

형법 제10조 제3항에 대한 해석론과 보완적 입법론

임 광 주*

차 례

- I. 문제의 제기
- II. 형법 제10조 3항에 대한 해석론
 - 1. 심신장애 아래에서 범한 행위
 - 2. 심신장애의 야기행위
 - 3. 심신장애의 야기를 그 내용으로 하는 불법구성요건
 - 4. 처벌조건
- III. 보완적 입법론
 - 1. 독립된 심신장애야기죄의 구성요건 신설
 - 2. 제10조 3항을 대체하는 입법안
- IV. 맺음말

* 한양대학교 법학전문대학원 교수.

접수일자 : 2014. 10. 31. / 심사일자 : 2014. 11. 25. / 게재확정일자 : 2014. 11. 28.

I. 문제의 제기

심신장애를 자의로 야기하는 행위를 하고, 그 심신장애 아래에서 (위법한) 행위를 하는 경우에는, ‘심신장애의 자의적인 야기행위’와 ‘심신장애 상태에서의 위법행위’라는 2가지의 행위가 함께 존재한다. 그러므로 이들 행위 가운데 어느 것에 대한 책임을 근거로 범죄의 성립을 인정할 것인지가 책임능력과 행위의 동시존재원칙에서 볼 때 문제된다.

그런데 이와 관련하여 현행형법은 제10조 3항에서 위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한¹⁾ 자의 행위에는 제10조 1항과 2항을 적용하지 않도록 규정함으로써, ‘심신장애 상태에서의 위법행위’에 대한 책임과 관련하여 심신장애가 있는 데에도 책임이 없게끔 하거나 한정책임이 되지 않게끔 하고 있다.

이처럼, 제10조 3항은 자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 행위에 대해 제10조 1항과 2항을 적용을 배제하여 책임이 없거나 한정책임이 되지 않는다고 소극적으로 규정하고 있을 뿐, 적극적으로 완전책임이 있다거나 가중형이 된다는 등과 같이 그 이상을 규정하고 있지 않다. 그러므로 현행형법이 그와 같이 ‘자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 행위’를 대상으로 소극적으로만 규정하고 있는 이유가 무엇인지를 먼저 밝혀 볼 필요가 있다. 또한, 제10조 3항이 ‘자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 행위’에 대해서만 제10조 1항과 2항의 적용을 배제하고 있으므로, 그 배제의 대상에서 제외된 ‘심신장애의 자의적인 야기행위’가 책임이 성립하여 범죄로 성립할 가능성이 있는 것인지를 검토해 볼 필요가 있다.

만일, ‘심신장애의 자의적인 야기행위’와 ‘심신장애 상태에서의 위법행위’라는 2가지의 행위를 하는 자에게 책임단계에서 책임까지도 성립하여 범죄로 성립할 수 있는 그것이 ‘심신장애의 자의적인 야기행위’라고 한다면, 그것은 이미 구성요건단계에서 구성요건에 해당하고 위법성단계에서 위법한 것임이 전제되어야 한다. 그러므로 ‘심신장애의 자의적인 야기행위’가 구성요건단계에서 구성요건에 해당하는지, 책임단계에서 어떠한 책

1) 이제부터 아래에서 ‘자의로 심신장애를 야기한’이라고 기술한 것은, 특별히 달리 말하지 않는 한 ‘위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한’을 줄여서 말하는 것이다.

임이 성립하는지를 따지려면, 제10조 3항에 명시된 ‘위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기하는 행위’를 책임의 시각에서뿐만 아니라, 구성요건의 시각에서도 어떠한 의미를 갖고 있는지를 해석할 필요가 있다. 그리고 ‘심신장애 상태에서의 위법행위’를 ‘심신장애의 자의적인 야기행위’가 범죄로서 성립하는 데 필요한 요소의 일부로 볼 수 있는지, 처벌조건으로 볼 수 있는지를 해석론이나 입법론의 관점에서 검토할 필요도 있다.

이를 위해, 해석론을 기본적으로 전개하면서²⁾ ‘심신장애의 자의적인 야기행위’와 ‘심신장애 상태에서의 위법행위’라는 2가지의 행위 가운데 어느 행위가 책임까지도 성립하여 범죄로 성립할 수 있는 것인지를 밝혀보고, 해석론이 한계를 보이는 그러한 문제점들은 입법론을 통해 보완해보기로 한다.

II. 형법 제10조 3항에 대한 해석론

제10조 3항이 그 적용을 배제하고 있는 제10조 1항과 2항은 심신장애의 정도에 따라 위법행위에 대한 책임이 없거나 한정책임이 있음을 규정하고 있는 책임규정이므로, 제10조 3항은 그러한 무책임 또는 한정책임을 배제하는 내용을 담고 있는 규정이 된다.

심신장애를 자의로 야기하고 그 야기한 심신장애 아래에서 행위를 한 행위자에게는, ‘심신장애의 야기행위’와 ‘심신장애 아래에서 범한 행위’라는 2가지의 독립된 행위가 존재한다. 제10조 3항은 과연 이들 2가지의 행위 모두와 관련하여 규정하고 있는지 그리고 어떠한 내용으로 규정하고 있는지를 행위별로 나누어 해석해보기로 한다.

2) 원인에 있어서 자유로운 행위에 대한 형법도그마틱적 차원에서 출발하지 않고, 형법 제10조 3항에 대한 해석론에서 출발하여 그 해석론적 문제점을 해소하는 입법론을 전개하는 입장은, 권오걸, “형법 제10조 3항의 해석론과 발전적 입법론”, 형사법연구 제22호 특집호, 한국형사법학회, 2004, 161-162쪽; 형법 제10조 3항을 범죄체계론적 관점에서 해석하는 입장은, 김성돈, “범죄체계론적 관점에서 본 원인에 있어서 자유로운 행위”, 저스티스 통권 제75호, 한국법학원, 2003, 103쪽.

1. 심신장애 아래에서 범한 행위

“위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다”라고 기술된 제10조 3항의 문언에서 볼 때, 제10조 1항과 2항을 적용하지 않는 행위는 ‘심신장애 아래에서의 행위’이고, ‘심신장애의 야기행위’가 아니다. 그렇다면, ‘자의로 야기한 심신장애 아래에서의 행위’에 대해 제10조 1항과 2항의 적용을 배제하는 제10조 3항의 규정내용을 과연 어떻게 해석할 것인지를 먼저 다루어 보기로 한다.

(1) 제10조 1항과 2항의 적용 배제

제10조 3항은 위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 제10조 1항과 2항을 적용하지 않도록 규정하고 있다. 제10조 3항이 그 적용을 배제하고 있는 제10조 1항과 2항을 해석하면, 심신상실이 있는 자의 행위는 ‘책임이 없어서’ 별하지 않고, 심신미약이 있는 자의 행위는 ‘한정책임이 있어서’ 별하되 형을 감경한다는 의미가 된다. 그러므로 위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자가 그 ‘심신장애 아래에서 한 행위’에 대해서는 제10조 1항과 2항의 적용이 배제되어 무책임이나 한정책임이 되지 않는다. 이렇게 제10조 3항은 ‘자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 행위’에 대해 소극적으로 무책임 또는 한정책임을 배제하고 있을 뿐, 그것을 넘어서, 예컨대 그 행위에 대해 ‘완전책임이 있다’거나 오히려 ‘형이 가중된다’는 내용 등을 적극적으로 더 이상 규정하지 않고 있다. 그러므로 심신장애를 자의로 야기하고 그 야기한 심신장애 아래에서 위법행위를 범한 그러한 행위자에게 오직 ‘자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 행위’에 대해 제10조 1항과 2항의 무책임 또는 한정책임을 배제된다는 것만을 근거로 곧바로 ‘완전책임이 있다’고 해석하는 것은, 문언이 의미할 수 있는 범위를 벗어나는 확대해석이 되어 받아들여질 수 없다.

그렇다면, 제10조 3항이 ‘자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 행위’에 대해 소극적으로 무책임 또는 한정책임을 배제하고 있는 소극적 규정의 의미가 무엇인지를 해석해 보기로 한다.

(2) 소극적으로 규정하는 이유

현행형법이 제10조 3항에서 ‘자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 행위’에 대해 무책임이나 한정책임을 배제하는 내용의 그러한 소극적인 규정에 그치고, 어떠한 책임이 되는지를 명시하는 내용의 그러한 적극적인 규정을 하지 않고 있는 까닭은 과연 무엇인가?

