

경제·인문사회연구회 협동연구 총서 10-36-02
연구총서 10-18-02

범죄 및 형사정책에 대한 법경제학적 접근(Ⅱ)

Law and Economics of Crime and Criminal Justice Policy in Korea(Ⅱ)

형법상 주요 이념, 요건 및 원리에 대한 경제학적 분석

Economic Analysis of Central Ideas, Requisites and Rules of Criminal Law

김대근 · 이종인

경제·인문사회연구회 협동연구 총서

“범죄 및 형사정책에 대한 범경제학적 접근(Ⅱ)”

1. 협동연구 총서 시리즈

협동연구 총서 일련번호	연구보고서명	연구기관
10-36-01	범죄의 사회적 비용 추계	한국형사정책연구원 산업연구원 동양미래대학교 한국행정연구원
10-36-02	형법상 주요 이념, 요건 및 원리에 대한 경제학적 분석	한국형사정책연구원 한국소비자원
10-36-03	형사소송법의 경제구조 : 증거법	한국형사정책연구원 전남대학교

2. 참여연구진

	연구기관	연구책임자	참여연구진
주 관 연구기관	한국형사정책연구원	박경래 연구위원 (총괄책임자)	김대근 전문연구원 박정일 파견공무원
	전남대학교		정기화 교수
협 력 연구기관	산업연구원		김수동 부연구위원
	동양미래대학교		최성락 교수
	한국소비자원		이종인 책임연구원
	한국행정연구원		이종환 연구위원

범죄 및 형사정책에 대한 법경제학적 접근 형법상 주요 이념, 요건 및 원리에 대한 경제학적 분석

최근 법의 경제분석, 즉 법경제학의 비약적인 발전에도 불구하고 지금까지 형법상의 고의와 인과관계 등 형법상 구성요건과 미수의 문제는 경제학자들의 큰 관심을 받지 못했다. 왜냐하면 형법상 구성요건은 지극히 규범적인 판단의 영역이라고 인식되어 왔고, 보다 근본적으로는 법경제학이 비약적으로 복잡해지고 발달한 (형)법 도그마틱을 분석할 만큼 아직 성장하지 못한 이유 때문일 것이다. 하지만, 다른 법적 분야와 마찬가지로 형사법에 대한 법경제학적 접근이 지속적으로 시도되고 있는 만큼, 이러한 형법상 구성요건들에 대한 경제적 의의 내지 해석의 중요성이 점차 중요해지고 있다는 게 필자들의 생각이다. 구체적인 (형)법 도그마틱에 대한 분석이 체계적으로 이루어지지 못한다면 그만큼 법경제학의 실천성에 대한 비판에서 여전히 자유롭지 못하다는 방증일 것이라는 자기반성을 할 수 밖에 없다. 이러한 문제의식과 배경을 바탕으로 본 연구는 미수, 고의, 인과관계, 책임능력 등 형법상 구성 요건들을 경제학적 관점에서 해석하고 분석한다.

형법상 미수에 대해서는 장애미수, 중지미수 및 불능미수 등 각각의 미수의 유형을 법경제학적 관점에서 검토하고 형법 제25조 등 현행법상 미수범에 대한 형사적 제재와 형의 감경 규정의 정당성 문제를 직관적 관점에서 경제 이론적으로 살펴보았다.

이어 미수에 대한 가벌성의 정당성 문제와 미수범 처벌수준에 관해 최적 범죄 억제라는 형사정책목표를 바탕으로 법경제학적으로 고찰하였다. 즉 최적 범죄 억제를 위한 기본적 분석 모델을 설정한 후에, 사법당국의 가해 관련 정보가 완전할 경우와 그렇지 않은 현실적 경우에 있어 미수에 대한 가벌성의 정당성 문제를 각각 살펴보았다. 이어 미수에 대한 형사적 제재의 효과와 기수범 처벌의 보완재로서의 미수에 대한 형사적 제재의 문제, 미수 가벌성의 요건으로서의 형법상 고의의 문제를 검토하였다. 덧붙여, 경제이론적 관점에서 미수범 처벌수준에 관해 소박한 이해를 도모해 보았다.

덧붙여, 범죄행위에 대한 처벌의 정당성 문제나 처벌의 강도에 관한 논의를 함에 있어서 형사범죄의 가해자뿐 아니라 피해자의 행위와 주의수준까지 검토 대상으로 삼아 논의를 이끌어보았다. 즉 형사범죄 피해자의 주의 유인에 관해 살펴보고, 피해자의 주의수준과 미수범죄와의 관계에 관해 검토하였다.

이러한 분석 결과 다음과 같은 몇 가지 시사점을 얻을 수 있다.

첫째, 기수범에 대한 형사적 제재만으로는 최적범죄 억제라는 사회적 목표를 달성할 수 없으며, 미수에 대한 형사적 제재수단을 보완적으로 사용함으로써, 이러한 목표의 달성이 가능할 수 있다는 점을 경제적 관점에서도 확인할 수 있다.

둘째, 기대손해수준이 미미하거나 비교적 낮은 경우에는 미수에 대한 처벌이 수반되지 않더라도 최적범죄 억제라는 형사정책의 목표를 달성할 수 있는 반면,

셋째, 기대손해수준이 매우 높은 여건에서는 가해행위에 대한 처벌과 더불어 미수행위에 대한 처벌이 수반되어야 최적범죄 억제의 목표를 달성할 수 있음을 알 수 있다.

넷째, 중지미수와 초기단계인 장애미수의 경우 많은 경우 기수범죄에 비해 가해행위에 따른 손해발생가능성이 상대적으로 낮으며, 따라서 만일 제재가 요구

되는 경우라면 기수범에 비해 낮은 수준의 형사적 제재가 과해져야 함을 알 수 있다.

덧붙여, 범죄행위 피해자의 주의 측면에서 미수범에 대한 문제를 검토하였다. 즉 ‘범죄의 총사회적비용 최소화’라는 정책목표 아래 어떤 경우가 피해자의 최적 주의 유인인지 살펴보고, 피해자의 주의수준과 미수 범죄와의 상관관계를 분석하였다. 이어 형사법 내지 형사정책이 이러한 잠재적 피해자의 주의를 이끌어내는 유인책이 됨을 살펴보았다.

이어서, 고의와 인과관계 그리고 책임능력 등 주요 형법의 구성요건에 관해 법경제학적 관점에서 살펴보았다.

우선 형법상 고의의 의의를 바탕으로 기존의 문헌을 참고하여 경제적 관점에서 해석하였다. 즉 객관적 고성요건의 실현에 대한 인식과 이를 실현하기 위한 의사로 정의되는 형법상 고의의 문제를 불법행위법상 사고와 비교하여 살펴보고, 범죄 억제적 관점과 무력화의 관점에서 경제적으로 검토하였다.

이어서, 주로 조건설과 상당인과관계설에 기초하여 형법상 인과관계의 문제를 경제이론적 관점에서 살펴보았다. 조건설이 따른 사실적 인과관계의 기준에 더하여 특정 행위로부터 특정 결과가 발생할 만하다고 보는 “상당한 원인”인 경우에만 형사법적 인과관계가 인정되는 학설 등에 관한 사항을 검토하였다. 덧붙여 이러한 상당성 인과관계 기준의 문제에 대한 비판이 제기되고 있으며 보다 구체적이면서도 명료한 인과관계의 판단 기준을 정립하려는 법이론적 노력이 있음을 기술하였다.

끝으로, 형법상의 책임능력에 관한 태도가 최적 범죄 억제적 관점에서뿐 아니라 범죄의 무력화 관점에서도 정당화될 수 있음을 경제학적 관점에서 직관적으로 통찰해 보았다.

이상의 법경제학적 검토는 형법상 주요 이념, 요건 및 원리 등에 대한 경제학적 토대 및 이론의 체계화를 위한 목적으로 수행되었다. 하지만, 여러 현실적인 제약상 미수의 문제를 제외한 고의, 인과관계, 책임능력에 관해서는 해당 이념과 요건, 원리 등에 대한 구체적인 검토를 하지 못하였다. 이 점은 향후 후속연구를 통해 보완되었으면 한다.

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

I
서
론

01 서론

1. 연구의 배경 및 목적

그동안 형법상의 고의와 인과관계 등 형법상의 구성요건과 미수의 문제는 법학 이외의 분야에서 중요하게 다루어지지 않았다. 사실 형법상의 미수, 고의 내지 범의, 인과관계, 책임능력 등의 용어는 그 자체가 형사법적 개념으로써, 최근 법경제학의 비약적인 발전에도 불구하고 경제학자들의 관심을 받지 못했다. 하지만, 다른 법적 분야와 마찬가지로 형사법에 대한 법경제학적 접근이 지속적으로 시도되고 있는 만큼, 이러한 형법상 구성요건들에 대한 경제적 의의 내지 해석의 중요성이 매우 높아질 것으로 예상된다.

어떤 행위를 형사상의 범죄로 규정하기 위한 우선적인 요건중의 하나는 행위자의 고의 내지 범의(criminal intent), 즉 상대방에게 해를 가하려는 의도(intention to harm)가 있었는지 여부이다. 또한 형법상 범죄행위에 따른 손해 발생에 있어서, 가해행위와 손해 사이의 인과관계가 있는지, 그리고 가해자의 침해행위에 법적 책임의 범위가 어디까지인지, 즉 인과관계의 개념 역시 형사상 범죄 구성의 핵심 내용이다. 덧붙여, 형법상 범죄 행위자에 대한 형사적 제재는 행위의 불법을 통찰하거나 행위를 조정할 수 있는 이른바 책임능력의 유무도 중요한 형법상의 개념이다.

형법상의 미수에 대한 가벌성 문제는 형법상 범죄의 구성요건의 하나로 매우

중요한 부분이다. 즉 미수범에 대한 형사적 제재는 사회적으로 바람직하지 못한 행위에 대한 제재를 통해 범죄 억제 효과를 가져 올 뿐 아니라, 범죄자의 잠재적 범죄의사를 무력화하는 효과를 초래하게 되는 것이다. 이러한 미수의 개념은 형법의 구성요건의 범주 내에서 상술한 고의, 인과관계 및 책임능력의 문제와 밀접한 관계가 있다. 또한 고의와 인과관계는 형법의 구성요건에서 하나의 범주로 볼 수 있다. 즉 고의 및 과실의 문제는 주관적 인식의 문제이며, 인과관계의 문제는 객관적 인식의 문제인 것이다.

본 연구에서는, 이러한 형법상의 미수, 고의, 인과관계, 책임능력의 문제를 법이론적 배경과 더불어 경제학적 관점에서 고찰하고자 한다. 편의상 형법상 미수의 가벌성 문제를 우선적으로 검토해 본 다음, 형법상 고의와 인과관계 및 책임능력의 문제에 관해 순서대로 살펴보겠다.

2. 연구의 방법 및 범위

본 연구에서는 형사법상 구성요건들 중 고의와 인과관계, 그리고 형법상 미수의 가벌성에 대해 법과 경제적 접근을 하고자 한다. 지금까지 이러한 구성요건들에 대한 경제 이론적 관점에서 분석은 수적으로나 질적으로 매우 제한적이다. 따라서 본 연구에서는 부득이하게 기존의 연구와 문헌의 내용 파악을 바탕으로, 관련된 논점들에 대한 독자적인 검토를 시도하고자 한다.

즉 미수의 경우는 미수에 대한 처벌과 미수범 처벌수준의 당위성 문제를 중심으로 살펴보고 이것들이 형사정책에 주는 시사점을 제시하는데 연구의 초점과 범위를 설정한다. 고의, 인과관계, 책임능력의 경우 구체적인 경제 분석은 지양하되 해당 형사적 개념과 의의에 대한 경제적 해석 위주로 살펴본다.

II

형법상 미수의 가벌성에 대한 경제적 접근

형법상 미수의 가벌성에 대한 경제적 접근

1. 미수에 대한 형사적 제재의 정당성

가. 형법상 미수의 의의

형법상 범죄가 실현되기 위해서는 대개 범죄의 결심이 선행되어야 하고, 그러한 범죄의사의 표시가 있어야 하며, 이를 예비하고 음모하는 단계를 거쳐 실행에 착수하게 되는데 실행이 이루어지지 못할 경우 이를 미수라 하고, 실행이 이루어질 경우 기수가 된다. 이러한 일련의 과정이 완결되었을 때 비로소 범행이 종료되게 되는 것이다. 예비는 범죄의사의 실현을 위한 준비단계이고 음모는 2인 이상이 특정한 범죄를 실현하기 위하여 상호 의사를 교환하고 합의를 하는 것이다. 물론 이와 같은 예비와 음모는 구성요건적 행위 정형의 불확실성 때문에 원칙적으로 처벌하지 아니하고, 법률에 특별히 규정되어 있는 경우에만 처벌한다.(형법 제28조) 미수도 원칙적으로 처벌되지 않지만 법률의 규정이 있는 경우에 한하여 처벌된다는 점에서 예비 및 음모와 같은 처벌 구조를 갖지만, 이미 실행에 착수하였다는 점에서 예비나 음모의 경우와 다르다. 또한 특정한 범죄의 결과를 미실했다는 점에서 기수와도 다르다.

형법상 협의의 미수는 행위자의 의사에 반하여 범죄를 완성하지 못하는 장애 미수를 의미한다(형법 제25조 제1항). 그런데 우리 형법은 제27조에서 불능미수의 개념을 인정하고 있다. 형법상의 장애미수는 다시 법 제25조의 협의의 장애 미수와 법 제27조의 불능미수로 구별된다. 결국 형법상의 미수에는 장애미수, 불능미수 및 중지미수의 세 가지 구분된다.

미수범의 처벌은 미수의 종류에 따라 다르다. 즉 기수범의 제재에 비해서 장애미수의 형은 임의적 감경(법 제25조)이나 불능미수의 형은 임의적 감경·면제(법 제27조)이며, 중지미수의 형은 필요적 감경·면제(법 제26조)로 되어 있다.

이러한 미수범의 처벌 근거에 대해서는 크게 객관설과 주관설 등 두 가지 학설의 대립이 있다. 객관설은 미수의 처벌근거가 행위자의 의사가 아니라, 구성요건적 결과실현에 근접한 위험성, 즉 결과불법의 발생에 대한 높은 개연성에 있다는 견해이다. 객관설을 따를 경우 기수는 미수와 법적 취급을 달리하게 되고 불능미수는 처벌하지 않게 되는 결론이 된다. 반면 주관설은 행위에 드러난 법적 대적 의사가 미수의 처벌근거가 된다는 견해이다. 주관설에 의할 경우 미수와 기수를 동일하게 처벌해야 하며, 불능미수의 경우도 처벌되며, 미수의 진단 계인 예비·음모까지도 그 가벌성이 인정된다. 그러나 학계의 통설적인 견해는 객관설과 주관설을 절충하여, 미수범의 처벌 근거를 범죄의사에 두면서도(주관설의 요소), 그 가벌성을 행위자의 법적대적 의사의 실행이 법질서의 효력과 법적 안정성을 침해한다는 인상을 일반인에게 주었을 때 인정하는(객관설의 요소) 견해를 취하고 있다.

나. 유형별 미수의 법경제학적 의의

상술하였듯이 형법상의 미수는 중지미수와 불능미수 및 장애미수의 세 가지로 구분된다. 행위자의 의사에 반하여 범죄를 완성하지 못한 경우는 장애미수이며, 범죄의 실행에 착수한 자가 그 범죄가 완성되기 전에 스스로 이를 중지하거나 결과의 발생을 방지한 경우는 중지미수이다. 불능미수란 행위의 성질상 의도한 결과의 발생이 불가능한 경우를 의미한다.

이러한 각각의 미수범에 대한 형사적 제재수단에 관해 범경제학적 관점에서 그 의의를 살펴본다.

(1) 장애미수

제25조(미수범)

- ① 범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때에는 미수범으로 처벌한다.
- ② 미수범의 형은 기수범보다 감경할 수 있다.

비록 고의를 가지고 범행을 착수하였으나 행위자의 의사에 반하여 범죄를 실현하지 못한 경우를 장애미수(interrupted attempts)라고 한다. 예컨대 타인을 살해할 의도로 흉기를 이용해 상대방에게 달려들었으나 저항이 심해서 찌르지 못하고 도망친 경우나, 칼로 찔렀지만 피해자가 병원에 후송되어 깨어나 상해만 입은 경우이다. 또한, 일당이 마약을 제조하다가 제조상의 어려움이나 제품의 판로문제, 및 범행 탄로시의 처벌의 두려움 등으로 중지하였다고 하더라도, 그 과정에서 범행이 발각되어 체포됨으로써 그만두게 된 경우도 장애에 의한 미수로 볼 수 있다. 장애미수는 결과발생은 가능하지만 자의에 의한 중지가 아니라는 점에서 중지미수와 구별된다. 또한 결과발생이 처음부터 불가능한 것이 아니었다는 점에서 장애미수와 구별된다.

범죄 억제를 위한 장애미수에 대한 형사적 제재의 효율성 문제는 기수의 경우와 구분해봄으로써 보다 명확히 이해할 수 있다. 장애미수의 경우는 해당 행위가 타인 혹은 사회에 얼마만한 손해를 가져올 것인지에 대한 증거가 약하므로 그에 대한 처벌은 기수에 비해 낮을 수 있다.

현실에서 장애미수에 대한 처벌은 ‘임의적 감경’(형법 제25조)에 해당함으로써 기수범의 제재에 비해 낮으며, 위에서 살펴보았듯이 이는 범죄 억제뿐 아니라 ‘무력화(incapacitation)’의 관점에서도 경제적 의의가 있다. 그런데, 이러한 논의의 중요성은 범죄기도의 성격과 장애받은 시점에 직접적으로 의존할 것이다. 실행의 착수가 거의 완성단계로서 성공가능성이 매우 높을 경우 예컨대, 범행대상

자의 음료수에 치사량의 독약을 이미 탄 경우는 형을 감경할 사유가 미약할 것이다.¹⁾

이러한 관점에서, 피해자를 살해하라면서 상피고인에게 치사량의 농약이 든 병을 주고, 또 피해자 소유의 승용차의 브레이크호스를 잘라 제동기능을 상실시켜 피해자가 차를 운전하다가 인도에 부딪치게 한 각 행위가 각 살인미수죄를 구성하는지 여부에 대하여 우리 대법원이 “피고인이 원심 상피고인에게 피해자를 살해하라고 하면서 준 원비-디 병에 성인 남자를 죽게 하기에 족한 용량의 농약이 들어 있었고, 또 피고인이 피해자 소유 승용차의 브레이크호스를 잘라 브레이크액을 유출시켜 주된 제동기능을 완전히 상실시킴으로써 그 때문에 피해자가 그 자동차를 몰고 가다가 반대차선의 자동차와의 충돌을 피하기 위하여 브레이크 페달을 밟았으나 전혀 제동이 되지 아니하여 사이드브레이크를 잡아 당김과 동시에 인도에 부딪치게 함으로써 겨우 위기를 모면하였다면 피고인의 위행위는 어느 것이나 사망의 결과발생에 대한 위험성을 배제할 수 없다 할 것이므로 각 살인미수죄를 구성한다.”고 하여 형법 제27조의 불능미수를 인정한 것²⁾은 문제가 있다. 왜냐하면 이 경우는 실행의 착수가 거의 완성단계로서 성공가능성이 매우 높을 경우, 다시 말해 사망의 결과발생이 가능한 경우이기 때문에 형법 제25조의 장애미수로 처벌하는 것이 타당하다.³⁾

반면에, 독약을 약국에서 구입하려는 단계에서 적발되었다면 그 독약이 얼마나 위험한 방식으로 사용되었을 지가 불분명하고 따라서 형은 기수에 비해 상당수준 감경될 수 있을 것이며 경우에 따라서는 실행의 착수조차 성립하지 않을 수도 있을 것이다.⁴⁾

대법원도 병역법 제86조에 관한 사건에서 “입영대상자가 병역면제처분을 받을 목적으로 병원으로부터 허위의 병사용진단서를 발급받았다고 하더라도 이러한 행위만으로는 사위행위의 실행에 착수하였다고 볼 수 없다.”고 판시한바 있다.⁵⁾

1) Shavell, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Massachusetts; The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, p.558.

2) 대법원 1990.7.24. 선고 90도1149 판결

3) 같은 견해로는 백완기, 불능미수와 위험성, 형사판례연구[5], 박영사, 127쪽 이하 참조

4) 신도철, 범죄와 형벌의 경제적 분석: 개관, 『법경제학연구』 제2권 제1호, 2006, p.34.

왜냐하면 병역법 제86조에 정한 ‘사위행위’라 함은 병역의무를 감면 받을 조건에 해당하지 않거나 그러한 신체적 상태가 아님에도 불구하고 병무행정당국을 기망하여 병역의무를 감면 받으려고 시도하는 행위를 가리키는 것이므로, 다른 행위태양인 도망·잠적 또는 신체손상에 상응할 정도로 병역의무의 이행을 면탈하고 병무행정의 적정성을 침해할 직접적인 위험이 있는 단계에 이르렀을 때에 비로소 사위행위의 실행을 한 것이라고 보아야 하기 때문이다.

또한 통화위조에 관한 사례에서 피고인이 행사할 목적으로 미리 준비한 물건들과 읍셋트 인쇄기를 사용하여, 한국은행권 100원권을 사진찍어 그 필립원판 7매와 이를 확대하여 현상한 인화지 7매를 만들었음에 그친 경우에는, 아직 통화위조의 착수에는 이르지 아니하였고, 그 예비단계에 불과하다고 판단하면서 미수범 처벌을 하지 않은 경우도 마찬가지로 맥락이라고 할 수 있다.⁶⁾

-
- 5) 대법원 2005.9.28. 선고 2005도3065 판결 원심은, 이 사건 공소사실 중 피고인이 2004. 6.경 공소외 1의 전화번호를 이른바 병역면제 브로커인 공소의 2에게 알려주어 서로 연락할 수 있게 하여 주고 공소외 1로 하여금 병역의무를 기피하거나 감면받을 목적으로, 2004. 7. 29.경 대구 (상세주소생략) 소재 (병원이름생략)과 대구 (상세주소생략) 소재 (병원이름생략)에서 위 병원 의사에게 “몸이 피곤하고 손발이 붓고 뒷골이 빠근하고 소변이 탁하다.”고 거짓말하면서 공소의 2로부터 견네받은 알부민과 피고인의 손가락에서 뽑은 혈액을 혼합한 소변을 마치 정상적으로 채뇨한 것처럼 제출하여 신장에 이상이 있다는 내용의 진단을 받는 등 사위행위를 하게 함으로써 그 범행을 용이하게 하여 이를 방조하였다는 부분에 관하여 다음과 같은 이유로 무죄라고 판단하였다. 즉, 병역법 제86조에 의하여 처벌되는 사위행위의 실행에 착수하였다고 평가하기 위해서는 다른 행위태양인 도망, 잠적, 신체손상에 상응할 정도로 병역의무의 이행을 잠탈하고 병무행정의 적정성을 침해할 직접적인 위험이 있는 행위단계에까지 이르렀을 것을 요한다고 해석함이 상당하다. 한편, 병역법 시행령 등 관련 규정에 의하면 현역병 입영대상자가 허위의 질환을 이유로 병역을 면제받고자 하는 경우 별도로 지방병무청장의 병역처분변경절차가 필수적인데 지정병원에서 발급한 병사용진단서는 병역처분변경사유를 소명하기 위한 하나의 참고자료에 불과하다고 할 것이므로 적어도 사위의 방법으로 발급 받은 허위 병사용진단서를 첨부한 병역처분변경원서를 지방병무청장에게 제출하는 등 직접적으로 병무행정당국에 대하여 사위행위를 하였을 때에 비로소 병역의무의 이행을 잠탈하고 병무행정의 적정성을 침해할 직접적인 위험이 발생한다고 할 것이다. 그런데 기록에 의하면, 공소외 1는 위 (의원명칭생략)에서 이 부분 공소사실 기재와 같은 방법으로 소변검사를 한 결과 신장에 이상이 있다는 소견서를 받아 이를 위 (병원명칭생략)에 제출한 후 위 병원에서 역시 같은 방법으로 신장에 이상이 있다는 진단을 받고 신장질환에 대한 치료를 받던 중에 수사기관에 검거된 것에 불과한바, 그렇다면 정범인 공소외 1가 병역법 제86조가 규정하고 있는 ‘병역을 기피하거나 감면받을 목적의 사위행위’의 실행에 착수하였다고 할 수 없고, 따라서 정범이 실행의 착수에 이르지 못한 이상 피고인이 공소외 1의 사위행위를 방조하였다는 이 부분 공소사실은 범죄가 되지 아니하는 경우에 해당한다.

이와 같은 판례의 입장을 직관적으로 이해한다면 적어도 형법 제25조에 따른 감경이 범죄 억제에 확실한 유인이 된다는 점을 알 수 있다.(이 문제는 다음 절에서 구체적 사례를 들어 경제 이론적으로 분석한다).

(2) 중지미수

제26조(중지범) 범인이 자의로 실행에 착수한 행위를 중지하거나 그 행위로 인한 결과의 발생을 방지한 때에는 형을 감경 또는 면제한다

타인을 살해하기 위해 총을 쏘려고 겨누었다가 마음이 변해서 그만 둔 경우 즉 스스로 범행을 중지한 경우이거나, 타인을 살해하기 위해 물에 빠뜨렸다가 변심하여 다시 구해낸 경우와 같이 결과의 발생을 방지한 경우는 중지미수(abandoned attempts)에 해당한다. 즉 범죄의 실행에 착수한 자가 그 범죄가 기수에 이르기 전에 자의로 범죄를 중지하거나 범행으로 인한 결과를 방지한 경우가 중지미수인 것이다. 다만 우리 법원은 자의성의 의미를 지나치게 좁게 해석하여 실질적으로 중지미수를 인정하는 범위를 좁히고 있다.⁷⁾ 방화 후 불길에 치솟는 것을 보고 겁이 나서 불을 끈 경우를 중지미수에 해당하는 것으로 볼 수 있는지 여부에 대하여 법원은 “피고인이 장롱 안에 있는 옷가지에 불을 놓아 건물을 소훼하려 하였으나 불길에 치솟는 것을 보고 겁이 나서 물을 부어 불을 끈 것이라면, 위와 같은 경우 치솟는 불길에 놀라거나 자신의 신체안전에 대한 위해 또는 범행 발각시의 처벌 등에 두려움을 느끼는 것은 일반 사회통념상 범죄를 완수함에 장애가 되는 사정에 해당한다고 보아야 할 것이므로, 이를 자의에 의한 중지미수라고는 볼 수 없다.”고 하는 것이다.⁸⁾

6) 대법원 1966.12.6. 선고 66도1317 판결

7) 법원이 자의성을 좁게 인정하는 것이 소송경제를 고려하고 동시에 사법 권력적인 측면이 있음을 분석하는 이상돈, 형법총론, 법문사, 2010, 507쪽 참조

8) 대법원 1997.6.13. 선고 97도957 판결 “범죄의 실행행위에 착수하고 그 범죄가 완수되기 전에 자기의 자유로운 의사에 따라 범죄의 실행행위를 중지한 경우에 그 중지가 일반 사회통념상 범죄를 완수함에 장애가 되는 사정에 의한 것이 아니라면 이를 중지미수에 해당한다고 할 것이지만(당원 1985. 11. 12. 선고 85도2002 판결, 1993. 10. 12. 선고 93도1851 판결 등 참조), 원심이 유지한

중지미수의 경우 기수 또는 앞서 살펴본 장애미수와는 달리 형사적 제재수준의 감경 내지 면제하도록 강제함으로써 형법 제26조에 의해 그러한 범행의 실행 중지 또는 결과발생의 방지라는 사회적으로 바람직한 방향으로의 결과를 유도하고 있다. 우리 학설도 중지미수의 법적 성격에 관하여 다양한 논리를 전개하고 있다. 다만 범죄의 행위자가 자의로 중지함으로써 법적대적 의사를 포기하고 법의 세계로 돌아오면 행위불법이 소멸하고 일반인의 법적 안정감 및 법질서에 대한 신뢰가 회복된다는 점에서 이에 대한 행위자의 공적을 보상해야 한다는 측면에서 형을 감경 및 면제한다는 견해가 설득력이 있어 보인다. 그와 관련된 대표적인 경우로는 피해자의 사무실 금품을 절취하기로 공모하여 공범이 사무실의 열려진 출입문을 통하여 안으로 들어가 물건을 물색하고 있는 동안 피고인은 자신의 범행전력등을 생각하여 가책을 느낀 나머지 스스로 결의를 바꾸어 피해자에게 공범의 침입사실을 알려 그와 함께 공범을 체포하여서 그 범행을 중지하여 결과발생을 방지한 경우, 자의성을 인정하여 중지미수를 인정한 사례일 것이다.⁹⁾

결과발생의 방지라는 측면에서, 그러나 진지한 노력에도 불구하고 결과를 방지하는데 성공하지 못하였다면, 이는 범죄가 기수에 이른 것이기 때문에 중지미수를 인정할 수 없다. 예컨대, 대마관리법 제19조 제1항 제2호, 제4조 제3호 위반죄는 대마를 매매함으로써 성립하는 것이기 때문에, 행위자가 대마 2상자를 사가지고 돌아오다 이 장사를 다시 하게 되면 내 인생을 망치게 된다는 생각이 들어 이를 불태웠다고 하더라도 이는 양형에 참작되는 사유는 될 수 있을지언정 이미 성립한 죄에는 아무 소장이 없어 이를 중지미수에 해당된다 할 수 없다.¹⁰⁾ 또한 타인의 재물을 공유하는 자가 공유자의 승낙을 받지 않고 공유대지를 담보에 제공하고 가등기를 경료한 경우라면, 가등기를 경료한 때 이미 불법영득의사

제1심판결이 적법하게 확정된 바와 같이, 피고인이 장롱 안에 있는 옷가지에 불을 놓아 건물을 소훼하려 하였으나 불길기 치솟는 것을 보고 겁이 나서 물을 부어 불을 끈 것이라면, 위와 같은 경우 치솟는 불길에 놀라거나 자신의 신체안전에 대한 위해 또는 범행 발각시의 처벌 등에 두려움을 느끼는 것은 일반 사회통념상 범죄를 완수함에 장애가 되는 사정에 해당한다고 보아야 할 것이므로, 이를 자의에 의한 중지미수라고는 볼 수 없다.”

