

주관적 정당화요소의 내용과 적용범위

김 준 성*

< 목 차 >

- I. 문제의 제기
- II. 주관적 정당화요소의 필요성 여부
- III. 주관적 정당화요소의 구조체계와 내용
- IV. 주관적 정당화요소의 적용범위
- V. 결론

I. 문제의 제기

현재까지 형법학계에서 강학(講學)상 치열하게 논의되고 있는 주관적 정당화요소는 고의 등의 주관적 불법요소와 대비하여 사용되는 개념이다.¹⁾ 이처럼 주관적 정당화요소에 대한 논의가 끊임없이 치열하게 제기되는 이유는 적어도 범죄체계상 위법성의 본질과 관련하여 구성요건적 행위를 통하여 존재하게 된 행위자의 고의를 조각시키는 성격과 기능을 수행하는 것으로 추정되기 때문이다.²⁾

단언컨대 주관적 정당화요소는 형법의 영역에서 침례하게 대립하는 무수한 착오의 형태 가운데에서 가장 치열하게 논쟁이 촉발되는 소재로서 화룡점정에

* 동국대학교 WISE캠퍼스 행정·경찰공공학부 특임교수, 법학박사.

- 1) 성낙현, “주관적 정당화요소의 성격과 기능”, 『형사법연구』 제14호, 한국형사법학회, 2000, 161면 이하.
- 2) 송시섭, “‘주관적 정당화요소’를 통해본 범죄체계론”, 『강원법학』 제62권, 강원대학교 비교법학연구소, 2021.2., 495면 이하; 이진권, “주관적 정당화요소와 위법성의 본질에 관한 고찰”, 『법학연구』 제39집, 한국법학회, 2010.8., 247면 이하; 홍영기, “불법평가에서 주관적 정당화요소의 의의”, 『형사법연구』 제27권 제4호, 한국형사법학회, 2015.12., 25면 이하.

해당한다고 할 수 있다. 그 이유는 각 학설에 의하던, 형사실무에 의하던 고의를 상쇄하는 주관적 정당화요소의 존부(存否)에 따른 행위자에 대한 법적 효과에 대하여 지금까지 명확한 해결방안을 제시하지 못하고 있기 때문이다.

예컨대 오상방위 등의 형태로 파악되는 허용구성요건착오³⁾와 이와 반대되는 우연방위 등의 형태로 논의되는 반전된 허용구성요건착오⁴⁾의 법적 효과에 대하여 양자 간에 일맥상통하는 논리적이고 설득력이 있는 해결방안을 제시하지 못하고 있다. 그래서 형법학계에서는 정당방위 상황과 관련하여 주관적 정당화요소의 성격과 기능에 대하여 끊임없이 논의가 제기될 수밖에 없는 상황이며, AI시대를 맞이하여 형사실무⁵⁾에서도 그에 상응하는 정도의 충분한 논쟁의 가치가 존재한다고 할 수 있다.

이에 따라 본 연구의 목적은 형법학계와 형사실무에 일조하고자 고의를 뒤집은 형태에 해당하는 주관적 정당화요소의 성격과 기능에 대하여 면밀하게 추론하여 법적 효과를 논증하고자 한다. 만일 주관적 정당화요소의 성격과 기능을 추론하여 논증할 수 있다면 주관적 정당화요소의 존부에 따른 행위자에 대한 법적 효과에 대하여 논리적이고 설득력 있는 해결방안의 제시가 가능할 것이다.

이러한 측면에서 본 연구에서는 고의에 대응하는 주관적 정당화요소의 성격과 기능을 파악하고자 우선적으로 주관적 정당화요소의 필요성 여부에 대하여 체계적으로 검토한 후, 필요설의 입장에 따라 주관적 정당화요소의 개념과 내용을 구체적으로 파악하고자 한다. 이를 바탕으로 하여 주관적 정당화요소의 성격과 기능을 파악한 후, 주관적 정당화요소의 적용범위를 확정하고자 이에 상응하는 주관적 정당화요소의 존부에 따른 법적 효과의 기준을 명확하게 제시하고자 한다.

3) 김준성, “허용구성요건착오에 관한 입법론의 제안”, 『고려법학』 제72호, 고려대학교 법학연구원, 2014.3., 253면 이하; 성낙현, “허용구성요건착오”, 『영남법학』 제6권 제1호, 영남대학교 법학연구소, 2000, 117면 이하.

4) 김준성, “형사실무에서 반전된 허용구성요건착오의 적용문제”, 『강원법학』 제51권, 강원대학교 비교법학연구소, 2017.6., 525면 이하.

5) 김정환, “적법한 공무집행에 대해 오인한 저항행위에 있어서 오상방위 적용의 전제로서 정당방위상황의 판단기준”, 『인권과 정의』 통권 제500호, 대한변호사협회, 2021.9., 6면 이하.

II. 주관적 정당화요소의 필요성 여부

범죄체계상 구성요건적 행위는 위법성이 추정되며, 위법성이 추정된 구성요건적 행위는 위법성조각사유의 부존재로 인하여 불법으로 확정된다.⁶⁾ 하지만 위법성의 단계에서 구성요건적 행위를 실행한 행위자에게 위법성이 조각될 수 있는 정당화상황이 존재하게 되면 불법은 상쇄되어 적법화(適法化)된다. 따라서 구성요건적 행위에 대한 위법성조각의 효과가 발생하기 위하여 구성요건적 행위를 실행한 행위자에게는 필요조건으로서 위법성조각사유를 갖추어야 한다.

주지하는 바와 같이 불법을 상쇄하는 위법성조각사유는 객관적 정당화상황과 주관적 정당화요소로 구성된다. 전자는 객관적으로 정당화상황에 대한 판단이 가능하지만, 후자는 구성요건적 행위를 실행한 행위자에 대한 주관적 심사대상에 해당하기 때문에 객관적으로 그 존부를 명확하게 판단하기가 어렵다. 그래서 이하에서는 고의에 대응하는 위법성조각사유의 주관적 요건으로서 주관적 정당화요소의 필요성 여부에 대하여 우선적으로 검토하고자 한다. 이는 주관적 정당화요소의 성격과 기능을 파악하는데 유용한 척도가 될 수 있기 때문이다.

1. 불요설

우선적으로 고의범에 대한 불법상쇄의 요건으로서 주관적 정당화요소가 불필요하다는 견해는 객관적·인과적 불법론의 입장에서 주관적 정당화요소의 필요성을 배척하고 있다. 이러한 불요설은 구성요건적 행위를 조각시키는 위법성조각사유의 요건으로서 객관적인 정당화상황이 존재한다면 객관적인 결과반가치에 의하여 위법성이 조각되기 때문에 주관적 정당화요소의 존부에 대하여 별도로 논할 가치가 없다는 것이다.⁷⁾ 불요설의 입장은 불법이 조각되기 위하여 객관적 측면만이 고려될 뿐이므로 객관적 정당화요소의 존재만으로 구성요건적 행위에 대한 위법성이 조각될 수 있다는 견해이다.⁸⁾ 불요설은 구성요건적 행위

6) 성낙현, 「형법총론」 제3판, 박영사, 2020, 215면.

7) Oehler는 고의와 과실은 책임의 요소로서 범죄에 대한 주관적 결의를 반영하는 것에 불과하므로 주관적 정당화요소가 불필요하다는 것이다. 이와 관련하여 자세한 내용은 김재봉, “주관적 정당화요소에 관한 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원, 1996, 56면 이하 참조.

8) 최근에 이원적·인적 불법론의 입장에서 주관적 정당화요소 불요설을 주장하는 견해로 김

의 객관적 측면만을 위법성평가의 대상으로 판단하고, 행위자의 주관적 측면에 대하여 위법성평가의 대상으로 파악하지 않는다.⁹⁾

불요설은 객관적 불법론 또는 결과반가치 일원론의 입장에서 행위의 위법성 내지 불법의 판단에 대하여 객관적 요소만을 판단의 대상으로 하고, 주관적 요소는 책임판단의 대상으로 고려하는 것이다. 따라서 주관적 정당화요소 불요설은 어떤 행위가 구성요건적 행위에 해당한다고 할지라도 위법성조각사유의 객관적 정당화상황이 존재한다면 결과반가치가 탈락되며, 종국적으로 위법성이 조각되어 정당화된다는 것이다. 즉 불요설은 구성요건적 행위에 대하여 행위자의 특정한 내면적 의사 혹은 의도에 대한 평가가 아닌 외부적인 행위의 결과에 한정하여 평가하여야 한다는 것이다.¹⁰⁾ 그래서 불요설은 결과반가치만으로 충분히 위법성이 조각된다는 입장이다. 즉 위법성의 조각에서 주관적 정당화요소는 실제로 아무런 역할과 기능을 수행하지 못하므로 불필요하다는 것이다.

이러한 불요설은 불법의 본질을 결과반가치만으로 파악하여 정당화문제에 대하여 순객관적으로 파악하는 견해이며, 불법의 핵심을 행위의 객관적 작용에 중점을 두고 형법의 평가규범적 기능을 강조한다.¹¹⁾

다시 말하자면, 행위자에게 정당방위가 성립하기 위해서는 객관적인 정당방위의 상황만으로 충분하기에 별도로 행위자에게 정당방위에 대한 인식과 의사 등의 주관적 정당화요소는 불필요하다는 입장이다. 예컨대 Spendel은 다음과 같은 사례¹²⁾를 통하여 불요설의 타당성을 주장하였다. 즉 아내 A는 음주벽이 있는 남편 B의 버릇을 고치고자 밤늦게 월담하는 도둑 C를 음주 후 귀가하는 남편 B로 착각하여 야구방망이를 휘둘러 상해의 결과를 발생케 한 경우를 제시하였다. 이 사례에서 Spendel은 A는 공격의사로서 C에게 상해의 결과를 발생케 하였지만 정당방위가 인정된다는 것이고, C는 A의 행위에 대하여 정당방위를 행사할 수 없다는 논리를 제시하였다.

