

〈논문〉

원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 몇 가지 문제점

金宰賢*

요약

형법 제10조 제3항은 행위와 책임능력의 동시존재원칙에 대한 예외를 표명하고 있는 원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 규정이다. 따라서 원자행의 가벌성의 근거 중 예외모델이 우리 형법규정과 조화를 이룬다고 할 수 있다. 그리고 예외모델을 가벌성의 근거로 삼는 이상 장애상태 하의 행위가 곧 실행행위이므로 그 행위시점에 불법의 형태가 결정된다. 하지만 형법 제10조 제3항의 해석에 있어서 ‘위험발생의 예견’을 ‘구성요건실현에 대한 고의와 과실’, ‘자의’도 ‘고의와 과실’로 파악하는 견해에 따르면, 그 조합을 구성하여 단 하나라도 과실이 있을 시 과실의 원자행을 인정하는 것이 일반적이다. 특히 장애상태 하의 행위 시에 고의로 범행을 실행한 경우에 문제되는데, 이때 비록 행위시점에 책임능력은 존재하지 않지만 그 행위에 대해서는 분명 고의불법이 인정될 것이다. 그러나 원인설정행위 시(장애상태야기시)에 과실이 있다는 점만으로 불법의 형태가 전환되어 곧바로 과실의 원자행을 인정하고 있다. 이러한 해석이 처벌되지 않는 책임무능력자에 대하여 과실범의 책임이라도 물을 수 있다는 점에서 설득력이 있다고 할 수도 있지만, 한정책임능력상태를 야기한 원자행의 경우에는 그 문제가 뚜렷이 나타난다. 왜냐하면 이때 원자행을 적용하여 과실범으로 처벌하는 것보다 차라리 형이 절반으로 감경된 고의범 일반으로 처벌하는 것이 더 합리적이기 때문이다. 형법 제10조 제3항은 처벌되지 않거나 형이 감경되는 상태를 이용한 행위자에게 완전책임을 지우고자 하는 것이 그 취지인데, 현재 다수설에 의하면 고의불법이 인정된 행위자에게 특별한 근거 없이 과실책임을 지우는 문제를 안고 있으며, 심지어 한정책임능력상태를 이용한 원자행에 대해서는 원자행의 역기능 내지 처벌의 유무를 초래하므로 종래 해석론을 환기시키고 다시 한 번 생각해 볼 필요가 있다.

형법 제10조 제3항은 책임비난여부를 결정하는 기능을 담당하고 있을 뿐, 불법의 형태까지 전환시키는 기능까지 있는 것으로 오해해서는 안 될 것이다. 따라서 원자행의 불법은 장애상태 하의 행위시에 결정되며, 형법 제10조 제3항에서 제시하는 요건의 충족여부에 따라 완전책임여부가 결정된다. 결론적으로 형법 제10조 제3항의

* 독일 프라이부르크 막스플랑크 외국 및 국제형법연구소 객원연구원. 법학박사.

“위험발생”을 “법익침해행위의 前 단계 및 거기에 전형적으로 수반되는 법익에 대한 위험”으로, “예견”을 “앞으로 일어날 일을 어림잡아 헤아린다”는 의미로, “자의”를 “스스로 자유롭게”라는 의미로 문언에 충실하게 해석하는 것이 타당하며, 본 요건들이 충족되었을 때에는 책임조각 내지 책임감경의 혜택을 받지 못하고 완전책임을 지우게 된다.

주제어: 원인에 있어서 자유로운 행위, 심신장애상태, 위험발생, 예견, 자의

I. 들어가는 말

형법상 범죄로 인정되려면 행위자가 행한 구성요건적 행위에 대하여 위법하다는 판단이 내려져야 하며, 그 불법한 행위를 한 행위자에게 책임비난이 가능할 때 비로소 범죄가 인정된다. 따라서 책임이 조각되면 비록 행위자의 행위가 형법상 불법하다는 평가가 내려졌다고 하여도 행위자에 대해 형벌이라는 책임을 지울 수 없다.

형법상의 “책임”이란 이미 널리 승인되어 있는 정의인 “행위자 개인에 대한 비난가능성(Vorwerfbarkeit)”으로 확립되어 있다고 할 수 있는데, 형법 제16조 정당한 이유 있는 위법성 인식의 결여 또는 착오, 형법 제12조 강요된 행위, 형법 제9조(형사미성년자), 제10조 제1항(책임무능력자)·제2항(한정책임능력자) 등에 해당하면 책임이 조각되어 형법상 범죄로 취급할 수 없게 된다. 특히 책임무능력자의 경우 형을 면제하며, 한정책임능력자의 경우에는 형을 필요적으로 감경한다.

상술한 바와 같이 책임이 조각되면 범죄가 성립하지 않는다는 것이 자명하지만, 책임능력 있는 자가 범죄실현을 위해 자의로 자기 자신을 심신장애상태(심신상실 또는 심신미약의 상태)에 빠지게 한 후 이 상태에서 범죄를 실현하려는 행위, 소위 ‘원인에 있어서 자유로운 행위(actio libera in causa)¹⁾’까지도 형 면제 내지 형 감경의 혜택을 주게 된다면 형평에 어긋날 수 있을 것이다. 이러한 문제를 해결하기

1) ‘원인에 있어서 자유로운 행위’라는 용어와 관련하여, 심신상실과 달리 심신미약상태를 야기한 경우에는 원인설정행위 시에 자유로웠던 것은 물론이거니와 실행행위 시에도 자유로웠다고 할 수 있으므로 엄밀히 말하자면 원자행의 문제가 아니라는 견해가 있다(임상규, “원인에 있어서 자유로운 행위의 처벌백락”, **형사법연구**, 제21권 제3호, 2009, 178면). 이하부터 ‘원인에 있어서 자유로운 행위’라는 명칭이 길기 때문에 편의상 ‘원자행’으로 표기하기로 한다.

위해 18세기 말에 클라인슈로트²⁾가 원자행 개념을 이론구성한 이래로 지금까지 오랜 기간 연구가 진행되어 왔으며, 우리 형법은 치밀하게도 형법 제10조 제3항을 두어 책임무능력 내지 한정책임능력상태를 스스로 자초한 경우에 대한 취급을 실정법상 규정으로 두어 해결하고 있다. 하지만 이 원자행의 논의와 해석론은 아직 까지도 정립되지 않은 첨예한 대립의 장 중 하나이다. 본 논문에서는 이 원자행에 관한 다양한 견해들과 문제점들이 어디서부터 비롯되었는지 근본적으로 짚어 보고 고정관념도 다소 환기시켜 보고자 한다.

최근 몇 년 전 소위 ‘조두순 사건’이라는 잔인한 아동 성폭력범죄가 발생하여 온 국민을 충격에 휩싸이게 한 일이 있었다.³⁾ 본 사건의 행위자는 심심미약상태였다는 이유로 절반으로 감경된 형량인 징역 12년이 선고되었고, 이러한 법원의 판결에 대해 국민의 비난의 목소리가 컸었다. 이 사건과 판결만 보아도 형법 제10조 제3항의 존재의의를 엿볼 수 있는데, 실무에서 본 규정과 법리를 왜 적용하지 않았는지 의문이 든다.⁴⁾ 그 이유를 생각해 보면 오랫동안 형법 제10조 제3항의 해석론에 대하여 활발한 논의가 있어왔음에도 불구하고, 우리 형법규정을 제대로 해석하기보다 독일로부터 수입된 원자행이론을 전제로 한 까닭에 오히려 혼란을 초래하였다는 점, 따라서 아직까지도 명확하지 않아 그 이론이 우리의 형법 규정과 조화 및 정착되어 있지 않다는 점을 들 수 있겠다. 더불어 죄형법정주의를 지도 원리로 삼는 이상 형법규정에 충실한 해석이 우선되어야 할 것인데, 우리는 실정법의 해석보다 이론을 우선시하는 반대현상을 겪어온 듯하다. 즉, 독일의 경우에는 우리와 같이 원자행을 취급하는 규정이 없으므로 원자행의 가벌성과 그 문제해결에 관한 논의가 활발할 수밖에 없지만, 우리는 분명 형법 제10조 제3항이라는 규정이 존재하고 있다. 그럼에도 불구하고 독일의 이론들을 무차별적으로 수용하여 원자행의 가벌성에 대한 근거를 먼저 논한 후, 그 결론에 따라 우리 형법규정을 끼워 맞춰왔던 탓에 많은 논란과 문제점들이 생기게 된 것이 아닌가 생각한다.

2) Kleinschrod, *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts*, I. Teil, 1794, S. 25ff.

3) 2008년 12월 안산시에서 8세 여아를 유인·납치하여 강간 상해한 사건이다. 강간 후에도 증거를 인멸하기 위해 여러 차례 잔인한 행위를 거듭하여 피해자에게 장기훼손과 성기능의 상실 등 평생 장애자로 살아가게 하는 심각한 결과를 초래하였다.

4) 피고인에게는 이미 유아 성폭행과 살인죄 등의 전과가 있으며, 제1심 판결문은 “판결 전 조사보고서에 기재된 바에 의하면 피고인은 알콜중독 및 행동통제력 부족으로 범죄를 다시 유발할 가능성이 많고, 재범위험성이 비교적 높다”고 함으로써 형법 제10조 제3항의 적용가능성을 피력하고 있다(밑줄은 필자 주).

이제부터 원자행과 관련한 구체적인 문제점 및 대립상을 해당부분에서 하나씩 진단해 보고자 한다. 우선 원자행의 가별성에 관한 논의를 살펴본 후, 우리 형법 제10조 제3항과 합치되는 원자행의 가별성근거를 전제로 논의를 전개해 나갈 것이다. 그리고 종래 해석론에 따를 때 생기는 문제점, 특히 구성요건단계에서 결정된 고의불법의 형태가 과실범으로 전환되어 책임을 묻는 문제점 및 심신미약상태를 야기한 경우에 발생하는 원자행의 역기능을 해결하기 위해 형법 제10조 제3항의 해석론을 재조명하기로 한다. 이렇게 함으로써 기존의 틀을 환기시킴과 동시에 명확한 해석론을 제공하여 형법 제10조 제3항이 더 이상 사문화된 것으로 취급되지 않고 실천적 의의를 달성하게 하는 것이 본 논문의 목적이다.

II. 원인에 있어서 자유로운 행위의 가별성

1. 원자행에 대한 가별성의 이론구성

원자행은 형법적 평가의 대상이 되는 행위 중에 특이한 형태를 띠고 있다는 것 때문에 논란이 된다. 형법에는 주요 원칙들이 존재하는데 형법을 해석하고 이론구성할 때 이 원칙들이 관철되어야 한다는 점에는 의문이 없다. 하지만 원자행은 죄형법정주의와 책임주의라는 두 원칙의 한계선상에 위치하고 있으므로 처벌근거의 이론구성에 많은 어려움이 따른다. 우선 원자행은 심신장애상태하의 행위시에 책임능력이 존재하지 않으므로 ‘책임능력과 행위의 동시존재원칙’이 지켜질 수 없다. 따라서 이 원칙을 관철하고자 실행행위시점을 책임능력이 있었던 원인설정행위시점(장애상태야기시점)으로 끌어오면 구성요건상 실행행위의 정형성 내지 명확성을 요청하고 있는 형법상의 대원칙인 죄형법정주의와 상충하는 문제점이 발생하게 된다. 결국 책임주의와 죄형법정주의라는 형법상의 중요한 원칙들 중 어느 쪽에 주안점을 두는가에 따라 가별성의 근거 또한 나누어진다고 할 수 있겠다. 그리고 이 가별성의 근거와 유형론의 탄생도 서로 유기적인 관계가 있는데 이와 관련한 오해 내지 문제점을 진단해 보아야 할 것이다.

