

구성요건적 고의의 인식대상에 관하여*

이 정 원**

< 목 차 >

1. 구성요건적 고의에 대한 의문의 시작
2. 구성요건적 고의의 인식 대상
3. 인과관계와 구성요건적 고의의 인식대상
4. 구성요건적 결과에 대한 이해
5. 종합 정리
6. 여론 - 범죄론의 구조에서 행위자의 인식

1. 구성요건적 고의에 대한 의문의 시작

초학자 시절 필자는 기존의 형법교과서나 연구논문에서 서술된 구성요건적 고의와 관련된 내용을 정확하게 이해할 수 없었다. 거의 모든 문헌에서는 고의의 인식대상이 되는 결과를 항상 구체적으로 발생된 결과로 파악하고 있었기 때문이다. 따라서 모든 형법교과서에서는 ‘인과관계에 관한 착오론’을 서술하고 있었으며, 지금도 이는 변하지 않고 있다. 인과관계 착오론에서 연구와 분석의 대상이 되는 결과는, 예컨대 가해자가 피해자를 저격한 후 사망한 것으로 오인한 피해자를 사체은행의 의도로 과묵은 결과 피해자가 질식사 한 경우와 같이, 행위자가 의도하지 않았던, 따라서 당연히 인식하지도 못했던 다른 인과의 진행과정을 통해서 구체적으로 나타난 결과이었다. 필자는 이러한 기존 학설의 입장에 대해서 의문을 가지게 되었고, 마침내 “구체적으로 발생된 결과 및 이

* 이 글은 그동안 필자의 모든 연구물에서 연구의 전제로 반영되는 ‘구성요건적 고의의 인식대상’에 관하여 퇴임에 즈음한 강연 형식의 기고문이며, 연구논문이 아님을 밝힌다.

** 영남대학교 법학전문대학원 교수.

에 대한 인과관계는 구성요건적 고의의 인식대상이 될 수 없다”는 사실을 발견하게 되었다. 고의는 행위시점에서의 행위자의 인식과 의사이고, 행위시점에서는 아직 현실적인 결과가 발생하지도 않았으며, 더욱이 결과가 발생하지 아니한 미수범의 경우에도 주관적 구성요건으로서 고의를 필요로 할 뿐 아니라, 구체적 결과가 발생하지 아니한 미수범에서의 고의와 결과가 발생한 기수범에서의 고의는 완전히 동일해야 하기 때문이다. 예컨대 피해자를 살해하기 위해서 총격을 가한 경우, 피해자가 사망하든 또는 사망하지 않든 구성요건적 고의에 있어서는 완전히 동일해야 한다. 이러한 사실을 발견함으로써 필자는 학문적으로 큰 자신감을 가지게 되었으며, 이는 학계에서도 상당한 주목을 받을 수 있을 것으로 기대하였다.

그러나 이러한 필자의 기대는 여지없이 무너졌다. 필자는 “구체적으로 발생된 결과에 대한 인식 여부는 구성요건적 고의와 전혀 관련이 없다”는 관점을 비교적 일찍 교과서를 집필하면서 논술했으나, 퇴임을 목전에 둔 지금까지도 이러한 관점이 학계의 주목을 받지 못하고 있다. 아마도 필자의 표현력이나 설득력에 상당한 문제가 있었을 것으로 보지 않을 수 없다.

이 글을 통하여, 그동안 필자 스스로는 20년 넘게 코페르니쿠스의 발견으로 과잉평가 해 왔던 ‘구성요건적 고의의 인식대상에 관하여’ 허심탄회하게, 그리고 비교적 간명하게 서술했으로써 퇴임을 앞둔 강연에 대신하고자 한다.

2. 구성요건적 고의의 인식 대상

구성요건적 고의는 행위당시 행위자의 범죄실현의사를 말하며, 이러한 범죄실현의사는 범죄를 구성하는 객관적 사실에 대한 인식을 전제로 한다. 행위자에게 범죄를 구성하는 객관적 사실에 대한 인식이 결여된 경우, 해당 범죄를 범할 의사도 없는 것이므로 구성요건적 고의가 될 수 없다.

구성요건적 고의, 즉 범죄실현의사는 행위자가 행위당시 실현하고자 의도하는 범죄에 대한 것을 말한다. 이러한 범죄실현의사는 행위자가 행위당시 의도했던 범행을 구성하는 객관적 사실에 대한 인식을 전제로 한다. 구체적으로 행위자에게는 행위당시 행위객체에 대하여 자신의 행위를 통하여 실현하고자 하는 범행결

과에 대한 인식이 필요하다. 따라서 구성요건적 고의의 인식대상은 ‘행위주체’, ‘행위객체’, ‘구성요건적 행위’ 및 ‘행위자가 자신의 행위를 통해서 발생시키려고 의도한 구성요건적 결과’이다. 예컨대 피해자를 저격하여 살해하려는 자의 고의는 “가해자가 피해자를 저격하여 사망케 한다”는 행위당시의 행위자의 의식과 의사이다. 이러한 고의의 확정에는 구체적으로 피해자가 어떤 사정으로 사망하든 관계가 없으며, 더욱이 피해자가 사망하지 않아도 관계가 없다.