그러나 이 사례에서 A는 방위의사가 결여된 채 공격의사로서 C에게 상해의

상오, “주관적 정당화요소 불요론”, 『법학연구』 제29권 제1호, 연세대학교 법학연구원, 2019.3., 78-81면 참조.

9) 차용석, 『형법총론강의』 전정판, 고시연구사, 1988, 430면, 596면.

10) Spendel, “Notwehr und ‘Verteidigungswille’ objektiver Zweck und subjektive Absicht”, FS-Oehler, S. 207.

11) 양화식, “주관적 정당화요소 소고”, 『법조』 제39권 제12호, 법조협회, 1990.12., 50면.

12) 이와 관련하여 자세한 내용은 성낙현, 앞의 ‘주관적 정당화요소의 성격과 기능’, 165면 참조.

결과를 발생케 하였기 때문에 우연한 기회에 객관적인 상황에 따라 정당방위를 한 것에 불과하다. 따라서 불요설의 입장은 논리적으로 타당하지 못하다. 오히려 주관적 정당화요소가 필요하다는 필요설의 입장을 취한다면 A의 행위는 정당화되지 못하고, C가 A의 행위에 대하여 정당방위를 행사할 수 있게 된다. 물론 이 사례에서 필요설에 의하면 A의 행위를 위법하다고 평가하더라도 절도범 C의 행위는 책임 있는 도발에 해당하기 때문에 A에 대한 정당방위가 제한될 수 있다. 따라서 주관적 정당화요소의 필요설이 훨씬 합리적인 결론을 도출하기 때문에 불요설은 논리적으로 설득력을 갖지 못한다. 오늘날 불법의 판단에서 구성요건적 행위에 대한 주관적인 요소를 결코 등한시할 수 없다. 그렇기에 불법의 평가에서 주관적 정당화요소가 불필요하다는 견해는 결과반가치에서 불법의 실질을 찾는 객관적 불법론의 입장으로서 더 이상 타당하다고 할 수 없다.

2. 필요설

앞에서 언급한 바와 같이 객관적 불법론은 주관적 불법요소의 발견에 의하여 더 이상 확고한 설득력을 유지하기가 어려워졌다. 특히 Welzel은 인적 불법개념을 주장하여 행위반가치를 강조하였고, 그 결과 행위반가치와 결과반가치의 문제가 본격적으로 논의되었다. 이로써 결과반가치에서 불법의 실질을 찾는 객관적 불법론의 효용성은 서서히 쇠퇴하게 되었다.¹³⁾

인적 불법론 내지 행위반가치론의 입장은 불법의 본질에 대하여 행위자의 인격에서 내용적으로 분리되어 야기된 결과만으로 불법이 성립되는 것이 아니라 특정한 행위자의 소행으로서 행위의 주관적 요소 그 자체가 주된 위법이라는 것이다.¹⁴⁾ 즉 불법의 판단은 객관적인 법익침해라는 결과반가치 뿐만 아니라 법익침해의 실현을 지향하는 주관적 의사 등의 행위반가치도 그 대상으로 판단해야 한다는 것이다. 따라서 이러한 인적 불법론 내지 행위반가치론의 입장은 위법성이 조각되기 위해서는 객관적 정당화상황의 존재로 결과반가치가 조각되는 것만으로 부족하고, 오히려 주관적 정당화요소의 존재가 필요하며 이로써 행위반가치도 함께 조각되어야 한다는 것이다. 즉 불법의 구성요소로서 주된

13) 정영일, “목적적 불법론 손고”, 『경희법학』 제34권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 1999, 157면.

14) 성낙현, “인적 불법론에서의 불법내용”, 『영남법학』 제31호, 영남대학교 법학연구소, 2010.10., 322면 참조.

것은 행위반가치이며, 결과반가치는 이에 부차적인 요소로 파악하였다.

그래서 인적 불법론을 주장한 Welzel은 주관적 정당화요소가 결여된 행위자의 행위에 대하여 비록 객관적 정당화상황이 존재한다고 하더라도 위법성이 조각될 수 없다고 하였다. 여기서 더 나아가 Welzel의 인적 불법론을 바탕으로 하는 Armin Kaufmann, Zielinski 등의 학자들은 일원적·주관적 인적 불법론을 주장하여 불법의 본질에 대하여 오로지 행위반가치만으로 구성된다고 하였다.¹⁵⁾ 즉 불법과 행위반가치를 동의어로 파악하였으며, 결과반가치는 불법개념에서 아무런 의미가 없으며 결과와 무관한 우연에 불과하다고 판단하였다. 그래서 결과반가치는 불법의 구성요소에서 제외하여 객관적 처벌조건으로 파악하였다.¹⁶⁾

그러나 일원적·주관적 인적 불법론은 불법의 본질에 있어서 행위반가치의 기능에 지나치게 몰입되어서 결과반가치의 필요성과 기능을 간과하였다. 즉 형법은 행위규범임과 동시에 평가규범에 해당하기 때문에 일정한 행위에 대한 반가치적이고 위법하다는 평가를 할 수 있다. 그래서 행위자가 형법에 금지된 행위를 하였다면 그 결과의 발생에 대한 형법적 가치를 충분히 적용해야 한다. 적어도 결과반가치가 행위자의 행위에 의하여 위험이 실현되었고, 그 위험이 행위반가치와 연결되어 있다면 그 결과는 결코 우연이라고 할 수 없다. 그리고 결과반가치는 개별범죄에 있어서 개개의 구성요건의 다양한 형량의 원칙적인 한계를 설정해주고, 구체적인 사례에서 형벌의 경중을 특정해 주는 역할을 수행한다. 따라서 불법의 본질을 파악함에 있어서 결과반가치의 기능을 간과한 일원적·주관적 인적 불법론은 타당하다고 할 수 없다.

이러한 논리에 따르면, 불법의 본질을 파악함에 있어서 행위반가치와 결과반가치를 함께 고려하는 것이 타당할 것이다. 즉 행위반가치와 결과반가치는 불법을 구성하는 동등한 요소로서 상호 병존하여 불법이 완성된다고 할 수 있다. 이러한 견해에 따르면 위법성이 조각되기 위하여 객관적 정당화상황에 의하여 결과반가치가 탈락되고, 주관적 정당화요소의 존재에 의하여 행위반가치가 상쇄된다고 할 수 있다. 상술한 견해는 현재 독일과 우리나라의 지배적인 견해이며, 이원적 인적불법론이라고 한다.¹⁷⁾ 이원적 인적 불법론은 행위반가치

15) Armin Kaufmann, "Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht", FS-Welzel, 1974, S. 395.

16) 성낙현, 앞의 '인적 불법론에서의 불법내용', 324면.

와 결과반가치가 모두 존재하는 경우에 불법이 성립하는 것과 같은 이치로 불법이 조각되기 위하여 행위반가치와 결과반가치가 함께 탈락되어야만 그 불법이 완전하게 소멸된다고 보는 견해이다. 따라서 불법의 구성요소로서 행위반가치는 주관적 정당화요소의 존재에 의하여 상쇄된다고 보는 것이 논리적으로 합당하며, 결론적으로 고의를 조각하기 위하여 주관적 정당화요소의 필요설이 타당하게 된다.

3. 판례의 입장

판례는 과실범과 달리 고의범에 대하여 주관적 정당화요소가 필요하다는 견해를 일찍부터 견지해왔다. 특히 독일의 경우는 1897년 제국재판소(RG)에서 정당방위의 요건으로서 방위외사의 필요성을 언급한 이후, 1919년 제국재판소(RG)의 판결¹⁷⁾을 통하여 주관적 정당화요소의 필요성이 명시되었다. 그리고 1952년 독일연방대법원(BGH)의 판결¹⁸⁾에서도 정당방위와 초법규적 긴급피난(의사가 임부의 경제적 궁핍한 상황을 동정하고, 숙고한 후 낙태시술을 하던 중에 임부를 사망케 한 사건)에서 주관적 정당화요소가 필요함을 명시하였다.

그리고 국내에서도 대법원판결에서 정당방위의 방위외사, 긴급피난의 피난의사를 언급하여 주관적 정당화요소의 필요성을 명시하고 있다. 예컨대 지속적으로 성폭행을 자행하던 의붓아버지를 살해한 사건²⁰⁾과 일명 10.26사태에서 대통령비서실장이 대통령께서 시해된 사실을 비밀에 부치고 계엄령선포를 건의한 사실에 대하여 군검찰은 내란중요임무중사미수죄로 기소하였고, 이에 대하여 여러 정황증거로써 긴급피난을 주장하는 피고인(사건당시의 대통령비서실장)에게 대법원²¹⁾은 “설사 현재의 위난이 존재하는 상태이었다고 가정하더라도 소위

17) 김재봉, 앞의 논문, 101면; 성낙현, 앞의 ‘주관적 정당화요소의 성격과 기능’, 168면; 신양균, “주관적 정당화요소에 대한 검토”, 『형사법학의 과제와 전망 : 계산 성시탁교수화갑기념논문집』, 한국사법행정학회, 1993.12., 220면; 양화식, 앞의 논문, 53면; 이인영, “주관적 정당화요소”, 『연세법학연구』 제12권 제4호, 연세대학교 법학연구소, 2002, 27면; 이진권, 앞의 논문, 251면.

18) RGSt 54, 196(사안의 내용은 산림감시원들이 밀렵꾼들을 추격하는 과정에서 상호간에 총격전이 발발하여 산림감시원 중 한 명이 부상한 사건이었다. 이 사건에 대하여 제국법원은 산림감시원은 추격권한은 있지만, 총기사용의 권한은 없다는 점을 근거로 하여 밀렵꾼들이 산림감시원들의 위법한 총기사용으로부터 자신을 보호하기 위하여 총기를 사용한 것이라는 점에서 이들에게 정당방위를 인정한 사건이다.).

19) BGHSt 2, 111(114).

20) 대법원 1992. 12. 22. 선고 92도2540 판결.

