

결과적 가중범의 법정형정비 기본원리

김 해 경*

국문요약

결과적 가중범은 기본범죄행위가 중한 결과를 발생시킬 고도의 유형적인 위험성을 기본범죄행위 자체의 특성으로 보유하고 있다고 판단되는 경우에 인정된다. 그리고 이러한 고유의 위험성은 기본범죄와 중한 결과의 과실범의 상상적 경합보다 중한 독립된 법정형을 정당화시키는 근거가 된다. 또한 결과적 가중범은 독립된 법정형을 규정함으로써 형사정책적으로 범죄위화의 효과로서 일반예방적 기능을 담당하고 예견가능성을 조건으로 하여 책임주의와도 적절한 조화를 이루고 있다. 그런데 일반예방적 기능과 책임주의와의 조화가 형식적인 단계에 그치지 않고 실질적으로도 그 내용상 정당성을 인정받기 위해서는 그러한 기능에 부합하는 법정형이 기본이 되어야 할 것이다.

결과적 가중범의 법정형 역시 입법형성권자의 넓은 입법재량이 인정되는 범위일 뿐만 아니라, 실제로 책임에 부합하는 형의 상한과 하한을 결정한다는 것은 쉬운 일이 아니다. 그러나 결과적 가중범의 존재가 인정되는 한, 어떠한 기본범죄행위가 그 자체로서 중한 결과에 대한 특수한 고유의 위험성을 내포하고 있는가 구별해내는 것과, 전체로서 중한 결과를 초래하는 범죄에 상응하는 법정형의 범위를 선별해내는 작업이 이루어져야 할 것이다.

※ 이 연구는 2007년도 계명대학교 비사연구기금으로 이루어졌음.

* 계명대학교 법경대학 전임강사, 법학박사

I. 들어가는 말

결과적 가중범이란 기본범죄에 의하여 행위자가 기본범죄의 구성요건 내용을 넘어선 중한 결과를 야기하였다는 점으로 인하여 형벌이 가중되는 범죄를 의미한다. 우리 형법은 제15조 제2항에서 “결과로 인하여 형이 중할 죄에 있어서 그 결과의 발생을 예견할 수 없었을 때에는 중한 죄로 별하지 아니한다”라고 규정하고 있는데, 대체로 이를 결과적 가중범의 근거 규정으로 보고 있다.¹⁾ 따라서 결과적 가중범이란 과실범의 요건으로서 예견가능성을 조건으로 형을 가중하는 형태를 가진다. 물론 기본범죄가 고의범에 국한되는지 아니면 과실범도 포함하는지 여부 및 중한 결과에 대한 과실범만을 의미하는지 고의범도 포함되는지에 관하여 지속적인 논의가 있었지만, 일반적으로 소위 진정결과적 가중범은 고의에 의한 기본범죄의 구성요건 실현을 통하여 과실에 의하여 중한 결과를 발생시키는 경우로 본다.

결과적 가중범에 관하여 지금까지 진행되어온 몇 가지 논점을 살펴보면 첫째, 전체로서의 결과적 가중범이 고의범인지 과실범인지의 문제이다. 독일의 경우에는 기본적 구성요건에 해당하는 행위가 고의범인 경우에는 구성요건이 요구하는 행위가 고의행위라는 단일의 행위이기 때문에 전체로서 고의범으로 보지만,²⁾ 우리나라에서는 결과적 가중범에 관한 미수인정에 회의적인 다수설의 입장에서는 과실범으로 보는 듯하다. 둘째, 앞선 논의와 관련하여 결과적 가중범의 미수를 인정할 수 있겠는가의 문제이다.³⁾ 그리고 논의여하와 관계없이 현행 결과적 가중범의 인정에는 이의가

1) 김성룡, “현행 형법의 해석론으로서 결과적 가중범의 유형과 죄수에 관한 판례·학설의 비판적 검토”, 비교형사법연구 제9권 제1호, 한국비교형사법학회, 2007, 49면; 김용욱, “결과적 가중범의 개정방향”, 연세법학연구 제6집 제1권, 연세법학회, 1999, 1면; 박양빈, “결과적 가중범”, 단국법학 제6집, 단국대학교 법학대학, 1997/12, 167면; 배종대, “사법개혁과 판례개혁”, 고려법학 제47권, 고려대학교 법학연구원, 2006, 21면; 변종필, “결과적 가중범의 정비방안”, 형사법연구 제22호 특집호, 한국형사법학회, 2004, 317면; 안경옥, “결과적 가중범의 직접성의 원칙”, 형사법연구 제12호, 한국형사법학회, 1999, 137면; 이용식, “결과적 가중범에 관한 연구”, 서울대학교 법학 제46권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2005, 155면; 조상제, “결과적 가중범의 제한해석”, 형사판례연구(3), 형사판례연구회편, 1990, 43면.

2) Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 35. Aufl., Rn. 617.

없으며, 다만 법정형이 지나치게 가중되어 있다는 점에도 견해가 일치한다. 우리 형사법상의 법정형은 형법 제93조의 여적죄와 같은 예외적인 경우를 제외하고는 원칙적으로 법관에게 그 범죄의 정상에 따라 그 형벌의 종류와 형량을 선택할 수 있게 하고 있을 뿐 아니라 법률상 과할 수 있는 일정한 상하한의 재량의 폭을 넓게 둬으로써 법관에게 죄질과 정상에 따라 적정한 형을 선고할 수 있게 하는 이른바 상대적 법정형주의 원칙을 채택하고 있다. 그러나 이른바 상대적 법정형주의도 법내용상의 평등이라는 헌법상의 요청에서 벗어날 수 없다.

본 논문에서는 현행 결과적 가중범의 필요성을 기본으로 하여, 법정형 체계의 타당성에 관한 의문을 전제로 법정형 정비의 기본원리에 관하여 검토해보고자 한다. 즉, 외형적으로는 고의의 기본범죄와 중한 결과에 대한 과실범의 상상적 경합에 해당하는 사안을 양자의 상상적 경합보다 중한 법정형을 부과하는 근거가 무엇이며, 그러한 근거가 현행 결과적 가중범의 법정형의 타당성을 입증할 수 있는지 검토해 보고, 법정형의 가중이 문제된다면 기본적으로 어떠한 방향으로 입법화되는 것이 바람직한지 현행 형법상의 조문을 토대로 논의하고자 한다. 결과적 가중범은 기본범죄와 중한 결과의 과실범과 전자로 인하여 후자가 발생되었다는 연결고리로서 양자간에 인과관계와 객관적 귀속이 인정되어야 한다. 그런데 통상적으로 결과범의 기술되지 아니한 구성요건요소로서의 인과관계 및 객관적 귀속 이외에 결과적 가중범을 표상짓는 고유의 징표를 고의의 기본범죄행위와 중한 결과간의 직접성에서 찾는다. 따라서 결과적 가중범의 형벌가

-
- 3) 김선복, “결과적 가중범의 미수”, 비교형사법연구 제1권, 한국비교형사법학회, 1999, 93면 이하; 김용욱, 앞의 논문, 24면 이하; 변종필, 앞의 논문, 321면 이하 및 “결과적 가중범에서 기본범죄가 미수인 경우의 법해석”, 비교형사법연구 제6권 제1호, 한국비교형사법학회, 2004, 347면 이하; 박강우, “결과적 가중범의 인과관계와 미수범처벌”, 저스티스 제34권 제5호, 한국법학원, 2001/10, 183면 이하; 성낙현, “결과적 가중범의 미수에 관한 한국과 독일형법의 비교”, 비교형사법연구 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006, 153면 이하; 이용식, 앞의 논문, 180면 이하; 임석원, “결과적 가중범의 제문제: 미수와 공범을 중심으로”, 비교법연구 제6권 제1호, 단국대학교 비교법문화연구소, 2005, 63면 이하 및 “결과적 가중범의 미수”, 형사법연구 제23호, 한국형사법학회, 2005/여름, 87면 이하 및 박광민 공저 “결과적 가중범의 미수: 그 인정여부와 유형을 중심으로”, 성균관법학 제15권 제2호, 성균관대학교 비교법연구소, 2003/10, 45면 이하; 천종철, “결과적 가중범의 미수의 문제”, 사회과학연구 제16집, 서원대학교 사회과학연구소, 2003, 151면 이하 등.

중의 정책적 필요성 및 이론적 근거로서 제시되는 직접성의 원칙의 본질이 무엇인지가 우선되어야 할 것이다.

II. 결과적 가중범의 필요성

1. 논의의 쟁점

일반적으로 결과적 가중범은 고의의 기본범죄와 그에 의한 과실로 야기된 중한 결과의 결합 형태라고 본다. 그런데 형법 제40조가 1개의 행위가 수개의 죄에 해당하는 경우에는 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌한다고 규정하고 있음에도 불구하고, 기본범죄의 구성요건에 해당하는 하나의 행위가 치상 또는 치사라는 중한 결과를 발생시켰을 때 상상적 경합이라는 해결원리를 적용하지 않는가가 문제이다.⁴⁾ 즉, 결과적 가중범도 외형상 하나의 행위로 인한 고의범과 과실범의 상상적 경합에 해당함에도 단순한 결합형태보다 가중 처벌해야 하는 필요성이 무엇인지가 선결과제이다. 이는 상상적 경합으로는 그 불법의 실체를 정당하게 평가하였다고 볼 수 없는 경우가 존재한다는 점을 전제하여야만 한다. 그렇다면 고의행위와 과실에 의한 결과의 결합을 단순형태와 가중형태로 구분하는 기준은 무엇인가 하는 점이 본질이 되어야 할 것이다. 이러한 점에 대한 정당성을 근거하지 않고는 현행법상 결과적 가중범의 법정형 정비라는 자체가 무의미해 질 것이다.