행위자가 범죄실현의사에 의한 행위를 함으로써 행위 이후에 ‘현실적으로 발생된 결과’는 구성요건적 고의의 인식대상이 아니다. 이러한 ‘현실적으로 발생된 결과’는 미래의 사실로써 행위당시에 행위자의 인식 속에 포착될 수가 없는 대상이기 때문이다. 행위당시 ‘행위자가 의도한 결과’와 이후 ‘현실적으로 발생된 결과’가 동일할 수도 있겠지만, 동일한 경우라 할지라도 ‘현실적으로 발생된 결과’가 행위당시 행위자가 인식했던 결과 그 자체는 아니다. 이 경우에도 행위자가 행위당시 인식하고 의도했던 결과와 동일한 결과가 현실적으로 발생한 것일 뿐이다. 더욱이 행위당시 ‘행위자가 의도한 결과’와 이후 ‘현실적으로 발생된 결과’가 완전히 동일한 경우는 거의 존재하지도 않는다.

이와 같이 ‘현실적으로 발생된 결과’ 및 ‘이와 관련된 인과관계’ 등은 행위당시 행위자가 인식할 수 있었던 대상이 될 수 없다. 고의의 인식대상이 되는 결과는 행위당시를 기준으로 해야 하며, 행위당시를 기준으로 인식할 수 있는 범행결과는 행위자가 자신의 행위를 통하여 실현하고자 의도하는 결과일 뿐이다. 또한 행위자가 자신의 행위를 통하여 실현하고자 의도하는 결과를 인식하고 범행을 결행하였으나 현실적으로 다른 결과가 발생한 경우에도 구성요건적 고의는 부정되지 않으며, 아예 결과가 발생하지 아니한 경우에도 고의가 부정되지 않으므로 미수범은 성립하게 된다.

3. 인과관계와 구성요건적 고의의 인식대상

1) 인과관계는 구성요건적 고의의 인식대상이 아니다.

거의 대부분의 문헌에서는 고의의 인식대상 중 하나로 인과관계를 거론한다.

“인과관계는 범죄의 객관적 행위상황, 즉 객관적 구성요건요소에 속한다”는 명제를 근거로 한 것이다. 따라서 구성요건적 고의를 인정함에 있어서는 인과관계에 대하여도 행위자의 인식이 필요하다는 것이 학설의 일반적인 입장이다.

그렇다면 객관적 귀속은 범죄의 객관적 행위상황, 즉 객관적 구성요건요소에 해당하지 않는지 의문이 제기된다. 또한 이에 대한 인식 여부가 구성요건적 고의와 관련이 없는지 의문이 제기된다. 이에 대하여 대부분의 문헌에서는 객관적 귀속도 객관적 구성요건요소로 분류하고 있다. 다만, 객관적 귀속에 대한 인식의 문제에 관하여는 침묵하는 것이 일반적이다. 일부 문헌에서는 객관적 구성요건요소 중 사실판단의 문제인 인과관계는 고의의 인식대상이 되지만, 평가 문제에 해당하는 객관적 귀속은 고의의 인식대상이 될 수 없다고 한다.¹⁾ 이러한 설명은 일정 부분에서 의미를 가질 수 있다. 다만 이러한 설명은 인과관계 역시 사실관계를 기초로 ‘구성요건적 결과의 확정’이라는 특정내용을 평가하는 기준에 불과하다는 사실을 간과하고 있다.

결론적으로 인과관계와 객관적 귀속은 그 자체로 객관적 구성요건요소가 아니다. 범죄의 객관적 구성요건요소는 정확히 완전하게 표현하면 ‘구성요건적 행위의 주체’, ‘구성요건적 행위의 객체’, ‘구성요건적 행위’, ‘구성요건적 결과’이다. ‘구성요건적’이란 ‘범죄구성요건에서 제시하는 전형적인 불법적’이란 의미이다. 예컨대 살인죄의 ‘구성요건적 행위’란 ‘사람의 생명을 자연사에 앞서서 단절시키는 불법적인 생명침해행위’를 의미한다. 따라서 살인자 부모의 혼인이나 출산은 살인죄의 구성요건적 행위가 될 수 없으며, 법적·사회적 관련개념인 형법상 인과관계의 판단대상으로도 상정될 수 없다.²⁾ 동일한 차원에서 ‘구성요건적 결과’는 ‘범죄구성요건에서 제시하는 전형적인 불법적인 결과’를 말한다. ‘범죄구성요건에서 제시하는 전형적인 불법적인 결과’라고 한다면 그 결과는 구성요건적 행위에 의해서 야기되고, 행위자에게 객관적으로 귀속될 수 있는 결과가 아니면 안 된다.

