부진정 결과적 가중범의 본질 및 죄수론에 관한 비판적 검토

Critical Appraisal of Essence and Theory for Determining the Number of Offences of Untrue Consequently Aggravated Crime

김 영 철*
Kim, Young-Cheol

목 차

I. 서론	III. 죄수론에 관한 학설·판례의 비판적 검토
II. 부진정 결과적 가중범의 의의와 본질	IV. 결론

진정 결과적 가중범은 기본범죄에 내재하는 전형적 위험성이 현실화한 것이라는 특성으로 인해 기본범죄와 중한 결과 과실범의 상상적 경합보다 더 중한 형으로 입법화하는 근거가 되었다. 진정 결과적 가중범의 입법은 외형상 고의의 기본적 범죄와 중한 결과 과실범의 결합형태로 나타나는데, 기본적 범죄와 중한 결과 고의범의 결합형태에 대한 처벌입법이 없는 때에 그보다 불법과 책임이 약한 중한 결과 과실범의 형보다 약하게 처벌하는 불균형 현상이 발생하게 된다. 이러한 불합리를 해소하고자 부득이 등장하게 된 것이 부진정 결과적 가중범의 개념이다. 이 경우에는 진정 결과적 가중범 입법의 틀 속에 중한 결과 고의범도 포함된 것으로 해석하게 된다.

부진정 결과적 가중범은 현실에서 판례가 인정하고 있는 범죄유형이므로 단순한 가설적 개념이 아닌 실체를 갖춘 범죄형태의 하나로 자리매김하고 있음을 인정해야 한다. 부진정 결과적 가중범 중 중한 결과 고의범은 고의의 기본범죄와 결합하여 하나의 구성요건이 된 것이므로 전체적으로 고의범의 성격을 띠며 동시에 결합범이다. 고의·과실은 구성요

투고일 : 2016. 8. 22. / 심사의뢰일 : 2016. 9. 20. / 게재확정일 : 2016. 10. 13.

* 건국대 법학전문대학원 교수

Professor, Law School of Konkuk University

견적 요소입과 동시에 책임요소라는 2중적 성격을 보유하므로 중한 결과 고의범은 중한 결과 과실범에 비해 불법이 한층 가중되며 책임요소인 비난가능성 또한 더 높다는 본질을 갖게 된다. 그러므로 부진정 결과적 가중범에 관한 여러 쟁점, 특히 죄수를 논함에 있어서는 이러한 부진정 결과적 가중범의 본질을 늘 염두에 두어야 할 것이다.

살의를 가지고 현주건조물에 방화하여 사람을 살해한 경우에 현주건조물방화치사죄와 살인죄의 상상적 경합을 주장하는 다수설은 현주건조물방화치사죄의 불법에 살인의 고의가 불포함된다는 것을 그 이유로 하는바, 이는 중한 결과 고의범은 바로 고의범의 성격을 갖는다는 사실을 도외시 한 것으로 타당성을 인정하기 어렵다. 한편, 판례는 부진정 결과적 가중범의 죄수를 논함에 있어서 단순일죄인가 상상적 경합인가를 판별하는 기준으로 오직 형의 경중만을 제시하는데, 이런 견해는 적절치 못하다고 생각한다. 실질적으로 1죄인가 또는 수죄인가는 형의 경중과 함께 다른 범죄에서 판례가 제시하는 일반적 기준인 구성요건적 평가와 보호법익의 측면도 함께 고찰하여 판단하여야 할 것이다.

[주제어] 진정 결과적 가중범, 부진정 결과적 가중범, 본질, 고의, 과실, 죄수

I. 서론

결과적 가중범 개념의 탄생과 입법화는 전근대적인 결과책임주의 형사법으로부터 벗어나 책임주의에 입각한 형사법운용을 추구한 노력의 결과라고 할 수 있다.

역사적으로 보면, 프랑스 나폴레옹 형법전에는 상해의 고의는 있으나 사망의 고의는 없는 상해치사죄에 관한 규정이 없었다. 그 결과 당시에는 이런 사안에 미필적 고의 형법이론을 비약 적용하여 살인죄로 처벌하였다. “책임 없으면 형벌 없다”는 책임주의를 무시하고, 결과책임주의를 극대화한 케이스다. 이와 같은 결과책임주의적 형사법운용을 배제하기 위하여, 상해치사죄 같은 결과적 가중범의 성립에는 기본범죄인 상해의 고의와 그로 인하여 죽을 수도 있으리라는 것을 행위자가 행위 당시부터 예견 가능했던 경우에 한하여 처벌하여야 하고, 예견이 가능하지 않았으면 단순히 상해죄로만 처벌해야 한다는 주장이 대두되었다. 이러한 주장이 1909년 독일형법 초안에 반영되고, 1931년 일본개정형법 가안을 거쳐, 1953년 우리나라 제정형법 제15조 제2항에 입법화됨으로서 결과적 가중범 규정이 우리 형법체계 안으로 도입된 것이다.¹⁾ 한 걸음 더 나아가 책임주의를 더욱 강화하자는 입장을 반영하여 1925년 독일형법 초안 및 1953년 구 독일개정형

1) 박동희, 형법학총론, 법문사, 1977, 171쪽; 황산덕, “결과적 가중범”, 사법행정 제4권 제4호, 한국사법행정학회, 1963, 21쪽.

법 제56조의 규정과 같이 결과적 가중범은 기본범죄에 대한 고의와 중한 결과 발생에 대한 과실이 있는 경우로 한정하여야 한다는 법리로 발전하였다.²⁾

이와 같이 결과적 가중범의 규정은 고의의 기본범죄에 기하여 과실로 중한 결과가 발생한 경우를 염두에 둔 것이다. 기본범죄인 상해의 고의로 범행했는데 과실로 중한 결과인 사망에 이르게 한 경우에 상해치사죄를 적용하는 것이 전형적 예이다. 이 경우 중한 결과인 살인의 고의가 인정될 때에는 살인죄로 다스리면 된다.⁴⁾

그런데, 사람을 살해할 의도로 현존하는 건조물에 방화하여 사람을 살해한 경우에, 현행 형법은 현주건조물방화치사죄 규정만 두고 있을 뿐, 별도로 고의범 규정인 현주건조물방화살인죄의 규정을 두지 않고 있다. 일반 해석원칙에 따라 단순히 현주건조물방화죄와 살인죄의 상상적 경합범으로 처벌하고자 할 경우 중한 결과 과실범인 현주건조물방화치사죄의 형보다 가볍게 되어 형벌의 불균형문제가 발생하게 된다. 이러한 불균형을 해소하기 위해 예외적으로 부진정 결과적 가중범이라는 개념이 등장하게 되었는데, 해석상 여러 문제점이 드러나고 있다. 본고에서는 부진정 결과적 가중범의 개념과 인정 이유, 인정범위 등 일반적 이론을 먼저 검토하고, 부진정 결과적 가중범의 본질을 파악한 토대 위에서 판례·학설에서 자주 문제되는 죄수에 관하여 비판적으로 고찰해 보고자 한다. 그러므로 여기서는 쟁점을 분명히 하기 위하여 부진정 결과적 가중범의 개념요소 중 기본범죄 및 중한 결과까지 모두 고의에 의하여 발생하는 경우에 초점을 두기로 한다.

2) 유기천, 개정형법학 총론강의 영인본, 법문사, 2011, 160쪽; 조상재, “결과적 가중범의 객관적 가중표지와 주관적 귀속형식”, 안암법학 제2권, 안암법학회, 1994, 348쪽.

3) 우리 정부의 형법일부개정법률안(2011.3.25. 의안번호 1811304호)은 우리 형법 제15조 제2항의 결과적 가중범 조항을 제15조에서 독립시켜 “제14조(결과적 가중범) 결과로 인하여 형이 무거운 죄의 경우에 그 결과 발생에 대하여 과실이 없는 때에는 무거운 죄로 별하지 아니한다.”고 함으로써 결과적 가중범의 성립요건으로서 ‘예견가능성’ 대신에 ‘과실’을 그 요건으로 함을 명백히 하였다. 천진호, 형법총론, 준커뮤니케이션스, 2016, 932쪽 참조.

