

형사사건에서의 고의성 판단: 도덕적 특성의 역할

최 승 혁[†]

허 태 균[‡]

고려대학교 심리학과

형사사건에서 고의성 판단은 사건 가해자에게 적용되는 혐의의 유·무죄 판단은 물론 처벌의 크기를 판단하는 근간이 되는 사실인정의 핵심적인 영역이다. 그러나 고의성이라는 개념은 행위자의 주관적 측면, 즉 그 행위자의 심리적 측면을 반영하고 있기 때문에 제 삼자가 이를 판단하는 것이 매우 어렵다. 따라서 고의성이 어떻게 판단되어지는가에 대한 물음은 형사사법체계는 물론 학계 내에서도 매우 중요한 문제로 다뤄지고 있다. 기존의 대표적 고의성 판단 모델들 중, ‘심적-상태 모델’은 행위 당시 행위자의 ‘예견가능성(믿음)’ 및 ‘욕망’ 요인이 고의성을 판단하는 중요한 요인이라고 주장한다. 이는 한국과 영미의 형법에서 고의성 판단 요소로 ‘지(知)적 요소’ 및 ‘의(意)적 요소’를 중요하게 고려하고 있는 것과 상통하는 것이다. 그러나 ‘도덕적-평가 모델’에서는 행위의 결과적 측면을 반영한 요인들, 즉 그러한 결과를 발생시킨 ‘행위자에 대한 비난가능성’ 및 ‘결과의 나쁨 정도’ 요인이 고의성 판단을 하는데 중요한 요인으로 작용한다고 주장한다. 최근에는 행위자의 행위 당시 심적-상태 요인이나 행위의 결과적 측면에 대한 도덕적-평가 요인보다 행위자의 ‘핵심-자기’ 요인이 고의성을 판단하는 데 보다 중요한 역할을 한다고 주장하는 ‘핵심-자기 일치 모델’이 등장했다. 그러나 이러한 모델들은 형사사건의 중요한 특징들, 즉, 사건의 결과는 항상 부정적일 수밖에 없다는 것과 그렇기 때문에 법적 처벌의 당사자인 행위자가 행위 당시 자신의 심적 상태를 진실하게 표명하는 일은 거의 없다는 것을 고려하지 못했다는 한계가 있다. 이에 본 연구에서는 기존의 고의성 판단 연구들과 형사사건의 특징들을 종합적으로 고려했을 때, 형사사건에서는 그 행위자가 본래 어떤 사람이었는가에 대한 추론이 고의성을 판단하는 데 가장 중요한 역할을 할 것이라는, 이른바 ‘도덕적-특성 모델’을 제안한다. 나아가 이와 관련하여 언론 및 형사사법기관에서 유념해야 할 점과 추후 연구 방향에 대해 논하였다.

주요어 : 도덕적-특성 모델, 심적-상태 모델, 도덕적-평가 모델, 핵심-자기 일치 모델, 고의성 판단

[†] 교신저자 1: 최승혁, 주소: (02841) 서울특별시 성북구 안암로 145, 고려대학교 심리학과
E-mail: dawnseye@naver.com

[‡] 교신저자 2: 허태균, 주소: (02841) 서울특별시 성북구 안암로 145, 고려대학교 심리학과
E-mail: tkhur@korea.ac.kr

“분명히 살인 사건입니다. 어떻게 이런 일이 벌어질 수 있습니까 장관은 자식도 없어요?... 내가 치가 떨려서 말이 잘 안 나와요”

- ‘윤일병 사건’ 관련 김무성 대표의 발언 中, KBS뉴스9, 2014.08.03.

2014년 4월 6일, 경기도 연천의 한 군부대에서 선임병들이 집단으로 윤일병을 폭행하여, 이튿날 윤일병이 과다출혈에 의한 속발성 쇼크 및 좌골증후군 등으로 사망하는 사건이 벌어졌다. 이 사건은 발생 약 4개월 후, 군인권센터가 선임병들이 윤일병에게 가한 가혹행위에 대한 군 수사기록 내용을 공개하면서, 한국 사회를 큰 충격에 빠뜨렸다(국민일보, 2014.08.01; 뉴시스, 2014.07.31.; 동아일보, 2014.07.31.; KBS뉴스9, 2014.07.30.).

사건 보도 내용에 따르면, 윤일병이 부대로 전입해 온 2014년 3월 초부터 4월 6일까지, 사건의 주범 이병장과 함께 하병장, 이상병, 지상병 등은 윤일병이 대답이 느리고 동작이 굼뜨다는 이유로 윤일병을 상습적으로 구타한 것은 물론, 수시로 기합을 주며 아침까지 잠을 못 자게 했고, 심지어 물고문에 성고문까지 가히 상상할 수 없는 가혹행위를 저지른 것으로 나타났다. 특히 사건 당일에는 집단 폭행의 정도가 너무 심해 윤일병이 정신을 잃고 쓰러졌고 대학병원으로 이송돼 치료를 받던 중 사망에 이르게 된 것으로 나타났다. 이에 군인권센터를 비롯한 여야 정치권에서는 철저한 진상 조사 및 대책 마련과 더불어 사건의 가해자들을 엄벌에 처해야 한다는 목소리가 터져 나왔고, 이와 함께 사건 가해자들을 살인죄로 처벌할 수 있느냐 없느냐에 대한 큰 논란이 일었다. 이러한 논란의 핵심은 사건의

가해자들에게 살인의 고의를 인정할 수 있느냐 없느냐에 관한 것이었다(JTBC, 2014.08.04.; 2014.08.05; 2014.08.08; KBS, 2014.08.04; KBS뉴스9, 2014.08.03; 2014.08.04.).

이러한 논란을 반영하듯, 사건 가해자들의 살인에 대한 고의성 판단은 법원마다 각기 다르게 내려졌다. 즉, 1심인 제3군사령부 보통군사법원은 2014년 10월 30일 선고(2014고13, 2014고14(병합) 판결)에서 사건의 주범 이병장을 포함하여 하병장, 이상병, 지상병에게 윤일병에 대한 살인의 고의는 없었고 상해의 고의만이 있었다고 보아 이들을 상해치사죄로 판결하였다. 그러나 항소심인 고등군사법원은 2015년 4월 9일 선고(2014노315 판결)에서 사건의 가해자들 모두에게 살인의 고의가 있었다고 보고 이들 모두를 살인죄로 판결하였다. 그러나 대법원은 2015년 10월 29일 선고(2015도5355 판결)에서 사건의 주범 이병장에게만 살인의 고의가 인정된다고 보았고, 이 외 하병장, 이상병, 지상병에게는 살인의 고의는 없었고 상해의 고의만 있었다고 보아 상해치사죄로 판결하라고 사건을 다시 고등법원으로 돌려보냈다. 파기 환송을 맡은 고등군사법원은 대법원의 판단대로 이병장은 살인죄 혐의를 유죄로 인정하여 징역 40년을, 이 외 3인에게는 모두 상해치사죄 혐의를 유죄로 인정하여 각각 징역 7년을 선고하였다. 이에 원고측과 피고측이 다시 대법원에 상고했으나, 대법원은 상고를 기각하고 2016년 8월 25일 원심(고등군사법원)의 판결을 확정했다(동아일보, 2016.08.25.; 연합뉴스, 2016.08.25.; 조선일보, 2016.08.26.).

이 사례에서 볼 수 있듯이, 각급 법원들이 심리한 사건의 내용과 법조항 및 판례¹⁾는 동

1) ‘윤일병 사건’에서 가해자들의 고의성을 판단하

일함에도 불구하고, 살인의 고의성에 대한 각급 법원들의 판단이 서로 달랐다는 것은 고의성이라는 개념 자체가 행위의 주관적 측면, 즉 그 행위자의 심리적 측면을 반영하고 있기 때문에 제 삼자가 이를 판단하는 것이 매우 어렵다는 것을 반증하는 것이다. 나아가 이러한 고의성 판단은 또한 매우 중요한 문제인데, 왜냐하면, 고의성이 어떻게 판단되느냐에 따라 적용되는 혐의의 종류가 달라지고 그에 따라 처벌의 크기 또한 큰 차이가 나게 되기 때문이다(Georges, Wiener, & Keller, 2013). 이렇듯 어떤 행위가 고의적으로 행해진 것인지 아닌지에 대한 판단은 형사사법체계 내에서 사실 인정(fact finding)의 핵심적인 영역으로 다루지는 매우 중요한 문제이며, 또한 매우 난해한 문제이다(사법연수원, 2011). 따라서 법률체계를 가진 모든 국가의 형법학자들(김일수, 서보학, 2008; 김한균, 2010; 문채규, 2004; 최우찬, 2005; Fletcher, 1978; Gardner & Manian, 1980), 그리고 귀인 및 사회적 판단 분야를 연구하는

심리학자들 및 철학자들(Adams, 2015; Alicke et al., 2015; Heider, 1958; Hughes & Trafimow, 2012; Knobe, 2010; Malle & Knobe, 1997; Malle & Nelson, 2003; Nadelhoffer, 2006; Rogers et al., 2019; Sripada, 2012; Westra, 2018)은 이러한 고의성 판단의 중요성을 인식하고, 고의성 판단의 핵심적인 요인들을 밝히기 위해 부단한 노력을 해 왔다. 그러나 고의성 판단의 중요성에 대해서는 학계는 물론 형사사법체계 종사자들 대부분이 의견의 일치를 보이는 것과는 대조적으로, 행위자의 고의성이 어떤 과정을 거쳐 추론되는가에 대해서는 학자들 간 서로 논쟁 중에 있는 것이 현실이다.

