

原因에 있어서 자유로운 行爲

- 제10조 제3항의 해석론(요건과 효과)을 중심으로 -

李寅揆*

I 들어가는 글	(1) '행위'의 의미
II 준비적 고찰	(2) '위험발생'의 '예견'
1 범죄체계론과 원인에 있어서 자유로운 행위	(3) '자의'에 의한 '심신장애의 야기'
2 원인에 있어서 자유로운 행위의 개관	2. 원인에 있어서 자유로운 행위의 효과
(1) 구조 및 문제점	(1) 제10조 제3항의 기본적 효과
(2) 책임비난의 근거	(2) 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위의 경우
(3) 원인에 있어서 자유로운 행위의 유형	(3) 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위의 경우
III 제10조 제3항의 해석론	(4) 심신미약상태를 야기한 경우
1 제10조 제3항의 요건	IV 나오는 글

I. 들어가는 글

형법 제10조 제3항은 “위험의 발생을 豫見하고 自意로 심신장애를 야기한 자의 행 위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다”고 규정하고 있다 이 조항은 독일 형법이론학상의 ‘actio libera in causa’를 명문화한 것으로 이해되고 있다 따라서 거의 모든 문헌들은 이 조항을 ‘원인에 있어서 자유로운 행위’라는 이름¹⁾으로 논의하면서, 독일

* 법학박사, 부산대학교 법과대학 강사 등 역임, 부산대학교 법학연구소 연구원.

1) 물론 논자에 따라서는 ‘원인이 자유로운 행위’[박상기, 형법총론(박영사, 2004), 227면 이하, 윤용규, “과실의 원인이 자유로운 행위”(형사법연구 제11호, 1999), 40면 이하, 이기현, “원인이 자유로운 행위”(고시계, 1993 10), 31면 이하, 이영란, 한국형법학-총론강의(숙명여대출판국, 2002), 325면 이하 등], ‘원인에서 자유로운 행위’[배종대, 형법총론(홍문사, 2004), 375면] 또는 ‘자유로운 원인에 의한 행위’[최우찬, “자유로운 원인에 의한 행위”(형사법연구 제9호, 1997), 163면 이

의 'actio libera in causa'를 둘러싼 논의를 직접 인용하여 설명하고 있다. 그러나 엄밀한 의미에서 독일 형법이론학상의 'actio libera in causa'와 형법 제10조 제3항의 '원인에 있어서 자유로운 행위'는 정확하게 일치하는 개념이 아님을 알 수 있다

라틴어인 'actio libera in causa'라는 용어는 actio(실행행위)의 속성을 나타내는 'libera'와 행위상황을 한정하는 'in causa'가 결합된 말이다. 따라서 'actio libera in causa'라는 용어는 '원인행위상황에서(만) 자유로운 실행행위'라는 의미로 읽을 수 있을 것이다. 즉 구성요건을 실현하는 실행행위는 자유롭지 못하였지만 그 원인행위는 자유롭게 설정되었다는 의미이다. 다시 말해서 구성요건 실현행위시에는 책임능력이 '없'으나 그 원인행위시에는 책임능력이 '있'은 경우가 바로 'actio libera in causa'에 해당한다. 따라서 독일의 'actio libera in causa'는 행위자가 스스로 책임'무'능력상태를 야기하여 구성요건을 실현한 경우에, 그 처벌 여부 및 그 취급을 중심으로 전개되어 왔다.²⁾ 임의적 감경사유에 불과한³⁾ '한정'책임능력 상태를 야기한 경우에는 'actio libera in causa'와는 무관하게 일반적인 범죄형태로 취급하면서, 일반적으로 감경의 필요성이 인정되는 병리적적 요인의 신경장애가 아니라 감경의 필요성이 없는 공격적 성향의 책임능력 장애상태로 해석하여 임의적 감경을 허용하지 않는 것으로 간단히 해결할 수 있기 때문이다.⁴⁾

그러나 우리 형법 제10조 제3항의 원인에 있어서 자유로운 행위는 책임'무'능력상태를 야기한 경우는 물론 '한정'책임능력상태를 야기한 경우까지 명문으로 규정하고 있다. 따라서 우리의 경우 원인에 있어서 자유로운 행위란 행위자가 자의로(고의 또는 과실에 의하여) 자기를 심신장애(심신상실 또는 심신미약)의 상태에 빠뜨린 후 이러한 상태에서 범죄를 실행하는 것을 말한다.⁵⁾ 즉 형법 제10조 제3항의 원인에 있어서 자

하}라는 용어를 사용하기도 한다. 그러나 용어를 어떻게 사용하는가는 본질적인 부분이 아니므로 통상적인 용례에 따라 여기서는 '원인에 있어서 자유로운 행위'라는 용어를 사용하기로 한다.

- 2) 이용식, "원인에 있어서 자유로운 행위의 구조"[지송 이재상교수 화갑기념 형사판례의 연구(1), 박영사, 2003], 369-370면
- 3) 한정책임능력자에 대해 필요적 감경을 인정하는 우리나라(제10조 제2항)와는 달리 독일형법은 임의적 감경사유로 규정하고 있다(독일 형법 제21조)
- 4) 조상제, "과실의 원인에 있어서 자유로운 행위"[지송 이재상교수 화갑기념 형사판례의 연구(1), 박영사, 2003], 430면의 각주 10) 참조.
- 5) 김성천/김형준, 형법총론(동현출판사, 1998), 342면, 김일수/서보학, 새로쓴 형법총론(제10판)(박영사, 2004), 382면, 박상기, 앞의 책, 227면, 배종대, 앞의 책, 375면, 손동권, 형법총론(율곡출판사, 2004), 237면, 손해목, 형법총론(법문사, 1998), 607면, 안동준, 형법총론(학현사, 1998), 153면, 오영근, 형법총론(대명출판사, 2004), 455면, 이정원, 형법총론(법지사, 1999), 215면; 이재상,

유로운 행위에 대한 논의는 책임‘무’능력상태를 야기한 경우는 물론 ‘한정’책임능력상태를 야기한 경우도 그 적용대상으로 하고, 가벌성 자체에 대해서는 다름이 있을 수 없다는 점에서 독일의 ‘actio libera in causa’와는 구별된다.

그런데 원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 거의 대부분의 문헌들은 독일의 ‘actio libera in causa’를 둘러싼 논의를 직접 인용하여 설명하고 있는 실정이다. 그 결과 우리 형법 제10조 제3항의 해석론을 지나치게 등한시하는 경향이 있고,⁶⁾ 자의로 심신미약을 야기하여 구성요건을 실현한 경우와 심신상실을 야기하여 구성요건을 실현한 경우의 차별성을 전혀 보지 못하고 있다고 평가할 수 있다. 또한 원인에 있어서 자유로운 행위가 범죄체계론적 관점에서 어떤 지위를 가지며 그 수행하는 기능이 무엇인지에 대해서도 이제까지의 문헌에서는 명쾌한 설명이 결여되어 있었다.⁷⁾

이 글에서는 바로 위에서 언급한, 이제까지 우리 학계가 간과했거나 등한시해온 논점들을 염두에 두면서, 원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 규정인 형법 제10조 제3항의 해석론을 중심으로 검토하기로 한다.

II. 준비적 고찰

1. 범죄체계론과 원인에 있어서 자유로운 행위

범죄는 구성요건에 해당하고 위법하고 책임 있는 행위이다. 따라서 구성요건해당성, 위법성 및 책임은 범죄의 성립요소가 된다. 그러므로 구성요건해당성, 위법성 및 책임이 모두 충족되어야 비로소 범죄는 성립한다. 범죄체계론적 사고에 따르면 범죄의 성부를 심사함에 있어서는 구성요건해당성, 위법성 및 책임의 순으로 그 충족 여부를 심사해야 한다. 앞 단계의 요건이 충족되면 그 다음 단계의 요건을 심사하고, 다음 단계의 요건이 충족되지 못하거나 감경될 경우에는 그 요건만 부정되거나 감경될 뿐 이미

형법총론(제5판)(박영사, 2003), 310면, 이형국, 형법총론(법문사, 2003), 189면, 이호중, “원인에 있어서 자유로운 행위”(1)(고시계, 2000 10), 32면, 임웅, 형법총론(법문사, 2004), 282면, 정성근/박광민, 형법총론(삼지원, 2001), 317면, 진계호, 형법총론(대왕사, 2003), 394면 등 참조

6) 이러한 경향에 비추어 본다면 김성돈, “도주운전죄와 원인에 있어서 자유로운 행위”[형사판례연구(12), 박영사, 2004], 6면 이하, 신동은, 형법총론(법문사, 2001), 357면 이하, 이웅식, 앞의 글, 390면 이하 등은 신선한 충격을 주기에 충분하다

7) 다만, 최근에 와서야 이에 대한 논의가 전개되고 있는 실정이다. 특히 김성돈, 앞의 글, 20면 이하, 이웅식, 앞의 글, 406면 이하, 한상훈, “고의의 원인에 있어서 자유로운 행위”[형사판례연구(10), 박영사, 2002], 157면 이하 등이 그 대표적인 문헌들이다.

충족된 앞 단계의 요건까지 변경시킬 수는 없다 예컨대 구성요건해당성과 위법성, 즉 불법이 인정되고 난 후에 비로소 책임 여부를 심사하며,⁸⁾ 만일 책임조각사유나 감경사유가 있다면 책임만 부정되거나 감경될 뿐 이미 인정된 불법에는 어떠한 영향을 미칠 수 없다

오늘날 형법이론학의 지배적인 입장인 신고전적·목적적 합일태적 체계에 따르면 고의와 과실은 주관적 구성요건요소와 책임요소로서의 이중의 기능을 가진다. 즉 고의와 과실은 의사결정방향으로서의 고의 및 객관적 주의의무위반은 불법을 기초지우는 주관적 구성요건요소가 되고, 심정형성방향으로서의 고의 및 주관적 주의의무위반은 책임요소로서의 지위를 가진다. 한편 위법성의 인식은 고의 또는 과실과 분리된 독자적인 책임요소가 된다 또한 통설인 규범적 책임론에 따르면 책임은 구성요건에 해당하는 불법의 비난가능성이고, 비난의 근거는 궁극적으로는 자유의사 때문이다. 즉 책임은 자유의사를 가진 자가, 자신의 소질과 환경에 의하여 제약을 받으면서도, 그 자유로운 의사에 의하여 적법한 행위를 결의할 수 있었음에도 불구하고 불법을 결의하고 위법하게 행위하였다는 것에 대한 규범적 평가로서 비난가능성이다. 따라서 책임비난이 가능하기 위해서는 ‘적법행위를 결의할 수 있었다’는 규범적 평가가 가능해야 한다 지배적인 통설인 고의·과실에 이중적 지위를 인정하는 규범적 책임론에 따르면 ‘적법행위를 결의할 수 있었다’는 이유로 비난가능성이 인정되기 위해서는 책임능력, 위법성의 인식(가능성), 책임형식으로서의 고의 또는 과실 및 책임조각사유의 부존재라는 요소가 구비되어야 한다.

