

# 共犯關係에 있어서의 客體의 錯誤와 方法의 錯誤

成 樂 賢\*

## I. 序言

인간은 자신의 觀念(Vorstellung)을 통해서만 세상을 경험할 수 있고 觀念 위에만 자신의 意志를 세울 수 있는 것이므로 責任刑法은 행위자의 인식을 고려해야만 한다. 즉 범죄행위로서 비난받을 수 있는 행위가 행위자의 認識의 결함과 관련된다면 이 잘못된 認識은 형법적으로 도외시되어서는 안된다.<sup>1)</sup> 인식과 현실이 일치하지 않는 경우를 錯誤라 하며 錯誤의 종류와 대상은 다양하다. 그리고 錯誤의 종류에 따라 법적 효과도 달라져야 한다는 점과 錯誤란 행위자의 내면에 관련된 것이기 때문에 객관적 확정이 어렵다는 점이 결부되어 錯誤論은 형법총론상 가장 어려운 부분 중의 하나이다. 아래에서는 착오의 문제 중 共犯에 있어서의 方法의 錯誤와 客體의 錯誤에 대한 학설과 판례상의 문제점을 제시해 보고자 한다.

## II. 概念의 定義

여러가지 착오의 종류 중에서 구성요건의 착오와 구별이 되면서 특히 고

---

\* 嶺南大學校 法科大學 助教授, 法學博士

1) Geerds, Jura 1991, 421.

의의 구체화 문제와 관련하여 법적 효과면에서 구별되어야 하는 두 가지 개념으로 방법의 착오와 객체의 착오가 있다.<sup>2)</sup> 方法의 錯誤(aberratio ictus)<sup>3)</sup>에 대하여는 일반적으로 "범인이 객체에 대한 혼동없이 공격하고자 했던 객체가 아닌 다른 객체를 침해한 경우"라고 설명한다.<sup>4)</sup> 예를 들어 범인이 멀리 서 있는 갑을 맞추려고 총을 쏘았으나 옆에 있던 을이 맞았거나 혹은 빗나가 갑이 데리고 있던 개에게 맞은 경우이다. 이것이 단순한 因果過程의 錯誤와 구별되는 점은 方法의 錯誤에서는 범인이 원했던 객체가 아닌 다른 객체에 결과가 발생했다는 점이다. 통설은 행위객체의 同價値性 여부에 관계없이 결과를 발생시키고자 했던 객체에 대한 未遂와 실제로 결과가 발생한 객체에 대한 過失의 (과실의 전제조건이 충족되는 경우) 상상적 경합을 인정한다.<sup>5)</sup> 이러한 통설에 대한 소수의 반대이론은 행위의 편차가 相當性의 범위내에서 일어나고 침해하고자 했던 객체와 실제로 침해된 객체가 구성요건적으로 동등한 가치를 가지는 것일 때에는 既遂를 인정한다.<sup>6)</sup> 이 이론은 아래에서 자세히 언급하겠지만 방법의 착오를 인과과정의 착오로 판단하는데 재고의 여지는 있다.<sup>7)</sup>

이에 비해서 객체의 착오(error in objecto)는 행위자가 행위객체의 동일성 혹은 그 밖의 성질에 대하여 잘못된 판단을 한 경우를 말한다. 예를 들어 사냥꾼이 어둠 속에서 사람을 동물인줄 알고 총을 쏘거나 남의 꽃병을 자신의 꽃병인줄 알고 부수는 경우가 이에 해당한다. 행위자가 表象했던 객체와 실제로 침해된 객체 사이에 구성요건적 同價値性이 인정될 수

2) 김일수, 한국형법 I, 490면.

3) 용어의 번역상의 문제점에 대해서는 재고의 여지가 있다. 이것은 독일어 'Fehlgehen der Tat (실제된 행위)'의 번역에 해당하는데 이것을 因果過程의 착오의 한 특수형태로 본다 (Sch-Sch-Cramer, § 15 Rdnr. 57 참조)고 하더라도 여기에는 '착오'가 개입될 여지가 없다. 이에 대해서 김영환, 형사판례연구 (1), 23면 이하 참조.

4) Stratenwerth, Strafrecht AT, Rdnr. 284; Sch-Sch-Cramer, § 15 Rdnr. 57.

5) Sch-Sch-Cramer, § 15 Rdnr. 57; Jescheck, Strafrecht AT, 4. Aufl., 281면; Maurach-Zipf, Strafrecht AT I, 7. Aufl., 318면 이하; Baumann-Weber, Strafrecht AT, 9. Aufl., 414면; 김일수, 한국형법 I, 494면; 배종대, 형법총론, 1994, 272면 이하.

6) Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, 73; Noll, ZStW 1965, 5; Frank, § 59 III 2 c; Liszt-Schmidt, Strafrecht, 269; Puppe GA 1981, 1 면 이하. 우리나라에서는 조병선 교수가 이 이론을 지지한다. 법학논집 제 8 집, 1994, 청주대학교 법학연구소, 55면 이하.

7) Stratenwerth, Strafrecht AT, 3. Aufl., Rdnr. 285.

없을 때 독일형법 제 16조 1항 1문에 의해 구성요건적 고의가 조각된다. 위의 꽃병의 예에서 꽃병 자체는 存在論的 의미에서 同價値性이 인정되지만 형법적 의미에서 재물손괴의 구성요건은 행위객체를 타인의 재물로 한정하므로 소유권이 자신에게 있는 것과 그렇지 않은 것 사이에는 同價値性이 결여되므로 이 경우 재물손괴에 의한 처벌 가능성은 인정되지 않는다.

반면 행위자가 표상했던 객체와 실제로 결과가 발생된 객체가 동일하게 사람일 때(error in objecto vel persona)에는 어떠한 경우이든 살인의 고의는 阻却되지 않는다. 살인죄의 구성요건은 그 객체를 단지 사람(他人)으로만 규정할 뿐 그 밖의 다른 어떠한 조건도 제시하지 않기 때문이다. 따라서 어둠 속에서 행위자가 잠복하고 있던 중에 나타난 자신의 친구 혹은 형제를 자신이 살해하려고 특정한 사람인줄로 착각하고 총을 쏜 경우도 일반적 견해는 행위자의 살인죄에 의한 가벌성 여부에는 아무런 변화가 없다고 인정한다.<sup>8)</sup> 이런 경우는 단순한 行爲動機의 착오일 뿐이다. 행위자는 바로 눈 앞의 대상물에 대하여 인식을 가지고 침해를 하고자 했고 또한 그 결과가 나타난 것이므로 이 결과는 행위자에게 歸屬된다. 행위자의 살인 고의는 원래 행위자가 표상했던 특정한 객체에만 구체화(Konkretisierung)되어 한정적으로 효력이 있다는 반론은 받아들여지기 어렵다.<sup>9)</sup>

### III. 錯誤와 共犯의 문제

#### 1. 머리말

방법의 착오와 객체의 착오에 관한 일반적 견해는 위에서 살펴본 바와

8) Sch-Sch-Cramer, § 15 Rdnr. 59; Herzberg, JA 1981, 472; SK-Rudolphi, § 16 Rdnr. 29; LK-Schroeder, § 16 Rdnr. 8; Baumann-Weber, Strafrecht AT, 9. Aufl., 409 이하; Jescheck, Strafrecht AT, 4. Aufl., 279 이하; Bockelmann-Volk, Strafrecht AT, 71; Wessels, Strafrecht AT, 21. Aufl., 74; Dreher-Tröndle, § 16 Rdnr. 6; Lackner, § 15 Rdnr. 13; RGSt 13, 338; 19, 179; BGHSt 11, 268; OLG Neustadt NJW 1964, 311.

