

〈논 문〉

概括的 故意事例에 관한 理論的 論議
—학설내용의 의미를 이해해 보려는 하나의 모색적 시도—

李 用 植*

I. 들어가면서

개괄적 고의는 고의의 한 형태로서 예컨대 불특정의 사람을 살해하기 위하여 군중을 향하여 폭탄을 던지는 행위에서와 같이 결과발생은 확정적이거나 그 객체가 불확정적인 경우의 고의를 지칭하는 경우도 있다.¹⁾ 그러나 소위 개괄적 고의란 예컨대 살해의 고의를 가지고 피해자의 목을 졸라 피해자가 축 늘어지자 이미 사망했다고 오신하고 그 죄적을 은폐하기 위해 사실은 실신하고 있었을 뿐인 피해자를 강물에 던지거나 혹은 교통사고로 위장하기 위해 차로 치이게 하였는데 이러한 제2행위에 의해 피해자가 사망한 경우와 같은 일정한 종류의 사례를 지칭하는 용어로서 널리 사용되고 있다. 우리 판례에 나타난 사례로는 갑이 을을 살해하기 위하여 돌맹이로 을의 가슴과 머리를 내리쳐서(제1행위) 을이 정신을 잃고 축 늘어지자 그가 사망한 것으로 오인하고 그 사체를 파묻어 증거를 인멸할 목적으로 피해자를 그곳에서 150m떨어진 개울가로 끌고 가 삽으로 웅덩이를 파고 을을 매장하였는데(제2행위), 실제로는 을이 돌맹이에 맞아 죽은 것이 아니라 웅덩이에 빠져 질식사한 경우가 있다.²⁾ 사건을 개별적으로 고찰하면 살인미수와 과실치사의 경합범이라고 보아야 할 것이다. 원래 개괄적 고의는 이러한 사례에서 살인죄의 고의기수를 인정하기 위하여 원용된 개념이다. 사건을 전체적으로 고찰하게 되면 제1행위시에 존재하는 살해의 고의가 제2행위에까지 개괄적으로 미치고 원래 의도했던 사망의 결과

* 서울대학교 法科大學 助敎授

1) 이러한 의미에서 개괄적 고의라는 용어를 사용하는 견해로는 이재상, **형법총론**, 제4판, 1999, 165면.

2) 대판 1988. 8. 25, 88도650 (법률신문 1988년 8월 25일 1776호).

가 발생했으므로 살인죄의 고의기수가 된다는 취지에서 주장되는 고의가 원래 의미의 개괄적 고의이다. 즉 수 개의 부분행위로 이루어진 전체행위를 지배하는 고의라는 의미이다. 그러나 이러한 형태의 개괄적 고의는 인정할 수 없다는 것이 오늘날 확립된 견해이다. 따라서 개괄적 고의는 위와 같은 사례군의 명칭으로서 사용되기에 이르렀다. 사례를 지칭하는 용어라면 이를 개괄적 고의라고 부르기보다는 개괄적 고의사례라고 하는 것이 정확할 것이다.³⁾

이와 같이 개괄적 고의사례에 관하여는 예로부터 고의범으로서 미수범이 성립된다는 견해와 기수범이 성립된다는 견해가 대립되어 왔다. 그런데 종래 이 문제를 인과관계의 착오의 특수한 사례로 보고 인식했던 인과과정과 현실로 발생한 인과과정의 불일치가 상당성의 범위 안에 있을 때에는 고의기수가 인정된다는 견해가 통설적인 지위를 차지하였고, 이것은 판례에서도 찾아볼 수 있게 되었다. 대법원은 위 판례에서 “피해자가 피고인들의 살해의 의도로 행한 구타행위에 의하여 직접 사망한 것이 아니라 죄적을 인멸할 목적으로 행한 매장행위에 의하여 사망하게 되었다 하더라도 전 과정을 개괄적으로 보면 피해자의 살해라는 처음에 예견된 사실이 결국은 실현된 것으로서 피고인들은 살인죄의 죄책을 면할 수 없다”고 한 것이다. 물론 문자 그대로 “개괄적”이라는 표현에 무게를 두면 본 판례가 전 과정을 하나의 사건으로 보고 개괄적 고의를 인정한 것으로 볼 수도 있을 것이다.⁴⁾ 그러나 “예견”이라는 면에 중점을 두어 그 의미를 추적하면 본 판례는 통설과 같은 맥락에 있는 것으로 해석할 수도 있을 것이다. 그런데 이러한 견해에 따르면 개괄적 고의사례에서 미수범이 성립되는 경우는 엄밀하게는 거의 있을 수 없는 것으로 보인다. 실제로 통설은 미수가 인정되는 경우를 구체적으로 제시하지 못하고 있다.

이와 관련하여 최근 독일형법학에서는 과실범을 기초로 토대를 마련하기 시작한 객관적 귀속이론이 고의범의 영역에서도 발전됨에 따라, 인과과정의 착오를 착오론으로부터 해방시켜 객관적 귀속의 문제로 위치지우거나 혹은 더

3) 그리하여 결과적으로 개괄적 고의라는 용어는 결과발생은 확정적이나 그 객체가 너무 많아서 그 중에서 어디에 결과가 일어날 것인지가 불확정한 경우의 고의를 의미하는, 고의의 한 형태로 이해하게 된다는 입장은 오영근, 개괄적 고의의 문제점, **고시계** 1994/10, 215면; 이정원, **형법총론**, 제2판, 2001, 137면. 그러나 이러한 의미의 개괄적 고의를 불확정고의라고는 하지 않는다는 점에서, 이 입장은 개괄적 고의를 불확정고의로 분류하는 이재상, **형법총론**, 159면과 차이가 있다.

4) 이렇게 해석하는 입장으로는 신동운, **판례백선 형법총론**, 개정증보판, 1998, 157면; 임웅, **형법총론**, 1999, 152면.

나아가서 고의범에 특수한 귀속요건 즉 고의에의 귀속문제라고 보는 견해가 많이 보이게 되었다.⁵⁾ 이에 따라 종래 인과관계의 착오라고 분류되어 왔던 여러 사례가 착오론이 아닌 이러한 범죄체계론적 위치에서 상당히 세세히 논의되고 있다고 할 수 있겠다. 우리나라에서도 이러한 흐름의 영향을 받아 인과관계의 착오를 객관적 귀속으로 해결하여야 한다는 견해가 주장되고 있다.⁶⁾ 또한 고의에의 귀속이라는 차원에서 접근하려는 시도도 보인다.⁷⁾

그러나 독일에서의 논의는 인과관계의 착오라고 말해왔던 통상적인 여러 사례에 관하여는 적어도 그 결론에 있어서는 거의 일치됨을 보이고 있으나, 개괄적 고의사례에 관하여는 그 결론에 있어서나 그 근거에 있어서나 상당한 의견의 상위가 있는 것으로 생각된다. 우리나라에서는 개괄적 고의사례에 관한 논의는 이러한 문맥상으로는 그다지 심화되어 있지 않은 상황이라고 할 수 있다. 따라서 본고에서는 객관적 귀속이론의 진전과의 관계, 다시 말하면 문제의 범죄체계적 지위를 의식하면서 개괄적 고의사례의 타당한 해결방향을 찾아보고자 한다.

II. 종래 논의에 있어서 개괄적 고의사례의 범죄체계론적 지위

A. 고의/착오론에 의한 해결방식

1. 개괄적 고의이론 - 단일행위설

(1) 소위 베버의 개괄적 고의

개괄적 고의라는 호칭의 시초가 된 v. Weber는 하나의 범죄적 결과를 위해 다수의 행위가 행해진 경우 하나의 범죄결의가 결과에 작용하는 그 행위들을 전체로서 포괄한다는 의미에서 개괄적 고의라는 것을 인정하여 하나의 범죄성

5) Vgl. Eser/Burkhardt, *Juristischer Studienkurs, Strafrecht I*, 4.Aufl., 1992, Nr.8 Rn.30, Rn.45; Wolter, "Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht," in: Schünemann (Hrsg.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, S.112ff.; Otto, *AT*, 6.Aufl., 2000, §7 Rn.84; Roxin, *AT*, 3.Aufl., 1997, §12 Rn.140ff.; Jakobs, *AT*, 2.Aufl., 1991, 8/65; Puppe, *Vorsatz und Zurechnung*, 1992, 49ff.; Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, S.584ff.

6) 김일수, **한국형법 I**, 개정판, 1996, 439면; 이정원, 개괄적 고의, **형사법연구** 제 15호, 2001, 4면.

7) 김영환, 소위 개괄적 고의의 문제점, **고시계** 1998/9, 40면.

립을 긍정하였다. 고의미수와 과실치사를 인정하는 것은 건전한 인간이성에 반하는 결론이라고 한다.⁸⁾ 이러한 Weber의 개괄적 고의의 구상은 본래 개별적으로 성립하는 다수의 범죄를 하나로 본다는 —포괄일죄의 접속범에 유사한— 죄수론적 발상에 토대를 두고 있었다. 그러므로 만약 전체를 포괄하는 의사가 보이지 않을 경우에는 2개의 범죄가 성립될 수 있다는 것이 전제되고 있는 것이다.

(2) 행위기준 해결설

이러한 접근법은 그 후 개괄적 고의사례에서 고의기수를 인정하려는 근거로서 행위기준해결방식(*Handlungslösung*)이라고 불리우는 여러 견해에 의해 계승되었다고 할 수 있다. 이에 의하면 제2행위가 후회에 의한 경우와 같이 당초 범죄의사의 포기나 소멸이 보이지 않는 한 두 개의 행위는 단일한 행위의 연관에 속하며, 당초의 고의에 의해 고의기수범이 성립된다고 하였던 것이다.⁹⁾ 우리나라에서도 제1행위와 제2행위는 사회적 형법적 행위표준설에 따르면 한 개의 행위이므로 살인기수를 인정할 수 있다고 해석하는 견해가 있다.¹⁰⁾ 여기서 우리는 개괄적 고의의 자취를 발견할 수 있다.¹¹⁾ 이 견해는 제2행위에까지 미치는 고의의 관념이 여운을 남기고 있으며 개괄적 고의가 아직도 그 효력을 완전히 상실하지는 않았다는 사실을 보여주고 있다고 생각된다.

(3) 내용의 검토

현대에서는 개별행위와의 대응관계를 떠난 “전체적 범행계획”이라는 것을 고의개념으로서 상정할 수는 없다. 또 죄수론적으로 처리한다 하더라도 고의기수와 과실치사가 후회와 같은 범죄적 심정이라고 할 수 있는 요소의 존재여부에 따라 1개의 고의기수로 포괄된다는 결론에는 찬성할 수 없을 것이다. 다만 이러한 견해도 개괄적 고의사례에서 본래는 2개의 범죄가 독립적으로 성립

8) v. Weber, “Über die verschiedenen Arten des Dolus,” *Neues Archiv des Criminalrechts*, Bd.7, 1825, S.576ff.

9) Vgl. Kostlin, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845, S.260ff.; Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 21/22.Aufl., 1919, S.170; Graf zu Dohna, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4.Aufl., 1950, S.26f.

10) 임웅, **형법총론**, 1999, 154면; 임웅, 인과관계의 착오, **고시계** 1997/3, 56면.

11) 이정원, 전계논문, 7면.

한다는 것이 전제되고 있었다는 점이 중요하다고 생각된다.

2. 미수설

(1) 미수설의 논거

개괄적 고의사례에서 고의범으로서는 미수만을 인정하는 입장으로서,¹²⁾ 종래 미수설은 제2행위 시점에는 살해의 고의가 존재하지 않고 이는 새로운 의사결정에 따른 것이며 제1행위의 고의는 계속되고 있지 아니하다는 점을 주장하여 고의기수 인정에 반대하여 왔다.¹³⁾ 현재에도 제2행위 시점에는 고의가 없다—개괄적 고의사례의 정의에 따라 이에 속하려면 이는 당연한 귀결이라—는 이유를 미수의 인정근거로 삼으려는 입장도 보인다.¹⁴⁾

Weber를 시초로 한 예전의 기수설이 범죄의사의 계속 혹은 전체적 의사의 존재를 근거로 하였던 것에 반대하여, 제1행위 고의의 계속작용을 부정한다는 의미에서 이러한 주장은 일정한 의미를 가진다고 할 것이다. 즉 ‘행위와 고의의 동시존재 원칙’(Simultanitätsprinzip)이라는 견지에서 보면 ‘결과를 발생시킨’ 행위의 시점에는 고의가 존재하지 않으며 따라서 사전고의에 의한 형사책임귀속은 부정되어야 한다는 것이다. 이러한 입장은 기수설이 결과책임적인 의미를 갖고 있으며 이는 결국 심정형법에 흐르게 된다는 점을 지적하는 것이라고

12) Vgl. Maurach/Zipf, *AT*, 8.Aufl., 1992, §23 Rn.35; Maiwald, “Der dolus generalis,” *ZStW* 78 (1966), 30ff.; “Herzberg, Aberratio ictus und abweichender Tatverlauf,” *ZStW* 85 (1973), 867ff.; Hruschka, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.Aufl., 1988, S.25ff.; Hettinger, “Der sog. dolus generalis : Sonderfall eines Irrtums über den Kausalverlauf?,” *FS-Spendel*, 1992, S.237ff.; AK-Zielinski, §§15-16 Rn.62; Jakobs, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, S.99f.; Jakobs, *AT*, 8/77ff.; Frisch, *Zurechnung*, S.620ff.; Schlehofer, *Vorsatz und Tatabweichung*, 1996, S.6ff., 124.,ff177; Otto, *AT*, §7 Rn.91; Köhler, *AT*, S.152ff.; Freund, *AT*, §7 Rn.139ff.; Kuhl, *AT*, 3.Aufl., 2000, §13 Rn.48; Schild, “Die Straftat als actio libera in causa,” *FS-Triffierer*, 1996, S.213; Kindhäuser, *AT*, 2001, 15/11.

13) 대표적으로 Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, S.72; Frank, *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.Aufl., 1931, §59 IX.

14) Backmann, “Grundfalle zum strafrechtlichen Irrtum,” *JuS* 1972, 199; Hruschka, *Strafrecht*, S.27; Maurach/Zipf, *AT* I, §23 Rn.35f. 또한 유사하게는 Herzberg, *ZStW* 85 (1973), 888. 우리나라에서는 오영근, 전계논문, *고시계* 1994/10, 214면; 오영근, 사건진행과정에 대한 착오, *한양대 법학논총* 제11집, 1994, 13면; 이용식, 소위 개괄적 고의의 형법적 취급, *형사판례연구* II, 1993, 34-36면.

할 수 있다. 그리고 이 견해에서도 역시 개괄적 고의사례에서는 2개의 독립된 행위가 존재한다는 것이 당연한 전제로 되어 있다고 해석된다.¹⁵⁾ 이렇게 볼 때 예전의 기수설과 미수설 사이에서는 죄수론적 견지에서 주로 주관적 요건만을 매개로 하여, 그러한 다수의 행위를 1개의 범죄행위로 평가할 수 있느냐 아니냐가 논의되어 왔다고 할 수 있을 것이다.