가. 원인설정행위(장애상태야기행위)에 실행행위성을 인정하는 견해

이 견해는 종래 우리나라의 다수설이었지만 현재는 소수설이며, 독일에서는 다수설의 지위에 있는 견해이다.⁵⁾ 고의의 원자행의 경우 자신을 심신장애상태에 빠

뜨리는 원인설정행위(장애상태야기행위)에 구성요건적 행위가 개시된다고 보아 원인설정행위에 실행행위성을 인정하고자 하는 견해이다.⁶⁾ 이 견해는 자유롭지 못했던 구성요건적 행위시보다 자유로웠던 원인설정행위에 초점을 맞추고 있다. 따라서 원인설정행위에 실행행위성을 인정하면 책임능력과 행위의 동시존재원칙을 관찰할 수 있게 된다. 이처럼 원자행에서 발생하는 문제점을 구성요건차원에서 해결하려고 하므로 구성요건모델(Tatbestandsmodell, Tatbestandslösung)이라고 한다.⁷⁾

구성요건모델 중에는 전치모델⁸⁾, 확장모델⁹⁾, 간접정범모델 등 관점에 따라 다양한 견해들이 존재하지만 모두 구성요건모델을 상위개념으로 하는 같은 범주에 있는 견해들이라고 할 수 있으며, 우리나라에서는 구성요건모델을 간접정범이론으로 구성하는 것이 특징이다. 그 논리구성은 장애상태에 빠진 자기 자신을 생명 있는 도구로 이용하는 것이며, 실행의 착수시기는 간접정범의 경우 이용자가 피이용자를 이용하는 시점에 인정되듯이, 원자행의 경우도 장애상태야기시에 실행의 착수가 인정된다고 한다.¹⁰⁾ 따라서 원인설정행위(장애상태야기행위)를 곧 실행행위(구성요건적 행위)로 보고 있기 때문에 정작 장애상태하의 행위시의 구성요건적 고의 및 과실은 불법의 결과과는 상관이 없으며, 장애상태를 야기하는 원인설정행위시점에 구성요건 실현에 대한 고의 내지 과실이 존재하는 것만으로 불법과 책임이 결정된다는 점이 특징이라고 할 수 있다.¹¹⁾

-
- 5) 독일형법은 책임무능력을 규정한 제20조와 한정책임능력을 규정한 제21조에서 ‘행위를 할 때’라는 표지를 통하여 행위와 책임능력의 동시존재원칙을 명시하고 있지만 정작 우리와 같은 원자행에 관한 규정이 없으므로 이러한 조문상의 제약 때문에 가능한 행위와 책임능력의 동시존재원칙을 존중하는 방향으로 해석하는 견해가 유력하다고 한다(신동운, **형법총론**, 법문사, 2010, 371면).
- 6) 권문택, “원인에 있어서 자유로운 행위”, **고시계**, 1970, 20면; 김일수/서보학, **형법총론**, 박영사, 2004, 385면; 남홍우, **형법총론**, 박영사, 1985, 163면; 오도기, “원인에 있어서 자유로운 행위”, **고시계**, 1982, 46면; 정영석, **형법총론**, 법문사, 1989, 173면; 정창운, “원인에 있어서 자유로운 행위”, **사법행정**, 1964, 26면; 황산덕, **형법총론**, 방문사, 1989, 199면.
- 7) Roxin, *Strafrecht AT.*, 3. Aufl., 1997, §20 Rn. 56.
- 8) Maurach/Zipf, *Strafrecht AT.* I, 8. Aufl., 1992, S. 470.
- 9) Spendel, *Actio libera in causa und kein Ende*, Hirsch-FS, 1999, S. 379ff.
- 10) 이와 달리 구성요건모델을 지지하면서도 원자행의 실행의 착수시기를 원인설정행위와 장애상태 하의 행위의 중간에서 구하는 견해로는 김일수/서보학, 전게서(각주 6), 387면.
- 11) 김일수/서보학, 전게서(각주 6), 385면에서는 “책임능력흠결상태에서 행해지는 행위자의 법익위해행위가 고의적이냐 과실적이냐는 별로 중요하지 않다. 원인설정행위 시에 이미 구성요건실현에 대한 고의가 있었느냐 아니면 과실이 있었느냐가 중요한 판단기준이다”라고 하면서, 실행의 착수시지만큼은 원인설정행위와 장애상태 하의 행위의

구성요건모델은 책임능력과 행위의 동시존재원칙을 지킬 수 있는 장점이 있지만 기껏 예비에 불과한 원인설정행위(장애상태야기행위)에 실행의 착수를 인정하기 때문에 개별범죄의 실행행위의 정형성이 흐려져 결국 명확성을 중시하는 죄형법정주의의 보장적 기능에 반할 우려가 있다.¹²⁾¹³⁾

나. 장애상태 하의 행위에 실행행위성을 인정하는 견해

현재 우리나라의 다수설은 구성요건모델과 달리 장애상태 하의 행위에 실행행위성을 인정하고 있다. 이 견해에 따르면 원자행의 경우 책임능력이 장애상태 하의 행위사가 아닌 장애상태를 야기하는 시점에 존재하므로 행위와 책임능력의 동시존재원칙에 대한 예외가 된다는 점에서 소위 ‘예외모델(Ausnahmemodell)’ 또는 ‘책임모델(Schuldmodell)’이라고도 한다.

원자행의 가별성의 근거로서 예외모델은 비록 구성요건적 실행행위 시에 책임능력이 없었다고는 하지만, 책임능력이 있었던 장애상태야기시점에 구성요건실현의사로 자기 자신을 심신장애상태에 빠뜨리게 했다는 점, 즉 원인설정행위와 실행행위가 서로 불가분적으로 연관되어 있다는 것에서 그 근거를 구하고 있다.¹⁴⁾ 이 견해는 행위와 책임능력의 동시존재원칙을 지킬 수 없다는 비판이 있지만, 구성요건적 행위의 정형성과 명확성이라는 죄형법정주의 원칙을 관철시킬 수 있는 장점이 있다. 그리고 원자행의 구조적 특성상의 문제인 행위와 책임능력의 동시존재원칙에만 집착하지 말고, 그 상위원칙인 ‘책임주의’의 관점에서 파악하면 원인설정행위와 실행행위는 불가분적 연관성 내지 연관된 일련의 행위라고 볼 수 있기 때문에

중간에서 구해야 한다는 주장은 논리에 어긋난다고 생각한다(同旨 : 김성돈, **형법총론**, SKKUP, 2008, 353면 각주 509).

- 12) 김성돈, 전계서(각주 11), 354면; 신동운, 전계서(각주 5), 372면; 오영근, **형법총론**, 박영사, 2010, 417면; 임 응, **형법총론**, 법문사, 2011, 294면; 정성근/박광민, **형법총론**, 삼지원, 2005, 313면.
- 13) 원수를 살해하려고 용기를 북돋기 위해 술에 만취한 후, 원수의 집으로 가는 도중 술기운을 이기지 못해 길에서 잠들어 버린 경우 살인미수죄로 체포된다면 어느 누가 이 견해를 타당하다고 생각할지 의문이다.
- 14) 권오걸, **형법총론**, 형설출판사, 2009, 325면; 김성돈, 전계서(각주 11), 355면; 배종대, **형법총론**, 홍문사, 2004, 437면; 손동권, **형법총론**, 율곡출판사, 2005, 277면; 신동운, 전계서(각주 5), 370면; 오영근, 전계서(각주 12), 418면; 이용식, “원인에 있어서 자유로운 행위”, **서강법학연구** 제3권, 2001, 238면; 이재상, **형법총론**, 박영사, 2000, 315면; 이형국, **형법총론**, 법문사, 1992, 225면; 임 응, 전계서(각주 12), 295면; 정성근/박광민, 전계서(각주 12), 316면.

결코 책임주의에 반하는 것이 아니라고 한다.¹⁵⁾

다. 원인에 있어서 자유로운 행위의 가별성과 형법 제10조 제3항

상술한 바와 같이 원자행의 가별성에 대한 이론구성은 형법의 주요 원칙 중 어느 것에 주안점을 두는지에 달려 있었다. 그렇다면 원자행의 가별성과 관련한 어느 이론이 우리 형법 제10조 제3항의 구조와 가장 잘 합치하는지 파악해야 할 것이다.

형법 제10조 제3항은 “위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전 2항의 규정을 적용하지 아니한다”고 규정하고 있다. 본 규정의 문장 구조를 보면, 일반적으로 책임무능력상태와 한정책임능력상태에서 행하여진 범죄에 대해서는 전 2항이 적용되어야 하겠지만, 위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기하였다면 예외적으로 전 2항을 적용하지 않고 책임을 지우겠다는 취지이다.¹⁶⁾ 따라서 책임능력과 행위의 동시존재원칙에 대한 예외를 인정하고자 한다는 것을 쉽게 알 수 있다. 구성요건모델은 원자행의 경우 행위와 책임능력의 동시존재원칙을 관철시키고자 하는 이론이기 때문에 우리와 같은 규정이 없는 독일의 경우 구성요건모델로 이론구성하는 것이 가능하다. 따라서 구성요건모델은 원자행 규정이 없는 독일이나 일본에서는 타당할지 모르지만 명문상 행위와 책임능력의 동시존재원칙의 예외를 인정한다는 점이 분명히 설시되어 있는 우리 형법의 입장에서는¹⁷⁾ 사실 원자행의 가별성에 관한 논의가 부각될 필요가 없으며¹⁸⁾, 굳이 구성요건모델로 이론구성을 할 이유도 없다. 그리고 “전 2항이 적용되지 아니한다”와 같이 전 2항의 규정에는 형법 제10조 제2항 한정책임능력자에 대한 형의 필요적 감경규정까지 포함되어 있다. 따라서 자의로 심신미약상태를 야기한 경우에는 장애상태 하의 행위자가 한정책임능력자이기 때문에 책임무능력자인 자신을 도구로 이용하는 구성요건모델을 적용하기에는 어려움이 따른다.¹⁹⁾ 이러한 문제점에

15) 임 응, 전게서(각주 12), 299면.

16) 장애상태 하의 행위 시에 고의로 행하여진 경우, 완전한 고의 책임을 지울 것인지, 과실 책임을 지울 것인지에 대한 논의의 여지가 열려있기는 하다.

17) 형법 제10조 제3항은 행위와 책임능력의 동시존재원칙에 대한 예외를 규정하고 있으므로 예외모델에 대하여 죄형법정주의 위반이라는 비판은 제기될 수 없을 것이다(오영근, “원인행위책임법”, **고시계**, 1996. 1, 211면).

18) 김성돈, “범죄체계론적 관점에서 본 원인에 있어서 자유로운 행위”, **저스티스**, 통권 제75호, 2003, 116면 각주 42) 참조.

19) 김성돈, 전게서(각주 11), 354면; 신동운, 전게서(각주 5), 372면; 이재상, 전게서(각주 14), 312면; 이호중, “원인에 있어서 자유로운 행위”, **고시계**, 2000. 10, 37면; 임 응,

대해서는 독일에서도 스스로 인정하고 있는 실정이다.²⁰⁾ 결론적으로 우리 형법의 입장에는 원자행의 가벌성 근거로서 예외모델이 합치된다고 보는 것이 타당하다.²¹⁾

2. 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성론과 유형론과의 관계

가. 선결논의

먼저 원자행의 가벌성과 유형론과의 관계를 파악하기에 앞서 분명히 짚고 넘어가야 할 문제가 있다. 즉 장애상태를 야기하는 원인설정행위에 대한 행위자의 주관적 측면을 어떻게 파악해야 하는지 문제된다.