9) Maurach-Zipf, Strafrecht AT I, § 23 Rdnr. 26. 이에 대한 이견은 더 이상 없는 것으로 보인다.

같다. 그 중 객체의 착오에 관한 법적 의미에 대해서는 별 異論이 없으나 방법의 착오 자체 혹은 피고사자가 객체의 착오를 일으킨 경우 교사자의 처벌가능성과 관련하여서는 다소 격한 논란이 제기되고 있다. 논란의 발단이 된 것은 1859년의 Rose-Rosahl 사건이다.<sup>10)</sup> 이 사건에서 목재상을 하는 Rosahl은 자신의 고용인 Rose를 教唆하여 한 가축매매업자를 살해하게 하였다. 이 가축매매업자는 저녁에 귀가시에는 일정한 시간에 일정한 숲길을 통과하여 가므로 Rose는 그 길목을 지키다가 나타난 한 사람을 총으로 쏘았으나 죽은 사람은 가축매매업자가 아닌 우연히 사건현장에 나타난 제3자였다. 이 사건에 대해 프로이센 최고법원 (Preußisches Obertribunal)은 正犯과 教唆者를 모두 살인기수로 판정했다.

이러한 판정의 합당성 여부에 관하여 130년 이상 줄곧 토론이 계속되어 오던 중 1991년 독일 연방최고법원(BGH)은 이와 유사한 사례에서 이전의 프로이센 최고법원의 판례를 반복하게 되어 학계의 관심은 더욱 고조되기에 이르렀다. 이 판례의 事實을 요약하면 다음과 같다: 피고인은 가정내에서 분란을 일으키는 전처소생의 아들 M을 살해하기로 마음먹고 相被告人 St에게 일정 금액의 사례를 약속하며 자기의 아들을 살해해 줄 것을 教唆했다. M은 귀가시에 반드시 마굿간을 통과하므로 이 장소에서 범행을 실행하기로 하고 다른 사람에게 피해가 가는 만일의 사태에 대비해서 피고인은 St에게 자기 아들의 습관과 외모를 설명해 주고 사진까지 보여 주었다. 사건 당일 St가 피고인의 마굿간에 들어 갔을 때 우연히 피고인을 마주쳤다. 이 때 피고인은 St에게 자신의 아들을 잘 알아볼 수 있겠느냐고 다시 한번 확인했다. 저녁 7시쯤 누군가가 마굿간문을 열고 들어 왔을 때에는 어둡고 빛이라고는 눈빛 밖에 없었다. 들어온 사람은 겉모습이 M과 닮았고 여느 때의 M처럼 손에 봉지를 들고 있었다. 따라서 St는 이 사람을 자기가 기다리는 M으로 알고 가까운 거리에서 총으로 쏘아 죽게 했다. 그러나 사실 죽은 사람은 M이 아니고 우연히 여기에 들어온 이웃 사람 X이었다. 자신의 범행계획이 실패로 돌아가자 나중에 자신이 직접 M을 죽

10) GA Bd. 7, 332 이하.

이려고 쇠파이프로 머리를 쳤으나 傷害에 그쳤다.

## 2. 독일 연방최고법원(BGH)의 판결내용

BGH<sup>11)</sup>는 주문에서 사람인 행위객체에 대한 정범의 착오가 있는 경우가 착오가 교사자의 일반적 생활경험칙상 예견가능성의 범위를 벗어나는 경우가 아니므로 교사자에게는 가벌성 심사에 아무런 의미가 되지 않는다고 전제하고 피고인에 대하여 殺人既遂의 교사를 인정한다는 결론을 도출했다. 이 판결에 관하여 BGH 및 학계에서 거론하는 논점은 '예견가능성', '공범종속성' 그리고 핵심이라고 할 수 있는 '행위객체에 대한 고의구체화 이론(Konkretisierungstheorie)' 등이다. 우선 BGH가 결론을 이끌어 내기 위해 제시한 논점들을 항목별로 정리하면 다음과 같다.

### 1) BGH의 예견가능성에 관한 논지

BGH가 이 판결을 위해 제시한 논점 중의 하나는 예견가능성이다. 위에서 언급한 바와 같이 BGH는 교사자에게는 정범의 행위객체에 대한 착오가 충분히 예견가능한 것이었으므로 이 착오는 교사자를 위해서는 무시되어도 좋다는 견해를 보인다. 피고인이 마굿간을 떠나기 전에 정범에게 확인질문을 했다는 점과 범행 현장이 눈빛 밖에 없는 어두운 장소였다는 점을 착오의 예견가능성을 뒷받침하는 근거로 삼는다. 이에 따르면 BGH는 피고인이 막연히 미래의 돌발적인 사태에 대한 가능성을 인식한 것으로 이미 예견가능성을 인정하기에 충분한 것으로 본다는 의미로 파악할 수 있다. 그러나 이러한 BGH의 예견가능성에 대한 판단기준은 실질적 의미에서 選別機能을 다하지 못한다. 왜냐하면 모든 미래의 사태는 이 사태가 벌어지기 이전의 時點에서는 항상 발생가능한 것으로 예후판정을 내릴 수 있기 때문이다. 그리고 아무도 미래에 대한 절대적인 지식을 가질 수가 없으며 따라서 어떠한 일이 미래에 결코 발생하지 않을 것이라고도 단정할 수

11) BGHSt 37, 214.