이에 관하여는 정책적 측면과 이론적 측면으로 접근할 수 있다. 우선 상상적 경합은 중한 죄에 정한 형에 의한다고 함으로써, 상대적으로 경한 과실치상죄나 과실치사죄보다는 기본범죄에 정한 형에 의하여 처벌되는 경우가 일반적이다. 그런데 어떠한 행위태양은 중한 결과에 대하여 기본범죄의 법정형으로 처벌하는 것이 정책적 측면에서 회의적인 경우가 발생

4) 반면 Schubarth, "Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte", ZStW 85(1973), 754면 이하에서는 결과적 가중범을 인정하지 않음을 전제로 이러한 범죄군들을 상상적 경합으로 해결하고자 한다.

한다. 기본범죄로 인하여 사람의 생명이나 신체를 침해하는 결과가 발생하였음에도 불구하고 기본범죄의 형과 동일한 범정형으로 규정하였을 경우 기본범죄 이외에 침해된 보호법익에 관하여 행위자에게 어떠한 법적 불이익도 현실적으로 불가능하다는 점이다. 이러한 형사정책적 이유에서 결과적 가중범의 필요성을 논의해볼 수 있다.

다음으로 결과적 가중범이 외형상 두 개의 범죄의 결합형태임에도 별도로 범정형을 규정하는 점에 관하여 일반적으로 직접성의 원칙을 언급한다. 즉, 중한 결과가 기본범죄에 내재하는 특별한 위험으로부터 직접 실현되었다는 점에 가중처벌의 근거가 있기 때문에, 형법상 명문으로 규정되어 있지는 않지만 기본범죄행위에 내재된 위험이 중한 결과에 직접 실현되어야 한다고 본다. 그러나 지금까지 직접성의 원칙의 실체는 완전히 정립된 것으로 보이지 않는다. 따라서 이러한 점에 관하여도 살펴보아야 할 것이다.⁵⁾

2. 형사정책적 요구

가. 일반예방적 기능

라트부르흐는 결과적 가중범을 “일정한 결과발생에 대하여 가중형벌로서 위하되는 범죄군”⁶⁾이라고 정의하였다. 결과적 가중범의 처벌규정이 사회적 응보라는 처벌요구에 대응하는 기능을 가진다는 점은 결과적 가중범 규정이 존재하는 한 부정하기 어렵다. 즉, 일정한 고의행위에서 일정한 중한 결과가 발생하는 것이 기본범죄 고유의 속성상 현저할 때, 중한 결과발생의 위험성이라는 고유의 속성을 지니는 기본범죄행위를 금지하기 위한 예방적 기능을 가지게 된다. 이러한 의미에서 일반예방적 효과를 가진다고 평가할 수 있다. 일반예방이론은 형벌을 불특정 다수인 일반인의 범죄예방에 그 정당성이 인정된다고 보는 견해이다. 이 이론은 처벌하는 과정을 형벌이 달성하고자 하는 일정한 목적, 즉 잠재적 범죄자의 범죄행위

5) 이에 관하여는 편의상 다음 장에서 설명하고자 한다.

6) Radbruch, *Erfolgshaftung*, VDA Bd. 2, 1908, 227면(박양빈, 앞의 논문, 주)3 재인용).

로부터 설명하려고 한다. 그래서 형벌이야말로 범죄예방에 있어서 매우 중요한 역할을 하는 것으로 보게 된다. 또한 일반예방이 제3자인 일반인을 위하함으로써 소극적 일반예방의 의미뿐만 아니라, 형벌위하가 사회의 규범의식을 강화시켜주는 효과를 가짐으로써 범죄가 예방된다는 적극적 일반예방의 의미를 내포한다면 결과적 가중범 역시 양자의 기능을 포함하여야 한다.

그런데 일반예방적 효과를 가지기 위해서는 기본범죄행위가 사람의 생명, 신체에 대한 침해라는 결과를 발생할 가능성이 고도로 높다는 점이 우선 증명되어야 하며, 그러한 예방적 효과가 경험적으로 증명되어야만 정당성을 입증받을 수 있다. 뿐만 아니라 일반예방의 목적을 강조한다면 형벌의 중형화를 피할 수 없다는 단점을 드러낸다. 현행법상 결과적 가중범이 지나치게 형이 가중되어 있다는 비판 역시 일반예방적 기능을 강조하는 형법의 태도에 대한 비판이라고 할 수 있을 것이다.

나. 불법행위의 단계적 평가기능

결과적 가중범의 은폐된 기능으로서 중한 결과에 대한 고의가 증명되지 않을 경우 그 형벌을 지나치게 가볍게 하지 않을 수 있다는 점을 제시하는 견해가 있다.⁷⁾ 따라서 결과적 가중범은 기본범인 고의범과 사상결과를 고의로 실현한 경우에 성립될 중한 결과에 대한 고의범과의 사이에 위치하는 중간적 형태의 범죄유형이라고 파악한다.⁸⁾ 중한 결과인 살인죄나 상해죄의 고의가 입증되지 않아서 살인죄나 상해죄로 처벌할 수 없는 경우에, 기본범죄와 살인죄 또는 상해죄 간의 법정형의 간격을 해소하는 기능을 부여하는 것이다. 따라서 사망의 결과가 발생한 경우 살인기수와 과실치사의 2단계 평가가 아닌, 살인기수와 상해치사, 과실치사하는 3단계 평가를 함으로써 사안적응력을 높일 수 있다고 본다.

7) 이용식, 앞의 논문, 160면.

8) Rengier, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, 132면 이하. 는 기존의 고의살인죄규정과 과실치사죄규정 사이에는 생명보호규범간의 가벌성의 공백 영역이 있고, 결과적 가중범죄군은 그와 같은 생명보호에 대한 가벌성의 공백을 메우기 위한 규정이라고 본다.

그러나 고의라는 주관적 구성요건 요소가 입증되지 아니한 상태에서 주관적 표상에 다른 유형을 개입함으로써, 입증의 어려움을 회피하고자 한다는 비판을 면하기 어려울 것이다. 특히 중한 결과적 가중범의 기능이 고의의 입증불가능에 대한 차선택이어서는 안될 것이다. 기본범죄행위의 불법성은 이미 기본범죄의 범정형을 통하여 형상화되어 있으므로 그 중한 결과에 대한 과실을 상상적 경합보다 가중된 형태의 특별한 범정형으로 규정하는 것을, 중한 결과에 대한 고의의 입증곤란을 해소하기 위한 편의적 방법으로 파악해서는 안 될 것이다.

다. 책임평가의 기능

결과적 가중범은 결합형태의 범죄행위에 대하여 형을 가중함으로써 결과책임사상의 잔재라는 면에서 책임주의와 조화될 수 없다는 비판이 제기되어 왔다. 따라서 이러한 비판에 대응하여 책임원칙에 부합하는 방향으로의 수정이 시도되고 있다.⁹⁾ 우선 예견가능성이라는 장치를 두고 중한 결과의 발생에 대하여 최소한의 요건으로서 과실의 존재를 요구한다.

결과적 가중범은 교회법상 '그 자체로서 금지된 부정한 일에 종사한 자는 이로부터 발생한 모든 사안에 대하여 책임을 져야 한다는 원칙 (versari in re illicita)'으로부터 유래한다.¹⁰⁾ 이는 원인된 행위와 그로 인한 결과 사이에 주관적 관련성 여부는 불문하고, 외적으로 발현된 관련성만으로 중한 결과에 대한 책임을 모두 귀속시키는 원칙이다. 이러한 연원에 따르면 책임주의 원칙에 반하는 결과가 발생한다. 따라서 행위책임이 아닌 전적으로 결과책임사상에 입각하였다는 비판을 면할 수 없었다.¹¹⁾ 따라서 행위자의 주관적 표상을 통하여 행위책임에 부합하는 해석과 법규정의 시도는 결과적 가중범 역시 책임주의라는 형법의 일반원칙의 예외를 인정하지 않겠다는 의지의 표현이기도 하다.

9) 변종필, 앞의 논문, 317면.

10) Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2. Aufl., 1977, 246면.

11) 이에 따라 독일은 1953년 형법개정을 통하여 중한 결과에 대하여 최소한 과실이 있어야 한다는 점을 명문화 하였다(구 독일형법 제56조). 또한 우리 형법 제15조 제2항 역시 예견가능성을 결과적 가중범의 요건으로 규정하고 있다.

이러한 점은 결과적 가중범에 대하여 기본범죄와 중한 결과 사이의 내적 연관성으로 부각되는 직접성이 존재하지 않는 경우, 즉 기본범죄에 내재하고 있는 위험성의 실현이라고 볼 수 없는 경우에는 단순히 기본범죄와 과실치사상죄의 상상적 결합으로 처리하고자 하는 태도에서도 간접적으로 드러난다.¹²⁾ 따라서 현행법상 예견가능성이라는 주관적 표상을 요건으로 결과적 가중범을 인정한다는 점에서는 책임주의에 부합하지만, 문제는 형식적으로 책임주의에 부합하는가라는 점에 있는 것이 아니다. 따라서 실질적 의미에서 부합하기 위해서는 법정형의 범위 역시 책임주의와 조화되어야 한다. 그리고 앞서 언급한 바와 같이 각칙상의 결과적 가중범의 법정형은 고의범과 과실범의 단순한 결합에 의한 처벌보다 높아야 하지만, 현행법상 지나치게 높다는 점이 비판의 대상이 되어야 한다.¹³⁾ 결과적 가중범의 책임에 상응하는 법정형을 설정하는 것이 현대적 의미의 책임주의의 요청이라 할 것이다.

III. 행위평가의 원리

1. 직접성의 원칙-전형적 위험의 직접관련성

결과적 가중범의 정당성 또는 필요성에 관하여는 앞서 언급한 것처럼 지지하는 견해가 다수이다.¹⁴⁾ 그런데 결과적 가중범의 가중사유 내지 표상이 되는 이른바 직접성의 원칙은 실무상으로도 고려되는 바 없을 뿐만 아니라,¹⁵⁾ 학설상으로도 그 본질에 관하여는 이론적 근거가 명확히 정립되어

12) 이용식, 앞의 논문, 179면; 천종철, 앞의 논문, 169면.