그리고 이들 책임요소들은 실행행위시에 존재해야 하며, 실행행위시에 행위자에게 이들 중 어느 하나라도 결여되어 있었다면 책임비난은 원천적으로 불가능하다. 이와 같이 ‘책임비난에 필요한 요소들은 실행행위시에 존재해야 한다’는 요구를 ‘행위와 책임의 동시존재의 원칙’이라 부른다⁹⁾ 이 원칙을 명문으로 규정하고 있는 독일 형법¹⁰⁾의 경우와는 달리 이를 명시적으로 규정하고 있지 않은 우리 형법의 해석에 있어서도 대부분의 문헌에서 이를 책임원칙의 일 내용으로 인정하고 있다.¹¹⁾ 그런데 여기서 책임과 동시존재가 요구되는 ‘행위’는 구성요건의 정형성을 구비한 실행행위로 보아야

8) 책임은 사물논리적으로 불법의 존재를 전제로 한다

9) 이를 원인에 있어서 자유로운 행위와 관련지어 표현하면 “구성요건실행행위시에 행위자에게 책임능력이 있어야 그에게 책임을 물을 수 있다”는 원칙으로 바꾸어 부를 수 있다

10) 독일 형법 제20조는 책임능력과의 관계에서 이 원칙을 명문화하고 있다 즉 ‘범행실행시에(bei Begehung der Tat)’에 일정한 심신장애가 있으면 책임능력이 부정되는 것으로 규정하고 있다

11) 신동운, 앞의 책, 345면, 안원하, “원인에 있어서 자유로운 행위”(부산대학교 법학연구소, 법학연구, 제38권 제1호), 166면 등

한다.¹²⁾ 구성요건이 범치국가적 보장기능을 다하기 위해서는 구성요건은 다른 범죄와 구별되는 불법내용을 구체적으로 정형화하여 기술되어야 하기 때문이다.

이상의 범죄체계론적 사고에 따르면, 구성요건에 해당하는 불법행위가 성립하고 난 후에야 비로소 책임 여부를 심사하게 된다. 형법 제10조 제3항의 원인에 있어서 자유로운 행위는 책임능력에 관한 조항인 제10조 제1항과 제2항과의 관계에 비추어볼 때 책임심사단계에서 책임비난적 요소, 특히 책임능력과 관련된 것은 의문이 없어 보인다.¹³⁾ 따라서 주관적 구성요건요소인 고의 또는 과실이 인정되어 고의범 내지 과실범의 불법이 확정된 상태에서 그 불법행위에 대한 비난 여부, 즉 책임을 심사하게 된다. 그러므로 책임비난적 요소인 제10조 제3항에 규정된 어떤 개념요소(‘자의’, ‘예견’ 등)도 이미 확정된 행위의 ‘불법성’(고의성 또는 과실성)을 변경시키는 작용을 하지 못한다.¹⁴⁾ 결국 형법 제10조 제3항은 구성요건의 정형성을 구비한 실행행위시에 결여된 책임비난요소 때문에 탈락되거나 감소될 책임비난의 무게를 다시 복원 내지 보전하여 완전 ‘책임’을 인정하게 만드는 책임비난의 요소로만 기능하는 것으로 파악해야 한다.¹⁵⁾

2. 원인에 있어서 자유로운 행위 개관

12) 다만, 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성의 근거에 관한 구성요건모델을 취하는 견해에서는 이를 요구하지 않는다

13) 김성돈, 앞의 글, 21면, 이용식, 앞의 글, 379면.

14) 김성돈, 앞의 글, 22면, 이용식 앞의 글, 379면도 “결코 원인에 있어서 자유로운 행위에 의해 원래의 불법의 내용이 달라지거나 하지는 않는다고 생각된다”고 하여 동일한 취지이다. 이는 지극히 타당한 지적이다. 다만, 이들 문헌들은 제10조 제3항의 일정한 개념요소(‘자의’, ‘예견’ 등)가 책임능력에만 영향을 미치는 것으로 이해하고, 또 다른 책임비난요소로서 ‘책임고의 또는 책임과실’에 미치는 영향을 전혀 고려하지 않고 있다는 점에서는 필자의 입장에서는 아쉬움으로 남는다. “형법 제10조 제3항은 고의에 의한 불법행위 혹은 과실에 의한 불법행위를 한 행위자가 책임무능력상태나 한정책임능력상태에 빠져 있을 경우에도 그 각각의 상태에 상응한 형법상의 법효과(책임조각 혹은 책임감경)를 부여하지 않고 오히려 완전책임(능력)을 인정하게 만드는 요건을 규정하고 있음에 불과하다”(김성돈, 앞의 글, 22면), “형법 제10조 제3항의 규정에 따라 완전책임을 인정받게 되는 원자행이 고의범이 되는가 아니면 과실범이 되는가는 형법 제10조 제3항의 규정과 아무런 관계가 없는 것으로 보아야 한다”(김성돈, 앞의 글, 24면), 형법 제10조 제3항의 해석과 관련한 논의에서 문제는 “책임능력이 결핍된, 구성요건에 해당하고 위법한 행위를 한 자에게 범행당시 존재하지 않던 ‘책임능력’을 어떻게 인정할 것인가와 어떠한 요건 하에서 그것을 인정할 것인가 하는 점이다”(이용식, 앞의 글, 396면)는 부분이 이를 단적으로 보여준다.

15) 김성돈, 앞의 글, 24면 참조 다만, 이 글에서 완전 ‘책임’이란 완전한 ‘책임능력’만을 의미하는 것이 아니라 ‘심정반가치로서의 고의 내지 과실’ 및 ‘위법성인식’ 등을 포함한다는 점에서 김성돈, 앞의 글, 24면 이하와 구별된다

(1) 구조 및 문제점

앞서 살핀 바와 같이 형법 제10조 제3항의 원인에 있어서 자유로운 행위란 책임능력이 있는 행위자가 자의로(고의 또는 과실에 의하여) 자기를 심신장애(심신상실 또는 심신미약)의 상태에 빠뜨린 후 이러한 상태에서 범죄를 실행하는 것을 말한다. 이와 같이 원인에 있어서 자유로운 행위는 i) 책임능력결함상태를 야기하는 행위와 그 상태에서 ii) 구성요건적 결과를 실현하는 행위의 두 부분으로 구성된다. i)의 행위를 원인행위(또는 선행행위)라 하고 ii)의 행위를 구성요건실현행위(또는 실행행위 내지 후행행위)라 한다.

원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성이 문제되는 이유는 ‘행위와 책임의 동시존재의 원칙’과 ‘구성요건의 정형성’이라는 죄형법정주의의 근본요청 때문이다.¹⁶⁾ 원인에 있어 자유로운 행위는 원인행위 당시에는 ‘자유로운’ 책임능력자이지만 원인행위는 구성요건적 정형성을 구비한 실행행위로 보기에 난점이 있고, 구성요건실현행위는 구성요건적 정형성을 구비하고 있지만 그 때에는 책임능력이 결함된 상태에 있다. 여기서 행위와 책임의 동시존재의 원칙을 유지하면서 구성요건의 정형성을 강조하게 될 경우에는 범죄를 행할 의도로 스스로 책임능력결함상태를 야기한 후, 그 상태에서 범행을 한 자를 처벌할 수 없게 되는 처벌상의 흠결이 생기게 된다. 이러한 불합리를 제거하기 위하여 우리 형법은 제10조 제3항을 두어 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성은 입법적으로 해결하였다. 따라서 우리 형법상 원인에 있어서 자유로운 행위와 관련해서는 i) 구성요건실현시에 책임능력이 결여되거나 미약한 행위자를 완전한 책임능력자로 처벌하는 근거는 무엇이며, ii) 원인에 있어서 자유로운 행위의 유형을 어떻게 분류할 것인가, 그리고 iii) 형법 제10조 제3항의 해석론을 둘러싼 논쟁이 그 검토대상이 된다. iii)의 논점은 이 글의 주제이므로 항을 바꾸어 상세히 검토하기로 하고, 본항에서는 i)과 ii)의 논점에 대해서 개관하기로 한다.¹⁷⁾

(2) 책임비난의 근거

원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성의 근거에 대해서는 오늘날 원인행위에서 찾는 데 거의 견해의 일치를 보고 있다¹⁸⁾ 다만, 실행행위를 어디에서 구할 것인가에 대

16) 임용, 앞의 책, 283면 참조

17) 이에 대해서는 이 글의 주제를 검토하는데 필요한 범위 내에서만 간략히 검토하기로 한다

18) 과거에는 책임능력결함상태에서의 구성요건실현행위를 실행행위로 보고, 여기에서 가벌성의 근거를 구하는 견해가 있었다[유기천, 개정 형법학 총론강의(일조각, 1984), 138 - 140면] 이 견해는 의식과 무의식은 일도양단적인 관계가 아니라 의식단계에서 반무의식단계를 거쳐 무의식

해서 다름이 있다. 이에 대해서는 구성요건모델(Tatbestandsmodell oder Tatbestandslösung)과 책임모델(Schuldmodell oder Ausnahmestandsmodell)의 대립이 있다.¹⁹⁾

(1) 구성요건모델은 크게 전치모델(Vorverlegungsmodell)과 간접정범유추설로 나누어지는데, 우리나라의 구성요건모델을 취하는 입장은 후자의 견해를 따른다. 즉 원인에 있어서 자유로운 행위는 책임능력결함상태에 빠진 자신을 도구로 이용하는 간접정범과 유사하고, 따라서 원인행위가 실행행위이며 책임능력결함상태에서의 행위는 원인행위에 기인한 인과적 연장에 지나지 않으므로 책임능력상태에서 이루어진 원인행위가 책임비난의 근거라고 한다.²⁰⁾ 이 견해에 따르면 원인에 있어서 자유로운 행위의 실행의 착수시기도 간접정범과 동일하게 이해한다. 즉 이용자인 책임능력이 있는 자신이 피이용자인 책임능력이 없는 자신을 생명있는 도구로 이용한 때, 다시 말해서 원인행위개시시에 실행의 착수가 있다고 한다.²¹⁾

이 견해는 원인행위를 실행행위로 봄으로써 행위와 책임의 동시존재의 원칙을 관철시킬 수 있다는 점에서 장점을 가진다. 그러나 이 견해는 1) 간접정범은 그 도구가