없기 때문이다.<sup>12)</sup> 그러므로 BGH와 같은 모호한 예견가능성 판단에 좀더 구체적인 한계를 짓기 위해 일반적 이론은 예견가능성의 인정을 위해 蓋然性(Wahrscheinlichkeit)이라는 개념을 요구한다. 이 개연성은 非類型的 사건경과에서만 부정되며 따라서 이 경우 행위자에게 예견가능성이 없었던 것으로 인정된다.<sup>13)</sup> 본 사건을 이러한 관점에서 평가를 한다면 오히려 착오의 蓋然性이 제거되는 非類型的 사건경과로 판단해야 할 것이다. 왜냐하면 이웃집 아들의 습관처럼 손에 봉지까지 든 채 저녁 시간에 어두운 남의 마굿간을 출입한다는 것은 흔히 있을 수 없는 우연이기 때문이다.<sup>14)</sup>

## 2) 共犯從屬性理論

BGH의 출발점은 정범과 공범에 관한 규범의 연계성(Normzusammenhang)이다. 즉 독일형법 26조에 따르면 教唆犯은 정범과 동일하게 처벌되는데 이는 教唆犯은 근본적으로 정범과 동일한 不法을 실현시킨 자이기 때문에 정범과 동일하게 歸責이 된다는 것이다. BGH는 교사범이 처벌되는 이유로서, 교사범은 범행현장에서는 격리되었지만 정범의 범행을 유발시키고 그 범행에 따른 법익침해의 근원이 되며 정범에 작용을 가하여 간접적으로 보호법익을 침해한다는 점에 있다는 일반이론을 근거로 하여 다음과 같은 논리를 전개한다. 즉 살인범에서의 보호법익은 생명인데, 생명은 정범이 사람을 혼동하여 살해하는 경우에도 혼동이 없는 경우와 마찬가지로 침해되며 이것은 未遂의 의미에서 법익이 단순히 위태화된 상태로 보아서는 안된다는 것이다.<sup>15)</sup>

우리형법 31조 1항과 같이 물론 독일형법 26조는 교사범을 정범과 동일하게 처벌하고 있다. 그러나 정범이 사람이라는 행위객체에 대해 착오를 가졌을 때 이 착오가 정범의 처벌가능성의 심사에 아무런 의미를 주지 못

12) Schlehofer, GA 1992, 308.

13) Maurach-Zipf, Strafrecht AT I, § 18 Rdnr. 30 이하; Stratenwerth, Strafrecht AT, Rdnr. 223; Bockelmann-Volk, Strafrecht AT, 4. Aufl., 64면 이하.

14) Roxin, JZ 1991, 680 각주 1도 같은 의견. 이 밖에 Schlehofer, GA 1992, 308 이하, 는 예견가능성을 주의의무위반의 관점에서 고찰한다.

15) BGHSt 37, 217.

한다고 해서 교사자에게도 역시 아무 의미없는 것으로 인정할 수는 없다. 왜냐하면 26조는 개별적인 犯行關與者의 고의를 포함한 모든 조건이 갖추어졌을 때에만 적용될 수 있기 때문이다. BGH도 스스로 정범과 공범의 관련성은 절대적인 것이 아니고 교사자는 법규정에 의하면 고의를 가지고 행해야 한다는 점과 더 나아가 교사자는 정범의 행위가 자신의 表象과 어긋나면 형법적으로 歸策이 될 수 없다는 것을 인정하면서도 정범의 객체에 대한 착오가 생활경험칙상 예견가능성의 범위내에 존재하기 때문에 교사자는 자신의 계획에 어긋나는 사건진행을 자신에게 歸屬시켜야 한다는 주장은 근거를 찾을 수 없다.<sup>16)</sup> 사실 공범종속성은 BGH가 지적한 바와 마찬가지로 절대적인 것은 아니며 경우에 따라서 제한되거나 단절된다. 특히 정범의 고의는 교사자에게 從屬되지 않는다. 교사자는 정범의 고의에 대한 인식 뿐 아니라 자기 스스로 犯行既遂의 고의를 가져야 한다.<sup>17)</sup> 또한 고의에는 해당 객체의 동일성에 대한 표상이 요구되는 것이므로 공범은 스스로가 이 표상을 가져야 한다. 정범의 표상이 공범에게 자동적으로 귀속되는 것은 아니다.<sup>18)</sup>

본 사건에서 共犯從屬性의 규정을 적용하기 위해서는 우선 정범인 St의 객체의 동일성에 대한 착오와 관련하여 그의 고의와 교사자인 피고인의 고의가 일치하는가를 검토해야 할 것이다. 피고인은 막연한 어느 한 사람을 죽이겠다는 고의를 가진 것이 아니라 자기 아들인 M을 살해하겠다는 구체화된 고의를 가지고 있었다. 그에 비해 정범은 비록 M을 살해하겠다는 고의를 가졌었고 자신의 目前에 나타난 사람이 M이라고 믿었지만 실제로 그 사람이 M이 아닌 이상 범행 순간 정범은 피고인의 고의와는 다른 고의를 가졌다고 해야 한다. 이런 경우 정범의 행위는 위에서 언급한 객체의 착오로서 무시될 수 있는 동기의 착오이다. 즉, 객관적으로 발생된 결과가 구성요건적 관점에서 볼 때 행위자가 행위 당시 자신의 행위로 인해 발생

16) Roxin, JZ 1991, 680.

17) Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 23. Abschn. Rdnr. 16.

18) 이 BGH의 판결을 자신이 주장하는 법정적 부합설에 의해 적극적으로 지지하는 입장을 취하는 Puppe의 공범종속성 이론에 관한 견해는 GA 1981, 6면 참조.

되리라고 기대한 결과와 일치한다면 그 결과에 대한 고의성은 인정되어야 하는 것이다.<sup>19)</sup> 따라서 정범인 St는 행위 당시 M이 아닌 X에 대한 살인 고의를 가졌었고 이 고의의 내용은 교사자인 피고인의 것과는 다른 것이다. 그러므로 정범의 고의가 從屬되지 않는 피고인은 정범과는 달리 취급될 수 밖에 없다. 이상으로 共犯從屬性에 의한 BGH의 해결 노력은 성공적이지 못하다.