13) 김용욱, 앞의 논문, 13면; 이상우, “결과적 가중범과 책임주의의 조화”, 법조 제53권 제4호, 법조협회, 2004/4, 186면.

14) 각주 1)의 참고문헌 및 허일태, “결과적 가중범과 책임주의”, 김종원교수화갑기념논문집, 1991, 239면; Haft, Strafrecht AT, 9. Aufl., 2004, 167면; Hirsch, “Hauptprobleme einer Reform der Delikte gegen die Körperliche Unversehrtheit”, ZStW 83(1971), 161면; Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1961, 243면; LK/Schroeder, 10. Aufl., 1980, §18 Rn. 34 등.

15) 문채규, “결과적 가중범에서 기본범죄와 중한 결과간의 직접관련성”, 사회과학논총 제8집, 안동대학 사회과학연구소, 1996, 39면.

있지 않다. 중한 결과에의 예견가능성은 결과적 가중범을 책임주의에 조화시키기 위한 장치이기 전에 이미 과실범의 요건이기 때문에 이를 결과적 가중범의 징표라고 할 수는 없다. 따라서 기본범죄와 직접관련성이 있어야 한다는 결과적 가중범의 징표가 무엇인지가 핵심이다. 결과적 가중범이 고의범과 과실범의 특수한 결합형태라고 한다면 기본범죄는 고의범의 요건을, 중한 결과는 과실범의 요건을 구비하여야 하므로, 고의의 기본범죄를 실현한다고 과실범의 일반적 요건이 자동적으로 인정되는 것도 아니다.

결과적 가중범에 내재적인 유형적 위험성이 야기된 경우에만, 결과적 가중범은 고의범과 과실범의 상상적 경합의 결합형태보다 중하게 처벌된다고 보는 것이 일반적이다. 그러나 고의범과 과실범의 상상적 경합형태 역시 과실결과에 별도의 행위가 존재하지 않고 고의의 행위에 중한 결과가 중복되는 것이므로 기본범죄행위의 위험성이 현실화되는 경우라고 할 수 있다.

그렇다면 결과적 가중범에서 현실화된 전형적 위험이란 무엇인가? 과실범에서의 과실의 결과는 연소죄를 제외하고 치상, 치사를 의미하기 때문에 이는 일반적인 고의범과 과실치상죄, 과실치사죄와의 상상적 경합과 외형상 다르지 않다. 따라서 상상적 경합과 구별되는 결과적 가중범만의 고유의 특성으로서의 전형적 위험의 실체를 파악해야만 결과적 가중범의 가중화된 범정형도 타당성을 입증받게 될 것이다. 따라서 전형적 위험이란 중한 결과가 기본범죄로부터 직접 초래되었다고 볼 수 있는 정도의 직접성을 기반으로 한 위험을 의미한다고 평가할 수 있어야 한다.

이로부터 결과적 가중범의 규범적 평가단계로서 객관적 귀속의 특수한 형태가 도출되어야 한다. 그 척도로서 객관적 귀속의 한 척도인 규범의 보호목적관련성이 유용하게 접목될 수 있다.¹⁶⁾ 객관적 귀속이라는 평가단계와 그 척도의 하나인 규범의 보호목적관련성은 결과적 가중범의 특수한 내용은 아니다. 다만 규범의 보호목적관련성의 특수한 형태로¹⁷⁾ 파악하지만 그 실체에 관하여는 여전히 논란이 있다. 한편으로는 실제로는 직접성이란 상당성일 뿐이라고 보거나¹⁸⁾ 또는 모든 사정을 고려하여 보다 엄격하게 판

16) 박상기, 형법총론, 299면; 조상제, “결과적 가중범의 문제점”, 형사법연구 제5호, 한국형사법학회, 1992/1993, 91면 및 “결과적 가중범의 제한해석”, 형사판례연구(3), 형사판례연구회편, 1990, 54면.

17) Roxin, AT I, 3. Aufl., §10 Rn. 114.

18) 오영근, 형법총론, 246면; 배중대, 형법총론, 612면.

단한다는 의미¹⁹⁾라고 하기도 한다. 그러나 ‘모든 사정을 고려하여 엄격하게 판단’하는 것이 결과적 가중범의 객관적 귀속의 척도라면 반대로 일반적인 과실범이 ‘모든 사정을 고려하여 엄격하지 않게 판단’한다는 의미인지, 그 엄격성의 척도가 무엇인지에 대하여는 어떠한 제시도 하고 있지 않다. 따라서 결과적 가중범의 객관적 귀속의 척도를 일반적 의미의 ‘상당성’으로서의 예견가능성이라고 본다면 일반적인 과실범과의 구별이 불가능해지고, ‘엄격한’ 판단에 의한 예견가능성이라고 한정한다면 ‘엄격성’이 어느 정도를 요구하는 것인지에 설명이 결여되었다는 비판이 가능해진다.

2. 위험의 직접관련성의 기초

가. 행위기준설

기본범죄행위와 중한 결과사이의 직접연관성의 기초를 기본범죄“행위”의 위험성에서 찾는 견해이다.²⁰⁾ 이에 따르면 기본범죄의 결과는 불법가중의 근거가 될 수 없으며, 단지 기본범죄의 기·미수의 구별의 척도가 될 뿐이다. 기본범죄행위의 위험성은 추상적 평균치를 넘어야 하는데, 추상적 평균치에 이르는 정도일 경우에는 일반적인 과실범과의 상상적 경합에 해당하게 되고, 보다 강화된 객관적 위험성을 요구함으로써 증가된 행위반가치는 증가된 비난을 정당화해준다고 본다.

이러한 견해에 대하여는 기본범의 행위자체의 위험성만으로 직접 연관성을 근거짓는다면, 처음에는 사망의 위험성이 없는 경미한 상해결과가 행위후 우연이나 특수한 사정에 의하여 사망한 경우 이를 충분히 고려할 수 없게 된다는 비판이 있다. 기본범죄 행위의 위험성이라는 측면에서만 보면 기본범과 과실범의 상상적 경합과 결과적 가중범의 경우가 구별되지 않는다는 것이다.²¹⁾ 또한 예컨대 상해치사죄의 경우 구성요건에서 ‘신체를 상해하여’라는 점을 명시하고 있기 때문에 이미 신체를 상해하였다는 기

19) 이용식, 앞의 논문, 170면.

20) NK/Paeffgen, §18 Rn. 46; Wolter, JuS 1981, 168면.

21) Küpper, “Unmittelbarkeit und Letalität”, FS-Hirsch, 1999, 621면; Altenhain, GA 1996, 30면(이용식, 앞의 논문, 주)40 재인용).

본범죄의 결과가 구성요건으로 규정되어 있다는 엄격한 문언해석을 통하여 비판하기도 한다.²²⁾

나. 결과기준설

직접연관성을 기본범죄의 결과에서 찾는 견해이다. 즉, 위험실현이 기본범죄의 ‘결과’로부터 기인해야만 한다는 주장으로, 기본범죄의 결과 스스로가 지니고 있었던 중한 결과의 위험이 다른 외적 사정의 개입없이 실현되어야만 한다는 것을 의미한다.²³⁾ 따라서 기본범죄의 결과가 스스로 내재하고 있던 중한 결과의 위험이 중한 결과에 현실적으로 발전된 것 이어야만 한다는 점에서 직접성의 원칙을 찾을 수 있다고 본다. 이를 기본범죄의 결과가 중한 결과에 치명적이어야 한다거나 기본범죄의 결과를 통과하여 중한 결과가 실현되어야 한다고 설명하기도 한다.²⁴⁾ 어쨌거나 공통적으로 주장하는 바는 중간개입 없는 기본범죄의 결과가 가지는 고유한 위험성의 발현으로서의 중한 결과일 것을 요구한다는 점이다.

다. 구성요건외적 위험의 배제(기본범죄 행위와 결과의 위험성)

위 두 가지 견해의 절충적 입장이다. 행위와의 직접관련성을 찾는 견해는 결과적 가중범의 범위를 지나치게 넓히고, 기본범죄결과에서 연관성을 찾고자 한다면 결과적 가중범의 범위가 너무 좁아진다고 비판한다.²⁵⁾ 따라서 고의의 기본범죄로 인하여 야기한 허용되지 않는 위험에 있어서는 기본범죄행위와 기본범죄행위의 결과가 가지는 위험성을 직접성을 판단하는데 모두 고려해야만 한다고 본다. 기본범죄의 결과는 결과로 나아가는 행위를 통해서만 조종가능하다는 점을 근거로 한다. 기본범죄행위의 위험성이 기본범죄 결과에 실현되지 않았을 때에는 위험창출이 결여된다고 본다. 이를 상해행위를 예로 하여 그 위험성의 상해결과의 위험성에의 실현

22) 조상제, 앞의 논문, 59면.

23) LK/Hirsch, §226 Rn. 4; Roxin, AT I, 3. Aufl., §10 Rn. 115.

24) 전자를 소위 ‘치명성설(Letalität)’, 후자를 통과적 인과관계설(Durchgangskausalität)라고 표현한다.

25) 안경옥, 앞의 논문, 144면.

