

음주운전 동승자의 형사책임

Criminal Responsibility of DUI Passengers



정신교



추봉조



차시환

1. 서론

우리나라의 경우 일반적으로 음주운전의 가장 대표적인 지표라고 볼 수 있는 교통사고사망율과 1인당 알코올 소비량의 두 가지 기준에서 세계 최상위권이다. 이와 더불어 음주운전 교통사고의 경우 해마다 증가추세에 있다. 이처럼 우리나라의 음주운전문제는 매우 심각한 수준이다. 따라서 이러한 문제에 대해 정책적 대안이 매우 절실함에도 불구하고 지금까지의 정책은 구속수사의 확대와 양형의 강화, 캠페인의 확대 등이었다. 이와 같이 음주운전자에 대한 처벌이 강화되고 있는 추세이지만 처벌의 대상이 음주운전으로 인한 교통사고를 야기한 자뿐만 아니라 음주를 방지하지 못한 동승

자에 대해서도 형사책임을 묻고자하는 시도가 우리나라와 외국의 판례를 통해 계속되고 있다. 음주운전에 대한 형사책임을 확장은 우선 운전자가 술에 취한 줄 알고도 적극적으로 운전을 막지 않고 함께 동승하였던 동승자나 혹은 음주운전이 예상되는데도 술을 제공한 업주에게도 형사책임을 묻고자 하는 것이다.¹⁾ 이러한 시도는 이론적으로는 의무의 존재여부나 인과관계, 공범관계 등의 문제가 있고, 현실적으로 어느 범위의 사람들에게 음주운전을 막을 의무를 부과할 것인지 등에 관하여 곤란한 문제가 야기되고 있지만 음주운전에 대하여 점점 엄격해 지고 있는 사회현실을 반영하고 있음은 틀림없다. 본 연구에서는 음주운전자와 동승자에게 형사책임을 묻는다면 형법상 어떠한 책임을

정신교 : 김천대학교 경찰행정학과 jsk732@gimcheon.ac.kr, 직장전화:054-420-4104, 직장팩스:054-420-4474
추봉조 : 김천대학교 경찰행정학과 bjchoo@gimcheon.ac.kr, 직장전화:054-420-4105, 직장팩스:054-420-4474
차시환 : 김천대학교 경찰행정학과 shinhoan@gimcheon.ac.kr, 직장전화:054-420-4113, 직장팩스:054-420-4474

1) 유사한 경우로 운전면허 없는 자에게 승용차를 제공하여 무면허 운전을 하게 한 경우 방조범이 된다는 판례도 있다(대법원 2000. 8. 18. 선고 2000도1914 판결); 일본의 경우 최근 음주운전으로 인한 교통사고 피해가 속출하자 '위험운전치상죄'를 도입하여 법정형을 대폭 상향 조정하였고, 음주운전자에게 술을 판 술집주인과 음주운전자의 차에 동승한 사람까지 처벌하도록 도로교통법을 개정하였다. 최근 9명의 사상자를 낸 교통사고 사건에서 술에 만취한 운전자의 차에 동승하여 위험운전치상죄로 기소된 동승자 2명에 게 국민참여재판에서 징역 2년 형의 실형이 선고되었다(아사이 신문 2011. 2. 14)

지을 것인지에 대해 이론적인 부분에 대한 검토와 더불어 실제 외국의 사례와 우리나라 사례를 검토하여 음주동승자의 형사책임에 대한 이론적 근거를 제시하고자 한다.

II. 호의동승의 개념

1. 호의동승의 의미

인간은 사회 속에서 살아가면서 타인의 도움을 주고받으며 살아가게 된다. 이러한 가운데에는 도움을 주고받는 자 사이에 유상 혹은 무상의 법률관계가 형성되기도 하지만, 법률 관계없이 호의로서 이루어지는 때도 있다. 호의행위는 법률관계가 아니기 때문에 일반적으로 법률적 구속을 받으려는 의사 없이 이루어진다. 호의행위는 급부자에게 법률적 의무가 없음에도 불구하고, 무상으로 급부하는데 특징이 있으며, 그러한 급부를 거절하여도 상대방에게 이행청구권이 발생하지 않는다는 특성이 있다. 호의행위의 예로는, 이웃 집 아이를 그의 부모가 외출 중 귀가 시까지 돌보아주거나, 타인을 저녁식사에 초대한 경우 등이 있고 그 밖에 타인을 무상으로 자신의 차에 태워주는 이른바 호의동승도 호의관계의 전형적인 예라고 할 수 있다.