피난의사가 있었다고 인정할 수 없는 이상 이견 긴급피난의 성립을 인정할 수 없다.”라고 판시하여 일관되게 주관적 정당화요소의 필요설을 취하고 있다.

4. 소결론

앞에서 검토한 바와 같이 불법의 본질은 행위반가치와 결과반가치가 함께 고려되는 것이 타당하다. 즉 불법에 있어서 행위반가치와 결과반가치는 상호 동등한 요소이며, 양자가 병존하여 불법이 구성된다. 만일 이러한 논리에 따르면 이에 상응하여 행위반가치와 결과반가치를 조각하는 요소가 모두 존재하여야 불법은 합법적으로 조각되고, 불법행위는 적법화될 수 있다.

예컨대 행위자의 구성요건적 행위에 대하여 결과반가치를 조각하는 객관적 정당화상황과 행위반가치를 조각하는 주관적 정당화요소가 모두 갖추어져야만 완벽하게 위법성이 조각되어, 종국적으로 무죄가 성립될 수 있기 때문이다. 따라서 위법성조각사유의 요건으로서 과실범과 달리 적어도 고의범의 경우에는 행위자의 내면에 존재하는 주관적 요소로서 고의와 공통되는 성질을 가지고 있으면서도, 한편으로는 이에 따라 행위반가치의 핵심에 해당하는 고의의 유추를 통하여 파악되는 형태로서 고의와 대조되는 주관적 정당화요소가 위법성조각사유의 주관적 요소로서 전제되는 것이 논리적으로 타당하다. 결론적으로 말하자면, 결과반가치와 행위반가치가 완전하게 결합하여 불법이 완성되는 것처럼 이러한 불법이 상쇄되어 적법화되기 위해서는 양자에 각각 대응하여 양자의 성격과 기능에 부합하여 양자를 조각시킬 수 있는 결과가치와 행위가치의 적법화의 요소가 각각 전제되어야 한다. 이러한 양자의 전제는 구성요건적 행위에 대한 법적 효과의 측면에서도 합당하다고 할 것이다.

아울러 앞에서 언급한 바와 같이 고의범의 구조와 달리 과실범의 경우는 행위자의 내심과는 상관없이 결과를 발생시킨 부주의한 행위에 대한 사후적·규범적 판단에 따라 과실에 대한 불법의 존부가 결정된다. 즉 과실범의 경우는 객관적 예견가능성을 전제로 하는 객관적 주의의무위반이 행위반가치에 해당하며, 이로써 불법을 구성하는 요소에 해당한다. 과실범의 경우는 객관적 주의의무위반에 의하여 불법이 완성되기 때문에 객관적 정당화요소의 존재만으로 과

21) 대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 판결.

실의 불법을 상쇄할 수 있다. 그리고 과실범의 경우에 불법의 구조상 행위반가치(객관적 주의의무위반)의 속성과 주관적 정당화요소의 속성이 각각 객관적 속성과 주관적 속성에 해당하여 속성 자체가 상이(相異)하기 때문에 양자 간에 상호작용을 할 수도 없다.²²⁾ 그러므로 고의범과 달리 과실범의 경우는 불법의 구조상 주관적 요소가 불필요하므로 결론적으로 주관적 정당화요소가 불필요하며, 고의범의 경우에만 주관적 정당화요소가 필요할 뿐이다.

III. 주관적 정당화요소의 구조체계와 내용

1. 고의의 본질과 주관적 정당화요소의 구조체계

앞에서 검토한 바와 같이 주관적 정당화요소는 고의를 뒤집은 형태에 해당한다. 주관적 정당화요소는 고의와 공통되는 성질을 가지고 있지만, 적어도 고의와는 반대되는 성향이 내포된 요소이기 때문에 불법을 상쇄할 수 있는 적법화의 요소라고 할 수 있다. 즉 주관적 정당화요소는 고의에 대응하는 행위자의 내심에 존재하는 행위적 요소이며, 고의에 상응하는 정도의 요소로서 구성된다 고 추론할 수 있다. 이에 따르면 우선 고의의 개념과 구조체계를 파악하는 것이 합당하다고 할 것이다.

주관적 불법요소로서의 고의의 개념과 구조체계를 파악하는 것은 고의의 구성요소에 관한 문제이며, 궁극적으로 고의의 본질에 관한 문제라고 할 수 있다. 사실 강학상 고의의 본질에 관하여는 오랫동안 미필적 고의와 인식 있는 과실의 구분기준으로서 많은 견해가 제기되어 왔지만,²³⁾ 현재까지도 명확하게 고의의 개념과 구조체계를 단정하지 못하고 있다. 특히 형사실무에서 판례 또한 고의의 본질에 대하여 사안에 따라 인식설 내지 용인설을 취하는 이원적 태도를 견지하고 있다.²⁴⁾

22) 김준성, “AI시대에서 과실범의 형사책임에 관한 귀속문제”, 『법학연구』 제20권 제1호, 한국법학회, 2020.3., 111면 참조.

23) 김용욱, “미필적 고의와 과실의 구분에 관한 연구”, 『비교형사법연구』 제3권 제2호, 한국비교형사법학회, 2001.12., 91면 이하.

24) 성낙현, “살인죄에 있어서의 대법원의 고의개념”, 『비교형사법연구』 제4권 제1호, 한국비교형사법학회, 2002.7., 411-415면 참조.

주지하는 바와 같이 전통적으로 고의의 본질은 인식설, 의사설, 절충설 등의 견해가 대립되어 왔으며, 최근에는 신인식설(新認識說)²⁵⁾이 등장하여 고의개념으로서 새롭게 설득력을 얻고 있다. 이와 관련하여 인식설은 고의의 본질에 관하여 행위자의 의사가 아닌 인식에 있다는 견해이며, 결과발생 가능성에 대한 인식이 바로 고의의 본질이라고 파악하고 있다.²⁶⁾ 그러나 의사설은 행위자가 인식한다고 하더라도 의욕이 없으면 구성요건적 행위는 실행될 수 없다는 측면에서 의적 요소가 고의의 본질이 된다고 파악하고 있다.²⁷⁾ 의사설은 고의의 본질로서 인식적 요소와 의사적 요소를 모두 필요로 하는 것을 전제로 한다. 인식적 요소와 의사적 요소가 상호작용하여 강약에 의하여 양자가 통합체로 구성되며, 고의는 구성요건적 실현을 위한 의욕의 유무에 의하여 파악할 수 있다는 견해이다. 그러나 이러한 의사설의 견해와 달리 절충설은 고의의 구성요소에 대하여 양자의 어느 한 요소의 부당한 강조는 합당하지 않다고 주장하여 양자가 동일한 비중으로 구성되어야 한다는 견해이다.²⁸⁾

이러한 견해와 달리 신인식설(新認識說)은 고의의 주된 요소는 지적 요소이고, 의적 요소는 이에 자연스럽게 종속적으로 수반된다고 파악하는 견해이다.²⁹⁾ 이러한 신인식설은 고의의 구성요소로서 인식적 요소가 인정되면 의사적 요소도 이에 종속적으로 인정되기 때문에 미필적 고의와 인식 있는 과실을 명확하게 구분할 수 있게 된다.³⁰⁾

이러한 논의를 바탕으로 한다면 고의와 대비되는 주관적 정당화요소의 구조 체계도 충분히 추론할 수 있다. 즉 고의의 성질과 반대되는 성질을 내포하고

25) 성낙현, 앞의 책, 184면 이하; 성낙현, 앞의 ‘살인죄에 있어서의 대법원의 고의개념’, 411면; 김준성, 앞의 ‘형사실무에서 반전된 허용구성요건착오의 적용문제’, 541면; 김준성, 앞의 ‘AI 시대에서 과실범의 형사책임에 관한 귀속문제’, 111면.

26) 류부곤, “고의의 본질에 관한 소고”, 『형사법연구』 제24권 제3호, 한국형사법학회, 2012.9., 115면. 이와 관련하여 류부곤 교수는 고의의 본질에 대하여 가능성설의 입장에서 인식설을 견지하고 있다.

27) 조준현, 『형법총론』 4정판, 법원사, 2011, 308면.

28) 이영란, 『형법학 총론강의』 개정판, 형설출판사, 2010, 147-148면.

29) 성낙현, 앞의 책, 184면 이하. 성낙현, 앞의 ‘살인죄에 있어서의 대법원의 고의개념’, 411면; 김준성, 앞의 ‘형사실무에서 반전된 허용구성요건착오의 적용문제’, 541면; 김준성, 앞의 ‘AI 시대에서 과실범의 형사책임에 관한 귀속문제’, 111면.

30) 피고인은 자신의 행위가 모든 객관적 구성요건 사실을 인식한 것이기에 일반적으로 고의 행위가 인정되지만, 다만 특별한 사정에 의해 인식 있는 과실에 불과함을 적극적으로 반증함으로써 고의책임을 면할 수 있다. 이와 관련하여 김준성, “주관적 불법요소 - 고의와 주관적 정당화요소의 관계를 중심으로-”, 박사학위논문, 영남대학교 대학원, 2011.2., 79면 참조.

있는 주관적 정당화요소는 최소한 고의의 본질과 동등한 정도의 요소로서 구성되어야만 불법행위를 상쇄할 수 있기 때문이다. 따라서 고의의 본질을 신인식설에 따라 파악한다면 주관적 정당화요소의 구조체계도 주된 지적 요소와 이에 부수되어 종속된 의적 요소로써 구성된다고 할 수 있다. 따라서 주관적 정당화요소의 구조체계는 최소한 고의의 본질에 상응하는 정도의 동등한 요소로서 구성된다고 할 수 있다.