의 상태로 나아가는바, 행위는 늦어도 반무의식상태에서 행해지며 무의식상태에서는 행해질 수 없다는 심리학상의 가설을 근거로 설명하는 견해이다 이에 의하면 의식상태에서 행한 원인행위는 예비행위에 불과하고 이러한 예비단계로부터 실행행위의 단계로 돌입하는 것은 무의식상태가 아니라 반무의식상태이므로, 반무의식적 실행행위가 있으면 범죄의 실행행위는 개시된다. 따라서 이러한 반무의식상태에서에서 구성요건이 실현되므로 주관적 요소를 인정할 수 있다는 것이다 이 견해는 반무의식상태에서의 행위를 실행행위로 보고 이 때는 책임능력이 있다고 봄으로써 원인에 있어서 자유로운 행위에도 행위와 책임이 전체의 행위과정에 동시에 존재할 수 있다(행위와 책임의 동시존재의 원칙을 관철시킴)는 장점을 가진다. 그러나 이 견해는 '의식'과 '책임능력'을 동일시했다는 점에서 치명적인 난점을 가지며(한상훈, 앞의 글, 152면 참조), 반무의식상태에서의 행위라는 것을 인정하여 이를 유책한 실행행위라고 한다면 사실상 거의 모든 행위에 책임능력이 인정되어 법적 안정성을 해할 뿐 아니라(배종대, 앞의 책, 378면; 이재상, 앞의 책, 314면, 정성근/박광민, 앞의 책, 322면), 이 견해에 따르면 원인에 있어서 자유로운 행위도 책임능력자의 행위이므로 제10조 제3항의 규정조차 필요가 없게 되는 결과가 된다 따라서 이 견해는 지지자를 찾아 볼 수 없게 되었다

19) 이에 대해 상세한 것은 한상훈, 앞의 글, 142면 이하, 전지연, "원인에 있어서 자유로운 행위(한림법학 제3권, 1993), 90면 이하 등 참조

20) 김일수/서보학, 앞의 책, 384면, 남홍우, 형법총론(박영사, 1985), 163면, 이견호, 신고형법총론(8인공저)(한국사법행정학회, 1987), 216면, 정영석, 형법총론(법문사, 1989), 173면, 황산덕, 형법총론(법문사, 1989), 198면 등

21) 다만, 김일수교수는 실행의 착수시기만은 원인설정행위와 심신상실상태하의 행위 양자의 중간에서 구하고 있다 즉 예비적인 원인설정행위가 완전히 끝나고 책임능력 결함상태에 빠진 행위자가 구성요건 실현을 향해 그 진행을 결정적으로 개시한 때 실행의 착수를 인정한다(김일수/서보학, 앞의 책, 385면).

반드시 책임능력의 결함과 관련될 필요가 없으나 원인에 있어서 자유로운 행위는 반드시 책임능력결함과 관련되어야 하고, 또한 자신이 책임능력이 결함된 자신을 의사지배한다는 것은 논리적으로 납득하기 곤란하고,²²⁾ 한정책임능력자를 이용한 간접정범은 불가능하지만 자신의 한정책임능력을 이용한 경우에도 원인에 있어서 자유로운 행위는 가능하다는 점에서 양자는 구조적으로 다르며,²³⁾ ii) 간접정범은 이용행위를 개시하면서부터 결과발생시까지 이용자가 의사지배를 하고 있으나 원인에 있어서 자유로운 행위의 경우는 행위자가 책임무능력상태에 빠지는 순간 행위지배를 상실해 버리므로 간접정범이론을 여기에 원용할 수 없고,²⁴⁾ iii) 실행행위로서의 정형성을 전혀 갖추지 못한 예비의 정도에 불과한 원인행위를 실행행위로 보면 예비행위와의 미수의 구별도 어렵게 되고, 원인행위개시시에 실행의 착수를 인정하여 예비에 불과한 행위를 미수로 처벌하므로 가벌성의 범위가 확장되어 죄형법정주의의 보장적 기능마저 무시되고 법적 안정성을 해할 위험이 크다는 점에서 부당하다.²⁵⁾

(2) 한편 책임모델은 원인행위는 실행행위가 될 수 없고 책임능력결함상태 하에서의 구성요건실행행위를 실행행위로 파악하면서도, 행위자가 유책하게 책임능력결함상태를 야기하여 범죄를 행하였다는 점에서 책임비난의 근거는 원인행위에서 찾을 수 있다는 견해이다. 따라서 이 견해에 의하면 원인에 있어서 자유로운 행위는 ‘행위와 책임의 동시존재의 원칙’에 대한 예외²⁶⁾로서 처벌되는 결과가 된다. 또한 책임모델에 따르면

22) 신동운, 앞의 책, 351면, 한상훈, 앞의 글, 146면. 따라서 간접정범유추설은 자신에 대한 우월한 의사지배를 논증하기 위하여 먼저 행위자가 어떻게 이용자와 피이용자로 분리될 수 있는지, 즉 ‘법률적 자이분열’(juristische Ich-Spaltung) 또는 ‘행위자의 이론적 복제’(dogmatische Klonierung des Täters)가 어떻게 가능한지 논증하여야만 한다(한상훈 앞의 글, 146면)

23) 윤용규, 앞의 글, 46면 각주 23), 이재상, 앞의 책, 312면, 이호중, 앞의 글, 37면, 임웅, 앞의 책, 285면, 한상훈, 앞의 글, 147면 등

24) 정성근/박광민, 앞의 책, 320면, 최우찬, 앞의 글, 177면.

25) 배종대, 앞의 책, 377면; 신동운, 앞의 책, 350면 351면; 이재상, 앞의 책, 312면, 이호중, 앞의 글, 36면, 임웅, 앞의 책, 285면, 정성근/박광민, 앞의 책, 320면 등.

26) 책임모델을 ‘책임주의의 예외’라고 보는 견해도 있다(배종대, 앞의 책, 378면, 안동준, 앞의 책, 155면, 이정원, 앞의 책, 219면) 그러나 ‘행위와 책임의 동시존재원칙’의 예외가 곧 책임주의의 예외라는 도식에는 의문이다. 동시존재원칙이 책임원칙에서 도출된다고 보는 통설의 입장에 따르면더라도 제10조 제3항은 책임모델의 정당화 근거(불가분적 관련)를 이유로 ‘실질적으로 책임주의의 실권’(윤용규, 앞의 글, 48면, 박상기 앞의 책, 230면, 이영란, 앞의 책, 328면, 임웅, 앞의 책, 286면, 정성근/박광민, 앞의 책, 322면도 같은 견해로 볼 수 있다) 내지는 책임원칙의 특별조항으로 이해할 수 있다(이용식, 앞의 글, 388면). 한편 동시존재의 원칙은 책임요소의 ‘시간적 존재’에 관련된 순수하게 형식적인 요구에 불과하지만, 책임주의는 불법, 즉 구성요건적 실행행위와 책임의 ‘내용적 일치’를 요구하는 것이지 ‘시간적 일치’를 요구하지는 않는다는 전체에서 책임주의와 동시존재원칙은 상호독립된 별개의 원칙이라는 견해에 따르면 동시존재원칙은 형벌

원인에 있어서 자유로운 행위는 책임능력결함상태 하에서의 구성요건 실현행위에서 실행의 착수가 있게 된다.

(3) 생각건대 우리 형법은 동시존재의 원칙에 대한 예외로서 원인에 있어서 자유로운 행위를 처벌하는 제10조 제3항을 두고 있을 뿐 아니라, 책임원칙의 핵심인 ‘법치국가적 형벌제한’이라는 요청은 오히려 구성요건모델보다는 책임모델에서 잘 관찰되고 있다. 따라서 책임모델이 타당하다고 본다. 다만 문제가 되는 것은 동시존재의 원칙에 대한 예외를 무엇을 근거로 어떤 요건 하에 정당화시킬 것인가 이다.

(4) 책임모델이 원인에 있어서 자유로운 행위에 대해 동시존재원칙에 대한 예외를 정당화하는 근거로 우리나라의 지배적인 학설이 제시하는 것은 원인행위와 구성요건 실현행위 사이의 ‘불가분적 관련성’이다(불가분적 관련성모델).²⁷⁾ 분명하지는 않지만 이러한 ‘불가분적 관련성’을 형성하는 연결고리는 원인행위시의 ‘이중의 고의 또는 과실’인 것으로 보인다.²⁸⁾ 즉 일정한 범죄를 범할 의도 하에(또는 예견이 가능함에도) 의식적으로(또는 잘못하여) 심신장애상태를 야기했다는 점일 것이다. 다시 말해서 심신장애상태야기와 구성요건실현이 ‘수단과 목적’의 관계 또는 ‘원인과 결과’의 관계로 연결되어 있으면 ‘불가분적 관련’을 인정할 수 있다는 의미로 풀이된다 “원인설정행위시에 행위자가 책임능력을 갖추었고 자신의 심신장애상태 하의 구성요건실현행위를 미리 예견하였거나(고의) 예견할 수 있었음(과실)에도 불구하고 자신을 심신장애상태에 빠뜨렸다면, …… 두 행위는 ‘불가분의 인과적 연관’을 맺고 있는 것이므로 행위자를 비난하는 것이 가능하다”는 견해²⁹⁾가 그 전형을 보여준다. 예외인정의 근거를 “심신상

은 행위자에 대한 규범적 비난가능성으로서의 책임에 기초하여야 한다는 책임주의에 포함되지 않으며, 따라서 동시존재원칙에 대한 예외를 인정하는 것이 곧 책임주의에 반하는 것은 아니고, 그 결과 책임주의는 책임모델과 상충되지 않을 뿐 아니라 정당한 책임비난을 위하여 동시존재의 원칙은 제한되어야 한다는 점에서 오히려 예외모델이 규범적으로 요구된다고 한다. 이에 의하면 제10조 제3항은 책임모델의 정당화근거(권리남용금지의 원칙 및 신의성실의 원칙)를 이유로 한 동시존재원칙에 대한 규범적 제한으로 기능한다(한상훈, 앞의 글, 155-157면 참조) 후자의 견해가 타당할 것으로 보인다. 따라서 책임모델이 원인에 있어서 자유로운 행위에 대해 ‘행위와 책임의 동시존재’라는 ‘책임주의의 예외’를 인정하여 불필요하게 형법의 법치국가적 제한을 벗어난다는 비판(김일수/서보학, 앞의 책, 384면)은 설득력이 없다

27) 김성천/김형준, 앞의 책, 346면, 박상기, 앞의 책, 230면, 배중대, 앞의 책 377면, 손동권, 앞의 책, 239면, 손해목, 앞의 책, 612면, 신동운, 앞의 책, 350면, 안원하, 앞의 글, 174면; 오영근, 앞의 책, 459면; 윤용규, 앞의 글, 47면, 이영란, 앞의 책, 328면, 이재상, 앞의 책, 313면, 이형국, 앞의 책, 191면, 임웅, 앞의 책, 286면, 정성근/박광민, 앞의 책, 323면, 조준현, 형법총론(법원사, 2000), 236면, 진계호, 앞의 책, 397면, 최선호, 형법총론(대명출판사, 1999), 290면, 최우찬, 앞의 글, 176면.

