형사정책연구 Korean Criminological Review
제24권 제2호(통권 제94호, 2013 · 여름호)

수목절도죄의 기수시기와 형법정책

문 영 식*

국 | 문 | 요 | 약

절도죄의 기수시기는 취득설에 따라 판단하는 것이 타당하다. 그러나 개별사안에서 구체적인 경우에 재물의 취득여부가 반드시 명백한 것은 아니어서 목적물의 성질 · 형상 · 장소 등을 감안하여 사회통념 또는 경험칙에 따라 절도죄의 기수시기를 결정할 수밖에 없다. 휴대가 가능하거나 쉽게 운반할 수 있는 재물은 손으로 집어 드는 것만으로 기수가 될 수 있으나, 피아노 · 냉장고 · 가구 등과 같이 부피가 크고 중량이 무거워서 쉽게 운반할 수 없는 재물은 최소한 반출준비 완료 시에 기수가 된다고 할 수 있다. 대상판결 사안의 행위객체인 영산홍은 부피가 크고 중량이 무거워 쉽게 운반할 수 없는 재물에 해당한다. 피고인들은 그 영산홍을 피해자가 운영하는 연구소의 마당 뒷편에서부터 승용차를 주차시켜 놓은 마당까지 약 20m 이동시켰을 뿐 연구소 구내를 벗어나기는커녕 그 영산홍을 승용차에 싣지도 못한 상태에서 발각되었다. 그런데도 대법원은 대상판결에서 피고인 1이 영산홍을 캐낸 시점에 새로운 점유를 취득한 것으로 인정하고 절도죄가 기수에 이른 것으로 판단하였다. 이러한 대법원의 입장은 수긍할 수 없다. 피고인들이 영산홍을 승용차에 미처 싣지도 못한 상태에서 발각된 이상 사회통념 또는 경험칙에 비추어 새로운 점유를 취득하였다고 할 수 없으므로 피고인들의 범행은 미수에 그쳤다고 보아야 한다. 피고인 1이 영산홍을 캐낸 이후 범행에 가담한 피고인 2의 형사책임도 문제된다. 선행행위자인 피고인 1은 영산홍을 혼자서 운반할 수 없었기 때문에 남편인 피고인 2에게 연락하여 현장에 오도록 하였다. 피고인 2가 현장에 도착하기 전에 피고인 1에 의하여 '피해자의 점유 배제'는 개시되었으나, 아직 '새로운 점유의 취득'은 이루어지지 아니한 상태로서 절도죄의 실행행위인 '절취' 도중이었다. 피고인 2가 현장에 도착한 후 양인이 합세하여 영산홍을 승용차가 있는 장소까지 운반하였다. 결국 후행가담자인 피고인 2는 선행행위자인 피고인 1의 실행행위 도중에 가담하여 함께 절도죄의 구성요건적 실행행위를 한 것이다. 따라서 피고인들에 대하여 단순일죄인 합동절도죄를 인정하는 데 아무런 문제가 없다. 피고인 2가 범행현장에서 피고인 1과 함께 시간적 · 장소적 협동관계를 이루어 실행행위를 한 것으로 인정하기에 충분하기 때문이다. 형법정책적으로 보더라도 이러한 결론이 법익보호에 충실을 기하면서도 범행기여도가 비슷한 가담자 간 처벌의 형평을 유지할 수 있고, 사회통념 또는 경험칙을 기초로 하는 일반 국민의 법감정에도 부합된다고 생각한다.

* 서울시립대학교 법학전문대학원 교수 · 변호사

❖ 주제어 : 수목절도, 영산홍사건, 기수시기, 점유의 취득, 취득설, 범죄의 종료

[대상판결] 대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도6080 판결

1. 공소사실의 요지

(1) 피고인 1은

2007. 2. 11. 13:00경 쏘렌토 승용차를 운전하여 수원시 장안구 이목동 289-7 소재 피해자 공소외인 운영의 '주식회사 유천' 연구소 앞길에 이르러 위 연구소 안에 심어져 있던 영산홍을 절취하기 위하여 위 연구소 안으로 진입하여 타인이 관리하는 건조물에 침입하고,

(2) 피고인 2는

같은 날 13:30경 처 피고인 1로부터 함께 영산홍을 승용차에 싣자는 연락을 받고 위 연구소 안으로 걸어 들어가 타인이 관리하는 건조물에 침입하고,

(3) 피고인들은 합동하여,

같은 날 13:30경 피고인 1이 위 연구소 마당 뒤편에서 캔 피해자 소유의 영산홍 1그루 시가 70만 원 상당을 위 연구소 마당에 주차된 위 승용차에 싣기 위해 운반하여 가 이를 절취하였다.

2. 소송의 경과

(1) 제1심의 판단(수원지방법원 2007. 12. 13. 선고 2007고단1529 판결)

제1심 법원은 피고인들에 대한 건조물침입의 점에 관하여는 유죄를 인정하였으나, 특수절도의 점에 관하여는, 피고인 2가 피고인 1의 절취 범행에 가담하였다고 인정할 만한 증거가 없다고 판단하여 무죄를 선고하였다. 검사가 이에 불복하여 항소하였다.

(2) 제2심의 판단(수원지방법원 2008. 6. 11. 선고 2008노47 판결)

제2심 법원은, 피고인 1은 공소사실 기재 일시에 주식회사 유천 연구소 마당에 쏘렌토 승용차를 세워 두고, 그 곳에서 약 20m 떨어진 연구소 마당 뒷편에서 피해자 소유의 영산홍 1그루를 캔 다음, 남편 피고인 2에게 전화를 걸어 영산홍을 차에 싣는 것을 도와 달라는 취지로 말하였고, 이에 피고인 2가 피고인 1이 있는 장소로 온 사실, 위 영산홍은 높이가 약 1m 50㎝ 이상, 폭이 약 1m 정도로 상당히 클 뿐만 아니라 뿌리가 상하지 않도록 뿌리 부분의 흙까지 같이 캐내어져 피고인 1이 혼자서 운반하기는 어려웠던 사실, 피고인들은 승용차 바로 뒤에서 위 영산홍을 함께 잡고 있다가 피해자에게 발각된 사실을 인정할 수 있고, 위 인정사실에 의하면, 피고인 2는 피고인 1의 절취 범행이 완성되기 전에 위 범행에 가담하여 피고인 1이 캔 영산홍을 피고인 1과 함께 위 승용차에 싣기 위해 운반함으로써 범행을 완성한 것이므로, 피고인들은 합동하여 영산홍을 절취하였다고 판단하였다. 제2심 법원은 피고인들에 대한 특수절도의 점에 대하여 제1심 판결을 파기하고 유죄를 선고하였다. 피고인들이 이에 불복하여 상고하였다.

3. 대상판결(대법원 2008. 10. 23. 선고 2008도6080 판결)

(1) 상고이유

피고인 1이 영산홍을 캐냄으로써 피고인 1의 절취행위가 완료된 상태에서, 피고인 2는 피고인 1로부터 연락을 받고 영산홍을 승용차에 옮겨 싣는 것을 돕기 위하여 현장으로 갔던 것뿐이므로, 피고인들에게는 특수절도죄가 성립될 수 없고, 피고인 1의 단순절도죄만 성립할 뿐이다.

(2) 대법원의 판단

대법원은, 입목을 절취하기 위하여 이를 캐낸 때에는 그 시점에서 이미 소유자의 입목에 대한 점유가 침해되어 범인의 사실적 지배하에 놓이게 됨으로써 범인이 그

점유를 취득하게 되는 것이므로, 이때 절도죄는 기수에 이르렀다고 할 것이고, 이를 운반하거나 반출하는 등의 행위는 필요로 하지 않는다고 전제한 다음, 원심이 확정한 사실관계에 의하더라도, 피고인 2는 피고인 1이 영산홍을 땅에서 완전히 캐낸 이후에 비로소 범행장소로 와서 피고인 1과 함께 위 영산홍을 승용차까지 운반하였다는 것인바, 앞서 본 법리에 비추어 보면, 피고인 1이 영산홍을 땅에서 캐낸 그 시점에서 이미 피해자의 영산홍에 대한 점유가 침해되어 그 사실적 지배가 피고인 1에게 이동되었다고 봄이 상당하므로, 그때 피고인 1의 영산홍 절취행위는 기수에 이르렀다고 할 것이고, 이와 같이 보는 이상 그 이후에 피고인 2가 영산홍을 피고인 1과 함께 승용차까지 운반하였다고 하더라도 그러한 행위가 다른 죄에 해당하는지의 여부는 별론으로 하고, 피고인 2가 피고인 1과 합동하여 영산홍 절취행위를 하였다고 볼 수는 없다고 판단하였다. 대법원은 제2심 판결을 파기하고 환송하였다.

I. 문제의 소재

절도죄는 고대사회에서부터 존재한 가장 전통적이고 소박한 범죄이다. 우리나라에서는 1905년 '형법대전' 제4편에 규정되어 있었다고 하며,[1] 현재에도 발생비율이 높은 범죄 중의 하나이다. 또한 절도죄는 범죄사적으로 사기죄 등과는 달리 곤궁범으로 알려져 왔으나 오늘날 그 양상이 달라지는 경향이 있으며 대상판결 사안도 정원수(庭園樹)인 영산홍 절도사건으로서 곤궁범의 사례라고는 할 수 없다.

대법원은 대상판결에서, 피고인 1이 땅에서 영산홍을 캐낸 때에는 그 시점에서 이미 절도죄는 기수에 이르렀고, 그 이후 피고인 2가 영산홍을 피고인 1과 함께 연구소 마당에 주차된 승용차까지 운반한 행위가 다른 죄에 해당하는지의 여부는 별론으로 하고, 피고인 2가 피고인 1과 합동하여 영산홍 절취행위를 하였다고 볼 수는 없다고 판시하였다. 이 사안에서 원심이 확정한 사실관계는 다음과 같다. ① 피고인 1은 공소사실 기재 일시에 피해자가 운영하는 연구소 마당에 승용차를 세워 두고, 그 곳에서 약 20m 떨어진 연구소 마당 뒷편에서 피해자 소유의 영산홍 1그루를 캐

1) 김일수, 「한국형법Ⅲ」 [각론 상] (개정판), 박영사, 1997, 523~524면.

냈다. ② 피고인 1은 남편인 피고인 2에게 전화를 걸어 영산홍을 차에 싣는 것을 도와 달라는 취지로 말하였고, 이에 피고인 2가 피고인 1이 있는 장소로 왔다. ③ 영산홍은 높이가 약 1m 50㎝ 이상, 폭이 약 1m 정도로 상당히 클 뿐만 아니라 뿌리가 상하지 않도록 뿌리 부분의 흙까지 같이 캐내어져 피고인 1이 혼자서 운반하기는 어려웠다. ④ 피고인들은 영산홍을 승용차가 주차된 장소까지 약 20m 거리를 운반하고, 승용차 바로 뒤에서 위 영산홍을 함께 잡고 있다가 피해자에게 발각되었다. 그렇다면 대상판결 사안에서, ① 대법원이 피고인 1이 영산홍을 캐낸 시점에서 절도죄가 기수에 이르렀다고 본 것은 타당한가? ② 피고인 2가 피고인 1과 '합동하여' 영산홍 절취행위를 하였다고 볼 수는 없는가? ③ 피고인 2의 행위가 합동절도가 아니라면 어떤 구성요건에 해당하는가? ④ 형법정책적으로 바람직한 절도죄의 기수시기 판단기준은 어떠해야 하는가? 등의 의문이 제기된다. 이 글에서는 절도죄의 기수시기 판단기준이 논의의 기초가 되므로, 이에 관한 기존의 견해를 분석・검토한 후 범행의 '종료' 개념에 관하여 논급하고(Ⅱ), 위 ①, ②, ③의 문제의식을 가지고 대상판결을 분석・검토(Ⅲ)한 다음, 형법정책적으로 바람직한 결론을 제시(Ⅳ)하고자 한다.