4) 이 경우 기본범죄인 상해죄 부분은 중한 결과인 살인죄에 흡수되어 별죄를 구성하지 않게 될 것이다.

II. 부진정 결과적 가중범의 의의와 본질

1. 의의

부진정 결과적 가중범이란 기본범죄에 대하여 고의가 있고, 중한 결과에 대해서는 과실 뿐만 아니라 고의가 있는 경우에도 성립하는 형태의 결과적 가중범을 말한다.⁵⁾ 부진정 결과적 가중범은 진정 결과적 가중범에 상응하는 개념이고, 진정 결과적 가중범이 그 기본 형태라고 할 수 있다. 진정 결과적 가중범이란 고의에 의한 기본범죄에 기하여 과실로 중한 결과를 발생케 한 경우를 말한다.

부진정 결과적 가중범의 예로 가장 흔히 등장하는 현주건조물방화치사죄를 보면, 기본범죄인 현주건조물방화의 고의 있는 자가 ① 과실로 사람을 사망에 이르게 한 경우 뿐만 아니라, ② 고의로 사람을 살해한 경우에도 현주건조물방화치사죄를 적용하게 되는 것이다. ②의 경우는, 비유적으로 표현한다면, 중한 결과 과실범이 거주하는 결과적 가중범이라는 집에 중한 결과 고의범도 함께 입주한 주거형태라고 할 수 있다. 현실적으로 형사법을 운용함에 있어서 부진정 결과적 가중범이 문제되는 것은 대부분 ②의 경우라고 할 수 있다.⁶⁾

2. 부진정 결과적 가중범의 인정 필요성

일반적으로 말하자면, 책임주의 형법 아래서도 (진정) 결과적 가중범의 형은 기본범죄의 형과 중한 결과 과실범의 상상적 경합으로 처벌하는 경우보다 그 형이 무겁다. 기본범죄의 전형적 위험이 실현되어 중한 결과가 발생한 경우 그 불법은 단순한 상상적 경합의 경우에 비하여 현저히 증가한다고 평가하고, 이러한 사고가 입법에 반영되었기 때문이다.⁷⁾⁸⁾ 그럼에도 불구하고 부진정 결과적 가중범의 개념을 별도로 도입할 필요성이 있는

5) 오영근, 형법총론(제2판), 박영사, 2012, 214쪽

6) 대법원 1983. 1. 18. 선고 82도2341 판결; 대법원 1990. 5. 8. 선고 90도670 판결; 대법원 1996. 4. 26. 선고 96도458 판결; 대법원 1990. 6. 26. 선고 90도765 판결; 대법원 1995. 1. 20. 선고 94도2842 판결; 대법원 1998. 12. 8. 선고 98도3416 판결; 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7311 판결 등은 모두 중한 결과발생에 고의가 있는 사례들에 관한 것이다. 주객전도의 현상이라 할 만하다.

7) 이재상, 형법총론(제7판), 박영사, 2011, 201쪽.

8) 부진 정결과적 가중범의 본질과 관련하여 기본범죄인 제1범죄행위를 한 자로 범죄의 주체가 한정되고, 제1범죄의 실행에 착수한 자가 주체가 됨으로써 형량을 가중시키는 신분을 취득하여 그 효과로서 형량이 가중되어

지 여부에 관해서는 이를 부인하는 견해(부정설)와 인정하는 견해(인정설)로 나누인다.

2.1 부정설

결과적 가중범에 관하여 부진정 결과적 가중범을 인정하지 않는 견해다. 중한 결과에 대해 과실이 있는 경우에 인정되는 진정 결과적 가중범 규정을 고의로 중한 결과를 실현한 경우에까지 적용할 필요는 없고, 중한 결과 고의범에 대하여는 중한 결과를 구성요건적 결과로 하고 있는 고의범으로 처벌하면 되고, 이 경우 기본범죄는 중한 결과 고의범에 흡수된다는 견해이다.⁹⁾

2.2 인정설

부진정 결과적 가중범은 형벌의 불균형을 시정하기 위하여 필요한 개념이라는 견해이다. 형법 제15조 제2항에 따라 중한 결과를 예견할 수 있으면 결과적 가중범이 성립하는 것이므로 여기에 중한 결과에 대하여 고의가 있는 경우가 제외된다고 해석할 수는 없으며, 기본범죄가 중한 결과를 발생케 할 위험 이외에 다른 법익에 대한 침해가 불법의 내용으로 포함하고 있는 때에 기본범죄를 통하여 고의로 중한 결과를 발생케 한 경우를 형법이 진정 결과적 가중범에 비하여 무겁게 벌하는 구성요건을 별도로 마련하고 있지 않을 때에는 적어도 과실의 경우보다 경하게 벌하지 않도록 하기 위하여 부득이 부진정 결과적 가중범의 개념을 인정할 수밖에 없다는 것이다.¹⁰⁾ 판례도 인정설을 지지한다.¹¹⁾

결합범이라는 단일구성요건을 이루고 가중처벌되는 일종의 신분범이라는 견해가 있다. 임석원, “결합범의 본질과 부진정 결과적 가중범”, 비교형사법연구 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006, 186쪽.

- 9) 권문택, “결과적 가중범”, 고시계 제17권 제7호, 고시계사, 1972, 62쪽; 정성근·박광빈, 형법총론(제4판), 삼지원, 2008, 442쪽; 황산덕, 형법총론(제7정판), 방문사, 1982, 141쪽.
- 10) 김일수/서보학 형법총론(제11판), 박영사, 2006, 468쪽; 박상기, 형법각론(제7판), 박영사, 2008, 292쪽; 배중대, 형법총론(제9개정판), 홍문사, 2008, 696쪽; 손동권, 형법총론(제2개정판), 을곡출판사, 2005, 344쪽; 신동운, 형법총론(제3판), 법문사, 2008, 248쪽; 오영근, 앞의 책, 214쪽; 유기천, 앞의 책, 161쪽; 이영란, 형법학 총론강의(제3판), 형설출판사, 2011, 175쪽; 이재상, 앞의 책, 202쪽; 이형국, 형법총론, 법문사, 1990, 391쪽; 임웅, 형법총론(개정판보정), 법문사, 2005, 512쪽; 진계호 신고형법총론, 대왕사, 1984, 205쪽.
- 11) 대법원 1995. 1. 20. 선고 94도2842 판결 등.

2.3 각 견해의 검토

사람을 살해할 고의로 현주건조물물에 방화하여 사람을 사망하게 한 경우를 생각해보자.

만약 현주건조물방화치사죄를 고의의 기본범죄와 과실의 중한 결과범의 결합범인 진정 결과적 가중범으로만 보게 되면, 현주건조물방화살인죄의 규정이 없는 현행법 아래서는, 부득이 기본범죄에 해당하는 현주건조물방화죄와 중한 결과 고의범인 살인죄의 상상적 경합으로 처벌할 수밖에 없을 것이다. 이 경우 형법 제40조에 의하여 2개의 죄 중 가장 중한 살인죄에 정한 형인 형법 제250조 제1항의 “사형, 무기 또는 5년 이상의 징역”의 형을 적용하게 된다. 그런데 현주건조물물에 고의로 방화하였으나 과실로 사람을 사망에 이르게 한 때에는 형법 제164조 제2항 후문의 “사형, 무기 또는 7년 이상의 징역”에 처하게 된다. 과실에 의한 후자의 경우가 고의로 인한 전자의 경우보다 더 중한 처벌을 하게 되는 형의 불균형 현상이 발생하게 되는 것이다.