이라는 직접성의 제1요건과 창출된 위험의 중한 결과에의 실현이라는 직접성의 제2요건으로 구별하여 설명하기도 한다.²⁶⁾

2. 소 결

가. 결과기준설에 대한 비판

우선 결과기준설을 살펴보면 기본범죄행위가 미수인 경우 결과적 가중범의 성립을 설명할 수 없다. 현재 결과적 가중범의 성립요건에 있어서 기본범죄는 가벌적 구성요건행위의 실행의 착수로서 충분하고 반드시 기본범죄행위가 기수에 이를 것을 요구하지 않는 것이 다수설이다.²⁷⁾ 그러나 미수단계 역시 적어도 유형적인 기본범죄행위의 실행의 착수가 있었고 행위의 일부가 행하여진 경우이므로, 기본범죄 자체의 결과가 발생하지 않았더라도 중한 결과발생의 위험은 이미 실현되었다고 보아야 할 경우를 인정하여야 할 것이다.²⁸⁾ 또한 결과적 가중범을 독자적 형태의 범죄유형으로 인정한다면 결과적 가중범의 결과는 중한 결과로서 이로써 결과적 가중범은 기수가 된다고 보아야 한다.²⁹⁾

결과기준설에서 비판하는 형법 제259조 상해치사죄의 “신체를 상해하여”라는 구성요건은 “신체를 상해(하는 행위를) 하여”라고 한다면 문언의 엄격

26) 이용식, 앞의 논문, 175면 이하. 이에 따르면 상해치사죄를 중심으로 살펴보는 바, 상해행위의 위험성의 중한결과에의 실현을 문제삼는 것만으로는 과실요건에 흡수됨에 그치고 결과적 가중범이 독자적 요건으로서의 의미를 갖지 못한다고 한다. 결과적 가중범의 성립을 제한하기 위해서는 중간상해를 고려해 볼 필요가 있는데, 상해행위의 위험성이 상해결과의 위험성에 실현되지 않은 때에는 직접성의 제1요건이 결여된다고 본다. 이 경우에는 일반적 객관적 귀속 자체가 부정되면 상해죄, 긍정되면 상해죄와 과실치사죄의 상상적 경합이 인정되고 결과적 가중범의 성립은 개입될 여지가 없다. 둘째, 상해치사 고유의 위험실현 판단이 필요한데, 결과발생에 제3자나 피해자 또는 행위자의 사후적인 개입사정에 의한 직접성 판단의 단계를 직접성의 제2요건으로 본다. 그리고 이렇게 2단계의 평가를 하게 되면 결과적 가중범의 직접연관성은 일반적인 과실범의 보호목적 관련성보다도 좁은 판단이 가능하다고 본다.

27) 반대견해로는 박광민/임석원, 앞의 논문, 55면; 변종필, “결과적 가중범에서의 기본범죄가 미수인 경우의 법해석”, 비교형사법연구 제6권 제1호, 한국비교형사법학회, 2004, 363면.

28) Otto, 7. Aufl., §18 Rn. 83; Wolter, Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte, JuS 1981, 178면.

29) 박강우, 앞의 논문, 195면.

해석을 통하여서도 상해치사죄가 반드시 신체상해의 결과를 요구한다고 볼 수도 없다. 즉, 신체를 상해하는 행위의 실행의 착수를 의미하는 것이지 신체상해의 결과를 범문언으로 규정하였다고 반드시 해석되는 것도 아니다. 다만 결과적 가중범이 고의의 기본범죄와 중한 결과의 과실범의 (특수한) 결합형태라는 점을 감안한다면 고의의 기본범죄가 결과적 가중범에서 모두 평가되어야 하므로, 고의의 기본범죄가 기수에 이른 경우는 기본범죄가 미수에 그친 경우보다 양형상 참작사유로서 작용할 수 있을 것이다.

그리고 결과적 가중범을 독자적 범죄형태로 인정한다면, 기본범죄에 내재한 중한 결과 또는 결과의 위험성은 기본범죄행위가 상이하더라도 모두 다른 행위의 개입없이 중한 결과인 치상, 치사에 존재하므로 모든 결과적 가중범의 범정형사이의 차이를 설명하기 어렵다.

결과기준설에 의하면, 예컨대 예견가능한 폭발이 있어 피해자가 사망한 때에 감금치사죄가 인정되지 않는 것은 감금되어 있는 상태 자체가 피해자의 사망에 결정적인 것이 아니었기 때문에 기본범죄의 결과로의 고유의 연관성이 충분하지 않다고 본다.³⁰⁾ 그러나 감금상태에서 행위자 이외의 제3자의 행위 또는 자연적 작용이 개입한 경우에도 제3자의 개입행위라는 객관적 귀속이론의 일반적도에 의하여 충분히 객관적 귀속이 부정될 수 있다. 이는 폭발이 예견가능하였다고 하더라도 감금행위자에게 자신의 행위 이외의 사건 또는 제3자의 개입행위로부터 피감금자를 보호해야 할 생명, 신체에 대한 보증인적 지위가 발생한다고 볼 수 없기 때문이다.

나. 행위와 결과의 위험성론에 대한 비판

결과적 가중범의 고유한 위험은 기본범의 결과에만 수반되는 것이 아니라 기본범 결과를 위한 행위에서도 발생한다고 보는 견해는, 제3의 개입행위는 행위자의 기본범죄행위와 중한 결과사이의 객관적 귀속을 부정하는가 여부의 판단기준이 되는 것이지, 기본범죄 자체의 결과와 행위사이의 연관관계를 의미하는 것은 아니라는 점을 간과한 듯하다. 예컨대 동이론은 상해행위로 인한 골절의 결과는 통상의 사망의 위험성을 가지지 않기 때문에 그 후 의사의 부적절한 행위는 행위자의 상해죄가 성립되는

30) Hirsh, FS-Oehler, 131면 이하(이용식, 앞의 논문 주)44 재인용).

나, 상해죄와 과실치사죄의 상상적 경합이 성립되느냐에만 관련되고 상해치사죄와는 무관하다고 본다. 반면 권총으로 피해자의 머리를 상해의 고의로 가격하였으나 가격행위와 동시에 탄환이 오발되어 사망한 경우에는 머리충돌이라는 상해결과에 의하여 오발되었으므로 행위수단의 특수한 위험성이 위험한 상해결과에 실제로 실현되었기 때문에 상해치사죄는 긍정된다고 한다. 그러나 양자는 본질적으로 일반적인 객관적 귀속이론의 척도로서의 규범의 보호목적 관련성, 또는 제3의 개입행위라는 기준으로 해결할 수 있는 문제이다. 전자는 의사의 부적절한 행위가 제3의 개입행위라는 객관적 귀속의 일반적 척도에 해당되므로 해결될 수 있다.³¹⁾

따라서 행위자에게 결과가 귀속되는가 여부는 행위자의 상해죄와 의사의 과실치사죄 성립여부의 문제이지, 직접연관성이 부정되기 때문에 행위자의 상해죄와 과실치사죄의 상상적 경합³²⁾이 성립되는 경우라고 볼 수는 없다. 만일 이 때에도 행위자의 상해죄와 과실치사죄의 상상적 경합을 인정하게 된다면 의사의 과실행위에 대한 평가가 개입될 수 없는 상황이 불가피하다. 과실범의 공동정범을 인정하지 않는 입장에서는 의사의 과실에 의한 개입행위가 작위행위이든 부작위행위이든 의사의 과실행위와 행위자의 과실행위는 공동정범이 성립될 수 없다. 그 결과 양자는 모두 원인관계가 판명되지 않는 한 미수범으로 처벌되고, 과실치사죄는 미수범 처벌규정이 없으므로 처벌이 불가능하게 되기 때문이다.

또 다른 예로서 행위자가 피해자에게 상해를 입힌 후 피해자를 병원으로 데리고 가던 중 교통사고로 피해자가 사망한 경우에는 상해행위와 결과에 사망이라는 중한 결과의 직접연관성이 인정되지 않기 때문에 행위자는 상해죄와 과실치사죄의 경합범이 될 뿐이라고 설명한다. 그러나 이 경

31) 그러나 “단절적 인과관계”라는 인과관계의 단계에서 결과적 가중범인 상해치사죄의 구성요건해당성이 부정된다고는 보기 어렵다. 합법칙적 조건설에 의한다면 이와 같은 사례에서 인과관계는 인정된다고 보는 것이 일반적이다.

32) 이윤식, 앞의 논문, 178면은 이를 상상적 경합의 예로 보면서, 상해의 고의로 피해자를 가격하여 상해를 입혔는데, 상해를 입은 피해자가 계속될 공격에 두려워 도주하다 추락하여 사망한 경우(Rützelfall)도 고의의 기본범에 내재하는 전형적인 위험에 의한 것이 아니므로 상해치사죄가 아니라 상해죄 또는 상해죄와 과실치사죄의 상상적 경합으로 해결해야 한다고 본다. 그러나 이 경우에도 피해자 자신의 행위의 개입이라는 일반적인 객관적 귀속의 문제로 파악하면 되고, 객관적 귀속이 부정되는 경우에는 과실치사죄도 성립되지 않는다고 보아야 할 것이다.

우 상해를 입힌 행위와 이후의 병원후송행위는 서로 독립된 행위이기 때문에 당연히 별도로 판단되어야 하므로 상해치사죄라는 결과적 가중범은 고려의 여지가 없는 것이 당연하다.

다. 행위평가에 의한 위험성판단

결론적으로 행위기준설이 타당하다고 생각된다. 행위기준설에 대하여 기본범의 행위자체의 위험성만으로 직접적 연관을 근거지우면 행위 후 우연 또는 특수한 사정에 의하여 사망의 위험이 없는 경미한 상해결과만 발생한 후에 다른 이유로 사망한 경우를 충분히 고려할 수 없다는 비판이 있다.³³⁾ 그러나 행위후의 우연 또는 특수한 사정은 일반적인 객관적 귀속 이론에 의하여 규범적인 평가가 충분히 가능하다. 구성요건해당성의 일반적인 평가과정으로서의 인과관계, 객관적 귀속 이외에 결과적 가중범의 특별한 표지로서 직접성을 또 다른 평가과정으로 개입시킨다는 것이 어떠한 의미를 가지는지 의문이다. 결과적 가중범의 결과는 결과를 방향으로 하는 추가적인 행위가 존재하지 않으며, 다만 그러한 중한 결과에 대한 예견가능성의 문제일 뿐이다. 그리고 예견가능성의 문제는 객관적 귀속이론으로 평가가능하다. 즉, 결과적 가중범에 있어서 가중의 원인인 직접성은 행위자체가 가지는 고유의 위험성을 의미한다고 보아야 할 것이다.