호의동승은 자동차의 운행자가 대가를 받음 없이 호의에 의해 동승케 하는 것이다. 예컨대, 이웃 사람과 같은 직장에 다니는 경우 동일한 방향의 행선지이기 때문에 대가를 받음 없이 자기의 자동차로 목적지까지 동승하여 도달케 하는 것이다. 호의동승은 법률관계가 아니어서 거기에는 원칙적으로 법의 적용이 없으나, 호의동승 중에 교통사고가 발생하여 동승자가 사망하거나 다치게 되는 경우에는 법적 책임이 문제된다. 즉, 비법률관계에서 법률관계로의 전환이 발생하게 된다. 이에 대해 자동차사고로 인한 인적사고에 대해 자동차손해배상법 제3조의 “자기를 위하여 자동차를 운행하는 자” 즉

자동차운행자가 일종의 무과실책임을 부담하는 바, 운행자성을 판단하기 위한 기준으로 운행지배와 운행이익 모두가 존재해야 하는 것으로 이해되고 있다.²⁾ 호의동승자는 이러한 운행자의 운행지배나 운행이익과 유사한 지위와 이익을 가진다.³⁾ 여기서 호의동승의 개념과 운행자의 자동차손해배상법상 손해배상책임, 그리고 동승자에게도 운행자성을 인정할 수 있는지 여부, 더 나아가 운행자는 호의성에 비추어 손해배상책임이 경감되는지 등이 문제된다.

2. 호의동승의 특징

호의동승은 운전자의 호의에 따라 동승하는 경우이므로 운전자가 타인에게 호의를 베풀려는 의사가 반드시 존재하여야 한다. 그와 같은 의사가 존재하느냐 여부는 거래관념에 따라 적정하게 판단하여야 할 것이다. 그리고 동승이 운전자의 호의에 반하지 않아야만 한다. 그러므로 운전자의 명시적 또는 묵시적 의사에 반하여 동승하는 경우 호의동승에서는 제외된다. 호의동승은 동승에 대한 반대급부의 지급 없이 즉, 무상으로 동승하여야 한다.⁴⁾ 예를 들어 일정한 지역에 가기 위하여 아는 사람의 차를 타서 동승하게 된 경우에 일정한 기름값을 부담하든지 또는 일정액의 금액을 지불하고 동승하게 된다면 호의동승이 성립되지 않는다. 단, 예외적으로 대금의 지급이 단순히 감사의 표시일 경우에는 호의 동승으로 보아도 무방할 것이다. 호의동승은 단지 동승하는데 그쳐야지 동승자가 직접 운전행위를 하게 된다면 호의동승은 성립되지 않는다. 호의동승과 유사한 개념으로 무상동승이 있다. 무상동승자는 대가를 지급함이 없이 타인의 자동차에 탑승한 자를 말하는 것으로 앞서 호의동승과 같이 호의를 입고 무상으로 동승하는 호의동승과는 차이가 있다. 따라서 호의동승은 대가 없이 동승하는 것으로 무상 동승이 되지만, 무상동승이

2) 이보환(1989), “무상동승론” 사법논집, 제20집, 법원행정처, p.236.

3) 백태승(1997), “호의동승” 법학연구, 제7권, 연세대학교 법학연구소, p.291.

4) 송덕수(2000), “호의동승” 민사법학, 제18호, 한국민사법학회, p.629.

라 하여 모두가 호의동승이 되는 것은 아니다. 무상동승에는 호의동승을 비롯하여 동승자가 몰래 자동차를 탑승하는 잠입동승, 운송자를 협박, 폭행하여 억지로 합승하는 강요동승, 운전자가 유인하여 탑승하는 유인동승도 포함하는 개념이기 때문이다. 그러므로 호의동승은 무상동승이지만 무상동승은 언제나 호의동승만이라고 할 수는 없다.