행위자가 ‘자의로 심신장애를 야기하고 그 심신장애의 상태에서 보호법익을 위해하는 그러한 2가지의 행위’를 하는 경우, 그 행위자의 행위들 가운데 ‘자의로 심신장애를 야기하는 행위’에 대해서는 그 행위를 할 때에 심신장애가 있으면 심신장애의 정도에 따라 책임(무책임 또는 한정책임)을 결정하는 것이 동시존재원칙에 맞는다. 그러므로 행위자가 특히 심신장애가 없는 그러한 행위자가 위와 같은 2가지의 행위를 하는 경우에는, 그 행위자에게 ‘자의로 심신장애를 야기하는 행위’에 대해 성립하는 책임에 근거하여 얼마든지 완전책임을 성립할 수 있다. 마찬가지로, ‘자의로 야기한 그러한 심신장애의 상태에서 한 행위’에 대해서는 그 행위를 할 때에 심신장애가 있으므로 심신장애의 정도에 따라 책임을 결정하는 것이 동시존재원칙에 맞는다. 하지만, 현행형법은 ‘자의로 야기한 그러한 심신장애의 상태에서 한 행위’에 대해서는 그 행위를 할 때에 심신장애가 있더라도 그 심신장애의 정도에 따라 책임을 결정하도록 하지 않고 있다. 왜냐하면, ‘자의로 야기한 그러한 심신장애의 상태에서 한 행위’에 대해 그 심신장애가 자의로 야기된 것인지를 고려함이 없이 심신장애를 이유로 그 정도에 따라 책임을 결정하도록 한다면, 그것을 악용하여 ‘자의로 심신장애를 야기하고 그 심신장애 아래에서 보호법익을 위해하는 그러한 행위’로부터 법익을 충분히 보호할 수 없게 되기 때문이다. 이와 같은 법익보호를 충분히 달성하기 위해서 그와 같은 2가지의 행위를 하는 행위자에게 물을 수 있는 책임의 대상이 되는 행위는 ‘자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 행위’가 아니라, ‘자의로 심신장애를 야기하는 행위’이어야 한다.

이러한 요구에 맞게 현행형법은 ‘자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 행위’에 대해서만 제10조 1항과 2항의 적용을 배제하고, ‘위험발생을

예견하고 자의로 심신장애를 야기한 행위'에 대해서는 제10조 1항과 2항의 적용을 배제하지 않는 그러한 입법기술적인 방법은 취함으로써, 한편으로는 행위자에게 무책임과 한정책임이 되지 않도록 해 놓고, 또 다른 한편으로는 '위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 행위'를 대상으로 (제10조 1항과 2항의 정면해석적 및 반대해석적 적용에 의한) 모든 유형의 책임(무책임, 한정책임, 완전책임)이 성립할 수 있는 길을 열어 놓고 있다.

이러한 소극적 규정의 의미에서 보아 규범논리상 현행형법은 '자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 행위'를 책임이 성립하여 범죄가 성립할 그러한 대상으로는 물론, 범죄성립의 요소로도 규정하고 있지 않다고 소극적으로 해석된다.

'자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 행위'가 그와 같이 현행형법상 범죄성립의 영역에서 책임이 성립할 대상도 범죄성립의 요소도 아닌 것으로 해석된다면, 그 행위를 행위자의 다른 행위에 대해 책임을 물어 범죄성립을 인정하기 위해 범죄성립의 영역 또는 그 밖의 영역에 자리하는 그 무엇으로 적극적으로 규정할 것인지는 입법론의 문제이다.

그리고 제10조 3항은 '위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 행위'를 명시하면서도, 그 행위에 대해서는 제10조 1항과 2항의 적용배제를 명시적으로 규정하지 않음으로써 그 행위를 대상으로 책임이 성립하여 범죄가 성립할 수 있는 길을 마련해 놓고 있다. 그러므로 '위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 행위'를 대상으로 책임이 성립하여 범죄가 성립할 수 있는지를 밝히려면, 제10조 3항이 그 행위를 구성요건 영역에 자리하는 구성요건요소로서 전제하면서 오직 책임이 성립하여 범죄가 성립할 그러한 대상으로서만 규정하고 있는지, 아니면 구성요건영역에 자리하는 구성요건요소로서 직접 규정하고 있는지를 우선 해석할 필요가 있다. 이러한 필요성에 따라 이제부터 아래에서는 제10조 3항이 명시하고 있는 '위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 행위'에 대해 제10조 3항에 명시된 내용만으로 독립된 책임이 성립하여 독자적인 범죄가 성립할 수 있는지를 해석해 보고, 만일 제10조 3항에 명시된 내용

만으로는 독자적인 범죄가 성립할 수 없다면 그 성립을 위해 필요한 보완적인 규정이 무엇인지를 입법론으로서 제시해 보기로 한다.

2. 심신장애의 야기행위

(1) 제10조 1항과 2항의 적용 미배제

제10조 3항은 ‘자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 행위’에 대해서는 제10조 1항과 2항의 적용을 명시적으로 배제하고 있지만, ‘심신장애의 야기행위’에 대해서는 제10조 1항과 2항의 적용을 명시적으로 배제하고 있지 않다. 그러므로 ‘심신장애의 야기행위’에 대한 책임은, 그 행위를 할 때에 ‘심신장애가 있으면’ 제10조 1항과 2항이 적용되어 (무책임 또는 한정책임으로) 결정될 수 있다. 거꾸로, ‘심신장애의 야기행위’를 할 때에 ‘심신장애가 없으면’ 그 야기행위에 대한 책임은 제10조 1항과 2항이 반대해석적으로 적용되어 (완전책임으로) 성립할 수 있다.

이렇게 ‘심신장애의 야기행위’는 그 행위를 할 때에 심신장애의 존부와 정도에 따라 무책임, 한정책임 또는 완전책임이 성립할 수 있는 대상이다. 제10조 3항에는 ‘심신장애의 야기행위’, 더 구체적으로 말하면 “위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한”이 명시되어 있지만, 그것이 단순히 제10조 1항과 2항의 무책임 또는 한정책임을 배제하는 요소로서 규정된 것인지, 완전/한정책임을 성립시키는 책임요소로서 규정된 것인지, 아니면 책임성립의 대상으로서 규정된 것인지에 대해서까지는 명시하지 않고 있다. 그렇기 때문에, 그에 대한 해석론이 필요하다.

(2) 묵시적으로 책임성립의 대상으로서 규정

위험발생을 예견하면서 심신장애를 자의로 야기하는 행위를 하고, 그 심신장애 아래에서 위법한 행위를 하는 경우에, 제10조 3항은 ‘심신장애 아래에서의 위법행위’에 대해서는 제10조 1항과 2항의 적용을 명시적으로 배제하고 있지만, ‘심신장애의 야기행위’에 대해서는 제10조 1항과 2항의 적용을 명시적으로 배제하고 있지 않다. 그러므로 제10조 1항과 2항

이 적용되어 책임판단의 대상이 될 수 있는 것은 오직 ‘심신장애의 야기 행위’뿐이다.

그런데 책임단계에서 ‘책임이 성립하는지의 판단대상’이 될 수 있는 것은 구성요건단계와 위법성단계에서 이미 구성요건에 해당하고 위법성이 있는 것이어야 한다³⁾. 그러므로 ‘심신장애의 야기 행위’가 ‘책임판단의 대상’이 될 수 있으려면, 맨 먼저 구성요건단계에서 구성요건에 해당하는 것이어야 한다.

또한, ‘심신장애의 야기 행위’는 그 행위를 할 때에 심신장애의 존부와 정도에 따라 무책임, 한정책임 또는 완전책임이 성립할 수 있는 대상이므로, 얼마든지 제10조 1항과 2항이 정면해석적으로는 물론 반대해석적으로도 적용될 수 있다. 그러므로 제10조 3항에 명시된 ‘심신장애의 야기 행위’는 제10조 1항과 2항이 정면해석적으로는 물론 반대해석적으로도 적용될 수 있는 그러한 행위이므로, 현행형법상 ‘책임판단의 대상’이 될 수 있는 것으로 묵시적으로 인정된다. 따라서 제10조 3항이 ‘위험발생을 예견하면서 심신장애를 자의로 야기하는 행위’를 명시하고는 있으나, 어디까지나 그 행위를 책임이 성립할 대상으로서 묵시적으로 규정하는 것일 뿐, 구성요건요소로서 직접 규정하는 것은 아니다.