II. 절도죄의 기수시기

1. 기수시기 판단기준

절도죄의 실행행위는 '절취'이다. 형법상 '절취'란 타인이 점유하고 있는 자기 이외의 자의 소유물을 점유자의 의사에 반하여 그 점유를 배제하고 자기 또는 제3자의 점유로 옮기는 것을 말한다.[2] 형법에서는 법령용어로서 절도죄의 '절취'와 권리행사방해죄의 행위태양인 '취거'가 각기 사용되고 있는데, '절취'는 '취거'와는 달리 영득을 포함하는 개념으로 이해된다.[3] '절취'는 '타인점유의 배제'와 '새로운 점유

2) 대법원 2006. 3 .24. 선고 2005도8081 판결; 대법원 2006. 9. 28. 선고 2006도2963 판결; 대법원 2008. 7. 10. 선고 2008도3252 판결.

의 취득'을 그 내용으로 하는데,[4] 일반적으로 새로운 점유는 피해자 점유의 배제와 동시에 취득되지만, 수송중인 자동차나 화물열차에서 화물 일부를 일정지역에 투하하고 나중에 수거하는 경우와 같이 양자 사이에 시간적 간격이 있을 수도 있다.[5] 새로운 점유가 취득되었는지 여부는 사회통념 또는 경험칙에 따라 결정되는데, 행위자가 종래의 점유자의 방해를 받지 아니하고 재물을 지배하게 되었는가, 종래의 점유자는 행위자의 처분권을 제거하지 않으면 재물을 처분할 수 없게 되었는가가 기준이 된다고 할 수 있다.[6] 절도죄의 기수시기에 관해서는 종래의 학설로서 접촉설, 취득설, 이전설, 은닉설 등이 있다고 하나 오늘날 취득설이 일반적이다.[7] 따라서 절도죄는 타인의 점유를 침해하여 재물을 자기 또는 제3자의 사실상 지배하에 옮겼을 때 기수가 된다(취득설). 재물에 접촉하는 것(접촉설)만으로는 부족하지만, 재물을 장소적으로 이전하거나(이전설) 은닉하는 것(은닉설)까지 요구되지는 않는다.[8] 그러나 취득설에 의하여 절도죄의 기수시기를 정한다고 하더라도 구체적인 개별사안에서 그 시기가 언제인가는 명백하지 않다. 재물이 부피가 작고 가벼운 경우라면 행위자가 접촉하는 즉시 새로운 점유 취득이 용이할 것이다. 그러나 행위자가

3) 오영근, 「형법각론」(제2판), 박영사, 2009, 328면; 정성근/박광민, 「형법각론」(제4판), 삼영사, 2011, 295면. 그러나 대법원은 '절취'와 '취거'의 의미를 구별하지 않는 듯하다(대법원 2001. 10. 26. 선고 2001도4546 판결; 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005도8081 판결; 대법원 2006. 9. 2. 선고 2006도2963 판결 등).

4) 이재상, 「형법각론」(제8판), 박영사, 2012, 267면.

5) 이재상, 각주 4)의 책, 269면; 김일수, 각주 1)의 책, 539면. 물론 이러한 경우에도 자신만이 알 수 있는 장소에 떨어뜨리거나 공범들이 미리 떨어뜨린 장소에서 대기하고 있었다면 완전하게 새로운 점유를 취득한 것으로 인정될 것이다(이정원, 「형법각론」, 신론사, 2012, 291면).

6) 이재상, 각주 4)의 책, 269면; 김일수, 각주 1)의 책, 541면.

7) 김일수, 각주 1)의 책, 539면; 임 웅, 「형법각론」(제4정판), 법문사, 2012, 297면; 오영근, 각주 3)의 책, 335면; 김성돈, 「형법각론」, 성균관대학교출판부, 2008, 260면; 정성근/박광민, 각주 3)의 책, 298면; 김성천 · 김형준, 「형법각론」(제2판), 동현출판사, 2006, 421면; 정영일, 「형법각론」(제3판), 박영사, 2011, 263면; 이형국, 「형법각론」, 법문사, 2007, 322면; 정웅석/백승민, 「형법강의 (전정제2판), 대명출판사, 2009, 1047면. 이정원, 각주 4)의 책, 292면에서는, '취득설'보다 '장악설'로 칭함이 적절하다면서, 절도죄의 기수시점인 '재물에 대한 지배력의 장악'은 절도죄의 구성요건적 행위의 완성인 '재물에 대한 새로운 점유의 설정'과 동일한 시점이 된다고 설명하고 있다.

8) '이전설'이나 '은닉설'이 '타인점유의 배제'와 '새로운 점유의 취득'을 내용으로 하는 '절취'개념을 부인하는 것은 아닐 것이다. '취득설'과의 차이는 단지 '새로운 점유의 취득'과 관련하여 '점유'개념의 사회적 · 규범적 요소의 수용정도에 따라 학설마다 사실관계 포섭범위가 달라지는 데 기인하는 것으로 생각된다.

타인의 주거나 창고 등에 들어가 재물을 절취하는 경우에는 그 재물의 외부 반출가능성을 고려할 필요가 있다. 더구나 행위객체인 재물이 부피가 크고 중량이 무거워서 이전 또는 은닉이 용이하지 않은 경우에는 행위자가 그 재물에 대한 사실상의 지배관계를 설정하기도 용이하지 아니하므로 그 재물의 장소적 이전가능성을 고려하지 않을 수 없다.

2. 구체적인 개별사안 검토

절도죄는 재물에 대한 사실상의 지배관계의 취득 즉 행위자가 재물에 대한 타인의 점유를 배제하고 새로운 점유를 취득하면 기수가 된다. 부피가 작고 중량이 가벼운 재물이 행위객체인 경우에는 피해자 점유의 배제와 동시에 새로운 점유의 취득이 인정되어 기수가 된다는 데 이론이 없다. 예컨대, 호주머니나 핸드백 속에 숨길 수 있는 반지 같은 작은 재물의 절취는 행위자가 재물을 호주머니나 핸드백 속에 넣자마자 기수가 된다. 마찬가지로 친구 집에 놀러갔던 중학생이 그 집 안방 화장대 서랍 속에 들어있는 현금을 꺼내 자신의 상의 안주머니에 넣으면 바로 기수가 된다.[9] 재물을 '운반의 용이성'을 기준으로 구분하여, 돈이나 옷 또는 일상용품과 같이 쉽게 운반할 수 있는 재물은 손에 잡거나 호주머니 또는 가방에 넣는 것만으로도 기수가 된다는 설명[10]도 같은 의미로 이해된다. 또한 새로운 점유의 취득 여부의 판단은 '사회통념'에 따라야 한다며, 중량이 가볍고 크기가 작은 재물은 몸에 소지하거나 가방・보따리 등에 넣었을 때 기수가 된다는 견해[11]도 같은 취지의 설명이다. 따라서 상점에 진열된 상품을 절취하는 경우에는 범인이 재물을 호주머니나 품속에 넣었을 때 또는 옷자락이나 치마폭으로 감싸거나 다른 재물 사이에 끼워 넣어 외부에서 잘 보이지 않게 감추었을 때 기수가 된다. 소매치기의 경우에는 목적물을 피해자의 주머니 밖으로 끄집어냈을 때 기수가 된다. 소매치기는 통상 목적물을 피해자의 소지로부터 이탈시키자마자 순식간에 공범의 손에 넘기거나 타인의 보지 못

9) 김일수, 각주 1)의 책, 540면.
10) 이재상, 각주 4)의 책, 270면; 배종대, 「형법각론」(제8전정판), 홍문사, 2013, 370면.
11) 임 웅, 각주 7)의 책, 297~298면.

하는 장소에 떨어뜨려서 사실상 자신의 지배하에 두는 경우가 많으므로 일단 피해자의 주머니에서 꺼낸 이상 사실상 범인의 지배하에 들어갔다고 보는 것이 타당하기 때문이다.[12)]

행위자가 타인의 주거나 창고 등에 들어가 재물을 절취하는 경우는 일반적으로 재물을 밖으로 반출하는 단계에 이르면 기수가 된다. 예컨대 피해자 집의 광에서 백미를 자루에 담아 그 집을 나오려고 하다가 발각된 경우,[13)] 방 안에서 라디오와 탁상시계를 가지고 나오다가 피해자에 발각되자 탁상시계는 방문 밖에 떨어뜨리고 라디오는 방안에 던진 채 달아난 경우,[14)] 창고에서 동판과 전선을 밖으로 들고 나와 손수레에 싣고 운반해 가다가 방범대원에게 발각되어 체포된 경우,[15)] 피해자가 경영하는 카페의 내실에 침입하여 정기적금통장을 꺼내들고 카페로 나오던 중 발각되어 돌려준 경우[16)] 등은 모두 기수로 인정된다. 대형 슈퍼마켓과 같은 상점에서 절취할 재물을 운반편의상 장바구니나 카트에 넣은 경우에는 종업원 모르게 계산대를 통과한 때 기수가 된다는 견해[17)]도 유사한 입장으로 이해된다. 그러나 타인의 공장에 들어가 공구를 빈 포대에 집어넣었으나 인기척에 당황하여 그 포대를 둔 채 도망쳐 나왔다면 미수에 불과하고, 공장의 직공이 공장 내의 은밀한 장소에 감추어둔 용기에 제품을 다 채우면 적당한 기회를 보아 들고 나올 생각으로 제품을 한두 개씩 채우다가 발각된 경우에도 미수에 그친 것으로 본다.[18)]

가장 문제가 되는 것은 다음 부피가 크고 중량이 무거워서 이전 또는 은닉이 용이하지 않은 재물(예컨대 무거운 기계 · 피아노 · 냉장고 · 카펫 · 가구 또는 쌀가마니 등)을 절취하는 경우이다. 이러한 경우의 기수시기에 관하여는 견해가 나뉘고 있으며 그 판단기준에 다소 차이를 보이고 있다.

먼저 ① '피해자의 지배범위를 벗어나야' 기수가 된다는 견해가 있다.[19)] 이 입장

12) 박재윤, 「주석 형법」(제4판)[각칙(5)], 333면.
13) 대법원 1964. 12. 8. 선고 64도577 판결.
14) 대법원 1964. 4. 22. 선고 64도112 판결.
15) 대법원 1984. 2. 14. 선고 83도3242 판결.
16) 대법원 1991. 4. 23. 선고 91도476 판결.
17) 임 웅, 각주 7)의 책, 298면.
18) 김일수, 각주 1)의 책, 540면.
19) 이재상, 각주 4)의 책, 270면; 오영근, 각주 3)의 책, 335면; 정웅석 · 백승민, 각주 7)의 책, 1047면;

에서는, 내리막길에 세워놓은 타인의 승합차를 절취할 생각으로 그 차량의 조수석 문을 열고 들어가 시동을 걸려고 시도하는 등 차 안의 기기를 이것저것 만지다가 핸드브레이크를 잘못 건드려 풀리는 바람에 그 차량이 시동이 걸리지 않은 채 10m 가량 굴러 내려가다가 가로수를 들이받고 멈추게 되었다면 기수가 아니라 미수가 된다는 판결[20]도 행위자가 피해자의 지배범위를 벗어나지 못했기 때문에 미수가 된 것으로 이해한다. 같은 입장에서 위 94도1522판결이 새로운 점유의 창설을 위하여 적어도 장소적 이전을 요구하고 있다고 이해하면서, 부피가 큰 피아노나 TV세트, 자동차 등에 대한 절도는 피해자의 지배범위를 넘어섰을 정도의 장소적 이전으로 새로운 점유가 인정될 때 국한하여 기수가 된다는 견해도 있다.[21] 이 견해에 따라 기수가 인정되려면 시동을 걸어 자동차를 운전하고 상당한 거리를 이동해야 할 것이다. 그러나 피해자의 지배범위를 벗어나야 기수가 된다고 하면서 도품의 장소적 이전이 기수의 요건이라고 한다면 그 한도에서는 이전설과 차이가 없게 된다.

다음 ② '피해자의 지배범위를 벗어날 수 있는 상태가 되었을 때' 기수가 된다는 견해[22]가 있다. 예컨대 재물의 운반을 위해 자동차에 적재를 완료한 상태는 여기에 해당된다고 한다. 최소한 반출준비를 완료하였을 때 기수가 된다는 견해[23]도 같은 입장으로 이해된다. 이 견해는 기수가 되기 위해서 재물의 장소적 이전을 요구하는 것은 아니지만 최소한 이전준비는 완료되어야 한다는 입장이다. 이 견해에 따르면 앞에서 본 94도1522 차량절도사건[24]의 경우 행위자가 시동을 거는 순간 기수가 되고 일정한 거리의 이동여부는 문제되지 않는다고 보게 된다.[25] 이 입장에서는 벌채

이형국, 각주 7)의 책, 322면.

