

성범죄에 있어서 알코올 블랙아웃과 심신상실의 판단 -대법원 2021. 2. 4. 선고 2018도9781 판결을 중심으로-

김 두 상*

I. 들어가며

II. 대상판결 검토

1. 사실관계
2. 대법원 판결요지
3. 원심판결 검토
4. 소결

III. 심신상실과 성범죄 성립의 판단기준

1. 준강제추행죄 등에 있어 심신상실의 의미
2. 알코올 블랙아웃과 심신상실
3. 비교판례 검토(대법원 2019. 4. 23. 선고 2019도 1960 판결)

IV. 맺으며

I. 들어가며

형법상 성범죄는 성적자기결정권을 보호법익으로 하며 심신상실이나 항거 불능의 사유로 정상적인 성적자기결정권을 행사하지 못하는 경우를 상정하여 준강간죄와 준강제추행죄를 규정하고 있다. 그리고 요건인 심신상실이나 항거불능에는 오랜 시간 엄격한 기준이 적용되어 왔다.

그러나 대법원은 2021년 술에 취한 피해자에 대한 준강제추행 사례¹⁾(이하 대상판결이라 한다)에서 피해자의 심신상실이 명확하다고 보기 힘든 정황

* 논문접수: 2022. 12. 19. * 심사개시: 2022. 12. 19. * 게재확정: 2022. 12. 28.

* 경상국립대학교 법학연구소 학술연구교수.

1) 대법원 2021. 2. 4. 선고 2018도9781 판결.

이 다수 있음에도 불구하고 이른바 ‘알코올 블랙아웃’ 개념을 중심으로 준강제추행을 인정하였다. 이는 기존의 심신상실 개념이 완전한 의사능력의 상실을 의미하는 것에 비해 일시적 기억오류도 심신상실 상태로 간주한 것으로 판단된다.

이는 성범죄가 폭행·협박을 수반하는 초기의 기본행태에서 2차적으로 위계 등에 의한 행위를 규율하게 되었고 이후 두 유형에 해당하지 않음에도 성적 자기결정권을 침해하는 ‘동의 없는 행위’가 논점이 되었으며, 이러한 여러 형태의 확장으로 진행되고 있는 흐름이 본 대상판결에도 영향을 준 것으로 예상된다. 그렇지만 이러한 성범죄의 흐름이 성적자기결정권의 보호라는 당위에서 지나치게 치우친 측면이 있는 것은 아닌지 고민할 시점이라고 판단된다.

일반적인 측면에서, 여러 요인으로 정상적인 판단이나 행동이 힘든 사람을 발견하면 안전한 귀가 등에 도움을 주는 것이 당연하다. 그리고 그러한 요인에 대상판결처럼 음주도 당연히 포함되며, 같이 술을 마신 경우는 물론 우연하게 발견한 타인이라도 크게 다르지 않을 것이다. 즉 취한 상태의 사람에게 도움을 주는 것이 일반적이며 이와 상반되게 취한 사람을 성적인 대상으로 보고 행위로 나아가는 경우 비난가능성과 함께 행위에 따라서는 법적인 처벌이 부가되어야 하는 것이 당연하다. 그러나 형벌권이 행사되기 위해서는 명확하게 현재의 구성요건을 충족하여야 하지만 대상판결은 알코올 블랙아웃이라는 개념을 적용하여 피해자의 상태가 명확하지 않음에도 준강제추행을 인정한 것이 아닌가 판단된다.

따라서 이하에서는 대상판결의 사실관계부터 심신상실의 판단과 알코올 블랙아웃 등 주요 설시사항을 살펴보고 판시사항이 달랐던 원심과의 비교 등을 통하여 각 논점들을 고찰한다(II). 그리고 성범죄에 있어 심신상실의 의미를 알코올 블랙아웃과 연관지어 살펴보고 유사한 사례에 대한 비교판례와의 비교 분석을 통하여 준강제추행죄 성립에 있어 심신상실에 대한 일정 기준을 고찰하고자 한다(III).

II. 대상판결 검토

1. 사실관계

① 동 사건의 피해자 甲은 18세, 피고인 乙은 28세이며 두 사람은 이전에 만난 적이 없는 사이이며 사건 당일 우연히 만나 같이 시간을 보내게 되었다.²⁾

② 甲은 이 사건 당시 평소 주량을 넘는 양의 술을 마신 상태였다. 특히 1시간의 짧은 시간에 소주 2병 정도를 마셨다. 또한 화장실에 갈 당시 친구의 신발을 신고 있었고, 외투와 휴대폰은 노래방에 두고 나왔으며 화장실에 간 이후 노래 연습장으로 돌아오지 않았다.³⁾

③ 甲은 乙을 만날 당시 아무런 소지품을 가지고 있지 않았고, 자신이 어디서 술을 마셨는지도 알지 못하였다. 이에 乙은 피해자의 외투와 소지품을 찾기 위하여 甲과 함께 빌딩 2층부터 5층까지의 술집들을 둘러보았다.

④ 甲은 5층 호프집에 들어가 ‘나 여기서 조금만 자면 괜찮을 것 같다.’고 말하면서 앉더니 테이블에 엎드려 잠을 자기 시작했고, 乙은 수사 및 재판 과정에서 甲에게 집에 갈 것을 권하였으나 甲이 조금만 자고 가고 싶다는 식으로 이야기를 하였고, ‘모텔에 가서 자자고 하는 것이냐?’라고 물었더니 甲이 ‘모텔에 가서 자자.’고 대답하였다고 진술하였다.

⑤ 두 사람은 모텔로 갔으며 모텔의 CCTV 영상에 의하면 당시 甲은 혼자서 걸을 수는 있지만 계단을 오르내릴 때 발을 헛디더 휘청거리거나 벽에 등이나 머리를 대고 서 있는 등의 모습을 보였다.

⑥ 한편 甲의 모친과 친구는 甲을 찾기 위하여 경찰에 신고 하였고, 경찰은 甲

2) 乙은 수사 및 재판 과정에서 인근에서 술을 마시고 귀가하던 중 화장실을 가기 위하여 빌딩으로 들어갔는데 마침 1층 엘리베이터에서 내리는 피해자와 눈이 마주쳐 ‘예쁘시네요.’라면서 말을 걸었고, 2~3분 정도 이야기를 하다가 서로 마음에 들어 술을 마시러 가기로 하였다는 취지로 진술하였다.

3) 甲은 경찰 조사 과정에서 ‘속이 너무 안 좋고 토할 것 같아서 화장실에 갔는데, 화장실에서 토한 이후 술이 확 취해 정신이 없었고 그때부터 필름이 끊겼다.’고 진술하였다. 그리고 그 이후의 일로는 누군가가 말을 걸길래 ‘건들지 마세요!’라고 대답을 한 것이 기억날 뿐이라고 진술하였다.

이 범행장소인 모텔로 들어간 것을 확인하고, 객실 인터폰으로 甲의 이름을 물어본 다음 객실로 찾아갔다.

⑦ 경찰이 모텔 객실에 도착하였을 당시 甲은 상의를 전부 벗고 하의는 치마만 입은 채로 침대에 누워 잠을 자고 있었으며, 甲의 속바지와 팬티는 乙의 상의 주머니에서 발견되었다.⁴⁾

⑧ 乙은 수사 및 재판 과정에서 甲에게 키스를 하고 손으로 가슴 부위를 만졌다고 인정하면서도, 모텔 객실에 들어가자마자 甲과 키스를 하고 손으로 가슴 부위를 만졌는데, 乙이 양치를 하러 샤워실에 다녀오는 사이에 甲이 스스로 상의를 전부 벗고 하의는 치마만 입은 채로 침대에서 잠이 들어 있었다고 진술하였다.

⑨ 乙은 모텔 관계자가 인터폰으로 甲의 이름을 물어보아 甲을 깨워서 이름을 물어보았는데 수화기 넘어 들리는 소리에 경찰관 또는 甲의 가족이 온 거 아닌가 하는 생각이 들어 바로 옷을 입었고, 옷을 입으라고 甲을 깨웠음에도 일어나지 않았으며, 당황한 마음에 甲의 속옷을 주머니에 넣었다는 취지로도 진술하였다.