28) 이호중, 앞의 글, 42면 참조

실상태 혹은 심신미약상태에서 구성요건적 행위를 수행한 행위자는 그러한 심신장애를(범죄를 목적으로) 유책하게 야기하였기 때문”으로 보는 견해³⁰⁾도 같은 취지로 이해된다.

(5) 이러한 ‘불가분적 관련성’모델에 대해 동시존재원칙에 대한 예외를 정당화하는 근거로 제시되는 ‘불가분적 관련성’이 무엇을 의미하며 왜 불가분적 관련성이 문제되는 지가 분명하지 않다고 지적하면서,³¹⁾ 동시존재원칙의 예외에 대한 정당화근거를 권리남용금지원칙, 신의성실의 원칙, 예방의 관점 및 정의관념에서 찾을 수 있다는 견해가 있다(이른바 ‘심리적 동가치책임설’).³²⁾ 즉 완전히 책임능력이 있는 상태에서 범죄의 실행을 용이하게 하기 위하여 자신의 책임능력을 스스로 일부러 제거하였다면, 이러한 행위는 책임능력이 있는 것과 규범적으로 동일하게 평가되어야 하므로 완전한 책임능력자로 처벌되어야 하는 것은 권리남용금지원칙 및 신의성실의 원칙의 요구이며, 이렇게 법이 남용될 소지를 허용하는 것은 정의관념에도 반한다는 것이다. 또한 이러한 경우에도 책임비난을 부정하게 되면 일반예방과 특별예방의 목적도 달성할 수 없게 된다는 것이다. “원인에 있어서 자유로운 행위는 법을 악용하여 범행한 원인제공자를 처벌하는 데에 그 취지가 있다”는 견해도³³⁾ 이 범주에 넣을 수 있을 것이다.

(6) 생각건대 책임모델에 의한 동시존재원칙에 대한 예외는 권리남용금지원칙 및 신의성실의 원칙 등의 근거 하에 원인행위와 구성요건실현행위 사이의 ‘불가분적 관련성’을 인정할 수 있을 때에 정당화될 수 있다고 하겠다. 즉 정당화근거는 권리남용금지원칙 및 신의성실의 원칙 등이고, 원인행위와 구성요건실현행위 사이의 ‘불가분적 관련성’은 정당화요건으로 볼 수 있다. 그리고 이러한 ‘불가분적 관련’은 심신장애상태 야기와 구성요건실현이 ‘수단과 목적’의 관계 또는 ‘원인과 결과’의 관계로 연결되어

29) 임웅, 앞의 책, 286면 Wessels/Beulke, Strafrecht, AT, 29 Aufl 1999, Rn 415도 불가분적 관련을 두 행위의 인과적 관련에서 찾고 있다 오영근, 앞의 책, 459면도 같은 취지로 보인다

30) Schöke/Schröder/Lenckner, §20 Rn. 35, 안원하, 앞의 글, 174면

31) 이호중, 앞의 글, 42면, 한상훈, 앞의 글, 150면.

32) 한상훈, 앞의 글, 152면 이하 참조 제10조 제3항은 행위자가 자신에게 유리한 요건인 책임조각 사유를 신의성실의 원칙에 반하여 스스로 야기한 경우에 그 요건이 충족되지 않은 것으로 본다는 의미로 ‘신의성실의 원칙의 형법적 구체화’라고 할 수 있다고 한다(한상훈, 앞의 글, 154면). 이러한 권리남용의 사고는 독일에서는 Otto, “Actio libera in causa”, Jura 1986, S 429. Neumann, “Konstruktion und Argument in der neueren Diskussion zur actio libera in causa”, Arth Kaufmann-FS, 1993, S 590f 등에 의해서 주장되고 있다

33) 정성근/박광민, 앞의 책, 322면 그러므로 처음부터 범죄를 예견하였거나 예견할 수 있었음에도 불구하고 자의로 자신을 책임능력결함상태로 빠뜨린 자는 유책하게 자신의 행위통제능력을 제한한 것이므로 이 상태를 이용하여 범죄를 실행한 자에 대하여 책임비난을 할 수 있다고 한다

있으면 인정된다고 보아야 한다.

이상의 이 글의 결론에 따르면, 원인에 있어서 자유로운 행위의 경우 불법귀속은 구성요건실현행위시점을 기준으로 판단하면서, 구성요건실현시에 결여된 책임비난의 요소(책임능력, 책임요소로서의 고의 또는 과실 등)는 구성요건실현행위와 ‘불가분적 관련성’이 인정되는 원인행위의 일정한 요소로부터 보전되어 정당한 형벌로 환원되는 구조를 취한다.³⁴⁾

(3) 원인에 있어 자유로운 행위의 유형

원인에 있어서 자유로운 행위는 책임능력결함상태의 야기 및 결함상태 하에서의 구성요건실현행위에 대한 고의 또는 과실³⁵⁾의 결합관계에 따라 네 가지 유형을 생각해 볼 수 있다(아래 [표] 참조).³⁶⁾³⁷⁾ 여기서 주의할 것은 결함상태에서의 범행에 대한 고

34) 이에 대해서는 상세한 것은 아래 ‘제10조 제3항의 해석론’에서 검토한다. 이상의 결론에 따르면 원인에 있어서 자유로운 행위의 경우는 책임비난, 즉 책임귀속의 준거가 되는 행위(원인행위)와 불법귀속의 준거가 되는 행위(구성요건실현행위)가 일치하지 않는 결과가 된다. 따라서 책임귀속의 준거가 되는 행위와 불법귀속의 준거가 되는 행위는 일치해야 한다는 책임주의의 근본적인 요청에 반한다는 비판을 받을 수 있다(이호중, 앞의 글, 39면 참조). 원인행위와 실행행위를 전체로서 하나의 행위로 보는 견해(신동일, “원인에 있어서 자유로운 행위”(형사정책연구 제9권 4호, 1998 겨울호), 195면; 윤용규, 앞의 글, 48면, 이정원, 앞의 책, 223면)을 취하지 않는 한 이 비판으로부터 자유롭기는 어려울 것 같다. 차후 검토를 요하는 문제이다.

35) 형법에서 고의란 객관적 구성요건요소를 인식하고 이를 실현하려는 의사를 말하고, 과실이란 주의의무에 위반하여 이를 인식하지 못한 것을 말한다 그렇다면 여기서 ‘책임능력결함상태의 야기’에 대한 ‘고의’ 또는 ‘과실’이라는 표현은 엄밀한 의미에서는 옳지 못하다. 결국 책임능력결함상태(심신상실 또는 심신미약)에 빠지는 것을 인식하고 의욕 또는 용인하는 것이 ‘책임능력결함상태의 야기’에 대한 ‘고의’로 표현되고, 주의의무에 위반하여 책임능력결함상태에 빠진 것을 ‘책임능력결함상태의 야기’에 대한 ‘과실’로 표현되고 있다. 이하 책임능력결함상태와 관련된 고의 또는 과실은 모두 이러한 의미로 사용한다.

36) 4유형설이 통설이다. 다만 최근에 ① 결함상태하의 구성요건실현행위시의 고의 또는 과실, ② 책임능력결함상태 야기에 대한 고의 또는 과실(책임능력결함고의 - 책임능력결함과실), ③ 이 때 가진 구성요건실현행위에 대한 고의 또는 과실의 결합관계에 따라 원인에 있어서 자유로운 행위를 8유형으로 분류하는 견해가 등장하여 눈길을 끈다(오영근, 앞의 책, 463면, 임웅, 앞의 책, 287면 이하. 특히 290면, 한상훈, 앞의 글, 166면 이하) 이 견해에 따르면 ①②③ 모두에 고의가 있는 경우가 고의원인에 있어서 자유로운 행위에 해당하고, 셋 중 어느 하나라도 과실이 있는 나머지 7가지 유형은 과실원인에 있어서 자유로운 행위에 해당한다 통설인 4유형설에 비해서 원인에 있어서 자유로운 행위를 세분화했다는 점에서는 특이점을 발견할 수 있으나, 이 견해 역시 원인에 있어서 자유로운 행위의 모든 현상을 포섭할 수 없다는 점에서 여전히 문제점을 내포하고 있는 것으로 보인다. 즉 이 견해는 심신상실상태를 야기한 원인에 있어서 자유로운 행위에는 ‘대체로’ 타당하나, 심신미약상태를 야기한 원인에 있어서 자유로운 행위에는 타당

의 과실 역시 원인설정행위시에 존재하여야 하며,³⁸⁾ 책임능력결함상태에서 사실상 행한 법익침해행위가 고의로 행해졌는지 과실로 행해졌는지는 중요하지 않다.³⁹⁾

구 분	제1유형	제2유형	제3유형	제4유형
심신장애상태의 야기	고 의	고 의	과 실	과 실
심신장애상태 하에서의 범행	고의(미필적 고의 포함)	과 실	고 의	과 실

위 표에서 제1유형만이 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위에 해당하고, 나머지 세 유형은 과실에 의한 원인에 있어 자유로운 행위에 속한다. 즉 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위는 행위자가 심신장애상태를 고의로 야기하고 이때 이미 심신장애상태 하에서 행할 구성요건실현에 대해서도 고의를 가진 경우를 말하며,⁴⁰⁾

할 수 없고(이 경우는 고의원인에 있어서 자유로운 행위인가 과실원인에 있어서 자유로운 행위인가를 불문하고 심신미약상태에서 행한 불법 전부에 대해 고스란히 책임이 인정되어 그대로 범죄가 성립하고 형벌이 감경되지도 않기 때문이다), 또 심신상실상태를 야기한 경우에도 이른바 결과적 가중범에 해당하는 불법이(중한 결과에 대해 고의나 과실로) 실현된 경우, 예컨대 상해를 가할 의사로 고의로 심신상실상태를 야기하고 그 상태에서 고의로 살인했거나 상해치사죄를 실현한 경우에는 이 견해의 8유형 중 그 어디에도 속하지 않는다. 필자의 생각으로는 구성요건적 불법이 실현된 형태에 따라 고의범과 과실범 및 결과적 가중범의 불법을 심사한 후, 책임단계에서 전통적인 4유형설에 따르면서 그 효과를 개별적으로 검토하는 것이 바람직할 것으로 보인다.