이에 본 연구에서는 형사사건에서 가해자의 고의성을 판단하는데 핵심적인 요인은 무엇인지 밝히기 위해, 먼저 고의성 판단의 근간이 되는 형법 상 고의의 개념을 고찰하고, 기존의 대표적 고의성 판단 모델들, 즉 ‘심적-상태 모델’, ‘도덕적-평가 모델’, ‘핵심-자기 일치 모델’의 주장을 고찰할 것이다. 그리고 결론적으로 형사사건의 특징을 고려했을 때 고의성 판단에는 사건 가해자가 본래 어떤 사람이었는가에 대한 추론이 가장 중요한 영향을 미칠 것이라는 ‘도덕적-특성 모델’을 제안하고, 관련하여 형사사법기관에서 고의성을 판단할 때 고려해야할 점들과 추후 연구 방향에 대해 논의하고자 한다.

형법 상 고의의 개념

형사사건에서의 고의성 판단 과정을 이해하기 위해서는 법률 상 고의의 개념을 이해하는 것이 필수적일 것이다. 한국의 형법 제 13조(범의)²⁾에는 고의성에 대한 판단 조건을 규정

2) ‘죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는

기 위해 1심, 항소심, 및 대법원이 공통적으로 인용한 이전 대법원 판결문: ‘살인의 고의는 반드시 살해의 목적이나 계획적인 살해의 의도가 있어야만 인정되는 것은 아니고, 자기의 폭행 등 행위로 인하여 타인의 사망이라는 결과를 발생시킬 만한 가능성 또는 위험이 있음을 인식하거나 예견하였다면 고의가 있다고 할 수 있다. 피고인이 범행 당시 살인의 고의는 없었고 단지 상해 또는 폭행의 고의만 있었을 뿐이라고 다루는 경우에, 피고인에게 범행 당시 살인의 고의가 있었는지는 피고인이 범행에 이르게 된 경위, 범행의 동기, 준비된 흉기의 유무·종류·용법, 공격의 부위와 반복성, 사망의 결과발생 가능성 정도, 범행 후 결과 회피행동의 유무 등 범행 전후의 객관적인 사정을 종합하여 판단할 수밖에 없다(대법원 2000. 8. 18. 선고 2000도2231 판결 등 참조)’.

하고 있는데, 김일수와 서보학(2008), 문채규(2004), 및 최우찬(2005) 등의 해석을 종합하면, 형법의 고의 규정은 ‘죄의 성립요소인 사실의 인식’이라는 지적요소(知的要素)와 ‘인식된 결과를 실현하려는 의사(의욕)’라는 의적요소(意的要素)를 포함하고 있고, 이러한 고의는 반드시 행위 시에 존재할 것이 요구된다. 구체적으로, ‘죄의 성립요소인 사실의 인식’이라는 지적 요소는 결과를 얼마나 인식할 수 있었느냐에 관한 것으로 그 정도에 따라 결과의 충분한 예견 가능성, 개연성, 확실성으로 구분할 수 있고, ‘인식된 결과를 실현하려는 의사(의지)’라는 의적 요소는 행위의 의도 및 목적을 나타내는 것으로 그 의욕의 정도에 따라 감수 의사, 단순 의사, 의욕적 의사로 구분할 수 있다.

이러한 분류를 바탕으로 한국 형법에서는 고의의 종류를 크게 세 가지로 나누고 있는데, 제일 강한 고의는 ‘의도적 고의(또는 제 1급 직접적 고의)’로 지적 요소가 어떠한지 불문하고 의욕적 의사 즉, 악의를 가지고 행위한 경우가 이에 해당한다. 두 번째로 강한 고의는 ‘직접적 고의(또는 제 2급 직접적 고의)’로 의적 요소는 어떠한지 불문하고 어떤 행위가 죄가 된다는 확실한 인식, 즉, 지적요소의 확실성을 바탕으로 행위한 경우가 이에 해당한다. 다음으로 ‘미필적 고의’가 가장 약한 고의에 해당하는데, 이는 어떤 행위가 죄가 된다는 것이 충분히 가능하다는 인식과 더불어 그럼에도 불구하고 결과 발생을 감수할 의사(용인)가 있는 경우이다. 이러한 미필적 고의와 미묘하게 구분되는 것이 바로 ‘인식 있는 과실’인데, 이는 결과가 발생할 것이라는 가능

성은 인식했으나, ‘내 경우에는 그렇지 않을 것이다’와 같이 그러한 결과가 발생하지 않을 것이라고 믿는 경우이다.

2014년 ‘윤일병 사건’의 최대 재판 쟁점이 바로 사건의 가해자들이 윤일병을 폭행하면서 윤일병이 죽을 수도 있다는 가능성을 충분히 인식함을 넘어서 그러한 결과 발생을 감수할 의사(용인)가 있었느냐에 관한 것이었다. 즉, 만약 이병장을 포함한 사건 가해자들이 윤일병이 죽어도 어쩔 수 없다라는 내심, 즉 용인이 있었다고 인정된다면 이들은 미필적 고의에 의한 살인으로 처벌받을 것이고, 반대로, 죽지 않을 것이라고 믿은 경우, 즉 용인의 사가 없었다고 인정된다면 사건 가해자들은 살인으로 처벌받지 않게 되는 것이다. 앞서 기술한 바와 같이, 윤일병 사건의 대법원 파기환송을 맡은 고등군사법원은 사건의 주범인 이병장에게만 살인의 미필적 고의가 있었다고 인정하여 살인으로 판결한 반면, 나머지 가해자들에게는 살인의 고의는 없었고 단지 상해의 고의만이 있었다고 인정하여 상해치사죄로 판결했던 것이었다.

영미법계에서는 고의와 과실을 구분함에 있어서, 고의의 정도 또는 여부에 따라 ‘과실’ < ‘무모함’ < ‘직접적 고의’ < ‘의도적 고의’로 분류하며, 한국 형법에서의 ‘미필적 고의’와 ‘인식 있는 과실’의 형태를 구분하지 않고 제삼의 책임 형태인 ‘무모함(recklessness)’으로 통합하고 있다(Fletcher, 1978; Gardner & Manian, 1980; 김한균, 2010 및 최우찬, 2005에서 재인용). 즉, 영미법계에서는 미필적 고의와 인식 있는 과실을 ‘무모함’으로 통합하고 있기 때문에, 미국 형법에 따르면 윤일병 사건의 가해자들에게 살인의 미필적 고의를 인정할 것이냐 말 것이냐의 논쟁은 무의미해지고, 이들은

별하지 아니한다. 단, 법률에 특별한 규정이 있는 경우는 예외로 한다.’

행위의 무모함을 근거로 한 비의도적 고살죄(involuntary manslaughter)로 처벌받게 된다³⁾. 이와 같이, 한국의 형법에서나 영미법에서는 모두 고의를 판단함에 있어서 행위자가 ‘그러한 결과를 원했는가’에 대한 추론과 ‘그러한 결과를 예상할 수 있었는가’에 대한 추론이 핵심임을 알 수 있다. 이는 행위 당시 행위자의 심적-상태를 강조하는 고의성 모델에서 제안했던 행위자의 ‘욕망(desire)’ 요인 및 ‘예견가능성(foreseeability)’ 요인과 상통하는 것이다. 이에 학계에서 논의되고 있는 대표적인 고의성 판단 모델들 중, 먼저 행위자의 심적-상태를 강조하는 모델부터 고찰하도록 하겠다.

고의성 판단 모델

심적-상태 모델

고의성(intentionality) 판단에 있어서 행위 당시 행위자의 심적-상태(mental-state)를 강조하는 관점은 철학계에서는 고대 철학자 아리스토텔레스(Aristotle, 1892/330 B. C.)부터, 심리학계에서는 Heider(1958)부터 시작하여 오늘날에 이를 만큼 오랜 역사를 지니고 있다. Malle와 Knobe(1997)에 따르면, 철학계에서 고의성 논의의 핵심은 Forguson(1989)의 고의성 모델에 담겨있는데, 그의 모델에서는 어떤 행위에 고의성이 있다고 판단하려면 행위자가 특정 결과를 원했는지와 같은 행위자의 욕망(desire)과 행위자 자신의 행위가 특정 결과를 일으킬 것이라는 믿음[belief: 즉, 행위의 예견가능성(foreseeability)]이 필요하다고 주장하고 있다.

사회심리학 분야에서 고의성 판단과 관련한 논의를 처음 전개한 Heider(1958)는, 고의적

인 행동(intentional action)에 대한 설명은 욕망(desire)을 바탕으로 한 시도 또는 노력이 라는 인격적 인과성(personal causality) 요인을 추론함으로 이뤄지고, 고의적이지 않은 행동(unintentional action)이나 물리적 사건은 비인격적 인과성(impersonal causality)의 가능하게 하는 요인(enabling factors), 즉, 개인의 능력이나 상황적 요인(과제의 난이도나 운)에 의해 설명되어진다고 보았다. 나아가, Jones와 Davis(1965)는 고의적인 행동이라고 판단하기 위한 필수 조건이 어떤 행동으로 말미암아 그러한 결과가 일어날 수 있을 것이라는 믿음(belief)과 개인이 그러한 행동을 수행할 수 있는 능력(ability)이라고 보았다. 이들은 이러한 요인들을 바탕으로 한 고의성 판단이 행위자의 성향(disposition)을 추론하기 위한 전제 조건이라고 보았다. 그러나 이들은 대응추리이론(correspondent inference theory)을 제안하면서 전적으로 성향 또는 상황 추론이라는 이분법적 귀인 양상에 초점을 맞추었고, 이후, 오랫동안 심리학계에서는 이러한 설명 양식이 우세하게 되면서 인간 행동의 중요한 설명 요인인 고의성이 어떻게 추론되는가에 대한 논의는 더 이상 활발히 전개되지 못했다(Malle, 2008). 그러던 중, 1997년에 Malle와 Knobe가 공동으로 고의성 추론 과정에 대한 논문을 발표하면서, 이후 심리학자와 철학자들이 고의성 추론에 대한 논의를 다시금 활발히 전개하기 시작했다.

