

曹俊鉉教授指導
碩士學位請求論文

原因에 있어서 自由로운 行爲의 類型과
可罰性 根據 小考

2005

誠信女子大學校 大學院
法學科
林和永

原因에 있어서 自由로운 行爲의 類型과
可罰性 根據 小考

曹俊鉉 教授指導

이 論文을 碩士學位論文으로 제출함

2004年 11月

誠信女子大學校 大學院

法學科

林和永

認 准 書

林和永의 碩士學位 論文으로 認准함

심사위원 _____인

심사위원 _____인

심사위원 _____인

誠信女子大學校 大學院

목 차

논문개요

제 1장 서론	1
제 1절 연구의 목적	1
제 2절 연구의 범위와 방법	2
제 2장 원인에 있어서 자유로운 행위의 비교법적 검토	4
제 1절 서 설	4
제 2절 판례의 내용 및 검토	5
1. 독 일	6
(1) 관습법에 의한 가벌성 인정	7
(2) 판례	7
2. 일 본	11
(1) 법규의 흠결	11
(2) 판례	11
3. 영미법	13
4. 우리나라	15
(1) 제10조 제3항의 해석	15
(2) 판례	15
제 3절 의의와 유사개념과의 구별	24
1. 의의	24
2. 유사개념과의 구별	25

(1) 간접정범과의 구별	26
(2) 강요된 행위와의 구별	27
(3) 원인에 있어서 불법인 행위	28
제 3장 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성의 근거.....	30
제 1절 행위와 책임능력의 동시존재의 원칙	30
제 2절 학설 및 비판	31
(1) 책임무능력상태야기 자체에서 책임비난의 근거를 찾아야 한다는 설 (이른바 예외모델설)	32
(2) 범죄실현행위 자체에서 가벌성의 근거를 인정하는 설 (이른바 실행행위시설)	35
(3) 책임무능력야기행위를 아예 범행의 개시로 볼 수 있다는 설 (이른바 구성요건적해결설)	37
(4) 소결	40
제 3절 원인에 있어서 자유로운 행위의 미수	41
제 4절 실행의 착수이후 결합상태의 발생	43
제 4장 원인에 있어서 자유로운 행위의 유형	44
제 1절 서설	44
(1) 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위	46
1) 의 의	46
2) 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위 인정범위	46
가) 제1유형	46
나) 제1유형과 제3유형	48
3) 소결	48

(2) 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위	49
1) 의 의	49
2) 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위 인정범위	49
가) 제2유형	50
나) 제4유형	51
다) 제2유형과 제3유형	51
라) 제2유형과 제4유형	52
마) 제2유형, 제3유형 그리고 제4유형	52
3) 소결	53
(3) 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위 부인론	54
가) 부인론의 근거	54
나) 부인론에 대한 비판	56
제 5장 제10조 제3항의 해석론	58
제 1절 서 설	58
제 2절 제10조 제3항의 해석론	58
(1) 『위험의 발생에 대한 예견』의 해석	58
(2) 『자의로』의 해석	62
(3) 『심신장애의 야기』의 해석	64
(4) 『행위』의 해석	65
(5) 『전 2항의 규정을 적용하지 아니한다』의 해석	66
제 3절 원인에 있어서 자유로운 행위의 성립요건	67
(1) 원인설정행위	67
(2) 실행의 착수	69
1) 구성요건 정형성과 원인에 있어서 자유로운 행위	69

2) 실행의 착수시기에 관한 학설	71
가. 원인설정행위시에 실행의 착수를 인정한다는 설(주관설) ...	71
나. 결과야기행위 개시시에 행위의 착수를 인정한다는 설(객관설)	
.....	74
다. 원인설정행위시 또는 결과야기행위시에 행위의 착수를 인정	
해야 한다는 설(절충설)	76
라. 소결	78
(3) 결과의 발생 및 인과관계	78
제 6장 소위 명정죄의 가벌성론	79
제 1절 독일형법 제323조 a (완전명정죄)의 의의	79
제 2절 명정죄의 가벌성의 근거	80
1. 서설	80
2. 가벌성의 근거	81
(1) 음주행위와 명정범죄행위의 불가분관계에서 근거를 찾는 견해	
.....	81
(2) 명정범죄행위 자체를 처벌조건으로 보는 견해	82
(2) 음주행위를 가벌성의 근거로 보는 견해	83
3. 소결	84
제 3절 명정죄의 유형	85
1. 고의범	85
2. 과실범	86
제 4절 원인에 있어서 자유로운 행위의 책임구조	88
1. 책임의 성립시기	88
2. 책임능력	89

3. 책임능력의 체계적 지위	90
4. 책임능력판단의 기준	91
제 5절 음주운전에 대한 원인에 있어서 자유로운 행위의 인정여부	
- §323조 a의 우리 실정법 유사부분	92
제 6절 특가법 제5조의 3 제2항 제1호(도주차량운전죄)와 원인에 있어서	
자유로운 행위	95
1. 판례의 논점정리	95
2. 학설	97
3. 소결	98
제 7장 결론	99

참 고 문 헌

ABSTRACT

논 문 개 요

원인에 있어서 자유로운 행위(Actio libera in causa)라 함은 행위자가 고의 또는 과실에 의하여 자기를 심신장애(심신상실 또는 심신미약)의 상태에 빠지게 한 후 이러한 상태에서 범죄를 실행하는 것을 말한다.

형법적 이론에 의하면 각개의 범죄행위가 성립하려면 구성요건에 해당하고, 위법할 뿐만 아니라 유책하여야 한다. 하지만 원인에 있어서 자유로운 행위는 행위시에는 책임능력이 없고, 책임능력이 있을 때에는 구성요건에 해당하는 행위가 없다는 점에서 논의의 소지가 있는 것이다. 따라서 이러한 유형의 범죄를 처벌하기 위하여 발전된 이론이 원인에 있어서 자유로운 행위이다. 이에 대하여 오늘날 대부분의 국가는 실정법의 규정 유무와 관계없이 학설과 판례를 통하여 가벌성을 인정하고 있다.

우리나라의 형법도 제10조 제3항에서 “위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다”고 하여 원인에 있어서 자유로운 행위에 대하여 명문으로 규정하고 있다. 즉 음주와 약물사용을 원인으로 하는 범죄로부터 사회를 보호해야 할 형사정책적인 필요성이 크기 때문에 이러한 문제를 해결하기 위해 등장한 이론이 바로 원인에 있어서 자유로운 행위인 것이다. 원인에 있어서 자유로운 행위는 명문의 규정에도 불구하고 그 이론상의 법리에는 다음과 같은 점이 형법상 중요한 문제로 논의되고 있다.

첫째, 형법은 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성을 명문으로 규정하고 있는데, 그 가벌성을 어떠한 이론적 근거로 정당화할 것이냐가 문제된다. 근대형법의 기본원리인 책임주의 및 죄형법정주의에 비추어 볼 때, 원인설정행위에 있어서는 행위자에게 책임능력은 존재하지만 범죄의 실행행위성을 인정하기가 곤란하고, 심신장애상태하의 행위에 대해서는 실행행위성을 인정하는 것은 용이하나 행위자에게 책임능력상의 결함이 있다는 문제가 제기된다. 그러므로 책임주의의 요청인 '행위와 책임의 동시존재의 원칙'과 죄형법정주의의 요청인 '실행행위의 구성요건적 정형성'이라는 두 원칙을 어떻게 조화시킬 것이냐가 문제된다.

둘째, 가벌성의 근거와 아울러 원인에 있어서 자유로운 행위에서 주로 논의되고 있는 것이 실행의 착수시기에 관한 부분이다. 실행의 착수시기는 범죄의 예비와 미수의 한계를 결정하고 구성요건에 해당하는 행위의 유형을 정하는 것으로 대부분의 범죄에서 단순한 예비는 처벌되지 않는 점을 고려할 때 실행의 착수시기를 원인행위시로 볼 것인가, 구성요건적 행위시로 볼 것인가는 처벌의 범위와 관련하여 중요한 문제라 할 수 있다.

셋째, 제10조 제3항의 해석과 관련하여 동 조항의 적용범위가 문제된다. 제10조 제3항의 '자의로'라는 법문언때문에, 심신장애상태의 야기는 반드시 고의로 해야 하는지 아니면 과실에 의한 야기도 포함되는 것인가에 대해 견해가 대립되고 있다. 또한 '위험발생의 예견가능성이 있는 경우'도 포함시켜 제10조 제3항을 적용하는 것이 과연 타당한가에 대한 고찰이 필요하다. 이는 원인에 있어서 자유로운 행위가 과실에 의한 경우를

중심으로 발전된 이론이며, 실제로도 과실에 의한 경우가 대부분이기 때문이다.

이와 같이 다양하게 변화되가는 사회현상속에서 대인적·대물적 범죄사건의 대다수가 음주나 마약 등으로 인한 명정의 상태에서 발생된다는 점을 고려해 본다면 범죄현상에 적극 대처해 나가기 위한 대안이 필요하다. 그러기 위해서는 형법해석론만으로는 효과적으로 대처할 수 없다고 본다. 따라서 원인에 있어서 자유로운 행위의 이론들을 중심으로 명정 등에 의한 범죄에 대한 입법론적 해결 및 형사정책적인 대책을 강구한다.

제 1장 서론

제 1절 연구의 목적

원인에 있어서 자유로운 행위(Actio libera in causa)이론은 행위자가 고의 또는 과실로 자기를 책임무능력의 상태로 빠지게 하여 그 책임무능력(한정책임능력)의 상태하에서 법익을 침해한 경우 행위자를 처벌하려는 이론이다. 따라서 원인에 있어서 자유로운 행위이론의 근거에는 자기의 책임무능력의 상태를 이용하여 법익침해를 실현한 자를 처벌할 수 없다는 것은 불합리하다는 정의관과 이러한 경우 형벌의 적극적인 적용을 의도함과 동시에 다른 한편으로는 형법이론을 형벌에 제한적으로 기능하게 하려는 구상에서 처벌의 한계를 논정하려는 사고가 내재되어 있다.

통상의 경우 범죄행위를 행하는 시점에서 행위자가 책임무능력의 상태에 빠져 있었다면 행위자를 처벌할 수 없다. 이렇게 논리를 진행하게 되면 단순히 책임무능력상태에서의 행위와 스스로 이러한 상태를 야기하여 범죄를 실현하는 행위의 규범적 측면에서 행위가치의 차이를 고려하지 않는 것으로 사회통념이나 일반시민의 건전한 법감정에 반하며, 음주나 약물 등의 남용에서 발생하는 범죄의 예방이라는 형사정책적 요청에도 부합하지 않게 된다. 이러한 사정에 비추어 볼 때 酩酊(Rausch)에 관계되는 범죄행위를 형법적으로 어떻게 평가할 것인가 그리고 현행형법에서와 같이 법률에 명문으로 「원인에 있어서 자유로운 행위」를 규정하여 처벌하면 처벌상에는 아무런 문제가 발생되지 않을런지 모르겠으나, 형법상의 책임주의원칙(Schuldprinzip)과는 어떠한 조화로운 해석으로 그 정당성을

부여할 수 있을것인지가 가장 큰 문제가 된다고 할 것이다.

제 2절 연구의 범위와 방법

본 논문은 앞에서 살펴본 논점들을 중심으로 하여 원인에 있어서 자유로운 행위의 유형과 가벌성의 근거를 형법적 측면에서 고찰해보고자 한다. 현행형법 제10조 제3항의 규정 유무를 떠나 원인에 있어서 자유로운 행위 이론의 연혁 및 그 방향성을 살펴보고 나아가 제 이론을 비교, 검토하며 특히 형법상 문제시되는 「행위와 책임의 동시존재의 원칙」 및 「원인설정행위의 실행행위성」과 관련시켜 원인에 있어서 자유로운 행위 이론에 의하여 성립되는 고의범과 과실범의 경우로 그 초점을 맞추어 조명해 본다. 나아가 현행형법 제10조 제3항의 해석상 문제점을 검토하고 원인에 있어서 자유로운 행위이론의 판례 중 고의범과 과실범을 인정한 판례를 검토해 우리 형법상 가장 적절하고도 타당한 이론적 근거가 무엇인지를 살펴보고자 한다. 제1장 서론에 이어, 제2장에서는 원인에 있어서 자유로운 행위의 의의와 연혁 및 판례 그리고 우리나라와 각국의 내용을 비교법적으로 검토해 본 후, 원인에 있어서 자유로운 행위 이론의 유사성으로 인하여 개념의 구별이 필요한 간접정범, 강요된 행위, 원인에 있어서 불법인 행위와의 개념을 살펴서 구별해 본다. 제3장에서는 원인에 있어서 자유로운 행위의 범죄체계를 살펴보는 데, 원인에 있어서 자유로운 행위의 가장 핵심적인 문제인 가벌성의 근거를 토대로 하여 실행의 착수시기에 대하여 학설상 논란이 제기되고 있는 부분에 관하여 가장 타당하다고 생각되는 이론을 제시해 보고자 한다. 제4장에서는 원인에 있어서 자유로운

행위의 유형을 고의·과실로 나누어서 고의·과실에 대한 인정범위를 살펴본다. 제5장에서는 현행형법 제10조 제3항을 구체적으로 살펴봄으로서, 현재 법조항의 해석상 논란의 대상이 되고 있는 ‘자의로’에서의 과실범의 포함여부와 ‘심신장애의 야기’와 관련하여 심신미약 포함여부 등의 문제점에 대하여 해석론을 제시해보고자 한다. 제6장에서는 원인에 있어서 자유로운 행위와 관련된 문제로 명정죄의 가벌성론을 살펴보고, 음주운전과 도주차량운전죄를 원인에 있어서 자유로운 행위와 연결지어서 고찰해보고자 한다. 또한 원인에 있어서 자유로운 행위의 책임구조에 있어서 책임성립시기, 책임능력, 책임능력의 판단기준 등을 살펴보면서 마지막 장인 제7장에서는 앞에서 검토한 부분들을 종합적으로 정리하고 형사정책적 대안을 제시하는 것으로 결론을 맺고자 한다.

제 2장 원인에 있어서 자유로운 행위의 비교법적 검토

제 1절 서 설

원인에 있어서 자유로운 행위가 문제가 되었던 것은 상당히 오랜 역사를 가지고 있다. 「Actio libera in causa」라는 용어는 라틴어로 표현되고 있지만 로마형법 때부터의 개념이 아니고 주로 독일 보통법시대의 형법학에서 발전된 이론이다. 원인에 있어서 자유로운 행위는 중세 교회법에서는 수면상태에서 유아를 압사시킨 어머니의 형사책임(母의 수면 중 유아 질식 사례¹⁾)과 명정상태하의 범죄행위(롯 사례²⁾)로서 문제가 논의된 바 있다. 18세기말 독일의 Kleinschord가 「Actio libera in causa」라는 용어를 처음으로 사용하면서 부터 원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 형법상 문제가 활발히 논의되기 시작하였다³⁾. Feuerbach는 자기의 잘못으로 정신의 혼란상태를 초래하고 이 상태에서 행한 범죄에 대해서는 과실의 책임을 진다고 하였다. 또한 이러한 사상은 실정법상으로도 입법화되었다⁴⁾. 그러나 19세기에 이르러 심신상실자를 책임무능력으로 하는 법제가

1) 日大判 1935年(昭和2年) 10月 16日 ; 前田雅英, 條解刑法, 2002., 148面.

2) 임승필 譯, 천주교 중앙협의회, 창세기 19장 30-38절, 2004, 89면.

3) 이형국, 형법총론, 2003, 189면.

4) 최초의 입법은 프로이센 일반국법(ALR, Teil II Tit 20, §§22, 78)이고, 바이에른 형법 제 40조에도 규정되었다. 김일수/서보학, 제9판 새로 쓴 형법, 2003, 411면 ; 이형국, 위의 책, 189면.

확립되자 원인에 있어서 자유로운 행위도 무죄라는 견해가 나오게 된다. 그 대표적인 주장자가 Savigny였고, 그 후 Savigny의 영향을 받아 원인에 있어서 자유로운 행위의 불가벌성을 주장하는 견해가 나오게 되었는데, 그것은 원인에 있어서 자유로운 행위를 처벌하지 않으면 사회질서가 위태롭게 된다는 형사정책적인 이유에서였다. Liszt, Beling, Mezger, Mayer 등 대부분의 학자들이 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성을 인정하였으며 그에 관한 명문의 유무를 불문하고 가벌성 주장에 대하여 이론을 제기하는 자는 없는 것 같다. 원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 명문의 규정이 없는 독일형법의 해석에 있어서는 그것은 관습법상 발전된 원칙으로 이해하고 있다.⁵⁾

제 2절 판례의 내용 및 검토

우리나라에서는 아직 원인에 있어서 자유로운 행위의 이론을 직접 적용하여 유죄판결을 내린 판례는 없고, 다만 제10조 제3항의 해석과 관련된 몇 개의 판례가 있다. 이 장에서는 다른 나라에서는 원인에 있어서 자유로운 행위에 대해 어떻게 규정을 하고 있는지 혹은 어떻게 원인에 있어서 자유로운 행위의 법리를 적용하고 있는지를 우리나라 형법규정과 독일, 일본 그리고 영미의 형법규정 및 판례를 비교법적으로 고찰해보도록 한다.

5) 이재상, 형법총론, 2003, 304면 ; 정성근, 형법총론, 1994, 352면 ; 임웅, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 고시계, 1990. 8. 35면.

1. 독일

(1) 관습법에 의한 가벌성 인정

독일형법은 제20조에서 정신장애로 인한 책임무능력을 규정하고 있고 제21조에서는 한정책임능력을 규정하고 있을 뿐 우리형법 제10조 제3항과 같은 규정은 두고 있지 아니하다. 또한 제21조의 한정책임능력은 우리와 달리 임의적으로 감경하고 있어서 한정책임능력이 존재하여도 다른 가중적 사정이 인정되면 형 감경을 하지 않을 수 있다. 독일은 형법총칙에 원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 직접적인 규정이 없다. 다만 형법각칙에서는 제323조 a의 완전명정죄(Vollrausch)⁶⁾를 규정하고 있기 때문에 비록 총론의 차원에서 원인에 있어서 자유로운 행위를 불가별로 보더라도 제323조 a의 적용으로 고의 또는 과실로 명정상태에 빠져 위법한 행위를 하면 처벌하고 있다.⁷⁾ 독일의 소수설은 원인에 있어서 자유로운 행위는

6) 제20조 『정신장애로 인한 책임무능력』 행위를 함에 있어(bei Begehung der Tat)병적인 정신장애, 심한 의식장애, 정신박약 또는 중한 기타의 정신변성으로 인하여 행위의 불법을 인식하거나 그 인식에 따라서 행위할 능력이 없는 자는 책임없이 행위한 것이다(ohne Schuld handelt).

제21조 『한정책임능력』 행위의 불법을 인식하거나 그 인식에 따라 행위할 행위자의 능력이 제20조에 열거된 사유중의 하나로 인하여 행위를 함에 있어서 현저하게 미약할 경우에는 제49조 제1항에 의하여 그 형을 감경할 수 있다(Kann……gemildert werden).

제323 a조 『완전명정죄』 ① 고의 또는 과실로 알콜음료 또는 그 밖의 명정유발물질을 음용하여 스스로 명정상태에 빠진 자가 그 상태에서 범죄를 행하였으나, 명정으로 인하여 책임무능력이 되었거나 또는 책임무능력이 배제될 수 없기 때문에 처벌받지 않게 된다고 하더라도 5년 이하의 징역이나 벌금에 처한다. ② 그 형은 명정상태에서 범한 죄에 규정된 형보다 무겁게 처벌하여서는 안된다. ③ 명정상태에서 행하여진 범죄가 고소·위임 또는 처벌요구시에만 소추될 수 있다면 단지 고소·위임 또는 처벌요구시에만 처벌할 수 있다.

관습법에 의하여 그 가벌성이 성립한다고 본다.⁸⁾ 이에 대해 관습법은 가벌성의 근거가 될 수 없으며, 법감정에 터잡은 관습상 처벌 근거 인정은 결국 개인 권리의 남용응징으로 볼 수 있는데 이를 형사처벌의 근거로 봐야 할지는 의문이라는 비판도 있다. 그리고, 독일의 다수설과 판례는 구성요건모델에 의하여 원인에 있어서 자유로운 행위의 성립을 주장하고 있는데 반해, 소수설은 예외모델을 주장하고 있다.

(2) 판례

독일에서는 제국재판소(이하 RG라 기술함)에 의하여 원인에 있어서 자유로운 행위의 이론을 적용하여 과실범의 경우 그 가벌성을 인정하였다. 독일의 판례도 제국재판소 시대에는 원칙적으로 고의범에 관한 것은 없고 주로 독일형법 제323조 a를 적용하여 명정범죄를 처벌하다가 연방재판소(이하 BGH라 기술함)시대에 이르러 고의범에 대해서도 원인에 있어서 자유로운 행위를 인정하는 판례도 나오고 있다. 여러 판례가 있으나, 제국재판소와 연방재판소의 판례에 나타난 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위의 판례들을 살펴 보자면 다음과 같다.

1) 우유마차사건⁹⁾

7) 이에 관한 자세한 설명은 김종원, 「소위 원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 소고」, 한국형사법학의 새로운 지평, 오선주교수 정년기념논문집, 2001, 83면 ; 손동권, 「원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 연구」, 한국형사법학의 새로운 지평, 101-105면 참조.

8) Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2002, S. 393

9) 1892년 3월 8일 선고 (RGSt 22, 413); 한상훈, 원인에 있어서 자유로운 행위와 책임귀속에 관한 연구, 서울대학교 박사학위논문, 2000. 73면.

피고인은 사물을 변별할 수 없을 정도로 만취된(sinnlos betrunken)상태로 교통이 빈번한 도로에서 우유마차를 몰았다. 이 도로에는 많은 노동자들이 도로포장작업을 하고 있었다. 만취한 이 마부는 적절한 시기에 마차를 멈추지 못하고 이 중 한 노동자를 치어 상해를 입혔다. 원심은 피고인에 대하여 과실치상죄(§230 RGStGB)를 적용하여 유죄를 인정하였다. 이에 대하여 피고인은 상해시에 귀속능력이 없었다는 점을 들어 상고하였다. 독일제국법원은 피고인의 상고를 기각하였다. 불법한 결과가 발생할 당시에 행위자가 행위무능력하였는가 하는 점은 중요하지 않다. 오히려 그러한 유해한 결과의 원인(Ursache)이 되는 행위를 수행할 당시에 귀속능력이 있었는가가 중요하다. 나중에 발생한 자신의 행위의 결과를 행위자가 의도했는지, 아니면 의도하지는 않았으나 예견가능하였는지에 따라서 고의범 또는 과실범의 책임을 진다. 행위자가 결과가 발생할 당시에 의사자유를 배제하는 무의식상태에 처해 있었다는 사정은 관계가 없다.¹⁰⁾ 피고인은 우유를 운반하는 일을 직업으로 삼고 있으므로, 음주를 계속할 시에는 음주상태에 빠질 것이라는 점, 이후 빈번한 도로를 지나 난폭한 말이 끄는 마차를 몰고 집으로 돌아갈 것이라는 점을 예견하였어야 하므로 과실을 인정할 수 있다.¹¹⁾ 피고인이 음주를 계속한 것은, 마치 스스로는 귀속능력이 있으면서 의식이 없는 제3자(bewusstlosen Dritten)에게 자신의 사나운 말의 고삐를 넘겨주어 그 결과 마차를 무분별하게 몰아 타인을 상해에 이르게 한 행위와 동일시될 수 있다.¹²⁾ 이 판결에서 과실의 원인에

10) RGSt 22, 413, 414 f. 한상훈, 앞의 논문, 73면.

11) RGSt 22, 413, 415. 한상훈, 위의 논문, 74-75면.

있어서 자유로운 행위는 물론 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위도 가능하고 처벌될 수 있음을 분명히 하였다.¹³⁾

2) 폭력행위예의 경향의 인식과 고의의 특정성 여부¹⁴⁾

1961년 9월 1일 밤 9시경 피고인은 하루 온종일 많은 양의 술을 마신 상태에서 한 70대의 노인을 만났고, 이 두 사람은 함께 B부인의 집을 찾아갔다. 잠시 후 피고인과 노인은 싸움을 하게 되었고, 피고인은 주먹으로 노인의 얼굴을 가격하여 쓰러진 그 노인의 주머니와 가방을 뒤졌으나 돈을 찾지는 못하였다. B부인은 피고인에게 노인을 그냥 내버려두라고 말하고는 거리로 데리고 나갔다. 이 과정에서 피고인은 노인의 가방을 잡은 채 B부인을 따라왔다. 이 싸움으로 인해 노인의 치아 2개가 부러졌으며, 손목시계도 잃어버렸다. 9월 9일 피고인이 체포되었을 때 이 손목시계를 차고 있었다. 지방법원은 피고인이 이미 4차례 상해죄로 처벌받았고 치료 시설에도 수용된 적이 있으므로 음주하여 알코올 영향하에서는 폭력행위예의 경향이 있고 자신의 요구를 무력으로 관철하려는 사실을 인식하고 있었으므로, 강도, 강요, 공갈 등과 같은 폭력범죄의 본질적 표지를 인식한 것이라고 하여 상해죄와 절도죄의 유죄를 인정하였다.¹⁵⁾ 그러나 독일 연방대법원은 이를 파기하였다. BGH는 『원인에 있어서 자유로운 행위에

12) RGSt 22, 413, 415 f.; 한상훈, 위의 논문, 75면.

13) RGSt 22, 413 : Hettinger, alic, S. 180 참조. 이 판결주문에서 “원인에 있어서 자유로운 행위”(alic)라는 개념이 등장한다고 한다; 한상훈, 위의 논문, 75면.

14) 제4형사부, 1962. 5. 4. 선고. (BGHSt 17, 259); 한상훈, 위의 논문, 76면.

15) 사실관계는 BGH NJW 1962, 1578 참조.

의한 상해의 고의에는 행위자가 명정상태에서 폭력행위의 경향이 있다는 것을 인식하는 것으로 족하지 않고 특정한 범죄를 행한다는 확정적 또는 미필적 고의가 있어야 한다. 행위자가 명정상태에서 폭력행위의 경향이 있다고 인식한 것은 명정상태에서 하나 또는 특정범죄를 범하겠다는 확정적 또는 미필적 고의가 있었다는 증거가 될 수도 있고 또는 그가 이러한 상태에서 특정한 범죄를 행할 것이라고 예견할 수 있었거나 예견했어야 한다는 증거도 될 수 있다』고 판시하고 원심판결을 파기하였다. 이 판결은 예외모델설을 취하지 않는다는 입장을 분명히 하면서, 법리의사는 어디까지나 구성요건적 결과에 관련된 의사임을 나타내고, 단지 명정에 빠지게 하겠다는 의사만으로는 불충분하다는 점을 강조한다.

3) 고의의 특정성과 착오에 관한 사례¹⁶⁾

세 명의 피고인들은 이웃도시에서 자동차를 훔치기로 공모하고 그들은 이웃도시로 갔다. 그곳에서 그들은 큰 주차장에서 정황을 살펴보았다. 이때 당시에는 아직 어떤 특정한 차를 훔칠 것인가는 고려하지 않고 있었으며, 시간도 낮이었다. 게다가 그들은 주차장에 사람들이 많기도 하고 해서 근처의 식당으로 가서 술을 마시기 시작했다. 그리고 그들은 자정이 넘은 시각 만취상태에서 자동차를 절도하였다. BGH는 『책임능력있는 상태에서 후에 명정상태에서 범하게 될 특정한 행위를 행하겠다는 것을 적어도 미필적 고의로 결의한 경우에는 책임있는 원인설정행위가 된다』고 판시하여 고의는 반드시 확정적 고의임을 요하지 않고 미필적 고의로도 족하다고 한다.

16) 1967년 선고(BGHSt 21, 381); 한상훈, 앞의 논문, 79면.

2. 일본

(1) 법규의 흠결

일본형법은 明治 40년(1907년)법률 45호로 제정되고, 平成 7년(1995년)법을 91호로 최종 개정되었으나 원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 규정이 없다. 그러나 학설과 판례는 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성을 인정하고 있다. 여기서는 고의·과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 판례를 각각 살펴보기로 한다.