이처럼, 제10조 3항에 명시된 ‘심신장애의 야기 행위’는 구성요건단계에서 구성요건에 해당하는 것으로서 전제되고⁴⁾ 책임단계에서 ‘책임판단의 대상’이 될 수 있는 것으로 묵시적으로 인정되지만, 현행형법은 그것이 해당해야 하는 구성요건을 명시적으로 규정하는 독립된 구성요건규정을 별도로 두고 있지 않다. 물론, 현행형법이 제10조 3항에서 ‘심신장애의 야기 행위’를 구성요건단계에서 이미 구성요건에 해당하는 것으로 전제하면서 동시에 책임단계에서 ‘책임판단의 대상’으로 묵시적으로 인정하는 것으로 해석할 수 있지만, 엄격하게 보면 ‘죄형법정’을 요구하는 제1조에 어긋나는 입법불비이므로, 제1조에 맞게 ‘심신장애의 야기 행위’를 구성요건의 내용으로 명시하는 독립된 구성요건규정을 별도로 두어야 한다.

3) 같은 취지의 견해는, 김성돈, 앞의 글, 저스티스 통권 제75호, 2003, 103쪽.

4) 비슷한 견해는, 김성돈, 앞의 글, 저스티스 통권 제75호, 2003, 113쪽 참조.

제10조 3항이 구성요건단계에서 구성요건에 해당하는 것으로 전제하면서 동시에 책임단계에서 묵시적으로 ‘책임판단의 대상’으로서 인정하고 있는 그것은, ‘위험발생을 예견하면서 심신장애를 자의로 야기하는 행위’이다. 그러므로 제10조 3항에 명시된 ‘위험발생을 예견하면서 심신장애를 자의로 야기하는 행위’로부터 그 행위가 해당할 구성요건의 내용을 독립된 구성요건의 시각에서 이끌어 낼 수 있다. 따라서 ‘위험발생을 예견하면서 심신장애를 자의로 야기하는 행위’를 구성요건의 시각에서 먼저 해석하고, 해석론이 한계를 보이는 그러한 미비한 내용은 입법론으로서 메워야 한다.

3. 심신장애의 야기를 그 내용으로 하는 불법구성요건

책임단계에서 제10조 3항이 ‘구성요건에 해당하는 것’으로서 전제하면서 ‘책임판단의 대상’으로 묵시적으로 규정하고 있는 그것, 즉 ‘위험발생을 예견하면서 심신장애를 자의로 야기하는 행위’가 전제된 구성요건의 영역에서는 어떠한 구성요건요소가 되는지를 이제부터 살펴보기로 한다.

이를 위해, 제10조 3항에 명시된 ‘위험발생을 예견하면서 심신장애를 자의로 야기하는 행위’를 전제된 구성요건의 시각에서 먼저 해석하고, 더 나아가 그 행위에 대해 독립된 책임이 성립하여 독자적인 범죄가 성립하는 데 추가적으로 필요한 내용이 무엇인지를 찾아내어 보완하는 입법론을 제시하기로 한다. 이러한 해석론과 입법론을 통해 최종적으로 ‘위험발생을 예견하면서 심신장애를 자의로 야기하는 행위’를 그 내용으로 하는 독자적인 불법구성요건을 이끌어내기로 한다. 그리고 그러한 불법구성요건을 필요로 하는 범죄를 ‘심신장애야기죄’라 부르기로 한다.

(1) 심신장애의 야기

제10조 3항은 위법행위를 할 때 존재하는 심신장애가 야기행위에 의해 발생한 심신장애일 경우에 그 심신장애 아래에서 범한 위법한 행위에 제10조 1항과 2항을 적용하지 않도록 규정하고 있다. 그러므로 심신장애 아래에서 범한 위법한 행위에 제10조 1항과 2항이 적용되지 않으려면 심신

장애를 야기하는 행위가 먼저 있어야 한다. 이처럼 제10조 3항이 심신장애 아래에서의 위법행위에 대해 제10조 1항과 2항의 적용을 배제하기 위해 전제하는 심신장애의 야기행위를 독립된 심신장애야기죄로 처벌할 경우에는 구성요건영역에서 구성요건요소로서 필요한 ‘심신장애야기죄의 구성요건행위’가 된다. 심신장애를 야기한 행위가 되려면, 야기하는 행동에 의해 ‘심신장애’라는 결과가 현실적으로 발생해야 한다. 그러므로 심신장애를 발생시키는 행위를 뜻하는 심신장애야기행위를 구성요건행위로 하는 심신장애야기죄는 결과범에 속한다.

(2) 고의 또는 과실

제10조 3항에는 심신장애야기행위를 대상으로 하는 고의나 과실이 명시되어 있지 않다. 이는 심신장애야기행위에 대한 고의나 과실 가운데 그 어느 것이 있어야 함을 특정 내지 한정하여 규정하는 것이 아니므로, 심신장애를 야기하는 행위를 할 때 그 어느 것이 존재하든 상관이 없는 것으로 해석할 수 있다.

그런데 위험발생을 예견하면서 심신장애를 고의로 야기할 수도 있고, 위험발생을 예견하지 않은 상태에서 심신장애만을 고의로 야기할 수도 있으므로, 심신장애야기행위에 대한 고의는 제10조 3항이 요구하는 ‘위험발생의 예견’이 있거나 없는 경우에도 존재할 수 있다. 이와 달리, 심신장애야기행위에 대한 과실이 존재하는 경우에는 제10조 3항이 요구하는 ‘위험발생의 예견’이 항상 없게 되므로, 결국에는 제10조 3항의 요건이 항상 충족되지 않게 된다. 왜냐하면, 아래에서 설명하게 되듯이 ‘위험발생의 예견’은 ‘자의로 야기한 심신장애의 상태에서’ 그 어떤 범죄의 불법구성요건행위를 범할 위험의 발생을 예견하는 것을 뜻하기 때문이다. 그러므로 ‘과실로’ 심신장애를 야기하고 그 아래에서 범하는 위법행위로부터도 충분히 법익을 보호할 필요가 있다면, 심신장애야기행위에 대한 ‘과실’이 존재하는 경우에 제10조 3항의 모든 요건이 충족되어 제10조 1항과 2항의 적용이 배제될 수 있도록 위험발생의 불예건을 위험발생의 예견과 별개의 선택적인 요건으로 규정하는 입법이 필요하다. 또한, 위험발

생을 ‘예견하면서’ 심신장애를 ‘고의로’ 야기함은 물론 더 나아가 위험발생을 ‘예견하지 않은 상태에서’ 심신장애를 ‘고의로’ 야기하고, 그 아래에서 범하는 위법행위로부터도 법익을 충분히 보호할 필요가 있다면, 위험발생의 불예견을 위험발생의 예견과 별개의 선택적인 요건으로 규정하는 입법이 역시 필요하다. 이러한 입법이 이루어진다면, 심신장애야기행위에 대한 고의뿐만 아니라 과실이 있는 경우에도 제10조 1항과 2항의 적용이 배제될 수 있고, ‘위험발생의 예견’뿐만 아니라 ‘위험발생의 불예견’이 있는 경우에도 제10조 1항과 2항의 적용이 배제될 수 있다. 이 경우에 비례성원칙에 따라 고의와 과실 각각에 상응하여, 그리고 ‘위험발생의 예견’과 ‘위험발생의 불예견’ 각각에 상응하여 형량을 차별화하는 것이 요구됨은 물론이다.

이와 같이 해석론상 또는 입법론상 제10조 3항의 요건으로서 가능하거나 필요한 ‘심신장애야기행위에 대한 고의나 과실’은, 고의 또는 과실에 의한 심신장애야기행위를 독립된 심신장애야기죄로 처벌할 경우에는, 구성요건영역에서 구성요건요소로서 필요한 심신장애야기죄의 구성요건고의나 구성요건과실이 된다.

(3) 자의

‘자의’는 그 무엇을 하려고 행위자 자신이 자유롭게 결정하는 마음이다. 이러한 자의의 개념은 고의나 과실의 개념과 전혀 다른 독자적인 내용이므로 고의나 과실의 개념과는 별개의 독립적인 개념이다. 그러므로 자의는 고의나 과실과 병존할 수 있는 것이다. 다만 고의나 과실은 심신장애야기행위를 할 당시에 존재해야 하지만, 자의는 행위 당시뿐만 아니라 행위 전에 존재해도 상관이 없다는 점에서 차이가 있다. 즉, 자의에 기발하여 ‘심신장애야기행위를 할 때’에 반드시 존재해야만 하는 것은 행위자의 마음들 가운데 고의나 과실이고, 그 행위 전과 당시에 존재해도 되는 것은 자의이다. 이러한 자의개념에 의거할 때, 제10조 3항의 “자의로”는 ‘심신장애야기행위를 하려고 행위자 자신이 자유롭게 결정한 마음에 따라’라는 의미로 해석할 수 있다.

