

구성요건해당성

V. 주관적 구성요건요소

1. 의미

- (1) 행위자의 내부적 심리상태를 기술하는 구성요건요소
- (2) 고의, 과실, 목적, 경향, 표현 등의 주관적 불법요소와 재산죄의 불법영득의사 포함

2. 고의

- (1) 고의의 의의
 - 1) 의미: 구성요건실현에 대한 인식(고의의 지적 요소=인식요소)과 의욕(고의의 의적 요소=의욕요소)
 - 2) 형법 제13조의 해석: ‘죄의 성립요소인 사실의 인식’이라고 규정하여 고의의 인식요소에 관한 규정으로 보이지만, 인식은 의욕을 전제하므로 인식요소와 의욕요소 양자를 모두 포함한다고 보는 것이 일치된 견해
- (2) 고의의 본질

학 설	학 설 내 용	주장학자
인식설	구성요건실현에 관한 행위자의 인식만 있으면 고의가 성립한다고 보며, 인식 있는 과실도 고의가 되므로 고의의 성립범위가 넓어짐	
의사설	결과발생을 의욕한 경우에만 고의가 성립한다고 보며, 미필적 고의도 과실이 되므로 고의의 성립범위가 매우 좁아짐	
절충설	고의를 지적 요소와 의적 요소의 결합이라고 봄	통설, 판례

- (3) 고의의 내용 인식요소와 의욕요소로 구성
 - 1) 인식요소
 - ① 인식대상: 객관적 구성요건 전부에 대한 인식
 - i) 결과적 가중범은 중한 결과에 대한 인식을 필요 없고 예견가능성만 있으면 됨(제15조 제2항)
 - ii) 처벌조건이나 소추조건은 구성요건요소가 아니므로 인식대상이 아님
 - iii) 위법성의 인식은 책임요소이므로(책임설) 고의의 인식대상이 아님
 - ② 인식양태: 객관적 구성요건요소에 대한 의미인식
 - i) 의미인식은 구성요건표지가 갖는 보통의 사회적 의미내용을 아는 것
 - ii) 일반인이 할 수 있는 소박한 인식·평가이면 충분
 - iii) 이러한 의미인식에 대한 착오는 고의를 조각하지 않으며, 제16조의 법률의 착오(금지착오)에 해당
 - ③ 인식의 구체성: 행위대상과 인과과정의 인식이 특히 문제됨
 - i) 행위대상에 대한 개별적 인식일 필요는 없고, 구성요건이 전제하는 종류에 속한다는 인식으로 충분
 - ii) 행위자가 특정한 개별적 행위대상과 결과발생 대상이 불일치하는 경우는 착오문제로 해결 가능
 - iii) 인과과정은 중요부분만 인식하면 되며, 이 때의 인식은 일반인의 소박한 인식으로도 충분

iv) 행위자가 생각한 인과과정의 본질적 부분이 빗나갔을 때에는 인과관계의 착오로 취급하면 됨

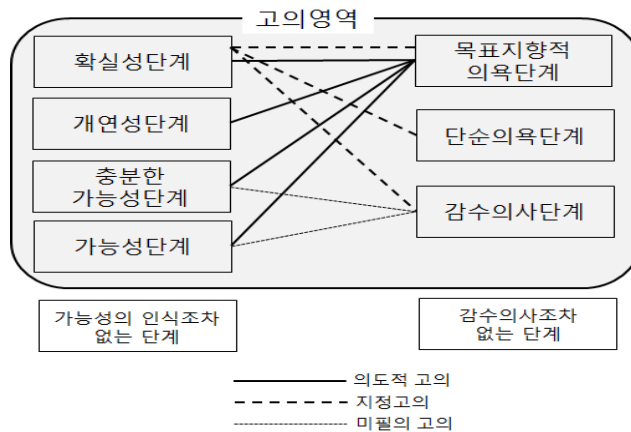
④ 인식강도

- i) 인식강도는 확실성단계>개연성단계>충분한 가능성단계>가능성단계>가능성의 인식조차 없는 단계로 등급화 가능
- ii) 행위자가 결과발생이 가능한 정도로만 보았어도 고의는 성립(미필의 고의)하며, 확실성단계~가능성단계 사이가 고의의 영역
- iii) 결과발생을 고려한다는 약한 인식으로도 충분