(2) 판례

1) 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위¹⁷⁾

자기의 자동차를 운전하여 술집에 들러 술을 마시고 나서 돌아갈 때는 다시 자신의 차를 운전할 것을 인식하면서, 맥주 20병 정도를 마신 결과 심신미약의 상태가 되었고, 피고인은 타인소유의 자동차를 자기의 것으로 잘못 알고 운전을 했다. 이에 대해 일본 최고재판소는 『음주운전 행위 당시에 음주명정으로 인하여 심신미약의 상태에 있었다고 해도 음주시에 음주운전의 의사가 인정되는 경우에는 일본형법 제39조 제2항(한정책임능

17) 이상문, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 서울대학교 석사학위논문, 1998., 31면; 日最判 昭和 43年 2月 27日(日刑集 22卷 2號 67面)

력에 관한 조항)을 적용하여 형을 감경해서는 안되는 것이 상당하다』고 판시하고 있다.

2) 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위¹⁸⁾

피고인은 다량으로 음주하면 병적명정상태에 빠지고 심신상실의 상태에서 타인에게 범죄의 해악을 미칠 수 있는 위험한 소질을 가진 자이다. 피고인이 음식점에서 사용인과 함께 음주한 끝에 명정상태로 되었고, 여급에게 매정하게 거절당하자 화를 내며 여급을 구타하려고 하였다. 이때 주인이 피고인을 제지하자 곧 격분하여 옆에 있던 고기 자르는 칼로 주인의 왼쪽 허벅다리의 동맥을 베서 주인은 동맥이 끊겼고 그 출혈로 즉시 사망하였다. 이 사건의 원심판결은 『피고인에게는 정신병의 유전적인 소질이 잠재하고 있을 뿐 아니라 현저한 회귀성 정신병자의 현재 증상을 가졌기 때문에 범행시 심신상실의 상태에서 살인의 범행을 행한 것을 인정할 수 있다』고 하여 살인의 공소사실에 관하여 무죄를 선고했다. 검사가 이에 불복하여 상고하였다. 최고재판소는 『본건 피고인과 같이 다량으로 음주하면 병적인 명정에 빠지고 그것에 의하여 심신상실의 상태에서 타인에게 범죄의 해악을 미칠 위험이 있는 소질을 가지고 있는 자는 심신상실의 원인이 되는 음주를 억지 또는 제한하는 등 위험의 발생을 미연에 방지하여야 할 주의의무가 있다고 하여야 한다. 그렇다면 가령 원판결이 인정한 바와 같이 본건 살인의 행위는 피고인의 심신상실시의 행위라 하여도 ① 피고인이 이미 그러한 소질을 자각하고 있었던 것이고, ② 본건 사전의 음주에 대하여 주의의무를 해태하였다면 피고인은 과실치사의 죄책을 면

18) 이상문, 앞의 논문, 34면; 日最判 1951年, 1月, 17日(刑集 5卷 1號 20面)

할 수 없다』고 하여 원심판결을 파기환송하였다.

3. 영미법

영미법에서도 주로 음주관련범죄와 더불어 원인에 있어서 자유로운 행위를 다루기 시작했다. 책임능력 없었음을 이유로 무죄의 항변을 하려는 시도가 있었으나 그러한 행위가 된 것, 즉 피할 수 있었던 것이었으면 행위자에게 항변으로 되지 않는다는 원칙이 지배하고 있다.¹⁹⁾

미국의 모범형법전(Model Penal Code)에도 명정행위와 관련하여 모범형법전 제2장 제8조에 酩酊(Intoxication)에 관한 규정을 두고 있으며, 영국의 보통법(Common law)에서 인정되는 원칙중에는 “명정은 범죄의 항변이 되지 않는다”라는 원칙이 세워져 있다. 이처럼 영국에서는 원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 규정이 없고, 학설과 판례로 명정범죄(Rauschstrafat)를 처벌하고 있다. 19세기까지는 고의적 명정(自發的 酩酊 : voluntary intoxication)²⁰⁾과 비고의적 명정(非自發的 酩酊 : involuntary intoxication)²¹⁾으로 구분하여 달리 취급하였으며 고의적 명정에 대해서는

19) 영미의 보통법(Common law)은 “명정은 범죄에 대한 항변(defence)이 되지 않는다”라고 하는 음주자에게 극히 비동정적인 원칙으로부터 출발하며, 지금까지도 원칙적으로는 이 원칙이 지켜지고 있다. Rupert Cross/Philip Asterley Jones/Richard Card, Introduction to Criminal Law. 11thed. (Butterworths, 1998), p. 109.

20) 미국 판례는 『고의적 명정은 맥노튼원칙에서 말하는 정신병이 아니다』고 판시하고 있다. W. R. La Fave/A. W. Scott, Substantive Criminal Law, West Publishing, 1989, p. 550 참조 ; 자발적명정이란 “행위자가 정을 알면서 그의 신체에 투입한 것으로서 그것의 명정유발성향을 행위자가 알고 있거나 알았어야 할 물질에 의하여 야기된 명정을 뜻한다. 다만 행위자가 의학상의 처방에 따라 또는 범죄의 소추에 항변을 부여할 만한 상황에서 同物質을 주입하는 때에는 예외이다.”(模範刑法 第2章 第8條 第5項).

21) 비고의적 명정이라 함은 착오나 기망, 강박에 의한 경우 및 의사의 조언에 따라 명정유발물질을 복용한 경우 등과 같이 행위자의 임의로운 의사에 반하여 명정상태에 빠지게

Reninger v. Fogossa(1551년)판례가 있다. 1551년 Reninger v. Fogossa사건의 판결 요지를 보면 『명정중에 있는 자가 타인을 살해하였을 때에는 중죄이고 교수형에 처하지 않으면 안된다. 그자가 명정으로 인하여 아무런 지각도 기억도 없고 무의식중에 범한 것이라 하더라도 그것이 자기자신의 행위, 즉 비행(misconduct)에 의하여 생긴 것이라면 아무런 항변도 허용될 수 없다』고 하므로써 처음으로 고의적 명정을 판시하고 있다. 즉, 행위자가 정신이상(insanity)에 해당하는 정신상태에서 이르러 행위의 선악을 판단하지 못한 때에는 항변으로 인정된다. 또한 상습적인 만성알코올중독자의 책임능력에 관해서 연방대법원이 Powell v. Texas판결²²⁾에서 『공연명정죄는 행위자가 만성알코올중독이라고 하는 그 상태에 단지 있었다는 이유로 처벌하는 것이 아니라 특정의 기회에 행위자가 명정상태인 그대로 공공의 장소에 있었다는 이유로 처벌하는 것이므로 공연명정죄는 위헌이 아니다』라고 판시한 이래 하급심법원들도 『알코올중독은 공연명정죄의 항변이 될 수 없다』고 판시하고 있다. 반면 연방대법원의 Robinson판결에 부분적으로 기초한 Driver판결²³⁾에 의하면 『만성알코올중독자는 음주를 억제할 수 없으며, 그 결과로서의 공연명정은 자기의 의지에 의하여 지배할 수 없는 중독증상이다. 그와 같은 증상을 범죄로 하여 중독자를 처벌하는 것은 Robinson판결의 취지에 저촉하여 위헌』이라고 판시하여, 만성알코올중독을 공연명정죄의 항변으로 인정한 판례도 있었다.

된 것을 말한다. People v. Scott, 146 Cal. App. 3d 823, 194 Cal. Rptr 633(1983); Perryman v. State, 12 Okl Cr. 500, 159 p. 937(1916) ; City of Minneapolis v. Altimus, 306 Minn. 462, 238 N.W. 2d 851 (1976)

22) Powell v. Texas. 392 U.S. 514, 88 S. Ct. 2,145, 20 L. Ed. 2d 1,254(1968).

23) Driver v. Hinnant, 356 F. 2d 761 (4th Cir. 1996).

4. 우리나라

(1) 제10조 제3항의 해석

우리 형법초안의 규정을 살펴보면 제10조 제1항 『심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 벌하지 아니한다』. 제2항 『심신장애로 인하여 전항의 능력이 미약한 자의 행위는 형을 감경한다』. 제3항 『위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 생케한 자의 행위는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다』고 되어 있었다²⁴⁾. 이 안이 국회법제사법위원회에서 수정되어 제10조 제3항 중 『생케』를 『야기』로 한다고 되었다²⁵⁾. 그래서 지금 현행형법 제10조 제3항은 『위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다』로 규정하고 있다.

(2) 판례

1) 경찰서장 조카 사건²⁶⁾

김○도는 여러 가지 사정으로 욕망이 좌절되었고, 수술을 요하는 모친의 병도 치료할 수 없는 현실에 부딪치게 되자 현실에 대한 불만 및 욕망

24) 형사법령제정자료집, 22면

25) 형사법령제정자료집, 98면.

26) 대판 1968. 4. 30, 68도 400판결, 우리나라에서 원인에 있어서 자유로운 행위의 법리를 대법원이 최초로 언급한 판례이다. 대법원판례집 16(1형), 50면.

과 갈등속에서 만성적인 불안감을 지니게 되었다. 김○도는 문제된 범행을 일으키기 수개월 전에는 술에 취하여 아무 이유없이 작두를 들고 동리를 다니면서 사람을 찢러 죽이려는 비정상적인 행패를 부린 일이 있었다. 김○도는 이 행패사건 이후 동리사람들이 자기를 숙부가 인근 경찰서장직에 있다는 것을 믿고 껌덕이는 자로 알고 경계한다는 말을 전하려 들은 다음부터 그들에 대한 적개심을 품게 되었다. 김○도는 사건 당일 그 동리에 있는 상점에서 동리사람 2명과 합석하여 팔씨름을 하면서 소주 2홉들이 4병을 나누어 마시고 취하게 되자 평소 불만과 갈등으로 인한 만성적인 불안감에 대인관계에 있어서의 증오심 또는 적개심이 작용하여 충분한 동기도 없이 약 2시간에 걸쳐 노인과 부녀자 및 유아 등을 노상에서 닥치는 대로 가해하여 잔혹한 방법으로 5명을 살해하고 5명에게 중상을 입혔다. 피고인이 심신을 자극할 염려가 있는 음주와 같은 일을 엄금하여야 할 처지에 있음을 알 수 있는 경우 원심은 피고인이 범행당일 음주함에 있어 주취 후, 그의 정신상태에 이상적인 변화가 생길 것을 예견하였다거나 또는 예견할 수 있었던 것인가의 여부를 심리하여 본건 범행에 대한 제10조 제3항의 적용여부를 결정하여야 한다. 대판 1996. 4. 30. 68도 400은 원인에 있어서 자유로운 행위의 법리를 대법원이 최초로 언급한 판례이다.²⁷⁾ 대법원은 『피고인이 심신을 자극할 염려가 있는 음주같은 일을 엄금하여야 할 처지에 있었음을 알 수 있는 경우 원심은 피고인이 범행당일 음주함에 있어 주취 후, 그의 정신상태에 이상적인 변화가 생길 것을 예견하였다거나 또는 예견할 수 있었던 것인가의 여부를 심리하여 본건 범행에 대한 형법 제10조 제3항의 적용 여부를 결정하여야 한다』고 판시하였다. 즉, 김○도는 원래 한정책임능력자이나 음주로 인하여 심신미

27) 신동운, 판례백신, 형법총론, 경세원, 2002., 313면.

약의 상태가 더 강화되었거나 경우에 따라서는 책임무능력의 상태가 된 것이다. 따라서 이 경우는 통상의 원인에 있어서 자유로운 행위와는 다르게 판단되어야 한다. 즉, 제10조 제3항의 『심신장애의 야기에 대한 예견 또는 예견가능성』이라고 읽을 수 있다.

2) 음주사고 후 유기치사사건²⁸⁾

조○기는 야외촬영차 영화제작진 및 출연진들과 함께 1991. 8. 2. 서울에서 정선에 도착하여 정선읍내 한 여관에 투숙한 후 그 다음날인 8. 3. 저녁에는 일행등과 회식하면서 술에 만취되어 여관에 들어가지 못하고 승용차 안에서 자다가 일행들의 부축으로 겨우 여관에 들어갈 정도였고 그 다음날(사고당일)인 8. 4.에는 위와 같은 숙취상태에서 아침에 소주1병을 또 마셔 대취한 상태에서 승용차를 운전해 가다가 교통사고를 내고 구체적인 정황을 정확히 인식하지 못한 채 본능적으로 정거한 뒤 피해자를 약 12미터 떨어진 풀 속에다 버려두고 다시 차에 돌아와 운전을 계속하였으며, 피해자는 사망하였다. 피고인은 사고시로부터 약 7시간이 지난 시점의 음주측정에서 혈중 알코올 농도가 0.26퍼센트로 매우 높은 수치로 나타났다. 제10조 제3항은 『위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다』고 규정하고 있는 바, 이 규정은 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위와 중한 결과로 인한 법리에 있어서 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위까지도 포함하는 것으로서 위험의 발생을 예견할 수 있었는데도 자의로 심신장애를 야기한

28) 대판 1992. 7. 28. 92도 999; 이 관례 이외에도 음주후도주유기치사사건으로 명명할 수 있는 대법원 판례가 둘이 더 있다. 대판 1994. 2. 8. 93도 2400과 1995. 6. 13. 95도 826이 그것이다. 사실관계와 판결이유 등이 매우 비슷하기에 따로 언급하지 않는다.

그 적용대상이 된다고 할 것이어서, 피고인이 음주운전을 할 의사를 가지고 음주만취한 후 운전을 결행하여 교통사고를 일으켰다면 피고인은 음주시에도 교통사고를 일으킬 위험성을 예견하였는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로 위 법조항에 의하여 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로 위 법조항에 의하여 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 없다고 하여 심신장애로 인한 형의 감경을 하지 않은 원심을 유지하고, 피고인 조○기축의 상고이유를 받아들이지 않았다. 다만, 대법원은 원인에 있어서 자유로운 행위의 적용과는 무관하게 이 사건에 적용된 특정범죄가중처벌등에관한법률(이하 특가법이라 칭함) 제5조의 3 제2항 제1호가 1992. 4. 28.자로 헌법에 위반된다는 헌법재판소 결정²⁹⁾이 있었으므로 위 조항은 소급하여 그 효력을 상실하였다고 보아 위 조항을 적용한 원심판결을 파기하고 환송하였다. 대법원은 『위험의 발생을 예견할 수 있었는데도』 자의로 심신장애를 야기한 경우, 즉 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위도 제10조 제3항의 적용대상이 된다고 하면서도 피고인은 음주시에 『교통사고를 일으킬 위험성을 예견하였는데도』 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로 제10조 제3항에 의하여 심신장애로 인한 감경 등을 배제하였다. 따라서 대법원이 어떤 원인에 있어서 자유로운 행위의 유형을 인정하고 있는지에 대하여는 다음과 같은 학설이 대립하고 있다. 대법원이 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위를 인정하였다는 견해³⁰⁾와 과실의 원인에 있어서 자유로운 행위의 성립을 인정하였다는 견해³¹⁾가 있다.

29) 헌법재판소 1992. 4. 28, 90헌바24결정, 헌법재판소판례집 제4권 225면.

30) 김형준, 음주운전사고 후 도주와 원인에 있어서 자유로운 행위, 고시계, 2001. 12, 86면 ; 손동권, 명정범죄에 대한 책임비난, 형사정책연구 제8권 제1호, 1997, 35면 ; 신동운, 판례백선 형법총론, 경세원, 2002, 314면.

31) 오영근, 원인에 있어서 자유로운 행위와 그 유형-과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위를 중심으로, 형사정책 제10권 제2호, 1999, 87면.

생각건대, 피고인의 특가법 제5조의 3 제2항 위반죄는 과실의 원인에 있어서 자유로운 행위가 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위로 이어진 경우에³²⁾ 도로교통법 제107조의 2 제1호 위반죄(도로교통법 제41조 : 주취 중 운전금지)는 전형적인 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위에 해당한다. 그런데 본 사안에서의 쟁점은 과연 음주시에 교통사고에 대한 위험성을 예견하였다고 하여 심신장애상태에서 발생한 유기도주에 대한 형의 필요적 감경을 배제할 수 있겠는가에 관한 문제이다. 특가법 제5조의 3 제2항³³⁾이 규정하고 있는 유기도주에 관한 원인에 있어서 자유로운 행위가 성립하기 위해서는 선행행위 즉 음주행위시에 유기도주에 관한 고의가 있어야 한다.³⁴⁾ 대법원은 『교통사고야기의 위험성에 대한 예견』이 존재한다는 사실만을 확인하면서 곧바로 유기도주에 대하여 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위가 성립한다고 판시하였다. 그러나 이 판결은 통상적으로 볼 때 행위자가 훨씬 앞선 음주시에 유기도주에 대한 위험인식이 있다고 보기 어렵다는 비판도 가능하여³⁵⁾ 논란의 여지를 남기고 있다. 판례는

32) 왜냐하면 특가법 제5조의 3 제2항 위반죄는 업무상과실치사상이라는 과실범(과실의 원인에 있어서 자유로운 행위)과 구호조치불이행후 유기도주라는 고의범(고의의 원인에 있어서 자유로운 행위)을 요구하는 결합범이기 때문이다.

33) 이러한 규정은 특가법 제5조의 3에서 단순도주와 유기도주를 구별함에 있어 꼭 장소적 이전을 요한다고 하나 예를 들어 겨울철에 음주운전자가 지나가는 행인을 쳤으나 행인은 눈을 옆으로 치워둔 곳으로 쓰러진 경우에 음주운전자가 옆에 있는 눈으로 피해자를 덮어 버려 피해자는 다른 사람으로부터 구호할 수 없게 만든 때에는 행위자에게 그 행위에 대한 비난가능성이 더욱 높은데도 불구하고 단순도주운전죄로 처벌을 받게 되는 불합리한 결과를 가져오게 된다. 그러므로 개정안으로는 『피해자를 옮기거나 은폐하는 등 피해자의 발견과 구호를 어렵게 만드는 일련의 행위』라고 규정함으로써 단순도주운전죄와 유기도주죄를 구별하여 단순도주운전죄보다 유기도주죄가 불법이 높은 만큼 더 많은 비난을 받는 것이 당연하다.(같은 취지 한상훈, 특가법 제5조의 3(도주운전죄)과 원인에 있어서 자유로운 행위, 222면).

34) 조상제, 과실에 의한 원인이 자유로운 행위. 형사판례연구 4, 1996, 72면.

35) 조상제, 앞의 논문, 72면. 이와 같은 취지의 판례로는 대구고법 1986. 9. 24, 8노 1038 :

이 사례에 관해 과실이 원인에 있어서 자유로운 행위도 제10조 제3항에 의하여 성립가능하다고 판시하였다. 이는 특가법 제5조의 3의 신분범(업무상과실치사)의 범위를 당연히 미필적 고의(원인에 있어서 자유로운 행위)에 의한 상해범이 유기도주하는 것을 포함하는 것으로 보는 것인지도 모르겠다.

3) 기타 도주운전 사건³⁶⁾

대법원은 자신의 차를 운전하여 술집에 가서 술을 마신 후 음주운전을 하다가 교통사고를 일으킨 후 피해자를 구호하지 않고 도주³⁷⁾하여 피해자

『혈중 알코올 농도가 혈액 1밀리리터당 2.7밀리그램인 만취상태에서 차량을 운전하다가 피해자를 충격하여 사망케 하고도 계속 운전하여 현장을 이탈한 경우 주취운전 및 업무상과실치사의 소위들은 모두 형법 제10조 제3항 소정의 원인에 있어서 자유로운 행위에 해당하여 그 책임을 면할 수 없으나 특별한 사정이 없는 한 사고 후 도주의 점까지 원인에 있어서 자유로운 행위에 있어서 자유로운 행위라고 단정할 수 없다』고 판시한 판례가 있다.

36) 대판 1994. 2. 8, 93도 2400 ; 1995. 6. 13, 95도 826

37) 『도주』라 함은 피해자를 구호하는 등 도로교통법 제50조 제1항에 규정된 의무이행 전에 사고장소를 떠나는 적극적인 행위를 의미한다. 『도주』의 의미를 『도로교통법 제50조 제1항의 규정에 의한 조치를 취하지 아니하고 도주한 때라 함은 사고 운전자가 사고로 인하여 피해자가 사상을 당한 사실을 인식하였음에도 불구하고 피해자를 구호하는 등 도로교통법 제50조 제1항에 규정된 의무를 이행하기 이전에 사고현장을 이탈하여 사고를 낸 자가 누구인지 확정될 수 없는 상태를 초래하는 경우를 말하는 것이고, 여기에서 말하는 사고로 인하여 피해자가 사상을 당한 사실에 대한 인식의 정도는 반드시 확정적임을 요하지 아니하고 미필적으로라도 인식하면 족할 것이다』라고 하고 있다. (같은 취지로 조준현, 특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의3 도주차량운전죄의 가중처벌 조항의 해석, 형사판례연구 7, 1999, 262면) ①도주를 인정한 판례로는 대판 1999. 12. 7. 99도 2869 ; 1999. 11.12. 99도 3781 ; 1997. 11.28. 97도 2475 ; 1997. 5. 7. 97도 770 ; 1996. 11. 12. 96도 1997 ; 1996. 8. 20. 96도 1461 ; 1996. 8. 14. 96도 931 ; 1995. 11. 24. 95도 1680 ; 1994. 10. 21. 94도 2204 ; 1993. 8. 24. 93도 1384 ; 1987. 8. 25. 87도 1118 ; 1996. 12. 6. 96도 2407 ; 2002. 1. 11. 2001도 5369 ; 2000. 3. 28. 99도 5023 ; 1996. 8. 20. 96도 1415 ; 1996. 4. 9. 96도 252판결이 있으며 ②도주를 인정하지 않는 판례로는 대판

가 사망한 경우, 제10조 제3항에 의하여 형 감경이 배제된다고 하여, 앞의 판결과 동일한 내용을 판시한 판례가 둘 있다³⁸⁾. 이 중 한 대법원 판결요지³⁹⁾를 살펴보면 다음과 같다. 『원심은 피고인이 이 사건 사고 당시 주취상태에 있었으나 위 사고사실을 알고도 도주한 것이고, 위 사고 및 도주 당시 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 없었거나 미약한 상태에 있지 않았다고 판단한 조치는 수긍할 수 있으며 가사 피고인이 소론과 같이 심신미약 상태에 있었다고 하더라도 제10조 제3항에 의하면 “위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다”고 규정하고 있는바, 기록에 의하면, 피고인은 자신의 차를 운전하여 술집에 가서 술을 마신 후 운전을 하다가 이 사건 교통사고를 일으킨 사실을 인정할 수 있고, 이는 피고인이 음주할 때 “교통사고를 일으킬 수 있다는 위험성을 예견”하고도 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당하여 심신미약으로 인한 형의 감경을 할 수 없다 할 것이다』 고 하여 제10조 제3항에 의하여 형 감경을 할 수 없다고 하였다.

4) 대마초흡연 후 살인사건⁴⁰⁾

정○옥 외 2인은 임○만과 박○미를 살해할 의사를 가지고 범행을 공모

2001. 1. 5. 2000도 2563 ; 1994. 6. 14. 94도 460 ; 1997. 7. 11. 97도 1024 ; 1999. 11. 12. 99도 3140 ; 1999. 4. 13. 98도 3315 ; 1998. 6. 18. 98노 846 ; 1996. 4. 12. 96도 358 ; 1992. 4. 10. 91도 1831 ; 1981. 10. 13. 81도 2175 ; 2002. 2. 8. 2001도 4771 ; 2002. 1. 11. 2001도 2869 ; 2000. 5. 12. 2000도 1038 ; 1999. 11. 12. 99도 3140 ; 1999. 4. 13. 98도 3315 ; 1994. 9. 13. 94도 1850판결이 있다.

38) 대판 1994. 2. 8, 93도 2400 ; 1995. 6. 13, 95도 826

39) 대판 1995. 6. 13, 95도 826.

40) 대판 1996. 6. 11. 96도 857.

한 후에 대마초를 흡연하였다. 이 상태에서 피고인들은 피해자 임○만을 범행장소로 유인하여 잔인한 방법으로 살해하여 매장한 다음 곧이어 위 살인 범행을 숨기기 위하여 위 피해자의 애인으로서 그 행방을 찾고 있던 피해자를 박○미에게 위 임○만의 거처로 데려다 준다고 속여 최초의 범행장소 부근으로 유인하여 참혹하게 살해하였다. 또한 대법원은 『피고인들은 상습적으로 대마초를 흡연한 자들로서 이 사건 각 살인범행 당시에도 대마초를 흡연하여 그로 인하여 심신이 다소 미약한 상태에 있었음은 인정되나, 이는 위 피고인들이 피해자들을 살해할 의사를 가지고 범행을 공모한 후에 대마초를 흡연하고, 위 각 범행에 이른 것으로 대마초 흡연시에 이미 범행을 예견하고도 자의로 위와 같은 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로, 제10조 제3항에 의하여 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 없다』고 판시하였다. 대법원은 『피고인들은 상습적으로 대마초를 흡연하는 자들로서 이 사건 각 살인범행 당시에도 대마초를 흡연하여 그로 인하여 심신이 다소 미약한 상태에 있었음은 인정되나, 이는 위 피고인들이 피해자들을 살해할 의사를 가지고 범행을 공모한 후에 대마초를 흡연하고 위 각 범행에 이른 것으로 대마초 흡연시에 이미 범행을 예견하고도 자의로 위와 같은 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로, 제10조 제3항에 의하여 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 없다』고 판시하였다. 본 판결에서 볼 수 있는 바와 같이 대법원은 대마초 흡연에 의한 심신장애에도 제10조 제3항의 원인에 있어서 자유로운 행위 법리를 적용함으로써, 원인에 있어서 자유로운 행위의 법리가 음주로 인한 책임결함뿐만 아니라 대마초흡연으로 인한 책임결함의 경우에도 적용될 수 있음을 분명히 하였다. 대마초흡연으로 인한 원인에 있어서 자유로운 행위에 있어서 선행행위는 음주행위가 아니라 『대마초 흡연행위』가 될 것이다.

즉, 판결이유에서 『대마초 흡연시에 이미 범행을 예견하고도 자의로 위와 같은 심신장애를 야기한 경우』라고 하여 『범행의 예견』과 『심신장애의 자의적 야기』, 즉 『이중의 고의』라는 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위의 요건을 분명히 판시한 것이다. 이중의 고의를 명시한 최초의 판례이기도 하다.

5) 소 결

제10조 제3항의 해석과 적용에 있어서 대법원 판례는 비록 도주 당시에 한정책임능력상태에 있었다고 하더라도 음주시에 『교통사고의 위험성』을 예견하였다면 제10조 제3항이 적용되어 형의 감경은 배제된다고 판시하였다. 그러나, 판례는 음주시에 『도주』 또는 『유기도주』의 점에 대한 예견 또는 예견가능성이 있었는가에 대한 언급은 하지 않은 채 특가법상 도주운전죄의 성립을 긍정하였다는 점에서 비판의 여지가 있다. 왜냐하면 도주운전죄는 고의범으로써 통상의 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위가 성립하기 위해서는 선행행위시에 이미 결합상태의 『범행가능성에 대한 예견』이 존재하여야 하는데 제10조 제3항의 『위험발생의 예견』이라는 대법원의 해석론은 모호하기 때문이다. 그러나, 1996년 대마초흡연 후 살인사건⁴¹⁾에서 대법원은 제10조 제3항이 규정하고 있는 “위험의 발생의 예견”이 『위험의 예견』이라고 하고 동시에 심신장애의 자의적 야기도 존재한다고 판시함으로써 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위의 요건으로 『이중의 고의』를 분명히 하였다는 점에 큰 의의가 있다. 또한 과실의 원인에 있어서 자유로운 행위와 관련하여 판례⁴²⁾에서 성립가능하다

41) 대판 1996. 6. 11. 96도 857.

고 판시된 바 있다.

