

Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(II-1)

Setting up global standards: issue-based comparative study on
criminal law of major countries (II-1)

최민영·허황·서주연·강효원·김택수·손병현·이동희·이성기·정배근·하민경



KiC

KOREAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY

그동안 형법, 형사소송법, 행형법 등 주요 외국의 형사법령 연구는 법령의 단순번역에만 중점을 두어 수행되어 왔습니다. 물론, 형사법 및 형사정책 연구에서 비교법적 연구 방법론은 주요한 연구방법으로 확립되어 왔으나, 일부 국가를 대상으로 일부 협소한 쟁점만을 파편적으로 연구함으로써 사고와 관점의 확장을 도모하는 비교법 연구의 원래취지에는 부합하지 않았습니다. 형사법령의 입법 및 개정, 관련 실무 및 제도의 형성 및 개혁을 위해서는 포괄적이고 체계적인 범주에서 형사법 쟁점별로 다양한 외국의 입법례와 이론, 판례, 제도 등을 소개하고 비교분석하여 우리 형사사법 체계에 적절하게 통합될 수 있는 방안을 모색할 필요가 큼니다. 또한, 최근 국경 없는 범죄나 다국적 기업·해외법인에 의한 범죄가 급증하고 있고, 해외에서의 범죄나 범죄피해, 또는 외국인의 범죄나 범죄피해에 대응하기 위해 국제형사사법공조나 범죄인인도가 필요한 경우도 늘어나고 있습니다. 하지만, 공조국의 형사법령과 관련절차에 대한 정보부족으로 인해 국제형사사법공조 및 범죄인 인도 등이 쉽지 않은 경우가 증가하고 있어 공익적 목적을 고려하여 주요국의 형사법령을 비교 연구할 필요성은 날로 높아지고 있다고 볼 수 있습니다.

위와 같은 연구 필요성을 고려하여 본 연구는 다음과 같은 목적을 지향합니다. 우선, 이론적 관점에서 형법의 일반이론 발견을 목적으로 합니다. 즉, 형사법에서 있어서 Global Standard 마련 및 발견이 가능한지 여부를 타진하고, 그에 맞는 시사점 및 결론을 쟁점별로 도출하고자 합니다. 다음으로, 입법 혹은 개정, 관련제도 및 실무 개혁 등의 현실적 필요로 인하여 도구적 견지에서 실정법규 및 판례, 관련 제도를 비교분석하고자 합니다. 뿐만 아니라, 국제형사사법공조 시, 유익한 국제표준 및 절차를 제시하고, 수배 및 수사에 참조할 만한 규범이나 기본방향을 제시하고자 합니다. 마지막으로, 이러한 기본적인 연구 성과를 토대로 차후에는 체계적이고 입체적인 해외형사법령정보시스템을 구축하여 운영하고자 합니다.

위와 같은 목적을 지향하며 본 연구는 우선, 영국, 미국, 프랑스, 독일, 일본을 중심으로 형법총론과 각칙, 형사소송법, 국제 형사사법공조와 관련한 전체 시스템 및 내용을 소개하여 비교분석하고자 합니다. 관련 쟁점별로 그에 해당하는 법령을 번역하고, 주요내용을 비교분석하며, 관련 제도와 판례를 소개할 예정입니다. 여러 현실적 한계로 인하여 대상 국가는 우리에게 익숙한 주요 5개국으로 한정되었으나, 여건이 조성된다면 차후에 지리적으로 인접한 아시아 국가를 시작으로 그 연구대상이 확대될 수 있습니다. 물론, 본 연구는 대상국가인 주요 5개국의 형사법 전체 시스템이 법률, 이론, 판례, 관련제도 등을 대상으로 연구된다는 점에서 이전의 주요 외국 비교연구들과도 차별성을 보입니다.

특히, 올해에는 전년도에 이어 형법총론의 내용 중, 기수 전 범죄와 공범론을 비교 분석한 이후, 죄수론과 형벌론은 국가별로 간단히 소개하였습니다. 각 국가의 죄수 및 형벌에 대한 비교분석은 독립된 연구로서 수행되어야 할 만큼, 그 내용과 분량이 방대하기 때문에 올해 연구에서는 간략한 개관에 그치는 것으로 하였습니다. 이어서 형법각칙의 범죄 중 개인적 법익을 보호하는 범죄들 중에서 살인죄, 상해·폭행죄, 절도·사기죄, 성폭력 범죄를 주요범죄로 선별하여 국가별로 비교분석하였습니다. 본 연구는 각 국가의 범죄개념과 범죄체계 기술을 중심으로, 우리와의 유사성과 차이점을 분석한 이후, 우리 입법과 사법, 관련 제도개선에 기여할 수 있는 여러 착안점을 제시하고, 때에 따라서는 구체적 입법안과 판단기준을 제안하는 것을 목적으로 합니다. 올해 연구에서는 이를 위해 국가 간에 주요범죄의 큰 목차를 통일시키고, 각 국가의 주요용어를 정리하면서 이를 일관성 있게 우리말로 번역하여 정리하는 작업에 집중 하였습니다.

차후년도에는 각론의 나머지 내용으로, 사회적·국가적 법익을 보호하는 주요범죄를 비교분석한 이후, 그간의 연구 성과를 데이터베이스화하는 작업을 수행할 예정입니다. 모쪼록 이 연구가 비교형법 연구의 저변을 넓히고, 관련 입법 및 제도 개혁에 미약하나마 기여할 수 있게 되길 바랍니다. 끝으로 이 연구를 함께 수행해 주신 강효원 박사님, 김택수 교수님, 서주연 변호사님, 손병현 교수님, 이동희 교수님, 이성기 교수님, 정배근

박사님, 하민경 교수님, 허황 박사님께 진심어린 감사의 인사를 전합니다. 그리고 연구진 간의 회의를 준비하고, 많은 자료와 참고문헌을 정리하며, 모든 집필진의 원고를 취합하여 교정·편집하는 일을 충실히 수행해 준 김광수 조사연구원에게도 감사의 인사를 전합니다.

2020년 12월
연구진을 대표하여
연구위원 최 민 영



목 차

Ⅱ-1 권

국문요약	1
------------	---

제1장 최민영

서 론	3
-----------	---

제1절 연구의 목적과 방법	5
----------------------	---

1. 연구의 목적	5
-----------------	---

2. 연구의 방법	6
-----------------	---

제2절 연구의 대상과 수행방법	7
------------------------	---

1. 전년도 연구의 소개	7
---------------------	---

2. 본 연구의 대상	7
-------------------	---

3. 본 연구의 수행방법	8
---------------------	---

4. 차후년도 연구의 전망	11
----------------------	----

제2장 서주연 / 이성기·하민경 / 손병현 / 허황 / 이동희

기수 전 범죄	13
---------------	----

제1절 영국	17
--------------	----

1. 개관	17
-------------	----

2. 선동죄(incitement)	18
--------------------------	----

3. 미수(attempt)	20
----------------------	----

4. 음모(conspiracy)	28
-------------------------	----

5. 소결	34
-------------	----

제2절 미국	35
1. 개관	35
2. 미수	36
3. (실패한) 교사(Solicitation)	49
4. 음모죄(Conspiracy)	55
5. 소결	63
제3절 프랑스	66
1. 개관	66
2. 미수(La tentative)	67
3. 예비행위(les actes préparatoires)	78
4. 소결	80
제4절 독일	81
1. 개관	81
2. 미수	82
3. 가벌적 준비행위	96
4. 소결	99
제5절 일본	100
1. 개관	100
2. (장애)미수	101
3. 불능범	105
4. 중지미수	108
5. 예비와 음모	112
6. 소결	114

제3장 강효원 / 이성기 / 김택수 / 허황 / 이동희

공범론 117

제1절 영국	122
1. 개관	122
2. 공범 관련 주요 법령 개괄	122

3. 공범의 형태	125
4. 공범의 책임과 처벌	130
5. 공범 관련 특수한 문제들	133
6. 소결	143
제2절 미국	144
1. 개관	144
2. 공범(Accomplice)의 기본 구조	148
3. 공범의 형태	149
4. 처벌	152
5. 특수한 문제	155
6. 소결	160
제3절 프랑스	162
1. 개관	162
2. 공범의 기본구조	164
3. 공범의 형태	165
4. 공범의 처벌	175
5. 특수한 문제	178
6. 소결	182
제4절 독일	183
1. 개관	183
2. 공범의 기본구조	187
3. 공범의 형태	187
4. 처벌	205
5. 공범의 특수문제	206
6. 소결	209
제5절 일본	211
1. 개관	211
2. 공동정범	217
3. 협의의 공범	221
4. 간접정범	224
5. 특수한 문제	225
6. 소결	234

제4장 서주연·강효원 / 하민경 / 손병현·김택수 / 허황 / 이동희

죄수 및 형벌론	237
제1절 영국	241
1. 죄수론	241
2. 형벌론	247
제2절 미국	268
1. 죄수 및 경합론	268
2. 형벌론	272
제3절 프랑스	284
1. 죄수론	284
2. 형벌론	298
제4절 독일	308
1. 경합범	308
2. 형벌론	321
제5절 일본	331
1. 죄수론	331
2. 형벌론	339

Ⅱ-2 권

제5장 강효원 / 이성기 / 손병현 / 정배근 / 이동희

살인죄	353
제1절 영국	358
1. 개관	358
2. 고의에 의한 살인죄	360
3. 비고의살인/과실치사(Involuntary Manslaughter)	365
4. 기타	371
5. 소결	375

제2절 미국	376
1. 개관	376
2. 고의에 의한 살인죄	379
3. 과실치사(criminal negligence)	393
4. 기타	398
5. 소결	401
제3절 프랑스	403
1. 개관	403
2. 고의에 의한 살인죄	405
3. 과실치사의 죄(L'homicide involontaire)	416
4. 기타	423
5. 소결	427
제4절 독일	428
1. 개관	428
2. 고의에 의한 살인죄	430
3. 과실치사	445
4. 촉탁살인 및 가벌적 자살조력	446
5. 소결	448
제5절 일본	449
1. 개관	449
2. 살인죄	454
3. 자살관여죄 및 동의살인죄	457
4. 과실치사	461
5. 소결	468

제6장 서주연 / 하민경 / 김택수 / 허황 / 이동희

상해·폭행죄 471

제1절 영국	476
1. 개관	476

2. 폭행	477
3. 상해	484
4. 과실범	492
5. 기타	493
6. 소결	495
제2절 미국	497
1. 개관	497
2. 상해죄(battery)	498
3. 가중적 상해죄(aggravated battery)	500
4. 폭력범죄(assault)	502
5. 가중적 폭력범죄(aggravated assault)	505
6. 스토킹범죄(stalking)	505
7. 과실치상죄(criminal-negligence battery)	507
8. 소결	508
제3절 프랑스	510
1. 개관	510
2. 폭행	513
3. 비고의적 폭행(violences involontaires): 과실치상, 과실치상, 중과실치상, 업무상과실치상	524
4. 소결	525
제4절 독일	527
1. 개관	527
2. 상해	528
3. 기타 - 요보호자의 학대	543
4. 과실치상	545
5. 소결	545
제5절 일본	547
1. 개관	547
2. 상해죄	550
3. 상해치사죄	554
4. (상해)현장조세죄	554
5. 동시상해의 특례	556

6. 폭행죄	558
7. 흥기준비집합죄 및 동 결집죄	560
8. 과실상해의 죄	564
9. 소결	565

제7장 서주연 / 하민경 / 손병현 / 정배근 / 이동희

절도·사기죄 567

제1절 영국	572
1. 개관	572
2. 절도죄	573
3. 사기죄	584
4. 소결	592
제2절 미국	593
1. 개관	593
2. 절도죄(Larceny)	595
3. 사기죄(False Pretenses)	600
4. 횡령죄(Embezzlement)	604
5. 소결	607
제3절 프랑스	608
1. 개관	608
2. 절도죄(Le vol)	609
3. 사기죄(L'escroquerie)	616
4. 배임죄(L'abus de confiance)	620
5. 소결	627
제4절 독일	629
1. 개관	629
2. 절도죄(§ 242 Diebstahl)	630
3. 횡령죄(§ 246 Unterschlagung)	639
4. 사기죄(§ 263 Betrug)	641
5. 배임죄(§ 266 Untreue)	653

- 6. 소결 655
- 제5절 일본 656
 - 1. 개관 656
 - 2. 절도죄 659
 - 3. 사기죄(1항사기죄) 673
 - 4. 배임죄(제247조) 684
 - 5. 횡령죄 689
 - 6. 소결 698

제8장 강효원 / 이성기 / 김택수 / 허황 / 이동희

성폭력범죄 703

- 제1절 영국 709
 - 1. 개관 709
 - 2. 합의에 의하지 않은 성폭력범죄 716
 - 3. 강제추행(Sexual Assault) (제3조) 723
 - 4. 아동·청소년 보호 목적 성폭력범죄 725
 - 5. 기타 731
 - 6. 소결 735
- 제2절 미국 737
 - 1. 개관 737
 - 2. 강간죄(rape) 739
 - 3. 강제추행(Sexual assault) 752
 - 4. 아동·청소년 보호 목적 성폭력범죄 755
 - 5. 소송 및 증거법적 쟁점 759
 - 6. 소결 761
- 제3절 프랑스 763
 - 1. 개관 763
 - 2. 강간(le viol) 767
 - 3. 강제추행죄(l'agression sexuelle) 771
 - 4. 미성년자에 대한 성적침해(l'atteinte sexuelle) 773

5. 기타 범죄	779
6. 소결	781
제4절 독일	783
1. 개관	783
2. 합의에 의하지 않은 성폭력범죄(제177조)	786
3. 성추행죄(제184조)	799
4. 아동·미성년자 보호목적의 성폭력범죄	800
5. 기타	804
6. 소결	811
제5절 일본	814
1. 개관	814
2. 강제외설죄(강제추행죄)	818
3. 강제성교등죄(강간죄)	820
4. 준강제외설죄·준강제성교등죄	821
5. 감호자외설죄 및 감호자성교등죄 : 아동·청소년보호 목적의 성폭력범죄	822
6. 강제외설등치사상죄	824
7. 소결	826

제9장 최민영

결 론	829
-----------	-----

제1절 기수 전 범죄	831
1. 용어의 정리	831
2. 공통된 처벌근거: 주관설 vs 객관설	832
3. 미수와 예비의 구별: 미수의 개시시점	832
4. 교사의 미수 및 음모(conspiracy)	833
5. 미수	835
6. 비교분석의 착안점	838
제2절 공범론	839
1. 용어의 정리	839

2. 정범과 공범의 구별여부 및 처벌정도	840
3. 공범의 종속성: 공범의 관여도에 따른 이론화 범주	841
4. 고의와 공모범위를 넘어서는 행위: 공범 및 공동정범 성립을 위한 고의	842
5. 비교분석의 착안점	845
제3절 살인죄	846
1. 용어의 정리	846
2. 사람의 시기 및 종기	847
3. 모살 및 고살의 구분	847
4. 모살	848
5. 고살	849
6. 자살관여죄	850
7. 과실치사 (또는 비고의살인죄, involuntary manslaughter)	851
8. 비교분석의 착안점	852
제4절 절도·사기죄	852
1. 체계와 구성	852
2. 절도죄	853
3. 사기죄	855
4. 횡령죄	857
5. 배임죄	858
6. 비교분석의 착안점	860
제5절 성폭력범죄	861
1. 체계와 구성	861
2. 강간 및 강제추행	865
3. 아동·청소년 보호 목적의 성폭력범죄	868
4. 비교분석의 착안점	871

참고문헌	873
------------	-----

Abstract	893
----------------	-----

표 차례

[표 1-1] 연차별 연구내용 및 데이터베이스 구축 계획	7
[표 1-2] 기수 전 범죄 목차	8
[표 1-3] 공범론 목차	9
[표 1-4] 살인죄 목차	9
[표 1-5] 상해·폭행죄 목차	9
[표 1-6] 절도·사기죄 목차	10
[표 1-7] 성폭력범죄 목차	10
[표 2-5-1] 미수범 규정의 한·일 비교	101
[표 2-5-2] 일본형법상 예비·음모 처벌규정의 일람	113
[표 3-5-1] 공범 규정의 한·일 비교	211
[표 4-2-1] 자유형 양형기준표	276
[표 4-2-2] 벌금형 양형기준표	278
[표 4-5-1] 형의 가중·감경사유 [일본형법]	342
[표 5-4-1] 살인범죄체계	429
[표 5-4-2] 모살죄의 유형	431
[표 5-4-3] 제2그룹 제1유형 교활한 살인에 대한 가벌성 심사체계	436
[표 5-4-4] 제2그룹 제1유형 교활한 살인에 대한 가벌성 심사체계	437
[표 5-4-5] 주관적 모살표지와 관련한 가벌성 심사체계	443
[표 5-4-6] 촉탁살인에 대한 가벌성 심사체계	448
[표 5-5-1] 살인범죄 체계의 한·일 비교	450
[표 6-5-1] 폭행·상해죄 체계의 한·일 비교	548
[표 6-5-2] 일본형법상 「폭행」 개념의 분류	559
[표 7-4-1] 재산범죄 분류	629
[표 7-4-2] 절도죄 심사체계	631
[표 7-4-3] 절도죄 기수/미수 구분	638
[표 7-4-4] 횡령죄 조문 및 심사체계	640
[표 7-4-5] 사기죄 조문 및 심사체계	643
[표 7-4-6] 배임죄 조문 및 심사체계	654

[표 7-5-1] 재산범죄의 체계 및 구성의 한·일 비교	657
[표 7-5-2] 일본형법상 재산범죄의 분류	658
[표 8-5-1] 성폭력범죄의 체계 및 구성의 한·일 비교	815

형법, 형사소송법, 행형법 등 주요 외국의 형사법 연구는 그동안 법령의 단순번역에 치중하거나 그때그때 사회적 이슈가 되는 주제별로 다소 협소한 범주에서 입법례가 제시되었다. 하지만, 입법 및 개정, 관련 실무 및 제도의 형성 및 개혁을 위해서는 포괄적이고 체계적 범주에서 쟁점별로 다양한 외국의 법률과 이론, 판례를 소개하고 비교분석하여 우리 형사법 체계에 적절하게 통합될 수 있는 방안을 모색해야 한다. 이 같은 연구의 필요성을 고려하여 본 연구는 다음과 같은 목적을 지향한다.

우선, 이론적 관점에서 형법의 일반이론 발견을 목적으로 한다. 즉, 형사법에서 있어서 Global Standard 마련 및 발견이 가능한지 여부를 타진하고, 그에 맞는 시사점 및 결론을 쟁점별로 도출하고자 한다. 다음으로, 입법 혹은 개정, 관련제도 및 실무개혁 등의 현실적 필요로 인하여 도구적 견지에서 실정법규 및 판례, 관련 제도를 비교분석하고자 한다. 뿐만 아니라, 국제형사사법공조 시, 유익한 국제표준 및 절차를 제시하고, 수배 및 수사에 참조할 만한 규범이나 기본방향을 제시하고자 한다. 마지막으로, 이러한 기본적인 연구 성과를 토대로 차후에는 체계적이고 입체적인 해외형사법령정보시스템을 구축하여 운영하고자 한다.

본 연구는 주요 5개 국가, 즉 영국, 미국, 프랑스, 독일, 일본을 중심으로 형법총론과 각론, 형사소송법, 국제 형사사법공조와 관련한 내용을 소개하여 비교분석하고자 한다. 형사법 비교연구의 체계 구축을 목적으로 관련 쟁점별로 그에 해당하는 법령을 번역하여 소개하고, 주요내용을 비교분석하며, 관련 제도와 판례를 소개한다. 이와 같은 형사법 비교연구를 위하여 중점에 두고 있는 것은 다양한 국가 간에 비교가 가능하도록 국가 간에 논의되는 틀과 목차를 통일시키는 것이다. 즉, 연구진 상호간의 논의를 통하여 도출된 공통의 목차를 기초로 내용을 기술하고, 관련 용어와 개념을 통일시키고 정리한다. 그리고 이를 기초로 수행된 연구 성과를 데이터베이스화하여 큰 체계적 틀 안에서 일목요연하게 제시할 예정이다.

특히, 올해에는 전년도에 이어 형법총론의 내용 중, 기수 전 범죄와 공범론을 비교 분석한 이후, 죄수론과 형벌론은 국가별로 간단히 소개하였다. 각 국가의 죄수 및 형벌에 대한 비교분석은 독립된 연구로서 수행되어야 할 만큼, 그 내용과 분량이 방대하기 때문에 올해 연구에서는 간략한 개관에 그치는 것으로 하였다. 이어서 형법 각칙의 범죄 중 개인적 법익을 보호하는 범죄 중에서 살인죄, 상해·폭행죄, 절도·사기죄, 성폭력 범죄를 주요범죄로 선별하여 국가별로 비교분석하였다.

이를 위해 첫째, 비교분석의 준거 틀로서 각 쟁점별로 5개국의 목차를 통일시키는 작업을 중시하였다. 이 작업이 선행되지 않으면, 개별 국가의 형법을 단순히 소개하는 연구에 그칠 수 있기 때문이다. 이로 인해 때에 따라서는 해당 국가 내에서는 일반적으로 통용되지 않는 목차의 순서가 나오기도 하였다. 하지만, 연구진은 수차례의 회의와 논의를 통하여 상호간에 수용 가능한 공통의 목차를 도출하였다. 둘째, 연구의 대상이 되는 각 국가의 형법 규정과 이에 따른 이론 및 판례는 대부분 우리의 규정 및 논의와 대응되는 부분이 많고, 그동안 여러 선행연구들을 통하여 소개되어 왔기 때문에 주요 개념을 번역하고 정리하는 것 자체가 크게 어렵지는 않았다. 다만, 영미의 논의는 이렇게 소개된 적이 드물어서 우선, 영국과 미국 간의 용어의 통일이 필요했고, 가급적 동일하게 번역하여 정리하였다. 그러나 양 국가 간에도 통일이 어려운 용어들은 그 용어대로 번역하여 소개하였다. 다음으로, 대부분의 주요개념들은 영미법과 대륙법 간에 유사하게 존재하여 때로는 미묘한 차이가 있음에도 불구하고, 동일한 용어로 소개하였다. 그러나 영미법에 있는 개념이나 대륙법에서 유사한 개념을 찾기 어려울 경우에는 이 용어도 역시 고유의 의미대로 번역하여 정리하였다. 마지막으로, 본 보고서에서 번역되어 소개되는 용어들은 잠정적인 성과임을 밝힌다. 각 용어와 개념은 앞으로의 논의와 연구를 통하여 언제든지 수정되고 보완될 수 있다. 특히, 각론의 개별범죄에서는 각 국가별로 고유한 범죄가 많아서 이에 대한 지속적 논의가 필요하다. 셋째, 이러한 연구내용에 따라 주요한 장별로 각 결론을 도출하였다. 기수 전 범죄, 공범, 살인죄, 절도·사기죄, 성폭력 범죄를 중심으로 공통의 목차 아래에서 5개 국가의 유사점과 차이점을 비교하여 분석하고, 이에 따라 우리에게 주는 시사점을 제시하였다.

제 1 장

Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(II-1)

서 론

최민영

제1절 | 연구의 목적과 방법

1. 연구의 목적

형법, 형사소송법, 행형법 등 주요 외국의 형사법 연구는 그동안 법령의 단순번역에 치중하거나 그때그때 사회적 이슈가 되는 주제별로 다소 협소한 범주에서 입법례가 제시되었다. 하지만, 입법 및 개정, 관련 실무 및 제도의 형성 및 개혁을 위해서는 포괄적이고 체계적 범주에서 쟁점별로 다양한 외국의 법률과 이론, 판례를 소개하고 비교분석하여 우리 형사법 체계에 적절하게 통합될 수 있는 방안을 모색해야 한다. 이 같은 연구의 필요성을 고려하여 본 연구는 다음과 같은 목적을 지향한다.¹⁾

가. 이론적 관점

우선, 이론적 관점에서 형법의 일반이론 발견을 목적으로 한다. 즉, 형사법에서 있어서 Global Standard 마련 및 발견이 가능한지 여부를 타진하고, 그에 맞는 시사점 및 결론을 쟁점별로 도출하고자 한다.

1) 아래 연구목적은 2019년 보고서에서도 동일하게 제시되었다. 이에 대해서는 최민영/김재현/허황/강효원/김택수/박용철/손병현/이동희/이성기, Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(I), 한국형사정책연구원, 2019, 19면 이하.

나. 실천적 관점

입법 혹은 개정, 관련제도 및 실무개혁 등의 현실적 필요로 인하여 도구적 견지에서 실정법규 및 판례, 관련 제도를 비교분석하고자 한다. 뿐만 아니라, 국제형사사법공조시, 유익한 국제표준 및 절차를 제시하고, 수배 및 수사에 참조할 만한 규범이나 기본 방향을 제시하고자 한다.

다. 해외형사법령정보 시스템의 구축

이러한 기본적인 연구 성과를 토대로 차후에는 체계적이고 입체적인 해외형사법령 정보시스템을 구축하여 운영하고자 한다.

2. 연구의 방법

본 연구는 주요 5개 국가, 즉 영국, 미국, 프랑스, 독일, 일본을 중심으로 형법총론과 각론, 형사소송법, 국제 형사사법공조와 관련한 내용을 소개하여 비교분석하고자 한다. 형사법 비교연구의 체계 구축을 목적으로 관련 쟁점별로 그에 해당하는 법령을 번역하여 소개하고, 주요내용을 비교분석하며, 관련 제도와 판례를 소개할 예정이다. 이와 같은 형사법 비교연구를 위하여 중점에 두고 있는 것은 다양한 국가 간에 비교가 가능하도록 국가 간에 논의되는 틀과 목차를 통일시키는 것이다. 즉, 연구진 상호간의 논의를 통하여 도출된 공통의 목차를 기초로 내용을 기술하고, 관련 용어와 개념을 통일시키고 정리한다. 그리고 이를 기초로 수행된 연구 성과를 데이터베이스화하여 큰 체계적 틀 안에서 일목요연하게 제시할 예정이다. 전체 연구의 대략적 내용은 다음과 같다.

▶▶▶ **【표 1-1】** 연차별 연구내용 및 데이터베이스 구축 계획

구 분	내 용
1/5년차 (2019년)	- 형법개관, 형법의 연원, 적용범위, 기본원칙 - 범죄성립요건 비교분석
2/5년차 (2020년)	- 기수 전 범죄, 공범, 죄수 및 형벌 - 형법각론 : 살인, 상해폭행, 절도사기, 성폭력 범죄 비교분석
3/5년차 (2021년)	- 형법각론 : 사회적·국가적 법익위반 범죄 비교분석 - 데이터베이스 구축 예정
4/5년차 (2022년)	- 형사소송법 : 체포구속, 공소제기의 방법과 공소시효, 증거법 등 비교분석 - 데이터베이스 보완 및 업데이트
5/5년차 (2023년)	- 관련 제도 : 사법제도개혁, 수배와 범죄인인도, 범죄인인도절차와 방법, 국제형사재판소(ICC)의 재판절차와 주요판례 등 반영 - 데이터베이스 보완 및 업데이트

제2절 | 연구의 대상과 수행방법

1. 전년도 연구의 소개

본 연구는 연속과제로, 올해 연구는 2차 연도에 속한다. 전년도에는 영국, 미국, 프랑스, 독일, 일본의 범죄성립요건과 형사책임의 문제를 주로 다루었다. 각 국가의 법원 및 적용범위, 죄형법정주의 등의 기본원칙, 범죄론의 기초를 간략히 다룬 이후, 범죄성립요건을 비교분석하였다. 이때, 범죄성립요건의 큰 목차를 범죄행위의 주관적 요소와 객관적 요소, 위법성과 책임을 조각하는 형사책임 배제사유로 구분하여 비교 분석하였고, 끝으로 법인의 형사책임 문제를 다루었다.

2. 본 연구의 대상

본 연구에서는 전년도에 이어 형법총론의 내용 중, 기수 전 범죄와 공범론을 비교분석한 이후, 죄수론과 형벌론은 국가별로 간단히 소개하였다. 각 국가의 죄수 및 형벌에 대한 비교분석은 독립된 연구로서 수행되어야 할 만큼, 그 내용과 분량이 방대하기

때문에 올해 연구에서는 간략한 개관에 그치는 것으로 하였다. 이어서 형법각칙의 범죄 중 개인적 법익을 보호하는 범죄들 중에서 살인죄, 상해·폭행죄, 절도·사기죄, 성폭력 범죄를 주요범죄로 선별하여 국가별로 비교분석하였다.

3. 본 연구의 수행방법

가. 큰 목차의 통일

본 연구는 주요 5개국 형법의 비교분석을 연구의 방법이자 내용으로 하고 있기 때문에 비교분석의 준거 틀로서 각 쟁점별로 5개국의 목차를 통일시키는 작업을 중시하였다. 이 작업이 선행되지 않으면, 개별 국가의 형법을 단순히 소개하는 연구에 그칠 수 있기 때문이다. 이로 인해 때에 따라서는 해당 국가 내에서는 일반적으로 통용되지 않는 목차의 순서가 나오기도 하였다. 하지만, 연구진은 수차례의 회의와 논의를 통하여 상호간에 수용 가능한 공통의 목차를 다음과 같이 도출하였다. 참고로, 아래 목차는 각 주제의 집필 전, 집필 중, 그리고 집필 이후에도 수시로 수정되고, 조정되었다.

1) 기수 전 범죄

》》 [표 1-2] 기수 전 범죄 목차

기수 전 범죄
1. 개관
2. 예비단계에서의 교사(영미)
3. 미수 - 장애미수, 중지미수, 불능미수
4. 예비·음모로서 가벌적 준비행위

2) 공범론

» [표 1-3] 공범론 목차

공범론

1. 공범과 정범의 구별
2. 공범의 기본구조
3. 공범의 형태 - 공동정범, 간접정범, 협의의 공범으로서 교사와 방조
4. 공범의 처벌
5. 공범의 특수한 문제 - 공범과 신분, 공범과 과실, 공범과 부작위, 공범과 미수, 공범관계의 이탈, 공모의 범위를 넘는 행위에 대한 책임

3) 살인죄

» [표 1-4] 살인죄 목차

살인죄

1. 체계 및 구성
2. 사람의 시기와 종기
3. 고의에 의한 살인죄 - 모살, 고살
4. 과실치사죄
5. 기타 - 자살관여죄, 영아살해, 안락사 등

4) 상해·폭행죄

» [표 1-5] 상해·폭행죄 목차

상해·폭행죄

1. 체계 및 구성
2. 폭행죄
3. 상해죄
4. 과실치상죄
5. 기타

5) 절도·사기죄

》》 [표 1-6] 절도·사기죄 목차

절도·사기죄
1. 체계 및 구성
2. 절도죄
3. 사기죄
4. 횡령죄
5. 배임죄

6) 성폭력 범죄

》》 [표 1-7] 성폭력범죄 목차

성폭력범죄
1. 체계 및 구성
2. 강간죄
3. 강제추행죄
4. 아동·청소년 보호 목적의 성폭력 범죄
5. 기타

나. 용어의 정리

연구의 대상이 되는 각 국가의 형법 규정과 이에 따른 이론 및 판례는 대부분 우리의 규정 및 논의와 대응되는 부분이 많고, 그동안 여러 선행연구들을 통하여 소개되어 왔기 때문에 주요개념을 번역하고 정리하는 것 자체가 크게 어렵지는 않았다. 다만, 영미의 논의는 이렇게 소개된 적이 드물어서 우선, 영국과 미국 간의 용어의 통일이 필요했고, 가급적 동일하게 번역하여 정리하였다. 그러나 양 국가 간에도 통일이 어려운 용어들은 그 용어대로 번역하여 소개하였다. 다음으로, 대부분의 주요개념들은 영미법과 대륙법 간에 유사하게 존재하여 때로는 미묘한 차이가 있음에도 불구하고, 동일한 용어로 소개하였다. 그러나 영미법에 있는 개념이나 대륙법에서 유사한 개념을 찾기 어려울 경우에는 이 용어도 역시 고유의 의미대로 번역하여 정리하였다. 마지막으로, 본 보고서에서 번역되어 소개되는 용어들은 잠정적인 성과임을 밝힌다.

각 용어와 개념은 앞으로의 논의와 연구를 통하여 언제든지 수정되고 보완될 수 있다. 특히, 각론의 개별범죄에서는 각 국가별로 고유한 범죄가 많아서 이에 대한 지속적 논의가 필요하다.

다. 결론의 도출

죄수 및 형벌론을 제외하고 각 장에 따른 결론을 도출하고자 하였다. 5개 국가의 유사점과 차이점을 주요 공통의 목차 아래에서 비교분석하고, 이에 따라 우리에게 주는 시사점을 제시하였다.

4. 차후년도 연구의 전망

가. 지속적 연구

차후년도에도 지금까지 수행된 방법을 기초로 위에서 제시된 형법 및 형사소송법 비교연구가 수행될 예정이다.

나. 데이터베이스 구축

특히, 차후년도에는 지금까지 수행한 연구 성과를 데이터베이스화할 예정이다. 공통의 목차와 키워드를 통하여 쟁점별로 법령, 이론, 판례가 제시되도록 시스템을 구현할 것이다.

다. 수정 및 보완

본 연구 사업이 지향하고 있는 비교형법 연구는 분량이 방대하고 긴 시간을 요하나, 실제로 연구가 수행될 수 있는 기간은 상당히 짧은 편이다. 이로 인해 지금까지 수행된 연구 성과들은 앞으로의 논의와 보완을 통하여 지속적으로 수정될 예정이다.

제 2 장

Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(II-1)

기수 전 범죄

서주연 / 이성기·하민경 / 손병현 / 허황 / 이동희

내 용 목 차

제1절 영국

1. 개관
2. 선동죄(incitement)
 - 가. 개념 및 폐지이유
 - 나. 교사·방조와의 관계
3. 미수(attempt)
 - 가. 개념
 - 나. 성립요건
 - 1) 객관적 요건(Actus Reus)
 - 2) 주관적 요건(Mens Rea)
 - 다. 항변사유
 - 1) 불능(impossibility)
 - 2) 중지(abandonment)
 - 라. 처벌
4. 음모(conspiracy)
 - 가. 개념
 - 나. 객관적 요소
 - 1) 합의(agreement)
 - 2) 일련의 행위(a course of conduct)
 - 다. 주관적 요소
 - 라. 커먼로상 음모: 사취 음모(conspiracy to defraud)
 - 마. 항변사유
 - 바. 처벌
5. 소결

제2절 미국

1. 개관
2. 미수
 - 가. 미수범의 일반이론
 - 1) 범죄의 실현단계
 - 2) 미수의 본질
 - 나. 미수범의 성립요소
 - 1) 주관적 요소
 - 2) 객관적 요소
 - 다. 미수범의 항변사유
 - 1) 불능미수의 항변
 - 2) 중지미수의 항변
 - 라. 미수범의 처벌
3. (실패한) 교사(Solicitation)
 - 가. 개념 및 연혁
 - 나. 성립요건
 - 1) 교사의 고의
 - 2) 교사행위
 - 다. 항변
 - 라. 다른 범죄와의 관계
 - 1) 목적한 범죄의 미수죄 성립 여부
 - 2) 음모죄(Conspiracy) 및 목적한 범죄와의 죄수 문제
 - 마. 처벌
4. 음모죄(Conspiracy)
 - 가. 개념 및 연혁

- 나. 성립요건
 - 1) 범죄의 합의(agreement)
 - 2) 명백한 행위(overt act)
 - 3) 고의
 - 4) 음모의 종료
 - 5) 필요적 공범과 음모죄
 - 워튼 룰(Wharton's Rule)
 - 다. 항변
 - 라. 목적한 범죄와의 관계
 - 마. 처벌
5. 소결

제3절 프랑스

- 1. 개관
- 2. 미수(La tentative)
 - 가. 장애미수
 - 1) 미수의 형태
 - 2) 미수의 조건
 - 나. 불능범(L'infraction impossible)
 - 1) 학설상 제의
 - 2) 판례상 해결
 - 다. 중지미수
 - 라. 미수에 대한 처벌
 - 1) 미수의 법정요소 : 기도된 범죄의 본질
 - 2) 미수의 제재 : 동일사원칙
- 3. 예비행위(les actes préparatoires)
- 4. 소결

제4절 독일

- 1. 개관
- 2. 미수
 - 가. 미수범
 - 1) 미수의 처벌근거
 - 2) 미수검토의 구조개관
 - 3) 사전검토
 - 4) 주관적 구성요건(범행결의)
 - 5) 객관적 구성요건(실행의 착수)

- 나. 중지미수
 - 1) 중지미수의 취지 및 체계적 지위
 - 2) 단일정범의 중지미수
- 3. 가별적 준비행위
 - 가. 교사의 미수
 - 나. 기타 준비행위
 - 1) 용의표시
 - 2) 요청의 승낙
 - 3) 중범죄합의
 - 다. 공범의 중지미수
- 4. 소결

제5절 일본

- 1. 개관
- 2. (장애)미수
 - 가. 미수범의 처벌근거
 - 1) 주관주의의 입장
 - 2) 객관주의의 입장
 - 나. 실행의 착수시기
 - 1) 학설
 - 2) 판례
- 3. 불능범
 - 가. 의의와 종류
 - 나. 불능범과 미수범의 구별
 - 1) 학설
 - 2) 판례
- 4. 중지미수
 - 가. 의의
 - 나. 법적 성격
 - 다. 중지범의 요건
 - 1) 중지의 임의성
 - 2) 결과발생의 방지
- 5. 예비와 음모
 - 가. 관련 규정
 - 나. 예비와 음모의 구별
 - 다. 예비의 중지
- 6. 소결

제1절 | 영국

1. 개관

영국법에서 기수 전 범죄(inchoate offences)란, 피고인이 범행을 시도한 상황에서 범행이 막 시작되었거나 더 이상 발전하지 않은 경우에 피고인의 책임을 다루는 개념이다. 처벌근거에 있어 책임의 범위가 지나치게 넓어진다는 비판이 제기되었으나, 주로 구체적인 해악의 실현 이전에 개입이나 방지가 허용된다는 점에서 정당화되었다.²⁾ 예를 들어 성적 목적을 달성하기 위해 아동을 ‘그루밍’하는 행위,³⁾ 사기에 이용하기 위해 기사를 만들거나 제공하는 행위⁴⁾ 등에 있어 아동에 대한 성범죄나 사기 피해가 발생하기 전에 이를 미수 또는 음모의 죄로 기소할 수 있는 데에서 그 실익이 인정될 수 있다.⁵⁾

종래 커먼로에서는 미수, 음모, 선동의 죄(incitement)가 기수 전 범죄에 해당하였다. 미수는 범죄를 저지르려는 고의를 가지고 단순한 준비 이상의 행위를 한 것이며, 음모는 두 명 이상의 음모자들이 범죄에 이르는 일련의 행위에 가담하기로 합의한 것을 의미한다. 각각 단순한 준비 이상의 행위와 합의가 그 핵심표지이다. 그리고 선동은 제3자로 하여금 범죄를 저지르도록 조장하거나 설득하는 행위이며, 그 사람과 성공적으로 의사소통한 시점에 범죄가 성립하였다.

미수와 음모가 일찍이 성문법상 범죄로 편입된 것과 달리, 커먼로상 범죄로 남아있던 선동죄는 「2007년 강력범죄법(Serious Crime Act 2007)」에서 폐지되어 교사(encouraging)·방조(assisting)로 대체되었다.⁶⁾ 커먼로상 선동죄의 경우 피고인이 제3자와의 의사소통 없이 교사하여 제3자가 실제 범죄를 저지르지 않았다면 처벌될 수

2) Andrew P. Simester/John R. Spencer/Findlay Stark/G. Robert Sullivan/Graham J. Virgo, Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine, 7th ed., Hart Publishing, 2019, 307면.

3) Sexual Offences Act 2003 s. 15.

4) Fraud Act 2006 s. 7.

5) Jeremy Horder, Ashworth's Principles of Criminal Law, 8th ed., Oxford University Press, 2016, 470~471면.

6) Serious Crime Act 2007 s. 59, Part 2.

없었으나, 신설된 교사방조의 경우 그 같은 경우에도 피고인을 처벌할 수 있도록 교사의 범위가 확장되었다. 교사방조는 사실상 공범(complicity)의 기수 전 범죄에 해당하므로⁷⁾ 여기에서는 커먼로상 교사, 미수, 음모를 차례로 다루며, 후술하는 공범의 법리에서 교사방조의 죄가 함께 언급될 것이다.

2. 선동죄(incitement)⁸⁾

가. 개념 및 폐지이유

커먼로상 선동죄는 피고인이 제3자로 하여금 범죄를 저지르도록 조장하거나 설득하는 행위이다(객관적 요소).⁹⁾ 피고인은 그 사람이 교사된 범죄를 저지르게 된다면 자신이 요구한 대로 행할 것이라고 의도하거나 믿어야 한다(주관적 요소).¹⁰⁾ 범죄가 성립되는 시점은 피고인이 그 사람과 범죄의 실행에 대해 성공적으로 의사소통한 즉시이다. 만일 그 사람이 실제 범죄를 저질렀다면 피고인은 공범(accessory)의 죄를 지게 된다.

그런데 둘 사이의 의사소통은 없이 피고인의 교사가 존재하는 경우, 특히 실제 범죄가 저질러지지 않은 경우가 문제였다.¹¹⁾ 예를 들어 P가 피해자에게 음료를 제공

7) Jonathan Herring, *Criminal Law: Text, Cases and Materials*, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 772면.

8) 영국의 과거 법률에서 사용된 incitement는 오늘날 일반적인 '교사'의 의미에 더 가까운 용어로, 독일형법상 (StGB §130)의 대중 선동죄 (Volksverhetzung) 등에서 사용되는 선동의 의미까지 포함하지만 이보다 더 넓은 개념이다. 다만 현대의 법령에서 교사의 의미로 사용되는 encourage나 abet 등의 용어와 구별하기 위한 필요성과, 대상 행위 자체는 처벌의 대상이 되는 범죄에 해당되지 않더라도 이를 교사한 행위는 처벌하는 경우가 있었다는 점 - 예컨대 비록 영국에서 폐지된 규정들이지만, 당대에는 범죄로 처벌되지 않는 행위들이었던 '산업분규 (industrial unrest)'를 선동한 외국인을 처벌하는 규정(구 「Aliens (Restriction) Amendment Act 1919」, 제3조 (2)항)이나, '동성애(homosexuality)'를 조장하는 지역 당국의 행위를 처벌하는 규정 (구 Local Government Act 1988, 제28조) 등 - 도 커먼로상 incitement 범죄들이 성문법에 반영된 예로 이해되었다는 점, 또한 교사한 범죄가 실제로 실행에 착수했는지, 결과가 발생했는지 여부를 엄밀하게 구별하지 않고 폭넓게 사용되었던 기원을 가지고 있다는 점을 감안하여 여기서는 편의상 incite를 '선동'으로 번역해 두기로 한다. 커먼로상 선동죄의 개념에 관한 더 상세한 논의를 살펴보면 Jacconelli, Joseph, *Incitement: A Study in Language Crime, Criminal Law and Philosophy* Vol. 12 No. 2, 2018, 246면 이하.

9) R v Higgins (1801) 2 East 5, 102 ER 269; R v Banks (1873) 12 Cox CC 393.

10) R v Claydon [2006] 1 Cr. App. R. 20.

11) Andrew P. Simester/John R. Spencer/Findlay Stark/G. Robert Sullivan/Graham J. Virgo, *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*, 7th ed., Hart Publishing, 2019,

할 것을 아는 D가 음료에 독을 넣었으나, P가 실수로 음료를 었지른 경우 결과적으로 D는 아무런 죄를 지지 않게 된다. 즉 P와 의사소통하지 않았으므로 교사에 해당하지 않고, 실제 범죄가 저질러지지 않았으므로 공범의 책임도 질 수 없다. 범죄의 실행에 충분히 근접하지 않았으므로 미수의 책임을 지거나 P와 합의하지 않았으므로 음모의 책임을 지지도 않는다. D에 대한 그러한 책임의 공백은 비난가능성과 사회 방위의 측면에서 정당화되기 어려웠다.¹²⁾ 이러한 이유로 커먼로상 교사는 폐지되었다.

나. 교사·방조와의 관계

커먼로상 선동죄의 폐지와 더불어 「2007년 강력범죄법(Serious Crime Act 2007)」 제2장에 교사방조의 죄가 신설되었다.¹³⁾ 이에 따라 범죄를 저지르도록 의도적으로 교사방조한 행위(제44조), 범죄가 저질러질 것이라고 믿으면서 교사방조한 행위(제45조), 하나 이상의 범죄가 저질러질 것이라고 믿으면서 교사방조한 행위(제46조)가 처벌될 수 있다.¹⁴⁾ 객관적 요소는 세 조항에서 공통적으로 다른 사람의 범죄를 교사방조하는 행위이며, 주관적 요소의 차이가 세 조항을 구분 짓는다. 즉 제44조에서 피고인은 반드시 범죄를 교사방조하는 것에 대한 고의를 가져야 하나,¹⁵⁾ 제45조 이하에서 피고인은 단순히 범죄가 교사방조될 것에 대한 믿음만 있으면 족하다.¹⁶⁾ 나아가 제46조에서 피고인은 여러 범죄 중 하나가 저질러질 것을 믿지만, 정확히 어떤 범죄가 저질러질 것인지 알지 못하여도 무방하다.¹⁷⁾

커먼로상 선동죄와 교사방조 간에 가장 큰 차이는 피고인이 교사방조한 범죄가 실제 저질러지지 않은 경우나 피고인의 교사방조를 전혀 알지 못한 사람에 대한 교사방조의 경우 등에도 피고인을 처벌할 수 있다는 점이다.¹⁸⁾ 그러나 커먼로상 선동죄의

308~309면.

12) Law Commission, Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime(LAW COM No. 300), 2006, 70면.

13) Serious Crime Act 2007 s. 59, Part 2.

14) Serious Crime Act 2007 s. 44, s. 45, s. 46.

15) Serious Crime Act 2007 s. 44(2).

16) Serious Crime Act 2007 s. 47(2).

17) Serious Crime Act 2007 s. 47(4).

18) Andrew P. Simester/John R. Spencer/Findlay Stark/G. Robert Sullivan/Graham J. Virgo, Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine, 7th ed., Hart Publishing, 2019, 310면.

폐지에도 불구하고, 교사 또는 그와 유사한 법리가 남아있는 조항이 다수 있다.¹⁹⁾ 법률위원회(Law Commission)는 「1861년 상해법(Against the Person Act 1861)」이 살인에 대한 교사(solicitation)를 여전히 규정하고 있는 것에 대해 피고인이 집단을 선동하거나 특정한 상황에서만 살인하도록 의도한 경우에 있어 이를 처벌할 필요가 있기 때문이라고 밝힌 바 있다.²⁰⁾

3. 미수(attempt)

가. 개념

현행법상 미수는 「1981년 형사미수법(Criminal Attempts Act 1981)」이 규정하고 있다. 이에 따라 범죄를 저지르려는 고의를 가지고, 단순한 준비 이상의 행위를 한다면 미수의 죄로 처벌된다.²¹⁾ 일반적으로 미수에 해당하기 위해서는 피고인이 객관적 요건으로서 단순한 준비 이상의 행위와 주관적 요건으로서 전체 범죄에 관한 고의 등이 입증되어야 한다. 객관적 요소에서는 행위가 단순한 준비 이상인지 여부에 관한 판단과 관련하여 행위와 목적인 범죄와의 ‘근접성(proximity)’이 기준이 되고 있으며, 주관적 요소에서는 범죄의 객관적 요건인 행위에 대한 고의가 입증되어야 한다.

미수는 완성미수(complete attempt)와 미완성미수(incomplete attempt)로 구분된다. 완성미수는 행위자가 범죄를 저지르기 위해 의도한 행위를 하였으나 원했던 결과 발생이 뒤따르지 않은 경우이고, 미완성미수는 행위자가 범죄를 저지르고자 하였으나 결과 발생에 필요한 행위를 하지 못하거나 외부의 개입으로 인해 결과 발생이 일어나지 않은 경우이다.²²⁾ 특히 미완성미수에 있어 각 사건마다 그 행위가 객관적 요건을 충족하는지 여부, 즉 단순한 준비 이상의 행위에 해당하는지 여부가 불분명하여 쟁점

19) Sexual Offence Act 2003 s. 8; Against the Person Act 1861 s.4; Incitement to Disaffection Act 1934; Terrorism Act 2006 s. 1(2); Misuse of Durgs Act 1971 s. 19.

20) Law Commission, Reform of Offences Against the Person(LAW COM No. 361), 2015, 184~189면.

21) Criminal Attempts Act 1981 s. 1(1).

22) 예를 들어 완성미수는 Y가 V를 향해 차를 몰았으나 V를 해치는 데 실패했거나 Z가 대마초라고 믿고 밀수한 물건이 실제로는 무해하고 가치 없는 물질인 경우이며, 미완성미수는 X가 휘발유에 적신 종이를 V의 집 문 앞에 두었으나 여전히 그 종이에 불을 붙이거나 문 안으로 밀어 넣지는 않은 경우이다(Jeremy Horder, Ashworth's Principles of Criminal Law, 8th ed., Oxford University Press, 2016, 471면).

이 되었다.²³⁾ 완성미수와 미완성미수의 구분은 이론상 미수범에 대한 처벌의 정당성 내지 가벌성의 차이를 살피는 데에서 실익이 있으나, 결론적으로 양자 모두에서 처벌의 정당성이 인정되며 다만 양형단계에서 그 차이가 고려될 수 있을 뿐이다.²⁴⁾

나. 성립요건

1) 객관적 요건(Actus Reus)

(1) 정식기소 범죄

「1981년 형사미수법(Criminal Attempts Act 1981)」은 미수의 대상을 정식기소 범죄(indictable offences)로 규정하고 있다.²⁵⁾ 즉 약식기소 범죄(summary offences)는 미수의 대상이 될 수 없다. 그러나 약식기소 범죄라 하더라도 법률상 그 범죄의 미수가 위법이라고 명시된 경우에는 미수가 가능하며,²⁶⁾ 약식기소 또는 정식기소의 양자가능 범죄(either-way offences)에 대해서는 법원이 미수가 인정될 수 있다고 밝힌 바 있다.²⁷⁾

또한 「1981년 형사미수법(Criminal Attempts Act 1981)」은 미수의 대상에서 커먼 로상 또는 성문법상 음모,²⁸⁾ 범죄의 실행을 돕거나(aiding) 교사하거나(abetting) 조언하거나(counselling) 유도하거나(procurng) 또는 위증하게 하는(suborning) 범죄,²⁹⁾ 체포 대상 범죄자를 원조하거나 체포 대상 범죄를 은닉하는 범죄³⁰⁾ 등을 명시적으로 제외하고 있다. 이에 따라 음모의 미수나 공범의 미수는 불가능하다. 이는 미수의 책임을 지기에 음모의 미수는 음모의 특성상 실체적인 범죄로부터 지나치게 멀고, 공범의 경우 이차적 책임에서 기인하는 불확실한 결과를 미수까지 감당하는 것이

23) Jonathan Herring, *Criminal Law: Text, Cases and Materials*, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 802면.

24) Jeremy Horder, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, 8th ed., Oxford University Press, 2016, 471~472면.

25) Criminal Attempts Act 1981 s. 1(4).

26) Road Traffic Act 1988 s. 4, s. 5의 경우 알코올 또는 약물 농도가 규정된 제한을 넘은 운전에서 미수의 죄를 규정하고 있다.

27) Bristol Magistrates' Court, ex p E [1998] 3 All ER 798.

28) Criminal Attempts Act 1981 s. 1(4)(a); Criminal Law Act 1977 s. 1.

29) Criminal Attempts Act 1981 s. 1(4)(b).

30) Criminal Attempts Act 1981 s. 1(4)(c); Criminal Law act 1967 s. 4(1), 5(1).

지나치기 때문이라고 설명된다.³¹⁾

(2) 행위의 근접성(proximity)

커먼로상 이른바 행위의 ‘근접성 심사’가 다양한 기준으로 시도되었다. 근접성이란 피고인의 행위가 목적인 범죄와 직접적으로 연결되어 있는 정도를 의미하며, 그러한 근접성이 인정되는 경우에 한하여 미수의 책임 범위 내로 들어올 수 있는 것이었다.³²⁾ 근접성 심사에서 제시된 기준들을 간략히 정리하면 다음과 같다.³³⁾

- 최종행위(last act)³⁴⁾: 피고인은 범죄가 발생하기 극히 직전의 최종행위를 하기 전까지 책임을 질 수 없다. 예컨대 D는 V를 향해 총을 겨누고 방아쇠를 당기기 전까지 V에 대한 살인미수의 책임이 없다. 이 기준은 적용이 비교적 간명하나, 미수에 대한 책임의 범위가 지나치게 좁아지는 문제가 지적된다.
- 모호하지 않은/명백한 행위(unequivocal act)³⁵⁾: 피고인이 범죄를 완수할 의사가 있음을 명백히 보여주는 행위가 입증되어야 한다. 즉 피고인이 충분히 범죄를 저지르고자 하는 마음을 바꿀 현실적인 기회가 전혀 없음이 입증되어야 한다. 예를 들어 D는 그가 분명히 곧 분명히 방화할 것임을 나타내는 외적인 행위가 있기 전까지 미수의 죄를 지지 않는다. 이 기준을 적용하기 위해서는 행위의 애매한 점을 해소하기 위해 결국 D의 의도를 파악할 수밖에 없다는 문제가 있다.
- 실질적 단계(the substantial step)³⁶⁾: 피고인이 단순히 계획을 시작했다는 것이 아닌 구체적인 방식으로 실행에 옮겼다는 증거가 필요하다. 이에 따르면 앞선 예에서 방화를 계획하고 D가 주머니에 성냥을 넣은 채로 건초더미를 향해 걸어간

31) Andrew P. Simester/John R. Spencer/Findlay Stark/G. Robert Sullivan/Graham J. Virgo, Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine, 7th ed., Hart Publishing, 2019, 359면.

32) Law Commission, Conspiracy and Attempts(Consultation Paper No. 183), 2007, 176~177면.

33) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 802면; Andrew P. Simester/John R. Spencer/Findlay Stark/G. Robert Sullivan/Graham J. Virgo, Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine, 7th ed., Hart Publishing, 2019, 356면.

34) R v Eagleton (1855) 6 Cox CC 559.

35) Davey v Lee [1968] 1 QB 366.

36) R v Roberts (1855) Dears 539, 169 ER 836.

행위는 방화미수에 해당할 수 있다. 그러나 D의 행위가 그 자체로 유죄가 되기 위해서는 건초에 점화하기 위해 성냥에 불을 켜는 정도의 행위 전까지는 실질적 단계로 인정될 수 없다는 비판이 제기된다.

- 최초행위(first act)³⁷⁾: 피고인이 범죄의 완수를 위해 의도한 일련의 행위 중 첫 번째 행위를 했다는 증거를 요한다. 이 심사기준은 주관적 요소를 범죄의 핵심으로 보아 그러한 정신 상태를 드러내는 외적인 행위를 찾고자 하는 관점에서 비롯되었다. 그러나 범죄들이 각기 다른 수준의 계획을 필요로 하며, 특히 다수의 준비행위를 요하는 경우, 최초행위가 무엇인지 설정하기 어렵다는 점이 지적된다.

이 같은 심사 중에서 특별히 지배적인 기준은 없었으며, 근접성에 관해 광범위하기 보다 제한적인 접근이 시도되었다고 평가할 수 있을 뿐이었다.³⁸⁾ 「1981년 형사미수법(Criminal Attempts Act 1981)」 제정에 있어서도 당시 법률위원회의 권고에 따라 특정한 법적 심사가 배제되었고, 근접성 여부는 배심원이 판단해야 할 사실관계의 문제(a question of fact)인 것으로 입법되었다.³⁹⁾ 법 제정 이후 그 판단에 관하여 널리 받아들여지는 판결 중 하나인 Jones 판결은 문언상 명시된 “단순한 준비 이상”의 자연적 의미를 따라야 하며, 법 제정 이전의 판례들을 참조하여 지나치게 광범위하거나 제한적으로 해석해서는 안 된다고 강조하였다.⁴⁰⁾ 이에 따라 법원은 각 특정한 사건에서 행위의 근접성을 판단하는 데 충분한 증거가 있는지 스스로 밝혀야만 하게 되었다.

Geddes 판결은 행위의 근접성을 주장하기 위해서는 피고인이 범죄의 실행을 시도하는 단계로 나아갔어야 하며, 그가 겨우 자리를 잡거나 도구를 갖췄다는 증거만으로는 입증이 어렵다는 기준을 제시하였다.⁴¹⁾ 해당 사건에서 피고인은 학생을 납치할 의도로 칼, 밧줄 등을 가지고 학교에 무단침입했고, 불법감금 미수 혐의로 기소되었으나, 체포 이전에 어떠한 피해자도 붙들지 못했다는 이유로 무죄가 선고되었다. 이처럼

37) R v Scofield [1784] Cald 397.

38) Andrew P. Simester/John R. Spencer/Findlay Stark/G. Robert Sullivan/Graham J. Virgo, Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine, 7th ed., Hart Publishing, 2019, 357면.

39) Criminal Attempts Act 1981 s. 4(3); DPP v Stonehouse [1978] AC 55 (HL).

40) R v Jones [1990] 3 All ER 886.

41) R v Geddes [1996] Crim LR 894, 895.

범죄의 실행을 시도하는 단계에 대해 다른 판례들은 “on the job”, “embarks on the crime proper” 등으로 표현하고 있다.⁴²⁾

그밖에 잠금장치를 풀고 장전된 총기를 피해자에게 겨누는 사건(살인 미수),⁴³⁾ 피해자를 바닥에 던지고 그의 성기를 꺼낸 사건(강간 미수)⁴⁴⁾ 등에서 행위의 근접성이 인정되었다. 반면 음주상태로 운전을 시도하려고 차량의 문을 열었을 때 자신의 차량을 도난당한 사건(음주운전 미수),⁴⁵⁾ 가짜 총기를 가지고 강도를 시도하기 위해 체포직전 막 우체국에 들어온 사건(강도 미수)⁴⁶⁾ 등에서는 행위의 근접성이 부정되었다. 종합해보면, 대체로 피고인이 피해자나 재산에 대해 대치(confrontation) 상태에 이른 경우, 즉 피고인이 목적인 범죄에 근접한 경우 비로소 미수의 객관적 요건을 충족하는 단계에 이르렀다고 인정되는 경향을 알 수 있다.⁴⁷⁾

2) 주관적 요건(Mens Rea)

미수의 주관적 요소는 “고의”로 명시되어 있으며,⁴⁸⁾ 이는 일반 고의(basic intent)가 아닌 특정 고의(specific intent)이다. 일반 고의에서는 무모함(recklessness)만으로 주관적 요건이 충족될 수 있는 반면, 특정 고의는 오로지 고의(intention)가 입증될 것을 요한다.⁴⁹⁾ 따라서 피고인이 목적인 범죄의 주관적 요소가 무모함으로 충족되는 경우에도, 그 미수에 있어서는 반드시 고의가 입증되어야 한다. 예컨대, 피고인이 고의 내지 무모함에 의해 재산 피해를 야기할 수 있는 범죄를 의도한 경우 그 미수로 기소되기 위해서는 재산 피해에 대한 단순한 무모함이 아닌 고의가 입증되어야 한다.⁵⁰⁾

42) R v Osborn. (1919) 84 JP 63; R v Gullefer (1990) 91 Cr App R 356.

43) R v Jones (1990) 91 Cr App R 351 (CA).

44) Attorney-General's References (No 1 of 1992) [1993] 2 ALL ER 190.

45) Mason v DPP [2009] EWHC 2198 (Admin).

46) R v Campbell [1991] 93 Cr App R 350 (CA).

47) Andrew P. Simester/John R. Spencer/Findlay Stark/G. Robert Sullivan/Graham J. Virgo, Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine, 7th ed., Hart Publishing, 2019, 358면; Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 764면.

48) Criminal Attempts Act 1981 s. 1(4).

49) R v Caldwell [1982] AC 341; 최민영/김재현/허황/강효원/김택수/박용철/손병현/이동희/이성기, Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(I), 한국형사정책연구원, 2019, 88면.

50) “Inchoate offences”, <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/inchoate-offences> (2020년 10월 31일 최종검색).

그러나 예외적으로 피고인이 목적인 범죄에서 상황(circumstance)에 관한 무모함이 입증되는 것으로 주관적 요건이 충족되는 경우 미수에 있어서도 마찬가지로 주관적 요건이 인정된다고 보는 경우가 있어 주의를 요한다. 예컨대, 특수방화 미수는 특수방화에서와 같이 ‘타인의 생명이 위태로워질 수도 있다’는 상황에 관한 무모함만으로 고의가 인정되며, ‘타인의 생명을 위태롭게 하겠다’는 고의까지 입증될 필요가 없다.⁵¹⁾ 대표적으로 **Khan 사건**에서 피고인은 피해자의 동의 여부가 불분명한 상황에서 피해자와 성관계를 시도하였다. 항소법원은 강간과 마찬가지로 강간 미수에서도 피해자가 성관계에 동의했을지도 모른다는 피고인의 무모함으로 고의가 인정되어 유죄라고 판단하였다.⁵²⁾

그런데 Khan 판결 이후 상황에 관한 무모함을 고의로 인정하지 않은 판결이 있어 논쟁이 되고 있다. **Pace and Rogers 사건**에서 경찰은 함정수사의 일환으로 피고인들에게 실제 경찰의 재산이었던 고철을 제공하였고, 이를 취급한 피고인들은 장물취득 미수로 기소되었다. 항소법원은 무죄를 선고하면서, 유죄가 되기 위해서는 피고인들이 고철이 장물임을 의심했다는 증거가 필요하나 그렇게 해석할 어떠한 언어적 또는 목적적 사실이 없기 때문이라고 하였다.⁵³⁾ Khan 판결과 Pace and Rogers 판결의 불일치에 대해서는 다수의 견해가 있으나, 크게 다음과 같이 요약될 수 있다.⁵⁴⁾

- Pace and Rogers 판결이 Khan 판결을 대체해야 한다는 견해: 피고인이 의도한 범죄에서 무모함이나 의심이 고의로 인정될 수 있다 하더라도, 미수에 있어서는 상황을 포함하여 모든 객관적 요소에 대한 고의가 입증되어야 한다. 해당 조항의 “intent to commit an offence”를 “intent to commit all the elements of the offence”로 해석하는 것이 자연스럽기 때문이다.
- Pace and Rogers 판결은 오류이고 Khan 판결을 따랐어야 한다는 견해: 피고인이 의도한 범죄에서 무모함이나 의심이 고의로 인정되는 경우 미수에서도 상황에

51) Criminal Damage Act 1971 s. 1(2); Attorney-General’s References (No 3 of 1992) [1994] 2 ALL ER 121.

52) R v. Khan [1990] 1 WLR 813.

53) R v Pace and Rogers [2014] EWCA Crim 186.

54) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 758~759면.

관한 고의의 입증이 생략될 수 있다. Khan 판결은 장기간 유지되어 온 반면, 이에 대해 Pace and Rogers 판결은 명시적으로 뒤집지도 못하였다.

- Pace and Rogers 판결과 Khan 판결이 둘 다 옳다는 견해: 양자는 (i) 각기 다른 상황(situation)을 다루고 있거나 혹은 (ii) 각기 다른 범죄와 그에 따른 법률을 적용하고 있다는 견해이다. 그러나 (i) 각기 다른 상황을 다루고 있다는 견해에 대해서는 Pace and Rogers 판결조차 자신이 채택한 논리를 그렇게 설명하지 않았으며, (ii) 각기 다른 범죄와 그에 따른 법률을 적용하고 있다는 견해에 대해서는 그렇다면 범죄마다 다른 의미의 주관적 요소가 고려되어야 하는 것이 어색하다는 비판이 따르고 있다.

그러나 다수 견해와 검찰청의 수사기소 관련 가이드라인에 의하면, Khan 판결과 같이 상황에 관한 무모함을 고의로 인정하고 있다.⁵⁵⁾ 이와 더불어 실제 재판에서 피고인의 고의에 대한 판단은 대부분 배심원들에 달려있다고 할 수 있다.⁵⁶⁾ Ferriter 사건에서 피고인은 강간(rape) 미수로 유죄판결을 받았으나, 항소법원에서 뒤집혀 그보다 경한 성폭력(sexual assault) 미수의 유죄판결을 받았다. 동일한 사실관계에 있어 피고인이 양 법원에서 성적 동기를 부인하였으나 다른 판결을 받게 된 것에 대해 항소법원은 배심원들이 사실관계에 비추어 피고인에게 성폭력에 대한 고의는 인정할 수 있으나, 강간에 대한 고의는 인정하지 않았기 때문이라고 밝혔다.⁵⁷⁾

다. 항변사유

1) 불능(impossibility)

현행법상 사실적 불능(physical impossibility)은 항변사유가 될 수 없으며, 따라서 사실적 불능에도 불구하고 피고인은 미수의 죄를 질 수 있다.⁵⁸⁾ 반면 법률적 불능

55) "Inchoate offences", <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/inchoate-offences> (2020년 10월 31일 최종검색).

56) Jonathan Herring, *Criminal Law: Text, Cases and Materials*, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 761면.

57) Ferriter [2012] EWCA Crim 2211.

58) Criminal Attempts Act 1981 s. 1(2), s. 1(3).

(legal impossibility)은 항변사유에 해당할 수 있으므로, 불능미수에 있어 법률적 불능과 사실적 불능의 구분은 반드시 필요하다.

법률적 불능은 피고인이 불법이라고 믿고 있는 행위를 함으로써 범죄를 시도했으나 실은 불법이 아닌 경우를 의미하며, 이때 피고인은 미수의 죄를 질 수 없다. 예컨대 외화 수입이 불법이라고 믿은 피고인이 외화 수입을 하였으나, 그러한 외화 수입이 불법이 아닌 한 피고인은 미수의 죄를 질 수 없다.⁵⁹⁾ 사실적 불능은 어떠한 사실로 인해 미수의 성립이 부정되는 경우로서 부적절하거나 비효과적인 수단과는 무관하다. 이때 판단 기준은 문언상 피고인의 “고의(intention)”이다. 일련의 판결에서 다음과 같은 변화가 있었으나, 결론적으로 고의인지 여부는 객관적인 사실이 아닌 피고인이 내심 사실이라고 믿었던 바를 기준으로 판단하고 있다.⁶⁰⁾

Anderton v Ryan 사건에서 피고인은 저렴한 가격에 비디오레코더를 취득한 것으로 장물은닉의 미수로 기소되었다. 비디오레코더는 실제 장물이 아니었으나, 그녀가 장물일 수 있다고 믿었던 이상 장물은닉의 고의가 있다고 판단되었기 때문이다. 당시 최고법원(House of Lords)은 만장일치로 원심의 유죄판결을 뒤집었으며, 피고인이 범죄를 저지르기 위해 믿었던 바가 사실이 아니었던 한 장물은닉의 고의에 해당하지 않는다는 설시하였다.⁶¹⁾ 그러나 이후 Shivpuri 사건 등에서 Anderton v Ryan 판결은 명백히 뒤집혔다. Shivpuri 사건에서 마약 밀수업자였던 피고인은 함정수사에 걸렸다. 합법적인 코담배(snuff)가 담긴 가방을 헤로인이 담겼다고 확신한 채 소지 및 거래하도록 유도되었으나, 마약 밀수의 고의가 인정되어 유죄판결을 선고받았다.⁶²⁾ 법원이 피고인이 범죄를 저지르기 위해 믿었던 바가 설사 사실이 아니었다 하더라도, 그가 믿었던 바대로 고의를 판단한 것이다.⁶³⁾

2) 중지(abandonment)

만일 피고인이 범죄를 저지를 의도로 단순한 준비 이상의 행위를 했으나, 결국

59) R v Taaffe [1983] 2 All ER 625.

60) Andrew P. Simester/John R. Spencer/Findlay Stark/G. Robert Sullivan/Graham J. Virgo, Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine, 7th ed., Hart Publishing, 2019, 381~383면.

61) Anderton v Ryan [1985] AC 560.

62) R v Shivpuri [1987] AC 1.

63) R v s [2005] EWCA Crim 189.

마음을 바꿔 더 이상의 행위를 그만 두었다면 여전히 미수에 해당하는가. 이 같은 사례에 대해 종래 커먼로에서는 자발성 또는 비자발성 여부를 쟁점으로 다루어진 적이 있으나, 실제 증거가 항변사유로 인정된 사건은 없다.⁶⁴⁾ 위의 같은 사례는 현행법상 미수에 해당할 것으로 보이나, 실제 기소가 이루어지지 않을 가능성이 높다.⁶⁵⁾

라. 처벌

미수범의 처벌은 다음과 같은 「1981년 형사미수법(Criminal Attempts Act 1981)」 제4조에 따른다.⁶⁶⁾ 살인 또는 종신행이 허용되는 범죄에 대한 미수는 최대 종신행까지 선고받을 수 있다. 그 외의 범죄에 대한 미수는 해당 범죄가 정하는 형의 적용을 받게 된다. 미수가 인정되는 양자가능 범죄의 경우 해당 범죄의 약식재판에서 가능한 형까지 선고받을 수 있다. 나아가 피고인이 미수범으로 기소되었으나 실제 범죄가 완성되었다 하더라도 피고인은 여전히 미수에 대판 재판이 진행되며,⁶⁷⁾ 반대로 기수범으로 기소되었으나 실제 미수에 그친 경우에는 미수에 대한 재판을 진행하게 된다.⁶⁸⁾

4. 음모(conspiracy)

가. 개념

음모는 두 명 이상의 음모자들이 범죄에 이르는 일련의 행위에 가담하기로 합의한 것을 의미한다. 현행법상 「1977년 형법(Criminal Law Act 1977)」 제1조 제1항이 규정하고 있다.⁶⁹⁾ 여기에서 음모의 구성요건은 범죄에 대한 음모자들 간의 합의, 그러한 합의가 반드시 범죄의 실행에 수반되는 일련의 행위를 추구할 것, 음모자들이 범죄에

64) 법률위원회는 음모에서 증거에 대한 항변은 분명히 거부될 것임을 밝혔으나, 미수에서 그 같은 항변이 어떻게 받아들여질 것인지에 대해서는 언급하지 않았다(Andrew P. Simester/John R. Spencer/Findlay Stark/G. Robert Sullivan/Graham J. Virgo, Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine, 7th ed., Hart Publishing, 2019, 371면).

65) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 770면

66) Criminal Attempts Act 1981 s. 4.

67) Criminal Law Act 1967 s. 6(4).

68) Criminal Law Act 1967 s. 6(3), s. 6(4).

69) Criminal Law Act 1977 s. 1(1).

요구되는 행위를 하겠다는 고의를 가질 것 또는 객관적 요소 내에 존재하는 상황에 관하여 고의를 가지거나 알고 있을 것 등이다. 이론상 미수에 대한 음모나 음모에 대한 음모는 가능하나,⁷⁰⁾ 돕거나 사주하거나 조언하거나 알선하는 행위에 대한 음모는 그 자체로는 범죄가 되지 않는다.⁷¹⁾

한편, 위와 같은 성문법상 음모 외에 커먼로상 인정되는 음모로는 사취 음모 (conspiracy to defraud)와 공연음란 음모(conspiracy to corrupt public morals or outrage public decency)가 남아있다. 사취 음모의 경우 커먼로상 음모의 죄가 폐지된다는 조항에서 제외되었으며, 현재 선택적으로 기소 및 처벌될 수 있으나,⁷²⁾ 사취행위를 규율하는 「2006년 사기법(Fraud Act 2006)」이 제정·시행되면서 장기적으로는 그 폐지가 검토되고 있다.⁷³⁾ 공연음란 음모의 경우 성문법상 규정 없이 법원의 결정에 의해 커먼로상 실체적인 범죄로 인정되고 있으나,⁷⁴⁾ 실제 풍기문란 음모로 기소되는 경우는 거의 없다.⁷⁵⁾ 아래에서는 성문법상 음모를 다루며, 그와 다른 점을 중심으로 사취 음모를 간단히 언급할 것이다.

나. 객관적 요소

1) 합의(agreement)

음모의 가장 핵심적인 요소는 합의이며, 음모자들은 적어도 두 사람 이상이어야 한다. 그러나 다음의 특정한 사람과의 합의는 음모가 될 수 없다. 부부 또는 파트너(civil partners), 형사책임 연령 이하의 사람, 해당 음모에서 범죄의 대상이 된 잠재적 피해자와는 음모를 할 수 없다.⁷⁶⁾ 다만 판례에 따른 예외적인 경우를 살펴보면, 남편

70) Jonathan Herring, *Criminal Law: Text, Cases and Materials*, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 783면.

71) R v Kenning [2008] EWCA Crim 1534.

72) Criminal Law Act 1977 s. 5(1), 5(2); Criminal Justice Act 1987 s. 12(1).

73) "Use of the common law offence of conspiracy to defraud", <https://www.gov.uk/guidance/use-of-the-common-law-offence-of-conspiracy-to-defraud--6> (2020년 10월 31일 최종검색).

74) R v Gibson [1991] 2 QB 619 (CA); Armhouse Lee Ltd v Chappell, The Independent, 26 July 1996 (CA).

75) Jonathan Herring, *Criminal Law: Text, Cases and Materials*, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 795면.

76) Criminal Law Act 1977 s. 2(2)(a), s. 2(2)(b), s. 2(2)(c).

아내, 그리고 제3자 사이에는 음모가 가능하며,⁷⁷⁾ 잠재적 피해자라 하더라도 약물범죄의 경우 피고인과 약물을 공급받기로 한 당사자 사이의 합의는 음모로 인정되었다.⁷⁸⁾ 회사와 회사의 업무 수행을 전적으로 책임지는 그 회사의 책임자 사이의 합의도 음모로 인정되었다.⁷⁹⁾

합의는 불법적인 계획을 공동으로 실행하기로 하는 의사결정이며, 이는 협상(negotiation) 단계를 넘어 계획의 실행에 합의하는 단계를 의미한다.⁸⁰⁾ 다만 모든 음모자들이 다른 음모자와 소통했다는 것을 입증할 필요는 없고, 공통적인 목적이 피고인에 의해 적어도 한 명 이상의 음모자에게 전달되었다는 것이 입증되면 족하다.⁸¹⁾ 법원은 일단 음모자들 간 합의에 도달하는 것으로 음모의 객관적 요소가 충족됨을 분명히 하고 있다.⁸²⁾ 따라서 그 이후에 음모자들이 계획대로 하지 않기로 결심하거나, 전혀 실행에 임하지 하더라도 무관하다.⁸³⁾ 음모자들이 계획에 분명히 합의한 이상 그들이 그 계획의 세부사항에 합의했음을 증명할 필요도 없고, ‘집이 비었다면’이라거나 ‘경비가 없다면’ 범죄를 저지를 것을 계획하는 조건부 합의를 하더라도 음모에 해당할 수 있다.⁸⁴⁾

또한 합의에서 음모자들은 그들이 계획한 범죄의 실행에 따른 결과를 의도해야 한다.⁸⁵⁾ 예컨대 음모자들이 피해자의 찻잔에 독을 넣기로 합의했다는 것은 음모의 혐의로 충분하지 않으며, 그 결과를 통해 피해자의 사망을 의도했다는 것까지 입증되어야 한다. 만약 그들이 피해자의 찻잔에 독을 넣기로 한 합의가 피해자에게 신체적인 해를 야기하려는 의도였음에도 피해자가 사망에 이르렀다면, 이는 모살(murder)이 될 수는 있으나 그 음모는 될 수 없다.⁸⁶⁾ 또한 음모자들은 범죄의 객관적 요소를 구성하

77) R v Chrastny [1991] 1 WLR 1381.

78) R v Drew [2000] 1 Cr App R 91.

79) R v McDonnell [1966] 1 QB 233.

80) R v Walker [1962] Crim LR 458; R v Mills (1963) 47 Cr App R 49.

81) R v Ardan [1972] 2 All ER 257.

82) R v Saik [2006] UKHL 18.

83) R v Thomson (1965) 50 Cr App R 1; DPP v Nock [1978] AC 979.

84) R v O'Hadhmaill [1996] Crim LR 509.

85) 이하 Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 784면.

86) 모살이 목적적으로 또는 의도적으로 살해의 결과를 야기한 경우라면, 고살은 살해의 결과라는 위험을 알면서도 감수한 경우다(김한균, 형법상 모살·고살 구분과 영미형법의 살인죄, 형사법연구 제22권 제4호, 한국형사법학회, 2010, 193면).

는 상황을 알고 있거나, 그러한 사실들의 존재를 의도하여야 한다. 예컨대 B급 마약의 수입으로 알고 한 합의는 A급 마약의 수입에 대한 유죄를 정당화할 수 없으며, 설사 음모자들 중 한 사람이 A급 마약의 수입을 알고 있었다 하더라도 마찬가지이다.⁸⁷⁾

2) 일련의 행위(a course of conduct)

「1977년 형법(Criminal Law Act 1977)」은 위와 같은 합의에 의한 음모가 음모자들 중 한 사람 이상이 범죄의 실행에 이르거나 수반되는 일련의 행위와 “필연적으로(necessarily)” 관련되어야 함을 명시하고 있다.⁸⁸⁾ 문언상 그 범위를 엄격하게 해석하는 경우 음모의 범위가 지나치게 좁아질 수 있다는 점이 지적되었으나, 법원은 다음과 같이 지속적으로 이를 엄격하게 해석하는 것을 거부해왔다. 즉 법원은 “필연적으로” 관련이 있어야 한다는 것이 반드시 관련이 있어야 하는 것은 아니라고 명시하였다.⁸⁹⁾

Jackson 사건에서 네 명의 갱들은 당시 절도로 재판 중에 있던 한 명이 낮은 형량을 받을 수 있도록 그에게 충상을 입히기로 한 혐의로 사법절차 왜곡의 음모로 기소되었다. 항소법원은 충상과의 관계에서 실제 그의 재판이 어떻게 진행될지 모른다 하더라도, 이는 사법절차 왜곡의 음모에 해당한다고 판단하였다. O'Hadhmaill 사건에서 피고인은 무장단체의 일원으로 폭발물과 목표물에 대한 정보를 소지하고 있었으며, 폭발에 관한 음모로 기소되었다. 피고인은 당시의 ‘휴전이 끝나지 않는 한’ 폭발물을 사용하지 않을 계획이었다고 주장하였으나, 항소법원은 그러한 조건이 범죄의 실행에 대한 합의의 성립이나 음모의 책임을 부정하지는 않는다고 하였다.⁹⁰⁾

다. 주관적 요소

음모는 각각의 음모자들에게 합의된 범죄의 실행에 관한 고의를 요구한다.⁹¹⁾ 다만 각각의 음모자들이 합의된 일련의 행위에서 특정한 역할을 수행할 것까지 요구되지는 않는다.⁹²⁾ 따라서 만일 음모자들 중에 한 사람만 고의를 가졌다면 그들 사이에 음모는

87) R v Taylor [2002] Crim LR 205 (CA).

88) Criminal Law Act 1977 s. 1(1).

89) R v Jackson [1985] Crim LR 442.

90) R v O'Hadhmaill [1996] Crim LR 509.

91) Yip Chiu-Cheung v R [1995] 1 AC 111; R v Edwards [1991] Crim LR 45.

92) R v Siracusa [1990] 90 Cr App R 340 (CA).

인정될 수 없으며, 모든 음모자들이 음모 혐의로 기소된 경우 한 사람의 음모자에 대한 증거가 다른 음모자들의 그것에 비해 현저히 강력하고 배심원으로 하여금 그가 반드시 누군가와 음모했음을 확신하게 하지 않는 한, 배심원이 그 한 사람만 유죄로 선고하는 것은 허용되지 않는다.⁹³⁾

「1977년 형법(Criminal Law Act 1977)」 제1조 제2항은 음모에서 주관적 요소를 명시적으로 규정하는 유일한 규정이다. 이에 따라 범죄의 실행에 필요한 특정한 사실이나 상황에 관한 지식 없이 책임이 발생할 수 있는 경우 피고인과 적어도 한 사람의 음모자가 그러한 사실이나 상황의 존재를 의도하거나 알았다면 음모의 죄를 진다.⁹⁴⁾ 이는 고의가 추정되는 엄격책임(strict liability) 범죄에 관한 규정으로서 심지어 이때에도 사실이나 상황에 관한 고의 또는 지식(knowledge)을 요한다는 의미로 해석된다. 나아가 법원은 예견(foresight) 역시 고의로 인정한 바 있다.⁹⁵⁾ 결론적으로 음모에 해당하기 위해서는, 엄격책임 범죄뿐만 아니라 주관적 요소로서 고의나 지식이 요구되는 모든 범죄에서 각각의 음모자들이 그러한 고의나 지식을 가지고 있었음이 입증되어야 한다.⁹⁶⁾

라. 커먼로상 음모: 사취 음모(conspiracy to defraud)

커먼로상 사취 음모는 부정한 행위를 통해 피해자가 정당히 소지하고 있는 재산권을 침탈할 계획을 의미한다.

사취 음모는 두 가지 핵심적인 객관적 요소로서 반드시 부정함(dishonesty)을 수반할 것과 합의가 실행될 경우 피해자의 재산권에 대한 침해가 있을 것이라는 인식을 요한다.⁹⁷⁾ 일반적으로 사취 음모를 통해 피해자의 금전적 손실이 있을 것이나, 다음의 두 가지 상황에서는 예상되는 피해자의 금전적 손실을 입증할 필요가 없다.⁹⁸⁾ 첫째,

93) Criminal Law Act 1977 s. 5(8), 5(9).; Jonathan Herring, *Criminal Law: Text, Cases and Materials*, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 783면.

94) Criminal Law Act 1977 s. 1(2).

95) Cooke [1986] AC 909 (HL).

96) Andrew P. Simester/John R. Spencer/Findlay Stark/G. Robert Sullivan/Graham J. Virgo, *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*, 7th ed., Hart Publishing, 2019, 344면; R v Saik [2006] UKHL 18.

97) Scott v Metropolitan Police Commissioner [1975] AC 919 (HL).

98) Wai Yu-Tsang v R [1992] 1 AC 269 (PC).

공직에 있는 사람이 그의 공적 의무에 반하는 행위로 기망하는 것은 그의 금전적 손실과 무관하게 사취 음모에 해당한다. 둘째, 만일 음모자들에게 그들의 행위가 피해자의 재산을 위태롭게 할 것이라는 인식이 있다면, 실제 위험이 실현되지 않음으로써 피해자가 손실을 입지 않는 사취 음모에 해당한다. 예컨대 음모자들이 피해자의 금전을 도박에 사용하기로 합의했다면, 그들이 실제 도박에서 이김으로써 피해자가 이익을 얻는다 하더라도 사취 음모가 될 수 있다.

사취 음모의 주관적 요소는 사취의 고의와 부정함이다. 종래 Scott 사건 등에서는 사취의 고의로서 피해자에게 해를 입히려는 음모자들의 목적이 입증되어야 한다고 여겨졌다.⁹⁹⁾ 그러나 Wai Yu-Tsang 사건에서 음모자들이 가능하면 피해자가 손해를 보지 않는 것을 선호하는 경우도 있음이 지적되었고, 이에 추밀원(Privy Council)은 비록 피고인의 목적이 피해자의 손실이 아니었다 하더라도 피고인이 자신의 행위로 하여금 피해자에게 손실을 입힐 수도 있음을 인식하는 것으로써 충분하다고 제안하였다.¹⁰⁰⁾

마. 항변사유

음모에서 불능은 항변사유가 될 수 없다.¹⁰¹⁾ 즉 음모 여부는 그들이 하려고 계획했던 바에 따라 판단되며, 설사 그들이 하려고 계획했던 바가 실제 불가능한 것이었다 하더라도 유죄일 수 있다. 예컨대 피해자가 이미 사망한 사실을 모른 채, 두 사람이 피해자를 살해하기로 음모한 경우에도 이들은 음모의 죄를 지게 된다. 반면 커먼로상 음모에서 불능은 항변사유가 될 수 있다. DPP v Nock 사건에서 피고인은 다른 사람들과 코카인을 얻으려는 목적에서 혼합물을 소유하고 있었다. 어떠한 과정을 거치더라도 그 혼합물로부터는 코카인을 얻을 수 없었으며, 이처럼 어떠한 수단으로도 특정한 목적을 달성하기에 불가능한 경우 불능은 항변사유가 될 수 있다고 하였다. 당시 최고법원(House of Lords)은 성문법상 음모와 달리 커먼로상 음모에서 불능은 항변사유가 될 수 있다고 명시적으로 밝힌 바 있다.¹⁰²⁾

99) Scott v Metropolitan Police Commissioner [1975] AC 919 (HL).

100) Wai Yu-Tsang v R [1992] 1 AC 269 (PC).

101) Criminal Law Act 1977 s. 1(1)(b).

102) DPP v Nock [1978] AC 979 (HL).

바. 처벌

음모의 처벌은 다음과 같은 「1977년 형법(Criminal Law Act 1977)」 제3조에 따른다.¹⁰³⁾ 징역형으로 처벌되는 범죄에 대해 음모한 경우 그 범죄에 허용되는 최대 형량까지 선고받을 수 있다. 살인 또는 종신형이 허용되는 범죄를 음모한 경우 최대 종신형까지 선고받을 있다. 최대 형량이 각각 다른 둘 이상의 범죄를 음모한 경우 가장 심각한 범죄에서 가능한 최대 형량을 초과할 수는 없다. 관련 범죄가 징역형으로 처벌되지 않는 경우의 음모는 벌금형이 선고될 수 있다.

법원은 음모에 있어 관련 범죄에 관한 양형위원회(Sentencing Council)의 가이드라인을 반드시 고려하되, 다만 음모자들이 다른 역할을 하거나 다른 방식으로 관여할 수 있었으므로 가이드라인의 일률적인 적용을 피하는 데 주의하여야 한다.¹⁰⁴⁾ 또한 실제 완수된 여러 범죄와 관련된 음모의 경우 가이드라인에서 제시된 것보다 더 높은 형량을 선고할 수 있으나, 이때에도 가장 심각한 범죄에서 가능한 최대 형량을 초과할 수는 없다.¹⁰⁵⁾

5. 소결

커먼로상 기수 전 범죄에는 미수, 음모, 교사가 있었으나, 앞서 살펴본 바와 같이 교사는 폐지되어 「2007년 강력범죄법(Serious Crime Act 2007)」상 교사·방조의 죄로 대체되었다. 커먼로상 교사는 제3자로 하여금 범죄를 저지르도록 조장하거나 설득하는 행위로서 피고인이 제3자와 성공적으로 의사소통하는 시점에 성립하였다. 이 때문에 만일 제3자가 피고인의 교사를 눈치 채지 못하거나, 실제 범죄가 저질러지지 않은 경우 교사범으로 처벌할 수 없다는 한계가 있었다. 신설된 교사·방조에 따르면, 피고인이 범죄가 교사·방조될 수도 있을 것이라는 믿음을 가지거나 여러 범죄 중 어떤 범죄가 저질러질 것인지 알지 못한 채 교사·방조하는 경우에도 처벌할 수 있도록 교사의 범위가 확장되었다.

영국법상 미수가 성립하기 위해서는 행위의 근접성과 특정 고의가 인정되어야 한

103) Criminal Law Act 1977 s. 3.

104) Cooke [2017] EWCA Crim 1272.

105) Hanrahan [2017] EWCA Crim 1256.

다. 행위의 근접성은 커먼로에서부터 다양한 심사 기준이 제시되었으나, 입법 과정에서 특정한 심사 기준은 배제된 채 사실관계의 문제로서 배심원의 판단에 맡겨졌다. 다만 고의에 있어 무모함이 인정되는 경우가 있어 주목할 만하다. 음모가 성립하기 위한 가장 핵심적인 요소는 합의이다. 일단 합의가 인정되면 그 이후에 음모자들이 계획대로 하지 않기로 결심하거나 전혀 실행에 옮기지 않더라도 무관하며, 다만 음모자들 중 한 사람 이상이 범죄의 실행에 이르거나 수반되는 일련의 행위와 필연적으로 관련되어 있어야 한다. 미수와 음모의 항변사유로는 불능이 검토될 수 있다. 현행법상 미수에서 사실적 불능은 항변사유가 될 수 없으며, 음모에서 불능은 성문법상 음모와 커먼로상 불능이 다르게 여겨지고 있다. 즉 현행법은 음모에서 불능이 항변사유가 될 수 없음을 명시하고 있으나, 이와 달리 커먼로상 음모에서는 불능이 항변사유로 인정된다. 다만 현재 커먼로상 음모는 사취 음모와 공연음란 음모에 한하여 제한적으로 적용되고 있다.

제2절 | 미국

1. 개관

범죄의 고의로 행위를 하였으나 기수에 이르지 않은 경우를 기수 전 또는 미완성 범죄(inchoate crime)라고 한다. 미수(attempt), 교사(solicitation), 음모(conspiracy) 죄가 이에 해당한다. 미수는 범죄의 고의를 가지고 실행에 착수하였으나 행위를 완료하지 못하였거나 행위는 완료하였으나 결과가 발생하지 않은 경우이다. 교사는 교사자가 목적인 범죄에 대한 기수의 고의로 피교사자에게 범죄의 결의를 하게 하는 범죄이다. 음모는 목적인 범죄에 대한 실행의 합의를 의미한다. 교사죄의 경우 교사자와 피교사자가 범죄실행에 합의하면 음모죄가 성립한다. 따라서 교사죄가 독립범죄로 의미를 갖는 경우는 교사를 하였으나 피교사자가 거절한 소위 ‘실패한 교사’이다. 이러한 의미에서 미국 형법상 교사죄는 음모의 미수범의 성격을 갖는다고 볼 수 있다. 음모 이후 음모자 중 어느 한 명 또는 다수인이 음모한 범죄의 실행에 착수한 경우

이미 성립한 음모죄는 이후 실행한 범죄에 흡수되지 않는 것이 일반적이다. 이처럼 미국 형법이 우리나라의 예비·음모에 해당하는 실패한 교사 또는 음모죄를 일반적으로 처벌하는 것은 처벌의 근거를 범죄자의 행위에서 찾는 주관주의 범죄이론에 기초하기 때문이라고 볼 수 있다.

한편, 교사와 음모죄는 넓은 의미에서 공범(complicity)으로서의 성격도 가지고 있다. 제2편 공범론에서 후술하겠지만 미국 형법상 범죄행위 이전이나 범행 현장에서 교사 및 방조(aid and abet)를 하는 사람을 우리의 교사·방조에 해당하는 공범(accomplice)으로 처벌한다. 이때 피교사자가 교사에 동의하고 실행행위로 나아간 경우 음모죄는 물론 정범이 실행한 범죄의 공범이 성립할 수 있다. 음모의 경우에도 관할별로 다르기는 하지만 음모 이후 음모자가 목적 범죄를 실행한 경우 다른 음모자가 별다른 방조행위를 하지 않았더라도 정범이 실행한 범죄에 대한 형사책임을 지는 경우가 있다. 이 때문에 음모가 넓은 의미의 공범(complicity)에 포함된다.

범죄성립의 시기로 보면 교사, 음모, 미수의 순으로 발생하는 것이 일반적이지만 미수범의 항변사유인 불능미수, 중지미수가 교사 및 음모에도 적용되는지 여부를 설명할 필요가 있기 때문에 교사 및 음모보다 미수를 먼저 기술하는 경우가 일반적이다. 본 보고서에서도 미수를 먼저 설명한 이후 교사 및 음모에 대하여 논의하고자 한다.

2. 미수

가. 미수범의 일반이론

1) 범죄의 실현단계

행위자가 범죄를 실현하는 단계는 1) 범죄 계획을 떠올려보고(conceives the idea), 2) 그것을 평가해본 후(evaluates the idea), 3) 범죄의사를 형성하고(forms the intention), 4) 범죄를 실행하기 위해 준비하고(prepare to commit the crime), 5) 범죄의 실행에 착수하여(commences commission of the offense), 6) 범행을 완수하는(completes the action) 6단계로 구분할 수 있다.¹⁰⁶⁾ 행위자를 내심의 의사만으로

106) Jerome Hall, General Principles of the Criminal Law, 2nd ed., Bobbs-Merrill, 1960, 559-599면. Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 355면.

처벌할 수 없기 때문에 3단계에 이르기 전까지는 행위자에게 범죄를 구성하는 주관적 요소(mens rea)는 없다고 본다.¹⁰⁷⁾ 이후 3단계에 이르러 주관적 요소가 존재한 이후부터 범죄 목적을 달성하지 못한 단계까지의 중간 범위의 경우들을 영미법에서는 기수 전 범죄(inchoate crime), 또는 불완전(imperfect) 내지 미완성(incomplete) 범죄라고 부른다.

미완성 범죄 중 하나인 미수(attempt)의 유형은 완성미수(complete attempt)와 미완성미수(incomplete attempt)로 나누어진다. ‘완성되었으나 불완전한(complete-but-imperfect) 미수’로도 불리는 완성미수는 행위자가 계획한 모든 행위를 하였으나 결과가 발생하지 않아 범죄 목표를 달성하지 못한 경우를 의미하고, 미완성미수는 범죄 목적을 달성하기 위해 필요한 몇 가지 행위를 하였으나 그만두거나 결과발생이 방지된 경우 등으로 인해 행위를 종료하지 못한 경우를 가리킨다.

2) 미수의 본질

객관주의(objectivism)와 주관주의(subjectivism) 범죄이론은 미수의 처벌근거에 대한 상반된 인식을 대변한다. 객관주의는 중립적인 제3의 관찰자를 가정하여 그에게 행위자의 고의(intention) 여부에 대한 지식이 없을 때도 그 행위를 범죄라고 추정하는 입장이다.¹⁰⁸⁾ 이에 따르면 행위자가 공동체를 불안하게 만듦으로써 사회적 해악(social harm)을 초래한 경우에만 그에게 형사책임을 물을 수 있다.¹⁰⁹⁾ 그리고 이와 같은 사회적 해악이 확인된 이후, 그 사회적 해악에 대해 행위자에게 책임을 물을 수 있는지의 주관적 요소가 검토된다.¹¹⁰⁾ 반면 주관주의는 행위자의 주관적 의도에 초점을 맞추어, 주관적 의도가 있다는 것은 동시에 그 행위자의 위험성과 범죄 성향을 보여주는 것이라고 파악한다.¹¹¹⁾ 행위의 실현은 행위자의 견고한 의도를 증명해주는 범위 내에서만 중요하다고 보기 때문에,¹¹²⁾ 순수한 주관주의 체계 하에서는 무해한 행위라고 하더라도 행위자가 범죄 계획을 수행할 의지가 있다면 형사책임을

107) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 355면.

108) George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000, 116면.

109) George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000, 144면.

110) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 361면.

111) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 361면.

112) George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000, 138면.

정당화된다.¹¹³⁾

전통적인 커먼로(common law)에서 미수범은 어떤 범죄를 의도했는지 불문하고 경죄(misdemeanor)를 범한 것으로 취급되었다.¹¹⁴⁾ 다시 말해 중죄(felony)에 해당하는 범죄를 의도한 경우라 하더라도 결과가 미수에 그친 경우 경죄에 속하는 것으로 보았다.¹¹⁵⁾ 또한 불가능의 항변을 사실적 불능과 법률적 불능으로 구분하여 법률적 불능의 경우만을 미수범의 항변사유로 인정하였다.¹¹⁶⁾ 그리고 행위자가 범행을 중지한 경우라고 하더라도 실행의 착수 이후의 행위에 대해서는 중지의 항변을 인정하지 않았다.¹¹⁷⁾ 이와 같은 미수 해결에 관한 객관주의적 판단 경향은 모범형법전(Model Penal Code)이 제정되면서 주관주의적으로 수정되었다고 볼 수 있다.¹¹⁸⁾ 모범형법전의 미수 규정 §5.01은 대부분의 연방법원과 주법에서 채택하고 있기 때문에¹¹⁹⁾ 현재 미국 형법상 미수론의 기본규정이라고 할 수 있다.

나. 미수범의 성립요소

1) 주관적 요소

일반적으로 미수범이 성립하기 위한 주관적 구성요건으로 두 개의 고의(dual intents)가 있을 것이 요구된다: 1) 범죄의 실행에 근접할 수 있게 하는 행위 그 자체를 의도적으로(intentionally) 수행하여야 한다는 의미에서의 고의, 2) 목표범죄(target crime)에 대한 특정고의(specific intent)를 갖고 이와 같은 행위를 하여야 한다는 의미에서의 고의가 그것이다.¹²⁰⁾ 목표한 범죄에 대하여 특정고의를 요하는 점 때문에

113) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 361면.

114) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 357면.

115) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §11.2(a).

116) Glanville Williams, Criminal Law: The General Part, 2nd ed., Sweet & Maxwell, 1961, §206-207.

117) Paul R. Hoeber, The Abandonment Defense to Criminal Attempt and Other Problems of Temporal Individuation, California Law Review Vol. 74, 1986, 381면.

118) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 386면.

119) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 386면.

120) 예를 들어 Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 366면; Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §11.3.

목표범죄가 일반고의범죄(general intent crime) 유형에 속한다고 하더라도 목표범죄에 대한 미수범은 특정고의범죄(specific intent crime)에 해당한다.¹²¹⁾

모범형법전도 원칙적으로 ‘의도적으로(purposely)’ 행위할 것을 미수범의 주관적 요소로 명시하고 있다.¹²²⁾ 즉, 행위자에게 범죄 행위에 관여하거나 범죄를 구성하는 결과를 초래할 의식적인 목적(conscious objective)이 있을 것을 요하고 있다.¹²³⁾ 단, 이 요건이 완화되는 경우로 두 가지 예외를 두고 있다.¹²⁴⁾ 첫째, 특정 결과를 야기하는 것이 범죄의 한 요소가 될 때 행위자 스스로 더 이상의 추가 행위를 하지 않고도 그와 같은 결과를 낳을 것이라는 믿음(belief)이 있는 경우이다.¹²⁵⁾ 예를 들어 여객 비행기에 탑승한 남편을 살해하기 위해 비행기에 폭탄을 설치하였는데 폭탄이 불발된 경우, 남편에 대한 살인미수는 ‘의도적으로 행위할 것’의 원칙적 요건의 적용으로 성립하는 것이고, 다른 승객들에 대해서는 이 예외 규정으로 인해 살인미수가 성립할 수 있게 된다. 둘째, 부대상황(attendant circumstances) 요소에 관한 인식인 경우에는 미수범의 주관적 요소로서의 의도나 믿음을 요하지 않는다. 모범형법전은 미수의 원칙적인 주관적 요소를 명시한 §5.01(1)(a)에서 “부대상황들이 행위자가 믿은 바와 같이 존재하였다면 범죄를 구성했을 행위를 의도적으로 행한 때”라고 명시하고 있고, ‘의도적으로 또는 믿음이 있는 경우’ 등의 주관적 요소를 명시하기에 앞서 미수범의 공통요건으로서 “범죄의 실행에 통상적으로 요구되는 종류의 책임능력(culpability)을 지니고” 행위할 것을 명시하고 있는데, 부대상황 요소에 관하여는 행위자는 목표범죄(target offense)를 범할 수 있는 이 책임능력만 갖추면 충분한 것이지, ‘의도적으로’ 등의 요건이 적용되지 않는다. 미수의 성립범위가 확장된 것이다.

121) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 366면.

122) Model Penal Code §5.01(1)(a).

123) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 387면.

124) 이하 두 가지 예외에 해당하는 상황은 커먼로에 따르면 미수범 성립 여부가 불분명했던 부분인데 모범형법전이 이를 명확히 했다고 분석하는 Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 387면.

125) Model Penal Code §5.01(1)(b).

2) 객관적 요소

(1) 커먼로상 예비와 미수의 구별 기준

커먼로에서 불가벌적 예비를 구성하는 단순한 준비(preparation)에 해당하는 행위와 실행의 착수(commencement of the commission)에 해당하여 가벌적 미수가 되는 행위를 구별해주는 기준으로 다양한 심사가 거론되어왔다. 커먼로상 빈번하게 사용된 구별 기준들을 살펴보면 다음과 같다.¹²⁶⁾

① 최후행위 심사(last act test)

최후행위 심사는 행위자가 목표범죄를 범하기 위해 필요하다고 믿은 모든 행위를 수행한 경우에만 미수가 성립한다고 보는 기준으로, 과거 법원에서 이와 같이 명시한 적이 있다.¹²⁷⁾ 이에 따르면 권총으로 사람을 살해하는 경우 권총의 방아쇠를 당길 때 살인미수가 성립하는 것이어서 불가벌적 예비의 성립 범위가 지나치게 확대된다. 오늘날 이 심사를 예비와 미수의 구별기준으로 취하는 관할은 없고, 미수는 적어도 최후행위의 시점에는 성립하는 것이라는 데서 이 기준의 의미를 찾을 수 있다.¹²⁸⁾

② 물리적 근접성 심사(physical proximity test)

미수가 성립하기 위해서는 최후행위에 이를 필요까지는 없고 범죄의 완성에 근접해야(proximate) 한다고 수정한 형태가 근접성 심사 기준이다. 근접성 심사 기준들 중 물리적 근접성 심사 기준은 근접해야 한다는 의미에 대해 예비행위 이후 범죄의 실행을 향하여 나아가는 직접적인 움직임 중 최초 또는 차후의 조치에 충분히 가까운 행위라고 본다.¹²⁹⁾

③ 위험한 근접성 심사(dangerous proximity test)

위험한 근접성 심사 기준은 대법관 Oliver Wendell Holmes, Jr.가 물리적 근접성 기준을 유연하게 수정한 형태로 고안하였다.¹³⁰⁾ 이에 따르면 행위자의 행위가 범죄의

126) 주로 Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 372면 이하.; Wayne R. LaFare, *Substantive Criminal Law Volume 2*, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §11.4(b).

127) *Regina v. Eagleton*, 6 Cox Crim. Cas. 559, 571.

128) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 373면.

129) *State v. Dowd*, 220 S.E.2d 393, 396 (N.C. Ct. App. 1975).

성공에 위험하게 근접한 상태에 있을 때 미수가 성립한다고 본다.¹³¹⁾ 구체적으로는 위험발생과의 가까움(nearness of the danger), 해악의 크기(greatness of the harm), 불안을 느낀 정도(degree of apprehension felt) 등 세 가지 요소가 근접한 상태를 인정하는 기준이 된다.¹³²⁾

예를 들어 네 명의 무장한 용의자들이 은행에서 다액의 현금을 인출할 것이 예상되는 사람을 여러 건물에 흩어져 찾기 시작했는데 이들 중 한 명이 다른 건물에 침입했을 때 수사히 여긴 경찰에 의해 다른 이들이 체포되었는데 체포 당시 피해자는 현장에 없었던 *People v. Rizzo*¹³³⁾에서 법원은 피해자가 부재한 상황에서 무장한 용의자들은 성공에 위험하도록 근접하지 않다고 판시하였다.¹³⁴⁾

④ 필수적 요소 심사(indispensable element test)

필수적 요소 심사는 근접성을 결정할 때 범죄 완수에 불가결한 요소를 갖추었는지를 기준으로 판단한다. 이에 따르면 범죄를 완성하는 데 필수적인 수단으로서의 물건이나 사람을 아직 확보하지 못했다면 예비에 불과한 것으로 본다. 예를 들어 불법 위스키 제조를 위해 필요한 증류기를 아직 구비하지 못한 경우 미수범은 성립하지 않는다고 보았다.¹³⁵⁾

⑤ 가능한 중단 심사(probable desistance test)

가능한 중단 심사는 행위자가 범죄의 완성에 얼마나 근접했는지의 관점이 아니라 이미 행위자의 행위가 진행한 정도에 중점을 둔 기준으로서, 행위자가 범행을 위한 노력으로부터 자발적으로 그만둘 수 있을 것 같지 않은 지점에 이르렀을 때 미수범이 성립한다고 본다.¹³⁶⁾

130) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 374면.

131) *Hyde v. United States*, 225 U.S. 347, 388 반대의견에서 이와 같이 판시하였다.

132) "THE COMMON LAW By Oliver Wendell Holmes, Jr.",
<http://www.gutenberg.org/files/2449/2449-h/2449-h.htm#linknoteref-3> (2020년 10월 31일 최종검색)

133) 158 N.E. 888 (N.Y. 1927).

134) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 374면.

135) *State v. Addor*, 110 S.E. 650 (N.C. 1922).

136) American Law Institute, Comment to §5.01 325(Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 374면에서 재인용.)

⑥ 비모호성 심사(unequivocality test)

명백성(*res ipsa loquitur*) 심사로도 불리는 비모호성 심사에 따르면 행위 그 자체만으로 행위자의 범의를 분명하게 드러내는 때 미수가 성립한다고 본다. *People v. Miller*¹³⁷⁾에서 피고인은 자신의 아내를 희롱한 남성을 죽이겠다고 협박한 다음날 30야드 정도 떨어진 곳에 서 있던 순경과 그 남성을 향해 총을 든 채 걸어가다 총을 장전하였으나 겨누지는 않고 계속하여 다가갔으나 피해자는 도망간 사이 순경이 피고인의 총을 그의 저항 없이 압수한 사안에서 법원은 피고인의 총을 순경이 빼앗은 순간, 어느 누구도 확실하게(with certainty) 피고인이 피해자를 협박한 대로 살해하기 위해 걸어난 것인지 단지 순경에게 그를 체포하라고 요청하기 위해 다가간 것인지 말할 수 없다고 보았다.

(2) 모범형법전의 실질적 단계 기준

한편 모범형법전은 미수범의 객관적 요소(actus reus)로서 ‘실질적 단계(substantial step)’에 이를 것을 규정하고 있다.¹³⁸⁾ 모범형법전이 명시하고 있는 “범죄의 완성에서 계획한 일련의 행위에서 실질적 단계를 구성하는 작위나 부작위”라는 것은, 설령 범죄의 완성에는 아직 가깝지 않더라도 국가의 개입이 정당화되기에 충분히 위험하다는 것을 전제하고 있다.¹³⁹⁾ 앞서 살펴 본 대부분의 커먼로상 심사 기준들은 그 초점이 행위자의 범죄 완성에 얼마나 근접했는지에 있었는데,¹⁴⁰⁾ 모범형법전은 행위자가 이미 행한 것에 중점을 두는 점이 다르다고 할 수 있다.¹⁴¹⁾

모범형법전은 이어서 행위자의 범죄 의도를 강하게 입증하는(strongly corroborative) 행위가 아닌 한 실질적 단계에 이른 것으로 보지 않고 있다. 또한 커먼로 사건 유형들을 기초로¹⁴²⁾ 강하게 입증하기에 충분하지 않다고 보아서는 안 되는 7가지 행위를 명시하고 있다: 1) 잠복하여 범죄 대상자를 물색하거나 미행하는 행위, 2) 범죄 대상자

137) 42 P.2d 308 (Cal. 1935).

138) Model Penal Code §5.01(1)(c).

139) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 388면.

140) 앞서 살펴 본 심사 기준 중 ‘가능한 중단’ 심사의 경우에만 ‘실질적 단계’ 기준과 같이 행위자가 이미 행한 것에 중점을 둔다.

141) American Law Institute, Comment to 5.01 329(Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 389면에서 재인용.)

142) Model Penal Code §5.01 Commentary.

를 범행하려는 장소로 유인하거나 유인을 시도하는 행위, 3) 범행하려는 장소를 정찰하는 행위, 4) 범행 장소로 이용될 건조물, 운송수단 또는 부지에 불법 침입하는 행위, 5) 본래 불법적 사용을 위해 고안되거나 정황에 의해 합법적이지 않은 행위자의 의도를 위해 제공되는 것으로서 범행에 사용될 물건을 소지하는 행위, 6) 범행하려는 장소 또는 그 부근에서 범행에 사용될 물건을 소지, 수집 또는 제조하는 행위가, 당해 상황에서 행위자의 적법한 목적에 이바지하지 않는 경우 7) 처벌되지 아니하는 자를 범죄 행위를 하도록 교사하는 행위 등이 그것이다.¹⁴³⁾ 이로써 모범형법전에 따르면 불가법적 예비에 해당할 수 있는 행위들도 행위자의 범죄 의도를 강하게 확증한다면 미수가 성립할 수 있어 미수의 인정 범위가 커먼로의 근접성 심사들에 비해 확대되었다고 볼 수 있다. 그러나 한편으로는 ‘강하게 확증할 것’이라는 요건을 둬으로써 커먼로상 비모호성 심사 기준을 함께 채택한 것으로 해석하기도 하는데, 이는 죄가 없는 이들이 유죄로 선고될 수 있는 위험을 차단하고자 한 것이라고 평가된다.¹⁴⁴⁾

대다수의 주법은 모범형법전에서 명시하는 ‘실질적 단계 기준’을 채택하고 있는데, 이 기준을 채택하면서도 ‘강하게 확증’한다는 점에 관해서는 수정하여 채택하거나 채택하지 않는 경우도 있다.¹⁴⁵⁾ 그러나 7가지 유형들에 관해 명시하는 주법은 거의 없는데,¹⁴⁶⁾ 이는 피고인이 실질적 단계에 착수했는지는 배심원들의 완전한 재량에 맡겨야 한다는 입장을 반영하는 것이라고 할 수 있다.¹⁴⁷⁾¹⁴⁸⁾

143) Model Penal Code §5.01(2)

144) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 389면.

145) 모범형법전의 실질적 단계 기준을 채택한 주법들로는 Alaska Stat. § 11.31.100; Ark.Code Ann. § 5-3-201; Colo.Rev.Stat. Ann. § 18-2-101; Conn.Gen.Stat. Ann. § 53a-49; Del.Code Ann. tit. 11, § 531; Ga.Code Ann. § 16-4-1; Haw.Rev.Stat. § 705-500; Ill.Comp.Stat. Ann. ch. 720, § 5/8-4; Ind.Code Ann. § 35-41-5-1; Ky.Rev.Stat. Ann. § 506.010; Me.Rev.Stat. Ann. tit. 17-A, § 152; Minn.Stat. Ann. § 609.17; Mo. Ann. Stat. § 564.011; Neb.Rev.Stat. § 28-201; N.H.Rev.Stat. Ann. § 629:1; N.J.Stat. Ann. § 2C:5-1; N.D.Cent.Code § 12.1-06-01; Or.Rev. Stat. § 161.405; Pa.Cons.Stat. Ann. tit. 18, § 901; Tenn.Code Ann. § 39-12-101; Utah Code Ann. § 76-4-101; Wash.Rev.Code § 9A.28.020; Wyo.Stat. § 6-1-301. 이 중에서 Alaska, Del., Ga., Ill., Ind., Ky., Minn., Or., Pa., Wash.주는 강하게 확증하는 행위의 요건은 채택하지 않고 있으며 Tenn.주는 “강하게”라는 용어는 제외하고 있고 Del. & Ky. statutes은 이 요건 대신 “합리적 의심을 남기지 않는 것”이라는 용어로 대체하고 있다.

146) 예외적으로 채택하는 주로는 Conn.Gen.Stat. Ann. State v. Servello, 59 Conn.App. 362, 757 A.2d 36 (2000).

147) Gronenthal v. State, 779 A.2d 876 (Del.2001). Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, § 11.4(e).

148) 실질적 단계 기준을 적용하고 있는 판례로는 United Jackson 560 F.2d 112 (2d Cir. 1977), People v. Terrell, 77 Ill. Dec. 88 (1984).

다. 미수범의 항변사유

1) 불능미수의 항변

전통적 커먼로우는 불능미수를 사실적 불능과 법률적 불능으로 구분하고 법률적 불능만을 미수의 항변으로 인정하였으나, 모범형법전은 불능미수의 항변을 모두 폐기하였다.

(1) 사실적 불능(factual impossibility)

커먼로에 따르면 원칙적으로 사실적 불능은 미수범의 항변사유로 인정되지 않았다.¹⁴⁹⁾ 소매치기범이 피해자의 빈 호주머니에 손을 넣은 경우¹⁵⁰⁾와 같은 범죄 대상의 불가능, 총알이 들어있지 않은 권총의 방아쇠를 당긴 경우¹⁵¹⁾와 같은 행위자가 선택한 실행 수단의 불가능, 발기가 불가능한 남성이 합의 없는 성교를 시도한 경우와 같은¹⁵²⁾ 주체의 불가능 등에서 행위자는 위험성을 보여주었고 범죄성을 드러냈기 때문에 불능미수의 항변은 부정되었다.

한편 예외적으로 ‘고유한(inherent) 사실적 불능’에 해당하는 경우라면 불능미수의 항변을 인정할 수 있다고 보는 경우가 있다.¹⁵³⁾ 고유한 사실적 불능이란, 전함을 장난감 총으로 침몰시킬 수 있다고 믿고 행위한 경우와 같이,¹⁵⁴⁾ 합리적인 사람이라면 달성하고자 하는 목표가 완전하게 부적합하다고 볼 수 있는 방법을 사용하는 경우를 가리킨다.¹⁵⁵⁾ 미네소타주법은 미수 규정에서 “보통 사람의 인식으로 명백하게 불가능한 것이 분명한 경우”라고 명시하여 이를 인정하고 있다.¹⁵⁶⁾ 하지만 모범형법전이 미수의 처벌규정 §5.02(2)에서 법관의 재량으로 형을 감경할 수 있는 사유로 이 유형을 명시함으로써 이와 같은 사정은 양형에서 고려할 수 있는 것이지 미수에 대한 항변이

149) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 378면.; Wayne R. LaFare, *Substantive Criminal Law Volume 2*, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §11.5(a).

150) *People v. Twiggs*, 223 Cal. App. 2d 455 (Ct. App. 1963).

151) *State v. Damms*, 100 N.W.2d 592 (Wis. 1960).

152) *Waters v. State*, 234 A.2d 147 (Md. Ct. Spec. App. 1967).

153) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 380면.

154) *State v. Logan*, 656 P.2d 777, 779 (Kan. 1983).