2. 대법원 판결요지

가. 심신상실의 판단

형법 제299조는 ‘사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 추행을 한 자’를 처벌하도록 규정한다. 이러한 준강제추행죄는 정신적·신체적 사정으로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 사람의 성적 자기결정권을 보호해 주는 것을 보호법익으로 하며, 그 성적 자기결정권은 원치 않는 성적 관계를 거부할 권리라는 소극적 측면을 말한다.

준강간죄에서 ‘심신상실’이란 정신기능의 장애로 인하여 성적 행위에 대한

4) 甲은 경찰 조사 과정에서, 평소에도 옷을 벗고 취침하는 일이 없고 술에 취하면 렌즈도 빼지 않고 취침한다고 진술하였다.

정상적인 판단능력이 없는 상태를 의미하고, ‘항거불능’의 상태란 심신상실 이외의 원인으로 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미한다. 이는 준강제추행죄의 경우에도 마찬가지이다. 피해자가 깊은 잠에 빠져 있거나 술·약물 등에 의해 일시적으로 의식을 잃은 상태 또는 완전히 의식을 잃지는 않았더라도 그와 같은 사유로 정상적인 판단능력과 대응·조절능력을 행사할 수 없는 상태에 있었다면 준강간죄 또는 준강제추행죄에서의 심신상실 또는 항거불능 상태에 해당한다.

나. 알코올 블랙아웃의 개념과 판단

의학적 개념으로서의 ‘알코올 블랙아웃(black out)’은 중증도 이상의 알코올 혈중농도, 특히 단기간 폭음으로 알코올 혈중농도가 급격히 올라간 경우 그 알코올 성분이 외부 자극에 대하여 기록하고 해석하는 인코딩 과정(기억형성에 관여하는 뇌의 특정 기능)에 영향을 미침으로써 행위자가 일정한 시점에 진행되었던 사실에 대한 기억을 상실하는 것을 말한다.

알코올 블랙아웃은 인코딩 손상의 정도에 따라 단편적인 블랙아웃과 전면적인 블랙아웃이 모두 포함한다. 그러나 알코올의 심각한 독성화와 전형적으로 결부된 형태로서의 의식상실의 상태, 즉 알코올의 최면진정작용으로 인하여 수면에 빠지는 의식상실(passing out)과 구별되는 개념이다.

따라서 음주 후 준강간 또는 준강제추행을 당하였음을 호소한 피해자의 경우, 범행 당시 알코올이 위의 기억형성의 실패만을 야기한 알코올 블랙아웃 상태였다면 피해자는 기억장애 외에 인지기능이나 의식 상태의 장애에 이르렀다고 인정하기 어렵지만, 이에 비하여 피해자가 술에 취해 수면상태에 빠지는 등 의식을 상실한 패싱아웃 상태였다면 심신상실의 상태에 있었음을 인정할 수 있다.

또한 ‘준강간죄 또는 준강제추행죄에서의 심신상실·항거불능’의 개념에 비추어, 피해자가 의식상실 상태에 빠져 있지는 않지만 알코올의 영향으로 의사를 형성할 능력이나 성적 자기결정권 침해행위에 맞서려는 저항력이 현저하게

저하된 상태였다면 ‘항거불능’에 해당하여, 이러한 피해자에 대한 성적 행위 역시 준강간죄 또는 준강제추행죄를 구성할 수 있다.

그런데 법의학 분야에서는 알코올 블랙아웃이 ‘술을 마시는 동안에 일어난 중요한 사건에 대한 기억상실’로 정의되기도 하며, 일반인 입장에서는 ‘음주 후 발생한 광범위한 인지기능 장애 또는 의식상실’까지 통칭하기도 한다.

따라서 음주로 심신상실 상태에 있는 피해자에 대하여 준강간 또는 준강제 추행을 하였음을 이유로 기소된 피고인이 ‘피해자가 범행 당시 의식상실 상태가 아니었고 그 후 기억하지 못할 뿐이다.’라는 취지에서 알코올 블랙아웃을 주장하는 경우, 법원은 피해자의 범행 당시 음주량과 음주 속도, 경과한 시간, 피해자의 평소 주량, 피해자가 평소 음주 후 기억장애를 경험하였는지 여부 등 피해자의 신체 및 의식 상태가 범행 당시 알코올 블랙아웃인지 아니면 패싱아웃 또는 행위통제능력이 현저히 저하된 상태였는지를 구분할 수 있는 사정들과 더불어 CCTV나 목격자를 통하여 확인되는 당시 피해자의 상태, 언동, 피고인과의 평소 관계, 만나게 된 경위, 성적 접촉이 이루어진 장소와 방식, 그 계기와 정황, 피해자의 연령·경험 등 특성, 성에 대한 인식 정도, 심리적·정서적 상태, 피해자와 성적 관계를 맺게 된 경위에 대한 피고인의 진술 내용의 합리성, 사건 이후 피고인과 피해자의 반응을 비롯한 제반 사정을 면밀하게 살펴 범행 당시 피해자가 심신상실 또는 항거불능 상태에 있었는지 여부를 판단해야 한다.

또한 피해사실 전후의 객관적 정황상 피해자가 심신상실 등이 의심될 정도로 비정상적인 상태에 있었음이 밝혀진 경우 혹은 피해자와 피고인의 관계 등에 비추어 피해자가 정상적인 상태하에서라면 피고인과 성적 관계를 맺거나 이에 수동적으로나마 동의하리라고 도저히 기대하기 어려운 사정이 인정되는데도, 피해자의 단편적인 모습만으로 피해자가 단순히 ‘알코올 블랙아웃’에 해당하여 심신상실 상태에 있지 않았다고 단정하여서는 안 된다.

3. 원심판결⁵⁾ 검토

대상판결의 2심⁶⁾은 대법원의 판단과 다르게 모텔 내외부에 설치된 CCTV

의 사진 및 영상을 바탕으로 피해자가 정신을 잃었다거나 심신상실 상태에 이르렀다고 단정할 만한 장면은 없다고 실시하였다. 즉 피해자가 몸을 가누지 못할 정도로 비틀거리거나 피고인이 피해자를 부축하는 모습은 확인되지 않고, 오히려 피해자가 모텔 1층에서 카운터가 있는 3층까지 계단으로 이동하였다는 사실 등을 적시하고 있다.

또한 피고인과 피해자가 피해자의 외투나 소지품을 찾기 위하여 빌딩을 둘러보았을 때 한 주점의 종사자가 당시 피해자가 술에 많이 취해 보이지는 않았다는 것으로 진술하였고 모텔 카운터에서 근무한 증인도 ‘피해자가 술에 취했으면 고개를 수그린다든지 자세가 그럴 텐데 그냥 반듯하게 서 있었고, 모텔 객실로 들어 나란히 편안하게 들어갔고 비틀거리는 모습을 전혀 보지 못했으며 조금 후에 경찰관들이 와서 객실 인터폰으로 피해자의 이름을 물었는데 전화기 너머로 피고인이 피해자에게 이름을 묻고 피해자가 직접 자신의 이름을 또박또박 말하는 소리를 들었다’는 취지로 진술한 것 등을 토대로 심신상실 상태가 아니라고 판단한 것으로 보여진다.

그리고 피해자가 의식이 있는 상태에서 스스로 행동한 부분도 기억하지 못할 가능성이 블랙아웃을 언급하면서도 “여러 사정들을 종합했을 때 검사가 제출한 증거들만으로는 피해자가 이 사건 당시 심신상실의 상태에 있었다고 단정하기 어렵고, 피고인이 피해자가 심신상실 상태에 있음을 인식하고서 이를 이용하여 즉 준강제추행의 고의를 가지고 피해자를 추행하였다는 사실이 합리적 의심을 할 여지가 없을 정도로 증명이 되었다고 볼 수 없다”고 판시하였다.

4. 소결

앞에서 살펴본 바와 같이 심신상실이란 심신장애로 인해 사물변별능력 또는 의사결정능력이 없는 것을 말한다. 준강제추행죄의 성격상 심신상실에는

5) 수원지법 2018. 5. 29. 선고 2018노906 판결.

6) 1심은 수원지방법원 안양지원 2018. 1. 26. 선고 2017고단675 판결로, 판결문을 확인할 수 없어 전체적인 설시는 판단할 수 없었으나 대법원과 같이 유죄로 판단하였다.