이와 같이 제10조 3항의 요건으로서 필요한 ‘자의’는, 자의에 의한 심신장애야기행위를 독립된 심신장애야기죄로 처벌할 경우에는 구성요건영역에서 심신장애야기죄의 구성요건고의나 구성요건과실과는 별개의 ‘추가적인 주관적 구성요건요소’가 된다. 따라서 심신장애야기죄의 주관적인 불법구성요건요소로서 필요한 자의는, 심신장애야기행위라는 심신장애야기죄의 불법구성요건행위를 하려고 행위자 자신이 자유롭게 결정하는 마음을 뜻한다⁵⁾.

(4) 위험발생의 예견

1) 제10조 3항에서 의미하는 위험발생의 예견

가. 위험발생의 예견

제10조 3항이 명시하고 있는 “위험발생을 예견하고”는 ‘행위자가 심신장애를 야기 한 후에 그 심신장애 아래에서 위험을 발생하게 할 것을 미리 내다보고’라는 의미이다. 이러한 의미로 해석되는 “위험발생을 예견하고”의 경우는 행위자에게 ‘예견’이라는 마음이 엄연히 존재하는 것이므로, 제10조 3항의 ‘예견하고’라는 문언은 ‘위험발생을 예견함이 가능함에도 예견하지 않고’와 같이 ‘예견’이 존재하지 않는 경우까지 의미할 수 없다. 그러므로 제10조 3항의 ‘예견하고’라는 문언을 ‘예견이 가능한’ 경우까지, 정확히 말하면 ‘가능한 예견이 결여된 불예견’의 경우까지도 의미하는 것으로 확장하여 해석할 수 없다⁶⁾.

위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기하는 행위를 제10조 3항

5) ‘자유로운 자기 결정 혹은 스스로의 자유로운 의사결정’이라는 의미로 해석하는 견해는, 권오걸, 앞의 글, 형사법연구 제22호 특집호, 한국형사법학회, 2004, 179쪽; ‘자발적으로 또는 스스로’라는 의미로 해석하는 견해는, 박상기, 형법총론 제8판, 2009, 234쪽; ‘스스로’라는 의미로 해석하는 견해는, 김일수/서보학, 형법총론 제11판, 2006, 388쪽.

6) 같은 취지의 견해는, 김성돈, 앞의 글, 저스티스 통권 제75호, 한국법학원, 2003, 109쪽, 111쪽; 김성룡, “현행 형법 체계에 기초한 제10조 제3항에 대한 해석론의 대상과 쟁점”, 비교형사법연구 제11권 제1호, 한국비교형사법학회, 179쪽; 조상제, “과실의 원인에 있어서 자유로운 행위”, 형사판례연구, 1996, 63쪽. 이와 달리, 예견가능성도 포함된다는 견해는, 임상규, “원인에 있어서 자유로운 행위의 처벌맥락”, 형사법연구 제21권 제3호, 한국형사법학회, 2009, 166쪽.

이 독립된 범죄로서 전제하는 심신장애야기죄로 처벌할 경우, 구성요건영역에서 구성요건요소로서 필요한 ‘위험발생의 예견’은 ‘자의’와 마찬가지로 심신장애야기죄의 구성요건고의와 구성요건과실과 별도로 요구되는 ‘추가적인 주관적 불법구성요건요소’가 된다.

이어서 아래에서는 위험발생의 예견이 의미하는 구체적인 내용에 대해 살펴보기로 한다.

나. 행위의 불법구성요건해당성에 대한 예견

제10조 1항과 2항은 일단 ‘불법구성요건에 해당하고 위법함’ 행위를 대상으로 하여 책임단계에서 그러한 행위에 대해 심신장애와 관련한 책임을 규정하고, 제10조 3항은 그러한 행위에 대해 자의로 야기한 심신장애를 이유로 제10조 1항과 2항의 적용을 배제시키는 규정이다. 이처럼 제10조 1항과 2항의 적용을 배제시키기 위한 전제로서 행위에 대해 불법구성요건해당성과 위법성을 요구하고 있는 한, 예견에 있어서 꼭 행위의 위법성까지 예견함을 요구하지 않아도 행위자에게 지나친 처벌의 확대가 되지 않으므로 비례성원칙에 반하지 않는다. 따라서 행위는 ‘불법구성요건에 해당하고 위법함’을 요하지만, 그러한 행위에 대한 예견에 있어서는 ‘행위의 불법구성요건해당성’에 대한 예견이면 충분하고, 행위의 위법성에 대한 예견은 필요하지 않다.

결국, 제10조 1항과 2항의 적용을 배제하기 위한 요건으로서 제10조 3항에 명시된 “위험발생을 예견하고”는 ‘불법구성요건에 해당하는 행위를 할 위험의 발생을 예견하고’를 뜻한다⁷⁾.

마찬가지로, ‘위험발생을 예견하고 심신장애를 자의로 야기하는 행위’를 독립된 심신장애야기죄로 처벌할 경우에도 그 행위의 불법구성요건해당성과 위법성을 전제로 하는 한, 구성요건영역에서 구성요건요소로서 필요한 ‘예견’에 있어서는 그 행위의 불법구성요건해당성에 대한 예견이면 충분하다.

7) “제10조 제3항에서의 위험은 심신장애(심신상실 또는 심신미약) 상태에서의 실행행위 즉 구성요건의 실현으로 이해하여야 한다. 결국 구성요건관련적 위험발생의 예견으로 입증되어야 한다”는 견해는, 권오걸, 앞의 글, 형사법연구 제22호 특집호, 한국형사법학회, 2004, 176쪽.

다. 불법구성요건에 해당할 ‘위험의 발생’에 대한 예견

“위험발생”에서 말하는 ‘위험’은 그 문언이 의미할 수 있는 범위 안에서 볼 때, 불법구성요건에 해당하는 행위를 범할 만한 가능성을 뜻하고, 발생한 위험이 실제로 현실화되는 그러한 ‘위험의 실현’까지를 의미하는 것은 아니다⁸⁾. 그러므로 제10조 3항에서 말하는 ‘위험발생의 예견’은 불법구성요건에 해당하는 ‘행위를 할 위험’의 발생을 넘어 실제로 그 해당 ‘행위를 하는 데까지 나아감’을 의미하는 그러한 발생위험의 실현에 대한 예견은 포함하지 않는다. 따라서 행위자가 자의로 심신장애를 야기할 때, 그 심신장애 아래에서 불법구성요건에 해당하는 행위를 할 위험이 발생할 것이지만, 실제로 그 행위를 하는 데까지 나아가지는 않을 것이라라고 예견한 경우에도 제10조 3항의 요건을 충족시킨다. 이처럼 현행형법이 제10조 1항과 2항의 적용을 배제시키는 요건으로서 ‘불법구성요건에 해당하는 행위를 실제로 하게 됨’에 대한 예견까지 요구하지 않고, 그 행위를 할 위험의 발생에 대한 예견만으로 충분하도록 규정하고 있는 이유는, 적용배제의 요건을 완화하여 자의로 야기한 심신장애 아래에서 범하는 위법행위로부터 법익을 충분히 보호하려는 데 있다.

라. 불특정 불법구성요건해당성에 대한 예견

위에서 해석한 것처럼 위험발생에 대한 예견은 그 내용이 ‘불법구성요건에 해당하는 행위’를 할 위험의 발생에 대한 예견이고, 여기에서 말하는 불법구성요건은 그 어떤 특정한 범죄에 국한된 불법구성요건이 아니라⁹⁾, 해당할 수 있는 모든 범죄의 불법구성요건을 뜻한다. 그러므로 자의로 심신장애를 야기할 때 그 심신장애 아래에서 하게 될 행위가 ‘불특정의 불법구성요건에 해당하게 될 것’을 예견하면 충분하고, 구체적으로 특정한 고의범이나 과실범, 특정한 기수범이나 미수범의 불법구성요건에 해당하게 될 것을 예견할 필요는 없다¹⁰⁾. 또한, 구체적으로 몇 개의 불법구

8) 구성요건실현으로 보는 견해는, 배종대, 형법총론 제8전정판, 2005, 451쪽.

9) 권오걸, 앞의 글, 형사법연구 제22호 특집호, 한국형사법학회, 2004, 175쪽; 김성돈, 앞의 글, 저스티스 통권 제75호, 한국법학원, 2003, 109쪽 비교.

