

人的 不法論에서의 불법내용*

성낙현

영남대학교 법학전문대학원 교수

< 목 차 >

I. 머리말	IV. 불법의 인적 구조론
II. 불법이론의 발전과정 및 불법의 책임과의 관계	V. 행위반가치와 결과반가치의 개념
III. 고전적 불법론	VI. 맺음말

I. 머리말

하나의 행위에 가벌성이 인정되기 위해서는 행위 자체의 구성요건해당성과 위법성의 요건이 갖추어져야 하며 나아가 행위자의 책임이 확인되어야 한다. 위법성이란 규범과 사실로서의 행위 사이의 모순관계 그 이상의 의미를 지나지 않는 데 비해 불법이란 구성요건해당행위에 대한 부정적 평가를 나타내는 표지로서¹⁾ 규범위반의 내용 또는 질과 양에 따라 재량되는 금지의 실체로 정의된다.²⁾ 고전적 범죄체계의 객관론적 견해에 따르면 불법의 본질적 내용은 결과불법이 전부였으나 목적적 범죄체계의 기초 위에서 형성된 인적 불법론에 의해 結果反價値와 더불어 行爲反價値가 형법적 불법의 한 요소로서 자리 잡게 되었다. 반가치란 법 이전의 사회윤리적 관점에서의 사실적 개념으로서 실정법의 범

* 심사위원 : 이정원, 김혜정, 양종모

투고일자 : 2010. 8. 12 심사일자 : 2010. 8. 22 게재확정일자 : 2010. 9. 13

1) 김일수/서보학, 형법총론, 제11판, 2006, 267면.

2) SK-Günther, StGB, Vor § 32 Rdnr. 16.

주에 포섭됨으로써 비로소 불법이라는 성격을 갖게 된다. 인적 불법론은 결과반가치를 불법영역에서 제외하는 일원적 · 주관적 불법론과 결과반가치와 행위반가치를 모두 불법영역에 포함시키는 이원적 인적 불법론으로 구분된다. 후자는 특히 행위반가치에 주관적 요소 뿐 아니라 객관적 요소가 불가결하게 포함되는 것으로 이해할 것인지에 따라 다시 양분된다. 현재 인적 불법론은 거스를 수 없는 지배적 견해로서의 지위를 차지하고 있으나 이에 대한 이견이 전혀 없는 것은 아니다. 즉 주관적 불법요소라는 개념을 전적으로 부정하거나 혹은 이를 목적범, 주관적 정당화 상황 또는 미수범과 같은 특별한 경우에 예외적으로만 인정하고자 하는 견해가 있다.³⁾

여기에서는 불법론을 둘러싼 다툼에 개입하기보다는 인적 불법론을 전제로 하되 처벌근거의 한 요소로서의 불법의 본질적 내용이 과연 행위불법과 결과불법으로 구성되는 것으로 이해해야 할지, 그렇다면 두 요소는 어떠한 각각의 실체적 내용과 상관적 기능을 갖는 것인지에 관한 논의의 내용을 정리해 보고자 한다.

II. 불법이론의 발전과정 및 불법의 책임과의 관계

보통법상의 귀속론(*gemeinrechtliche Zurechnungslehre*)은 이미 객관적 귀속(*imputatio facti*)과 주관적 귀속(*imputatio iuris*)을 구분하고 있었다.⁴⁾ 보통법상에서의 이러한 귀속의 구분은 오늘날 범죄체계에 관한 총체적 이론들에 있어서의 불법과 책임의 구분의 기초이자 중심축이 되었다.

1800년대의 학문은 자연주의(*Naturalismus*)와 실증주의(*Positivismus*)에 의해 지배되었다. 그 당시 학문이란 자연과학적 정확성을 불가결의 요건으로 하는 것이며, 그 대상 역시 감각기관을 통한 인지 혹은 물리적 · 기계적 측정이 가능하고 경험적 이해와 설명이 통할 수 있는 객관적인 것만으로 한정되어야 할 것으로 믿어졌다. 이러한 시대적 배경과 사고의 기초에서 형성된 초기의 고전적 범죄체계에서는 행위개념도 행위자의 의적 혹은 지적 요소와 같은 주관적 요소

3) Rudolphi, *Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre*, FS-Maurach, 1972, S. 51.

4) 김일수, *한국형법 I*, 1992, 12면; 성낙현, *형법총론*, 2010, 77면 이하.

는 배제된 외부세계의 인과적 과정으로 이해하게 된다. 이로써 불법이란 외부세계의 변화를 야기한 인과적 사건이라는 의미를 넘어서지 않는 것이었다.⁵⁾ 즉 고전적 범죄체계는 모든 객관적인 것은 불법으로, 모든 주관적인 것은 책임으로 이해하는 단순한 이분구조를 취하고 있었다.

그러나 학문으로서의 실재를 순 인과관계적 시각으로만 이해할 것이 아니라 관찰자 자신의 주관적 가치관에 따라 대상을 평가해야 할 것이라는 신칸트주의적 가치철학의 영향에 의해⁶⁾ 이러한 이분구조는 그 기반부터 흔들리게 되었다. 불법은 항상 순 객관적 요소만으로 완성되는 것이 아니며, 또한 책임도 순 주관적인 요소만으로 완성되는 것은 아니라는 인식의 변화가 이루어지게 된 것이다. 이로써 정당화 사유가 결여된 인과적 · 외부적 범죄결과의 야기만으로써 범죄의 불법이 완성되었다고 단정할 수 없으며, 구체적 행위와 관련되는 반가치판단에 법적으로 허용되지 않은 결과야기가 어떠한 방법과 방식으로 이루어졌는지에 대한 고려가 추가적으로 요구되었다. 특히 목적범의 경우처럼 규범이 요구하는 객관적 요소와 그 실제적 불법이 항상 일치하지 않을 때가 있는데 이러한 경우 실제적 불법의 완성을 위해 보충되어야 할 주관적 불법요소가 있음이 발견되었다. 그러나 신고전적 범죄체계에서는 불법의 객관성과 책임의 주관성의 구별은 그대로 인정하되 다만 불법의 영역에 예외적 주관적 요소가 있음을 인정하는 데 그치고자 했다.

목적적 행위론에 의해 고의가 책임요소가 아니라 이미 주관적 불법요소가 되는 것으로 인식되면서 이러한 신고전적 견해도 입지를 잃게 되었다. 목적적 행위론을 통해 불법의 일부 영역이 주관화되고 동시에 책임의 일부영역은 탈주관화가 됨과 동시에 규범화가 이루어지게 되었으며, 이로써 고전적 범죄체계와의 극단적 대립이 형성되었다.⁷⁾ 목적론을 기초로 하는 인적 불법요소라는 개념 하에서 전체로서의 불법에는 대립적 혹은 상호보완적 지위의 행위반가치와 결과반가치가 포함되는 구도로 변환된다. 즉 불법은 당위적으로 회피되어야 하는 행위에 대한 일반적 반가치판정으로서 그 구성요소 중 결과불법은 회피되어야 하는 결과의 관점에서의 반가치판단이며 행위불법은 결과야기의 방식이나 방법에 관련한 반가치판단이다.

5) Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., § 22 II. 1.

6) 김일수, 앞의 책, 21면.

7) Roxin, Strafrecht AT I, 2. Aufl., § 7 Rdnr. 15.