반대로 현주건조물방화치사죄를 중한 결과 고의범에도 적용되는 부진정 결과적 가중범으로 해석할 경우, 적어도 그 법정형은 동일하게 되어 앞서 본 바와 같은 불합리만은 면할 수 있게 된다.¹²⁾

이와 같이 단순히 현주건조물방화죄와 살인죄의 상상적 경합을 인정할 경우 초래되는 형의 불균형을 바로잡기 위한 목적에서 부득이하게 현주건조물방화치사죄에 부진정 결과적 가중범의 성격을 부여할 수밖에 없는 것이다.¹³⁾

한편 고의범인 기본범죄와 중한 결과 고의범의 상상적 경합의 형이 결과적 가중범의 형보다 높을 때에는 앞서 본 바와 같은 형의 불균형문제는 발생하지 않으므로 구태여 이런 경우까지 예외적인 부진정 결과적 가중범의 개념을 도입 적용할 필요는 없을 것이다.

3. 부진정 결과적 가중범의 인정 범위

3.1 형이 기본범죄와 중한 결과 고의범의 상상적 경합보다 무거운 경우

현주건조물방화치사상죄(제164조 제2항)는 형이 기본범죄인 현주건조물방화죄와 중

12) 또한 후술하는 바와 같이 죄수에 관하여 판례와 견해를 달리하여 현주건조물방화치사죄 단독범이 아닌 현주건조물방화치사죄와 살인죄의 상상적 경합으로 처벌해야 한다는 견해에 의한다 하더라도 결과적으로 중한 죄인 현주건조물방화치사죄의 형으로 처벌하게 되는 것이므로 마찬가지로 결론에 이르게 된다.

13) 박상기, 앞의 책, 475쪽.

한 결과범인 살인죄나 상해죄의 상상적 경합보다 무거운 경우이므로 전항에서 본 바와 같이 부진정 결과적 가중범에 해당된다. 특수공무집행방해치상죄(제144조 제2항)도 그 형이 “3년 이상의 유기징역”으로서 징역형에 하한이 없는 특수공무집행방해죄와 상해죄의 상상적 경합보다 높아 부진정 결과적 가중범으로 볼 수 있다.¹⁴⁾

이밖에 폭발성물건파열치상죄(제172조 제2항 전문), 가스·전기등방류치상죄(제172조의2 제2항 전문), 가스·전기등공급방해치상죄(제173조 제3항 전문), 현주건조물일수치상죄(제177조 제2항 전문), 교통방해치상죄(제188조 전문), 음용수혼독치상죄(제194조 전문), 체포·감금치상죄(제281조 제1항 전문), 존속체포감금등치상죄(제281조 제2항 전문), 중손괴치상죄(제386조 제2항 전문) 등도 같은 이유로 부진정 결과적 가중범이라 할 수 있다.

3.2 형이 기본범죄와 중한 결과 고의범의 상상적 경합보다 가벼운 경우

우선 특수공무집행방해치상죄가 부진정 결과적 가중범인지에 관하여 검토해 보고자 한다. 흉기 등을 휴대하여 직무를 집행하는 공무원을 폭행함으로써 공무원을 사망케 했고 중한 결과인 살인에 고의가 있는 경우, 특수공무집행방해치상죄(제144조 제2항 후문)의 형은 “무기 또는 5년 이상의 징역”인 반면, 기본범죄인 형법 제144조 제1항의 특수공무집행방해죄와 중한 결과 고의범인 형법 제250조 제1항 살인죄의 상상적 경합으로 처벌할 경우 중한 죄인 살인죄의 형은 “사형, 무기 또는 5년 이상의 징역”이므로 후자가 전자보다 그 형이 더 무겁게 된다. 즉, 결과적 가중범의 형이 기본범죄와 중한 결과 고의범의 상상적 경합의 형보다 더 가볍게 된다. 부진정 결과적 가중범의 인정이유가 형의 불균형을 해소하기 위한 것임을 생각해 보면 구태여 이 경우까지 결과적 가중범의 예외인 부진정 결과적 가중범의 개념을 인정할 필요는 없을 것이다. 현주건조물일수치상죄(제177조 제2항 후문), 교통방해치상죄(제188조 후문), 음용수혼독치상죄(제194조 후문) 등도 같은 이유로 부진정 결과적 가중범이라 해서는 아니 될 것이다.¹⁵⁾

14) 대법원 1995. 1. 20. 선고 94도2842 판결.

15) 오영근, 앞의 책, 215쪽.

3.3 기타의 경우

중상해죄(제258조)가 부진정 결과적 가중범이나 여부에 관하여는 학자들 간에 견해가 대립된다.¹⁶⁾ 강간치사죄(1995.12.29. 법률 제5057호로 개정되기 전 형법 제301조)도 종래 판례가 부진정 결과적 가중범으로 해석한 바 있으나,¹⁷⁾ 1995년 개정 형법은 강간죄를 범한 자가 사람을 살해한 경우에 제301조의2 강간살인죄(신설)를 적용하도록 하고, 법정형을 “사형 또는 무기징역”으로 대폭 높여 규정하였기 때문에, 더 이상 부진정 결과적 가중범이라 할 수 없게 되었다.¹⁸⁾

4. 본질

중한 결과 고의범으로 구성된 부진정 결과적 가중범은 그 명칭에도 불구하고 고의범의 성격을 갖는 결합범이다.¹⁹⁾ 아울러 기본범죄와 중한 결과 고의범의 상상적 경합 및 진정 결과적 가중범에 비해 불법이 가중될 뿐만 아니라, 진정 결과적 가중범에 비해서 책임이 가중된 범죄라고 성격지울 수 있을 것이다.

16) 중상해죄에 관해서는 ① 결과적 가중범이 아닌 단순 고의범에 불과하다고 보는 견해, ② 제258조 제1항은 단순 고의범, 같은 조 제2항은 전형적 결과적 가중범으로 보는 견해, ③ 단순 상해죄(제257조)의 단순한 결과적 가중범으로 보는 견해, ④ 단순 상해죄의 결과적 가중범일 뿐만 아니라 중상해의 고의가 있는 경우에도 성립하는 부진정 결과적 가중범이라는 견해가 나누이나 ④설이 다수설이다(천진호, 앞의 책, 937쪽). 단순 상해죄와는 달리 중상해죄에 미수범 처벌 규정이 없는 점, 단순 상해죄의 단순 고의범이라고 볼 경우 결과책임을 인정하는 모순이 생긴다는 점에서 ④설이 타당하다고 생각한다(이재상, 앞의 책, 202쪽)

17) 대법원 1990. 5. 8. 선고 90도670 판결(“범인이 강간의 목적으로 피해자에게 폭행을 가할 때에 살해의 범의가 있었다면 살인죄와 함께 강간치사죄도 성립하며...”)은 강간치사죄가 살해의 고의를 가진 경우에도 성립한다고 판시함으로써 강간치사죄를 부진정 결과적 가중범으로 보았다. 당시 적용된 형법 제301조(1995.12.29. 법률 제5057호로 개정되기 전 형법) 강간치사죄의 법정형은 “무기 또는 5년 이상의 징역”에 불과하여, 형법 제250조 제1항의 살인죄의 형인 “사형, 무기 또는 5년 이상의 징역”보다 그 형량이 현저히 가벼우므로 구태여 부진정 결과적 가중범으로 해석할 필요가 있었는지 의문이 든다. 그러면서 이 판례는 죄수에 관하여 부진정 결과적 가중범인 강간치사죄와 살인죄의 상상적 경합범을 인정한다. 그 이유는 판결 당시 결과적 가중범인 강간치사죄보다 살인죄의 형이 높았기 때문이라고 생각한다.

18) 이재상, 위의 책, 202쪽.

19) 천진호, 앞의 책, 938쪽.

4.1. 고의범

전형적 결과적 가중범이라 할 수 있는 진정 결과적 가중범은 고의에 의한 기본범죄에 기하여 과실로 중한 결과를 발생케 한 경우²⁰⁾이므로 고의와 과실의 결합범으로서의 성격을 갖는 반면, 부진정 결과적 가중범으로서의 중한 결과 고의범은 고의의 기본범죄와 고의의 중한 결과가 결합된 형태의 범죄로서 전체적으로 고의범의 성격을 띠고 있다.