이는 앞서 살펴본 예견가능성과 관련되는데, 만일 상해죄와 과실치사죄의 상상적 경합의 경우와 상해치사죄의 경우가, 직접연관성을 기준으로 하여 보다 엄격한 기준을 제시하는 것이 상해치사죄의 판단기준이 된다고 보는 견해에 의하더라도 상해행위당시 즉 기본범죄행위 당시 중한 결과에의 예견가능성을 판단해야 할 것이며, 사후에 예견가능성 판단을 위한 추가적인 요소를 개입할 필요가 없을 것으로 보인다.

다른 한편으로 만일 기본범죄의 결과가 결과적 가중범의 구성요건요소가 아니라면 기본범의 미수가 불가별인 경우에도 결과적 가중범의 성립을 인정하는 것이 논리일관된다고 보는 견해가 있다.³⁴⁾ 그러나 기본범죄 행위 자체의 위험성이라고 할 때에는 기본범죄행위가 미수든지 기수든지 가

33) 이용식, 앞의 논문, 172면.

34) 이용식, 앞의 논문, 185면.

벌적일 것을 전제로 한다고 봄이 타당할 것이다. 또한 우리 형법은 대부분 “제○○조의 죄를 범하여”라는 형식으로 결과적 가중범이 규정되어 있지만, 원칙적으로 미수범은 가벌적이고 예외적으로 미수를 불가벌이라고 본다면, 다만 조문형식만 미수범을 처벌하는 규정을 별도로 두는 형식을 취하고 있을 뿐, “제○○조의 죄를 범하여”라는 조문 형식은 기수, 미수를 문제삼지 않는 것이라고 해석할 수 있을 것이다.

현행법상 결과적 가중범의 기본범죄행위는 특수공무집행방해행위(제144조 제2항), 현주건조물방화행위(제164조 제2항), 현주건조물 등에의 연소행위(제168조 제2항), 폭발성물건파열행위(제172조 제2항), 가스·전기 등 방류행위(제177조의2 제2항) 및 공급방해행위(제173조 제3항), 현주건조물일수행위(제177조 제2항), 교통방해행위(제188조), 음용수혼독행위(제194조), 중상해행위(제258조 제2, 3항), 낙태행위(제269조 제3항 및 제270조 제3항), 유기행위(제275조), 체포·감금행위(제281조), 강간행위(제301조 및 제301조의2), 인질행위(제324조의3 및 제324조의4), 강도행위(제337조 및 제338조, 제340조 제2, 3항), 손괴행위(제368조 제2항) 등이다. 이러한 기본범죄행위의 고유의 특성은 그 행위자체로부터 사람의 신체 또는 생명에 대하여 직접적으로 침해할 수 있는 고도의 위험성을 내포하고 있다는 점이다.

따라서 어떠한 기본범죄행위가 그 자체로서 사람의 신체 또는 생명을 침해할 만한 고도의 위험성을 가지는가를 구별해내는 작업이 결과적 가중범 규정의 핵심이 되어야 할 것이다.

IV. 법정형 정비의 기본방향

1. 현행법상 결과적 가중범의 법정형 구조

현행법상 결과적 가중범의 법정형의 구조는 기본범죄의 법정형간의 비교를 통하여 다음과 같이 다섯 가지로 나누어 볼 수 있다.

첫째, 기본범죄의 불법성의 차이가 반영되지 않은 경우이다. 기본범죄의 불법성을 표상한 기본범죄의 법정형은 상이함에도 불구하고 결과적 가

중범형태의 범정형이 동일한 예이다. 예컨대 강간치상죄 및 강간치사죄의 기본범죄는 강간죄, 강제추행죄, 준강간·준강제추행죄 및 미수범이다. 여기에서 강간죄 및 준강간죄는 3년 이상의 징역으로 하한규제방식을 취하고, 강제추행죄 및 준강제추행죄는 10년 이하의 징역으로 상한규제방식을 취한다. 기본적으로 하한규제방식은 상한규제방식보다 중한 범정형에 해당된다. 또한 미수범은 최소한 임의적 감경사유에 해당된다. 그럼에도 불구하고 결과적 가중범은 치상이 무기 또는 5년 이상의 징역, 치사가 무기 또는 10년 이상의 징역으로 동일하다.

둘째, 기본범죄의 불법성의 동일성이 결과적 가중범에 반영되지 않은 경우이다. 강간죄와 강도죄는 모두 3년 이상의 징역에 해당한다. 그러나 결과적 가중범에 해당하는 강간치상죄는 5년 이상의 징역, 강도치상죄는 7년 이상의 징역에 해당하므로, 기본범죄 행위가 가지는 치상의 직접적 위험성에 대한 평가가 결과적 가중범에 서로 상이하게 반영되었다고 볼 수 있다. 제172조의2 제1항의 가스, 전기 등 방류죄와 제173조 가스, 전기 등 공급방해죄는 기본범죄의 범정형이 1년 이상 10년 이하의 징역으로 동일함에 반하여 치상의 결과발생에 대하여 전자는 무기 또는 3년 이상이라는 중형임에 반하여 후자는 2년 이상의 징역에 해당한다. 즉, 범정형을 통하여 기본범죄의 불법성이 동등하다는 평가가 가능함에도 불구하고 그로 인하여 동일한 정도의 중한 신체침해가 발생한 경우 중한 결과에 대한 평가를 달리하고 있다. 제368조 제2항 역시 기본범죄는 1년 이상 10년 이하의 징역이지만 중한 치상의 결과에 대하여는 1년 이상의 징역으로 제172조의2가 치상의 결과에 무기징역을 규정한 것과 범정형에 있어 큰 차이를 나타낸다.

셋째, 결과적 가중범 자체의 범정형이 비례성의 원칙에 반하는 경우이다. 이는 기본범죄의 범정형과 결과적 가중범의 범정형간의 간극이 결과적 가중범사이에 서로 상이하게 반영된 예를 의미한다. 예컨대 기본범죄의 범정형이 상한규제방식임에도 중한 결과의 범정형이 하한규제방식인 경우이다. 예컨대 제144조 제1항의 특수공무집행방해죄는 공무집행방해죄의 형의 2분의 1을 가중함으로써 기본범죄는 7년 6월이하의 징역에 대하여 상한규제방식을 취하나 중한 결과인 치상죄에는 3년 이상의 징역으로서 하한규제방식을 취한다. 그리고 대체로 기본범죄가 상한규제방식을 취하는 경우에도 기본범죄의 범정형의 상한이 5년 이상인 때에는 치상의

결과에 대하여 하한규제방식을 취하는 것을 알 수 있다.

넷째, 고의의 결과범보다 결과적 가중범이 지나치게 중한 경우이다. 대표적인 예가 제164조 제2항 현주건조물방화치사상죄이다. 동죄는 치사의 결과에 대하여는 무기징역 또는 5년 이상의 징역을, 치사에 대하여는 사형, 무기, 7년 이상의 징역을 규정하고 있다. 중한 결과의 고의범인 상해죄가 7년 이하의 징역, 살인죄가 사형, 무기, 5년 이상의 징역에 처함을 고려해 볼 때, 중한 결과에 대한 고의범보다, 비록 기본범죄로부터 발생하였다는 고유의 위험성을 내포하고 있더라도 중한 결과의 과실범에 대한 법정형이 지나치게 높다는 점을 알 수 있다. 강간치상죄, 강도치상죄 등도 마찬가지이다.

다섯째, 중한 결과의 고의범과 과실범에 동일 조문을 적용함으로써 전체적으로 법정형 자체가 지나치게 높아지는 경우이다. 일반적으로 결과적 가중범은 진정결과적 가중범을 의미한다고 본다. 그런데 중한 결과에 대하여 고의가 있는 경우, 기본범죄와 중한 결과의 고의범의 상상적 경합보다 결과적 가중범의 법정형이 더 중한 경우에는 법정형의 불균형을 해소하기 위하여 결과적 가중범 규정이 중한 결과의 고의범까지 포함하는 것으로 해석하고, 이를 소위 부진정결과적 가중범이라고 표현한다. 예컨대 제164조 제2항은 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역이라는 지나치게 중한 형을 규정하고 있는 바, 중한 결과에 고의범인 살인죄가 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역인 점에 비추어 과실범을 보다 중하게 처벌하게 되므로 현주건조물방화치사상죄는 중한 결과에 대한 고의범도 적용하게 된다. 그러나 이는 ‘결과적 가중범의 불법은 고의-고의결합의 불법에 비하여 더 중한 또는 동등한 반가치를 가질 수 없다는 형사법적 공리에 어긋난다.’³⁵⁾

2. 법정형정비의 기본원리

가. 진정결과적 가중범과 부진정결과적 가중범의 분리

결과적 가중범의 법정형 구조상 중한 결과의 고의범과 과실범에 동일한 법정형을 적용하는 예가 부진정결과적 가중범이다. 제164조 제2항의

35) 김용욱, 앞의 논문, 24면. 여기에서는 부진정결과적 가중범을 고의-고의결합범(변종필, “결과적 가중범의 정비방안”, 형사법연구 제22호, 330면 동일)라고 표현하기도 한다.