1) 김일수, 「한국형법」 I, 개정판, 박영사, 1996, 413면; 김일수/서보학, 「새로쓴 형법총론」 제 12권, 박영사, 2014, 142면 이하.

2) 이에 관하여는 이정원, 「형법총론」, 신문사, 2012, 97면 참조.

이러한 의미에서 인과관계와 객관적 귀속은 해당 결과가 구성요건적 결과인지 아닌지를 판단하는 기준이라고 해야 한다. 이러한 판단의 기준이 그 자체로 객관적 구성요건요소가 될 수는 없으며, 이러한 판단의 기준이 고의의 인식대상이 될 수도 없는 것이다.

2) 인과관계 착오론의 개념적 오류 내지 물이해

학설의 일반적인 입장에서는 인과관계도 고의의 인식대상이라는 관점에서 인과관계의 착오를 설명하고 있다. 다만 인과관계의 완전한 인식은 신이 아니면 불가능하기 때문에 대체적으로 그 본질적인 점만 인식하면 족하다고 한다.³⁾ 통설의 입장 중에서 인과관계와 인과과정을 구별하여, 인과관계는 고의의 인식대상이지만, 인과과정은 고의의 인식대상이 아니라는 견해⁴⁾도 있다. 인과관계는 결과범의 구성요건에서 빼놓을 수 없는 중요한 구성요건표지이므로 고의의 인식대상⁵⁾이 되지만, 행위의 결과에로의 진행과정과 결과의 구체적인 형성과정은 고의의 인식대상이 아니라는 것이다.⁶⁾ 이러한 설명은 필자가 초학자 시절 가장 이해하기 곤란했던 서술이었다.

인과관계의 착오로 거론되는 대표적인 사례로는 ㉠‘피해자를 살해하기 위해서 저격한 행위자가 피해자를 사망한 것으로 오인하고 파묻은 결과 피해자가 질식사한 경우’ 등이 있다. 여기서 피해자를 저격하는 살해행위로부터 저격당한

-
- 3) 김성돈, 「형법총론」 제4판, 성균관대학교 출판부, 2015, 229면; 김성천/김형준, 「형법총론」 제7판, 도서출판 소진, 2015, 118면 이하; 배중대, 「형법총론」 제13판, 홍문사, 2017, 164면 이하; 성낙현, 「형법총론」 제2판, 동방문화사, 2011, 198면; 손동권/김재윤, 「새로운 형법총론」, 율곡출판사, 2011, 152면; 손해목, 「형법총론」, 법문사, 1996, 351면 이하; 신동운, 「형법총론」 제10판, 법문사, 2017, 222면 이하; 오영근, 「형법총론」 제4판, 박영사, 2018, 123면 이하; 이영란, 「형법총론」 제3판, 형설출판사, 2011, 199면; 이재상/장영민/강동범, 「형법총론」 제9판, 박영사, 2017, 168면 이하, 188면 이하; 이형국, 「형법총론」 제4판, 법문사, 2007, 123면; 임웅, 「형법총론」 제9정판, 법문사, 2017, 171면, 187면 이하; 정성근/박광민, 「형법총론」 전정2판, 성균관대학교 출판부, 2015, 203면 이하; 정영일, 「신형법총론」, 도서출판 학림, 2018, 160면 이하.
- 4) 김일수, 앞의 논문, 410면 이하, 438면 이하; 김일수/서보학, 앞의 논문, 142면 이하, 157면; 박상기, 「형법총론」 제9판, 박영사, 2012, 136면 이하, 147면; 진계호/이준걸, 「형법총론」 제7판, 대왕사, 2007, 227면, 245면 이하; 한정환, 「형법총론」 제1권, 한국학술정보, 2010, 225면; 同趣旨, 권오걸, 「스마트 형법총론」 형설출판사, 2011, 127면, 148면 이하.
- 5) 김일수, 앞의 논문, 411면; 김일수/서보학, 앞의 논문, 142면 이하.
- 6) 김일수, 앞의 논문, 413면, 439면; 김일수/서보학, 앞의 논문, 143면.

피해자가 질식사하게 되는 과정에 대한 가해자의 착오가 인과관계의 착오라는 것이다. 이러한 과정에서 가해자는 그 본질적인 점은 대체로 인식했기 때문에 인과관계의 착오는 없으며, 가해자에게는 피해자의 사망에 대한 고의기수범의 성립이 인정된다고 한다.