20) 대법원 1994. 9. 9. 선고 94도1522 판결.

21) 허일태, "영산홍사건", 「형사법연구」제21권 제2호, 한국형사법학회, 2009, 288면.

22) 배종대, 각주 10)의 책, 371면에서는, 운반이 용이하지 않은 물건, 예컨대 피아노 · 냉장고 · 가구 · 기계 · 쌀가마니 등을 피해자의 지배범위를 벗어날 수 있는 상태가 되었을 때(이전설) 절도죄의 기수가 성립한다고 보는 것이 옳다고 하면서, 운반을 위해 자동차에 적재를 완료한 상태는 여기에 해당한다고 볼 수 있다고 설명하고 있다. 저자가 (이전설)이라고 표기한 것은 이전설을 취한다는 의미가 아니라 취득설을 취하지만 행위객체인 재물의 장소적 이전가능성을 고려하여야 한다는 의미가 아닌가 생각한다.

23) 박상기, 「형법각론」(제8판), 박영사, 2011, 256면; 임 웅, 각주 7)의 책, 298면; 김성돈, 각주 7)의 책, 260면; 정성근/박광민, 각주 3)의 책, 298면.

24) 앞의 각주 20)의 판결.

25) 배종대, 각주 10)의 책, 371면.

한 수목이나 들어낸 피아노를 도로나 대문 밖까지 옮긴 것만으로는 아직 기수라고 할 수 없다고 한다.[26]

나아가 ③ '행위자가 재물이 있던 영역으로부터 벗어나기 시작한 때' 또는 '그 재물이 있던 자리에서 더 이상 눈에 띄지 않을 만큼 옮겨놓은 때' 기수가 된다는 견해[27]가 있다. 이들 견해 중 전자는 앞에서 본 ①견해와 ②견해 사이의 중간적 견해라고 할 수 있고, 후자는 ①견해와 다름이 없으므로 ①견해에 대한 비판이 그대로 해당된다. 그런데 이 ③견해는 기수시기의 판단기준에 통일성이 없을 뿐만 아니라, 어느 경우에는 재물이 있던 영역으로부터 벗어나기 시작한 때 기수가 되고, 어느 경우에는 더 이상 눈에 띄지 않을 만큼 옮겨놓은 때 기수가 되는지 그 구별기준이 분명하지 않다는 약점이 있다. 아무튼 이 ③견해에 따르면 앞에서 본 94도1522 차량절도사건[28]의 경우 행위자가 시동을 걸어 출발하기 시작한 때 또는 상당한 거리를 이동했을 때 기수가 된다고 보게 될 것이다.

생각건대, 절도죄의 기수시기에 관하여 이전설을 취하지 않는 이상 재물의 장소적 이전이 있어야만 기수가 된다고 할 수는 없다. 그러나 기계 · 피아노 · 냉장고 · 카펫 · 가구 또는 쌀가마니 등과 같이 부피가 크고 중량이 무거워서 이전 또는 은닉이 용이하지 않은 재물을 절취하는 경우에는 그 기수시기에 관하여 재물의 반출 또는 장소적 이전가능성을 고려하지 않을 수는 없다. 왜냐하면 '절취'는 '타인점유의 배제'와 '새로운 점유의 취득'을 그 내용으로 하는데, 타인점유 배제의 완료시점과 새로운 점유 취득시점은 개념상 구분되므로,[29] 새로운 점유의 취득 시점이 언제인가는 구체적인 개별사안에 따라 판단이 달라질 수 있기 때문이다. 이는 기본적으로 형법상의 점유개념 자체가 재물에 대한 사실상의 지배나 지배의사의 정도 · 범위에 의해서만 결정되는 것이 아니라 사회적 · 규범적 요소에 의하여 확대되거나 제한되는 데 기인한다. 사회적 · 규범적 요소는 점유개념에 사회통념 또는 경험칙에 따른 판단을 반영하는 것인데, 사회통념 또는 경험칙에 비추어 부피가 크고 중량이 무거운 재물의 경우 이를 외부로 반출 · 이전할 준비가 완료되지 않았다면 행위자가 새

26) 정성근/박광민, 각주 3)의 책, 299면.
27) 김일수, 각주 1)의 책, 540면.
28) 앞의 각주 20)의 판결.
29) 앞의 각주 5)에서 본 바와 같이 양자 간에 시간적 간격이 있을 수도 있다.

로운 점유를 취득한 것으로 보기 어렵다. 따라서 이전설을 취하는 것과 같이 실제로 재물의 반출 또는 장소적 이전이 실행되어야 하는 것은 아니지만 재물의 반출・이전준비를 완료하였을 때 또는 이동하기 시작하였을 때 기수가 된다고 보는 것이 타당하다. 이는 위에서 본 여러 견해 중 ②견해와, ③견해 중 '행위자가 재물이 있던 영역으로부터 벗어나기 시작한 때' 기수가 된다는 견해를 결합한 입장이라고 할 수 있다. 이렇게 본다면 기수시기 판단기준에 통일성이 없다는 비판이 있을 수 있으나, 재물의 반출・이전준비를 완료한 시점과 이동하기 시작한 시점은 사실상 거의 차이가 없을 것이다. 차량절도사안의 경우에는 행위객체인 차량 자체가 이동이 가능하므로 반출・적재가 필요 없다는 점을 감안하여야 한다. 따라서 앞에서 본 94도1522 차량절도사건[30]의 경우 행위자가 차의 시동을 건 시점 또는 시동을 걸어 출발하기 시작한 시점에 기수가 인정될 것이다.[31] 이렇게 본다면 기수가 성립하는 데 실제로 피해자의 지배범위를 벗어날 것까지는 요구되지는 않는다. 현실적으로 피해자의 지배범위를 벗어난 상태가 되면 이는 기수 이후의 단계인 범죄의 '종료'로 파악될 수 있을 것이다(다음 3. 참조).

대명률(大明律)에서도 절도의 기수시기에 관하여, "기물(器物)이나 금전이나 포백(布帛) 따위는 절취한 곳에서 딴 곳으로 옮겨 놓은 것이라야 도죄(盜罪)가 성립하고, 주옥(珠玉)이나 보화 따위는 손에 넣어 감추었으면 비록 아직 가져가지 않았더라도 또한 도죄가 성립한다. 나무・돌・무거운 기물 따위로서 사람의 힘으로 이겨낼 수 없는 것은 비록 처음 있던 곳에서 옮겼더라도 아직 차마(車馬) 등에 싣기 전에는 도죄가 성립하지 아니 하며, 말・소・낙타・노새 따위는 우리나 외양간에서 끌어내야 하고, 매(鷹)나 개 따위는 자기 마음대로 할 수 있도록 자기가 잡고 있어야 도죄가 성립한다"라고 규정하고 있었다고 한다.[32]

30) 앞의 각주 20)의 판결.

31) 다만, 차량절취의 방법이 시동을 걸어 운전하고 가는 경우가 아니라 견인차량 또는 차량운반차량을 이용하는 경우 등에는 피아노・냉장고 등에 대한 절도의 경우와 마찬가지로 생각해야 할 것이다.

32) 법제처, 「대명률직해」, 법제자료 제13집, 1964, 402~403면.

3. 기수와 종료

고의범의 경우 행위자의 범죄의사가 범죄로 실현되는 데는 여러 단계를 거치게 되는데 시간의 흐름에 따라 '범행결의'→'예비'→'실행의 착수'→'미수'→'기수'→'종료'의 단계에 이르는 것으로 파악할 수 있다.[33] '기수'는 실행에 착수한 행위가 구성요건 내용을 충족한 경우이고, 범행의 '종료'는 보호법익에 대한 침해가 실질적으로 끝난 경우 또는 행위자의 범행결의가 실질적으로 실현된 경우라고 할 수 있다.[34] '기수'는 구성요건이라는 법률적 형식을 기준으로 판단하지만 '종료'는 행위자의 구체적인 의사나 외부적 사정이라는 사실상의 기준으로 판단하는 점에서 양자를 구별할 수 있다.[35] 형법 제25조 제1항의 '실행행위의 종료'는 '기수'를 의미하며, 형사소송법 제252조 제1항의 '범죄행위의 종료'는 '종료'를 의미하는 것으로 이해된다.[36] '기수'와 '종료'를 구별하는 실익은 ① 공소시효의 기산점은 기수시가 아니라 종료시이며, ② 범죄의 기수 이후에도 종료 이전까지는 방조범의 성립이 가능하고, ③ 기수 이후라도 종료 이전까지는 정당방위가 가능하다는 점 등이라고 설명된다.[37] 이러한 범죄의 종료이론은 범행의 내용적 고찰을 통하여 파악되는 불법성을

33) 이재상, 「형법총론」(제7판), 박영사, 2011, 358면; 임 웅, 「형법총론」(제4정판), 법문사, 2012, 345~346면; 배종대, 「형법총론」(제11판), 홍문사, 2013, 497~498면; 손동권, 「형법총론」(제2전정판), 율곡출판사, 2006, 395~396면; 정영일, 「형법총론」(제3판), 박영사, 2010, 327~328면; 이정원, 「형법총론」, 신론사, 2012, 260~261면; 김성천/김형준, 「형법총론」(제3판), 동현출판사, 2005, 456~457면; 이형국, 「형법총론」(제4판), 법문사, 2007, 220~222면; 정성근/박광민, 「형법총론」(제5판), 삼영사, 2011, 368~371면. 정웅석/백승민, 각주 7)의 책, 393~395면; 다만, '기수'와 구별되는 '종료'라는 용어에 관하여는 다소 혼선이 있다. 김일수, 「한국형법 II」[총론 하] (개정판), 박영사, 1997, 152~153면에서는 '기수'를 종료단계라고 하고 '기수' 이후의 '완수'를 완료단계라고 설명하고 있으며, 신동운, 「형법총론」(제7판), 법문사, 2013, 464면에서는 '기수' 이후의 단계를 범죄의 '완료' 또는 '완성'이라고 하고 있고, 손동권, 각주 33)의 책, 396면에서는 '기수' 이후의 단계를 '완료' 내지 '종료'라고 하고 있으나, '기수' 이후의 단계를 '종료'라고 하는 것이 다수 견해로 보이므로 이 글에서도 이에 따르기로 한다. 그런데 '종료'가 반드시 '기수'를 전제로 하는 것은 아니다. 절도가 '기수'에 이르기 전에 발각되어 범인이 체포된 경우에는 '미수'단계에서 범죄가 '종료'된 것이다.

34) 이재상, 각주 33)의 책, 359면; 김일수, 각주 33)의 책, 153면; 배종대, 각주 33)의 책, 498면; 신동운, 각주 33)의 책, 465면.

35) 임 웅, 각주 33)의 책, 346면.

36) 김일수, 각주 33)의 책, 152~153면; 배종대, 각주 33)의 책, 498~499면; 김성돈, 「형법총론」, 현암사, 2006, 462면.