4.2. 결합범

결합범이란 개별적으로도 처벌이 가능한 독립된 구성요건에 해당하는 범죄가 복수로 결합하여 단일의 구성요건 범죄가 되는 유형을 의미한다.²¹⁾ 중한 결과 고의범 형태의 부진정 결과적 가중범은 독립적으로 처벌이 가능한 기본범죄의 구성요건과 중한 결과 고의범의 구성요건이 결합하여 하나의 구성요건으로 된 범죄구조를 가지므로 일종의 결합범이라 할 수 있다. 예를 들면, 현주건조물방화치사죄는 현주건조물방화죄라는 기본범죄 고의범과 살인죄라는 중한 결과 고의범이 결합하여 1개의 구성요건으로 된 것이다. 결합범은 일반적으로 포괄일죄로 취급되는데, 그 이유는 결합범 자체가 1개의 구성요건으로서 1개의 범죄완성을 위하여 수개의 실행행위가 포함되어 있기 때문이라고 말할 수 있다. 부진정 결과적 가중범의 결합형식은 단순히 기본범과 중한 결과 고의범의 결합이 아니고, 기본범의 행위가 중한 결과발생의 위험성을 내포하고 있다는 의미에서 기본범죄와 중한 결과와의 관계가 보다 밀접한 관계에 놓여 있다는 것이 특징이다.²²⁾

4.3 기본범죄와 중한 결과범의 상상적 경합이나 진정 결과적 가중범보다 불법이 가중된 범죄

결과적 가중범은 기본범죄와 중한 결과범의 단순한 결합이 아니고 기본범죄에 전형적으로 내포된 잠재적 위험이 실현되어 중한 결과가 발생한 경우이므로²³⁾ 결과적 가중범의 불법은 단순한 상상적 경합범에 비하여 더 크다는 특징을 가진다.²⁴⁾ 그런데 부진정

20) 이재상, 앞의 책, 201쪽.

21) 이재상, 위의 책, 529쪽.

22) 임석원, 앞의 논문, 184쪽.

23) 천진호, 앞의 책, 938쪽.

결과적 가중범의 경우 한 단계 더 나아가 중한 결과 고의범은 진정 결과적 가중범에 비하여 고의와 과실의 불법성의 차이만큼 행위불법이 더 크다고 할 수 있다.

4.4 진정 결과적 가중범보다 책임이 가중된 범죄

부진정 결과적 가중범의 중한 결과 고의범은 고의범(기본범죄)+고의범(중한 결과)의 결합형태로서 고의범(기본범죄)+과실범(중한 결과)의 결합형식인 진정 결과적 가중범보다 책임이 중하다고 할 수 있다. 고의와 과실은 구성요건 요소임과 동시에 책임요소라는 2중의 지위를 갖는다.²⁵⁾ 형법이 고의범을 과실범보다 무겁게 처벌하는 것은 고의와 과실의 행위 불법이 다를 뿐만 아니라 책임에도 차이가 있다는 것을 의미한다.²⁶⁾ 고의에 대한 비난가능성은 과실에 비하여 더 크다 할 것이므로 중한 결과 고의범의 책임은 중한 결과 과실범인 진정 결과적 가중범에 비하여 더 크다는 특성을 갖게 된다.

Ⅲ. 죄수론에 관한 학설·판례의 비판적 검토

1. 견해의 대립

살인의 고의를 가지고 현존건조물에 불을 놓아 사람을 사망케 한 경우에 부진정 결과적 가중범으로서 현주건조물방화치사죄에 해당하는 외에 별도로 살인죄가 성립할 것인가의 문제에 관하여 다음과 같이 견해가 대립된다.

1.1 현주건조물방화치사죄와 살인죄의 상상적 경합설²⁷⁾

현주건조물방화치사죄의 불법에 살인의 고의범이 포함되는 것은 아닐 뿐만 아니라, 중한 결과 발생에 고의범이 성립한다는 사실을 명백히 한다는 측면에서도 양죄의 상상적 경합을 인정해야 한다는 견해이다. 다수설이다.

24) 이재상, 앞의 책, 201쪽.

25) 이재상, 위의 책, 297쪽.

26) 이재상, 위의 책, 159쪽.

27) 손동권, 앞의 책, 345쪽; 신동운, 앞의 책, 230쪽; 이재상, 앞의 책, 202쪽.

1.2 현주건조물방화치사죄 단일 범죄설²⁸⁾

상상적 경합이라는 견해는 하나의 살인의 고의를 살인죄와 현주건조물방화치사죄에 2중 평가하는 것이므로 부당하고 현주건조물방화치사죄 1죄만 성립한다고 한다. 다만, 형이 더 무거운 강도살인죄의 경우에는 고의의 2중 평가를 회피하기 위하여 기본범죄인 현주건조물방화죄와 중한 결과 고의범인 강도살인죄의 상상적 경합이 된다고 한다.

1.3 판례

형이 가벼운 (단순)살인죄는 현주건조물방화치사죄에 흡수되어 현주건조물방화치사죄만 성립하고,²⁹⁾ 형이 더 무거운 존속살해죄,³⁰⁾ 강도살인죄³¹⁾ 등은 현주건조물방화치사죄와 상상적 경합이 된다고 한다.

2. 각 견해에 대한 검토

단순 살인죄와 현주건조물방화치사죄의 죄수와 관련하여 어느 견해를 취하더라도 결과적으로는 현주건조물방화치사죄에 의하여 처벌하게 되므로 형의 불균형 해소 문제는 없고 죄수에 관한 논리전개의 타당성만이 문제된다 할 수 있다.

상상적 경합설은 현주건조물방화치사죄에 있어서 “방화치사에는 고의범의 불법이 포함되지 않는다”는 이유로³²⁾ 고의범의 불법을 반영시키기 위하여 별도로 형이 가벼운 살인죄의 성립을 독립적으로 인정하자는 취지로 이해된다. 그러나 부진정 결과적 가중범의 개념은 형의 불균형 문제를 해소하기 위하여 편의적으로 인정된 개념이라 하더라도, 부진정 결과적 가중범의 구성요건 요소에는 중한 결과인 살인의 고의도 포함되는 것이므로, 현주건조물방화치사죄안에 살인이라는 고의범의 요소가 들어 있는 이상 그 불법도 당연히 포함된다고 보아 그 실제성을 당당히 인정하는 것이 옳다고 본다. 이런

28) 오영근, 형법각론, 박영사, 2005, 612쪽.

29) 대법원 1983. 1. 18. 선고 82도2341 판결; 대법원 2008. 11. 2. 선고 2008도7311 판결 등.

30) 대법원 1996. 4. 26. 선고 96도485 판결. 다만, 1995년 형법개정 전 구형법 조항에 대한 판례이다. 구 형법 제250조 제2항 존속살인죄의 형은 “사형 또는 무기징역”이었다.

31) 대법원 1998. 12. 8. 선고 98도3416 판결.

32) 이재상, “1996년의 판례회고”, 형사판례연구 제5권, 한국형사판례연구회, 1997, 519쪽.

관점에서 상상적 경합설을 지지하기 어렵다.