보편적으로 불법을 일반적 당위(generelles Sollen)라고 한다면 이에 대해 책임은 개별적 가능성(individuelles Können)이라는 관계로 이해될 수 있다.⁸⁾ 불법판정은 실정법의 관점에서의 행위에 대한 일반적 평가로서 법질서의 당위규범에 대한 일치여부를 묻는 것이다. 여기에서는 행위자의 개별적 답책성은 고려하지 않는다. 이것은 행위와는 분리된 책임영역으로 넘겨진다. 즉 행위의 불법성이 확정된 이후에 행위자에 대한 개인적 책임비난가능성을 검토하게 된다. 행위자가 개인적으로 행위를 회피할 수 있었음에도 불구하고 잘못된 범감정에 의해 범행의 의사형성이 이루어졌을 때 책임비난은 확정된다.⁹⁾

Welzel은 이에 대해 위법성과 책임의 구분은 외부세계와 행위자 내면의 대립관계에 있는 것이 아니라 외적 요소와 내적 요소의 합일체로서의 행위와 행위자의 행위에 대한 가능성 여부의 관계에 존재하는 것이라고 설명한다. 그의 견해에 의하면 불법은 가치평가의 대상이며 책임은 가치평가이다.¹⁰⁾

III. 고전적 불법론

1. 이론의 개요

고전적 범죄체계에서 불법은 행위자의 인격과는 절연된 상태에서 오직 객관적 표지만으로 구성될 수 있으며 또한 그러해야 하는 것으로 이해한다. 이러한 절대적 객관주의의 입장에 따르면 불법은 類概念으로서의 행위와 구성요건해당성, 위법성, 유책성 등과 같은 種概念으로서의 행위속성으로 이루어지는 것이었으며¹¹⁾ 형법적 처벌근거는 행위자의 내면적 태도가 아니라 그에 의해 야기된 전체로서의 결과 혹은 적어도 그 일부분이다. 여기에서 행위란 행위자의 의사에 따른 외부세계에 대한 인간적 행태로 정의되며, 이때의 의사는 외부세계의 변화에 인과관계를 유발하겠다는 정신적 작용 그 이상의 의미를 갖지 않는 것으로

8) 성낙현, 앞의 책, 133면; Jescheck/Weigend, a.a.O., § 39 I. 1; Lackner/Kühl, StGB, 24. Aufl., vor § 13 Rdnr. 23.

9) Jescheck/Weigend, a.a.O.

10) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., S. 51.

11) Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67, 1955, S. 1 f.

서, 특정한 하나의 결과에 지향되는 것이 아니라 막연한 임의의 결과에 관련된 것으로 족하다. 구성요건해당성 혹은 위법성이라는 유개념도 역시 행위자의 의사내용을 고려하는 것이 아니라 외부세계의 변화라는 행위의 객관적 · 외적 측면만을 평가한다. 객관주의적 입장에서는 행위자의 의사가 아닌 결과가 불법의 핵심이 되므로 불법이란 개념은 법익침해와 내용상 큰 차이가 있을 수 없으며, 행위자의 의사내용은 책임영역에 가서야 비로소 판단대상이 된다. 책임영역에서는 행위와 행위자 간의 심리적 관련성의 관점에서 평가할 때 귀속가능성이 인정되는 경우에 책임이 인정된다. 즉 행위자가 자신에게 귀속이 가능한 행위를 고의 또는 과실로 행했을 때 그 행위는 유책한 것이 된다.¹²⁾

그러나 법익침해라는 범죄적 결과만으로 불법이 완성된다고 할 수 없는 사례 혹은 물리적 침해와 같은 통상적 의미의 결과가 존재하지 않는 사례에 있어서는 불법완성을 위해 객관적 요소 외에 주관적 불법요소에 의한 보충이 필요하다는 사실을 깨닫게 되었고 이에 따라 의적 · 주관적 요소에 범죄체계에서의 불법의 지위와 기능이 부분적으로 존재함을 시인할 수밖에 없게 되었다.¹³⁾ 하지만 객관주의적 불법론에서의 일부는 이러한 새로운 변화에도 불구하고 불법개념의 주관화를 전적으로 부정하거나 주관적 불법요소를 객관적 요소인 것으로 판단하거나¹⁴⁾ 혹은 주관적 요소를 예외로만 인정함으로써¹⁵⁾ 기존의 체계를 유지하려고 애썼다. 고전적 범죄체계의 자연주의와 같은 극단적 형식주의에 대한 이러한 비판은 방법론적으로는 가치철학의 영향을 받았으며 형사정책적인 면에서는 근대 형법학파의 영향을 받은 바가 크다 하겠다.¹⁶⁾

2. 개별적 견해

객관적 불법론의 대표적 주장자로서 Mezger는 불법개념의 기초란 행위자의 주관과는 무관한 객관적 실재에 대한 인식가능성의 문제라는 시각에서 출발하여, 인식이 가능한 실존적 현상으로서의 객관적 생활질서가 법이고 이러한 객관

12) Gallas, a.a.O.

13) Zielinski, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 54.

14) Krauß, Erfolgswert und Handlungswert im Unrecht, ZStW 76, 1964, S. 21 참조.

15) Zielinski, a.a.O.

16) Gallas, a.a.O., S. 3.

적 질서의 침해가 불법이라고 설명한다. 그에게 규범은 受命者가 존재하지 않는 非人的 當爲(unpersönliches Sollen)로서¹⁷⁾ 그것은 특정한 객관적 사회상황에 대한 순수한 평가이지 행위를 규율하는 결정규범이 아니다.¹⁸⁾ 불법이란 이러한 평가규범으로서의 법에 대한 거역이고 이는 법으로 용인된 상황을 변경하거나 법으로 용인되지 않은 특정한 상황의 초래를 의미하는 것으로서 여기에서는 그 결과가 법적으로 승인되지 않았다는 점만이 중요하지 그 행위 혹은 과정이 법적으로 승인되지 않았는지의 여부는 중요하지 않다.¹⁹⁾ 그는 불법이란 형식적으로는 추상적 규범에 대한 침해이고 실질적으로는 이익침해라고 이해함으로써 주관적 요소를 배제하는 것을 원칙으로 하지만 그럼에도 그는 불법의 주관적 경향에 의미가 전혀 없는 것은 아니라고 보았다.²⁰⁾ 나아가 순 객관적 불법개념은 실정법에 반할 수밖에 없음을 인식했다.²¹⁾

또 다른 객관론자 중의 한 사람으로 Spendel은 우선 법치국가적 관점에서 객관주의가 요구된다고 한다. 즉 오관을 통한 인지와 계량이 가능한 외부세계의 객관적 요소가 안전하고도 확실한 법적 평가대상이 될 수 있는 반면²²⁾ 주관적·정신적 요소에 대해서는 객관적 요소와 같은 정도의 확실성을 갖고 평가한다는 것은 불가능하며 따라서 이를 법적 평가의 대상으로 삼는다면 법적 신뢰성이 침해될 위험이 있다는 것이다. 그는 평가의 중점이 객관에서 주관으로 이전되는 만큼 이에 비례하여 평가자의 주관적 재량의 범위가 발생하게 되고 이에 따라 임의적 판단의 위험성이 커지게 됨을 우려한다.²³⁾

Spendel은 객관주의를 취해야 하는 다른 하나의 이유로서, 행위형벌의 범위에서 불법의 주관화를 피한다면 미수범 특히 불능미수범의 경우 심각한 모순에 빠지게 된다는 점을 든다. 그는 이와 관련하여 사실은 임신하지 않은 부인이 임신한 것으로 오인하고 낙태의 의도로 실제로는 전혀 해가 없는 약물을 복용한

17) Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89, 1924, S. 242.