155) *State v. Bird*, 285 N.W.2d 481 (Minn. 1979).

156) Minnesota Statutes §609.17(2), 2019.

될 수 없다고 보았다.¹⁵⁷⁾

(2) 법률적 불능(legal impossibility)

① 순수한 법률적 불능(pure legal impossibility)

순수한 법률적 불능의 경우 미수의 항변 사유로 인정하는 것이 커먼로의 일반원칙이라고 알려져 있다.¹⁵⁸⁾ 순수한 법률적 불능은 피고인이 달성하고자 하는 목표가 금지된 것이 아닌 경우 문제된다.¹⁵⁹⁾ 즉 피고인 스스로는 범죄를 범하고 있다고 믿었으나 실제로는 합법적 행위를 한 경우 또는 적어도 법적으로 범죄가 되지 않는 행위였던 경우를 의미한다.

Wilson v. State¹⁶⁰⁾에서 피고인은 수표에 숫자 1을 덧붙여 적어 넣어 2.50 달러가 아닌 12.50 달러를 취득한 혐의로 위조죄로 기소되었다. 주법에 따르면 피고인의 행위는 법적으로 부수적인 부분에 관한 변경이기 때문에 위조죄가 성립하지 않았다. 이에 대해 1심은 위조죄의 미수를 인정하였는데 항소심에서는 피고인의 행위가 다른 범죄에 해당할지는 몰라도 위조 관련 죄는 성립할 수 없다고 했다. 애초에 위조죄의 성립 가능 범위에 피고인의 행위는 제외되어 있기 때문에 행위자가 위조죄를 범하고 있다고 잘못 믿은 것은 사기 미수죄가 될 수 있음은 별론으로 하고 위조죄의 미수는 될 수 없다는 것이었다. 그러나 이 사안에서 피고인에게 무죄가 선고된 실제 이유는 법률적 불능이 미수의 항변사유이기 때문이 아니라, 죄형법정주의(principle of legality)에 따라 행위시에 당해 범죄를 구성하지 않는다면 처벌할 수 없기 때문이다.¹⁶¹⁾

② 혼합형 법률적 불능(hybrid legal impossibility)

혼합형 법률적 불능은 행위자가 목표한 바는 불법이지만 범죄 성립이 불가능한 이유가 부대상황의 법적 지위와 관련한 사실의 착오에 기인한 경우를 말한다.¹⁶²⁾

157) 이 규정에 관해서는 본 보고서 이하 '4. 미수범의 처벌' 참조.

158) Glanville Williams, Criminal Law: The General Part, 2nd ed., Sweet & Maxwell, 1961, §206-207.

159) Ira P. Robbins, Attempting the Impossible: The Emerging Consensus, Harvard Journal on Legislation Vol. 23, 1986, 389면.

160) Wilson v. State, 38 So. 46 (Miss. 1905).

161) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 382면.

162) Ira P. Robbins, Attempting the Impossible: The Emerging Consensus, Harvard Journal on Legislation Vol. 23, 1986, 389-390면

예를 들어 음란물을 미성년자에게 배포한 혐의로 기소된 사안에서 미성년자라고 잘못 믿고 성인에게 포르노를 전송한 경우,¹⁶³⁾ 생존한 자라고 믿고 사체를 향해 총을 쏜 경우¹⁶⁴⁾ 등이 있다. 사실의 착오가 피고인 행위의 법적 지위와 관련된다는 점이 사실적 불능과 다르지만 실제 그 구분은 쉽지 않다. 이에 커먼로¹⁶⁵⁾와 모범형법전¹⁶⁶⁾은 주관주의적 입장에서 혼합형 법률적 불능의 경우 행위자의 위험성이 분명히 드러난 점, 사실적 불능과 구별하기 어려운 점 등을 고려하여 이 항변을 폐기하였다.¹⁶⁷⁾

2) 중지미수의 항변

전통적인 입장에 따르면 커먼로에서 중지미수의 항변은 인정되지 않았다고 본다.¹⁶⁸⁾ 범죄의 의도를 갖고 예비 단계를 지나서 실행에 착수한 경우라면 어떠한 동기로 범행을 중지했는지는 미수의 성립에 영향을 주지 않았다.¹⁶⁹⁾ 이러한 입장은 사회적 해악이 발생하면 초래한 해악은 돌이킬 수 없다고 보는 것으로 객관주의적이다. 한편 중지미수의 항변을 인정하는 관할은 중지의 항변이 피고인으로 하여금 범행을 중단하도록 독려하는 점,¹⁷⁰⁾ 자의적으로 완전하게 범행을 포기함으로써 그 행위자는 다른 미수범이나 체포에 대한 두려움으로 그만두는 피고인보다 사회에 덜 위험한 자라는 점 등을 고려하는 주관주의에 입각하고 있다.¹⁷¹⁾

이견은 있으나 현재 지배적인 견해는 커먼로에 따를 때에도 중지미수의 항변은 제한적으로 인정된다고 본다.¹⁷²⁾ 모범형법전도 범행을 포기(abandon)하거나 방지(prevent)한 경우를 범행의 중지(renunciation)로 명시하고 미수범의 적극적 항변사유

163) *People v. Thousand*, 631 N.W.2d 694 (Mich. 2001).

164) *State v. Taylor*, 133 S.W.2d 336 (Mo. 1939).

165) *State v. Kiganm* 656 P.2d 777, 779 (Kan. 1983).

166) Model Penal Code §5.01 Commentary.

167) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 383면.

168) Wayne R. LaFare, *Substantive Criminal Law Volume 2*, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §11.5(b)(2).

169) *People v. Staples*, 6 Cal.App.3d 61 (1970).

170) 이에 대해 오히려 중지의 항변을 인정하면 이후 범죄를 중단하면 처벌받지 않는 점을 고려하여 범행을 시작하도록 더욱 자극할 것이라는 주장으로는 Skilton, Robert H., *The Requisite Act in a Criminal Attempt*, *University of Pittsburgh Law Review* Vol. 3, 1937, 310면.

171) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 386면.

172) American Law Institute, Comment 356-357(Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 5th ed., LexisNexis, 2009, 411면에서 재인용.)

(affirmative defense)로 인정하고 있다.¹⁷³⁾ 중지미수의 항변을 인정하는 한에서의 커먼로와 모범형법전 모두 중지미수의 항변이 인정되기 위해서는 행위자가 자의적으로(voluntarily), 완전하게(completely) 범죄 목적(criminal purpose)을 포기할 것을 요한다.

(1) 주관적 요소

① 자의성(voluntariness)

행위자에게 자의성이 인정되기 위해서는 후회(repentance)나 진실한 회심(genuine change of heart)에 의한 범행의 포기여야 한다.¹⁷⁴⁾ 예상하지 못한 저항에 부딪히거나, 범죄의 완성에 필수적인 수단이 없어서, 체포의 가능성이 높아서, 범죄 완성이 실패할 가능성 때문에 중단한 경우는 자의성이 결여된 것으로 본다.¹⁷⁵⁾ 예를 들어, *People v. McNeal*¹⁷⁶⁾에서 피고인은 강간할 의도로 피해자를 버스정류장에서 칼로 위협하여 피고인의 집으로 데려온 후 소파에 눕히고 애무하기 시작하였다. 그런데 피해자가 강간당하지 않기 위해 자신은 학교를 졸업하고 싶고 시험을 보러 가는 길이 었다는 등의 사정을 이야기하며 놓아달라고 애원하였다. 이에 피고인은 풀어주면 신고하지 않겠다는 피해자의 약속을 받고, 사과하며 피해자를 버스정류장까지 데려다 주었다. 이 사안에서 법원은 피해자가 간청하고 설득하였기 때문에 피고인이 더 이상의 범행을 하지 않은 것이라고 보면서, 이는 예상하지 못한 어려움이나 저항으로 인하여 범행을 중지하게 된 것이기 때문에 피고인이 범행을 자발적으로 그만둔 것이 아니라는 이유로 중지미수의 항변을 인정하지 않았다.

② 완전성(completeness)

또한 범행의 증지는 완전한 것이어야 하므로, 행위자가 더 좋은 범행 기회를 위하여 단순히 범행의 시점을 연기하거나 범죄 대상을 변경한 것에 지나지 않는다면 중지의 항변은 인정될 수 없다.¹⁷⁷⁾ 예를 들어, *People v. Acosta*¹⁷⁸⁾에서 법원은 마약을 구입하

173) Model Penal Code §5.01(4).

174) *Pyle v. State*, 476 N.E.2d 124, 126 (Ind. 1985).

175) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 385면.

176) 393 N.W.2d 907 (Mich. Ct. App. 1986).

177) Model Penal Code §5.01(4).

려다 마약의 질이 좋지 않아 구입하지 않은 피고인에 대해 범행의 중지는 완전한 것이어야 하므로 중지미수의 항변을 인정할 수 없다고 판시하였다. 또한 *United States v. Jackson*¹⁷⁹⁾에서 피고인이 은행에 강도하려고 도착했는데 위험하다고 판단하여 공범의 지원을 얻을 수 있을 때까지 범행을 미루기로 하고 돌아온 경우 완전한 중지가 아니기 때문에 중지미수의 항변을 인정할 수 없다고 판시하였다.

(2) 객관적 요소

중지는 실행의 착수 이후 범죄의 완성 이전에 해야 하므로, 회한(remorse)의 감정을 느껴 범행을 포기하려 하였으나 그 시점이 이미 범죄의 완성 이후라면 미수의 성립에 영향이 없다. 이미 기수에 이른 범죄를 되돌릴 수 없기 때문이다. *State v. Smith*¹⁸⁰⁾에서 피고인이 삼촌을 칼로 찌른 후 후회되어 병원으로 급히 이송한 경우 중지미수의 항변을 부정하였다.

라. 미수범의 처벌

전통적인 커먼로에 따르면 미수범은 행위의 결과가 기수에 이르지 않았다는 점에 주목하여 모든 경우 경죄로 처벌되었다. 이와 달리 모범형법전 §5.05(1)은 미수범을 원칙적으로 기수범과 동일하게 처벌할 것을 명시하면서, 예외적으로 1급 중죄의 미수범에 대해서는 2급 중죄로 감경하여 벌할 것을 요하고 있다.¹⁸¹⁾ 1급 중죄의 경우 하한은 1년에서 10년, 상한은 20년에서 무기징역형의 선고가 가능한데, 이에 대한 미수범의 경우 2급 중죄로 감경되어 하한은 1년에서 3년, 상한은 10년까지 선고가 가능해진다.¹⁸²⁾

또한 §5.05(2)는 특정 행위가 고유하게(inherently) 범죄 실행의 결과를 가져올 가능성이 없는 것이어서 그 행위나 행위자에게 해당 범죄의 등급이 보증하는 공적 위험성이 없는 경우라면 법관은 §6.12에 따라 재량으로 형을 감경할 수 있다고 규정

178) 80 N.Y.2d 665 (1993).

179) 560 F.2d 112 (2d Cir. 1977).

180) 409 N.E.2d 1199 (Ind. Ct. App. 1980).

181) Model Penal Code §5.05(1).

182) Model Penal Code §6.06.

하고 있다.¹⁸³⁾ §6.12는 피고인에게 중죄의 유죄판결을 선고하는 경우 범죄의 종류 및 정황, 피고인의 전력 및 성행을 참작하여 피고인에게 모범형법전에서 정하는 바에 따라 형을 선고하는 것이 과도하게 가혹할(unduly harsh) 것으로 판단되는 경우 법원으로 하여금 경한 등급의 중죄 또는 경죄를 선고할 수 있는 재량을 부여하는 규정이다.¹⁸⁴⁾

3. (실패한) 교사(Solicitation)

가. 개념 및 연혁

교사범은 제3자로 하여금 특정 범죄를 저지르게 할 고의를 가지고 애원, 요청, 요구, 충고, 명령, 설득 등을 하는 경우에 성립한다. 커먼로상 교사범은 그 목적이 된 범죄의 경중을 불문하고 경죄(misdemeanor)로 처벌하였는데 1801년 *Rex v. Higgins*¹⁸⁵⁾ 사건 이후 커먼로상 일반적인 범죄로 인정되어 온 것으로 알려져 있다.¹⁸⁶⁾ 교사범은 제3자에 대하여 범죄를 저지르게 할 의도를 가지고 교사행위를 함으로써 성립하므로 그 제3자가 해당 범죄의 실행을 거절하더라도 교사범의 성립에는 영향이 없다. 따라서 우리 형법이 실패한 교사와 효과 없는 교사는 예비·음모에 준하여 처벌하고, 교사범은 피교사자가 범행을 승낙하고 실행의 착수로 나아가야 처벌하는 것과는 다르다고 볼 수 있다.

교사범은 피교사자가 범죄의 실행을 거절한 경우에 독자적인 의미가 있다. 왜냐하면 피교사자가 범죄를 승낙하였으나 실행행위로 나아가지 않은 경우에는 교사자와 함께 음모죄(conspiracy)가 성립하고, 피교사자가 실행행위까지 나아가 미수 또는 기수에 이르렀다면 교사자에게는 각각 미수죄 또는 기수죄의 공범(accomplice)이 성립하고, 실행행위 이전의 교사 행위는 이에 흡수되기 때문이다.¹⁸⁷⁾ 따라서 교사죄는

183) Model Penal Code §5.05(2).

184) Model Penal Code §6.12.

185) *Rex v. Higgins*, 102 Eng.Rep. 269(1801).

186) Wayne R. LaFare, *Substantive Criminal Law Volume 2*, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §11.1(a).

187) Gordon Mehler/Robert Hill Schwartz/Jay Shapiro/Hon. Barry Kamins, *New York Criminal Practice Volume 6*, LexisNexis 2020, §56.04.

교사자의 교사행위가 있으면 상대방의 거절 여부에 관계없이 성립한다.

교사죄의 핵심은 타인으로 하여금 범죄의 결의를 갖게 하는 것이며, 처벌의 근거는 시민을 범죄 교사에 노출되는 것으로부터 보호하는데 있다.¹⁸⁸⁾ 다만, 교사행위를 처벌하는 것을 폐지한 주들도 있다. 명문의 규정으로 교사행위를 처벌하는 경우에도 알래스카, 아리조나, 플로리다 등 모든 범죄에 대하여 적용하는 주가 있는가 하면, 콜로라도주와 같이 특정 중죄에만 적용하거나, 아이와주와 같이 모든 중죄와 일부 중대 경죄(aggravated misdemeanor)에만 적용하는 주도 있다.¹⁸⁹⁾ 교사행위를 처벌하는 형태가 주별로 다양하게 존재한다는 것은 미국 내에서도 실패한 교사의 처벌 필요성에 대한 다양한 논의가 존재함을 의미한다. 교사자가 범죄를 교사하였으나 피교사자가 이를 거절한 경우 교사행위를 처벌해야할 정도의 위험성은 없다는 견해와 타인을 범죄행위에 가담시키려는 행위는 미수범죄보다 사회적 위험성이 더 커서 범죄의 예방 차원에서 처벌의 필요성이 인정된다는 상반된 견해가 대립한다.¹⁹⁰⁾

나. 성립요건

1) 교사의 고의

커먼로상 교사범에게 요구되는 고의는 특정고의(specific intent)이다. 즉, 교사행위 자체에 대한 고의는 물론 목적이 되는 범죄를 실현시키려는 특정고의를 필요로 한다. 이때 교사의 고의는 피교사자가 정범으로서 목적인 범죄행위를 하도록 의도하는 것이 일반적이지만 교사자의 범죄 실행에 대한 고의의 구체적 내용에 대하여는 관할별로 다양한 입법례가 존재하는데 다음과 같이 대략 세 가지로 요약할 수 있다. ① 해당 범죄가 단순히 실행될 것을 의도하는 것으로 족하다고 보는 경우, ② 교사자 본인에게 목적 범죄의 실행을 용이하게 하거나 촉진시킬 의도가 있을 것을 요구하는 경우, ③ 피교사자가 해당 범죄 실행에 실제 가담할 것을 의도하는 경우이다.¹⁹¹⁾ 한편, 목적

188) "21Am. Jur. 2d Criminal Law §153. Solicitation generally", Westlaw, 2020.

189) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §11.1(a).

190) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §11.1(b).

191) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §11.1(c).

이 된 범죄의 주관적 구성요건으로서 객관적 상황에 대한 인식을 필요로 하는 경우에는 교사자가 이를 인식해야만 교사범이 성립할 수 있다. 뉴욕주나 캘리포니아주는 피교사자로 하여금 목적 범죄를 직접 실행하거나 가담하도록 교사하는 경우에 교사범을 인정한다.¹⁹²⁾

반면에 모범형법전은 특정 범죄를 용이하게 하거나 촉진시킬 의도로써 피교사자로 하여금 ① 범죄행위에 가담하거나, ② 범죄를 기도하거나(attempt), ③ ①또는 ②의 공범(complicity)이 되도록 하기 위해 명령(command), 격려(encourage), 요청(request)하는 행위를 교사범이라고 정의하고 있다.¹⁹³⁾ 따라서 모범형법전은 경죄를 포함한 모든 범죄에 대한 교사범의 성립을 인정하고, 목적 범죄가 미수에 그칠 것을 의도하면서 교사한 경우에도 미수의 교사범이 성립된다고 규정한다.¹⁹⁴⁾ 또한, 반드시 교사자가 정범인 피교사자의 공범(accomplice)일 필요도 없다. 예컨대, A가 범행을 실행하면서 B에게 범행도구를 제공해줄 것을 요청한 경우 A는 B로 하여금 자신의 범죄에 대한 공범이 되도록 교사한 것이므로 자신의 범죄에 대한 교사범이 성립할 수 있다.¹⁹⁵⁾ 따라서 커먼로상의 성립 범위보다 폭넓게 교사범을 인정하고 있음을 알 수 있다.

2) 교사행위

교사행위는 충고, 명령, 자문, 격려, 유혹, 간청, 탄원, 선동 등 타인으로 하여금 범죄의 결의를 할 수 있는 말, 글, 행동이면 족하며, 개인적인 의사소통에 의한 것뿐만 아니라 공개적으로도 그 대상이 특정되었다면 가능하다.¹⁹⁶⁾ 커먼로상 교사범은 교사행위가 피교사자에게 전달될 때 성립하므로 상대방에게 전달되지 않은 경우에는 교사범이 성립하지 않는다.¹⁹⁷⁾ 그러나 모범형법전은 전달에 실패하였더라도 그 행위 자체로서 교사범이 성립한다고 규정하고 있다.¹⁹⁸⁾ 한편, 교사의 목적이 된 범죄는 반드시

192) N.Y. Penal Law §100; Cal. Penal Code §653(f).

193) Model Penal Code §5.02(1).

194) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 399면.

195) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 399면.

196) Wayne R. LaFare, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §11.1(c).

197) "21Am. Jur. 2d Criminal Law §154. Necessity of proof as to communication and elements of crime solicited", Westlaw, 2020.

피교사자가 실행할 것을 요구하지는 않으므로 연쇄교사도 가능하다.

피교사자가 교사행위를 수락하였다면 이후 양자 간 논의는 별도의 교사행위를 구성하지는 않는다. 그러나 한번 거절한 후 다시 같은 범죄를 교사하여 피교사자가 이를 수락한 경우 별도의 교사죄가 성립할 수 있다.¹⁹⁹⁾

다. 항변

교사자가 교사행위를 하였다면 피교사자가 범죄를 승낙하지 않거나 승낙한 이후 범죄실행에 나아가지 않더라도 교사죄가 성립하므로 교사행위 이후에 교사자가 피교사자의 범죄행위를 자의로 중지시키는 경우 중지의 항변이 인정되는지가 문제가 된다. 교사자가 목적인 범죄를 자의로 중지한 경우 형사 처벌이 요구되는 정도의 반사회성이 있다고 보기 어렵고, 중지의 항변을 허용함으로써 범행방지의 효과를 기대할 수 있다는 점에서 항변을 허용해야 한다는 주장과 타인으로 하여금 범죄의 결의를 일으키거나 교사하는 행위 그 자체로 교사자의 반사회성을 드러낸 이상 중지의 항변을 인정할 수 없다는 주장이 대립되어왔다.²⁰⁰⁾ 종전에는 법원이 대체로 중지의 항변을 인정하지 않았었다.²⁰¹⁾ 그러나 모범형법전에서는 이를 허용하고 있고²⁰²⁾ 최근 상당수의 관할에서 교사범에 대한 중지의 항변을 인정하는 규정을 두고 있다. 예컨대, 뉴욕주의 경우 자의로(voluntarily), 완전하게(completely) 범행을 중지한 경우 항변사유를 인정한다.²⁰³⁾ 이때에는 피교사자에게 중지의 통보를 하여야 하는데 이는 피교사자가 해당 범죄의 실행 중단여부를 고려할 수 있는 시간 내에 이루어져야 한다.²⁰⁴⁾

그러나 피교사자가 형사미성년, 정신이상 등으로 책임능력이 없거나 기타 사유로 형사처벌을 면제받는다라는 사실은 교사자에게 항변사유가 되지 않는다.²⁰⁵⁾ 교사범은

198) Model Penal Code §5.02(2)(Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 399면에서 재인용.).

199) "22 C.J.S. Criminal Law:Substantive Principles §164. Elements", Westlaw, 2020.

200) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §11.1(f).

201) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §11.1(c).

202) Model Penal Code §5.02(3)(교사자가 교사행위 이후 완전하고 자의적인 중지행위를 통해 피교사자로 하여금 해당 범죄를 저지르지 않도록 설득하거나 기타 다른 방법으로 범죄의 실행을 방지한 경우를 적극적 항변사유로 규정하고 있다).

203) NewYork Penal Law §40.10(4).

204) Charles E. Torcia, Wharton's Criminal Law Volume 1, 15th ed., Clark Boardman Callaghan, 2019, §673.

교사행위 그 자체로서 성립할 수 있기 때문이다. 그러나 교사행위가 목적된 범죄의 실행에 필연적으로 예정되어 있는 경우 교사자의 형사책임은 면제될 수 있다. 예컨대, A가 뇌물수수를 요구하여 이를 수수한 경우 A에게는 뇌물수수죄만 성립하며 뇌물수수의 교사죄는 별도로 성립하지 않는다.²⁰⁶⁾

라. 다른 범죄와의 관계

1) 목적한 범죄의 미수죄 성립 여부

교사행위 그 자체만을 이유로 목적 범죄에 대한 미수범을 인정할 수 있는지는 교사범보다 미수범을 더 중하게 처벌하는 관할에서 특히 논의의 실익이 있다. 대다수의 관할에서는 교사행위만으로는 목적 범죄의 미수범이 성립하지 않는다고 본다.²⁰⁷⁾ 그러나 일부 관할은 교사 행위와 더불어 교사범죄를 실행하기 위한 “약간의 행위(slight act)”를 하면 미수범으로 처벌한다.²⁰⁸⁾ 예컨대, A가 B에게 살인을 교사한 뒤 A가 살인을 위한 자금이나 무기를 B에게 교부하는 경우 B가 비록 이후 아무런 행위를 하지 않았더라도 A를 살인죄의 미수범으로 처벌한다.²⁰⁹⁾ 그러나 일반적으로는 교사행위의 유형과 그 정도를 불문하고 교사행위 자체만으로는 미수죄를 인정하지 않는다.²¹⁰⁾

2) 음모죄(Conspiracy) 및 목적한 범죄와의 죄수 문제

커먼로상 음모죄(conspiracy)는 둘 이상이 범죄행위에 대하여 명시적 또는 묵시적으로 동의하는 경우에 성립하는 범죄로서 실행의 착수가 없어도 처벌하기 때문에 기수 또는 미수 이전의 범죄이면서도 공범의 형태로 성립한다. 일반적으로 교사범은 음모가 이루어지기 이전 단계에서 성립하지만, 범죄현장에서 우연히 가담하는 경우와 같이 교사행위 없이도 음모죄의 성립이 가능하다. 피교사자가 교사된 범죄를 승낙한 경우에는 교사자와 피교사자에게 음모죄(conspiracy)가 성립하며 교사죄는 별도로

205) 예컨대, 뉴욕형법(NewYork Penal Law §100.15).

206) Gordon Mehler/Robert Hill Schwartz/Jay Shapiro/Hon. Barry Kamins, New York Criminal Practice Volume 6, LexisNexis 2020, §56.04.

207) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 397면.

208) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 398면.

209) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 398면.

210) Model Penal Code §5.02, Comment at 369(1985).

성립하지 않는다. 그리고 피교사자가 실행의 착수단계로 나아가 목적인 범죄의 미수 또는 기수가 된 때에도 교사자는 해당 범죄의 미수 또는 기수의 공범으로만 처벌되며 교사죄는 이에 흡수된다.²¹¹⁾ 다만 음모죄는 별도로 성립할 수 있다. 따라서 교사자가 교사죄로 처벌받는 경우는 피교사자가 교사한 범죄의 실행 또는 가담행위를 거절한 경우이다. 앞서 설명한 바와 같이 교사자가 교사행위 이후 정범에 대하여 일정한 행위를 통해 방조를 하면 공범(accomplice)이 성립한다.

마. 처벌

모범형법전 제정 이후 다수 관할에서는 교사범을 일반적인 범죄 형태로 형법에 규정하고 있다. 모범형법전과 같이 모든 범죄에 대한 교사범을 인정하는 주도 있지만 대다수 주는 중죄(felony) 및 중대한 경죄(serious misdemeanor)에 한하여 교사범의 성립을 인정하면서²¹²⁾ 그 처벌은 목적인 범죄보다 경하게 처벌하는 것이 일반적이다. 예컨대, 뉴욕의 경우 법정형이 무기징역인 A급 중죄(Class A Felony)에 대한 교사범은 1급 교사범으로서 법정형이 15년 이하인 C급 중죄로 처벌한다.²¹³⁾ 뉴욕주의 경우 교사범은 중죄 및 경죄뿐만 아니라 위반행위(violation)로 처벌할 수도 있다.²¹⁴⁾ 반면에 캘리포니아주의 경우 살인, 강간 등 강력범죄를 제외한 절도 등 일반 범죄의 교사범에 대하여는 1년 이하의 징역을 법정형으로 규정하고,²¹⁵⁾ 콜로라도주의 경우에는 미수죄와 동일하게 처벌하도록 규정하고 있다.²¹⁶⁾ 그러나 모범형법전은 1급 중죄를 제외하고(1급 중죄의 교사는 2급 중죄) 목적인 범죄의 형으로 처벌하도록 규정하고 있다.²¹⁷⁾ 다만, 교사행위가 범죄로 이어질 가능성이 매우 낮은 경우 법원은 보다 가벼운 형으로 처벌할 수 있으며 극히 예외적인 경우에는 법원이 공소를 기각할 수도

211) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 395면.

212) Richard G. Singer/John Q. La Fond, Criminal Law, 4th ed., Aspen, 2007, 279면.

213) 예컨대, NewYork Penal Law §100.13.

214) 모범형법전은 벌금, 벌금과 몰수, 민사상 벌칙에 해당하는 죄(offense)는 범죄가 아닌 위반행위(violation)로 규정하고 있다(Model Penal Code §1.04(5))(뉴욕주 형법은 교통위반으로 인한 범칙행위(traffic infraction)를 제외하고 15일을 초과하는 구금을 선고할 수 없는 죄를 위반행위라고 한다(N.Y. Penal Law §10.00(3)).

215) Cal. Penal Code §653f(a).

216) Colo. Rev. Stat. §18-2-301(5).

217) Model Penal Code §5.05(1).

있도록 규정하고 있다.²¹⁸⁾

앞서 살펴본 바와 같이 피교사자가 범죄를 승낙하지 않아도 교사범이 성립하기 때문에 단지 범죄의사를 표시하는 것만으로 형사처벌을 하는 것은 과도하다는 비판이 제기된다. 따라서 캘리포니아주와 같이 교사행위를 입증할 수 있는 2명 이상의 증인 또는 1명의 증인과 정황증거를 요구하거나,²¹⁹⁾ 콜로라도주와 같이 교사자의 범죄의도를 강하게 입증할 수 있는 상황에서만 교사범을 인정하도록 규정하기도 한다.²²⁰⁾

4. 음모죄(Conspiracy)

가. 개념 및 연혁

커먼로상 음모죄는 2인 이상의 사람 사이에 성립한 범죄실행의 합의(agreement)를 말하며, 에드워드 1세(Edward I) 시절인 1290년대부터 허위기소·소송에 제한적으로 인정되던 것이 17세기부터 일반적인 범죄로까지 확대된 것으로 알려져 있다.²²¹⁾ 이 죄는 실행행위 전 단계에서 너무 일찍 범죄가 인정될 수 있으므로 노동조합에 대한 탄압 또는 정치적 사건에서 악용된 사례가 있었고, 합의의 개념과 고의의 내용이 모호하다는 비판이 제기된다.²²²⁾ 증거법적인 측면에서는 같은 음모자의 법정 외 진술은 그 진술인의 법정 출석 여부와 관계없이 다른 음모자의 음모죄를 입증하기 위한 증거로 사용될 수 있다는 점²²³⁾에서 검사에게 유리한 측면도 있다.

음모죄는 2인 이상의 범죄에 대한 합의만 있으면 성립할 수도 있고, 합의 이외에 일정한 객관적인 행위로서 ‘명백한 행위(overt act)’를 요구하는 관할에서는 해당 행위가 있어야 성립한다. 이러한 면에서 범죄 행위가 ‘상당한 단계(substantial step)’로 나아갈 것을 요구하는 미수죄와 구별된다. 음모죄는 2인 이상이 범죄에 대하여 합의하였으므로 범죄자들의 사회적 위험성에 대한 확고한 증거가 있다고 보기 때문에 미수

218) Model Penal Code §5.05(2).

219) Cal. Penal Code §653f(g).

220) Colo. Rev. Stat. §18-2-301(1).

221) Wayne R. LaFare, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §12.1(a).

222) Wayne R. LaFare, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §12.1(b).

223) *Bourjaily v. United States*, 483 U.S. 171(1987).

범과 같이 실행의 착수에 이르기 전에도 공권력이 조기에 개입하는 것이 정당화된다고 본다.²²⁴⁾

나. 성립요건

1) 범죄의 합의(agreement)

범죄에 대한 둘 이상의 합의를 요한다. 합의의 내용은 어떤 범죄의 일부 행위를 실행하거나 용이하게 하기 위한 것이면 족하다. 따라서 합의는 구두, 몸짓 등 명시적인 것뿐만 아니라 정황이나 상황의 전개에 따른 묵시적 합의도 가능하며 연방대법원이 판시한 바와 같이 구체적인 사실이나 상황을 통해 추정할 수도 있다.²²⁵⁾ 음모자가 범죄행위의 구체적인 부분을 알거나 동의할 필요도 없다.²²⁶⁾ 또한, 부작위범에 대한 음모도 가능하다. 한 사람은 음모에 가담하지 않았으나 다른 음모자들의 음모사실을 알면서 해당 범죄에 가담하는 편면적 음모의 경우도 범죄를 인정할 수 있는지가 문제가 되는데, 연방대법원과 일부 관할에서는 다른 음모범을 도와준다는 것을 인식하고 행동한 사람을 음모죄로 처벌할 수 있다고 본다.²²⁷⁾ 반면에 음모에 대한 합의가 없는 이상 음모죄는 처벌할 수 없으며 음모 이외의 범죄로 처벌해야 한다는 비판도 제기된다. 모범형법전은 이 경우 본 범의 미수죄(attempt)로 처벌하도록 규정하고 있다.²²⁸⁾

음모자들이 수 개의 범죄를 동시에 또는 연속하여 음모한 경우 성립한 범죄별로 음모죄가 성립하는지 아니면 합의를 기준으로 하나의 음모죄가 성립하는지가 문제가 된다. 연방대법원은 음모행위를 기준으로 음모죄가 성립한다고 판시²²⁹⁾한 이래로 다수의 주가 단일의 음모행위 또는 연속된 하나의 음모행위로 볼 수 있으면 비록 그 범죄가 동일한 법을 위반하는 수 개의 범죄라고 하더라도 하나의 음모죄가 성립한다고 본다. 다만 하나의 음모행위라고 하더라도 범죄가 다르면 이 기준이 적용되지

224) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 403면.

225) Iannelli v. United States, 420 U.S. 770, 95 S.Ct. 1284, 43 L.Ed.2d 616(1975).

226) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 406면.

227) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §12.2(a).

228) Model Penal Code §5.01(3)(모범형법의 이 규정에 대하여는 미수죄보다 음모죄로 처벌하는 것이 타당하다는 비판이 있다. Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §12.2(a), 각주 48.).

229) Braverman v. United States, 317 U.S. 49(1942).

않는다.²³⁰⁾ 반면에 모범형법은 하나의 행위로 수개의 죄를 음모한 경우에도 하나의 음모합의에 의한 것이면 하나의 음모죄가 성립한다고 규정하고 있다.²³¹⁾

다수 음모자들이 서로의 음모 사실을 모두 알 필요는 없으므로 음모자들이 순차적으로 음모에 참여하는 체인(chain)형 음모의 경우에도 하나의 음모죄가 성립할 수 있다. 따라서 마약이나 금제품과 같이 수직적 형태로 구성된 밀수업자와 중간상인, 소매상인은 모두 하나의 음모행위로 처벌할 수 있다.²³²⁾ 하나의 음모자가 허브가 되어 서로 연계되지 않은 음모자들이 각각 존재하는 바퀴(wheel)형 음모의 경우에는 각각의 하부 음모자들과 허브 음모자의 관계 및 그 지속성에 따라 하나 또는 수 개의 음모가 성립될 수 있다. 예컨대, 한 사기 대출업자가 대출을 희망하는 개인을 모집한 경우 각각의 대출희망자는 전체 대출사기의 존재 및 이익을 공유한다기보다는 각 개인 대출건에만 이해관계가 있으므로 전체 대출사기에 대한 하나의 음모가 성립하기 보다는 각 대출 별로 음모죄가 인정된다.²³³⁾ 반면에, 불법 낙태업자가 고객을 모집하는 중개인들을 섭외한 경우, 이 중개인들은 낙태업자의 불법에 가담한다는 것을 알고 한 것이므로 하나의 음모죄가 성립한다.²³⁴⁾ 즉, 이때에는 중개인들이 각각 모집하여 이루어진 낙태 행위 모두에 대하여 하나의 낙태의 음모죄가 성립하게 된다. 산별 지부 노조가 중앙노조의 지시로 파업에 가담한 경우에도 마찬가지로 지부별로 각 음모죄가 성립하지 않고 전체 파업에 대한 하나의 음모죄가 성립한다.²³⁵⁾

2) 명백한 행위(overt act)

앞서 설명한 대로 커먼로상의 음모는 범죄에 대한 합의 이외에 별도의 행위가 요구되지 않았다. 그러나 지금은 대다수 관할에서 음모범죄를 실행하기 위한 ‘명백한 행위(overt act)’를 필요로 하며, 일부 소수 관할에서는 그 행위가 범죄의 실행을 위한 ‘상당한 단계(substantial step)’로 나갈 것을 요구하기도 한다.²³⁶⁾ 연방의 경우 음모죄에

230) Wayne R. LaFare, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §12.3(b).

231) Model Penal Code §5.03(3).

232) Wayne R. LaFare, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §12.3(b)(2).

233) Kotteakos v. United States, 328 U.S. 750(1946).

234) Anderson v. Superior Court, 177 P.2d 315(Cal. Ct. App. 1947).

235) United States v. Anderson, 101 F.2d 325 (7th Cir.1939).

대한 일반규정에는 음모 이외에 그 음모자 중 1인 이상이 음모 범죄를 실행하기 위한 행위로 나갈 것을 요구하고 있지만, 다른 개별 형벌규정에서 해당 요건을 특별히 규정하고 있지 않은 경우, 연방대법원이 해당 음모죄는 ‘명백한 행위(overt act)’를 요구하지 않는다는 것이 입법자의 의사라고 보기 때문에 이 경우는 단순히 범죄의 합의로 족하다.²³⁷⁾ 한편, ‘명백한 행위(overt act)’가 음모죄의 범죄구성요건인지 아니면 단순히 입증방법인지에 대하여는 관할별로 그 규정이 다르다. 어떤 주는 입증의 요소로 규정하는가 하면 어떤 주는 음모죄의 구성요건이라고 규정하기도 한다. 연방의 경우 연방대법원은 입증의 요소라고 판시한 바가 있으나 이것도 일관된 기준은 아니다.²³⁸⁾ ‘명백한 행위(overt act)’가 범죄구성요건이라고 할 경우 공소시효, 관할, 배심원 설치 등에서 법적 쟁점이 될 수 있다.²³⁹⁾

‘명백한 행위’는 음모자 중 한 명이 행하면 족하며 그 행위가 반드시 범죄 또는 불법행위일 것을 요구하지는 않는다. ‘명백한 행위’가 ‘상당한 단계’로까지 나갈 것을 요구하는 관할에서는 미수범에 해당하는 실행의 착수라고 볼 수 있어야 하지만 단순히 ‘명백한 행위’만 요구하는 경우에는 음모를 실행하기 위한 관련 행위이면 준비행위 등 사소한 행위라도 모두 인정하므로 음모죄가 폭넓게 인정된다.²⁴⁰⁾ 모범형법전은 1급 또는 2급 중죄를 제외한 다른 범죄의 음모의 성립에 있어서는 ‘명백한 행위’를 요구한다.²⁴¹⁾ 이때 ‘명백한 행위’는 범죄에 대한 ‘합의’와는 독립적인 별도의 행위여야 한다. 예컨대, 검사가 피고인을 마약 판매의 음모죄로 기소한 경우 검사는 피고인이 구매자를 속인 것이 아니라 실제로 마약을 판매하려는 음모를 하였다는 것을 입증해야 하지만 이때 피고인이 대량의 돈을 가지고 여행을 한 것만으로도 검사는 ‘명백한 행위’를 입증할 수 있다.²⁴²⁾

236) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §12.2(b).

237) Whitfield v. United States, 543 U.S. 209, 125 S.Ct. 687, 160 L.Ed.2d 611 (2005)(Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 1, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §12.3(b)).

238) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §12.2(b).

239) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §12.2(b).

240) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 410면.

241) Model Penal Code §5.03(5).

242) Borzuko v. City of New York Police Dep't, 136 Misc. 2d 758(1987).

3) 고의

음모죄도 이중고의를 필요로 한다. 즉, 범죄의 합의에 대한 고의와 대상 범죄를 실현하기 위한 고의이다. 그러나 합의행위에 대한 고의는 합의행위 자체로 쉽게 인정할 수 있으므로 중점적으로 논의되는 것은 목적 범죄 실현의 고의이다. 그런데 고의가 음모한 범죄를 목적으로(purposely) 해야 하는 것인지 아니면 단순히 알면서(knowingly) 해도 성립하는지에 대하여는 관할 별로 기준이 다르다. 다만, 전자를 요구하는 경우에도 피고인의 인식(knowledge)을 근거로 목적(purpose)을 추정하는 것이 일반적이다.²⁴³⁾ 그 추정은 범죄의 정도와 유형에 따라 달라질 수 있다. 예컨대, 피고인인 주류제조업자가 밀주 생산에 사용된다는 것을 알면서 밀주 원료를 제공한 경우 연방대법원은 피고인들이 그 사실을 알았다는 것만으로는 제조업자들과 음모범죄를 함께 실행하려는 고의가 있었다고 볼 수는 없다고 판시하였다.²⁴⁴⁾ 그러나 피고인인 제약업체가 불법으로 사용된다는 것을 알면서 몰핀을 의사에게 적극적으로 제공한 경우 그 사실만으로도 범죄의 실행에 대한 고의를 인정할 수 있다고 판시하였다.²⁴⁵⁾ 즉, 불법 약품 또는 물품을 제공한 경우 해당 물품의 성질, 거래량, 구매자와의 관계 및 지속기간, 판매 경위 등을 종합하여 추정여부를 판단하고 있음을 알 수 있다.

음모자 사이에 부패 또는 나쁜 의도(corrupt motive)가 있었을 것을 요구하는지에 대하여는 논란이 있다. 예컨대, 시청 공무원이 물품을 구매하기 전에 공개입찰을 해야 한다는 규정을 어겨 기소된 경우 피고인이 그 규정을 몰라 나쁜 의도 없이 선의(good faith)로 한 것이라고 주장하자 뉴욕주 법원은 음모의 개념에는 나쁜 의도가 내포된 것이라면서 피고인의 주장을 받아들여 무죄를 선고하였다.²⁴⁶⁾ 이는 음모죄가 폭 넓게 성립되는 것을 보완하기 위한 것으로서 주로 행정형법에서 인정된다.²⁴⁷⁾ 연방법원은 이 기준을 적용하지만,²⁴⁸⁾ 다수의 관할은 법률의 부지를 항변사유로 인정하지 않는 것과 동일한 논리로 이 기준을 따르지 않는다.²⁴⁹⁾ 모범형법전도 마찬가지이다.

243) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 413면.

244) *United States v. Falcone*, 311 U.S. 205(1940).

245) *Direct Sales Co. v. United States*, 319 U.S. 703(1943).

246) *People v. Powell*, 63 N.Y. 88 (1875)(Wayne R. LaFave, *Substantive Criminal Law Volume 2*, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §12.2(c)).

247) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 415면.

248) *Krulewith v. United States*, 336 U.S. 449(1949).

249) Wayne R. LaFave, *Substantive Criminal Law Volume 2*, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019,

키먼로상 음모죄는 둘 이상의 사람이 범죄에 합의해야 하므로 둘 중 한 사람이 목적인 범죄에 대한 특정 고의가 없었거나 정신이상 등의 사유로 책임능력이 결여된 경우 음모죄가 성립하지 않는다.²⁵⁰⁾ 소위 이 ‘쌍무이론(bilateral theory)’에 따르면 피고인 이외의 다른 음모자들이 모두 무죄를 선고받은 경우 피고인도 음모죄로 처벌받지 않는다.²⁵¹⁾ 그러나 모범형법전은 음모자에게 특정 고의가 없거나 책임능력이 없더라도 다른 음모자에게는 음모죄가 인정된다고 규정하고 있다.²⁵²⁾ 다수의 주는 소위 이 ‘편무이론(unilateral theory)’에 입각하여 음모죄를 넓게 처벌하고 있다.²⁵³⁾

한편, 음모의 범위를 벗어난 범죄에 대하여는 별도의 죄책을 지지 않는 것이 원칙이지만 예외가 있다. 애초 음모계획에 비추어 볼 때 실행한 범죄 또는 결과가 자연적으로 예견 가능한 경우 범죄 실행에 가담하지 않은 음모자도 해당 범죄에 대한 공범으로서 죄책을 질 수 있다. 소위 ‘공모공범이론(the theory of joint venture)’에 의해 인정되는 것인데 이에 대하여는 공범론에서 자세하게 설명한다.²⁵⁴⁾

4) 음모의 종료

음모죄의 공소시효는 음모행위가 종료된 때로부터 시작한다. 음모의 종료는 범죄의 합의(agreement)나 ‘명백한 행위’가 있다고 해서 바로 종료되는 것이 아니라 음모자들이 ‘명백한 행위’를 완전히 중지하거나, 목적인 범죄를 성공한 때에 인정된다. 이때 ‘명백한 행위’의 중단은 음모자 중 어느 누구도 더 이상 ‘명백한 행위’를 하지 않은 경우 그 중지가 추정되는 것이며, 범죄의 성공은 목적인 범죄 행위가 사실상 모두 종료된 때를 말한다.²⁵⁵⁾ 예를 들어, 절도죄를 음모하면서 음모자들이 절취하고 재물을 서로 나누기로 한 경우 절취 행위만으로 범죄가 종료된 것이 아니며 재물을 서로 나누는 후에야 종료가 된다.²⁵⁶⁾

§12.2(c)(5).

250) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 416면.

251) *United States v. Acosta*, 17 F.3d 538(2d Cir. 1994).

252) Model Penal Code §5.04(1)(b).

253) Charles E. Torcia, *Wharton's Criminal Law Volume 1*, 15th ed., Clark Boardman Callaghan, 2019, §679.

254) Charles E. Torcia, *Wharton's Criminal Law Volume 1*, 15th ed., Clark Boardman Callaghan, 2019, §685.

255) Wayne R. LaFave, *Substantive Criminal Law Volume 2*, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §12.3(c).

5) 필요적 공범과 음모죄 - 워튼 룰(Wharton's Rule)

필요적 공범의 경우에는 음모죄가 성립하지 않는다. 예컨대, A와 B사이에 뇌물을 수수하기로 약속한 경우 원칙적으로 뇌물수수의 음모죄는 성립하지 않는다. 필요적 공범은 음모를 전제로 하므로 별도의 추가 위험이 발생하는 것이 아니라고 보기 때문이다.²⁵⁷⁾ 그러나 필요적 공범 이외의 제3자가 별도로 가담하는 경우에는 위험이 추가되므로 '워튼 룰'이 적용되지 않는다. 따라서 이 경우에는 외부 참가자를 음모죄로 처벌할 수 있다.²⁵⁸⁾ 예컨대, 특정 신분자에게만 성립하는 뇌물죄의 경우에 그 신분자와 음모한 비신분자도 음모죄로 처벌할 수 있다.²⁵⁹⁾ 다만, 음모 후 범죄의 실행으로 나아가지 않는 경우에는 음모자들을 목적 범죄로 처벌할 수 없기 때문에 다수의 주에서는 해당 범죄의 실행에 착수로 나아간 경우에만 '워튼 룰'을 적용한다. '워튼 룰'이 적용될 경우 음모죄는 실행된 범죄에 흡수되지만 음모자들이 실행으로 나아가지 않은 경우에는 '워튼 룰'은 적용되지 않으므로 음모죄로 처벌한다.²⁶⁰⁾ 다만, 모범형법전은 '워튼 룰'을 규정하고 있지 않다.

다. 항변

목적한 범죄의 불능을 이유로 한 항변사유는 일반적으로 인정되지 않는다. 목적한 범죄와는 별개로 특정 범죄를 음모하는 것 자체에 위험성이 있기 때문이다.²⁶¹⁾ 모범형법전도 마찬가지이다. 모범형법전은 목적 범죄의 실행뿐만 아니라 목적 범죄를 시도(attempt)하기 위한 음모도 음모죄에 해당한다고 규정하고 있다.²⁶²⁾ 단, 음모행위의 미수범을 처벌하지는 않는다.²⁶³⁾

256) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §12.3(c).

257) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 431면.

258) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §12.4(c).

259) United States v. Viola, 35 F.3d 37 (2d Cir.1994).

260) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 431면.

261) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §12.4.

262) Model Penal Code §5.03(1).

263) Charles E. Torcia, Wharton's Criminal Law Volume 1, 15th ed., Clark Boardman Callaghan, 2019, §682.

다른 음모자가, 기소 또는 유죄판결을 받지 않았다는 사실이나 책임능력이 없거나 음모행위가 범죄임을 몰랐다는 주장은 항변사유로 인정하지 않는 것이 일반적이다.²⁶⁴⁾ 음모의 중지를 이유로 하는 항변사유도 인정하지 않는 것이 커먼로상 원칙이다. 따라서 음모 후 어느 한 음모자가 목적 범죄를 실행하는 것을 중지하였으나 나머지 음모자들이 목적 범죄를 실행한 경우 목적 범죄를 중단한 음모자는 실행된 범죄에 대한 죄책은 지지 않지만 음모죄의 죄책은 진다. 단, 공소시효는 그 음모자가 중정한 시점을 기준으로 기산한다.²⁶⁵⁾ 반면에, 모범형법전은 음모자가 완전하고 자의적으로 목적 범죄의 실행을 중지시켰을 때에 중지의 항변을 인정한다.²⁶⁶⁾ 뉴욕주도 같은 규정을 두고 있다.²⁶⁷⁾ 앞서 미수범 부분에서 살펴본 바와 같이 자의적이고 완전하게 범죄의 실행이 중지되어야 하므로 체포에 대한 우려나 다른 기회에 범행을 하려는 의도로 그 실행을 연기한 경우 중지의 항변은 인정되지 않는다.

한편, 남편과 아내는 음모죄에서 두 명으로 인정하지 않는다는 커먼로 원칙이 있었으나 현재는 거의 폐지되어 부부끼리도 음모죄가 성립할 수 있다.²⁶⁸⁾

라. 목적한 범죄와의 관계

커먼로 원칙상 미수범 또는 교사범과 달리 음모죄는 원칙적으로 목적한 범죄에 흡수되지 않는다. 음모죄는 커먼로상 경죄에 해당하였기 때문에 실행한 범죄가 중죄라면 그 중죄에 흡수되지만 해당 음모죄가 예외적으로 중죄에 해당하거나 실행한 범죄가 경죄인 경우에는 본범에 흡수되지 않고 별도로 성립하였다.²⁶⁹⁾ 그러나 이제는 이러한 커먼로 원칙이 모두 폐지되어 음모자들이 음모죄를 실행한 경우에도 음모죄와 실행한 범죄 모두에 대하여 각각 범죄가 성립한다. 예컨대, 뉴욕주 항소법원은 1931년 이와 같은 원칙을 선언한 바 있다.²⁷⁰⁾ 그러나 모범형법전은 음모 범죄 중 일부라도

264) Charles E. Torcia, Wharton's Criminal Law Volume 1, 15th ed., Clark Boardman Callaghan, 2019, §690.

265) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 430면.

266) Model Penal Code §5.03(6).

267) New York Penal Law §40.10(4),(5).

268) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §12.4(c)(2).

269) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §12.4(d).

실행되지 않은 경우에만 음모죄를 별도로 처벌할 수 있도록 규정하고 있다.²⁷¹⁾ 따라서 모범형법전에 따르면 음모한 범죄들을 모두 실행한 경우에는 음모죄는 본범에 흡수되어 별도로 성립하지 않는다.

마. 처벌

대다수 모든 관할에서 음모죄를 처벌하는데 일부 관할에서는 커먼로의 전통에 따라 음모죄를 경죄로 취급하지만 대다수의 주에서는 중죄에 대한 음모는 중죄, 경죄에 대한 음모는 경죄로 구분하여 처벌하면서 목적 범죄보다 경하게 처벌한다.²⁷²⁾ 그러나 모범형법전은 교사범과 마찬가지로 1급 중죄에 대한 음모는 2급 중죄, 1급 중죄를 제외한 나머지 범죄의 음모는 목적 범죄의 형으로 처벌하며 수 개의 음모행위가 있는 경우에는 그중 가장 중한 죄의 형으로 처벌하도록 규정하고 있다.²⁷³⁾ 알라바마주의 경우 살인죄는 A급 중죄, A급 중죄에 대한 음모는 B급 중죄 등 목적 범죄보다 한 단계 경하게 처벌하도록 규정하고 있다.²⁷⁴⁾ 뉴욕주는 음모죄를 6등급으로 구분하여 가장 중한 것은 A급 중죄, 가장 낮은 것은 B급 경죄로 처벌한다.²⁷⁵⁾

5. 소결

이상 살펴본 바와 같이 미국 형법은 객관주의적 판단 경향에서 모범형법전의 제정을 계기로 주관주의적 접근으로 수정되었다고 볼 수 있다. 미수범 성립의 객관적 요소에 관한 실질적 단계 기준은 범죄 완성예의 근접성에 따른 사회적 해악을 중점으로 하지 않고 행위자의 위험성을 기초로 고안된 심사인 점, 불능미수의 유형 구별과 항변을 폐기하고 중지미수의 항변을 인정하는 점, 미수범을 원칙적으로 기수범과 동일하게 처벌하는 점 등의 변화에서 미국 형법상 미수론의 주관주의적 경향을 알 수

270) *People v. Tavormina*, 257 N.Y.84(1931).

271) Model Penal Code §1.07(1)(b)(Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 405면).

272) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 404면.

273) Model Penal Code §5.05(1).

274) Code of Ala, §13A-4-3(g).

275) New York Penal Law §105.17; New York Penal Law §105.00.

있다. 또한, 실패한 교사를 일반적으로 처벌하고 목적 범죄와는 별도로 음모죄를 인정하여 처벌하는 것도 모두 이러한 주관주의적 범죄이론에 입각한 것이라고 볼 수 있다.

미국 형법상 미수범이 우리 형법과 비교법적 의미를 갖는 점들을 살펴보면, 먼저 미국 형법에서 미수범은 특정고의범죄로 분류되고 무모함(recklessness)이나 과실(negligence)에 의해서는 성립이 불가능한데,²⁷⁶⁾ 미수범은 범죄의 결의가 있어야 성립할 수 있어서 과실미수는 처음부터 불가능하다고 보는 점에서 우리 형법의 해석과 일치한다. 그런데 우리 형법이 미수범의 불법을 차등화하여 장애미수, 중지미수, 불능미수의 세 가지 유형으로 구분하는 반면, 미국 형법은 하나의 미수범 형태만을 인정하고 중지 및 불능의 경우를 미수범에 대한 항변사유로 다루고 있다. 물론 우리 형법상 미수범 규정을 살펴보면 장애미수는 ‘미수범’으로 규정되어 있고 중지미수와 불능미수를 규정하는 표제어는 각기 ‘중지범’과 ‘불능범’으로 명시되어 있어서, 이를 두고 원칙적으로 가별적인 미수범을 규정한 후 중지범 등의 혜택을 주기 위해 규정한 것으로 해석하는 소수의 견해도 있는데, 이와 같이 해석하면 미국형법상 미수범의 구조와 유사해진다.²⁷⁷⁾ 한편 미국 형법이 중지미수와 불능미수를 미수범의 항변사유로 인정하기 때문에 항변사유에 해당하는 경우라면 범죄성립이 조각된다는 점에서 우리 형법보다 피고인에게 유리하다고 해석할 수 있다.²⁷⁸⁾ 그러나 미국의 모범형법전은 과거의 커먼로와 다르게 미수범을 원칙적으로 기수범과 동일하게 처벌할 것을 명시하고 예외적으로 1급 중죄의 미수범의 경우에만 필요적으로 감경할 것을 규정하고 있어서, 미수에 대한 기본적 처벌을 임의적 감경으로 정하고 있는 우리 형법보다 피고인에게 유리하다고만 볼 수는 없다. 또한 모범형법전은 순수한 사실적 불능에 해당하는 경우 임의적으로 감경할 수 있다고 규정함으로써 법관의 재량에 맡기고 있는데, 순수한 사실적 불능의 경우는 우리 형법상 불능범에 해당할 가능성이 높는데, 이 경우를 미국 형법은 항변으로 인정하지 않고 임의적 감경 사유로 둬으로써 우리 형법보다 중하게 처벌하는 점에서도 그러하다.

미국 형법상 교사죄는 우리와 매우 다른 비교법적 특징을 보인다. 우리 형법 제31조

276) Wayne R. LaFare, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §11.3.

277) 김종구, 미국 형법상 중지미수의 가별성, 형사법의 신동향 제41호, 대검찰청, 2013, 62면.

278) 이경재, 미국형법상 미수의 유형과 그 내용, 비교형사법연구 제18권 제1호, 한국비교형사법학회, 2016, 125면.

제3항이 실패한 교사의 교사자를 예비·음모에 준하여 처벌하는 것과 달리 미국은 교사자를 별도의 범죄로 처벌한다. 또한, 우리의 경우 정범이 실행의 착수로 나아간 경우에만 한하여 교사범의 성립을 인정하고 예비·음모의 처벌규정이 있어야 처벌하는 것과 달리 미국은 교사행위 그 자체를 처벌한다는 점과 그 때문에 모범형법전이 규정하는 바와 같이 교사자에게 반드시 기수의 고의를 요구하지 않는다는 점도 우리와 다른 특징이라고 볼 수 있다. 따라서 미국에서의 교사죄는 우리의 예비·음모죄에 가깝다고 할 수 있다. 다만, 미국의 경우 실패한 교사를 목적 범죄보다 경하게 처벌하는 것이 일반적인지 하지만 미수범과 더불어 목적한 범죄의 법정형으로 처벌하기도 한다. 이러한 점에서 우리의 예비·음모가 별도의 낮은 형을 규정하는 것과 비교할 때 우리보다 비교적 중한 법정형으로 처벌한다고 평가할 수 있다. 교사자가 피교사자의 범죄행위를 중지한 경우 일반적으로는 중지의 항변을 인정하지 않는다는 점도 우리와 다른 점이라고 할 수 있다(다만, 모범형법전은 우리와 같이 중지의 항변을 인정한다). 한편, 피교사자가 범죄의 실행행위로 나아간 경우 교사자가 실행한 범죄의 기수 또는 미수범으로만 처벌되고 별도의 교사죄는 성립하지 않는다는 점은 우리와 같다고 할 수 있다.

음모죄의 경우 목적 범죄와 별도로 음모죄의 성립을 인정하므로 미국에서의 음모죄는 독립구성요건이라고 볼 수 있다. 우리 판례가 예비·음모죄를 독립된 구성요건으로 보지 않고 기본 범죄의 실행행위 전 단계로서의 발현행위에 해당한다고 본다는 점²⁷⁹⁾에서 미국과 다르다고 볼 수 있다.²⁸⁰⁾ 한편, 범죄에 대한 합의 이외에 ‘명백한 행위(overt act)’를 요구하는 관할의 경우에는 우리 형법상의 음모뿐만 아니라 예비행위까지 요구하는 것으로 볼 수 있기 때문에 이 경우의 음모죄는 우리의 음모와 예비를 합친 개념이라고 볼 수도 있다. 또한, 모범형법전이 목적 범죄를 시도하기 위한 음모까지 음모의 범위에 포함시키는 점은 기본범죄의 실현을 위한 경우에만 예비·음모죄를 인정하는 우리와 다른 점이라고 볼 수 있다. 그 처벌에 있어서도 일반적으로 목적 범죄보다 한 단계 경하게 처벌하거나 모범형법전과 같이 1급 중죄를 제외한 나머지 범죄를 목적 범죄와 동일한 법정형으로 처벌한다는 점에서 우리의 음모죄보다 중하게 처벌된다고 평가할 수 있다.

279) 대법원 1976. 5. 25. 선고 75도1549판결.

280) 김성돈, 형법총론, 제4판, SKKUP, 2015, 476면.

제3절 | 프랑스

1. 개관

기도된 범죄가 완전한 기수로 종결되지 않았을 때, 형사책임이 규칙적 방식이나 체계적 방식으로 제외되지는 않는다. 오히려 이것은 행위자가 위법행위를 중단하는 순간의 결정에 좌우된다. 따라서 ‘범죄로의 진전과정(Iter criminis ou cheminement criminel)’은 여러 단계를 포함하며, 살펴보면 다음과 같다. 첫째 단계는 행위자의 내면으로 국한된다. 범죄에 대한 단순한 생각에서부터 확고한 형사적 결단까지의 영역, 즉 살인이나 은행에 불법침입하려는 범행에 대한 고의만으로도 범죄는 완성된다. 둘째 단계는 행위자가 품은 고의의 표출로 드러난다. 위에 기술한 예에서는 범죄행위 주체가 살인도구에 해당하는 범행무기를 마련하거나 은행정보시스템에 관한 정보를 입수하는 것을 말한다. 셋째 단계는 범죄기수로 귀착하는 범죄 실행에 해당하는 단계며, 위의 예에서는 살인을 범하려고 총구의 방아쇠를 당기거나 은행보유자금을 절취하는 행위로 설명할 수 있다. 앞서 살펴본 여러 단계의 범죄 진행과정 내에서 형사소추가 되는 단계는 어디부터인지에 대한 문제는 타당한 기소가 이루어질 수 있는 시기에 대한 결정과 밀접한 근본적인 문제이므로, 형사정책과 관련하여 입법자, 경찰, 검찰, 법원 등 모든 당사자의 관심영역이다. 만약 범행을 저지르려고 하는 심리적 단계에서부터 형사책임을 묻는 것이 가능하다면, 어차피 생각만으로 범죄가 성립하므로 행위자의 범죄를 반박하기 위한 증거는 애초에 필요하지 않을 뿐만 아니라, 행위자가 음모했던 범죄계획을 포기할 이유도 없어진다. 그러므로 프랑스 형법 제121-5조는 미수범죄에 대해 구 형법전 제2조의 내용을 다시 채택한 것으로 이 조문의 해석에 따라 범죄는 실행의 중단 또는 결과의 누락의 경우에는 전적인 기수가 될 수 없다.²⁸¹⁾

281) Marie-Christine Sordino, Droit pénal général, 6^e éd., ellipses, 2016, 122면.

2. 미수(La tentative)

가. 장애미수

형법 제121-5조²⁸²⁾

실행에 착수하였으나 행위자의 의사와 관계없는 독립된 상황의 이유로 중단되거나 그 결과가 발생하지 아니한 경우는 미수를 구성한다.

1) 미수의 형태

프랑스 형법상 미수범죄의 형태로는 형법 제121-5조에 따라 ‘실행의 중단(L’*interruption de l’exécution*)’형태인 미수범 또는 ‘결과의 누락(l’*absence de résultat*)’형태인 미수범의 두 가지 형태로 나뉜다. 가별적 미수가 되려면 아래의 몇몇 조건이 결합되어야 성립될 수 있다.

2) 미수의 조건

미수가 가별적이 되려면 형법 제121-5조는 행위의 특성상 객관적 요건과 주관적 요건을 모두 요구한다. 우선, 객관적 성립요건인 ‘실행의 착수(un commencement d’exécution)’와 ‘결과의 누락’이 있어야 하고 다음으로, 주관적 성립요건으로 범죄의 ‘고의(l’*intention*)’와 ‘자발적 범죄중지의 결여(une absence de désistement volontaire)’를 든다.

(1) 미수의 객관적 성립요건 : 범죄실행의 착수와 결과의 누락

① 범죄실행의 착수(un commencement d’exécution)

형사상 처벌을 가하는 판단과정에서 범죄를 행하려는 단순결단은 형벌을 부과하기에 충분하지 않다. 반면에 범죄수행에 필요한 물적 준비단계에 도달하게 되면 제재를 고려할 수 있다. 그러나 당사자의 자유보장에 충실하고자 하는 입법자는 미수란 적어도

282) “La tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d’exécution, elle n’a été suspendue ou n’a manqué son effet qu’en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur(Le Code pénal art. 121-5).”

“실행착수에 의한 것으로 드러난 경우”에 형사소추가 종속되어야 할 것임을 인정한다. 즉 단순예비행위는 형사처벌로 억제하는 것이 제외된다.²⁸³⁾ 실행의 착수행위와 범죄예비행위를 구분하는 명확한 기준을 제시하는 일이 쉬운 것은 아니다. 실행의 착수에 대한 정의를 내린 법조문은 존재하지 않으므로²⁸⁴⁾ 학설과 판례의 논의를 참조한다.²⁸⁵⁾

㉞ 학설의 주장

학설상으로 실행의 착수에 대해 객관적 분석과 주관적 분석을 주장한다. 먼저, 범죄 실행의 착수의 객관적 분석은 행위자의 객관적 행위에 기초하는데 이 분석은 19세기의 순수객관주의학파와 20세기 객관주의학파로 나눌 수 있다. 19세기의 순수객관주의학파는 범죄의 법적 개념에 대해서 절도죄로 예로 들면 객관적 절취여부, 절도죄의 가중상황 내 불법주거침입여부 또는 피해자의 특별한 취약상태 여부 등 오로지 범죄 구성요소 중 물적·객관적 행위에 주목했다. 그 결과 법조문상으로 예견할 수 없는 행위는 처벌할 수 없는 범죄준비행위로 보았다. 그러나 이러한 단순구분기준에 근거한 해결은 범죄의 수행이 구성요건에 명시적으로 해당하지 않더라도 위험성이 있는 경우에 이에 대한 처벌 규정이 없어 처벌할 수 없는 문제를 가져오기도 한다. 이러한 비판에 따라 20세기의 객관주의학파는 범죄행위의 의미를 중시하였다. 이에 따르면 예를 들어 무기 입수라는 행위가 살인, 사격경기, 정당방위 등 다양한 해석을 가능케 하는 예비행위이므로 실행의 착수는 이와 달리 어느 행위가 하나의 범죄행위로 인식될 수 있는 때로 해석했다. 그렇지만 이러한 분석은 순수객관주의학파와 달리 명확하지 않아 법관에게 효율적인 형사처벌수단을 부여하지 못한다는 비판이 있었다.²⁸⁶⁾

다음으로 실행의 착수에 대한 주관적 분석은 행위자의 의도 또는 고의에 주목한다. 즉, 실행의 착수를 범죄를 범하려고 하는 되돌릴 수 없는 의도가 표출된 경우로 판단하는 것이다. 이러한 분석은 형사범죄의 진전과정상 상당히 이른 시기에 처벌이 가해질 수 있는 토대를 제공하므로, 범죄의 객관적 상황에도 가장 적은데도 불구하고 행위대

283) 그렇지만 “객관적 사실을 통해 정형화면서 중죄 또는 5년의 구금형에 처하여지는 경죄를 준비할 목적으로 결성된 단체 또는 동일한 목적 아래 이루어진 모의를 범죄단체조직구성으로 처벌”하는 형법 제450-1조와는 비교를 요한다.

284) Jean Devèze, *Le commencement d'exécution de l'infraction en jurisprudence*, RSC, 1981, 777면.

285) Marie-Christine Sordino, *Droit pénal général*, 6^e éd., ellipses, 2016, 123면.

286) Marie-Christine Sordino, *Droit pénal général*, 6^e éd., ellipses, 2016, 123면.

상자의 심리에 의거하여 처벌함으로써 자칫 자의적인 사법판단이라는 역효과를 유발할 수 있다.²⁸⁷⁾

㉑ 판례상 해결

위에서 살펴본 바와 같이 실행의 착수를 객관적 또는 주관적 기준 하나만으로 바라보면 문제를 해결하기 힘들기 때문에, 판례는 객관주의학과 주관주의학파의 두 견해를 절충 또는 혼합한 견해를 취한다. 따라서 법원은 실행의 착수를 “범죄를 범하려는 고의를 가지고 범행의 수행을 직접적으로 의도하는 행위” 또는 “실행시기에 접어든 범죄를 기수로 하는 직접적이고 즉각적인 결과가 되는 행위”라고 판시했다.²⁸⁸⁾ 즉 판례에 따르면 실행의 착수는 직접적이고 즉각적인(인과관계에 따르는 시간적 근접성) 물적 행위라는 객관적 요소와 범죄를 범하려는 돌이킬 수 없는 의도를 포함한 고의라는 주관적 요소를 모두 포함해야 하고, 이러한 고의는 법관에게 명백하게 나타나야 한다. 법관은 피해자, 사건관계인 등에 대한 협박사실이나 증언, 자백, 전개된 정황 등에 입각하여 범죄를 증명한다. 범죄 사안들은 타인의 재산에 대한 절도죄와 같은 대물범죄 뿐만 아니라 대인범죄에도 다양하다. 법원은 의사를 참칭하여 병원시설처럼 구획 정리된 자신의 주거공간으로 구직을 희망하는 젊은 여성을 유인하여 고용계약을 위해 불가피한 의료적 검진을 구실삼아 탈의를 요구한 사건에서 성적추행죄의 실행의 착수를 인정하여 유죄판결을 하였고,²⁸⁹⁾ 또한 우물물에 독약을 넣은 행위를 독물투여범죄의 실행의 착수로 보았다.²⁹⁰⁾ 그밖에 절도를 목적으로 순회공연에 관련한 자금호송원을 스카프, 가짜 코로 복면을 한 채 매복하여 기다린 행위²⁹¹⁾와 슈퍼마켓에서 세제봉지 안에 귀중품을 은닉한 행위²⁹²⁾를 모두 절도죄의 실행의 착수로 판단하였다.²⁹³⁾

287) Marie-Christine Sordino, *Droit pénal général*, 6^e éd., ellipses, 2016, 124면.

288) Cass. crim., 11 Juin 1975, *Bull. crim.*, n°150 ; Cass. crim., 14 Juin 1995, *Bull. crim.*, n°222.

289) Cass. crim., 14 Juin 1995, *Bull. crim.*, n°222..

290) Cass. crim., 5 février 1958, *Bull. crim.*, n°126 ; Cass. crim., 5 mai 1997, *Bull. crim.*, n°168
본 판례에서 임신중절수술을 방해하기 위해 의료기관의 출입을 막은 행위를 범죄 실행의 착수로 보았다.

291) Cass. crim., 29 décembre 1970, *Bull. crim.*, n°356.

292) Cass. crim., 3 janvier 1973, *Gaz. Pal.*, 1973, 1. 290.

293) 보험사기미수의 경우는 재해를 자발적으로 촉발하여 보험배상서류를 보험회사에 보낸 경우 범죄 실행의 착수가 정형화된(Cass. crim., 10 mai 1990, *Bull. crim.*, n°182 : 절도를 당했다는 확인증명서를 보험회사에 제출한 행위를 보험사기죄의 실행의 착수근거로 보았다(Cass. crim., 8 septembre 2004, inédit, pourvoi n°03-85009).).

주관적 견지에 따른 분석은 행위자의 ‘범죄위험성’²⁹⁴⁾에 주목하여, 범죄수행과정에서 최소한의 범죄객관성이 존재하고 기수를 확실하게 하는 범죄위험성이 중단되지 않았다면 판결에서 범죄위험성을 우선시해야 한다고 주장한다. 그러나 예를 들어 정범 또는 누범과 관련된 행위상황은 범죄위험성을 판단하는 의미로 사용되지만 항상 신중한 접근을 요하며 이러한 범죄위험성 만으로 유죄판결의 유일한 토대를 형성하여서는 안 된다.²⁹⁵⁾ 이에 대해 프랑스 파기원은 일찍이 판례를 통해 범죄 실행의 착수 개념은 파기원의 통제에 따라야 하는 법적 문제라고 판시했다.²⁹⁶⁾

② 결과의 누락(l'absence de résultat)

행위자가 범죄기수를 이루기 위해 행위를 수행하였으나 기대했던 결과가 산출되지 않고 누락된 경우는 결과발생이 아예 불가능한 범죄인 불능범과 범죄의 결과발생 자체는 가능하였지만 결과가 미발생하여 결국 누락된 경우, 즉 실패한 범죄라 할 수 있는 장애범(l'infraction manquée, 장애미수) 두 가지로 나눌 수 있다.²⁹⁷⁾ 형법 제121-5조는 장애가 발생하여 범죄결과가 누락된 미수를 규정하는데, 이는 행위자가 범행에 불가피한 객관적 행위를 수행하였으나 목적인 범죄결과를 내지 못한 경우를 말한다. 예를 들어 행위자가 제3자에게 무기인 총을 겨냥하여 방아쇠를 당겼으나 적중하지 못한 것처럼 범죄결과 산출이 가능하였음에도 실수로 범죄기수에 도달하지 못한 경우를 뜻한다. 법조문은 구 형법 제2조와 마찬가지로 장애범과 ‘중단된 범죄(l'infraction interrompue)’의 처벌을 동일시한다. 장애범은 객관적 행위의 전부를 수행하면서 범죄기수에 도달한 행위자와 같은 고의를 가지고 있었으므로 이러한 해결은 논리적으로 본다. 만약 중단된 범죄의 행위자에게 처벌이 가해질 수 있는 경우라면 하물며 범죄를 지속하려는 의도가 계속 유지되고 있는 장애범은 형사상 범죄의 형성 과정에서 더 중하게 다루어져야하고 기수범에 더 가까이 위치하므로 당연히 가벌적이어야 할 것이다.²⁹⁸⁾

294) Cass. crim., 14 Juin 1995, *Bull. crim.*, n°222 ; 도주죄 또는 탈옥공모미수에 관하여는 3 septembre 1996, Dr. pénal 1997, comm. n°17.

295) Jean Larguier, observation RSC, 1979, 543면.

296) Cass. crim., 1er mai 1879, S. 1880, 1, 233.

297) Marie-Christine Sordino, *Droit pénal général*, 6^e éd., ellipses, 2016, 127면.

298) Marie-Christine Sordino, *Droit pénal général*, 6^e éd., ellipses, 2016, 128면.

(2) 미수의 주관적 성립요건 : 고의와 자발적 범죄중지의 결여

형법 제121-5조는 “실행에 착수하였으나 행위자의 의사와 관계없는 독립된 상황의 이유로 중단되거나 그 결과가 발생하지 아니한 경우 미수를 구성한다.”라고 하여 처벌 가능한 미수를 규정하고 있다. 따라서 미수의 주관적 성립요건에 있어 고의의 특성과 범죄중지의 특성 및 범죄중지의 시기가 관건이 된다.²⁹⁹⁾

① 고의(l'intention)의 특성

기수 범죄와 달리 미수 범죄는 범죄결과가 누락되어 발생하지 않아야 하므로 고의가 여러 가지의 의미로 해석되는 게 아니라 하나의 의미로 해석되어야 한다. 예를 들어 슈퍼마켓에서 물건을 자신의 가방 안에 놓은 것만으로 절도의 고의를 추단할 수는 없는 것(물건이 훔쳐 더러워지는 것을 방지하려는 의도일수도)이다. 그러나 만약 슈퍼마켓의 계산원에게 보이지 않을 정도로 다른 봉지나 천을 이용하여 그 물건을 덮어서 넣었다면 절도의 고의를 인정할 수 있게 된다. 따라서 표출된 고의에 대한 해석이 ‘다의적(équivoque)’인 것인지 또는 ‘일방적(univoque)’인 것인지를 구분하여 하나로 해석되어지는 범행의 일방적 고의의 표출이 미수의 주관적 성립요건이 된다.³⁰⁰⁾

② 자발적 범죄중지의 결여(une absence de désistement volontaire)

㉠ 범죄중지의 특성

미수 범죄가 처벌받지 않기 위해서는 범죄의 중지가 후회, 동정 등의 중지동기와 상관없이 행위자의 자유로운 방식을 통해 자연발생적으로 행해져야 한다. 반면 범죄의 중지가 행위자의 자유선택이 아닌 외부적 요인으로부터 기인하였다면 그러한 범죄 미수는 다시 처벌될 수 있는 미수가 된다. 실제로 법원은 실제 사례에서 행위자의 범죄중지가 하나의 동기가 아니라 다양한 상황에 영향을 받아 이루어진다는 것을 직면한다.³⁰¹⁾ 따라서 미수에 관한 올바른 법적 판단을 내리기 위해 매 사건마다 구체

299) Marie-Christine Sordino, Droit pénal général, 6^e éd., ellipses, 2016, 125면.

300) “La tentative en droit pénal: définition, conditions”

<https://cours-de-droit.net/la-tentative-en-droit-penal-a121604322/> (2020년 10월 31일 최종검색).

301) 경찰출동에 따른 중지범에 대한 판례로 Cass. crim., 2 février 1961, *Bull. crim.*, n°71 ; Cass. crim., 19 juin 1979, *Bull. crim.*, n°219.

적으로 중지 또는 범죄 단념의 결정적인 원인을 찾아내는 것이 필요하다. 만약 외부적인 상황이 범죄중지의 필수적 요인으로 작용하였다면 행위자의 행위는 자발적인 중지가 될 수 없고, 형사처벌이 가능해진다. 법원은 강간미수죄의 경우 피해자의 울음과 계단의 인기척³⁰²⁾, 행위자의 일시적인 신체상 장애³⁰³⁾로 중지를 한 경우 강간미수죄로 인정하였다. 성적추행미수죄의 경우 통행인의 고함³⁰⁴⁾에 의해 중지된 경우 미수범 처벌을 인정했고, 약취·유인미수죄의 경우 피해자가 반항과 주변의 도움을 요청하여 중지된 사안에서 미수범 처벌을 인정했다.³⁰⁵⁾ 또한 절도미수죄의 경우 점포의 종업원들의 감시를 이유로 물건 훔치는 것을 포기한 사안에서 미수범 처벌을 인정했다.³⁰⁶⁾ 사기미수죄의 경우 프랑스의 통화가 현재의 유로(€)로 바뀌기 전의 사건으로 은행창구에 가서 은행계좌를 열고 특정사무실을 지불인으로 하는 300,000 프랑(F)의 수표 1장과 증개수수료로 받은 소액수표 4장을 입금한다고 하면서 은행으로 하여금 250,000 프랑(F)을 룩셈부르크로 송금 요청한 사안에서 은행직원이 해당수표가 부도수표임을 발견하여 범죄가 중지되었기에 사기미수를 인정하기도 했다.³⁰⁷⁾

㉞ 범죄중지의 시기

범죄기수 이전에 범죄를 중지한 경우라면 행위자는 형사처벌을 면할 수 있다. 범죄가 일단 기수가 되면 범죄중지나 범죄행위에 대한 단념으로 평가받을 수 없고, 그 후에 행위자가 범죄피해결과를 회복하기 위해 노력한 경우는 단지 반성 또는 적극적인 후회로 평가받을 수 있을 것이다. 따라서 훔친 물건을 반환하고자 되돌아온 행위, 폭행 후 '긴급의료지원팀(SAMU)'에 전화를 한 행위, 사기죄 또는 횡령죄의 피해자에게 보상한 행위는 이미 행해진 범죄에 대한 법적결과를 산출하는 것은 아니다.³⁰⁸⁾ 마찬가지로 노동조합의 권리행사를 방해하는 범죄구성에 회사 사용자의 사후적 후회는 무관하다.³⁰⁹⁾ 하지만 법관은 선고형을 통해 '범죄인에 대한 개별화'를 고려할 수

302) Cass. crim., 29 janvier 1985, *Bull. crim.*, n°47.

303) Cass. crim., 10 janvier 1996, Dr. pénal 1996, comm. n°97. observation M. Véron.

304) Cass. crim., 27 mars 2008, inédit, pourvoi n°07-85.162

305) Cass. crim., 26 avril 2000, *Bull. crim.*, n°164.

306) Cass. crim., 3 janvier 1973, Gaz. Pal., 1973, 1. 290.

307) Cass. crim., Assemblée plénière, 18 janvier 2006, pourvoi n°02-80787, JCP éd. G, II, 10075, note J. Leblois-Happe.

308) Cass. crim., 18 janvier 1972, *Bull. crim.*, n°26.

309) Cass. crim., 6 janvier 2004, *Bull. crim.*, n°4.

있다.³¹⁰⁾ 입법자는 특히 자신의 범죄행위를 반성한 범죄인에 대한 법적 조건상황에 관심을 가졌다. 이에 2004년 3월 9일자 법률은 형법 제132-78조를 통해 반성한 범죄인의 경우 형감경 또는 형면제의 일반적 사유로 다루고 있지만, 테러범죄(형법 제422-1조와 제422-2조)와 마약거래범죄(형법 제222-43조)에서는 예외라고 규정했다.³¹¹⁾

나. 불능범(L'infraction impossible)

불능범은 장애미수의 특수한 경우의 하나로서 행위자가 범죄를 범하려고 객관적 행위를 하였지만 어떻게 하더라도 그 결과가 불가능한 경우이다. 원래 불가능했던 범죄 결과가 발생하지 않은 경우에 이러한 행위에 대한 형사상 역제를 가할 것인가가 문제된다. 특수한 개별적인 경우는 제외³¹²⁾하고 학설상 제의와 판례상 해결로 나뉜다.³¹³⁾

1) 학설상 제의

불능범의 처벌에 대해 학설상 형의 면제, 자동적 처벌, 임의적 감경의 세 가지 형태로 제의된다.³¹⁴⁾

(1) 형의 면제

19세기 초반의 학설은 불능범에 대한 처벌을 부정한다. 그 이유는 구 형법 제2조에 서 미수는 범죄 실행의 착수를 필요로 한다고 규정하였으나 이러한 불능범 조건 하에서는 실행의 착수가 정형화될 수 없다는 것이고 또 한편으로는 그 어떤 공공이익에 대한 침해가 실제로 이루어진 것으로 볼 수는 없다는 이유이다.³¹⁵⁾

310) Paul Savey-Casard, Le repentir actif en Droit pénal français, RSC, 1972, 515면.

311) 범죄행위를 반성한 범죄인에 대한 고려는 2004년 3월 9일자 법률에 의해 형법 제442-9조, 제442-10조의 통화위조죄와 형법 제434-37조의 도주죄를 범한 범죄단체의 구성원에게까지 확대되었다.

312) 형법 제221-5조에 의한 독물투여범죄에 있어서 범죄수단으로 사용한 성분이 독극물이 아닌 경우는 불능범으로서 기수 또는 미수가 아예 존재하지 않게 된다.

313) Marie-Christine Sordino, Droit pénal général, 6^e éd., ellipses, 2016, 128면.

314) Bernard Bouloc, Droit pénal général, 26^e éd., Dalloz, 2019, n°245.

315) Marie-Christine Sordino, Droit pénal général, 6^e éd., ellipses, 2016, 128면.

(2) 형의 의무적 부과

19세기 후반의 학설에서 실증주의학과와 사회방위(la défense sociale)학파는 사회방위의 관점에서 범죄를 범할 의도로 범죄기수와 종료에 필요한 행위를 통합적으로 수행하는 개인의 '위험상태(l'état dangereux)'에 특히 중점을 두었다. 체계적 형사정책시스템으로 범죄억제를 달성하기 위해서는 중지범과 불능범에 대한 억제를 전적으로 동일시해야 한다는 주장이다.³¹⁶⁾

(3) 형의 선택적 부과

이 견해는 불능판정에 대한 선별적 접근을 시도하여 절대적 불능인지 상대적 불능인지를 구분하고 이러한 불능이 법적 불능인지 또는 사실적 불능인지 구분하려는 시도이다. 이미 사망상태인 시체에 대한 살인시도처럼 범죄대상 또는 범죄객체가 존재하지 않거나 낙태를 일으키기에 효과가 없는 수단의 사용이나 살상용이 될 수 없는 플라스틱 소재의 칼의 사용처럼 범죄수행을 위해 사용한 방법이 실효적이지 못한 경우의 불능은 절대적 불능이 된다. 이러한 경우 형사상 억제가 인정되지 않는다. 그에 반해 거리상 너무 멀리 있는 피해자를 겨냥하여 범죄결과발생이 일어나지 않은 것처럼 결과산출의 의도를 가지고 행위자가 실효적 수단을 사용하였으나 실수로 빚어진 하자형태의 불능은 상대적 불능이 되며 형사상 억제가 인정된다. 살인행위 전 대상 피해자가 이미 사망한 경우처럼 범죄요소가 아예 결여되었을 때는 법적 불능이 되며 죄형법정주의원칙에 의거하여 모든 형사처벌이 제외된다. 사실에 입각하여 빈 호주머니가 범죄대상이 되어버린 절도처럼 행위자가 의도했던 범죄대상의 조건이나 상황에 따라서 판명이 되는 사실적 불능의 경우는 형사상 억제인 처벌의 고려대상이다.³¹⁷⁾

2) 판례상 해결

불능범의 처벌에 대한 판례의 태도는 우선적으로 형면제를 취하고,³¹⁸⁾ 형면제가 되지 않으면, 다음 단계에서 미수범으로 처벌가능한지 여부를 검토하는데, 판례는

316) Marie-Christine Sordino, Droit pénal général, 6^e éd., ellipses, 2016, 129면.

317) Marie-Christine Sordino, Droit pénal général, 6^e éd., ellipses, 2016, 129면.

318) Cass. crim., 6 janvier 1859, Dr. pénal 1859, 1, 336, 본 판례는 임신하지 않은 여성에 대해 낙태수단을 사용한 행위자의 무죄판결에 대한 상고를 기각함.

장애미수와 동일시하여 처벌하는 것을 선호하는 것으로 보인다. 불능범은 범죄 실행의 착수가 있는 다음 자발적으로 범행을 중지하지 않은 상태로 범죄를 행하는 객관적 행위로까지 나아갔지만, 행위자의 자발성과는 무관한 독립된 조건상황으로 인하여 범죄결과가 발생하지 못한 경우를 말한다. 그러므로 파기원 판례는 이미 사망한 피해자에 대해 총격을 가한 행위자에 대해 살인미수죄로, 그 외에 임신한 여성에게 식초와 오드콜로뉴 화장수를 사용하여 낙태를 시도한 행위자에게 유죄선고를 하였다.³¹⁹⁾ 그럼에도 불구하고 죄형법정주의원칙(Le principe de la légalité des incriminations et des peines) 또는 적법성의 원칙은 개인이 범죄행위를 완수한다고 믿었지만 법률에 명시적으로 규정한 범죄의 객관적 요소를 실제로 수행하지 않은 경우인 불능범 사안에서 형사처벌을 억제하는 표지이자 처벌과 불처벌의 경계를 구성하는 작용을 한다. 결국 판례처럼 행위자의 범죄고의만으로 유죄선고를 하는 듯한 태도는 타당하지 않다고 할 것이다.³²⁰⁾

다. 중지미수

형법 제121-5조에 따라, 범죄의 중지가 자발적이 아니어야 미수범은 성립한다. 피해자의 저항이나 정상적으로 작동되지 않는 범행도구의 사용, 범죄의 실현을 방해한 경찰관 또는 제3자의 개입 등이 객관적 요인을 형성하면 범죄의 중지는 자발적이 아니라고 평가받는다. 그 반면 행위자가 피해자를 동정하는 경우 또는 범행에 후회를 느끼거나 단지 공포심에 휩싸여 범죄행위를 할 수 없는 경우에는 범죄의 중지가 자발적인 것이라고 평가하여, 형법 제121-5조에 따라 아예 미수가 성립되지 않고 형사소추가 되지 않는다.³²¹⁾ 또한 실행의 착수 후라도 처벌에서 벗어나려면 범죄의 중지가 후회나 동정 등 행위자의 자유로운 방식에 의해 자발적으로 행해져야 한다.³²²⁾

319) Cass. crim., 16 janvier 1986, JCP, 1987, II, 20774, note J. Pradel, arrêt Perdereau ; 9 novembre 1928, D. 1929, I, 97.

320) Philippe Conte/Patrick Maistre du Chambon, Droit pénal général, 7^e éd., Dalloz-Sirey, 2007, n°349.

321) “La tentative en droit pénal: définition, conditions”
<https://cours-de-droit.net/la-tentative-en-droit-penal-a121604322/> (2020년 10월 31일 최종검색).

322) Marie-Christine Sordino, Droit pénal général, 6^e éd., ellipses, 2016, 125면.

범죄행위의 중지가 행위자 내면의 원인으로부터 기인하여야 그 행위자의 자발성이 인정되어 처벌면제가 가능한데 이러한 자발성은 두려움³²³⁾이나 제3자의 개입³²⁴⁾에 의해 결정될 수도 있다. 교도소 수감자가 스스로 자신의 감방 창문 밑의 시멘트를 파낸 후 교도관에게 자진하여 감방 벽에 만든 피해를 확인해달라고 한 경우 탈옥 또는 도주죄 미수에 대한 형사소추로 나아가지 않았다.³²⁵⁾ 행위자가 형사처벌을 피하려면 범죄기수 이전에 범죄를 중지한 경우라야 한다.³²⁶⁾

라. 미수에 대한 처벌

형법 제121-4조³²⁷⁾

정범은 1° 범죄를 실행한 자, 2° 중죄를 실행하려고 한 자 또는 법률에서 정하는 경죄를 실행하려고 한 자이다.

프랑스 형법은 미수범과 관련하여 미수시기와 미수행위를 특히 중시하면서 처벌이 가해지는 미수의 두 기준개념 사이에서 고민해왔다.³²⁸⁾ 첫째 기준은 미수범의 고의는 기수범의 고의와 같으므로 제재도 그와 같아야 한다는 것이다. 둘째 기준은 사회적 혼란은 기수범의 행위에 비해 미수범의 행위로 인해 더 적게 이루어졌으므로 보다 덜 중한 처벌을 받아야 한다는 것이다. 형법 제121-4조는 이 두 기준개념에 대한

323) 만약 행위자의 두려움 생성이 외부적 요인의 개입 없이 전적으로 내심의 자각에 의해 나타난 것이면 확실하게 자발적 범죄중지원인에 해당한다. 판례는 공동묘지에서 사사로이 시체에 대한 수색작업을 하다가 두려움 또는 공포감으로 인해 작업을 중단한 경우를 이러한 예 중 하나로 든다(Trib. corr. Fort-de-France, 22 septembre 1967, JCP, 1968, II, 15583).

324) Cass. crim., 20 mars 1974, *Bull. crim.*, n°124.

325) CA Douai, 6 mai 2003, Dr. pénal 2003, comm. n°122. observation M. Véron.

326) 사실상 단념으로 실행한 중지와 적극적인 후회로 실행한 중지 사이의 경계를 결정하는 중요한 기준은 범죄의 형식적·물적 특성이라 할 수 있다. 예를 들어 독물투여범죄의 경우 해독제 투여를 사실상 단념인지 또는 적극적 후회인지 문제되나, 독극물성분이 흡수된 상황이라면 해독제 투여는 적극적 후회에서 기인한 행위에 해당될 것이다.

327) “Est auteur de l’infraction la personne qui : 1° Commet les faits incriminés ; 2° Tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit.(Le Code pénal art. 121-4).”

328) André Laingui, Les adages du droit pénal, RSC, 1986, 25면 ; Bernard Bouloc, Droit pénal général, 26° éd., Dalloz, 2019, n°231.

통합을 실현하고 처벌이 가해지는 정범을 기수범과 중죄미수범 또는 법률로 정한 경죄미수범으로 규정하여 절충적 입장을 선언했다. 프랑스의 형사정책으로 범죄 진행 과정을 살펴보면 원래 범죄로 계획한 전적인 결과가 나오기 전의 행위에 대해서는 처벌을 하지 않는 것이 합리적이었다. 범죄성립의 객관적 기준에 입각해볼 때, 보호하고 지켜야 하는 사회적 가치보다 더 중한 범죄의 음모나 획책인 경우에만 형사처벌을 가해야 한다는 것이다. 이는 결국 미수의 법정구성요소에 관한 문제로서 즉 기도된 범죄의 중대성이란 객관적 기준을 따른다. 다음으로 미수범에 대한 제재는 기수범과 고의가 동일하므로 제재 역시 기수범을 따르게 되는데 이를 동일시원칙이라 한다.³²⁹⁾

1) 미수의 법정요소 : 기도된 범죄의 본질

중대한 범죄행위에 대해서는 일단 전 방위적으로 반드시 억제하여야 한다는 형사정책적 의도에 따라, 기도된 범죄에 대해 개별 법조문을 바탕으로 평가할 필요 없이 중죄의 미수에 대해서 일률적으로 처벌을 가하는 것은 논리적이라 할 것이고, 형법 제121-4조 제2항은 이러한 의도를 명백하게 나타내고 있다. 반면에 경죄의 미수는 중죄의 미수처럼 처벌이 당연시되는 것이 아니라 명문으로 법률에 규정된 경우에 한하여 처벌을 가한다. 경죄 중에서도 원칙상 비고의적 경죄의 미수는 제외된다.³³⁰⁾ 한편 죄질이 상대적으로 가벼운 위경죄의 미수는 원칙적으로 처벌되지 않는다.³³¹⁾

2) 미수의 제재 : 동일시원칙

구 체제(l'Ancien régime)하에서 '위협(l'intimidation)'을 통한 범죄예방의 일환으로 채택한 바 있는 고전적 해결방법은 형법 제121-4조에 규정한 것처럼 기수범에게 부과하는 주형과 보충형을 미수범에게도 동일하게 부과하는 것이었다. 그러므로 미수범과 기수범 사이에서는 제재상 동일시원칙이 존재한다. 구 형법 제2조와 달리 현행 법적제재의 주안점은 범죄행위가 아닌 범죄인을 기준으로 한 법조문으로부터 기인되

329) Marie-Christine Sordino, *Droit pénal général*, 6^e éd., ellipses, 2016, 126면.

330) Cass. crim., 22 juin 1988, *Bull. crim.*, n°284.

331) 그러나 형식적 위경죄의 특성상 범죄결과를 굳이 필요로 하지 않기 때문에, 형사적으로 처벌할 수 있는 외형을 갖추면 처벌하고, 결국 위경죄의 미수도 기수와 같다고 할 수 있다. 이를테면 형법 제625-9조는 타인의 사생활과 관련된 은밀한 내면을 침해할 수 있는 기구나 장치의 제안행위를 처벌한다.

었다. 범죄인, 그리고 경죄·중죄 등 법정형을 기준으로 하는 미수범에 대한 제재가 엄한 것으로 보일 수 있으나,³³²⁾ 사법실무상 법관은 모든 범죄행위가담자의 실효적 참여방법을 규명하여 구분을 짓는다. 행위자의 범죄위험에 대한 잠재력과 함께 범죄 사건의 상황으로부터 항상 ‘형사제재의 개별화(la personnalisation)’를 이끌어낸다.³³³⁾ 죄형법정주의에 의거하여 범죄사실이 법률에 부합하는지 여부를 판단하는 것은 필수적이다. 법원은 법률적용에 관한 형사법원의 통제가 제대로 실행될 수 있도록 충분히 범죄 상황을 고려하여 판결을 내려야 한다.³³⁴⁾

3. 예비행위(les actes préparatoires)

범죄를 범하겠다는 생각에서부터 범죄기수로 나아가는 일련의 형사적 진전을 거치면서 범죄의 구성요인은 여러 단계를 통과한다. 예비행위는 행위자가 범죄를 수행하겠다는 결단을 내린 순간부터 이어지나 범죄행위의 통로라고 할 수 있는 실행의 착수보다는 선행하는 단계이다. 예비행위는 범죄를 범하기 위해 여러 정보들과 수단들을 결합하는 것이다. ‘위험범(les délits-obstacles)’의 경우에는 예비행위 자체만으로도 처벌이 가능하다.³³⁵⁾ 법익침해에 대한 결과가 발생하지 않고 단지 위험상태를 야기하는 것만으로도 범죄의 구성요건이 충족되는 위험범의 예는 아래와 같이 여러 조문에 존재하고 있다. 먼저 “객관적 사실에 비추어 중죄 또는 5년의 구금형에 처하는 경죄를 준비할 목적으로 결성된 단체 또는 동일한 목적 아래 이루어진 모의는 범죄단체를 구성한다.”라고 규정한 형법 제450-1조의 범죄단체조직죄가 있는데, 이 죄는 범죄계획의 수립여부와 무관하게 처벌할 수 있게 규정되어 있다. 피해자 유무에 관계없이 금지된 총기류의 휴대만으로 범죄를 구성한다. 형법 제222-18조에 의해 타인대상의 중죄나 경죄를 범할 것을 어떠한 방법으로든 조건부로 협박한 행위는 요구충족의

332) 사회방위차원에서는 미수범도 기수범과 마찬가지로 사회존속을 해하는 위험한 존재로 취급하며 이에 대한 억제가 필요하다고 본다.

333) Marie-Christine Sordino, Droit pénal général, 6^e éd., ellipses, 2016, 127면.

334) “La tentative en droit pénal: définition, conditions”

<https://cours-de-droit.net/la-tentative-en-droit-penal-a121604322/> (2020년 10월 31일 최종검색).

335) “Infraction obstacle”, <https://justice.ooreka.fr/astuce/voir/474807/infraction-obstacle> (2020년 10월 31일 최종검색).

지시가 수반된 경우 3년의 구금형 및 45,000유로(€)의 벌금에 처한다. 단순협박도 형사처벌이 가해지는 경죄인데, 형법 제222-17조에 의해서 미수범을 처벌하는 중죄나 경죄를 범하겠다고 타인을 협박하는 행위를 반복하거나 문서나 영상 기타의 물건으로 구체화된 경우 6월의 구금형 및 7,500유로(€)의 벌금에 처한다. 그밖에 도로교통법 제L. 234-1조에 의해서 음주운전은 교통사고발생이나 피해자의 유무에 관계없이 2년의 구금형 및 4,500유로(€)의 벌금에 처한다.

범죄예방을 무엇보다 최우선으로 달성하려는 체계에서는 범죄예비행위를 미리 기소함으로써 범죄억제효과에 도달할 수 있다고 볼 수도 있다. 범죄예비행위는 목적하는 범죄수행을 위해 준비하는 행위이고, 살인을 예로 들면 살인에 쓰일 흉기나 도구를 구입하는 행위라고 할 수 있다. 예비행위가 원칙적으로 애매모호한 것으로 간주되는 것임에도 불구하고 입법자는 범죄예비행위에 대해 곧바로 형사적 개입이 허용되는 위에서 개별적으로 열거한 대표적 위험범 처벌규정을 제정하였다. 이처럼 예비행위가 처벌되는 위험범의 경우도 어느 정도 범죄의 중대성이 유지되는 경우라야 한다. 따라서 범죄가 경미한 위경죄를 저지르기 위한 예비행위는 처벌하지 않는다. 예비행위가 현실적으로 범죄수행으로 이어지는 것을 어떻게 증명할 수 있을지 즉 증거에 관한 문제가 있다. 수사관이 범죄 시작 전의 상태를 간파해낼 수 있는 수단이 구비되어야 위험범의 검거에 유용하다. 입법자는 2004년 3월 9일자 법률(일명 'Perben 2 법률')에 의해서 예비행위에 대한 채증수단을 마련했다. 수사관들이 범행 전에 범죄인을 검거할 수단으로 예를 들어 전기통신의 감청, 미행, 영상촬영, 음향효과, 잠입수사 등과 같은 방법을 적법요건에 따라 다양화하여 범죄수행 전 체포를 기술적으로 가능하도록 하였다. 피의자가 약취 또는 감금을 위해 밧줄 등을 구입하였다는 사실을 감청하였다면 그것으로 형사적 고의 즉 범의를 증명할 수 있게 된다. 그럼에도 불구하고 이 2004년 3월 9일자 법률은 범죄의 중대성이 객관적으로 인정되는 조직범죄에 한하여 전기통신의 감청을 인정하였다. 따라서 범죄예비행위는 처벌되지 않는 것이 원칙이고, 법률로 정해진 한정된 범위 내에서만 예외적으로 처벌이 가능하다. 이는 범죄로부터 사회를 보호한다는 목적이 지나치게 개인의 자유를 침해하지 않도록 하기 위함이다.³³⁶⁾

336) "Iter criminis", <http://juristeg.unblog.fr/2014/02/13/iter-criminis/> (2020년 10월 31일 최종

4. 소결

‘범죄로의 진전과정(*Iter criminis* ou *cheminement criminel*)’은 다섯 단계를 포함한다. 첫째는 행위자의 철회가 가능하고 변경 가능한 생각 또는 형사상 결단의 단계, 둘째는 생각의 표출 단계, 셋째는 범죄를 수행하기 위한 도구나 수단을 구비하거나 범죄 실현을 수월하게 하는 단계, 넷째는 범죄 실행의 착수단계, 다섯째는 범죄 미수로부터 범죄기수에 돌입하는 범죄 실현의 단계이다. 형벌의 부과는 원칙적으로 범죄 실행의 착수가 일어나는 넷째 단계부터 발생할 수 있다. 장애미수범이 성립하려면 여러 조건이 중첩적으로 갖추어진 경우에 한해서 장애미수를 구성할 수 있다. 우선적으로 객관적 성립요건인 실행의 착수와 결과의 누락이 발생하여야 하며, 주관적 성립요건으로 범죄의 고의와 자발적인 범죄증지가 아니어야 가벌적 장애미수범이 된다. 따라서 범죄증지가 자유로운 것이라면, 예를 들어 범죄자가 피해자를 동정하거나 후회 또는 회한을 느꼈거나 단지 범죄수행 중 공포심에 휩싸여 행위를 중지한 경우는 장애미수가 아닌 중지범에 해당하여 형사소추가 이어지지 않을 수 있다.

프랑스 형법상 미수에 관한 특색으로 실행의 착수에 대해 객관과 주관의 혼합적 개념을 파기원 판례에서 찾을 수 있다. 실행의 착수는 ‘범의를 가지고 범행의 수행을 직접적으로 의도하는 행위’ 또는 ‘실행에 접어든 범죄를 기수로 만드는 직접적·즉각적 결과로 이어지는 행위’이다.³³⁷⁾ 즉 인과관계에 의해 시간적으로 근접한 직접적·즉각적 행위의 객관적 요소와 범죄를 범하려는 불가역적 고의의 주관적 요소 모두를 포함한다.

형사법의 근간을 이루는 죄형법정주의원칙에 따라 범죄사실의 법률에의 부합여부를 찾아내는 것은 필수이다. 판결법원의 법관은 법률의 적용에 관한 형사법원의 통제가 제대로 실행되도록 이를테면 중지범에 대한 감면사유에 대한 파악과 관련하여 충분히 개별범죄 상황을 고려하여 판결을 내려야 한다.

프랑스는 원래 불가능했던 범죄결과가 발생하지 않고 누락된 경우에 해당하는 불능범에 대해서 우리나라의 논의와 달리 ‘위험성’을 가지고 불능범과 불능미수를 구별하지 않는다. 학설상 불능범을 어떻게 처벌할 지에 대해 형의 면제, 형의 의무적 부과 또는 임의적 감경으로 나뉜다. 형사상 억제가 가해지지 않는 절대적 불능이나 법적불

검색).

337) Cass. crim., 11 Juin 1975, *Bull. crim.*, n°150 ; Cass. crim., 14 Juin 1995, *Bull. crim.*, n°222.

능이 아닌 상대적 불능이나 사실적 불능의 경우에는 형벌의 부과가 고려될 수 있다.

범죄예비행위는 다의적으로 해석될 수 있으므로 원칙상 처벌되지 않는다. 범죄의 고의가 예비행위를 통해 반드시 드러나는 것은 아니기 때문이다. 객관적으로 개인의 권리보장을 도모하여 예비행위에 대한 형사상 억제를 늦추는 것은 필요하다. 범죄구성요소를 일부분 실행하였거나 범죄가중상황이 실행되었을 경우에 비로소 실행의 착수가 있다고 보아야 한다. 주관적으로 개별행위자에게서 나타나는 범죄를 목적으로 하는 불가역적인 일방적 행위는 실행의 착수이므로 처벌이 가능하다. 판결은 개별사례에 대한 검토를 요하는데 실행의 착수는 행위자가 범의를 가지고 해당범죄에서 직접적으로 요구되는 행위를 하는 것에서 특징된다. 미수범에 대한 법적 판단은 주관적 요소인 고의를 우선시하지만 객관적 요소인 실행의 착수에 의해서 교정된다.

제4절 | 독일

1. 개관

범죄는 한순간에 이루어지는 것이 아니라 단계를 거친다. 원칙적으로 각칙상 범죄구성요건의 모든 표지가 충족된 기수범만 처벌되고 범죄장소를 물색한다든지 범행도구를 마련하는 것과 같은 단순한 준비행위는 비가벌적이다. 물론 일정한 경우 준비행위도 처벌되지만 이 경우 그 처벌근거가 명확해야 한다.³³⁸⁾ 독일 형법각칙에는 이러한 준비행위를 처벌하는 일련의 범죄구성요건들이 있다. 예를 들면 문서위조의 경우 행위자가 나중에 사용하려는 의도를 가지는 한도에서 위조문서를 작성하는 행위가 처벌된다. 그 밖에 통화위조(형법 제146조), 테러단체의 조직(형법 제129조a), 중하고 국가를 위태롭게 하는 폭력범죄의 준비(형법 제89조a)도 처벌되는 준비행위들이다.³³⁹⁾ 이하에서는 형법총칙상의 처벌되는 준비행위 및 미수범에 대해서 다룬다.

338) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 28 Rn. 4.

339) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 28 Rn. 5.

2. 미수

가. 미수범

형법 제22조 이하 (미수범)

제22조 (개념정의)

범죄에 대한 자신의 표상에 따라 범죄구성요건 실현을 착수한 자는 미수로 처벌된다.

제23조 미수의 가벌성

- (1) 중범죄의 미수는 언제나 처벌되고, 경범죄의 미수는 법률이 명시적으로 규정하는 한 처벌된다.
- (2) 미수는 기수보다 경하게 처벌될 수 있다(제49조 제1항).
- (3) 행위자가 단순 무지로 미수가 범죄가 행해질 때 대상, 수단의 유형에 따라 기수로 나아갈 수 없다는 점을 알지 못하는 경우, 법원은 처벌을 면제하거나 형을 재량에 따라 감경할 수 있다(제49조 제2항).

1) 미수의 처벌근거

구성요건적 결과가 발생하지 않으면 이러한 결과가 없는 행위의 가벌성이 어떻게 인정될 수 있는지가 문제된다. 이는 미수의 당벌적(strafwürdig) 불법 내지 처벌근거에 관한 문제이다.

미수범의 경우 구성요건적 결과반가치가 탈락된다면 미수의 처벌근거에 관해 기본적으로 두 가지 극단적 입장을 생각해 볼 수 있다. 그 하나는 미수의 처벌근거를 법익에 대한 객관적 위험성(objektive Gefährlichkeit für das Rechtsgut)에서 찾는다. 이는 소위 객관설의 입장이고 특히 과거 학설상 주장되었다.³⁴⁰⁾ 그 반대입장은 순수 주관설이며 이는 미수의 불법을 행위자의 법적대적 의사(rechtsfeindlicher Wille)에서 찾았다. 이러한 양 극단적 입장은 현행 독일 형법과 배치되어 지지되지 못하고 있다고 한다. 오늘날 지배적으로 지지되는 견해는 양자의 절충설이다. 이에 따르면 미수불법의 기초는 법적대적 의사(주관설)이고, 이러한 의사는 외부 세계에서 확인되어야 한다(객관설). 요약하면 미수의 처벌근거는 확인된 법적대적 의사이다.³⁴¹⁾ 다만, 법적대적 의사는

340) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Gieseking 2016, § 22 Rn. 24.

341) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 28 Rn. 31.

준비행위에서도 확인될 수 있기 때문에, 독일 통설은 법적대적 의사의 확인이 일반인들에게 법을 동요시키는 인상을 남겨야 함을 요구한다(소위 “인상설[Eindruckstheorie]”).

2) 미수검토의 구조개관

미수범구조는 기수범에 비해 몇 가지 특수성을 가진다. 미수범처벌은 법적 근거를 필요로 하고 범죄가 기수에 이르지 못한 경우에만 검토되기 때문에 이러한 점들은 먼저 사전검토에서 밝혀져야 한다. 그런 후 구성요건해당성 검토는 미수범에서 종종 범행결의(Tatentschluss)로 표현되는 주관적 구성요건으로 시작된다. 여기서는 초과주관적 구성요건 외에도 특히 고의가 논해진다. 이어서 검토되는 객관적 구성요건에서는 행위자가 자신의 표상에 따라 범죄구성요건실행에 대한 직접적인 착수가 있는지가 문제된다. 이에 반해 위법성과 책임은 기수범에서와 같다. 미수범의 경우 인적형벌 제거사유(persönlicher Strafaufhebungsgrund)로서 제24조에 따른 중지(Rücktritt)가 검토된다.

3) 사전검토

먼저 범죄의 기수가 없음이 확인되어야 한다. 이는 외부의 침해결과가 발생하지 않았다면 별다른 문제없이 인정될 수 있다. 이에 반해 외부의 결과가 발생하였지만 귀속시킬 수 없다면 범죄기수의 부재는 보통 자세한 검토를 필요로 하는데, 이러한 검토는 미수검토 단계에서 행해지는 것이 아니라 그 이전에 행해진 기수검토단계에서 이루어진다. 그런 후 미수의 사전검토 단계에서 앞서 행한 기수검토를 간단히 언급하는 것으로 족하다.

나아가 미수는 가별적이어야 한다. 제23조 제1항에 따르면 중범죄의 미수는 언제나 처벌되고, 경범죄의 미수는 법률이 명시적으로 규정하는 한 처벌된다. 형법 제12조 제1항에 따르면 중범죄는 위법한 행위로 자유형의 하한이 1년 이상이다. 이 경우 형법 제12조 제3항에 따르면 형법총칙의 규정에 따라, 또는 특별히 중하거나 경한 사안을 위해 규정된 가중과 감경은 중범죄와 경범죄의 구별에서 고려되지 않는다. 이러한 가중 및 감경에는 형법총칙의 규정, 즉 예컨대 책임능력감경(제21조), 제49조 제1항에 따른 감경과 언급되지 않은 형벌변경사유 및 레겔바이슈필이 속하고, 새로운

구성요건을 의미하는 가중구성요건 또는 감경구성요건은 포함되지 않는다.³⁴²⁾

4) 주관적 구성요건(범행결의)

(1) 일반

범행결의는 고의와 개별 구성요건에 따라 요구될 수 있는 초과 주관적 구성요건(예컨대, 제242조 절도죄에서 불법영득의사)을 포함한다. 범행결의는 궁극적으로 이루어져 있어야 하고 행위자가 영향을 끼칠 수 없는 조건들에 따라 범죄의 실현이 종속되어서는 안 된다. 단순한 범죄경향(Tatgeneigtheit)은 충분치 않다.

통설은 기수범의 고의와 같은 요건의 고의를 미수범 성립을 위해 요구한다. 따라서 보통은 제1도 고의와 제2도 고의 외에도 미필적 고의로 족하다. 고의는 객관적 구성요건에 속하는 모든 정황들에 미쳐야 한다. 따라서 미수범의 경우 객관적 범죄구성요건에 관하여 중요한 견해대립이 있으면 이를 주관적 구성요건단계에서 다루어야 한다. 여기서는 착오문제는 제기되지 않는데, 미수고의를 위해 실제 사건진행은 중요하지 않기 때문이다.³⁴³⁾

(2) 환각범

행위자가 실제로는 전혀 존재하지 않은 범죄구성요건의 실현을 향한 고의를 가지고 있으면 처벌되지 않는다. 즉 “반전된 금지착오(umgekehrtr Verbotsirrtum)”는 처벌되지 않는다. 예컨대 행위자가 동성애가 처벌된다고 믿고 이를 행한 경우, 이러한 행위는 처벌되지 않기 때문에 기수도 미수도 성립하지 않는다.

(3) 불능미수

불능미수는 행위자가 범죄구성요건에 해당될 수 있는 정황들을 표상한 경우에 인정된다. 착오는 행위의 형법적 금지성과 관련된 것이 아니라 사실상의 정황 또는 그것을 사회적 의미에 미친다. 이러한 사안은 특히 두 가지 경우에 생각해 볼 수 있다.

342) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 28 Rn. 37.

343) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 28 Rn. 39f.

- 불능의 수단: 행위자에 의해 사용되고 적합하다고 생각된 행위수단이 실제로는 침해를 야기하는 데에 적합하지 않은 경우라고 할 수 있다. 예를 들어 장전되지 않은 총으로 사람을 쏘아 죽이려고 했던 경우를 말한다.
- 불능의 객체: 조준된 행위객체가 행위자 표상에 반해 범죄구성요건에 의해 요구된 특성을 드러내지 못한 경우라고 할 수 있다. 예컨대 한 시간 전에 심정지로 사망한 피해자를 총을 쏘아 죽이려고 한 경우를 말한다.

불능미수의 가별성은 미수의 처벌근거에 관한 절충설로부터 도출된다. 객관적으로 위험하지 않은 행위에서도 법적대적 의사는 법적관계를 침해하는 방식으로 확인되기 때문이다.

(4) 단순 무지미수(grob unverständiger Versuch)와 미신범(abergläubiger Versuch)

단순 무지미수는 형법 제23조 제3항의 양형규정에 의해 특별히 감경된, 불능미수의 극단적 사안일 뿐이다. 그 요건은 행위자가 범죄실행시 일반적으로 알려진 인과관계에 관하여 전적으로 상이한 생각을 가지고 있기 때문에 적합하지 않은 수단에도 불구하고 범죄결과가 가능하다고 여겨야 한다.³⁴⁴⁾

일반적 견해에 따르면 미신범은 처벌되지 않는다. 미신범이란 행위자가 초자연적 수단 사용을 통해 범죄구성요건적 결과를 야기시킬 수 있다고 믿는 것이다. 초자연적 수단 사용을 통해 미신범은 단순 무지미수와 구별되는데, 후자의 경우 행위자는 비록 상이한 표상에서 출발하지만 적어도 이 세계의 수단을 사용하려고 한다.³⁴⁵⁾

5) 객관적 구성요건(실행의 착수)

(1) 일반

개념정의라는 표제어를 가지고 있는 형법 제22조 규정은 미수에 관하여 완전한 정의를 제공하지는 않지만 적어도 언제 미수단계에 도달했는지에 대해 규정하고 있

344) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 28 Rn. 55.

345) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 28 Rn. 56.

다. 이에 따르면 미수는 행위자가 범죄에 관한 자신의 표상에 따라 범죄구성요건 실행에 착수했을 때 인정된다.

이로써 알 수 있는 것은 검토의 토대는 행위자의 표상, 더구나 범행시(제16조)의 표상이다. 이러한 주관적 토대를 바탕으로 법의 객관적 척도에 따라 행위자가 자신의 외부 행위를 통해 범죄구성요건의 실현을 향하여 착수하였는지 여부가 검토된다. 제 22조는 개인적-객관적 이론에 기초를 두고 있고 여기서 주관적 요소와 객관적 요소가 결합되어 있다.³⁴⁶⁾

(2) 실행의 착수 요건

① 착수미수에서 실행의 착수

행위자가 실행의 착수에 나아갔는지를 판단하는 요건을 정하는 것은 아주 까다롭고 의견이 분분하다. 모든 범죄사건은 수많은 부분 행위들로 쪼개질 수 있기 때문에 항상 불명확성과 따라서 상이한 가치판단에 노출된 영역이 남아있다.

통설은 소위 중간행위이론(Zwischenakttheorie)을 취한다. 이에 따르면 실행의 착수는 행위가 행위자의 전체 계획에 따라 실행행위와 밀접하게 결합되어 있어 본질적인 중간행위 없이 실행행위로 넘어갈 수 있으면 인정된다.³⁴⁷⁾ 그러나 이러한 의견일치를 넘어서 범죄구성요건실행에 대한 중간단계가 언제 본질적이고 언제 비본질적인지에 관하여는 여전히 불명확하다. 추가 단계의 본질성에 대한 규범적 기준을 구체화하는 것이 중간행위이론의 핵심문제이다. 이러한 구체화 노력이 과정에서 특히 판례에 의해 원용된 상이한 관점들이 거론된다.