### 3) BGH의 방법의 착오

다수설은 정범의 객체의 착오는 교사자에게는 방법의 착오라고 한다. 따라서 교사자는 未遂의 教唆<sup>20)</sup> 혹은 教唆의 未遂와 過失이 想像의 競合에 놓인다고 본다.<sup>21)</sup> 그러나 이에 맞서는 반대설에 의하면 정범의 객체착오는 정범 자신의 가벌성 여부에 아무런 의미가 없으며 교사자에게도 마찬가지이다. 교사자가 정범에게 현장에서 객체를 직접 가리키지 않고 정범에게 객체의 구별을 위임한 경우 특히 그러하다. 예컨대 교사자가 정범에게 특정인을 살해하라고 지시하면서 그 사람의 인상착의 등을 설명해 주고 정범은 이 설명을 통해 현장에서 자신의 객체를 구별하게 된다면 교사자의 생각은 범행 장소에서의 사건과 일치한다는 것이다. 즉 교사자는 정범이 자신의 설명에 부합되는 사람을 살해할 것이라고 믿으므로 이 주장에 따르면 정범이 객체를 구별함에 있어 실수를 저질렀다면 교사자는 이 결과를 예견된 것으로 인정해야 한다.<sup>22)</sup> 이러한 논지도 타당성은 있으나 다음과 같은 사례를 예로 들어 보면 실제적인 문제점을 볼 수 있다. 만일 위의 예에서 정범이 엉뚱한 사람을 살해한 후 자신의 착오를 알아채고 다음 사람을 살해했는데 역시 잘못된 객체에서 다음 사람을 살해하는 일이 거듭된 경우 교사자는 이 전체의 살육에 대한 교사자로서 책임을 져야할 것인가?<sup>23)</sup> 이 질문은 부정되어야

19) Wessels, Strafrecht AT, § 7 IV 1.

20) Blei, Strafrecht I AT, 18. Aufl., 285; Stratenwerth, Strafrecht AT, Rdnr. 287.

21) Bemmman, MDR 1958, 821; Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 63면 이하; LK-Roxin, § 26 Rdnr. 26; SK-Rudolphi, § 16 Rdnr. 30; Jescheck, Strafrecht AT 4. Aufl., 625면.

22) Sch-Sch-Cramer, § 26 Rdnr. 19.



한다는 하나의 이유만으로도 다수설의 입장이 취해져야 한다.

반면 BGH는 방법의 착오(aberratio ictus)의 규정의 적용을 거부했다. 예를 들어 행위자가 갑을 맞추기 위해 돌을 던졌는데 갑이 피하는 바람에 갑과 일직선상에 있던 을에게 돌이 맞았을 때 을에 대한 傷害의 고의는 부정되어야 한다.<sup>24)</sup> BGH는 범행을 직접 실행하는 정범과는 달리 교사범에게는 因果過程의 차이가 있다는 것은 인정하나 방법의 착오의 적용은 부정한다. 그 이유는 BGH의 견해에 따르면 방법의 착오는 위에서 든 예와 마찬가지로 범인이 객체를 目前에 두었으나 그 객체가 아닌 다른 객체를 침해한 경우에만 적용된다는 것이다. 이것이 방법의 착오의 전형적인 예라고 할 수 있지만 그렇다고 방법의 착오에 있어서 범인이 객체를 반드시 눈으로 보아야 할 것이 전제될 필요는 없다.<sup>25)</sup> Jescheck이 제시하는 다음과 같은 예를 생각해 볼 수 있다. 남편을 독살하려고 하는 부인이 병영에 있는 남편에게 독이 든 술을 보냈는데 사정을 모르는 남편이 자신의 동료에게 이 술을 먼저 권해 이를 마신 동료가 숨진 경우 이 동료의 사망에 대해 행위자는 고의가 없었으므로 殺人既遂를 인정할 수 없다. 따라서 동료에 대한 過失致死와 남편에 대한 殺人未遂의 想像的 競合으로 보아야 한다.<sup>26)</sup> 이 경우 부인이 사건진행과정에서 현장에 있는지 그렇지 않은지는 방법의 착오를 인정하는데 아무 상관이 없는 일이다. 마찬가지로 이 BGH 사건에서도 교사자가 정범의 뒤에서 정범의 행위를 지켜 보았든 안 보았든 아무런 차이가 없는 것이므로 BGH가 방법의 착오규정의 적용을 부정하는 이유는 납득하기 어렵다.<sup>27)</sup>

#### 4) Puppe의 견해

고의구체화설(具體的 符合說)을 부정하는 Puppe는 본 BGH 사건의 판

23) Binding, Normen und ihre Übertretung III, 214 면 각주 9).

24) 통설로서 Bockelmann-Volk, Strafrecht AT, 72면; Hettinger, GA 1990, 531 이하; SK-Rudolphi, § 16 Rdnr. 33; Wessels, Strafrecht AT, 75면 이하. 그 밖에 위의 각주 5) 참조.

25) Jescheck, Strafrecht AT, 281면; Roxin, JZ 1991, 680.

26) Jescheck, a.a.O.

27) Roxin, JZ a.a.O.

례에 대해서도 共犯從屬性理論과 결부하여 BGH의 결론을 지지하는 입장을 취한다. 예를 들어 테러범이 행위객체를 구체화하지 않은 채 폭발물을 터뜨려 불특정의 사람에 대한 死傷의 결과를 가져왔을 때 고의구체화설에 따라 희생자에게 특정된 고의가 결여되었다는 이유로 무죄판결을 받게된다면 불합리한 결과라고 한다. 또한 자신이 결과를 발생시키고자 하는 객체가 아닌 다른 객체에 대한 범행의 실행에는 자신의 의도에 부합하는 객체에 대한 범행의 시도(Versuch) 자체가 이미 결여되었다는 통설의 입장을 부정하고 피교사자가 교사자와의 약속을 지키려는 의도에서 다른 객체를 자신이 목표로 하는 객체로 알았기 때문에 그 객체를 공격하는 경우에는 교사자가 원하는 바를 실현하고자 하는 시도가 있었다고<sup>28)</sup> 인정한다.<sup>29)</sup> 그 다음의 문제는 共犯從屬性의 이론으로 해결하고자 한다. 즉 교사자의 既遂의 歸責性은 그가 정범의 歸責의 행위를 통해 간접적으로 객관적 不法을 실현했다는 사실에서 나타난다는 것이다. 정범이 초과행위(Exzeß)를 하지 않았다면, 그리고 정범의 범행실현이 교사자의 一身의 사유로 교사자에게만 합법성을 부여하지 않는 이상 교사자는 정범과 마찬가지로 결과의 不法에 대한 歸責性을 갖는 것이며 따라서 교사자도 정범과 같이 既遂로 처벌되어야 한다는 결론에 이른다.<sup>30)</sup>

### 3. 고의구체화

#### 1) 고의구체화에 대한 일반이론

본 BGH 판례에서 정범의 행위에 있어서의 착오는 객체의 착오로서 가벌성 심사에 아무런 영향을 주지 못한다는데 異論이 없는 반면, 배후의 교사자인 피고인의 가벌성여부에 대해서 학계의 통설은 BGH의 견해를 반대하는 입장을 취한다. 이 논란의 핵심은 고의구체화에 관한 문제이다. 방법

28) SK-Samson, vor § 26 Rdnr. 40; Stratenwerth, Strafrecht AT, Rdnr. 287; Preußisches Obertribunal, GA Bd. 7, 337.

29) Puppe, NStZ 1991, 124.

30) Puppe, a.a.O.