문제 삼고 있다고 하며 '종료' 개념의 확정을 위한 여러 기준이 소개되고 있다.[38] ① 범죄의 종료시점은 구성요건요소가 실현되었는지 여부가 아니라 구체적인 범행의 실현과정을 전제적으로 고찰하여 결정하여야 한다는 입장이 있는데, 이 입장의 의도는 범죄의 종료시점을 법감정과 일치시키려는 데 있다고 한다. ② 법익침해를 기준으로 삼아 범죄는 법익이 완전히 침해되었을 때 비로소 종료된다는 입장도 있다고 한다. 예컨대 절도죄의 경우 도품을 절취한 후 일정한 정도의 점유확보상태에 이르러야 비로소 절도가 종료된다는 것이다. ③ 목적범의 경우에는 범죄의 기수와 종료시점이 일치하지 않으며 목적이 달성되어야 비로소 범죄가 종료된다고 보는 입장이 있다고 한다. ④ 행위종료와 결과종료를 구분하고, 범행이 기수에 이른 후 구성요건에 부합하는 행위방법으로 행위가 계속되다가 종료되거나(행위종료), 구성요건적 결과의 발생이 계속되다가 종료되었을 때(결과종료) 종료 개념을 인정할 수 있다는 입장이 있다고 한다. 이와 같은 종료개념에 대하여, 상태범 또는 목적범에서 범죄의 '종료' 또는 실질적 기수 개념은 불필요하다는 견해도 있다.[39] 그 이유는 법익의 완벽한 보호를 위한 구성요건의 확장해석은 죄형법정주의의 대명제에 우선할 수 없기 때문이라고 한다.[40] 이에 대하여, 기수와 구별되는 종료개념을 인정하고 불가벌적 사후행위가 완성되는 시점에 상태범이 종료되는 것으로 본다면 오히려 가벌성이 축소될 수도 있고, 종료개념의 인정이 죄형법정주의에 위반될 수 있다는 것은 너무 성급한 결론이라는 반론도 나와 있다.[41] 생각건대 종료개념을 과도하게 구성할 필요는 없다고 본다. 범죄의 실질적인 종료시점까지는 타인의 범행가담이 가능하다는 관점에서 종료개념은 법(구성요건) 적용의 사실적인 전제가 되는 것[42]으로

37) 이재상, 각주 33)의 책, 359면; 김일수, 각주 33)의 책, 153면; 임 웅, 각주 33)의 책, 346~347면; 배종대, 각주 33)의 책, 498~499면; 신동운, 각주 33)의 책, 465면; 손동권, 각주 33)의 책, 396면; 정영일, 각주 33)의 책, 328~330면; 정웅석/백승민, 각주 7)의 책, 395면; 김성천/김형준, 각주 33)의 책, 459~462면; 정성근/박광민, 각주 33)의 책, 371면; 이형국, 각주 33)의 책, 223면; 이정원, 각주 33)의 책, 261~262면.

38) 이하 '종료'개념 확정을 위한 기준 ①~④는 박상기, 「형법총론」 제9판, 박영사, 2012. 350~351면에 소개된 내용을 참조하여 요약한 것이다.

39) 박상기, 각주 38)의 책, 353면; 오영근, 「형법총론」(제2판보정판), 박영사, 2012, 475면.

40) 박상기, 각주 38)의 책, 352면.

41) 김성룡, "기수와 종료의 구별가능성과 실익", 「형사법연구」 제26호, 한국형사법학회, 2006, 362면.

42) 이정원, 각주 33)의 책, 262면.

이해하면 족하다. 따라서 목적범의 경우 목적이 달성되어야 비로소 범죄가 종료된다는 입장은 종료개념의 인정범위가 과도하여 수긍하기 어렵다. 위조문서를 행사하여야 해당 문서 위조죄가 종료되고, 피무고자에 대한 징계처분 또는 형사처벌이 이루어져야 무고죄가 종료된다고 보는 것은 지나치기 때문이다.

이제 대상판결 사안과 관련하여 살펴본다. 절도죄는 상태범이다. 일반적으로 상태범은 감금죄와 같은 계속범과는 달리 구성요건적 결과의 발생 즉 기수와 동시에 범죄행위도 종료되는 범죄로 이해된다. 물론 대부분의 경우 상태범은 실행행위의 종료 또는 결과의 발생으로 기수가 되고 동시에 종료하기 때문에 기수 이후에는 공범가담이 불가능할 것이다. 그러나 상태범도 개별사안에 따라서는 형식적 기수와 실질적 종료 사이에 공범성립이 가능한 경우가 있을 수 있다.[43] 위에서(Ⅱ. 1) 살펴본 바와 같이 '타인점유의 배제' 시점과 '새로운 점유의 취득' 시점이 일치하지 않을 수도 있는데, 이는 '타인점유의 배제'도 점유개념의 사회적 · 규범적 요소에 따라서 사회통념 또는 경험칙에 따라 결정되어야 하기 때문이다. 따라서 새로운 점유를 취득한 것으로 인정되지만 아직 완전하게 타인의 점유를 배제하였다고는 볼 수 없는 경우에는 절도죄가 기수에 이르렀으나 종료되지는 아니하였다고 평가할 수 있는 것이다. 이와 관련하여, ① 절도죄는 타인의 재물을 절취함으로써 기수에 이르지만 도품을 안전한 장소에 운반하였을 때 또는 범행장소에서 무사히 빠져 나왔을 때 종료되고, 기수와 종료 사이에 방조범 성립이 가능하다는 설명,[44] ② 재물에 대한 점유의 취득으로 기수가 되고 재물의 이전이나 은닉의 시점이 사실상의 '종료'에 해당한다고 설명,[45] ③ 절취의 기수와 종료는 구분되며, 절취의 종료는 새로운 점유의 취득이 행위자가 원하는 범위 내로 들어갔을 때 비로소 이루어지는데 절취의 기수와 종료 사이에 정당방위가 가능하며 종범의 성립도 가능하다는 설명,[46] ④ 재물절

43) 이정원, 각주 33)의 책, 67면. 배종대, 각주 33)의 책, 498~499면에서는, 범죄의 기수가 성립한 후 보호법익에 대한 침해행위가 실질적으로 끝났을 때 범죄행위는 비로소 종료된다고 하면서, 감금죄와 같은 계속범의 경우에는 '구성요건의 계속실현', 절도죄와 같은 상태범의 경우에는 '구성요건 이후의 행위'라는 소제목을 붙여 설명하고 있다.

44) 배종대, 각주 33)의 책, 499면; 신동운, 각주 33)의 책, 465면; 김성천/김형준, 각주 33)의 책, 458면; 신동운, 「판례백선 형법각론1」, 경세원, 2001, 271~272면.

45) 임 웅, 각주 7)의 책, 297면.

46) 이형국, 각주 7)의 책, 322면.

취에서 취득이 있으면 기수가 되나 재물소유자의 지배권을 배제하였을 때 종료되고, 기수 이후에도 종료시까지는 방조범 성립이 가능하다는 설명,[47] ⑤ 절도범이나 강도범의 도주로를 확보해 주는 경우 절도죄・강도죄의 공범으로 평가될 수 있다거나[48] ⑥ 절도현장에서 추격당하는 범인을 도와줄 의사로 추격하는 사람과 일부러 충돌하여 범인의 체포를 면하게 하는 행위는 절도방조죄에 해당한다[49]는 교과서 사례 등은 동일한 이해를 바탕으로 하고 있는 것으로 보인다. 요컨대 상태범이라도 개별사안에 따라서 기수시점과 종료시점이 상이한 경우 '종료'에 이르기 전까지 방조범의 성립은 가능하다. 그러나 상태범은 '기수' 이후에는 실행행위를 분담할 수 없으므로 공동정범이 성립할 수는 없다. 공동정범이 성립할 수 없다면 시간적・장소적 협동관계도 상정할 수 없으므로 합동범도 성립할 수 없게 된다. '기수' 이후 '종료' 이전단계에서는 장물취득죄는 성립하지 않는다.[50] 아직 절도죄가 '종료'에 이르지 않았으므로 원소유자의 추구권을 논할 단계가 아니기 때문이다.

그렇다면 대상판결 사안에서 범죄의 종료 개념의 인정 여부에 따라 피고인들이 부담하게 될 형사책임을 비교해보자.[51] 범죄의 '종료' 개념을 인정하지 않는다면, 피고인 1은 단순 절도죄와 장물운반 교사죄의 경합범으로 처벌받게 된다. 피고인 2는 장물운반죄에 해당된다.[52] 범죄의 '종료' 개념을 인정한다면 피고인 1은 단순 절도죄로, 피고인 2는 단순 절도 방조죄로 처벌받게 된다. 그러나 절취행위가 실질적으로 종료되지 아니한 상태에서 장물죄가 성립된다는 것은 아무래도 어색하다. 이와 달리 범죄의 '종료' 개념을 인정하는 경우 피고인 1은 단순 절도죄로만 처벌받게 되면서도 범행 가담자인 피고인 2에 대한 처벌도 가능하므로 법익보호에 충실을 기할 수 있을 뿐만 아니라 일반 국민의 법감정에도 부합된다고 생각한다. 왜냐하면 피고인 2는 절취행위에 개입한 이후부터 사건진행을 장악하고 사태의 핵심형상을 조종하며 영산홍을 운반하였고, 피고인 1과 관계없이 사태를 저지 또는 완성시킬

47) 정성근/박광민, 각주 33)의 책, 371면.
48) 이정원, 각주 33)의 책, 261면.
49) 이형국, 각주 7)의 책, 322면.
50) 신동운, 각주 33)의 책, 465면.
51) 건조물침입의 점은 이 글의 주제와 무관하므로 논외로 한다.
52) 다만, 대상판결 사안에서는 피고인 2는 본범인 피고인 1과의 신분관계로 인하여 형의 감면을 받게 된다(형법 제365조제2항).

수 있는 지위에 있었다고 볼 수 있으므로[53] 절취행위에 관여한 것으로 보아야지 절취행위가 종료된 후 도품의 운반에 관여한 것으로 보는 것은 부당하기 때문이다.

III. 대상판결 이유 분석

1. 기수 여부

대법원은 대상판결의 결론을 내리기 전에 수목(樹木)[54]절도죄의 기수시기에 관한 법리를 설시하고 있다. 즉 "입목을 절취하기 위하여 이를 캐낸 때에는 그 시점에서 이미 소유자의 입목에 대한 점유가 침해되어 범인의 사실적 지배하에 놓이게 됨으로써 범인이 그 점유를 취득하게 되는 것이므로, 이때 절도죄는 기수에 이르렀다고 할 것이고, 이를 운반하거나 반출하는 등의 행위는 필요로 하지 않는다"라는 것이다. 이와 같은 설시는 '타인점유 배제의 완료'와 '새로운 점유의 취득'은 동시에 이루어진다는 명제 즉 '타인점유 배제의 완료시점'과 '새로운 점유의 취득시점'은 동일하다는 명제가 언제나 타당하다는 것을 전제로 하는 것이다. 그러나 위 명제는 행위객체가 부피가 작고 가벼운 재물인 경우에는 타당하나, 행위객체가 부피가 크고 중량이 무거워서 이전 또는 은닉이 용이하지 않은 재물인 경우에는 타당하다고 할 수 없다. 앞에서(Ⅱ. 2.) 본 바와 같이, 부피가 크고 중량이 무거운 재물의 경우 이를 외부로 반출・이전할 준비를 완료하였을 때 또는 이동하기 시작하였을 때 기수가 된다고 보는 것이 타당하기 때문이다. 그러나 대법원은 위에서 설시한 법리를 대상판결 사안에 적용하여 결론을 내리고 있다. 즉 "피고인 1이 영산홍을 땅에서

53) 하태영, "입목절도죄의 기수시기와 가담범의 형사책임", 「동아법학」제47호, 동아대학교법학연구소, 2010, 476면.

54) 대상판결 사안의 행위객체를 '입목'이라고 지칭하기도 하나, '입목'은 '입목에 관한 법률'에 의하여 등기된 '수목의 집단'을 말하는 것인데(동 법률 제2조 제1항 제1호), 대상판결 사안의 행위객체는 '수목의 집단'이 아니다(등기된 것으로 보이지도 않음). 이 글에서는 대상판결의 표현을 인용하는 경우가 아니면 '수목'으로 지칭한다. 또한 '수목'은 토지의 정착물로서 부동산이지만 토지에서 분리되는 순간 동산이 되므로 '수목'절취행위를 처벌한다고 하여 부동산절도를 긍정하는 입장과 연결되는 것도 아니다(안동준, 「형법각론의 재구성」, 전남대학교출판부, 2007, 240면).

캐낸 그 시점에서 이미 피해자의 영산홍에 대한 점유가 침해되어 그 사실적 지배가 피고인 1에게 이동되었다고 봄이 상당하므로, 그때 피고인 1의 영산홍 절취행위는 기수에 이르렀다"라는 것이다.