18) 김일수/서보학, 앞의 책, 244면, 법규범을 이렇게 평가규범으로 보게 되면 행위를 통해 발생된 결과가 규범의 대상이 되어 결과반가치가 불법내용의 본질이 되지만 법규범을 의사결정규범으로 이해하면 이와는 달리 행위반가치가 불법의 본질적 내용이 된다. 정영일, 형법상 불법의 본질에 관한 일고찰, 형사법연구, 제5호, 1993, 23면 참조.

19) Mezger, a.a.O., S. 245 f; vgl. Jescheck/Weigend, a.a.O., § 24 III. 1. Fn. 26.

20) 정영일, 앞의 논문, 46면.

21) Lampe, Das personale Unrecht, 1967, S. 64.

22) Spendel, Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht, ZStW 65, 1953, S. 531.

23) Spendel, a.a.O.

경우 낙태미수의 가벌성을 인정한 사례를²⁴⁾ 예로 든다. 이 판례의 입장에 대해 Spendel은 이는 심정형벌의 결과에 지나지 않으며 형사정책적으로는 그 결과에 있어서 긍정적인 면이 있다고 할 수 있을지 모르나 행위형법적 사고에는 부합하지 않는다고 본다.²⁵⁾

다른 한편으로 불법의 주관화는 이런 경우처럼 행위자에게 불리하게 작용할 때가 있을 뿐 아니라 오히려 부당하게 유리하게 작용될 때도 있음을 지적한다. 예컨대 공범과 정범의 구별에 있어서 의사설을 취하게 되면 극도의 혼란에 빠질 수 있다는 것이다. 가령 범인이 자신을 위해서가 아니라 제3자를 위해서 피해자를 목 졸라 살해한 경우 의사설에 의하면 그는 필연적으로 정범이 되어야 하는 것이 아니라 경우에 따라 방조범이 될 수 있으며 그 배후의 인물은 실행 행위를 전혀 하지 않았더라도 정범이 될 수 있는데 이러한 결론은 만족스럽지 못하므로 회피되어야 한다는 주장이다.²⁶⁾

윤리철학과 법은 혼동되어서는 안 된다는 기초 위에서 Spendel은 윤리에 있어서 평가의 중점은 행위자의 내면의 상태, 즉 의사에 있는 반면 법에 있어서의 그 중점은 결과에 있다는 점에서 양자를 구분하고자 한다. 말하자면 법은 행위를 올바르게 평가하기 위해 의사를 고려하는 반면 윤리는 의사를 평가하기 위해 행위를 고찰하게 된다는 의미로 이해하는 것이다.²⁷⁾ 다만 행위자의 내면은 그 자체로서가 아니라 결과의 지렛대로서의 기능은 인정되는 만큼 법이 행위자의 주관관을 완전히 도외시킬 수 있는 것은 아니라는 유보를 둔다.²⁸⁾

3. 비판

객관론자들이 주장하는 논거에 적어도 부분적으로는 설득력이 있음은 부정할 수 없다. 그러나 법공동체는 외부세계에 존재하는 객관적 사실만으로 자신의 판단과 대응을 확정하는 것이 아니라 행위자의 내면적 · 정신적 요소에 따라 차별적 취급을 할 수 있고 또한 그렇게 해야만 할 때가 있다는 점 역시 간과할

24) RGSt 34, 217 f.

25) Spendel, a.a.O., S. 523.

26) Spendel, a.a.O., S. 524.

27) Spendel, a.a.O., S. 530.

28) Vgl. Hippel, Strafrecht I, S. 504.

수 없다. 즉 결과는 동일하더라도 행위자가 예컨대 정신적 결함이 있거나 형사 미성년자인 경우 혹은 착오나 과실이 있는 경우에는 일반적 경우와는 달리 취급할 수 있다. 다른 한편으로 구체적 사례에서 객관적 상황만으로 오류 없는 불법판단이 가능한 것으로 전제한다면 횡령, 사기 혹은 배임과 같은 범죄에서는 객관적 행위만으로 불법을 확정하기 위해서는 구성요건적 정형성을 띤 행위로 발전할 때까지 기다려야 한다. 그렇게 되면 기수시점은 부당하게 상당히 뒤로 늦춰질 수밖에 없다. 반대로 불능미수의 경우처럼 객관적 행위는 존재하나 공동체에 객관적 의미에서의 침해가 존재하지 않는 경우에도 특정 범위 혹은 특정 성격의 불법은 인정되어야 한다. 이런 경우에는 행위자의 주관적 요소에 대한 확인을 통해서만 불법의 존재를 확정할 수 있다. 이러한 이론적 · 실제적 문제를 감안한다면 순 객관적 불법개념의 가치는 제한적일 수밖에 없다고 할 것이다.²⁹⁾

IV. 불법의 인적 구조론

다양한 불법이론을 이미 언급한 고전적 범죄체계에서의 결과불법일원론, 그리고 인적 불법론에서의 행위불법 일원론과 사회적 불법론에서의 행위불법 · 결과불법 이원론의 세 가지로 구분하는 것이 일반적이다.³⁰⁾ 그러나 여기서는 고전적 객관주의에 의한 비인적 불법론과 인적 불법론을 양분하고 인적 불법론의 범위에서 객관론, 주관론적 일원주의와 이원주의로 구분하여 설명하고자 한다.

오늘날 전체로서의 불법개념에 행위불법을 포함시키는 견해를 일반적으로 인적 불법론이라 칭한다.³¹⁾ 불법은 행위자의 인격과 절연된 객관적 표지만으로 완성된다는 견해에 대응하여 불법의 성립에 인적 · 주관적 표지가 완전히 배제될 수 없다는 입장이다. 여기에는 크게 두 가지 부류의 견해가 포함되는데 하나는 불법성립의 기초로서의 인적 요소란 추상적이고 객관화된 인격으로서의

29) Krauß, Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht, ZStW 76, 1964, S. 19 ff.

30) 김일수, 한국형법 I, 511면; Krauß, a.a.O. 정영일, 앞의 논문 25면에서는 우선 객관적 불법론과 인적 불법론으로 대별하고 인적 불법론은 다시 일원적 그리고 이원적 인적 불법론으로 나뉘고 그 중 후자는 객관적 요소의 위치설정에 따라 다시금 양분되는 것으로 이해한다.

31) Roxin, Strafrecht AT I, § 10 Rdnr. 89.

의사라고 보는 견해이고 다른 하나는 불법이란 행위자의 구체적이고 개별적인 의사에 관련된 것으로 보는 입장이다. 전자를 객관적 인적 불법론, 후자를 주관적 인적 불법론으로 지칭할 수 있다.