9) 대법원 1986.3.11. 선고 85도2831 판결

10) 대법원 1983.12.27. 선고 83도2629, 83감도446 판결

를 인정할 수 있으므로 횡령행위는 기수에 이르고, 그후 가등기를 말소했다고 하여 중지미수에 해당하는 것은 아니다.¹¹⁾

한편, 중지미수의 경우 형사적 제재를 면제하게 되면 관련된 범행이 반복되거나 심각한 가해행위가 촉발될 가능성을 배제할 수 없을 것이다. (이 문제 역시 다음 절에서 재론한다).

(3) 불능미수

제27조(불능범) 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다.

‘수면제 4알 이상의 과다복용은 치명적’이라는 잘못된 지식을 갖고 타인에게 5알의 수면제를 강제로 먹인 경우나, 불법인출을 위해 잔고가 전혀 없는 타인의 금융계좌를 해킹한 경우와 같이, 행위의 성질상 의도한 결과의 발생이 불가능한 경우는 불능미수(impossible attempts)에 해당한다. 결과발생의 가능성이라는 객관적 요소에 대한 착오라는 점에서 ‘반전된 구성요건적 착오’라고 평가할 수 있다. 불능미수는 행위자가 범죄의사로 실행을 착수하였으나 처음부터 결과 발생이 불가능한 경우이지만, 그 행위의 위험성으로 인해 미수범으로 처벌하는 것이다. 따라서 불능미수에 대한 형사적 제재는 장애미수의 임의적 감경, 중지미수의 필요적 감면과는 달리 임의적 감면을 적용하게 된다. 두 가지 형태의 예를 들어서 불능미수의 처벌문제에 관해 경제학적인 관점에서 생각해 본다.

첫째, 미워하는 사람을 죽일 의도를 가지고 그 사람의 주술인형(voodoo doll)

11) 대법원 1978.11.28. 선고 78도2175 판결 “가. 타인의 재물을 공유하는 자가 공유자의 승낙을 받지 않고 공유대지를 담보에 제공하고 가등기를 경료한 경우 횡령행위는 기수에 이르고 그후 가등기를 말소했다고 하여 중지미수에 해당하는 것이 아니며 가등기말소 후에 다시 새로운 영득의사의 실현행위가 있을 때에는 그 두개의 횡령행위는 경합범 관계에 있다. 나. 횡령되는 상태범이므로 횡령행위의 완료후에 행하여진 횡령물의 처분행위는 그것이 그 횡령행위에 의하여 평가되어 버린 것으로 볼 수 있는 범위 내의 것이라면 새로운 법의 침해를 수반하지 않은 이른바 불기벌적사후행위로서 별개의 범죄를 구성하지 않는다.”

을 바늘로 찌르는 행위를 생각해보자.¹²⁾ 이 사람은 상대방을 죽일 의도를 갖고 있으면서, 자신의 행위가 그러한 의도의 완성을 가져다 줄 것으로 믿고 있다는 점에서 일반적인 형법상 미수의 정의에서 벗어나지 않는다. 다만, 객관적인 시각에서 본다면 그러한 행위가 타인을 살해할 가능성이 거의 희박하므로, 다시 말해 결과의 발생이 개념적으로 불가능한 ‘절대적 불능’에 해당하므로, 해당 행위를 억제하거나 행위자를 무력화할 필요가 없다고 볼 수 있다. 따라서 이 경우에는 형사적 제재를 가할 필요가 없다.¹³⁾ 또한 형법은 장애미수와 불능미수를 구별하여 처벌하고 있으므로 만약 피고인이 피해자를 독살하려 하였으나 동인이 포함으로써 그 목적을 이루지 못한 경우에는 피고인이 사용한 독의 양이 치사량 미달이어서 결과발생이 불가능한 경우도 있을 것이므로 원심은 독약의 치사량을 좀 더 심리하여 피고인의 행위가 위 미수 중 어느 경우에 해당하는지 가려야 한다.¹⁴⁾

12) 불능미수의 특징과 의의를 설명할 때 흔히 소개되는 사례 중의 하나이다.

13) 이러한 논의는 주술인형을 바늘로 찌르는 행위의 원래 의도를 완성하지 못한 행위자가 해당 행위 이외의 다른 수단, 예컨대 흉기로 상대방을 살해하려는 행위를 채택할 가능성이 없다는 것을 전제한 것이다. 만일 다른 유효한 수단을 택할 가능성이 있는 경우라면 행위자의 ‘불능미수’ 행위에 대해서도 제재를 가할 필요가 있다. Shavell, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Massachusetts; The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, p.559.

14) 대법원 1984.2.14. 선고 83도2967 판결. “원심이 인용한 제 1심판결 이유에 의하면 제 1심은 그 채택한 증거를 종합하여 피고인이 남편인 공소외인을 살해할 것을 결의하고 배추국 그릇에 농약인 종자소독약 유제3호 8밀리리터 가량을 탄 다음 위 공소외인에게 먹게하여 동인을 살해하고자 하였으나 이를 먹던 위 피해자가 국물을 포함으로써 그 목적을 이루지 못하고 미수에 그친 사실을 인정하고 피고인에 대하여 형법 제254조, 제250조 제1항, 제25조, 제55조 등을 적용하여 처단하고 있다. 그러나 원심이 채택한 사법경찰관 사무취급작성의 신원화에 대한 진술조서의 기재에 의하면, 위 농약유제 3호는 동물에 대한 경구치사량에 있어서 엘디 (LD) 50이 키로그램당 1.590밀리그램 이라고 되어 있어서 피고인이 사용한 위의 양은 그 치사량에 현저히 미달한 것으로 보이고, 한편 형법은 범죄의 실행에 착수하여 결과가 발생하지 아니한 경우의 미수와 실행수단의 착오로 인하여 결과발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 경우의 미수와는 구별하여 처벌하고 있으므로 원심에서는 이 사건 종자소독약 유 제3호의 치사량을 좀더 심리한 다음 피고인의 소위가 위의 어느 경우에 해당하는지를 가렸어야 할 것임에도 불구하고 원심이 이를 심리하지 아니한 채 그 판시와 같은 사유만으로 피고인에게 형법 제254조, 제250조 제1항, 제25조의 살인미수의 죄책을 인정하였음은 장애미수와 불능미수에 관한 법리를 오해하였거나 심리를 다하지 아니함으로써 판결에 영향을 미친 위법을 범하였다고 할 것이고...”

둘째, 어떤 사람이 상대방을 살해할 의도를 가지고 총을 쏘았으나, 알고 보니 총을 맞은 대상은 상대방의 모습과 흡사한 마네킹이었다고 하자. 제3자의 시각에서 그러한 행위를 본다면, 일반적으로 사람에 대한 총격행위는 사회적 중범죄에 해당하므로 비록 행위자의 착각이 수반되었더라도 사회적 위험성을 초래한다. 그러므로 권총에 탄자를 충전하여 발사하였으나 탄자가 불량하여 불발된 경우에도 이러한 총탄을 충전하여 발사하는 행위는 결과발생을 초래할 위험이 내포되어 있었다고 할 것이므로 불능범이라고는 할 수 없는 것이다.¹⁵⁾

특히 ‘위험성’이라는 개념은 불가벌적인 불능미수와 가벌적인 불능미수를 구별하는 핵심적인 표지이다. 우리 대법원은 위험성을 구성요건적 결과의 실현가능성을 의미하는 것으로 이해한다. 관련된 사건의 판례를 통해 이 문제를 생각해 보자.

임대인과 임대차계약을 체결한 임차인이 임차건물에 거주하기는 하였으나 그의 처만이 전입신고를 마친 후에 경매절차에서 배당을 받기 위하여 임대차계약서상의 임차인 명의를 처로 변경하여 경매법원에 배당요구를 한 경우, “실제의 임차인이 전세계약서상의 임차인 명의를 처의 명의로 변경하지 아니하였다 하더라도 소액임대차보증금에 대한 우선변제권 행사로서 배당금을 수령할 권리가 있다 할 것이어서, 경매법원이 실제의 임차인을 처로 오인하여 배당결정을 하였더라도 이로써 재물의 편취라는 결과의 발생은 불가능하다 할 것이고, 이러한 임차인의 행위를 객관적으로 결과발생의 가능성이 있는 행위라고 볼 수도 없으므로 형사소송법 제325조에 의하여 무죄를 선고하여야 한다.”고 함으로서 사기의 불능범으로 판시한 바 있다.¹⁶⁾

물론 불능미수의 개념표지인 위험성 개념에 대하여 판례의 입장은 미묘한 차이를 보인다. 예를 들어 “불능범은 범죄행위의 성질상 결과발생의 위험이 절대로 불능한 경우를 말하는 것인바 향정신성의약품인 메스암페타민 속칭 “히로뽕” 제조를 위해 그 원료인 염산에 페트린 및 수종의 약품을 교반하여 “히로뽕” 제

15) 대법원 1954.1.30. 선고 4286형상103 판결

16) 대법원 2002.2.8. 선고 2001도6669 판결

조를 시도하였으나 그 약품배합미숙으로 그 완제품을 제조하지 못하였다면 위 소위는 그 성질상 결과발생의 위험성이 있다”고 판단한 것¹⁷⁾은 결과발생의 개념적으로 가능한가에 따라 언제나 불가능한 절대적 불능(불능범)과 일반적으로 가능하지만 구체적인 경우에는 불가능한 상대적 불능(불능미수)으로 구별하는 입장(이른바 객관설)을 따른 것으로 보인다.

한편 “불능범의 판단기준으로서 위험성 판단은 피고인이 행위 당시에 인식한 사정을 놓고 이것이 객관적으로 일반인의 판단으로 보아 결과발생의 가능성이 있느냐를 따져야 하므로 히로뽕제조를 위하여 에페트린에 빙초산을 혼합한 행위가 불능범이 아니라고 인정하려면 위와같은 사정을 놓고 객관적으로 제약방법을 이는 과학적 일반인의 판단으로 보아 결과발생의 가능성이 있어야 한다.”고 함으로써,¹⁸⁾ 행위시에 행위자가 인식한 사실을 기초로 행위자가 생각한대로의 사정이 존재하였다면 일반인의 판단에서 추상적으로 결과발생의 위험성이 있을 때 불능미수를 인정하는 견해(이른바 추상적 위험설)를 취하기도 한다.

어느 경우가 되었던 일단 위험성이라는 표지는 구체적인 특수한 경우에만 불가능한 ‘상대적 불능’에 해당하므로, 이에 대하여 형사적 제재를 가함으로써 효

17) 대법원 1985.3.26. 선고 85도206 판결 “불능범은 범죄행위의 성질상 결과발생의 위험이 절대로 불능한 경우를 말하는 것으로서 원심인정과 같이 피고인이 다른사람과 향정신성의약품인 메스암페타민 속칭 “히로뽕” 제조를 공모하고 그 제조원료인 염산에 페트린및수종의 약품을 교반하여 “히로뽕” 제조를 시도하였으나 그 약품배합 미숙으로 그 완제품을 제조하지 못하여 미수에 그쳤다는 것이라면, 피고인의 위 소위는 그 성질상 결과발생의 위험성이 있다고 할 것이므로 이를 습관성의 약품제조미수범으로 처단한 원심의 조치는 옳고.(이하 생략).”

18) 대법원 1978.3.28. 선고 77도4049 판결 특히 주목할 부분은 다음과 같다. “원판결은 피고인이 생성시켰다고 인정한 염산메칠에페트린이 화학작용을 일으키면 메칠기를 뺄 수 있고그렇게 되면 염산에페트린이 될 수 있어 히로뽕의 제조원료가 되니 위험성이 있어 불능범이 아니라는 판단을 하였는데 위험성이 인정되면불능범이 될 수 없다는 판단은 옳으나 아래와 같은 위법이 있다. 즉 원심이 끌어 쓴 증거에 의하여서는 염산메칠에페트린에서 염산기를 빼낼수 있음이 인정될 수 없다고 인정될 수 있어 원심인정에는 심리미진 아니면증거를 잘못 해석한 위법이 있음을 숨길 수 없고 본건 피고인의 행위의 위험성을 판단하려면 피고인이 행위당시에 인식한 사정 즉 원심이 인정한 대로라면 에페트린에 빙초산을 혼합하여 80-90도의 가열하는 그 사정을 놓고 이것이객관적으로 제약방법을 이는 일반인(과학적 일반인)의 판단으로 보아 결과발생의 가능성이 있느냐를 따져야 할 것이어늘 이점 심리절차 없이 다시 말해서 어째서 위험성이 있다고 하는지 그 이유를 밝힌바 없어 위험성이 있다고 판단한 조치에는 이유불비의 위법 아니면 불능범 내지는 위험성의 범리를 오해한 잘못이 있다.”

과적인 범죄 억제 및 범죄의도의 무력화라는 형사정책 목표의 달성을 기대할 수 있을 것이다.

다. 법경제적 분석을 위한 직관적 접근

상술하였듯이 형법에서는 미수의 경우도 형사적 제재를 가할 수 있도록 하고 있다. 즉 우리 형법 제25조에서는 범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 의도한 결과가 발생하지 아니한 때에는 미수범으로 처벌할 수 있으며(동조 제1항), 미수범의 경우 기수범에 비해 처벌수준을 낮출 수 있다(제2항). 예컨대 피고인이 격분하여 피해자를 살해할 것을 마음먹고 밖으로 나가 낫을 들고 피해자에게 다가서려고 하였으나 제3자가 이를 제지하여 그 틈을 타서 피해자가 도망함으로써 살인의 목적을 이루지 못한 경우,¹⁹⁾ 피고인이 간음할 목적으로 새벽 4시에 여자 혼자 있는 방문 앞에 가서 피해자가 방문을 열어 주지 않으면 부수고 들어갈 듯한 기세로 방문을 두드리고 피해자가 위협을 느끼고 창문에 걸터 앉아 가까이 오면 뛰어 내리겠다고 하는데도 베란다를 통하여 창문으로 침입하려고 한 경우²⁰⁾ 또는 법원을 기망하여 자기에게 유리한 판결을 얻고 이에 터잡아 상대방으로부터 재물의 교부를 받거나 재산상 이익을 취득하려는 이른바 소송사기에서 소송에서 주장하는 권리가 존재하지 않는 사실을 알고 있으면서도 법원을 기망한다는 인식을 가지고 소를 제기하면,²¹⁾ 형법 제25조 제1항에 의해 미수범으로 처벌받을 가능성이 있다.

미수범에 대한 형사적 제재는 사회적으로 바람직하지 못한(잠재적) 행위에 대한 제재의 확률을 높임으로써 범죄를 억제하는 효과를 가져온다. 뿐만 아니라,

19) 대법원 1986.2.25. 선고 85도2773 판결 이 경우 피고인이 낫을 들고 피해자에게 접근함으로써 살인의 실행행위에 착수하였다고 할 것이므로 이는 살인미수에 해당한다.

20) 대법원 1991.4.9. 선고 91도288 판결 강간의 수단으로서의 폭행에 착수하였다고 할 수 있으므로 강간의 착수가 있었다고 할 것이다.

21) 대법원 1993.9.14. 선고 93도915 판결 이로써 실행의 착수가 있었다고 할 것이고, 피해자에 대한 직접적인 기망이 있어야 하는 것은 아니다.

행위자의 향후 범행가능성의 위험에 관한 정보를 얻을 수 있다는 관점에서 볼 때 범죄자의 잠재적 범의를 무력화하는 효과도 얻을 수 있다. 이는 상술한 형법 제25조의 제1항을 정당화하는 내용이다. 이하에서는 미수범에 대한 형사적 제재의 이 두 가지 효과에 관해 간단한 모델을 설정해 직관적으로 살펴본다.

어떤 아마추어 해커 A씨가 K은행 우량고객인 B씨의 개인정보를 온라인상에서 획득하여, B씨의 계좌로부터 돈을 인출하기 위해 해킹을 시도하다가 거의 완성 단계에서 경찰청 사이버수사대에 덜미를 잡혔다고 하자. 이 경우 비록 의도한 결과가 발생하지 않았더라도 형법 제25조 제1항에 의거 미수범으로 처벌할 수 있으며, 이러한 제재는 범죄를 억제하는 효과를 가져오며, 미수범으로서의 체포·처벌확률이 높으면 높을수록 범죄 억제효과는 더 커질 것이다. 예컨대, A씨가 해킹을 통한 사이버 금융범죄를 준비하는데 시간이 많이 걸리는 경우나 목적 달성의 성공확률이 낮은 경우 체포될 가능성이 높게 된다. 이 경우 A씨가 체포될 가능성이 높아지는 추가적인 비용을 부담해야만 한다. 따라서 미수범에 대한 형사적 제재의 범죄 억제효과가 더 높아진다.

미수에 대한 형사적 제재의 두 번째 편익은 범의의 무력화 효과이다. 즉, A씨의 미수행위는 만일 적절한 형사적 제재가 뒤따르지 않는다면 또다시 유사한 범죄행위를 초래할 가능성을 높인다. 따라서 경찰청에서 A씨의 사이버 금융범죄의 미수행위를 제재함으로써 그의 범의를 무력화하게 된다.

이상의 논의는 다음과 같은 수식을 통해 보다 논리적으로 이해할 수 있다. 즉 A씨의 사이버금융범죄에 따른 기대순편익 (expected net benefit)을 $E(\pi)$ 로 놓으면, $E(\pi)$ 는 범죄성공시 기대편익(expected benefit)에서 기대(처벌)비용(expected cost of punishment)을 감한 것이다.²²⁾

$$E(\pi) = p_s \pi - p_p F \quad (1)$$

여기서 기대편익($p_s \pi$)은 범죄성공시의 이익 (π ; 즉 자신의 계좌로 입금된 금

22) 범죄자의 범죄행위 결정과 관련하여, 범죄자의 합리적 의사결정에 관한 논의는 박경래 외 6인 (2009, pp.148~151)을 참고할 수 있다.

액)에 성공확률(p_s)의 곱이며, 기대(처벌)비용은 처벌강도(F)와 처벌받을 확률(p_p)의 곱을 의미한다.

그런데, 만일 A씨의 미수행위가 처벌받게 되는 경우는 (1)식에서 기대(처벌)비용이 다음과 같이 달라진다.

$$E(\pi) = p_s \pi - p_p F - (1 - p_s) p_{pa} F_a \quad (2)$$

(여기서 p_{pa} 는 미수처벌확률, F_a 는 미수에 대한 처벌강도를 나타낸다). (2)식에서 미수범에 대한 기대(처벌)비용은 $(1 - p_s) p_{pa} F_a$ 이다. 즉 범죄실패확률과 미수처벌확률 및 미수처벌강도를 곱한 값이다.

(1)식과 (2)식에서 보듯이 미수에 대한 형사적 제재는 (2)식에서의 오른쪽 세 번째 항, 즉 잠재적범죄자의 기대처벌비용 수준을 높이게 됨으로써 실행된 범행(기수범)에 대한 직접적인 제재 없이도 범죄 억제효과와 범의의 무력화라는 효과를 초래하게 됨을 알 수 있다.²³⁾ 이 경우 미수에 대한 제재수준(F_a)이 높아지면 높아질수록 당연히 전체적인 처벌비용수준은 높아지게 된다.

이제, “미수범 처벌수준이 기수범에 비해 낮출 수 있다”는 형법 제25조 제2항 규정 등의 정당성 여부 내지 동 조항의 경제적 의의에 관해 직관적으로 검토한다.

이 문제에 대해서는 2가지 정도의 경제적 함의를 도출할 수 있다.

첫째는 동 법규정이 잠재적 범죄자에게 범행 억지의 한계적 유인이 된다는 점이다. 즉 형법 제25조 제2항 규정 내지 관련 판례 등에 의해 $F \geq F_a$ 인 점을 기대하는 잠재적 범죄자는²⁴⁾ 자신의 순기대편익을 극대화하는 방향으로 행동할 것이며, 따라서 비록 범의를 갖고 행동을 개시했다더라도 범행(직)전에 스스로 중단하는 이른바 중지미수의 유인이 되는 것이다. 예컨대, A씨가 사이버 금융범죄를 실행하기 직전이나 실행하더라도 성공하기 직전, 또는 경찰청으로부터 발각되더라도 기소되기 직전 자의로 실행에 착수한 행위를 중지하거나 결과의 발생을 방

23) Posner, Richard, 「An Economic Theory of the Criminal Law」, 1217 『Columbia Law Review』, 1985

24) 잠재적 범죄자가 법적 지식이나 경험이 별로 없는 경우라 하더라도 $F \geq F_a$ 는 인간의 심리상태를 감안한 사회적 관념의 하나라고 볼 수 있다. 법과 제도는 이러한 사회적 관념을 토대로 한다.

지한 경우의 처벌강도(F_a)와, 최종적으로 성공한 기수범인 경우의 처벌강도(F)가 서로 같다면 굳이 범행을 중도에 멈출 경제적 유인이 없을 것이다.

둘째는 미수범의 처벌수준을 상대적으로 낮추거나 면할 수 있게 함으로써²⁵⁾ 잠재적 범죄자의 착오로 인한 미수에 관련된 사회적 비용을 감소시킬 수 있다는 점이다. 미수행위는 사이버 금융범죄행위를 시도한 A씨와 같이 사전에 제지당하거나 스스로 중지하는 경우도 있지만, 때에 따라서는 잠재적 범죄자 자신의 착오에 기인한, 이른바 불능미수에 해당할 수도 있다. 예컨대 A씨가 갑부로 예상하여 해킹했던 C씨의 계좌가 오래 전부터 잔고가 전혀 없는 장기휴면계좌인 경우이다. 이 경우 A씨에 대해 해킹에 “성공”한 경우와 동일하게 처벌하게 되면, 예컨대 온라인 해킹을 통해 수십억 원을 “이체”해 간 기수범과 동일한 수준으로 처벌한다면 비록 A씨의 추가적 범의를 무력화하는 효과는 있겠지만, 사회적 편익에 비해 처벌비용 등 사회적 비용이 너무 클 수 있다.

이상의 논의를 통해 형법상 미수범에 대한 형사적 제재와 형의 감경 규정의 정당성 문제를 직관적 관점에서 경제 이론적으로 살펴보았다.

2. 형법상 미수의 가벌성 문제에 관한 경제 분석

가. 서

본 절에서는 이상의 미수에 대한 기초적인 법경제학적 검토를 바탕으로, 분석 모델을 설정하여 논의의 깊이를 더해 본다. 미수에 관련된 핵심 논점은 상술한 바 있듯이 미수범에 대한 처벌의 정당성 문제와 적절한 처벌수준의 문제 등 두 가지이다. 본 절에서는 이 두 가지 논점에 대해 세블(1990)의 논점을 주로 참고하여 검토한 후에 우리의 형사정책에 주는 시사점을 제시하고자 한다.

25) 형법 제25조 제2항 및 제26조와 제27조 참조.

가해행위에 관련된 법리에 대한 경제적 분석에서는 기본적으로 위험한 행위의 결과로 나타난 사회총비용을 최소화할 수 있는 법원칙을 선택하자는데 있다. 그러한 관점은, 예컨대 불법행위법에 대한 법경제학적 접근을 최초로 시도한 예일 대의 캘러브레이지(Guido Calabresi)의 사고비용(costs of accidents)에 대한 연구에도 잘 나타나 있다.²⁶⁾ 이러한 관점은 형사적 미수 행위의 경우도 마찬가지이다. 즉 ‘미수’라는 바람직하지 못한 행위에 적절한 수준의 처벌을 가함으로써 사회가 부담할 수 밖에 없는 총비용 수준을 최소화할 수 있는 법원칙을 선택하는 것이다.

본 절에서는 미수에 대한 처벌의 정당성 등을 분석해 보기 위해 우선 미수의 가벌성 모델을 설정한다.

나. 최적 범지역지를 위한 분석 모델

어떤 사람이 자신의 이익을 위해 부정적인 외부효과(negative externality)를 야기하는 범죄행위를 할 수 있다고 하자. 아래 <그림 1>에서와 같이 해당 행위가 미수에 그칠 수도 있는 반면 범죄행위가 이루어질 수도 있다. 이때 범행이 이루어질 확률을 π 로 놓자. 그러면 그림에서 보듯이 해당 행위가 미수에 그칠 확률은 $1-\pi$ 가 된다.

한편, 이 사람이 범행을 시도하였을 경우 발각되어 체포됨으로써 처벌받을 수도 있는 반면 체포되지 않아 처벌받지 않게 될 수도 있다고 하자. 이때 미수시 처벌받을 확률을 p_1 로, 기수시 처벌확률을 p_2 로 놓자.

이 경우 <그림 1>에서 보듯이 4가지 발생할 수 있는 사상이 가능하다. 즉 범행이 미수에 그쳤지만 처벌받는 경우와 처벌받지 않는 경우, 그리고 범행이 성공하였지만 처벌받는 경우와 처벌받지 않는 경우이다.

만일 범행이 성공할 확률(π)이 40%이고 범행 성공시 처벌받을 확률(p_2)을

26) Guido Calabresi(1970), *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press.

50%, 미수시 처벌확률을(p_1) 30%라고 하자. 또한, 기수범에 대한 처벌강도를 벌금 5천만원, 미수범의 경우는 3천만원 수준이라고 하자.²⁷⁾²⁸⁾ 이 경우 이 사람의 범행에 대한 기대처벌수준을 계산하면,

$$(0.6)(0.3)(3\text{천만원}) + (0.4)(0.5)(5\text{천만원}) \quad (3)$$

즉, 5백4십만원+1천만원=1천5백4십만원이다.

잠재적 범행자는 범행에 따른 자신의 이익수준이 이 기대처벌수준보다 크다면 범행에 착수할 것이며, 만일 그렇지 않다면 범행을 포기하게 될 것이다.

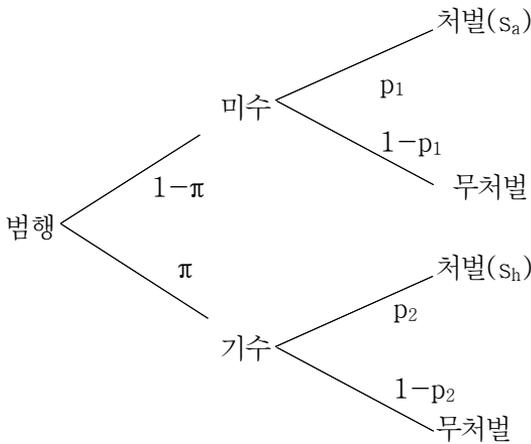


그림 1 미수에 대한 기본적 분석 모델

이때 형사정책 당국의 목표는, 사회적 후생을 극대화할 수 있는 최적 범죄 억제를 위한 제재수단과 제재수준(위의 수식에서 벌금형과 벌금액 및 처벌확률 등을 의미)을 선택하는 것이다.

27) 처벌강도의 경우 단지 이해의 편의를 위해 벌금형으로 나타낸다. 물론 자유형으로 표현해도 무방하지만, 구금기간에 대한 범죄자의 효용수준을 화폐액으로 나타내야하는 번거로움이 뒤따른다.

28) 이 수치들 대신 다른 값을 부여하더라도 논의 전개상 문제는 없다. 따라서 관련 관례 등을 통한 분석시 이 모델에서의 수치들을 변경해 봄으로써 보다 현실적인 이해가 가능할 것이다.

다. 미수에 대한 가벌성의 정당성 문제

이제 상술한 모델을 기본으로 하여 미수에 대한 가벌성의 정당성 문제에 관해 구체적으로 검토해본다. 본 절에서는 우선 사법당국이 가해사실과 가해확률에 대한 정보를 충분히 갖고 있다는 전제하에 미수에 대한 가벌성 문제를 검토한다. 이어서 이러한 전제조건이 완화된 경우로 논의를 확장한다.

(1) 사법당국의 가해 관련 정보가 완전할 경우

현실적으로 범죄자의 범행에 따른 가해확률과 가해사실 등을 사법당국이 사전에 정확히 인지하는 것은 거의 불가능하다. 하지만, 이론적인 측면에서 이들의 범행관련 정보를 사전에 파악하고 있다고 전제함으로써, 보다 현실적인 문제를 추론하는데 도움이 될 수 있다.²⁹⁾

사법당국이 (잠재적) 범죄자의 범행여부와 가해확률 등에 대한 정보를 충분히 갖고 있다고 가정하면, 당연히 해당 범행에 따른 기대손해의 크기에 관한 정보를 가지게 되며 따라서 해당 범행에 대한 적절한 처벌수단을 선택할 수 있을 것이다.

이 경우 형사정책당국의 역할은 범죄억지를 위한 합당한 제재수단과 크기를 정하는 일이다. 즉 기수범 및 미수범에 대한 적절한 처벌수단과 강도를 선택하는 일이다. 이때 경제 이론적 관점에서는 기대처벌수준과 기대손해수준을 일치시키는 수준의 제재가 가장 효율적인 형사적 제재수준이 된다.³⁰⁾

예를 들어 설명해보자. <그림 1>의 모델에서 기수확률이 40%이며, 가해에 따른 손해의 크기가 1천만원이라고 하자. 그러면 범죄자의 가해행위에 따른 기대손해수준은 400만원이다. 이 경우 형사정책당국은 최적의 범죄억지를 유도하기 위해서는 이 수준에 맞는 기대처벌수준을 선택하면 된다. (앞서 기본적 분석모

29) 고전적 경제이론에 바탕을 둔 많은 경제 분석들은 사실상 비현실적인 전제 하에 논의를 전개하고 있지만, 그 유용성이 크게 훼손되지는 않는다. 예컨대 시장이론에서의 “완전경쟁시장(perfect competition market)”은 극히 비현실적임에도 불구하고, 현실에서의 다양한 시장형태에 대한 분석에 매우 유용하게 활용된다.

30) 이 표현의 의미에 대해서는 본문에서 후술한다.

텔에서 설정한 처벌확률(미수범 30%, 기수범 50%)이 여전히 유효하며, 사법당국에서 이 확률의 크기를 정확히 알고 있다고 하자). 따라서 다음 식이 성립하는 미수에 대한 처벌수준(s_a) 및 기수에 대한 처벌수준(s_h)을 선택하면 된다. (s_a 는 미수에 대한 처벌(sanction for attempt)을, s_h 는 기수에 대한 처벌(sanction for harm)을 나타낸다).³¹⁾

$$(0.6)(0.3)s_a + (0.4)(0.5)s_h = 400\text{만원} \quad (4)$$

위의 (4)식을 만족하는 s_a 과 s_h 의 조합은 유일하지 않다. 예컨대 만일 s_a 이 1천만원이라면 s_h 는 1천1백만원이 된다. 경우에 따라서는 (비록 정수로 나오지 않지만) s_a 과 s_h 가 동일할 수도 있으며, s_a 에 비해 s_h 수준이 낮을 수도 있다. (여기서 중요한 점 중의 하나는 위의 식이 처벌수준과 손해수준 모두 기대치이므로 각 항의 부호가 서로 다르거나 한 항의 값이 0으로 나와도 이론적으로는 전혀 문제가 없다는 점이다).