요컨대, 대법원은 행위객체가 수목과 같이 부피가 크고 중량이 무거워서 이전 또는 은닉이 용이하지 않은 재물인 경우에도 '타인점유 침해의 완료시점'과 '새로운 점유 취득시점'을 동일시하는 입장이다. 대법원이 수목절도사안의 경우에도 이와 같은 입장을 취하고 있는 근거는 어디에 있을까? 생각건대 산림절도사건에서 수목의 벌채행위가 종료됨과 동시에 기수가 되고 벌채된 수목의 반출을 요하지 않는다는 일본 판례[55]의 영향을 받은 것으로 짐작된다. 왜냐하면 대상판결의 "…입목을 절취하기 위하여 이를 캐낸 때에는 그 시점에서 이미 소유자의 입목에 대한 점유가 침해되어 범인의 사실적 지배하에 놓이게 됨으로써 범인이 그 점유를 취득하게 되는 것"이라는 설시가 위 일본 판례의 요지와 유사하고, 대상판결의 입장을 지지하는 법원내부 인사의 글[56]에서도 관련 일본 판례가 소개되고 있기 때문이다.[57] 그러나 위 일본 판례는 그 결론의 당부는 차치하고서라도 대상판결 사안에 원용하기에는 적절하지 않다. 왜냐하면 위 일본 판례의 사안은 모두 수목을 '벌채'(伐採)한 경우 즉 수목(樹木)[58] 즉 생육(生育)중인 나무를 베어내어 취득한 사안이다. 수목은 벌채되는 즉시 목재가 되며 더 이상 수목으로의 회복이 불가능하다. 그러나 대상판결 사안은 그 행위객체인 영산홍이 뿌리가 상하지 않도록 뿌리 부분의 흙까지 같이 캐내어져 있는 경우이다. 원상회복 시키려면 그 영산홍을 캐냈던 자리에 그대로 갖다 놓고 흙만 다시 덮어주면 된다. 일본 판례 사안은 수목으로의 원상회복이 불가능하

55) 박재윤, 각주 12)의 책, 335면 각주 121)의 日最決 1965. 5. 29. 선고(刑集 19-4, 426); 문상배, "입목절도죄의 기수시기", 「형사재판의 제문제」제6권, 형사실무연구회, 2009, 291면에 소개된 日大判 昭16. 5. 22.(集20卷311面); 하태영, 각주 53)의 글, 466면 각주 33)의 日大判 大正 12. 2. 28. 판결.

56) 문상배, 각주 55)의 글, 287~294면.

57) 日最決 1965. 5. 29. 선고(刑集 19-4, 426)의 요지는 "산림절도에 있어서는 입목의 벌채행위의 종료와 동시에 기수가 되고 반출을 필요로 하지 않는다"라고 소개되고 있고, 日大判 昭16. 5. 22.(集20卷311面)의 요지는 "입목을 절도행위로 벌채한 때에는 그 시점에서 이미 범인의 현실적 실력지배 하에 두어 그 소지를 취득한 것이므로 절도의 기수로 보아야 하고, 이를 타에 반출하는 등의 처분행위를 필요로 하는 것이 아니다"라고 소개되고 있다.

58) 국립국어원 표준국어대사전에서는 '수목'을 '살아있는 나무'라고 정의하고 있다.

므로 벌채 즉시 기수가 된다고 하더라도 일리가 있다. 이미 수목소유자의 손해가 불가역적인 결과로 현실화되었기 때문이다. 대상판결을 지지하는 글에서도 "토지에 정착된 입목이나 단단하게 고정된 구조물 등에 있어서는, 그 입목을 벌채하는 순간 또는 구조물의 일부를 구조물로부터 분리하는 순간 그 형상 자체의 변경을 초래함은 물론 이를 원상회복하는 것이 불가능하거나 원상회복하는 데 상당한 시간과 비용이 들게 되어 그 자체로 피해자의 사실적 지배를 침해한 것으로 평가할 수 있기 때문이다"라고 하면서 이 점을 강조하고 있다.[59] 따라서 수목절도죄의 기수시기에 관하여 산림절도사건에 관한 일본판례를 답습한 듯한 대상판결의 입장은 이 점에서도 수긍할 수 없다. 또한 위 글에서는 "이 견해는 입목 등 정착물의 경우 토지 등으로부터 분리되는 순간에 기수를 인정함으로써 법률관계를 획일적이고 간명하게 처리할 수 있다는 장점이 있다"고 평가하고 있다. 이로써 그 글의 필자는 행위객체가 부피가 작고 가벼운 재물인 경우이건 부피가 크고 중량이 무거워서 반출(이전) 또는 은닉이 용이하지 않은 재물인 경우이건 상관없이 획일적으로 기수시기를 정하는 입장임을 분명히 하고 있다. 그러나 이처럼 어떠한 행위객체이든지 상관없이 획일적으로 기수시기를 판단하는 학자들의 견해는 찾기 어렵다. 오히려 그와는 반대로 앞에서(Ⅱ. 2.) 살펴본 바와 같이, 행위객체가 부피가 크거나 중량이 무거워서 이전 또는 은닉이 용이하지 않은 재물인 경우에는, ① '피해자의 지배범위를 벗어나야' 기수가 된다는 견해, ② '피해자의 지배범위를 벗어날 수 있는 상태가 되었을 때' 기수가 된다는 견해, ③ '행위자가 재물이 있던 영역으로부터 벗어나기 시작한 때' 또는 '그 재물이 있던 자리에서 더 이상 눈에 띄지 않을 만큼 옮겨놓은 때' 기수가 된다는 견해가 다투어지고 있을 뿐이다. 어떠한 행위객체이든지 상관없이 획일적으로 기수시기를 정하게 되면 형법정책적으로도 바람직하지 않다고 생각한다. 왜냐하면 획일적으로 기수시기를 정하게 되면 앞에서(Ⅱ. 3.) 본 바와 후행가담자에 대한 처벌이 어려워져 법익보호에 충실을 기하지 못하게 되거나 범행기여도가 비슷한 가

59) 문상배, 각주 55)의 글, 293~294면. 행위객체가 수목인 경우에는 국가의 산림보호정책이 형법정책으로 반영될 수도 있을 것이다. 그러나 절도죄의 기수시기를 판단하는 데 있어서 행위객체의 형상변경 또는 원상회복 가능여부는 고려사항이 될 수 있을 뿐이다. 보다 중요한 것은 행위객체가 수목과 같이 부피가 크고 중량이 무거워서 이전 또는 은닉이 용이하지 않은 재물인 경우 새로운 점유취득 판단기준의 내용이다.

담자 간 처벌의 형평이 깨질 수 있기 때문이다. 대상판결 사안에서 피고인 2는 절취행위에 개입한 이후부터 사건진행을 장악하고 사태의 핵심형상을 조종하며 영산홍을 운반하였고, 피고인 1과 관계없이 사태를 저지 또는 완성시킬 수 있는 지위에 있었다고 볼 수 있다.[60] 또한 새로운 점유의 취득 여부는 구체적인 개별사안마다 사회통념 또는 경험칙에 따라 결정되어야 일반 국민에게도 설득력이 있게 된다.

대상판결 사안의 행위객체인 영산홍은 높이가 약 1m 50㎝ 이상, 폭이 약 1m 정도로 그 부피가 상당히 클 뿐만 아니라 뿌리가 상하지 않도록 뿌리 부분의 흙까지 같이 캐내어져 피고인 1이 혼자서 운반하기는 어려운 수목이다. 따라서 이전설을 취하는 것과 같이 실제로 영산홍의 장소적 이전이 있어야 하는 것은 아니지만 영산홍을 승용차에 실었을 때 또는 영산홍을 실은 승용차가 이동하기 시작하였을 때 기수가 된다고 보는 것이 타당하다. 대상판결 사안에서 피고인들은 영산홍을 피해자가 운영하는 연구소의 마당 뒷편에서부터 승용차를 주차시켜 놓은 마당까지 약 20m 이동시켰을 뿐 연구소 구내를 벗어나지도 못하였고, 운반할 승용차에 싣지도 못하였으므로 미수에 그쳤다고 보아야 한다. 대명률(大明律)에서도 절도의 기수시기에 관하여, “나무・돌・무거운 기물 따위로서 사람의 힘으로 이겨낼 수 없는 것은 비록 처음 있던 곳에서 옮겼더라도 아직 차마(車馬) 등에 싣기 전에는 도죄가 성립하지 아니 한다”라고 규정하고 있었다고 한다.[61] 최근 선고된 대상판결의 이유보다 오래전 중국 명나라 때 대명률의 규정이 오늘날의 사회통념이나 경험칙에 부합하는 것처럼 느껴지는 것은 필자만의 감정일까?

2. 종료 여부

앞에서(1) 본 바와 같이 대상판결 사안에서 피고인 1의 절취행위는 기수에 이르렀다고 볼 수 없다. 그러나 대법원은 대상판결에서 이와 견해를 달리하였다. 그러면 일단 대법원의 견해와 같이 피고인 1의 절취행위가 기수에 이르렀다고 보고, 절도죄의 종료여부를 검토해보자. 대상판결 사안에서 원심이 확정한 사실관계는, ① 피

60) 하태영, 각주 53)의 글, 476면.

61) 법제처, 각주 32)의 자료집, 402~403면.

고인 1은 공소사실 기재 일시에 피해자가 운영하는 연구소 마당에 승용차를 세워 두고, 그 곳에서 약 20m 떨어진 연구소 마당 뒷편에서 피해자 소유의 영산홍 1그루를 캐냈다. ② 피고인 1은 남편인 피고인 2에게 전화를 걸어 영산홍을 차에 싣는 것을 도와 달라는 취지로 말하였고, 이에 피고인 2가 피고인 1이 있는 장소로 왔다. ③ 영산홍은 높이가 약 1m 50㎝ 이상, 폭이 약 1m 정도로 상당히 클 뿐만 아니라 뿌리가 상하지 않도록 뿌리 부분의 흙까지 같이 캐내어져 피고인 1이 혼자서 운반하기는 어려웠다. ④ 피고인들은 영산홍을 승용차가 주차된 장소까지 약 20m 거리를 운반하고, 승용차 바로 뒤에서 위 영산홍을 함께 잡고 있다가 피해자에게 발각되었다. 피고인들은 발각될 당시 미처 그 영산홍을 승용차에 싣지 못하고 있었으므로, 승용차가 출발할 준비가 된 상태도 아니었다. 그렇다면 대상판결 사안에서는 절도범이 도품에 대하여 일정한 정도의 점유확보상태에 이르기 전이거나, 범행발각을 더 이상 염려하지 않아도 될 만한 안전한 장소에 이르기 전에 범행이 발각된 것이다. 따라서 피고인 1의 절취행위가 기수에 이르렀다고 하더라도 아직 범죄가 '종료'되었다고는 할 수 없다. 그러나 대법원은 대상판결에서 절도죄가 상태범임을 전제로 하여 상태범의 기본법리에 충실하게 구성요건적 결과의 발생 즉 기수와 동시에 범죄행위도 종료되었다고 보고 공범의 성립을 인정하지 않겠다는 의사를 표명한 것으로 이해된다.[62] 그러나 앞에서(Ⅱ. 3.) 살펴본 바와 같이 상태범도 개별사안에 따라서는 형식적 기수와 실질적 종료 사이에 공범성립이 가능한 경우가 있을 수 있으며, 대상판결 사안이 이에 해당한다. 피고인 1이 새로운 점유를 취득한 것으로 인정되어 기수에 이르렀으나 아직 완전하게 타인의 점유를 배제하였다고는 볼 수 없는 경우이기 때문이다.

3. 피고인 2의 가담형태

대상판결 사안에서 피고인들은 합동절도죄로 공소제기되었다. 앞에서(1) 본 바와

62) 이와 관련하여, 대법원은 기수와 종료 내지 완료 등의 개념을 엄격하게 학설적인 의미로 구분하여 사용하지도 않고 있으며, 오히려 학설의 지배적인 입장과는 달리 기수와 종료를 구별하지 않거나 종료개념을 인정하더라도 범죄의 성립과 공소시효와 관련한 특별한 의미를 부여하지 않고 있는 것으로 볼 수 있다는 견해가 있다(김성룡, 각주 41)의 글, 354면).