Malle와 Knobe(1997)는 기존의 사변적(speculative) 방식이 아닌 경험적 방식을 통해 실제 사람들의 상식적 추론을 반영한 새로운 고의성 모델을 확립해야한다고 주장하며, 어떤 행위가 고의적이라고 간주하려면 다음 다섯 가지 심적 요소가 필수적이라고 제안했다. 먼저, 행위자가 그러한 결과를 원하고(desire),

3) 살인죄의 구분과 관련한 자세한 논의는 김한균(2010) 참고.

행위로 인해 그러한 결과가 발생할 것이라는 믿음(belief)이 있어야 하며, 이것들을 바탕으로 행위를 실행하려는 의도(intention)가 형성되어야 한다고 보았다. 또한, 이와 더불어 행위를 실행하기 위한 기술(skill) 및 그러한 행위를 수행하고 있다는 인식(awareness)이 있어야 의도적인 행동(intentional action), 즉, 고의성(intentionality)이 있다고 판단할 수 있다고 주장했다. 이후 사람들이 고의성을 판단할 때 이러한 구성요소들을 명확히 구분할 수 있고, 또한 명시적으로 고려한다는 연구들이 이어졌다(Malle & Knobe, 2001; Mele, 2001).

그러나 사람들이 항상 이러한 다섯 가지 심적 요소를 모두 고려하여 고의성 판단을 하는 것 같지는 않다. 즉, 고의성 판단을 위한 행위자의 심적 상태를 강조하는 대부분의 연구자들은 고의성 구성요소들 중 욕망(desire) 요소와 믿음(belief) 요소를 보다 중요한 요소로 간주하고 있다. 또한, 이들은 사람들이 행위자의 욕망이나 믿음(즉, 예견가능성)에 대한 추론을 바탕으로 그 행위자의 고의성을 판단하고, 이러한 고의성 판단이 그 행위자에 대한 비난이나 책임 및 처벌 같은 도덕적·평가적 판단에 영향을 미친다고 주장하고 있다(Cushman, 2008; Ferguson, 1989; Guglielmo & Malle, 2010; Inbar et al., 2012; Malle, 2006).

예를 들어, Cushman(2008)은 사람들이 범죄에 대한 도덕적 판단(잘못됨, 허용가능성, 비난, 처벌 등)을 할 때 인과성과 고의성을 구분하여 또는 그것들을 조합하여 판단한다는 것을 밝히고 있다. 그는 인과성의 요인으로 행위의 원인(causation)과 결과(consequence)를, 고의성의 요인으로 행위자의 욕망(desire)과 믿음(belief)을 상정하고 그 역할을 확인하고자 했다. 연구 결과, 사람들은 행위자가 상대방에게

해를 끼치는 결과를 원하고 그러한 결과가 발생하리라 예상했다고 지각할 때 이를 고의적인 행동으로 보았다. 따라서 이러한 고의적인 행동에 대해 잘못되었고, 허용해서는 안 될 일이라고 판단했다. 또한, 행위자가 상대방에게 해를 끼친 원인을 제공하고 그러한 결과가 발생했을 때는 이러한 행위가 행위자의 욕망과 믿음을 바탕으로 한 고의적인 행위였을 때 더 강한 비난과 처벌을 받는다는 것을 보고하고 있다.

이상과 같이, 철학 및 심리학 분야에서 고의성 판단에 대한 심적-상태를 강조하는 모델들은, 행위 당시에 행위자가 특정 결과를 얼마나 원했는지와 같은 욕망 요인과 행위자가 자신의 행위로 인해 그러한 특정 결과가 발생할 것을 얼마나 예상했는지와 같은 예견가능성(즉, 믿음) 요인을 고의성 판단의 중요한 구성 요소로 간주하고 있음을 알 수 있다. 그러나 이러한 오랜 심적-상태 모델들의 주장을 정면으로 반박하고 나선 일단의 연구자들이 있었는데, 이들은 이른바 행위의 결과적 측면에 대한 도덕적-평가(moral-evaluation)를 강조하는 연구자들이었다.

도덕적-평가 모델

심적-상태 모델과 도덕적-평가 모델 간 논쟁은 Knobe에 의해 촉발되었는데, 이는 Knobe가 Malle와 함께 제안한 고의성 판단의 5요인 모형을 검증하는 과정에서 예상치 못한 결과를 발견하면서 시작되었다. 구체적으로, Knobe(2003a)는 기업의 회장이 새로운 사업을 시작하려 하는데 그 사업이 부수적으로 환경에 해를 입히거나 환경에 도움을 주는 결과가 발생할 수도 있다는 것을 예상하였지만, 자신은 그러한 부수적 결과(side-effect)에 관심이 없고

오직 회사의 이익 창출에만 관심이 있다고 선언하고 있는 시나리오⁴⁾를 실험 참가자들에게 제시하였다. 그리고 이 경우에 그러한 사업을 시작하도록 결정한 회장에게 사업의 부수적 결과에 대한 고의성을 인정할 수 있는지 없는지 여부를 판단하게 하였다. 그는 이 연구를 통해, 행위로 인한 부수적 결과가 긍정적일 때에는 그 행위자의 고의성을 작게, 부수적 결과가 부정적일 때에는 행위자의 고의성을 크게 부여하는 현상(Knobe effect 또는 side-effect effect)을 발견했는데, 이는 심적-상태 모델이 주장하는 두 가지 중요한 가정을 위협하는 것이었다.

즉, 예견가능성은 있었으나 명시적으로 원하지는 않았던 부수적 결과가 일어난 상황에서, 행위자에 대한 고의성 판단은 예견가능성이나 욕망 요인이 아닌 부수적 결과의 특징, 즉 그 결과가 긍정적이었는가 부정적이었는가에 따라 다르게 나타난 것이었다. 또한, 심적-상태 모델에서 고의성 판단이 결과를 일으킨 행위자에 대한 비난과 같은 도덕적 평가에 영향을 미친다고 주장하는 것과는 반대로, 발생한 결과에 대한 도덕적 평가가 행위 당시 행위자의 고의성 판단에 영향을 미친다는 것이

었다. Knobe(2006)는 이러한 연구 결과를 사건의 결과가 고의성 판단에 영향을 미치는 ‘결과 편향(outcome bias)’이 일어난 것이라고 설명하고 있다. Knobe(2003a)의 연구 이후, 그의 ‘회장’ 시나리오를 포함, 유사한 여러 시나리오들을 사용하여 사건 결과에 대한 도덕적 평가가 고의성 판단에 중요한 영향을 미친다는 것을 지지하는 일련의 연구들이 보고되었다(Knobe, 2003b, 2004, 2006, 2010).

또한, 도덕적 평가 모델의 또 다른 대표적인 학자는 Alicke이다. Alicke는 행위의 결과적 측면에 대한 도덕적 평가가 소급하여 행위 당시 행위자의 고의성 판단에 중요한 영향을 미친다는 것에는 Knobe와 궤를 같이 하지만, 그 기제가 사건 결과에 대한 좋고 나쁨에 대한 평가가 아니라 사건을 일으킨 행위자에 대한 비난 때문이라고 주장한다. 구체적으로, Alicke(2000)는 비난의 귀인에 대한 ‘책임 통제 모델(Culpable Control Model)’⁵⁾(이하, CCM으로 표기)을 제안하면서 사람들이 특정 행위에 대해 비난하거나 책임을 묻는 과정과 이러한 비난이나 책임을 증가시키거나 경감시키는 조건에 대해 설명하고 있다. CCM의 중요한 세 가지 구성 요인은 인격적 통제(personal control), 즉각적 평가(spontaneous evaluations), 그리고 비난-타당화 모드(blame-validation mode)이다. 이 구성요인들 중 인격적 통제 요인에는 욕망(desire), 예견(foresight), 계획(plan), 동기(motive) 등과 같은 심적 요소(mental element)와 작위(actions)와 부작위(omissions) 같은 행동적 요소(behavioral element), 행위와 근접한 또는 먼 결과와 같은 결과적 요소(consequential element)가 있고, 이 세 요소들은 서로 연결되어 있다고 가정된다. 이러한 인격적 통제 요인에는 행위의 귀인을 위해 필요한 인과성(causality), 고의성(intentionality),

4) 부수적으로 환경에 해를 입히는 조건(harm condition) 또는 도움을 주는 조건(help condition)의 구체적인 시나리오 내용은 다음과 같다: “The vice-president of a company went to the chairman of the board and said, ‘We are thinking of starting a new program. It will help us increase profits, but it will also harm(or help) the environment.’ The chairman of the board answered, ‘I don’t care at all about harming(or helping) the environment. I just want to make as much profit as I can. Let’s start the new program.’ They started the new program. Sure enough, the environment was harmed(or helped).” - Knobe(2003a, p. 191)에서 발췌.

