장애 또는 심리적·물리적 항거불능의 여부에 관한

사실확인을 위해서는 사건 직후 일차적으로 피해자의 음주량 및 그에 기반한 혈중 알코올 농도가 측정(위드마크에 의한 계산)되는 것이 바람직하다. 이 경우도 앞서 언급했듯이 형법 제10조에서 발전된 원칙들에 상응한 기준을 통한 진단법이 활용될 수 있을 것이다. 그러나 여기서도 일반적으로 책임무능력은 술에 취해 무의식 상태에 있는 자의 경우에는 인정되지 않는 반면, 성범죄의 피해자의 경우는 무의식/무감각상태도 심신상실로 판단될 수 있다.²⁰¹⁾ 무의식 상태에 이르기 전 단계에서의 심신상실에 해당할 장애의 정도는 어떻게 판단할 것인지에 관해서는 일반적 진단기준은 없지만, 장애의 정도를 추론케 하는 모든 사정들의 종합적 판단을 통해서만 판단하는 수밖에 없을 것이다. 이를 위해서는 피해자가 보여준 모든 외적·내적인 특징 및 인격적 상태에 대한 심사가 필요하다. 혈중알코올농도도 이러한 심사에 함께 고려해 넣어야 할 것이다.²⁰²⁾ 이와 같이 피해자의 심신장애 또는 항거불능의 상태를 판단함에 있어 단선적인 기준을 활용할 수 없고 종합적인 사정들을 고려하지 않을 수 없는 것은 입증대상의 특성상 증거평가가 불확실한 징표(간접사실)들에만 의존할 수밖에 없기 때문이다.²⁰³⁾ 심지어 혈중알코올농도의 계산도 측정하지 않은 경우라면 음주량, 술에 취한 목격자들의 진술에 근거하여 피해자의 상태를 재구성할 수밖에 없다. 이러한 맥락에서 보면 상고법원이 사실심법원의 증거평가를 검증할 수 있도록 하기 위해서는 사실심에서 특히 전문감정인에 의해 피해자의 상태에 대한 감정소견이 요구된다. 따라서 종합적 판단을 위한 감정포렌식 전문가로서는 정신의학자 뿐 아니라 심리학자 및 더 나아가 정신분석학자²⁰⁴⁾도 필요하다.

201) 피해자가 술에 만취하여 완전히 고꾸라졌거나 술기운으로 수면상태에 돌입한 이른바 패싱아웃 상태는 외부에서도 확인가능하고, 객관적인 자료를 통해 어렵지 않게 확인할 수 있다.

202) 비교의 대상이 되는 행위자의 책임무능력과 음주량의 관계에 관해 독일판례는 한때 혈중 알코올 농도가 책임무능력의 경우는 0.3, 한정책임능력의 경우는 0.2가 최소한계치로써 결정적인 의미를 가진다는 태도를 (BGH 37, 233) 취한 바 있었다. 그러나 그 후 다시 태도를 바꾸어 혈중 알코올 농도를 일방적으로 강조하는 태도와 거리를 두면서(vgl. BGH 43, 66 등), 혈중알코올 농도를 포함하여 행위상황의 모든 외적·내적인 특징과 행위자의 인격적 상태에 대한 심사를 하여야 한다는 종합적 판단으로 돌아갔다(독일의 통설 판례 BGH 36, 288).

203) 기억이 없다고 한 성범죄의 피해자가 평소 주량(소주 1병 반에서 2병 정도)과 실제의 음주량(‘소맥’으로 소주 1병 반 정도와 맥주 500cc 2캔 정도), 피해를 입기 직전의 피해자의 상태, ‘피해 후 피고인의 처에게 피해자가 사건 당시 상황에 대해 소상하게 설명한 점’을 근거로 심신상실 상태가 부정(고등군사법원 2018. 9. 13. 2018노88) 되었고, 이 원심법원의 판결을 인용한 대법원 2019. 3. 28. 2018도16002 전원합의체 판결이 있다.

204) BGH NSTZ-RR 98, 270; Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, 28.Aufl. 2010, §20 Rn.16a, 17.

V. 법원의 판단 및 판결이유 기재

1. 진술 대 진술 : 진술과 진술이 상반되는 경우

① 우선, 피고인이 범행관련적 블랙아웃을 주장하고 전문감정인도 ‘피고인’에게 사건에 대한 기억만 없는 정도였다고 단순한 블랙아웃을 인정하는 경우가 있다. 알코올 섭취에 따른 의식장애는 주장자가 아닌 전문감정인의 진단에 의해 평가되는 것이므로 의식장애가 동반되지 않은 단순한 기억장애에 대해서는 아무런 실체법적 효과가 예정되어 있지 않다. 따라서 법원은 피고인의 블랙아웃 주장의 신뢰성을 판단하여 그 주장의 진위 여부를 가릴 이유가 없다. 뿐만 아니라 성범죄의 ‘피해자’가 단순 블랙아웃을 주장하고 감정인도 그에 대해 인정하는 경우에도 의식장애에 따른 ‘심신상실 또는 항거불능’ 상태에 이르렀다는 감정인의 평가가 존재하지 않는 한, 법원은 피해자의 블랙아웃 진술에 대한 신뢰성을 굳이 부정할 이유가 없을 것으로 보인다.

문제는, 피고인 또는 피해자가 알코올 블랙아웃을 주장하고 있지만, 사건 당시의 정신적·신체적 상태를 추론할 수 있는 CCTV 파일 및 혈중알코올농도 등 과학적 증거들이 존재하지 않는 상태에서 목격자의 진술이 유일한 증거인 경우이다. 이때 전문감정인이 ‘피고인’이 단순한 기억상실적 블랙아웃 상태를 넘어 행위통제력(의사결정능력의 결여 또는 미약)의 결함을 인정할만한 의식의 (심각한) 장애상태에 있었다는 감정소견을 내놓는 ‘진술 대 진술’이 문제되는 상황에서 법원은 두 개의 상반되는 (증거능력 있는) 진술에 대해 논증적으로 독자적인 판단을 내릴 수 있다.²⁰⁵⁾ 그러나 감정인의 진술과는 반대로 검사가 ‘피해자 또는 다른 목격증인’의 진술을 토대로 삼아 피고인에게 아무런 의식의 장애가 없었다는 주장을 한 경우라면 법원은 어느 한쪽의 주장 내지 진술을 이유 없이 배척하고 다른 한쪽의 진술에 대해서만 증명력(신빙성)을 인정하는 식의 판결을 내릴 수는 없다.²⁰⁶⁾