제 3절 의의와 유사개념과의 구별

1. 의 의

원인에 있어서 자유로운 행위(Actio libera in causa)라 함은 고의 또는 과실에 의하여 자기를 책임무능력의 상태(책임능력결함상태)에 빠지게 한 후 이러한 상태에서 구성요건의 실현을 초래하는 경우를 말한다.⁴³⁾ 즉, 음주·약물 사용행위(원인행위)에 의하여, 행위자가 고의 또는 과실로 자기 자신을 책임무능력의 상태로 하여⁴⁴⁾ 구체적 범죄행위(결과행위)를 행하는 것을 말한다. 그러므로 책임능력의 유무, 정도는 스스로 초래하는 행위의 시점에서 판단되어(행위와 책임의 동시존재의원칙) 행위시에 책임능력이 존재하기 때문에⁴⁵⁾ 고의·과실없이 우연히 또는 강제에 의하여 책임무능력상태에 이르러 그 상태에서 구성요건적 결과를 발생한 경우와는 구별하여야 한다. 즉 행위자가 일시적인 심신장애⁴⁶⁾의 상태에 빠진 상태에서 행

42) 대판 1992. 7. 28. 92도 999

43) 김일수/서보학, 형법총론, 박영사, 2003, 411면 ; 배종대, 형법총론, 홍문사, 2004, 375면 ; 박상기, 형법총론, 박영사, 2004, 227면 ; 이정부, 형법총론, 동방도서주식회사, 2004, 323면 ; 이형국, 형법총론, 법문사, 2003, 189면 ; 이재상, 형법총론, 박영사, 2003, 303면 ; 임웅, 형법총론, 법문사, 2003, 282면 ; 손동권, 형법총론, 율곡출판사, 2004, 237면 ; 진계호, 형법총론, 대왕사, 2003, 394면 ; 정성근/박광민, 형법총론, 삼지원, 2001, 317면 ; 정성근, 형법총론, 법지사, 1994, 351면.

44) 前田雅英, 條解刑法, 2002., 147면.

45) 前田雅英, 위의 책, 147면.

한 행위가 어떤 구성요건적 결과를 야기시킨 경우에 그 원인이 행위자가 처음부터 그러한 심신상실의 상태에 있는 자신의 행위를 이용하려고 의도하였기 때문에(고의의 경우) 혹은 의도하지는 않았지만 자신이 심신장애의 상태가 되면 구성요건적 결과를 야기할 가능성을 예견할 수 있으면 부주의로 구성요건적 결과를 야기할 가능성을 예견할 수 있으면서 부주의로 구성요건적 결과를 야기한 경우(과실의 경우)를 말한다. 즉 책임무능력 상태에서 행위를 하였지만 행위를 유발하게 된 원인행위가 불법적으로 설정되었기 때문에 실행행위를 처벌할 수 있다는 것이다.⁴⁷⁾

2. 유사개념과의 구별

원인에 있어서 자유로운 행위를 다른 유사개념과 구별해 보려는 이유는 다른 법형상(Rechtsfigur)과 어떻게 유사한지 그리고 어떻게 구별되는지를 명확히 하고자 하는데 있다고 하겠다. 특히 원인에 있어서 자유로운 행위는 비전형적인 범죄형태라고 일반적으로 설명되고 있기 때문에 다른 범죄형태와 구별할 필요성은 더욱 크다고 하겠다.

46) 관례에 심신장애의 판단여부는 “기록에 나타난 제반자료와 피고인의 공판정에서의 진술 및 태도 등을 종합하여 판단하여도 무방하고, 반드시 전문의사에 의한 정신질환 유무의 감정에 의할 필요는 없다”(大判 1983. 6. 28, 83도 1254, 83감도 236) 하고, “형법 제10조에 규정된 심신장애의 유무 및 정도의 판단은 법률적 판단으로서 반드시 전문감정인의 의견에 기속되어야 하는 것은 아니고, 정신질환의 종류와 범행의 동기, 경위, 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 반성의 정도 등 여러 사정을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있다”고 판시하여 심신장애의 판단여부에 반드시 전문의에게 감정을 받을 필요까지는 없다고 판시하고 있다(大判 1999. 8. 24, 99도 1194).

47) 신동일, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 형사정책연구 제9권 제3호, 한국형사정책연구원, 1998, 190면.

(1) 간접정범과의 구별

원인에 있어서 자유로운 행위(Actio libera in causa)와 간접정범(Mittelbare Täterschaft)을 비교해 보는 주된 이유는 원인에 있어서 자유로운 행위가 간접정범의 도구이론을 원용하여 가벌성을 근거지우려는 입장을 취하고 있는데 이러한 견해가 타당한가를 검토해보려고 하기 때문이다. 간접정범(Mittelbare Täterschaft)이란 자연인이 생명있는 타인을 도구로 이용하여 범행을 하는 경우를 말한다. 통설에 의하면 자신의 책임무능력상태를 이용하여 범행하는 원인에 있어서 자유로운 행위의 경우에는 비록 이용되는 행위가 자기 자신을 일종의 도구로서 이용하는 것이기는 하지만 타인을 도구로서 이용하는 간접정범과 그 범죄의 구조를 거의 같이 한다고 볼 수 있다.⁴⁸⁾ 그러면 도구성을 이유로 간접정범을 원용할 때 왜 행위자 자신의 심신상실상태가 도구라고 할 수 있는지를 생각해 볼 필요가 있다. 형법은 행위자에 대한 책임비난을 가하지 못하는 상태, 즉 심신상실이나 심신장애상태하의 행위에 대하여는 책임을 가할 수 없도록 하고 있다. 이와 같은 상태에서 정형적인 범죄행위를 행할 때 범죄가 발생했다면 확실히 도구로서의 성격이 인정될 수 있을 것이며, 자신이 범죄행위의 주체로는 되지 아니할 것이다. 바로 그 시점에서 행위자는 주체가 아니라 단순히 이용되는 객체로 된다고 할 수 있다. 그렇기 때문에 원인에 있어서 자유로운 행위의 실행의 착수도 간접정범에 있어서 실행의 착수를 유추한다⁴⁹⁾는 점에 있어서 그 이론적인 유사성을 찾을 수 있다. 그러나 양자간에는 다음과 같은 점에서 구별된다. 첫째로, 간접정범은 타인을 도구

48) 前田雅英, 앞의 책, 2002., 147면.

49) 이용식, 원인에 있어서 자유로운 행위, 고시계, 1994. 5. 128면.

로 이용하여 자신의 범죄를 실현하는 것이므로 규범의식이 없는 도구를 이용하는 것이다. 원인에 있어서 자유로운 행위는 행위자 자신이 스스로 심신장애상태를 초래하여 범죄를 실현하는 경우, 즉 스스로 심신장애상태를 초래한 자신을 이용하느냐 혹은 규범의식이 없는 도구인 타인을 이용하느냐에 대하여 구별이 된다. 둘째로, 범죄체계론으로 볼 때 간접정범의 경우는 도구의 타인성으로 인하여 공범의 문제 영역에서 다루고 있는 반면, 원인에 있어서 자유로운 행위는 실행행위시에 책임능력의 성립 여부가 문제 되므로 이에 관련된 이상 그것이 책임무능력인가 한정책임능력인가를 불문하고, 한정책임능력자를 이용한 간접정범은 있을 수 없다⁵⁰⁾. 이러한 경우에는 공범이 성립하나 원인에 있어서 자유로운 행위는 한정책임능력의 상태를 이용할 수 있다는 점에서 구별이 된다.

(2) 강요된 행위와의 구별

원인에 있어서 자유로운 행위는 고의 또는 과실에 의하여 자기를 책임무능력상태로 만들어 그 책임무능력상태에서 범죄를 실현하는 것으로 구성요건의 결과발생단계에서는 의사결정의 자유가 없었지만 책임무능력상태를 야기시킨 원인행위의 단계에서는 그 원인행위를 중지할 수 있었다는 점에서 가별적인 것이다. 그러나 강요된 행위(Nötigungsstand)는 저항할 수 없는 폭력이나 자기 또는 친족의 생명·신체에 대한 위해를 방어할 방법이 없는 협박에 의하여 행하여지는 것이므로(제12조) 강요된 상태하에서는 행위자가 적법한 행위로 나올 수 있는 기대가 불가능하므로 행위자

50) 우리 형법은 공범의 종속형식에 관하여 제한적 종속형식을 취하고 있으므로 책임무능력자를 이용하는 경우 이외에는 원칙적으로 공범이 성립할 수 있을 뿐이다. 이재상, 앞의 책, 305면.

에 대하여 기대가능성이 없어 강요된 행위는 책임조각사유가 되고 별하지 않게 된다. 따라서 원인에 있어서 자유로운 행위와 강요된 행위는 그 행위자가 자기 자신이라는 점에서는 동일하다. 그러나, 전자는 자기 스스로의 고의 또는 과실로 책임무능력상태에 빠져서 행위를 하는 것이므로 의사결정의 자유가 있었다는 점에서 가별적이고, 후자는 자기가 한 행위가 기는 하나 타인에 의한 저항할 수 없는 폭력이나 협박에 의하여 어쩔 수 없이 위법행위로 나아간 것이므로 의사결정의 자유가 없었다는 점에서 기대가능성이론과 관련하여 책임조각사유가 되므로 불가별적이라는 점에서 차이가 있다. 또한 원인에 있어서 자유로운 행위는 모든 법익에 걸쳐서 해당될 수 있는데 반하여 강요된 행위는 주로 생명과 신체에 대한 법익의 침해로 이루어진다. 즉 개인적 법익에 해당된다는 점에서도 차이가 있다.⁵¹⁾

(3) 원인에 있어서 불법인 행위

원인에 있어서 불법인 행위(Actio illicita in causa)⁵²⁾는 행위자가 정당방위나 긴급피난의 요건을 구비하였으나 그러한 상황의 전제가 되는 부당한 침해나 위난을 스스로 초래한 경우를 말한다. 즉 행위자가 정당방위를 이용하여 처벌을 면하고 공격자를 침해할 목적으로 그 법익의 부당한 침해를 유발하는 이른바 계획적 침해유발(Absichtprovocation), 피난자가 긴급피난을 이용하여 처벌을 면하고 소기의 범죄적 목적을 달성하기 위하여 그 전제가 되는 현재의 위난을 목적에 의하여 스스로 유발하게 하는 목적

51) 오도기, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 고시계, 1985. 12.

52) Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4 Aufl, 2002., S. 240

위난과 같은 경우를 말한다. 이러한 경우에는 정당방위나 긴급피난의 전제가 되는 요건들의 성립 그 자체가 부당한 의도로 유발된 것이기 때문에 즉 원인에 있어서 불법한 행위이기 때문에 정당방위나 긴급피난에 대하여 위법성조각사유를 인정하는 근거인 자기보호의 원칙(Schutzprinzip)과 법질서보호의 원리(Rechtsbewährungsprinzip)에 합치되지 않는 것이다. 따라서 정당방위와 긴급피난의 성립을 인정할 여지가 없다. 이와 같이 원인에 있어서 불법인 행위는 그 가벌성의 근거를 구성하는 단계적 전개가 원인에 있어서 자유로운 행위와 유사하다는 점, 즉 원인행위를 스스로 초래하였다는 점에서 이런 관련성을 엿볼 수 있으나, 형법이론의 체계론상으로 볼 때 원인에 있어서 불법인 행위는 위법성의 단계에서 문제가 되는 것이고, 원인에 있어서 자유로운 행위는 책임능력과 관련하여 행위와 책임능력 성립의 문제라는 점에서 양 개념은 구별된다.⁵³⁾

53) 김형준, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 중앙대 법정논집 제19집, 중앙대 법학연구소, 1995, 166면. 즉, 이러한 경우에는 이미 위법성 단계에서 문제된다는 점에서 원인에 있어서 자유로운 행위와 구별되는데, 원인에 있어서 자유로운 행위와 가벌성의 근거가 동일하다는 견해가 있다(Jürgen Bauman/Ulich Weber, Strafrecht, AT 9 Aufl, 1985. S. 361ff). 또한 원인에 있어서 불법인 행위를 수면상태에 빠뜨려 범죄를 실현하는 경우까지 포함한다는 견해도 있다(임웅, “원인에 있어서 자유로운 행위” 고시계, 1990. 8, 31면).

제 3장 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성의 근거

제 1절 행위와 책임능력의 동시존재의 원칙

우리 형법은 제10조 제3항에 원인에 있어서 자유로운 행위를 규정하여 그 가벌성을 입법적으로 해결하고 있다. 하지만 이러한 규정에도 불구하고 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성의 근거에 관하여는 견해가 일치되지 않고 있다. 원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 학설대립의 근거에는 근대형법의 책임주의하에서 ‘책임능력과 행위의 동시존재의 원칙’과 ‘구성요건상 행위의 정형성’을 요하고 있는 죄형법정주의가 중요한 의미를 갖는다고 하겠다. 원인에 있어서 자유로운 행위의 이론에서 책임능력은 행위시에 존재하지 않으면 안되는데 이것은 ‘행위와 책임의 동시존재의 원칙’에 모순되는 것이다. 그것은 이른바 ‘책임 없으면 형벌없다(Keine Strafe ohne Schuld)’라는 근대형법의 기본원칙⁵⁴⁾이 원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 논의의 핵심인 형법상의 대원칙인 ‘책임원칙(Schuldprinzip)’과 상충하는가에 대해 논의가 된다. 범죄는 구성요건에 해당하고 위법할 뿐만 아니라 ‘有責’한 행위여야 한다. 이렇게 책임주의 형법하에서는 행위책임을 기초로 하기 때문에 행위와 책임능력은 범죄행위당시에 존재하지 않으면 안된다. 책임은 행위에 대해서 책임이기 때문이다. 따라서 책임요소도 실행의 착수와 실행행위의 종료라는 시간적 범

54) 吉川經大, 刑法總論, 168面.

위내에서 존재해야 하며, 책임능력 또한 마찬가지이다.⁵⁵⁾ 책임능력을 책임 요소로 파악하든지 책임판단의 전제조건으로 보든지 간에 구성요건에 해당하는 행위, 즉 실행행위시에 책임능력이 존재해야 한다는 것이 통설로 되어 있다. 이를 ‘책임능력과 행위의 동시존재의 원칙’이라고 한다. 이에 대한 소수설로 행위와 책임능력의 동시존재의 원칙이라는 것은 어디까지나 책임비난을 가하는 경우에 문제가 되는 행위를 고려한 것이라고 하여 반드시 실행의 착수를 문제로 하는 실행행위와 같은 성질을 가져야 하는 것은 아니라는 견해가 있다.⁵⁶⁾ 그리고 제10조 제1항은 『심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위는 별하지 아니한다』라고 하여 행위자가 일시적이라도 심신상실의 상태에 빠지게 되면 비록 행위자의 행위가 구성요건에 해당하고 위법하더라도 행위자에게 책임을 부담시킬 수는 없다고 해야 한다는 해석이 나오게 된다. 그러나 이러한 해석에 따르면 책임능력이 있는 상태에서의 행위에 대해서만 그 책임을 물을 수 밖에 없게 되므로 이는 일반인의 범감정이나 형사정책상 의문이 발생되고 제10조 제3항의 규정상의 문제도 발생된다. 따라서 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성을 근거짓기 위하여 특별한 이론구성이 요청된다고 하겠다.

제 2절 학설 및 비판

원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성을 인정하는 데에는 이론이 없다. 이는 책임능력을 결하게 된 원인이 행위자 자신(스스로)에 의하여 자

55) ‘책임’에 관한 부분은 제 6장의 제4절에서 좀 더 자세하게 논하기로 한다.

56) 이용식, 앞의 논문, 1994. 5. 124-127면.

유로이 선택·지배되었다는 점에서 비난가능성이 충분하기 때문에 통상의 경우와 같이 책임능력이 수반되지 않는 행위로 보아 무죄로 인정하거나 형을 감경해야 하는 사례로 보아서는 안된다는 것이다.⁵⁷⁾ 그렇기 때문에 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성을 어떠한 근거에서 인정할 것인가에 대하여 논의가 필요하다고 보며, 이에 관하여 크게 세 가지의 학설로 나누어서 살펴보고자 한다. 하나는 책임무능력상태야기 자체에서 책임비난의 근거를 찾아야 한다는 견해이다. 다른 하나는 범죄실행행위 자체에서 가벌성의 근거를 인정하는 것으로 행위와 책임의 동시존재의 원칙을 인정하는 입장에서 주장되는 견해이다. 또 하나는 책임무능력야기행위를 아예 범행의 개시로 볼 수 있다는 견해이다.

(1) 책임무능력상태야기 자체에서 책임비난의 근거를 찾아야 한다는 설(이른바 예외모델설)⁵⁸⁾

1) 논거

행위와 책임의 동시존재의 원칙에 대한 예외를 인정하는 설로서 원인설정행위는 실행행위 또는 실행의 착수행위가 될 수 없지만, 책임능력결함상태하에서의 실행행위와 동일한 의사를 실현한다는 불가분의 연관을 갖는 것이므로 원인설정행위에 책임비난의 근거가 있다는 설⁵⁹⁾이다. 즉 책임비난의 근거는 원인행위에 있지만 책임무능력상태에서 실행된 구성요건

57) 조준현, 원인에 있어서 자유로운 행위의 유형과 성립의 한계, 고시연구, 2004. 4, 147면.

58) 예외모델설은 책임모델설 또는 불가분적관련설이라고도 한다.

59) 정성근/박광민, 앞의 책, 322면.

의 실현행위도 이와같이 불가분의 연관이 있기 때문에 처벌하는 것이 사리에 합당하다⁶⁰⁾. 또한, 원인에 있어서 자유로운 행위는 행위와 책임의 동시존재의 원칙과 일치하는 것은 아니지만 행위와 책임의 동시존재의 원칙이 반드시 엄격히 적용되어야 하는 것은 아니며 원인에 있어서 자유로운 행위는 이 원칙에 대한 예외로 인정되어야 한다.⁶¹⁾

(가) 관습 내지 법감정을 근거로 하는 설

책임무능력상태에서의 행위는 관습 내지 법감정(Rechtsgefühl)을 이유로 가벌성을 갖는다는 견해⁶²⁾이다. 즉, 원인행위(actio praecedens)를 단순한 예비행위로 보고 책임능력결함상태에서의 구성요건적 실행행위만이 원인에 있어서 자유로운 행위가 되지만, 이러한 행위를 처벌하지 않으면 법질서를 유지할 수 없기 때문에 책임무능력결함상태하에서의 행위를 처벌해야 한다는 설이다. 그러나 관습 내지 법감정 때문에 가벌성이 인정된다는 것은 연혁적으로는 타당할지 모르나 명문으로 가벌성을 인정하는 형법

60) Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4 Aufl., 1988, S. 402 ; 이재상 앞의 책, 306면.

61) 이재상, 위의 책, 306면 ; 김형준, 명정범죄의 형사책임에 관한 연구, 중앙대 박사학위논문, 1992, 131면 ; 명형식, 원인에 있어서 자유로운 행위, 고시연구, 1990, 35면 ; 박상기, 형법총론(5판), 박영사, 2002, 228면 ; 배종대, 형법총론, 373면 ; 성시탁, 원인에 있어서 자유로운 행위, 『형사법의 제문제』(양촌신동욱박사 정년기념 논문집), 79면 ; 신동일, 원인에 있어서 자유로운 행위, 형사정책연구 제9권 제4호, 1998, 196면 ; 신동운, 형법총론, 2001, 법문사, 351면 ; 신치재, 원인에서 자유로운 행위, 고시계, 1993. 10. 71면 ; 손해목, 형법총론, 법문사, 1996, 612면 ; 손동권, 원인에 있어서 자유로운 행위, 고시연구, 2000. 12, 261면 ; 이기현, 원인이 자유로운 행위, 38면 ; 이용식, 앞의 논문, 122면 ; 오형근, 형법총론, 대명출판사, 2002, 459면 ; 정성근, 앞의 책, 372면 ; 정성근·박광민, 앞의 책, 323면 ; 하태훈, 형법강의, 법원사, 1998, 256면.

62) Hruschka, Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung Ihrer Strafbarkeit, JuS, 1968, SS. 554, 558.

의 해석으로는 타당할 수 없고 원인설정행위와 실행행위 사이의 내적인 관련성을 전혀 고려하고 있지 않다는 점에서 타당하다고 할 수 없다는 비판⁶³⁾을 받고 있다. 관습설 내지 법감정설은 책임무능력야기의사와 야기행위 자체의 가벌성의 근거라고 설명하기도 한다.⁶⁴⁾ 김성천·김형준 교수⁶⁵⁾는 『책임의 본질을 비난가능성으로 이해하고 그 비난의 핵심이 반규범적 의사결정을 했다는 점에 놓여있는 것이라고 한다면, 책임능력은 반규범적 결의를 하는 시점을 기준으로 하여 그 유무를 결정하여야 한다. 그러므로 그 시점에서 범죄에 대한 예견가능성과 지배가능성이 있었고, 그 결의가 책임능력의 상태에서 이루어졌다고 한다면, 비록 실행행위는 심신장애의 상태에서 행하여졌다고 하더라도 그 실행행위는 궁극적으로 행위자의 자유의사로부터 나온 것으로 인정할 수 있는 것이다. 이렇게 보면 행위자의 원인설정행위와 범죄실행행위는 동일한 결의에 의하여 형성된 것인 만큼 동일한 의사의 지배영역에 묶여 있는 불가분의 행위로 파악하여야 할 것이다』고 하여 예외모델설을 지지하고 있다. 이 이론은 책임무능력야기의사가 곧 구성요건적 결과를 가져 올 만한 책임비난의 토대라는 것이며 구성요건적 고의·과실과는 전혀 관계없는 책임무능력야기의사에 중점을 두는 이론인 것이다. 임웅 교수⁶⁶⁾도 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성 문제에 대하여 『이론을 구성함에 있어 구조적 특성을 직시하고 동시존재 원칙의 상위원칙인 책임주의라는 관점에서 종합적·실질적 판단을 해볼 필요가 있다. 다시 말하면 원인행위에서 책임능력의 존재를 구하는 것이

63) 손해목, 앞의 논문, 170면 ; 정성근/박광민, 앞의 책, 321면.

64) Kühl, Strafrecht, AT, 3 Aufl., 2000, S. 386.

65) 김성천·김형준, 앞의 책, 346면.

66) 임웅, 앞의 논문, 38면.

과연 책임원칙에 반하는가 하는 각도에서 던져볼 필요가 있다고 생각한다』고 하면서 『비록 실행행위에 있어서는 부자유스러웠지만 원인에 있어서 자유로운 행위가 존재하는 것이고 또 두 행위는 불가분의 인과적 관련을 맺고 있는 것이므로 전체적으로 보아 행위자를 비난하는 것이 형법상 가능하고 하등 책임주의에 어긋나는 것은 아니다』고 하면서, 선행행위와 후행행위의 『인과적 관련』을 지적한다. 그러나 객관적요소를 강조하면 결국 제3설과 차이를 갖지 못하게 되어 문제가 된다. 이 설은 독일의 통설이자 우리나라의 통설⁶⁷⁾이기도 하다. 그러나, 이 견해는 책임비난의 근거를 행위자의 원인설정행위와 이에 의해 실현된 범죄실현행위를 서로 연관시켜 보기 때문에 객관적요소와 주관적요소를 조화롭게 이해하여 책임비난의 근거를 잘 파악하였다고 할 수 있으나, 원인설정의사가 어떻게 결과발생의 주관적요소로서 기능할 수 있는지 또 결과실현의사 아닌 원인설정의사가 형법상 책임비난의 근거가 되는지 충분히 설명이 이루어진 것이 아니다.

(2) 범죄실현행위 자체에서 가벌성의 근거를 인정하는 설 (이른바 실행행위설)⁶⁸⁾

1) 논거

67) 안원하, 원인에 있어서 자유로운 행위, 부산대학교 법학연구 제38권 통권46호, 174면 ; 전지연, 원인에서 자유로운 행위, 한림법학 FORUM 제3권, 1993, 92-93면 ; 이기현, 원인이 자유로운 행위, 고시계, 1993. 10, 38면.

68) 일본의 과거 통설적 견해였다. (中山研一, 概說刑法 I, 151면).

원인에 있어서 자유로운 행위에 의하여 책임무능력상태에 빠진 자에게 책임을 물을 수 있는 근거는 원인행위시 행위자가 자유로운 상태에 있었기 때문이라는 통설에 대하여 의문을 표시하면서 행위자는 행위당시에도 전혀 무의식상태에 있었던 것이 아니라 일종의 반무의식상태에 있었다고 하면서 책임무능력상태를 야기하는 행위시에 무의식상태에 빠져서 실행행위를 하기까지 의식의 단절상태에 있었다고 하는 것은 잘못이라는 주장으로 의식의 연속성을 이루고 있다는 설이다.⁶⁹⁾ 이 설에 의하면 행위와 책임능력의 동시존재의 원칙은 잘 유지되고 있다. 그러나 이 설은 지지자가 거의 없는 실정으로 유기천 교수 한분만이 독창적으로 주장한 학설이다.⁷⁰⁾

(가) 반무의식상태를 근거로 하는 설

69) 유기천, 개정형법학총론강의, 일조각, 1991, 138면.

70) 사실상 이 견해를 '원인행위와 범죄실행행위의 불가분적 관련에서 책임의 근거를 찾는 견해'로 보아야 한다는 입장도 있다. 윤용규 교수는 『국내문헌들은 유기천 교수의 주장을 실행행위에 있다는 견해로 분류하나, 그의 주장은 오히려 원인행위와 실행행위의 불가분적 관계에 있다는 견해에 포함된다고 본다. 즉 이 주장은 현대심층심리학의 이론적 성과인 半無意識狀態(penumbra sition)를 원용하여 가벌성 근거를 파악하였다. 그리고 행위는 내부적 의사와 외부적 표현의 통일체임을 전제하고, 양자가 반드시 시간적으로 일치되어야 한다는 데에는 의문을 제기하는 동시에 현대심리학에서 의식과 무의식은 一刀兩斷的 관계가 아니라 반무의식상태로 '연결'된다는 점에 주목하였다. 그리하여 원인행위는 예비단계에 불과하지만 다른 한편 무의식상태에서 행한 실행행위를 긍정할 근거가 그 원인행위에 있다고 함으로써 가벌성의 근거를 원인행위와 실행행위가 반무의식상태로 '연결'된다는 점에서 찾고 있다. 따라서 이 견해도 원인행위와 실행행위간의 '연결'에 주목하였다는 점에서 그 논거는 다르지만, 원인행위와 실행행위의 불가분적 관계에 있다는 입장을 취하고 있다고 볼 수 있어서 이를 실행행위에 있다는 견해로 분류하는 것은 적절치 않은 것 같다』(윤용규, 과실의 원인이 자유로운 행위, 47면) 『다만, 이 견해는 반무의식상태라는 개념을 원용함으로써 거의 모든 경우에 책임능력을 긍정하지 않을 수 없게 될 것이며, 그렇다면 원인이 자유로운 행위라는 개념은 무용지물이 되고 말 것이다』(이기현, 앞의 논문, 39면 ; 전지연, 앞의 논문, 93면 참고) 고 한다,

현대 심리학상 의식과 무의식의 관계는 一刀兩斷的인 관계가 아니라 일종의 반무의식상태(penumbra situation)하에 있는 것으로 전제한 후 일방원인행위를 예비행위에 불과하지만 예비단계인 원인행위에서부터 실행행위의 단계로 들어간 것은 반무의식상태에서 행하여진 것이라고 인정하면서 원인행위와 실행행위에 대한 결과간에 연관성을 인정할 수 있다는 견해⁷¹⁾이다. 그러나 의식과 무의식 사이의 중간형태인 반무의식상태는 심리학적으로는 인정될지 모르나 범죄실현단계에서는 원인행위와 실행행위의 중간행위를 설명하기 곤란하다⁷²⁾. 가령 중간영역이 있다면 그것은 의식적행위로 보아야 하며⁷³⁾ 이러한 반무의식상태하의 행위를 실행행위라고 한다면 사실상 대부분의 경우에 책임능력이 인정되어 책임원칙의 해체를 가져 올 위험성이 있다.⁷⁴⁾ 즉, 제10조 제1항의 적용영역이 부당하게 축소될 것⁷⁵⁾이라는 비판도 있다.