의 착오의 경우, 행위자의 객체에 대한 고의가 구체화되어야 함을 요구하는가 여부에 따라 具體的 符合說과 法定的 符合說로 나뉜다. 具體的 符合說은 독일의 Konkretisierungstheorie, 즉(고의)구체화설이라는 용어에 해당되며 法定的 符合說은 Gleichwertigkeitstheorie(동가치설)<sup>31)</sup>에 해당한다.<sup>32)</sup>

형법은 고의구체화에 관하여 아무런 언급이 없으므로 이 문제는 학설에 위임되었다고 볼 수 있다. 따라서 Binding도 독일 형법이 실제로 행해진 살인, 강도, 강간 등의 행위에서 행위자의 표상에 따라 다른 모든 사람과 구별되는 한 사람의 행위객체에 대한 고의의 구체화를 요구한다면, 그리고 행위자가 객체에 대한 혼동을 했다면 그의 행위는 間接正犯이나 교사자의 고의를 벗어난 행위라고 말했다.<sup>33)</sup> 범인이 멀리 떨어져 있는 갑을 살해할 목적으로 총을 발사하였으나 총알이 빗나가 그 옆에 있던 을이 맞아 숨진 경우 판례<sup>34)</sup>와 통설은 갑에 대하여는 殺人未遂罪가 문제시된다고 본다. 독일제국재판소(RG)<sup>35)</sup>는 행위자의 고의에는 행위자에 의해 확정된 행위객체에의 방향설정이 전제가 되어야 한다고 보고 총알이 빗나가 갑이 아닌 을이 죽게되었더라도 을에 대한 살인고의가 결여되었었다는 사실에는 변함이 없다고 인정했다. 을이 살인죄 구성요건상 갑과 동등한 객체라고 하더라도 뜻하지 않았던 객체에 결과가 발생했을 때, 다시 말해 원하지 않았던 침해는 고의에 歸屬시킬 수 없음은 자명한 것이라고 보았다. 고의란 전체 구성요건요소에 대한 認識과 意圖라고 할 수 있는 것이므로 행위자가 고의로 不法을 행했다고 말할 수 있기 위해서는 행위자는 모든 행위상황에 대한 認識과 意圖는 아니더라도 적어도 모든 본질적 구성요건요소에 대한 認識과 意圖는 있어야 하기 때문이다. 고의에서의 知的要素는 추상적 구성요

31) 이 용어는 Hillenkamp의 논문 Die Bedeutung von Vorstzkonkretisierung bei abweichendem Tatverlauf, 20 면에서 유래되었다고 볼 수 있다. 이것은 동일성 혹은 동질성이라는 뜻의 라틴어 Äquivalenz를 독일어로 옮긴 것인데 약간의 의문은 있다고 인정된다.

32) 김일수, 한국형법 I, 494면 각주 2).

33) Binding, Die Normen und ihre Übertretung Bd. III, 212면 이하.

34) RGSt 3, 384; 19, 180; 54, 350.

35) RGSt 3, 384.

건요소에 관련되는 것이 아니라 구체적 행위상황에 관련된 것이어야 한다. 만약 행위자가 숲속에 서있는 갑을 향해 총을 쏘았는데 총알이 빗나가 그 옆의 나무덤불 속에 숨박꼭질하느라 숨어 있던 어린이가 맞아 숨졌다면 이 결과는 행위자에게 귀속시킬 수 없다. 왜냐하면 그럴 수 있기 위해서는 행위자가 적어도 어린이의 존재에 대한 인식을 가졌어야 한다. 그것은 구체적 구성요건실현의사의 전제가 되는 것이다.<sup>36)</sup> 설혹 행위자가 그 어린이의 존재를 알았다고 하더라도 그것은 살인의 고의를 인정하기에는 아직 부족하다. 행위자는 자신의 사격으로 자기가 원하지 않는 어린이에게 총알이 맞을 수도 있고, 이것이 원하는 결과는 아니지만 이 결과에 대한 甘受, 즉 未必의 고의가 적어도 있어야만 고의행위를 인정할 수 있는 것이다. 살인의 경우 원칙적으로 고의란 어느 특정한 사람을 죽이겠다는 意志로 나타나지만 반드시 그래야만 하는 것은 아니고 행위자가 처음부터 擇一的 故意나 概括的 故意를 가진 경우는 예외이다.<sup>37)</sup> 고의를 말할 수 있기 위해서는 행위자는 자신의 구체적 행위를 통한 외부세계의 변화의 과정 및 결과에 대한 예견가능성(표상)을 가져야 하며 이 예견가능성을 바탕으로 하여 결과를 실현시키기 위해 그에 적합하다고 생각되는 구체적 행위를 수행했어야 한다. 이러한 표상이 결여되면 뜻하지 않게 총알에 맞은 어린이의 사망에 대한 살인고의는 이미 부정된다. 우연히 행위자가 원했던 객체와 구성요건적 同價値의 객체에 결과가 발생했더라도 고의가 부정되는데는 변함이 없다. 고의의 정의는 행위자가 구체적으로 무엇을 이루려고 했는가에 따라서 결정되는 것이지 실제적으로 어떤 결과를 가져왔는가에 따라 결정되는 것은 아니다.<sup>38)</sup>

## 2) Puppe의 반대견해

Rose-Rosahl 판례에 대한 학계의 반발로 비롯되어 오랫동안 변함없는 통설의 지위를 차지해 오던 고의구체화이론(具體的 符合說)에 반론을 제기

36) RGSt 58, 27이하.

37) 아래 III. 3. 4) 참조.

38) Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, 1988, 616면 이하.

한 사람은 Ingeborg Puppe 교수로서 그녀의 논문 "Zur Revision der Lehre vom konkreten Vorsatz und der Beachtlichkeit der aberratio ictus"<sup>39)</sup>는 본 사건의 판례에 직접적인 영향을 주었다고 볼 수 있다. Puppe는 동 논문에서 통설은 고의와 관련하여 행위자가 침해한 객체가 행위자가 원래 침해하고자 했던 객체와 일치할 때에만 고의가 인정된다고 하는데<sup>40)</sup> 이는 잘못된 것이라고 지적한다. 고의인정을 위해 통설은 행위자가 이 사람을 죽이려 했는가의 여부를 묻는데 이보다는 행위자가 '사람'을 죽이려 했는가가 중요하다는 입장이다. 다시 말해 고의인정 여부를 위해서는 구성요건에 해당하는 종류(Gattung)의 객체를 침해했는가를 물어야 한다는 것이다. 이 종류만 일치하면 故意歸屬에 요구되는 고의내용과 결과와의 일치가 존재한다는 것이다. 겨누었던 객체와 실제로 침해된 객체와의 불일치는 행위자의 구성요건 외적인 표상이나 희망과 같이 무시되어도 좋다고 한다. 따라서 이 견해에 따르면 실제로 침해된 객체에 대한 고의를 擬制할 필요도 없고 事後的인 동치행위를 통해 하나의 구체적 결과를 다른 하나의 구체적 고의와 연결시킬 필요도 없으며 행위자의 표상과 실제 사이의 괴리는 단지 고의와 관련없는 착오로 보아 단순한 動機錯誤로서 무시해도 좋다고 보는 것이다.<sup>41)</sup> 하나의 事實이 행위자의 고의에 歸屬되기 위해서는 이 두 가지가 모두 구성요건 해당성이라는 범위에서 일치하면 족한 것으로 본다. 통설은 고의란 구성요건 실현의 인식과 의도일 뿐이며 따라서 착오가 구성요건 요소에 관련된 것이라면 그 착오는 고의를 배제한다는 일반규칙이 왜 방법의 착오에서는 적용되지 않는지를 해명해야 할 의무를 진다고 Puppe는 주장한다.