205) “본조에서 말하는 사물을 판별할 능력 또는 의사를 결정할 능력은 자유의사를 전제로 한 의사결정의 능력에 관한 것으로서, 그 능력의 유무와 정도는 감정사항에 속하는 사실문제라 할지라도 그 능력에 관한 확정된 사실이 심신상실 또는 심신미약에 해당하는 여부는 법률문제에 속하는 것인바 피고인의 범행 당시 정신상태가 심신미약인 상태에 해당되는 것으로 사료된다는 취지의 감정서의 기재 및 이에 대한 감정인의 증언은 감정결과인 인격해리상태에 대한 자신의 법률적 평가를 개진하였음에 불과하므로 그 정신상태에 관한 판단의 자료가 될 수 없다.” 대법원 1968. 4. 30. 선고 68도400 판결.

206) 대법원이 이러한 방식으로 증명력판단을 하는지는 분명하지 않지만 다음의 판결을 보면 그렇지 않은 것으로 보인다. “피고인의 고의 부분에 대하여 피고인과 피해자의 진술이 극명하게 엇갈리고 있으므로 결국 누구의

이러한 점은 성범죄의 피해자가 블랙아웃을 주장하는 경우 전문감정인이 항거불능 상태에 이를 만한 의식의 장애에 있었다고 진술하지만, 피고인이 반대신문에서 그와 상반된 진술을 할 경우에도 마찬가지이다. 즉 법원은 이 경우에도 어느 한쪽 진술을 취사선택하는 방식을 취할 것이 아니라 예컨대 전문정신감정인의 감정소견을 최소한 요약적이라도 제시하고 이에 대해 반대이유를 밝히면서 피고인 측 진술을 수용하든지, 아니면 피고인 측 진술에 대해 반대하는 이유를 제시해야 한다.

한편, 심신장애의 판단요소와 관련하여, 대법원은 이 경우 심신장애의 인정 여부는 심신장애의 정도 및 내용, 범행의 동기 및 원인, 범행의 경위 및 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 범행 및 그 전후의 상황에 관한 기억의 유무 및 정도, 수사 및 공판절차에서의 태도 등을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있다는 입장이다.²⁰⁷⁾

② 여기서 ‘진술 대 진술’의 경우 그 논증의 근거가 문제될 수 있다. 법원은 알코올 블랙아웃과 관련하여 진술과 진술이 충돌하는 상황에서 다음 사항들을 논증의 근거로 삼을 수 있을 것으로 본다. 감정의 근거자료, 기왕의 병력 등은 감정의 신뢰성에 영향을 미치는 요인이며, 목격자 진술의 일관성·객관성, 이해관계 등은 목격자 진술의 신뢰성에 영향을 미치는 요인이 될 것이다.

- 전문정신감정이 블랙아웃 주장자와의 면담을 주된 근거로 한 경우 감정의 신뢰성은 약화된다.²⁰⁸⁾
- 전문정신감정 과정에서 주장자의 알코올 민감성을 증명할 만한 정신적·신체적 질병을 발견한 경우에는 감정의 신뢰성이 강화된다.
- 전문정신감정을 위하여 수집된 자료들이 사건발생과 시간적으로 근접하여 있다면 감정의 신뢰성은 강화된다.²⁰⁹⁾

말에 더 높은 신빙성을 부여할 것인가가 유무죄의 판단에 있어 실질적인 핵심이 될 것인데, 오로지 피해자의 진술에만 터 잡아 공소사실을 유죄로 인정하기 위해서는 그 진술의 진실성과 정확성에 거의 의심을 품을 만한 여지가 없을 정도로 높은 증명력이 요구된다.” 대법원 2012. 5. 10. 선고 2011도16413 판결 등 참조.

207) 대법원 2013. 1. 24. 선고 2012도12689 판결 등 다수의 판결이 있음.

208) 블랙아웃에 대한 정신감정은 과거 시점의 정신상태를 감정하는 것인데, 주장자의 기억은 이미 사라진 상태이므로 주장자의 기억에 의존하는 면담이 주요한 감정의 근거가 되는 경우에는 의미 있는 감정의 결론이 도출되기 어렵다.

209) 의료기록 및 수사기록 등 정신감정을 위한 자료들이 사건(범행)시와 근접할수록 당시의 정신상태를 보다 정확하게

- 뇌스캔 등 신경과 검사가 정신감정결과의 근거가 되었다면 감정의 신뢰성은 강화된다.²¹⁰⁾
- 목격자들의 수가 많을수록, 그리고 서로의 진술이 일치할수록 목격자의 진술의 신뢰성은 강화된다.
- 목격자의 진술이 수사 및 재판 과정에서 일관성 있게 진술되었다면 목격자 진술의 신뢰성은 강화된다.
- 목격자가 블랙아웃 주장자와 이해관계를 가지고 있다면 목격자 진술의 신뢰성은 약화된다.²¹¹⁾ 다만 목격자의 진술이 목격자 자신에게 불이익이 되는 경우에는 그 진술의 신뢰성이 강화된다.
- 블랙아웃 주장의 반대당사자의 진술과 목격자 등의 진술이 일치하는 경우에는 이 진술들의 신뢰성이 강화된다.

③ 특히 ‘진술 대 진술’이 문제되는 경우 법원은 피고인의 유죄를 인정하기 위해 그 진술들의 증명력 판단을 위한 합리적 의심을 절대적으로 확실하게 제거할 필요까지는 없다. 예컨대 성관계가 합의에 의해 이루어졌는지, 아니면 피해자의 항거불능 상태에서 이루어졌는지가 쟁점이 된 사건에서 피해자가 입은 상해의 결과와 관련하여 전문감정인이 ‘그 정도로 심한 상해가 합의에 의한 성관계의 결과로 나타난 경우는 임상사례로서 경험하지 못했다’고 진술(즉 피해자가 심신상실 등 항거불능의 상태였음을 인정하는 취지임)함과 동시에 그렇지만 합의에 의한 성관계의 경우 그러한 중한 상해에 이를 수 없음을 ‘절대적으로 배제하지는 못한다’고 진술(즉 합의에 의한 성관계일 가능성도 희박할 확률로 있을 수 있다는 취지임)한 점에 주목하여 피고인에 대해 준강간죄의 성립을 부정할 수는 없다고 한다.²¹²⁾ 유죄인정을 위한 증명의 정도는 절대적 확실성을 요구하지 않고 합리적 의심을 없앨 정도만으로 충분하기 때문이다. 요컨대 어느 경우이든

추론해낼 수 있다. 이에 대한 설명으로, John Parry, Ibid., p.295.