같이 피고인 1의 영산홍 절취행위가 기수가 아니라면 피고인 2는 피고인 1이 기수에 이르기 전에 범행에 가담한 셈이 된다. 피고인 1이 남편인 피고인 2에게 전화를 걸어 영산홍을 차에 싣는 것을 도와 달라는 취지로 말하고, 피고인 2가 이에 응한 것은 합동절도죄의 주관적 요건인 공모가 이루어진 것으로 볼 수 있다. 또한 피고인들은 합세하여 피고인 1이 영산홍을 깨낸 지점인 연구소 마당 뒷편에서부터 승용차를 세워둔 연구소 마당까지 20m가량 영산홍을 운반하였는데, 그 영산홍은 높이가 약 1m 50㎝ 이상, 폭이 약 1m 정도로 상당히 클 뿐만 아니라 뿌리가 상하지 않도록 뿌리 부분의 흙까지 같이 캐내어진 것이었다. 피고인 2가 현장에 도착하기 전까지 피고인 1은 영산홍을 승용차가 있는 장소까지 운반하지 못하고 있었다. 후행가담자인 피고인 2는 선행행위자인 피고인 1의 절도죄 실행행위 도중에 개입하여 함께 절도죄의 구성요건적 실행행위를 한 것이다. 즉 피고인 2가 현장에 도착하기 전에 피고인 1에 의한 피해자의 점유 침해행위는 종료하였으나 아직 새로운 점유의 취득이 이루어지지 아니한 '절취행위'의 도중이기 때문에 피고인들에 대하여 합동절도죄를 인정하는 데 아무런 문제가 없다. 합동범이 성립하기 위해서는 주관적 요건으로서의 공모와 객관적 요건으로서의 실행행위의 분담이 있어야 하나, 그 공모는 법률상 어떠한 정형을 요구하는 것이 아니어서 공범자 상호간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동가공의사가 암묵리에 서로 상통하면 되고, 사전에 반드시 어떠한 모의과정이 있어야 하는 것도 아니어서 범의 내용에 대하여 포괄적 또는 개별적인 의사연락이나 인식이 있었다면 공모관계가 성립하며, 그 실행행위는 시간적으로나 장소적으로 협동관계에 있다고 볼 수 있는 사정이 있으면 되는 것이다.[63] 또한 절도죄는 강도죄와 같은 결합범도 아니고 감금죄와 같은 계속범도 아니므로 절도죄의 실행행위도중에 가담하면 승계적 공동정범의 법리와 무관하게 합동범 성립이 가능하다.[64] 대상판결 사안에서 피고인 2는 범행현장에서 필수불가결한 실행행위를 분담하였으므로 시간적・장소적 협동관계를 인정하기에도 충분하다. 견해를 달리하여, 대법원의 입장과 같이 피고인 1의 절취행위가 기수에 이르렀다고 보더라도 범

63) 대법원 1988. 11. 22. 선고 88도1557 판결; 대법원 1996. 7. 12. 선고 95도2655 판결; 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001도4013 판결; 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001도5458 판결; 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도2631 판결.

64) 박상기, 각주 38)의 책, 414면; 김성돈, 각주 36)의 책, 677면.

죄의 종료 개념을 인정한다면 피고인 2에게는 단순절도 방조죄만 성립하고 장물운반죄는 성립하지 아니한다고 보아야 한다. 왜냐하면 아직 절도의 '종료'에 이르지 않았으므로 원소유자의 추구권을 논할 단계가 아니기 때문이다.

4. 피고인들의 형사책임

대상판결 피고인들의 형사책임[65]에 관하여 여러 견해가 제시되어 있다.

가. 먼저 피고인들에게는 합동절도죄의 미수범이 성립한다는 견해가 있다.[66] 이 입장에서는, 수목 등과 같은 커다란 재물은 어느 정도 피해자의 지배범위를 벗어나야 재물을 취득하였다고 할 수 있다고 전제하고, 대상판결 사안에서 행위객체는 혼자서는 옮길 수 없는 크기의 영산홍이므로 이것을 캐낸 시점에는 피고인들이 영산홍을 사실상 지배하였다고 보기 어려울 뿐만 아니라 피해자의 점유를 완전히 배제하였다고 보기도 어렵다고 한다. 그리하여 이 사안의 기수시기는 적어도 영산홍을 승용차에 실은 시점이라고 해야 할 것이라고 한다. 생각건대 이 견해는 무엇보다도 대상판결이 기수시기를 지나치게 앞당겨 인정한 점을 적절하게 지적하였다는 점에서 타당하다. 그러나 앞에서(Ⅱ. 2. ①) 살펴본 바와 같이 피해자의 지배범위를 벗어나야 기수가 된다고 하면서 도품의 장소적 이전이 기수의 요건이라고 한다면 이전설과 별 차이가 없게 된다. 어느 정도 피해자의 지배범위를 벗어나야 재물을 취득하였다고 할 수 있다고 하면서 대상판결 사안의 경우 그 시점을 영산홍을 승용차에 실은 시점으로 본다면 이는 앞에서(Ⅱ. 2.) 살펴본 견해 중 ②에 해당한다.

나. 피고인 1에게는 단순절도죄의 기수범, 피고인 2에게는 단순절도죄의 방조범이 성립한다는 견해가 있다.[67] 이 견해는 피고인 1이 영산홍을 땅에서 캐낸 시점에 절취행위의 '기수'를 인정한 대상판결의 결론을 수용하는 한편, '기수' 이후의 '종

65) 건조물침입의 점은 이 글의 주제와 무관하므로 논외로 한다.

66) 오영근, "2008년도 대법원 형법판례 회고", 「형사판례연구」[17], 한국형사판례연구회, 2009, 630~631면.

67) 신동운, "2008년 분야별 중요판례분석"(1)형법총칙, 법률신문 2009. 3. 5.자.

료’ 개념을 인정하는 입장이다. ‘기수’ 이후에는 실행행위를 분담할 수 없으므로 공동정범이 성립할 수 없고, 공동정범의 성립이 불가능한 이상 시간적・장소적 협동관계도 상정할 수 없으므로 합동범도 성립할 수 없다. 그러나 ‘종료’에 이르기 전까지 방조범의 성립은 가능하고,[68] 장물취득죄는 성립하지 않는다고 본다.[69] 그 이유는 절도죄의 종료(완성)에 이르기 전까지는 범행의 현재성(소위 범행의 기회)을 인정할 수 있으므로 방조범의 성립이 가능하고, 방조행위는 정범의 실행행위 이전부터 실행행위 도중을 거쳐 실행행위 종료(기수) 후 범행완료(종료) 이전까지의 모든 단계에서 일어날 수 있다고 보기 때문이다. 또한 아직 절도죄의 ‘종료’에 이르지 않았으므로 원소유자의 추구권을 논할 단계가 아니기 때문에 장물죄는 성립하지 않는다고 한다. 그러나 이 견해는 영산홍을 땅에서 캐낸 시점에 절취행위의 ‘기수’를 인정하고 있다는 데 문제가 있다. 기수시기를 지나치게 앞당겨 인정하였기 때문이다. 앞에서(Ⅱ. 2.) 살펴본 바와 같이, 행위객체가 부피가 작고 가벼운 재물인 경우와 행위객체가 부피가 크고 중량이 무거워서 이전 또는 은닉이 용이하지 않은 재물인 경우에는 절도죄의 기수시기를 달리 판단한다는 데 이론이 없다. 전자의 경우에는 피해자 점유의 배제와 동시에 새로운 점유의 취득이 인정되어 기수가 된다는 데 견해가 일치된다. 후자의 경우에는 견해가 나뉘고 있으나 피해자 점유의 배제와 동시에 새로운 점유의 취득을 인정하는 견해는 찾기 어렵다. 영산홍과 같은 수목도 이전 또는 은닉이 용이하지 않은 재물이다. 따라서 영산홍을 땅에서 캐낸 시점에 바로 절취행위의 기수를 인정할 수는 없는 것이다.

다. 피고인 1은 단순절도죄의 기수범, 피고인 2는 무죄가 된다는 견해가 있다.[70] 피고인 1이 영산홍을 땅에서 캐낸 그 시점에서 이미 피해자의 영산홍에 대한 점유가 침해되어 그 사실적 지배가 피고인 1에게 이동되었다고 보아, 피고인 1의 영산홍 절취행위는 기수가 된다고 보는 입장이다. 수목은 토지정착물로서 토지의 부속물을 이루고 있는 것이므로 벌채의 방법에 의하든 캐내는 방법에 의하든 토지로부터 분

68) 신동운, 각주 33)의 책, 458면; 이형국, 각주 7)의 책, 322면.
69) 신동운, 각주 33)의 책, 457면.
70) 문상배, 각주 55)의 글, 292~294면.

리되는 순간 독립된 재물이 되는 것이고 그 순간에 기왕의 토지점유자의 지배로부터 벗어나 벌채하거나 캐낸 사람의 점유에 속하게 되는 것이라는 견해[71]도 유사한 입장이다. 이 견해에 따르면, 토지에 정착된 수목이나 단단하게 고정된 구조물 등은 입목을 벌채하는 순간 그에 대한 피해자의 지배가 배제되어 행위자의 사실상의 지배하에 놓이게 되고 장소적 이동은 필요치 않다고 한다. 그 이유는 토지에 정착된 수목이나 구조물의 일부를 구조물로부터 분리하는 순간 그 형상 자체의 변경을 초래함은 물론 이를 원상회복하는 것이 불가능하거나 상당한 시간과 비용이 들게 되어 그 자체로 피해자의 사실적 지배를 침해한 것으로 평가할 수 있기 때문이라고 한다. 또 이 견해는 수목 등 정착물의 경우 토지 등으로부터 분리되는 순간에 기수를 인정함으로써 법률관계를 획일성이고 간명하게 처리할 수 있다는 장점이 있다고 한다. 그러나, 우선 이 견해는 대상판결 사안을 정확하게 파악하지 못하고 논리를 전개한 것으로 보인다. 왜냐하면 이 견해는 구조물의 일부를 절취할 목적으로 그 구조물로부터 목적부분을 분리한 경우 그 시점에서 기수를 인정한 일본판례들을 소개하고 있는데, 그 사안은 청동제 난방기 구성부분품을 쇠톱으로 절단・분리한 경우, 신사(神社) 지붕에 부착되어 있던 동판 560장을 끌이나 정으로 벗겨낸 경우, 타인 소유의 삼나무 7그루를 벌채하여 5그루는 반출하고 2그루는 현장에 방치한 경우 등이다. 그와 같은 경우에는 토지에 정착된 수목이나 구조물의 일부를 구조물로부터 분리하는 순간 그 형상 자체의 변경을 초래함은 물론 이를 원상회복하는 것이 불가능하거나 상당한 시간과 비용이 드는 것이 당연하다. 그리하여 그 자체로 피해자의 사실적 지배를 침해한 것으로 평가할 수 있다는 데 수긍이 간다. 그러나 대상판결 사안은 앞에서(Ⅲ. 1.) 본 바와 같이 수목을 벌채(伐採)한 경우도 아니고 구조물의 일부를 그 구조물로부터 목적부분을 분리한 경우도 아니다. 대상판결 사안은 그 행위객체인 영산홍이 뿌리가 상하지 않도록 뿌리 부분의 흙까지 같이 캐내어진 경우이다. 원상회복을 시키려고만 한다면 그 영산홍을 캐냈던 자리에 그대로 갖다 놓고 흙만 다시 덮어주면 된다. 즉각적이고 용이한 원상회복이 가능한 사안이다. 또한 이 견해는 피고인 1이 영산홍을 땅에서 캐낸 그 시점에서 기수를 인정하였다는

71) 하재홍, “수목 내지 입목 절도의 기수시기”, 「경기법학논총」 제7호, 경기대학교 법학연구소, 2009, 245면.

점에서 앞의 나.견해에 대한 비판이 그대로 해당된다. 그리고 이 견해에 따라 피고인 1이 단순절도죄의 기수범이 된다고 하더라도, 피고인 2가 무죄가 될 수는 없다. 범죄의 '종료' 개념 인정 여부에 따라 단순절도의 방조범 또는 장물운반죄가 성립된다고 해야 한다. 피고인 2에게 장물운반죄가 성립되는 경우 피고인 1은 단순절도죄와 장물운반 교사죄의 경합범의 책임을 지게 된다.