37) 책임모델을 따르면서 ('장애상태야기시'에 가진 구성요건실현에 대한 고의 또는 과실에 따른) 4유형론을 취하는 것은 논리적이지 못하다는 견해가 있다(김성돈, 앞의 글, 18-19면; 이용식, 앞의 글, 386면). 그러나 이러한 견해에는 찬성할 수 없다. 이미 살핀 바와 같이 책임모델은 불법 판단단계에서는 구성요건실현행위만을 대상으로 고의 또는 과실불법 여부를 평가하고, 원인행위는 불법평가와는 무관한 책임비난의 근거로만 삼는다. 즉 원인행위는 구성요건실현시에 결여된 책임비난의 요소(책임능력, 책임요소로서의 고의 또는 과실 등)를 보전해주는 역할을 한다. 즉 후술하는 바와 같이, 원인행위의 구성요건실현에 대한 고의는 구성요건실현시에 흡결된 심정반가치로서의 책임고의를 보전하는 역할을 한다. 따라서 원인에 있어서 자유로운 행위의 유형론과 가벌성 근거에 관한 모델론(책임모델 또는 구성요건모델)은 논리적인 연결관계에 있지 않다. 결국 가벌성의 근거를 어느 모델이론에서 구하는가와 관계없이 원인설정시를 기준으로 한 4유형설이 타당하다고 하겠다. 조상제, 앞의 글, 433면도 같은 취지이다.

38) 책임능력결함상태에서 범할 범죄에 대한 고의는 특정범죄 또는 적어도 일정한 종류의 범죄에 대한 것이어야 한다. 따라서 원인설정시에 피해자를 특정하지 않고 강간을 결심하고 책임능력결함상태에서 A라는 부녀를 강간한 경우에도 고의는 인정된다(정성근/박광민, 앞의 책, 324면). 원인설정시에 계획했던 고의와 책임능력결함상태에서 범행이 일치하지 않는 때에는 구성요건적 착오가 되며, 착오론의 일반원리에 따라 고의의 성부가 결정된다.

39) 김일수/서보학, 앞의 책, 385면; 조상제, 앞의 글, 430면. 반대 견해는 윤용규, 앞의 글, 50면.

40) 피고인들이 피해자들을 살해할 의사를 가지고 살인을 공모한 후에 대마초를 흡연하고 심신미약 상태에서 살인을 한 사안이 그 예이다. 이에 대해 판례는 "대마초 흡연시에 이미 범행을 예견

과실에 의한 원인에 있어 자유로운 행위는 심신장애상태야기 또는 그 상태에서 행할 구성요건실현 중 어느 하나가 과실이거나 모두 과실인 경우를 말한다.⁴¹⁾⁴²⁾

III. 제10조 제3항의 해석론

형법은 “위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전 2항의 규정을 적용하지 아니한다”고 규정하고 있다(제10조 제3항). 여기서 “위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위” 부분이 제10조 제3항의 법률요건에 해당하고, “전 2항의 규정을 적용하지 아니한다”는 부분은 법률효과에 해당한다.

1. 제10조 제3항의 요건

하고도 자의로 위와 같은 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로, 형법 제10조 제3항에 의하여 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 없다”고 판시했다(대판 1996. 6. 11. 96도857).

- 41) 행위자가 책임능력결함상태에서 행한 행위를 예견할 수 있었음에도 불구하고 부주의로 예견하지 못한 채 고의로 책임능력결함상태를 야기하고 그 상태에서 작위 또는 부작위로 구성요건을 실현한 경우(제2유형 - 취중에 폭행의 습벽이 있는 자가 폭행의 고의 없이 음주대취하고 폭행한 경우 또는 전철수가 찾김에 대취하여 전철하지 못함으로써 열차를 충돌시킨 경우), 행위자가 책임능력결함상태에서 행한 행위에 대해 고의가 있었으나 고의 없이 과실로 책임능력 결함상태를 야기하고 그 상태에서 작위 또는 부작위로 구성요건을 실현한 경우(제3유형 - 특정인을 살해할 고의를 가지고 용기를 얻기 위하여 조금 음주하였으나 그날따라 몸상태가 좋지 못하여 대취상태에 빠져 취중에 그를 살해한 경우 또는 전철수가 열차를 충돌시킬 고의가 있었으나 마침 친구가 찾아와 담소음주 중 대취하여 열차를 충돌시킨 경우), 행위자가 책임능력결함상태에서 행한 행위를 예견할 수 있었음에도 불구하고 부주의로 예견하지 못한 채 과실로 책임능력결함상태를 야기하고 그 상태에서 작위 또는 부작위로 구성요건을 실현한 경우(제4유형 - 대기중인 의사가 음주하여 부주의로 대취상태에 빠져 응급환자를 치료하다 의료과오를 저지른 경우 또는 엄마가 유아에게 젖을 물린 채로 자신도 모르게 잠이 들어 유아가 질식사한 경우) 등이 과실원인에 있어서 자유로운 행위에 포함된다

- 42) 김일수/서보학, 앞의 책, 385-386면, 신동운, 앞의 책, 362면, 이영란, 앞의 책, 329면, 이재상, 앞의 책, 316면; 진계호, 앞의 책, 396면 등 다수설. 한편 1) 제2유형만 과실원인에 있어서 자유로운 행위이고, 제3유형과 제4유형은 순수한 과실범의 영역이라는 견해(박상기, 앞의 책, 233면, 배종대, 앞의 책, 379면), 11) 제4유형은 순수한 과실범의 영역이라는 견해(정성근/박광민, 앞의 책, 325면), 12) 제4유형만 과실원인에 있어서 자유로운 행위라는 견해(윤용규, 앞의 글, 52면) 및 13) 과실은 실행행위와 관련하여서만 판단될 수 있는 문제이므로 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위 자체를 부정하고, 통상의 과실범이론으로 해결하고자 하는 견해(이정원, 앞의 책, 218면, 안원하, 앞의 글, 177면 이하)도 있다.

(1) '행위'의 의미

제10조 제3항의 '행위'는 구성요건실현행위를 의미한다. 따라서 원인에 있어서 자유로운 행위도 심신장애상태 하에서 구성요건을 실현하는 불법한 행위가 있어야 한다. 구성요건실현행위는 고의, 과실, 작위, 부작위를 불문한다. 다만 이 경우의 구성요건실현행위는 책임비난요소(특히 책임능력)가 탈락되거나 감경된 형태로 행해진다. 행위자가 비록 구성요건실현시에 사물변별능력이나 의사결정능력이 결여된 심신상실의 상태에 있었다 하더라도 구성요건적 고의 또는 과실을 인정할 수 있는 주관적 심리상태는 인정되므로⁴³⁾ 불법행위를 할 수 있다. 원인행위만 있고 구성요건실현행위가 개시되지 않은 경우에는 예비는 될 수 있어도 미수는 될 수 없다(책임모델) 원인에 있어서 자유로운 행위의 실행의 착수시기는 통상의 범죄의 경우와 전적으로 동일하다.

또한 이 때의 고의 또는 과실은 원인에 있어서 자유로운 행위의 유형결정과는 무관하다(4유형론) 따라서 원인에 있어서 자유로운 행위의 불법 여부는 오로지 구성요건실현행위만을 대상으로 판단되어야지, 원인행위와 관련된 요소는 불법판단에 고려되어서는 아니된다. 이 글의 입장인 책임모델에 따르면 원인행위와 관련된 요소는 구성요건실현행위시에 흠결된 일정한 책임비난의 요소를 전보하는 기능을 함에 불과하기 때문이다

(2) '위험발생'의 '예견'

(1) 위에서 검토한 구성요건실현행위에 선행하는 원인행위는 "위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기"하는 행위이다. 원래 구성요건실현시에 흠결된 책임비난의 요소는 책임을 조각하거나 감경하는 사유로 작용한다. 그런데 원인에 있어서 자유로운 행위의 경우에는 원인행위의 두 요소, 즉 '위험발생의 예견' 및 '자외에 의한 심신장애 야기'로 인하여 책임조각 내지 책임감경의 효과가 저지되고 완전한 책임비난이 가능해진다. 원인행위가 책임비난을 전보하기 위해서는 구성요건실현행위와 불가분적 관련, 즉 수단과 목적 내지 원인과 결과의 관계에 있어야 함은 물론이다(책임비난의 근거 참조).

(2) 여기서 '위험발생'이 무엇을 의미하는가에 대해 견해가 대립한다 지배적인 학설은 위험발생을 책임능력결함상태에서의 '구성요건실현'을 의미하는 것으로 이해한다.⁴⁴⁾

43) 김성돈, 앞의 글, 31면.

44) 김일수/서보학, 388면, 박상기, 앞의 책, 236면, 배종대, 앞의 책, 379면, 손동권, 앞의 책, 241-242면, 오영근, 앞의 책, 459면, 이영란, 앞의 책, 330면, 이재상, 앞의 책, 317면, 임웅, 앞

이와는 달리 ‘원인행위에 전형적으로 수반되는 법익침해의 가능성’⁴⁵⁾ 또는 ‘법익이 침해될 실질적 가능성’은 물론 ‘원인행위에 수반되는 위험발생’을 포함한다고 이해하는 견해도 있다⁴⁶⁾ 생각건대 후설은 위험발생의 개념을 너무 넓혀 부당하게 처벌의 확대를 가져오므로 찬성하기 힘들다. 따라서 위험발생은 책임능력결함상태에서의 ‘구성요건실현 내지 그 가능성’으로 이해하는 것이 타당하다.

(3) ‘예견’의 포섭범위에 대해서도 견해대립이 심하다. i) 위험발생을 인식·인용한 고의는 물론 위험발생의 가능성을 예견한 과실도 포함한다는 견해,⁴⁷⁾ ii) ‘예견’은 인식·인용한 경우인 고의만을 가리킨다는 견해,⁴⁸⁾ iii) ‘예견’을 고의와 인식있는 과실을 포함하는 것으로 이해는 견해 등이 있다⁴⁹⁾ i)의 견해가 다수설이며 판례의 입장이기도 하다.⁵⁰⁾ 생각건대 i)의 견해가 타당하다. ‘위험발생’을 책임능력결함상태에서의 ‘구성요건실현 내지 그 가능성’으로 이해하는 이 글의 입장에서 ‘구성요건실현’을 예견한 경우인 고의는 물론 ‘구성요건실현가능성’을 예견한 인식 있는 과실의 경우는 당연히 위험발생을 예견한 경우에 포섭시키는데 무리가 없다. 다만 인식 없는 과실의 경우는 ‘구성요건실현가능성’조차 예견하지 못한 경우이므로 여기에 포섭시키기에 의문이 있다. 그러나 인식 있는 과실과 인식 없는 과실은 불법과 책임의 내용에 있어 아무런 차이가 없다는 점에 비추어보면 인식 없는 과실을 의도적으로 배제하려는 입법의도로 보기에는 난점이 있고, 인식 없는 과실의 경우를 포함시킨다 하여 이것이 죄형법정주의가 금지하는 유추해석으로 볼 수는 없다고 생각된다. 결국 형법은 제10조 제3항은 책임능력결함상태에서의 범행에 대해서 고의가 있는 경우와 과실이 있는 경우의 모두를 규정하고 있다고 보아야 한다. 그러나 견해대립의 실익은 크지 않다. 왜냐하면 책임능력결함상태에서의 범행에 대해서 과실이 있는 경우를 제외하는 견해들도 대체로 일반 과실범의 법리에 의해서 과실범으로 처벌할 수 있다는 입장을 취하기 때문이다⁵¹⁾

(4) 결론적으로 ‘위험발생의 예견’에는 원인행위시에 이미 심신장애상태 하의 구성요건실현행위에 대한 고의 또는 과실이 있는 경우를 포함된다. 책임능력이 있을 때에 준

의 책, 287면, 정성근/박광민, 앞의 책, 326면, 진계호, 앞의 책, 400면

45) 신동운, 앞의 책, 361면

46) 김성돈, 앞의 글, 10면.