2) 의욕요소

- ① 의의: 행위자가 인식한 내용을 실현하려는 의사
- ② 의욕대상은 인식대상과 일치함
- ③ 의욕요소는 목표지향적 의욕단계>단순의욕단계>감수의사단계>감수의사조차 없는 단계로 등급화 가능
- ④ 목표지향적 의욕단계~감수의사단계 사이가 고의의 영역

(4) 고의의 종류



1) 의도적 고의(제1급의 직접고의)

- ① 가장 강한 형태의 고의로, 목표지향적 의욕+확실성단계~가능성단계의 인식
- ② ‘~을 할 목적으로’, ‘~을 위하여’ 등의 목적범과 경향범이 해당

2) 지정고의(제2급의 직접고의)

- ① 고의의 인식요소를 기준으로 한 구별로 인식의 최고단계인 확실성과 결합한 고의형태
- ② 확실성단계의 인식+목표지향적 의욕~감수의사단계의 의욕
- ③ 형법상 ‘정을 알면서’라는 문언으로 표현: 증뢰물지정수령(제133조 제2항), 위조통 화취득 후 지정사용(제210조) 등

3) 미필의 고의(조건부 고의)

- ① 의의
 - i) 매우 낮은 정도의 인식(가능성 또는 충분한 가능성단계)과 의욕만 있는 경우의 고의 형태
 - ii) 행위자가 결과발생을 가능한 것으로 인식하고 그것을 감수하겠다는 의욕을 보인 경우의 고의
- ② 미필의 고의와 인식 있는 과실의 구별

- i) 결과발생 가능성을 인식했다는 점에서 양자는 동일하지만, 소극적 의미의 의욕의 사유무에 따라 각각 미필의 고의와 인식 있는 과실로 구별됨
- ii) 구별기준에 대한 학설

학 설	학 설 내 용	주장학자
인용설 (승낙설)	결과발생을 내심으로 인용 또는 양해하면 미필의 고의이고, 그렇지 않으면 인식 있는 과실 ※ 판례는 인용설의 입장을 취하고 있으나, 가능성설에 가까운 태도를 취하는 경우도 있음("살인죄의 범의는 자기의 행위로 인하여 피해자가 사망할 것을 인식·예견하는 것으로 족하지 피해자의 사망을 희망하거나 목적으로 할 필요는 없고, 또 확정적인 고의가 아닌 미필적인 고의로도 족하다.")	다수설, 판례
타협설 (감수설)	결과발생가능성을 진지하게 받아들이서 그것과 적극적으로 타협(감수, 묵인)하는 경우 미필의 고의, 그렇지 않으면 인식 있는 과실	인용설과 유사
개연성설	인식요소를 중심으로 파악하여, 행위자가 결과발생의 개연성이 있는 것으로 보았으면 미필의 고의이고 그렇지 않으면 인식 있는 과실	
가능성설	결과발생을 구체적으로 가능한 것으로 생각하고 그럼에도 행위한 경우는 미필의 고의, 그렇지 않으면 인식 있는 과실	
무관심설	행위자가 가능한 부수효과를 긍정적으로 받아들이거나 무관심한 태도를 보인 경우에는 미필의 고의, 부수효과를 인정하지 않고 발생하지 않기를 희망한 경우에는 인식 있는 과실	
회피설	행위자가 결과발생 가능성을 인식하였음에도 회피할 의사가 없었을 경우 미필의 고의, 결과가 발생하지 않도록 조종하여 회피의사를 작동한 경우에는 인식 있는 과실	
신중설	행위자가 결과발생을 신중하게 고려했으면 미필의 고의, 행위자가 결과발생 가능성을 알았으나 그것을 경솔하게 생각했으면 인식 있는 과실	
결단설	가능한 범의침해에 대한 행위자의 결단 또는 구성요건실현의 가능성을 시인하면서 행위결단을 한 경우에는 미필의 고의, 그렇지 않으면 인식 있는 과실	
무모설	고의와 과실의 중간책임영역을 인정하여 미필의 고의, 인식 있는 과실을 구별하지 않고 특별한 책임범주로 해결하자는 이론	

(5) 그 밖의 고의개념

1) 사전고의

- ① 구성요건 실현의사를 가지고 있었으나 정작 행위할 때에는 없어진 경우
- ② 고의는 행위시에 있어야 하므로 형법상 고의가 아님

2) 사후고의

- ① 인식·의욕 없이 (과실로) 행위 했으나 나중에 고의가 생긴 경우
- ② 형법상 고의가 아님

3) 승계고의

- ① 범죄행위의 중간에 생긴 고의를 범행전체에 대한 고의로 인정하는 경우
- ② 고의는 구성요건실현에 대한 인식·의욕이 발생한 시점부터 인정되어야 하므로 승계 고의 개념은 인정할 수 없음