종종 본질성을 규정하기 위해 “자연적 이해(natürliche Auffassung)”방식으로 돌아온다.³⁴⁸⁾ 다만, 어떠한 경우에 문제된 행위와 이어지는 실행행위가 하나의 “자연적 통일체”를 이루는지는 상당히 불명확하다. 다만 이러한 기준은 적어도 개별 신체거동으로 쪼개는 것은 이것이 자연적 이해에 모순되기 때문에 고려되지 않는다는 점을 확인시킨다.

346) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 28 Rn. 60.

347) BGHSt 26, 201, 202ff.

348) BGH NJW 1980, 1759f.

또한 실행의 착수를 위한 논거로서 행위자의 표상을 기초로 판단되는 공격객체에 대한 구체적 위협의 존재가 자주 주장된다.³⁴⁹⁾ 이러한 의미에서 기준을 독일 연방대법원도 자주 사용하는데, 동 법원은 구체적 위협이라는 것을 행위자의 행위와 범죄구성요건충족이 “직접적인 시간적·공간적 연결관계에(im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang)” 놓여 있어야 한다는 방향으로 구체화 시켰다.

다른 판단에서 독일 연방대법원은 전체 정황에 대한 가치판단적 고려의 필요성으로 다양한 관점들의 의미를 상대화시켰다. 이에 따르면 행위자가 피해자를 자신의 실력 하에 두고 살인 때까지 고문하기를 원했던 경우 의도된 살인행위의 실행 때까지 시간 간격이 오래되고 이 또한 계획적이었다면 이로 인해 실행의 착수가 부정되지 않는다고 한다.³⁵⁰⁾ 이에 대해서는 실행의 착수가 범죄구성요건행위, 즉 구체적인 살인행위와 완전히 분리되기 때문에 실행의 착수가 명백히 너무 앞으로 당겨졌다는 비판이 가능하다고 한다. 행위자는 이러한 방식으로 피해자에게 고통을 주는 절차를 연장하기 원했기 때문에 고문행위가 직접적으로 범죄구성요건실현으로 이어지지 않았다는 것이다.³⁵¹⁾

독일 연방대법원은 종종 추가적으로 주관적 기준을 가지고서 판단한다. 이에 따르면 행위자가 “주관적으로 ‘이제 가자(Jetzt geht es los)’라는 단계를 넘어섰다면” 실행의 착수를 인정한다.³⁵²⁾ 다만, 검토시 생각할 점은 행위자가 실제로 이러한 생각을 가졌는지는 당연히 중요하지 않다는 것이다. 이러한 공식은 단순 규칙으로 단지 행위자가 “이제 가자”라는 단계를 넘어섰다고 스스로 이성적으로 말할 수 있을까라는 질문에서 적용될 수 있다.

② 실행미수에서 실행의 착수

앞서 설명한 기준들은 착수미수에서 적용된다. 실행미수의 사안에서도 행위자가 이미 자신의 표상에 따라 직접적으로 결과로 이어지는 실행행위를 수행한 경우, 예컨

349) Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 48. Aufl., C.F.Müller 2018, Rn. 855.

350) BGH NStZ 2014, 447, 448f.

351) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 28 Rn. 69a Fn. 162 m.w.N.

352) BGH NStZ 1987, 20.

대 이미 피해자에 대해 살인의 고의를 담고 있는 가격을 행한 경우는 문제되지 않는다. 문제는 행위자가 자신의 관점에서 범죄실현에 필요한 모든 것을 행하였지만 구성요건적 결과발생은 이제 피해자의 특정 행위에 따라 이루어지는 경우이다. 예컨대, O는 주로 저녁에 맥주를 마시는데, 이를 알고 A가 아침에 O를 죽일 의도로 맥주에 독을 타서 기다리고 있는 경우를 들 수 있다.

독일 연방대법원은 최근 자신의 판례에서 실행미수의 경우 실행의 착수는 행위자에 의해 표상된 행위위험성에 따라 달리 판단되어야 하는 입장을 견지하고 있다. 이에 따르면 행위자에게 피해자가 나타나고 범죄결과를 향해 계획된 행위의 효과가 분명하다면 실행의 착수는 이미 범죄행위의 종료시에 존재하지만, 반대로 행위자가 직접 행위자의 실력권 내에서 피해자의 등장을 단순히 가능하다고 여기거나 불확실하다고 생각하거나 아예 개연적이지 못하다고 여기면, 범죄계획에 따른 직접적인 법익침해는 피해자가 실제로 나타나서 기대되었던 자기침해적 행위를 할 준비가 되었을 때 인정된다고 한다.³⁵³⁾ 학설상의 다수적 견해는 행위자가 사태를 전체 범위에서 여전히 자신의 수중에 놓고 있는지 아니면 자신의 지배영역에서 내보냈는지에 따라 달리 판단한다.³⁵⁴⁾

나. 중지미수

형법 제24조

제24조 중지미수

- (1) ¹자의로 추가적인 범죄실행을 포기하거나 범죄성립을 방지하는 자는 미수로 처벌되지 않는다. ²중지자의 기여없이도 범죄가 성립되지 않는다면, 중지자는 자의로 그리고 진지하게 범죄성립을 방지하기 위해 노력한 경우 처벌되지 않는다.
- (2) ¹하나의 범죄에 수인이 참여하였다면, 자의로 범죄성립을 방지한 자는 미수로 처벌되지 않는다. ²다만, 범죄가 중지자의 중지기여 없이도 성립되지 않거나 자신의 이전 범죄기여와 무관하게 범죄가 성립된다면, 범죄성립을 방지하기 위한 행위자의 자의에 의하고 진지한 노력만으로 처벌되지 않는다.

353) BGHSt 43, 177, 181.

354) Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot, 1996, S. 521.

1) 중지미수의 취지 및 체계적 지위

형법 제24조는 자의로 미수를 중지한 자를 위해 처벌면제를 규정하고 있다. 미수범에 대한 이러한 폭넓은 혜택은 정당화 내지 설명이 필요하다. 어떠한 근거에서 형법 제24조에 따라 중지미수자에게 형벌면제적 효과(strafbefreiende Wirkung)가 발생하느냐에 대한 문제에 관해서는 다양한 이론들이 주장되는데, 이들은 한국 교과서에서도 많이 소개된 관계로 여기서는 다루지 않는다.

중지미수는 인적 처벌조각사유로서 책임 이후 네 번째 검토단계에서 논구된다. 인적 처벌조각사유로서 중지미수는 중지요건을 스스로(in eigener Person) 충족한 자에게만 혜택이 주어진다.³⁵⁵⁾

2) 단일정범의 중지미수

형법 제24조 제1항은 단일정범의 중지미수를 규정하고 있다. 이를 위한 전제조건으로 중지미수가 가능한 사실관계가 존재해야 하는데, 이러한 사실관계는 장애미수와 기수성립의 경우에는 배제된다. 중지미수가 가능하다면 착수미수와 실행미수를 구별해야 하고 이에 따라 행위자가 추가적인 실행을 포기해야 하는지 범죄성립을 - 적어도 자신의 표상에 따라 - 방지해야 하는지가 정해진다. 이 모든 사안들에서 행위자가 자의로 행위한 경우에만 형벌이 면제된다. 아래에서는 이에 관해 보다 자세히 살펴본다.

(1) 적용영역 - 장애미수의 부재

장애미수는 행위자가 범죄를 완성할 수 없을 때 인정된다. 장애미수의 존재 여부는 행위자의 표상을 기준으로 판단한다.³⁵⁶⁾

① 기본사안

장애미수의 정상적 사안에서 행위자는 마지막 실행행위를 종료한 후 자신에게 사용 가능한 수단으로 범죄의 실현이 가능하지 않다고 생각한다.³⁵⁷⁾ 행위자가 행위객체가 자신의 기대에 부응하지 않아 (그 스스로는 가능한) 범죄의 완성이 행위자에게 있어서

355) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 28 Rn. 107.

356) BGH NStZ 2015, 331.

357) BGHSt 34, 53, 56.

그 의미를 잃어버린 사안들도 장애미수에 포함됨으로써 장애미수 사안이 규범적으로 확장될 수 있다.³⁵⁸⁾

② 소위 일시적 장애미수 사안에서 장애미수와 착수미수의 구별문제

문제는 행위자가 범죄완성을 위한 초기의 노력이 가망없음을 알았지만 적어도 범죄 실현의 추가적 가능성을 인지한 경우이다. 예컨대, 첫 번째 총격이 기대와는 반대로 피해자를 비켜간 후 행위자는 추가적인 총격을 가하거나 칼로 찔러 피해자를 죽일 수 있었던 경우를 들 수 있다.

㉞ 범죄계획이론

과거 판례는 다수의 개별행위를 하나의 범죄로 묶는 것을 범죄실행시의 행위자의 범죄계획에 따르도록 했다(소위 “계획의 지평선[Planungshorizont]”).³⁵⁹⁾ 범죄계획이 특정 개별행위 수행을 포함하는 한 이러한 개별행위들은 하나의 자연적 행위통일체, 따라서 형법 제24조 제1항의 의미에서 범죄를 형성한다는 것이다. 아직 계획된 개별행위들이 실현되지 못했다면 행위자는 그러한 행위를 실행하는 것을 포기함으로써 중지할 수 있다. 반대로 계획된 행위들이 결과발생으로 이어지지 않았다면 미수는 장애미수이다. 그런데 행위자가 추가적인, 그 전에는 생각하지 못했던, 결과야기 가능성을 보았다면 이들 가능성은 새로운 범죄의 대상이 된다. 예시사례에서 범죄계획이 한발의 총격만을 담고 있었다면 이는 장애미수이다.

범죄계획 기준은 행위자가 구체적인 범죄계획을 가지고 있을 때에만 도움이 된다. 확고한 계획이 부재하거나 범죄계획이 모든 사용가능한 수단에 대한 접근을 포함하면 일반적 범죄완성의사는 행위자가 자신의 시각에서 마지막 실행행위를 수행하고 난 후에도 여전히 결과야기를 위해 사용가능한(소위 “중지의 지평선[Rücktrittshorizont]”) 모든 시·공간적으로 관련된 행위들을 하나의 범죄로 묶는다.

이에 대해서는 이러한 이론은 결과야기를 위해 모든 가능성을 생각해낸 범죄자에게 하나의 실행행위만을 계획했었던 범죄자에 비해 더 많은 혜택을 준다는 비판이 가능하다. 그 사이 독일 연방대법원은 범죄계획이론은 포기하고 실행의 착수시 범죄자의

358) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 28 Rn. 111.

359) BGHSt 10, 129, 131.

표상과는 무관하게 중지의 지평선을 중요하게 보고 있다.³⁶⁰⁾

㉞ 개별행위이론

학설상 일부 견해는 중지미수규정의 입법목적에 따라 모든 개별 실행행위를 자신의 중지미수적격여부에 따라 검토한다. 이에 따라 형법 제24조의 의미에서 “범죄”는 행위자에게 범죄구성요건실현에 적합하고 그 외부 영향에 있어 더 이상 지배가능하지 않게 보이는 모든 개별 행위이다(소위 “절대적으로 독자화된(absolut verselbständigte)” 행위들). 그러한 행위가 결과를 야기시키지 못하면 (결과야기의 추가적 가능성과 무관하게) 따라서 장애미수가 존재한다.³⁶¹⁾ 행위자는 즉 그러한 절대적으로 독자화된 행위를 수행함으로써 자신의 위험성을 남김없이 보여주었고 결과가 우연히 불발생한 것은 행위자에게 중지미수의 혜택을 부여하는 것을 정당화하지 못한다는 것이다.

절대적으로 독자화된 행위를 수행한 이후에는 중지미수는 배제되어야 한다는 원칙을 따르는 것은 행위자가 피해자를 그러한 행위 후에 구조할 수 있는 사안들에 있어서는 불충분한 결과로 이어진다. 따라서 개별행위이론은 중지미수의 가능성을 상당히 제한하고 이는 피해자보호의 관점에서 문제가 있다는 비판이 가능하다.³⁶²⁾

㉟ 종합판단이론

학설상 다수견해³⁶³⁾와 최근의 판례는³⁶⁴⁾ 중지미수에 우호적인 종합판단설을 취한다. 이에 따르면 이미 수행된 행위와 행위자의 표상에 따라 결과발생에 적합한 추가적 행위가 하나의 “통일적 생활사건(einheitlichen Lebensvorgang)”을 이루면 중지미수가 가능한 범죄가 존재한다. 생활사건의 통일성은 특히 동종의 실행행위들에서 인정된다(예컨대, 피해자를 향해 수차례 총격을 가하는 것). 또한 범죄수단의 전용도 대부분의 종합판단이론 주장자의 견해에 따르면 추가적 범죄수단의 사용이 시간적 간극

360) BGHSt 31, 170, 175ff.

361) Albin Eser/Walter Perron/Detlev Sternberg-Lieben/Jörg Eisele/Bernd Hecker/Jörg Kinzig/Nikolaus Bosch/Ulrike Schittenhelm/Frank Peter Schuster/Bettina Weißer, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., C.H. Beck, 2019, § 24 Rn. 21.

362) BGH NSZ 1986, 264, 265.

363) Dieter Dölling/Gunnar Duttge/Stefan König/Dieter Rössner, Gesamtes Strafrecht StGB, StPO, Nebengesetze, 5. Aufl., Nomos, 2020, § 24 StGB Rn. 7; Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 48. Aufl., C.F.Müller 2018, Rn. 891.

364) BGHSt 31, 170; BGHSt 33, 295; 34, 53; 35, 90.

없이 가능하다면 범죄의 통일성을 부정하지 않는다.³⁶⁵⁾

행위자에게 여전히 추가적인 행위가능성이 열려있는지는 중지의 지평선에서 판단된다. 따라서 척도가 되는 것은 마지막 행위 이후의 행위자의 표상이다.³⁶⁶⁾ 행위자가 추가적 실행가능성을 포기하였다면 이는 “보상가능한 전환급부(honorierfähige Umkehrleistung)”를 의미한다. 반대로 복수의 범의향유자에 대한 공격은 그것이 통일적 생활사건 내에서 발생한다고 해도 형법 제24조의 범죄는 아니다. 다시 말해 행위자가 신속하게 다양한 수인에게 충격을 가했다면 개별 피해자와 관련하여 중지미수가 가능한 범죄가 있는지를 개별적으로 검토해야 한다.

(2) 범죄의 미성립

미수의 중지가 가능하기 위해서는 기수가 발생하지 않아야 한다. 행위자가 범죄결과 발생을 신뢰했음에도 불구하고 범죄결과가 발생하거나 행위자의 방지노력이 물거품이 된다면 고의기수범이 인정된다. 그 예외는 결과가 중지노력을 이유로 행위자에게 더 이상 귀속될 수 없는 경우에 인정된다.

(3) 착수미수와 실행미수의 구별

장애미수가 부정되면, 다음 단계로 행위자가 중지행위에 설정된 요건들을 충족하는지가 문제된다. 법률은 제24조 제1항 제1문에서 추가적 범죄실행의 포기와 범죄성립의 방지를 구분하고 있다. 요구되는 중지행위는 행위자가 범죄에 대한 자신의 표상에 따라 어떻게 범죄성립을 피할 수 있는지, 이는 재차 미수가 어떤 단계에 놓여 있는지에 따라 결정된다. 통설은 착수미수(unbeendeter Versuch)와 실행미수(beendeter Versuch)를 구별한다.

착수미수는 범죄구성요건실현이 행위자의 표상에 따라 추가적인 행위들의 수행에 따라 이루어져서 이미 추가적인 범죄실행을 포기하는 경우 범죄성립이 발생하지 않는 경우에 인정된다. 실행미수는 행위자가 범죄에 대한 자신의 표상에 따라 범죄구성요건실현을 위해 필요한 모든 것을 행하여 자신의 시각에서 범죄가 별도의 개입 없이 완성될 가능성이 있는 경우를 말한다.

365) BGH NStZ 1986, 264, 265.

366) BGH NStZ 2017, 149, 151.

① 착수미수의 중지

착수미수가 존재하면 행위자는 형법 제24조 제1항 제1문에 따라 추가적인 범죄실행을 포기한 경우, 즉 더 이상 행위로 나아가지 않은 경우에 처벌면제의 혜택을 얻는다. 이 경우 행위자는 종국적으로(endgültig) 자신의 범죄계획을 포기해야 하는데, 이에 관해서는 의견대립이 있다.

예시: A는 O에게 독이 든 커피를 내놓았다. O는 커피 맛이 이상하여 첫 모금을 뱉어내었지만 커피에 알코올만이 들어 있다고 생각했기에 다시 한번 커피를 맛보기로 하였다. 그런데 A는 O에게 커피를 더 이상 주지 않았는데 왜냐하면 O를 믿지 못하여 주어진 시점에서는 원래의 행위계획을 고수하는 것이 현명하지 못하다고 생각했기 때문이었다. A는 대신 O를 나중에 죽어야겠다고 생각했다.

독일 제국법원은 A의 행위에서 앞서 말한 포기를 인정하지 않았다. 행위자는 범죄 완성을 단지 보류했을 뿐이고 종국적으로 포기하지 않았기 때문이다.³⁶⁷⁾ 그런데 절대 다수의 입장은 범죄목적을 사후 기회에 이어서 이루겠다는 단순한 내적 유보는 제24조 제1항 제1문 제1항의 포기를 부정하지 않는다는 것이다. 중지의 혜택은 즉 일반적으로 법신뢰적인 태도(allgemein rechtstreue Gesinnung)를 요구하지 않고 구체적인 범죄불법과 관계한다.

② 실행미수의 중지

실행미수가 존재하면 요구되는 중지행위는 범죄완성이 행위자의 기여 없이도 불성립하는지 또는 범죄의 불성립이 행위자의 적극적 활동에 종속하는지에 따른다.

㉞ 제24조 제1항 제1문 제2안에 따른 범죄성립의 방지

형법 제24조 제1항 제1문 제2안에 따르면 행위자는 범죄성립을 방지하면 형벌 면제라는 중지혜택을 받는다. 이는 적어도 중지행위와 범죄의 불성립 사이의 인과관계를 전제한다. 다만 문제는 결과방지에 (공동의) 원인이 되는 기여만으로 충분하지 아니면 방지행위에 추가적인 요건이 요구되는지이다.

통설은 행위자 행위가 결과방지에 원인이 되기만 하면 족하다는 입장을 취한다.³⁶⁸⁾

367) RGSt 72, 349, 351.

368) BGHSt 44, 204, 207.

이에 대한 근거는 형법 제24조 제1항 제1문 제2안 법문에서 찾는데, 이는 “방지”만으로 충분하다고 하여 행위자에게 불리하게 추가적인 요건을 요구하지 않는다. 유력한 학설은 이를 보충하면서 적어도 결과방지의 객관적 귀속가능성을 요구한다.³⁶⁹⁾ 이에 따르면 행위자는 위험에 빠진 법익에 대한 중요한 구조기회를 창출하고 이러한 기회가 범죄의 불성립에 실현되었을 때에만 범죄성립을 방지한 것이다.³⁷⁰⁾

소수설은 형벌을 조각시키는 범죄성립방지에 보다 엄격한 요건을 설정한다. 이에 따르면 행위자는 최적화된 구조의 노력(optimale Rettungsbemühungen)을 다 해야 한다. 즉 행위자가 알고 있는 조치들 가운데 가장 최선의 것을 선택해야 한다.³⁷¹⁾ 이러한 해석이야말로 중지규정의 취지에 부합한다는 것이다. 그리고 이러한 엄격한 해석은 안그래도 그렇게 강조되는 피해자 보호에 가장 부합한다.³⁷²⁾

㉠ 제24조 제1항 제2문에 따른 범죄성립 방지를 위한 진지한 노력

범죄성립이 중지자의 추가적 기여 없이도 발생하지 않는다면, 형법 제24조 제1항 제2문은 행위자가 범죄성립 방지를 진지하게 노력할 것을 요구하고 있다. 동 규정은 이러한 결론을 요구되는 중지행위가 객관적인 상황이 아니라 행위자의 표상에 따라야 한다는 점으로부터 이끌어낸다. 형법 제24조 제2항 제2문은 객관적 상황과 행위자 표상의 불일치 사안을 규정하고 있는 것이다. 즉, 객관적으로 범죄성립이 임박한 것은 아니지만 행위자는 주관적으로 실행미수가 존재한다고 생각한 것이다. 이는 특히 행위자가 미수의 불능성 및 장애성을 알지 못한 경우 불능미수 및 장애미수에서 그리고 피해자가 - 행위자가 알지 못하는 가운데 - 이미 제3자로부터 구조되는 사안에서 실천적 의미를 가진다.³⁷³⁾

그 외에도 형법 제24조 제1항 제2문은 행위자가 진지한 구조노력을 다하였지만

369) Dieter Dölling/Gunnar Duttge/Stefan König/Dieter Rössner, *Gesamtes Strafrecht StGB, StPO, Nebengesetze*, 5. Aufl., Nomos, 2020, § 24 StGB Rn. 15.

370) Hans-Joachim Rudolphi, Rücktritt vom beendeten Versuch durch erfolgreiches, wenngleich nicht optimales Rettungsbemühen - Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des BGH vom 1. 2. 1989 - 2 StR 703/88 -, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 1989, C.H.Beck, 1989, 511.

371) BGHSt 31, 46, 49.

372) Uwe Murmann, *Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 28 Rn. 145.

373) Uwe Murmann, *Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte*, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 28 Rn. 147.

외부의 결과가 행위자에게 귀속시킬 수 없는 정황에 의거 발생한 사안도 다룬다. 그 배후에는 중지자는 피해자의 일반적 생활위험을 부담해서는 안된다는 생각이 숨어있다. 다만, 여기서도 어떠한 구조행위가 요구되는가에 대해 의견대립이 존재한다.³⁷⁴⁾

(4) 중지결의와 자의성

주관적 측면에서 처벌이 면제되는 중지행위에는 범죄구성요건실현을 포기 내지 방지한다는 행위자의 결의(Entschluss)가 전제된다. 중지결의를 요구하는 것은 형법 제24조에 명시적으로 찾을 수 없지만 자의성 표지로부터 도출된다. 자의성은 필수적으로 결의와 관련되기 때문이다. 중지결의는 행위자가 실수로 또는 오로지 외관상(zum Schein) 중지행위를 행한 경우 탈락될 수 있다.

행위자의 결의는 모든 중지유형에 따라 자의로 이루어져야 하지만, 이러한 개념을 어떻게 정의할 지에 관해서는 의견이 분분하다.

일부의 학설상 견해와 판례는 소위 “심리학적으로 해석하는(psychologisierende)” 검토방식을 적용한다. 즉, 자의성은 중지 동기의 윤리적 특성을 무시한 채 행위자가 자율적 결정(autonome Entscheidung)을 내렸느냐에 따라 정해진다는 것이다. 이에 따르면 행위자는 “자신의 결정에 주인(Herr seiner Entschlüsse)”이면, 즉 범죄완성을 계속 추구할 자유가 있었다면 자의로 행위한 것이다. 이 경우 행위자에게 변화된 정황들이 추가적 범죄실행에 대한 필수적인 장애사유로 보이지 않는 한 외부적 충동(Anstoß)은 중지의 자의성을 부정하지 않는다. 예컨대 행위자에 대해 진정시키는 말 또는 그만두라는 요구를 들 수 있다..³⁷⁵⁾ 반대로 행위자의 입장에서, 예컨대 자신이 감시당하고 있다고 믿기 때문에, 변화된 정황으로 인해 증가된 범죄위험이 타당하지 않은 것으로 보인다면, 행위자는 더 이상 자의로 행위한 것이 아니다.³⁷⁶⁾ 자율성(Autonomie)은 외부적 장애를 통해서만 제거될 수 있는 것은 아니며 행위자가 “저항할 수 없이 강제되는 내적 압박(unwiderstehlich zwingende innere Hemmungen)”에 의해서도 범죄를 지속할 수 없다고 생각하면 자의로 중지한 것이 아니다.

374) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 28 Rn. 148.

375) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 28 Rn. 152 Fn. 384.

376) BGH GA 1980, 24, 25.

학설상 견해에 따르면³⁷⁷⁾ 자의성은 심리학적 연구성으로 축소되는 것이 아니라 규범적으로 정해져야 한다고 한다. 따라서 자의성의 존재는 규범적 판단의 문제이고 문제 해결은 중지의 목적(ratio des Rücktritts)에 따라야 한다는 것이다.

독일 연방대법원의 입장에서는 심리학적 검토방식을 토대로 하면서도 범죄실행에 강제적 장애가 없었다는 것은 문제가 안되고 오히려 행위자가 중지한 것이 건전한 형량의 결과였는지가 중요하다고 보았다. 또한 행위자가 윤리적으로 환영할 만한 동기로부터가 아닌, 즉 다른 범죄가 더 급하다고 생각하여, 추가적 공격으로 나아가지 않았다는 것은 자의성을 부정하지 않는다고 하였다.³⁷⁸⁾

3. 가별적 준비행위

독일의 경우 형법상 경죄와 중죄를 구별하는데,³⁷⁹⁾ 중죄를 계획한 경우 특정 형태의 수인의 범죄참가는 이미 준비단계에서부터 처벌될 수 있다.

형법 제30조 (공범의 미수)

제30조 (시간적 적용범위)

- (1) 타인이 중죄실행을 결심하도록 시도하거나 타인에 대한 중죄교사를 시도하는 자는 중죄 미수에 관한 규정에 의해 처벌된다. 다만 형은 제49조 제1항에 따라 감경된다. 제23조 제3항은 유추적용된다.
- (2) 중죄실행 또는 중죄교사에 대한 용의를 밝힌 자, 이에 대한 요청을 승낙한 자, 이에 대해 타인과 합의한 자 또한 처벌된다.

독일 형법 제30조는 독자적 구성요건이 아니라 중범죄의 경우 가별성을 미수 이전 단계까지 확장한다. 따라서 동 규정은 각 중범죄 구성요건의 상이한 법익을 보호하는데 기여한다.³⁸⁰⁾ 참여자들이 단체에 구속됨으로 인해서 계획된 범죄로부터의 이탈이 어렵게

377) Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Lehrbuch, 2. Aufl., Walter de Gruyter 1991, 26/34a ff.

378) BGHSt 35, 184, 186f.

379) 독일 형법 제12조.

380) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 28 Rn. 6.

되기 때문에 그 처벌근거는 공모의 위험성(Gefährlichkeit konspirativer Verbindungen)에 있다. 중요한 것은 공모적 행위유형들이 가지는 추상적 위험성이다.³⁸¹⁾

시간상 범행의 사전단계로 무제한 확장하는 경우 그 처벌근거가 상대적으로 빈약하기 때문에 제한적 해석의 필요성이 있다는 점에 대해서는 이견이 없다. 따라서 독일 입법자도 중범죄로의 범죄참가 미수만 처벌하고 있고 방조의 미수는 처벌하지 않았다.³⁸²⁾

독일 형법 제30조는 (연속)교사의 미수(제1항), 용의표시(제2항 제1안), 요청의 승낙(제2항 제2안), 합의(제2항 제3안)라는 네 개의 유형을 담고 있다. 이들에 대한 공통의 요건은 행위가 특정 중범죄의 장래 실행과 관련되어야 한다는 것이다.

가. 교사의 미수

독일 형법 제30조 제1항에 따른 교사의 미수는 타인에게 중범죄 실행을 교사에 대한 또는 연속교사의 경우 - 중범죄 실행 교사의 교사에 대한 결과 없는(erfolglos) 시도를 요건으로 한다. 교사의 미수의 경우 주범죄의 실행이 없다. 따라서 교사의 미수를 결과 없는 교사(erfolglose Anstiftung)라고 표현하기도 한다. 이는 다음 두 가지의 사안을 생각해 볼 수 있는데, ① 정범이 요청을 거절하거나 이미 범행을 결의하였기 때문에 범행결의에 나아가지 않은 경우와 ② 정범이 범행에 대한 결의를 하였으나 이러한 결의의 실현이 미수단계에 이르지 않은 경우이다.

나. 기타 준비행위

1) 용의표시

용의표시는 객관적으로 타인에 대해 중범죄 또는 중범죄의 교사를 저지를 준비가 되어 있다는 고지가 필요하다. 사례유형으로 스스로 자처하고 나서는 경우나 교사에 반응하여 승낙하는 경우를 들 수 있다. 규정의 취지에 따라 주관적 측면에서는 의사표시가 진지성을 담고 있고 의사표시 하는 자의 관점에서 승인의 성격을 가지는 경우에

381) BGHSt 44, 99, 102.

382) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 28 Rn. 7.

만 발생하는 자기구속성을 요구한다. 자기구속은 의사표시가 도달한 경우에 발생하기 때문에 의사표시가 적어도 수신인의 지배영역에 도달해야 한다.³⁸³⁾

2) 요청의 승낙

요청의 승낙은 용의표시의 대응물로서 중범죄를 행하려고 하는 자에 대한 이러한 범행계획에 대한 승낙이다. 승낙자의 표상에 따라 용의표시자에게 범행결의가 드러나는 한 형법 제30조 제1항에 따른 교사미수 사례가 존재한다. 이에 반해 승낙을 통해 단지 이미 범죄를 굳게 결의한 자가 자신의 결의를 강화하였다면 심리적 방조미수가 존재하고 이는 이 규정의 전체 취지에 따라 불가별이어야 한다.³⁸⁴⁾

3) 중범죄합의

중범죄합의는 특정 중범죄를 공동정범적으로 자행하려는 것 또는 중범죄에 대한 공동의 교사에 대한 합의이다. 자행되는 경우 범죄가 모든 참여자 개인에게 중범죄가 되지 못하는 경우 형법 제30조 제2항에 따른 가벌성은 중범죄의 성격이 인정될 수 있는 참여자의 경우에만 검토된다.³⁸⁵⁾

합의는 공동정범의 경우와 마찬가지로 특정 범죄에 이르러야 하고, 이 경우 범죄는 그 본질적 특징에 있어 구체화되어야 하지만 계획된 범죄실행의 시간, 장소, 방식은 구체적인 경우 확정되지 않아도 된다. 공모자 중 일인이 자신의 동의를 진지하게 받아들이지 않으면 법률의 자구와 취지에 따라 합의가 인정되지 않는다. 이를 달리 보는 한 적어도 이와 관련된 고의가 부정된다. 합의를 진지하게 받아들이는 자는 범행을 할 준비가 되어 있음을 밝히는 것이고 따라서 형법 제30조 제2항 제1안에 따라 처벌된다.³⁸⁶⁾

383) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 28 Rn. 21f.

384) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 28 Rn. 23.

385) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 28 Rn. 25.

386) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 28 Rn. 26.

다. 공범의 중지미수

형법 제31조는 공범미수의 다양한 형태의 중지미수(인적 형제거사유). 형법 제30조의 행위자는 창출된 위험상황을 제거하거나 더 이상 위험이 존재하지 않는 경우 이러한 방향으로 노력해야 한다. 중지미수의 요건은 공범미수의 다양한 형태에 따른다. 그러나 중지미수의 자의성(Freiwilligkeit)과 최종성(Endgültigkeit)은 인정되어야 한다.³⁸⁷⁾

4. 소결

독일 형법총론상 미수범 규정을 살펴보면 다음과 같은 특징이 있다.

첫째, 독일은 형법 제12조에서 중범죄(Verbrechen)와 경범죄(Vergehen)를 구분하면서, 모든 중범죄의 미수는 언제나 처벌되는 반면, 경범죄의 미수는 법률에 명시적인 처벌규정이 있어야 처벌된다(형법 제23조 제1항). 이는 한국 형법이 제29조에서 “미수범을 처벌할 죄는 각 본조에 정한다.”라고 하는 점에서 다르다. 다시 말해 독일의 경우 1년 이상의 자유형이 예정된 범죄는 각칙 또는 특별형법에서 명시적으로 미수범 처벌규정이 없어도 처벌할 수 있다.

둘째, 미수범의 정의와 관련하여 한국 형법은 제25조 제1항에서 “범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때”에 미수범을 인정하는 반면, 독일 형법은 제22조에서 미수범을 “범죄에 대한 자신의 표상에 따라 범죄구성요건실현에 직접적으로 착수한 자”로 규정하고 있다. 독일의 미수범 정의는 명시적으로 주관적 요소를 담고 있는 반면 한국의 그것은 그렇지 않지만, 한국의 학설과 판례는 독일과 마찬가지로 객관적 요소인 실행의 착수를 판단하는 기초로 범행결의를 요구하고 있기 때문에 실질적인 차이는 없다고 보인다.

셋째, 미수범의 일반적 법적 효과로서 독일은 한국과 마찬가지로 미수범을 처벌할 때 감경가능성을 예정하고 있다. 즉 독일의 경우에도 미수범은 임의적 감경이다.

넷째, 독일 형법은 제30조에서 공범의 미수규정을 별도로 마련해 놓고 있다. 그런데 동규정은 수인이 하나의 범죄에 참가할 때 그 참가형태에 따라 어떻게 미수시기가

387) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 28 Rn. 27f.

개별 일인에게 확정되는 가의 문제와 관련되는 것이 아니라, 중범죄에 한해서 가벌성을 미수 이전 단계까지 확장하는 문제와 관련된다. 즉, 중범죄를 계획한 경우 특정 형태의 수인의 범죄참가는 이미 준비단계에서부터 처벌될 수 있다. 독일 형법 제30조에 상응하는 한국 형법의 규정은 제31조(교사범) 제2항과 제3항으로 볼 수 있으나, 한국의 경우 준비(예비·음모)단계에서의 공범의 처벌가능성은 교사관계로 한정되는 반면, 독일의 경우 교사관계 뿐만 아니라 공동정범적 관계까지 포함한다.

다섯째, 중지미수의 경우 독일 형법은 제24조에서 필수적 형면제를 규정하고 있지만, 한국 형법 제26조는 필수적 형면제 뿐만 아니라 필수적 감경도 예정하고 있어서, 중지미수범의 입장에서는 독일법이 한국법보다 자신에게 유리하다고 할 수 있다. 그리고 독일은 형법 제24조 제2항에서 공범의 중지미수 규정을 별도로 가지고 있지만 한국 형법에는 해당 규정이 없다. 독일에서는 미수로 나아간 공범 중 일인이 결과를 방지하기 위해 자의의 진지한 노력을 다 했다면 결과가 발생했더라도 이것이 자신의 이전 행위기여와 무관하게 이루어졌다면 중지미수의 혜택을 누릴 수 있다. 이는 한국 형법 자구상 인정되지 않는다.

제5절 | 일본

1. 개관

일본형법은 미수범에 관한 규정을 제1편 총칙 제8장의 제43조 및 제44조의 2개조에 규정해두고 있다. 먼저 제43조 ‘미수감면’ 규정은 미수의 기본형태인 장애미수를 임의적 감경사유로 규정하고 있고(동조 본문), 아울러 중지미수를 필요적 감면사유로 규정하고 있다(동조 단서). 우리나라 형법의 경우에도 장애미수(제25조)와 중지미수(제26조)를 각각 임의적 감경사유와 필요적 감면사유로 규정하고 있다는 점은 동일하지만, 한편 이와 별개와 이른바 불능미수(제27조)에 관한 명문규정을 두고 있다는 점에서 일본형법과 차이가 있다. 이 외에도 우리나라 형법은 제28조(음모, 예비)에서 미수의 전단계로서 실행의 착수에 이르지 아니한 예비·음모를 예외적으로 처벌한다는 명문규

정을 두고 있다는 것도 일본형법과 비교되는 점이다. 다만, 일본형법의 경우 각칙에서는 예비·음모행위를 별하는 규정을 별도로 두고 있다.

일본형법 제44조(미수죄)에서는 미수를 별하는 경우는 각 본조에서 정하도록 하고 있는바, 이는 우리나라 형법 제29조(미수범의 처벌)에 상응하는 규정이다.

» [표 2-5-1] 미수범 규정의 한·일 비교

구분	한국형법	일본형법
장애미수	제25조(미수범) ① <u>범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때에는</u> 미수범으로 처벌한다. ② 미수범의 형은 기수범보다 감경할 수 있다.	제43조 (미수감면) <u>범죄의 실행에 착수하여 이를 완수하지 못한 자는</u> 그 형을 감경할 수 있다.
중지미수	제26조(중지범) 범인이 <u>자의로 실행에 착수한 행위를 중지하거나 그 행위로 인한 결과의 발생을 방지한 때에는</u> 형을 감경 또는 면제한다.	(제43조 단서) 다만, <u>자기의 의사에 의해 범죄를 중지한 때에는</u> 그 형을 감경하거나 또는 면제한다.
불능미수	제27조(불능범) 실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 <u>결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는</u> 처벌한다. 단, 형을 감경 또는 면제할 수 있다.	(명문규정 없음)
음모, 예비	제28조(음모, 예비) 범죄의 음모 또는 예비행위가 실행의 착수에 <u>이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한</u> 벌하지 아니한다.	(명문규정 없음) (각칙상 예비·음모 처벌규정 있음)
미수범의 처벌	제29조 미수범을 처벌할 죄는 각 본조에 정한다.	제44조 (미수죄) 미수를 별하는 경우는 각 본조에서 정한다.

2. (장애)미수

가. 미수범의 처벌근거

일본형법 제43조 (미수감면) 본문

범죄의 실행에 착수하여 이를 완수하지 못한 자는 그 형을 감경할 수 있다.

미수범에 있어서는 법익침해라는 결과가 발생하지 않았음에도 왜 처벌되는가라는 문제를 둘러싸고 이론적 논쟁이 있다. 이러한 미수범의 처벌근거에 대하여는 행위반가치론(행위무가치론)을 바탕으로 한 주관주의 입장과 결과반가치론(결과무가치론)을 바탕으로 한 객관주의 입장이 대립하는 양상을 보이고 있다.

1) 주관주의의 입장

범죄를 실현하려고 하는 행위자의 의사 내지 성격의 위험성이 외부적으로 표동되었다는 것에서 미수범의 처벌근거를 찾는 입장이다.³⁸⁸⁾ 이러한 주관주의적 범죄론을 철저히 적용한다면, 범죄의사 내지 성격의 위험성이 외부적으로 표동된 이상 미수범도 기수범과 동일하게 처벌해야 한다는 귀결에 이른다.³⁸⁹⁾ 그리고 실행의 착수시기는 죄를 범하려는 범의(犯意)가 외부적으로 명확하게 드러난 시점에 인정되게 된다.

2) 객관주의의 입장

객관주의의 입장에서는 구성요건적 결과를 야기한 객관적 위험성 내지는 법익침해의 구체적인 위험성에서 미수범의 처벌근거를 구한다.³⁹⁰⁾ 예비·음모와 미수는 그 위험성의 정도에 있어 차이가 있으므로 처벌에 대하여도 전자보다 후자를 중하게 해야 한다고 본다.³⁹¹⁾ 객관주의 입장을 철저히 적용한다면, 법익침해의 결과가 발생하지 아니한 미수는 처벌하지 않아도 좋다는 귀결에 이를 수도 있다.³⁹²⁾ 그리고 실행의 착수시기에 관하여는 범의(犯意)가 인정되더라도 결과발생의 객관적인 위험성이 인정되지 않는 한, 실행의 착수가 인정되지 않게 된다.

나. 실행의 착수시기

실행의 착수가 인정되면, 미수범으로서 원칙적으로 처벌될 수 있지만, 실행의 착수가 이르지 않으면 예비·음모에 그치며 원칙적으로 처벌되지 않는다. 이와 같이 실행의 착수시기는 미수범과 예비·음모를 구별하는 기준이 된다.

1) 학설

실행의 착수시기와 관련해서는 학설상 **주관설**과 **객관설**로 구분되고, 객관설은 다시

388) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 364면.

389) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタール刑法 [第3版] 第4卷, 青林書院, 2013, 5면.

390) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 364면.

391) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタール刑法 [第3版] 第4卷, 青林書院, 2013, 5~6면.

392) 前田雅英, 刑法總論講義 [第7版], 東京大学出版部, 2019, 107면.

① 형식적 객관설, ② 실질적 객관설, ③ 절충설, ④ 결과설 등으로 나누어져 있다.³⁹³⁾

주관설은 범죄의 본질을 범죄적 의사의 위험성에서 구하므로 범의가 외부로 표명된 시점을 실행의 착수시기로 본다. 객관설은 실행의 착수를 객관적 기준에 의해 판단하는 입장이다. 형식적 객관설은 죄형법정주의의 견지에서 형식성을 중시하는 견해인바, 범죄구성요건에 속하는 행위에 착수한 시점이나 구성요건의 일부 또는 이에 직접적으로 밀접한 행위에 착수한 시점에 실행의 착수가 있다고 본다. 실질적 객관설은 구성요건적 결과발생에 대한 현실적인 위험성을 포함한 행위를 개시한 때를 실행의 착수시기로 보는 견해이다. 절충설은 행위자의 범행계획 전체에서 보아 법익침해가 절박한 위험을 야기한 행위를 행한 시점을 실행의 착수시기로 보는 견해이다. 결과설은 당해 범죄의 미수범으로서 처벌해야 할 정도로 법익침해의 위험성이 고조된 시점, 즉 법익침해의 위험성이 일정 정도 이상에 달한 시점을 실행의 착수시기로 보는 견해이다.

이와 관련하여 실질적 객관설이나 결과설에서도 실행의 착수시기가 애매하다는 비판을 받아들여 형식적인 기준에 의한 한계 설정 방식을 인정하고 있다. 이는 결국 형식적 객관설의 접근방법과 큰 차이가 없는바, 공히 구성요건 상으로 규정된 행위와 상황에 접착한 행위까지만 미수범의 적용을 한정하려는 의도라고 평가되고도 있다.

2) 판례

절도죄에 있어서 “절도의 목적을 가지고 가택에 침입하여 타인의 재물에 대한 사실상의 지배를 침해함에 있어 밀접한 행위를 행한 때에는 절도죄에 착수한 것이라고 말할 수 있다”³⁹⁴⁾고 하는 1934년의 일본 대심원의 선 판례가 있었기 때문에 일본의 판례는 이른바 **형식적 객관설**을 취하는 것으로 해석되어 왔다.³⁹⁵⁾ 그러나 그 후 “각개의 사실에 대하여 구체적으로 여하한 방법 행위에 의해 범죄를 수행하는 것인가를 폭넓게 관찰하여 행위가 결과발생의 우려가 있는 객관적 상태에 도달했는지 아닌지”를 기준으로 실행의 착수를 결정해야 한다는 1953년의 히로시마고등재판소 판결³⁹⁶⁾ 및 이를 긍정한 1954년의 최고재판소 결정³⁹⁷⁾ 이래 실질적 객관설을 취한 것으로

393) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コメンタル刑法 [第3版] 第4巻, 青林書院, 2013, 5면.

394) 대심원 판결 1934년(소화9년) 9월 10일 大審院刑事判例集 13권 1473면

395) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 368면.

396) 広島高等裁判所 판결 1953년(소화28년) 10월 5일 高等裁判所刑事判例集 6권 9호 1261면.

이해되는 하급심 판례가 증가해왔다.³⁹⁸⁾ 그리고 1970년의 최고재판소 결정³⁹⁹⁾은 “이러한 사실관계의 하에서는 피고인이 동녀를 덤프차량의 운전석에 끌어당겨 넣으려고 한 단계에 이미 강간에 이른 객관적인 위험성이 명백히 인정되므로 그 시점에 있어서 강간행위의 착수가 있었다고 해석하는 것이 상당”하다고 하여 실질적 객관설의 입장임을 더욱 선명하게 했다.⁴⁰⁰⁾

□ ‘실행의 착수’ 관련 주요판례

대심원 판결 1934년(소화9년) 9월 10일 大審院刑事判例集 13권 1473면

[절도죄→준강도죄]

절도의 목적을 가지고 가택에 침입하여 타인의 재물에 대한 사실상의 지배를 침해함에 있어 밀접한 행위를 행한 때에는 절도죄에 착수한 것이라고 말할 수 있다. 따라서 절도범인이 가택에 침입하여 금품물색을 위해 서랍장에 접근하는 것과 같은 경우에는 위 사실상의 지배를 침해하는 밀접한 행위를 행한 것으로 곧 절도죄의 착수가 있다고 말할 수 있다. 그 사이 집주인에게 발각되어 체포를 면하기 위해 사람에게 상해를 가한 때에는 준강도상해죄로 논해야 한다.

최고재판소 결정 1965년(소화40년) 3월 9일 最高裁判所刑事判例集 19권 2호 69면

[절도죄]

범인이 “전기기구상점인 피해자의 점포 내에서 소지한 손전등으로 어두운 실내를 비추었던 바, 전기기구류가 쌓여있다는 것을 알게 되었지만, 되도록 금전을 훔치고 싶었기에 (중략) (실내의) 담배판매대 쪽으로 다가갔다”고 하는 사실이 있으면, “절도의 착수행위가 있었다고 인정”하는 것이 상당하다.

최고재판소 결정 1970년(소화45년) 7월 28일 最高裁判所刑事判例集 24권 7호 585면

[강간치상죄]

■ 사실관계⁴⁰¹⁾

피고인 갑은 야간에 덤프차량에 친구 을을 동승시켜 여성을 물색하여 정교를 하려는 목적으로 배회 주행하던 중에 혼자서 통행 중인 병녀를 발견하고 말을 걸면서 약 100미터를 미행했지만 상대를 해주지 않자, 화가 난 을이 하차하여 동녀에 다가가는 것을 확인한 후 부근의 공지에 차를 세우고 기다리면서 을이 동녀를 뒤에서 끌어앉고 덤프차량의 조수석 앞까지 연행해오자 을과 강간의 의사를 통하고 필사적으로 저항하는 동녀를 운전석에 끌어당겨 넣고, 발진하여 약 5,000미터 떨어진 공사현장에 도착해 운전석 내에서 동녀의 반항을 억압하여 을과 갑의 순서로 간음했는데, 운전석에 끌어당겨 넣는 사이의 폭행으로 동녀에게 전치 약 10일간의 상해를 입힌 사인이다.

397) 최고재판소 결정 1954년(소화29년) 5월 6일 最高裁判所刑事判例集 8권 5호 634면.

398) 奥村正雄/松尾浩也/芝原邦爾/西田典之(編), 判例百選Ⅰ 總論 [第4版], 有斐閣, 1997, 128면.

399) 최고재판소 결정 1970년(소화45년) 7월 28일 最高裁判所刑事判例集 24권 7호 585면.

400) 芝原邦爾/西田典之/山口厚(編), 別冊ジュリスト 刑法判例百選Ⅰ 總論 (第5版), 有斐閣, 2003, 128면.

■ 결정요지

이러한 사실관계의 하에서는 피고인이 동녀를 덤프차량의 운전석에 끌어당겨 앉히려고 한 단계에 이미 강간에 이른 객관적인 위험성이 명백히 인정되므로 그 시점에 있어서 강간행위의 착수가 있었다고 해석하는 것이 상당하고, 이상과 같은 취지의 견해를 바탕으로 피고인의 소위를 강간치상죄에 해당한다고 한 원심의 판단은 상당하다.

3. 불능범

가. 의의와 종류

불능범(不能犯)이란 형식적으로 보아 실행의 착수가 있더라도 원래 당해 행위의 위험성이 극단적으로 낮아서 미수로서 처벌하기 어려운 경우를 말한다.⁴⁰²⁾ 불능범이 불가별인 근거는 미수범의 처벌근거와 표리의 관계에 있다. 미수범의 처벌근거를 결과발생의 현실적인 위험성에서 구한다면, 이러한 현실적인 위험성이 발생하지 않는 경우가 바로 불능범이 되는 것이다.

불능범은 행위자에게 착오가 있기 때문에 결과의 발생이 불능인 것인데, 구성요건의 어떠한 점에 대해 착오가 있는가에 따라 방법의 불능, 객체의 불능, 주체의 불능의 3가지로 구분된다.⁴⁰³⁾ ① **방법의 불능**이란, 예를 들어 주스를 농약으로 오신하여 살해하려고 마시게 한 경우나 치사량에 도저히 달하지 않는 미량의 독물로 살해하려고 한 경우 등과 같이 그 방법이 성질상 결과를 발생시키는 것이 불가능한 경우를 말한다. ② **객체의 불능**이란, 사람으로 오신하여 허수아비에 발포한 경우와 같이 행위의 객체가 존재하지 않기 때문에 결과의 발생이 불가능한 경우를 말한다. ③ **주체의 불능**이란, 공무원이 아닌 자가 자기를 공무원이라고 오신하여 직무에 관하여 타인으로부터 금품을 수수한 경우와 같이 행위의 주체를 결했기 때문에 결과의 발생이 불가능한 경우를 말한다.

401) 西田典之/山口厚/佐伯仁志, 判例刑法総論 [第4版], 有斐閣, 2006, 269~270면.

402) 前田雅英, 刑法総論講義 [第7版], 東京大学出版部, 2019, 116면.

403) 大谷實, 刑法講義総論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 375면.

나. 불능범과 미수범의 구별

1) 학설

일본형법의 경우 우리나라와 달리 불능범 내지 불능미수에 관한 명문규정을 두고 있지 않다. 따라서 미수범으로 처벌되는 것과 불능범으로 처벌되지 않는 것을 어떻게 구별할 것인가, 즉 미수범과 불능범을 구별하는 문제가 학설상 쟁점이 되어 있다.⁴⁰⁴⁾

이러한 미수범과의 불능범의 구별에 관하여는 학설상 순수주관설, 추상적 위험설, 구체적 위험설, 객관적 위험설이 대립하고 있다.⁴⁰⁵⁾ ① **순수주관설**은 행위자에게 범의가 있고, 또한 그 범의를 실현하려고 하는 행위가 있는 이상 그 행위가 위험한지 아닌지를 불문하고 미수범의 성립을 인정하는 입장이다. ② **추상적 위험설**은 행위시에 행위자가 인식하고 있었던 주관적 사정을 바탕으로 사회 보통의 일반인의 입장에서 볼 때 행위자의 계획대로 일이 진행되었다면 결과발생의 위험이 있었는지 여부를 따져서, 이것이 긍정되는 때에는 미수범, 부정되는 때에는 불능범의 성립을 인정하는 입장이다. ③ **구체적 위험설**은 행위에 행위자가 특히 인식하고 있었던 객관적 사정 및 사회 보통의 일반인이 인식할 수 있었던 사정을 기초로 하여 일반인을 기준으로 그러한 사정 하에서 행위가 이루어졌다면 구성요건의 실현이 보통 가능했는지 여부를 따져서, 긍정되는 때에는 미수범, 부정되는 때에는 불능범의 성립을 인정하는 입장이다.⁴⁰⁶⁾ ④ **객관적 위험설**은 행위 시에 존재했던 모든 객관적 사정을 판단의 기초로 하여 객관적으로 보아 결과발생의 위험성이 있는 경우에는 미수범의 성립을 긍정하고, 그렇지 않는 경우에는 불능범으로 보는 입장이다. 이는 위법성론에 있어 결과반가치일원론을 취하는 입장에서 주장되고 있다.⁴⁰⁷⁾

404) 일본형법과 달리 우리나라 형법 제27조는 불능범이라는 표제 하에 “실행의 수단 또는 대상의 착오로 인하여 결과의 발생이 불가능하더라도 위험성이 있는 때에는 처벌한다. 단 형을 감경 또는 면제할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이와 같이 형법 제27조는 그 표제를 불능범이라고 하고 있지만 위험성이 없는 불가벌적인 불능범을 규정하고 있는 것이 아니라 위험성이 있기 때문에 처벌되는 미수인 불능미수를 규정하고 있다. 또한 제25조의 장애폭수의 형이 임의적 감경인 것과 달리 제27조의 불능미수의 형은 임의적 감면이고, 이와 같이 우리 형법은 2종의 장애폭수를 인정하고 있다. 따라서 우리나라에서는 불능범과 불능미수를 구별하는 기준인 ‘위험성’을 어떠한 기준에 의하여 판단할 것인가가 이론적 쟁점이 되어 있는바, 이는 위 일본에서의 불능범과 (장애)미수범의 구별기준에 관한 학설적 논의에 상응한다.

405) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 375~378면.

406) 前田雅英, 刑法總論講義 [第7版], 東京大学出版部, 2019, 118면.

407) 前田雅英, 刑法總論講義 [第7版], 東京大学出版部, 2019, 118면.

학설을 연혁적으로 살펴보면, 예전에는 불능의 개념을 절대적 불능과 상대적 불능으로 구별하여 전자를 불능범, 후자를 미수범으로 보는 이른바 절대적 불능·상대적 불능설이 유력했으나, 현재는 구체적 위험설이 통설적 지위를 점하고 있다.⁴⁰⁸⁾

2) 판례

판례의 경우 절대적 불능·상대적 불능설에서 말하는 논지를 전개한 것이 적지 않지만, 실질적으로는 구체적 위험설의 입장인 것으로 평가되고 있다.⁴⁰⁹⁾ 그러나 실제로 판례가 불능범을 긍정한 사례는 극히 드물다. 손에 꼽히는 판례로서 살인의 의사로서 유향의 분말을 된장국에 섞어서 먹게 한 행위를 살인죄에 있어서는 불능범이며 상해죄가 성립한다고 본 오래 전의 대심원 판례가 있다.⁴¹⁰⁾ 최고재판소의 판례에서 불능범을 긍정한 것은 존재하지 않고, 하급심 판례로서 땅 속에 매립한 탓에 도화선이 변질되어 폭발력을 잃은 옛날 육군의 수류탄을 살인의 목적으로 던진 행위를 폭발물사용죄 및 살인미수죄가 되지 않는다고 본 경우⁴¹¹⁾, 각성제의 주원료가 진정한 것이 아니었기 때문에 그 제조공정을 이행했지만 각성제를 제조할 수 없는 경우에 각성제제조미수죄가 되지 않는다고 본 경우⁴¹²⁾ 등이 있다.

위와 같이 판례에서 불능범을 긍정한 사례는 매우 드물지만, 판례 실무에서 불능범의 성립 여부가 다투어진 경우는 적지 않다.⁴¹³⁾ 판례에서 불능범의 성립이 부정된 사례로서 ① 먼저 객체의 불능과 관련되는 것으로서, 현금을 절취할 목적으로 피해자가 착용한 양복의 주머니 내에 손을 넣었지만 현금이 없었던 경우(절도미수)⁴¹⁴⁾, 비누를 훔치려고 건물 내부를 물색했지만 발견하지 못한 경우(절도미수)⁴¹⁵⁾, 강도의 목적으로 통행인을 위협했지만 우연히 피해자가 아무것도 소지하지 않았던 경우(강도미

408) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタール刑法 [第3版] 第4巻, 青林書院, 2013, 12~13면.

409) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタール刑法 [第3版] 第4巻, 青林書院, 2013, 13면.

410) 대심원 판결 1917년(대정6년) 9월 10일 大審院刑事判決錄 23집 999면.

411) 東京高等裁判所 판결 1954년(소화29년) 6월 16일 東京高等裁判所刑事判決時報 5권 6호 236면.

412) 東京高等裁判所 판결 1962년(소화37년) 4월 24일 高等裁判所刑事判例集 15권 4호 210면.

413) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタール刑法 [第3版] 第4巻, 青林書院, 2013, 47면.

414) 대심원 판결 1932년(소화7년) 3월 25일 法律新聞 3402호 10면.

415) 대심원 판결 1946년(소화21년) 11월 27일 最高裁判所刑事判例集 25권 55면.

수)⁴¹⁶⁾, 충격을 받아 사망한 피해자의 신체에 대해 살의를 가지고 일본도로 찌른 경우(살인미수)⁴¹⁷⁾, 사기도박의 목적으로 선박여행 중인 손님을 유치했지만 이에 응해 승부를 하려고 결심했던 상대가 금전을 소지하지 않았던 경우(사기미수)⁴¹⁸⁾ 등이 있다. ② 방법의 불능과 관련되는 것으로서, 사린의 목적으로 치사량에 달하지 않는 독약을 피해자가 식용하는 된장국에 투입한 경우(살인미수)⁴¹⁹⁾, 치사량 이하의 공기를 피해자의 정맥에 주입한 경우(살인미수)⁴²⁰⁾, 각성제의 제조를 계획하여 본래 각성제의 제조가 가능한 약품을 사용하여 필요한 공정에 따라 작업을 진행했지만 촉매로서 사용한 약물의 양이 부족해서 제품을 얻지 못한 경우(각성제제조죄의 미수)⁴²¹⁾, 살인의 목적으로 밥술에 청산가리를 넣었지만 밥이 갈색으로 변하고 약취가 풍겨 사람이 막을 우려가 적은 경우(살인미수)⁴²²⁾ 등이 있다.

4. 중지미수

일본형법 제43조 (미수감면) 단서

다만, 자기의 의사에 의해 범죄를 중지한 때에는 그 형을 감경하거나 또는 면제한다.

가. 의의

중지미수(중지범)란, 범죄의 실행에 착수하였으나 자신의 의사에 의해 범죄를 중지한 경우를 말한다(일본형법 제43조 단서).⁴²³⁾ 중지범은 미수범의 일종이고, 필요적 감면사유이다.

416) 대심원 판결 1914년(대정3년) 7월 24일 大審院刑事判決錄 20집 1546면.

417) 広島高等裁判所 판결 1961년(소화36년) 7월 10일 高等裁判所刑事判例集 14권 5호 310면.

418) 최고재판소 판결 1951년(소화26년) 5월 8일 最高裁判所刑事判例集 5권 6호 1004면.

419) 대심원 판결 1919년(대정8년) 10월 28일 法律新聞 1641호 21면.

420) 최고재판소 판결 1962년(소화37년) 3월 23일 最高裁判所刑事判例集 16권 3호 305면.

421) 최고재판소 결정 1960년(소화35년) 10월 18일 最高裁判所刑事判例集 14권 12호 1559면.

422) 최고재판소 판결 1949년(소화24년) 1월 20일 最高裁判所刑事判例集 3권 1호 47면.

423) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタール刑法 [第3版] 第4巻, 青林書院, 2013, 8면.

나. 법적 성격

중지미수는 왜 형이 필요적으로 감면되는 것인가라는 그 법적 성격을 둘러싸고 학설상 대립이 있다.⁴²⁴⁾

형사정책설은 범죄를 방지하려고하는 형사정책적인 이유에서 중지범을 관대하게 취급하여 일신적 형벌감면사유로 한 것이라고 본다. 이 중에는 ‘돌아오기 위한 황금의 다리’로서 일반예방을 고려하는 입장과 중지로 인해 범인의 위험성이 소멸된다는 당해 범인에 대한 특별예방을 고려하는 입장이 있다. 이러한 종전의 입장과 달리 미수범의 성립에 의해 위험이 구체적 피해법익을 구조하기 위해 기수결과야기의 위험의 소멸을 장려하기 위해 마련된 정책적인 것이라는 위험소멸설의 입장도 제시되어 있다. 그러나 독일처럼 중지범을 불가별로 하고 있지 않은 일본형법에서는 정책으로서의 의의는 적다는 비판을 받으면서 법률설이 유력한 지위를 점하게 되었다.⁴²⁵⁾

법률설은 필요적 감면이 이루어지는 근거를 법적요건에 의해 설명하는 견해이다. 이는 자기의 의사에 의한 중지라는 주관적 요소가 행위의 위법성을 감소시킨다는 위법성감소설과 책임은 범죄의 실행을 결의한 의사에 대한 비난가능성이므로 이 결의를 철회한 이상 비난가능성 즉 책임은 감소 내지 소멸한다고 보는 책임감소설로 나누어진다.

통합설은 위 정책설과 법률설을 통합한 견해로서 세부적으로는 책임감소·정책설, 위법성감소·정책설, 위법성감소·책임감소설, 위법성감소·책임감소·정책설 등으로 구분된다.

다. 중지범의 요건

중지범이 인정되지 위해서는 범죄의 실행에 착수한 후 행위자가 ①‘자기의 의사’에 의해 ②‘범죄를 중지’할 것이 요구된다(제44조 단서).⁴²⁶⁾ 즉 ①중지의 임의성과 ②결과발생의 방지가 중핵적인 요건이 된다.

424) 山口厚, 刑法 [第3版], 有斐閣, 2015, 145면.

425) 前田雅英, 刑法総論講義 [第7版], 東京大学出版部, 2019, 124면.

426) 前田雅英, 刑法総論講義 [第7版], 東京大学出版部, 2019, 127면.

1) 중지의 임의성

‘자기의 의사’란 외부적인 장애에 의하지 아니한다는 것, 즉 중지의 결의가 자발적인 것이라는 말하며, 이 요건을 중지범의 임의성이라고 한다.

어떠한 경우에 임의성이 인정되는 것인가를 둘러싸고 학설상 주관설, 한정주관설, 객관설, 절충설 등이 전개되어 있다.⁴²⁷⁾ **주관설**은 외부적 장애의 영향을 받지 않고 자유로운 의사결정에 의해 중지한 경우에 임의성을 인정하는 견해이다. 이른바 프랑크 공식에 따라 “할 수 있었지만 하지 않은 경우”에 임의성을 인정하고, “하려고 했지만 할 수 없었던 경우”에는 임의성이 부정된다고 본다. **한정주관설**은 개전(改悛), 동정, 연민 등의 광의의 후회를 바탕으로 중지한 경우에만 임의성을 인정하는 견해이다. **객관설**은 행위자의 표상(表象)이 일반인으로서 통상 범죄의 완성을 방해하는 것이 아님에도 중지한 경우에 임의성을 인정하는 견해이다. **절충설**은 외부적인 사정을 표상한 결과, 행위자가 할 수 있다고 보았는지 할 수 없다고 보았는지라는 행위자의 실제 인식의 과정을 객관적으로 판단하여, 할 수 있다고 인정됨에도 불구하고 중지한 경우에는 임의성을 인정하는 견해이다.

최고재판소 결정 1957년(소화32년) 9월 10일 (刑事判例集 29卷 6號 365면)

[살인죄]

■ 사실관계⁴²⁸⁾

취침 중의 모친을 살해할 목적으로 그 두부를 야구용 배트로 강타한 범인이 피를 흘리며 고통하고 있는 모친을 모습을 보고, 경악·공포하여 이후의 살해행위를 중지한 경우에 중지범의 성립 여부가 쟁점이 된 사안

■ 결정요지⁴²⁹⁾

모친이 위 타격에 의해 잠에서 깨어 의식이 분명해져 피고인의 이름을 계속해서 불렀고, 피고인은 자신의 모친이 유혈하며 고통하고 있는 모습을 목적에서 목격한 것에 대해 “이러한 사태는 피고인이 전혀 예상하지 않았던 것이며 말할 필요도 없이 그 이상 다시 살해행위를 속행하여 모에게 고통을 주는 것은 자기 당초의 의도에도 반한다고 것이므로 ... (중략) 피고인에 있어서 다시 살해행위를 계속하는 것이 오히려 일반의 통례라는 말할 수 없다”라고 판시하며 중지미수가 아니라 장애미수로 판단했다.

427) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 387~388면.

428) 西田典之/山口厚/佐伯仁志, 判例刑法總論 [第4版], 有斐閣, 2006, 297면.

429) 西田典之/山口厚/佐伯仁志, 判例刑法總論 [第4版], 有斐閣, 2006, 297~298면.

430) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 390면.

■ 해설

이 판결의 입장은 한정주관설을 채택한 것처럼도 보이지만, '일반의 통례'를 기준으로 하고 있다는 점에서 절충설을 취한 것으로도 볼 수 있다.⁴³⁰⁾ 최고재판소의 기준이 정착될 때까지 종전의 판례는 주관설에서 객관설로 크게 변화한 것으로 평가되고 있다. 다만 임의성을 배제하는 구체적 방법의 측면에서 보면, 일정한 외부적 사실의 존재에 의해 임의성을 배제한다는 식의 방법론은 이전부터 판례에서 일관되어 왔다고 본다.⁴³¹⁾

한편, 임의성을 인정한 구체적인 사례로서는 상대의 표정을 보고 애정의 마음이 생겨 중지한 경우⁴³²⁾, 동반자살을 하려고 장남을 식칼로 찔렀으나 장남이 내뱉은 말에 범의를 상실한 경우⁴³³⁾, 피해자가 애원하여 간음을 중지한 경우⁴³⁴⁾, 과일칼로 목을 찔렀으나 다량의 피가 나오자 경악함과 동시에 큰 일을 저질렀다는 생각이 들어 직접 수건으로 지혈하면서 소방서에 연락하여 구급차를 불러 병원으로 이송시킨 경우⁴³⁵⁾ 등이 있다.

2) 결과발생의 방지

중지범이 성립하기 위해서는 다음으로 자기의 의사에 의해 중지하는 것이 필요한바, ① 중지행위와 ② 결과의 불발생이라는 두 가지 요건이 충족되어야 한다.

여기서 중지행위란 범죄의 완성을 저지하려는 행위를 말하며, 착수중지와 실행중지로 구분된다. 착수중지는 실행에 착수한 후 그 종료 전에 계속해서 행해야 할 실행행위를 방기(放棄)하는 경우를 말하고, 실행중지는 이미 실행을 종료한 후에 결과의 발생을 방지하는 경우를 말한다.⁴³⁶⁾ 착수중지의 경우에는 통상 그 후의 실행을 방기하는 부작위로 족하지만, 실행중지의 경우에는 결과방지를 위한 작위를 필요로 하는 경우가 많다.⁴³⁷⁾

중지미수가 성립하기 위해서는 단순히 임의적인 중지행위가 있었던 것만으로는 부족하고, 결과가 발생하지 않아야 한다. 한편, 중지행위와 결과의 불발생 사이에 인과관계가 인정되어야 하는지를 둘러싸고는 학설상 필요설과 불요설이 대립하고 있다.⁴³⁸⁾ 전자는 중지행위와 결과의 불발생 사이에 인과관계가 인정되는 경우에 한하여 중지미수가 성립한다는 입장이고, 후자는 양자 사이의 인과관계가 없더라도 중지

431) 芝原邦爾/西田典之/山口厚, 別冊ジュリスト 刑法判例百選Ⅰ 総論(第5版), 有斐閣, 2003, 138~139면.

432) 名古屋高等裁判所 판결 1990년(평성2년) 7월 17일 判例タイムズ 739号 245면.

433) 横浜地方裁判所 판결 1998년(평성10년) 3월 30일 判例時報 1649号 176면.

434) 浦和地方裁判所 판결 1992년(평성4년) 2월 27일 判例タイムズ 795号 263

435) 福岡高等裁判所 판결 1986년(소화61년) 3월 6일 判例時報 1193호 152면 및 判例タイムズ 600호 143면.

436) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 391면.

437) 大塚仁, 刑法概説總論(第3版), 有斐閣, 1995 246면.

438) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 393면.

미수의 성립을 인정하는 입장이다. 통설과 판례는 필요설의 입장이다.⁴³⁹⁾ 양 학설은 예컨대 치사량 미달의 독약을 먹인 경우와 같이 결과발생이 처음부터 불가능했던 경우—이를 일본에서는 이른바 흠효미수(欠効未遂)라 부른다.—에는 필요설은 결과의 불발생을 위한 진지한 노력을 하더라도 중지미수의 성립을 인정할 수 없게 된다는 점에서 실질적인 차이가 있다.⁴⁴⁰⁾

5. 예비와 음모

가. 관련 규정

예비와 음모는 법익침해의 위험성을 가진 행위이기는 하지만, 그 위험성은 매우 적고 현실화할 가능성이 낮기 때문에 형법은 이들을 원칙적으로 처벌하지 않으면서 다만 특정한 중대한 범죄에 대하여만 예비와 음모를 독립적인 범죄유형으로 처벌하는 것에 그친다.⁴⁴¹⁾

서두의 한일 양국의 미수범 규정의 비교에서 확인한 바와 같이 우리나라 형법은 총칙 제2절 ‘미수범’의 제28조(음모, 예비)에 미수의 전단계로서 실행의 착수에 이르지 아니한 예비·음모를 예외적으로 처벌한다는 명문규정을 두고 있지만, 일본형법의 총칙 제8장 ‘미수범’에서는 예비·음모에 관한 명문규정을 두고 있지 않다. 다만, 일본형법의 경우 각칙의 개별 범죄 중에서 예비·음모행위를 벌하는 규정을 별도로 두고 있다. 구체적으로 보면, 현행 일본형법상 예비행위를 처벌하는 규정은 ① 국가적 법익에 관한 죄 중에서 내란예비죄(제78조), 외환예비죄(제88조), 사전(私戰)예비죄(제93조), ② 사회적 법익에 관한 죄 중에서 방화예비죄(제113조), 통화위조등준비죄(제153조), 지불용카드전자적기록부정작출준비죄(제163조의4), ③ 개인적 법익에 관한 죄 중에서 살인예비죄(제201조), 몸값(인질금)목적약취등예비죄(제228조의3), 강도예비죄(제237조)가 있다. 또한, 음모행위를 처벌하는 규정은 내란음모죄(제78조), 외환음모죄(제88조), 사전음모죄(제93조)가 있다.

439) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタル刑法 [第3版] 第4巻, 青林書院, 2013, 11면.

440) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 393면.

441) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 362면.

▶▶▶ [표 2-5-2] 일본형법상 예비·음모 처벌규정의 일람

구분	죄명	조문
국가적 법익에 관한 죄	내란예비죄/내란음모죄 외환예비죄/외환음모죄 사전예비죄/사전음모죄	제78조 제88조 제93조
사회적 법익에 관한 죄	방화예비죄 동화위조등준비죄 지불용카드전자적기록부정작성준비죄	제113조 제153조 제163조의4
개인적 법익에 관한 죄	살인예비죄 몸값(인질금)목적약취등예비죄 강도예비죄	제201조 제228조의3 제237조

나. 예비와 음모의 구별

예비란, 어떤 범죄를 실현을 목적으로 행해지는 음모 이외에 방법에 의한 준비행위를 말한다.⁴⁴²⁾ 예비죄는 특정한 기수범을 실현할 목적으로 행해지는 준비행위를 처벌하는 것이기 때문에 당해 기수범의 구성요건을 수정하는 구성요건, 즉 구성요건의 수정형식이다. 음모란, 2인 이상의 자가 일정한 범죄를 실현하는 것에 대하여 상담하여 합의에 달하는 것을 말한다. 통설은 단순히 음모만 있었던 것으로는 부족하고 합의의 존재가 필요하다고 본다.⁴⁴³⁾

예비와 음모의 구별에 관하여 ① 음모도 예비의 일종이라고 보는 견해, ② 음모는 예비 이전의 단계에 있어서의 2인 이상의 심리적 준비행동이라고 보는 견해가 있지만, 현행 일본형법은 양자를 구별하여 규정하고 있고, 음모에 선행하는 예비행위도 있을 수 있으므로 ③ 예비와 음모는 각각 별개의 독립된 준비단계의 행위로 보고 견해가 일반적이다.⁴⁴⁴⁾

다. 예비의 중지

예비의 중지란, 행위자가 어떤 범죄의 예비를 한 후 그 범죄의 실행에 착수하는 것을 스스로 중지한 것을 말한다. 이 경우 중지범의 특례규정(일본형법 제43조 단서)

442) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタル刑法 [第3版] 第4巻, 青林書院, 2013, 17면 및 22면.

443) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 363면.

444) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 363면.

을 준용할 수 있는지가 문제가 된다. 학설상으로는 부정설과 긍정설이 대립하고 있고, 판례⁴⁴⁵⁾는 부정설의 입장이며 통설은 긍정설의 입장이다.⁴⁴⁶⁾ 부정설의 논거로는 예비는 일종의 거동범이고, 예비행위가 있으면 곧바로 기수가 되기 때문에 중지의 개념을 인정할 여지가 없다는 점, 중지범은 원래 정책적인 것이므로 명문의 규정을 결하고 있음에도 이를 준용하는 것은 곤란하다는 점, 실질적으로도 구체적인 피해법익을 구조해야 할 절박한 필요성이 아직 인정되지 않는 단계에서 이를 준용할 것은 아니라는 점 등을 꼽고 있다. 반면 긍정설은 긍정하지 않으면 예컨대 면제규정이 없는 강도예비의 경우(제237조)에 형의 불균형이 발생한다는 점, 예비는 기본적 구성요건으로 발전해가는 것이며, 기본적 구성요건과의 관계에서 법적으로도 중지를 인정할 수 있다는 점, 행위자의 책임감소나 일반예방효과의 관점에 비추어 예비의 중지와 착수후의 중지를 차별할 이유가 없다는 점 등을 내세우고 있다.

6. 소결

이상에서 본 연구보고서에서 다루는 ‘기수 전 범죄’로서 일본형법에 있어서의 미수 및 예비·음모에 관한 법규정과 그 해석을 판례를 가미하여 살펴보았다. 여기서는 소결론으로서 우리나라의 제도와 비교하며 그 주된 내용을 축차적으로 요약, 정리해두도록 한다.

일본형법상 미수범의 체계와 유형을 보면, 우선 장애미수를 기본으로 하여 형을 임의적 감경사유로 규정하고 있다는 점(제43조)은 우리나라와 동일하다. 실행의 착수 시시기에 관하여는 학설상 대별하여 주관설과 객관설이 대립하고 있고, 객관설은 다시 형식적 객관설, 실질적 객관설, 절충설, 결과설 등으로 나누어져 있다. 일본의 1934년 대심원 판례에서는 구성요건의 일부 또는 이와 밀접한 행위에 착수시점을 인정하는 형식적 객관설을 취하고 있었지만, 1950년대 이후 최고재판소 판례에서는 구성요

445) 최고재판소 대법정 판결 1954년(소화29년) 1월 20일 最高裁判所刑事判例集 8권 1호 41면. [판시요지] “원판결 열시의 증거에 의하면, 피고인이 강도를 하려고 하여 원심 상피고인 등과 함께 원판결 제4 적시의 강도예비의 행위를 한 사실은 충분히 이를 인정할 수 있다. 따라서 강도의 의사가 없었다고 하는 주장은 이유가 없고, 또한 예비죄에는 중지미수의 관념을 허용할 여지가 없으므로 피고인의 소위는 중지미수라고 하는 주장도 역시 받아들일 수 없다.”

446) 前田雅英, 刑法總論講義 [第7版], 東京大学出版部, 2019, 131면.

건적 결과발생에 대한 현실적인 위험성을 포함한 행위를 개시한 때를 착수시점으로 보는 실질적 객관설의 입장으로 변경되었다.

중지미수의 특례를 명문으로 규정하고 있고, 이에 대하여는 필요적 감면사유로 규정하고 있다는 점도 우리나라와 동일하다. 일본형법상 중지미수는 중지의 임의성과 결과발생의 방지를 그 요건으로 하고 있고, 필요적 감면사유로 규정되어 있다는 점(제 43조 단서)에서 우리나라와 동일하다. 어떠한 경우에 중지의 임의성을 인정할 것인지를 둘러싸고 학설상 주관설, 한정주관설, 객관설, 절충설 등이 전개되어 있다. 최고재판소의 기준이 정립되기 전까지 종전의 판례는 이른바 프랭크공식을 적용하는 주관설에서 객관설로 크게 변화한 것으로 평가되고 있다. 예비의 중지에 대하여도 중지미수의 특례를 적용할 것인지를 둘러싸고 이론적 논의가 전개되어 있다는 점도 우리와 유사하다. 학설적으로는 예비에 대하여도 중지범의 특례를 적용해야 한다는 입장이 통설이지만, 판례는 예비의 중지를 부정하는 입장을 취하고 있다.

그러나 한편으로 일본형법은 우리나라 형법 제27조의 '불능미수'에 해당하는 명문 규정을 두고 있지 않다. 따라서 우리나라 형법학에서 전개되어 있는 좁은 의미의 불능범과 불능미수의 구별에 관한 이론적 논의는 찾아볼 수 없다. 이론적 측면에서 보면, 불능범과 통상의 미수범을 어떻게 구분할 것인가가 논의의 초점이 되어 있다. 이에 관하여는 학설상 순주관설, 추상적 위험설, 구체적 위험설, 객관적 위험설이 전개되어 있다. 판례는 과거의 학설인 이른바 절대적 불능·상대적 불능설에서 말하는 논지를 전개한 것이 적지 않지만, 실질적으로는 구체적 위험설의 입장인 것으로 평가되고 있다. 일본의 재판실무에서 불능범의 성립 여부가 다투어진 사례가 적지 않지만, 실제로 판례가 불능범을 긍정한 사례는 극히 드물다.

또한, 예비와 음모에 관한 처벌규정의 측면에서 보면, 일본형법 총칙상으로는 예비·음모에 관한 개념이나 처벌에 관한 명문규정이 없다는 점이 우리나라와 차이가 있다. 다만, 각칙의 개별범죄에 있어서는 '예비'나 '음모'를 처벌하는 규정을 별도로 두고 있고, 그 처벌은 극히 중대한 특정의 범죄로 한정되어 있다.

제 3 장

Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(II-1)

공범론

강효원 / 이성기 / 김택수 / 허황 / 이동희

내 용 목 차

제1절 영국

1. 개관
2. 공범 관련 주요 법령 개괄
 - 가. 종범 및 교사자범(Accessories and Abettors Act) 1861
 - 나. 강력범죄법(Serious Crime Act) 2007
3. 공범의 형태
 - 가. 정범(principals)
 - 1) 정범의 개념
 - 2) 정범에 대한 공범의 종속 형식
 - 나. 공범(accessories)
 - 1) 공범(accessories) 개념의 정의
 - 2) 커먼로상 방조, 교사 등 공범의 4가지 행위 형태
 - 다. 기타 공범 관련 개념
 - 1) 무고한 매개자(Innocent Agency)
 - 2) 사후공범
4. 공범의 책임과 처벌
 - 가. 파생 이론(Derivative Theory)
 - 나. 인과관계 이론
 - 다. 미수 모델
5. 공범 관련 특수한 문제들
 - 가. 공범과 과실 - 공범 책임과 주관적 범의(mens rea)
 - 1) 교사/방조의 의도(Intention to

assist or encourage)

- 2) 범행 정황 및 유형에 대한 인지(knowledge)

- 3) 정범의 고의와의 관련성

나. 공범과 부작위

- 1) 원칙

- 2) 예외

다. 공범과 미수

- 1) 커먼로상 선동죄의 폐지 및 미수의 공범 인정

- 2) Serious Crime Act 2007 상 신설된 미수의 공범 규정

라. 공모 공범 원칙

- 1) 개념

- 2) 공모 범위와 다른 행위에 대한 책임

- 3) 공모 관계의 이탈

6. 소결

제2절 미국

1. 개관

가. 커먼로상의 공범(Complicity)

나. 오늘날 공범(Complicity)의 개념

다. 공범(Accomplice)의 가벌성의 근거

- 1) 공범의 처벌 근거

- 2) 공범의 범위를 초과한 범죄 및 공모공범의 처벌 근거

2. 공범(Accomplice)의 기본 구조

- 가. 주 형법상 규정(캘리포니아·뉴욕주)
- 나. 연방형법상 공범 규정
- 다. 모범형법전

3. 공범의 형태

- 가. 공동정범
- 나. 간접정범
- 다. 협의의 공범(Accomplice)
 - 1) 교사 및 방조 행위
 - 2) 의도(intent)
 - 3) 인과관계(Causation)

4. 처벌

- 가. 공범이 정범보다 중한 범의를 가진 경우
- 나. 정범의 항변 사유의 적용 여부
- 다. 공범의 중지
- 라. 무모함(recklessness) 또는 과실범(negligence)에 대한 공범의 죄책

5. 특수한 문제

- 가. 공범과 신분
- 나. 공범과 부작위
- 다. 공범의 범위를 넘는 정범의 행위에 대한 책임
- 라. 음모와 공범의 관계
 - 1) 음모 및 공범의 구분
 - 2) 정범의 범죄에 대한 음모자의 책임 - 할크톤 독트린(Pinkerton Doctrine)
- 마. 미수 이전의 공범 성립 여부

6. 소결

제3절 프랑스

1. 개관

- 가. 정범과 공범의 구별(다수인의 범죄참가 형태)
- 나. 공범에 대한 가벌성 근거와 처벌

2. 공범의 기본구조

3. 공범의 형태

- 가. 정범(공동정범과 간접정범)
 - 1) 공동정범(le coauteur)

- 2) 간접정범 또는 지적 정범(l'auteur intellectuel)

나. (좁은 의미의) 공범

- 1) 종범과 교사범의 관계
- 2) 공범의 형태
- 3) 공범성립의 요건

4. 공범의 처벌

- 가. 범죄성 차용의 원칙
- 나. 공범에 대한 형의 가중, 감경 사유의 적용문제

5. 특수한 문제

- 가. 공범과 부작위
- 나. 공범과 과실(과실범의 공범)
- 다. 공범과 미수
- 라. 공범의 공범
- 마. 공범행위의 이탈(공범의 자수)

6. 소결

제4절 독일

1. 개관

- 가. 범죄구성요건이해와 정범이론의 관계
- 나. 정범과 공범의 구별
 - 1) 주관적 이론(die subjektive Theorie)
 - 2) 형식적-객관적 이론
 - 3) 범죄지배이론(실질적-객관적 이론)
- 다. 자수범과 신분범

2. 공범의 기본구조

3. 공범의 형태

- 가. 공동정범
 - 1) 기본구조
 - 2) 요건
- 나. 협의의 공범
 - 1) 협의의 공범의 불법과 구조
 - 2) 종속성
 - 3) 교사범
 - 4) 종범
- 다. 간접정범
 - 1) 기본구조

- 2) 사례유형
4. 처벌
5. 공범의 특수문제
- 가. 공범과 부작위
- 나. 공범과 과실
- 다. 공범과 미수
- 라. 공범관계의 이탈
6. 소결
- 제5절 일본**
1. 개관
- 가. 법규범의 체계
- 나. 공범의 의의와 종류
- 1) 의의와 종류
- 2) 필요적 공범
- 다. 정범과 공범의 구별기준
- 1) 주관설과 객관설
- 2) 제한적 정범개념설과 확장적 정범개념설
- 3) 행위지배설
- 4) 형식설
- 라. 공범의 종속성
- 1) 종속성의 유무 : 실행종속성(實行從屬性)
- 2) 종속성의 정도 : 요소종속성(要素從屬性)
2. 공동정범
- 가. 의의
- 나. 성립요건
- 1) 주관적 요건 : 공동실행의 의사
- 2) 객관적 요건 : 공동실행의 사실
- 다. 공동정범의 성부가 문제로 되는 경우

- 1) 과실의 공동정범
- 2) 공모공동정범
- 3) 결과적 가중범의 공동정범
3. 협의의 공범
- 가. 교사범
- 1) 성립요건
- 2) 유형
- 나. 방조범(종범)
- 1) 성립요건
- 2) 유형
4. 간접정범
- 가. 의의
- 나. 학설 및 판례
5. 특수한 문제
- 가. 공범과 신분
- 1) 신분의 의의
- 2) 제65조 제1항과 동조 제2항의 관계
- 3) 제65조 제1항의 해석 : 제1항의 '공범'에는 공동정범이 포함되는지 여부
- 나. 공범과 부작위
- 다. 공범과 과실
- 1) 학설
- 2) 판례
- 라. 공범과 미수
- 1) 공범과 장애미수
- 2) 공범과 중지범
- 3) 공범관계로부터의 이탈
- 4) 미수의 교사·방조
- 5) 예비의 교사·방조
6. 소결

제1절 | 영국

1. 개관

어떤 범죄에 대해 공범으로서 책임을 져야 하는지 여부를 다루는 형법 영역이 공범론이며, 이러한 공범 책임은 종종 2차적 책임(secondary liability)이라고 일컬어진다. 이러한 2차적 책임은 피의자의 책임이 정범의 범죄로부터 유래한 것이고, 원칙적으로 이에 종속된다는 점에서 파생된 형태의 책임이다.⁴⁴⁷⁾ 원칙적으로 범죄 행위에 직접 가담한 경우에만 형사책임이 발생할 수 있지만, 전통적으로 커먼로에서는 중범죄의 경우 범죄 가담의 정도에 따라, 범행을 실제로 저지른 현재의 정범 개념인 1급 정범, 범행을 교사 방조한 공범 중 범죄 현장에 같이 있었던 2급 정범, 범죄 현장에 동참하지 않은 중범 중에서 가담 시점에 따라 사전 공범, 사후 공범 이렇게 4가지 형태로 구분하였으며, 이러한 구분은 The Criminal Law Act 1967의 제정으로 영국에서는 완전히 폐지되었다.⁴⁴⁸⁾ 범행을 돕거나 교사한 자의 행위는 분명 비난가능한 책임을 져야 하지만, 실제로 방아쇠를 당기고, 칼로 찌르고 재산을 탈취하는 정범의 행위만큼 동일하게 비난 가능한 것인가 하는 문제를 해결하는 것이 공범의 책임을 구성하는 데 있어서 오랜 과제였다. 이하에서는 정범과 공범 등 주요 개념들을 정리하고 이들을 법적으로 어떻게 취급하고 있는지 구체적인 판례와 법령을 중심으로 살펴보도록 하겠다.

2. 공범 관련 주요 법령 개괄

영국 형법은 기본적으로 범행의 객관적 요소(actus reus)를 실제로 저지른 정범과 이를 돕거나 교사한 공범의 개념 사이에 엄격한 구분을 두고 있다. 현행법상 타인의 범죄를 도운 자의 법적 책임에 관해 중범 및 교사자범(Accessories and Abettors Act) 1861과 비교적 최근 입법인 강력범죄법(Serious Crimes Act) 2007에서 두 가지 다른 형태의 책임을 규정하고 있으며, 양자의 책임 근거는 다소 겹치는 지점이 있지만,

447) Law Commission, Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime(LAW COM No. 300), 2006, 3면.

448) S. W. Stewarts, A Modern View of The Criminal Law, Pergamon, 1969, 82-87면.

전자는 후자와 달리 정범이 범죄의 실행에 착수하지 않으면 중범의 책임도 성립하지 않다는 점에서 큰 차이가 있다.⁴⁴⁹⁾

가. 중범 및 교사자범(Accessories and Abettors Act) 1861

1861년 중범 및 교사자범(Accessories and Abettors Act) 1861 제8조는 공범 관련하여 다음과 같은 3가지 내용을 담고 있었다.

- (1) 반드시 정범에 의해 저질러진 범죄가 있어야 하는 것이 원칙이다.⁴⁵⁰⁾ 따라서, 피의자가 정범을 돕거나 교사하거나 조언하거나 설득했으나 정범이 범행을 저지르지 않았다면, 피의자는 중범의 책임을 지지 않게 된다. 이 때 정범이 반드시 유죄가 인정되어야 한다는 의미는 아니다. 그러나 뒤에서 다시 살펴보게 되겠지만, Serious Crime Act 2007이 도입되면서 정범이 실행행위로 나가지 않았더라도 중범이 범죄를 돕거나 교사할 능력이 있었다면 이러한 행위에 대한 책임을 질 수 있게 되었다.⁴⁵¹⁾
- (2) 공범은 정범의 기본 범죄(basic offence)로 기소된다. 예컨대 피의자가 살인의 공범 혐의를 받고 있다면, 피의자는 살인죄로 기소될 것이다. 앞에서 살펴본 바와 같이 영국 법은 정범과 공범 행위의 개념은 구별하고 있음에도 불구하고 양자를 동일한 범죄로 취급하고 있다.⁴⁵²⁾ 영국 대법원은 이에 대해 Jogege 판결에서 공범은 정범이 저지른 범죄를 공유하고 있으며, 직접 행위에 가담하지 않았다 하더라도 해당 행위를 교사하거나 도왔기 때문이라고 판시하고 있다.⁴⁵³⁾
- (3) 검찰은 피의자가 공범이었다는 사실만 입증하면 되고, 어떤 방식으로 공범이었는지 행위 방식까지 특정할 필요는 없다.⁴⁵⁴⁾ 이 때 문제가 되는 것은 예컨대, 가게 주인이 범죄에 사용할 목적으로 구매한다는 사실을 알면서 망치나 총기 같은 위험한 물건을 판매한 경우, 그 이후에 구매자가 해당 망치를 이용하여 발생한 범죄에 대해

449) Jonathan Herring, *Great Debates in Criminal Law*, 3rd ed., Oxford University Press, 2015, 182면.

450) R v Kenning [2008] EWCA Crim 1534.

451) Serious Crime Act 2007, 제44-46조.

452) Jeremy Horder, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, 8th ed., Oxford University Press, 2016, 434면.

453) R v Jogege [2016] UKSC 8, para 1.

454) Jonathan Herring, *Criminal Law: Text, Cases and Materials*, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 863면.

가게 주인은 책임을 져야 하는가? 즉, 판매행위도 범죄를 조력한 정도에 이를 수 있는가 하는 문제이다.⁴⁵⁵⁾ 범죄행위가 될 것이라고 예상하지 못하고 행한 일상생활의 많은 행위들이 범죄를 구성하게 될 수 있다고 보는 것은 공범책임의 범위를 너무 넓게 만들 수 있다는 우려가 있다.⁴⁵⁶⁾

나. 강력범죄법(Serious Crime Act) 2007

기존 법률을 검토하여 개정을 제안·심사하기 위해 설립한 기관인 영국의 법률 위원회(Law Commission)는 공범 책임 관련법의 개혁을 위해 두 개의 보고서를 내놓은 바 있는데, 이 중 첫 번째 보고서에서 제안한 현행 교사 방조죄를 미수 책임을 포함하는 것까지 확대시키자는 권고가 법안으로 채택되어 Serious Crime Act 2007 Part 2의 교사 방조죄의 미수범 조항으로 입법이 이루어졌다.⁴⁵⁷⁾ 이는 정범의 범죄 성립 여부와 무관하게 성립할 수 있는 공범의 책임으로⁴⁵⁸⁾ 공범인 피의자가 정범을 돕거나 교사하려고 의도한 경우 그리고 자신의 행위가 정범의 범행을 돕거나 부추길 것이라고 믿은 경우까지 포함시키게 된 것이다.⁴⁵⁹⁾ 따라서, 만약 A가 B에게 범행을 교사하였으나, B가 거절하고 실행의 착수에 이르지 않은 경우, A를 교사범죄의 미수로 처벌할 가능성이 열리게 된 셈이다. 이러한 개혁안의 이점이 있다면, 이러한 법이 사건 발생 초기, 예컨대 여러 사람들이 테러리스트가 불법행위를 저지르려는 것을 돕고 있는 것이 분명하지만 아직 테러가 발생하지는 않았을 때 일찍 개입할 수 있게 해준다는 점이다. 이 권고안에 따라 기존 커먼로상 선동의 죄(incitement)를 폐지하고 대신 의도적으로 교사, 방조하는 행위와 범죄가 저질러질 것이라고 믿으면서 교사, 방조하는 행위를 처벌하는 규정을 포함시킨 법안을 만들었고,⁴⁶⁰⁾ 이 법안이 통과되어

455) Jeremy Horder, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, 8th ed., Oxford University Press, 2016, 441면.

456) Jonathan Herring, *Criminal Law: Text, Cases and Materials*, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 864면.

457) Law Commission, *Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime*(LAW COM No. 300), 2006, 146-147면.

458) Law Commission, *Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime*(LAW COM No. 300), 2006, 119-122면.

459) Serious Crime Act 2007, 제44-46조.

460) Patrick M. Vollmer, *House of Lords Library Notes The Serious Crime Bill [HL]* [HL Bill 27 of 2006-07], LLN 2007/001, 2007, 2면.

Serious Crime Act 2007이 도입되면서 정범이 실행행위의 착수로 나가지 않았더라도 공범이 범죄를 돕거나 교사할 능력이 있었다면 이러한 행위에 대한 책임을 물을 수 있게 되었다.⁴⁶¹⁾ 이 점에서, 이와 유사한 경우에 교사자를 예비나 음모에 준하여 처벌하는 우리 형법의 태도⁴⁶²⁾와는 다소 차이가 있다고 하겠다. 본 법의 내용과 관련해서는, 아래의 ‘공범과 미수’단락에서 조금 더 상세히 다루도록 하겠다.

3. 공범의 형태

가. 정범(principals)

1) 정범의 개념

통상 작위 또는 부작위를 통해 범죄의 객관적 구성요건(actus reus)을 충족시켜 피해자에게 실제로 해악을 야기한 자를 정범(principal)이라고 한다면, 이러한 정범의 행위를 돕거나, 교사한 자를 공범(accomplice) 라고 한다.⁴⁶³⁾ 즉, 정범은 범죄를 저지른 자이며, 정범과 공범을 구별하는 가장 중요한 기준은 비록 공범이 범행 과정에 참여했고 그의 조력이나 교사가 정범이 저지른 행위의 원인이라 하더라도 법률상 직접적으로 actus reus를 야기한 것은 아니라는 데 있다. 즉, 정범은 범죄 성립에 요구되는 mens rea를 갖추고 actus reus 요건을 충족시키기에 충분한 행위를 하여 결과를 야기한 자를 뜻한다.

이 때, 각자 요구되는 고의(mens rea)를 가지고 각자의 행위로 범행의 객관적 요소(actus reus)를 충족시키기에 충분한 결과를 야기한 경우, 범행에 공동으로 가담한 자들을 공동정범 (joint perpetrators) 이라고 할 수 있다. 즉, D1과 D2 두 사람이 강도행위를 할 고의를 가지고 D1이 무력을 사용하는 동안 D2가 재물을 갈취했다면 D1과 D2는 공동정범이 된다. 이러한 공동정범은 반드시 동일한 범죄의 책임을 져야

461) Serious Crime Act 2007, 제44-46조.

462) 형법 제31조 제2항, 3항.

463) Jonathan Herring, *Criminal Law: Text, Cases and Materials*, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 817면; 한편, 범죄에 참가한 모든 당사자들을 공범 (accomplice)라 하고, 이들 공범을 실제 행위를 저지른 정범(principals) 과 이를 교사하거나 도운 종범(accessories)으로 나누는 견해도 있다. 이러한 입장은 Michael J. Allen/Ian Edwards, *Criminal Law*, 15th ed., Oxford University Press, 2019, 251면.

하는 것은 아니며, 각자의 고의(mens rea) 정도에 따라 다른 책임을 질 수 있다.⁴⁶⁴⁾ 따라서 형을 더 가중하여 처벌하고 있는 우리 형법상의 합동범⁴⁶⁵⁾ 개념과는 차이가 있으며, 단순한 공동정범 개념에 더 가깝다고 볼 수 있겠다.

2) 정범에 대한 공범의 종속 형식

공범의 종속형식은 정범의 유죄 확정이나 범행의 입증 없이 공범의 기소가 가능한가의 문제이다.⁴⁶⁶⁾ 원칙적으로 정범이 저지른 범죄에 대해 공범에게 법적 책임을 물을 수 있으며, 몇몇 예외를 제외하면, 정범이 해당 범죄를 실제로 저질렀을 때에만 공범 책임이 발생한다.⁴⁶⁷⁾ 피의자가 공범으로 처벌되기 위해서 정범이 기소되거나 유죄판결을 받아야만 하는 것은 아니며, 반드시 정범의 신원이 밝혀져야만 하는 것도 아니다. 다만 검찰은 (1) 피의자가 정범의 범죄를 돕거나(aided), 교사하거나(abetted), 조언하거나(counselled) 또는 유도(procured)했다는 사실과, (2) 정범의 범죄행위가 실제로 저질러졌다는 사실,⁴⁶⁸⁾ 그리고 (3) 공범으로서의 책임에 요구되는 주관적 범의(mens rea)를 피의자가 가지고 있었다는 점을 입증하여야 한다.⁴⁶⁹⁾ 또한 정범의 범죄행위가 존재한다는 사실은 입증되어야 하지만, 피의자의 교사 방조 행위가 해당 범죄의 원인이었다는, 즉 조력이나 교사 행위가 없었다면 해당 범죄가 발생하지 않았을 것이라는 인과관계까지 입증해야 하는 것은 아니다. 그러나 인과관계까지는 아니더라도, 피의자가 상기 (1)에 해당하는 행위를 했다는 점과 이러한 행위가 정범의 범죄와 연관되어 있다는 최소한의 연결고리(connecting link)는 입증되어야 한다.⁴⁷⁰⁾ 이 때, 정범의 행위가 피의자의 교사 방조행위와 연관되어 이루어진 것인지 여부는 배심원이 판단할 사실 관계이다.⁴⁷¹⁾ 정범에 대한 공범의 종속성의 정도와 관련하여, 원칙적으로

464) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 740-741면.

465) 형법 제331조 제2항(특수절도죄), 제334조 제2항(특수강도죄) 등.

466) Michael J. Allen/Ian Edwards, Criminal Law, 15th ed., Oxford University Press, 2019, 258-261면.

467) Andrew P. Simester/John R. Spencer/Findlay Stark/G. Robert Sullivan/Graham J. Virgo, Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine, 6th ed., Hart Publishing, 2018, 250면.

468) Thornton v Mitchell [1940] 1 All ER 339.

469) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 745면.

470) R v Stringer [2011] EWCA Crim 1396.

정범의 범죄가 actus reus 요건 결여로 무죄가 되었을 경우에는 공범의 책임도 성립할 수 없으나,⁴⁷²⁾ 정범의 범죄가 mens rea 요건 결여로 무죄가 된 경우에도 여전히 공범의 책임은 성립할 수 있다.⁴⁷³⁾ 예컨대, 남편이 제3자에게 자신의 아내가 성관계에 동의했다고 믿게 하여 자신의 아내를 강간하게 한 경우, 행위를 저지른 제3자는 당시 법에 따르면 mens rea가 결여되어 강간죄가 성립되지 않지만, 제3자를 시켜 아내와 성관계를 갖도록 유도한(procure) 남편은 공범의 책임을 지게 되는 것이다.⁴⁷⁴⁾ 또한 공범은 정범의 범죄보다 더 중한 범죄로 처벌될 수도 있다.⁴⁷⁵⁾

나. 공범(accessories)

1) 공범(accessories) 개념의 정의

2차 가담자인 종범⁴⁷⁶⁾의 책임은 Accessories and Abettors Act 1861에 규정되어 있다. 해당 법률에 따르면, 정범의 범행을 돕거나(aid), 교사하거나(abet), 조언하거나(counsel), 또는 하게 만든(procure) 자는 정범에 대한 공범이며, 정범과 마찬가지로 처벌을 받게 된다.⁴⁷⁷⁾ 종범의 기소와 처벌이 정범과 동일하게 이루어짐에도 불구하고 통상 정범과 종범의 개념을 구별하여 이해하고 있으며, 정범과 공범을 구분하는 실익은 엄격 책임 범죄에서 정범은 mens rea의 입증 없이 처벌될 수 있지만, 공범은 요구되는 고의 요소를 갖추고 가담했을 경우에만 책임이 인정된다는 점에서 찾을 수 있다.⁴⁷⁸⁾ 공범의 책임은 정범의 범죄로부터 파생된 2차적 책임이지만, 공범 감경 없이 정범과 동일하게 처벌한다는 점에서 우리 형법과는 다르다고 할 수 있다. 또한 형량은

471) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 750면.

472) R v Loukes [1996] 1 Cr App R 444 (CA); Thornton v Mitchell [1940] 1 All ER 339.

473) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 841-842면.

474) Cogan v Leak [1976] QB 217.

475) R v Richards (Isabelle Christina) [1974] QB 776 (CA).

476) 2차 가담자 (secondary offenders), 공범 (accomplices), 종범 (accessories) 라는 용어들은 서로 혼용되지만, 법원은 정범의 책임으로부터 파생된 2차적 책임이라는 점이 강조된다는 점에서 "2차 가담자 (secondary parties)"라는 용어를 사용하는 것이 바람직하다는 의견을 피력한 바 있다. R v Bryce [2004] EWCA Crim 1231; [2004] 2 Cr App R 35.

477) Accessories and Abettors Act 1861, 제8조.

478) Callow v Tillstone [1900] 83 LT 411 (DC).

동일하지만 영국에서는 정범에 대한 공범(accessories)으로 구별하여 취급되고 있는 교사/방조자도 모두 단일하게 정범으로 포함시켜 규정하고 있는 미국 연방법의 태도⁴⁷⁹⁾와도 다소 차이가 있다.⁴⁸⁰⁾ 이외에도, 우연히 범행 현장에 있었던 사람은 공범이 아니지만,⁴⁸¹⁾ 범행 합의에 따라 범행 현장에 있었던 자라면 공범으로 인정될 수 있다. 우연이 아닌, 자발적 또는 의도적으로 범행 현장에서 목격하고 있었던 자는 교사나 방조행위의 일응의 증거(prima facie evidence)로 추정될 수 있으나, 이것이 결정적인 증거가 되는 것은 아니다.⁴⁸²⁾

2) 커먼로상 방조, 교사 등 공범의 4가지 행위 형태

Accessories and Abettors Act 1861이 제정되기 이전에도 커먼로에서는 정범의 행위를 돕거나(aided), 교사하거나(abetted), 조언하거나(counselled), 또는 하게 하는(procured) 4가지 행위 중 하나를 했다는 것이 입증되면 정범의 범죄에 대한 공범의 책임이 성립한다고 보았고,⁴⁸³⁾ 법원에 따르면 이러한 단어들의 의미는 일상생활에서 사용되는 통상적인 의미로 이해되었다.⁴⁸⁴⁾ ‘aid’와 ‘abet’는 영어에서 유사한 의미로 이해되기도 하지만, aid는 범행을 돕거나 지원하는 것을 의미한다면, abet는 부추기고 꼬드킨다는 의미가 더 강하다는 점에서 차이가 있으며, 사소한 부추김이나 자극만으로도 충분하다.⁴⁸⁵⁾ 또한 조력자나 교사자의 행위가 범죄행위 당시에 이루어져야 하는 것도 아니며, 범행현장에 함께 있을 것이 요구되는 것도 아니다.⁴⁸⁶⁾ counsel도 ‘advise(조언)’나 ‘encourage(권유)’와 유사한 의미지만,⁴⁸⁷⁾ 정범의 범행이 저질러지기 이전에 이루어진 행위만 해당하는 것이었다.⁴⁸⁸⁾ 유도(procure) 역시 범행을 예측하여

479) 18 U.S.C. §2.

480) 다만, 미국의 모범형법전은 연방법 규정과 달리 정범과 공범 개념을 구별하여 사용하고 있다. MPC§2.06(1)(2).

481) Michael J. Allen/Ian Edwards, Criminal Law, 15th ed., Oxford University Press, 2019, 256면.

482) Jeremy Horder, Ashworth's Principles of Criminal Law, 8th ed., Oxford University Press, 2016, 438면.

483) Re Smith [1858] H&N 227.

484) Attorney-General's Reference (No 1 of 1975) [1975] QB 773.

485) Richard Card/Jill Molloy, Case, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 745면.

486) R v Stringer [2011] EWCA Crim 1396.

487) R v Calhaem [1985] QB 808 (CA).

488) Richard Card/Jill Molloy, Case, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University

설계하고 이러한 범행이 이루어지도록 필요한 조치를 하는 행동을 의미하며, ‘노력하여 결과를 야기하게 하는 것’을 뜻한다. 예컨대, 정범의 잔에 몰래 술을 타서 이를 마시고 운전한 정범이 무과실 책임 범죄인 음주 운전으로 기소되었을 때, 술을 탄 자는 정범과 협력하거나 합작하지 않았지만 정범이 음주 운전을 하도록 유도한 공범으로 처벌받게 된다.⁴⁸⁹⁾ Accessories and Abettors Act 1861과 같은 과거의 법령에서는 커먼로의 표현을 받아들여 ‘aid(조력), abet(교사), counsel(조언), procure(유도)’와 같은 용어들을 사용하였으나, Serious Act 2007에는 이러한 행위 양태들을 통틀어서 assist(조력)과 encourage(교사)라는 현대적인 용어로 대체되었으나 그 의미는 대동소이한 것으로 이해되고 있다.⁴⁹⁰⁾ 검찰이 이러한 교사나 방조 행위가 정범의 행위나 결과에 실제로 효과를 미쳤는지 여부까지 입증할 필요는 없으며,⁴⁹¹⁾ 어떠한 행위가 교사 방조에 이를 정도의 행위였는지 여부는 배심원이 판단할 사실관계의 문제이다.⁴⁹²⁾

다. 기타 공범 관련 개념

1) 무고한 매개자(Innocent Agency)

정범은 자신의 행위가 아니라 무고한 매개자를 이용하여 본인이 의도한 범행의 actus reus를 충족시킬 수 있다. 이 때, 무고한 매개자는 피해자에게 피해를 야기하는 행위를 하였으나, 형사책임무능력자이거나, 금지착오 등으로 형사책임조각사유를 갖춘 자를 의미한다.⁴⁹³⁾ 이 경우, 무고한 매개자는 원래 이용하려고 의도했던 사람이 아니더라도 상관없다.⁴⁹⁴⁾ 예컨대, 자신의 아기를 죽이고 싶었던 피의자가 동료 간호사에게 독약을 약이라고 속여서 자신의 아이에게 먹이도록 시켰으나, 동료 간호사는 아기가 괜찮아진 것 같아 먹이지 않고 그냥 선반에 두었고, 다른 아이가 아기에게 이 약을 먹여 사망하게 한 사건에서, 애초에 피의자가 이용하려고 마음먹은 동료

Press, 2016, 745면.

489) Attorney-General's Reference (No 1 of 1975) [1975] QB 773.

490) Jeremy Horder, Ashworth's Principles of Criminal Law, 8th ed., Oxford University Press, 2016, 433면.

491) R v Calhaem [1985] QB 808 (CA).

492) R v Stringer [2011] EWCA Crim 1396.

493) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 820면.

494) H. L. A. Hart/Tony Honoré, Causation in the Law, 2nd ed., Clarendon Press, 1985, 337면.

간호사와 의도하지 않았으나 실제로 약을 먹인 아이는 모두 무고한 매개자에 해당한다.⁴⁹⁵⁾ 즉, 무고한 매개자는 우리 형법 제34조에 규정되어 있는 간접정범의 피이용자와 유사한 개념이라고 할 수 있다. 이 경우, 무고한 매개자는 정범이 아니며, 그를 이용하여 원하는 범행 결과를 이끌어 낸 사람이 정범으로서 살인죄의 책임을 지게 된다.⁴⁹⁶⁾ 이 점에서 간접정범의 정범설을 따르더라도 형법 제34조 1항에 따라 교사 방조의 예에 의하여 처벌하고 있는 우리 형법과 다르다고 할 수 있겠다.

2) 사후공범

정범의 범행이 저질러진 이후에 정범을 도운 자는 해당 관련 범죄(relevant offence)에 대한 책임을 지지 않지만, 공무집행 방해나,⁴⁹⁷⁾ 대가성 범죄⁴⁹⁸⁾ 등 해당 범죄와는 별개의 다른 범죄로 처벌될 수 있다. 이 때, 정범의 해당 범죄가 저질러졌다는 사실은 입증되어야 하지만, 정범이 반드시 유죄 확정을 받아야 하는 것이 요건은 아니다. 즉, 정범이 무죄 방면되었다고 해서 사후에 정범을 도운 자가 사후 행위에 대한 별개 범죄로 유죄판결을 받을 수 없는 것은 아니다.⁴⁹⁹⁾

4. 공범의 책임과 처벌

앞에서 살펴본 바와 같이 영국은 정범과 공범의 개념을 구별하여 이해하고 있음에도 불구하고, 원칙적으로 공범의 기소와 처벌은 정범과 동일하게 이루어지고 있다.⁵⁰⁰⁾ 즉, 공범 책임이 성립되면 정범으로 처벌한다는 점에서, 공범의 감경처벌을 규정하고 있는 독일 모델과 유사한 우리 형법과는 근본적인 차이가 있다고 할 수 있다. 이에 따라 공범에게 정범의 책임을 묻기 위한 근거를 설명하려는 이론적 시도가 있어 왔다.

495) R v Michael [1840] 173 ER 867.

496) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 742면.

497) Criminal Law Act 1967, 제4조 제(1)항.

498) Criminal Law Act 1967, 제5조 제(1)항.

499) R v Zaman [2010] EWCA Crim 209.

500) 각각의 근거 조항은 다음과 같다. 정식기소 범죄나, 정식 기소/약식 기소 둘 다 가능한 범죄의 공범 책임에 대해서는 Accessories and Abettors Act 1961 제8조; 약식기소 범죄의 공범 책임에 대해서는 Magistrates' Courts Act 1980, 제44조.

가. 파생 이론(Derivative Theory)

이 이론에 따르면, 공범의 책임은 정범이 저지른 범죄에서 파생된 것이며, 공범은 정범이 저지른 범죄와 연루되었기 때문에 책임을 지게 되는 것이라고 설명한다. 우리나라와 달리 공범도 정범과 동일한 범죄로 동일하게 처벌하는 영국의 현실에 비추어 보면, 이 이론은 영국의 현행법과 더 합치하는 면이 있으나,⁵⁰¹⁾ 정범이 고의 조각이나 책임조각사유로 무죄가 되더라도 여전히 공범은 성립이 가능하다는 점에서 파생이론만으로 공범의 책임을 전적으로 설명하기는 어려우며 특히 Serious Crime Act 2007으로 도입된 공범의 미수처벌 조항을 설명할 수 없다.⁵⁰²⁾ 또한 이 파생책임이 정확히 무엇인지도 명확하지 않다. 모든 개인은 자율적인 존재이며, 타인의 행위가 아니라 자신의 행위에 대해서만 책임진다는 것이 형사법의 기본 원칙인데, 이러한 원칙의 훼손을 정당화시킬 수 있는 강력한 논리가 부족하다는 점에서도 비판을 받고 있다. 예컨대, 나가서 강도짓을 하려는 정범을 위해 아기를 대신 봐주는 것과 같이 범행에 사소한 도움을 제공한 행위가 정범의 범죄 책임과 동일하게 처벌되는 것을 정당화시키기에는 무리가 있다는 것이다.⁵⁰³⁾

나. 인과관계 이론

공범의 책임을 설명하는 두 번째 이론은 공범이 부분적으로나마 피해자에게 해악을 야기했다는 점에 근거를 둔 것이다.⁵⁰⁴⁾ 이 인과관계 이론은 타인의 행위가 아니라 자신의 행위에 따른 결과에 대해서만 책임진다는 형사법의 기본 원칙에 기초하여 만약 공범의 행위가 범행 피해 발생에 어떤 기여도 하지 않았다면 공범의 책임은 발생하지 않는다고 본다.⁵⁰⁵⁾ 이러한 인과관계 이론에 대해 정범과 공범이 언제나

501) 종범의 처벌을 정범보다 감경하는 독일 같은 입법례에 대하여, 공범이 정범보다 더 비난가능성이 높은 경우도 있다는 면에서 타당하지 않다고 반박하는 학자도 있다(Jeremy Horder, *Ashworth's Principles of Criminal Law*, 8th ed., Oxford University Press, 2016, 435면.).

502) Jonathan Herring, *Great Debates in Criminal Law*, 3rd ed., Oxford University Press, 2015, 187면.

503) Jonathan Herring, *Criminal Law: Text, Cases and Materials*, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 848면.

504) John Gardner, *Complicity and Causality*, *Criminal Law and Philosophy* Vol. 1 No. 2, 2007, 127-141면.

505) John Gardner, *Complicity and Causality*, *Criminal Law and Philosophy* Vol. 1 No. 2, 2007,

동일하게 결과 발생에 기여하는 것은 아니며, 피해자를 칼로 찌른 자와 그 칼을 제공한 자는 모두 피해자의 죽음에 기여한 셈이지만, 도덕적 차이가 있다는 것을 간과하고 있다는 비판이 존재한다.⁵⁰⁶⁾

다. 미수 모델

미수모델은 공범책임을 미수 범죄의 일환으로 봐야 한다고 주장한다. 이러한 미수 모델 이론은 앞에서 살펴본 Serious Crime Act 2007에 새로 신설된 교사 방조죄 미수범 조항⁵⁰⁷⁾이 정범의 범죄 실행 착수 입증을 요하지 않는다는 점에서 현행법에 어느 정도 반영되어 있지만, 현행법상 정범이 범죄의 actus reus를 충족시키지 못하여 범죄가 성립되지 않을 경우 공범의 책임도 성립될 수 없다는 점을 감안하면, 미수모델만으로 현행법상 공범의 책임 근거를 설명하기는 어렵다.

앞에서 언급한 바와 같이 법률 위원회(Law Commission)는 공범 책임 관련법의 개혁을 위해 두 개의 주요 보고서를 내놓은 바 있는데, 이 중 첫 번째 보고서⁵⁰⁸⁾에서 정범의 범죄 성립 여부와 무관하게 교사 방조죄의 미수 책임을 물을 수 있도록 개정하는 입법으로 이어진 급진적인 권고안을 담고 있다면, 두 번째 보고서는 공범 관련 현행법에 약간의 수정만 가하여 기존의 규정 방식을 보존하고자 하는 입장을 옹호하고 있다.⁵⁰⁹⁾ 즉, Law Commission은 공범 책임의 이론적 근거와 관련하여 파생 책임이론과 미수 모델 두 가지 모두를 지지하고 있는 입장인 셈이다.⁵¹⁰⁾

136면.

506) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 852면.

507) Serious Crime Act 2007, Part 2.

508) Law Commission, Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime(LAW COM No. 300), 2006, 146-147면.

509) Law Commission, Participating in Crime(LAW COM No 305), 2007, 130-133면.

510) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 865면.