Puppe는 자신의 논지를 뒷받침하기 위해 방법의 착오와 객체의 착오를 구별하는 어려움이 있다는 점을 든다. 행위자가 목전에 두 사람을 둔 상태에서 갑을 맞추려고 했으나 을이 맞은 경우는 방법의 착오이며 단 한 사람의 갑이라는 객체를 눈 앞에 두었으나 이를 을로 알고 타격을 가한 경우가

39) GA 1981, 1면 이하.

40) GA 1981, 3.

41) GA 1981, 3면 이하.

전형적인 객체의 착오인 점에는 어려움이 없지만 객체가 목전에 있지 않을 때는 어려움이 발생한다고 지적한다. 가령 행위자가 갑에게 모욕적 발언을 하기 위해 전화를 걸었으나 전화가 갑이 아닌 다른 사람에게 걸렸을 때 이런 사실을 모르고 자기가 갑에게 하고 싶었던 모욕적인 말을 했을 때 다수설은 현재 행위자가 전화의 반대편에 있는 상대방에게 모욕을 한다는 생각으로 행위를 했기 때문에 객체의 착오라고 인정한다.<sup>42)</sup> 그러나送信이 행위자가 원했던 길이 아닌 다른 길로 갔기 때문에 방법의 착오로 볼 수도 있지 않겠느냐는 것이다.<sup>43)</sup> 독이 든 술의 예에 있어서도 뜻하지 않게 술을 마시고 죽은 남편의 동료에 대해 행위자가 이미 인과과정의 통제능력을 자신의 손에서 내어 놓은 이후의 시점에서 자신이 표상했던 인과과정과 다른 결과가 나타났기 때문에 방법의 착오로 보아야 할 것인가<sup>44)</sup> 아니면 행위자가 그 술을 마시는 바로 그 사람(물론 행위자는 자기의 남편이 되리라고 예상했겠지만)을 독살하겠다는 생각을 가지고 있었기 때문에 객체의 착오로 볼 것인가의 문제가 남는다.<sup>45)46)</sup> 고의인정을 위해 객체에 대한 고의구체화를 그 요건으로 하지 않는다면 이런 경우 굳이 객체의 착오인지 방법의 착오인지를 어렵게 구분해야 할 필요는 없다는 것이다.

그리고 통설의 입장을 따르자면 방법의 착오에서의 고의에 추가적으로 요구되는 내용을 객체의 착오나 인과과정의 착오에서 적용되는 일반적 규정과 모순되지 않게 정립해야 하는 어려움이 있다.<sup>47)</sup> 방법의 착오에서 뿐 아니라 행위자가 자신의 객체를 특정하지 않은 경우에도 논리적 어려움은 있다. 예를 들어 데모대를 향해 그 중 누구라도 맞기를 바라며 총을 쏜 경우 누군가가 총에 맞아 사망했다면 이 희생자의 죽음은 행위자의 고의에 歸屬될 수 있다. 그럼에도 불구하고 이 경우 통설은 행위자의 고의는 어떤

42) Herzberg, JA 1981, 470 이하; Dreher-Tröndle, § 185 Rdnr. 23; LK-Schroeder, § 16 Rdnr. 13; Hillenkamp, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 42면.

43) GA 1981, 4면 이하.

44) Jescheck, Strafrecht AT, 4. Aufl., 281.

45) Backmann, JuS 1971, 119.

46) Puppe, GA 1981, 5.

47) GA, a.a.O.

특정한 사람에게 구체화되어 있다고 보는 것은 아니다. 왜냐하면 행위자에게는 총이 발사되어 맞아 죽게될 데모대원의 사망이 事後的으로 歸屬되기 때문이다. 바꾸어 말하면 고의의 객체에 대한 특정화를 요구하는 통설도 이런 경우 객체의 구체화가 이루어 지지 않았더라도 침해된 객체에 대한 고의귀속은 인정해야 하는데 논리적 어려움이 있다는 것이다. Puppe는 하나의 특정된 객체에 지향된 고의와 이른바 일반고의(genereller Vorsatz)<sup>48)</sup> 혹은 종류고의(Gattungsvorsatz) 사이에는 논리적 포괄관계가 형성된다는 논지를 들어 통설의 '事後的 歸屬'에 의해 해결하고자 하는 견해는 잘못된 것이라고 지적한다.<sup>49)</sup> 이것은 다시말해 구체화된 고의도 객체는 구성요건에 의해 요구된 표지를 제시한다는 표상을 필연적으로 내포한다는 것이다.

Puppe는 방법의 착오는 독자적인 범형상으로서의 존재를 지니는 것은 아니고 객체의 착오의 일종이라는 결론에 도달한다. 因果過程의 착오이론은 고의의 내용은 구성요건에 의해 결정된다는 원칙에 대한 예외로 인정되는데 이것은 고의와 결과가 하나의 동일한 구성요건을 충족시키더라도 故意既遂가 아닌 未遂와 過失에 의한 처벌의 가능성을 열어주는 결과가 된다. 따라서 침해하고자 했던 객체와 실제로 침해된 객체가 일치하지 않더라도 이 두 개의 객체가 구성요건상 同價値를 지니는 것이라면 이 오류는 일반적인 객체의 착오에 관한 규칙에 따라 무시되어도 좋은 것이라고 한다.<sup>50)</sup> Puppe의 견해에 따르면 사건경과의 편차가 일반적 생활경험의 범위내에서 예견가능한 것이라면 그것은 방법의 착오에서도 큰 의미는 없다. 하나의 행위에 의해 작동이 되는 사건의 인과과정은 결국 행위 당시의 時點에서 보았을 때에는 미래에 결과를 가져오게 되는 것이므로 미래의 결과 발생을 위한 절대적인 인과과정의 지배는 행위 당시에는 불가능한 것이다. 모든 방법의 착오에는 계획과는 어긋나는 인과과정의 편차가 있는 것이다.