47) 김일수/서보화 앞의 책, 388면, 배종대, 앞의 책, 379면, 손동권, 앞의 책, 243면; 임웅, 앞의 책, 297면, 정성근/박광민, 앞의 책, 326면, 진계호, 앞의 책, 400면 등 다수설

48) 안원하, 앞의 글, 183면, 오영근, 앞의 책, 464면, 이호중, 앞의 글, 44면, 조상제, 앞의 글, 63면

49) 박상기, 앞의 책, 236면, 이영란, 앞의 책, 331면, 이용식, 앞의 글, 398면.

50) 대판 1992 7 28, 92도999 참조

51) 안원하, 앞의 글, 177면 이하, 이용식, 앞의 글, 387면 참조

채웠던 바로 이 원인행위시의 구성요건실현에 대한 고의 또는 과실이 구성요건실현행위시에 흡결된 책임요소로서의 고의(심정반가치로서의 고의) 또는 과실(주관적 주의의 무위반)을 보전하는 역할을 한다

(3) ‘자의’에 의한 ‘심신장애 야기’

(1) ‘자의’의 개념에 대한 해석에 있어서도 심신장애상태의 야기에 대해 고의가 있는 경우만을 의미한다는 견해와,⁵²⁾ 고의뿐만 아니라 과실도 포함된다는 견해⁵³⁾가 대립되고 있다. 후자의 견해가 유력한 견해이고, 판례도 후자의 입장을 따른다.⁵⁴⁾ 생각건대 ‘자의’란 책임능력결함상태의 야기가 타인의 강요에 의한 것이 아니라는 의미, 즉 ‘스스로’ 또는 ‘자유롭게’라는 의미이므로 고의·과실과 직접 결부되지는 않지만 비자의(非自意, 즉 강제)가 아닌 한 고의와 과실⁵⁵⁾을 포괄하는 것으로 보는 것이 옳다.

(2) ‘심신장애’는 심신상실과 심신미약을 모두 포함한다. 따라서 형법 제10조 제3항은 원인에 있어 자유로운 행위의 4가지 유형을 모두 규정하고 있다고 보아야 한다.

(3) 결론적으로 ‘자의로 심신장애를 야기’한다는 것에는 고의 또는 과실로 심신상실 또는 심신미약을 야기한 경우를 포함한다. 책임능력이 있는 자가 위험발생을 예견하면서 심신장애상태를 야기하는 고의 또는 과실이 구성요건실현행위시에 흡결된 책임능력을 보전하는 역할을 한다.

2. 원인에 있어서 자유로운 행위의 효과

(1) 제10조 제3항의 기본적 효과

원인에 있어서 자유로운 행위에 해당할 경우 ‘전2항의 규정을 적용하지 아니한다’. 따라서 행위자가 비록 행위시에 책임무능력자일지라도 제10조 제1항이 적용되지 않고 완전한 책임능력자로 처벌되고, 한정책임능력자이었다 하더라도 제10조 제2항에 의해 형이 감경되지 않는다.

52) 박상기, 앞의 책, 236면, 배종대, 앞의 책, 381면, 오영근, 앞의 책, 461면, 이정원, 앞의 책, 218면, 이재상, 앞의 책, 317면, 이호중, 앞의 글, 43면, 조상제, 앞의 글, 435면

53) 김일수/서보학, 앞의 책, 388면, 손동권, 앞의 책, 243면, 손해목, 앞의 책, 615면, 신동운, 앞의 책, 360면, 이영란, 앞의 책, 332면, 이용식, 앞의 글, 398면, 이형국, 앞의 책, 193면, 임웅, 앞의 책, 291면, 정성근/박광민, 앞의 책, 327면, 진계호, 앞의 책, 400면, 최선호, 앞의 책, 292면, 한상훈, 앞의 글, 159면 등 다수설

54) 대판 1992 7 28, 92도999 참조

55) 여기서 고의 또는 과실의 의미에 대해서는 앞의 각주 35) 참조.

그러면 원인에 있어서 자유로운 행위에 해당할 경우 행위자는 구체적으로 어떻게 처벌되는가가 문제이다.

원인에 있어서 자유로운 행위라 할지라도 그 불법 여부는 오로지 구성요건실현행위만을 대상으로 판단해야 하고, 원인행위와 관련된 요소는 불법판단에 고려되어서는 아니되며, 원인행위와 관련된 요소는 오로지 책임비난을 보전할 수 있을 뿐이라는 것은 이미 보았다. 즉 제10조 제3항의 원인에 있어서 자유로운 행위가 되기 위해서는 ‘심신장애 야기’와 ‘위험발생, 구성요건실현’에 대한 이중의 고의 또는 과실이 요구되며,⁵⁶⁾ 이들은 원인행위시에 존재해야 한다. 여기서 심신장애상태를 야기하는 고의 또는 과실이 구성요건실현행위시에 함결된 책임능력을 보전하는 역할을 하고, 원인행위시에 존재했던 위험발생, 즉 구성요건실현에 대한 고의 또는 과실이 구성요건실현행위시에 함결된 책임요소로서의 고의(심정반가치로서의 고의) 또는 과실(주관적 주의의무위반)을 보전하는 역할을 한다. 제10조 제3항의 원인에 있어서 자유로운 행위에 해당할 경우 그것이 고의에 의한 경우이든 과실에 의한 경우이든 책임능력은 보전되므로 완전한 책임능력자의 행위로 평가되어 책임능력은 부정되지 않는다고 보아야 한다.⁵⁷⁾ 문제는 책임요소로서의 고의 또는 과실의 보전 여부이다.⁵⁸⁾

이하에서는 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위와 과실의 원인에 있어서 자유로운 행위의 경우에 자의로 심신상실상태를 야기한 경우를 중심으로 행위자를 어떻게 처벌할 것인가를 검토한 후, 심신미약상태를 야기한 경우에 관해 언급하기로 한다.

(2) 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위의 경우

‘심신장애 야기의 고의 - 구성요건실현의 고의’의 조합이 고의의 원인에 있어서 자

56) 이 이중의 고의 또는 과실의 조합에 의해 원인에 있어서 자유로운 행위의 유형이 결정된다(4유형론). 즉 ‘심신장애 야기의 고의 - 위험발생의 고의’의 조합이 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위에 해당하고, ‘심신장애 야기의 고의 - 위험발생의 과실’, ‘심신장애 야기의 과실 - 위험발생의 고의’ 및 ‘심신장애 야기의 과실 - 위험발생의 과실’의 조합은 과실의 원인에 있어서 자유로운 행위에 해당한다 따라서 어느 한 요소에 대한 고의 또는 과실이 존재하더라도 다른 요소에 대한 고의 및 과실이 부정될 경우에는 원인에 있어서 자유로운 행위에 해당하지 않기 때문에 제10조 제1항 또는 제2항이 적용되어 책임이 조각되거나 감경된다

57) 이것은 제10조 제1항과 제2항을 적용하지 아니한다는 제10조 제3항의 규정상 분명해 보인다.

58) 대부분의 문헌들은 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위는 고의범으로 처벌되고, 과실의 원인에 있어서 자유로운 행위는 과실범처벌규정이 있으면 과실범으로 처벌된다고 한다(김일수/서보학, 앞의 책, 385-386면; 김형준, “음주운전교통사고와 원인에 있어서 자유로운 행위”, 중앙법학, 2001, 160-161면; 손동권, 앞의 책, 242면; 오영근, 앞의 글, 87면; 이영란, 앞의 책, 332면; 정성근/박광민, 앞의 책, 325면 등) 그러나 이는 정확하지 않다

유로운 행위에 해당한다. 이 경우는 심신장애 야기의 고의와 구성요건실현의 고의가 '동시에 존재'하므로 구성요건실현행위시에 흠결된 책임능력과 심정반가치로서의 책임 고의를 보전하여 완전책임비난이 가능해진다 즉 '심신상실상태'에서 고의로 실현한 불법이 원인행위시에 행위자가 인식·인용했던 고의와 일치하는 범위에서 책임요소로서의 고의인 심정반가치를 인정할 수 있고, 그 이외의 결과에 대한 고의는 책임능력결함상태에서 비로소 가지게 된 것이므로 법배반적인 심정으로서의 책임고의를 인정할 수는 없으나 원인행위시에 그 결과에 대해 행위자에게 예견이 가능했다면 주관적 주의의무 위반이 인정되므로 책임요소로서의 과실을 인정할 수 있을 뿐이라고 이해하는 것이 옳다.⁵⁹⁾

따라서 1) 심신상실상태에서 '고의'로 실현한 범죄 전부에 대해 고의불법이 인정되더라도,

(1) 원인행위시에 그 전부에 대해 고의가 있는 경우는 실현된 고의불법 전체에 대해서 책임능력과 책임고의가 인정되어 전체에 대해 고의범이 성립한다(전체 고의불법 - 전체 고의책임 ⇒ 전체에 대해 고의범 성립).⁶⁰⁾

(2) 원인행위시에 일부에 대해서만 고의가 있었다면 행위자에게 책임능력은 인정되지만, 초과부분에 대해서는 심정반가치로서의 책임고의가 부정되므로 원칙적으로 원인행위시에 고의가 인정되는 범위 내에서만 고의범이 성립한다(전체 고의불법 - 일부 고의책임 ⇒ 불법과 책임이 일치하는 범위 내의 일부에 대해서만 고의범 성립. 이 경우 불법과 책임이 동일하지 않음)⁶¹⁾ 다만, 원인행위시의 고의를 초과하는 (결과적 가중범의) 중한 결과가 실현되었고 원인행위시에 행위자에게 그 중한 결과에 대해 예견이 가능했다면, 행위자에게 책임능력이 인정되고 원인행위시에 인식·인용한 범위 내에서 심정반가치로서의 책임고의는 물론 초과부분에 대해 주관적 주의의무위반으로서의 책임과실이 인정되므로 고의와 과실의 결합형식인 결과적 가중범까지 범죄가 성립한다(전

59) 전제사실의 착오가 있을 경우 '고의불법 - 과실책임'을 인정하여 결국 과실범으로 처벌하는 법효 과제한책임설의 논리와 동일하다

60) 예컨대 절도를 예상하면서 만일의 경우 체포면탈 목적으로 폭행할 의사를 가지고 음주하여 심신상실상태에서 준강도를 실行了 경우는 준강도죄가 성립한다

61) 예컨대 절도의사로 음주하여 심신상실상태에서 절도를 실行了하다 주인에게 발각되어 체포면탈 목적으로 폭행한 경우 준강도죄의 고의불법은 실현되었고 '고의'원인에 있어서 자유로운 행위에 해당하여 행위자에게 책임능력은 인정되지만(제10조 제3항), 초과부분인 체포면탈목적으로 폭행한 부분에 대해서는 심정반가치로서의 책임고의가 부정되므로 원인행위시에 고의가 인정되는 '절도'의 범위 내에서만 고의범이 성립한다고 보아야 한다. 초과부분에 대한 예견이 가능했다하더라도 결론은 동일하다 준강도죄는 과실범을 처벌하지 않기 때문이다.