210) John Parry, Ibid., p.286.

211) Marlowe, D. B., Lambert, J. B. & Thompson, R. G, Ibid., p.206. 여기서 이해관계 있는 자란 가족이나 회사동료 혹은 해당 블랙아웃이 발생한 술자리 동석자까지도 포함한다. 술자리 동석자의 경우 자신의 책임을 회피하거나 사건에의 관련성을 부정하기 위해 거짓진술을 할 가능성이 있기 때문이다.

212) BGH 4 StR 371/08 – Urteil vom 4. Dezember 2008 (LG Bielefeld). 사실관계 및 하급심 판결의 내용은 블랙아웃에 관한 외국의 판결부분 참조.

지 피고인의 유죄판결을 위해서는 합리적 의심의 여지없는 증명정도로 족하고,²¹³⁾ 피고인이 무죄일 수 있다는 이유를 ‘사고논리적’인 수준으로까지 제거할 것을 요구할 필요는 없다.

2. 판결이유의 기재

2009년 조두순 사건 이후 음주로 인한 심신미약이 인정되어 형이 감형된 사건에 대한 국민적 불만이 커져왔다. 일반인들은 재판의 결과를 대부분 미디어를 통해서 접하게 되고 판결문을 직접 읽을 기회를 갖지 못하는 것이 현실이다. 더구나 우리의 경우 판결문에는 피고인의 주취상태에 대한 전문감정의 절차와 결과를 언급하는 경우는 거의 없으며, 언급하는 경우에도 양형의 이유에서만 감정의 결과만을 간략히 기재하는 실정이다. ²¹⁴⁾ 이러한 이유로 국민의 주취사건에 대한 법원의 결정에 대한 신뢰가 낮아지고 있다. 캐나다에서 이루어진 한 연구에 따르면, 동일한 사건에 대하여 미디어 보도를 기초로 법원의 양형을 평가한 집단은 64%가 법원의 결정이 지나치게 관대하다고 평가한 반면, 법원의 기록을 읽은 집단은 19%만이 법원의 결정이 관대하다고 평가하였다. ²¹⁵⁾ 또한 법원의 기록을 읽은 집단은 59%가 법원이 사건의 다양한 요인들을 종합적으로 고려한 것으로 판단한 반면, 미디어 보도를 읽은 집단은 29%만이 마찬가지 평가를 하였다. ²¹⁶⁾ 일반인의 사건기록에 대한 접근이 어렵고 주취사건에 있어서 감정절차 및 결과를 판결문에 기재하지 않는 우리의 경우에는 이러한 차이가 더욱 증가될 것으로 전망된다. ²¹⁷⁾

213) “형사재판에 있어서 유죄로 인정하기 위한 심증형성의 정도는 합리적인 의심을 할 여지가 없을 정도여야 하나, ... 여기에서 말하는 합리적 의심이라 함은 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 의미하는 것으로서, 피고인에게 유리한 정황을 사실인정과 관련하여 파악한 이성적 추론에 그 근거를 두어야 하는 것이므로 단순히 관련적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심은 합리적 의심에 포함된다고 할 수 없다. 그러므로 증인의 진술이 그 주요 부분에 있어서는 일관성이 있는 경우에는, 그 밖의 사소한 사항에 관한 진술에 다소 일관성이 없다는 등의 사정만으로는 그 진술의 신빙성을 함부로 부정할 것은 아니다. 대법원 2008. 3. 14. 선고 2007도10728 판결 등 참조.

214) 홍수민·이수정·이정현, 앞의 글, 75면; 양형이유에 감정의 결과를 제시한 판결로, “피고인에 대한 판결 전 조사보고서의 기재에 의하면, 피고인은 알코올 중독 및 행동통제력 부족으로 범죄유발 가능성이 많고, 재범위험성이 비교적 높은 것으로 나타났다.” 수원지법 안산지원 2009. 3. 27. 선고 2009고합6 판결.

215) 홍수민·이수정·이정현, 앞의 글, 74-75면.

216) 홍수민·이수정·이정현, 앞의 글, 75면.

217) 양형기준이 공개되어 있으나 이로는 충분하지 않다는 의견으로는, 홍수민·이수정·이정현, 앞의 글, 75면.

미국의 경우 법원이 재판 전 준비과정이나 재판 중 정신감정을 실시한 경우에 감정인과 감정절차 및 그 결과를 제시하고 있고, 감정결과에 대하여 법원의 입장을 설시하고 있다. 이로써 감정인이 자신의 감정결과에 대한 책임감을 갖도록 하고,²¹⁸⁾ 당사자들이 재판의 결과를 이해하는 데 도움을 주며, 일반인들과 법원의 논증 과정을 공유함으로써 법원의 재판에 대한 신뢰를 높이는 효과를 기대할 수 있다.