1. 인적 불법론의 기초로서의 목적적 행위론과 불법개념

1) 목적적 범죄체계에서의 불법개념

행위불법을 불법성립의 불가결의 요소로 보는 인적 불법론은 목적적 행위론에서 출발한다.³²⁾ Welzel은 자연적 · 인과적 행위개념은 인간행위의 한 측면만을 다루는 것이지 행위의 본질이나 그 전체를 다루는 것은 아니라는 점을 지적하며 스스로는 이러한 자연주의의 근본에서 탈피하여 인간존재의 구조를 밝히고자 하는 현상학적 · 존재론적 기초 위에서 행위 및 규범의 기능 혹은 그 상관관계를 확인하고자 했다.³³⁾ 그의 견해에 따르면 형법학의 대상으로서의 행위는 단순한 인과경과가 아니라, 그 의미연관 속에서 특정한 목표로서 추구되었기 때문에 사회윤리적으로 중요한 현상이라는 평가를 받는 것이어야 한다. 그의 현상학적 시각에 따르면 사회적 실재는 그 자체로서 가치관련적이며 정신적 요소를 포함하며 이러한 정신적 요소는 어떠한 단계에서든 혹은 어떠한 방식으로든 다른 요소들과 더불어 평가되어야 한다.³⁴⁾ 또한 이러한 관점에서의 규범이란 행위에 대한 평가를 내리고 해악적 결과로부터 법익을 보호하는 것으로 제 기능을 다하는 것이라고 할 수 없다. 즉 금지와 명령은 단순한 맹목적 인과경과에 구속되는 것이 아니라 특정한 목적의사으로써 미래의 특정한 상황을 형성할 수 있는 인간의 행위에 구속된다는 것이다.³⁵⁾ 따라서 법규범에 대한 필수적 상대개념으로서 실현의사는 이미 불법구성요건에 포함된다.³⁶⁾

32) Roxin, a.a.O., § 10 Rdnr. 89; Sch-Sch-Lenckner/Eisele, Vorbem §§ 13 ff Rdnr. 52. 이에 대해 인적 불법론이 반드시 목적적 행위론을 전제로 하는 것은 아니며 이 행위론을 취한다고 해서 결과반가치가 불법개념에서 무의미하다는 필연적 결론에 이르러야 하는 것은 아니라는 견해로서 이재상, 형법총론, 제6판, 2008, § 9 - 2.

33) 이것은 형법 이전의 범위에 속하는 문제라 할 수 있다; 정영일, 목적적 행위론의 형법철학적 의미, 형사법연구 제22권 제2호, 2010, 154면.

34) 정영일, 앞의 논문, 146면 이하 참조.

35) 정영일, 앞의 논문, 153면.

36) Krauß, a.a.O., 38 f.

목적적 행위론에서도 불법의 기초이자 그 본질적 내용을 이루는 것이 무엇인가 하는 문제는 법적 구성요건의 전형성을 띤 행위를 떠나서 생각할 수 없다. 전체로서의 행위표지는 각각 객관적인 것일 수도 있고 주관적인 것일 수도 있는 여러 가지의 개별적 불법요소의 복합으로 이루어지는데 그 중 행위의 조종 영역으로서의 목적적 실현의사는 주관적 요소에 해당한다. 이것은 형법적으로 중요한 목적성으로서 고의에 해당되며 이는 동시에 주관적 불법구성요건으로서 중요한 핵심을 이룬다. 결과야기의 문제를 초과하여 행위로서의 사건에 의미를 부여하는 범인의 인격에서 도출된 목적성, 행위자의 행위 및 결과에 대한 주관적 관점, 사회윤리적 혹은 규범적으로 그에게 주어진 의무 등이 법익침해라는 결과 외에 불법을 확정짓는 기능을 한다. 여기에서 단순한 행위에 수반된 의사가 아닌 의미지향성은 고의와 동일한 의미가 되며 이는 이미 행위의 한 부분이 된다. 이러한 성격의 불법은 행위자관련적 인적 불법이 된다. 37)

규범을 궁극적으로 법익보호를 위해 존재하는 대상으로 본다면 행위에서의 목적성 뿐 아니라 결과의 반가치성을 도외시 할 수 없는 것은 사실이다. 하지만 목적적 범죄체계에서는 결과반가치의 법적 의미는 인정하더라도 행위반가치의 부산물로서 이에 대한 종속적 의미로 제한한다. 이 견해는 사회윤리적 행위가치를 안전하게 보호하고 반가치적 행위를 규제·처벌함으로써 결과반가치의 실현을 방지하고 궁극적으로 법익보호에 이를 수 있다고 믿는다.³⁸⁾ 즉 행위불법으로 이미 불법은 확정되며 결과는 여기에서 예외를 가려내는 소극적 기능을 한다는 점에서 결과반가치는 불법을 구성하는 기능이 아닌 불법제한기능에 그친다고 보는 것이다.³⁹⁾ 결국 행위규범의 의미는 회피되어야 할 상태의 모든 야기를 금지하는 데 있는 것이 아니라 규범을 통해 보호되는 법익에 관련하여 개인에게 내용적으로 올바른 의사를 형성하게 함으로써 행위가치의 불가침의 효력을 보장하는 데 있다는 것이다. 금지되는 것은, 인식과 의도를 갖고 혹은 주어진 주의의무를 무시하고 특정 보호법익에 대해 부정적으로 평가되기 때문에 당위적으로 회피되어야 할 사안을 실현하는 행동양식이다. 이러한 의미에서 행위반가치를 근거 짓는 잘못된 의사실행만이 위법할 수 있다.⁴⁰⁾

37) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 62.

38) Krauß, a.a.O., 39.

39) 정영일, 형사법연구, 제5호, 24면; Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961, S. 21.

40) Sch-Sch-Lenckner/Eisele, Vorbem §§ 13 ff Rdnr. 55/55 참조.

따라서 이 사고에 의하면 불법은 모든 범죄의 일반적 반가치라 할 수 있는 인적 행위불법으로 성립된다.⁴¹⁾ 행위불법은 다시금 외적 행위양태와 인적 요소로 구성되며 후자에는 객관적 성격의 행위자적 표지와 고의나 의도와 같은 주관적 요소가 포함된다.⁴²⁾

2) 비판

목적설은 과실범의 목적성을 논리적으로 설명하는 데 한계가 있다는 본질적 단점 외에 가치관련적 표지의 어느 정도까지가 위법성 인식범위가 아닌 불법에 포함되는지를 확정할 수 없다는 점 등에서도 비판을 받는다. 즉 목적성이라는 개념이 행위의 사회적 의미의 전부를 포함하는지, 다시 말해 전체로서의 사회해악성이라는 개념을 모두 포함하는지 아니면 그 일부분만을 포함하는지, 일부분이라면 그 어느 부분을 말하는 것인지를 확정하기 어렵다는 것이다.⁴³⁾ Welzel은 법 이전의 범위에서⁴⁴⁾ 목적성에 일정한 가치를 부여함으로써 단순한 목적지향으로서의 고의와 가치관련적 동기로서의 심정의 조종이라는 의미의 책임을 완전히 구분하지 못하게 되고 따라서 구성요건착오와 금지착오에 대한 내용적 구분이 어려워진다.⁴⁵⁾ 이는 결론적으로 불법과 책임을 구분하는 그의 기본원리에 모순되는 결과에 이른다는 비판으로 이어진다.

2. 객관적 인적 불법론

객관적 인적 불법론은 불법이란 행위와 행위자의 이중구조로 이루어지는 것으로서 여기에는 결과반가치를 본질적 내용으로 하는 행위 자체 외에 이와는 구별되는 행태반가치(Verhaltensunwert)가 추가적으로 요구되는 것으로 보는

41) Welzel, a.a.O., S. 57. 이는 후술하는 불법론의 분류에서 일원적 · 주관적 인적 불법론에 해당한다. 김일수/서보학, 앞의 책, 242면.