3. 호의동승 관련 판례

차량의 운행자가 아무런 대가를 받지 아니하고 동승자의 편의와 이익을 위하여 동승을 허락하고 동승자도 그 자신의 편의와 이익을 위하여 그 제공을 받은 경우 그 운행 목적, 동승자와 운행자의 인적관계, 그가 차에 동승한 경위, 특히 동승을 요구한 목적과 적극성 등 여러 사정에 비추어 가해자에게 일반 교통사고와 동일한 책임을 지우는 것이 신의칙이나 형평의 원칙으로 보아 매우 불합리하다고 인정될 때에는 그 배상액을 경감할 수 있으나, 사고 차량에 단순히 호의로 동승하였다는 사실만 가지고 바로 이를 배상액 경감사유로 삼을 수 있는 것은 아니다.

차량에 무상으로 동승하였다고 하더라도 그와 같은 사실만으로 운전자에게 안전운행을 촉구하여야 할 주의의무가 있다고는 할 수 없다.⁵⁾

차량의 운행자로서 아무 대가를 받은 바 없이 오직 동승자의 편의와 이익을 위하여 동승을 제공하고, 동승자로서도 그 자신의 편의와 이익을 위해서 그 제공을 받은 경우라 하더라도 그 사실만 가지고서는 동승자에게 자동차손해배상보장법 제3조에서 말하는 자동차의 보유자성을 인정할 수 없으나 다만 운행의 목적·호의동승자와 운행자와의 인적관계, 피해자가 차량에 동승한 경위 특히 동승요구의 목적과 적극성 등의 제반사정에 비추어 가해자에게 일반의 교통사고와 같은 책임을 지우는 것이 신의칙이나 형평의 원칙에 비추어 매우 불합

리한 것으로 인정되는 경우에는 그 배상액을 감경할 사유로 삼을 수도 있다.⁶⁾ 피해자가 사고자동차에 호의동승한 것만으로는 자동차손해배상보장법의 타인이 아니라고 할 수 없고 또한 사고에 있어서 어떤 과실이 있었다고 할 수 없다.⁷⁾

자동차손해배상보장법 제3조 소정의 '자기를 위하여 자동차를 운행하는 자'는 자동차에 대한 운행을 지배하여 그 이익을 향수하는 책임주체로서의 지위에 있는 자를 의미하고, 한편 자동차의 소유자 또는 보유자는 통상 그러한 지위에 있는 것으로 추정된다 할 것이므로 사고를 일으킨 구체적 운행이 보유자의 의사에 기하지 아니한 경우에도 그 운행에 있어 보유자의 운행지배와 운행이익이 완전히 상실되었다고 볼 특별한 사정이 없는 한 보유자는 당해 사고에 대하여 위 법조 소정의 운행자로서의 책임을 부담하게 된다.

자동차보유자의 운행지배와 운행이익의 상실여부는 평소의 차량관리상태, 보유자의 의사와 관계 없이 운행이 가능하게 된 경위, 보유자와 운전자의 차량반환의사의 유무와 무단운행 후의 보유자의 승낙가능성, 무단운전에 대한 피해자의 주관적 인식유무 등 여러 사정을 사회통념에 따라 종합적으로 평가하여 이를 판단하여야 한다.

피해자가 사고차량에 무상으로 동승하다가 사고를 당한 경우 운행의 목적, 호의동승자와 운행자와의 인적관계, 피해자가 차량에 동승한 경위 등 제반사정을 비추어 사고차량의 운전자에게 일반의 교통사고와 같은 책임을 지우는 것이 신의칙이나 형평의 원칙에 비추어 매우 불합리한 것으로 인정되는 경우에는 그 배상액을 감경할 사유로 삼을 수 있다. 피해자에게 손해의 발생이나 확대에 관하여 과실이 있는 경우에는 배상책임의 유무 및 그 범위를 정함에 있어 당연히 이를 참작하여야 할 것이나, 책임감경사유 내지 과실상계사유에 관한 사실인정이나 책임감경 내지 과실상계의 비율을 정하는 것은 그것이

5) 대법원 1999. 2. 9. 선고 98다53141 판결.
6) 대법원 1987.12.22. 선고 86다카2994 판결.
7) 대법원 1991.1.15. 선고 90다13710 판결.