5. 공범 관련 특수한 문제들

가. 공범과 과실 - 공범 책임과 주관적 범의(mens rea)

1) 교사/방조의 의도(Intention to assist or encourage)

공범에게 요구되는 주관적 고의 요소(mens rea)는 정범의 범죄행위를 교사하거나 방조하려는 의도라는 점에서 정범에게 요구되는 고의 요소와는 다른 것이다. 즉, 정범을 교사하거나 방조한 피의자가 공범으로 책임이 인정되기 위해서는, 피의자가 정범의 범죄를 야기하거나 구성하는 행위를 하도록 방조하거나 교사하려고 의도했다는 것이 입증되어야 한다.⁵¹¹⁾ 만약 피의자의 방조나 교사 행위가 우연이 아니라 일부러 의도적으로 한 것이 아니거나, 본인이 정범의 범행을 교사하거나 방조할 수 있다는 사실을 알면서 한 게 아니라면 이러한 의도는 인정될 수 없다.⁵¹²⁾ 그러나 정범의 범죄가 저질러지는 것이 피의자의 교사 방조 행위의 목적이거나 목표여야만 하는 것은 아니며, 정범의 범죄에 대해 사전에 상세하게 알고 있었는지 여부는 피의자의 고의 인정 여부와 무관하다.⁵¹³⁾

2) 범행 정황 및 유형에 대한 인지(knowledge)

공범 책임이 성립하려면 정범의 행위가 범죄가 되기 위해 필요한 사실 관계에 대해 공범이 반드시 알고(know) 있었어야 한다.⁵¹⁴⁾ 이러한 맥락에서의 인지(knowledge)에 과실(negligence)은 포함되지 않는다는 점은 명백하며⁵¹⁵⁾ 무모함(recklessness)만으로도 충분하다는 견해도 있으나,⁵¹⁶⁾ 대법원의 판례에 따르면 무모함만으로는 mens rea가 충족되지 않으며, 적어도 알고 있었을 것(knowledge)이 요구된다는 입장이다.⁵¹⁷⁾ 공범이 성립되기 위한 mens rea를 갖추기만 하면, 정범의 범죄에 대한 상세한 내용을 미리 알고 있었는지 여부는 중요하지 않으며, 단지 범죄의 형태를 가늠할 수 있을

511) Michael J. Allen/Ian Edwards, Criminal Law, 15th ed., Oxford University Press, 2019, 261면.

512) R v Bryce [2004] EWCA Crim 1231.

513) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 754-757면.

514) Michael J. Allen/Ian Edwards, Criminal Law, 15th ed., Oxford University Press, 2019, 264면.

515) R v Webster [2006] EWCA 415.

516) Carter v Richardson [1974] RTR 314 (DC).

517) R v Jogee [2016] UKSC 8.

만큼의 사실관계를 알고 있는 것만으로도 족하다.⁵¹⁸⁾

3) 정범의 고의와의 관련성

만약 공범인 D는 정범인 P가 A범죄의 고의를 가지고 있다고 믿고 P를 돕기로 의도 하였으나, 실제로는 P가 다른 범죄의 고의를 가지고 있었던 경우를 생각해 보자. 이 경우에도 D의 고의를 인정할 수 있을까? 예컨대, P가 V를 멍들게 하기 위해 때리려는 것이라고 D가 예견하고 도왔으나 실상 P는 V를 죽이려는 의도로 때린 것이었고 이로 인해 V가 사망한 경우가 이에 해당한다. 이때, P의 고의가 D가 예견했던 것과는 근본적으로 다른(fundamentally different) 것이었다면 D는 공범의 책임을 지지 않게 되지만, 근본적으로 다른 게 아니라 예견했던 고의에서 단순히 격화되어 더 중대한 결과를 야기하게 된 경우라면 murder 대신 감경된 manslaughter의 책임을 지게 된다.⁵¹⁹⁾ 그러나 Joojee 판결로 대법원이 이러한 근본적 차이 원칙을 폐기한 것으로 보아야 한다는 주장도 있다.⁵²⁰⁾

또한 공범의 2차적인 책임은 원칙적으로 정범과 공범 사이에 합의가 있을 것을 요건으로 하지 않으므로, 범죄를 저지르려는 상호간 암묵적인 이해의 존재만으로 족하며, 피의자는 사전에 정범과 어떤 합의된 계획이 없었더라도, 범죄 행위를 교사한 데 대하여 공범의 책임을 지게 될 수도 있다.⁵²¹⁾ 마지막으로, 정범의 범죄가 특수한 고의를 요구하는 것이라면, 공범인 피의자 역시 그러한 특정 고의를 가지고 행위했을 경우에만 공범 책임이 성립할 수 있다.⁵²²⁾

518) R v Bainbridge [1960] 1QB, 129; DPP for Northern Ireland v Maxwell [1978] 3 All ER 1140; R v Jogee [2016] UKSC 8.

519) R v Jogee [2016] UKSC 8.

520) Jeremy Horder, Ashworth's Principles of Criminal Law, 8th ed., Oxford University Press, 2016, 458면.

521) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 761면.

522) R v Jogee [2016] UKSC 8.

나. 공범과 부작위

1) 원칙

통상적으로 공범 책임이 성립하기 위해서는 적극적인 교사나 방조행위가 요구된다. 즉, 원칙적으로는 단순히 범죄발생 방지를 회피한 것만으로는 충분하지 않으며, 단순히 정범이 범행을 저지르고 있다는 것을 알고 있었다는 사실만으로 공범 책임이 성립되지는 않는다. 예컨대, 배우자나 동거인이 마약 거래 행위를 저지르고 있다는 것을 알면서도 아무런 조치도 하지 않은 경우 단지 같은 방에 살고 있으니 범행 사실을 알고 있었을 것이라는 점만으로는 해당 범죄행위를 교사, 방조했을 것이라는 직접 증거가 될 수 없다고 법원은 판단한 바 있다.⁵²³⁾ 그러나, 이러한 원칙에 대해서는 다음과 같은 두 가지 예외가 있다.

2) 예외

첫째, 만약 피의자가 정범의 행위를 지배/제어(control)할 수 있는 권리나 권력을 가지고 있음에도 불구하고 의도적으로(deliberately) 범행을 막지 못한 경우, 이러한 부작위는 교사의 정도에 이른 것으로 보아 교사 방조행위가 될 수 있다.⁵²⁴⁾ 물론 이 경우에도 피의자에게 정범의 범행에 대한 공범 책임을 묻기 위해서는 피의자가 부작위 시점에 주관적 범의를 가지고 있었어야 한다는 mens rea 요건을 충족시켜야 한다. 예컨대, 타인이 음주운전 중임을 알면서 해당 차량에 동승한 차 주인이 의도적으로 이러한 운전을 제지하거나 막지 않았다면, 동승한 차 주인에게 위험한 운전(dangerous driving)⁵²⁵⁾ 범죄의 공범 책임을 물을 수 있다는 것이 법원의 입장이다.⁵²⁶⁾ 두 번째 예외는 만약 정범의 해당 범죄 행위를 막지 않으면 형사책임이 발생할 수도 있는, 피의자에게 법적 행위 의무가 있는 관계인 경우이다. 예컨대, 자신의 어린 자녀가 범죄를 저지르고 있는 것을 옆에서 지켜보면서 막을 수 있었는데도 막지 않은 부모는 적절한 개입조치를 취할 의무가 있는 자이므로 해당 범죄의 공범이 될 수

523) R v Bland [1987] 151 JP 857 (CA).

524) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 747면.

525) Road Traffic Act 1991, 제1조.

526) R v Webster [2006] EWCA Crim 415; R v Martin [2010] EWCA Crim 1450.

있다.⁵²⁷⁾ 이 두 가지 예외 모두 정범의 범행이 저질러지고 있을 때 공범 피의자가 현장에 있었는지 여부와는 상관없이 적용된다.⁵²⁸⁾ 그러나 앞에서 살펴 본 공범의 4가지 행위 형태 중 유도(procure)의 경우, 개념 정의상 부작위를 통해서는 성립할 수 없게 된다.⁵²⁹⁾

다. 공범과 미수

1) 커먼로상 선동죄의 폐지 및 미수의 공범 인정

고용주로부터 물건을 훔치도록 직원을 “청탁(solicit)하고 꼬드긴(incite)” 죄로 기소된 역사적인 Higgins 판결 이후, 커먼로상 선동죄(incitement)는 타인으로 하여금 범죄를 저지르도록 부추기거나 설득하는 것으로 이해되어 왔다.⁵³⁰⁾ 이 사건에서 주요 쟁점은 특정 행위가 선동에 의해 이루어져야만 하는지 여부였다. 이 범죄의 골자는 “선동(incitement)”이며, 선동된 자가 실제로 범죄 실행의 착수로 나아가지 않은 상황에서는 이러한 행위를 ‘선동 미수’로 취급했던 이후의 판결 태도와는 다른 것으로 미수 범죄로서의 선동은 정확히 어느 시점에서 법이 개입해야만 하는지에 관해 섬세한 판단을 요구하는 것이다. 원칙적으로 선동의 대상이 된 행위는 반드시 범죄로 처벌되는 행위여야 하는 것은 아니었으며, 따라서 실행의 착수 유무와 관계없이 선동했다는 행위 그 자체만으로 성립하는 일차적인 책임이었다.⁵³¹⁾ 이러한 커먼로상의 선동범죄는 각종 성문법령에 규정되면서, 예컨대 경찰관을 꼬드겨(induce) 징계대상 범죄를 저지르게 한 자를 처벌하는 경찰법 규정은 이후 “꼬드기려고 시도한” 및 “꼬드기는 정도에 이른 행위를 한”이라는 문구를 추가하는 방식으로 보완하기도 하였다.⁵³²⁾ 선동에 대해서는 특히 주관적 요소와 관련하여 예컨대 피의자가 교사 대상을 찾았으나, 교사의 의사소통 없이 정범이 그냥 범죄 실행의 착수에 나선 경우, 범죄가 일어난

527) R v Gibson and Gibson [1984] 80 Cr App R 24 (CA).

528) R v JF Alford Transport Ltd [1997] 2 Cr App R 326, (CA).

529) Richard Card/Jill Molloy, Card, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 748면.

530) R v Higgins [1801] 2 East 5; 102 ER 269.

531) Joseph Jaconelli, Incitement: A Study in Language Crime, Criminal Law and Philosophy Vol. 12 No. 2, 2018, 246면.

532) 현재는 폐지되었으나 (구) Police Act 1964, 제53조 (1)항.

경우 피의자는 공범으로 책임을 지게 되지만, 교사 선동행위가 존재하였음에도 불구하고 정범이 실행의 착수로 나아가지 않아 범죄가 발생하지 않은 경우, 엄연히 교사행위를 저질렀음에도 불구하고 처벌을 면하게 되는 경우가 발생하게 되었다.⁵³³⁾ 법률위원회는 이러한 공백이 음모(conspiracy) 법리를 불합리하게 확대하는 결과를 가져올 수 있다고 판단하였다.⁵³⁴⁾ 이에 따라 법률 위원회는 선동죄를 폐지하고, 미수행위에 대한 교사(encouraging) 및 방조(Assisting)죄의 신설을 권고하였고, 이는 Serious Crime Act 2007의 입법으로 실현되었다.⁵³⁵⁾ 이를 통해 아직 범죄행위가 발생하지 않은 경우에도 해당 범죄를 교사하거나 방조한 피의자에 대해 책임을 물을 수 있게 된 것이다. 커먼로의 이 오래된 책임 형태는 Serious Crime Act 2007의 입법을 통해, 범행을 교사하고, 방조하는 두 가지 행위를 포괄하는 것으로 재규정되어, 기존 커먼로상 선동죄의 근거와 공범 책임의 근거가 나란히 놓이게 된 것이다.⁵³⁶⁾

2) Serious Crime Act 2007 상 신설된 미수의 공범 규정

위에서 살펴본 바와 같이 Serious Crime Act 2007의 입법을 통해 교사나 조력을 받은 정범의 범죄가 저질러지지 않은 경우에도 피의자에게 교사/방조 행위에 대한 책임을 물을 수 있는 근거 규정이 마련되었다. 본 법 규정으로 만들어진 범죄가 전통적인 공범 책임과 다른 점은, 후자의 경우 교사, 조력을 받은 자가 반드시 실행의 착수에 나서야만 인정되지만, 본 법에 따른 책임의 경우 정범의 범죄가 발생했다는 것을 입증할 필요가 없다는 점이다.⁵³⁷⁾ 엄밀하게 보면, 미수 범죄의 공범 책임 인정보다 ‘범죄를 용이하게 한 죄’(offence of facilitating crime)의 부재로 인한 공백⁵³⁸⁾을 보완하기 위한 입법으로 이해하는 것이 더 쉬울 수도 있겠다. 새로 신설된 Serious Crime

533) Law Commission, Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime(LAW COM No. 300), 2006, 21~23면.

534) Law Commission, Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime(LAW COM No. 300), 2006, 23면.

535) Serious Crime Act 2007, Part 2, 제44-46조.

536) Joseph Jaconelli, Incitement: A Study in Language Crime, Criminal Law and Philosophy Vol. 12 No. 2, 2018, 246면.

537) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 772면.

538) David Ormerod/Rudi Fortson, Serious Crime Act 2007: the Part 2 offences, Criminal Law Review, 2009, 396면.

Act 2007의 Part 2에서 해당 규정들의 각 범죄 성립에 필요한 객관적 요소(actus reus)는 교사(encourage)나 방조(assist) 행위를 요구한다는 점에서 모두 동일하며, 주관적 요소(mens rea)상 차이를 기준으로 다음과 같이 세 가지 범죄를 구별하여 규정하고 있다. 즉, 제44조의 범죄가 성립하려면 피의자는 반드시 범죄의 실행을 교사 또는 방조할 것을 의도(intent)해야 하지만, 제45조와 제46조에서 요구되는 주관적 요소는 피의자가 교사, 방조 행위 당시 범죄가 발생하리라고 믿기만(believe) 하면 족하며, 제66조에 따르면 이러한 교사, 방조행위는 간접적인(indirect) 방법으로 이루어져도 책임을 지게 될 수 있다.⁵³⁹⁾ 예컨대, 조직원에게 타인을 교사하여 피해자를 청부살인을 지시한 조직폭력집단의 두목은 제44조에 따른 책임을 지게 될 것이다.⁵⁴⁰⁾

(1) 고의⁵⁴¹⁾

제44조는 제45조나 제46조에 비해 더 중한 범죄와 관련되어 있으며, 제44조 위반 범죄에서 요하는 고의는 직접 고의로서 간접 고의만으로는 성립될 수 없다. 만약 피의자가 간접 고의에 해당하는 사실상 확실한 결과 발생을 예견하는 정도로는 고의가 아니라 믿음에 불과하며, 따라서 제44조가 아닌 제45조의 적용을 받게 되는 것이다. 그러나 실제로 피의자가 교사 방조한 정범이 범죄의 주관적 요소를 갖추고 있으리라고 피의자가 예견하고 있었음을 입증하는 것은 쉽지 않다. 제44조는 피의자가 정범의 범죄를 교사 또는 방조하려고 의도했음을 입증할 증거를 요하는데, 이는 타인이 그 범죄 성립에 필요한 주관적 요소를 갖추고 있을 것이라고 의도해야만 한다는 의미이기 때문이다. 그러나 동법 제47조 제5항은 정범이 필요한 주관적 요소를 가지고 있을 것이라고 피의자가 의도하거나, 예견했다면 유죄라고 규정하고 있다.⁵⁴²⁾ 만일 범죄가 특정한 상황을 요한다면, 피의자는 그 특정한 상황까지 예견하거나 의도해야 한다. 요컨대, 제44조의 범죄 성립에 요구되는 피의자의 주관적 요소는 ① 범죄의

539) Serious Crime Act 2007, 제66조.

540) "Section 66: Indirectly encouraging or assisting", <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/27/notes/division/6/2/11/3> (2020년 10월 31일 최종검색).

541) Serious Crime Act 2007, 제44조.

542) Serious Crime Act 2007, 제47조 제(5)항. 또한 이 조항은 정범이 mens rea를 결여한 경우라고 하더라도 만약 피의자가 해당 행위를 할 때 이 주관적 요소를 가지고 있었을 것이라면 책임을 져야 한다고 규정하고 있다.

실행을 원조 또는 방조하고자 하는 고의, ② 원조 또는 방조의 대상이 되는 타인이 범죄의 주관적 요소를 가질 것임에 대한 예견 또는 고의, ③ 범죄의 객관적 요소로 요구되는 상황이 존재할 것에 대한 예견 또는 고의까지 전부 요하는 것으로 정리될 수 있다.⁵⁴³⁾

(2) 믿음⁵⁴⁴⁾

제45조는 피의자가 자신의 행위가 교사 또는 방조 행위에 해당하며, 그러한 교사 방조를 통해 정범의 범죄 발생이 이루어질 것이라고 ‘믿을 것’을 요구한다. 이 때 피의자가 범죄 발생을 원한다는 것까지 입증할 필요는 없지만, 유죄 인정을 위해 어느 정도의 예견이 필요한지는 명확하지 않다. 다만 제45조는 “범죄가 저질러질 것”에 대한 믿음을 명시하고 있는 바, 이는 단순한 의혹이나 두려움만으로는 충분하지 않다는 뜻이며, 따라서 제45조를 통해 유죄가 성립되는 경우는 생각보다 넓지 않다. 또한 동법은 부칙에서 제45조가 적용되지 않는 범죄의 목록을 열거하고 있으며, 여기에는 음모(conspiracies), 미수, 및 일부 법정 선동죄들이 포함되어 있다.⁵⁴⁵⁾

(3) 하나 이상의 범죄 발생에 관한 믿음⁵⁴⁶⁾

제46조는 피의자가 범죄 발생을 위해 타인을 교사 또는 방조하지만 타인이 어떤 범죄를 저지르는지는 모르는 경우에 적용된다. 즉 피의자는 타인이 다수의 범죄를 저지르도록 교사, 방조하면서, 그 중 하나 이상의 범죄를 저지를 것이라고 믿은 경우에 해당한다. 이 때 요구되는 주관적 요소는 피의자가 자신의 행위가 당해 범죄 중 하나의 발생을 교사, 방조하고 있다고 믿었어야 하고, 또한 교사, 방조된 범죄 중 하나가 발생하리라고 믿었어야 한다. 제45조와 마찬가지로 “범죄가 저질러질 것”이라는 요건은 범죄가 반드시 발생할 것이라는 매우 강한 믿음을 의미하며, 단순히 범죄가 일어날 지도 모른다는 믿음만으로는 충분하지 않다.⁵⁴⁷⁾ 다만 피의자가 여러 범죄 중 하나가 저질러질 것을

543) Jonathan Herring, *Criminal Law: Text, Cases and Materials*, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 774면.

544) Serious Crime Act 2007, 제45조.

545) Serious Crime Act 2007, 부칙 3, 38A.

546) Serious Crime Act 2007, 제46조.

547) Jonathan Herring, *Criminal Law: Text, Cases and Materials*, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 775면.

믿지만, 어떤 범죄가 저질러질지는 모르는 경우에도 제46조는 적용될 수 있다.⁵⁴⁸⁾

(4) 철회에 따른 항변

교사/방조 행위는 정범이 피의자의 교사 방조 행위를 인지한 순간 이루어진 거나 다름없으므로 이후 철회해도 교사 방조 범죄는 기수가 되어버려 원칙적으로 항변이 될 수 없지만, 동법 제50조에 규정된 “합리적으로 행동(reasonably act)”한 경우 중 하나에 해당할 때만 항변을 주장할 수 있다. 이 항변은 행위 자체가 합리적이거나, 또는 피의자가 존재하지 않은 상황을 합리적으로 믿고 이에 따라 합리적으로 행동하였을 때, 두 가지 중 하나일 때 인정될 수 있다.⁵⁴⁹⁾ 또한 동법 제65조 (2)항에 따르면, 피의자는 직무 수행을 위한 합리적인 조치를 취하지 못했을 경우 공범 책임을 질 수 있다. 다만 단순히 잊어버린 정도가 아닌 의도적인 불이행이어야 한다.⁵⁵⁰⁾ 예컨대, 침입한 강도를 도울 의도로 보안 경보 작동을 하지 않은 보안 요원이 이에 해당한다.⁵⁵¹⁾

라. 공모 공범 원칙

1) 개념

2인 이상의 사람이 공동으로 범행에 착수한 경우, 이 공동 범행으로 인한 직접적인 결과에 대해 가담자 전원이 책임져야 한다는 것이 오랜 입장이었다. 그러나 공동범행 과정에서, 한 명이 합의된 범위를 넘어서는 추가적인 범행(collateral offence)을 저질렀을 때 문제가 발생한다.⁵⁵²⁾ 공모 공범(joint enterprise 또는 Joint criminal venture)⁵⁵³⁾은 이렇게 2인 이상이 공동으로 A 라는 범행에 가담한 자 중 1명(P)이 범행 과정에서 다른 범죄 B를 추가적으로 저질렀을 때 다른 공범(D)이 이러한 P의 추가적인 범행에

548) Serious Crime Act 2007, 제47조 제4항.

549) Serious Crime Act 2007, 제50조.

550) Serious Crime Act 2007, 제65조 제(2)항 (b).

551) Law Commission, Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime(LAW COM No. 300), 2006, 63면.

552) Law Commission, Inchoate Liability for Assisting and Encouraging Crime(LAW COM No. 300), 2006, 13면.

553) 법원마저도 joint principals, joint enterprise, accessories 용어를 혼용하며 이 용어들 사이의 차이점에 관해 다소 혼동하는 것처럼 보인다. DPP v Nedrick-Smith [2006] EWHC 3015 (Admin); 다만, 과거에는 joint enterprise 라는 용어를 주로 사용하였으나, R v Jogee [2016] UKSC 8 판결 이후부터 영국의 대법원은 joint venture 라는 용어를 사용하기 시작하였다.

대해서도 책임을 저야 하는지의 문제로 공모한 행위를 넘어서는, 즉, 기능적 행위지배를 인정할 수 없는 범행에까지 책임을 인정해야 하는지의 문제로 이해한다면 우리 형법의 공모공동정범 개념과도 유사한 논의라고 할 수도 있겠다. 예컨대 2인 이상의 사람이 강도죄를 저지르려는 공통의 목적을 가지고 합동으로 범행에 가담하는 과정에서 이들 중 한 명이 사전에 공모한 것과는 다른 범죄를 - 예컨대 살인 - 저지른 경우와 같은 상황을 해결하기 위한 것이다. 이러한 문제를 다룬 기존의 판례들이 너무 애매하고 복잡하여 제대로 된 지침을 제공해 주지 못하고 있다는 비판을 받았고,⁵⁵⁴⁾ 이에 따라 영국 대법원은 2016년 Joggie 판결을 통해 새롭게 원칙들을 재정비하여 제시하였다. 이하에서 해당 판결의 의미를 좀 더 상세하게 살펴보도록 하겠다.

2) 공모 범위와 다른 행위에 대한 책임

2인 이상의 사람이 공통의 목적을 가지고 합동으로 범행에 관여한 상황에서 가담자 중 한 명(P)이 예전에 없던 추가적인 범행을 저지른 경우, 추가적인 범행을 저지르지 않은 가담자인 피의자(D)에게 P의 추가 범행에 대한 공범 책임이 성립하려면 그가 단순히 정범이 공모한 A 범죄를 저지르는 과정에서 B 범죄에 요구되는 mens rea를 가지고 행위했다는 것을 예견하기만 하면 족하다는 것이 영국 대법원이 창설되기 전 최종 상급심을 담당했던 House of Lords 의 기존 입장이었다.⁵⁵⁵⁾ 이 때 D가 비록 예견했다 하더라도 P가 예견한 행위와 근본적으로 다른 범행을 저질렀다면, D에게 공범 책임을 물을 수 없다는 것이었다.⁵⁵⁶⁾ 그러나 2016년 Joggie 사건에서 영국 대법원은 Chan Wing-Siu 판결과 Powell, Daniels and English 판결을 파기하면서, 추가적인 범행이 저질러질지도 모른다는 가능성을 예견한 것만으로는 공범 책임에 요구되는 mens rea를 충족시킬 수 없으며, P가 추가 범행 B를 저지르도록 교사 방조하기로 D가 의도했을 경우에만 D는 공범 책임을 지게 된다고 판시하였다.⁵⁵⁷⁾ 오랫동안 공범 책임 성립에 요구되는 mens rea 요건에 대한 법원의 입장이 명확하지 않았으나, Joggie 판결을 통해 과거의 논란이 되어 온 판례의 내용을 정리하고 이 문제에 관한 핵심적인

554) House of Commons Justice Committee, Joint Enterprise (HC Paper, No.1597), 2012, 36면.

555) Chan Wing-Siu v R [1985] AC 168 (PC).

556) R v Powell, Daniels and English [1999] 1 AC 1.

557) R v Joggie [2016] UKSC 8.

원칙—공범의 ‘예견’이 아니라 ‘의도’를 기준으로 mens rea를 판단해야 한다는—을 제시하였다는 점에서 공범 책임에 관한 가장 중요한 판결 중 하나라고 할 수 있다.⁵⁵⁸⁾

만약 공범이 정범의 특정한 범죄 행위를 교사하였으나, 정범이 교사한 행위보다 덜 중한 범죄를 저지른 경우, 공범은 애초에 의도했던 더 중한 범죄에 대한 공범으로 처벌받게 된다.⁵⁵⁹⁾ 이 때 원래 의도했던 더 중한 범죄가 저질러지지 않았더라도 공범은 책임을 지게 되는 셈이므로, 공범의 책임은 정범의 범죄로부터 파생된 것으로 보기 어려우며, 정범의 행위와는 별개의 것으로 이해되어야 한다.⁵⁶⁰⁾

3) 공모 관계의 이탈

범행이 저질러지기 전에 유효하게 자발적으로 가담을 철회한 자는 공범의 책임을 면할 수 있다. 다만, 정범에게 범죄를 저지르도록 교사한 경우, 정범이 일단 해당 범죄의 실행에 착수하면 철회할 수 없다.⁵⁶¹⁾ 유효한 철회가 무엇인지에 대해서는 사건마다 다르고 정해진 원칙이 따로 있는 것은 아니다. 단순히 후회하는 것만으로는 충분하지 않고,⁵⁶²⁾ 미리 계획된 범죄 현장에 나타나지 않았다는 사실만으로도 충분하지 않으며,⁵⁶³⁾ 범행 현장에서 도망치는 것만으로는 유효한 철회가 될 수 없다는 것⁵⁶⁴⁾이 커먼로의 입장이다. 즉, 유효한 철회가 되기 위해서는 단순한 마음 상태의 변화나 물리적 장소 이탈 이상의, 공통의 목적에서 이탈하겠다는 의사를 범행을 계속하고자 하는 다른 가담자들에게 시의적절하게 전달할 것이 요구되며, 이 ‘시의적절한 전달’은 구두나 다른 방식으로 더 이상 조력하지 않을 것이라는 점을 명확하게(unequivocally) 통지하는 것을 의미한다.⁵⁶⁵⁾ 간혹 시의적절한 전달만으로는 부족하고 추가적인 행동이 필요할 경우가 있는데, 예컨대 만약 가담의 형태가 범행을 위한 수단을 공급하는 방식으로 조력하는 것이라면, 범죄를 막기 위해 모종의 조치가 취해질 것이 요구되며,

558) David Ormerod/Karl Laird, Joguee: not the end of a legal saga but the start of one?, Criminal Law Review, 2016, 544-550면.

559) R v Howe [1987] AC 147.

560) Jeremy Horder, Ashworth's Principles of Criminal Law, 8th ed., Oxford University Press, 2016, 461면.

561) Michael J. Allen/Ian Edwards, Criminal Law, 15th ed., Oxford University Press, 2019, 278면.

562) R v Bryce [2004] EWCA Crim 1231; [2004] 2 Cr App R 35.

563) R v Rook [1993] 2 All ER 955 (CA).

564) R v Becerra and Cooper [1975] 62 Cr App R 212.

565) R v Becerra and Cooper [1975] 62 Cr App R 212.

이러한 조치에는 경찰이나 피해자에게 미리 알려 범죄 발생을 예방하는 것 등이 포함된다.⁵⁶⁶⁾ 그러나 실제로 범죄 발생을 막아야만 유효한 철회로 인정되는 것은 아니며,⁵⁶⁷⁾ 공범이 유효하게 철회했음을 충분히 입증했는지 여부는 궁극적으로 배심원이 판단할 사실관계 문제이다.⁵⁶⁸⁾ 또한, 정범의 범죄가 저질러지기 전에 공범이 체포되었다는 사실만으로는 유효한 이탈이나 철회가 될 수 없다.⁵⁶⁹⁾

6. 소결

앞에서 살펴 본 영국법상 공범에 관한 법리를 간략하게 요약해 보면 다음과 같다. 공범이 성립하기 위해 요구되는 객관적 행위 요건은 정범을 돕거나 교사하는 것이며, 공범의 주관적 범의 요건으로는 정범의 범행을 교사하거나 돕기로 의도했을 것이 요구된다. 공범 책임을 인정하는 이론적 근거로 공범이 자신을 정범의 범죄에 연루시켰다는 데서 찾는 파생책임 모델, 정범이 야기한 피해 발생에 공범이 기여했다는 인과관계모델, 공범은 정범의 행위와 무관하게 어디까지나 자신의 행위에 대해서만 책임을 져야 한다는 미수모델 등이 있으나, 이 중 한 가지 이론만으로 현행법을 설명해 낼 수는 없으며, 판례의 입장은 사안에 따라 세 가지 이론 모두에 기초하고 있다. 또한 정범과 공범의 개념을 구별하고는 있지만 공범도 원칙적으로 정범과 동일하게 처벌한다는 점에서 공범의 감경처벌을 규정하고 있는 우리 형법과는 차이가 있다. 정범과 공범의 상호관계를 설정하는 데 있어서 영국에서는 공범의 책임 인정을 위해서는 정범의 범죄를 전제로 한다는 점에서 소위 공범종속성설⁵⁷⁰⁾의 입장에 가까운 것처럼 보이지만, Serious Crime Act 2007으로 공범의 미수 처벌을 인정하게 되었다는 점에서는 공범독립성설을 가미하고 있다고 볼 수 있다.

566) R v Becerra and Cooper [1975] 62 Cr App R 212.

567) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 843면.

568) R v O'Flaherty [2004] EWCA Crim 526.

569) Richard Card/Jill Molloy, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 772-776면.

570) 신동운, 형법총론, 제11판, 법문사, 2019, 641-642면.

제2절 | 미국

1. 개관

가. 커먼로상의 공범(Complicity)

커먼로상 넓은 의미의 공범(complicity)⁵⁷¹⁾은 정범(principal)과 공범(accessory)⁵⁷²⁾으로 구분하였으며, 정범은 ① 1급 정범(principal in the first degree)과 ② 2급 정범(principal in the second degree)으로, 공범은 ① 사전공범(accessory before the fact)과 ② 사후공범(accessory after fact)으로 구분하였다.⁵⁷³⁾ 1급 정범은 실제 범죄행위를 실행한 직접정범이나 타인을 범죄실행의 도구로 이용하는 간접정범을 말하며, 2급 정범은 범죄현장에 현재하거나 사실상 범죄현장에 있는 것과 같은 상황에서⁵⁷⁴⁾ 정범의 범죄행위를 “방조하고 교사(aid and abet)”하는 행위를 의미한다.⁵⁷⁵⁾ 양자의 차이는, 전자는 범죄를 실제로 실행하는 사람으로서 기능적으로 범죄 행위를 분담하거나 타인을 도구로 하여 간접적으로 범죄를 실행하는 반면에, 후자는 정범의 범죄를 용이하게 할 고의로 격려, 자문, 선동 등의 교사 및 방조행위를 하는 것이다.

사전공범은 정범의 범죄행위를 방조하고 교사한다는 점에서는 2급 정범과 같지만 범죄실행 당시 현장에 현재하지 않는다는 점에서 차이가 있다. 사전공범은 1급 정범에 대하여 목적인 범죄에 대한 교사(solicits), 상담(counsels) 또는 강요에 이르지 않는 정도의 명령(commands)을 하는 것을 말한다.⁵⁷⁶⁾ 이에 반해, 사후공범은 범인의 체포 또는 유죄 재판을 방해하는 등의 사법방해죄로서의 성격을 갖는데 오늘날에는 공범의

571) 이때 넓은 의미의 공범(complicity)은 공동정범, 공모범, 교사범, 방조범 등 범죄에 다수인이 참가하는 형태를 의미한다.

572) Accessory를 종범으로 번역하기도 한다. 그러나 accessory는 교사범 또는 방조범을 모두 포함하는 개념이므로 공범이라고 번역하는 것이 타당하다.

573) Charles E. Torcia, Wharton's Criminal Law Volume 1, 15th ed., Clark Boardman Callaghan, 2019, §29.

574) 예컨대, 범죄현장에는 없지만 무전기, 망원경 등으로 상황을 알려주거나 도와주는 경우를 들 수 있다.

575) 단순히 도와준다(aid)는 의미와 달리 교사(abet)는 범죄행위에 대하여 인식하고 이를 부추(instigate)기고 격려(encourage)한다는 의미가 포함되어 있다(Charles E. Torcia, Wharton's Criminal Law Volume 1, 15th ed., Clark Boardman Callaghan, 2019, §29).

576) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 440면.

유형에서 제외되어 별도의 죄로 처벌되고 있으므로 공범으로 분류하지 않는다.⁵⁷⁷⁾ 예컨대, 연방형법은 범죄 발생 후 체포, 재판 및 처벌을 방해하기 위해 범인을 도와주는 등의 행위를 하는 사람을 사후공범으로 규정하고, 다른 법률에 별도의 처벌조항이 없는 경우 정범의 법정형이 유기징역이나 벌금형의 경우에는 장기 또는 다액의 1/2 이하, 무기 또는 사형의 경우 15년 이하의 징역을 법정형으로 규정하고 있다.⁵⁷⁸⁾

한편, 커먼로상의 정범 및 공범의 구분은 중죄에만 해당하였고, 반역죄 또는 경죄의 경우에는 정범과 공범을 구별하지 않고 관련 행위자를 모두 1급 정범으로 처벌하였었다.⁵⁷⁹⁾ 과거 커먼로상 정범(principal)과 공범(accessory)을 엄격하게 구분할 실익은 형사소송절차의 차이에 있었다. 예컨대, 검사는 정범과 공범을 엄격하게 구분해서 기소하여야 했으며, 공범의 기소는 정범의 유죄선고가 전제 조건이었기 때문에 정범으로 기소되었으나 재판 결과 공범으로 판명이 나거나 정범이 기소되지 않았다면 공범에 대한 재판도 할 수 없었고, 정범이 무죄의 선고를 받은 경우 공범도 무죄를 선고해야 했다.⁵⁸⁰⁾

나. 오늘날 공범(Complicity)의 개념

영국에서 정범(principal)과 사전공범(accessory)의 구분이 폐지된 후 미국 모든 주에서도 명시적으로 양자의 구분을 없애면서 공범(complicity)은 정범과 같이 취급하거나 양자를 구분하되 정범의 유죄선고 여부와 관계없이 사전공범도 정범과 같은 법정형으로 처벌하고 있다.⁵⁸¹⁾ 따라서 이제는 정범과 사전공범을 구별해야 할 형사절차상 실익은 거의 없다고 볼 수 있다. 예컨대, 캘리포니아주는 정범(principals)과 공범(accessories)을 구분하지만 전자는 2급 정범과 사전공범을 포함하는 개념이고, 후자는 사후공범을 의미한다.⁵⁸²⁾ 따라서 오늘날에는 범죄행위 이전 또는 범죄현장에서

577) Wayne R. LaFare, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §13.1.

578) 18 U.S.C.A. §3.

579) Wayne R. LaFare, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §13.1.

580) Russell L. Weaver/John M. Burkoff/Catherine Hancock, Criminal Law: A contemporary Approach, West, 2011, 240면.

581) Wayne R. LaFare, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §13.1(e).

정범의 범죄를 교사, 방조하는 사람을 모두 공범(accomplice)이라고 규정하는 것이 일반적이다. 즉, 오늘날 공범은 커먼로의 2급 정범과 사전공범을 포함하는 개념이다. 우리나라로 보면 방조범과 교사범을 합친 개념이라고 볼 수 있다. 또한, 그 처벌에 있어서는 정범과 공범을 별도로 구별하지 않고 같은 법정형으로 처벌하므로 별도의 독립된 범죄가 아니다.⁵⁸³⁾ 예컨대, 뉴욕주의 경우 요청, 요구, 명령 등으로 다른 사람의 범죄를 고의적으로 도와준 사람은 해당 범죄의 정범으로 처벌한다고 규정하고 있으며,⁵⁸⁴⁾ 형사처벌을 위해서는 범인이 공범인지, 직접 정범인지를 구별할 필요가 없다고 판시하고 있다.⁵⁸⁵⁾ 또한, 정범의 책임능력 없음이나 형사책임 면제, 불기소, 무죄판결 등과 같은 사유도 공범에 대한 항변사유가 되지 않는다고 명시하고 있다.⁵⁸⁶⁾

공범(complicity)은 크게 두 가지 유형으로 구분할 수 있다. 정범에 대한 교사 또는 방조행위를 한 공범(accomplice)과 음모자 중에서 실행행위로 나아간 경우 음모행위를 이유로 실행행위에 관여하지 않은 음모자도 공모공범의 죄책을 지는 경우이다.⁵⁸⁷⁾ 본 보고서는 전자를 좁은 의미에서의 공범(accomplice)이라고 하며, 음모에 대하여는 앞서 설명하였으므로 이하에서는 좁은 의미의 공범(accomplice)을 중심으로 범죄의 성립요건을 둘러싼 법률상 쟁점을 설명하고자 한다.

다. 공범(Accomplice)의 가별성의 근거

1) 공범의 처벌 근거

공범의 가별성을 정범의 범죄행위에서 찾는다는 것은 미국에서 확립된 것이지만 그 근거에 관한 이론은 활발하게 논의되는 않은 것으로 보인다. 일반적으로 크게 두 가지 이론이 제시된다.⁵⁸⁸⁾ 첫째, 민사상 대리책임과 유사하게 공범은 정범의 행위에 대하여 형사책임을 진다는 것이다.⁵⁸⁹⁾ 즉, 민사상 대리의 경우 권한을 대리권자에

582) Cal. Penal Code §31, 32.

583) U.S. v. Edwards, 782 F.3d 554 (10th Cir. 2015).

584) N.Y. Penal Law §20.

585) People v. Rivera, 84 N.Y.2d 766, 622 N.Y.S.2d 671, 646 N.E.2d 1098(1995).

586) N.Y. Penal Law §20.05.

587) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 435면.

588) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 437면.

589) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 437면.

게 위임한 본인이 대리권자의 법률행위에 대하여 책임을 지는 것과 마찬가지로 형법상 공범은 정범의 불법행위를 고의로 도와준 것이므로 공범자는 자발적으로 자신을 정범자와 동일시하였다는 점에서 가벌성의 근거를 찾는다.⁵⁹⁰⁾ 둘째, 공범으로 가담한다는 것은 개인으로서 자신의 권리를 박탈당하는 것에 동의한 것이므로 공범은 정범의 그림자에 불과하여 정범의 형사책임을 진다는 것이다.⁵⁹¹⁾ 이는 앞서의 대리책임이론에서 나아가 공모자는 자신의 권리를 포기함으로써 개인으로서의 실체가 없어지고 정범의 그림자로서 정범의 행위책임에 귀속된다고 설명한다.⁵⁹²⁾ 다만, 이러한 이론은 판례나 일반적인 학설로 정립된 것은 아니다.

2) 공범의 범위를 초과한 범죄 및 공모공범의 처벌 근거

공범이 실제 범죄에 가담하지 않았거나 가담하였더라도 다른 공범이 교사 및 방조한 범죄를 초과하는 범죄를 실행한 경우에 공범에게 해당 범죄에 대한 형사책임을 지우는 이론은 크게 두 가지로 설명할 수 있다. 첫째, ‘공동범죄 책임이론(the theory of joint criminal liability)’은 공범이 다른 공범의 범죄를 알면서(knowingly) 범죄에 공동으로 가담한 경우에, 해당 범죄를 실행하면서 합리적으로 예견 가능한 범위 내에서 다른 공범이 저지른 범죄에 대하여도 공동의 형사책임을 인정한다.⁵⁹³⁾ 이때 요건은 다른 공범의 범죄에 알면서 가담하였고, 공범의 목적이 된 범죄를 실행하는 과정에서 그와 다른 범죄가 발생하였고, 그 다른 범죄가 합리적으로 예견이 가능한 것이어야 한다.⁵⁹⁴⁾ 한편, ‘공모공범이론(the theory of joint venture)’에 따르면 목적인 범죄를 인식하고 정범과 범의를 공유하면서 정범의 범죄실행을 돕거나(aid), 명령하거나(command), 상담(counsel) 또는 부추기는 행위(encourage)를 한 공범의 경우 직접 범죄실행에 관여하지 않았더라도 실행한 범죄에 대한 공범의 죄책을 진다.⁵⁹⁵⁾

590) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 437면.

591) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 437면 각주 18(Dressler교수는 State v. Curry판결에서 재판장이 “한 사람의 손은 다른 모든 사람의 손이다(the hand of one is the hand of all)”고 배심원에 설시한 것을 그 예로 들고 있다).

592) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 437면.

593) 예컨대, Iowa Code Section 703.2(Joint Criminal Conduct).

594) State v. Bames, 345 N.C. 184(1997).

595) 우리의 공모공동정범과 유사하지만 공모행위가 기능적 행위 분담의 정도에 이르러야 공동정범을 인정할 수 있다는 우리 통설의 비판적 관점에서 볼 때, 배후에서 지배·조종하는 행위뿐만 아니라 일반적 공모행위까지 포함한다는 측면에서 공모공동정범과 구별하여 번역하였다.

2. 공범(Accomplice)의 기본 구조

가. 주 형법상 규정(캘리포니아·뉴욕주)

앞서 설명한 바와 같이 캘리포니아주 형법은 정범과 공범의 구별을 하지 않고 범죄에 관여한 사람을 모두 정범(principals)으로 처벌한다. 즉, 목적 범죄의 경중, 공범이 범죄에 직접 가담하거나 방조 또는 교사하였는지 여부 및 범죄현장에 현존했는지도 불문한다.⁵⁹⁶⁾ 뉴욕주 형법도 정범에 대하여 특정 범죄를 교사, 요구, 명령, 요청 또는 고의적으로 방조하는 공범에게는 해당 범죄가 성립한다고 규정하고 있을 뿐이다.⁵⁹⁷⁾ 따라서 공범과 정범 사이에 공동 목적(community of purpose)이 존재한다면 정범과 공범을 구별하여 처벌하지 않는다.⁵⁹⁸⁾ 또한, 뉴욕주 형법은 정범의 유·무죄, 처벌 유무, 기소 유무는 공범에 대한 항변사유가 되지 않는다고 규정하고 있다.⁵⁹⁹⁾ 뿐만 아니라 법에서 달리 규정하지 않으면 공범 간에도 각자의 범의에 따라 다른 등급의 범죄로 처벌받을 수도 있다.⁶⁰⁰⁾

나. 연방형법상 공범 규정

연방형법 제2조는 연방범죄를 도와주거나, 교사, 상담, 명령, 유도 하는 등의 행위를 한 사람은 정범(principal)의 범정형으로 처벌한다고 규정하고 있다.⁶⁰¹⁾ 또한, 자신이 직접 저지르지 않더라도 일부리(willfully) 범죄의 발생을 유도한 사람도 정범으로 처벌하도록 규정하고 있다.⁶⁰²⁾ 다른 주와 마찬가지로 정범, 공범을 명확하게 구분하여 처벌하지 않고 있다.

Com. v. Drumgold, 423 Mass. 230, 668 N.E.2d 300(1996)(“21Am. Jur. 2d Criminal Law §157 Theories of liability”, Westlaw, 2020)

596) Cal. Penal Code §31.

597) New York Penal Code §20.00.

598) People v. Rivera, 84 N.Y.2d 766, 770(1995).

599) New York Penal Code §20.05.

600) New York Penal Code §20.15.

601) 18 U.S.C.A. §2(a).

602) 18 U.S.C.A. §2(b).

다. 모범형법전

모범형법전은 타인의 범죄에 대한 형사책임형태로서 간접정범, 공범(accomplice)을 규정하고 있다. 간접정범은 목적인 범죄의 고의를 가지고 범죄가 성립되지 않거나 (innocent) 범죄로 처벌되지 않는 사람으로 하여금 해당 범죄에 가담하게 함으로써 성립한다.⁶⁰³⁾ 반면에 공범(accomplice)은 목적 범죄에 대한 고의를 가지고 해당 범죄를 ① 교사(solicit)하거나, ② 방조(aid), 방조하기로 동의(agrees to aid)하거나 방조하려고 한 경우(attempts to aid), ③ 법적으로 작위의무 있는 사람이 부작위를 한 경우에 성립한다. 이 때 공범은 목적인 범죄의 정범으로 처벌한다고 규정하고 있다.⁶⁰⁴⁾ 이외에 자살교사 및 방조죄⁶⁰⁵⁾와 같이 정범에게는 범죄가 성립되지 않는 경우에도 특별히 입법에 의해 독립된 범죄의 정범으로 처벌하는 규정도 공범에 대한 처벌유형이라고 볼 수 있다.⁶⁰⁶⁾

3. 공범의 형태

가. 공동정범

미국 형법은 일반적으로 정범과 공범을 구별하지 않고 처벌하지만 개념상 정범(principal)과 공범(accomplice)을 구별한다. 정범(principal in the first degree)은 범죄고의를 가지고 작위 또는 부작위에 의해 직접 범죄를 실행하는 사람을 말한다. 다수인이 공동하여 범죄를 실행하는 경우에는 공동정범(co-principals)에 해당한다. 공동정범은 반드시 범죄현장에 정범과 함께 현존할 필요는 없고 목적 범죄에 대한 공동가공의 의사를 바탕으로 실제 범죄행위를 분담하면 성립한다고 볼 수 있다.⁶⁰⁷⁾

나. 간접정범

커먼로상 간접정범이론(innocent intermediary doctrine)은 목적 범죄의 고의를 가지고 범죄에 대한 고의가 없거나 형사처벌에 대한 책임이 없는 사람을 이용하여

603) Model Penal Code §2.06(2)(a).

604) Model Penal Code §2.06(3).

605) Model Penal Code §210.5(2).

606) Model Penal Code §2.06(2)(b).

607) 예컨대, United States v. Bell, 812 F.2d 188 (5th Cir.1987).

범죄를 저지르는 경우로서 그 이용자를 정범으로 처벌한다. 예컨대, 어린아이, 정신이상으로 인해 책임능력이 없는 사람을 이용하거나 강요(coercion)에 의해 범죄를 저지르게 하는 경우를 예로 들 수 있다. 간접정범에서 쟁점이 되는 것은 자수범(nonproxyable offense)에 대한 간접정범이 인정되는지 여부이다.⁶⁰⁸⁾ 미국에서는 위증죄나 강간죄를 자수범의 예로 드는데 이러한 범죄에 대하여도 간접정범을 인정하는 관할이 있는가하면,⁶⁰⁹⁾ 간접정범의 성립은 부정하고 공범으로만 처벌하는 관할도 있다.⁶¹⁰⁾ 모범형법전은 범죄의 고의로 범죄가 성립되지 않는 사람(innocent) 또는 책임이 없는 사람으로 하여금 해당 범죄를 저지르게 하는 경우를 간접정범으로 규정하고 있다.⁶¹¹⁾ 연방형법이 일부러(willfully) 범죄의 발생을 유도한 사람을 정범으로 처벌하도록 규정하고 있는 것도 간접정범을 규정한 것으로 볼 수 있다.⁶¹²⁾

다. 협의의 공범(Accomplice)

협의의 공범은 우리의 교사범과 방조범을 포함하는 개념이라고 볼 수 있다. 공범의 행위는 명령(order), 상담(counsel), 격려(encourage), 그 밖의 방조 및 교사행위(aid and abet)를 모두 포함한다. 즉, 교사 및 방조행위는 물리적 행위는 물론 정신적·심리적 영향력을 통하여 인정될 수 있다.⁶¹³⁾ 사전에 이루어지는 경우에는 커먼로상 사전공범(accessory before the fact)에 해당하고, 범죄현장에서 이루어지는 경우는 커먼로상 2급 정범(principal in the second degree)에 해당한다. 정범과 공범을 구분하는 기준은 범죄 실행에 직접 가담했는지 여부이다.⁶¹⁴⁾ 예컨대, 한 사람을 폭행하는 상황에서 직접 폭행은 하지 않았지만 가해자와 피해자를 둘러싸서 함께 있는 경우 뉴욕주 형법 제20조⁶¹⁵⁾에 의해 공범이 성립하며 이때의 공범은 정범의 형으로 처벌한다.

608) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 439면.

609) People v. Hernandez, 18 Cal. App. 3d 651, 656(1971)(아내가 자신의 남편으로 하여금 다른 여성을 강간하도록 강요한 경우 캘리포니아 항소법원은 아내를 간접정범 또는 공범(accomplice) 둘 중 어느 하나로 처벌할 수 있다고 판시하였다).

610) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 440면.

611) Model Penal Code §2.06(2)(a).

612) 18 U.S.C.A. §2(b).

613) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 443면.

614) People v. Rivera, 84 N.Y.2d 766, 770(1995).

615) New York Penal Code §20.00.

1) 교사 및 방조 행위

공범(accomplice)은 범죄 장소의 현존 유무, 실행 행위 이전 가담의 유무를 불문하고 작위 또는 부작위로 정범의 범죄실행을 용이하게 하거나 촉진하기 위한 의도(intent)로 지원, 격려 등의 행위를 한 자이다. 교사 및 방조행위는 도움, 지원, 선동, 충고, 명령, 자문, 격려, 유도 등 그 유형을 불문하고 물리적, 정신적으로 범죄 실행을 용이하게 하는 경우를 말한다.⁶¹⁶⁾ 공범의 행위는 반드시 범행 전 또는 실행행위가 종료되기 전에 있어야 한다. 공범의 행위가 범죄 실행을 용이하게 하는 데 있어서 구체적인 인과관계가 없다고 하더라도 공범의 성립은 인정된다. 공범의 방조 행위 자체가 정범에게 정신적인 방조가 될 수도 있기 때문이다. 그리고 실질적인 방조행위가 존재하는 한 방조의 정도는 중요하지 않다.⁶¹⁷⁾

편면적 방조의 경우, 모범형법전은 방조를 기도하였거나 방조하기로 동의하였거나 시도한 사실이 있다면 그 효과를 떠나 모두 방조범으로 처벌하도록 규정하고 있다.⁶¹⁸⁾ 다수의 사법 관할이 이 기준을 따르고 있다. 또한, 모범형법전은 정범이 방조행위 이후에 해당 범죄를 완료하지 않거나 실행에 착수하지 않았더라도 공범은 그 범죄의 미수범으로 처벌할 수 있도록 규정하고 있다.⁶¹⁹⁾ 모범형법전은 격려, 요청 등 공범의 교사(solicitation) 또는 실제 지원행위(aiding)뿐만 아니라 도와주기로 동의하거나 시도하는 경우에도 공범으로서의 죄책을 진다고 규정한다는 점을 유의할 필요가 있다.⁶²⁰⁾

2) 의도(intent)

공범의 고의는 이중고의 즉, 교사 및 방조에 대한 의도 및 정범이 해당 범죄를 저지르는 것을 용이하게 한다는 것에 대한 의도까지 필요로 한다. 이때 후자의 의도(intent)가 목적(purpose)을 요구하는지 아니면 알면서(knowingly) 한 경우에도 인정되는지 여부에 대하여는 관할별로 다양한 논의가 있다. 대다수 관할에서는 공범이 단순히 알면서 하는 것을 넘어 정범과 같은 범죄 실행에 대한 목적이 있어야 한다고

616) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 445면.

617) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 445면.

618) Model Penal Code §2.06(3)(a)(ii).

619) Model Penal Code §5.01(3).

620) Model Penal Code §2.06(3)(a)(ii).

본다.⁶²¹⁾ 그러나 2014년 연방대법원은 공범이 정범의 범죄사실을 알면서 적극적으로 방조행위를 한 경우에는 공범의 의도가 있었다고 판시⁶²²⁾함으로써 방조의 행위 유형에 따라 방조의 의도(intent)를 인정할 수 있음을 분명히 하였다.

3) 인과관계(Causation)

공범의 교사 및 방조행위가 존재하는 한 교사 및 방조행위와 범죄 실행과의 사이에 인과관계가 있을 것을 요하지는 않는다. 즉, 방조행위가 없었더라도 정범이 범죄를 저질렀을 것이라는 상황하에서도 공범이 성립한다.⁶²³⁾ 공범의 행위가 정범의 행위를 용이하게 한 것이면 족하다.⁶²⁴⁾ 공범행위와 범죄실행 사이에 관계를 요구하지 않는 것은 공범의 형사책임을 정범의 책임에서 찾는 법리에서 비롯된다고 보는 견해도 있다.⁶²⁵⁾ 다만, 인과관계 없는 형태의 공범은 인과관계 있는 공범에 비해 양형에서 보다 관대한 처벌을 받기도 한다.⁶²⁶⁾

4. 처벌

앞서 살펴본 바와 같이 뉴욕주, 캘리포니아주 등 각 주는 물론, 연방형법, 모범형법 전이 공범을 정범의 법정형으로 처벌하고 있다. 다만, 공범이 정범이 저지른 범죄보다 양적으로 초과하는 범죄의 고의를 가지고 방조한 경우에 공범에게 중한 고의에 대한 형사책임을 인정할 수 있는지가 논의된다. 또한, 정범에게 처벌되지 않거나 항변 사유가 있는 경우에도 공범이 처벌되는지도 법률상 쟁점이 된다.

가. 공범이 정범보다 중한 범의를 가진 경우

공범은 정범보다 중하게 처벌할 수 없다는 것이 커먼로의 일반적인 원칙이다.⁶²⁷⁾

621) United States v. Peoni, 100 F.2d 401 (2d Cir.1938)(Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 450면에서 재인용.).

622) Rosemond v. United States, 134 S.Ct. 1240(2014).

623) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 446면.

624) Wayne R. LaFare, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §13.2.

625) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 446면.

626) United States v. Hansen, 256 F. Supp. 2d 65, 67 n.3(D. Mass. 2003).

627) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 459면.

그러나 살인죄에 있어서는 예외가 인정된다. 예컨대, 정범은 걱정에 의해 살인을 함으로써 2급 살인죄로 처벌 받더라도 공범이 사전에 계획하여 방조행위를 한 것이라면 공범은 1급 살인죄로 처벌받을 수 있다.⁶²⁸⁾ 또한, 정범이 과실치사죄로 처벌받더라도 공범이 정범의 과실을 살인의 고의로 방조하였다면 공범은 살인죄로 처벌받을 수 있다.⁶²⁹⁾ 공범도 정범으로 처벌하기 때문에 정범의 범죄가 실행된 이상 공범은 자신의 범의(mens rea)에 따라 정범보다 중하게 처벌할 수 있다는 것이다.⁶³⁰⁾ 특히 살인죄에서 이러한 예외가 인정될 수 있는 것은 1급 살인, 2급 살인 등을 하나의 같은 살인범죄라고 보기 때문이다.⁶³¹⁾

나. 정범의 항변 사유의 적용 여부

커먼로와 달리 현재 미국 형사소송절차에서는 정범이 기소되지 않더라도 공범만 별도로 기소하여 유죄를 선고할 수 있다. 모범형법전도 정범의 유죄판결, 기소 유무와 관계없이 공범을 처벌할 수 있도록 규정하고 있다.⁶³²⁾ 그러나 이 경우에도 정범의 행위자체는 범죄가 성립되어야 한다. 따라서 원칙적으로 정범의 유죄가 입증되지 않으면 공범도 성립하지 않는다.⁶³³⁾ 이때 정범에게 적용되는 항변 사유가 공범에게도 적용되는지가 문제가 된다. 일반적으로 항변사유는 개별적으로 적용된다. 예컨대, 공무원인 A가 뇌물을 수수함에 있어서 B가 이를 방조하였으나 알고 보니 A의 뇌물수수는 위법한 함정수사에 의한 것인 경우, 함정수사의 항변은 범의를 조각하는 것이 아니라 형사처벌을 면제해주는 것이므로 A의 항변사유는 공범인 B에게는 적용되지 않는다.⁶³⁴⁾ 그러나 정범에게 해당 범죄 자체가 성립하지 않는 경우에는 그렇지 않다. 예컨대, A가 B에게 침입절도를 제안하자 B는 A가 체포되도록 하기 위해 승낙하였고 B가 침입할 때 A가 도와주었으며 B가 들어가서 물건을 밖에 있는 A에게 건네준 경우

628) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 459면(이러한 법리는 실제 판례에서도 적용된다. *Jaiman v. State*, 55 A.3d 224, 235(2012)).

629) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 460면.

630) *Jaiman v. State*, 55 A.3d 224, 235(2012).

631) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 460면.

632) Model Penal Code §2.06(7).

633) Wayne R. LaFave, *Substantive Criminal Law Volume 2*, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §13.3(c).

634) *United States v. Azadian*, 436 F.2d 81 (9th Cir.1971).

B에게는 그 물건의 소유권을 영구히 배제하려는 의사가 없었으므로 침입절도죄가 성립하지 않으며 따라서 A에게도 침입절도죄의 공범이 성립하지 않는다.⁶³⁵⁾ 다만, 모범형법전에 따르면 목적 범죄를 실행하려 한 것만으로도 공범의 죄책이 인정되므로 A는 해당 범죄의 미수죄로 처벌될 수 있다.⁶³⁶⁾

책임조각사유에 의한 항변사유도 마찬가지이다. 예컨대, 정신이상자의 범죄행위를 방조한 경우 정범의 정신이상 항변사유는 공범에게는 적용되지 않는다.⁶³⁷⁾ 다만, 이 경우 정신이상자를 도구로 사용한 경우에는 간접정범이 성립한다. 반면에, 정범에게 위법성 조각사유가 있는 경우에는 공범도 성립하지 않는다. 예컨대, B가 C를 정당방위로 죽이는데 A가 방조한 경우 A는 정당한 행위를 방조한 것이므로 공범이 성립하지 않는다.⁶³⁸⁾

다. 공범의 중지

공범이 중지의 항변을 인정받기 위해서는 ① 방조행위를 중단하고, ② 이전의 방조행위를 철회할 수 있는 모든 가능한 행위를, ③ 정범이 범죄를 중지할 합리적인 기회가 있는 시간 내에 해야 한다.⁶³⁹⁾ 공범이 범행에 필요한 도구를 제공한 경우에는 해당 물품이 범행에 사용되지 않도록 회수하거나 사용하지 못하도록 해야 한다. 다만, 방조행위가 요청, 요구 등으로 인한 심리적, 정신적 방조인 경우에는 정범에게 그 행위를 철회한다는 것을 전달하는 것으로 족하다. 따라서 총기와 같은 범행도구를 제공한 경우 공범이 범죄현장을 벗어나는 것만으로는 충분하지 않고 총기를 회수하거나 해당 범죄가 중지되도록 적절한 시간 내에 경찰관이나 피해자 등에게 알린 경우에 중지의 항변을 인정할 수 있다.⁶⁴⁰⁾ 다만, 이때 해당 범죄의 실행이 반드시 중지되어야 하는 것은 아니다.⁶⁴¹⁾ 다만, 체포 등의 우려로 중지하거나 차후에 범행할 생각으로 연기하

635) State v. Hayes, 105 Mo. 76, 16 S.W. 514 (1891).

636) Model Penal Code §5.01(3)(Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §13.3(c)에서 재인용.).

637) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 456면.

638) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 446면.

639) Commonwealth v. Chhim, 447 Mass. 370(2006)(Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §13.3(d)에서 재인용.).

640) State v. Adams, 225 Conn. 270(1993).

641) Model Penal Code §2.06(6)(c); State v. Formella, 158 N.H. 114(2008).

는 것은 완전하고 자발적인(complete and voluntary) 중지가 아니다.⁶⁴²⁾

공범이 범죄 실행 이전에 교사(solicitation) 또는 음모(conspiracy) 행위를 한 경우 해당 죄들의 중지범이 성립하는지는 별개의 문제이다.⁶⁴³⁾ 교사범에 대한 중지의 항변을 허용하는 주에서는 공범뿐만 아니라 음모죄에 대한 중지의 항변도 인정된다.⁶⁴⁴⁾

라. 무모함(recklessness) 또는 과실범(negligence)에 대한 공범의 죄책

무모함(recklessness) 및 과실(negligence)범에 대한 방조가 가능한지에 대하여는 견해의 대립이 있다. 예컨대, 차량의 소유자인 A가 술에 취한 B에게 차량을 운전하도록 허락하여 B가 업무상과실로 사람을 사망하게 한 경우 A에게 업무상과실치사죄의 공범이 성립하는지에 대하여, 다수의 관할에서는 A에게 방조의 고의가 있었고, 정범의 범죄실행에 대하여 무모함 또는 과실이 있었다면 해당 범죄의 공범이 성립한다고 본다.⁶⁴⁵⁾ 모범형법전도 이와 같은 입장에 있다.⁶⁴⁶⁾ 그러나 이와 같은 사례에서 공범성립을 인정하지 않는 일부 관할에서는 A가 차량의 운전을 허락한 것에 대한 과실이 있다면 과실치사죄의 정범을 인정하는데 이 접근 방법이 더 타당하다는 주장도 제기된다.⁶⁴⁷⁾

5. 특수한 문제

가. 공범과 신분

신분이 없는 자가 신분범에 가담한 경우 신분 없는 자에게도 공범이 성립한다. 예컨대 근친상간을 처벌하는 경우⁶⁴⁸⁾ 친족이 아닌 사람이 친족에게 근친상간을 하도록 교사 또는 방조한 경우 해당 범죄의 공범으로 처벌한다.⁶⁴⁹⁾ 또한, 공무원의 횡령범

642) N.Y. Penal Law §40.10(5).

643) United States v. Lothian, 976 F.2d 1257 (9th Cir.1992).

644) 예컨대, 뉴욕주의 경우 범죄 실행의 실제 중지 여부에 따라 중지범이 인정되는 미수(attempt)의 중지는 물론 모든 죄에 대한 중지의 항변을 인정한다. N.Y. Penal Law §40.10.

645) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 451면.

646) Model Penal Code §2.06((4).

647) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §13.2(e).

648) New York Penal Law §255.25.

죄에 가담한 신분 없는 자도 공범으로 처벌되고, 강간범이 성립하지 않는 배우자에게도 타인으로 하여금 아내를 강간하도록 하였다면 강간죄의 공범이 성립할 수 있다.⁶⁵⁰⁾ 특정 신분이 있는 사람에게만 범죄가 성립하는 신분범 또는 자수범의 경우 그 신분이 있는 사람이 정범으로서 범죄를 저지른 이상 보호법익은 침해되었으므로 이에 가담한 신분 없는 자를 공범으로 처벌하는 것은 입법목적에 부합한다고 본다.⁶⁵¹⁾ 다만, 필요적 공범형태로 규정되어 있으며 그 중 일방만 처벌하도록 규정하는 경우에는 공범이 성립하지 않는다. 예컨대, 특정 물건의 불법판매자만 처벌하는 경우 해당 물건을 구입한 사람은 공범으로 처벌되지 않으며 기혼자만 간통으로 처벌하는 경우 간통행위의 다른 상대방인 미혼자는 공범으로 처벌되지 않는다.⁶⁵²⁾

나. 공범과 부작위

공범에게 법적 작위의무가 있는 경우 부작위에 의한 공범이 성립한다. 예컨대, 함께 사는 배우자가 자신의 자녀에 대한 성폭력 범죄를 저지르는 것을 알고 있으면서도 이를 방지하기 위한 적절한 조치를 하지 않았다면 부모로서 이를 방지하고 자녀를 보호할 법적 의무가 있으므로 성폭력범죄의 공범을 인정한다.⁶⁵³⁾ 또한, 강간이 피고인 자신의 집에서 피고인 아들에 의해 이루어졌고 피해자가 피고인을 가족처럼 의지했다면 피고인에게 강간죄의 공범이 성립할 수 있다.⁶⁵⁴⁾ 모범형법전도 법적 작위의무가 있는 사람이 작위의무를 이행하지 않는 경우 부작위에 의한 공범이 성립한다고 규정한다.⁶⁵⁵⁾

649) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §13.3(e).

650) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §13.3(e).

651) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §13.3(e).

652) Wayne R. LaFave, Substantive Criminal Law Volume 2, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §13.3(e).

653) Huteson v. State, 213 S.W.3d25(Ark. Ct. App. 2005).

654) State v. Davis, 182 W.Va. 482, 388 S.E.2d 508 (1989).

655) Model Penal Code §2.06(3)(a)(iii).

다. 공범의 범위를 넘는 정범의 행위에 대한 책임

정범이 방조의 범위를 넘어 다른 범죄를 저지른 경우 대다수 관할에서는 그 범죄가 방조한 범죄의 “자연스럽고 예상 가능한 결과(natural-and-probable-consequences)”라면 그 범죄에 대한 공범도 성립한다.⁶⁵⁶⁾ 이는 앞서 설명한 ‘공동범죄 책임이론(the theory of joint criminal liability)’에 입각하여 공범의 책임을 인정하는 것이다. 예컨대, A가 B의 무장 강도를 방조하였는데, B가 강도과정에서 사람을 살해한 경우 방조한 범죄의 관점에서 예상 가능한 결과라고 보아 살인죄의 공범이 성립한다고 보지만, B가 전혀 다른 범죄인 성범죄를 저지른 경우에는 성범죄에 대한 공범은 성립하지 않는다.⁶⁵⁷⁾ 초과된 범죄가 “자연스럽고 예상 가능했는지” 여부를 판단하는 기준은 공범자의 입장에서 볼 때 합리적인 사람이라면 예견 가능했는지 여부이다. 이 기준을 채택한 주들은 대체로 공범이 실행한 범죄의 자연스럽고 예상 가능한 결과에 대하여는 다른 공범도 죄책을 진다고 규정하거나⁶⁵⁸⁾ 공범이 실행한 범죄가 예견가능하지 않은 경우를 제외하고는 다른 공범은 그에 대한 죄책을 진다고 규정하여 공범이 다른 공범의 범죄에 대한 죄책을 지는 것을 원칙으로 규정하기도 한다.⁶⁵⁹⁾

그러나 이 기준에 대하여 자기책임의 법리에 반하며 결과책임에 집착하여 고의가 없어 과실범에 불과한 공범에게 고의의 책임을 지우는 것은 부당하다는 비판이 제기되면서 이 기준을 폐지한 관할도 다수 있다.⁶⁶⁰⁾ 현재 대략 10개 주에서는 이를 인정하지 않고 있다.⁶⁶¹⁾

656) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 453면.

657) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 453면.

658) Ariz. Rev. Stat. Ann. §13-303(A).

659) Iowa Code Ann. §703.2.

660) *Sharma v. State*, 118 Nev. 648, 56 P.3d 868 (2002)(Wayne R. LaFave, *Substantive Criminal Law Volume 2*, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §13.3(b)에서 재인용.).

661) *Gonzales v. Duenas-Alvarez*, 549 U.S. 183(2007)(Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 454면 각주 109 재인용.).

라. 음모와 공범의 관계

1) 음모 및 공범의 구분

커먼로상 음모(conspiracy)는 범죄의 합의(agreement)만 있으면 성립하지만 공범은 해당 범죄를 실행하는데 실질적인 방조행위가 있어야 한다. 따라서 음모에 가담하였어도 음모자가 이후의 범죄행위에 가담하지 않았다면 원칙적으로 음모의 죄책만 진다. 그러나 음모자의 범죄동기가 범죄 실행에 대한 격려(encouragement)에 해당하면 정신적 방조로서 공범이 성립할 수도 있다. 따라서 공범에게는 음모죄가 성립하는 것이 일반적이다.⁶⁶²⁾ 그러나 항상 그런 것은 아니다. 음모는 음모자 사이에 반드시 범죄의 합의가 있어야 하지만 공범은 편면적 공범의 형태로도 성립될 수 있기 때문이다.⁶⁶³⁾ 또한, 연방대법원은 핀커톤(Pinkerton) 판결⁶⁶⁴⁾을 통해 음모한 사실만으로 음모자에게 이후의 실행된 범죄에 대한 공모의 죄책을 지우기도 한다.

2) 정범의 범죄에 대한 음모자의 책임 - 핀커톤 독트린(Pinkerton Doctrine)

형제인 A와 B가 조세범위반의 음모를 한 뒤 동생인 B가 교도소에 수감되어 있는 동안 A가 음모한 범죄를 실행하였다. 커먼로상 B는 A가 범죄를 저지르는 동안 교도소에 있었으므로 실질적인 방조행위를 하지 않아 B에 대하여 공범의 죄책을 지울 수 없다. 그러나 연방대법원은 범죄 실행에 직접적으로 가담하지 않더라도 실행된 범죄가 음모의 범위에 포함되고 범죄의 실행이 충분히 예상 가능했으며 음모의 자연스러운 결과로 볼 수 있다면 정범이 실행한 범죄에 대한 죄책을 진다고 판시하였다.⁶⁶⁵⁾ 연방대법원은 음모자들을 범죄의 파트너라고 보아 다른 음모자가 음모 범죄를 실행한 것에 대한 죄책을 지우지 않을 이유가 없다고 판시한다.⁶⁶⁶⁾ 이는 앞서 설명한 ‘공모공범이론(the theory of joint venture)’에 입각하여 공모공범의 죄책을 지우는 것이라고 볼 수 있다. 그러나 이에 대하여는 음모자가 예견가능하다고 해서 실행행위에 전혀 가담하지 않은 범죄의 죄책까지 지우는 것은 지나치다는 비판이 제기되고 있다.⁶⁶⁷⁾

662) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 462면.

663) Joshua Dressler, Understanding Criminal Law, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 462면.

664) Pinkerton v. United States, 328 U.S. 640(1946).

665) Pinkerton v. United States, 328 U.S. 640(1946).

666) Pinkerton v. United States, 328 U.S. 647(1946).

핀커톤 룰을 따르는 연방법원도 음모범죄로부터 합리적으로 예상가능하다고 해서 모두 공범의 죄책을 지우는 것은 아니다. 피고인이 음모의 단순 참가자가 아니면서 적어도 해당 범죄가 실행될 수 있는 일부 상황을 실제 알고 있었을 때 공범이 인정된다고 판시한다.⁶⁶⁸⁾ 예컨대, 연방항소법원은 마약 판매의 음모에 참여한 피고인이 단순 참가자가 아니라면 해당 판매과정에서 음모자 중 적어도 누군가 무장을 할 수 있고 마약 거래과정에서 살인이 일어날 가능성도 알고 있었다고 보는 것이 합리적이므로 실제 살인에 참여하지 않은 음모자인 피고인에게 살인죄의 죄책을 지울 수 있다고 판시하였다.⁶⁶⁹⁾ 핀커톤 룰을 적용하는 관할도 실제 사례에서는 공범의 방조행위 등이 있어 공범이 성립할 수 있는 상황에서 주로 공모공범을 인정한다는 점,⁶⁷⁰⁾ 특히 음모를 주도하고 지휘하는 사람의 경우에 공모공범이 보다 더 정당화된다는 점을 고려할 때,⁶⁷¹⁾ 미국의 핀커톤 룰에 의한 공모공동의 죄책은 우리나라의 공모공동정범에 가깝다고 볼 수 있다.

반면에 모범형법전은 핀커톤 룰을 따르지 않는다. 따라서 실행에 참여하지 않은 음모자에게 실행된 범죄에 대한 공범의 죄책을 지기 위해서는 단순한 음모를 넘어 방조 등 공범으로서의 별도 행위가 있어야 한다.⁶⁷²⁾

마. 미수 이전의 공범 성립 여부

정범이 범죄의 실행에 착수하였으나 미수에 그친 경우 공범은 미수의 공범으로서 처벌된다. 그런데 방조 등 공범으로서의 행위를 하였으나 정범이 실행의 착수로 나아가지 않은 경우에는 정범이 미수죄로 처벌되지 않으므로 공범의 죄책 여부가 문제가 된다. 커먼로상 공범론의 관점에서 보면 정범이 성립하지 않았으므로 공범을 음모죄로 처벌하는 것과는 별개로 음모의 목적이 된 범죄의 공범으로는 처벌할 수 없다.

667) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 462면.

668) Wayne R. LaFare, *Substantive Criminal Law Volume 2*, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §13.3(a).

669) *United States v. Alvarez*, 755 F.2d 830 (11th Cir.1985).

670) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 463면.

671) Wayne R. LaFare, *Substantive Criminal Law Volume 2*, 3rd ed., Thomson Reuters, 2019, §13.3(a).

672) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 466면.

그러나 앞서 살펴본 바와 같이 모범형법전은 범죄 실행을 도와주려고 시도한 경우에도 처벌할 수 있도록 규정하고 있다.⁶⁷³⁾ 이때 공범은 공범으로서가 아닌 목적한 범죄의 미수범으로서의 정범의 죄책을 진다.⁶⁷⁴⁾ 즉, 공범 A가 B의 범죄 행위를 교사 또는 방조하고 B가 실행의 착수로 나아간 경우 A는 B가 실행한 범죄의 기수 또는 미수의 공범으로서의 죄책을 지지만, B가 실행의 착수로 나아가지 않은 경우에는 모범형법전에 따르면 A는 공범으로서가 아닌 목적한 범죄에 대한 정범으로서 미수범의 죄책을 지게 된다.⁶⁷⁵⁾

6. 소결

미국 형법상 정범에는 공동정범, 간접정범이 포함된다. 정범은 원칙적으로 구성요건을 직접 실현한 사람을 의미하므로 우리의 형식적 객관설에 입각한 것으로 보이나 간접정범을 인정하며, 기능적으로 행위를 분담한 경우에도 정범으로 인정한다는 점에서 기능적 행위지배에 따른 공동정범의 개념을 인정한다고 볼 수 있다. 다만, 우리와 같이 공동정범의 성립에 있어서 기능적 행위지배에 관한 이론적 논의는 찾아보기 힘들며 공범을 정범과 동일하게 처벌하기 때문에 공동정범에 관한 법리를 정밀하게 발전시킬 이유가 없었기 때문인 것으로 보인다. 범죄성립이 인정되지 않는 자 또는 형사책임이 면제되는 사람을 도구와 같이 이용하는 경우 간접정범으로 처벌한다는 점, 무모함 또는 과실범에 대한 공범을 인정하면서도 도구로 이용한 경우에는 간접정범으로 처벌한다는 점에서 우리의 간접정범과 유사한 개념인 것으로 볼 수 있다.

공범의 성립과 처벌에 있어서는 우리와 큰 차이를 보인다. 구성요건상의 범죄를 직접 실행하는 사람을 정범이라고 보고, 이에 가담하는 사람은 그 행위형태가 교사나 방조여부를 구분하지 않고 모두 공범에 포함하여 처벌하며 그 법정형도 정범과 같다. 살인죄와 같이 등급을 나누어 처벌하는 범죄에 있어서 공범이 정범보다 중한 범의로 방조한 경우 공범을 정범보다 중하게 처벌하는 것도 미국 형법의 특징이라고 할 수 있다. 공범의 행위와 결과사이에 인과관계를 요하지 않으며 정범의 범행을 촉진하

673) Model Penal Code §2.06(3)(a)(ii).

674) Model Penal Code §5.01(3).

675) Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law*, 8th ed., Carolina Academic Press, 2018, 468면.

거나 용이하게 하면 족하다는 점은 우리나라의 인과관계 불요설에 해당한다고 볼 수 있다.

교사 및 방조의 개념, 편면적 방조를 인정하는 점, 교사 및 방조에 있어서 이중의 고의를 필요로 한다는 점은 우리의 교사 또는 방조의 개념과 같다고 볼 수 있다. 또한, 정범의 항변사유와 관련, 정범의 위법성조각사유는 공범에게도 적용되지만 책임조각사유나 형면제 사유는 공범에게 적용되지 않는다는 점에서 공범종속성설 중 제한적 종속설에 입각한 것이라고 볼 수 있다. 공범의 중지에도 정범의 범죄 실행이 반드시 중지될 필요는 없지만 피교사자 또는 피방조자의 행위를 자의로 중지시키거나 교사 또는 방조와 실행행위 사이에 인과관계를 단절시킬 정도의 진지한 노력을 다해야 한다는 점에서 우리 판례와 유사하다고 볼 수 있다.⁶⁷⁶⁾

공범의 범위를 초과하는 정범의 범죄행위에 대하여 자연스럽고 예상 가능한 것이라면 해당 범죄에 대한 공범으로서의 죄책을 지운다는 점에서 준강도에 있어서 예견가능성을 이유로 상해에 가담하지 않은 공범에게 강도상해의 공동정범의 죄책을 지우는 판례의 태도와 유사하다고 볼 수 있다.⁶⁷⁷⁾

음모자가 음모단계에서 범행을 주도한 경우 이후 실행된 범행에 가담하지 않았더라도 공범의 죄책을 지운다는 점에서는 우리의 공모공동정범을 인정한다고 볼 수 있다. 특히 연방대법원이 음모자에게 실행된 범죄의 공범을 인정하는 것은 우리의 공동의사주체설에 입각한 것으로 보인다.

한편, 모범형법전에 따르면 정범이 실행의 착수로 나아가지 않았음에도 방조 행위를 미수범의 정범으로 처벌하는데 이는 주관주의 범죄이론에 입각한 결과로서, 정범의 실행행위를 전제로 하는 우리와는 다른 점이라고 볼 수 있다.

676) 대법원 2012. 11. 15. 선고 2012도7407판결.

677) 다만, 우리 판례가 강도살인에 있어서는 공범자에게 예견가능성이 있더라도 강도살인죄가 아닌 강도치사죄의 죄책을 지운다는 점에서는 미국 형법과 다르다고 볼 수도 있다(1990. 11. 27. 선고 90도2262판결 등).

제3절 | 프랑스

1. 개관

가. 정범과 공범의 구별(다수인의 범죄참가 형태)

범죄는 개인이 단독으로 범죄의 준비에서부터 범죄의 실행까지 행하는 경우가 있으나 때로는 하나의 범죄에 다수가 참여하는 경우가 있다. 참여자의 역할에 따라 정범과 공범으로 구분되며, 다수의 범죄참여를 형의 가중사유로 규정하거나 독립된 범죄로 규정하여 대처하고 있다. 프랑스의 학계나 재판실무상 임의적 공범 또는 필요적 공범 등의 용어를 사용하여 다수인의 범죄참가 형태를 명확하게 분류하는 입장에 있지 않지만, 일부 학자들은 단독으로 실현가능한 범죄에 다수가 참여하는 범죄를 ‘우연적 집합적 범죄’(les infractions collectives par accident)로, 범죄의 정의상 다수인에 의해 범해지는 범죄를 ‘속성상 집합적 범죄’(les infractions collectives par nature)로 분류하고 있다.⁶⁷⁸⁾ 후자의 예로는 반인도적 범죄, 반란죄, 다중불해산죄, 범죄단체조직죄 등이 있으며, 전자에는 공동정범, 종범(교사범 포함)이 있다. 이러한 분류는 우리의 필요적 공범과 임의적 공범의 분류방식과 어느 정도 일맥상통한다고 할 수 있다.

다수인의 범죄참가의 형태와 관련하여 자주 사용되면서 구별해야 할 개념들로는 범죄집단, 범죄단체조직, 합동범 등이 있다. 먼저 형법전 제132-71조는 범죄집단(bande organisée)에 의하여 범해진 일정한 중죄 또는 경죄를 일반적 형의 가중사유(circonstance aggravante)로 규정하고 있다. 이 조문에 따르면 범죄집단은 “객관적 행위로 특징지어 지는(caractérisé) 하나 또는 수개의 범죄를 준비하기 위하여 결성된 모든 집단 또는 수립된 합의(공모)”로 정의된다. 예를 들어 마약류유통(제222-35조), 약취·감금(제312-6조), 사기(제313-2조), 장물취급(제321-2조) 등의 범죄가 여기에 해당한다. 범죄집단에 의해 범해질 수 있는 중대범죄들은 조직범죄(criminalité organisée)로 분류되어 형사절차상의 특례가 적용된다. 다음으로 범죄단체조직

678) Frédéric Desportes/Francis Le Gunehec, Droit pénal général, 16^e éd., Economica, 2009, 495-500면.

(l'association de malfaiteurs)은 그 자체로 독립된 경죄를 구성하며 범죄가 성립되기 위해서는 구성원들 사이의 구조화된 조직을 필요로 한다. 범죄집단의 경우 독립된 범죄를 구성하지 않으며 구성원 사이의 구조화된 조직을 요하지 않는다는 점에서 차이가 있다. 마지막으로 합동범(en réunion)은 다수인이 공동정범 또는 공범으로 범죄에 참여하는 경우에 성립되며, 범죄단체조직과 달리 참가자들 사이에 조직화될 것을 요하지 않지만 사전에 공모가 있을 것을 요한다.⁶⁷⁹⁾ 합동범은 강간죄, 절도죄 등 여러 범죄들에 있어서 형의 가중사유로 규정되어 있으며, 합동범이 성립하기 위해서 모든 공동정범의 신원이 확인될 필요가 없으며 공동실행이라는 점이 특정되면 족하다.⁶⁸⁰⁾

나. 공범에 대한 가벌성 근거와 처벌

단독으로 범해질 수 있는 범죄에 정범 또는 공범의 형태로 다수가 참여하였다고 하더라도 법률이 특별히 가중사유로 규정하지 않는 이상 처벌에 영향을 주지 않는다. 공동정범(coauteur)의 경우 비록 범죄를 구성하는 행위를 부분적으로 실행하였다 하더라도 행위 전체를 실행한 것으로 평가된다.⁶⁸¹⁾

반면에 프랑스법은 '범죄의 단일성 이론'(la théorie de l'unité de l'infraction)에 의해 지배되고 있으며, 이에 따르면 방조(교사)행위는 부수적 행위로서 주된 행위에 결합되며 이로부터 일정부분 불법성을 차용하는 것으로 본다.⁶⁸²⁾ '범죄성 차용의 이론'(la théorie de l'emprunt de la criminalité)으로 칭해지는 이 원칙은 정범에 의해 범해진 주된 범죄(행위)가 없이는 종범이 성립하지 않는다는 것을 의미한다. 그런데 종범에 대한 처벌에 있어서 범행에 사용된 도구의 제공과 같이 범죄의 구성요건을 실행하는데 직접적으로 참가하지 않고 단순히 부차적으로 연결되어 도움을 제공하였다는 측면에서 형을 감경하자는 입장과 반대로 정범에게 적용될 형벌로 처벌하여야 한다는 입장이 있다. 후자의 입장이 1810년 구 형법전이 취하고 있던 시스템으로서

679) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 196면.

680) Cass. crim., 21 sept. 1993, Bull. n°266.

681) Claire Sourzat, Droit pénal général et procédure pénale, 2^e éd., Larcier, 2016, 147면.

682) Frédéric Desportes/Francis Le Gunehec, Droit pénal général, 16^e éd., Economica, 2009, 523면.

이에 따르면 중범은 정범과 동일한 형에 처해지게 된다.⁶⁸³⁾ 그런데 구 형법전 제59조가 중죄 또는 경죄의 공범을 해당 중죄 또는 경죄의 정범과 동일한 형으로 처벌하도록 규정한 것과 달리 현행 형법전 제121-6조는 중범에 대하여 정범으로서 처벌하도록 규정하여 범죄만을 차용할 뿐 형벌을 차용하지 않는 것으로 변화하였다. 이는 우리 형법이 교사범에 대하여는 원칙적으로 정범과 동일한 형으로 처벌하도록 하면서 중범에 대하여는 형을 감경하도록 한 것과 다르다고 하겠다. 다만 정범과 공범이 결합한 합동범에 대하여 프랑스 형법전 각칙에서 가중사유로 규정한 경우에는 단독정범의 경우보다 가중처벌 한다.

2. 공범의 기본구조

우리 형법과 비교할 때 프랑스 형법전은 공범에 관하여 제121-6조 및 제121-7조 두 개의 조문에서 중범에 대한 처벌 및 중범의 성립요건에 대하여만 규정하고 있으며, 교사범에 대하여는 독립된 조문이 없어 중범의 개념에 포함시켜 규정하고 있다. 따라서 공동정범, 공범과 신분, 간접정범 등에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않으며 이와 관련된 문제는 판례 및 학설에 의하여 해결하고 있다. 공동정범, 교사범, 방조범 등 임의적 공범에 대한 처벌에 있어서도 정범의 형에 의해 처하도록 하고 있다. 이러한 측면에서 정범과 공범의 구별실익은 상대적으로 낮다고 하겠다. 더욱이 다수의 범죄에서 가중사유가 되는 합동범(en réunion)은 정범뿐만 아니라 중범을 포함하여 다수가 참여하는 경우에 성립되므로 이들을 구별할 실익이 감소된다.

다만 정범과 공범을 구별할 실익은 일정부분 남아 있다. 우선 공범은 자신의 범죄성(criminalité)을 정범의 행위로부터 차용하는 것이므로 정범이 처벌되는 미수의 단계에 이르지 않은 경우에 처벌을 피하게 된다.⁶⁸⁴⁾ 이것은 우리 형법에서 논해지는 공범 종속성설과 어느 정도 일맥상통한다고 하겠다. 또한 범죄가 어떤 죄를 구성하는지는 공무원과 관련된 범죄에서와 같이 공범이 아닌 정범의 신분에 의해 결정되기 때문에 이 두 개념을 구별할 실익이 있다. 다음으로 범죄행위가 종료된 이후에 개입하는

683) Bernard Boulloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 214면.

684) Georges Levasseur/Albert Chavanne/Georges Lefranc, Droit pénal général et procédure pénale, 12^e éd, Sirey, 1996, 97면.

자는 공범이 아니라 장물범 또는 범인은닉죄에 해당할 수 있다. 그런데 프랑스 대법원 판례는 공범과 장물(은닉)범이 하나의 범죄에 대하여 동시에 성립할 수 있다는 입장을 취하고 있다.⁶⁸⁵⁾ 그 이유는 두 개의 구별되는 범죄활동이 존재하며 하나가 위법행위의 사전 또는 동시에 이루어진 것(공범)이라면, 다른 하나는 사후에 이루어진 것(장물범)이라는 것이다.⁶⁸⁶⁾ 이처럼 판례는 사기죄, 횡령죄, 배임죄 등에 있어서 장물범과 공범의 중복성립을 인정하고 있다.⁶⁸⁷⁾

3. 공범의 형태

가. 정범(공동정범과 간접정범)

1) 공동정범(le coauteur)

공범론을 논함에 있어서 먼저 정범과 협의의 공범의 개념을 구분할 필요가 있다. 객관적 관념을 채택하고 있는 형법전에 따르면 정범은 범죄의 성립시키는 유형적 행위를 개인적으로 실행한 자를 의미하며, 유형적 정범(l'auteur matériel)이라고 칭한다. 부작위범에 있어서는 작위의 의무가 있는 자가 유형적 정범이 된다.⁶⁸⁸⁾ 형법전 제 121-4조는 중죄 또는 법률에 의하여 특별히 규정한 경우에 경죄를 범하였거나 범하려고 기도한 자를 정범으로 정의하고 있다. 구체적으로 정범(l'auteur d'une infraction)은 범죄의 모든 구성요소(les éléments constitutifs de l'infraction)를 스스로 실행한 자를 말한다. 정범은 단독정범뿐만 아니라 공동정범(coauteur)을 포함한다. 공동정범은 범죄를 구성하는 유형적 행위를 다른 사람과 공동으로 실행하였다는 점에서 공동정범으로 칭해진다.

공범은 반대로 범죄의 모든 구성요소를 스스로 실행하지 않고 단순히 정범이 범죄를 범하는데 도움을 주거나 범죄를 범하도록 유인한 자를 말한다.⁶⁸⁹⁾ 금지된 수렵행위

685) Crim. 9 févr. 1967, *Bull. crim.* n°62.

686) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, *Droit pénal général et procédure pénale*, 21^e éd., Sirey, 2018, 215면.

687) Crim. 9 févr. 1967, *Bull. crim.* n°62.

688) Bernard Bouloc, *Droit pénal général*, 26^e éd., Dalloz, 2019, 266-267면.

689) Georges Levasseur/Albert Chavanne/Georges Lefranc, *Droit pénal général et procédure pénale*, 12^e éd, Sirey, 1996, 98면.

를 하도록 충기를 제공하거나 살인에 사용될 칼을 제공하는 것과 같이 특정된 범죄의 실행을 용이하게 하는 행위는 범죄의 구성요건을 직접 실행하는 것이 아닌 한 실행행위에 부차적(incidente)으로 결합된다.⁶⁹⁰⁾ 이처럼 정범과 공범을 구별하는 것이 용이할 수 있으나 때로는 그 구별이 어려운 경우가 있다. 특히 과거 판례들은 공범을 공동정범으로 취급하는 경향이 있었다. 예를 들어 절도에 있어서 '망을 보는 행위'는 단순히 정범의 행위를 사실상 도운 것에 불과하지만 과거 판례는 공동정범에 해당하는 것으로 보았다.⁶⁹¹⁾ 특히 구 형법전 하에서 합동범의 개념을 공동정범으로 다수가 참여하는 경우만을 예정하고 있어 공범에 대하여 가중된 형벌에 처할 수 있도록 공동정범으로 취급하기도 하였다.⁶⁹²⁾ 다만 현재의 상황에서도 위경죄의 경우에 교사에 의한 공범은 처벌되지만 원조 또는 보조에 의한 공범은 예외적으로 처벌되기 때문에 범죄실행에 도움을 제공한 공범을 공동정범으로 취급하여 처벌하는 경우가 있다.⁶⁹³⁾ 이것은 중범을 처벌할 수 없는 상황에서 처벌을 담보하기 위한 자구책이라고 할 수 있다(예: 위경죄분야에서의 구조의무위반).⁶⁹⁴⁾

공동정범과 공범의 구별문제와 관련하여 특이한 이론으로 상호방조이론(la théorie de la complicité corespective)이 있다. 판례로부터 발전된 이 이론은 공범과 공동정범을 구별할 실익을 감소시키는 효과를 가져 온다. 이 이론은 모든 참가자들이 경우에 따라 상호 원조한 것으로 평가하는 것을 가능하게 하며, 공동정범은 각자가 다른 참가자의 공범으로 간주된다.⁶⁹⁵⁾ 원칙적으로 동일한 사람이 같은 범죄사실에 대하여 동시에 공동정범과 공범이 될 수 없지만 이를 인정하는 것이다. 판례의 논리는 중죄의 공동정범은 필요적으로 다른 범인의 범죄실행에 대하여 도움을 제공하며, 사물의 이치상 그의 공범이 된다는 것이다. 과거 이 이론은 법원으로 하여금 신분이 없는 공동정범을 공범으로 취급함으로써 신분이 있는 다른 공동정범에 부착된 가중사유를 적용하

690) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 213-214면.

691) Georges Levasseur/Albert Chavanne/Georges Lefranc, Droit pénal général et procédure pénale, 12^e éd, Sirey, 1996, 98면.

692) Frédéric Desportes/Francis Le Gunehec, Droit pénal général, 16^e éd., Economica, 2009, 537면.

693) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 214면.

694) Jean Larguier, Droit pénal général, 20^e éd., Dalloz, 2005, 87면.

695) Jean Larguier, Droit pénal général, 20^e éd., Dalloz, 2005, 86면.

여 처벌하는 것을 가능하게 하였다. 예를 들어 프랑스는 살해의 객체가 자신의 직계존속인 경우에만 존속살해죄가 성립하는데도 불구하고 구 형법전 하에서 판례는 배우자인 부인과 함께 장모를 살해한 남편에 대하여 가중된 형벌을 적용하였다. 이 사건에서 남편은 자신은 피해자의 비속이 아님으로 가중처벌한 것은 잘못이라고 주장하였다. 그러나 대법원은 남편에 대하여 공범으로서 구형법 제59조의 규정(형벌차용론)에 따라 정범과 동일한 형에 처할 수 있으므로 존속살해에 해당하는 형벌의 적용이 정당하다고 판시하였다. 그러나 현재는 공범은 자신이 정범의 경우에 받게 될 형벌로 처벌받게 되는 것이므로 이러한 판례상의 해결은 특별한 의미가 없으며, 공동정범의 신분에 부착된 가중사유를 적용하지 않는다.⁶⁹⁶⁾

상호방조이론은 현재 그 의미가 상당 부분 퇴색하였지만, 일정 부분 유효하다. 특히 집단폭행과 관련하여 상해의 결과가 발생하였으나 그 원인된 행위를 밝히는 것이 어려운 경우에 적용된다. 즉 다수가 폭행에 가담하는 경우 각자의 역할과 피해자에게 가해진 공격의 성격이 명확하게 구분되지 않는 경우에 각자가 폭행을 행사하는 동시에 결과발생에 대하여 다른 참가자를 돕고 있다는 점에서 자신의 행위에 대한 정범인 동시에 다른 사람이 발생시킨 결과에 대한 공범이라는 논리가 성립하게 된다.⁶⁹⁷⁾ 이러한 법리에 따라 판례는 폭행에 참여한 자들에 대하여 결과발생에 대한 각자의 역할을 명확히 밝히는 수고를 들이지 않고 동일한 죄를 적용한다.⁶⁹⁸⁾

2) 간접정범 또는 지적 정범(l'auteur intellectuel)

우리 형법이 간접정범에 대한 명시적 규정을 두고 있는 것과 달리 프랑스 형법전은 간접정범에 관한 규정을 두고 있지 않을 뿐만 아니라 이에 대한 논의도 찾기 어렵다. 정범의 개념상 객관주의의 입장에서 범죄를 구성하는 행위를 직접 실행한 자를 정범으로 보지만, 예외적으로 자신이 직접 실행하지 않고 단순히 범죄실행의 지적 원인이 된 자를 정범으로 본다.⁶⁹⁹⁾ 예를 들어 공무원의 공문서위조와 관련하여 작성자인

696) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 214-215면.

697) Frédéric Desportes/Francis Le Gunehec, Droit pénal général, 16^e éd., Economica, 2009, 536면.

698) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 215면.

699) Bernard Bouloc, Droit pénal général, 26^e éd., Dalloz, 2019, 268면.

공무원은 제삼자의 거짓 신고에 근거하여 문서를 작성하게 되는 것이므로 허위신고를 한 자가 공문서위조의 정범이 된다.⁷⁰⁰⁾ 또 다른 사례로서 미성년자 약취와 관련하여 과거 법률은 위계 또는 위력에 의하여 아동을 약취한 자뿐만 아니라 약취하도록 지시한 자를 정범으로 처벌하도록 하였다. 이처럼 구 형법전 하에서 범죄를 구성하는 행위를 직접 실행하지 않더라도 다른 사람을 이용하여 범죄를 범하도록 한 자를 지적 정범 또는 정신적 정범으로 보았다. 이는 우리의 간접정범의 개념과 일치하는 것은 아니며, 간접정범과 공모공동정범을 포함하는 개념이라고 할 수 있다. 그런데 다른 사람으로 하여금 범행을 하도록 지시하는 행위는 공범의 한 형태인 교사로도 볼 수 있다. 현행 형법전은 우리와 같은 엄격한 의미의 간접정범의 개념을 사용하지 않고 공범에 관한 제121-7조 제2항의 규정을 근거로 범죄를 범하도록 한 자를 종범(교사에 의한 종범)으로 처벌하도록 하고 있다. 또한 입법자들은 범죄의 현실을 반영하기 위하여 예외적으로 특정범죄를 범하도록 지시하는 행위를 구성요건에 명시함으로써 정범으로 처벌할 수 있도록 하고 있다. 예를 들어, 집단학살죄에 관한 제211-1조는 집단학살의 행위뿐만 아니라 지시행위를 구성요건으로 설정하고 있다. 또한 유형적 정범과 분리하여 정신적 정범을 보다 중하게 처벌하도록 한 경우가 있다. 예를 들어 제222-34조는 마약류유통의 목적을 가진 그룹을 조직한 자에 대하여 무기징역에 처하도록 하고 있다.⁷⁰¹⁾

나. (좁은 의미의) 공범

1) 종범과 교사범의 관계

형법전 제121-7조

- (1) 어떠한 중죄 또는 경죄의 준비 또는 완수를 원조 또는 보조에 의하여 의식적으로 용이하게 한 자는 종범이다.
- (2) 공여, 약속, 협박, 명령, 감독권 또는 권한의 남용에 의하여 범죄를 범하도록 하거나 범죄를 범하기 위한 세부방법(instruction)을 제공한 자도 마찬가지로 종범이다.

700) Crim. 4 janv. 1966, Bull. n°2.

701) Frédéric Desportes/Francis Le Gunehec, Droit pénal général, 16^e éd., Economica, 2009, 492-493면.

우리 형법 제32조 제1항이 종범을 단순히 타인의 범죄를 방조한 자로 규정하고 있으나 프랑스 형법전은 종범에 관하여 비교적 상세하게 규정하고 있다. 형법전 제121-7조 제1항은 중죄 또는 경죄의 준비 또는 완수를 원조 또는 보조에 의하여 용이하게 한 자를 종범(complice)으로 정의하고 있으며, 같은 조 제2항은 공여 등의 수단으로 범죄를 범하도록 하거나 범죄를 범하기 위한 세부방법을 제공한 자를 종범의 한 형태로 규정하고 있다. 이처럼 프랑스에서 협의의 공범은 종범(complice)을 의미하며 여기에는 방조범과 교사범이 포함된다.⁷⁰²⁾ 종범의 성립은 모든 범죄에 대하여 인정되는 것이 아니라 정범의 행위가 중죄 또는 경죄를 구성하는 경우에만 인정된다. 위경죄에 대하여는 원칙적으로 종범이 성립하지 않으며 형법전 제610-2조는 원조 또는 보조의 형태가 아닌 교사 또는 세부방법의 제공(instructions)에 의한 종범만을 처벌하도록 규정하고 있다. 다만 일부 위경죄의 경우(야간소란, 경미한 폭행 등)에 실행행위뿐만 아니라 준비행위에 대한 원조 또는 보조행위를 처벌하도록 형법전이 명시하고 있어 정범행위의 처벌여부와 독립하여 방조행위에 대한 처벌이 가능하다.⁷⁰³⁾ 또한 종범이 성립하려면 형법전이 규정하고 있는 일정한 행위형태에 해당하여야 한다.

2) 공범의 형태

(1) 교사(provocation)⁷⁰⁴⁾

범죄실행에 대한 교사가 형벌법규에 의해 처벌하려면 형법전 제121-7조 제2항 전단이 규정하고 있는 “공여, 약속, 협박, 명령, 감독권 또는 권한의 남용”을 수반하여야 한다. 여기에 열거된 수단(방법)에 의하지 않은 교사는 공범행위를 구성하지 않는다. 따라서 단순히 범죄를 범하도록 제안하거나 권고한 자는 종범으로 처벌되지 않으며, 판결법원은 교사에 의한 종범으로 처벌하려면 구체적인 형태를 명시하여야 한다. 교사는 세부방법(instruction)의 제공이 없이도 성립될 수 있으나, 그 대상이 특정되어야 하며 범죄실행의 구상(idée)을 명확히 표출하여야 한다.⁷⁰⁵⁾ 예를 들어 일반 대중을

702) 본 글에서 종범의 용어는 방조범과 교사범을 포함하는 협의의 공범의미로 사용된 것임을 밝힌다.

703) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 215면.

704) 넓은 의미의 교사는 세부방법의 제공을 포함하지만 여기서는 협의의 교사(유발)로 해석을 제한한다.

705) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd.,

대상으로 범죄를 선동하는 행위는 1881년 언론법에 의하여 별도의 범죄로 처벌되지만 교사에 의한 중범을 구성하지 않는다. 마지막으로 중범으로 처벌하기 위해서는 앞에서 설명한 바와 같이 정범이 범죄를 완성하거나(기수), 적어도 처벌될 수 있는 미수에 나아가야 한다.⁷⁰⁶⁾

반면에 입법자들은 일정한 요건 하에 단순한 교사를 독립된 범죄로 설정하는 경우가 있으며, 여기에는 경우에 따라 처벌되지 않는 행위를 교사하는 행위도 포함된다. 예를 들어, ‘무기휴대다중불해산직접교사죄’(제431-6조), ‘국가기관에 대항하기 위한 무장교사죄’(제412-8조), ‘자살교사죄’(제223-13조), ‘미성년자에 대한 마약류불법사용 직접교사죄’(제227-18조), ‘미성년자에 대한 과도한 음주직접교사죄’(제227-19조), ‘미성년자에 대한 중죄 또는 경죄 직접교사죄’(제227-21조) 등이 있다. 참고로 위에 열거된 죄 중 일부는 결과가 수반되지 않더라도 처벌이 된다.⁷⁰⁷⁾

교사와 관련하여 직접 실행행위에 참여하지 않았으나 우월적 지위에서 다른 사람으로 하여금 범죄를 범하도록 지시하거나 그 사정을 모르는 사람으로 하여금 간접적으로 범죄를 실행하도록 하는 경우에 있어서 우리와 마찬가지로 정범의 성립여부가 논의된다. 이러한 교사행위는 독립된 범죄로 규정되기도 하며, 그 외의 경우에 있어서도 프랑스의 판례 및 학설은 공모공동정범이나 간접정범이라는 용어를 사용하고 있지 않으나 대신에 정신적 정범(l'auteur moral) 또는 지적 정범(l'auteur intellectuel)이라는 용어를 사용하여 정범으로 평가하고 있다.⁷⁰⁸⁾

(2) 세부방법의 제공(la fourniture d'instruction)

세부방법의 제공은 이른바 ‘지적 수단’(moyens intellectuels)의 제공에 해당한다.⁷⁰⁹⁾ 형법전 제121-7조 제2항 후단은 세부방법(instruction)의 제공을 공범행위에 포함시키고 있다. 여기에 해당하려면 중죄 또는 경죄의 실현에 사용될 것을 알면서

Sirey, 2018, 220면.

706) Jean Laruier, Droit pénal général, 20^e éd., Dalloz, 2005, 83면.

707) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 220면.

708) 이에 대한 자세한 소개로는 Frédéric Desportes/Francis Le Guehec, Droit pénal général, 16^e éd., Economica, 2009, 492-493면; Jean Laruier, Droit pénal général, 20^e éd., Dalloz, 2005, 83면.

709) Jean Laruier, Droit pénal général, 20^e éd., Dalloz, 2005, 84면.

그에 필요한 구체적 정보를 제공하여야 한다. 예를 들어, 강도범행의 대상으로서 일시적으로 비어 있는 주택의 주소, 약취 또는 살인의 대상이 되는 사람의 생활습관이나 일정, 독살에 사용될 약품의 품명과 사용법 등의 정보를 제공하는 행위가 여기에 해당한다.⁷¹⁰⁾ 세부방법의 제공은 직접적으로 제공될 것을 요하지 않으며 제3자를 통하여 전달되어도 무방하다. 정범이 결과에 이르기 위하여 최종적으로 공범이 제시한 방법이 아닌 다른 방법을 이용한 경우에도 공범이 성립된다.⁷¹¹⁾ 반면에 정보제공에 의한 공범행위는 명시적으로 지명된 사람을 죽이도록 청부업자에게 임무를 부여하였으나 이 범죄를 수행할 자가 자신의 고유한 의사에 의하여 범행을 포기하고 다른 피해자를 의도적으로 살해하는 경우에는 인정되지 않는다.⁷¹²⁾ 이러한 교사행위는 2004년 3월 9일의 법률에 의해 신설된 형법전 제221-5-1조에 의하여 독립된 범죄로 처벌된다.

(3) 원조(aide) 또는 보조(assistance)

형법전 제121-7조 제1항은 원조 및 보조를 공범(방조)의 형태로 규정하고 있다. 이 공범형태는 기본적으로 범죄를 범하는데 사용되거나 범죄의 준비 또는 실행을 용이하게 하는 수단을 제공하는 것을 대상으로 한다. 그러나 판례나 학설이 명확하게 이 두 개의 개념을 구분하고 있지 않으며, 구별의 실익도 없다. 다만 일부 학계의 설명에 의하면 원조는 여하한 수단의 제공을 의미하는 것으로 가장 흔한 형태는 동산의 제공이지만 강간 또는 폭행의 장소로서 부동산을 제공한 한 경우도 해당된다. 반면에 보조는 범죄현장에 공범이 있을 것을 전제로 정범의 행위를 거드는 것을 의미한다.⁷¹³⁾ 원조 또는 보조에 해당하는 사례를 보면, 인쇄되어 출간될 것을 알면서 음란서적의 원고를 편집자에게 제공한 음란서적의 저자는 공범에 해당하며, 주취상태에 있는 자에게 운전대를 맡긴 자동차의 소유주도 음주운전죄의 공범에 해당한다. 마찬가지로 그 정을 알면서 다량의 허위계산서를 발급하여 부가가치세를 환급받도록 한

710) Frédéric Desportes/Francis Le Gunehec, Droit pénal général, 16^e éd., Economica, 2009, 521면.

711) Crim. 31 janv. 1974, Bull. n°50.

712) Crim. 10 mars 1977, Bull. n°91; Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 220-221면.

713) Frédéric Desportes/Francis Le Gunehec, Droit pénal général, 16^e éd., Economica, 2009, 516면.

사업주는 공범으로 처벌된다.⁷¹⁴⁾ 그런데 판례는 범죄를 구성하는 객관적 요소를 실현하는 데 직접적으로 참여하지 않고 단순히 협조한 자에 대하여 처벌을 담보하기 위하여 공동정범으로 취급하기도 한다.⁷¹⁵⁾ 통상적으로 교사 또는 세수방법의 제공에 의한 공범행위가 범행 이전에 이루어지는 것과 달리 범행과 동시에 이루어지는 원조 또는 보조행위에 의한 방조는 정범으로 처벌되는 공동실행(coaction)과 종종 구별이 어려운 측면이 있다.⁷¹⁶⁾

3) 공범성립의 요건

(1) 주된 행위(fait principal)의 처벌

구 형법전하에서 범죄성 차용 및 형벌차용의 원칙(le principe de la criminalité d'emprunt et de la pénalité d'emprunt)에 의하여 공범은 범죄성 및 형벌을 정범으로부터 빌린다는(차용)한다는 법리가 지배적이었다. 형법전 제121-6조의 규정은 공범이 정범의 범죄성을 차용한다는 원칙을 유지하면서 반면에 형벌의 차용원칙을 폐기하였다. 이 범죄성 차용의 원칙에 따라 공범을 처벌하려면 주된 행위 즉 정범의 행위가 처벌될 수 있을 것을 요한다. 따라서 형벌법규에 의하여 처벌되지 않는 행위의 수행에 대한 방조(교사)행위는 처벌할 수 없다. 예를 들어 자살은 범죄가 아니므로 자살의 교사는 공범으로서 처벌되지 않는다. 다만 입법자는 형법전 제223-13조에서 성공하거나 기도된 자살교사행위를 별도의 독립된 범죄로 규정하고 있다.⁷¹⁷⁾ 또한 정범이 예비 행위만을 하거나 실행의 착수에 나아갔으나 자발적으로 범행을 포기한 경우에 공범이 성립하지 않는다. 즉 방조(교사)의 미수(la tentative de complicité)는 처벌되지 않는다.

방조의 미수가 그 자체로 처벌되지 않는 것과 달리 정범의 준비행위를 도운 행위는 정범의 미수가 처벌되는 경우 공범으로 처벌된다. 예를 들어 강도범에게 범죄장소에 침입하는 방법에 대한 정보를 제공하였으나, 정범이 범행을 시도하는 과정에서 체포

714) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 221면.

715) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 221면.

716) Jean Larguier, Droit pénal général, 20^e éd., Dalloz, 2005, 85면.

717) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 77면.

된 경우가 그러한 예이다.⁷¹⁸⁾

범죄의 모든 성립요소가 갖춰지는 경우 공범은 유죄판결을 받게 되며, 이 경우 정범이 실제로 처벌을 받는지의 여부는 중요하지 않다. 예를 들어 정범이 사망하거나 주관적 책임조각사유에 해당하여 소추가 이루어지지 않은 경우에도 공범은 소추될 수 있다. 또한 정범이 도주를 하거나 신원이 확인되지 않은 경우에도 마찬가지이다. 그렇지만 정범이 객관적인 책임조각사유에 해당하는 경우(정당화사유, 공소시효 등)에 정범에 대한 처벌이 불가능하며 공범에 대한 소추도 불가능하다.⁷¹⁹⁾ 친족상도례가 적용되는 재산죄에 있어서 피해자와 친족관계에 있는 정범에 대한 소추가 불가능하기 때문에 친족관계가 없는 공범을 소추할 수 없는 것으로 생각할 수 있다. 그러나 공범은 정범의 위치에서 처벌되기 때문에 비록 정범에 대한 처벌이 불가능하더라도 공범은 처벌이 된다.⁷²⁰⁾ 그런데 일정한 경우 방조(교사)행위는 정범에 대한 처벌여부와 상관 없이 독자적인 범죄로 처벌되는 경우가 있다.⁷²¹⁾

(2) 공범의 실행행위

형법전 제127-1조의 규정에 따라 범죄의 실행을 돕거나 또는 유발을 목적으로 의식적으로 실현한 경우에만 종범으로 소추될 수 있다. 또한 이러한 행위들은 범죄실행 이전 또는 동시에 있어야 한다.⁷²²⁾ 먼저 공범을 처벌하려면 정범에 의해 범해진 범죄의 실행에 도움을 주고 있다는 것에 대한 인식이 요구된다. 즉 방조(교사)의 지적 요소는 필요적으로 고의적일 것을 요하며, 고의는 정범의 행위가 위법하다는 것에 대한 인식과 그 실행에 참여한다는 의사로서 정의된다.⁷²³⁾ 형법전 제121-7조는 원조 또는 보조가 ‘의식하면서(정을 알면서)’(sciemment) 제공되고 세부방법이 범죄를 ‘범하기 위하여’ 전달될 것을 명시하고 있다. 고의는 공범이 수단이나 세부방법을 제공하

718) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 216-217면.

719) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 217면.

720) Jean Larguier, Droit pénal général, 20^e éd., Dalloz, 2005, 85면.

721) Jean Larguier, Droit pénal général, 20^e éd., Dalloz, 2005, 76면.

722) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 218면.

723) Frédéric Desportes/Francis Le Gunehec, Droit pénal général, 16^e éd., Economica, 2009, 521면.

거나 범죄수행을 용이하게 하는 협력을 주는 시점에 존재하여야 한다.⁷²⁴⁾

공범의 고의와 관련하여 중요하게 다뤄지는 또 다른 쟁점은 공범이 인식한 범죄와 실제 정범에 의해 범해진 범죄가 동일하지 않는 경우의 문제이다. 만일 정범에 의해 실현된 범죄가 그 성격상 더 중한 경우에 공범은 처벌되지 않으며(특정인을 위협하도록 총을 제공하였으나 다른 사람을 살해를 한 경우), 반대로 공범이 인식한 범죄보다 경한 범죄를 실현한 경우(살인을 목적으로 총을 빌려줬으나 불법수렵을 한 경우)에도 원칙적으로 처벌할 수 없다. 살인을 위한 무기를 제공하였으나 상해를 입힌 경우와 같이 그 성격이 유사한 경우에는 처벌이 가능하다.⁷²⁵⁾ 피해자의 동일성이 다른 경우(X에 대한 살해를 의도하였으나 정범이 Y를 살해한 경우)에 공범이 성립하지 않으나, 애초에 의도한 실행방법과 정범이 실행한 방법이 서로 다른 경우에 예외적으로 공범의 성립이 인정된다.⁷²⁶⁾ 예를 들어 단순절도를 의도하였으나 가중절도를 범한 경우와 같이 당초 인식한 것과 다른 조건하에 범행을 한 경우에 공범이 성립한다.⁷²⁷⁾

다음으로 방조(교사)행위는 범죄 이전 또는 동시에 이루어져야 한다. 형법전 제 121-7조 제1항이 명시하고 있는 바와 같이 원조 또는 보조는 중죄 또는 경죄의 준비 또는 실행을 용이하기 위한 목적을 가져야 하므로 행위가 범행 이후에 개입하는 경우에는 공범이 성립하지 않는다.⁷²⁸⁾ 같은 조 제2항이 명시하고 있는 공여 등에 의한 교사 또는 세부사항의 제공도 마찬가지이다. 범죄실행 이전에 이루어지는 공범행위는 교사의 형태를 취하기도 하며, 범죄실행에 대한 준비행위에서의 원조 또는 보조의 형태를 취하게 되며, 범죄실행을 용이하게 하기 위하여 제공된 세부방법의 형태를 취하게 된다.⁷²⁹⁾ 한편 원조 또는 보조에 의한 방조는 범죄실행과 동시에 이루어질 수 있다.⁷³⁰⁾

724) Bernard Boulloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 223면.

725) Jean Languier, Droit pénal général, 20^e éd., Dalloz, 2005, 81면.

726) Jean Languier, Droit pénal général, 20^e éd., Dalloz, 2005, 81면.

727) Frédéric Desportes/Francis Le Gunehec, Droit pénal général, 16^e éd., Economica, 2009, 522면.

728) Frédéric Desportes/Francis Le Gunehec, Droit pénal général, 16^e éd., Economica, 2009, 517면.

729) Bernard Boulloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 219면.

730) Bernard Boulloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 221면.

만일 범죄 이후의 원조 또는 보조가 범죄 이전에 약속된 것일 때에는 방조행위를 구성할 수 있다. 따라서 장래의 정범과 장래의 공범 사이에 이루어진 공모(entente)가 있었는지가 중요하며, 예를 들어 절도범들과 함께 도주하기 위하여 차를 대기시키고 기다린 자는 공범으로 처벌된다.⁷³¹⁾ 이와 반대로 범죄 이전에 동의가 없는 경우 제3자가 정범의 도주를 돕기 위하여 개입하는 것은 처벌되는 공범의 행위를 성립시키지 않는다.⁷³²⁾

그런데 다양한 상황에서 이루어진 범행 이후의 원조 또는 보조가 독립된 범죄로 처벌되는 경우가 있다. 예를 들어 범죄가 종료된 이후에 정범의 신원확인 또는 체포를 회피하도록 하거나 조사에 필요한 흔적이나 징표를 없애거나 변경하는 행위는 원칙적으로 방조행위로 평가되지 않으며, 증거은닉죄(제434-4조 제1항), 범인도피죄(제434-6조), 사체은닉죄(제434-7조)⁷³³⁾ 등과 같은 독립된 범죄로 처벌된다.⁷³⁴⁾ 또한 형법전 제321-1조는 장물취급죄를 규정하고 있으며,⁷³⁴⁾ 마찬가지로 형법전 제311-11조는 절도 이후에 정범 또는 공범의 도주를 용이하게 하거나 처벌을 면하기 위하여 행한 폭행을 독립된 범죄(준강도죄)로 처벌하도록 하고 있다.⁷³⁵⁾

4. 공범의 처벌

가. 범죄성 차용의 원칙

형법전 제121-6조

제121-7조에 따른 범죄의 종범(공범)은 정범과 동일하게(정범처럼) 처벌한다.