(2) 미수설의 종래논거에 대한 비판

우선 고의의 존재시점과 관련하여 Roxin은 시한폭탄을 장치하고 외국으로 도망간 범인이 후회하고 고의를 포기한 경우 혹은 결과가 발생한 시점에는 전혀 사태에 관해 생각하지 않고 있던 경우라도 당연히 고의기수가 인정되는 예에서 알 수 있듯이, 고의는 결과발생시까지 계속 존재할 필요가 없으며 원인 설정행위시에 존재하면 족하다고 한다.¹⁶⁾ 그러나 이는 개괄적 고의사례와 다른 경우이다. 미수설에서는 고의가 결과발생시까지 계속 존재해야 한다는 것이 아니라, ‘결과를 발생시킨’ 행위의 시점에 행위자가 고의를 가지고 있어야 한다는 것을 요구하는 것이다. 다음으로 행위의 수(數)와 관련하여 보면 두 부분으로 이루어진 전체행위가 살해의 고의로 행해졌다고 하여 이를 복수의 행위로 볼 수 없는 것과 마찬가지로, 제2행위가 과실로 행해졌다는 이유만으로 반드시 복수의 행위로 보아야 할 필연적인 근거는 물론 없다. 반대로 전체적으로 하나의 행위라고 하더라도 일부는 고의에 의한 것으로 또 일부는 과실에 의한 것으로 평가할 수 없다는 의미도 아니다. 그러나 고의를 달리하는 수 개의 행위까지 규범적 관점에서 한 개의 행위가 된다고 보기는 어렵다고 생각된다.¹⁷⁾ 또한 제2행위는 새로운 의사결정에 기초하고 있다는 논거는 일종의 소급금지론적인 발상이라고 할 수 있으며, 이는 이미 예전에 사라져버린 인과관계중단론을 다시 부활시키는 것이라는 비판도 있을 수 있다.¹⁸⁾ 그러나 소급금

15) 미수설 가운데에서도 두개의 독립된 행위라는 점을 결정적인 논거로 하는 입장으로는 특히 Hettinger, *FS-Spendel*, S.249ff. 그리고 오영근, 전계논문, **고시계** 1994/10, 214면; 이용식, 전계논문, 34면 이하.

16) Roxin, *AT*, §12 Rn.81, Rn.167; Roxin, “Gedanken zum dolus generalis,” *FS-Würtenberger*, 1977, S.146f. Vgl. Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, 10.Aufl., 1995, §20 Rn.24 Fn.56; 신동운, **형법총론**, 2001, 200면.

17) 이재상, **형법총론**, 177면.

18) 이정원, 전계논문, 9면.

지론이 인과관계를 부정한다는 의미에서가 아니라, 객관적 귀속의 차원에서라면 그 관점은 수용될 수 있는 것이라고 생각된다.

(3) 객관적 귀속과 관련한 미수설의 의미

미수설의 의미는 종래 고의와 관련하여 파악되어 왔다. 그러나 객관적 귀속과 관련시켜 미수설이 가지는 의미는 명확하게 설명되고 있지는 않은 것으로 보인다. 미수라는 결론이 도출되기 위하여는 제2행위시에는 고의가 없다는 것만으로는 근거가 될 수 없다. 이 점은 분명하다. 그렇다면 제1행위와 결과발생 사이에 인과관계와 객관적 귀속이 부정되어야 하는데, 종래의 미수설은 이러한 점을 간과하고 있다고 비판한다.¹⁹⁾ 심지어 미수설은 객관적 귀속의 실체를 부정하는 이론이라고까지 한다.²⁰⁾ 두 개의 독립적인 행위를 인정한다고 하더라도 제1행위는 제2행위를 매개로 하여 발생된 결과와 조건설 내지 합법칙적 조건설의 의미에서 인과관계는 인정된다. 그러면 이제는 객관적 귀속의 문제를 거론해야 하는데, 이 문제를 거론하지 않고 미수설은 단지 구체적으로 제2행위에 의해서 발생한 결과가 최초의 고의에 포함되지 않았다는 것을 이유로 미수를 인정한다는 것이다.²¹⁾ 구체적으로 인식하지 못한 결과에 대해서 미수설은 고의를 부정하며, 개괄적 고의설은 특수한 고의를 인정한다는 것이다.²²⁾

그러나 미수설에 대한 이러한 비판은 타당하지 아니한 것으로 생각된다. 오늘날 그 형태가 어떠하든 객관적 귀속을 부정하는 사람은 없다. 객관적 귀속과 관련하여 미수설의 의미를 음미하여 보면, 미수설은 제1행위와 결과 사이의 객관적 귀속을 부정하고, 결과는 제2행위에 객관적으로 귀속됨을 전제로 하고 있다고 말할 수 있는 것이다. Maiwald는 행위자 자신이 자유로운 의사결정을 행하는 책임있는 행위주체로서 제1행위와 결과 사이의 인과과정에 개입하고 있으므로 객관적 귀속이 부정된다고 이를 분명하게 말하고 있다.²³⁾ 즉 미수설이 객관적 귀속의 문제를 거치지 않은 것이 아니라, 제2행위에의 객관

19) 이훈동, 개괄적 고의에 관한 소고, **외법논집** 제2권, 1995, 239면. 그러나 미수설을 이러한 관점에서 비판하는 이훈동 교수 자신은 인과관계와 객관적 귀속론에 의하여 개괄적 고의사례를 해결해야 한다고 하면서 미수설을 원칙적으로 취하고 있다.

20) 이정원, 전계논문, 10면.

21) 이정원, 상계논문, 9면.

22) 이정원, 상계논문, 10면.

23) Maiwald, *ZStW* 78 (1966), 49ff.

적 귀속을 긍정하고 있는 것이다. 그 다음으로 객관적 귀속이 인정되는 제2행위에는 고의가 존재하지 않고 단지 과실이 인정되므로, 제1행위에 의한 미수와 제2행위에 의한 과실치사가 성립한다는 의미이다. 구체적으로 발생한 결과에 대해서 미수설은 고의를 부정하며, 개괄적 고의설은 특수한 고의를 인정한다는 지적도 타당하다고 볼 수 없다. 이 견해는 마치 미수설이 제1행위에서의 객관적 귀속을 인정하면서도 발생한 결과에 대해 인과과정의 인식을 고의성립에 요구하기 때문에 결국 고의를 부정한다는 비판을 하고 있다. 그러나 미수설에서 제1행위의 고의는 인정되는 것이며 단지 결과는 제1행위에 귀속되지 않아 미수가 성립되고, 제2행위에는 고의가 존재하지 않고 과실이 인정되며 발생한 결과는 이 제2행위에 객관적으로 귀속되므로 과실치사가 성립한다는 것이다. 미수설의 핵심은 개괄적 고의의 전형적 사례에서 제1행위에서의 객관적 귀속이 부정된다는 것을 전제로 하고 있다. 이와 같이 기수설과 미수설의 논쟁은 제1행위와 발생한 결과와의 인과관계와 객관적 귀속이 인정될 수 있느냐 아니냐의 다툼이 출발점이 되고 있다는 점을 우선 지적해 두고 싶다.

(4) 미수인정 기준의 불명확성

그런데 미수설과 관련하여 예컨대 제1행위로 피해자가 이미 치명적 빈사의 상태가 되었는데 죄적을 은폐하기 위하여 구덩이에 던져진 충격에 의해 사망한 경우와 같이, 제2행위가 사망시기를 단지 약간 빠르게 한 것에 지나지 않는 사례까지도 미수로 하지 않을 수 없다는 비판이 있다. 통상적인 살인행위 일지라도 예를 들어 피해자를 충격한 후 피를 흘리며 쓰러져 있는 피해자를 단지 어깨부분을 잡아들어 옮김으로써 출혈이 촉진되어 사망한 경우에도 미수를 인정해야 할 것인가에 관하여는 의문스럽다는 것이다. 이에 관하여는 후술하기로 한다.

3. 기수설

(1) 상당성설(예견가능성설/비본질적 착오설)

통설은 제1행위와 발생한 결과 사이에 인과관계와 객관적 귀속이 긍정됨을 보다 명확하게 전제한 다음,²⁴⁾ 개괄적 고의사례를 제1행위시에 고의와 관련된

24) 이와 같이 미수설이든 통설이든 객관적 귀속단계의 검토를 거처온 것임을 전제로, 고의나 착오론에 의해 해결하려는 것이다. 이에 대하여 인과관계의 착오를 객관적

여 생기는 착오의 문제로서 인과과정의 착오의 특수사례라고 위치지운다. 이 견해는 인과관계가 객관적 구성요건요소에 속하므로 당연히 고의의 인식대상이 되며 따라서 고의가 인과관계에 상응하고 있을 것을 요한다는 것에서 출발한다. 그러나 사건의 구체적인 인과경과를 상세하게 모두 인식한다는 것은 불가능하기 때문에, 인과과정의 본질적 부분만 인식하고 있다면 고의는 인정된다는 것이다. 그렇다면 인과관계의 착오가 본질적인 경우에는 고의를 조각한다고 해야 할 것이다. 그러나 통설은 이 점을 분명하게 밝히지는 않고 있다.²⁵⁾ 오히려 본질적 인과관계의 착오의 경우에는 미수가 성립함을 분명히 하고 있는 입장도 있다.²⁶⁾ 그리고 이러한 본질성 여부의 판단기준으로서는 독일판례의 공식을 원용하여 현실적인 인과경과가 행위자가 인식한 인과과정이 불일치할 경우 그 차이가 일반적인 생활경험에 비추어 예견가능한 범위 내에 있으면 (또한 그 행위에 대해 다른 평가가 정당화되지 않을 경우에는²⁷⁾) 비본질적인 상위에 지나지 않으며 고의는 조각되지 않는다고 한다. 이는 독일판례가 개괄적 고의사례뿐만 아니라 인과과정의 착오 일반에 채용해 온 기준이며, 학설에 있어서도 다수설적 위치에 있었다.

이 견해는 이미 독일에서는 소수설이 되었으나,²⁸⁾ 우리나라에서는 아직도 통설적인 위치를 잃지 않고 있다. 그런데 발생한 결과는 제1행위에 객관적으로 귀속되지만, 행위자가 인식한 인과과정과 실제 발생한 인과경과가 본질적

귀속론에 의하여 해결하려는 입장은 “객관적 귀속 검토에 따른 기수 미수의 결론은 다시 주관적 구성요건해당성 단계에서 고의나 착오론에 의하여 검토하더라도 달라질 수가 논리적으로 없다”는 점을 지적한다고도 할 수 있다.

25) 고의가 조각된다고 분명히 밝히고 있는 견해로는 신동운, **형법총론**, 198면.

26) 신동운, **형법총론**, 198면; 정성근/박광민, **형법총론**, 2001, 188면.

27) 이러한 “다른 평가”라는 표지는 비본질적 착오의 경우에도 고의미수의 여지를 남겨두려는 예외적 보충적 안전판으로서의 기능을 할 수 있도록 만들어둔 것인데, 거의 무시되고 있다(Vgl. Maurach/Zipf, *AT* I, §23 Rn.29; Tröndle/Fischer, *StGB*, 50.Aufl., 2001, §16 Rn.7; Frisch, *Zurechnung*, S.458ff, S.577ff.). 그러나 이에 실질적 의미를 부여하려는 견해도 있다(Roxin, *AT*, §12 Rn.145; Gropp, *AT*, 2.Aufl., §5 Rn.73a). Roxin은 이러한 “다른 평가”를 고의에의 귀속론으로 이론화하였다(Roxin, *AT*, §12 Rn.148). 이에 관하여는 후술한다.

28) Vgl. Baumann/Weber/Mitsch, *AT*, §20 Rn.25; Blei, *AT*, 18.Aufl., 1983, S.122f.; Puppe, *Vorsatz und Zurechnung*, S.54f.; NK-Puppe, §16 Rn.104ff.; Jescheck/Weigend, *AT*, 5.Aufl., 1996, §29 V 6 d; Wessels/Beulke, *AT*, 30.Aufl., 2000, Rn.265; S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, *StGB*, 26.Aufl., 2001, §15 Rn.58; Tröndle/Fischer, *StGB*, 50.Aufl., 2001, §16 Rn.7; Lackner/Kühl, *StGB*, 23.Aufl., 1999, §15 Rn.11.

인 상위가 있어 고의기수가 부정되는 구체적 사례를 통설은 제시하지 못하고 있다. 이러한 상당성기준을 개괄적 고의사례에 적용시켜 보면 고의기수가 부정될 수 있는 경우는 거의 없다고 할 수 있다.²⁹⁾ 물론 독일에서는 인과관계의 착오 일반에 관하여는 상당성을 기준으로 인정하면서도, 개괄적 고의사례에 대하여는 미수설에 입각하는 견해도 있다.³⁰⁾ 이는 이론적인 위치지움의 문제라기보다는, 개괄적 고의사례에서는 행위자 자신의 행위가 인과경과에 개입하고 있다는 특수성에 비추어 본, 말하자면 직관적인 판단에 입각한 것이라고 할 수 있을 것이다. 상당성설 일반이 미수라는 결론의 여지를 남기려 하고 있다는 것도 일정한 경우에는 그러한 결론이 타당하지 않겠는가 하는 생각이 일반적인 것임을 보여주고 있다고 하겠다.

(2) 상당성설에 대한 비판

a) 고의에 인과경과의 인식이 필요한가?

통설이 상당성을 넘어서는, 생각조차 할 수 없는 인과경과가 개입되었을 경우에는 고의가 조각된다는 결론을 내릴 여지를 열어두면서도 본질적 인과관계의 착오에 (고의)미수범을 인정한다면, 이는 인과관계의 본질적인 부분이 고의의 인식대상이라는 통설 자신의 주장과 일치하는 것인가 모순되는 것인가? 인과관계의 본질적인 착오의 경우에도 (고의미수가 인정되므로) 행위자는 인과관계의 본질적인 부분을 인식하고 있다는 것인데, 이를 모순 없이 해석하려면 결국 통설은 실행행위와 결과를 인식하면 실행행위로부터 결과발생에 이르는 인과관계의 본질적인 부분을 당연히 인식한다는 것을 전제하고 있는 것이 된다. 그렇다면 인과관계의 본질적인 부분의 인식은 실행행위와 결과에 대한 인식이 있으면 당연히 인정되는 것이어서 고의가 부정되는 경우는 없다고 해야 할 것이다. 따라서 통설은 외견상 고의의 성립에 인과관계의 본질적 부분에 대한 인식이 있어야 한다고 요구하고 있지만, 실질적으로는 인과경과가 고의의 인식대상이 아니라는 입장을 취하고 있는 것이다. 다만 형식적으로 인과관계의 인식이 필요하다는 입장을 유지하려고 하기 때문에 그 실질적 내용을 일부러 불명확하

29) 이훈동, 전계논문, 240면.

30) Schmidhäuser, *AT*, Lehrbuch, 2.Aufl., 1975, S.403f. 10/44f.; Maurach/Zipf, *AT* I, §23 Rn.27f. 35f. 이와 유사하게 우리나라에서 인과과정의 착오 일반에 관하여는 객관적 귀속이나 통설의 기준으로 해결해도 타당하나, 개괄적 고의사례는 미수설에 의해야 한다는 입장으로는 오영근, 전계논문, **한양대 법학논총** 제11집, 16면.