현주건조물방화치사상죄, 제301조 강간등 치상죄, 제324조의3 인질치상죄, 제337조 강도치상죄, 제340조 제 2, 3항 해상강도치사상죄³⁶⁾ 등이 이에 해당한다. 그런데 이들은 중한 결과에 대한 과실범과 고의범에 동일한 범정형을 적용함으로써 책임주의 원칙과 조화되기 어렵다. 물론 해석상 중한 결과에 대한 고의범에 대하여는 결과적 가중범과 중한 결과에 대한 단일의 고의범인 살인죄 또는 상해죄와의 상상적 경합을 인정함으로써 이를 조금이나마 해소하고자 하는 해석상의 노력은 있으나, 상상적 경합으로 인하여 수개의 죄수는 인정되지만 이로 인하여 합산되는 형량은 중한 죄에 정한 형에 의하므로 결과적 가중범의 범정형을 적용하는 결과를 초래한다. 이는 결과적으로 과실범의 범정형을 고의범의 불법의 정도에 상응하게 높이는 결과를 초래한다. 따라서 예컨대 제301조 강간살인죄 및 강간치사죄는 강간살인죄는 사형 또는 무기징역으로, 강간치사죄는 무기 또는 10년 이상의 징역으로 고의범과 과실범을 분리하여 규정한 것처럼 양자의 범정형을 분리하여야 할 것이다. 이와 같은 정비가 책임원칙 및 비례의 원칙에 상응한 조정방안이 될 것이다.³⁷⁾

나. 사형규정의 폐지

1995년 제5차 개정형법은 결과적 가중범의 범정형에서 사형을 대부분 삭제하여 책임주의원칙에 합치되는 범정형의 정비를 이루어냈다. 그럼에도 불구하고 제164조 제2항의 현주건조물방화치사죄 및 제340조 제3항 해상강도치사죄는 사형을 범정형으로 유지하고 있다. 물론 이는 두 조문이 모두 중한 결과에 대한 고의범을 포함하고 있어, 범정형의 상한이 살해행위에

36) 엄밀한 의미에서 제301조 강간등 치상죄, 제324조의3 인질치상죄, 제337조 강도치상죄, 제340조 제2,3항의 해상강도치사상죄는 부진정결과적 가중범은 아니다. 예컨대 제301조 강간등 치상죄는 기본범죄를 범한 자가 상해하거나 상해에 이르게 한 때로 고의와 과실의 경우를 분리하는 조문형식을 취하고 있다. 그러나 고의범과 과실범의 범정형을 동일하게 규정한 결과 부진정결과적 가중범의 결론과 다를 바 없다. 이는 제301조의2 강간등 살인·치사죄가 동일조문 내에 살인의 경우와 치사의 경우의 범정형을 달리 규정하고 있다는 점에 비추어 보아, 강간상해죄와 강간치상죄를 분리하되 동일한 범정형으로 규정하는 것은 타당한 방식이 아니다.

37) 김용욱, 앞의 논문, 18면; 변종필, 앞의 논문, 330면; 이상우, 앞의 논문, 188면 등도 같은 취지이다.

대한 고의범에 맞추어져 있기 때문에 발생한 결과이다. 법정형의 종류로서의 사형의 폐지문제가 지속적으로 제기되고 있을 뿐만 아니라, 일반적으로 결과적 가중범이 중한 결과에 대한 과실행위를 기본으로 한다는 점을 고려할 때에, 과실행위에 대한 사형의 규정은 지나치게 가혹한 법정형이라는 비판을 면할 수 없다. 이러한 문제는 앞서 언급한 바와 같이 고의범과 과실범의 법정형을 분리한다면 자연스럽게 해결될 수 있는 문제이기도 하다.

다. 법정형의 하향조정

결과적 가중범은 본질이 과실범임에도 불구하고 법정형이 대체로 지나치게 높은 경향이 있다. 예컨대 제324조의4 인질치사죄는 무기 또는 10년 이상의 징역인데 반해 고의의 기본범죄인 인질강요죄는 3년 이상의 징역에 해당한다. 한편 과실치사행위는 2년 이하의 금고 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다. 본질상 고의의 기본범죄행위와 과실에 의한 치사행위의 결합형태인 결과적 가중범이 이처럼 지나치게 높다는 것은 비판을 면할 수 없을 것이다.

물론 결과적 가중범의 법정형 역시 입법형성권자의 넓은 입법재량이 인정되는 범위일 뿐만 아니라, 실제로 책임에 부합하는 형의 상한과 하한을 결정한다는 것은 쉬운 일은 아니다. 그렇지만 고의의 기본범죄 이외에 상해 또는 살인을 위하여 별도의 행위를 한 바 없이 과실로 발생한 결과에 대하여 지나치게 중한 형벌의 부과는 형평성에 반한다고 보여 진다.

여기에 대하여는 기본범죄의 법정형과 중한 결과에 대한 과실범의 법정형을 단순 합산한 것보다 약간 상회하는 정도가 적절하다고 하는 견해,³⁸⁾ 기본범죄와 중한 결과에 대한 중과실치사상죄의 실제적 경합의 범위를 벗어나지 않는 수준에서 결정하고자 하는 견해,³⁹⁾ 고의의 기본범죄와 중한 결과에 대한 과실범의 법정형을 합산한 범위를 상회하지 않는 범위에서 정하고자 하는 견해⁴⁰⁾ 등이 제시되고 있다. 이는 규범의 보호목적을 고려하여 법정형의 범위를 개별구성요건의 측면에서 다소 탄력적으로

38) 김용욱, 앞의 논문, 15면.

39) 천종철, 결과적 가중범에 관한 연구, 연세대 박사논문, 1993, 97면.

40) 변종필, 앞의 논문, 329면.

규율하는 것이 타당할 것이다. 단순합산의 경우에는 예컨대 강간치사죄의 경우 기본고의범죄의 법정형이 3년 이상의 징역이고 과실치사죄가 2년 이하의 금고 또는 700만원 이하의 벌금인 점을 감안할 때, 3년 이상의 징역이 된다.⁴¹⁾ 만일 단순 합산이 실제적 경합에 의한 해결이라고 본다면 중한 죄의 2분의 1까지 가중하므로 4년 6월 이상의 징역이 될 것이다. 그러나 중한 결과는 고의의 기본범죄행위로부터 비롯된 것이므로 이를 실제적 경합과 같은 합산방식으로 해결하는 것은 타당하지 않다. 이 경우 결과적으로 강간죄와 강간치사죄가 동일한 법정형을 가지는 불합리가 초래된다. 따라서 세 번째 견해는 타당하지 않다. 첫 번째 견해는 기본범죄와 중한 과실범의 법정형을 합산 약간 상회하는 정도라는 표현자체가 그 법정형 결정의 범위를 모호하게 만든다. 약간이라는 범위가 어느 정도인지, 그리고 기본범죄 자체가 본질적으로 중할 때에는 약간의 정도가 상대적으로 넓어지는지에 관한 아무런 기준을 제시해주지 못한다. 따라서 기본범죄와 중한 결과에 대한 중과실죄의 실제적 경합을 상한으로 하는 두 번째 견해가 타당하다고 보여 진다.

라. 하한규제방식의 정비

현행법상 법정형은 상한규제방식과 하한규제방식 및 상한·하한동시규제방식을 취한다. 일반적으로 상한규제방식은 1년 이하, 2년 이하, 3년 이하, 5년 이하, 6년 이하, 7년 이하, 10년 이하 7가지가 있다.⁴²⁾ 그리고 상한 규제방식은 징역형 하한이 1월 이상이므로 모두 하한은 1월 이상이 된다.

다음으로 하한을 규정하는 방식으로는 1년 이상, 2년 이상, 3년 이상, 5년 이상, 7년 이상, 10년 이상의 6가지가 있다. 유기징역과 유기금고의 범위가 1월 이상 15년 이하이고, 가중하는 때에도 25년을 초과할 수 없다

41) 여기에서 700만원 이하의 벌금이라는 선택형은 탈락되는 것이 타당하다. 왜냐하면 강간죄가 절대적 법정형으로 징역형만을 규정하고 있는데, 강간치사죄에 징역형과 벌금형을 선택형으로 규정한다면 결과적으로 더 중한 범죄인 강간치사죄가 강간죄보다 경하게 처벌되기 때문이다.

42) 이러한 상한규제방식의 경직성에 대하여 비판하는 견해가 있다. 이에 따르면 입법상의 관행이 법정형의 상한은 홀수에 맞추도록 되어, 실질적으로 불법에 비례하는 법정형의 조정에 방해가 됨을 언급한다(오영근, “법정형상의 징역형기 조정방안”, 형사법연구 제 22호, 한국형사법학회, 2004/겨울, 421면).

는 총칙상의 규정에 비추어보면, 1년 이상의 징역은 1년 이상 최대 25년 이하의 징역이 된다. 따라서 일반적으로 하한규제방식은 상한규제방식보다 법정형이 중하다고 평가할 수 있다. 그런데 이와 같은 하한규제방식 자체는 법정형의 폭을 지나치게 넓게 규정하는 결과, 비례의 원칙에 벗어날 뿐만 아니라 일반인으로 하여금 예측가능성을 저하시켜 명확성의 원칙에도 부합하지 않는다는 평가를 면할 수 없을 것으로 보인다.

그리고 상한·하한동시규제방식이 있지만, 결과적 가중범의 기본범죄가 이러한 방식을 취하는 예는 존재하나 결과적 가중범의 법정형이 상한·하한동시규제방식을 취하는 예는 현행법상 보이지 않는다.

기본범죄 자체의 법정형의 문제점은 별론으로 하고, 여기에서 문제는 기본범죄가 상한규제방식임에도 불구하고 중한 결과의 과실행위에 하한규제방식을 취하는 경우이다. 예컨대 제144조 제2항 특수공무집행방해치상죄는 기본범죄가 7년 6월 이하의 법정형임에 비추어 3년 이상의 징역형으로 규정되어 있다. 또한 제172조의2 제2항 및 제173조 제3항은 기본범죄가 상한·하한동시규제방식으로 1년 이상 10년 이하의 징역임에도 불구하고 과실에 의한 치상에 대하여 무기 또는 3년 이상이라는 지나치게 중한 법정형을 규정하고 있다. 일반적으로 제281조 제1항 감금 등 치사상죄를 기준으로 기본범죄가 5년 이하인 경우부터는 결과적 가중범의 법정형을 하한규제방식을 취하고 기본범죄가 그보다 낮은 상한규제방식을 취하는 경우에는 결과적 가중범의 법정형도 상한규제방식을 취하는 것으로 보인다. 그러나 하한규제방식이 가지는 형벌의 엄중성을 고려할 때, 고의의 기본범죄가 상한규제방식이나 상한·하한동시규제방식을 취하는 경우 결과적 가중범의 법정형 역시 상한규제방식을 취하는 것이 중한 결과에 대한 과실행위에 비례하는 법정형 정비방안이 될 것으로 생각된다.