현저히 형평의 원칙에 비추어 불합리하다고 인정되지 않는 한 사실심의 전권에 속하는 사항이다.⁸⁾

야간근무를 마친 운행자가 친구와 함께 기본전환하러 해수욕장에 가면서 자신의 권유로 동향의 선후배 사이이고 같은 회사 같은 부서에 근무하고 있던 피해자를 동승하게 하였다가 돌아오던 길에 교통사고가 발생한 것이라면 호의동승이라 하더라도 차량운행자의 손해배상책임을 감경할 만한 사유가 있었다고 보기는 어렵다.⁹⁾ 오로지 호의동승 차량 운전자의 과실로 인한 사고로 동승자가 사망하거나 상해를 입어 동승자 혹은 그 유족들이 그 동승 차량의 운행자를 상대로 손해배상을 청구하는 경우에는 그 운전자의 과실은 오로지 동승 차량 운행자의 손해배상채무의 성립 요건에 해당할 뿐 피해자측의 과실로 참작할 성질의 것이 아니다.¹⁰⁾

4. 음주운전 호의동승 실태

음주운전당시 동승자에 대하여 2004년 논문에 의하면¹¹⁾ 먼저 음주운전 당시에 동승자가 있었는지를 보면, 동승자가 없었던 경우가 63.3%였으며, 동승자가 있었던 경우는 37.7%였다. 음주 후 운전 시에 혼자였던 경우가 많은 편임을 알 수 있다. 그러나 음주 후 운전을 할 당시 다른 사람이 같이 탔던 경우도 30%대로 적지 않은 것으로 나타났다. 이것은 동승자가 음주운전을 말리지 않고 묵인한 경우이다. 이러한 내용을 보면, 주변 사람이 음주운전을 하지 못하도록 제어하는 것이 필요할 것이다. 또한 음주운전차량에 동승하는 것은 운전자만큼이나 위험한 것임을 인식시키도록 하는 것이 필요할 것이다. 음주운전 당시 동승자가 있었던 경우에만해서 동승자가 누구였는지에 대해 살펴보면 친구나 선후배인 경우가 61.4%로 많은 부분을 차지하였다. 다음으로 직장동료가 21.6%, 가족이 17%의

순이었다. 음주운전 당시 같이 탔던 사람 중에서 친구나 선후배가 많은 것은 주로 술을 같이 마시는 사람 중에 해당되기 때문일 것이다. 또 한편으로는 음주운전을 가장 묵인하는 집단임을 시사해 주는 것이라고 볼 수 있다. 음주운전 당시 동승자 중에서 친구나 선후배, 직장동료를 합한 비율이 80%대로 주변 사람이 동승자가 많이 됨을 보여준다.

III. 음주운전 동승자의 형사책임

1. 음주운전에 대한 원인에 있어서 자유로운 행위

1) 의의

행위자가 행위시 책임무능력자 상태에 있었다고 하더라도 책임무능력상태를 야기한 행위, 즉 원인행위시 의사자유가 있었다고 볼 수 있는 경우를 원인에 있어서 자유로운 행위라고 한다.¹²⁾ 그렇다면 음주운전죄에 대해서 원인에 있어서 자유로운 행위가 적용이 되는지의 여부는 음주시에 행위자가 음주운전을 할 것이라고 예견이 가능한지 문제된다. 통상의 경우라면 행위자는 음주시에 음주운전을 하지 말아야지 하면서도, 혹시 음주운전을 할지도 모른다는 예견을 하면서 음주를 하게 된다. 그러므로 음주운전자에게 음주운전시 음주운전을 하겠다는 인식, 적어도 최소한의 인식만으로도 음주운전죄로 처벌할 수 있을 것이다. 그렇다면 음주운전자와 동승한자의 형사책임에 대해 원인에 있어서 자유로운 행위를 인정할 수 있을 것인가에 대해 방조범의 정범에 대한 음주당시 음주운전의 위험성이 존재하였다면 이 경우도 음주운전죄의 방조죄에 있어서 처벌할 수 있을 것이다. 그러나 이 경우 구체적인 상황에 따라 형사책임은 달라질 수 있을 것이다.