예견가능성(foreseeability)과 같은 중요한 요인들이 반영되어 있다고 평가된다(Lagnado & Channon, 2008).

CCM에 따르면, 사람들은 어떤 사건이 발생했을 때, 행위자가 그 사건과 관련된 요소들을 통제할 수 있는 것이었는가와 관련하여 즉각적으로 평가하게 된다. 그런데 그 사건의 결과가 부정적일 때에는 이러한 즉각적 평가 과정에서 비난-타당화 모드가 촉진되게 된다. 일단 비난-타당화 모드가 발동되면 무의식적으로, 그리고 자동적으로 부정적인 사건을 일으킨 행위자를 비난할 수 있는 방식으로 행위자가 통제할 수 있었던 요소들은 그 중요성을 과대평가하고, 행위자가 통제할 수 없었던 상황적 요인들은 그 중요성을 과소평가하게 된다. 따라서 결국 부정적인 사건을 일으킨 행위자에 대한 비난을 타당화하게 된다는 것이다. 즉, 고의성의 구성요소와 관련된 인격적 통제 요인에 대한 판단은 즉각적 평가와 비난-타당화 모드에 의해 무의식적으로 영향을 받아 왜곡될 수 있다는 것이다(Alicke, 2008). 이러한 CCM의 가정과 일관되게, 부정적 사건을 일으킨 행위자에 대한 비난이 고의성 판단에 영향을 미친다는 것을 지지하는 일련의 연구들이 보고되었다(Alicke, 2008; Alicke & Rose, 2012; Nadelhoffer, 2004a, 2004b, 2006).

이렇듯 고의성 판단 과정에 대한 도덕적-평가(moral-evaluation) 요인을 강조하는 일단의 연구자들은 심적-상태를 강조하는 고의성 판단 모델과는 다르게, 사건의 결과에 대한 또는 그러한 결과를 일으킨 행위자에 대한 도덕적 평가가 행위 당시에 행위자가 고의성을 가지고 있었는지 없었는지에 대한 사실적(factual) 판단에 중요한 영향을 미친다고 주장하고 있다. 이에 심적-상태 모델의 연구자들은 도덕적

평가 모델의 주장을 반박하고, 또한 그러한 심적-상태 모델의 주장을 도덕적-평가 모델의 연구자들은 반박하면서 그 논쟁이 이어져 왔다(Adams & Steadman, 2004; Alicke & Rose, 2012; Guglielmo & Malle, 2010; Knobe, 2010; Malle, 2006; Nadelhoffer, 2006). 최근에는 이러한 이들 간의 논쟁에 더해, 고의성 판단에 그 행위자가 안정적으로 가지고 있는 특성이 중요한 역할을 한다고 주장하는 ‘핵심-자기 일치 모델’이 등장했다.

핵심-자기 일치 모델

Sripada(2010)에 따르면, Knobe가 ‘회장’ 시나리오를 통해 Knobe effect(또는 side-effect effect)를 발견한 이후, 심적-상태 모델(Sripada의 명명에 의하면 ‘Choice/Control Model’ 또는 ‘Standard Model’) 및 그 모델에서 가정하는 일방향 가설(Unidirectional Thesis: 행위자의 행위 당시 고의성에 대한 판단이 행위의 결과적 측면에 대한 도덕적 평가에 영향을 미친다는 가설)을 지지했던 많은 철학자 및 심리학자들은 자신들의 지지를 철회했다. 이 후, 이들은 도덕적-평가 모델 및 그 모델에서 가정하는 양방향 가설(Bidirectional Thesis: 고의성 판단과 도덕적 평가가 서로 영향을 주고받는다)이 고의성 판단을 더 잘 설명한다는 입장으로 돌아섰는데, Sripada는 이들의 이러한 결정이 너무 성급한 것이었다고 지적하고 있다.

5) Sripada는 도덕적-평가 모델이 양방향 가설을 가정한다고 지적했지만, 대부분의 도덕적-평가 모델 연구들에서는 고의성 판단과 도덕적 평가가 서로 영향을 주고받는 양방향 관계보다는 행위 이후 결과적 측면에 대한 도덕적 평가가 행위자의 행위 당시 고의성 판단에 영향을 미치는 역방향 관계에 더 초점을 맞추고 이를 중요한 연구 가정으로 삼고 있다.

Sripada(2010)는 심적-상태 모델에서 제안하는 요소들 및 일방향 가설을 받아들이면서, 이에 더해 안정적인 개인 특성의 역할을 강조하는 핵심-자기 일치 모델(Deep-Self Concordance Model)을 제안했다. 구체적으로, 이 모델에서는 사람들이 고의성을 판단하는 기준은 그 행위자가 행위 당시에 가지고 있었던 행위-자기(acting-self)에 더해, 그 행위자가 안정적으로 가지고 있는 핵심-자기(deep-self)와 행위의 결과가 일치하는가 여부에 기반한다고 보았다. 그는 자신의 모델에서, 사람들의 행동에는 그 행위자의 행위-자기와 핵심-자기가 영향을 미치는데, 심적-상태 모델에서 중시하는 욕망이나 예견가능성 같은 요인들은 행위 당시에 일시적으로 갖는 행위자의 행위-자기에 해당하는 것이고, 개인 정체성의 중심이 되는 비교적 안정적이고 영속적인 가치(value), 태도(attitude), 도덕적 신념(moral belief), 특질(trait) 등은 핵심-자기에 해당하는 것이라고 제안하고 있다.

이 모델을 바탕으로, Sripada와 Konrath(2011)는 대표적인 도덕적-평가 모델인 Alicke(2000)의 행위자에 대한 비난 모델(Sripada의 명명에 의하면, Moral Status Model)과 Knobe(2006)의 행위 결과에 대한 도덕적 평가 모델(Sripada의 명명에 의하면, Good/Bad Model)의 영향력을 Knobe(2003a) 연구에서 사용되었던 ‘회장’ 시나리오를 이용해 비교 분석하였다. 연구 결과, 도덕적-평가 모델에서 제안하는 행위자의 비난가능성에 대한 평가 변인이나 행위 결과가 얼마나 나쁜지에 대한 평가 변인은 사건의 결과(긍정적 결과 또는 부정적 결과)와 사건의 주인공인 회장의 행위에 대한 고의성 판단 사이를 매개하지 못했다. 오직 Sripada(2010)의 모델을 바탕으로 설정된 회장의 핵심-태도(deep-attitude) 변인만이 사건의 결과와 회장의

고의성 판단 사이를 매개하는 중요한 변인이었다.

나아가, Sripada(2012)는 도덕적-평가 모델의 요인들에 더해 심적-상태 모델의 요인들을 추가하고, 또한 자신의 모델에서 제안하는 핵심-태도 요인까지 포함하여, 어떤 요인이 고의성 판단을 가장 잘 설명할 수 있는지 종합적인 분석을 실시했다. 연구 결과, 회장이 사업으로 인한 부수적 결과를 얼마나 의도했는지에 대한 판단은 기존의 심적-상태 모델에서 제안한 행위자의 욕망이나 도덕적-평가 모델에서 제안한 행위자에 대한 비난가능성 및 행위 결과의 좋음 또는 나쁨 평가보다, 상대회사에 대한 그 회장의 중심적인 태도가 어떠했는지에 대한 추론과 모든 실험 조건에서 가장 유사한 것으로 나타났다.

Sripada와 동료들이 행한 일련의 연구들이 발표된 이후, 고의성 판단의 핵심 요인이 무엇인가에 대한 논쟁은 기존의 심적-상태 모델과 도덕적-평가 모델에 핵심-자기 일치 모델까지 더해져 현재까지도 지속되고 있다(Adams, 2015; Alicke et al., 2015; Cova et al., 2016; Monroe & Malle, 2019; Ngo et al., 2015; Rogers et al., 2019; Zucchelli et al., 2019). 예를 들어, Monroe와 Malle(2019)는 누군가를 비난하는 것에는 사회적 제약이 뒤따르기 때문에, 비난은 사건과 관련된 인과적 정보와 심적 정보를 체계적으로 처리한 결과로서 일어나는 사회적 조절(social regulation) 과정이라고 제안하고 있다. 즉, 사람들은 누군가가 규범을 위반했을 때 바로 그 행위자를 비난하는 것이 아니라, 먼저, 그 위반이 의도적이었는지 의도적이지 않았는지를 판단하고 다음 단계에서 의도적이었다면 그 이유가 좋은 것이었는지 나쁜 것이었는지, 의도적이지 않았다면 예방할 수 있었

는지 없었는지를 체계적으로 판단한 이후에 행위자에 대한 비난을 결정한다는 것이다. 이와는 반대로, Ngo 등(2015)은 부정적인 부수효과(side-effect)에 대한 부정적인 정서적 반응을 행위자에 대한 비난이 매개하고, 이러한 부정적 정서반응에는 편도체(amygdala)가 중요한 역할을 한다고 보고하고 있고, Zucchelli 등(2019)은 ‘감정 표현 불능증’(alexithymia)이 심한 사람들이 약한 사람들에 비해 Knobe effect가 약하게 나타남을 보고하면서, 고의성 판단에 도덕적-평가가 중요한 영향을 미치고 그 기저에 정서적 반응이 있음을 제안하고 있다. 현재까지도 지속되고 있는 이러한 논쟁들은 행위자의 행위 당시 고의성을 제 삼자가 판단한다는 것이 얼마나 어려운 일인지를 반증하는 것이다.