따라서 직관적으로 볼 때 현실적으로는 위의 식을 충족하는 미수처벌수준과 기수처벌수준은 양쪽 모두 정의 값인 경우와 미수처벌수준이 0인 경우가 가능할 것이다. (기수처벌수준이 0인 것은 상식적으로 부합하지 않다). 덧붙여, 기대손해수준이 상대적으로 낮을 경우에는 미수처벌수준이 0인 경우에도 얼마든지 가능하다. 즉 위의 식에서는 $s_a=0$ 원, $s_h=2$ 천만원인 경우이다. (물론 미수처벌수준을 높일수록 기수처벌수준은 줄어들게 된다).

이와는 달리 기대손해수준이 매우 높은 경우는 어떨까? 직관적으로 볼 때 기수처벌수준을 ‘기대처벌수준=기대손해수준’에 맞게 높이면 되겠지만, 현실적으로 형사범죄에 대한 처벌수준의 상한은 법에 의해 정해져 있다. 예컨대 자유형의 경우 사형 이상의 제재가 사실상 불가능하며, 금전형의 경우 해당 범죄에 대해 적용 가능한 최고 벌금액 수준이 규정되어 있다.

예컨대 법정 기수처벌수준의 상한 벌금액이 5천만원이고 미수에 대한 처벌이

31) (4)식의 등호 대신 ‘>’의 부등호의 경우가 범죄억지효과가 보다 클 것으로 생각할 수도 있다. 하지만 이 경우 범죄억지를 위한 사회적 비용의 크기가 커져 ‘최적’수준이 될 수 없다.

없다고 하면, 기대처벌수준은

$$(0.6)(0.3)(0) + (0.4)(0.5)(5\text{천만원}) = 1\text{천만원} \quad (5)$$

이다. 따라서 앞서 설정했듯이 만일 기대손해수준이 (5)식에서 계산된 기대처벌 수준과 적어도 같은 1천만원 정도라면 당연히 기수처벌만으로도 효율적인 범죄 억지가 가능하다. 하지만, 만일 기대손해수준이 1천만원을 초과하는 경우에는 가해행위에 대한 법정 수준의 처벌만으로는 효율적 제재가 불가능해지며 미수에 대한 처벌도 수반되어야만 ‘기대처벌수준=기대손해수준’이 달성될 수 있는 것이다.

(2) 현실의 문제: 사법당국의 가해관련 정보의 부족

지금까지 법원 등 사법당국이 범죄자의 범행에 따른 가해확률과 가해사실 등 범행의 특성들에 대한 정확한 인지가 가능하다는 전제 아래 논의를 전개해 왔다. 하지만, 현실적으로 사법당국이 이러한 정보를 정확히 인지하는 것은 불가능에 가까우며, 따라서 상술한 “완전정보”에 근거한 효율적 제재수준의 결정이 사실상 불가능해진다.³²⁾

예컨대, <그림 1>에서 법원이 잠재적 가해(기수범)에 따른 손해확률(π) 내지 미수확률($1-\pi$)에 대한 정보가 불충분하다고 하자. 이 경우 법원은, π 내지 $1-\pi$ 에 근거한 제재수준을 산정할 수 없게 된다.

비록 성공하지 못했더라도 범행의 시도로 인해 발생될 수 있는 손해가능성은 매우 낮거나 없을 수 있으며, 경우에 따라서는 손해가능성이 높을 수도 있다. 그렇더라도 미수에 대한 처벌을 현실적으로 다양화할 수는 없어 만일 동일한 수준의 제재를 하게 된다면, 결과적으로 손해가능성이 높은 미수의 경우는 과소처벌이 되며, 손해가능성이 낮은 미수의 경우는 과잉처벌이 되는 결과를 초래한다.

32) 최근 완전한 정보, 완전경쟁, 합리적 인간 등 주류경제학의 대전제인 ‘경제적 인간(homo-economicus)’를 부정하면서 시작된 이른바 행동경제학(behavioral economics)이 부각되고 있다. 행동경제학에 대해서는 연구자들 간에서도 일치되는 정의가 있는 것은 아니지만, 이성적이며 이상적인 경제적 인간을 전제로 한 기존 경제학의 패러다임을 거슬러 실제적인 인간의 행동을 연구하는 학문으로 인식되고 있다.

예컨대, 극단적으로 π 가 1%라면 미수에 대한 기대처벌수준(s_a)은 $(0.99)(0.3)(3\text{천만원})=891\text{만원}$ 이 된다. (미수처벌수준이 3천만원이고, 기수처벌수준이 5천만원임을 가정). 반면, 기수에 대한 기대처벌수준(s_h)은 $(0.01)(0.5)(5\text{천만원})=25\text{만원}$ 이다. 즉, s_a 가 s_h 에 비해 지나치게 높다. 즉 미수의 과잉처벌이 되는 것이다.

따라서 이와 같이 미수확률이 매우 높은 경우 (즉 가해로 인한 손해발생확률이 매우 낮은 경우)의 형사정책적인 해법으로는, 미수에 대해서는 처벌하지 않거나 기대미수처벌수준과 기대기수처벌수준이 비슷해지도록 미수에 대한 제재를 낮추는 방안(예컨대 3천만원을 1백만 원으로 낮춤)이 있을 수 있다. 역으로, 기수범에 대한 처벌을 기대미수처벌수준과 기대기수처벌수준이 비슷해지도록 높이는 방안도 가능하다.

(3) 미수에 대한 형사적 제재의 효과

지금까지 본 절에서는 미수에 대한 가벌성의 정당성 문제에 관하여 법경제학적 관점에서 검토해 보았다. 즉 형법 제25조의 제1항을 정당화하는 내용에 대해 경제적 관점에서 분석하였다. 그렇다면, 이러한 미수에 대한 처벌을 통해 과연 기대하는 범죄 억제효과를 얻을 수 있을 것인가?

이 질문에 대한 답은, 미수행위에 대한 체포확률 및 처벌확률에 의해 영향을 받게 될 것이다. 예컨대, 어떤 미수행위에 대한 체포·처벌확률이 기수로 인한 가해행위에 비해 높거나 그에 필적한다면, 기수범에 대한 처벌이 범죄 억제효과가 있는 것처럼, 미수행위에 대한 제재도 범죄를 억제하는 효과를 초래함이 당연할 것이다.

미수행위에 대한 체포확률은 일반적으로 장애미수 내지 중지미수에 대한 체포확률과 불능미수에 대한 체포확률을 서로 합한 것으로 간주된다. 이러한 일련의 미수행위들에 대한 체포확률은 대개 기수시 체포확률과 비슷하거나 높은 경우가 많다. 예컨대 강·절도나 사기와 같은 범행의 경우 범행의 준비과정이나 범행 직전 또는 범행 도중에 체포되는 경우가 많으며, 그 확률이 해당 범죄가 기수일 경우의 체포가능성보다 적지 않은 것으로 생각된다. (하지만, 준비과정이 불필요하거나 즉흥적인 미수의 경우, 그리고 불능미수 등의 경우는 체포확률이 상대적

으로 낮을 것이며, 이 경우는 미수행위에 대한 처벌의 효과가 상대적으로 낮을 것이다. 또한 범죄의 유형에 따라 미수행위의 처벌확률이 각기 다를 것이다).

(4) 기수범 처벌의 보완재로서의 미수에 대한 형사적 제재

미수처벌의 정당성은 가해(기수)행위에 대한 처벌만으로는 사회적으로 바람직한 기대범죄 억제수준을 유도하지 못한다는 점에서도 찾을 수 있다. 다시 말해 범죄자의 범행 성공시 최대처벌수준만으로는 합리적인 범죄 억제수준의 달성이 불가능한 경우에 미수에 대한 형사적 제재의 효용성이 있다는 견해이다.

현실적으로 기수범에 대한 처벌에는 그 수준에 한계가 있을 수밖에 없다. 예컨대, 비교적 가벼운 범죄 내지 일상생활에서 나타나는 반도의적인 침해행위 즉 경범죄에 대한 처벌은 통상 구류나 과료 등 가벼운 형벌이 주어진다. 만일 경범죄에 대해서도 범죄 억제를 이유로 중신형과 같은 중한 형벌을 가하게 되면 여러 경제적·사회적 문제가 야기된다.

다른 예를 들면, 유괴범죄의 경우 만일 유괴 피해자를 살해한 경우의 처벌수준보다는 가벼운 처벌을 과하게 되면 유괴범이 피해자를 살해할 가능성이 보다 낮아지게 될 것이다. 따라서 비록 유괴범죄가 사회적으로 용인될 수 없는 흉악한 범죄라 하더라도 살인과 같은 중범죄수준의 처벌수위를 높이는데 한계가 있는 것이다.

기수범에 대한 처벌수준에 제약이 있는 또 다른 측면으로는, 기수범에 대한 처벌수준에 대한 일반인들의 법적 정서는 일정부분 해당 가해행위의 크기에 따라 비례적일 수 밖에 없다는 점이다.

이러한 배경에 기인하여 기수범에 대한 처벌이 최적수준의 기대범죄 억제를 달성하지 못할 경우, 미수에 대한 제재를 보완재(supplements)로 활용함으로써 사회최적 수준의 범죄 억제를 기대할 수 있을 것이다.

(5) 미수 가벌성 요건으로서의 형법상 고의

상술한바 있듯이 형법에서는 형사범의 (주관적) 고의 내지 범의(犯意)의 유무

는 범죄형성의 주된 고려요소이며, 따라서 해당 범죄행위에 대한 제재, 특히 미수행위에 대한 처벌의 필수요건이 된다.³³⁾

고의행위는 가해행위로 인한 손해발생의 확률과 손해의 크기(강도)를 확대할 뿐 아니라, 행위자의 제재확률을 낮추게 된다. 왜냐하면, 고의가 있는 경우 그렇지 않은 경우에 비해 고의범의 경제적 이익달성확률이 높아질 뿐 아니라 사전 도주 계획 등 체포·처벌 가능성이 낮기 때문이다.

따라서 미수범의 고의는 기수범의 고의와 차별할 이유가 많지 않다. 다시 말해 미수범의 경우에도 고의는 객관적 구성요건에 대한 인식과 의사가 필요하고 또한 여기서의 의사는 고의범의 의사여야 하는 것이다. 다만 미수범으로 처벌되기 위한 범죄 결의가 그가 지배할 수 없는 일정한 조건의 성취에 좌우되어 있다면 미수범이 되기 위한 범죄 결의는 없다고 보아야 한다는 점에서, 무조건적인 행위여의의 형태를 띠어야만 한다.³⁴⁾

여하간에 형법상의 고의행위는 범행목표의 미완성인 미수의 경우에 대해서도 형사 처벌이 뒤따라야만 사회적으로 바람직한 기대처벌수준을 달성할 수 있다는 점을 인식시켜준다.

라. 미수범 처벌수준에 관한 경제학적 검토

본 절에서는 (제1절 (다)항에서도 직관적으로 살펴보았지만) “미수범의 경우 기수범에 비해 처벌수준을 낮출 수 있다”는 형법(제25조 제2항)³⁵⁾ 규정의 정당성 여부 내지 동 조항의 경제적 의의에 관해 보다 구체적으로 검토한다.

이 문제에 관련된 직관적인 관점 중에 하나는, 미수행위에 따른 피해자의 손해가능성 즉 기대손해액이 가해행위에 따른 기대손해액보다 작다면 당연히 미수에 대한 처벌수준이 기수에 대한 처벌수준보다는 낮아야한다는 점이다.

33) 본 연구의 제3장 제1절(형법상 고의에 대한 경제학적 해석)을 참고할 수 있다.

34) 이상돈, 형법강의, 법문사, 2010, 498-499쪽.

35) 형법 제25조(미수범) ① 범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때에는 미수범으로 처벌한다. ② 미수범의 형은 기수범보다 감경할 수 있다.

우선, 중지미수나 장애미수와 같은 완성하지 못한 미수행위의 경우에 대해 살펴보자. 두 경우 모두 범행의 완성 전 단계에서 저지당했거나 스스로 중지한 경우이다. 따라서 범행에 따른 손해가 발생되지 않은 경우이다. 가상의 예를 들어 살펴보자.

어떤 사람이 자신의 비리를 알고 있는 친구를 살해할 의도를 갖고 있으며, 독살할 계획을 실행에 옮기려한다고 하자. 이러한 범행은 대개 몇 단계를 거쳐 실행된다. 예컨대 적절한 독약을 약국이나 화공약품상으로부터 구입하는 단계와, 친구의 커피잔에 치사량의 독약을 몰래 타는 단계로 구분될 수 있다. 전자를 S_1 단계, 후자를 S_2 단계라고 하자. 또한 S_2 시 손해발생확률은 기수시보다 20% 낮은 80%라고 하고, 이 사람이 S_1 단계의 미수범인 경우와 S_2 단계의 미수범일 확률이 각각 50%라고 하자.

이때 만일 이 사람이 S_1 단계에 그치는 경우라면 범행이 실행되지 않았으므로 실제 손해발생 가능성은 0이 된다. 따라서 기대손해확률은, $(0.5)(0) + (0.5)(0.8) = 0.4$ 이다. 반면에 이 사람의 범행이 S_2 단계까지 이르렀으면 기대손해확률이 0.8이다. 그러므로 S_1 단계에서 중지되거나 방해된 미수에 대한 처벌은, S_2 단계에서 중지되거나 방해된 미수에 대한 처벌보다는 강도가 낮아야 한다. 마찬가지로 S_2 단계의 미수의 경우 의도된 범행이 완성된 경우 즉 기수범의 처벌수준보다는 낮은 수준의 제재가 과해져야 할 것이다.

이와 같이, 어떤 단계에서 미완성된 미수인지 여부에 따라서 손해발생확률이 달라지며 따라서 처벌수준도 달라져야 한다.

이에 더하여, 해당 미수가 중지미수인지 아니면 장애미수인지 여부에 따라 서로 손해발생확률이 달라질 것이다. 예컨대, 결과의 발생을 방지한 중지미수의 경우 장애미수에 비해 가해행위에 따른 손해발생가능성이 낮을 것이다. 상술한 예에서 친구를 살해하기 위해 독약을 구입하려 했으나 포기한 경우 또는 구입하여 친구의 커피잔에 독약을 타려 했으나 변심하여 그만 둔 경우 등은 그러한 각 단계에서 의도와는 달리 방해를 받아 어쩔 수 없이 그만둔 경우 보다는 범행성 공확률이 낮을 것이다. 또한 동일한 범행을 또다시 계획하거나 시도할 가능성도 낮을 것이다. 덧붙여 중지미수의 경우 가해할 의도가 상대적으로 약할 수 있는 것이다.

이상의 내용을 요약하면, 중지미수의 경우 그리고 초기단계인 장애미수의 경우 많은 경우 기수범죄에 비해 가해행위에 따른 손해발생가능성이 상대적으로 낮으며 따라서 (만일 형사적 제재가 요구되는 경우라면) 기수범에 비해 낮은 형사적 제재가 과해져야 할 것이다.

앞서도 지적한 바 있듯이 기수에 비해 미수에 대한 처벌이 약할 경우, 잠재적 범죄자는 보다 낮은 수준의 처벌만을 받기 위해 준비해온 범행의 실행을 재고하거나 범행을 포기할 경제적 유인을 갖게 된다. 또한 실패가능성이 있는 범행(즉 미수)을 재현하지 않으려는 유인도 갖는다. 하지만, 만일 미수에 대한 처벌수준이 기수와 마찬가지로 의도한 범행의 실행을 도중에 포기하지 않을 것이다. 따라서 기수에 비해 장애미수에 대한 처벌의 감경이 경제적 유인을 갖는다.

한편으로 미수에 대한 처벌이 아예 주어지지 않는 경우라면 어떤 결과를 기대할 수 있을까? 이 경우는 비록 착수는 하였으나 범행중지를 통해 형사적 제재로부터 자유로울 수 있기 때문에 잠재적 범죄자의 범행 포기를 위한 경제적 유인이 더욱 커질 수 있게 된다. 하지만 착수 후 성공가능성이 매우 높다고 판단되는 경우에는 범행을 계속할 유인이 줄어들지 않을 것이다.

마. 형사정책에 주는 시사

이상의 논의에서 다음과 같은 우리의 형사정책에 주는 시사점을 도출해 볼 수 있겠다.

첫째, 기수범에 대한 형사적 제재만으로는 최적범죄 억제라는 사회적 목표를 달성할 수 없으며, 미수에 따른 형사적 제재를 보완적으로 사용함으로써, 이러한 목표의 달성이 가능할 수 있다. 덧붙여, 불법행위법상 사고에 따른 손해와는 달리 고의가 수반되는 형사범죄의 경우 상술한 여러 이유들로 인해 기수범에 대한 처벌만으로는 최적범죄 억제라는 형사정책목표의 달성이 어렵기 때문에 미수에 대한 형사적 제재가 필수적이다.

둘째, 기대손해수준이 미미하거나 비교적 낮은 경우에는 미수에 대한 처벌이 수반되지 않더라도 최적범죄 억제라는 형사정책의 목표가 달성될 수 있다.

이 경우의 형사정책적 해법으로는, 미수에 대해서는 처벌하지 않거나 기대미수 처벌수준과 기대기수처벌수준이 비슷해지도록 미수에 대한 제재를 낮추는 방안이 가능하며, 역으로 기수범에 대한 처벌을 높이는 방안도 현실적으로 바람직하다.

셋째, 기대손해수준이 매우 높은 상황에서는 가해행위에 대한 처벌과 더불어 미수행위에 대한 처벌이 보완재로써 동반되어야 범죄의 최적억제라는 형사정책의 목표를 달성할 수 있다.

넷째, 중지미수의 경우 그리고 초기단계인 장애미수의 경우 많은 경우 기수범 죄에 비해 가해행위에 따른 손해발생가능성이 상대적으로 낮으며 따라서 (만일 제재가 요구되는 경우라면) 기수범에 비해 낮은 형사적 제재가 과해져야 한다.

3. 피해자 주의 모델

가. 서

대부분의 형사적 범죄에 관한 연구들은 범죄자의 행위수준이나 주의수준에 논의의 초점을 두고 있으며, 피해자의 행위나 주의수준에 관한 측면에는 큰 관심을 두고 있지 않다. 이는 법이론적 측면뿐 아니라 경제학적 접근에서도 마찬가지이다. 예컨대, 범죄행위에 대한 처벌의 정당성 문제나 처벌의 강도에 관한 논의에 있어서 대부분 범죄자의 행위나 범죄자를 둘러싼 범죄 환경에 초점을 두고 있으며, 피해자의 행위나 주의수준 등에 관해서는 무관심한 경향이 있다.

중요한 사법(私法)영역의 하나인 불법행위법 분야에 대한 효율성 문제를 분석하는 대표적인 방법으로 사고당사자의 주의 모형이 있다.³⁶⁾ 이 이론의 핵심 전제는 불법행위에 따른 사고당사자 즉, 가해자와 피해자는 모두 다 사고발생과

36) 불법행위법에 대한 법경제학적 접근을 최초로 시도한 예일 대학의 캘러브레이지(Guido Calabresi)의 이른바 사고비용이론(The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis)을 참고할 수 있다.

발생된 사고의 크기에 영향을 미친다는 것이다. 현실적으로 사고 발생시 사고당 사자 중 일방에서만 주의하는 경우도 있지만, 대부분의 사고는 그 손해를 줄이기 위해 잠재적 가해자와 잠재적 피해자 모두 주의의무를 갖는다는 점에서 쌍방이 주의하는 경우이다. 또한, 쌍방의 주의뿐만 아니라 가해자의 행위수준과 피해자의 행위수준이 모두 사고의 발생과 그 크기에 영향을 주게 됨을 경제 이론적으로 보일 수 있다.³⁷⁾

이러한 쌍방주의 내지 쌍방행위 분석모델을 형법 영역인 범죄의 경우에도 유사하게 적용될 수 있다. 즉 범죄자뿐 아니라 범죄의 피해자도 범죄 형성에 다소간 기여하게 되는데, 범죄의 피해자는 잠재적 범죄자로 하여금 범행을 하도록 유인하는 경우도 있으며 때에 따라 피해자의 주의소홀로 범죄가 야기되기도 하는 것이다. 더욱이, 형사법에서 범죄자에 대한 형사적 제재수준은 피해자의 주의나 행위수준의 크기에 의해 달라질 수 있기 때문에, 즉 경우에 따라 범죄자에 대한 제재가 약화되거나 면제될 수도 있기 때문에 범죄의 피해자도 일정 수준의 조심할 경제적 유인을 갖게 되는 것이다. 다시 말해 법정 주의수준(legal precaution level)이나 법원에서 판단하는 수준의 주의를 기울였을 경우에 한해 가해자에 대한 처벌이 가능한 경우도 있다.

따라서 기수범죄뿐 아니라 미수범죄에 있어서도, 사회적 최적 범죄 억제라는 형사정책의 목표를 달성하기 위해서는 미수범죄의 양 당사자인 범죄자와 피해자 모두의 주의수준과 행위수준의 효율성 여부 문제를 고찰해보아야 한다. 또한 궁극적으로 피해자의 효율적 주의수준을 가져오도록 하는 형사법 및 관련 정책이 요구되는 것이다.

나. 형사범죄 피해자의 주의 유인

형사범죄의 (잠재적) 피해자는 범죄로 인한 피해 중 자신이 부담해야 할 부분을 회피하거나 줄이기 위해 주의 노력을 기울이게 된다. 예컨대, 어떤 사람이

37) 이종인(2010), 『불법행위법의 경제학』, 서울: 한울출판사, 86-91쪽.

범죄가 우려되는 이른바 우범지역으로 알려진 지역을 여행할 때 잠재적 범죄로부터 자신을 방어할 수 있는 최루가스 분사기를 소지하는 경우이다. 또한, 불의의 강·절도 피해를 회피하기 위해 자신의 집 담장에 무인감시카메라를 설치하는 경우도 피해자 주의의 전형적인 예가 된다.

범죄로 인한 사회적 부담, 즉 총사회적비용은 범죄로 인한 직접적 피해(피해 확률*피해의 크기) 뿐만 아니라, 가해자의 범죄비용과 피해자의 주의비용도 포함된다. 상술하였듯이 피해자의 주의비용 역시 총사회적범죄비용의 주된 요소 중의 하나이므로 이 문제에 관해 경제적 관점에서 살펴보는 것이 매우 중요하다.

우선, 어떤 경우가 피해자의 최적 주의 유인인지 정의해 본다. 어떤 범죄의 피해자가 예상되는 자신의 피해(기대범죄비용 중 피해자 부담 부분)와 자신의 주의비용을 합한 비용을 부담하게 하는 경우 경제적 표현으로 효율적 유인(efficient incentives) 상태 즉 최적(optimal) 상태가 된다.³⁸⁾ 하지만, 만일 형사범죄의 (잠재적) 피해자의 주의가 결과적으로 타인에게 이익을 주거나 피해를 주면서도 이에 대한 보상이나 대가를 수수하지 않은 즉 외부효과(external effect)를 야기하는 경우에는 효율적 주의수준 내지 최적상태라고 할 수 없다. 본 절에서는 타인에게 피해를 주는 경우와 득이 되는 경우를 예를 들어 피해자의 이러한 비효율적 주의 유인 상태를 각각 검토해 본다.

먼저 타인에게 피해를 주는 비효율적인 경우이다. 즉 어떤 범죄의 (잠재적) 피해자가 상술한 수준 이상의 주의 즉 과잉주의를 함으로 인해 해당 범죄의 피해가 자신보다 주의를 덜 기울이는 타인(들)에게 전가된 경우다. 이 경우 피해자의 과잉주의 행위, 즉 범죄 예방을 위한 지나친 투자는 타인에게 피해를 주었으면서도 적절한 보상을 하지 않은 전형적인 외부효과가 된다. 예컨대, 어떤 사람이 자신의 담장에 첨단 무인감시카메라를 설치하게 되면 절도범은 절도행위를 포기할 수도 있겠지만, 대개 사각지대의 이웃 주택을 범행의 대상으로 삼게 된다. 즉 이 사람의 범죄피해 예방을 위한 주의가 자신의 범죄피해는 예방되지만 타인의 효용에 악영향을 주어 결국 주의로 인한 사회적 관점에서의 범죄 억제효과가 별로 없거나 크지 않게 된다.³⁹⁾ 이 경우 사회적 관점에서는 피해자의 과잉

38) 따라서 피해자의 그러한 부담을 변화시키는 어떤 상황이나 요인은 비효율적인 상태가 될 것이다.

주의가 되는 것이다.

피해자의 주의노력이 타인에게 피해를 주는 또 다른 경우도 있다. 예컨대 일 정부분 총기소지가 허용되어 있는 미국의 경우 잠재적 피해자가 피해예방을 위해 소지하고 있는 총기를 사용하였으나 실수로 타인이나 범죄자에게 신체상 피해를 준 경우이다. 이러한 경우 정당방위 등의 법리에 의해 그 비용이 피해자에게 부담 지워지지 않는 경우가 많기 때문에 피해자는 지나친 주의를 기울일 유인이 되는 것이다.

다음으로, 피해자의 주의가 타인에게 득이 되는 경우이다. 즉 어떤 피해자의 주의로 인해 자신에게는 별 도움이 안 되지만 이웃이나 사회에 이익을 주는 상황이라면 잠재적 피해자는 해당 주의노력에 소극적일 것이다. 형사 범죄는 공권력에 의해서가 아니라 개인(私人)에 의해 억제되는 경우도 많은데, 과연 개인이 범죄의 효율적 억제 내지 최적억제를 위해 투자할 유인을 갖고 있을까? 그렇지 않은 경우가 이 경우에 해당된다. 예컨대, 상술한 개인의 무인감시카메라 설치하는 사각지대에 있는 이웃이 범죄의 표적이 될 수도 있지만, 한편으로, 도둑이 만일 감시카메라들이 설치된 지역을 기피하는 경향이 있다면, 개인(들)의 이른바 사적 범죄억제행위는 공적 범죄억제효과를 초래하게 된다. 이 경우 해당지역의 주민들은 가능한 한 직접투자보다는 이웃의 투자에 편승하는 이른바 무임승차자(free rider)가 되려는 유인을 갖는다. 따라서 개인의 투자비용이 사회의 이익으로 전환되어 개인에게는 투자할 유인이 줄어든다.

다. 피해자의 주의수준과 미수 범죄와의 관계

형법 등 형사 관련 법제에서의 미수범에 대한 처벌수준은 기수범에 대한 제재에 비해 상대적으로 낮다. 즉 장애미수의 형은 임의적 감경(법 제25조)이나 불능미수의 형은 임의적 감경·면제(법 제27조)이며, 중지미수의 형은 필요적 감경·

39) 이러한 현상을 Cooter and Ulen(2004)은 범죄의 사적 억제(private deterrence of crime)에 따른 ‘범죄의 재분배효과(redistributing crime)’이라고 나타냈다. 즉 사적 범죄 억제에 따라 범죄가 재분배되는 경우에 순사회적 편익이 “0”가 되는 것이다(이종인, 2000, p.495 참조).

면제(법 제26조)로 되어 있다. 앞서 이러한 미수범에 대한 처벌수준의 경제적 의의와 효과에 대해 다양한 측면에서 고찰해 보았다. 본 절에서는 이러한 미수범 관련 법 규정이 과연 범죄 피해자의 최적 주의 유인이 되고 있는지 여부에 관해 검토해 본다.

미수범행에 대한 처벌수준을 기수범행에 비해 낮추거나 면제하는 것은 잠재적 피해자로 하여금 자신들의 주의 투자를 억제하는 유인이 된다. 즉, 형법 제27조 등에서의 감경 내지 면제의 법원칙은 과잉주의 아래에서의 잠재적 피해자에 대한 범죄의 기대처벌비용을 줄일 수 있다. 다시 말해 미수 감경·면제 등의 법원칙은 범죄자로 하여금 과소주의 피해자보다는 과대주의 피해자를 범죄대상으로 삼도록 유인함으로써, 결과적으로 잠재적 피해자로 하여금 과잉주의를 기피하도록 유도하는 것이다.

범죄의 잠재적 피해자가 주의를 기울이게 되면 다음 두 가지 측면에서 범죄의 성공가능성이 낮아진다. 첫째, 범죄자가 계획했던 범행을 도중에 그만둘 가능성이 높아지며 둘째, 범행을 완성했다라도 기대했던 효과가 발생하지 않을 가능성이 높아진다. 따라서 잠재적 피해자가 더 많은 주의를 기울일수록 가해자의 범행실패가능성 또는 미수가 될 가능성이 더 커지게 되는 것이다.

다시 말해 잠재적 피해자가 더 많은 주의를 기울일수록 (즉 주의비용이 높을수록) 기수범범죄의 피해자보다는 미수 범죄의 피해자가 될 가능성이 높아진다. 이는 범죄자가 보다 많은 주의를 기울이는 잠재적 피해자를 범죄대상으로 하는 경우 (미수에 그칠 가능성이 높아지기 때문에) 그렇지 않은 경우보다 미수에 대한 제재수준의 영향을 더 많이 받음을 의미한다.

기수범에 비해 미수범에 대한 처벌수준이 낮을 경우 범죄자가 직면하는 기대 처벌비용은 낮아지는데, 과잉 주의 피해자의 경우 그 감소수준이 더 커지게 된다. 그 결과 미수처벌수준이 낮아지게 되면 보다많은 주의를 기울이는 잠재적 피해자가 범죄대상이 될 가능성이 더 높아진다. 따라서 경우에 따라서는 범죄자가 범죄의 대상을 과소 주의 피해자에서 과대 주의 피해자로 전환할 가능성이 높을 수 있다.

범죄 관련 피해자의 주의수준 및 행위수준에 관련된 이러한 검토는 지금까지는, 미수에 대한 형사적 제재수준을 논할 때 별로 중요하게 고려되지 않았던 것

이 사실이다. 이 문제에 관해서 향후 보다 논리적으로 경제적 분석을 해볼 필요가 있으며, 실제 사건 판례에 적용하여 실증적으로 고찰해보는 것도 매우 의미 있는 일이다.

라. 소결

본 절에서는 범죄행위의 피해자의 주의노력 측면에서 미수범죄에 대한 문제를 살펴보았다. 즉 범죄의 총사회적비용 최소화의 관점에서 어떤 경우가 피해자의 최적 주의 유인인지 살펴보고, 피해자의 주의수준과 미수범죄와의 상관관계에 관해 살펴보았다.