(3) 책임무능력야기행위를 아예 범행의 개시로 볼 수 있다는 설 (이른바 구성요건적해결설)⁷⁶⁾

71) 유기천, 앞의 책, 1991, 138면.

72) 이재상, 앞의 책, 307면 ; 이형국, 앞의 책, 191면.

73) 정성근, 앞의 책, 321면

74) 이재상, 위의 책, 307면.

75) 손동권, 원인에 있어서 자유로운 행위 특히 원인행위시 이중고의가 없었던 자가 고의범을 실행한 경우의 처리문제, 고시연구, 2000. 12, 261면.

76) 일본의 '원인에 있어서 자유로운 행위'의 가벌성의 근거에 대한 학설은 우리나라의 경우보다 좀더 세분화되어 있는 것으로 보인다. 이를 분설하면 크게 세가지 학설로 나뉘는데, 첫째 간접정범적구성설, 둘째 동시존재원칙수정설 이는 다시 원인행위시지배가능설과 의사결정행위책임설, 정범행위시책임설로 나뉘며, 셋째 사후적실행행위책임설로 학설의 대립을 보이고 있는데, 자세한 내용은 由中敬一, 刑法總論II, 572-582면 참조.; 구성요건모델은 실행행위가 앞선 원인행위에 위치한다고 하여 전진배치이론(Vorverlagerungstheorie) 또는

1) 논거

이 설은 책임무능력을 야기한 원인행위는 책임능력이 성립할 때에 행하였으므로 실행행위시가 아니라 바로 원인행위시에 책임의 근거를 찾아야 한다⁷⁷⁾는 설로서 다음과 같은 견해가 있다. 첫째, 행위자가 책임능력이 있는 자유로운 상태에서 구성요건적 결과야기에 결정적 원인을 제공했기 때문에 이 자유로운 선행행위가 책임이 인정되는 행위로 간주된다는 견해⁷⁸⁾ 둘째, 행위자가 고의 또는 과실로 자신을 책임능력흡결상태로 빠뜨리고 이 상태에서 사전에 인식했거나 인식할 수 있었던 범행을 저지르는 것이 원인에 있어서 자유로운 행위이므로 자신의 책임능력을 배제시키는 원인행위가 바로 범죄실행행위라는 견해⁷⁹⁾ 셋째, 간접정범의 도구이론을 원용하여 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성의 근거로 삼는 견해⁸⁰⁾ 등이 있다. 따라서 자신의 도구로 이용하는 원인설정행위는 곧 실행행위가 되고 원인설정행위시에는 책임능력이 있기 때문에 그 결과를 예견하였거나 예견할 수 있었으면 그 결과에 대해서 책임비난이 가능하다는 것이다. 이 설에 의하면 수면중 모친이 유방으로 유아를 질식시키거나, 만취자가 흥기로 피해자를 살해하는 시점은 실행행위가 아니게 되며, 유아에게 젖을

구성요건확대론이라고도 한다. 국내에서는 김일수/서보학, 앞의 책, 412면.

77) 조준현, 앞의 책, 306면.

78) Maurach / Zipf, AT 1, S. 470 ; Haft, S. 100 ; 김일수/서보학, 위의 책, 412면.

79) Jakobs, S. 417(17/68) ; 권문택, 원인에 있어서 자유로운 행위, 고시계, 1970. 1, 20면 ; 손혜목, 원인에 있어서 자유로운 행위, 고시계, 1969. 3, 63면 ; 김일수/서보학, 위의 책, 412면.

80) Welzel, Strafrecht, 156면 ; 박상기, 앞의 책, 230면.

물리고 취침한 시점이나 만취하도록 술을 마시기 시작한 시점이 실행행위로 된다. 따라서 이렇게 되면 원인설정행위 자체가 실행행위의 일부가 되어 책임능력과 행위의 동시존재의 원칙이 성립하게 된다. 오도기 교수⁸¹⁾는 『원인에 있어서 자유로운 행위는 범죄의 본질상 간접정범과 동일한 범죄구조로 책임능력상태에서 자기를 이용하고 있다는 점에서도 가벌성은 인정되어야 하며, 행위자의 원인행위 자체를 살인죄나 과실치사죄 등의 실행행위라고 인정할 수 있다면 책임과 행위의 동시존재의 원칙을 고수하면서 가벌성을 인정할 수 있다』고 하고 있다. 또한, 백남익 교수⁸²⁾도 『정상적인 자가 전후 不覺狀態에 빠진 자기자신을 일종의 도구로 이용하여 범죄를 실현하는 것은 정상적인 자가 책임무능력자 기타 책임없는 도구를 이용하여 범죄적 결과를 실현하는 이른바 간접정범과 그 이론구성이 동일한 것이므로 원인을 자유롭게 이용한 자의 행위에 대한 가벌성을 인정한 것은 이론상 당연한 것』이라고 하고 있다. 그리고 中山研一教授⁸³⁾는 공범론에 있어서 제한중속형식을 취하는 입장에서, 결국 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성의 실질적 근거는 구체적 침해행위에 대한 일종의 관여형식으로서 이른바 『교사범적 구조』로 인정할 수 있다고 한다. 그러나 이 설에 대해서는 다음과 같은 비판이 있다. 첫째로, 원인설정행위시에 실행의 착수가 있다고 하면 구성요건의 실현행위라고 볼 수 없는 원인행위조차 범죄실현행위로 보게 되어 가벌성을 지나치게 확대하는 위험이 있다. 그리고 실행행위의 정형성을 무시하게 되어 예비행위와의 구별이 곤란하게 된다. 둘째로, 원인설정행위 자체를 구성요건의 정형성을 갖

81) 오도기, 원인에 있어서 자유로운 행위, 고시계, 1985., 46면.

82) 백남익, 형법총론, 법문사, 1960. 178면.

83) 中山研一, 原因において自由な行爲と未必の故意, 法學論叢, 제65권 제3호, 1959, 92-93면.

준 실행행위 또는 실행의 착수행위라고 할 수는 없다고 비판되고 있다. 예컨대, 살인의 의사로 음주하였다고 하여 원인설정행위인 음주행위 자체를 살인행위 또는 그 일부라고 할 수는 없기 때문이다.⁸⁴⁾ 셋째로 원인에 있어서 자유로운 행위는 간접정범과 그 이론구성이 반드시 동일한 것이 아니므로⁸⁵⁾ 원인에 있어서 자유로운 행위에 대하여 간접정범의 이론이 그대로 적용될 수 없다. 간접정범이론에서는 대체로 원인설정행위를 실행행위 또는 그 착수행위로 보기 때문에 원인설정에 책임의 근거가 있고 그 가벌성이 인정된다는 이론을 받아들이지 않으면 당연히 구성요건모델설을 지지하지 않게 된다⁸⁶⁾. 한편 간접정범구조설을 취하더라도 반드시 이용행위개시시를 기준으로 해서 실행의 착수시로 볼 필요가 없다면 달리 생각할 수도 있겠다.

(4) 소 결

원인에 있어서 자유로운 행위의 실행행위는 책임무능력상태에서의 행위이지만 그 책임비난의 근거는 원인행위에 있고 원인행위와 실행행위 사이의 불가분적 관련으로 인하여 행위와 책임의 동시존재의 원칙에 대한 예외로서 가벌성이 인정되는 예외모델설이 타당하다고 본다. 그 이유는 구성요건모델을 취할 경우(원인설정행위에서) 구성요건의 정형성을 갖추지 못한 예비행위도 구성요건행위로 인정하게 되어 가벌성의 범위가 불합리

84) 이재상, 앞의 책, 306면 ; 임웅, 앞의 논문, 35면.

85) 간접정범은 “어느 행위로 인하여 처벌되지 않는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하는 경우”를 말하므로 그 도구가 반드시 책임능력의 결함과 관련될 필요는 없다.

86) 김일수/서보학, 앞의 책, 412면 ; 이재상, 위의 책, 306면 ; 정성근, 앞의 책, 353면.

하게 확장되고 실행행위와 예비행위의 구분이 어려워지며 범죄실행을 용이하게 해줄 준예비적 행위를 하는 것만으로 실행착수라고 보기는 어렵기 때문이다. 음주후 만취된 상태에서 폭행을 하고자 한 자가 실제로 그렇게 했을 경우, 음주행위를 사후적으로 고찰하면 이것은 책임능력있는 상태에서 제1단계 부분행위에 해당되고 이 행위로써 범인은 추후의 범죄실현의 위험을 의무위반적으로 발현시켰다는 의미가 있다고 볼 수 있다.⁸⁷⁾ 여기서 결과가 발생하였을 때 소급하여 그 원인을 찾는다는 의미는 원인행위와 결과의 발생사이에 긴밀한 관련성이 있다는 의미이다. 따라서 책임비난의 근거를 어느 한 부분에서 찾기 보다는 원인설정행위와 범죄실현행위의 불가분적 관련에서 찾아야 하고 이를 예외모델설을 지지하는 학설로 보겠다.

제 3절 원인에 있어서 자유로운 행위의 미수

범행을 계획하고 명정의 상태에 들어갔으나 실행에 옮기지 못한 행위에 대하여 통설은 이용행위 혹은 원인설정행위라는 관점에서 설명을 하고 있다.⁸⁸⁾ 그러나 이에 대하여 소수설적 견해로는 다음과 같은 비판이 있다. 우선 원인설정행위의 개시시에 실행의 착수를 인정하면, 술을 마시고 취하여 잠들어 버린 상태가 발생한 경우에 과연 결과발생의 현실적 위험이

87) Kühl, Strafrecht AT. 11 Rn. 17 ; 성낙현, 주관적 정당화요소와 원인에 있어서 자유로운 행위, 고시계, 2000. 9, 80면.

88) 임웅, 원인에 있어서 자유로운 행위, 35면. 손해목교수도 개별적인 사례에 따라 합리적인 설명을 모색할 수 밖에 없다고 한다. 손해목, 앞의 책, 614면.

있었다고 평가할 것인가에 가장 큰 비판의 대상이 되고 있다. 부작위에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위가 성립되려면 부작위시에 작위의무 위반이란 요건을 구비하여야 한다. 즉 결과발생의 현실적 위험이라는 관점에서 본다면 어떠한 형태로든 법익침해의 현실화라는 사태가 발생하지 않으면 안되는 것이다. 그렇기 때문에 위와 같은 경우에는 음주한 것(단순한 명정상태의 초래)에 지나지 않는다. 예컨대 甲에게 접근하여 칼로 찌르려는 상황이라면 그 시점에 법익침해의 위험이 있다고 말할 수 있겠으나 단지 음주함에 그친 단계에서 과연 '위험'이 있다고 할 수 있는가의 여부에 대해 위험이 있다고 한다면, 실행의 착수시기를 너무 빨리 인정하는 것이 된다. 이는 실행행위의 정형성과 관련하여 상당히 엄격한 요건이 요구되었던 종래의 실행의 착수개념을 급격하게 강화시키는 결과가 될 것이다. 따라서 이러한 관점으로 볼 때 소수설은 위의 사례와 같은 경우 살인예비에 지나지 않는다고 본다. 원인에 있어서 자유로운 행위의 실행의 착수는 심신상실상태 또는 심신미약상태에서 현실적으로 상대방을 살해한 시점에 인정된다. 행위와 책임의 동시존재의 원칙은 '의사결정'의 시점에서 판단되어야 하기 때문이다. 따라서 책임능력의 존재도 의사결정의 시점에서 고려되어야 한다. 그렇다면 그 연장선상에서 법익침해의 위험은 일반적인 단독범에 있어서의 실행의 착수 문제와 전적으로 동일하게 생각해야 한다. 통상적인 경우의 실행의 착수개념과 동일한 기준으로 원인에 있어서 자유로운 행위의 실행의 착수를 다루어야 하는 것이다. 이러한 관점에서 볼 때 앞의 사례는 예비에 불과하다.⁸⁹⁾

89) 독일의 학자들도 “구성요건적 실행행위는 원인에 있어 자유로운 행위의 구성에 의해서도 미리부터 실현되었다”고 할 수 없기 때문에 책임무능력의 야기만으로는 아직 계획했던 범죄의 미수는 성립하지 않고 일반적 원칙에 따라 구성요건적 실행행위를 위한 직접적 착수로 범죄의 기·미수가 시작된다고 보고 있는 듯하다(이러한 주장을 하는 독일학자들의 견해는 J. Wessels / 허일태 역, 독일형법총론, 세종출판사, 1998, 205면)

제 4절 실행의 착수 이후 결함상태의 발생

행위자가 범죄의 실행착수 이전에 결함상태를 과실로 야기하거나 혹은 결함상태의 발생을 전혀 예견할 수 없었던 경우에는 행위자는 고의에 의한 범행으로 처벌되지 않는다. 그러나 결함상태는 실행착수 이전 뿐만 아니라 실행착수 이후에도 발생할 수 있다. 이와 같이 결함의 상태가 실행착수 이후에 발생하는 경우에는 미수에서 구별되어지는 개념인 착수미수와 실행미수로 구분하여 살펴보기로 한다.

먼저 실행미수 이후에 결함상태가 발생하는 경우에는 행위자가 결함상태를 계획적으로 야기했는지 아닌지에 상관없이 일반적으로 인정된 귀속원리에 따라 기수범으로 처벌된다. 왜냐하면 결과가 발생하고 행위자가 실행행위와 종료시점에까지 사건을 귀속가능하게 지배하였던 경우에는 제 26조의 중지범 규정에서와 마찬가지로 행위자에게 기수의 범행이 귀속가능하기 때문이다. 이에 반하여 아직 실행의 착수미수 이전에 결함상태가 발생하는 경우에는 행위자의 형법적 책임을 인과과정의 본질적 내지는 비본질적 차이의 귀속원리에 따른다⁹⁰⁾. 따라서 결함상태가 의식적으로 야기되었던 경우에 행위자는 원인에 있어서 자유로운 행위의 원리에 따라 기수범으로 처벌된다. 범죄실행전이 아니라 범죄의 실현과정에서 책임무능력이 발생하는 경우에는 목표한 범죄실현과 실제 사건의 진행과는 비본질적인 차이가 존재하는 것이다. 더 나아가 결함상태가 선행행위로부터 전개되고, 그 상태가 행위자와는 독립된 상황에 의하여 발전되어진 것이 아

참조)

90) Vgl. H. Otto, Jura 1986. S. 433

닌 경우에는 단순한 하나의 비본질적인 인과과정의 차이, 즉 고려할 수 없는 인과과정의 차이가 존재하는 것이다. 예를 들면 자신의 애인이 자신과 결별하려고 한다는 것을 알고 주머니에서 칼을 꺼내 이리저리 휘둘렀다. 행위 당시에 애인을 죽이려는 의도를 가지고 있었을 뿐만 아니라 그는 짧은 시간에 애인을 38번 찔러서 살해의 결과가 발생했다면 아무리 행위자가 실행착수 이후에 책임무능력을 가져오는 충동건망증(Affektamnesie)에 빠졌다고 하더라도, 책임무능력의 상태가 선행행위에서 전개되고 외부적 영향에 의하여 발전되지 않은 경우에는 살인미수가 아니라 살인기수로 처벌되어야 하는 것이다.

제 4장 원인에 있어서 자유로운 행위의 유형

제 1절 서설

원인에 있어서 자유로운 행위란 행위자가 고의 또는 과실로 자신을 심신상실 또는 심신미약에 빠지게 하고 그 상태를 이용하여 정상적인 상태에서 가진 범죄에 대한 고의 또는 과실에 부합하는 범죄를 말한다. 심신장애상태를 야기한다는 것에 대한 고의와 과실, 그리고 심신장애상태를 이용한 범죄의 실행에 대한 고의와 과실, 이렇게 고의와 과실을 구분하여 4가지 유형으로 구분을 지을 수 있다.

대다수의 학자들은 원인에 있어서 자유로운 행위를 4가지 유형⁹¹⁾으로

91) 학자에 따라서는 7가지(F. Haft, Strafrecht. AT, 4. Aufl, S. 135)로 나누거나, 8가지(오영

구분을 짓고, 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위와 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위를 나누고 있다. 즉, ①심신장애를 고의로 야기하고 고의로 범죄실행을 한 경우(고의-고의의 유형), ②심신장애를 고의로 야기하였으나 과실로 범죄실행을 한 경우(고의-과실의 유형), ③심신장애가 과실로 발생되었으나 고의로 범죄실행을 한 경우(과실-고의의 유형), ④과실로 심신장애를 유발하고 과실로 범죄실행을 한 경우(과실-과실의 유형)의 4가지 유형으로 구분지을 수 있다. 먼저, 제1유형(고의-고의의 유형)은 심신장애를 고의로 야기하였고 고의로 범죄실행을 한 경우로 예컨대 취한 상태에서 사람을 살해하기로 결심하고 술에 취해서 취중에 사람을 살해하는 경우와 같이 작위범의 형태나 전철수가 열차를 탈선시킬 의도로 다량의 술을 마시고 열차가 통과할 때 만취되어 잠들어 버림으로써 탈선사고가 일어나게 하는 경우와 같은 부작위범의 형태이다. 제2유형(고의-과실의 유형)은 고의로 심신장애를 야기하고 과실범의 구성요건을 실현한 경우로써, 졸음을 쫓기 위하여 각성제를 복용한 트럭운전기사가 환각상태에서 운전 중 행인을 치어 다치게 한 경우나 술을 마시면 취할 수 있다는 생각을 가지고도 음주를 한 후에 자동차를 운전 중 길을 지나던 행인을 친 경우이다. 제3유형(과실-고의의 유형)은 과실로 심신장애를 야기하고 고의범의 구성요건을 실현한 경우로써 평소에 소주 2병을 마시면 만취하여 폭행을 하는 행위자가 그날 몸상태가 좋지 않아 소주 1병을 마시고도 만취하여 폭행하고 상처를 입힌 경우이다. 마지막으로 제4유형(과

근, 형법총론, 2002, 463면)로 나누기도 한다. 그러나 우리나라에서는 원인행위시 표상에 따라 몇 가지 유형으로 나눌 것인가에는 큰 의미가 없다는 견해가 있다. 즉 원인행위시 이중의 고의가 있는 경우에만 중국적으로 고의범으로의 처벌을 긍정하고 그 이외에는 모두 다 고의범으로서의 처벌을 부정하면서 경우에 따라서 과실범으로만 처벌하는 것에 국내견해가 일치하기 때문이라고 한다. 손동권, 원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 연구, 2001, 96면.

실-과실의 유형)은 과실로 심신장애를 야기하고 과실범의 구성요건을 실현한 경우로써 만취하면 음주운전을 하는 습벽이 있는 사람이 딱 한잔만 술을 마신다는 것이 생각 이상으로 독한 술이어서 바로 만취한 상태가 되어 운전을 하다가 지나가는 행인을 치어 다치게 한 경우이다. 이렇게 학자들마다 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위와 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위의 인정범위를 조금씩 다르게 보고 있으므로 4가지 유형을 토대로 하여 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위와 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위의 인정범위를 알아보고자 한다.

(1) 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위

1) 의의

고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위란 위험의 발생을 예견하였는데도 자의로 심신장애를 야기하고 이 상태에서 예견한 범죄를 행하는 것을 말한다. 즉, 행위자가 어떤 범죄를 행할 목적을 가지고 음주, 마약 등을 이용하여 심신장애상태를 자의로 야기하고 심신장애상태에서 범행을 하는 경우를 말한다.

2) 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위 인정범위

가) 제1유형

현재 우리나라 통설⁹²⁾은 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위가

성립하기 위해서는 책임능력이 있는 행위자가 심신장애상태를 야기한다는 고의와 실행행위 당시에 구성요건적 행위에 대한 고의를 모두 가진 경우로써, 원인행위와 실행행위 양자에 이중의 고의⁹³⁾가 존재하는 경우인 제1 유형만을 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위라고 한다. 즉, 제1 유형은 심신장애를 고의로 야기하고 구성요건적 행위의 실행에 대한 고의를 가지고 취한 상태에서 사람을 살해하기로 결심하고 술에 취해서 취중에 사람을 살해하는 경우이다. 현재 통설은 이중의 고의를 요하므로 원인행위시나 실행행위시에 어느 한 경우라도 과실이 있는 경우에는 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위가 아니라 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위라 한다. 이는 고의와 과실의 조합이나 과실과 고의의 조합인 경우에 과실의 고의를 포함할 수 있으나, 과실이 고의의 범주안으로 들어가서 피고인을 고의범으로 처벌을 하는 것은 피고인에게 너무나 불리하기 때문이라고 한다. 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위에서의 고의의 존재여부는 원인행위시를 기준으로 판단되어야 하지만, 고의의 인식대

92) 김성천·김형준, 앞의 책, 349면 ; 손동권, 앞의 책, 240면 ; 이재상, 앞의 책, 308면 ; 이형국, 앞의 책, 227면 ; 임웅, 앞의 책, 264면; 정성근, 앞의 책, 373면.

93) 그러나, 고의의 원인이 자유로운 행위에서 원인행위설정시의 고의에 대해 이른바 “이중 고의”(Doppelvorsatz)로 설명하는 견해(Schönke/Schröder/Lenckner.Kommentar. §20 Rn. 36 ; 임웅, 앞의 논문, 38면)는 그 표현이 적절치 않은 것 같다는 견해가 있다. 즉, 마치 두 개의 고의가 존재하는 것처럼 보이기 때문이다. 고의란 실행행위와 관련된 개념이므로 단순히 심신장애 상태야기 의욕만을 하나의 독립된 고의로 볼 수는 없을 것이다. 고의의 원인이 자유로운 행위란 행위자가 심신장애상태에서 특정 범죄를 범하기 위해 그 상태를 야기한다는 점에서, 심신장애야기는 그 상태에 빠져 특정의 고의범행을 저지르기 위한 수단적 성격이 있다는 점에서 양자는 불가분의 연결관계에 놓여 있는 것이다. 즉 목적과 수단관계이다. 이런 점에서 원인설정행위시 고의는 두 개의 관련점을 갖는 ‘하나’의 고의라고 할 수 있다(윤용규, 앞의 논문, 49면)는 견해가 있으며 또 형법 제10조 제3항이 심신장애상태의 야기행위에 대하여 요구하는 표지는 “자의성”이기 때문에 이를 고의·과실로 설명할 필요가 없고, 그래서도 안된다는 견해가 있다.(박상기, 앞의 책, 212면 참고).

상은 심신장애상태의 야기와 심신장애상태에서의 실현될 구성요건적 행위의 양자에 미친다는 것이 우리나라의 통설이다.⁹⁴⁾ 이에 대하여 소수설은 심신장애상태하에서 실현될 구성요건적 행위에 대한 고의로 족하고 심신장애상태의 야기가 과실로 이루어진 경우도 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위라는 것으로 이해한다.

나) 제1유형과 제3유형

제1유형과 제3유형⁹⁵⁾을 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위라 한다. 이 견해에 의하면 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위가 성립하기 위해서는 행위자가 심신장애상태를 자의로(고의 또는 과실) 야기시키고 심신장애상태에서 하게 될 구성요건적 사실에 대한 고의를 가지면 된다. 그러므로 심신장애상태에서 실현될 구성요건행위에 대한 고의만 있으면 되고, 원인행위에 대한 고의는 필요로 하지 않는다. 예컨대 음주행위 그 자체는 구성요건과는 무관한 것이므로 원인행위에서 고의성을 요구하는 것은 타당하지 않다.

3) 소 결

고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위에서 책임비난의 근거는 책임 무능력상태에서 어떤 범죄의 구성요건에 해당하는 행위에 있는 것이 아니

94) 이재상, 앞의 책, 285면 ; 이형국, 앞의 책, 226면 ; 정성근, 앞의 책, 356면 ; 임웅, 앞의 책, 38면.

95) 김성돈, 사례연구 형법총론(제2판), 대왕사, 1995, 247면

라, 행위자가 고의로 자기 자신을 심신장애상태로 만들고, 고의로 구성요건에 해당하는 행위를 실행한 행위 양자에 미치는 것이다. 그러므로 제3 유형은 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위라고 볼 수 없다. 따라서 원인행위와 실행행위 양자에 이중의 고의가 있는 경우인 제1유형만의 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위라 보는 통설의 입장이 타당하다고 하겠다.

(2) 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위

1) 의의

과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위가 성립하기 위해서는 책임능력이 있는 행위자가 고의 또는 과실로 자신을 심신장애상태를 야기하고, 이러한 상태에서 특정한 과실범의 구성요건실현을 예견할 수 있었던 경우이다. 즉, 행위자가 심신장애상태를 야기한다는 고의나 심신장애상태에서 어떤 범죄행위를 해야겠다는 고의 가운데 한 가지가 누락된 경우를 말한다.

2) 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위 인정범위

고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위가 제1유형이라고 하는데 견해가 일치하고 있다. 그러므로 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위는 제1유형을 제외한 나머지 유형, 즉 제2유형(고의-과실의 유형), 제3유형

(과실-고의의 유형), 제4유형(과실-과실의 유형)으로 나누어 볼 수 있다.

가) 제2유형

책임능력이 있는 행위자가 자신을 책임무능력상태 혹은 한정책임능력상태로 만들겠다는 고의를 원인행위시에 이미 가지고 있었지만 심신장애상태에서 실현하게 될 구성요건에 대하여 과실이 있는 제2유형⁹⁶⁾만을 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위로 보는 견해이다. 예컨대 졸음을 쫓기 위하여 각성제를 복용한 트럭운전기사가 환각상태에서 운전 중 행인을 치어 다치게 한 경우나, 술을 마시면 취할 수 있다는 생각을 가지고도 음주를 한 후에 자동차를 운전 중 길을 지나던 행인을 친 경우이다. 이 유형만을 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위라고 보는 입장에서는 원인행위시에는 자의(고의)로 야기되어지므로 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위가 되려면 『실행행위시』를 기준으로 고의인지, 과실인지에 따라 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위가 되든지, 아니면 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위가 된다는 것이다. 그러나 원인행위는 항상 자의(고의)로만 이루어지지 않는다. 예컨대, 만취하면 음주운전을 하는 습벽이 있는 사람이 딱 한잔만 술을 마신다는 것이 생각 이상으로 매우 독한 술을 마셔서 바로 만취한 상태가 되어 운전을 하다가 지나가는 행인을 치어 다치게 한 경우에 이러한 경우까지 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위가 아니라는 것은 부당한 것이다. 원인행위는 언제나 고의에 의해서만 발생하는 것이 아니라 과실에 의해서도 발생할 수가

96) 고의로 심신장애를 야기하고 과실범의 구성요건을 실현한 경우만을 의미하므로 실행행위의 과실을 원인행위의 과실로 혼동해서는 안된다고 한다. 배종대, 앞의 책, 377면 ; 오영근, 원인에 있어서 자유로운 행위와 그 유형, 91면.

있기 때문이다.

나) 제4유형

책임능력이 있는 행위자가 자신이 책임무능력상태 또는 책임능력상태를 야기한다는 과실이 있으면서 심신장애의상태에서 실현하게 될 구성요건에 대하여 과실이 있는 제4유형⁹⁷⁾만을 과실에 의한 원인에서 자유로운 행위라 한다. 이 견해는 제2유형(고의-과실)과 제3유형(과실-고의)은 원인행위시와 실행행위시의 서로 다른 고의와 과실이 조합되어, 전체적으로 하나의 판단기준으로서 고의 또는 과실을 인정할 수 없으므로 제4유형만을 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위라고 한다.⁹⁸⁾

다) 제2유형과 제3유형

제2유형과 제3유형만⁹⁹⁾을 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위라 한다. 이 견해는 구성요건적 결과실현을 예상하였거나 예견할 수 있었음에도 불구하고 자의로 심신장애상태를 야기하여 이 상태에서 작위 또는 부작위로 범죄를 실현하는 것을 말한다. 예를 들면 평소에 소주 2병을 마시면 만취하여 폭행을 하던 갑이 술을 마시면서 조금만 마시자고 생각하였으나, 그 날 몸 상태가 좋지 않아 소주 1병을 마시고도 만취하여 폭행

97) 윤용규, 앞의 논문, 53면.