우리는 원자행을 처벌하는 형법 제10조 제3항의 “위험의 발생을 예견하고”와 “자의로”라는 표지를 해석함에 있어서, “예견”과 “자의”에 고의와 과실을 결부시켜 해석하는 견해가 일반적이며,²²⁾ 더불어 이 두 표지에 과실이 포함 가능한 것인지 여부를 놓고 대립을 보이기도 한다.

사실 이러한 논쟁이 시작되게 된 이유도 독일 형법상의 완전명정죄(제323조a) 규정의 영향을 받은 것이라고 할 수 있다. 독일형법 제323조a는 “**고의** 또는 **과실**로 알코올 음료나 기타 명정제를 복용하여 명정상태에 빠진 자가 그 상태에서 위법행위를 범하고…”라고 규정하고 있기 때문에, 독일형법상에서는 장애상태를 고의·과실로 야기한다는 표현이 가능한 것이다.²³⁾ 하지만 우리 형법 제10조 제3항의 ‘예견’과 ‘자의’에 독일해석론을 곧바로 대입하기에 앞서 문언 그대로 해석하려는 시도는 거의 없었다.²⁴⁾ 이러한 시도도 없이 장애 발생할 위험발생에 대한 예견과

전게서(각주 12), 294면.

20) Roxin, *Bemerkungen zur actio libera in causa*, Lackner-FS, 1987, S. 307에서는 “구성요건모델은 한정책임능력에 대하여 완전히 실패하였다”라고 함으로써 전면적으로 그 문제점을 선언하였다(밑줄은 필자 주).

21) 김성돈, 전계논문(각주 18), 112면 각주 34)에서도 “우리 형법 제10조 제3항의 규정은 원자행의 가벌성의 근거를 설명하는 태도 중에 이른바 ‘예외모델’에 입각한 것이라고 설명할 수 있다”고 한다.

22) 김일수/서보환, 전게서(각주 6), 385면; 신동운, 전게서(각주 5), 356면; 이재상, 전게서(각주 14), 317면; 이형국, 전게서(각주 14), 227면; 임 응, 전게서(각주 12), 287-291면; 정성근/박광민, 전게서(각주 12), 319면.

23) 완전명정죄는 행위자가 어떠한 범죄를 목적으로 일부러 장애상태를 일으켜 범죄를 행한 경우를 의미하는 것이 아니라 단지 책임무능력 내지 한정책임능력상태에서 범죄를 하였을 때 형 감면 내지 감경되는 경우를 막기 위한 하나의 정책적인 규정이라고 할 수 있다.

24) 이러한 해석을 최초로 시도한 문헌으로는 김성돈, 전계논문(각주 18).

장애상태를 야기한다는 행위자의 자의적 측면에 구성요건요소의 인식·인용에 해당하는 고의·과실이라는 표현을 사용하는 것이 타당한지는 의문이다. 물론 ‘예견’과 ‘자의’라는 표지가 고의·과실과 유사한 뉘앙스를 풍기고 있다고 할 수도 있지만 그렇다고 해서 무조건 수용하는 것은 바람직하지 않다. 이러한 용어상의 문제점 때문에 범행의 결의·범행가능성의 인식, 장애상태 야기의사·야기가능성의 인식 등으로 표현하기도 하며²⁵⁾, 고의 내지 과실에 의한 원인설정행위를 관념적으로 인정할 수 있다고 하거나²⁶⁾, 광의의 고의 및 과실이라는 의미로 파악하기도 한다.²⁷⁾ 형법 제10조 제3항의 자세한 해석론은 해당 부분에서 다루기로 하며, 이하부터는 원자행의 유형론에 대한 설명의 편의를 위해 고의·과실이라는 표현을 사용하도록 한다.

나. 원자행 유형론의 탄생과 문제점

1) 4유형설과 그에 따른 오해

원자행의 유형론은 구성요건모델이 다수의 지위를 점하고 있는 독일 해석론을 차용한 것에서 비롯되었다고 할 수 있다. 구성요건모델은 원인설정행위를 곧 실행행위로 보고 있으므로 사실상의 실행행위인 장애상태 하의 행위 시에 구성요건적 고의·과실의 존재 여부는 불법의 결정에 있어서 전혀 영향을 미치지 않는다. 따라서 원자행을 구성요건모델로 파악하면 고의·과실 불법여부가 장애상태를 야기하는 시점에 결정된다고 할 수 있으며, 그 형태로는 장애상태야기 시에 ①구성요건실현에 대한 고의·과실과, 더불어 ②자기 자신을 심신장애상태에 빠지게 한다는 고의·과실이 있어야 한다는 것이다.²⁸⁾ 즉, 자유로웠던(책임능력이 있었던) 장애상태야기행위에 실행행위성을 부여하므로 이때 고의 내지 과실불법이 결정되어 책임능력과 행위의 동시존재원칙도 문제되지 않는다. 따라서 장애상태야기 시에 구성요건실현에 대한 고의·과실과 심신장애상태 야기에 대한 고의·과실의 조합으로 인해 4가지 유형론이 도출되게 된다.²⁹⁾

25) 임 응, 전게서(각주 12), 299면.

26) 신동운, 전게서(각주 5), 379면.

27) 한상훈, “원인에 있어서 자유로운 행위와 책임귀속에 관한 연구”, 박사학위논문, 서울대학교대학원, 2000, 211면.

28) 독일형법 제323조a는 고의 또는 과실로 명정상태를 야기한다는 표현을 사용한다.

29) Fritjof Haft, *Strafrecht AT.*, 7. Aufl., 1996, S. 135에서 7가지 유형의 도표가 제시되고 있는데, 원자행에 해당하는 유형은 4가지 유형뿐이다. 2가지는 원자행이 아닌 독일형법 제323조a(Vollrausch)완전명정죄에 해당하며, 나머지 1개는 불가벌이 된다고 한다.

<도표 1> 구성요건모델을 취할 시의 4유형론

	장애상태야기 시에 존재해야 하는 행위자의 심리상태		장애상태 하의 행위 시 구성요건적 고의 여부	효과
	장애상태야기에 대한 고의여부	구성요건실현에 대한 고의여부		
①	고의	고의	고의 · 과실과 무관	고의의 원자행
②	과실	고의		과실의 원자행
③	고의	과실		과실의 원자행
④	과실	과실		과실의 원자행

문제는 예외모델을 취하는 견해 중에서도 상당수 4유형설을 주장하는데, 이때 논리성을 유지하고 있지 못하는 설명들이 발견된다. 즉, 원자행의 가별성을 예외모델로 구성하는 것이 타당하다고 하면서 상술한 구성요건모델로부터 도출된 4유형설에 대한 설명을 그대로 따르는 것이다. 다시 말해서, “행위자가 책임무능력상태를 고의로 야기하는 시점(장애상태야기시점)에 이미 책임무능력상태에서 행할 구성요건에 해당하는 행위에 대한 고의를 가진 경우”에 원자행이 된다고 한다.³⁰⁾ 이와 같은 설명은 장애상태 하의 행위 시에 고의 · 과실여부가 불법의 결정에 전혀 영향을 미치지 않는 구성요건모델에서나 가능한 설명이다. 따라서 예외모델을 취하는 이상 장애상태 하에서의 행위가 곧 실행행위라는 점과 이 시점에 구성요건적 고의 · 과실에 의해 불법이 결정된다는 설명이 반드시 명시되어야 한다.³¹⁾³²⁾ 요컨대 예

30) 이재상, 전게서(각주 14), 313면과 정성근/박광민, 전게서(각주 12), 316면에서는 원자행의 가별성의 근거로서 예외모델이 타당하다고 주장한다. 그러나 정작 이재상, 전게서(각주 14), 314면에서는 원자행의 유형(고의의 원자행의 경우)에 대해 “행위자가 책임무능력상태를 고의로 야기하고 이때 이미 책임무능력상태에서 행할 구성요건에 해당하는 행위의 실행에 대한 고의를 가진 경우를 말한다”라고 하면서 구성요건모델과 같은 입장을 취하는 듯 보이며, 또한 정성근/박광민, 전게서(각주 12), 317면에서도 “장애상태야기 시에 책임능력결함상태를 만들려는 의도가 있고, 이 상태에서 애당초 계획하였던 구성요건적 결과실현의 고의가 있는 때”라고 함으로써 구성요건모델과 같은 설명을 하고 있다.

31) 후술하겠지만 만일 이와 같은 설명이 있다면 8유형설로 논리구성하는 것이 상대적으로 타당할 것이다.

32) 특히 김주덕, “원인에 있어서 자유로운 행위”, **고시연구**, 1990, 88면 이하에서는 예외

외모델을 취하면서 또 다시 구성요건모델에서 말하는 원자행의 성립요건과 같은 설명을 하는 것은 오해에서 비롯된 것이라고 할 수 있겠다.

이와 달리 예외모델에 합치되는 주장, 즉 행위자가 의도적으로 자신의 심신장애 상태를 야기하고, 이 상태 하에서 의도했던 구성요건 해당행위를 범하는 경우에 비로소 고의의 원자행이 된다고 하는 주장도 있다.³³⁾ 따라서 우리나라에서의 4유형설은 구성요건모델을 근거로 한 4유형설(장애상태야기 시에 존재해야 하는 2종의 고의·과실에 의한 조합)과 예외모델을 근거로 한 4유형설(원인설정행위에 대한 고의·과실과 장애상태 하의 행위시에 구성요건적 고의·과실의 조합)이라는 2종류의 4유형설이 존재한다고 해야 한다.³⁴⁾ 예외모델을 근거로 한 4유형설을 도표로 구성하자면 다음과 같다.

<도표 2> 예외모델을 취할 시의 4유형론

	장애상태야기에 대한 고의여부	장애상태 하에서의 구성요건적 고의여부	효 과
①	고의	고의	고의의 원자행
②	과실	고의	과실의 원자행
③	고의	과실	과실의 원자행
④	과실	과실	과실의 원자행

4유형설에 대한 오해를 정리하자면, 첫째 원자행의 가벌성의 근거로서 예외모델을 취할 경우 도표1)과 같은 4유형설을 주장해서는 안 된다. 예외모델을 취하는 이상, 장애상태 하에서의 구성요건적 고의·과실여부를 고려하지 않은 채, 장애상태를 야기하는 시점의 2종의 고의·과실만으로 원자행의 불법이 결정된다고 주장하는 것은 논리모순이다.

예컨대, A를 살해할 의사로 음주만취하고 그 상태에서 운전하여 A에게 가는 도중

모델이 원자행의 가벌성의 근거로 타당하다고 하면서 “책임능력결함상태 하의 행위는 고의에 의한 것이던 과실에 의한 것이던 상관없다”라고 하는 것은 전적으로 논리모순인 주장이라고 하겠다(밑줄은 필자 주).

33) 배종대, 전게서(각주 14), 379면; 이형국, 전게서(각주 14), 226면. 이 견해는 원인설정 행위가 ①위험발생에 대한 예견과 ②장애상태야기에 대한 자의여부, 이렇게 두 부분으로 세분화된다는 점을 간과한 것이라고 할 수 있다.

34) 4유형설을 원자행의 가벌성의 근거에 따라 나눠서 설명하는 견해로는 김성돈, 전게서(각주 11), 359면.