42) Ebert/Kühl, Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat, Jura 1981, 233.

43) Zielinski, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, 1973, S. 86.

44) Zielinski, a.a.O., S.84 f; 목적성의 사회적 의미는 Welzel의 생각처럼 법 이전의 영역에서 존재론적으로 확정되는 것이 아니라 구성요건에 담겨진 평가와 입법자의 입법목적에 따라 결정되는 것으로서 그 규범관련성을 완전히 무시할 수는 없다고 볼 것이다.

45) Mylonopoulos, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, 1981, S. 9.

입장이다.⁴⁶⁾ 이러한 행태반가치를 행위자의 인적 표지로 보되 다만 이러한 표지는 일반인라면 준수가 가능할 것이라고 기대되는 사회적 당위에 대한 위반이라는 의미로서 객관적 성격을 가지는 것으로 파악한다. 의향 또는 의도(Intentionalität)에 주관적 성격이 있다고 볼 수 있다면 그에 반해 행태반가치는 행위자의 사회적 의무지위의 침해로서 규범적 성격을 갖는 것이며 그러한 점에서 이는 순수한 객관적 요소라 판단하는 것이다. 행위반가치 혹은 행태반가치의 개념은 이익침해라는 결과에 관련해서만 그 의미를 갖는다. 이로써 이 견해에 따르면 불법은 결과라는 실재의 요소와 의무침해라는 규범적 요소로 이루어지지만 불법의 영역에서 행위자의 심리적 요소는 고려되지 않는다.⁴⁷⁾

3. 일원적·이원적 불법론

1) 일원적 인적 행위불법

일원적·주관적 불법론(monistisch-subjektive Unrechtslehre)에 따르면 결과는 불법개념에서 아무런 의미가 없으며 다만 실행된 불법의 표현(Manifestation begangenen Unrechts)으로서 처벌필요성의 근거에 지나지 않는다.⁴⁸⁾ 고의범

46) Maihofer, Der Unrechtsvorwurf, Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre, FS-Rittler, 1957, S. 142. Maihofer의 이러한 견해를 사회적 불법론으로 지칭하기도 한다, Krauß, a.a.O., S. 31 ff.

47) 이에 상대적이라 할 수 있는 주관적 인적 불법론은 실질적 처벌근거에는 결과 뿐 아니라 결과를 향한 행위자의 의사도 포함되는 것으로 확인한다는 점에서 앞의 객관적 견해와 구별된다. 즉 전체로서의 불법은 행위불법과 결과불법의 조합으로 이루어지는 것으로 이해한다. 이 견해에 따르면 인간의 행위의 사회적 의미나 중요성은 단순한 객관적 인과경과의 결과에 한정하여 판단할 것은 아니다. 인간행위의 중심에 존재하는 행위주체의 의도적 야기에 초점이 맞춰져야 하는데 이 의도적 야기란 인과적 변화를 위한 의사 이상의 것이다. 철학적 주관주의 혹은 상대주의에서와 마찬가지로 객관에 대한 인식은 개별적 주관관을 통한 인식으로 가능하며 객관의 형성은 주체를 통한 의도적 야기로 가능한 것으로 이해한다. 이로써 부분적으로 무의식적으로 받아들여진 철학적 객관주의이론이 형법적 주관주의이론의 방향으로 변환됨을 볼 수 있다. 다만 인식론적으로 볼 때 형법적 주관주의는 사실에 대한 객관적 시각을 벗어나지 못한다는 견해도 있다. 사실에 대한 객관적 시각에서의 주관은 단지 또 하나의 다른 인적 객체로서 함께 고려될 뿐이다. 사회적 실재는 그 자체로, 즉 인식주체와는 독립적으로 존재하는 것이다, Mylonopoulos, a.a.O., S. 8.

48) 정영일, 형사법연구, 제5호, 24면; Sch-Sch-Lenckner/Eisele, Vorbem §§ 13 ff Rdnr. 59 참조.

뿐만 아니라 과실범의 경우에도 결과의 이러한 의미는 동일하다. 이 견해는 불법을 행위불법에 한정하고 결과는 행해진 불법의 표현으로서 형벌필요성의 근거는 될 수 있을지라도, 이것이 불법을 성립시키거나 증대시키는 고유한 기능을 하는 것이 아니라고 이해한다.⁴⁹⁾ 즉 결과는 불법영역 밖에서의 가벌성의 요건 정도에 지나지 않는 것으로 본다.⁵⁰⁾

규범이론의 절대적 관점에서 보면 형법규범은 항상 명령 또는 금지규범으로서 수범자의 특정 행위에 대한 구속의 기능을 갖는다.⁵¹⁾ 이는 특정 행위의 억제 뿐 아니라 강요 또는 유발을 포함한다.⁵²⁾ 이에 따르면 형법은 단지 행위관련적인 것이며 우연중속적인 결과야기는 불법성립의 중요한 요소가 되지 않으며 따라서 규범적 금지의 대상도 될 수 없다.⁵³⁾ 말하자면 형법적 불법은 행위불법을 의미하며 이 행위불법은 규범에 위반하는 목적적 행위로 구성된다. 여기서의 행위불법에는 결과를 포함한 모든 객관적 요소는 배제되고 순 주관적 요소로만 이루어진다. 이는 행위반가치 안에 아직 객관적 요소가 포함되는 것으로 이해하는 Welzel의 인적 불법론과 구별되는 부분이다.⁵⁴⁾

이러한 주관적 견해는 물론 비판 없이 받아들여질 수 있는 것이 아니다. 행위반가치 그 자체는 결과반가치를 통해서 더 증대되는 것도 아니고 결과반가치가 없다고 해서 감소되는 것도 아니라는 점에 대해서는 수긍할 수 있다. 그러나 불법은 행위반가치만으로 완성되는 것이라고 단정할 수 없다. 인간의 행위는 그 자체로만 평가되는 것이 아니라 이에 뒤따르는 결과도 사회적 의미를 담을 수밖에 없는 한 그 평가에 함께 고려되어야 하며 형법도 마찬가지로 하나의 사건에 대한 평가에 있어서 부정적 영역으로서의 해악적 결과를 함께 고려하지 않을 수 없기 때문이다.⁵⁵⁾ 만일 결과야기가 불법의 성립 혹은 적어도 증대에 전혀 필요하지 않다고 단정한다면 반가치 판단을 받는 행위가 존재하는 한 이에

49) Zielinski, a.a.O., S. 135 ff, 205 ff. 최소한 행위반가치에 의해 성립된 불법에 대한 증대기능은 인정하더라도 결과반가치는 독립적인 불법구성요건요소로서의 성질은 갖지 못하는 것으로 본다; 정영일, 앞의 논문, 24면.

50) 김일수/서보학, 앞의 책, 242면.

51) 정영일, 앞의 논문, 31면 이하.

52) Zielinski, a.a.O., S. 121.

53) Zielinski, a.a.O., S. 135 ff.

54) 김일수/서보학, 앞의 책, 242면.

55) Roxin, a.a.O., § 10 Rdnr. 99; Sch-Sch-Lenckner/Eisele, Vorbem §§ 13 ff Rdnr. 59.