결론

본 연구는 형사사건에서 고의성 판단의 핵심 요인은 무엇인가에 초점을 맞추고 있다. 형법 상 고의성을 판단하는 중요한 근거가 되는 요인은, 앞서 기술한 바와 같이, 행위 당시 행위자가 그러한 결과를 원했는가에 관한 행위자의 욕망 요인과 자신의 행위로 인해 그러한 결과가 발생할 것을 예상했는가에 관한 행위자의 예견가능성 요인이다. 이러한 요인들은 심적-상태 모델에서 제안하는 중요한 고의성 판단 요인들과 일치한다. 그러나 고의성 판단을 요하는 형사사건은 그 중요한 특징 중 하나가 바로 처벌의 당사자인 사건의 가해자가 자신에게 불리할 수 있는 자신의 행위 당시 욕망이나 예견가능성을 부인하거나 알 수 없는 경우가 대부분이라는 것이다. 즉, 일련의

고의성 판단 연구들에서 직접적으로 시나리오에 제시했던 행위자의 욕망이나 예견가능성은 행위자의 내면 상태에 속하는 것으로 행위자가 표명하지 않는 이상 판단자가 알 수 없는 정보이고, 따라서 이러한 요인들은 고의성과 마찬가지로 사건과 관련한 여타의 정황들을 통해 추론할 수밖에 없는 개념이라는 것이다.

이에 더해, 고의성 판단을 요하는 형사사건의 또 다른 중요한 특징은 사건의 결과가 항상 부정적이라는 것이다. 즉, 형사사건에서는 판단자들이 사건과 관련된 자의 행위 내용 및 행위 결과에 대한 정보들을 접하게 되는데, 형사사건은 피해를 입는 피해자가 있기 때문에 그 결과가 항상 부정적일 수밖에 없고, 그러한 부정적 결과를 일으킨 가해자는 항상 비난을 당할 수밖에 없다는 것이다. 따라서 도덕적-평가 모델에서 고의성 판단의 중요한 구성요소로 제안하고 있는 요인들, 즉, 사건 결과의 좋음/나쁨 평가 요인이나 사건을 일으킨 행위자에 대한 비난가능성 평가 요인은 행위의 결과가 좋거나 나쁜 형태로 명확히 구분되어 그 정도의 차이가 매우 큰 상황(긍정 ↔ 부정)에서는 어느 정도 고의성 판단을 설명할 수 있을 것이다. 그러나 형사사건과 같이 행위의 결과가 항상 부정적인 경우에는 그 정도의 차이가 부정성이라는 한 차원에서만 변화하기 때문에 상대적으로 그리 크지 않을 것이고(부정小 ↔ 부정大), 따라서 형사사건 가해자의 고의성 판단에 있어서 도덕적-평가 요인들은 그 역할이 미약할 수밖에 없다.

이와는 달리, 형사사건에서 판단자가 접할 수 있는 정보들 중 사건 당사자들에 대한 개인 신상 정보는 형사사건 가해자의 고의성을 판단하는 데 중요한 역할을 할 가능성이 크다. 즉, 범죄사건이 벌어졌을 때 일반인들은 언론

보도를 통해(형사사법 기관원들은 수사 및 조사 자료를 통해 보다 자세히) 그 사건의 가해자 및 피해자에 대한 법률-외적인 정보를 접하게 되는데, 그러한 정보는 대개 그 사건 당사자들의 평소 행실이나 과거력 또는 주변사람들의 평판 등이다. 이러한 정보들은 그 사람이 본래 어떤 사람인가라는 도덕적 특성을 추론하는 정보로 사용될 수 있고 이렇게 추론된 도덕적 특성은 그 행위자의 고의성을 판단하는데 핵심적인 요인으로 작용할 수 있다는 것이다(Siegel et al., 2017; Westra, 2018).

이와 같이, 행위자의 도덕적 특성이 고의성 판단에 중요한 역할을 할 것이라는 예상을 지지하는 일련의 연구들이 있다. Hughes와 Trafimow(2012)는 행위자의 안정적인 특성(character) 및 동기(motivation)가 행위자의 고의성 판단에 중요한 영향을 미친다고 주장하였다. 구체적으로, 그들의 연구 시나리오에서는 긍정적으로 또는 부정적으로 그 특성이 묘사된(행위자의 특성 조작) 한 상원의원이 한 법안을 통과시키려 하는데, 그 법안은 교육의 질을 감소시키거나 증가시킬 수 있는 법안으로(행위 동기의 조작), 그 법안이 통과되었을 때 이로 인해 환경에 부수적인 영향이 있을 것을 알면서 그 법안을 통과시켰고, 예상대로 환경에 도움이 되는 또는 해를 끼치는 결과(부수적 결과의 조작)가 발생한 시나리오였다. 연구 결과, 행위자의 특성과 행위의 동기 및 행위로 인한 결과가 일치할 때 가장 많은 사람들이 그 행위자의 행위에 고의성이 있다고 응답한 것으로 나타났다. 즉, 부정적(또는 긍정적) 특성의 행위자가 부정적(또는 긍정적) 결과를 원하는 상황에서 사건의 결과 또한 부정적(또는 긍정적)이었을 때, 그 행위자의 행위에 더 큰 고의성을 부여한다는 것이었다.

또한, Nadelhoffer(2006)는 도둑이 지그재그로 운전하여 쫓아오던 경찰이 사고가 나 죽은 조건(사건 1)과 일반 시민이 지그재그로 운전하여 차량 탈취를 하려고 쫓아오던 범인이 사고가 나 죽은 조건(사건 2)을 설정하였다. 그리고 연구의 참가자들에게 그 행위자가 상대방이 죽을 줄 알면서 사고를 유발했는지, 고의적으로 그러한 사고로 인한 죽음을 유발했는지, 그러한 행위자를 얼마나 비난할 수 있겠는지 질문하였다. 연구 결과, 사건 2에서보다 사건 1에서 더 많은 피험자들이 행위자가 상대방이 죽을 수도 있다는 것을 알면서 그러한 결과를 유발했다고 보았고, 또한 고의적으로 그러한 결과를 유발했다고 보았다. 나아가 그러한 결과를 유발한 사건 1의 행위자에게 사건 2의 행위자에게보다 더 강한 비난을 하는 것으로 나타났다.

이러한 결과에 대해 연구자는 Alicke(2000)의 CCM에 입각하여, 일반 시민이 차량 탈취 시도범을 죽게 한 조건보다 도둑이 경찰을 죽게 한 조건이 상대적으로 더 부정적 결과를 발생시킨 것으로 간주되어 더 강한 비난을 받게 되었고, 따라서 이러한 부정적인 도덕적 평가가 행위자의 예견가능성과 고의성 판단에 영향을 미친 것이라고 해석하고 있다. 그러나 보다 중요한 해석은 도덕적 특성의 역할에 관한 것인데, 즉, 연구자는 피해자 또는 가해자의 도덕적 특성과 관련된 추론이 연구 참가자의 직관(intuition)에 영향을 미칠 수도 있었을 것이라고 제안한 것이었다. 비록 Nadelhoffer(2006)가 도덕적 특성의 영향력에 대해 구체적으로 논하고 있진 않지만, 개인의 안정적인 도덕적 특성이 고의성 판단에 영향을 미칠 수 있는 가능성을 시사했다는 점에서 중요한 함의를 갖는다.

나아가, 직접적으로, 본 연구자들은 형사사건의 고의성 판단에 있어서 도덕적 특성의 영향력을 확인하는 연구를 수행했다. 본 연구에서는 2014년 ‘세월호 참사’ 당시 적극적으로 구조 활동을 펼치지 않은 세월호 선장 등 핵심승무원 및 해경의 행위 내용과 그로 인한 결과(약 300여명의 사망 또는 실종)에 대한 기술문을 연구 참가자들에게 제시하고, 이들의 이러한 행위에 대한 고의성 판단 및 고의성 관련 주요 변인들(행위자의 도덕적 특성, 욕망, 예견가능성, 용인, 행위자에 대한 비난가능성, 행위 결과의 나쁨 정도)에 대한 판단을 하게 했다⁶⁾. 각 변인의 영향력에 대한 단계적 중다 회귀분석 결과⁷⁾, 고의성 판단에 가장 큰 영향을 미친 변인은 행위자의 도덕적 특성 변인이었다(설명력 18.6%). 이러한 결과는, 앞선 논의들과 일관되게, 형사사건에서 고의성을 판단할 때에는 행위자의 도덕적 특성에 대한 추론이 매우 중요한 역할을 한다는 주장을 지지하는 것이다.

나아가, 이러한 연구 결과는 형사사건의 특징을 고려했을 때 그 의미가 더 크다. 즉, 이 연구에서는 기존 대부분의 고의성 판단 연구들에서는 반영하지 못한 형사사건의 특징들을 반영했는데, 즉, 행위로 인한 결과가 항상 부정적이고, 행위자가 행위 당시 자신이 가지고 있던 욕망이나 예견가능성을 직접적으로 표명하는 일은 거의 없다는 점을 반영했다. 따라서 기존 연구들에서 직접적으로 제시했던 고의성 관련 정보들(즉, 행위자의 욕망 및 예견가능성)을 이 연구에서는 판단자가 사건의 경위를 바탕으로 추론해야만 했다. 이러한 연구 설정 상황에서 밝혀진 연구 결과는 그 생태학

적 타당도 및 일반화 가능성이 크다고 할 수 있다.