3. 개별조문의 신설문제

가. 공무집행방해죄의 결과적 가중범

중한 결과의 발생에 대하여 기본범죄가 내포하는 전형적인 위험이 결과적 가중범의 형태로 형법전에 적절히 규정되어 있는가의 문제이다. 이

에 관하여 특수공무집행방해치사상죄는 규정되어 있으면서 공무집행방해치사상죄는 규정되어 있지 않은 것은 결과적 가중범에 있어 입법상의 불비라고 보는 견해가 있다.⁴³⁾ 이에 따르면 폭행을 수단으로 하는 기본범죄인 공무집행방해죄도 치상이나 치사의 결과를 전형적으로 내포하고 있기 때문에 가벌성의 공백이 발생한다고 본다. 그 결과 단순공무집행방해로서 치사의 결과가 발생하면 제136조 제1항 공무집행방해죄와 제262조 폭행치사죄의 상상적 경합이 되어 3년 이상의 징역에 해당하게 되므로, 특수공무집행방해치사죄가 무기 또는 5년 이상의 징역임에 반해 현저하게 경하게 된다고 비판한다.

폭행을 수단으로 하는 범죄들은 폭행의 정도에 따라 4가지 유형으로 나누어 진다. 그리고 단순공무집행방해죄는 광의의 폭행의 정도를 의미하고, 폭행죄의 폭행은 사람의 신체에 대한 직접적인 유형력의 행사를 요구하는 협의의 폭행을 의미한다. 따라서 폭행죄의 결과적 가중범 규정 즉, 폭행치사상죄는 존재하는 반면, 협의의 폭행의 정도에 이르지 않는 강요죄나 소요죄, 다중불해산죄 등에는 결과적 가중범 규정을 두지 않는 취지를 고려해 보아야 할 것이다. 즉, 폭행의 정도가 폭행죄의 폭행의 정도와 동일하거나 가중된 형태로서 특정범죄 행위의 수단이나 방법으로 구성요건화된 범죄에 있어서는 행위수단인 폭행으로 인한 중한 결과의 발생에 결과적 가중범 규정을 두되, 폭행의 정도가 협의의 의미에 이르지 않을 때에는 결과적 가중범 규정을 두지 않는다는 원칙을 정립하는 것이다. 또한 공무집행방해죄와 폭행치사죄의 상상적 경합의 형과 특수공무집행방해치사죄의 법정형 사이의 가벌성의 공백은 특수공무집행방해치사죄의 법정형을 앞서 살펴본 바와 같이 상한규정방식을 취함으로써, 즉 특수공무집행방해치사죄의 지나치게 중한 법정형을 낮춤으로써 극복되어야 할 것이다.

나. 권리행사방해죄의 결과적 가중범

제323조 권리행사방해죄의 행위수단은 취거, 은닉, 손괴이다. 그리고 행위수단이 단일범죄로 규정된 손괴죄는 제368조 제2항 중손괴죄에서 결과적 가중범을 규정하고 있다. 손괴죄의 법정형이 3년이하의 징역 또는

43) 김용욱, 앞의 논문, 20면.

700만원 이하의 벌금에 해당하고, 권리행사방해죄의 법정형은 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금이다. 따라서 법정형을 통하여 권리행사방해죄가 단순손괴죄보다 기본범죄의 불법성이 더 가중됨을 알 수 있다. 그런데 보다 경한 불법을 표상하는 손괴죄는 결과적 가중범을 규정하여 손괴로 인한 치상의 결과발생에 관하여 제368조 제2항을 적용함으로써 1년 이상의 징역에 해당하지만, 권리행사방해행위로 인하여 치상의 결과가 발생하였을 경우에는 제323조 및 제266조의 상상적 경합이 되는 결과 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금이 기준이 된다. 따라서 양자의 가벌성의 공백이 불가피하다. 따라서 권리행사방해죄의 결과적 가중범 규정의 신설이 요구된다.

다. 강요죄 및 점유강취죄의 결과적 가중범

제326조는 중권리행사방해라는 표제 하에 강요죄든지 점유강취죄든지 기본범죄로 인하여 사람의 생명에 위험을 발생시킨 자에 대하여 10년 이하의 징역에 처하도록 규정하고 있다. 여기에서 사람의 생명에 대한 위험은 중상해죄에서의 해석과 동일하다고 보아야 한다. 그리고 법정형 역시 중상해죄에 준하여 규정하고 있다. 중권리행사방해죄 역시 결과적 가중범의 한 유형이다. 다만 중한 결과가 치상이나 치사가 아닌 사람의 생명에 대한 위험발생에 국한된다.

강요죄 또는 점유강취죄는 행위수단인 폭행의 정도는 서로 다르다. 강요죄의 폭행은 공무집행방해죄와 마찬가지로 광의의 폭행을 의미하지만, 점유강취죄의 폭행은 강도죄의 폭행의 정도로써 사람의 저항을 현저히 곤란하게 하거나 불가능하게 할 정도의 폭행을 요구한다. 양자의 폭행의 정도가 다르더라도 중한 결과로서 양자 모두 사람의 생명에 대한 위험을 발생시켰다는 점에서 결과적 가중범으로서 중권리행사방해죄의 법정형이 양자가 동일함에 대하여는 일면 정당성을 가진다.

문제는 점유강취죄가 강도의 정도에 이르는 최협의의 폭행을 요구하면 서도 치상 또는 치사의 결과에 대한 결과적 가중범 규정을 두지 않는다는 점이다. 앞서 살펴본 바와 같이 기본범죄의 행위수단으로 규정된 폭행의 의미가 폭행죄에서의 폭행, 즉 협의의 폭행의 정도 이상인 때에는, 폭행죄

의 폭행이라는 행위태양이 사람의 생명, 신체에 대하여 침해의 결과를 발생시킬 수 있는 고유의 직접적 위험성은 이를 수단으로 하는 다른 범죄에도 전형적으로 내포되어 있다고 평가하여야 할 것이다. 따라서 점유강취죄에 대하여는 중권리행사방해죄 이외에 치상, 치사의 결과에 대하여 강도죄에 준하는 결과적 가중범의 신설이 요구된다.

라. 약취·유인죄의 결과적 가중범

형법 제31장 약취와 유인의 죄 이하 약취란 폭행 또는 협박 등 사실상의 힘을 행사하여 사람에 대한 실력적 지배상태를 변경하는 것이다. 즉, 현행 형법 제287조 이하 약취·유인죄의 행위수단으로는 폭행과 같은 유형력의 행사가 요구된다. 다만 행위수단으로서의 폭행이 폭행죄에서의 폭행에 이르는 것인지에 관하여는 특별한 언급이 없는 듯하다. 그러나 사람에 대한 실력적 지배상태를 변경하기 위한 수단으로 사용되는 폭행이라는 점을 감안할 때에는 반드시 협의의 폭행에 이르러야 할 것을 요구한다고 이해할 필요는 없을 것 같다. 광의의 폭행에 해당하는 사람에 대한 직접 또는 간접적인 유형력의 행사라 하더라도 이로 인하여 실력적 지배상태에 영향을 미칠 수 있다면 약취·유인죄의 행위수단에 해당한다고 보아야 할 것이다.

이처럼 보다 넓은 해석이 가능하여 광의의 폭행의 정도까지 행위수단으로 인정할 수 있는 기본범죄에 대하여 결과적 가중범을 인정하는 것은 보다 신중해야 할 것이다.⁴⁴⁾ 더욱이 약취죄와 유인죄가 동일 조문에 규정된 별개의 범죄임을 고려할 때 약취·유인치사상죄의 신설은 치상 또는 치사라는 중한 결과 발생에의 전형적인 위험을 고유의 속성으로 내포하고 있지 않은 유인죄에 대하여도 결과적 가중범규정을 적용하게 된다는 비판을 면할 수 없을 것이다.

마. 진화방해죄 및 방수방해죄의 결과적 가중범

제169조 진화방해죄는 화재에 있어서 진화용의 시설 또는 물건을 은닉

44) 반면 1992년 형법개정법률안 제152조 및 제153조 및 김용욱, 앞의 논문, 23면은 약취·유인치사상죄의 신설을 제시하고 있다.

또는 손괴하거나 기타 방법으로 진화를 방해한 자는 10년 이하의 징역에 처한다. 그리고 동죄의 행위수단인 손괴는 제366조의 손괴죄와 동일하다. 그런데 제366조는 제368조제2항의 규정을 통하여 손괴행위로 인한 치상의 결과에 대하여 1년 이상의 징역, 치사의 결과에 대하여는 3년 이상의 유기징역이라는 가중된 법정형을 규정하고 있다. 그런데 진화방해죄의 행위수단으로서의 손괴행위를 통하여 치상의 결과가 발생한 때에는 진화방해죄와 과실치상죄의 상상적 경합의 결과 10년 이하의 징역에, 치사의 결과가 발생한 때에는 진화방해죄와 과실치상죄의 상상적 경합의 결과 역시 10년 이하의 징역이라는 상대적으로 가벼운 형이 부과되는 문제가 발생한다.

또한 제173조가 가스, 전기 등 공급방해의 수단으로 손괴행위를 규정하고 이에 대하여 결과적 가중범 규정을 두고 있는 것에 비추어 볼 때에도 법정형 간에 형평성에 부합하지 않는다. 손괴죄의 결과적 가중범이 손괴행위가 가지는 고유의 위험성을 규정한 것이라면 진화방해죄 역시 행위수단을 통하여 사람의 생명이나 신체를 침해할 전형적인 위험을 내포하고 있다고 평가하여야 할 것이다. 따라서 진화방해치상상죄의 신설이 요구된다고 보여 진다.

제180조 방수방해죄 역시 마찬가지이다. 방수방해죄는 수재에 있어서 방수용의 시설 또는 물건을 손괴 또는 은닉하거나 기타 방법으로 방수를 방해한 자는 10년 이하의 징역에 처한다. 방수방해죄의 법정형은 사회적 법익을 보호하기 위한 장치로서 진화방해죄의 법정형과의 형평성을 고려한 것이다. 따라서 진화방해죄의 결과적 가중범의 필요성이 긍정된다면 방수방해죄 역시 비례의 원칙상 결과적 가중범 규정이 신설되어야 할 것이다.