731) Crim. 30 avril 1963, Bull. n°157; Frédéric Desportes/Francis Le Guehec, Droit pénal général, 16^e éd., Economica, 2009, 517-518면

732) Crim. 4 mai 2000, Bull. n°178.

733) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 222면.

734) Frédéric Desportes/Francis Le Guehec, Droit pénal général, 16^e éd., Economica, 2009, 518면.

735) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 222면.

공범에 대한 처벌과 관련하여 가장 중요하게 다뤄지는 것이 '범죄성 차용의 원칙'(règle de l'emprunt de criminalité)이다. 구 형법전 제59조는 중죄 또는 경죄의 공범을 정범과 동일한 형벌에 처하도록 규정하였으며, 이는 공범이 정범의 범죄성(criminalité)뿐만 아니라 형벌(pénalité)까지도 차용한다는 것을 의미하였다. 그러나 존속살해죄의 경우 타인이 자신의 아버지를 살해하는 것을 방조한 아들에 대하여 형벌차용의 원칙에 따라 가중된 형벌이 아닌 보통살인죄의 형벌을 적용할 수밖에 없는 법리적 문제가 있었다. 이러한 문제를 해소하기 위하여 과거 판례는 이와 유사한 사례에서 공범을 공동정범으로 취급하기도 하였다.⁷³⁶⁾ 그러나 신형법전은 형벌차용의 원칙을 폐기하고 범죄성만을 차용하는 것으로 변경하였다. 즉 현재의 형법전 제121-6조는 범죄의 공범을 정범과 동일하게(정범처럼) 처벌하도록 규정하여 범죄성차용의 원칙을 완전하게 채택하고 있다. 이 규정에 따라 공범은 마치 자신이 범죄의 정범이었다면 처해질 형벌로 처벌된다. 즉 처벌의 단계에서 공범은 정범으로 간주된다.⁷³⁷⁾ 그러나 형법전 제121-6조의 규정이 정범에게 선고된 형으로 공범을 처벌한다는 의미는 아니다. 왜냐하면 판사는 입법자가 판사의 재량에 두고 있는 다양한 절차에 의하여 형벌을 개별화하는데 자유롭기 때문이다.⁷³⁸⁾

나. 공범에 대한 형의 가중, 감경 사유의 적용문제

정범의 행위가 형의 가중사유 또는 면제, 감경 사유에 해당하는 경우 공범에게도 그 효과가 미치는지는 획일적이지 않으며, 학설은 그러한 사유의 성격에 따라 객관적(물적), 주관적, 혼합적 사유로 구분하여 판단하는 입장을 취하고 있다. 객관적 사유(les circonstances réelles ou objectives)는 범죄가 범해진 구체적인 조건과 방법과 관련된 것으로 합동, 침입, 무기사용, 미성년자인 피해자 등이 여기에 해당한다.⁷³⁹⁾

736) Frédéric Desportes/Francis Le Gunehec, Droit pénal général, 16^e éd., Economica, 2009, 531면.

737) Bernard Boulloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 223면.

738) Bernard Boulloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 223면.

739) Frédéric Desportes/Francis Le Gunehec, Droit pénal général, 16^e éd., Economica, 2009, 530면.

정범으로부터 직접적(en la personne)으로 발생한 형의 가중사유는 만일 그것이 객관적 성격을 가지며 범죄의 실질(형태)(la matérialité de l'infraction)을 변경하는 것이라면 공범에게 미친다. 예를 들어 절도의 가중사유의 하나인 폭행은 공범의 원조가 범죄실행 이전 단계에서 이루어지고 가중사유를 인식하지 못했다고 하더라도 공범에게 가중절도의 형을 선고하게 한다. 청부업자가 전달받은 지시를 초과하는 행위를 하여 상해를 가한 경우에도 동일하다. 그러나 범죄의 성립요건에 있어 공범이 협력을 제공하려고 하였던 범죄와 완전히 다른 범죄를 정범이 범한 경우에는 방조가 인정되지 않는다.⁷⁴⁰⁾

다음으로 인적 또는 주관적(les circonstances personnelles ou subjectives) 사유는 범주주체의 개인 또는 고유한 자격에 부착된 것으로서 공범에게 적용되는 형벌에 어떠한 영향을 주지 않는다. 예를 들어, 정범이 누범에 해당하는 경우 형의 가중은 공범에 대하여 어떠한 영향을 주지 않는다. 마찬가지로 정범이 미성년자인 경우 이것은 엄격히 개인적인 것이며 행위의 불법성을 제거하지 않으므로 공범은 그 혜택을 받지 못한다.⁷⁴¹⁾

행위자의 인적요소에 부착되어 있으면서 동시에 행위의 범죄성을 변경하는 이른바 ‘복합적 사유’(les circonstances mixtes)의 경우에(고살을 모살로 변경하는 사전계획, 살인범이 피해자의 직계비속이라는 신분 등), 과거 판례는 이러한 사유가 공범에게 미친다고 보았다. 즉 공범이 그러한 가중사유를 인식하지 못하였다고 하더라도 공범은 정범의 형벌로 처벌되므로 공범의 형이 가중된다고 보았다. 반면에 이러한 판례상의 결론은 공범을 마치 정범인 경우에 처해지는 형과 동일한 형으로 처벌하도록 하는 신형법전의 체계 하에서 정당화될 수 있는지 의문이 제기된다. 이러한 사유들은 공범의 형을 결정함에 있어 그것이 그에게 개인적인 경우에만 고려되어야 한다.⁷⁴²⁾ 자녀에 대한 학대로 가중처벌이 되는 아버지와 달리 신분이 없는 공범은 자신이 정범이 경우처럼 처벌되기 때문에 가중되지 않은 형벌로 처벌된다.⁷⁴³⁾ 반대로 신분이 있는 아버지

740) Bernard Boulloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 224면.

741) Bernard Boulloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 224면.

742) Bernard Boulloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 224면.

가 자신의 자녀에 대한 정범의 학대행위를 방조한 경우에 아버지는 가중된 형벌로 처벌된다(반면에 Crim. 7 sept. 2005, Bull. n°219 판결에서 대법원은 정범의 자격에 연결된 가중사유들을 공범에게 적용하였다).⁷⁴⁴⁾

5. 특수한 문제

가. 공범과 부작위

공범이 처벌되기 위해서는 원칙적으로 적극적 행위가 요구되며 단순한 회피(absentention) 또는 부작위(omission)는 처벌되지 않는다. 따라서 개입하지 않고 단순히 범죄실행의 현장에 있었던 자는 수동성에 대해 비난을 받을 지라도 공범으로 소추되지 않는다. 반면에 판례는 종종 수동적이지만 범죄실행에 있어서 결정적 역할을 한 자를 공범으로 평가한다.⁷⁴⁵⁾ 예를 들어 낙태과정에서 내연녀를 심리적으로 응원한 행위를 공범으로 처벌하거나,⁷⁴⁶⁾ 직접 폭력행위에 가담하지 않았지만 피해자들을 폭행한 무리 속에 의도적으로 있었던 자를 공범으로 보았다.⁷⁴⁷⁾ 특히 판례는 자신의 직무 또는 임무의 수행에 있어서 의무에 반하여 필요한 감독을 누락하여 범죄의 실행을 용이하게 한 경우에 부작위에 의한 방조를 인정하고 있다.⁷⁴⁸⁾ 예를 들어, 의무에 반하여 탈모수술 이전 또는 과정의 어떠한 순간에도 개입하지 않은 의사에 대하여 불법의료행위 및 과실치사죄의 공범으로 처벌하였으며,⁷⁴⁹⁾ 회계감독관이 허위의 연간 회계서를 인증하거나, 공인회계사가 회계의 진실성을 확인해 줌으로써 부가가치세탈루의 재범을 덮어준 행위를 공범으로 처벌하였다.⁷⁵⁰⁾ 원칙적으로 부작위

743) Jean Larguier, Droit pénal général, 20^e éd., Dalloz, 2005, 85면.

744) Bernard Boulloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 224면.

745) Frédéric Desportes/Francis Le Gunehec, Droit pénal général, 16^e éd., Economica, 2009, 517면.

746) Crim. 5 nov. 1941, S., 1942, I, 89면.

747) Crim. 26 mars 1992, n°91-80.452.

748) Bernard Boulloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 219면.

749) Crim. 13 sept. 2016, n°15-85046.

750) Frédéric Desportes/Francis Le Gunehec, Droit pénal général, 16^e éd., Economica, 2009, 517면.

에 의한 방조(*la complicité par abstention*)는 처벌되지 않지만 일정한 부작위는 별도의 독립적인 범죄를 구성한다. ‘구조불이행죄’(*la non-assistance à personne en péril*)(제223-6조), 중죄 또는 아동 등 학대불신고죄(제434-1조 및 제434-2조) 등이 여기에 해당한다.⁷⁵¹⁾

나. 공범과 과실(과실범의 공범)

원칙적으로 부주의 또는 태만의 단순한 과실에 의한 방조행위는 공범으로 처벌할 수 없기 때문에 과실범에 대한 공범이 성립할 수 있는지가 논란이 된다.⁷⁵²⁾ 방조행위는 정범의 행위가 결과발생을 의도한 고의범일 것을 전제로 한다는 점에서 통상 과실범에 대한 공범은 성립하지 않는 것으로 이해된다. 그러나 과실범에 대한 공범을 처벌해야 할 예외적인 상황들이 존재한다. 예를 들어 손님이 택시기사에게 팁을 주는 조건으로 과속을 하도록 유인하여 인명사고가 발생한 경우에 종범의 성립여부가 제기된다.⁷⁵³⁾ 판례는 이 경우 과실(*faute*), 결과발생 및 인과관계가 인정된다는 점을 들어 공범이 아닌 공동정범으로 처벌한 사례가 있다. 아울러 과실범인 위험초래죄(*le délit de mise en danger*)와 관련하여 신호를 위반하도록 요구한 승객에 대하여 판례는 명시적으로 공범의 성립을 인정한 사례도 있다.⁷⁵⁴⁾ 이 판례는 형법전 제121-3조 제2항이 부주의 또는 태만의 과실과는 구별되는 새로운 형태의 ‘의도적 위험초래’의 과실을 신설하였다는 점에서 이해될 수 있다.⁷⁵⁵⁾ 이와 관련하여 주관적 구성요소가 되는 태만과 고의적으로 행해진 객관적 구성요소에 해당하는 수동적 태도(*attitude passive*)를 혼동하여서는 안 된다.⁷⁵⁶⁾ 판례는 수술에 대한 감시를 수행할 의무가 있었음에도 자격이 없는 자에 의해 시행된 탈모수술의 이전 또는 과정의 어느 순간에도 개입하지

751) Frédéric Desportes/Francis Le Gunehec, *Droit pénal général*, 16^e éd., Economica, 2009, 517면.

752) Frédéric Desportes/Francis Le Gunehec, *Droit pénal général*, 16^e éd., Economica, 2009, 522면.

753) Jean Larguier, *Droit pénal général*, 20^e éd., Dalloz, 2005, 80면.

754) Crim. 6 juin 2000, Bull. n°213; Jean Larguier, *Droit pénal général*, 20^e éd., Dalloz, 2005, 80면.

755) Frédéric Desportes/Francis Le Gunehec, *Droit pénal général*, 16^e éd., Economica, 2009, 523면.

756) Jean Larguier, *Droit pénal général*, 20^e éd., Dalloz, 2005, 80면.

않은 의사에 대해 과실치상죄의 공범이 성립한다고 보았다.⁷⁵⁷⁾ 그러나 이에 대하여는 하급심이 의사가 레이저탈모수술의 감시에 관한 법령상의 의무를 위반하였다고 판단하여 의도적 과오(une faute délibérée)를 확인하였다는 점에서 사실상 의사는 과실치상죄의 간접적 정범(l'auteur indirect)에 해당(형법전 제121-3조 제4항)한다고 보는 것이 타당하다는 의견도 있다.⁷⁵⁸⁾

다. 공범과 미수

공범에 대한 처벌은 정범의 처벌여부에 종속되는 것이므로 공범을 처벌하려면 정범이 최소한 실행의 착수에 나아가야 한다. 이와 관련하여 살인교사의 문제가 논란이 된다. 판례의 일관된 입장에 따르면 살인을 하도록 청부살인업자에게 돈을 제공하였으나, 청부살인업자가 돈만을 챙기고 실행에 나아가지 않은 경우 돈을 제공한 행위는 공범으로 처벌되지 않는다(Lacour 및 Schieb 사례).⁷⁵⁹⁾ 이러한 교사행위를 처벌할 수 없는 법률적 흠결을 메꾸기 위하여 입법자는 애초에 중죄를 범하도록 교사한 자를 처벌하도록 하는 내용을 형법전 제121-6조에 포함시켰으나 의회에서 통과되지 못하였다. 이후 2004년 3월 9일의 법률은 형법전에 제221-5-1조를 신설하여 교사의 미수행위를 독립된 범죄로 규정하였다.⁷⁶⁰⁾ 즉 다른 사람에게 고살(assassinat), 독살(empoisonnement)을 범하도록 공여 또는 약속하거나 또는, 공여, 선물 등 여하한 이익을 제안하는 행위는 이 중죄가 범해지거나 기도되지 않은 때에 10년 이하의 구금형 또는 15만 유로의 벌금에 처해진다. 이처럼 만일 정범이 실행에 나아갔다면 공범의 불법성이 증대할 수 있음에도 불구하고 정범이 실행에 나아가지 않은 것을 이유로 공범을 처벌할 수 없는 문제점에 직면하여 입법자들은 일정한 형태의 교사를 정범의 실행행위와 독립하여 독자적인 범죄로 규정하고 있다.⁷⁶¹⁾

757) Crim. 13 sept. 2016, n°15-85046.

758) Bernard Boulloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 223면.

759) Crim. 25 octobre 1962, Bull. n°292 et n°293.

760) Bernard Boulloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 216면.

761) Jean Larguier, Droit pénal général, 20^e éd., Dalloz, 2005, 78면.

라. 공범의 공범

공범의 공범(complice du complice), 즉 사정을 알면서 다른 공범을 매개로 하여 정범에게 제공한 원조 또는 보조는 마찬가지로 형법전 제121-7조에 의해 처벌되는 방조를 구성한다. 만일 정범을 도우려고 한 의사가 있었다면 예를 들어 범행의 세부방법의 제공(instruction)이 직접 정범에게 제공되지 않더라도 공범이 성립한다.⁷⁶²⁾ 이 경우 다른 공범이 위법한 활동에 참여하고자 하는 의사가 있었는지를 밝히는 것으로 충분하다(예를 들어 제3자를 통하여 세부방법을 제공한 행위).⁷⁶³⁾ 반면에 참여가 지나치게 간접적인 경우에는 공범이 성립하지 않는다.

마. 공범행위의 이탈(공범의 자수)

방조(교사)행위를 하였으나 정범의 실행에 앞서 자신의 생각을 변경하고 정범과 관계를 종식하고자 하는 경우에 공범으로서 처벌을 받지 않으려면 정범에게 전달한 무기를 회수하거나, 대상이 된 피해자에게 경고를 하거나, 경찰에 신고하는 등의 적극적인 조치를 취하여야 한다.⁷⁶⁴⁾ 조직범죄를 대처하기 위해 2004년 3월 9일의 법률에 의해 신설된 형법전 제132-78조는 자수자에 대한 형의 면제 또는 감경규정을 도입하면서 공범관계를 이탈한 자수자에 대하여도 이러한 혜택을 부여하였다. 먼저 형의 면제를 받으려면 중죄 또는 경죄를 기도한 자가 행정기관 또는 사법기관에 신고를 하여 범죄의 실현을 회피할 수 있게 하고 다른 정범 또는 공범의 신원을 확인할 수 있게 하여야 한다(제1항). 형의 감경을 받으려면 중죄 또는 경죄를 범한 자가 행정기관 또는 사법기관에 신고를 하여 범죄를 중지시킬 수 있게 하거나 범죄가 손해의 발생을 회피할 수 있게 하거나 또는 다른 정범 또는 공범의 신원을 확인할 수 있게 하여야 한다(제2항).

762) Jean Larguier, Droit pénal général, 20^e éd., Dalloz, 2005, 78면.

763) Crim. 15 déc. 2004, Bull. n.322.

764) Frédéric Desportes/Francis Le Gunehec, Droit pénal général, 16^e éd., Economica, 2009, 522면.

6. 소결

프랑스도 우리 법과 마찬가지로 범죄의 참가형태를 기본적으로 정범과 공범으로 구분하고 있다. 정범은 범죄가 되는 행위를 범하거나 중죄 또는 법률에 규정된 경우에 경죄를 범하려고 기도한 자이다. 반면에 협의의 공범을 교사범과 방조범으로 엄격히 구분하는 우리 법의 태도와 달리 프랑스는 협의의 공범(종범)을 원조 또는 보조에 의한 종범과 공여 또는 권한의 남용 등의 수단을 통하여 범죄를 유발하거나 구체적인 범죄의 실행방법을 제공하는 교사에 의한 종범으로 구분하고 있다. 즉 교사는 종범의 한 형태로 취급되며 방조와 달리 교사의 경우 구체적인 행위방식이 규정되어 있는 특징이 있다. 또한 다수의 범죄참가와 관련하여 공동정범과 간접정범에 대한 명시적 규정이 없으며, 특히 간접정범에 대한 이론적 논의는 찾아보기 어렵다.

공범의 본질과 관련하여 정범에 의해 범해진 주된 행위가 없이는 공범이 성립하지 않는다는 공범의 종속성설의 입장을 취하고 있다. 다만 공범에 대한 처벌에 있어서 구 형법전이 중죄 또는 경죄의 정범과 동일한 형에 처하도록 규정한 것과 달리 현행 형법전은 공범을 정범으로서, 즉 정범의 형으로 처벌하도록 변경하였다. 따라서 원칙적으로 교사범을 포함한 모든 공범은 정범의 형으로 처벌되며 형의 감경은 인정되지 않는다. 오히려 정범과 공범이 결합하여 범행을 한 경우를 합동범의 개념에 포섭시킴으로써 일정한 범죄에 대하여 공범은 단독정범의 경우보다 중하게 처벌된다.

우리 형법이 공범과 신분의 문제를 직접 규정하고 있는 것과 달리 프랑스 형법전은 이에 대한 명시적 규정을 두고 있지 않다. 그러나 이 문제는 구형전 하에서도 중요한 논란의 대상이 되었으며 현재에도 비증 있게 다루어지고 있다. 과거에는 판례상 발전한 상호방조이론에 따라 정범의 신분에 부착된 가중사유를 종범에 대하여도 적용하여 가중처벌하도록 하였으나 현재는 정범에게 적용되는 인적 또는 주관적 가중사유를 공범에게 적용하지 않는다.

종범이 성립하기 위해서는 정범의 행위가 처벌될 수 있는 행위일 것을 요한다. 정범의 행위가 범죄를 구성하지 않거나 방조(교사 포함)가 실패하거나 효과가 없는 경우에는 원칙적으로 처벌되지 않는다. 반면에 정범이 사망하거나 주관적 책임조각사유에 해당하여 처벌할 수 없는 경우에 공범이 성립하며, 객관적 책임조각사유에 해당하는 경우에는 공범에 대하여 처벌이 불가능하다. 공범과 관련한 특수문제로서 부작

위에 의한 방조는 원칙적으로 인정되지 않지만 판례는 직업상의 의무에 반한 경우 등에 있어서 성립을 인정한다. 마찬가지로 과실범에 대한 공범의 성립이 원칙적으로 부정되지만 교통법규를 위반하도록 유인하여 사고를 발생하게 한 경우와 같이 예외적인 상황에서 판례는 공범의 성립을 인정하고 있다.

제4절 | 독일

1. 개관

하나의 고의행위는 수인이 그 실현에 참여하는 프로젝트가 될 수 있다. 독일 형법은 한국 형법과 마찬가지로 수인이 하나의 범죄에 참여할 때 정범과 공범을 구별하는 이원적 시스템을 취하고 있다. 즉, 독일형법은 오스트리아 형법에서 인정되는 단일정범개념을 부정하고 있다. 이러한 단일정범개념은 과실범 영역에서도 인정되는데, 여기서는 정범과 공범이 구별되지 않는다. 질서위반죄 영역에서도 질서위반법 제14조가 단일정범개념을 규정하고 있다.⁷⁶⁵⁾

이러한 이원적 시스템에서는 수인이 하나의 범죄실현에 참여할 때 정범으로서 책임을 지는가 공범으로서 책임을 지는가가 늘 문제된다. 특히 독일 형법상 방조범의 경우에도 독일 형법 제27조 제2항 제2문에 따라 형이 필수적으로 감경된다. 따라서 정범과 공범의 구별 문제는 실무적으로 중요하다.

정범과 공범의 구별은 아주 어려운 문제이다. 어떠한 기준이 이러한 구별에 결정적인지에 관하여는 견해대립이있다. 이와 관련하여 많은 이론들이 주장되는데 이들은 범죄구성요건의 이해와 밀접하게 연결되어 있다.⁷⁶⁶⁾

765) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 2.

766) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 3.

가. 범죄구성요건이해와 정범이론의 관계

인과관계에 관한 이론인 등가설(Äquivalenztheorie)의 기초가 되는 고전적 이해에 따라 범죄구성요건실현이 법익객체의 침해에 대한 인과적 기여의 야기로만 설명된다면 범죄기여의 중요성에 대한 차이는 없다. 예컨대 칼로 찌른 사람이나 칼을 생산한 사람이나 똑같이 범죄구성요건을 실현한 것이다. 이러한 이해방식은 확장적(즉, 정범과 공범을 모두 포함하는) 범죄구성요건개념과 확장적 정범개념(extensiver Täterbegriff)의 토대를 이룬다.⁷⁶⁷⁾ 객관적으로 모든 범죄기여들이 동가치적이기 때문에 법률적으로 요구되는 정범과 공범의 구별은 주관적 관점에 의해 이루어진다. 이것이 판례와 주관적 이론의 기초이다.⁷⁶⁸⁾ 이에 반해 학설상의 다수적 견해에 따르면 법적 구성요건은 동시에 정범성도 담고 있다. 정범이란 범죄구성요건을 실현시키는 자이다. 이러한 제한적 정범개념(restriktiven Täterbegriff)에 따르면 교사범과 방조범 규정인 제26조와 제27조는 가벌적 행위의 영역을 각칙상의 범죄구성요건들을 넘어서 확장하고 있다.⁷⁶⁹⁾ 정범의 존재, 그리고 공범과의 구별은 각칙상의 범죄구성요건의 해석에 달려있다. 이 점에 있어서는 형식적-객관적 이론과 실질적-객관적 이론이 유사하다. 정범개념이 각각의 범죄구성요건에 종속된다는 것은 또한 개별 범죄구성요건의 일정한 특수성이 정범과 공범의 구별에 영향을 미친다는 것을 설명한다.⁷⁷⁰⁾

나. 정범과 공범의 구별

1) 주관적 이론(die subjektive Theorie)

제국법원과 초기 연방대법원에 의해 주장된 주관적 이론에 따르면 정범자는 인과적 범죄기여를 정범의 의사로 행한 자 즉, 범죄를 자신의 것으로 의욕(animus auctoris)한 자인 반면, 방조자는 타인의 행위를 도와준 자 즉, 범죄를 타인의 것으로 촉진하려는(animus

767) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 4.

768) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 4.

769) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 4.

770) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 4.

socii) 자이다. 정범의사의 징표로서 범죄결과에 대한 자신의 이익을 들 수 있다.⁷⁷¹⁾

2) 형식적-객관적 이론

이 이론에 따르면 정범자는 각칙 범죄구성요건에 기술된 행위들을 전부 또는 부분적으로 스스로 실행한 자이다. 정범성은 범죄구성요건실현에 의해 정의되는 반면 협의의 공범자는 법적 구성요건을 충족하지 않은 자이다. 범죄구성요건실현은 범죄기여의 인과적 야기로만 설명되지 않고 특정 행위정형을 요구하는 범죄의 경우 실행행위의 법적 기술과 순수 결과범의 경우 일상생활용어에 따라 정해진다.

3) 범죄지배이론(실질적-객관적 이론)

범죄구성요건실현의 실질적 확정 = 범죄지배이론의 주요 관심사이다. 범죄지배이론의 기초가 되는 것은 제한적 정범개념이다. 그러나 이러한 제한적 정범개념은 이제 일상생활용어를 통해 충족되는 것이 아니라 목적적 행위론으로부터 수용된 외부 사건의 조종이라는 사고에 의해 충족된다. 이에 따르면 범죄지배는 “고의에 의해 포섭된, 구성요건적 사건진행의 장악(vom Vorsatz umfasste In-den-Händen-Halten des tatbestandsmäßigen Geschehensablaufes)”이다. 범죄지배의 실질적 기준은 타인의 행위기여의 귀속을 인정하여 인간인 도구의 지배(간접정범)는 자수성의 부재에도 불구하고 정범성을 근거지을 수 있다.⁷⁷²⁾

범죄지배는 몇몇의 지배형태를 구별한다. “행위지배(Handlungsherrschaft)”는 직접정범을 특징지우는데, 직접정범자는 범죄구성요건에 해당하는 사태를 범죄구성요건적 행위의 자수적(eigenhändig) 수행을 통해 지배한다. “기능적 행위지배(funktionale Tatherrschaft)”는 공동정범을 구성하며 여기서 범죄참여자는 분업적으로 범죄를 실현하여 각 자는 자신의 기능을 통해 전체 사태에서 범죄지배를 가진다. 마지막으로 간접정범은 “우월적 인식 또는 의사에 의한 지배(Herrschaft kraft überlegenen Wissens oder Willens)”로 특징지어진다.⁷⁷³⁾

771) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 5.

772) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 8.

773) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungs-

다. 자수범과 신분범

정범성은 범죄구성요건의 실현이라는 통찰에서 범죄구성요건의 특수성은 정범이론에서 고려되어야 한다는 점이 도출된다.⁷⁷⁴⁾

일반적으로 인정된 자수범(예컨대, 형법 제173조 근친범, 제153조 이하의 진술범죄, 제316조, 제315조c 제1항 제1호의 음주운전)은 정범에 대한 특별 요건을 설정한다. 이러한 범죄의 정범은 범죄구성요건에 해당하는 행위를 스스로 수행한 자, 예컨대 증인으로서 법정에서 거짓 진술하는 자만이 될 수 있다. 증인으로 하여금 그러한 진술을 강요하는 타인은 비록 외부적으로 사태를 지배했다고 하여도 형법 제153조에 따라 간접정범으로 처벌될 수 없다.⁷⁷⁵⁾

신분범은 특정한 특별의무가 부과된 자만이 정범적으로 행할 수 있다. 그러한 특별의무는 예컨대 공무원 범죄(형법 제331조 이하)에 있어서 공무원, 배임죄(형법 제266조)의 경우 재산보전의무자, 교통사고도주죄(형법 제142조)에서 사고관여자 등이 가진다. 이러한 범죄의 불법은 특정 사태진행의 조종에 있다기 보다 특별한 의무부과의 침해에 놓여있다. 따라서 특별의무자에 대한 지배는 신분이 없는 자의 간접정범을 근거지우지 못한다.

신분범과 마찬가지로 자수범의 경우 사태의 외부적 지배는 뒷전으로 물러나기 때문에 때때로 지배범과 의무범의 엄격한 구별이 주장된다. 오직 지배범의 경우에만 정범과 공범의 구별은 범죄지배의 기준으로 이루어지는 반면, 의무범의 경우 특별의무의 침해가 결정적이라는 것이다. 견해에 따라서는 이러한 엄격한 구별은 필요치 않다고 한다. 범죄지배를 단순히 외부 사태진행의 도구적 지배라는 의미로 파악하지 않고 사회적 지배관계로서 규범적 의미로 이해한다면 특별한 방식으로 법익보호의 의무를 지는 특별의무자는 자신의 피해자와의 관계를 외부적으로 하위에 있는 행위를 통해서도 지배할 수 있다고 한다.⁷⁷⁶⁾

delikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 9.

774) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 14.

775) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 15.

776) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 17.

2. 공범의 기본구조

독일 형법은 상위개념으로서 공범(Beteiligung)(제28조 제2항)을 정범과 공범(Teilnahme)으로 구별한다. 정범에 속하는 것은 단독정범(형법 제25조 제1항 제1안), 간접정범(형법 제25조 제1항 제2안), 공동정범(제25조 제2항) 그리고 법적으로 규정되지 않은 동시범(Nebentäterschaft)이다. 공범으로는 교사범(제26조)과 방조범(제27조)이 있다.⁷⁷⁷⁾ 공범론에 관한 논의에서 주된 관심영역이 정범과 공범의 구분이라고 할 때, 특히 이론적으로나 실무적으로나 문제되는 것은 공동정범과 방조범의 구분과 간접정범과 교사범의 구분이다.

3. 공범의 형태

가. 공동정범

1) 기본구조

공동정범은 수인이 범죄를 공동으로 행한 경우 인정된다. 이는 참여자의 “의식적이고 의욕적인 협업”을 요구한다. 이러한 참여자는 동등한 참여자로 공동의 범행결의를 기초로 상호보충하는 범죄기여를 행하고 이러한 범죄기여를 통해 하나의 범죄구성요건이 실현된다. 의식적 분업은 공동정범자에게 다른 공동정범자의 범행기여를 상호 귀속시켜서 각자가 정범으로 처벌되는 것을 정당화한다.⁷⁷⁸⁾

과실범의 경우 상호 귀속의 요건이 충족되지 않기 때문에 통설은 과실범의 공동정범을 인정하지 않는다.⁷⁷⁹⁾

2) 요건

공동정범의 경우 공동의 범행은 “공동의 범행결의”와 “공동의 범죄구성요건의 실현”이라는 두 가지 요소를 요구한다.

777) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 1.

778) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 52.

779) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 54.

(1) 공동의 범행결의

공동의 범행결의 즉, 동등하고 분업적 범죄실현에 대한 상호간의 합의는 공동정범자들 사이에 상호 귀속의 토대이자 한계이다. 공동의 범행결의의 토대에서 행한 범죄 기여로 공동정범자는 자신의 의사 뿐만 아니라 타인의 의사까지 실현한다. 공동의 범행결의에 포섭되지 않은 행위(초과행위)는 다른 공동정범자에게 전가될 수 없다. 어떤 행위가 공동의 범행결의에 포섭되는지는 범죄계획의 해석을 통해 알게 되고, 이 경우 특히 경미한 차이는 종종 묵시적 동의에 따라 범죄계획에 포섭된다. 공동정범자의 행위방식에 대한 동가치성은 판례에 따를 때 이러한 행위가 공동의 범행결의에 포섭되도록 한다. 공동정범자에 대한 객체의 착오(error in persona eines Mittäters)는 다른 공동정범에게 중요하지 않고 판례에 따르면 공동정범자가 착오로 자신의 동료를 해하였을 때에도 공동정범을 인정한다.⁷⁸⁰⁾ 그 동료는 자신에 대한 범죄에 대해 공동정범이 된다. 범행결의는 명시적으로 설명될 필요는 없고 묵시적 합의로 충분하며 이는 사실상의, 다른 공동정범자에 의해 용인된 범죄참가에서도 엿볼 수 있다.⁷⁸¹⁾

범죄계획 속에 이미 도사리고 있는 초과위험(Exzessrisiko)은 다른 공동정범자의 과실책임을 근거지을 수 있다.⁷⁸²⁾ 공동의 범행결의는 범죄실행 중에 성립될 수 있다(승계적 공동정범: sukzessive Mittäterschaft). 후속주자는 그러한 범행결의를 토대로 범죄기여를 수행한다면 그에 의해 실현된 범죄구성요건으로부터 처벌된다.⁷⁸³⁾

(2) 공동의 범죄실현

공동의 범행결의를 기초로 개별 공동정범자는 객관적인 범죄기여를 행해야 한다. 범죄기여가 다른 공동정범자의 그것과 동가치적으로 평가할 수 있는 한 법률 구성요건 표지를 직접적으로 실현할 필요는 없다. 범죄지배이론에 따를 때 공동정범이 성립되기 위해서는 범죄기여가 본질적이어야(wesentlich) 한다(소위 기능적 행위지배). 이를 통해서 공동정범과 방조범이 구별된다.⁷⁸⁴⁾ 독일 판례는 종종 열위의(untergeordnet) 범

780) BGHSt 11, 268, 271f.

781) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 57.

782) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 58.

783) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 59.

죄기여의 경우에도 공동정범을 인정하였다.⁷⁸⁵⁾

범죄기여의 중요성은 기타 타인에 의해 수행되었던 범죄기여들과 관계에서 범익침해에 대한 중요성에 따라 사전적(ex ante)으로 판단된다. 따라서 개별 범죄기여는 구성요건적 결과에 대해 반드시 인과적이어야 하는 것은 아니다. 그러므로 사전적으로 범죄계획에 따라 같은 가치를 가지는 활동이 결과적으로 상이한 중요한을 가지는 범죄기여로 나아갈 수 있다. 이는 예컨대 택일적(alternativ) 공동정범의 경우 인정될 수 있다.⁷⁸⁶⁾ 중첩적(additiv) 공동정범의 경우에도 사전적 관점에서 모든 참여자의 범죄기여가 중요하다.⁷⁸⁷⁾

독일에서도 다툼이 있는 것은 어떠한 시점에 공동정범을 성립시키는 범죄기여가 있어야 하는 가이다. 구체적으로 말해 실행시점에서 범죄기여만이 공동정범을 근거지우는가 아니면 준비단계의 범죄기여만으로도 충분한가이다. 전자를 위해서는 실행단계의 범죄기여만이 범죄구성요건실현에 대한 지배를 가능케 한다는 점을 들 수 있다. 반대로 독일 판례와 일부 견해는 준비단계의 범죄기여라도 그것이 큰 의미를 가져 특정한 방식으로 실행단계에 까지 영향을 미친다면 공동정범이 성립한다고 본다. 그 전형적인 예로 범죄단체두목을 들 수 있는데, 이 자는 범죄를 조직하는데 핵심적인 역할을 하고 비록 이 자가 실행행위시 범죄현장에 부재하더라도 이 자의 명령에 범죄단체 구성원들이 종속된다.⁷⁸⁸⁾

나아가 논란의 여지가 있는 것은 기수와 종료 사이의 범죄기여가 공동정범을 성립시키는 가이다. 독일 판례는 여기서도 공동정범의 성립의 가능성을 인정한다.⁷⁸⁹⁾ 이에 대한 논거는 이미 공동의 범행결의가 범죄실행 이전에 이루어졌고 이를 바탕으로 기수 이후에 활동하는 참여자에게는 실행단계의 범죄기여를 귀속시킬 수 있다는 것이다. 이에 대해서는 범죄 참여자가 종료단계에서 개입하면 범죄를 공동으로 한 것이

784) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 64.

785) BGHSt 32, 165, 178ff.

786) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 66.

787) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 67.

788) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 68.

789) BGH NStZ 1999, 609.

아니기 때문에 공동정범을 인정할 수 없다는 견해도 보인다.⁷⁹⁰⁾

나. 협의의 공범

1) 협의의 공범의 불법과 구조

협의의 공범은 타인 범죄 즉, 소위 “주된” 범죄에 대한 참가형태이다. 이러한 의미의 공범자는 각칙의 범죄구성요건을 실현한 것이 아니라, 타인에 의한 범죄구성요건실현에 따라 처벌된다. 그 형태는 주된 범죄에 대한 교사범과 방조범이 될 수 있다.⁷⁹¹⁾

협의의 공범의 불법 내지 처벌근거는 지배적 지위를 점하는 “종속성에 정향된 야기이론(akzessoritätsorientierten Verursachungstheorie)”에 따르면 “범행결의를 깨우던, 정범자를 물리적 내지 심리적으로 도와주던, 공범자가 주된 범죄에 대해 원인이 된다”라는 점에서 찾을 수 있다는 것이다. (자연적 관계라는 의미에서) 인과성은 정범의 경우와 마찬가지로 공범의 경우에도 불법을 근거지우는 토대가 되지 못한다. 따라서 종속성에 정향된 야기이론의 세밀한 형태로서 공범불법의 실체적 측면을 강조하는 “종속적 법익공격이론(Lehre vom akzessorischen Rechtsangriff)”이 선호된다고 한다. 이에 따르면 공범이 처벌되는 이유는 이 자가 스스로 범죄구성요건에 해당되게 행위를 한 것은 아니지만 범죄구성요건적으로 보호된 법익을 간접적으로 즉, 타인의 정범적 행위에 협력함으로써 공격했다는 점에 있다.⁷⁹²⁾

이로부터 도출되는 것은 공범은 법익이 공범자의 공격으로부터 보호될 때 문제된다는 것이다. 이는 공범자 스스로의 보호법익의 경우에는 부정된다. 따라서 타인에게 자살을 부탁한 자는 승낙에 의한 살인의 교사로 처벌될 수 없다. 이는 선량한 풍속에 반하는 상해를 자신의 부담으로 승낙하거나(형법 제228조) 타인에게 자살을 촉진토록 요구한 자(형법 제227조)⁷⁹³⁾에 대해서도 마찬가지이다. 형식적으로 그러한 사안들에서 공범의 모든 요건이 존재하기 때문에 즉, 피해자가 행위자로 하여금 구성요건에

790) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 69.

791) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 70.

792) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 71.

793) 동 규정은 현재 독일 연방헌법재판소에 의한 헌법불합치 판결을 받았다.

해당하고 위법한 주된 범죄를 행하도록 하였기 때문에 이러한 결론은 주된 범죄의 필요성이라는 목적적 해석론에 의해 도출될 수 있다.⁷⁹⁴⁾

2) 종속성

(1) 불법종속성과 가벌성의 종속성

공범은 항상 고의의 위법한 주된 범죄를 전제한다(형법 제11조 제1항 제5호). 다시 말해 공범은 주된 범죄에 대해 종속적이다. 위법성 전제사실에 관한 착오에 빠진 자도 고의로 죄를 범한 자이다. 이는 법효과제한적 책임설에 따를 때 전혀 문제되지 않는다. 이에 따르면 책임고의만 탈락하기 때문이다. 이는 고의불범의 탈락을 인정하는 제한적 책임설에 있어서도 마찬가지이다. 왜냐하면 고의불범이 탈락된다고 하여 범죄구성요건고의가 배제되는 것은 아니기 때문이다. 정범자가 유책하게 행위할 것을 요구하는 것은 아니다. 따라서 공범자의 제한적 종속성 내지 불법종속성이 언급된다.⁷⁹⁵⁾

공범의 가벌성도 종속적으로 규정되어 있음은 불법종속성의 결과이다. 교사자는 정범과 동일하게 처벌되고, 방조범의 경우 종속성이 형법 제27조 제2항과 제49조 제1항에 따른 필요적 감경으로 인해 완화된다. 법률의 입장은 교사범의 불법은 원칙적으로 정범의 불법에 상응하는 반면, 방조범은 정범에 비해 약화된 비난을 받는다는 것이다.⁷⁹⁶⁾

(2) 종속성의 완화 내지 단절

개별 참여자와 분리할 수 없는 범죄성립요건(특별한 인적표지)이 정범자 또는 공범자 본인에게 있는 경우 공범가벌성의 종속성은 정당하지 못한 가벌성의 확장으로 이어진다. 따라서 형법 제28조는 특별한 인적표지가 모든 참여자에게 인정되지 않는 경우 종속성의 완화 내지 단절을 예정하고 있다.⁷⁹⁷⁾

794) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 71a.

795) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 73.

796) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 74.

797) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 75.

이 경우 제28조의 제1항과 제2항은 구별된다. 제28조 제1항은 공범자에게 정범자의 가벌성을 근거지우는 특별한 인적표지가 없는 경우 공범자에게 유리한 감경을 규정하고 있다(종속성의 완화: Akzessorietätslockerung). 예를 들면, 사인이 공무원에게 공직상 문서위조(형법 제348조)를 교사한 경우가 이에 해당한다. 여기서 공직을 담당하고 있다는 특성은 처벌을 근거지우는 식으로 작용한다. 같은 행위를 사인이 행하였다면 사인은 처벌되지 않는다. 공직의무침해의 특별한 불법내용은 공직담당자 본인에서만 실현되기 때문에 특별한 인적표지가 문제된다. 교사자에게는 특별의무의 침해가 없기 때문에 제28조 제1항에 따르면 사인은 비록 제348조 및 제26조에 의해 처벌되지만 그 처벌은 제28조 제1항 및 제49조 제1항에 따라 감경된다.⁷⁹⁸⁾

제28조 제2항은 특별한 형벌가중, 형벌감경, 형벌배제사유를 이를 가지고 있는 참여자에 대해 적용하는 것을 규정한다. 따라서 참여자들이 상이한 범죄구성요건으로 처벌된다(범죄구성요건의 변경: Tatbestandsverschiebung). 예컨대, 사인이 공무원에게 공무상 상해를 교사한 경우, 사인에 의한 상해도 처벌될 수 있기 때문에 공무담당성은 처벌을 가중한다.⁷⁹⁹⁾ 공무원은 제340조 제1항에 의해 처벌되고 사인은 제223조, 제26조, 제28조 제2항에 의해 처벌된다.

이러한 기본사례 외에서는 제28조의 적용범위는 다양한 측면에서 다툼이 있다. 특히 특별한 인적(따라서 행위자관련적)표지와 행위관련적 표지와 구별과 특별한 인적표지 안에서도 구성적 표지와 가중·감경적 표지간의 구별이 문제된다. 이러한 문제는 일반적으로 답해질 수 없고 각칙상의 개별 범죄구성요건을 고려함으로써 대답될 수 있다.⁸⁰⁰⁾

798) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 76.

799) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 77.

800) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 78.

3) 교사범

형법 제26조 (교사범)**제26조 (교사범)**

고의로 타인을 고의의 위법한 범죄로 교사한 자는 정범과 함께 처벌된다.

(1) 기초

교사자는 주된 정범에 의해 범해진 행위의 정신적 원인자(geistiger Initiator)이다. 그럼에도 불구하고 교사자의 요구를 반려했을 수 있는 주된 정범자의 자유라는 관점에서 교사자를 정범자와 동일하게 처벌하는 이유가 분명치 않다. 이러한 관점은 교사행위에 대한 요건설정이 문제될 때 염두에 두어야 한다.⁸⁰¹⁾

(2) 요건

정범의 경우와 마찬가지로 여기서도 객관적 요건과 주관적 요건이 구분된다.

① 객관적 범죄구성요건

㉠ 주된 범죄

객관적으로 교사점은 먼저 고의로 범해진 위법한 주된 범죄를 전제한다(제한적 종속성).

㉡ 교사

교사자는 정범자를 범죄로 교사해야 한다. “교사(Bestimmen)”는 대부분 “범행결의의 초래(Hervorrufen des Tatentschlusses)”로 정의된다. 이러한 정의에 따르면 교사는 교사자가 어떠한 형태이든 행태를 통해 범행결의를 야기시키면 족하다. 그러므로 명시적인 범행으로의 요구에 의한 범행결의의 야기뿐만 아니라 묵시적 요구, 예컨대 질문, 겉으로는 하지 말라는 충고, 행위가능성을 내보이는 것을 통해서도 범행결의의 야기도 가능하다. 또한 부작위도 묵시적 범죄요구를 의미할 수 있다. 보증인에게는 범행결의의 발생 또는 지속을 방지해야하는 의무가 있기 때문에 이 자의 침묵은 설명을 가치를 가진다.⁸⁰²⁾

801) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 93.

판례의 견해에 따르면 교사행위에 대한 객관적 요건은 범행결의에 대한 원인이 됨으로써 충분하다(소위 “원인이론[Verursachungstheorie]”). 학설에서는 정범자의 범행결의에 대한 인과관계만으로는 교사범의 불법을 구성할 수 없다는 견해가 점차 증가하고 있다. 등가설의 제한없는 확장은 여기서도 사회적으로 상당한 행위방식의 고려를 요구한다. 교사범은 정범자와 같게 처벌된다는 점과 종속적 법익공격의 필요성으로부터 교사행위의 제한적 해석이 필수적인 것으로 된다. 다만 교사행위에 어떤 추가적인 요건을 설정해야 하는지에 관해서는 독일에서 통일된 견해가 없다.⁸⁰³⁾ 점차적으로 교사자와 정범자 간의 “정신적 접촉”을 요구하는데, 이 경우 범죄를 부추기는 (anreizend) 상황을 발생시키는 것만으로는 충분치 않다고 한다. 예시: 절도범이 들어와 땔감나무를 훔치기를 바라며 이웃집 정원의 문을 열어둔 자는 실제 절도범이 들어와 절도를 범한 경우 이에 대해 원인이 된다. 그러나 정범자는 교사자와의 정신적 접촉에 근거하여 범행을 결의한 것이 아니다.⁸⁰⁴⁾

경우에 따라 “정범과의 연대(Solidarisierung mit dem Haupttäter)” 또는 정범 범행에 대한 “강화된 영향(gesteigerte Einflussnahme)”을 요구하기도 한다.⁸⁰⁵⁾

나아가 객관적 귀속이론에 기대어 교사자는 법적으로 허용되지 않은 방식으로 타인의 범행결의 초래의 위험을 야기해야함을 요구하기도 한다. 이러한 관점에서 정범자에게 범행의 가능성을 알려주는 것만으로는 충분치 않고 교사자는 정범자에게 어떠한 요구(Aufforderung)를 해야하며 이러한 요구를 통해 교사자는 보다 나은 선택안으로 규범을 어기는 것을 드러낸다. 이로써 교사범의 행위는 일의적 범죄적 의미연관성을 가지며 더 이상 자신의 행동의 자유에 속하지 않게 된다.⁸⁰⁶⁾

또한 문제는 교사가 특정한 범죄로 구체화되어야 하는가이다. 독일 연방대법원은 - 비록 고의영역에서 문제되었지만 - 그러한 구체화를 요구하였다. 왜냐하면 그러한

802) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 97.

803) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 99.

804) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 100.

805) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 101.

806) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 102.

구체화를 통해 비로소 정범과 동일하게 처벌되는 것을 정당화시키는 교사와 정범의 연결이 보장되기 때문이다.⁸⁰⁷⁾ 교사는 범죄구성요건유형(Tatbestandstypus)과 범죄객체의 일반적 종(種)표지들(Gattungsmerkmale)에 따라 구체화된 주된 범죄를 향하고 있어야 될 뿐만 아니라 그 범죄는 비록 세세하게 기술된 그림은 아니지만 적어도 개괄적으로 개별화된 사건으로 드러나야 한다. 구체화의 표지는 객체, 장소, 시간, 기타 범죄실행의 정황들이다.⁸⁰⁸⁾ 학설상 이러한 구체화요구의 타당성에 대해 의문을 제기하는 견해들이 있다. 특히 록신 교수는 주된 범죄 “불법의 본질적 차원(die wesentlichen Dimensionen des Unrechts)”이 정해지면 충분하다고 하였다.⁸⁰⁹⁾ 정범자에 의해 공격된 법익과 관련하여 법적으로 허용되지 않은 위험창출의 관점에서 교사범의 당벌성을 위해 객체, 시간, 장소의 구체화가 왜 의미가 있어야 하는 지가 분명하지 않다고 한다.⁸¹⁰⁾

② 주관적 범죄구성요건

㉞ 이종의 교사자의 고의

주관적으로 교사는 소위 이종의 고의를 요구한다. 이러한 고의는 한편으로 교사행위, 다른 한편 주된 범죄를 대상으로 한다. 미필적 고의만으로 족하다.⁸¹¹⁾ 범행결의의 초래 또는 주된 범죄와 관련하여 과실만 존재한다면 과실범구성요건의 실현에 따른 가벌성이 검토된다. 기본범죄에 대한 교사가 동시에 중한 결과에 대한 주의의무침해를 나타낸다면 결과적 가중범에 대한 교사범이 가능하다.⁸¹²⁾

독일 판례와 같이 교사행위란 객관적으로 범행결의의 야기에 국한된다는 견해를 취하면 책임은 주관적 단계에서 제한되어야 한다. 독일 판례는 주된 범죄를 대상으로 하는 고의에 대한 요건을 추가함으로써 책임을 제한한다. 그런 의미에서 주된 범죄의

807) BGHSt 34, 63, 65f.

808) BGHSt 34, 63, 66.

809) Claus Roxin, Anmerkungen zu BGH, 21. 4. 1986 - 2 StR 661/85 (LG Frankfurt am Main), JuristenZeitung 1986, Mohr Siebeck, 1986, 908f.

810) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 104.

811) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 109.

812) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 110.

구체화의 필요성은 판례에 따를 때 고의에 위치한다. 이에 따라 “교사자의 의사가 정범자를 추가적인 구체화없이 그냥 가별적 행위 또는 단순히 법률의 범죄구성요건에 따라 기술된 유형의 범죄로 유도하는 것을 그 내용으로 한다면” 주된 범죄를 대상으로 하는 고의와 관련하여 충분치 않다.⁸¹³⁾ 주된 범죄와 관련된 고의는 그 범죄가 그 본질적인 대강에 있어(in ihren wesentlichen Grundzügen) 구체화되어 있고 정범자가 특정되어 있거나 적어도 개인을 특정할 수 있는 인적범위에 속해 있어야 한다.⁸¹⁴⁾

교사의 고의는 주된 범죄의 기수에 이르러야 한다. 이는 종속적 범의공격이라는 공범의 본질로부터 도출된다. 이러한 요구가 실무적으로 의미있는 것은 소위 함정수사의 경우이다. 함정수사자(Lockspitzel)- 대부분 잠입수사관 또는 경찰의 신뢰자이다-가 피혐의자의 범죄증명을 위해 범행결의를 야기하여 범죄가 미수단계에 이르게 한다면 그는 범죄의 기수의 관점에서 고의로 행위한 자가 아니다. 보다 문제는 함정수사자가 범죄의 기수 이후에 개입하는 사안들이다. 여기서는 범죄의 기수도 고의에 포착이 되고 교사의 성립요건도 원칙적으로 충족되었다. 이러한 결론은 형식적인 기수시점과 실질적인 범의침해 간에 시간적 간격이 있는 사안들, 예컨대 초과주관적 구성요건을 담고 있는 범죄들, 추상적 위험범, 몇몇의 구성요건적으로 정형화된 예비음모행위들에서는 타당하지 않다. 여기서는 교사의 고의가 정범자에 의한 실질적 불법결과의 야기에 이르지 않는다면 교사의 고의를 부정할 수 있다.⁸¹⁵⁾

㉞ 교사자의 표상과 주된 범죄와의 상이(相異)

주된 범죄에 관한 교사자의 잘못된 표상(착오)은 그러한 표상이 객관적 교사불법 및 이와 관련된 고의를 위해 중요한 정황들과 관련될 때에만 중요하다. 비본질적, 즉 고의를 배제하지 않는 상이는 판례에 따를 때 그러한 상이가 적어도 개괄적으로 구체화된 사건에 대한 인식에 영향을 미치지 못할 때 인정된다. 이미 불법의 본질적 차원에 대한 인식으로 족하다는 견해를 취한다면 이러한 인식에 영향을 미치지 못하는 착오는 비본질적이다.⁸¹⁶⁾

813) BGHSt 34, 63, 64.

814) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 111.

815) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 112.

반대로 본질적 상이는 고의를 배제한다. 이는 특히 정범자의 초과행위의 경우 인정된다. 예컨대 절도를 교사받은 자가 피해자에 대해 폭행을 저지른 경우를 들 수 있다. 여기서 교사자는 인식한 범죄가 정범자에 의해 실현된 범죄 속에 담겨져 있는 한 책임을 진다. 따라서 정범자가 강도를 범하더라도 절도의 교사만 인정된다.

문제는 정범자가 자신에게는 중요하지 않은 객체의 착오에 빠졌지만 이러한 착오를 교사자가 인식하지 못한 경우이다. 독일 연방대법원은 인과관계의 착오에 관한 일반 원칙을 적용하면서 정범자의 객체의 착오는 교사자에 대해서도 무의미하다고 하면서 그 이유를 그러한 착오는 “일반적인 생활경험에 따라 예견가능한 범죄내에 있고 따라서 범죄에 대한 다른 평가는 정당화되지 못한다”는 점에서 찾았다.⁸¹⁷⁾ 학설상 지배적 견해는 정범자의 객체의 착오에서 교사자의 방법의 착오를 보았고 따라서 교사자의 고의는 정범자에 의해 범해진 범죄를 담고 있지 않다고 보았다. 그 논거로서 무엇보다 그러한 상이는 교사자에게는 객체의 착오가 아니라는 점을 들 수 있다고 한다. 교사자는 피해자 특징을 스스로 하지 않고 정범자에게 위임했기 때문이다. 이러한 착오는 교사자의 시각에서는 인과진행상 상이로 나아가고 이러한 상이는 교사자에 의해 조준되었던 자가 아닌 다른 자에 대한 침해로 끝이 났다는 것이다.⁸¹⁸⁾

4) 종범

형법 제27조 (방조범)

제27조 (방조범)

- (1) 고의로 타인이 고의의 위법한 범죄를 범하도록 방조한 자는 방조범으로 처벌된다.
- (2) 1방조범에 대한 형은 정범의 형에 따른다. 2방조범은 제49조 제1항에 따라 감경된다.

(1) 객관적 성립요건

① 주된 범죄

객관적으로는 먼저 고의의 위법한 주된 범죄의 존재가 필수적이다.

816) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 113.

817) BGHSt 37, 214, 217f.

818) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 118.

② 방조행위

방조자의 범죄행위는 주된 범죄에 대한 “방조행위(Hilfeleisten)”에 있다. 이러한 방조행위에 어떠한 요건이 설정되어 있는지, 특히 방조행위가 주된 범죄에 인과적이어야 하는지에 대해서는 견해대립이 있다. 예시 1(소위 “만능키 사안”): B는 절도를 마음먹은 A에게 만능키를 전달하였고 만능키는 불필요한 노고를 절약해줄 수 있다고 하였다. 즉, 만능키를 가지고서 A는 정문을 통해 선택된 주거로 별 어려움없이 들어갈 수 있다는 것이다. 범죄현장에서 몇 번의 시도 후 그 만능키가 맞지 않음이 드러났다. A는 따라서 창문을 깨고 들어가 물건을 훔쳐나왔다. 예시 2: A는 주거침입절도를 하고자 하였다. B는 우정에 기해 망을 봐주겠다고 제안하고 집 앞에서 망을 보았다. 실제로 A는 자신의 범행 중 아무런 방해도 받지 않았으며 B가 망을 볼 필요가 없었다.

학설상 다수적 견해는 주된 범죄에 인과적인 행위기여를 요구하였다. 방조자의 행위기여는 주된 범죄에 반영되어야 하는데 그렇지 않다면 방조의 미수가 인정되고 이는 법률에 의해 처벌되지 않는다.⁸¹⁹⁾ 판례의 견해에 따르면 주된 정범자의 행위를 촉진하는 행위기여만으로 족하고 범죄결과에 대한 인과관계를 요구되지 않는다.⁸²⁰⁾ 따라서 방조행위는 방조가 결과에 대해 아무런 영향이 없더라도 인정된다.

가정적 인과진행은 방조행위가 주된 범죄에 반영되었다는 점에 대해 영향을 미칠 수 없기 때문에 어떠한 견해에 의하더라도 고려될 수 없다. 주된 범죄가 방조자의 행위기여 없이도 실행될 수 있었다는 점은 방조를 부정하지 않는다.⁸²¹⁾

방조의 수단으로 정범의 위험을 법적으로 허용되지 않은 방식으로 증대시킨 모든 것들을 들 수 있다. 먼저 정범의 외적 상태를 유리하게 형성하는 것을 통한 물리적 방조의 형태가 있을 수 있다. 이는 방조자가 정범자에게 침입도구를 조달하거나 범죄 실행시 조력하는 경우에 인정된다. 이 경우 정범자가 방조자의 행위를 인식하고 있는 가는 중요하지 않다.

예컨대 침입기술에 대한 설명 또는 범죄장소에 대한 기술을 통한 소위 기술적 조인 형태의 심리적 방조도 가능하다. 통설에 따르면 범행결의의 강화 형태의 심리적 방조

819) Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 48. Aufl., C.F.Müller 2018, Rn. 811.

820) RGSt 58, 113, 114f; BGHSt 54, 140, 142f.

821) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 128.

도 가능하다. 여기서는 교사범가 구분하기 위해 정범자는 이미 범행을 결의하고 있어야 한다. 이러한 범행결의의 강화는 명시적 또는 묵시적 행위를 통해 가능하지만 묵시적 방조는 단순히 범행장소에 존재한다는 것만으로는 인정되지 않는다. 이는 범행장소에 동행하는 것이 정범자에게 안정감을 높혀주더라도 마찬가지이다.⁸²²⁾ 긴급한 경우 개입하겠다는 설명 없이 현장에 있었다는 사실만으로는 범죄를 지지한다는 설명의미를 가지지 못하기 때문이다.⁸²³⁾

(2) 주관적 성립요건

교사범의 고의와 마찬가지로 방조범의 고의 또한 방조행위와 정범에 이르러야 한다(이중의 방조고의).⁸²⁴⁾ 교사범의 경우와 마찬가지로 주된 범죄에 대한 고의는 책임을 제한하는 기능을 한다. 다만, 방조범은 교사점에 비해 고의의 명확성에 관한 요건을 완화해야 한다. 왜냐하면 교사자는 어떤 범죄를 앞에서 들어 보임에 반해, 방조자는 이미 계획된 범죄에 대해 이것과 분리된 행위기여를 행하기 때문이다.⁸²⁵⁾

다. 간접정범

1) 기본구조

간접정범(배후자)는 “타인을 통하여” 범죄를 저지르는 자이다. 즉, 행위자는 범행을 위해 인간인 도구를 이용한다. 인간인 도구의 행위는 행위자에게 귀속된다. 타인 행위를 귀속시키는 이유는 직접 실행자에 대한 우월적 지위의 의무위반적 이용 즉, 통설에 따를 때 간접정범자의 범죄지배에 있다. 배후자의 우월성에 대응되는 것은 직접 실행자에게 있어서 흠결인데, 이러한 흠결로 인해 직접 실행자의 범죄는 성립되지 않는다. 따라서 간접정범의 사안의 경우 인간인 도구에 있어서 다양한 흠결에 따라 분류하는 것 가능하고, 이 때 주의해야 할 것은 직접 실행자의 흠결이 배후자의 우월성에 대응해야 한다는 것이다.⁸²⁶⁾

822) BGH StV 1982, 517.

823) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 130.

824) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 140.

825) BGHSt 42, 135.

2) 사례유형

(1) 객관적 구성요건해당성이 부정되는 사례

자신을 해하는 자, 예컨대 자신에게 상해를 입히거나 자살하는 자 또는 자신의 물건을 손괴하는 자의 행위는 구성요건에 해당되지 않는다. 여기서는 인간이 도구와 범죄피해자가 동일인이다. 자신의 이익에 대한 처분은 원칙적으로 이익향유자의 책임 영역에 있기 때문에 자해행위를 유발시키는 배후자는 이 자가 직접 실행자의 행위를 지배한다면 정범으로서 책임을 진다. 이는 특히 직접 실행자가 배후자에 의해 자해행위를 하도록 강제되거나 그 행위의 침해적 성격에 관하여 착오한 경우에 인정된다. 예컨대, 이웃인 A가 피해자 O에게 O의 집 정원에 있는 나무를 베지 않으면 O의 개를 총으로 쏘아 죽이겠다고 협박하여 O가 나무를 베는 경우와 A가 O에게 독이 든 차를 대접한 경우⁸²⁷⁾를 들 수 있다.

피해자 측에서 흠결에 어떠한 중요성을 두어 그 행위를 배후자에게 귀속시킬 수 있는지는 규범적 문제이다. 강요에 의한 자해행위가 문제되어 피해자가 형법 제35조와 비교될 수 있는 강제상황에 놓여있으면 배후자는 항상 범죄를 지배하고 있는 것이다.⁸²⁸⁾ 위의 사례 중 두 번째 사례에서는 배후자의 범죄지배가 부정되는데, 왜냐하면 개에 대한 위협은 형법 제35조에서 언급한 법익에 대한 침해가 아니기 때문이다. 그런데 배후자의 범죄지배를 제35조에서 전제된 피해자 측에서의 극단적인 긴급피난 상황으로 제한하는 것은 책임을 피해자 측으로 과도하게 전가하는 것이다. 왜냐하면 형법 제35조는 타인침해에 대한 책임을 면제시키는 엄격한 조건을 규정하고 있는 반면, 여기서는 자기침해 사안에서 책임의 분배가 문제되기 때문이다. 따라서 점차 지지를 얻고 있는 학설에 따르면 여기에는 피해자승낙을 위해 발전된 원칙이 적용된다고 한다. 자신의 법익에 대한 처분으로서 피해자승낙은 자수에 의한 자기침해와 유사하다는 점에서는 옳다. 이로써 피해자가 위법한 강요(형법 제240조)의 의미에서 “사회적으로 상당하지 않은 압박에(sozialinadäquaten Pressionen)” 처해있으면 배후

826) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 20.

827) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 22.

828) BGHSt 32, 38, 41.

자의 범죄지배는 항상 인정된다. 위의 개를 죽이겠다는 협박사안에서 범죄지배를 근거거두는 강요가 인정된다. 그런데 예컨대 A가 자신의 여자친구에게 주름치마를 버리지 않으면 헤어지겠다고 하면 이 경우 손괴죄의 간접정범은 인정되지 않는다.⁸²⁹⁾

착오에 의한 자행행위와 관련해서는 피해자가 자신의 행위의 침해적 의미에 관하여 착오하였다면 언제나 배후자의 범죄지배를 인정할 수 있다(앞의 독이 든 차대접 사안). 문제는 피해자의 동기의 착오(Motivirrtum)를 야기하거나 이용함으로써 배후자의 범죄지배를 인정할 수 있는가이다. 예컨대, A가 피해자 O가 아주 고통스러운 병을 앓아서 곧 죽게 될 것이라고 속여 O가 실의에 빠져 자살한 경우와 A가 피해자 O에게 O의 소유인 그림이 전혀 가치가 없는 가짜라고 속여 O가 실제로는 가치가 있는 예술 작품을 손괴하도록 한 경우를 들 수 있다.

이러한 가해자의 주장에 대해 비판적으로 대응하는 것은 원칙적으로 각자의 책임영역에 속하는 것이기 때문에 동기착오의 야기를 통한 범죄지배는 피해자가 예컨대 실의에 빠져 형법 제20조, 제35조와 유사하게 책임이 없는 상태에서 행동한 경우에만 인정될 수 있다고 주장할 수 있다. 그러나 앞서 강요에 의한 자행행위와 마찬가지로 피해자승낙이론과 유사하게 피해자가 착오로 자신의 결정의 의미와 범위를 제대로 파악하지 못한 경우에도 배후자의 범죄지배를 인정될 수 있다. 이는 특히 기망에 의한 착오 사안에서 인정될 수 있다. 왜냐하면 착오의 야기를 배후자의 법적으로 보호된 자유에 속한다고 볼 타당한 이유가 없기 때문이다. 특히 피해자는 규범명령을 어기지 않았고 따라서 배후자에 의해 제안된 동기가 피해자 결정에 더 큰 영향을 미칠 수 있기 때문이다. 착오가 피해자가 아닌 자의 기망에 의한 것이 아니라면 착오는 착오자의 책임으로 돌릴 수 있을 것이다.⁸³⁰⁾

신분이 없는 자의 행위를 이용한 간접정범도 여기에 해당한다. 이는 인간인 도구자는 범죄구성요건적으로 요구된 정범자격을 가지지 못하고 배후자가 이러한 자격을 가지는 경우이다. 예컨대 피해자인 O에 대해 재산보전의 의무를 가지는 A가 그러한 의무가 없는 외부인 B로 하여금 O의 재산상 손해를 끼치는 행위를 하도록 한 경우를

829) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 23.

830) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 24.

들 수 있다.

도구적 의미 즉, 외부 사태의 조종이라는 의미에서의 범죄지배는 자기책임으로 행위하고 사태를 조망하고 있는 B의 지배로 인해 부정된다. 이러한 이유로 일부의 견해에 따르면 이러한 유형의 범죄의 경우 정범과 공범의 구별은 범죄지배의 기준에 따르지 않는다고 한다. 여기서는 소위 의무범이 문제되고 정범성은 범죄구성요건적으로 요구된 특별의무(Sonderpflicht)의 침해로 근거지어진다고 한다. 위의 사안에서 A만이 제266조에 따른 재산보전의무를 침해하였기 때문에 A는 배임죄의 정범이고 B는 방조범이 된다고 한다.

마찬가지의 결과는 범죄지배원칙의 규범화를 통해서도 달성할 수 있다. 범죄지배는 사태의 외부적(도구적) 조종만은 아니라는 것이다. 특정한 자에게 타인의 법익을 보호해야하는 특별한 의무가 부과되어 있으면 법익향유자는 종속관계에 놓여있고 특별의무자는 외부적으로 열위의 행위를 통해서도 지배력을 행사할 수 있다.⁸³¹⁾

(2) 고의가 부정되거나 위법성 전제사실의 착오가 있는 사례

직접 실행자가 고의 없이 행위를 하였다면 그에게는 자신의 행위가 가지는 범죄적 의미가 차단되어 있다. 객관적으로는 구성요건에 해당되는 행위를 야기하도록 유도한 배후자는 직접 실행자 행위의 침해적 의미를 파악하고 우월적 인식에 기한 범죄지배를 가지고 있는 것이다.

예시 1: A는 B로 하여금 O에 대한 강도를 권유하였다. 범죄의 실행을 위해 A는 B에게 피해자를 마취하는데 적합하게 보이는 수단을 제공하였는데, 실제로는 O를 죽일 수 있는 독약이었다. 살인범죄와 관련하여 B는 고의 없이 행위한 것이고 따라서 A의 수중에 놀아난 도구였다.⁸³²⁾

예시 2: A는 B를 설득하여 O를 O의 집에서 불시에 급습하여 묶도록 했다. 그런 후 A는 그 집으로 들어가 O가 꿈쩍할 수 없는 상황을 이용하여 귀중품을 훔쳤다. A는 이를 처음부터 계획했지만 B는 이를 알지 못했다. 여기서 B는 절취를 위해 폭행을 사용한다는 점에 대해 고의가 없기 때문에 강도의 고의가 인정될 수 없고 그러한

831) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 25.

832) BGHSt 30, 363.

한도에서 A의 도구가 된다.⁸³³⁾

직접 실행자가 자신의 행위가 가지는 의무위반성을 인식할 수 있었고 인식했어야 하더라도(인식 없는 과실), 배후자는 우월적 인식을 이유로 사태의 지배자가 된다. 문제는 직접 실행자가 인식 있는 과실로 즉, 위험을 인식하였지만, “모든 것이 다 잘될 거야”라고 신뢰한 경우이다. 일부 견해에 따르면 배후자의 범죄지배가 부정되는데, 왜냐하면 직접적으로 행위하는 자에 대해 인식상의 우위(Wissensgefälle)가 없기 때문이다. 유력한 견해에 따르면 고의로 행위한 배후자가 우월적 의사를 이유로 사태를 지배하고 있음을 인정한다. 왜냐하면 경과실로 결과의 불발생을 신뢰한 자에게는 고의로 행위한 자에 비해 고유한 범죄지배를 위해 필요한 억제동기(Hemmungsmotiven)가 부재하기 때문이다.⁸³⁴⁾

인간인 도구는 위법성전제사실에 관한 착오에서 행위한 자도 배후자가 이러한 착오를 간파하고 있다면 될 수 있다. 왜냐하면 정당화사유의 사실적 전제조건에 관하여 착오하는 자는 - 위법성전제사실에 관한 착오의 법적 처리에 대한 다양한 견해들에도 불구하고 - 고의 없이 행위하는 인간인 도구에 비견될 수 있는 상황에 놓여 있기 때문이다.⁸³⁵⁾

(3) 의사없이 고의만 인정되는 사례

과거 치열하게 논의되었던, 의사 없이 고의로 행위하는 자에 대한 문제는 1998년 6차 형법개정법에 의해 많은 의미가 상실되었다. 과거의 법적 상태에 따르면 이러한 문제는 다양한 소유권침해 범죄에서 자신을 위한 이득의사(Selbstzueignungsabsicht)만을 요구하였는데, 이러한 자신을 위한 이득의사를 직접 실행자는 갖지 못하고 배후자만 가졌다는 점에서 도출되었다.⁸³⁶⁾

예시: A는 B에게 O의 토지로부터 타인의 동산을 절취하여 A 자신에게 즉시 넘겨달라고 하였다. B는 그 물건에 대해 어떠한 관심이 없었고 오직 A에게 호의를 베풀기 위해 그렇게 하였다.⁸³⁷⁾

833) BGH NStZ 2013, 103.

834) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 28.

835) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 29.

836) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 30.

이 사례에서 직접적인 실행자(B)에게 그 물건을 자신이 취한다라는 의사(불법이득 의사)가 없다면 이 자는 자수로 고의에 의해 절취를 하였음에도 불구하고 절도범(형법 제242조)이 될 수 없었다. 이로써 배후자가 교사하였던 주된 범죄가 탈락한다. 따라서 오히려 배후자는 자신에게는 인정되었던 의사를 통해 사태를 규범적 의미에서 지배했기 때문에 간접정범이 된다는 견해가 주장되었다.⁸³⁸⁾

새로운 법적 상태에 따르면 제3자를 위한 이득의사도 형법 제242조의 범죄구성요건실현에 충분하기 때문에 물건은 타인의 이익에서 절취하는 자도 이제 구성요건해당성이 인정된다. 앞의 예시 사안에서 B는 제3자를 위한 이득의사에서 절취함으로써 제242조를 실현한 것이다. 이로써 간접정범의 인정을 위한 물적 근거가 탈락한다. 왜냐하면 사안의 불법은 이제 배후자의 이득의사에 종속되지 않기 때문이다. 직접 행위자가 이제 구성요건에 해당되게 행위하였기 때문에 주된 범죄가 존재하고 배후자는 이를 교사한 것으로 된다.⁸³⁹⁾

(4) 위법성이 조각되는 사례

합법적으로 행위하는 자를 이용한 간접정범은 특히 무고한 자에 대해 형사소추처분을 유도하는 경우에 인정된다. 형사소추기관은 이미 혐의에 근거하여 형법적으로 보호되는 이익에 대해 개입할 수 있다(형사소송법 제81조a에 따른 혈액채취 또는 형사소송법 제112조에 따른 자유박탈). 피해자의 무고를 인식하면서 그러한 처분들을 유도하는 배후자는 우월적 인식에 근거하여 상해죄(형법 제223조) 또는 감금죄(형법 제239조)의 간접정범이 된다.⁸⁴⁰⁾

(5) 책임이 조각되는 사례

직접 행위자에게 자신의 행위에 대한 책임이 탈락한다면 그러한 행위를 야기하거나 이용하는 배후자는 범죄를 지배한 것이다. 그래서 배후자가 책임능력이 없는 자, 예컨

837) RGSt 39, 37.

838) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 30.

839) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 31.

840) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 33.

대 아동 또는 정신병자(형법 제19조, 제20조)를 이용하였다면 우월적 지위를 가진다. 이에 상응하여 청소년도 행위시 자신의 윤리적, 정신적 발달에 따라 성숙하지 못하기 때문에(소년법원법 제3조) 형법적으로 책임지지 않는 한 인간인 도구가 된다.⁸⁴¹⁾

피할 수 없는 (즉, 책임을 조각시키는) 금지착오(형법 제17조)를 이용하는 것도 통설에 따를 때 간접정범을 근거지운다. 이를 위해서는 직접 실행자는 자신의 행위에 대해 스스로 형법적 책임을 부담하지 않는다는 점이 주장될 수 있다.⁸⁴²⁾

이는 인간인 도구가 범죄로 강요되어 면책적 긴급피난의 원칙에 따라 책임이 탈락하는 경우에도 마찬가지이다. 배후자는 우월적 의사의 힘으로 범죄를 지배한다.⁸⁴³⁾

4. 처벌

하나의 범죄에 참가한 자가 정범의 지위를 점하게 되면 그 정범의 형태가 단독정범이든, 공동정범이든, 간접정범이든 상관없이 형법 각칙 내지 특별 형법의 범죄구성요건의 법정형이 양형의 1차적 기준이 된다.

협의를 공범의 경우, 먼저 교사범은 형법 제26조에 따라 정범과 같게 처벌된다. 교사자의 형은 정범에게 기준이 되는 법정형에 따르지만 제28조에 따른 종속성의 완화가 인정된다. 그런데 구체적인 형벌의 크기는 정범의 형벌 크기와는 무관하여 교사자의 형이 정범의 형보다 더 중할 수도 있다.⁸⁴⁴⁾ 이중처벌금지와 관련하여 교사자는 범죄의 창시자이고 정범자를 형사소추의 위협에 빠뜨린다는 점에서 교사자를 더 중하게 처벌하는 것이 교사자를 불리하게 취급하는 것은 아니라고 한다.⁸⁴⁵⁾ 방조범의 경우 제27조 제2항 제1문에 따라 정범의 법정형이 기준이 되지만, 제2문에 따라 형법 제49조 제1항에 따라 필수적으로 감경되어야 한다.

841) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 34.

842) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 35.

843) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 27 Rn. 36.

844) Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier/Gunter Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2019, § 27 Rn. 21.

845) Helmut Satzger/Wilhelm Schluckebier/Gunter Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, 4. Auflage, Carl Heymanns Verlag, 2019, § 27 Rn. 21.

5. 공범의 특수문제

가. 공범과 부작위

적극적 작위를 통해 부작위범에 참여한 자는 공동정범과 교사범 또는 방조범이 될 수 있다. 작위범이 문제된다면, 보증인적 지위에 관한 논의는 불필요하다. 통설에 따르면 여기서 정범과 공범에 관한 일반적 구별기준이 적용될 수 있다.⁸⁴⁶⁾

이에 반해 부작위를 통한 범죄의 참여는 항상 보증인적 지위가 필수적이다. 이는 부작위를 통한 부작위범죄에 참여하는 경우에만 적용되는 것은 아니라 부작위를 통해 작위범에 참여하는 경우에도 적용된다.⁸⁴⁷⁾

아직 논란의 여지가 있는 것은 부작위를 행한 보증인이 단독정범 및 공동정범이 되는 것과는 별도로 부작위를 통해 간접정범이 될 수 있는지에 대한 여부이다. 예시: 정신병자의 감시의 임무를 맡은 간병인 K는 정신병자가 다른 환자를 공격하도록 방치하였고 이에 대한 인식과 의사를 가지고 있었다. 학설의 일부는 이 경우 부작위 직접정범을 인정하지만 판례와 학설상 다수적 견해는 부작위를 통한 간접정범을 인정한다.⁸⁴⁸⁾

또한 문제가 되는 것은 부작위범에서의 정범과 공범의 구별이다. 판례는 여기서도 작위범의 경우와 마찬가지로 주로 주관적 기준, 특히 범죄결과에 대한 이익과 부차적으로 범죄지배를 고려한다.⁸⁴⁹⁾ 다른 견해들은 작위범에 참가한 부작위범을 항상 방조범으로 보거나 반대로 부작위범에게 부여된 보증인적 지위를 근거로 항상 정범으로 본다. 또 다른 견해는 보호보증인(Beschützergaranten)과 감시보증인(Überwachergaranten)을 구별하여 전자는 항상 정범으로, 후자는 공범으로 본다.⁸⁵⁰⁾

846) Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 48. Aufl., C.F.Müller 2018, Rn. 1208.

847) Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 48. Aufl., C.F.Müller 2018, Rn. 1209.

848) Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 48. Aufl., C.F.Müller 2018, Rn. 1209.

849) BGH NStZ 12, 379.

850) Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 48. Aufl., C.F.Müller 2018, Rn. 1210.

나. 공범과 과실

독일에서 공범문제는 고의범 영역에서만 문제된다. 따라서 독일 형법은 과실범 형태의 간접정범, 교사범, 방조범을 알지 못한다. 다만, 공동정범의 경우 과실범의 공동정범을 인정할 것인가에 대해서는 논란이 있지만, 판례와 학설상의 다수설은 과실범의 공동정범을 인정하고 있지 않다.

다. 공범과 미수

공범의 경우 실행의 착수시점이 언제인가가 문제될 수 있다. 먼저 공동정범의 경우 준비행위와 미수의 구별이 문제된다. 소위 개별해결책(Einzellösung)에 따르면 개별행위자에 따라 개별적으로 검토해야 한다. 기준이 되는 것은 언제 개별 공동정범이 자신의 범행기여와 관련하여 형법 제22조의 문턱을 넘어섰는지 여부다.⁸⁵¹⁾ 다수적 지위를 점하는 전체해결책(Gesamtlösung)에 따르면 모든 공동정범자는 준비행위와 미수의 경계를 통일적으로 넘어간다. 특히 공동정범자들 중 일인이 공동의 범행결의의 범위에서 실행의 착수가 있으면 전체 공동정범자들에게도 실행의 착수를 인정한다.⁸⁵²⁾

간접정범의 경우 과거 유력한 견해에 따르면 직접 실행자의 표상의 그림이 중요했다. 직접실행자가 선의이면 미수는 범행이 배후자의 손에서 떠난 경우에 인정되고, 악의이면 직접 실행자가 피해자 영역에 들어 선 시점에서 미수가 인정된다.⁸⁵³⁾

오늘날 인정되는 견해는 간접정범자의 표상을 기준으로 하고 상이한 시점에 따라 구별한다.⁸⁵⁴⁾ 일설에 따르면 인간이 도구에 대한 영향의 시작 또는 종료가 중요하다.⁸⁵⁵⁾ 다른 견해에 따르면 간접정범의 미수는 개입한 직접 실행자가 스스로 실행의 착수에 나아가고 따라서 전체범죄가 직접 범죄구성요건실현으로 흘러들어 간 경우에 비로소

851) Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 48. Aufl., C.F.Müller 2018, Rn. 961.

852) Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 48. Aufl., C.F.Müller 2018, Rn. 962.

853) Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 48. Aufl., C.F.Müller 2018, Rn. 969.

854) Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 48. Aufl., C.F.Müller 2018, Rn. 971.

855) Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 48. Aufl., C.F.Müller 2018, Rn. 972.

인정된다.⁸⁵⁶⁾ 이 견해는 배후자와 직접 실행자의 행위를 하나로 보아 공동정범에서 발전된 전체해결책은 간접정범에 적용한다. 따라서 직접 실행자와 배후자 간에 실행 착수의 동시진행이 이루어진다.⁸⁵⁷⁾ 법익위태화이론(Rechtsgutsgefährdungstheorie)에 따르면 간접정범의 실행의 착수는 배후자에 의해 시작된 사태가 자신의 손에서 떠나고 그로부터 등장하는 피해자에 대한 공격이 범죄에 대한 자신의 표상에 따라 추가적이고 본질적인 중간단계를 거치지 않고 이어지는 사태진행에서 장기의 중지없이 직접적으로 범죄구성요건실현으로 이어지면 인정된다.⁸⁵⁸⁾

어떤 시점에 형법 제30조 제1항의 교사미수의 범위에서 범행결의의 야기에 대한 실행의 착수가 인정되는 지는 동법 제22조의 일반 규정에 따른다. 따라서 적어도 교사행위의 수행에 이미 이르렀다면 실행의 착수가 인정된다.⁸⁵⁹⁾

라. 공범관계의 이탈

공범관계의 이탈은 주로 공동정범에서 문제된다. 판례와는 달리 학설상 다수적 견해에 따르면 공동으로 이루어진 범행결의의 해소는 실행의 착수 전까지 가능하다. 이에 반해 실행의 착수 이후에는 형법 제24조 제2항의 중지미수 규정이 적용된다. 어느 참여자가 준비행위 단계 즉, 실행의 착수 이전에 공동의 범행결의로부터 이탈하려고 한다면 다수적 견해에 따를 때 다른 공동정범자들이 이에 대해 인지해야 한다. 그렇다면 법적 효과로서 공동정범의 죄책은 부정되지만 공범의 죄책은 부정되지 않는다.⁸⁶⁰⁾ 예시: A와 B는 강도를 위해 차량으로 슈퍼마켓으로 향했다. B는 가는 도중 양심의 가책을 느끼고 이를 A에게 말한 뒤 다음 빨간색 신호등에서 차에서 내렸다. 따라서 A는 혼자서 범죄를 실행하였다.

856) Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 48. Aufl., C.F.Müller 2018, Rn. 973.

857) Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 48. Aufl., C.F.Müller 2018, Rn. 973.

858) Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 48. Aufl., C.F.Müller 2018, Rn. 975.

859) Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 48. Aufl., C.F.Müller 2018, Rn. 978.

860) Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 48. Aufl., C.F.Müller 2018, Rn. 817.

B는 여기서 강도죄의 공동정범으로 처벌되지 않는다. 왜냐하면 B는 이미 준비단계에서 A에 대해 명시적으로 공동의 범행결의를 해소했기 때문이다. 물론 B에 의해 준비단계에서 행해진 범죄기여가 A에 의한 범죄기수에 까지 지속하였느냐에 따라 교사범 또는 방조범의 공범의 책임이 고려될 수 있다.

이는 다른 참여자가 범죄계획으로부터의 이탈을 인지하지 못한 경우에는 달리 판단된다. 왜냐하면 공동의 합의에 기초한 범죄계획은 원칙적으로 공동정범자 일인이 명시적인 언급 없이 범죄로부터 거리를 두는 것만으로 탈락되는 것은 아니기 때문이다. 그렇지 않다면 준비단계에서 범죄계획을 통해 특별히 중요한 범죄기여를 행하여 기능적 행위지배를 가지는 자가 은밀하고 내적인 이탈을 통해 공동정범의 죄책을 지지 않게 되는 부당한 결과에 이르게 된다.⁸⁶¹⁾

6. 소결

공범에 관한 독일 형법총론 내용을 살펴보면 이는 많은 부분에 있어 한국 형법총론의 공범내용과 유사하지만 다음과 같은 다른 점 또한 발견된다.

우선, 유사점으로 한국과 독일은 수인이 하나의 범죄에 참가할 때 단일정범이 아니라 정범과 공범의 구별체계에 따르고 있고 정범 및 공범과 관련된 주요 법적 개념(공동정범, 간접정범, 교사범, 종범)들을 같은 내용으로 공유하고 있다. 또한 교사범은 죄를 실행한 자(정범)와 동일한 형으로 처벌된다는 점 종범의 경우 형의 필요적 감경이 이루어진다는 점에서도 양 국가는 동일하다. 그러나 이러한 유사점에도 불구하고 양 국가는 또한 몇 가지 점에서 차이를 보이는 데 이는 다음과 같다.

첫째, 독일 형법은 제25조에서 모든 정범유형(단독정범, 간접정범, 공동정범)을 규정하고 있으나, 한국 형법은 제30조에서 공동정범, 제34조에서 간접정범을 규정하여 단독정범에 관한 별도의 조문은 알지 못하고 모든 정범유형을 통일적으로 기술하고 있지 않다. 특히 독일 형법 제25조 제1항 제2안은 간접정범을 명시적으로 정범으로 보고있는데 반해 한국 형법 제34조는 표제어가 간접정범에도 불구하고 행위수단으로 교사·방조를 들고 있고 그 법적 효과로 간접정범은 교사 또는 방조의 예에 의하여

861) Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau, 48. Aufl., C.F.Müller 2018, Rn. 818.

처벌한다고 하여 간접정범이 정범인지 아니면 혐의의 공범인지에 대한 해석상 다툼을 야기한다.

둘째, 독일 형법은 제29조에서 “모든 범죄참가자는 타인의 책임과 상관없이 자신의 책임에 따라 처벌된다”라고 하여 공범의 종속형식과 관련하여 명시적으로 제한적 종속형식에 따르고 있음에 반해, 한국 형법은 해당 규정을 담고 있지 않아 극단적 종속형식을 주장하는 견해들도 보인다. 독일 형법 제29조는 종속성의 완화(Akzessorietätslockerung)의 한 형태이고 이러한 종속성의 완화는 동법 제28조 제1항에서도 발견된다.

셋째, 독일 형법 제28조는 특별한 인적 표지에 관한 규정으로 한국 형법상 제33조 공범과 신분에 대응된다. 그런데 독일 형법 제28조 제1항은 정범자의 가벌성을 근거지우는 특별한 인적표지가 공범(교사범 내지 종범)에 부재하다면 그 형은 동법 제49조에 따라 완화된다고 한다. 이는 종속성의 완화를 의미하고 한국 형법은 이를 알지 못한다. 그리고 한국 형법 제33조 본문에 따르면 구성적 신분이 없는 자가 그러한 신분이 있는자의 범죄에 가공한 경우 교사범 또는 방조범을 넘어서 공동정범까지 성립될 수 있으나 독일의 경우 구성적 신분이 없는 자는 어디까지나 신분범의 교사범 내지 방조범이 될 수 있을 뿐이라는 점에서 차이가 있다. 게다가 독일 형법 제28조 제2항은 법률이 특별한 인적 표지가 형을 가중, 감경, 배제하는 것을 규정한다면 이는 해당되는 범죄참가자(정범 또는 공범)에 대해서만 적용된다고 하여 여기서는 공범의 종속성을 부정한다. 이러한 독일의 규정은 한국 형법 제33조 단서에 상응하나 양 규정은 그 내용상 부분적인 차이를 보이고 있다.

넷째, 공범에 관한 독일의 형법이 알지 못하는 것으로 한국 형법 제34조 제2항이 있다. 이에 따르면 “자기의 지휘, 감독을 받는 자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자는 교사인 때에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하고 방조인 때에는 정범의 형으로 처벌”하는데, 독일의 경우 이는 간접정범의 범위에서 특히 “정범 배후의 정범(Täter hinter dem Täter)”이라는 명칭으로 주로 학설상 다루어지고 있다. 무엇보다 여기서는 국가권력을 이용한 범죄지배가 문제된다.

제5절 | 일본

1. 개관

가. 법규범의 체계

일본형법은 공범에 관한 규정을 제1편 총칙 제11장의 제60조 내지 제65조의 6개조에 규정해두고 있다. 제60조에 공동정범, 제61조에 교사, 제62조에 방조를 각각 규정하고 있고, 제65조에 ‘신분범의 공범’에 대한 처벌규정을 두고 있는바, 이는 우리나라 형법의 제30조(공동정범), 제31조(교사범), 제32조(종범) 및 제33조(공범과 신분)에 각각 상응한다. 다만, 각 규정의 구체적인 내용에 있어서는 양국 형법에 다소의 차이가 있다. 일본형법에서 규정하고 있는 교사의 교사(제61조 2항), 종범에 대한 교사(제62조 2항), 교사 및 방조에 대한 처벌의 제한(제64조)은 우리나라 형법에서는 명문규정이 없고, 반면 우리나라 형법에서 규정하고 있는 이른바 실패한 교사(제31조 2항, 3항), 간정정범 및 특수한 교사·방조에 대한 형의 가중규정(제34조)은 일본형법에는 명문규정이 없다. 또한 우리나라 형법 제33조의 ‘공범과 신분’에서 신분관계가 없는 자에게도 ‘전3조의 규정’, 즉 공동정범, 교사범, 방조범의 규정을 적용한다는 규정은 일본형법 제65조에서 ‘공범으로 한다’라고만 규정한 것과 미묘한 차이가 있다.

» [표 3-5-1] 공범 규정의 한·일 비교

구분	한국형법	일본형법
공동정범	제30조(공동정범) 2인 이상이 공동하여 죄를 범한 때에는 각자를 그 죄의 정범으로 처벌한다.	제60조 (공동정범) 2인 이상 공동하여 범죄를 실행한 자는 모두 정범으로 한다.
교사범	제31조(교사범) ①타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다. ②교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하고 실행의 착수에 이르지 아니한 때에는 교사자와 피교사자를 음모 또는 예비에 준하여 처벌한다. ③교사를 받은 자가 범죄의 실행을 승낙하지 아니한 때에도 교사자에 대하여는 전항과 같다.	제61조 (교사) ①사람을 교사하여 범죄를 실행시킨 자에게는 정범의 형을 과한다. ②교사자를 교사한 자에 대하여도 전항과 같다.

» [표 3-5-1] 계속

구분	한국형법	일본형법
중범	제32조(중범) ①타인의 범죄를 방조한 자는 중범으로 처벌한다. ②중범의 형은 정범의 형보다 감경한다.	제62조 (방조) ①정범을 방조한 자는 중범으로 한다. ②중범을 교사한 자에게는 중범의 형을 과한다. 제63조 (중범감경) 중범의 형은 정범의 형을 감경한다.
특례규정	(명문규정 없음)	제64조 (교사 및 방조의 처벌의 제한) 구류 또는 과료만을 처벌해야 하는 죄의 교사자 및 중범은 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한다.
공범과 신분	제33조(공범과 신분) 신분관계로 인하여 성립될 범죄에 가공한 행위는 신분관계가 없는 자에게도 전3조의 규정을 적용한다. 단, 신분관계로 인하여 형의 경중이 있는 경우에는 중한 형으로 벌하지 아니한다.	제65조 (신분범의 공범) ①범인의 신분에 의해 구성해야 하는 범죄행위에 가공(加功)한 때에는 <u>신분이 없는 자</u> 라도 공범으로 한다. ②신분에 의해 특별히 형의 경중이 있는 때에는 신분이 없는 자에게는 통상의 형을 과한다.
간접정범	제34조(간접정범, 특수한 교사, 방조에 대한 형의 가중) ①어느 행위로 인하여 처벌되지 아니하는 자 또는 과실범으로 처벌되는 자를 교사 또는 방조하여 범죄행위의 결과를 발생하게 한 자는 교사 또는 방조의 예에 의하여 처벌한다. ②자기의 지휘, 감독을 받는 자를 교사 또는 방조하여 전항의 결과를 발생하게 한 자는 교사인 때에는 정범에 정한 형의 장기 또는 다액에 그 2분의 1까지 가중하고 방조인 때에는 정범의 형으로 처벌한다.	(명문규정 없음)

나. 공범의 의의와 종류

1) 의의와 종류

일본형법학에서 공범은 최광의, 광의 및 협의로 구분되고 있다.⁸⁶²⁾ ① **최광의의 공범**은 2인 이상의 자가 공동하여 구성요건을 실현하는 것을 말하고, ‘임의적 공범’(광의의 공범)과 ‘필요적 공범’으로 나뉜다. ‘임의적 공범’은 법률상 단독의 행위자를 예상하여 규정된 구성요건을 2인 이상의 행위자가 실현하는 범죄를 말하며, 형법총칙에 규정되어 있는 공동정범, 교사범, 중범(방조범)의 3가지 유형을 포함한다. ② **광의의 공범**이란 임의적 공범인 공동정범, 교사범과 방조범을 의미하고, 일반적으로 공범

862) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタール刑法 [第3版] 第5巻, 青林書院, 2019, 8면.

이라고 말할 때에는 임의적 공범을 뜻한다. ③ **협의를 공범**이란 교사범(61조)과 방조범(62조)을 말한다. 공동정범(60조)은 성격상 단독정범과 마찬가지로 정범의 한 유형이므로 그 의미에서는 협의의 공범과 대립되는 개념이 된다.⁸⁶³⁾

2) 필요적 공범

필요적 공범이란 형법각론의 규정 또는 그 밖의 형벌법규상 2인 이상의 자에 의한 공동의 범행을 예정하고 있는 범죄를 말한다.⁸⁶⁴⁾ 필요적 공범에는 다중범—또는 집합범, 집단범이라 부른다.—과 대향범의 2가지 유형이 있다.

다중범(多衆犯)이란 범죄의 성립상 동일한 목표를 향한 다중의 공동행위가 필요한 범죄를 말한다.⁸⁶⁵⁾ 다중범은 집단적 내지 군중심리적 특질에 비추어 관여자의 처벌은 일반적으로 관여의 태양이나 정도에 따라 단계별로 구분되어 있다. 일본형법상 내란죄(제77조), 소란죄(제106조)가 여기에 해당한다.⁸⁶⁶⁾

대향범(對向犯)이란 2인 이상의 행위자가 서로 대향한 행위의 존재를 요건으로 하는 범죄를 말한다.⁸⁶⁷⁾ 대향범은 처벌의 형식에서 볼 경우, 다음 3가지로 분류할 수 있다. 첫째는 대향자의 쌍방에 동일한 법정형이 규정되어 있는 경우—중혼죄(제184조)—, 둘째는 대향자의 각각 다른 법정형이 규정되어 있는 경우—뇌물죄(제197조, 제198조 등)—, 셋째는 대향자의 일방만이 처벌되는 경우—외설물판매죄(제175조)—이다.⁸⁶⁸⁾

다. 정범과 공범의 구별기준

정범과 (협의의) 공범을 구별하는 기준에 대하여는 학설상 ① 주관설과 객관설, ② 제한적 정범개념설과 확장적 정범개념설, ③ 행위지배설, ④ 형식설 등이 주장되고 있다.⁸⁶⁹⁾

863) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 395~396면.

864) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタール刑法 [第3版] 第5卷, 青林書院, 2019, 8면.

865) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 396면.

866) 前田雅英(編集代表)/松本時夫(編)/池田修(編)/渡邊一弘(編)/大谷直人(編)/河村博(編), 条解刑法 [第3版], 弘文堂, 2013, 215면.

867) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 396면.

868) 前田雅英(編集代表)/松本時夫(編)/池田修(編)/渡邊一弘(編)/大谷直人(編)/河村博(編), 条解刑法 [第3版], 弘文堂, 2013, 215면.

1) 주관설과 객관설

주관설은 인과관계에 관한 조건설에 기초한 것으로서 모든 조건은 원인으로서 등등하기 때문에 정범과 공범을 인과관계의 관점에서 구별하는 것은 불가능하다고 보고, 자기의 행위를 행하는 의사로서 행위하는 자를 정범, 타인의 행위에 가담하는 의사로서 행위하는 자를 공범으로 이해한다.⁸⁷⁰⁾ 객관설은 인과관계에 관한 원인설에 기초한 것으로서 결과에 대하여 원인을 제공한 자가 정범, 조건을 제공한 자가 공범이라고 본다. 주관설과 객관설은 양자의 기초가 되어 있는 인과관계설 자체가 부당하다는 이유만으로도 지지할 수 없다는 비판을 받고 있다.

2) 제한적 정범개념설과 확장적 정범개념설

제한적 정범개념설은 정범을 좁고 제한적으로 해석하는 입장으로 구성요건에 해당하는 행위를 자기의 손으로 직접 행하는 자가 정범이라고 본다. 이에 의하면 간접정범도 공범개념에 포함되고, 또한 형법전에서의 공범규정은 정범 이외까지 처벌을 확장하는 것이기 때문에 공범은 **형벌확장사유**가 된다.⁸⁷¹⁾ **확장적 정범개념설**은 구성요건의 실현에 어떠한 형태의 조건이라도 제공한 자는 모두 정범이라고 본다. 따라서 정범개념은 단순히 실정법의 소산에 불과하고, 제61조 및 제62조는 정범 중 교사범 및 방조범에 한정하여 처벌하기 위한 규정일 뿐이므로 공범은 **형벌축소사유**가 된다.⁸⁷²⁾ 위 2가지 설은 간접정범을 정범을 볼 것인지, 공범으로 볼 것인지에 관하여 전개된 것이다.

3) 행위지배설

목적적 행위론에 기초하여, 구성요건을 실현하는 의사를 가지고 그 실현을 위해 인과관계를 목적으로 지배·통제하는 것이 행위지배인바, 이러한 행위지배의 유무에 의해 정범과 공범을 구별하는 입장이다.

869) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 399면 이하.

870) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 399면.

871) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 399면.

872) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 399면.

4) 형식설

기본적 구성요건에 해당하는 행위 즉 실행행위를 행하는 범죄가 정범이고, 수정된 구성요건에 해당하는 해위 즉 교사행위 및 방조행위에 의해 정범에 가공하는 범죄가 공범이라고 보는 입장이다. 이 경우 외에 이와 법적으로 동일시할 수 있는 형태, 즉 타인을 도구로서 이용하는 것에 의해 그 구성요건을 실현하는 간접정범의 경우도 포함하게 된다.

라. 공범의 종속성

종래 공범론의 가장 기본적인 대립은 공범의 본질을 둘러싼 공범종속성설과 공범독립성설의 대립이었다.⁸⁷³⁾ 주관주의 신파형법학은 정범이란 독립의 공범행위 자체의 범죄성만으로 처벌할 수 있다고 생각하는 독립성설을 주장하고, 객관주의 구파형법학은 공범의 처벌은 정범행위를 전제로 한다고 하는 종속성설을 취했다.

공범종속성설에 따르면, 공범은 정범의 실행행위가 있어야 비로소 성립한다. 협의의 공범은 정범에 종속해서만 성립하는바, 이를 공범의 종속성이라고 한다. 공범의 종속성은 주로 ① 종속성의 유무와 ② 종속성의 정도의 2가지 문제로 다루어지고 있다.

1) 종속성의 유무 : 실행종속성(實行從屬性)⁸⁷⁴⁾

실행종속성이란, 협의의 공범이 성립함에 있어서는 정범자의 실행행위가 필요한지 아닌지에 관한 문제를 말한다. 이에 대하여는 전술한 공범종속성설과 공범독립성설의 대립이 있다. 공범종속성설은 협의의 공범이 성립함에는 정범자가 일정한 행위를 행하는 것이 필요하다고 보는 입장이고, 공범독립성설은 협의의 공범이 성립함에는 공범자의 고유의 행위(교사·방조행위)가 있으면 족하고, 피교사자·피방조자가 범죄를 실행했는지 여부는 묻지 않는 입장이다.

공범종속성설과 공범독립성설의 실질적인 차이는 타인의 범죄행위를 교사했지만, 그 타인이 범죄의 실행에 착수하지 아니한 경우, 즉 ‘교사의 미수’에 있어서의 가별성

873) 前田雅英, 刑法總論講義 [第7版], 東京大学出版部, 2019, 329면.

874) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 407면 이하.

여부에서 발생한다. 공범종속성설에서는 교수범의 성립에는 피교사자가 실행에 착수하는 것이 필요하므로 ‘교사의 미수’는 불가별이 되는 것에 비하여, 공범독립성설에서는 교사행위가 있으면 미수범이 처벌되는 죄에 대해서는 피교사자가 전혀 실행행위를 하지 않더라도 ‘교사의 미수’는 처벌되게 된다.

2) 종속성의 정도 : 요소종속성(要素從屬性)

종속성의 정도란, 혐의의 공범이 성립하고 또한 가별성을 가지기 위해서는 정범의 행위가 어느 정도로 범죄의 요건을 구비해야 하는가의 문제를 말하며, 이를 요소종속성이라고도 부른다.⁸⁷⁵⁾ 이는 공범종속성설의 입장을 전제로 하는 것인바, 혐의의 공범이 성립하기 위해서는 정범이 구성요건, 위법성, 책임, 처벌조건의 각 단계 중 어느 단계까지 충족해야 하는지의 문제이다.

요소의 종속성에 대하여는 독일의 저명한 형법학자인 M. E. 마이어의 4가지 종속형식의 영향을 받아 학설상 ① **최소종속성설**(정범이 구성요건해당성만 구비하면 족하는 입장), ② **제한종속성설**(정범이 구성요건해당성과 위법성을 구비해야 한다는 입장), ③ **극단종속성설**(정범이 구성요건해당성과 위법성 및 책임성까지 구비해야 한다는 입장), ④ **확장종속성설**(정범이 구성요건해당성 위법성, 책임에 더하여 일정한 처벌조건까지 구비해야 한다는 입장)로 나뉜다.

일본의 판례는 종래에 이른바 ③ 극단종속형식을 취한 것으로 이해되어 왔으나, 최고재판소 1983년(소화58년) 9월 21일 결정⁸⁷⁶⁾에서는 형사미성년자를 이용한 경우에 있어서도 교사범에 그칠 수 있다는 점을 인정하기 이르렀는바, 제한종속성설로 기우는 경향을 보였다.⁸⁷⁷⁾

875) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 408면 이하; 前田雅英, 刑法總論講義 [第7版], 東京大学出版部, 2019, 333면.

876) 최고재판소 결정 1983년(소화58년) 9월 21일 最高裁判所刑事判例集 37권 7호 1070면

877) 渡辺忠嗣, 是非弁別能力を有する刑事未成年者を利用して窃盜を行なった者につき窃盜の間接正犯が成立するとされた事例(最決昭和58.9.21), ジュリスト (通号 803), 有斐閣, 1983, 92면.

2. 공동정범

일본형법 제60조 (공동정범)

2인 이상 공동하여 범죄를 실행한 자는 모두 정범으로 한다.

가. 의의

공동정범이란 “2인 이상 공동하여 범죄를 실행”한 것을 말하며, 공동정범이 성립하면 각자는 “모두 정범”이 된다(제60조). 이는 공동의 행위에 의해 실현된 전체에 대하여 공동자 전원이 정범자로서의 책임을 지게 되는 것이며, 예컨대 각자가 행위의 일부만을 분담했다고 하더라도 실현된 전체에 대하여 책임을 묻게 되는 것이다. 이를 ‘일부실행 전부책임’의 원칙이라고 부른다.⁸⁷⁸⁾

나. 성립요건⁸⁷⁹⁾

1) 주관적 요건 : 공동실행의 의사

공동실행의 의사란 2인 이상의 자가 공동하여 범죄를 실행함에 있어서 상호 간의 의사연락을 말한다. 공동실행의 의사를 필요로 하는지 여부에 대하여는 다툼이 있다. 이는 공범의 본질에 관한 논쟁인 이른바 범죄공동설과 행위공동설의 입장이 반영된 것이기도 하다. 범죄공동설의 입장에서는 행위자가 서로의 행위를 이용하여 보충하면서 범죄를 실현하려고 하는 의사를 말하므로, 공동행위자 사이의 의사연락이 당연히 요구된다고 본다. 행위공동설의 입장에서는 일반적으로 공동실행의 의사란 자기의 행위가 다른 이의 행위와 인과적으로 결합되어 범죄를 야기한다는 것에 대한 인식 내지 예견가능성을 말하므로 의사연락은 불요하다고 본다.⁸⁸⁰⁾ 의사의 연락이 없더라도 다른 이가 야기한 결과에 대해 물리적인 방법으로 인과성을 끼칠 수 있다는 것이다.

878) 前田雅英, 刑法総論講義 [第7版], 東京大学出版部, 2019, 343면.

879) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタール刑法 [第3版] 第5巻, 青林書院, 2019, 143면 이하.

880) 山口厚, 刑法総論 [補訂版], 有斐閣, 2005, 298면; 柏木千秋, 刑法総論, 有斐閣, 1982, 348면.

한편, 행위공동설의 입장에서도 의사연락이 필요하다고 주장하는 견해가 있다. 일부 실행 전부책임이 인정되는 근거는 물리적 공동과 더불어 공동정범자 상호 간에 심리적 영향을 미쳐 결과발생의 개연성을 높인 것에 있으므로 의사연락이 필요하다는 것이다.⁸⁸¹⁾

2) 객관적 요건 : 공동실행의 사실

“공동하여 범죄를 실행”한다는 것은 종래 2인 이상의 자가 실행행위를 분담하는 것으로 이해되었다. 그러나 실행행위의 분담은 공동정범의 필수 요건이 아니라는 견해⁸⁸²⁾도 유력하다. 공동정범에 있어서도 행위자에게 결과를 귀책시킬 것인지 여부에 대한 판단이 필요한 이상 공동실행과 결과발생의 사이에는 인과관계가 필요하다.

다. 공동정범의 성부가 문제로 되는 경우

공동정범의 성립요건으로서 공동실행의 의사와 공동실행의 사실이 요구되는 바, 이와 관련해서 과실범의 공동정범, 결과적 가중범의 공동정범, 승계적 공동정범, 공모 공동정범, 부작위범의 공동정범, 예비죄의 공동정범의 성립 여부가 세부적인 논제로서 다루어지고 있다.

1) 과실의 공동정범

과실범에 있어서도 공동실행의 의사를 인정하여 과실범의 공동정범의 성립을 인정할 수 있을까. 학설상으로는, 우선 행위공동설의 입장에서는 공동정범이 성립하기 위해서는 상호 타인의 행위를 이용하여 보충하려는 의사와 그러한 사실이 있으면 족하고, 과실범을 공동하여 실현하는 경우에도 이러한 요건은 구비될 수 있으므로 과실범의 공동정범을 인정할 수 있다고 본다.⁸⁸³⁾ 그러나 범죄공동설의 입장에서는 공동정범이 성립하기 위해서는 공동자 각자가 특정한 범죄실현에 대하여 공동의사를 가진 필요가 있는바, 과실범은 무의식에 기초하는 것을 본질로 하므로 상호 양해로서

881) 前田雅英, 刑法總論講義 [第7版], 東京大学出版部, 2019, 343면.

882) 前田雅英, 刑法總論講義 [第4版], 東京大学出版会, 2006, 394면; 山口厚, 刑法總論 [補訂版], 有斐閣, 2005, 264면.

883) 前田雅英, 刑法總論講義 [第7版], 東京大学出版部, 2019, 372면.

의 공동의사는 있을 수 없기 때문에 과실범의 공동정범을 부인해야 한다고 본다.⁸⁸⁴⁾

일본의 판례는 과거 대심원 판례에서는 과실범의 공동정범은 성립할 여지가 없다는 입장을 유지해왔다. 이후 1953년(소화28년) 최고재판소는 공동하여 음식점을 경영하던 A와 B에 대하여 메탄올을 함유한 액체를 위스키를 판매한 사안에 대해 유독음식물 등단속령위반에 관해 과실범의 공동정범이 성립한다는 입장을 취했고,⁸⁸⁵⁾ 이후 하급심의 판례에서도 긍정설을 취한 판례가 이어졌다.⁸⁸⁶⁾ 나아가 일본 최고재판소는 최근 2016년 7월 12일 결정에서 과실의 공동정범의 개념을 직접적으로 긍정한 다음 업무상 과실치사상죄의 공동정범이 성립하기 위한 기준을 명시한바 있다(자세한 내용은 “5. 특수한 문제”의 ‘공범과 과실’ 부분에서 후술함).

2) 공모공동정범

공모공동정범론이란 객관적인 구성요건해당행위는 분담하지 않지만, 공모에 참가한 자를 공동정범으로 하는 이론을 말한다.⁸⁸⁷⁾ 이에 의하면 2인 이상의 자가 일정한 범죄를 실현하는 것을 공모하고, 공모한 자의 일부가 그 범죄를 실행한 경우에 구성요건해당행위에 관여하지 않은 자도 포함하여 공모자 전원에 대해 공동정범이 성립한다.

일본형법 제60조의 “2인 이상 공동하여 범죄를 실행”이라는 점에 대하여 각자가 구성요건해당행위를 하는 것이 필요하다고 해석하는 경우에는 이른바 ‘실행공동정범’만이 공동정범이 될 수 있다. 그러나 이 견해에 따르면 ① 구성요건해당행위를 담당한 자를 지배하는 중요한 역할을 한 주범이 배후에 존재하는 경우, ② 대등한 입장으로 상호 간에 영향을 주며 공동실행의 의사를 형성하고, 그 공동의사에 따라 공동자의 일부가 구성요건해당행위를 담당하는 경우에는 실행행위에 나서지 않은 자에 대하여는 교사범이나 종범으로 대응해야 하지만, 이는 범죄의 실행에 맞지 않는다는 점을 공모공동정범론의 근거로 삼고 있다.

일본의 판례는 일찍부터 공모공동정범을 인정해왔다. 대표적으로 강도의 망을 보는 행위를 공동정범으로 본 사례⁸⁸⁸⁾, 방화의 망을 본 행위를 공동정범으로 본 사례⁸⁸⁹⁾가

884) 前田雅英, 刑法総論講義 [第7版], 東京大学出版部, 2019, 372면.

885) 최고재판소 1953년(소화28년) 1월 23일 最高裁判所刑事判例集 7권 1호 30면.

886) 名古屋高等裁判所 1956년(소화31년) 10월 22일 高等裁判所刑事判決特報 3권 21호 1007면; 名古屋高等裁判所 판결 1986년(소화61년) 9월 30일 高等裁判所刑事判例集 39권 4호 371면.

887) 前田雅英, 刑法総論講義 [第7版], 東京大学出版部, 2019, 346면.

있다. 한편, 여기서의 ‘공모’는 반드시 한 곳에 모여서 행할 것을 요하지 않으며, 순차적인 모의에 의한 공모도 가능하다고 본다. 또한 명시의 의사표시가 없더라도 암묵의 의사연락이 있으면 공모라고 할 수 있다는 것이 판례의 태도이다.⁸⁹⁰⁾ 학설상으로는 긍정설과 부정설로 나뉜다. 다수설의 지위를 점하고 있는 것이 긍정설인바, 공동정범의 요건 중 공동실행의 사실을 어떻게 이론적으로 해결하는지의 문제로 귀결된다. 그 구체적인 논거에 따라 공동의사주체설⁸⁹¹⁾, 간접정범유사설⁸⁹²⁾, 포괄적 공동정범설⁸⁹³⁾, 우월지배공동정범설⁸⁹⁴⁾ 등이 주장되고 있다.

3) 결과적 가중범의 공동정범

결과적 가중범의 공동정범이란, 2인 이상의 자가 공동실행의 의사 하에 기본이 되는 범죄의 구성요건 해당행위를 공동으로 실행한 경우에 있어서 그 일부의 행위에 의해 중한 결과가 발생한 경우 공동자 전원이 중한 결과에 대해 공동정범이 성립하는 것을 말한다. 결과적 가중범의 공동정범이 인정되는지를 둘러싸고 학설상 긍정설과 부정설이 대립하고 있고, 판례는 긍정설의 입장이다.⁸⁹⁵⁾ 일본 최고재판소⁸⁹⁶⁾는 타인의 가옥의 침입하여 현금을 강취한 후 비상벨이 울려 도주하던 중 경찰관에게 쫓겨 체포될 위기에 처하자 체포를 면하기 위해 동 경찰관을 칼로 찔러 출혈사한 사례에 있어서 “강도에 대하여 공모한 공범자 등은 그 1인이 강도의 기회에 행한 행위에 대하여는 다른 공범자도 책임을 져야 한다는 것은 당 재판소의 판례로 되어 있다”고 하며 전원을 강도살인죄로 처벌하였다.

888) 대심원 판결 1895년(명치28년) 12월 19일 大審院刑事判決錄 1권 5호 89면.

889) 대심원 판결 1896년(명치29년) 12월 17일 大審院刑事判決錄 2권 11호 56면.

890) 최고재판소 판결 1948년(소화23년) 11월 30일 最高裁判所裁判集刑事 5권 525면.

891) 西原春夫, 刑法總論, 成文堂, 1977, 316면.

892) 藤木英雄, 刑法講義總論, 弘文堂, 1974, 284면.

893) 西田典之, 刑法總論, 成文堂, 2006, 329면; 前田雅英, 刑法總論講義 [第4版], 東京大学出版会, 2006, 439면; 前田雅英, 刑法總論講義 [第7版], 東京大学出版部, 2019, 348면; 山口厚, 刑法總論 [補訂版], 有斐閣, 2005, 276면.

894) 大塚仁, 刑法概說總論 (第3版), 有斐閣, 1995, 291면.

895) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタール刑法 [第3版] 第5卷, 青林書院, 2019, 241면.

896) 최고재판소 판결 1951년(소화26년) 3월 27일 最高裁判所刑事判例集 5권 4호 686면.

3. 협의의 공범

가. 교사범

일본형법 제61조 (교사)

- ① 사람을 교사하여 범죄를 실행시킨 자에게는 정범의 형을 과한다.
- ② 교사자를 교사한 자에 대하여도 전항과 같다.

1) 성립요건

교사범의 성립은 주관적 요건으로서 ① 교사의 고의, 그리고 객관적 요건으로서 ② 교사행위, ③ 피교사자가 범죄를 실행하는 것이 필요하다.⁸⁹⁷⁾

① **교사의 고의**는 자기의 교사행위에 의해 피교사자가 특정의 범죄를 범하는 것을 결의하고 또한 그 실행에 나서는 것을 인식하는 것을 요한다. 교사의 고의도 정범과 마찬가지로 미필적인 것으로 족하다. 고의의 내용에 대하여는 미수의 교사를 처벌할 수 있는가라는 문제와 관련하여 결과발생의 인식까지 필요한지가 문제가 된다.⁸⁹⁸⁾ 미수의 교사는 교사자가 피교사자의 실행행위를 처음부터 미수로 끝내려는 의사로서 교사한 경우를 말한다. 교사자가 결과의 발생을 인식하고 있지 않은 경우이므로, 교사범의 고의는 피교사자의 실행행위를 발생시키려는 것을 인식하는 것으로 족하다고 본다면 미수의 교사는 교사범으로서 가별적인 것이 되고, 반면에 교사의 고의는 결과를 발생시키려는 것을 인식하는 것이 필요하다고 본다면 미수의 교사는 불가별이 된다.

② **교사행위**는 사람에게 범의를 발생시켜 범죄를 실행시키는 것을 말한다. 이미 범죄의 실행을 결의하고 있는 사람에 대하여는 범죄를 권유하더라도 교사가 아니라 정신적 방조에 그친다.

③ **피교사자가 범의를 실행하는 것은** 공범의 실행종속성에 대한 공범종속성의 입장에서는 교사범이 성립함에는 정범이 실행행위를 행할 것이 필요하다. 그래서 교사행위가 행해졌지만, 피교사자가 실행행위에 이르지 않은 경우(교사의 미수) 또는 실행했다

897) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 435면 이하.