게 놓아두고 이를 솔직히 정면에서 언급하고 있지 않을 뿐이다. 따라서 고의의 인식대상에 인과관계의 인식이 불필요하다는 비판적 입장³¹⁾과 본질적 부분의 인식은 필요하지만 이는 당연히 인정된다는 통설은 실제로는 다르지 않다. 그러나 통설은 오해를 불러일으킬 소지가 매우 크다는 점에서 문제가 있다. 결국 통설에 따르면이라도 구체적인 인과경과가 객관적으로 상당하지 않은 경우에는 고의문제는 남지 않고, 착오문제는 인식했던 인과경과와 현실적인 인과경과가 상당한 경우에만 발생하는데 이러한 비본질적 착오는 고의기수를 인정하는데 아무런 장애가 되지 않는다는 결론에 이르게 된다. 즉 인과경과의 상당성은 객관적 귀속의 문제임을 통설도 인정하고 있다고 볼 수 있다.

b) 예견가능성 척도에 관한 문제

이 견해에 따르면 상당성 즉 ‘객관적 예견가능성’이 ‘고의’를 기초 지우는 것이 되어, 현실적 인식으로서의 고의의 개념정의에 반한다.³²⁾ 과실의 경우에도 인과경과가 객관적으로 예견가능해야 한다. 그런데 객관적 예견가능성으로 고의를 인정하게 되면, 고의불범에 요구되는 것보다도 낮은 수준으로 족하다는 의미이다. 객관적 예견가능성은 고의범과 과실범에 공통되는 객관적 귀속의 척도에 불과하기 때문이다. 물론 조건설에 입각한 독일판례로서는 너무 넓은 귀속범위를 주관적 요건의 옷을 걸친 상당성으로 제한한다는 의미를 가지고 있다. 그러나 상당인과관계설이나 객관적 귀속론을 전제로 하는 한, 동일한 판단의 반복에 이르는 것임을 부정할 수 없다. 또 법정적 부합설과 결합되어 주장될 때에는 상당성판단 자체가 무용한 것임이 노정된다. 복수의 객체에 걸친 방법의 착오에서도 부합을 인정하는 입장에서는, 동일한 객체 내부에서의

31) 보다 정확하게는 결과가 발생하는 인과과정에 대한 예견은 고의의 내용이 될 수 없다고 할 것이다(김일수, **한국형법 I**, 413면; 김영환, **전계논문**, 40면; 오영근, **전계논문**, **한양대 법학논총** 제11집, 16면; 이훈동, **전계논문**, 240면). 이 경우 인과과정과 구별하여 인과관계의 인식은 필요하다고 한다면 이는 실행행위의 위험의 인식을 요구하는 것이고, 이는 실행행위를 하면 당연히 인정된다고 할 수 있다. 물론 인과관계를 행위가 결과로 진행되는 인과과정이라고 이해하는 입장에서는 인과관계는 고의의 인식대상이 아니라고 표현할 수 있을 것이다(이정원, **형법총론**, 154면; 이정원, **구성요건적 고의의 인식대상에 관한 소고**, **형사법연구** 제13호, 2000, 98면 이하).

32) 이훈동, **전계논문**, 240면. 독일에서는 대표적으로 Frisch, **Zurechnung**, S.576f.; AK-Zielinski, §§15-16 Rn.58; Otto, **AT**, §7 Rn.83f. 또한 Maiwald, **ZStW** 78 (1966), 45ff.도 이와 유사하다고 보여진다.

인과경과에 대해서 착오가 본질적일 수 있는 여지를 거의 생각하기 힘들기 때문이다. 그리하여 고의에 인과경과의 인식이 필요하다는 요구도 그 의미가 없게 된다. 그런데 개괄적 고의사례를 인과경과의 착오의 특수사례로 자리매김하는 것 자체는 적어도 부분적으로는 타당하다고 생각된다. 다만 판단기준이 기준으로서의 역할을 다하지 못하는 것이라고도 말할 수 있을 것이다.

c) 착오론에의 위치지움

이 견해의 결론은 ‘착오’문제로의 위치지움까지도 이미 배반하고 있다.³³⁾ 현실적인 인과경과와 행위자가 인식한 인과과정의 불일치가 본질적인 경우 고의가 조각된다고 하면, 그 결론은 과실이 될 것이지 이 견해가 주장하듯이 미수일 수는 없다.³⁴⁾ 미수라는 이 견해의 결론에서 인과과정 불일치가 본질적인가의 판단이 사실은 객관적인 귀속판단이라는 점이 보여지고 있다.

B. 착오론에 의한 해결방식 부정론 - 객관적 귀속이론에 의한 해결

1. 인과관계 착오의 무용론

개괄적 고의설이나 종전의 기수설과 미수설에 의해서는 문제사례의 적절하고도 합리적인 처리는 바라기 어려운 것으로 보인다. 이는 어느 견해에 있어서든 착오 내지 고의가 문제된다고 하면서도, 실질은 인과관계와 객관적 귀속의 문제가 논해지고 있다는 점에 기인하는 것이라고 생각된다. 이에 따라 개괄적 고의사례는 착오론에 의해서가 아니라, 단지 인과관계 내지 객관적 귀속의 문제로 고찰해야 한다는 입장이 있다.³⁵⁾

우선 제1행위와 결과와의 인과관계만을 직접적으로 문제삼고, 착오문제는 발생하지 않는다는 견해가 주로 조건설 주장자에 의해 이미 예전부터 주장되었다.³⁶⁾ 조건설을 전제로 할 때 제1행위와 결과와의 사이에 인과관계는 문제없이 긍정된다. 또 행위자는 제1행위시에 스스로의 행위와 사망결과와의 조건

33) 이훈동, 상계논문, 241면.

34) 고의는 부정하면서 미수를 인정하는 입장은 신동운, **형법총론**, 198면.

35) 이정원, 전계논문, **형사법연구** 제15호, 4면; 김일수, **한국형법 I**, 401면; 이훈동, 전계논문, 247면.

36) 대표적으로 Buri, *Über Kausalität und deren Verantwortung*, 1873, S.76ff.; Beling, *Grundzüge des Strafrechts*, 11.Aufl., 1930, S.47; Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd.2, 1926, S.329.

관계는 항상 인식하고 있다. 따라서 고의기수를 인정하는데 하등 장애가 없고, 인과경과의 착오라는 문제는 발생하지 않는다는 것이다. 이러한 견해는 그 전제가 되고 있는 조건설의 부당성 때문에 현재로는 의미를 가지지 못한다고 할 것이다.

다음으로 상당인과관계설을 취하는 경우에도 인과관계의 착오문제는 상당인과관계 자체의 문제로 보아야 한다는 견해가 있었다. Hippel에 의하면 객관적으로 상당인과관계가 인정되는 한, 고의와의 일치는 필요 없으며, 구체적 인과경과가 경험적으로 예견할 수 없는 경우 상당인과관계 자체가 결여되는 것이라고 한다.³⁷⁾ Engisch는 상당성을 광의의 상당성(즉 행위의 상당성)과 협의의 상당성(그 위험의 결과에의 실현관계)으로 나누어 이해하는데, 이 인과사태가 예외적으로 진행된 경우에는 이 협의의 상당성이 —행위자의 인식을 고려할 필요 없이— 부정되므로 이를 행위자의 부담으로 하지 않을 수 있다고 주장하였다. 그리고 광의의 상당성은 행위의 결과발생의 적격성을 의미하는데, 이러한 광의의 상당성만 있으면 고의인정의 근거로 충분하다는 것이다. 따라서 구체적 인과경과에 대한 인식은 불필요하며, 이를 요구하는 것은 오히려 유해하다고 까지 한다.³⁸⁾ 이는 현실적으로 발생한 인과경과가 행위의 위험성의 현실화라고 생각할 수 있는 범위 내에 있어야 발생된 결과를 그 행위에 귀속할 수 있다는 의미이다.³⁹⁾ 이러한 위험실현의 사고는 객관적 귀속이론의 기초가 되어 현재에는 통설적인 위치를 차지하고 있다고 생각된다. 이러한 객관적 귀속은 일종의 규범적 구성요건요소라고 할 수 있지만 인과관계 그 자체처럼 행위자의 고의에 그대로 반영되는 것은 아니고 따라서 고의의 인식대상이 아니다.⁴⁰⁾ 이와 같이 위험실현관계에 고의가 상응하고 있을 필요가 전혀 없다고 한다면, 개괄적 고의사례는 객관적 귀속의 문제로 해결하게 될 것이다.

2. 객관적 귀속에 의한 구체적 처리기준

이미 사망했다고 오신한 피해자를 산에 파묻기 위해 자동차로 운반하는 도

37) Hippel, *Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, VDA III*, 1908, S.546ff.

38) Engisch, *Untersuchungen*, S.74ff.; Engisch, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, S.51f.

39) 이훈동, *전계논문*, 246면.

40) 김일수, *한국형법 I*, 413면.

중에 교통사고가 발생하여 이 때문에 피해자가 사망한 사례를 비롯해서,⁴¹⁾ 종래 인과관계의 착오라고 보기 쉬웠던 많은 사례가 상당인과관계 혹은 객관적 귀속의 검토를 정밀하게 행하는 것으로 적절히 처리할 수 있음을 보여 주었다는 점에서 적어도 이 견해의 공적은 인정되어야 할 것이다. 그러나 필자의 생각으로는 객관적 귀속에 의한 해결 자체가 중요한 것이 아니라, 객관적 귀속에 의한 해결이 구체적으로 적절한 결론을 도출하도록 이론구성을 하는 것이 중요하다고 본다. 이와 관련하여 객관적 귀속설 안에서 뉴앙스가 다른 3가지 견해가 제시되고 있다고 볼 수 있다. 단 이들 객관적 귀속설은 발생한 결과가 제1행위와 제2행위 양자에 객관적으로 귀속가능하다는 것을 공통적인 전제로 하여, 어떠한 기준으로 어떤 행위에 귀속시킬 것인가 하는 점에 차이가 있다.

(1) 경험적 통상성 기준설 (원칙적으로 기수인정)

“제2행위가 일반적인 생활경험의 범위 내에서 죄적은폐를 위한 전형적 행위로 평가될 수 있는 한 원칙적으로 제1행위와의 객관적 귀속이 가능하여” 고의기수가 성립된다는 견해는⁴²⁾ 결국 인과관계의 착오와 함께 개괄적 고의사례를 객관적 인과과정의 경험적 통상성 문제로 해소하여 버리게 된다. 이와 같이 객관적 귀속설을 취하여 제2행위가 예견불가능한 혹은 경험상 희귀한 사정 하에서 발생한 경우에만 미수가 되고, 개괄적 고의의 전형적 사례는 원칙적으로 고의기수가 된다는 견해는 통설과 별로 다를 바 없다고 보여진다.

(2) 인과적 기여의 강도 기준설 (원칙적으로 미수인정)

제1행위와 제2행위의 결과발생에 대한 인과적 기여의 강도에 의해 해결하려는 견해도 보인다.⁴³⁾ 제2행위가 없었더라도 결과발생이 확실한 경우 예컨대 치명상을 가한 후 사망한 것으로 오인하여 피해자를 은밀한 곳으로 이동시킨 경우에는 고의기수가 되지만, 개괄적 고의의 전형적 사례에서는 고의미수와 과실치사의 경합범이 성립된다고 한다. 이러한 관점은 기본적으로 타당하다고 생각된다. 그러나 치명상을 입혔다고 하여 항상 고의기수를 인정하는 것은 타

41) 이 경우 새로운 원인이 개입되어 결과를 발생시켰으므로 애당초 객관적 귀속이 부정될 것이다(김영환, 전계논문, 35면). 이 사례에 관하여는 또한 하태훈, 인과과정의 착오유형과 고의귀속, **고시계** 1995/7, 50면 참조.

42) 김일수, **한국형법** 1, 401면.

43) 이훈동, 전계논문, 249면 이하.

당하다고 할 수 없다. 치명상에도 불구하고 제2행위의 위험이 실현된 경우가 있기 때문이다.

(3) 실현된 위험 기준설(미수인정)

이상의 견해에서 시사하는 바와 같이 결국 객관적 귀속의 관점에서는 제1행위의 위험이 실현되었는가 아니면 제2행위의 위험이 실현되었는가 하는 점이 중요하다고 생각된다.⁴⁴⁾ 피해자가 죽었다고 생각하여 어깨부분을 잡아들고 끌어 옮김으로써 실혈을 촉진하여 사망한 경우는 제2행위가 부수상황의 단순변경을 가져오는 경우이고, 이때는 당연히 제1행위의 위험이 실현된 것이라고 볼 수 있다. 사실 이 경우는 개괄적 고의사례에 속한다고 보기 어렵다. 제2행위와 사망과는 객관적 귀속이 애시당초 부정되기 때문이다.⁴⁵⁾ 그런데 치명상을 입은 피해자를 사망했다고 오인하여 낭떠러지에 던져버려 그로 인해 사망했다면, 이는 제1행위의 위험이 실현된 것으로는 볼 수 없고 제2행위의 위험이 실현된 것이다. 그러므로 개괄적 고의의 사례는 제2행위의 위험이 실현된 경우에 해당한다는 것이다. 이 견해는 결론에 있어서는 미수설과 입장을 같이 한다.

3. 문제점

행위자가 창출한 위험이 실현된 것인가 아닌가를 묻는 객관적 귀속의 사고는 행위자 자신의 행위와는 다른 인과과정 즉 제3자의 행위나 자연현상이 개입된 경우와 같은 사례에서는 기수와 미수의 구별기준이 될 수 있다고 일반적으로 인정될 수 있을 것이다. 그런데 개괄적 고의사례에서는 제2행위가 행위자 자신의 행위라는 특수성이 있다. 그러므로 어느 위험이 결과에 실현되었다고 볼 것인가 하는 문제에 있어서, 양자를 동일하게 일반적으로 취급할 것인지 아니면 개괄적 고의사례의 경우에는 귀속을 달리 해야 하는지도 과제로 남는다. 그리고 위험실현을 객관적 귀속의 요건으로 할 때, 그 점에서의 인식과 사실의 일치는 필요하지 않다고 말해버려도 좋은가 하는 점에 관하여도 의문이 남겨진다. 이와 관련하여 구체적 인과경과의 인식은 불필요하다고 하면서도, 뭔가의 형태로 고의내용을 위험실현의 판단에 연관시키려는 입장이 있기 때문에, 이하에서는 이에 관하여 살펴보기로 한다.

44) Sancinetti, "Dolus generalis und strafrechtliches Glück," *FS-Roxin*, 2001, S.358ff.

45) 하태훈, 전제논문, 50면 참조.

III. 고의에의 귀속이론

A. 고의에의 귀속

1. 의의

인과관계의 착오사례를 객관적 귀속에 의해 해결하는 입장에서는 객관적 귀속이 인정되면 당연히 기수가 성립하며, 통설과 같이 다시 주관적 구성요건해당성 단계로 나아가 착오를 검토한다 하더라도 그 결론이 달라지는 경우는 논리적으로 없다는 것이다. 즉 인과관계의 착오사례에서 객관적 귀속이 인정되면 —이는 당연히 비본질적 착오에 해당할 것이므로— 더 이상 착오여부를 검토할 필요가 없다는 것이다. 그런데 객관적 귀속이 인정되는 비본질적 착오 중에는 예외적으로 고의기수가 아니라고 법적 평가를 달리 해야 할 경우는 없는가? 독일에서는 최근 순수한 객관적 귀속판단과 행위자에게 고의 자체가 존재하는가를 묻는 고의의 유무라는 주관적 귀속과의 중간에, 발생한 결과와 관련하여 양자의 대응관계를 묻는 ‘고의에의 귀속’ 혹은 ‘고의행위에의 귀속’이라는 고의범에 특수한 귀속판단 단계를 설정하려는 견해가 제시되고 있다.⁴⁶⁾⁴⁷⁾ 이는 인과과정의 착오사례들 중에는 객관적 귀속이 긍정되어도 아직 완전한 고의기수범의 형사책임을 묻는 것이 주저되는 예외적 사례도 있는 것이 아닌가 하는 견지에서, 고의의 내용과 서로 비추어 보아 다시 그 귀속의 범위를 좁히려는 시도이다. 그 근거에는 객관적 귀속론에서 과실범과 공통된 월

46) Eser/Burkhardt, *Strafrecht* I, Nr.9 Rn.30, Rn.45; Wolter, “Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgzurechnung,” *ZStW* 89 (1977), 663ff.; Wolter, in: *Grundfragen*, S.112ff.; Wolter, “Vorsätzliche Vollendung ohne Vollendungsvorsatz und Vollendungsschuld?,” *FS-Leferenz*, 1983, S.546ff.; Otto, *AT*, §7 Rn.81ff.; Roxin, *AT*, §12 Rn.143ff.; Roxin, *FS-Württemberg*, S.124f.; Jakobs, *AT*, 8/65; Puppe, “Zur Revision der Lehre vom konkreten Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus,” *GA* 1981, 15; Puppe, *Vorsatz und Zurechnung*, S.49ff.; Prittwitz, “Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tatervorstellung,” *GA* 1983, 111; AK-Zielinski, §§15-16 Rn.59ff.