98) 제4유형은 특별히 원인에 있어서 자유로운 행위라기 보다는 전형적인 과실범에 해당된다고 보아 과실범으로 처벌해야 한다는 견해도 있다. 신동운, 판례백선 형법총론, 288면 ; 정성근·박광민, 앞의 책, 325면 ; 정성근, 앞의 논문, 22-23면.

99) 정성근, 위의 논문, 22-23면 ; 정성근·박광민, 위의 책, 324-325면.

을 하였고 상처를 입힌 경우와 술을 마시면 취할 수 있다는 생각을 가지고도 음주를 한 후에 자동차를 운전해 마침 길을 지나던 행인을 친 경우이다. 즉, 의도적으로 심신장애상태를 야기한 후 이 상태에서 사전에 예견 가능하였던 과실범의 구성요건을 실현시킨 경우와 부주의로 심신장애상태를 야기한 후 이 상태에서 애당초 계획하였던 범죄가 실현된 이 행위에 대하여 과실범이 성립한다.

라) 제2유형과 제4유형

제2유형과 제4유형¹⁰⁰⁾만의 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위라고 보는 견해는 행위자가 고의 또는 과실로 자신을 심신장애상태에 빠뜨리면서도 아직 그 상태에서 어떤 범행을 저지르게 될 것을 과실로 예견하지 못하였거나 결과가 발생하지 않으리라고 과신한 경우를 말한다. 그러므로 과실로 심신장애상태를 야기하고 심신장애상태에서 행한 범죄에 대한 고의(과실-고의의 조합)는 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위라고 보기 어렵다. 왜냐하면, 과실에 의한 심신장애상태를 야기하고, 고의로 결과실현을 지속적으로 유지된다고 보는 것은 무리이다. 그리고, 현실적으로 과실로 심신장애상태를 야기하고, 구성요건적 결과실현에 대한 예견이 있는 경우는 생각할 수 없기 때문이다. 그러므로 과실로 야기된 심신장애상태에서 미리 계획했던 범행결과가 야기되었다면 과실과 과실의 조합으로 보아야 하는 것이다.

마) 제2유형, 제3유형 그리고 제4유형

100) 김일수, 형법총론, 박영사, 2000., 370-371면.

마지막으로 제2유형, 제3유형 그리고 제4유형 모두를 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위라고 보는 견해¹⁰¹⁾가 있다. 제10조 제3항의 『위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애(심신상실과 심신미약)를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다』라고 규정한 것은 고의로 자기 자신을 심신장애상태를 야기하면서 위험발생을 예견한 경우에만 즉, 이중의 고의를 가진 경우인 제1유형만을 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위라고 하고, 그 이외는 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위라 한다. 즉, 행위자가 고의 또는 과실로 심신장애상태를 야기하고 이러한 상태에서 특정한 과실범의 구성요건을 실현할 것을 예견할 수 있었던 경우에 성립한다. 또한 심신장애상태에서 행한 범죄에 대한 고의가 있었지만 그 상태를 과실로 야기한 때에도 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위가 된다.¹⁰²⁾

3) 소 결

다수결에 의하면 제2유형, 제3유형, 제4유형 모두가 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위가 성립한다. 그러나 제2유형, 제4유형, 제2·3유형, 제2·4유형과 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위 부정설 모두 나름대로 제10조 제3항의 해석을 통한 일면적 타당성이 있다고 인정이 된다. 그러나 제10조 제3항 “위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다”라고 규정되어 있

101) 김성천·김형준, 앞의 책, 350면 ; 명형식, 앞의 논문, 40면 ; 손동권, 앞의 책, 243면 ; 이기현, 앞의 논문, 34면 ; 이재상, 앞의 책, 309면 ; 임웅, 앞의 책, 265면.

102) 이재상, 위의 책, 309면.

다. 그렇다면 ‘위험발생을 예견하고’를 책임능력결함상태에서 구성요건에 해당하는 범죄를 행할 것을 인식한 경우(고의)뿐만 아니라, 그 가능성을 예견한 경우(과실)까지 포함될 수 있다고 해석할 수 있다. 그리고 ‘자의로’의 의미를 ‘타인의 강요없이’ 책임능력이 있는 상태에서 스스로를 책임능력결함상태로 만드는 것으로 해석될 수 있으므로 결국, 「고의나 과실로 심신장애상태를 야기하고 구성요건적 결과실현을 예견 또는 예견할 수 있는 경우에」라고 바꾸어 해석을 할 수가 있다. 그러므로 원인에 있어서 자유로운 행위 유형 중에서 「고의로 심신장애를 야기하고, 고의에 의한 결과실현행위」만을 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위가 된다. 그러나 제2유형이나 제3유형은 과실이 존재하므로 과실범으로 처벌을 하는 것이 피고인에게 고의범으로 처벌하는 것보다 유리하기 때문이다. 따라서 제2유형, 제3유형, 제4유형이 모두가 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위가 된다. 결국, 원인에 있어서 자유로운 행위란 행위자가 고의 또는 과실로 자신을 심신상실 또는 심신미약에 빠지게 하고 그 상태를 이용하여 정상적인 상태에서 가진 범죄에 대한 고의 또는 과실에 부합하는 범죄를 말하는 것이다.

(3) 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위 부인론

가) 부인론의 근거

이 견해는 원인에 있어서 자유로운 행위는 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위만을 규정하고 있으므로, 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위가 되는 행위는 통상의 과실범으로 처벌하면 된다는 것이다. 즉,

과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위를 부인해도, 음주시에 음주운전의 예견이 가능함에도 불구하고 음주운전 중에 교통사고를 야기한 것은 사고당시에 책임능력이 존재하지 않더라도 음주행위시에 이미 교통사고를 예견하는 것이 일반적으로 가능하기 때문이다. 결국 과실범으로 처벌을 함으로써 형법의 대원칙인 행위와 책임의 동시존재원칙에 대한 예외를 인정하지 않아도 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위를 처벌할 수 있다는 것이다. 즉, 원인에 있어서 자유로운 행위에서의 비난가능성은 책임능력이 있는 자가 심신장애상태를 고의로 야기한 것만이 아니라, 책임능력이 있는 상태에서 범행의 계획을 성립요건으로 한다. 이정원 교수¹⁰³⁾는 『과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위의 경우에는 일반적인 과실범의 모든 요건을 충족하고 있으며, 단지 차이점은 외부적인 사건의 전개에서만 보여지고 있다. 즉 과실범의 경우에는 구성요건적 결과에 대한 인과의 연결이 경우에 따라서는 길어질 수도 있으며, 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위의 경우는 모두 과실범에 포함되어 있는 것이다. 그러므로 과실범에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위는 불필요한 개념으로 파악된다』고 한다. 전지연 교수¹⁰⁴⁾는 『우선 의식적으로 야기된 결합상태에서 실현된 과실범의 귀속은 원인에 있어서 자유로운 행위를 통하여서는 불가능하다. 원인에 있어서 자유로운 행위는 결합상태의 의식적인 야기뿐만 아니라 책임능력있는 상태에서 세운 범행의 계획을 성립요건으로 한다. 원인에 있어서 자유로운 행위를 고의범에 제한한다고 해서 형사정책적 결합이 발생하는 것은 아니다. 이렇게 해서 해석하는 것이 현행형법규정의 문언에 충실하다. 현행형법의 해석에 있어서 예견가능성을 인정하는

103) 이정원, 형법총론, 문영사, 1997, 218면.

104) 전지연, 앞의 논문, 109-110면.

것은 목적론적 해석에 앞서 문구 자체의 문리적 해석에 반하며 죄형법정주의의 원칙에 위반되는 것으로 보인다』고 한다. 또한, 안원하 교수¹⁰⁵⁾는 『제10조 제3항은 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위만을 규정하고 있음이 문언상 분명하고, 제10조 제3항은 예외규정이기 때문에 이를 확장해석하여 이른바 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위까지 적용하는 것은 책임원칙과 법치주의에 부합할 수 없다. 더구나 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위를 원용하지 않고서도 확장해석은 필요하지도 않을 것이다』라고 함으로써 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위를 부인하고 있다.

나) 부인론에 대한 비판

이 견해는 독일에서 원인에 있어서 자유로운 행위에 대하여 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위만 성립을 인정하는 견해와 같은 맥락으로 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위를 통상의 과실범에 의하여 처벌할 수 있다고 함으로써 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위를 부인하고 있다. 그러나 이 견해는 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위를 부인하고 통상의 과실범으로 처벌을 하자고 함으로써 다음과 같은 사례에 의하여 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위를 인정하자는 입장과 다른 결론에 도달하게 된다. 예를 들어 술을 마시면 취할 수 있다는 생각을 가지고도 음주를 한 후에 심신장애(심신상실, 심신미약)로 자동차를 운전하던 중에 길을 지나던 행인을 다치게 한 경우에 과실에 의한

105) 안원하, 원인에 있어서 자유로운 행위, 『법학연구』, 부산대, 제38권 제1호, 1997, 180면.

원인에 있어서 자유로운 행위를 인정하는 입장에서는 행위자는 음주시에 음주운전을 할 수 있다는 예견이나 예견가능이 있음으로 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위가 성립되어 과실치상죄가 성립한다. 그러나 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위를 부정하여 통상 과실범으로 처벌을 해야 한다는 입장에서는 음주시에 음주를 하게 되면 음주운전을 하게 되고 그로 인하여 교통사고를 야기할 수 있다는 것이 예견가능하므로 음주를 할 때 이러한 주의의무를 위반한 결과로 과실치상죄의 죄책을 지고 제10조 제1항의 적용이 되어 형을 면제하게 되거나 제10조 제2항의 적용이 되어 형을 감경하게 된다. 그러나 이렇게 되면 책임능력이 없는 시점에서 교통사고를 야기했을 때 행위자에게 책임귀속을 시킬 수 있는가 하는 문제점과 과실범으로 처벌을 할 경우는 항상 형을 감경하거나 면제해야 되는 불합리한 결과를 초래하게 된다. 또한 제10조 제3항인 원인에 있어서 자유로운 행위를 책임능력에 관한 특별규정을 불법구조의 유사성 때문에 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위를 부인하는 것은 옳지 않다.¹⁰⁶⁾

106) 김일수, 앞의 책, 371면.

제 5장 제10조 제3항의 해석론

제 1절 서 설

현재 독일은 명정죄에 대한 처벌조항만이 있을 뿐 우리형법 제10조 제3항과 같이 원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 명문의 규정은 존재하지 않는다. 따라서 우리형법 제10조 제3항과 관련하여 해석상 '과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위'와 '심신미약상태에서의 원인에 있어서 자유로운 행위'에 대하여 이 규정을 적용할 수 있는가 하는 문제점이 제기된다. 또, 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위로만 본다면 "위험의 발생을 예견하고"라고 규정하고 있으므로 이것이 과실로 인한 원인에 있어서 자유로운 행위를 포함하지 않고 단지 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위만을 규정하고 있는 것이 아닌가 하는 의문이 생긴다. 위와 같은 내용을 중심으로 아래에서는 현행형법 제10조 제3항의 해석에 대한 내용과 그에 대한 문제점을 살펴보기로 한다.

제 2절 제10조 제3항의 해석론

(1) 『위험의 발생에 대한 예견』의 해석

제10조 제3항은 『위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다』라고 규정하고 있다.

이러한 조항을 형식적으로 볼 때 『위험의 발생을 예견하고』라는 문언이 원인에 있어서 자유로운 행위가 고의범을 규정하고 있는지 또는 과실범까지 포함하고 있는지가 명확하지 않기 때문에 견해의 대립을 보이고 있다. 『위험발생』이라는 용어는 제10조 제3항뿐만 아니라 제17조, 제18조에도 있는 바 구성요건적 결과를 가져올 고도의 개연성 내지 가능성을 말하며 행위자가 예견할 수 있는 것이라야 한다. 따라서 심신장애, 즉 책임능력결함상태에 빠지면 행위자가 인식·인용하였던 구성요건적 결과가 발생할 것이라는 예견이 있는 경우(고의)는 물론, 처음부터 예견은 없었더라도 심신장애의 상태에 빠지면 구성요건적 결과발생의 가능성을 예견할 수 있었던 경우(과실)도 포함한다는 것이 통설¹⁰⁷⁾이다. 그러나 『위험발생을 예견한다』고 규정하고 있음을 이유로 하여 원인에 있어서 자유로운 행위는 고의범에 한하여 인정된다는 견해도 있다¹⁰⁸⁾. 이러한 견해에 의하면 과실로 심신장애의 상태를 초래한 자는 자의로 심신장애상태를 야기하였다고 볼 수 없다. 그러므로 형법은 고의로 심신장애상태를 야기하여 고의 또는

107) 박상기, 앞의 책, 213면 ; 배종대, 앞의 책, 360면 ; 손동권, 앞의 책, 242면 ; 김일수, 앞의 책, 370면 ; 박양빈, 형법사례연습, 범문사, 1997, 56면 ; 이형국, 앞의 책, 227면 ; 임웅, 앞의 책, 266면 ; 진계호, 앞의 책, 400면 ; 권문택, 앞의 논문, 21면 ; 김주덕, 원인에 있어서 자유로운 행위, 92면 ; 명형식, 앞의 논문, 40면 ; 손해목, 원인에 있어서 자유로운 행위, 95면 ; 신양균, 원인에 있어서 자유로운 행위, 163-164면 ; 신치재, 원인에 있어서 자유로운 행위, 74면 ; 정성근, 원인에 있어서 자유로운 행위, 고시연구, 24면 ; 한상훈, 특가법상 제5조의 3(도주운전죄)과 원인에 있어서 자유로운 행위, 형사정책연구 제11권 제3호, 한국형사정책연구원, 2000, 220면.

108) 차용석, 원인에 있어서 자유로운 행위(II), 고시계, 1986. 6, 189면 ; 오영근, 원인행위책임법, 215면 ; 조상재, 과실의 원인에 있어서 자유로운 행위, 73면 ; 이호중, 원인에 있어서 자유로운 행위(1)-고의의 원인에 있어서 자유로운 행위를 중심으로, 43면 ; 이기현, 원인이 자유로운 행위, 41면. 이런 견해에 대해 『위험발생의 예견』과 『위험의 발생의 예견가능성』을 혼동하고 있는 것이 아닌가 생각된다는 견해가 있다. 즉 『위험의 발생의 예견이 있는 경우』는 표상설의 입장에서는 고의 뿐만 아니라 인식있는 과실은 포함될 수 있으나 인식없는 과실은 제외된다고 한다. 김종원, 소위 원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 소찰, 90면

과실범의 구성요건을 실현한 때의 원인에 있어서 자유로운 행위만을 규정하고 있으며 과실로 심신상실의 상태를 야기하여 과실범의 구성요건을 실현한 경우를 규정한 것은 아니라고 해석하지 않을 수 없다.¹⁰⁹⁾ 이에 대하여 양자를 분리하여 생각하는 자체가 ‘불가분적 관련성’을 간과한 태도라 보고 이 규정은 문언에 따라 엄격히 해석한다면 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위만을 대상으로 하나, 실제적으로 필요성에 따라 확대해석하고 있다는 문제점을 지니고 있다.¹¹⁰⁾ 생각건대 『위험의 발생을 예견한다』고 함은 책임능력의 결함상태에서 구성요건에 해당하는 행위를 행할 것을 인식한 경우(고의) 뿐만 아니라 그 가능성을 예견한 경우(과실)도 포함한다고 할 수 있을 것이다. 즉, 행위자가 심신장애에 빠지면 의도하였던 구성요건적 결과가 발생할 것이라는 예견이 있는 경우는 물론 처음부터 결과발생에 대한 예견은 없었다 하더라도 심신장애의 상태에 빠지면 과실로 인하여 구성요건적 결과를 발생시킬지도 모른다는 예견도 포함한다고 볼 수 있는 것이다.¹¹¹⁾ 원래 원인에 있어서 자유로운 행위는 과실에 의한 경우가 빈번한 사례이며 고의에 의한 경우가 예외적인 사례라는 점을 감안하더라도 예견가능성이 있는 경우를 제외할 이유는 없다고 생각한다.¹¹²⁾ 다만 입법 기술적으로 본다면 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운

109) 이재상교수는 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위까지도 포함한다고 본 판례(대판 1992. 7. 28, 92도 999)에 대하여 이러한 판례의 이론에 의하면 과실로 음주한 경우에도 같은 결과가 되지 않을 수 없다고 한다. 이재상, 앞의 책, 310면.

110) 이기현, 원인이 자유로운 행위, 41-42면 참조.

111) 이에 대하여 오영근교수는 위험발생을 예견하면 족하므로 위험발생을 의욕하거나 범행의 구체적 대상이나 방법까지 특정되어 있을 필요도 없다고 한다. 오영근, 오상방위 원인에 있어서 자유로운 행위, 고시계, 2000. 10. 130면.

112) 대판 1992. 7. 28, 92도 999는 『형법 제10조 제3항은 위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다고 규정하고 있는 바, 이 규정은 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위만이 아니라 과실에 의한 원

행위가 주된 지위를 차지하고 있는데도 불구하고 형법규정상 문언 표현이 명백하지 않다는 아쉬움이 있다. 그러므로 우선 형법의 문언에 충실하게 해석할 것이 요구되고 이로서 불충분할 경우에는 입법취지 등을 고려할 것이 요구된다고 생각된다. 또한 이러한 문제점을 이유로 우리형법의 개정안과 이유서를 살펴보는 것이 해석론의 전개에 도움이 된다고 본다. 형법개정안에서는 현행형법 제10조 제3항의 규정을 제21조 제3항으로 옮겼다. 제21조 제3항은 『스스로 정신장애를 일으켜 고의 또는 과실로 인한 행위를 한 자에 대하여는 제1항 및 제2항의 규정을 적용하지 아니한다』고 규정하고 있다.¹¹³⁾ 생각건대 『위험발생을 예견하고』라는 문언은 확실히 구성요건해당적 행위에 관한 현실적 예견을 요구하고 있다. 그래서 행위자가 위험발생에 대한 현실적 예견은 없고 위험발생에 대한 예견가능성만 있는 경우도 원인에 있어서 자유로운 행위에 포함시킨다고 한다면 이것은 피고인에게 불리한 유추해석으로서 허용될 수 없다고 해야 한다는 주장이 타당성이 있다고 본다. 이렇게 되면 제10조 제3항은 고의범만을 처벌하는 것으로 해석하여야 한다. 그런데 실제로 보면 판례가 음주운전을 하여 사람을 친 경우에 제10조 제3항의 규정을 적용하여 업무상과실치사로서 처벌하고 있다. 따라서 이는 명백하게 과실에 의한 원인에 있어서

인에 있어서의 자유로운 행위까지도 포함하는 것』이라고 판시하고 있다.

113) 이에 관하여 이유서를 보면 현행형법은 『위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는』이라고 규정되어 있다. 고의범만 해당하는 것인지 과실범도 해당하는 것인지에 대해 해석상 논란이 있어 개정안에서는 과실범도 포함되도록 명문화되어 『고의 또는 과실로 정신장애의 상태에 빠져서 범행을 한 자에 대하여는』이라고 조문화하였으나 『고의 또는 과실로』가 『범행을 한』을 수식해야 하는데 『정신장애의 상태에 빠져서』를 수식하는 것으로 보여 타당하지 않다는 점과 고의든 과실이든 스스로 정신장애의 상태에 빠졌다는 것을 밝혀야 한다는 점이 지적되어 결국 『스스로 정신장애를 일으켜 고의 또는 과실로 인한 행위를 한 자에 대하여는』으로 고쳤다고 쓰여 있다. 형법개정법률안 제안이유서, 법무부, 1992, 38-39

자유로운 행위도 인정하고 있는 것이다. 그러므로 이 판례를 두고 형법적으로 근거가 없는 판결이었다고 하여 잘못되었다고 할 것이 아니라 제10조 제3항을 목적론적으로 해석하여야 한다고 생각한다. 또한 이렇게 해석하는 것이 원인에 있어서 자유로운 행위를 제10조 제3항으로 입법화한 취지에도 맞다고 생각한다.

(2) 『자의로』의 해석

제10조 제3항의 『자의로』라는 문언해석에 대해서도 많은 논란이 제기되고 있다. 이러한 자의의 의미와 관련하여 심신장애의 상태는 자의(고의)로 야기한 경우에 한한다는 견해¹¹⁴⁾와 자의 뿐만 아니라 과실로 야기한 경우도 포함한다는 견해¹¹⁵⁾가 대립하고 있다.¹¹⁶⁾ 과실의 범주까지 포함하여 보는 견해에 의하면 첫째로, 자의를 고의·과실과 연결시켜 해석하지 않는 한 그것은 비자의적(강제적)인 것이 아니면 되는 것이지 반드시 고의에 한정할 필요는 없고, 둘째로는 『위험발생의 예견』에는 고의 외에

114) 이정원, 앞의 책, 225면 ; 배종대, 앞의 책, 362면 ; 이재상, 앞의 책, 310면 ; 오영근, 원인행위책임법, 215면 ; 이호중, 원인에 있어서 자유로운 행위(1)-고의의 원인에 있어서 자유로운 행위를 중심으로-, 43면 ; 특히 배종대교수는 실행행위의 과실을 원인행위의 과실로 의제하거나 혼동할 필요는 없다고 설명하고 있다.

115) 김일수, 앞의 책, 370면 ; 박상기, 앞의 책, 213면 ; 손동권, 형법총칙론, 242-243면 ; 임웅, 앞의 책, 266면 ; 진계호, 앞의 책, 400면 ; 송광섭, 원인에 있어서 자유로운 행위, 19면 ; 이형국, 원인에 있어서 자유로운 행위, 21면 ; 정성근, 원인에 있어서 자유로운 행위, 고시연구, 25면.

116) 자의의 의미를 고의나 과실과 같은 맥락에서 해석하여서는 안 된다는 견해가 있다. 하지만 원인행위는 아니지만 실행행위를 과실로 범한 경우를 포함하므로 형법이 자유로운 고의행위만을 규정하고 있다는 주장은 정확하지 않다고 한다. 오히려 형법의 규정은 위험발생의 예견가능성을 전제로 하고 있는 점에서 원인이 자유로운 과실행위만을 규정하고 있는 것처럼 보일 수 있다고 한다. 박상기, 위의 책, 212-214면 참조.

인식없는 과실도 포함된다고 보는 것이 현행법의 해석으로는 타당하므로 자의를 고의에 의한 야기에 한정시키면 제10조 제3항의 적용범위가 너무 좁게 되어 형사정책상 문제점이 대두되기 때문이다. 『자의』와 고의·과실은 다른 차원의 성립요건이라는 견해도 있다. 따라서 제10조 제3항의 『자의로』는 행위자가 『책임능력 있는 상태에서 스스로』라는 뜻으로 봄이 옳다고 하는데, 즉 『자의로』라는 문언은 “타인의 강요없이”라는 의미로 쓰일 때 독자적 가치가 있다고 해석하는 것이 제10조 제3항의 문리에 맞는다¹¹⁷⁾고 하는가 하면, 어떠한 견해를 취하는 경우에도 형법규정 여부를 불구하고 과실로 심신장애를 야기한 때에도 원인에 있어서 자유로운 행위의 이론이 적용되어야 한다는 결론은 동일하다는 견해가 있다.¹¹⁸⁾ 이러한 통설적 견해와는 다르게 제10조 제3항은 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위만을 규정하고 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위는 명문으로 부정하는 견해도 있다. 즉, 위협의 발생을 예견한다는 것은 예견 가능했던 경우와는 분명히 다르다는 것을 전제로 자의의 개념속에는 형법상 과실도 포함하는 것이 당연하지만은 과실도 의사적 태도이므로 앞선 조건인 예견을 고의범에 국한할 때에는 정당한 이론해석에 따라 여기의 자의도 고의에 국한할 수 밖에 없음을 그 근거로 하고 있다.¹¹⁹⁾ 또한 『자의로』라고 하는 것은 고의적이거나 과실로 인한 것이나 등을 따질 필요없이 자유스러운 의사에 의해서 심신장애를 자초한 것이면 족하다고 보는 견해도 있다.¹²⁰⁾ 다만 자유스러운 의사에 의하여 자초한 심신장애상태하에

117) 윤용규, 음주뺑소니 운전자의 책임능력, 68면.

118) 이재상, 앞의 책, 310-311면.

119) 차용석, 형법총론강의, 고시연구사, 1988., 805면.

120) 손해목, 원인에 있어서 자유로운 행위, 월간고시, 1986. 9., 95면 ; 조준현, 앞의 책, 308면.

서 고의범 뿐만 아니라 과실범도 범할 수 있는 것이라고 한다. 가령 고의적으로 음주를 하고 교통사고를 일으키든 과실로 술을 마시고 교통사고를 일으키든 범죄자체는 과실범이기 때문이라고 한다. 생각건대, 『자의』라는 말은 책임능력결함상태의 야기가 타인의 강요없이 자유로왔다는 의식상태를 의미하므로 책임능력이 있는 상태에서 스스로 야기한 것이면 자의로 야기하였다고 해야 한다. 따라서 심신장애상태는 의식적으로 야기할 수 있음은 물론 부주의(과실)로도 야기할 수 있다고 해야 한다.¹²¹⁾

(3) 『심신장애의 야기』의 해석

심신장애라 함은 심신상실과 심신미약이 모두 포함되는 개념으로 해석될 수 있다.¹²²⁾ 심신상실의 상태는 책임무능력의 상태라고 볼 수 있으나 심신미약상태는 한정책임능력상태라고 보아야 한다. 그렇지만 심신미약의 경우에 원인에 있어서 자유로운 행위의 이론을 적용하지 않는다면 심신상실상태를 이용하는 경우에 완전한 책임을 묻게 되는 것과의 사이에 불균형이 발생하고 심신미약의 경우에 실제로 범죄실현의 개연성이 높음에도 불구하고 제10조 제2항을 적용하여 형을 감경한다는 것은 법익의 균형상 이치에 맞지 않는다고 할 것이다. 이러한 심신장애가 심신상실과 심신미약도 포함한다는 것은 간접정범유사론이 주장하는 도구이론의 한계를 말

121) 손동권교수도 현행법의 문언상으로도 당연히 과실을 포섭할 수 있다고 보면서 이중의 고의가 있는 경우에 한하여 완전책임의 고의범을 인정하고 그 이외의 경우는 완전책임 있는 과실범으로의 처벌만을 인정하는 것으로 해석하는 것이 바람직하다고 한다. 손동권, 앞의 책, 243면.

122) 심신미약(한정책임능력상태하)의 행위에 대해서 원인에 있어서 자유로운 행위의 성립을 부정하는 견해가 있다. 신동일, 앞의 논문, 198면.

해주고 있다.¹²³⁾ 왜냐하면 한정책임능력자에게는 '책임능력'이 존재하는 것으로 봄으로서 책임능력이 존재하는 한도에서는 '도구'라고 말할 수 없고, 그 부분은 틀림없이 유책한 범죄행위를 수행할 능력으로 평가될 수 있으므로 도구적 성격이 약하다. 왜냐하면 유책행위능력이 있음에도 자신을 도구로 이용한다는 것은 있을 수 없기 때문이다. 따라서 도구성을 강조하면 할수록 심신미약의 경우에는 도구성이 부인되고 원인에 있어서 자유로운 행위의 법리를 적용할 수 없게 된다는 것을 보여준다.

(4) 『행위』의 해석

제10조 제3항이 규정하고 있는 『행위』에 작위에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위뿐만 아니라 원인에 있어서 자유로운 부작위(부작위에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위)도 포함할 것인가가 문제된다. 원인에 있어서 자유로운 부작위는 고의에 의한 부작위범과 과실에 의한 부작위범으로 나누어 살펴볼 수가 있다.¹²⁴⁾ 예컨대, 철도 전철수가 음주하여 수면에 빠져 적시에 철로를 변경치 않음으로써 열차가 탈선하여 많은 사상자를 낸 경우에는 고의에 의한 작위범이 되고 근무중인 해수욕장 안전요원이 과실로 음주하여 수영할 수 없는 상태에서 물에 빠진 사람을 구조하지 못해 사망한 경우가 과실에 의한 부작위범이 된다. 즉 이와 같은 사례의 경우에 형법적으로 어떻게 취급할 것인가가 문제가 되는데 책임귀속원리는 단지 자신의 의무를 인식한 상태에서 의식적으로 그 의무의 이행을 불가능하게 만든 행위자는 그가 법적 의무를 이행할 수 없었다는 반론을 제기하

123) 이용식, 앞의 논문, 130면.