V. 마치며

결과적 가중범은 기본범죄행위가 중한 결과를 발생시킬 고도의 유형적인 위험성을 기본범죄행위 자체의 특성으로 보유하고 있다고 판단되는 경우에 인정된다. 그리고 이러한 고유의 위험성은 기본범죄와 중한 결과의 과실범의 상상적 경합보다 중한 독립된 법정형을 정당화시키는 근거가 된

다. 또한 결과적 가중범은 독립된 범정형을 규정함으로써 형사정책적으로 범죄위화의 효과로서 일반예방적 기능을 담당하고 예견가능성을 조건으로 하여 책임주의와도 적절한 조화를 이루고 있다. 그런데 일반예방적 기능과 책임주의와의 조화가 형식적인 단계에 그치지 않고 실질적으로도 그 내용상 정당성을 인정받기 위해서는 그러한 기능에 부합하는 범정형이 기본이 되어야 할 것이다.

지금까지 결과적 가중범의 범정형 가중근거로서 직접성의 원칙을 살펴보고 현행법상 범정형의 검토를 통하여 그 비판점과 개선점을 살펴보았다. 우선 결과적 가중범에서 위험성의 직접관련성은 기본범죄행위 자체로부터 찾아야 한다고 보았다. 결과적 가중범의 가중된 범정형의 기초는 기본범죄행위 자체로부터 유래하는 고유의 위험성으로서, 기본범죄행위 자체의 위험성이라고 할 때에는 기본범죄행위가 미수든지 기수든지 가별적일 것을 전제로 한다고 해석하였다. 따라서 어떠한 기본범죄행위가 그 자체로서 사람의 신체 또는 생명을 침해할 만한 고도의 위험성을 가지는가를 구별해내는 작업이 결과적 가중범 규정의 핵심이 되어야 할 것이다.

다음으로 현행법상 결과적 가중범 규정을 구조상 다섯 가지로 분류해보고, 각각의 특징을 살펴보았다. 그 결과 범정형 자체의 지나친 가중이 결과적 가중범의 구조적인 문제점을 초래한다는 점이 드러난다. 본 논문은 범정형정비의 기본원리로서 진정결과적 가중범과 부진정결과적 가중범의 범정형 분리, 사형규정의 폐지, 범정형의 전체적인 하향조정 및 범정형의 하한규제방식의 정비 등을 제시하였다. 그리고 개별조문의 신설문제로서 공무집행방해죄, 권리행사방해죄, 강요죄, 점유강취죄, 약취·유인죄, 진화방해죄 및 방수방해죄 등의 결과적 가중범의 필요성 여부를 검토해보았다. 그 결과 결과적 가중범의 개별적 신설여부는 예컨대 폭행이 기본범죄행위의 수단인 경우 폭행죄의 폭행, 즉 협의의 폭행과 동일하거나 그보다 중한 정도의 폭행으로 해석되는 경우에만 결과적 가중범 규정도 입법의 정당성을 인정받을 수 있을 것으로 보인다.

결과적 가중범의 범정형 역시 입법형성권자의 넓은 입법재량이 인정되는 범위일 뿐만 아니라, 실제로 책임에 부합하는 형의 상한과 하한을 결정한다는 것은 쉬운 일이 아니다. 그러나 결과적 가중범의 존재가 인정되는 한, 어떠한 기본범죄행위가 그 자체로서 중한 결과에 대한 특수한 고

유의 위험성을 내포하고 있는가 구별해내는 것과, 전체로서 중한 결과를 초래하는 범죄에 상응하는 법정형의 범위를 선별해내는 작업이 이루어져야 할 것이다.

참고문헌

국내문헌

- 김선복, “결과적 가중범의 미수”, 비교형사법연구 제1권, 한국비교형사법학회, 1999.
- 김성룡, “현행 형법의 해석론으로서 결과적 가중범의 유형과 죄수에 관한 판례·학설의 비판적 검토”, 비교형사법연구 제9권 제1호, 한국비교형사법학회, 2007.
- 김용욱, “결과적 가중범의 개정방향”, 연세법학연구 제6집 제1권, 연세법학회, 1999.
- 문채규, “결과적 가중범에서 기본범죄와 중한 결과간의 직접관련성”, 사회과학논총 제8집, 안동대학 사회과학연구소, 1996.
- 박강우, “결과적 가중범의 인과관계와 미수범처벌”, 저스티스 제34권 제5호, 한국법학원, 2001/10.
- 박광민/임석원, “결과적 가중범의 미수: 그 인정여부와 유형을 중심으로”, 성균관법학 제15권 제2호, 성균관대학교 비교법연구소, 2003/10.
- 박상기, 형법총론, 박영사, 2007.
- 박양빈, “결과적 가중범”, 단국법학 제6집, 단국대학교 법학대학, 1997/12.
- 배종대, “사법개혁과 판례개혁”, 고려법학 제47권, 고려대학교 법학연구원, 2006.
- 변종필, “결과적 가중범에서 기본범죄가 미수인 경우의 법해석”, 비교형사법연구 제6권 제1호, 한국비교형사법학회, 2004.
- 변종필, “결과적 가중범의 정비방안”, 형사법연구 제22호 특집호, 한국형사법학회, 2004.
- 성낙현, “결과적 가중범의 미수에 관한 한국과 독일형법의 비교”, 비교형

사법연구 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006.

신동원, 형법총론, 법문사, 2006.

안경옥, “결과적 가중범의 직접성의 원칙”, 형사법연구 제12호, 한국형사법학회, 1999.

오영근, 형법총론, 박영사, 2005.

이용식, “결과적 가중범에 관한 연구”, 서울대학교 법학 제46권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2005.

이재상, 형법총론, 박영사, 2005.

임석원, “결과적 가중범의 미수”, 형사법연구 제23호, 한국형사법학회, 2005/여름.

임석원, “결과적 가중범의 제문제: 미수와 공범을 중심으로”, 비교법연구 제6권 제1호, 단국대학교 비교법문화연구소, 2005.

조상제, “결과적 가중범의 문제점”, 형사법연구 제5호, 한국형사법학회, 1992/1993.

조상제, “결과적 가중범의 제한해석”, 형사판례연구(3), 형사판례연구회편, 1990.

천종철, “결과적 가중범의 미수의 문제”, 사회과학연구 제16집, 서원대학교 사회과학연구소, 2003.

천종철, 결과적 가중범에 관한 연구, 연세대 박사논문, 1993.

허일태, “결과적 가중범과 책임주의”, 김종원교수화갑기념논문집, 1991.

외국문헌

Haft, Fritjof, Strafrecht AT, 9. Aufl., München : C.H.Beck, 2004.

Hirsch, Hans Joachim, “Hauptprobleme einer Reform der Delikte gegen die Körperliche Unversehrtheit”, ZStW 83(1971).

Hirsch, Hans Joachim, Leipziger Kommentar, 13. Aufl., Berlin : Walter de Gruyter, 1993.

Kaufmann, Armin, Das Schuldprinzip, 2. Aufl., Heidelberg, 1977.

Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., Berlin : Walter de Gruyter, 2004.

Paeffgen, Hans-Ulrich, Nomos Kommentar, 2. Aufl., Baden-Baden : Nomos, 2005.

Rengier, Rudolf, Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, Tübingen 1986.

Roxin, Claus, AT I, 3. Aufl., München : C.H.Beck, 1997.

Schroeder, Fr.-Chr., Leipziger Kommentar, 10. Aufl., Berlin : Walter de Gruyter, 1980.

Schubarth, Martin, “Das Problem der erfolgsqualifizierten Delikte”, ZStW 85, 1973

Wessels, Johannes/Beulke, Werner, Strafrecht AT, 35. Aufl. Heidelberg : C.F.Müller, 2005.

Wolter, Jürgen, Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte, JuS 1981.

Untersuchungen über der Strafandrohung der erfolgsqualifizierten Delikte

Kim, Hye-Kyung*

Erfolgsqualifiziertes Delikt wird eine Straftat genannt, bei der das Gesetz an den Eintritt bestimmter Folgen eine strengere Strafdrohung knüpft, so z.B. bei Gesundheitsschädigung, Tod nach Sexualstraftaten, Körperverletzung, Freiheitsberaubung, Raub, Brandstiftung. Deswegen wird es unter erhöhte Strafe gestellt. Für die erfolgsqualifizierten Delikte dehnt Art. 15 II kStGB die Strafbarkeit auf die Fälle lediglich fahrlässiger Herbeiführung der schwerer Folge aus.

Unter der Voraussetzung des Erfordernisses von einem erfolgsqualifizierten Delikt habe ich hier das Grundprinzip von der gesetzlichen Strafdrohung durchgesetzt. Zuerst habe ich überprüft, was eine Begründung erhöhter Strafdrohung bei dem fahrlässigen Idealkonkurrenz ist als der Idealkonkurrenz. Danach habe ich erforscht, wie man die bestehende gesetzliche Strafdrohung legalisieren kann, wenn diese erhöhte Strafdrohung in Frage kommt. Zu dieser Frage habe ich mich mit der nicht nur kriminalpolitischer Anmerkung, als auch theoretischer befasst. Bei der Kriminalpolitik handelt es sich eine Harmonie von Generalprävention und Verantwortung, und bei der Theorie ein Gefahrpotential der Handlung vom Unmittelbarkeitsprinzip als ein besondere Verzeichen der objektiven Zurechnung.

주제어 : 결과적 가중범, 직접성의 원칙, 상상적 경합, 예견가능성, 책임주의, 과실범, 범정형

Keywords : Stichwörter: Erfolgsqualifiziertes Delikt, Idealkonkurrenz, Fahrlässigkeitsdelikt, Unmittelbarkeitsprinzip, eine Gefahrpotentialität der Handlung

* Professor, Department of Police Administration, Keimyung University, Ph.D. in Law.