라. 피고인 1에게는 단순절도죄의 미수, 피고인 2에게는 단순절도미수죄의 방조범이 성립한다는 견해가 있다.[72] 이 입장에서는, 대법원이 대상판결 사안에서 절도죄의 기수시기에 관하여 과거 94도1522 차량절도사건 판결[73]과 다른 입장을 취한 것으로 전제하고, 대법원이 기존의 일관된 판례에 대한 변경을 하려면 이를 전원합의부에 배당하여 재판했어야 함에도 이를 무시하는 절차적 우까지 범하였다고 비판한다.[74] 그러나 이 비판은 94도1522 차량절도사건 판결취지를 오해한 것으로 생각된다. 대법원이 대상판결에서 절도죄의 기수시기에 관하여 종전의 판례를 변경한 것이 아니기 때문이다. 대법원은 94도1522 차량절도사건 판결에서 행위객체인 승합차가 부피가 크고 중량이 무거운 재물이기 때문에 그 기수시기를 부피가 작고 가벼운 재물인 경우와는 다르게 취급한 것이 아니다. 대법원이 그 사건에서 기수를 인정하지 않은 이유는 승합차가 굴려 내려간 것이 피고인의 고의에 의한 절취행위로 인한 것이 아니라 기기를 잘못 건드린 과실로 인한 것이라는 점에 주목한 것에 불과하다. 또한 이 견해는 피고인 1이 영산홍을 땅에서 캐낸 것만으로는 단순히 피해자의 '점유침해'에 불과할 뿐이고 '점유의 배제'라고 볼 수 없으며 더 나아가서 '새로운 점유의 취득'이라고 볼 수 없다고 한다.[75] 이 견해에 따르면 절취행위는 '점유침해' → '점유의 배제' → '새로운 점유의 취득'과 같은 3단계로 이루어지는 것으로 이해된다. 일반적으로 '점유침해'는 '점유의 배제'의 수단, 또는 '점유의 배제'는 '점유침해'를 내포하는 개념으로 파악하고 있는 것과는 다소 다른 설명이다. 그리고 피고인 2는 피고인 1로부터 도움을 요청하는 전화를 받고 범행현장에 도착

72) 허일태, 각주 21)의 글, 295면.
73) 앞의 각주 20)의 판결.
74) 허일태, 각주 21)의 글, 292면.
75) 허일태, 각주 21)의 글, 295면.

하여 영산홍을 차량까지 운반하는 것을 도와준 부수적인 역할을 한 것에 불과하고, 2인이 합동한 경우라도 타인의 점유침해에 가담하지도 않고 단지 새로운 점유를 형성하는 데에 기여하는 정도의 행위만 하였다면 방조범으로 평가되어야 하므로 합동절도의 '2인 이상이 합동하여'의 요건을 충족하였다고 보기 어렵다고 한다.[76] 그러나 이에 대해서는, 피고인 2는 피고인 1의 연락을 받고 절취행위에 개입한 이후부터 사건진행을 장악하고 사태의 핵심형상을 조종하며 영산홍을 운반하였고, 피고인 1과 관계없이 사태를 저지 또는 완성시킬 수 있는 지위에 있었다고 볼 수 있다는 반론이 이미 제기되어 있다.[77] 생각건대, 대상판결 사안에서 영산홍을 승용차까지 운반하는 것은 '절취'의 완성을 위하여 필수불가결한 행위인 점, 대법원이 '망보는 행위'로 가담한 경우에도 합동범의 성립을 인정하고 있는 점[78] 등에 비추어 합동절도죄는 충분히 인정될 것으로 생각된다. 합동범은 주관적 요건으로서 공모 외에 객관적 요건으로서 현장에서의 실행행위의 분담을 요하나 이 실행행위의 분담은 반드시 동시에 동일 장소에서 실행행위를 특정하여 분담하는 것만을 뜻하는 것이 아니라 시간적으로나 장소적으로 서로 협동관계에 있다고 볼 수 있으면 충분하기 때문이다.[79]

마. 피고인 1에게는 단순절도죄의 공동정범의 미수범, 피고인 2에게는 승계적 공동정범으로서 단순절도죄의 공동정범의 미수범이 성립한다는 견해가 있다.[80] 이 견해는 앞의 라.견해와 마찬가지로 대법원이 절도죄의 기수시기에 관한 기존의 입장

76) 허일태, 각주 21)의 글, 294면.

77) 하태영, 각주 53)의 글, 476면.

78) 대법원 1986. 7. 8. 선고 86도843 판결; 대법원 1989. 3. 14. 선고 88도837 판결.

79) 대법원 1992. 7. 28. 선고 92도917 판결.

80) 하태영, 각주 53)의 글, 483면. 그 글 477~478면에서 앞의 (4)견해를 비판하면서 "행위자가 방조범에게 대하여 제안을 했다면 그 자체로서 행위라고 평가될 수 있지만, 종범의 미수, 즉 효과 없는 방조는 가벌성이 부정되어야 한다. 왜냐하면 기도된 방조의 경우 가벌성이 현저히 떨어져서 따로 처벌할 필요성이 없기 때문이다. 따라서 공범종속성설에 입각하는 한 방조의 미수는 처벌할 수가 없다. 따라서 형법 제329조 절도죄의 경우 절도죄의 방조범의 미수는 처벌되지 않는다는 논지에서 보면 허일태 교수님의 주장은 타당하지 않다"라고 적고 있다. 그런데 대상판결 사안은 기도된 방조(효과 없는 방조, 실패한 방조) 사례가 아니다. 그 글의 필자가 적고 있는 것처럼(476면), 피고인 2는 피고인 1의 연락을 받고 절취행위에 개입한 이후 사건진행을 장악하고 사태의 핵심형상을 조종하며 영산홍을 운반하였기 때문이다.

(취득설)을 변경한 것으로 이해한다.[81] 그리고 취득설에 따르면 대상판결 사안의 경우 영산홍을 승용차에 적재하였을 때 기수가 된다고 한다.[82] 그러나 앞에서 본 바와 같이 대법원이 대상판결에서 절도죄의 기수시기에 관하여 종전의 판례를 변경한 것이 아니므로 라.견해에 대한 비판이 그대로 해당된다. 대법원은 대상판결에서 "입목을 절취하기 위하여 이를 캐낸 때에는 그 시점에서 이미 소유자의 입목에 대한 점유가 침해되어 범인의 사실적 지배하에 놓이게 됨으로써 범인이 그 점유를 취득하게 되는 것이므로, 이때 절도죄는 기수에 이르렀다고 할 것"이라고 설시함으로써 취득설의 입장임을 분명히 하고 있다. 다만 그 취득시점에 관한 판단기준이 다를 뿐이다. 또한 이 견해는 피고인 2가 피고인 1의 영산홍 절취행위의 착수시점부터 공동의 의사연락을 취하면서 절취행위를 하지 않았기 때문에 합동절도죄는 성립하지 않는다고 주장한다.[83] 그러나 합동범이 성립하기 위해서는 주관적 요건으로서의 공모와 객관적 요건으로서의 실행행위의 분담이 있어야 하나, 그 공모는 법률상 어떠한 정형을 요구하는 것이 아니어서 공범자 상호간에 직접 또는 간접으로 범죄의 공동가공의사가 암묵리에 서로 상통하면 되고, 사전에 반드시 어떠한 모의과정이 있어야 하는 것도 아니어서 범의 내용에 대하여 포괄적 또는 개별적인 의사연락이나 인식이 있었다면 공모관계가 성립하며, 그 실행행위는 시간적으로나 장소적으로 협동관계에 있다고 볼 수 있는 사정이 있으면 되는 것이다.[84] 이 견해에 의하더라도, 피고인 2는 피고인 1의 연락을 받고 절취행위에 개입한 이후부터 사건진행을 장악하고 사태의 핵심형상을 조종하며 영산홍을 운반하였고, 피고인 1에 관계없이 사태를 저지 또는 완성시킬 수 있는 지위에 있어서 단순한 방조의 수준은 넘는다고 보고 있으므로[85] 피고인들의 시간적・장소적 협동관계를 부인하기 어렵다. 합동범과 공동정

81) 하태영, 각주 53)의 글, 457면. 한편, 그 글 481면에서는 "대상판례는 타인 소유의 입목을 벌채한 경우 벌채행위의 종료와 동시에 절도죄가 완성된다고 판시한다"라고 적고 있으나, 앞에서(3) 본 바와 같이 대상판결은 수목을 벌채(伐採)한 경우가 아니라 그 행위객체인 영산홍을 뿌리가 상하지 않도록 뿌리 부분의 흙까지 같이 캐낸 경우이다.

82) 하태영, 각주 53)의 글, 474~475면.

83) 하태영, 각주 53)의 글, 472~474면.

84) 대법원 1988. 11. 22. 선고 88도1557 판결; 대법원 1996. 7. 12. 선고 95도2655 판결; 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001도4013 판결; 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001도5458 판결; 대법원 2012. 6. 28. 선고 2012도2631 판결.

85) 하태영, 각주 53)의 글, 476면.

범은 주관적 측면 즉 2인 이상의 공동의 의사연락이 있다는 점에서 공통되나, 객관적 측면 즉 실행행위시 시간적·장소적 협동관계 유무에 따라 구별되기 때문이다.[86] 그런데 이 견해에 따르면 피고인 2가 합동범이 아니라 승계적 공동정범이라고 하면서도 죄명(절도)과 적용법조(형법 제329조, 제342조, 제30조)는 피고인 1과 동일하다고 한다.[87] 그러나 대상판결은 결합범 또는 계속범이 아니라 단순일죄인 절도죄 사안이다. 이러한 사안에서 실행행위 도중에 범행에 가담한 자의 시간적·장소적 협동관계를 부인할 수 없음에도 합동범의 성립을 부정하고 공동정범이 성립한다는 주장은 납득하기 어렵다.

바. 생각건대, 피고인들에게는 합동절도죄의 미수범이 성립한다고 본다. 대상판결 사안의 행위객체인 영산홍은 피고인 1이 혼자서 운반하기는 어려운 수목이다. 영산홍의 반출 또는 장소적 이전이 이루어져야 하는 것은 아니지만 영산홍을 승용차에 실었을 때 또는 영산홍을 실은 승용차가 이동하기 시작하였을 때 기수가 된다고 보는 것이 타당하다. 대상판결 사안에서 피고인들은 영산홍을 피해자가 운영하는 연구소의 마당 뒷편에서부터 승용차를 주차시켜 놓은 마당까지 약 20m 이동시켰을 뿐 연구소 구내를 벗어나지도 못하였고, 운반할 승용차에 싣지도 못하였으므로 미수에 그쳤다고 보아야 한다. 또한 후행가담자인 피고인 2는 선행행위자인 피고인 1의 절도죄 실행행위 도중에 개입하여 함께 절도죄의 구성요건적 실행행위를 하였다. 피고인 2로서는 범행현장에서 필수불가결한 실행행위를 분담하였으므로 시간적·장소적 협동관계를 인정하기에 충분하다. 따라서 피고인들에 대하여 합동절도죄를 인정하는 데 아무런 문제가 없다고 본다.

이와 같이 보게 되면 대상판결의 입장과 비교하여 피고인에게 무거운 처벌을 하게 되어 피고인에게 불리하게 되므로, 피고인에게 유리하게 제한해석을 하여야 한다는 관점에서 반론이 제기될 수 있다. 그런데, 대상판결의 입장을 따른다면, 피고인 1은 단순 절도죄와 장물운반 교사죄의 경합범으로 처벌받게 되고, 피고인 2는

86) 신동운, 각주 33)의 책, 712면.
87) 하태영, 각주 53)의 글, 483면.