집 앞에 서 있는 A를 과실로 차로 치어 사망케 하였다면³⁵⁾, 예외모델은 장애상태 하의 행위 시에 불법이 결정되므로 위 예는 과실의 원자행이 되어야 한다.³⁶⁾

둘째, 원인설정행위 시에 장애상태를 자의로 야기한다는 것만으로는 부족하고, 범죄실현에 대한 고의를 가지고 자의로 장애상태를 야기해야 한다는 점에서 도표 2)의 4유형설도 다소 문제가 있다. 이러한 문제를 해결하기 위해, 장애상태를 야기하는 시점에 ①장애상태 하에서 행할 고의를 가지고 ②장애상태를 고의로 야기한다는 2중의 고의와, 더불어 ③장애상태하의 행위시의 구성요건적 고의여부, 이렇게 3중적 연관을 고려한 8유형설이 탄생하게 되었다.³⁷⁾

2) 보론

장애상태 하의 행위 시에 행위자는 심신상실 또는 심신미약상태이므로 시비조종 능력 내지 사물변별능력이 크게 문제된다. 따라서 이러한 장애상태 하의 행위자에게 구성요건적 고의를 인정할 수 있는지 문제된다. 예컨대 행위자가 상해의 고의로 용기를 북돋기 위해 음주 만취하여 피해자에게 상해를 입혔을 때, 행위자가 자신의 행위 시의 행태에 대하여 아무런 기억을 하지 못한다면 구성요건적 고의가 인정될 수 있는지 의문을 가질 수 있을 것이다. 그러나 장애상태에 빠져 있다고 해서 구성요건적 고의까지 부정되는 것이 아니라는 점을 유의해야 한다. 정신병자와 같은 심신장애자의 행위에 대해 구성요건적 고의가 부정되지 않는 것처럼 원자행의 경우도 마찬가지이다. 판례도 이미 “사물변별능력과 기억능력은 일치하는 것이 아니며”³⁸⁾, “범행을 기억하고 있지 않다는 사실만으로 바로 범행당시 심신상실상태에 있었다고 단정할 수는 없고”³⁹⁾, 반대로 “행위자가 범행 전후 사정을 비교적 사리에 맞도록 기억하고 있다하여 반드시 범행당시 사물변별능력을 갖추고 있었다고 할 수도 없다”⁴⁰⁾고 판시하여 이러한 의문에 대해 답변해주고 있다.

35) 이때 구성요건모델은 장애상태야기시점의 2중의 고의에 의해 불법과 책임이 결정되므로, 장애상태 하의 행위 시 과실로 결과가 발생하였어도 고의의 원자행을 인정한다.

36) 예외모델은 논리필연적으로 고의와 행위의 동시존재원칙이 지켜질 수밖에 없기 때문이다(강조는 필자 주).

37) 구성요건모델은 장애상태야기 시에 2중적 심리관계만으로 원자행의 형태가 결정되지만, 여기에 장애상태 하의 행위 시의 고의·과실여부까지 고려해야만 예외모델에 합치될 수 있을 것이다.

38) 대판 1978. 1. 31, 77도 3428.

39) 대판 1985. 5. 2, 85도 361.

40) 대판 1969. 10. 14, 69도 1265.

3) 8유형론

구성요건모델의 경우 4유형이 도출되는 것은 비교적 자연스럽다고 할 수 있겠다. 그러나 상술한 예외모델의 4유형(도표2)은 고의로 장애상태를 야기해야 한다고 하는데, 그 장애상태를 야기하는 시점을 분석해 보면 구성요건 실현에 대한 고의를 가지고, 자의로 장애상태를 야기한다는 2가지 심리관계로 구성될 것이다. 따라서 단순히 장애상태를 야기한다는 고의만으로는 부족하고, 장래 실현하고자 하는 구성요건에 대한 예견과의 불가분적 연관을 요한다.

즉, ①구성요건 실현에 대한 고의를 가지고 ②장애상태를 고의로 야기한다는 2중의 고의와 ③장애상태 하에서도 구성요건적 고의를 가지고 행위를 하였어야 비로소 고의의 원자행이 된다고 한다.⁴¹⁾ 이와 같이 예외모델을 취한다면, 장애상태야기시에 구성요건모델과 같은 두 가지의 심리적 연관뿐만 아니라, 장애상태 하의 행위시가 곧 실행행위이므로 이 행위시점의 구성요건적 고의·과실여부에 의해 원자행의 불법형태가 결정된다는 것도 고려해야만 한다. 이렇게 행위자의 3중적 심리요인의 연관성이 있어야 한다는 점에서 8유형설이 나오게 된 것이다.⁴²⁾ 8유형설을 도식화하면 다음과 같다.

<도표 3>⁴³⁾

	장애상태야기시점		장애상태 하의 행위 시 (실행행위 시)의 구성요건적 고의여부	효과
	구성요건실현에 대한 고의 여부	장애상태야기에 대한 고의 여부		
①	고의	고의	고의	고의의 원자행
②	고의	과실	고의	과실의 원자행

41) 8유형설을 취하는 학자로는, 임 웅, 전계서(각주 12), 299면; 정웅석, **형법강의**, 대명출판사, 2005, 296면; 한상훈, “원인에 있어서 자유로운 행위”, **고시연구**, 2001. 10, 78-79면. 반면 오영근, 전계서(각주 12), 423면에서는 12유형으로 구분하고 있는데 그 근거로는, “예견”을 고의·과실로 해석하여 8가지 유형이 도출되고, 더욱이 ‘예견가능성’까지 그 조합에 넣어 4유형이 덧붙여져 총 12유형으로 구분한다.

42) 예외모델을 취하는 4유형설보다는 8유형설이 상대적으로나 논리적으로 타당할 뿐이지 필자가 8유형설을 취하는 것이 아니라는 점을 밝혀둔다.

43) 이 도표는 8유형설을 취하는 학자들의 문헌에서 참고하여 이해의 편의를 위해 필자 나름대로 약간의 수정을 가한 것이다.

	장애상태야기시점		장애상태 하의 행위 시 (실행행위 시)의 구성요건적 고의여부	효과
	구성요건실현에 대한 고의 여부	장애상태야기에 대한 고의 여부		
③	과실	고의	고의	과실의 원자행
④	과실	과실	고의	과실의 원자행
⑤	고의	고의	과실	과실의 원자행
⑥	고의	과실	과실	과실의 원자행
⑦	과실	고의	과실	과실의 원자행
⑧	과실	과실	과실	과실의 원자행

8유형설은 3중적 연관 요인 중 하나라도 과실적 측면이 인정되는 ②~⑧ 7가지 유형은 모두 과실의 원자행이 된다고 한다. 여기서 떠오르는 의문은 장애상태하의 행위시에 구성요건적 고의가 있었던 ②, ③, ④의 경우 고의불법이 인정될 것임에도 불구하고 어떤 근거로 과실의 원자행이 된다는 것인지 밝히지 않고 있다. 8유형설이 3중적 관련성을 고려한다는 점에 있어서는 타당하지만, 우리 형법 제10조 제3항에 합치되는 해석을 하여 유형화한 것인지는 의문이다. 더불어 한정책임능력 상태를 야기한 원자행의 경우에도 원자행의 역기능을 보이고 있는데 이하에서 그 문제점들을 파악해 보고자 한다.

다. 종래 해석론 및 유형론의 문제점

1) 체계론적 관점에서 따르는 의문점

지금까지 원자행을 4가지 또는 8가지로 유형화하여 그 사이에서 고의의 원자행 또는 과실의 원자행을 인정하는 경우가 일반적이었다.⁴⁴⁾ 정리하자면 형법 제10조 제3항을 해석함에 있어서 “위험발생”을 구성요건 실현과 동일한 의미로, “예견”과

44) “예견”에 “예견가능성”까지 포함하고자 한다면 12유형으로 늘어나는 것이 논리적인 것이다.

“자의”를 고의·과실과 결부시켜 파악하여 왔다. 이러한 해석을 전제로, 원자행의 가벌성을 구성요건모델로 이론구성하면 장애상태 야기시의 2중의 고의·과실의 조합으로 4유형설이 도출되며, 예외모델로 이론구성을 하면 장애상태 야기시(장애상태야기시)의 2중의 고의·과실과 더불어 장애상태 하의 행위 시에 고의·과실 여부라는 3중적 연관을 조합하면 8가지 유형이 나오게 된다.⁴⁵⁾

그리고 이미 언급한 바와 같이 형법 제10조 제3항의 문장구조만 보아도 구성요건 모델 보다는 예외모델이 우리의 규정에 부합한다는 점을 알 수 있었다. 또한 예외 모델은 범죄체계론적인 관점에서 보면 죄형법정주의의 명확성의 원칙, 구성요건적 행위의 정형성 및 고의와 행위의 동시존재원칙을 지킬 수 있는 장점이 있다. 비록 예외모델이 행위와 책임능력의 동시존재원칙을 지킬 수 없다는 비판을 받긴 하지만, 그 상위원칙인 책임주의의 관점에서 보면 결코 어긋나지 않는다는 점도 주목할 필요가 있었다.⁴⁶⁾ 따라서 원자행의 가벌성의 근거로서 예외모델이 우리 형법의 입장과 범죄체계론적 관점에 부합한다고 할 수 있겠다.

원자행의 가벌성의 근거로서 분명 예외모델이 타당하지만, 형법 제10조 제3항의 “예견”과 “자의”를 고의·과실과 결부시켜 해석하는 4유형설(예외모델의 4유형설) 및 8유형설은 장애상태 하에서 행위자가 구성요건적 고의를 가지고 행위 하였기 때문에 고의불법이 인정될 것임에도 불구하고, 원인설정행위에 과실적 측면이 있다는 점만으로 행위자에게 과실 책임을 지우고 있다는 점에서 문제된다.⁴⁷⁾⁴⁸⁾ 이러

45) 예외모델에서도 4유형설을 주장하는 것이 현재 다수의 입장이지만, 예외모델을 취할 경우 4유형설보다 8유형설이 상대적으로 타당하다는 것은 이미 앞에서 살펴보았다.

46) 임 옹, 전계서(각주 12), 295면.

47) 김성돈, 전계논문(각주 18), 117면 각주 45에서도 “8유형론자들은 장애상태 하에서 실행행위와 관련하여 일단 고의가 인정된 불법행위에 대해 원인행위 시의 주관적 태도 여하에 따라 다시 과실행위로 갑자기 전환되는 근거가 무엇인지 분명한 입장을 나타내야 할 것이다”라고 하면서 8유형설(또한 예외모델을 취하는 4유형설도 포함)의 문제점을 잘 지적하고 있다(밑줄은 필자 주). 이에 대해서 고의의 이중적 지위를 취한다면 장애상태하의 행위시에 구성요건적 고의가 존재하더라도 과실로 장애상태를 야기하였다면 책임고의가 부정되기 때문에 완전한 고의책임을 물을 수 없다는 주장도 있다(Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts AT*. 3. Aufl., 1978, S. 348; Ebermayer/Baldus/Jescheck, *Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., 1985, vor 13. Rn. 75). 이에 반대하는 입장은 Moos, *Zum Stand der österreichischen Verbrechenlehre aus der Sicht einer gemeinrechtlichen Tradition*, ZStW 93, 1981, S. 1037.

48) 원인설정행위에 고의성을 요구하는 것이 타당하지 않으므로, 구성요건설현을 지향하면서 장애상태를 야기하고 장애상태 하의 행위시에 구성요건적 고의가 인정되면 고의의 원자행이 된다고 하는 견해가 있다(박상기, *형법총론*, 박영사, 2007, 231면).