124) 이형국, 앞의 책, 192면.

지 못한다는 원칙이므로 행위자가 자신이 나중에 이행하여야 할 의무를 인식하면서 자신이 고의나 과실로 행위무능력을 야기하거나 개별적 행위능력을 제거하여 의무이행을 불가능하게 만드는 경우에는 원인에 있어서 자유로운 행위를 원용할 수 있다고 한다.¹²⁵⁾ 따라서 제10조 제3항의 행위는 원인에 있어서 자유로운 행위의 책임능력결함상태하의 형법적 의미의 행위인 동시에 책임능력결함상태하의 고의·과실에 의한 작위범의 구성요건에 해당하는 행위뿐만 아니라 부작위범의 구성요건에 해당하는 행위도 포함된다고 하겠다.

(5) 『전2항의 규정을 적용하지 아니한다』의 해석

제10조 제3항의 『전2항의 규정을 적용하지 아니한다』라고 함은 제10조 제1항, 제2항의 효과를 배제한다는 의미이다. 따라서 행위자가 실행행위시 책임능력결함상태에 있다고 하더라도 제10조 제3항의 요건이 충족되면 완전한 책임능력이 있는 자와 마찬가지로 책임능력결함상태하의 실행한 범죄에서 정한 통상의 법정형의 범위 내에서 처벌된다. 그러므로 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위는 고의범으로 처벌되고, 과실의 원인에 있어서 자유로운 행위는 책임능력결함상태하의 범행에 대해서 과실범 처벌규정이 있으면 과실범으로 처벌되는 것이다.¹²⁶⁾ 한편, 책임능력결함상태하의 행위가 원인에 있어서 자유로운 행위로 인정되지 않는 경우에 행위

125) 전지연, 앞의 논문, 111면.

126) 다만 불법의 실질이 위법성까지 고의범이라면 그것에 대해 전체적으로 과실범만으로 처벌하는 것보다 고의범으로 처벌하면서 완전한 과실책임에 상응하는 양형을 한다는 견해가 있다. 손동권, 원인에 있어서 자유로운 행위-특히 원인행위시 이중고의가 없었던 자가 고의범을 실행한 경우의 처리문제, 고시연구, 2000. 12, 264면 이하 참고.

자가 실행행위시 책임능력결함상태에 있다고 하더라도 금고이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 재범의 위험성이 있으면 보안처분의 일종인 치료감호처분의 대상이 된다(사회보호법 제8조 제1항 제1호).¹²⁷⁾ 이때, 치료감호와 형이 병과된 경우에는 치료감호를 먼저 집행하며 이 경우 치료감호의 집행기간은 형기에 산입한다(사회보호법 제23조 제2항).

제 3절 원인에 있어서 자유로운 행위의 성립요건

원인에 있어서 자유로운 행위는 다른 범죄와는 다른 구조적 특성을 지니고 있으므로 그 가벌성을 논하기에 앞서서 다음과 같은 요건이 충족되어야 성립된다. 첫째로, 행위자 스스로 책임능력결함상태를 초래하는 원인설정행위가 있어야 하고, 둘째로 구성요건에 해당하는 실행의 착수와 더불어 구성요건에 해당하는 범죄의 결과가 발생하여야 하며, 셋째로는 원인설정행위와 책임능력결함상태 그리고 결과발생 각각에 인과관계가 존재하여야 한다.

(1) 원인설정행위

원인설정행위라 함은 책임능력 있는 행위자가 고의 또는 과실에 의하여 심신장애의 상태를 초래하는 행위를 말하며 실행행위의 원인의 하나가 되므로 원인행위라 할 수 있다. 따라서 타인에 의하여 강제로 책임능력결

127) 이상문, 원인에 있어서 자유로운 행위, 서울대학교 석사학위논문, 1998. 113면.

상태에 빠진 경우에는 행위자에게 고의나 과실이 없으므로 원인에 있어서 자유로운 행위에 해당되지 않는다. 이러한 행위에는 명정상태의 원인이 되는 음주행위, 약물범죄의 원인이 되는 마약 등의 복용행위 등이 있다. 원인에 있어서 자유로운 행위를 유사구조를 갖는 다른 개념과 비교했을 때 가장 큰 특징을 보이는 점이 바로 이 원인행위가 존재한다는 것이다. 원인설정행위는 고의에 의하여 초래하는 경우, 즉 범죄결과의 위험발생을 예견하거나 의도하고 스스로 심신장애의 상태에 빠짐으로서 구성요건에 해당하는 행위를 하는 경우와 과실에 의해 초래되는 경우, 즉 범죄결과의 위험발생을 예견하는 것이 가능하였음에도 불구하고 부주의로 장애상태에 빠짐으로써 구성요건해당행위를 하는 경우로 나누어 볼 수 있다. 원인설정행위에 대하여 우리 형법은 제10조 제3항에서 「위험의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기…」라고 규정하고 있는데, 학자에 따라서는 우리 형법이 원인에 있어서 자유로운 행위의 고의범만을 규정하고 있다고 해석하는 경우도 있고 과실범까지 포함한다고 해석하는 경우도 있다. 이에 관해서는 다음 章에서 살펴보기로 한다. 원인설정행위에 의하여 초래된 심신장애의 상태는 그 정도에 따라서 심신상실의 상태와 심신미약의 상태로 구분할 수 있다. 제10조 제3항의 규정 해석시 심신장애의 의미속에는 심신상실만이 포함되고 심신미약은 포함되지 않는다는 견해가 있다.¹²⁸⁾ 이러한 견해에 의하면 심신미약을 초래하는 원인설정행위는 실행행위로 볼 수 없으며 심신미약상태하의 범죄거동을 오히려 실행행위라 할 수 있으므로 이때의 행위자는 한정책임능력자의 행위로서 처벌되어야 한다. 그러나 이러한 견해에 의하여 한정책임능력자로서 처벌하게 될 경우

128) 임웅, 원인에 있어서 자유로운 행위, 사회과학논집 제4권, 전남대 사회과학연구소, 1979, 150면.

제10조 제2항에 의해 책임능력이 미약함을 이유로 형이 감경되는 결과를 초래하게 되는데 이는 행위자가 만취상태에 빠진 후 행위하면 전혀 책임 무능력자로 취급하지 않는데 반해 심신미약상태에 빠졌을 때의 행위에 대해서 감경하게 된다면 행위자에 대한 비난의 정도를 설정함에 있어 균형이 맞지 않게 된다. 그러므로 심신장애는 심신상실 뿐만 아니라 심신미약의 경우도 포함하는 것으로 해석해야 하며 이와 같은 견지에서 심신장애의 상태를 책임능력의 측면에서 고찰할 때에는 책임무능력이라고 표현하는 것은 적당하지 않고 책임능력흠결상태라고 표현해야 한다.¹²⁹⁾ 원인설정 행위를 그 자체가 불법인 경우와 불법이 아닌 경우로 나누어 볼 수도 있다. 마약류관리에 관한법, 유해화학물질관리법 등에 위반하여 약물을 사용하는 경우는 전자의 예이며, 의사의 처방에 의하여 정신능력을 저하시킬 수 있는 약물을 복용하거나 사회상규에 위배되지 아니하는 음주행위 등의 경우는 후자의 예에 속한다. 그러나 범죄행위와 관련된 음주행위는 그 자체가 원인에 있어서 자유로운 행위에 해당되어 당벌성이 성립한다고도 할 수 있다. 그러나 형법상 가벌성이 인정되지는 않으며 특별형법에서 규율하기도 한다. 이외에도 일본의 판례에서 볼 수 있듯이 전철수가 명백한 수면부족, 과로 등에도 불구하고 운전하다가 졸음운전으로 인하여 사고를 야기한 경우처럼 수면부족, 과로 등으로 정신장애를 일으킨 경우도 원인에 있어서 자유로운 행위의 원인설정행위의 예가 된다고 볼 수 있다.

(2) 실행의 착수

1) 구성요건 정형성과 원인에 있어서 자유로운 행위

129) 이형국, 앞의 책, 190면.

죄형법정주의원칙은 범죄를 그 태양에 따라 객관적으로 정형화하고 예비, 미수 그리고 기수를 엄격하게 정형적으로 구별할 것을 요구하고 있다. 제25조 제1항은 「범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때에는 미수범으로 처벌한다」고 규정하고, 제28조는 「범죄의 음모 또는 예비행위가 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다」고 규정하여 실행의 착수시기를 기준으로 행위에 대한 평가를 달리하고 있다. 이와 같이 실행의 착수시기는 범죄의 예비와 미수를 구분하는 기준이 될 뿐만 아니라 구성요건에 해당하는 행위의 정형을 정하는 것으로 형법이론상 중요한 의미를 갖는다.¹³⁰⁾ 특히 원인에 있어서 자유로운 행위에 있어서는 실행행위 유무와 관련되고 그 시기를 정하기가 곤란하므로 학설이 대립되어 있다. 원인에 있어서 자유로운 행위의 가별적 구성에 관한 이론대립의 근거에는 책임능력과 행위의 동시존재의 원칙과 더불어 구성요건상 행위의 정형성을 요청하고 있는 죄형법정주의가 중요한 의미를 갖는다. 사회생활상 유해한 행위에 대해서 국가가 형벌을 가하고자 할 때 그 규정방법을 가장 추상적·일반적으로 한다면 어떤 행위가 금지·명령되어 있는지 알 수가 없기 때문에 자의적으로 해석되게 하고 인권침해가 常存할 뿐만 아니라 법질서 자체의 존립마저 위협하게 된다. 그렇기 때문에 형법은 구체화되어야 하는데 이는 어떤 행위가 범죄행위에 해당하는지 실질적·구체적으로 규정되어야 한다는 의미이다. 형법규정의 구체성은 현대 형법학상 가별적 행위의 구성요건해당성이라는 말로써 표현되는데 이는 범죄가 되는

130) 명형식, 원인에 있어서 자유로운 행위, 고시연구, 1990. 2, 31면.

인간행위의 태양을 정형적으로 규정해야 한다는 개념이다. 죄형법정주의의 요청상 구성요건이 실질적으로 정형성·명확성을 가져야 한다는 것은 행위가 구성요건에 해당하는가를 판단하는 경우도 마찬가지이다.¹³¹⁾ 즉 현실로 행해진 범죄행위는 구성요건이 예상하고 있는 정도의 행위의 정형성에 합치하여야만 구성요건해당성이 인정된다. 만일 일정한 행위가 구성요건이 예상하고 있는 정도의 정형성을 가지지 못한다면 그 행위의 구성요건해당성은 부정되어야 할 것이다. 그러므로 원인에 있어서 자유로운 행위의 경우에 구성요건이 요구하고 있는 행위의 정형성에 합치하고 있는가는 실행의 착수시기와 더불어 어려운 문제로 남게 되는데 원인에 있어서 자유로운 행위의 실행행위를 원인설정행위에서 찾느냐 아니면 구성요건해당행위에서 찾느냐에 따라 실행의 착수시기가 달라지기 때문이다.

2) 실행의 착수시기에 관한 학설

가. 원인설정행위시에 실행의 착수를 인정한다는 설(주관설)

기본적으로 행위와 책임의 동시존재의원칙을 기초로 하여 원인설정행위시에 실행의 착수가 있다고 보는 견해이다. 즉 원인에 있어서 자유로운 행위는 자신의 책임능력결함상태를 도구로 이용하므로 간접정범과 유사한 구조를 가지고 있고, 따라서 간접정범에 있어서의 실행행위를 이용행위에

131) Hans Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystem, 4. Aufl., 1961. S. 16 형법법규는 금지의 실질을 제공해주지 않으면 안된다. 이러한 금지의 실질이 있어야 죄형법정주의가 인권보장적 요청에 충족되는 것이기 때문이다. 이러한 요청을 충족시키기 위하여 형법은 다른 법규보다 훨씬 자세하게 그 금지의 실질을 가능한 한 구체적으로 기술해야 한다.

서 찾는 것과 같이 원인에 있어서 자유로운 행위에 있어서도 책임능력이 있었던 원인설정행위시에 실행행위가 있다고 보는 견해¹³²⁾로 학자에 따라 그 주장하는 내용에 차이가 있다. 이는 구성요건모델설에서 있다. 제1설은 원인에 있어서 자유로운 행위의 구조를 간접정범의 구조와 이론적으로 동일하게 이해한다면 주관설에 따라 원인설정행위에 실행의 착수를 인정할 것이다. 책임은 행위 당시에 존재해야 하므로 책임능력이 있는 원인설정행위에 실행의 착수를 인정해야 할 것이다¹³³⁾. 원인에 있어서 자유로운 행위는 자기 자신의 무책임한 행위를 이용하여 범죄를 실행한다는 점에서 타인의 무책임한 행위를 이용하여 범죄를 실행케 하는 간접정범의 경우와 그 행위이념이 동일하다. 따라서 간접정범에서 타인을 이용하는 그 이용자의 행위를 실행행위라 파악하는 주관설에 의하면 원인에 있어서 자유로운 행위의 경우에는 원인설정행위 즉, 심신장애의 상태를 초래하려고 하는 행위가 실행행위가 된다. 이것은 책임능력은 행위시에 존재해야 한다는 원칙을 전제로 하여 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성을 긍정함에는 원인설정행위 그 자체를 실행행위라고 이해함이 당연하다고 한다. 제2설은 과실범 부작위범에 있어서 원인행위에 실행의 착수를 인정하는 것은 비교적 용이하나 고의에 의한 작위범에 있어서는 곤란한 경우가 많다고 전제하고 음주행위에 살인의 착수를 인정하는 것은 무리라고 지적한다. 그러나 이 경우에도 흥기를 가지고 음주를 하는 등 범죄 수행의사가 확실히 인정될 때에는 실행의 착수를 인정하더라도 무방하다고 본다¹³⁴⁾. 제3설은 원인의 인정행위가 범죄 실행행위로서의 정형성을 구할 정

132) 정성근, 원인에 있어서 자유로운 행위, 고시계, 1986. 2., 178면.

133) 권문택, 원인에 있어서 자유로운 행위, 고시계, 1970. 1., 20면.

134) 백남익, 앞의 책, 179면.

도에 이르렀을때에 실행의 시점을 인정하고 그 이전의 행위는 예비의 단계에 있다고 보는 것이 온당할 것이라고 한다.¹³⁵⁾ 그리고 제4설은 독일의 Rudolphi에 의해 주장된 견해로 책임능력흡결의 상태를 완료한 시점에서 실행의 착수를 인정해야 한다는 설이다. 이 설에 의하면 행위자가 책임능력흡결상태를 형성하는 작용을 끝내지 아니한 경우에는 아직 구성요건실현의 직접적 관여가 있다고 볼 수 없으며 이를 완료한 시점에 비로소 실행의 착수가 있다고 강조한다. 이 견해는 책임능력결함상태를 만들기 시작하는 시점에 실행의 착수를 인정하는 것은 너무 조급하고 책임능력결함상태에서의 실행행위에 실행의 착수를 인정하는 것은 행위와 책임능력의 동시존재의 원칙에 비추어 관점을 갖기 때문에 그 조화점을 찾으려는 것으로 보이며 이러한 관점에서 매우 주목할 만한 주장이라고 하겠다. 그러나, 이 견해도 넓게는 앞서 살펴본 원인설정행위를 실행의 착수로 보는 주관설에 속한다고 볼 수 있겠으며 주관설의 입장에서 지적한 문제점을 그대로 안고 있다고 볼 수 있다. 그러나 이와 같은 견해는 원인설정행위 자체가 아직 구성요건실행행위의 정형성을 가지고 있다고 보기는 어렵다. 예컨대 고의적 작위범인 경우 살인을 하려고 다량의 술을 마셨으나 너무 취하여 酒席에 쓰러져 잠이 들어 버린 경우를 살인미수라고 본다는 것은 너무 무리가 아닐 수 없다. 따라서 예비에 이르지도 못한 행위에 실행의 착수시기를 인정하는 것은 행위의 구성요건해당성을 지나치게 확장하는 위험이 있고, 예에서 본 것처럼 예비와 미수와의 관계에서도 부당한 결론에 이르게 된다.

135) 백남익, 위의 책, 같은 면.

나. 결과야기행위 개시시에 행위의 착수를 인정한다는 설(객관설)

행위와 책임의 동시존재의 원칙을 완화·수정하려는 견해로서 실행행위의 정형성을 중시하여 책임무능력상태에서의 구성요건에 해당하는 행위를 한 때에 행위의 착수가 있다고 보는 견해이다.¹³⁶⁾ 이 설에 의하면 고의에 의한 작위범의 경우 원인에 있어서 자유로운 행위의 특성상 책임능력과 행위의 동시존재원칙의 예외 내지는 완화·수정으로서 가벌성을 인정할 수 있는 이상 책임능력결함상태에서의 행위에 실행의 착수가 있다고 하는 것이 타당하며, 이와 같은 예외적 취급이 결코 사리에 어긋나지 않는다. 원인에 있어서 자유로운 행위에 있어서는 행위가 아니라 책임능력 있는 행위자를 범죄로 인도하는 조종행위(책임의 근거)만 앞으로 당겨지는 것이기 때문에 책임능력은 원인설정행위시에 존재하는 것으로 충분하다고 한다.¹³⁷⁾ 고의적 작위범의 경우에 실행의 착수시기를 결과야기행위에서 찾는 견해 중에서도 부작용범에 대해서는 견해를 달리하는 경우도 있다. 고의의 부작용범에 대해서도 객관설의 의미내용에 따라 행위자의 의무이행 지연이 보호법익에 직접적인 위협이 생기도록 하거나 위협의 발생을 증대시킨 경우에 실행의 착수를 인정하는 견해¹³⁸⁾와 고의적 부작용범(omissio libera in causa)의 경우에는 원인설정행위와 실행행위를 굳이 구분할 필요가 없기 때문에 별로 문제 삼을 필요가 없다는 견해가 있다.¹³⁹⁾ 그리고 원인에 있어서 자유로운 행위의 과실범의 경우에는 술을 마시는

136) 이재상, 앞의 책, 308면 ; 손동권, 앞의 책, 241면.

137) 이재상, 위의 책, 같은 면.

138) 이형국, 앞의 책, 192면.

139) 이재상, 위의 책, 308면.

행위는 아직 자동차를 운전하거나 사람을 사망케 하는 행위라고 볼 수 없기 때문에 책임능력흠결상태에서의 구성요건적 행위에 실행의 착수가 없다고 하겠다. 이 설의 이론적 근거는 책임이란 행위자에 대한 비난가능성으로서 책임능력이나 고의·과실 등은 이와 같은 비난가능성의 추정근거에 지나지 않고, 책임 그 자체가 아니므로 실행행위 이전에 책임능력이 존재하여도 무방하다는데 있으며 실행의 착수 시기는 구성요건의 정형성을 떠나서는 논증하기 어렵다는데 있다. 그런데 원인에 있어서 자유로운 행위의 법적 구조를 간접정범의 법적 구조와 동일한 것으로 이해하면서도 행위의 착수시기를 원인설정행위가 아닌 결과야기행위에서 인정해야 한다고 하는 견해가 있다. 이 견해에 의하면 원인에 있어서 자유로운 행위는 간접정범과 동일한 논리구조를 가지고 있지만¹⁴⁰⁾ 후자가 타인을 도구로 이용하는 데 대하여 전자는 심신상실상태에 빠진 자기를 도구로 이용하는 데 있어서 다를 뿐이라고 한다. 양자의 법적 구조의 동일성을 전제로 하고 그 실행의 착수에 관하여는 형법을 해석함에 있어서 「현행형법에서는 간접정범의 실행의 착수를 간접정범의 이용행위(교사 또는 방조행위)에서 인정할 수 없는 것으로 해석한다」¹⁴¹⁾라고 하여 위에서 본 견해들과는 입장을 달리한다. 실행의 착수에 관한 주관설을 취하거나 객관설을 취하거나 간에 원인에 있어서 자유로운 행위의 실행의 착수는 원인에 있어서 자유로운 행위의 실행행위에서 인정해야하므로 실행의 착수시기를 결과야기행위에서 인정해야 한다고 주장한다.¹⁴²⁾ 그 이유로는 제34조 제1항에서 「어느 행위로 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교

140) 박정근, 원인에 있어서 자유로운 행위, 고시계, 1967. 3, 49면.

141) 박정근, 위의 논문, 46면.

142) 박정근, 위의 논문, 52면.

사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 고의 또는 방조의 예에 의한다」고 규정하고 있는데 여기서 「범죄의 결과를 발생하게 한 자」는 이용자가 피이용자를 적어도 범죄의 실행에 착수하게 한 자라는 뜻으로 해석할 수 밖에 없는 것이다. 그러므로 원인에 있어서 자유로운 행위의 실행의 착수도 결과발생 행위개시 시점에서 인정해야 할 것이라고 한다. 그러나 이러한 견해에 대하여는 비록 실행행위의 정형성에 충실하여 행위의 착수시기를 정할 수 있을지는 모르지만 실행행위 당시에 책임능력이 결여되어 있어 책임과 행위의 동시존재의 원칙을 유지하기가 어렵다는데 문제가 있다. 이와 같은 문제점을 학자들은 심리학적 견지에서 또는 일종의 행위이념의 확장에 의해 책임능력의 존재시기를 완화하여 해석함으로써 극복하려고 하고 있다. 그러나 심리학적 성과를 그대로 형법 이론에 도입하기는 어려우므로 여전히 문제점을 내포하고 있다고 하겠다. 또 원인에 있어서 자유로운 행위의 불법유형을 너무 축소시키는 결과가 되어 형사정책적으로 바람직스럽지 못한 결론에 이를 위험이 있다¹⁴³⁾는 비판이 있다. 또한 가벌성의 근거에 관해서 본 것처럼 책임주의와 관련해서도 책임무능력하의 동작에 대해서까지 행위성을 인정한다는 것은 부당하다는 비판이 있을 수 있다. 책임능력결함상태에서의 행위는 책임능력이 없지만 원인행위와 불가분의 연관이 있기 때문에 가벌성을 인정할 수 있는 이상 행위의 개시시에 실행의 착수를 인정하는 객관설이 타당하다고 본다.

143) 김일수·서보학, 앞의 책, 416면.

다. 원인설정행위시 또는 결과야기행위시에 행위의 착수를 인정해야 한다는 설(절충설)

주관적 관점과 객관적 관점을 결합한 견해로서 실행의 착수시기를 범죄 종류에 따라 세분하여 원인설정행위시 또는 결과야기행위시에 인정하려고 하는 견해이다. 학자들의 견해를 살펴보면 다음과 같다.

제1설은 구성요건적 결과의 발생이 필연적이라고 인정되든가 현실적인 위험성이 있다고 확정될 때에 실행의 착수가 있다고만 하여 둔다. 따라서 원인에 있어서 자유로운 행위의 경우는 원인설정행위시에도 혹은 심신장애중의 행위에서도 인정될 수 있을 것이다¹⁴⁴⁾라고 하여 결론만 언급하고 있다. 개별화설이라고 부를 수 있다. 제2설은 과실범의 경우에는 Beling이 주장하는 바와 같이 원인에 있어서 자유로운 행위는 자기의 행위에 의한 간접정범으로 이해할 수 있으므로 간접정범의 원리가 이에 해당하며, 따라서 원인행위(음주행위)속에 실행의 착수를 인정할 수 있다. 그러나 고의범에 있어서는 원인행위는 예비행위에 불과하다. 그렇기때문에 행위자가 원인행위(음주행위)까지 나아갔으나 그 목적을 달성하지 못하였을 때에는 예비를 별하는 범죄에 있어서만 예비로서 처벌될 것이고 그 이외의 경우에는 무죄라고 해야 한다.¹⁴⁵⁾ 그리고 제3설은 주관적인 면과 객관적인 면을 종합하여 실행의 착수시기를 정하여야 한다. 즉 고의에 의한 부작위범은 책임무능력야기시에 실행의 착수를 인정하고, 고의에 의한 작위범의 경우에는 심신상실상태하의 결과실현행위를 실행행위로 본다. 그러나 과실범의 경우에는 실행의 착수는 고의의 확정적인 외부적 표현이므로 고의

144) 성시탁, 앞의 논문, 82면.

145) 유기찬, 앞의 책, 139면.

를 결하는 과실범에 있어서는 실행의 착수시기가 문제될 여지가 없다고 한다.¹⁴⁶⁾

라. 소 결

실행의 착수란 구성요건을 실현하는 행위를 개시함을 말하기 때문에 실행의 착수시기는 범죄의 예비와 미수의 한계를 정할 뿐만 아니라 구성요건에 해당하는 행위의 유형을 정하는 것이므로 형법이론상 중요한 문제의 하나이다. 원인에 있어서 자유로운 행위의 경우 가벌성의 근거에 있어서도 살펴보았듯이 책임능력을 기준으로 어느 단계에서 실행행위의 착수시기를 판단하는가에 대하여 명쾌하게 이론구성할 수 없다. 그렇기 때문에 어느 설의 입장을 따르더라도 실행의 착수문제에 대해 만족할만한 결과를 얻을 수 없는 것이다. 책임능력결함상태에서의 행위는 책임능력이 없지만 원인행위와의 불가분의 연관이 있기 때문에 가벌성을 인정할 수 있는 이상 이와 같은 원인에 있어서 자유로운 행위의 구조적 특성으로 인하여 구성요건의 정형성에 해당하는 행위의 개시시(실행행위시)에 실행의 착수를 인정하는 객관설이 타당하다고 본다.

(3) 결과의 발생 및 인과관계

다른 범죄행위와 마찬가지로 구성요건의 결과의 발생을 요구한다. 즉 원인에 있어서 자유로운 행위의 경우도 구성요건이 정형화하고 있는 범의

146) 진계호, 형법총론, 2003, 399면.

침해나 위협을 야기하는 결과를 포함하고 있으므로 결과범에 요하지 않는다. 원인설정행위와 책임능력흠결상태 그리고 범죄의 결과발생 사이에는 인과관계가 존재해야 한다. 인과관계가 각각 존재할 때 비로소 원인에 있어서 자유로운 행위가 성립하게 된다. 그렇기 때문에 구성요건에 해당하는 어떤 행위가 원인설정행위와 책임능력흠결상태와의 관계에서 어느 한 부분에라도 인과관계가 없으면 원인에 있어서 자유로운 행위에 해당하지 않고 제10조 제1항과 제2항에 의한 행위가 되므로 책임을 지지 않게 된다.

제 6장 소위 명정죄의 가벌성론

제 1절 독일형법 제323조 a (완전명정죄)의 의의

독일형법 제323조 a가 규정하고 있는 완전명정죄는 고의 또는 과실로 책임능력결함상태(명정상태)를 야기하는 행위를 처벌하고 있다. 독일 다수설과 판례에 의하면 완전명정죄는 책임무능력상태에 빠뜨리는 행위 자체가 실행행위 즉 구성요건이 되며 명정상태에서 위법행위를 행하는 것은 구성요건이 아니라 단지 객관적 처벌조건으로 해석하고 있다. 원인에 있어서 자유로운 행위는 명정상태에서 행해진 행위를 처벌하는 것이므로 선행행위 즉, 음주행위시에 후행행위에 대하여 최소한 예견가능성이 있어야 성립할 수 있다.¹⁴⁷⁾ 그와는 달리 완전명정죄는 선행행위시 선행행위에 대한 고의 또는 과실이 있는 경우에 설령 선행행위시 후행행위에 대한 최소

한 예견가능성도 존재하지 않는다 하더라도 범죄실현이라는 객관적 처벌 조건만 충족하게 되면 제323조 a에 의거해서 행위자는 처벌된다. 또, 독일 형법상 원인에 있어서 자유로운 행위와 완전명정죄의 죄수문제는 다음과 같이 해결하고 있다. 첫째로, 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위의 경우에는 원인에 있어서 자유로운 행위와 제323조 a의 규정과의 관계를 범조경합 중 보충관계로 보아 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위만 성립하며 제323조 a의 규정은 배제된다. 둘째로, 과실의 원인에 있어서 자유로운 행위의 경우에는 제323조 a의 규정과 원인에 있어서 자유로운 행위와의 관계를 상상적 경합으로 보아 과실범 규정과 제323조 a의 규정이 동시에 적용된다고 보고 있다. 다만 과실범 규정 흡결시에는 제323조 a의 규정에 근거해서 처벌되는 것이다.¹⁴⁸⁾ 우리 형법상 불법행위와 상관없이 음주운전을 하면 가벌성을 인정하며 그밖의 경우는 모두 원인에 있어서 자유로운 행위의 법리에 따를 수 밖에 없다.