또한 이 연구 결과는 그 결과가 항상 부정적일 수밖에 없는 범죄사건에서, 부정적인 결과를 일으킨 행위자의 도덕적 특성 또한 부정적으로 일치할 때 사람들은 그러한 경우를 범죄의 고정관념에 더 일치하며, 더 일관성 있고 응집력 있는 그럴듯한 범죄사건이라고 추론하여, 그 행위자의 행위에 더 강한 고의성을 부여했음을 시사하는 것이다. 이러한 추론은 범죄의 고정관념과 관련된 연구들에서, 범죄자가 사건을 일으킨 원인은 그 사람의 나쁜 성향 때문이라는 것(Gordon, 1990; Jones & Kaplan, 2003)을 역으로 추론하고, 또한 전형적인 범죄자가 더 고의적으로 범죄를 저지를 가능성이 높다고 판단하는 사람들의 고정관념(Hoffman, 1981)을 통해서 지지된다. 그리고 사람들은 어떤 사건을 접했을 때 의미 있고 일관되며 그럴 듯한 이야기를 구성하여 이해하려 한다는 Pennington과 Hastie(1986, 1993)의 사법판단에 대한 이야기 모형(story model)을 통해서 지지된다.

이와 같이, 기존 고의성 연구들에 대한 고찰과 형사사건의 특징들에 대한 분석을 종합하여, 본 연구자들은 형사사건에서 가해자의 고의성을 판단할 때에는 그 가해자의 도덕적 특성 요인이 여타의 고의성 모델들에서 제안했던 요인들보다 더 큰 영향력을 가질 것이라는, 이른바 ‘도덕적-특성’ 모델을 제안한다. 즉, 형사사건에서는 일반적으로 가해자가 행위 당시 내면에 품고 있었던 욕망이나 예견가능성 등을 알 수 없는 경우가 대부분이고 사건의 결과는 항상 부정적일 수밖에 없기 때문에, 사건 가해자의 도덕적 특성 요인이 그 행위자의 고의성 판단에 핵심적인 역할을 할 것이라

6) 사건 기술문 및 설문문항은 부록 1 참고.

7) 부록 2 참고.

는 것이다. 다시 말해, 형사사건에서는 판단자가 접할 수 있는 사건 가해자에 대한 정보가 그 가해자가 본래 좋은 사람인가 나쁜 사람인가라는 도덕적 특성을 추론하는 정보로 사용되고, 판단자들은 이러한 사건 가해자의 도덕적 특성 추론을 바탕으로 그 가해자의 행위 당시 고의성을 판단할 것이라는 것이다.

나아가 고의성 판단에 영향을 미치는 도덕적 특성의 역할은 사건 가해자 및 피해자의 도덕적 특성 정보가 조합될 때 그 역할을 보다 분명하게 확인할 수 있을 것이다. 즉, 형사사건에서는 가해자와 피해자가 존재하고 사건의 두 당사자들은 서로 영향을 주고받는 관계에 있다. 그렇기 때문에 가해자가 어떤 행위를 고의적으로 했는지에 대한 판단은 피해자와의 역동을 통해서 보다 자세히 이해될 수 있는 것이다. 그러나 기존 고의성 판단 연구들 대부분은 피해자가 있는 상황에서도 가해자에게만 지나치게 초점을 맞추고, 피해자와 가해자의 역동이 가해자의 고의성 판단에 미치는 영향력을 간과하고 있다. 특히, 어떤 사건이나 행동의 원인을 파악할 때 그 배경과 맥락을 종합적으로 고려하여 판단하는 경향이 있는 한국인들(Choi, Koo, & Choi, 2007; Choi, Nisbett, & Norenzayan, 1999; Nisbett, Peng, Choi, & Norenzayan, 2001)은 서양인들에 비해 사건 양 당사자들의 도덕적 특성을 모두 중요하게 고려하여 사건의 전체적인 맥락에 의거해 고의성을 판단할 가능성이 크다. 따라서 추후 연구는 사건 가해자의 고의성 판단에 영향을 미칠 수 있는 피해자 특성의 역할을 파악할 필요가 있고, 이에 더해 문화권에 따라, 또는 동일 문화권 내에서 추구하는 인지적 사고 양식 유형에 따라 고의성 판단 과정에 어떠한 차이가 있는지 밝히는 것이 필요할 것이다.

이러한 일련의 고의성 판단 연구들은 보다 온전한 고의성 판단 과정을 밝힘으로써 학문적 기여는 물론 형사사법판단 분야에 실용적인 함의를 제공하는 중요한 역할을 할 수 있을 것이다.

마지막으로, 고의성 판단 과정에서 발생할 수 있는 고정관념적 왜곡 및 편향에 대한 언론 보도의 영향을 논하고자 한다. 국민참여재판이 시행되고 있는 한국의 현실에서 배심원으로 재판에 참여하는 일반 국민들은 법적 증거 판단 능력의 부족 또는 정보의 왜곡으로 인해 사건 가해자의 도덕적 특성 정보에 취약할 가능성이 크다. 따라서 언론을 포함한 수사기관에서는 사건의 피고인이 법원에서 유죄가 확정되기 이전까지는 무죄로 추정한다는 헌법 정신을 확고히 준수하여, 공정한 판단을 흐릴 수 있는 사건 당사자들의 법률-외적인 정보를 철저히 비밀에 부치는 자세가 필요하고, 이를 담보할 수 있는 제도적 장치 또한 마련되어야 할 것이다. 즉, 행위자가 본래 안정적으로 가지고 있는 도덕적 특성 정보가 사실 인정의 중요한 요소인 고의성 판단을 왜곡시킬 수 있다는 것을 일반 국민과 사법체계 종사자들은 물론 법학자 및 심리학자들도 명확히 인식해야 할 필요가 있다. 그럴 때에 이러한 왜곡을 조금이나마 줄일 수 있는 길이 열리게 될 것이다.

참고문헌

- 김일수, 서보학 (2008). 새로 쓴 형법총론(제11판). 서울: 박영사.
- 김한균 (2010). 형법상 모살·고살 구분과 영미형법의 살인죄. 형사법연구, 22(4),

- 183-209.
- 문채규 (2004). 고의, 과실 및 구성요건착오에 관한 형법규정의 정비. *형사법연구*, 22, 127-140.
- 사법연수원 (2011). *형사증거법 및 사실인정론*. 경기도: 사법연수원 출판부.
- 양병화 (2009). *다변량 자료분석의 이해와 활용*. 서울: 학지사.
- 최우찬 (2005). 고의와 과실: 특히 판례를 중심으로. *서강법학연구*, 7, 79-104.
- Adams, F. (2015). The Knobe Effect and the law. *Method*, 6, 121-135.
- Adams, F. & Steadman, A. (2004). Intentional action in ordinary language: Core concept or pragmatic understanding? *Analysis*, 64, 173-181.
- Alicke, M. D. (2000). Culpable control and the psychology of blame. *Psychological Bulletin*, 126, 556-574.
- Alicke, M. D. (2008). Blaming badly. *Journal of Cognition and Culture*, 8, 179-186.
- Alicke, M. D., Mandel, D. R., Hilton, D. J., Gerstenberg, T., & Lagnado, D. A. (2015). Causal conceptions in social explanation and moral evaluation: A historical tour. *Perspectives on Psychological Science*, 10(6), 790-812.
- Alicke, M. D., & Rose, D. (2012). Culpable control and causal deviance. *Social and Personality Psychology Compass*, 6(10), 723-735.
- Aristotle. (1892). *The Nicomachean ethics* (transl. by J. Weldon). London: Macmillan. (Originally published around 330 B.C.).
- Choi, I., Koo, M., & Choi, J. (2007). Individual differences in analytic versus holistic thinking. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 33, 691-705.
- Choi, I., Nisbett, R., & Norenzayan, A. (1999). Causal attribution across cultures: variation and universality. *Psychological Bulletin*, 125, 47-63.
- Cova, F., Lantian, A., & Boudesseul, J. (2016). Can the Knobe Effect be explained away? Methodological controversies in the study of the relationship between intentionality and morality. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 42(10), 1295-1308.
- Cushman, F. (2008). Crime and punishment: Distinguishing the roles of causal and intentional analyses in moral judgment. *Cognition*, 108, 353-380.
- Fletcher, G. (1978). *Rethinking criminal law*. Boston: Little, Brown.
- Forguson, L. (1989). *Common sense*. London: Routledge.
- Gardner, T. & Manian, V. (1980). *Criminal law: Principles, cases, and readings (2nd ed.)*. St. Paul, MN: West.
- Georges, L. C., Wiener, R. L., & Keller, S. R. (2013). The angry juror: Sentencing decisions in first degree murder. *Applied Cognitive Psychology*, 27, 156-166.
- Gordon, R. (1990). Attributions for blue-collar and white-collar crime: The effects of subject and defendant race on simulated juror decisions. *Journal of Applied Social Psychology*, 20, 971-983.
- Guglielmo, S. & Malle, B. (2010). Can unintended side effects be intentional? Resolving a controversy over intentionality and morality. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 36,