한 의문에 대해, 고의·과실은 불법단계에서 확정되었기 때문에 책임단계에서 뒤 바뀌는 것이 아니지만, 위험발생에 대한 추론된 예견이 인정되고 실수로 장애상태가 유발되었다면 비록 장애상태하의 행위시에 고의가 있었다는 것을 인정하면서도, 행위의 불법성에 대한 통찰이 완전하지 않기 때문에 고의기수의 책임을 묻는 것이 적절하지 않다는 견해가 있다.⁴⁹⁾ 또한 독일에서는, 행위자가 범행을 결의한 점에서뿐만 아니라 자신의 결합상태를 의식적으로 야기하고 범행을 계획하였다는 점에서 근거 지워질 수 있다고 하거나⁵⁰⁾, 과실로 명정상태에 빠져 의도한 범죄를 행한 경우에는 고의의 원자행이 성립할 수 없으며, 최소한 행위자는 자신의 행위를 통하여 결합상태가 야기된다는 것을 인식하여야 한다고 한다.⁵¹⁾ 물론 이러한 주장들이 형 면제를 받게 되는 책임무능력자에게 과실 책임이라도 물을 수 있다는 점에서 상대적으로 타당하다고 보일 만한 여지는 있다. 하지만 심신미약상태를 야기한 원자행의 경우에 치명적인 오류가 있음을 피하지는 못한다.⁵²⁾

그리고 원자행의 구조가 마치 ‘정당화 사정의 착오’의 문제와 유사한 측면도 없지 않다. ‘정당화 사정의 착오’의 문제를 크게 책임설의 범주 안에서 해결하듯이, 원자행의 논의도 책임영역의 문제라는 점에서 유사하다고 할 수 있다. 정당화사정의 착오문제의 해결에 있어서 엄격책임설은 불법한 행위를 한 행위자에게 고의책임을 묻는 대신 형을 필요적으로 감경하거나 착오가 회피가능하지 않았던 경우에는 형을 면제하며, 법효과제한적책임설은 행위자의 고의불법을 인정하면서도 법효과 만큼은 과실범으로 취급하고 있다.

원자행에 관한 논의도 이와 유사하다. 즉 예외모델을 근거로 할 때, 고의불법이 인정되는 경우 그 불법에 대한 책임을 그대로 묻고자 하는 본 입장은 엄격책임설과 유사하며, 고의불법이 인정되더라도 과실책임을 지우고자 하는 현재 다수설의 입장은 책임고의 개념을 들어 해결하는 법효과제한적책임설과 유사하다고 볼 여지도 있다.⁵³⁾ 이러한 점에서 원자행이 정당화사정의 착오와 비슷한 구조를 가지고 있다고 할 수 있지만, 원자행의 경우 장애상태야기 시에 과실적 측면이 있다는 이

49) 임상규, 전계논문(각주 1), 174면.

50) Otto, *Grundkurs Strafrecht AT.*, 5 Aufl., 1996, §13 Rn. 28.

51) Schönke/Schröder/Lenckner, *StGB*, 25 Aufl., 1997, §20 Rn. 36.

52) 심신미약상태를 야기한 원자행에 대한 문제는 다음 항에서 논하기로 한다.

53) Jescheck, a.a.O., S. 348; Ebermayer/Baldus/Jescheck, a.a.O., Rn. 75. 국내에서도 원인설 정행위 시의 과실과 장애상태 하의 고의행위가 결합된 원자행을 책임고의와 결부시켜 해석하면, 고의불법이 과실책임으로 전환되는 설명을 쉽게 할 수 있다고 한다(임상규, 전계논문(각주 1), 175면).

유만으로 책임고의 여부를 운운하여 과실책임을 묻는 것은 타당하지 않다. 왜냐하면 원자행 규정이 없는 독일에서는 해석론에 의해 원자행을 해결해야 하므로 이러한 논의가 거론될 수 있으나, 우리는 불법한 행위를 한 자에 대한 완전책임의 요건을 제시하고 있는 형법 제10조 제3항을 명문으로 두고 있기 때문이다. 따라서 정당화 사정의 착오는 그 해결을 위한 형법상의 규정이 존재하지 않기 때문에 다양한 논의가 있을 수밖에 없는 반면 원자행의 경우에는 입법으로 해결하고 있으므로 그 사정이 다르다고 할 수 있다. 따라서 굳이 복잡한 해석론과 유형론에 의해 혼란을 초래하는 것은 타당하지 않다고 생각한다.

2) 심신미약상태를 야기한 경우에 따르는 문제점

상술한 다수설적 해석론은 장애상태 하의 행위시에 고의가 있었다고 하더라도 장애상태야기 시에 과실이 있으면 과실의 원자행을 인정한다. 책임무능력상태(심신상실상태)를 야기한 원자행의 경우에 과실책임을 지운다는 점에서 어느 정도 타당성은 있지만, 한정책임능력상태(심신미약상태)를 야기한 원자행의 경우에는 문제점이 뚜렷이 나타난다.

심신미약상태를 야기한 원자행의 경우, 장애상태 하의 행위자는 책임무능력자가 아니라 한정책임능력자이다. 한정책임능력자는 책임능력이 아예 부정되는 것이 아니라, 완전하지는 않지만 분명 책임능력이 감소된 형태로 존재하는 책임능력자의 일종이다. 따라서 원자행의 가벌성의 근거를 구성요건모델로 이론 구성할 시에 큰 난점을 보이고 있다는 것은 이미 살펴보았다.⁵⁴⁾ 예외모델을 취하면서 종래 해석론에 의해 도출된 4유형 또는 8유형설도 문제점을 안고 있기에는 마찬가지이다. 특히 도표3)에서 ②~④번, 즉 장애상태 하의 행위 시의 행위자에게 구성요건적 고의가 인정된 경우에 문제된다. 이때 ②~④번 모두 과실의 원자행이 된다는 논리를 관철하면, 책임무능력상태를 야기한 원자행의 경우 처벌되지 않는 것보다 과실범 처벌이라도 가능하다는 점에서 타당성을 주장할 여지는 있지만, 심신미약상태를 야기한 경우에는 치명적인 오류가 있다. 예를 들어, i) “A는 술만 마시면 사람에게 폭행을 하는 습관이 있는데, 하루는 기분이 우울하여 술을 몇 잔 마시고자 하였고,

54) 이미 앞에서 구성요건모델이 심신미약상태를 야기한 원자행의 경우에 이론구성의 난맥을 보이고 있음을 언급하였다. 구성요건모델은 장애상태 하의 행위 시에 책임능력이 없었다는 이유로 책임능력이 있었던 장애상태야기 시에 가벌성의 근거를 전치시킬 수 있었지만, 책임능력이 한정적으로 인정되는 심신미약상태의 원자행의 경우에는 이러한 이론구성이 불가능하다.

마시다보니 도를 지나쳐 결국 한정책임능력상태에 빠지게 되었다. 그리고 귀가하는 도중 사이가 좋지 않은 B를 만나 홧김에 폭행을 휘두르게 되었다”라는 원자행 사안을 상정해보자. 8유형설 및 현재 다수설에 의하면 이 사안을 원인설정행위 시점에 과실을 인정하여 과실의 원자행(폭행죄는 과실범 처벌규정이 없으므로 이 사안의 경우 행위자는 처벌되지 않는다)에 해당한다고 할 것이다. 더욱이 원자행을 고려하지 않는다고 하여도, 폭행을 하는 시점인 장애상태 하의 행위 시에 A는 심신미약상태였으므로 책임능력이 한정적으로 존재하며, 폭행죄의 구성요건적 고의도 존재하여 고의불범은 당연하거나와 책임능력도 어느 정도 인정될 것인데, 원자행을 적용할 경우 도대체 어떤 근거로 과실범이 된다는 것인지 의문이다.

원자행 이론은 책임이 조각되어 처벌되지 않거나, 책임이 감소되어 형이 감경되는 경우에 대해 완전책임을 부여하여 처벌하고자 하는 취지인데, 다수설적 해석론을 도표 3)의 ②~④번 원자행 사례에 적용하면 과실범으로 취급되거나 과실범 처벌규정이 없는 경우에 처벌되지 않는 유무를 낳게 된다. 차라리 원자행 이론을 적용하지 않고, 형이 감경된 폭행죄의 고의범으로 처벌하는 것이 더 합리적인 것이다. 결론적으로 다수설에 따르면 심신미약상태에서 행해진 단순 범죄는 형이 절반으로 감경된 고의범으로 취급되고, 질적으로 더 나쁜 원자행은 가벼운 과실범으로 취급되는 원자행의 역기능이 발생하게 된다.

또 다른 예를 들어, ii) 선량한 일반인이 기분 좋은 일이 생겨 친구들과 술을 마신 후 심신미약상태에서 길을 가는 도중 누군가와 시비가 붙어 폭행을 한 경우(원자행과 전혀 상관없는 경우)에 형이 필요적으로 감경될지언정 폭행죄의 고의범으로 취급된다. 이렇게 원자행이 아닌 ii)사례는 폭행죄의 고의범이 되는 반면, 먼저 위에서 예를 든 원자행 사례인 i)의 경우 과실범이 된다는 것은 원자행 이론의 역기능 내지 맹점이라고 할 수 있다. 이러한 문제는 형법 제10조 제3항을 문언에 충실하게 해석함으로써 해결할 수 있으며, 이하에서 자세히 다루어 보고자 한다.

III. 형법 제10조 제3항의 해석론과 문제의 해결

1. 형법 제10조 제3항의 해석

앞에서 언급한 종래의 해석론에 대한 문제점들은 원자행 처벌규정이 없는 독일의 해석론을 무차별적으로 수용한 결과라고 할 수 있다. 실정법을 바르게 해석하

기 위해 외국의 해석론을 참고할 수는 있지만, 무분별한 대입은 오히려 혼란을 초래할 수 있으며, 외국의 해석론이 타당하다면 우리 실정에 맞는지 검토한 후 받아들여야 한다. 하지만 지금까지는 원자행의 가벌성을 먼저 논하고 그 가벌성 가운데 하나를 택한 후, 우리 규정에 독일의 해석론을 대입시키고 유형론을 나눈 것이 문제였다.

우리 형법 제10조 제3항이 원자행의 가벌성근거인 예외모델의 내용과 동일한 이상 불법을 결정짓는 조항이 아닌 책임비난의 성립요건을 제시하고 있는 규정이므로, 원자행의 구조와 형법 제10조 제3항의 해석을 범죄체계론적인 관점에서 파악해 보고자 한다.⁵⁵⁾

가. 불법의 결정시기

원자행의 불법판단 시기와 관련해서는 이미 앞에서 언급하였다. 정리하자면 구성요건모델은 여러 가지 문제점을 내포하고 있는 동시에 더욱이 우리 형법 제10조 제3항과도 합치되지 않기 때문에 논할 여지가 없고, 예외모델이 우리 형법 규정과 조화를 이룰 수 있으므로 그러한 관점에서 해석해야 할 것이다. 이를 전제로 한다면 장애상태 하의 행위 시가 곧 실행행위이며, 그 행위시점에 고의가 존재하였다면 고의불법이, 과실로 행하여졌다면 과실불법이 결정된다. 이렇게 결정된 불법에 대해 완전한 책임을 지을 수 있는지 여부는 형법 제10조 제3항에서 제시하는 원자행에 대한 책임비난의 요건인 “위험발생에 대한 예견”과 “장애상태야기에 대한 자의”의 충족여하에 달려있다.

나. “위험발생을 예견하고”의 해석

지금까지 ‘위험발생’을 ‘구성요건의 실현’과 동일하게 해석하는 것이 일반적이었다. 이러한 해석도 결국엔 독일 형법해석론의 영향을 받은 탓이라고 생각된다. 독일은 원자행 규정이 없으므로 원자행에 해당하는 범죄를 취급함에 있어서 해석론의 도움을 받지 않을 수 없기 때문에 가능한 한 엄격한 해석에 의해야 할 것이다. 따라서 독일은 원자행을 이론에 의해 해결하고 있으며, 원자행이 적용될 수 없는 사안

⁵⁵⁾ 원자행에 관한 해석론은 오랜 기간 독일형법학의 논의와 뒤섞여 과열된 탓에 혼돈의 상태가 유지되어 왔다고 보아도 과언이 아니다. 이러한 분위기를 다소 진정시킬 수 있을 만한 새로운 해석론이 이미 등장하였지만(특히 김성돈, 전제논문(각주 18)) 고착되어버린 현재의 해석론은 쉽게 깨어지지 않고 있다.