47) 이훈동, 전제논문, 241면 참조. 김용세, **형법연습강의**, 1999, 234면, 242면에 의하면 일단 객관적 귀속이 긍정되면 인과경과의 착오가 고의기수범으로서의 주관적 귀속에 어떠한 영향을 미칠 것인가라는 추가적 물음이 제기되어야 한다고 하면서, 그래야만 객관적으로 귀속가능한 결과와 관련해서 행위자의 고의가 상응하는지 여부까지 완전하게 평가할 수 있기 때문이라고 한다. 여기서 우리는 고의에의 귀속이라는 명시적 언급은 없지만, 그러한 생각의 단초는 확실히 발견할 수 있다.

터를 통과한 것만으로는 —과실기수나 고의미수범에 비해 매우 무거운 고의기수범의 형벌을 설명할 수 있을만한— 고의기수범 독자의 불법이 적절히 파악되지 않는다는 생각이 깔려 있다.⁴⁸⁾ 그리하여 다시 고의기수범 독자의 귀속요건이 필요하다는 것이다. 논자에 따라서 “인식된 위험조건에 의해서 구체적 경과가 설명될 것”이라든가,⁴⁹⁾ “행위계획의 실현”이라든가,⁵⁰⁾ “고의에 의해 통제된 위험창출과 그 실현”⁵¹⁾ 혹은 “법적으로 무가치한 사실을 시인하는 결단의 실현”이라든가⁵²⁾ 등 그 표현과 하위기준은 갖가지이나, 주장의 핵심은 고의기수범의 성립에는 “고의적으로” 설정된 위험이 결과에 실현되고 있는 것이 필요하다는 것이다. 여기에서 고의 자체는 존재하고 또한 행위자가 창출한 위험이 결과에 실현되고 있다는 객관적 귀속의 요건은 충족되고 있지만, 그 위험에는 고의에 의한 것으로 평가되는 부분(따라서 반드시 행위자에 인식되어 있었던 것을 요구하지는 않는다)과 그렇지 못한 부분이 있다는 것이 전제로 되고 있다. 그리하여 고의와 객관적으로 귀속가능한 결과가 하나의 고의기수범으로 통합되기 위해서는 —단순한 위험실현으로는 부족하며— 그 위험에서 고의에 의한 부분이 실현되었다고 하는 확인 내지 객관적인 가치평가적 귀속이 필요하다고 하는 것이다.

2. 범죄체계론상의 위치문제

위에서 본 통설인 상당성설은 인과과정의 상위문제를 고의와 착오론의 문제로 위치지우면서도 —고의조각이라는 구성요건착오의 법적 효과를 그대로 인정하지 않고— 미수라는 결론을 내리기 때문에 체계모순에 봉착하였던 것이다.⁵³⁾ 이에 대한 반성으로부터 즉 착오론으로 다루면 미수라는 결론에 도달하

48) Kratzsch, *Verhaltenssteuerungen und Organisation im Strafrecht*, 1985, S.301ff.; AK-Zielinski, §§15-16 Rn.59; Frisch, *Zurechnung*, S.584f.; Puppe, *Vorsatz und Zurechnung*, S.36ff.

49) Jakobs, *AT*, 8/65.

50) Roxin, *AT*, §12 Rn.144; Wolter, *ZStW* 89 (1977), 673ff.; Wolter, in: *Grundfragen*, S.113.

51) Kratzsch, *Verhaltenssteuerungen*, S.304ff., S.316ff.

52) Frisch, *Zurechnung*, S.588ff.

53) 따라서 구성요건착오의 한계사레라고 한다. 그러나 이때에도 착오라는 용어는 분명 오해의 소지가 있기 때문에 인과과정의 상위라는 상위개념에 포괄하자는 주장이 있다(김영환, 전계논문, 44면).

는 것이 불가능하므로, 고의의 내용을 문제삼아서 미수라는 결론을 얻어내려고 이러한 이론구성이 안출되었다고 보여진다. 즉 통설은 객관적 귀속이 긍정되면 인과과정의 본질적 착오는 존재하지 않는다는 것을 원칙적으로 긍정하고 있다. 달리 말하면 객관적 귀속이 긍정되는 경우에는 원칙적으로 비본질적인 착오가 되고 따라서 고의기수가 인정된다. 그런데 객관적 귀속이 긍정되는 개괄적 고의사례를 비롯한 인과과정의 착오라고 불리우는 사례 중에는 —고의라고 부르기엔 충분한 인식이 있고 또한 고의에 어떤 의미로는 대응하는 결과가 발생되었음에도 불구하고— 고의기수를 부정하는 것이 타당하다고 보여지지만 그렇다고 과실기수범 밖에 성립하지 않는다고 하는 것도 불합리하다고 느껴지는 예외적 사례가 있을 수 있다. 그런데 이러한 이론구성에 의하면 이와 같은 인과관계의 비본질적 착오사례 중에서 아주 예외적인 경우에는 ‘고의에의 귀속’이 부정되고 고의미수와 과실치사의 상상적 경합이라는 결론에 이른다.⁵⁴⁾ 그리하여 이 고의에의 귀속이론은 고의범의 요건을 과실범의 그것보다 엄격히 한다는 의미도 가지고 있다. 하나의 행위가 과실범으로서는 기수가 되지만 고의범으로서는 기수라고 하기에 부족하다고 할 수 있는 사태가 예외적으로 있다는 것이다.

그런데 이와 같이 새로운 귀속단계를 만들어내는 것에 문제가 없지는 않다. 우선 객관적 귀속에서 출발하여 고의의 존부검토를 거친 다음, 다시 양자의 관계를 객관적으로 판단한다고 하는 복잡한 구성이 문제가 될 것이다. 물론 합리적이고도 일관된 처리를 위하여 이러한 이론구성이 필수적이라면 그러한 난점은 감수되어야 할 것이다. 그리고 이러한 귀속단계가 객관적 구성요건해당성에서의 객관적 귀속의 단계에서 이미 충분히 다루어질 수 있지 않은가 하고도 생각해 볼 수 있다. 이 점은 아직까지 매우 불분명하다. 객관적 귀속이 긍정되면 원칙적으로 주관적 귀속도 긍정되고 따라서 고의기수가 인정된다. 그런데 행위시의 객관적 사정을 기초로 하면 인과관계와 객관적 귀속 내지 상당인과관계가 긍정되지만, 행위자가 인식한 사정을 기초로 하면 발생한 결과에 대해 고의기수를 인정함이 가혹한 경우가 이론상 존재할 수 있음은 부정할 수 없다. 통설의 언어로 이야기하면 객관적 귀속이 긍정되는 인과과정의 비본질적 착오사례 중에는 예외적이지만 법적으로 다른 평가를 해야 할 합당한 근거가 인정될 수 있고 따라서 객관적 귀속이 인정되지만 고의미수가 예외적으

54) 통설의 입장에서도 이러한 결론을 인정하는 경우로는 신동운, **형법총론**, 199면.

로는 가능한 경우가 있다는 의미이다. 이와 같은 주관적 귀속이 의미를 가질 수 있는 경우는 “행위시”의 객관적 사정과 행위시의 인식이 빗나간 경우이다. 객관적 귀속이 인정됨에도 불구하고 고의미수가 인정되어야 할 이러한 경우는 행위자의 주관에서 보면 통상적으로 발생할 수 없다고 생각되는 결과에 한정되는 것이라 할 수 있다. 예컨대 혈우병환자라는 것을 모르고 살해한 경우나 낭떠러지 피해자가 절벽 끝에 서있는데 이를 인식하지 못한 행위자가 피해자를 사살하려고 하였으나 탄환은 빗나가고 피해자가 놀라 발을 헛디디 추락사한 경우를 들 수 있다. 이와 같이 행위시에 특수한 사정이 관여되어 결과가 발생한 경우에는, 객관적 사정만을 기초로 하거나 일반인이 알 수 있는 사정을 기초로 하면 객관적 귀속이 긍정될 것으로 생각된다. 하지만 이러한 입장에서조차도 혈우병이나 낭떠러지의 존재를 모르는 행위자에게 고의미수의 죄책을 지우는 것이 가혹하다고 생각할 수 있다. 그리하여 객관적 귀속은 긍정되지만, 결과의 고의에의 귀속이 부정된다고 이론구성을 함으로써 살인미수가 된다고 하는 것이다. 이와 같이 객관적 귀속판단에서는 주관적인 사정을 고려할 수 없다는 입장에서 고의에의 귀속이라는 주관적 귀속단계를 설정한 것이라고 볼 수 있다. 그런데 이러한 주관적 사정을 객관적 귀속판단에서 고려할 수 있다는 입장에서는 이미 객관적 귀속이 부정되어 살인미수가 된다고 보아, 고의에의 귀속이라는 이론구성은 불필요할 것이다. 즉 이러한 인과관계 착오의 예외적인 사례도 객관적 귀속의 문제로 처리할 수 있다면 결국 모든 인과관계의 착오문제는 객관적 귀속의 문제로 해결되는 것이라고 말할 수 있다. 그러나 주관적인 사정을 고려하지 않아 객관적 귀속을 긍정할 수밖에 없는 입장에서는, “인과관계의 비본질적착오의 예외적 사례”를 인정하여 고의는 긍정되지만 결과의 고의에의 귀속이 부정되어 미수범으로 처벌되는 여지가, 아주 좁지만 인정된다고도 말할 수 있다. 고의미수가 인정된다는 법적 효과면에서는 결국 객관적 귀속이 부정되는 인과관계의 본질적 착오와 같아지게 된다. 결국 이러한 예외적인 사례의 경우를 —통설의 언어로 표현하면— ‘객관적 귀속이 인정되는 인과관계의 비본질적 착오의 예외적 사례’라고 할 것인가 아니면 ‘객관적 귀속이 부정되는 인과관계의 본질적 착오’에 해당된다고 볼 것인가 하는 문제라고도 말할 수 있을 것이다. 구성요건착오라면 고의가 조각되어야 하는데 미수가 인정되는 경우이므로 통설은 이를 구성요건착오의 한계사례라고 부르지만, 착오라는 용어가 오해를 불러일으킬 수 있으므로 착오론이 아닌 고의에의

귀속론이라고 하는 것이 더욱 정확할 것으로 생각된다.

3. 용어상의 문제

객체의 착오, 방법의 착오, 인과관계의 착오에 관한 사례들과 관련하여 우리나라에서는 고의(의) 귀속이라는 말이 사용되고 있기도 하다. 또 주관적 귀속이라는 용어를 사용하는 경우도 있다. 그런데 이러한 고의의 귀속도 고의론이긴 하지만, 착오론과 다른 측면에서의 고의론의 일부라고 한다.⁵⁵⁾ 따라서 이들 고의의 귀속은 주관적 구성요건해당성 단계에서 다루어지게 될 것이다. 그렇지만 인과과정의 착오는 객관적 귀속론의 일부라고 또한 밝히고 있다. 약간의 모순을 보는 느낌이다. 객체 및 방법의 착오는 고의 자체의 존부가 문제되는 고의의 귀속에 관한 것이라고도 한다.⁵⁶⁾ 또 개괄적 고의사례는 결과귀속이 문제된다고 한다. 어떻게 정리해야 할까? 범죄론 체계상 주관적 구성요건해당성 단계에서 문제가 된다고 위치지워지면 우선 이를 주관적 귀속이라고 부르는 것이 타당할 것이다. 주관적 귀속에는 고의의 존부 자체가 문제되는 즉 결과가 고의에 의한 것인가 과실에 의한 것인가 하는 고의 착오론과, 고의성립을 전제로 결과에 대해 고의기수가 될 것인가 아니면 미수를 인정할 것이냐 하는 결과의 고의에의 귀속론이 포함된다고 하는 것이 좋을 것 같다. 또한 주관적 귀속을 고의의 귀속과 같은 말로 사용하는 것이 무난하리라 생각된다.

B. 고의에의 귀속의 기준

고의에의 귀속론의 기본적인 발상은 행위자가 창출한 위험 중에서 고의적인 창출과 연계되는 것과 그렇지 않은 것을 구별하려는 것이다. 이들이 제안하는 몇 가지 척도들에 관하여 살펴보기로 한다. 그런데 여기서는 현실적으로 창출된 위협조건 중 어느 것을 행위자가 인식하고 있었는가 하는 문제가 아니라, 행위자의 인식과 실현된 위험이 어떠한 점에서 그리고 어떠한 의미에 있어서 일치되어 있으면 고의기수가 인정되는가 하는 논의이다. 고의내용의 일정한 규범화·추상화가 예정되어 있다. 그리고 그 이전에 객관적 귀속단계에서는 행위자가 창출한 제1행위의 위험이 실현되었다는 것을 전제로 하고 있다고 할 수 있다.

55) 김일수, **한국형법 I**, 431면.

56) 김일수, **한국형법 I**, 401면, 431면.

1. 계획실현

Roxin은 고의에의 귀속을 인정하기 위하여는 행위자의 계획이 법적인 관점에서 보아 결과에 실현되었다고 평가할 수 있어야 한다고 주장한다.⁵⁷⁾ 위험실현(Gefahrverwirklichung)이라는 객관적 귀속이 인정되는 경우에도, 발생한 사실과 계획된 사실이 법적평가의 관점에서 질적 동일성이 인정된다는 의미에서의 계획실현(Planverwirklichung)이 부정되면 고의기수가 인정되지 않는다는 것이다. 그런데 이 계획실현의 판단은 대부분의 경우 위험실현의 판단과 일치되지만, 예외적으로 달라지는 경우가 있을 수 있다고 한다.⁵⁸⁾ 예컨대 종교적인 배경을 갖고서 어느 가옥 방안의 벽에 박혀져 있는 마리아像을 돌을 던져 파괴하려고 하였는데 그 집의 창을 깨는데 그친 경우 혹은 독물로 생식능력을 제거하고자 하였으나 실명시킨 경우에는 계획실현이 없다고 한다. 전자의 경우는 마리아상에 대한 손괴미수와 창문에 대한 과실손괴가 인정되며, 후자의 경우에는 생식능력에 대한 상해미수와 눈에 대한 과실치상이 된다고 한다. 이러한 실례는 동일한 구성요건적 결과내에서 발생한 결과의 종류가 다른 경우인데, 특히 후자는 종래 생각하기 어려웠던 하나의 행위객체내에서 인과경과의 착오가 본질적일 수 있는 경우라고 할 수 있다. 한편 인과경과의 상위가 결과의 종류가 아니라, 결과야기의 태양에만 관계될 경우에는 고의에의 귀속이 부정되는 경우는 매우 드물다고 한다.⁵⁹⁾ 행위자에게는 결과가 중요하지 그에 이르는 방식은 중요하지 않은 것이 원칙이며, 객관적으로 평가해 보더라도 인과과정에 대한 인식은 결과에 대한 인식보다 그 법적 의미가 적게 부여되기 때문이라는 것이다. 예컨대 권총 발사시 이를 피하려고 피해자가 창문으로 힘차게 몸을 날렸으나 창 밖으로 떨어져 사망한 경우에는, 행위자의 살해계획이 실현된 것으로 평가된다고 한다. 그러나 임신한 아내를 살해하기 위해 커피에 독을 탔으나 계단이 아주 낮은 통나무집이라 굴러 떨어져 사망한 경우 이를 객관적으로 예견할 수 있다 하더라도, 살해계획의 실현이라고는 평가할 수 없어 살인미수와 과실치사가 인정된다고 한다.