심신미약도 포함된다는 견해가 있으나 이는 피고인에게 불리한 유추해석이므로 허용되지 않고 심신미약자는 제302조⁷⁾의 객체가 될 수 있을 뿐이다.⁸⁾ 즉 준강제추행죄가 성립하기 위해서는 피해자가 ‘사물변별능력이나 의사결정능력이 없는 상태’여야 한다는 심신상실에 대한 엄격한 해석의 정도를 알 수 있다.

그럼에도 불구하고 대법원은 피해자가 3층 계단을 정상적으로 보행하는 등 심신상실을 인정하기에는 다소 무리가 있는 여러 행위가 있음에도 오히려 “원심판결이 준강제추행죄의 구성요건인 ‘심신상실 상태’에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니한 잘못이 있다”고 설시하고 있다. 그리고 대상판결에서 준강제추행의 성립 이유로 “피해자와 피고인의 관계, 연령 차이, 피해자가 피고인을 만나기 전까지의 상황, 함께 모텔에 가게 된 경위 등 사정에 비추어 볼 때 피해자가 피고인과 성적 관계를 맺는 것에 동의하였다고 볼 정황을 확인할 수 없다”라고 판단하였다.

그러나 이러한 대법원의 논지는 남녀관계나 성적관계에 대한 일종의 선입견이 작용되었다고 볼 여지도 있다. 피해자와 가해자의 관계가 가까울수록 사건이 공간으로 간주될 가능성이 낮다⁹⁾는 견해들처럼 성관련 사례나 성범죄에서는 ‘보편적’이라는 관점들이 오히려 실제진실을 왜곡할 가능성이 상당히 높을 수 있다. 동 사례에서 피고인과 피해자가 같이 있었던 시간이 짧지 않고 같이 한 행동들 역시 적지 않기 때문에 피고인과 피해자 사이에 어떠한 대화나 기타 행위가 있었는지 쉽게 단정할 수 있는 부분은 아니라고 보여진다.

그리고 “제반 사정에 대한 고려 없이 블랙아웃이 발생하여 피해자가 당시 상황을 기억하지 못한다는 이유만으로 바로 피해자가 동의를 하였을 가능성이 있다고 보아 이를 합리적 의심의 근거로 삼는 것은 타당하지 않다”고 언급하고

7) 형법 제302조(미성년자등에 대한 간음) 미성년자 또는 심신미약자에 대하여 위계 또는 위력으로써 간음 또는 추행을 한 자는 5년 이하의 징역에 처한다.

8) 오영근, 형법각론, 박영사, 2021, 151면.

9) Monica K. Miller, Judgments about sexual assault vary depending on whether an affirmative consent policy or a “no means no” policy is applied, JOURNAL OF AGGRESSION, CONFLICT AND PEACE RESEARCH, VOL. 12 NO. 3, 2020, p.165.

있지만, 이 부분 역시 피해자 본인이 어떠한 행동과 발언을 하였는지 기억하지 못하는 상황에서 동의 내지는 피고인이 동의라고 인식할 수 있는 사항들이 없었다고 확신할 수 있는지 의문이다.

또한 대법원은 “피해자가 사건 당시 짧은 시간 동안 다량의 술을 마셔 구토를 할 정도로 취했고 자신의 일행이나 소지품을 찾을 방법을 알지 못하고, 사건 당일 처음 만난 피고인과 함께 모텔에 가서 무방비 상태로 잠이 들었으며 경찰이 모텔 객실로 들어오는 상황이었음에도 옷을 벗은 상태로 누워 있을 정도로 판단능력 및 신체적 대응능력에 심각한 문제가 발생한 상태였으므로 이와 같은 사정에 비추어 보면 피해자는 피고인이 추행을 할 당시 술에 만취하여 잠이 드는 등 심신상실 상태에 있었다고 볼 여지가 충분하다”고 언급하고 있다.

그러나 이러한 인과관계를 모두 인정하기에는 무리가 있다. 판결문의 사실관계를 보면 ‘피해자는 사건 당시 평소 주량을 넘는 양의 술을 마신 상태’였고 ‘특히 1시간의 짧은 시간에 소주 2병 정도를 마셨다’고 언급하고 있으나 판결문에 적시된 평소 주량과 음주시간, 그리고 음주량에 대한 단언적 표기는 음주의 특성 상 추정치가 많이 개입할 수 밖에 없기 때문에 적절하지 못하다. 특히 이 부분은 본 사안의 핵심내용이 될 수 있음에도 대법원은 너무 가볍게 예단하고 있는 것으로 판단된다.

또한 ‘구토를 할 정도로 취해 일행과 소지품을 찾지 못하는 것’과 ‘모르는 사람과 모텔에 같이 가는 행위’를 동일한 선에서 판단할 수 있는지 의문이다. 즉 과도한 음주와 이로 인한 알코올 블랙아웃으로 피해자가 정상적인 판단을 하지 못한 연결고리로 볼 수 있지만, 앞에서 살펴본 바와 같이 초기에 피해자가 상당히 취한 상태라고 하더라도 모텔에 갈 당시의 피해자의 상태는 심신상실로 판단하기에는 무리가 있다.

마지막으로, 모텔 객실 내에서 성적 관계가 이루어진 경위에 대한 피고인의 진술에 대해 합리성이 없다는 대법원의 지적은 타당하다. 특히 모텔에 들어가자마자 피고인과 자발적으로 키스를 하던 피해자가 피고인이 양치를 하는 짧은 순간에 스스로 옷을 벗고 잠이 들어버렸다는 것과 피해자가 상의와 팬티, 속

바지까지 벗으면서 굳이 치마를 입고 잠이 들었다는 것에 대한 경험칙상 의문, 그리고 피해자의 속옷이 피고인의 주머니에서 발견된 사정에 관한 피고인의 주장 등 석연치 않은 부분이 적지 않다. 그러나 이러한 부분들을 감안하더라도 동 사례에서 피해자와 피고인이 만나서 주점 등을 같이 이동한 것과 모텔에 가게 된 경위, 객실에 들어가기 전의 정황들을 종합하면 피해자가 명확한 심신상실 상태였고 피고인이 이를 이용하여 추행에 나아갔다는 것은 명백히 입증되는 힘들다고 판단된다.

본 판결을 통해 알코올이 기억형성의 실패만을 야기한 알코올 블랙아웃 상태였다면 기억장애 외에 인지기능이나 의식상실의 장애에 이르렀다고 인정하기 어렵지만, 술에 취해 수면상태에 빠지는 등 의식을 상실한 패싱아웃 상태였다면 심신상실의 상태에 있었음을 인정할 수 있다고 판단하기도 한다.¹⁰⁾

그러나 대법원은 다른 판결에서 “심신장애는 생물학적 요소로서 정신병 또는 비정상적 정신상태와 같은 정신적 장애가 있는 외에 심리학적 요소로서 이와 같은 정신적 장애로 말미암아 사물에 대한 변별능력과 그에 따른 행위통제능력이 결여되거나 감소되었음을 요하므로, 정신적 장애가 있는 자라고 하여도 범행 당시 정상적인 사물변별능력이나 행위통제능력이 있었다면 심신장애로 볼 수 없다”¹¹⁾고 판시하였으며 이에 의하면 피해자가 만취상태였어도 피고인과 같이 있던 시간 중 정상적인 판단능력이 가능했던 시점에 성적으로 긍정적인 의사표시를 했을 가능성을 배제할 수 없다.

따라서 심신상실에 대하여 정신기능의 장애로 인하여 사물변별능력 또는 의사결정능력이 상실된 상태에 국한하는 엄격해석의 입장¹²⁾이 타당하다면 본 사례에서 피해자의 여러 행동은 대법원의 논지와 다르게 심신상실을 인정하기 어렵다고 판단된다.

10) 신동운, 형법총론, 법문사, 2021, 404면.

11) 대법원 2018. 9. 13. 선고 2018도7658 판결.

12) 임웅, 형법각론, 법문사, 2021, 227면.