898) 前田雅英, 刑法總論講義 [第7版], 東京大学出版部, 2019, 377면.

라도 이와 교사행위와의 사이에 상당한 인과관계가 없으면 교사범은 성립하지 않는다.

2) 유형

교사범의 유형으로는 간접교사, 재간접교사, 방조범의 교사 등이 있다.⁸⁹⁹⁾ 먼저 간접교사는 교사자를 교사한 경우를 말하는바, 일본형법상 명문규정이 있어 교사범과 마찬가지로 정범에 준하여 처벌된다(제61조 2항).

재간접교사란 간접교사자를 다시 교사하는 것을 말하는바, 재간접교사 및 그 이상으로 간접교사가 연쇄적으로 일어나는 경우이다. 이러한 연쇄적 교사를 교사범으로 처벌할 수 있는가에 대하여는 부정설과 긍정설이 대립하고 있다. 해석론적으로는 일본 제61조 1항의 ‘실행’ 및 동조 2항의 ‘교사자’의 의미를 어떻게 해석할 것인가와 관련된 문제이다.

“종범을 교사한 자에게는 종범의 형을 과”하도록 되어 있다(제62조 2항). ‘종범을 교사’한다는 것은 정범을 방조할 의사가 없는 타인을 교사하여 방조의 의사를 품게 하고, 또한 방조행위로 나아가게 하는 것을 말한다.

나. 방조범(종범)

일본형법 제62조 (방조) 제63조 (종범감경)

제62조 (방조) ① 정범을 방조한 자는 종범으로 한다. ② 종범을 교사한 자에게는 종범의 형을 과한다.

제63조 (종범감경) 종범의 형은 정범의 형을 감경한다.

1) 성립요건

종범이란, “정범을 방조한 자”를 말하며(제62조 1항), 이미 범죄를 실행할 의사가 가진 자(정범)의 실행을 용이하게 하는 일체의 행위를 의미한다. 종범의 성립은 주관적 요건으로서 ① 방조의 고의, 객관적 요건으로서 ② 방조행위 ③ 피방조자가 범죄를 실행하는 것이 필요하다.⁹⁰⁰⁾

899) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 441~443면.

900) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 443면 이하.

방조의 고의는 교사범의 고의의 내용과 마찬가지로이다. 즉 공범은 정범을 소개하여 결과를 발생시키는 것이므로 처벌된다고 하는 점을 중시하는 인과적 공범론에서는 공범도 최종적 결과와 무관계로 가벌성을 생각할 수 없고, 따라서 방조의 고의에는 결과발생의 인식이 필요하다고 본다.

방조행위는 실행행위 이외의 행위로서 정범자의 구성요건해당행위를 용이하게 하는 것이어야 한다.⁹⁰¹⁾ 그리고 방조행위는 정범의 실행에 필요불가결한 행위임을 요하지는 않는다.⁹⁰²⁾ 방조의 방법은 수뢰자에게 수뢰로서의 금전을 제공하거나 범죄에 사용하는 기구를 제공하는 행위⁹⁰³⁾ 등과 같이 유형적, 물질적 방법으로 가능하다(유형적 종범). 또한 범죄방법을 고안해주는 경우⁹⁰⁴⁾, 격려하는 경우⁹⁰⁵⁾, 조언을 하는 경우 등과 같이 유형적, 정신적인 방법도 가능하다고 본다(무형적 종범).

종범이 성립하기 위해서는 피방조자, 즉 정범이 범죄를 실행하는 것이 요구된다. 그리고 정범의 행위는 제한종속성설에 따르면 구성요건에 해당하고 위법한 행위임을 요한다.

2) 유형

종범의 유형으로는 간접종범, 재간접종범, 교사범의 방조 등이 있다.⁹⁰⁶⁾ 간접종범이란 종범을 방조하는 것을 말한다. 간접교사범에 대하여는 명문의 규정이 있지만(제 61조 2항), 간접종범에 대하여는 명문규정이 없기 때문에 문제가 된다. 학설상 이를 인정할 것인가를 둘러싸고 부정설과 긍정설이 대립한다. 판례⁹⁰⁷⁾는 간접종범을 인정하고 있다고 해석하는 것이 일반적이다.

재간접종범은 간접종범을 방조하는 것을 말하는바, 재간접종범 및 그 이상으로

901) 최고재판소 판결 1949년(소화24년) 10월 1일 最高裁判所刑事判例集 3권 10호 1629면.

902) 대심원 판결 1937년(소화12년) 8월 31일 大審院刑事判例集 16권 1355면.

903) 대심원 판결 1937년(소화12년) 8월 31일 大審院刑事判例集 16권 1355면.

904) 대심원 판결 1923년(대정12년) 3월 30일 大審院刑事判例集 2권 277면.

905) 대심원 판결 1932년(소화7년) 6월 14일 大審院刑事判例集 11권 797면.

906) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 449면 이하.

907) 최고재판소 결정 1969년(소화44년) 7월 17일 最高裁判所刑事判例集 23권 8호 1061면(判例百選1 [84]) : 갑은 을 또는 을의 거래처 사람이 각각 불특정 다수인에게 관람시킨다는 점을 알면서도 을에게 자기 소유의 외설영화필름을 대여했다. 그 결과 을은 자기의 거래처인 병에게 위 필름을 대여했고, 병은 이를 십 여 명에게 관람시켰다. 이에 대하여 최고재판소는 “피고인은 정범인 병의 행위를 간접적으로 방조한 것으로서 종범의 성립을 인정한 원판결의 판단은 상당하다”고 판시했다.

간접종범이 연쇄적으로 일어나는 경우이다.⁹⁰⁸⁾ 재간접종범의 가벌성도 간접종범의 가벌성을 어떻게 이해하는가에 따라 결론이 나뉜다. 즉 간접종범의 가벌성을 부정하는 설에서는 재간접종범의 가벌성을 부정하고 있고, 간접종범의 가벌성을 긍정하는 설에서는 재간접종범의 가벌성도 긍정하고 있다.

교사범의 종범이란 교사행위를 방조하여 그 수행을 용이하게 하는 것을 말한다.⁹⁰⁹⁾ 교사범의 종범을 종범으로서 처벌해야 하는지에 대하여 다툼이 있다. 간접교사의 종범도 마찬가지로 다툼이 있다. 긍정설은 교사행위도 수정된 구성요건에 해당하는 실행행위라고 보아야 한다는 점, 교사행위를 용이하게 하는 것에 의해 간접적으로 결과를 야기했다고 말할 수 있다는 점을 그 논거로 제시하고 있다.

4. 간접정범

가. 의의

간접정범이란 타인을 도구처럼 이용하여 범죄를 실행하는 경우를 말한다.⁹¹⁰⁾ 서두에서 살펴본 바와 같이 일본의 경우, 우리나라와 달리 형법상 간접정범에 대하여는 명문의 규정을 두고 있지 않다. 간접정범의 개념은 정범자가 구성요건에 해당하는 행위를 위법·유책하게 실행한 경우에만 교사범·방조범의 성립을 인정하는 이른바 공범의 극단종속성설을 채택한 입장에서 발생하는 처벌의 공백—책임무능력자를 이용한 범죄에 대하여는 직접정범으로도, 공범으로도 처벌할 수 없다는 점—을 메우려는 필요에서 고안된 것이다.

나. 학설 및 판례

학설상으로는 간접정범을 부정하는 견해와 이를 긍정하는 견해로 구분된다.⁹¹¹⁾ 후자의 긍정설이 통설인바, 이를 다시 세분하면 ① 실행행위설, ② 행위지배설, ③ 규범적장애결여설 등으로 나누어진다. 실행행위설은 배후의 이용자에 있어서 주관적

908) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 450면.

909) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 450면.

910) 前田雅英, 刑法總論講義 [第7版], 東京大学出版部, 2019, 89면.

911) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 156면.

으로는 정범자 의사를 가지고, 객관적으로는 피이용자를 통해 결과를 실질적으로 지배하고 있는 경우에는 이용자 스스로 실행행위를 행한 것으로 평가할 수 있기 때문에 간접정범은 정범성을 가진다고 본다. 행위지배설은 간접정범의 경우 배후의 이용자가 피이용자를 통하여 인과경과를 실질적으로 지배하고 있기 때문에 그 자를 정범으로 보는 것이다. 규범적장애결여설은 피이용자에 있어서 이용자의 의사대로 행동하는 것에 대한 규범적 장애가 없다면, 그 자는 반대동기가 형성되지 않고, 따라서 배후의 이용자가 피이용자의 행위를 일방적으로 이용한 것이라 말할 수 있으므로 간접정범이 성립한다고 본다.

일본의 판례⁹¹²⁾는 피고인이 매일 폭행을 가하여 외포시켜 자신의 뜻대로 따르게 해온 12세의 소녀에게 절도를 시킨 사안에 대해 “피고인이 자기의 평소의 언동에 외포하여 억압되어 있는 동녀를 이용하여 위 절도를 했다고 인정되기 때문에 비록 소론과 같이 동녀가 시비선악의 판단능력을 가진 자라고 하더라도 피고인에 대하여는 본 건 절도의 간접정범이 성립한다.”고 판시하였다.

5. 특수한 문제

가. 공범과 신분

일본형법 제65조 (신분범의 공범)

- ① 범인의 신분에 의해 구성해야 하는 범죄행위에 가공(加功)한 때에는 신분이 없는 자라도 공범으로 한다.
- ② 신분에 의해 특별히 형의 경중이 있는 때에는 신분이 없는 자에게는 통상의 형을 과한다.

1) 신분의 의의

신분범이란 구성요건상 그 주체에 대해 일정한 신분이 있는 것을 필요로 하는 범죄를 말한다.⁹¹³⁾ 여기서 신분이란, 통설 및 판례에 따르면 남녀의 성별, 내외국인의 국적별, 친족의 관계, 공무원인 자격과 같은 관계에 한정되지 않고, 모든 일정한 범죄

912) 최고재판소 결정 1983년(소화58년) 9월 21일 最高裁判所刑事裁判集 37권 7호 1070면: 判例時報, 1093호, 149면.

913) 前田雅英, 刑法總論講義 [第4版], 東京大学出版会, 2006, 104면.

행위에 관한 범인의 인적 관계인 특수한 지위 또는 상태를 말한다.⁹¹⁴⁾

판례가 진정신분범으로 인정한 구체적인 예로서는 수뢰죄(제197조 이하)에 있어서의 ‘공무원’, 위증죄(제169조)에 있어서 ‘법률에 의해 선서한 증인’, 횡령죄(제252조)에 있어서의 타인의 물건에 대한 점유자, 배임죄(제247조)의 ‘타인의 위해 그 사무를 처리하는 자’, 허위공문서작성죄(제156조)에 있어서의 ‘공무원’, 사후강도죄(제238조)에 있어서의 ‘절도범인’ 등이 있다.⁹¹⁵⁾

2) 제65조 제1항과 동조 제2항의 관계

신분이 없는 자는 단독으로 신분범에 해당하는 죄를 범할 수 없다. 비신분자가 공범형식으로 정범인 신분자에 관여한 경우에도 비신분자에게는 정범으로부터 독립하여 신분범이 성립하지 않는 것인가, 아니면 정범에 종속하여 신분범이 성립하는가가 문제가 된다. 이 점에 대하여는 일본형법 제65조가 명문으로 해결하고 있다. 즉 1항에서 “범인의 신분에 의해 구성해야 할 범죄행위에 가공한 때에는 신분이 없는 자라도 공범으로 한다”고 규정하고 있고, 제2항에서 “신분에 의해 특히 형의 경중이 있는 때에는 신분이 없는 자에게는 통상의 형을 과한다”고 규정하고 있다. 다만, 이 규정을 구체적으로 어떻게 적용해야 하는지에 대해서는 해석상의 논란이 있다.

판례와 통설에 의하면, 제65조 1항은 진정신분범에 관한 규정이고, 동조 2항은 부진정신분범에 관한 규정으로 이해한다.⁹¹⁶⁾

3) 제65조 제1항의 해석 : 제1항의 ‘공범’에는 공동정범이 포함되는지 여부

진정신분범에 있어서 비신분자가 신분자의 행위에 가공한 때에는 제65조 제1항에 의해 비신분자라고 하더라도 공범으로서 처벌되게 된다. 여기서 제65조 제1항에서 말하는 ‘공범’의 정확한 의미가 문제된다. 구체적인 해석으로는 제65조 제1항의 ‘공범’에 공동정범이 포함되는지 아닌지의 문제로 귀결된다.

판례와 통설은 위 ‘공범’에는 공동정범도 포함된다고 보는 입장이다.⁹¹⁷⁾ 그 근거로

914) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 451면.

915) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 452~453면.

916) 山口厚, 刑法 [第3版], 有斐閣, 2015, 165면.

917) 대심원 판결 1911년(명치44년) 10월 9일 大審院刑事判決錄 17집 1652면; 대심원 판결 1934년(소화9년) 11월 20일 大審院刑事判例集 13권 1514면.

서는 비신분자라고 하더라도 신분자와 공동하여 위법한 법익침해의 결과를 야기하는 것은 가능하다는 점, 부진정신분은 물론이고 진정신분도 행위의 주체에 관한 요건이고 실행행위 자체의 요건은 아니므로 비신분자로 사실상의 실행행위를 행하는 것이 가능하다는 점을 들고 있다. 한편, 이와 다른 소수설로서 부진정신분범에 대하여는 공동정범도 포함되지만, 진정신분에 대하여는 공동정범은 포함되지 않는다고 보는 입장도 있다.⁹¹⁸⁾

나. 공범과 부작위

공범과 부작위가 문제되는 유형은 ① 부작위에 의한 공범의 문제, 즉 부작위의 형태로 공범이 될 수 있는지 여부, ② 부작위에 대한 공범의 문제, 즉 부작위범에 대하여 공범자로서의 행위를 할 수 있는지 여부의 2가지로 나누어진다.⁹¹⁹⁾ 부작위범과 공범의 문제는 종래 독자적으로 논해지는 경우는 적었지만, 작위와 부작위는 그 존재구조가 다르므로 작위범을 예정하여 논해져왔던 공범이론을 그대로 부작위범에 적용하는 것이 타당한 것인가라는 문제제기가 나타난 후 이 문제가 독자적으로 논해지게 되었다.

①의 부작위에 의한 공범이란, 정범의 처벌확장사유인 공범을 주작위에 의해 실현하는 것을 말한다. 부작위에 의한 공동정범, 교사범 및 방조범의 경우가 있다. 부작위에 의한 공동정범의 경우, 공동행위자의 쌍방에 작위의무가 있는 때에는 부작위에 의한 공동정범을 긍정하는 것에 다툼이 없다. 한편, 공동행위자의 일방에만 작위의무가 있는 경우에도 공동정범이 성립할 수 있는지를 둘러싸고는 학설상 이를 일반적으로 긍정하는 입장⁹²⁰⁾과 예외적으로 인정하는 입장으로 나누어진다. 후자의 입장에서는 보증인적 지위를 가진 자가 공동실행한 경우에만 공동정범이 인정되고, 보증인적 지위가 없는 자는 공동정범은 성립할 수 없으며, 이 경우 교사범이나 종범이 성립할 수 있을 뿐이라고 본다.

한편, 부작위에 의한 교사범은 일반적으로 부정되고 있다. 부작위로서 다른 사람에

918) 山口厚, 刑法 [第3版], 有斐閣, 2015, 167면.

919) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 461면; 山口厚, 刑法總論 [第3版], 有斐閣, 2016, 388~389면.

920) 前田雅英, 刑法總論講義 [第7版], 東京大学出版会, 2019, 370면; 山口厚, 刑法總論 [補訂版], 有斐閣, 2005, 309면; 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 462면.

게 정신적으로 영향을 주어 범의를 발생하게 하는 것은 상정하기 곤란하다고 보기 때문이다.⁹²¹⁾ 이에 비하여 부작위에 의한 방조는 가능하다고 본다. 방조행위는 그 특성상 부작위에 의한 방조를 포함한다고 본다. 타인의 범죄행위를 인식하면서도 법률상 작위의무에 반하여 부작위에 머문 행위는 그 범죄행위를 용이하게 하므로 부작위에 의한 방조는 가벌적이라고 보는 것이 일반적이다.

② 부작위에 대한 (작위에 의한) 공범의 문제는, 정범자가 부작위범을 범한 경우에 이를 교사 또는 방조한 자의 행위를 어떻게 평가할 것인지의 문제이다. 이 중 부작위에 대한 교사범, 즉 정범자가 부작위범을 범한 경우에 이를 교사한 자에게 교사범이 성립하는가의 문제이다. 학설상으로 부작위에 대한 교사범을 일반적으로 긍정하고 있는바, 긍정설이 통설적 지위를 점하고 있다. 다음으로 부작위에 대한 종범은 방조행위에 의해 부작위의 실행을 용이하게 하는 것을 말하며, 이를 긍정하는 입장이 통설이다.

다. 공범과 과실

일반적으로 과실에 의한 교사나 과실에 의한 방조는 인정되지 않는다고 점에는 특별히 이론이 없다. 과실범에 있어서도 공동실행의 의사를 인정하여 공동정범의 성립을 긍정할 수 있는지가 문제가 된다. 과실범은 무의식에 기초하는 것이 본질이기 때문에 상호 양해로서의 공동의사는 있을 수 없고, 따라서 과실범의 공동정범을 성립을 상정하기 어렵다는 점에서 문제가 출발한다.

1) 학설

과실범의 공동정범을 인정할 것인지 여부를 둘러싸고 긍정설과 부정설이 대립하고 있다. 먼저 이른바 행위공동설의 입장에서는 공동정범이 성립하기 위해서는 상호 간에 타인의 행위를 이용하여 보충하려는 의사와 그 사실이 있으면 족하고, 과실범을 공동하여 실행하는 경우에 있어서도 이들의 요건이 구비될 수 있으므로 과실범의 공동정범의 성립을 긍정해야 한다고 본다.

이에 비하여 종전의 범죄공동설의 입장에서는 공동정범이 성립하기 위해서는 공동행위자 각자가 특정한 범죄실현에 대하여 공동의사를 가질 필요가 있기 때문에 과실

921) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 463면.

범은 무의식에 기초하는 것이 본질이기 때문에 상호 양해로서의 공동의사는 있을 수 없고, 따라서 과실범의 공동정범의 성립은 부정해야 한다고 본다.⁹²²⁾ 패전 이후 학설에 있어서도 변화가 나타나면서, 특히 과실범에서도 실행행위(성)를 인정해야 한다는 이론이 일반적으로 승인되면서부터는, 범죄공동설을 지지하는 입장에서도 과실행위를 공동으로 하는 것은 충분히 가능하다는 것을 근거로 하여 과실범의 공동정범의 성립을 긍정하는 견해가 유력해졌다.⁹²³⁾

2) 판례

일본의 과거 대심원의 판례⁹²⁴⁾에서는 과실범의 공동정범은 성립할 여지가 없다는 점을 명백히 하였다. 그러나 최고재판소⁹²⁵⁾는 공동하여 음식점을 경영하고 있던 A와 B에 대하여 메탄올을 함유한 가짜 양주를 부주의로 검사를 하지 않고 손님에게 판매한 사안에 대하여 특별법인 유독음식물등단속령 제4조 1항 후단의 과실범의 공동정범이 성립한다고 보았다. 이후 하급심 판례⁹²⁶⁾에서도 긍정설의 입장을 취한 것들이 나타나고 있다.

한편, 일본 최고재판소는 최근 2016년 7월 12일 결정에서 과실의 공동정범의 개념을 직접적으로 긍정한 다음 업무상 과실치사상죄의 공동정범이 성립하기 위해서는 “공동의 업무상의 주의의무에 공동하여 위반할 것이 필요”하다고 하여, 그 성립범위의 기준을 명시한바 있다(자세한 내용은 아래 판례의 결정요지 및 해설 참조).

922) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 415면.

923) 福田平, 全訂刑法總論 [第4版], 有斐閣, 2004, 265면; 大塚仁, 刑法概說(總論) [第3版], 有斐閣, 1995, 281면; 内田文昭, 改訂刑法 I (總論) [補正版], 青林書院, 2002, 295면; 川端博, 刑法總論講義 [第2版], 成文堂, 2006, 543면; 山中敬一, 刑法總論 I・II, 成文堂, 1999, 802면; 山口厚, 刑法總論 [補訂版], 有斐閣, 2005, 804면 등.

924) 대심원 판결 1911년(명치44년) 3월 16일 大審院刑事判決錄 17권 380면; 대심원 판결 1914년(대정3년) 12월 24일 大審院刑事判決錄 20권 2618면; 대심원 판결 1935년(소화10년) 3월 25일 最高裁判所刑事判例集 14권 339면.

925) 최고재판소 판결 소화28년 1월 23일 最高裁判所刑事判例集 7권 1호 30면.

926)名古屋高等裁判所 판결 1956년(소화31년) 10월 22일 재특 3권 21호 1007면;名古屋高等裁判所 판결 1986년(소화61년) 9월 30일 高等裁判所刑事判例集 39권 4호 371면; 東京地方裁判所 판결 1992년(평성4년) 1월 23일 判例時報 1419호 133면.

최고재판소 판결 2016년(평성28년) 7월 12일 最高裁判所刑事判例集 70권 6호 411면 (判例時報 1665號 5면)

[과실의 공동정범의 성립조건]

■ 사실관계⁹²⁷⁾

일본 A시의 여름축제 불꽃놀이에서 행사장인 공원에 가장 가까운 역과 연결된 육교에 다수의 시민들이 집중적으로 운집하면서 강한 군중압력이 발생하여 다수의 사람이 겹쳐서 전도되는 사고로 11명이 사망하고 183명이 부상을 입었다. 불꽃놀이행사를 실질적으로 주최한 A시 직원들과 A경찰서의 서장, 현지경비본부지휘관, 경비회사지사장 및 경비통괄책임자 등이 업무상과실치사상죄로 기소되었다. 이에 더하여 경찰서의 부서장인 X는 시민으로 구성된 검찰심사회에 의해 강제기소되었고, 지정번호사가 공소유지를 담당한 사안이다.

한편, 본 건 사고에 대하여는 최종적인 사상의 결과가 발생한 2001년 7월 28일부터 공소시효가 진행하여, 공소시효정지사유가 없는 한 동일부터 5년의 경과로 인해 공소시효가 완성한다. 그래서 검사의 직무를 행하는 지정번호사는 A경찰서 B지역관이 2002년 12월 26일 업무상과실치사상죄로 기소되고, 2010년 6월 18일에 동인에 대한 유죄판결이 확정된 점에 착목하여, X와 지역관이 형사소송법 제 254조 2항⁹²⁸⁾에서 말하는 '공범'에 해당하므로 X에 대한 관계에서도 공소시효가 정지되어 있었다고 주장했다.

■ 결정요지

"X와 B지역관이 형소법 254조 2항에서 말하는 '공범'에 해당한다고 하기 위해서는 X와 B지역관에 업무상과실치사상죄의 공동정범이 성립할 필요가 있다. 그리고 업무상과실치사상죄의 공동정범이 성립하기 위해서는 공동의 업무상의 주의의무에 공동하여 위반할 것이 필요하다고 해석되므로 이상과 같은 A경찰서의 직제 및 직무집행상황 등에 비추어보면, B지역관이 본 건 경비계획의 책정의 제일차적 책임자 내지 현지경비본부의 지휘관이라고 하는 입장에 있었던 것에 비하여 X는 부서장 내지 서 경비 본부의 경비부분부장으로서 서장이 동 경찰서의 조직 전체를 지휘감독하는 것을 보좌하는 입장이라는 했지만, B지역관 및 X가 각각 분담하는 역할은 기본적으로 차이가 있었다. 본 건 사고발생의 방지를 위해 요구할 수 있는 행위도, B지역관에 대하여는 본 건 사고 당일 오후 8시경의 시점에서는 배속 하의 경찰관을 지휘함과 더불어 서장을 개입시키거나 스스로 직접 기동대의 출동을 요청하여 본건 육교 안으로의 유입규제 등을 실시하는 것, 본 건 경비계획의 책정단계에서는 스스로 또는 배속 하의 경찰관을 지휘하여 본 건 경비계획을 적절히 책정하는 것이었음에 비하여, X에 대하여는 각 시점을 일관하여 기본적으로는 서장에 진언하는 것 등에 의해 B지역관등에 대한 지휘감독이 적절히 행해질 수 있도록 보좌하는 것이었다고 말할 수 있고, 본 건 사고를 회피하기 위해 양자가 부담해야 할 구체적 주의의무가 공동의 것이었다고는 말할 수 없다. X에 대해 B지역관의 업무상과실치사상죄의 공동정범이 성립할 여지는 없다고 해야 한다."

■ 해설

일본의 경우 과실의 공동정범에 대하여는 학설상 비판이 있지만, 최고재판소 1953년(소화28년) 1월 23일 이래 판례상 인정되어 왔다. 본 결정은 과실의 공동정범의 개념을 직접적으로 인정한 다음 업무상과실치사상죄의 공동정범이 성립하기 위해서는 공동의 업무상의 주의의무에 공동하여 위반한 것이 필요하다고 함으로써 그 성립범위의 기준을 명시한 점에 의의가 있다.⁹²⁹⁾ 위 1953년의 판례는 특별법 위반의 죄에 대하여 공동정범을 인정한 것임에 비하여 본 결정은 형법범(刑法犯)에 대하여 과실의 공동정범을 인정한 것이라는 점도 주목할 점이다.

라. 공범과 미수

1) 공범과 장애미수

공동정범의 미수는 공동자의 실행행위는 개시되었지만, 그것이 결과를 발생시키지 않은 경우에 인정된다. 예를 들어 A와 B가 공동하여 갑을 살해하려고 칼을 찔렀으나 2인 모두 경찰관에 제압되어 목적을 달성하지 못한 때는 공범의 장애미수가 되고, 양자 모두 살인미수로서 처벌된다. 이에 비하여 A가 제압된 때에 B가 갑을 살해한 경우에는 양자 모두 공동정범의 기수가 된다.⁹³⁰⁾

미수범에 대한 교사범·방조범이란, 교사행위·방조행위의 결과, 정범의 실행행위가 행해졌지만, 미수에 그친 경우를 말한다. 이 경우에는 물론 교사범·방조범이 성립한다. 이에 대하여 공범독립성설에 의하면 공범자의 교사행위 또는 방조행위가 행해진 이상 정범과는 관계없이 교사범 및 방조범의 미수로서 처벌된다고 본다. 일반적으로 공동종속성설의 입장에서는 공범의 미수는 불가별이 되지만, 공범독립성설에 있어서는 교사행위·방조행위 자체가 실행행위가 되므로 미수로서 범죄의 성립이 인정되는 것이다.⁹³¹⁾

2) 공범과 중지범

공범도 자기의 실행행위 및 그 결과에 대하여 책임을 묻게 되므로 공범에 기초한 실행행위를 자기의 의사에 의해 중지시키거나 또는 그 결과를 방지한 때에는 중지범의 특례를 적용해야 한다고 본다.

공동정범의 중지는 공동자 전원이 임의로 그 범죄를 중지한 경우 또는 공동자 중의 일부의 자가 임의로 다른 공동자의 공동실행을 저지하거나 혹은 결과의 발생을 저지한 때에 성립한다.⁹³²⁾ 공동자의 일부의 자의 중지행위에 의해 범죄가 중지되거나

927) 前田雅英, 最新重要判例250刑法 [第11版], 弘文堂, 2017, 81면.

928) 일본형사소송법 제1254조 (시효의 정지) ①(생략) ②공범의 1인에 대하여 한 공소의 제기에 의한 시효의 정지는 다른 공범에 대하여 그 효력을 가진다. 이 경우에 있어서 정지한 시효는 당해 사건에 대하여 한 재판이 확정된 때로부터 그 진행을 시작한다.

929) 前田雅英, 最新重要判例250刑法 [第11版], 弘文堂, 2017, 81면.

930) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 469면.

931) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 469면.

932) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタール刑法 [第3版] 第5卷, 青林書院, 2019, 23면.

또는 결과의 발생이 저지된 때에는 그 중지자에 대하여만 중지범이 성립하는 것은 당연하지만, 임의성이 인정되지 않는 다른 공동자가 범죄를 실현한 때에는 중지범이 성립하지 않는다.⁹³³⁾ 일본의 판례⁹³⁴⁾도 이와 같은 입장이다. 따라서 공동정범의 중지범이 성립하기 위해서는 ① 공동자의 일부가 범죄의 실행에 착수할 것, ② 공동자의 일부가 임의로 중지를 결의할 것, ③ 그 결의에 기초하여 다른 공동자의 실행행위를 저지하거나 결과의 발생을 방지할 것이 필요하다.

교사범·방조범의 경우, 교사자·방조자가 정범의 완성을 저지한 때에는 중지범이 인정된다고 본다.⁹³⁵⁾ 교사·방조가 행해지더라도 정범의 실행행위가 없으면 (일본형법상) 교사행위·방조행위는 불가벌이기 때문에 중지범은 문제가 되지 않는다.⁹³⁶⁾ 정범자의 장애미수가 교사자·방조자의 중지행위에 기초한 때에는 공범의 중지범이 인정된다. 이에 비하여 정범자의 중지미수가 교사자·방조자의 중지행위에 기초한 것이 아닌 때에는 공범의 장애미수가 된다.

3) 공범관계로부터의 이탈

공범의 중지범과 관련하여 중지범에 해당하지 않는 경우라도 공범관계로부터의 이탈이라고 하는 것을 논할 수 있다고 본다.⁹³⁷⁾ 공범관계로부터의 이탈이란, 공범관계가 성립한 후 범죄가 완성될 때까지 사이에 공범관계에 있는 일부의 자가 마음을 바꾸어 범죄를 그만두려고 하여 공범관계를 끊고 이탈하였지만, 다른 공범자가 공범관계에 기초한 실행행위를 이행하여 범죄의 결과를 실현한 경우를 말한다. 만약 공범관계로부터의 이탈이 인정되면, 이탈한 자는 이탈하기 전까지의 공동실행에 대한 죄책만을 지게 되고, 이탈한 이후에 다른 공동자가 실행한 것이나 이로 인해 발생한 결과에 대한 죄책은 지지 않게 된다. 공범관계로부터의 이탈이 인정되기 위해서는 다른 공모자에게 이탈의 의사를 표명하여 양해를 구하는 것만으로는 안 되고, 결과방

933) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 469면.

934) 대심원 판결 1923년(대정12년) 7월 2일 大審院刑事判例集 2권 610면; 최고재판소 판결 1949년(소화24년) 12월 17일 最高裁判所刑事判例集 3권 12호 2028면.

935) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタール刑法 [第3版] 第5卷, 青林書院, 2019, 23면.

936) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 470면.

937) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタール刑法 [第3版] 第5卷, 青林書院, 2019, 23~24면.

지를 위한 적극적인 행위가 의해 인과성을 차단하는 것이 필요하다고 보며, 판례의 입장도 이와 같은 맥락에 있다.⁹³⁸⁾ 일본 최고재판소는 2인이 공동으로 피해자를 집으로 연행해온 후 상해를 가하다가 1인이 떠난 후 추가적인 상해로 사망한 사례에 있어서 “甲(피고인)이 떠난 때에는 乙에 의해 계속해서 공격을 가할 우려가 소멸하지 않았음에도 피고인이 각별히 이를 방지할 조치를 취하지 않고, 알아서 해라고 맡기고 현장을 떠난 것에 불과하므로 乙과의 사이의 당초의 공범관계가 위 시점에 예 소멸했다고 볼 수 없고, 그 후의 乙의 폭행도 위 공모에 기초한 것으로 인정하는 것이 상당하다”고 판시하고 있다.⁹³⁹⁾

4) 미수의 교사·방조

미수의 교사란, 교사자가 피교사자의 실행행위를 처음부터 미수에 그치게 할 의사로 교사한 경우를 말한다. 교사자가 결과의 발생을 인식하고 있지 않은 경우이므로 ① 교사범의 고의는 피교사자의 실행행위를 발생시키는 것의 인식으로 족하다고 본다면 미수의 교사는 교사범으로서 가별적인 것이고, 반면 ② 교사의 고의가 결과를 발생시키는 것의 인식까지 필요하다고 본다면 미수의 교사는 불가별이 된다.

미수의 방조란, 방조자가 정범의 실행행위가 미수에 그칠 것을 예견하면서 방조행위를 행한 경우를 말한다. 방조의 고의의 내용은 교사범의 경우와 마찬가지로 본다. 즉 방조의 고의는 결과발생의 표상이 필요하기 때문에 미수의 방조는 불가별이라고 보아야 한다. 또한 방조자가 정범의 행위가 미수로 끝날 것을 예견하며 방조한바, 예상에 반하여 구성요건적 결과가 발생한 경우라 하더라도 교사범에 있어서와 마찬가지로 취급해야 하므로 결론적으로는 불가별이 된다.

5) 예비의 교사·방조

예비죄의 교사란, 정범의 기수, 미수 또는 예비를 교사한 결과, 정범이 예비에 그친 경우를 말한다. 예비의 중범이란, 타인의 예비행위를 방조한 결과, 피방조자가 실행에 착수하지 않고 예비에 그친 경우를 말한다. 이와 같이 예비(죄)에 대해 협의의 공범이

938) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタール刑法 [第3版] 第5巻, 青林書院, 2019, 24~26면.

939) 최고재판소 판결 1989년(평성1년) 6월 26일 最高裁判所刑事判例集 43권 6호 567면.

성립하는지를 둘러싸고는 학설상 이를 긍정하는 입장과 부정하는 입장이 대립하고 있다.

6. 소결

이상에서 일본형법상 공범에 관한 법조문의 체계와 내용을 살펴보고, 그 해석으로서 학설과 판례를 살펴보았다. 여기서는 소결론으로서 우리나라의 제도와 비교하며 그 주요한 내용을 요약, 정리해두도록 한다.

일본형법상 협의의 공범은 교사범과 방조범의 2가지 유형이 있고, 전자는 정범의 형을 과하며(61조) 후자는 정범의 형보다 감경한다(62조)는 점은 우리나라와 동일하다. 다만, 일본의 경우 구류 또는 과료만으로 처벌해야 하는 경미범죄에 대하여는 교사자 및 종범은 특별한 규정이 없는 한 원칙적으로 벌하지 않도록 하고 있는바(제64조), 이는 우리나라 형법총칙에서는 찾아볼 수 없는 규정이다. 우리나라의 경우 경미범죄를 규율하는 경범죄처벌법에서는 교사와 방조의 경우 정범에 준하여 처벌하도록 하고 있다는 점(경범죄처벌법 제4조)⁹⁴⁰에서 오히려 일본과는 대비된다. 광의의 공범에는 교사범과 방조범에 더하여 공동정범(제60조)이 포함된다. 위 3가지 공범은 임의적 공범으로 분류되고, 이는 다중범이나 대항범과 같이 형법각칙상 2인 이상의 자에 의한 공동범행을 예정하고 있는 필요적 공범과 대칭적인 개념으로 구분되고 있다는 점도 우리나라와 마찬가지로이다.

한편, 정범과 공범의 구별에 관한 이론의 측면을 보면, 학설상 주관설과 객관설, 제한적 정범개념설과 확장적 정범개념설 등의 대립이 있다는 점도 우리나라와 대동소이하다. 한편, 협의의 공범에 대한 공범의 종속성과 관련해서는 실행종속성과 요소종속성으로 나누어 접근하고 있다는 점이 주목된다.

공동정범과 관련된 문제로서 과실의 공동정범과 이른바 공모공동정범에 관하여 판례를 이를 긍정하고 있다는 점은 양국이 공통되는 부분이다. 다만, 일본의 경우 과실의 공동정범에 대하여는 과거 대심원 판결에서는 이를 부정했었지만, 1953년 최고재판소가 가짜 양주 판매사례에서 음식점 공동경영자에 대해 과실의 공동정범을

940) 한국 경범죄처벌법 제4조 (교사·방조) 제3조의 죄를 짓도록 시키거나 도와준 사람은 죄를 지은 사람에 준하여 벌한다.

긍정한 이래 이를 따른 하급심이 이어져왔다. 사회적으로 논란이 일어났던 불꽃놀이 다중밀집행사에서의 압사사건을 계기로 최근 2016년 최고재판소 판결에서는 그 기준을 보다 명확히 했다는 점은 특기할 부분이다.

그러나 한편으로 일본형법 총칙에는 간접정범에 관한 명문의 규정이 없다는 것이 우리나라 형법과 대비되는 부분이다. 명문규정은 없지만, 일본에서도 이론적으로 간접정범의 성립을 인정하고 있고, 판례도 간접정범의 성립을 긍정하고 있다. 이와 같이 간접정범이 인정되면 정범의 형이 과해지게 되지만, 이에 비하여 우리나라의 경우 간접정범에 대하여는 “교사 또는 방조의 예”에 의하여 구분하여 형이 과해진다는 점에서 차이가 있다. 나아가 한국형법에는 특수한 교사·방조에 의한 형의 가중규정(한국형법 제34조 2항)을 별도로 두고 있다는 점도 비교되는 부분이다.

일본형법 제65조의 ‘신분범의 공범’에 관한 규정은 “신분이 없는 자라도 공범으로 한다”고 규정하고 있는바, 여기서의 ‘공범’에 교사범·방조범 외에 공범정범까지 포함되는지가 문제로 되어 있다. 일본의 판례와 통설은 위 ‘공범’에는 공동정범도 포함된다고 보는바, 이는 우리나라 형법 제33조의 ‘공범과 신분’에서 “신분관계가 없는 자에게도 전3조의 규정을 적용한다”고 하여 공동정범이 포함된다는 점을 명문으로 인정하고 있는 것과 같은 결론이다.

제 4 장

Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(II-1)

죄수 및 형벌론

서주연·강효원 / 하민경 / 손병현·김택수 / 허황 / 이동희

내 용 목 차

제1절 영국

1. 죄수론

가. 개관

나. 동일한 범죄(same offence)의 판단 기준

- 1) 영국법에서의 판단 기준
- 2) 국제인권규범에서의 판단 기준

다. 양형기준제의 다수범죄 처리기준

- 1) 총체성 원칙
- 2) 양형기준제의 총체성 원칙

라. 소결

2. 형벌론

가. 개관

나. 형벌의 본질 및 정당화 근거에 관한 이론

- 1) 응보형주의
- 2) 결과주의(실용주의)

다. 형벌의 종류

- 1) 구금형
- 2) 재산형
- 3) 각종 명령 및 처분

라. 양형

- 1) 양형원칙 및 양형 판단기준
- 2) 양형 가중 요소
- 3) 양형 감경 요소

마. 가석방 및 형 선고/집행 유예

- 1) 가석방
- 2) 집행 유예 명령(Suspended sentence orders)

3) 선고유예(Deferment of Sentence)

4) 조건부 석방(Conditional Discharges)

바. 소결

제2절 미국

1. 죄수 및 경합론

가. '동일한 범죄(same offense)'에 대한 판단 기준

- 1) 동일행위(same conduct) 심사
- 2) 동일요소(same elements) 심사: Blockburger test

나. 수개의 형의 경합

다. 소결

2. 형벌론

가. 형벌의 종류

- 1) 사형
- 2) 자유형
- 3) 재산형
- 4) 자격형

나. 형의 양정

- 1) 양형가이드라인(Sentencing Guideline)의 설정
- 2) 양형 이탈(departure)의 보장
- 3) 가중 및 감경 사유

다. 누범과 삼진아웃법

라. 형의 유예제도

마. 소결

제3절 프랑스

1. 죄수론

가. 개관

나. 범죄경합시 죄명의 특정

- 1) 법조 경합
- 2) 상상적 경합(Le concours idéal de qualifications)

다. 범죄들의 실제적 경합(Le concours réel d'infractions)

- 1) 단일기소의 경우
- 2) 분리된 복수의 기소의 경우
- 3) 위경죄의 실제적 경합의 경우

라. 소결

2. 형벌론

가. 형벌의 분류 및 보안처분

- 1) 형벌의 분류
- 2) 보안처분(less mesures de sûreté)

나. 형의 양정

- 1) 가중의 원인(les causes d'aggravations)
- 2) 형의 감경 또는 면제의 원인
- 3) 선고형의 결정(형의 선고)

다. 소결

제4절 독일

1. 경합범

가. 경합범의 의의

나. 일죄(제52조), 수죄(제53조), 법조경합

다. 단일행위와 다수행위 구별

- 1) 자연적 행위
- 2) 자연적 단일행위
- 3) 법적 단일행위

라. 불명확한 사실관계에서 경합범

마. 소결

2. 형벌론

가. 제재시스템

- 1) 형벌
- 2) 기타 제재

나. 집행유예 및 가석방

- 1) 형의 집행유예
- 2) 가석방

다. 제재없는 범죄

- 1) 형면제(Absehen von Strafe)
- 2) 선고유예(Verwarnung mit Strafvorbehalt)

라. 소결

제5절 일본

1. 죄수론

가. 개관

- 1) 죄수론의 의의 및 임무
- 2) 죄수결정의 기준
- 3) 죄수의 체계

나. 본래적 일죄

- 1) 단순일죄
- 2) 포괄일죄

다. 과형상 일죄

- 1) 의의
- 2) 관념적 경합
- 3) 건련범

라. 병합죄

- 1) 의의와 요건
- 2) 처분

마. 단순 수죄

바. 소결

2. 형벌론

가. 개관

- 1) 형벌과 형벌권
 - 2) 형벌의 종류
- 나. 형벌의 적용
- 1) 법정형과 형의 경중
 - 2) 형의 가중 및 감경
 - 3) 누범 및 상습범
 - 4) 자수 및 수복(首服)
 - 5) 작량감경
 - 6) 가중감경의 방법

다. 형벌의 집행 및 집행유예, 가석방

- 1) 형의 집행
- 2) 형의 집행유예
- 3) 가석방

라. 형벌권의 소멸

- 1) 형벌권의 소멸사유
- 2) 형의 시효

마. 소결

제1절 | 영국

1. 죄수론

가. 개관

영국은 죄수 결정의 기준과 수죄의 처벌에 관하여 우리 형법과 같이 하나의 포괄적인 이론으로 다루거나 법률로 이를 규정하고 있지 않다. 다만 죄수 결정에 있어, 특히 법조경합과 상상적 경합의 구분을 피고인의 행위가 동일한 범죄(same offence)인지 여부를 기준으로 치환하여 살필 수 있으며, 이는 영미법에서 이중위험금지 원칙(double jeopardy)의 적용과 밀접한 관련이 있다. 또한 영국은 수죄의 처벌에 관한 입법례 중에 병과주의를 취하고 있으며, 양형기준제에서 다수범죄 처리기준을 정하고 있다.⁹⁴¹⁾ 즉 양형기준에 따라 각 개별 범죄의 양형을 고려한 후에 동시발생 양형 또는 연속적인 양형을 요하는지 판단하게 된다.

나. 동일한 범죄(same offence)의 판단 기준

1) 영국법에서의 판단 기준

이중위험금지 원칙은 12세기 커먼로에서부터 누구도 동일한 범죄로 두 번 위험에 처해질 수 없다고 선언해왔다. 커먼로는 autrefois 규칙과 소송절차의 남용을 이유로 이중위험금지 원칙을 정당화하였다.⁹⁴²⁾ 전자의 규칙에 따라 이전의 무죄판결(autrefois acquit) 또는 이전의 유죄판결(autrefois convict)이 추후 동일한 범죄로 기소되는 경우 기소나 재판이 저지되며, 후자는 그러한 추가적인 기소나 재판을 절차의 남용으로 파악하여 금지한 것이다.

종래 영국법은 동일한 범죄인지 여부를 사실과 법률 양자의 측면에서 엄격하게 판단하였다.⁹⁴³⁾ 이는 ‘범죄(offence)’라는 단어는 범죄를 구성하는 사실과 그것을 범죄

941) 윤동호/하태영, 형벌가중체계의 개선방안: 누범·상습범·경합범, 한국형사정책연구원, 2006, 107면.

942) “Retrial of Serious Offences” <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/retrial-serious-offences> (2020년 10월 31일 최종검색).

943) Law Commission, Double Jeopardy and Prosecution Appeals(LAW COM No 267), 2001, 8~12면.

로 만드는 법적 성질을 모두 포함하고 있기 때문이며, 동일한 범죄라고 판단되기 위해서는 사실과 법률 모두에서 동일한 경우여야 한다고 하였다.⁹⁴⁴⁾ 따라서 피고인이 유죄판결을 받은 후 그와 동일한 사실에 근거하였으나 다른 범죄로 추후에 기소되는 경우 동일한 범죄가 아니라고 판단되어 *autrefois* 규칙의 적용을 받지 못하였다.⁹⁴⁵⁾

그러나 사실과 법률에 있어 그 동일성 여부는 달리 판단되었다. 즉 법률 내지 법적 성질과 비교하여 사실은 정확히 동일해야만 하는 것이 아닌 단지 실체적으로 동일하 기만 하면 되는 것(substantially but not exactly)이었다.⁹⁴⁶⁾ 사실에 대해 이처럼 느슨 해진 판단 기준은 비록 간접적이기는 하나 *autrefois* 규칙의 적용 범위를 넓히게 되었다.⁹⁴⁷⁾ 따라서 추후의 기소가 이전의 재판과 동일하거나 실질적으로 동일한 사실에 기초한다면, 비록 혐의가 다르다 하더라도 동일한 범죄로 보아 *autrefois* 규칙이 적용 될 수 있게 되었다.⁹⁴⁸⁾

2) 국제인권규범에서의 판단 기준

영국은 국제연합(United Nations: UN)의 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR)과 「유럽인권조약 (European Court of Human Rights: ECHR)」의 적용을 받는다. 이중위험금지 원칙은 ICCPR 제14조 제7항과 ECHR 제7추가의정서 제4조가 규정하고 있으며,⁹⁴⁹⁾ 동일한 범죄의 판단 기준과 관련된 조항은 ECHR 제7추가의정서 제4조 제1항이다.⁹⁵⁰⁾ 여기에

944) *Connelly v DPP* [1964] AC 1254.

945) *R v Beedie* [1998] QB 356, 360, 361.

946) *Connelly v DPP* [1964] AC 1254, 1340.

947) "Double Jeopardy - Practical implications for defendants charged in both the UK and USA.", <https://www.byrneandpartners.com/blog/double-jeopardy---practical-implications-for-defendants-charged-in-both-the-uk-and-usa> (2020년 10월 31일 최종검색).

948) *R v Z* [2000] 2 AC 483.

949) ECHR은 「인권법(Human Rights Act 1998)」에 따라 국내법으로 적용되나(Human Rights Act 1998 s.1.), 제7추가의정서의 경우 최종적으로 비준되지는 못하였다(출처: "5 Compensation for miscarriages of justice (Part 12)" <https://publications.parliament.uk/pa/jt201314/jtselect/jtrights/56/5608.htm#n99> (2020년 10월 31일 최종검색)).

950) **Article 14(7) of the ICCPR**

No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country.

Article 4 of Protocol 7 to the ECHR

(1) No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally

서 쟁점은 해당 조항이 동일한 사실에 기초한 다른 범죄에 대해서도 적용되는 것인지, 아니면 사실과 법률 양자 모두 이전의 판결과 동일한 경우에만 적용되는 것인지였다. 유럽인권재판소는 두 판결에서 상반되는 결정을 내렸다.

Gradinger v Austria 판결은 전자의 관점을 받아들였으며, 이는 이중위험금지 원칙에 대한 형식주의적 접근이 아닌 실질적인 접근 방식을 채택한 것이다.⁹⁵¹⁾ 신청인은 운전 과실로 사망을 초래한 범죄로 유죄판결을 받았으나, 가중범죄로는 무죄석방되었다. 이 가중범죄는 명시된 알코올의 혈중농도 한도를 넘었다는 입증을 요하였고, 법원은 신청인의 혈중농도가 그 한도 아래였다는 의학적 증거를 받아들였다. 지역 행정당국은 추후의 재판에서 또 다른 의학적 보고서를 입수하여 이를 근거로 행정벌을 부과하였다. 유럽인권재판소는 두 기소가 모두 “동일한 행위에 기초하고 있으므로” 해당 조항을 위반한 것이라고 결론내렸다.

반면 Oliveira v Switzerland 판결은 해당 조항의 적용 범위를 좁게 해석하는 전자의 견해를 취하였다.⁹⁵²⁾ 신청자가 야기한 교통사고로 또 다른 운전자가 크게 다쳤으나, 행정상 에러로 인하여 관할권이 경범죄에 한정되어 있는 치안경찰(police magistrate)에 의해 처리되었다. 치안경찰은 그녀에게 차량을 통제하지 못한 경범죄로 유죄를 선고하고 200프랑의 벌금을 부과했다. 이후 지방검찰(district attorney)은 이를 보다 심각한 범죄행위로 보아 2,000프랑의 벌금형을 부과하였고, 그 유죄판결이 확정되었다. 이에 대해 유럽인권재판소는 이 사건을 “다양한 범죄를 구성하는 단일한 행위의 전형적인 예”라고 하면서 추후에 다른 범죄로 기소하는 것은 제4조를 위반하지 않는다고 보았다.

동일한 범죄인지 여부에 관한 판단을 중심으로 정리해보면, Gradinger v Austria 판결은 동일한 사실에 기초하고 있는 한 동일한 범죄라고 판단하였고, Oliveira v

acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.

(2) The provisions of the preceding paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case.

(3) No derogation from this Article shall be made under Article 15 of the Convention.

951) 이하 ECHR Case Law, GRADINGER v. AUSTRIA, <http://echr.ketse.com/doc/15963.90-en-19951023/>, (2020년 12월 16일 최종검색).

952) 이하 ECHR Case Law, OLIVEIRA v. SWITZERLAND, <http://echr.ketse.com/doc/25711.94-en-19980730/>, (2020년 12월 16일 최종검색).

Switzerland 판결은 동일한 행위에서 다수의 범죄가 발생한다 하더라도 이는 각각 다른 법률에 의한 것으로서 동일한 범죄가 아니라고 판단하였음을 알 수 있다. 영국 법률위원회(Law Commission)는 자신들이 Gradinger v Austria 판결과 같은 관점을 선호하며, 이 같은 해석이 영국법의 적용 범위와도 일치한다고 밝혔다.⁹⁵³⁾ 즉 앞서 살펴본 바와 같이, 영국법에서는 추후의 기소가 이전의 판결과 동일한 사실 내지 동일한 행위에 기초하는 경우 그로부터 다수의 범죄가 구성된다 하더라도 동일한 범죄로 본다.⁹⁵⁴⁾

다. 양형기준제의 다수범죄 처리기준

1) 총체성 원칙

현재 양형제도는 「2009년 검시관과 사법에 관한 법(Coroners and Justice Act 2009)」과 이에 따라 탄생한 양형위원회(sentencing council)가 규율하고 있다.⁹⁵⁵⁾ 「2009년 검시관과 사법에 관한 법(Coroners and Justice Act 2009)」은 양형위원회의 법적 의무에 ‘다수범죄 처리기준’ 제정 의무를 신설하였다.⁹⁵⁶⁾ 법원은 양형결정 과정에서 차례로 9단계의 판단 절차를 거치게 되며,⁹⁵⁷⁾ 여섯 번째 단계인 ‘다수범죄 처리’에서 법원은 범인이 두 개 이상의 범죄를 저질렀거나 이미 형을 치르고 있는 경우 전체적인 양형이 범죄행동에 대해 정당하고 비례적인지(just and proportionate), 즉 총체성 원칙에 따르게 된다.

총체성 원칙은 종래 영미법에서 다수범죄의 처벌을 다루는 형벌이론으로서 다수범죄가 전체 양형에 반영되는 방식을 중심으로 논의가 전개되어왔다. 총체성 원칙은 각국에서 다양한 방식으로 구현될 수 있었으며, 영국에서는 각 개별 범죄의 형 집행에 있어 연속적으로 모든 형을 사는 것이 아닌 동시에 형을 살 수 있는 방식이 마련되는

953) Law Commission, Double Jeopardy and Prosecution Appeals(LAW COM No 267) 2001, 32~33면.

954) Law Commission, Double Jeopardy(Consultation Paper No 156), 1999, 27면.

955) 변지영, 영국의 양형기준제도-양형기준제도의 법령 및 현황, 사법정책연구원, 2015, 19~27면.

956) Coroners and Justice Act 2009 s. 120 (3)(a).

957) 9단계의 판단 절차는 범죄유형의 결정, 잠정적 형의 조정으로서 양형시작점(stating point)과 유형구간 결정, 기소 협조에 대한 감경 여부 결정, 유죄답변(자백)에 대한 감경 여부 결정, 위험성(dangerousness)에 대한 가중 여부 결정, 다수범죄 처리, 배상명령과 부수처분의 필요성 결정, 양형 이유에 대한 설명, 미결구금기간의 인정 여부 결정이다.

등 보다 온건하게 설계되었다.⁹⁵⁸⁾ 이 같은 접근은 다수범죄에 대한 양형이 궁극적으로 이른바 대량 감형(bulk discount)으로 귀결된다는 비판을 받기도 한다.⁹⁵⁹⁾ 이 때문에 양형위원회는 '다수범죄 처리기준' 제정에 대한 법적 의무를 지며,⁹⁶⁰⁾ 이에 따라 양형 기준에는 총체성 원칙의 정의와 적용에 관한 규정이 마련되었다. 그러나 여전히 추상적이고 모호하다는 비판이 있으며,⁹⁶¹⁾ 영국의 양형제도 전반에 있어서와 같이 법관의 재량을 상당히 허용하고 있다.

2) 양형기준제의 총체성 원칙

일반적인 원칙은 “모든 법원은 둘 이상의 범죄에 대하여 형을 선고할 때에는 범인의 모든 범죄 행동을 반영하며 공정하고 비례적인 총체적 양형을 선고하여야 한다”는 것이다. 통상 다수범죄를 포괄적으로 평가하고(treated as a whole), “범죄행동뿐만 아니라 범죄자에 대하여 전반적으로 관련된” 요소들을 고려해야 한다.⁹⁶²⁾

다수범죄 사건에 대해 법원은 각 개별 범죄마다 형을 선고하며, 다수의 형이 존재하는 경우 사안의 특성을 총체적으로 고려하여 각 형을 동시에 집행할지(동시발생 양형, concurrent sentencing) 아니면 누적적으로 집행할지 여부를 결정한다(연속적인 양형, consecutive sentencing). 일반적으로 어떤 방식으로 양형을 구성해야 하는지에 대해서는 아래와 같은 기준이 적용된다. 동시발생 양형 또는 연속적인 양형이 결정되는 적절한 경우에는 각각의 예가 주로 판례의 사실관계에 기초하여 제시되고 있으므로, 이를 참고할 수 있다.

958) Julian V. Roberts/Jesper Ryberg/Jan W. de Keijser, Sentencing the Multiple Offender: Setting the Stage, Sentencing Multiple Crimes, Oxford University Press, 2016, 4면.

959) Julian V. Roberts/Jesper Ryberg/Jan W. de Keijser, Sentencing the Multiple Offender: Setting the Stage, Sentencing Multiple Crimes, Oxford University Press, 2016, 5면.

960) Coroners and Justice Act 2009 s. 120 (3)(a).

961) Natalia Vibla, More Than One Crime: Sentencing the Multiple Conviction Offender, Exploring Sentencing Practice in England and Wales, Palgrave Macmillan, 2015, 231면.

962) 박형관, 경합범의 양형에 관한 비교법적 고찰, 형사법의 신동향 제59호, 대검찰청, 2018, 200면; 김한균, 영국의 양형합리화 정책과 양형기준 제도, 양형위원회 전문위원 연구자료 22, 양형위원회, 2008, 25면.

일반적 접근 방식(결정된 구금형에 적용될 때)⁹⁶³⁾

1. 각 개별 범죄와 관련된 양형기준에 따라 각 개별 범죄에 대한 양형을 고려한다.
2. 해당 사건이 동시발생 양형을 요하는지 아니면 연속적인 양형을 요하는지 판단한다.

동시발생 양형(Concurrent Sentence)은 보통 다음과 같을 때 적절하다.

- 다수의 범죄가 동일한 사건이나 사실에서 발생하는 경우
- 같은 피해자에게 행해진 경우와 같이 동일하거나 유사한 범죄가 연속된 경우
- 동시발생 양형을 선고해야 할 때는 연관된 전반적인 범죄성을 반영해야 한다.
- 동시발생 양형이 선고되는 경우 양형은 관련된 범죄성 전체를 반영하여야 하며, 연관 범죄의 존재로 인하여 적절하게 가중되어야 한다.

연속적인 양형(Consecutive Sentence)은 보통 다음과 같을 때 적절하다.

- 범죄가 관련 없는 사실이나 사건에 의하여 발생한 경우
- 범죄가 동일 또는 유사한 성질의 것이라도 동시 발생적인 양형에 의해서는 전체적인 범죄성을 충분히 반영할 수 없는 경우
- 하나 또는 그 이상의 범죄에 법에 의해 규정된 최소형이 있는데 만일 동시 발생 양형을 한다면 그러한 최소형을 부적절하게 폄하하게 되는 경우 - 그렇다고 하더라도 같은 시각에 발생한 범죄에 대하여 법에 규정된 최고형을 피하기 위하여 연속적인 양형을 선고하는 것은 금지된다.
- 연속적인 양형을 선고해야 할 때는 각각의 범죄에 대한 형을 더하여 그 합이 공정하고 비례적인가를 판단한다. 만일 범죄에 대한 합이 공정하고 비례적이지 않을 경우 법원은 양형이 어떻게 하면 공정하고 비례적인가를 고려하여야 하며, 이러한 목적을 달성할 수 있는 방법은 많다.

3. 전체 양형이 공정하고 비례적인가에 대한 요구에 부합하는지 심사한다.
4. 양형이 이와 관련될 모든 사람이 가장 잘 이해하는 방식으로 구성되었는지 고려한다.

라. 소결

최수 결정과 관련하여 이중위험금지 원칙에 있어 동일한 행위의 판단 기준을 살펴 보았다. 종래 영국법은 동일한 범죄인지 여부를 사실과 법률 양자의 측면에서 엄격하게 판단하였으나, 점차 인정 범위를 확장시켜 추후의 기소가 이전의 재판과 동일하거나 실질적으로 동일한 사실에 기초한다면 비록 혐의가 다르다 하더라도 동일한 범죄

963) Sentencing Council, Offences taken into consideration and totality: definitive guideline, 2012, 7~8면; 이 원칙은 변지영, 영국의 양형기준제도-양형기준제도의 법령 및 현황, 사법정책연구원, 2015, 43면에 잘 소개되어 있으나, 영국 양형기준의 중요한 원칙이고 “3.”과 “4.” 부분이 소개되어 있지 않았기에, “3.”과 “4.” 부분을 추가하여 다시 소개한다.

로 보게 되었다. 이 같은 기준은 영국과 같이 커먼로의 이중위험금지 원칙을 받아들여 발전시킨 미국과도 상당히 다르다.⁹⁶⁴⁾ 즉 미국이 점차 동일한 요소(same element) 기준을 통해 동일한 범죄의 인정 범위를 제한해온 반면, 영국은 종래 미국이 종래 취하던 동일한 행위(same act) 기준과 유사한 법리를 통해 그 인정 범위를 확대해왔다고 볼 수 있다.⁹⁶⁵⁾

경합범의 처벌에 있어서는 양형기준제의 ‘다수범죄 처리기준’을 참고할 수 있다.⁹⁶⁶⁾ 법원은 다수범죄에 대한 전체적인 양형이 범죄행동에 대해 정당하고 비례적인지, 즉 총체성 원칙에 따르게 되며, 구체적으로는 양형기준에 따라 각 개별 범죄의 형을 고려한 후에 동시적 또는 누적적 양형 여부를 판단하게 된다. 우리 형법과 같은 대륙법계 국가들이 경합범의 양형을 성문법에 규정하고 주로 최종적인 한 개의 형을 도출하는 반면, 영미법계 국가들은 각 개별 범죄마다 형을 정하고 이를 동시형 또는 누적형으로 집행할 것인지를 정하는 것이다.⁹⁶⁷⁾ 그중에서도 영국은 양형기준제를 통해 경합범의 처리기준을 마련하였으나, 양형제도 전반에 있어서와 같이 법관의 재량을 상당히 허용하고 있다.

2. 형벌론

가. 개관

형벌의 개념은 많은 학자들에 의해 다양하게 정의되어 왔으나, ‘범죄자에게 그가 저지른 범죄의 대가로 국가가 부과하는 불쾌한 결과의 야기’ 정도로 형벌을 널리 이해해 왔으며, 형벌을 어떻게 정의하든 부과된 결과는 고통이나 불쾌한(unpleasant) 것이어야 하고 부과 주체는 범죄자 이외의 자, 즉 국가나 국가가 창설한 기관이어야 하며,

964) "Double Jeopardy - Practical implications for defendants charged in both the UK and USA.", <https://www.byrneandpartners.com/blog/double-jeopardy---practical-implications-for-defendants-charged-in-both-the-uk-and-usa> (2020년 10월 31일 최종검색).

965) 한편 영국은 「2003년 형사사법법(Criminal Justice Act 2003)」 개정을 통해 모살과 고살, 유괴, 강간, 무장강도, 마약범죄 일부를 포함한 중대범죄에 관하여 새롭고 설득력있는 증거"(new and compelling evidence)" 등 일정한 요건 하에 추후 기소가 가능하도록 함으로써 전체적으로는 이중위험금지 원칙의 적용 범위를 축소시켰다(이에 대한 상세로는 Sally Broadbridge, Double Jeopardy, Commons Research Briefing SN01082, House of Commons, 2009.).

966) 윤동호/하태영, 형벌가중체계의 개선방안: 누범·상습범·경합범, 한국형사정책연구원, 2006, 107면.

967) 박형관, 경합범의 양형에 관한 비교법적 고찰, 형사법의 신통향 제59호, 대검찰청, 2018, 183면.

법을 위반한 자에 대하여 부과되어야 하고, 전적으로 피해자에 대한 보상만을 목적으로 한 것이어서는 안 된다는 공통적인 요소를 담고 있어야 한다고 보고 있다.⁹⁶⁸⁾ 전통적인 커먼로 국가인 영국에서도 형벌 관련 사항은 대부분 성문 법령으로 입법이 이루어져 있으며, 판례는 이러한 성문법령의 내용은 해석을 보완하는 체계를 유지하고 있다. 영국의 형벌론에 관한 방대한 내용을 빠짐없이 깊게 다루는 것은 허용된 지면상 한계가 있으므로 이하에서는 간략히 형벌이론의 발전을 살펴본 후, 현행법상 형벌의 종류와 내용 등을 소개하도록 하겠다.

나. 형벌의 본질 및 정당화 근거에 관한 이론

형벌의 본질에 관한 접근법의 차이에 따라, 범죄를 저지른 자에 대한 처벌을 정당화하는 근거 또한 다르게 이해하게 된다. 형벌의 본질이 무엇인가, 무엇이어서야 하는가 하는 문제에 관한 이론적 논의를 개괄적으로나마 검토하는 것은 방대한 철학적 깊이를 수반하는 작업인 바, 아래에서는 형벌의 본질에 관하여 크게 응보주의적 입장과 결과주의적 입장 두 가지 대표적인 접근법으로 중심으로 간단한 이론적 배경을 살펴 보도록 하겠다.

1) 응보형주의

처벌의 근거로서의 ‘응보’는 ‘눈에는 눈, 이에는 이’라는 고대 함무라비 법전의 동해 보복 (lex talionis) 원칙으로까지 기원을 거슬러 올라갈 수 있으며,⁹⁶⁹⁾ 범죄를 저지른 자들을 마땅히 처벌받아야 할 도덕적 주체로 보고 있는 칸트와 헤겔의 사유를 통해 발전한 이념이다. 응보주의에 따르면, 형벌은 과거에 저지른 잘못에 대한 정당한 대응으로 정당화될 수 있으며, 이것이 단순히 형벌의 필수조건이나 처벌 강도의 제한 기준으로서가 아니라 형벌의 일차적 초점이 되어야 한다고 본다.⁹⁷⁰⁾ 따라서 응보주의

968) H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2008, 4-5면; Nicola Lacey, *State Punishment: Political Principles and Community Values*, Routledge, 1988, 7-8면.

969) Nicola Lacey, *State Punishment: Political Principles and Community Values*, Routledge, 1988, 17면.

970) R. A. Duff, *Responsibility, Restoration and Retribution, Retributivism Has a Past: Has It a Future?*, Oxford University Press, 2011, 77면.

는 범죄로 흐트러진 도덕적 균형, 평형 상태를 회복하기 위해 범죄자를 처벌하고자 한다는 점에서 과거지향적 개념이라고 할 수 있다.⁹⁷¹⁾ 즉, 시민은 법적 책임을 지게 될 수 있다고 경고받은 행위를 선택한 경우에만 억압적인 형사처벌의 대상이 될 수 있으며,⁹⁷²⁾ 타인의 범죄를 예방하기 위한 수단으로 누군가를 처벌하는 결과론의적 입장은 타인을 수단으로 대하지 말라는 칸트의 도덕규범에 어긋나는 것이라고 본다.⁹⁷³⁾ 즉, 응보형주의적 입장에 따르면, 법은 개인을 선택할 수 있는 능력이 있고, 선택에 따른 결과를 받아들이 수 있는 존재로 취급하여, 형벌은 행위에 대한 정당한 보상(just desert)이라는 측면에서 정당화될 수 있게 되는 것이다.⁹⁷⁴⁾

2) 결과주의(실용주의)

이에 반해, 제레미 벤담의 경제적 일반 억제 이론이라는 고전적 실용주의적 입장에서 유래한 결과주의 이론은 고통의 회피와 쾌락의 추구라는 측면에서 형벌의 위협은 일반적으로 잠재적 범죄자들을 억제하는 일반 예방 효과를 가지고 있다는 주장이다. 즉, 처벌의 위협이 억제 효과를 통해 범죄 감소에 일정부분 기여한다는 주장이다. 이 때, 범죄자는 단순히 사회적 목적을 달성하기 위한 수단으로 동원되는 것이 이 때 처벌 위협이 효과적이기 위해서는 처벌이 반드시 (최소한) 실제로 주어진 위협에 합치하게 부과되어야 한다.⁹⁷⁵⁾ 일반 억제 이외에도 형벌을 통해 추구할 수 있는 다른 많은 형태의 유용한 결과들이 있는데, 여기에는 처벌 경험을 통한 범죄자 개인의 재범 억제(특별 예방), 징벌적 수단 이외의 처분을 통한 재사회화 및 재범 방지, 위험한 범죄자들의 자격박탈을 통한 사회 보호, 피해자에 대한 보상, 사법 체계의 유지, 사회 전반에 대한 도덕적 교육 효과 등이 포함될 수 있다.⁹⁷⁶⁾ 즉, 결과주의적 이론의 입장에 따르면,

971) 응보주의 형벌론의 더 상세한 개관은 Susan Easton/Christine Piper, *Sentencing and Punishment: The Quest for Justice*, 3rd ed. Oxford University Press, 2012, 51-56면.

972) Andrew von Hirsch, *Doing Justice: The Choice of Punishment*, Northeastern University Press, 1976, 45-49면.

973) R. A. Duff, *Responsibility, Restoration and Retribution*, *Retributivism Has a Past: Has It a Future?*, Oxford University Press, 2011, 65면.

974) Michael S. Moore, *The Moral Worth of Retribution*, Principled Sentencing, Hart Publishing, 1998, 153면; Andrew Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, 5th ed., Cambridge University Press, 2010, 88면.

975) Nicola Lacey, *State Punishment: Political Principles and Community Values*, Routledge, 1988, 27면.

976) H. Burns and H. L. A. Hart (eds.), *The Collected Works of Jeremy Bentham*, Introduction

형벌을 정당화시킬 수 있는 근거로 개인적 억제(특별 예방), 일반적 억제(일반 예방), 재사회화,⁹⁷⁷⁾ 범죄자의 자격박탈을 통한 사회 보호,⁹⁷⁸⁾ 화해와 회복적 정의 등 여러 가지 결과적 가치들을 근거로 형벌의 필요성을 정당화시킬 수 있게 되는 것이다.⁹⁷⁹⁾

한편, 위의 두 가지 이론을 통합하여, 즉 누구를 처벌해야 하는지, 처벌 대상을 설명하기 위해서는 응보형 이론에 기대야 하고, 어떻게 처벌해야 하는지, 다시 말해 처벌 형식의 결정은 결과주의적 이론으로 설명해야 한다는 혼합적 이론 입장도 있다.⁹⁸⁰⁾

다. 형벌의 종류⁹⁸¹⁾

앞에서도 언급한 바와 같이 커먼로 전통을 가지고 있는 영국에서도 형벌 관련 사항은 대부분 성문 법령으로 입법이 이루어져 있으며, 현재 다양한 특별법⁹⁸²⁾에 산재되어 있지만, 가장 기본이 되는 법률은 Criminal Justice Act 2003 이다. 본 법에는 각 형벌의 종류와 내용, 부과 기준이 명시되어 있으며, 또한 법원이 형벌을 선고할 때에는 형 선고 이유와 선고형의 효과, 형이나 명령 불이행시 효과 등에 대해서 설명할 의무가 있다.⁹⁸³⁾ 대표적인 형벌의 종류는 구금형, 벌금형, 사회내 처분, 각종 예방적 명령 등이 있다.

to the Principles of Morals and Legislation, Oxford University Press, 1982, 147면;171면, (Nicola Lacey, State Punishment: Political Principles and Community Values, Routledge, 1988, 27면에서 재인용).

977) Andrew Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, 6th ed., Cambridge University Press, 2015, 91면; Nicola Lacey, State Punishment: Political Principles and Community Values, Routledge, 1988, 30면.

978) Andrew Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, 6th ed., Cambridge University Press, 2015, 88면; Nicola Lacey, State Punishment: Political Principles and Community Values, Routledge, 1988, 33면.

979) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 58-59면.

980) H. L. A. Hart, Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law, 2nd ed., Oxford University Press, 2008, 11-17면; Nicola Lacey, State Punishment: Political Principles and Community Values, Routledge, 1988, 8-13면; 159면.

981) 현재와 다소 시차가 있어 많은 내용이 변경되었지만, 영국의 형벌제도를 개괄적으로 살펴 볼 수 있는 국내 연구로는 권오걸, 영국의 형벌제도 개관, 법학논고 제28집, 경북대학교 법학연구원, 2008, 391-414면.

982) Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000 나 Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012 등이 이에 해당한다.

983) Criminal Justice Act 2003, 제174조.

1) 구금형

구금형은 통상적으로 누리는 권리를 혹독하게 박탈하는 것임을 감안할 때 제한적으로 활용되어야 한다는 인식이 널리 받아들여져 왔다.⁹⁸⁴⁾ 따라서 구금형을 선고하기 위한 조건으로 법원이 구금형을 선고하려면 당해 범죄가 ‘너무 중하여 벌금형이나 사회내 처분으로는 정당화될 수 없다’고 판단할 것을 법률로 규정하고 있다.⁹⁸⁵⁾ 즉, 구금형을 선고하기 전에 가능한 모든 가벼운 형벌 대안들을 검토 후 최후 수단으로 선택해야만 한다는 국제적 합의⁹⁸⁶⁾가 반영된 규정이라고 할 수 있다.

구금형을 통해 위험한 범죄자들로부터 사회를 보호하기 위한 시도와 관련하여, 2012년 폐지되었지만, 한동안 실험적으로 시행되었던 IPP에 대해 살펴볼 필요가 있다. 대중 보호를 위한 구금형(Imprisonment for Public Protection: IPP)은 2003년 Criminal Justice Act 2003의 제정으로 도입되어 2005년부터 시행되었고,⁹⁸⁷⁾ 2012년 Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012로 폐지되었다. 이 제도는 소위 위험한 범죄자들을 다룰 때 법원의 권한을 늘리기 위해 도입된 것으로 법률에 규정된 범죄를 저지르고 요건을 충족한 자가 정해진 형기를 마치고 나서 석방되어도 되는지 심사를 받는 것이다. 한 번 형기를 채우고 나면 해당 범죄자가 사회에 풀려나도 될 만큼 재범의 위험이 충분히 감소되었다고 가석방 위원회가 충분히 만족할 만한 수준인지 여부를 결정해야 하고, 여전히 위험하다고 여겨지면 다시 구금되어야 하고, 한 번 풀려나면 평생 보호관찰의 대상이 되는 것이다. Criminal Justice Act 2003에서는 일정 요건을 충족하면 IPP를 선고하도록 규정되어 있었으며, 일정 범죄에 대한 전과가 있을 경우, 위험성을 추정하였다. 따라서 일정 요건이 충족되는 한, IPP를 부과하는 것이 불합리한 경우를 제외하고 판사는 IPP를 부과해야 한다는 점에 서 재량의 폭이 제한적이었다. IPP는 개인이 과거에 저지른 범죄에 기초한 게 아니라 미래에 끼칠 위험을 예견하여 부과된다는 점에서 ‘위험 기반 형벌 전략’의 일환으로

984) Andrew Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, 6th ed., Cambridge University Press, 2015, 101면.

985) Criminal Justice Act 2003, 제152조 제(2)항.

986) "Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders(제8차 범죄예방 및 범죄자 처우에 관한 유엔회의 결의안 1991.)", 5(e), 164면.
<https://digitallibrary.un.org/record/1296532/files/a-conf-144-28-rev-1-e.pdf> (2020년 10월 31일 최종검색).

987) Criminal Justice Act 2003, 제223-236조 (현재 개정됨).

여겨지기도 했다.⁹⁸⁸⁾ IPP의 정당성과 효용에 관하여, 현재에 기반하여 위험성을 측정할 수 있는지 회의적이고, 비례성의 원칙 침해로 불공정한 처벌에 이르게 된다는 비판이 제기되었고,⁹⁸⁹⁾ 당초 제도 도입 당시 예상했던 것보다 훨씬 많은 인원이 IPP 대상이 되어, 수용 시설 규모를 초과하는 난점이 나타나면서⁹⁹⁰⁾ 결국 2012년 IPP는 폐지되었으며, 10년 이상의 형에 해당하는 성범죄 또는 폭력 범죄 등을 2회 이상 저지른 위험한 범죄자를 대상으로 종신형 및 연장된 정기형을 부과하는 '2진 아웃(twe-strikes)' 제로 대체되었다.⁹⁹¹⁾ 즉, IPP는 폐지되었지만, IPP의 부과대상이었던 '위험한 범죄자'는 그대로 존치되었으며,⁹⁹²⁾ 법정 요건을 충족하는 경우 구금 형기와 연장된 가석방 기간으로 이루어진 새로운 연장된 정기형이나 재량적 종신형으로 대체된 것이다.

2) 재산형

(1) 벌금형

벌금형은 약식범죄에 대한 기본 형벌이며, 영국에서 가장 흔하게 사용되는 형벌 수단이다. 각 약식 범죄에 대한 벌금 상한선은 범죄의 경중에 따라 5등급으로 나누어진다.⁹⁹³⁾ 또한 살인 및 기타 일부 경우를 제외하고, 형사법원은 정식 기소 범죄 또는 양자 모두 가능 범죄에 대하여 구금형 대신, 또는 구금형과 더불어 추가로 벌금형을 선고할 수 있으며, 형사법원이 선고할 수 있는 벌금액 상한에는 제한이 없다. 반면, 약식 기소 범죄에 대해 치안법원이 부과할 수 있는 벌금액에는 상한선이 있으며,

988) Andrew Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, 6th ed., Cambridge University Press, 2015. 458면.

989) Jessica Jacobson/Mike Hough, *Unjust Deserts: imprisonment for public protection*, Prison Reform Trust, 2010, 23-44면.

990) 2005년 제도 도입 당시 내무부(Home Office)는 900명 가량이 대상이 될 것으로 예상하였으나, 8000건 이상의 IPP가 부과되었고, 이는 교도소, 가석방 위원회, 보호관찰 인력 등에 부담을 가중시켰다(Jamie Grierson, "IPP sentencing regime in England and Wales called 'deeply harmful' Guardian", 2019. 11. 10.자.

<https://www.theguardian.com/law/2019/nov/10/ipp-sentencing-regime-in-england-and-wales-branded-deeply-harmful> (2020년 10월 31일 최종검색).).

991) Legal Aid, *Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012*, 제122조; *Criminal Justice Act 2003*, Part 12, 제224A조.

992) *Criminal Justice Act 2003*, 부칙 15.

993) Andrew Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, 6th ed., Cambridge University Press, 2015. 345면.

법에 정해진 벌금 기준표상의 등급에 따라 정해지게 된다.⁹⁹⁴⁾ 그러나 약식 범죄가 아닌 어느 쪽이든 기소 가능한 범죄에 대한 벌금 액수는 치안법원도 제한없이 부과할 수 있다.⁹⁹⁵⁾ 벌금액을 산정하는 데 있어서 법원은 범죄의 경중, 범죄자의 재정적 상황을 고려하여 벌금액을 가감할 수 있다는 것이 기본 원칙이며,⁹⁹⁶⁾ 법원은 범죄자의 재정상 제약으로 인해 둘 다 지불할 수 없는 경우, 벌금보다 보상 명령을 우선적으로 고려하여야 한다.⁹⁹⁷⁾ 1992년 일수벌금형제도와 유사한 법정 단위 벌금제(unit fine system)를 제정하여 범죄의 경중에 따라 1-50까지 단위 등급을 나누어 단위별로 부과하는 벌금형 방식이 시도되었으나, 시행 1년도 채우지 못하고 폐지되었다.⁹⁹⁸⁾

또한 벌금형은 기업의 형사책임과 관련하여, 환경범죄⁹⁹⁹⁾나 기업살인죄¹⁰⁰⁰⁾ 등의 경우 기업에 부과되는 형벌 수단으로 가장 많이 활용되고 있다.¹⁰⁰¹⁾

(2) 몰수

범죄자로부터 범죄로 인해 발생한 수익을 박탈하기 위한 몰수 명령은 범죄로 인한 경제적 이익을 범죄자가 누릴 수 있도록 허용해서는 안 된다는 원칙에서 내려지는 것으로, 이론적으로는 선고형과 별도로 이루어져야 하는 조치이다.¹⁰⁰²⁾ 이러한 몰수 명령도 형벌의 범주에 포함시킬 수 있는지에 대해 유럽인권법원은 몰수 명령의 효과가 단순히 원상회복뿐만이 아닌 징벌적 효과가 있고, 미납시 구금형 집행 조건부 등의 법적 절차가 형벌과 몹시 유사하다는 점에서 몰수 역시 형벌의 일부로 볼 수 있다고 판시한 바 있다.¹⁰⁰³⁾

994) Criminal Justice Act 1982, 제37조.

995) Richard Card/Jill Molloy, Cross & Jones's Criminal Law, 22nd ed., Oxford University Press, 2016, 11-12면.

996) Criminal Justice Act 2003, 제164조 제(2)-(4)항.

997) Andrew Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, 6th ed., Cambridge University Press, 2015, 4면.

998) Andrew Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, 6th ed., Cambridge University Press, 2015, 347-349면.

999) Sentencing Council, Environmental Offences: Definitive Guideline, 2014, 7-10면.

1000) Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007, 제1조.

1001) Sentencing Council, Health and Safety Offences, Corporate Manslaughter and Food Safety and Hygiene Offences: Definitive Guideline, 2016, 21-28면.

1002) Andrew Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, 6th ed., Cambridge University Press, 2015, 382면.

1003) Welch v UK [1995] 20 EHRR 247. 이에 관한 더 상세한 논의는 Andrew Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, 6th ed., Cambridge University Press, 2015, 378-379면.

영국의 형사법원은 다음의 두 가지 요건이 충족되는 경우 법에 따라 몰수 명령을 발부할 수 있다.¹⁰⁰⁴⁾ 첫 번째 요건은 피고인이 형사법원에서 유죄판결을 받거나, 양형 등을 위해 형사법원에 회부된 경우와 같이 형사법원의 관할에 놓인 경우, 그리고 두 번째 요건은 검사가 몰수를 요청하거나 몰수가 필요하다고 법원이 판단한 경우가 해당된다. 몰수 대상 재산인 범죄 수익을 판단하는 데 있어서 독특한 점은 ‘범죄적 생활 방식(criminal lifestyle)’이라는 기준 규정이다.¹⁰⁰⁵⁾ 법에 정해진 요건을 충족시켜 범죄적 생활 방식을 영위하고 있는 것으로 인정되면 피의자의 반증이나 이러한 추정이 정의를 심각하게 해할 우려가 없는 한, 법원이 정해진 기간(절차 개시 전까지 6년) 동안 피의자에게 이전된 모든 자산, 해당 기간 동안 피의자가 취득한 모든 자산 및 그 기간 동안 피의자가 사용한 모든 비용이 범죄로 인한 수익으로 추정하는 것이다.¹⁰⁰⁶⁾ 즉, 범죄적 생활방식 요건이 충족되고 나면, 몰수 가능한 재산을 판단할 때 특정 자산이 범죄 행위를 통해 취득된 것이라는 것을 검찰이 일일이 입증할 필요가 없다. 따라서, 우리 형법이 특별법을 통해 규정하고 있는 범죄 수익 및 범죄 수익에서 유래한 재산보다 더 광범위하게 몰수 대상 재산을 인정하고 있는 셈이다.¹⁰⁰⁷⁾ 또한 법원이 몰수 명령을 고려할 때 벌금이나 기타 박탈 명령 등(피해자에 대한 보상 이외의) 금전지급을 요하는 조치를 내리기 이전에 먼저 몰수 명령을 내려야 하지만, 몰수 명령을 내렸다는 사실이 선고형량을 결정하는 데 고려되어서는 안 된다.¹⁰⁰⁸⁾ 또한 법원은 몰수 명령 발부에 관한 유럽인권협약 제1의정서의 제1조에 합치하기 위해서는 몰수 명령은 범죄 수익 회복이라는 적법한 목적 달성에 필요한 정도에 한해서만 인정되어야 한다고 판시한 바 있다.¹⁰⁰⁹⁾ 몰수 명령 불이행시, 벌금과 마찬가지로 몰수 명령의 집행을 위해서도 적용된다.¹⁰¹⁰⁾ 즉 법원은 피고인이 주어진 납부기한 내에 몰수 명령을 이행하지 않았을 경우 복역해야 하는 불이행에 따른 선고기간을 정해야 한다. 이러한 불이행 선고를 최대 기간은 몰수명령에 따라 지급해야 하는 액수에

1004) Proceeds of Crime Act 2002, 제6조.

1005) Proceeds of Crime Act 2002, 제6조 (4)항.

1006) Proceeds of Crime Act 2002, 제10조; 제75조.

1007) 범죄수익은닉의 규제 및 처벌 등에 관한 법률, 제8조.

1008) Proceeds of Crime Act 2002, 제13조.

1009) R v Waya. [2013] 1 AC 294.

1010) Proceeds of Crime Act 2012, 제35조 (2)항; Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000, 제139-140조.

따라 달려 있다.

(3) 보상명령(Compensation Order)

The Criminal Justice Act 1972의 제정으로 피해자의 상해, 손실, 손해를 보상하기 위한 보상 명령이 처음으로 도입된 이래로 피해자에 대한 보상 방식이 여러 제도를 통해 발전해 왔으며, 현재는 사망, 상해, 손실, 손해 등과 연루된 모든 사건의 피해자에게 법원이 보상 명령 발부를 고려해야만 하며, 이러한 사건에서 보상명령을 발부하지 않을 때에는 그 사유를 밝히도록 하는 강력한 제도를 운영하고 있다.¹⁰¹¹⁾ 법원은 ‘적절하다고 여겨지는 만큼의 액수’에 대한 명령을 발부할 수 있지만, 상급 법원은 책임근거가 명확하고 단순하지 않는 한, 합의되거나 입증되지 않은 보상액수는 인정할 수 없다는 입장을 취하고 있다.¹⁰¹²⁾ 이러한 보상명령은 벌금이나 다른 기타 비용지불명령보다 우선적으로 고려되어야 한다.¹⁰¹³⁾ 피해자에 대한 배상, 원상회복 등을 위한 명령으로는 보상명령 이외에도 절도 관련 범죄로 유죄 판결을 받은 자에게 도난품이나 피해액수에 상응하는 금액을 상환할 것을 명할 수 있는 원상회복명령 (Restitution orders),¹⁰¹⁴⁾ 18세 미만인 자에 한해 사회내 처분의 일환으로 부과될 수 있는 배상명령 (Reparation orders),¹⁰¹⁵⁾ 모든 범죄자에게 피해자 지원 기금으로 사용될 소정의 법정 금액을 부과하는 피해자 추징금(Victim surcharge)¹⁰¹⁶⁾ 제도가 있다.

3) 각종 명령 및 처분

(1) 사회내 처분(Community Sentence)

법원은 범죄의 경중을 고려하여 타당하다고 판단한 경우 사회내 처분을 선고할 수 있다.¹⁰¹⁷⁾ 사회내 처분을 명할 수 있는 법정 기준은 두 가지인데, 첫째 당해 범죄가 이러한 처분을 명할 만큼 충분히 중하지 않다면 사회내 처분을 선고할 수 없으며,¹⁰¹⁸⁾

1011) Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000, 제130조.

1012) R v Vivian [1978] 68 Cr App R 53; R v Stapylton [2013] 1 Cr App R (S) 12.

1013) Andrew Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, 6th ed., Cambridge University Press, 2015, 380면.

1014) Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000, 제148조.

1015) Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000, 제73조.

1016) Criminal Justice Act 2003, 제161A조; Criminal Justice Act 2003 (Surcharge) (Amendment) Order 2014, No. 2120.

1017) Criminal Justice Act 2003, 제148조.

둘째, 법원은 현재 범죄가 사회내 처분을 발부할 만큼 중하지 않으나, 16세 이후 2-3차례에 걸쳐 벌금형을 선고받은 바 있고, 사회내 처분을 부과하는 것이 정의에 합치한다고 결론 내린 경우¹⁰¹⁹⁾ 사회내 처분을 명할 수 있다. 사회내 처분으로 부과될 수 있는 조치들에는 다음과 같은 것들이 있다.

- ① 40시간에서 300시간 사이의 무급 노동¹⁰²⁰⁾
- ② 사회복귀 활동¹⁰²¹⁾
- ③ (성범죄 치료, 분노조절 등) 인가 프로그램 참가¹⁰²²⁾
- ④ 정해진 기간 동안 특정 활동 금지¹⁰²³⁾
- ⑤ (특정 장소의) 통행금지¹⁰²⁴⁾
- ⑥ 전자 감시¹⁰²⁵⁾
- ⑦ (특정 장소의) 출입금지¹⁰²⁶⁾
- ⑧ 가택연금¹⁰²⁷⁾
- ⑨ 정신건강치료¹⁰²⁸⁾
- ⑩ 약물재활치료¹⁰²⁹⁾
- ⑪ 알콜의존치료¹⁰³⁰⁾
- ⑫ (음주운전 등과 같이 음주사실이 범죄의 구성요건일 때) 금주 및 감독¹⁰³¹⁾
- ⑬ 해외여행금지¹⁰³²⁾
- ⑭ 출석명령¹⁰³³⁾

1018) Criminal Justice Act 2003, 제148조 제(1)항.

1019) Criminal Justice Act 2003, 제151조.

1020) Criminal Justice Act 2003, 제199조.

1021) Offender Rehabilitation Act 2014, 제15조.

1022) Criminal Justice Act 2003, 제202조.

1023) Criminal Justice Act 2003, 제203조.

1024) Criminal Justice Act 2003, 제204조.

1025) Crime and Courts Act 2013, 부칙 16.

1026) Criminal Justice Act 2003, 제205조.

1027) Criminal Justice Act 2003, 제206조.

1028) Criminal Justice Act 2003, 제206-207조.

1029) Criminal Justice Act 2003, 제209-211조.

1030) Criminal Justice Act 2003, 제212조.

1031) Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012, 제76조.

1032) Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012, 제72조.

위와 같은 사회내 처분 중에서 어떤 조치를 부과할 것인지는 정할 때 법원은 (1) 범죄자에게 가장 적합하고, (2) 당해 범죄의 경중에 가장 상응하는 제약을 부과하여야 한다.¹⁰³⁴⁾ 또한 2013년 법 개정으로 새롭게 추가된 요건에 따라 적어도 하나 이상의 형벌목적 처분이 포함시키거나 사회내 처분 명령이 내려진 범죄에 대한 벌금을 부과하거나, 또는 이 두 가지를 모두 준수하여야 한다.¹⁰³⁵⁾ 상당한 이유 없이 사회내 처분 명령을 처음 위반한 경우 담당관은 경고나 위반절차 개시 중 선택할 수 있는 재량을 가지지만, 두 번째 위반하면 법원으로 보내 사회내 처분의 조건을 수정하거나 처분 명령을 철회하고 원래의 범죄에 대한 처벌을 받도록 해야 한다.¹⁰³⁶⁾ 이 때, 의도적이고 반복적인 위반시, 원래의 범죄가 구금형의 대상이 되지 않는 경우라 하더라도 구금형에 처해질 수 있다.¹⁰³⁷⁾

(2) 기타 자격박탈 및 각종 예방적 명령

위의 재산형 항목에서 살펴본 몰수 명령과 피해보상명령 이외에도 범죄 목적으로 차량을 이용한 운전자의 운전면허자격을 박탈하거나¹⁰³⁸⁾ 음주운전시 의무적으로 12개월간 운전면허자격을 박탈하는 명령,¹⁰³⁹⁾ 성희롱, 가정폭력 등의 범죄자로부터 피해자를 보호하기 위한 접근금지명령,¹⁰⁴⁰⁾ 절도나 사기 등과 관련한 특정 범죄들에 관해 재정 보고를 명할 수 있는 권한을 법원에 부여하고 있는 재정 보고 명령(Financial reporting orders),¹⁰⁴¹⁾ 법원이 중대한 성적 피해로부터 타인을 보호하기 위해 성범죄 유죄판결을 받는 범죄자에게 금지행위를 열거하여 발부할 수 있는 성피해 방지 명령(Sexual harm prevention orders),¹⁰⁴²⁾ 법원이 마약 범죄와 관련된 어떤 물건이든 몰수할 수 있는 압수 명령(Forfeiture order),¹⁰⁴³⁾ 마약운반범죄자에 대한

1033) Criminal Justice Act 2003, 제212조; 제177조 제(1)항.

1034) Criminal Justice Act 2003, 제148조 제(2)항.

1035) Criminal Justice Act 2003, 제177조 제(2A)항; Crime and Courts Act 2013, 부칙 16.

1036) Criminal Justice Act 2003, 부칙 8.

1037) Andrew Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, 6th ed., Cambridge University Press, 2015, 371면.

1038) Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000, 제146-147조.

1039) Road Traffic Offenders Act 1988, 제34조 제(1)항.

1040) Protection from Harassment Act 1997, 제5조; Domestic Violence, Crime and Victims Act 2004, 제12조 제(5)항.

1041) Serious Organised Crime and Police Act 2005, 제76조.

1042) Anti-Social Behaviour, Crime and Policing Act 2014, 부칙 5.

여행제한명령,¹⁰⁴⁴⁾ 폭력범죄자에 대한 (장소, 사람 등에 대한) 접근금지 명령¹⁰⁴⁵⁾ 등의 다양한 예방적 명령들이 있으며, 이러한 명령의 법적 성질과 관련하여 많은 논의가 있어 왔다. 즉, 이러한 명령들은 민사제재와 형사처벌이 혼재되어 있는 법적 성격을 지니고 있는 것으로 보고 있는데, 상당수의 명령이 유죄판결을 받지 않은 자에 대해서도 예방적으로 발부될 수 있다는 점에서 민사 제재적 성격을 띠고 있지만, 형사절차의 일환으로 이루어지고 불이행시 최종 제재는 구금형이라는 점에서 형벌의 성격을 띠는 것으로 여겨지기도 한다.¹⁰⁴⁶⁾ 예컨대, 피해자 보상명령의 발부와 보상액 산정시 법원은 가해자의 재력을 고려하도록 법률상 규정하고 있다는 점에서 민사상 수단의 성격을 띠고 있는 것처럼 보이지만, 보상명령은 마치 벌금형처럼 집행되며, 불이행시 최종 제재는 구금형이므로 이행이 강제된다.¹⁰⁴⁷⁾

라. 양형¹⁰⁴⁸⁾

1) 양형원칙 및 양형 판단기준

미국과 마찬가지로 영국에서도 유무죄 여부의 판단이 배심원에게 달려있다면, 유죄가 확정된 이후 범죄의 경중을 고려하여¹⁰⁴⁹⁾ 양형을 결정하는 것은 법관이다.¹⁰⁵⁰⁾ 영국 양형 기준의 근거는 의회가 제정한 법령, 양형 협의회(Sentencing Council)¹⁰⁵¹⁾에서 발간한 일반 양형 지침, 그리고 판례 등이다. 또한 법원은 양형의 이유와 효과를 실시할 의무가 있다.¹⁰⁵²⁾

1043) Misuse of Drugs Act 1971, 제27조.

1044) Criminal Justice and Police Act 2001, 제33조.

1045) Criminal Justice and Immigration Act 2008, 제98-106조.

1046) Andrew Ashworth/Lucia Zedner, Preventive Justice, Oxford University Press, 2014, 74-75면.

1047) Andrew Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, 6th ed., Cambridge University Press, 2015, 342면.

1048) 영국의 양형 관련 상세한 국내의 선행 연구로는 변지영, 영국의 양형기준제도: 양형기준제도의 법령 및 현황, 사법정책연구원, 2015.

1049) 범죄의 경중은 범죄자의 책임, 범죄로 야기되었을 피해 등을 고려하여 판단하여야 한다 Criminal Justice Act 2003, 제143조.

1050) Jonathan Herring, Criminal Law: Text, Cases and Materials, 8th ed., Oxford University Press, 2018, 62면.

1051) 그간 국내 연구에는 주로 양형위원회라고 번역되어 왔으나, 미국식 독립기관인 양형위원회(Sentencing Commission)와 구별하기 위해 영국의 Sentencing Council은 '양형 협의회'로 번역하기로 한다.

(1) 법령

법규로 거의 모든 범죄에 대한 형량 상한선을 규정해 두고 있으며, 유죄 확정 이후 형사 법원이 고려할 수 있는 명령의 조건 등을 법률의 규정을 통해 정해두고 있다.¹⁰⁵³⁾ 또한 Criminal Justice Act 2003는 법원이 양형하는 데 있어서 고려해야 할 범죄자의 처벌, (억제를 통한 감소를 포함한) 범죄의 감소, 범죄자의 개선과 사회복귀, 일반 대중의 보호 및 범죄 피해자에 대한 가해자의 원상회복 이렇게 5가지 양형목적을 규정하고 있으며,¹⁰⁵⁴⁾ 양형지침위원회에서 핵심적 양형 원칙으로 채택한 범죄자의 불법성/비난가능성(culpability)과 범죄발생으로 인한 피해 (harm) 사이의 비례성의 원칙에 대해 규정하고 있다.¹⁰⁵⁵⁾ 동 법에 의해 확립된 양형 의사 결정 검토 순서를 요약하면 다음과 같다.

- ① 절대적 혹은 조건부 석방 대상인가?
- ② 사안이 벌금형에 적합한가?
- ③ 사회내 처분이 필요할 만큼 중한 사안인가?
- ④ 벌금형이나 사회내 처분만으로는 정당화될 수 없을 만큼 중한 사안이라 구금형이 불가피한가?
- ⑤ 구금형 필요 조건을 충족했다면, 선고를 유예하거나, 사회내 처분으로 대체할 만한 요소들이 있는가?
- ⑥ 구금형을 대체할 어떤 대안도 가능하지 않고, 즉각적인 구금이 불가피하다면, 최소 법정형이 적용되어야 할 사안인가, 아니면 위험한 범죄자들을 위한 종신형이나 연장된 형량의 부과가 적절한 사안인가?
- ⑦ 만약 아니라면, 범죄의 경중에 상응하는 가장 최단기 형은 무엇인가?¹⁰⁵⁶⁾

1052) Criminal Justice Act 2003, 제174조 제(1)항.

1053) Criminal Justice Act 2003, Part 12.

1054) Criminal Justice Act 2003, 제142조 제(1)항.

1055) Sentencing Guidelines Council, Overarching Principles: Seriousness, 2004, 3-5면; Criminal Justice Act 2003, 제143조 제(1)항.

1056) Andrew Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, 6th ed., Cambridge University Press, 2015, 337면.

법원이 이러한 양형 관련 중요한 판단 - 예컨대 사회내 처분의 부과 필요성이나, 구금형 선고 필요성 등 - 을 내리기 전 반드시 판결전 보고서(PSR: Pre-sentence report)를 입수하여 참고해야 한다.¹⁰⁵⁷⁾ 156조 (3)항의 문언상, 재량사항이 아니라 반드시 입수해야 하는 것처럼 규정되어 있지만 동 조항 (6)항에 따라, 법원이 판결전 보고서를 입수하거나 고려하지 못했다고 해서 형선고가 무효가 되는 것은 아니다.¹⁰⁵⁸⁾ 실제로 판결전 보고서의 고려 없이 구금형과 사회내 처분 선고가 내려지는 경우가 더 늘어나고 있다는 연구통계도 있다.¹⁰⁵⁹⁾

또한 몇몇 특정 범죄에 대해서는 법원이 반드시 선고해야만 하는 최소 형량을 법으로 정해 두고 있다. 즉, 선고형을 사법부가 아닌 입법부가 법으로 정하는 것이다. 예를 들면 살인죄에 대한 필요적 종신형 선고가 가장 대표적인 예로, 1965년 살인죄에 대한 사형이 폐지된 이후 영국 법에서 살인에 대한 처벌은 반드시 종신형을 선고해 왔다. 살인은 가장 중대한 범죄이므로, 법으로 종신형을 선고하도록 되어 있고, 따라서 원칙적으로 살인 범죄의 유죄판결을 받은 자는 남은 생애동안 구금형을 복역해야 한다.¹⁰⁶⁰⁾ 이 때 범죄가 이례적으로 중해서 조기 석방 조건이 허용되지 않는 즉, '종신 명령'에 해당하지 않는 한, 필요적 종신형을 선고한 모든 법원은 가석방 위원회가 조기석방 허가를 고려하기 전에 반드시 채워야 하는 최소 복역기간을 정해야 한다.¹⁰⁶¹⁾ 최소 복역기간 산정은 동법 부칙 21에 열거된 기산점(starting points)을 기준으로 산정해야 한다. 그러나 법원은 해당 부칙의 기산점을 존중하면 되고, 반드시 엄격하게 지켜야 하는 것만은 아니다.¹⁰⁶²⁾ 최근 영국 법에는 이러한 필요적 최소 형량을 법으로 규정하는 범죄가 점차 늘어나고 있는 추세인데, 대표적인 것으로는 마약 운반죄의 경우 최소 7년형 이상,¹⁰⁶³⁾ 위험한 무기 또는 금지된 총기 등을 소지한 경우 예외적인 상황이 아닌 한 5년형 이상,¹⁰⁶⁴⁾ 칼이나 공격적인 무기로 타인을 위협

1057) Criminal Justice Act 2003, 제156조.

1058) Criminal Justice Act 2003, 제156조 (6)항.

1059) Stephen Whitehead, The changing use of pre-sentence reports, Centre for Justice Innovation, 2018, 3-6면.

1060) Murder (Abolition of Death Penalty) Act 1965, 제1조.

1061) Criminal Justice Act 2003 제269조.

1062) R v Kelly (Marion) [2011] EWCA Crim 1462.

1063) Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000, 제110조.

1064) Firearms Act 1968, 제51A조. (해당 조문은 Criminal Justice Act 2003, 제287조의 입법으로 신설되었다).

한 자는 법원이 이러한 형을 선고하는 것이 부당하다고 판단하지 않는 한 6개월 이상의 형을 선고하도록 규정하고 있는 경우¹⁰⁶⁵⁾ 등이 해당한다.

(2) 양형협의회

영국 전역 법원의 양형 편차를 줄이기 위한 노력이 다각적으로 이루어져 왔으며, 이를 주관하는 기관 역시 계속 진화해 왔다. 2003년 양형 패널들의 권고에 따라 Criminal Justice Act 2003으로 양형지침 협의회가 만들어졌으나,¹⁰⁶⁶⁾ 2009년 Coroners and Justice Act 로 신설된 양형협의회가 이를 대체하여 현재까지 이어지고 있다.¹⁰⁶⁷⁾ 잉글랜드와 웨일즈의 양형협의회(SC)는 사법부의 독립을 유지하면서도 양형 격차를 줄이고 일관성 있는 양형을 도모하기 위해 도입되었다. 양형협의회는 법무부의 지원을 받는 비부처 공공 자문기관으로, 재판부를 위한 양형지침을 만들고 양형에 대한 일반인들의 이해를 증진하는 것을 목표로 하고 있으며, 검찰, 경찰, 치안법원, 형사법원, 피해자 지원단체까지 주요 이해당사자 그룹 각계의 대표들로 구성되어 있다.¹⁰⁶⁸⁾

(3) 양형지침

Coroners and Justice Act 2009의 규정에 따라 양형협의회는 양형에 관한 최종 지침을 발간하며, 치안법원을 위한 양형 지침과 형사법원을 위한 양형 지침을 발간하고 있다.¹⁰⁶⁹⁾ 동법에 따라 2010년 4월 6일 이후에 저질러진 범죄에 대한 선고를 할 때 모든 법원은 지침을 따르는 것이 정의에 반하는 것이라고 판단하지 않는 한, 해당 범죄 관련 양형 지침을 따라야 하며, 기타 양형 관련 기능을 수행하는 데 있어서 기능수행과 관련된 양형 지침을 따르도록 규정하고 있다.¹⁰⁷⁰⁾ 동법 125조 (1)항 하단에 ‘그렇게 하는 것이 정의 관념상 반하는 것이라고 판단하지 않는 한’이라는 단서조항을 붙여 법원의 독립성과 양형주체로서의 최종 판단을 존중하는 모양새를 갖추었으나, 문언상 양형협의회에서 만든 양형 지침을 ‘반드시 따르도록 (must follow)’하는

1065) Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012, 제142조.

1066) Criminal Justice Act 2003, 제167-171조.

1067) Coroners and Justice Act 2009, 제118조; 제135조.

1068) “Sentencing Council”, <https://www.sentencingcouncil.org.uk/about-us/council-members/> (2020년 10월 31일 최종검색).

1069) Coroners and Justice Act 2009, 제120조.

1070) Coroners and Justice Act 2009, 제125조 (1)항.

것을 법원의 의무(duty of court)로 규정하고 있다는 점에서, 연방대법원 판결을 통해 법원을 기속하는 필요적 연방 양형 지침은 수정헌법 6조 위반으로 위헌이라고 결정한 미국¹⁰⁷¹⁾이나 대법원 양형기준에 권고적 효력만을 인정하고 있는 우리나라의 경우¹⁰⁷²⁾와는 더 강력한 기속력을 표방하고 있다고 볼 수 있다.

2) 양형 가중 요소

(1) 법률상 가중 요소

Criminal Justice Act 2003은 3가지 주요 가중 요소를 명시하고 있다. 상습 전과 가중,¹⁰⁷³⁾ 보석기간 중 범한 범죄,¹⁰⁷⁴⁾ 혐오 범죄¹⁰⁷⁵⁾가 이에 해당한다. 또한 테러 관련 범죄¹⁰⁷⁶⁾도 양형시 가중 요소로 고려하도록 법으로 규정되어 있다. 상습 전과 가중을 규정하고 있는 Criminal Justice Act 2003, 제143조 제(2)항의 문언을 살펴보면, 우리나라 형법의 누범가중 규정¹⁰⁷⁷⁾처럼 ‘형 집행이 종료되거나, 집행이 면제된 날로부터 3년 이내’라는 누범 기간이 따로 명시되어 있지 않다. 따라서 이론적으로 기간의 제한 없이 모든 과거의 전과를 가중 요소로 고려하도록 되어 있다는 점에서 양형은 범죄의 경중을 고려하여 이루어져야 하며 전과사실을 기계적으로 적용해서는 안 된다는 비례성의 원칙에 위배될 수 있는 소지가 있다.¹⁰⁷⁸⁾ 그러나, 동조항의 단서에 따라 법원이 범죄의 속성과 전과 이후의 시간을 고려하여 합리적이라고 판단한 경우에 가중하도록 되어 있고, 이 법의 입법 전에도 과거의 전과와 시간적으로 동떨어져 있을 수록 전과로 인한 형 가중을 완화시키는 커먼로 원칙으로 우리나라의 누범 가중과 유사하게 운영되고 있다고 볼 수 있다. 또한, 인종, 종교, 성적 지향, 장애, 트랜스젠더 등에 대한 적대감을 동기로 저질러진 범죄의 경우, 반드시 형을 가중하도록 하고 있으며, 공개된 법정에서 이러한 상황에서 저질러진 범죄라는 점을 선언해야만 한다.¹⁰⁷⁹⁾

1071) United States v. Booker, 543 U.S. 220 (2005),

1072) 법원조직법 제81조의7 제1항.

1073) Criminal Justice Act 2003, 제143조 제(2)항.

1074) Criminal Justice Act 2003, 제143조 제(3)항.

1075) Criminal Justice Act 2003, 제145-146조.

1076) Counter-Terrorism Act 2008, 제30조.

1077) 형법 제35조.

1078) Andrew Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, 6th ed., Cambridge University Press, 2015, 212-213면.

1079) Criminal Justice Act 2003, 제145-146조.

(2) 양형지침상 일반 가중 요소

양형지침협의회에서 발간한 지침은 일반적인 가중 요소를 명시하고 있다. 이는 모든 가중 요소를 총망라한 열거적 목록이 아니며, 법정 가중 요소까지 포함하고 있는 예시적 목록에 더 가까운 것으로 예컨대 범죄의 사전 계획, 실제 발생한 피해보다 더 중한 범죄를 저지르려던 의도, 집단이나 조직범죄, 재정상 이득을 위협 범행, 고액의 범죄 수익, 범죄 은폐나 증거 인멸 시도, 범행에 대한 타인의 경고나 우려 무시, 가석방 기간 중 범행, 사회적 소수자에 대한 혐오범죄, 취약계층을 상대로 한 범죄, 약물 또는 음주 중 범행, 무기의 사용, 권한 남용, 신뢰관계 남용 등이 포함된다.¹⁰⁸⁰⁾ 주취 중 이루어진 범죄를 감경 사유가 아닌 양형 가중 사유로 파악하고 있다는 점에서, 심신미약으로 인한 형의 감경¹⁰⁸¹⁾ 규정을 근거로 명정 상태에 이루어진 범죄를 성폭력 범죄처벌특례법상 예외¹⁰⁸²⁾에 해당하지 않는 한, 일반 감경 인자로 파악하고 있는 우리나라의 입장과는 반대라고 볼 소지가 있다. 다만, 영국에서도 음주가 아닌 약물 중독으로 인한 범죄의 경우 치료 처우나 재활 처우와 같은 사회내 처분으로 감형받을 수 있는 감경 요소로 고려하기도 한다는 점에서 주의를 요한다.¹⁰⁸³⁾

3) 양형 감경 요소

(1) 유죄인정에 따른 감형

피의자에게 자신의 범죄를 부인하고 검찰에게 범죄 입증 책임을 넘길 수 있는 권리가 있음에도 불구하고, 유죄의 인정은 (1) 통상 피해자에 대한 범죄의 영향을 감소시키고, (2) 피해자와 증인들을 증언의 부담에서 벗어나게 하며 (3) 수사와 재판에 투입될 공공의 시간과 비용을 절감할 수 있다는 점에서 공공의 이익에 부합한다.¹⁰⁸⁴⁾ 이 때, 법원은 피의자가 유죄 인정 의사를 표시한 시점이 형사소송 절차 중 어느 단계인지, 그리고 이러한 의사가 표시된 정황을 고려해야만 한다.¹⁰⁸⁵⁾ 유죄의 인정은 절차의

1080) Sentencing Guidelines Council, Overarching Principles: Seriousness, 2004, 6면.

1081) 형법 제10조.

1082) 성폭력범죄의처벌등에관한특례법, 제20조.

1083) Andrew Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, 6th ed., Cambridge University Press, 2015, 170-172면.

1084) Sentencing Council, Reduction in sentence for a guilty plea: Definitive guideline, 2017, 4면.

1085) Criminal Justice Act 2003, 제144조 (1)항.

초기 단계에 빨리 이루어질수록 이러한 이점이 극대화될 수 있으며, 이를 위해 양형협 의회의 지침은 절차 초반과 후반의 경우 감형 폭에 차이를 두어 이를 구별하도록 하고 있다. 즉, 유죄 인정으로 인한 감형은 첫 번째 심리가 열리는 소송절차 초기에 이루어진 경우 최대 1/3까지이며, 첫 번째 심리 이후 유죄 인정이 이루어진 경우에는 최대 1/4부터 시작하여 그 이후 재판 개시 시점에는 1/10까지 감형 폭이 내려가게 되며, 재판 중 유죄를 인정하게 되면 감형이 아예 없을 수도 있다. 또한 감형으로 인해 형기가 법정 최소 복역 기간 이하로 떨어지는 경우, 유죄 인정에 따른 감형이 없을 수도 있다.¹⁰⁸⁶⁾ 이 때 법원은 양형 협의회의 지침에 따라 정해진 구금 기간의 80% 이상이면 얼마든지 형량을 선고할 수 있다.¹⁰⁸⁷⁾ 다만, 필요적 종신형을 선고해야 하는 살인죄의 경우, 유죄 인정과 관련하여 조기 석방이 허용되지 않는 whole life order 에 해당하지 않는 한, 1/6을 넘지 않고 5년을 초과하지 않는 범위에서 감형해야 한다. 형기의 1/6 또는 5년 중 더 적은 기간의 감형은 절차 초기에 유죄를 인정한 경우에만 허용되는 최대 감형 폭이며, 재판 당일 유죄 인정이 이루어진 경우, 1/20까지 감형폭이 축소될 수 있다.¹⁰⁸⁸⁾

(2) 형사사법체계에 대한 조력과 기여 및 자발적 원상회복

유죄인정에 따른 감형 이외에, 기존의 커먼로에도 범행을 스스로 자수한 경우¹⁰⁸⁹⁾와 경찰에 증거를 제시하여 다른 범죄자의 검거와 기소에 협조한 경우¹⁰⁹⁰⁾에는 형 감경 요소로 고려해 주었는데, 이를 성문법에 반영되어 정해진 검사와의 서면 합의에 따라 다른 범죄에 관해 수사를 도운 경우 법원이 형을 감경해 줄 수 있도록 규정을 두게 되었다.¹⁰⁹¹⁾ 이러한 감형은 해당 범죄에 대한 법정 최저 선고형이 규정되어 있는 경우에도 적용되며,¹⁰⁹²⁾ 수사에 협조했음에도 감형이 이루어지지 않은 경우 심사 절차도 마련해 두고 있다.¹⁰⁹³⁾ 또 다른 감경 요소로는 범행 후 재판 전에 범죄자가

1086) Sentencing Council, Reduction in sentence for a guilty plea: Definitive guideline, 2017, 5면.

1087) Criminal Justice Act 2003, 제144조 (2)-(3)항.

1088) Sentencing Council, Reduction in sentence for a guilty plea: Definitive guideline, 2017, 8면.

1089) R (on application of DPP) v Salisbury Justices [2003] 1 Cr App R (S) 560.

1090) R v A and B [1999] 1 Cr App R(S) 52.

1091) Serious Organized Crime and Police Act 2005, 제73조.

1092) Serious Organized Crime and Police Act 2005, 제73조 제(5)항.

1093) Serious Organized Crime and Police Act 2005, 제74조.

자발적으로 피해자에게 보상을 지급하고 원상회복을 했을 경우가 있다.¹⁰⁹⁴⁾

상기의 감경 요소들 중 법정 감경요소는 유죄 인정에 따른 감형 뿐이고, 이론적으로 다른 요소들은 법원의 재량에 달려 있지만, 실무상으로는 감경 요소에 해당하는 사실 관계가 확정되었음에도 양형에 반영되지 않은 경우 항소근거가 된다는 점에서 권리처럼 운용되고 있다.¹⁰⁹⁵⁾

마. 가석방 및 형 선고/집행 유예

1) 가석방¹⁰⁹⁶⁾

가석방에 관한 법률 규정은 지난 수십 년 동안 여러 차례 바뀌어 왔으나, 현재는 Criminal Justice and Immigration Act 2008로 개정된 Criminal Justice Act 2003에 의해 규율되고 있다. 정기형을 선고받고 수감중인 모든 재소자들은 Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012의 규정에 의해 형기의 2/3이 될 때까지는 석방될 수 없는 예외에 해당하지 않는 한, 형기의 1/2를 채운 후 자동적으로 석방된다. 보호관찰부 가석방으로 잔여 형기를 보내게 되는 것이다. 법원은 형 선고 당시 일정한 가석방 조건을 추천할 수 있는 권한이 있으나,¹⁰⁹⁷⁾ 이러한 추천은 권고사항일 뿐 형 선고의 일부로 간주되지 않으며,¹⁰⁹⁸⁾ 정확한 가석방 조건은 교도소장과 전국 범죄자 관리청(NOMS)의 조언에 따라 법무부에서 정하게 된다. 또한 2014년 Offender Rehabilitation Act 2014을 제정하여 구금형 복역 후 석방되는 모든 수형자들은 사회내에서 12개월간 전국 범죄자 관리청(NOMS)에 의해 보호관찰을 받게 되었다. 형기 1/2 복역 후 자동 석방 이외에도 가택 구금(Home Detention Curfew)나 우리나라의 귀휴 제도와 유사한 시한부 가석방(Release on Temporary Licence) 등으로 형기를 더 단축시킬 수도 있다.¹⁰⁹⁹⁾

1094) Criminal Justice Act 2003, 부칙 23.

1095) Andrew Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, 6th ed., Cambridge University Press, 2015, 199면.

1096) 영국의 가석방 제도에 관한 상세한 국내의 선행 연구로는 최준혁, 양형기준의 도입과 가석방: 영국의 논의에 관하여, 형사정책 제24권 제1호, 한국형사정책학회, 2012, 64-75면. 다만 현 시점에서 볼 때 그간 변경된 법률 내용 (예컨대 사회보호를 위한 부정기형 폐지 등)이 있음을 감안하여야 한다.