장물운반죄에 해당된다고 볼 수 있다.[88] 장물죄는 단순 절도죄보다 법정형이 무겁다. 피고인 1에 대하여 경합범가중된 선고형의 상한은 징역 10년으로서 합동절도죄의 법정형 상한과 동일하다. 그러나 합동절도죄로 의율하는 경우에는 미수감경도 가능하므로 피고인 1이 단순 절도죄와 장물운반 교사죄의 경합범으로 의율하는 경우에 비하여 반드시 무겁게 처벌받는다고 할 수 없다. 피고인 2도 합동절도죄로 의율하는 경우 미수감경을 하면 선고형 상한이 징역 5년으로서 장물운반죄의 법정형 상한보다 낮아지게 되므로 장물운반죄로 의율하는 경우에 비하여 반드시 무겁게 처벌받는다고 할 수 없다.[89] 그리고 무엇보다도 절취행위가 실질적으로 종료되지 아니한 상태에서 장물죄가 성립된다는 것은 아무래도 어색하다. 이러한 모든 사정을 종합하면 대상판결의 입장보다는 피고인들에게 합동절도죄의 미수범이 성립한다고 보는 것이 타당하다고 생각한다.

5. 형법정책적 함의

법적 판단이란 규범적 판단이므로 사회생활에서 가치 있고 올바른 판단기준이 문제되는 것인데, 올바르고 정당한 판단이란 사회공동체의 지배적인 이념에 상응하는 판단이어야 한다.[90] 형법은 일반 국민의 행위규범・의사결정규범・평가규범이다. 형법은 법원의 판결을 통하여 실현된다, 그러나 일반국민은 형법 도그마틱을 알지 못하므로 법규정이나 법논리 이전에 우리사회의 법문화의 토양 위에서 법감정에 저촉되는 행위를 하지 않으면 법의 보호를 받는다고 기대한다. 나아가 누군가 법감정에 저촉되는 행위를 하였다고 하더라도 그 법적 책임이 법상식적으로 이해가 되는 수준이었을 때 비로소 일반 국민은 납득한다. 물론 그 법감정은 개인적・주관적인 것이 아니라 일반적・객관적인 것으로 일반 국민들이 수긍할 수 있는 것이어야 한다. 이러한 맥락에서 법률가의 법논리 조작 작업보다 법감정 또는 법상식이라는 일반 국민의 소박한 인식의 중요성이 부각될 수 있는데 이는 국민참여재판제도의 필

88) 하태영, 각주 53)의 글, 469면; 오영근, 각주 66)의 글, 631면.

89) 다만, 대상판결 사안에서는 피고인 2는 본범인 피고인 1과의 신분관계로 인하여 형의 감면을 받게 된다(형법 제365조제2항).

90) 김일수, 한국형법 I [총론 상] (개정판), 박영사, 1996, 160면.

요성과도 연결된다고 볼 수 있다.[91] 그러면 일반 국민의 눈높이에서 대상판결 사안에 대하여 평가해 보자. 대법원이 판시한 바와 같이 대상판결 사안이 '피고인들이 함께 영산홍을 훔치려다가 발각된 사건이 아니라 피고인 1 혼자서 영산홍을 훔쳤다가 발각된 것이고, 다만 피고인 2는 피고인 1이 훔친 영산홍을 운반해 준 사건'이라고 하면 과연 일반 국민이 납득을 할까? 아마도 그렇지 않으리라고 본다. 이러한 관점에서 보더라도 기계 · 피아노 · 냉장고 · 카펫 · 가구 또는 쌀가마니 등과 같이 부피가 크고 중량이 무거워서 이전 또는 은닉이 용이하지 않은 재물을 절취하는 경우 그 기수시기는 재물의 반출 · 이전준비를 완료하였을 때 또는 이동하기 시작하였을 때 기수가 된다고 보는 것이 타당하다. 새로운 점유의 취득 여부는 구체적인 개별사안마다 사회통념 또는 경험칙에 따라 결정되어야 일반 국민에게도 설득력이 있기 때문이다. 또한 절도죄는 결과범 · 침해범이므로[92] 구성요건적 결과가 현실화되었을 때 비로소 기수를 인정하는 것이 옳다. 절도죄는 미수범 처벌규정이 있으므로 이와 같은 기준으로 기수시기를 판단하더라도 처벌의 공백이 발생할 우려가 없다.

이와 견해를 달리하여 대법원의 입장과 같이 피고인 1이 영산홍을 캐낸 시점에 절취행위가 기수에 이르렀다고 보더라도, 범죄의 '종료' 개념을 수용하고 피고인 2에게는 단순절도의 방조범만 성립하고 장물운반죄는 성립하지 아니한다고 보는 것이 바람직하다. 법익보호에 충실을 기하면서도 사회통념 또는 경험칙을 기초로 하는 일반 국민의 법감정에도 부합되기 때문이다.

IV. 결론

이 글에서는 대상판결에 나타난 수목절도죄의 기수시기에 관한 의문점에서 출발하여 절도죄의 기수시기 판단기준을 검토함과 아울러 범죄의 종료 개념을 논급하고,

91) 김홍엽, "분쟁의 실체파악 및 해결을 위한 열린 법적 사고", 법률신문 2006. 2. 11.자.

92) 김일수, 각주 1)의 책, 540면; 임웅, 각주 7)의 책, 297면; 박상기, 각주 23)의 책, 247면; 배종대, 각주 10)의 책, 348면; 정영일, 각주 7)의 책, 253면; 오영근, 각주 3)의 책, 323면; 이형국, 각주 7)의 책, 312면; 정성근/박광민, 각주 3)의 책, 283면; 김성돈, 각주 7)의 책, 246면; 김성천 · 김형준, 각주 7)의 책, 정웅석 · 백승민, 각주 7)의 책, 1033면; 이정원, 각주 5)의 책, 267면.

대상판결에서 확정된 사실관계를 기초로 하여 피고인들의 형사책임을 분석하고 형법정책적 함의를 생각해 보았다. 그 결과, 기계・피아노・냉장고・카펫・가구 또는 쌀가마니 등과 같이 부피가 크고 중량이 무거워서 이전 또는 은닉이 용이하지 않은 재물을 절취하는 경우 그 기수시기는 재물의 반출 또는 이전준비를 완료하였을 때 또는 이동하기 시작하였을 때 기수가 된다고 보는 것이 타당하다는 결론을 도출하였다. 그리하여 대상판결 사안의 피고인들에게는 합동절도죄의 미수범이 성립한다고 보았다. 대상판결 사안의 행위객체인 영산홍은 피고인 1이 혼자서 운반하기는 어려운 수목이어서 영산홍을 승용차에 실었을 때 또는 영산홍을 실은 승용차가 이동하기 시작하였을 때 기수가 되는데, 피고인들은 영산홍을 피해자가 운영하는 연구소의 마당 뒷편에서부터 승용차를 주차시켜 놓은 마당까지 약 20m 이동시켰을 뿐 연구소 구내를 벗어나지도 못하였고, 운반할 승용차에 싣지도 못한 상태에서 발각되었기 때문이다. 또한 후행가담자인 피고인 2는 선행행위자인 피고인 1의 절도죄 실행행위 도중에 개입하여 함께 절도죄의 구성요건적 실행행위를 하였고, 피고인 2로서는 범행현장에서 필수불가결한 실행행위를 분담하였으므로 시간적・장소적 협동관계를 인정하기에도 충분하여 피고인들에 대하여 합동절도죄를 인정하는 데 아무런 문제가 없기 때문이다. 또한 대법원의 입장과 같이 피고인 1이 영산홍을 캐낸 시점에 절취행위가 기수에 이르렀다고 보더라도, 범죄의 ‘종료’ 개념을 인정하여 피고인 2에게는 단순절도죄의 방조범만 성립하고 장물운반죄는 성립하지 아니한다고 보는 것이 바람직하다고 주장하였다.

참고문헌

김성돈, 「형법총론」, 현암사, 2006.
김성돈, 「형법각론」, 성균관대학교 출판부, 2008.
김성천 · 김형준, 「형법총론」(제3판), 동현출판사, 2005.
김성천 · 김형준, 「형법각론」(제2판), 동현출판사, 2006.
김일수, 「한국형법Ⅰ」[총론 상] 개정판, 박영사, 1996.
김일수, 「한국형법Ⅱ」[총론 하] 개정판, 박영사, 1997.
김일수, 「한국형법Ⅲ」[각론 상] 개정판, 박영사, 1997.
박상기, 「형법총론」(제9판), 박영사, 2012.
박상기, 「형법각론」(제8판), 박영사, 2011.
박재윤, 「주석 형법」(제4판)[각칙(5)], 한국사법행정학회, 2006.
법제처, 대명률직해, 법제자료 제13집, 1964.
배종대, 「형법총론」(제11판), 홍문사, 2013.
배종대, 「형법각론」(제8전정판), 홍문사, 2013.
손동권, 「형법총론」(제2개정판), 율곡출판사, 2006.
손동권, 「형법각론」(제2개정판), 율곡출판사, 2007.
신동운, 「판례백선 형법각론1」, 경세원. 2001.
신동운, 「형법총론」(제7판), 법문사, 2013.
신동운, 「판례백선 형법각론1」, 경세원, 2001.
안동준, 「형법각론의 재구성」, 전남대학교 출판부, 2007.
오영근, 「형법총론」(제2판보정판), 박영사, 2012.
오영근, 「형법각론」(제2판), 박영사, 2009.
이재상, 「형법총론」(제7판), 박영사, 2011.
이재상, 「형법각론」(제8판), 박영사, 2012.
이정원, 「형법총론」, 신론사, 2012.
이정원, 「형법각론」, 신론사, 2012.
이형국, 「형법총론」(제4판), 법문사, 2007.

이형국, 「형법각론」, 법문사, 2007.

임 웅, 「형법총론」(제4정판), 법문사, 2012.

임 웅, 「형법각론」(제4정판), 법문사, 2012.

정성근/박광민, 「형법총론」(제5판), 삼영사, 2011.

정성근/박광민, 「형법각론」(제4판), 삼영사, 2011.

정영일, 「형법총론」(제3판), 박영사, 2010.

정영일, 「형법각론」(제3판), 박영사, 2011.

정웅석/백승민, 「형법강의」(전정 제2판), 대명출판사, 2009.

김성룡, "기수와 종료의 구별가능성과 실익", 「형사법연구」 제26호, 한국형사법학회, 2006.

문상배, "입목절도죄의 기수시기", 「형사재판의 제문제」 제6권, 형사실무연구회, 2009.

오영근, "2008년도 대법원 형법판례 회고", 「형사판례연구」[17], 한국형사판례연구회, 2009.

하재홍, "수목 내지 입목 절도의 기수시기", 「경기법학논총」 제7호, 경기대학교 법학연구소, 2009.

하태영, "입목절도죄의 기수시기와 가담범의 형사책임", 「동아법학」 제47호, 동아대학교 법학연구소, 2010.

허일태, "영산홍사건", 「형사법연구」 제21권 제2호, 한국형사법학회, 2009.

Consummation in Larceny in case of Tree-theft, and Criminal Law Policy

Moon, Young-Sik

It's commonly explained that the time of consummation in larceny is when offender acquires new possession of a target. However, in specific case, whether offender acquires new possession of a target or not will be determined by taking into account the nature, shape, and location of a target, in accordance with the rule of thumb. If a target could be carried out easily, just to pick up it by hand, larceny would be consummated. But if a target is difficult to carry out because of huge size and heavy weight, when offender have completed at least loading it, larceny would be consummated.

On 23 October, 2008, Supreme Court decided in case of tree-theft that preceding offender acquired new full possession of a tree, when she grubbed up it, and larceny was consummated. But I think this decision was unreasonable and unacceptable. Because the tree was difficult to carry out for huge size and heavy weight, and so when offender have completed at least loading it into her automobile, larceny would be consummated.

It's proper that defendant 1, who planned to commit a tree-theft, and grubbed up a tree, is guilty of the criminal attempt of special larceny in Article 331②. Defendant 2, who joined the crime during the act of running the tree-theft, should also be punished in Article 331②. Because defendant 2 shared the essential act of running at the scene of crime. Such as the position of Supreme Court in this case, although larceny was consummated, if Supreme Court should acknowledge

* Professor of Law · Attorney at Law, University of Seoul Law School

the concept of the 'ending' of the crime, defendant 1 is guilty of the criminal attempt of larceny in Article 329. Defendant 2 could be punished as an accessory, who aided and abetted the commission of the crime by defendant 1.

❖ Key words : tree-theft, consummation, acquisition of possession, special larceny, 'ending' of the crime

투고일 : 6월 1일 / 심사(수정)일 : 6월 19일 / 게재확정일 : 6월 19일