8) 대법원 1990.4.25. 선고 90다카3062 판결.

9) 대법원 1992.6.9. 선고 92다10586 판결.

10) 대법원 1997. 11. 14. 선고 97다35344 판결.

11) 전영실(2004), "음주운전실태에 관한 연구", 한국형사정책연구원, pp.382~345.

12) 손동권(2006), 형법총론(제2개정판), 을곡출판사, p.275.

2) 가벌성의 근거

원인에 있어서 자유로운 행위가 가벌적이라는 점에서는 이미 형법 제10조 제3항의 규정이 있으므로 실정법상의 문제는 없지만 그 가벌성의 근거, 즉 책임비난의 기초에 대해서는 원인행위에서 찾는 견해¹³⁾와 실행행위에서 구하는 견해¹⁴⁾가 대립한다. 원인행위를 실행행위 자체로 보고 행위와 책임의 동시존재원칙을 그대로 고수하는 견해를 구성요건모델이라고 하고, 심신장애상태에서의 실행행위에서 가벌성의 근거를 찾는 견해는 행위와 책임의 동시존재원칙의 예외를 인정한다는 점에서 예외모델이라고 한다. 구성요건모델은 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성의 근거, 즉 책임비난의 기초는 원인설정행위에 있다는 견해이다. 이미 위험발생을 예견했음에도 불구하고 자의로 스스로 심신장애상태에 빠지게 하여 구성요건적 행위를 감행한 것이므로 책임비난의 근거가 된다는 것이다.¹⁵⁾

예외모델은 심신장애상태에서의 구성요건적 실행행위에서 가벌성의 근거를 찾거나 원인설정행위와 실행행위의 불가분적 연관성에서 가벌성의 근거를 찾는 견해이다.¹⁶⁾ 먼저 구성요건적 실행행위에서 찾는 전자의 견해에 의하면 현대 심층심리학상의 반무의식상태라는 개념을 원용하여 이를 설명한다. 원인행위는 예비단계에 불과하지만 한편으로는 무의식상태에서 행한 구성요건적 실행행위의 근거가 원인행위에 있다고 볼 수 있고, 원인행위와 실행행위는 반무의식상태로 연결되기 때문에 가벌성의 근거가 바로 여기에 있다는 것이다. 생각건대 행위와 책임의 동시존재 원칙의 예외를 규정 한 형법 제10조 제3항의 규정을 보더라도 불법과 책임이 일치하는 한 책임원칙에 반하는 해석이라고 할 수는 없을 것이다. 결국 책임능력결함상태에서 구성요건적 실행행위를 하였다고 할지라도 원인설정 행위시에 이미 위험발생을 예견하고 고의

또는 과실로 자신을 심신장애상태에 빠지게 하였다는 불가분의 연관성에서 가벌성의 근거를 찾는 것이 타당하다고 생각한다.

3) 유형

원인에 있어서 자유로운 행위는 고의에 의한 원인이 자유로운 행위와 과실에 의한 행위로 나눌 수 있다. 원인행위와 실행행위 양자 모두 고의 있는 경우를 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위라고 하는 것이 일반적이다. 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위는 행위자가 심신장애의 상태를 자의로 야기하고, 원인행위를 하는 시점에서 이미 심신장애의 상태에서 행할 구성요건적 행위의 실행에 대한 고의도 갖고 있는 경우를 말한다. 음주운전자의 경우 술을 마시면서 음주의 가능성을 인식하고 있었다면 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위를 검토할 수 있을 것이다. 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위는 행위자가 심신장애의 상태를 자의로 야기하고 그 심신장애의 상태에서 과실범의 구성요건을 실현시키는 경우를 가리킨다. 판례에서도 형법 제10조 제3항은 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위뿐만 아니라 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위에 대해서도 적용된다고 보고 있다. 주벽이 심한 자가 상해의 고의 없이 음주하였으나 결국 타인을 상해한 경우 또는 음주하면 수면하는 습벽이 있는 철도공무원이 그럼에도 불구하고 음주하여 궤도를 돌리지 않아 기차를 충돌시킨 경우 등이 그 예이다.