제 2절 명정죄의 가벌성의 근거

1. 서 설

형사책임이 문제가 되는 명정죄는 크게 두 가지 유형으로 구조화시킬 수 있다. 자초명정범죄와 비자초명정범죄가 그것이다. 본 논문에서는 자초

147) 이용식, 원인에 있어서 자유로운 행위, 서강대 서강법학연구 제3권, 2001, 225면.

148) 이용식, 앞의 논문, 227-228면.

명정범죄에 관해서만 논하기로 한다. 자초명정범죄란 명정상태하에서 범죄를 저지를 것을 예정하고 스스로 명정상태를 초래하여 그 상태에서 이미 예정했던 범죄를 실현하는 것을 말한다.¹⁴⁹⁾ 제10조 제1항과 제2항에서는 행위자의 형사책임을 조각시키거나 감경하는 책임원칙을 규정하고 있다. 그런데 이와 같은 책임능력에 관한 일반원칙이 자초명정범죄에도 적용될 수 있는가에 대하여 논의가 된다. 즉 범죄행위에 대하여 내려지는 책임조각 내지는 책임감경이라는 평가를 기대하고 명정상태를 초래하여, 범죄를 저지른 경우에도 그러한 책임원칙을 적용하여 책임을 조각 또는 감경시킨다면 이는 곧 음주명정을 범죄의 면죄부로 승인해 주는 결과가 되는 것이며 결국 형법의 보호적 기능은 무력화되는 것이다. 이러한 결과가 국민일반의 법감정에 반한다는 것은 자명한 일이기에 문제가 되는 것이다. 따라서 이와 같은 자초명정범죄에 대하여는 어떠한 형태로든지 형사책임을 물을 수 있어야 하는데, 그 해결책으로 이른바 『원인에 있어서 자유로운 행위(actio libera in causa)』의 이론이 나왔다.¹⁵⁰⁾ 후단 부분에서는 이와 같은 자초명정범죄이론의 구성에 있어서 문제가 되는 가벌성의 근거에 대하여 분석해보기로 한다.

149) 김형준 교수는 자초명정범죄와 자초명정은 구별하고 있다. 즉, 자초명정은 명정범죄의 의도와는 무관하게 단순히 음주 그 자체를 자초하여 명정에 이르러 있는 것을 의미하며, 임의명정 내지는 자발적 명정과 같은 개념이기 때문에 자초명정범죄는 자초명정에서 가능하다고 한다. 김형준, 앞의 논문, 110면.

150) actio libera in causa라는 용어는 Kleinschrod의 저서(Systematische Entwicklung der Grundbegriff und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts, 1 Teil, Erlangen, 1794, S. 26, 106)에서 처음 사용되었다고 한다. Friedrich-Wilhelm Krause, Probleme actio libera in causa, Jura 4, 1980, S. 171.

2. 가벌성의 근거

(1) 음주행위와 명정범죄행위의 불가분관계에서 가벌성의 근거를 찾는 견해

이 견해는 원인설정행위 자체가 실행행위는 아니지만 책임능력결함상태하의 실행행위와 동일한 의사를 실현한다는 불가분의 연관을 갖고 있으므로 일련의 행위과정 전체에 대하여 책임비난이 가능하다. 따라서 그 전체로서의 구성요건실현행위에 가벌성을 인정할 수 있다는 견해이다. 이는 독일의 다수설¹⁵¹⁾이며 우리나라의 통설¹⁵²⁾이기도 하다. 책임능력은 반드시 실행행위시에 존재하지 않아도 된다는 전제는 위에서, 목적적 행위론의 입장에서, 목적적 행위론에서는 고의와 과실은 구성요건의 요소이다. 그리고 책임은 위법행위를 결의한 의사결정과정에서 순수한 평가로서의 비난가능성이므로 실행행위의 당시에 책임능력이 없어도 위법행위의 의사결정 당시의 책임능력이 있으면 책임을 물어도 상관없기 때문에 책임능력이 있는 때에 이미 위법행위의 결의가 있는 원인에 있어서 자유로운 행위도 무난하게 해결할 수 있다.¹⁵³⁾ 또한 『법은 의사결정 자체를 판단의 대상으로 하지 않기 때문에 엄격히 말하자면 책임능력이 문제가 되는 것은 의사결정에 따라서 행위를 개시하는 때라 할 것이며, 결국 원인설정행위와 실

151) Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts AT., S. 401 ; Rurolphi, SK, §20 Rdnr. 34.

152) 김주덕, 원인에 있어서 자유로운 행위, 고시연구, 1990. 11, 87면 ; 명형식, 원인에 있어서 자유로운 행위, 고시연구, 1990. 2, 35-36면 ; 박재윤, 원인에 있어서 자유로운 행위, 고시연구, 1984. 3, 144면 ; 성시탁, 앞의 논문, 88면 ; 손해목, 원인에 있어서 자유로운 행위, 월간고시, 1986. 6, 91면 ; 임웅, 원인에 있어서 자유로운 행위, 고시계, 1990. 8, 37-38면.

153) 성시탁, 위의 논문, 87면.

행행위의 불가분적 관계에서 가벌성의 근거를 인정하는 것으로 생각된다.

(2) 명정범죄행위 자체를 처벌조건으로 보는 견해

이 견해는 원인에 있어서 자유로운 행위에는 『행위와 책임의 동시존재의 원칙』은 반드시 엄격하게 적용되는 것은 아니므로 그 예외로 가벌성을 인정하여야 한다는 입장이며, 우리나라에서는 유기천 박사가 주장하는 견해이다. 유기천 박사에 의하면 『현대심리학상 의식과 무의식의 관계는 종래에 소박하게 관념적으로 믿고 있는 바와 같이 一刀兩斷的인 관계가 아니라 일종의 반무의식상태(penumbra situation)하에 있음이 밝혀진 이상, 吾人は 원인설정행위가 예비단계에 불과한 것임을 인정하면서 다른 한편으로는 무의식상태에서 행한 실행행위를 긍정할 근거가 있다고 생각한다』¹⁵⁴⁾고 하여 가벌성의 근거를 명정상태에서의 범죄행위에서 찾고 있다. 그러나, 이 견해에 대해서도 반무의식적 상태에서의 행위를 실행행위, 즉 범죄의 구성요건에 해당하는 실행행위로 볼 수 있을 것인지가 의문이며,¹⁵⁵⁾ 반무의식적 상태에서의 행위라고 하는 개념을 인정하면 대부분의 경우에 책임능력이 인정되어 법적 안정성을 초래할 위험이 있다¹⁵⁶⁾는 비판이 있다.

(3) 음주행위를 가벌성의 근거로 보는 견해

154) 유기천, 앞의 책, 138면.

155) 손혜목, 원인에 있어서 자유로운 행위, 월간고시, 1986. 9. 90면.

156) 이재상, 앞의 논문, 29면.

이 견해는 『행위와 책임의 동시존재의 원칙』을 유지하기 위해서 원인 설정행위, 즉 음주행위에서 그 가벌성의 근거를 찾는다는 견해이다. 원인 설정행위시에 책임능력이 있고 그 결과를 예견하였거나 할 수 있었던 경우에 그 결과를 야기한 데에 대한 책임비난이 가능하다는 것이다. 이 입장은 간접정범에 있어서 도구이론과 관련하여 설명하고 있다는 점에서 간접정범유사설이라고도 한다.¹⁵⁷⁾ 음주행위에서 가벌성의 근거를 구하는 이 견해는 간접정범의 법적 구조를 원용한 결과 다음과 같은 비판도 가해진다. 첫째, 원인에 있어서 자유로운 행위는 간접정범과 그 이론의 구성이 반드시 동일한 것이 아니라는 것이다. 즉, 간접정범은 어느 행위로 인하여 처벌되지 않는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하는 경우를 말하며 그 도구가 반드시 책임능력의 결함과 관련될 필요는 없지만, 원인에 있어서 자유로운 행위는 그 도구가 반드시 자기의 책임능력의 결함과 관련되어야 한다.¹⁵⁸⁾ 둘째, 이 이론에 의하면 구성요건의 정형성을 중시하는 죄형법정주의에 반한다는 문제가 생긴다. 즉, 이는 원인에 있어서 자유로운 행위의 실행행위 또는 실행의 착수시기와 관련하여 문제가 된다. 책임의 착수에 관하여 주관설을 취하든 객관설을 취하든 간에 간접정범의 실행의 착수를 피이용자의 행위가 아니고 이용자의 이용행위에서 인정한다면 원인에 있어서 자유로운 행위의 실행의 착수도 행위자의 원인 설정행위, 즉 음주행위에서 인정하지 않으면 안 될 것이다. 그렇게 되면 음주하여 책임무능력상태에서 살인이나 절도를 행할 것을 의도한 경우에 그 음주행위 그 자체가 살인이나 절도의 실행행위의 착수로 인정되는 지나친 확대해석을 자아내게 된다는 문제점이 생겨서 원인설정행위에 가벌

157) 김형준, 앞의 논문, 115면.

158) 이재상, 원인에 있어서 자유로운 행위, 고시계, 1983. 12. 27면.

성이 인정된다는 이론은 타당하지 않다고 본다.

3. 소 결

원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성을 어떤 근거에서 구할것인가는 책임능력을 그 시점에 명정범죄에 대한 예견가능성과 지배가능성이 있었고, 그 결의가 책임능력의 상태에서 이루어졌다고 한다면 원인에 있어서 자유로운 행위가 정신장애의 상태에서 행하여졌다고 하더라도 그것은 주체로서의 인격의 소위라고 할 수 있을 것이다. 즉, 명정범죄행위는 주체로서의 인격이 내린 의사결정의 실현에 불과한 것이다. 이렇게 보면 자초명정범죄의 음주행위와 명정범죄행위는 동일한 결의에 의하여 형성된 것인 만큼 동일한 線上에 있는 불가분의 행위로 파악하여도 좋을 것이다. 따라서 원인설정행위와 실행행위의 불가분의 관계에서 그 가벌성의 근거를 찾는 것이 가장 타당하다고 생각된다.

제 3절 명정죄의 유형

1. 고의범

이는 행위자가 의도적으로 자신의 책임능력결함상태를 야기시키고 이 상태에서 의도했던 구성요건에 해당하는 행위를 범하는 경우를 말한다. 예컨대 사람을 살해할 의도로 스스로 명정상태를 초래하고 그 상태에서

사람을 살해하는 경우(작위범)와 전철수가 열차를 탈선시킬 의도로 다량의 술을 마시고 열차통과시에 만취되어 잠들어 버림으로써 탈선하여 사고가 일어난 경우(부작위범)와 같은 형태가 있다. 이런 경우에는 귀책을 쉽게 인정할 수 있다. 왜냐하면 앞서도 살펴본 바대로 행위실현의 고의를 책임능력이 있는 상태에서 이해하였고, 이러한 고의를 가지고 계획된 범죄실현의 수단인 책임능력결함상태를 귀책적으로 야기했기 때문이다. 그러나 원인에 있어서 자유로운 행위의 원인설정행위시의 위험성의 인식으로 다음과 같은 경우에는 고의범의 성립이 부정된다. 예컨대, 전철을 하지 않음으로써 어떤 특정 열차의 전복을 야기할 의사를 갖고 있는 전철수가 그 전차의 통과시간전에, 심한 갈증을 해소하기 위하여 음료수를 마시려던 것이 오인하여 독주를 급히 마셔 잠에 빠짐으로써 전차통과시에 전철을 하지 못하고 전차를 전복시켰다고 하는 경우에는 원인설정행위의 위험성을 행위자는 인식하지 못했기 때문에 고의의 결여를 이유로 하여 고의범의 성립은 부정되는 것이다. 이러한 점을 고려해 볼 때 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위가 성립하기 위해서는 ①심신장애상태의 야기와 ②심신장애상태하에서 실현될 구성요건적 행위에 대한 고의가 모두 필요하다고 보아야 한다. 이것을 소위 이중고의의 이론이라고 한다.¹⁵⁹⁾ 이와 같이 행위자는 책임능력결함상태를 형성하려는 의도와 아울러 이 상태에서 일정한 행위를 하려는 이중적인 고의성을 전제로 한다. 즉, 행위자는 책임능력상태에서 책임능력결함상태하에서 이루어진 범행을 실행해야 하며 고의적으로 책임능력결함상태로 빠져들어야 하는 것이다.¹⁶⁰⁾

159) Jeschneck, a.a.O., S. 402 ; Rudolphi, SK, §20 Rdnr. 30 ; Schönke/Schröder-Lenckner, Kommentar, § 20 Rdnr. 35 ; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4., Aufl. S. 397

160) Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4., Aufl. S. 398

2. 과실범

이는 행위자가 책임능력결함상태에서 행할 행위를 예견할 수 있었음에도 불구하고 부주의로 예견하지 못한 경우를 말한다. 예컨대, 주벽이 있는 자가 폭행의 의사는 없었으나 과음하면 폭행의 주벽이 있음을 알면서도 과음하여 주벽이 발동하여 폭행을 한 경우(작위범)와 조금만 과음하면 泥醉하는 전철수가 분수없이 과음하고 잠들어 버림으로써 열차를 탈선하게 한 경우(부작위범)와 같은 경우를 말한다. 대부분의 명정범죄자는 알코올에 대하여 설령 병적인 중독상태에 이르지 않는다고 평소 음주에 대한 습벽이 있는 자가 많고 이러한 자는 자기의 음주경험에 비추어 주벽이 있음을 알고 있는 경우가 많다. 따라서 이와 같이 자기의 주벽을 알고 있음에도 불구하고 범죄적 행위를 하였다면 과실범으로서의 자초명정범죄가 성립된다고 할 수 있을 것이다. 그리고 이러한 과실범으로서의 자초명정범죄는 음주운전에서 흔히 발생된다.¹⁶¹⁾ 즉, 행위자가 고의로 책임무능력의 상태를 야기하고, 명정상태에서 구체적인 행위를 할 수 있다는 사실을 과실로 인식하지 못한 경우에 중요한 것은 책임능력의 배제가 아니라 구성요건적 결과에 대한 태도이므로 과실범의 성립이 인정된다. 뿐만 아니라 원인설정행위가 과실에 의한 것인 때는 결과야기행위가 과실로 행하여진 경우만이 아니라 고의로 행하여진 경우에 있어서도 원인설정행위의 과실이 그대로 결과야기행위에 실현된 한도에서만 책임관련이 인정되고 과실범이 성립하게 된다. 그러나 행위자가 충분한 예방수단을 강구했음에도 불구하고 알지 못했던 사실 때문에 뜻밖의 결과를 초래한 경우에

161) Lenckner, Schönke/Schöder Kommentar, §20 Rdnr. 37.(김형준, 명정범죄의 책임귀속에 관한 연구, 중앙대학교 박사학위논문, 1992. 12. 140면 재인용)

는 과실로 인한 원인에 있어서 자유로운 행위에서 제외되는 것으로 보아야 할 것이다.

제 4절 원인에 있어서 자유로운 행위의 책임구조

1. 책임의 성립시기

범죄는 구성요건에 해당하고 위법할 뿐만 아니라 유책한 행위이다. 근대형법의 책임주의하에서 책임은 행위에 대한 책임이기 때문에, 행위와 책임은 동시에 존재하지 않으면 안된다. 따라서 책임요소도 실행의 착수와 실행행위의 종료라는 시간적 범위내에서 존재하여야 한다는 입장은 책임능력에서도 마찬가지다. 책임능력¹⁶²⁾을 책임요소로 파악하든지 책임판단의 전제조건이라고 보든지간에 구성요건에 해당하는 행위, 즉 실행행위시에 책임능력이 존재해야 한다는 것이 통설로 되어 있다. 그것은 책임을 행위와 행위자간의 귀속(Verknüpfung)으로 인정하는 한 당연한 결론인 것이며, 이를 『책임능력과 행위의 동시존재의 원칙』이라고 한다. 범인을 범죄인과 동일시하던 결과책임주의 시대가 있었으나 『책임없으면 형벌없다(Keine Strafe ohne Schuld)』라는 말로 표현되는 책임주의(Schuldprinzip)는 근대형법의 하나이며 책임주의는 형법의 기본원칙으로 인정되고 있다. 행위자가 일시적으로 심신장애의 상태에 빠지면 비록 행

162) Hans Welzel, 「Das Deutsche Strafrechts」, 14. Aufl., 1969, S. 130에서는 인간의 구체적인 책임능력은 일반적으로 이론적 인식의 대상이 되지 않는다고 말하고 있다.

위자의 행위가 구성요건에 해당하고 위법하다 하더라도 행위자에게 책임을 부담하게 할 수 있다. 그러므로 책임능력과 행위의 동시존재원칙을 엄격히 고수한다면 원인에 있어서 자유로운 행위는 처벌할 수 없게 된다. 이러한 원칙에 따르면 책임능력이 있는 상태에서 행해진 행위에 대해서만 책임을 물을 수 있으며 의도적으로 이러한 상태를 이용한 경우도 처벌할 수 없게 되어 이것은 일반의 법감정상 또는 사회질서 유지상 문제점이 있다. 이와 같은 문제로 인하여 원인에 있어서 자유로운 행위는 책임능력과 관련하여 논의되어진다.

2. 책임능력

책임능력이라 함은 법규범의 명령·금지를 인식할 수 있는 통찰능력과 이 통찰에 따라 행위할 수 있는 행위의 조정능력을 말하며¹⁶³⁾, 실제로 구성요건에 해당하고 위법한 행위를 한 자에 대해 그와는 달리 적법하게 행위하는 쪽으로 의사를 결정할 수 있는 행위를 책임능력이라고 한다.¹⁶⁴⁾ 통상의 정신능력, 다시 말하면 행위에 즈음해서 자기 행위의 시비를 변별하고, 또한 그 변별의 결과로 행위할 수 있는 능력을 말하는 것이다. 통설

163) 종래의 책임능력이란 용어 외에 귀속능력(Zurechnungsfähigkeit)이라는 용어가 함께 사용되어 왔다. 그러나 이것은 독일 보통법시대의 귀속론에 뿌리를 둔 오래된 귀속론에서 비롯된 것이다. 현대적 전문 술어로는 물론 귀속능력이라는 용어 대신에 책임능력(Schuldfähigkeit)이라는 용어를 사용하는 것이 적합함은 두말할 여지가 없다고 한다(배종대, 형법상 책임능력, 109면). 또한 책임무능력이란 유책한 행위를 한 생물학적·심리학적 능력을 의미한다. 구성요건해당의 위법한 행위를 한 자가 자기의 행위가 위법하게 한 것을 인식할 능력이 없고, 또한 그 인식의 상태에서 자기의 행동을 억제할 능력이 없는 경우에는 책임무능력으로써 책임이 부정된다고 한다(由中敬一, 형법총론Ⅱ, 560면).

164) 손동권, 앞의 책, 229면.

의 입장이다. 즉, 책임능력이 없는 행위자에게는 행위에 대한 비난이 불가능하게 되고 이러한 점에서 책임능력은 책임비난의 일차적 요건으로 취급된다. 이렇게 책임능력이 없는 경우를 책임무능력자라 하고, 책임주의 아래에서는 책임무능력자의 행위를 처벌할 수 없다.¹⁶⁵⁾ 책임능력은 책임판단의 기초가 되는 가장 일반적인 능력인 것이다.

3. 책임능력의 체계적 지위

책임능력이 없으면 책임이 조각되므로 그것이 책임의 요건이라는 점에서는 이론이 없다. 그러나 책임능력이 책임비난의 전제가 되는 요건인가, 책임비난의 요소로 되는 요건인가에 관하여는 견해가 대립되어 있다. 통설에 의하면 책임능력은 책임을 부담하는 인격적 능력으로 보아 책임의 전제라고 한다¹⁶⁶⁾. 이 입장에서는 의사 자유로움을 전제로 하면서도 개개 행위의 의사활동 그 자체를 문제시하는 것이 아니고 행위자의 인격 내지 의식의 측면을 전체적으로 고찰하여, 정당성의 판단기준으로써 책임능력을 파악하려고 한다. 또한 현행형법이 책임무능력에 관하여 『사물변별력』과 『의사결정능력』이 없는 경우라고 하고 있는 것은 책임능력을 행위자 개개의 행위를 중심으로 판단할 것이 아니라 일반적인 인격적 능력(適性)을 나타낸 것으로 이해가 되므로 책임능력을 책임의 전제조건이라

165) 이러한 책임무능력자와 관련하여 논의되고 있는 것이 형사미성년자인데 우리 형법 제9조와 일본형법 제41조는 14세 미만의 자를 형사미성년자로 보고 있다. 14세기까지의 보통법(Common law)은 7세 이하의 자를 책임능력이 없는 것으로 보았다고 한다. T. J.Gardner · T.M.Anderson, Criminal Law, Wadsworth, 2000, pp. 86-87 ; kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2002., S. 390.

166) 정성근, 책임능력, 월간고시, 1982. 8. 44면

고 하는 것이 타당하다¹⁶⁷⁾.

4. 책임능력판단의 기준

제10조 제1항과 제2항의 입법례는 다음의 세 가지 내용을 담고 있는데 이는 곧 책임능력(흠결)의 판단기준이 된다. 첫째로, 책임능력이 배제된 정신적 결함이 유래하는 원인, 즉 정신병, 심신박약 등과 같은 생물학적 기초에 착안하는 생물학적 방법(biologische methode)과 둘째로, 생물학적 원인에 기하여 시비변별능력 내지 의사결정능력의 결함 그 자체, 즉 정신 상태에 착안하는 심리적 방법(psychologische methode), 그리고 셋째, 앞의 두 가지의 방법을 혼합한 혼합적 방법(die gemischte biologischpsychologische methode)이 있다¹⁶⁸⁾. 그러나, 순수한 생물학적 방법을 정신병학적 진단으로부터 직접 책임능력 또는 책임무능력에 대한 결론을 끌어내고 그 생물학적 요소가 구체적인 행위에 어떤 의미를 가졌느냐를 전혀 고려하지 않는 점에서 책임의 본질에 반한다. 책임능력의 판단은 정신의학적·심리적 판단의 대상이나 그 유무를 결정하는 것은 하나의 법률문제가 되므로 법관은 반드시 전문가의 감정에 구애될 필요는 없고 행위의 전후사정, 목격자의 증언 등을 함께 참조하여 판단할 수 있다¹⁶⁹⁾.

167) 정성근, 앞이 논문, 44면 이하 ; Stratenwerth, Strafrecht, AT., 3 Auf1., Berlin ; Carl Heymanns Verlag KG, 1981, S. 158은 책임능력을 책임비난의 첫 번째 전제조건이라고 표현하고 있다.

168) Mezger, E., Strafrecht ,Allg. Teil., 6 Auf1., 1955. S. 141에 의하면 ‘생물학적’, ‘심리학적’이라는 용어는 적당치 않으므로 생물학적이라는 용어 대신에 조사적(beschreibend) 또는 기술적(deskriptiv)요소로 심리학적 요소를 평가적(wertend) 또는 규범적(normative)요소라고 부르는 것이 더 정확하다고 비판한다.

169) 대판 1970. 10. 12, 76도 2679 ; 대판 1971. 3. 23, 71도 212.

그러나 형사소송법상 자유심증주의 내지 과학적 심증주의와 판결이유에 증거요지가 명시되지 아니하거나 이유에 모순이 있을 때에는 절대적 항소 이유로 되는 점에 비추어 책임능력판단에 있어서 전문가의 감정은 중요한 의미를 갖는다.

제 5절 음주운전에 대한 원인에 있어서 자유로운 행위의 인정여부-§323조 a의 우리 실정법 유사부분

음주운전이라 함은 『술에 취한 상태, 즉 혈중 알코올 농도가 0.05% 이상인 상태에서 자동차 등을 운전하는』 경우를 의미한다. 그러므로 음주운전죄¹⁷⁰⁾에 대해서 원인에 있어서 자유로운 행위가 적용이 되는지의 여부는 음주시에 행위자가 음주운전을 할 것이라는 예견가능성이 있는가에 따라 문제는 달라진다고 본다. 통상의 경우라면, 행위자는 음주시에 음주운전을 하지 말아야지 하면서도 혹시라도 음주운전을 할지도 모른다는 예견을 하면서 음주를 하게 된다. 그러므로 음주운전자에게 음주시에 음주운전을 하겠다는 인식, 적어도 미필적 인식만 있으면 음주운전죄로 처벌을 할 수 있는 것이다. 그러나 우리 대법원의 판례 대부분에서는 음주운전을 하게 된 계기와 성향, 평상시의 태도 등 제반사정을 고려하지 않고, 단지 혈중 알코올농도가 0.05%이상이기만 하면, 음주운전죄로 처벌을 하고 있

170) 도로교통법 제41조는 그 표제를 『주취중 운전금지』로 하고 있다. 그런데 현행법상으로 주취의 개념이 운전자가 운전을 하는 것이 어려운 상태가 아니라, 단지 혈중 알코올 농도가 0.05%이상인 상태를 말하므로 이러한 의미에서 도로교통법 『주취중 운전금지』라는 용어보다는 『음주운전』이라는 용어가 더 적절하므로 이하에서는 『음주운전』이라는 용어로 부르기로 한다. 같은 견해로는 김형준, 음주측정불응죄의 몇가지 문제점, 중앙법학 창간호, 1999, 143면 각주 1 참조.

다. 이와 같이 음주운전자에게 여러 제반사정을 고려하지 않고, 단지 혈중 알코올농도가 0.05%이상이면 처벌을 하므로 문제점이 발생할 수 있다. 예컨대, 행위자가 평소에는 음주도 많이 하지도 않을 뿐더러, 혹 음주를 하게 될 경우에는 항상 차를 집에 놔두고 와서 대중교통수단을 이용하여 귀가를 하던 사람이 어느날 친구들과 음주를 하게 되었고 만취된 상태에서 음식점을 나오다가 음식점 앞에 있는 자동차에 키가 꽂혀 있어서 운전한 경우에, 과연 행위자에게 음주시에 음주운전의 고의, 즉 최소한 미필적 고의가 존재하였다고 볼 여지가 있느냐이다. 그러나 이와 같은 사례에서는 음주운전에 대한 고의가 없으므로, 결국 음주운전에 대해서는 고의에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위가 성립되지 않는다. 다만 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위가 성립 될 여지는 있다. 그러나 음주운전죄는 고의범이므로 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위가 되더라도 과실범 처벌규정이 없으므로 처벌을 할 수가 없게 된다. 그런데 현재 우리 대법원의 판결 입장도 이해 못하는 것은 아니다. 왜냐하면 음주운전을 하게 되면 음주운전자¹⁷¹⁾만의 문제가 아니라, 도로교통법을 준수하는 다른

171) 음주운전자를 특정범죄가중처벌등에관한법률(이하 특가법이라 칭함) 제5조의 3인 도주운전죄에 대하여 완전책임을 물을 수 있게 하기 위해서는 음주운전자에게는 책임능력이 존재해야 한다. 그러나 음주운전자는 이미 음주로 인하여 심신장애(심신상실 내지 심신미약)상태에 있었기 때문에 책임을 묻기 위해서는 원인에 있어서 자유로운 행위가 적용되어야 한다. 특가법에서는 책임능력에 관한 규정인 형법 제10조 제1항과 제2항에 대한 특별한 규정임을 밝히는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 따라서 원인에 있어서 자유로운 행위가 되지 않을 경우에는 형법 제10조 제1항과 제2항을 적용하여 형을 면제하거나 감경하여야 한다.