참고로, 미국의 주취사건에 대한 판결문 중 감정인의 감정절차 및 결과와 법원의 논증과정을 실시한 부분을 발췌하여 보기로 한다.²¹⁹⁾

[재판준비과정에서 포렌직 정신의학자인 Dr. Breck LeBegue가 항소인의 정신감정을 실시한 바 있다. 재판에서 Dr. LeBegue는 의학전문가로서의 소견으로 항소인은 뇌손상을 입은 바 있으며 Hernandez를 공격할 당시 쇼크로 인한 자동증 상태에 있었다고 증언하였다. Dr. LeBegue는 쇼크로 인한 자동증은 의식이 없고 자신의 의지에 따라 행위를 통제할 수 없으며 외부정황을 인지하고 이해할 수 없는 상태를 의미한다고 진술하였다. 또한 Dr. LeBegue는 자동증이 진행되는 동안 발생할 일들을 기억하지 못하는 것도 쇼크로 인한 자동증의 증상이라고 설명하였다. Dr. LeBegue는 항소인이 중상해나 특수폭행을 성립시킬 정도의 정신상태였는지 여부를 분명하게 밝히지는 못했지만, 이후 항소인의 심경변화를 살펴볼 때 그의 정신상태가 중상해나 특수폭행이 성립할 정도는 아니라고 생각한다고 진술하였다. 하지만 심경의 변화가 범죄의 의사가 없는 행위라고 판단할 근거가 될 수 있다고는 진술하지 못했다.] (중략)

[그럼에도 불구하고 항소인의 사실심에서의 유죄결정은 유지되어야 한다. Dr. LeBegue는 항소인이 중상해를 성립시킬 정도의 정신상태를 갖고 있었는지에 대하여 분명하게 진술하지 못했다. 그는 심경의 변화가 범죄의사가 없는 행위로 평가할 근거가 된다고 진술하지 못했다. 행위능력의 추정은 항소인에 의하여 반복되지 못했으며 ...]²²⁰⁾

218) John Parry, Ibid., pp.292-294.

219) Fulcher v. State, 633 P.2d 142, 147(Wyo. 1981).

220) "In preparation for trial, appellant was examined by Dr. Breck LeBegue, a forensic psychiatrist. The doctor reviewed the police report and conducted a number of tests.

At the trial Dr. LeBegue testified that in his expert medical opinion appellant suffered brain injury and was in a state of traumatic automatism at the time of his attack on Hernandez, Dr. LeBegue defined traumatic automatism as the state of mind in which a person does not have conscious and willful control over his actions, and lacks the ability to be aware of and to perceive his external environment. Dr. LeBegue further testified that another possible symptom is an inability to remember what occurred while in a state of traumatic automatism.

Dr. LeBegue was unable to state positively whether or not appellant had the requisite mental state for aggravated assault and battery, but thought appellant did not because of his altered state of mind. He could not state, however, that the character of an act is devoid of criminal

한편, 성범죄 피해자의 경우 객관적 증거가 없는 경우 감정인의 감정소견과 목격증인의 증언(또는 피해자의 증언)이 서로 상반될 경우(진술 대 진술) 법원은 일반적으로 어느 한쪽의 진술을 선택하여 유무죄판단을 할 수 없다. 사실심 판사는 두 가지 진술을 모두 요약한 후 논증적 방식으로 어느 하나를 지지하고 다른 하나는 배척하는 내용을 판시에 남겨야 한다. 이와 관련한 독일 연방대법원의 판시내용은 다음과 같다.²²¹⁾

“신빙성 판단을 위한 감정소견이 필요하다고 여긴다면, 사실심판사는 모든 경우 - 그 감정소견을 따르든 따르지 않든지와 무관하게 - 요구되는 심사를 가능하도록 하기 위해(BGH NSTZ 1991, 596) 기초되어 있는 관련 사실들과 그로부터 추론되는 결론을 소개하면서(압축적으로나마) 전문감정인의 설명을 요약적으로 재현해야 한다... 판결에서는 전문감정인이 증인을 신뢰할 수 있는 것으로 생각했는지 아니면 그렇지 않은지도 알 수 없다. 감정소견의 내용은 형사부가 그에 따르는 한도 내에서만 고지되고 있다. 감정소견의 그 밖의 부분은 언급이 없어 어떤 내용을 가지고 있는지 전문감정인이 그 감정소견에서 범죄 피해자의 신빙성이라는 관점에서 어떤 결론에 이르고 있고, 이에 관해 재판부가 어떤 심증을 형성했는지를 알 수 없게 되어 있다. 특히 사실심판사가 그가 전문감정인의 자문이 필요한 것으로 믿고 있는 문제에 대해 감정인의 감정소견과 다른 태도를 취하고자 한다면, 감정소견의 설명을 재현하고 거기에 대한 자신의 반대견해를 근거지워야 한다(BGHR StPO § 261 Sachverstaendiger 1). 이점은 비본질적이지 않은 개별문제들에 대해서도 마찬가지이다. 사실심법원이 신빙성을 위한 감정소견을 가져오는 것이 필요한 것으로 여긴 사례에서는 다음과 같은 총체적 지적, 즉 “사실에 관한 확정들이 (중략) 그들의 진술에 근거한다. (중략) 그들의 진술은 여기서 확정하고 있는 그대로 사건의 진술을 묘사하였다”는 언급만으로는 충분하지 못하다. 이러한 점에서도 증거평가를 상고심에서 심사하는 것은 사실상-법적인 흠결 때문에 가능하지 않다.”

3. 알코올 블랙아웃 주장과 무죄추정의 원칙

피고인이 알코올 블랙아웃을 주장하는 경우 행위 당시의 기억이 없다는 사실은 그 자체만으로는 형사재판에 피고인의 유무죄 판단에 결정적인 영향을 미치지 못한다. 비

intent because of mind alteration.

(중략) The appellant's conviction must, nevertheless, be affirmed. Dr. LeBegue was unable to state positively whether or not appellant had the requisite mental state for aggravated assault. He could not state that the character of the act was devoid of criminal intent because of the mind alteration. The presumption of mental competency was never overcome by appellant ...

221) BGH 3 StR 629/93(1994.01.26).