형사법은 앞절에서 분석한 최적범죄 역지를 위한 가해자의 행위수준을 통제하는 역할뿐만 아니라, 본절에서 살펴본 피해자의 주의를 유도하는 유인책으로 작용된다. 즉 상술하였듯이 범죄의 잠재적 피해자는 자신이 부담해야 할 비용을 최소화하기 위해 어떤 경우에는 과잉주의를 하며, 경우에 따라서는 과소주의를 하기도 한다. 이때 형사법에서의 여러 법원칙들은 과잉 주의하는 잠재적 피해자로 하여금 주의 투자를 줄이도록 하고, 과소 주의하는 경우에는 보다 많은 주의를 위한 투자를 하도록 유인하는 중요한 형사정책적 역할을 담당하게 된다.⁴⁰⁾

4. 소결

본 장에서는 (잠재적) 범죄자가 자신의 범행결의가 지향하는 구성요건의 실현에 대한 직접적인 개시를 하였으나 그 실행이 이루어지지 못할 경우 즉 미수의 문제를 주로 범죄의 최적억제의 관점에서 다루어보았다.

40) 형사법 내지 형사정책이 어떻게 범죄의 잠재적 피해자의 주의유인이 되는지는 다른 기회에 구체적으로 다루어볼 계획이다.

즉 형법상 미수의 의의를 정의하고 장애미수, 중지미수 및 불능미수 등 각 유형의 미수범에 대한 형사적 제재수단에 관해 경제학적 관점에서 그 의의를 살펴 보았다. 이어, 형법 제25조 등에서의 미수범에 대한 형사적 제재의 범죄 억제 효과와 범죄자의 잠재적 범의의 무력화 효과에 관해 직관적 관점에서 법경제학적으로 검토해 보았다.

형법상 미수에 대한 이러한 법·경제학적 분석방법을 바탕으로 제2절과 제3절에서는 본격적인 경제 분석을 시도하였다. 제2절에서는 최적 범죄억지를 위한 분석 모델을 설정하여 미수의 가벌성 문제에 관해 구체적으로 검토하였다. 즉 미수에 대한 가벌성의 정당성 문제를 사법당국의 가해 관련 정보가 완전한 이론적인 경우와 가해관련 정보가 부족한 현실에서의 경우를 들어 살펴보고, 기수범 처벌의 보완재로서의 미수에 대한 형사적 제재, 미수 가벌성 요건으로서의 형법상 고의, 그리고 미수범 처벌수준의 문제를 정리한 후에 이러한 분석에서 얻을 수 있는 몇 가지 시사점을 정리하였다.

이어 제3절에서는 범죄행위 피해자의 주의노력 수준을 변수로 하여 미수범에 대한 문제를 검토하였다. 즉 범죄의 총사회적비용 최소화의 관점에서 어떤 경우가 피해자의 최적 주의 유인인지 살펴보고, 피해자의 주의수준과 미수 범죄와의 상관관계를 분석하였다. 이어 형사법 내지 형사정책이 이러한 잠재적 피해자의 주의를 이끌어내는 유인책이 되고 있음을 직관적으로 보였다.

상술하였듯이 본장에서는 대부분 범죄의 효율적 억제라는 법경제학적 목표를 중심으로 논의를 전개하였다. 경제학과 법이 목표로 하는 것이 사회 후생의 극대화로 동일하겠지만, ‘사회 후생(social welfare)’을 정의하고 측정하는 방식에서는 차이를 보이는 것은 분명하다. 주지하다시피 경제학자들이 효용이라는 개념을 통해서 사회 후생 극대화를 설명할지라도, 실제로는 투입을 가장 적게 해서 가능한 최대 산출량인 효율적 생산이라는 개념을 이용하고 ‘사회 후생’이 증가하고 있는지 알아내기 위해서 이런 산출량의 가치를 측정하는 경우가 일반적일 것이다. 이런 효율성 대리 변수는 코즈(Coase)가 ‘돈의 척도 the measure of money’라고 언급한 것으로, 인간 행위를 분석하는데 있어서 다른 사회 과학 분야들에 비해 정확성이란 이점을 경제학자들에게 안겨 준다.⁴¹⁾ 경제학만큼 개인들의 주관적 가치를 평가하고 그들의 행위를 세상에서 분석하기 위한 비교 가능

한 ‘객관적’ 기초를 갖춘 다른 사회 과학 분야는 존재하지 않음에도 불구하고 경제학자들조차도 효율성이 사회 후생에 대해 완벽하지 못한 대리 변수로서 남아 있을 뿐이란 점을 깨닫고 있다.⁴²⁾ 이런 문제는 특히 법에서 그러할 것이다. 법학에서 효율성은 사회 후생을 단독으로 결정하는 요소가 절대 아니다. 공정성과 정의 혹은 도덕적 고려가 지니는 중요성이 동등하거나 더 크다. 법의 목표는 전통적으로 효율적 사회가 아니라 정의로운 사회에 있었다. 특히 실제적 진실 발견을 목표로 하는 형사사법절차에서 효율성은 매우 부수적인 고려사항일 것이다. 때문에 이러한 ‘효율성’의 관점 이외에도 여러 중요한 형사법 내지 형사정책의 목표를 설정하여 개시한 착수의 미완성 즉 미수에 대한 논의를 이끌어 낼 수도 있다. 예컨대 앞서도 언급한 적 있듯이 “범죄의 무력화(incapacitation)”의 관점과 사회복귀(rehabilitation)의 관점, 그리고 효율성과 더불어 무시할 수 없는 사회적 정책목표인 “형평(equity)” 내지 공정성의 관점이 그것들이다. 미수 관련 형사법 내지 형사정책이 이러한 사회적 목표들에 있어서는 어떤 의미가 있는지 (본 보고서에서의 주된 논점이 아니지만) 간략하게 논의하고자 한다.

우선, 범죄 무력화의 측면에서는 범죄자의 범죄가 일정한 수준을 넘을 것으로 예상되는 경우에는 자유형(구금형)과 같은 처벌이 정당화된다. 왜냐하면 비록 성공하지 못하였다더라도 범죄의 실행에 착수한 사람은 언젠가 그러한 범행을 시도할 가능성이 높기 때문이다. 하지만, 범죄의 무력화라는 측면에서는 미수에 대한 처벌을 경감하거나 면제하는 대해서는 뚜렷한 정당성을 찾기가 어렵다. 또한 이에 대한 법경제학적 연구도 아직 별 진전이 없는 실정이다.

다음으로, 범죄자의 사회복귀의 측면에서는, 만일 구금형과 같은 처벌을 통해서라면 미수에 대한 형사적 처벌이 정당화될 수 있을 것이다. 또한 기수범에 비해 미수범에 대한 가벼운 처벌(감경, 면제)도 사회복귀의 관점에서 정당화될 수 있을 것으로 보인다. 다만, 이러한 형사적 처벌로 인해 미수범의 재범가능성이 높아지는 사회적 환경이라면 그러한 정당성이 다소 약화되거나 없을 수도 있을

41) Coase, Economics and Contiguous Disciplines, reprinted in R. H. Coase, Essays on Economics and economists, University of Chicago Press, 1994, p.44

42) Cole & Grossman, Principles of Law and Economics, Pearson Prentice Hall, 2004, p.51

것이다.

끝으로, 형평 내지 공정성의 관점에서 미수에 대한 가벌성 및 기수범에 비해 낮은 처벌수준의 정당성 문제를 생각해 본다. 예컨대 해당 범죄 행위가 실제 피해가 발생하지 않았더라도 사회적으로 비난받을 만한 악한 행위일 경우에는 실제 피해가 발생된 기수범죄와 마찬가지로 최적 범죄 억제의 관점에서 처벌이 정당화될 것이다. 미수범에 대한 처벌수준의 문제는 기본적으로 사법당국이 범죄 행위자의 최적 행위에 관한 충분한 정보를 가질 수 없기 때문에 기수범죄 억제의 관점에서와 마찬가지로 기수범에 비해 처벌수준이 낮은 것이 정당화될 것이다. 형평 내지 공정성의 관점은 일정한 가치판단이 요구되기 때문에 사실 형사 정책뿐 아니라 여타 정책이나 의사결정에 있어서도 경제 이론적으로 판단하기 어려운 측면이 있다.

미수에 대한 가벌성 문제는 이와 같이 최적 범죄 억제라는 관점뿐 아니라 다양한 사회적 기준을 감안하여 정책적으로 판단하여야 할 문제이다. 하지만, 일정부문의 가치판단이 요구되는 기준에 대해서는 경제 이론적으로 결론을 이끌어 내기가 쉽지 않으며, 경우에 따라서는 불가능할 수도 있다.

III

형법상 고의에 대한
경제학적 해석

형법상 고의에 대한 경제학적 해석

1. 서

형사법에서는 형사범의 주관적 고의(subjective intentions) 내지 범의(criminal intent)를 범죄형성의 중요한 고려요소로 본다. 사실 경제학에서는 고의란 용어가 거의 사용되지 않으며, 따라서 이에 대한 경제적 접근은 거의 찾을 수 없다. 하지만 고의에 관한 경제학적 검토 내지 접근을 시도한 글들이 없지는 않다.

예컨대 포즈너 판사는 형법상 고의는 다음과 같은 3가지 경제적 기능을 하고 있다고 하였다. 첫째, 강제적 양도의 이행(pure coercive transfers)을 보여주고, 둘째, 체포되어 기소될 확률에 대한 추정을 하며, 셋째, 해당 형사적 제재가 범죄 억제를 위한 효과적(cost-justified) 수단인지 여부를 결정해준다는 것이다.⁴³⁾ 또한 형법상의 고의는 이른바 범의(犯意 Mens Rea)⁴⁴⁾와 연관 지어 경제학적 관

43) Posner, Richard A., An Economic Theory of the Criminal Law, Columbia Law Review, Vol.85 No.6, 1985, p.1221.

44) ‘Mens Rea’는 범죄적 정신상태, 즉 범의(criminal state of mind)를 나타내는 라틴어이다. 경제학적 관점에서의 Mens rea에 대한 구체적인 설명은 Jeffrey S. Parker, *The Economics of Mens*

점에서 살펴볼 수 있을 뿐 아니라, 사고로 인한 손해와 고의에 의한 가해(加害) 간 차이점도 살펴볼 수 있다. 그러나 법학자인 이상돈 교수는 고의의 기능을 순수하게 규범적 관점에서 검토한다.⁴⁵⁾ 그에 따르면 고의는 첫째, 객관적으로 같은 결과를 실현하더라도 고의 행위는 과실행위보다 불법과 책임이 모두 무겁다는 점에서 개인적 귀속가능성을 차등화 한다. 둘째, 고의범은 형법규범을 부전한다는 점에서 형법규범에 주의를 기울이지 않은 과실범과 차등화 된다. 셋째, 고의와 과실에 대해 불법과 책임의 차등을 두는 이유는 법익보호요청 때문이다. 이처럼 고의에 대해서 경제학자와 법학자의 인식의 방법이 차이가 있음에도 불구하고 그 바탕에는 고의가 범죄의 억제와 관련이 되어있음을 보여주고 있다.

본 절에서는 이러한 기존의 검토들을 참고하되, 형사법상 고의에 대한 법적 의의를 바탕으로 그에 대한 경제학적 해석과 판례를 들어 고의에 대한 경제 분석의 응용을 해보고자 한다.

2. 형법상 고의의 의의

제13조(범의) 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다. 단, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다.

형법상 고의 내지 범의란 객관적 구성요건의 실현에 대한 인식과 이를 실현하기 위한 의사⁴⁶⁾로 정의된다. 다시 말해 일정한 결과의 발생을 기대하거나 또는 그것이 발생할 것을 인지 또는 예견하고 이를 용인하여 행동하는 주관적인 심리 상태를 말한다. 즉 고의가 성립하기 위해서는 행위자가 객관적 구성요건요소로 되는 사실을 인식하지 않으면 안 되며(이를 ‘지적 요소’라 한다), 인식한 내용을

Rea, 79 Va. L. Rev. 741(1993)을 참고할 수있다.

45) 이상돈, 형법강의, 법문사, 2010, 116~117쪽 참조

46) 진계호, 형법상의 고의, 『사회과학논총』 제11집, 전주대 사회과학연구원, 1995, p.63.

실현하려는 의사(이를 ‘의지적 요소’라 한다)가 있어야 한다.⁴⁷⁾ 지적 요소 불충분으로 인한 고의불성립의 사례로는 “대법원 1989.1.17. 선고 88도971 판결⁴⁸⁾”을 들 수 있으며, 고의의 의지적 요소에 관련된 사안으로는 “대법원 1977.1.11. 선고 76도3871 판결⁴⁹⁾”을 들 수 있다. 범의는 자기의 행위로 인하여 결과가 발생할 수도 있다는 사실을 인식·예견하는 것으로 족하고 그 결과를희망하거나 목적으로 할 필요는 없고, 또 확정적인 고의가 아닌 미필적 고의로도 족하다. 예를 들어 행위자가 9세의 여자 어린이에 불과하여 항거를 쉽게 제압할 수 있는 피해자의 목을 감아서 졸라 실신시킨 후 그곳을 떠나버린 이상 그와 같은 자신의 가해행위로 인하여 피해자가 사망에 이를 수도 있다는 사실을 인식하지 못하였다고 볼 수 없으므로, 적어도 그 범행 당시에는 그 행위자에게 살인의 범의가 있었다고 할 수 있다.⁵⁰⁾

47) 하태훈, 『판례중심 형법총각론』, 법원사, 2006, p.61.

48) 사건의 내용을 보면, 슈퍼마켓 주인인 공소의 이영희는 두부를 납품 받은 뒤 빈 상자를 회수해 가도록 신문지를 덮어 새벽에 슈퍼마켓 옆에 있는 쓰레기통 옆에 놓아두었다. 고물행상인 피고인은 새벽에 청소부들이 쓰레기를 수거하기 전에 고물을 수집하러 다니는데 이 사건 두부상자가 쓰레기통 옆에 놓여있고 그 위에 쓰레기로 보이는 신문지 등이 덮여 있어서 버린 것으로 알고 그 종이와 상자를 피고인의 리어카에 싣고 왔다. 이 사건에 대한 판결 요지는 다음과 같다. 절도의 범의는 타인의 점유 하에 있는 타인소유물을 그 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 점유 하에 이전하는 데에 대한 인식을 말하므로, 타인이 그 소유권을 포기하고 버린 물건으로 오인하여 이를 취득하였다면 이와 같이 오인하는 데에 정당한 이유가 인정되는 한 절도의 범의를 인정할 수 없다.

49) 사건의 개요를 보면, 피고인이 피해자 1에게 자신이 음주 후 행패를 부린 사실을 피고인의 아버지에게 고자질한 일을 따지러 가서 식도를 꺼내들고 죽인다고 협박을 할 때 피해자 1이 무서워서 그 자리를 피해 버렸다. 이에 피고인은 제 분에 이기지 못하여 식도를 휘두르는 피고인을 말리거나 그 식도를 뺏으려고 한 그 밖의 피해자들을 닥치는 대로 찌르는 무차별 횡포를 부리던 중에 피고인의 아버지가 그 소식을 듣고 뒤따라와 피고인의 뺨을 수회 때리고 욕을 하면서 꾸중을 하자 그 아버지를 식도로 찢러 사망케 했다. 이 사건에 대해 재판부는, 피고인의 부까지 찢르게 된 결과를 빚은 경우 피고인이 칼에 찢려 쓰러진 부를 부축해 데리고 나가지 못하도록 한 일이 있다고 하여 그의 부를 살해할 의사로 식도로 찢러 살해하였다는 사실을 인정하기는 어렵다고 봄이 상당하다고 판시하였다.

50) 대법원 1994.12.22. 선고 94도2511 판결 “살인죄의 범의는 자기의 행위로 인하여 피해자가 사망할 수도 있다는 사실을 인식 예견하는 것으로 족하고 피해자의 사망을 희망하거나 목적으로 할 필요는 없고, 또 확정적인 고의가 아닌 미필적 고의로도 족한 것인바(당원 1994.3.22. 선고 93도 3612 판결, 1988.6.14. 선고 88도692 판결 등 참조), 사실관계가 위와 같다면 피고인이 9세의 여자 어린이에 불과하여 항거를 쉽게 제압할 수 있는 피해자의 목을 감아서 졸라 실신시킨 후 그곳

형법 제13조에는 “죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다. 단, 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외로 한다”고 규정하고 있다. 원칙적으로 모든 범죄에는 고의가 있어야 처벌하고 고의가 없을 때에는 처벌하지 아니하되, 다만 예외적으로 과실범을 처벌하는 규정이 있을 때에만 처벌할 것을 규정하고 있다. 여기서, ‘죄의 성립 요소인 사실에 대한 인식’이란 형법 각 본조에 규정되어 있는 구성요건적 사실에 대한 인식을 말한다.

행위자의 정신세계에 속하는 상황을 주관적 구성요건요소라고 하는데,⁵¹⁾ 고의를 이러한 요건요소라고 할 수 있는지는 매우 중요한 문제이며, 이는 고의의 체계적 지위에 관한 문제이기도 하다. 고의의 체계적 지위에 관하여는 강학상책임요소설,⁵²⁾ 구성요건요소설,⁵³⁾ 고의의 이중기능⁵⁴⁾ 등 3가지 견해가 있다.⁵⁵⁾ 이에 대하여 통설적 견해는 고의의 이중적 지위를 인정한다. 즉 행위의 방향을 결정하는 행위의사로서 고의는 구성요건요소로, 심정반가치로서의 고의는 책임요소

을 떠나버린 이상 그와 같은 자신의 가해행위로 인하여 피해자가 사망에 이를 수도 있다는 사실을 인식하지 못하였다고 볼 수 없으므로, 적어도 그 범행 당시에는 피고인에게 살인의 범의가 있었다 할 것이니, 피고인의 행위를 살인미수죄로 처단한 원심의 조치는 옳고, 거기에 소론이 지적하는 바와 같은 위법이 없다.”

- 51) 행위자의 정신적·심리적 측면, 즉 정신세계에 속하는 상황을 주관적 구성요건요소라고 한다. 객관적 구성요건요소의 범위에 관해서는 별다른 문제가 없지만 어떤 요소가 주관적 구성요건요소인가에 대해서는 견해가 반드시 일치하는 것은 아니다.
- 52) 책임요소설은 행위는 어떤 의사에 기인한 결과의 이야기므로 행위의 요소가 되는 것은 인과적 원인으로서의 의사에 의한 결과판이고, 의사의 내용으로서의 고의는 책임요소가 된다는 견해이다. 인과적 행위론의 입장으로 고의범과 과실범을 구성요건해당성의 단계에서 구별하는 것이 불가능하다는 문제가 있다.
- 53) 구성요건요소설은 행위는 목적적 활동이므로 목적성, 즉 고의는 행위의 본질적 요소이고 이러한 행위는 고의범의 구성요건에 해당하는 실행행위로 되는 이상 고의는 주관적 구성요건요소가 된다는 견해이다. 목적적 행위론을 그 배경으로 한다. 이는 형법이 고의범을 과실범보다 중하게 처벌하는 것이 책임에 차이가 있기 때문인데 이를 설명하지 못하고 책임판단의 대상으로서 고의가 없으므로 책임개념을 공허화한다는 비판이 있다.
- 54) 고의는 불법구성요건으로서의 객관적 행위상황에 대한 지적·의지적 실현으로서의 구성요건적 고의가 되면 책임조건으로서의 고의에 의하여 범질서에 반하여 잘못 결정하였다는 이중의 의미를 가지는 것이다. 다시 말해 고의는 구성요건의 단계에서는 행위의사에 의하여 객관적 구성요건요소를 실현하였는가를 문제로 하지만, 책임조건으로서의 왜 그러한 실현의사에 이르르게 되었으며 그러한 행위자의 의사결정이 법적으로 비난 받을 수 있는 심정에 기인한 것이 아닌가를 문제로 하는 것이다.
- 55) 이재상(2002) 참조.

라고 하면서 고의의 이중적 지위를 인정하는 것이다.

고의는 지적 요소와 구성요건 실현에 대한 행위자의 의사관련에 따라 확정적 고의와 불확정적 고의로 구별된다. 확정적 고의란 구성요건적 결과의 실현을 행위자가 인식하였거나 확실히 예견한 때를 말하며 직접적 고의라고도 한다. 행위자가 그 결과를 희망하였는가는 문제가 되지 않는다. 행위의 필수적 결과를 예견한 이상 행위결단에는 이러한 결과의 실현을 위한 의지가 포함되기 때문이다. 불확정적 고의란 구성요건적 결과에 대한 인식 또는 예견이 불명확한 경우를 말하며 여기에는 미필적 고의, 태일적 고의 및 개괄적 고의가 포함된다. 주로 미필적 고의와 인식있는 과실과의 구별이 형법적 쟁점이 된다. (미필적 고의란 행위자가 구성요건적 결과의 발생을 확실하게 인식한 것이 아니라 그 가능성을 예견하고 행위한 경우를 말한다).

3. 직관적 관점에서의 경제적 검토

상술하였듯이 형법에서는 고의가 차지하는 의미는 매우 크다. 형법상의 고의에 관해 경제학적 관점에서 검토하기 위해서 우선 (가상적) 예를 들어 그 의미에 대해 생각해 보자.

어떤 사람이 자신의 효용(utility)을 높여 줄 어떤 결과를 ‘기대(desires)’한다고 하자. 또한 그는 자기가 원하는 어떤 결과의 발생의 확률을 높일 것으로 믿는 방식으로 행동한다고 하자. 그러면 그는 자신의 행동에 ‘고의’가 있다고 볼 수 있다. 예컨대 갑이라는 사람이 평소 미워하던 을의 사망을 기대하면서 흉기로 을을 찔렀다면, 그래서 을이 사망하였다면, 갑은 고의범으로 처벌될 가능성이 높다. 물론 이때도 행위자에게 살인의 고의를 인정하려면 사망의 발생을 용인하려는 내적 태도가 있어야 한다. 그러나 살인죄의 범의는 자기의 행위로 인하여 피해자가 사망할 수도 있다는 사실을 인식, 예견하는 것으로 족하지 피해자의 사망을 희망하거나 목적으로 할 필요는 없고, 확정적인 고의가 아닌 미필적 고의

로도 족하다고 한 점은 이미 언급한 바 있다.⁵⁶⁾

하지만, 갑이 을이 죽기를 바라면서 을을 찔렀지만, 을이 피하는 순간 공교롭게 옆에 서있던 병이 찔려 죽었다면 갑은 고의로 병을 죽게 한 것은 아니다. 왜냐하면 갑은 병의 죽음을 원하지 않았기 때문이다.⁵⁷⁾ 물론 이와 같은 문제는 구체적 사실의 착오로서 행위의 수단이나 방법이 잘못되어 의도한 객체 이외의 객체에 대하여 결과가 발생한 경우이기 때문에 특히 방법의 착오라고 할 수 있다. 이러한 경우 판례는 행위자가 인식한 범죄사실과 현실적으로 발생한 범죄사실이 법정적으로 부합하는 경우에만 발생한 사실에 대한 고의기수를 인정하고, 그렇지 않은 경우에는 고의가 조각된다는 이른바 법정적 부합설을 취한다. 예를 들어 피고인이 먼저 피고인의 형수(피해자 1)을 향하여 살의를 갖고 소나무 몽둥이(길이 85센티미터 직경 9센티미터)를 양손에 집어들고 힘껏 후려친 가격으로 피를 흘리며 마당에 고꾸라진 동녀와 동녀의 등에 업힌 피고인의 조카(남1세, 피해자 2)의 머리부분을 위 몽둥이로 내리쳐 피해자 2를 현장에서 두개골절 및 뇌좌상으로 사망케 한 사건에서 대법원은 “소위 타격의 착오가 있는 경우라 할지라도 행위자의 살인의 범의성립에 방해가 되지 아니하다”고 하여 발생한 범죄사실에 대한 고의기수로 처벌하고 있다.⁵⁸⁾

한편, 갑이 병과 함께 테니스를 치는 동안 갑이 죽기를 바라던 을이 교통사고

56) 또 다른 판례로는 대법원 1993.10.8. 선고 93도1873 판결 및 대법원 2002.10.25. 선고 2002도 4089 판결 참조. 특히 2002도4089 판결에서는 피해자에 대한 가해행위를 직접 실행한 공동 피고인들이 피해자의 머리카락 등 치명적인 부위가 아닌 허벅지나 종아리 부위 등을 주로 찔렀다고 하더라도 칼로 피해자를 20여 회나 힘껏 찔러 그로 인하여 피해자가 과다실혈로 사망하게 된 이상 공동 피고인들이 자기들의 가해행위로 인하여 피해자가 사망할 수도 있다는 사실을 인식하지 못하였다고는 볼 수 없고, 오히려 살인의 미필적 고의가 있었다고 볼 수 있다고 하였다.

57) 하지만, 갑은 형법에 의해 병의 사망과 관련하여 살인범으로 처벌받을 수 있으며, 이는 비록 병의 사망에 직접적 고의는 없었다 하더라도 결과적으로 고의범으로 처벌받을 수 있다. 예컨대, 미필적 고의를 인정한 대법원 1998.6.9. 선고 98도980 판결이 이에 해당한다고 볼 수 있다. 사건의 요지를 보면, 피고인이 피해자와 말싸움을 하던 중 피해자가 자신에게 침을 뱉는 등 모욕을 주자 이에 격분하여 길바닥에 있던 목재로 피해자의 머리를 때려 사망케 했다. 이 사건에 대해 재판부는, ‘살인죄의 범의는 반드시 살해의 목적이나 계획적인 살해 의도가 있어야만 인정되는 것이 아니며, 자신의 행위로 타인의 사망가능성이나 위험을 인식하거나 예견하면 족하며, 그 인식 내지 예견이 불확정적인 경우라도 이른바 미필적 고의를 인정하였다.’

58) 대법원 1984.1.24. 선고 83도2813 판결

로 사망한 경우는 비록 망자의 죽음을 원하였지만, 갑은 병과의 테니스 게임이
을의 사망 확률을 높이지 않았으므로 고의의 범주에 포함시키지 않는다.

형사법에서는 이러한 고의에 의한 가해행위와 불법행위법상 사고에 의한 손해
간의 차이를 명확히 구별하고 있다. 즉 불법행위법은 사고에 의한 손해에 대해
다루고 있으며, 형법은 고의에 의한 가해행위에 대해 다루고 있는 것이다. 과실
과 고의를 구분하는 경계는 무분별한 과실행위와 고의적 가해행위 사이에 놓이
게 된다. 즉, 행위자의 행위가 이 경계를 넘어가게 되면 과실(fault)에서 유죄
(guilty)로 규정되는 것이다. 또한 고의의 수준을 넘어서 잔인한 방법으로 가해하
여 피해자의 고통을 즐기는 이른바 가학적 행위(sadistic activities)는 일반적 고
의보다 더 죄질이 나쁜 형사범죄라고 볼 수 있겠다.

포즈너에 따르면 고의에 의한 범죄와 민사상 불법행위의 주요한 차이는 ① 범
죄제재와 불법행위제재의 사회적 비용과 ② 이 두개의 법체계로 규제되는 기초
적 행위의 사회적 이익으로부터 도출된다고 주장한다.⁵⁹⁾ 포즈너의 1985년 문헌
에서는 형법의 존재에 대한 효율성 논증에 대하여 이전의 『Economic Analysis
of Law』보다 더 간략한 부연설명을 한다.⁶⁰⁾ “형법이 처벌하는 주요의 것은 순
전히 강제적인 이전 혹은, 탈세나 담합에서 더 잘 설명되는 것처럼 효용의 순수
한 비자발적인 이전인 것이다” 순수한’이라는 자격은 이것이 이전(transfer)이
생산적 행위에 있어서 우연적인 것이 아니라는 것을 나타내기 때문에 본질적이
다. 예컨대 보다 향상된 생산과정이 도입되고 오래된 기술을 사용하는 회사의
이해관계자가 수입이나 부(富)의 손실을 견딜 때 일어나는 부(富)의 이전과 이것
은 다르다. 순수한 비자발적인 이전에 영향을 주는 사람은 비시장거래로 대체하
려고 시도하기 때문이다. 이러한 상황에서 시장거래가 더 효율적이고 사장을 우
회하는 사람은 사회에 비용을 부과하는 셈이다.⁶¹⁾

59) 김대근, 형사적 규제에 대한 범경제학적 접근, 고려대학교 일반대학원 석사학위논문, 2003, 76-77쪽.

60) Posner, Richard, 「An Economic Theory of the Criminal Law」, 85 『Columbia Law Review』, 1985

61) 본질적으로 포즈너가 형법의 핵심적이 관심이라고 인식했던 순수한 강제적 이전은 또한 보통법에
서는 고의적 불법행위이므로 그가 반드시 설명해야 하는 논리적 질문은 적어도 범죄행위의 가장
큰 범주에 관해서 왜 불법행위 자체가 충분한 사회통제를 하지 못하는지 이다. 비록 그러한 행위
가 완전히 은폐될 수는 없겠지만 그는 관찰을 통해 이렇게 답한다. “순수한 강제적 이전에 대한

시장에서 노력을 억제하기 위해 ‘추가’의 무엇’ 뿐만 아니라, 피해는 또한 범죄자 체포의 불확실성과 범행을 은닉하려는 행위자의 노력에 기인한 불확실성들을 고려하도록 증가되어야 한다. 마지막으로 위험에 의해 죽음의 위험에 노출된 피해자의 경우 손해는 그러한 위험과 그 위험에 대한 보상 사이의 비선형적 관계를 고려하는 정도까지 조절되어야 한다.