4) 택일적·개괄적 고의

① 택일적 고의

- i) 여러 가지 결과 가운데 행위자가 의도한 결과 이외의 다른 결과가 발생하더라도 무방하다고 생각한 고의
- ii) 원한 결과의 미수와 발생한 결과의 기수 사이의 상상적 경합으로 처벌
- iii) 둘 다 미수에 그친 경우는 양 미수 사이의 상상적 경합으로 처벌

② 개괄적 고의

- i) 행위자가 일정한 결과발생을 실현하려고 했지만, 그의 생각과 달리 계속된 다른행위에 의해 결과가 발생한 경우
- ii) 제2행위의 발생결과를 제1행위의 고의에 개괄적으로 포함시켜 하나의 고의행위로 처리할 수 있다는 의미에서 개괄적 고의라는 명칭을 사용함(v. Weber)
- iii) 오늘날 개괄적 고의는 인과관계의 착오로 취급하는 것이 일반적임

5) 구성요건고의·불법고의

- ① 구성요건고의: 구성요건에 해당하는 객관적·외부적 사실에 국한되는 고의
- ② 불법고의: 객관적 구성요건표지에 대한 인식·의욕뿐만 아니라 위법성조각사유의 부존재에 대한 인식까지 포함하는 고의(총체적 불법구성요건이론에 따른 고의개념)

3. 사실의 착오(구성요건착오)

- (1) 의의 행위자가 인식·의욕한 구성요건사실과 실현된 결과가 일치하지 않는 경우로 인식사실과 발생결과가 모두 구성요건에 해당해야 함

(2) 사실의 착오가 아닌 경우

- 1) 행위자의 인식사실은 구성요건사실이 아니지만 발생결과가 구성요건사실에 해당되는 경우: 발생결과에 대한 과실이 있는 경우 과실범으로 처벌
- 2) 인식사실은 구성요건사실이지만 발생결과는 구성요건사실이 아닌 경우: 고의는 성립하지만 결과가 없으므로 미수범 또는 불능범의 문제
- 3) 실제로 존재하지 않는 구성요건상황을 행위자가 존재하는 것으로 잘못 생각한 경우 (반전된 구성요건착오): 해당행위의 미수처벌규정이 있으면 불능미수이론에 따라 처리

(3) 사실착오의 유형

1) 구체적·추상적 사실착오

구체적 사실착오	추상적 사실착오
• 동가치 객체간의 착오 • 인식사실과 발생사실이 구체적으로 일치하지는 않지만 양자가 동일구성요건에 속하는 경우 • 보기: 甲을 때리려고 했는데 옆의 乙이 맞은 경우	• 이가치 객체간의 착오 • 인식사실과 발생사실이 서로 다른 구성요건에 해당되는 경우
	유형 경한 사실의 인식으로 중한 결과가 발생한 경우 중한 사실의 인식으로 경한 결과가 발생한 경우 형의 가중·감경사유에 관한 착오

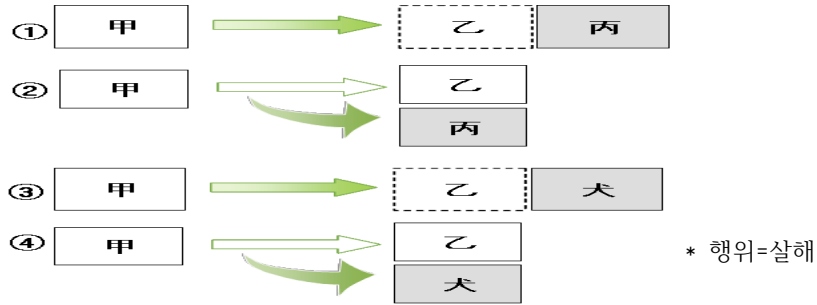
2) 객체착오·방법착오

객체착오	방법착오(타격착오 또는 수단착오)
• 행위대상을 잘못 인식하여 착오한 경우 • 甲인 줄 알고 때렸는데 乙을 때린 경우	• 행위수단·방법이 잘못되어 의도하지 않은 대상에 결과가 발생한 경우 • 甲을 쏘려다가 조준미숙으로 乙이 맞은 경우
객체착오와 방법착오는 구체적 사실착오와 추상적 사실착오 모두에 가능할 수 있음	