2. 주관적 정당화요소의 구체적 내용과 구성요소

앞서 검토한 바와 같이 고의범의 경우는 불법을 상쇄하기 위하여 주관적 정당화요소가 필요하다는 것에 특별한 이견(異見)이 없다. 그렇다면 고의에 상응하여 상호작용을 함으로써 불법을 상쇄하는 주관적 정당화요소의 내용은 구체적으로 무엇인가 하는 것이다. 이에 대하여 주관적 정당화요소의 내용도 고의의 본질에서 유추하는 것이 합당하다고 할 것이다. 왜냐하면 일반적으로 사물의 속성을 살펴볼 때 해당 사물의 구성요소가 바로 사물의 정수(精髓)이며, 바로 그 내용에 해당하기 때문이다. 따라서 주관적 정당화요소의 내용은 고의에 상응하는 요소로서 고의와 대조되는 형태를 갖춘 것으로 유추할 수 있다. 적어도 고의와 주관적 정당화요소는 구성요건적 행위를 행한 행위자의 내심의 정도를 확정하고자 하는 것이므로 동일한 척도가 적용되는 것이 합당하기 때문이다. 그래서 주관적 정당화요소의 내용은 고의의 본질에서 유추된 고의의 구성요소와 상응하는 구조체계에 따라 주된 지적 요소와 이에 수반된 종된 의적 요소로서 구성된다고 보아야 한다.

그러나 이러한 논리와 달리 주관적 정당화요소의 내용에 대하여 위법성조각 사유의 객관적 정당화상황을 인식하는 것만으로 충분하며 그 이상으로 행위자의 목적이나 동기는 불필요하다는 인식적 요소설³¹⁾, 그리고 주관적 정당화요소의 내용으로서 정당화상황에 대한 인식 이외에 특정한 정당화의사도 갖추어야

31) 권오걸, 「형법총론」 제3판, 형설출판사, 2009, 186면; 박상기, 「형법총론」 제9판, 박영사, 2012, 161면; 성낙현, 앞의 책, 231-232면; 이형국, 「형법총론」 제4판, 법문사, 2007, 131면; 성낙현, 앞의 '주관적 정당화요소의 성격과 기능', 179면(성낙현 교수는 기본적으로 인식설의 입장을 취하는 것으로 판단되지만, 인식설에 대한 예외는 인정되어야 하는 견해를 피력하고 있다.); 이인영, 앞의 논문, 34면; Kühl, Strafrechts AT, § 6 Rn 11a; Frisch, "Grund und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselents, S. 135 ff.

한다는 의사적 요소설³²⁾, 또한 주관적 정당화요소의 내용으로 위법성조각사유의 객관적 요건에 대한 인식적 요소의 필요성을 전제로 하면서, 의사적 요소의 필요성 여부는 정당화사유마다 개별적으로 그 내용을 검토해야 한다는 견해로서 개별적 검토설³³⁾ 등이 제기되고 있다.

하지만 이러한 학설들 가운데 인식적 요소만으로 주관적 정당화요소가 충분히 완성된다는 인식적 요소설의 견해는 구성요건적 행위를 실행한 행위자에게 정당화사유의 범위가 확대된다는 측면에서 유리하게 적용될 수 있다. 그러나 구성요건적 고의와 상응하는 구조체계에 해당하지 않기 때문에 고의불법을 상쇄하는 법적 효과가 발생한다고 단정할 수 없을 것이다. 이러한 인식적 요소설과 달리 의사적 요소설은 이원적 인적 불법론의 입장을 충실히 반영하여 주관적 정당화요소를 구성요건적 고의의 대응물로 파악한다.³⁴⁾ 그렇지만 의사적 요소설은 주관적 정당화요소의 내용으로서 정당화목적이나 정당화의도라는 의사적 요소가 강하게 반영되는 견해이기 때문에 구성요건적 행위를 실행한 행위자에게 정당화사유의 성립범위를 지나치게 제한할 가능성이 농후하다는 것이다. 이러한 의사적 요소설의 문제점을 극복하기 위하여 H. Alwart는 보다 완화된 의미에서의 의사적 요소를 도입하려는 절충이론을 제시하였지만,³⁵⁾ 오히려 Alwart의 절충이론은 인식설에 가까운 모순을 내포하고 있어 타당하다고 말하기 어렵다. 무엇보다도 판례³⁶⁾ 또한 “위난을 피하려는 의사보다는 내란에 가담하려는 의사가 앞서 있었다고 인정되고”라고 적시하여 긴급피난의 성립요건으로 “위난을 피하려는 의사”가 있어야 함을 밝히고 있어서 주관적 정당화요소의

32) 김성돈, 「형법총론」, 현암사, 2006, 279-280면; 김성천/김형준, 「형법총론」 제7판, 도서출판 소진, 2015, 179면; 김신규, 「형법총론」, 청목사, 2009, 287면; 김일수/서보학, 「새로쓴 형법총론」 제13판, 박영사, 2018, 185면; 신동운, 「신판례백선 형법총론」, 경세원, 2009, 344면; 오영근, 「형법총론」 제4판, 박영사, 2018, 187면; 이상돈, 「형법강의」, 법문사, 2010, 271면; 이영란, 앞의 책, 230면; 임웅, 「형법총론」 개정판 제2보정, 법문사, 2009, 194면; 정성근/박광민, 「형법총론」 제4판, 삼지원, 2009, 207면; 김재봉, 앞의 논문, 190면; 이진권, 앞의 논문, 253면; 정영일, “정당방위에 있어서 방위의사의 의미”, 「형사법연구」 제23호, 한국형사법학회, 2005.6., 78면.

33) 손해목, 「형법총론」, 법문사, 1996, 406면; 이재상/장영민/강동범, 「형법총론」 제10판, 박영사, 2020, 238면.

34) 김일수/서보학, 「새로쓴 형법총론」 제11판, 박영사, 2008, 280면.

35) 성낙현, 앞의 ‘주관적 정당화요소의 성격과 기능’, 173-175면; Alwart, “Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht - am Beispiel der subjektiven Rechtfertigungselmente und des Mordmerkmals Habgier”, Goldammer’s Archiv für Strafrecht(GA), 1983, S. 452 f.

36) 대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 판결.

내용으로 인식적 요소를 전제로 하여 그 행위의 동기나 목적이라는 의사적 요소를 부가하는 것으로 판단해 볼 수 있다.

이러한 견해와 달리 개별적 검토설은 주관적 정당화요소의 내용으로 위법성 조각사유의 객관적 요건에 대한 인식적 요소의 필요성을 인정하면서, 의사적 요소의 필요성 여부는 정당화사유마다 개별적으로 그 내용을 검토해야 한다는 취지로서 ‘의무합치적 검토의무’ 내지 ‘양심적 검토의무’까지 인정되어야 한다는 견해이다. 그러나 개별적 검토설은 각각의 위법성조각사유들이 이질적 성격이 강하기 때문에 하나의 통일된 원리에 입각할 수 없다는 다윈론의 견해와 유사하다. 만일 이러한 견해에 따르게 되면 형사실무에서 일반적으로 형법상 인정하지 않는 요소까지 추가적으로 요구하게 되어 행위자의 행위에 대한 위법성판단을 지나치게 엄격하게 할 우려가 있어서 타당하지 않다. 그리고 개별적 검토설은 위법성조각사유의 기능과 관련하여 원칙과 예외를 제시할 수밖에 없으며 경우에 따라 인식적 요소만으로 위법성조각사유가 충족되는 경우, 그 외에 의사적 요소까지 필요한 경우, 그리고 의무합치적 검토의무³⁷⁾까지 요구되는 경우 등에 대한 기준을 명확하게 제시할 수 없기 때문에 원칙보다 예외를 중시하는 오류를 범하는 것으로 판단된다.

하지만 주관적 정당화요소의 내용에 대하여 의사적 요소를 배제하는 것은 타당하지 않다. 그렇다고 하여 주관적 정당화요소의 내용으로 의사적 요소설에 입각하게 되면 위법성조각사유의 범위가 지나치게 축소될 우려가 있기 때문에 타당하지 않다. 그러므로 주관적 정당화요소의 내용은 고의의 본질과 동일한 정도로 구성되는 것이 합당하게 된다. 즉 고의에 대응하는 주관적 정당화요소의 내용은 정당화상황에 대한 지적 요소에 의하여 의적 요소가 자연스럽게 종속적으로 수반되어 구성된다고 보아야 한다. 이러한 견해는 고의의 본질에 관하여 신인식설의 관점에서 주관적 정당화요소를 파악하는 견해이므로 신인식적 요소설(新認識的 要素說)³⁸⁾이라고 할 수 있다. 그래서 주관적 정당화요소의 내용은 객관적 정당화요소에 대한 주된 인식과 이에 자연스럽게 수반되어 종속되

37) 의무합치적 검토는 위법성판단에 있어서 지나치게 행위자의 주관적 태도를 요건으로 하므로 위법성의 문제가 아니라 책임의 문제에 불과하다.

38) 성낙현 교수는 인식설의 견해가 합리적이지만, 불완전 이행위적 정당화사유(不完全 二行爲的 正當化事由)와 같은 경우에는 인식설에 대한 예외는 인정되어야 한다는 점을 강조하고 있다. 이러한 관점에서 볼 때 주관적 정당화요소의 내용에 대하여 신인식적 요소설의 입장을 취하는 것으로 추론해볼 수 있다. 이와 관련하여 자세한 내용은 성낙현, 앞의 ‘주관적 정당화요소의 성격과 기능’, 172면 참조.

는 의사로서 구성된다고 할 수 있다.³⁹⁾

이에 따라 고의를 상쇄하는 주관적 정당화요소의 구체적 구성요소에 대하여 다음과 같이 추론할 수 있다. 일반적으로 객관적 정당화상황에 대한 인식은 주관적 정당화요소의 인식으로 이어지고, 이로써 주관적 정당화요소의 의욕은 주된 지적 요소의 정도에 비례하여 자연스럽게 수반되어 형성된다. 그리고 주관적 정당화요소에 대한 인식의 대상 및 범위는 객관적 정당화상황에 대한 인식만으로 충분하다. 주관적 정당화요소의 구성요소로서 의사적 요소는 주된 인식에 부수되어 자연스럽게 수반되는 종된 요소이기에 인식을 바탕으로 최대한 인용이나 신뢰가 존재하는 정도 내지 최소한 인식에 수반되는 감수의 정도로서 완성된다고 할 수 있다.