4. 고의에 대한 경제학적 해석

상술한 ‘고의’ 여부의 판단은 범죄 억제(deterrence)의 관점에서 볼 때 형사정책의 핵심적 위치에 있다. 일반적으로 논의되는 범경제학적 맥락에서 고의는 다음과 같은 경제학적 의미를 갖는다.⁶²⁾ 첫째, 고의는 피해의 확률과 비례적으로 관련되어 있다. 왜냐 하면 개념에 따르면, 어떤 당사자가 피해를 끼칠 의도가 있는 경우에는 그의 행위가 피해를 발생할 확률을 높이기 때문이다. 이러한 요소는 피해가 일어날 확률에 대한 법원의 명백한 증거가 제한적일 때 특히 중요하다. 또한 법원은 종종 그 당사자의 고의에 대한 지식을 가지고 확률에 대한 추론을 할 수 있기 때문이다.⁶³⁾ 둘째, 해로운 결과를 바라는 당사자가 그렇지 않은 당사자보다 더 큰 손해를 일으킬 수 있기 때문에, 고의는 그 손해의 가능한 크기와 상호관련을 맺는다. X가 Y를 해할 고의가 있다면 X는 팔이나 다리보다 더 치명적인 부위를 가격할 것이다. 셋째, 고의는 또한 그들의 행위로부터 발생하리라 기대하는 당사자들의 사적인 이익과 밀접하게 연관되어 있다. 개념

제재 - 시장거래비용이 금지되지 않더라도 시장에 거래를 이전시키는 것을 제한하도록 되어 있는 추가의 무엇 - 피해자의 손실에 대해 법이 고려하는 것보다 큰 것이다.”

62) 김대근, 형사적 규제에 대한 범경제학적 접근, 고려대학교 일반대학원 석사학위논문, 2003, 109~110쪽.

63) 예를 들어 법원이 Y에 대한 X의 저격에 대한 증언을 거의 못들은 상황에서 그들이 X가 Y를 살해할 고의가 있었음을 알고 있다면, 법원은 X가 주의깊게 Y를 향해 기습을 당겼다는 것을 추측할 수 있을 것이다.

상, 해를 의도하는 당사자들의 효용은 손해의 발생빈도에 따라 증가하고 그리고 또한 정확히 나타나게 된다. 이렇게 의도된 손해의 발생 확률과 규모 둘 다 고의가 있다면 고의에 대한 의지에 비례하여 더욱 더 커지는 경향이 있다. 그러므로 범죄를 의욕하는 행위자들은 억제되기가 더욱 어려워질 수밖에 없다. 게다가 고의는 사회적 이익과 무관하다. 왜냐 하면 앞서 지적한 대로 사회는 종종 피해로부터 비롯되는 사적인 이익의 가치를 거의 평가하지 않기 때문이다. 마지막으로, 고의는 행위자가 제재를 회피할 수 있는 확률과 관계가 있을 수 있다. 왜냐 하면 해로운 행위를 저지르기로 의도한 당사자는 신원 확인과 체포를 피할 수 있는 또는 그렇게 함으로써 조치를 취할 수 있는 특정한 시간과 장소를 선택할 가능성이 크기 때문이다.

이를 형사정책적 의미에서 상술해보자. 고의는 손해발생의 확률과 손해의 크기를 높인다. 왜냐하면 어떤 사람이 타인에게 손해를 끼치려는 의도가 있는 경우에는 해당 손해의 발생확률이 높아지기 때문이다.

이처럼 범죄라는 맥락에서, 개인은 범죄행위와 비범죄행위 둘 중 어디에 시간을 소비하는 것이 가장 큰 효용을 줄 것인가를 결정해야 한다. 이러한 결정은 개인의 범죄와 비범죄의 기회의 여부와 그러한 기회들에 대한 개인의 선호에 의해 결정된다. 여타의 다른 조건들이 똑같은 때, 범죄에 대한 기회가 비범죄적 기회에 비해서 충분히 이익이 된다고 생각되거나 범죄적 행위에 대한 거부감이 충분히 낮을 경우에는 개인은 범죄에 가담하기로 의욕할 것이다.⁶⁴⁾

때문에 고의는 또한 행위자의 해당 행위로부터 얻는 사적이익을 높이게 된다. 즉 고의가 있는 경우에는 행위자가 기대했던 손해발생의 확률과 손해의 크기가 더 커지게 되고 그 결과 행위자의 효용이 높아지게 된다. 따라서 고의가 있는 행위자의 (범죄) 행위를 억제하기가 더욱 어려워진다. 특히 고의의 지적 요소가 결여되며, 행위에 따른 결과가 반사회적이지 않거나 발생한 손해가 미약한 경우가 많다. 특히 절도죄에 있어서 재물의 타인성을 오신하여 그 재물이 자기에게 취득 할 것(빌린 것)이 허용된 동일한 물건으로 오인하고 가져온 경우에는 범죄 사실에 대한 인식이 있다고 할 수 없으므로 범의를 조각하여 절도죄가 성립하지

64) 김대근, 형사적 규제에 대한 범경제학적 접근, 고려대학교 일반대학원 석사학위논문, 2003, 91~92쪽.

않는다는 판례⁶⁵⁾나, 자정 가까운 시간에 점포를 폐점하면서 제조 년월일이 오래 된 빵을 별다른 감수조치를 취함이 없이 점포 밖에 방치하였는데 피고인은 이를 상해서 버리는 빵인줄 알고 개떡이로 쓰고자 가져간 경우에 절도의 범의를 인정하지 않은 판례⁶⁶⁾는, 고의가 없기 때문에 행위자가 기대했던 손해발생의 확률과

65) 대법원 1983.9.13. 선고 83도1762,83감도315 판결 “피고인은 경찰이래 원심공판정에 이르기까지 피고인이 이건 고양이를 들고 간 것은 사실이지만 절취할 의사로 가져간 것이 아니고 그날 피고인이 다른데서 빌려가지고 있다가 잃어버린 고양이인 줄로 잘못 알고 가져가다가 주인이 자기것이라고 하여 돌려주었을 뿐이라고 일관하여 범의를 부인하고 있고, 이건 피해자라고 하는 김옥순의 제 심 법정에서의 증언과 경찰 및 검찰에서의 증언에 의하면, 피고인이 평상 밑에 있는 고양이를 쓰다듬다가 런닝샤쓰안에 집어넣고 가기에 고양이를 왜 가지고 가느냐고 하니가 아무말도 하지 않고 골목으로 가기에 뒤따라가서 피고인으로부터 고양이를 찾아왔다는 것이고, 목격자라고 하는 김 남 호(일명 강양)의 경찰에서의 진술에 의하면 낮모르는 사람이 고양이를 품속에 넣고 가는 것을 보았는데 5분 뒤에 평원닭집 주인들이 고양이를 찾기에 낮모르는 청년이 고양이를 품에 넣고 시장쪽으로 갔다고 알려줘 조금 있다가 주인이 고양이를 찾아왔다는 것이며, 또 다른 목격자인 김영희의 경찰에서의 진술은 피고인이 고양이를 가지고 가는데 평원닭집 주인 김옥순이 따라와서 피고인으로부터 고양이를 찾아가는 것을 보았다는 것인바, 위 김옥순의 진술과 김남호의 진술에는 서로 다른점이 없지 아니하나 어느 진술에 의하더라도 피고인은 이건 고양이를 몰래 가지고 도망하여 행방을 감춘 것은 아니고 다른 사람이 보는 데서 공공연히 가지고 가다가 주인이 나타나서 자기것이라고 하자 그대로 돌려준 사실을 알 수 있고, 한편 원심이 배척하지 아니한 제 심증인 천직세의 법정에서의 증언 및 검찰에서의 진술에 의하면, 동인은 이 사건이 일어나기 몇시간 전에 피고인에게 고양이 1마리를 빌려준 사실이 있었다고 진술하고 있어 피고인의 변소를 뒷받침하고 있는 등 사정을 종합하여 볼 때에 피고인이 이건 고양이를 가져간 것은 위 김옥순의 고양이인 줄 알고 절취한 것이라기 보다는 피고인이 잃어버린 고양이로 잘못 알고 가져간 것이라는 피고인의 진술(두 고양이는 외형상 유사하다고 진술하고 있어 그 진부를 가려 사실이 그와 같다면)에 수궁이 가고 그밖에 기록을 정사하여도 피고인이 이건 고양이를 김옥순의 소유인 줄 알고 그 의사에 반한 것임을 알면서 취거한 것이라고 단정할 자료는 없다. 그렇다면 절도죄에 있어서 재물의 타인성을 오인하여 그 재물이 자기에게 취득(빌린 것)할 것이 허용된 동일한 물건으로 오인하고 가져온 경우에는 범죄사실에 대한 인식이 있다고 할 수 없으므로 범의를 조각하여 절도죄가 성립하지 아니한다 할 것이다.”

66) 대법원 1984.12.11. 선고 84도2002 판결 “위와 같은 각 진술내용에 비추어 보면 피해자는 제조 년월일이 오래된 빵을 피해자의 점포밖에 놓아두었다가 절취를 당한 것이 분명한 바, 자정 가까운 시간에 점포를 폐점하면서 제조년월일이 오래된 빵을 별다른 감수조치를 취함이 없이 점포밖에 방치 하였다면 경우에 따라서는 외관상 피해자가 그 소유를 포기한 물품으로 오인될 수도 있고 이러한 경우에 그 빵을 가져간 행위는 절도의 범의를 인정하기 어려운 경우가 있을 것이다. 그러므로 원심으로서 위 빵이 쌓여 있던 위치와 감수조치의 유무 및 종전에도 피해자 점포에서 부패된 빵을 피고인 주장과 같이 처리한 사례가 있었는지의 여부등을 좀더 심리하여 보아서 부패하여 버린 빵으로 오인하였다는 피고인의 변명이 과연 합당한지를 가려보아야 할 것이다.”

손해의 크기가 작았고 그 결과 행위자의 효용이 낮은 경우이다.

또한 고의는 행위자의 제재확률을 낮추게 된다. 포즈너와 세벨도 고의가 해악에 대한 가능성과 정(正)의 관계가 있고 체포가능성과 부(負)의 관계에 있다고 한다.⁶⁷⁾ 다시 말해 고의가 있는 행위자는 (그렇지 않은 경우에 비해) 적발되어 체포될 가능성이 낮은 장소와 시간을 택해 행동할 것이며 이 경우 해당 행위의 역제가 더욱 어려워진다. 그러나 고의가 없는 행위는 자신의 행위에 대하여 체포가능성이나 적발 가능성을 고려하지 않기 때문에 일반에 의해 인식될 가능성이 틀 것이다. 예컨대 목사가 진위확인을 위하여 교회집사들에게 전임목사의 불미스러운 소문에 관하여 물은 경우 명예훼손죄의 성부가 문제된 사안에서 불미스러운 소문의 진위를 확인하기 위하여 교회집사들에게 물어보는 정도는 충분히 있을 수 있는 일로서 고의없는 단순한 확인에 불과할 것이고 또한 그 과정에서 행위자의 행위가 드러나게 되는 것이다.⁶⁸⁾

이상의 논의는 위에서 고의를 ‘주관적인 심리상태’라고 정의하였음에도 불구하고 형사적 제재가 뒤따라야 함을 보여준다. 이러한 논의는 고의에 의한 손해가 직접적 의도였든 그렇지 않은 결과였든 관계없이 적용된다. 어떤 경우에서든지 고의적이지 않은 행위에 비해 손해발생의 확률과 손해의 크기, 행위자의 기대사적이익(expected private benefits), 제재회피확률이 클 것이다.

‘무력화이론(incapacitation theory)’의 견지에서 보면, 고의는 잠재적 범죄자의 범행 위험에 관한 정보를 제공한다는 측면에서 큰 의의를 갖는다. 어떤 사람이 위해를 야기할 의도를 가지고 범행한 경우 그는 장래에도 유사한 범행을 할 위험성을 갖는다. 고의로 타인에게 위해를 가한 사실로부터 해당 행위자의 성격이나 행동양태를 추측할 수 있다.

하지만, 장래의 범죄가능성 여부에 대한 이러한 추측은 상황에 따라 달라질

67) 김대근, 형사적 규제에 대한 법경제학적 접근, 고려대학교 일반대학원 석사학위논문, 2003, 102쪽.

68) 대법원 1985.5.28. 선고 85도588 판결 “명예훼손죄의 주관적 구성요건으로서의 범의는 행위자가 피해자의 명예가 훼손되는 결과를 발생케 하는 사실을 인식하므로 족하다 할 것이나 새로 목사로서 부임한 피고인이 전임목사에 관한 교회내의 불미스러운 소문의 진위를 확인하기 위하여 이를 교회집사들에게 물어보았다면 이는 경험칙상 충분히 있을 수 있는 일로서 명예훼손의 고의없는 단순한 확인에 지나지 아니하여 사실의 적시라고 할 수 없다 할 것이므로 이 점에서 피고인에게 명예훼손의 고의 또는 미필적 고의가 있을 수 없다고 할 수 밖에 없다.”

수 있다. 예컨대 단지 정부(情夫)와의 결혼을 위해 남편을 살해한 사건의 경우라면, 장래에 유사한 고의적인 상황이 발생할 가능성이 희박할 것이다. 반면에 마땅한 직업이 없는 사람이 강도행위를 했다면 그의 고의적 행위로부터 장래에도 유사한 범행을 저지를 위험성이 있음을 추측하기는 어렵지 않다. 어떠한 경우이든 어떤 행위에서의 고의성의 유무는 해당 행위자의 성격 내지 행동양태를 읽는데 도움을 주며 장래 범행의 위험성에 관한 정보를 제공해주지만, 충분한 정보는 아니므로, 고의의 중요성을 무력화의 견지에서 강조하는 것은 문제가 있을 수 있다.⁶⁹⁾

범죄 억제에 관점뿐만 아니라 무력화의 관점에서조차도 위해를 야기한 고의적 행위에 대해 형사적 제재를 하지 않는 경우도 있다. 우선, 어떤 사람의 고의적 범죄 행위가 비록 타인의 위해를 초래하였더라도 해당 행위가 사회적으로 바람직한 경우이다. 예컨대 어떤 사람이 두 종류의 범행을 할 수 밖에 없는 상황에서, 보다 적은 위해를 야기하는 행위를 선택한 경우 즉 긴급피난(defense of necessity)의 경우와, 강박(duress)이나 정당방위(self-defense)에 관계된 범죄행위의 경우 등이다.

중앙선 침범 사고이지만 부득이한 사유로 인한 것이어서 교통사고처리특례법 제3조 제2항 제2호에 해당되지 않는다고 결론지은 사안에서 대법원이 긴급피난을 인정하여 처벌하지 않는 것⁷⁰⁾이나, 모체의 건강을 해칠 우려가 현저하고 기형아 내지 불구아를 출산할 가능성마저 있어 부득이 취한 낙태수술행위에 대하여 위법성을 조각한 사례,⁷¹⁾ 그리고 선박의 이동에도 새로운 공유수면점용허가

69) Shavell, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Massachusetts; The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, p.555.

70) 대법원 1990.5.8. 선고 90도606 판결 “차량충돌 사고장소가 편도 1차선의 아스팔트 포장도로이고, 피고인 운전차량이 제한속도(시속 60킬로미터)의 범위 안에서 운행하였으며(시속 40 내지 50킬로미터), 비가 내려 노면이 미끄러운 상태였고, 피고인이 우회전을 하다가 전방에 정차하고 있는 버스를 발견하고 급제동조치를 취하였으나 빗길 때문에 미끄러져 미치지 못하고 중앙선을 침범하기에 이른 것이라면, 피고인이 버스를 피하기 위하여 다른 적절한 조치를 취할 방도가 없는 상황에서 부득히 중앙선을 침범하게 된 것이어서 교통사고처리특례법 제3조 제2항 단서 제2호에 해당되지 않는다는 원심의 판단은 수긍이 간다.”

71) 대법원 1976.7.13. 선고 75도1205 판결 “이 사건 피해자 정정순이가 사망하게된 것이 피고인이 그 사람에 대하여 한 낙태수술과 그 뒤의 치료과정에서 산부인과 전문의인 의사로서 통상적으로

가 있어야 하고 휴지선을 이동하는 데는 예인선이 따로 필요한 관계로 비용이 많이 들어 다른 해상으로 이동을 하지 못하고 있는 사이에 태풍을 만나게 되고 그와 같은 위급한 상황에서 선박과 선원들의 안전을 위하여 사회통념상 가장 적절하고 필요불가결하다고 인정되는 조치를 취하였다면 형법상 긴급피난으로서 위법성이 없어서 범죄가 성립되지 아니한다고 사례⁷²⁾는 모두 긴급피난이 인정되어 재제 자체가 사회적으로 바람직하지 않은 경우라고 할 수 있다. 물론 긴급피난의 경우도 처음부터 피난행위를 할 목적으로 위난을 자초하거나 고의로 위난을 자초한 이른바 자초위난(自招危難)의 경우는 긴급피난이 허용되지 않고, 해당 행위는 처벌을 받게 된다. 따라서 피고인이 스스로 야기한 강간범행의 외중에서 피해자가 피고인의 손가락을 깨물며 반항하자 물린 손가락을 비틀며 잡아 뽑다가 피해자에게 치아결손의 상해를 입힌 소위를 가리켜 법에 의하여 용인되는 피난행위라 할 수 없다는 대법원은 판단은 타당하다고 할 수 있다.⁷³⁾

요구되는 업무상의 주의의무를 다하지 못한 과실에 원인된 것이라고 단정할만한 증거가 없고 그 적시 증거들에 의하면 피고인이 위 정정순에게 낙태시술을 하게 된 이유는 임신의 지속이 모체의 건강을 해칠 우려가 현저할 뿐더러 기형아 내지는 불구아를 출산할 가능성마저도 없지 않다고 판단한 아래 부득이 취하게 된 조치로 인정된다 하여 이는 정당행위 내지 긴급피난에 해당되어 그 위법성이 없는 경우에 해당된다고 결론지어 주의적 공소사실인 업무상 낙태치사와 예비적 공소사실인 업무상 촉탁낙태 및 업무상과실치사 모두에 대하여 무죄를 선고한..(중략)...원심판단은 그 정당함이 인정되어 소론과 같은 채증법칙의 위반이나 논지가 공격하는 바와 같은 낙태죄의 법리나 긴급피난의 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.”

- 72) 대법원 1987.1.20. 선고 85도221 판결 “선박이동에도 새로운 공유수면점용허가가 있어야 하고 휴지선을 이동하는 데는 예인선이 따로 필요한 관계로 비용이 많이 들어 다른 해상으로 이동을 하지 못하고 있는 사이에 태풍을 만나게 되었다면 피고인들로서는 그와 같은 위급한 상황에서 선박과 선원들의 안전을 위하여 사회통념상 가장 적절하고 필요불가결하다고 인정되는 조치를 취하였다면 형법상 긴급피난으로서 위법성이 없어서 범죄가 성립되지 아니한다고 보아야 하고 미리 선박을 이동시켜 놓아야 할 책임을 다하지 아니함으로써 위와 같은 긴급한 위난을 당하였다는 점만으로는 긴급피난을 인정하는데 아무런 방해가 되지 아니한다. 이 사건에서 원심이 태풍내습시 금성호에는 태풍에 대비하여 7,8명의 선원이 타고 있었고, 피고인들이 태풍으로 인한 선박의 조난이나 전복을 피하기 위하여 선박의 양쪽에 두개의 닻을 내리고, 한쪽의 닻줄의 길이를 175미터(7샤클)로 늘어 놓은 것이 사고지점에서 태풍의 내습에 대비한 가장 적절하고 필요한 조치로 인정된다는 취지에서 피고인들의 소위를 긴급피난행위로 보아 재물손괴의 점에 대하여 무죄를 선고한 원심의 판단은 정당하고, 거기에 긴급피난의 법리를 오해하였거나 심리미진의 위법을 찾아 볼 수 없다.”
- 73) 대법원 1995.1.12. 선고 94도2781 판결 “강간 등에 의한 치사상죄에 있어서 사상의 결과는 간음 행위 그 자체로부터 발생한 경우나 강간의 수단으로 사용한 폭행으로부터 발생한 경우는 물론 강

또한 부(父)의 신체 등에 대한 위해를 방위하기 위한 정당방위로서 위법성이 조각된다고 본 사례⁷⁴⁾나, 경찰관의 불법한 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 가한 경우, 불법 체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당한다고 한 사례⁷⁵⁾는 타인의 부당한 침해로부터 개인이 스스로 법익을 보호하는 것이 불가피한 경우로써, 범죄의 억제자체가 사실상 불가능한 정당방위의 경우이다.

이러한 경우 범죄의 억제 자체가 어렵거나 불가능하며, 또한 형사적 제재 자

간에 수반하는 행위에서 발생한 경우도 포함한다 할 것인바, 원심이 확정된 바와 같이 피고인이 판시 일시경 피해자의 집에 침입하여 잠을 자고 있는 피해자를 강제로 간음할 목적으로 동인을 향해 손을 뻗는 순간 놀라 소리치는 동인의 입을 왼손으로 막고 오른손으로 음부 부위를 더듬던 중 동인이 피고인의 손가락을 깨물며 반항하자 물린 손가락을 비틀며 잡아 뽑아 동인으로 하여금 우측하악측절치치아결손의 상해를 입게 하였다면, 피해자가 입을 위 상해는 결국 피고인이 저지르려던 강간에 수반하여 일어난 행위에서 비롯된 것이라 할 것이고, 기록상 나타난 피해자의 반항을 뿌리친 형태 등에 비추어 보면 그 결과 또한 능히 예견할 수 있었던 것임을 부인할 수는 없다 하겠으나, 위와 같은 소위에 대하여 피고인을 강간치상죄로 처단한 제1심판결을 유지한 원심의 조치는 옳게 수긍이 되고, 거기에 소론과 같이 강간치상죄의 범리를 오해한 위법이 없다. 또 피고인이 스스로 야기한 범행의 와중에서 피해자에게 위와 같은 상해를 입힌 소위를 가리켜 법에 의하여 용인되는 피난행위라 할 수도 없고, 위와 같이 소리치며 반항하는 피해자의 입을 손으로 막고 음부까지 만진 소위에 대하여 주장과 같이 강간의 수단인 폭행이나 협박이 개시되지 않았다고 할 수도 없다.”

- 74) 대법원 1986.10.14. 선고 86도1091 판결 “차량동행문제를 둘러싸고 피고인의 부와 다툼이 있던 피해자가 그 소유의 차량에 올라타 문안으로 운전해 들어가려 하자 피고인의 부가 양팔을 벌리고 이를 제지하였으나 위 피해자가 이에 불응하고 그대로 그 차를 피고인의 부 앞쪽으로 약 3미터 가량 전진시키자 위 차의 운전석 부근 옆에 서 있던 피고인이 부가 위 차에 다치겠으므로 이에 당황하여 위 차를 정지시키기 위하여 운전석 옆 창문을 통하여 피해자의 머리털을 잡아당겨 그의 흉부가 위 차의 창문틀에 부딪혀 약간의 상처를 입게 한 행위는 부의 생명, 신체에 대한 현재의 부당한 침해를 방위하기 위한 행위로서 정당방위에 해당한다.”
- 75) 대법원 2000.7.4. 선고 99도4341 판결 “형법 제136조가 규정하는 공무집행방해죄는 공무원의 직무집행이 적법한 경우에 한하여 성립하는 것이고, 여기서 적법한 공무집행이라 함은 그 행위가 공무원의 추상적 권한에 속할 뿐 아니라 구체적 직무집행에 관한 법률상 요건과 방식을 갖춘 경우를 가리키는 것이므로, 경찰관이 적법절차를 준수하지 아니한 채 실력으로 현행범인을 연행하려고 하였다면 적법한 공무집행이라고 할 수 없고, 현행범인이 그 경찰관에 대하여 이를 거부하는 방법으로 폭행을 하였다고 하여 공무집행방해죄가 성립하는 것은 아니기 때문에 “경찰관의 행위가 적법한 공무집행을 벗어나 불법하게 체포한 것으로 볼 수밖에 없다면, 그 체포를 면하려고 반항하는 과정에서 경찰관에게 상해를 가한 것은 불법 체포로 인한 신체에 대한 현재의 부당한 침해에서 벗어나기 위한 행위로서 정당방위에 해당하여 위법성이 조각된다.”

체가 사회적으로 바람직하지 않기 때문에 무력화할 필요가 없다. 따라서 비록 고의에 의한 범행이더라도 형사적으로 면책된다.

이와는 반대로, 위해를 가할 의도가 없었더라도 형사적 처벌을 받는 경우가 종종 있다. 예컨대 어떤 사람이 (음주 운전자가 과속으로 행인을 치어 사망케 한 경우와 같이) 비록 위해를 가할 의도는 없었더라도 심각한 위해를 야기했을 경우에는 형사적 처벌을 받을 수 있다. 왜냐하면 고의성이 없었다는 사실로부터 행위자의 행위가 덜 위험하다고 간주할 수 없기 때문이다.⁷⁶⁾ 또한 심각한 형사 범죄에 있어서 법원에서 범죄자의 위해 의도의 유무 자체를 판단하기 어려운 경우에는 역시 행위의 고의성 여부에 관계없이 형사적 처벌이 정당화될 수 있는 것이다. 다만 위해를 가할 의도(의사)의 강도를 유형화하여 결과 귀속의 범위를 어느 정도 제한할 필요가 있을 것이다. 제분에 이기지 못하여 식도를 휘두르는 피고인을 말리거나 그 식도를 뺏으려고 한 피해자들을 닥치는 대로 찌르는 무차별횡포를 부리던 중에 그의 부(父)까지 찌르게 된 경우에 존속살해죄의 성부에

76) 앞서 소개한 미필적 고의를 인정한 대법원 1998.6.9. 선고 98도980 판결이 이에 해당한다. “피고인은 피해자가 피고인의 타인에 대한 금 5,000,000원의 채무에 대하여 보증을 선 문제로 피해자와 말다툼을 하던 중 피해자가 피고인에게 욕설을 하고 얼굴에 침을 뱉는 등으로 모욕을 주자 이에 격분하여 그 주변 길바닥에 있던 가로 15cm, 세로 6cm, 길이 153cm(기록에 의하면 무게 7kg)의 목재를 들고 길바닥에 누워 있던(기록에 의하면 길바닥에 머리가 닿아 있는 상태였던 것으로 보인다) 피해자의 머리(기록에 의하면 왼쪽 귀 윗부분)를 1회 때려 피해자로 하여금 그 자리에서 외상성뇌지주막하출혈로 사망하게 한 사실을 인정할 수 있고, 이러한 범행의 동기와 수단, 목재로 때린 부위인 머리가 외부로부터의 타격에 취약한 부위인 점, 피해자의 상처의 정도와 사망의 원인 등에 비추어 보면 피고인에게서는 미필적이나마 피고인의 그와 같은 행위가 피해자의 생명을 빼앗게 될 지도 모른다는 결과에 대한 인식이 있었다고 판단하였는바, 기록에 의하면 피고인이 피해자를 때리는 데에 사용한 위 목재는 각이 저 있으며, 그 길이와 무게가 위에서 본 바와 같다면 그것을 가지고 사람의 머리를 때리는 경우에 그 때리는 속도 등에 따라 치명적인 충격을 가할 수 있는 것이고, 실제로 피고인이 위 목재로 피해자의 머리를 타격한 결과 피해자는 왼쪽 전측두부에서 두개골의 기저부를 횡으로 지나 오른쪽 후두부로 이어지는 두개골 선상골절을 입고, 뇌의 기저부에서 광범위한 고도의 뇌출혈을 일으키고, 뇌기저동맥과 후교통동맥이 연결되는 부위에서 동맥이 파열되었는바(수사기록 제76쪽 이하의 부검감정서 참조), 그와 같은 타격의 결과를 보면 피고인이 피해자의 머리를 때린 속도가 상당하여 그 타격의 강도가 상당한 것이었음을 알 수 있는바, 이와 같은 점을 고려하여 보면 피고인에 대하여 최소한 살인의 미필적 고의가 있었다고 하는 원심의 판단은 정당하고, 여기에 논하는 바와 같이 살인죄에 있어서 고의에 대한 법리를 오해하거나 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법이 있다고 할 수 없다.”

관하여, 비록 피고인이 칼에 찔려 쓰러진 부를 부축해 데리고 나가지 못하도록 한 일이 있다고 하여 그의 부를 살해할 의사로 식도로 찔러 살해하였다는 사실을 인정하기는 어렵다고 한 사례에서 고의의 의사를 제한하려는 법원의 고민을 엿볼 수 있다.⁷⁷⁾

5. 소결

본 절에서는 형법상 고의에 대한 법적 의의를 바탕으로 기존의 문헌을 참고하여 법경제학적 해석을 시도해 보았다. 즉 객관적 고성요건의 실현에 대한 인식과 이를 실현하기 위한 의사로 정의되는 형법상 고의의 문제를 불법행위법상 사고와 비교하여 살펴보고, 범죄 억제와 무력화의 관점에서 경제적으로 검

77) 대법원 1977.1.11. 선고 76도3871 판결 “1심이 채택하고 있는 증거들을 기록에 대조하여 종합하여 보면 1심판사실과 같이 피고인이 피해자 1이 피고인이 음주 후 행패를 부린 사실을 피고인의 부 피해자 2에게 고자질한 것에 분개하여 피해자 1에게 이를 따지려고 식도를 가지고 나가려 할 때 그 식도를 뺏으려 하던 피고인의 모 피해자 3에게 식도를 휘둘러 상해를 가하고 이어 피해자 1의 집으로 가서 동식도를 꺼내들고 휘두르며 죽여버린다고 찔러 듯이 협박을 하고 동소에 치재된 상풍인 환타 등을 밖으로 내던져 손괴하고 이를 말리던 피해자 4의 흉부를 그 식도로 그곳에 있던 피해자 5의 머리를 1회 때리고 피해자 6의 우둔부를 1회 찔러 각 상해를 가하는 등 무차별 횡포를 하고 있을 때 피고인의 부 피해자 2가 나타나 왜 이러느냐고 피고인의 뺨을 때리고 욕을 하면서 꾸중을 하자 피고인의 동 식도로 피해자 2의 좌전흉부를 1회 찔러 사망에 이르게 한 사실은 이를 인정할 수 있을지라도 피고인이 그 부 피해자 2를 살해하기로 결의할만한 동기나 이유있음을 인정할 만한 자료있음을 찾아볼 수 없다. 피해자 2가 피해자 1로부터 피고인이 음주 후 행패를 부린 사실을 듣고 피고인을 “그놈 쳐 놓아야겠다”고 말하는 것을 피고인이 들었다는 것만으로서 그 부 피해자 2를 살해할 결의를 하였다고 볼만한 사유로 삼을 수는 없다고 본다. 거기에서 이 건 범행전모의 경위와 순서가 위에서 본 바와 같은 것임을 아울러 고찰하여 볼 때 피고인이 피해자 1에게 위 고자질한 일을 따지러 가서 식도를 꺼내들고 죽인다고 협박을 할 때 피해자 1이 무서워서 그 자리를 피해 버리자 제분에 이기지 못하여 식도를 휘두르는 피고인을 말리거나 그 식도를 뺏으려고 한 그밖의 피해자들을 닦치는 대로 찔르는 무차별 횡포를 부리던 중에 그의 부까지 찔러진 결과에 빚은 것으로 엿보일 뿐 피고인이 칼에 찔려 쓰러진 피해자 2를 부축해 데리고 나가지 못하도록 한 일이 있다는 1심채택 증거중의 일부 진술정도로서 피고인이 그의 부 피해자 2를 살해할 의사로 식도로 찔러 살해하였다는 사실을 인정하기는 어렵다고 봄이 상당하다 할 것이다.”