록 그 주장이 명백한 사실이라고 하더라도 - 앞서 살펴보았듯이 - 알코올 블랙아웃은 사후적인 기억형성의 장애 외에는 다른 인지기능의 장애나 의식의 장애가 없음을 지칭하는 한, 형사책임의 인정 여부 및 종류에 아무런 의미있는 진술이 아니기 때문이다. 그러나 행위자가 만취하여 명정상태에 빠진 경우 알코올 블랙아웃 주장은 책임무능력 또는 한정책임능력 판단과 결부되고 이 경우 행위자가 형법 제10조의 '심신장애'상태(심각한 의식의 장애상태 또는 기타 중대한 정신적 이상 상태)인지는 행위통제능력의 결여 또는 미약 여부를 평가하기 위한 본질적 기초사실이 된다. 원칙적으로 책임능력은 범죄사실이므로 책임무능력 여부는 명백한 경우 내지 확실시 되는 사실들로부터 해명될 수 있는 경우에만 인정될 수 있다. 그러나 책임무능력 상태의 존재에 대한 의문이 남아 있을 경우 법원이 내려야 할 결론이 문제된다. '의심스러울 때에는 피고인의 이익으로'라는 원칙은 책임무능력 자체에 대한 결론을 내림에 있어 적용되어야 할 차원의 원칙이 아니다. 앞서 살펴보았듯이 전문감정인의 '사실확인'의 문제 - 즉 생물학적·심리학적 단계 -와 법관의 법적인 평가와 귀속 - 즉 '심리학적·규범적인' 평가단계가 구별되어야 하는 한, 위 공식은 첫 번째 단계인 사실확인의 문제에 대해서만 적용될 수 있고, 행위자에게 보다 유리한 결론인 '문제되는 정신장애'가 인정된다는 결론에 이를 수 있다. 후자의 문제는 (그로써 최종적인 결정은) 법관에게 독자적인 판단권한이 있고, 이러한 의미의 규범적인 귀속과 관련하여 위 공식은 법관을 구속하지 않는다. 물론 이 단계에서도 법관의 자의라는 비판은 전문감정인의 감정결과에 대한 협력과 존중을 통해 저지될 수 있을 뿐이다. 왜냐하면 규범적인 평가(귀속) 역시 경험적인 기초사실을 필요로 하기 때문이다.

제7장 결론



1. 블랙아웃이라는 용어의 일상적 용법은 블랙아웃에 대한 정신의학적 이해와 다르다. 술에 만취하여 필름이 끊어졌다는 말에는 행위 당시에 대한 기억이 없다는 말과 함께 정상적인 의식 상태가 아니었음을 의미하는 주장이 포함되어 있다. 그러나 정신의학계에서 의식의 상실까지 야기된 상태는 패싱아웃으로 불리는 반면, 블랙아웃은 다른 인지기능이나 의식의 장애가 알코올의 독성이 사후적으로 기억형성의 장애만을 야기한 상태를 일컫는다. 당대의 정신의학(신경과학)적 연구결과로서 일반적으로 수용되어 있는 지식수준에 따르면 블랙아웃이 기억형성의 장애를 넘어서 다른 인지기능의 장애나 의식의 장애까지 초래하는 것은 아니다.

2. 이와 같은 정신의학(신경과학)적 연구 결과만을 그대로 수용하여 블랙아웃 판정을 받은 행위자의 형법적 행위평가를 할 경우 행위자의 유무죄 판단은 어렵지 않게 이루어질 수 있다. 사후적 기억형성의 실패에 불과할 뿐 행위 당시는 모든 인지기능이 정상적이므로 행위성부정, 고의 또는 과실의 부정, 책임무능력 또는 한정책임능력의 인정 등 형법이 예정해 두고 있는 불법 또는 책임의 탈락 또는 감소라는 법효과 중 어느 것도 블랙아웃의 법효과로 연계지을 수 없기 때문이다. 따라서 형사재판에서 피고인의 블랙아웃 주장은 원칙적으로 피고인의 형사책임을 탈락 또는 완화로 귀결되지 않는다.

3. 성범죄의 피해자가 블랙아웃을 주장하는 경우에도 위와 같은 블랙아웃에 관한 신경정신의학적 연구결과를 원용한다면 피고인에 대한 형법적 평가와 다를 바 없게 될 것이다. 신경정신의학적 관점에서 말하는 블랙아웃현상은 무기억+유의식으로 요약될 수 있기 때문에 피해자가 상대방과 성적행위를 한 것은 행위 당시의 피해자의 인지기능이 전적으로 정상적이었지만 단지 사후적으로 기억을 할 수 없을 뿐이다. 다시 말해 순수 신경정신의학적 관점에서 보면 피해자는 행위 당시 자신의 성적 자기결정권을 행사하는 데 아무런 장애를 가졌다고 할 수 없다. 이에 따르면 알코올 블랙아웃은 피해자의 ‘심신상실’ 또는 ‘그 밖에 항거불능’ 상태를 구성요건요소로 하는 형법의 준강간죄 또는 준강제추행죄의 성립과도 무관할 수 있다.

4. 그러나 알코올 블랙아웃 현상에 관한 신경정신의학계의 연구결과는 형법적으로 의미있는 외부적 결과를 야기한 인간의 행위를 형법적 증거들을 가지고 평가하는 일에 자동적으로/기계적으로 적용할 수 없는 경우가 많다. 신경정신의학적인 관점에서 알코올의 독성이 뇌의 해마기능에 영향을 미쳐 기억형성의 장애를 초래한 특징적 현상을

‘알코올 블랙아웃’으로 명명함은 인간의 뇌에 일어나고 있는 복잡한 변화들 및 그러한 변화들이 인간의 의식과 행동에 미친 다양한 영향의 광범위한 스펙트럼 중 일부를 마치 단층촬영하듯이 포착한 ‘정태적’ 단면을 표현형으로 나타내고 있음에 불과하다. 신경정신의학계가 이러한 정태적 표현형의 단면에 초점을 맞추어 그 원인(알코올이 해마 기능의 장애)을 밝히고 사후적 기억상실이라는 결과를 규명하는 것은 그 나름의 연구 목적이 있고, 실제로 그 연구의 종착점은 알코올의 독성화작용에 대한 예방이라는 지점을 향한다.