- 1635-1647.
- Heider, F. (1958). *The psychology of interpersonal relations*. New York: Wiley.
- Hoffman, E. (1981). Social class correlates or perceived offender typicality. *Psychological Reports*, 49, 347-350.
- Hughes, J. & Trafimow, D. (2012). Inferences about character and motive influence intentionality attributions about side effects. *British Journal of Social Psychology*, 51, 661-673.
- Inbar, Y., Pizarro, D. A., & Cushman, F. (2012). Benefiting from misfortune: When harmless actions are judged to be morally blameworthy. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 38(1), 52-62.
- Jones, E. & Davis, K. (1965). From acts to dispositions: The attribution process in person perception. In L. Berkowitz (Ed.), *Advances in experimental social psychology* (Vol. 2, pp. 219-266). New York: Academic Press.
- Jones, C. & Kaplan, M. (2003). The effects of racially stereotypical crimes on juror decision-making and information-processing strategies. *Basic and Applied Social Psychology*, 25, 1-13.
- Knobe, J. (2003a). Intentional action and side effects in ordinary language. *Analysis*, 63, 190-194.
- Knobe, J. (2003b). Intentional action in folk psychology: An experimental investigation. *Philosophical Psychology*, 16, 309-324.
- Knobe, J. (2004). Intention, intentional action, and moral considerations. *Analysis* 64, 181-187.
- Knobe, J. (2006). The concept of intentional action: A case study in the uses of folk psychology. *Philosophical Studies*, 130, 203-231.
- Knobe, J. (2010). Person as scientist, person as moralist. *Behavioral and Brain Sciences*, 33(4), 315-329.
- Lagnado, D. & Channon, S. (2008). Judgments of cause and blame: The effects of intentionality and foreseeability. *Cognition*, 108, 754-770.
- Malle, B. (2006). Intentionality, morality, and their relationship in human judgment. *Journal of Cognition and Culture*, 6, 87-112.
- Malle, B. (2008). Fritz Heider's legacy: Celebrated insights, many of them misunderstood. *Social Psychology*, 39, 163-173.
- Malle, B. & Konbe, J. (1997). The folk concept of intentionality. *Journal of Experimental Social Psychology*, 33, 101-121.
- Malle, B. & Knobe, J. (2001). The distinction between desire and intention: A folk-conceptual analysis. In B. Malle, L. Moses, & D. Baldwin (Eds.), *Intentions and intentionality: Foundations of social cognition* (pp. 45-67). Cambridge, MA: MIT Press.
- Malle, B. & Nelson, S. (2003). Judging mens rea: The tension between folk concepts and legal concepts of intentionality. *Behavioral Sciences and the Law*, 21, 563-580.
- Mele, A (2001). Acting intentionally: Probing folk notions. In B. Malle, L. Moses, & D. Baldwin (Eds.), *Intentions and intentionality: Foundations of social cognition* (pp. 27-43). Cambridge, MA: MIT Press.
- Monroe, A., & Malle, B. (2019). People systematically update moral judgments of blame. *Journal of Personality and Social Psychology*, 116(2), 215-236.

- Nadelhoffer, T. (2004a). The Butler problem revisited. *Analysis*, 64, 277-284.
- Nadelhoffer, T. (2004b). Blame, badness, and intentional action: A reply to Knobe and Mendlow. *The Journal of Theoretical and Philosophical Psychology* 24, 259-269.
- Nadelhoffer, T. (2006). Bad acts, blameworthy agents, and intentional actions: Some problems for juror impartiality. *Philosophical explorations*, 9, 203-219.
- Ngo, L., Kelly, M., Sinnott-Armstrong, W., Huettel, S. A., Coutlee, C. G., Carter, R. M., et al. (2015). Two distinct moral mechanisms for ascribing and denying intentionality. *Scientific Reports - Nature*, 5, 1-11.
- Nisbett, R., Peng, K., Choi, I., & Norenzayan, A. (2001). Culture and systems of thought: Holistic versus analytic cognition. *Psychological Review*, 108, 291-310.
- Pennington, N. & Hastie, R. (1986). Evidence evaluation in complex decision making. *Journal of Personality and Social Psychology*, 51, 242-258.
- Pennington, N. & Hastie, R. (1993). The story model for juror decision making. In R. Hastie (Ed.), *Inside the juror: the psychology of juror decision making* (pp. 192-221). NY: Cambridge University Press.
- Rogers, R., Alicke, M. D., Taylor, S. G., Rose, D., Davis, T. L., & Bloom, D. (2019). Causal deviance and the ascription of intent and blame. *Philosophical Psychology*, 32(3), 404-427.
- Siegel, J. Z., Crockett, M. J., & Dolan, R. J. (2017). Inference about moral character moderate the impact of consequences on blame and praise. *Cognition*, 167, 201-211.
- Sripada, C. (2010). The deep self model and asymmetries in folk judgments about intentional action. *Philosophical Studies*, 151, 159-176.
- Sripada, C. (2012). Mental state attributions and the side-effect effect. *Journal of Experimental Social Psychology*, 48, 232-238.
- Sripada, C. & Konrath, S. (2011). Telling more than we can know about intentional action. *Mind & Language*, 26, 353-380.
- Westra, E. (2018). Character and theory of mind: An integrative approach. *Philosophical Studies*, 175, 1217-1241.
- Zucchelli, M. M., Starita, F., Bertini, C., & Giusberti, F. (2019). Intentionality attribution and emotion: The Knobe Effect in alexithymia. *Cognition*, 191, 1-9.
- 국민일보 (2014.08.01.). 치약 짜먹이고 물고문 가혹행위...“28사단 윤일병 폭행한 선임병 살인죄 적용을” - 군인권센터 공소장 변경 요구.
- 뉴스1 (2014.07.31.). 구타로 사망한 윤일병, ‘물고문·성고문’까지 당했다.
- 동아일보 (2014.07.31.). 28사단 윤일병, 성기에 안티푸라민-가래침 훔아먹기...충격 가혹행위.
- 동아일보 (2016.08.25.). ‘윤일병 사건’ 주범 이병장 징역 40년 확정...나머지 공범은? ‘상해치사 혐의’ 징역 7년.
- 연합뉴스 (2016.08.25.). 대법 ‘윤 일병 폭행사망’ 주범 이 병장에 징역 40년 확정(종합).
- 조선일보 (2016.08.26.). ‘윤일병 폭행 사망’ 주범에 징역 40년 - 대법, 이병장에 살인죄 인정.
- JTBC (2014.08.04.). [여당] ‘윤일병 사건’ 분노

- 한 국회...살인죄 가능할까.
JTBC (2014.08.05.). [청와대] 박 대통령, ‘윤일병 사건’ 군 질타...김관진 거취는?
JTBC (2014.08.08). 국방부, 윤일병 가해자에 “살인죄 적용” 의견...사실상 지시.
KBS (2014.08.04.). 여야 한목소리로 윤일병 사건 질타...“살인죄 검토.”
KBS뉴스9 (2014.07.30.). 상상초월 군 가혹행위... “물고문, 치약고문.”
KBS뉴스9 (2014.08.03.). 새누리 “윤일병 폭행은 살인사건” 군 질타.
KBS뉴스9 (2014.08.04.). 국방장관 대국민 사과 “재조사, 살인죄 적용 엄벌.”
제3군사령부 보통군사법원 2014. 10. 30. 선고 2014고13,2014고14(병합) 판결
고등군사법원 2015. 4. 9. 선고 2014노315 판결
대법원 2000. 8. 18. 선고 2000도2231 판결
대법원 2015.10.29. 선고 2015도5355 판결
논문 투고일 : 2020. 01. 02
1 차 심사일 : 2020. 01. 20
게재 확정일 : 2020. 02. 28

Intentionality Judgement in the Criminal Case: The Role of Moral Character

Seung-Hyuk Choi

Taekyun Hur

Dept. of Psychology, Korea University

Intentionality judgement in criminal cases is a core area of fact finding that is root of guilty and sentencing judgment on the defendant. However, the third party is not sure the intentionality because it reflects subjective aspect of agent. Thus, mechanism behind intentionality judgment is an important factor to be properly understood by the academia and the criminal justice system. However, previous studies regarding intentionality judgment models have shown inconsistent results. Mental-state models proposed foreseeability(belief) and desire of agent at the time of the offence as key factors in intentionality judgment. These factors consistent with central things on intentionality judgment in criminal law. However, key factors in moral-evaluation models are blameworthiness of agent and badness of outcome reflected on the consequent aspect of act. Recently, deep-self concordance model emerged suggesting important factors on intentionality judgment are not mental states and moral evaluations but individual's deep-self. However, these models are limited in that they do not consider the important features of criminal cases, that the consequence of the case is inevitably negative, and therefore the actor who is a party to legal punishment rarely expresses his or her mental state at the time of the act. Therefore, this study suggests that, based on the existing intentionality judgment studies and the characteristics of the criminal case, the inference about who the agent was originally will play a key role in judging the intentionality in the criminal case. This is the moral-character model. Furthermore, In this regard, this study discussed what the media and criminal justice institutions should keep in mind and the directions for future research.

Key words : moral-character model, mental-state model, moral-evaluation model, deep-self concordance model, intentionality judgment

부 록

부록 1

본 연구⁸⁾의 참가자는 중앙대학교 상담심리학과 주말 직장인반 학생 109명(남 21명, 여 88명; 연령 $M = 36.11$, $SD = 10.43$)으로, 이들은 선장 조건(57명)과 해경 조건(52명)에 무선 할당되었다. 참가자들은 먼저 세월호 참사와 관련한 행위주체에 대한 기술문을 읽고, 이와 관련한 몇 가지 질문에 응답했다. ‘선장 조건’의 기술문은 세월호 사고 발생 시, 승객 구조와 관련한 세월호 선장 및 핵심 승무원들의 대처 행동을 기술한 것이었고, ‘해경 조건’의 기술문 또한 사고 초반 승객 구조와 관련한 해경의 대처 행동을 기술한 것이었다. 각 기술문의 내용은 다음과 같다.