또한 1개의 고의는 오직 1개의 범죄에만 평가하여야 한다는 논리로 하는 단일범죄설을 지지할 수도 없다. 단일한 고의에 의한 1개의 행위가 동시에 2개 이상의 독립된 범죄를 구성할 경우에 구성요건 및 책임요소로서의 고의도 각 해당범죄에 필수 요소로서 우열없이 편입시켜 평가하는 것이 오히려 자연스럽다 할 것이고, 그 다음 단계에서 상상적 경합이나 단일범죄냐를 다른 요소에 의하여 판별하는 것이 마땅하다고 생각한다. 또한 현주건조물방화치사죄보다 형이 무거운 강도살인죄와의 관계에서는 현주건조물방화치사죄가 아니라 기본범죄인 현주건조물방화죄와 강도살인죄와의 상상적 경합을 인정하는 부분도, 결합범으로서 이미 단일구성요건화 된 현주건조물방화치사죄를 편의적으로 현주건조물 방화부분을 분할하여 별도로 평가대상 구성요건화하는 데에 정당성의 근거가 미약하다고 본다. 2중 평가에서 오는 양형의 부당한 가중이라는 우려는 이를 완충할 장치인 형법 제40조를 통하여 조정하면 해결될 것이다.

판례의 견해 중 현주건조물방화치사죄가 중한 결과 고의범인 살인죄에 대하여 특별관계에 있으므로 살인죄는 별도 성립하지 않고 현주건조물방화치사죄만 성립한다고 판시한 결론부분은 아래에 보는 바와 같은 이유로 타당하다고 생각하나, 부진정 결과적 가중범의 죄수를 논함에 있어서 단순일죄인가 상상적 경합인가를 판별하는 기준으로 오직 형의 경중만을 비교하고자 하는 판례의 법리에는 찬동할 수가 없다. 그러므로 판례의 견해는 아래와 같이 항을 나누어 사안 별로 타당성여부를 구체적으로 검토해 보기로 한다.

3. 판례의 개별적 검토

3.1 중한 결과 고의범 형이 부진정 결과적 가중범보다 가벼운 경우

판례는 현주건조물방화치사죄가 중한 결과 고의범인 살인죄의 죄수와 관련하여 형법 제164조 후단이 규정하는 현주건조물방화치사죄는 그 전단이 규정하는 죄에 대한 일종의 가중처벌 규정으로서 과실이 있는 경우뿐만 아니라, 고의가 있는 경우에도 포함되고 볼 것이므로 사람을 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사망에 이르게 한 경우에는 현주건조물방화치사죄로 의율하여야 하고 이와 더불어 살인죄와의 상상적경합범으로 의율할 것은 아니라는 견해를 밝힌 바 있다.³³⁾ 그 후 판례는 “위와 같이 고의범에

대하여 더 무겁게 처벌하는 규정이 없는 경우에는 결과적가중범이 고의범에 대하여 특별관계에 있다고 해석되므로 결과적가중범만 성립하고 이와 법조경합의 관계에 있는 고의범에 대하여는 별도로 죄를 구성한다고 볼 수 없다”고 판시하여 이 부분 죄수에 관한 법리를 발전시켰다.³⁴⁾ 법조경합의 한 형태인 특별관계란 어느 구성요건이 다른 구성요건의 모든 요소를 포함하는 외에 다른 요소를 구비하여야 성립하는 것으로서, 특별관계에서 특별법의 구성요건을 모두 충족하는 행위는 일반법의 구성요건을 충족하지만 반대로 일반법의 구성요건을 충족하는 행위는 특별법의 구성요건을 충족할 수 없게 되는 것이다.³⁵⁾³⁶⁾ 또한 판례는 상상적 경합은 1개의 행위가 실질적으로 수개의 구성요건을 충족하는 경우를 말하고, 법조경합은 1개의 행위가 외관상 수개의 죄의 구성요건에 해당하는 것처럼 보이나 실질적으로 1죄만을 구성하는 경우를 말한다고 하면서, 실질적으로 1죄인가 또는 수죄인가는 구성요건적 평가와 보호법익의 측면에서 고찰하여 판단하여야 한다는³⁷⁾ 죄수판단의 일반 기준을 제시한 바 있다.

부진정 결과적 가중범의 죄수판단도 단순히 형의 경중에만 의할 것이 아니라 판례가 다른 범죄에 관하여 취하는 일반원칙에 의거하여 구성요건적 평가 등도 함께 고려하는 것이 타당하다고 생각한다. 형법 제164조 제2항 후문의 구성요건을 중한 결과 고의범에 관한 것이라고 가정해 본다면 그 구성요건은 “현조건조물 등에 불을 놓아 사람을 살해한 때”가 될 것이고, 그 형은 “사형, 무기 또는 7년 이상의 징역”이다. 이에 비하여 형법 제250조 제1항 살인죄의 구성요건은 “사람을 살해”하는 것이고, 그 형은 “사형, 무기 또는 5년 이상의 징역”이다. 살인죄의 구성요건은 현주건조물방화치사죄의 요건을 다

33) 대법원 1983. 1. 18. 선고 82도2341 판결; 대법원 1996. 4. 26. 선고 96도485판결.

34) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7311 판결.

35) 이재상, 앞의 책, 522쪽.

36) 현주건조물방화치사죄와 살인죄의 관계를 법조경합의 관계로 보더라도 그 구조는 법조경합 중의 특별관계가 아닌 흡수관계로 볼 수 있다는 견해도 있을 수 있다. 일반적으로 법조경합에 속하는 것으로 특별관계, 흡수관계, 보충관계를 드는데 그 중 특별관계와 흡수관계가 유사하기 때문이다. 특별관계에 관해서는 이미 본문에서 본 바 있으므로 이 난에서는 그 기술을 생략하기로 하고, 흡수관계의 개념과 양자의 선후관계를 살펴본다면, 흡수관계란 외관상 성립된 수개의 구성요건 중에서 어느 것이 다른 구성요건의 불법 및 책임내용의 일부로서 포섭되지만 특별관계나 보충관계에 해당되지 않는 경우를 말한다. 즉 흡수관계는 구성요건의 내용 그 자체가 다른 구성요건의 내용 전부를 포함하는 관계가 아닌 점에서 특별관계와 구별되고, 서로 다른 유형의 범죄 사이에 인정되기 때문에 보충관계와도 다른 것이다(손동권, 앞의 책, 586-587쪽). 그렇다면 특별관계는 보충관계보다 우선순위에 있다 할 것이므로 현주건조물방화치사죄와 살인죄의 관계에 관하여 특별관계에 해당한다고 주장하면서 그 논증을 완료하였다면, 후순위 흡수관계 해당여부를 추가로 논할 필요는 없다고 생각한다. 그러므로 본문에서 따로 흡수관계 해당여부에 관한 기술은 하지 않기로 한다.

37) 대법원 2003. 4. 8. 선고 2002도6033 판결.

충족하지만 현주건조물방화치사죄는 살인죄에 대하여 현주건조물방화부분이 더 있다. 그리고 법정형을 비교하더라도 살인죄의 형이 더 가볍다. 그러므로 현주건조물방화치사죄와 살인죄는 특별관계에 있다 할 것이고, 그 결과 특별법에 해당하는 현주건조물방화치사죄만 성립하고 살인죄는 별도 성립하지 않는다고 한 판결은 타당하다.

3.2 중한 결과 고의범 형이 부진정 결과적 가중범보다 무거운 경우

부진정 결과적 가중범에 고의로 중한 결과를 발생케 하는 경우가 포함된다고 하여서 고의범에 대하여 더 무겁게 처벌하는 규정이 있는 경우까지 고의범에 정한 형으로 처벌할 수 없다고 볼 것은 아니다. 결과적 가중범은 행위자가 중한 결과를 예견하지 못한 경우에도 그 형이 가중되는 범죄인데, 고의로 중한 결과를 발생케 한 경우까지 이를 결과적 가중범이라 하여 무겁게 벌하는 고의범에 정한 형으로 처벌할 수 없다고 하면, 결과적 가중범으로 의율한 나머지 더 가볍게 처벌되는 불균형한 결과를 가져오기 때문이다. 따라서 고의로 중한 결과를 발생케 한 경우에 무겁게 벌하는 구성요건이 따로 마련되어 있는 경우에는 당연히 무겁게 벌하는 구성요건에서 정하는 형으로 처벌하여야 할 것이다.³⁸⁾ 다음에 경우를 나누어 보자.