3. 주관적 정당화요소의 성격과 기능

앞에서 검토한 바와 같이 주관적 정당화요소는 고의의 본질을 통하여 충분히 파악될 수 있고, 그에 상응하는 성격과 기능을 유추할 수 있다. 주지하는 바와 같이 주관적 정당화요소는 주관적 적법요소로서 주관적 불법요소에 해당하는 고의와 대응관계를 형성하는 성격을 가지고 있다. 그리고 이러한 성격을 바탕으로 파악한다면 주관적 정당화요소는 고의를 조각 내지 상쇄하는 기능을 수행한다고 할 수도 있다.

이와 관련하여 위법성조각사유는 불법상쇄의 성격과 기능을 수행한다고 파악된다. 이러한 명제에 따라 위법성조각사유의 요건에 해당하는 주관적 정당화요소는 주관적 요소의 측면에서 불법의 핵심적인 요소에 해당하는 고의를 상쇄하는 성격과 기능을 수행한다고 할 수 있다. 사실 불법상쇄의 완벽한 효과는 객관적 정당화요소와 주관적 정당화요소가 모두 존재하여야 한다. 그래서 양자 중에서 어느 한 요소라도 부존재하면 불법상쇄의 완벽한 효과를 기대하기 어렵다. 왜냐하면 엄밀하게 말해서 객관적 정당화요소는 결과반가치에 대응하는 요소이고, 주관적 정당화요소는 행위반가치에 대응하는 요소이기 때문에 양자가 상호간에 대응관계를 형성할 경우에 완벽한 불법상쇄의 효과가 발생하여 무죄가 될 수 있기 때문이다.

39) 김준성, 앞의 ‘형사실무에서 반전된 허용구성요건착오의 적용문제’, 542면.

따라서 주관적 정당화요소는 불법을 형성하는 행위반가치에 대응하여 이를 조각하는 성격과 기능을 수행한다고 할 수 있다. 이에 따르면 주관적 정당화요소는 불법을 형성하는 행위반가치를 조각하는 행위가치적 요소로서 불법을 조각하는 성격을 가진다고 할 수 있다. 따라서 주관적 정당화요소의 기능은 고의가 창출한 행위불법을 상쇄하는 것이지 고의 그 자체를 조각하는 것은 아니다.

사실 불법행위의 시초는 주관적으로 인간의 내심적 의지에 의하여, 즉 주된 인식과 이에 부수된 종된 의욕을 갖춘 고의에서 비롯된다고 볼 수 있다. 이러한 논리에 따른다면 주관적 정당화요소는 인간의 내심적 정당화의지에 의하여 불법행위를 상쇄하는 주된 기능을 수행하는 성격을 가지는 것이고, 객관적 정당화요소는 환경적·상황적 존재로서 애초부터 존재하는 요소에 불과하다. 그래서 구성요건적 고의가 창출한 행위불법은 사후적으로 적법한 평가를 받을 여지가 있을 뿐이고, 주관적 정당화요소의 존재에 의하여 상쇄된다. 즉 고의와 주관적 정당화요소는 각각 불법과 적법의 인자로서 행위반가치와 행위가치에 의하여 간접적으로 상호작용을 할 뿐이다. 여기서 고의는 단지 상쇄의 객체에 불과하며, 주관적 정당화요소에 대하여 아무런 작용을 할 수 없는 객체에 해당할 뿐이다.⁴⁰⁾ 이에 따라 결론적으로 말하자면, 주관적 정당화요소는 행위반가치의 핵심요소에 해당하는 고의가 창출한 행위불법을 적극적으로 상쇄하는 성격과 기능을 수행한다.⁴¹⁾ 그리고 이에 부수되어 주관적 정당화요소는 위법성조각의 남용방지와 책임추정을 반전시키는 성격과 기능을 수행한다고 할 수 있다.

IV. 주관적 정당화요소의 적용범위

1. 우연방위 등의 개념 확정과 법적 효과의 적용문제

앞서 검토한 바와 같이 주관적 정당화요소는 고의불법을 상쇄하는 법적 효과를 수행한다. 그런데 구성요건적 행위를 실행한 행위자에게 주관적 정당화요소가 결여된 채 객관적 정당화상황만 존재한다고 가정했을 때 고의불법이 상쇄되

40) 김준성, 앞의 '주관적 불법요소 - 고의와 주관적 정당화요소의 관계를 중심으로', 176면 참조.

41) 성낙현, 앞의 '주관적 정당화요소의 성격과 기능', 182면 참조.

는 법적 효과가 발생할 수 있는가에 대하여 의문이 들 수 있다.

왜냐하면 불법을 적법화로 치환하는 불법평가의 단계에서 주관적 정당화요소는 고의에 대응하는 주관적 요소이며, 고의에 상응하는 요소로서 고의를 조각하는 법적 효과를 발생케 할 수 있기 때문이다. 따라서 주관적 정당화요소가 부존재하는 구성요건적 행위를 실행한 행위자에게는 원칙적으로 고의불법이 조각될 수 없다. 적어도 행위자는 주된 지적 요소로서 객관적 구성요건표지를 충족하는 사태를 파악하였고, 이에 종속되어 구성요건적 결과를 실현하려는 의지가 존재하기 때문에 사실상 불법을 적법화로 치환하기 어렵다. 그래서 객관적으로 정당화상황은 존재하지만, 행위자의 내심에 주관적 정당화요소가 부존재하는 구성요건적 행위에 대하여 허용구성요건착오가 반전된 형태에 해당하기 때문에 반전된 허용구성요건착오라고 할 수 있다.⁴²⁾ 이러한 반전된 허용구성요건착오의 형태는 오상방위에 반대되는 형태의 착오에 해당하기 때문에 대표적으로 우연방위를 비롯한 우연피난, 우연자구행위 등을 들 수 있다.

예컨대 A는 평소 자신을 연모하는 남성 B가 매일 퇴근길에 데이트 신청을 하며 A를 뒤따라오자 불같이 화를 내어 집으로 돌려보냈다. 그러던 어느 날 퇴근길에 C가 강취의 목적으로 A의 뒤를 따라오자 평소 자신을 귀찮게 하는 B라고 생각하고, 폭행의 고의로서 평소에 연마한 태권도의 뒤후려차기를 하여 C를 실신케 하였다. 결과적으로 C는 강도의 실행에 착수하기 전에 A의 뒤후려차기에 의하여 전치 4주의 상해가 발생하였다.

이러한 사례의 경우를 살펴보면 A는 폭행의 고의로서 C에게 뒤후려차기를 하였고, 이로써 C에게 상해의 결과를 발생케 하였다. 그러나 객관적 상황만으로 판단한다면 C는 A를 상대로 강취할 목적으로 미행하였기 때문에 A의 뒤후려차기는 정당방위에 해당할 수 있다. 그런데 A는 객관적으로 정당방위상황이 존재함을 전혀 인식하지 못하였고, 오로지 주관적 관점에서 폭행의 고의를 가지고 C에게 상해의 결과를 발생케 하였다. 이 상황에 대하여 결과적·객관적 상황으로만 판단한다면 A의 구성요건적 행위는 정당방위를 실현한 것에 해당한다. 그렇다고 하여 A의 구성요건적 행위에 대하여 위법성이 조각된다고 단정할 수도 없다. 왜냐하면 A에게는 주관적 정당화요소가 부존재하기 때문이다.

따라서 이와 같은 반전된 허용구성요건착오에 대한 법적 효과를 검토하기 위

42) 김준성, 앞의 ‘형사실무에서 반전된 허용구성요건착오의 적용문제’, 529면.

하여 불법구조의 측면에서 적법화의 요건을 검토하는 것이 논리적으로 타당하다. 불법구조의 측면에서 구성요건적 행위가 상쇄되어야만 적법화의 효과가 발생할 수 있기 때문이다. 그러므로 행위반가치를 상쇄하는 행위가치와 결과반가치를 상쇄하는 결과가치가 각각 동등하게 대응되어야 한다. 즉 행위가치와 결과가치가 상호 대칭하여 존재하여야만 고의불법을 완전하게 상쇄할 수 있다.⁴³⁾ 만일 양자 가운데 어느 한 요소라도 존재하지 않으면 고의불법이 조각되는 법적 효과를 기대해서는 안 된다. 그래서 주관적 정당화요소가 부존재하는 반전된 허용구성요건착오의 경우는 객관적 정당화상황의 존재만으로 위법성이 조각될 수 없다.

사실 우연방위를 비롯한 우연피난, 우연자구행위 등의 경우는 현실적으로 구성요건적 행위를 실행한 행위자에게 행위반가치가 존재하지만, 결과반가치에 의하여 마치 불법이 중화될 수 있는 불법구조에 해당하기 때문에 법적 효과의 측면에서 불능미수유추적용설이 합당하다고 할 수 있다. 반전된 허용구성요건착오의 경우는 구성요건적 행위에 대한 결과가 발생하지 않았지만, 그에 대한 위험성의 존재를 부정할 수는 없다. 그렇지만 객관적인 결과에 의하여 구성요건적 행위가 부정될 수 있기 때문에 고의의 존재만으로 기수범의 법적 효과를 적용하는 것은 불합리하다. 따라서 반전된 허용구성요건착오의 경우는 객관적 정당화상황의 존재에 의하여 행위반가치를 상쇄할 수 없지만, 객관적 결과에 의하여 피고인에게 유리하게 불법을 중화시킬 수 있는 근거가 존재하기 때문에 불능미수의 규정을 유추적용하는 것이 타당하다. 특히 형법의 보장적 기능에 입각한 불능미수유추적용설⁴⁴⁾은 입법적으로 임의적 감면사유를 적용할 수 있기에 형사정책적 입장에서조차 형법의 보호적 기능에 충실한 기수범설⁴⁵⁾ 내지 형법

43) 배종대, 「형법총론」 제10판, 홍문사, 2012, 299면.