48) 개발적 고의라고 하는 *dolus generalis*와는 구별되는 개념.

49) GA 1981, 11면. 이것은 Hillenkamp의 *Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf*, 1971, 94면 이하의 견해에 대한 것이다.

50) GA 1981, 20면.

이 문제에 관한 Puppe의 견해를 한 마디로 요약하면 다음과 같다<sup>51)</sup>:  
 (1) 실정법은 추상적 표지로서 모든 구체적 事案의 판결을 위한 평가척도를 구성한다. (2) 따라서 실정법은 事案의 실제적 차이에 대하여 얼마 만 큼의 법적 의미를 부여할 것인가를, 확정적으로 결정한다. 그러므로 한 행 위에 있어서 고의를 확정하기 위해서는 단지 행위자가 사람이라는 종류에 관련된 살인고의를 가졌는가의 확인만이 필요할 뿐 고의라는 법개념은 더 이상의 것을 요구하지 않는다.

### 3) Puppe의 견해에 대한 고찰

Puppe의 견해에 대하여 Hettinger의 비판<sup>52)</sup>을 중심으로 고찰해 본다. 하나의 행위에 대한 법적 평가를 내리기 위해서는 우선 행위자가 무엇을 알았고 무엇을 표상했는가, 그리고 이 인식을 바탕으로 하여 무엇을 하고 자 했는가에 대한 검토가 필요하다. 행위자가 무엇을 원했는가 하는 것은 행위자 스스로가 결정하는 것이며 추상적인 법조문은 개별적 사례에 있어 서의 판정을 위한 척도를 제시해줄 뿐이며 인간 생활에서 나타나는 사안의 내용과 의미를 결정지어 주는 것은 아니다. 다시 말해 事案의 법적평가를 돕기 위한 정보를 제공해 주는 것이다. 하나의 행위에 대한 법적 평가를 위해 가장 근본이 되는 것은 사안에 형법적으로 중요한 의미를 부여하는 행위자의 의도이다. 따라서 행위자의 범행당시의 의도의 내용이 중요한 것 이다. 時空間의 연계성을 갖는 이 의도는 '특정한' 행위와 불가분의 관계를 갖는다. 즉 살인금지조항은 근본적으로 모든 사람의 생명을 보호하는데 목 적이 있다는데 의문의 여지가 없으나 엄밀히 말해 보호법익은 막연한 觀念 的이고 추상적인 의미의 생명이 아니라 구체적 행위객체가 되는 사람의 생 명이다.<sup>53)</sup> Binding의 견해<sup>54)</sup>와 마찬가지로 고의란 행위로 표현되는 범행 의 意的인 면으로서 단지 종류만 결정된 일반적인 고의는 없다. 모든 원인

51) Hettinger, GA 1990, 540면의 요약.

52) Hettinger, GA 1990, 531 이하.

53) GA 1990, 543; Schlehofer, GA 1992, 314.

54) Binding, Die Normen und ihre Übertrtung, Bd. 2, 2. Hälfte, 2. Aufl., 802, 809, 826면 이하.



은 각각 특별한 형상의 원인이다. 특정한 객체, 특정한 수단 그리고 특정한 행위에 대한 의도의 특정화는 불가결의 것이다. 따라서 막연히 인간이라는 種(Genus Mensch)에 대해서 침해할 의도를 가진다는 것은 처음부터 불가능한 것이다.<sup>55)</sup>

因果的 行爲論이 아닌 적어도 目的的 行爲論에 의하면 고의적 행위란 목적설정, 수단선별, 실행의 결심 그리고 구체적 목적달성을 위한 실행의 수행이라고 할 수 있다. 즉 목적성이란 생각으로 예정된 구체적인 결과의 추구인 것이다. 범인이 갑을 향해 총을 쏘았는데 총알이 빗나가 그 옆의 나무 덩굴 속에 숨어 있던 어린이가 맞은 경우를 위 이론에 의거해서 고찰하면 행위자에게는 어린이의 사망이 歸屬될 수 없으며 이 결과는 행위자가 어린이의 존재를 알았든 몰랐든 변함이 없다. 어린이의 존재를 알았다고 하더라도, 그리고 총알이 빗나가 어린이에게 맞을 가능성까지 내다 보았다고 하더라도 자신은 틀림없이 갑을 맞출 수 있다고 확신했다면 어린이에 대한 살인 고의는 부정된다. 범인의 행동을 포섭하는 법적 구성요건은 행위자의 表象에 의해 결정된다. 고의를 위해 요구되는 행위자의 表象이 결여되면 고의를 阻却하는 구성요건착오에 해당한다.<sup>56)</sup> 이 때 어린이가 총알에 맞아 사망했다면 추상적으로 서술되어 있는 살인죄의 구성요건이 요구하는 바와 일치하는 결과가 나타났다고 할 수 있다. 그렇다고 이미 행위자에게 그 결과를 歸屬시킬 수 있는 것은 아니고 행위자의 인식과 표상이 이 구체적 결과와 얼마나 상응하는가의 검토가 필요하다. 그런데 고의책임의 귀속은 행위자의 구체적인 의도의 범위내에 한정된다. 구체적인 사건, 특히 행위자의 의도에 따라 그의 행위는 법적 평가를 받게된다. 실상이 이 평가의 사물적 기초가 된다.<sup>57)</sup> 그러나 고의책임의 귀속은 행위자가 행위 당시에 가졌던 표상, 즉 자신의 행위를 통해서 이루고자 했던 意圖 혹은 예견가능성의 범위를 넘지는 못한다. 그렇지 않으면 責任刑法의 원칙에 어긋난다.

55) Binding, a.a.O., 829 면.

56) Jescheck, Strafrecht AT, § 29 V 1 a); Wessels, Strafrecht AT, § 7 IV 2; Stratenwerth, Strafrecht AT, Rdnr. 268.

57) Hettinger, GA 1990, 549면. RGSt 3, 384의 "원하지 않았던 침해는 고의적 행위로 귀속할 수 없음은 자명하다"라는 판시도 당연한 것으로 받아 들일 수 있다.