5. 이와는 달리 술에 취한 상태에서 수행된 인간의 행위에 대한 형법적 평가는 그 평가의 목적 뿐 아니라 평가의 대상 및 무엇보다도 평가의 증거들에 있어서 신경정신의학적 관점에서의 관찰 및 진단과는 그 차원을 달리한다. 의학은 블랙아웃 상태의 잦은 경험이 초래할 장래 당사자에게 초래될 질병화의 예방을 일차적인 목적에 두는 반면, 형법학은 블랙아웃 판정을 받은 구체적인 한 행위자의 과거 행위에 대한 형사책임 여부를 판단하는데 목적을 둔다. 형법적 평가의 대상은 형사책임을 부담하게 될 인간의 행위이고, 그 행위는 의학적인 현미경적 기술 장치에 의해 포착된 정태적 화면(사진)이 아니라 형법이라는 행위규범의 프레임에 의해 포착될 행위상황(사건)의 큰 덩어리(동영상)이기 때문이다. 의학적 관찰은 규범적인 관점에서의 증거들이 있는 것이 아니라 초래된 현상에 대한 현미경적인 시각을 기초로 하지만 형법학은 법체계가 만들어 놓은 요건과 효과 프로그램을 증거틀로 한다. 이와 같이 의학과 형법학은 관찰대상과 관찰의 목표, 무엇보다도 증거틀이 다르다면 형법 또는 형법학적 관점에서 평가되는 블랙아웃 현상은 알코올의 독성화가 기억형성의 사후적 실패를 수반한 일련의 행위과정을 동태적, 전체적으로 평가하여 그와 관련하여 발생한 결과에 대해 형법이 예정해 두고 있는 형사책임의 요건을 어떻게 귀속시킬 수 있을 것인지의 문제를 다루어야 한다.

6. 알코올의 독성에 영향을 받은 행위자의 의식/정신적 작용의 연속성 내지 인간의 인지작용을 좌우하는 뇌의 기능(특히 신경세포들과 뉴런들)의 상호 연결성의 관점에서 보면, 혈중알코올 농도 0.14 이상에 해당할 정도의 음주상태에 있는 자가 사후적으로 일정한 행위시점에 대한 ‘기억형성에 실패’했다면, 알코올이 그 행위시점에 해마와 서로 연결되어 있는 뇌의 다른 부위에 아무런 영향을 미치지 않았다고 보기 어렵다. 무엇보다도 알코올은 인간의 행위통제능력에 영향을 미쳐 평소 같으면 하지 않을 말과 행동을

하게 만든다는 것을 사람들은 일상에서 경험하기도 한다.

7. 더욱이 알코올의 독성이 음주자의 인지기능 및 의식작용에 미치는 영향은 그 음주자의 건강상태, 평소의 주량, 구체적인 사건당일 음주속도와 음주량, 그리고 음주시점을 전후로 한 다른 음식물 섭취여부, 뿐만 아니라 음주 당시의 기분상태, 심지어 유전적 요인 등 다양한 변수들이 작용한다. 이러한 변수들을 고려하면 블랙아웃 판정이 내려지더라도 그러한 판정을 받은 행위자의 행위 당시의 주취상태는 기억형성의 장애요인 뿐 아니라 의식장애 등 다른 인지기능의 장애요인도 함께 작용하였을 가능성은 매우 농후하다. 행위자별, 상황별, 그리고 그 외의 다른 중요한 변수들이 동시적으로 작용하기 때문이다. 혈중알코올 농도는 행위평가에 있어서 하나의 단서로 작용할 수 있을 뿐 모든 것을 말해주는 것은 아니다.

8. 일종의 연속체를 이루고 있는 인지작용과 의식작용에 기초한 행위평가를 할 때 형법이 형벌부과와 관련하여 규정하고 있는 행위평가요소의 눈으로 볼 때 형사재판에서 블랙아웃 주장을 할 경우 그 행위평가는 순수 의학적 관점에서가 아니라 형법의 눈으로 평가하여야 한다. 블랙아웃이 수반된 다른 인지기능의 장애 또는 의식의 장애도 형법이 예정하고 있는 개념들과 책임구조를 기준으로 삼아 평가하여야 한다.

9. 따라서 범죄사건에 연루된 당사자가 술에 취한 상태에 있고, 특히 행위 당시의 기억이 없다는 주장을 할 경우에는 장차 형사재판에서 블랙아웃 주장과 관련한 형법적 평가를 올바르게 하기 위해 주취상태를 입증할 수 있는 기초사실(특히 음주량/혈중알코올 농도, 사건 당시의 외부적 상황을 재현할 수 있는 물적 증거의 확보, 목격자 등의 증언)을 수집해야 함은 물론이고 블랙아웃의 진위 확인 및 기억장애 외에 수반된 다른 인지기능의 장애 또는 의식장애 등이 있었는지, 있다면 그 장애의 정도는 어느 정도인지를 파악하기 위해 관련 전문가(피고인이 블랙아웃을 주장한 경우는 정신의학자, 피해자가 주장한 경우는 심리학자)의 의견을 들어야 한다.

10. 법원은 수집된 기초사실에 관한 증거 및 전문감정인의 감정결과를 종합한 결과 다음의 구분에 따라 각각에 맞는 형법적 법효과를 인정한다.

① 기억상실적 ‘단순 블랙아웃’만 인정되는 경우 법원은 이에 대해 형법적으로 의미 있는 법효과를 인정할 수 없다. 즉, 행위성의 부정, 고의 또는 과실의 탈락, 더 나아가

책임무능력으로 인한 책임조각 또는 한정책임능력에 따른 형의 임의적 감경 등 어떤 법효과도 인정할 수 없다.

성범죄 피해자에게 단순 블랙아웃만 인정될 경우에는 그 단순 블랙아웃이 준강간죄 등의 심신상실이나 항거불능 상태에 포섭될 수 없기 때문에 행위자에게 준강간죄 등의 성립도 인정할 수 없다.

② 행위자가 ‘행위통제능력의 장애가 수반된 블랙아웃’의 경우는 기억장애만 초래되는 단순 블랙아웃의 경우와 다르다. 행위통제능력이 결여된 경우에는 심신장애에 기인한 의사결정능력의 결여가 인정되는 것으로 평가되면 책임무능력으로 책임조각이 가능하고, 의사결정능력이 결여되지는 않았지만 미약했던 경우라고 평가된다면 한정책임능력사유의 요건이 충족되어 형의 임의적 감경 가능하다(다만 원인에 있어서 자유로운 행위의 요건을 충족시키면 행위자에게 책임조각 또는 형벌감경의 효과도 인정할 수 없다).

성범죄의 피해자에게 행위통제능력의 결여가 수반된 블랙아웃인 경우에는 성적자기결정권을 행사할 의사를 형성하는 것이 불가능하거나 의사활동을 하는 것이 현저하게 곤란한 상태도 인정될 수 있다. 이에 따르면 항거불능 상태(또는 심신상실적 항거불능 상태)로 포섭되어 행위자에게 준강간죄 등 성립이 가능하다. 다만 행위통제능력이 미약했던 정도만으로는 항거불능 상태에 포섭될 수 없어서 행위자에게 준강간죄 등의 성립이 인정될 수 없다.