3.2.1 현주건조물방화치사죄와 강도살인죄

강도들이 피해자의 물건을 강취하는 기회에 피해자들을 살해할 목적으로 현주건조물에 방화하여 사망케 한 경우에는 현주건조물방화치사죄와 강도살인죄의 구성요건을 모두 충족한다. 형법 제338조의 강도살인죄의 형은 “사형 또는 무기징역”으로서 현주건조물방화치사죄보다 중하고, 구성요건을 대비해보아도 강도살인죄의 강도부분은 단순 살인죄와는 달리 현주건조물방화치사죄의 구성요건에 포함시킬 수 없고, 반대로 현주건조물방화치사죄의 현주건조물방화부분은 강도살인죄에 포함시킬 수 없다. 그러므로 현주건조물방화치사죄와 강도살인죄의 관계를 특별법과 일반법의 관계에 있다고 설정할 수 없는 것이다. 그러므로 현주건조물방화치사죄와 강도살인죄는 상상적 경합관계에 있다 할 수 있다.³⁹⁾

이에 관하여 1개의 고의가 양 죄에 평가되는 것을 피해야 한다는 논리로 현주건조물방

38) 대법원 1995. 1. 20. 선고 94도2842 판결.

39) 대법원 1998. 12. 8. 선고 98도3416 판결.

화치사죄가 아닌 현주건조물방화죄와 강도살인죄의 상상적 경합을 인정해야 한다는 견해가 있으나,⁴⁰⁾ 1개의 행위로 2개의 범죄구성요건을 동시에 충족할 경우에는 양쪽 모두에 우열없이 그 요소인 고의를 편입시켜 골고루 평가되는 것이 타당하다고 함은 이미 본 바와 같다.

형법 제40조는 상상적 경합의 경우 가장 중한 죄의 형으로 처벌하도록 하고 있다. 현주건조물방화치사죄와 강도살인죄의 상상적 경합을 인정하는 판례의 결론은 옳다고 보지만, 결과적 가중범의 죄수를 판단함에 있어서 구성요건 등 다른 요소를 감안하지 않고 오직 형의 경중만으로 그 판단의 잣대로 삼으려는 판례의 태도는 비판받아야 할 것이다.

3.2.2 특수공무집행방해치상죄와 폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제2항 위반죄⁴¹⁾

판례는 특수공무집행방해치상죄와 폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제2항(상해)위반죄에도 상상적 경합을 인정하였다.⁴²⁾⁴³⁾

특수공무집행방해치상죄의 형은 형법 제144조 제2항 전문에 의하여 “3년 이상의 유기징역”이고, 당시 적용되었던 폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제2항의 형은 “5년 이상의 유기징역”으로서 폭력행위등처벌에관한법률위반의 형이 더 중하고, 특수공무집행방해치상죄와 폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제2항의 구성요건에는 각 다른 죄에 포함

40) 오영근, “부진정결과적 가중범과 중한 결과의 고의범의 죄수관계”, 고시계 제55권 제4호, 고시계사, 2010, 110쪽.

41) 이 항에서 논의되는 폭처법 제3조 제2항과 다음 항에서 논의될 폭처법 제3조 제1항은 이미 폐지되었고, 존속살해죄는 형법개정에 의하여 현주건조물방화치사죄의 법정형과 동일하게 되었으며, 강간치사죄의 판례 사례는 형법개정이 이루어져 입법적으로 해결되었으므로 향후 이들 조항이 부진정 결과적 가중범에 해당될지 여부에 관하여 더 이상 문제될 여지가 없으므로 논의의 실익이 없지 않으나 견해가 있을 수 있다. 그러나 구 폭처법 제3조 제2항 사례는 비교대상인 특수공무집행방해치상죄의 형보다 무거운 경우의 예이고, 구 폭처법 제3조 제1항 사례는 비교대상인 특수공무집행방해치상죄의 형과 동일한 경우의 예 중 하나로서, 향후 이와 유사한 유형의 사례에 통용될 수 있을 것이므로 해당 조항의 폐지 여부와 관계없이 논증의 가치가 충분히 있다고 사료된다. 개정 전 존속살해죄 문제 또한 그 형이 비교대상 범죄와 동일한 경우로서 필자는 형법개정 이후에도 판례변경의 필요가 없음을 논증하는 소재로 쓰고 있어 유용하고, 개정 전 강간치사죄 사례는 애초부터 부진정 결과적 가중범으로 다루지 말았어야 함을 지적하는 것으로서 이 또한 유사 사례에 통용될 수 있어 논의의 실익이 있다고 생각한다.

42) 대법원 1995. 1. 20. 선고 94도2842 판결.

43) 판결당시 적용되었던 폭처법 관련규정은 아래와 같다.

제3조 (집단지 폭행등) ① 단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써 제2조 제1항에 열거된 죄를 범한 자 또는 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 그 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다. <개정 1962.7.14., 1990.12.31.>

② 야간에 제1항의 죄를 범한 자는 5년 이상의 유기징역에 처한다. <개정 1980.12.18., 1990.12.31.>

시킬 수 없는 내용도 있으므로 판결의 결론은 옳다고 본다. 다만, 상상적 경합의 근거로 형의 경중만을 문제로 삼은 점에 비판의 여지가 있음은 전항에서 본 바와 같다.

3.3 중한 결과 고의범 형과 부진정 결과적 가중범의 형이 동일한 경우

3.3.1 특수공무집행방해치상죄와 폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제1항 위반죄⁴⁴⁾

특수공무집행방해치상죄와 당시 적용되었던 폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제1항의 형은 “모두 3년 이상의 유기징역”으로서 법정형이 같은 경우이다.⁴⁵⁾

이에 관하여 대법원 2008도7311 판결은 “위와 같이 고의범에 대하여 더 무겁게 처벌하는 규정이 없는 경우에는 결과적가중범이 고의범에 대하여 특별관계에 있다고 해석되므로 결과적 가중범만 성립하고 이와 법조경합의 관계에 있는 고의범에 대하여는 별도로 죄를 구성한다고 볼 수 없다. 피고인이 승용차를 운전하던 중 음주단속을 피하기 위하여 위험한 물건인 승용차로 단속 경찰관을 들이받아 위 경찰관의 공무집행을 방해하고 위 경찰관에게 상해를 입게 하였다는 이 사건 공소사실에 대하여, 검사는 피고인의 행위가 폭력행위 등 처벌에 관한 법률 위반(집단·흉기 등 상해)죄와 특수공무집행방해치상죄를 구성하고 두 죄는 상상적 경합관계에 해당하는 것으로 보아 공소를 제기하였음을 알 수 있다. 이에 대하여 원심은 피고인의 행위는 특수공무집행방해치상죄를 구성할 뿐, 폭력행위등처벌에관한법률위반(집단·흉기 등 상해)죄는 특수공무집행방해치상죄에 흡수되어 별도로 죄를 구성하지 않는다고 보아 폭력행위등처벌에관한 법률위반(집단·흉기 등 상해)죄에 관하여 무죄로 판단하였는바, 앞서 본 법리와 기록에 비추어 살펴보면 원심의 위와 같은 판단은 정당하고, 거기에 상고이유로 주장하는 바와 같은 죄수에 관한 법리오해 등의 위법이 없다.”라고 하여 폭력행위등처벌에관한법률위반죄의 성립을 부인하고 특수공무집행방해치상죄의 성립만 인정하였다. 앞서 지적한 바와 같이 단순히 형의 경중만을 기준으로 특별관계에 의한 1죄나 상상적 경합관계에 의한 수죄냐로 판단하는 것은 타당성이 없으므로, 특별관계라고 판단하기에 앞서 그 선행조치로서 양 죄의 구성요건과 법익의 비교도 함께 이루어져야 한다. 양 죄의 구성요건을 비교해 볼 때,

44) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2008도7311 판결.

45) 2006년 당시 적용되었던 폭처법 관련 조항은 아래와 같다.