10) 이와 달리 위험발생에 대한 예견을 특정 구성요건의 실현에 대한 예상·인식이라는 뜻으로 해석하는 견해는, 한정환, “형법 제10조 제3항과 ‘원인에 있어서 자유로운 행

성요건에 해당하게 될 것을 예견할 필요도 없다.

2) 불법구성요건고의와의 구별

자의로 야기한 심신장애 아래에서 특정 범죄의 불법구성요건에 해당하는 행위를 고의로 할 때에 성립하는 고의는 그 범죄의 불법구성요건고의이다. 이 불법구성요건고의는 심신장애 아래에서 위법행위를 할 당시에 존재하며, 그것이 존재하는 경우에는 그 범죄의 불법구성요건에 해당하는 행위를 할 위험의 발생에 대한 예견이 존재하고 또한 그 예견은 심신장애 아래에서 위법행위를 할 당시에 존재하는 그러한 예견이다. 이와 달리 제10조 3항이 규정하는 ‘위험발생의 예견’은 그 어떤 범죄의 불법구성요건에 해당하는 행위를 할 위험의 발생에 대한 예견을 뜻하지만, 그것은 적어도 행위자가 심신장애를 자의로 야기하는 행위를 할 당시에 존재하는 그러한 예견이다. 그러므로 제10조 3항이 규정하는 ‘위험발생의 예견’은 그 존재시점과 관련하여 야기한 심신장애 아래에서 범한 범죄의 불법구성요건고의가 될 수 없다. 이미 설명했듯이, 제10조 3항이 규정하는 ‘위험발생의 예견’은 불특정 범죄의 불법구성요건에 해당하는 행위를 할 위험의 발생에 대한 예견이면 충분하고, 실제로 실현된 특정한 불법구성요건의 유형 및 수와 구체적으로 일치할 필요가 없다. 이와 달리, 자의로 야기한 심신장애 아래에서 한 특정 범죄의 불법구성요건에 해당하는 행위에 대한 불법구성요건고의가 성립할 수 있으려면, 실제로 실현된 특정한 고의기수범 또는 고의미수범의 불법구성요건에 해당하는 행위를 하게 될 것에 대한 예견이 구체적으로 있어야 한다. 따라서 양자는 예견의 대상에 대한 범위에 있어서 차이를 보인다.

그뿐만 아니라, 제10조 3항에 명시된 위험발생의 예견은 ‘그 어떤 범죄의 불법구성요건에 해당하는 행위를 할 위험의 발생’에 대한 예견을 뜻하므로, 심신장애야기죄의 불법구성요건고의도 될 수 없다. 왜냐하면 심신장애야기죄의 불법구성요건고의는 그 죄의 불법구성요건행위, 즉 심신장애를 발생시키는 행위를 관련대상으로 하여 그 행위를 할 당시에 존재

위’”, 형사법연구 제25호, 한국형사법학회, 2006, 153쪽.

하는 것이므로, 야기행위를 할 때에 ‘심신장애가능성의 발생’에 대한 예견이 있어야 심신장애야기죄의 불법구성요건고의가 성립할 수 있기 때문이다. 따라서 양자는 예견의 내용에 있어서 차이가 있다.

결론적으로, 제10조 3항에 명시된 위험발생의 예견은 심신장애 아래에서 범한 범죄의 불법구성요건고의는 물론, 심신장애야기죄의 불법구성요건고의로도 성립될 수 없다¹¹⁾.

4. 처벌조건

형법은 위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기하는 행위를 불법구성요건행위로 규정하고 그 위법성과 책임이 존재하는 경우에 곧바로 범죄로서 처벌할 수 있는가?

형법이 법익보호를 위해 위와 같은 심신장애야기행위 그것만을 곧바로 범죄로서 처벌하는 것은, 헌법이 기본권으로서 보장하는 일반적인 행위자유권이나 행복추구권의 본질적인 내용까지도 침해할 수 있다. 예컨대 심신장애를 가져올 만큼 술을 마셔 취하는 행위와 같은 심신장애야기행위마저도 형법이 범죄로서 처벌한다면, 스트레스 해소를 위해 또는 행복감을 느끼기 위해 심신장애를 야기할 정도의 술을 마셔 취하고 싶은데 술에 취한 상태에서의 위험발생이 예견되면 아무리 위험이 위법행위로 현실화되지 않도록 예방조치를 취하고 또한 실제로 위법행위를 하지 않더라도 범죄로서 처벌되지 않으려면 술을 마셔 취하는 행위 자체를 아예 하지 않아야 하므로 일반적인 행위자유나 행복추구가 전면적으로 완전히 제한된다. 따라서 형법은 헌법을 고려할 때, 술에 취하는 행위가 위험의 발생을 가져올 만한 심신장애야기행위이더라도 일반적인 행위자유권이나 행복추구권의 본질적인 내용을 침해하면서까지 그 행위를 범죄로서 처벌할 수 없다.

그러나 심신장애야기행위를 하더라도 그 행위에 의해 발생하는 위험이

11) 형법 제10조 제3항의 심신미약 예견개념은 고의 또는 과실과 관계없는 개념으로 해석하는 견해는, 김성돈, 앞의 글, 저스티스 통권 제75호, 한국법학원, 2003, 111쪽; 이용식, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 서강법학, 제3권, 240쪽.

위법행위로 현실화되지 않도록 예방조치를 취하여 실제로 위법행위를 없게 할 수 있는 경우임에도 그렇게 하지 않아 위법행위를 한 경우에는, 심신장애야기행위를 범죄로서 처벌한다고 해도 일반적인 행위자유권이나 행복추구권의 본질적인 내용까지도 침해하는 정도는 아니다. 왜냐하면 그것은 역으로 말하면 심신장애야기행위에 그치고 위법행위까지 나아가지 않은 때에는 범죄로서 처벌하지 않는다는 것이므로 야기한 심신장애하에서 위법행위를 하지 않는다는 조건아래 심신장애야기행위를 허용하는 것이 되어 일반적인 행위자유권이나 행복추구권이 전면적으로 완전히 제한되는 것이 아니기 때문이다. 그뿐만 아니라 심신장애야기행위가 있더라도 예방조치를 취하여 위법행위까지 나아지 않을 수 있음에도 그렇게 하지 않아서 위법행위를 한 경우를 처벌하지 않는다면, 충분한 법익보호의 필요성에 상응하는 처벌이 미흡하여 비례성원칙에도 어긋난다. 따라서 심신장애야기행위를 원칙적으로 허용하여 범죄로서 처벌하지 않되, 다만 심신장애야기행위를 넘어 위법행위까지 나아간 때에 한하여 범죄로서 처벌하는 것은 일반적인 행위자유권이나 행복추구권의 본질적인 내용을 침해하는 정도가 아님은 물론 법익보호의 필요성에도 상응하는 비례적인 제한이 된다. 이처럼 형법이 비례성원칙을 충족시키면서 충분한 법익보호의 규범목적 달성할 수 있으려면 심신장애야기행위를 그 심신장애 아래에서 범한 위법행위가 있을 때에만 범죄로 처벌해야 한다.

그렇다면 위법행위의 존재는 심신장애야기행위가 책임영역에서 처벌될 수 있기 위해 필요한 조건인가?

심신장애야기행위를 처벌하기 위해 필요한 위법행위의 존재는 심신장애야기행위가 책임영역에서 처벌될 수 있기 위해 필요한 조건이 아니다. 왜냐하면 심신장애야기행위는 심신장애 아래에서의 위법행위가 존재하지 않더라도 책임영역에서 책임이 성립할 수 있기 때문이다. 그러므로 심신장애 아래에서의 위법행위의 존재는 심신장애야기행위의 책임을 성립시키는 요소가 아니라, 책임영역의 밖에 자리잡는 것으로서 심신장애야기행위를 처벌하기 위해 추가로 필요한 조건이라는 점에서 종래 말하는 ‘처벌조건’이 된다.

이와 같이, 자의로 야기한 심신장애 아래에서 범한 위법행위는 제10조 3항에 의해 제10조 1항과 2항이 적용되지 않으므로 책임영역에서 무책임 또는 한정책임의 행위가 되지 않지만, 심신장애야기행위를 범죄로서 처벌하기 위해 책임영역 밖에서 필수적으로 고려되는 조건이다.

III. 보완적 입법론

제10조 1항과 2항을 동시존재원칙에 따라 엄격히 적용하면 ‘심신장애를 자의로 야기하여 그 심신장애의 상태에서 위법한 행위를 하는 그러한 경우’에도 심신장애가 고려되어 법익보호의 공백이나 미흡이 생길 수 있으므로, 현행형법은 그와 같은 경우로부터 법익을 충분히 보호하기 위해 제10조 3항을 두고 있다.