개괄적 고의사례와 관련해서는 Roxin은 우선 객관적 귀속단계에서 제1행위를

57) Roxin, AT, §12 Rn.144ff. 또한 Gropp, AT, §5 Rn.73a. 우리나라에서는 김영환, 전계논문, 43면이 이에 따르고 있다.

58) Roxin, AT, §12 Rn.146f.

59) Roxin, AT, §12 Rn.147.

행할 때 이미 제2행위가 예견가능한 경우이므로 발생된 결과는 제1행위에 객관적으로 귀속되는 것으로 본다.⁶⁰⁾ 그러나 이러한 예견가능성은 일반적으로 고의범과 과실범에 공통되는 객관적 척도일 뿐이므로,⁶¹⁾ 이 예견가능성은 —개별적으로 예견하지 못한 구체적 사정들이 “다른 평가”를 정당화시켜주는 경우에는 — 고의기수를 근거지우지 못한다는 것이다. 이러한 다른 평가와 관련하여 Roxin은 계획실현이라는 주관적 귀속을 도입한 것이다. 그리하여 이 계획실현은 개괄적 고의사태에서는 행위자가 제1행위시 살해의 미필적 고의가 아니라 의도적 고의를 갖고 있었느냐 그리고 이 의도적 고의가 제2행위 전에 변하지 않았느냐가 결정적이라고 한다.⁶²⁾ 제1행위를 할 때 결과를 발생시키려는 의도적 고의를 가지고 있었던 경우에는 행위자의 당초 범행계획이 실현되었다고 평가할 수 있어 고의기수가 인정되지만, 미필적 고의만 가지고 있었을 경우에는 행위계획이 실현된 것으로 평가할 수 없기 때문에 고의미수가 된다고 한다. 그리하여 예컨대 살해의 목적은 전혀 없었는데 강간하려다 소리치는 것을 막기 위해 목을 조르고 입에 모래를 넣었는데 (이때 질식사할 수도 있다는 미필적 고의는 가지고 있었다) 피해자가 움직이지 않자 흔들고 깨워보고 또 인공호흡까지 시도했으나 반응이 없자 죽은 것으로 오인하고 오물구덩이에 던졌던 바 피해자는 오물구덩이에 빠져 익사한 경우에는, 살인이 강간의 성공을 위해 필요했던 경우에만 살인이 행위계획에 포함될 수 있기 때문에 이는 행위계획의 실현이라고 볼 수 없다고 한다. 그리고 이러한 의도적 고의는 변함이 없어야 한다는 것이다. 예컨대 살해의 의도를 가지고 피해자의 머리를 목욕통 물 속에 밀어 넣었는데 피해자가 의식을 잃고 쓰러지자 행위자는 불현듯 후회하여 살해의도를 포기하고 피해자가 의식을 회복하도록 인공호흡 등 응급치료를 행하였지만, 그 효과가 없는 줄로 잘못 판단하여 구조행위를 중단하고 매장했는데 이로 인해 질식사한 경우에[목욕탕사태], 행위자의 살인계획은 미수단계에서 포기된 것이고 그 후 사망의 결과는 원래의 (이미 존재하지 않는) 행위계획의 실현이라고 볼 수 없어, 미수와 과실의 실제적 경합을 인정한다.⁶³⁾

60) Roxin, *FS-Würtenberger*, S.114f., S.118.

61) Roxin, *FS-Würtenberger*, S.121.

62) Roxin, *AT*, §12 Rn.165f.

63) Roxin, *FS-Würtenberger*, S.120ff., 124f. 그런데 이 사례를 김일수, **한국형법 I**, 402면은 제1행위 후 제2행위의 결의가 객관적으로 예상할 수 없던 비통상적 사정에 의해 유발된 경우라고 보아, 결과를 제1행위에 객관적으로 귀속시킬 수 없는 경우(결국

개괄적 고의사례에서 기수를 인정하기 위해서는 —살해의 미필적이 아닌 의도적 고의가 필요하므로— 주관적 요소에 의한 보충을 요구하는 것이 되어버린다. 좀더 자세히 말하면 이 견해는 미필적 고의는 의도적 고의보다 반가치가 적다는 점을 전제하고 있다. 고의의 의욕적 요소에 이러한 효과를 인정한다는 것은 고의를 악의(böser Wille)로 이해한다는 인상을 준다. 개별행위의 인식 이외에 이를 넘는 ‘계획’을 문제삼는 사고방식은 특히 그것이 객관적으로 이루어져야 할 귀속판단의 기준으로 사용될 경우에는 심정형벌에의 길을 여는 것으로서 거절되어야 할 것이라는 비판이 있다.⁶⁴⁾ 결국 Roxin이 말하는 계획 실현의 판단은 그 하위규준이 불명확하며 어떤 확실한 평가원리에 의해 지도되고 있다고 생각되지 않는다.⁶⁵⁾⁶⁶⁾

2. 인식되어지는 위협의 실현

Jakobs는 고의에의 귀속이 긍정되기 위해서는 행위자가 고의적으로 창출한 위협이 현실적인 인과경과를 설명하는 것이 요구된다고 하여, “행위자가 인식한 위협”이 실현되었을 것이 필요하다고 한다. 이러한 판단은 만약 행위자가 발생한 인과과정의 위협이 없다고 생각하고 행위했다고 가정하면, 실제의 인과경과는 이와 같이 그러한 위협은 없다고 가정하여 인식한 인과과정에 비해 어떠한 변경이 초래된 것이라고 할 것이냐는 가정적 판단에 의한다. 그리하여 단순한 부수사정의 변경에 그쳤다고 할 수 있는 경우에는 기수가 되고, 그렇지 않은 경우에는 미수가 인정된다고 한다. 그런데 이때 행위자가 ‘인식한’ 위협은 구체적이고 개별적인 위협들의 인식이 아니라, 행위자가 실행행위를 할 때 위협하다고 ‘인식하고 있었을’ 위협이라고 한다. 예컨대 ‘사람을 찢러 살해한다’고 하는 행위의 위협을 구성하는 조건들에는 중요한 신체조직의 파괴, 실혈사, 상처에 의한 감염증 등 여러 가지 형태를 생각할 수 있지만, 이들은 통상적으로는 구별되지

제2행위에 귀속)라고 한다. 미수를 인정한다는 결론에 있어서는 동일하지만, 이론적 구성이 다름을 보여준다.

64) 이훈동, 전제논문, 242면.

65) Frisch, *Zurechnung*, S.577ff.

66) Wolter도 행위계획에 주목하여, 고의기수범의 성립을 위해서는 행위계획상의 경과(계획위험)와 현실적인 경과(현실위험)가 “객관적으로 등가치일 것” 즉 법적 윤리적으로 동종류라는 평가를 받을 것이 필요하다고 한다(Wolter, in: *Grundfragen*, S.112ff.). 이 역시 명확한 기준을 제시한 것으로 보기 어려우며, 객관적 귀속이 긍정되는 경우에 귀속범위를 다시 더 제한하는 기능을 가질 수 있는가 하는 의문이 있다.

않고서 ‘사람을 찌른다’라는 행위의 일반적인 위험성으로서 하나로 묶여져서 일괄하여 인식되어지고 있는 것이라고 한다. 이렇게 볼 때 사람을 칼로 찔러 출혈사 시킬 것만 행위자가 생각하였는데 피해자는 감염증에 의해 사망한 경우에 고의기수가 되나, 다리 위에서 강에 빠트려 익사시키려고 밀었으나 교각에 부딪혀 사망한 인과관계의 전형적 사례에서는 미수가 인정된다고 한다.⁶⁷⁾ 개괄적 고의사례와 관련하여 보면 —제2행위가 제1행위의 위험을 보충 내지 수정한 것에 지나지 않는 경우를 제외하고는⁶⁸⁾— 고의미수가 인정된다고 한다. 즉 개괄적 고의사례는 제1행위의 위험이 제2행위에 따른 위험에 의해 대체 내지 배제되는 경우이므로 고의미수가 인정된다고 할 수 있다.⁶⁹⁾

인식한 위험이라는 것을 행위자가 특정한 위험이라고 한다면, 이는 구체적 인과과정의 인식을 요구하는 것과 다를 바 없다. 그러나 Jakobs와 같이 인식되어지는 위험과 그렇지 않은 위험을 일상생활상의 위험모델에 의존하는 것으로 하면, 인과관계의 본질적 부분의 인식을 요구하는 통설과 차이가 없다고 보여진다. 그리고 위의 두 사례의 처리는 명백히 모순되고 있다고 한다.⁷⁰⁾ 개괄적 고의사례와 관련하여 본다면 살해행위의 위험은 죄적은폐행위의 가능성을 포함한다고 하면 고의기수가 될 것이나, 그렇다면 왜 고의내용과의 비교를 하는 것이 필요한지 의문이다. 살해행위의 위험을 좀 상세하게 사살·교살·타살 등 개별행위가 갖는 사망결과에의 전형적 위험이라고 한다면 미수가 될 수 있는데, 그렇다면 왜 제2행위의 개입가능성은 위험에 포함되지 않는지 명확하지 않다.⁷¹⁾ 따라서 이러한 기준이 개괄적 고의사례의 명확한 처리를 해줄 수 있다고 보기 어렵다.

3. 고의에 의한 인과과정의 지배

창출한 위험에 대한 고의를 문제삼으면서, 위험의 종류가 아니라 위험의 강

67) Jakobs, AT, 8/64.

68) 사실 이러한 경우는 이미 제2행위에 결과의 객관적 귀속이 이루어지지 않는 경우이므로, 미수설의 입장에서도 이 사례는 당연히 기수가 인정된다(개념적으로 이미 개괄적 고의사례에서 제외되는 경우라고도 말할 수 있을 것이다).

69) Jakobs, AT, 8/78. 김영환, 전계논문, 42면 참조.

70) 이훈동, 전계논문, 243면.

71) 이러한 Jakobs의 기준을 받아들이는 AK-Zielinski, §§15-16 Rn.62는 그러나 죄적은폐행위는 행위자가 인식한 위험의 실현이라고 보고 있는 듯 하다.

도에 주목하는 입장이 있다. 이런 점에서 결과와 고의와의 대응관계가 더 추상화되어 있다고 할 수 있다.

Kratzsch에 의하면 고의기수범을 이유로 하는 처벌은 위험성이 가장 높은 행위에 대해서 발동되는 조치이다. 이를 위하여는 행위자가 결과야기의 인과과정을 고의에 의해 ‘충분히’ 통제하고 있을 것이 필요하다. 고의적인 위험창출과 그 실현은 인정되나, 그것만으로는 행위자가 당해 실현과정을 충분히 통제했다는 증거가 되지 않는다는 것이다. 따라서 행위자의 고의행위가 그 인과과정을 ‘그것이 결과를 독자적으로 야기하던가 혹은 결과의 불발생이 우연에 의존할 수밖에 없는 정도까지’ 형성 내지 변경한 것이 필요하다고 한다.⁷²⁾ 즉 개괄적 고의사례에서는 제1행위가 아직 결과야기행위로서 완전하게 기능할 능력이 없는 단계에서, 목표를 향한 인과과정의 통제가 끊어지고 있기 때문에, 고의기수를 부정한다.

이와 유사하게 Frisch도 결과에 실현된 위험은 행위자의 반규범적 결단과 대응함을 요한다고 한다.⁷³⁾ Frisch에 의하면 고의기수범에 특별히 고도의 무가치성을 이루는 것은 발생한 결과가 법익에 적대하는 결단의 무가치(Entscheidungsunwert)가 실현되었다는 점에 근거한다. 따라서 고의기수가 인정되기 위하여는 일정한 위험창출이 구성요건해당이라는 부정적 평가를 이루는 모든 실질(Substrat)을 인식하고 있을 것이 필요하다. ‘통상적으로는’ 행위자의 행위가 결과야기에 관해서 현실적인 적성을 갖춘 것을 인식하고 있으면 이 요건은 충족된다고 한다. 그러나 피해자나 제3자의 행위가 개입하는 경우 그리고 공범사례에서는, 개입자의 비책임성이나 일정한 보장관계도 부정적 평가를 기초지우기 때문에 이 점에 관한 인식도 필요하다고 한다. 이러한 기준에 따르면 결과를 발생시킬 행위가 있으면 예기치 않은 자연현상이 개입하든가 인식한 인과결과와는 다른 경과를 취한 경우(교각사례)에도 고의기수가 긍정된다. 이와 달리 제3자나 피해자 행위의 개입이 필요했던 경우에는, 그 점에 관한 인식이 없으면 고의기수는 긍정되지 않게 될 것이다. Frisch는 이를 개괄적 고의사례에도 마찬가지로 적용하는 것이다.

이러한 견해는 소급금지론적 발상을 위험의 문제와 결합시켜 말하는 것이라고 할 수 있다. 다만 통상적인 소급금지론은 타인의 행위를 지배할 수 없다

72) Kratzsch, *Verhaltenssteuerungen*. S.311ff.

73) Frisch, *Zurechnung*, S.584ff., S.587, S.602.

는 것을 근거로 하지만, 개괄적 고의사례와 같이 자기행위가 개입하는 경우에는 아직 사태를 지배하고 있다는 점을 이유로 하는 것 같다. 즉 제1행위는 아직 지배불가능한 인과경과의 창출이라고는 할 수 없어, 고의기수를 부정한다. 그리하여 전형적인 개괄적 고의사례에서 제1행위가 생명에 치명적인 위협을 주는가 여부는 제2행위에 의한 사망의 결과에 영향을 줄 수 없다고 한다. 다만 제2행위가 제1행위에 따른 행위자의 반가치결정에 의해 포괄되는 경우에는 살인기수가 될 것이다.⁷⁴⁾⁷⁵⁾ 이러한 Kratzsch나 Frisch의 기준을 적용하면 개괄적 고의사례에서 미수라는 결론에 이르게 될 것이다. 단지 제2행위가 사기를 조금 빠르게 함에 지나지 않은 것 같은 경우에만 고의기수가 성립될 수 있을 것으로 보이는데, 이는 이미 제2행위와의 객관적 귀속 가능성이 부정되는 사안이므로 개괄적 고의사례에 포함되지 않는다고도 말할 수 있다.

Puppe는 제2행위가 행해지는 객관적 가능성을 근거로 고의기수를 인정한다. 고의에의 결과귀속을 위하여는 과실에 의한 인과경과에 비하여 보다 고도로 고의에 의해 인과과정이 지배되고 있을 것이 필요하다고 한다. 고의범에는 특유의 고도의 위협과 그 인식이 요구되는데, 이를 인정하기 위해서는 행위자가 채용한 행위방법이 고의실현을 위해 객관적으로 유효한 전략(taugliche Strategie)이라고 말할 수 있는 것이어야 한다는 것이다.⁷⁶⁾ 개괄적 고의사례에서 제1행위가 유효한 살해전략인가 아닌가는 (그 자체로서 살해의 적격성을 갖는) 제2행위가 제1행위에 뒤따르는 것이 객관적으로 확실하거나 개연적인지 여부에 달려있다. 따라서 제2행위가 범행은폐행위로서 당초부터 계획되어 있었던 경우에는 당연히 고의기수가 긍정되며, 그렇지 않은 경우라고 하더라도 통상적으로 피해자는 행위자에게 사체라고 오인되어 사망에 이를 위협에 노출되어 있으므로 고의기수가 긍정된다고 한다.⁷⁷⁾ 그러나 이와 같이 완전히 객관적으로 파악한다면 위협의 인식을 요구하는 의미가 없다.

74) Frisch, *Zurechnung*, S.620ff. 이에 관하여는 김영환, 전제논문, 42면.