III. 심신상실과 성범죄 성립의 판단기준

1. 준강제추행죄 등에 있어 심신상실의 의미

가. 성적자기결정권 침해

형법 제299조(준강간, 준강제추행)는 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자를 같은 법 제297조, 제298조의 강간 또는 강제추행의 죄와 같이 처벌하도록 규정하고 있는 바, 이 죄는 정신적 또는 신체적 사정으로 인하여 성적인 자기방어를 할 수 없는 사람에게 성적 자기결정권을 보호해 주는 것을 보호법익으로 하고 있다.¹³⁾

또한 준강제추행죄는 강제추행과 동일하게 처벌 받으며 그 핵심에 대하여 피해자가 성적 자기결정권 주체로서 매우 취약한 상태에 있고 가해자는 이러한 취약상태를 비록 야기하지는 않았지만 의도적으로 악용하여 성폭력으로 나아간 것으로 본다. 따라서 만취상태의 피해자가 무의식적인 신체동작이 가능하고 심지어 성적흥분유발상태라고 하더라도 성적자기결정권에 기한 성적 관계를 형성할 수 없는 취약 상태라면 이를 악의적으로 이용한 행위는 명백한 성폭력으로 볼 수 있다.¹⁴⁾

그리고 준강간죄의 보호법익은 성적자기결정권의 침해만이 아니라고 보아야 한다. 자신의 법익이 침해당하는 상황에 대항할 수 있는 권리의 침해 내지 박탈 또한 보호법익이라고 보아야 한다. 즉 심신상실 또는 항거불능의 상태라서 자신의 법익이 침해당하는 상황에 대항할 수 있는 권리를 사실상 행사할 수 없음에도 이러한 상황을 이용하여 간음행위를 하는 행위자에 대한 처벌이다.¹⁵⁾

이렇게 준강제추행죄 역시 성적자기결정권의 침해로 성립하는 성범죄이다. 그런데 성범죄는 범죄에 이르게 된 과정에서 다른 범죄와 다른 특성이 있으며

13) 대법원 2000. 5. 26. 선고 98도3257 판결.

14) 김한균, “준강간 불능미수”, 형사판례연구 [28], 한국형사판례연구회, 2020, 135면.

15) 이용식, “2019년 분야별 중요판례분석 8. 형법(총칙)”, 법률신문, 2020. 3. 12.

특히 심신상실과 관련된 부분은 상당히 조심스럽게 접근할 필요가 있다. 즉 성적인 만남에 대한 해석에서 남성은 피해자인 여성이 분명히 합의한 것으로 인식하는 경우가 많기 때문에 남성은 오히려 피해자를 비난하고 강제적인 성행위를 합의로 해석할 가능성이 더 크며, 남성과 여성이 저항 등 특정 행동을 해석하는 방식의 성별 차이가 있기 때문에¹⁶⁾ 특히 음주와 관련된 심신상실 상태에서의 준강제추행은 음주 과정 중의 여러 행위들이 성적자기결정권의 침해라고 보기 어려운 부분이 분명 존재한다고 판단된다.

보편적으로 남성과 여성은 동의를 다르게 전달하고 해석한다고 한다. 예를 들어 남자는 (성적인)동의를 전달하기 위해 비언어적 신호를 사용할 가능성이 높으며 비언어적 행동은 언어적 징후보다 명확하지 않은 경향이 있기 때문에 동의에 있어 여성이 전달하고자 하는 것과 남성이 해석하는 것 사이의 단절과 행동이 일어날 수 있다.¹⁷⁾

이에 더하여 음주상태는 때때로 복잡한 상황을 초래하며 자신의 기억이나 상태를 알 수 없어 성행위에 동의할 수 있는 능력에 대해 문제가 있을 수 있다. 즉 동일한 결과에 대하여 남성과 여성은 각각 사실에 대한 오류가 충분히 있을 수 있으며 기억의 공백에 당황함을 느끼면서도 음주사건을 재구성하는 것은 위험한 시나리오가 된다. 특히 만남 내내 의식을 유지했다면, 뇌는 해마 및 기타 잠재적으로 영향을 받지만 상대방은 블랙아웃 상태를 알기가 매우 어렵다. 따라서 피해자가 특정 행위에 동의했다는 것에 피고인이 합리적인 믿음을 가졌다면 성범죄로 판단할 수 없다.¹⁸⁾

나. 심신상실에 대한 검토

준강제추행은 사람의 심신상실이나 항거불능의 상태를 이용하여 추행을 하

16) Monica K. Miller, *supra* note 9, p.166.

17) *Ibid.*

18) Schneider, N., Blackout Versus Pass Out in Allegations of Alcohol-involved Sexual Assault: Why Knowing the Difference Matters, *Journal of psychiatric practice*. vol 26. no 2, March 2020, p.144.

는 경우 성립하며,¹⁹⁾ 대상판결의 경우 피해자의 상태가 심신상실에 해당하는지 피고인이 이를 이용하여 추행에 나아갔는지가 주된 문제이다.

이러한 성범죄와 관련되어 최근 대법원은 준강간죄의 불능미수 관련 사례²⁰⁾에서 의미 있는 부분을 지적하고 있다. “준강간죄에서 ‘항거불능의 상태’를 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우로 해석하는 데에는 강간죄 성립에 있어 폭행·협박의 정도를 가장 엄격하게 요구하는 최협의설의 입장과의 균형이 한 요인이 되고 있고 강간죄에서 폭행·협박의 정도를 최협의로 제한하는 오래된 근거 중 하나는 항거불능 또는 현저한 항거곤란의 정도가 아니고서는 피해자의 의사에 반하여 강간하는 것이 불가능하다는 관념이나 이는 피해자의 의사를 자의적으로 해석하여, 피해자가 사력을 다하여 대항하지 않았다면 피해자는 성관계에 동의한 것이고 고로 피해자의 성적 자기결정권의 침해는 없다는 비약적 결론과 크게 다르지 않으며 이 두 가지 상황 사이에는 넓은 간극이 있다. 그리고 강간죄와 준강간죄를 규정한 형법규범과 대법원이 그 해석을 통하여 요구하는 정도의 폭행·협박이나 항거불능 상태의 이용에 의하지 않은 간음이라 하더라도 실제 피해자의 성적 자기결정권이 침해되는 경우가 충분히 있을 수 있고 그 가능성은 구성요건적 행위를 엄격하게 해석할수록 커진다. 그리고 일상에서도 예기치 못한 공격에 평소 이성적으로 상상했던 것과는 달리 실망스럽게도 제대로 대처하지 못하는 경우가 종종 있어, 객관적·사후적으로 볼 때에는 사소한 공격행위일지라도 당시의 구체적 상황에서는 심각한 두려움을 느끼거나 심리적·육체적 마비나 혼란을 겪을 수도 있으며 부조리하고 비정상적인 범죄 상황에서 피해자에게만 합리적이고 바람직한 선택을 강요하여 이에 실패했다고 비난하는 우를 범해서는 안 된다”고 언급하고 있다.²¹⁾

이러한 견해는 성범죄 자체에 대한 매우 중요한 언급임은 물론 심신상실의

19) 형법 제299조(준강간, 준강제추행) 사람의 심신상실 또는 항거불능의 상태를 이용하여 간음 또는 추행을 한 자는 제297조, 제297조의2 및 제298조의 예에 의한다.

20) 2019년 판결로 대법원은 피고인이 술에 취한 피해자를 간음한 사례에서 피해자가 실제로는 술에 취한 상태가 아님을 이유로 준강간죄의 불능미수로 판단하였다.

21) 대법원 2019. 3. 28. 선고 2018도16002 전원합의체 판결.

의미에 대해서도 기존과 다르게 피해자를 고려한 합리적 기준을 제시하는데 도움이 된다고 판단된다. 이는 전체 성범죄에 있어서 폭행이나 협박, 항거불능의 개념과 성적자기결정권의 침해에 대해 과거와 다른 판단이 요구됨을 알 수 있으며 향후 성인지각수성과 비동의간음죄 등의 관련문제와도 깊은 상관관계가 있다고 판단된다.

그러나 항거불능의 상태에 대하여 오랜 기간 판례는 형법 제297조, 제298조와의 균형상 심신상실 이외의 원인 때문에 심리적 또는 물리적으로 반항이 절대적으로 불가능하거나 현저히 곤란한 경우를 의미하는 것²²⁾으로 보고 있으며 이를 반대해석 하면 심신상실 역시 상당히 좁은 개념으로 판단할 수 밖에 없다.