에 대해서는 그 처벌의 공백을 메우기 위해 독일형법 제323조a(완전명정죄)로써 해결하고 있다. 이 형법 제323조a는 “고의 또는 과실로 알코올 음료나 기타 명정제를 복용하여 명정상태에 빠진 자가 그 상태에서 위법행위를 범하고…”라고 규정하고 있다. 여기서 독일의 원자행의 해석론과 형법 제323조a의 관계를 보면, ①위법행위를 하기 위해 고의 또는 과실로 장애상태를 야기하고 행위한 경우에는 원자행으로 취급되지만(예 : A를 죽이려는데 겁이 나서 용기를 북돋기 위해 고의로 술을 마시고 만취상태에서 A를 죽인 경우), ②단순히 고의 또는 과실로 장애상태를 일으키고 위법행위를 한 경우(동창들과 반가운 마음에 맘껏 술을 마시고 귀가 도중 우연히 일반인과 시비 끝에 살인한 경우)에는 원자행이 적용될 수 없고 형법 제323조a가 적용된다. 이와 같이 독일 형법 제323조a는 원자행으로 처벌할 수 없는 빈 공간을 메우는 보충적 역할을 한다. 그리고 본 규정에서는 명시적으로 원인설정행위에 대한 “고의 또는 과실”이라는 표현을 쓰고 있기 때문에, 우리도 이 영향을 받아 고의·과실에 의한 원인설정행위라는 용어가 사용되고 있다고 한다.⁵⁶⁾ 또한 독일형법 제323조a의 “위법행위”라 함은 구성요건에 해당하는 위법한 행위를 의미한다고 할 수 있는데⁵⁷⁾, 이러한 해석은 원자행 규정이 없는 독일에서 원자행을 파악할 때 엄격한 해석을 하기 위함이고, 우리 형법 제10조 제3항의 “위험발생”이라는 표지마저도 동일하게 해석하는 것은 축소해석이라고 할 수 있겠다.

게다가 우리 형법은 독일 형법과 같은 완전명정죄라는 보충적 규정이 없기 때문에 “위험발생”이라는 표지를 실행행위에 대한 고의로 엄격하게 해석 하는 것은 형사정책적 견지에서 볼 때 형법 제10조 제3항의 적용범위를 지나치게 축소하는 것이라는 비판도 받고 있다⁵⁸⁾. 그리고 형법 제17조(인과관계)와 형법 제18조(부작위범)에서도 “위험발생”을 구성요건적 결과와 구별하여 해석하는 것이 일반적이다.⁵⁹⁾ 따라서 종래 해석론은 우리 규정을 바르게 해석하기에 앞서 먼저 독일 형법 이론을 받아들이고 이를 전제로 우리 형법을 해석한 결과, 너무도 안이하게 “위험발생=구성요건실현”이라는 등식을 도출시킨 게 아닌가 생각한다.⁶⁰⁾

예를 들어, 음주만 하면 종종 추행을 저지르는 습관을 가진 자가 있다고 가정할

56) 김성돈, 전계논문(각주 18), 107면의 각주 19참조; 신동운, 전계서(각주 5), 375면.

57) 신동운, 전계서(각주 5), 375면.

58) 신동운, 전계서(각주 5), 381면.

59) 자세한 것은 김성돈, 전계논문(각주 18), 110면 참조.

60) 구체적 위험범의 경우 위험발생이 구성요건이므로 이때에는 ‘위험발생=구성요건실현’이라는 등식이 성립할 수 있으나, 침해범의 경우에는 타당하지 않다.

때, 그 행위자는 분명 음주시에 어느 정도 술에 취하면 추행을 할지도 모른다는 생각이 잠재적으로 존재할 것이다. 비록 추행죄의 구성요건실현에 대한 고의를 가지고 음주한 것은 아니지만 분명 그 위험성을 예견하고 자의로 음주하였다고 할 수 있으므로 형법 제10조 제3항의 요건이 충족되어 추행죄에 대한 고의의 원자행이 성립한다고 함이 타당하다. 하지만 이 사례에 종래 해석론을 대입하면 구성요건 실현에 대한 과실 및 범행가능성의 인식이 인정되어 결국 추행죄에 대한 과실의 원자행으로 취급할 것이다.⁶¹⁾

따라서 “위험발생”을 본 규정의 취지와 문언에 부합하게 해석할 필요가 있다. 그 위험발생의 의미에 대해서는 원인행위에 전형적으로 수반되는 법익침해의 가능성⁶²⁾, 구성요건을 실현시키는 前단계의 행위에서 일어나는 위험 및 그 행위에 수반되는 위험 및 당해 구성요건이 보호하는 법익이 포괄적으로 침해될 가능성이 있다고 해석하는 견해⁶³⁾들이 주장되었는데 타당한 해석이라고 생각한다. 예컨대 사회통념상 음주운전은 교통사고로 인한 사상사고 등을 수반할 가능성이 높다는 점에서 전형적으로 생명 또는 신체의 완전성이라는 법익에 대한 추상적인 위험성 있는 행위라고 할 수 있다. 형법 제10조 제3항은 구성요건을 실현시키는 前단계의 행위에 수반되는 전형적인 위험성을 행위자가 원인설정행위시에 예견하였을 때 유책성을 인정하겠다는 취지에서 마련된 규정이라고 한다.⁶⁴⁾ 따라서 본 규정이 제시하고 있는 “위험의 발생”은 특정 구성요건적 사실을 전제로 하고 있는 것이 아니다.⁶⁵⁾ 이러한 해석이 ‘위험발생’을 ‘구성요건의 실현’보다 넓게 파악한다는 점에서 확장해석이 아니냐는 비판이 있을 수 있으나, 우리 형법규정을 문언에 가능한 의미로 해석한 것이기 때문에 행위자에게 불리한 유추라고 할 수는 없다.

그리고 “예견”이라는 표지도 지금까지 구성요건실현에 대한 “고의 내지 과실”로 파악하여 왔는데⁶⁶⁾, 이러한 이유도 독일의 해석론의 영향이라고 할 수 있다. 원인설정행위와 관련하여 고의 및 과실이라는 용어의 사용이 적절하지 않다고 하면서

61) 강제추행죄는 과실범 처벌규정이 없으므로 결국 무죄가 된다.

62) 소위 ‘전형적 위험성설’이라고 칭하는 견해는 신동운, 전게서(각주 5), 383면. 동 382면에서는 이렇게 해석해야만 형법 제10조 제3항이 의도한 형사정책적인 입법취지를 살릴 수 있다고 한다.

63) 김성돈, 전계논문(각주 18), 109면; 이용식, 전계논문(각주 14), 246면.

64) 신동운, 전계서(각주 5), 383면.

65) 김성돈, 전계논문(각주 18), 109면.

66) 박상기, 전계서(각주 48), 235면; 배종대, 전계서(각주 14), 381면; 오영근, 전계서(각주 12), 422면; 임 응, 전계서(각주 12), 300면; 정성근/박광민, 전계서(각주 12), 319면.

도 결국 2종의 고의 내지 3종의 고의라는 표현을 쓰면서 고의·과실의 세계로 돌아간다. 심지어 원자행은 과실에 의한 경우가 많기 때문에 “예견”에 “예견가능성”이 포함된다고 해석하기도 한다.⁶⁷⁾ 하지만 고의불법과 과실불법은 책임의 前 단계에서 결정되는 것이며, 형법 제10조 제3항은 책임비난의 충족여부만 결정짓는 규정일 뿐이지 원인설정행위의 과실만으로 불법까지 전환시키는 기능이 있는 것으로 오해해서는 안 될 것이다.

“예견”이란 사전적으로 “앞으로 일어날 일을 짐작함”을 의미한다. 여기서 “짐작”의 사전적 의미는 “어림잡아 헤아린다”는 뜻이므로, 이를 종합하면 “예견”이란 사전적으로 “앞으로 일어날 일을 어림잡아 헤아리는 것”이라는 의미가 된다. 즉, 행위자가 장래에 대하여 ①확실한 심리적 예측만을 나타내는 것이 아니라 ②불확실한 인식의 의미까지 내포하고 있다는 것을 알 수 있다. 따라서 고의·과실을 끌어올 필요 없이, 형법 규정을 있는 그대로 해석한다면 위험발생에 대한 행위자의 “확신”이라는 적극적인 태도와 “위험할 수도 있다”라는 불확실한 짐작의 의미를 모두 내포하는 개념으로 보아야 할 것이다. 이러한 두 가지 의미가 “예견”이라는 표지에 포섭될 수 있음에도 불구하고, 다수설은 “예견”과 관련하여 과실이 인정되면 과실의 원자행 성립을 주장하거나⁶⁸⁾, 예견에 예견가능성의 포함여부를 놓고 논하는⁶⁹⁾ 등 복잡한 해석론을 제시하여왔다. 이렇게 행위 시에 존재했던 구성요건적 고의로 인해 고의불법이 성립되었음에도 불구하고, 장애상태야기 시에 과실이 있었다는 이유로 3종의 고의가 부정되어 과실책임을 지우고자 하는 것은 타당하지 않다.⁷⁰⁾ 이러한 해석론은 우리 형법 제10조 제3항의 취지와 구조를 있는 그대로

67) 예견에 고의와 과실이 포함되는 개념이라고 해석하는 것이 다수설이다. 이와 달리 예견에 ‘예견가능성’이 포함될 수 있기 때문에 예견은 고의로, 예견가능성은 과실로 해석하기도 한다(김일수/서보학, 전게서(각주 6), 388면; 임 응, 전게서(각주 12), 300면; 정성근/박광민, 전게서(각주 12), 319면). 하지만 예견에 예견가능성이 포함된다는 것은 문리해석상 불가능하며(김성돈, 전게논문(각주 18), 109면; 박상기, 전게서(각주 48), 236면), 피고인에게 불리한 유추이므로 죄형법정주의를 위반하는 해석이라고 할 수 있다(한상훈, 전게논문(각주 26), 246면). 그리고 김성돈, 전게서(각주 11), 356면에서는 예견은 현실적으로 예견하였다는 점에서 존재론적인 有에 해당하는 개념이지만, 예견가능성은 현실적으로 예견한 경우가 아니므로 존재론적으로 無에 해당하는 개념이기 때문에 구별되어야 한다고 한다.

68) 이재상, 전게서(각주 14), 317면; 임 응, 전게서(각주 12), 300면; 정성근/박광민, 전게서(각주 12), 319면.

69) 박상기, 전게서(각주 48), 235면; 배종대, 전게서(각주 14), 381면; 오영근, 전게서(각주 12), 422면; 임 응, 전게서(각주 12), 300면; 정성근/박광민, 전게서(각주 12), 319면.

70) 장애상태 하의 행위 시 고의·과실로 불법이 결정되지만, 이러한 범죄론상의 취급과 달리

파악한 것이 아니므로, 우리의 원자행 성립요건에 대한 적절한 해석은 아니라고 생각한다.

다. “자의로”의 해석

“자의”도 “예견”과 마찬가지로 고의 내지 과실이 포함되는 의미로 해석하는 것이 다수의 입장이다. “자의”를 “스스로”라고⁷¹⁾ 해석해야 한다는 점에서는 타당하지만, 이를 다시 고의와 과실로 나누어 과실적 측면이 인정될 경우에 고의의 원자행을 부정하는, 즉 고의불법이 인정되었음에도 불구하고 아무런 근거 없이 과실 책임을 묻는 것은 범죄체계론상 타당하지 않다고 하겠다.

“자의”란 사전적으로 “자기 스스로의 생각이나 의견”이라는 의미를 나타내므로, 굳이 고의 및 과실로 해석할 것이 아니라 “타의에 의하지 않고 본인 스스로 자유로이” 내지 “스스로 자유롭게”라는 의미로 해석하는 것이 타당하며⁷²⁾, 행위자의 강한 의지를 반영한 장애상태를 반드시 야기하리라는 의사는 당연하거니와, 장애상태를 야기할 수도 있다는 의욕적 측면이 배제된 경우까지도 내포한다고 할 수 있다.