체 고의불법 - 일부 고의책임+일부 과실책임 ⇒ 불법과 책임이 일치하는 범위 내에서 고의범과 과실범의 결합형식으로서 결과적 가중범 성립. 이 경우 불법과 책임이 동일하지 않음)고 보아야 한다.⁶²⁾

ii) 심신상실상태에서 ‘과실’로 구성요건적 불법을 실현한 경우이지만, 원인행위를 고의로 야기했고 원인행위시에 실현된 구성요건에 대한 고의가 있는 경우(전체 과실불법 - 전체 고의책임⁶³⁾ ⇒ 불법과 책임이 일치하는 범위 내에서 전체범죄에 대한 과실범 성립. 이 경우 불법과 책임이 동일하지 않음. 다만 이 경우 의도한 범죄에 대해 예비·음모죄는 성립할 수 있음).⁶⁴⁾⁶⁵⁾

(3) 과실의 원인에 있어서 자유로운 행위의 경우

① ‘심신장애 야기의 고의 - 구성요건실현의 과실’, ② ‘심신장애 야기의 과실 - 구성요건실현의 고의’ 및 ③ ‘심신장애 야기의 과실 - 구성요건실현의 과실’의 조합이 과실의 원인에 있어서 자유로운 행위에 해당한다.

행위자가 심신상실상태를 야기하여 행위한 경우의 과실에 의한 원인에 있어서 자유

62) 예컨대 상해할 의사로 음주하여 심신상실상태에서 살인(또는 상해치사)죄를 범한 경우는 살인죄(또는 상해치사죄)의 불법이 실현되었고 책임능력도 부정되지 않지만(제10조 제3항), 살인에 대해서는 심정반가치로서의 책임고의가 없으므로 살인죄는 성립하지 않는다. 다만, 원인행위시에 상해의 고의를 초과하는 중한 사망의 결과에 대해 행위자에게 예견이 가능했다면 ‘상해’까지는 심정반가치로서의 책임고의가, 초과부분인 사망에 대해서는 주관적 주의의무위반으로서의 책임과실이 인정되므로 고의와 과실의 결합형식으로 결과적 가중범인 ‘상해치사죄’가 성립한다. 원인행위시에 사망의 결과를 예견할 수 없었을 경우에는 상해죄까지만 성립한다고 보아야 한다.

63) 관념상으로는 전체에 대해 ‘고의책임’을 인정할 수 있다. 다만 과실범의 범위 내에서 불법이 실현되었으므로 실현된 과실불법 이상으로 처벌할 수 없기 때문에 고의책임을 검토할 필요가 없을 뿐이다. 책임은 사물논리적으로 불법을 전제하기 때문이다.

64) 예컨대 甲이 A를 살인할 의사로 흉기를 준비하고 음주하여 심신상실상태에서 자동차를 운전하여 A의 집으로 가다 부주의로 길을 건너던 A를 치사한 경우, 업무상과실치사죄의 불법을 실현했고 책임능력이 인정되지만(제10조 제3항), 고의불법이 실현되지 않았으므로 책임고의는 거론할 필요도 없이 책임과실이 인정되어 업무상과실치사죄가 성립한다. 다만, 칼을 준비하는 등 준비행위가 있었으므로 살인예비죄도 성립하고 양죄는 상상적 경합관계에 있다고 보는 것이 타당하다(경합범이라는 견해도 있겠지만 범행을 준비하고 범행장소에 잠입하여 대기하는 전 과정이 포괄하여 예비죄의 포괄일죄로 평가되므로 업무상과실치사죄는 살인예비죄와 부분적 동일성이 인정되므로 상상적 경합으로 보는 것이 타당할 것이다).

65) 이 경우를 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위라고 이해하는 견해도 있다(이용식, 앞의 글, 407면). 그러나 4유형설에 따르면 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위로 보는 것이 타당하다고 본다.

로운 행위는 심신상실상태에서의 범행에 대해 과실범처벌규정이 있으면 과실범으로 처벌된다. 다시 말해서 위의 세 가지 조합 모두 책임능력은 인정된다(제10조 제3항). ①과 ③의 경우는 원인행위시에 심신상실상태에서의 구성요건실현에 과실이 있는 경우이므로 심정반가치로서의 책임고의는 인정할 수 없지만 주관적 주의의무위반으로서의 책임과실은 인정되므로 과실책임의 범위에서 책임비난을 가할 수 있다 따라서 과실범으로 처벌하는데 문제가 없다. 문제는 원인행위시에 심신상실상태에서의 구성요건실현에 고의가 있는 ②의 경우이다. 생각건대 원인에 있어서 자유로운 행위가 고의범으로 처벌되기 위해서는 '심신장애 야기'와 '구성요건실현'에 대한 이중의 고의가 있어야 한다. 즉 심신장애 야기의 고의와 구성요건실현의 고의가 '동시에 존재'해야 구성요건실현행위시에 흠결된 책임능력과 책임고의를 보전하여 완전책임비난이 가능해진다. 따라서 구성요건실현에 대한 고의가 있더라도 심신상실 야기에 대해 과실만 있는 경우라면 행위자에게 심신상실 야기시에 그 상태에서 의식적으로 구성요건을 실현하려는 결단이 없으므로 심정무가치로서의 책임고의를 인정할 수 없어 책임고의를 보전할 수 없다고 보아야 한다. 따라서 책임과실의 범위에서만 그 흠결이 보전된다고 보는 것이 옳다.

1) 심신상실상태에서 '고의'로 실현한 범죄 전부에 대해 고의불법이 인정되더라도,

(1) 원인행위시에 전체범죄 모두에 고의는 있었으나 심신상실상태야기에 대해 과실이 있는 경우(위 ②의 경우임)는, 제10조 제3항에 의해 책임능력이 인정되지만 심정반가치로서의 책임고의를 인정할 수 없으므로 책임과실의 범위에서만 그 흠결이 보충된다. 따라서 그 범죄에 대해서 과실범처벌규정이 있다면 과실범으로 처벌할 수 있다(전체 고의불법 - 전체 과실책임 ⇒ 불법과 책임이 일치하는 범위 내에서 전체 범죄에 대한 과실범 성립. 이 경우 불법과 책임이 동일하지 않음).⁶⁶⁾

(2) 원인행위시에 전체범죄 모두에 고의는 없었으나 예견이 가능했다면, 제10조 제3항에 의해 책임능력이 인정되지만 심정반가치로서의 책임고의가 없고 주관적 주의의무위반을 의미하는 책임과실만 인정할 수 있으므로 예견이 가능했던 범죄에 대해서 과실범처벌규정이 있다면 과실범으로 처벌할 수 있다(전체 고의불법 - 전체 과실책임 ⇒ 불법과 책임이 일치하는 범위 내에서 전체 범죄에 대한 과실범 성립⁶⁷⁾ 이 경우

66) 예컨대 甲이 A를 살인할 의사를 가지고 정신을 차리기 위해 각성제를 복용한다는 것이 잘못하여 환각제를 복용하여 심신상실상태에 빠져 A를 살인한 경우이다 살인죄의 고의불법은 인정되고 책임능력도 인정되지만, 책임과실만 인정되므로 과실치사죄로 처벌받는다

67) 전제사실의 착오가 있을 경우 '고의불법 - 과실책임'을 인정하여 결국 과실범으로 처벌하는 법효과제한책임설의 논리와 동일하다.

불법과 책임이 동일하지 않음).⁶⁸⁾

(3) 만일 원인행위시에 전체범죄에 대해 예견가능성 조차 없었다면 완전한 책임무능력자의 행위이므로 제10조 제1항이 그대로 적용된다고 보아야 한다(전체 고의불법 - 전체 책임무능력 ⇒ 불법과 책임이 일치하는 범위 내에서 범죄가 성립하므로, 이 경우는 전체범죄에 대해 무죄가 됨).⁶⁹⁾

11) 심신상실상태에서 ‘과실’로 구성요건적 불법을 실현한 경우이지만 어느 한쪽 또는 양쪽 모두가 과실인 경우(전체 과실불법 - 전체 과실책임 ⇒ 전체 범죄에 대해 과실범 성립)에도 제10조 제3항이 적용되어 객관적으로 실현된 과실불법 전부에 대해 완전한 책임능력자로 처벌받는다.

(4) 심신미약상태를 야기한 경우

행위자가 자의로 심신미약상태를 야기하고 그 상태에서 구성요건적 불행을 실현한 경우에는 고의원인에 있어서 자유로운 행위, 과실원인에 있어서 자유로운 행위를 불문하고 심신미약상태에서 행한 불법 전부에 대해 책임능력이 부정되거나 감경되지 않으므로 인정된 불법 전부에 대해서 범죄가 성립하고 그대로 처벌된다. 즉 심신미약상태에서의 행위는 책임능력이 한정되기는 하지만 책임능력자의 행위이므로 실현된 불법 전부에 대해 범죄가 성립한다. 다만, 심신미약이기 때문에 형을 감경해야 하지만 원인에 있어서 자유로운 행위에 해당하므로 형을 감경하지 않는 것 뿐이다(제10조 제3항).⁷⁰⁾

IV. 나오는 글

68) 음주만 하면 상해를 가하는 주벽이 있는 자가 미처 이를 예상하지 못하고 음주하여 (고의 또는 과실로) 심신상실상태에 빠져 사람을 폭행하여 실신시키고 폭행당시 떨어진 피해자의 지갑을 가져간 경우, 상해죄와 절도죄의 경합범으로서 고의불법이 인정된다 우선 상해죄에 대해서는 원인행위시에 고의는 없었으나 예견이 가능했으므로 책임능력은 인정되지만(제10조 제3항), 심장반가치로서의 책임고의가 없고 주관적 주의의무위반을 의미하는 책임과실만 인정할 수 있으므로 과실치상죄로 처벌된다

69) 앞의 각주 68)의 예에서 절도죄 부분은 고의불법은 실현되었지만, 절도에 대해서는 예견가능성 조차 없었으므로 원인에 있어서 자유로운 행위가 될 수 없다 따라서 심신상실상태에서의 행위이므로 책임능력이 부정되어(제10조 제1항) 무죄가 된다.