2. 형법상 방조범의 성립여부

1) 종범의 개념

형법 제32조 제1항은 종범에 관하여 “타인의 범죄를 방조(幫助)한 자는 종범으로 처벌한다”고 하

13) 김일수/서보학(2007), 형법총론, 박영사, p.384.

14) 배종대(2007), 형법총론, 홍문사, p.437.

15) 손동권, 전개서, p.276.

16) 손동권, 상개서, p.277.

고, 동조 제2항에서는 “종범의 형은 정범의 형보다 감경한다”라고 규정하고 있다. 종범이란 타인의 범죄를 방조하는 것, 즉 타인의 실행행위를 용이하게 해주는 것을 말하며 방조범이라고 한다.¹⁷⁾ 종범은 ‘타인의 범죄를 방조한 자’이므로 종범의 성립은 정범의 범죄행위를 전제로 한다. 또한 ‘종범의 형은 정범의 형보다 감경한다’라고 규정되어 있으므로 종범의 처벌은 정범의 법정형을 표준으로 하여 그 형을 정범보다 감경해야 함을 명문화한 점으로 볼 때 공범종속성설에 입각한 것으로 본다. 대법원도 ‘방조죄는 정범의 범죄에 종속하여 성립하는 것으로 방조의 대상이 되는 정범의 실행행위의 착수가 없는 이상 방조죄만이 독립하여 성립될 수는 없다’고 하였다.¹⁸⁾

2) 종범의 성립요건

방조범이 성립하기 위해서는 주관적 요건으로 방조의 의사는 물론 정범의 범죄실행으로 인하여 결과가 발생할 것이라는 정범의 고의 등 이중의 고의가 있어야 한다. 이때의 고의는 미필적 고의도 가능하다. 방조는 고의에 의한 것이어야 하므로 과실에 의한 방조는 있을 수 없다. 또한 종범에게는 정범의 행위를 방조한다는 의사가 필요하지만 그 정범은 이것을 인식할 필요는 없기 때문에 편면적 종범도 허용된다. 종범의 고의는 방조자가 정범을 통하여 범죄의 실현을 의욕 하는 고의를 말하므로 방조자가 당초부터 정범의 실행행위가 미수에 그칠 것을 예견하면서 방조하는 이른바 미수의 방조는 인정되지 않는다. 객관적 요건으로 방조의 방법에는 아무런 제한이 없다. 즉 유형적이든 무형적이든, 작위든 부작위든, 정범의 범죄에 관한 결의를 촉진시키는 모든 행위는 이에 해당한다. 관례도 ‘종범의 방조행위는 작위에 의한 경우뿐만 아니라 부작위에 의한 경우도 포함하는 것으로서 법률상 정범의 범행을 방지할 의무가 있는 자가 그 범행을 알면서

도 방지하지 아니하여 범행을 용이하게 한 때에는 부작위에 의한 종범이 성립한다’고 하였다.¹⁹⁾

3) 종범의 처벌

종범의 형은 정범의 형보다 감경한다. 종범은 실행행위를 하는 것이 아니기 때문에 불법성이 정범보다 작다고 할 수 있다. 즉, 종범은 이미 범행을 결의한 정범의 실행행위에 조력하는 행위를 함에 불과하므로 정범에 비하여 행위불법과 결과불법이 낮아 정범에 대한 형의 필요적 감경사유로 규정한 것이다. 정범의 실행행위가 미수에 그친 경우에 종범은 이중으로 형이 감경될 수 있다. 감경할 때 그 대상이 되는 형은 법정형을 의미하므로 경우에 따라서는 방조범의 선고형이 정범의 선고형보다 무거울 수도 있을 것이다. 자기의 지위·감독을 받는 자가 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 정범의 형으로 처벌한다고 하여 가중처벌하고 있다.