44) 권오걸, 「스마트 형법총론」, 형설출판사, 2011, 163면; 김성돈, 앞의 책, 282면; 김신규, 앞의 책, 289면; 김일수/서보학, 앞의 '새로쓴 형법총론', 187-188면; 박상기, 앞의 책, 162면; 성낙현, 앞의 책, 235-236면; 손동권/김재운, 「새로운 형법총론」, 율곡출판사, 2013, 175면; 오영근, 앞의 책, 188면; 김준성, 앞의 '형사실무에서 반전된 허용구성요건착오의 적용문제', 533-535면; 김재현, "주관적 정당화요소를 결한 경우의 불법구조에 대한 재검토", 「법학연구」 제45집, 전북대학교 법학연구소, 2015, 256면; 성낙현, 앞의 '주관적 정당화요소의 성격과 기능', 182면; 신양균, 앞의 논문, 245면; 양화식, 앞의 논문, 65면; 이인영, 앞의 논문, 48면; Jakobs, Strafrechts AT, 11/23a; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, § 31 IV; Kühl, Strafrechts AT, § 6 Rn 16; Roxin Strafrechts AT I, § 14 Rn 105.

45) 김성천/김형준, 앞의 책, 180면; 배종대, 앞의 책, 302면; 이영란, 앞의 책, 226-227면; 이재상/장영민/강동범, 앞의 책, 241면; 정영일, 「형법총론」 제3판, 박영사, 2010, 217면; 김준혁, "주관적 정당화요소를 결한 경우의 효과에 관한 연구", 「법학연구」 제22권 제3호, 경상대

효과제한적 기수설⁴⁶⁾ 보다 합리적이라고 할 수 있다.

2. 우연피난 등에 관한 판례의 입장과 적용방안

이러한 반전된 허용구성요건착오와 관련하여 직접적으로 연관되는 판례는 현재까지 찾아보기 어렵지만, 그러한 상황을 가상적으로 실시하여 언급한 판례⁴⁷⁾는 유일하게 찾아볼 수 있다. 즉 판결문의 내용을 살펴보면 10.26사건과 관련하여 피고인 C는 국가원수를 잃게 된 사실이 외부에 누설되면 아군상호간의 총격전으로 유혈사태발생과 북괴남침도발의 기회를 줄 것이 두려워서 보안을 유지하고 청와대의 병력출동을 금지시키고, 계엄을 빨리 선포해야 된다고 건의한 것에 대하여 현재의 위난을 피하기 위한 부득이한 긴급피난행위에 해당하여 위법성이 조각된다고 주장하였다. 그러나 피고인 C의 주장에 대하여 대법원은 A의 오발탄에 대통령이 죽은 것으로 거짓 보고한 점은 위난을 피하려는 의사보다는 A의 내란에 가담하려는 의사가 앞서 있었다고 판단하였다. 그리고 더 나아가 대법원은 “그렇다면 설사 그 당시의 사태가 소론 현재의 위난이 존재하는 상태이었다고 가정하더라도 소위 피난의사 있었다고 인정할 수 없는 이상 이긴 긴급피난의 성립을 인정할 수 없다.”라는 취지로서 판결하여 피고인들의 상고를 기각하였다. 특히 대법원은 판결문에서 “그렇다면 설사 …(중략)… 가정하더라도 …”라는 표현을 사용한 것은 매우 이례적인 경우라고 할 수 있다. 무엇보다도 대법원은 피고인 C의 입장을 최대한 배려하는 측면에서 주관적 정당화요소가 부존재하는 상황을 가상적으로 실시하여 마치 우연피난에 해당한다고 하더라도 피고인에게 소극적인 피난의사가 존재한다고 볼 수 없다는 취지에서 위법성조각을 부정하였다.

따라서 판례는 객관적·결과적 상황의 입장에서 객관적 정당화상황이 존재한다고 하더라도 피고인 C에게 소극적이라도 주관적 정당화요소가 결여되었기 때문에 위법성조각사유에 해당할 수 없다는 것이다. 결론적으로 판례는 설사 피고인의 행위가 우연피난에 해당한다고 하더라도 법적 평가에서 주관적 정당

학교 법학연구소, 2014, 84면; 김재봉, 앞의 논문, 297-298면; 이훈동, “과실범에서의 주관적 정당화요소”, 외법논집 제40권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2016, 219면; 정영일, 앞의 ‘정당방위에 있어서 방위의사의 의미’, 83면; 이진권, 앞의 논문, 256-259면.

46) 김재봉, 앞의 논문, 241-242면.

47) 대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306 판결.

화요소의 존부에 따라 엄정하게 판단할 수밖에 없으며, 피고인이 의도한 결과가 발생하지 않았기 때문에 내란중요임무중사미수죄를 적용하였지만 사실상 미수범이 아닌 기수범설의 입장에서 판결한 것으로 추론된다.⁴⁸⁾

따라서 이러한 관례의 입장을 분석한다면 주관적 정당화요소의 필요설에 따라 우연방위, 우연피난, 우연자구행위 등의 반전된 허용구성요건착오에 대하여 기수범설 내지 불능미수유추적용설이 합당하다고 생각된다. 특히 양자의 견해는 공통적으로 불법평가의 측면에서 객관적 정당화상황과 주관적 정당화요소를 분리할 수 없다는 입장이다.

그러나 이와 관련하여 기수범설의 입장은 불법의 판단에 있어서 객관적 정당화상황의 존재에 대하여 애초부터 평가할 수 없다는 입장이다. 적어도 주관적 정당화요소가 결여된 행위자는 사실상 구성요건적 행위를 실현한 것이다. 그리고 형사실무에서 선공(先攻)을 하고자 사전에 고의를 갖고 있던 피해자에 대한 고의를 수사과정 혹은 공판과정에서 파악하는 것은 불가능하기 때문이다. 따라서 기수범설은 반전된 허용구성요건착오에 대하여 설사 우연적으로 정당방위를 실현한 경우라 하더라도 주관적 정당화요소가 결여되었기 때문에 불법상쇄의 효과가 불가능하고, 사실상 행위자가 구성요건적 결과를 실현한 경우에 해당하므로 기수범의 법적 효과를 적용하는 것이 타당하다는 것이다. 그리고 이러한 기수범설의 입장에서 형사정책적 입장을 반영하여 형벌의 탄력적인 적용가능성을 제시하는 형벌효과제한적 기수설은 양형의 판단까지 관여한 것에 해당하기 때문에 법원의 판단에 대한 재량을 침해하기에 타당하다고 할 수 없다. 사실 기수범설은 행위자의 의도에 의한 구성요건적 결과의 발생에 집중하여 객관적 정당화상황의 존재를 전혀 고려하지 않는 법적 효과의 입장이다. 그리고 기수범설은 엄벌주의 입장을 견지하는 견해이며, 주관적 정당화요소가 존재하는 경우와 부존재하는 경우의 법적 효과에 대하여 사실관계의 파악에 따른 고의를 추론하여 동일하게 취급함으로써 불법의 구조적 측면에서 행위반가치만을 중시하고, 결과반가치를 무시하는 논리적 오류를 범하고 있어 타당하다고 볼 수 없다.⁴⁹⁾

이와 달리 불능미수유추적용설은 구성요건적 행위를 실행한 행위자에게 주관적 정당화요소가 결여된 경우라 하더라도 객관적 정당화상황이 존재한다면 행

48) 이러한 취지로, 신동운, 앞의 책, 347-352면 참조.

49) 이러한 취지로, 정영일, 앞의 '정당방위에 있어서 방위의사의 의미', 83면.

위자에게 최대한 유리한 법적 효과를 적용하자는 견해이다. 물론 반전된 허용구성요건착오의 형태가 형법 제27조(불능범)에 규정된 불능미수의 불법구조와 동일하다고 할 수는 없지만, 결과적·객관적으로 불능미수의 구조와 유사한 형태이기 때문에 형법 제27조의 법적 효과를 유추적용하는 것이 합리적이다.

따라서 형사실무의 관점에서 반전된 허용구성요건착오를 입체적으로 분석한다면, 마치 구성요건적 결과가 발생하지 않은 불능미수범의 형태와 유사하며 중국적으로 위험성이 존재하기 때문에 가벌적 불능미수의 법적 효과를 적용하는 것이 타당할 것이다. 그러나 형사실무에서 판례의 입장은 객관적 상황으로부터 주관적 정당화요소의 존부를 추론할 수밖에 없을 것이다. 특히 법관은 고의입증의 추론문제에 직면하게 되어 법적인 상황과 사회적 상황을 최대한 고려하여 법익침해의 경중(輕重)에 따라 이원적 태도를 취할 것이다. 예컨대 중범죄(重犯罪)의 경우는 기수범설, 그리고 경범죄(輕犯罪)의 경우는 불능미수유추적용설의 입장을 적용할 것이다.⁵⁰⁾ 왜냐하면 판례는 이원적 입장으로서 사안에 따라 인간의 존엄과 가치를 침해하는 범죄의 경우는 기수범설, 그 이외의 범죄의 경우는 불능미수유추적용설로 각각 구분하여 적용할 것으로 추정된다.

3. 우연방위 등에 관한 입법론의 제안

반전된 허용구성요건착오의 형태와 반대되는 허용구성요건착오의 경우는 주관적 정당화요소가 존재하기 때문에 행위반가치를 상쇄하여 중국적으로 고의범의 불법을 상쇄시킬 수 있다. 그래서 허용구성요건착오는 주관적 정당화요소의 존재에 의하여 고의조각적 법적 효과를 적용하는 것이 타당하며, 그로써 과실범의 성립여부에 따라 처벌하는 것이 타당하다.⁵¹⁾ 그리고 이러한 허용구성요건착오의 법적 효과에 대하여 형사실무에서도 충분히 고려할 가능성도 있기 때문이다. 하지만 앞서 검토한 바와 같이 현재까지 허용구성요건착오와 관련된 유일한 판례⁵²⁾ 또한 오상방위의 법리를 언급하면서도 결국 정당방위의 법리를 적용하여 위법성조각사유의 객관적 요건을 완화 내지 확대하여 구성요건적 행위

50) 김준성, 앞의 ‘형사실무에서 반전된 허용구성요건착오의 적용문제’, 539면.