1097) Criminal Justice Act 2003, 제238조.

1098) Criminal Justice Act 2003, 제238조 제(3)항.

2) 집행 유예 명령(Suspended sentence orders)

1967년 영국법에 집행 유예가 처음 도입된 이후로¹¹⁰⁰⁾ Criminal Justice Act 2003이 제정되기 전까지 아주 예외적인 상황에서만 구금형의 집행을 연기할 수 있었다.¹¹⁰¹⁾ Criminal Justice Act 2003이 제정되면서 이러한 제한이 폐지되었고 법원은 1년에서 법원이 구금형을 선고하는 것이 타당하다고 판단하고 14일 이상 2년 미만의 형량을 정한 경우에도, 여전히 곧바로 집행하거나, 아니면 형 집행을 유예하는 명령을 내릴 수 있게 되었다.¹¹⁰²⁾ 원래 법원이 이러한 형 집행 유예를 할 때에는 사회내 처분 목록¹¹⁰³⁾ 중 하나 이상을 병과해야만(must) 했으나, 2012년 법 개정¹¹⁰⁴⁾에 의해 병과할 수도 있는 (may) 재량 사항으로 바뀌었다.¹¹⁰⁵⁾ 영국 법무부의 통계¹¹⁰⁵⁾에 따르면 이러한 집행 유예는 가파르게 늘어나고 있는 반면, 구금형, 사회내 처분, 벌금형 등은 감소하고 있음을 알 수 있다.

3) 선고유예(Deferment of Sentence)

법원은 유예기간 동안 법원이 부과하기에 적절하다고 판단한 요건을 준수한다는 전제 하에 피고인이 동의한 경우, 최대 6개월까지 형의 선고를 유예할 수 있다.¹¹⁰⁶⁾ 영국의 경우 유예 기간이 종료되면 법원이 부과한 조건을 충족시켰는지 판단하여 즉각적인 구금형 대신 사회내 처분 등을 고려하거나 벌금형 또는 석방이 이루어질 수 있는 반면에,¹¹⁰⁷⁾ 우리나라의 선고유예는 유예기간이 경과하면 면소로 소송이 종결된다는 점¹¹⁰⁸⁾에서 다소 차이가 있다. 그러나 영국의 법원 역시 유예기간 동안 보호

1099) Andrew Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, 6th ed., Cambridge University Press, 2015, 323-324면.

1100) (구) Criminal Justice Act 1967, 제39조 (1)항, Powers of Criminal Courts Act 1973, 부칙 6에 의해 폐지되었음.

1101) Andrew Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, 6th ed., Cambridge University Press, 2015, 318-319면.

1102) Criminal Justice Act 2003, 제189조.

1103) Criminal Justice Act 2003, 제190조 제(1)항.

1104) Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012, 제68조.

1105) Ministry of Justice 2014, Sentencing Statistics Supplementary Tables A5.1 (Andrew Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, 6th ed., Cambridge University Press, 2015. 466면에서 재인용).

1106) Criminal Justice Act 2003, 부칙 23.

1107) Andrew Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, 6th ed., Cambridge University Press, 2015, 372면.

관찰관을 지명할 수 있다는 점은 우리 형법의 태도와 유사하다고 할 수 있다.¹¹⁰⁹⁾

4) 조건부 석방(Conditional Discharges)

조건부 석방은 경범죄의 유죄 판결을 받은 자에 대해 법원이 선택할 수 있는 양형 선택지 중 하나로, 법원이 정한 3년 미만의 기간 내에 다시는 범죄를 저지르지 않는다는 조건으로 석방시키는 제도이다.¹¹¹⁰⁾ 조건부 석방은 향후 전과로 포함되지 않으며, 만약 해당 기간 중 저지른 범죄로 유죄 판결을 받게 되면 원래 범죄에 대해서까지 형선고를 받아야만 한다. 일정 기간 내에 재범을 저지르지 않겠다는 조건 하에 현재의 범죄에 대해서는 어떠한 제재도 가하지 않는다는 점에서 이러한 조건부 석방의 본질은 경고 또는 위협이며, 정해진 기간 중 재범을 저질렀을 때 두 번째 법원이 상당한 재량을 가진다는 점에서 유예기간 중 재범을 저지른 자에게 유예된 형이 반드시 집행되어야 하는 집행 유예와는 성격이 다르다고 할 수 있다.¹¹¹¹⁾

바. 소결

이상에서 영국 형법상 형벌의 본질을 설명하는 대표적인 이론적 배경으로 응보주의적 관점과 결과론적 관점으로 형벌의 근거를 나누어 살펴보고, Criminal Justice Act 2003와 다양한 특별법에 산재해 있는 형벌 규정들을 중심으로 영국 형벌의 종류와 집행에 대해 간략하게 살펴보았다. 영국 형벌의 종류는 크게 구금형, 벌금형, 사회내 처분, 각종 명령들로 나누어 볼 수 있으며, 각각의 구체적인 내용은 최근에도 새로운 형벌이념들을 반영하며 계속 변화 발전해 오고 있다. 또한, 법원간 양형편차를 줄이고 일관성 있는 양형을 위해 양형협의회에서 발간하는 양형지침에 따르도록 규정하고 있으며, 가석방 제도 및 집행 유예, 선고 유예 제도를 두고 있다.

1108) 형법 제60조.

1109) 형법 제59조의2.

1110) Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000, 제12-15조.

1111) Andrew Ashworth, Sentencing and Criminal Justice, 6th ed., Cambridge University Press, 2015, 339면.

제2절 | 미국

1. 죄수 및 경합론

가. ‘동일한 범죄(same offense)’에 대한 판단 기준

미국연방수정헌법은 제5조에서 “누구든지 동일한 범죄(same offense)로 재차 생명이나 신체에 대한 위험에 처해져서는 안 된다.”고 명시하는 이중위험금지조항(Double Jeopardy Clause)을 두고 있다. 이는 동일한 피고인에 대해 유죄판결이든 무죄판결이든 판결이 선고된 이후 동일한 범죄로 재차 기소할 수 없다는 의미와, 동일한 범죄에 대해 수회의 처벌(multiple punishments)을 할 수 없다는 의미를 포함한다.¹¹¹²⁾ 여기서 ‘동일한 범죄’가 무엇인지에 관한 심사기준을 살펴보면 다음과 같다.¹¹¹³⁾

1) 동일행위(same conduct) 심사

‘동일한 범죄’를 ‘동일한 행위’로 해석하는 동일행위 심사 기준의 기원은 전통적 커먼로로 거슬러 올라간다. 커먼로는 수 개의 범죄 행위가 일련의 사건(episode) 안에 있었다면 그 범죄 행위들과 관련된 일련의 사건은 단일한 사건이기 때문에 이에 대한 한 번의 기소만이 가능하다고 보았다.¹¹¹⁴⁾ 즉 공통의 사실적 기반을 공유하고 단일한 목표와 의도를 보여주는 경우라면, 하나의 범죄에 해당하기 때문에 하나의 재판절차에서 기소되어야 하고 추후 별개의 연속된 기소(successive prosecution)는 금지되어야 하는 것이었다.¹¹¹⁵⁾

초기의 미국연방대법원은 이 기준에 따라 In re Nielsen¹¹¹⁶⁾에서 두 명 이상의 여자

1112) 이중위험금지원칙에서 파생되는 내용을 이와 같은 유형으로 나누고 보호기준을 구체화한 North Carolina v. Pearce, 395 U.S. 711, 717 (1969). Richard G. Singer/Kenneth Williams, Criminal Procedure II: From Bail to Jail, 4th ed., Wolters Kluwer, 2018, 179면.

1113) 이에 관한 선행 연구로 김종구, 범죄사실의 동일성에 관한 대법원과 미국 연방대법원 판례의 비교 고찰, 형사법연구 제19권 제3호, 한국형사법학회, 2007, 721-727면.

1114) Asche v. Swenson, 397 U.S. 436 (1970).

1115) Susan R. Klein, Review: Double Jeopardy's Demise, California Law Review Vol. 88 No. 3, 2000, 1010면.

1116) 131 U.S. 176 (1889).

와 동거(cohabitation)한 혐의가 인정되어 유죄판결을 받은 몰몬교도를 간통(adultery)으로 다시 기소하는 것은, 두 번째 기소에 대해 피고인이 다른 사람과 결혼한 것이라는 추가적인 사실에 대한 증명을 필요로 하더라도 허용되지 않는다고 판시하였다. 동거와 간통은 모두 같은 피해를 전제로 하고 있으면서 같이 산다는 동일한 행위에 대한 증명이 필요한 것이기 때문에 동일한 범죄를 구성한다고 판단한 것이었다.¹¹¹⁷⁾

2) 동일요소(same elements) 심사: Blockburger test

1932년 미국연방대법원은 Blockburger v. United States¹¹¹⁸⁾ 판결을 통해 현재까지 유효한 심사기준이 되는 동일요소이론을 정립한다.¹¹¹⁹⁾ 이 사건에서 피고인은 처방전 없이 마약을 판매한 혐의와 검인된 용기가 아닌 다른 용기에서 마약을 판매한 혐의로 기소되었는데, 종전의 동일행위심사 기준에 따르면 피고인의 두 위반행위는 하나의 마약판매행위에 따른 것이기 때문에 동일한 범죄에 해당하는 것이었다. 그러나 연방대법원은 피고인의 범죄사실이 비록 하나의 마약판매행위로 인한 것이지만 각각의 법규정이 다른 법규정이 요구하지 않는 사실의 증명(proof of a fact)을 요구하기 때문에 두 범죄는 별개의 것이고 하나의 재판에서 누적된 처벌(cumulative punishments)을 하는 것은 허용된다고 판시하였다. 입법자의 의도가 서로 다른 범죄를 창설하고자 하였다면 두 범죄를 별개의 것으로 본다는 점에서 ‘동일법규요소(same statutory elements)’ 심사로도 불린다. 이에 따르면 경합하는 범죄 간 구성요소를 비교하여 각각의 범죄가 다른 범죄에 포함되지 않는 요소를 포함하고 있을 경우에는 이러한 두 범죄는 서로 다른 범죄에 해당한다고 할 수 있으므로 이중위험금지원칙에 위배되지 않는 것으로 보는 것이다.

이후 Brown v. Ohio¹¹²⁰⁾에서 이 기준을 구체화하여 유형화한 것을 살펴보면 다음과 같다: 1) ‘일련의 행위 또는 생활의 한 단면’ 내에서 발생하는 일이라도 두 개의 범죄가 될 수 있다. 예를 들어 미성년자에게 모욕적인 말을 하면서 동시에 술을 판 경우, 두 범죄는 규정의 요소에 전혀 중첩되는 부분이 없기 때문에 두 개의 범죄이다.

1117) George C. Thomas III, A Blameworthy Act Approach to the Double Jeopardy Same Offense Problem, California Law Review Vol. 83 No. 4, 1995, 1043면.

1118) 284 U.S. 299 (1932).

1119) 예를 들어 United States v. Hansen, 944 F.3d 718 (8th Cir. 2019).

1120) 432 U.S. 161 (1977).

2) ‘두 범죄의 구성요소가 부분적으로만 겹치는 경우’에도 두 개의 범죄가 될 수 있다. 미성년자에게 술을 파는 행위와 일요일에 술을 파는 행위가 각각 범죄에 해당하는 경우, 두 범죄는 각기 다른 사실에 대한 증거가 필요하므로 두 개의 범죄이다. 3) ‘두 범죄의 구성요소가 완전히 겹치는 경우’에는 동일한 범죄이다. 예를 들어 ‘intentional killing’과 ‘willful killing’과 같이 두 법규정이 동일한 범죄를 지칭하나 서술만 달리하는 경우에는 두 범죄의 요소가 동일하다고 볼 수 있으므로 두 범죄는 동일한 것이다. 4) 범죄의 요소가 다른 범죄보다 ‘더 작은 부분 집합인 경우’에는 동일한 범죄이다. 살인미수죄와 살인죄의 관계와 같이 살인죄의 요소가 증명되면 살인미수죄의 요소가 모두 증명된다. 이중위험금지원칙은 하나의 범죄와 그 안에 포함된 ‘더 작은 범죄’(a lesser included offense)를 별도로 모두 처벌하는 것을 금지하기 때문이다.¹¹²¹⁾ 미국연방대법원은 *Grady v. Corbin*¹¹²²⁾에서 동일행위심사기준으로 회귀한 적이 있었으나 다시 *U.S. v. Dixon*¹¹²³⁾에서 동일요소심사기준으로 복귀하여 지금까지 이 원칙을 유지하고 있다.

나. 수개의 형의 경합

수개의 형의 경합에 관한 모범형법전 규정을 살펴보면 다음과 같다. 모범형법전 제7.06조는 수죄(different offenses)에 대한 수개의 형(multiple sentences) 선고에 관해 1) 연속적(consecutive) 형을 부과할지, 동시적(concurrent) 형을 부과할지는 법원의 재량에 맡기되, 2) 수개의 형이 축적되어(cumulated) 부과되기 위해서는 합리적인 한계가 설정되어야 한다는 원칙을 제시하고 있다.¹¹²⁴⁾

수개의 형의 경합 유형은 우리 형법이 동시적 경합범과 사후적 경합범으로 경합범의 유형을 나누고 있는 것과 유사한 형태로 명시하고 있다. 먼저 동조 제1항은 수죄로 인한 수개의 징역형 선고 시 다음의 4가지의 경우를 제외하고 법원의 재량에 맡기고

1121) *Brown v. Ohio*, 432 U.S. 161 (1977). Lawrence A. Locke, On Leo Katz, Double Jeopardy, and the Blockburger Test, *Law and Philosophy* Vol. 9, No. 3, 1990, 304면.

1122) 495 U.S. 508 (1990).

1123) 509 U.S. 688 (1993).

1124) Commentary §7.06. Multiple Sentences: Concurrent and Consecutive Terms(The American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries: Official Draft and Revised Comments, The American Law Institute, 1985, 107-111면.).

있다: 1) 정기형과 부정기형이 동시에 진행되는 경우 두 형은 부정기형의 복역에 의해 충족되어야 하고, 2) 연속적 정기형 기간의 합이 1년을 초과해서는 안 되며, 3) 연속적 부정기형 기간의 합이 단기나 장기의 기간에서 선고 가능한 최고등급의 범죄가 승인하는 최장 기간을 초과해서는 안 되고, 4) 늘어난 기간을 위해 두 개 이상의 형이 선고되어서는 안 된다. 이와 같이 제1항은 하나의 형이 선고되는 경우를 규정하고 있는 것이다. 제2항에서 징역형을 선고받은 피고인이 차후에 그 형을 선고받기 전에 범한 죄로 형을 선고하는 경우 가능한 한 제1항과 부합하여야 한다고 명시함으로써, 수개의 형이 선고될 때 하나의 형이 선고될 때보다 피고인이 불리하게 되는 것을 방지하는 규정을 두고 있다. 이 규정은 우리 형법이 사후적 경합범의 처분에 관해 동시적 경합범과의 형평을 고려하는 것과 마찬가지로 재판의 시기나 횟수가 제1항의 취지를 몰각시키는 결과를 가져와서는 안 된다는 의미이다.

한편 제5항은 동시적 징역형 선고와 연속적 징역형 선고의 기간 계산의 원칙을 명시하고 있다: 1) 부정기형이 동시에 집행되는 경우, 단기와 장기 모두 각각 짧은 기간은 긴 기간에 흡수되어 긴 기간을 복역함으로써 충족되며, 2) 부정기형이 연속적으로 집행되는 경우, 단기와 장기 모두 각각 합산하여 모든 단기의 합과 모든 장기의 합에 도달하게 하며, 3) 정기형과 부정기형의 기간이 연속적으로 집행되는 경우, 정기형의 기간은 부정기형의 단기와 장기 모두에 합산하고 두 형은 부정기형의 복역에 의해 충족된다. 이 규정을 통해 피고인은 하나의 형을 선고받은 것과 같은 결과를 가져옴으로써, 동시적 형의 경우 흡수주의를, 연속적 형의 경우 병과주의를 취하고 있다.

다. 소결

죄수 및 경합론은 범죄의 수를 기준으로 범죄들 사이의 관계는 어떠한 형태인지, 그 법적 효과는 어떻게 인정할지를 논의하는 영역이다. 우리 형법학은 전통적으로 일죄와 수죄를 구별하는 협의의 죄수판단문제와 수개의 범죄가 성립한 이후의 경합판단문제를 큰 범주의 죄수론의 영역에서 함께 다루어왔다. 미국의 경우 피고인의 행위가 '동일한 범죄'에 해당하여 이중위험금지원칙의 적용 대상이 되는지를 중심으로 죄수론을 다루고 있으며, 경합론에 관해서는 동시적 경합범과 사후적 경합범을 인정하면서도 그 처리방식에서는 우리와 차이를 보이고 있고 동시적(concurrent) 또는 연속

적(consecutive) 형 부과 문제로 다루고 있다는 것을 알 수 있다.

2. 형벌론

가. 형벌의 종류

1) 사형

미국연방법전 제18편 제3591조는 사형을 형벌의 한 종류로 규정하고 있다.¹¹²⁵⁾ 역사적으로 미국은 사형을 형벌로 인정하여 오다가, 1972년 연방대법원이 *Furman v. Georgia*¹¹²⁶⁾에서 사형은 수정헌법 제8조 및 제14조에 위반되는 “잔인하고 드문 형벌(cruel and unusual punishment)”이라고 판시하면서 폐지한 적이 있었다. 그러나 1988년 다시 몇 가지 범죄군에서 사형을 형벌로 규정하기 시작하면서, 1994년에는 연방사형법(Federal Death Penalty Act of 1994)의 제정을 통해 사형을 60여개의 범죄군에서 선고 가능한 형벌로 그 적용 범위를 확대하였다. 사형을 형벌로서 인정하고 있기는 하지만 1988년 이후 2020년 4월 현재까지 사형이 집행된 건수는 3건이고 가장 마지막으로 집행된 것은 2003년이다.¹¹²⁷⁾ 또한 최근 법률상 또는 사실상 폐지하는 경우가 점차 늘고 있는 추세이다.¹¹²⁸⁾ 2020년 4월 현재 22개 주와 District of Columbia에서 사형을 폐지하였고,¹¹²⁹⁾ 나머지 28개 주에서도 사형을 형벌의 하나로 인정하고 있지만 집행을 하지 않아 사실상 사형폐지주로 분류될 수 있는 경우가 다수를 이룬다.¹¹³⁰⁾ 사실상 사형을 폐지하는 주들 중에는 주지사가 사형에 관해 중지를

1125) 18 U.S.C. §3591. Sentence of Death.

1126) 408 U.S. 238 (1972).

1127) 2001년 6월 2건, 2003년 3월 1건이 집행되었다[Death Penalty Information Center, “Executions Under the Federal Death Penalty”, <https://deathpenaltyinfo.org/state-and-federal-info/federal-death-penalty/executions-under-the-federal-death-penalty> (2020년 10월 31일 최종검색)].

1128) Death Penalty Information Center, “States with and without the death penalty”, <https://deathpenaltyinfo.org/state-and-federal-info/state-by-state> (2020년 10월 31일 최종검색).

1129) Alaska(1957), Colorado(2020), Connecticut(2012), Delaware(2016), Hawaii(1957), Illinois(2011), Iowa(1965), Maine(1997), Maryland(2013), Massachusetts(1984), Michigan(1847), Minnesota(1911), New Hampshire(2019), New Jersey(2007), New Mexico(2009), New York(2007), North Dakota(1973), Rhode Island(1984), Vermont(1972), Washington(2018), West Virginia(1965), Wisconsin(1853) 등이다.

1130) Arizona는 2015년부터, California는 2003년부터, Idaho는 2013년부터, Indiana는 2010년부터

명하면서 실제 사형폐지주로 나아가는 경우들이 있는데, 현재는 주지사가 집행 정지(governor imposed moratorium)를 명한 주는 3개의 주가 있다.¹¹³¹⁾

2) 자유형

미국은 자유박탈의 형벌을 정역의무가 부과되는지에 따라 징역과 금고로 구별하지 않고, 구금 기간 및 장소를 기준으로 구별하고 있다. 예를 들어 모범형법전은 제303조에서 단기 구금형(short-term imprisonment), 제304조에서 장기 구금형(long-term imprisonment)으로 구분하여 정하고 있다. 또한 미연방법전 제18집 제3559(a)(9)조는 중죄 및 경죄와 구별하는 범칙사건(infraction)을 규정하여 5일 이하의 구금형에 처할 수 있다고 규정하고 있다. 한편 일반적인 교도소(prison)와 달리 상대적으로 짧은 기간 복역하는 지역교도소(local jail)를 두고 있다. 피고인의 거주지와 가까워 방문자들의 방문이 보다 자유롭고 낮 시간 직장 교육 훈련 치료를 위해 석방이 가능하도록 하는 제도 운영 등이 가능하도록 하고 있다.

3) 재산형

(1) 벌금형

피고인이 벌금 납입의 능력이 없다는 것을 입증하지 않는 한 법원은 어떤 범죄에 대해서든지 유죄판결을 받은 피고인에게 벌금형을 선고할 수 있다. 원칙적으로 개별 처벌 규정에 그 구체적 액수를 규정하고 있지 않되, 연방법 제3571조와 같이 중죄의 경우, 사망의 결과를 초래한 경죄의 경우 등 그 등급과 범죄의 경중에 따라 상한을 규정하고 있다. 모범형법전은 제6.02조에서 벌금형의 유예제도를 규정해 두고 있다. 또한 피고인이 벌금을 납입할 수 있었음에도 하지 않은 경우에는 법원의 명령을 따르지 않은 법원모욕(contempt of court order)에 해당하여 법원은 구금형(jail terms)을

터, Kansas는 1065년부터, Kentucky는 2009년부터, Louisiana는 2011년부터, Mississippi는 2013년부터, Montana는 2007년부터, Nevada는 2007년부터, North Carolina는 2007년부터, Oregon은 1998년부터, Pennsylvania는 2000년부터, South Carolina는 2012년부터, Utah는 2011년부터, Wyoming은 1993년부터 사형을 집행하지 않고 있다.

1131) 현재 주지사의 중지(governor-imposed moratorium) 명령을 통해 사형 집행을 중단한 주로 는 California, Oregon, Pennsylvania 주가 있다(Death Penalty Information Center, "States with and without the death penalty", <https://deathpenaltyinfo.org/state-and-federal-info/state-by-state> (2020년 10월 31일 최종검색)).

선고할 수 있다.¹¹³²⁾

(2) 몰수제도

미국의 범죄 관련 물건과 범죄수익에 대한 몰수절차는 형사몰수(criminal forfeiture)와 민사몰수(civil forfeiture)로 이원화되어 있다. 형사몰수는 피고인의 유죄판결에 부가하는 방식으로 선고되고 피고인에게 대인소송(an action in personam)으로 몰수가 선고된 후 압수(seizure)가 행해진다. 1970년대 Racketeer Influenced and Corrupt Organization Act(RICO법)과 Counting Criminal Enterprise(CCE)법을 제정함으로써 형사몰수가 도입된 것이다. 한편 민사몰수의 경우 물건을 피고로 하여 대물소송(an action in rem)으로 진행되는데 피고인에 대한 유죄판결 선고 여부와 관계없이 압수하면서 소송이 시작된다. 압수는 압수대상재산과 범죄와의 관련성에 대하여 상당한 이유(probable cause)가 존재하면 법원의 명령이나 영장에 의해 이루어진다. 2000년에는 Civil Asset Forfeiture Reform Act(CAFRA)를 통해 법률마다 존재하는 민사몰수 규정간의 절차적용의 충돌을 해결하였다.

4) 자격형

연방법은 총칙적인 규정은 두고 있지 않고 제17집 제201(b)조는 공무원이나 공무원이 될 자, 증인 등으로서 뇌물을 수수한 자나 그들에 대한 뇌물공여자는 연방의 명예, 신뢰, 이익 등에 관련된 어떤 공직을 가질 자격도 박탈당할 수 있다고 규정하고 있다. 공공은행의 감사인이 피감기관인 은행으로부터 금원을 대여받거나 사례금을 지급받은 경우 그 감사인의 자격을 박탈한다는 규정도 두고 있다. 또한 제29집 제504조와 제1111조에서는 특정 범죄를 저지른 이들에 대해 노동조합이나 사용자 단체에의 취업이나 종사 등의 금지, 피용자 연금 및 복지 수혜 금지, 사적 영역에서 노동관계에 관한 컨설턴트의 금지 등을 규정하고 있다.

1132) 구금형은 징역형(prison terms)보다 경하다. MPC Commentary §7.02. Criteria for Imposing Fines(The American Law Institute, Model Penal Code and Commentaries: Official Draft and Revised Comments, The American Law Institute, 1985, 100-102면.).

나. 형의 양정

1) 양형가이드라인(Sentencing Guideline)의 설정

(1) 양형기준 설정의 배경

미국은 1880년대 후반부터 범죄인의 재사회화(rehabilitation) 이념을 형벌정책의 주된 목표로 삼고 형선고의 방법에 있어 부정기형(indefinite, indeterminate) 선고를 원칙으로 하였다.¹¹³³⁾ 부정기형 선고 제도는 양형의 개별화를 그 정당성의 근거로 삼은 것이었으나, 상한만이 정해져 있는 법정형의 범위 내에서 확보되는 법관의 광범위한 양형 재량권은 인종, 성별, 전과 등에 대한 편견으로 점철된 판단인자들로 오염되어 있다는 비판을 받았다.¹¹³⁴⁾ 결국 교정 관련 공무원을 비롯한 가석방위원회(Parole Commission)가 수형자의 석방시기를 결정함으로써 비로소 양형이 정해지는 과정이, 기준 없이 차별적으로 이루어지고 있다는 데 반성적 공감대가 형성되기 시작하였다.¹¹³⁵⁾ 또한 범죄인 개선의 효과는 보이지 않고 상습범과 재범자들의 증가는 재사회화 이념 자체에 대해 근본적인 재검토를 해야 한다는 회의로 변졌다. 즉 형벌의 불확실성으로 인해 예측 가능성이 확보되지 않는 점, 근거 없이 차별적으로 이루어지는 형벌이 불균형적이어서 형평에 반한다는 점 등의 문제로 인해 개별적 정의는 구현되지 않고 있으며, 범죄방지에 실효적이지 않다는 점 등이 미국의 형선고 제도의 전면적 개혁을 요구했다고 볼 수 있다.

이에 양형의 투명성을 확보하고 편차(disparity)를 극복하는 방안으로 각 주 차원에서 여러 방향으로 개혁이 진행되었다. 예를 들어 석방의 격차를 줄이기 위한 가이드라인을 만들거나 가석방제도 자체를 폐지하는 것으로 발전되기도 하였고, 법률에 정해진 양형(statutory determinate sentencing) 제도가 시도되기도 하였으며, 양형가이드라인을 개발하는 독립된 행정기관인 양형위원회가 설립되기도 하였다.¹¹³⁶⁾ 이와 같은

1133) 미국의 모든 주는 1975년 전까지만 해도 모든 주에서 부정기형 제도를 채택하고 있었다. Michael Tonry/Kathleen Hatlestad, *Sentencing Reform in Overcrowded Times: A Comparative Perspective*, Oxford University Press, 1997, 6면.

1134) Marvin E. Frankel, *Lawlessness in Sentencing*, University of Cincinnati Law Review Vol. 41 No. 1, 1972, 6면.

1135) James Robinson/Gerald Smith, *The Effectiveness of Correctional Programs*, Crime and Delinquency Vol. 17 No. 1, 1971, 67면.

1136) 당시 시행된 제도들에 관해 상세히는 김성돈, 미국의 주 양형법개혁과 양형가이드라인시스

움직임은 현재 미국 양형 체계의 근본이라 할 수 있는 양형가이드라인의 제정으로 귀결되었다고 볼 수 있다. 먼저 각 주 차원에서는 가이드라인을 따르는 것이 판사의 자발적 결정에 달려있는 참고적(voluntary) 양형가이드라인이 개발되기도 하였고, 권고적(advisory), 추정적(presumptive), 강제적(mandatory) 성격의 가이드라인에 이르기까지 다양하게 전개되었다.¹¹³⁷⁾

(2) 연방양형가이드라인의 내용

연방 차원에서는 법관의 재량을 제한하는 방향으로 1984년 양형개혁법(Sentencing Reform Act of 1984(SRA), Title II of the Comprehensive Crime Control Act of 1984)이 제정되었고 이에 따라 설립된 양형위원회(Sentencing Commission)는 과거 범죄사실기록(criminal disposition)들을 토대로 연방양형가이드라인(Federal Sentencing Guideline)을 만들었다. 모든 범죄를 망라하는 격자형(grid-type model) 양형기준표를 만들어서 세로축은 범죄의 경중(offense level)에 따른 범죄등급으로, 가로축은 피고인의 범죄 경력(criminal history)으로 분류하여 세로축과 가로축이 교차하는 격자판의 각 셀에 선고될 형의 범위가 정해져 있다.

▶▶▶ [표 4-2-1] 자유형 양형기준표¹¹³⁸⁾

	Criminal History Category (Criminal History Points)						
	Offense Level	I (0 or 1)	II (2 or 3)	III (4, 5, 6)	IV (7, 8, 9)	V (10, 11, 12)	VI (13 or more)
Zone A	1	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6
	2	0-6	0-6	0-6	0-6	0-6	1-7
	3	0-6	0-6	0-6	0-6	2-8	3-9
	4	0-6	0-6	0-6	2-8	4-10	6-12
	5	0-6	0-6	1-7	4-10	6-12	9-15
	6	0-6	1-7	2-8	6-12	9-15	12-18
	7	0-6	2-8	4-10	8-14	12-18	15-21
	8	0-6	4-10	6-12	10-16	15-21	18-24

템, 저스티스 제71호, 한국법학원, 2002, 208-209면.

1137) 미국 연방 양형위원회(U. S. Sentencing Commission)·(박형관/이주형 역), 미국 양형개혁법 소개, 형사법의 신동향 제2호, 대검찰청, 2006, 132면.

1138) §3E1.1 Sentencing Table in terms of imprisonment(United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2018, 2018, 407면.)

▶▶ [표 4-2-1] (계속)

	Criminal History Category (Criminal History Points)						
	Offense Level	I (0 or 1)	II (2 or 3)	III (4, 5, 6)	IV (7, 8, 9)	V (10, 11, 12)	VI (13 or more)
Zone B	9	4-10	6-12	8-14	12-18	18-24	21-27
	10	6-12	8-14	10-16	15-21	21-27	24-30
	11	8-14	10-16	12-18	18-24	24-30	27-33
Zone C	12	10-16	12-18	15-21	21-27	27-33	30-37
	13	12-18	15-21	18-24	24-30	30-37	33-41
Zone D	14	15-21	18-24	21-27	27-33	33-41	37-46
	15	18-24	21-27	24-30	30-37	37-46	41-51
	16	21-27	24-30	27-33	33-41	41-51	46-57
	17	24-30	27-33	30-37	37-46	46-57	51-63
	18	27-33	30-37	33-41	41-51	51-63	57-71
	19	30-37	33-41	37-46	46-57	57-71	63-78
	20	33-41	37-46	41-51	51-63	63-78	70-87
	21	37-46	41-51	46-57	57-71	70-87	77-96
	22	41-51	46-57	51-63	63-78	77-96	84-105
	23	46-57	51-63	57-71	70-87	84-105	92-115
	24	51-63	57-71	63-78	77-96	92-115	100-125
	25	57-71	63-78	70-87	84-105	100-125	110-137
	26	63-78	70-87	78-97	92-115	110-137	120-150
	27	70-87	78-97	87-108	100-125	120-150	130-162
	28	78-97	87-108	97-121	110-137	130-162	140-175
	29	87-108	97-121	108-135	121-151	135-168	151-188
	30	97-121	108-135	121-151	135-168	151-188	168-210
	31	108-135	121-151	135-168	151-188	168-210	188-235
	32	121-151	135-168	151-188	168-210	188-235	210-262
	33	135-168	151-188	168-210	188-235	210-262	235-293
	34	151-188	168-210	188-235	210-262	235-293	262-327
	35	168-210	188-235	210-262	235-293	262-327	292-365
	36	188-235	210-262	235-293	262-327	292-365	324-405
	37	210-262	235-293	262-327	292-365	324-405	360-life
	38	235-293	262-327	292-365	324-405	360-life	360-life
	39	262-327	292-365	324-405	360-life	360-life	360-life
	40	292-365	324-405	360-life	360-life	360-life	360-life
	41	324-405	360-life	360-life	360-life	360-life	360-life
	42	360-life	360-life	360-life	360-life	360-life	360-life
	43	life	life	life	life	life	life

벌금형의 경우에도 가이드라인 5E1.2(c)(3)조에서 범죄등급(offense level)에 따라 선고 가능한 벌금형의 하한(minimum)과 상한(maximum)을 두고 있다. 한편 이 표에서 기재하는 최상한을 초과하는 벌금형 선고를 가능하게 하는 개별처벌법규가 있는 경우에는 그 개별법규가 적용된다.

» [표 4-2-2] 벌금형 양형기준표¹¹³⁹⁾

Offense Level	A Minimum	B Maximum
3 and below	\$200	\$9,500
4-5	\$500	\$9,500
6-7	\$1,000	\$9,500
8-9	\$2,000	\$20,000
10-11	\$4,000	\$40,000
12-13	\$5,500	\$55,000
14-15	\$7,500	\$75,000
16-17	\$10,000	\$95,000
18-19	\$10,000	\$100,000
20-22	\$15,000	\$150,000
23-25	\$20,000	\$200,000
26-28	\$25,000	\$250,000
29-31	\$30,000	\$300,000
32-34	\$35,000	\$350,000
35-37	\$40,000	\$400,000
38 and above	\$50,000	\$500,000

연방법 제3553(a)조는 양형부과 시 고려해야 할 요인에 대해 (1) 범죄의 속성과 상황, 피고인의 범죄경력 및 특성, (2) “범죄의 중대성을 반영한 형벌”인지, “일반인을 범죄로부터 보호할 만한 형벌”인지 여부, (3) 선고 가능한 형벌의 종류, (4) 양형위원회가 설정한 기준 내에 적용이 가능한 범주 안에 속하는지 여부, (5) 정책강령의 취지에 부합하는지 여부, (6) “유사한 범죄행위로 인한 범죄기록을 가진 피고인들” 사이에서 양형의 편차를 줄일 필요가 있는지 여부, (7) 범죄피해자들을 위해 배상해줄 필요가 있는지 여부 등을 명시하고 있다.

1139) §5E1.2. Fine Table(United States Sentencing Commission, Guidelines Manual 2018, 2018, 437면.)

이와 같이 수량화 모델을 고안한 미국의 연방양형가이드라인은 의무적으로 따라야 하는 적용기준으로 탄생하였으나, 연방대법원은 2005년 *United States v. Booker*¹¹⁴⁰⁾에서 가이드라인은 강제적인(mandatory) 것이 아닌 권고적인(advisory) 효력을 가지는 것일 뿐이라고 판시하였고 과도한 양형 편차(disparity)를 줄이는 동시에 필요한 경우에는 양형을 개별화할 수 있는 유연성을 유지해야 한다는 점을 강조하였다.

2) 양형 이탈(departure)의 보장

역사적으로 미국 역시 양형은 법관의 재량사항이었던 것이어서 엄정한 양형기준표를 고안하면서도 구체적 타당성을 보장하기 위한 유연한 양형을 확보하기 위해 양형 이탈(departure)을 가이드라인에서도 보장하는 내재적 안전장치로 법관의 재량권 행사와 사안의 구체적 타당성을 확보하고 있다.¹¹⁴¹⁾

가이드라인 5H는 연령, 교육, 직업적 재능, (피고인의 책임을 감경 또는 관련성이 있는 범위 내에서의) 정신적·감정적 상태, (마약 중독을 포함하는) 육체적 상태, 이전의 고용 기록, 가족 간 유대관계 및 책임, 공동체 유대관계, 범행에서의 역할, 범죄경력, 생계형 범죄의 의존도 등 각각의 사항이 적절한 양형의 속성과 범주, 집행 장소 등의 요소와 관련성을 갖는지를 판단하고 인정되는 범위 내에서만 고려하여야 한다고 명시하고 있다. 그러나 양형가이드라인의 탄생 배경이 된 차별의 근거로 비판받았던 인종, 성별, 국적, 신조 creed, 사회경제적 지위에 관해서는 절대적으로 중립을 지켜야 할 것을 명하고 있다.

3) 가중 및 감경 사유

(1) 양형인자에 따른 가중 및 감경

개별 범죄의 특수한 양형인자를 고려하여 범행 등급을 결정하고 있다. 개별 범죄에 관해 기본범죄등급을 정하고 있되, 그 범죄가 고의나 중과실에 의해 범해지면 일정 등급을 가산하고, 다른 법률에 의해서도 금지되어 있는 행위라면 일정 등급을 가산하는 식이다.

1140) 543 U.S. 220 (2005).

1141) 하민경/표현덕/강현주, 피고인의 형벌감수성이 양형에 미치는 영향에 관한 비교법적 연구, 사법정책연구원, 2016, 63~64면.

(2) 조정(adjustment)에 따른 가중 및 감경

양형가이드라인 제3장은 조정에 관해 규정하고 피해자와 관련한 조정, 범행 역할에 관한 조정, 사법절차방해에 관한 조정, 경합에 관한 조정, 책임 인정에 관한 조정 등 크게 5가지 사유로 규정하고 있다.

다. 누범과 삼진아웃법

미국에서는 범죄의 폭증 현상과 재사회화 이념에 기초한 형법정책에 대한 회의로 인해 1970년대 범죄와의 전쟁을 선포한다. 그 일환으로 강제적 형벌부과(mandatory punishment)제도를 부활시키고 누범 가중 처벌의 특별한 규정으로 법관의 재량에 의해 형기가 결정되지 않는 삼진아웃(Three Strikes And You Are Out)법을 제정하였다.¹¹⁴²⁾ 미국에서 제정된 최초의 삼진아웃법은 1993년 워싱턴주법에 의해서였는데, 캘리포니아주에서 1993. 10. 세 차례 중죄 전과가 있던 자가 가석방된 이후 12세 여아를 유괴하여 강간, 살해한 사건이 발생하면서 누범에 대한 강력한 처벌의 필요성이 미국 전역에서 공론화되었다.¹¹⁴³⁾ 이에 1994년 캘리포니아주에서는 두 번 이상의 특정범죄에 해당하면 강제적으로 법관의 재량 없이 가석방 없는 25년 이상의 유기징역 또는 무기징역을 선고하는 삼진아웃법이 제정되었고 그 이후 미국 법무부가 Anti-Violent Crime Initiative¹¹⁴⁴⁾를 발표하면서 연방정부와 절반이 넘는 주법에서 삼진아웃법을 제정하였다.

예를 들어 Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994¹¹⁴⁵⁾는 1) 연방법원에서 '중대한 폭력 중죄(serious violent felony)'로 유죄판결을 선고받은 자가 2) 연방법원 또는 주법원에서 두 번 이상의 유죄판결에서 적어도 한 번은 중대한 강력범 중죄에 해당하는 경우 의무적으로 무기징역을 선고하는 것을 강제하였다. 중

1142) Peter W. Greenwood/Angela Hawken, An Assessment of the Effects of California's Three Strikes Law, Greenwood Associates, 2002. 1면.

1143) 삼진아웃법 제정 전의 캘리포니아주법의 누범 규정은 네 번의 강력범죄로 유죄판결을 받은 피고인에 대해 가석방 없는 종신형을 규정하고 있었는데, 이 사건 피고인은 세 번의 강력범죄로 유죄판결을 받은 경우여서 가석방이 가능했다.

1144) Department of Justice, "Memorandum for All United States Attorneys", 1995. 3. 13., <https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-1032-sentencing-enhancement-three-strikes-law> (2020년 10월 31일 최종검색).

1145) 18 U.S.C 3559(c).

대한 폭력 중죄에 해당하는 범죄는, 모살(murder), 고살(manslaughter), 성폭력범죄(sex offenses), 유괴(kidnapping), 강도(robbery), 10년 이상 자유형의 선고가 가능한 범죄로 무력 사용(use of force)의 요소를 포함하는 경우나 심각한 무력의 위험(significant risk of force)과 관련한 범죄를 포함한다. 무장하지 않은 강도범이나 사람의 생명에 위협을 주지 않은 방화범은 제외하고 있으나, 이 경우에도 피고인이 자신이 범한 범죄가 위험한 무기를 사용하지 않은 점, 사망이나 신체 상해에 대한 위협이 포함되지 않았다는 점을 입증하지 못하면 이들 범죄 역시 삼진아웃의 요건이 되는 선행범죄로 본다.

삼진아웃법은 계속하여 위헌성 여부가 다투어졌지만 연방대법원은 *Lockyer v. Andrade*¹¹⁴⁶⁾ 등에서 항소법원이 균형을 잃은 법이라고 판시한 데 대해 헌법상 적법절차원칙, 이중위험금지원칙, 잔인하고 비정상적인 처벌 금지원칙 등에 위반되지 않는다고 판시하였다. 그러나 가장 강력한 삼진아웃법을 제정해 두고 있던 캘리포니아주 법도 2012. 11. 개정되면서 그 엄격성을 수정해가고 있는 추세이다.¹¹⁴⁷⁾ 캘리포니아주의 삼진아웃법은 1994년 제정된 이후로 중대한 폭력 범죄에 해당하는 범죄가 무엇인지에 대해서는 개정을 거듭해왔으나 삼진아웃법의 요건과 효과 그 자체는 변화 없이 18년간 계속되었다. 그러다 Proposition 36에 따라 중대한 법개정이 이루어졌는데 두 가지의 주요한 변화는: 1) 종전법에 따르면 두 번 이상의 유죄판결에 나타난 어떠한 유형이라도 새로운 중죄가 범해지기만 하면 적용대상이 되었으나, 이 새로운 중죄는 중대하거나(serious) 폭력범에 해당하는(violent) 중죄여야 한다고 제한되었다. 이는 다른 주법들과 차별화되었던 캘리포니아주법이 다른 주법들과 마찬가지로 개정된 것이었다. 2) 삼진아웃법에 따른 형 선고에 의해 복역 중인 피고인이 청원하여 다룰 수 있다.¹¹⁴⁸⁾

1146) 538 U.S. 63 (2003)

1147) Proposition 36.

1148) J. Richard Couzens/Tricia A. Bigelow, *The Amendment of the Three Strikes Sentencing Law*, Barrister Press, 2017, 5면.

라. 형의 유예제도

미국도 우리와 마찬가지로 형의 유예제도로써 집행유예(suspended execution prison sentence, SEPS)와 선고유예(suspended imposition of sentence, SIS)를 두고 있는데, 보호관찰(probation)이 반드시 수반된다는 점에서 가장 큰 차이가 있다. 미국의 공판절차는 유·무죄판결절차와 형선고절차가 분리되어 있어서 법원이 피고인에 대한 유·무죄판결에서 집행유예를 선고하는 경우 형선고절차는 진행되지 않고 자동적으로 보호관찰이 부과된다. 미국에서 형의 유예제도는 보호관찰을 중심으로 설계되어 있다고 볼 수 있다.

집행유예(SEPS)는 특정 기간의 징역형을 선고하면서 보호관찰을 받을 것을 조건으로 이 중 일부 또는 전부의 기간 동안 그 형의 집행을 유예하는 제도로, 보호관찰 조건부 집행유예를 선고받은 자가 해당 조건을 위반한 경우 법원은 최소한의 형선고절차를 진행하고 유예한 징역형의 전부 또는 일부를 집행할 수 있다.¹¹⁴⁹⁾ 선고유예(SIS)의 경우 집행유예와 마찬가지로 피고인에 대해 유죄판결을 선고하는 것이지만 집행유예와 달리 특정 기간의 징역형을 선고함이 없이 보호관찰을 받을 것을 명하는 제도로, 보호관찰 조건을 위반한 자에 대해서 법원은 정식 형선고절차를 재개하고 선고유예 당시 선고할 수 있었던 양형을 부과한다.¹¹⁵⁰⁾

연방법과 주법의 양형가이드라인은 보호관찰의 조건을 위반한 경우 부과 가능한 예비 구금형 제재(custodial backup sanctions, CBS)를 정해 두고 있는데 그 방식은 5가지 유형으로 나누어볼 수 있다: 1) 집행유예만을 정하는 경우¹¹⁵¹⁾, 2) 선고유예만을 정하는 경우¹¹⁵²⁾, 3) 대부분의 사안에서 집행유예와 선고유예 모두 적용 가능한 경우¹¹⁵³⁾, 4) 집행유예나 선고유예가 가능하지만 징역형의 장소인 감옥(prison) 외의 다른 장소에서의 구금이 장려되는 경우¹¹⁵⁴⁾, 5) 대부분의 사안에서 감옥 외의 다른

1149) Richard S. Frase, *Suspended Sentences and Free-Standing Probation Orders in US Guidelines Systems: A Survey and Assessment*, 82 *Law and Contemporary Problems* Vol. 82 No. 1, 2019, 51면.

1150) Richard S. Frase, *Suspended Sentences and Free-Standing Probation Orders in US Guidelines Systems: A Survey and Assessment*, 82 *Law and Contemporary Problems* Vol. 82 No. 1, 2019, 52면.

1151) Alabama, District of Columbia, Kansas, Maryland, Tennessee.

1152) Arkansas, Florida, Michigan, Pennsylvania.

1153) Delaware, Massachusetts, Minnesota, Ohio, Virginia.

장소에서의 예비 구금형 제재만이 가능한 경우가 그것이다.¹¹⁵⁵⁾ 5)유형에 속하는 오레곤주와 워싱턴주는 보호관찰을 유예제도의 조건으로 부과하지 않고 보호관찰 자체만의 제재를 부과하고 있다.

마. 소결

사형을 형벌의 한 종류로 규정하고는 있지만 현재 추세는 사형을 집행하지 않는 추세이다. 우리가 정역 의무 부과 여부에 따라 자유형을 분류하고 있는 것과 달리 미국은 기간에 따라서만 구별하고 있다. 미국의 양형가이드라인은 법관의 재량을 배제한 강제적인 것으로 설정되었으나 이후 연방대법원 판결을 통해 권고적인 것으로 변경되었다. 우리 형법 제42조가 징역 또는 금고의 기간을 총론적으로 규정하고 개별 범죄에서 하고 있는데, 미국에서는 양형가이드라인에서 정하고 있는 양형기준표가 이와 같은 기능을 한다고 볼 수 있다.¹¹⁵⁶⁾ 벌금의 경우에는 우리 형법 제45조에서 하한을 5만원으로 정하고 양형기준에서는 정하고 있지 않은 것에 반해 미국은 양형기준표로 이 또한 세부적으로 정하고 있다. 미국에서 전과는 양형기준표와 삼진아웃법을 두는 것에서 알 수 있었던 바와 같이 형의 선고에서 중요한 가중요소임을 알 수 있다.

1154) 선고유예만이 가능한 연방법원, 집행유예만이 가능한 North Carolina, 집행유예와 선고유예 모두 가능한 Utah.

1155) University of Minnesota Robina Institute of Criminal Law & Criminal Justice Sentencing Guidelines Resource Center(<https://sentencing.umn.edu/>)의 자료를 토대로 정리한 Richard S. Frase, Suspended Sentences and Free-Standing Probation Orders in US Guidelines Systems: A Survey and Assessment, 82 Law and Contemporary Problems Vol. 82 No. 1, 2019, 57면.

1156) 오기두, 미국의 형벌제도, 저스티스 제82호, 한국법학원, 2004, .119면.

제3절 | 프랑스

1. 죄수론

가. 개관

입법자는 범죄인이 하나의 범죄뿐만 아니라 수개의 범죄를 저질렀을 경우에도 전체적 범죄 상황이 정확하게 반영된 상태에서 법관으로부터 형을 선고받을 수 있도록 고려하여야 한다. 범죄인이 실제로 수개의 범죄를 저지른 수죄의 경우에 대해 프랑스 형법은 ‘범죄들의 실체적 경합(le concours réel d’infractions)’과 ‘누범(la récidive)’을 든다.¹¹⁵⁷⁾ 아울러 범죄인이 행한 하나의 행위가 수개의 범죄구성요건에 해당하는 것으로 보이는 ‘상상적 경합(le concours idéal de qualifications)’은 사실상 범죄가 실제로 경합하는 것이 아니므로 범죄구성요건의 단계에서 적용할 형벌법규의 특정과 관련하여 다루는 것이 프랑스 형법학의 일반적 서술경향이기는 하지만 우리나라 형법학은 죄수론에서 법조경합, 상상적 경합과 실체적 경합을 같이 다루고 있어 그에 따라 아래에서 함께 서술한다.

나. 범죄경합시 죄명의 특정

구성요건에 해당하는 범죄행위에 적용할 형벌법규의 특정에서 일반적으로 특별하게 어려움이 나타나지 않는 이유는 행위의 범죄특정에서 나타나는 경합은 표면상의 것이기 때문이다. 원래 범죄구성요건은 명백하면서 양립할 수 없도록 확정적이어야 한다. 범죄구성요건의 사실적 요소와 규범적 요소도 한정적으로 행위와 행위상황을 명백히 구분하여 결정짓는다. 범죄행위가 단순하지 않고 복합적으로 구성되어 경합이 이루어지는 것으로 보일 때 이를 특정하기 위한 선택으로 세 가지의 경우를 들 수 있다. 첫째는, 범죄의 특정 또는 죄명이 선택적인 경우이다. 예를 들면, 예모 존재여부에 따라 예모에 의한 모살의 경우와 예모가 없는 고살의 경우를 말한다. 둘째는, 범죄

1157) Marie-Christine Sordino, Droit pénal général, 6^e éd., ellipses, 2016, 326면.

의 특징이 양립적이지 않은 경우이다. 예를 들어, 행위자가 절도죄와 장물죄로 동시에 기소된 경우¹¹⁵⁸⁾를 말한다. 셋째는, 범죄의 특정 또는 죄명의 경합이 실제로는 존재하지 않는 경우이다.¹¹⁵⁹⁾ 이 셋째의 경우는 아래의 법조경합에 해당하므로 그 부분에서 설명한다.

1) 법조 경합

범죄행위가 하나의 범죄구성요건에 한 번 해당하는 경우는 일죄이다. 범죄행위가 둘 이상의 형벌규정에 해당하는 외관을 가졌다 하더라도 실제로는 형벌법규 상호간의 관계상 그중 하나의 법규만이 적용되고 다른 법규의 적용은 배척되어 하나의 범죄구성요건에만 해당되어 결국 단순일죄로 되는 외견상의 경합이 법조경합이다. 이 법조경합을 프랑스 형법에서는 세 가지로 구분하여 범죄경합시 죄명의 선택과정에서 목격되는 하나의 양태로 본다. 그 첫 번째로 “특별한 조항은 일반적 조항에 우선한다”는 라틴어 법격언인 “*specialia generalibus derogant*”에 따라 특별한 범죄가 성립하면 함께 성립한 것으로 보이는 일반 범죄를 배척하는 ‘특별관계’를 든다. 그 예로는 부정선거에 관한 특수범죄행위가 성립하면 일반적 위조죄는 배척되는 경우를 들 수 있다. 그 두 번째는 구성요건에 함께 해당되어서 서로 경합하는 것으로 보이지만 그중 하나가 가중범죄상황에 해당하는 범죄로 특정되는 경우인 일종의 ‘흡수관계’를 든다. 그 예로는 강간죄와 고문행위가 경합하면 고문과 야만적 가혹행위에 이은 가중강간죄로 특정되는 경우를 들 수 있다. 그 세 번째는 어떠한 범죄행위의 수행은 동등하게 필수적으로 또 다른 범죄의 구성요건에 해당하게 되는 이른바 ‘택일관계’를 든다. 그 예로는 항공기불법탈취죄와 감금죄를 들 수 있다.¹¹⁶⁰⁾

2) 상상적 경합(Le concours idéal de qualifications)

범죄사실이 때로는 여러 사정이나 정황과 더 복잡하게 엮이면서 범죄사실에 다수의 형벌규정이 해당되는 경우가 있게 된다. 죄명의 경합이 상상적으로 또는 실제로 벌어지는 경우도 생기므로 이에 따라 구분하여 범죄의 특정 또는 죄명을 선택하게 된다.¹¹⁶¹⁾

1158) Cass. crim., 6 Juin 1979, *Bull. crim.*, n°193.

1159) Marie-Christine Sordino, *Droit pénal général*, 6^e éd., ellipses, 2016, 64면.

1160) Marie-Christine Sordino, *Droit pénal général*, 6^e éd., ellipses, 2016, 64면.

우선 ‘범죄의 상상적 경합’¹¹⁶²⁾은 행위자가 하나의 객관적 범죄행위를 행하였으나 수개의 죄명에 해당되는 경우이다. 이러한 상상적 경합은 행위자가 수개의 행위를 하여 다수의 범죄구성요건을 침해하는 ‘실체적 경합’과는 구별하여야 한다. 실체적 경합은 형벌의 선택에 관한 문제이고 구성요건의 특정이나 죄명선택의 문제는 아니기 때문이다. 하나의 행위로 수개의 죄에 해당하는 때에 성립하는 상상적 경합은 그 행위의 특수성으로 인하여 죄명의 단일성과 형의 감경화에 대한 논의가 뒤따르게 된다.¹¹⁶³⁾

(1) 죄명의 단일성(L'unité de qualification)

하나의 범죄사실은 하나의 유책성을 야기할 뿐이며 그로인해 범죄의 특징을 거쳐 죄명이 부여됨에 따라 당해 범죄의 법정형 중에서 가장 엄한 형벌을 가할 수 있는 것이다.¹¹⁶⁴⁾ 범죄 사안으로 보아 예정되는 법정형의 형량이 상호 동일한 경우 범죄사실의 정황은 판결법원의 법관에게 지침으로 작용한다. 법관은 범죄로 기소된 목적을 실현하기 위해 사용되는 방식에 따라서 ‘수단 또는 수반되는 범죄’보다는 ‘최종목적에 해당하는 범죄’에 중점을 두게 된다.¹¹⁶⁵⁾ 결국 범죄인에게는 특정되는 죄명에 따라 법정된 형벌이 가해진다. 형벌 부과시 헌법재판소가 하나의 헌법적 가치로 인정한 ‘형벌병과금지의 원칙(le principe de non-cumul des peines)’이 작용한다. 이 헌법상의 원칙은 “1789년 인간과 시민의 권리선언(la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789)”제8조에 규정된, “법은 엄격하고 명백히 필요한 형벌만을 정해야 하며 누구도 범죄 이전에 제정·공포되고 또 합법적으로 적용된 법률에 의하지 아니하고는 처벌되지 아니한다”의 내용으로부터 유래한다. 프랑스 헌법재판소의 결정례도, “비례성의 원칙에 따라 하나의 범죄사실의 선고에 있어서 수개의 형벌법규가 적용되는 경우라도 부과되는 제재가 법에서 정한 상한을 초과하여 부과될 수 없다”¹¹⁶⁶⁾라고 하여 동지의 이유를 든다.

1161) Patrick Serlouten, Les qualifications multiples, RSC, 1973, 45면.

1162) Yves Chalaron, Le concours idéal d'infractions, JCP, 1967, 2088면.

1163) Marie-Christine Sordino, Droit pénal général, 6^e éd., ellipses, 2016, 65면.

1164) 공공장소에서의 성적침해죄에 관한 파기원 판례로는 Cass. crim., 3 Janvier 1959, *Bull. crim.*, n°12.

1165) Frédéric Desportes/Francis Le Gunehec, Droit pénal général, 16^e éd., Economica, 2009, n°300 ; 부도수표를 통해 실현된 사기죄의 경우에 법관이 사기죄를 채택한 판결로는 Cass. crim., 3 mars 1966, *Bull. crim.*, n°79.

1166) Cons. const., 12 janvier 2002, n°2001-455 DC.

(2) 형의 감경화

두 가지 측면에서 상상적으로 경합된 범죄에 대해 형의 감경화가 이루어지고 있는 것은 아닌가하는 예상을 할 수 있는데 한편으로 범죄의 상상적 경합에 해당하는 범죄 행위자에게는 사실상 하나가 아닌 수개의 고의가 있을 수 있다는 점이고, 다른 한편으로는 범죄피해대상으로 복수의 범죄피해자가 존재할 수 있다는 점이다.

① 고의의 복수성

파기원판례는 종종 뚜렷하게 복수의 고의에 의해서 행해진 하나의 범죄행위에 대해서는 판결의 태도를 변경하기도 한다. 행위자의 범죄행위로 보호받아야하는 사회의 다양한 법익의 침해가 야기되었다하여 범죄의 상상적 경합이 아니라 이는 범죄들의 실제적 경합으로 보는 경우도 있다. 카페에 수류탄을 투척하여 다수의 희생자를 부상으로 상해하고 또한 같은 장소의 물건들을 손괴시킨 사건에서 파기원 판례는 서로 다른 두 개의 범의가 기반이 되어 하나의 객관적 행위로 범죄가 발생한 것으로 판단하였다.¹¹⁶⁷⁾ 이 경우 행위자는 두 가지의 사회적 가치를 침해하였는데 그 첫째는 인간생명의 보호이고 그 둘째는 소유권의 보호이다. 두 가지 유책성의 확인과 두 죄명이 인정되어 즉 살인미수죄와 폭발에 의한 건물파괴미수죄를 인정하였다. 법 실무상 법관은 보호해야하는 법익을 찾아야하고 고의를 분석해야하는 상당히 정교한 상황에 놓이게 된다. 그래서 법적 해결의 대부분은 범죄사실의 상황에 기초하게 되고 간혹 형사상 억제를 위해서 필요한 적합한 상황에 따른다.¹¹⁶⁸⁾ 그러나 만약 행위자의 행위에서 특별한 위험성이 드러나게 되면 범죄의 경합은 가능하다. 예를 들어, 공무원뇌물죄와 공금횡령죄의 두 죄의 실제적 경합범을 야기할 수 있다.¹¹⁶⁹⁾

② 범죄피해자의 복수성

복수 또는 다수의 범죄피해자의 출현은 법관이 위경죄와 경죄에 있어 죄명을 병과하는 중요한 기준을 구성한다. 특히 서로 다른 상해정도를 야기하는 단일한 행위의 도로교통법위반교통사고의 경우에 그러하다. 유럽인권재판소(la Cour européenne

1167) Cass. crim., 3 mars 1960, *Bull. crim.*, n°138.

1168) 형사판례의 유동적 태도에 대한 지적으로는 Philippe Conte/Patrick Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 7^e éd., Dalloz-Sirey, 2007, n°239.

1169) Cass. crim., 17 novembre 1986, *Bull. crim.*, n°342.

des droits de l'homme (CEDH))는 하나의 범죄사실에 대해서 이중으로 증척되게 죄명을 부여하여 경합범으로 취급하는 것이 하나의 행위에 대해 동일한 행위로 이중 기소를 금지하는 유럽인권보호조약(la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme(CESDH))의 규정에 모순된 것은 아니라고 판시¹¹⁷⁰⁾하였다.

다. 범죄들의 실체적 경합(Le concours réel d'infractions)

형법 제132-2조¹¹⁷¹⁾

어느 범죄로 인하여 확정판결을 받기 이전에 행위자에 의해 다른 범죄가 범해진 때에는 범죄들 간의 경합이 있다.

형법 제132-2조의 내용에 따라, 행위자가 어떠한 범죄로 확정판결을 받기 이전에 다른 범죄를 저지른 경우 이들 범죄들은 실체적으로 경합이 된다.¹¹⁷²⁾ ‘범죄들의 실체적 경합’은 행위자의 단일한 행위가 수개의 범죄구성요건에 해당하게 되는 ‘상상적 경합’이나 이미 유죄판결을 받은 자가 동일한 또는 유사한 범죄를 재차 저지른 경우인 ‘누범’의 경우와는 구별되어야 한다. 행위자가 범한 범죄들이 실체적으로 경합을 하게 되면 처벌시 ‘병과주의’에 따라 각 범죄를 독립적으로 처벌하는 태도와 ‘가중주의’에 따라 나중에 범한 범죄의 형벌을 가중하는 태도의 선택이 있을 수 있다. ‘가중주의’는 자칫 형량이 매우 높아져서 예를 들어 미국의 몇몇 형사판결에서 보이듯이 심지어는 유죄확정판결을 받은 피고인의 자연수명을 훨씬 웃도는 경우¹¹⁷³⁾까지 벌어진다. 개인적 자유수호원칙에 입각한 프랑스 형법은 형벌의 ‘병과주의’를 채택하지 않는다. 1789년 프랑스 대혁명부터 ‘형벌병과금지의 원칙(le principe de non-cumul des peines)’은 형법전에 계속 이어져왔다. 1810년 형법전 제5조에, “복수의 중죄 또는 경죄로

1170) CEDH, 30 juillet 1998, JCP éd. G, 1999, I, 105, obs. Frédéric Sudre(차량지배의 상실과 업무상과실치상죄).

1171) “Il y a concours d'infractions lorsqu'une infraction est commise par une personne avant que celle-ci ait été définitivement condamnée pour une autre infraction(l'article 132-2 du Code pénal).”

1172) Vincent Lesclous, Le cumul réel d'infractions, RSC, 1991, 717면.

1173) 미국의 월가의 NASDAQ증권거래소회장을 역임한 피고인 Madoff는 세계금융기관을 상대로 대략 650억 달러(\$)상당의 투자사기를 범하여 2009년 6월 29일에 징역 150년을 선고받았음.

유죄 판결되는 경우 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌한다”고 규정했다. 신형법전의 개혁은 이 조문해석의 정교화에 주력하는 대다수 판례에 해결책을 제공할 수 있었다. 따라서 학설상 ‘제한적 병과주의’¹¹⁷⁴⁾ 또는 ‘절충적 병과주의’¹¹⁷⁵⁾가 제안되었다. 즉 특수한 상황에 따른 형벌의 ‘병과주의’를 허용하는 범죄¹¹⁷⁶⁾를 제외하고는 신형법전은 단일기소 또는 분리된 복수의 기소에서 모두 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌한다는 ‘흡수주의’를 채택하고 있다. 여러 범죄들 중 가장 경미한 위경죄의 실체적 경합은 이와는 달리 취급한다.¹¹⁷⁷⁾

1) 단일기소의 경우

형법 제132-3조는 두 개의 항으로 나누어 제1항에서는 복수의 형의 선고와 제2항에서는 복수의 형의 산입에 대해서 구분하고 규정하고 있다. 이 원칙은 중죄와 경죄에만 관련된다.

형법 제132-3조¹¹⁷⁸⁾

- ① 동일한 공판절차에서 경합하는 수개의 범죄에 대하여 모두 유죄로 인정하는 경우에는 각각의 형을 선고할 수 있다. 다만 각 죄에서 정한 형이 동종의 형인 때에는 가장 중한 죄에 정한 형의 상한의 범위 내에서 하나의 형만을 선고한다.
- ② 선고된 형은 경합하는 범죄들의 형의 법적 상한의 범위 내에서 공통된 것으로 간주된다.

1174) Philippe Conte/Patrick Maistre du Chambon, Droit pénal général, 7^e éd., Dalloz-Sirey, 2007, n°485.

1175) Bernard Bouloc, Droit pénal général, 26^e éd., Dalloz, 2019, n°692.

1176) ‘흡수주의’를 채택한 형법 제132-2조와 달리 ‘병과주의’를 채택한 형법상의 규정으로는 구금 중의 행위자가 공무집행방해죄를 저지른 경우 원래 저지른 범죄와 별개로 형을 병과(형법 제433-9조)하고, 도주죄의 형벌은 집행 받고 있던 형벌이나 구금의 이유가 된 범죄에 대해 선고한 형에 흡수되지 않고 병과(형법 제434-31조)하고, 제3자성명모용 후 횡령죄를 저지른 경우 성명모용죄에 대한 형벌은 성명모용을 수단으로 행해진 본죄의 형벌에 흡수되지 않고 병과(형법 제434-23조)된다. 또한 형법 제314-7조 제2항에 의해서 강제집행면탈죄의 경우 형의 병과는 판결법관의 재량으로 되는 경우도 있다. 그밖에 형법전 외에서 형의 병과가 가능한 처벌의 영역으로는 사냥에 대한 규율과 철도경찰의 규율을 든다.

1177) Marie-Christine Sordino, Droit pénal général, 6^e éd., ellipses, 2016, 326면.

1178) “Lorsque, à l’occasion d’une même procédure, la personne poursuivie est reconnue coupable de plusieurs infractions en concours, chacune des peines encourues peut être prononcée. Toutefois, lorsque plusieurs peines de même nature sont encourues, il ne peut être prononcé qu’une seule peine de cette nature dans la limite du maximum légal le plus élevé. Chaque peine prononcée est réputée commune aux infractions en concours dans la limite du maximum légal applicable à chacune d’entre elles(l’article

(1) 복수의 형의 선고

형법 제132-3조 제1항은, “동일한 공판절차에서 경합하는 수개의 범죄에 대하여 모두 유죄로 인정하는 경우에는 각각의 형을 선고할 수 있다. 다만 각 죄에서 정한 형이 동종의 형인 때에는 가장 중한 죄에 정한 형의 상한의 범위 내에서 하나의 형만을 선고한다”고 규정한다. 이 조항의 내용으로부터 한편으로, 선고될 수 있는 형벌이 이종 즉 다른 종류일 경우에 대한 법적처리와 또 한편으로는, 동종의 형벌 중에서 오직 하나의 형벌만이 가장 중한 죄에 정한 형의 상한범위 내에서 부과된다면 그 외의 다른 형벌의 법적처리에 대한 의문이 생길 수 있다. 우선 동종의 형벌에 관한 의미의 명확화가 필요하다. 형벌의 내용과 효과가 동일하다면 서로 간에 ‘동종의 형’이다. 그래서 형법 제132-5조 제1항은, “자유형들은 같은 속성을 가진 동종의 형이다”라고 규정한다. 아울러 벌금형과 이수벌금형도 같은 속성을 가진 형이다. 형법 제132-3조 제1항을 적용한다면 각 죄에 정한 형이 동종이 아닌 ‘이종의 형’인 경우가 있을 수 있다. 결과적으로 형벌부과시 주형, 대체형, 보충형과 같은 모든 종류의 형벌과 보안처분이 동시에 선고될 수 있는 것이다.¹¹⁷⁹⁾ 예를 들어 만약 어떤 행위자가 구금형, 벌금형과 보충형으로 3년 이하의 지불카드 사용금지에 해당하는 첫 번째 범죄를 저지른 후 확정판결이 선고되기 전에 구금형, 벌금형과 보충형으로 3년 이하의 운전면허정지에 해당하는 두 번째 범죄를 범한 경우에 법원은 한 번의 기소에 의한 재판을 통해 단일구금형, 단일벌금형과 보충형으로 3년 이하의 지불카드 사용금지와 3년 이하의 운전면허정지를 병과하여 선고할 수 있다. 다음으로 형법 제132-3조 제1항이 동종의 형 중에서¹¹⁸⁰⁾ 오직 하나의 형만이 가장 중한 죄에 정한 형의 상한범위 내에서 부과한다고 할 때 실제적 경합범의 형사재판에서 동종의 형만이 아니라 이종의 형이 선고될 가능성을 생각하게 된다. 행위자의 하나의 범죄사실로 한편으로는 형사제재와 행정제재 또는 형사제재와 제재적 조세¹¹⁸¹⁾ 또는 제재적 관세의 부과가 예상될 수 있고, 또 한편으로

132-3 du Code pénal).”

1179) 또한 국내법원에서 선고된 형 외에 국외법원에서 경합된 범죄에 대해 선고된 형이 병과될 수 있을 것이다.

1180) 동종의 형으로 두 개의 벌금형이 부과된 판례로는 Cass. crim., 29 mai 1996, *Bull. crim.*, n°220 ; Cass. crim., 5 décembre 2000, *Bull. crim.*, n°363 ; 동종의 형으로 두 개의 자유형이 부과된 판례로는 Cass. crim., 5 décembre 1996, *Bull. crim.*, n°454..

1181) Cass. crim., 29 juillet 1970, *Bull. crim.*, n°251 ; Cass. crim., 4 juin 1998, *Bull. crim.*, n°186.

는 헌법재판소가 인정한 형벌의 병과도 비례성의 원칙준수 내에서 가장 중한 죄에 정한 형의 상한의 범위 내의 부과로 예상될 수 있다. 주식 등 증권범죄의 경우 형법상의 ‘내부자 거래범죄’와 독립행정청(L’Autorité administrative indépendante(AAI))¹¹⁸²⁾의 하나인 금융시장감독청(L’Autorité des marchés financiers(AMF))의 법규명령(les règlements)에 위반¹¹⁸³⁾되는 ‘내부자 거래행위’에 동시에 해당할 수 있다. 이 문제와 관련하여서는 국내법과 국외법상의 금융통화시장의 비약적 발전에 따라 ‘일사부재리’의 원칙(*la règle non bis in idem*)의 원칙적 적용 하에서 두 제재의 병과를 허용한다. 아울러 어떤 행위자가 5년의 구금형과 75,000유로(€)의 벌금형에 해당하는 첫 번째 범죄를 저지르고 난 후 확정판결이 선고되기 전에 15년의 구금형과 150,000유로(€)의 벌금형에 해당하는 두 번째 범죄를 범했다면 법원은 한 번의 기소에 의한 재판을 통하여 15년 이하의 구금형과 150,000유로(€) 이하의 벌금형을 병과하여 선고할 수 있다.¹¹⁸⁴⁾

(2) 복수의 형의 산입

형법 제132-3조 제2항은, “선고된 형은 경합하는 범죄들의 형의 법적 상한의 범위 내에서 공통된 것으로 간주된다”고 규정한다. 이 규정은 선고형 또는 형의 집행이 법적 상한의 범위 내라고 하더라도 양형이 정당하지 못하다고 여겨질 수 있는 상황에서 정당화의 역할을 한다. 이를테면 어떤 행위자가 실체적 경합관계의 두 가지 범죄를 저지른 경우, 7년 이하의 구금형에 해당하는 첫 번째 범죄와 3년 이하의 구금형에 해당하는 두 번째 범죄로 5년의 구금형이 선고될 수 있다. 만약 이 경우에서 첫 번째 범죄가 법령의 개폐로 형이 폐지되면 행위자에게 선고되는 구금형의 법적 상한은 3년 이하로 새로이 바뀌게 된다.¹¹⁸⁵⁾

1182) 독립행정청은 해당 각부장관의 계층적 지휘권한에 따르지 않고 집행권으로부터 감독을 받지도 않는 독립적 행정기관이다.

1183) Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, Journal officiel du 1er août 1989, 9676면 ; 징계 제재와 형사제재 간의 병과도 가능하다(Cass. crim., 27 mars 1997, *Bull. crim.*, n°128 ; Cass. crim., 19 février 2014, Dr. pénal 2014, comm. obs. Virginie Peltier, pour un cumul entre une sanction disciplinaire d’interdiction professionnelle et une sanction pénale, n°68.).

1184) Marie-Christine Sordino, Droit pénal général, 6^e éd., ellipses, 2016, 327면.

1185) Marie-Christine Sordino, Droit pénal général, 6^e éd., ellipses, 2016, 328면.

2) 분리된 복수의 기소의 경우

형법 제132-4조¹¹⁸⁶⁾

다른 분리된 공판절차에서 경합하는 수개의 범죄에 대하여 모두 유죄로 인정되는 경우에 선고된 형은 가장 중한 죄에 정한 형의 법적 상한 범위 내에서 병과 하여 집행된다. 다만 최종 선고법원의 결정 또는 형사소송법에 규정된 요건에 따라 동종의 형에 대한 전부 또는 일부의 흡수가 명해질 수 있다.

분리된 공판절차를 통해 복수의 기소가 이루어지는 상황에서는 여러 법원들은 밝혀지는 범죄에 따라서 판결에 임할 것이다. 따라서 이러한 독립적 분리기소의 경우에서 형의 확정은 형의 선고시가 아니라 형의 집행시로 귀착된다. 위의 형법 제132-4조가 규정한 내용대로 ‘형벌 병과상한주의’를 창설하였으나 단서조항에 따라 판결법원의 법관은 동종의 형에 대한 ‘흡수’를 결정할 수 있다.¹¹⁸⁷⁾

(1) 형벌 병과상한주의

이종으로 선고된 형들은 병과의 방식으로 집행되고, 동종으로 선고된 형들은 가장 중한 죄에 정한 형의 법적 상한을 초과하지 않는 범위 내에서 병과된다. 예를 들어 어떤 행위자가 7년의 구금형과 100,000유로(€)의 벌금형에 해당하는 첫 번째 범죄를 행하고서 4년의 구금형과 60,000유로(€)의 벌금형의 확정판결을 받은 뒤, 5년의 구금형과 75,000유로(€)의 벌금형에 해당하는 두 번째 범죄를 행하고서 5년의 구금형과 45,000유로(€)의 벌금형의 확정판결을 받았다면, 이 경우는 분리된 공판절차의 실제적 경합으로 구금형과 벌금형으로 서로 다른 이종의 형이 선고되어 형벌병과의 상한은 7년의 구금형과 100,000유로(€)의 벌금형이 된다.¹¹⁸⁸⁾

1186) “Lorsque, à l’occasion de procédures séparées, la personne poursuivie a été reconnue coupable de plusieurs infractions en concours, les peines prononcées s’exécutent cumulativement dans la limite du maximum légal le plus élevé. Toutefois, la confusion totale ou partielle des peines de même nature peut être ordonnée soit par la dernière juridiction appelée à statuer, soit dans les conditions prévues par le code de procédure pénale.(l’article 132-4 du Code pénal).”

1187) Marie-Christine Sordino, Droit pénal général, 6^e éd., ellipses, 2016, 328면.

1188) Marie-Christine Sordino, Droit pénal général, 6^e éd., ellipses, 2016, 328면.

형법 제132-5조¹¹⁸⁹⁾

- ① 형법 제132-3조 및 제132-4조를 적용함에 있어 자유형은 동종의 형으로 보며 모든 자유형은 무기형에 흡수된다.
- ② 필요한 경우 누범상태를 고려한다.
- ③ 무기징역을 선고할 수 있는 하나 또는 수개의 경합범에 대하여 무기징역을 선고하지 아니할 경우 유기징역의 법정형은 30년으로 한다.
- ④ 일수벌금형의 1일 부과액과 일수 그리고 사회봉사명령형 기간의 상한은 각각 형법 제131-5조 및 제131-8조에 규정된 바에 따른다.
- ⑤ 경합범에 대하여 선고된 형 중 하나의 형에 대해 전부 또는 일부의 집행유예선고가 있더라도 집행유예를 수반하지 않는 동종의 형에 대한 집행에 아무런 장애가 되지 않는다.

위의 형법 제132-5조 제1항과 제3항에서 규정한 내용대로, 만약 무기형이 선고되면 모든 자유형은 무기형에 흡수되는 것이며, 무기징역을 선고할 수 있는 하나 또는 수개의 경합범에 대해 무기징역을 선고하지 아니할 경우에 유기징역의 법정형은 30년으로 고정된다.

(2) 동종의 형에 대한 흡수주의

법관이 실제적으로 경합된 동종의 형에 대해 흡수를 결정할 수 있을 경우에도 흡수에 대한 요건과 효과에 대한 검토는 필요하다. 실제적으로 경합된 동종의 형을 부과할 경우 흡수의 요건은 형법 제132-4조에서 정의된다. 분리된 복수의 기소의 경우 가장 중한 죄에 정한 형의 법적 상한을 초과하지 않는 범위 내에서의 병과의 형태로 적용하므로 단일기소의 경우보다는 과형상 행위자에게 더 가혹할 수 있다. 본 조문은 법관에게 형의 흡수를 선택할 수 있는 가능성을 부여하여 이 경우 흡수로 인해서 흡수되는 경한 형벌이 다른 더 중한 형벌과 동시에 집행이 되는 것으로 인정한다. 보다 중한

1189) "Pour l'application des articles 132-3 et 132-4, les peines privatives de liberté sont de même nature et toute peine privative de liberté est confondue avec une peine perpétuelle. Il est tenu compte, s'il y a lieu, de l'état de récidive. Lorsque la réclusion criminelle à perpétuité, encourue pour l'une ou plusieurs des infractions en concours, n'a pas été prononcée, le maximum légal est fixé à trente ans de réclusion criminelle. Le maximum légal du montant et de la durée de la peine de jours-amende et celui de la peine de travail d'intérêt général sont fixés respectivement par les articles 131-5 et 131-8. Le bénéfice du sursis attaché en tout ou partie à l'une des peines prononcées pour des infractions en concours ne met pas obstacle à l'exécution des peines de même nature non assorties du sursis.(l'article 132-5 du Code pénal)."

형의 흡수는 전적인 또는 부분적인 흡수가 가능하다. 흡수는 실체적으로 경합된 판결이 내려지는 최종법원에서 형법 제132-4조를 적용하여 명해지거나 차후에 형사소송법 제710조¹¹⁹⁰⁾에 의해서 피고인의 요구로 명해질 수 있다. 예를 들어, 어떤 행위자가 7년과 6년의 구금형에 해당하는 두 개의 범죄로 각각 선고되었고 법원은 형의 전적 또는 부분적인 흡수를 명할 수 있다고 가정한다. 만약 흡수가 전적인 것이면 유죄를 인정받은 피고인의 형량은 7년의 구금형으로 최종 선고되고, 부분적 흡수를 명하게 되면 법원은 다른 6년의 구금형의 3분의 2에 해당하는 4년은 흡수되어 함께 집행되지만 3분의 1에 해당하는 2년은 집행되지 않았다고 판단하여 피고인의 형량은 9년의 구금형으로 최종 선고된다. 동종의 형벌에 대한 흡수주의의 효과는 그것이 함께 동시적 방식으로 집행되는 것으로 여겨지기 때문에 중요하다. 흡수주의는 우선 수동적으로 흡수되는 형벌에 관한 효과를 산출한다. 형이 흡수가 되었다고 하여 흡수된 형벌의 존재자체가 삭제되지는 않는다. 결론적으로 실체적으로 경합된 행위자의 모든 형벌은 ‘전과기록(le casier judiciaire)’에 남고 누범¹¹⁹¹⁾산정에 고려될 수 있다. 만약 흡수하는 형이 사라지게 되면 흡수는 존재할 이유가 없게 되고 원래 흡수된 형벌 법적 상한을 초과하지 않는 범위 내에서 형을 적용하여야한다.¹¹⁹²⁾

형법 제132-6조¹¹⁹³⁾

- ① 경합범 중의 어떤 죄에 대해 하나의 형이 사면 또는 형의 집행면제의 대상이 되면 형의 흡수를 적용하기 위해서 다른 죄에 대하여 다시 형을 정한다.
- ② 형의 흡수 후 개입된 형의 집행면제는 형의 흡수로부터 나타나는 형에 적용한다.
- ③ 형의 감경의 기간은 필요한 경우 형의 흡수 후에 받게 되는 형의 기간에서 공제한다.

1190) “... Le ministère public de la juridiction destinataire d'une demande de confusion déposée par une personne détenue peut adresser cette requête à la juridiction du lieu de détention. ... (l'article 710 du Code de procédure pénale)” 즉 형소법 제710조에 의해, “구속피고인은 검사에게 선고된 형의 흡수를 청구하고 검사는 구속 장소관할법원에 이 청구를 전달할 수 있다”.

1191) Cass. crim., 30 septembre 1997, *Bull. crim.*, n°315.

1192) Marie-Christine Sordino, *Droit pénal général*, 6^e éd., ellipses, 2016, 329면.

1193) “Lorsqu'une peine a fait l'objet d'une grâce ou d'un relèvement, il est tenu compte, pour l'application de la confusion, de la peine résultant de la mesure ou de la décision. Le relèvement intervenu après la confusion s'applique à la peine résultant de la confusion. La durée de la réduction de peine s'impute sur celle de la peine à subir, le cas échéant, après confusion (l'article 132-6 du Code pénal).”

다음으로 흡수주의는 능동적으로 다른 형벌을 흡수하는 형에 대해서도 효과를 낸다. 흡수 후에 개입된 ‘형의 집행면제(le relèvement)’¹¹⁹⁴⁾나 ‘형의 감경(la réduction de peine)’¹¹⁹⁵⁾이 야기되었다면 ‘형의 집행면제’는 형의 흡수로부터 나타나는 형에 적용하고(형법 제132-6조 제2항), ‘형의 감경’의 기간은 형의 흡수 후에 받게 되는 형의 기간에서 공제한다(형법 제132-6조 제3항). 피고인이 흡수되는 형에 의해서 미결 구금에 처해졌다면 그 미결구금일수가 흡수를 하는 형벌에 산입되어 전체형기에서 공제된다(형소법 제716-4조). 특수한 경우로서 피고인이 두 개의 구금형을 선고받았으나 그중 하나의 구금형은 집행유예로 선고받은 경우가 있을 수 있다.¹¹⁹⁶⁾ 이에 대해 파기원 판례는, “두 개로 경합하여 선고받은 구금형 중 하나의 구금형에 집행유예가 선고되었을 경우에는 전적인 흡수가 허용되었으며 그 경우 집행유예가 선고되지 않은 가장 장기인 구금형을 집행하여야 한다”라고 판시¹¹⁹⁷⁾하였다.

3) 위경죄의 실체적 경합의 경우

‘1810년의 형법전’에서는 중죄와 경죄의 실체적 경합을 규정하였고 파기원 판례¹¹⁹⁸⁾에서 위경죄의 경우에는 범죄들의 실체적 경합이 적용되지 않는 것으로 결론지었다.

형법 제132-7조¹¹⁹⁹⁾

상기 여러 조문의 규정에도 불구하고 위경죄에 대한 벌금형은 위경죄 상호간에 그리고 경합되는 중죄나 경죄에 대한 법정형 또는 선고형에 병과된다.

1194) ‘형 집행의 면제’는 형의 선고로 금지, 자격상실 또는 자격정지처분 등을 명받은 자가 그러한 자격의 회복을 법원에 청구할 수 있는 가능성을 뜻한다(“Relèvement”, http://www.justice.gouv.fr/mots-cles/mc_r.html (2020년 10월 31일 최종검색)).

1195) ‘형의 감경’은 형벌적용법관(le juge de l'application des peines)이 자유형의 수형기간의 단축을 허용하는 처분이다. 본 처분은 형이 종국적으로 확정된 피고인에게만 허용된다. 따라서 항소심 또는 상고심의 상소 기간이 경과하였거나 상소절차를 거친 피고인에게 해당한다. 무기징역을 선고받은 피고인은 본 처분의 혜택을 받을 수 없다.

(“Peines alternatives à l'emprisonnement et aménagements de peine”, <http://www.justice.gouv.fr/actualite-du-ministere-10030/peines-alternatives-a-lemprisonnement-et-amenagements-de-peine-16279.html> (2020년 10월 31일 최종검색).)

1196) Marie-Christine Sordino, *Droit pénal général*, 6^e éd., ellipses, 2016, 330면.

1197) Cass. crim., 12 avril 2012, n°12-90.004 이 파기원 판례는 이전의 판례와 비교하여 하나의 전환점이 되었다. 파기원의 이전 판례들에서는 집행유예는 실체적 경합된 상태의 동종의 형벌에 대한 역제를 할 수 없거나 집행되는 형벌은 흡수하는 형의 상한의 범위 내에서 집행유예 없는 두 형벌의 병합으로 산정하였다.

1198) Cass. crim., 5 novembre 1958, *Bull. crim.*, n°668.

형법 제132-7조는 구 형법전에 해당하는 '1810년 형법전'의 규정을 이어받아 중죄 또는 경죄의 실체적 경합과는 달리 위경죄에 부과하는 벌금형은 위경죄 상호간에 병과가 되며, 위경죄와 경합하는 중죄 또는 경죄에 대한 법정형 또는 선고형에 병과를 한다는 것이다. 위경죄에 대한 벌금형의 병과는 이른바 무제한이다. 위경죄들 간의 실체적 경합이 일어났을 때에도 법원은 위경죄에 부과될 수 있는 벌금액과 동일한 금액의 벌금형을 부과할 수 있다. 제재가 가해지는 위경죄의 숫자들과 그 제재들의 총액이 간혹 너무 늘어날 수도 있다. 실제로 두 개의 사건에서 각각 972차례¹²⁰⁰⁾, 365차례¹²⁰¹⁾의 벌금형이 선고된 적이 있었다. 실체적으로 경합된 위경죄 상호간에 오직 벌금형은 제한 없이 병과가 될 수 있지만 보충형 또는 위경죄대체처분의 경우는 법원이 제한 없이 병과할 수는 없다.¹²⁰²⁾ 또한 위경죄에 대한 벌금형은 하나 또는 다수의 위경죄에 병과가 가능하며, 경합되는 중죄 또는 경죄에 병과가 가능하다.¹²⁰³⁾

라. 소결

범죄행위는 단순히 하나의 구성요건에 해당하는 경우도 있고, 둘 이상의 형벌규정에 해당하는 외관을 가졌지만 실제로는 하나의 법규만이 적용되어 다른 규정의 적용은 배척되어 하나의 구성요건에만 해당되어 일죄에 해당하는 외견상의 경합인 '법조 경합'이 있다. '상상적 경합'은 범죄들이 실제로 경합하는 것은 아니기에 프랑스 형법학에서는 양형을 위한 죄수론 단계에서 다루지 않고 구성요건단계에서 범죄에 적용하는 형벌법규의 특징의 문제로 다루는 점이 우리의 형법학과 순서상의 차이를 보인다. 행위자가 어떠한 범죄로 확정판결을 받기 이전에 또 다른 범죄를 저지른 경우 이들 각 범죄들은 실체적으로 경합한다. 프랑스 형법은 프랑스 대혁명 때부터 원칙적으로 '형벌병과금지의 원칙'을 채택하여 형법전에 계속 이어져왔고 현재는 특수한 영역에

1199) "Par dérogation aux dispositions qui précèdent, les peines d'amende pour contraventions se cumulent entre elles et avec celles encourues ou prononcées pour des crimes ou délits en concours(l'article 132-7 du Code pénal)."

1200) Cass. crim., 13 février 1979, *Bull. crim.*, n°65, 불규칙적으로 가격표가 붙은 각각의 포장물에 대해서 벌금형이 선고된 사례이다.

1201) Cass. crim., 17 mars 1993, *Bull. crim.*, n°125.

1202) Marie-Christine Sordino, *Droit pénal général*, 6^e éd., ellipses, 2016, 330면.

1203) Cass. crim., 7 janvier 1998, *Bull. crim.*, n°4.

서의 형벌의 병과만을 허용하는 ‘제한적 병과주의’를 취하면서 단일기소와 분리된 복수의 기소에서 가장 중한 죄에 정한 형으로 처벌하는 ‘흡수주의’를 채택하고 있다.

단일기소로 동종의 형을 선고하는 실체적 경합의 경우에는 가장 중한 죄에 정한 형의 상한 범위 내에서 하나의 형을 선고하며 이종의 형을 선고하는 실체적 경합의 경우에는 제재의 병과가 허용된다. 형법 제132-4조의 규정에 따라서, 분리되어 독립된 복수의 기소를 통해 유죄로 인정된 실체적 경합범의 경우에는 둘로 나누어, 이종의 형으로 선고된 형벌들은 가장 중한 죄에 정한 형의 법적 상한을 초과하지 않는 범위 내에서 병과를 하는 ‘형벌병과상한주의’를 채택하고, 동종의 형으로 선고된 경우 형벌의 전부 또는 일부의 흡수가 명해지는 ‘흡수주의’를 채택한다. 이때 형이 흡수되었다고 하여서 흡수되어진 형벌의 존재자체가 없어지는 것은 아니다. 실체적으로 경합된 행위자의 모든 형벌은 전과기록에 남게 되고 추후 누범산정에 고려될 수 있다. 그리고 실체적 경합시 능동적 입장에서 흡수하는 형에 대한 효과를 보면, 형법 제132-6조에 따라 하나의 형이 사면이나 형의 집행면제의 대상이 되면 형의 흡수를 적용하기 위해서는 그 처분 또는 결정에서 나오는 형을 고려해야하고, 형의 흡수 후에 개입된 형의 집행면제는 형의 흡수로부터 나오는 형에 적용한다. 즉 형의 흡수가 이루어지기 전에 하나의 형이 사면 또는 형의 집행면제의 대상이 되면 그것을 고려하여 형의 흡수를 하는 것이고, 형의 흡수가 이루어진 후에 형의 집행면제가 개입되면 형의 흡수로부터 나오는 형에 그것을 적용하는 것이다. 또한 형의 감경이 있게 되면 형의 흡수 후에 받게 되는 형의 기간에서 공제한다. 위경죄의 실체적 경합은 형법 제132-7조에 의해 특별히 취급하여 위경죄에 부과되는 벌금형은 위경죄 상호간에 ‘병과’가 되고 만약 위경죄와 경합되는 중죄 또는 경죄가 있다면 그 법정형 또는 선고형에도 ‘병과’가 된다.

따라서 프랑스 형법은 우리 형법 제38조 제1항 제2호에서 규정하는 ‘가중주의’를 채택하지 않으며 원칙적으로 ‘형벌병과금지의 원칙’을 채택하지만 예외적으로 특정분야 및 위경죄에서의 ‘병과’는 이루어지므로 전면적 부인이 아닌 ‘제한적 병과주의’와 ‘흡수주의’에 입각하여 실체적 경합범의 처벌을 규율한다.

2. 형벌론

가. 형벌의 분류 및 보안처분

형사법원이 피고인에 대하여 실체심리를 한 후에 유죄를 인정하면 형벌(peines)이나 보안처분(mesure de sûreté)의 형사제재를 선고한다. 프랑스도 우리와 유사하게 형사제재(sanctions répressives)를 형벌과 보안처분으로 구분하고 있지만, 범죄에 적용되는 형벌의 체계가 단일한 우리나라와 달리 프랑스는 범죄의 유형과 자연인 또는 법인여부에 따라 적용되는 형벌과 보안처분 등이 다양하고 복잡한 구조를 취하고 있다. 따라서 구체적인 사안에서 어떠한 형벌과 보안처분을 적용할 수 있는지를 파악하려면 먼저 형벌과 보안처분에 대한 분류방식을 이해해야 한다.

1) 형벌의 분류

(1) 범죄삼분체계에 따른 형벌의 분류

프랑스는 범죄를 그 중대성에 따라 중죄와 경죄, 위경죄로 분류하는 범죄삼분체계를 따르고 있으며, 이를 구분하는 기준은 기본적으로 부과될 수 있는 형벌의 경중이다. 즉 범죄삼분체계에 따른 형벌의 분류는 결국 형벌의 경중에 따른 분류라고 하겠다. 그러나 범죄의 삼분체계에 따라 단순히 적용되는 자유형의 상한 또는 벌금액의 상한에 있어서 차이가 나타나는 것은 아니며 중죄, 경죄, 위경죄에 적용될 수 있는 형벌의 종류가 다양하다는 특성이 있다. 또한 법인의 형사책임이 인정되기 때문에 필연적 결과로서 법인에 적용되는 형벌 또한 범죄의 삼분체계를 따라 다양하게 존재한다. 아래의 형벌들은 자연인에 대하여 적용되는 것으로서 법인의 대하여는 후술하겠다.

① 중죄형(peines criminelles)

중죄형은 일반범죄에 적용되는 보통형벌(peines de droit commun)과 정치적 범죄에 적용되는 정치적 형벌(peines politiques)로 구분된다. 중죄의 보통형벌과 정치적 형벌에 대하여는 형법전 제131-1조가 중한 단계부터 낮은 단계의 순서로 규정하고 있다. 프랑스는 1981년 사형제를 폐지하였으며 이에 따라 징역(la réclusion criminelle) 또는 금고(la détention criminelle)는 무기(종신), 최고 30년, 최고 20년, 최고 15년으로 구분

되며, 유기의 징역 또는 금고의 형량은 최소 10년 이상이어야 한다. 만일 10년 미만의 경우에는 경죄에 적용되는 구금(emprisonnement)형으로 전환된다. 형법전 제131-2조의 규정에 따라 징역 또는 금고의 중죄형은 벌금형 및 형법전 제131-10조에 규정된 자격정지, 몰수 치료명령 등과 같은 보충형(peines complémentaires)이 병과될 수 있다.

② 경죄형(peines correctionnelles)

경죄에 적용되는 형벌의 종류에 대하여는 형법전 제131-3조가 규정하고 있으며, 일반범죄와 정치적 범죄에 공통된다. 여기에는 구금(emprisonnement), 전자감시에 의한 가택구금(la détention à domicile sous surveillance électronique), 공익근로(le travail d'intérêt général), 벌금(amende), 일수벌금(le jour-amende), 연수형(les peines de stage), 제131-6조에 규정된 권리박탈 또는 권리제한(운전면허의 정지, 몰수, 무기소지의 금지 등) 및 배상제재(la sanction-réparation) 등이 있다. 구금형의 상한은 10년이며 누범의 경우 20년으로 증가한다. 여기에 열거된 형벌은 형법전 제131-10조가 규정하고 있는 보충형이 병과될 수 있다. 경죄에 적용되는 벌금액은 형사소송법전 제381조의 규정에 따라 최소 3,750유로이며, 벌금액의 상한은 개별 형벌법규에서 정할 뿐 일반적 제한은 없다.¹²⁰⁴⁾

③ 위경죄형(peines contraventionnelles)

위경죄에 적용되는 형벌에 대하여는 형법전 제131-12조가 규정하고 있으며, 여기에는 벌금, 제131-14조에 규정된 권리의 박탈 또는 제한, 배상제재가 있다. 구 형법전 하에서 위경죄에 대하여 구금형이 규정된 경우가 있었으나 신형법전은 이를 폐지하였다. 위경죄는 그 경중에 따라 1급에서 5급으로 구분되며, 벌금액은 형법전 제131-13조의 규정에 따라 각각 38유로, 150유로, 400유로, 750유로, 1,500유로(누범의 경우 3,000유로)이다. 형법전 제131-16조 및 제131-17조에 열거된 보충형(운전면허의 정지, 무기소지의 금지, 수렵허가증의 철회, 몰수 등)이 병과될 수 있다.

1204) Bernard Boulloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 631면.

(2) 법인에 적용되는 형벌

법인에 대하여 선고될 수 있는 형벌에 대하여는 형법전 제131-37조 이하에서 규정하고 있다. 법인에 대하여 적용되는 형벌은 기본적으로 벌금이다. 형벌법규가 자연인에 대하여 벌금을 예정하고 있는 경우에는 법인에 대하여도 적용될 수 있으며, 제131-38조의 규정에 따라 자연인과 동일한 금액이 아닌 최대 5배의 범위 내에서 선고할 수 있다. 만일 중죄에 대하여 자연인에 적용되는 벌금이 예정되어 있지 않은 경우에 법인에 대한 벌금은 최고 100만 유로이다. 벌금을 제외하고 중죄 또는 경죄에 대하여 형법전 제131-39조가 규정하고 있는 형벌을 선고하려면 각칙 조문에서 명시적으로 규정한 경우에만 가능하다. 여기에 해당하는 대표적인 형벌로는 법인의 해산(dissolution), 직업 또는 사회활동의 금지, 사법감시, 회사시설의 폐쇄(fermeture des établissements de l'entreprise), 공적계약 배제(exclusion des marchés publics) 등이 있다.

경죄에 대하여는 형법전 제131-8-1조의 요건하에 제재배상형이 선고될 수 있다. 만일 배상집행이 이루어지지 않은 경우에는 최고 75,000유로 또는 해당 경죄에 대한 최고 벌금액이 선고될 수 있다. 위경죄에 대한 형벌은 제131-40조가 규정하고 있으며, 여기에는 벌금, 권리의 박탈 또는 제한, 수표의 발행금지, 제재배상형 등이 있다. 법인에 적용되는 벌금액의 상한은 자연인에 대한 벌금액의 5배이다.

(3) 형벌사이의 관계에 따른 분류

① 주형(peines principales)

주형은 특정된 범죄에 대하여 법원이 반드시 선고하여야 할 형벌을 말한다. 주형의 선고 없이는 진정한 유죄판결의 선고는 없다고 할 수 있다.¹²⁰⁵⁾ 형법전 제131-1조, 제131-3조, 제131-12조, 제131-37조 및 제131-40조(법인)은 주형을 규정하고 있으며, 주형에 의하여 범죄가 중죄, 경죄, 위경죄 등 범죄의 성격을 결정하게 된다. 여기에 열거된 형벌 중 공익근로형(제131-8조)과 일수벌금형(제131-5조)은 법정형으로 구금이 명시된 경우에만 주형으로 선고될 수 있으며, 제131-6조에 규정된 권리의 박탈형 또는 제한형은 법정형이 구금 또는 벌금인 경우에 한한다. 따라서 판사는 경죄 또는

1205) Bernard Boulloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 641면.

위경죄에 대하여 형법전이 서로 다른 성격의 주형을 규정하고 있는 경우에 형을 선택해야 한다.¹²⁰⁶⁾ 이 경우 형법전 제131-9조에 따라 일수벌금형은 벌금형과 병과될 수 없으며(제3항), 구금형은 권리의 제한형 또는 박탈형과 병과될 수 없으며 마찬가지로 공익근로형과 병과될 수 없다(제1항).

② 보충형(peines complémentaires)

보충형은 주형에 더해지는 것으로 주형을 강화하는 역할을 한다.¹²⁰⁷⁾ 법률에 규정된 경우에 중죄 및 경죄에 대하여 하나 이상의 보충형이 선고될 수 있다. 예를 들어 벌금은 중죄에 대하여 보충적으로 선고될 수 있다(제131-2조). 형법전 제131-10조에 규정된 보충형에는 몰수, 권리의 박탈, 사회사법이행(suivi socio-judiciaire), 치료명령, 판결문의 게시 등이 있다. 보충형은 구금 또는 벌금을 대체하여 주형으로 선고될 수 있으며(대체형), 이것과 중복적으로 선고될 수도 있다. 보충형의 선고는 통상 임의적이지만 몰수와 같이 의무적인 경우가 있다.

③ 부수형(peines accessoires)

부수형은 주형의 선고와 함께 자동적이며 묵시적으로 적용된다는 점에서 별도의 선고가 필요한 보충형과 구별된다. 부수형의 관념은 “법원이 명시적으로 선고하지 않은 형벌은 적용될 수 없다”는 형법전 제132-17조 제1항의 규정과 상충된다고 하겠다.¹²⁰⁸⁾ 현재 형법전에는 부수형이 존재하지 않으나 특별법의 영역에서 찾아볼 수 있다. 부수형에는 공민권, 시민권, 친족법상의 권리, 미성년자의 행위능력의 박탈 등에 관한 것들이 있다.

2) 보안처분(less mesures de sûreté)

보안처분은 형벌과 마찬가지로 교정을 위한 개별적인 처분이지만, 범죄자가 범한 행위에 대하여 처벌을 하고자 하는 응보의 목적이 아니라 범죄자의 위험한 상태를

1206) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 641면.

1207) Jean Languier, Droit pénal général, 20^e éd., Dalloz, 2005, 115면.

1208) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 648-649면.

개선하고 그로 인해 발생할 수 있는 장래의 범죄를 방지하는 것을 목적으로 한다. 과거 실증주의 학파에서 주장하는 바와 같이 해를 제거한다는 관념보다는 사회방위이론에 따른 재사회화의 원칙에 근거하고 있다.¹²⁰⁹⁾ 보안처분은 범죄자의 과오(faute)를 반드시 전제로 하는 것이 아니므로 형사미성년자 또는 정신질환자 등과 같이 책임이 없는 자에 대하여도 적용될 수 있다.¹²¹⁰⁾ 사상의 발전과 함께 보안처분의 개념이 프랑스 형법의 여러 분야에 도입되었지만 용어 자체는 1970년에 비로서 형사법률에 등장하였다. 보안처분은 진정한 형태의 보안처분과 형벌의 명칭을 가지는 보안처분으로 크게 구분할 수 있다.¹²¹¹⁾ 진정한 형태의 보안처분에는 대표적으로 소년범에게 적용되는 처분들(보호지원처분, 교육적 제재 등), 약물중독자의 처우, 약물중독치료, 일정한 보호관찰상의 의무, 운전면허의 정지 또는 취소, 사회사법이행 등이 있다. 형벌이 보안처분으로 변화한 것으로는 보충형 또는 부수형들이 있으며 심지어 구금형을 대체하는 형벌도 여기에 해당한다.¹²¹²⁾ 대표적으로 외국인에 대한 체류금지, 특별몰수, 직업활동의 금지, 사회사법이행(le suivi socio-judiciaire), 사법감시(la surveillance judiciaire) 등이 있다.

나. 형의 양정

죄형법정주의의 원칙에 따라 형사법원이 피고인이 유죄라고 판단하는 경우에 선고해야 할 형의 종류와 형량은 사전에 형사법률에 정해져 있기 때문에 법원은 법률이 정한 범위내에서 형을 선고할 수 있다. 그런데 입법자들은 특정 범죄가 범해진 상황이나 행위자의 특성, 형사정책적 고려에 따라 형을 가중하도록 하거나 반대로 형을 감경하도록 형사법률에 정하고 있다. 프랑스 형법전은 다양한 형의 가중원인과 감경원인을 규정하고 있으며, 형사법원은 형벌의 개별화원칙에 따라 형의 결정과 집행방식에 대하여 폭 넓은 재량을 행사하고 있다.

1209) Jean Laruier, Droit pénal général, 20^e éd., Dalloz, 2005, 105면.

1210) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 651-652면.

1211) Jean Laruier, Droit pénal général, 20^e éd., Dalloz, 2005, 141면.

1212) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 653면.

1) 가중의 원인(les causes d'aggravations)

형법전이 규정하고 있는 형의 가중원인에는 가중사유, 누범, 반복범 등이 있다.

(1) 가중사유(les circonstances aggravation)

우리 형법의 경우 가중사유는 각칙상의 개별조문에서 기본적 구성요건에 대한 불법 또는 책임의 가중 형태로 구성요건이 수정되는 방식을 택하고 있다. 이와 달리 프랑스의 경우 기본범죄에 대하여 형을 가중시키는 사유(또는 상황)만을 별도의 조문에서 열거하는 방식을 취하고 있다. 예를 들어 형법전 제222-24조는 강간죄(제222-23조)에 적용되는 15가지의 가중사유들을 규정하고 있다. 또한 자주 적용되는 가중사유인 범죄집단, 사전계획, 무기, 문호의 손괴, 침입 등의 정의에 대하여는 형법전 총칙 제132-71조 이하에서 규정하고 있다. 다양한 가중사유들은 행위자의 특성에 관한 것, 피해자의 특성에 관한 것, 범죄실행의 행위상황에 관한 것, 목적, 다른 범죄와의 동시성, 다수의 참가, 야만적 및 고문 행위, 인종차별적 성격, 성 또는 성정체성의 고려, 전산보안장치의 해킹 등이 있다. 이러한 가중사유들은 객관적인 것, 주관적인 것, 혼합된 것으로 크게 범주화할 수 있으며, 이는 공범에 대한 가중처벌의 가능성을 판단하는 준거가 된다.¹²¹³⁾

(2) 누범(la récidive)

누범도 개인적 가중사유로 간주되며, 비록 모든 범죄에 대하여 적용되는 것이 아닐지라도 그 적용범위는 광범위하다고 하겠다. 형법전은 누범에 관하여 제132-8조부터 제132-15조에서 자연인과 법인을 구분하여 규정하고 있다. 누범이 성립하기 위해서는 선행하는 범죄(전범)에 대하여 기판력이 발생하는 확정판결을 받은 자가 누범기간에 새로운 범죄(후범)를 범하여야 한다. 확정판결 이후 일정기간 동안 범해진 범죄에 대하여 형이 가중된다는 점에서 경합범(concours d'infractions)과 구별된다. 우리 형법이 누범의 성립요건과 관련하여 전범의 선고형을 기준으로 금고이상의 형을 선고받아 그 집행을 종료하거나 면제를 받은 후 3년 내에 금고 이상에 해당하는 죄를 범한 경우로 규정하고 있으나, 프랑스의 경우 전범의 종류 및 법정형의 수준과 후범의

1213) Bernard Boulloc/Haritini Matsopoulou, Droit pénal général et procédure pénale, 21^e éd., Sirey, 2018, 660-661면.

종류 및 법정형의 수준에 따라 이를 다양하게 조합하여 누범 성립기간과 법적효과(통상 법정형의 2배)를 달리 규정하는 특징이 있다. 따라서 후범에 대한 벌금형도 누범가중이 된다. 또한 우리법은 전범과 후범사이의 범죄의 유사성을 요하지 않지만 프랑스의 경우 매우 중한 경죄를 제외하고 후범의 요건으로서 범죄가 동일하거나 동종일 것을 요한다. 즉 10년 이하의 구금형에 처해지는 경죄에 해당하지 않는 경죄를 범한 자에 대하여는 동일 또는 동종의 경죄를 범한 경우에만 누범성립이 인정되며, 이를 위해 형법전 제132-16조부터 제132-16-5조에서는 동종범죄의 범위를 규정하고 있다.

(3) 반복범(réitération)

반복범은 2005년 12월 12일의 법률에 의해 형법전 제132-16-7조에 도입된 것으로, “중죄 또는 경죄에 대하여 이미 유죄의 확정판결을 받은 자가 법정 누범의 요건을 충족시키지 않는 새로운 범죄를 범한 경우”에 사후경합범으로 처리하지 않고 “전체 형량의 제한 없이 형벌을 병과”할 수 있도록 한다.

2) 형의 감경 또는 면제의 원인

구 형법전 하에서 형사법률은 대부분의 경우에 형의 상한과 하한을 동시에 규정하면서 동시에 형의 감경사유(circonstances atténuantes)를 두어 법원이 법정 하한형보다 낮은 형을 선고할 수 있도록 하였다(제463조).¹²¹⁴⁾ 그러나 신형법전은 형의 감경사유에 관한 규정을 폐지하고 개별범죄에서 상한형만을 명시하고 하한형을 규정하지 않는 방식을 채택하였다. 따라서 판사는 형벌의 개별화원칙에 따라 자유롭게 형량을 결정할 수 있으며, 다만 중죄의 경우에는 중신형의 경우에 2년 미만, 유기형의 경우에는 1년 미만의 형을 선고할 수 없는 제약이 따른다(형법전 제132-18조). 현행 형법전에서 감경사유라는 용어는 사라졌지만 형을 감경하는 법률상의 원인에는 범죄의 실체적 경합의 경우와 자수가 있으며, 자수의 일부에 대하여는 형이 면제된다.

(1) 실체적 경합(le concours réel d'infractions)

실체적 경합의 경우에 대하여는 형법전 제132-2조부터 제132-7조에서 규정하고

1214) 감경사유라는 용어를 사용하고 있으나 실질적으로는 우리법의 작량감경에 관한 규정으로 이해할 수 있다.

있다. 이 규정들에 따르면 실체적 경합관계에 있는 범죄에 대하여 판결이 확정되지 않은 경우에 가장 중한 범죄의 법정형에 경한 범죄의 형이 흡수된다. 이러한 규칙은 비병과주의(*la règle du non cumul*) 또는 흡수주의(*la règle de la confusion*)로 지칭된다. 이 원칙은 중죄 및 경죄에 대하여 적용되며 위경죄에 대하여는 병과주의가 원칙이다. 실체적 경합에 있어서 비병과주의는 결과적으로 형이 감경되는 효과를 가져 오며, 다만 일부 범죄에 대하여는 형의 비병과주의가 배제된다.¹²¹⁵⁾ 우리의 경합범과 비교할 때 프랑스의 경우 확정판결을 받지 않은 범죄들에 대한 문제이며, 수 개의 범죄가 동시에 소추된 때에는 중한 범죄의 법정 상한형의 범위내에서 동종의 형에 대하여 하나의 형만이 선고되지만, 만일 수개의 범죄가 연속적으로 소추되어 각각에 대하여 형이 선고되는 경우에는 중한 형에 흡수되는 것이 아니라 중한 범죄의 법정 상한형의 범위 내에서 순차적으로 집행된다. 다만 이 경우에도 최후에 선고하는 법원은 병과될 수 있는 동종의 형에 대하여 일부 또는 전부의 흡수를 명할 수 있다(제132-4조).¹²¹⁶⁾

(2) 자수(*la dénonciation*)

테러리즘, 마약류불법유통, 통화위조, 범죄단체조직 등 형법각칙의 개별범죄에서 규정하였던 자수자에 대한 형의 면제 또는 감경제도는 2004년 3월 9일의 법률에 의해 형법전 총칙 제132-78조에 도입되었다. 형의 면제는 중죄 또는 경죄를 기도한 자가 행정기관 또는 사법기관에 신고를 한 후 범죄의 실현을 회피할 수 있게 하고 경우에 따라 다른 정범 또는 공범의 신원을 확인할 수 있게 한 경우에 부여된다(제1항). 형의 감경은 중죄 또는 경죄를 범한 자가 행정기관 또는 사법기관에 신고를 한 후 범죄를 중지시킬 수 있게 하거나 범죄가 손해의 발생을 회피할 수 있게 하거나 또는 다른 정범 또는 공범의 신원을 확인할 수 있게 한 경우에 부여된다(제2항). 형의 감경은 자수자에 대하여 소추된 범죄와 결합된 동종의 범죄를 신고한 경우에도 마찬가지로 적용된다(제3항). 자수자에 대한 형의 면제 또는 감경은 모든 범죄에 획일적으로 적용되는 것이 아니라 형법전 각칙의 개별조문에서 규정된 경우에 한한다. 자수자에 대한 형의 면제 또는 감경은 다수가 범죄에 참여하는 조직범죄에 있어서 범죄발생

1215) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, *Droit pénal général et procédure pénale*, 21^e éd., Sirey, 2018, 670면.

1216) Bernard Bouloc/Haritini Matsopoulou, *Droit pénal général et procédure pénale*, 21^e éd., Sirey, 2018, 671면.

을 방지하게 하고 다른 공범자의 신원을 확인할 수 있도록 한 경우에도 적용된다. 자수자에 대하여 형의 면제 또는 감경이 적용되는 범죄들에는 살인(고살, 독살), 고문 또는 야만적 행위, 마약류불법유통, 약취 또는 감금, 항공기 또는 운송수단의 납치, 인신매매, 성매매알선, 집단재물강요, 집단절도 등이다.

3) 선고형의 결정(형의 선고)

판사는 법률이 정한 형의 상한을 벗어나지 않는 범위 내에서 가중사유, 발생된 사회적 손해, 행위자가 불법의 중대성, 행위자의 성격 등을 고려하여 선고형을 결정한다. 형법전 제132-1조는 형벌의 개별화 원칙을 명시하고 있으며 이는 헌법상의 가치를 지닌다.¹²¹⁷⁾ 중죄에 대한 선고형의 제한을 제외하고 판사는 자유롭게 형량을 결정할 수 있으며 더 나아가 집행유예 또는 선고유예를 할 수도 있다. 판사는 양형에 있어 폭넓은 재량을 행사하지만 실형의 선고는 최대한 억제되며 범죄의 중대성과 피고인의 성격에 따라 불가피하고 다른 제재들이 적정하지 않은 경우에 한하여 최후의 수단으로 집행유예가 없는 구금형을 선고할 수 있다(제132-19조).

판사가 형벌을 개별화하는 방법은 단순히 형의 종류를 선택하고 형량을 결정하는 것에 그치는 것이 아니라 형의 집행을 유예하거나, 형의 선고를 유예하는 방법이 있다. 또한 경죄 또는 위경죄에 대하여 범죄로 인한 혼란이 종식되고, 발생한 피해가 복구되고, 범죄인의 재사회화가 이루어진 경우에 법원은 형을 면제할 수 있다(제132-59조). 집행유예의 경우에 단순히 형의 전부 또는 일부에 대하여 집행을 유예(sursis simple)하거나 조건부로 유예(sursis avec mise à l'épreuve)할 수 있으며, 선고유예(ajournement)의 경우 단독으로 또는 보호관찰 또는 수강명령의 조건을 부과할 수 있다.

다. 소결

프랑스도 우리와 유사하게 형사제재(sanctions répressives)를 형벌과 보안처분으로 구분하는 입장을 취하고 있지만, 범죄에 적용되는 형벌의 체계가 단일하지 않으며 범죄의 종류와 대상이 자연인 또는 법인인지의 여부에 따라 다양하고 복잡한 구조를 취하고 있다. 기본적으로 중죄, 경죄, 위경죄에 적용되는 형벌들은 각각 중죄형, 경죄

1217) Conseil constitutionnel, décision n2005-520 DC du 22 juillet 2005.

형, 위경죄형으로 분류된다. 중죄형에는 징역과 금고가 있으며 벌금, 자격정지, 몰수 등과 같은 보충형이 병과될 수 있다. 사형제의 폐지에 따라 중죄에 적용되는 징역 또는 금고의 최고형은 무기이며 최저형은 10년이다. 경죄에 대하여는 구금형 및 벌금 이외에도 공익근로, 일수벌금, 권리박탈, 권리제한 등의 다양한 형벌이 주형으로 선고될 수 있다. 위경죄에 대하여는 자유형이 배제되며 벌금, 권리박탈, 권리제한 등의 형벌이 적용된다. 법인에 대하여는 기본적으로 벌금형이 적용되며, 법인의 해산, 직업 또는 사회활동의 금지 등과 같은 형벌이 선고될 수 있다. 법인에 대하여 적용되는 벌금액은 자연인에 대한 5배이며 법률이 특별히 규정한 경우에는 증가할 수 있다. 형벌 사이의 관계를 보면 주형은 특정한 범죄에 대하여 법원이 반드시 선고하여야 할 형벌로서 보충형은 주형을 강화하는 역할을 한다.