인과관계 착오론의 문제점을 드러나게 하기 위해서 상기 ㉔인과관계의 착오 사례를 다음과 같이 변형시켜 볼 수 있다. A는 B를 살해하기 위해서 저격하였으며, B는 피를 흘리며 쓰러졌다. A는 현장에서 체포되었고, ①이후 B는 간단한 치료를 받고 완쾌하였다. ②이후 B는 병원으로 실려가 수술을 받고 3개월간 집중치료로 간신히 목숨을 건질 수 있었다. ③이후 B는 병원으로 실려가 수술을 받고 3개월간 사경을 넘나들다가 결국 사망하였다. ④이후 B는 병원으로 실려가 치료를 받았으나 총상 부분으로 침투한 폐혈균에 의한 폐혈증으로 사망하게 되는데, 폐혈균의 침투경로와 침투시점은 확인할 수 없었다. ⑤이후 B는 병원으로 실려 가던 중 중앙선을 침범한 덤프트럭과 충돌한 사고로 사망하였다.

위 사례변형에서 ①②는 일반적인 살인미수의 사안이고, ③은 일반적인 살인기수의 사안이다. ④의 변형은 객관적 귀속과 관련하여 약간의 생각을 필요로 하지만, B의 사망은 A가 창출한 위험의 실현결과(A가 창출한 총상으로의 감염 결과)이므로 객관적 귀속이 부정되지 않으며 살인기수에 해당한다.⁷⁾ ⑤의 변형에서 B의 사망은 교통사고라는 일반적 생활위험이 실현된 결과⁸⁾에 불과하므로 객관적 귀속이 부정되어 살인미수가 되는 사안이다.

㉔인과관계 착오사례 뿐 아니라 ①~⑤까지의 사례변형에서도 A의 B에 대한 살인고의가 부정되는 경우는 없다. 그럼에도 불구하고 ㉔인과관계 착오사례 뿐 아니라 ①~⑤까지의 사례변형 중에서 어느 경우도 A의 의도대로 결과가 발생한 경우는 없다. B가 사망한 ㉔인과관계 착오사례 및 ③~⑤의 변형사례에서도 A가 의도했던 것과는 다르게 인과관계가 진행되었지만, 이것이 A의 B에 대한

7) 이에 관하여는 이정원, 앞의 논문, 104면 이하 참조.

8) 일반적 생활위험이란 누구나 언제 어디서 당할지 모르는 위험을 의미한다. 따라서 B에게 발생한 이러한 위험결과는 A에게 객관적 예견가능성 및 객관적 회피가능성이 인정될 수 없으므로 객관적 귀속이 부정된다. 이에 관하여는 이정원, 앞의 논문, 105면 참조.

살인고의에 대하여 아무런 영향을 미치지 않았다. 더욱이 현실적으로 B가 사망하지 아니한 ①②의 변형에서도 A의 B에 대한 살인고의가 부정되지 않는다.

이러한 결론은 당연하다. B에 대한 A의 살인고의는 A가 B를 저격하는 시점(행위시점)에 피격에 의한 B의 사망결과(구성요건적 결과)를 인식하고 의욕하였기 때문에 인정되는 것이다. 따라서 행위시점에서 이미 확정된 A의 살인고의는 그 이후 B의 구체적인 사망결과에 대한 인과관계가 어떻게 진행되었든 전혀 영향을 받지 않는다. 그러므로 구체적으로 발생된 결과에 대한 인과관계는 구성요건적 고의의 인식대상이 될 수 없다. 더욱이 B가 사망하지 아니한 경우에도 행위시점에서 이미 확정된 살인고의에는 어떠한 변경도 일어나지 않는다.

3) 현실적으로 발생한 구체적 결과에 대한 인과관계 착오의 사안

이론적으로 고의에 영향을 주는 인과관계 착오의 사안은 존재하지 않는다. 다만 일반적인 인식 없는 과실범의 모든 사안이 구체적 결과에 대한 인과관계 착오의 사안이라고도 볼 수 있다. 그러나 이러한 경우에도 구체적 결과에 대한 인과관계의 착오가 고의를 조각하는 것이 아니라, 행위상황에 대한 불인식(구성요건적 사실의 착오)으로 고의가 부정되었기 때문에 구체적 결과에 대한 인과관계의 착오가 발생하고 있을 뿐이다.

인식 있는 과실범의 경우에도 결과 불발생을 신뢰한 행위자의 입장에서는 구체적 결과에 대한 인과관계의 착오가 발생한다. 그러나 여기서도 구체적 결과에 대한 인과관계의 착오가 고의를 조각시키는 것이 아니고, 범죄실현의사가 결여되어 고의가 부정되었기 때문에 구체적 결과에 대한 인과관계의 착오가 발생하고 있을 뿐이다.