다. 심신상실에 대한 엄격한 해석의 필요성과 형법 제10조의 심신장애와의 관계

심신상실이라고 하기 위해서는 심신장애라는 생물학적 요인만으로는 부족하고 사물의 변별능력 또는 의사결정능력이 결여되었다는 심리학적 요인도 갖추어야 한다. 사물을 변별할 능력이란 행위의 불법 여부를 인식할 수 있는 능력 또는 행위의 시비선악을 분별할 수 있는 능력으로서 지적능력을 의미하며 의사를 결정할 능력이란 불법을 분별할 수 있다고 하더라도 이에 따라 의사를 결정하고 자신의 행동을 제어할 수 있는 의지적 능력을 말한다.²³⁾ 이러한 측면에서 심신상실에 대한 새로운 해석이 상당한 합리성을 가지고 있다고 하더라도 현행 형법의 해석이나 기존 판례에 의하면 심신상실에 대한 해석의 확대가 바로 가능하다고 판단하기에는 무리가 있다.

항거불능은 용어 자체에서 알 수 있는 바와 같이 저항이 불가능한 상황이라고 할 수 있다. 따라서 항거불능상태에 있는 자에게 적극적인 저항의사 내지 저항표현을 요구 하는 것 자체가 그 뜻에 배치되는 부분이 있어 항거불능의 상황

22) 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도2631 판결.

23) 임웅, 형법총론, 법문사, 2022, 323-324면.

을 이용하는데 초점이 맞추어질 필요가 있다고 본다면 실질적으로 이러한 거부할 수 있는 능력이 있었는지 또는 거부할 수 있는 상황이었는지에 판단의 초점이 맞추어져야 하며²⁴⁾ 이는 심신상실에도 동일하게 적용된다.

그리고 심신상실 개념은 책임과 연관되어 있는 형법상 심신장애와도 같이 살펴볼 필요가 있다. 판례는 형법 제10조²⁵⁾에 규정된 심신장애는 정신병 또는 비정상적 정신상태와 같은 정신적 장애가 있는 외에 이와 같은 정신적 장애로 말미암아 사물에 대한 변별능력이나 그에 따른 행위통제능력이 결여 또는 감소되었음을 요하므로, 정신적 장애가 있는 자라고 하여도 범행 당시 정상적인 사물변별능력과 행위통제능력이 있었다면 심신장애로 볼 수 없다²⁶⁾고 판시하였다.

그리고 심신상실자는 사물변별능력, 즉 사물의 선악과 시비를 합리적으로 판단하여 구별할 수 있는 능력이 결여되거나 의사결정능력, 즉 사물을 변별한 바에 따라 의지를 정하여, 자기의 행위를 통제할 수 있는 능력이 결여된 상태에 있는 자를 말하며, 같은 조 제2항의 심신미약자는 위와 같은 사물변별능력이나 의사결정능력이 결여된 정도는 아니고 미약한 상태에 있는. 자를 말하는 것 인바, 위 사물변별능력이나 의사결정능력은 판단능력 또는 의지능력과 관련된 것으로서 사실의 인식능력이나 기억능력과는 반드시 일치하는 것이 아님을 설시하고 있다.²⁷⁾

또한 음주로 인하여 상당히 취한 상태에 있었고 여기에 위에서 본 정도의 정신박약증세가 보태어져 있다 하더라도 바로 피고인이 이견 범행당시 심신장애로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없거나 미약해진 상태에 있었다고는 인정되지 않으며,²⁸⁾ 형법 제10조에 규정된 심신장애는 생물학적

24) 김혜정, “성폭력범죄에 있어서 ‘항거불능인 상태’의 의미”, 형사판례연구 [14], 한국형사판례연구회, 2006, 367면.

25) 형법 제10조(심신장애인) ① 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다.

② 심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경할 수 있다.

26) 대법원 2013. 1. 24. 선고 2012도12689 판결.

27) 대법원 1990. 8. 14. 선고 90도1328 판결.

요소로서 정신병 또는 비정상적 정신상태와 같은 정신적 장애가 있는 외에 심리학적 요소로서 이와 같은 정신적 장애로 말미암아 사물에 대한 변별능력과 그에 따른 행위통제능력이 결여되거나 감소되었음을 요하므로, 정신적 장애가 있는 자라고 하여도 범행 당시 정상적인 사물변별능력이나 행위통제능력이 있었다면 심신장애로 볼 수 없다²⁹⁾고 판단하고 있다.

물론 본 사안에서 문제되는 성범죄에 있어 ‘심신상실’이라는 개념과 형법 제 10조의 책임무능력 사유의 대용개념에 해당하는 ‘심신상실’은 반드시 동일한 의미로 이해할 수는 없다는 지적은 두 개념을 ‘구성요건실현을 위한 행위를 하는 행위자에게 형사책임을 지울 수 없음을 인정하기 위해 형법이 마련한 책임무능력 사유’와 ‘피해자가 처한 정신적 심리적 상태의 취약성’은 체계상으로는 문맥상으로 전적으로 다른 기반을 가지고 있다고 본다.³⁰⁾

이러한 관점은 타당하며 두 개념이 정상적 사고가 불가능한 동일한 경우라도 행위자의 책임의 영역에서 예외적으로 규정된 부분과 피해자의 상태를 기반으로 한 범죄의 성립요건을 같이 판단하는 것은 타당하지 않다. 그러나 과거 두 개념에 대해 동일한 개념으로 판단하기도 하며 이에 대한 명확한 구분 등에 대한 연구는 거의 없었던 것을 감안하면 본 문제는 단순하지 않다. 특히 본 사례를 역으로 재조합하여, 피고인이 심신상실을 주장하고 있는데 직접 걸어 모텔방에 들어가는 등의 행위가 있었다면 과연 심신상실을 인정 받을 수 있는가를 감안하면 심신상실 개념은 보다 명확해야 한다고 판단된다.

2. 알코올 블랙아웃과 심신상실

가. 의학적 소견의 필요성

과거 대법원은 심신장애 등의 판단에 있어 의사의 정신감정은 사실판단이

28) 대법원 1986. 7. 8. 선고 86도765 판결.

29) 대법원 2007. 2. 8. 선고 2006도7900 판결.

30) 김성돈, “알코올 블랙아웃과 ‘심신상실’”, 형사판례연구 [29], 한국형사판례연구회, 2021, 137면.

지만 법관의 심신장애 여부의 판단은 법률판단이므로,³¹⁾ 법관은 전문가의 감정을 거치지 않고 행위의 전후사정이나 목격자의 증언 등을 참작하여 심신장애를 판단하더라도 위법한 것이라고 할 수는 없다는 견해를 유지하고 있다.

즉 심신장애의 유무 및 정도의 판단은 법률적 판단으로서 반드시 전문감정인의 의견에 기속되어야 하는 것은 아니고, “정신질환의 종류와 정도, 범행의 동기, 경위, 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 반성의 정도 등 여러 사정을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있다”³²⁾고 본다.

그러나 심신장애에 대하여 전문감정인 없이 법원이 독자적으로 내린 판단에는 분명 무리가 따르는 경우가 다수 있다고 판단된다. 대법판결에서도 대법원은 알코올의 영향은 개인적 특성 및 상황에 따라 다르게 나타날 수 있어서 피해자가 어느 순간 몸을 가누지 못할 정도로 비틀거리지는 않고 스스로 걸을 수 있다거나, 자신의 이름을 대답하는 등의 행동이 가능하였다는 점만을 들어 범행 당시 심신상실 등 상태에 있지 않았다고 선불리 단정할 것은 아니라고 언급하면서도, 본 설시 직전에 “피해자가 ‘음주 후 필름이 끊겼다’고 진술한 경우 음주량과 음주속도 등 앞서 본 사정들을 심리하지 않은 채 알코올 블랙아웃의 가능성을 쉽사리 인정하여서는 안 된다”고 다소 배치되는 사항을 언급하고 있기도 하다.