3. 소결

방조란 정신적으로 또는 물질적으로 정범(음주운전자)의 범죄행위를 돕는 것을 말한다. 예를 들어 범행동구를 빌려주거나 범죄장소나 범죄자금을 제공하는 것, 범죄에 대해 조언을 하거나 격려하는 것 등을 말한다. 또한 정범(음주운전자)에게 두려움을 없애주고 안전감을 일으켜 정범의 결의(음주운전을 하게다는 마음을 먹게하는 것)를 강하게 하는 것도 여기에 포함된다. 현실에서 음주운전자와 동승한 자는 같은 수준의 음주로 인하여 음주운전 당시 음주운전자를 제지할 정도의 책임능력이 존재하지 않았다고 항변할 수 있으나 이 경우 음주당시 음주운전을 예상할 수 있을 정도였다면 음주운전의 음주를 방조한 것으로 판단할 수 있을 것이다.

17) 이재상, 전거서, p.492.

18) 대법원, 1979. 2. 27, 선고 78도3113 판결.

19) 대법원, 1985. 11. 26, 선고 85도1906 판결.

IV. 결론

법원은 운전자가 혈중알콜농도가 0.05%이상인 상태에서 음주운전을 하기만 하면 음주시에 음주운전을 예견할 수 있다고 파악하여 이에 대한 제반사정 등을 고려하지 않고, 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위의 성립을 인정하여 일방적으로 음주운전죄로 처벌하고 있다. 여기서 문제는 음주운전자와 동승한자에게도 형사처벌을 할 수 있는가의 문제이다. 우리나라와 미국에서도 모두 음주운전에 대한 처벌이 강화되는 추세이지만 미국에서는 최근 수년간 음주운전을 한 자는 물론 음주운전을 막지 못한 사람에까지 음주운전으로 인한 교통사고에 대한 형사책임, 특히 살인 또는 과실치사의 죄책을 물으려는 시도가 계속되고 있다. 물론 이러한 시도는 이론적으로 의무의 존재여부나 인과관계, 공범관계 등의 문제가 있고, 현실적으로 어느 범위의 사람들에게 음주운전을 막을 의무를 지울 것인지에 관하여 곤란한 문제를 야기하고 있지만, 음주운전에 대한 형사책임의 확장은 음주운전자와 동승한자 혹은 음주운전이 예상되는데도 술을 제공한 집주인 등에게 음주운전 중에 발생한 사고에 대하여 형사책임을 묻는 사례도 있다. 이에 대하여 본고에서는 음주운전자와 동승한 자에게도 형법상 원인이 자유로운 행위의 적용의 가능성과 공범의 성립가능성에 대하여 검토하였다. 이에 대해 형법이론상으로 원인에 있어서 자유로운 행위로서 형법 제10조 3항의 규정을 적용하여 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위를 신중히 적용

할 수 있을 것으로 본다. 그리고 음주운전자의 음주운전이 예상됨에도 불구하고 음주운전을 적극적으로 막지 않고 동승한 동승자에 대해서도 음주운전 방조죄를 검토해볼 수 있을 것이다. 그러나 이 경우에 구체적인 사항을 충분히 검토하고 고려하여 형사책임을 부과해야 할 것이다.

참고문헌

1. 전영실(2004), 음주운전의 실태에 관한 연구, 형사정책연구원.
2. 경찰청(<http://.police.go.kr>).
3. 대검찰청(<http://.spo.go.kr>).
4. 도로교통공단(<http://rota.or.kr>)
5. 도로교통공단 교통사고종합분석센터(2009), “08년 도로교통사고비용의 추계와 평가”.
6. 이보환(1989), “무상동승론” 사법논집, 제20집, 법원행정처.
7. 백태승(1997), “호의동승” 법학연구, 제7권, 연세대학교 법학연구소.
8. 송덕수(2000), “호의동승” 민사법학, 제18호, 한국민사법학회.
9. 정영일(2010), 형법총론, 박영사.
10. 손동권(2010), 형법총론(제2개정판), 을곡출판사.
11. 김일수/서보학(2010), 형법총론(제10판), 박영사.
12. 이재상(2010), 형법총론(제10판), 박영사.
13. 아사이 신문 2011. 2. 14.