특가법 제5조의3(도주차량운전자의 가중처벌) ①도로교통법 제2조에 규정된 자동차·원동기장치자전거 또는 궤도차의 교통으로 인하여 형법 제268조의 죄를 범한 당해 차량의 운전자(이하 "사고운전자"라 한다)가 피해자를 구호하는 등 도로교통법 제50조 제1항의 규정에 의한 조치를 취하지 아니하고 도주한 때에는 다음의 구분에 따라 가중처벌한다.<개정 1984. 8. 4>

1. 피해자를 치사하고 도주하거나, 도주후에 피해자가 사망한 때에는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

운전자에게 피해를 줄 우려가 더욱더 높고 이러한 경우에 여러 제반사정을 다 살펴서 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위가 되는 사례를 처벌하지 않을 경우에 국민일반의 법감정에 반하게 된다. 그리고, 사회에 커다란 악영향을 미친다는 형사정책적인 입장에서 본다면 이해는 가지만, 실정법이 존재하는 법규정을 유추해석하여 일반예방적 효과를 거두는 것은 죄형법정주의에 어긋나기 때문이다. 이와 같이 제10조 제3항에서 규정하고 있는 원인에 있어서 자유로운 행위 규정이 음주운전과 관련된 모든 문제를 해결하고 있는 것은 아니다. 원인에 있어서 자유로운 행위는 위험발생의 예견 또는 예견가능함에도 고의 또는 과실로 심신장애의 상태를 야기한 경우에만 성립이 된다. 그러므로, 음주운전과 관련된 사안에서 위험발생에 대한 예견이나 예견가능성이 없어서 불가벌이라고 한다면, 이것 또한 국민일반의 법감정에 맞지 않아 우리 사회에 악영향을 미칠 것이 자명하다. 그런데 그렇다고 해서 무조건 처벌을 하지 않는다는 것은 형평의 원칙에 어긋날 뿐만 아니라 더욱더 큰 문제를 자아낼 우려가 있다. 그러므로 음주운전과 관련된 사안에서 원인에 있어서 자유로운 행위가 인정되지 않아 처벌의 불비가 생기는 우리나라도 음주운전죄에 대하여 과실범 처벌규정을 입법적으로 규정해서 미비점을 보완하던지 그도 아니면, 독일의 완전명정죄(제323조 a)¹⁷²⁾조항을 도입하여 처벌의 불균형을 시정해 나

2. 피해자를 치상한 때에는 1년 이상의 유기징역에 처한다.

② 사고운전자가 피해자를 사고장소로부터 옮겨 유기하고 도주한 때에는 다음의 구분에 따라 가중처벌한다.<개정 1995. 8. 4>

1. 피해자를 치사하고 도주하거나 도주후에 피해자가 사망한 때에는 사형·무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.
2. 피해자를 치상한 때에는 3년 이상의 유기징역에 처한다.

172) 독일형법 제323 a조항 『고의 또는 과실로 알코올 음용 또는 그 밖의 명정유발물질을 음용하여 스스로 명정상태에 빠진 자가 그 상태에서 범죄를 행하였으나, 명정으로 인하여 책임무능력이 증명되거나 또는 책임무능력을 배제할 수 없기 때문에 처벌받지 않게 된다고 하더라도 5년 이하의 징역이나 벌금에 처한다』

가야 한다고 본다.

제 6절 특가법 제5조의 3 제2항 제1호(도주차량운전죄)와 원인에 있어서 자유로운 행위

1. 판례¹⁷³⁾의 논점정리

1992년 판례에서도 살펴본 바와 같이 대법원이 어떤 원인에 있어서 자유로운 행위의 유형을 인정하고 있는가에 대하여 다음과 같이 학설이 대립하고 있다. 대법원이 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위의 성립을 인정하였다는 견해¹⁷⁴⁾와 과실의 원인에 있어서 자유로운 행위의 성립을 인정하였다는 견해¹⁷⁵⁾이다. 생각건대, 위 사례 피고인의 특가법 제5조의 3 제2항 위반죄는 과실의 원인에 있어서 자유로운 행위 및 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위에 해당하고¹⁷⁶⁾ 도로교통법 제107조의 2 제1호 위반죄(도로교통법 제41조 : 주취중 운전금지)는 전형적인 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위에 해당한다. 따라서 대법원이 고의의 원인에 있어서 자

173) 대판 1992. 7. 28. 92도 999 음주후유기치사 사건. 판례의 내용은 본 논문의 14-16면 참조.

174) 신동운, 판례백선 형법총론, 경세원, 2002, 314면.

175) 오영근, “원인에 있어서 자유로운 행위와 그 유형 - 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위를 중심으로”, 형사정책연구 제10권 제2호, 1999, 87면.

176) 왜냐하면, 특가법 제5조의 3 제2항 위반죄는 업무상과실치사상이라는 과실범(과실의 원인에 있어서 자유로운 행위)과 구호조치불이행후 유기도주라는 고의범(고의의 원인에 있어서 자유로운 행위)을 요구하는 결합범이기 때문이다.

유로운 행위의 성립을 인정하였다는 견해가 타당한 것이다. 그런데 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위가 성립하기 위해서는 선행행위시에 이종의 고의가 존재하여야 한다. 특가법 제5조의 3 제2항 위반죄는 업무상과실치사상이라는 과실범(과실의 원인에 있어서 자유로운 행위)과 구호조치불이행후 유기도주¹⁷⁷⁾라는 고의범(고의의 원인에 있어서 자유로운 행위)을 요구하는 결합범¹⁷⁸⁾이므로 도주차량죄에 대하여 원인에 있어서 자유로운 행위가 성립하기 위해서는 음주시 업무상과실치사상의 과실이, 유기도주

177) 한상훈 박사는 도주와 유기도주에 대한 개념정의에 구별을 하여 설명하고 있다. “판례의 의하면 「도주」의 의의는 다음과 같이 정리된다. 특정범죄가중처벌등에관한법률(이하 특가법이라 칭함) 제5조의 3 제1항에서 말하는 ‘도주’라 함은 사고운전자가 사고로 인하여 피해자가 사상을 당한 사실을 인식하고도 피해자를 구호하는 등 도로교통법 제50조 제1항에 규정된 의무를 이행하기 이전에 사고현장을 이탈하여 사고야기자로서 확정될 수 없는 상태를 초래하는 경우를 가리킨다(대판 1999. 11. 12, 99도 3781; 1998. 3. 27, 97도 3079; 1997. 11. 28, 97도 2475의 다수 판례와 같은 입장으로는 김현철, 법조, 1998. 3, 163면; 이동기, 법조, 1997. 10. 16면; 임승관, 교통범죄, 범무연수원, 환경범죄 및 교통범죄, 1992, 490면). 판례에서는 도주의 의의, 요소로써 세 가지를 적시하고 있는데 첫째, 교통사고로 인한 사상자 발생에 대한 인식, 둘째, 피해자에 대한 구호의무의 불이행, 셋째, 사고현장을 이탈하여 사고야기자로서 확정될 수 없는 상태를 초래하는 것등이다. 판례는 현장의 이탈과 사고야기자로서 확정될 수 없는 상태의 초래를 「도주」의 개념에 포함시키고 있다. 또한 유기도주의 의의에 대하여는 다음과 같이 정리하고 있다. 특가법 제5조의 3 제2항은 “사고운전자가 피해자를 사고장소로부터 옮겨 유기하고 도주한 때”에는 단순도주에 비하여 가중처벌하고 있다. 여기에서 「유기도주」가 무엇을 의미하는지가 문제되는데 판례는 ‘피해자를 사고장소로부터 옮겨 유기하고 도주한 때’라고 함은.....사고운전자가 범행을 은폐하거나 죄증을 인멸할 목적으로 사고장소로부터 피해자를 옮기는 행위를 감행하였고 그 결과 피해자를 단순히 방치하고 도주한 때에 비하여 피해자의 발견과 그 구호, 사고경위의 파악, 범인의 신원 파악 등을 더 어렵게 만든 때를 말한다고 봄이 상당하다고 하며, 중앙성부근에 충격하여 쓰러진 피해자를 약 9.4미터 떨어진 옆 인도로 옮겨 놓고 도주한 사안에 관하여 유기가 아니라고 판시하였다(대판1991. 9. 10, 91도 1737) 본조의 「유기」는 형법상 유기죄의 유기와는 구별된다고 하면서 형법 제271조의 유기죄는 광의의 유기를 의미하는데 반하여, 본조의 유기는 협의의 유기, 즉 장소적 이전을 전제하는 유기만을 의미한다고 하면서 단순도주와 유기도주에 대한 개념정의를 달리 하고 있다.(한상훈, 앞 논문, 277-278면 참고),

178) 대판 1999, 11. 12, 99도 3140; 조준현, 형사판례연구 7, 265면.

의 고의가 존재하여야 한다. 그런데 문제가 되는 것이 과연 도주차량죄에 있어서 음주시 유기도주에 대한 고의를 인정할 수 있는가 이다.

2. 학설

고의의 원인에 있어서 자유로운 행위를 인정하기 위해서는 선행행위시에 이종의 고의가 있어야 한다. 따라서 앞서 살펴본 사례의 경우 행위자에게 음주시 심신미약을 야기한다는 고의와 유기도주에 대한 고의가 인정되어야 한다. 그런데 대법원은 피고인의 상고이유 중 유기도주에 대하여는 언급하지 않고 단지 교통사고의 위험성의 예견만으로 도주차량죄의 원인에 있어서 자유로운 행위의 성립을 인정하고 있기 때문에 문제가 되는 것이다. 대법원 판결에 대한 학설의 내용을 살펴보자면 다음과 같다. 첫째, 원인에 있어서 자유로운 행위가 문제되지 않는 사안에서 대법원은 특가법 제5조의 3 제1항의 성립에 도주의 고의를 일관하여 요구하고 있다.¹⁷⁹⁾ 사례에서는 음주(선행행위)시 유기도주에 대한 예견조차 없었음은 명백하므로 제10조 제3항을 적용할 수 없다. 그러므로 사고당시 행위자가 심신미약상태에 있었다면 특가법 제5조의 3 제2항 제1호에 대한 제10조 제2항의 필요적 감경이 인정되어야 하며 사고당시 행위자가 심신상실상태에 있었다면 특가법 제5조의 3 제2항 제1호는 무죄를 인정한 후(제10조 제1항) 업무상과실치사죄와 도로교통법 제50조 제1항(사고후구호조치불이행) 그리고 동법 제41조(주취중 운전금지)의 경합범으로 처벌하여야 한다는 견해가 있다.¹⁸⁰⁾ 둘째, 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위가 성립하

179) 대판 1999. 12. 7, 99도 2869 ; 대판 1999. 11. 12, 99도 3781.

180) 조상제, 형사판례연구, 제4호, 72면 이하.

기 위해서는 음주시 유기도주에 대한 고의가 있어야 하는데 운전자가 음주시에 유기도주에 대해서 까지 고의가 있었다고 볼 가능성은 거의 없다. 다만 경우에 따라서 과실의 원인에 있어서 자유로운 행위는 성립할 수 있으나 도주차량죄의 과실범처벌규정이 없으므로 처벌의 흠결이 발생된다. 따라서 이와 같은 처벌의 흠결을 보완하기 위해 독일형법과 같이 완전명정죄를 입법적으로 신설하는 것이 바람직하다는 견해가 있다.¹⁸¹⁾

3. 소 결

도주차량운전죄에 대하여 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위가 성립하기 위해서는 음주시에 유기도주에 대한 고의가 존재하여야 한다. 그런데 통상적으로 볼 때 도주차량죄에 있어서 행위자에게 음주시 유기도주에 대한 고의를 인정하는 것은 거의 불가능하다.¹⁸²⁾ 경우에 따라 유기도주에 대해서 음주시(선행행위시)과실은 인정될 수 있기는 하지만 현행법상 도주차량죄의 과실범처벌규정이 없기 때문에 처벌의 흠결이 발생된다. 따라서 독일형법과 같이 완전명정죄를 입법적으로 신설하는 것이 바람직하다고 하겠다. 다만 본 사례의 경우에는 사고 당시에 행위자에게 유기도주에 대한 예견가능성조차 없었으므로 특가법 제5조의 3 제2항 제1호 위반죄에 대해서 형의 필요적 감경이 인정된다(제10조 제2항)고 하겠다.

181) 손동권, 판례월보, 1997. 1. 33면.

182) 그러나 이동기 교수는 “교통사고 후 도주”에 대한 인식은 특별한 사정이 없는 한 인정될 수 있다고 한다. 즉 사고현장으로부터 일정 거리를 이탈하였다는 것만으로 도주사실이 인정되는 것은 아니고 또 사고현장에 있었다는 것만으로 도주사실이 부인되는 것도 아니라고 한다. 이동기, 법조, 1997. 10. 25면 참고.

제 7장 결 론

원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 문제의 핵심은 가벌성을 인정하는데 있어서 어떻게 이론구성을 할 것이며 실행의 착수시기를 언제로 인정할 것인가에 있다. 먼저 원인에 있어서 자유로운 행위의 가벌성을 어떠한 근거에서 인정할 것인가에 대하여 세 가지의 학설로 나누어서 살펴보았는데 하나는 책임무능력야기상태 자체에서 책임비난의 근거를 찾아야 한다는 견해이다. 다른 하나는 범죄실행행위 자체에서 가벌성의 근거를 인정하는 것으로 행위와 책임의 동시존재의 원칙을 인정하는 입장에서 주장되는 견해이다. 또 하나는 책임무능력야기행위를 아예 범죄행위의 개시로 볼 수 있다는 견해인데 본 논문에서는 책임무능력야기상태 자체에서 책임비난의 근거를 찾아야 한다는 견해에 따라 책임비난의 근거를 원인설정행위와 범죄실행 중 어느 하나에서 구하지 않고 양자의 불가분적 관련(원인행위와 실행행위의 불가분적 관련설 혹은 예외모델설)에서 구하였다. 이는 원인설정행위와 범죄의 실행행위는 하나의 의사결정에 의한 일련의 행위과정속에 있는 것이라고 보았기 때문이다. 다음으로 원인에 있어서 자유로운 행위의 주된 논의의 핵심인 실행의 착수시기에 관한 문제이다. 실행의 착수시기에 관한 문제는 범죄의 예비와 미수를 구별하는 기준이 되어 형법상 중요한 의미를 가진다 할 것이다. 이에선 원인행위에서 실행의 착수를 인정하는 견해(주관설)와 구성요건적 실행행위시에서 실행의 착수를 인정하는 견해(객관설) 그리고 절충설이 대립하고 있다. 하지만 이상의 견해 중 어떠한 견해도 실행의 착수시기를 명쾌하게 이론구성하고 있지는 않다. 본 논문에서는 이와 관련하여 구성요건적 실행행위시에 실행의 착

수를 인정하는 견해에 찬성하였다. 왜냐하면 원인에 있어서 자유로운 행위에 있어서의 행위는 실행행위가 아니라 책임있는 행위자를 범죄로 인도하는 조종과정만이 앞으로 당겨지는 것으로 보았고, 이 견해가 원인행위와 실행행위의 결합에 있다고 보는 견해의 논리적 귀결이기 때문이다. 또한 제10조 제3항의 해석상의 문제로서 과실범도 원인에 있어서 자유로운 행위에 포함되는가에 관한 문제에 대하여 원인에 있어서 자유로운 행위는 과실에 의한 경우가 사실상 더 많이 발생하고 제10조 제3항의 '자의로'를 고의적이나 과실로 인한 것이나 등을 따질 필요없이 자유스러운 의사에 의해서 심신장애상태하에서 자초한 것이면 동 조항은 고의범 뿐만 아니라 과실범도 포함된다고 해석하였다. 제10조 제3항이 적용되는 원인에 있어서 자유로운 행위와 제10조 제1항·제2항이 적용되는 심신장애상태하에서의 행위는 일정한 구성요건적 결과발생에 대한 예견이 있느냐 여부에 따라 구별된다. 예컨대 음주·마약 등에 의하여 명정상태를 초래하면 폭행 행위 등을 자행할 습벽이 있음을 알고 있는 자가 명정을 억제하지 못하여 알코올이나 마약 등을 식음·주입하는 습벽에 빠지거나 그에 중독된 상태에 이르고 그 상태에서 죄를 범한 경우 구성요건적 결과발생에 대한 예견이 있으면 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위로 봐야 하며 제10조 제3항을 적용하여 처벌할 수 있다. 이 경우 그 범한 죄가 금고이상의 것에 해당되고 재범의 위험성이 있으면 사회보호법상의 치료감호를 병과하도록 하는 것은 타당하다고 생각한다. 그리고 특가법 제5조의 3의 도주운전죄에 대하여 원인에 있어서 자유로운 행위가 적용될 수 있는가 하는 문제에서는 주로 음주행위시 도주에 대한 예견 또는 고의를 인정할 수 있는가 하는 점이 중점적으로 논의되었다. 본 논문에서는 특가법상 도주운전죄의 도주는 피해자를 구호하지 않고 생명, 신체의 위험상태에 방치하는

것이라고 해석한다. 이러한 의미로 도주를 해석하게 되면 음주시 교통사고의 위험성을 인식하고도 계속 음주한 후, 음주운전하여 교통사고를 야기하고 피해자를 구호하지 않은 경우 음주시에도 “도주”에 대한 ‘고의’는 인정될 수 있다. 따라서 제10조 제3항의 원인에 있어서 자유로운 행위는 성립된다고 하겠다. 한정책임능력을 이용한 경우에는 도주시에 책임능력과 책임고의가 존재하므로, 음주시에 도주의 가능성에 대한 인식과 심신장애상태를 야기하려는 고의만 있으면 원인에 있어서 자유로운 행위가 성립되는 것이다. 입법론적 측면에 있어서 제10조 제3항에 원인에 있어서 자유로운 행위의 규정이 있다 하여 명정범죄가 전부 해결되는 것은 아닐 것이다. 원인에 있어서 자유로운 행위는 심신장애중의 행위에 대하여 고의 또는 과실이 있을 경우에만 성립되는데 이러한 고의 또는 과실이 없는 경우를 불가별로 할 수 밖에 없다면 명정범죄가 우리 사회에 미치는 영향을 미루어 볼 때 그로 인한 사회적인 혼란은 묵인할 수 없을 것이라 생각된다. 물론 형사책임을 평가함에 있어서 국민일반의 법감정이나 기타 형사정책적인 고려가 완전히 배제되어서는 아니될 것이다. 양형에 있어서도 책임원칙의 범위내에서 고려되어야 한다고 보며, 범행당시의 정신상태가 심신상실이었던가 심신미약자이었던가는 책임능력의 구성요소인 생물학적 요소와 심리학적 요소를 기준으로 하여 엄격하게 평가하여야 할 사안이라고 본다. 즉 행위자의 책임의 범주를 벗어나는 양형은 없어야 할 것이다.

참 고 문 헌

1. 국내 문헌

(1) 단행본

- 김일수, 형법총론, 박영사, 2000.
_____, 서보학, 제9판 새로 쓴 형법, 박영사, 2003.
김성천/김형준, 형법총론, 동현출판사, 1999.
박상기, 형법총론(5판), 박영사, 2002.
_____, 형법총론, 박영사, 2004.
배종대, 형법총론, 홍문사, 2004.
백남억, 형법총론, 법문사, 1960.
손동권, 형법총론, 율곡출판사, 2004.
손해목, 형법총론, 법문사, 1996.
신동운, 판례백선 형법총론, 경세원, 2002.
이형국, 형법총론, 법문사, 1995.
_____, 형법총론, 법문사, 2003.
이정원, 형법총론, 문영사, 1997.
이재상, 형법총론, 박영사, 2003.
오영근, 형법총론, 대명출판사, 2002.
진계호, 형법총론, 대왕사, 2003.
정성근, 형법총론, 법지사, 1998.

- _____. 박광민, 형법총론, 삼지원, 2001.
- 조준현, 형법총론, 법원사, 2004.
- 차용석, 형법총론강의, 고시연구사, 1988.
- Johannes Wessels 著, 허일태 譯, 독일형법총론, 세종출판사, 1998.
- 하태훈, 형법강의, 법원사, 1998.
- 유기천, 개정형법학총론강의, 일조각, 1991.

(2) 논문

- 김종원, “소위 원인에 있어서 자유로운 행위에 관한 소찰”, 한국형사법학의 새로운 비평, 유일당 오선주교수정년기념논문집, 형설출판사, 2000.
- 김주덕, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 고시연구, 1990.
- 김형준, “음주운전사고 후 도주와 원인에 있어서 자유로운 행위”, 고시계, 2001.
- _____, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 중앙대 법학연구소 법학논문집 제19집, 1995.
- 권문택, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 고시계, 1970.
- 명형식, “원인에 있어서 자유로운 행위” 고시연구, 1990.
- 박재윤, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 고시연구, 1984.
- 박정근, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 고시계, 1967.
- 성낙현, “주관적 정당화요소와 원인에 있어서 자유로운 행위”, 고시계, 2000.
- 손동권, “원인에 있어서 자유로운 행위 - 특히 원인행위시 이중고의가 없었던 자가 고의범을 실행한 경우의 처리문제”, 고시연구, 2000.

- _____, “명정범죄에 대한 책임비난”, 형사정책연구 제8권 제1호, 1997.
- 신동일, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 형사정책연구 제9권 제3호, 1998.
- 손해목, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 고시계, 1969.
- _____, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 월간고시, 1986.
- 송광섭, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 원광대법학연구 제7집, 원광대법학연구소, 1985.
- 안원하, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 법학연구 제38권 제1호, 부산대법학연구소, 1997.
- 오영근, “원인에 있어서 자유로운 행위와 그 유형 - 과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위를 중심으로”, 형사정책연구 제10권 제2호, 1999.
- 윤용규, “과실의 원인이 자유로운 행위”, 형사법연구 제11호, 1999.
- _____, “음주깡소니 운전자의 책임능력”, 학당명형식교수화갑기념논문집, 1999.
- 이기현, “원인이 자유로운 행위”, 고시계, 1993.
- 이동기, “특정범죄가중처벌등에관한법률위반(도주차량)죄-판례를 중심으로”, 법조, 1997. 10.
- 오도기, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 고시계, 1985.
- 이용식, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 고시계, 1994.
- _____, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 서강대 법학연구소 제3권, 2001.
- 이호중, “원인에 있어서 자유로운 행위 - 고의의 원인에 있어서 자유로운 행위를 중심으로”, 고시계, 2000.
- 이형국, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 고시계, 1980.
- 이재상, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 고시계, 1983.
- 이종원, “원인에 있어서 자유로운 행위의 제문제”, 경남법학 제9집, 1994.

- 임 응, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 고시계, 1990.
- _____, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 사회과학논집 제4권, 전남대 사회과학연구소, 1979.
- 성시탁, “원인에 있어서 자유로운 행위(형사법의 제문제)양촌 신동욱박사 정년기념논문집” 원인에 있어서 자유로운 행위, 고시연구, 1962.
- 신치재, “원인에서 자유로운 행위”, 고시계, 1993.
- 신양균, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 월간고시, 1982.
- 전지연, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 한림법학 FORUM 제3권, 1993.
- 조상제, “과실에 의한 원인에 있어서 자유로운 행위”, 형사판례연구 4, 1996.
- 조준현, “특정범죄가중처벌등에관한법률 제5조의 3 도주차량운전죄의 가중처벌조항의 해석”, 형사판례연구 7, 1999.
- _____, “원인에 있어서 자유로운 행위의 유형과 성립의 한계”, 고시연구, 2004.
- 정성근, “책임능력”, 월간고시, 1982.
- _____, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 고시계, 1986.

(3) 학위논문

- 이상문, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 서울대학교 석사학위논문, 1998.
- 한상훈, “원인에 있어서 자유로운 행위와 책임귀속에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위논문, 2000.
- _____, “특가법 제5조의 3(도주운전죄)과 원인에 있어서 자유로운 행위”, 형사정책연구 제11권 제3호, 한국형사정책연구원, 2000.

김형준, “명정범죄의 형사책임에 관한 연구” 중앙대학교 박사학위논문, 1992.

2. 외국문헌

由中敬一, 刑法總論Ⅱ, 成文堂, 1999.

吉川經大, 刑法總論, 法律文化史, 1996.

平野龍一, 刑法總論Ⅰ, 有斐閣, 1994.

前田雅英, 條解刑法, 東京大學出版會, 2002.

Hans Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystem, 4. Aufl., 1961.

Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2000.

Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2002.

T. J.Gardner · T.M.Anderson,Criminal Law, Wadsworth, 2000.

Rupert Cross/Philip Asterley Jones/Richard Card, Introduction to
Criminal-Law. 11thed., Butterworths, 1998.

W. R. La Fave/A. W. Scott, Substantive Criminal Law, West Publishing,
1989.

3. 기타 자료

형사법령제정자료집

대법원판례집16(1형)

헌법재판소판례집 제4권

형법개정법률안 제안이유서, 법무부, 1992

ABSTRACT

A Study on Type and Punishability of *actio libera in causa*

Hwa-young, Lim
The Department of Law
Sungshin Women's
University
Graduate School
Directed by Professor
Jun-Hyun, Cho

Actio libera in causa means to commit a crime in such a state that the actor causes himself to run into mental and physical disability (mental and physical loss or mental and physical weakness) intentionally or negligently.

According to the criminal law theory, to constitute respective criminal acts, they should correspond to constituting requirements, and

have illegality and responsibility. However the *actio libera in causa* has room for argument in the respect that it does not have responsibility capability at the time of act and, when there is responsibility capability, there is no act corresponding to constituting requirement. Therefore the theory developed to punish this type of crime is *actio libera in causa*. Regarding this, most countries, regardless of provisions of the statutes, recognize punishability through theories and cases. Paragraph 3 of Article 10 of the Criminal Law of Korea provides that "To the act of the person who caused arbitrarily mental and physical disability anticipating occurrence of danger, the provision of the previous 2 Paragraph shall not be applied." and expressly stipulates *actio libera in causa*. That is, since the necessity in criminal policy to protect society from the crimes caused by use of alcohol and drugs is big, the theory that entered on the stage to solve these problems is *actio libera in causa*. In the theoretical legal theory of *actio libera in causa notwithstanding* the express provision, the following points are discussed as important issues in criminal law.

Firstly, the present criminal law expressly provides for the punishability of *actio libera in causa*, it becomes the issue with what grounds to justify such punishability. In the light of the two principles of modern criminal law, i.e., the principle of responsibility and the principle of *nulla poena sine lege*, in the cause establishing act, the responsibility capability exists in the actor, but it is difficult to

recognize executability of crime, and it is easy to recognize the executability regarding acts under the mental and physical disability, but the issue that there is defect in the responsibility capability of the actor. Therefore it becomes issue how to harmonize the two principles of 'the principle of coexistence of act and responsibility' as requested by the principle of responsibility and 'the fixed type of constituting requirement of executed act' as requested by the principle of *nulla poena sine lege*.

Secondly. What is mainly discussed in *actio libera in causa* as well as the ground for punishability is the portion of time for commencement of execution. The time for commencement of execution decides the limit of preparation and attempt, and sets the type of act corresponding to constituting requirements, and considering the fact that simple preparation in most crime is not punished, it is important issue to see the time for commencement of execution as the time for cause act or as the time for act of constituting requirements.

Thirdly, in relation with construction of Paragraph 3 of Article 10, the scope of application of the same clause becomes issue. Because of the legal term 'arbitrarily' of Paragraph 3 of Article 10, there is confrontation of opinions whether mental and physical disability should be raised intentionally or it may include raising by negligence. Also, it is necessary to review whether it is proper after all to apply

Paragraph 3 of Article 10 inclusive of 'the case anticipating occurrence of danger.' This is theory developed centering on the case of *actio libera in causa* occurred by negligence.

Considering the fact that most of the criminal cases on persons and on things occur in the state of intoxication by alcohol or drugs, it cannot be efficiently disposed by criminal law construction theory of abstract discussion. Therefore it is submitted to devise legislative solution and measures in criminal policy for crime intoxication centering on theories on *actio libera in causa*.

…… My cordial appreciations to beginning with my parents who watched me with constant love and concern until finishing this thesis, and my eldest sister Young-Mee, Hyun-Ok, Hyun-Joo and the spouse of my eldest sister, the spouse of my second eldest sister, and the acquaintance who always greeted to read many books. Also my special appreciations to Professor Jun-Hyun, Cho who endeavored to guide and encourage me wanting in ability so far. ……