51) 김준성, 앞의 ‘형사실무에서 반전된 허용구성요건착오의 적용문제’, 543면.

52) 대법원 1968. 5. 7. 선고 68도370 판결. 특히 판례의 입장은 당시 군부대에서 발생한 특수한 상황을 감안하여 오상방위의 법리를 이해하면서도 균기확립을 위한 차원에서 피고인에게 유리한 정당방위의 법리를 적용한 판결이라고 생각된다.

를 실행한 행위자에게 절대적으로 유리한 위법성조각이라는 취지로서 무죄판결을 내렸기 때문이다.

이러한 판례와 상반되는 상황으로서 가상적으로 우연피난을 실시한 판례⁵³⁾의 경우는 앞에서 검토한 바와 같이 개인적 법익보다 국가적 법익이 더 중요하다는 취지로서 설사 객관적으로 우연한 긴급피난에 해당한다고 하더라도 구성요건적 행위를 실행한 행위자에게 당시의 상황으로 판단하건대, 내심적으로 피난의사가 존재한다고 보기 어렵기 때문에 긴급피난을 인정할 수 없다고 판단하여 구성요건적 결과에 대한 고의조각적 법적 효과가 아닌 고의범의 법적 효과를 적용한 것으로 추론이 된다.

물론 형사실무에서 우연방위를 비롯한 우연피난, 우연자구행위 등의 형태를 갖춘 경우는 실제로 발생할 가능성이 희박하다. 그리고 객관적·결과적 상황에 따라 위법성조각여부를 판단할 가능성이 높기 때문에 구성요건적 행위를 실행한 행위자가 자발적으로 내심의 상황을 자백하지 않으면 고의를 입증하기도 어렵다. 그렇지만 향후 AI시대에는 우연방위, 우연피난 그리고 우연자구행위 등의 반전된 허용구성요건착오가 종종 발생할 수도 있다. 예컨대 행위자가 의도적으로 구성요건적 행위를 실행하였는데, 사후에 AI를 이용한 범죄예측기법에 따라 피해자의 행위를 분석한 결과 피해자에게 범죄에 대한 잠재적인 고의가 충분히 예견되는 상황이 판단될 수도 있기 때문이다. 그래서 사전에 AI시대를 대비하는 측면에서 우연방위 등의 법적 효과에 대하여 입법하는 방안도 충분히 고려할 필요가 있을 것이다. 사실 반전된 허용구성요건착오에 빠진 행위자에게는 주관적 불법요소로서 고의가 존재하므로 고의범의 법적 효과를 적용하되, 객관적 정당화상황에 의하여 객관적·결과적으로 기수에 이르지 못한 경우이므로 구성요건적 결과발생의 위험성이 존재하는 것으로 상정하는 것이 타당하다. 따라서 우연방위 등의 반전된 허용구성요건착오의 경우는 불능미수유추적용설에 따라 입법적 방안을 고려하는 것이 타당하다.

예컨대 형법 제27조(불능범) “실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다.”의 규정을 ①항으로 하고, ②항을 신설하여 “우연방위 등의 경우에는 전항을 적용할 수 있다.”라고 임의규정하여 형사실무에서 선택적 재량

53) 대법원 1980. 5. 20. 선고 80도306.

을 부여하는 입법론을 고려할 필요가 있을 것이다.

V. 결론

지금까지 객관적 정당화상황이 존재함에도 불구하고, 이러한 상황을 인식하지 못한 채 구성요건적 행위를 실행한 행위자에 대한 합리적인 법적 효과를 제시하고자 주관적 정당화요소의 구체적 내용과 적용범위를 검토하였다. 그 결과 본 연구에서는 우연방위 등의 반전된 허용구성요건착오에 대하여 강학상의 한계에서 탈피하여 형사실무에서도 적용이 가능하도록 고의를 상쇄하는 주관적 정당화요소의 성격과 기능을 추론하여 논증하였으며, 결론에 갈음하여 다음과 같이 요약하고자 한다.

첫째, 본 연구의 목적은 주관적 정당화요소가 부존재하는 우연방위, 우연피난, 우연자구행위 등의 반전된 허용구성요건착오의 형태에서 구성요건적 행위를 실행한 행위자에 대한 고의조각의 문제를 검토하여 강학상의 입장과 형사실무의 차원에서 가장 합리적인 법적 효과의 적용방안을 제시하고자 입법론을 제안하였다.

둘째, 이를 위하여 우선적으로 주관적 정당화요소의 필요성 여부를 검토한 후, 과실범의 경우는 객관적 주의의무위반에 의하여 불법이 완성되기 때문에 객관적 정당화상황의 존재만으로 불법을 상쇄할 수 있기 때문에 주관적 정당화요소가 불필요하다는 결론을 제시하였으며, 이러한 과실범과 달리 고의범의 경우는 불법구조상 구성요건적 행위를 실행한 행위자의 주관적 불법요소로서 고의를 상쇄하기 위하여 주관적 적법요소로서 주관적 정당화요소가 필요하다는 입장을 제시하였다.

셋째, 고의범의 경우에 고의에 대응하는 주관적 정당화요소가 필요하다는 입장에서 고의의 대응물로 파악되는 주관적 정당화요소의 구체적 내용과 구성요소를 고의의 본질에서 추론하여 구체적으로 제시하였다. 이로써 주관적 정당화요소의 성격과 기능은 고의가 창출한 행위불법을 상쇄하는 기능을 수행하고, 이에 부수되어 위법성조각의 남용방지기능과 반전된 책임추정기능을 수행하는 것으로 파악되었다.

넷째, 이를 바탕으로 우연방위, 우연피난, 우연자구행위 등의 반전된 허용구

성요건착오에 대한 개념을 확정하였으며, 법효과의 측면에서 불능미수유추적용설이 타당함을 논증하였다. 그리고 우연피난의 가상적 상황을 실시한 판례를 분석하여 향후 형사실무에서 반전된 허용구성요건착오의 경우에 판례는 이원적 태도를 취할 것으로 예상되는 논리적 근거를 제시하였다.

다섯째, 반전된 허용구성요건착오의 경우에 대하여 형법의 보장적 기능에 입각하여 주관적 정당화요소의 성격과 기능을 추론하였다. 그래서 이를 바탕으로 불능미수유추적용설의 타당함을 논증하였고, 우연방위 등에 관한 입법론으로서 형법 제27조(불능범) ②항의 신설을 제안하였으며 중국적으로 형사실무에서 우연방위 등의 경우에는 불능미수의 규정을 선택적으로 적용할 수 있도록 입법적 방안을 제시하였다.

투고일 : 2022.5.3. / 심사완료일 : 2022.6.13. / 게재확정일 : 2022.6.14.

[참고문헌]

- 권오걸, 「형법총론」 제3판, 형설출판사, 2009.
_____, 「스마트 형법총론」, 형설출판사, 2011.
김성돈, 「형법총론」, 현암사, 2006.
김성천/김형준, 「형법총론」 제7판, 도서출판 소진, 2015.
김신규, 「형법총론」, 청목출판사, 2009.
김일수/서보학, 「새로쓴 형법총론」 제11판, 박영사, 2008.
_____, 「새로쓴 형법총론」 제13판, 박영사, 2018.
박상기, 「형법총론」 제9판, 박영사, 2012.
배종대, 「형법총론」 제10판, 홍문사, 2012.
성낙현, 「형법총론」 제3판, 박영사, 2020.
손돈권 · 김재윤, 「새로운 형법총론」, 율곡출판사, 2013.
손해목, 「형법총론」, 법문사, 1996.
신동운, 「신판례백선 형법총론」, 경세원, 2009.
오영근, 「형법총론」 제4판, 박영사, 2018.
이상돈, 「형법강의」, 법문사, 2010.
이영란, 「형법학 총론강의」 개정판, 형설출판사, 2010.
이재상/장영민/강동범, 「형법총론」 제10판, 박영사, 2020.
이형국, 「형법총론」 제4판, 법문사, 2007.
임 응, 「형법총론」 개정판 제2보정, 법문사, 2009.
정성근/박광민, 「형법총론」 제4판, 삼지원, 2009.
정영일, 「형법총론」 제3판, 박영사, 2010.
조준현, 「형법총론」 4정판, 법원사, 2011.
차용석, 「형법총론강의」 전정판, 고시연구사, 1988.
- 김상오, “주관적 정당화요소 불요론”, 「법학연구」 제29권 제1호, 연세대학교 법학
연구원, 2019.
김용욱, “미필적 고의와 과실의 구분에 관한 연구”, 「비교형사법연구」 제3권 제2호,
한국비교형사법학회, 2001.
김재봉, “주관적 정당화요소에 관한 연구”, 박사학위논문, 서울대학교 대학원,
1996.
김재현, “주관적 정당화요소를 결한 경우의 불법구조에 대한 재검토”, 「법학연구」