또한 대법원은 과거 형법 제299조에서의 심신상실이란 형법 제10조에서 말하는 정신장애로 인한 심신상실 이외에도 성적 자기 방어를 할 수 없는 그 밖의 사유, 즉 술에 만취하거나 인사불성인 상태를 포함하나 단순히 심신미약의 정도에 이른 경우에는 이에 포함된다고 볼 수 없다³³⁾고 판단하였으며, 본 사례도 심신미약의 정도라도 판단할 여지는 충분히 있다고 보여진다.

즉 심신장애가 있는지 여부가 문제될 때에는 규범적 판단이라기보다는 사실판단이고 법관은 이에 대한 감정의 판단으로부터 자유로울 수 없다. 책임능

31) 대법원 1968. 4. 30. 선고 68도 400 판결.

32) 대법원 1999. 8. 24. 선고 99도1194 판결.

33) 대법원 2011. 10. 27. 선고 2011도11518 판결.

력 판단에 있어서는 과학기술 발전수준에 따른 경험법칙이나 기준의 세분화에 보다 관심을 갖고 보다 새롭고 경험칙에 의한 의견수용이 바람직하다.³⁴⁾ 즉 대상판결에서 피해자의 상태는 단순하게 설명하기 어려운 측면이 강함에도 의학적 전문소견이 반영되지 않고 알코올 블랙아웃을 접목한 부분은 상당히 아쉬운 미비점이라고 보여진다.

외국의 알코올 블랙아웃에 대한 연구들을 보면 총 음주량과의 연관성을 기본으로 아침의 반응차이 및 다른 약물요인과의 관계까지 다양한 연구가 진행되었다. 그러나 개인적인 예측변수가 상당히 많았음을 주로 지적하고 있고,³⁵⁾ 기본적으로 알코올 섭취량과 알코올로 인한 블랙아웃 발생에 기여하는 개별 요인, 주량을 초과하는 알코올과 기억 장애 등에 많은 발전이 있었지만 아직 생물학적 성별의 영향은 일관성이 없다.³⁶⁾ 즉 성범죄와 알코올 블랙아웃의 관계에서 개인의 차이 및 성별에 의한 차이 등은 매우 중요한 부분임에도 일관되지 않은 결과가 많다는 것은 향후 연구의 필요성과 함께 의학적 소견의 중요성을 같이 판단할 수 있다.

나. 피해자의 특수성과 심신상실 추론

성적 행위에 대한 묵시적 동의나 조건부 동의는 동의와 거절 사이의 회색지대에 존재하는 것이고, 이는 언제든지 피해자의 거절로 해석될 수 있기 때문에 이 경우 사실상 입증책임이 피고인에게 전환된다.³⁷⁾

34) 박미숙, “심신장애 판단과 감정”, 형사판례연구 [19], 한국형사판례연구회, 2011, 134면.

35) Jennifer E. Merrill, Holly K. Boyle, Kristina M. Jackson, Kate B. Carey, Event-Level Correlates of Drinking Events Characterized by Alcohol-Induced Blackouts, Alcohol Clin Exp Res, Vol 43, No 12, Department of Behavioral and Social Sciences, Center for Alcohol and Addiction Studies, School of Public Health, Brown University, 2019, pp.2603-2604.

36) Wetherill, Reagan R/ Fromme, Kim, Alcohol-Induced Blackouts: A Review of Recent Clinical Research with Practical Implications and Recommendations for Future Studies, Alcoholism Clinical & Experimental Research. May 01, vol 40 no 5, 2016., p.933. 또한 동 연구는 이에 그치지 않고 예방과 관련된 부분도 강조하고 있다. 이는 본고의 내용과도 밀접한 연관이 있으며 궁극적으로 향후 유사 사안의 방지를 감안할 때 우리도 관련 연구가 필요하다고 본다.

37) 조국, 형사법의 성편향, 박영사, 2018, 62면.

즉 대상판결에서처럼 피해자가 ‘음주 후 필름이 끊겼다’라고 진술하고 있고 피고인은 ‘피해자가 범행 당시 의식상실 상태가 아니었고 그 후 기억하지 못할 뿐이다’라는 주장으로 대응하고 있다면 피해자의 상태가 심신상실 또는 항거 불능 상태인지, 아니면 둘 중 어디에도 포섭될 수 없는 상태인지 가늠하기 어렵다.³⁸⁾

예상해 보건데 대상판결의 사례는 다음과 같은 추론이 가능하지 않을까 판단된다. ① 피해자가 피고인을 만났을 당시 피해자는 상당히 취한 상태였다. ② 피해자가 소지품을 찾겠다고 여러 장소를 다니는 과정에서 피고인과 동행한 것은, 피해자는 취한 상태여서 특별한 의미를 두지 않은 반면 피고인은 피해자에게 성적인 부분을 포함한 호감을 가진 상태였다. ③ 두 사람이 모텔로 가게 된 가장 큰 이유는 피해자가 잠이 오는 상태가 되었기 때문이다. ④ 모텔에서 피해자는 일시 잠이 들었다. ⑤ 피고인은 피해자의 옷을 일부분 탈의 시키고 성적인 접촉을 하였다.

당사자들만 정확하게 알 수 있는(물론 피해자는 부분적으로만 기억하겠지만) 본 사례에서 이러한 예단은 상당히 위험할 수 있다. 그렇지만 사실관계를 반복하여 검토해보면 가장 근접한 예상이며, 이러한 추론을 바탕으로 피고인이 준강제추행의 죄책을 지는 것은 타당하다고 판단된다.

그러나 문제는 대상판결이 이러한 사실관계를 바탕으로 주요 행위 등의 연결고리로 준강제추행을 판단한 것으로 실시하고 있지만 궁극적으로는 알코올 블랙아웃이라는 개념으로 준강제추행을 인정한 부분이다. 그리고 이러한 결과에는 알코올 블랙아웃에 대한 의학계의 정확한 판단이 필요하고, 음주 자체가 피해자에 따라 그 상태가 다를 수 밖에 없음에도 이에 대한 정확한 검토가 부족하여 혐의입증에 대한 논지가 부족하다는 비판이 있을 수 밖에 없다고 본다.

따라서 알코올 블랙아웃으로 추정되는 피해자가 어느 정도까지 기억력이

38) 김성돈, 앞의 논문, 131면.

부족하더라도 술을 마시고 동의를 제공할 수 없는 경우라는 것이 의심할 여지 없을 정도가 아니라면 자신의 행동에 책임을 진다³⁹⁾는 견해는 상당히 타당하며 본 사례에서도 적용되어야 한다고 판단된다.

3. 비교판례 검토(대법원 2019. 4. 23. 선고 2019도 1960 판결)

가. 사실관계

피고인과 피해자는 클럽에서 같이 술을 마시던 중 피해자가 술에 취해 ‘집에 가고 싶다’는 등의 이야기를 하였고 피고인은 자신의 집으로 피해자를 데리고 갔다. 피고인의 집으로는 택시를 이용하여 이동하였으며 피해자는 술에 취하여 이동 중 계속 잠을 잤으며 택시 하차 이후 엘리베이터를 이용할 때에는 잠에 깨어 피고인에 안겨 이동하였으나 자세가 고정된 상태를 유지하였고 피고인은 자신의 집에서 피해자를 1회 간음하였다. 이에 검사는 피고인이 피해자의 항거불능 상태를 이용한 것으로 판단하여 준강간죄로 공소제기 하였다.

나. 대법원의 판단

대법원은 CCTV 영상을 바탕으로 ① 피해자가 승강기를 타고 내릴 때 피고인의 팔을 정상적으로 붙잡고 있었고 ② 피고인이 피해자의 목과 무릎 뒤쪽을 두 손으로 안고 있었는데 피고인이 두 차례 피해자를 고쳐 안을 때 안정적인 자세를 유지하였고 ③ 피해자가 피고인에 안긴 상태에서 머리카락을 귀 뒤로 넘겨 고정하였고⁴⁰⁾ ④ 피해자는 성관계 이후 22분만에 친구에서 전화를 걸어 의사소통을 한 점 등을 바탕으로 심신상실 내지 항거불능 상태가 아니라고 판시하였다.

또한 피해자가 피고인과의 성관계 전후 사정을 모두 기억하지 못하고 제대

39) Wetherill, Reagan R/ Fromme, Kim, supra note 36, p.931.