예컨대 어느 정도 음주만 하면 폭행을 일삼는 행위자가 그날따라 기분이 우울하여 술을 한 두 잔 정도만 마시고자 하였는데 마시다 보니 과음하게 되어 누군가를 폭행하였다고 상정해보자. 음주상태에서 폭행의 습벽이 있는 행위자는 자신이 음주를 하면 문제를 일으킬 수 있다는 것을 잠재적으로 알고 있었을 것이다(위험발생에 대해 어림잡아 헤아림). 그럼에도 불구하고 조금만 술을 마시고자 한 의도와는 달리 한계치를 넘어설 정도로(위험을 예견하고도 태만하여 주의를 다하지 않아) 마시게 되었다는 것은 본인 스스로 자유롭게 음주하였다는 점에서 “자의”가 인정된다.

기존의 해석론에 의한다면 위 예를 장애상태야기에 대해 과실적 측면이 있다고 보아, 이때 3중의 고의가 부정되어 과실 폭행의 결과에 이르겠지만⁷³⁾, “자의”를 “본인 스스로 자유로이”라는 의미로 해석한다면 원자행의 성립요건이 충족되므로 폭행죄의 고의책임을 물을 수 있다.

장애상태야기 시에 분명한 범죄의사를 가졌던 자와 동일한 고의범으로 처벌할 수 없다는 점에서 양형론상 취급을 달리 하는 견해도 있다(임상규, 전계논문(각주 1), 181면).

71) 임 용, 전계서(각주 12), 299면; 정성근/박광민, 전계서(각주 12), 320면.

72) 김성돈, 전계논문(각주 18), 106면.

73) 폭행죄는 과실범 처벌규정이 없으므로 결국 무죄가 된다.

2. 범죄체계론적 관점에서의 합치 및 심신미약상태를 야기한 경우의 해결

형법 제10조 제3항을 위와 같이 해석하면 장애상태 하의 행위 시에 고의가 존재하고, 종래 해석상 원인설정행위에 과실적 측면이 인정되는 경우(도표 3의 ②, ③, ④)에도 고의의 원자행이 성립할 것이다. 또한 심신미약상태를 야기한 경우에 형감경이 아닌 완전책임을 지울 수 있다는 장점도 있다. 종래 해석론에 의해 발생하는 심신미약상태를 야기한 경우의 문제, 즉 원자행을 적용하지 않는 것이 오히려 더 무겁게 처벌되는 원자행의 역기능도 해결할 수 있다.

앞에서 언급한 **i) 원자행사례**(즉, “술만 마시면 폭행을 하는 습관이 있는 A가, 하루는 기분이 우울한 나머지 자신의 습관을 알면서도 술을 몇 잔 마시다보니 정도를 넘어서서 결국 한정책임능력상태에 빠지게 되었다. 그리고 귀가하는 도중 평소에 관계가 안 좋았던 B를 만나 화감에 폭행을 휘두르게 되었다”)에 종래 해석론을 적용하면 폭행죄의 과실범(처벌규정이 없으므로 무죄)으로 취급되며, 오히려 원자행이 아닌 **ii) 사례**(선량한 일반인이 친구들과 술을 마시고 귀가하는 도중 누군가와 시비 끝에 폭행을 한 경우)가 더 무겁게 처벌되는 문제가 있었다. 하지만 형법 제10조 제3항을 본 논문의 입장과 같이 해석하여 **i) 원자행사례**에 적용하면, ① 음주시 폭행의 습관이 있기 때문에 음주하면 사고를 일으킬지도 모른다는 것을 알면서도(위험발생의 예견) ②자유로이 음주한 후(자의로 장애상태 야기) ③심신미약상태에서 폭행(장애상태 하에서 고의로 범행)을 하였으므로 **i) 사례**에 대해 고의범의 완전책임을 물을 수 있다.

3. 관련문제

가. 특가법상도주운전죄⁷⁴⁾

‘위험발생’을 법익침해행위의 前단계 및 거기에 전형적으로 수반되는 법익침해의 가능성⁷⁵⁾, 당해 구성요건이 보호하는 법익이 포괄적으로 침해될 위험성이라고 해석할 때 어떤 장점이 있는지 검토해 보겠다.

특가법상도주운전죄는 음주로 인한 경우에 대한 구성요건이 없으므로 그 처벌이 문제될 수 있다는 점에서 형법 제10조 제3항을 논할 수밖에 없다. 음주운전을 해서 사람을 치상케 하고 유기도주를 한 경우, 일반적으로 도주부분까지 예견하고

74) 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의 3.

75) 대법원(대판 1992. 7. 28, 92도 999)도 위험발생을 이와 동일하게 파악하고 있다고 하는 견해로는 김성돈, 전계논문(각주 18), 122면; 신동운, 전게서(각주 5), 383면.

음주하는 사람은 거의 없다고 해야 할 것이다. 그러한 이유로 사고당시에 심신미약상태였다면 형법 제10조 제2항이 적용되어 형이 필요적으로 감경되며, 심신상실 상태였다면 도주운전죄는 무죄로 하고 업무상과실치사죄(형법 제268조), 사고후구호조치불이행(도로교통법 제50조 제1항)과 주취중 운전금지(도로교통법 제41조)의 경합범으로 처벌하여야 한다는 견해가 있다.⁷⁶⁾ 반면 고의의 도주운전죄는 성립하지 않고 과실의 원자행이 성립할 수 있으나 도주운전죄는 과실범 처벌규정이 없어 처벌의 흠결이 생기므로 독일형법상의 완전명정죄와 같은 규정을 신설해야 한다는 주장도 있다.⁷⁷⁾

이와 같이 사고후도주운전죄의 경우 음주시에 음주운전을 하게 되면 사고가 날 수 있다는 예견은 가능하지만, 사고 후 도주까지 염두에 두고 음주를 하는 경우는 없기 때문에 해결의 곤란을 겪고 있는 것이다. 따라서 종래의 해석론을 적용하면 도주 부분에 대해서는 책임을 물을 수 없으므로 책임조각 내지 감경되는 결과에 이르게 된다. 하지만 위험발생이라는 표지를 구성요건실현으로 해석하지 않고, 이미 상술한 바와 같이 해석한다면 결론은 달라질 수 있다. 즉 ‘위험발생’을 법익의 관점에서 법익침해의 전단계인 법익에 대한 위험 및 그 전 단계의 행위에 수반되는 위험까지 포함되는 것으로 해석한다. 일반적으로 음주운전 자체는 매우 위험하며 음주운전을 할 경우 추상적으로 위험한 일이 발생할 수 있다는 것 정도는 누구나 알고 있는 주지의 사실이다. 이 음주운전이라는 “행위”에 대한 예견이 인정된다면 그 행위로 인해 야기될 수 있는, 즉 그 음주운전행위가 수반하는 모든 위험까지 “위험발생”에 포함된다고 볼 수 있을 것이다. 따라서 그 음주운전으로 인해 치상의 결과를 낳고 도주하여 사망의 결과가 발생하였다면 불법은 당연히 인정되거나, 위험이 초래될 수 있음을 충분히 예견하고 자의로 음주한 것으로 볼 수 있으므로⁷⁸⁾, 사고후도주운전죄에 대한 완전책임을 인정할 수 있게 된다.⁷⁹⁾

나. 소위 “조두순 사건”에 대한 형법 제10조 제3항의 적용 가능 여부

최근 몇 년 전에 발생한 소위 “조두순 사건”, 즉 심신미약상태에서 여아를 납치 후 강간하고 증거인멸을 위한 잔인한 행위를 한 사건이 있었는데, 검찰의 기소에

76) 조상제, “과실에 의한 원인이 자유로운 행위”, **형사판례연구**, 제4호, 1996, 72면.

77) 손동권, “자유로운 원인행위로 인한 완전책임의 범죄성립-대상판결 대판 1995.6.13.95도826”, **판례월보**, 1997. 1, 33면.

78) 김성돈, **전계논문(각주 18)**, 122면.

79) 김성돈, **전계논문(각주 18)**, 121-122면; 신동운, **전계서(각주 5)**, 383면.

대한 착오⁸⁰⁾와 피고인에게 심신미약으로 인한 절반으로 감경된 형을 선고한 법원의 판결은 국민들로부터 많은 비난을 샀었다.⁸¹⁾ 이때 행위자는 음주한 상태였고, 본인이 음주를 할 당시 성범죄에 대하여 “예견”이 있었는지 여부는 자세히 알 수 없으나, 제1심 판결문은 “판결 전 조사보고서에 기재된 바에 의하면 피고인은 알콜중독 및 행동통제력 부족으로 범죄를 다시 유발할 가능성이 많고, 재범위험성이 비교적 높다”(밑줄은 필자 주)고 함으로써 형법 제10조 제3항의 적용가능성을 피력하고 있다.

정확한 사실관계를 알 수 없지만 미루어 추측해보면, “알콜중독 및 행동통제력 부족으로 인한 범죄유발가능성”이라는 문구를 보면 심신장애상태야기시에 행위자 본인의 범행가능성에 대해서 충분히 “예견(짐작)”했다고 판단된다. 이 사안에 대해 종래의 해석론을 적용하면, 장애상태하의 행위시에 강간에 대한 고의 및 증거인멸을 위한 상해행위에 대해 고의를 인정할 수 있으므로 고의불범은 인정될 것이다.⁸²⁾ 하지만 원인설정행위와 관련하여, 범행에 대한 고의는 없고 범행가능성만을 인식하고 음주하였다고 판단할 것이므로 결국 과실의 원자행을 인정할 것이다. 이러한 결과는 오히려 형법 제10조 제3항의 역기능을 초래하게 되는 큰 문제점이 생기게 된다. 왜냐하면 심신미약자의 책임감경을 피하고 완전책임을 지우고자 원자행 규정을 적용한다고 하더라도 심신미약으로 형을 감경하는 것보다도 훨씬 가벼운 과실범으로 처벌되는 이상한 결론에 이르게 되기 때문이다.⁸³⁾ 피고인에게 절반으로 감경된 형이 선고되었다는 것만으로도 국민의 비난을 피할 수 없었는데, 과실범으로 처벌된다고 한다면 이러한 결론을 어느 누가 받아들일 수 있을 것인가?

하지만 본 논문의 해석론에 따라, 형법 제10조 제3항의 “위험발생”을 특정구성요건의 실현이 아닌 범의침해행위의 전 단계 및 원인된 행위에 수반되는 위험발생으로 해석하고, “예견”도 고의나 과실이 아닌 “앞으로 일어날 일을 어렵잡아 헤아린다”라는 장래에 대한 행위자의 심리적인 태도로 해석·적용하면 결론은 달라진다.

80) 검사는 성폭력범죄의 처벌 및 피해자보호 등에 관한 법률로 기소하지 않고 형량이 더 낮은 형법 제301조 강간 등 상해·치상으로 기소하였다. 이와 관련하여 특별법이 아닌 일반 형법을 적용한 점에 관하여 국회 법사위의 검찰에 대한 추궁이 있었고 검찰은 착오가 있었음을 인정하였다.

81) 본 사건이 대두된 후, 특히 아동성범죄와 관련하여 법률개정 등 여러 가지 후속대책을 마련하였으나 이미 돌이킬 수 없는 일이 발생하였고 법원의 판결 또한 문제가 있었다는 점에서 안타깝지 않을 수 없다.

82) 죄수의 경합문제는 논외로 한다.

83) 기존의 해석론에 의해 탄생한 원자행의 역기능이라고 할 수 있다.