- 제45집, 전북대학교 법학연구소, 2015.
- 김정환, “적법한 공무집행에 대해 오인한 저항행위에 있어서 오상방위 적용의 전제로서 정당방위상황의 판단기준”, 『인권과 정의』 통권 제500호, 대한변호사협회, 2021.
- 김준성, “주관적 불법요소 - 고의와 주관적 정당화요소의 관계를 중심으로-”, 박사학위논문, 영남대학교 대학원, 2011.
- _____, “허용구성요건착오에 관한 입법론의 제안”, 『고려법학』 제72호, 고려대학교 법학연구원, 2014.
- _____, “형사실무에서 반전된 허용구성요건착오의 적용문제”, 『강원법학』 제51권, 강원대학교 비교법학연구소, 2017.
- _____, “AI시대에서 과실범의 형사책임에 관한 귀속문제”, 『법학연구』 제20권 제1호, 한국법학회, 2020.
- 김준혁, “주관적 정당화요소를 결한 경우의 효과에 관한 연구”, 『법학연구』 제22권 제3호, 경상대학교 법학연구소, 2014.
- 류부근, “고의의 본질에 관한 소고”, 『형사법연구』 제24권 제3호, 한국형사법학회, 2012.
- 성낙현, “허용구성요건착오”, 『영남법학』 제6권 제1호, 영남대학교 법학연구소, 2000.
- _____, “주관적 정당화요소의 성격과 기능”, 『형사법연구』 제14호, 한국형사법학회, 2000.
- _____, “살인죄에 있어서의 대법원의 고의개념”, 『비교형사법연구』 제4권 제1호, 한국비교형사법학회, 2002.
- _____, “인적 불법론에서의 불법내용”, 『영남법학』 제31호, 영남대학교 법학연구소, 2010.
- 송시섭, “‘주관적 정당화요소’를 통해본 범죄체계론”, 『강원법학』 제62권, 강원대학교 비교법학연구소, 2021.
- 신양균, “주관적 정당화요소에 대한 검토”, 『형사법학의 과제와 전망 : 계산 성시탁 교수화갑기념논문집』, 한국사법행정학회, 1993.
- 양화식, “주관적 정당화요소 소고”, 『법조』 제39권 제12호, 법조협회, 1990.
- 이인영, “주관적 정당화요소”, 『법학연구』 제12권 제4호, 연세대학교 법학연구소, 2002.
- 이진권, “주관적 정당화요소와 위법성의 본질에 관한 고찰”, 『법학연구』 제39집, 한국법학회, 2010.

- 이훈동, “과실범에서의 주관적 정당화요소”, 『외법논집』 제40권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2016.
- 정영일, “목적적 불법론 소고”, 『경희법학』 제34권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 1999.
- _____, “정당방위에 있어서 방위의사의 의미”, 『형사법연구』 제23호, 한국형사법학회, 2005.
- 홍영기, “불법평가에서 주관적 정당화요소의 의의”, 『형사법연구』 제27권 제4호, 한국형사법학회, 2015.
- Jakobs, Günther, Strafrechts AT, 2. Aufl., Walter de Gruyter/Berlin/New York, 1993.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., Duncker & Humboldt/Berlin, 1996.
- Kühl, Kristian, Strafrechts AT, 6. Aufl., Verlag Franz Vahlen München, 2008.
- Roxin Claus, Strafrechts AT I, 4. Aufl., Verlag C. H. Beck München, 2008.
- Alwart, Heiner, “Der Begriff des Motivbündels im Strafrecht - am Beispiel der subjektiven Rechtfertigungselmente und des Mormerkmals Habgier”, Goldammer’s Archiv für Strafrecht(GA), 1983.
- Frisch, Wolfgang, “Grund und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselents”, Festschrift für Karl Lackner, 1987.
- Kaufmann, Armin, “Zum Stande der Lehre vom personallen Unrecht”, Festschrift für Hans Welzel, 1974.
- Spendel, “Notwehr und ‘Verteidigungswille’ objektiver Zweck und subjektive Absicht”, Festschrift für Dietrich Oehler, 1985.

[국문초록]

주관적 정당화요소의 내용과 적용범위

김 준 성*

형법의 영역에서 객관적 정당화상황이 존재함에도 불구하고, 그러한 상황의 존재를 전혀 인식하지 못한 채 구성요건적 행위를 실행한 행위자에 대한 법적 효과의 적용문제는 시공(時空)을 초월하여 항상 논란이 제기될 수밖에 없는 상황이다. 주지하는 바와 같이 주관적 정당화요소가 부존재하는 착오의 형태는 허용구성요건착오와 반대되는 형태이며, 반전된 허용구성요건착오라고 할 수 있다. 예컨대 우연방위, 우연피난, 우연자구행위 등을 들 수 있다. 물론 이러한 착오의 형태는 형사실무에서 발생할 가능성이 매우 희박하지만, 그러한 가상적 상황을 실시한 판례를 비롯하여 강학(講學)상 오랫동안 논의가 진행되어 왔기 때문에 향후 AI시대를 대비하여 명확한 법적 효과의 적용방안을 제시하는 것이 타당하다고 생각된다.

사실 구성요건적 행위에 대한 형법적 평가에서 객관적·결과적으로 정당화상황이 존재한다고 하더라도 행위자의 내심에 주관적 정당화요소가 결여되어 있다면 위법성조각사유를 충족시킬 수 없다. 그렇다고 하여 구성요건적 행위를 실행한 행위자에게 객관적 정당화상황이 존재함에도 불구하고 기수범의 효과를 적용하는 것도 타당하지 않다. 물론 구성요건적 행위를 실행한 행위자에게는 주관적 정당화요소가 부존재하여 고의가 창출한 행위불법이 존재하기 때문에 고의(기수)범에 대한 위험성이 존재하는 것은 사실이다. 하지만 객관적 정당화상황의 존재에 의하여 결과반가치가 상쇄되어 행위반가치만 잔존(殘存)하기 때문에 종국적으로 가벌적 불능미수의 구조와 유사하기 때문에 불능미수유추적용설을 적용하는 것이 타당하다. 왜냐하면 주관적 정당화요소는 고의 자체를 조각하는 것이 아니라 고의가 창출한 행위불법을 상쇄하기 때문이다. 따라서 구성요건적 행위에 대하여 객관적 정당화요소가 존재한다면 고의(기수)범의 효과를 미수범의 효과처럼 중화시키는 것이 타당하며, 이는 형법의 보장적 기능에

* 동국대학교 WISE캠퍼스 행정·경찰공공학부 특임교수, 법학박사.

충실한 법적 효과의 적용이라고 할 수 있다.

이러한 결론을 도출하고자 본 연구에서는 주관적 정당화요소의 성격과 기능을 다음과 같이 파악하였다. 주관적 정당화요소는 고의의 본질에 의하여 유추되는 주관적 적법요소이기 때문에 고의에 상응하는 정도의 주된 지적 요소와 이에 부수되어 종된 의적 요소로서 구성된다고 할 수 있다. 그리고 이로써 주관적 정당화요소는 주관적 불법요소에 해당하는 고의와 대응하여 고의조각적 효과로써 고의가 창출한 행위불법을 상쇄하는 성격과 기능을 수행하며, 이와 동시에 위법성조각의 남용을 방지하고, 책임추정을 반전시키는 성격과 기능을 수행한다고 할 수 있다. 아울러 주관적 정당화요소의 필요성 여부와 관련하여 고의범의 경우는 주관적 정당화요소가 필요하지만, 객관적 주의의무위반으로서 행위반가치를 창출하는 과실범의 경우는 객관적 정당화상황의 존재만으로 과실의 불법이 충분히 상쇄되기 때문에 불필요하다.

주제어 : 주관적 정당화요소, 우연방위, 우연피난, 반전된 허용구성요건착오, 불능미수유추적용설

[Abstract]

The Application and Contents of the Subjective Justifiable Elements

Kim, Jun Sung*

Despite the existence of objective justifiable circumstances in the realm of criminal law, the question of whether to apply the legal effect of such circumstances to an actor who perpetrated a constituent act without recognizing the existence of such circumstances is always controversial across time and space. As is well known, the form of a mistake in which no subjective justifiable element exists is the opposite form of a permitted prerequisite mistake, which can be referred to as a reversed permitted prerequisite mistake. Examples of such mistakes include accidental defense, accidental emergency, and accidental self-help. Of course, this form of a mistake is very unlikely to occur in criminal practice, but it is considered reasonable to suggest a scheme to apply its clear legal effect in preparation for the future Artificial Intelligence era because academic debates have been going on for a long time on precedents set forth in such hypothetical circumstances.

In fact, even where objectively and consequentially justifiable circumstances exist in the examination of a constituent act under criminal law, such circumstances cannot satisfy the requirement of justification if the actor's inner mind lacks a subjective justifiable element. Even so, it is not reasonable to apply the effect of a completed offense to an actor who committed a constituent act, although objective justifiable circumstances exist. Needless to say, it is true that there is a risk of an intentional (completed) offense because an actor who perpetrated a constituent act had no subjective justifiable element and there exists an illegal act done by intention. However, since the non-value for consequence (*erfolgsunwert*) is offset by the existence of objective justifiable

* Special duty Professor, Department of Police Administration, Dongguk University WISE Campus, Ph.D. in Law.

circumstances and then only the non-value for action (handlungsunwert) remains, it is ultimately similar to the structure of an impossible but punishable attempt, and it is reasonable to apply the Theory of Impossible Attempt Analogical Application. This is because the subjective justifiable element does not negate intention itself but offsets the illegality of the act done by intention. Therefore, if there is an objective justifiable element for a constituent act, it is reasonable to neutralize the effect of the intentional (completed) offense like that of an attempted offense, and this can be said to be the application of the legal effect faithful to the guaranteeing function of criminal law.

In order to draw such conclusion, this study identified the characteristics and functions of subjective justifiable elements as follows: Subjective justifiable elements are subjective legal elements inferred by the essence of intention, and therefore it can be said that they are composed of the primary intellectual element corresponding to the degree of intentionality and the secondary subordinated intentional element. In this way, a subjective justifiable element responds to the intention that constitutes a subjective illegal element and performs the characteristic and function of offsetting the illegality of the act done by intention as the effect to negate intention, prevents the abuse of justification at the same time, and performs the characteristic and function of reversing the presumption of culpability. In the meantime, in the case of an intentional offense, a subjective justifiable element is necessary in relation to whether or not a subjective justifiable element is necessary, but in the case of a negligent offense, a subjective justifiable element is unnecessary because only the existence of objective justifiable circumstances are sufficient to offset the illegality of negligence.

Key words : Subjective Justifiable Elements, Accidental Defense, Accidental Emergency, The Reversed Permitted Prerequisite Mistake, The Theory of Impossible Attempt Analogical Application