따른 결과발생 여부와 상관없이 혹은 발생된 결과의 양태와 상관없이 행위에 상응하는 법률효과가 일률적으로 따라야 할 것이다. 행위 없는 결과는 있을 수 없으나 결과 없는 행위는 존재할 수 있다는 관점에서 양자를 비교하면 행위에 상대적 우위의 중점이 주어질 수 있겠으나 사회생활에서 인간의 행위는 그 결과의 긍정적 혹은 부정적 효과에 따라 평가가 달라져야 할 때가 있는 것이다.⁵⁶⁾ 입법자는 이를 고려하여 예컨대 종료미수인 경우 행위 자체로서는 완전한 행위반가치가 인정되더라도 결과가 발생되지 않은 이상 중지미수의 인정 여부에 따라 필요적 감면 혹은 임의적 감경을 인정하며 과실범에 있어서도 주의 의무위반은 동일하더라도 그 결과가 치사·치상이나 혹은 재물손괴나 배임이나에 따라 형의 경중 및 죄의 유무를 구분한다.⁵⁷⁾ 또한 누군가의 주의의무위반이 그 자체로서 아무리 중하더라도 이에 따른 결과가 발생되지 않는 한 과실불법은 부정되는 것이 합리적이라고 한다면 결과반가치가 불법성립에 전혀 무관한 것이라 할 수 없다.⁵⁸⁾

2) 이원적 인적 불법론

오늘날의 지배적 입장은 우선 불법과 책임을 구분하고 그 중 불법은 목적적 행위에 근거한 인적 행위반가치라는 주된 요소와, 이에 부가하여 범죄적 결과야기에 기초한 인과적 결과반가치라는 종된 요소의 이중구조로 이루어지는 것으로 파악한다.⁵⁹⁾ 이러한 이원적 불법론의 범위에서 행위반가치와 결과반가치의 실체에 대한 이해방식을 두고 견해의 대립이 있다.

우선 행위반가치 개념과 관련하여 고의 또는 과실 외에 어떠한 행위불법의 요소들이 존재하는지에 대해 견해는 일치하지 않는다. 예컨대 고의범의 경우 행위반가치가 주관적 의도반가치로 완결되는지 혹은 예컨대 의사조종에 의한 신체거동이 종결될 때까지의 행위 또는 종료미수 시점까지의 행위 자체, 혹은 객관적·행위자관련적 표지를 포함한 구성요건해당 행위 등과 같은 객관적·주

56) Gallas, Zur Struktur des Unrechtsbegriffs, FS-Bockelmann, 1979, S. 165.

57) 정영일, 앞의 논문, 24면.

58) Ebert/Kühl, Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat, Jura 1981, 235. 일원적·주관적 불법론에 대한 비판으로 이재상, 앞의 책, § 9 - 9.

59) Gallas, a.a.O., S. 165. 반면 우리나라의 통설은 양자의 가치를 동등하게 인정하고자 한다, 배종대, 형법총론, 제8판, 2005, [49] 1; 이재상, 앞의 책, § 9 - 10.

관적 행위불법의 의미에서 어느 정도의 객관화불법(Objektivierungsunwert)이 포함된다고 할지, 더 나아가 결과까지도 포함한다고 해야 할지에 대해 다양한 견해가 제시된다.⁶⁰⁾ 행위반가치를 범행결의와 같은 주관적 요소 외에 실행방법이나 양태와 같은 특별한 객관적 요소를 담는 것으로 보는 견해에 반해 행위반가치는 순 주관적이라 할 의도반가치(Intentionsunwert)의 범위를 초과하지 못한다는 견해에 따르면 행위양태나 방식을 포함한 모든 객관적 표지는 결과반가치에 귀속되어야 한다.⁶¹⁾

(1) 객관적 표지를 포함하는 행위반가치론

행위반가치를 실행방식이라는 객관적 표지를 포함하는 의도반가치로 이해하는 입장에 따르면 행위불법은 외적 행위양식 뿐 아니라 인적 요소마저 포함하는 개념이 된다. 이것은 다시금 구성요건적 제한적 신분이나 특수 의무지위 등 객관적 행위자적 요소와 고의나 의도로 성립되는 주관적 불법요소를 포함한다.⁶²⁾

이 견해는 불법구성요건 중에는 행위자에게 주어진 행위의무의 침해라는 객관적 성격으로서의 행위반가치가 불가결의 요소로 요구되는 경우가 있다는 점에서 논거의 실마리를 찾는다. 즉 과실범이나 부진정부작위범의 경우 인적 행위불법은 행위자의 보증인 지위에 의해 주어진 (주의)의무침해로 성립되는 것이며 이것은 객관적 성격을 갖는다는 것이다. 물론 고의기수범에서 목적적 실현의사는 의무위반이라는 객관적 요소 외에 행위반가치의 주관적 요소로서 중요한 의미를 갖는다. 이 때 의무위반이라는 객관적 표지를 행위반가치의 주된 요소로 보고 주관적 요소는 이를 보충하는 기능으로 이해할지 혹은 주관적 실현의사에 중점을 두고 주의의무 위반이라는 객관적 표지는 구성요건의 제한이라는 의미에서 불법을 제한하는 기능으로 이해할지는 체계구성에 관한 문제일 뿐 본질적인 문제는 아니다. 다만 중요한 것은 기수범에서는 행위반가치란 행위자 개인의 관점에서 주관적으로 뿐 아니라 사회적 관점에서 객관적으로도 평가되어야 한

60) Rudolphi, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, FS-Maurach, 1972, S. 57; Sch-Sch-Lenckner/Eisele, Vorbem §§ 13 ff Rdnr. 56.

61) Gallas, a.a.O., S. 156.

62) Vgl. Sch-Sch-Lenckner/Eisele, a.a.O., Rdnr. 56.

다는 것이다.⁶³⁾

이 견해에 따르면 행위자는 그의 목적성이라는 주관적 표지와 객관적 표지인 의무위배라는 서로 다른 두 가지 관점에서 평가된다. 즉 공동체의 관점에서, 그리고 행위자의 의도라는 주관적 관점에서 각각 인간은 어떤 존재이며 어찌 행동하는가를 평가하고 나아가 행위자는 구체적 상황에서 어떻게 행동해야 하는가를 평가한다. 이로써 존재론적 차원이 규범적 차원으로 대체된다고 할 수 있겠다.⁶⁴⁾

(2) 순 의도반가치(Intentionsunwert)로서의 행위반가치론

행위반가치를 순 의도반가치로 보는 견해의 입장에서는 지금까지 일반적으로 행위불법에 포함되는 것으로 인정되었던 인적 요소와 외적 요소를 포함하는 모든 객관적 불법성립요소, 즉 외적 행위양태나 외적 행위자적 요소들은 전적으로 결과불법에 해당하는 것으로 보게 된다. 예컨대 처벌되어야 하는 불능미수가 존재한다면 여기에는 처벌 및 불법의 근거로서 결과반가치란 무시해도 좋을 만큼 그 의미가 크지 않고 다만 행위반가치만이 남는데 이것은 법익침해에 지향된 의사의 표현(즉 의도반가치)만으로 족하며 외적 행위양태는 행위반가치와는 관계없는 법익관련적 요소일 뿐이라는 점이 논거의 하나로 제시될 수 있을 것이다.