75) 그러나 이는 위협을 어떻게 정의하느냐에 따라 결론이 달라질 수 있다는 의견이 있다. 즉 여기에서도 Jakobs에서와 같이 제2행위 즉 죄적은폐의 결의를 생기게 할 수 있는 가능성을 제1행위의 위협에 포함시키느냐 아니냐가 문제될 것이다.

76) Puppe, *Vorsatz und Zurechnung*, S.36f., S.49ff.

77) Puppe, *Vorsatz und Zurechnung*, S.55f.

IV. 개괄적 고의사례 해결의 공통적 논의기반 : 객관적 귀속판단

A. 고의에의 귀속론이 가지는 의미

고의에의 귀속론이라고 할 수 있는 이러한 견해들은 교각사례와 같은 인과과정의 착오의 전형적 사례에 대해서는 고의기수라는 결론에서 통설과 일치해 보이고 있다. 다만 Jakobs가 이를 고의미수로 본다는 점은 언급하였다. 또 객관적 귀속론에 의하여 해결해도 충분하다는 입장에서도 이 사례에 관한 한 논란은 없다. 그러나 개괄적 고의사례에 관하여는 미수범으로 될 여지는 그 광협이 갖가지이며, 또 미수라고 할 때의 그 근거지움도 위에서 서술한 일반적 기준의 단순한 적용에 그치지 않고, 특수한 사정을 고려해서 행해지고 있다.⁷⁸⁾ 이는 개괄적 고의사례가 발생한 사태의 개연성 문제에 불과하지는 않다는 점을 보여주고 있는 것 같다. 상당성이나 위험이라는 것을 고려하는 것만으로는 설득력 있는 해결에 이를 수 없다는 것이다. 특히 고의에의 귀속론에 대하여는 위험이라고 하는 결과발생의 개연성에 환원하지 않을 수 없는 개념만을 때개로 해서, 귀속범위를 한정시킬 수는 없지 않은가 하는 인상을 가지게 된다. 개괄적 고의사례의 여러 관점들은 고의에의 귀속이라는 이론구성을 취함으로써 비로소 고려할 수 있었던 것도 아니고 따라서 그러한 체계구성이 적어도 개괄적 고의사례의 처리에 필수적이라고는 말할 수 없을 것으로 보인다. 또 그러한 귀속단계를 설정했다고 해서 설명이 잘 되는 것도 아니다. 유효한 처리기준이 도출되기도 어려운 것 같기 때문이다. 고의에의 귀속론에서도 역시 종래의 인과관계의 착오에서 논란되어 온 문제, 즉 구체적 인과경과 중 어떠한 점에 관하여 인식이 필요한가가 변함없이 논쟁되고 있다고 보여지기 때문이다. 다만 착오에 의한 고의조각에 미수의 법적 효과를 인정했던 요건-효과의 불분명한 관계가 귀속론으로 문제삼게 됨으로써 안정되어 왔음에 지나지 않는다고 할 것이다. 그렇다면 이는 원칙적으로는 객관적 귀속의 문제이다. 다만 행위당시 행위자의 인식과 행위당시의 객관적 사정이 일치하지 않는 아주 예외적인 경우, 이러한 주관적 사정을 보충적으로 객관적 귀속단계에서도 —주관적 채색의 염려가 있음을 감수하고— 고려할 수 있는지 아니면 범죄체계상 다른 귀속(고의에의 귀속)단계를 —체계상의 난점을 감수하고— 설정하여 고려

78) 김영환, 전제논문, 43면.

할 것인가 하는 문제가 되는 것으로 보인다.⁷⁹⁾ 고의에의 귀속론은 고의미수의 검토단계를 ‘범죄체계상으로’ 한번 더 열어둔다는 점에서는 의미가 있다. 그러나 적어도 “개괄적 고의사례의 해결을 위해서는” 고의에의 귀속이라는 체계구성이 실천적으로는 큰 의미를 갖지는 않는 것으로 보인다.

B. 객관적 귀속론에 의한 해결

현재 어떤 형태로든 객관적 귀속을 부정하는 사람은 없다. 개괄적 고의사례에 관한 어떠한 학설도 객관적 귀속판단을 전제하고 있다. 종래에도 개괄적 고의사례의 해결을 위한 논의에서는 의식적이든 아니든 거의 항상 제1행위와 제2행위의 결과와의 관련성 평가가 바탕이 되어왔다고 할 수 있다. 미수범으로 되는 여지를 전면적으로 부정하는 견해가 없었던 것은 개괄적 고의사례의 정의로부터 이미 결과의 발생은 ‘제2행위가 결정적이다’라는 점이 감지되기 때문일 것이다. 뿐만 아니라 제2행위는 때로는 독립적인 구성요건해당행위라고도 평가할 수 있다. 그리하여 결과에 결정적이고 매우 가까운 원인이 되는 제2행위를 결과를 발생시킨 행위로 평가하면 족하다고 볼 수 있다. 그런데 제2행위를 통해서이긴 하지만 제1행위가 결과발생에 중요한 관련을 가지고 있다고 평가되는 경우에는 고의기수를 인정하는 것이 타당하다는 발상이 생겼다. 그리하여 제1행위에의 결과귀속을 긍정하게 된다. 그러나 개괄적 고의사례에서 항상 제1행위에의 결과귀속을 기초로 해서 고의기수를 인정하면, 개별사례에 따라서는 결과의 객관적 귀속만으로 고의기수의 불법에 해당한다고 죄책을 묻는 것이 합당하지 않다고 평가되는 경우가 있을 수 있다. 이와 같이 객관적 귀속이 인정되는 경우라고 하더라도 미수의 여지를 열어두는 것이 바람직하다고 할 때, 어떻게 해야 할 것인가. 고의의 내용을 전적으로 고려하지 않는다면 이제 미수인정의 여지는 없다. 고의의 내용을 고려하여 행위자의 구체적 인식내용을 기준으로 하면 고의기수를 인정한다는 것이 불가능하다. 그렇다고 하여 고의내용의 일정한 규범화를 시도하면 限界가 애매해진다. 이러한 진전이 없는 논의의 반복에서 탈출하기 위해서는, 인과경과의 발전과정에 개입하는 사정이 행위자 자신의 행위 즉 인간

79) 부정확함을 감수하고 감히 말한다면, 고의에 의해 결과가 발생하여 고의기수범이 성립되는 경우에, 그럼에도 불구하고 고의의 내용을 고려하여 —행위자가 주관적으로 인식한 사정을 이유로— 예외로 미수로 할 수 있는가 그리고 이는 어느 단계에서 고려될 수 있는가 하는 문제이다.

의 행위이며, 따라서 결과를 제2행위에만 객관적으로 귀속시킴으로써도 행위자의 죄책을 어떠한 형태로든 물을 수 있다는 점에서 출발해야 할 것이라고 생각된다. 통설이 행위시점으로부터 본 인과경과의 예견가능성 내지 통상성이라는 의미에서의 상당성을 인정하면서도 미수범성립의 여지를 남겨두었다는 것은, 이미 상당성 척도만으로는 결과의 객관적 귀속이 합당하게 이루어질 수 없음을 스스로 암시하는 것이다. 예견가능성 내지 상당성을 포함하여 법적인 평가의 관점에서 결과귀속의 여부를 판정하는 것이 가능하게 된 것은 객관적 귀속이론의 발전에 의한 것이라고 할 수 있다. 그러나 객관적 귀속에 의한 해결이 기본적으로 타당하다고 하더라도 지금까지 보여지는 구체적 해결방안은 아직 어느 것이나 충분한 것이라고는 할 수 없다. 객관적 귀속론에 의한 해결기준으로 볼 수 있거나 논의되어 왔던 몇 가지 관점들을 검토하고, 또한 고의에의 귀속론에서 제시되는 관점들도 수용하여, 어떠한 점이 객관적 귀속론에 의한 사례해결을 위해 보다 설득력이 있는가를 확인하는 것이 필요하다고 생각되므로, 이하에서는 이에 관하여 살펴보기로 한다.

V. 객관적 귀속에 의한 사례해결의 구체적 기준

A. 주관적인 사정을 고려하는 방향

1. 제2행위의 당초계획 여부

고의에의 귀속론을 승인하면서도 Zielinski는 죄적은폐행위가 당초부터 계획되어 있었는가 아닌가를 문제삼는다.⁸⁰⁾ 제2행위가 당초부터 계획되어 있었던가 아닌가에 의해 고의기수냐 미수냐를 나누는 사고방식은 객관적 귀속론자에 게서도 볼 수 있다. Stratenwerth는 인과과정의 착오를 객관적 귀속에 의해 처리하면서도 다시 제2행위의 의도가 당초부터 있었는가 아닌가 라는 사정을 고려한다.⁸¹⁾ Rudolphi는 인과과정의 착오는 객관적 귀속의 문제라고 하면서도,⁸²⁾ 개괄적 고의사례의 처리에 관하여 제2행위의 계획이 제1행위시에 없었던 경우에는 제2행위에 의한 사망의 위험은 제1행위에 의해 기초지위되지 않는다고

80) *AK-Zielinski*, §§15-16 Rn.62.

81) Stratenwerth, *AT*, 4.Auf., 2000, §8 Rn.93.

82) *SK-Rudolphi*, §16 Rn.31.

하여, 특히 고의에의 귀속이라는 것을 논함이 없이 객관적 귀속의 테두리 내에서 행위자의 주관 즉 고의내용까지도 고려하고 있다.⁸³⁾ 그리고 행위기준해결방식을 취하였던 Welzel은 제2행위가 단일한 의사결정에 의한 경우에는 행위가 하나이며, 제2행위의 의사결정이 제1행위 이후에 내려졌을 경우에는 두 개의 행위를 인정하여 살인기수를 부정한다.⁸⁴⁾

제1행위시 포괄적인 범죄계획의 존재를 근거로 제2행위를 포괄해서 하나의 행위로 묶는다는 것이 행위기준해결설의 발상이기 때문에, 그 테두리 안에서 제2행위의 계획여부를 문제삼는 견해는 어느 의미에서 개괄적 고의의 요건을 보다 정밀하게 인정하려는 것이었다. 이와 달리 제2행위의 당초계획 여부가 단순한 미수설, 객관적 귀속론 내지 고의에의 귀속론에서 주장될 때, 이는 제1행위의 위험성 혹은 상당성의 판단기준이 아니라⁸⁵⁾ 제1행위의 결과에 대한 관련(혹은 기여)의 정도가 약한 것임을 인정하고, 고의기수를 인정함에 충분한 정도까지 이 객관적으로 약한 관련성을 주관적 요소에 의해 보충하려고 하는 것이라고 해석될 수 있다.⁸⁶⁾ 제2행위가 행해질 가능성은 죄적은폐를 필요로 하는 행위상황이었느냐 아니냐와 관련되는 것이지, 계획의 유무에 의존하는 것은 아니기 때문에⁸⁷⁾ 이러한 주관적 요소에 의한 보충을 인정하는 것에는 문제가 있다. Roxin과 같이 기수를 인정하기 위해 보다 직접적으로 제1행위에 의도적 고의를 요구하는 것도 마찬가지이다. 그리고 제2행위의 가능성을 제1행위의 객관적인 위험에 포함시켜 고려해야 한다면, 계획의 유무에 관계없이 고의기수를 인정하는 것이 논리적일 것이다.⁸⁸⁾ 또 이러한 고려를 객관적 귀속 판단에서 행하느냐 아니면 고의에의 귀속론에서 행하느냐는 설명의 명확성이나 체계적 정합성에 있어서나 큰 차이는 인정되지 않는다고 보여진다.

결국 이러한 견해는 행위자가 제2행위를 당초부터 예견하고 있는 경우에는 발생한 결과가 제1행위에 의해 창출된 위험의 실현이라는 것이다. 그러나 당초계획에서의 제2행위는 이미 기수가 된 이후의 죄적은폐행위로서 예견하였던

83) Rudolphi, §16 Rn.35f.

84) Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11.Aufl., S.74. 그래서 Welzel은 개괄적 고의를 인정하는 듯한 여운을 남기고 있다.

85) 제1행위예의 객관적 귀속 가능성은 긍정되기 때문이다.

86) 신동운, **형법총론**, 199면 참조.

87) Vgl. Roxin, *AT*, §12 Rn.168.

88) Vgl. Puppe, *Vorsatz und Zurechnung*, S.54ff.

것이지, 살인기수에 이르고자 하는 행위로서 계획된 것은 아니다. 따라서 당초 계획 여부는 제1행위에 의해 창출된 위험의 실현인가 하는 문제하고는 관련이 없다고 하겠다.

2. 제2행위의 결의동기

인과과정의 착오 및 개괄적 고의사례에서는 고의의 내용을 음미할 필요가 전혀 없다고 주장하여 객관적 귀속의 영역에서 주관적 요소를 배제시키려고 하는 입장에서도, 개괄적 고의사례는 원칙적으로 고의기수이지만 예외적으로 제1행위후 행위자 자신의 후회에 따른 구조행위가 효과가 없자 죄적은폐의 제2행위로 나아간 경우에는 특수한 고려를 보이고 있다. 즉 개괄적 고의사례를 제2행위의 객관적 통상성의 문제로 환원시켜 보는 이러한 입장에서 위의 [목욕탕사례]를 “제2행위의 결의가 객관적으로 예상할 수 없는 비통상적 사정에 의해 유발된 경우의 하나로서, 인과경과의 통상성이라는 의미에서의 객관적 귀속이 부정되므로 미수가 된다고 본다. 즉 이는 제2행위의 결의가 객관적으로 이상한 내지 예측불가능한 사태에 의하여 동기 지워진 경우에는 제1행위에서의 객관적 귀속이 부정된다는 것으로, 순수하게 객관적인 귀속의 문제로 다루어야 한다는 기본입장에 이러한 조건을 다는 것이 흥미롭다.

이러한 기준에 대하여는 살해의사의 포기에 의해 제2행위가 원래의 제1행위의 산물이라고 평가되지 않는다는 것을 근거로 하지만, 제2행위에 살해고의가 없게 된 이유를 물음으로써 순수하게 정서적인 동기요소가 객관적 귀속을 좌우하게 된다는 점에서, 이는 이미 객관적 귀속론을 벗어난 것이라는 비판이 있다.⁸⁹⁾

B. 객관적인 사정을 고려하는 방향

1. 상당성 내지 예견가능성

상당성 내지 예견가능성이라는 귀속기준은 경험적인 예측을 넘는 이상한 인과경과를 행위자에게 귀속할 것은 아니라는 소극적 의미를 갖는데 지나지 않는다. 그러므로 예견가능하고 상당한 결과를 야기했다고 하여, 이에 대해 반드시 그 결과를 행위자에게 귀속시켜 고의기수를 인정할 필요는 없다. 결과발생에 결정적이었다고 평가되는 위험에 귀속시키면 충분하다. 그런데 어떠한 위

89) 이훈동, 전제논문, 249면.