제10조 3항은 위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 위법한 행위에는 제10조 1항과 2항을 적용하지 않도록 규정하고 있다. 이렇게 제10조 3항이 ‘자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 위법한 행위’에 대해 제10조 1항과 2항의 적용을 배제하는 것은, ‘위법한 행위’가 심신장애의 상태에서 범하여진 것이지만 ‘자의로 야기한 심신장애’만큼은 그 ‘위법한 행위’에 대해 동시존재원칙에 따라 책임여하를 따지는 데 고려하지 말라는 뜻일 뿐이지, ‘심신장애를 자의로 야기하여 그 심신장애의 상태에서 위법한 행위를 하는 경우’를 범죄로 처벌함에 있어서 책임영역 이외의 곳에서 (그 어떤 요소로서도) ‘위법한 행위’를 전혀 고려하지 말라는 뜻은 아니다. 이렇게 현행형법은 위와 같은 경우를 범죄로 처벌함에 있어서 책임단계가 아닌 곳에서 ‘위법한 행위’를 고려할 수 있는 길을 열어 놓고 있기는 하나, ‘위법한 행위’를 적극적으로 범죄로 처벌하기 위한 어떤 단계에서 그 어떠한 요소로서 고려할 것인지에 대해서는 전혀 명백히 규정하고 있지 않다. 이 점은 현행형법에 있어서 입법미비이다. 왜냐하면, 범죄로 처벌함에 있어서 책임영역 이외의 곳에서 ‘위법한 행위’를 고려할 수 있는 길이 열려 있다고 해서, 제10조 3항이 ‘위법한 행위’를 예컨대 ‘처벌조건’으로 규정하고 있다고 해석하는 것은 법글이 뜻할 수 있

는 범위 밖에 있는 확대해석으로서 허용되지 않기 때문이다.

그뿐만 아니라, ‘심신장애를 자의로 야기하여 그 심신장애의 상태에서 위법한 행위를 하는 경우’를 범죄로 처벌함에 있어서, 범죄로서 처벌할 행위를 ‘심신장애를 자의로 야기하는 행위’로 삼아 구성요건단계에서 독립된 범죄의 구성요건행위로 규정하고 있지 않음은 물론, 나아가 책임단계에서 그 행위에 대한 책임을 어떻게 할 것인지를 명백히 규정하고 있지도 않다. 이 점도 현행형법에 있어서 입법미비이다. 왜냐면, 제10조 3항은 책임규정인 제10조 1항과 2항의 적용을 직접 배제하는 규정이므로, 그것이 ‘심신장애를 자의로 야기하는 행위’를 직접 독립된 범죄의 구성요건행위로 규정하고 있는 그러한 구성요건규정이라고 해석할 수 없기 때문이다. 이처럼, 현행형법은 ‘심신장애를 자의로 야기하여 그 심신장애의 상태에서 위법한 행위를 하는 경우’로부터 동시존재원칙을 지키면서 법익을 충분히 보호하는 규정을 제대로 마련하지 못하고 있다. 그러므로 이러한 입법미비를 동시존재원칙을 지키면서 보완할 입법이 필요하고, 이러한 필요에 따라 이제부터 보완적인 입법론을 찾아 제시해 보기로 한다.

1. 독립된 심신장애야기죄의 구성요건 신설

(1) 심신장애야기행위를 구성요건행위로 규정

심신장애를 자의로 야기하여 그 심신장애의 상태에서 위법한 행위를 하는 경우에, 충분한 법익보호라는 형법의 규범목적은 달성하려면 책임단계에서 책임을 인정하여 범죄로서 처벌할 수 있어야 한다. 책임단계에서 엄격하게 동시존재원칙에 따라 심신장애를 고려하여 볼 때, ‘자의로 야기한 심신장애 아래에서 범한 위법행위’는 (완전)책임을 인정할 수 없고, 오직 ‘심신장애를 자의로 야기하는 행위’만 책임을 인정할 수 있다. ‘심신장애를 자의로 야기하는 행위’는 그 야기행위를 할 때에 심신장애가 있는지에 따라 무책임 또는 한정책임이 성립할 수 있음은 물론, 심신장애가 없으면 완전책임을 얼마든지 성립할 수 있기 때문이다. 그러므로 ‘심신장애를 자의로 야기하는 행위’를 책임단계에서 책임판단의 대상으로 삼아

책임이 있는지를 따져 범죄로 처벌할 수가 있다. 그런데 책임단계에서 책임판단의 대상이 될 수 있는 행위는 이미 구성요건단계와 위법성단계에서 구성요건에 해당하는 위법한 행위임을 전제로 한다. 그러므로 ‘심신장애를 자의로 야기하는 행위’가 책임단계에서 책임이 있어서 범죄로 성립할 수 있는 것이 되려면, 구성요건단계와 위법성단계에서 이미 구성요건에 해당하는 위법한 행위이어야 한다. 따라서 ‘심신장애를 자의로 야기하는 행위’에 대해 책임이 성립하여 그 행위가 범죄로서 처벌될 수 있으려면, 그 행위를 구성요건행위로 규정하고 있는 형법규정이 있어야 한다. 그러나 제10조 3항은 ‘심신장애를 자의로 야기하는 행위’를 어디까지나 제10조 1항과 2항이 적용될 책임판단의 대상에서 배제시키지 않음으로써 그 행위가 구성요건에 해당하는 위법한 행위임을 묵시적으로 전제하고 있을 뿐, 그 행위를 구성요건행위로 적극적으로 명시하여 규정하고 있는 형법규정이 아니다. 그러므로 제1조가 요구하는 법정성에 맞게 심신장애를 자의로 야기하는 행위만을 구성요건행위로 규정하여 처벌하는 내용의 규정, 즉 심신장애야기죄의 불법구성요건규정을 새로이 독립적으로 두는 것이 입법론상 바람직하다. 이러한 입법이 있게 되면, ‘자의로 야기한 심신장애 아래에서 범한 위법행위’를 책임판단의 대상으로 삼지 않더라도 ‘심신장애를 자의로 야기하는 행위’만을 책임판단의 대상으로 삼아 얼마든지 동시존재원칙에 맞게 범죄로서 처벌할 수 있다. 그러한 입법만으로 ‘자의로 심신장애를 야기하여 그 심신장애의 상태에서 위법한 행위를 하는 경우’에 심신장애야기행위에 대해 충분히 책임을 인정하여 범죄로서 처벌할 수 있으므로, ‘자의로 야기한 심신장애 아래에서 범한 위법행위’에 동시존재원칙에 어긋나면서까지 제10조 1항과 2항의 적용을 배제하는 그러한 제10조 3항을 특별히 둘 필요가 없다.

(2) 심신장애야기죄의 고의범과 과실범 처벌규정

될 수 있는 대로 법익을 충분히 보호해야 하는 형법의 규범목적에 제대로 달성하기 위해서는 심신장애를 ‘고의로’ 야기하는 경우뿐만 아니라 ‘과실로’ 야기하는 경우도 처벌할 필요가 있다. 그러므로 심신장애야기죄

의 고의범뿐만 아니라 과실범도 처벌하는 규정을 신설하는 것이 입법론상 요구된다.

(3) 위험발생의 불예건을 추가하는 규정

그뿐만 아니라, 형법의 규범목적은 충분히 달성하기 위해서는 위험발생을 ‘예견하면서’ 심신장애를 ‘고의로’ 야기하여 그 아래에서 범하는 위법행위는 물론 더 나아가 위험발생을 ‘예견하지 않은 상태에서’ 심신장애를 ‘고의로’ 또는 ‘과실로’ 야기하여 그 아래에서 범하는 위법행위도 처벌할 필요가 있다. 그러므로 ‘위험발생을 예견하고’ 심신장애를 야기하는 경우뿐만 아니라, ‘위험발생을 예견하지 않고’ 심신장애를 야기하는 경우로부터도 법익을 보호하기 위해 ‘위험발생의 불예건’을 ‘위험발생의 예견’과 마찬가지로 심신장애야기죄의 불법구성요건요소로 규정하는 것이 또한 입법론상 요구된다.