③ 행위자에게 인지기능의 장애(인식능력 또는 주의력결핍)가 수반된 블랙아웃의 경우는 고의 또는 과실의 인정에 영향을 미칠 수 있다. 즉 행위자가 구성요건적 사실에 대한 인식적 또는 의지적 결함이 있었던 경우에는 고의조각에 따른 과실책임의 인정만 가능하고, 행위자가 정상적인 주의력을 기울일 수 없었던 것으로 인정되면 법익침해적 결과에 대해 예견가능성이 부정되어 과실책임을 물을 수도 없을 경우가 생긴다.

④ 행위자에게 의식상실(패싱아웃)이 수반된 블랙아웃이 인정되는 경우에는 형법적 행위요건을 충족시킬 수 없으므로 행위성부터 부정되어 행위자에게 아무런 형사책임을 지을 수 없다.(다만, 행위자가 자발적으로 비난가능한 방법으로 의식상실을 야기한 경우 책임귀속이 가능한지가 논란이 될 수 있다.)

성범죄 피해자에게 의식상실(패싱아웃)이 수반된 블랙아웃이 인정되면, 피해자의 의식상실은 준강간죄 등의 ‘심신상실’에 포섭되는데 문제가 없으므로 행위자에게 준강간죄등의 성립이 인정될 수 있다.

참 고 문 헌

1. 국내 문헌

가. 단행본

- 김성돈, 형법총론, 제5판, SKKP, 2017
- 김형준, 명정범죄의 형사책임에 관한 연구, 중앙대학교, 1992
- 대한신경과학회, 신경학, 군자출판사, 2007
- 박광배, 법심리학, 학지사, 2010
- 이수정, 최신범죄심리학(제2판), 학지사, 2013
- 이주원, 형사소송법, 박영사, 2019
- 최민영·유진, 형사사법에서 정신감정의 신뢰성 제고 및 효과적 활용방안 연구, 한국형사정책연구원, 2017
- 한상훈, 명정상태 범죄자의 형사책임과 개선방안, 한국형사정책연구원, 2009

나. 논문

- 권영법, “과학적 증거의 허용성 -전문가증인의 허용성문제와 관련 쟁점의 검토를 중심으로-”, 법조 제61권 제4호, 법조협회, 2012
- _____, “형법 제10조 제2항에 대한 비판적 고찰-비교법적 고찰을 통한 현행 제도에 대한 분석과 입법안의 검토 및 제안을 중심으로-”, 형사법연구 제25권 제4호(통권 57호), 한국형사법학회, 2013
- 김한균, “주취감경(酒醉減輕)의 형법적 문제와 양형기준 합리화”, 형사법의 신동향 통권 제61호, 대검찰청, 2018
- 박미숙, “심신장애 판단과 감정”, 형사판례연구 제19호, 한국형사판례연구회, 2011
- 박원호, “판례상으로 본 자유심증주의의 적용과 그 문제점”, 검찰 제7호, 1968
- 변종필, “자유심증주의와 그 내재적 한계”, 사법행정 제38권 제10호, 한국사법행정학회, 1997
- 신양균, “책임능력과 감정”, 형사판례연구 제5호, 한국형사판례연구회, 1997

- 이수정, “형사법정 전문심리위원제도 활용실태 연구 : 심리학 분야를 중심으로”, 형사정책 연구, 제23권 제2호(통권 90호), 한국형사정책연구원, 2012
- , “형사책임능력에 대한 정신감정 절차에 있어 계량화된 평가도구의 활용가능성”, 범죄예방정책연구 제27호, 법무부, 2015
- 이진국, “형사절차상 정신장애에 대한 감정”, 법학논총 제28집 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2011
- 조병구, “피고인의 책임능력에 대한 판단-정신장애 범죄자의 책임능력 중심으로-”, 법관의 의사결정 이론과 실무, 사법발전재단, 2010
- 홍수민·이수정·이정현, “국민참여재판에 있어서 임의명정에 대한 배심원단과 법관의 판단 차이 연구”, 사회와 성격 제27권 제4호, 한국심리학회, 2013

다. 기타자료

서승렬, ‘주취로 인한 심신미약 주장에 관한 심리방안’. 법률신문 2009.12.4.자

2. 외국 문헌

가. 단행본

- Baddeley, A. D. and G. J. Hitch, Working memory. The Psychology of Learning and Motivation. G. A. Bower. Cambridge, Academic Press, 1974
- Cannon, W. B, Bodily changes in pain, hunger, fear, and rage, New York, Appleton-Century-Crofts, 1929
- Chance, M. R. A. and C. Jolly, Social Groups of Monkeys, Apes and Men. New York and London, Johathan Cape/E.P.Dutton, 1970
- Crombag H.F.M, Over opzet en schuld, in Het recht van binnen. Edited by Van Koppen PJ, Hessing DJ, Merckelbach HLGJ, et al. Deventer, The Netherlands: Kluwer, 2002
- Fenwick P. Automatism and the law. Lancet, 1989
- Fenwick, P, Automatism. Principles and Practice of Forensic Psychiatry. R. Blueglass and P. Bowden. Edinburgh, Churchill-Livingstone. 1990

- Jacob, P. Intentionality. Stanford Encyclopedia of Philosophy. 2010(Retrieved 21 December 2012)
- John Parry, Criminal Mental Health and Disability Law, Evidence and Testimony, American Bar Association, 2009
- Stevens, A. and J. Price, Evolutionary Psychiatry(2nd ed), London, Routledge, 2000
- Sweeney DF, Liston RA. The alcohol blackout. Santa Barbara, CA:Mnemosyne Press, 2003
- Freud, S., Das Unbehagen in der Kultur. Wien, Internationaler Psychoanalytischer Verlag. 1930
- Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 5. Auflage 2017
- Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, 28.Aufl. 2010,
- Thomas Fischer, Kommentar zum StGB, 64. Auflage 2017