(4) 사실의 착오의 해결

- 1) 추상적 사실착오: 특별히 중한 죄가 되는 사실을 인식하지 못한 행위는 중한 죄로 벌하지 않으므로(제15조 제1항) 인식사실의 미수와 발생결과와 과실의 상상적 경합으로 해결
- 2) 구체적 사실착오의 해결: 명문규정이 없으므로 학설에 따라 해결
 - ① 구체적 부합설(구체화설): 행위자의 인식사실과 발생결과가 구체적으로 부합하는 경우에 발생결과에 대한 고의를 인정하자는 견해(다수설)
 - ② 법정적 부합설(동가치설): 행위자의 인식사실과 발생사실이 같은 구성요건(구성요건 부합설) 또는 같은 죄질(죄질부합설)에 속하면 고의를 인정하자는 견해(판례)
 - ③ 추상적 부합설: 인식사실과 발생사실이 추상적으로 일치하기만 하면 고의기수를 인정하는 견해

※ 학설에 따른 사실의 착오의 해결 요약



(+) = 상상적 경합범

구 분		객체착오	방법착오
구체적 부합설	구체적 사실의 착오	① 丙 살인고의기수	② 乙 살인(장애)미수 (+) 丙 과실치사
	추상적 사실의 착오	③ 乙 살인(불능)미수 (+) 犬 과실재물손괴	④ 乙 살인(장애)미수 (+) 犬 과실재물손괴
법정적 부합설	구체적 사실의 착오	① 丙 살인고의기수	② 丙 살인고의기수
	추상적 사실의 착오	③ 乙 살인(불능)미수 (+) 犬 과실재물손괴	④ 乙 살인(장애)미수 (+) 犬 과실재물손괴
추상적 부합설	구체적 사실의 착오	① 丙 살인고의기수	② 丙 살인고의기수
	추상적 사실의 착오	• 중한 고의→경한 결과 [중한 죄 미수 (+) 경한 죄 기수] • 경한 고의→중한 결과 [경한 죄 기수 (+) 중한 죄 과실]	

3) 사실의 착오의 해결의 결론

- ① 추상적 사실착오는 제15조 제1항에 의해 인식사실의 미수와 발생사실의 과실의 상상적 경합으로 처리
- ② 세 가지 학설 어느 학설에 의하더라도 구체적 사실착오의 객체착오의 경우에는 발생결과에 대한 고의기수 성립
- ③ 구체적 부합설과 법정적 부합설의 결론의 차이: 구체적 사실착오의 방법착오

4. 인과관계의 착오

(1) 의의

- 1) 의미: 행위자가 인식한 인과과정과 다른 방식으로 결과가 실현된 경우로서 구체적 사실의 착오에만 문제됨(이른바 개괄적 고의의 사례)
- 2) 고의성립에 필요한 인과관계에 대한 인식은 '일반인으로서 할 수 있는 소박한 인식·평가'이면 충분하며, 인과과정의 세세한 부분에 대한 인식까지는 불필요
- 3) 행위자가 인식·예견한 인과과정과 실제 발생한 인과과정이 본질적으로 차이가 나는 경우는 고의책임을 지울 수 없고 인과관계의 착오로 해결해야 함

(2) 인과관계착오의 해결

학 설	내 용	주장학자
개괄적 고의설	제1행위의 고의가 제2행위의 인과관계를 포함하는 것으로 이해하여 양자를 개괄적으로 하나의 고의 기수범으로 취급	판례
미수설	고의는 언제나 행위시에 있어야 하므로, 제1행위에 의한 발생결과는 미수가 성립하고, 행위자의 인식이 없었던 제2행위에 의한 발생결과와 과실범이 성립하여 양자는 실제적 경합관계에 있음	
인과관계 착오설	개괄적 고의를 인과관계착오의 한 형태로 보아, 행위자가 인식한 인과과정과 결과가 실현된 인과과정 사이에 본질적 차이가 없으면 고의 기수범, 그런 차이가 있을 경우 인식사실의 미수와 발생사실의 과실의 상상적 경합범으로 봄	다수설
객관적 귀속설	객관적 귀속론의 관점에서 해결해야 한다고 보는 입장으로, 구성요건결과가 제2행위에 의해 비로소 발생한 것이고, 제2행위가 일반적 생활경험상 범죄은폐를 위한 전형적 행위로 평가될 수 있으면 발생결과에 대한 객관적 귀속 가능. 그렇지 않으면 제1행위의 미수가 성립	