제3조 (집단적 폭행등) ① 단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써 제2조 제1항에 열거된 죄를 범한 자 또는 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 그 죄를 범한 자는 3년 이상의 유기징역에 처한다. <개정 1962.7.14., 1990.12.31.>

특수공무집행방해치상죄는 “위험한 물건을 휴대하여 직무를 집행하는 공무원을 폭행 또는 협박하여 상해를 가한 것”이고, 위 폭력행위등처벌에관한법률의 해당 조항은 “단체나 다중의 위력으로써 또는 단체나 집단을 가장하여 위력을 보임으로써 제2조 제1항에 열거된 죄를 범한 자 또는 흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 그 죄를 범한 자”이다. 공소사실은 피고인이 승용차를 운전하던 중 음주단속을 피하기 위하여 위험한 물건인 승용차로 단속 경찰관을 들이받아 위 경찰관에게 상해를 가했다는 것이므로, 피고인의 행위에 대하여는 위 폭력행위등처벌에관한법률 조항의 뒷 부분 즉, “흉기 기타 위험한 물건을 휴대하여 상해죄를 범한 자” 부분이 적용될 것이고, 이 부분은 특수공무집행방해치상죄의 구성요건에 포함될 수 있음에 반하여 공무집행방해부분은 폭력행위등처벌에관한법률 조항에 포함될 수 없다. 보호법익은 사람의 신체의 건강이라고 볼 수 있어 동일하다고 할 수 있다. 구성요건, 보호법익, 법정형 등을 종합적으로 검토해볼 때, 폭력행위등처벌에관한법률 제3조 제1항은 특수공무집행방해치상죄와 특별관계에 놓이게 되고 특수공무집행방해치상죄만 성립하게 되는 결과가 될 것이다.

결론적으로 판례의 결론자체에는 찬동한다. 다만, 그 결론에 이르는 과정을 논증함에 있어서 단순히 법정형의 경중만을 비교할 것이 아니라 구성요건과 법익도 함께 고려해야 함을 지적하고자 한다.

3.3.2 현주건조물방화치사죄와 존속살해죄

형법 제164조 제2항 현주건조물방화치사죄의 형과 형법 제250조 제2항 존속살해죄의 형은 모두 “사형, 무기 또는 7년 이상의 징역”으로 동일하다. 1995년 개정 전 형법 제250조 제2항의 형은 “사형 또는 무기징역”으로서, 위 제164조 제2항의 형보다 높았는데, 판례는 위 형법 개정 전의 것으로서 오직 그 법정형의 경중을 비교하여 현주건조물방화치사죄와 존속살해죄의 상상적 경합을 인정하였고,⁴⁶⁾ 현재에도 이 판례는 변경됨이 없이 그대로 유지되고 있다.

대법원이 전항에서 본 바와 같이 2008도7311판결의 태도를 유지한다면, 96도485 판결을 폐기하여 현주건조물방화치사죄와 존속살해죄는 특별법 대 일반법의 관계에 있으므로 특별법인 현주건조물방화치사죄만 성립해야 한다고 판결해야 할 것이다.⁴⁷⁾

한편 학설로는, 형법이 고의범 처벌을 원칙으로 하며 부진정 결과적 가중범은 이례적

46) 대법원 1996. 4. 26. 선고 96도485 판결. 다만, 위 개정 형법은 1996.7.1.부터 시행되었다.

47) 오영근, 앞의 논문, 109쪽.

이고 예외적 현상에 불과하므로 설사 현주건조물방화치사죄에 의하여 동일한 형량이 확보된다고 하더라도 동일한 형량의 존속살해죄는 독립성을 유지하고 있으므로 별도의 범죄로 파악해야 된다면 양죄의 관계는 여전히 상상적 경합이라는 주장이 있고⁴⁸⁾ 현주건조물방화치사죄와 살인죄의 상상적 경합설을 주장하는 학자들도 그 논리적 귀결로서 상상적 경합설을 주장할 것으로 보인다.

두 죄의 관계가 특별법과 일반법의 관계에 있는지를 판별하기 위해 구성요건을 상호 비교해 보면, 특별관계의 전제 조건으로서 특별법은 일반법의 모든 요소를 충족시켜야 할 것인데, 존속살해죄는 그 대상으로서 일반 타인이 아닌 “직계존속”이라는 요소와 “살인”의 요소를 갖추고 있는 데 반하여, 현주건조물방화치사죄는 일반살인의 점은 포함한다고 할 수 있으나 “직계존속”의 요소는 포함한다고 단정하기 어렵다.⁴⁹⁾ 그 반대로 존속살해죄에는 현주건조물방화치사죄의 현주건조물방화부분을 포섭한다고 보기 어렵다. 그러므로 현주건조물방화치사죄와 존속살해죄 상호간은 서로 독립된 범죄로 보아야 하고 특별관계에 있다고 할 수 없다. 결론적으로 양죄는 법정형이 동일함에도 불구하고 상상적 경합관계에 놓인다고 해야 할 것이다.⁵⁰⁾

3.4 중한 결과 고의범 형이 결과적 가중범보다 가벼운 경우

대법원은 강간범이 살해의 미필적 고의를 가지고 폭행과 강간을 하여 피해자를 사망케 한 경우 살인죄와 강간치사죄의 상상적 경합이 된다고 판결하였다.⁵¹⁾ 강간범이 살해의 미필적 고의를 가지고 피해자의 입을 막고 경부를 눌러 피해자를 질식으로 인한 실신상태에 빠뜨려 강간한 후 그즈음 피해자를 경부압박으로 인한 질식으로 사망케 하였다면 살인죄와 강간치사죄의 상상적 경합범으로 보아 가장 무거운 살인죄에 정한 형으로 처벌한 것은 정당하다는 것이다.

판례는 당시의 강간치사죄를 부진정 결과적 가중범으로 본 것 같다. 1995년 개정 전 형법 제301조⁵²⁾에 대한 판결로서, 결과적 가중범인 강간치사죄 형은 “무기 또는 5년

48) 신동운, 앞의 책, 232쪽.

49) 존속살해죄는 일반살인죄와의 관계에서 특별법이라는 견해가 있다. 이재상, 앞의 책, 522쪽.

50) 이 경우 “존속”은 하나의 양형인자에 불과하고 구성요건요소라 볼 수 없다는 취지로 현주건조물방화죄의 1죄로 봐야 한다는 주장도 있다. 김성룡, “현행 형법의 해석론으로서 결과적 가중범의 유형과 죄수에 관한 판례·학설의 비판적 검토”, 비교형사법연구 제9권 제1호, 한국비교형사법학회, 2007, 69쪽.

51) 대법원 1990. 5. 8. 선고 90도670 판결.

이상의 징역”에 불과하여 살인죄의 형인 “사형, 무기 또는 5년 이상의 징역”보다 가볍다. 즉 중한 결과 고의범인 살인죄보다 결과적 가중범의 형이 가벼운 것이다. 부진정 결과적 가중범은 기본범죄인 강간죄와 중한 결과인 살인죄의 상상적 경합으로 처벌하는 경우보다 결과적 가중범의 형이 높은 경우에 형의 불균형을 시정하기 위한 것이라는 점을 감안하면, 결과적 가중범의 형이 중한 결과 고의범의 형보다 가벼움에도 불구하고 강간 처사를 부진정 결과적 가중범의 범주에 끌어들이는 것은 그 타당성에 의문이 간다. 이 경우에는 그 당시 상황으로 보더라도 일반 원칙에 따라 강간죄와 살인죄의 상상적 경합으로 처벌하면 충분하고, 구태여 부진정 결과적 가중범의 법리를 차용할 필요가 없는 사안이라 할 것이다. 1995년 개정된 현행 형법은 제301조의2에서 강간죄와 살인죄를 결합한 강간살인죄 조항을 신설하여 위와 같은 경우 “사형 또는 무기징역”에 처하도록 함으로써 부진정 결과적 가중범의 문제가 발생할 여지를 없애 버렸다.