선장 조건: 2014년 5월 15일, 검경 합동수사본부는 세월호 침몰 당시 승객 구조를 외면하고 탈출한 세월호 승무원 가운데 선장1·2등 항해사, 기관장 등 지휘 책임이 있는 핵심 승무원 4명을 살인죄로 구속 기소했다

수사본부에 따르면 이들은 법률 상 승객들을 안전하게 구조해야 할 의무가 있음에도 불구하고, 퇴선 명령이나 구호조치를 하지 않고 승객들과 부상당한 동료 직원들을 버려둔 채 가장 먼저 탈출한 것으로 나타났다

구체적으로, 이들은 해경에 세월호가 침몰하고 있다는 신고를 한 후, 약 한 시간동안 승객들에 대한 아무런 구호조치도 하지 않은 채 선내에 대기하라’는 방송만 되풀이했고, 구조선이 도착하자 아무런 안내방송 없이 자신들만 배를 빠져나온 것으로 밝혀졌다. 또한 배를 탈출할 당시 제복을 평상복으로 갈아입고 자신들의 신원을 밝히지 않았던 것으로 나타났다. 수사본부는 이들이 탈출 당시 승객들에게 배를 탈출하라는 안내방송을 하여 승객들이 갑판 위로 올라와 있거나 자신들이 제복을 입고 있으면 승객들보다 먼저 구조될 수 없다는 점을 알고 그렇게 행동했다고 보고 있다. 승객들을 구조하지 않은 이유에 대해 선원들은 ‘살아야겠다는 생각만 했다’고 변명하거나 묵묵부답했다고 수사본부는 전했다.

세월호 침몰 사건 발생 42일째인 5월 27일 현재, 본 사건으로 인한 사망자 수는 288명, 실종자 수는 16명으로 집계되고 있다.

해경 조건: 2014년 5월 19일, 해양경찰의 세월호 초기 대응 실패 및 부실 구조에 대한 조사가 본격적으로 시작됐다. 구체적으로, 감사원은 이 날 세월호 사고 발생 시 현장에 가장 먼저 도착한 목포해양경찰서 소속 123 경비정 직원들을 소환해 초동 대응의 적절성 여부를 조사했다. 사고 원인을 수사 중인 검경 합동수사본부도 감사원과의 긴밀한 협조 하에 123정 직원을 비롯한 해경 관계자를 소환해 본격 조사할 방침이다

구조 당시 동영상 및 교신록을 바탕으로 한 언론의 보도에 따르면, 사고 당시 해경 경비정 123정은 신고 접수 40여분만인 9시 30여분께 사고해역에 가장 빨리 도착했다. 그리고 오전 9시 47분 “승객 절반 이상이 안에서 갇혀서 못 나온다 빨리 122 구조대가 와서 구조해야 한다”고 보고했다. 이미 현장

8) 자료는 2014년 5월 31일에 수집되었다.

에서 절반이 넘는 승객들이 세월호 안에 있다는 사실을 알고 있었던 것이었다. 그러나 이들은 즉각적으로 선내에 진입해 승객들을 퇴선시키려는 시도를 하지 않았³⁾과시 후 해경 상황실에서 선내 진입 지시를 내렸음에도 ‘선체가 60도 이상 기울어 경사가 심하다’는 이유로 상부의 지시를 이행하지 않은 것으로 밝혀졌다 이는 세월호가 100도 이상 완전히 기울 시각이 오전 10시 17분인 점을 감안할 때, 약 30분 가량 배 안의 승객을 구할 수 있는 중요한 시간을 놓쳐버린 것이었다.

세월호 침몰 사건 발생 42일째인 5월 27일 현재, 본 사건으로 인한 사망자 수는 288명, 실종자 수는 16명으로 집계되고 있다.

각 조건의 기술문을 읽은 후, 참가자들은 다음과 같은 고의성 및 고의성 판단 관련 질문에 7점 리커트 척도의 범위 내에서 응답하였다. 행위자의 ‘용인’은 형법 상 미필적 고의와 인식 있는 과실을 구분하는 중요한 요인으로, 이 문항은 법학자들(예, 김일수, 서보학, 2008; 문채규, 2004; 최우찬, 2005)의 논의를 바탕으로 구성하였고, 나머지 각 문항은 기존 고의성 판단 연구들(예, Hughes & Trafimow, 2012; Malle & Knobe, 1997; Nadelhoffer, 2006; Sripada, 2012)에서 각 개념을 측정하기 위해 사용되었던 문항들을 바탕으로 구성하였다.

- (1) **행위자의 욕망:** 주인공이 그러한 결과를 얼마나 원했다고 생각하는지에 대한 정도(1: 전혀 원하지 않았다 ~ 7: 매우 강하게 원했다);
- (2) **행위자의 예견 가능성:** 주인공이 그러한 결과를 얼마나 예상했다고 생각하는지에 대한 정도(1: 전혀 예상하지 못했다 ~ 7: 매우 확실히 예상했다);
- (3) **행위자의 용인:** 주인공이 그러한 결과가 발생하리라는 예상을 넘어 그러한 결과가 발생해도 어쩔 수 없다는 내심이 얼마나 있었다고 생각하는지에 대한 정도(1: 전혀 없었다 ~ 7: 매우 강하게 있었다);
- (4) **행위자에 대한 비난 가능성:** 주인공을 얼마나 비난할 수 있다고 생각하는지에 대한 정도(1: 전혀 비난받지 않아도 된다 ~ 7: 매우 비난받아 마땅하다);
- (5) **행위 결과의 나쁨:** 사고의 결과가 얼마나 나쁘다고 생각하는지에 대한 정도(1: 전혀 나쁘지 않다 ~ 7: 매우 나쁘다);
- (6) **행위자의 도덕적 특성:** 주인공이 본래 어떤 사람이라고 생각하는지에 대한 정도(1: 매우 좋은 사람 ~ 7: 매우 나쁜 사람);
- (7) **행위자의 고의성:** 주인공이 그러한 결과를 얼마나 의도적으로 유발했다고 생각하는지에 대한 정도(1: 전혀 의도적이지 않았다 ~ 7: 매우 의도적이었다).

부록 2

표 1. 고의성 판단에 대한 단계적 중다회귀분석^{9) 10)}

모형	변인들	B	SE B	β	R^2	ΔR^2	ΔF
통제 모형 ¹¹⁾	(상수)	4.064	.187				
	성 별	-.404	.190	-.203*	.058	.058	$F(2, 106) = 3.235$ $p = .043$
	연 령	.321	.190	.161 ⁺			
1	(상수)	4.064	.169				$F(1, 105) = 25.797$ $p < .001$
	도덕적특성	.879	.173	.440***	.243	.186	
2	(상수)	4.064	.155				$F(1, 104) = 19.744$ $p < .001$
	도덕적특성	.776	.161	.388***	.364	.121	
	욕 망	.706	.159	.353***			
3	(상수)	4.064	.151				$F(1, 103) = 7.372$ $p = .008$
	도덕적특성	.607	.168	.304***	.407	.042	
	욕 망	.643	.156	.322***			
	비난가능성	.454	.167	.228**			
4	(상수)	4.064	.148				$F(1, 102) = 4.489$ $p = .037$
	도덕적특성	.541	.168	.271**	.432	.025	
	욕 망	.565	.158	.283**			
	비난가능성	.409	.166	.205*			
	용 인	.344	.162	.172*			

주. ‘예견가능성’, ‘결과 나쁨’ 변인은 회귀모형의 설명력에 유의미한 기여를 하지 못해 자동적으로 제외되었고, 도덕적 특성, 욕망, 비난가능성, 용인 요인만이 포함된 최종 회귀모형은 고의성 판단 변량의 37.4%를 설명하고 있음($F_{(6, 102)} = 12.909, p < .001$).

⁺ $p < .10$, * $p < .05$, ** $p < .01$, *** $p < .001$.

- 9) 단계적 중다회귀분석(stepwise multiple regression analysis)은 컴퓨터가 예측변인들 중 가장 설명력이 높은 변인의 순으로 회귀모형에 투입하여 그 영향력을 계산해 주기 때문에, 회귀모형에 포함되는 예측변인의 수를 최소화하면서 최선의 설명력을 갖는 변인들을 찾고자 하는 연구를 수행할 때 장점이 큰 분석방법이다(양병화, 2009).
- 10) 모든 독립변인들은 표준화하여 회귀식에 투입되었고, VIF 계수 확인 결과(성별 1.114, 연령 1.086, 도덕적 특성 1.300, 욕망 1.126, 예견가능성 1.311, 용인 1.342, 비난가능성 1.384, 결과 나쁨 1.194), 변인들 간 다중공선성의 문제는 없는 것으로 확인되었다.
- 11) 본 분석은 인구통계학적 변인들에 상관없이, 고의성 판단에 어떤 변인이 가장 큰 영향력을 갖는지 파악하는 것에 초점을 두었다. 따라서 본 분석에서는 성별(여=0, 남=1)과 연령 변인을 회귀식의 처음 단계에 입력 방법(enter)으로 투입하여 이 변인들의 영향력을 통제하였다. 이 후, 회귀식의 두 번째 단계에서 모든 고의성 관련 변인들을 단계적 선택법(stepwise)으로 투입하여 단계적 중다회귀분석을 실시하였다.