예컨대 성수대교 붕괴사건이나 가슴기 살균제 사건에서 불특정 다수에 대하여 발생한 사상의 결과와 이를 야기한 주의의무 위반행위 사이의 인과관계에 대하여 주의의무 위반행위자의 착오가 인정될 수 있다. 그러나 여기서는 인과관계의 착오가 고의를 조각하는 것이 아니다. 주의의무위반의 행위당시에 행위자가 결과에 대한 불인식(인식의 결여)에 의해서 고의가 부정되고, 이러한 과실행위의 결과로 행위자에게 인과관계의 착오가 발생하게 되는 것이다. 동일한

차원에서 농부를 허수아비로 오인하여 사격연습을 한 경우는 행위당시에 행위자가 농부(사람)를 허수아비로 오인함으로써 구성요건적 행위객체인 농부(사람)를 인식하지 못한 객체착오에 해당한다. 여기서도 행위자가 오인으로 실행한 사격연습에 의한 허수아비 손괴행위가 농부의 사망결과로 연결되는 인과관계의 착오가 존재한다. 물론 여기서도 객체착오에 의한 과실행위에 의해서 인과관계의 착오가 발생하고 있을 뿐이다.

이와 같이 과실범의 모든 경우에는 인과관계의 착오가 존재하게 된다. 그러나 이들 사안에서 인과관계의 착오는 과실행위에 기인한 현상에 불과할 뿐이다. 과실범에 있어서는 인과관계의 착오 상황이 존재하지만, 인과관계의 착오 자체가 고의 존부에 영향을 미치는 것은 아니다. 과실범에서는 행위자가 인식하거나 의도하지 못했던 결과가 발생하기 때문에 구체적 결과에 대한 인과관계 착오 현상이 발생하고 있을 뿐이다. 이러한 관점에서 이론적으로 구성요건적 고의에 영향을 미치는 인과관계의 착오사안은 존재하지 않는다고 해야 한다.

4. 구성요건적 결과에 대한 이해

1) 구성요건적 고의의 인식대상인 구성요건적 결과

구성요건적 고의는 행위당시 행위자가 자신의 행위로 실현하려는 범죄실현의사를 의미한다. 행위당시 행위자의 범죄실현의사는 자신이 실현하려는 범죄의 객관적 행위상황에 대한 인식과 의사이다. 따라서 행위 이후에 현실적으로 발생한 결과는 구성요건적 고의의 인식대상이 아니다. 구성요건적 고의의 인식대상이 되는 구성요건적 결과는 행위당시 행위자가 자신의 행위를 통해서 실현하려고 의도한 결과이다.

행위당시 행위자가 자신의 행위를 통해서 실현하려고 의도한 결과는 구성요건적 결과이어야 한다. 구성요건적 결과란 구성요건적 행위에 의해서 야기되었고, 행위자에게 객관적으로 귀속될 수 있는 결과를 말한다. 인과관계가 부정되거나, 인과관계가 인정되어도 객관적 귀속이 부정되는 결과라면 그것은 구성요건에 해당하는 불법한 결과로 평가될 수 없다. 구성요건에 해당하는 불법한 결

과가 아니라면 그것은 객관적 구성요건요소에 해당할 수 없다. 따라서 만약 행위자가 행위당시 자신의 행위를 통해서 실현하려고 의도한 결과가 구성요건적 결과가 아니었다면 행위자는 구성요건적 결과를 야기할 의도가 없었던 것이므로 해당 범죄고의가 부정된다.

행위당시 행위자가 ‘자신의 행위를 통해서 실현하려고 의도한 결과’가 ‘인과관계가 부정되기 때문에 구성요건적 결과로 평가되지 않는 경우’는 현실적으로 상정할 수가 없는 경우이다. 예컨대 “행위자가 피해자를 저격하지만 빗나가고, 이후 알 수 없는 독립된 제3자의 저격으로 피해자가 사망하는 결과를 야기하려고 의도하였다”라는 말도 안 되는 그 자체로 모순된 상황일 뿐이다.

행위당시 행위자가 ‘자신의 행위를 통해서 실현하려고 의도한 결과’가 ‘인과관계는 긍정되지만 객관적 귀속이 부정되기 때문에 구성요건적 결과로 평가되지 않는 경우’는 행위자가 ‘구성요건적 결과를 야기할 의도가 없었던 경우’이므로 해당 범죄고의가 부정된다. 이러한 사안으로는 ‘인과사건에 대한 인간의 지배가능성이 부정되는 경우’와 ‘위험감소의 경우’가 있다.