힘이 결과를 발생시킨 것인가 아닌가를 결정하는데 있어서 어떤 형태로든 고의의 구체적 인식내용을 원용하지 않을 수 없다는데 문제의 씨앗이 있는 것이다. 통설은 이러한 문제의식을 충분히 갖고 있는 것으로 보이나, 종래 고의론 일반에서 고의는 구성요건실현의 인식과 인용이지, 그 인식의 구체적 내용을 문제삼는 것이 아니라는 입장에서 위와 같은 문제를 그대로 놓아두고 있었다고 보여진다.⁹⁰⁾

2. 제1행위의 실패

사격이 전혀 빗나갔는데 제2의 사격을 피하기 위해 죽은 척한 피해자를 사망했다고 오인하여 죄적은폐를 위해 바닷물에 던졌는데 그 때문에 익사한 사례를 ‘행위가 분명히 실패한 경우’라고 하여, 이 경우에는 예외적으로 미수라고 한다.⁹¹⁾ 단순한 미수설에 서는 Hruschka가 제1행위와 현실적으로 발생한 결과와의 사이에는 객관적 목적연관성이 결여된다고 하는 것도 같은 취지라고 생각된다. 예컨대 교살이라는 제1행위의 객관적 목적은 현실적으로 달성된 객관적 행위목적인 익사와 일치하지 않는다는 것도, 제1행위는 실패로 끝났다는 의미라고 보인다.⁹²⁾ 교살로는 실패했다고 말할 수 있는 행위도 보다 넓게 살인으로서 성공하고 있다. 제1행위가 실패했는지 아닌지는 그 행위의 목적이거나 목표에 달려있으므로 이는 고의의 내용을 고려하지 않을 수 없다. 그렇다면 객관적 귀속을 주장하는 본래 취지와 모순되고 있다고 할 것이다.⁹³⁾ 이 경우에는 당연히 제2행위에만 귀속이 가능하고, 제1행위에는 원래 객관적 귀속이 애시당초 불가능한 사례이다. 그러므로 이것이 개괄적 고의사예에 해당되는지 의문이다. 또한 총이 완전히 빗나갔는데 사망했다고 오인하는 것이 이성적인 경우인지 모르겠다.

3. 인과적 기여의 강도

제1행위의 실패를 좀더 이론적으로 정밀화하면 제1행위의 위험이 단독으로

90) 그리하여 상당성판단에 행위자의 당초계획여부를 합하여 해결하려는 방향이 보이는 것으로는 S/S-Cramer/Sternberg-Lieben, §15 Rn.58.

91) 김일수, **한국형법 I**, 401면.

92) Hruschka, *Strafrecht*, S.28.

93) 이훈동, *전계논문*, 248면.

결과를 야기시킬 수 있는 단계까지 발전하지 않았다는 사정으로 바꾸어 말할 수 있다. Schroeder는 인과관계의 착오에 의한 고의조각이라는 전통적 틀을 유지하면서, 그 기준이 되는 것은 행위의 구체적인 결과적성(konkret erfolgstauglich)이라고 하면서, 개괄적 고의사례에서 피해자가 제1행위에 의해 이미 치명상을 입고 있던 경우에는 고의기수가 된다고 한다.⁹⁴⁾⁹⁵⁾ 이는 제1행위의 결과에 대한 인과적 기여의 강약을 객관적으로 문제삼아, 단독으로 결과를 야기할 능력이 있는가를 판단하는 견해라고 할 수 있다. 그리하여 제1행위가 제2행위의 개입 없이도 결과발생으로의 진행을 독립적으로 계속하고 있으며, 제2행위는 단지 이러한 진행에 근소한 변경만을 초래한 경우에는 기수가 되고, 제1행위의 인과진행의 계속적 발전이 제2행위에 의존하고 있을 경우에는 미수라고 하게 된다.⁹⁶⁾

그러나 이러한 견해에 따르면 제1행위가 단독으로 결과를 야기할 능력이 있는 단계에까지 도달하면 —그 후 여하한 사정이 개입하여 결과가 발생하더라도— 기수가 되어버린다. 그러므로 제1행위에 의해 치명상을 입어 실혈로 사망하는 것이 단지 시간문제가 되어버린 피해자를 제3자나 행위자 자신이 절벽에서 밀어 떨어뜨려 뇌가 파손되어 사망한 경우에 기수로 하지 않으면 안 된다는 난점도 가지고 있는 견해이다. 따라서 이는 고찰방법 자체로서는 적절하나, 기준으로서의 만족스러운 것은 아니라고 하겠다.

C. 주관적 사정을 규범적 객관적으로 평가하여 고려하는 방향

1. 인식되어지는 위험의 실현

이러한 계획이나 결의동기를 위험으로 객관화하여 그것이 인식되어지는 위험이라고 평가할 수 있겠는가 라는 관점에서 바라보는 입장이 고의에의 귀속

94) *LK-Schroeder*, 11. Aufl., 1994, §16 Rn.31.

95) Roxin, *AT*, §12 Rn.169에 의하면 상당한 인과경과를 설정하는 모든 행위는 구체적으로 결과를 야기할 능력이 있다고 비판한다. 물론 상당한 인과경과와 행위의 결과적성은 통상적인 의미에서는 같은 기준에 의해 판단된다. 그러나 여기서 말하는 결과야기 적성(Tauglichkeit)은 —불능미수에서 문제되는 통상적인 사용(사전판단)과는 달리— 다른 사정의 사후적인 개입이 없었다라도 결과를 발생시킬 수 있는 단계에 도달해 있었느냐 아니냐 하는 의미(사후판단)로 사용되고 있다고 할 수 있다. 통상의 상당성판단과는 달리 사후적인 관점이 결정적이 되고 있다.

96) 우리나라에서 이러한 입장으로 보이는 견해로는 이훈동, 전제논문, 250면.

론이라고 생각된다. 위험창출과 그 실현은 인정되지만, 나아가 고의에 의해 창출된 실행행위의 여러 위험들 중에서 행위자에 의해 인식되어졌다고 볼 수 있는 위험이 결과에 실현되어야, 결과의 고의에의 귀속이 인정되고 고의기수범이 성립된다는 것이다. 이는 실현된 위험이 고의에 의해 통제되었다고 인정되는가 내지 목적으로 삼아졌다고 볼 수 있는가 하는 객관적 평가이다. 그렇다면 이는 이미 위험의 실현여부에서 고의의 구체적 인식내용을 그대로가 아니라 다만 참고로 하여 규범적으로 판단하려는 것으로도 볼 수 있다. 그런데 개괄적 고의사례에서는 제1행위와 결과와의 인과적인 관련성은 제2행위의 결의를 유일한 접점으로 하여 간신히 연결되어 있다. 따라서 이러한 작은 연결성을 적어도 고의행위의 산물이라고 평가할 수 없다는 결론에 도달하게 될 것이다. 그렇지만 “위험실현이 인정되지만, 인식되어지지 않는 위험이 실현되었다”고 하기보다는 “창출한 위험이 실현되지 않았다”라고 하여 위험실현을 부정하는 편이 낫지 않은가 생각해 볼 수도 있다. 고의에의 귀속이라는 독립적인 귀속단계를 두어야 할 필요는 적어도 개괄적 고의사례에서는 별로 없다고 생각된다. 개괄적 고의사례에서는 고의와의 대응관계를 물을 바 없이 객관적 귀속이 이미 부정되고 있다고 볼 수 있을 것이다.

2. 소급금지론에 유사한 고려

종래의 단순한 미수설은 소급금지론적인 고려가 그 기초에 자리잡고 있다고 생각된다. 그런데 Hettinger는 제2행위도 그 자체로서 과실범의 구성요건에 해당하는 행위이기 때문에, 이와 같이 독립적인 규범적 평가를 받는 행위를 제1행위의 단순한 인과경과라고 동일시할 수 없으며, 결과귀속은 당해 결과에 가장 가까운 행위에 귀속시키지 않으면 안 된다는 이유로 원칙적으로 고의기수를 부정하고 있다.⁹⁷⁾ 물론 행위가 두 개라는 이유만으로는 제1행위에의 결과귀속을 부정하는 근거가 되지 못한다.⁹⁹⁾ 그렇다면 이 견해는 결과를 제2행

97) Hettinger, *FS-Spendel*, S.250ff.

98) 이용식, 전계논문, 35면; 오영근, 전계논문, **고시계** 1994/10, 214면에 의하면 어떠한 견해이든 미수설은 제2행위와 결과간의 인과관계가 확정되었으므로 고의귀속의 문제를 제1행위까지 소급하지 않는다고 한다.

99) 기수설도 2개의 행위를 인정할 수 있다. 그러나 그렇다고 하여 이훈동, 전계논문, 251면처럼 반드시 고의기수와 과실치사를 인정해야 하는 것은 아니다. 결과는 제1행위에 의한 것으로 귀속되어 고의기수가 성립하고 그리하여 제2행위에 따른 결과발생은

위에만 귀속시키려는 입장이다. 이와 같이 소급금지론이 인과관계론으로 말해지는 것이 아니라 결과의 귀속이라는 평가의 관점에서 논의되면, 객관적 구성요건해당성 단계에서 객관적 귀속이 제2행위에 이루어진다는 데에로 연결된다. 즉 이러한 소급금지론적 사고는 현재에는 객관적 귀속론으로 수용된다는 것이다. 물론 원래의 소급금지론은 행위자가 실행행위를 하였기 때문에 조건설적으로 타인의 고의행위가 개입된 경우를 염두에 두고서 논의되는 것이다. 그런데 개괄적 고의사례에서는 행위자 자신의 과실행위가 개입되어 있다. 하지만 타인의 행위든 자신의 행위이든, 고의이든 과실이든, 시간적 공간적으로 보아 결과에 가까운 곳에 귀속이 가능한 행위가 있다는 점에서는 공통된다. 다만 인과과정에 새로운 의사가 개입되었다는 것만으로 단순히 객관적 귀속이 부정된다면, 제2행위가 결과발생에 거의 기여하지 않은 경우 혹은 사기를 약간 빨리한 것에 지나지 않은 경우까지 미수가 될 것이다. 이러한 난점을 피하기 위해 제1행위가 이미 단독으로 결과를 발생시킬 수 있는 단계에 도달한 경우에는 행위자 자신도 이미 그 이후에는 사태의 인과를 지배하고 있지 않아 기수라고 말할 수 있을 것이다. 그러나 그렇게 보면 치명상을 입은 피해자를 죽었다고 오인하여 죄적을 인멸하려고 낭떠러지에 던진 사례에서도 기수가 되지 않을 수 없다는 또 다른 난점이 생긴다. 특히 인과적 기여의 강도를 문제삼는 것만으로는 비합리적이라고 생각되는 이러한 사례에서야말로 객관적 귀속판단이 기능할 수 있다고 생각된다.

VI. 개괄적 고의사례에서 위험실현의 객관적 귀속판단

A. 제2행위의 위험실현

1. 제1행위의 위험이 실현된 것인가, 제2행위의 위험이 실현된 것인가?

이와 같이 볼 때 결국 개괄적 고의사례에서는 제1행위의 위험이 실현되었는지 아니면 제2행위의 위험이 실현되었는지에 따라 결과의 객관적 귀속을 판단하는 입장이 타당하다고 생각된다. 인과적 기여의 강도를 고려하여 제1행위가 결과야기의 구체적 적성을 가지고 있을 경우 따라서 피해자에게 치명상을 입혔을 때에는, 매장하거나 강에 던지는 제2행위는 단지 사망을 촉진한 것에 지

없는 것으로 과실미수가 되고 결국 고의기수 1죄만 인정된다고 할 수 있기 때문이다.

나지 않는다는 견해는¹⁰⁰⁾ 이러한 경우에만 매장행위나 익사시키는 행위가 제1행위에 의해 창출된 위험의 실현이 된다는 취지이다. 불능미수와 결과발생이 합쳐진다고 기수가 되는 것이 아니듯이,¹⁰¹⁾ 치명상에 그친 경우와 같은 가능미수에 결과발생이 단순히 합쳐졌다고 해서 기수가 근거 지워지는 것도 아니다. 결과가 창출한 위험의 구체적 실현이어야 기수가 되는 것이다. 제1행위가 구체적으로 사망의 위험을 창출했는지(예컨대 머리에 탄환이 명중) 아닌지(예컨대 머리를 내려쳤으나 단지 실신함) 여부는 제2행위가 최초위험의 실현인지 아닌지 하는 문제와는 관계가 없다. 제2행위가 사망을 실제로 야기한 위험에 의해 제1행위를 미수에 이르게 하고, 제2행위가 기수를 야기하게 된 것이다.

2. 실현된 제2행위의 위험을 제1행위의 위험과 동일한 것으로 평가할 수 있는가?

문제는 결과에 실현된 위험이 최초로 창출한 위험과 동일한 것인가 여부이다. 예컨대 피해자를 사망했다고 오인하여 교통사고로 죄적을 은폐하기 위해 길에 방치하여 사고사한 경우에는, 동일한 위험이 실현된 것이 아니다. 또한 머리를 곤봉으로 내리쳐 죽었다고 오인하여 죄적을 은폐하려고 낭떠러지에 던졌는데 아직 살아있던 피해자는 이로 인해 추락사한 경우에도, 결과는 최초행위의 위험이 실현된 것이 아니라 그와는 다른 위험이 실현된 것이다.

제2행위가 단지 ‘부수상황의 단순변경’을 가져온 경우에는 제1행위의 위험이 실현된 것이다.¹⁰²⁾ 위에서 든 피해자를 죽었다고 오인하여 어깨부분을 잡아들어 옮김으로써 출혈이 빠르게 촉진되어 사망한 경우, 이때 최초의 위험이 실현되지 않았다고는 할 수 없다. 심지어 제2행위 도중에 피해자의 신체를 움직이게 함으로써 가능할 수도 있었을 구조의 기회가 사라져 버렸을 수도 있을 것이다. 사태경과가 제2행위에 의해 영향을 받았다고 하더라도 그럼에도 불구하고 최초의 위험이 실현된 것이다. 사격에 의한 부상이 있으면 부상당한 신체가 움직이게 되고 사망이 출혈에 의해 발생한다는 것은 정상적인 사태경과에 속하기 때문이다. 이와 같이 부수상황의 단순변경인 경우에는 제1행위의 전형적인 위험이 실현되었다고 할 수 있으므로 고의기수가 성립된다. 이 점은 미수설을 주장하는 입장에서도 인정하고 있다.¹⁰³⁾ 결국 제2행위가 제1행위와

100) *LK-Schroeder*, §16 Rn.31.

101) *LK-Schroeder*, §16 Rn.29.

102) *Jakobs, AT*, 8/77f.; *Jakobs, Erfolgsdelikt*, S.99f.

동일한 위험 내에서 수반되어 발생할 수 있는 상황인가¹⁰⁴⁾ 아니면 제1행위의 위험을 다른 위험으로 대체한 것인가 여부가 기준이 된다.

Roxin은 객관적 귀속으로서 위험창출과 관련하여 어떤 행위가 사전적으로 위험을 감소시키는 행위인지 아니면 다른 작은 위험으로 대체하는 것인가를 구별하고 있다.¹⁰⁵⁾ 피해자의 머리를 향하여 돌이 떨어지므로 사망으로부터 그를 구제하기 위해 더 작은 위험인 산비탈로 밀쳤으나 굴러 떨어져 사망한 경우에, 동일한 위험을 감소시킨 것인지 다른 위험으로 대체한 것인지 문제된다. Roxin은 동일한 위험의 감소행위로 볼 것이다.¹⁰⁶⁾ 따라서 구성요건해당성이 조각된다. 그러나 산비탈에서 추락에 의한 사망을 돌의 머리타격에 의한 사망의 결과라고는 설명할 수 없으므로, 위험을 대체한 경우로 보아야 할 것이다. 그러므로 구성요건해당성은 긍정되고 위법성이 조각된다. 또 예컨대 불에 휩싸여 사망할 아이를 구하기 위해 불난 집 창문으로 내던져 상해를 입은 경우는, 위험을 대체한 것으로 보고 있다.¹⁰⁷⁾ 바로 이러한 생각에 따라 고찰해 보면 개괄적 고의사례에서는 제1행위의 위험이 아니라, 제2행위에 의해 창출된 다른 위험이 실현된 것이라고 할 수 있다. 따라서 고의미수와 과실치사의 실체적 경합이 인정된다.