IV. 결론

진정 결과적 가중범은 기본범죄에 내재하는 전형적 위험성이 현실화한 것이라는 특성으로 인해 기본범죄와 중한 결과 과실범의 상상적 경합보다 더 중한 형으로 입법화하는 근거가 되었다. 진정 결과적 가중범의 입법은 외형상 고의의 기본적 범죄와 중한 결과 과실범의 결합형태로 나타나는데, 기본적 범죄와 중한 결과 고의범의 결합형태에 대한 처벌입법이 없는 때에 그 보다 불법이 약한 중한 결과 과실범의 형보다 약하게 처벌하는 불균형 현상을 초래할 경우에 그 불합리함을 해소하고자 부득이 부진정 결과적 가중범의 개념이 등장할 수밖에 없었다.

부진정 결과적 가중범은 현실에서 다수의 학설과 판례가 인정하고 있는 범죄유형이므로 단순한 가설적 개념으로서가 아니라 실체를 갖춘 범죄형태의 하나로 인정해야 한다. 부진정 결과적 가중범 중 중한 결과 고의범은 고의의 기본범죄와 결합하여 하나의 구성요건이 된 것이므로 전체적으로 고의범의 성격을 띠며 동시에 결합범이다. 고의·과실은 구성요건적 요소임과 동시에 책임요소라는 2중적 성격을 보유하므로 중한 결과 고의

52) 구 형법의 규정은 다음과 같다.

제301조(강간 등에 의한 치사상) 제297조 내지 전조의 죄를 범하여 사람을 사상에 이르게 한 자는 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

범은 중한 결과 과실범에 비해 불법이 한층 가중되며 책임요소인 비난가능성 또한 더 높다는 본질을 갖게 된다. 그러므로 부진정 결과적 가중범에 관한 여러 쟁점, 특히 죄수를 논함에 있어서는 이러한 부진정 결과적 가중범의 본질을 늘 염두에 두어야 할 것이다.

살의를 가지고 현주건조물에 방화하여 사람을 살해한 경우에 현주건조물방화치사죄와 살인죄의 상상적 경합을 주장하는 다수설은 현주건조물방화치사죄의 불법에 살인의 고의가 불포함된다는 것을 그 이유로 하는 바, 이는 중한 결과 고의범은 바로 고의범의 성격을 갖는다는 사실을 도외시 한 것으로 타당성을 인정하기 어렵다. 한편, 판례는 부진정 결과적 가중범의 죄수를 논함에 있어서 단순 1죄인가 상상적 경합인가를 판별하는 기준으로 오직 형의 경중만을 제시하는데, 이런 견해는 적절치 못하다고 생각한다. 실질적으로 1죄인가 또는 수죄인가는 형의 경중과 함께 다른 범죄에서 판례가 제시하는 일반적 기준인 구성요건적 평가와 보호법익의 측면도 함께 고찰하여 판단하여야 할 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 김일수/서보학, 형법총론(제11판), 박영사, 2006.
- 박동희, 형법학총론, 법문사, 1977.
- 박상기, 형법총론(제7판), 박영사, 2007.
- _____, 형법각론(제7판), 박영사, 2008.
- 배종대, 형법총론(제9개정판), 홍문사, 2008.
- 손동권, 형법총론(제2개정판), 을곡출판사, 2005.
- 신동운, 형법총론(제3판), 법문사, 2008.
- 오영근, 형법총론(제2판), 박영사, 2012.
- _____, 형법각론, 박영사, 2005.
- 유기천, 개정 형법학 총론강의-영인본, 법문사, 2011.
- 이영란, 형법학 총론강의(제3판), 형설출판사, 2011.
- 이재상, 형법총론(제7판), 박영사, 2011.
- 이형국, 형법총론, 법문사, 1990.
- 임 용, 형법총론(개정판보정), 법문사, 2005.
- 정성근/박광빈, 형법총론(제4판), 삼지원, 2008.
- 진계호 신고형법총론, 대왕사, 1984.
- 천진호, 형법총론, 준커뮤니케이션스, 2016.
- 황산덕, 형법총론(제7정판), 방문사, 1982.

2. 학술지

- 김성룡, “현행 형법의 해석론으로서 결과적 가중범의 유형과 죄수에 관한 판례·학설의 비판적 검토”, 비교형사법연구 제9권 제1호, 한국비교형사법학회, 2007, 49-72쪽.
- 권문택, “결과적 가중범”, 고시계 제17권 제7호, 고시계사, 1972, 60-66쪽.
- 오영근, “부진정 결과적 가중범과 중한 결과의 고의범의 죄수관계”, 고시계 제55권 제4호, 고시계사, 2010, 100-111쪽.

- 이재상, “1996년의 판례회고”, 형사판례연구 제5권, 한국형사판례연구회, 1997, 516-551쪽.
- 임석원, “결합범의 본질과 부진정 결과적 가중범”, 비교형사법연구 제8권 제1호, 한국비교형사법학회, 2006, 175-200쪽.
- 조상제, “결과적 가중범의 객관적 가중표지와 주관적 귀속형식”, 안암법학 제2권, 안암법학회, 1994, 346-373쪽.
- 황산덕, “결과적 가중범”, 사법행정 제4권 제4호, 한국사법행정학회, 1963, 21-23쪽.

[Abstract]

Critical Appraisal of Essence and Theory for Determining the Number of Offences of Untrue Consequently Aggravated Crime

Kim, Young-Cheol*

True consequently aggravated crime has become a reason for legislation of making it severer punishment than compound crimes of basic crime and the severe consequence negligence because of its characteristics that typical risk incorporated in basic crime is realized. The legislation of true consequently aggravated crime appears as a form of combined crime of basic crime of intent and severe consequence negligence. Then, it generates the imbalance of punishing the true consequently aggravated crime more lightly than the severe consequence negligence with weaker illegality while there is no legislation to punish the combined form of basic crime and severe consequential deliberate offence. The concept of untrue consequently aggravated crime inevitably appeared in order to resolve this irrationality. In this case, it should be interpreted that severe consequential deliberate offence is included in the frame of legislation of true consequential aggravated crime.

Since untrue consequently aggravated crime is a type of crime recognized by precedents in the reality, it should be acknowledged that it is not a simple hypothetical concept but it has become one of types of crime with substance. Since severe consequential deliberate offence among untrue consequently aggravated crimes has become one of the components by being combined with basic crime of intent, it has a characteristics of deliberate offence as a whole and a combined crime at the same time. Intent and negligence possess double characteristics that they are the factor of a component and a responsibility factor at the same time. As a result, severe consequential deliberate offence owns the essence that its illegality is much more cumulated and its possibility of being criticized is higher when compared to

* Professor, Konkuk University Law School

those of severe consequential negligence. Therefore, this essence of untrue consequently aggravated crime shall be always considered while discussing a number of issues about untrue consequently aggravated crime, especially the number of offences.

The majority theory argues that it is compound crimes of Negligent Homicide of Setting Fire to Present Living Building and homicide when someone committed a homicide with intent of homicide kill by setting fire to present living building, and its rational behind this claim is that intent of homicide is not included in the illegality of Negligent Homicide of Setting Fire to Present Living Building. Since it ignores the fact that severe consequential intent immediately has the characteristics of deliberate offence, it is hard to recognize the validity of the major theory. On the other hand, the judicial precedents aim to compare only the gravity of punishment whether it is a simple one offence or compound crimes when discussing the number of offences of untrue consequential aggravated crime, but I think these opinion are not appropriate. The substantive judgement about whether a crime is one offence or several offences shall be made through considering the evaluation of components and the interests protected by law, which are general standards suggested by judicial precedents in other crimes, as well as the gravity of punishment.

[Key Words] True Consequently Aggravated Crime, Untrue Consequently Aggravated Crime, Essence, Intent, Negligence, the Number of Offenses