40) 이 부분에 대하여 대법원은 잠결에 무의식적으로 할 수 없는 행동으로 파악하고 있으나 이 부분은 잘못된 판단이라고 보인다.

로 진술하지 못하는 것은 술을 마시고 겪는 일시적 기억상실증인 ‘블랙아웃’ 증상일 가능성이 있으며, 블랙아웃은 알코올 때문에 기억에 문제가 생기지만 뇌의 다른 부분은 정상적 활동을 하는 현상을 말하며 피해자에게 이런 증상이 있었더라도 이를 성관계 당시 심신상실이나 항거불능 상태였던 것과 동일하게 볼 수는 없다고 판단하였다.

다. 대상판결과의 비교

동 판결의 사례는 앞에서 살펴본 대상판결의 사례와 상당히 유사한 구조를 가지고 있다. 특히 음주와 관련된 성범죄의 적용여부에 대하여 피해자의 심신상실의 인정여부에 관한 사례들임을 감안하면 행위에 의하여 구분되는 준강간과 준강제추행이라는 죄명의 차이점을 제외하면 거의 흡사하다고 볼 수 있다.

그러나 대상판결이 심신상실을 인정한 것에 반해 동 비교판결은 심신상실을 인정하지 않았으며, 양 판결 사이에 시간적 간격이 넓지 않음에도 대상판결이 비교판결에 대한 언급 없이 판시하고 있는 부분은 다소 아쉬움이 있다.

구체적으로, 알코올 블랙아웃 개념을 양 판결 모두 인용하고 있으나 결과가 다른 것은 향후 유사사례가 지속적으로 발생할 가능성이 높다는 점에서 법적 안정성의 측면에서 상당히 우려되는 부분이다. 그리고 알코올 블랙아웃을 인정한다고 하더라도 심신상실이나 항거불능의 상태와 동일하게 볼 수 없다는 비교판결의 설시는 형법상 심신상실의 의미를 감안한다면 대상판결 보다 타당하다고 판단된다.

라. 향후 유사사례에서의 문제점

대상판결과 비교판결 같은 사례는 계속 발생할 수 있으며 두 사례 이후 2022년에 법원은 만취 상태로 길가에 앉아 있던 10대 여성을 모텔에 데려가 일부 성적 행위를 한 사례에서 무죄를 선고하였다.⁴¹⁾

41) 이태일리, “술 취한 10대 모텔 데려가 성폭행?...40대 男, 무죄 이유는”, 2022. 1. 4. 이하의

동 사례에서 피고인은 차를 타고 도로를 지나던 중 노상에서 술에 취해 앉아 울고 있는 피해자를 발견하고 “위험하니 차에 타라”, “드라이브 하자”, “탑승하지 않으면 112에 신고하겠다”고 말한 뒤 모텔에 데리고 갔으며 이후 3시간 이후 모텔에서 나온 피해자가 경찰에 신고한 사안이다. 피고인은 피해자의 동의를 받고 모텔에 갔으며 피해자의 특정 신체 부위를 만진 사실은 있으나 피해자가 거부하여 곧바로 중단했고, 옷도 벗기지 않았다고 주장했다. 해당 모텔의 CCTV 분석결과 피해자는 피고인의 차량에서 스스로 내려 모텔 객실까지 걸어 갔고 또렷이 ‘X나 즐려’라고 말하기도 하였다.

1심 재판부는 “피해자가 만취해 심신상실의 상태에 있었다고 볼 만한 직접 증거는 피고인을 만났을 때부터 모텔에서 나오기 전까지 부분적으로만 기억이 난다는 내용의 피해자 진술뿐”이라며 “결국 피해자가 부분적으로만 기억이 난다는 것은 스스로의 행동 부분도 기억을 못하는 블랙아웃 현상을 겪었기 때문으로 보인다”고 밝혔다. 이어 “검사가 제출한 증거들만으로는 피고인이 심신상실 또는 항거불능의 상태에 있다는 점을 이용해 피해자를 간음했음을 인정하기에 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다”며 무죄를 선고했다.⁴²⁾ 항소심 재판부 또한 “제출된 증거들만으로는 공소사실이 합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 증명됐다고 보기 어렵다”면서 원심을 확정했다.

동 사례는 앞에서 살펴본 대상판결과 같이 피해자의 블랙아웃이 언급되었으나 무죄로 판단되었다. 그리고 실시 내용은 여러 부분이 있지만 무엇보다 ‘합리적인 의심의 여지가 없을 정도로 증명됐다고 보기 어렵다’는 부분은 본 문제를 해결하는데 가장 중요한 부분이라고 판단된다.

즉, 앞에서 살펴본 대상판결에서 피해자는 친구와 함께 술을 마시고 노래방으로 이동한 것은 기억하지만, 그 이후의 일은 노래방에서 나와서 피고인을 만난 상황조차도 전혀 기억나지 않는다고 진술하였으나 피해자가 술에 취하여

사실관계 및 판결은 본 기사를 바탕으로 수정 기술한 내용이다.

42) 또 B양이 A씨 차량에 탑승한 뒤 모텔을 나올 때까지 자신의 남자친구에게 8차례 문자를 보낸 점과 A씨가 B양의 남자친구와 건강상태 등 직접 듣지 않으면 알 수 없는 내용을 알고 있는 점 등도 법리적 무죄 판단 배경으로 작용했다.

심신상실 상태에 있었다면 피고인이 그러한 상태의 피해자를 데리고 여러 층에 위치한 술집들을 돌아다니거나, 모텔 1층에서 3층까지 계단으로 이동하는 것은 용이해 보이지 않는다.

동 사례는 바로 이러한 부분을 참고하여 무죄로 판단한 것으로 예상되며 이러한 사례들이 앞으로도 발생할 가능성이 상당히 높음에도 이렇게 판결의 내용이 상반된 것은 앞에서도 언급하였지만 법적인 안정성의 측면에서 상당히 우려된다.

IV. 맺으며

앞에서 살펴본 바와 같이 심신상실의 판단에는 단순한 생물학적 요인만으로는 부족하고 사물의 변별능력 또는 의사결정능력이 결여되었다는 심리학적 요인도 갖추어져야 한다. 사물을 변별할 능력이란 행위의 불법 여부를 인식할 수 있는 능력 또는 행위의 시비선악을 분별할 수 있는 능력으로서 지적능력을 의미하며 의사를 결정할 능력이란 불법을 분별할 수 있다고 하더라도 이에 따라 의사를 결정하고 자신의 행동을 제어할 수 있는 의지적 능력을 말한다.

이러한 측면에서 대상판결의 심신상실에 대한 일종의 새로운 해석이 상당한 합리성과 의미를 가지고 있다고도 볼 수 있지만, 기존 판례와 현행 형법의 해석에 의하면 알코올 블랙아웃을 중심으로 한 대상판결의 심신상실에 대한 해석이 합리적이라고 판단하기에는 무리가 있다고 본다.

무엇보다 대법원은 대상판결에서 여러 근거를 바탕으로 피해자의 심신상실을 인정하고 있으나 만취상태가 곧 심신상실을 의미하는 것은 아니며 피해자 본인이 어떠한 행동과 발언을 하였는지 기억하지 못하는 상황에서 동의가 없었다고 확신할 수는 없다. 그리고 모텔 객실 내에서 성적 관계가 이루어진 경우에 대한 피고인의 진술은 합리성이 없다는 대법원의 지적은 타당하지만 이러한 부분들을 감안하더라도 동 사례에서 피해자가 명확한 심신상실 상태였고 피고인이 이를 이용하여 추행에 나아갔다는 것은 명백히 입증되기는 힘들다고 판단된다.

대상판결에서 피고인의 행위는 준강제추행죄에 상당히 근접해 있는 것은 사실이다. 그리고 기존에 강간죄에 있어 폭행과 협박의 정도를 가장 엄격한 해석인 최협의로 보는 등 성범죄 관련 기조에 대한 비판은 지속적으로 제기되어 왔고 본 사례에서 대법원의 판단은 음주라는 일반적인 상태와 다른 경우의 성적자기결정권의 폭넓은 보호와 함께 의미 있는 설시를 하고 있다고 판단된다.