보안처분은 범죄자를 교화하고 재범을 방지하기 위한 목적을 가지며 범죄자가 미성년 또는 정신질환과 같은 사유로 인하여 책임이 없는 경우에도 적용될 수 있다. 다만 보안처분은 형벌과 명확히 구분되고 있지 못한 특징이 있으며, 구금형을 대체하는 경우도 있으며 보충형 또는 부수형으로 선고되는 경우가 있다.

형의 양정과 관련하여 큰 특징은 각칙의 개별조문은 형의 상한만을 설정하고 있으며 하한을 설정하고 있지 않다는 것이다. 따라서 법원은 헌법적 가치를 지니는 형벌의 개별화원칙에 따라 중죄의 경우를 제외하고 법정형의 상한을 벗어나지 않는 범위내에서 자유롭게 형량을 결정할 수 있다. 이는 판사의 양형재량을 제한하는 방향에서 양형기준을 마련하여 이를 따르도록 요구하는 우리법의 입장과는 매우 상반되는 태도라고 하겠다. 판사에게 광범위한 양형재량을 부여하고 있다는 것은 형법전이 별도의 작량감정에 관한 규정을 두고 있지 않으며 오히려 형이 가중될 수 있는 사유만을 규정하고 있다는 사실을 설명하고 있다. 형이 가중되는 사유로는 누범이 대표적이며 이외에도 행위주체의 특성, 피해자의 특성, 행위상황 등에 따른 다양한 가중사유가 형법총칙 및 각칙에서 규정되어 있다. 이와 달리 형법전은 일정한 경우에 형을 감경하거나 면제하도록 규정하고 있다. 예를 들어 동시적 경합범의 경우에 중한 범죄의 법정 상한형의 범위내에서 동종의 형에 대하여 하나의 형만을 선고하도록 하여 사실상 형이 감경되는 효과를 가져 오며, 특정한 범죄의 자수범에 대하여는 엄격한 요건하에 형을 면제하거나 감경하도록 규정하고 있다.

제4절 | 독일

1. 경합범

가. 경합범의 의미

경합범론은 범죄론과 형벌론의 연결점이다. 이는 하나의 행위자가 다수의 범죄구성요건 (또는 같은 범죄구성요건을 여러번) 실현했을 경우 어떻게 처리되는 가에 대한 물음에 답을 준다. 경합범론은 어떠한 범죄구성요건들로부터 법정형이 도출되고 어떠한 원칙에 따라 형이 측정되는 지에 관해 정하기 때문에 양형에 기여한다. 경합범론이 필요한 이유는 개별 범죄의 법정형은 오직 하나의 범죄구성요건에 따른 유죄판결에 적합하다는 사실에 있다. 개별 형벌의 단순합은 범죄자의 불법과 책임을 초과할 우려가 있다. 구체적 타당성을 추구하는 과정에서 법률은 일죄와 수죄의 구분을 예정하고 있고 이를 판례와 학설이 보충하거나 구체화하고 있다.¹²¹⁸⁾

나. 일죄(제52조), 수죄(제53조), 법조경합

일죄와 수죄의 구별의 출발점은 하나의 행위로 다수의 범죄구성요건을 실현한 범죄자는 다수의 범죄구성요건을 실현하기 위해 수개의 행위를 행한 자보다 적은 불법을 실현하였다는 생각이다. 법을 침해하는 하나의 유일한 의사결정만 존재하는 첫 번째 사안에서는 단일행위라 한다. 여기서 양형은 원칙적으로 일죄(=상상적 경합, 제52조)에 관한 규정에 따른다. 두 번째 사안에서는 다수행위가 문제되고 이는 보통 수죄(=실체적 경합, 제53조 이하)에 관한 규정에 따른 양형으로 이어진다.¹²¹⁹⁾

일죄의 경우 가장 중한 형의 법정형을 가지는 법률에 따라 오직 하나의 형이 선고되는 반면(소위 “흡수주의”), 수죄는 범죄자에게는 불리한 전체형(Gesamtstrafe)의 선고로 이어진다. 즉, 우선 각기 실현된 범죄구성요건들에 대한 개별 형이 성립되고 그런

1218) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 2.

1219) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 3.

후 전체 범죄들과 범죄자의 개별 특성을 고려하여 가장 중한 개별형이 가중된다(소위 “가중주의”). 이 경우 개별 형의 총합을 초과해서는 안된다.¹²²⁰⁾

소위 법조경합(=부진정 경합)은 법률에 규정되어 있지 않다. 여기에는 형식적, 법률자구에 따라 검토할 경우 다수의 같은방향의 범죄구성요건의 적용영역이 겹쳐있다는 사정이 고려되어 있다. 이는 다수의 범죄구성요건들로부터 나오는 같은 불법에 의거 다수의 처벌로 이어질 수 없고, 다수의 (형식적으로 실현된) 범죄구성요건 중 어떤 것이 실질적으로 적용되는지 또는 반대로 어떤 범죄구성요건들이 배제되어 적용되지 않는지가 결정되어야 한다. 법조경합에 따라 범죄구성요건들이 적용되지 않는 제51조와 제53조의 법률상 요건들이 탈락되어 있다. 왜냐하면 이러한 경합범규정은 “수개의 형법”의 침해 내지 “수개 범죄”의 범행을 요구하기 때문이다. 따라서 법조경합은 양형의 경우 적용되는 규정에 관하여 결정하는 것이 아니기 때문에 경합의 진정한 형태가 아니고, 상호관계에서 범죄구성요건들의 해석과 관계한다.¹²²¹⁾

다. 단일행위와 다수행위 구별

일죄(=상상적 경합)에 관한 규정의 적용은 제52조 제1항에 따를 때 같은 행위(dieselbe Handlung)가 다수의 형법을 침해하던지 같은 형법을 수차 침해하는 것을 전제한다. 같은 행위와 연결을 통해 일죄는 단일행위의 존재를 요구한다. 그러나 일죄는 행위의 통일성만으로 인정되는 것은 아니고 추가로 행위자가 그 행위로 수개의 법률침해를 범하는 것을 요구하다. 단일행위와 일죄는 엄격히 구분되어야 한다.¹²²²⁾

제53조에 따른 수죄(=실체적 경합)는 제1항에 의거 행위자가 수개의 범죄를 범했을 것을 요구한다. 이는 바로 수개의 행위를 통한 수개의 법률침해 (또는 같은 법률을 수차 침해하는 것)를 의미한다. 즉, 수죄는 한편 수개의 법률침해와 다른 한편 다수행위를 요구한다. 따라서 다수행위와 수죄의 개념도 서로 구별된다.¹²²³⁾

1220) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 4.

1221) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 5.

1222) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 10.

1223) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungs-

실제 증명이 필요한 것은 단일행위의 존재이며 단일행위가 인정되지 않으면 “자동으로” 다수행위가 인정된다.¹²²⁴⁾

단일행위가 검토되는 다양한 사안들이 존재하다. 먼저, 행위자가 자연적 의미에서 하나의 행위를 행하였고 이로써 수개의 법률침해를 실현시켰다면 별문제없이 단일행위가 인정된다. 그 외에도 구체적 타당성을 이유로 단일행위를 인정하여 행위자에게 유리한 제52조를 적용하는 것이 타당한 사안들도 있다. 이는 소위 “자연적 단일행위(natürliche Handlungseinheit)”와 “법적 단일행위(rechtliche Handlungseinheit)” 사안들이다.

1) 자연적 행위

하나의 자연적 행위는 행위자가 하나의 의사활동(Willensbetätigung)을 행하거나 부작위범의 경우 의무위반적으로 의사활동을 부작위한 경우에 인정된다. 예컨대, 독이 든 음식을 수인이 먹는다든지, 하나의 폭탄이 수인을 죽게 하거나 다치게 하는 경우 또는 부작위범의 경우 아버지가 자신의 두 아이가 독이 든 음식을 먹는 것을 지켜보고 있는 경우 혹은 공범사태에서 방조자가 무기를 조달함으로써 수개의 살인죄를 방조한 경우¹²²⁵⁾를 들 수 있다.

의사활동이 다수의 법률침해로 나아가면 이러한 법률침해는 범조경합이 아닌 한 상호 일죄의 관계에 놓여 있다. 그러나 다수의 침해결과를 야기하는 자연적 행위가 항상 다수의 법률침해를 근거지우는 것은 아니다. 예컨대 하나의 폭탄이 수많은, 다양한 사람들의 소유권에 속하는 물건을 파괴한 경우 또는 하나의 화물차에 있는 물건들이 다양한 사람들의 소유권에 속하는데 절도범이 그 화물차를 절취한 경우를 들 수 있는데, 이러한 예시에서는 행위자에 의해 수행된 자연적 행위는 비록 다수의 침해결과가 발생하였지만 범죄구성요건(제303조 내지 제242조)을 오직 한 번만 실현하였다. 하나의 자연적 행위 수행시 한 번의 법률침해가 있는지 다수의 법률침해가 존재하는지는 개별 범죄구성요건에 대한 해석의 문제이다. 여기서 결정적인 것은 다수의 침해

delikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 11.

1224) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 12.

1225) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 14.

결과의 야기가 단지 양적 불법의 증대로 이어지는지 또는 다수의 침해결과가 불법의 질적변화로 이어지는지이다. 후자는 특히 행위자가 하나의 행위로 다양한 사람들의 일신전속적 법익을 침해한 경우에 그러하다.¹²²⁶⁾

2) 자연적 단일행위

소위 “자연적 단일행위”의 존재근거와 범위는 견해대립이 있다. 확고한 판례에 따르면 “다수의, 본질상 같은 유형의 행위들이 통일적 의사에 기초하고 밀접한 장소적 그리고 시간적 관계에 근거하여 서로 결합되어 전체 활동이 제3자에게도 통일적 사건으로 보여진다면” 자연적 단일행위가 인정된다.¹²²⁷⁾ 이에 따라 자연적 단일행위는 다양한 요건을 전제한다. 자연적 단일행위라는 법형상은 상이한 행위들의 “같은 유형성”과 “인생관(Lebensauffassung)”과 같은 기준이 상대적으로 모호하기 때문에 현저한 어려움을 야기한다. 또한 자연적 단일행위의 적용영역도 상이하게 판단된다.¹²²⁸⁾

자연적 단일행위개념은 두 가지 상이한 기능과 결부되어 있다는 점에서 또 다른 혼선이 야기된다. 자연적 단일행위는 먼저 다수의 자연적 행위들을 하나의 범죄구성요건적 침해로 묶어주기 위해 원용된다. 이로서 오직 하나의 범죄구성요건실현이 존재하기 때문에 자연적 단일행위는 이러한 기능에서 진정한 경합관계를 배제한다. 다른 한편 자연적 단일행위는 특히판례에 의해 다수의 범죄를 하나의 행위통일체로 묶어주기 위해 원용된다. 이러한 기능에서만 자연적 단일행위는 경합관계에 대한 방향을 결정한다.¹²²⁹⁾

(1) 범죄구성요건해석의 도구로서 자연적 단일행위

자연적 단일행위의 첫 번째 적용영역은 다양한 자연적 행위들의 경계를 허물어 하나의 범죄구성요건실현으로 되는데에 있다. 자연적 단일행위는 두 가지 사안에서 이러한 기능을 가진다. 하나는 연속적으로(sukzessiv) 발생하는 범죄구성요건실현이

1226) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 16.

1227) BGHSt 10, 230, 231.

1228) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 17.

1229) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 18.

고 다른 하나는 반복적으로(iterativ) 발생하는 범죄구성요건실현이다. 예시1(연속적 범죄구성요건실현): A는 O를 총으로 사살하고자 하였다. 첫 번째 총격은 목표를 빗나갔지만 두 번째 총격은 심장을 맞추었다. 예시2(연속적 범죄구성요건실현): A와 B는 O를 죽이기로 정하였다. A가 도끼를 들고 O를 공격한 후 A와 B는 O가 죽었다고 판단하여 A는 그 자리를 떠났다. 그 후 B는 O가 여전히 살아있음을 알아챘다. 반 시간 후 B는 A에게 전화하여 자신에게 오라고 요청하였다. A는 새로이 도끼로 O를 공격하여 O가 마침내 사망하였다. 예시3(반복적 범죄구성요건실현): A는 얼굴을 가격하고 무거운 등산화를 신고 발로 차서 O를 폭행하였다.¹²³⁰⁾

판례는 이러한 사안들에서 하나의 범죄구성요건실현을 인정하기 위해 위에서 언급한 자연적 단일행위에 대한 네 가지 기준을 요구하였다. 그런데 특히 “자연적 검토방식(natürliche Betrachtungsweise)”이라는 기준에 대해서 학설상 일부 견해는 반대하였다. 다수의 자연적 행위들을 하나의 범죄구성요건실현으로 묶는 것은 규범적 문제이고 이러한 문제를 해결하기 위해서 우선 개별 구성요건의 해석이 중요하다는 것이다. 따라서 학설에서 연속적 그리고 반복적 범죄구성요건실현의 사례들은 “자연적”이 아닌 “범죄구성요건적 단일행위”로 표시된다. 다만 이러한 차이들은 과대평가해서는 안되는데, 판례가 개별 범죄구성요건의 특성을 전적으로 무시하지 않는 반면 학설도 자신들의 규범적 기준들을 구체화하기 위해 판례에 의해 발전된 기준을 원용하기 때문이다. 객관적으로 보았을 때 최종적으로 하나의 범죄구성요건실현을 인정하기 위해 개별 행위들이 불법의 단순한 양적증대로 이어지고 하나의 통일적인 동기상황을 존재하는 지가 관건이라는 점에 대해서는 의견일치가 존재한다고 볼 수 있다.¹²³¹⁾

사례풀이 답안작성에 있어서 연속적·반복적 범죄구성요건실현은 범죄구성요건단계에서 검토되어야 한다. 사실관계에서 기술된 통일적 사건은 인위적으로 쪼개져서는 안되기 때문이다.¹²³²⁾

1230) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 19.

1231) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 20.

1232) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 22.

(2) 일죄의 요건으로서 자연적 단일행위

경합문제로서 자연적 단일행위는 이러한 개념을 앞서 언급한 사안들을 넘어서 확장한다면 문제가 있다. 그렇게 되면 다수의 자연적 행위를 하나의 범죄구성요건실현으로 묶는 문제가 아니라 각각 개별적으로 보면 하나의 범죄구성요건을 충족하는 행위들이 상호 자연적 단일행위관계에 놓여 있는지가 문제된다. 이를 긍정하면 같은 행위가 수개의 형법을 침해하여 제52조의 일죄가 된다. 판례가 자연적 단일행위를 인정한 사안들은 아주 다양하고 많기 때문에 다음의 예시를 통해 그 사안들을 개괄할 수 있다. 예시1: A는 중단없이 지하주차장에 주차된 3대 승용차에 침입하여 비싼 물건을 훔쳤다. 예시2: A는 X와 Y를 폭행하기로 마음먹었다. 먼저 X를 때리고 이어서 Y를 구타하였다. 예시3: A는 하나의 통일적 의사결정에 근거하여 특정되지 않은 수인을 향해 여러발의 총격을 가하였다. 피해자들은 A가 목표대상으로 하나의 집단으로부터 우연히 정하였다.¹²³³⁾

이러한 모든 사안들에서 독일 연방대법원은 다양한 행위들의 동종성, 시간적·장소적 밀접성, 통일적 의사결정을 근거로 개별 행위들이 인생관(Lebensauffassung)에 따라 하나의 전체로서 보여져 자연적 단일행위를 인정할 수 있음을 인정하였다. 다만 독일 연방대법원은 (위의 1)에서와 같이) 하나의 범죄구성요건실현으로 나아가지 않고 제52조의 일죄를 인정하였다. 이러한 차이는 특히 예시1과 관련하여 두드러지는데, 한 대의 승용차에서 (수인의 소유에 속하는) 수 개의 값나가는 물건을 절취하는 것은 하나의 절도를 근거지운다. 반대로 그러한 물건들이 여러 대의 승용차에 있다면 시간적·장소적 밀접성과 통일적인 동기상황에도 불구하고 각각 새로운 법익공격이 인정되고 따라서 제242조에 따른 수개의 범죄가 인정된다.¹²³⁴⁾

특히 견해대립이 심한 것은 어느 정도로 자연적 단일행위가 수인의 일신전속적 법익을 침해하는 경우에 고려되는가 하는 문제이다. 학설은 이에 대해 현저히 반대하는 입장이다. 독일 판례는 자연적 단일행위의 인정을 예외적인 상황으로 제한하려고 한다. 독일 연방대법원은 후기의 결정에서 행위자가 수인의 일신전속적 법익을 침해

1233) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 26.

1234) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 27.

한 경우 자연적 단일행위의 원칙적 인정을 확인하였다.¹²³⁵⁾

3) 법적 단일행위

법적 단일행위는 규범적 이유에서 수 개의 의사활동을 경합범의 의미에서 하나의 행위로 묶는 것을 허용한다. 이 경우 전면에서 있는 것은 행위의 단일성이 각각 실현된 범죄구성요건의 의미와 목적의 관점에서 인정되는 사안들이다(소위 범죄구성요건적 단일행위).

(1) 수개의 행위범죄와 결합범

수개의 행위범죄(mehraktige Delikten)의 경우 법률의 범죄구성요건은 수개의 의사활동을 하나의 범죄구성요건적 행위로 묶어 준다. 이는 결합범(zusammengesetzte Delikte)의 경우에도 마찬가지로, 다만 이러한 결합범은 개별 의사활동들도 그 자체로서 범죄구성요건을 실현한다는 특수성을 보여준다. 그러므로 결합범은 수개의 법익보호에 기여한다. 예컨대, 형법 제177조 제1항 제1호의 성적 강요죄의 실현을 위해서는 강요행위 뿐만 아니라 성적행위의 수행도 필수적이다(수개의 행위범죄). 강도죄의 실현을 위해서는 강요행위와 절취행위가 필요하다(제240조 강요죄와 제242조 절도죄의 결합범).¹²³⁶⁾

(2) 계속범

계속범의 경우 행위자는 범죄구성요건을 위법한 상태의 야기뿐만 아니라 구성요건적 불법의 양적 증가에 작용하는 이러한 상태의 유지에 의해서도 충족한다. 예컨대, 형법 제123조의 주거침입죄는 침입을 통해서 뿐만 아니라 타인 주거에 머무는 것으로도 실현된다. 제239조 자유박탈죄는 피해자를 감금하는 것뿐만 아니라 이러한 상태를 유지하는 모든 수단, 예컨대 탈출시도를 강제로 막는 행위 내지 석방을 의무위반적으로 부작위하는 것을 통해서도 실현된다.¹²³⁷⁾

1235) BGH NStZ 1996, 129.

1236) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 33.

1237) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 35.

실행의 착수와 종료 사이 위법한 상태의 야기와 유지 행위는 상호 범죄구성요건적 단일행위 관계에 놓여있다. 각각의 계속범은 개별 행위를 통해 오직 한 번만 충족되기 때문에 행위의 단일성은 경합에 관한 법률상 개별 행위들이 위법한 상태의 야기 및 유지 이외에 다른 범죄구성요건을 충족한 경우에 비로소 의미를 가진다.¹²³⁸⁾

(3) 실행행위의 부분적 동일성

제52조의 의미에서 “동일 행위”는 실행행위 전체가 동일한 경우 뿐만 아니라 상이한 범죄구성요건의 실현으로 이어지는 실행행위들이 부분적으로 겹쳐도 인정된다. 예시1: A는 O를 값나가는 물건을 절취하기 위해 때려 눕혔다. 예시2: A는 O의 주거에 침입하였다. A가 O를 마주쳤을 때 A는 즉흥적으로 O를 강간하기로 마음먹었다. 예시3: A는 O를 강간하기 위해 주거에 침입하였다.¹²³⁹⁾

예시1의 경우 단일행위범죄(상해)와 결합범(강도) 사이에 행위의 부분적 동일성이 인정된다. 단일행위는 상해의 실행행위가 강도죄에 필요한 폭행과 겹치기 때문에 인정된다. 절취행위와 겹치는 부분이 없다는 사정은 단일행위의 인정에 아무런 영향을 미치지 못한다. 예시2에서 제177조 제2항의 실행행위는 계속범과 겹치지 않는다. 계속범은 지속되지만 강간은 주거침입을 계기로 범해진다. 이렇게 전적으로 시간적으로 겹치는 경우 실행행위의 부분적 동일성이 인정되지 않아서 단일행위가 인정될 수 없다. 문제는 예시3과 같이 계속범을 다른 범죄를 수행하기 위해 이용한 경우 단일행위를 인정할 수 있느냐이다. 일부견해에 따르면 여기서 실행행위의 부분적 동일성을 포기하고 주관적인 수단-목적-관계로 충분하다고 본다.¹²⁴⁰⁾

(4) 연결효과(Klammerwirkung)

통설에 따르면 법적 단일행위는 소위 연결효과에 의해 인정될 수 있다. 이에 따르면 서로 (부분적) 동일성을 드러내지 않는 행위들도 이러한 행위들의 개별 행위가 제3의 범죄구성요건의 실행행위와 부분적으로 동일하다면 단일행위를 형성한다. 예시: A는

1238) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 36.

1239) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 39.

1240) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 40.

O를 4일간 감금하였다. 이 시기에 두 번의 탈출시도가 있었는데, A는 구타를 통해 그러한 시도를 막았다.¹²⁴¹⁾

상해행위는 감금상태의 유지에 기여하기 때문에 상해행위는 제239조 감금죄의 실행행위와의 부분적 동일성으로 인해 서로 단일행위관계에 놓여 있다. 연결효과를 인정하지 않으면 상해행위들 상이한 시점에 각각 새로운 의사행위에 기해 범해졌기 때문에 서로는 다수행위 관계에 놓여있게 된다. 이는 상호 수죄관계에 놓인 두개의 상해가 각기 감금죄와 일죄관계에 놓이게 된다는 결과로 이어진다. 이로써 계속범의 불법이 이중으로 고려되게 된다. 이를 피하기 위해 통설에 따르면 양 상해행위는 감금행위를 통해 하나의 단일행위로 묶이고 따라서 3가지 범죄 모두 상호 일죄관계에 놓이게 된다.¹²⁴²⁾

물론 이러한 원칙은 통설에 의하면 연결되는 범죄들이 각각 단일행위 관계에 놓이는 범죄에 비해 중한 반가치를 드러낸다면 허용되지 않은 결과로 이어진다. 예시: A는 무허가로 반자동소총을 휴대하여(무기법 제53조 제1항 제2호b) 중상해 미수 그리고 3개월 후 살인미수를 저질렀다.¹²⁴³⁾

이 사안에서 개인에 대한 양 범죄는 무기법 위반보다 더 무겁다. 독일 연방대법원은 A는 중상해 미수와 살인미수로 유죄판결을 내리고 이러한 수죄관계에 놓인 범죄들은 각각 반자동소총의 불법휴대와 일죄관계에 있음을 인정한 원심판결을 확인하였다. 이로써 무기법에 대한 위반은 이중으로 고려되었다. 이러한 불합리보다 연결효과를 야기하는 부당한 결과가 더 중하다. 왜냐하면 연결효과는 바로 중한 범죄들에 있어 행위자를 현저하게 유리하게 하기 때문이다. 따라서 통설은 연결효과를 연결되는 범죄 중 적어도 하나가 연결시켜주는 범죄보다 더 중한 불법을 드러내는 사안들로 제한한다.¹²⁴⁴⁾

1241) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 41.

1242) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 42.

1243) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 43.

1244) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 44.

라. 불명확한 사실관계에서 경합범

불명확한 사실관계로 인해 범죄구성요건의 적용에 관하여 불확실성이 있는 경우에도 넓은 의미에서 경합의 문제를 거론할 수 있다. 원칙적으로 그러한 불확실성은 행위자가 부담해서는 안된다. 책임원칙은 행위자의 책임은 법원이 확신할 정도로 확정되어야 하기 때문에(형사소송법 제261조), 사실에 관한 문제에서 의심은 “의심스러울 때에는 피고인에게 유리하게”라는 원칙의 적용으로 이어진다. 피고인이 범죄구성요건을 실현하지 않았다는 점에 배제되지 않는다면 무죄판결을 해야 한다. 반대로 특정 가중 요건이 증명될 수 없다면 경하게 처벌되는 범죄에 따른 처벌이 가능하다. 예컨대 고의에 의한 살인의 경우 저급한 동기가 법원이 확신이 들 정도로 확정되지 못했다면 제211조 모살이 아닌 제212조 고살에 따라 처벌된다. 이러한 위계관계(Stufenverhältnisse)는 논리적 관점에서 하나의 범죄구성요건이 완전히 다른 범죄구성요건에 포함된 경우 또는 필수적 중간단계인 경우뿐만 아니라 일반적으로 보충성의 나타내는 규범적 대소관계에서도 인정된다. 예컨대 사실적 관점에서 어느 참여자의 협력이 공동정범에 필수적인 중함에 이르렀다는 점이 확정되지 못하였다면 방조범에 따른 처벌이 가능하다. 동일한 원칙에 따라 통설은 행위자가 결과를 용인하였다거나 결과의 불발생을 신뢰하였다는 점이 해명될 수 없다면 과실의 범죄구성요건에 따라 처벌할 수 있다. 논리적 위계관계의 경우 사실관계가 일의적으로 확정됨에 반해, 규범적 위계관계의 경우 규범적 판단을 통해 경한 범죄구성요건에 따른 유죄판결이 이루어진다는 점을 고려할 때 불확실성은 무시된다.¹²⁴⁵⁾

사후불확실성확정(Postpendenzfeststellung)의 경우에도 불확실성에도 불구하고 유죄판결을 할 수 있느냐에 대한 문제가 등장한다. 여기서 문제되는 사안은 두 가지 가능한 사실관계 중 오직 시간적으로 나중의 것만 확실하게 해명되지만 이러한 사실관계의 가별성은 시간적으로 앞선 사실관계의 불확실성으로 인해 문제되는 것을 말한다. 사후불확실성확정의 문제는 시간적으로 뒤따르는 것의 충족이 시간적으로 앞선 것의 미충족에 종속되는 범죄구성요건들에서만 발생한다. 예컨대 A가 절도의 공동정범인지는 확실히 해명될 수 없지만(시간적으로 앞선 사실관계), A가 절취물의 일부분

1245) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 73.

을 절도의 공동정범으로부터 획득했다는 것(시간적으로 뒤따르는 사실관계)은 의심없이 밝혀진 경우, A는 의심스러울 때는 피고인의 이익으로 원칙에 따라 절도범으로 유죄판결을 받을 수 없다. 나아가 이러한 원칙을 시간적으로 뒤따르는 사실관계에 적용한다면 A는 절취물의 구입에 따른 장물죄로 처벌될 수 없다. 제259조 장물죄는 절도의 공동정범에 적용되지 못하기 때문이다.¹²⁴⁶⁾

통설은 여기서 계속되는 불확실성에도 불구하고 사후불확실성확정의 방법에 따라 제259조에 따른 일의적인 유죄를 인정한다. 그 배후에는 어떤 경우이든 절취물의 획득은 이루어졌고 이로써 장물의 불법을 근거지우는 재산상 손해의 심화가 인정된다는 사고가 깔려있다. 공동정범을 위한 범정형의 배제는 공동정범자는 장물죄를 저지할 수 없다는 점에 기초하는 것이 아니라 타인의 재산에 대한 공격은 제242조 절도에 따른 가벌성으로 충분히 포착하고 있다는 사고에 근거한다. 이러한 사고는 제242조에 따른 가벌성이 의심스러울 때는 피고인에게 유리하게라는 원칙에 따라 불가능한 경우에는 유효하지 않다. 이는 일의적으로 이루어진 확정은 토대로 제259조에 따른 유죄판결을 정당화한다.¹²⁴⁷⁾

통설은 정확히 반대 사안인 사전불확실성결정도 유사하게 처리한다. 이는 시간상 앞선 사실관계는 확실하게 해명되었지만 사후 사실관계는 해명될 수 없는 경우를 말한다. 여기서는 시간상 앞선 사실관계에 의해 처벌되어야 한다. 예컨대 주된 범죄에 앞서 행해진 방조행위는 밝혀졌지만 공동정범을 근거지우는 행위기여는 해명되지 못한 경우¹²⁴⁸⁾를 들 수 있다.

마지막으로, 실현되었다면 각각 범죄구성요건을 충족시키는, 두 가지 가능한 사실관계 중에서 어떤 것이 실제로 발생했는지 밝혀지지 않은 사안이 문제된다. 이러한 사실관계를 통해 충족되는 두 범죄가 상호 위계관계에 놓여있지 않으면 양 사실관계에 무죄추정의 원칙이 적용되어 불가별로 이어진다. 예컨대, A는 O를 향해 총격가하였지만 어떠한 손해를 발생시키지 않았다. 형사절차에서 A가 O를 죽이려고 했는지

1246) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 74.

1247) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 74.

1248) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 75.

아니면 개를 죽이려고 했는지가 밝혀지지 않았다.

이 사안에서 무죄추정의 원칙상 살인의 고의도 손괴의 고의도 인정되지 않는다. A를 경한 범죄, 즉 손괴미수(형법 제303조, 제22조, 제23조)로 처벌하는 것은 허용되지 않는다. 손괴미수와 살인미수 사이에는 위계관계가 존재하지 않고 양자는 전적으로 이질적인 범죄이다. 여전히 남아있는 불확실성으로 인해 A에 대한 손괴의 고의를 부정할 수 있는 가능성에도 불구하고 A를 손괴미수로 처벌하는 것은 책임원칙을 위반한 것이다.¹²⁴⁹⁾

이러한 결과에 대해 의견이 일치된 반면, 책임이 실제로 실현된 사건과 무관하게 본질적으로 같은 것이라면 통설은 무죄는 적절하지 않은 것으로 본다. 불확실한 사실을 토대로 유죄를 인정하는 것은 일정부분 정의의 요구(Gebot der Gerechtigkeit)에 따른 것이다. 책임비난의 관점에서 존재하는 비교가능성은 행위자가 각각의 생각해볼 수 있는 그 어떤 사실관계에 따라서도 동일한 범죄구성요건을 실현한다면 인정된다. 예시1: A는 자신이 HIV에 감염되었다는 사실을 부인에게 알리지 않았다. 이를 알지 못하는 부인은 확인되지 않은 성관계에서 감염되었다. 예시2: A는 증인으로서 여러 법원에서 상호 모순되는 진술을 행하였다. A는 어느 절차에서 거짓말을 했다는 사실은 확인되나(형법 제153조), 어떤 절차인지는 해명되지 못했다. 예시3: A와 B는 함께 돌들을 절벽아래로 굴리기로 마음먹었다. 다만, 이들은 누군가 돌에 맞을 것이라는 위험에 대해서는 생각해보지 않았다. 실제로 아래에서 O가 돌에 맞고 사망하였는데, 누구의 돌에 맞았는지는 해명되지 못했다. 여기서 A와 B는 함께 문제된 돌을 굴렸거나 그게 아니면 타인이 문제된 돌을 굴리기로 결의하는데에 과실로 기여하였다. 양 사안에서 과실치사(형법 제222조)가 인정될 수 있다.¹²⁵⁰⁾

이러한 유형의 사례들에서 책임은 기초가 되는 사실관계와 무관하게 각각 같은 범죄구성요건이 실현되는 한 그대로이다. 따라서 그러한 사례들에서 유죄인정이 소위 부진정(=동종의) 선택적 확정(unechte Wahlfeststellung)에 기해 이루어진다면 책임원칙에 위배되는 것은 아니다. 행위자는 선택적 사실관계에 기해 확정된 범죄구성요

1249) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 76.

1250) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 77.

건으로 유죄판단을 받게 된다. 구체적인 책임과 관련하여 사실관계들이 서로 차이가 난다면 구체적인 양형에서 의심스러울 때는 피고인의 이익으로 원칙에 따라 보다 유리한 사실관계를 인정해야 한다.¹²⁵¹⁾

또한 문제는 선택적 사실관계가 다양한 범죄구성요건들로부터 가별성을 근거지우지만, 각각의 책임이 상호 유사성을 보이는 경우에도 선택적 확정이 인정될 수 있는 것이다. 판례는 이러한 진정(비동종의) 선택적 확정(echte Wahlfeststellung)을 문제 되는 범죄구성요건들이 “법윤리적 그리고 심리적으로 동종인(rechtsethisch und psychologisch gleichartig)” 경우에 허용하였다. 법윤리적 비교가능성은 동일한 또는 유사한 법익침해와 비교가능한 책임의 인정을 요건으로 하고, 심리적 비교가능성은 수개의 문제된 행위방식에 대한 어느정도 같은 유형의 정신적 관계를 요구한다.¹²⁵²⁾

법윤리적 그리고 심리적 동종관계는 예컨대 절도와 장물의 관계에서 인정된다. A에서 발견된 절취물이 A에 의해서 절취된 것인지(형법 제242조) 아니면 절도범으로부터 취득한 것인지(형법 제259조) 밝혀지지 않았다면 선택적 사실관계를 기초로 절도죄 또는 장물죄를 인정할 수 있다.¹²⁵³⁾ 그에 반해 독일 연방대법원은 명정을 통해 귀속(책임)능력이 배제되었는지가 확정될 수 없다면 형법 제323조a 명정범죄와 명정상태에서 행해진 범죄 사이의 동종성을 부정하였다.¹²⁵⁴⁾ 또한 강도와 장물의 관계에서도 비교가능성이 탈락된다. 여기서는 강도에 포함된 절도와 장물 간의 선택적 확정이 검토된다.¹²⁵⁵⁾

마. 소결

경합범과 관련해서는 독일은 한국과 그다지 큰 차이를 보이지 않는다.

우선, 독일도 한국과 마찬가지로 일죄와 수죄를 구별한다. 일죄의 경우 가장 중한 형의 법정형을 가지는 법률에 따라 오직 하나의 형이 선고되는 반면, 수죄는 범죄자에

1251) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 77.

1252) Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht: Allgemeiner Teil, Tötungsdelikte, Körperverletzungsdelikte, 4. Aufl., C.H.Beck, 2017, § 31 Rn. 78.

1253) BGHSt 1, 302, 304.

1254) BGHSt 9, 390, 394 ff.

1255) BGHSt 25, 182, 185 f.

게는 불리한 전체형의 선고로 이어진다. 법조경합의 경우 실제로 수개의 범죄가 성립하는 것이 아니므로 경합범 문제가 아니고 범죄구성요건 해석의 문제이다.

상상적 경합인 일죄는 하나의 단일행위로 수개의 범죄 또는 같은 범죄를 수차 실현하는 것을 의미하고, 실제적 경합인 수죄는 다수행위로 수개의 범죄 또는 같은 범죄를 수차 실현하는 것을 의미한다. 따라서 일죄인지 수죄인지는 단일행위의 인정여부에 달려있다. 단일행위가 부정되면 자동으로 다수행위가 인정된다.

단일행위가 검토되는 다양한 사안들이 존재하다. 먼저, 행위자가 자연적 의미에서 하나의 행위를 행하였고 이로써 수개의 법률침해를 실현시켰다면 별문제없이 단일행위가 인정된다. 그 외에도 구체적 타당성을 이유로 단일행위를 인정하여 행위자에게 유리한 제52조를 적용하는 것이 타당한 사안들도 있다. 이러한 단일행위를 자연적 의미로 이해해야하는지 법적 의미로 이해해야하는지에 관하여는 판례와 학설상 의견 대립이 존재한다.

2. 형벌론

범죄의 형법적 법적효과는 “제재(Sanktionen)”라고 불리운다. 법률상 존재하지 않는 이러한 상위개념의 사용은 현행 형법이 일련의 다양한 법적효과를 가지고 있기 때문에 의미있고 필수적이다. 제재에는 형벌(Strafe)만 있는 것이 아니라 형벌적 성격이 없는 형법적 법적 효과도 있다.¹²⁵⁶⁾

형법은 가벌성조건들이 충족되면 특정 제재가 선고될 수 있음을 규정하고 있다. 독일 형법 제2조 제1항으로부터 범죄의 법적 효과도 법률적 규정을 필요로 한다는 점이 도출된다. 법률적 토대가 없는 제재는 허용되지 않는다. 형법전에서 제재 규범은 총칙 뿐만 아니라 각칙에서도 찾을 수 있다. 법적 효과인 형벌은 항상 구성요건에 해당하고 위법하며 유책한, 그리고 기타 처벌조건을 충족하는 범죄를 전제한다. 그러나 형법전은 모든 가벌성조건을 충족하지 않는 행위에 대한 반응으로서 제재도 가지고 있다. 이러한 행위는 처벌되지 않기 때문에 좁은 의미에서의 범죄(Straftat)는 아니고, 형벌적 성격이 없는 법적 효과의 계기가 될 수 있을 뿐이다. 따라서 법률문언은

1256) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Giesecking 2016, § 29 Rn. 1.

이를 위법적 행위(rechtswidrige Tat)라고 한다. 흠결되었을 때 형벌의 법적 효과만 탈락시키고 다른 형법적 제재를 탈락시키지 않는 가벌성조건은 형법 제20조의 책임능력이다. 예컨대 형법 제69조에 따르면 형 선고가 행위시 정신적 장애로 불가능한 경우에도 행위자로부터 운전면허를 박탈할 수 있다. 따라서 유책한 행위를 요구하지 않는 형법적 제재가 있다. 따라서 형법상의 법적 효과는 책임종속적인 제재와 책임에 종속하지 않는 제재로 분류된다.¹²⁵⁷⁾ 그러나 형벌 이외의 형법적 제재를 가하려면 이러한 책임말고는 모든 가벌성조건은 충족되어야 한다. 예컨대 정당화사유가 개입한 다든지 행위자가 중지미수 요건을 충족하면 형법적 제재는 선고될 수 없다.¹²⁵⁸⁾

가. 제재시스템

성년의 범죄자에 대한 형법적 제재는 형벌과 기타 제재로 구성된다. 모든 형벌은 책임에 종속된 제재이고, 기타 제재는 경우에 따라 책임에 종속되지 않는다.¹²⁵⁹⁾

1) 형벌

현재 독일 형법은 자유형(Freiheitsstrafe), 벌금형(Geldstrafe), 운전금지(Fahrverbot)의 3가지 형벌유형을 가지고 있다.¹²⁶⁰⁾ 기본법 제102조에 의해 사형은 폐지되었다. 1992년에 도입되었던 네 번째 범죄유형으로서 재산형(Vermögensstrafe)은 그 사이 폐지되었다. 독일 헌법재판소는 2002년 결정에서 재산형에 대한 규정이 기본법 제103조 제2항에 배치됨을 확인하였다.¹²⁶¹⁾ 자유형과 벌금형은 주형이고 운전금지는 부가형이다. 오직 자유형만 - 보호관찰부 집행유예의 가능성이 있지만 - 개인적 자유의 박탈과 결부되어 있다.¹²⁶²⁾ 다른 두 형벌은 범죄자에게 자유를 유보하지만 범죄자로

1257) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Giesecking 2016, § 29 Rn. 4.

1258) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Giesecking 2016, § 29 Rn. 5.

1259) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Giesecking 2016, § 29 Rn. 6.

1260) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Giesecking 2016, § 29 Rn. 7.

1261) BVerfGE 105, 135 ff.

1262) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Giesecking 2016, § 29 Rn. 7.

부터 다른 희생을 요구한다. 모든 형벌은 질적 고유성 외에도 양적 측면을 가지고 있어서 법원은 어떠한 형벌을 선고할지를 결정할 뿐만 아니라 구체적인 사안에서 그 양을 정해야 한다. 법률은 이와 관련하여 대강의 규정만 마련해 놓고 세부작업은 법적용자 즉, 형사판사에게 맡겨져 있다. 법정형의 범위에서 판사는 구체적인 사안에 적합한 선고형을 정해야 한다. 양형에 있어 정향점은 책임의 양이다(형법 제46조 제1항). 이 점에서 가벌성조건의 충족은 처벌여부 뿐만 아니라 형벌의 크기까지 정하고 가벌성조건은 “선취된 양형요소”로 이해될 수 있다는 점을 알 수 있다.¹²⁶³⁾

(1) 자유형

형법은 무기자유형과 유기자유형을 구별한다(형법 제38조 제1항). 무기자유형은 예컨대, 모살(제211조 제1항) 및 민족모살(국제형법 제6조 제1항) 내지 사망의 결과로 인해 가중처벌되는 범죄들과 같이 중범죄에 대해 부과된다. 무기자유형의 경우 법정 하한은 1달이고 상한은 15년이다(제38조 제2항). 형법각칙 규정은 상한을 좀더 낮추고 하한을 좀더 올려서 이러한 법정형의 범위를 좁힌다(예컨대 제244조a 제1항). 경우에 따라서는 조정된 상한 또는 하한에 관한 어느 하나의 정보만 주어져 있다(예컨대, 제212조 제1항과 제242조 제1항). 그런 후 제38조 제2항에 관한 일반적 규정이 보충적으로 등장한다. 양 방향으로의 경계의 변화는 감경 또는 가중에 근거하여 이루어진다. 형의 가중과 일부의 감경은 각칙에 명확히 기술되어 있는 반면(예컨대 제243조 제1항과 제213조), 그 밖의 감경은 변경된 형의 범위가 제49조의 적용을 통해 도출된다(예컨대, 제13조 제1항과 제27조 제2항 제2문). “경한 사안들(minder schweren Fälle)”과 “특별히 중한 사안들(besonders schweren Fälle)”의 경우 이들은 가중 및 감경구성요건의 의미에서 구성요건의 변경을 야기하지 않고 중범죄이나 경범죄이나하는 범죄의 성격에 영향을 미치지 않는다(제12조 제3항). 변경된 상한과 하한의 범위 내에서 법원은 구체적인 범죄에 적합한 형벌을 양형(Strafzumessung)을 통해 확정한다(제46조).¹²⁶⁴⁾

양형을 통해 6개월 미만의 형이 도출되면 통상 자유형의 선고 대신 벌금형이 선고된

1263) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Giesecking 2016, § 29 Rn. 7.

1264) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Giesecking 2016, § 30 Rn. 4.

다(제47조 제1항). 단기 자유형은 이익보다 손해가 많기 때문에 피해야 한다(자유형의 보충성).¹²⁶⁵⁾

판결에서 선고된 형의 크기와 실제 집행기간은 구별해야 한다. 자유형이 전적으로 집행되는 한 그 기간은 처음부터 형사소송법 제51조, 제450조, 제450조a 또는 법원조직법 제3조에 따라 형벌에 산입되는 양만큼 줄어든다. 형집행의 과정 중에는 가석방(제57조) 또는 사면(기본법 제60조 제2항, 형사소송법 제452조, 브란덴부르크 주 헌법 제92조)의 경우 판결에서 확정된 형에 도달하지 않아도 된다.¹²⁶⁶⁾

(2) 벌금형

벌금은 형사실무에서 가장 빈번히 발생하는 형벌이다. 선고된 형의 80% 이상이 벌금형이다. 이러한 법현상의 중요한 이유는 제47조 규정에 놓여 있는데, 대부분의 범죄가 경미범죄들이고 1개월 이상 6개월 미만의 자유형에 해당된다. 이러한 단기 자유형은 처음부터 피해야 되고 이를 벌금형이 대체한다.¹²⁶⁷⁾

법원에 의한 벌금형의 선고를 통해 유죄판결을 받은 자는 일정 액수의 금액을 지불해야 한다. 지불의무의 범위는 판결주문에 기재되어 있다(형사소송법 제260조 제4항 제3문). 그런데 판결주문은 지불해야 할 금액을 언급하는 것이 아니라 두 가지 요소를 담고 있다. 두 가지 요소를 곱한 것이 전체금액이 된다. 즉 벌금형은 소위 “일수벌금(Tagessätzen)”으로 계산되고 선고된다(제40조 제1항 제1문). 이러한 일수벌금시스템은 1969년 스칸디나비아식 모델에 따라 독일 형법에 도입되었고 제재영역에서 장족의 발전을 의미하였다. 이는 벌금형 실무를 보다 합당하고 투명하게 한다.¹²⁶⁸⁾

전체 금액을 산출하는 두 가지 요소는 일일벌금의 금액과(die Höhe des Tagessatzes) 일일벌금의 수(die Anzahl der Tagessätze)이다(제40조 제4항). 일일벌금의 수는 범죄의 책임에 따라 정해지고 범죄의 경중을 드러낸다. 이러한 요소는 벌금형과 자유형의

1265) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Gieseking 2016, § 30 Rn. 5.

1266) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Gieseking 2016, § 30 Rn. 6.

1267) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Gieseking 2016, § 30 Rn. 14.

1268) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Gieseking 2016, § 30 Rn. 15.

비교와 하나의 형벌유형에서 다른 형벌유형으로의 전환을 가능케 한다(제43조: 벌금형을 대신하여 자유형, 제47조: 자유형을 대신하여 벌금형). 30일이 아닌 60의 일일벌금(2개월의 자유형에 해당)을 위해서는 보다 중한 범죄가 요구된다. 일일벌금의 금액은 유죄판결을 받은 자의 경제 기타 개인적 상황에 영향을 받고 범죄의 불법과 책임과는 무관하다(제40조 제2항). 일일벌금액은 경제적으로 풍족한 범죄자의 경우 그렇지 못한 범죄자보다 높는데, 이는 가난한 범죄자가 보다 중한 범죄를 저질러도 마찬가지이다.¹²⁶⁹⁾ 최소 일일벌금의 수는 5이고 최대 일일벌금의 수는 360이다(제40조 제1항 제2문). 일일벌금 금액은 최소 1유로이고 30000유로를 넘을 수 없다(제40조 제2항 제3호). 일일벌금 금액의 기준은 순수익(Nettoeinkommen)이고 이러한 순수익은 유죄판결을 받은 자가 하루에 실제로 벌거나 벌 수 있는 것이다(제40조 제2항 제2문).¹²⁷⁰⁾

자유형과 달리 벌금형의 경우 보호관찰부 집행유예가 없다. 즉 벌금형은 어떤 경우이든 지불되어야 한다. 지불되어야 하는 금액은 자유형의 경우와 마찬가지로 기타 형벌과 유사한 손실의 산입으로 경감될 수 있다(예컨대 제51조 제1항 제1문). 지불경감으로서 범죄자에게 지급기간의 연기 또는 분할지급을 허용할 수 있다(제42조, 형사소송법 제459조a). 벌금형의 집행은 형사소송법 제459조 이하에 따르고 사법징수규정(Justizbeitrungsordnung)에 따른다. 수형자가 지불하지 않으면 강제집행수단이 사용된다. 벌금형이 강제집행에도 불구하고 징수되지 않으면 수형자에 대해 벌금형의 대용물로서 대체자유형(Ersatzfreiheit)의 집행이 명령된다(제43조, 형사소송법 제459조e). 그러면 수형자는 자신이 지불해야 하는 각 한번의 일일벌금을 하루의 자유형으로 대체한다(제43조 제2문). 이러한 대체자유형의 집행은 보호관찰부로 유예될 수 없다. 반대로 제57조에 따르면 대체자유형의 남은 기간에 대한 집행유예는 허용된다고 보인다. 수형자는 대체자유형을 받는 대신 자유로운 무보수 노역을 행할 수 있고 이를 통해 벌금형을 이행할 수 있다. 형법전도입법(Einführungsgesetz: EGStGB) 제293조는 대체자유형에 대한 대안의 도입을 허용하고 독일의 모든 연방주는 이러한 권한을 사용하고 있다.¹²⁷¹⁾

1269) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Gieseking 2016, § 30 Rn. 16.

1270) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Gieseking 2016, § 30 Rn. 17.

1271) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil,

2) 기타 제재

기타 제재 중 가장 중요한 것은 보안처분(Maßregel der Besserung und Sicherung)이다. 형법 제61조에 6가지 상이한 형태의 제재유형이 나열되어 있다. 법률은 보호감호와 행장감독의 일부를 예외로 하면서 보안처분을 형법 제20조에 의해 처벌될 수 없는 범죄에 대한 대응으로 본다. 형벌의 경우 책임이 그 근거가 됨에 반해 보안처분은 행위자의 위험성을 전제로 한다는 점에서 양 자는 구별된다. 즉, 보안처분은 순수하게 특별예방적 목적을 가진다. 실무적 적용에 있어서는 형벌과 보안처분 사이에는 배타적 관계가 존재하지 않는다. 양 제재유형은 종종 양자의 조건이 충족되면 하나의 범죄의 결과로서 중첩적으로 등장한다. 형벌의 경우와 마찬가지로 보안처분 영역에서도 자유박탈적 형태와 비자유박탈적 형태가 있다.¹²⁷²⁾

그 밖에 형법 제재로는 제45조의 지위와 관련된 형사 부수효과, 몰수와 폐기(제73조 이하), 유죄판결공시(Bekanntgabe der Verurteilung)(형법 제103조 제2항, 제165조, 제200조)를 들 수 있다.¹²⁷³⁾

중범죄자의 경우 형 집행유예가 재사회화에 적합하다 하더라도 정당한 응보와 일반 예방의 필요성에 의해 형의 집행유예가 배제된다. 따라서 형법 제56조 제2항에 따르면 2년 이상의 자유형의 경우 집행유예가 불가능하다. 1년 이하의 형에서 집행유예는 유죄판결을 받은 자에게 “유리한 사회예후(günstige Sozialprognose)”판단이 내려진다면 필수적이다(제56조 제1항). 1년 이상 2년 이하의 경우 형의 집행유예는 법원의 재량에 놓여있고 특별한 정황의 존재를 요구한다(제56조 제2항). 6개월에서 2년 사이의 범위에서 집행유예는 법질서의 방어가 필요하다면 집행유예가 거절될 수 있다(제56조 제3항).

12. Aufl., Giesecking 2016, § 30 Rn. 18

1272) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Giesecking 2016, § 29 Rn. 8.

1273) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Giesecking 2016, § 29 Rn. 9.

나. 집행유예 및 가석방

1) 형의 집행유예

2년을 넘지 않는 자유형의 선고만으로는 유죄판결을 받은 자가 이러한 형을 실제로 받아야 하는지는 아직 결정되지 않는다. 자유박탈의 해약은 형의 집행이 보호관찰부로 유예되는 경우 일시적으로 보류된다. 유죄판결을 받은 자가 유예의 취소없이 유예 기간을 견디어 낸다면 자유박탈의 해약은 종국적으로 면제된다. 이를 통해 자유형은 사실상 사회내 제재(ambulante Sanktion)로 전환된다. 경험적 조사에 의하면 형의 집행유예를 받은 자가 그렇지 않은 자보다 더 나은 예방 및 재사회화 효과를 보였다. 따라서 독일 입법자는 1953년에 형 집행유예제도는 형법에 도입하였다.¹²⁷⁴⁾

2) 가석방

자유형의 집행이 제56조에 따라 보호관찰부로 유예되지 않는다면 형은 형사판결이 기판력을 가지는 한 집행되어야 한다(형사소송법 제449조). 이는 형 집행유예가 취소된 경우에도 마찬가지이다(제56조 이하). 집행(Vollstreckung)은 사법집행소(Justizvollzugsanstalt)에서 형집행(Strafvollzug)으로 이루어진다(형집행법 제1조). 형 집행과 연결된 대부분의 법적 문제는 주의 형집행법에 규정되어 있다. 집행기간의 단축은 제57조 내지 제57조a에 따른 보호관찰부 가석방에 근거하여 이루어질 수 있다. 제56조에 규정된 형 집행유예와는 달리 여기서는 특정 집행기간 이후 아직 집행되지 않은 나머지 형이 보호관찰부로 유예되고 구금된 자는 석방된다. 1981년부터 가석방은 무기 자유형의 경우에도 가능하다(제57조a).¹²⁷⁵⁾

유기 자유형의 남은 형은 제57조 제1항 제1문 제1호에 따라 보통 3분의 2의 형기, 예외적인 경우 2분의 1의 형기를 마치고 난 이후 유예된다(제57조 제2항). 이를 위한 요건으로 피구금자의 동의(제57조 제1항 제1문 제3호) 뿐만 아니라 긍정적 사회예후(positive Sozialprognose)(제57조 제1항 제2호)이 필요하고, 그 개연성은 제56조 제1항이 요구하는 것보다 낮아도 된다.¹²⁷⁶⁾

1274) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Gieseking 2016, § 30 Rn. 7.

1275) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Gieseking 2016, § 30 Rn. 10.

무기 자유형에 대한 보호관찰부 가석방은 적어도 15년의 형집행을 요구한다(제57조a 제1항 제1문 제1호). 피구금자의 동의와 긍정적 사회예후 이 외에도 특별히 중한 책임이 형집행의 지속을 요구하지 않아야 한다(제57조a 제1항 제1문 제2호). 이러한 가석방의 장애는 특히 제211조(모살죄) 적용에 필수적인 것을 넘어서는 책임의 양을 보여주는 모살범죄의 범죄자의 경우 인정된다.¹²⁷⁷⁾

보호관찰부 가석방에 대한 판단은 지방법원 집행부(Vollstreckungskammer)가 결정을 통해 행한다(형사소송법 제454조 제1항, 제462조a 제1항). 피구금자는 거절결정에 대해 즉시항고를 할 수 있다(형사소송법 제454조 제2항 제1문, 법원조직법 제121조 제1항 제2호). 특별히 중한 책임에 대한 판단은 제57조a 제1항 제1문 제2호에 따라 사실심법원(Tatgericht)에 속하고 이러한 법원의 결정에 집행부는 구속된다. 반대로 사실심법원에 의해 인정된 특별히 중한 책임이 자유형의 추가적인 집행을 요구하는지에 대한 검토는 집행부의 임무이다.¹²⁷⁸⁾

다. 제재없는 범죄

1) 형면제(Absehen von Strafe)

하나의 행위가 범죄의 모든 표지들을 나타낸다면 행위자는 처벌되어야 한다(처벌강제주의: Legalitätsprinzip). 처벌은 원칙적으로 의무적이다. 다만, 예외적으로 실제 형법은 범죄자를 처벌없이 방면하는 것을 허용한다. 이러한 형태의 범죄에 대한 형법적 대응은 대부분 “형면제(Absehen von Strafe)”로 표현된다. 이러한 형면제는 범죄성립요건이 결여되는 것과 구별된다. 형면제 판결을 내리는 판사는 행위가 범죄의 속성을 가지지만 처벌을 포기한다는 점을 표현하는 것이다. 절차적 관점에서는 형면제는 무죄선고와 혼동되어서는 안된다. 한편 형집행의 경우 사면이 문제되는 것은 아니고 형법적용행위가 문제된다.¹²⁷⁹⁾

1276) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Gieseking 2016, § 30 Rn. 11.

1277) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Gieseking 2016, § 30 Rn. 12.

1278) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Gieseking 2016, § 30 Rn. 13.

1279) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil,

형면제는 보통 재량판단이다. 법률은 법적용자에게 처벌을 면제하는 것을 허용하지만 다른 판단가능성, 예컨대 감경 또는 감경되지 않은 형선고 가능성도 열어놓고 있다. 제60조 제1문의 경우 형면제는 필수적이다. 이렇게 법률상 허용된 형면제의 실체적 이유는 당벌성의 현저히 경감되었다는데에 놓여 있고 경감의 정도는 개별 사안에서 수많은 상황에 대한 검토를 통해 구체적으로 정해질 수 있다. 따라서 법률은 판사에게 자신의 재량행사시 지침을 주고 있지 않다. 몇몇 사안에서는 행위의 불법과 책임이 처음부터 경미하고 기타 사안에서는 행위후 범죄자의 행위(예컨대 현저한 개전의 정)를 통해 처벌필요성이 줄어들어 형면제가 정당화된다. 전자를 위한 예는 형법 제23조 제3항과 제157조 그리고 형사소송법 제153조와 제153조a이다. 행위자의 사후 행위를 고려하는 규정은 예컨대 제46조a, 제158조, 제261조 제9항, 제266조a 제6항 제1문, 제314조a 제2항, 제320조 제2항, 제330조b 등이 있다.¹²⁸⁰⁾

2) 선고유예(Verwarnung mit Strafvorbehalt)

다른 형태의 처벌되지 않는 범죄는 제59조 이하에 규정되어 있다. 여기서도 마찬가지로 법원의 판단(판결, 약식명령(Strafbefehl))에서 행위자가 범죄를 저질렀고 그럼에도 불구하고 일시적으로 그에 대해 형을 선고하지 않는다는 점이 확인된다. 범죄자에게는 우선 경고만 주어진다. 형면제와는 달리 선고유예의 경우 나중에 행위자가 다시 범죄를 저지르게 되면 처벌이 이루어진다(제59조b 제1항). 행위자가 제59조a 제1항에 따라 정해진 유예기간을 성공적으로 끝내면 영구적으로 형이 면제된다. 선고유예는 다름이 있는 법제도이고 실무상 잘 활용되지 않는다.¹²⁸¹⁾

라. 소결

독일은 범죄의 법적효과로서 형벌과 관련하여 한국과 몇 가지 점에서 다르다. 먼저, 독일 형법은 형벌로 자유형(Freiheitsstrafe), 벌금형(Geldstrafe), 운전금지

12. Aufl., Gieseking 2016, § 29 Rn. 10.

1280) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Gieseking 2016, § 29 Rn. 11.

1281) Jörgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., Gieseking 2016, § 29 Rn. 12.

(Fahrverbot)의 3가지 형벌유형만을 예정하고, 사형과 재산형은 폐지하였다. 그리고 독일의 경우에도 공무담임권, 피선거권, 투표권의 상실이 규정되어 있으나 이는 형벌이 아니라 일정 범죄에 대한 부수효과로 보고 있다.

그리고 신체의 자유 침해를 의미하는 형벌과 관련하여 독일 형법은 한국 형법상의 징역, 금고, 구류의 구분을 알지 못하고 금고에 해당하는 자유형만을 규정하고 있다. 자유형은 무기자유형과 유기자유형으로 구분되고 후자의 경우 단기는 1개월이고 장기는 15년이다.

독일의 벌금형은 일수벌금제라는 점에서 여전히 총액벌금제를 시행하는 한국과 다르다. 이러한 일수벌금제에서 벌금형은 일일벌금의 금액과(die Höhe des Tagessatzes) 일일벌금의 수(die Anzahl der Tagessätze)로 구성된다. 최소 일일벌금의 수는 5이고 최대 일일벌금의 수는 360이며, 일일벌금 금액은 최소 1유로이고 30000유로를 넘을 수 없다. 일일벌금 금액의 기준은 순수익(Nettoeinkommen)이다. 나아가 벌금형에 따른 범죄자의 부담을 경감하기 위해 납부유예와 분할납입을 허용하고 있다. 독일의 경우에도 벌금형이 납부되지 않으면 대체자유형을 부과할 수 있고 하루의 일일벌금의 수는 하루의 자유형에 해당한다. 한국의 노역장유치의 경우는 노역이 필수적이나 독일의 대체자유형은 그렇지 않고 독일의 경우 연방주법에 따라 자발적 공공근로를 통해 대체자유형을 피할 수 있다.

독일의 경우 보안처분이 형법총칙에 규정되어 있지만, 한국은 이에 상응하는 내용이 보호관찰법 등에 기술되어 있다. 독일이 경우에도 형면제, 형집행유예, 형선고유예, 가석방 등의 가능성이 있지만 그 요건 및 절차는 한국의 그것과는 차이를 보이고 있다.

제5절 | 일본

1. 죄수론

가. 개관

1) 죄수론의 의의 및 임무

죄수론이란, 행위자가 복수의 죄를 범한 경우를 어떻게 처리할 것인가에 관한 이론을 말한다. 이는 ① 행위자가 범한 것이 1개의 죄인지 또는 수개의 죄인지를 판단하는 문제, ② 수개의 죄를 범했다면, 이를 어떻게 처벌할 것인지의 문제의 2가지로 대별된다. 1개의 범죄를 수인이 관여한 경우에 관한 이론이 공범론이고, 이에 비하여 죄수론은 1인의 행위자가 수개의 죄를 범한 경우에 관한 이론이다.

2) 죄수결정의 기준

죄수를 결정하는 기준에 대하여는 학설상 다툼이 있는바, 구체적으로 보면 ① 행위자의 범죄적 의사의 개수를 죄수의 표준으로 하는 의사표준설¹²⁸²⁾, ② 범죄행위의 개수를 죄수의 표준으로 하는 행위표준설¹²⁸³⁾, ③ 침해된 법익 내지 결과의 개수를 표준으로 하는 법익표준설¹²⁸⁴⁾, ④ 구성요건에 대항하는 횡수를 표준으로 하는 구성요건표준설¹²⁸⁵⁾, ⑤ 죄수의 종류에 따라 표준을 달리해야 한다는 개별화설 등이 주장되고 있다.¹²⁸⁶⁾ 이론적 근거의 측면을 보면, ① 의사표준설은 행위자의 위험성을 문제로 하는 신파(주관주의)의 입장에서는 행위자의 의사를 표준으로 해야 한다고 보며, ② 행위표준설은 범죄는 사람의 행위이고, 따라서 범죄의 단복(單複)은 행위가 1개인지 수개인지에 의해 결정되어야 한다고 보며, ③ 법익표준설은 구파(객관주의)의 입장에

1282) 대심원 판결 1908년(명치41년) 6월 22일 大審院刑事判決錄 14집 688면; 대심원 판결 대정11년 2월 0일 大審院刑事判例集 1권 40면.

1283) 대심원 판결 1911년(명치44년) 11월 16일 大審院刑事判決錄 17집 1994면.

1284) 대심원 판결 1908년(명치41년) 3월 5일 大審院刑事判決錄 14집 161면.

1285) 최고재판소 판결 1949년(소화24년) 5월 18일 最高裁判所刑事判例集 3권 6호 796면; 최고재판소 판결 1953년(소화28년) 3월 20일 最高裁判所刑事判例集 7권 3호 606면.

1286) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタール刑法 [第3版] 第4卷, 青林書院, 2013, 172면 이하.

서는 침해된 법익의 수를 기준으로 해야 한다고 보며, ④ 구성요건표준설은 범죄는 구성요건해당성을 기준으로 성립하므로 범죄가 몇 개 성립하는가는 구성요건해당성을 표준으로 할 수밖에 없다고 본다. ④는 ①②③을 통합하는 성격을 지닌바, 개개의 구성요건은 고의, 행위 및 결과, 법익침해의 요소를 포함하여 정형화한 것이므로 각 요소를 고려하면서 구성요건적 평가를 통해 죄수를 정하는 입장이다. ⑤ 개별화설은 법익침해의 개수의 판단에 관하여는 재산과 같은 일신전속성이 약한 이익과 생명·신체 등의 경우를 구별해야 한다는 입장이다.

판례는 과거 대심원 판결에서는 의사표준설, 행위표준설, 법익표준설을 취한 것들이 혼재했으나, 현재는 구성요건표준설의 입장으로 굳어지고 있는 것으로 평가되고 있다.¹²⁸⁷⁾

3) 죄수의 체계

죄수는 일죄와 수죄로 나뉜다. 전자의 일죄에는 ① 단순일죄와 ② 포괄일죄가 포함되는바, 이를 본래적 일죄라고도 부른다. 후자의 수죄에는 ③ 과형상 일죄로 취급되는 관념적 경합(제54조 제1항 전단)과 견련범(제54조 제1항 후단), 그리고 ④ 병합죄(제45조 이하), ⑤ 단순수죄의 3가지가 포함된다.¹²⁸⁸⁾

나. 본래적 일죄

본래적 일죄란, 범죄성립상의 일죄를 말하며, 구성요건에 1회 해당한다고 평가되는 사실을 말한다. 본래적 일죄는 단순일죄와 포괄일죄로 나누어진다.

1) 단순일죄

단순일죄란, 외형상 1개의 구성요건에 1회 해당하는 것이 명백한 경우이다.¹²⁸⁹⁾ 범의, 실행행위, 결과 또는 법익침해가 단일한 구성요건을 실현하는 경우가 전형적이다.

1287) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 477면. 이하 본 글에서는 일본판례가 취하고 있는 구성요건표준설에 기초하여 일죄와 수죄의 개념과 관련 내용 등을 기술하고 있다.

1288) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 478면 이하.

1289) 前田雅英, 刑法總論講義 [第7版], 東京大学出版会, 2019, 393면.

한편, 1개의 범죄사실에 대해 적용가능하게 보이는 별조가 복수로 보이는 경우인 이른바 **법조경합**은 단순일죄에 포함된다. 법조경합은 ① 특별관계, ② 보충관계, ③ 택일관계, ④ 흡수관계의 4가지 유형으로 구분하는 것이 통설이다. ①의 특별관계는 경합하는 별조가 일반법과 특별법의 관계에 있는 경우이다. 예컨대 살인죄(제199조)와 동의살인죄(제202조), 과살치사죄(제210조)와 업무상과실치사죄(제211조 2항), 횡령죄(제252조)와 업무상횡령죄(제253조) 등의 관계이다. ②의 보충관계는 경합하는 별조가 기본법과 보충법의 관계에 있는 경우이다. 예컨대 상해죄(와 폭행죄 등의 관계)이다. ③의 택일관계는 경합하는 별조가 배타적 관계에 있는 경우이다. 즉 경합하는 범조 중에 어느 하나의 별조가 적용되면, 다른 것은 적용되지 않는 관계를 말한다. 예컨대 위계업무방해죄(제233조)와 위력업무방해죄(제234조), 미성년자유괴죄(제224조)와 영리유괴죄(제225조) 등의 관계가 꼽히고 있다. ④의 흡수관계는 경합하는 범죄가 구성요건적 평가상 일방이 타방을 포괄하는 관계에 있는 경우를 말한다. 예컨대 강도범인이 강도 범행 중에 사람을 살해한 때에는 강도죄와 살인죄가 개별적으로 성립하는 것이 아니라 결합범인 강도살인죄에 흡수되어 일죄가 성립한다.¹²⁹⁰⁾

2) 포괄일죄

포괄일죄란, 어떤 범죄사실이 외형상 구성요건에 수회 해당하는 것처럼 보이는 경우이지만 1회의 구성요건적 평가로 포괄해야 할 범죄를 말한다. 포괄적 일죄라고도 부른다. 포괄일죄의 태양으로는 ① 행위의 외형상 동일 구성요건에 수회 해당하는 것처럼 보이는 경우, ② 행위의 외형상 다른 구성요건에 해당하는 것처럼 보이는 경우가 있다. ①의 경우는 외형상 동일한 구성요건에 해당하는 사실을 1회적으로 포괄하여 평가하여 일죄로 하는 것이므로 이 경우를 구성요건적 평가에 있어서의 **동질적 포괄성**이라고 한다. ②의 경우는 외형상 다른 구성요건에 해당하는 사실을 1회적으로 포괄하여 평가하여 일죄로 하는 것이므로 이 경우를 구성요건적 평가에 있어서의 **이질적 포괄성**이라고 한다.

1290) 일본 학설상 결합범에 대하여는 법조경합으로 보는 설, 단순일죄로 보는 설, 포괄일죄로 보는 설이 대립하고 있다. 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 480면.

(1) 동질적 포괄일죄¹²⁹¹⁾

행위의 외형상 동일한 구성요건에 수회 해당하는 것처럼 보이지만, 구성요건적 평가에 있어서는 포괄하여 1회의 구성요건해당성이 인정되는 것에 불과한 범죄를 말한다. ① 집합범(集合犯)과 ② 협의의 포괄일죄가 여기에 속한다. 전자의 집합범은 구성요건적 행위로서 수개의 같은 종류의 행위가 예정되어 있는 범죄를 말하며, 상습범, 직업범, 영업범을 포함한다.¹²⁹²⁾ 후자의 협의의 포괄일죄란, 동일한 구성요건에 해당하는 수개의 행위가 이루어진 경우에 이들의 행위 사이에 밀접한 관련성이 있고, 동일한 법익침해를 향한 단일의 의사의 실현행위로 인정해야 할 때 이를 포괄하여 1회의 구성요건적 평가를 하는 범죄를 말한다. 동일한 범의에 기초하여 장소적·시간적으로 근접한 조건 하에서 행해진 수개의 동종행위를 한 이른바 접속범(接續犯), 장소적·시간적으로 근접하지 않더라도 동일한 구성요건에 해당하는 행위가 장소적·시간적으로 연속하고 있어 동일한 법익의 침해를 향한 단일의 범의에 기초한 경우인 연속범(連續犯)이 이에 속한다.

(2) 이질적 포괄일죄¹²⁹³⁾

행위의 외형상 다른 구성요건에 각각 해당하는 것처럼 보이는 경우, 피해법익에 착목하여 이들 전체를 포괄하여 일죄로 하는 경우를 말한다. 동일한 법익을 향한 복수의 행위가 목적·수단, 원인·결과와 같이 밀접한 관계에 있고, 경한 죄가 중한 죄와 함께 중한 일죄로 처단되는 경우를 말하는 불가벌적 사전행위(내지 공벌적(共罰的) 사후행위), 그리고 범죄의 완성 후에 그 범죄에 수반한 위법상태가 계속되는 상태에서 그 위법상태 중에 통상 포함되는 행위이기 때문에 이미 당해 구성요건에 의해 평가가 끝난 행위를 말하는 불가벌적 사후행위 등이 여기에 속한다.

1291) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 481면 이하.

1292) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタル刑法 [第3版] 第4卷, 青林書院, 2013, 202면

1293) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 483면 이하.

다. 과형상 일죄

일본형법 제54조 (1개의 행위가 2개 이상의 죄명에 해당하는 경우의 처리)

- ① 1개의 행위가 2개 이상의 죄명에 해당하거나 또는 범죄의 수단 혹은 결과인 행위가 다른 죄명에 해당하는 때에는 그 가장 중한 형에 의해 처단한다.
- ② 제49조 제2항의 규정은 전항의 경우에도 적용한다.

1) 의의

과형상 일죄란, 수개의 단순일죄 또는 포괄일죄가 성립하지만, 어떤 의미에서는 일죄로 취급되어 그 중에 중한 형만으로 처단되는 경우를 말한다.¹²⁹⁴⁾ 일본형법 제54조에 규정되어 있는 관념적 경합과 견련범(牽連犯)이 여기에 해당한다. 한편 제55조에 규정되어 있었던 연속범도 과형상 일죄에 속했지만, 동 규정은 1947년 형법 개정 시에 삭제되었다.

2) 관념적 경합

관념적 경합(觀念的 競合)이란 “1개의 행위가 2개 이상의 죄명에 저촉”(제54조 제1항 전단)되는 경우를 말한다. 상상적 경합(想像的 競合) 또는 일소위수법(一所爲數法)이라고도 부른다.¹²⁹⁵⁾ 관념적 경합이 성립하기 위한 요건은 ① 행위가 1개일 것, ② 일개의 행위가 수개의 죄명에 저촉될 것이다. 판례는 1개의 행위의 실질적 의미에 관하여 “법적 평가를 떠나 구성요건적 관점을 사상(捨象)한 자연적 관찰로서 행위자의 동태가 사회적 견해 상 1개인 것으로 평가를 받는 경우”라고 판시하고 있다.¹²⁹⁶⁾ 그 처분은 “그 가장 중한 형에 의해 처단”된다(제54조 제1항). “가장 중한 형”이란 법정형의 상한에 있어서도 하한에 있어서도 각각 가장 중한 것을 선택하는 것을 말한다.¹²⁹⁷⁾

3) 견련범

견련범이란, 과형상 일죄 중 성립한 수개의 범죄 중에 “수단과 목적” 또는 “원인과 결과”의 관계가 인정되는 경우를 말한다(제54조 제1항 후단).¹²⁹⁸⁾ 예를 들어 타인의

1294) 平野龍一, 刑法總論II, 有斐閣, 1975, 407면.

1295) 前田雅英, 刑法總論講義 [第7版], 東京大学出版会, 2019, 401면.

1296) 최고재판소 판결 1974년(소화49년) 5월 29일 最高裁判所刑事判例集 제28권 제4호 제114면.

1297) 최고재판소 판결 1953년(소화28년) 4월 14일 最高裁判所刑事判例集 제7권 제4호 850면.

주거에 침입하여 절도를 한 경우에는 주거침입죄(제130조)와 절도죄(제235조)의 견련범이 된다. 견련범의 처분은 관념적 경합과 마찬가지로 그 가장 중한 형으로 처단하도록 되어 있다(제54조 제1항).

라. 병합죄

일본형법 제9장 (병합죄)

제45조 (병합죄) 확정재판을 거치지 않은 2개 이상의 죄를 병합죄로 한다. 어떤 죄에 대하여 금고 이상의 형에 처하는 확정판결이 있는 때에는 그 죄와 그 재판이 확정되기 전에 범한 죄에 한하여 병합죄로 한다.

제46조 (병과의 제한) ① 병합죄 중 1개의 죄에 대하여 사형에 처하는 때에는 다른 형을 과하지 아니한다. 다만, 몰수는 그러하지 아니하다. ② 병합죄 중 1개의 죄에 대하여 무기의 징역 또는 금고에 처하는 때에도 다른 형을 과하지 아니한다. 다만, 벌금, 과료 및 몰수는 그러하지 아니하다.

제47조 (유기의 징역 및 금고의 가중) 병합죄 중 2개 이상의 죄에 대하여 유기의 징역 또는 금고에 처하는 때에는 그 가장 중한 죄에 대하여 정한 형의 장기에 그 2분의 1을 가한 것을 장기로 한다. 다만, 각각의 죄에 대하여 정한 형의 장기의 합계를 초과할 수는 없다.

제48조 (벌금의 병과 등) ① 벌금과 다른 형은 병과한다. 다만 제46조 제1항의 경우에는 그러하지 아니하다. ② 병합죄 중 2개 이상의 죄에 대하여 벌금에 처하는 때에는 각각의 죄에 대하여 정한 벌금의 다액의 합계 이하로 처단한다.

제49조 (몰수의 부가) ① 병합죄 중 중한 죄에 대하여 몰수를 과하지 아니하는 경우라고 하더라도 다른 죄에 대하여 몰수의 사유가 있는 때에는 이를 부가할 수 있다. ② 2개 이상의 몰수는 병과한다.

제50조 (여죄의 처리) 병합죄 중에 이미 확정재판을 거친 죄와 아직 확정재판을 거치지 아니한 죄가 있는 경우에는 확정재판을 거치지 아니한 죄에 대하여 다시 처단한다.

제51조 (병합죄에 관련된 2개 이상의 형의 집행) ① 병합죄에 대하여 2개 이상의 재판이 있었던 때에는 그 형을 함께 집행한다. 다만 사형을 집행해야 할 때에는 몰수를 제외하고 다른 형을 집행하지 않고, 무기의 징역 또는 금고를 집행해야 할 때에는 벌금, 과료 및 몰수를 제외하고 다른 형을 집행하지 아니한다. ② 전항의 경우에 있어서의 유기의 징역 또는 금고의 집행은 그 가장 중한 죄에 대하여 정한 형의 장기에 그 2분의 1을 더한 것을 초과할 수 없다.

제52조 (일부에 사면이 있는 경우의 조치) ① 구류 또는 과료와 다른 형은 병과한다. 다만, 제46조의 경우에는 그러하지 아니하다. ② 2개 이상의 구류 또는 과료는 병과한다.

제53조 (1개의 행위가 2개 이상의 죄명에 저촉되는 경우 등의 처리) ① 1개의 행위가 2개 이상의 죄명에 저촉되거나, 또는 범죄의 수단 혹은 결과인 행위가 다른 죄명에 저촉되는 때에는 그 가장 중한 형에 의해 처단된다. ② 제49조 제2항의 규정은 전항의 경우에도 적용한다.

1) 의의와 요건

병합죄(竝合罪)란, 확정재판을 거치지 않은 수죄를 말한다(제45조). 단일의 행위자에 대하여 수개의 범죄가 성립하는 것을 범죄의 경합(競合)이라고 하며, 병합죄는 관념적 경합에 대비하여 실재적(實在的) 경합이라고도 부른다.¹²⁹⁹⁾ 병합죄는 ① 수죄인 범죄사실인 모두 확정재판을 거치지 않은 경우, ② 수죄인 범죄사실 중 이미 확정재판을 거친 죄가 있는 경우에 인정된다. 병합죄에 대하여 일본형법은 개개로 성립하는 범죄를 개별적으로 처리하지 않고 일괄 처리하거나 또는 가중주의를 채택하여 산술적으로 형을 더하지 않도록 하고 있다. 그 이유는 ① 각 죄가 동시에 심판될 수 있었던 상황이었기 때문에 이들의 죄를 일괄하여 처리하는 편이 절차상 합리적이라는 점, ② 확정재판을 거치지 않은 수죄는 재판에 의한 위화에 이르지 않은 채 중첩된 것이기 때문에 각 범죄를 개별적으로 처리하는 것은 옳지 않다는 점의 2가지가 꼽힌다.¹³⁰⁰⁾

2) 처분

일본형법상 병합죄의 처분의 방법에 관하여는 흡수주의, 가중주의, 병과주의의 3가지가 있다. ① 흡수주의란, 병합죄에 해당하는 각 죄 중 가장 중한 죄의 법정형에 의해 처단하는 원칙을 말한다. ② 가중주의란, 그 가장 중한 죄의 법정형에 일정한 가중을 더하여 처단하는 원칙을 말한다. ③ 병과주의란, 각 죄에 형을 정하여 과하고, 각각의 형을 합쳐 집행하는 원칙을 말한다. 일본형법은 가중주의를 원칙으로 하고, 형의 종류에 따라서는 흡수주의, 병과주의를 병용하는 방식을 채택하고 있다.¹³⁰¹⁾

이를 보다 구체적으로 설명하면, (1) 병합죄 중 2개 이상의 유기의 징역·금고에 처해야 할 죄가 있는 때에는 그 가장 중한 죄에 대해 정한 형의 장기에 그 반수를 더한 것으로서 장기로 한다. 다만 각 죄에 대해 정한 형의 장기를 합산한 것을 초과할 수는 없다(제47조, 가중주의). 병합죄의 단기에 대하여는 다른 죄의 법정형의 단기와 비교하여 가장 중한 단기에 의한다. (2) 병합죄 중 그 일죄에 대해 사형에 처해야 할 때에는 다른 형을 과하지 아니한다. 다만, 몰수는 과할 수 있다(제46조 제1항, 흡수주의). 그

1299) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 498면.

1300) 団藤重光, 刑法綱要總論 [第3版], 創文社, 1990, 449면; 西田典之, 刑法總論, 成文堂, 2006, 382면.

1301) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 500면.

일죄에 대해 무기의 징역·금고에 처해야 할 때에도 또한 다른 형을 과하지 아니한다. 다만, 벌금·과료·몰수는 과할 수 있다(제46조 제2항, 흡수주의). (3) 2개 이상의 벌금은 각 죄에 대해 정한 벌금의 다액의 합산액 이하로 처단한다(제48조 제2항, 가중주의). 벌금·구류·과료와 다른 형은 병과한다. 다만, 병합죄 중 그 일죄에 대하여 사형에 처해야 할 때에는 병과하지 아니한다(제48조 제1항, 제53조 제1항, 병과주의).

마. 단순 수죄

단순수죄는 범죄가 실재적으로 경합하는 경우에 있어서 병합죄가 되지 않는 수죄를 말한다. 단순수죄의 경우에는 각 범죄 별로 성립을 인정하며, 각각의 범죄의 법정형에 의해 처단된다(병과주의).¹³⁰²⁾

바. 소결

죄수론의 임무는 ① 일죄와 수죄를 구분하는 것과 ② 수개의 죄를 범한 경우라면, 그 처벌을 어떻게 할 것인지의 2가지로 구분된다. 위 ①의 문제와 관련하여 보면, 일본형법학에서는 죄수결정의 기준에 관하여 의사표준설, 행위표준설, 법익표준설, 구성요건표준설, 개별화설 등이 주장되고 있다. 구 판례에서는 의사표준설, 행위표준설, 법익표준설의 입장이 혼재되어 있는 양상이었으나, 현재는 구성요건표준설의 입장으로 굳어진 것으로 평가되고 있다.

죄수의 체계는 대별하여 일죄와 수죄로 구별되고, 전자의 (본래적) 일죄에는 ① 단순 일죄와 ② 포괄일죄가 포함되고, 후자의 수죄에는 ③ 과형상 일죄로 취급되는 관념적 경합(상상적 경합, 제54조 1항 전단)과 견련범(제54조 1항 후단), 그리고 ④ 병합죄(경합범), ⑤ 단순 수죄가 포함된다. ① 단순일죄에는 외형상 복수의 범죄가 적용가능한 것으로 보이는 법조경합도 포함되며, 법조경합은 특별관계, 보충관계, 택일관계, 흡수관계의 4가지 유형으로 구분하는 것이 통설이다. ② 포괄일죄는 동질적 포괄일죄—상습범·직업범·영업범을 포괄하는 집합범과 접수범·연속범을 포괄하는 협의의 포괄일죄—와 이질적 포괄일죄—불가벌적 사전행위, 불가벌적 사후행위—로 구분된다.

1302) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 4502.

③ 과형상 일죄는 수죄이지만, 일죄로 취급되어 그 중 중한 형으로 처벌된다(제54조). 우리나라와 비교하면, 관념적 경합 외에 건련범이 과형상 일죄로 취급된다는 점에서 차이가 있다. 일본형법상 과형상 일죄가 되지만, 우리나라 형법으로는 수죄인 경합범으로 처리되는 것이다. 다만, 우리나라의 경우에도 “수단과 목적” 또는 “원인과 결과”의 관계가 인정되는 건련범에 대하여는 적어도 절차법상으로는 재구속 내지 이중구속이 이루어지지 않도록 이를 제한하는 특별규정을 별도로 두고 있다(한국형사소송법 제208조 참조).¹³⁰³⁾

일본형법상 ④ 병합죄의 처분방법(제45조 내지 제53조)에 있어서는 흡수주의, 가중주의, 병과주의의 3가지가 함께 혼용되고 있다. 일본형법은 가중주의를 원칙으로 하고, 형의 종류에 따라서는 흡수주의와 병과주의를 병용하는 방식을 채택하고 있다. 우리나라와 비교하면, 대원칙으로서 3가지 처분방법을 혼용하고 있다는 점에서 공통되고, 세부적인 적용에서 다소의 차이가 있다.

2. 형벌론

가. 개관

1) 형벌과 형벌권

형벌이란, 형식적으로는 범죄에 대한 법률상의 효과로서 국가에 의해 범인에게 과해지는 법익을 박탈을 의미한다.¹³⁰⁴⁾ 실질적으로는 형벌은 범죄에 대한 응보를 본질로 하여 고통, 해악을 그 내용으로 한다. 일본의 경우 서구에서의 근대형사사법제도의 영향을 받아 형벌의 목적에 관한 이론적 논의로서 이른바 형벌이론이 전개되어 왔는데, 고전학파(구파)의 객관주의와 근대학파(신파)의 주관주의의 대립이 그 논의의 출발점이었다.¹³⁰⁵⁾ 전자의 입장에서는 형벌의 본질을 범죄행위에 대한 응보로서 범죄

1303) 한국형사소송법 제208조 (재구속의 제한) ①검사 또는 사법경찰관에 의하여 구속되었다가 석방된 자는 다른 중요한 증거를 발견한 경우를 제외하고는 동일한 범죄사실에 관하여 재차 구속하지 못한다. ②전항의 경우에는 1개의 목적을 위하여 동시 또는 수단결과의 관계에서 행하여진 행위는 동일한 범죄사실로 간주한다.

1304) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタル刑法 [第3版] 第1巻, 青林書院, 2015, 152면.

1305) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタル刑法 [第3版] 第1巻, 青林書院, 2015, 18~23면.

자에 과해지는 해악으로 보는 응보형주의를 택한다. 응보로서의 형벌이 과해짐으로써 일반인을 위화하여 범죄를 예방하는 이른바 일반예방효과를 기대하게 된다. 이에 비하여 후자의 입장에서는 형벌의 본질을 행위자의 반사회적 성격을 개선, 교육하기 위한 수단으로 보는 목적형주의를 택한다. 형벌의 목적을 행위자를 개선하고 교육하여 재범을 예방하는 것으로 이해하는 이른바 특별예방효과를 기대하며, 이에 의해 사회를 범죄로부터 지키는 사회방위론으로 이론적으로 연결된다. 이론적 논쟁을 별론으로 하더라도 이와 같이 형벌은 범죄를 예방하는 기능을 수행하게 되고, 궁극적으로는 법익보호에 의해 사회질서의 유지에 기여하게 된다.

형벌권이란, 국가가 범인에게 형벌을 과하는 권한을 말한다.¹³⁰⁶⁾ 일본국헌법 제31조는 “누구든지 법률이 정한 절차에 의하지 아니하고는 그 생명 또는 자유를 박탈당하거나 그 밖의 형벌을 받지 아니한다.”고 규정하고 있고, 나아가 제36조에서는 “공무원에 의한 고문 및 잔혹한 형벌은 절대적으로 이를 금한다.”고 규정하여 간접적으로 국가가 형벌권을 가지고 있다는 점을 밝히고 있다.

2) 형벌의 종류

일본형법 제9조 (형의 종류)

사형, 징역, 금고, 벌금, 구류(拘留) 및 과료(科料)를 주형(主刑)으로 하고, 몰수를 부가형으로 한다.

일본의 현행 형법은 사형, 징역, 금고, 벌금, 구류 및 과료를 주형으로 하고 있고, 몰수를 부가형으로 규정하고 있다(동법 제9조). 주형(主刑)이란 독립적으로 선고할 수 있는 형벌을 말하고, 부가형(附加刑)이란 주형이 선고된 경우에 이에 부가하여 선고할 수 있는 형벌을 말한다.¹³⁰⁷⁾

형벌은 그 박탈하는 법익의 종류에 따라 생명형, 신체형, 자유형, 명예형, 재산형 등으로 분류될 수 있다. 이 중 ① 생명형에는 사형, ② 자유형에는 징역, 금고, 구류, 그리고 ③ 재산형에는 벌금, 과료, 몰수가 각각 포함된다. 우리나라 형법과 비교하면,

1306) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 506면; 大塚仁, 刑法概說[總論](第4版), 有斐閣, 2008, 514면.

1307) 大塚仁, 刑法概說[總論](第4版), 有斐閣, 2008, 518면.

명예형에 해당하는 자격정지 및 자격상실이 없다는 점에서 차이가 난다.

한편, 재산형인 벌금이나 과료를 완납하지 못하는 자에 대하여는 노역장에 유치하도록 하는 환형처분을 규정하고 있다. 유치기간은 벌금의 경우 1일 이상 2년 이하의 기간, 과료의 경우 1일 이상 30일 이하의 기간을 유치할 수 있도록 하고 있다(18조 1항, 2항). 또한, 벌금과 벌금을 병과하거나 벌금과 과료를 병과하는 경우에도 최장 3년을 넘지 못하도록 제한하고 있다(동조 3항).

나. 형벌의 적용

1) 법정형과 형의 경중

일본형법 제10조 (형의 경중)

- ① 주형의 경중은 전조에 규정한 순서에 의한다. 다만, 무기의 금고와 유기의 징역에 있어서는 금고를 중한 형으로 하고, 유기의 금고의 장기가 유기의 징역의 장기의 2배를 초과하는 때에도 금고를 중한 형으로 한다.
- ② 동종의 형은 장기의 긴 것 또는 다액의 많은 것을 중한 형으로 하고, 장기 또는 다액이 동일한 때에는 단기의 긴 것 또는 소액의 많은 것을 중한 형으로 한다.
- ③ 2개 이상의 사형, 장기 또는 다액 및 단기 또는 소액이 같은 동종의 형은 범정(犯情)에 의해 그 경중을 정한다.

법정형이란, 형법법규의 각 본조에서 규정하고 있는 형을 말한다. 한편, 법정형을 가중·감경하여 얻어진 형을 처단형이라고 한다. 그리고 법관이 처단형의 범위 내에서 재량에 의해 결정하는 구체적인 형이 선고형이다.

형의 경중에 관하여 보면, 먼저 주형의 경중은 사형, 징역 금고 벌금, 구류 과료의 순서에 의한다(제10조 1항). 다만, 무기금고와 유기징역에 있어서는 금고를 중한 형으로 하고, 유기금고의 장기가 유기징역의 장기의 2배를 초과하는 때에도 금고를 중한 형으로 한다. 우리나라 형법에서는 형의 경중에 있어 “유기금고의 장기가 유기징역의 장기를 초과하는 때에는 금고를 중한 것으로 한다.”는 점에서 일본형법과 다소의 차이가 있다(우리나라 형법 제50조 제1항).

동조의 형의 경중은 장기의 긴 것 또는 다액의 많은 것을 중한 형으로 하고, 장기 또는 다액이 동일한 때에는 단기의 긴 것과 소액의 많은 것을 중한 형으로 한다(일본형

법 제10조 2항). 2개 이상의 사형, 장기 또는 다액 및 단기 또는 소액이 같은 동종의 형은 범정(犯情)에 의해 그 경중을 정하고 있다(동조 3항).

2) 형의 가중 및 감경

일본형법상 형의 가중 및 감경사유는 아래 표와 같다. 법률상의 가중사유로는 경합범가중(제45조), 누범가중(제56조)이 있고, 법률상 감경사유로는 중지범(제43조 단서), 종범(제63조), 심신미약(제39조 2항), 자수·수복(首服)(제42조), 미수범(제43조 본문), 과잉방위·과잉피난(제36조 2항, 제37조 1항 단서) 등이 있다. 재판상의 가중사유는 없고, 재판상의 감경사유로는 작량감경(제66조)이 규정되어 있다.

▶▶ [표 4-5-1] 형의 가중·감경사유 [일본형법]

법률상의 가중·감경	가중사유		경합범가중(제45조), 누범가중(제56조)
	감경사유	필요적 감경	중지범(제43조 단서), 종범(제63조), 심신미약(제39조 2항)
		임의적 감경	자수·수복(제42조), 미수범(제43조 본문), 과잉방위·과잉피난(제36조 2항, 제37조 1항 단서) 등
재판상의 가중·감경	가중사유		—
	감경사유		작량감경(제66조)

3) 누범 및 상습범

일본형법 제56조(재범), 제57조(재범가중)

제56조 (재범) ① 징역에 처해진 자가 그 집행을 종료한 날 또는 그 집행의 면제를 얻은 날로부터 5년 이내에 다시 죄를 범한 경우에 있어서 그 자를 유기징역에 처할 때에는 재범(再犯)으로 한다.

② 징역에 해당하는 죄와 동질의 죄에 의해 사형에 처해진 자가 그 집행의 면제를 얻은 날 또는 감형에 의해 징역에 감경되어 그 집행을 종료한 날 혹은 그 집행의 면제를 얻은 날로부터 5년 이내에 다시 죄를 범한 경우에 있어서 그 자를 유기징역에 처할 때에도 전항과 같다.

③ 병합죄(경합범)에 대하여 처단된 자가 그 병합죄의 가운데에 징역에 처해야 할 죄가 있었음에도 그 죄가 가장 중한 죄가 아니었기 때문에 징역에 처해지지 않았던 것인 때에는 재범에 관한 규정의 적용에 대하여는 징역에 처해졌던 것으로 간주한다.

제57조 (재범가중) 재범의 형은 그 죄에 대하여 정한 징역의 장기의 2배 이하로 한다.

제59조 (3범 이상의 누범) 3범 이상의 자에 대하여도 재범의 예에 의한다.

(1) 누범의 의의

누범이란, 넓은 의미(광의)로는 확정재판을 거친 범죄—전범(前犯)—에 대하여 그 후에 범한 범죄—후범(後犯)—을 말한다.¹³⁰⁸⁾ 좁은 의미로는 광의의 누범 중에 일정한 요건을 구비하여 형이 가중되는 경우를 말한다. 일본형법 제56조의 ‘누범’은 좁은 의미(협의)의 누범이다.

(2) 누범가중의 요건 및 처벌

누범이 성립하기 위해서는 이하의 3가지 요건이 필요하다. ① 전범(前犯)으로서 징역에 처해진 자(제56조 1항), 이에 준하는 자(제56조 1항, 2항), ② 전범의 형의 집행을 종료한 날, 또는 그 집행의 면제를 얻은 날로부터 5년 이내에 후범이 범해질 것, ③ 후범에 대하여도 범인을 유기징역에 처할 때일 것이 그것이다. 재범의 형은 그 죄에 대하여 정한 징역의 장기의 2배 이하이다(제57조). 다만, 일본형법 제14조의 적용에 따라 20년을 초과할 수는 없다.¹³⁰⁹⁾ 나아가 3범 이상의 자에 대하여도 그 처벌은 재범과 동일하다(제59조).

(3) 상습범과 누범

일본형법은 제1편 총칙은 물론, 제2편 각칙에서도 일반적으로 상습범에 관한 명문 규정을 두고 있지 않다. 다만, 일본형법 제186조는 “상습으로 도박을 한 자”를 3년 이하의 징역에 처하도록 하는 상습도박죄에 관한 처벌규정을 두고 있을 뿐이다. 단순도박죄(제185조)에 비하여 상습성에 때문에 위험한 성격의 발현으로 도박을 한 것에 대해 중한 책임을 묻고 있는 것이다. 이는 우리나라 형법이 각칙상 개별범죄에 있어서 상습범을 가중처벌하는 다수의 규정을 두고 있는 것과는 차이가 있다.

한편, 일본의 경우 특별법인 「도범 등의 방지 및 처분에 관한 법률」(1930년 5월 22일 제정 법률 제9호)에서 상습절도와 상습강도 등을 법률상 형의 가중사유로서 규정하고 있기도 하다(동법 제3조, 제4조). 즉 상습으로 형법 제235조(절도), 제236조(강도), 제238조(사후강도), 제239조(혼취강도)의 각 죄 또는 그 미수죄를 범한 자로서

1308) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタル刑法 [第3版] 第4巻, 青林書院, 2013, 418면.

1309) 일본형법 제14조 (유기의 징역 및 금고의 가감의 한도) ① 사형, 무기의 징역 또는 금고를 감경하여 유기의 징역 또는 금고로 하는 경우에는 그 장기를 30년으로 한다. ② 유기의 징역 또는 금고를 가중하는 경우에는 30년까지 높일 수 있고, 이를 감경하는 경우에는 1월 미만으로 낮출 수 있다.

일정한 요건을 구비한 경우에 상습범으로 가중처벌된다.¹³¹⁰⁾ 본 조의 상습범에 해당하는 범인의 죄가 동시에 형법 제56조의 누범의 요건을 구비하는 때에는 누범가중까지 가능하다는 것이 판례의 입장이다.¹³¹¹⁾

4) 자수 및 수복(首服)

자수(自首)란, 범인이 수사기관에 발각되기 전에 자발적으로 자기의 범죄사실을 신고하여 그 처분을 구하는 의사표시를 말한다. 여기서 “수사기관에 발각되기 전”이란, 범죄사실이 수사기관에 전혀 인지되어 있지 않은 경우 및 범죄사실은 인지되어 있었더라도 범인이 누구인지 인지되어 있지 않은 경우를 말한다. 그 형은 임의적인 감경사유로 되어 있다(제42조 1항). 자수가 임의적 감경사유로 되어 있는 취지는 범죄의 수사를 용이하게 하는 정책적 이유 및 개전(改悛)에 의한 비난의 감소에 있다고 해석되고 있다.¹³¹²⁾

수복(首服)¹³¹³⁾이란, 친고죄의 범인이 고소권자(일본형사소송법 제230조 이하)에 대하여 스스로 나아가 친고죄의 범인이라는 것을 신고하여 그 고소에 맡기는 것을 말한다. 이 경우에도 그 형이 임의적으로 감경된다(제42조 2항). 수복은 범죄가 고소권자에게 발각되기 전에 행해질 필요가 있는지를 둘러싸고 다툼이 있지만, 수복의 제도가 자수와 마찬가지로 취지에 기초한 것으로 보는 입장에서는 “수사기관에 발각되기 전”이면 족하다고 해석하고 있다.¹³¹⁴⁾

5) 작량감경

일본형법 제66조 (작량감경)

제66조 (작량감경) 범죄의 정상(情狀)에 작량해야할 것이 있는 때에는 그 형을 감경할 수 있다.

제67조 (법률상의 가감과 작량감경) 법률상 형을 가중하거나 또는 감경하는 경우라고 하더라도 작량감경을 할 수 있다.

1310) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタール刑法 [第3版] 第4巻, 青林書院, 2013, 424면.

1311) 대심원 판결 1918년(대정7년) 7월 15일; 최고재판소 결정 소화44년 6월 5일

1312) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 521면.

1313) 일본형법 제42조 (자수 등) ①죄를 범한 자가 수사기관에 발각되기 전에 자수한 때에는 그 형을 감경할 수 있다. ②고소가 없으면 공소를 제기할 수 없는 죄에 대하여 고소를 할 수 있는 자에 대하여 자기의 범죄사실을 알리고, 그 조치를 맡긴 때에도 전항과 같다.

1314) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 522면.

작량감경이란, “범죄의 정상(情狀)에 작량(酌量)해야 할 것이 있는 때”에 작량하여 그 형을 임의적으로 감경하는 것을 말한다. 범죄의 정상은 그 범죄에 관한 일체의 정상을 말하는바, 범죄의 경중이나 피해의 변상 등과 같은 객관적 사정은 물론 범죄의 동기, 평소의 행상(行狀), 범죄 후의 행위자의 후회 등의 주관적 사정을 모두 포괄한다.¹³¹⁵⁾ 법률상 형을 가중 또는 감경하는 경우에도 작량감경을 할 수 있다(제67조). 작량감경의 적용 여부는 법관의 재량에 속하지만,¹³¹⁶⁾ 당연히 합목적성과 사회적 상당성에 입각하여 행해져야 한다고 해석되고 있다.¹³¹⁷⁾

6) 가중감경의 방법

(1) 법률상의 감경방법

법률상 형을 감경해야 할 1개 또는 2개 이상의 사유가 있는 때에는 다음의 예에 의한다(제68조). 사형을 감경하는 때에는 무기의 징역이나 금고, 또는 10년 이상의 징역 또는 금고로 한다(동조 1호). 무기의 징역 또는 금고를 감경하는 때에는 7년 이상의 유기의 징역 또는 금고로 한다(2호). 유기의 징역 또는 금고를 감경하는 때에는 그 장기 및 단기의 2분의 1을 줄인다(3호). 벌금을 감경하는 때에는 그 다액 및 소액의 2분의 1을 줄인다(4호). 구류를 감경하는 때에는 그 장기의 2분의 1을 줄인다(5호). 과료를 감경하는 때에는 그 다액의 2분의 1을 줄인다(6호).

법률상 감경해야할 경우에 있어서 “징역 또는 금고”와 같이 2개 이상의 형명(刑名)이 선택형으로 되어 있는 경우에는 우선 적용해야할 형을 정한 다음 그 형을 감경한다(제69조). 여기서의 형명이란, 형법 제9조에서 정한 ‘주형’이 선택적으로 정해져 있는 경우의 형의 종류를 말한다.¹³¹⁸⁾

(2) 작량감경하는 경우

작량감경해야 할 경우에도 제68조 및 제70조의 예에 의한다(제71조). 제69조가 제외되어 있는 것은 작량감경이 행해지기 전에 법률상의 가중감경이 행해지도록 되어 있어(제72조), 그 사이에 적용되어야 할 형명(刑名)이 확정되어 있기 때문이다.

1315) 前田雅英, 刑法總論講義 [第3版], 東京大学出版会, 1998, 486면.

1316) 최고재판소 대법정 판결 1948년(소화23년) 2월 6일 最高裁判所刑事判例集 2권 2호 23면.

1317) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 522면.

1318) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 523면.

(3) 동시에 형을 가중·감경하는 경우의 가감의 순서

동시에 형을 가중·감경해야 할 때에는 ① 재범가중, ② 법률상의 감경, ③ 병합죄(경합범)의 가중, ④ 작량감경의 순서에 의한다(제72조).

다. 형벌의 집행 및 집행유예, 가석방

1) 형의 집행

국가형벌권을 현실화하는 과정을 형의 집행이라고 한다.

(1) 사형

사형은 형사시설내에서 교수하여 집행한다(제11조 1항). 집행은 법무대신의 명령에 의하며, 그 명령은 재판이 확정된 날로부터 6개월 이내에 하여야 한다(일본형사소송법 제475조). 법무대신의 명령이 있으면, 5일 이내에 사형의 집행을 하여야 한다(형사소송법 제476조).

(2) 징역, 금고, 구류

징역은 형사시설에 구치하여 소정의 작업을 과하는 형벌을 말하며, 무기금고와 유기금고(1년 이상 20년 이하)로 구분된다(제12조 1항 및 2항). 금고는 형사시설에 구치하는 형벌을 말하며, 무기금고와 유기금고(1년 이상 20년 이하)로 구분된다(제13조 1항 및 2항). 유기의 징역과 금고는 가중할 경우에는 최장 30년까지 가능하고, 감경할 경우에는 1개월 미만으로 낮출 수 있다(제14조). 구류는 징역·금고에 비하여 경한 자유형이며, 1일 이상 30일 미만 형사시설에 구치하는 형벌을 말한다(제16조).

한편, 징역·금고·구류의 선고를 받은 자가 구금되어 있지 않을 때에는 검사는 집행을 위해 이들의 호출하여야 하며, 이에 응하지 않을 때에는 수용장에 의해 수용할 수 있다(일본형사소송법 제484조 이하).

(3) 재산형

재산형은 범죄자로부터 재산적 이익을 박탈하는 형벌이다. 일본형법은 벌금, 과료, 몰수의 3종을 규정하고 있다.

벌금과 과료는 일정한 금액을 국고에 납부하도록 하는 재산형인바, 벌금은 1만엔

이상의 재산형이고(제15조), 과료는 1천엔 이상 1만엔 미만의 재산형이다(제17조). 벌금 또는 과료를 완납할 수 없는 자에 대하여는 노역장에 유치하는 제도가 마련되어 있다. 일종의 환형처분인바, 벌금에 대하여는 1일 이상 2년 이하(제18조 1항), 과료에 대하여는 1일 이상 30일 이내이다(제18조 2항).

몰수는 범죄에 관한 일정한 유체물의 소유권을 박탈하는 법원의 재량적 처분을 말한다(제19조).¹³¹⁹⁾ 몰수는 주형을 선고하는 때, 이에 부가해서만 과할 수 있는 부가형이다. 몰수의 대상은 ① 범죄행위를 조성한 물건(제19조 1항 1호), ② 범죄행위의 용도에 공하거나 또는 공하려고 한 물건(2호), ③ 범죄행위에 의해 발생하거나 또는 이에 의해 득한 물건 또는 범죄행위의 보수로서 득한 물건(3호), ④ 전호에 열거한 물건의 대가로서 득한 물건(4호)이다.

추징은 몰수가 불가능한 경우에는 이를 대신하는 가액(價額)을 국고에 납부하도록 할 것을 명하는 처분을 말한다(제19조의2).¹³²⁰⁾ 추징의 가액의 산정시기에 대하여는 학설상 ① 범행시점으로 보는 입장, ② 몰수불능이 된 사유가 발생한 시점으로 보는 입장, ③ 추징의 재판시점으로 보는 입장으로 나누어져 있다.¹³²¹⁾

2) 형의 집행유예

(1) 의의

형의 집행유예란, 형의 선고를 한 경우에 있어서 정상에 의해 일정기간 내에 그 집행을 유예하여, 그 기간을 무사 경과한 때에는 형의 선고는 그 효력을 상실하는 제도를 말한다.¹³²²⁾

(2) 집행유예의 요건

집행유예가 선고되기 위해서는 ① “전에 금고 이상의 형에 처해진 적이 없는 자”, ② “전에 금고 이상의 형에 처해진 적이 있더라도, 그 집행을 종료한 날 또는 그 집행의 면제를 득한 날로부터 5년 이내에 금고 이상의 형에 처해진 적이 없는 자”일

1319) 前田雅英, 刑法總論講義 [第3版], 東京大学出版会, 1998, 492면.

1320) 大塚仁, 刑法概説[総論] (第4版), 有斐閣, 2008, 534면.

1321) 大塚仁, 刑法概説[総論] (第4版), 有斐閣, 2008, 534면.

1322) 前田雅英, 刑法總論講義 [第3版], 東京大学出版会, 1998, 487면.

것이 요구된다(제25조 1항). 집행유예는 ①과 ②에 해당하는 자가 3년 이하의 징역·금고 또는 50만엔 이하의 벌금의 선고를 받은 때에는 ‘정상에 의해’ 재판확정일로부터 1년 이상 5년 이하의 기간, 그 형의 전부의 집행을 유예할 수 있는 제도이다(제25조 1항). 여기서의 ‘정상(情狀)’이란, 범죄 그 자체의 정상에 한정되지 않고, 범죄 후의 정황을 통합하여 범정이 경미할 것, 형의 집행을 유예함으로써 자주적으로 갱생할 수 있다고 판단될 수 있는 정황을 말한다.¹³²³⁾

또한, 이전에 금고 이상의 형에 처해진 적이 있더라도 그 집행을 유예된 자에 대하여 1년 이하의 징역, 금고의 선고를 한 경우 “정상에 특히 작량해야 할 것이 있는” 때에는 마찬가지로 형의 전부의 집행유예가 가능하다. 다만, 보호관찰에 부해져 있는 자가 그 기간 내에 다시 죄를 범한 경우에는 집행유예는 불가능하도록 되어 있다(제25조 2항). 전자의 집행유예의 경우에는 유예의 기간 중 보호관찰에 부할 수 있고, 후자의 집행유예의 경우에는 유예의 기간 중 보호관찰에 부하도록 되어 있다(제25조의2).

형의 전부의 집행유예의 선고가 취소됨이 없이 유예의 기간을 경과한 때에는 형의 선고는 효력을 상실한다(제27조). 또한 이전에 금고 이상의 형에 처해진 적이 없는 자 등에 대하여 3년 이하의 징역, 금고의 선고를 하는 경우 “범정의 경중 및 범인의 사정 그 밖의 정상을 고려하여 재차 범죄를 저지르는 것을 막기 위해 필요가 있고, 또한 상당하다고 인정하는 때”에는 1년 이상 5년 이하의 기간, 그 형의 일부의 집행을 유예할 수 있다(제27조의2 1항).¹³²⁴⁾ 이 경우 집행이 유예되지 아니한 부분의 기간을 집행하고, 당해 부분의 기간의 집행을 종료한 날 또는 그 집행을 받은 것이 없어진 날로부터 그 유예의 기간을 기산하게 된다(동조 2항). 그리고 일본형법상 구류와 과료에 대하여는 집행유예가 인정되지 않는다.

3) 가석방

가석방(제28조)과 가출장(假出場)(제30조)을 통칭하여 가석방이라고 부른다.¹³²⁵⁾ 가석방이란, 형기만료 전에 조건부로 석방하는 제도이다.¹³²⁶⁾ 징역과 금고에 대하여

1323) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 533면.

1324) 山口厚, 刑法總論 [第3版], 有斐閣, 2016, 421면.

1325) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタール刑法 [第3版] 第1巻, 青林書院, 2015, 710면.

1326) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタール刑法 [第3版] 第1巻, 青林書院, 2015,

그 형에 과해진 자에게 ‘개전의 상(狀)’이 있는 때에는 유기형에 대하여는 형기의 3분의 1을, 무기형의 대하여는 10년을 경과한 후 행정관청(地方更正保護委員會)의 처분에 의해 임시로 석방(가석방)할 수 있도록 하고 있다(제28조).¹³²⁷⁾ 구류에 대하여는 그 형에 처해진 자는 ‘정상에 의해’ 언제든지 행정관청(地方更正保護委員會)의 처분에 의해 임시로 출장(가출장)을 허가할 수 있도록 하고 있다(제30조).

가석방의 취지는 무용한 구금을 피하고, 수형자에게 장래의 희망을 부여하여 개선을 촉진시키고, 사회복귀를 도모하는 것에 있다. 효과는 가석방의 처분이 취소됨이 없이 그 기간을 경과한 때에는 형의 집행이 종료한 것으로 보아 그 집행을 면제한다(제29조 2항).

라. 형벌권의 소멸

1) 형벌권의 소멸사유

국가의 형벌권은 형의 집행의 종료, 가석방기간의 만료 및 집행유예기간의 만료 등에 의해 소멸된다. 또한 범인의 사망이나 범인의 소멸, 사면, 형의 시효(제31조, 제32조)에 의해서도 소멸된다.

2) 형의 시효

(1) 의의 및 효과

형의 시효란, 일정한 기간을 조건으로서 형벌권을 소멸시키는 것을 말하며, 형의 시효가 완성되면 형의 집행이 면제된다(제31조). 범죄에 대한 사회의 규범감정이 시간의 경과와 함께 점차 완화되어¹³²⁸⁾ 현실의 처벌의 요구가 없어지는 점을 그 취지로 한다고 보는 것이 통설(규범감정완화설)이다.¹³²⁹⁾ ① 사형은 30년, ② 무기의 징역 또는 금고는 20년, ③ 유기의 징역 또는 금고는 10년 이상은 15년, 3년 이상은 10년, 3년 미만은 5년, ④ 벌금은 3년, ⑤ 구류, 과료 및 몰수는 1년의 기간 그 집행을 받지

709면.

1327) 山口厚, 刑法總論 [第3版], 有斐閣, 2016, 420면.

1328) 大阪高等裁判所 결정 1970년(소화45년) 1월 19일 高等裁判所刑事判例集 23권 1호 1면.

1329) 大塚仁/河上和雄/中山善房/古田佑紀(編), 大コンメンタル刑法 [第3版] 第1卷, 青林書院, 2015, 734~735면.

아니하면 형의 시효는 완성된다(제32조). 시효기간의 계산은 역(曆)에 따르며(제22조), 초일은 시간에 관계없이 1일로 계산된다(제24조 1항).

(2) 시효의 정지와 중단

형의 시효는 법령에 의해 집행을 유예하거나(제25조 이하) 또는 집행을 정지한 기간 내에는 진행되지 아니한다(제33조). 또한 자유형의 시효는 형을 선고받은 자를 그 집행을 위해 구속함으로써의 중단되고(34조 1항), 재산형의 시효는 집행행위를 개시하는 것에 의해 중단된다(제34조 2항). 중단사유가 종료한 때부터는 처음부터 새롭게 시효의 진행이 개시된다.¹³³⁰⁾

마. 소결

일본에서는 서구에서의 근대형사사법제도의 영향을 받아 형벌의 목적에 관한 이론적 논의로서 이른바 형벌이론이 전개되어 왔는데, 고전학파(구파)의 객관주의와 근대학파(신파)의 주관주의의 대립이 그 논의의 출발점이었다. 전자는 응보형주의와 일반 예방효과, 후자는 목적형주의와 특별예방효과로 각각 논리적 귀결이 도출된다.

일본형법상 형벌의 종류는 생명형인 사형, 자유형인 징역과 금고, 구류, 그리고 재산형인 벌금, 과료, 몰수의 7가지가 있다. 이 중 부가형인 몰수를 제외한 6가지가 주형에 해당한다. 우리나라와 비교하면 자격상실과 자격정지의 이른바 자격형(명예형)이 없다는 점에서 차이가 있다. 한편, 벌금 및 과료에 대하여는 환형처분으로서 노역장유치제도를 설정해두고 있으며, 유치의 기간은 벌금의 경우 1일 이상 2년 이하, 과료의 경우 1일 이상 30일 이하이고, 벌금과 벌금을 병과하거나 벌금과 과료를 병과하는 경우에도 최장 3년을 넘지 못하도록 제한하고 있다.

형의 가중 및 감경사유로는 ① 법률상의 가중·감경사유 이외에 ② 재판상의 감경사유로서 법관의 재량에 의한 작량감경(제66조)이 규정되어 있다는 점은 우리나라와 마찬가지로다. 법률상의 가중사유로는 경합범가중(45조)과 누범가중(56조)이 있고, 법률상 감경사유로는 중지범(43조 단서), 종범(63조), 심신미약(39조 2항), 자수·수복(42조), 미수범(43조 본문), 과잉방위·과잉피난(36조 2항, 37조 1항 단서) 등이 있다. 상습

1330) 大谷實, 刑法講義總論 [新版第2版], 成文堂, 2007, 542면.

범에 대한 가중으로는 일본 형법각칙상 상습도박죄(186조)가 유일하고, 특별법에서 상습절도와 상습강도 등을 법률상의 가중사유로 규정하고 있기도 하다.

형의 집행과 관련해서는 집행유예제도와 가석방제도가 마련되어 있다는 점은 우리나라와 동일하다. 집행유예는 3년 이하의 징역이나 금고, 또는 50만엔 이하의 벌금의 선고를 받은 때에 정상에 의해 재판이 확정된 날로부터 1년 이상 5년 이하의 기간, 그 형의 전부의 집행을 유예할 수 있는 제도이다(25조 1항). 가석방은 형기만료 전의 조건부 석방제도로써 유기형에 대하여는 형기의 3분의 1, 무기형에 대하여는 10년을 경과한 후 행정관청의 처분에 의해 임시로 석방할 수 있도록 하고 있다(28조). 한편, 일본의 경우 우리나라와 같이 법원의 재량에 맡겨진 선고유예제도(한국형법 59조~61조)는 도입되어 있지 않다.

형의 시효란, 일정한 기간을 조건으로서 형벌권을 소멸시키는 것을 말하며, 형의 시효가 완성되면 형의 집행이 면제된다(제31조). 자유형의 시효는 형을 선고받은 자를 그 집행을 위해 구속함으로써의 중단되고(34조 1항), 재산형의 시효는 집행행위를 개시하는 것에 의해 중단된다(제34조 2항).

연구총서 20-B-12-1

Global Standard 마련을 위한 쟁점별 주요국 형사법령 비교연구(II-1)

발 행 | 2020년 12월

발 행 처 | 한국형사정책연구원

발 행 인 | 한 인 섭

등 록 | 1990. 3. 20. 제21-143호

주 소 | 서울특별시 서초구 태봉로 114

전 화 | (02)575-5282

홈페이지 | www.kic.re.kr

정 가 | 10,000원

인 쇄 | (주)현대아트컴 02-2278-4482

I S B N | 979-11-89908-85-0 93330

• 사전 승인없이 보고서 내용의 무단 전재 및 복제를 금함.