B. 행위자 자신의 행위개입이라는 구조

미수설이 극복해야 할 비판이 한가지 남아있다. 제3자의 행위가 개입된 경우에도 최초행위자에게 제2행위에 의한 결과의 귀속이 가능하다는 점은 널리 인정되고 있다.¹⁰⁸⁾ 그렇다면 최초행위자와 제2행위자가 같은 사람이고, 발생한 결과도 처음에 추구한 바와 일치되는 경우에는 당연히 최초행위자에게 제2행위의 결과가 귀속되어야 할 것이라는 반론이다.

이와 관련하여 예컨대 총 맞은 자의 생명을 구하기 위하여 위험한 수술을

103) 이러한 사안은 원래 제1행위예의 귀속만이 가능한 경우이므로 이미 개괄적 고의사례에 해당하지 않는다고도 말할 수 있다는 점은 전술하였다.

104) Jakobs, *AT*, 7/14, 7/82, 8/70.

105) Roxin, *AT*, §11 Rn.47f.

106) Roxin, *AT*, §11 Rn.47.

107) Roxin, *AT*, §11 Rn.48.

108) Vgl. Jakobs, *AT*, 7/55, 7/59, 7/81; Frisch, *Zurechnung*, S.408ff.; *SK-Rudolphi*, §16 Rn.21ff.

올바로 시행하였지만 환자가 사망한 경우에, 이는 사격에 의한 살해행위의 위험에 수반되어 발생할 수 있는 상황에 속한다. 그러나 의사의 과실행위라는 위험이 사격에 의한 위험에 의해 창출되었다고는 할 수 없다고 생각된다. 이러한 생각을 개괄적 고의사례에 원용하면, 제2행위가 과실에 의한 것이기 때문에 결과는 제1행위의 위험에 의한 것으로 볼 수 없다.¹⁰⁹⁾ 물론 의사 자신이 제1행위자였던 경우 예컨대 자신의 총격에 의한 피해자를 구제하기 위해 수술했으나 잘못된 마취제로 인해 사망한 경우라면, 제1행위의 위험이 실현된 것이라고 할 수 있다. 그러나 이 경우는 개괄적 고의사례와는 구조가 다르다. 행위자인 의사 자신이 피해자가 살아있다는 사실을 인식하고 있기 때문이다.

C. 인과적 기여의 강도를 비교하여 사례를 처리하는 견해

1. 사례의 인과적 유형분류

개괄적 고의사례는 합법적적 조건설을 전제로 한 규범의 보호목적 범위 내에서 위험창출과 위험실현을 고려한 객관적 귀속이론에 의하여 해결하는 것이 타당하다고 하면서, 그 지도원리로는 인과관계론내에서 실천적 기준이 될 수 있는 것을 객관적으로 찾아야 한다고 하여, 제1행위와 제2행위의 결과에 대한 인과적 기여의 강도의 비교에서 찾는 견해가 있다. 그에 따라 개괄적 고의사례는 3가지 유형으로 나누어진다.¹¹⁰⁾ (i) 제2행위의 인과적 기여가 결과야기에 결정적인 경우: 이는 제1행위의 인과적 기여가 제2행위의 결의의 야기에 그치는 경우로서, 개괄적 고의사례의 전형적인 유형이라고 한다. 위의 우리나라 대법원판례 사례가 이에 해당한다. 제2행위가 결과를 초래한 것이고, 제1행위는 단지 제2행위의 결의만 야기한 것이다. 단순한 범죄의사의 야기는 처벌되지 않는다. 따라서 고의미수와 과실치사의 경합범이 된다. 이 경우는 제1행위가 단독으로 결과를 야기시킬 수 있는 단계까지 도달하지 못하였거나 제1행위의 인과력의 발전이 일단 종료되었다고 할 수 있다는 의미일 것이다. 제1행위는 결과발생에 이어지는 사정을 야기하지 않은 경우라고 하겠다. 이는 고의행위와 결과 사이에 다른 과실행위가 개입하고 있을 경우, 최초행위자에게는 결과의 발생을 좌우할 수 있는 사정이 결여된다는 점을 근거로 한다고 생각된다.

109) Sancinetti, *FS-Roxin*, S.362.

110) 이훈동, 전제논문, 250면.

(ii) 제1행위의 인과적 기여가 크지만 제2행위가 능가적 혹은 공동적으로 작용하고 있는 경우: 예컨대 치명상을 입은 피해자를 절벽으로부터 던져 떨어뜨려 뇌파열로 사망케 하거나, 중상을 입은 피해자를 하천에 던져 버렸는데 헤엄쳐 나오거나 기어 나오는 일이 불가능하여 익사한 사례를 들 수 있다. 이때는 제2행위의 결의를 출발점으로 하는 별도의 인과계열과 제1행위로부터 독립적으로 발전하고 있는 인과계열을 비교하여, 양자의 기여의 정도에 따라 결과가 어느 쪽의 계열에 속하는지가 결정된다. 만약 양자에 귀속이 가능한 때에는 복수의 기수가 성립하며, 죄수론에 의해 처리된다. 능가적인 경우는 고의미수와 과실치사의 경합범, 공동적인 경우는 복수의 기수가 될 것으로 생각된다.

(iii) 제1행위의 인과적 기여가 절대적 결정적일 경우: 제2행위가 없었더라도 결과발생이 확실한 경우로서, 제2행위는 결과발생에 사소한 변경밖에 가하지 않은 경우이다. 예컨대 치명상을 입힌 후 방치하여 실혈사 하였거나 치명상을 가한 후 죽었다고 오인하여 피해자를 이동시킴으로써 상처가 약간 악화되어 사망한 사례를 들 수 있다. 이때는 제2행위의 인과계열은 결과야기에 기여하지 않고 있으며 제1행위가 독자적으로 결과를 야기시킨 경우 혹은 제2행위가 사소한 영향 밖에는 주지 않은 경우라고 할 수 있다. 따라서 고의기수가 성립된다.

2. 학설의 의미구조

(1) 단독의 결과야기 인과력과 소급금지론적 고려

이 견해는 객관적 귀속의 판단기준을 실질적으로 인과관계의 중요성에서 찾고 있는 것으로 보인다. 그리하여 개괄적 고의사례의 유형분류는 제1행위와 제2행위의 인과적 중요성의 비교문제로 귀착한다는 것이다. 그리고 이 비교를 행하는 전제로서 소급금지론적 고려를 하고 있는 것으로 보인다. 소급금지론적 사고에 기초하면 사실의 측면에서는 제1행위와 제2행위가 인과적으로 연결되어 있음을 부정할 수 없지만, 법적 평가의 측면에서 양자를 분리하여 대등한 것으로서 각각의 인과적 기여를 비교하는 전제를 구성하는데 적절하기 때문이다.¹¹¹⁾ 즉 소급금지론은 형사제재를 부과할 수 있는 지점 이상으로 귀속을 소급시켜서는 안 된다는 의미를 가지는 것이기 때문에, 이러한 고려는 객

111) 그러므로 이훈동, 전제논문, 251면은 두 개의 독립한 행위라는 것은 명백하다고 하며, 기수설에 의하더라도 결코 1개의 행위로 처리될 수 없음을 강조하고 있다

관적 귀속의 틀 안에 수용될 수 있다는 것이다. 그리하여 (i) 유형과 (iii) 유형은 소급금지론을 적용하여 각각 미수라는 결론에 도달하고 있다. (ii) 유형에서는 상당성판단을 통과한 경우이므로 인과력은 상당성의 정도에 의해 비교될 수밖에 없을 것이다. 여기에서 제1행위가 독립적으로 결과를 야기시킬 수 있는 단계에 도달해 있는가 내지 충분한 결과적성을 가지고 있었는가를 묻는 관점을 받아들이고 있다. 제2행위가 능가적인 경우는 제1행위의 미수, 공동적인 경우는 복수의 기수가 된다고 한다. 결국 이 입장은 상당인과관계설에 의한 인과관계판단에 접근하는 것이라고 할 수 있다. 객관적 귀속이라는 차원에서 상당인과관계설을 개괄적 고의사례에 적용한 것이라고 보인다. 그 결론에 있어서 이 견해는 —공동적인 인과기여의 경우를 제외하고는— 모두 미수설과 결론을 같이 하고 있다. 따라서 이러한 입장은 미수설로 분류될 수 있다.

(2) 비판적 검토

이러한 견해는 감각적으로 매우 설득력이 있다고 생각된다. 객관적 귀속판단을 순수하게 규범적으로만 평가하지 않고 또 행위자의 주관을 규범화함에 의하지 않고, 사실적 기반에 두고 행하려는 시도의 하나라고 보인다. 그래서 이 견해에 대한 비판은 쉽지 않고 아직 준비되어 있지 않음을 고백하지 않을 수 없다. 굳이 말하자면 인과적 기여의 강도비교에 따라 객관적 귀속을 판단하는 입장은 결국 제1행위의 위험이 실현되었는가 아니면 제2행위의 위험이 실현되었는가 하는 규범적 판단에 의존하지 않을 수 없다는 점이다. 보다 정확히 이야기하면 이 견해가 인과적 기여강도의 비교에서 실제로 행하는 것은 제1행위의 위험이 실현되었다고 평가되는가 아니면 다른 위험이 실현되었는가의 판단이라는 것이다. 그렇기 때문에 이 견해에서 말하는 ‘인과력’이나 ‘결정적’이라는 표현은 다분히 직관적인, 말하자면 비유적인 인과적 표현에 지나지 않는다. 특히 어떠한 경우가 능가적이며, 어떠한 경우는 공동적이라고 평가되는지 그 기준이 요청됨은 말할 것도 없다.¹¹²⁾ 결국 인과적 기여강도 비교의

112) 피해자가 제1행위에 의해 중상을 입고 죽은 줄 알고 제2행위에 의해 하천이나 강에 던졌는데, 중상 때문에 헤엄쳐 나올 수 없어 익사한 경우를 제1행위와 제2행위의 인과적 기여가 공동적으로 작용하는 사례라고 하면서, 이때만은 제1행위 기수의 가능성을 열어두고 있다. 그러나 제1행위에 의한 운동능력의 상실이라는 위험이 결과에 실현된 것은 아니라고 생각된다. 제2행위에 의한 익사의 위험은 제1행위에 의한 운동능력의 상실이라는 위험을 단지 보충 수정한 것에 지나지 않아서 결국 제1행위의 타격

본질은 위험실현의 판단이라고 할 수 있다. 거기에서도 실현된 제2행위의 위험이 제1행위의 위험과 동일한 것으로 평가할 수 있는가 아니면 다른 위험의 실현인가가 변함없이 핵심적 기준이 될 수밖에 없기 때문이다. 우리가 형법적으로 관심을 갖는 것도 행위자가 창출한 어떤 위험 (예컨대 제1행위에 의한 운동능력의 상실)에 대해 고의기수책임을 저야하는가 하는 점이다. 이를 위해서는 인과적 기여강도의 사실적 비교에만 의존하는 것보다는, 객관적 귀속의 평가적 관점에서 더욱 정밀하게 판단될 수 있을 것으로 생각된다. 그리하여 제2행위의 위험이 제1행위의 위험을 배제한 것인가 아니면 보충 수정하며 부가된 것인가 하는 척도가 중요한 것이다.¹¹³⁾

VII. 맺으면서

미수설은 독일에서는 현재 다수설적인 위치로 올라서고 있다.¹¹⁴⁾ 이러한 미수설은 범감정에 반한다는 점이 미수설 주장자들에 의해서도 이야기된다.¹¹⁵⁾ 그러나 우연(행운과 불운)을 행위자의 부담으로 돌려서는 안 된다고 본다. 오히려 행위자를 위한 경우에는 반드시 고려해야만 한다고 생각된다.¹¹⁶⁾ 개괄적 고의사례에서 결과는 처음에 발생하지 않았기 때문에 행위자에게는 행운이 발생한 것이다. 이러한 결과의 불발생은 행위자에게 미수의 경우와 마찬가지로 취급되어야 한다. 그리고 객관적 귀속이론은 결과발생의 형벌가중적 기능을 방지하려는 원리에서 출발하고 있다는 점을 생각해야 할 것이다. 고의기수의 개념을 우리가 승인하고 있다면, 개괄적 고의사례는 이러한 기수에는 미치지 못하는 경우이다. 한가지 덧붙여 고의에의 귀속론이나 인과관계의 착오 무용론이나의 문제는 개괄적 고의사례의 처리에 있어서는 별다른 실천적 가치를 갖지 아니한다고 생각된다. 그러나 다른 문제 예컨대 인과관계 착오의 전형적

에 의한 사망위험이 실현된 것이라고는 볼 수 없기 때문이다. 즉 타격에 의한 제1행위의 사망에의 위험은 제2행위에 의해 배제된 것이므로 미수가 인정된다고 할 것이다. 이와 같이 인과적 기여강도의 비교가 어려운 경우에는 결국 그 본질인 위험판단으로 돌아가지 않으면 해결되지 아니한다.

113) Jakobs, AT, 8/70ff.

114) Kindhäuser, AT, 15/11은 통설이라고까지 한다.

115) Maurach, *Deutsches Strafrecht*, AT, 2.Aufl., 1958, §23 III b.

116) Vgl. Gropp, AT, §5 Rn.77.

인 사례, 실행행위 도중에 행위자가 책임무능력 상태에 빠져든 사례, 결과의 조기발생 사례의 해결에 있어서는 어떠한가 그리고 어느 쪽 설명이 우위에 서는가 하는 문제는 각각의 사례군을 상세히 음미해 보아야 하는 것이므로 다음의 과제로 미루어 둔다.

<Résumé>

Diskussion über dolus generalis Fälle

Prof. Dr. Yong-Sik, Lee*

Es handelt sich hier um die Fälle, in denen der Täter darüber irrt, welche von mehreren Akten eines Handlungszusammenhanges den erstrebten Erfolg herbeiführt. Die koreanische herrschende Lehre bejaht eine vollendete Vorsatztat, wenn der tatsächliche Kausalverlauf im Rahmen des Vorhersehbaren liegt. Die andere Meinung verneint eine vollendete Vorsatztat, wenn sich das erst geschaffene Risiko in keiner Weise im Erfolg realisiert. Danach wird der Erfolg also durch ein neues Risiko bedingt, welches das erst Risiko ersetzt. Der Verfasser geht davon aus, dass diese Lösung richtig ist.

Traditionell wird diese Frage unter dem Irrtum über den Kausalverlauf. Die Problematik stellt jedoch als eine solche schon der objektiven Zurechnung dar. Die systematische Einordnung des Problems wäre aber nicht Kernproblem. Die Ergebnisse der herrschendn Meinung wäre im allgemein unannehmbar. Die Frage, für die Schaffung welcher Risiken jemand einzustehen hat, muss nunmehr wesentlich differenzierter diskutiert werden. Dies kann unter dem Gesichtspunkt der objektiven Zurechnung durchgeführt werden. Hier kommt es auf bestimmte normative Kriterien an. Damit entfallen manche Unsicherheit, die sich aus der mangelnden Trennschärfe des Maßstabs der Vorhersehbarkeit.

Danach liegt eine Vollendung vor, wenn das Risiko des zweiten Akts bloß modifizierend oder ergänzend hinzukommt. Wenn das Risiko des ersten Akts durch das zweite verdrängt wird, gelangt man zum Versuch. Wenn auch der Täter den zweiten Akt im anfänglichen Plan vorgesehen hatte, in unrevidierter Tötungsabsicht handelte, liegt keine vorsätzliche Vollendung.

Der Zufall bzw. Glück und Unglück darf nicht zu Lasten des Täters berücksichtig werden, wohl aber zu seinen Gunsten berücksichtigt werden muss. In den dolus generalis Fällen hat der Täter Glück. Dieses Ausbleiben des Erfolgs muss dem Täter wie bei jedem Versuch zugute kommen.

* College of Law, Seoul National University