토하였다. 고의가 비록 ‘주관적인 심리상태’에 불과할 지라도, 고의는 손해발생의 확률과 손해의 크기를 높이고 또한 고의가 있는 경우에는 행위자가 기대했던 손해발생의 확률과 손해의 크기가 더 커지게 되고 그 결과 행위자의 효용이 높아지게 되어 고의에 의한 (범죄) 행위를 억제하기가 더욱 어려워진다. 따라서 고의 여부를 통해 행위의 불법성을 평가하고, 고의적 행위에 대하여 형사적 제재를 가하는 (형)법 정책은 경제학적 타당성을 갖는다고 할 수 있다.

IV

형법상 인과관계에 관한
경제학적 해석

형법상 인과관계에 관한 경제학적 접근

1. 문제의 제기

법학에서의 인과관계(causation)의 개념은 특히 형사책임이나 민사책임 등 법적 책임의 범위를 객관적으로 환기시키는 데 중요한 역할을 한다. 법학자들은 인과관계를 조건설 내지 사실적 인과관계(cause-in-fact)와 상당인과관계설 내지 법률적 인과관계(proximate cause)로 구분하고 있다. 전자는 피해자가 가해행위와 손해 사이의 인과관계의 유무를 증명하는 것에 관한 관계이고, 후자는 가해자의 침해행위에 법적 책임의 성립 및 범위에 관한 문제이다.⁷⁸⁾ 또한 원인설,⁷⁹⁾ 중요설,⁸⁰⁾ 합법칙적 조건설⁸¹⁾ 등의 학설이 있다. 본 절에서는 조건설과 상당인

78) 인과관계의 요건에 관한 경제학적 시각에 관해서는 다음의 문헌을 참고할 수 있다. 이종인, 『불법행위법의 경제분석』, 한울아카데미, 2006, pp.26~33.

79) 원인설은 개별화설이라고도 하며 결과발생에 기여한 모든 조건을 등가하다고 보는 입장에 대하여, 결과발생에 중요한 조건과 단순한 조건을 구별하여 전자만을 원인이라 하여 인과관계를 인정하고 후자의 경우에는 인과관계를 부정하는 입장의 학설이다. 이 견해는 원인이 되는 조건이 무엇이나에 따라 필연조건설, 최유력조건설, 최종조건설, 동적조건설, 결정적조건설 등으로 나누어진다.

과관계설에 기초하여 형법상 인과관계에 대한 경제학적 접근을 시도한다.

2. 형법상 인과관계의 의의와 해설

가. 인과관계의 의의

제17조(인과관계) 어떤 행위라도 죄의 요소되는 위험발생에 연결되지 아니한 때에는 그 결과로 인하여 벌하지 아니한다.

제19조(독립행위의 경합) 동시 또는 이시의 독립행위가 경합한 경우에 그 결과발생의 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 각행위를 미수범으로 처벌한다.

제263조(동시범) 독립행위가 경합하여 상해의 결과를 발생하게 한 경우에 있어서 원인된 행위가 판명되지 아니한 때에는 공동정범의 예에 의한다.

상술하였듯이 형법(제17조)에서는 “어떤 행위라도 죄의 요소되는 위험발생에 연결되지 아니한 때에는 그 결과로 인하여 벌하지 아니한다”로 규정하여 범죄자의 위험발생행위와 발생된 결과 간의 인과관계를 성립 요건으로 하고 있다.

인과관계란 발생된 결과를 행위자의 행위에 의한 것으로 귀속시키는 데에 필요로 하는 행위와 결과 사이의 연관관계를 말한다. 인과관계는 행위와 결과간의 관련성의 문제이므로 구성요건의 내용으로서 결과의 발생을 필요로 하는 결과범, 침해범에서만 논의된다. 따라서 결과발생을 요건으로 하지 않는 이른바 거동범에서는 인과관계가 문제가 되지 않게 된다.

80) 사실적인 인과관계의 존부는 조건설에 의하면서 규범적 평가는 개개의 구성요건에 반영된 형법적 중요성에 따라 판단해야 한다는 견해이다.

81) 조건설의 결함을 일상적 경험법칙으로서의 합법칙성에 의하여 시정해야 한다는 견해로서 이때의 경험칙은 이미 알려진 모든 논리적이고 과학적인 법칙들을 의미한다.

인과관계가 부정되면 고의범의 경우에는 앞장에서 살펴본 미수범 처벌규정이 있는 경우에 한해 미수 범죄가 성립하게 된다. 하지만 과실범의 경우는 미수범 처벌 규정에 해당하지 않으므로 범죄가 성립되지 않는다.

나. 인과관계에 관한 학설

인과관계에 관한 학설로는 조건설과 원인설 그리고 상당인과관계설로 구분하여 살펴볼 수 있다.⁸²⁾

첫째, 조건설은 자연과학적·논리적 인과개념과 형법상의 인과개념이 동일한 것이라고 보면서, 행위와 결과 사이에 ‘전자가 없었더라면 후자도 존재하지 않았을 것’이라고 인정되는 조건관계(이른바 *conditio sine qua non* 공식)가 있으면 인과관계가 있다고 본다. 이러한 조건관계가 인정되는 선행사실은 많이 존재하게 되는데 그 모두에 대해 인과관계를 인정하므로 결국 조건관계가 인정되는 조건들은 모두 동등한 가치가 있다고 보아 등가설(等價說)이라고도 한다.

둘째, 원인설이란 조건설에 의해서 인과관계가 긍정되는 조건 중에서 특별히 결과발생에 중요한 영향을 준 원인과 그렇지 않은 단순한 조건을 구별하여, 원인에 해당하는 조건만이 결과에 대해서 인과관계가 있다고 하는 견해이다.

셋째, 상당인과관계설이다. 상당인과관계설도 원인설과 마찬가지로 조건설의 범위내에서 형법적으로 중요한 조건관계를 제한하기 위하여 전경험적 지식을 기초로 하여 당해 행위로부터의 결과의 발생이 상당하다고 판단될 경우에 한하여 인과관계를 인정하는 이론이다. 결과발생에 경험칙상 전형적이고 상당한 조건만이 원인이 되며, 이는 그 행위에 의한 결과발생의 개연성을 의미한다. 상당인과관계설은 주관적 상당인과관계설, 객관적 상당인과관계설, 정충적 상당인과관계설로 구분된다.

먼저 주관적 상당인과관계설은 행위자가 행위당시에 인식한 사정 및 인식할 수 있었던 사정을 기초로하여 결과 발생의 상당성 여부를 판단하려는 견해이다.

82) 하태훈(2006, 『판례중심 형법총 각론』, 법원사, p.49)을 주로 참고하였다.

이 설에 의하면 행위자가 인식하지 못했고 인식할 수도 없었던 사정을 통찰력 있는 사람이면 인식할 수 있었던 경우까지도 모두 제외되므로 인과관계의 범위가 부당하게 좁아질 염려가 있다.

다음으로 객관적 상당인과관계설은 사후적으로 법관의 입장에서 행위 당시 행위자가 인식한 사정은 물론, 객관적으로 존재했던 일체의 사정 및 행위 후에 생긴 사정까지도 그것이 예견가능했다면 모두 포함시켜 이를 기초로 하여 상당성의 판단을 내려야 한다는 견해이다. 이 설은 행위 당시 통찰력 있는 사람도 예측할 수 없었으며 행위자도 역시 인식하지 못했던 일체의 사정을 기초로 한다는 점에서 인과관계의 범위를 지나치게 확대시키는 단점이 있다.

끝으로 절충적 상당인과관계설은 행위당시 통찰력 있는 사람이면 알 수 있었을 사정과 행위자가 특히 알고 있었던 사정을 판단의 기초로 삼는 이론이다. 이는 법관이 객관적 관찰자의 입장에서 행위 당시로 되돌아가 판단한다는 점에서 객관적 사후예측이라고도 한다. 객관적 사후예측으로 상당성을 판단하는 입장이 주류이다.

3. 법경제학적 관점에서의 조건설과 상당인과관계설

가. 조건설(사실적 인과관계)

형법상 범죄행위에 따른 손해발생에 있어서 우선, 사실적 인과관계의 문제를 경제적인 관점에서 살펴보자. 조건설에 따른 인과관계 즉 ‘사실적 인과관계(cause-in-fact)’는 행위와 결과 사이에 행위가 없었다면 결과도 발생하지 않았을 것이라고 인정되는 관계가 있으면 형법상의 인과관계가 있다는 것이다.

이는 기본적으로는 이른바 ‘~이 없었다면(but-for)’ 검증법을 활용한다.⁸³⁾ 즉 A

83) 이종인(2010), 『불법행위법의 경제학』, 서울: 한울출판사, 32쪽; 김대근, 형사적 규제에 대한 법경제학적 접근, 고려대학교 일반대학원 석사학위논문, 2003, 112쪽.

라는 행위가 B사건의 사실상의 원인인지 여부를 판단하기 위해서는, 'A행위가 아니었다더라도 B사건이 발생할 수 있겠는가'라는 물음에 대해 '아니다'고 판단될 경우 A행위는 B의 사실상의 원인이 되며, '그렇다'인 경우는 A행위는 B사건의 사실상의 원인이 아닌 것으로 간주한다. 다시 말해 사실의 경과를 객관적으로 관찰하여 인과관계의 유무를 판단한다는 의미에서 '사실적 인과관계'라고 한다. 또한 결과에 대해 조건관계가 있는 모든 행위는 등가치라 하므로 '등가설' 또는 '평등조건설'이라고도 한다.

이러한 조건설에 따른 인과관계는 논리적 내지 자연과학적 인과개념을 형법에 그대로 사용하기 때문에 행위와 결과 사이의 객관적인 사실관계를 확정하는 인과관계의 준부를 객관적·일의적으로 인정할 수 있다는 장점이 있다.

많은 형사 사건들이 이러한 '사실적 인과관계' 내지 조건설에 의해 인과관계의 확인과 그에 따른 형사적 제재를 가하게 된다. 예컨대 만일 갑(甲)이 을(乙)의 음료수 잔에 독약을 탔고 이를 마신 을이 사망한 사건이 일어났다고 하자. 이 사건의 경우 갑의 행위가 아니었다더라도 을이 사망할 수 있었을까? 만일 그렇지 않다면 갑의 범죄행위는 인정되는 것이다. 그렇지만, 사인규명을 위한 부검 결과 을은 독성효과가 나타나기 전에 이미 심장마비로 사망하였다고 하자. 강학상 추월적 인과관계라고 하는 이와 같은 경우에는 절대적 제약 공식(*conditio sine qua non*)을 엄격하게 적용하면 인과관계가 부정될 것이다. 즉 갑의 행위와 을의 사망이라는 결과 사이에는 '~이 없었다면'의 검증방법에 따라 사실적 인과관계가 인정되지 않는다. 따라서 갑의 행위는 형법에 따르면 기수가 아니라 미수에 해당하는 처벌을 받는 것이 일반적이다.⁸⁴⁾

하지만 이러한 조건설에 따른 인과관계에는 다음과 같은 몇 가지 문제가 있다. 첫째 범죄행위에 따른 피해자 손해의 원인이 유일하지 않아 서로 동시에 결합하는 경우이다.(이른바 '경합적' 인과관계) 예컨대 상술한 을의 사망 사건에서 사인규명을 위한 부검 결과 을이 사망한 원인 중의 하나는 갑이 을의 음료수 잔에 탔던 독약과 동일한 성분의 독성효과로 판명되었다고 하자. 하지만 을은

84) 형법에서와는 달리 불법행위법에서는 이와 같이 사실적 인과관계가 성립하지 않는 상황이라면 민사적(배상)책임으로부터 면하는 것이 일반적이다.

평상시 우울증 치료를 받고 있었으며, 공교롭게도 사망 수 시간 전에 체념하여 유사한 성분의 독성을 지닌 독약을 음용했음을 남겨놓은 자필 메모와 부검 결과 밝혀졌고, 또한 상술한 심장마비의 시점도 독성효과가 나타나기 전인지 후인지 확인이 불가능한 상태라고 하자. 물론 이 경우 주된 법의학적 소견은 갑의 범죄 행위와, 을의 (자살을 위한) 행위, 그리고 을의 심장마비를 불러일으킨 선천적 질병 등이 모두 을 사망의 원인이 될 수 있다. 이 경우 갑의 행위와 을의 행위 및 을의 선천적 병인은 모두 ‘~이 없다면’ 검증기준 즉 조건설 기준을 만족시킬 수 없다. 왜냐하면 범죄자 갑뿐만 아니라 사망자 을의 유족이나 법률대리인이 모두 자신의 행위가 아니더라도 을의 사망사건이 야기되었을 것이라고 주장할 수 있기 때문이다.

둘째, 일련의 여러 행위 내지 사건들이 피해자 손해의 원인이 되는 경우에 있어서 만일 각 원인들이 독립적으로는 손해의 원인이 되지 않을 수 있는 경우이다.(이른바 ‘누적적’ 혹은 ‘중첩적’ 인과관계) 예컨대 A가 아내 B앞으로 복수로 들어놓은 보험금을 타내기 위해 B를 살해하려 계획하고 있는 중, 여행지에서 B를 절벽 아래로 밀어 떨어뜨렸는데, 마침 절벽 아랫길을 지나가던 음주 운전자가 길에서 신음하는 B를 치어 결국 B가 사망했다고 하자. 이 경우 두 범죄자 모두 ‘~이 없었다면’의 사실적 인과관계 검증 방법을 만족시키게 된다. 이 경우의 문제는 B사망의 책임을 어떻게 배분할 것인가 하는 것이다.

조건설 내지 사실적 인과관계 검증 법의 또 다른 문제는, 결과에 대해 어떤 자연적 조건을 이루는 것은 모두 인과관계가 성립할 수 있다는 점에서 인과관계의 범위가 지나치게 확대될 수 있다는 점이다. 그러다보니 이 기준이 피해자 손해의 법적 원인이 되기 위한 가해자의 행위가 어느 정도 그 손해와 관련되어야 하는지에 대한 명확한 해답을 보여주지 못할 수 있다. 따라서 아래에서 논하고 있듯이 일정부분 조건설 내지 사실적 인과관계의 범위를 제한할 필요가 있는 것이다.

한편, 사실적 인과관계가 없는 경우에도 미수범으로 처벌하는 것은 기수범에 대한 처벌과 마찬가지로 범죄를 억제하는 효과를 가져온다는 측면에서 바람직하다. (미수범 처벌의 문제에 관해서는 본 연구의 제2장에서 다양한 측면에서 경제이론적으로 살펴본 바 있다). 불법행위법의 경우는 이와 다르다. 적어도 사실

적 인과관계가 성립할 경우에만 배상책임은 지우는 것만으로도 불법행위를 억제하는 효과가 충분하기 때문이다. 따라서 형법상 미수의 경우와 같이 사실적 인과관계가 없는 경우에도 배상책임을 지울 하등의 이유가 없다.⁸⁵⁾

나. 상당인과관계설(법률적 인과관계)

위에서 살펴본 바와 같이 행위자의 범죄행위와 피해자의 손해 사이에 사실적 인과관계가 인정되는 경우, 제기되는 또 다른 문제는 양자 사이의 상당성(proximate)이 인정되는지 여부이다. 다시 말해 행위자의 행위가 결과발생의 ‘사실적 원인’인 점 뿐 아니라, ‘상당한 원인(原因) 내지 근인(近因, proximate cause)’인지 여부가 형사적 처벌강도의 주된 결정요인이 된다.

우리 대법원은 일반적으로 상당인과관계설에 따른다고 평가된다. 대표적인 판례로는 교통사고처리특례법 위반에 대한 형사판결 사례인 대법원 1989.9.12. 선고 89도866판결을 들 수 있다. 사건의 사실관계를 요약하면 다음과 같다.

철길 건널목에서 우선멈춤의 주의의무를 위반하여 그냥 통과하려던 자동차가 열차와 충돌하여 20여 미터쯤 열차 진행방향으로 끌려가면서 튕겨 나가자, 자전거에서 내려 자동차 왼쪽에서 열차통과를 기다리던 중학생이 위 충돌사고로 놀라 넘어져 상해를 입게 되었다. 이 사건에 대해 해당 법원에서는, “비록 자동차 운전자가 피해자가 직접 충돌하지 않아 직접적인 피해를 주지는 않았더라도 자동차운전자의 과실행위와 피해자가 입은 상해 사이에는 사실적 인과관계뿐 아니라 상당한 인과관계가 있다”는 판결을 내렸다.

이 사건 판결의 요지는, 운전자의 과실행위가 결과발생에 경험칙상 전형적이

85) 불법행위책임법의 성립 요건 중 하나인 인과관계 요건에 관한 경제 분석은 다음 문헌을 참고할 수 있다. 이종인(2010), 『불법행위법의 경제학』, 서울: 한울출판사, 31~39쪽.

고 상당한 조건으로 본 것이다.

위에서 살펴본 조건설에 따른 사실적 인과관계 검증법은 결과에 대해 어떤 자연적 조건을 이루는 것은 모두 인과관계가 있다는 것이기 때문에 관계의 범위가 지나치게 넓어진다. 따라서 인과관계의 지나친 확대를 제한하기 위해 조건관계의 존재를 전제하되, 일반적 경험칙에 비추어 특정 범죄행위에서 특정 결과가 발생할만하다고 보는 ‘상당한 원인’인 경우에만 법률적 인과관계를 용인하는 것이 이른바 상당설에 따른 법률적 인과관계이다.

예컨대 갑이 을을 심하게 폭행하였고 을이 병원에 이송된 후 내상으로 사망하였다면 갑의 행위는 을의 사망과 상당인과관계를 갖는다. 이 경우 형법에 따른 제재는 사실적 인과관계뿐만 아니라 상당인과관계가 인정되어 갑이 폭행살인범으로 처벌받게 될 것이다. 하지만 갑의 폭행 직후 을의 병원 이송과정에서 교통사고를 당해 즉사하였다면, 을의 사망과 갑의 행위와는 상당인과관계가 인정되지 않을 것이다.⁸⁶⁾ 실제로 고등학교 교사가 제자의 잘못을 징계코자 왼쪽 뺨을 때려 뒤로 넘어지면서 사망에 이르게 한 경우에 위의 폭행과 피해자의 사망간에는 이른바 인과관계가 없다⁸⁷⁾고 하거나, 강간을 당한 피해자가 집에 들어가 음

86) 갑의 폭행이 을의 교통사고 확률을 높였을 수도 있다. 예컨대, 을이 폭행을 당했기 때문에 병원에 구급차나 택시로 이송됨으로써 교통사고에 노출될 확률이 높아진다는 견해도 가능하다. 하지만 현실적으로 구급차나 택시에 관련된 교통사고 비율이 자가용을 이용한 출퇴근 등 일상생활에 비해 유의적으로 높다는 결과를 얻기는 쉽지 않을 것이다.

87) 대법원 1978.11.28. 선고 78도1961 판결. “원심은 그 판시 증거들에 의하여 배문고등학교 교사인 피고인이 공소 일사장소에서 동교3학년 학생인 피해자가 민방공훈련에 불참하였다는 이유를 들어 주의를 환기시킴에 있어 왼쪽뺨을 한번 살짝 때린 사실이 있고, 이 순간 피해자가 뒤로 넘어지면서 머리를 지면에 부딪혀 우측 측두골부위에 선상골절상을 입고 지주막하출혈 및 뇌좌상을 일으켜 사망한 것은 사실이나, 피해자가 위와같이 뒤로 넘어진 것은 피고인으로부터 뺨을 맞은 탓이 아니라 그 피해자의 원심판시와 같은 평소의 허약상태에서 온 급격한 뇌압상승 때문이었고, 또 위 사망의 원인이 된 측두골 골절이나 뇌좌상은 보통 사람의 두개골은 3내지 5밀리미터인데 비하여 피해자는 0.5밀리 밖에 안 되는 비정상적인 얇은 두개골이었고 또 뇌수종이 있었던데 연유한 것이라는 사실과, 피고인은 이 피해자가 다른 학생에 비하여 체질이 허약함은 알고 있었으나 위와 같은 두뇌의 특별이상이 있음은 미처 알지 못하였던 것이라고 인정하고 있다. 원심판결을 기록에 의하여 대조검토하면 원심이 위와같은 사실인 경과정에서 거친 증거취시는 적법하여 여기에 채증법칙의 위배가 있다고 할 수 없고, 원심이 확정된 사실관계가 위와 같은 이상 피고인의 소위와 피해자의 사망 간에는 이른바 인과관계가 없는 경우에 해당”한다.

독자살하기에 이르른 원인이 강간을 당함으로 인하여 생긴 수치심과 장래에 대한 절망감 등에 있었다 하더라도 그 자살행위가 바로 강간행위로 인하여 생긴 당연의 결과라고 볼 수는 없으므로 강간행위와 피해자의 자살행위 사이에 인과관계를 부정한 사례,⁸⁸⁾ 야간에 고속도로를 무단횡단하는 보행자를 충격하여 사망에 이르게 한 운전자의 과실과 사고 사이의 상당인과관계를 인정한 원심을 파기한 사례⁸⁹⁾ 및 과도수영장에서 물놀이하던 초등학교 6학년생이 수영장 안에 얹어져 있는 것을 수영장 안전요원이 발견하여 인공호흡을 실시한 뒤 의료기관에 후송하였으나 후송 도중 사망한 사고에 있어서 그 사망원인이 구체적으로 밝혀지지 아니한 상태에서 수영장 안전요원과 수영장 관리책임자에게 업무상 주의의무를 게을리 한 과실이 있고 그 주의의무 위반으로 인하여 피해자가 사망하였고 인정된 원심판결을 업무상과실치사죄에 있어서의 과실 및 인과관계에 관한 법리오해 및 심리미진 등의 위법을 이유로 파기한 사례⁹⁰⁾에서 대법원은 행위자

88) 대법원 1982.11.23. 선고 82도1446 판결

89) 대법원 2000.9.5. 선고 2000도2671 판결 “고속도로를 운행하는 자동차의 운전자로서는 일반적인 경우에 고속도로를 횡단하는 보행자가 있을 것까지 예견하여 보행자와의 충돌사고를 예방하기 위하여 급정차 등의 조치를 취할 수 있도록 대비하면서 운전할 주의의무가 없다. 다만 고속도로를 무단횡단하는 보행자를 충격하여 사고를 발생시킨 경우라도 운전자가 상당한 거리에서 보행자의 무단횡단을 미리 예상할 수 있는 사정이 있었고 그에 따라 즉시 감속하거나 급제동하는 등의 조치를 취하였다면 보행자와의 충돌을 피할 수 있었다는 등의 특별한 사정이 인정되는 경우에만 자동차 운전자의 과실이 인정될 수 있다(대법원 1998.4.28. 선고 98도5135 판결 참조).

이 사건에서 보면, 피해자와 그 일행 한 사람은 함께 우측 도로변에서 있다가 피고인이 1차로에서 2차로로 진로를 변경하여 고속버스를 추월한 직후에 피고인 운전의 자동차 30 내지 40m 전방에서 고속도로를 무단횡단하기 위하여 2차로로 갑자기 뛰어들었고, 피고인은 그제서야 위와 같이 무단횡단하는 피해자 등을 발견하였는데 충격을 피할 수 있는 조치를 하기에 이미 늦어 피고인 운전의 자동차로 피해자 등을 충격하게 된 것이므로, 피고인이 급제동 등의 조치로 피해자 등과의 충돌을 피할 수 있는 상당한 거리에서 피해자 등의 무단횡단을 미리 예상할 수 있었다고 할 수 없고 피고인이 상당한 거리에서 피해자 등이 도로변에서 있는 것을 발견하였다고 하더라도 피해자 등이 갑자기 고속도로를 무단횡단한 이상 피고인으로서 이를 예견하여 피해자 등과의 충돌사고를 예방하기 위하여 급정차 등의 조치를 취할 수 있도록 대비하면서 운전할 주의의무도 없다, 이 사건 사고 지점이 인터체인지의 진입로 부근이라 하여 달리 볼 수 없으며, 또 원심이 판시한 바와 같이 피고인에게 야간에 고속버스와의 안전거리를 확보하지 아니한 채 진행하다가 고속버스의 우측으로 제한최고속도를 시속 20km 초과하여 고속버스를 추월한 잘못이 있더라도, 이 사건 사고경위에 비추어 볼 때 피고인의 위와 같은 잘못과 이 사건 사고결과와의 사이에 상당인과관계가 있다고 할 수도 없다.”

의 행위와 발생한 결과의 인과관계 성립을 부정하고 있다. 따라서 이 경우는 행위자의 행위의 가별성만을 판단하게 될 것이다.

그러나 행위자의 행위가 결과 발생의 직접적 원인은 아니었다 하더라도 이로부터 발생된 다른 간접적 원인이 결합되어 범죄의 결과를 발생하게 한 경우라도 그 행위와 결과 간에는 인과관계를 인정하게 된다. 예컨대, 피고인의 자상(自像) 행위가 피해자를 사망하게 한 직접적 원인은 아니었다 하더라도 이로부터 발생된 다른 간접적 원인이 결합되어 사망의 결과를 발생하게 한 경우라도 그 행위와 사망간에는 인과관계가 있다. 따라서 이 사건 진단서에는 직접사인 심장마비, 호흡부전, 중간선행사인 패혈증, 급성심부전증, 선행사인 자상, 장골정맥과열로 되어 있으며, 피해자가 부상한 후 1개월이 지난 후에 위 패혈증 등으로 사망하였다 하더라도 그 패혈증이 위 자상으로 인한 과도한 출혈과 상처의 감염 등에 연유한 것인 이상 자상행위와 사망과의 사이에 인과관계의 존재를 부정할 수 없는 것이다.⁹¹⁾

90) 대법원 2002.4.9. 선고 2001도6601 판결

91) 대법원 1982.12.28. 선고 82도2525 판결. “... 피고인이 예리하고 긴 식도로 피해자의 하복부를 찔러 그 결과 사망한 것이라면 일반적으로 판시와 같은 내장파열 및 다량의 출혈과 자창의 감염으로 사망의 결과를 발생케 하리라는 점을 경험상 예견할 수 있는 것이므로 피고인에게 살인의 결과에 대한 확정적 고의는 없다 하더라도 미필적 인식은 있었다고 보기 어렵지 아니하므로 살인죄로 의율한 원심의 조치는 어떠한 위법이 있다고 할 수 없다. 피고인의 행위가 피해자를 사망케 한 직접적 원인은 아니었다 하더라도 이로부터 발생된 다른 간접적 원인이 결합되어 사망의 결과를 발생케 한 경우라도 그 행위와 사망간에는 인과관계가 있다고 할 것인바, 소론의 진단서에는 직접사인 심장마비, 호흡부전, 중간선행사인 패혈증, 급성심부전증, 선행사인 자상, 장골 정맥과열로 되어 있으나, 소론이 지적한 원심증인 강민서의 증언에 의하더라도 망인의 경우 위와 같은 패혈증은 자창의 감염과 2차에 걸친수술, 과도한 수혈때문이며, 위 망인의 증상에 비추어 위와 같은 수술과 수혈은 불가피했다는 것이고 심부전증, 심장마비는 몸전체의 기관의 기능이 감소되어 생긴 것이라는 것이므로(거기에 치료상의 과실이 있다고 볼 자료도 없다.) 피해자가 이진 범행으로 부상한 후 1개월이 지난 후에 위 패혈증 등으로 사망하였다 하더라도 그 패혈증이 위 자상으로 인한 과도한 출혈과 상처의 감염 등에 연유한 것인 이상 피고인의 행위와 피해자의 사망과의 사이에 인과관계의 존재를 부정할 수는 없다 할 것이므로 거기에 인과관계에 관한 법리를 위반한 위법도 없다.”

다. 인과관계에 대한 경제이론적 표현 수단

형법상 인과관계에 관한 여러 학설과 우리 법원의 판단기준은 이른바 상당인과관계설에 입각해 있다고 알려져 있다.⁹²⁾ 즉 조건설에 따른 인과관계는 관계의 유무에 대한 판단을 위해서는 필요하지만, 인과관계의 연쇄성 내지 반복성의 문제를 일정부분, 예컨대 상당한 수준만으로 제한할 필요가 있다는 견해이다.⁹³⁾

그런데 상당인과관계설의 ‘상당성’이라는 기준은 상당히 추상적이고 모호하기 때문에 사실적 인과관계를 상당한 정도로 제한하는 것이라는 의미 외에 인과관계 그 자체의 판단과 관련하여 어떤 의미가 있는 것인지는 분명하지 않다.⁹⁴⁾ 최근에는 이러한 상당성 인과관계 기준의 문제에 대한 비판이 제기되고 있으며 보다 구체적이면서도 간단명료한 인과관계의 판단 기준을 정립하려는 법리적 노력이 계속되고 있다.

예를 들어 “상당인과관계 유무를 판단함에 있어서는 결과발생의 개연성은 물론 같은 법조의 입법목적과 보호법익, 위 법령위배행위의 태양 및 피침해이익의 성질 등을 종합적으로 고려하여 판단”해야 함을 원칙으로 하면서 상호신용금고의 대표이사가 상호신용금고법 제12조 등 법령에 위배하여 추가대출을 한 것을 계기로 하여 제3자가 손해를 입은 사례⁹⁵⁾에서 “동일인에 대한 일정액을 넘는 대출 등을 원칙적으로 금하고 있는 상호신용금고법 제12조의 규정취지는 원래 영리법인인 상호신용금고의 대출업무 등은 그 회사의 자율에 맡기는 것이 원칙이겠지만 그가 갖는 자금중개기능에 따른 공공성 때문에 특정인에 대한 과도한 편중여신을 규제함으로써 보다 많은 사람에게 여신의 기회를 주고자 함에 있는

92) 예컨대 이건희(1952, p.95 이하)는 조건설은 사실관계의 어떠한 범위가 형법상 중요성을 가지고 있을 것인가에 관하여는 아무것도 지시하는 바가 없으며 따라서 인과관계의 범위를 결정할 표준을 제시하는 데에서는 상당인과관계설이 중요하다고 하였다(이건희(2002, p.22)에서 재인용).