70) 이 경우 형을 감경하는 것이 타당하다는 견해도 있으나(오영근, 앞의 책, 465면) 이러한 결론은 제10조 제3항과 조화될 수 없으므로 의문스럽다

(1) 이상에서 원인에 있어서 자유로운 행위에 대해 제10조 제3항의 해석론을 중심으로 살펴보았다. 가능한 한 통설과 판례의 입장을 따라가면서 기존의 논의에서 이론적으로 명쾌하지 못한 부분을 부각시켜 해결방안을 모색해 보고자 했다. 그러나 이러한 소기의 목적이 달성되었는지는 필자로서는 알 수가 없다. 다만 앞으로의 논쟁에 실마리라도 제공할 수 있었다면 그나마 다행으로 여기겠다.

특히 원인에 있어서 자유로운 행위의 책임비난의 근거에 대해 책임모델을 따를 경우 고의와 과실에 이중적 지위를 인정하는 오늘날 형법이론학의 경향에 비추어 볼 때, 불법귀속의 준거가 되는 행위와 책임귀속의 준거가 되는 행위의 불일치 문제는 시급히 해결해야 할 문제로 보인다. 고의에 이중적 지위를 인정하는 통설에 의하면 구성요건적 고의와 책임고의는 동일한 고의의 양면에 불과하다. 그런데 원인에 있어서 자유로운 행위의 경우는 구성요건적 고의는 책임능력결함상태에서의 구성요건실행행위에서 찾으면서 책임비난의 요소인 책임고의는 그 이전의 원인행위에서 찾는다. 그 결과 서로 다른 두 개의 고의가 각각 단계를 달리하여 평가되는 것은 아닌가 하는 의구심을 준다.

(2) 본문에서 검토한 원인에 있어서 자유로운 행위의 효과에 대한 결론에 비추어 대법원 판례를 간략히 평가하는 것으로 이 글을 맺고자 한다

甲이 음주운전을 할 의사를 가지고 술을 마신 후 만취한 상태에서 자동차를 운전하여 귀가하다가 행인 乙을 친 후 의식을 잃고 쓰러진 乙을 길 옆 하수구에 옮겨서 버리고 도주하였고, 사고로 심한 상처를 입은 乙은 계속된 출혈로 인하여 사망한 사안에서 대법원은 “형법 제10조 제3항은 ‘위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다’고 규정하고 있는바, 이 규정은 고의에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위만이 아니라 과실에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위까지도 포함하는 것으로서, 위험의 발생을 예견할 수 있었는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우도 그 적용대상이 된다고 할 것이어서, 피고인이 음주운전을 할 의사를 가지고 음주만취한 후 운전을 결행하여 교통사고를 일으켰다면 피고인은 음주시에 교통사고를 일으킬 위험성을 예견하였는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로 위 법조항에 의하여 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 없다”고 판시했다⁷¹⁾

본 판결이 제10조 제3항의 원인에 있어서 자유로운 행위에 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위까지 포함된다는 점을 명백히 밝히면서, 원인설정행위는 고의로 야

71) 대판 1992 7. 28. 92도999

기했으나 그때 구성요건실현행위에 대해 과실이 있는 경우(제2유형)에 대해 제10조 제3항을 적용하고 있다는 점이다.⁷²⁾ 사안에서 甲은 특가법 제5조의3 제2항 위반죄(치상 후 유기도주)의 구성요건을 실현했고, 甲에게 위법성조각사유도 존재하지 않는다. 다만, 甲은 행위할 당시 음주로 인하여 심신미약상태(판례는 이 사안의 경우 행위자의 상태를 심신미약으로 판단함)에 있었으므로 제10조 제2항에 의해 형을 감경할 수 있는가가 문제이다. 사안에서 甲은 음주의사를 가지고 술을 마셔 만취상태에 빠지고 있으므로 원인행위에 대해서는 고의가 있었다고 보아야 한다. 그러나 음주할 당시 특가법 제5조의3 제2항 위반죄(치상 후 유기도주)에 대해서는 고의가 있었다고 볼 사정이 없다. 그러나 음주상태에서 운전을 하면 사람을 치상할 수 있고, 또 그 경우 대부분의 범죄인들은 도주하는 것이 일반적이므로 ‘치상’ 후 유기‘도주’에 대해 예견가능성은 있는 경우로 보아야 한다.⁷³⁾ 따라서 특가법위반죄는 과실원인에 있어서 자유로운 행위에 해당한다고 보아야 한다. 다만, 본 사안의 경우는 행위당시 행위자가 심신미약상태에서 행위한 경우이므로 고의범이 성립한다. 행위자가 심신미약상태에서 행위한 경우는 고의원인에 있어서 자유로운 행위, 과실원인에 있어서 자유로운 행위를 불문하고 심신미약상태에서 행한 불법 전부에 대해 책임능력이 부정되거나 감경되지 않으므로 불법 전부에 대해서 범죄가 성립하고 그대로 처벌되기 때문이다. 결론적으로 본 대법원의 결론은 필자의 입장에서 보면 지극히 당연하고 타당하다.

72) 동일한 취지에서 甲이 자신의 차를 운전하여 술집에 가서 술을 마신 후 야간에 비가 내려 전방 주시가 힘든 상황에서 혈중 알콜농도 0.18%의 음주상태로 속도를 줄이거나 전방을 잘 살피지 아니하고 멋대로 차량을 운전하다가 교통사고를 낸 후 도주한 사안에서, 대법원은 “피고인이 자신의 차를 운전하여 술집에 가서 술을 마신 후 운전을 하다가 교통사고를 일으켰다면, 이는 피고인이 음주할 때 교통사고를 일으킬 수 있다는 위험성을 예견하고도 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당하여, 가사 사고당시 심신미약상태에 있었다고 하더라도 심신미약으로 인한 형의 감경을 할 수 없다”고 판시하였다(대판 1995 6 13 95도826. 대판 1994.2.8. 93도2400도 동지)

73) ‘도주’에 대한 고의를 추정하는 견해도 있고(이동기, 법조, 1997 10 25면), 도주의 개념을 넓게 해석하여 음주시에 이미 ‘도주’의 고의를 인정할 수 있다는 견해도 있다(한상훈, 형사정책연구, 제11권 제3호, 213면). 또한 제10조 제3항의 ‘위험’개념을 ‘원인행위에 전형적으로 수반되는 법익침해가능성’으로 이해하거나(신동운, 앞의 책, 364면) ‘법익이 침해될 실질적 가능성’은 물론 ‘원인행위에 수반되는 위험발생’을 포함시키는 견해는 ‘위험발생의 예견이라는 요건을 충족한 것으로 본다(김성돈, 앞의 글, 27면). 반대로 ‘도주’에 대해서는 행위자에게 예견이 없었으므로 제10조 제3항을 적용할 수 없고 제2항에 따라 형을 감경해야 한다는 주장도 있다(손동권, 판례월보, 1997. 1, 33면, 조상제, 지송 이재상 교수 화갑기념논문집, 444면).



이인규

責任모델(Schuldmodell)

不可分的 關聯性(die untrennbare Zusammenhang)

行爲와 責任의 同時存在의 原則(die Schulfähigkeit 'bei Begehung der Tat'-Regel)

危險發生-自意(Eintritt der Gefahr-Ichwillen)

故意責任-過失責任(Vorsatzschuld-Fahrlässigkeitsschuld)

[Zusammenfassung]

Bemerkungen zur 'actio libera in causa'
- Interpretationstheorien über §10 III StGB -

Lee, In-Gyu

(1) Die 'actio libera in causa' heißt, daß der Täter mit der Schuldfähigkeit sich vorsätzlich oder fahrlässig in seelische Störungen versetzt und in diesem Zustand ein Verbrechen verwirklicht.

(2) Heute einigt sich man fast darüber, daß die Begründungen der Strafbarkeit der *actio libera in causa* in *actio praecedens* zu finden ist, aber es ist noch umstritten, wo die Tatbehandlung zu finden ist. Hier stehen sich das Tatbestandsmodell (oder Tatbestandslösung) und das Schuldmodell (oder Ausnahmmodell) gegenüber, aber Schuldmodell ist gultig. Nach dem Schuldmodell kann die *actio praecedens* keine Tathandlung sein und die Tatbestandshandlung unter dem Zustand der seelischen Störungen wird als Tathandlung begreift, aber die Begründung der Strafbarkeit ist trotzdem in der *actio praecedens* zu finden, denn sich der Tater schuldfähig in die seelischen Störungen versetzt und das Verbrechen begehen hat.

(3) Dem Schuldmodell nach nimmt die *actio libera in causa* die Struktur an, daß das Unrecht nach dem Zeitpunkt der Tatbestandshandlung beurteilt wird und die bei der Tatbestandshandlung fehlenden Elemente der Vorwerflichkeit von den bestimmten Elementen der *actio praecedens*, die 'die untrennbare Zusammenhang' mit der Tatbestandshandlung hat, ausgeglichen und in die rechte Strafe umgesetzt wird.

(4) Im Fall der *actio libera in causa* wird §10 I StGB nicht angewandt

und der Täter als ein voller Schuldfähiger bestraft, auch wenn er bei Begehung der Tat ein Schulunfähiger war, sowie wird die Strafe nicht von §10 II StGB erleichtert, auch wenn er ein begrenzter Schuldfähiger war. Folglich: ① Die *actio libera in causa* durch den Vorsatz wird als vorsätzliches Delikt bestraft, solange das Unrecht, das der Täter im Zustand der 'seelischen voll Storungen' verwirklicht hat, mit dem Vorsatz, den er bei der *actio praecedens* erkannt und angeführt hat, übereinkommt. ② Die *actio libera in causa* durch die Fahrlässigkeit wird als fahrlässigkeitliches Delikt bestraft, wenn es die Verordnung zur Bestrafung des fahrlässigkeitlichen Deliktes für die Tat unter dem Zustand der seelischen voll Storungen gibt ③ Im Falle, daß sich der Täter in die seelischen begrenzter Storungen versetzt hat, das ganze Unrecht, er im Zustand der seelischen begrenzter Storungen begehen hat, bestraft, ohne Rücksicht auf die *actio libera in causa* durch den Vorsatz oder die *actio libera in causa* durch die Fahrlässigkeit