그러나 행위반가치의 문제는 비단 불능미수범에 한정되는 문제가 아니다. 가령 기수결과범의 하나로서 사기를 예로 들자면, 기망을 통해 타인의 재물을 편취하고자 하는 사기범의 교묘하고 비열한 사전행위는 법익관련성과 무관하게 사회윤리적 관점에서 비난을 받아 마땅하며 그 행위양태는 결과반가치 이전에 이미 행위반가치로서의 중요성이 인정된다고 할 것이다. 뿐만 아니라 특별한 의무지위가 있는 자의 의무불이행에는 의무 없는 타인의 동일한 형태의 의무불이행과는 구별되는 특별한 비난가능성이 인정될 수 있으므로 그러한 의무침해는 행위불법으로 인정될 수 있는 것이다.⁶⁵⁾ 이러한 특별한 의무지위를 객관적 ·

63) Krauß, Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht, ZStW 76, 1964, S. 58. 미수범에서는 기수결과범과는 달리 목적적 범행결의가 불법판정의 전면에 선다. 불능미수에서는 범행결의가 유일한 불법내용이 된다. 장애미수인 경우 객관적 의무위반이 추가되며 이에 결부된 법적 신뢰감을 동요시키는 인상은 사회해악성을 증대시킨다.

64) Vgl. Bockelmann, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, S. 59.

행위자관련적 표지라고 한다면 행위반가치는 순 주관적 영역에서만 존재한다고 할 수 없다.

V. 행위반가치와 결과반가치의 개념

지금까지의 논의를 토대로 결과불법과 행위불법의 개념을 다음과 같이 정리할 수 있다. 불법에 관한 논의의 발단은 형법적 의미의 행위의 요건 및 행위의 실제적 처벌근거에 대한 의문이다. 이는 곧 규범의 목적과 기능의 관점에서 법적 행위에서 요구되는 요건은 무엇인가, 고의는 이미 불법의 구성성분이며 따라서 행위불법의 성분인가, 즉 불법은 특정 반가치에 대한 지적·의적 실현을 전제로 하는가, 형법적 불법을 행위불법과 결과불법으로 나눌 수 있고 나누어야 하는가에 대한 의문으로 발전된다. 물론 고의가 행위불법의 성립요소인지 아니면 책임표지인지에 대해서 다툼이 있을 수 있다.⁶⁶⁾ 하지만 행위를 목적활동의 수행으로 이해하는 목적적 행위론에 의하면 고의는 당연히 행위불법의 요소이다. 이에 따르면 금지된 행위의 서술로서 구성요건은 고의를 포함한 모든 목적적 요소를 포괄해야 하는 것이다.⁶⁷⁾ 이는 능동적 작위에 있어서 행위의 목적성을 전제로 하는 사회적 행위론의 입장에서 크게 다르지 않다.

목적적 범죄체계가 형성된 이후 비로소 행위불법과 결과불법의 균형성 혹은 그 상관관계에 대한 고찰이 이루어질 수 있었다. 구성요건의 주관화와 이에 따른 위법성의 주관화 이후에 비로소 고의가 책임영역에서 구성요건 영역으로 이전되고 이로써 불법개념의 질적 변화가 이루어진 것이다. 주관적 불법표지 혹은 구성요건표지는 인적 불법요소라는 상위개념 하에서 고의로 구성되고 이는 행위불법으로서 본래의 불법의 내용이라 할 수 있는 결과불법이라는 개념과 대립적 구도를 갖게 된다.

고전적 범죄체계에서의 행위불법이라는 개념은 외부세계의 변화를 야기한 객관의 인과적 사건에 지나지 않으며 이에 대한 심리적 관련성은 책임영역으로

65) Ebert/Kühl, Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat, Jura 1981, 236.

66) Vgl. Jescheck, Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff, FS-E. Wolf, 1962, S. 475 ff.

67) Jescheck/Weigend, a.a.O., § 24 III. 4. c).

따로 분류된다. 따라서 결과불법이라는 개념은 법익침해, 법으로 허용되지 않은 상태의 야기, 법적으로 허용된 상태의 변경 혹은 허용되지 않은 상태의 야기를 의미하는 것이며 특정한 상태를 법적으로 허용되지 않은 방법으로서의 변화를 의미하는 것은 아니다.⁶⁸⁾ 즉 결과불법에서 중요한 것은 오로지 특정한 상태이지 이를 도출하는 그 방법이 아니다. 이로써 고전적 범죄체계에서의 결과불법이라는 개념은 형법적 범주에 속하는 행위불법이라는 개념과 특별히 구별되지 않았다고 할 수 있다. 그 후 차츰 결과불법이라는 변증법적 개념형성에 대립되는 행위불법의 개념이 인식되었을 뿐 아니라 행위불법이라는 개념이 결과불법의 내용에 어떠한 영향력을 가질 수 있다는 인식이 형성되었다.

결과불법의 본질은 발생된 법익침해로서 여기서는 위법성의 영역에서 발생한 상태만을 평가하는 데 비해 행위불법에 대한 정의에 대해서는 아직 논란이 존재한다. 다만 보편적으로 행위불법이란 행위자의 결과야기를 위한 외형적 행동 양식 뿐 아니라 내면의 상태도 고려대상으로 포함되는 것으로 보고 이에 따라 행위관련적 불법과 행위자관련적 불법을 구분하게 된다.⁶⁹⁾ 행위자관련적 인적 불법 요소 중의 하나로 신분을 들 수 있다. 예컨대 누구나 행위주체가 될 수 있는 일반범 외에 행위자의 특별한 의무지위가 범죄성립요소가 되는 진정신분범과 가감요소가 되는 부진정신분범이 있는데 이러한 신분요소를 결과반가치에 결부되는 것으로 보는 일부 견해가 있으나 이는 행위반가치의 객관적 요소로 보는 것이 옳다.

행위불법의 상당부분은 주관적 불법표지의 성격을 갖는 것으로 이해할 수 있다. 이러한 주관적 불법요소의 과제는 법익침해에 지향된 행위자의 행위역사의 의미를 자세히 규정하고 이로써 범죄구성요건에 포함된 외적 불법묘사에 행위자의 내면적 가치중점을 부여하고자 하는 데 있다.⁷⁰⁾

행위가 결과반가치와의 관련성을 가짐으로써 이미 행위반가치는 존재하며 한편으로는 양자의 관련성이 인정될 때 한해서 행위반가치는 존재한다. 즉 양자간의 관련성은 행위반가치의 필요·충분조건이 된다. 이러한 의미에서 행위반가치와 결과반가치 사이는 내적 관련성으로 연결된다고 하겠다. 고의범에서는 기수행위의 결과반가치와 행위의 관련성이 불법판단의 핵심이 된다. 말하자면 행

68) Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89, 1924, S. 246.

69) Jescheck/Weigend, a.a.O., § 24 III. 1. 참조.

70) Jescheck/Weigend, a.a.O., § 24 III. 4. b).