객관적 귀속은 인과사건에 대한 인간의 지배가능성이 긍정되는 경우에만 가능하다. 인과사건에 대한 인간의 지배가능성이 부정되는 결과라면 그것은 극히 우연한 결과에 불과하기 때문이다. 예컨대 번개 등 자연력을 이용하여 사람을 살해하려 한 경우 또는 안전도가 낮은 항공사의 항공기를 이용하게 하여 사람을 살해하려 한 경우 등은 실제로 행위자가 의도한대로 번개나 항공기 추락으로 피해자가 사망하는 결과가 발생했을지라도 발생된 결과에 대한 객관적 귀속이 긍정될 수 없다. 그럼에도 불구하고 조건설의 관점에서 번개나 항공기 추락을 이용한 행위자의 행위와 발생된 결과 사이의 인과관계는 부정되지 않는다. 일반적으로 인과관계가 긍정되고, 객관적 귀속이 부정되면 미수범이 성립하게 된다. 그러나 행위자는 행위당시에 이와 같이 인과관계가 긍정되고 객관적 귀속이 부정되는 결과를 야기하려고 의도하였다. 행위자가 행위당시 의도했던 객관적 귀속이 인정될 수 없는 결과라면 그것은 구성요건적 결과가 될 수 없다. 즉 행위자는 행위당시 구성요건적 결과를 야기하려는 의도가 없었으므로 행위자에게 살인고의는 인정되지 않는다.⁹⁾ 따라서 이러한 경우에는 미수범의 성립

도 부정된다.

위험감소의 경우 역시 객관적 귀속이 부정되는 사안이다. 객관적 귀속은 행위자에 의한 위험증가를 포함한 위험의 창출의 경우에만 가능하므로, 위험을 감소시키는 경우에는 객관적 귀속이 부정된다. 예컨대 함께 걷던 친구의 머리를 향하여 벽돌이 떨어지고 있는 상황에서 친구를 구해주기 위해 그를 밀쳤고, 그 결과 벽돌이 친구의 머리가 아니라 발목에 떨어지게 함으로써 발목 골절상을 야기한 경우가 그러하다. 객관적 귀속은 위험창출의 경우에만 가능하므로, 위험감소의 결과에 대해서는 객관적 귀속이 부정된다.¹⁰⁾ 이 경우에도 행위자는 행위당시 친구를 구하기 위해 위험감소의 결과를 발생시키려고 의도하였지만, 행위당시 이러한 행위자의 의도는 구성요건적 고의가 아니다. 행위당시 행위자는 객관적 귀속이 부정되어 ‘구성요건적 결과로 평가될 수 없는 결과’를 발생시키려고 의도했을 뿐이기 때문이다. 따라서 위험감소의 경우에도 고의가 부정되어 미수범도 성립하지 않는다.¹¹⁾

이러한 관점에서 인과관계와 객관적 귀속은 그 결과가 ‘구성요건적 결과’인지 아닌지를 판단하는 기준에 불과하다고 해야 한다. 인과관계와 객관적 귀속이 그 자체로 객관적 구성요건요소가 되는 것은 아니며, 따라서 인과관계와 객관적 귀속이 그 자체로 고의의 인식대상이 되는 것은 아니다.

2) 현실적으로 발생한 구체적인 결과

구성요건적 고의의 인식대상인 구성요건적 결과는 현실적으로 발생한 결과가 아니라, 행위자가 행위당시 자신의 행위를 통해서 발생시키려고 의도한 결과라

9) 이에 관하여는 이정원, 앞의 논문, 107면 이하 참조.

10) 위험감소와 긴급피난의 사안은 구별되어야 한다. 여기 위험감소의 사안에서, 만약 피해자가 넘어지면서 벽돌에 발목골절이 발생했고, 밀쳐진 행위에 의해서 얼굴의 찰과상이 발생했다면, 발목골절은 위험감소의 사안이지만, 얼굴의 찰과상은 긴급피난의 사안이 된다. 즉 발목골절은 행위자로부터 창출된 위험이 실현된 것이 아니라 벽돌이 떨어지는 최초의 위험을 행위자가 감소시킴으로써 실현된 결과인 반면에, 얼굴의 찰과상은 직접 행위자에 의해서 창출된 위험이 실현된 결과에 해당한다. 다만 이는 긴급피난으로 위법성이 조각될 뿐이다. 이에 관하여는 이정원, 앞의 논문, 112면 참조.

11) 이에 관하여는 이정원, 앞의 논문, 111면 이하 참조.

는 사실은 분명하다. 그러나 범죄의 객관적 구성요건요소인 구성요건적 결과는 행위자가 행위당시 자신의 행위를 통해서 발생시키려고 의도한 결과가 아니라, 현실적으로 발생한 결과이다. 행위자가 행위당시 자신의 행위를 통해서 발생시키려고 의도한 결과라는 것은 그 자체로 범죄의 객관적 구성요건요소인 것이 아니라, 행위당시 행위자의 인식과 의사를 확정하기 위해서 그 판단대상으로 상정되는 결과에 불과하다. 왜냐하면 행위당시에 행위자의 인식과 의사를 확정함으로써 행위자의 고의가 확인될 수 있기 때문이다.