93) 우리나라 형법이 제정된 1953년 전후에도 인과관계에 관한 학설을 보면 조건설과 상당인과관계설이 소개되고 있다. 심현삼(1949, p.85)과 엄상섭(? P.23)을 참고할 수 있다.

94) 대법원 1995.1.12. 선고 94다21320 판결의 사례를 참조해 보면 상당인과관계설이 가지는 의미, 즉 사실적 인과관계를 상당한 정도로 제한한다는 것이 어떠한 의미인가 하는 점을 엿볼 수 있다.

95) 이학수, 「불법행위 체계에 있어서의 인과관계의 위상과 그 인정기준에 대한 새로운 검토」, 《관계연구》 6집(부산관계연구회, 1996), 205쪽 이하를 참고할 수 있다.

것이지, 상호신용금고로부터 급부, 대출, 어음할인을 받은 자와 거래를 하려는 제3자로 하여금 상호신용금고가 대출 등을 받은 자에 대하여 가지게 될 채권의 범위를 예측할 수 있게 하거나 상호신용금고가 위 법령에 규정된 여신한도 범위 내에서 대출 등을 할 것으로 신뢰한 자를 보호하고자 함에 있는 것은 아닌바, 이러한 같은 법 제12조 규정의 목적과 보호법의 및 상호신용금고가 위 법규에 위반하여 갑에게 대출 등을 하지 않을 것으로 신뢰하여 후순위 근저당권설정등기를 마치고 갑에게 금원을 대여하였다가 배당절차에서 배당금을 지급받지 못한 제3자가 입은 손해의 성질 등을 고려하면, 상호신용금고 및 그 대표이사가 그러한 신뢰를 부여하였다는 특별한 사정이 엿보이지 아니하는 한, 상호신용금고의 대표이사가 단순히 같은 법 제12조에 위배하여 같은법 시행령 제8조에 규정된 여신한도액을 초과한 금원을 갑에게 대출 또는 어음할인대출을 하여 주었고, 가사 상호신용금고가 위 법령에 위배하여 갑에게 여신한도를 초과한 대출 등을 하지 않을 것이라고 신뢰한 제3자가 상호신용금고의 추가어음할인대출로 손해를 입게 되었다고 하더라도, 상호신용금고를 대표한 대표이사의 위와 같은 행위와 제3자의 손해 간에 상당인과관계가 있다고 볼 수 없다”고 하였다.

이상의 인과관계의 개념은 경제학 모형에서 함수로 나타낼 수 있다. 경제학에서 소비자의 선호(preference)는 효용함수로 나타내고, 생산자의 기술(technology)은 생산함수로 표현한다. 소비자는 효용함수에서 자신의 효용을 극대화하는 수준의 변수값들을 선택하고, 생산자는 생산함수에서 자신의 이윤을 극대화하는 변수값들을 선택한다. 어떤 사람(소비자, 생산자)이 타인의 효용이나 생산 수준을 낮추는 변수를 선택하는 경우 이는 타인에게 손해를 입히는 것이다. 형법에서의 인과관계 역시 어느 한 사람의 통제변수가 타인의 효용이나 생산수준에 영향을 미치는 함수관계로 나타낼 수 있다. 예컨대 상술한 대법원 선고 89도866판결에서 자동차 운전자의 교통사고처리특례법 위반행위가 자전거를 타던 중학생의 후생을 낮추었는지 여부에 대한 법적 판단에 있어서 사건의 원인과 결과 간 함수관계를 설정하고, 이를 바탕으로 관계인의 후생 변화를 측정하거나 예측할 수 있는 것이다.

사실 형법에 관련된 대부분의 경제분석에서는 모형의 단순화를 위해 이러한 인과관계를 명시적으로 반영하고 있지 않으며, 그 유용성을 강조하는 분위기도

아닌 것으로 보인다. 하지만 인과관계의 문제는 실제 형사소송에서 매우 중요한 부분이기 때문에 경제 분석에서도 이 문제를 무시할 수 없을 것이다.

4. 소결

사회과학에서 인과관계의 개념은 당구공이 서로 부딪히는 것과 같이 단순해보일 수도 있다. 하지만 조건설이 따른 사실적 인과관계의 기준에 더하여 특정 행위로부터 특정 결과가 발생할 만하다고 보는 “상당한 원인”인 경우에만 형사법적 인과관계가 인정되는 확설 등 매우 복잡한 현상에 대한 관찰과 판단을 요구한다.

한 가지 덧붙일 것은 형사범죄뿐 아니라 민사적 손해배상의 사건에 있어서도 우리 법원의 인과관계 판단 기준은 이른바 상당인과관계설에 입각해 있다고 알려져 있다. 그런데 상당인과관계설의 “상당성”이라는 기준은 매우 추상적이고 모호할 경우가 많기 때문에 사실적 인과관계를 상당한 정도로 제한한다는 의미 외에 인과관계 그 자체의 판단과 관련하여 어떤 의미가 있는 것인지는 분명하지 않다.⁹⁶⁾

뿐만 아니라 형사책임에서의 인과관계는 민사책임에서의 인과관계와는 차별되어야 한다. 민사상의 인과관계와 달리 형사상의 인과관계는 사실상 추정하거나 그 입증의 정도를 완화하여 줄 수 없고, 확실성의 수준으로 입증되어야 한다. 예를 들어 피고인이 농배양을 하지 않은 과실이 피해자의 사망에 기여한 인과관계 있는 과실이 된다고 하려면, 농배양을 하였다면 피고인이 투약해 온 항생제와 다른 어떤 항생제를 사용하게 되었을 것이라거나 어떤 다른 조치를 취할 수 있었을 것이고, 따라서 피해자가 사망하지 않았을 것이라는 점을 심리·판단

96) 대법원 1995.1.12 선고 94다21320 판결의 사례를 참고하면, 상당인과관계설이 가지는 의미, 즉 사실적 인과관계를 상당한 정도로 제한한다는 것이 어떤 의미인가 하는 점을 엿볼 수 있다.

하여야 한다.⁹⁷⁾ 이는 후술하는 바와 같이 객관적 귀속이론을 강조하는 학설의 입장과 맥을 같이 한다. 특히 허용되지 않는 위험의 실현이라는 측면에서 행위가 창출·증대시킨 위험이 구체적 결과로 사실상 실현된 때에만 객관적 귀속을 인정하여 가벌성을 평가하는 논리가 그러하다. 이 경우 비록 위험 창출의 행위가 있더라도 구체적인 결과로 실현되지 않는다면 미수범의 문제일 뿐이다. 따라서 이러한 논리에 따르면 동일한 의료사고라도 형사재판에서는 무죄가 될 수 있지만, 민사재판에서는 손해배상책임이 인정될 수 있게 된다.⁹⁸⁾

최근에는 이러한 상당성 인과관계 기준의 문제에 대한 비판이 제기되고 있으며 좀 더 구체적이면서도 간단명료한 인과관계의 판단 기준을 정립하려는 법리적 노력이 계속되고 있다. 예를 들어 인과관계를 사실의 문제로서 바라보면서 그에 대한 책임의 귀속을 규범적으로 판단하는 객관적 귀속론이 그러하다. 이에 따르면 논리적이고 사실적인 인과성을 다루는 조건설의 단점을 일상의 경험칙에 기초한 자연법칙적 연관성을 뜻하는 합법칙적 조건공식을 “사실적이고 자연적인

97) 대법원 1996.11.8. 선고 95도2710 판결 “의료사고에 있어서 의료종사원의 과실을 인정하기 위하여서는 의료종사원이 결과 발생을 예견할 수 있음에도 불구하고 그 결과 발생을 예견하지 못하였고 그 결과 발생을 회피할 수 있었음에도 불구하고 그 결과 발생을 회피하지 못한 과실이 검토되어야 하고(대법원 1984.6.12. 선고 82도3199 판결, 1987. 1. 20. 선고 86다카469 판결 참조), 그 과실의 유무를 판단함에는 같은 업무와 직무에 종사하는 일반적 보통인의 주의정도를 표준으로 하여야 하며, 이에는 사고 당시의 일반적인 의학의 수준과 의료환경 및 조건, 의료행위의 특수성 등이 고려되어야 하는 것이다(대법원 1987.1.20. 선고 86다카469 판결 참조)... 피해자의 병명인 루드비히 안기니아와 같이 이미 원인균이 알려진 경우라 할지라도 배농이 되었을 경우 원칙적으로 농에 대한 배양검사를 실시하여 적절한 약물을 선택하여야 한다는 것이므로, 피고인이 농배양을 하지 않은 것이 과실이라고 할 수는 있겠으나, 그것이 피해자의 사망에 기여한 인과관계 있는 과실이 된다고 하려면 원심으로서 농배양을 하였다면 피고인이 투약해 온 항생제와 다른 어떤 항생제를 사용하게 되었을 것이거나 어떤 다른 조치를 취할 수 있었을 것이고, 따라서 피해자가 사망하지 않았을 것이라는 점을 심리·판단하였어야 한다(대법원 1990.12.11. 선고 90도694 판결 참조). 그러나 기록상 그러한 점을 밝힐 수 있는 자료는 없고, 오히려 후에 밝혀진 바에 의하면, 피고인이 투약해 온 항생제는 원인균에 적절한 것으로 판명되었다는 것이므로 피고인의 과실이 피해자의 사망과 인과관계가 있다고 보기는 어렵고, 이와 같이 인과관계가 없는 이상 진료상의 적절성 여부를 불문하고 원심이 판시한 바와 같이 다른 과실과 합하여 피해자 사망의 한 원인이 된 것이라고 할 수 없을 것이다.”

98) 이상돈, 형법강의, 법문사, 2010, 201쪽 및 이충상, 봉와직염 환자에 대한 대학병원 측의 진료과실 및 그 과실과 사망과의 인과관계, 대법원 판례해설 제31호, 1999, 129~147쪽 참조

인과관계”를 판단하는 기준으로 삼으면서, 형법적 귀책의 범위를 법적·규범적으로 제한하려는 것이다. 다시 말해 객관적 귀속은 인과관계가 있는지 여부에 대한 존재론적 문제가 아니라, 발생한 결과가 행위자에게 객관적으로 귀속될 수 있지를 판단하는 규범적 문제이다.

형법상 책임능력에 대한 법경제학적 접근

형법상 책임능력에 대한 법경제학적 접근

1. 문제의 제기

형법상 범죄 행위자에 대한 형사적 제재는 ‘행위의 불법을 통찰하거나 이에 따라 행위를 조정할 수 있는 행위자의 능력 즉, 책임능력(responsibility)’의 유무에 따라 감경되거나 면해진다. 책임능력이란 행위자가 법규범의 의미를 이해하여 적법하게 행위할 수 있는 변별능력과 이러한 통찰에 따라 적절하게 행위할 수 있는 결정능력을 말하는 바, 책임은 이러한 책임능력을 전제로 한다. 책임능력이 없는 주된 경우로는 심신의 상실(insanity), 의지로 통제할 수 없는 행위(automatism), 비자발적인 중독(involuntary intoxication), 그리고 미성년자 등이 있다. 이러한 사유에 해당하는 경우 형사적 책임이 줄어들거나 면제되어진다. 우리 형법 등에서는 형사미성년자(14세 미만, 형법 제9조)와 심신장애자(형법 제10조 제1항)와 같은 책임무능력자와, 심신미약자(제10조 제2항)나 농아자(제11조)와 같은 한정책임능력자가 그 대상이 된다.

2. 책임 능력에 대한 법적 의의

실정법상 14세 미만의 자는 개인의 육체적 혹은 정신적 성숙도와 상관없이 절대적인 책임무능력자이다. 이는 우리 형법이 성장 과정상에 있는 소년의 특수한 정신상황과 개선가능성이라는 형사정책적인 고려를 하는 것이다. 형사미성년자의 경우 만14세가 되었는가와 여부는 사실문제의 문제라서 가족관계등록부가 절대적 기준은 아니다. 소년법 제60조 제2항 소정의 ‘소년’인지 여부는 사실심 판결 선고시를 기준으로 판단하여야 하는지 여부에 대하여 대법원은 “소년법 제60조 제2항에서 소년이라 함은 특별한 정함이 없는 한 소년법 제2조에서 말하는 소년을 의미하고, 소년법 제2조에서의 소년이라 함은 20세 미만자로서, 이는 심판의 조건이므로 범행 시뿐만 아니라 심판 시까지 계속되어야 한다고 보아야 하며, 따라서 소년법 제60조 제2항의 소년인지의 여부의 판단은 원칙적으로 심판 시 즉 사실심 판결 선고시를 기준으로 하여야 한다.”고 판단한 바 있다.⁹⁹⁾

또 다른 책임무능력자인 심신장애자는 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자를 말한다. 심신장애의 생물학적 요인으로는 흔히 4가지의 유형이 있다.¹⁰⁰⁾ 정신병, 정신박약이나 정신지체, 심한 의식장애 또는 기타 중대한 심신장애적 이상(Schwere seelische Abartigkeit)이 그것이다. 이상돈은 판례가 인정하는 심신장애의 네가지 유형을 다음과 같이 분류한다. 첫째 정신병의 경우 정신분열증,¹⁰¹⁾ 정신분열증세와 억제하기 어려운 방화충동,¹⁰²⁾ 정신병과 결합된 우울증,¹⁰³⁾ 간질로 인한 편집성 정신병¹⁰⁴⁾이다. 둘

99) 대법원 2000.8.18. 선고 2000도2704 판결

100) 이상돈, 형법강의, 법문사, 2010, 402쪽

101) 이상돈에 따르면 정신분열증도 미분화형(대법원 1999.1.26. 선고 98도3812 판결), 긴장형(대법원 1998.4.10. 선고 98도549 판결), 망상형(대법원 1992.8.18. 선고 92도1425 판결), 경계형(대법원 1985.6.25. 선고 85도696 판결)으로 분석된다. 이상돈, 형법강의, 법문사, 2010, 402쪽

102) 대법원 1984.2.28. 선고 83도3007 판결 “피고인의 정신상태가 정신분열증세와 방화에 대한 억제하기 어려운 충동으로 말미암아 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에서 불과 6일간에 여덟차례에 걸친 연속된 방화를 감행하였다면, 피고인을 심신미약자로 인정하고 형법 제10조 제2항을 적용하여 처단한 조치는 정당하다.”

103) 대법원 1999.4.27. 선고 99도693,99감도17 판결 “자신의 충동을 억제하지 못하여 범죄를 저지

제, 정신박약이나 정신지체의 경우로는 IQ 71로서 경계선정도의 정신박약증이다.¹⁰⁵⁾ 셋째, 심한의식장애의 경우로는 만취상태¹⁰⁶⁾와 과음과 심한 열등의식, 충

르게 되는 현상은 정상인에게서도 얼마든지 찾아볼 수 있는 일로서, 특단의 사정이 없는 한 성격적 결함을 가진 자에 대하여 자신의 충동을 억제하고 법을 준수하도록 요구하는 것이 기대할 수 없는 행위를 요구하는 것이라고는 할 수 없으므로, 원칙적으로 충동조절장애와 같은 성격적 결함은 형의 감면사유인 심신장애에 해당하지 아니한다고 봄이 상당하지만, 그 이상으로 사물을 변별할 수 있는 능력에 장애를 가져오는 원래의 의미의 정신병이 도벽의 원인이라거나 혹은 도벽의 원인이 충동조절장애와 같은 성격적 결함이라 할지라도 그것이 매우 심각하여 원래의 의미의 정신병을 가진 사람과 동등하다고 평가할 수 있는 경우에는 그로 인한 절도 범행은 심신장애로 인한 범행으로 보아야 한다. 피고인에게 우울증 기타 정신병이 있고 특히 생리도벽이 발동하여 절도 범행을 저지른 의의가 든다는 이유로 전문가에게 피고인의 정신상태를 감정시키는 등의 방법으로 심신장애 여부를 심리하여야 한다.”

104) 대법원 1984.8.21. 선고 84도1510,84감도229 판결 “원심은 감정인 서광윤의 피고인에 대한 정신감정서의 기재, 피고인의 경찰이래 원심법정에 이르기까지의 진술, 사법경찰관 사무취급작성의 공소외인에 대한 진술조서의 각 기재와 원심법정에서의 피고인의 언동과 태도 즉 그의 아들인 피해자가 전생의 원수이고 한씨 가문의 역적이라고 되풀이 하면서 힐쫓힐쫓 웃고 때로는 얼굴을 붉히며 공연히 화를 내는 등의 태도등을 종합하여 피고인은 5살때에 나무에서 떨어진 후부터 의식을 잃고 손발이 뒤틀리는 경기를 앓아오다가 1966년부터 간질병을 앓게 되었고 이 사건 2년전부터는 그 간질병 발작이 심화되면서 편집성 정신병을 갖게 되었으며 1983.2월경에는 그 정신병증상이 악화되어 공연히 그의 처에게 욕을 하고 문을 걸어 방에 들어오지도 못하게 하는등 피해망상에 사로잡혔고 이 사건 범행당시에는 그 증상이 더욱 악화되어 그의 아들인 피해자가 단순히 자기말을 잘 듣지 않는다는 사유만으로 그가 한씨 가문의 역적이니 죽어야 된다는 심한 망상속에 빠져 현실을 판단하는 자의 힘을 상실한 상태에 있었던 사실을 인정한 다음 이에 비추어 볼 때 피고인의 이 사건 범행은 형법 제10조 제1항 소정의 심신장애로 인하여 사물을 변별한 능력과 의사를 결정할 능력이 없는 자의 행위라고 봄이 상당하다 하여 무죄를 선고하였는바 기록과 대조하여 보면 위와 같은 원심의 사실인정과 판단은 수긍되고, 거기에 소론과 같은 사실오인이나 심신상실의 법리오해가 있다 할 수 없으므로 논지 이유없다.”

105) 대법원 1986.7.8. 선고 86도765 판결 “피고인은 4세때 방에서 부엌쪽으로 떨어져 죽술에 빠지면서 머리를 부딪쳐 상처를 입은 때부터 저능아로 성장했으며 저능은 종합지능지수 71로서 경계선 정도의 정신박약증을 나타내고 있고 이 사건 범행직전에는 상당한 량의 술을 마신 사실을 인정할 수 있으나, 한편 기록에 의하여 살펴보면 피고인은 국민학교 졸업후 15세경부터 용접공으로 취업하여 한 직장에서 7년간이나 별탈없이 종사하여 왔고(그뒤 1977.4.경부터 이건 범행직전인 1984.3.18경까지는 교도소에서 복역하였다), 이 사건 범행은 범행 10여일전 피해자의 아들과 싸우다가 찢긴 피고인의 옷감을 변상받기 위하여 3번째로 피해자 집을 찾아갔다가 범한 것으로서 이해타산에도 밝은 사실, 피고인은 이 사건 범행전 동리청년들과 어울려 같이 술을 마시러 다니고 낚시도 같이 다니는등 정상적인 교우관계를 맺어온 사실, 이 사건 범행은 비록 충동적인태가 있지만 명백한 동기를 가지고 전반에 걸쳐 분명한 사리인식과 상황판단하여 행동하였고 심지어는 피해자의 사망을 확인하기 위하여 확인타격을 가하였고, 범행을 은폐하고 피해자의 신원을 확인

동적 행동경향과 사회 및 일반인에 대한 적개심 및 자기비하정신이 복합적으로 작용한 경우¹⁰⁷⁾이다. 마지막으로 기타 중대한 심신장애적 이상의 경우에는 결핵성뇌막염의 후유증인 정신신경증을 들 수 있다.¹⁰⁸⁾

할 수 없도록 하기 위하여 사체의 옷을 벗기고 암장하였을 뿐 아니라 범행후 피고인의 옷이나 살인 및 암장에 쓴 삽에 묻은 피를 물로 닦아내어 범행흔적을 없애려고 노력하는 등으로 그 범행과정에 있어서 유치하다거나 이상하다고 할만한 점을 전혀 찾아볼 수 없고 피고인을 용의자로 지목하고 수사를 개시하자 피고인은 처음에는 이를 완강히 부인하고, 오히려 알리바이조작을 기도하기까지 하였으며, 또 범행자백후에는 범행과정을 비교적 소상하게, 전후 모순됨이 없이 조리에 맞게 일관되게 진술하고 있는 사실을 인정할 수 있다. 피고인의 이러한 범행전후의 정황과 이 사건 범행과 같은 살인범죄는 그 반사회성, 비윤리성이 명백하여 다소 지능이 낮더라도 그 위법성을 쉽사리 알 수 있으므로 그에 대한 제어 능력은 지능적 요소보다는 정의적 요소가 더욱 중요한 작용을 하게 된다는 점을 고려하면 피고인이 이 사건 범행당시 음주로 인하여 상당히 취약한 상태에 있었고 여기에 위에서 본 정도의 정신박약증세가 보태어져 있다 하더라도 바로 피고인이 이 사건 범행당시 심신장애로 인하여 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 없거나 미약해진 상태에 있었다고는 인정되지 아니하므로 같은 취지에서 피고인이 이 사건 범행당시 심신상실 내지 심신미약상태에 있지 아니하였다고 본 원심판단은 정당하고 거기에 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하고 심신장애에 관한 법리를 오해한 위법 있다 할 수 없으므로 이 점에 관한 논지는 이유없다.”

- 106) 대법원 1990.2.13. 선고 89도2364 판결 “이 사건 범행당시 술에 만취하였기 때문에 전혀 기억이 없다는 취지의 진술을 하고 있음이 인정되는 바, 이러한 진술은 범행당시 심신상실 또는 심신미약의 상태에 있었다는 주장으로서 형사소송법 제323조 제2항 소정의 법률상 범죄의 성립을 조각하거나 형의 감면의 이유가 되는 사실의 진술에 해당한다. 그러므로 원심으로서서는 마땅히 이에 대한 판단을 명시하였어야 함에도 불구하고 원심판결 이유를 보면 원심은 피고인이 상당한 정도로 술에 취한 상태에서 이 사건 범행을 저지른 사실을 인정하면서도 이를 정상참작의 사유로 삼았을뿐 심신장애여부에 관하여 전혀 판단을 하지 않음으로써 판단유타의 잘못을 저지르고 있으므로 이 점에 관한 논지는 이유있다.”
- 107) 대법원 1984.2.14. 선고 83도2785 판결 “정신과전문의가 피고인은 심한 열등의식, 충동적 행동 경향, 사회 및 일반인에 대한 적개심, 자기비하정신을 가지고 있는 자라고 진단하고 있으며, 참고인들의 진술에 의하면 범행당일 피고인이 술에 취하여 비틀거리고 있었다는 것이며 피고인 자신은 범행을 저질렀는지 잘 모르겠다고 답하고 있는 사정과 범행의 모습이 변태적인데다 범행 동기가 불분명한 점 등을 고려하면 피고인은 평소 가지고 있는 위와 같은 정신이상상태에 과욕으로 인한 흥분작용이 겹쳐서 범행당시 정신장애를 일으킨 것이 아닌가고 의심이 가는데도 불구하고 원심은 이 점에 관한 대한 충분한 심리도 없이 만연히 여기에 주장을 배척하였음은 심리미진의 위법이 있다.”
- 108) 대법원 1986.12.9. 선고 86도2030 판결 “피고인은 항소이유서에서 그 병력 등을 상세히 들추어 피고인이 이 사건당시에 심신상실의 상태에 있었고 추위를 피하여 자동차안에 앉아 있었을 뿐 자동차를 절취할 의사가 없었다고 주장하고 있고 이를 뒷받침하기 위하여 1980.5.20 의사 박한근이 작성한 진단서를 첨부하고 있으며 그 진단서에 의하면 병명은 정신신경증(결핵성뇌막염 후유

한편 여기서 심신장애여부는 생물학적 요소로서 사실판단의 문제이다. 여기서 대법원은 심신장애자인 여부의 판단에 있어서 전문가의 감정을 필요로 하지는 않는다고 한다.¹⁰⁹⁾ 다만 심신미약이나 심신상실 여부가 불분명한 경우에는 반드시 전문가의 감정을 필요로 할 것이다.¹¹⁰⁾ 그리고 심신장애의 경우는 사물변별 능력과 의사결정능력이 흠결되어야 한다. 사물변별능력과 의사결정능력 여부에

증이고 향후치료의견은 자기도 모르게 목적없이 기출하고 자기집을 못찾아오며 겨울에는 심한 동상을 입어 거리에 쓰러져 있어 피출소에서 데려가 보호하다가 가족에게 인계되기 여러번이며 현재도 그런 증상이 있어 집에서 감시하고 지내는데 치료불능이며 별도리가 없다고 되어 있다... (중략)...그렇다면 원심으로서는 피고인의 이 사건 범행이 자동차를 절취하려고 했다는 것이므로 위와 같은 정신상태에서 운전을 하지 못할 사람이 봉고자동차를 절취하는 것은 생각하기 어려운 일이고 또 정신이상으로 기출하여 방황하다가 동상까지 입은 상태에서 추위를 피하려고 자동차안에 들어갈 수도 있겠으므로 피고인이 비록 수사기관에서 운전을 할 수 있다고 진술했지만 과연 그런 것인지 확인을 해보는 한편 수사기관에서 논리정연하게 범행의 행적을 진술하였다하더라도 제1심 공판조서에 의하면 피고인은 검사의 이 사건 공소사실을 그대로 묻는 바에 따라 “네”라고만 답한 것으로 기재되어 있을 뿐이므로 직접 신문의 방법에 의하여 피고인으로 하여금 상세히 진술하도록 하고 앞에서 본 바와 같은 피고인의 병력도 살펴서 심신장애의 의심이 있을 때에는 국선변호인을 선임하여서라고 피고인의 방어권을 제대로 행사할 수 있도록 하고 전문가에게 피고인의 정신상태를 감정시키는 등으로 과연 피고인의 정신상태가 이른바 심신상실의 상태인지, 심신미약의 상태인지를 확실히 가려보아야 하였을 터인데 피고인의 항소이유에서 이 사건 범행당시 심신상실의 상태에 있었다고 주장하고 있음에도 불구하고 다만 피고인에게 제1심 법정에서의 진술이 사실과 다름이 없는지에 관하여서만 신문확인(그것도 부동문자로 되어 있다) 함에 그칠 뿐 그에 관하여 아무런 조사삼리도 한 바 없이 제1심 판결이 든 증거에 의하면 피고인의 이 사건 범죄사실을 충분히 인정할 수 있다고만 설시한채 제1심 판결을 그대로 유지하고 있는 것이다. 결국 원심판결은 심신장애자 또는 절도의 고의에 대한 법리를 오해한 것이 아니면 삼리를 다하지 아니하므로써 판결결과에 영향을 미쳤다고 하지 않을 수 없다.”

- 109) 대법원 1984.4.24. 선고 84도527 판결 “심신장애자의 행위인 여부는 반드시 전문가의 감정에 의하여만 결정할 수 있는 것이 아니고 그 행위의 전후 사정이나 기록에 나타난 제반자료와 공판정에서의 피고인의 태도 등을 종합하여 심신상실 또는 미약자의 행위가 아니라고 인정하여도 이를 위법이라 할 수 없다.”
- 110) 대법원 1998.4.10. 선고 98도549 판결 “피고인이 범행 당시 그 심신장애의 정도가 단순히 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에 그쳤는지 아니면 그러한 능력이 상실된 상태이었는지 여부가 불분명하므로, 원심으로서는 먼저 피고인의 정신상태에 관하여 충실한 정보 획득 및 관계 상황의 포괄적인 조사분석을 위하여 피고인의 정신장애의 내용 및 그 정도 등에 관하여 정신의로 하여금 감정을 하게 한 다음, 그 감정결과를 중요한 참고자료로 삼아 범행의 경위, 수단, 범행 전후의 행동 등 제반 사정을 종합하여 범행 당시의 심신상실 여부를 경험칙에 비추어 규범적으로 판단하여 그 당시 심신상실의 상태에 있었던 것으로 인정되는 경우에는 무죄를 선고하여야 한다.”

대한 판단은 행위자의 행위에 구체적으로 구성요건의 실현관계 속에서 판단해야 하는 법적·규범적 문제라고 할 수 있다. 대법원도 여기서의 사물을 판별할 능력 또는 의사를 결정할 능력은 자유의사를 전제로 한 의사결정의 능력에 관한 것으로서, 그 능력의 유무와 정도는 감정사항에 속하는 사실문제라 할지라도 그 능력에 관한 확정된 사실이 심신상실 또는 심신미약에 해당하는 여부는 법률문제에 속하는 것이라고 한다.¹¹¹⁾ 심지어 이에 대한 판단은 법원이 독자적으로 할 수도 있다.¹¹²⁾

한정책임능력자의 경우에는 형을 감경하게 된다. 심신미약자는 심신장애로 인하여 사물변별능력이나 의사결정능력이 미약한 경우를 말한다. 사물변별능력이나 의사결정능력이 미약한지에 대한 판단 또한 법적 문제이기 때문에 전문가의 감정을 기초로 법원이 판단하게 된다. 심신미약자가 금고 이상의 형에 해당하는 죄를 범하고 치료감호시설에서의 치료가 필요하고 재범의 위험성이 인정되는 때

111) 대법원 1968.4.30. 선고 68도400 판결 “원래 형법 제10조에서 말하는 사물을 변별할 능력 또는 의사를 결정할 능력은 자유의사를 전제로 한 의사결정의 능력에 관한 것으로서, 그 능력의 유무와 정도는 감정사항에 속하는 사실문제라 할 지라도 그 능력에 관한 확정된 사실이 심신상실 또는 심신미약에 해당 되는 여부는 법률문제에 속하는 것인 바, 원판결이 채택한 피고인에 대한 전기 정신감정서와 감정의사 변용옥의 증언 중에 본건 범행 당시 피고인의 정신상태가 심신미약 상태에 해당되는 것으로 사료한다는 취지의 기재 또는 진술 부분이었기는 하나, 그것은 피고인의 정신상태를 감정한 감정의 사로서 그 감정결과인 인격해리 상태에 대하여 자신의 법률적 평가를 개진 하였음에 불과하는 것이었은 즉, 이는 그 정신상태에 관한 판단의 자료가 될 수 없는 것이었음에 반하여 그 감정서의 내용과 그 에 관한 증언을 검토함으로써 피고인의 본건 범행당시의 정신상태는 그 감정서 (4) 및 6항에 기술한 소견이나 진단과 같은 것이어서 정신 의학상 인격해리 상태에 속하는 것이라 할 것이었으며 그 상태하에서는 극적으로 좁은 의미의 의식을 떠나고 무의식상태가 됨으로 (그 상태가 살아지면 의식을 회복하게 된다), 그의 동작은 수면중의 동작과 같아서 그 동작의 선악은 구별할 수 없게 된다(기록 303,307장 참조) 그러한 무의식상태 하에서도 무의식적이나 약간의 분별능력이 있었던 것으로 볼 수 는 있는 것이나 그 분별을 사후에 추상치 못하는 것이니 그것을 기억상실 상태였다고 할 것(기록 146,146장참조) 이었음을 알아 차릴 수 있는 바인즉, 원판결이 위 증거들에 의하여 본건 범행 당시 피고인의 정신상태는 심신미약정도에 지나지 않는 것이었다고 단정 하였음은 증거의 내용 및 가치 의 판단을 그릇하여 그 내용에 상치되는사항을 단정한 위법을 면치 못할 것이다.”