나. 논문

- Bourget D, Bradford JMW, “Sex offenders who claim amnesia for their alleged offense”, Bull Am Acad Psychiatry Law 23, 1995
- Brad J. Bushman, Peter R. Giancola, Dominic J. Parrott, Robert M. Roth, “Failure to Consider Future Consequences Increases the Effects of Alcohol on Aggression”, Journal of Experimental Social Psychology, 2011
- Christal N. Davis/Wendy S. Slutske/Nicholas G. Martin/Arpana Agrawal/Michael T. Lynskey, “Genetic Epidemiology of Liability for Alcohol-Induced Blacking and Passing Out”, ALCOHOLISM: CLINICAL AND EXPERIMENTAL RESEARCH 43(6), 2019
- Cima, M., Merckelbach, H., Nijman, H., Knauer, E., & Hollnack, S, “I can’t remember your honor: Offenders who claim amnesia”, German Journal of Psychiatry 5(1), 2002
- Cunnien AJ. “Alcoholic blackouts: phenomenology and legal relevance”, Behav Sci Law 4(1), 1986

- Daniel H. Swerdlow-Freed, “Assessment of Competency to Stand Trial & Criminal Responsibility”, Michigan Criminal Law Annual Journal 1(1), 2003
- Diane Bruce & Tara Ann Koenig, “Confusion Surrounding the Good Faith Doubt Evidentiary Standard Goes Unchecked: NLRB v. Curtin Matherson Scientific, Inc.”, Journal of Civil Rights and Economic Development 6(1), 1990
- Fenwick P, “Automatism: medicine and the law”, Psychol Med 20, 1990
- Fitch WL, “AAPL Practice Guideline for Forensic Psychiatric Evaluation of Defendants Raising the Insanity Defense”, The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law 35(4), 2007
- Granacher RP, "Commentary: alcoholic blackout and allegation of amnesias during criminal acts", J Am Acad Psychiatry Law 32, 2004
- Hamin Lee/Sungwon Roh/ Dai Jin Kim, “Alcohol-Induced Blackout”, International Journal of Environmental Research and Public Health 6(11), 2009
- James Merikangas, “Commentary: Alcoholic Blackout—Does It Remove Mens Rea?”, The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law 32, 2004
- Kalant H, “Intoxicated automatism: legal concept vs. scientific evidence”, Contemporary Drug Problems. 23, 1996
- JELLINEK EM, “Phases in the drinking history of alcoholics”, Q J Stud Alcohol 7, 1946
- Judith H. Greenberg, “Compulsory Psychological Examination in Sexual Offense Cases, Invasion of Privacy or Defendant’s Right?”, Fordham Law Review 58(6), 1990
- Korbo L, "Glial cell loss in the hippocampus of alcoholics", Alcoholism Clinical and Experimental Research 23(1), 1999
- Laura M. Grossi et. al., “Evaluation of the Response Bias Scale and Improbable

- Failure Scale in Assessing Feigned Cognitive Impairment”, *Psychological Assessment* 29(5), 2017
- LeBlanc, A., "Thirteen days: Joseph Delboeuf versus Pierre Janet on the nature of hypnotic suggestion“, *J Hist Behav Sci* 40(2), 2004
- Mark R. Pressman/David S. Caudill, “Alcohol-Induced Blackout as a Criminal Defense or Mitigating Factor: An Evidence-Based Review and Admissibility as Scientific Evidence”, *Journal of Forensic Sciences* 58(4), 2013
- Marlowe, D. B., Lambert, J. B. & Thompson, R. G., “Voluntary Intoxication and Criminal Responsibility”, *Behavioral Science and the law* 17(2), 1999
- Merikangas J. Commentary, “alcoholic blackout—does it remove mens rea?”, *J Am Acad Psychiatry Law* 32, 2004
- Reagan R. Wetherill /Kim Fromme, “Alcohol-induced blackouts: A review of recent clinical research with practical implications and recommendations for future studies”, *Alcoholism Clinical and Experimental Research* 40(5), 2016
- Richard Rogers, et. al., “Use of the SIRS in Compensation Cases: An Examination of Its Validity and Generalizability”, *Law and Human Behavior* 33(3), 2009
- Robert P. Granacher, “Commentary: Alcoholic Blackout and Allegation of Amnesia During Criminal Acts”, *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* 32, 2004,
- Roizen, J. “Epidemiological issues in alcohol-related violence”, Galanter, M.(Ed.), *Recent Developments in Alcoholism: Alcohol and Violence* 13, New York: Plenum Press, 1997
- Smith C, Smith D, “Ingestion of ethanol just prior to sleep onset impairs memory for procedural but not declarative tasks”, *Sleep* 26(2), 2003
- van Oorsouw K, Merckelbach H, Ravelli D, Nijman H, Mekking-Pompen I, “Alcohol blackout for criminally-relevant behavior”, *J Am Acad*

- Psychiatry Law 32, 2004
- White AM, “What happened? Alcohol, memory blackouts, and the brain”, Alcohol Res Health 27(2), 2003
- White AM/Matthews DB/Best PJ., “Ethanol, memory, and hippocampal function: a review of recent findings”. Hippocampus 10(1), 2000
- White AM, Jamieson Drake DW, Swartzwelder HS. “Prevalence and correlates of alcohol-induced blackouts among college students: results of an e-mail survey”, J Am Coll Health 51(11), 2002
- White AM/Signer ML/Kraus CL/Swartzwelder HS, "Experiential aspects of alcohol-induced blackouts among college students", Am J Drug Alcohol Abuse 30(1), 2004
- White AM, Swartzwelder HS, “Hippocampal function during adolescence: a unique target of ethanol effects”, Ann NY Acad Sci 1021, 2004
- NIAAA, Spectrum 6(2), 2014
- P. Giger/T. Merten/H. Merckelbach, “Tatbezogene Amnesien authentisch oder vorgetäuscht? Crime-Related Amnesia: Real or Feigned?”, Fortschritte der Neurologie·Psychiatrie 80(7), 2012

형사재판에서 블랙아웃(black out)현상에 관한 연구

발행일 | 2020년 1월

발행처 | 법원행정처

서울 서초구 서초대로 219

Tel : (02)3480-1247

연구자 | 성균관대학교 산학협력단

인쇄처 | 주식회사 성우애드컴

Tel : (02)890-0900

〈비매품〉