위자가 행위상황에 대한 인식 없이 특정 결과를 실현하고자 한 경우에는 의도 반가치의 결여로 고의행위불법은 부정되지만 반대로 행위상황에 대한 인식을 가지고 행위를 한 경우에는 의도했던 결과반가치가 결여되더라도 행위반가치는 탈락되지 않는다.⁷¹⁾

VI. 맺음말

불법론에 있어 객관설과 주관설의 어느 하나만으로는 불법의 개념을 만족스럽게 설명할 수 없다. 예컨대 순 객관설은 가벌적 불능미수를 설명하지 못하고 주관설은 정범과 공범의 구별에서 어려움이 나타날 수 있으며 나아가 심정형범으로 이를 수 있는 위험마저 있다. 따라서 객관과 주관의 조화가 필요하다. 불법이론에 관한 보편적 견해는 형법적 불법구성요소로 결과반가치로서의 법익침해, 행위반가치로서의 사회적 의무지위의 침해 그리고 잘못된 의사결정이 동등한 비중으로 고려되어야 할 것으로 보며 일원적 불법개념 혹은 일원적 실체적 상위개념은 부정한다.⁷²⁾ 다만 앞의 세 가지 요소는 각칙상의 어떤 범죄구성요건에서나 동일한 비중을 차지하는 것은 아니고 각 개별적 구성요건에 따라 달라질 수 있다. 특히 행위반가치에 존재하는 불법의 인적 요소는 각각의 구성요건에 기초한 행위규범의 독자성과 이에 따른 위법성의 본질에서 도출된다고 할 것이다.⁷³⁾

일원적 혹은 이원적 인적 불법론이 고전적 불법론에 비해 불법의 주관적 요소에 상대적으로 높은 의미를 부여한다고 해서 과거의 견해를 배척하는 것이 아니라 오히려 고전적 범죄체계의 불법이론의 핵심을 전제로 이를 보완할 뿐이라고 해석해야 한다. 행위론의 의미에서의 행위 없는 결과가 있을 수 없다면 순수한 결과만으로 성립되는 불법구성요건은 존재하지 않는다고 해야 할 것이다. 불법비난의 대상으로서의 결과는 인간의 그릇된 소행의 필연적 산물로서 그 행위자에게 귀속될 수 있을 때에 한해서 고려될 수 있다. 다시 말해 불법성립을 위해 결과반가치는 불가결의 요소이지만 그것만으로 충분한 것이 아니고 행위

71) Sch-Sch-Lenckner/Eisele, Vorbem §§ 13 ff Rdnr. 60.

72) Krauß, a.a.O., S. 65 f.

73) Sch-Sch-Lenckner/Eisele, a.a.O., Rdnr. 54/55.

반가치의 인적 요소가 결과귀속의 불가결한 요건이 된다고 보는 것이다. 과실범이나 부진정부작위범의 경우 결과귀속의 문제는 사회구성원으로서의 행위자에게 특정 상황에서 주어지는 결과방지의무를 침해했는지 여부에 따라 주관적이라기보다는 오히려 객관적으로 평가된다. 이 때 행위자의 주관적 행위목표에 대한 고려 없이는 그 의무를 평가할 수 없다. 모든 일반적인 객관적 의무는 행위자의 사회적 가치를 가지는 목표의 이면에 결부되어 있기 때문이다. 실제로 객관적 주의의무위반의 구속성은 행위자의 목적설정에 대한 고려 없이는 판단할 수 없으며 잘못된 실현의사에 내재하는 행위반가치는 대다수의 불법구성요건에 있어 법익침해에 병존하거나 경우에 따라서는 이를 대체할 때도 있다.⁷⁴⁾

한편으로 개별적 구성요건에서 행위반가치만으로 불법이 성립될 수 있다면 이 경우에는 행위반가치는 결과반가치 우위에 선다. 구성요건에 서술된 주의의무의 위반으로 불법이 완성되는 추상적 위험범의 경우가 그렇다. 또한 위험성이 없는 불능미수의 경우 그릇된 의사결정의 실행만으로 불법은 도출된다. 그러나 이처럼 불법이 하나의 유일한 관점에만 관련되는 경우는 예외적 사례라 하겠다.

주제어 : 행위반가치, 결과반가치, 고전적 불법론, 인적 불법론, 일원적 주관적 불법론, 규범의 평가기능, 규범의 결정기능

74) Krauß, a.a.O., S. 67.

참 고 문 헌

- 김일수, 한국형법 I, 1992, 박영사.
 김일수/서보학, 형법총론, 제11판, 2006, 박영사.
 배종대, 형법총론, 제8판, 2005, 홍문사.
 성낙현, 형법총론, 2010, 동방문화사.
 이재상, 형법총론, 제6판, 2008, 박영사.
 정영일, 형법상 불법의 본질에 관한 일고찰, 형사법연구, 제5호, 1993, 22.
 정영일, 목적적 행위론의 형법철학적 의미, 형사법연구, 제22권 제2호, 2010, 141.
- Bockelmann, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957.
 Ebert/Kühl, Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat, Jura 1981, 225.
 Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67, 1955, 1.
 Gallas, Zur Struktur des Unrechtsbegriffs, FS-Bockelmann, 1979, 155.
 Hippel, Deutsches Strafrecht I, 1925.
 Jescheck, Aufbau und Stellung des bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff, FS-E. Wolf, 1962, 475.
 Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., 1996, 473.
 Krauß, Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht, ZStW 76, 1964, 19.
 Lackner/Kühl, StGB, 24. Aufl., 2001.
 Lampe, Das personale Unrecht, 1967.
 Maihofer, Der Unrechtsvorwurf, Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre, FS-Rittler, 1957, 141.
 Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89, 1924, S. 207.
 Mylonopoulos, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, 1981.
 Roxin, Strafrecht AT I, 2. Aufl., 1997.
 Rudolphi, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre, FS-Maurach, 1972, 51.

Schönke-Schröder, StGB, 27. Aufl., 2006.

Spendel, Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht, ZStW 65,
1953, 531.

Systematischer Kommentar(SK), 6. Aufl., 1998.

Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, 1961.

Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969.

Zielinski, Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff, 1973.

[Abstract]

Unrechtsgehalt im Rahmen der personalen Unrechtslehre

Seong, Nak-Hyon

Professor, Law School, Yeungnam University

Für die Frage nach Gehalt oder Bestandteile vom Unrecht sind viel verschiedene Lösungswege vorhanden. Dieses grundsätzliche Problem ist mit der Frage nach Handlungsbegriff und Funktion der Norm verbunden.

Nach der klassischen Unrechtslehre ist das Unrecht allein nach dem objektiv feststellbaren Erfolgsunrecht zu bestimmen. Diese objektive Lehre erkennt mit Blick auf die Bewertungsfunktion der Normen einen Vorrang des Erfolgsunwerts an, bestehend in einem Rechtsgutsschaden. Hingegen betont zunächst die finale handlungslehre und später die personale Unrechtslehre wegen der Bestimmungsfunktion der Normen den Handlungsunwert. Besonders soll nach der monistisch-subjektiven Unrechtslehre von der personalen Unrechtslehre der Erfolg für das Unrecht keine selbständige Bedeutung haben. Aber das Unrecht erschöpft sich nicht im bloßen Handlungsunrecht. Es gibt keine Unrechtstatbestände, die ohne Berücksichtigung menschlicher Handlung allein auf die Verursachung eines Erfolges abstellen, und umgekehrt hängt der Unrechtsgehalt der unerlaubt riskanten Handlung maßgeblich vom Eintritt und der Art des Rechtsgutsschadens ab.

In den meisten Unrechtstatbeständen erlangen die Zwecksetzung des Täters, die objektive Pflichtverletzung und der deliktische Erfolg gleichwertige Bedeutung. Deswegen sollte ein einheitlicher Unrechtsbegriff und ein einheitliches, in einem materialen Oberbegriff auslaufendes Verbrechenssystem verzichtet werden.

Key words : klassische Unrechtslehre, monistisch-subjektiven Unrechtslehre,

personale Unrechtslehre, Erfolgswert, Handlungswert,
Bewertungsfunktion der Normen, Bestimmungsfunktion der
Normen.