112) 대법원 1999.8.24. 선고 99도1194 판결 “형법 제10조에 규정된 심신장애의 유무 및 정도의 판단은 법률적 판단으로서 반드시 전문감정인의 의견에 기속되어야 하는 것은 아니고, 정신질환의 종류와 정도, 범행의 동기, 경위, 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 반성의 정도 등 여러 사정을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있다.”

에는 치료감호에 처해지게 된다.(치료감호법 제2조 제1항) 또 다른 한정책임능력자인 농아자는 청각과 발음 기능에 모두 장애가 있는 자를 말하는데 농아자의 경우 정신발육이 충분하지 못한 경우가 일반적이기 때문에 책임을 필요적으로 감경하는 것이다.

3. 책임능력 규정에 대한 경제학적 평가와 면책제한의 경우

이와 같은 형법상의 책임능력에 관한 태도는 범죄 억제에 관련된 경제이론의 관점에서 정당화될 수 있는 측면이 있다. 왜냐하면 형법상 감형 내지 형의 면제 이유가 있는 경우, 제재를 통해 유의미한 범죄 억제를 달성할 수 없는 상황이 있을 수 있기 때문이다.¹¹³⁾

예컨대 심신상실자 내지 심신미약자나 비자발적 중독자의 경우 처벌의 위협이 있음에도 특정 범죄행위의 실행을 억제할 수 없는 경우가 많다. 예컨대, 정신분열증 환자(형법상 심신미약자에 해당)의 재물손괴행위에 대해 정상인과 동일한 형사적 제재의 위협이 범죄행위를 억제하는 효과를 가질 것으로 보기는 어려울 것이다. 따라서 이 경우 형을 면제하는 것이 바람직할 수 있다.¹¹⁴⁾ 물론 피고인이 평상시에는 간질병 증세가 있었을 지라도, 범행 당시에 간질병이 발작하지 아니하였다면 이는 책임감면사유인 심신장애 내지는 심신미약의 경우에 해당하지 아니한다.¹¹⁵⁾

여러 가지 상황을 종합하면, 책임능력을 이유로 형사상의 면책을 제한할 필요도 있다. 이는 다음 세 가지를 근거로 하는 경우이다.

첫째, 책임능력이 요구되지 않는 이유, 즉 책임조각사유(責任阻却事由)를 잘 꾸

113) 이 점은 벤담(Bentham, 1789), 1973, 164쪽에 강조되어 있다.

114) 자세한 내용은 김대근, 형사적 규제에 대한 법경제학적 접근, 고려대학교 일반대학원 석사학위논문, 2003, 113쪽 이하 참조

115) 대법원 1983.10.11. 선고 83도1897 판결

며내는 위선적인 사람들이 있을 수 있다. 심신상실의 경우와 같이 그러한 위선적인 행위가 가능한 경우가 있지만, 모든 경우에 그런 것은 아니다. 예컨대 미성년자의 경우 그러한 ‘연극’을 하는 것이 어렵거나 불가능할 수 있다. 또한 정신적 장애가 정신분열증과 같은 고정적 정신질환의 경우에는 범행의 충동을 느끼고 범행에 이르게 된 과정에 있어서의 범인의 의식상태가 정상인과 같아 보이는 경우에도 범행의 충동을 억제하지 못한 것이 흔히 정신질환과 연관이 있을 수 있고, 이러한 경우에는 정신질환으로 말미암아 행위통제능력이 저하된 것이어서 심신미약이라고 볼 여지가 있을 것이다.¹¹⁶⁾ 범행을 기억하고 있지 않다는

116) 대법원 1992.8.18. 선고 92도1425 판결 “형법 제10조에 규정된 심신장애는 생물학적 요소로서 정신병, 정신박약 또는 비정상적 정신상태와 같은 정신적 장애가 있는 외에 심리학적 요소로서 이와 같은 정신적 장애로 말미암아 사물에 대한 판별능력과 그에 따른 행위통제능력이 결여되거나 감소되었음을 요하므로, 정신적 장애가 있는 자라고 하여도 범행 당시 정상적인 사물관별능력이나 행위통제능력이 있었다면 심신장애로 볼 수 없은 물론이나, 정신적 장애가 정신분열증과 같은 고정적 정신질환의 경우에는 범행의 충동을 느끼고 범행에 이르게 된 과정에 있어서의 범인의 의식상태가 정상인과 같아 보이는 경우에도 범행의 충동을 억제하지 못한 것이 흔히 정신질환과 연관이 있을 수 있고, 이러한 경우에는 정신질환으로 말미암아 행위통제능력이 저하된 것이어서 심신미약이라고 볼 여지가 있는 것이다. 기록에 의하면 피고인은 망상형 정신분열증질환을 가진 자로서 1983.10.28. 정신분열증세가 발작하여 그의 처를 살해한 사실로 치료감호처분을 받아 1990.12.5.까지 치료감호를 받은 전력이 있고, 또 이 사건에 관한 검찰조사에서 피고인은 “약 3개월 전부터 누군가가 저를 감시하는 것 같고 따라다니면서 저를 죽이려고 하여 그날 아침 생각해 보니 도저히 견딜 수 없어 식칼을 저의 점퍼 안주머니에 넣고 위 사람을 만나 대결하려고 생각하였는데 막상 찾을 길이 없어 강릉으로 가서 술이나 실컷 마시고 자살을 하려고 강릉까지 온 것입니다”, “...이반에는 자살을 하러 왔다가 술을 마신 것이 취하여 순간적으로 감정이 폭발하여 칼을 휘둘렀는데 술만 취하지 않았다면 그런 행동을 하지 않았을 것입니다”라고 진술하고 있으며, 한편 원심이 채용한 의사 이정식 작성의 정신감정서에 의하면 피고인이 망상형 정신분열증질환을 가지고 있으나 이 사건 범행은 환청이나 피해망상이 관련되어 있지 않았고, 다만 이 사건 살인은 자살하려던 피고인의 억압된 분노가 술로 인하여 억압되지 못하고 타인에게로 향해져 야기된 것으로 추정된다고 하면서, 결론적으로 피고인은 생물학적으로 정신분열증을 가지고 있지만 범행 당시 살인의 위법성을 모르고 있었다고 생각하기 어려우며 술로 인해 억제능력이 저하되어 있기는 하지만 의사결정능력이 없다고 보기는 어렵다는 취지로 감정하고 있는 사실이 인정된다. 위와 같은 사실관계에 비추어 보면 피고인은 망상형 정신분열증의 정신적 장애를 가진 자로서 범행 당시 범행의 충동을 억제하지 못하고 범행에 이르게 된 것임을 알 수 있는바, 피고인이 느낀 범행의 충동이 직접적으로 위 정신질환의 증상인 환청이나 피해망상으로부터 비롯된 것은 아니라고 하여도, 정상인이라면 그 정도의 술을 마신 것 만으로는(피고인은 검찰에서 술에 조금 취한 상태라고 진술하고 있다)범행의 충동을 억제할 수 있는데도 피고인이 정신질환으로 말미암아 그 억제능력이 저하되어 억제하지 못하고 범행에 나간 것이라면 정신질환은 행위통제능력감소의 원

사실만으로 바로 범행당시 심신상실상태에 있었다고 단정할 수는 없지만,¹¹⁷⁾ 그렇다고 해서 피고인이 피해자를 살해한다는 명확한 의식이 있었고 범행의 경위를 소상하게 기억하고 있다고 하여 범행당시 사물의 변별능력이나 의사결정능력이 결여된 정도가 아니라 미약한 상태에 있었다고 단정할 수도 없다.¹¹⁸⁾

둘째, 실제로 책임조각사유를 갖고 있는 경우에도 특히 위험성을 더욱 증가시키는 행위를 하려하는 경우도 있다. 예컨대 간질병을 앓고 있는 사람이 차량 운전을 한다든지, 미치광이 같은 사람이 총을 구입하려 할 수 있다. 그러한 경우에는 책임을 과함으로써 해당자의 행위 변화를 유도할 수 있으며, 따라서 제어 불능의 위험성을 저감시킬 수 있을 것이다.

예를 들어 소아기호증과 같은 질환이 있다는 사정은 그 자체만으로는 형의 감면사유인 심신장애에 해당하지 않는다. 다만 그 증상이 매우 심각하여 원래의 의미의 정신병이 있는 사람과 동등하다고 평가할 수 있거나, 다른 심신장애사유

인을 이루고 있다고 볼 여지가 있을 것이다.”

117) 대법원 1985.5.28. 선고 85도361 판결. “형법 제10조 제1항, 제2항이 각 정하는 심신상실과 심신미약은 어느 것이나 심신장애의 태양에 관한 것으로 그 정도를 달리하는 차이가 있을 뿐일 따름으로 즉 심신상실은 심신장애로 인하여 사물의 이비선악을 변식할 능력이나 또 그 변식하는 바에 따라 행동할 능력이 없는 것을 말하고 심신미약은 위와 같은 능력을 결여하는 정도에는 이르지 않으나 그 능력이 미약한 경우를 말하는 것이며 형법상 심신상실자라고 하려면 그 범행당시에 있어서 위와 같은 능력이 없어 그 행위의 위법성을 인식하지 못하고 또는 이에 따라 행위를 할 수 없는 상태에 있어야 하며 피고인이 범행을 기억하고 있지 않다는 사실만으로 바로 피고인이 범행당시 심신상실 상태에 있었다고 단정할 수는 없다고 할 것이다.”

118) 대법원 1990.8.14. 선고 90도1328 판결. “이 사건 범행 당시 정신분열증으로 심신장애의 상태에 있었던 피고인이 피해자를 살해한다는 명확한 의식이 있었고 범행의 경위를 소상하게 기억하고 있다고 하더라도 이러한 사실의 인식능력이나 기억능력이 있다는 것만 가지고 범행당시 사물의 변별능력이나 의사결정능력이 결여된 정도가 아니라 미약한 상태에 있었다고 단정할 수는 없는 것이다...(중략)...피고인은 정신분열증환자로서 불안, 긴장감, 망상적이고 자폐적인 사고, 사고과정의 이완, 비논리적이고 비현실적인 사고내용과 현실적 판단력 및 현실검증능력의 상당한 제한을 보이고 있고 범행당시 정신분열증의 증상들이 나타나 현실판단력이나 현실검증능력이 상당한 제한을 받았을 것으로 추정된다. 취지로 되어 있는바, 피고인이 피해자 백영희를 살해할 만한 다른 동기가 전혀 없고 오직 원심이 인정한 바와 같이 피해자를 “사탄”이라고 생각하고 피해자를 죽여야만 피고인 자신이 천당에 갈 수 있다고 믿어 살해하기에 이른 것이라면, 피고인은 범행당시 정신분열증에 의한 망상에 지배되어 사물의 선악과 시비를 구별할 만한 판단능력이 결여된 상태에 있었던 것으로 볼 여지가 없지 않다. 만일 이와 같은 심신장애자로 인정된다면 이러한 자에 대한 사회격리와 교회는 오직 사회보호법에 의한 치료감호처분에 의하여야 할 것이다.”

와 경합된 경우 등에는 심신장애를 인정할 여지가 있으며, 이 경우 심신장애의 인정 여부는 소아기호증의 정도, 범행의 동기 및 원인, 범행의 경위 및 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 증거인멸 공작의 유무, 범행 및 그 전후의 상황에 관한 기억의 유무 및 정도, 반성의 빛의 유무, 수사 및 공판정에서의 방어 및 변소의 방법과 태도, 소아기호증 발병 전의 피고인의 성격과 그 범죄와의 관련성 유무 및 정도 등을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있을 것이다.¹¹⁹⁾

그러나 일부 사례에서 대법원은 그러한 위험성을 간과하고 심신미약을 이유로 감경하는 경우가 있다. 피고인의 정신상태가 정신분열증세와 방화에 대한 억제하기 어려운 충동으로 말미암아 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에서 불과 6일간에 여덟차례에 걸친 연속된 방화를 감행한 경우에, 심신미약자로 인정하고 형법 제10조 제2항을 적용한 사례가 그러한다.¹²⁰⁾

119) 대법원 2007.2.8. 선고 2006도7900 판결 “특단의 사정이 없는 한 성격적 결함을 가진 자에 대하여 자신의 충동을 억제하고 법을 준수하도록 요구하는 것이 기대할 수 없는 행위를 요구하는 것이라고는 할 수 없으므로, 사춘기 이전의 소아들을 상대로 한 성행위를 중심으로 성적 흥분을 강하게 일으키는 공상, 성적 충동, 성적 행동이 반복되어 나타나는 소아기호증은 성적 측면에서의 성격적 결함으로 인하여 나타나는 것으로서, 소아기호증과 같은 질환이 있다는 사정은 그 자체만으로는 형의 감면사유인 심신장애에 해당하지 아니한다고 봄이 상당하고, 다만 그 증상이 매우 심각하여 원래의 의미의 정신병이 있는 사람과 동등하다고 평가할 수 있거나, 다른 심신장애 사유와 경합된 경우 등에는 심신장애를 인정할 여지가 있으며, 이 경우 심신장애의 인정 여부는 소아기호증의 정도, 범행의 동기 및 원인, 범행의 경위 및 수단과 태양, 범행 전후의 피고인의 행동, 증거인멸 공작의 유무, 범행 및 그 전후의 상황에 관한 기억의 유무 및 정도, 반성의 빛의 유무, 수사 및 공판정에서의 방어 및 변소의 방법과 태도, 소아기호증 발병 전의 피고인의 성격과 그 범죄와의 관련성 유무 및 정도 등을 종합하여 법원이 독자적으로 판단할 수 있다.”

120) 대법원 1984.2.28. 선고 83도3007 판결 “검사의 피고인 1에 대한 상고이유에 관하여 형법 제10조의 심신장애로 인하여 사물을 변별할 능력이 없거나 의사를 결정할 능력이 없는 자 및 이와 같은 능력이 미약한 자라 함은 어느 것이나 심신장애의 상태에 있는 사람을 말하고 이 양자는 단순히 그 장애정도의 강약의 차이가 있을뿐 정신장애로 인하여 사물의 시비 또는 선악을 변별할 능력이 없거나 그 변별한 바에 따라 행동할 능력이 없는 경우와 정신장애가 위와 같은 능력을 결여하는 정도에는 이르지 않았으나 그 능력이 현저하게 감퇴된 상태를 말하는 것인바 원심이 유지한 제1심판결이 확정된 사실과 그 거시증거에 의하면 이 사건 범행 당시의 피고인 1의 정신상태는 정신분열증세와 방화에 대한 억제하기 어려운 충동으로 말미암아 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에서 불과 6일간에 여덟차례에 걸친 연속된 방화를 감행하였다는 것이므로 피고인을 심신미약자로 인정하고 형법 제10조 제2항을 적용 하여 처단한 제1심판결을 유지한 원

셋째, 우리 형법에서 규정하는 것처럼¹²¹⁾ 행위자가 자의로 스스로를 책임결함 능력상태에 빠지게 한 후, 이러한 상태에서 구성요건적 결과를 야기한 경우이다. 강학상 ‘원인에 있어서 자유로운 행위(actio libera in causa)’라고 하는 것으로서, 이는 행위자가 자의로 심신장애의 상태를 야기했다는 점에서 자의와 관계없는 심신상실자나 심신미약자의 행위와는 구별된다. 예를 들어 대마초 흡연시에 이미 범행을 예견하고도 자의로 심신장애를 야기한 경우 형법 제10조 제3항에 의하여 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 없다.¹²²⁾ 또한 고의가 아닌 과실로 책임능력결함상태를 야기하고 구성요건적 결과를 실현하는 경우, 견해의 대립은 있지만 우리 대법원은 형법 제10조 제3항을 적용하여 심신장애로 인한 경감 등을 하지 않는다. 따라서 음주운전을 할 의사를 가지고 음주만취한 후 운전을 결행하여 교통사고를 일으킨 경우에는 심신장애로 인한 감경 등을 하지 않게 된다.¹²³⁾

심조치는 정당하고 이에 심신미약에 관한 법리를 오해하고 사실을오인한 위법이 있다고 할 수 없으므로 상고논지는 그 이유가 없다.”

- 121) 제10조(심신장애자) ③ 위협의 발생을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다.
- 122) 대법원 1996.6.11. 선고 96도857 판결. “피고인들은 상습적으로 대마초를 흡연하는 자들로서 이 사건 각 살인범행 당시에도 대마초를 흡연하여 그로 인하여 심신이 다소 미약한 상태에 있었음은 인정되나, 이는 위 피고인들이 피해자들을 살해할 의사를 가지고 범행을 공모한 후에 대마초를 흡연하고, 위 각 범행에 이른 것으로 대마초 흡연시에 이미 범행을 예견하고도 자의로 위와 같은 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로, 형법 제10조 제3항에 의하여 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 없다 고 판시하였는바, 기록에 의하여 관계 증거를 살펴보면 위와 같은 원심의 사실인정 및 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고, 거기에 상고이유에서 주장하는 바와 같은 심신장애에 관한 채증법칙 위배나 심리미진의 위법이 있다 할 수 없다.”
- 123) 대법원 1992.7.28. 선고 92도999 판결. “형법 제10조 제3항은 “위협을 예견하고 자의로 심신장애를 야기한 자의 행위에는 전2항의 규정을 적용하지 아니한다”고 규정하고 있는 바, 이 규정은 고의에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위만이 아니라 과실에 의한 원인에 있어서의 자유로운 행위까지도 포함하는 것으로서 위협의 발생을 예견할 수 있었는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우도 그 적용 대상이 된다고할 것이어서, 피고인이 음주운전을 할 의사를 가지고 음주만취한 후 운전을 결행하여 교통사고를 일으켰다면 피고인은 음주시에 교통사고를 일으킬 위험성을 예견하였는데도 자의로 심신장애를 야기한 경우에 해당하므로 위 법조항에 의하여 심신장애로 인한 감경 등을 할 수 없다.”

4. 소결: 형사 정책적 제안

이른바 형법 내지 형사정책의 주된 목표중의 하나인 무력화이론(incapacitation theory)에 근거해서 볼 때, 당사자에게 법적 책임능력이 없는 많은 경우에는 사회에 대한 위험이 책임능력이 있는 경우보다 상대적으로 작다고 할 수 없다.¹²⁴⁾ 예컨대, 성적 충동을 스스로 억제하지 못하는 성도착증 질환자나 유전적으로 폭력적인 행동을 하기 쉬운 사람은 어쩔 수 없는 경우에도 사회에 대한 위험이 변하지 않는다. 그러므로 단지 책임능력이 없거나 결여되어 있다는 것만으로는 무력화의 필요성이 감소되지 않는다.

따라서 범죄행위 억제에 관점에서와는 대조적으로 무력화의 관점에서도 형사적 제재가 요구된다고 할 것이다. 이때 물론 무력화를 위한 제재의 형태는 교도소에 구금하는 등의 자유형이 아니라도 좋다. 형사적인 정신적 장애자들을 위한 교정 및 치료소에 수용할 수도 있을 것이다. 치료감호시설에서의 치료가 필요하고 재범의 위험성이 인정되는 때에는 치료감호에 처해지게 되는 경우가 일반적이다.

책임능력이 없다는 것 그 자체가 바로 ‘장래의 위험성’을 의미하는 것은 아니며, 적어도 처벌을 정당화하는 정도의 위험성까지의 의미를 갖는 것이 아닐 수 있다. 앞서 언급한 비자발적 중독의 경우가 이러한 경우에 해당될 수 있다.

124) Shavell, Steven (2004), Foundations of Economic Analysis of Law, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, p.562.

VI

결론

06 결론

본 연구에서는 미수, 고의, 인과관계, 책임능력 등 형법상 주요 이념, 요건, 원리에 관련된 여러 측면에서의 문제를 법과 경제학적 관점에서 고찰하였다. 즉 형법상 미수의 가벌성 문제를 구체적으로 분석하고, 형법상 고의와 인과관계 및 책임능력의 문제에 관해 검토하였다. 연구의 결과를 다음과 같이 요약 정리할 수 있다.

우선, 형사법상 미수에 대한 분석하고 있는 제2장에서는 제1절에서 장애미수, 중지미수 및 불능미수 등 각각의 미수의 유형을 법경제학적 관점에서 검토하고 형법 제25조 등 법상 미수범에 대한 형사적 제재와 형의 감경 규정의 정당성 문제를 직관적 관점에서 경제 이론적으로 살펴보았다. 제2절에서는 미수에 대한 가벌성의 정당성 문제와 미수범 처벌수준에 관해 최적 범죄 억제라는 형사정책 목표를 바탕으로 법경제학적으로 분석하였다. 이어 제3절에서는 미수범죄 및 최적 범죄 억제라는 형사정책적 목표의 문제를 범죄행위 피해자의 주의노력 수준을 변수로 하여 검토하였다. 즉 범죄의 총사회적비용 최소화라는 관점에서 피해자의 최적유인을 위한 경제적 유인 문제를 살펴보고, 피해자의 주의수준과 미수 범죄와의 상관관계를 고찰하였다. 이어 형사법이 이러한 잠재적 피해자의 주의 노력을 유도하는 유인책이 됨을 직관적으로 보았다.

이러한 제2장에서의 분석 결과 몇 가지 시사점을 얻을 수 있었는데, 첫째, 기수범에 대한 형사적 제재만으로는 최적범죄 억제라는 사회적 목표를 달성할 수

없으며, 미수에 따른 형사적 제재를 보완적으로 사용함으로써, 이러한 목표의 달성 가능성이 가능할 수 있다는 점을 알 수 있었다. 둘째, 기대손해수준이 미미하거나 비교적 낮은 경우에는 미수에 대한 처벌이 수반되지 않더라도 최적범죄 억제라는 형사정책의 목표를 달성할 수 있고, 셋째, 기대손해수준이 매우 높은 수준에서는 가해행위에 대한 처벌과 더불어 미수행위에 대한 처벌이 동반되어야 최적범죄 억제의 목표를 달성할 수 있음을 알 수 있었다. 넷째, 중지미수의 경우 그리고 초기단계인 장애미수의 경우 많은 경우 기수범죄에 비해 가해행위에 따른 손해발생가능성이 상대적으로 낮으며 따라서 (만일 제재가 요구되는 경우라면) 기수범에 비해 낮은 형사적 제재가 과해져야 함을 알 수 있었다. 덧붙여, 제3절에서는 범죄행위 피해자의 주의 측면에서 미수범에 대한 문제를 검토하였다. 즉 범죄의 총사회적비용 최소화의 관점에서 어떤 경우가 피해자의 최적 주의 유인인지 살펴보고, 피해자의 주의수준과 미수 범죄와의 상관관계를 분석하였다. 이어 형사법 내지 형사정책이 이러한 잠재적 피해자의 주의를 이끌어내는 유인책이 됨을 살펴보았다.

제3장에서는, 형법상의 구성요건으로서 형법상 고의의 의의를 바탕으로 기존의 문헌을 참고하여 법경제적 관점에서 해석해 보았다. 즉 객관적 구성요건의 실현에 대한 인식과 이를 실현하기 위한 의사로 정의되는 형법상 고의의 문제를 불법행위법상 사고와 비교하여 살펴보고, 범죄 억제 관점과 무력화의 관점에서 경제적으로 검토하였다.

제4장에서는 조건설과 상당인과관계설에 기초하여 형법상 인과관계에 대해 경제학적으로 검토하였다. 조건설이 따른 사실적 인과관계의 기준에 더하여 특정 행위로부터 특정 결과가 발생할 만하다고 보는 '상당한 원인'인 경우에만 형사법적 인과관계가 인정되는 학설 등에 관한 사항을 검토하였다. 덧붙여 이러한 상당성 인과관계 기준의 문제에 대한 비판이 제기되고 있으며, 보다 구체적이면서도 명료한 인과관계의 판단 기준을 정립하려는 법리적 노력이 있음을 지적하였다.

제5장에서는 형법상의 책임능력에 관한 태도가 최적 범죄 억제라는 관점에서 뿐 아니라 범죄의 무력화 관점에서도 정당화될 수 있음을 경제적 관점에서 직관적으로 검토하였다.

이상의 법경제학적 검토는 미수, 고의, 인과관계, 책임능력의 형법상 주요 이념, 요건 및 원리 등에 대한 경제학적 토대 및 이론의 체계화를 위한 목적으로 수행되었다. 하지만, 여러 현실적인 제약 상 미수의 문제를 제외한 고의, 인과관계, 책임능력에 관해서는 해당 이념과 요건, 원리 등에 대한 구체적인 경제 분석이 충분하지 못한점이 있다.

이러한 본 연구에서의 제약과 한계에 관해서는 관련된 후속 연구에서의 충분한 논의와 검토를 통해 일정부분 해소될 수 있을 것으로 기대한다. 연구자들 역시 향후 기회가 된다면 이러한 문제들을 해소해보고자 하는 바람이 있다.

참고문헌

- 김경환·김종석(역, 2007), 『맨큐의 경제학』 (제5판), 서울: 교보문고
- 김대근(2003), 형사적 규제에 대한 법경제학적 접근, 고려대학교 일반대학원 석사학위논문.
- 박경래 외 6인(2009), 『범죄 및 형사정책에 대한 법경제학적 접근(I)』, 한국형사정책연구원
- 박세일(2000), 『법경제학』, 서울: 박영사.
- 신도철(2006), 범죄와 형벌의 경제적 분석: 개관, 『법경제학연구』 2(1).
- 심현상(1949), 『형법총론』, 서울: 건민문화사.
- 엄상섭(1954), 책임조건의 정형화, 『법조협회잡지』 3(3).
- 이건호(2002), 형법 제17조의 “위험발생”의 의미와 상당인과관계설, 『형사법연구』 17.
- 이상돈(2010), 『형법강의』, 법문사.
- 이성식(2009), 사이버범죄에 있어 합리적 선택요소의 효과 검증, 『한국공안행정학회보』 3, 한국공안행정학회.
- 이재상(2002), 『형법총론』, 서울: 박영사.
- 이종인(2010), 『불법행위법의 경제학』, 서울: 한울출판사.
- 이종인(역, 2000), 『법경제학』, 서울: 비봉출판사.
- 이충상(1999), 봉와직염 환자에 대한 대학병원 측의 진료과실 및 그 과실과 사망과의 인과관계, 대법원 판례해설 제31호
- 이학수(1996), 「불법행위 체계에 있어서의 인과관계의 위상과 그 인정기준에 대한 새로운 검토」, 《판례연구》 6집(부산판례연구회).
- 진계호(1995), 형법상의 고의, 『사회과학논총』 제11집, 전주대 사회과학연구원.
- 하태훈(2006), 『판례중심 형법총 각론』, 서울: 법원사.
- 岸田雅雄(1996), 『法と経済学』, 新世社.

- Becker, Gary S.(1968), Crime and Punishment: An Economic Approach, 76
Journal of Political Economy 169–217.
- Coase(1994), Economics and Contiguous Disciplines, reprinted in R. H. Coase,
Essays on Economics and economists, University of Chicago Press.
- Cole & Grossman(2004), Principles of Law and Economics, Pearson Prentice
Hall.
- Cooter, Robert & Ulen, Thomas(2004), Law and Economics, 4th Edition,
Massachusetts; Pearson–Wesley and Co.
- Eide, Erling(1999), Economics of Criminal Behavior, Encyclopedia of Law and
Economics.
- Guido Calabresi(1970), The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis,
Yale University Press.
- Jeffrey S. Parker(1993), *The Economics of Mens Rea*, 79 Va. L. Rev. 741.
- Micheli, Thomas J.(2004), The Economic Approach to Law, Stanford University
Press.
- Omri Ben–Shahar and Alon Harel(1996), The Economics of the Law of
Criminal Attempts: A Victim–Centered Perspective, University of
Pennsylvania Law Review, Vol.145, No.2.
- Posner, Richard A.(1985), An Economic Theory of the Criminal Law, Columbia
Law Review, Vol.85 No.6.
- Shavell, Steven(2004), Foundations of Economic Analysis of Law, Massachusetts;
The Belknap Press of Harvard University Press.

Abstract

Analysis of criminal law in the context of law and economics Economic analysis of central ideas, requisites and rules of criminal law

This study examines constituting matters of criminal law, including attempts, intents, causation, and responsibilities in the context of law and economics.

First, each patterns of attempts, including interrupted attempt, abandoned attempts, and impossible attempts, were analyzed in the view of law and economics. Also analyzed is the matter of whether criminal sanctions against attempted criminals such as the chapter 25 of the criminal codes of Korea and the rule of reduction and exemption of penalties are justifiable based on the aim of policy toward the optimal deterrence of crimes.

The study's result is that it is impossible to reach the social goal of the optimal deterrence of crime with only criminal sanctions against successful criminals, and that the goal was achievable by utilizing the criminal sanctions against attempted criminals as a complement.

Also, one can conclude that in case the expected level of damages is small or relatively low, it is possible to achieve the goal of criminal law of the

optimal deterrence of crimes even when penalty for attempts was not accompanied. On the other hand, if the expected level of damages is very high, the goal is only attainable when penalty against attempts was accompanied, along with penalty against accomplished crimes.

Moreover, the study discusses the problem of the attempted criminals in the victim's perspective of precaution, and the fact how criminal law and/or criminal policies could be the incentives for calling for attention of potential victims.

For the analysis of intent, causation, and responsibility, this study refers to existing documents based on the significance of intent in the criminal law.

This includes a comparison of the problem of criminal intent, which is defined as the perception of actualization of the necessary conditions of objective composition and intention to actualize this, with accidents based on rules of torts.

Also, criminal intent is examined in the perspective of deterrence of crimes and incapacitation. Furthermore, the study examines criminal causation in an economic context, based on so-called the cause-in-fact theory(조건설) and the proximate cause theory(상당인과관계설). It discusses intuitively in an economic context that attitude of criminal responsibility is justifiable not only in the perspective of the optimal deterrence of crime, but also in the perspective of incapacitation of crime.