## 4) 일반적 고의(genereller Vorsatz)에 대한 견해

통설에 의하면 행위객체는 고의에 의해 개별적으로 특정되어야 한다. 이것이 하나의 명제라면 가령 행위자가 어느 특정한 객체의 침해를 의도하지 않고 불특정한 다수 중의 누구라도 침해되어도 좋다는 생각을 가지고 행위했을 때 객체의 불특정으로 인해 통설은 고의를 부정해야하는가 하는 문제에 접하게 된다. 예를 들어 데모를 진압하는 경찰이 데모대를 향해 총을 쏘았는데 그 중의 한사람이 맞아 숨진 경우 통설도 살인고의를 인정해야 한다는데異見이 없을 것이다.<sup>58)</sup> 이 경우처럼 행위객체가 고의에 의해 특정되지 않고 다소 막연하게 정해지더라도 고의가 인정될 수 있는 것이라면 동일한 구성요건에서의 同價値性을 띠는 객체간의 방법의 착오에서는 고의가 인정되지 않는 이유가 설명되어야 한다.

고의란 항상 일정하고 단일한 형태로 나타나는 것이 아니라 고의의 대상, 즉 구성요건실현에 결부된 認識과 意圖의 복합적인 심리학적인 事案으로 파악할 수 있다. 일반적 고의에서 나타나는 것은 행위자의 의지가 여러 개의 同價値的 객체에 지향된 경우에 불특정의 고의가 아니라 擇一的 고의(dolus alternativus)의 특수한 형태라고 할 수 있다.<sup>59)</sup> 앞서서도 언급한 바와 같이 고의는 물론 원칙적으로 하나의 특정한 객체를 향하여 구체화되어야 하는 것이나, 행위자가 여러 명의 사람 중에 누가 맞아도 상관없다고 생각하며 총을 쏜 경우에는 살인죄의 구성요건 고의를 인정할 수 있기 위해서 한명의 객체가 특정될 필요는 없는 것이다.<sup>60)</sup> 살인구성요건의 고의를 성립시키는데 필요한 객체의 구체화의 정도는 他人인 어느 누구이면 족하다.<sup>61)</sup> 이런 경우 행위자는 '한 사람'의 생명을 침해하겠다는 고의를 가진 것이고 객체에 대한 고의의 구체화는 이 정도의 범위에서 확정된 것이다. 그러므로 행위의 결과 어느 한 사람이 사망했다면 고의와 현실은

58) Puppe, GA 1981, 11면 이하,는 이런 종류의 고의를 genereller Vorsatz라고 지칭한다. 이것은 앞서서도 언급한 바와 같이 dolus generalis와는 구별되는 것으로 라틴어로는 "dolus cum objecto generali"라고 표기된다.

59) Hettinger, GA 1990, 551 각주 80.

60) Hettinger, GA 1990, 551.

61) 김일수, 한국형법 I, 489면.

일치했다고 할 수 있으며 고의는 이 점에서 내용적으로 특징이 된 것이다.

62) 위의 데모대의 예에서 경찰은 데모대원을 향해 총을 쏘았는데 총알이 빗나가 데모와 관련이 없는 어린이가 맞은 경우는 고의를 인정할 수 없는 데 그 이유는 행위자의 특징적이지는 않지만 일반적인 고의의 범위를 벗어난 결과이기 때문이다. 물론 데모대원 중의 어느 한 사람이 맞았으면 고의는 인정된다. 이런 경우 경찰의 고의가 사람이라는 '종류'로 확대되었다고 이야기해서는 안된다.<sup>63)</sup> 왜냐하면 아주 막연한 사람이 아니라 그 범위는 한정되어 있기 때문이다. 그리고 이 경우가 방법의 착오와 구별되는 점은 방법의 착오에서는 침해의 대상이 특정되었는데 이 특정된 대상이 아닌 원하지 않았던 대상이 침해된 경우이고 일반적 고의의 경우는 고의의 범위내에 속하는 객체 중 어느 하나에라도 결과가 발생하면 행위자의 표상과 일치되어 고의기수가 인정된다는 점이다.

실정법이 추상적 표지를 통해서 가벌성의 범위를 확정한다는 것은 사실이나 殺人故意既遂를 인정하기 위해 행위자가 막연한 살인의사를 가지고 행했다는 사실만으로는 부족하다. 법은 추상적이고 관념적인 범죄의사를 처벌하려는 것이 아니라 구체적인 행위를 처벌하려는 것이다. 따라서 법적 평가의 대상은 실제로 행해진 행위이다. 때문에 故意既遂의 처벌은 행위자가 구체적으로 어떠한 행위를 하였으며 무엇을 행하려고 했는가에 대한 검토를 전제로 한다. 여기에서 중요한 것은 행위자의 빗나간 동기가 아니라 행위상황에 대한 구체적 인식이다.<sup>64)</sup>

#### IV. 結語

본 BGH판례에서 고의구체화이론을 무시하고 피고인에게 殺人教唆의 既遂를 인정한 것은 부당하다. 실제적으로 사망한 사람에 대한 살인고의는

62) Wessels, Strafrecht AT, § 7 III 1.

63) Hettinger, GA 1990, 552.

64) Hettinger, GA 1990, 554.

가진 적이 없으므로 만일 被敎唆者가 사람인 객체를 혼동할 수 있다는 가능성을 인식한 정도라면 기껏 過失致死의 책임이 있을 뿐이며 자신이 살해하고자 원했던 아들 M은 죽지 않았으므로, 즉 자신의 구체적 범행고의는 실현되지 않았으므로 殺人敎唆의 未遂가 想像的 競合의 관계에 있다고 보아야 한다. Puppe가 주장하는 바와 같이 法定的 符合說(同價値性說)을 주장하는 입장이라면 BGH의 결론과 같이 정범이나 교사자는 모두 사람을 죽이고자 했는데 결국 (다른) 사람이 죽었다는 결과에 이르게 되었으므로 그 결과는 고의에 歸屬시킬 수 있어 殺人既遂로 처벌할 수 있다. 물론 Puppe 혹은 그 밖의 法定的 符合說의 추종자들의 논리도 그 자체로는 정교하지만 Puppe의 말대로 우리는 생활로부터 어떠한 구체적인 것이나 완성된 사실은 얻어낼 수 없으며 단지 사실만이 우리의 주장이 옳은지 그른지를 판단할 수 있다.<sup>65)</sup> 우리는 두 가지 이론 중 어느 것이 옳은지 그른지를 판단하기 보다는 어느 것이 법을 실제로 운용하는데 더 큰 합리성을 나타내 줄 것인가를 선택할 수 있을 따름이다. 이러한 견지에서 보면 물론 具體的 符合說도 부분적으로 이론전개상의 모순도 있고 실제로 적용하는 과정에서의 불합리한 점도 있을 수 있는 것은 시인할 수 있다. 그러나 法定的 符合說에 따라 본 사건의 경우 피고인이 평소에 전혀 살인고의를 가지지 않았던 이웃집 사람 X의 뜻하지 않았던 사망이라는 결과에 따라 살인고의를 부당하게 擬制하는 것은 너무나도 치명적인 오류이다.

---

65) GA 1981, 13.