(4) 심신장애야기죄의 처벌조건

더 나아가, 심신장애야기행위를 구성요건행위로 처벌하는 심신장애야기죄에 있어서 비록 ‘자의로 야기된 심신장애의 상태에서 한 위법한 행위’는 구성요건행위로써 물론 책임판단의 대상으로도 고려되지 않지만, 엄연히 현실로 존재하는 그 행위를 심신장애야기죄에 있어서 전혀 고려하지 않고 곧바로 처벌한다면 지나친 처벌로서 비례성원칙에 어긋난다. 그러므로 비례성원칙을 고려하여 책임단계에서 고려하지 않은 ‘심신장애의 상태에서 한 위법행위’를 심신장애야기죄의 처벌조건으로 규정하는 것이 요구된다. 이러한 처벌조건은 심신장애야기의 고의범뿐만 아니라, 심신장애야기의 과실범에도 두어야 함은 물론이다.

심신장애야기죄의 처벌조건은 ‘자의로 야기된 심신장애의 상태에서 범한 행위’의 존재이고, 이 행위는 구성요건에 해당하고 위법하면 충분하고, 책임까지 있어야 하는 그러한 행위가 아니다. 그러므로 처벌조건으로 요구되는 그 위법행위는 책임단계에까지 나아가서 동시존재원칙을 고려하여 심신장애가 있는지에 따라 그에 대한 책임이 어떻게 되는지를 전혀

따질 필요가 없는 그러한 행위이다. 따라서 동시존재원칙을 고려할 필요가 없는 그러한 위법행위를 처벌조건으로 하는 심신장애야기죄는 동시존재원칙에 전혀 어긋나지 않는다.

그리고 심신장애야기죄가 성립하는 데 필요한 책임은 ‘심신장애를 자의로 야기하는 행위’에 대해 성립하는 책임이다. ‘심신장애를 자의로 야기하는 행위’는 동시존재원칙에 따라 그 행위를 할 때에 심신장애가 없으면 책임단계에서 그에 대해 완전책임이 성립하고, 심신장애가 있으면 무책임 또는 한정책임이 성립할 수 있다. 그러므로 심신장애야기죄에 있어서 심신장애야기행위에 대한 책임은 책임단계에서 동시존재원칙에 맞게 그 성립여부가 결정되는 그러한 책임이다.

(5) 심신장애야기죄의 법정형

끝으로, 심신장애야기죄가 ‘심신장애의 상태에서 위법한 행위를 한 때’를 처벌조건으로 하는 한, 실제로 범한 그 위법행위를 고려할 때 심신장애야기죄에 대한 법효과로서 뒤따르는 형량을 어느 정도로 법정할 것인지, 즉 야기한 심신장애아래에서 범한 범죄의 법정형 보다 가감한 형량으로 할 것인지, 똑같은 정도의 형량으로 할 것인지가 문제된다.

심신장애야기죄는 예견 또는 불예견을 그 주관적 불법구성요건요소로 하고, 그 예견/불예견의 대상은 심신장애 아래에서 구성요건해당의 행위를 할 위협의 발생이다. 그리고 심신장애야기죄는 심신장애아래에서 범한 위법한 행위가 실제로 존재함을 그 처벌조건으로 하고 있다. 그와 같은 2가지 점을 고려할 때, 야기한 심신장애아래에서 범한 그 범죄의 법정형을 기초로 하여 그것과 똑같은 형량을 심신장애야기죄의 법정형으로 하는 것이, 합리적인 형량의 법정으로서 비례성원칙에 부합한다고 볼 수 있다.

나아가, 그러한 기초아래 심신장애야기죄의 불법구성요건요소의 유형에 상응하여 비례성원칙에 맞게 다음과 같이 세부적으로 다시 형량을 법정하는 것이 요구된다.

우선, 비례성원칙을 고려할 때 심신장애야기죄의 구성요건고의와 구성요건과실 각각에 상응하여 형량을 유형적으로 차별화할 필요가 있다. 즉,

심신장애야기죄의 과실범에 대한 법정형은 심신장애야기죄의 고의범에 대한 법정형을 감경한 형으로 하는 것이 요구된다.

다음으로, 비례성원칙을 고려할 때 ‘위험발생의 예견’과 ‘위험발생의 불예견’ 각각에 상응하여 형량을 유형적으로 차별화할 필요가 있으므로, ‘위험발생의 불예견’이 존재하는 경우에는 그 법정형을 ‘위험발생의 예견’이 존재하는 경우보다 법정형을 감경한 형으로 하는 것이 요구된다.

2. 제10조 3항을 대체하는 입법안

위에서 제시한 것처럼, ‘심신장애를 자의로 야기하여 그 심신장애의 상태에서 위법한 행위를 하는 경우’로부터 동시존재원칙을 지키면서 법익을 충분히 보호할 수 있는 방법이 되는 입법론은, 책임단계에서 동시존재원칙에 따라 책임을 따질 대상인 ‘심신장애야기행위’를 구성요건단계에서 독립된 범죄의 구성요건행위로 규정하고, ‘자의로 야기된 심신장애아래에서의 위법한 행위’를 ‘심신장애야기죄’의 처벌조건으로 규정하는 것이다. 이처럼, 동시존재원칙을 지키면서 법익을 충분히 보호할 수 있는 방법이 있는 데에도 동시존재원칙에 어긋나는 제10조 3항을 두는 것은 잘못이다. 그러므로 제10조 3항을 폐지하는 것이 입법론상 요구된다.

이러한 입법론에 따라 제10조 3항을 삭제하고, 구성요건에 해당하고 위법하면서 책임이 있어서 범죄로 성립할 수 있는 그러한 행위를 ‘심신장애야기행위’로 삼아 이 행위를 구성요건단계에서 구성요건행위로 규정하면서 ‘자의로 야기된 심신장애의 상태에서 범한 위법한 행위’가 존재함을 조건으로 하여 처벌하는 그러한 심신장애야기죄의 불법구성요건, 처벌조건 및 법정형을 모두 정하는 독립된 신설규정은 아래와 같다.

제10조 ③ : 삭제

제10조의 2(심신장애야기의 고의범) ① 자신이 야기할 심신장애의 상태에서 범죄의 구성요건행위를 할 위험의 발생을 예견하고 자의에 따라 (고의로) 심신장애를 야기한 자는 그 심신장애의 상태에서 위법한 행위를 한 때에 이 위법행위를 심신장애가 없는 상태에서 할 경우에 성립하는

범죄에 정한 형으로 처벌한다.

② 자신이 야기할 심신장애의 상태에서 범죄의 구성요건행위를 할 위험의 발생을 예견하지 않고 자의에 따라 (고의로) 심신장애를 야기한 자는 그 심신장애의 상태에서 위법한 행위를 한 때에 전항의 형을 감경하여 처벌한다.

제10조의 3(심신장애야기의 과실범) 자신이 야기할 심신장애의 상태에서 범죄의 구성요건행위를 할 위험의 발생을 예견하지 않고 자의에 따라 과실로 심신장애를 야기한 자는 그 심신장애의 상태에서 위법한 행위를 한 때에 전조 제2항의 형을 다시 감경하여 처벌한다.

IV. 맺음말

‘자의로 심신장애를 야기하고 그 심신장애 아래에서 보호법익을 위해하는 그러한 행위’로부터 법익을 충분히 보호하기 위해서는 그러한 행위를 범죄로 규정하여 처벌할 필요가 있다. 그러한 행위 모두를 기초로 하여 가별적인 범죄를 구성해야 하지만, 그러한 행위에 있어서 범죄로 되기 위해 필요한 책임까지도 갖추어야 할 행위는 동시존재원칙을 고려하여 ‘자의로 심신장애를 야기하는 행위’이고, ‘자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 위법행위’가 아니다. ‘자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 위법행위’는 (‘자의로 심신장애를 야기하는 행위’를 기초로 하는) 가별적인 범죄의 구성을 위해 고려하되 그 범죄의 처벌조건으로서 구성요건에 해당하고 위법한 행위이기만 하면 충분하다. 그러므로 책임이 있어서 범죄가 되는지를 따져야 할 대상은 ‘자의로 심신장애를 야기하는 행위’이고, ‘자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 위법행위’는 그 대상에서 제외된다.