그러나 형법 규정상 심신상실의 해석은 엄격할 수 밖에 없다. 특히 대상판결과 상당히 유사한 사례에 대한 비교판례에서는 피해자에게 알코올 블랙아웃의 증상이 있었더라도 이를 성관계 당시 심신상실이나 항거불능 상태였던 것과 동일하게 볼 수는 없다고 판단한 부분은 상당히 합리적이며 향후 유사사례에서 충분히 감안해야 할 부분이라고 판단된다.

특히 성범죄에서 가장 중요한 부분은 동의이며, 본 사례에서도 동의 여부, 보다 정확하게는 정상적 동의였는가 주된 문제이다. 즉 불확실한 동의를 동의로 판단한 경우에 과실이 있는 경우도 충분히 생각해볼 여지가 있으며 동의가 불확실한, 즉 의심이 있는 경우 행위에 나아가지 않아야 한다는 보편적 판단을 구현할 수 있어야 한다.

동의 여부와 상관 없이 성립하는 성범죄는 미성년자의제강간 등 일부에 국한되고 있으며 동의를 판단함에 있어 음주에 의해 동의가 불확실한 경우 처벌은 보다 신중할 수 밖에 없다. 즉 강한 확증이 필요하며 피해자가 정상적인 판단을 할 수 없는 상태이며 피고인이 이를 이용한다는 것에 최소한의 미필적 고의가 존재하여야 한다고 판단된다.

그리고 형벌권의 적용은 항상 신중하여야 하며 특히 성범죄는 입증이 곤란한 경우가 많아 당사자의 진술에 의존하는 경향이 큰 특성이 감안되어야 한다. 따라서 성적으로 관련된 행위들의 각 단계를 세밀하게 검토하고 범죄성립을 합리적으로 설정할 필요가 있다. 따라서 대상판결에서 피고인의 행위는 분명 문제가 있으나 피해자의 상태를 명확하게 심신상실로 보기 힘들기 때문에 현행 법체계에서는 준강제추행죄로 처벌하는 것에 무리가 있다고 판단된다.

[참고 문 헌]

- 김성돈, “알코올 블랙아웃과 ‘심신상실’”, 『형사판례연구』 [29], 한국형사판례연구회, 2021.
- 김한균, “준강간 불능미수”, 『형사판례연구』 [28], 한국형사판례연구회, 2020.
- 김혜정, “성폭력범죄에 있어서 ‘항거불능인 상태’의 의미”, 『형사판례연구』 [14], 한국형사판례연구회, 2006.
- 박미숙, “심신장애 판단과 감정”, 『형사판례연구』 [19], 한국형사판례연구회, 2011.
- 오영근, 『형법각론』, 박영사, 2021.
- _____, “2019년도 형법판례 회고”, 『형사판례연구』 [28], 한국형사판례연구회, 2020.
- 이용식, “2019년 분야별 중요판례분석 8. 형법(총칙)”, 『법률신문』, 2020. 3. 12.
- 임 응, 『형법각론』, 법문사, 2021.
- _____, 『형법총론』, 법문사, 2022.
- 신동운, 『형법총론』, 법문사, 2021.
- 조 국, 『형사법의 성편향』, 박영사, 2018.
- Jennifer E. Merrill, Holly K. Boyle, Kristina M. Jackson, Kate B. Carey, Event-Level Correlates of Drinking Events Characterized by Alcohol-Induced Blackouts, Alcohol Clin Exp Res, Vol 43, No 12, Department of Behavioral and Social Sciences, Center for Alcohol and Addiction Studies, School of Public Health, Brown University, 2019.
- Monica K. Miller, Judgments about sexual assault vary depending on whether an affirmative consent policy or a “no means no” policy is applied, JOURNAL OF AGGRESSION, CONFLICT AND PEACE RESEARCH, VOL. 12 NO. 3, 2020.
- Schneider, N., Blackout Versus Pass Out in Allegations of Alcohol-involved Sexual Assault: Why Knowing the Difference Matters, Journal of psychiatric practice. vol 26. no 2, March 2020.
- Wetherill, Reagan R/ Fromme, Kim, Alcohol-Induced Blackouts: A Review of Recent

Clinical Research with Practical Implications and Recommendations for
Future Studies, *Alcoholism Clinical & Experimental Research*. May 01,
vol 40 no 5, 2016.

[국문초록]

성범죄에 있어서 알코올 블랙아웃과 심신상실의 판단
- 대법원 2021. 2. 4. 선고 2018도9781 판결을 중심으로 -

김두상(경상국립대학교 법학연구소 학술연구교수)

2021년 대법원은 술에 취한 피해자에 대한 준강제추행 사례에서 피해자의 심신상실이 명확하다고 보기 힘든 정황이 다수 있음에도 불구하고 이른바 ‘알코올 블랙아웃’ 개념을 중심으로 준강제추행죄의 성립을 인정하였다. 이는 기존의 심신상실 개념이 완전한 의사능력의 상실을 의미하는 것과 다르게 일시적 기억오류도 심신상실 상태로 간주한 것으로 판단된다.

그러나 형법 규정상 심신상실의 해석은 엄격할 수 밖에 없다. 특히 대상판결과 상당히 유사한 사례인 비교판례는 피해자에게 알코올 블랙아웃의 증상이 있었더라도 이를 성관계 당시 심신상실이나 항거불능 상태였던 것과 동일하게 볼 수는 없다고 판단하여 준강제추행을 부정하였다. 이러한 논지는 상당히 합리적이라고 판단되며, 개별사례의 판단에 있어 피해자들의 알코올 블랙아웃에 대해 의학적인 검토도 충분히 감안되어 심신상실과 준강제추행이 논의되어야 한다.

또한 성범죄에서 가장 중요한 부분은 동의이며 불확실한 동의를 동의로 판단하여 행위에 나아간 경우에도 과실이 있는 경우를 충분히 생각해볼 여지가 있다. 그리고 동의가 불확실한, 즉 의심이 있는 경우 행위에 나아가지 않아야 한다는 보편적 판단을 구현할 수 있어야 한다. 따라서 범죄성립에 강한 확증이 필요하며 피해자가 정상적인 판단을 할 수 없는 상태이며 피고인이 이를 이용한다는 것에 최소한의 미필적 고의가 존재하여야 한다고 판단된다. 따라서 대상판결에서 피고인의 행위는 분명 처벌의 필요성이 있으나 현행법의 해석상 준강제추행죄로 처벌하는 것에 무리가 있다고 판단된다.

주제어: 준강제추행죄, 알코올 블랙아웃, 심신상실, 성적 동의, 성적자기결정권

Determination of Alcohol Blackout and Insanity in the Sexual Crimes

- Focus on the Supreme Court on 2018-Do-9781 Sentenced on Feb 4, 2021 -

Kim Doo Sang

Research Professor in Law Institute, Gyeongsang National University

=ABSTRACT=

2021, the Supreme Court recognized the foundation of the quasi-indecent act by force by the concept of 'alcohol blackout' although there were multiple situations that it was hard to judge insanity of the victims was evident in the cases with drunken victims. This means the consideration of insanity state due to temporary false memory rather than the total loss of mental capacity from the existing concept of insanity. However, the interpretation of insanity in the criminal law has to be strict and its application could be difficult. In particular, the comparison precedent which is very similar to the subject one was determined not to be the same with the state of the insanity or inability to resist during the sexual relation though the victim had the symptoms of alcohol blackout, denying the quasi-indecent act by force. This argument is determined to be logical remarkably, and insanity and quasi-indecent act by force should be discussed considering the medical review on the alcohol blackout of the victims sufficiently when determining the individual precedents. In addition, the most important point in the sexual crimes is the consent, and there may be possibility of negligence in case that uncertain consent is determined as the consent to continue the following act. Also, in case of uncertain consent or suspicious, universal determination not to follow the act should be able to realized. Therefore, strong evidence is required for criminality, determining that the victim is the state not to be able to do the normal judgment and the minimum willful negligence is existed that the accused uses this. In the subject ruling, the act of the accused has to be clearly punished, however, it is determined to be

unreasonable for the punishment with the quasi-indecent act by force under the interpretation of the current regulations.

Keyword : Quasi-indecent act by force, Alcohol blackout, insanity, Sexual consent, Sexual self-determination