구성요건적 행위 이후에 현실적으로 발생한 구체적인 결과는 범죄의 객관적 구성요건요소이다. 행위자가 고의로 시도한 행위당시의 상황에서는 해당 범죄에 대한 행위반가치와 법익에 대한 위험이라는 결과반가치까지 평가될 수 있다. 그 이후 현실적으로 발생한 구체적인 결과를 통해서 아직 평가되지 아니한 해당 범죄에 대한 추가적인 불법평가가 이루어진다. 이러한 추가적인 평가에 의하여 해당범죄는 미수범과 기수범으로 구별된다. 이 때 인과관계와 객관적 귀속은 이러한 추가적인 평가를 위한 기준이 된다. 구성요건적 행위 이후에 현실적으로 발생한 구체적인 결과에 대하여 인과관계가 부정되거나 객관적 귀속이 부정되면 구성요건적 결과는 발생하지 않았으므로 미수범이 성립하게 된다. 이러한 점에서 인과관계와 객관적 귀속은 그 결과가 '구성요건적 결과'인지 아닌지를 판단하는 기준에 불과하며, 그 자체로 객관적 구성요건요소는 아니라고 해야 한다.

5. 종합 정리

범죄의 객관적 구성요건요소는 행위주체, 행위객체, 구성요건적 행위 및 구성요건적 결과이며, 일반적인 주관적 구성요건요소는 구성요건적 고의이다. 범죄의 일반적인 주관적 구성요건요소인 구성요건적 고의는 객관적 행위상황에 대한 의식과 범죄실현의사이다.

구성요건적 고의는 행위시점의 범죄실현에 대한 행위자의 인식과 의사이다. 현실적으로 발생한 구체적인 결과는 시기적으로 행위시점 이후에나 나타나는 것이므로 행위당시에 행위자가 인식할 수 있는 대상이 될 수 없다. 행위시점에

는 행위자가 자신의 행위를 통해서 실현하려고 의도한 결과만을 인식할 수 있을 뿐이므로 구성요건적 고의의 인식대상인 결과는 행위당시 행위자가 발생시키려고 의도한 결과를 의미한다.

이러한 관점에서 현실적으로 발생한 구체적 결과는 고의의 인식대상이 되지 않는다. 또한 현실적으로 발생한 구체적 결과에 대한 인과관계도 고의의 인식대상이 될 수 없다. 이를 떠나서 인과관계나 객관적 귀속은 그 자체로 객관적 구성요건요소가 아니다. 인과관계와 객관적 귀속은 결과에 대한 평가기준일 뿐이다. 즉 그 결과가 구성요건적 불법한 결과인지 아닌지를 판단하는 기준일 뿐이다. 인과관계와 객관적 귀속이 긍정되는 결과는 구성요건적 불법한 결과이지만, 인과관계나 객관적 귀속이 부정되는 결과는 구성요건적 결과가 될 수 없다.

범죄실현 단계에서 행위자가 고의로 시도한 행위당시의 상황에서는 해당 범죄에 대한 행위반가치와 법익에 대한 위협이라는 결과반가치까지만 평가될 수 있다. 이 때 행위자의 고의를 판단함에 있어서 그 인식의 대상은 행위주체, 행위객체, 구성요건적 행위 외에 행위자가 자신의 행위를 통해서 실현하고자 의도하는 결과이다. 그 이후 현실적으로 발생한 구체적인 결과를 통해서 아직 평가되지 아니한 해당 범죄에 대한 추가적인 불법평가가 이루어진다. 이러한 추가적인 평가에 의하여 해당범죄는 미수범과 기수범으로 구별된다. 이 때 인과관계와 객관적 귀속은 이러한 추가적인 평가를 위한 기준이 된다.

6. 여론 - 범죄론의 구조에서 행위자의 인식

범죄론의 구조상 행위자의 인식은 불법을 정하는 법률과의 관계에서 의미가 있다. 불법을 정하는 법률이 적용되기 위해서 필요한 전제사실을 인식하지 못한 경우에는 고의불법을 형성하지 못한다. 이는 사실의 착오 영역에 해당한다. 이에 반하여 불법을 정하는 법률의 의미와 내용을 인식하지 못한 경우에는 그 불인식에 대하여 정당한 이유가 있는 경우에 한하여 고의책임비난이 탈락한다. 이는 법률의 착오에 해당한다.