이러한 요구에 맞게 현행형법은 제10조 3항에서 ‘위험발생을 예견하고 자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 행위’에 대해서만 제10조 1항과 2항의 적용을 배제하고, ‘위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 행위’에 대해서는 제10조 1항과 2항의 적용을 배제하지 않고 있다. 그러므로 현행형법상 ‘위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 행위’

는 그 행위를 할 때에 심신장애가 있으면 제10조 1항과 2항이 적용될 수 있다. 이는, 곧 현행형법상 ‘위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 행위’가 그 행위를 할 때에 심신장애가 있는지에 따라 책임이 성립하는지가 결정되어 얼마든지 범죄로 성립될 수 있음을 말해 준다. 따라서 제10조 3항은 ‘위험발생을 예견하고 자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 행위’를 (심신장애와 관련한) 책임판단의 대상에서 명시적으로 제외시키고, ‘위험발생을 예견하고 자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 행위’를 책임판단의 대상으로 묵시적으로 인정하는 규정으로 해석된다. 그렇지만, 제10조 3항은 ‘위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 행위’가 책임까지도 갖추어 독자적인 범죄로서 처벌되는 그러한 행위임을 명시적으로 규정하고 있지 않을 뿐만 아니라, ‘위험발생을 예견하고 자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 위법행위’가 처벌조건임을 명시적으로 규정하고 있지도 않다. 그렇기 때문에, 종래의 견해는 책임이 성립하여 범죄가 될 대상행위를 기본적으로 ‘위험발생을 예견하고 자의로 야기한 심신장애의 상태에서 범한 위법행위’로 보고, 그 책임의 원천적 근거를 여하튼 선행하는 심신장애의 야기행위와 관련시켜 찾는다.

이미 설명했듯이, 현행형법이 제10조 3항에서 ‘심신장애의 야기행위’를 구성요건단계에서 이미 구성요건에 해당하는 것으로 전제하면서 동시에 책임단계에서 ‘책임판단의 대상’으로 묵시적으로 인정하는 것으로 해석된다. 그러므로 구성요건에 해당하고 위법한 심신장애의 야기행위를 대상으로 하여 성립하는 책임을 근거로 범죄성립을 인정하여 얼마든지 동시존재원칙에 맞게 처벌할 수 있다. 그렇게 할 수 있는 데에도, 종래의 견해들이 ‘심신장애의 야기행위’에 대한 책임을 직접적인 근거로 삼지 않고, 동시존재원칙에 어긋나면서까지 ‘자의로 야기한 심신장애 아래에서 범한 위법행위’에 대한 책임을 직접적인 근거로 삼아 범죄로서 처벌하는 것은 법리상의 무리이다.

‘위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 행위’가 범죄로서 성립하려면 구성요건에 해당하고 위법하면서 책임이 있어야 한다. 그러므로 ‘자의로 심신장애를 야기하는 행위’를 할 때에 비자의적인 심신상실이 있

으면 제10조 1항이 적용되어 책임이 성립하지 못해 범죄가 되지 않고, 비
자의적인 심신미약이 있으면 제10조 2항이 적용되어 한정책임이 성립하여
범죄가 성립한다. 만일, 그 때에 심신장애가 없으면 제10조 1항과 2항이
적용되지 않아서 그 반대해석상 완전책임이 성립하여 범죄가 성립한다.

참 고 문 헌

〈저서〉

- 박상기, 형법총론 제8판, 2009,
김일수/서보학, 형법총론 제11판, 2006,
배종대, 형법총론 제8전정판, 2005,

〈논문〉

- 권오걸, “형법 제10조 3항의 해석론과 발전적 입법론”, 형사법연구 제22호 특집호, 한국형사법학회, 2004.
김성돈, “범죄체계론적 관점에서 본 원인에 있어서 자유로운 행위”, 저스티스 통권 제75호, 한국법학원, 2003.
김성룡, “현행 형법 체계에 기초한 제10조 제3항에 대한 해석론의 대상과 쟁점”, 비교형사법연구 제11권 제1호, 한국비교형사법학회.
조상제, “과실의 원인에 있어서 자유로운 행위”, 형사판례연구, 1996.
임상규, “원인에 있어서 자유로운 행위의 처벌맥락”, 형사법연구 제21권 제3호, 한국형사법학회, 2009.
한정환, “형법 제10조 제3항과 ‘원인에 있어서 자유로운 행위’”, 형사법연구 제25호, 한국형사법학회, 2006.
이용식, “원인에 있어서 자유로운 행위”, 서강법학, 제3권.

<국문초록>

‘자의로 심신장애를 야기하고 그 심신장애 아래에서 한 위법한 행위’에 있어서 동시존재원칙에 맞게 책임까지도 갖추어 범죄로 되어야 할 행위는 ‘자의로 심신장애를 야기하는 행위’이다. 그러므로 범죄로 되기 위해 필요한 책임은 ‘자의로 심신장애를 야기하는 행위’에 대해 성립하는 책임이 그 근거가 된다. ‘자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 행위’는 책임이 성립할 대상으로서가 아니라, 처벌조건으로서 고려해야 동시존재원칙에 어긋나지 않는다.

그렇지만, 제10조 3항은 ‘위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 행위’가 책임까지도 갖추어 독자적인 범죄로서 처벌되는 그러한 행위임을 명시적으로 규정하고 있지 않을 뿐만 아니라, ‘위험발생을 예견하고 자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 위법행위’가 처벌조건임을 명시적으로 규정하고 있지도 않다. 그렇기 때문에, ‘심신장애의 야기행위’와 ‘자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 위법행위’ 가운데 어느 것이 책임까지도 갖추어 독자적인 범죄로서 처벌되는 그러한 행위인지를 해석론을 통해 정확히 파악하기 어렵다. 그러므로 책임단계에서 동시존재원칙에 따라 책임을 따질 대상인 ‘심신장애야기행위’를 구성요건단계에서 독립된 심신장애야기죄의 구성요건행위로 규정하고, 동시존재원칙이 고려될 필요가 없는 ‘자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 위법행위’를 그 범죄의 처벌조건으로 새로이 규정하는 것이 입법론상 요구된다.

‘위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 행위’가 범죄로서 성립하려면 구성요건에 해당하고 위법하면서 책임이 있어야 한다. 그러므로 ‘자의로 심신장애를 야기하는 행위’를 할 때에 비자의적인 심신상실이 있으면 제10조 1항이 적용되어 책임이 성립하지 못해 범죄가 되지 않고, 비자의적인 심신미약이 있으면 제10조 2항이 적용되어 한정책임이 성립하여 범죄가 성립한다. 만일, 그 때에 심신장애가 없으면 제10조 1항과 2항이 적용되지 않아서 그 반대해석상 완전책임이 성립하여 범죄가 성립한다.

현행형법은 제10조 3항에서 ‘자의로 심신장애를 야기한 행위’는 빼고

‘자의로 야기한 심신장애의 상태에서 한 행위’에 대해서만 제10조 1항과 2항의 적용을 배제하게끔 소극적으로 규정함으로써 ‘위험발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 행위’에 대해 독립적인 책임이 성립하여 범죄가 성립할 수 있는 법리적 가능성을 마련해 놓고 있다.

주제어 : 형법 제10조 제3항, 심신장애를 자의로 야기하는 행위, 자의로 야기된 심신장애의 상태에서 범한 행위, 책임능력과 행위의 동시존재원칙, 처벌 조건.

Die Auslegungen des § 10 III sowie der gesetzgeberische Vorschlag für dessen Verbesserungen

Rim, Kwang-Joo*

Wenn der Täter seinen Defektzustand freiwillig herbeigeführt hat und zu diesem Zeitpunkt auf die Verwirklichung eines Tatbestandes vorausgesehen hat, ist in Hinblick auf das Prinzip der Gleichzeitigkeit zwischen der Schudfähigkeit und der Tatbegehung nur die den Defektzustand freiwillig herbeiführende Handlung zum Delikt zu werden. Die Schuld, die dafür erforderlich ist, daß die den Defektzustand freiwillig herbeiführende Handlung zum Delikt zu werden, basiert daher auf eben die Schuld, die zum Gegenstand der den Defektzustand herbeiführenden Handlung begründet wird.

Die rechtswidrige Tat, die im freiwillig herbeigeführten Defektzustand begangenen ist, kann in Hinblick auf das Prinzip der Gleichzeitigkeit zwischen der Schudfähigkeit und der Tatbegehung bloß als die Bedingungen der Stafbarkeit fungieren, nicht aber die Merkmale für die Begründung der Stafbarkeit.

§ 10 III schreibt negativ vor, daß die Anwendung der § 10 I und II für die rechtswidrige Tat ausgeschlossen wird, diejenige im freiwillig herbeigeführten Defektzustand begangenen ist. Die Möglichkeit ist daher dafür geöffnet, daß die den Defektzustand freiwillig herbeiführende Handlung zum Delikt zu werden ist.

Key Words : Die Auslegungen des § 10 III, Das Prinzip der Gleichzeitigkeit zwischen der Schudfähigkeit und der Tatbegehung,
Die den Defektzustand freiwillig herbeiführende Handlung,
Die im freiwillig herbeigeführten Defektzustand begangene rechtswidrige Tat. Die Bedingungen der Stafbarkeit

* Professor, School of Law in Hanyang University. PhD. in Law.