즉, 알콜중독 내지 행동통제력이 부족하고 범죄유발가능성이 높다는 판결 전 조사 보고서의 내용과 과거에 유아성폭행 및 살인의 전과까지 있었다는 점을 고려하면, 행위자는 음주시 누군가의 생명 내지 신체에 대해 위험을 초래할지도 모른다는 것을 짐작하고도 스스로 자유롭게 음주하였다고 평가할 수 있을 것이다. 따라서 형법 제10조 제3항의 “위험발생을 예견하고 자의에 의한 심신장애상태의 야기”라는 요건이 충족된다고 할 수 있다. 그러한 장애상태 하에서 여아를 유인·납치한 후 행한 강간행위와 강간행위시에 수반하여 발생한 잔혹한 결과는 여아의 신체에 대한 위험발생에 포함된다고 할 수 있으므로, 행위자에게 심신미약으로 인한 책임감경의 혜택이 주어지지 않고 최소한 강간치상에 대한 완전책임을 묻는 것이 가능하게 된다.⁸⁴⁾

IV. 나가는 말

지금까지 원자행과 관련하여 많은 논의가 있어 왔지만 아직도 견해가 첨예히 대립하고 있으며, 기존의 틀 또한 강력하게 고정되어 있어서 쉽게 깨어지지 않고 있다. 그 원인을 정리하자면, ① 독일형법의 해석론을 우선으로 하여, ② 원자행의 가벌성에 대한 근거 중 하나를 선택해야 하는 강박관념에 시달렸다는 점, ③ 택일한 가벌성의 근거를 전제로 독일형법 해석론을 우리 형법 제10조 제3항에 그대로 대입시켜 해석한 탓에 복잡한 형국을 탄생시킨 것 같다. 그리고 ‘위험발생=구성요건 실현’, ‘예견=고의·과실’, ‘자의=고의·과실’이라고 등식화하여 이 중 과실적 측면이 하나라도 있으면 과실의 원자행이 된다고 주장한다. 그러나 형법 제10조 제3항은 위험발생을 예견하고 자의로 장애상태를 야기한 경우 행위자에게 완전책임을 지우고자 하는 것이 본 규정의 취지이다.

⁸⁴⁾ 본 사건의 결과가 너무 잔인하여 구체적으로 표현하는 것이 차마 쉽지 않다. 간단히 표현하자면 강간행위뿐만 아니라 이에 수반하여 발생한 심각한 상해의 결과가 있었다. 그 후 증거인멸을 위한 잔인한 행위까지 있었는데 그 부분까지 완전책임을 묻는 것은 형법의 한계인 것 같다. 그리고 본 사건에 대해 형법 제10조 제3항을 적용할 수 있었다고 보여지지만 실제로는 피고인에 대하여 심신미약자라는 이유로 형이 절반으로 감경된 혜택이 주어지게 되었다. 그 이유를 추측해 보건대, 본 사안에 기존의 원자행 해석론을 대입하면 과실범이라는 결론이 나오기 때문이 실무에서는 과실범으로 처벌하는 것을 피하기 위해 어쩔 수 없이 이러한 결론을 내린 것이 아니었겠는가라는 생각도 조심스럽게 해보게 된다.

앞에서 논의한 바와 같이 원자행의 영역을 장식하는 다양한 견해들은 일면 타당성이 있었으며 또한 논리적이라는 점을 부정할 수는 없다. 하지만 우리는 형법상 원자행을 취급하는 법률이 엄연히 명문으로 존재하고 있으므로 이 혼돈의 장을 비교적 명쾌하게 정리해준다고 생각한다. 또한 형법 제10조 제3항은 죄형법정주의와 책임주의의 중간에서 자리를 잡지 못하고 허덕이고 있는 원자행을 예외적으로 처벌하고자 함으로써 그 가별성의 근거를 잘 말해주고 있다. 따라서 원자행의 가별성과 관련하여 구성요건모델과 예외모델이라는 독일의 양대 논의 중 하나를 택해야 하는 고민을 할 필요가 없다. 형법 제10조 제3항을 잘 읽어보면, 예외모델이 우리 규정에 합치된다는 것을 알 수 있으므로 굳이 구성요건모델을 논할 여지가 없는 것이다. 그렇다면 예외모델을 취하는 이상 논리필연적으로 고의행위인지 과실행위인지 여부는 구성요건모델과 달리 장애상태 하의 행위 시에 결정된다고 해야 할 것이며, 장애상태를 야기하는 시점에 고의·과실을 논하고 그 존부에 따라 불법의 형태가 좌우될 이유가 없다. 즉, 형법 제10조 제3항에서 요구하는 “위험발생의 예견”과 “자의에 의한 장애상태야기”는 책임의 前 단계에서 결정된 불법에 대한 책임비난의 충족여부를 결정하는 요건일 뿐이다.

그리고 불법한 행위를 한 행위자에게 완전책임을 지우기 위해서는 형법 제10조 제3항에서 요구하는 바와 같이 위험(법익침해행위의 前 단계 및 거기에 전형적으로 수반되는 법익에 대한 위험)이 발생할 수 있다는 것을 어림잡아 짐작(위험발생의 예견)하고, 그럼에도 불구하고 스스로 자유롭게(자의로) 장애상태를 야기하여 행위를 하였다면 행위자에게 형 면제 내지 감경은 적용되지 않고 완전책임을 물을 수 있다.⁸⁵⁾ 이렇게 형법 제10조 제3항을 본연의 취지에 맞게 그리고 문언에 충실하게 해석한다면, 지금까지도 문제 되고 있는 원자행의 많은 대립상을 다소 진정시킬 수 있을 것이다.

투고일 2012. 5. 9.	심사완료일 2012. 5. 31.	게재확정일 2012. 6. 1.
-----------------	--------------------	-------------------

⁸⁵⁾ 참고로 영국(DPP v. Beard [1920] AC 479 at 501/502)과 미국의 판례(Commonwealth v. Hicks, 483 Pa. 305, 396 A.2d 1183(1979))는 자의적 명정(intoxication)의 경우 정신 질병(mental disease of mind)에 해당하지 않는다고 보아 완전한 책임을 인정한다. 다만 행위자의 방어를 위해서는 명정상태 하의 행위 시 주관적 요소(mens rea)가 결여되어 있다는 것을 입증해야 하며 이 또한 제한적으로 인정될 뿐이다.

참고문헌

- 권문택, “원인에 있어서 자유로운 행위”, **고시계**, 1970.
- 권오걸, **형법총론**, 형설출판사, 2009.
- 김성돈, **형법총론**, SKKUP, 2008.
- _____, “범죄체계론적 관점에서 본 원인에 있어서 자유로운 행위”, **저스티스 통권** 제75호, 2003.
- 김일수·서보학, **형법총론**, 박영사, 2004.
- 김주덕, “원인에 있어서 자유로운 행위”, **고시연구**, 1990.
- 남홍우, **형법총론**, 박영사, 1985.
- 박상기, **형법총론**, 박영사, 2007.
- 배종대, **형법총론**, 홍문사, 2004.
- 손동권, **형법총론**, 2005, 율곡출판사.
- _____, “자유로운 원인행위로 인한 완전책임의 범죄성립-대상판결 대판 1995. 6. 13, 95도 826”, **판례월보**, 1997. 1.
- 신동운, **형법총론**, 법문사, 2010.
- 오도기, “원인에 있어서 자유로운 행위”, **고시계**, 1982.
- 오영근, **형법총론**, 박영사, 2010.
- _____, “원인행위책임범”, **고시계**, 1996. 1.
- 이용식, “원인에 있어서 자유로운 행위”, **서강법학연구**, 제3권, 2001.
- 이재상, **형법총론**, 박영사, 2000.
- 이형국, **형법총론**, 법문사, 1992.
- 이호중, “원인에 있어서 자유로운 행위”, **고시계**, 2000. 10.
- 임 응, **형법총론**, 법문사, 2011.
- 임상규, “원인에 있어서 자유로운 행위의 처벌맥락”, **형사법연구**, 제21권 제3호, 2009.
- 정성근·박광민, **형법총론**, 삼지원, 2005.
- 정영석, **형법총론**, 법문사, 1989.
- 정용석, **형법강의**, 대명출판사, 2005.
- 정창운, “원인에 있어서 자유로운 행위”, **사법행정**, 1964.
- 조상제, “과실에 의한 원인이 자유로운 행위”, **형사판례연구**, 제4호, 1996.

- 한상훈, “원인에 있어서 자유로운 행위와 책임귀속에 관한 연구”, 박사학위논문, 서울대학교대학원, 2000.
- _____, “원인에 있어서 자유로운 행위”, **고시연구**, 2001.
- 황산덕, **형법총론**, 방문사, 1989.
- Ebermayer/Baldus/Jescheck, *Leipziger Kommentar*, 10. Aufl., 1985.
- Fritjof, *Strafrecht AT.*, 7. Aufl., 1996.
- Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts AT.* 3. Aufl., 1978.
- Kleinschrod, *Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts*, I. Teil, 1794.
- Maurach/Zipf, *Strafrecht AT.* I, 8. Aufl., 1992.
- Moos, *Zum Stand der österreichischen Verbrechenlehre aus der Sicht einer gemeinrechtlichen Tradition*, ZStW 93, 1981.
- Otto, *Grundkurs Strafrecht AT.*, 5 Aufl., 1996.
- Schönke/Schröder/Lenckner, *StGB*, 25 Aufl., 1997.
- Spendel, *Actio libera in causa und kein Ende*, Hirsch-FS, 1999.
- Roxin, *Bemerkungen zur actio libera in causa*, Lackner-FS, 1987.
- Roxin, *Strafrecht AT.*, 3. Aufl., 1997.

<Abstract>

Einige Probleme über die ‘actio libera in causa’

Kim, Jae-hyun*

Das §10 III korStGB, das die Rechtsfigur ‘actio libera in causa’ ausdrücklich regelt, verlangt die drei Voraussetzungen, und zwar sind es folgende, dass der Täter nach der ‘Voraussicht’ des ‘Gefährdungseintritts’ den ‘willkürlich’ Geistesstörungszustand herbeiführt.

Die Strafbarkeit der ‘actio libera in causa’ wird allgemein entweder mit dem Tatbestandsmodell oder dem Ausnahmemodell (oder Schuldmodell) erklärt. Anders als der deutsche Zustand regelt das korStGB ausdrücklich ‘actio libera in causa’. Außerdem stellt das §10 III korStGB den Inhalt des Ausnahmemodells dar.

Das Unrecht (Vorsatzunrecht oder Fahrlässigesunrecht) wird also beim Anfang der Ausführung entschieden, wenn die Strafbarkeit der ‘actio libera in causa’ mit dem Ausnahmemodell berücksichtigt wird.

Nach der überwiegende Meinung bestehe das Merkmal “willkürlich” und “Voraussicht” aus der Bedeutung, die ‘vorsätzlich’ und ‘fahrlässig’ enthalten. Das Merkmal “willkürlich” sollte aber unter dem Begriff “selbst” verstanden werden, und die “Voraussicht” sollte auch als diejenige Bedeutung aufgefasst werden, dass der Täter den Gefährdungseintritt vermutet, aufgefasst werden.

Daneben ist die Bedeutung des “Gefährdungseintritts” nicht die Tatbestandsverwirklichung, sondern sollte unter die Gefährdung verstanden werden, die von der Handlung der Vorstufe der Rechtsgutsverletzung geschehen wird, oder als die Gefährlichkeit der Rechtsgutsverletzung, dass die ursächliche Handlung typisch begleitet, auffassen sollte.

Soweit wir “nullum crimen, nulla poena sine lege” zum Grundsatz nehmen, meine ich, dass das korStGB §10 III durch die grammatische Auslegung und die teleologische Auslegung entsprechend aufgefasst werden sollte.

Keywords: Actio libera in causa, Geistesstörungszustand, Gefährdungseintritt, Voraussicht, Willkür

* Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Gastwissenschaftler, Dr. jur.