불법을 정하는 법률은 불법을 직접적으로 정하는 법률과 불법을 간접적으로

정하는 법률로 구별된다. 불법을 직접적으로 정하는 법률은 범죄구성요건을 규정하는 법률(직접적 법률)을 말하며, 불법을 간접적으로 정하는 법률은 위법성 조각사유를 규정하는 법률(간접적 법률)을 말한다. 이러한 불법을 직접적 또는 간접적으로 정하는 법률의 내용과 범위에 대한 착오는 법률의 착오이며, 그 착오에 정당한 이유가 있으면 고의책임비난이 탈락한다. 즉 구성요건을 정하는 직접적 법률의 내용과 범위에 관한 착오든 위법성조각사유를 정하는 간접적 법률의 내용과 범위에 관한 착오든 모두 법률의 착오로서 비난가능성과 관련된 책임의 문제가 된다.

이에 반하여 불법을 정하는 법률이 적용되기 위한 전제사실에 관한 착오는 고의불법이 형성되지 못한다. 불법을 직접적으로 정하는, 즉 구성요건을 정하는 법률이 적용되기 위해서 요구되는 전제사실에 대한 착오는 구성요건적 사실의 착오로서 고의가 조각되어 고의불법이 탈락한다.

그러나 불법을 간접적으로 정하는, 즉 위법성조각사유를 정하는 법률이 적용되기 위한 전제사실에 대한 착오(소위 위.전.착.)는 구성요건적 사실의 착오가 아니다. 따라서 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오에 의해서 직접 구성요건적 고의가 조각될 수는 없다. 그럼에도 불구하고 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오 역시 불법을 정하는 법률이 적용되기 위해서 요구되는 전제사실에 대한 착오이므로 고의불법의 형성을 인정해서는 안 된다. 따라서 위법성조각사유의 전제사실에 관한 착오의 경우에는 구성요건적 사실의 착오를 유추적용함으로써 고의불법을 탈락시켜야 한다.¹²⁾

이와 같이 범죄론의 구조상 행위자의 인식은 불법을 정하는 법률과 관련을 가진다. 즉 불법을 정하는 법률의 내용과 범위에 관한 인식 내지 불인식(착오)과 그 전제사실에 관한 인식 내지 불인식(착오)이 범죄구조론을 구축하는데 중요한 의미가 있다. 책임을 정하는 법률에 대한 인식 여부는 범죄구조와 전혀 관련이 없다. 마찬가지로 처벌조건이나 소추조건 등을 정하는 법률에 대한 인

12) 김일수, 앞의 논문, 524면 이하; 김일수/서보학, 앞의 논문, 194면 이하; 성낙현, 앞의 논문, 228면; 손동권/김재윤, 앞의 논문, 203면; 안동준, 「형법총론강의」, 형설출판사, 2009, 194면; 동취지, 제13조를 직접 적용하는 이상돈, 「형법강의」, 제1판, 법문사, 2010, 423면.

식 여부도 범죄구조와 전혀 관련이 없다. 다만 예외적으로 책임조각사유(기대가능성)를 정하는 법률의 전제사실에 대한 인식 여부는 책임비난(불법행위에 대한 비난가능성)과 관련하여 특별한 의미가 있다.¹³⁾

13) 이에 관하여는 이정원, 앞의 논문, 253면 이하, ‘3-2-4. 면책적 긴급피난의 상황에 대한 착오’ 참조.

[참고문헌]

- 권오걸, 「스마트 형법총론」, 형설출판사, 2011.
- 김성돈, 「형법총론」 제4판, 성균관대학교 출판부, 2015.
- 김성천/김형준, 「형법총론」 제7판, 도서출판 소진, 2015.
- 김일수, 「한국형법」 I, 개정판, 박영사, 1996.
- 김일수/서보학, 「새로쓴 형법총론」 제12판, 박영사, 2014.
- 박상기, 「형법총론」 제9판, 박영사, 2012.
- 배종대, 「형법총론」 제13판, 홍문사, 2017.
- 성낙현, 「형법총론」 제2판, 동방문화사, 2011.
- 손동권/김재윤, 「새로운 형법총론」, 율곡출판사, 2011.
- 손해목, 「형법총론」, 법문사, 1996.
- 신동운, 「형법총론」 제10판, 법문사, 2017.
- 안동준, 「형법총론강의」, 형설출판사, 2009.
- 오영근, 「형법총론」 제4판, 박영사, 2018.
- 이상돈, 「형법강의」 제1판, 법문사, 2010.
- 이영란, 「형법총론」 제3판, 형설출판사, 2011.
- 이재상/장영민/강동범, 「형법총론」 제9판, 박영사, 2017.
- 이정원, 「형법총론」, 신론사, 2012.
- 이형국, 「형법총론」 제4판, 법문사, 2007.
- 임웅, 「형법총론」 제9정판, 법문사, 2017.
- 정성근/박광민, 「형법총론」 전정2판, 성균관대학교 출판부, 2015.
- 정영일, 「신형법총론」, 도서출판 학림, 2018.
- 진계호/이존걸, 「형법총론」 제7판, 대왕사, 2007.
- 한정환, 「형법총론」 제1권, 한국학술정보, 2010.

